

## 试论地方习俗与国家法律的冲突与整合

尚润泽, 肖 斌

**摘 要:** 风俗习惯作为“拱心石”能够为国家法律增添力量, 推动国家法律在地方的实施, 从而获得更多的实效和效益。法律作为制度层面的产物, 它的存在并不能直接替换或改变作为观念文化存在的地方习俗, 当两者调整同一项社会关系时, 往往会发生冲突与矛盾, 甚至导致法律流于纸面的尴尬境遇。在实践中, 法官也常常遭遇严格适用国家法律便会与当地习俗冲突, 又无法援引习俗作为审理和判决依据的情况, 从而陷入“案结事不结”的尴尬境地。在地方习俗与国家法律的整合中, 应确立合理的价值, 辩证看待地方习俗之优劣; 摒弃以法律同化习俗的思维, 形成二元平行的良性互动模式; 在立法中重视地方风俗习惯的作用; 以地方立法为纽带, 构建风俗习惯与国家法律之间沟通的桥梁。

**关键词:** 区域; 风俗习惯; 国家法律; 本土化资源

**作者简介:** 尚润泽, 南京师范大学法学院硕士研究生; 肖斌, 法学博士, 云南财经大学财政与公共管理学院讲师, 中国社会科学院民族学与人类学研究所博士后流动站研究人员。

**中图分类号:** D920.0 **文献标识码:** A **Doi:** 10. 3969/j. issn. 2095-042X. 2018. 02. 004

党的十一届三中全会以来, 我国的法治建设产生了翻天覆地的变化, 取得了巨大成就。在国家层面上, 党的十五大正式确立了“依法治国”的基本方略; 党的十七大报告指出: 中国特色社会主义法律体系基本形成; 十八届四中全会提出全面推进依法治国, 建设中国特色社会主义法治体系, 建设中国特色社会主义法治国家的总目标。但与此同时, 地方法治建设的形势却不容乐观, 仍然面临不少困难, 甚至举步维艰<sup>[1]</sup>。有学者指出, 中央并非唯一的法治建设主体, 地方和基层可能是更为重要的和主要的法治建设主体<sup>[2]</sup>。法治应当体现的是一种多样性的统一, 然而过去立法界和学界往往受到“国家整体主义法治观”和“大一统”思路的束缚, 认为研究、发展区域法治会对国家法治的统一性造成损害, 因此地方法治问题的研究往往不受重视, 进而极具地方特色的风俗习惯在立法和理论研究中受到了贬抑。当前, 中央和地方都试图以“政府推进”的方式实现法治, 在面对风俗习惯, 特别其与国家法律相冲突的时候往往以干涉或控制的方式进行改造。在司法过程中, 风俗习惯的运用不多, 且多用于调解之中, 极少作为判决的依据, 法官对于风俗习惯的态度也存在较大差异<sup>[3]</sup>。那么, 风俗习惯与国家法律是不是一个“二分化”的问题? 两者之间是不是非此即彼、难以共生的关系? 我们应当以现代的法律替代传统的习俗, 还是用前者改造后者, 还

是其他方式<sup>①</sup>?基于这些问题,我们有必要去探求地方风俗习惯与国家法律之间的整合路径,为国家法律在地方“软着陆”并产生实效提供一定的思路。

## 一、地方习俗对国家法律的作用

有学者指出,任何一个国家的法制建设、法律体系都是共性与个性、普遍性与特殊性的辩证统一<sup>[4]</sup>。虽然基于我国宪法的设定,法治的推进必须保证统一性,但这与重视地区的差异性并不矛盾。那种只重视法治建设的统一性,进而忽视法治建设在不同区域的特殊性和差异性的认识和做法也是不足取的<sup>[5]</sup>。风俗习惯体现了一个区域鲜明的特色,我国历朝历代在制定和实施法律的时候都重视风俗习惯,进而形成了一种法律文化传统。正所谓“十里不同风,百里不同俗”,不同地域的风俗习惯对法律进行着不同的塑造,与此同时,这种差异性也没有随着社会的发展而逐渐淡化,有学者通过实地调查发现,虽然上世纪末以来,国家和社会结构发生了巨大的变化,但民间社会规范依然发挥着明显的作用,而且范围和方式的差距也在继续扩大<sup>[6]</sup>。风俗习惯在古代和近代的法律制定和实施中具有举足轻重的地位,在当代社会的法治推进过程中,地方习俗作为一种自发秩序,对于处理和解决纠纷、帮助国家法律在地方更为有效地实施等方面依然具有重要的意义。

