

【法史学】

传统中国民商事习惯的载体、 种类及权威来源

范忠信

【摘要】传统中国的民商事习惯主要以礼经、礼典、礼志、风俗习惯、教义教规、蒙书、宗族规约等载体表达出来,有时也记录于国家法典。这些习惯大致可以分为宗族组织习惯、村落组织习惯、行业组织习惯、宗教组织习惯、江湖组织习惯、部族组织习惯六大类。这些习惯的权威来源主要是社会生活积久成习的惯性力、社会组织内部公众意愿及舆论威力、社会组织首领的身份权威和道德感召力、国家对社会组织自治权的默认可或公开支持等。

【关键词】民商事习惯;习惯载体;习惯种类;习惯权威来源

【作者简介】范忠信,上饶师范学院特聘教授,杭州师范大学教授。

【原文出处】《甘肃政法学院学报》(兰州),2020.2.1~19

【基金项目】本文系2014年度国家社科基金重点项目“全国地方旧志民商事习惯的整理注释与法学阐释”(项目编号:14AFX005)阶段性研究成果。

传统中国的民商事规范,大多以习惯的方式存在,这大概是没有多少争论的。在国家律典中,几乎没有完全独立的民商事条款,仅在部分刑事条款中包含着部分民商事规范内容。在律典的条文中,民商事规范仅仅起着补充或说明作用——说明此罪之前的“正当”状态应如何。以《大清律》为例,仅在涉及婚姻家庭、财产、钱债、继承、收养五个方面犯罪的律文中含有部分民事规范,用以阐明此五者“罪与非罪”的界限;凡与这些特定犯罪无关的民事规则均未纳入律典中。国家制定的强制性民商事规范,更多以律的补充形态即“例”(条例、定例)的方式存在。将“律”与“例”两种制定法形态合起来,我们仍只能看到传统中国民商事规范的一小部分。从这个意义上讲,古代中国是没有民法典的。在国家正式律例表述的民商事规范之外,传统中国民商事规范更多是以丰富多彩的习惯形态存在的,习惯包含了传统中

国社会生活所需的绝大部分民商事规则。本文之旨在于初步阐明传统中国民商事习惯的存在形态和效力来源,并就与此相关的问题略作申论。所谓存在形态,即民商事习惯赖以存在或借以表达的方式,即形式意义的法律渊源;所谓权威来源,是指民商事习惯规范的效力来源,即实质意义的法律渊源。除此之外,我们还应该考察一下传统民商事习惯的实际调整领域(所涉社会关系的种类或社会生活的范围)问题,看看在哪些民商事事宜上传统中国习惯有所筹划(涉足),哪些事宜在传统中国是民商习惯调整的“盲区”。本文主要讨论前两个问题,第三个问题仅提出暂不正式讨论。

一、传统中国民商事习惯的载体或形态

传统中国的民商事习惯,其表现形式千姿百态。所谓习惯,是千百年间在一定区域、一定人群中形成并遵行的社会生活规则或社会关系处理原则。

民商事习惯就是处理人身关系和财产关系的习惯规则,它们一般是自发形成的。既然称之为习惯,那么其表现形式就必然千姿百态、散漫无统,这是题中应有之义。

尽管表现形式上散漫无统,但民商事习惯毕竟要受到中国传统文化传承方式的规定和约束。所以,我们还是可以根据中国传统文化中的记载或承续方式来考察中国传统民商事习惯的存在形态或表现形式。经最粗浅的梳理,我们大致可知,中国传统民商事习惯的载体、存在形态或表现形式大约有以下八类:

(一)礼经中的民商事习惯存在或表述

“礼经”大概是中国传统民商事习惯最主要的表达形式。要了解中国传统民商事习惯的内容,我们离不开礼经。

中国的礼,最初就是社会生活中自发形成的礼仪风俗,就是习惯。《礼记·礼运》说:“夫礼之初,始于饮食。其燔黍捭豚,污尊而抔饮,蕡桴而土鼓,犹若可以致其敬于鬼神。”《说文解字》:“礼,履也,所以事神致福也。”就是说,礼产生于献祭祖先与神灵(礼敬神灵祈求幸福)的行为方式;那些方式或仪式相对固定,就是最早的礼。这些最早的礼,作为禁忌习惯仪式而存在,在社会生活中自然形成,根本谈不上“制造”,因而没有人为的规范体系。后来,氏族部落的首长耆老们将其不断加工,才慢慢发展出体系来,才慢慢有了“制礼”事实。“制礼”不过是习惯的整理加工而已。汉人班固说:“人性有男女之情,妒忌之别,故为制婚姻之礼;有交接长幼之序,为制乡饮之礼;有哀死思远之志,故为之哀祭之礼;有拳拳敬上之心,为制朝觐之礼。”^①就是说,“礼”或习惯规范是因应人性、人情、人事活动的需要而产生的,是对人性、人情和人事活动的节制或调整,没有它,社会生活就乱套了。

中国历史上最早的习惯规范体系要算“夏礼”。孔子说:“殷因于夏礼,所损益可知也;周因于殷礼,所损益可知也;其或继周者,虽百世可知也。”^②这表面是讲礼的沿袭问题,实际上也是讲习惯和习惯法

的传承。所谓周公制礼,实际上是在周朝初年由开国傅相周公(姬旦)主持进行的一次大规模的习惯整理或习惯法编纂运动。这次运动,用当时中国的政治法律语言,就叫做“制礼作乐”。这次立法活动,实际上是在整理夏礼、殷礼的基础上,结合周族原有的习惯,加以修订补充完善,编纂出了一套适用于当时社会事务各个方面的规范体系——“周礼”。

《周礼》或《周官》可能是当时周公领导编纂的一部习惯法大全,也可能是一系列习惯法规范文件的总称。在周代,它是由国家正式进行的习惯汇编或习惯法编纂活动。当然,除编入“周礼”者之外,肯定还有其它仍仅作为民间习惯存在的“礼”。周朝灭亡后,特别是西汉初年开始,《周礼》被视为前代成功法制的典范,不断有人对它进行研究、讲习、传授和注释,作为对后世社会生活或社会关系的指导性原则或规范,在民间获得了广泛传播和使用,它实际上成了后世民间社会生活的习惯或习惯法。^③人们一旦要就眼下社会生活或社会关系事宜或纠纷寻求符合传统的处理方式,当然最方便的办法就是求诸《周礼》。因此,没有载入《周礼》的那些习惯可能就逐渐随着时代变迁而流逝了。当然,由于周礼的内容几乎无所不包,所以今人所谓“民商事”习惯或习惯法的成分,可能仅仅是其中一部分,实际上它的主要成分是国家政治生活或政治关系的习惯和习惯法。

汉以后人们引据的传统民商事习惯的载体,主要就是被人们尊崇为经典的那些经书。主要是“六经”——《诗》《书》《礼》《易》《乐》《春秋》及其注释文字。特别是《周礼》“三礼”——《周礼》《礼记》《仪礼》,《春秋》及“三传”——《左氏传》《公羊传》《谷梁传》,还有《孝经》《女儿经》等等。

《周礼》中保存的周代民事制度,实际上后来都被视为民商事习惯。所谓“听称责以傅别”“听取予以书契”“听买卖以质剂”^④就是这种习惯的典型。在周代,这些相当于后世的借贷、赠与、买卖之类契约或合同的民事规范,最初作为国家从习惯正式经加工整理而成的民商事制度存在,但汉代以后一直作为民间民商事习惯与国家法制配套存在,一直沿用

到清代。《周礼》记载的拾得遗失物制度,也是后世的民商事习惯。“凡得获货贿、人民、六畜者,委于朝,告于士,旬而举之。大而公之,小者庶民私之。”^⑤小件拾得物,放在“朝”这个公众广场,并向基层法官(士)报告;经十天招领而无人认领,则归拾得者所有。大件拾得物,无人认领者则归国库。周礼关于拾得遗失物的这些规定,是后世相关习惯的渊源。

《礼记》作为汉人传习和注释周礼的产物,更是大量保存了周代的民商事制度,亦成为后世民间引据的民商事习惯。如关于夫妻伦理地位平等和反对离婚的习惯——“妻者齐也,与夫齐体”,“一与之齐,终身不改”^⑥,就是后世的民事习惯。所谓“娶妻不取同姓”^⑦、“男女无媒不交,无币不相见”^⑧,都成为后世的婚姻制度习惯。最为典型的婚姻习惯是“六礼”：“婚礼者,将合二姓之好,上以事宗庙,而下以继后世也,故君子重之。是以婚礼纳采、问名、纳吉、纳征、请期,皆主人筵几于庙,而拜迎于门外;入,揖让而升,听命于庙,所以敬慎重正婚礼也。”^⑨这是相当严格的婚姻习惯法。还有关于子孙财产权的“父母在,不敢私其财”^⑩,关于婚姻解除的“七去三不去”,关于妇女非独立民事主体的“妇人有三从之道”^⑪等记载,后世一直被视为民事习惯,依据《礼记》坚持下来直至近代。

