

## 续造与重生：习惯法变迁机制研究 ——基于南方主要少数民族聚居区的田野调查

Continuation and Rebirth: A Study on the Changing Mechanism of Customary Law - Based on the fieldwork on the main ethnic minority areas in South China

**Hanfei Chen\***

Capital University of Economics and Business

### Abstract

From the field survey of the main ethnic minority areas in the south China, it is found that political, economic, cultural and natural environmental changes are the main reasons leading to the change of customary law. The power mechanism of the customary law change include the three aspects, such as the promotion of country elite, the dominance of grassroots government, and the daily demands of the villagers, which promote the change of customary law alone or together. Through the application of customary law, the country elites can adjust and refine the rules of customary law in order to make out the new customary law and promote its development. In the current pattern of rural governance, grassroots self-government is actually the "official supervision of people's autonomy".

The executive power of the grassroots government often intervene the practice of customary law and other informal rules. This is another mechanism of customary law change. Customary law arises from the practice of the daily life of the villagers. If the villagers think that the norms of customary law cannot meet the actual needs of daily life practice, the customary law will be promoted in the form of collective consultation. This is the most important dynamic practice mechanism of customary law change.

Transformation and abandonment are the two ways to change customary law. No matter what kind of change does not lead to the demise of the customary law system, the demise of the customary law is only an outdated result, which is made by the universality, nature and objectivity of customary law. The procedure of customary law change is the process of continuation and rebirth about customary law.

The result of the change is to produce the new customary law of keeping pace with the times, and the customary law will be presented with new content and form after the change. The continuation of customary law means the inheritance of traditional customary law, but it is based on the transformation of traditional customary law. The rebirth of customary law means that the traditional customary law is completely discarded. But it will produce new customary law rules and be based on the needs of social life practice. Customary law occupies a pivotal position in the normative system and the national law cannot be replaced.

---

\* Assistant Professor, School of Law, Capital University of Economics and Business. 121 Zhangjialukou, Huaxiang Fengtai District, Beijing 100070, China (Phone) (+86)18810356879, (Email) wschenhanfei@163.com; This research is supported by the project of national rule of law and legal theory from Ministry of Justice of the People's Republic of China in 2016 (Project number:16SFB3002).

The purpose of customary law change will let the customary rules better adapt to the development of modern society, adjust the social relations more reasonably and better meet people's needs of production and life, which is decided by the character of customary law.

**Keywords**

Customary Law, Reason for Change, Power Mechanism, Results of Change

## I. 问题与进路

自上个世纪八十年代以来, 习惯法逐渐成为中国法学界乃至人文社科领域的热点问题之一, 中国学者对于习惯法已做了广泛的研究。从研究内容来看, 研究者们对习惯法起源、特质、功能、运行模式等方面均展开了深入讨论; 从研究方法来看, 研究者们多采用实证研究方法, 注意通过实证调查发现习惯法的“在地性”问题; 从研究走向来看, 近些年已经对习惯法在立法、司法实践中的运用问题展开研究。值得注意的是, 已有研究模式大多采用并延续“国家—社会”二元框架进行分析, 将习惯法置入“国家法—民间法”二元框架下进行考察, 尤其是将其视为一种重要的“地方性知识”或“本土资源”<sup>1</sup>, 探究并展现其与国家法之间的内在张力。

“国家—社会”这一研究范式在习惯法概念问题上得到真实反映。例如, 梁治平先生认为“习惯法乃是这样一套地方性规范, 它是在乡民长期的生活与劳作过程中逐渐形成; 它被用来分配乡民之间的权利、义务, 调整 and 解决了他们之间的利益冲突, 并且主要在一套关系网络中被予以实施。”<sup>2</sup> 高其才教授在其著作中首先主张对法应该作广义的理解, 即“凡是维护维护社会秩序, 进行社会管理, 而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, 均属于法范畴体系之列, 包括国家制定法与习惯法两类”, 因此, “习惯法是独立于国家制定法之外, 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的总和”<sup>3</sup>。无论是何种定义都承认一个基本事实, 那就是“习惯法是自发形成的地方性规范, 对区域内成员具有强制约束力, 而这种约束力的根源就在于某种社会权威或社会组织的存在”。“地方性规范”、“强制约束力”以及“社会权威或社会组织”等元素都只是习惯法“静态”意义上的基本特征, 对于习惯法“动态”意义上的特点没有表征。

“国家—社会”理论框架主导下的习惯法研究是“共时性”的, 没有充分展现出习惯法的“历时性”变迁过程, 这也是当前习惯法研究需要进一步注意之处。探讨习惯法的“历时性”变迁问题, 不仅能够揭示习惯法变迁的原因, 而且能够探明习惯法变迁的动力机制, 由此判断习惯法未来变迁之走向。一直以来, 习惯法都被认为是熟人社会空间中相对较为封闭的规范体系, 习惯法遵循传统, 具有一定的保守性。那么, 具有保守属性的习惯法为什么会发生变迁, 促使习惯法变迁的主要原因是什么? 习惯法如何变迁, 在日渐开放多元的社会中推进习惯法变迁的动力机制是什么? 习惯法变迁之后会呈现出什么样的形态, 习惯法会不会随着城乡现代化进程的加快而日渐式微? 回答这些问题都需要研究者们系统考察习惯法变迁过程, 从习惯法变迁之中寻找答案。

目前已有一些学者关注到习惯法变迁问题, 也产生了一些研究成果。概而言之, 这些研究成果主要集中在三个方面进行讨论。第一, 文化人类学视角下文化变迁理论研究范式。龚艳、尚海涛等从文化变迁理论层面来讨论习惯法问题, 认为习惯法的变迁机制主要有濡化机制和涵化机制。

---

1 苏力, 法治及其本土资源 (第三版), 北京大学出版社, 2015: 10—22.

2 梁治平, 清代习惯法: 社会与国家, 中国政法大学出版社, 1996: 1.

3 高其才, 中国习惯法论 (修订版), 中国法制出版社, 2008: 3.

“第二，法律人类学视角下习惯法变迁的法律民族志研究。高其才教授从法律民族志角度考察广西金秀瑶族习惯法变迁过程；<sup>5</sup>王永辉考察了贵州三都水族习惯法表现形式、维护机制及其变迁过程；<sup>6</sup>郭剑平考察了侗族地区侗款在纠纷解决场域的功能变迁；<sup>7</sup>常丽霞系统考察了藏族牧区生态习惯法的传承与变迁过程。<sup>8</sup>第三，法律史学视角下的民族习惯法变迁史研究。严文强以案例为中心考察了四川凉山彝族习惯法的历史变迁过程；<sup>9</sup>石伶亚则以湘西土家族、苗族自治州的习惯法历史变迁过程进行梳理，考察其功能之流变；<sup>10</sup>叶英萍考察了海南黎族习惯法从传统向现代法治转型的过程。<sup>11</sup>此类研究从史料中概括、总结及描述少数民族习惯法变迁的历史过程。值得注意的是，已有研究虽然从文化人类学、法律人类学及法律史学角度考察习惯法变迁，但是较少在实证调查的基础上进行理论的概括和提炼，在一定程度上缺乏实证基础上的类型化分析，更没有考察习惯法变迁的动力因素及未来走向等理论问题。鉴于此，本文将在实证调查的基础上重点展开理论探讨，尤其是对习惯法变迁问题进行理论概括和提炼，探析习惯法变迁的基本规律及动力机制，为当代导引、适用及传承习惯法提供理论依据。

为了探析习惯法的变迁过程，本文突破传统“国家—社会”分析框架，试图从“制度—生活”框架考察习惯法。<sup>12</sup>“制度—生活”框架沿袭吉登斯的结构化理论，把系统论想象都还原为实践的主旨，超越“国家与社会”二元论的、结构主义的分析模式，把日常实践同社会结构变迁勾连起来，为探究社会结构变迁的微观动力机制提供一种解释框架。其中，“制度”是指以国家名义制定并支持国家的各级各部门代理人行使其职能的“正式制度”；“生活”指社会人的日常活动，既包括各种权宜性生产的利益、权力和权利诉求及生活策略和技术，又指涉相对例行化的民情和习惯法。<sup>13</sup>相较于“国家—社会”分析框架，“制度—生活”分析框架的优势主要有三。第一，“制度—生活”框架更好地从微观视角考察习惯法变迁问题。“制度—生活”不再将“社会”视为一个抽象存在，

