

当代中国法律中的习惯一个制定法的透视 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__E5_BD_93_E4_BB_A3_E4_B8_AD_E5_c122_485441.htm 一．问题、方法和材料 习惯历来是法律的重要渊源之一，一直受到无论是激进的还是保守的法律家、法学家的高度重视。[1]有的国家的民法典甚至明确规定“制定法无规定时，依习惯”，[2]而英美的普通法传统由于其判例法制度更强调对各种习惯的遵从。[3]在传统中国的法律中，习惯的角色却比较暧昧。有学者认为，习惯在中国传统社会的法律中的地位不高，其影响往往是通过司法中的“情理”因素间接影响司法的结果；[4]而也有学者认为，以“乡例”、“民俗”等小传统表现出来的习惯在维护传统中国社会的法律秩序中一直扮演了非常重要的角色。[5]这种研究结果和判断上的巨大差异主要来自研究者对法律的界定不同。如果依据中国传统的“法”的概念及其定义，强调法律即“宪令著于官府”的制定法，则确实很难从历代的制定法中发现民间习惯的痕迹，相反倒是可以论证民间习惯受到了官方主导意识形态的巨大塑造（在我看来，更可能是一种相互的塑造）；但是，如果依据现代更为通用的法律定义，强调法律是一种由国家强制力直接制定、采纳或间接认可的具有某种普遍性的社会规范（未必要形成文字），那么势必可以发现习惯在传统中国社会中的作用极为巨大。从这种意义上考察，我们甚至可以大致说，中国传统社会的法律秩序是通过国家制定法和民间习惯（法）的分工合作协调实现的，尽管这种分工并不严格，两者不时互有影响和渗透。中国传统社会中这种法律秩序的格局是中国当时

的社会自然条件以及生产方式决定的。[6] 在当代中国的法治话语中，习惯的地位仍然不高。尽管几乎每一本当代中国法理学的教科书总会留下千把字的篇幅简单讨论习惯，[7]但当代流行的一些权威著作均以不同方式强调“在当代中国，只有法律承认其有效的习惯，才能作为补充制定法的渊源。

”[8]但是，如果把当代中国法律的这一格局以及法学家对习惯的这种态度仅仅视为传统的简单重复，就会有误；不仅会影响我们对当代中国法律制度变迁的充分理解，而且有可能陷入一种文化决定论的陷阱。毕竟，20世纪后期的中国在各个方面都与近代以前的作为一个文化共同体的中国有了很大的区别，重要的一点是中国已经是一个现代的民族国家，她不仅在经济上更为统一，而且有了一个强有力的中央政府，其政令法律对于当代中国社会之深入已远非昔日可比，制定法与习惯（法）分治的那种“礼法文化”已经发生了重大的变化，其关系格局已更为复杂，更多互动性，而不仅仅是互补性。[9]因此，有必要对这种格局在新的历史条件下之形成进行更深入的探讨和理解。本研究是对中国当代法律中的习惯研究的一个尝试。与研究先前出版的一些传统中国习惯法研究不同的地方在于，我将避免将习惯（法）作为一个相对分离的实体予以研究，[10]考虑到国家与社会的当代变迁，我将坚持正式法律与民间习惯互动的研究框架，[11]力求在这一互动及其社会历史语境中考察当代中国法律中的习惯。这一研究将大致分为两个部分，一部分即本文，侧重系统考察习惯在当代中国制定法[12]中的规范性地位。这一研究的基本前提是，当代中国社会占支配地位的有关习惯的知识话语（不论具体是什么），一般说来，会以不同方式经由立法

者有意无意地反映在立法中，不仅将反映在具体法律条文中，也将反映在立法的总体格局上。我的研究方法主要是文本研究。必须指出，本文研究的是制定法与习惯的实在关系，而不是对具体的或一般的习惯（法），因此，它不对为法律采纳或未被采纳的某个具体习惯的利弊优劣或习惯的一般特点或法律与习惯的应然关系做出评判，对于后一类问题，读者完全可以从自身的偏好和知识传统做出自己的解说和评价。在这一层面上看，本文具有资料整理、归纳的特点，但这也并不意味着研究者放弃或没有自己的理论倾向和基本判断，也不意味着排斥对实证研究之结果做出某种解释。相反，我的基本前导性判断是，即从长远看来，中国当代的法治建设必须重视习惯、研究习惯（这并不等于承认习惯总是好的）。但是，这个判断只是一个预设，它并不决定这一研究的结论，并且，由于解释总是开放的，是“一切又都在重新理解之中”，我的解释仅仅是抛砖引玉，试图引出更多学者对习惯的研究和理解。而另一部分将侧重从当代中国的司法实践来考察习惯，方法是法社会学的司法个案研究，但限于论文的篇幅以及研究方法的变更，我将另行撰文。要对当代立法进行文本分析，会遇到一些问题。首先，这种工作显然耗时巨大，且往往会乏味、缺乏思想的意趣。若是在从前，当论文意义相当的情况下，从写作的机会成本上看，我不会在此耗费精力时间的；好在北京大学法制信息中心编制了《法律之星中国法律大全》（光盘）（1998年版）。出版者称该光盘收录了1949年10月至1998年3月国家相关机构依据法定程序制定颁布的“所有现行有效的法律和行政法规以及重要的司法规范性解释”共2500件。尽管我不敢确信这一编纂是完