除《周礼》《礼记》之外,还有其它一些礼经也承载了一些民商事习惯,或者至少可以构成民商事习惯的原则。比如《孝经》中的“资于事父以事母而爱同”^⑫一语,就是传统习惯关于母亲与父亲民事地位平等的最好说明,也是关于子女对于母亲的孝敬义务与对父亲相等的习惯的原则说明。

(二)礼典中的民商事习惯存在或表述

作为民商事习惯载体的,除了儒家学者编辑和注释的“礼经”之外,国家有时还正式编纂“礼典”。这些“礼典”,一般包括“朝觐、聘问、射乡、食飧、师田、学校、冠婚、丧葬之礼”^⑬,广泛涉及民事关系。编纂礼典,与国家编纂“律典”大约同样重要。广义上讲,可以视为关于国家政事的法典。但从狭义上讲,只能视为习惯的编纂或整理。“今叔孙通所撰礼仪,

与律令同录,臧于理官”^⑭,这些礼仪典章,几乎可以视为法律规范,就是行政性、民事性习惯礼仪的国家编纂。

这种习惯的编纂或整理,大约自汉代就开始了。《汉书》说汉高祖时,“叔孙通制礼仪”^⑮,《晋书》又说叔孙通制《傍章》^⑯,《史记》说惠帝曾命叔孙通制定宗庙仪法及汉诸仪法^⑰,故后人多认为“傍章即汉仪也”^⑱,这大概是《周礼》以后再次由王朝正式编纂礼仪习惯的开端,其所继的是“周公制礼”之绪(而不是“夏有乱政而作禹刑”之绪)。汉文帝时,贾谊自告奋勇“定制度,兴礼乐”,“草具其仪,天子悦焉”^⑲。在这里编纂的,虽然主要是跟朝廷政事典礼有关的仪式,但不排除其中包含部分民事内容的习惯规范的整理。

西晋时也专门制定过礼典。“文帝又命荀顗因魏代前事,撰为新礼,参考今古,更其节文,羊祜、任恺、庾峻、应贞并共刊定,成百六十五篇,奏之。”^⑳这也是国家正式编纂的礼典。该礼典中涉及民事者很多。比如丧服制度,实际上就是亲等制度。因为对不同亲属之死服丧时间规定长短不同,事关服丧期间的民事权益和政治权益,所以西晋在制定礼典时有很多争议,这些争议源自大儒郑玄和王肃的注释不同:“是以《丧服》一卷,卷不盈握,而争说纷然。三年之丧,郑云二十七月,王云二十五月。改葬之服,郑云服缞三月,王云葬讫而除。继母出嫁,郑云皆服,王云从乎继寄育乃为之服。无服之殇,郑云子生一月哭之一日,王云以哭之日易服之月。如此者甚众。”^㉑

唐代很重视编制礼典,有《贞观礼》《显庆礼》《开元礼》的编纂。“太宗时,中书令房玄龄、秘书监魏征,与礼官、学士等因隋之礼,增以天子上陵、朝庙、养老、大射、讲武、读时令、纳皇后、皇太子入学、太常行陵、合朔、陈兵太社等,为《吉礼》六十一篇,《宾礼》四篇,《军礼》二十篇,《嘉礼》四十二篇,《凶礼》十一篇,是为《贞观礼》。”^㉒特别是玄宗时编纂的《大唐开元礼》,多达150卷,是《唐律》30卷的5倍。这些礼,大多是民事规范性质的,比如《嘉礼》中的“冠礼”,实际

上就是“成年礼”，就是民事和宗法主体身份确认之习惯规范。直到明清时代，国家仍在编纂这样的“礼典”，如明太祖洪武年间编纂的《大明集礼》，清高宗乾隆年间编纂的《大清通礼》。

(三)礼志中的民商事习惯存在或表述

礼志，就是记载礼的内容沿革的史书。礼志所记载内容虽然是根据礼经、礼典而来，但也有所超出。有一些社会实践中的礼仪，虽不一定被原有礼经礼典记录，但可能被正史的礼志记录；所以礼志中实际存在一些在经典记述之外的民商事习惯。

从司马迁的《史记》开始有《礼书》以后，历代正史均有类似的礼志，如《汉书》的《礼乐志》，《后汉书》的《礼仪志》，《晋书》的《礼志》，《隋书》的《礼仪志》，新旧《唐书》的《礼礼仪志》，宋元明清各史亦各有《礼志》。此外，唐人杜佑撰《通典》，其中有《礼典》一百卷，其中考察上古至唐代的五礼发展沿革历史，十分详尽。比如其《嘉礼》中的婚礼部分，就保存了数千年至唐时逐渐完善的结婚“六礼”——纳采、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎的民事习俗，还有与此相关的“同牢”“见舅姑”“盥馈舅姑”“婚会”“妇人礼会”“飧丈夫送者”“飧妇人送者”^②等礼仪，实际上是民事习惯。后来，宋人郑樵撰《通志》，有《礼略》十余卷，都是记载历代礼仪的沿革；元人马端临《文献通考》中关于“礼”有《王礼考》二十二卷，亦是通过考据阐述了历代的五礼。

此后，清人和近人编撰的《续通典》《续通志》《续文献通考》《清朝通典》《清朝通志》《清朝文献通考》《清朝续文献通考》中，以类似的体例风格对古代的礼进行了叙述记录。根据以上“十通”中的全部“礼仪”记载内容，有人编辑了《中国历代礼仪典》全六册。^③

(四)风俗习惯中的民商事规则存在或表述

风俗习惯是民商事习惯的最原始生态的存在形式。实际上，礼经、礼典、礼志中的民商事习惯，大多是原生态的民商事习惯的整理和升华；而且大多数是过于程序化、理想化的整理。风俗习惯，则系尚未加工整理的存在形态。

所谓风俗习惯，包括很多种形态。

第一种形态是在一定地域内民间社会生活中长久形成的关系规则。这些规则，叫“乡俗”^④、“习俗”“风俗”“乡贯”或“乡法”“乡例”。“入州里，观习俗，听民之所以化其上，而治乱之国可知也。”^⑤这是说地方政治管理必须重视因应民间习惯风俗。汉初，“瑞应辨至，乃采风俗，定制作。上闻之，制诏御史曰：‘盖受命而王，各有所由兴，殊路而同归，谓因民而作，追俗为制也。’”^⑥这就是在因应风俗习惯制定与典礼仪式有关的法制。“采风俗，定制作”，可以说是最早的民间习惯调查；“追俗为制”当然包括根据风俗确定关于婚姻家庭继承和钱债的规则。汉成帝时，“丞相张禹使属颍川朱赣条其风俗，犹未宣究，故辑而论之，终其本末著于篇。”^⑦就是说，汉成帝时丞相张禹曾经主持过对颍川地方的风俗习惯调查，并编辑成书。

古人特别注重国家法制是否合乎习俗的问题。《文子·上礼》说：“诸侯制法各异习俗，悖拔其根而弃其本。凿五刑，为刻削，争于锥刀之末，斩刈百姓……自此之后，天下未尝得安其性命，乐其习俗也。”这实际上是说，国家立法必须尽量符合民间风俗习惯，否则就是“斩刈百姓”。

在唐代，《唐律》就比较注意尊重“乡法”。《唐律疏议·杂律》“非时烧田野”条规定：“诸失火及非时烧田野者，笞五十。”本注曰：“非时，谓二月一日以后，十月二十三日以前。若乡土异宜者，依乡法。”疏议曰：“谓北地早早，南土晚寒，风土亦既异宜，各须收获终了，放火时节不可一准令文，故云各依乡法。”这里的“乡法”，可以理解为关于土地权益和土地利用事宜的地方习惯。宋代法制也强调尊重“乡例”：“凡天下官田，令民依乡例自陈输租。”^⑧这里的“乡例”指的是关于每亩应缴租税比率的地方习惯。

第二种形态是城乡工商业社会长期形成的“行规”。所谓“行规”，广义上讲，应该包括两种情形。一是关于工商业各自业务及经营的约定俗成的规矩，二是以行会等有组织的方式制定的成文约章。关于二者的不同，高其才教授区分为“行业习惯法”和“行会习惯法”。^⑨

关于前者,即自然形成的行规,实际上常有调整民商事关系的民事习惯性质,只是我们不太在意而已。如明清时期苏州城内“花素缎机生业,向分京(南京)苏(苏州)两帮,各有成规,不相搀越”^⑧,这些成规主要是关于经营业务和经营区域的规定,实际上是关于工商业经营权的不成文协约。又如清代的唱戏业有“净行不得添彩条,贴行不得赤背,生行忌落髯口”^⑨的行规,是关于表演行业营业范围的限制。又如清代的捞渔业有禁止船上人翻卷裤腿、煎鱼时禁止翻面、吃鱼时忌讳翻个、摘下帽子要口朝上放的行规,^⑩实际上都是关于营业或经营行为的一般规定。

