

习惯权利的基本问题探析

——对马克思一个重要法律思想的解读和运用

孙育玮 张善根

(上海师范大学法政学院, 上海 200234 ;华东政法大学, 上海 200042)

摘要 :马克思对习惯权利的经典论述 ,有助于我们理解中国转型期法治构建中的种种难题。从解读马克思的重要思想入手 ,一方面可以厘清习惯权利概念的界定、内涵、特征、分类等基本问题 ,另一方面可以探求习惯权利与法定权利的基本关系。以此为基础 ,可以正确调适当前我国积弊已久的国家法与民间法的冲突。

关键词 :习惯权利 ;“民间法” ;国家法

中图分类号 :DF08

文献标识码 :A

文章编号 :1005-9512(2010)05-0081-09

在我国当前的法律社会学研究中 ,民间法成为了一个重要的研究领域 ,甚至已经占据了法律社会学研究的半壁江山。¹这在某种程度上表明 ,我国当前以现代法治理念为基础的国家法在实施过程中遇到一个不可避免的问题——国家法被民间法所消解。同时 ,这也表明中国现代法治构建将出现又一次重要的转型契机——法律移植向法律本土化的转型。但遗憾的是 ,从现有的民间法研究成果来看 ,民间法还沉浸在自我的分析框架中 ,检视中国法治的现实运作 ,而对其自身的基础理论却少有顾及。作为民间法最为核心内容的习惯权利问题就处于这种状况 ,尽管学界有些零散的研究 ,却一直没有进行较为理想深入的理论探讨。事实上 ,从马克思主义法律思想史的角度来看 ,马克思早在 1842 年撰写的《关于林木盗窃法的辩论》一文中 ,就对习惯权利的问题有过高度的关注 ,并在该文中对习惯权利做了许多精辟的论述 ,具有很强的指导意义。遗憾的是 ,马克思并没有来得及对习惯权利的基础理论做更多的学术性建构 ,而这正是我们当今法学理论工作者的历史任务。尤其是当前中国在践行现代法治的过程中 ,国家法时常遭遇与潜藏在中国传统社会中的各种民间规范相互难以调适的困境 ,更是值得学界深入研究。故此 ,本文试图沿着马克思的思想路径 ,深入挖掘马克思主义有关习惯权利的观点的深刻内涵 ,并重新思考有关习惯权利的基础理论问题 ,以此回应中国式的国家法与民间法的难题。

一、马克思习惯权利问题的文本解读及研究

马克思在他 1842 年 10 月撰写的《第六届莱茵省议会关于林木盗窃法的辩论》一文中 ,首次明确提出了有关习惯权利的问题。当时的社会背景是 ,为地主贵族利益效劳的莱

作者简介 :孙育玮 ,上海师范大学法政学院教授 ,教育部人文社科重点研究基地上海师范大学“都市文化研究中心”研究员 ;张善根 ,法学博士 ,华东政法大学讲师。

茵省议会根据林木占有者的要求,公然要把贫苦农民到森林里拣枯枝的习惯行为也列为盗窃林木的犯罪,予以严厉制裁。该项立法提案因遭到议会中农民和其他等级代表的强烈反对而引发了激烈辩论。当时已投身革命实践、深切关注政治问题的马克思,卷入了这场辩论,并以其鲜明的革命民主主义立场,写下了这篇充满法学思想的论战檄文。

从学理的角度看,马克思当时主要是沿着规范法学和法律社会学两个路径讨论林木盗窃问题,以此全面揭示林木盗窃法的本质。规范法学的视角主要是从刑法理论的犯罪构成出发,甄别罪与非罪的界限。在马克思看来,拾捡枯枝与林木盗窃具有本质上的差异,不能等同。因为,“犯罪行为的实质并不在于侵害作为某种物质的林木,而在于侵犯林木的所有权本身,也就是在于实现了不法的意图”。²而拾捡枯枝既没有侵犯到林木的所有权,也没有犯罪的不法意图。因此,不构成林木盗窃罪。从法律社会学的视角也能得出相同的结论,并能揭示出莱茵省议会制定的所谓的林木盗窃法案,不过是以合法的形式掩盖了为私人利益立法的非法本质。³不止于此,在此基础上,马克思还进一步从法学理论的高度明确提出了“习惯权利”与“法定权利”的关系以及存在着两种习惯权利的问题。以此为武器,马克思有力地反对了当时特权等级的专断骄横和立法者的法律偏见,支持了劳苦群众争取自身权利的斗争。

