

纠缠于习惯与国家法之间

——习惯法概念刍议

韩立收

(海南大学法学院,海南海口 570228)

摘要:习惯法既不是习惯,也不是国家法,而是介于习惯与国家法之间的一种独立的客观社会现象,其基本属性具有二元性。其基本特征在于:1.它介于自发形成与自觉制定或认可之间,是“俗成”的第一性规则与“约定”的第二性规则的结合,是民众意志和经验与民间权威个人意志和经验的结合;2.它介于身体记忆与成文制度之间,主要以口头的方式体现,是抽象性内容与形象性方式的结合;3.它介于个人自愿与社会强制之间,具有“教化型强制”的特点。总之,习惯法是以习惯为基础的、通过民间权威口头宣示表明、以“教化型强制”为保障的社会规范的总和。

关键词:习惯;国家法;习惯法;二元性;教化型强制

中图分类号:DF0

文献标志码:A

文章编号:1008-7699(2015)03-0008-10

一段时间以来,“习惯法”以“国家法”挑战者的姿态登上中国法学的舞台,并一度成为法学家口中最流行的话语,相关的文章及著述也如雨后春笋般大量涌现,然而人们对于习惯法的概念却一直是见仁见智,莫衷一是。本文尝试从其与习惯及国家法比较的视角出发,阐述自己对习惯法的思考,以就教于各位大家。

一、传统的习惯法概念及分析

目前我国学者对于习惯法概念的探讨很多,大致包括以下三种观点:第一种观点认为,习惯法是国家法的一部分,“指经国家承认,具有法律效力的社会习惯。”^{[1]1233}国家法是唯一法律,在国家法之外使用习惯法的概念,实际上是在比喻、拟制意义上把习惯当成法律,这是法的异化。这一观点从传统分析实证主义立场出发,比较保守,其习惯法的范围最狭窄,目前国内持这一观点的学者较少,孙国华、田成友二位教授可谓其中的代表人物。^{[2][3]}

第二种观点认为,习惯法就是风俗习惯,就是群体意义上的习惯做法,习惯与习惯法只是对同一实体的不同视角的描述罢了,二者可谓是一体两面。“‘习惯’乃是物质生活条件中生存并制约着法律创制,具有民族特性的‘法权关系’。”^[4]这一观点从民族学、人类学立场出发,比较开放,其习惯法的范围也最广,我国不少法律学者的观点可以大致归为这一种。^[5-7]

第三种观点介于上述两种观点之间。它认为习惯法是在长期的日常生活中形成的一种特殊的、以社

收稿日期:2014-11-27

基金项目:国家社科基金项目“海南少数民族传统习惯法研究”(12BFX019);教育部社科基金项目“黎族亲属习惯法及与国家法的冲突与协调”(12YJA820021)

作者简介:韩立收(1967-),男,河北故城人,海南大学法学院副教授,法理学博士。

会强制力来保障实施的社会规范。这一类观点主要从社会学立场出发,比较中庸、稳重,主张这一观点的学者也最多,梁治平、高其才两位教授可谓其代表。^①

以上三种观点各有特色,对我们理解习惯法的概念颇有启发,但由于他们所谓的“习惯法”指的并非同一种社会现象,所以它们之间的争论很大程度上不过是一个名词的定义和看法问题,学术价值有限。本文认为,把习惯法当成风俗习惯,或者当成国家法的一部分实际上削弱了习惯法一词本身的学术价值,也与大多数学者的看法相左,不宜采纳;第三种观点相对比较适当,但它把习惯的某些特征和国家法的某些特征简单捏合在一起,作为习惯法的特征,这并不可取,因为尽管这些学者看到了习惯法与习惯及国家法的某些相同之处,但是未能充分认识到习惯法这一概念所对应的社会现实的特殊性,以及其相应属性的复杂性。

本文的基本立足点在于:习惯法是指一种既与国家法及习惯关系密切,但同时又独立于国家法及习惯的特殊的客观社会现象。^②它来源于习惯,同时也可能被国家法所认可而成为国家法的一部分,但它本身并不就是一种特殊的习惯或国家法。

为了避免引起误解,有必要首先说明本文所使用的“习惯”一词的含义。一般认为,习惯是指“在长时间内逐渐养成的、一时不容易改变的行为、倾向或社会风尚”。^{[1]1233}这里“习惯”的范围比较广,既包括社会习惯,也包括个人习惯;既包括社会行为习惯,也包括纯粹的技术操作习惯,而本文所探讨的仅仅涉及其中的社会行为习惯。霍贝尔教授有一段被大家广泛引用的话对此做了清楚的说明:原始习惯法并非部落习惯的总体,因为如果那样“照字义解释,这意味着陶器制造术、钻木取火术、训练小孩子大小便的方法以及另外的人们的全部习惯都是法律。”^{[8]202}