### (一) 地方习俗对历代制定法的影响

我国自古以来就关注地方风俗习惯对立法和司法的效用,风俗习惯作为维系社会生活秩序最朴素的规则,对于国家法律的制定具有引导和补正的作用,正如恩格斯所述,“这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律”<sup>[7]</sup>。有宋一代,《宋刑统》规定:“应典卖,倚当物业,先问房亲,房亲不要,次问四邻,四邻不要,他人并得交易。”<sup>[8]</sup>中国古代社会是以血缘关系和姻亲关系为核心的宗法制作为其运作的纽带,此项法律便是在此背景下对唐中期之后逐渐形成的“先问亲邻”的民间习俗进行了确认。有清一代,国家认为火葬乃是有伤礼法的一种行为,故将丧葬列入法律调整的范围之内,《大清律例》规定:“旗民丧葬,概不许火化。”<sup>[9]</sup>然而地方上对于中央法律的执行也会根据风俗习惯做出变通执行,比如江苏素有火葬之风,民间多发生抗拒中央法律的行为,对此江苏巡抚陈宏谋发布地方性法律文件《风俗条约》,只规定“有子孙之亲者,棺毋许火化”,放宽了火葬的范围,更加适应了江苏的风俗习惯<sup>[10]</sup>。清末修律之时对各地风俗习惯高度重视,宪政编查馆大臣奕劻奏称:“中国疆域广袤,风俗不一,虽国家之政令,初无不同,而社会之情形,或多歧异。现在办法,必各省分任调查之责,庶几民宜土俗,洞悉靡遗。将来考核各种法规,臣馆得有所据依,始免两相抵牾令。”<sup>[11]</sup>为给予诉讼法典的编纂工作提供资料,宪政编查馆成立调查局对地方的诉讼习惯进行了广泛的调查<sup>②</sup>。北洋政府时期放弃了《大清民律草案》,对于

①应当明确的是,本文所指的风俗习惯是与现代文明相一致或不冲突的民间社会传统规则,所谓与国家法律的冲突也限定在与部门法中的具体规则或部分原则之间,风俗习惯中明显与现代文明违背的成分是应当被改造或者剔除的。

②根据江兆涛:《清末诉讼事习惯调查与清末诉讼法典的编纂》,《法律文化》研究(第五辑)2009,以及汪世荣:《中国古代的民事诉讼习惯》,《法律科学》2012年第4期,当时形成的调查报告有《广西调查诉讼习惯报告书》《山东调查局商事民事刑事诉讼习惯报告书》《山东调查局公牍录要》《调查川省诉讼习惯报告书》《广东省调查诉讼事习惯第一次报告书》《甘肃调查局法制科调查各项子目》《调查湖北民事习惯报告》《直隶调查局法制科第一股调查书》《法制科民情风俗习惯地方绅士民商事诉讼习惯报告调查书稿本》等。

民事法律关系的调整选择沿用《大清现行刑律》中的相关规定。在典卖部分,由于法律中并未对“典期”和“找贴”进行明确规定,加之各地风俗习惯不同,实践中出现了较多的问题。对此各省根据当地情况也出台了一些措施,如《奉天省整理田房契税章程》,此后大理院制定了《清理不动产典当办法》,对典卖中的问题进行了明确规定<sup>[12]</sup>。与此同时,北洋政府继续组织有关各地民、商事习惯的调查和登记,其内容涉及总则、物权、亲属继承、债权四大类,调查范围涉及19个省<sup>[13]</sup>。时至南京国民政府时期,在制定民法典时亦成立了详细调研各地民事习惯的专门机关,根据刘素峰的研究,《中华民国民法》中有关利息、保证、相邻关系、永佃权、典权、先买权、婚约等都体现了风俗习惯对其的影响<sup>[14]</sup>。由此可见,风俗习惯作为我国传统文化的一部分,在我国古代和近代制定与实施法律的过程中都发挥着举足轻重的作用。

## (二) 统一协调: 习俗与法律的共治

波普尔曾说道,“我们不能提出普遍规律,不能用普通名词来描述这种因果联系。因为它可能是独一无二的社会现象,而我们所发现的特殊力量则能对这种现象作出正确的解释”<sup>[15]</sup>。虽然他的观点对事物的普遍性的看法有失偏颇,但也恰恰说明了法治推进过程中地区特殊性应当被予以重视。正如亚里士多德所言,“法律始终是一种一般性的陈述,但也存在着为一般性的陈述所不能包括的情形”<sup>[16]</sup>。区域独有的属性造就了各个区域具有不同特点的事实,法治当然也不例外,每个区域的法治发展都呈现出不同的特点,国内近年来兴起的区域以及区域法治的研究,正是对当前由于地域差异导致的法治建设不统一现状的回应。有学者指出,各具特色、程度不同的区域法治发展的不平衡性构成了当代中国法治发展进程的区域性的表现形态<sup>[17]</sup>,而区域法治发展正好符合了我国法治道路的渐进性发展规律,体现了事物循序渐进的发展方向<sup>[18]</sup>。国家法律与风俗习惯作为约束人们日常生活的规范是互补的关系,在维护社会运行秩序的过程中,两者发挥着不可替代的作用,在法社会学家和法人类学家的眼中,一个社会的法律制度不是单一的,而应当是体现一种“多元性”。孟德斯鸠曾言,“人类受多种事务的支配,就是:气候、宗教、法律、施政的准则、先例、风俗、习惯”<sup>[19]364</sup>。埃里希将法分为两个部分:一是国家在制度层面制定和实施的“国家法”;二是“活法”,也即“人类联合的社会秩序”本身。他指出:“不论是现在还是其他任何时候,法律发展的重心不在立法、法学,也不在司法判决,而在社会本身。”<sup>[20]</sup>风俗习惯经过历史的长期积淀并延续,形成了普通大众对自然和社会的认识评判,进而影响公民的行为判断,其扎根于民众的思想中,规范和指导着人们的行为,在某种程度上,风俗习惯比国家法律的作用更明显,更被民众所依赖。正如卢梭所说,“法律既不是铭刻在大理石上,也不是铭刻在铜表上,而是铭刻在公民的心里。”他认为法律依赖着“拱心石”一般的风俗、道德和信仰<sup>[21]</sup>。风俗习惯作为“拱心石”能够为法律增添力量,推动法律在地方的实施,有助于法律获得更多的实效和效益。托马斯·阿奎那就认为,“习惯具有法律的力量,它可以取消法律,也可以作为法律的解释者”<sup>[22]</sup>。毕竟,风俗习惯的形成不是盲目的、非理性的,而是产生于人类的理性与意志活动中的,是社会成员的普遍认同,约定俗成的结果,能够达到定分止争的效果。法律作为共同意志的体现,背后拥有国家力量对其进行保障,能够引领一个时代价值观念的转变,并对社会物质层面进行重塑,从而带动作为自发秩序的风俗习惯的转变。但也必须注意到,这种转变并不是必然的,质言之,制度文化的变迁并不一定带来观念文化的变迁,即便是有,也是以一