关于后者,即工商业行会组织正式议定公布的成文规约,是更为常见的。如清代光绪年间湖南《四帮木行条规》规定:“同行带徒学艺者,两年清楚。只能出一进一;无论子侄,不准重带。”^⑪这实际上是关于工匠雇帮工的民事规范。又如清代南京丝线业行规规定:“同业凡新开码头,务宜距已开之处左隔一家,右隔一家,对面须隔三家。”^⑫这是关于同业开业限制与保护公平竞争的规定,是对工商业者经营权的约定限制。我们也必须注意,这些成文的行规,实际上是对业已形成的不成文行规的重申或加工而已。

第三种形态是村规民约,包括“乡约”。这主要是指地方共同体以比较正规的方式订立的成文规约,大多也是对已有习惯的整理编纂。有一般性的村规民约,也有专务性的村规民约,二者都是关于村落社会生活有关事务的调整规范,理论上讲是一定区域的人们“公议订立”的。关于一般性的村规民约,典型的如北宋时代陕西蓝田的“吕氏乡约”。该乡约的内容,有“德业相劝”“过失相规”“礼俗相交”“患难相恤”^⑬等四个方面,这是关于村落社会生活规范的一般约定,其中包括乡民之间相互救助的义务和纠纷解决的规定。关于专务性质的村规民约,即该村规民约仅仅针对特定的专门事务而言,如在明代沿海地方有“抗倭卫乡约款”,在清代许多地方有“禁田禾”“禁夜行”“护林议约”“养山会规”等规约。

这些规约一般都特别申明保护各户的树木和粮稻等财产权益,确定了孤寡人家拾取遗留稻穗的权益,同时规定了侵权损害的赔偿责任等等。^⑭

第四种形态是江湖社会特别是各种秘密会社的习惯规范。这也是民间风俗习惯的一部分。这些帮规中,实际上也有一些与民商事关系有关。比如近代青帮的帮规中有所谓“十不可”,其中规定“八不可独霸安清单帮行运;九不可挡水垒坝窃跳偷渡;十不可口是心非失却信用”^⑮,这就典型地涉及营业权和同业竞争、乡邻关系和权益以及诚信原则等民事商事关系问题的规范。至于“洪门三十六誓”,更明显涉及民事关系。如第二誓说:“倘有父母兄弟,百年归寿,无钱埋葬,一遇白绫飞到,以求相助者,当即转知。有钱出钱,无钱出力。倘有诈作不知,五雷诛灭!”第七誓说:“遇有兄弟困难,必要帮助。钱银水,不拘多少,各尽其力。如有不加顾念,五雷诛灭。”^⑯这都是关于会众之间急难救助、扶贫帮困民事义务的规定。

第五种形态是边疆民族地区藩夷部落族群的习惯法。这种习惯法,主要表现为部族信仰、禁忌、歌谣、神话等,有时也直接体现为部族公众或头人们集议制定的成文约规等。这些部族习惯法中的民商事关系规范成分很多,特别是关于婚姻、家庭、财产、继承、钱债的规范。

(五)教义教规中的民商事习惯存在或表述

宗教的教义教规,也可能承载一些民商事习惯。佛教教义教规中有民商事习惯。比如佛教禅宗,大约自唐代中后期开始,就形成了系统的内部规范体系,主要代表就是《百丈清规》。在该教规中有普请、入院、退院、迁化、茶毗、议举住持,还有料理亡僧后事、大众入寮、建楞严会、四节念诵茶汤、结制礼仪、朔望巡堂、月份须知等的规定,^⑰这些规定中就包含有僧众民事权益的内容。又如佛教还有所谓“十戒”,其中有“不蓄金银财宝”的规定,就是关于僧尼财产权的规定。

伊斯兰教也是如此。如伊斯兰教的《古兰经》,被视为该教的最高法典,其中关于民事商事的规定

甚多。如“禁止放债取利”，允许一夫四妻、禁止与乳母近亲结婚、离婚必须有三个月待婚期等等规定，^④就是关于民事关系和权益的规定。

中国的道教也涉及民事习惯。道教的教规如《玉清经》规定的“十戒”中有“不得凌辱欺孤贫，夺人财物”“不得裸暴三光，厌弃老病”等内容，就是涉及民事关系和义务的原则规定。

(六)蒙书中的民商事习惯存在或表述

传统中国的蒙书，作为幼童入学的初级文化课程教材，同时也有伦理教育教材的作用，当然也传承着某些民事规范。

蒙书在古代社会的影响力，不仅涉及学童，而且遍及所有社会成员。比如《三字经》《女儿经》《今古贤文》《增广贤文》《弟子规》等等，透过其浅近的伦理说教，实际上在传播中国传统社会的民商事规范，或者至少在传播古代中国民商事规范的原则。笔者小时候就经常听到一些长辈在平常交谈中以《今古贤文》的名句来作为自己行为的依据，所谓“读了贤文会说话，读了幼学会作诗”。如《增广贤文》中有“人心如铁，官法如炉”“草怕严寒霜怕日，恶人自有恶人磨”的劝诫，旨在劝导人们守法避讼；有“许人一物，千斤难移”的劝诫，教导人们重合同守信用。又如《重订增广贤文》有“一字入公门，九牛拖不出；理字不多大，千人抬不动”“两人相非，不破家亡身不止；只回头认自己一句错，便有无边受用”“气死莫告状，饿死莫做贼”等劝诫，《常用杂字》中有“调唆争讼，暗惹祸端，非拐即骗”的劝诫，《名贤集》中有“上山擒虎易，开口告人难”的劝诫，这都是关于处理民事关系和避免诉讼的指导性原则。《增广贤文》还有“官有正条，民有私约”的说法，实际上是承认私人契约对于当事人而言有国法一般的效力。《重订增广贤文》还有“千年田地八百主，田是主人人是客；良田不由心田置，产业变成冤业折”的说法，实际上与土地权益的民事原则有关，就是告诫人们要以公平信义获取不动产，巧取豪夺所获不义之财是惹祸根源。《朱子家训》言“莫贪意外之财”“与肩挑贸易，勿占便宜”，实际上也是民事关系特别是财产关系的指导原

则。^⑤《幼学琼林》有“天下无不是的父母”“不痴不聋，不作阿家阿翁”的说法，其实是关于儿子成婚后两代人关系的指导原则；有“男以女为室，女以男为家”“牝鸡司晨，比妇人之主事”的说法，其实是关于夫妻关系的指导原则；有“与人构讼，曰鼠牙雀角之争”的说法，^⑥实为关于民事诉讼的指导性原则。

(七)宗规族法中的民商事习惯存在或表述

宗族作为中国传统社会最主要的社会组织形式，拥有相当突出的权威，这一权威几乎可以视同作为一种血缘兼地域人民团体的半自治权。这种自治权，最主要的体现之一就是制定宗规族法的权力。所谓“家有家规，国有国法”的格言，实际上就是承认这种权力。

古代中国的宗规族法，可以视为民间习惯的主要存在方式之一。有学者称之为“宗族习惯法”。宗族习惯法中，民商事内容也是普遍存在的。在宗规族法中，最为常见的内容有管理或保护族产、调整婚姻家庭和继承关系、维护族内伦常秩序等内容。如竹溪沈氏族规就明文规定了宗族成员捐资建置族产的义务：“凡现任四品以上者，岁捐五十金；七品以上者白金，佐貳减半……有力者听便。”^⑦有的族规还严格防止族产流失，如规定“不准将义庄田亩及所有银钱擅自买卖、妄废(费)，如有犯者，听合族公举惩罚。”^⑧还有族规规定了族产经营收益的分配规则，如苏州范氏《义庄规矩》规定，用族产收益，对贫寒族人进行救济，“逐房按日给米，每口一升，并支白米。冬衣每口一匹；嫁女支钱三十贯，再嫁二十贯；娶妇支钱二十贯。”^⑨关于婚姻，有族规规定，“男女议婚，必待十三岁以上方许行聘礼。”^⑩归安嵇氏族规规定，“男子二十以上皆可婚，女子十六以上皆可嫁。”^⑪这一民间习惯的方式弥补了国家律典关于婚姻年龄规定的缺陷。还有的族规规定，“今后凡议婚纳配，须鸣族商议……如不鸣众或门户不当者，合族共斥，谱削不书。”^⑫有的族规还有关于族内生产合作义务的规定，如长沙檀山陈氏族规规定，凡春耕、夏锄、秋获之际，人力不足者，合族有“助农工”的义务。^⑬关于立嗣和承继问题，宗规族法中一般也有规定，如寿州孙氏族