在该篇论文中,马克思论述“习惯权利”问题的内容主要有以下四个方面。(1)贫民的习惯权利及其合理性。马克思指出:“我们为穷人要求习惯权利,但并不是限于某个地方的习惯权利,而是一切国家的穷人所固有的习惯权利。”并且,这一“习惯权利按其本质来说只能是这一最低下的、备受压迫的、无组织的群众的权利”。⁴当分析了贫苦大众习惯权利产生的根源、内容和形式之后,马克思指出:“在贫民阶级的这些习惯中存在着本能的权利感,这些习惯的根源是肯定的和合法的,而习惯权利的形式在这里更是自然的,因为贫民阶级的存在本身至今仍然只不过是市民社会的一种习惯,而这种习惯还没有在被有意地划分的国家里找到应有的地位。”⁵(2)贵族的习惯权利及其不法性。马克思指出:“当特权者不满足于法定权利而又呼吁自己的习惯权利时,则他们所要求的不是法的人类内容,而是法的动物形式,这种形式现在已丧失其现实性,并已变成纯粹野蛮的假面具。”“贵族的习惯权利按其内容来说是反对普遍法律的形式。它们不能具有法律的形式,因为它们是已固定的不法行为。这些习惯权利按其内容来说和法律的形式——普遍性和必然性——相矛盾,这也就说明它们是习惯的不法行为。因此,决不能维护这些习惯权利而对抗法律,相反地,应该把它们当作和法律对立的东西废除,而对利用这些习惯权利的人也应给以某种惩罚。”⁶(3)合理的习惯权利及权利的合理界限。马克思指出:“在普遍法律占统治地位的情况下,合理的习惯权利不过是一种由法律规定为权利的习惯,因为权利并不因为已被确认为法律而不再是习惯,它不再仅仅是习惯。”并且,“习惯权利作为和法定权利同时存在的一个特殊领域,只有在和法律同时并存,而习惯是法定权利的前身的场合才是合理的”。⁷因此,作为特权等级在法定权利之外再来“坚持要求习惯权利”,“目的是要使那个在法律中被规定出合理界限的内容,在习惯中为这些合理范围之外的怪癖和要求找到广阔的场所”。⁸(4)两种习惯权利与法律及法定权利的关系。马克思指出:“贵族的这些习惯权利是和合理的权利概念相抵触的习惯,而贫民的习惯权利则是同现存权利的习惯相抵触的权利。贫民习惯权利的内容并不反对法律形式,它反对的倒是自己本身的不定形。法律形式并不同这一内容相抵触而只是这一内容还没有具备这种形式。”⁹

马克思以上围绕“习惯权利”问题展开的论述,读来虽然不免有些抽象和思辨之感,但是我们仍不难从中体会出其深刻的法理意蕴。很明显,早在1842年,马克思就已经把“习惯权利”作为一个“和法定权利同时存在的一个特殊领域”的问题提了出来,并把“习惯权利”作为分析社会生活复杂法律现象的一个重要理论范畴来使用,进而提出了贵族的习惯权利、贫民的习惯权利、合理的习惯权利、权利的合理界限等一系列重要概念和理论观点,这不能不说是马克思主义法理学理论宝库的一个开创性贡献。正是因为有了这份珍贵的法学遗产,当我们今天认识此类问题时,才有了一个可供借鉴的概念基础和可供遵循的基本理路。

习惯权利的提出,为马克思主义法律社会学开创了先河,也奠定了习惯法的规范研究基础。然而,马克思的呼吁并没有在西方国家引起很大的反响。尽管20世纪以来法律社会学在西方兴起,习惯和习惯法问题越来越受到这些法学家的关注,甚至有的学者提出要把习惯法置于法的正式渊源的首位。¹⁰但是,他们这种从法的渊源的角度出发探讨习惯法与法律的关系的方式,还是局限于规范法学的视角,并不能涵盖习惯法与法律之间关系的全部,而且他们的研究也仅此而已,并忽视了对习惯权利本身进行深入的研究。