还有,通常人们在两种含义上来谈论“习惯”:一种是指长期存在、反复出现的心理及行为模式;另一种是指应该遵守该种行为模式的习惯规则。梁治平教授对此阐述得比较清楚:“普通习惯只是生活的常规化、行为的模式化,而习惯法则特别地关系到一种权利义务关系,关系到利益冲突的处置与均衡。”^[9]本文中的习惯指的是习惯规则。由于人们往往不大注意区分“习惯”的这两种含义,^③以至于不少学者认为“习惯”与“习惯规则”是一回事。^④他们所论述的习惯实际上也就是习惯规则,这与本文的用法是基本一致的。

我们认为,习惯法介于习惯与国家法之间,既包含习惯的某些特征,又包含国家法的某些特征,可谓两种特征的有机结合。其基本属性具有鲜明的二元性。

① 梁治平教授认为:“习惯法乃是这样一套地方性规范,它是在乡民长期的生活与劳作过程中逐渐形成,它被用来分配乡民之间的权利、义务,调整 and 解决他们之间的利益冲突,并且主要在一套关系网络中被授予以实施。”参见梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第1页。高其才教授认为:“习惯法是独立于国家制定法之外,依据某种社会权威和社会组织,具有一定的强制性的行为规范的总和。”参见高其才:《论中国少数民族习惯法文化》,载《中国法学》1996年第1期。

② 有学者的观点与本文观点恰恰相反,有兴趣的读者可参见周赞的论文《论习惯与习惯法》(载《民间法》第3卷,山东人民出版社2004年版),这是一篇非常值得一读的文章。

③ 在现实中“长期存在的就是合理的”“习惯做法就是正确的做法,就是应该的做法”等观念是人们心理上通常所接受的(尽管这种“由实然推出应然”的思路早就被休谟在逻辑上证明有问题)。在这种思路下在人们的内心“习惯”往往也就转变为“习惯规则”(这种转换的机制的探讨已经超出了本文的研究范围,笔者认为这种转换的原因应该是人的害怕风险、追求稳定的心理惯性本能)。因为人们习惯用右手,在英语中“右”与“对”是同一个词“right”。这可谓习惯转变为习惯规则的一个例证。

④ 有学者默认“习惯就是习惯规则”。如“法和原始习惯都是社会行为规范,……都具有某种强制力,……”但同时认为习惯(规则)不是习惯法,“法的起源有一个从氏族习惯到习惯法,……的演变和发展过程。……这种由习惯到习惯法的转变是质的飞越,标志着法的产生。”见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2011年6月第4版,第149、148页。探讨习惯与习惯规则之间关系的文章还有很多,读者可参阅王林敏:《论习惯和习惯法的概念界分》,载《湖南警察学院学报》2011年第6期,以及郭武:《环境习惯与环境习惯法的概念辨正——“事实”与“规范”二分法的展开》,载《西部法学评论》2012年第6期。

二、习惯法介于自发形成与自觉制定或认可之间

习惯是自发形成的,国家法是自觉制定或认可的,而习惯法介于二者之间。^①习惯法的这种基本属性在其概念中居于核心地位,习惯法的其他属性都是由它引申出来的。习惯法与习惯一样也是逐渐形成的,但并非“自生自发的”。“世界上本没有习惯,模仿的人多了也就成了习惯”,习惯具有自发、盲目、神秘及被动的特点,但习惯法则不然,其包含较多的自觉、主动、理性的精神因素。

有学者指出习惯法具有集体性、强制性、长期性以及自发性的特点,^[10]这是把习惯的特征和国家法的特征机械组合在一起的结果。“自发”一词有两种基本含义:一是“由自己产生,不受外力影响的”,二是“不自觉的”。^{[1]1534}这里的“自发性”如果指习惯法由本社会内部产生,那么是有一定道理的。^②如果是指“不自觉的”,则要进一步问其含义:若指习惯法不是理性设计的结果,则是对的;如果是指习惯法自然而然形成,只靠本能无需人的积极主动的参与,则是不对的。这种抛开人的主动参与的“自发性”不仅不符合事实,也与其“强制性”相矛盾,因为外部集体强制从来都不会是自发的,而只能是有组织、有目的、有意识的。^③究其根本,习惯属性与强制属性二者不可兼容,因为没有人会“习惯于被强制”,^④人们习惯的东西只能是自愿遵从的东西。

(一)习惯法是第一性规则与第二性规则的结合

下面我们从习惯法的发生学上来进一步探讨习惯与习惯法的关系,为此我们不妨参照哈特关于法律概念的理论。原初社会开始只有习惯,后来一部分对社会生活较为重要的社会习惯转变为习惯规则,^⑤也就是一般的社会规则,这时社会关系比较简单,只有哈特所讲的第一性规则,其内容是禁止及义务性的。后来社会规则逐渐变得复杂起来并产生了分化。这些习惯规则中比较重要的一部分发展为习惯法。这些习惯法是第一性规则与第二性规则的结合。其中的第一性规则仍为原来的习惯规则,而第二性规则为哈特所讲的授权规则,由围绕第一性规则的相关规则——承认规则、改变规则和审判规则所组成。增加第二性规则主要是为了弥补第一性规则的不足,即规则的“不确定性”“静态性”以及“分散的社会压力的无效性”。^{[11]81-100}至此,习惯法才真正产生,并与习惯规则、国家法区别开来。^⑥

