
论习俗的法源地位及实现路径

——以赣南村庄风水纠纷解决为例¹

王秋月

【摘要】：诸多利益尚未纳入法律调整的范畴，与此相关的纠纷无法通过法律的途径寻求救济，在内生秩序式微的背景下，这些纠纷难以得到有效解决，容易引发不稳定的社会问题。本文以赣南村庄风水纠纷为例，通过个案的研究方法，揭示风水纠纷的解决及其后果。风水利益作为一种特殊的民俗习惯被标签为封建迷信，被法律排斥在外，风水纠纷需要转变成法律能够调整的利益纠纷，即便如此，法律仍然难以直面风水利益本身，最终无法有效解决风水纠纷。习俗虽然能够为纠纷解决提供一套是非标准及解决方案，但熟人村庄的社会基础已经大为削弱，习俗作为一种非正式力量在解决纠纷过程中执行力不足。不论是法律还是民间习俗，都无法单方面地为风水纠纷解决提供正义供给，风水纠纷解决存在困境。国家治理可以有效吸纳社会中的既有资源，将习俗作为法律渊源，在认可习俗合法性的同时发挥其在纠纷解决中应有的作用。习俗作为法源成为裁判的依据需要以善良为前提，因此，将民俗纳入善良风俗，实现民俗可作为法源的基础前提成为必要。

【关键词】：风水利益；风水纠纷；习俗；法源；善良风俗

【中图分类号】：D90-52 **【文献标识码】：**A **【文章编号】：**1671-7023（2018）01-0097-11

一、问题的提出

风水被定性为封建迷信，被主流观念排斥在外，但在实际生活中尤其在农村地区，风水观念依然客观存在。人们认为风水影响家族气运，因而对此十分重视。在现实中，由风水引发的各种形式的纠纷十分普遍，甚至演变成暴力性事件，成为社会治理任务的重要组成部分。

长期以来，人们对风水的认可和遵守形成了信仰风水的民间习俗，也形成了相对稳定的风水秩序和风水规则，成为民间解决风水纠纷的主要依据。民间习俗能够为风水纠纷提供解决依据及方案，但是民间习俗发挥作用的基础是相对封闭且社会关系密度极大的熟人社会，如今，村庄社会结构松散，村民对村庄的认同以及村民之间的利益关联度降低，人们对地方规范和习俗的认可度降低，内生秩序式微^[1]，民俗作为解决纠纷的主要手段执行力不足。在这种形势下，人们经常诉诸暴力，却仍然无法解决纠纷，由此，风水纠纷转向法律寻求救济。

然而，风水作为具有“迷信”意味的、难以确定的东西，未被纳入法律调整的利益范畴，风水纠纷被排斥在法院受理的范围之外。人们只能将风水纠纷转化成法律能够调整的利益纠纷来获得法律救济，风水纠纷导致人身和财产损害形成了法律上的侵权问题进入司法，与此相关的案件裁决的结果一般为损害赔偿。实质上，纠纷当事人的利益争夺点在于风水利益而非财产利益，法院做出的损害赔偿的判决结果并未解决风水纠纷的实质问题。这种情况反映出，由于法律简单地将风水等民间习俗作为迷信，拒绝纳入法律调整的利益，导致法律在处理与此相关的纠纷时与民间评判存在隔阂和偏差，未能触及纠纷的本质。然而，风水纠纷反映的利益也是民间的一种利益期待和秩序，体现了一定的乡土正义^[2]，法律拒绝的结果就是难以有效地解决纠纷，甚