整的、全部的，而且如果就研究法律与习惯的关系而言，被废除的制定法可能有同样的研究价值，甚至可能更具有价值，但是从统计学和本研究对数据要求的质量、数量以及时间跨度而言，这一制定法汇纂已足以满足本研究的需要。我的具体做法是，选择一些可能与“习惯”有某种关系的关键词，对所有的法律文本进行检索，寻找一切包含这些关键词的制定法，然后仔细阅读、分析这些法条，做出适当的归类，做出一般的概括；最后，我将对这些概括做出我的解说。另一个重要的问题涉及到文本研究的有效性（validity），即通过关键词之检索是否足以表现习惯在当代中国制定法中的实际地位？人们完全可以质疑，制定法重视习惯与否未必与制定法中出现“习惯”之类的字样的频率相关。一个重视习惯的制定法，完全有可能不出现或很少出现“习惯”的字样，而只是立法者在该法制定过程中注重了调查研究习惯，甚或是立法者自觉在制定法律规则时依从了社会的习惯。相反，一个大量出现“习惯”字眼、看似重视习惯的制定法完全有可能重视的是那些形成文字的过时习惯，而未必是当代的活生生的习惯。而且，一个过分强调将习惯成文化的制定法体系也完全可能使得习惯失去其活力，并因此实际不重视习惯。这种情况确有可能发生。但就本文而言，在当代中国的语境下，似乎并不存在。首先，因为新中国自建国以来一直是比较“迷信未来”的，习惯在当代中国或多或少具有某种贬义，至少不那么摩登；除了由于教科书基本格式使之能在法理教科书中占有千把字的篇幅，习惯一般很少进入法学家和立法者的视野。因此，理论上的可能并不等于一种现实。此外，尽管文本研究有上述不足，但这也并不能完全否定我的

这种研究进路之必要，而只是证明了深入研究当代法律中之习惯的必要性和难度。而这恰恰是我在下一篇文章中将努力的。从整体上看，只要对本文研究的可能缺陷有足够理解并予以适当的弥补，我的这种研究是具有一定的合法性的，其结论是具有一定可靠性的。并且，我将在论文的推进中逐步展开这种自觉。

二．当代中国制定法中的习惯及其特点 通过计算机检索，我发现在这2500件制定法中，有24件文件（31条）提及“风俗习惯”，还有73件文件（91条）提及了“习惯”；又有39件文件（46条）提及“惯例”一词。首先应当指出，尽管出现在制定法的文本中，但并不是每一次出现的习惯都具有法律的意义。在有的文件中，“习惯”甚至是作为动词、副词使用的，[13]其含义大致相当于“一般”“通常”。如果不是出现在制定法中，我几乎无法设想这里的习惯具有任何法律意义。具有法律意义的、因此值得法学家研究关注的习惯必定是那些隐含了某种义务性行为要求的习惯。[14]本文将只讨论那些在我看来是具有某种法律意义的习惯。从仔细阅读所有这些相关的条文，我得到首先的一个一般印象是，在这些制定法中，那些最具有法律意义的习惯往往涉及中国少数民族或外国人的习惯，并往往是风俗习惯连用。这样的规定甚多，在24个件出现“风俗习惯”的关键词的法律文件中，其中只有3次时在一般意义上使用的。[15]第二个特点是，大量制定法都强调要“培养”或“养成”某种现代的、良好的习惯。除在涉及少数民族时提及习惯更多强调尊重外，在其他所有提及习惯的地方，在一般的语境中，都强调是要培养、养成、调整、改革某些习惯。显然，相应的立法机关似乎总是试图以法律来塑造和改造原来的某种习

惯，其中包括卫生习惯（9件），[16]饮食习惯（2件）、[17]消费习惯（4件）、[18]生产生活习惯（7件）、[19]行为习惯（5件）、[20]劳动习惯（2件）、[21]保密习惯（1件）、[22]守法习惯（1件）、[23]纳税习惯（1件）[24]。即使是涉及少数民族时，也不时有改革风俗习惯的字样，只是比较慎重一些，强调遵循自愿的原则。[25]显然，习惯在当代中国制定法中具有某种贬义。这一点，在改革开放之前制定的规范性法律文件更为明显，明确提出要改造旧习惯，使用了明显带有贬义的“习惯势力”的字眼；[26]即使在改革初期，也有类似的文字。[27]在极少数情况下，允许依据习惯时，制定法也做出了某种限制。[28]第三，相比之下，只有一部制定法两次明确提及以习惯作为其立法规定的根据，极少数制定法说到要考虑到民众的习惯。前者是1955年国务院颁发的《市镇粮食定量供应暂行办法》的第5条规定：“省、自治区、直辖市人民委员会应根据市镇居民的劳动差别、年龄大小及不同地区的粮食消费习惯”，按规定“分别确定市镇居民的具体供应等别和每月口粮定量标准，在省、自治区、直辖市所属区域内执行”。后者当中，其中最典型的，且具有重要法律和广泛意义的是1981年《中共中央、国务院转发国家农委关于积极发展农村多种经营的通知》，其中的第5条规定“开展多种经营……，生产队要根据当地自然资源、劳动力资源的状况和生产习惯，推行在统一经营的前提下，按专业承包、联产计酬的生产责任制，组织各种形式的专业队、专业组、专业户、专业工”。又如，1961年《国务院关于调整行政区划必须同群众商量的通知》指出调整行政区划“关系广大群众历史习惯和切身利益”。第四，在一些有