同样,作为马克思主义法学理论的一个开创性贡献,习惯权利在我国也很长时间没有引起应有的重视。上世纪80年代末期,一些学者在研究马克思法律思想的过程中,曾对其关于习惯权利的问题有过一些整理性说明,但并没有对习惯权利本身做出自己的研究。上世纪90年代初,本文作者之一曾经发表过一篇文章专门呼吁法学理论界应当重视对习惯权利问题的研究,强调要把挖掘马克思关于习惯权利问题的思想理论资源同回应社会现实联系起来,加强基础性的理论研究。¹¹审视后来法学理论的研究状况,虽然习惯权利的问题逐步被纳入了我国学术界的视野,但是,在相当长一段时间里,学者们的研究多半还是集中在对习惯法、民间法问题的研究上,这些研究主要在于打破曾经法律一元的局面,并试图解决已趋紧张的国家与社会的关系,但在这些研究的初期,习惯权利本身的问题仍未得到深入的探讨。2000年前后,随着民间法研究的兴起,有关习惯权利的研究状况才逐渐有所推进和深入。

尤其是随着法律的理性建构主义逐渐向社会强化法律的中心地位,引发了法律与习惯权利的现实对接和激烈碰撞,这使人们不得不回过头来审视、重视习惯权利问题的研究。因而,郭道晖教授在他的《法的时代精神》一书中尝试对习惯权利的基本问题作了一番梳理。¹²范进学教授讨论政府应否以立法的形式禁止春节燃放鞭炮的习惯权利,从而呼吁政府应认真对待习惯权利。¹³谢晖教授从民间规范的立场对习惯权利进行了细致而严谨的界定,¹⁴这也引发了学界对习惯权利基本理论问题进行一些新的探讨。

二、关于习惯权利的界定

习惯权利究竟是什么,在马克思的经典著作中很难找到现成的答案。在马克思看来“习惯权利按其本质来说只能是这一最低下的、备受压迫的、无组织的群众的权利”。¹⁵显然,当时的马克思是站在贫苦农民的立场上批判贵族不合理的习惯权利,其意在确立平民习惯权利的合理性,其不应予以任意的剥夺。虽然在这里马克思没有给习惯权利一个明确的界定,却为我们提供了一个极其重要而有益的研究视角。在我国,许多学者曾试图对习惯权利进行界定,郭道晖教授认为习惯权利是指经过长期的、连续的、普遍的社会实践而形成,并得到社会公认与共同信守,获得一定的社会道德权威与社会义务保证的习惯规则中所确认的一种社会自发性权利。¹⁶范进学教授也基本持此种观点。¹⁷张文显教授

从权利的存在形态出发把习惯权利界定为“人们在长期的社会生活过程中形成的或从先前的社会承传下来的,表现为群体性、重复性自由行动的一种权利”。¹⁸ 谢晖教授则把习惯权利放在与国家法相对的位置,认为习惯权利是指一定社区内的社会主体根据包括社会习俗在内的民间规范而享有的自己为或不为,或者对抗(请求)他人为或不为一定行为的社会资格。¹⁹

以上对习惯权利内涵的界定不乏有着真知灼见,然而,由于习惯权利的区域性、多样性及其复杂性,想对其给予一个恰如其分的定义比较困难,因此,我们需另辟渠道通过对习惯权利特征的描述来窥视其基本内涵。基于习惯权利和习惯、习惯法在特征上有着不可剥离的内在联系,我们在探讨习惯权利的特征时可先对习惯、习惯法的特征进行研究,这不仅可以避免作为一种开创性研究的无据可依的尴尬局面,而且能使我们从中获得许多有益的借鉴。至于它们之间质的区别我们在后文予以论述。根据爱德华·科克爵士所说,习惯有“两个标准”——共同的习俗,以及时间久远。按照卡特 1696 年在《习惯》中的说法,它有四个标注:古风性、持续性、确定性和合理性。²⁰ 而科特威尔却认为它们在群体中是统一而普遍适用的,并且具有强制性和恒固不变性,随着时间的流逝,它们愈发带有独断性、实用性和不可违抗性。²¹ 与西方一样,国内学者曾对习惯法的特征有过比较全面的论述,如高其才教授把其特征归纳为七个,即悠久性、自发性、连续性、强制性、确定性、合理性和一致性。²² 而范进学教授却认为习惯权利的显著特征在于它的历时性、民众广泛参与的普遍性、自发性与社会认同性。²³