¹**【作者简介】：**王秋月，华中科技大学法学院博士研究生

【收稿日期】：2017-07-30

至造成矛盾升级。

面对这些现实情况，近些年，法律在越来越开放的同时也开始注重结合社会实际，考虑调整结果的妥当性，把一些无害的民间习俗纳入法律的调整范畴。例如在凶宅案中，法院偏向于理解民众对凶宅的恐惧，判决意见为“房屋内发生非正常死亡事件，客观上并没有影响到房屋的价值，但是违背了买受人对房屋实际价值的期待，影响了房屋的经济价值，构成房屋重大瑕疵，是影响买卖合同订立及履行的重大事项。卖方隐瞒该等瑕疵，使买房人作出了违背真实意思的错误表示，应承担责任”^①；在祭奠权纠纷案中，法院认为祭奠作为一种民间习俗，寄托了人们对亲属的哀思之情，应该予以保护，人们具有祭奠权。这些裁决将民间习俗纳入法律考量的利益范畴，获得了较好的社会效果，能够在保证当事人利益的同时起到良好的社会效果，维护既有的社会秩序。

但是，法律在吸纳习俗的过程中还存在的问题，即法律并非直接承认习俗的地位和作用，而是采取变通的方式，比如在凶宅案中，法官不直接以“民间存在人为恐惧凶宅的习惯”、“凶宅不吉利”等理由审判案件，而是从合同法的角度，对房屋的经济价值作出判断，这些变相的理由显得较为牵强。

本文结合在赣南村庄的调研，通过个案研究^②的方法来展示风水纠纷的产生及其化解机制，揭示法律和民间习俗在风水纠纷解决过程中各自所扮演的角色，并对其进行理论反思。在法院适当考虑民间习俗的背景下，本文以风水纠纷为例来阐释习俗作为法源的必要性，并进行路径重构来实现纠纷解决的有效性与妥当性。

二、风水纠纷及其解决现状——以赣南农村为例

在日常生活中，建房、坟墓选址经常运用风水，因此围绕风水发生的纠纷经常出现挖坟、破坏建房等现象，甚至引起直接的暴力冲突。人们对风水的重视源于风水背后的利益，他们可以不惜一切代价，包括触犯法律甚至付出生命。但是在当今社会，风水纠纷并未得到有效的解决。

（一）风水的内涵及风水纠纷产生的原因

风水在学术上很难进行准确定义，在日常生活中人们也难以对风水进行标准地解释，但即便如此，并不影响人们对风水的信仰和追求，风水纠纷主要缘于人们对风水背后利益的追求。

1. 家族气运与风水

风水在我国历史悠久，长期以来，人们对部落、住宅、阴宅、建筑物的选址或多或少地体现了对风水的运用。虽然风水的运用在日常生活中比较普遍，但是对其进行学术研究却比较晚且研究成果较少。历史上最先给风水下定义的是晋代的郭璞，他在《葬书》中表示“葬者，乘生气也。经曰：气乘风而散，界水古人聚之使不散，行之使不散，行之使有止，故谓之风水”。他认为风水是地相之术，人们对居住或者埋葬地点进行选择以趋吉避凶^③。现代社会对风水的研究主要集中在哲学、宗教学、建筑学等领域，对传统文化的研究也有所涉猎。虽然学者们研究风水的视角不同，对风水的定义也有差异，但是并不否认风水是根据风、水、气三者来判断地理位置的好坏，是一种对吉地的选择。具体来说，在不同的研究领域，风水具有不同的表现形态：建筑学认为风水是对建筑物地理选址布局的考量，是一种审美追求；在传统文化中认为宅地或者坟地周围的风向、流水等会影响居住者或者被安葬者全家的福祸^{[31]1725}。

人们对风水的运用体现于居住和安葬，即住宅和坟墓的选址^④，需要根据周围的风、气和水来判断是否为吉地。人们对风水

^①见河北省高级人民法院在“吴国锋与孟丽斯房屋买卖合同纠纷再审复查与审判监督民事裁定书〔（2016）冀民申 239 号〕”、北京市朝阳区人民法院在“张春梅与崔军辉等房屋买卖合同纠纷一审民事判决〔（2014）朝民初字第 28410 号〕”的判决书。