种“潜移默化”的方式进行的,而非使用国家强制力进行“疾风骤雨”般的改造就可以达到目的的。

### (三) 历史惯性:“乡土中国”语境下习俗的力量

文化人类学家吉尔兹从田野调查中得出地方性知识的论断<sup>①</sup>,我国幅员辽阔,东中西部经济社会文化差异较大,在此基础之上的法治发展的土壤也各不相同,因此国家层面的法律不可能对不同区域的需求做出完美的涵盖和输出,即便是符合地方法治需求的国家法,在输入地方的时候也有可能面临“水土不服”无法真正落实的尴尬局面。流行于西方传统法律理论中的“镜像命题”认为,法律就像一面镜子一样反映着社会中的习俗和道德,但事实上这个命题是无法和当下中国的社会现实相契合的。不可否认的是,中国与大多数“后发型”现代化国家一样,在法治化过程中充斥着法律移植,其中不仅包括具体的法律规定,也包括相关的理论及价值观念,然而简单移植过来的法律往往不能反映一个社会的习俗与道德,“镜子”的内外并不是亦步亦趋的。中国社会是乡土性的<sup>[23]</sup>,在此基础上,风俗习惯在中国社会的作用便将更为巨大。中国在改革开放之后现代化的进程迅速推进,经历了从“熟人社会”到“陌生人社会”的转变过程,一定程度上打破了原有的社会组成结构,但“差序格局”的现象及维系这种格局的文化环境并未消失,尤其在广大的农村地区,人与人之间的关系大部分时候并不是用法律在维系。有趣的是,这并没有导致地区陷入混乱无序的状态,此时我们必须承认有某种力量在发挥着作用,费孝通认为这是因为“礼治”的作用,这里的“礼”便是包含了风俗习惯的地方文化传统。事实上,每个社会都根植于特定的历史文化传统中。地方习俗作为“文化小传统”是一种存在于社会生活过程之中的并且在很大程度上决定着现行国家法的调整功能实效的社会规范集合体<sup>[24]</sup>。怀特认为,每个人都降生于先他而存在的文化环境里,这一文化从他出生起就一直伴随他成长并成为他的信仰<sup>[25]</sup>。风俗习惯作为当地民众的信仰,因其内在的情理特性,有助于保障地方的秩序的安定与和谐,而且其不论经历多么大的社会巨变,都能够保持原有的面貌,具有强大的稳定性。观之改革开放以来中央和地方掀起的一次次的立法和执法的浪潮,其并未收获人们法治观念的明显转变,这与立法者对于“法律出自国家”的路径依赖以及对习俗自身带有的巨大历史惯性的忽视,进而导致很多制定颁布的法律与地方习俗没有较好地融合有很大关系。因此,在中国特色的法治建设过程中,必须重视地方习俗这一能够在中国社会中起作用的本土化资源,而不是简单复制西方的法律制度和标准<sup>[26]</sup><sup>21</sup>。

## 二、地方习俗与国家法律的冲突:典型案例分析

国家法律具有固定性、抽象性和滞后性的特征,而风俗习惯则有灵活性、区域性和具体性的属性,两者作为社会中不同形式的规则,在调节社会运行的过程中本是相互依存、相互补充的关

<sup>①</sup> 吉尔兹认为法的普适性始终存在偏差的,法律是建立在特定的语境之下的一种本土化资源,具有时代性和地方性。参见蔡宝刚:《法律是从“土地”中长出来的规则——区域法治发展的文化解码》,《法制与社会发展》2014年第4期。

系,但是法律作为制度层面的产物,它的存在并不能直接替换或改变作为观念文化存在的地方习俗。正因为如此,当两者调整同一项社会关系时,往往便会发生冲突与矛盾,集中体现在民事活动中的婚姻、财产继承、房屋买卖、物权处分等方面。

