

# 论习惯法与国家法的辩证关系

易 军

(北方民族大学 法学院, 银川 750021)

**摘要:** 习惯法与国家法之间的关系主要表现为两个宏观方面, 一是理论形态方面的关系, 二是实践形态方面的关系。理论形态关系的实质方面包括共生关系、互补关系、对立关系, 形式方面两者也诸多联系与区别。实践形态关系有立法接纳、立法变通和立法取缔三种, 司法(执法)方面有互不干涉、相互排斥、相互渗透、对习惯法的规制。两种形态体现出习惯法与国家法关系的复杂性和辩证性。

**关键词:** 习惯法; 国家法; 关系; 理论形态; 实践形态

**中图分类号:** D901      **文献标志码:** A      **文章编号:** 1009-1971(2010)04-0052-06

虽然习惯法与国家法<sup>①</sup>的关系已有很多学者进行过专门的论述, 但论述脱离不了固定的模式, 即冲突—融合(调适)结论。事实上习惯法与国家法的关系看似简单, 却是一个比较复杂的问题。本文把习惯法与国家法的关系界定在两个方面: 一是静态意义上的理论形态关系; 二是动态意义上的实践形态关系。前者属于应然的关系, 后者属于实然的关系。

## 一、理论形态

理论上的习惯法与国家法关系是静态性的关系, 即没有通过社会实践获得的一种经验认同, 但又不背离一般的社会经验的抽象概括。它体现习惯法与国家法关系的实质形态方面。具体可概括为共生关系、互补关系、对立关系三种情况。

其一是共生关系。习惯法是所有法律类型中最早产生且一直存在的法律, 制定法是在国家产生之后才出现的, 也即自国家产生之日起, 习惯法就与国家法一起处于同一场域之中, 二者就没有分离过。习惯法与国家法甚至有调整同一领域的竞合现象。一些事项被习惯法规范后, 可能再次被国家法规制。一些国家法规制的事件,

习惯法有事后调整的现象。这类情形表现为竞争共生。另外一类情形是共存共生, 即在兼容的前提下相互承认对方的规制效力, 如民间个人调解机制。在不同场域内, 二者各自独立地调控属于自己的空间, 从某种意义上说是关于日常生活与正式法律实践的分离形成的两种法律类型调控的分工格局。虽然很难确定真的如梁治平所说的“分工意味着国家对于民间各种习惯一定程度的放任, 以及它鼓励民间调处的政策, 而从积极的方面看, 分工意味着习惯法与国家法在实施社会控制过程中的互相配合”<sup>[1]129</sup>的这种情况, 但就调整内控型秩序与外控型秩序即自发与外赋的社会结构看倒是很有道理的。像中国这样存在着多元文化背景下的社会格局, 为习惯法的存在奠定了社会基础。国家法总有其不及之地, 总有一些民众不认同、不愿适用的情况, 这使得习惯法与国家法能并列共存于同一社会体系内。

其二是互补关系。习惯法与国家法存在相互补充的情况。凡属于国家法发达和调控充盈的领域, 习惯法就会大大地减缩甚至消失, 而习惯法发达的地方, 制定法也会变得弱势。放在平等的位置看, 习惯法填补了国家法遗漏或弱化的社会空间。国家法强调大辞化的价值观, 如自由、人权、法治、正义, 但要实现这些价值, 要在基本的、微观化的日常生活中体现出来, 只要习惯

①本文所指的国家法其实是国家制定法, 为论述方便, 称其为国家法。

收稿日期: 2010-05-20

基金项目: 教育部人文社会科学一般项目: 西部农村法治建设中的非正式制度研究(09XJC820001)

作者简介: 易军(1979-), 男, 云南永善人, 讲师, 从事法律社会学研究。

© 1994-2010 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

法不背离国家法的规定,习惯法就能在基本的生活领域实现这些价值。再就是国家法主要解决的事项对公民个人而言具有非常态性,一个人的日常生活其实与国家法律的关联性不大,当国家法律介入到个人生活时,就意味着个人的生活被打破,进入一种非常态的、紊乱的生活秩序。毕竟人主要在常态中生活,常态生活属于习惯法的领域,正好对国家法形成补遗的关系。“农村习惯法所调整的社会关系有不少是国家法所没有调整的,像社会交往、红白喜事这些方面的规定是农村习惯法独有的。”<sup>[2]12-19</sup>