博汉南对习惯与习惯法进行了研究,也得出了大致的看法——习惯法由两种规则组成:一种是规范自身活动的规则,一种是重述已拥有的习惯的规则。他把这种特点称之为“双重制度化”。^⑦此外,埃立希关于“法律包括行为规范和裁判规范两种规范”的理论,^[12]也可以帮助我们解释习惯法的构成及其特点,得出类似的结论。一般人们总讲“习惯法以习惯为基础”,但到底习惯法如何由习惯(及习惯规则)发展而来并没有讲清楚,这里我们引用哈特的理论给大家一个比较清晰的阐述,同时也使人们看清了“习惯规则与习惯法是一体两面”观点的偏颇之处。通常人们讲“某一社会规范既是习惯法,又因被国家所认

① 哈耶克曾经对“人为的”与“自发的”的简单二分法给以深刻的批判,有兴趣的读者请参阅〔英〕哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来译,中国大百科全书出版社 2000 年版,第 19-21 页。

② 但实际上,在受到外部干预的情况下,时间长了也可以形成习惯法,这里的关键不是“自发性”而是“长期性”。

③ 有兴趣的读者可以参见〔美〕曼瑟尔·奥尔森:《集体行动的逻辑》,陈郁,郭宇峰,李崇新译,上海人民出版社 1995 年版,第 80-89 页。

④ 从心理学上来讲,说有人“习惯于强制别人”也是不妥当的。

⑤ 按照韦伯的理解,应是“习惯”首先变为“惯例”,然后再变为“习惯规则”、习惯法。参见〔德〕韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 20-31 页。

⑥ 本文认为当代所谓“村规民约”未必属于习惯法,关键看其是否以乡土习惯为基础,如果仅仅是以适应国家法的要求而提出的具体措施(如“一对夫妇只生一胎,否则罚款 2000 元”等)则属于民间法。

⑦ 保罗·博汉南:《法律和法律制度》,转引自马林诺夫斯基:《原始社会的犯罪与风俗》,原江译,云南人民出版社 2002 年版,第 125-138 页。

可而属于国家法”，这实在是不妥当的，严格来讲，只能说“某一社会规范既是习惯法的第一性规则，又是国家法的第一性规则”，因为任何单一的规则都不是习惯法或国家法的最小单元。

(二) 习惯法是一般民众的意志和经验与社会权威意志和经验的有机结合

一般认为，习惯法是大家“公认的”或“普遍认同的”社会规范，但这种“公认”的标准及标志是什么，却少有人阐述。我们认为，这种“公认”不仅仅是内在的心理上的，而且还必须由社会权威（或称“长老”，以与国家官员区别开来，他可谓韦伯所谓克里斯玛型人物）通过一定的外在形式——“宣示”来表明。

1. 习惯法是“宣示”的法

穗积陈重教授认为：“潜势法（指习惯规则——作者）之所以形成法规者，多依法之发现或宣言。”^[13]从这个意义上可以说“习惯法是对习惯的一种宣告”。是否经过“宣示”可谓区别习惯与习惯法的基本标志，如果不是首要标志的话。如果说习惯是“大家自动遵守”的法，国家法是“国家制定或认可”的法的话，那么不妨这样说，习惯法是社会权威“宣示”的法。^①

以往我们多强调“习惯法是由长老或社会组织的强制力保障实施的”，却相对轻视“习惯法是由长老或社会组织通过‘宣示’确认的”。^②有学者可能认为宣示过程不过仅仅是宣布业已存在的习惯而已，但我们则认为这一过程却真正是创设和塑造习惯法的决定因素。^{[14][15]}这里的“发现”“宣言”“宣示”及“宣告”含义是一样的，但都远非宣布业已存在的习惯那么简单，而是指一项比较复杂的活动过程。

宣示的过程是一个公开集体协商和讨论的过程，在此过程中大家共同参与，平等地发表意见和建议，任何人都没有特权。一般我们讲习惯法是“约定俗成”的，实际上仅仅“俗成”的东西还只是习惯（上节所述“习惯法的第一性规则”），只有再加上“约定”（大家讨论商定），也即这里的“宣示”的因素（上节所属“习惯法的第二性规则”）才构成习惯法，^③这里的“约定”也表明了习惯法非“自生自发”的一面。