以上对习惯、习惯法、习惯权利的特征的描述有其一致性,也有不同的地方。我们可以在汲取他人成果的基础上,做出自己的分析。在我们看来,习惯权利主要有如下四个特征。第一,适用群体的特定性。习惯权利生成于特定的区域、宗族、民族,因而它也只能在该区域、宗族或民族范围内适用,而一般不及于该群体范围外的其他人。第二,适用时间的持久性。习惯权利主要是一种相沿成习的权利习惯,这种习惯能够世代承袭,少有变更,甚至不因社会的剧烈变动而发生变化。当然这并不表明它本身一成不变。第三,广泛的社会认同性。习惯权利在特定的群体、特定的时空中获得普遍的认同和遵从。第四,非国家强制性。习惯权利的认同和信守并不表明一定不会被违反,它同样需要一个权威的力量来保证实行,但这种权威的力量并不来自国家,而是来自于该群体成员普遍认同的道义感和权益诉求,来自于易于集中并代表这种道义感和权益诉求的长者、族长、酋长等首领和领导者的威望。从习惯权利的以上特征可以看出,在本质上,习惯权利是特定群体的一种社会基本生活方式。因此,我们认为习惯权利是指权利主体所享有的,在特定的时间、空间和特定的群体中所形成并认同的,且对其成员具有非国家强制性约束力的权利习惯。

如果说我们还是无法对习惯权利有更深入的把握,我们就有必要对习惯权利外延进行界定,这就使我们必须厘清习惯、习惯法、民间法、活法、自然权利这些极为相似的概念之间的区别,以及我们在何种意义上使用习惯权利。第一,习惯权利和习惯。习惯权利指那些经过长期的、广泛的社会实践所形成的,在特定时间、空间和特定的群体中具有普遍效力的权利习惯。它是某种规范体系下的权利内容,因而是一个法哲学上的概念。而习惯是一般性的社会学上的概念,是指个人或某个社会群体的惯常性行为。它包括个人习惯、群体单一趋同性习惯及其社群交互性习惯。个人的习惯和群体单一趋同性习惯不产生权利义务的内容,只有社群交互性习惯才有相互的权利义务,因此,习惯权利不是指这种一般性习惯意义上的权利内容。再者习惯权利可以表现为习惯,但习惯权利不仅仅表现为

习惯。第二,习惯权利与习惯法。对于习惯法存在两种不同的见解《中国大百科全书·法学》中把习惯法界定为“国家认可和由国家强制力保证实施的习惯”。²⁴我国的法理教科书也多持有此种观点。如孙国华教授认为:“当社会上已经存在的某种习惯、惯例和通行做法经有权的国家机关承认其为法律规范时,即为习惯法。”²⁵沈宗灵教授也认为,只有经国家机关承认其法律效力的习惯才是习惯法。²⁶而高其才教授却认为,那种把习惯法当成与国家相联系的、由国家认可并由国家强制力保证实施的习惯,是我国法学界长期奉行法的一元论观点的产物。²⁷基于此,他认为对法应做广义的理解,那些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,均属于法范畴之列,法包括国家制定法和各种习惯法两种。²⁸葛洪义教授也认为习惯法是经过国家和社会认可的,对他人有影响力且具有法的效力,并由公共权力保证实施和实现的习惯。²⁹很显然,前一种观点是把习惯权利排斥在这种习惯法之外的。而后一种观点大致把习惯权利包涵在习惯法的权利内容之内,也就是说我们是在后一种观点上使用的习惯权利的概念的。但我们必须指出的是,后一种观点把法作广义的理解不仅泛化了法的外延,而且还有模糊法的界限之嫌。我们认为习惯法和法是一个交集的关系,习惯法一部分由于被法吸收可归属于法,但大多数的习惯法仅仅作为一种社会规范起着类法的功能。第三,习惯权利与“民间法”。“民间法”,借用梁治平先生的观点来阐释,即为“国家法”之外的“法”。其包括民族法、宗族法、宗教法、行会法、帮会法和习惯法几类。并且它们之间相互融合与渗透。³⁰尽管习惯权利一般属于“非国家法”,但很显然,“民间法”的内涵要大于习惯法。因而,“民间法”的权利内容并不仅仅包括我们所说的习惯权利,他还包含了习惯权利之外的许多权利内容。第四,习惯权利与“活法”。“活法”是由奥地利法学家埃希利最先提出的,他认为“法发展的重心不在立法、不在法学、也不在司法判决,而在社会的本身”。而“活法”就是这种人类组织(商会、学校、工会等)的“内在秩序”,它存在于司法决定、商业文件、社会组织的秩序和人们的日常生活中。³¹显然,“活法”不仅包括运行中的国家法,同时包括一切能够形成社会秩序的行为规范,因而“活法”概念也无法涵盖习惯权利的内容和实质。第五,习惯权利与自然权利。自然权利是指基于人的生存而应得的权利。尽管习惯权利有许多权利来源于自然权利,但与自然权利所不同的是习惯权利主要是一种实然的权利,而主要不是一种应然的权利,并且它们之间没有必然的联系。因而不能把两者等同起来。