#### (一) 进退失据的法律:“早婚”情境下彩礼返还的矛盾

我国至今依然较为普遍地存在着“早婚”的现象<sup>①</sup>,2010年全国男性早婚率仍然高达16.60%、女性早婚率为10.85%,且主要集中于村镇中<sup>[27]</sup>。这种情况下男女双方一般未申领结婚证,虽然按照《婚姻法》的规定,两人的婚姻没有法律效力,但在有“早婚”习俗的地区,两人的婚姻依然被当地民众视为有效,在这种情境中,两人的“离婚”常常会面临彩礼返还和财产分割的问题。根据《婚姻法解释(二)》第10条第1款第1项的规定:“未办理结婚登记手续的,彩礼应予返还。”若依法律规定,彩礼很有可能要返还给男方,此时若严格适用法律便会造成女方的不满及当地民众的诟病,江苏北部地区更有“男方悔亲不返还彩礼,女方悔亲全部返还”的风俗,在男方悔婚的情况下适用《婚姻法解释(二)》关于返还彩礼的规定势必会造成更大的矛盾和冲突。正是因为这些问题,最高人民法院办公厅于2011年下达了《全国民事审判工作会议纪要》(下称《纪要》),明确第10条第1款第1项并非针对双方已共同生活的情形;如果未婚男女双方确已共同生活但最终未能办理结婚登记手续,给付彩礼方请求返还彩礼,人民法院可以根据双方共同生活的时间、彩礼数额并结合当地风俗习惯等因素,确定是否返还及具体返还的数额。《纪要》表明了国家对于风俗习惯的关注,各级、各地人民法院在审判工作中需要遵照《纪要》,为化解纠纷与矛盾的工作中考虑各地具体的习俗提供了依据。但是,《纪要》中涉及彩礼返还的部分,风俗习惯只是作为参考因素之一,并未赋予其主导地位;其次,若女方过错导致“婚姻”破裂,依据《纪要》进行判决则一部分彩礼可能就不会返还,这便与一些地区“女方悔婚全部返还彩礼”的风俗相违背;与此同时,最高法以《纪要》的方式颁布处理办法,实际上没有从法律抑或是司法解释的层面对彩礼返还中的习俗予以确认,仅仅起到司法系统内部的工作指导作用,在规范化、制度化上存在缺失,并没有较好地解决地方习俗与国家法律冲突的问题。

#### (二) 不同的判决:死亡赔偿金中理与法的抉择

1994年新《婚姻管理条例》的实施,彻底否定了在婚姻领域地方习俗的合法性,在此之后产生的“事实婚姻”便不具有法律上的效力,仅依据当地的习俗举行仪式但不领取结婚证的婚姻很容易在遗产继承中产生风俗习惯和国家法律的冲突的问题。苏州市相城区人民法院曾处理过一个案件,汪某与张某自1997年同居,2013年张某因车祸经医治无效死亡,汪某作为原告之一诉讼请求法院要求被告王某及保险公司支付赔偿金,在庭审中查明汪某与涉案受害人张某未申领结婚证,汪某以张某的妻子的名义与其一直共同生活的事实毋庸置疑,根据习俗汪某应当获得赔偿金,但法院却认为,依据《婚姻法》和《继承法》的规定,两人虽共同生活十余年,但仅仅属于同居关系,原告不属于张某的法定继承人,故驳回了其诉求<sup>②</sup>。无独有偶,贵州省三穗县也有一个案件,原告周某起诉儿媳陆某,要求归还其子杨某的死亡赔偿金20万,经查明被告陆某与杨

①此处的早婚理解为违反《婚姻法》第6条规定:“结婚年龄,男不得早于22周岁,女不得早于20周岁。”

②参见苏州市相城区人民法院(2013)相民初字第1958号判决书。

某于2004年依据当地风俗举行过结婚仪式,后一直未领取结婚证,在杨某因公死亡之后,陆某私下与用人单位达成和解协议领取了赔偿金,而周某却认为陆某与其子不是合法夫妻,无权享有赔偿金。法院认为根据《婚姻法》司法解释(一)第5条、第6条的规定,双方属同居关系,不受法律保护,陆某不能取得杨某的配偶身份,不是杨某的法定继承人,无权享有作为杨某近亲属的各项法定权利,也没有认可陆某所称双方依据风俗习惯已然属于夫妻并享有权利的抗辩,判决支持了原告周某的诉请,陆某虽进行了上诉,但二审法院依然作出维持原判的决定<sup>①</sup>。前述两个案件的法官都没有支持未领结婚证的一方拥有遗产继承权,实际上这也与大多数法院的判决相一致。但宁夏海原县法院却作出了一份“与众不同”的判决,在该案中,武某与宋某甲于2012年依据当地风俗举行仪式共同生活,后生下一女宋某乙,2015年宋某甲因车祸死亡获赔偿金100万元,由于分配中发生纠纷,武某将公婆宋某丙、苏某诉至法院要求其返还自己应得的款项。两被告辩称原告与其子宋某甲未领取结婚证,不具有分割赔偿金的主体资格,但法院认为原告虽不具有法律意义上妻子的名分,实际生活中却以宋某甲妻子的身份共同生活、料理家事,理应分得赔偿金,故支持了原告的诉请。该法院的判决事实上支持了基于风俗习惯的“婚姻”一方获得遗产的权利<sup>②</sup>。可见,同样是依据风俗习惯未领取结婚证共同生活,面对相同的问题,不同地区的法院在处理上却采取了大相径庭的做法。