“宣示”过程具体包括如下步骤：1. 习惯的认定；2. 习惯的选择；3. 违反习惯的处罚的确定；4. 习惯法产生的宣告；5. 习惯法的修正及废止的宣告。

2. 习惯法是“长老”的法

不少学者认为“习惯法是依据一定的社会权威而存在的”，^④这明确表明了习惯法与社会权威不可分离，但是对于习惯法是如何“依据”社会权威而形成的，他们却少有涉及。我们认为，这里的“依据”应该主要体现在如下方面：首先，本地的习惯是什么主要以长老的记忆为准。长老是社会首领，从实用角度出发，长老对习惯远比一般民众更为关注。不需要文字的记载，长老凭自己惊人的记忆力就能清晰地回忆本地的习惯是什么。一般民众的记忆内容可以补充和完善长老的记忆，但不具有权威性。其次，在阐述本地习惯的内容上，长老具有远比一般民众高超的语言概括能力，其表述及解释也最有权威。第三，长老组织、主持及控制整个“宣示”过程。哪些方面的习惯被宣示为习惯法，对违反习惯的行为如何处罚，哪些习惯法要进行修正，长老具有远比一般民众要大的提议权，这包括至关重要的首次提议权及此后的多次提议权等。第四，习惯法的实施也离不开长老身体力行作为表率，以其权威作为保障。

① 有学者认为习惯法具有默示的特点。参见厉尽国：《法治视野中的习惯法：理论与实践》，山东大学2007年博士学位论文，第56页。我认为，这是由于他把习惯的属性当成了习惯法的属性的结果，因为习惯可以是默示的，而习惯法则无法默示，否则大家就会因弄不清其内容而无法遵守，尤其是更无法对违反习惯法的行为进行确认及处罚。

② 通过前面的分析可以看出，习惯法的这两种特点完全与习惯法第二性规则相对应，前者对应于“审判规则”，而后者则对应于“承认规则”及“改变规则”。进一步来讲，习惯法的强制实施过程往往也包含着习惯法的“宣示”过程，二者不可完全分开。

③ 高其才教授认为，习惯法有两种形成方式，一种是“俗成”，一种是“约定”。参见高其才：《中国的习惯法初探》，载《政治与法律》，1993年第2期，第48页。笔者对此观点不敢苟同。

④ 前述高其才教授就持这种观点，其他还有如周勇先生的观点：“习惯法是依据一定的社会权威而存在并被保证在违反时强制执行或对违反者予以责罚的行为规范的总和。”参见周勇：《习惯法在中国法律体系中的历史地位》，载《上海社科院学术季刊》，1991年第4期，第161页。

长老被认为是最有知识和经验、最有智慧及魅力的权威人物，自然他的做法一般都会获得大家的尊重。他在宣示中的提议一般也会获得大家的认同。长老在“宣示”过程中不可避免（及无可非议地）带有自己的经验和思考，不由自主地具有选择性和个人偏好，所以他会习惯法上深深地打上自己的烙印。^① 不难理解，通常只有那些长老印象比较深、非常赞赏的习惯才可能被他的“宣示”而成为习惯法，而长老记忆模糊、反对或讨厌的习惯被“宣示”而成为习惯法的可能性微乎其微。长老对习惯法的最终确立即使不是至关重要的作用的话，也至少起到不可或缺的“引领”作用。^② 在我国侗族聚集地区长期存在着一种被称为“讲款”的重要活动，由“款首”和“款师”对其习惯法“侗款”进行讲解。这实际上就是社会权威通过对传统“侗款”的不断重述及修正来“宣示”习惯法的存在。^{[16]177-182}

三、习惯法介于身体记忆与成文制度之间

习惯可谓“身体记忆”，通过行为体现。国家法则主要以文字的方式体现。传统上，因为习惯法不具有成文性，人们容易误解习惯法也具有习惯那样的“身体记忆”属性。我们认为，习惯法的主要载体是语言，习惯法可谓“口头上的法”。

（一）习惯法处理的是社会重要事务

习惯一般处理的是日常小事或“民间细故”，比较简单，人们往往不假思索就可以本能地进行处理，这里靠行为的模仿及惯性就可以了。而国家法则仅仅关注国家层面的大事，如果不充分利用人们高度发达的理性就无法处理（所谓“法律是最高的理性”），这里文字的使用就不可避免了。而习惯法调整的都是比较重要的、复杂的、必需处理的社会关系，这主要是指关乎一定区域社会生活维持和发展的重大事项，^③ 或如博登海默所说是“为了确保令人满意的集体生活而必须完成的工作”。^[17] 它的调整范围介于小事和国家大事之间，理性的参与是必需的，这里采用口头表达方式就成为必要的选择。有这样的谚语“小事不用麻烦法官”，相应的我们也可以讲“小事不用麻烦习惯法”。