习惯法属于自生自发秩序。在基层社会中,一些关于生产生活中的事项平时需要自组织化的方式处理,而不主动求助于官方系统。像村落内部关于分水、山林保护、互助协作等方面大多由自生的规范调控,这弥补了国家法律难以介入到村落的情况。在高度伦理化的社会秩序中,习惯法大量存在而国家法不会有太多的干涉,如家族、宗族内部的事项主要由家族法和宗族法调控,对于稳定家族内部成员起着非常重要的作用。可以说,习惯法稳定社会秩序有不低于国家法的功能。

其三是对立关系。在刑事或其他公法方面,国家法统一和垄断了公法的制定权和执行权,因此凡属于刑事习惯法及其相关方面的内容都将得不到承认,都是与国家法对立的。民间设立的所谓私刑,对受害人进行各种人身伤害,违背了国家法在刑事法方面的规定,这种现象是绝对不允许的。一些农村地区从地方保护主义出发,制定与国家法相冲突的规定、办法或民约等。农村地区大量存在姑表婚、姨表婚等婚姻习惯法与国家法相冲突,再如“窝藏计划生育对象的罚款 2 万元以上,知情不报者罚款 1 000 元以上,并相应停止一切村民福利待遇。”<sup>①</sup>“家中男女孩都有的,本村不再接受男方户口进村。多女户(二女以上)只准一人女娶男;只生育一个女孩的农户,村里同意娶男,男户享受村民同等待遇;非农户口、空挂户口一律不享受村民待遇。”<sup>②</sup>这些规定明显与国家法律相冲突,违背社会主义法治精神和正当权益保障要求。农村地区在制定村规民约时应与国家法律保持一致,自觉维护社会主义法治精

神,而不是背离。

其他习惯法与国家法冲突主要体现在社会观念方面,如原本国家法规定的违法行为,习惯法可能当做道德来理解,典型者就是大义灭亲,在乡里人看来是件大快人心的正当事情,但显然是严重的违法犯罪事件。另外村落社会中出现的小偷小摸不算偷的观念,很多偷盗事件都被村落内部处理了,但在国家法看来,偷盗就算违法行为,轻微些是治安处罚,严重些属于刑事犯罪。国家法律的处理决定就会引起村落的集体排斥情绪,明显表现出与国家法的冲突。同样的事情,在丧葬方面也存在着与国家法冲突的地方。部分传统习惯法所依据的观念基础与当代法治观念不完全相同,传统习惯法不注重权利,没有严格意义上的公平正义观念,大部分与当代法治精神的精确性相比是模糊的<sup>[3]78</sup>,甚至还停留在“自然法”的朴素的直觉思维上。再就是国家法不认为的违法犯罪事件,习惯法却当做违法处理。一些家族法规定仍然存在着父母包办婚姻,出现一些干涉婚姻自由的事件。在一些家族法中也存在对子女管教时伤害人身、限制自由的情况。

## 二、实践形态

### 1 通过立法活动体现出来的习惯法与国家法之关系

立法方面两者的关系主要表现为接纳、变通、取缔等情况。

#### (1) 立法上的接纳

立法是习惯法与国家法关系表达的最主要方式,通过立法尽量把两者的关系调和在一个较为稳定的度上,尽量减少冲突,尤其是通过立法来引导、规制、兼容习惯法,使习惯法在符合法治精神的前提下继续有效,即通过立法(主要是地方性立法)的形式把习惯法中的合理因素加以采信,纳入到立法范围之中作为国家法的一部分,这称之为国家认可的习惯法,其实此类情况已不属于习惯法的范畴,而是具有国家法性质的规范了。立法的接纳不仅仅是契合社会与国家的

①见《四川省珙县田村村规民约》,2010年2月田野调查。

②见《云南省永善县坝村村规民约》,2009年2月田野调查。

秩序问题,而且还兼容官方文化系统与民间文化系统。更主要的是,随着对国家软实力的认同及提升,对原本不被重视的民间传统和地方性知识重新提到与科学、经济并列的行列之中,通过立法的方式把习惯法纳入到国家法的视野,成为官方体系的一部分,确为明智的选择。典型者如传统节日的法定化。2008年1月1日生效的《全国年节及纪念放假办法》(2007年12月修改)新增清明、端午、中秋三节作为“全体公民放假的节日”。正式以法律的形式重新记忆一种传统文化,正是一种习惯法国家法化的重要体现。当然,国家通过立法接纳习惯法须考虑一定的条件:

其一,须充分考虑到不违背国家法律底线为基本原则。任何习惯法被国家所立法吸收或接纳都要遵循法律的基本规定,违背上阶法的习惯法不但不被承认,反而会有被取缔的可能。所以能被接纳的习惯法在法理上与国家法是互通的。现实生活中的蕴涵基本法理的很多习惯法(或习惯)被国家法律所采纳、吸收的情况,如现行《民法通则》关于“自愿、公平、诚实信用及社会公德”的规定即为国家法对那些符合社会和谐、秩序稳定的民间法理的接纳就是典型的例子。自愿、公平、诚信、公序良俗不仅是习惯法的法理渊源,也是国家法的基础法理之一,因而达致一种立法兼容的情况也是理所当然的结果。

其二,被立法接纳的习惯法要最大化符合普适性原则,也即习惯法不能是“地方性的知识”,而是具有全国性的和普适的知识,不是少数人适用而是绝大部分人在适用的知识。那些只在个别地方流行或在部分民族中传延的习惯法很难被全国性的法律采纳。这并不是说一些少数民族的习惯法就不能被国家法所接纳,少数民族习惯法主要通过变通的形式解决。

其三,能被国家接纳的习惯法须满足文化、经济和社会心理适应的需求现状。习惯法不但是一种社会控制的规范,而且是深层次上的文化,只有符合文化的发展需求,构成一种独特的文明再现且需发扬光大的传统,都可作为法定化形式加以吸收。习惯法的法定化,形式上是把一

种社会性的知识纳入到制度系统之中加以保留,实质层面是一种文化、一种知识的传承和不断被社会所提及、记忆,成为超越于法律、制度、经济和意识形态的无时间性的民族性的传承。

要注意的是,习惯法是民间的、初民化的且为不精致的、缺乏精确性和制度强制的“另类规范”,因而在接纳习惯法时并非一概加以全盘吸收,在立法过程中或多或少地加以修饰、改造、删减等形式性改变或充入新内涵的实质性改变,甚至在立法完毕之后早已变得“面目全非”了。这种情况是通过立法接纳习惯法用得最多的方式。

## (2) 立法上的变通

除接纳之外,国家还可以通过立法(主要是地方性立法)的形式把与本地相关的特殊情况变通处理,尤其是少数民族地区的情形,国家在明文规定的情况下做到与本地情况相结合的方式,使习惯法与国家法的规定兼容。

再如上例,《全国年节及纪念放假办法》第四条规定:少数民族习惯的节日,由各少数民族聚居地区的地方人民政府,按照各该民族习惯,规定放假日期。中国部分少数民族地区根据国家调整节日假期的实际情况,对本民族传统节日假期时间延长。如宁夏回族自治区政府从2010年起的开斋节、古尔邦节一日假期,在原来放假的基础上再增加一天,分别放假两天。这就是通过上位国家法的原则性规定,变通地把本地的习惯法纳入到地方性的立法之中,成为既符合国家法之基本原则又符合少数民族传统的双重合法性机制。再如典型的例子是婚姻习惯法。《婚姻法》第50条规定:民族自治地方的人民代表大会有权结合当地民族婚姻家庭的具体情况,制定变通规定。根据这两条的规定,地方法规考虑本地少数民族婚姻习惯法的不同,实际婚龄偏低的特点,一般把婚龄降低一至两岁。同样的情况还出现在《计划生育法》方面,第18条规定:符合法律、法规规定条件的,可以要求安排生育第二个子女。之所以生育一个子女仅作为“提倡”,是农村地区或少数民族地区的生育习惯法方面并没有生一个子女的传统,不能采取强制的方法解决,还须遵循一定的地方生育习惯。<sup>①</sup>

<sup>①</sup>如《内蒙古自治区计划生育条例》第10条及第12条,新疆维吾尔自治区人口与计划生育条例》第15条,《广西壮族自治区人口与计划生育条例》第14条,《宁夏回族自治区计划生育条例》第8条。