的信仰主要是将其与家族气运和福祸兴衰相连接，认为好的风水能够保障家族兴旺，否则会导致家族气运衰弱，出现男丁稀少、家族成员意外死亡、英年早逝等现象。人们对风水的追求不仅体现在对吉地的选择上，还体现在对风水宝地的保护上。风水作为联系整个家族气运的重要载体，具有十分重要的意义，一旦某个个体认为风水遭到破坏，往往会引发整个家族的参与，由此引发矛盾纠纷范围的扩大。风水早已根植在社会民众的心目之中，成为社会惯习。

2. 争夺与破坏：风水纠纷产生的原因

风水信仰表现为对风水的追求以及对风水的维护。前者是指人们竞相争夺风水宝地，因为吉地是有限的；后者是指防止他人破坏自己的风水，因为风水会受影响。因此，风水纠纷产生的原因主要有两种。其一，争夺风水宝地引起风水纠纷。在民间习俗中，风水资源具有先占性，即民间所谓的“先到为大”、“先到为君，后到为臣”，先占者对一定范围内的土地具有排他性的控制权。在一片风水宝地的处女地，实行先占先得，根据先后顺序而定。如果有人突破既有规则和秩序^②，则会引起风水纠纷。其二，破坏风水引起风水纠纷。破坏风水主要有两种形态，一种是实质上的破坏，另一种是感官上的破坏。前者是可感知和确定的，比如损坏坟墓；后者难以确定，因为没有固定和统一的标准进行衡量，这种决断权主要掌握在风水先生的手中。后种类型的纠纷相对复杂，因为需要对空间结构进行解读来确定附着物的地理位置，但是风水知识是非逻辑的，无法通过成文和规范的方式进行表达，也缺乏统一和量化的标准，可解释的空间较大，作为风水知识掌握者的风水先生也难以给出唯一确定的说法，不同的风水先生可能出现不同的说辞。这种纠纷主要集中在风水载体的距离和朝向等问题上。在笔者调研的赣南地区，为了防止这种类型的纠纷，民间习俗规定两个单葬坟墓之间的距离至少为四、五十米，建房的位置、方位、朝向也有相关规定。普通村民对风水略知皮毛，在认为自家风水遭到破坏时可请风水先生看风水，如果被风水先生证实，其就有正当理由要求对方停止侵害；如果对方当事人否定自己的侵害行为，并请来风水先生，在两位风水先生的说辞相互矛盾时，便会出现公说公有理，婆说婆有理的情况，风水纠纷因缺乏确定的标准而难以解决。

（二）风水纠纷解决类型及其分析

现实生活中存在两套规则解决风水纠纷，即法律和民间习俗，两套规则在风水纠纷解决过程中扮演什么样的角色，发挥何种作用，面临何种问题，都是构建风水纠纷解决实现路径的前提和基础。下文通过调研中的典型案例呈现风水纠纷解决的现实状况。

类型一：民俗习惯解决

新中国成立以前，村庄的某片山林属于黄某家族，并有一个用石头堆成的简易坟墓，20世纪80年代分田到户后，张某享有这片山林的承包经营权。张某认为自己拥有山林的承包经营权因此具有使用权，在建猪圈的过程中毁坏了黄某家的坟墓，事后黄某找张某理论，张某否定，并表示未看见黄某家的坟墓，黄某找到开铲车的师傅证实了张某破坏坟墓的行为。黄某的爷爷对张某进行语言威胁，并表示“责任山是你的，老骨子是姓黄的，破坏我们家风水就是不行”。张姓找到村主任，村主任让其恢复原貌，张某并不服气。村民评议“林地是你的，归你种，但不能挖风水”。第二年清明节，黄某三代男丁十几人让张某恢复坟墓原状，将坟墓的土推回去做好，张姓族人也认为张某有错，不愿意参与调解。迫于家族力量以及地方风俗的压力，张某将

②本文的经验来源于笔者在赣南村庄的田野调查。赣南村庄属于典型的宗族型地区，虽然宗族作为政治行动单位有所弱化，但是社会文化层面仍然发挥着一定作用，而且他们对祖先的敬仰对风水的信仰程度之深都可以通过风水纠纷体现出来，在当地仍然会现大量的风水纠纷。参见贺雪峰：《论中国农村的区域差异——村庄社会结构的视角》，《开放时代》2012年第10期。