美国《布莱克法律词典》中“习惯法”一词的解释为：“作为某一行为的法律要求和义务规则而被接受的习惯所构成的法律就是习惯法。当社会和经济制度中的某些重要和实质性的做法或信念被作为法律对待时就是习惯法。”^[18] 这与笔者的观点类似。正因为习惯法处理的是重要的事情，所以必须在传统的如习惯那样“身教”的基础上，采取一种使大家引起高度重视的新的行为指引方式——口头方式，也即“言传”。习惯法要通过有效的途径使大家明白“什么是必须遵守的、重要的社会规范”以及“如果违反了要承担怎样的后果”。这里无法“不言而喻”“心照不宣”，仅仅靠身体记忆及行为表达就不够了，因为那是很不可靠的，非常容易出差错，导致每个人的理解及做法有较大的差异，进而导致冲突。习惯一般不需要解释、宣传，必要时现实中任何人都可以模仿别人及按照自己对习惯的理解进行解释和宣传，但这种语言表述并不是习惯法。习惯法不仅需要解释和说明，而且其解释者、宣传者和执行者必须是民间权威人物（其他人的解释没有权威，还可能扰乱解释的秩序，并不具有执行的效力）。一般他们要代表大众对习惯法做出口头说明（通常会在不同的公开的场合重复多次，反复提醒及警告，甚至一代又一代的长老不断在重复及修正，至于哪位长老首先说明则是根本无法弄清的），表明哪些习惯被作为重要的习惯（也即“习惯法”）

① 这一过程甚至看起来就好像是长老“制定了”习惯法，与立法者颁布国家法类似，而实际上随着社会的发展确实也发生了这样的转变，即长老演变为官员，习惯法演变为国家法。

② 通过以上的分析，我们可以看出习惯法严格来讲并不是如习惯那样是“逐渐形成”的，而是其中的第一性规则逐渐形成，第二性规则则在形成过程中包含不少由长老个人因素的随机、偶然加入而导致的小小的“突变”。

③ 社会中固有重要事项和非重要事项，相应的就有习惯法和习惯，所以本文暗含着这样的观点：习惯和习惯法是同时存在的，尽管习惯相比习惯法逻辑先在。

对待,必须遵守,否则会有严重的不利后果。

(二)习惯法是理性认识与感性经验的结合

习惯体现的主要是人们的感性经验,它靠经验和直觉,缺乏对抽象的理论、观念和规则的兴趣,以是否对思考问题的终点。人们对习惯往往是在不知不觉中遵守的,或只问是什么,然后遵照去做就可以了,并不注重究问其所以如此的原因。实际上即使是持有这种习惯的人也往往说不清楚,到底为什么要遵守这一习惯。国家法体现的主要是高度发达的理性,这包含着抽象的概念、判断和推理,几乎其中的每一个条文都有充足的理论根据。与习惯自然自发地产生不同,习惯法引入了第二性规则,要求人们具有较为复杂的抽象思维能力,具有人为的特点,包含着人们的积极、主动构建的因素。它是人的感性经验的升华,是人的理性认识提高的结果。这突出地体现在:习惯要成为习惯法,必须存在人们能“说”得出的、相对明确的、大家容易理解的理由。该理由要通过语言这种抽象思维的方式从形象化的各种各样的众多具体行为中归纳、概括,把它表达出来并与大家交流,最后达成共识,这并不容易。现实中这一过程是比较复杂的,体现在前述“长老宣示”的过程中人们要经过反复讨论,最后才确定因为什么理由某某习惯是否纳入习惯法,尽管这里的理由从当代社会的角度来看,可能是牵强附会的、浅层次的、宗教性的、不科学的。

事物的原因这种抽象的东西仅仅靠行为本身(习惯的载体)是无法完全体现出来,并进行交流的,语言相比行为在交流上具有巨大的优越性,它可以,并且足够承担这样的重任。人们通过语言来讨论习惯法存在的原因,又通过语言来宣示习惯法的内容,不通过语言也就不会形成习惯法。这样习惯法相比习惯就在“自然形成”的基础上涂上了一层“人为形成”的色彩,也即首先自然形成的习惯被人们清醒、自觉地认识到,使之对象化(习惯则不需要对象化,而是人的行为与习惯的直接统一),然后探讨其存在的根据和理由,最后如前述《布莱克法律词典》中习惯法的定义中所说,习惯经过一个“被接受”的过程变为习惯法。

(三)习惯法是抽象性和形象性的结合

习惯法的口头表达这一特点,一方面与习惯的表现方式“行为”类似(口头表达也是一种特殊的行为),其表达形式具有人体依附性,与表达者不可分割,^①形象、感性、直观、具体,表达者的个人信息可以有丰富的表现(如声音的抑扬顿挫,个人形象、面部表情以及辅助的举手投足等肢体语言),其魅力对习惯法的实施具有重要作用(所谓习惯法的实施中的“长老的个人魅力及权威因素”),同时其流变性强(每一次口头表达,即使是同一个人,都有所不同),可以较好地适应变动不居的社会,进而充满了活力;另一方面又与国家成文法类似,其传达的内容具有一定的抽象性、客观性、稳定性,可以表达复杂的理性思维的内容,便于在实施中保持相对的统一性。习惯法可谓表现方式的形象性与表达内容的抽象性的结合。