### (三) 难以把握的原则:“凶宅”买卖合同的有效性难题

房产买卖中,因“凶宅”产生的诉讼亦是法律面对风俗时出现的典型困境,西方法谚曾道“凡法律必有漏洞”,我国民法中未对“凶宅”忌讳做出规定,实务中多运用民法中的“公序良俗”等原则弥补法律规则的缺失。公共秩序是对国家社会的一般利益而言,善良风俗是对社会的一般道德而言<sup>[28]</sup>,但学界对于道德标准的认识却是多种多样<sup>③</sup>,司法实务中是否将“凶宅”忌讳纳入善良风俗中更是取决于法官的自由裁量,如上海市普陀区人民法院曾遇到过一起“凶宅”案,法院经过审理后认为,在系争房屋中曾发生的一氧化碳中毒死亡属于意外事件,不同于“凶宅”风俗,案件不属于“公序良俗”的范畴,据此驳回了原告的诉讼请求<sup>④</sup>。同样是因为一氧化碳中毒,原告请求撤销房屋买卖合同,北京市朝阳区人民法院却基于习俗的角度认为该房屋影响到了购房者的心理感受,合同的签订与当事人真实意思表示不符,进而支持了原告的诉讼请求<sup>⑤</sup>。可见,人民法院对于“公序良俗”的判定未有统一,若当事人的主张不被法院认定为符合“公序良俗”,其诉讼请求很难得到支持。

①参见贵州省三穗县人民法院(2014)穗民初字第590号判决书,以及贵州省黔东南自治州中级人民法院(2015)黔东南终字第1188号判决书。

②参见宁夏回族自治区海原县人民法院(2016)宁0522海民688号判决书。

③梅迪库斯主张善良风俗是对于所有人均应遵守的“最低限度的法律伦理”;王泽鉴则主张善良风俗系指法律之外的伦理秩序;史尚宽认为善良风俗系指社会存在与发展所必要的一般道德,非现今社会风俗,而是所谓的道德律,即道德的人民意识;胡长清认为善良风俗系指国民的一般道德观念,所谓国民的一般道德观念,并非道德理想,也非个人道德价值观或者阶级道德价值观,而是人们日常生活实践的道德律。参见杨德群,欧福永:《“公序良俗”概念解析》,《求索》2013年第11期。

④参见上海市普陀区人民法院(2013)普民四(民)初字第603号判决书。

⑤参见北京市朝阳区人民法院(2014)朝民初字第28410号判决书。

除此之外,部分农村地区“房屋不得高于自家”与物权自由处分的冲突、土葬习俗与《殡葬管理条例》的冲突等等都是现实存在的问题。我国法律目前还不承认习俗作为正式的法律渊源,在制定法中也较少体现地方习俗,民事纠纷中时常使用的“公序良俗”原则,并不能完全包含地方习俗,而且在适用中是否将某个习俗认定为“善良风俗”没有较为明确的标准,基本取决于法官的自由裁量,这往往会导致相同的事实却得出不同的判决。在实践中法官也常常遭遇严格适用国家法律便会与当地习俗冲突,又无法援引习俗作为审理和判决依据的情况,从而陷入“案结事不结”的尴尬境地。

### 三、地方习俗与国家法律的整合路径

面对社会生活中习俗与国家法律的种种冲突与矛盾,单纯以国家的强制力进行干预似乎并非一条合理、可行的办法,立法者不可能是全知的,而法律亦不是全能的,有时甚至不比习俗更为高明,当其难以符合当事人的需求时,僵化、不符合具体实际的法律更会生发出新的问题。基于此,采取合理的方法去消解这其中的问题,既是促进社会安定团结、和谐有序的客观需要,也是推进依法治国总目标得以实现的必经之路,毕竟法律的生命在于实施,法律不能止于制定,而是要以其实效为存在价值和最终目标。

#### (一) 确立合理的价值,辩证看待地方习俗之优劣

风俗习惯的稳定性决定了任何一个地区的习俗作为历史文化的产物都会存在一部分与现代社会发展不相符合的部分,习俗作为历史经验的产物也必然具有局限性,密尔曾说过,“对于习俗,要作有头脑的遵循,或者甚至偶作有头脑的分歧,这也比盲目的和单纯机械般的附从较好一些”<sup>[29]</sup>。如宗族色彩浓重的“家法”其本质上是一种“私刑”的体现,它产生于个体权利意识和国家司法控制力较弱的时代,一定程度上维护了当时社会秩序,但其封闭、专制、随意、残酷的局限性已然与现代文明相悖。为了利用习俗这一本土化资源,使其更好地与社会主义法治相配合,对它进行“扬弃”便是势在必行的过程。但是我们必须认识到习俗不是法律具有严密的科学性、逻辑性和普适性。同时,它自生自发于一定的社会土壤之上,在当地民众的心理中一脉相承,具有很强的区域性、完整性和意识“惯性”。正因为如此,很难找出一项或几项固定的标准对习俗进行剥离和界定,区分出某个习俗的良恶,而且内容相同的习俗在不同地区、不同情况中的合理性也存在差异,如果强行制定某项标准的话,势必会导致执行上的机械化,进而与正确的价值相背离,起到适得其反的作用。这便要求立法和司法机关必须要秉持辩证的思维,具体看待不同区域、不同现实状况之下的风俗习惯,切忌“一刀切”式的处理方法,否则会给地方习俗和国家法律的关系带来更多的问題。