规规定：“无子立嗣，必择名份相当者，于谱内说明。如无后继之人，准其立爱，惟不得抱养异姓之子，以致紊乱宗族。”^⑤又如交河李氏族规规定，“凡无子之家，必遵长门无子过次门之长、次门无子过长门之次子例，不许乱争。如无应继之人，必择近支之子多者而继之。如近支无人，必择其远支有才者而继之。”^⑥这就是关于通过收养确立继承人(立嗣子)的民事习惯规范。

(八)国家法典对民商事习惯的记录方式

民事商事习惯也可以在国家法典中有所记录或表述。这主要指两种情形：

第一种情形是国家政权对历史上的习惯或习惯法进行汇编整理。比如元代的“大扎撒”的编纂。“扎撒”(蒙古语 Jasaq 的音译)本是古代蒙古部落首领对部众发布的命令，它来源于蒙古社会长期历史发展过程中形成的种种社会习惯或行为规范——“约孙”(yosun, 意指“道理、规矩、缘故”)。“约孙”作为蒙古社会早期行为习惯，实际上有法律效力；后来被国家政权正式整理编纂为《大扎撒》。这些编纂整理的习惯中有许多是与财产关系和人身关系相关的。当然，习惯的这种存在形式，一般可以视为国家立法的一部分。不过从其来源而言，我们可以视其为习惯。实际上，在汉以后的历代王朝的各类法典中，大致都包含一定程度或数量的民事习惯，只不过蒙元政权的情形更加突出而已。这样的情形，在西方国家也有过，如欧洲中世纪日耳曼各王国在整理习惯法基础上形成的“蛮族法典”。^⑦

第二种情形是前朝法典作为后代的习惯。比如在欧洲中世纪中后期的罗马法复兴运动中，欧洲各国的司法实践中，就把已经在法律上整体失效的罗马法典中的内容当做处理案件的参考依据，实际上是把罗马法典当做习惯的载体。又如在中国，清朝灭亡后，在民国时期的大理院和最高法院判例和解释例中，一直是把清朝法典中的某些民事商事内容视为民商事习惯继续在司法中援用。中华民国政权终结后，英国人治下的香港和在葡萄牙人治下的澳门，在其司法实践中也将《大清律例》和《中华民国

法典》等作为习惯加以援用。比如在港英统治期间，司法实践中长期依据《大清律例》承认纳妾婚姻的合法性，直到1971年《修订婚姻制度条例》以后才终止。^⑧又如在澳葡统治期间，当局在处理中国籍居民的民事案件时，一直沿用1930年前后南京国民党政府制定的《民法典》各编。^⑨

二、传统中国民商事习惯的种类和范围

中国传统社会的民商事习惯，就其载体而言，大致有以上八类。载体并不等同于我们今天所说的法律形式或渊源。这些民商事习惯规范，根据其内容可以分为以下六类，这大约相当于今天法学概念所言的法律形式或渊源。以下我们对它们的每一类的情形略作说明，并进而阐发它们的权威来源。因此，以下论述免不了以近现代法律的概念来分析这些民商事习惯的渊源问题——表现形式和权威来源问题。

(一)宗族组织之习惯

宗族是传统中国最为典型的“社会自治”单位。其自治权的形成，无非出于三个原因：一是数千年中国百姓聚族而居、敬长睦族的社会生活惯性；二是中国幅员辽阔、交通通讯不便致使国家难以干预民间生活的现实；三是国家利用宗族力量实现社会控制时不能不以承认宗族自治权为代价。

瞿同祖先生说：“宗族实为政治、法律的单位，政治法律组织只是这些单位的组合而已。这是家族本位政治理论的基础，也是齐家治国一套理论的基础。每一个家族能维持其单位内之秩序而对国家负责，整个社会的秩序自可维持。”^⑩

宗规族法，是宗法性质的社会群体所有自治性质的规范总称。其表现形式多种多样。其名称有“族规”“族训”“宗规”“家规”“家训”“宗训”“祠规”“条规”“族约”“条约”“家约”“约章”“世范”“谱例”“谱训”“庄规”“家法”“家范”“禁例”等，一般载入各宗族的“族谱”“宗谱”“家乘”“家记”之中，且列于卷首。其地位类似整个“家族自治国”的“宪法”。但也有宗族的族规是以显赫的族长或精神领袖的个人书信、训诫、遗言等方式出现，并不一定正式列入族谱。

这些宗族习惯规范,涉及民事的内容甚多。主要有:(1)关于督促族人孝亲敬长、和睦友爱的规范;(2)关于禁止族人从事不正当职业的规范;(3)关于禁止族人生活奢侈、游手好闲以及制止其沾染吃喝嫖赌恶习的规范;(4)关于“整肃门户”即防止族人男女无别、长幼无别、尊卑无别、交游混乱的规范;(5)关于婚姻须门当户对、选择良善人家、征求族人公意以及反对违反伦常的婚姻的规范(包括纳妾的规范);(6)关于无子时立嗣承继和防止收养异姓乱宗族的规范;(7)关于丧葬的行为规范,包括禁止居丧嫁娶作乐的规范;(8)关于宗族公共事务管理或自治组织机构的选任和职责的规范;(9)关于宗祠管理和公祭活动的行为规范;(10)关于族产管理和经营的规范;(11)关于族产收益使用和族内贫寒救济及奖励读书的规范;(12)关于祖墓或宗族墓园保护以及使用的规范;(13)关于族学管理和族人子弟教育的有关规范;(14)关于和睦乡邻、息讼解纷的行为规范;(15)关于合族集体御侮抗敌义务的规范;(16)关于严防盗贼、严防违反国法的规范;(17)关于保护环境和风水的有关规范;(18)关于督促纳税服役的规范;(19)关于莫谈国事、防止招惹祸事的规范;(20)关于禁止加入各类会党和江湖组织的规范;(21)关于族人入编族谱资格或从族谱削除姓名事由的规范。^⑤

以上21类内容,从广义上讲,除了第(18)、(19)、(20)这三类规范外,几乎每一类规范都与民事有关,都涉及平等民事主体之间的财产关系和人身关系,而其涉及的事务或关系的范围,似乎远比西方民法商法一般涉及(总则、物权、债、亲属、继承以及民事纠纷解决之规范)的范围要大。

(二)村落组织之习惯

村落也是古代中国的某种相对独立的人群单位或社会组织,也有一定程度的自治属性。村落与家族常常重叠,但也有不重叠的情形。村落团体形成的村规民约,与家族团体形成的宗规族法,二者常常内容重叠,但适用原则不同。前者适用属地原则,是属地法;后者适用属人原则,是属人法。村落习惯规范,主要以强化治安为宗旨,但也广泛包含民事习

惯。这种村落习惯规范,在全国各地相当普遍。如明代中叶福建惠安知县叶春及撰《惠安政书·乡约篇》载述当时惠安乡约规范调整事务或关系范围:

(乡约)以十有九章听民讼:一曰户婚;二曰田土;三曰斗殴;四曰争占;五曰失火;六曰窃盗;七曰骂詈;八曰钱债;九曰赌博;十曰擅食园林瓜果;十有一曰私宰耕牛;十有二曰弃毁器物稼穡;十有三曰畜产咬杀人;十有四曰卑幼私擅用财;十有五曰褻渎神明;十有六曰子孙违犯教令;十有七曰师巫邪术;十有八曰六畜践食禾稼;十有九曰均分水利。奸盗、诈伪、人命重事,方许赴官陈告。^⑥

从这一记述可知,惠安的十九章“乡约”即官府倡导的村落习惯规范所调整的关系,大多是民事关系。“户婚”“子孙违犯教令”两章是关于乡间身份关系的规约,“田土”“争占”两章是关于财产权关系的规约,“钱债”章是关于债权关系的规约,“均分水利”是关于相邻关系和地役权的规约,“斗殴”“失火”“擅食瓜果”“弃毁物稼”“畜产伤人”“六畜践食禾稼”等都涉及侵权行为的规范,主要是赔偿问题。就是说,乡约或村落习惯规范有十九方面主要内容,其中十三方面直接或间接与民事法律关系有关,都可以视为民事习惯。所谓“(乡约)以十有九章听民讼”,是说乡约或村落习惯规范可以自治地规范十九个方面的关系,制定有关章法,并解决与此相关的纠纷。

在清代和民国,以湖南新化为例,大约仍是如此。“新化风俗,严禁条,别流品。每村路旁皆有严禁差役乘轿坐马碑,有严禁窝窃、私宰、强抗、聚赌博,有严禁私放牛羊豕鸡鸭践食禾谷碑,有严禁强丐、恶丐、容留生面、无火夜行碑,有倡首捐建石桥、木桥、瓦亭桥碑,有倡首捐修石路坡路碑,有公立交叉路口左往某处碑,有公禁贫嫁生妻碑,有公禁男卖为奴、女卖为婢碑。凡有关风俗者,一一申明约束。”^⑦在这一记述中,我们可以看到,那些规约碑或禁碑中的内容,有关于侵权损害赔偿的规约(如牲口践食庄稼问题),有关于禁止卖妻的规约,有关于禁止卖子女为奴婢的规约,有关于集资搞公共设施建设的规约,均与民事关系有关。