4 龚艳、尚海涛：“论习惯法的历史变迁机制——基于山东省H村的调研”，甘肃政法学院学报，2012年第6期。

5 高其才：“现代化进程中的瑶族‘做社’活动——以广西金秀郎庞为例”，民族研究，2007年第2期。

6 王永辉：“水族习惯法及其变迁——以贵州省三都水族自治县塘党寨为例”，民族研究，2006年第4期。

7 郭剑平：“侗款的变迁及其与侗族地区纠纷解决机制研究”，现代法学，2012年第5期。

8 常丽霞：“藏族牧区生态习惯法文化的传承与变迁研究——以拉卜楞地区为中心”，兰州大学博士学位论文，2013年。

9 严文强：“凉山彝族习惯法的历史流变——以案例分析为中心的研究”，西南政法大学博士学位论文，2008年。

10 石伶亚：“少数民族习惯法的功能释放与历史变迁考察——以湘西土家族、苗族自治州为例”，贵州民族研究，2009年第2期。

11 叶英萍：“黎族习惯法研究：从自治秩序到统一法律秩序的变迁”，中国政法大学博士学位论文，2011年。

12 “国家—社会”理论框架在提出以后不断遭受批判。一种较为常见的批评观点认为，“国家—社会”二元框架极大地忽略了国家及社会的复杂性。“国家”并非“政治国家”这一抽象概念所能涵括，而是包括“中央政府”、“地方政府”及“基层政权”等多层级的构造。“社会”也绝非“市民社会”单一抽象概况，而是包括市民领域、公民领域、非公领域、公共领域等多个面向的复杂构造。换言之，“国家—社会”分析框架容易导致“国家”、“社会”概念化，遮蔽了“国家”、“社会”的复杂面向。正因为如此，哈贝马斯、亚历山大（Jeffrey C. Alexander）、黄宗智等人均对“国家—社会”理论框架展开了批判并尝试超越。如哈贝马斯提出“公共领域”、黄宗智提出“第三领域”、亚历山大提出的“公民领域”等。参见哈贝马斯“公共领域的结构转型”，曹卫东等译，学林出版社，1999；黄宗智：“中国的‘公共领域’与‘市民社会’？——国家与社会间的第三领域”，程农译，邓正来校/邓正来，J.C.亚历山大编，国家与市民社会：一种社会理论的研究路径，中央编译出版社，1999。

而是解释为一个客观实体,立足于习惯法的日常生活实践真实反映出社会结构的微观状态。第二,“制度—生活”框架能从动态视角考察习惯法的“历时性”变迁问题,这一分析框架强调习惯法在日常生活中的实践运行,乡土法杰、基层政府及普通民众等主体的日常实践正是推进习惯法变迁的关键力量。第三,“制度—生活”框架揭示了正式制度与日常生活之间的复杂互动关系,从中可以看到习惯法不是单向线性发展,而是杂糅了多重因素的多向弧形发展,习惯法的变迁受到多重因素的影响。正因为如此,“制度—生活”之间的复杂互动关系不仅反映了社会变迁过程,而且也为研究者们观察习惯法变迁动力机制提供了比较好的视角。正式制度承载了社会变迁的基本诉求,国家及其基层政权代理人将这种诉求上升为正式制度,并干预基于日常生活自发生成的习惯法体系;反之,习惯法体系在遭遇社会变迁及正式制度更迭时,并不会束手待擒,而是进行有力的反抗及应对,甚至会重塑正式制度。在此过程中,作为“行动者”的正式制度代理人与生活主体会选择性地接受、拒绝或改造正式制度及习惯法体系。

笔者所在研究团队长期关注并研究南方主要少数民族聚居地区习惯法问题,积累了大量的田野调查资料,并且对于某个民族地区的习惯法有着较为长期并连续的认识,能够比较准确地反映习惯法变迁的情况。正因为如此,本文将以南方主要少数民族聚居地区的民族习惯法变迁实践为经验材料,从中发现并论证习惯法变迁的基本规律及动力机制等问题。

## II. 影响习惯法变迁的主要因素

一般认为,习惯法是较为稳定的规范体系。习惯法在共同体内部经过长期生产、生活反复实践自发渐进形成并自我延续,作为历史的积淀,具有较强的稳定性,相较于其他社会规范变动相对较小。习惯法是民族精神与民族文化的客观体现,一个民族有着自己固有的历史文化传统,习惯法就是这种历史文化传统的载体,充分体现出民族特性。习惯法非常抵制变化,因为原初的社会化相对于后来的社会经验更具有型构内在倾向的力量;虽然在遭遇新的环境时,会有一个持续的适应过程,但这个过程常常是非常缓慢的,倾向于完善而不是断然改变初始倾向。<sup>14</sup>习惯法的保守性使其具有较高稳定性,那么究竟是什么原因促使习惯法摆脱既有条件的束缚而发生变迁?习惯法深深植根于民族土壤,依托于特定环境而生存。当习惯法赖以生存的土壤和环境发生了变化,则习惯法也会随之改变,尽管这个过程中夹杂着抵制、适应及对固有规范体系的“留恋”,但是习惯法的变迁终究会随着客观环境的改变而逐步完成。习惯法并不会脱离社会而独立存在,可能会受到政治、经济、文化及自然环境等诸多因素的影响,从而在内容、形式及实施方式等方面缓慢地发生着变化,这样也就促使习惯法不断自我调适,而形成新的传统,注入新的内容,每一代、每一个时期都产生新的习惯约例。

13 参见肖瑛,从‘国家与社会’到‘制度与生活’:中国社会变迁研究的视角转换,《中国社会科学》,2014年第9期。

14 刘新星,从农村规范秩序的变迁看农村法制建设,《中国人民大学学报》,2009年第4期。

## 1. 经济因素

在作为习惯法生存土壤及环境的政治、经济及文化诸要素中，首推经济因素对习惯法变迁影响最大，生产方式的改变基本上都会导致习惯法变迁。广西金秀瑶族“做社”习惯是一种传统民俗和民间宗教信仰活动，“做社”过程中的“料话”程序实际上也是习惯法宣讲活动。一般农家祭祀社王（土地神）的活动称“做社”，有春社、秋社两种，目的是酬谢社王，祈求丰收（秋社还兼有求免瘟疫之意）。“做社”规模有小有大，小者数家，多由同姓、同邻里或耕作同一字圩农田的农户自愿结合；大者聚集一村，数村农户合办。每次由一家主办，轮流当值，所需费用按户或按田亩数分摊。祭祖时除供奉鱼肉酒饭外，常请“太保”诵通忏，有时图热闹，还请打唱班子唱戏一至三天。祭祀毕，必会餐，每户到一人（家长或强劳力者）。“做社”习惯产生于传统自给自足的小农经济条件之下，乡民靠天吃饭，通过“做社”活动可以表达乡民祈求风调雨顺、五谷丰收、驱灾避祸的良好愿望。再者，瑶族多聚居于广西大瑶山山区，“做社”活动只能通过农户之间相互协作进行，这样可以加强乡民之间的经济合作和联系，便于生产生活中团结互助。在“做社”活动中，社老、师公是绝对的主角（宣讲习惯法也一般由“社老”进行），通过“做社”宣讲，实际上增强了社老、师公的权威，为当地社会经济秩序之稳定提供了基础。然而，随着经济发展及现代化进程的加快，金秀瑶族“做社”习惯已经发生了改变。乡民不再单纯依赖于传统小农经济生存，而是外出务工为主；随着耕种技术的输入及发展，靠天吃饭的程度日渐降低；农业机械化及生产力的提高，使得乡民之间生产协作程度也逐步降低；科学技术的传播与输入，社老、师公代表的民间宗教型权威也逐渐式微。这一切都使得金秀瑶族“做社”习惯日渐成为一种仪式化的表演，“做社”的宗教祭祀功能逐渐消失，取而代之的是休闲娱乐功能。<sup>15</sup>

从广西金秀瑶族“做社”习惯法变迁的过程可以看出，经济因素对于习惯法影响是最为根本的。习惯法如同法律一样，都是调整社会关系的制度及规范，两者都以经济活动为存在基础，在很大程度上受到其影响，客观上反映并调整一个民族特定时期的社会经济关系。因此，当生产方式及经济关系发生改变时，习惯法也会随之变迁，从而与经济关系相适应。当然，在此过程中，习惯法基于其保守性也会对经济变革产生一定的阻碍作用。

## 2. 政治因素

政治因素也是促使习惯法变迁的重要原因。国家权力在向乡村扩张过程中，不可避免地会向乡村社会输入适于政权的意识形态及主流价值体系，科层官僚制下的政权代理人会推进并肃清政治改革进程中的一切障碍，这个过程中可能会采取“文化置位”（cultural location）与“文化操控”（cultural control）的政治动员策略<sup>16</sup>，将习惯法作为政治变革的资源或砝码。因此，从某

15 高其才教授对广西金秀郎庞瑶族自二十世纪五十年代以来“做社”活动历史演变以及现代变迁的田野考察也证明了这一点。作者认为现代化进程促使瑶族生产、生活及思维方式发生改变，进而深深影响到“做社”活动及相关习惯法。参见高其才，现代化进程中的瑶族“做社”活动——以广西金秀郎庞为例，民族研究，2007年第2期。

16 裴宜理（Elizabeth J. Perry）创造性地运用“文化置位”和“文化操控”概念分析安源革命中革命政权利用传统文化资源推进革命的模式，这具体表现为革命力量与地方精英合作、灵活运用中国传统文化、以非暴力和工人教育为特质的革命范式。参见[美]裴宜理，《安源：发掘中国革命之传统》，阎小骏译，香港大学出版社，2014，5—10。