关涉外事务的制定法中，特别是90年代以来，比较重视国际习惯或惯例，在立法上不仅强调尊重国际习惯，有的干脆在立法中明确强调立法参照或依据了国际习惯[29]或惯例，[30]或是允许在司法实践中遵循国际惯例[31]。就国内法而言，改革开放前，没有发现任何国内法律明确规定沿用或可以沿用国际惯例；改革开放之后，这种状况有了明显改变，[32]但有时还是做出某种限定。[33]第五，在一些不涉及政治、经济或社会意义的问题上，少数相关的国内制定法出于便利和代价强调了对某些习惯的遵从和保护。前者如在名字的拼写、省区市的排序、外文符号使用等问题上。[34]后者如1986年的《中华人民共和国内河交通安全管理条例》的第33条，强调了保护习惯航道。第六，国内民商法极少强调遵从民商事习惯和惯例。2500件法律文件中，没有任何法律明确提出“依习惯”，只有一件强调了依据商事惯例。[35]而另一方面，《民法通则》明确规定，“法律没有规定的，应当遵守国家政策。”[36]而在同样这2500件制定法中，竟然有1015件（2412条）以不同方式提及了各种类型的“政策”。综上所述，我们可以确定地结论说，中国当代的制定法，除了在涉及国内少数民族和对外关系的问题上，一般是轻视习惯的。因此，法学家的表述“在当代中国，只有法律承认其有效的习惯，才能作为补充制定法的渊源”，既是对当代中国制定法的一种描述，同时也具有学理上的规范性意义。而在另一方面，我们也可以大致确定地说，相比之下，在当代中国制定法中，“政策”扮演了很重要的角色。三．为什么制定法轻视习惯？如果仅仅就对中国当代制定法中有关习惯之规定的基本格局做一概括性描述来说，上面的文字已大致达到了

其目的。然而，作为学术研究而言，仅仅是描述和概括往往令人乏味，无法感受到智识的挑战，重要且有意味的是必须对这些特点做出某种哪怕是初步的分析和解说，使其具有某种理论的意义并与当下产生某种相关性。本节将根据中国近50年来的社会、政治、经济条件以及主流意识形态为背景，试图对制定法中所展现的上述有关习惯的特点提出某种一般性的解说。对中国当代制定法与习惯之关系最具支配力的一个因素可能是中国的现代化。现代化不仅是中华民族近代以来的首要目标和任务，而且也是主导当代中国制定法实践的基本意识形态。正是在这里历史追求，习惯在制定法中的位置变得相当尴尬。我曾在其他地方论述过，20世纪的中国历史可以说就是一个现代化的历史，并且是作为近代世界性的现代化过程一个组成部分而发生的，中国的现代化伴随了这个民族救亡图存的社会运动和社会实践，伴随着这个民族100多年来富国强兵的梦想。这就意味着，中国面临的第一位的任务是必须“变”，或者是主动的变，或者是被动的变，无论如何她都不可能依赖旧方式，维持现状，独立在世界的现代化之外。因此，一个多世纪以来，中国社会的统治阶层和有社会责任感的知识分子一直以各种方式集中关注“变法”问题，要“改造中国”，使中国能够一个现代化的强国，新中国50年的历史也一直打上了这一烙印。正是在这一现代化过程中，法律特别是以国家权力机关的制定法表现出来的法律的主要作用并不是要确认社会秩序，而是转借孙中山先生的话被当作一种“建国方略”。法律所扮演的角色，就总体来看，就是要推进对现有社会秩序的全面改造和重新构建。而且这也就意味着，这一变法是与而且也必须与现代国

家的重建、国家权力的必要扩张结合在一起。同时，由于宏大的现代化工程不可能一蹴而就，20世纪的世界格局也不允许中国按照既定的方略从容不迫地细致展开和落实，以及作为一个后进国家，中国要想救亡图存，要想“重新屹立于世界民族之林”，要想赶上和超过世界上的发达国家，中国社会的变革、转型和发展都必须“革命尚未成功，同志仍需努力”（孙中山语），必须“只争朝夕”、“继续革命”（毛泽东语），至少也必须“步子更快一点”，“力争隔几年上一个台阶”（邓小平语）。当代中国的法治或法律实践正是在这一历史的语境中构成的，打下了这一具体时空和情境的印记。