#### (二) 摒弃以法律同化习俗的思维,形成二元平行的良性互动模式

认可“法律一元论”主张的人往往认为,强化立法、司法、执法工作,大力推进普法教育,让公民知法、懂法,赋予他们法治思维,这似乎是一条通往化解法律与习俗冲突和矛盾的康庄大道,但仔细推敲便可发现,这种路径的前提是要承认国家法律的全知与全能,但实际上并不如此,中国的普通民众大量选择风俗习惯而规避法律的“私了”案件便是对“法律一元论”巨大的

讽刺。诚如昂格尔所言,“习惯由过去支配着它现在控制着它的人们所规定,因而可以用来捍卫特定社会内已经建立的价值和信念的工具;也可以作为致力于发现社会生活中一种普遍的、既定的秩序的斗争所采取的原始手段”<sup>[30]</sup>。风俗习惯作为一种潜在的“活法”,内化于社会生活中,其本身就是与国家制定法共同发挥的作用的一种规则,它正是为了社会主体定分止争需求而出现的,当纠纷出现,选择法律还是习俗取决于人们认为何种规则更有利于纠纷的彻底解决,假若将所有的纠纷都寄希望于通过法律来断定是非曲直,那么离“积案如山”的境地也就不远了。我国目前普遍采取“政府推进”的方式对社会传统秩序进行强制改造<sup>[31]</sup>,背离了法治的基本价值和规律,实际上也得到了频遇阻力,收效甚微的苦果。孟德斯鸠就不赞同这种行为,“各族人民对于自己原有的习惯总是恋恋不舍的,用暴力取消这些习惯,对他们悲惨的。要改变这些风俗和习惯就不应当用法律去改变,用法律改变的话,便将显得过于横暴”<sup>[19]371-372</sup>。法律与习俗应当是互动协作的,而不是用谁去改变谁的关系,推进公民法治思维的树立,并不意味着要必须抛弃或者改变习俗。试问当旧的习俗被扫除,又如何保证法律存在与此相对应的社会关系的规则;假如没有的话,那么又如何填补此时的权威和规则的真空。所以,在面对风俗习惯与国家法律的关系时应当秉持一个平等的价值观念,承认地方习俗的特定性和不可替代性,进而让两者在二元平行的结构中共同维系社会关系的和谐与稳定。

### (三) 在立法中重视地方风俗习惯的作用

地方习俗作为区域内的本土资源,最能够被生活于这片土地的民众所接受和执行,国家法律作为一种外来的规则,势必在不同程度上被地方亚文化所消解,其宏观性、普适性的本质也决定了它不能够完全与各地的事务相契合。霍姆斯曾言:“任何特定的时代,法律的内容就其本身而论,都完全可能与时人所以为便利的东西严丝合缝;但是它的形式和机理,以及它能在多大程度上能够导致我们所希望获得的效果,则极大的依赖于过去。”<sup>[32]</sup>在他看来这个“过去”便是存在于每个地区中的传统。地方习俗作为构成传统的核心元素,其对现代法律的制定与运行的深刻作用也便不言自明。然而有学者通过统计数据发现,与法律相比,在当代中国习俗并未受到当政者和理论界足够的重视,在制定法中依然受到了贬抑<sup>[33]</sup>。我们应当意识到,国家法律与地方习俗在维系社会秩序的过程中并不是非此即彼、此消彼长的关系,提高地方习俗在立法和司法中的地位,并不必然导致国家法律的式微。综观各个国家的法律,尤其是西方发达国家,习俗始终作为国家法律的渊源之一,法官在处理案件时也能够直接适用习俗进行裁量,这便有效地弥合了国家法律固有的缺陷问题。胡旭晟先生曾感叹:“20世纪上半叶中国法制建设(尤其是立法)对于本国习惯之重视,的确远非下半叶可比。”他认为,20世纪中叶以后,中国大陆立法中对本土习惯的忽视是造成法律与社会脱节,进而流于纸面之上困境的重要原因<sup>[34]</sup>。“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。”<sup>[35]</sup>伯尔曼道出了现代法治所必须遵循的价值路径,法律也应当利用习俗被区域内的社会主体所信仰优势。西方有学者对“镜像命题”进行反思后,提出了土生土长的法律与移植来的法律相比,前者对习俗和道德的“反映程度”更高的假设,且这种“反映程度”越高,越有利于立法目的的实现,在“反映程度”较高的地方人们甚至会在没有法律强制的情况下,主动做出与法律相一致的行为<sup>[36]</sup>。因此,在立法过程中给予习俗更大的空间和更高的地位,这既是千百年来形成的文化传统的要求,亦是国家法律与地方习俗的特性所决定的,更是推动法律取得