种程度来说政治变革及执政党主张诉求对习惯法变迁有着较大的影响，是促使习惯法变迁的重要原因之一。

凉山彝族婚姻习惯法是凉山彝族地区调整婚姻关系的重要规范，对结婚、离婚、婚姻纠纷解决及婚姻形态等方面均有约定俗成的明确规定，经过长期发展形成了民族内婚、等级内婚、家支外婚、姨表不婚、姑舅表先婚及包办婚姻等极具特点的民族传统婚制。在旧凉山时期，彝人社会等级制度森严，等级内婚制可以维护彝人等级血统纯正，维持特权等级长期统治的稳固；由于彝人社会是由各大家支进行统治的，家支是彝人社会正当合法的统治政权机构，家支外婚制则能够实现统治阶层之间相互“结盟”，实际上起到进一步巩固家支统治力量的作用。新中国成立后，旧凉山时期的特权等级制度显然与社会主义共和国的民主执政宗旨格格不入，因而对凉山彝族进行民主政治变革也就势在必行，执政党通过政治运动废除传统等级及家支统治制度。在这种背景之下，作为维系彝族社会婚姻家庭关系的婚姻习惯法也就成为政府改革的目标。从新中国成立以来，政府先后在凉山彝族地区推行了四次婚姻改革<sup>17</sup>，试图促使彝族婚姻制度从传统向现代转型，以婚姻改革完成政治改革并夯实政权基础。虽然凉山彝族地区四次婚姻改革没有取得预期改革效果，但是也动摇并逐步改变了传统彝族婚姻习惯法中一些违反社会主义政权核心价值的内容，如家支外婚、等级内婚及民族内婚等基本上都被改造摒弃了。经过三十多年的持续改造，婚姻法所提倡的婚姻自由、男女平等及一夫一妻等基本价值理念也较为普遍地被彝族人接受，婚姻法所倡导的实体权利义务及婚姻程序等，也逐步被彝族人认可。政治改革促使彝族婚姻习惯法发生转型和变革，尽管这一变革过程充满了反复和艰难，而且目前正处于转型时期，传统与现代交织杂糅其中，但是政治改革的目标是明确的，影响也是深远的，一切终归被裹挟到现代化婚制的浪潮之中，完成婚姻制度现代化转型。

政治因素促使习惯法变迁的现象同样出现在贵州锦屏县文斗苗寨。文斗苗寨地处黔东南地区锦屏县西部，在明清时期木业兴盛，以“契”“管”“业”渐成规俗，勒石刻的公约颇多，自古即有“立规治村”的传统。文斗“名垂万古”碑（又名“六禁碑”）立于乾隆三十八年仲冬月，内容主要是关于环境保护方面：“六禁碑”对破坏环境行为的处罚采取“罚金”形式，如“一禁不俱（拘）远近杉木，吾等（依）靠，不许大人小孩砍削，如违罚良（银）十两”。六禁碑旁另立有“恩泽万古”和“千秋不朽”两块石碑，分别立于清乾隆五十六年（1791）孟冬月谷旦、嘉庆十一年（1806）三月十六日。这两块石碑是关于婚姻习俗的约定，如“千秋不朽”碑文对所载禁令有：“一勒接亲礼只许五钱，定亲酒礼，小则一两五钱，大则四两。如多，罚冲（充）公；一勒凡拆毁、拐带、强夺、有

17 1960年，国家在凉山彝族地区推行第一次婚姻改革，此次婚姻改革基本上以1950年婚姻法为主，宣扬婚姻自由、男女平等及一夫一妻，禁止包办买卖婚姻，取消等级内婚、家支外婚等传统婚制。1964年开始推行第二次婚姻改革。此次婚姻改革基本上以婚姻的阶级化为主线，限制阶级之间通婚，这实际上是暗合了彝族社会传统等级内婚制，故而收效甚微。1976年开始推行第三次婚姻改革。此次婚姻改革重返1950年婚姻法轨道，提倡婚姻自由平等，反对包办买卖婚姻，严格实施婚姻登记制。1983年2月26日，四川省第五届人民代表大会常务委员会第十九次会议通过《四川省凉山彝族自治州施行〈中华人民共和国婚姻法〉的规定》（以下简称“规定”），标志着第四次婚姻改革开始。“规定”共计十五条，遵循1980年新婚姻法精神制定，基本上全盘否定了传统婚姻习惯法与新婚姻法相违背的内容。

妻子弃妻子再娶者，罚银三十两冲（充）公，照礼劝息。若不听罚，送官治罪。”<sup>18</sup>由此可见，文斗历史上的处罚习惯之一即为“罚金”方式，这一处罚习惯一直延续到1988年村规民约之中。文斗村1988年村规民约在盗偷处理、文物古迹、风景木及个体经营户的财产保护、民事纠纷处理、后龙山维护、村寨火警以及尊老爱幼等方面基本上都是采用罚款方式。黔东南苗族侗族自治州雷山、台江、榕江及从江等地苗寨广泛存在“罚三个一”处罚习惯法，即村民如果违反“榔规”则要向全寨赔偿“100元现金、100斤猪肉和100斤米酒”，黔东南其他地区也存在“罚3个120”处罚习惯。<sup>19</sup>在现代社会针对公民个体的处罚权基本由国家垄断，一般交由行政权和司法权行使，具体呈现为行政处罚权及刑事制裁权。这种处罚习惯显然与现代法治观念相违背，超越了处罚权的行使主体限度。正因为如此，国家政权对此采取否定态度，一直倡导以法治方式改造处罚习惯。在国家政权持续不懈的普法运动下，文斗苗寨等地的处罚习惯从形式到实质都被改变，2005年以后取而代之的是“违约金”形式。<sup>20</sup>从“罚金”到“违约金”转变的主要原因就在于政治改革的法治化趋向及稳步推进。

从凉山彝族与文斗苗寨习惯法变迁过程可以看出，政治因素作用并影响习惯法变迁，蕴含着特定的政治诉求。通过政治权力推动社会变革，习惯是一个极其重要的领域，培养人的行为习惯及由此而生的习惯法制度，这将被视为政治改革成功与否的重要标准。通过改革凉山彝族婚姻习惯，从而促使彝族社会由传统向现代转型，更为重要的是可以促使彝族地区传统政治力量的崩解。

### 3. 文化因素

如果说习惯法是人类社会自发形成的规范体系，那么这套规范体系本身就属于一种文化现象，承载着共同体成员的意义世界。人类学家格尔兹根据马克斯·韦伯对人的意义维度之理解，从现象学出发认为文化“实质上是一个符号学概念”，是“由人自己编织的意义之网”，而这张意义之网由一系列由公众知晓的符号体系构成。<sup>21</sup>习惯法无疑是这张意义之网中的关键“符号”，用于表征文化世界的具体意象及价值世界。当文化整体性变迁之时，习惯法承载的意义世界也将崩解，从而催生习惯法体系随之变迁。从这个意义上来说，文化因素也是习惯法变迁的重要原因之一，更能真实客观地反映习惯法的发展变迁。

“巫蛊”是指通过巫师的活动以咒语之术唤来蛊虫以害人之事<sup>22</sup>，在历史上一直被认为是邪术，

18 以上“名垂万古”、“恩泽万古”和“千秋不朽”三块碑文内容均由作者实地考察记录。

19 参见徐晓光：“从‘罚3个100’等看习惯法在村寨社会的功能”，《山东大学学报（哲学社会科学版）》，2005年第3期；徐晓光：“罚3个120”的适用地域及适应性变化——作为对黔东南苗族地区‘罚3个100’的补充调查，甘肃政法学院学报，2010年第1期。

20 参见文斗村1988年、2005年、2012年及2015年四份村规民约。文斗寨村规民约（1998年12月），资料编号010056；文斗村村规民约（2005年12月村民会议讨论通过），资料编号010057；文斗村村民自治合约（2012年12月25日村民代表会议表决通过），资料编号010058；文斗村村规民约（2015年9月10日村民代表会议表决通过），资料编号010059。