[37]正是在这样一个历史语境中，因此，往往作为传统之延续的“习惯”很自然会在某种程度上或是在直觉上让人们感到是不利于社会的全面现代化的。确实，现代化在一定意义上就是要改变传统，改造习惯。因此，看轻、贬低乃至要改造习惯不仅是力求救亡图存振兴中华的执政党的一种必然选择，而且在当代中国社会中特别是广大现代知识分子中也具有很强的普遍共识。的确，具有规范意义的习惯并不是一种随意形成的，这种习惯往往是与特定社会生产方式和生活条件相联系的，并在这种社会生活环境中逐步获得了某种规范的意义。

[38]从这个意义上看，一个需要现代化并正在现代化的社会中，过分强调重视习惯确有可能（但并不必然）阻碍现代化的实现。同时，还要看到，在这种社会变迁的历史过程中，即使是把某些过去行之有效的具有规范性意义且便利社会交易的习惯纳入法典，但如果社会中支撑其运作的某些条件发生了重大变化，这些习惯也会失效，而空有其名。一个比较典型的例子就是1929年中华民国《民法典》采纳

的民间习惯的“典”，事实上并没有发挥其效力就退出了历史舞台。[39]而另一方面，由于习惯往往依托于具体的社会生产、生活条件而发生，因此，在乡土社会中不会先期自发产生足以支撑现代化所要求的一系列制度的习惯。因此，当一个国家在努力实现现代化的过程中，很自然，其执政者会更看重用制定法来贯彻其愿望，而且只要有力量，也总是会力求用国家强制力来创造新的习惯或重新塑造传统的习惯，其中包括各种重要的有利于现代社会的生活习惯（卫生、消费、饮食、劳动等习惯）以及支撑现代国家制度运作所必要的行为习惯（守纪律、守法[即遵守抽象的一般性规则和程序性规则，而不是强调个别实践之是非的“实质正义”或做个问心无愧的好人]、保密、纳税等习惯）。在这个意义上，我要再次强调，即使是那些看来似乎是属于“仁政”范畴的国家行为（例如，强调培养良好的卫生习惯等）在很大程度上也是与现代国家的建立形成不可分离的。[40]所有这些习惯都会在某程度上影响中国的现代化工程和目标的实现。由于这种现实的制约，加上百年来在中国一直比较流行的单线进化论的观点，习惯，这个本来完全中性的概念，很自然在这一宏大叙事中获取了更多的贬义。“移风易俗”、“破旧立新”乃至“改革”可以说一直是中国共产党和中国政府的一个潜在的贯穿始终的基本政策主线，在最激进的“文革”时期，“破四旧”（旧风俗、旧习惯等）“立四新”不仅是一个流行的口号，而且成为一种激烈的行动。正是在这一语境之中，制定法或类似制定法的其他规范性文件（例如国家、执政党的政策性文件）几乎成为唯一的法律渊源，习惯受到了拒绝。至少在国内事务上，只是在那些实在是无关紧要

的问题上（例如开发票），且改变民众习惯会带来经济上的重大的得不偿失或根本不可能时（例如行政区域的边界），或者是可能危及现代化之主体中国的民族统一和国家安全时（例如尊重少数民族风俗习惯），制定法才允许有限度的遵循习惯、惯例或保护习惯。必须指出，尽管这种“破旧立新”在今天人们心中往往是同改革开放前一些左的倾向或路线相联系的，但如果公允地说，我们又不应当简单否定其的确在某些方面曾产生过一定的并有限的积极意义。例如，在婚姻制度上，这种破旧立新的国家政策导向和某种程度的强制推行，伴随着各地生产力发展、人员/信息流通的增加以及其他社会条件的变化，确实在一定程度上加速改变了中国农村的早婚、近亲结婚、父母包办的习惯。而在民商事务上，尽管以制定法的方式规定的、比较专断的规则或要求有时会带来了一些甚至许多不便，但即使是“恶（不完善的法律）法亦胜于无法”，它对于一个不曾有过统一市场因此各地民商事习惯很不统一的中国来说，也以某种方式有助于现代民族国家的形成、民族的统一和统一市场的形成。还必须指出，尽管依法治国今天已经被确立为国策，但是由于中国仍然处于改革开放的时代，改革仍然是当代中国的主旋律，因此这种状况在今天仍然延续着，即所谓“政府推动型的改革”或“政府推动型的法制建设”。因此，制定法在中国现代化中的意义仍然不可低估。这里应当更为细致论及的另一个重要因素是中国的民族独立统一。现代化必定要落实到一个空间位置，并且中国近代以来的现代化目标的提出本身就是为了解答中国的民族独立统一问题，被视为是解决这一问题的答案，因此，尽管现代化是一个基本目的，但是一旦这种现代