③郭璞在《葬书》中很多都是表达此种意思，例如“势与形顺者，吉。势与形逆者，凶。势凶形吉，百福希一。势吉形凶，祸不旋日。千尺之势，宛委顿息，外无以聚内，气散于地中。经曰：“不蓄之穴，腐骨之藏也”；“故葬者原其所始，乘其所止。审其所废，择其所相，避其所害”等等。

④《辞海》对风水的定义中指出：“风水也即相宅、相墓之法”。

^③①之所以出现风水争夺与双方力量对比有关，势均力敌或者力量悬殊都可能引发争夺风水的现象。

土推回，坟墓由黄某重建，张某给予一定的经济补偿。

类型二：民俗习惯与法律力量共同解决

黄某近两年运气不佳，风水先生告知是因为风水问题，需要将祖坟迁到张某祖坟旁边，张某以风水受影响为由进行制止，但是黄某仍然实施了这一行为。清明扫墓时，张某发现黄某已迁坟至自家祖坟旁，将砖打碎破坏黄某的祖坟，黄某发现后同样打碎张某家的祖坟。张某找村干部、宗族理事会会长理论，商议结果为“按照农村的游戏规则，黄某应该把祖坟迁走”，但黄某拒绝，声称并未影响张某家的风水。村干部与当地派出所沟通情况之后，派出所工作人员到场并以损害财产的名义将两人扣留在警车上，并声称要将两人拘留。双方因害怕被捕，黄某签订了迁走祖坟的协议。

类型三：法律解决

2015 年，黄某在张某的祖坟旁建新坟，张某在清明祭祖时发现，遂私自将黄某的坟破坏，张某以风水受影响为由，认为自己挖坟的行为是正当的，而黄某却认为自己有权建坟且并未影响张某的风水，双方争执不下，遂找村干部、宗族理事会理事长等人调解。在调解的过程中，村干部和理事长认为黄某不应在此建坟，违反了当地的风水规则，有错在先，应该迁坟，但张某未与黄某商量私自挖坟也存在过错，调解意见为，黄某迁坟，张某给予黄某一定的损失赔偿。张某、黄某均认为自己的行为合理不愿让步，但这种调解意见获得大部分村民的认可，在村干部多次做工作后，双方达成合意，同意村干的调解方式。一段时间后，黄某反悔，认为自己行为合法，不愿迁坟，双方矛盾激化，村干部没有有效的约束手段。无奈之下，张某以黄某破坏自家风水为由向法院起诉，法院明示风水纠纷无法作为诉讼理由，被驳回。双方矛盾难以调解不断向法院起诉，最终法院以侵权作为诉讼理由受理该案件。判决结果为张某故意损害他人财产属于侵权行为，应当赔偿对方损失 600 元，黄某有权建坟且建坟行为并未对张某造成实质损害，应支持黄某的建坟行为。