变通的另外一类是既不承认也不禁止习惯法的运作,但要求履行国家法规定的程序才能取得合法性,不履行国家法规定的只能获得社会承认,但得不到国家承认。典型者如摩梭人的走婚制度,虽然国家没有禁止,但要求走婚者在到婚龄时领取结婚证。

习惯法的变通立法的法律依据不仅在法律之中,上位的宪法中已有明确的规定,《宪法》第 4 条关于“维护和发展各民族的平等、团结、互助关系以及有保持或者改革自己的风俗习惯的自由”就是有关变通性立法的主要依据。《宪法》第 115 条也有“根据本地方实际情况贯彻执行国家的法律、政策”也如此。我国《民族区域自治法》第 4、19、20 条等对民族自治地方的法律变通权有明确规定,刑法、民法等部门法中授权民族自治地方变通国家法律的具体规定,《立法法》第 66 条第 2 款等授权民族自治地方对行政法规作出变通的规定,为少数民族习惯法国家法化奠定了合法基础。我国法律中出现的诸如“本地情况”、“地方实际”、“地方传统”、“少数民族习惯”的含义除了真正意义上的传统文化之外,就属于本地的习惯法。由此可知,国家也并非一味固执地坚持官方法律系统的一元性,而是在柔性地考虑多维视角基础上,有差别地对待社会中的习惯法。当然,变通性的立法本质上也是一种接纳。与立法接纳不同的是,变通所适用的空间范围极其有限,“本地”就是对其空间适用的边界,因而变通立法接纳的方式主要在地方性的法规之中,不是全国性适用的法律,而立法接纳习惯法的方式一般主要出现在全国性法律体系之中。

### (3) 立法上的取缔

一些习惯法严重违反社会秩序、反社会主义、侵害公民的正当权益的情形,应通过立法的方式加以取缔。像通过迷信骗财骗色、残害群众身体健康的行为坚决予以取缔。也可以司法或执法的方式加以打击。但立法取缔要比司法(执法)打击较为稳固,更具有合法形式。如上所说,习惯法存在的前提是必须符合国家法的规定,至少不要背离国家法律规定的基本原则,尤其是不要背离社会认可的一般常理和基本常识,

只要违背这两种情况的习惯法,其合法性都会受到质疑,因而有被取缔的可能。

取缔情况之一是习惯法已不适应当代社会的发展,对社会发展有消极影响的情况。比如一些南方山地民族有烧荒耕地的习惯,每耕一地,就烧一地,几年后再换,这种习惯法很容易破坏当地的植被和生态环境。随着环境的恶化,社会已经不容许这种习惯再继续下去了。同样的事情还出现在北方,牲畜数量的增加影响到草原(草地)环境的良性发展,改变牧民几千年来的放牧方式已迫在眉睫。像牧业是宁夏重要的产业,在政府实施禁牧政策之前,约有 400 万只羊放养,却无法解决牲口数量急剧增加导致的环境问题。自 2003 年 5 月宁夏在全国率先完成全境封育禁牧之后,长期累积成的放牧习惯法一夜消失,自此不再适用。全国实行的禁伐、退耕还林也是这种情况的表达。

取缔情况之二是后法优于先法原则,即习惯法从传统社会延伸出来,符合传统文化的格调,但随着时代的变迁,新社会出现的新文化现象已否定了传统文化的某些内容,导致传统习惯法逐渐被后起习惯法、社会观念或国家法律取代的现象。这种情况在家族法内出现较多。传统中国是以“家”为核心的社会,家族法较为发达,在一些家规谱牒中有专门确认家长权、族长权、修谱权、包办婚姻、主祭权、解纷权以及对卑亲属和族人的惩戒权力。严厉而庞杂的家规就相当于缩小版的国法,在传统交通、教育和权利不发达的情况下,家规是维护社会秩序的基础之一。但当代社会家庭成员关系讲究平等自由的价值观,因而家长权(族长权)逐渐缩小,一些传统权力如包办婚姻、惩戒甚至得不到社会和法律的认同,渐渐地被新的规范和社会观念——自由婚、平等、民主、商谈等方式——所取而代之。<sup>①</sup>