化有可能损害中华民族的独立或统一，中国政府和执政党就会做出某种妥协。中国当代制定法中表现出来的对少数民族风俗习惯之尊重，以及改革开放前对国际习惯或惯例的某种程度的限制，因此不能仅仅视为一种战术性策略或是某种不得已的迁就，它同时也具有一种战略选择的意味。其目的就在于以这种妥协和尊重来调整民族关系，限制外国力量的影响，力求保证中华民族的完整统一。至于尊重外国人的风俗习惯，也是为了保证一个良好的对外关系，以便维护中国的国际安全。改革开放以来的许多涉外制定法都更为强调对国际习惯和惯例遵从，但是这并不意味着保证国家统一这一制约中国制定法基本格局的主流意识形态发生了根本的变化。如果放在改革开放的历史语境中，目前的变化仍然是这一历史的基本任务规定的，其目的仍然是为了促进中国经济、科技的发展，促进中国的现代化。不同的只是，在50-70年代，国际习惯或惯例往往具有资本主义或修正主义的“落后”色彩，而在今天，已经具有了某种“进步”的意义。而另一方面，还必须看到，目前的国际形势与50-70年代的国际形势已经有了很大的不同，中国在世界中的地位已经有了很大的变化，中国对自己的国家政治经济安全都有了更强的自信。如果从这一视角考察，我们就可以进一步理解为什么在中国当代制定法中，政策占据了重要的并且是非常显著的地位，有时甚至是主导的作用。[41]最根本的因素也许并不在于政策比习惯在实证主义法理观上更近乎制定法，是更为明确的法律渊源，而在于，习惯一般说来比较稳定，变更往往需要经过比较长的时间，相比之下，通常由执政党或国家机关的政策制定、修改都更为容易，也更多依赖国家的强制力。这在

中国的特定历史文化语境中，因此具有了更大的政治合法性和实践可能性。因此，即使在法治日益发展完善的90年代，只要略加浏览一系列制定法，我们就可以看到大量的“政策”字眼，有的排列甚至在法律之前，[42]甚至对律师也要求他们“学习法律和国家政策”。[43]而几乎所有重要的各级政府机构如今都有政策研究室或政策法律研究室之类的机构，而其最重要的工作职责就是制定一系列有时名为政策实际是法律细则之类的规则。对于执政者来说，政策不仅可以适应当代中国的迅速变革，而且许多具体的政策可以补充由于不重视习惯或缺乏习惯之支撑而留下的规则的空白，在一定层面上起到了习惯使法律丰富、细致和具体的功能，尽管，在法学家看来，习惯的这种功能很难完全为政策所替代。尽管上面的分析更多是从执政者的角度考察的，但是，如果深入考察，在如何对待习惯的问题上，执政者的这一基本态度实际上有着更为深厚的社会基础。即使是在某些有关法律的问题上与政府或执政者有意见分歧的法学界人士中，一旦涉及习惯问题，他们与执政者实际上分享了大致相同的观点。比方说，一方面，中国法学界普遍对“制定法无规定者，从政策”的法律规定表示了某种程度的保留和质疑，[44]主张“依法治国”，并且要求更多“同世界接轨”；但是，另一方面，他们似乎又不甘心接这种“制定法无规定者，依习惯”的“轨”，不愿接受“法律跟着习惯走”的轨。确实，对于一心要改造中国、实现现代化的法学家来说，如果采纳这样的原则有可能意味着要对习惯做出更多的妥协和让步。正是在此，许多法学家实际上不自觉地陷入了一种两难境地。必须承认，面对当代中国的首先要改革开放的现实，他们

的这种对于习惯之拒绝或保留是有正当性的，也许是一种面对现实的直觉和实践理性的体现。但正是在这里，我们看到了，他们关于社会发展的基本假定以及有关法律与习惯之关系与执政者、立法者的观点是惊人的相似。差别也许仅仅在于，这些法学家强调更多、更细的制定法，强调同成文化化的发达国家的习惯、惯例（实际还是制定法）的接轨，以此来取代政策。但是，关键问题是，在这一进路中，习惯仍然无法或很少能进入立法者或法学家的视野。在这个意义上看，轻视习惯是在野者与在朝者的一种共识，制定法对习惯之拒绝是一种社会学意义上的“合谋”。

四．习惯进入制定法的其他可能途径

为了保证本文研究和论证之观点的有效性，我还必须考察其他一些可能导致习惯进入制定法的路径。细心的研究者可能会提出这样的问题：由于当代中国长期以来一直是政治话语主导，因此，在制定法中，一些本来可能使用“习惯”字样的地方，有可能使用其他更流行的政治术语或话语，例如“具体情况具体分析”、“中国特色”、“地方特点（色）”等，习惯完全可能借助于此进入制定法乃至司法实践中来。[45]因此，仅仅检索关键词“习惯”“惯例”来考察制定法中的习惯一种规范性的社会实践是远远不够的。为弥补这一可能的欠缺，我还对其他一些关键词分别作了检索，并对含有这些关键词的上下文进行了分析。我的发现是后两个关键词在现有的中国制定法的语境中都不具有将习惯带进制定法之中的可能，而“具体情况”有可能；但是，我将论证，同遵循“习惯”相比，强调“具体情况”有更多的弊端。“中国特色”在当代特别是近十几年来中国制定法中出现的比较频繁（76件文件137条），但是仔细阅读上下