在侗族地区有这样的说法:“汉人有书传书本,侗家无字传歌声;祖辈传唱到父辈,父辈传唱到儿孙”。侗族习惯法的表现方式主要包括“口诵法”“石头法”及“栽岩法”等,^{[16]47-64}基本就是采用以语言形式为主,辅以形象化的行为的方式。梅特兰指出:“只要法律是不成文的,它就必定被戏剧化和表演。”^②习惯法就是这样的典型。与口头表达密切相关,习惯法的确立及实施的外在表现就具有“广场化”的特点,这与现代社会法律具有“剧场化”的特点明显区别开来。^[19]

(四)“口头上的法”的优势

我们一般讲习惯法是不成文的,这在没有产生文字的原始社会固然如此,但在文明社会则有所不同。习惯法也可以被整理成文,然而必须指出,尽管如此,口头的方式仍在习惯法体现上占据主导地位。单

① 严格来讲,习惯法的这种口头表达方式与表达者面对的大众也是不可分的,具体情境由所有的参与者共同创造。

② 转引自[美]《伯尔曼·法律与革命》,贺卫方,等译,中国大百科全书出版社,1993年版第69页。

纯的“行为”方式不适宜表述习惯法,原因前面已述。文字方式可以表述习惯法,但也不如口头方式表现得充分和生动,从而更好地实现习惯法的作用。

这主要是因为:1. 掌握文字是一个花费巨大人力物力的过程,绝不是任何人都可以轻易掌握的。至于习惯法成文化后也就会逐渐产生一门由术语构成的专门的学问——法学,那就更不是谁都可以掌握的了。相比而言,语言的掌握就简单多了,几乎人人天生就有掌握和使用语言的天赋(尽管也有掌握的程度区别)。2. 一旦有少数人掌握文字,而大多数人不掌握文字(这在人类很长的历史阶段中是一个普遍现象),则习惯法的产生及解释、执行就掌握在这少数人手里,习惯法也就蜕变成了少数人操控的法,部分或全部地失去了习惯法的基本特征。3. 即使大家都掌握了文字(实际上任何社会中文盲都是大量存在的),由于文字本身的局限,用文字勉强表现出来的习惯法也必然是经“加工”“润色”及“提炼”,也就是“歪曲”后的习惯法,会失去其众多内容,包括其生动、形象的特点,本地丰富的地方性知识背景,同时也会增加不少本来没有的内容。大家都要先读文字,然后再实施习惯法,这样习惯法也就不成其为习惯法了。^① 4. 最后,也是最重要的一点是,成文法一旦产生,就具有了某种独立于社会现实的属性,人们不从现实出发,而是从文字的含义出发,这也就容易导致其异化,而习惯法把人的现实行为及言语紧密结合在一起,可以很好地避免这一点。

四、习惯法介于个人自愿与社会强制之间

习惯一般靠个人自觉(有些人的行为仅仅是模仿他人,随大流而已,未必有清醒的自觉)、自愿以及社会舆论、神明的力量等来维持。正如韦伯所讲:“习惯是指在没有任何(物理的或心理的)强制力,至少没有任何外界表示同意与否的直接反映的情况下做出的行为。”^{[20][20-21]} 习惯仅仅是在很弱的意义上具有外部约束力,而不具有强制力。国家法则强调由国家强制力作为保障,如果违反就会遭到国家强有力的制裁。习惯法来源于习惯,一般也不需要强制,如马林诺夫斯基所说:在原始社会,这些权利和义务并不是由法官来执行的,相反,它们通常是自我执行的,因为人们需要他人的善意和帮助。^[21] 这也是为什么不少学者在习惯法的定义中表明习惯法是大家“自觉遵守”的社会规范的原因,但另一方面习惯法较习惯具有确定性和可操作性,可以类似诉讼的方式被陈述,具有一定的强制力。有学者称习惯法的这种特点为“习惯法效力上整体的非强制性和特定的强制性”。^[22] 在这里大家可以看到在描述习惯法的基本属性上采用自愿与强制的二分法也出现了问题。

习惯具有心理上的约束力,重在首先对人思想的控制,进而控制人的行为,同时还具有强烈的情感的因素在内,人们甚至对习惯达到类似宗教的信仰程度,而国家法重在对外在强制约束,强调理性的因素。习惯法以人们内心的认可为基础,其中理性与感性因素交织在一起,行为规范与思想规范并重,外在强制与心理强制统一。

(一)习惯法需要外部强制

习惯是社会中大多数人的做法,依习惯就是依据与绝大多数人一致的行为模式行为,这里允许存在少数人依习惯行事的例外。习惯是没有外部强制力的,但由于人们“不能免俗(习惯)”,往往“身不由己”,所以实际上不遵从习惯还是会或多或少感受到一些心理上的约束,但这种约束是社会学意义上的,并不是规范意义上的。而习惯法由于涉及的都是社会的大事,关系到社会基本秩序的维护,则不允许例外的存在,而是要求群体中的所有成员都要遵守,否则就会有集体的外部强制力发挥作用。这里的“强制”是