三、关于习惯权利的分类

我们仅仅对习惯权利做以上的界定并不足以明确习惯权利所有的基本问题。而如果我们能给其一个合理的分类,这不仅使习惯权利的研究有理论上的深度,而且还可使我们在实践中更加感性地把握它。

对于习惯权利的分类,马克思也曾有过精辟的论述,他把习惯权利分为贫民的习惯权利和贵族的习惯权利,认为贫民的习惯权利合乎本能的法的意识,这些习惯的根源是实际的和合法的。³²而贵族的习惯权利是同普遍法律的形式相对立的,它们不具有法律形式,因为它们无视法律的形态。这些习惯权利按其内容来说是同法律的形式即通用性和必然性的形式相矛盾的,这也就说明它们是习惯的不法行为。³³马克思通过对贫民的习惯权利和贵族的习惯权利的分析,最终又把它们区分归结为合理的习惯权利和不合理的习惯权利,从而更加具有了从本质意义上区分习惯权利的理论意义。对于上述马克思的分类,汤普森在其《共有的习惯》一书中有过更为详尽的分析。很显然,由于我国有史以来没有形成一种与贫民截然分立的贵族阶层,因而我们不能在我国生硬地套用这种分

类,把我国的习惯权利分为贫民的习惯权利和贵族的习惯权利。但是,随着社会的变迁,我国社会结构出现了明显的分层,而这种分类开启了我们对于习惯权利界分的思路。尤其是马克思的合理与不合理的习惯权利的分类更为我国提供了有益的借鉴。

在我国,曾经有过统治阶级的习惯权利和被统治阶级的习惯权利的分类。这种阶级的分析方法是马克思主义的经典思维方式,它对我们如何处理分属于两类性质完全不同的习惯权利有着不可忽视的意义。但由于我国的阶级关系发生了全新的变化,我们国家不存在截然对立的阶级关系,并且在当前我国阶级意识相对有所弱化的今天,我们无需采用这样的分类。但正如我们前面所述的那样,它作为一种分类方法拓展了我们的分析路径。高其才教授在其《中国习惯法》一书中把中国习惯法分为宗族习惯法、村落习惯法、行会习惯法、行业习惯法、宗教寺院习惯法、秘密会社习惯法和少数民族习惯法七种。³⁴尽管他没有明确表明中国有和以上习惯法相对应的七种习惯权利,但不可否认的是,在习惯法的背后内在地包含了习惯权利之意。而且笔者认为这种分类更加贴近中国社会的实际。当然有一点必须明确的是,高其才教授对习惯法的分类非常接近梁治平教授对“民间法”的分类。我们认为习惯法和“民间法”两者尽管有相似之处,习惯法的外延明显小于“民间法”。如果将两者等同使用,必然无形之中扩大了习惯权利的范畴。更为有意思的是,英国的斯普林克尔也有类似的分类,他发现在中国除了国家制定法外,宗族的、行会的,以及地方的习惯同样起着调整社会的作用。³⁵尽管他的立意在于探寻存在中国的“活法”,但他却为我们对习惯权利分类提供了有益的启示。

