

贺卫方:立法与风俗 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E8\\_B4\\_BA\\_E5\\_8D\\_AB\\_E6\\_96\\_B9\\_\\_c122\\_485247.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_B4_BA_E5_8D_AB_E6_96_B9__c122_485247.htm) 在习惯法日渐式微的现代社会，操立法权柄的人们很容易把法律的制定及其实施看作是十分人工化的过程。不是么，当认为某种社会关系、某个生活领域需要进行更为强有力的管理的时候，他们很自然便会想到制定体现管理意图的一些法律条文。法律颁布后，自然会有法院、检察院以及警察系统凭借强力加以实施。因此，社会关系便会有条不紊，社会秩序便能井然有序；令行而禁止，言出即法随，治国之道，立法而已，又何难之有？这种观念流行的结果，便是当今立法在数量上的急剧膨胀和在范围上的无微不至。古人所谓“宪令著于官府”，近儒所谓“庞然大兽”（LEVIATHAN）者，到了今天已经达到极至。一方面，立法越来越成为单纯的国家行为，非国家的组织、团体不得染指法律的制定，“大字的法律”成为强势“话语”“小字的法律”愈发削弱。另一方面，法律的民俗基础被极度忽视，甚至以立法改造乃至摧毁民俗的情况也时有发生，一通行数百年乃至上千年的民俗可以在不加严肃论证和立法辩论的前提下用一纸法令加以禁止。这是颇堪忧虑的事情。也许有人会反问：难道陈规陋俗成了老虎屁股摸不得了么？难道一些习惯、风俗只是因为它们历史悠久变具有了在当代社会继续存在的合法性了么？这样的反问自然也不无道理。但问题在于由什么人根据怎样的标准通过什么样的程序来宣布一种风俗为“陈规陋俗”？风俗之所以成为风俗，在于它具有存在的价值和民情基础。当然，风俗不是民族工

商业，它们本身并不能产生直接的经济价值；但是，我们却可以利用经济分析的方法，分析保留或废止一项风俗在经济学上的轻重得失。为了保存一种风俗，社会肯定要付出一定数量的成本，但贸然地废止它，社会或许要为着不断地维持有关法令的效力而付出更大的代价。除了直接成本以外，我们还必须考虑废止风俗所可能导致的民众心理问题，而心理上的成本却是难以计算的。更重要的是，一个民族的风俗乃是深层次文化观念的外化形式，是抽象理想的外在依托，是文化秩序的重要组成部分。因此，民族风俗受到破坏最严重之日，必然是文化与社会秩序最为紊乱之时。文革期间，“破四旧，立四新”，我国传统与风俗遭剧烈破坏，法律秩序亦荡然无存，可谓殷鉴未远。“一切法律本来是从风俗与舆论而不是从法理学形成的；也就是说，从不知不觉的活动力量而不是从立法者的武断意志形成的。”英国史学家古奇在他的著作（《十九世纪的历史学与历史学家》，耿淡如译，商务1989年版）中转述了萨维尼的这一鲜明的见解，并且表达了对萨维尼的下列观点的赞赏：“法律象语言一样，是民族生活的表现；它是从民族的经验与需要，经过自然的过程而成长起来的。法学家不能够被称为法律的制定者，正如语法家不能被称为语言的制造者一样：他们只是发现了群众生活所创造的东西。这些造物一部分仍然是习惯，而其他部分则变为‘法律’”。在我们的社会处于激烈变革的时候，在我们的立法速度日益加快的的时候，温习一下萨维尼们的学说，细细地思考一番我国今日的立法与我们民族的传统与风俗究竟应当保持怎样的关系，是十分必要，也是特别紧迫的。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访