取缔情况之三是习惯法背离了社会公众的道德、一般常识和天理。一些原本就错误的东西,由于被权威的有意误导,致使大多数相信如此是正确的和正当的。如一些农村地区以脚踩罗铁和喝香灰水的巫术化的治病习惯,赔命价、溺婴、拐卖妇女、干涉婚姻自由、同态复仇以及村落地区的刑事案件被私了的情形,都应当予以取

<sup>①</sup>如《婚姻法》第三条、第四条规定。

缔。一些家族纠怨造成的累世禁止联姻,农村地区的女儿不能安土重迁、无财产继承权的做法与现代社会不相融合,都违反了国家法律的规定,应严格维护法律尊严和原则性为基本,这其实是维护法治原则的一元化特征。国家法律必须统一,因此不得以本地方特殊情况为借口规避或反对国家法律。具体要求是立法统一和执法统一,如地方执法部门不得以照顾民族关系为借口,用习惯法代替刑法去惩罚违法犯罪之人。这是适用习惯法首先要注意的原则问题。

## 2 通过司法(执法)活动体现出来的习惯法与国家法之关系

习惯法与国家法在实践上的动态关系从司法(执法)角度看两者的相互关联,主要是互不干涉、相互排斥、相互渗透、官方规制等。

### (1) 互不干涉

在各自调整的对象和领域不一致的情况下,司法(执法)不干涉习惯法的运作,习惯法也不阻挡司法(执法)活动。不干涉的前提是习惯法没有阻挡、违背国家法的规定。各自调整属于自己的那一部分领域,分别稳定、促进和发展社会秩序。

习惯法主要调整低位阶的社会活动,国家法主要调整高位阶的社会关系。当代社会国家权力介入到基层社会较以往深透,在现实生活中习惯法对国家法的排斥不多见,各自调整的对象是相互独立的,对于这类情况相互之间没有必要做无所谓的干涉。像一些家族内部关于祭祀祖先的习惯法,丧葬程序中的各种仪式,农村地区在日常生活中出现的禁忌以及调整相邻之间关系的各种规定及其活动,都属于自在调整而无须法律的秩序。如村社中的文庙祭典、庙会、敬拜神化人物等活动,一般都不会受到司法(执法)的干涉。再如苗族、土家族、侗族、纳西族、傣族等山地民族保护水源、禁止乱砍滥伐的习惯法有利于环境保护,因而司法(执法)中也不作干预,甚至在成文的村规民约中可援引作为习俗性裁判的依据。

### (2) 相互排斥

当国家法在基层社会中实践对民众的传统观念和习惯法秩序产生冲击时,可能让他们感到极大的不适应,出现对国家法排斥的现象。内部高度紧密的关系群众更易对外部力量排斥,当司法作出不符合习惯法的判决时,集体性的排斥反应更强烈,有时候“它来自于一种对国家法律审判

不满的集体性情绪的表达,似乎是对正式法律所做出的审判的不理解,毋宁说是来自关系圈内共识的话语立场”<sup>[4]</sup>。当然司法(执法)对不符合国家法之规定的习惯法排除也是理所当然的事情。

排斥可分为消极排斥和积极排斥。消极是避免与对方接触,尤其是避免习惯法与司法发生关系而自我独立地运作,它的本质是习惯法所在场域对国家法的规避,避免与国家法勾连起来,不适用国家法律的规定解决问题,逃避国家法的社会控制,实际是消解国家法的效力和实效。积极的排斥就是明显地与国家法律发生碰撞的关系,通过社会性力量把国家法律排斥在外,其实就是一种对立关系的行动表达。通常的情况是撇开了法律性,而讲求关系、风俗、道德与习惯,它们成了化解问题的主要话语,而不是双方的是非与责任、法律的惩戒与规制,一切公开性和公法性的事件也相应地转变为道德性、私法性与内部性的事项。

### (3) 相互渗透

相互渗透是司法(执法)时与习惯法效力竞合于同一事项的重要表现。习惯法可能渗透到国家法之中,使国家法体系中存在着习惯法的影子;国家法也可能渗透到习惯法之中,使习惯法内容中融合了两种法律类型的因素。梁治平认为,习惯法与国家法之间的“配合”还有更深一层,即二者在长期演进和互动过程中彼此渗透。一方面国家法许多概念与民间习惯有或深或浅的联系。另一方面,民间习惯明显受到国家法的影响。“这些构成习惯法与国家法关系中整合的一面:它们通过分工与合作,形成更大社会范围内一种相对完整的秩序。”<sup>[1130]</sup>