① 以此类推,用语言及文字来体现的习惯则不成其为原生态的习惯了,仅仅用行为及语言来体现的国家法也不成其为真正意义上的国家法了。

最低限度的,同时也是“不得不”的。人们常说习惯法是大家“共同遵守”的行为模式,这强调了习惯法的“自愿性”,实际上是指人们从“内在视角”来看待习惯法,相对忽视了习惯法的“强制性”以及“外在视角”。^[11]103-104“共同遵守”的本意是“大家都遵守没有例外”,但这仅仅是一个理想化的假设,真正没有任何例外也就不需要任何社会规范了,更不需要强制力的存在,它在这里的含义应该是“绝大部分人认为应该遵守并实际遵守,同时大家都被要求遵守”,其中仍包含着部分外在强制的因素。

习惯法既体现为一种事实,同时又体现为一种外部强制要求。凯尔森对此说得很明白:习惯法“起源于一个被一般遵守的行为,在那里行为人并不有意识地旨在创造法律,但是他们一定认为他们的行为是符合有拘束力的规范的而不是任意选择的事情。”^[23]也许正因为强制性是习惯法和国家法二者都具有的突出属性,人们才称习惯法为“法”。^①霍贝尔认为,法律的三个要素是特殊的强力、官吏的权力和规律性,“这样的社会规范就是法律规范,即如果对它置之不理或违反时,照例就会受到拥有社会承认的、可以这样行为的特权人物或集团,以运用物质力量相威胁或事实上加以运用。”^{[8]27}据此,他把原始习惯法也纳入法的范畴。

(二)习惯法的强制是“教化型强制”

习惯法中的强制来源于社会权力,与国家法中的强制来源于国家权力不同。按照费孝通先生的说法,社会中除横暴的权力(由社会的冲突产生)及同意的权力(由社会合作产生)之外还有第三种权力,即教化的权力(由社会继替产生)。中国传统社会实施的是“长老的统治”,其统治的权力即为第三种权力类型。它并非政治性的、不民主的、横暴的权力,也非社会文化性的、民主的、同意的权力。^[24]我们认为,这一理论也可以应用于习惯法的研究上,习惯法上要求人们遵从的社会权力介于自愿同意的权力(大致对应“习惯”)和横暴强制的权力(大致对应“国家法”)之间,也不妨称之为“教化的权力”。这种强制类型重在教育和感化,而不是惩罚,类似于父母对儿女的强制的类型,可谓“父爱主义强制”或“教化型强制”。韦伯说:“根据一般的术语学,作为习惯法的规范,其效力在很大程度上依赖于一种类似的强制性实施机制,尽管这种强制力是来自同意,而不是制定。”^{[20]21}他认为习惯法的强制力是“来自同意”的、“类似的强制”,这与本文的观点是一致的。现实中习惯法中纯粹的“自愿”及“强制”都是极端状态,通常两种因素融合在一起,难以区分,且在不同的情景中二者的比重也不一,从而呈现出多种介于二者之间的不同的情况。

(三)“首唱和唱和”的模式

从习惯法的产生及实施过程上我们也可以看出,其对大众来说也具有介于自愿与强制二者中间的特点。习惯法有民间权威及组织来“宣示”及作为实施的强制保障,但一般没有专门的组织,民间权威既不是世袭的,也不是选举的,而是大家公认的,可谓自然形成,其地位也介于民和官之间,远没有当代官员那样强大的统治权力。这里“宣示习惯法”及依据习惯法做出决定的过程既没有民主投票的多数决,也没有专制独裁的“一言堂”,通常是由民间权威首先提议,然后大家共同讨论决定,实际的运行模式类似于寺田浩明在研究中国传统法律文化时提出的“耆老一唱群相和”那样“首唱和唱和”的模式:“行为规范的共有状态只是在特定主体的‘首唱’和众人的‘唱和’这种相互作用中逐渐形成。这一过程因为存在‘首唱’的契机,所以区别于‘建立在相互合意上的约’这种理念型;同时又因存在‘唱和’的契机而与‘命令型的约束’区别开来。”^[25]

① 有学者给习惯法下了这样的一个定义:“所谓习惯法是历史上形成的通行于某一特定地区的以习惯为基础发展起来的具有约束力的民间规则。”参见刘艺工:《中国少数民族习惯法的特点》,载《兰州大学学报》(社会科学版)第32卷第1期。我们认为他这里的“约束力”不能反映习惯法与道德的重要区别,还是换为“强制力”为妥。

五、结 语

习惯法的二元属性还体现在:它介于私力救济和公力救济之间,广泛地存在习惯法的私人执行的现象;它介于个别调整和规范调整之间,具有鲜明的流变性和选择性等。这些都有待于我们进一步研究。