良好效益的客观需要。

#### (四) 以地方立法为纽带, 构建风俗习惯与国家法律之间沟通的桥梁

地方法产生于区域内生产生活的实践需求, 其介于国家法律与地方习俗之间, 具有抽象与具体相结合以及中观性的特征, 拥有调节国家法律与地方习俗关系的现实性基础。庞德认为, “传统习惯的正当用途在于使法典贴近中国人民的生活……现代法律制度不只是由权威的法律规定和权威的法律技术组成的, 也是由人民所接受的权威理念所组成的”<sup>[37]</sup>。地方立法中更多地考虑习俗, 可以增加地方法的合理性和可实施性, 正如苏力教授所说的一样, “真正能得到有效贯彻执行的法律, 恰恰是那些与同行习惯、惯例相一致或相近似的规定”<sup>[26]36</sup>。地方立法相较中央立法而言也更便于接受地方习俗, 而且吸收了习俗的地方方法可以突出地方特色, 也能够回应现阶段社会对于法治多元化的需求, 更能对完善社会主义法律体系产生正向的作用。我国《立法法》虽规定了地方主体的立法权限, 但能够根据地区具体情况对宪法、法律作出变通规定的仅限于民族自治地区, 其它地方的立法权并不能拥有如此广泛和特殊的权限, 而且我国对于民族自治地区的划分也主要以民族性为依据, 未考虑非少数民族但又独具地方特色的区域<sup>①</sup>, 地方立法权的局限性直接影响了国家法律与区域内特有习俗的互动与交融。除此之外, 单一制的国家体制下, 立法体系也存在中央集权的特征, 有学者研究发现, 中央立法权无限制, 多部门多机构对几乎任何事项都可进行立法, 地方立法只能在中央立法的范围内操作, 极大地限制了地方立法的独立性和自治性<sup>[38]</sup>。与此同时, 地方立法也存在大面积照搬照抄中央立法的现象, 极少突出地方的特色, 更多时候是对中央立法进行“改头换面”并冠之以地方法的名称而已。我们应当认识到, 设立地方立法权的目的之一就是为了解决中央立法过于笼统、缺乏差异性的不足, 然而, 当下的地方立法很多时候并没有达到这个目的, 自然也很难发挥出地方立法真正的效用。基于此, 在上位法未作出规定或规定不具体时, 进一步给地方下放立法权, 扩大地方立法的范围, 在此基础之上的地方立法通过提高公众参与度和广泛的社会调查等方式, 将区域内的差异性尤其是地方风俗习惯充分考虑到立法之中, 借此改善地方习俗与国家法律冲突的桎梏。

## 四、结语

风俗习惯往往被认为缺乏制度性和规则性, 不利于规范社会群体的行为, 在法律移植之风盛行的今天, 作为本土化资源的地方习俗难免被人们所轻视, 甚至被看作阻碍法治建设“顽疾”, 以现代法治消灭或替代地方风俗习惯的声音更是不绝于耳。近年来, 地方习俗虽然被承认有利于社会关系的调整, 但普遍存在的“法律一元论”观念依旧让它被人们下意识的认为低于法律, 仅仅处于被动和辅助的地位。风俗习惯无论从理论上还是实践上都没有理由必然低法律一等, 仅仅因为“新”或“旧”还是国家制定与否判定两者的高低优劣难免过于机械且是不理性的。本文认为: 首先, 风俗习惯产生于一个区域内长期的生产生活实践, 作为一种本土化资源, 它为区域内

<sup>①</sup>如中国粤北及闽南地区的客家聚居区, 客家人虽不属于少数民族, 但其文化传统、风俗习惯等却与汉族有着显著的差异。

的社会成员普遍认可,对于社会秩序的维系具有难以替代的作用,在特定的领域承担着不可替代的作用,而且它不是建构性的,不会因强制而轻易消灭,进而言之,即使习俗能够被消灭,但同时新的习俗也会随之萌发,继续对社会生活产生影响;其次,无论从理论上还是实践上都证明了风俗习惯能够为国家法律在地方的实施发挥重要的功能;最后,风俗习惯作为一种“自发秩序”对社会生活有其特定的调整范围和调整方式,在某些方面甚至比法律更为高明,因而风俗习惯与国家法律之间的关系应当是二元平行的运行结构,不应当是谁替代谁或是谁改造谁的关系。因此,应当正视风俗习惯的作用,将其与国家法律一起作为维护社会和谐稳定不可或缺的重要组成部分,从而更好地推动法治建设的进程。文章至此,以苏力教授对风俗习惯的“命运”做出过的精彩论述作为本文的结尾再合适不过了,“只要人类生生不息,只要各种其他的社会条件还会(并且肯定会)变化,就会不断产生新的习惯,将不断且永远作为国家(只要还存在)制定法以及其他政令运作的一个永远无法挣脱的背景性制约,影响制定法的实践效果”<sup>[39]</sup>。