渗透的过程就是不断降低及消解法律效力、影响法律预期、增大法律效果偏差的过程。中国社会重情理、面子和伦理观念,在司法(执法)中会出现这些规则对法律运作的渗透。一方面,司法(执法)对习惯法的消极渗透(被动渗透)主要是通过权威来实现的,尤其是民间个人调解时,官方会通过拉拢的方式参与其中,把习惯法与国家法契合在一起;另一方面,积极渗透(主动渗透)主要是习惯法强力而隐晦地介入到官方系统之中,形成非正式制度(或非正式秩序)隐含在正式场合中,虽然表面上按照正式方式的既定程序运作,但背地里仍然受到这些非正式方式的

作用和影响。典型者如司法中的走后门、收受红包、请吃现象,一些当事人或诉讼参与人通过对司法人员拉关系、请客送礼或找第三者说情都是司法(执法)活动中常见的现象<sup>[5]</sup>。习惯法对司法的渗透越深,则对司法的消极影响越大,消解司法的能力就越强。

#### (4) 司法(执法)的规制

主要是区分习惯法中的公私关系。民事习惯法属于意思自治的行为,不应上升到与司法发生关系的高度,但对于刑事习惯法等公法性质的习惯法则必须由司法(执法)予以规制。民间社会绝不容许有另外一套刑法、治安处罚法的习惯法存在,应强调国家法律的强制性和唯一性,司法工作人员要严格执行国家法律的规定,避免民转刑或刑转民等情况的发生,尤其要注意犯罪事件被隐化在私了或以民事替代的情况出现。与司法形成合作关系的习惯法最好限制在婚姻、民事、民间信仰、商事、日常生活诸事件之中,不能扩大。对于装神弄鬼、大搞迷信活动而淆乱是非关系,破坏社会和谐的活动,应通过司法(执法)加以制止和惩戒。

### 三、结 语

习惯法与国家法在静态意义与动态意义方

面并没有绝对的独立性,二者是可分的,也即单独地讲,习惯法与国家法的关系是静态的或动态的都不全面。尤其是动态意义的关系应以静态意义的关系为前提,没有纸面上的四类关系模型,也就没有动态方面的诸多关系类型。动态性关系是静态性关系的延伸和扩展,是从纯粹的理论关系到现实中的具体关系的转化。如果静态型关系属于理论上的抽象设定,动态型关系毋宁是现实的表达。所有的动态关系都包含着静态关系中共生、互补、对立的关系,后者对前者有包容的关系。理论形态的关系指导实践形态的关系,实践形态上的两者关系是理论形态关系的派生。可见,两者之间是一种关于习惯法与国家法关系在抽象性与现实性视阈、应然性与实然性视阈在两重维度上的辩证总结。

#### 参考文献:

- [1]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
- [2]高其才. 试论农村习惯法与国家制定法的关系[J]. 现代法学, 2008 (3): 12-19
- [3]张文显. 法理学[M]. 北京: 高等教育出版社, 2003
- [4]易军. 关系、规范与纠纷解决[M]. 银川: 宁夏人民出版社, 2009: 306
- [5]高峰. 餐桌上的司法文化[G]//何家宏. 法学家茶座. 济南: 山东人民出版社, 2007: 85

## On the Dialectical Relationship between the Customary Law and National Law

Y I Jun

(School of Law, The North University for Nationalities, Yinchuan 750021, China)

**Abstract** It is manifested that the relationship between customary law and national law is mainly showed from two macro aspects: theoretical form relationships and the form of practice. Theoretical form of the substantive aspects includes a coexistence relationship, mutual compensation relationship, antagonistic relationship and adjustments in their respective fields. Moreover, there are some of connection and difference on the forms relationship between them. The practice patterns include the acceptance, the modifications and ban. In justice (law enforcement), there are mutual non-interference, mutual exclusion and mutual penetration. Customary law moves closer to the national law and national law regulates customary law. Two forms reflect the complexity and dialectical relationship between customary law and national law.

**Key words** customary law; national law; relationship; theoretical form; practice pattern

[责任编辑 郑红翠]