21 克利福德·格尔茨，文化的解释，韩莉译，译林出版社，1999：5。

人类学整体论和文化相对论将其视为一种特殊的文化事象。湘西地区历史上盛行“蛊”文化，随之产生了一系列关于养蛊、放蛊及解蛊的习惯法规范，如蛊婆往往被某个共同体集体意识评价为“异类”，属于不被大多数成员接受的人。从更多的人类学田野调查资料来看，被认定为“蛊婆”的人往往在心理上、生理上或者家庭关系上都存在一些异同。<sup>23</sup>湘西地区“蛊”文化实际上属于巫术文化之一种，通过借助于某种超自然力量，巫师或蛊婆以特定的咒语或仪式来控制蛊虫，进而达到预期的目标。这种巫文化现象与湘西地处山区腹地、山民奉行万物有灵论以及知识文化水平相对落后密切相关，以致当地有着历史悠久的巫文化传统。随着文化知识的普及，民间宗教观念逐渐崩解，很多人也逐渐意识到“巫蛊”只不过是封建迷信行为，并不能现实中起到作用。这也就导致关于“蛊文化”习惯法在现实中逐步式微（现在基本上没有“放蛊”传言了），早已脱离了最初原始宗教对地方秩序的整合平衡功能。<sup>24</sup>海南地区黎族在新中国成立之前普遍适用“禁”习惯法，这也是黎族习惯法中较为特殊之处。“禁”习惯法认为，禁公、禁母用“禁”术来害人，使人生病，可通过泥包卜等方式“查禁”，然后采取杀死禁公、禁母等方式“除禁”。“禁”习惯法形成的主要原因之一就在于当地山民奉行万物有灵论，对巫术深信不疑，从而用巫术判断未来吉凶等。<sup>25</sup>社会主义新文化显然与“禁”习惯法相互违背，故而随着现代文明不断侵入，现代科学技术知识向当地传播普及，通过向村民宣扬教育巫术本质及“禁鬼”的迷信实质，逐步削弱当地巫文化的影响。随着文化转型及巫文化日益削弱，加上国家打击迷信犯及“禁”习惯法相关的刑事犯罪，“禁”习惯法也开始衰退甚至消亡，这不得不说是文化影响了习惯法的变迁。

湘西地区的巫蛊传统与海南黎族“禁”习惯法的田野考察表明，习惯法融合了民族文化及民间宗教，是特定时空的人们对外部世界的理解而产生的认识观念，文化构成习惯法生存的另一重要土壤，决定着习惯法延续的长度及传播的范围。当共同体受到外来文化“入侵”及内部文化自我演化时，文化背景也就随之改变，具体表现在外来文化与本土文化相互融合发展，强势文化对弱势文化的侵入改造，科学技术普及对人们观念的影响，文化知识水平整体性提高，这些变化将对固有习惯法会造成比较大的冲击。

#### 4. 自然环境因素

如果说政治、经济及文化是促使习惯法变迁的主观因素，那么自然环境则是促使习惯法变迁的客观因素。例如，在中国内蒙古地区的一些牧区将羊作为等价物订立合同，这种订立合同的方式带有明显的地方特色。<sup>26</sup>又如蒙古牧业经营方式方面的“古列延”、“阿寅勒”、“敖特尔”等习惯法，使一些牧场在游牧轮放中得到间歇，可以避免牧场遭到过度的使用。<sup>27</sup>再如，在广西金秀瑶族地区盛行“打茅标”习惯法，这实际上是现代民法所规定的先占制度。<sup>28</sup>当事人在发现野蜂蜜等

22 李瑶，巫蛊方术之祸，广西民族出版社，1995.5.

23 根据一些人类学的田野调查，许多社群都会对群体中的“异类”有特定的称谓或区别对待。例如，云南兰坪维西的那马人将村中心事歹毒的女人称之为“活人鬼”；怒江白族将经常在人背后说坏话的这类人称之为“武恶鬼”；西双版纳自治州傣族将社群中长得较为漂亮的女性称之为“琵琶鬼”；等等。

24 陈寒非，巫蛊、信仰与秩序的形成——以湘西M乡‘中蛊’现象为中心的考察”，广西民族研究，2015年第3期。

25 参见韩立收，“查禁”与“除禁”：黎族“禁”习惯法研究，上海大学出版社，2012。

无主物时，可以在无主物上插上茅草表示该物已被先占，即便原插标之人当时未去，也可以等日后来取，其他人无权对该物再进行占有。这一民事习惯一般在山区比较常见，因为在发现无主物时，受制于山区地形不能直接取走该无主物，因此可以“打茅标”以表明所有权。黔东南清水江流域台江、剑河、锦屏、天柱等县村寨山高林密，生态良好，自古盛产木材，产生了大量关于林木及生态环境保护的习惯法。当这些地理环境发生改变，或者脱离原有地理环境时，则会促使习惯法发生变迁。笔者在湖南张家界市武陵源区调查时发现，由于当地旅游开发及生态保护，风景旅游区内的村民都由区里统一安置于城镇地区，政府建设标准的现代化小区分给村民，村民离开了原有的自然环境和居住环境（现代化的单元小区式建筑隔断了村民之间的日常往来及联系），原有的一些传统习惯规则现在也基本上逐渐消失殆尽了，即使村里组织一些土家族传统活动也多属表演性质。

上述田野考察案例足以证明，政治法律、风俗习惯与自然环境有着极为密切的关系，自然环境的改变也会使习惯发生改变。孟德斯鸠论述了自然条件同政治法律的关系，认为自然地理环境对社会政治法律制度具有重大的制约性，风俗习惯如同政治法律一样，同样受制于自然环境。风俗与法律同属制度性范畴，只不过“法律是立法者创立的特殊的和精密的制度，而风俗习惯则是一个国家一般的制度”，以人民“一般的精神”为渊源。作为制度性的习惯是各个区域生产生活经验的总结，更是不同区域群体的智慧结晶，与当地的地理环境、气候条件与社会经济状况相适应。

总而言之，政治、经济、文化及自然诸因素是习惯法变迁的主要原因，基本涵括了习惯法变迁的时间、空间、主体、文化、历史、社会及思维等多个具体向度。这些因素可能不会单独发挥作用，可能两个或两个以上因素共同产生影响。认识到这些因素为研究者们理解习惯法变迁提供了关键“钥匙”，也为研究者们整合习惯法变迁动力机制及因势利导习惯法变迁方向提供了前提准备。

### III. 习惯法变迁的动力机制

以上关于习惯法变迁原因的讨论，主要是试图从政治、经济、文化及自然等宏观层面回答习惯法为什么变迁这一问题。只有回答了习惯法为什么变迁问题，才能继续讨论习惯法如何变迁问题。后者是一个具体实践问题，需要从日常生活的微观实践层面来考察，具体探析习惯法变迁的动力机制，剖析究竟是何种动力启动、推进并延续习惯法变迁进程。笔者将从乡土法推动、基层政府主导及村民日常生活诉求三个方面展开论述。

26 参见戴双喜，巴音诺尔“论牧区以‘羊’为等价物的交易习惯——兼论民事习惯与交易习惯之结构层次关系”，法学杂志，2010年第11期。

27 特木尔宝力道：“论蒙古族习惯法的几个问题”，内蒙古大学学报（人文社会科学版），2002年第1期。

28 参见曹义荪，高其才：当代中国物权习惯法——广西金秀六巷瑶族打茅标考察报告，政法论坛，2010年第1期。

## 1. 乡土法杰推动

早在上个世纪二三十年代，杨开道先生就谈及“农村领袖”问题。他认为乡村建设归根结底还是人的建设，仅仅有源自西方的法律制度并不能促使乡村生活发生根本性的变化。“法制是死的，领袖是活的；有了良好的法治，还要有良好的领袖”；农村领袖的人物包括村长、教师、族长及宗教师等；这些农村领袖具有指引农民、联络组织人民以及促进农村文化的使命。<sup>29</sup>王斯福（Stephan Feuchtwang）等人讨论台湾、福建农村中四位“草根卡里斯马型”民间宗教领袖及其在村庄日常活动中的权威作用，他们运用乡约（融合宗教规范）等非正式规范解决纠纷，对村庄秩序的维持有着十分重要的作用。<sup>30</sup>笔者所在研究团队系统讨论了当代“乡土法杰”在地方秩序维持中的主导性作用，这些人或者担任过村干部，或是知识精英，或是宗教领袖，在一定程度上都属农村领袖。<sup>31</sup>调查证明，乡村社会治理离不开人的作用，乡土法杰是推动习惯法变迁的重要动力机制。如果乡村存在具有权威性基础的领袖或精英致力于习惯法运行，那么习惯法在治理过程中就能发挥比较大的作用，习惯法也会在乡土法杰不断适用的过程中发生变迁。

改革开放之后，国家权力开始退出乡村空间，随着乡村社会“熟人社会”形态发生了一定的变化，乡村社会的个体化特征日益凸显，集体化特征逐渐消解。一些地区的村民逐步转变为与市场经济自由化相适应的“原子化”个体，法律意识与权利意识也相应得到提高。在此迅速转变过程中，一方面传统乡村所具备的传统型权威受到冲击，共产党政权所宣扬的法理型权威却随着基层政权“悬浮”而亦步亦趋，村庄内部新的内生性组织力量、权威性认同以及凝聚性权力并未最终形成，因此村庄权力处于“真空”状态，村庄的公共性趋于解体状态。在社会结构转型较为剧烈的村庄，各项权力在乡村中均呈现出式微状态。当前在大多数乡村中存在的客观事实是，传统型领袖受到冲击，现代法理型领袖亦无法确立，宗教型领袖更是举步维艰，市场经济浪潮席卷下经济型领袖也仅能表现出有限的活力。但是，这并不能否定农村领袖在乡村治理中的作用，甚至在一些农村领袖建设健全的村庄，乡村治理行之有效，村庄内部也团结一致。从调查情况来看，在不少乡村尤其是在社会结构相对较为稳定的村组，习惯法、乡规民约等自治规范都能发挥较大的作用。