文，可以发现没有一条明确或隐含地强调了对地方或民间或行业习惯、惯例的吸纳，中国特色更多是作为一种指导纲领或政治习惯性表述而出现的。更进一步看，由于这种表述本身就是把中国作为一个单一的整体，强调的是中国相对于世界其他国家或其他理想型国家的特色，因此这种表述反倒是具有某种反地方特色或习惯的意蕴。而在所有的法律条文中，凡涉及“地方特色”（18件23条）或“地方特点”（2件2条）关键词都是同地方的商品或产品、项目、建筑、城镇、博物馆、旅游或自然条件等非常实在具体的物体相联系的，并没有包容风俗、习惯的意蕴，仅有一次提及了规则的地方特色，但是与上面分析的基本特点一致，是否定地方特点，而不是肯定地方特点。[46]比较有意思的且应当更为细致分析的是关键词“具体情况”。它在当代中国制定法中出现的频率要比习惯高得多（264件文件322条）。并且在不同的制定法中，会有“案件具体情况”和“当（各）地具体情况”之分别。这种说法显然是流行的政治话语“具体情况具体分析”在法律中的移植。尽管这一格言是对政治活动中之实践理性的高度概括，充满了科学务实的精神，因此必须原则上予以肯定；而且，从我阅读相关法律条文来看，绝大部分的“具体情况”（特别是谈及案件的具体情况时）也是合理的，[47]或者是体现了法治原则要求并许可的“有规则制约的裁量权”，[48]或者体现了立法上的分权或制度制约下的分权。[49]但是，任何真理都是有条件的，一旦不加限制地将这一原则移植到法律语境中，其意义就打了折扣，并且可能造成法律本身特性的失落。所谓打了折扣，首先意味着，我承认这一原则是有意义的，它允许了各地或各个机关针对各

地肯定存在的具体情况或案件的具体情况采取最恰当的措施。这不仅有利于不同问题的妥善解决，而且这一思路在认识论上也符合知识弥散性的特点，因此有助于获得真知灼见；从政治学上看，它实际隐含了或贯穿了民主的精神；从制度上看，这是非制度化方式的分权，有利于调动“中央和地方两个积极性”；[50]当具体情况具体分析是从形成规则的意义而不是从个案着眼时，这也还有利于规则的竞争性形成和确认，因为就本文谈及的习惯而言，“具体情况”显然包含了地方习惯、行业惯例。因此，这一原则在原则上是符合法律活动的一些特点的，法律毕竟是一种具有政治意义的实践理性。但是，我们又必须看到，法律又不是一般的政治性行为，它有其特点。其最主要的特点之一就是法律强调普遍性和规则性，在这一点上，它与强调具体问题具体分析或具体情况具体分析的科学研究有根本的不同。科学的最基本要求是实事求是，不排除任何可能的影响因素，拒绝以任何人为的规则来限制对具体事实或情况的探讨，因此，科学研究往往具有前沿性，总是不断探知未知的因素。法律活动则不同。法律在某种意义上也探求真理，但是它处理的更多是大量的日常的事务。由于科学技术的限制、由于人的处理信息的能力的限制，由于社会生活对于日常事务处理有时间的要求，以及由于人力、物力的限制，因此，法律的基本特点并不在于具体情况具体对待，而且也不强调具体情况具体对待；恰恰相反，法律的特点就在于通过规则性来减少人们在决断日常事务所需要的大量精确信息，[51]便于人们确立预期，或格式化的、批量化的处理大量类似的但并不相同的常规性问题。同时，法律还以这样的一般化的方式限制了决断者可

能发生的专断，在一定的范围内保证了法律面前人人平等尽管实际上每个人以及每个人遇到的问题都不可能完全一致。并且，我们还要看到，法律的这一特点，在近代以来，随着社会发生的巨大变化，甚至变得格外显著，乃至法律在今天日益强调遵循规则的“程序正义”而不是重视案件真相的“实质正义”。因此，法律的规则性与强调具体情况具体对待的科学在追求上并不重合，两者在许多时候甚至有一定内在的紧张关系。也正是从这一角度看，在制定法中一般地强调具体情况特别是强调个案中的具体情况有可能产生负面作用。首先，在制定法中明确允许考虑个案的具体情况有时会给决策人留下太大的裁量空间，导致法律规则性的丧失。事实上，我发现有些制定法就表现出这样的特点。[52]而法律之所以强调规则性、一般性的一个关键正是要限制权力行使者的裁量权（当然不是完全消除裁量权）。其次，当制定法允许考虑各地或各行业的具体情况，尽管有可能使得当地习惯或行业惯例进入制定法，但也可能甚至更可能带来其他问题。因为，鉴于种种现实，在“具体情况”之中完全有可能被塞进许多不恰当甚至是有害的地方、行业甚或当权的某些个人的局部或眼前利益。因为这些因素中的任何一个都不可否认的是一个“具体情况”，它们有可能因此获得了进入地方性或行业性规则的正当性和合法性。[53]相比之下，在法律的语境中，我们应看到，“习惯”或“惯例”一直要比“具体情况”更具规则的意味，更具规范的意义。习惯和惯例一般都是在比较长期的社会生活中、在各种现有的制约条件下通过人们的行为互动逐步形成的规范，因此，习惯和惯例一般说来融汇了更多的地方的、行业的比较长期有影响的具体