其实,我们可以按照不同的标准对习惯权利进行不同的分类。考虑到中国有着更为复杂的现实因素及其历史因素,我国的习惯权利更为种类繁多、内容丰富而富有特色。总的说来主要有以下几种分类。第一,按照地域的不同,我们可以把习惯权利分为地方性(村落)习惯权利和普遍性习惯权利。地方性(村落)习惯权利是指在特定的地域内长期沿用、认可并对其成员具有普遍效力的权利习惯,一般来说不同的地方有不同的习惯权利,从而形成各具特色的村落文化。而普遍性习惯权利是指在全国范围内都能沿用认可并具有普遍效力的权利习惯。如祭祀祖先是普遍的习惯权利,而由于各个地方的祭祀方式不同,形成地方性(村落)习惯权利。第二,按照属人原则,习惯权利可以分为宗族习惯权利和民族习惯权利。宗族习惯权利是指基于血缘的关系,在历史传承中形成的,由其成员认可并具效力的权利习惯。而民族习惯权利是指在某一个特定的民族内部形成的,其成员可普遍享有的权利习惯。第三,按照业缘关系的不同,习惯权利可以分为行业习惯权利和行会习惯权利。行业习惯权利是指一种完全基于业缘关系所形成的权利习惯,而行会习惯权利虽然也是基于业缘关系但是还要依靠行会组织的权威而形成的一种权利习惯。第四,按照习惯权利和国家法律关系的不同,习惯权利也可以分为具有废除性的习惯权利和具有创造性的习惯权利。³⁶具有废除性的习惯权利是指能够对不合理的国家法起消解废除作用的习惯权利,而具有创造性的习惯权利是指那种能够创生新的法律权利的权利习惯。第五,根据习惯权利是否具有合理性,我们可以把习惯权利分为合理的习惯权利和不合理的习惯权利。这种分类的意义在于为法如何对待习惯权利指明了方向,即对不合理习惯权利的改造、废除,对合理习惯权利的认同、宽容或吸收。

习惯权利的这些分类不但厘清了习惯权利本身的界分,而且可以让我们更清楚地看出我们的法律应以何种姿态对待习惯权利。但诸如此类的分类并不表明它们之间的界限就很明了,互不关联。相反,呈现在社会面前的是它们之间相互交叉融合的现状,并共同

构成了我国习惯权利的现实体系。无论是在传统中国,还是在现代社会,它们都发挥着不可忽视的重要作用。

四、关于习惯权利与法权的关系

对习惯权利的理解,不能仅停留在规范的意义之上。习惯权利的提出,是在国家法与民间法的张力中产生的。习惯权利预设了自己的参照体,那就是法权。或许与国家法权的相互关系才是习惯权利研究的真正目的所在。对此,我们将其概括为以下三种基本的类型关系。

1、习惯权利与法定权利的并列类型

社会能够正常运行,离不开对社会关系的调整。而法律依赖国家的强制力为后盾在社会调控中起着十分重要的作用,同时也可以在国家主导下对社会变迁起着推动催化的作用。然而,尽管法律对社会控制作用甚大,它也不可能替代其它诸如道德、宗教、习惯等规范对社会的调整。法律并非无所不能,尤其是在礼俗传统根深蒂固的国家,其原因如下。第一,法律本身的局限。法律自身的缺陷是显而易见的,法律有其进步的一面,又有其保守的一面。而这一难以协调的矛盾却是法律固有的性质。正如美国著名法学家博登海默所言:“法律的这些缺陷,部分源于它所具有的守成的取向,部分源于其形式结构中所固有的刚性因素,还有一部分源于与其控制功能相关的限度。”³⁷也就是说,法律必须稳定但又不能静止,这似乎非常矛盾的东西却是法律固有的性质所在。因而我们可以断言,所有法律思想都力图使有关稳定的需要和对变化的需要方面这种相互冲突的需要协调起来。³⁸第二,法律功能的局限性。法律作为一种调整社会关系的规范体系,不仅一直处于现代政治国家的主导地位,而且渗透到社会生活的方方面面。然而,法律仅仅调整人的外部行为,“对法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。我的行为就是我同法律打交道的惟一领域”。³⁹并且,法只是调整社会关系的社会规范中的一种,它的功能和作用也只能局限在其自己的范围内。⁴⁰第三,法的实现条件的制约。法律不仅是一种理念追求,更是一个现实社会的调控工具。而法律能够得到良好的实行,首先要投入大量的人力物力等资源,由于历史、自然、文化等因素,仍然会有许多处于中心城市的边缘地带,加之国家法对乡土社会的调控还有一定距离,国家法自身又存在缺陷和供给不足,使得法律的触角很难伸向这些乡村及其边缘地带。尤其在传统的礼俗下,法律的扩张更显得力不从心。