(三)行业组织之习惯

工商业者的习惯,大概分为两种情形:一种是行会习惯,就是经过工商业者行会组织(行、帮、团、会、伙、作等)整理、加工或正式重申的行业规范,其内容偏重于行会管理性规范,包括入行、收徒、开业营业、质量和价格、急难互助、纠纷调解、公益事业等问题的规范,由行会组织的公共权威力量保障实施;另一种是行业习惯,主要是一个行业“积久成习”的规矩,不一定通过行会整理重申,但却为同行熟知并一般遵行。即使在没有正式行会组织的时候,这样的习惯规范仍广泛存在并被遵行。这类习惯的内容主要偏重于业务性行规,就是工商业服务的行业标准、禁忌以及祭祀习惯等。^⑩

这两类习惯所涉及的内容,大致说来,可以总结为以下几类:(1)关于人行开业资格的约定;(2)关于营业场所和数量的规定;(3)关于学徒数额和年限的规定;(4)关于雇工数量和工资的规定;(5)关于商品和服务价格的约定;(6)关于产品和服务质量、规格的约定;(7)关于原材料配售额的规定;(8)关于度量衡标准的规定;(9)关于同行间急难救助的规定;(10)关于共同祭祀行业神灵的规定;(11)关于纠纷调解和违规查处的规定;(12)关于行业标识、商标店号的规定;(13)关于从业方式和技术的规定;(14)关于行业禁忌的规定。

这14类具体规范,其实或多或少都是在调整作为今日民商事规范调整对象的那些事务,因此当然应该视为民商事习惯法。这些内容,虽然看起来更像工商管理规范,但其中既有关于民事能力资格、合伙、代理、委托、雇佣、加工、租赁、合同和债务、死商遗产管理和继承的民事规定,也有关于商号、商标、票据、融资、价格、反不正当竞争等商事法方面的规定。

(四)宗教组织之习惯

在古代中国,宗教寺院习惯大致应该包括两种情形:一是寺院或教会组织正式制定或整理重申的规范。这主要指汉以后的佛寺、道观的规范,后来也包括清真寺和天主堂的规范,包括寺规、观规、庙规、

庵规、堂规、院规等。这些规范,主要由这些寺观的“三纲”们(长老、住持、知观、毛拉、主教)主持制定;其他徒众只是受众,一般是没有“集议”或“商定”之权的。这些规范,主要偏重于道士女冠、僧尼等“出家人”在寺观内生活的管理,当然也包括信众信徒在寺院之内从事宗教活动的相关程序规范及秩序管理规范;二是某种宗教内部的一般教规和禁忌,体现在各自宗教教义的经典和仪式之中,不一定加以文字整理。

这些宗教组织内部管理规范和教规禁忌等,虽然是以内部人员管理、宗教活动仪程、修行戒规禁忌之类的内容为主要成分,但也有些内容是直接或间接的民事规范。如在佛教中,一般有五戒、八戒、十戒等,最多的有所谓比丘戒250条,比丘尼戒348条。这些要求出家人作出“尽形寿能持否”承诺的戒条,有的是仅对僧人有效的民事性质的规范。如根据佛教“十戒”中的“不蓄金银财宝”一条,青海兴海藏传佛教赛宗寺22条寺规中就具体化为“在寺院继承财产者,死者的财产和本人的财产全部没收”^⑪的规定,即是落实“十戒”中此戒的规范。这实际上就是关于僧众财产权的民事规定,亦即规定个人无财产权;一切财产权归寺院集体,实行财产公有制。如西双版纳傣族佛寺的25条教规中,有“子女长大后必须替换父母的负担和劳动,孝敬父母;若东奔西忙、不孝顺父母,有罪无理”“不得用外勐外寨的规礼来代替本勐寨的规礼”“不得用外勐外寨的规礼来处理本勐本寨的纠纷”^⑫等规定,显然包括民事习惯规范和关于民事纠纷解决的规范。

最为典型的是伊斯兰教。与佛教、道教教规一般只适用于出家人不同,因为伊斯兰教教规一般适用于所有出生即受洗为穆斯林的民众,所以其教规涉及非常多的民事事务,实际上包括关于民事的宗教习惯法。如禁止穆斯林女子嫁给任何异教徒、允许有限的一夫多妻、寡妇必须等待四个月零十天方可再婚、妇女继承权为男子的一半、非穆斯林不能继承穆斯林的财产等,就是伊斯兰教习惯法中典型的民事规范。

(五)江湖组织之习惯

传统中国的江湖,狭义上讲仅指秘密或非法的民间会社;但广义上讲,应包括所有未像宗族、乡约、保甲、里甲、行会等一样纳入国家管理体系的民间组织,以及组织形式和宗旨内外不同的所有民间组织。一般来说,江湖会社是一种法律边缘的组织,只要没有被国家明令取缔或清剿,那么很多会社就很难说一定是秘密会社或非法会社,它们多半是半公开和半合法的。称它们是“江湖”,是就其在国家管理体制(庙堂)之外而言。

传统中国的江湖,也有自己的习惯法。江湖习惯法主要有两种情形:一是江湖会社组织内部的“帮规”“堂规”“会规”等内部管理规范;二是江湖社会一般公认的交往习惯及纠纷处理习惯。这两者都是江湖习惯法。前者典型如青帮的“十大帮规”“十禁”“十戒”“十要”“九不得十不可”,天地会的“洪门三十六誓”“十八律书”,哥老会的“十条十款”“十大帮规”之类。后者是一般江湖公认的法则,主要体现为江湖不同门派之间交往的最低限度规范,如对不同帮派地盘或营业占有权的承认、财产转让或交易的最低规则、相互委托或代理的最低规则、对待使者或代表的礼遇规则等等。这些当然都或多或少地包括民事活动规范。

(六)部族组织之习惯

部族,其实就是通常在非严格意义上所讲的民族。严格地说,古代中国并没有近现代意义上的“民族”概念和意识。我们有“华夷之辨”,但那似乎不是民族概念,而是生活模式的伦理或文明程度判断概念。我们曾把四周未被华夏主流文明同化的、拥有不同生活方式的人群称为“东夷”“西戎”“南蛮”“北狄”之类,但也不是表达“民族”概念,而是对生活方式特殊、文明程度较低、未纳入中央统一管理模式的群体的描述或评价,并将其称为“部族”,而不是“民族”。因此,我们不妨说中国古代只有“部族”而没有民族的概念,有“部族习惯法”而无“民族习惯法”。当然,到近代中国,因为强调尊重民族文化个性和强调民族平等权利,这种情形逐渐发生了根本改变。

部族习惯法,在古代中国也表现为多种情形。

首先是一个部族内部的习惯规范,一般是部族内部长久流传并仍践行的。有时是经过正式公议确认程序的,例如侗族通过“讲款”议立的“款约”(如“六阴六阳”)、瑶族通过族众议刻立的石碑、毛南族众议公立的“隆款”等等。一些部族内久传的神话、歌谣、史诗、谚语中包含的教导和禁忌也是部族内部习惯规范。其次是一个地域不同部族之间共同认可的规范,这种情形在古代也比较常见,比如在西域地区的不同部族之间,在西南所谓“苗疆”地域不同部族之间,在西藏地区不同部族之间,在北部草原戈壁地区的蒙古族不同部族之间,存在着一些公认的部族间纠纷处理规范,常常并未用几个部族正式共同确认的方式来表达。再次是国家通过中央立法或与边陲部族立约的方式确认的部族习惯法等。

三、传统中国各类习惯的权威或效力来源

传统中国的民商事习惯,一旦被人类社会的公共政治组织强制性适用,似乎就可以称之为习惯法,无需等待阶级国家政权立法认可或司法适用。所以,习惯与习惯法,至今仍是两个很难截然区分的概念。一定要说某个民间习惯在某个节点之前是习惯,在某个节点之后就变成了习惯法。那是很困难的。如果将法律仅仅视为阶级社会国家政权的特有伴生(存)物,不承认阶级国家之外有任何法律现象存在,那么我们就可以说任何习惯只有经国家立法认可或司法适用之后才能成为习惯法。如果我们放开视野,考虑到在阶级国家之外也可能有法律现象存在,那么就必须承认:任何政治共同体中人民普遍遵守的,由共同体公共权威加以保障的秩序准则或习惯性规范,只要对共同体成员个人而言有实实在在的强制性,那么就是习惯法。从这一判断出发,我们就不能不承认:传统中国各类民商事习惯之公共强制权威或民间法效力之渊源,亦即其能够被视为某种意义上的习惯法之理由,并不是只有国家立法认可或司法适用这一条。除这一条之外,还有其他更多更重要的权威来源。

(一)宗族习惯的权威来源

宗族习惯之所以有民事规范的强制性权威,主

要来自何处?