乡土法杰主要通过适用习惯法推动其变迁。2016年2月至7月，笔者先后三次前往黔东南苗族侗族自治州锦屏县瑶白、华寨、黄门三村调查，考察乡土法杰推动习惯法的变迁机制。调查发现，这三个村寨都有传统的村庄领袖“寨老”，当风俗习惯不适应社会经济发展成为陈风陋俗时，寨老们就会聚集一起召开“寨老会议”，对旧有风俗习惯进行调整。在“寨老会议”中商议确立的条款将写入“侗款”等当地村规民约中。如果村两委提议对旧有风俗修改也可以，但需要征求

29 杨开道农村领袖，世界书局，1930：5、38—40、47。

30 Stephan Feuchtwang & Wang Mingming. 2001. Grassroots charisma: four local leaders in China, published by Routledge.

31 参见高其才教授主编“乡土法杰”系列书系中的研究成果。该书系目前已出五本，分别是桂瑶头人盘振武、洞庭乡人何培金、浙中村夫王玉龙、滇东好人张荣德、陇原乡老马伊德勒斯以及乡土法杰研究，由中国政法大学出版社于2013、2014、2015年出版。

寨老”们的意见，与“寨老”们及村民代表商议，通过之后再订立改革陈规陋俗的村规民约。在黔东南地区三村通过村规民约移风易俗的改革实践中，农村领袖也发挥了巨大的作用，这里的农村领袖不仅有现代法理型领袖（村两委负责人），同时也有传统型领袖（寨老），同时还有其他类型的领袖综合发挥作用。再如，调查的浙江中部地区东阳市岭腰村，在分家析产习惯法方面，随着社会经济条件的变化，出嫁女在继承父母财产方面也从原来的绝对禁止转变为特定条件下的允许；在分家析产上“成家者优先选择权”与父母意愿矛盾时的处理。又如广西金秀下古陈村“头人”通过适用石牌法，与现代社会接轨，从而促使传统习惯法向现代村规民约转变，该村1982年、2002年制定的村规民约均在传统石牌法的基础上变迁而来。

乡土法杰依托其权威实施习惯法，自然会对习惯法规则进行调整和细化。这种适用的过程本身就是习惯法的一种传承和变迁，同时也会将“地方性知识”不断地进行新的文化阐释，赋予其新的含义，从而形成新的习惯法规则。通过乡土法杰不断适用习惯法，习惯法获得源源不断的“变迁动力”，反过来又增强了习惯法作为“小传统”的权威性。由此可见，习惯法之所以不断变迁发展，一个根本性的原因就在于乡土法杰对习惯法的适用以及乡民对新规则的认可。乡土法杰通过借助于权威而灵活适用习惯法，其结果有二：一是传承原来的习惯法，增强社区成员集体记忆，强化共同体内部习惯法传统；二是产生一种新的习惯法规则，推动习惯法变迁发展，适应于新的时代。

## 2. 基层政府主导

中国传统社会有着悠久的自治习惯，乡规民约、习惯法等自治性规范在基层社会治理中起着广泛的作用。陕西蓝田“吕氏乡约”是乡绅带领村民自发创造，<sup>32</sup>目的是通过乡约改善乡俗、敦行教化。王阳明“南赣乡约”以后，<sup>33</sup>乡约成为地方政府和国家力推的基层治理政策，通过乡约推行乡村自治。明太祖朱元璋颁布的“圣训六谕”，不仅与“吕氏乡约”内容基本一致，还成为以后乡规民约的基本原则。清康熙皇帝也颁布了圣谕十六条，成为乡约宣讲的永久内容。中华民国时期，传统乡约制度得以延续，辅之以保甲制度共同对乡村展开治理。

新中国成立之后，特别是1958年以后实行人民公社制度、推行政社合一后，乡村的自治传统受到一定的影响。但是乡村自治的传统并未就此完全中断。改革开放之后，中国乡村的自治传统很快得到恢复和弘扬。在《宪法》规定的基础上，1987年11月24日第六届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过的《村民委员会组织法（试行）》，规定中国在农村实行村民自治制度，重新赋予乡村社会自治权，尊重并延续了乡村自治传统与习惯。1998年11月4日第九届全

32 “吕氏乡约”由陕西蓝田吕大钧在北宋熙宁九年（1076年）在本乡实行。推行乡约的目的是改善风俗，内容为四大部分，“德业相劝，过失相规，礼俗相交，患难相恤”。

33 南赣乡约是王阳明在南赣担任巡抚时，针对当时社会匪患严重、社会失范而推行的乡约。王阳明实行乡约并推行十家牌法。南赣乡约的原则是诱掖奖劝，奉行忠厚之道，注重实际效果。南赣乡约是一个由地方政府推行的自治，所有村民必须加入，固定时间参加集会，不参加会受到严厉惩罚。参见牛铭实编著《中国历代乡规民约》，中国社会科学出版社，2005：31。

国人民代表大会常务委员会第五次会议通过并于2010年10月28日由第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议修订通过的《村民委员会组织法》，继续实行村民自治制度，并进行了进一步完善基层自治制度。

虽然改革开放之后乡村自治传统得到恢复和延续，乡规民约、习惯法等传统自治规范在现实中仍然发挥着重要作用，但这并非意味着重返北宋《吕氏乡约》开创的自治传统，而更多地是延续王阳明《南赣乡约》的基本理路，即“官辅民治”或“官督民治”。中国乡村治理史上并未出现过真正的“民治”，大多数属于官方主导下的有限自治，传统乡村社会治理中“皇权不下县”（县以下实行“自治”）的理论判断可能值得商榷。<sup>34</sup>这一局面在今天并未得到根本性的改变。根据中国现行法律规定，基层政权只到乡（镇）一级，村以下实行自治。改革开放以来乡村治理中建构出的这一治理格局被称之为“乡政村治”模式。<sup>35</sup>在此模式作用之下，乡村治理中存在两种不同的权力，这两种权力彼此之间相对独立且冲突不断：一是乡（镇）政府代表国家自上而下行使的行政管理权；二是村委会代表村民自下而上行使的自治权。根据中国现行法律制度，村民自治权是由宪法法律赋予的，村民自治不得违反宪法法律的规定，授予乡（镇）行政机关“责令改正”的纠错权，村委会实际上成为更低一级的“行政机关”，成为政府在乡村的“实际代理人”。正是由于这种制度设计上的模糊，导致自治权实际上成为行政权主导下的“有限自治”。因此，“乡政村治”实际上成为“官督民治”、“官辅民治”，没有形成真正的自治。在乡村治理实践中经常出现国家行政权干预习惯法、乡规民约的现象，行政权主导习惯法变迁，影响习惯法自发生长。<sup>36</sup>当然，研究者们也要看到，基层政府的干预也并不完全是消极的，也有积极的方面，可以通过文化置位与文化控制的方式改造习惯法，主导习惯法摒弃不合时宜的内容，向其注入新的价值理念和规范元素，更好地与现代社会接轨并相适应。

广西大瑶山地区传统石碑制向现代村规民约的过渡就是基层政府主导习惯法变迁的结果。广西大瑶山地区有着悠久深厚的石碑习惯法传统，即瑶族人将涉及农业生产、日常生活、民间宗教、社会秩序等方面内容制成条文刻于石碑或写于木牌之上，全体社会成员共同遵守祖辈传来的石碑习惯法。村民共同遵守“石碑大过天”这一先祖遗训，世代传承延续。1951年政府利用石碑习惯法传统制定了《大瑶山团结公约》，后来又于1988年制定村规民约，以村规民约的方式将传统石碑习惯法加以改造。传统石碑制中的大多数职能都被政府取代，石碑制通过与村民委员会等组织的结合，重新获得生命力而继续发展。如广西金秀六巷乡下古陈村为坳瑶聚居地，该村村规民约自1988年以来在政府主导下先后经过了四次修订，每一次修订都是国家法与习惯法之间的

34 参见胡恒：《皇权不下县？——清代县辖区与基层社会治理》，北京师范大学出版社，2015。

35 “乡政村治”有三个含义：第一，乡（镇）作为国家在农村的基层政权，根据宪法和法律规定对本乡镇事务行使国家行政管理职能；第二，村委会作为村民的自治组织，对本村事务行使自治权；第三，乡（镇）与村之间的关系是指导与被指导的关系。

36 笔者所在研究团队在调查浙江丽水黄田镇27个村时发现，这些村的村规民约内容基本上是一致的，大同小异，很明显是根据政府提供的村规民约范本稍加修改而制定。这种“同质化”乡规民约在许多乡村较为普遍，一般是为了应付上级行政机关检查而制定。参见“浙江丽水黄田镇村规民约汇编”，资料编号010040。

妥协与融合,习惯法也以符合现代法律规定的方式被加以改造而发生变迁。又如金秀罗香乡龙军屯在政府主导下采用石碑的方式订立《关于保护罗香龙军山水源林、鳄蜥的规定》,此种形式获得当地村民的广泛支持。当前石碑习惯法越来越多地吸收国家法的内容,侧重于社会治安、纠纷解决、生态保护及禁止渔猎等被政府倡导接受的功能。可见,政府主导对习惯法的变迁发挥着重要作用,政府行使治理职能,引导并合理运用习惯法以促其变革,这也是政府提高社会治理能力及水平的重要途径。