对于法律的作用及其利弊,在西方一直就有非常深入的探讨,然而关于法律的缺陷的评判总是与主张扩大法官的自由裁量权相关联。⁴¹这一思路在中国的司法实践中很难有所作为。而习惯权利正是在这种境遇下尤其弥足珍贵。它不但作为社会一种与法律相区别的调控手段起着不可替代的作用,而且在法律无法控制的地域,习惯权利更具有类法的功能。因此,法律不能自视其强大而无视或忽视习惯权利的存在,而应给予其更多的关注、宽容与期待。

2、习惯权利与法定权利的冲突类型

习惯权利与法律并非总是并行不悖的,习惯权利内涵于特定群体的文化之中,它并不简单地随着国家制度的变迁而改变。而法律主要体现统治集团的意志,统治集团的更替也会带来法制理念的变更,尽管其必须在一定程度上符合社会的文化背景。尤其是在社会转型的时期,国家主导以法制为动力推进的现代化与传统社会有着截然相反的价值理念与追求。这必然带来习惯权利与法律的对立与冲突。但这种冲突决不仅仅是指习惯

权利与法律的相悖,同样要正视法律与习惯权利相悖的问题。因而,处理这种冲突关系应从两个方面的分析入手。第一,假定法律是制定的良好法律,那么从应然上说这样的法律是不会与合理的习惯权利互相排斥的。因为合法必然以合理为前提条件,合理则是合法的内在根据。⁴²不合理的习惯权利,不仅为良法所不容,同时也难被现实社会所接受。因而我们应该通过法律的手段对其予以摒弃,或者通过移风易俗培育良好的习惯。第二,假定法律本身就非良法,那么我们如何面对该法与习惯权利的冲突呢?首先,我们必须清醒地认识到不合理的法律与不合理的习惯权利有着天然的亲和力。这样我们就找到了马克思在《第六届莱茵省议会关于林木盗窃法的辩论》所陈述的为什么议会无视贫民合理的习惯权利,而把贵族不合理的习惯权利上升为法定权利的真正原因。其次,我们也应该认识到合理的习惯权利很难为不合理的法律所相容。但这并不表明合理的习惯权利对这种法律无能为力。事实上,合理的习惯权利能够在一定程度上消解法律的效力。

解决习惯权利与法律的冲突不能仅仅针对习惯权利的合理性问题,而是同样要反省法律自身。我们不仅要剪除不合理的习惯权利,而且要解决法律自身存在的合理性。因为,良好的法律必须是建立于社会与风俗之上的、尊重并认可合理的习惯权利的法律。历史与现实证明,凡与合理正当的、民族大众的习惯权利相悖的法律,即使制定出来,也大都缺乏真正的法律权威而形同虚设。⁴³

3、习惯权利与法定权利的重合类型

法律并不仅仅外在于习惯权利,使两者总处于平行与冲突的境遇。我们不得不承认可以通过国家力量,通过法定程序把习惯权利纳入法律的范畴。对这种习惯权利与法律重合模式的最佳处理是使合理的习惯权利和合乎理性的法律的重合。马克思指出,在普遍法律占统治地位的情况下,合理的习惯权利不过是一种由法律规定为权利的习惯。因为,权利并不因为已被确认为法律而不再是习惯,但是它不再仅仅是习惯。⁴⁴