应该说,宗族习惯或宗规族法的权威来自宗族的自治权威。基于前述三个原因,传统中国的宗族形成了一定的自治权。但是,我们有必要进一步思考:这种自治权威到底来自什么?从历史的事实分析,大致可以认为来自三种因素:

第一是来自家长族长的血缘伦理权威。宗族的自治权,首先来自家长族长的权威,这是一种血缘伦理权威。在一个血缘生活共同体内,因为生育、抚养以及生存技艺教导的缘故,母亲、父亲或尊长辈自然对卑幼们拥有一种管理、支配和指挥的权威。这种权威后来升华为氏族首领和宗族族长的权威。在古代中国人看来,这种权威出自人的天性。孟子说人有“四端”,“孩提之童,莫不知爱其亲;及其长也,莫不知敬其兄”^⑤,其实这是说父兄天然有对子弟的伦理上优越领导地位,^⑥“孝悌”伦理天然要求子弟对父兄的敬畏和顺从。这就是所有尊长权威的由来。后来的宗族族长权威不过是多个家长权威的合成或部分让渡集中而已。

第二是来自族众的对族内公共事务的共同意愿或集体公议的权威。在宗族内部,公共事务的决策和宗规族法的制定,虽然一般并不标榜民主表决之类的公意集中程序,但是也都强调系出自合族公议或族众公意。因为族中尊卑长幼男女老少之间本来就不存在西方式的人格自由平等,所以不存在一人一票平等表决以集中公意的理论可能性或必要性。于是,所谓“合族公议”实际上不过就是宗族内的尊长们(族长、房长、家长们)经过某种协商大致达成一致而已。有时甚至连尊长协商都没有,纯粹是族内德高望重、势力较大的尊长们意见一致而一般族人不敢反对而已。但无论如何,假借“合族公议”或“族众公意”的名义更能标榜族规的正当性和权威性,这实际上含有一定程度的民主观念。如清代河北景定《张氏族规》声称:“以上各条,系参酌族中情形而定,经全族议决,即当视为家族公法,不可违犯。”^⑦

第三是来自国家的默许或公开授权。许多家族的族规,对国家法制所不及的一些事宜作出补充规

定,有益于民间治理,官府乐观其成。即使作出了与国家法律相悖的规定,只要不违反伦常,国家一般也不加制止,甚至对依宗族法处死族中“犯人”的情形也不加明确制止,甚至授权家族私设公堂执法。如雍正皇帝曾发布上谕:“其尊长族人剪除凶恶,训诫子弟,治以家法,至于身死,亦是惩恶防患之道……不当按律拟以抵偿。嗣后凡遇凶恶不法之人……或以家法治之,至于身死,免其抵罪。”^⑧更为常见的是宗族将族规条款申报州县长官,由州县长官给予“宪示”即批示的方式认可,这是国家公开授权家族实施某种自治。如清嘉庆年间,安徽桐城祝氏宗族制定族规就正式具呈报请县官审批,县官审查后正式批示:“祝氏户族人等知悉:尔等务须……安分守业,听从户尊长等开列规条,共相遵守。如有不遵守约束者,许该户长据实指名赴县具禀,以凭惩治。各宜凛遵勿违!”^⑨

有时,国家还直接利用宗族组织或将其转化为国家基层组织,以强化治安管理。如清雍正时期,曾于保甲组织之外设立“族正”,协助地方治安。后又将族长权威直接入律。地方官也有在地方推行“族约”制者,以及直接委任族中有德望者为“族约”以协助治安。^⑩这样一来,宗规族法的权威就得到了国家更加有力的认可。

(二)村落习惯之权威来源

村落习惯规约的强制性效力或权威来自何处?我们认为大约有三者:

第一,当地行之已久的惯行惯例的天然示范权威。“十里不同风,百里不同俗”,在一个特定的地域范围内,就某类事情或关系的处理,人们一般都会反复重复一些经常性的做法,习惯成自然,大家认为合理,于是就形成了习惯。一件事情,大家都这么作,自然就有一种对以后的同类事务的示范权威。依照惯常做法处理事情的人,天然有一种“理直气壮”、不怕别人反对的感觉,别人即便不同意这样做,但要批评或反对,多少有些“理屈词穷”、不好公然反对的感觉。这就是权威的由来。

第二,乡间民众公议公决所体现的公意的权威。明人熊寅几编《尺牍双鱼》中载有“地方禁约”

云：“为此置酒会众，写立禁条，以儆后患。如有犯者，同众共罚。若再拒抗不服，会同呈官论理……凡我同盟，至公罔私。”^⑩这里之所以要特别强调“会众”“同众”“同盟”，就是为了通过宣示公意以强调权威。另外，清末人冯宁文、昱舒泰编《仕商应酬须知便览》中载录了一份题为“合团公议”的乡规民约，其名称就特别强调其“公议”的民意属性。公约中还特别申明规约的形成系“兹约团邻，同申一议”的结晶，^⑪亦即强调民意属性。

第三，国家授权、认可或支持加强了权威。国家对村落习惯法的认可，形式可能有多种。一是官府直接审查认可乡规民约。明清时期徽州府很多乡约规往往报经官府铃印批准，并以官府的名义发布。如清嘉庆年间祁门县一些护林乡约规呈报到县，知县张庆会批示：“既据具呈准给示禁，所有合约十二纸候盖印给颁。倘有恃强不遵，许即指名赴县，具禀以凭拿究，决不宽贷。”^⑫这里的护林乡约规，实际上就是村落关于山林保护的习俗法整理。官府通过铃印批示颁发的方式赋予其权威。二是官府承认乡间士绅耆老主持的解决纠纷结果，实际上是对其所适用的村落习惯法的承认。顾炎武说：“今人谓不经县官而上诉司府，谓之越诉。是不然。太祖实录，明洪武二十七年四月壬午，命有司择高年老人公正可任事者，理其乡之词讼。若户婚田宅斗殴者，则会里胥决之。事涉重者，始白于官。若不由里老处分，而径诉州县者，即谓之越诉也。”^⑬里老处分即调解剖决，当然适用当地村落的习俗法。

(三)行业习惯之权威来源

行会行业的规范之所以有强制性权威，主要出于以下三方面的理由：

第一是行业积久成习的习惯有着天然的支配权威。一般说来，在一个行业内部，千百年来，总有一些积久成习的行业习惯。这些习惯不论是非善恶，在行业内部为业众所公认。一旦被公认，则按照习惯而为者就有天然正当性，即具有被舆论肯定的优势；违反习惯者则受舆论谴责，自然处于劣势。这就形成了一种使其有效、督促执行的舆论强制力。正

如光绪初年署理钱塘知县汤肇熙禀文所云：“今各处贸易，皆有定规……畛域各自分明。……此皆俗例而非官例，私禁而非官禁。地方官要不能不俯顺舆情。若欲稍事更张，则讼事蜂起，窃恐日坐堂皇，亦有应接不暇之势。”^⑭官府不能不尊重这些习惯，正好说明了其权威所在。

第二是行会会众公议的民意力量，包括行会公众的强制执行力。一般来说，各工商行业的行会组织在制定行规时，都要走一些协商式的“公议”“集议”“同议”“会商”之类的“民主”程序，其行规文本中特别强调立规时“集众公议”和有犯时“公同议罚”这两点。如光绪年间湖南武陵《丝业行条规》说：“只得邀集同人，并请买卖各号，公同商议，重整旧规……如有阳奉阴违，一经查出，照章处罚，决不徇情。……如有阳奉阴违，一经查出，罚戏一台，酒十席。”^⑮又如光绪年间湖南省城《粮行公议条规》称：“兹集同行会议，所有一切应行章程，经此次议定后，刊布张贴，永远遵守。……如有违犯，除滥用钱盘另议重罚外，余均罚海席三筵，古文一部，以警将来。”^⑯

第三是官府的认可。各地行规一般都有报官备案、呈官府审批核准，最后由地方长官批示颁行的程序。行规文本本身也特别强调这一权威来源，强调“奉宪颁示核准在案”等。如光绪三十一年湖南武陵《伞店条规》称：“是以爰集同人公议各条，禀宪立规批准示禁在案；我等同仁永远恪遵勿怠……以上各条，曾蒙宪示准议在卷。凡我同帮人等，务须恪守宜凛遵。”^⑰所谓“宪”或“宪示”就是指道府州县长官及其批示。光绪年间湖南省城《山货店条规》亦称：“兹特邀集长善两邑同行，重整旧规，禀请宪示核定……所有奉宪核定规条列于下。”^⑱一旦违犯，如果行会内部“公同议罚”仍不能解决，就可以“公同禀究”。接到“公同禀究”后，地方官只要查明确系违反行规，一般会进行处罚。这一处罚，实际上是在强制执行行会的行规，这是行业行会习惯法权威的重要来源之一。