### 3. 村民日常生活诉求

习惯法具有一定的时空性,一方面习惯法与地方自然环境及文化环境相适应,不同的地区会形成独具特色的风俗习惯;另一方面习惯法也与社会发展相适应,在不同的历史时期会形成不同的风俗习惯。习惯法的生长变迁可能会受到国家权力导向的影响,但更多地是来自于村庄共同体成员的实际需求。由于习惯法属于内生性秩序规范,对传统的保守性延续是显而易见的,其内容并不能及时地反映社会发展变化和村民需求,因而会表现出一定的保守性、滞后性。正因为习惯具有此种时空性、内生性、保守性及滞后性特点,因而会随着社会的发展,一些过往形成的习惯则会因为与当下生产生活不适宜而成为“陈规陋俗”,变成村级治理中的“恶法”。在这种情况下,村民们会基于现实的考虑共同推进习惯法变迁,村民日常生活诉求也就成为习惯法变迁的动力机制。

笔者在黔东南地区锦屏县瑶白、华寨、黄门三村调查发现,三村在礼尚往来、婚姻丧葬以及乡风礼俗等日常生活方面长期存在着“陋俗”。以三村红白喜事举办风俗习惯为例。瑶白村原来结婚办酒男方家一般要举行5天5夜,主家要管客人早中晚三餐,女方家在婚嫁进门之前则开始摆酒,一般会宴请1—3天,具体根据实际情况来定。这就当地传统风俗中“大事七天小事三天”的说法。原有风俗中还有新娘送礼鞋给房族内亲友的习惯。在结婚时,男方不仅要给女方家献猪肉,而且还要给舅家、回娘家以及房族各户条肉。男方献给舅家财礼一般高达数千元,同时舅家会象征性地回礼一部分。瑶白村丧事风俗一般会根据死者生辰八字等因素确定尸体停放时间,如遇“撞七”等有可能停放时间长达十多天之久,死者在落气之后会鸣“落气炮”、“烧”落气钱”,入殓之前还会“洗手脚”,丧事过程中有领祭、封斋、上斋等宴请礼节,满七会有“走亲”。红白事宴请菜肴一般比较丰盛,菜肴越是丰盛就表现出孝家对死者的“孝道”,以至于相互攀比。白事自人死之时就开始燃放烟花爆竹,唱祭、出殡时还要燃放大量的烟花爆竹。<sup>37</sup>华寨地处隆里乡,该村进屋、结婚、嫁娶、打三招等宴请也有大操大办的风俗习惯。<sup>38</sup>在黄门村另一个值得注意的风俗是“红白喜事大量燃放烟花爆竹”。该村婚嫁、立柱上梁、齐迁新居、升学参军等红喜一般会燃放大量烟花爆竹,迎客和送客时都要燃放;白事则自“落气”开始直至整个法事结束都要燃放烟花爆竹,尤其是在抬棺材出殡过程中,烟花爆竹一般要从村寨一路燃放至墓地,不仅本家要燃放,房族和

37 瑶白调查资料汇编—风俗类,资料编号20160201。

38 华寨调查资料汇编—风俗类,资料编号20160202。

亲戚也要燃放,烟花爆竹燃放越多越热闹,也表明子女越孝顺。红白事烟花爆竹燃放地点也较为随意,一般都在房前屋后甚至是街道等公共场所燃放。<sup>39</sup>此外,瑶白、华寨及黄门三村还有诸多乡风礼俗维持着当地的礼尚往来和日常生活秩序,在此不一一赘述。

这些风俗习惯是三个村寨自发形成的“礼物流动规则”<sup>40</sup>。尽管这些习惯曾经在村庄社会关系网络形成、人情伦理秩序调整、礼物交换互惠中权力与声望的维系等方面具有十分重要的作用,但是也随着社会发展日益成为村民们的负担。首先,乡风礼俗过于繁复,浪费大量的人力。这是实践中较为常见的原因。一般而言,由于乡风礼俗传承历史时期的礼仪文化,因而对日常生活多有限制和规定,尤其在红白事方面这种规定更是细微全面,因而产生了不少繁文缛节。繁复的礼节会导致人力的浪费,难免耽误生产。最为典型的例子是,瑶白村有遇红白事需专门派人去请客的习惯,该村村主任漆明焰表示,这项风俗浪费了大量的人力,因而需要改变。第二,乡风礼俗过于铺张,造成沉重的经济负担。在调查中发现的另一项重要原因即是乡风礼物过于铺张浪费,增加了村民的经济负担。以黄门村为例,黄门村举办白事时相互之间攀比燃放烟花爆竹的数量,并将烟花爆竹燃放的数量和子女的传统“孝道”勾连起来,如果子女燃放数量多则会留下“孝顺”的美誉,反之则被视为“没尽孝道”,居然“都不热热闹闹送老人最后一程”,在村民心目中会留下“不孝”的恶名,主家在村内将长期抬不起头。这样攀比的后果是,举办一场红白喜事光烟花爆竹就得花大几千到上万元不等,“既不环保也没实惠,还不如把这个钱用在宴席上,让亲友吃好一些”<sup>41</sup>。第三,乡风礼俗导向违法,与国家法律政策的精神不符。随着社会的发展,固有风俗习惯中有一些是不合时宜的,甚至是违反国家法律的,实践中应该予以改变或摒弃,这也是推进习惯法变迁的重要原因。黄门村摆酒宴请不区分大小礼显然与2012年12月5日出台的中央八项规定第八条“厉行勤俭节约”的精神不符,因此在2013年5月9日黄门村党支部主持议订了《黄门村风俗习惯礼节礼尚往来处置制度》(以下简称《黄门礼尚制度》)<sup>42</sup>,该制度不仅区分了大礼、中礼、小礼以及面子礼,还对礼金标准进行了规定。第四,乡风礼俗内容陈旧,不符合社会发展之需要。乡风礼俗具有滞后性,往往会因内容陈旧过时而滞后于社会发展,从而表现出不适宜。在华寨村,“打三朝”<sup>43</sup>一般会大操大办,过去经济条件比较差,即使大操大办也相对比较简单,主要是村寨里面的人和主家亲友一起图个热闹。但是,随着社会发展,这种“打三朝”大操大办的风俗却逐渐与社会经济发展脱节。操办“打三朝”酒席等仪式一般长达数日,不仅花费村民的办酒成本,而且还耽误街坊邻居帮忙时间,尤其是青壮年外出打工比较多的村寨,举办“

39 黄门调查资料汇编—风俗类,资料编号20160203。

40 乡风礼俗中最主要的内容即为礼物流动规则,调查发现瑶白、华寨及黄门三村风俗习惯多属此类。人类学家阎云翔先生曾经系统考察过黑龙江下岬村礼物流动的具体过程和规则,从村庄共同体内礼物流动透视礼物经济与关系网络、乡村社会中的关系结构、互惠原则与人情伦理、礼物交换关系中的权力与声望、婚姻交换与社会转型等方面的问题。参见阎云翔,《礼物的流动——一个中国村庄中的互惠规则与社会网络》,李春放,刘瑜译,上海人民出版社,2000。

41 贵州锦屏,黄门村龙大军访谈录,2016年2月21日。

42 贵州锦屏,黄门村风俗习惯礼节礼尚往来处置制度,资料编号010122。

43 “打三朝”为西南地区的习俗,是指姑娘出嫁后生下第一个孩子的第三天至第七天内举行摆酒宴请等仪式,具体包括报喜、洗三朝、打三朝等内容。打三朝宴请的客人一般为母家、舅家,外婆要给外孙送背带,这苗侗族“不落夫家”传统的体现。

打三朝”也因缺乏劳动力而无法继续维持数日之久。为了解决这一问题，村寨改变传统陈旧，规定“打三朝”酒席只能举办一天。<sup>44</sup>

从瑶白、华寨、黄门三村的实践可以看出，当村民集体认为“陋俗”不适应社会发展，给自身带来巨大的经济负担，并且严重影响到生产生活时，就会对旧有风俗习惯进行改革。前文已述，习惯法源于人们日常生活实践，由共同体成员集体制定、遵守并运用，全体共同体成员就是习惯法实践的主体。当村民日常生活实践与旧有风俗习惯发生冲突时，村民会以实际生活需求为评判标准，共同商议讨论，议定新的习惯规则，促使习惯法变迁。因此，从这个意义上来说，村民日常生活实践需求是导致习惯法变迁的最为主要的动力机制。

#### IV. 习惯法变迁的结果预期

习惯法变迁的主要原因在于政治、经济、文化及自然环境的改变，其动力机制则是乡土法杰推动、基层政府主导以及乡民日常生活诉求。习惯法经过变迁后究竟会走向何处？会产生什么样的结果？变迁之后习惯法会不会就此消亡？