然而,基于习惯权利的多样性、复杂性及其适用范围的特定性,我们应该清醒地认识到,如前所述,我们首先需要有一个普遍为人接受的良法,才有如何正确对待习惯权利的前提。对于不合理的习惯权利我们显然不能把它纳入法律的体系。当然我们也不能把合理的习惯权利不加区别地全部纳入法律体系。我们能把那些只适合特定范围的习惯权利用法定的形式固定下来并加以提倡,却不能把它强加到普遍的范围予以实施。并且,有些合理的习惯权利是没有必要上升为法律的。同时,习惯权利并非仅仅是被动地适应法律,有些法律因为习惯权利的存在使其在事实上失去了效力,而且还存在着创造法律的习惯权利。事实上,某些习惯权利兼具这两种性质。⁴⁵

五、结语

诚如前文指出,马克思对“习惯权利”概念的提出,为马克思主义法律社会学开创了先河,也奠定了习惯法的规范研究基础。我们应充分重视研究和利用这一马克思主义法学理论的宝贵资源,不仅重视习惯权利本身,而且还要重视当时德国所遭遇的社会问题。这或许才是回应中国式问题的关键所在。因此,本文对习惯权利基本问题的探讨和厘清,目的是发掘习惯权利所承载的社会功能,而理解习惯权利的社会功能,又是处理习惯权利与国家法定权利的关键所在。国家法可以通过吸纳、认可合理的习惯权利等方式,使国家法更具有本土特色,同时也可以通过国家强制力改变社会的不合理的习惯权利。就目前我国法治构建的历史境遇及所面临的困境而言,国家法更应从系统功能的角度来诠释和认真对待习惯权利,或许习惯权利所建构的民间生活方式,更值得国家的尊重。而且最

终改变习惯权利的不是国家的法律,而是社会本身。

注:

¹ 汤唯:《法社会学在中国》,科学出版社 2007 年版,第 154 页。

^{2,3,4,5,6,7,8,9,15,32,33,39,44} 《马克思恩格斯全集》,第一卷,人民出版社 1995 年版,第 138 页,第 179 页,第 142 页,第 147 页,第 143 页,第 144 页,第 144 页,第 144 页,第 248 页,第 253 页,第 249 页,第 85 页,第 249 页。

¹⁰ [法]亨利·莱维·布律尔:《法律社会学》,许钧译,上海人民出版社 1987 年版,第 38 页。

¹¹ 孙育玮:《应重视对“习惯权利”问题的研究》,《求是学刊》1992 年第 5 期。

¹² 郭道晖:《法的时代精神》,湖南出版社 1997 年版。

^{13,17,23,43} 范进学:《认真对待习惯权利》,《法制日报》2002 年 5 月 12 日。

^{14,19} 谢晖:《民间规范与习惯权利》,《现代法学》2005 年第 2 期。

¹⁶ 郭道晖:《法的时代精神》,湖南出版社 1997 年版,第 244 页。

¹⁸ 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社 1999 年版,第 89 页。

²⁰ [英]爱德华·汤普森:《共有的习惯》,沈汉、王加丰译,上海人民出版社 2002 年版,第 100 页。

²¹ [英]罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松、刘丽君、林燕萍、刘海善译,华夏出版社 1989 年版,第 21 页。

^{22,27,28,34} 高其才:《中国习惯法》,湖南出版社 1995 年版,第 5-6 页,第 2 页,第 3 页,第 7 页。

²⁴ 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社 1984 年版,第 87 页。

²⁵ 孙国华主编:《法理学》,法律出版社 1995 年版,第 308 页。

²⁶ 沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社 1987 年版,第 140 页。

²⁹ 葛洪义主编:《法理学》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 324 页。

³⁰ 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 35-36 页。

³¹ 转引自张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社 1996 年版,第 132 页。

³⁵ 关于这种分类散见于[英]斯普林克尔:《清代法制导论——从社会学角度加以分析》,张守东译,中国政法大学出版社 2000 年版。

^{36,45} [法]亨利·莱维·布律尔:《法律社会学》,许钧译,上海人民出版社 1987 年版,第 42 页。

³⁷ [美]E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 402 页。

³⁸ [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,曹玉堂、杨知译,华夏出版社 1989 年版,第 1 页。

⁴⁰ 葛洪义主编:《法理学》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 128 页。

⁴¹ 刘作翔:《法律的理想与法制理论》,西北大学出版社 1995 年版,第 145 页。

⁴² 李光灿、吕世伦主编:《马克思恩格斯法律思想史》,法律出版社 2001 年版,第 115 页。

(责任编辑:姚 魏)