从现实来看，纠纷解决都是“情、理、法”的运用^{[4]387-406}，根据民俗习惯和法律被援引程度的大小，纠纷解决有三种类型：

（1）纠纷主要依靠民俗习惯，很少诉诸法庭；（2）民间权威或者村干部具有一定的调解能力，有些情况下不得不利用法律作为辅助性力量；（3）较为频繁地诉诸法律。

村庄作为一个熟人社会，除特殊情况外一般不会产生不可调和的矛盾，大多数矛盾经过调解能够在村庄内部实现解决。纠纷解决采取何种方式是一个综合因素衡量的结果，纠纷双方都希望以最低的代价来解决。（1）民间的解决办法成本最低，也是纠纷解决的初始阶段，这种方式一般由村庄内部的权威人物担任裁判，依据当地的公共规则和秩序做出调解结果。这主要表现在传统时期^{[5]61-92}。由于此时村庄共同体意识较强，纠纷解决依据习惯效果较好，人们诉诸法律的意愿较弱。（2）在国家力量和法律进入村庄社会的阶段，村民之间的关系和集体共同体意识减弱，民俗的作用弱化，纠纷解决需要借助法律的力量。此阶段村庄规范并未完全解体，法律解决纠纷的时间较长、成本较高，人们诉诸法律的意愿增强但并不强烈，但是民俗又不足以单独依靠自身的力量解决纠纷，法律援引能够作为民俗的强大支持力量，辅助民俗解决纠纷。（3）现阶段，严格依照国家法律或者规范解决纠纷的比例不断上升。当前中国处于转型时期，传统社会秩序和组织都失去了合法性基础，村庄内生规范弱化，村民寻求法律救济的比例上升，援引法律解决矛盾纠纷的成本随之增加。法律虽然能够产生胜败结果，但是却经常出现与当地风俗习惯相背离的判决结果而无法回应纠纷双方的利益诉求，正如纠纷类型三中，根据当地规则张某出于维护风水的目的而破坏黄某的坟墓情有可原，但是法院却判决违背规则有错在先的黄某胜诉，难以获得当地村民的认可，虽然表面上结束了纠纷，却未终止后续矛盾甚至造成矛盾激化。中国农村非均衡性的发展状况以及纠纷解决的成本等问题决定了纠纷解决不可能单纯地诉诸某一种方式。

三、风水纠纷解决的双重困境

上述三种纠纷解决类型反映出现有的方式不论是民间习俗还是法律都难以有效地解决风水纠纷，风水纠纷解决存在困境。

（一）风水利益合法性缺位，法律无法解决实质问题

第一，法律不承认风水利益。法治要求人们的各项活动严格依照法律的规定进行，法律活动本身同样如此，在法律有规定的前提下要严格依据法律，法律未作出规定的，法院不能在没有法律依据的情况下作出裁决。法律未作规定的利益诉求同样被排斥在法院受案范围之外，风水在法律规定上呈现空白状态，并不构成法律保护的利益，由风水引起的纠纷也难以通过法律的路径寻求救济。即使由风水引起的矛盾纠纷产生了较为严重的影响和后果，单纯主张风水利益诉求并不能获得法院的受理。在上述个案中，张某以黄某破坏其风水为由向法院起诉，法院明示风水纠纷无法作为诉讼理由。风水因为不构成法律保护的利益，在出现纠纷时，难以构成诉讼理由而被排斥在司法之外。

第二，法律无法解决风水纠纷真实的利益诉求，容易造成矛盾升级。法院拒绝风水纠纷，但是却不能因为法律没有关于风水的规定就对纠纷置之不理，为了实现纠纷解决，在司法实践中，一般会采取变相的做法，即将风水纠纷转化成法律保护的利益纠纷。在个案三中，风水纠纷不被法院受理，转化成侵权问题进入司法，即法院以当事人因打架、挖坟等相关行为造成人身和财产损失为由，受理该案件。进入司法只是纠纷可能解决的第一步，法律却难以回应他们真实的利益诉求，他们争夺的利益仍然是有关风水，比如在个案三中，张某想通过法律来证明黄某破坏了其风水，法律应该支持黄某迁坟，而黄某的利益诉求就是其建坟行为合法。双方当事人的实际诉求仍然紧扣风水问题，围绕着黄某是否能够在该处建坟，黄某是否应当迁坟的问题，当事人双方都期望通过法律对双方的行为有一个是非曲直的判断。但是在实际裁判中，法院对风水纠纷问题予以回避或者置之不理，针对侵权问题即人身财产损失进行判断，并以赔偿损失、赔礼道歉等作为解决方式。判决结果并没有解决风水纠纷问题本身，对于风水纠纷中孰是孰非，是否能够建坟、是否应该迁坟等关键问题并没有作出裁决。所以，法律解决方式与纠纷当事人期待利益出现偏差，出现“秋菊的困惑”，并且容易导致纠纷双方当事人的矛盾激化。