一般而言，习惯法变迁具有两种方式：一是对旧有习惯规则的改造；二是对旧有习惯传统的摒弃。换言之，习惯法变迁并不意味着必然彻底摒弃旧有习惯规则，而是在一定情况下可能会进行选择性的改造和继承；在社会文化剧烈变迁的情况下，习惯法变迁也可能会摒弃旧有习惯，放弃旧有传统。在第一种方式下，习惯法变迁的结果会在固有习惯法基础上经改造产生出新的习惯法，此为习惯法的“续造”；在第二种方式下，习惯法变迁的结果则可能会导致固有习惯法的消亡，但与此同时也会产生更合时宜的习惯法，此为习惯法的“重生”。习惯法的“续造”意味着对固有习惯法的继承，只不过这种继承建立在对传统习惯法进行改造的基础之上。在黔东南地区调查发现，该地区有历史悠久的“侗款”习惯法传统，这种基于自治的民间规约很好地维持当地社会秩序的稳定，但是随着时代的变迁，这种“侗款”在今天并不存在，取而代之的是与融合了传统“侗款”与现代法治的村规民约体系，多个村寨都制定了村规民约，用于调整村寨中的日常社会生活关系。这正是习惯法变迁过程中的“续造”维度。习惯法的“重生”意味着对传统固有习惯法内容的彻底摒弃，但是会基于社会生活实践的需要而产生出新的习惯法规则。在浙东地区（如浙江慈溪附海镇蒋家丁村）调查发现，当地民众会基于社会生活的需要而创设捐会习惯法、互助习惯法、治安联防习惯法以及环境卫生保护习惯法。这些具有特定调整范围的习惯法与传统习惯法之间没有内容关联性，而是对基于现实生活需求对习惯法的创设，这恰恰表明习惯法的“重生”维度。变与不变，古风传承，抛弃糟粕，取其精华。无论何种变迁方式都不会导致习惯法这套规则体系的

44 贵州锦屏华寨村王明发访谈录，2016年2月22日。

消亡,而是会以新的内容和方式重新呈现,改造或消亡的只是旧有的个别不合时宜的习惯法规则。随着社会的发展和生活的继续,人们在交往过程中又会产生出新的习惯法规则,这是由习惯法的基本特质决定的。

习惯法作为一种客观事实而存在,经过了长期的历史积淀而逐步形成,具有普遍性、民族性、典型性以及客观性等特质。首先,习惯法作为客观事实具有普遍性。习惯法是民族生活的真实写照,详细记录着一个民族长期以来所形成的行为规范,涉及到民事生活的方方面面。当前的习惯法研究表明,习惯法涵括物权、土地、交易、婚姻、继承、收养等民事生活的重要场域,时刻调整着人们的民事权利义务关系。习惯法还深深影响着每个社会个体,每个人从出生到死亡都深受本地习惯的熏陶和教育,习惯法被视为地方共同经验和集体记忆,普遍地调整着社会民众的行为方式。因此,习惯法的“普世性价值”就在于作为“一种以地方性规范承载和表达的普世意涵,以多元场景下的特定生活样态所表征的关于人类尊严和生命价值的一般共识”<sup>45</sup>。其次,习惯法作为客观事实具有民族性。习惯法是民族精神与民族文化的客观体现,一个民族有着自己固有的历史文化传统,习惯法就是这种历史文化传统的载体,充分体现出民族特性。再次,习惯法作为客观事实具有典型性。社会规范包括了法律、宗教规范、行业规范以及习惯法等。习惯法是民众生活实践的总结,规范化的习惯法调适着社会关系,在社会规范体系中具有典型性。尽管经过了经济社会条件的变迁,但是现实中存在的习惯法仍然大多数与生活方式及生活环境密切相关,在区域性的社会关系调整中具有不可替代的作用,对于共同体而言更是典型的行为规范。最后,习惯法作为客观事实还具有客观性。中国是一个多民族的大国,疆域宽广,幅员辽阔,各个地域之间(尤其是少数民族地区之间)的历史文化、风俗习惯具有一定的差异性。习惯法是各个区域自身经验的总结,更是不同区域群体的智慧结晶,与当地的地理环境、气候条件与社会经济状况相适应,是一种客观存在且无法人为消除的规范体系。

习惯法的这些特质也就决定了习惯法变迁结果不太可能导致习惯法走向消亡,而更多地是续造与重生。当前有一种观点认为,习惯法主要存在于边远的少数民族地区,在城市地区或者城镇化程度较高的农村地区,习惯法近乎绝迹,很难说有习惯法存在<sup>46</sup>,因此“受革命主义法律观和国家主义法律观的双重影响,中国法学界对习惯和习惯法的研究,一直持消极态度,似乎它只是社会学、人类学与民俗学的研究对象,于法学而言,纵不能说是旁门左道,但也实在难登大雅之堂”<sup>47</sup>。这种认识观点是值得商榷的,关键之处就是没有理解习惯法的本质及具体形态。习惯法是“独立于国家制定法之外,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的总和”<sup>48</sup>。概言之,习惯法的本质是约定俗成或共同议定的具有一定强制力的自治性规范,只要具有此种自治属性的规范均可视为习惯法。尽管城市地区或城镇化程度较高的农村地区,传统习惯

45 许章润:《习惯法的当下中国意义》,高其才主编:《当代中国习惯法法》,法律出版社,2011:12。

46 高其才教授进行了有益尝试,近几年开始将目光从少数民族地区转向城市地区,关注并研究城市地区习惯法问题,并产生了一系列研究成果。

47 谢晖:“我国习惯法研究的现状及方法自觉——序李可,《习惯法:理论与方法论》”,访问地址:[http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_65f82df70102xgzt.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_65f82df70102xgzt.html)。

48 高其才:《中国习惯法论(修订版)》,中国法制出版社,2008:3;高其才:《瑶族习惯法》,清华大学出版社,2008:17。

法可能不再存在并适用，但是变迁之后具有自治性的社会规则仍然存在，这些规则都是习惯法以另一种形态的当代传承与延续的结果。即使在北上广等特大城市，民商事合同交易中也存在交易习惯，如二手房买卖及租赁合同中关于“事故房”（即“凶宅”）的限制及认定规则<sup>49</sup>；江苏省姜堰市人民法院会参照习惯审理婚约财产纠纷；城市民营企业之间民间借贷及其纠纷解决也依照习惯规则；网络购物等虚拟空间也存在不同于传统的交易习惯规则；城市社区内部及业主委员会也有自发生成的议事决策习惯；等等。<sup>50</sup>虽然这些规则在内容及形式上与固有习惯法不同，但是在性质及功能层面是一致的，都是自发产生于日常生活实践，调整社会关系，具有一定的强制力（道德及舆论强制）。

因此，无论是城市抑或农村，东部还是西部，塞外还是江南，只要有人类生产生活实践，就会有习惯规则，习惯法在规范体系中占有举足轻重的地位，国家法不可能取而代之。习惯法变迁的目的也只不过是让习惯规则更好地适应现代社会发展，更合理地调整社会关系，更好地满足人们生产生活的实际需要，这是习惯法源自生活的“在地性”品格决定的。正如高其才教授等对瑶族习惯法变迁结果的判断，“作为一种社会的天然安排和内生秩序，瑶族固有习惯法不可能消失；习惯法是在长期的历史中形成的，其影响不可能短时间消除；瑶族语言、民族意识的客观存在为瑶族习惯法提供了载体。因此，瑶族固有习惯法在当代社会仍然有重要作用，发挥着一定的影响。”<sup>51</sup>尽管从国家主义法律观出发，传统瑶族习惯法的调整对象和作用空间会遭受国家法的限制，但是这并不意味着瑶族习惯法会日渐式微而走向消亡，而是会随着瑶族社会经济发展以新的面貌重新呈现（如村规民约），这就是习惯法变迁的最终结果。从这个意义上来说，习惯法变迁恰恰是习惯法获取续造与重生的方式，只有通过变迁才能完成自我调适，才能适应于变动不居的客观世界，才能保持顽强的生命力。纵观习惯法发展史，习惯法在内容、形式、实施方式等方面都会进行着缓慢的变化，每一个时期都“立有新约”，产生新的习惯法，新习惯法优先于旧习惯法，旧习惯法自动失效，如此反复，经久不衰。

## V. 结语

从“他者的眼光”来看，习惯法代表着一种不同于国家法的规范体系；从社会生活应用范围及实施效果来看，习惯法与国家法旗鼓相当，没有孰优孰劣的问题，在某种程度上来说习惯法比

49 如北京链家承诺：经北京链家居间成交的租赁住宅房屋，如在该房屋本体结构内曾发生过自杀、他杀事件，且链家未尽力信息披露义务的，链家将退还承租人双倍佣金。所谓“事故房”：是指在房屋本体结构内曾发生过自杀、他杀事件，并在公安机关有正式备案记录的房屋。定义为“事故房”应符合以下特征：（1）房屋本体结构内发生的，即人员的死亡，是在该房屋产权证书所载明的面积范围内发生的，不包括电梯、楼梯间以及车位等配套设施；（2）死亡原因为自杀、他杀事件。“事故房”是一种典型的民间住宅习惯，无论城市还是乡村都存在。