情况，并且最重要的是它是以规则表现出来的，它是一种内生于社会的制度，可以说它们凝结了有关特定社会的环境特征、人的自然禀赋和人与人冲突及其解决的信息，是人们在反复博弈后形成的在日常生活中（当社会生活主要条件没有重大变化时）必须遵循的“定式”。[54]也正因此，我们也许可以理解，为什么许多国家的制定法中都会强调对习惯的尊重，而不是一般的强调“具体情况具体分析”，这并不只是言辞的随机选择。在一些看来似乎随机的、偶然的的选择背后，往往会有一些决定性的制约因素起了作用。当然，尽管习惯要比具体情况具体对待更具规则的意义，这并不意味着依据“习惯”获得的结果一定并总是要比“具体情况具体对待”获得的结果更好。事实上，确有某些时候依据习惯的结果不如“具体情况具体对待”的结果令人满意，正如“程序正义”有时得到的结果可能是“实质不正义”一样。但是，如前所说，鉴于人的认知能力和科学技术的局限，法律在这里只能是两利相权取其大，两害相权取其轻。依习惯的优点仅仅在于一般说来结果会更好一些。因此，至此为止，我可以结论说，中国当代制定法中强调“具体问题具体分析”尽管可能包含对习惯的尊重和采纳，但这种包容和采纳并不是确定的；相反，这种表述恰恰有可能拒绝习惯所具有的法律规则性特点。

五．结语 鉴于当代中国的社会变革，本文对当代中国制定法在有关习惯问题表现出来的一些特点尽可能给予了实践上的充分理解，以及某种程度的实践上的认同，但这并不意味着本文作者作为法学家（不同于作为公民）在法律理论上完全接受、认同这些特点。在我看来，随着中国社会法治的逐步完善，当代中国制定法在有关习惯问题上已经

显露出一些缺陷，在法律理论上则存在盲点，因此值得深入讨论，以推进中国当代的法律实践和法学发展。许多当代中国的立法者和法学家都趋向于认为，中国社会中的传统习惯往往可能是陋习，因此是需要改造的；或者是认为习惯是固定不便的，因此传统的习惯不可能自动发生变化，适应当代社会生活的要求。作为一个当代的中国人，我不仅承认这种力求改造中国，使中国社会现代化的愿望是好的，而且承认在历史变革时期，这种对于未来、对于制定法的迷信有其正当性和合理性。但问题在于，民间的习惯并不总是陋习，也并不是固定不便的。如果坚持历史唯物主义的观点，那么作为上层建筑之一部分的习惯一定会并总是会随着社会生产、生活方式的变化、随着社会制约条件的变化而不断流变。人民群众的习惯从来不是固定的，人民群众的（而不是某个人大）习惯从来不固守什么意识形态的信条，因为，任何习惯都必须适应当地民众生活的需要，必须让人们“习惯”，如果不习惯，那么人们就不会遵守，就会放弃。因此，只要社会条件发生了变化，任何习惯都会发生变化。有几个人仅仅因为使用油灯是几千年的习惯，就拒绝了电灯？也没有几个农民因为当年戏剧是他们的欣赏习惯，就拒绝电影；而新中国建国后之所以《婚姻法》实现了对农村社会的某些方面的某种程度的改造，制定法背后的国家强制力固然是一个因素，但最根本的因素恐怕还是由于社会变迁使得越来越多的青年男女本身就拒绝“包办婚姻”的习惯。因此，习惯总是在流变的，实际是生动的。在当代的社会经济的巨大转型的历史条件下，往日的许多习惯已经被人们自觉废除了，而一些新的、适应现代市场经济和现代国家的习惯或行业习惯已经