（二）民俗习惯权威性式微，纠纷解决缺乏强制执行力

第一，人们对民俗习惯的认可度下降。在传统时期，地方规范和民俗习惯发挥着比国家法律更为重要的作用，人们长期生活在同一个地方，习得当地的习俗和规范，对一直存在的、习以为常的习俗具有极强的认同感和内心确信，并遵守之。作为这些规范和习俗代言人的宗族族长、宗族理事会会长等人具有绝对的权威，在发生纠纷时，这些权威人物依据当地规范提出相应的解决方案，能够得到认可并获得遵从。但是现在，这些民俗习惯或者地方性的规范并不能发挥有效作用，关键在于人们对习俗天然的认同感下降，并不认为习俗就该如此或者就应该遵守，很多人甚至质疑有些习俗存在的意义。村庄精英权威下降，他们只能通过劝说说服的方式影响纠纷当事人，而当事人是否采用其调解意见则根据个人偏好决定。人们对习俗的认可度下降决定了习俗发挥作用的能力下降。

第二，民俗习惯难以通过强制方式发挥作用。民俗习惯权威性式微表明人们不再像传统时期那样对民间习俗深信不疑且绝对服从，而民俗习惯发挥作用的能力和方式也发生了巨大转变。在传统时期，人们因为触犯了当地习俗会受到相应的惩罚，甚至可以采取强制措施或者责罚过度，而执行主体一般由代表习俗和地方规范的权威人物担任，被惩罚的村民也不能反抗或者不敢公开有异议。但是现阶段，民间强制执行越来越少，鲜有为了执行民间习俗或者地方性规范而对个人采取强制措施的主体。

从法律社会学出发，民俗习惯作为一种规则具有执行力，但是严格按照制定法传统，民俗习惯一直都没有形式上的执行力，只是作为一种软约束发挥着社会控制的作用。在熟人社会日益解体的现阶段，民间习俗很难发挥传统时期的主导作用，法律是现代社会的产物，面对越来越陌生的社会应该发挥其在社会调解中的主导作用。

四、习俗与法律的偏离——风水纠纷解决困境的理论反思

（一）法律的现代性凸显

法治是国家治理的基本方式，是实现国家治理现代化的必由之路，现代法治的核心要义是良法善治，即首先要有良好的、现代性的法律。良法贯穿着公正、人权、效率、秩序、和谐等基本价值^[6]，具有现代性、理性、普遍性和科学性等特征。封建习俗被认为与法律这些基本特征相矛盾，难以被纳入法律体系之中，法治论排斥习俗的作用。

第一，法律的现代性否定习俗的传统性。“文化大革命”时期，风水等一些民间习俗被定性为封建迷信，致使其存在的空间与正当性大为减弱。改革开放以来，我国大力推进依法治国，社会学的主流观点一直秉持着法律秩序说，认为社会秩序来源于国家，尤其是国家立法，只有通过国家立法并予以制度化、规范化，并依靠国家的强力作为支撑，才能实现有序的社会控制；只有通过现代性法律建构设计的一套普世规则才能够在维持社会秩序中发挥积极的作用；因此国家治理拒绝非现代的、非理性的因素。习俗被认为是消极的、落后的、破坏性的因素，这种传统的力量被认为是现代化法治的障碍，法律拒绝习俗纳入自身体系之中，习俗不具备控制和调整社会秩序的合法性基础。

第二，法律的普遍性抑制习俗的特殊性。法律作为调整整个社会秩序的主要手段必须具有普遍性、规范性、统一性等特点，法律制度设计要从全局出发，具有整体性意识，因此很难顾及特殊的、具体的因素和情景。法律需要受到普遍性的服从和遵守，而习俗是一种地方性的服从和遵守，如果将所有地方性的、特殊的习俗都上升为法律，将会导致法律体系过于庞大。同时，习俗只对地区性的公民有效，如果上升为法律并不能够得到普遍性的遵守，难以服务于整个社会，将造成资源的极大浪费。因此，法律拒绝将民俗上升为法律。