(四)宗教习惯之权威来源

宗教寺院习惯的强制性权威，主要来自以下两者：

第一是信仰的力量及宗教组织的强制执行力。一方面,所谓信仰的力量,就是说所有信仰该宗教教义的人,必须把那些宗教习惯规范(包括宗教组织的内部管理规范和宗教修行必守规范)作为宗教教义的一部分,或作为教义的外化形式之一。违反这些规范,就是违反教义,就是对佛、元始天尊、真主、上帝的背叛。信徒信仰教义,特别是达到迷信的地步时必然使得这些教规习惯有了习惯法的效力或权威。这种权威甚至比国法的权威更厉害,更有基础;另一方面,宗教组织也有自己的强制执行力,各寺院的教规一般都有关于强制处罚的规定,以保证教规的执行。如青海兴宁藏传佛教习惯法在“五戒”和“十善法”的基础上形成了系统的“打罚制度”,即对于违反教规者给与“烙铁烙脸”“柳条或皮鞭打”“铁棒或木棍打”“罚钱”“抄没家产”“枷锁监禁”“开除”“罚磕一百个头”“罚供僧众吃一顿饭”等处罚。^⑧这种强制处罚当然是那些教规权威的有力保障。

第二是国家的授权或认可。历朝法律一般规定,寺院内部的民事和轻微刑事纠纷,可以由寺院依据寺规、戒律、僧制自理。北魏宣武帝永平元年(508年),曾专门就此一问题颁发诏令:“缁素既殊,法律亦异。故道教彰于互显,禁劝各有所宜。自今已后,众僧犯杀人以上罪者,仍依俗断;余犯,悉付昭玄(统),以内律僧制治之。”^⑨这里的“内律僧制”即宗教习惯法。其中“内律”可能主要指寺规,僧制可能主要指一般宗教戒律。如唐代法律规定,对于僧尼有犯,准格律罪不至于除名者,交由本寺“三纲”依寺规予以处罚。^⑩这实际上是在认可佛教习惯法的权威。唐代甚至规定,依照寺规处罚的僧尼如不服,不得到官府控告本寺纲管;^⑪对于越过寺院三纲到官衙兴讼或代他人诉讼的,朝廷申令要“严加捉搦禁止”。^⑫

(五)江湖习惯之权威来源

秘密会社习惯法的强制性权威来源主要有三者:

第一,江湖积久成习的力量。江湖的规范之所以有权威,首先应该归因于江湖社会的一般实践,就

是大家对这些规范的理解、领悟、认同、践行、尊重。就是说,大家认为这样做互相有利,是一种“双赢”或“共赢”的安排,因而认同这种处理规则。一旦主要成员在多数场合这样强调或践行了,就成了大家一致认同的习惯。按这种习惯做了,你就有了正当性、合理性,相关的权益才能得到大家的认可。即使因为自己实力不足难以真正实现具体权益,但只要按照公认的规矩或习惯办了,就能获得江湖上的道义同情,这就是弱者在此时所能得到的最大利益。大家都这样做,认为这样做合理,认同或保护这样做获得的利益,对不这样做的行为进行谴责,独力或合力讨伐违反习惯的人或团伙,这就是江湖习惯权威的最大来源。

第二,江湖社会组织权威。在一个江湖组织内部,集体组织的权威和力量是江湖内部规则权威的最有力来源,这主要体现为该组织的资源控制和调配力、强制执行力及制裁力。这两种力就是江湖习惯的权威的最大由来。一般说来,江湖秘密会社组织严密、纪律严明,靠严酷的制裁维持内部纪律。如清末民国时上海的青帮,其“十条家法”体现了非常严厉的内部制裁。对于犯规者,其制裁方式有申斥、斥革、定香烧字于臂、棍打、杖打、捆在铁锚上烧死等。如天地会的内部制裁有笞刑、挂铁牌、割耳、割去生殖器、死刑(死刑包括凌迟、刀杀、活埋、沉水溺死),还有“三刀六眼”“四十红棍”等。对许多仅仅是民事违规行为也施以帮内刑罚,这就是其习惯权威的主要来源。^⑬

第三,国家的纵容。国家的纵容,是江湖习惯有权威的重要原因之一。对于那些国家“睁只眼闭只眼”的会社,国家常常是纵容其内部规则适用的。如官府有时在处理江湖社会的重大纠纷时,会适当以判决的方式承认江湖的习惯。道光年间,湖南祁常木帮与金寿帮争执汉口白沙洲码头地界,诉至官府,官府发布告示特别承认了江湖社会的“各守各界,不敢越占”的习惯法。^⑭

(六)部族习惯之权威来源

部族习惯法的效力或权威,大致来自三者:

一是部族社会生活中积久成习的威力。一个部族的人们世代以自己的行动传承着关于某些事务处理一般观念、方式、办法,大家积久成习、习以为常,认为这样做天经地义。这样做了,一般会得到大家认可或舆论支持,发生争议时舆论会站到这一边;不这样做,一般会得到大家的否定。即使可以凭强力蛮横得到利益,但得不到舆论的肯定。得不到肯定,就会导致当事人的信用或人格减等,在封闭的社会里这是相当严重的损失。因此,舆论的力量,是很多部族习惯权威的最典型来源。达斡尔族谚语说“习惯法比啥官都大”,瑶族有“石碑(习惯法)大过天”的谚语,^⑤都是表达这一权威来源的。

二是部族组织的公权威,包括部族组织领导机构的力量、部族民众公意的力量等。部族组织机构(可能分为多个层级)有自己的权威,这种权威包括对人身和资源的控制分配权威、对规则的强制执行,亦即对违规者的处罚权威。比如壮族的寨老制、苗族的议郎制、瑶族的瑶老制和石碑制、侗族的会款制、傣族的村社制、景颇族的山官制、黎族的合亩制等,都有管理公共事务的组织机构,掌握公共权力。一旦有人违反了习惯法,在公共组织机构的主持下,按照习惯的方式和规则进行处罚。这就是部族习惯权威的最主要由来。至于部族民众公意的力量,在一些原始民主制遗风较为浓厚的部族比较明显。比如瑶族的“石碑会议制”,即先由石碑头人商议必要的规范草案,然后通知全体居民(或各户户主)参加会议,逐条讨论草案并确定下来,最后刻成石碑公布。在习惯法制定中,有些部族就比较强调部民的平等参与和发言权,甚至通过民主性的部众表决。^⑥这种民众公意当然就有特别的权威。

三是国家的认可或支持。古代中国历代王朝对边陲部族习惯的认可或支持有多种形式或途径。首先是国家立法纳入认可途径。如清代对蒙古族有《理藩院则例》,对藏族有《西藏通制》、对回族有《回疆则例》、对青海的藏族为主的少数民族有《番夷成例》(《番例条款》),对西南民族有“苗例”。这些法例,实际上都是对各地方各部族的部族习惯法的总结整

理。^⑦其次是国家中央司法中选择适用的途径,包括对部族组织权威适用习惯法处理的案件结果加以认可的途径。国家对边陲部族的方针是“修其教不易其俗,齐其政不易其宜”^⑧,反对“用夷变夏”。《唐律》关于“化外人有犯”时“同类自相犯者依本俗法”处理的规定,就是中央司法对边疆部族习惯法的认可和适用。在清代,凡苗疆地区的案件,“其一切苗人与苗人自相争讼之事,俱照苗例归结,不必绳以官法,以滋扰累。”^⑨此外,在边陲部族地方习惯条规整理和重申时,常报地方官府审核批准后颁布,这也是最为典型的权威赋予模式。如在清代,西南地区的部族习惯法常常报官府审批后立碑。如同治十一年广西龙胜理苗分府告示说:“兹据奉恩前情,除批示并将条规删改核定外,合行出示晓谕,为此示仰居民人等知悉,自示之后,尔等即宜遵照条规,各要本分,不得违抗条规,自干罪累。各宜凛遵勿违。特示。”^⑩

结语:习惯法与民间社会自治共存亡

前文关于民商事习惯的载体、存在形态、种类范围、效力来源的全部讨论,其中有一个特别重要的历史事实和价值理念贯穿其中,那就是民间社会自治。作为强制性公共社会秩序之纽带的民间习惯或习惯法,必然与一定的自治性共同体(民间社会组织)形态相伴存,与民间共同体的一定自治权利或自主空间相伴存,与国家权力鞭长莫及默许或明示认可相伴存。这种社会事实,一定是某种价值理念支持的结果。这种价值理念就是:国家政权与民间社会,在某种意义上讲,是权力有分的,是“人格”(主体资格)有最低限度平等的;国家与民间社会之间应该有分际,国家不可伸手太长代替民间社会,民间社会自发生成的秩序有着某种天然合理性,国家不能不尊重民间社会作为法律拟制人格的“人格独立”“意思自治”“契约自由”,不能不承认民间社会组织自治生活领域也是“风能进,雨能进,国王不能进”的私权城堡。没有这种价值理念支撑,就没有传统中国的各类民间社会组织(宗法组织、村落组织、宗教组织、江湖组织、行业组织、部族组织)的活跃存在,就没有广泛存在和起作用的民间习惯或习惯法存在,没