或正在形成。而且由于这种习惯流变往往是约定俗成，无需国家的强制就会发生，保证了人们在社会生活中的预期，因此，在制定法上注意研究并及时采纳习惯，不仅可以弥补制定法必定会存在的种种不足和疏忽，以及由于社会变化而带来的过于严密细致的法律而可能带来的僵化；更重要的是，吸纳习惯也是保持制定法律富有生命力，使之与社会保持“接地气”，尊重人民的首创精神的一种不可缺少的渠道。当然，也必须指出，这也并不意味着——但是民间或非正式产生的习惯，就一定具有积极的意义，法律就一定要吸收和采纳。我的一个研究就曾证明，即使在当代，产生的某些习惯也仍然具有消极性，不必定是可取的，[55]相反，是必须随着法律制度的变革完善而予以废除或限制的。但，这一点并不意味着我们可以轻视习惯，或采取某种鸵鸟政策。相反，这恰恰表明“习惯可不是一件小事”，需要我们法学家认真、深入、细致的探讨研究。如果要考察中国当代法律中的习惯，仅仅考察制定法的文本以及一些关键词是不充分的。我们必须首先承认，绝大多数立法者在制定法律时，只要不是从天国中掉下来的，他们都会自觉不自觉地、或多或少地考虑到某种社会的习惯，尽管他们并不一定、而且我们也不应当要求他们将这些习惯都在法律中做出表述或统统接受。此外，我们还必须注意到，即使制定法的文本没有给与习惯留下很多空间，但是，行动中的法律也未必没有给习惯留下空间。毕竟，书本上的法律与行动中的法律是不同的。而且，对于普通百姓来说，制定法甚至不是他们感受到的法律；他们明确感受到的法律，更多是实践中的法律，往往是司法实践中形成的一个个具体的判决。也正因此，我必须将研究的关注

转向司法中的习惯。而这将是我的下一个努力。但是，即使下一步的研究发现司法实践中的法律高度重视并尊重了人们的习惯，也并不能否定这一有关制定法中的习惯之研究的理论意义。我认为，当代中国的法理学至今尚未对习惯在法律中的地位或习惯与制定法的关系在学理上做出足够的、细致的探讨和研究，而最多只是概括地描述了或规定了中国制定法与习惯的现实格局，也没有从理论上为中国当代制定法与习惯的关系提出一个有理论说服力和实践意义的说法，因此，中国当代法理学在这个问题上的讨论既缺少理论的力度，也缺乏与实践的相关性。这种理论的状况必须改变。在这个意义上，本文的努力仍然是有意义的，其意义并不在于发现了有关当代中国制定法与习惯的规范性格局，而在于推进了有关这一问题的讨论。最后，我还要强调，本文运用的文本分析方法也是有意义的。它展示了在如今法律信息日益数据化的时代，我们的法律研究方法、研究资料可以、并完全可能有新的拓展，而限于对于一些“大词”的逻辑演绎，或者是个别法条的分析。本文虽然只是一个初浅的尝试，但其思路和研究进路也许能给其他的研究者一些启发。在这个意义上，本文以及本文作者都是不固守“习惯”的，而是力求在新的生活、技术条件下不断创造对于本文作者或许也对于中国法学界有意义的、有用且便利的新的“习惯”。这本身也许就是对本文论及的“习惯”的一个生动注释，同时也是对因其屡屡发生而完全可能再次“习惯”性发生的有意和无意的误读和误读者们的一个提前的回应。【注释】[1] 风俗习惯是一切制定法之外的最重要的法律，卢梭认为，“它形成了国家的真正宪法；它每天都在获得新的力量；当其他的

法律衰老或消亡的时候，它可以复活那些法律或代替那些法律，它可以保持一个民族的创制精神，却可以不知不觉的以习惯的力量代替权威的力量”（《社会契约论》，商务印书馆，1980年，修订第2版，页73）；恩格斯认为：“在社会发展的某个很早的阶段，产生了这样的一种需要：把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共通规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律”（《马克思恩格斯选集》，第2卷，人民出版社，1972年，页538）。梅因认为，“‘罗马法典’只是把罗马人的现存习惯表述于文字中”（《古代法》，沈景一译，商务印书馆，1959年，页11）。著名的《法国民法典》据该法典的中译者有两个法律渊源，其中“习惯法处于优势”（“译者序”《法国民法典》，李浩培、吴传颐、孙鸣岗译，商务印书馆，1979年，页ii）。必须注意，有些法学家虽然没有直接讨论习惯，但却以其他的话语方式实际讨论了习惯对法律的重要影响和意义，例如布莱克斯东、伯克的“自然法”（参见，列奥斯特劳斯、约翰克罗波西[主编]，《政治哲学史》，李天然等译，河北人民出版社，1993年，特别是第25、29章），哈特的“承认规则”（见，H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Clarendon Press, 1994, p.6）以及哈耶克的“自发秩序”（见，Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, University of Chicago Press, 1973）。[2] 1929年中华民国《民法典》第1条，“民事、法律无明文者，依习惯”；1907年《瑞士民法典》第1条第2项规定：“法律无规定之事项，法院应依习惯法裁判之”；日本民法总则第92条规定，“惯习如与法令中无关公共秩

序之规定有异，关于法律行为，依其情况，得认当事人有依
惯习者，从其关系。”此外，日本商法第553条，德国民法
第242条以及民国民法典第372、429条均明确承认习惯的地位
。 [3] 英国的“普通法大部是以接受和一般化全国的或广泛流
行的习惯为基础的；英国的普通的、一般的习惯变成了普通
法”（David M. Walker, 文章出处：北大法律信息网 100Test 下
载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问
www.100test.com