#### 参考文献:

- [1] 黄文艺. 认真对待地方法治 [J]. 法学研究, 2012 (6): 19-23.
- [2] 付子堂, 张善根. 地方法治建设及其评估机制探析 [J]. 中国社会科学, 2014 (11): 123-143.
- [3] 睦鸿明, 孔金燕, 陈洁, 等. 江苏民俗习惯司法运用的调研报告 [M] // 李力, 龚廷泰, 严海良. 江苏法治发展报告NO.1 (2012). 北京: 社会科学文献出版社, 2012: 364-392.
- [4] 文正邦. 应开展区域法治研究——以西部开发法治研究为视角 [J]. 法学, 2005 (12): 83-90.
- [5] 孟庆瑜, 赵玮玮. 论西部开发中的区域法治建设 [J]. 甘肃政法学院学报, 2001 (1): 89-93.
- [6] 范愉. 民间社会规范在基层司法中的应用 [J]. 山东大学学报 (哲学社会科学版), 2008 (1): 13-22.
- [7] 马克思恩格斯选集: 第2卷 [M]. 1版. 北京: 人民出版社, 1972: 538.
- [8] 窦仪. 宋刑统: 卷13 [M]. 吴翊如, 校. 北京: 中华书局, 1984: 207.
- [9] 马建石, 杨育棠. 大清律例通考校注 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1992: 569.
- [10] 刘冰雪. 清代丧葬法律与习俗 [D]. 北京: 中国政法大学, 2009.
- [11] 故宫博物院明清档案部. 清末筹备立宪档案史料: 上册 [M]. 北京: 中华书局, 1979: 51.
- [12] 李卫东. 民初民法中的民事习惯与习惯法 [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2005: 205-210.
- [13] 张晋藩, 朱勇. 中国法制通史: 第9卷 [M]. 北京: 法律出版社, 1999: 513.
- [14] 刘素峰. 《中华民国民法》中的习惯研究 (1927—1949) [D]. 北京: 中共中央党校, 2010.
- [15] 卡尔·波普尔. 历史决定论的贫困 [M]. 杜汝楫, 邱仁宗, 译. 上海: 上海人民出版社, 2009: 13.
- [16] 博登海默. 法理学——法哲学及其方法 [M]. 邓正来, 姬敬武, 译. 北京: 华夏出版社, 1987: 11.
- [17] 公丕祥. 法治中国进程中的区域法治发展 [J]. 法学, 2015 (1): 3-11.
- [18] 夏锦文. 区域法治发展的基础理论研究构架 [J]. 法制现代化研究, 2013: 43-64.
- [19] 孟德斯鸠. 论法的精神: 上册 [M]. 张雁深, 译. 1版. 北京: 商务印书馆, 1976.
- [20] 尤根·埃里希. 法律社会学基本原理: 二 [M]. 叶名怡, 袁震, 译. 北京: 九州出版社, 2007: 3.
- [21] 卢梭. 社会契约论 [M]. 何兆武, 译. 北京: 商务印书馆, 1980: 73-74.
- [22] 托马斯·阿奎那. 阿奎那政治著作选 [M]. 马清槐, 译. 北京: 商务印书馆, 1982: 126.
- [23] 费孝通. 乡土中国 [M]. 北京: 三联书店, 1985: 1.
- [24] 公丕祥. 区域法治发展与文化传统 [J]. 法律科学, 2014, 32 (5): 3-13.
- [25] 莱斯利·怀特. 文化的科学——人类与文明研究 [M]. 沈原, 黄克克, 黄玲伊, 译. 济南: 山东人民出版社, 1988: 162.

- [26] 苏力. 法治及其本土资源 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.
- [27] 杨晶, 梁海艳. 中国 30 年早婚变化分析——基于“六普”数据 [J]. 南方人口, 2016, 31 (3): 57-68.
- [28] 公丕祥. 民俗习惯司法运用的理论与实践 [M]. 北京: 法律出版社, 2011: 4.
- [29] 约翰·密尔. 论自由 [M]. 许宝騄, 译. 北京: 商务印书馆, 2015: 70.
- [30] 昂格尔. 现代社会中的法律 [M]. 吴汉章, 周汉华, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994: 233.
- [31] 于语和, 于浩龙. 试论民间习惯在民间纠纷调解中的作用——以河北省某村的实地调查为个案 [J]. 法学家, 2005 (3): 55-62.
- [32] 小奥利弗·温德尔·霍姆斯. 普通法 [M]. 冉昊, 姚中秋, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2006: 1.
- [33] 苏力. 道路通向城市: 转型中国的法治 [M]. 北京: 法律出版社, 2004.
- [34] 胡旭晟. 20 世纪前期中国之民商事习惯调查及其意义 [J]. 湘潭大学学报(哲学社会科学版), 1999, 23 (2): 3-10.
- [35] 伯尔曼. 法律与宗教 [M]. 梁治平, 译. 北京: 三联书店, 1991: 28.
- [36] 郑海平. 法律与社会的关系: 一个一般性的研究框架——塔玛纳哈《法律与社会的一般法理学》述评 [J]. 人大法律评论, 2012 (2): 307-330.
- [37] 庞德. 以中国法为基础的比较法和历史 [M] // 王健. 西法东渐——外国人与中国法的近代变革. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 85.
- [38] 吴东镐. 我国中央与地方关系的法治化议题 [J]. 当代法学, 2015, 29 (4): 13-21.
- [39] 苏力. 送法下乡 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2011: 190-191.

## Conflicts and Integration between Local Customs and National Laws

Shang Runze, Xiao Bin

**Abstract:** Customs, as the “keystone”, can make national laws more powerful and promote the implementation of national laws in local areas, thus bringing more practical effects and benefits. Law is the product of institution. Its existence cannot directly replace or change the local customs which are seen as a conceptual culture. When the two coordinate the same social relationship, they often conflict and contradict with each other, which even causes the law to become a mere formality. In practice, a judge always encounters an embarrassing situation that he must strictly base his judgment on national laws which are in conflict with the local customs rather than resort to customs as the trial and judgment basis. Thus, the closing of the case does not mean the ending of the problem. In the integration of local customs and national laws, reasonable values should be formed to dialectically view the pros and cons of local customs; a virtuous interactive model of dualistic parallel should be established and the mentality of using laws to assimilate customs should be abandoned; the role of local customs in legislation should be given full play to; and local legislation should be taken as the ligament to build a bridge of communication between customs and national laws.

**Key words:** region; customs; national laws; indigenous resources

(收稿日期: 2017-03-10; 责任编辑: 晏小敏)