有民间解纷组织和解纷机制的广泛存在,更没有在“天高皇帝远”之域以民间社会组织维系风俗、维护治安、增进福祉的广泛业绩存在。那些千姿万态存在和运行的民间习惯或习惯法,对于解决社会生活遭遇的千差万别矛盾纠纷而言,远比国家法有着更大的力量和效能,也更为百姓心悦诚服地接受。国家权力过分介入民间社会生活,对民间社会生活施加过于理性化、建构化的(统一的、无差别的、自上而下的、发达完善的)法律调整,可能会抑制社会自我管理、自我服务、自我教育、自我监督的积极性和创造性,压抑民间社会组织的法律人格和生命力,还可能产生前所未有的各种矛盾纠纷。国权无所不能的理念可能会制造出一个没有真实社会的民间生活领域。这就是对传统民商事习惯做粗简历史考察后就可以得到的一点简单启示。

注释:

①《汉书·礼乐志》。

②《论语·为政》。

③这种情形类似于欧洲中世纪后期的罗马法复兴运动:一些崇尚罗马法的学者以研究、讲习、传授、注释罗马法的方式,恢复罗马法在社会生活中的适用,以反对当时国家法制的专横和用来弥补当时各国法制的不足。

④《周礼·天官·小宰》及汉人郑玄注,唐人贾公彦注。

⑤《周礼·秋官·朝士》。

⑥《礼记·郊特牲》,《白虎通·嫁娶》。

⑦《礼记·曲礼》。

⑧《礼记·坊记》。

⑨《礼记·昏义》。

⑩同前注⑧。

⑪《大戴礼记·本命》。

⑫《孝经·士章第五》。

⑬《新唐书·礼乐志一》。

⑭同前注①。

⑮同前注①。

⑯《晋书·刑法志》。

⑰《史记·刘敬叔孙通列传》。

⑱《晋书·刑法志》注。

⑲同前注①。

⑳《晋书·礼志上》。

㉑同前注⑲。

㉒同前注⑬。

㉓《通典》卷一百二十八,《礼》八十八,《开元礼纂类》二十三,《嘉礼七》。

㉔广陵书社2003年版。本书根据《古今图书集成》的《经济汇编·礼仪典》及《清朝通志》、《清朝文献通考》和《清朝续文献通考》的部分内容编辑而成。

㉕《大戴礼记·保傅》说为孩子取名须“无拂于乡俗”。

㉖《管子·八观》。

㉗《史记·礼书》。

㉘《汉书·地理志下》。

㉙《宋史》卷一七三,《食货志·农田》。

㉚高其才:《中国习惯法论》,湖南出版社1995年版,第14、15页。

㉛江苏省博物馆编:《江苏省明清以来碑刻资料选集》,三联书店1959年版,第18页。

㉜同前注⑩,第122页。

㉝同前注⑩,第126页。

㉞彭泽益主编:《中国工商行会史料集》,中华书局1995年版,第342页。

㉟同前注⑭,第256页。

㊱陈俊民:《蓝田吕氏遗著辑校》,中华书局1993年,第563-567页。

㊲同前注⑩,第66-69页。

㊳李国屏:《清门考原》,上海文艺出版社1990年版,165-175页。

㊴转引自朱琳:《洪门志》,河北人民出版社影印1990年版,附录。

㊵寂叔:《百丈清规的点滴认识》,载佛教导航网,http://www.fjd.com/wumin/HTML/71228.html。

㊶郑祝君主编:《外国法制史》,北京大学出版社2007年版,第130-132页。

㊷《中国历代蒙书集锦》,山东友谊出版社1990年版,第3、46、47、48、51、55、71页。

㊸《中华启蒙读物》,黄山书社1999年版,第83、87、91、181页。

㊹《竹溪沈氏家乘》,转引自高其才《中国习惯法论》,第30页。

㊺浙江海宁《查氏族谱》卷十六,《酌定规条》。

④[宋]范仲淹:《义庄规矩》,载《范仲淹全集》(中册),李勇先等校点,四川人民出版社2007年版,第797-799页。

④⑦《庞氏家训》,载翁福清、周新华编:《中国古代家训》,中国国际广播出版社1991年版,第268页。

④⑧浙江归安《稽氏宗谱·条规》。

④⑨安徽泾川《万氏宗谱·家规》。

⑤⑩湖南长沙《檀山陈氏·宗族规约》。

⑤⑪安徽寿州《孙氏家谱·族规》。

⑤⑫河北交河《李氏族谱·谱例》。

⑤⑬郑祝君主编:《外国法制史》,北京大学出版社2007年版,第85页。

⑤⑭范忠信:《一国两法与中国的完全统一》,香港文教出版企业有限公司1998年版,第104-105页。

⑤⑮同前注④⑪,第115页。

⑤⑯瞿同祖《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第26-27页。

⑤⑰以上21类内容系据费成康等先生的陈述总结整理而来。参见费成康主编:《中国的家法族规》,上海社科院出版社1998年版,第51-97页。

⑤⑱[明]叶春及:《惠安政书》,福建人民出版社1987年版,第328-329页。

⑤⑲湖南《新化县志》,转引自高其才《中国习惯法论》,第55页。

⑤⑳高其才教授在《中国习惯法论》中分别讨论“中国行会习惯法”和“中国行业习惯法”是有道理的。参见《中国习惯法论》,湖南出版社1995年版,第三、四章。

⑥①同前注⑤⑲,第154页。

⑥②《西双版纳傣族社会综合调查(二)》,云南民族出版社1984年版,第20-21页。

⑥③《孟子·尽心上》。

⑥④《续小儿语》说:“湿时捆就,断了约儿不散;小时教成,毁了父兄不变。”讲的就是这种血缘伦理权威的形成规律。参见《中国古代蒙书集锦》,山东友谊出版社1990年版,第68页。

⑥⑤河北景定《张氏族谱·宗规》,转引自朱勇:《清代宗族法研究》,湖南教育出版社1987年版,第79页。

⑥⑥《钦定大清会典事例》卷八一一,《刑律·斗殴》。

⑥⑦安徽桐城《祝氏宗谱》卷一,《家规》。

⑥⑧朱勇:《清代宗族法研究》,湖南教育出版社1987年版,第167页。

⑥⑨转引自戴炎辉:《清代台湾之乡治》,台北联经出版公司2005年版,第146页。

⑥⑩同前注⑥⑨,第147页。

⑥⑪《环溪王履和堂养山会簿》,转引自陈柯云:《略论明清徽州乡约》,载《中国史研究》1990年第4期。

⑥⑫[清]顾炎武:《日知录》卷八。

⑥⑬汤肇熙:《出山草谱》卷二,《札飭详复讯断杨连升等控案禀》。

⑥⑭彭泽益主编:《中国工商行会史料集》,中华书局1995年版,第212页。

⑥⑮同前注⑥⑭,第217页。

⑥⑯同前注⑥⑭,第317、318页。

⑥⑰同前注⑥⑭,第241页。

⑥⑱同前注⑥⑭,第153-154页。

⑥⑲《魏书·释老志》。

⑥⑳唐《道僧格》,转引自郑显文:《从〈僧尼令集解〉看唐代的〈道僧格〉》,日本皇学馆大学《史料》第183期,平成15年2月版等。

⑥㉑《令集解》卷八,《僧尼令》引“准格律”条。黑板胜美主编:《新订增补国史大系·令集解》,吉川弘文馆平成7年8月出版。转引自郑显文:《日本的〈令集解·僧尼〉与唐代宗教法比较研究》,载《政法评论》2001年卷,中国政法大学出版社2001年版。

⑥㉒分别参见《全唐文》卷九百六十六《请申禁僧尼奏》第十册,第10032页;卷二十九《禁僧道不守戒律诏》第一册,第327页。

⑥㉓同前注⑥㉒,第197-210页。

⑥㉔《为出示严禁事》(1849年1月),湖北省公产经历处档案,湖北省档案馆LS20-3-77。转引自易江波:《近代中国城市江湖社会纠纷解决模式:聚焦于汉口码头的考察》,中国政法大学出版社2010年版,第249-250页。

⑥㉕同前注⑥㉒,第404页。

⑥㉖同前注⑥㉒,第227、239、403-404页。

⑥㉗范忠信、陈景良主编:《中国法制史》,北京大学出版社2007年版,第451页。

⑥㉘《礼记·王制》。

⑥㉙《大清律例·刑律·断狱》引雍正三年例。

⑥㉚转引自《广西壮族社会历史调查》(第一册),广西民族出版社1984年版,第105页。