综上所述,习惯法既不是习惯,也不是国家法。尽管“定义只具有微小的价值”(列宁语),“在社会科学中最好是定义要‘弱’而概念要‘强’”(塞尔兹尼克语),但为了便于读者的理解,最后,我们还是以传统方式给习惯法下一个定义:习惯法是以习惯为基础的、通过社会权威口头宣示表明的、以“教化型强制”为保障的社会规范的总和。

参考文献:

- [1]中国社会科学院语言研究所词典编辑室.现代汉语词典[M].北京:商务印书馆,1983.
- [2]孙国华,杨思斌.“习惯法”与法的概念的泛化[J].皖西学院学报,2003(3):1-5.
- [3]田成有.习惯法是法吗?——国家法立场上的审视[J].云南大学学报:法学版,2000(3):8-17.
- [4]睦鸿明.遵从习惯是一种理性思维方式——我为何提出“习惯法权”概念[J].金陵法律评论,2004(1):140.
- [5]张晋藩,等.中国法制史:第1卷[M].北京:中国人民大学出版社,1981:16.
- [6]田继周,罗之基.西盟佤族社会形态[M].昆明:云南人民出版社,1980:98-99.
- [7]刘作翔.习惯与习惯法三题[J].哈尔滨工业大学学报:社会科学版,2012(1):46-50.
- [8][美]霍贝尔.原始人的法——法律的动态比较研究[M].严存生,等译.北京:法律出版社,2006.
- [9]梁治平.清代习惯法:社会与国家[M].北京:中国政法大学出版社,1996:165.
- [10]张镭.论习惯与法律:两种规则体系及其关系研究[M].南京:南京师范大学出版社,2008:45-48.
- [11][英]哈特.法律的概念[M].张文显,等译.北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [12][奥]埃利希.法社会学原理[M].舒国滢,译.北京:中国大百科全书出版社,2009:479-521.
- [13][日]穗积陈重.法律进化论[M].黄尊三,等译.北京:中国政法大学出版社,1997:12.
- [14][英]梅因.古代法[M].沈景一,译.北京:商务印书馆,2011:1-14.
- [15]陈金全,巴且日伙.凉山彝族习惯法田野调查报告[M].北京:人民出版社,2008:185-189.
- [16]吴大华,等.侗族习惯法[M].北京:北京大学出版社,2012.
- [17][美]博登海默.法理学——法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,1999:380.
- [18]Garner Byran A. Black's Law Dictionary. 7th Ed[M]. Eagan: West Publishing Co. 1999:391.
- [19]舒国滢.从“司法的广场化”到“司法的剧场化”——一个符号学的视角[J].政法论坛,1999(3):12-19.
- [20][德]韦伯.论经济与社会中的法律[M].张乃根,译.北京:中国大百科全书出版社,1998.
- [21][英]马林诺夫斯基.原始社会的犯罪与习俗[M].原江,译.北京:法律出版社,2007:11-18.
- [22]范景萍.认真对待习惯法[D].成都:四川大学,2007:19-20.
- [23][奥]凯尔森.法与国家的一般理论[M].沈宗灵,译.北京:中国大百科全书出版社,2000:129-130.
- [24]费孝通.乡土中国 生育制度[M].北京:北京大学出版社,1998:64-68.
- [25][日]寺田浩明.明清时期法秩序中“约”的性质[A]//滋贺秀三,等.明清时期的民事审判与民间契约.王亚新,梁治平,编.王亚新,等译.北京:法律出版社,1998:162.

Entanglement Between Custom and National Law ——On Customary Law

Han Lishou

(College of Marxism, Henan University, Kaifeng, Henan, 475001, China)

Abstract: Customary law is neither custom nor national law. It is an independent and objective phenomenon between custom and national law. Its basic property is duality. The basic features of customary law are that: 1. It is between spontaneous formation and conscious construction or recognition. It combines the first rule of “custom” with the secondary rule of “agreement”; and also it combines the people’s will and experience with civil authority’s personal will and experience. 2. It is between physical memory and written systems and the combination of abstract contents and figurative ways, reflected mainly in oral way. 3. It is between individual voluntary and societal constraint, characteristic of “educated enforcement”. Customary law is the sum of social norms safeguarded with “educated enforcement”, based on custom, manifested by civil authority’s oral announcement.

Key words: custom; national law; customary law; duality; educated enforcement

(责任编辑:董兴佩)

撤稿声明

由于本人作为第一作者在《山东科技大学学报(社会科学版)》2014年16卷第5期上发表的论文《我国社区治理模式探析》(页码:58-64),未注明出处就引用侯利文“社区治理的类型学研究”一文的部分内容,有不遵守学术规范的表现。现声明将“我国社区治理模式探析”一文予以撤稿,撤稿与编辑部工作无关。对于本次撤稿给编辑部、读者和侯利文造成的不便与影响,深表歉意,敬请原谅。

声明人:李 军