50 相关研究个案可参见高其才主编：《当代中国民事习惯法》，法律出版社，2011；高其才主编：《当代中国的社会规范和社会秩序——身边的法》，法律出版社，2012。

51 高其才，罗昶：“尊重与吸纳：民族自治地方立法中的固有习惯法——以大瑶山团结公约订立为考察对象”，清华法学，2012年第2期。

国家法的生命力更为顽强。那么，这一颇具保守性的规范体系如何获得如此强大的生命力？如何在现代社会急剧变迁中仍然继续生长发展？本文从习惯法“历时性”变迁的角度回答了上述问题。换言之，习惯法之所以具有顽强生命力，是因为它源于生活实践，具有自我调适的品格，能够通过变迁而适应时代发展。

习惯法变迁的主要原因来自于政治、经济、文化及自然环境等方面。经济因素对习惯法变迁的影响最大，生产方式的改变无疑是习惯法变迁的主要原因。传统“做社”习惯产生于经济生活条件颇为落后的小农经济时代，“做社”习惯可以促进村民之间的交往与合作。但是，随着生产力水平的提高，“做社”在组织调动生产力方面的功能弱化了，现在主要是一种仪式化的表演。政治因素也是促使习惯法变迁的主要原因。国家权力会向乡村社会输入意识形态和价值体系，面对习惯法资源会进行利用改造或者强力清除，这两种方式都会使习惯法发生变迁。新中国成立以来凉山彝族婚姻习惯法经历的四次改革以及文斗苗寨处罚习惯的法治化转型很好地说明了这一点。习惯法本身就是一种文化现象，文化环境的改变也会导致习惯法变迁。湘西苗族巫蛊习惯和海南黎族“禁”习惯法都产生于特定的宗教巫术文化。随着科学文化知识的普及与胜利，传统宗教文化日渐衰退，这种巫术习惯也就随之变迁。习惯法产生于特定的自然地理气候环境，自然环境的改变也会促使习惯法发生变迁，研究者们可以从“地理决定论者”那里可以找到很多有力证据。

从微观层面考察习惯法具体变迁过程，探析习惯法如何变迁的动力机制。乡土法杰是习惯法的现实推行者和实践者，乡土法杰的推动是习惯法变迁的动力机制之一。乡土法杰通过适用习惯法，对习惯法规则进行调整和细化，形成新的习惯规则，推动其变迁发展。当前“乡政村治”格局下，基层自治实际上是“官督民治”、“官辅民治”，基层政府的行政权经常性地介入干预习惯法及其他民间规约的实施，这也构成了习惯法变迁的另一动力机制。习惯法产生于村民日常生活实践，如果村民认为习惯法规则不能满足日常生活实践的实际需求，那么会以集体协商的方式促使习惯法变迁。这是习惯法变迁的最主要的动力实践机制。

习惯法变迁的方式包括改造或摒弃旧有习惯法。改造是对旧有习惯法规则的批判性继承，摒弃则是对旧有习惯法规则的彻底否定。这两种方式的结果都会催生出新的习惯法，只不过新习惯法与旧习惯法之间的联系程度有所区别，前者是“旧瓶新酒式”的传承续造，后者是“另起炉灶式”的涅槃重生。因此，尽管随着城市化的发展，习惯法发生了不同程度的变迁，但是习惯法并没有也不会就此消亡，而是以新的形式重新呈现。研究者们应该以变迁的眼光看待习惯法，不应将习惯法狭隘地理解为传统意义上的习惯法，而应理解为具有现代形式与内容的自治规则，当前所见非国家性的社会规则多具有习惯法性质，都是习惯法下自治传统发展的结果。从习惯法变迁的机理来判断，未来中国法治建设应该进一步重视习惯法等社会规范，正如十八届四中全会公报所指出的，社会治理要充分“发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用”。

## References

- Stephan Feuchtwang & Wang Mingming. (2001). *Grassroots charisma: four local leaders in China*, Routledge: London and New York.
- 曹义荪, 高其才. (2010). 当代中国物权习惯法——广西金秀六巷瑶族“打茅标”考察报告. 政法论坛. Vol.1
- 常丽霞. (2013). 藏族牧区生态习惯法文化的传承与变迁研究——以拉卜楞地区为中心. 兰州大学博士学位论文. (学位论文)
- 陈寒非. (2015). 巫蛊、信仰与秩序的形成——以湘西“中蛊”现象为中心的考察. 广西民族研究. Vol.3.
- 戴双喜, 巴音诺尔. (2010). 论牧区以“羊”为“等价物”的交易习惯——兼论民事习惯与交易习惯之结构层次关系. 法学杂志. Vol.11.
- 高其才, 罗昶. (2012). 尊重与吸纳: 民族自治地方立法中的固有习惯法——以《大瑶山团结公约》订立为考察对象. 清华法学. Vol.2.
- 高其才. (2007). 现代化进程中的瑶族“做社”活动——以广西金秀郎庞为例. 民族研究. Vol.2.
- 高其才. (2008). 瑶族习惯法. 清华大学出版社. 北京.
- 高其才. (2008). 中国习惯法论(修订版). 中国法制出版社. 北京.
- 高其才主编. (2012). 当代中国的社会规范和社会秩序——身边的法. 法律出版社. 北京.
- 高其才主编. (2011). 当代中国民事习惯法. 法律出版社. 北京.
- 龚艳, 尚海涛. (2012). 论习惯法的历史变迁机制——基于山东省H村的调研. 甘肃政法学院学报. Vol.6.
- 郭剑平. (2012). 侗款的变迁及其与侗族地区纠纷解决机制研究. 现代法学. Vol.5.
- 哈贝马斯. (1999). 公共领域的结构转型. 曹卫东等译. 学林出版社. 南京.
- 韩立收. (2012). “查禁”与“除禁”: 黎族“禁”习惯法研究. 上海大学出版社. 上海.
- 胡恒. (2015). 皇权不下县? ——清代县辖政区与基层社会治理. 北京师范大学出版社. 北京.
- 黄宗智. (1999). 中国的“公共领域”与“市民社会”? ——国家与社会间的第三领域. 程农译, 邓正来校//邓正来, J.C. 亚历山大编. (1999). 国家与市民社会: 一种社会理论的研究路径. 中央编译出版社. 北京.
- 克利福德, 格尔茨. (1999). 文化的解释. 韩莉译. 译林出版社. 南京.
- 克利福德, 吉尔兹. (1998). 地方性知识: 事实与法律的比较透视. 邓正来译//梁治平主编. (1998). 法律的文化解释(增订本). 三联书店. 北京.
- 李瑶. (1995). 巫蛊方术之祸. 广西民族出版社. 南宁.
- 梁治平. (1996). 清代习惯法: 社会与国家. 中国政法大学出版社. 北京.
- 刘新星. (2009). 从农村规范秩序的变迁看农村法制建设. 中国人民大学学报. Vol.4.
- 牛铭实编著. (2005). 中国历代乡规民约. 中国社会出版社. 北京.
- 裴宜理. (2014). 安源: 发掘中国革命之传统. 阎小骏译. 香港大学出版社. 香港.
- 石岭亚. (2009). 少数民族习惯法的功能释放与历史变迁考察——以湘西土家族、苗族自治州为例. 贵州民族研究. Vol.2.

- 苏力. (2015). 法治及其本土资源 (第三版). 北京大学出版社. 北京.
- 特木尔宝力道. (2002). 论蒙古族习惯法的几个问题. 内蒙古大学学报 (人文社会科学版). Vol.1.
- 文永辉. (2006). 水族习惯法及其变迁——以贵州省三都水族自治县塘党寨为例. 民族研究. Vol.4.
- 肖瑛. (2014). 从“国家与社会”到“制度与生活”：中国社会变迁研究的视角转换. 中国社会科学. Vol.9.
- 谢晖. (2017). 我国习惯法研究的现状及方法自觉——序季可《习惯法：理论与方法论》. [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_65f82df70102xgzt.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_65f82df70102xgzt.html).
- 徐晓光. (2010). “罚3个120”的适用地域及适应性变化——作为对黔东南苗族地区“罚3个100”的补充调查. 甘肃政法学院学报. vol.01.
- 徐晓光. (2005). 从苗“罚3个100”等看习惯法在村寨社会的功能. 山东大学学. Vol.03.
- 许章润. (2011). “习惯法”的当下中国意义//高其才主编. (2011). 当代中国民事习惯法. 法律出版社. 北京.
- 严文强. (2008). 凉山彝族习惯法的历史流变——以案例分析为中心的研究. 西南政法大学博士学位论文.
- 阎云翔. (2000). 礼物的流动——一个中国村庄中的互惠规则与社会网络. 李春放, 刘瑜译. 上海人民出版社. 上海.
- 杨开道. (1930). 农村领袖. 世界书局. 上海.
- 叶英萍. (2011). 黎族习惯法研究：从自治秩序到统一法律秩序的变迁. 中国政法大学博士学位论文.