第三，法律的理性排斥习俗的非科学性。理性是人用智识理解和应用现实的能力，有理性的人对事实、人和事所作的评价，并不是基于他本人的那些未经分析的冲动、前见和成见，而是基于他对所有有助于形成深思熟虑之判决的证据所作的开放性的和审慎明断的评断^{[7][473]}。法律作为社会秩序维护的主要方式具有正当性和必然性，因为法律的制定是一个理性的、有意识评判的结果，经过了严密的和科学的利益衡量，使之最大程度地符合普遍的社会价值观，并通过法律适用不断地调整社会中的不公平和不合理之处。人们对法律的认可和遵从能够清晰个人的权利边界，明晰个人义务，对罪责相当具有确定性，法律是推动社会不断走向现代和文明的重要手段，现代性和理性是法律秉持的重要理念。习俗是人们在长期的生活中自发形成的社会规范，虽然受到当地的认可，但作为一种软约束具有不确定性，有些地方还存在被当地人广泛遵守但对人身和财产会造成损害的恶习。习惯的沿袭具有长期性，却并不一定符合现代社会的需求和发展，可能违背公平理念或者与现代社会的需求不相适应，罪责不相当在很多习俗中十分普遍。因此，民俗习惯不能作为主导的调整手段，不能完全只依靠民间方式来调整社会秩序并解决社会纠纷。

（二）习俗的合法性弱化

习俗本是社会生活的重要组成部分，也是调整社会秩序的重要手段，但是因为习俗权威下降，导致执行力不足。

第一，习俗发挥作用的熟人社会解体。人们因长期共同生活在相对封闭和紧密的熟人社会之中，习得当地的习俗和规范，形成了高度一致的价值观和认同感，具有较强的集体意识，习俗能够得到很好的遵守。同时，集体行动为习俗的效力提供支撑。在村庄社会内部，越轨者被视为与整个村庄社会相对立，经常被边缘、排斥甚至被暴力以作为惩罚，而实施惩罚的主体是整个村庄社会共同体，以权威人物作为代表，集体力量具有使习俗发挥作用的强大力量并具有较强的执行性。但是，现阶段，市场经济高度发展带来的人口流动以及外来文化渲染使得村庄社会加速变迁，高度关联的村庄社会正在不断解体^{[8]6-27}，人们之间的交往趋向个体化和陌生化，村庄社会集体认同感降低，作为传统秩序代言人的村庄精英权威解体，村庄内部只能够通过微弱的舆论、面子、私人关系等手段对人们的行为进行软约束。习俗发挥作用的社会基础——熟人社会以及保障力量——集体认知和集体行动解体，丧失了其在村庄社会中的强制执行力，难以对人们的行为产生实质性的约束，村庄内生权威式微。

第二，法律渗入村庄社会削弱了习俗的合法性。法律是国家治理最主要的方式和手段，习俗虽然对社会秩序的调整发挥一定的作用但并不具有现代意义上的合法性基础。一方面，村民在接触了现代性的法律之后与习俗渐行渐远，村民步入市场经济、

法律进入村庄社会等方式都是他们接触到了越来越多的法律，法律知识和意识有了很大程度的提高，他们对法律的认可慢慢高于对习俗的认可，习俗的合法性在村庄社会下降，人们更多的考量习俗是否符合法律的相关规定。另一方面，习俗的强制执行不再合法。传统时期，习俗作为调整社会秩序的主要方式具有合法性，习俗通过强制力发挥作用的方式在当地也具有正当性，但是如今，法律是唯一合法的、可以实行强制的力量。习俗的强制性即使符合地方性的规范，却不符合法律的规定。传统民间规范的执行需要依赖特定的主体，这些人的权威来自于村庄社会对其身份的赋予，其关键源于村庄集体行动的强力支撑，当今的村庄社会难以形成对抗越轨者的合力，个人权威又不足以对越轨者产生制约作用。村庄精英根据地方规范作出的调解意见经常被双方当事人无视，这些精英不再愿意担任传统权威的代表者而对越轨者采取强制手段，因为他们清楚强制行为的违法性，习俗演变成一种软约束力量。

五、习俗与法律的耦合——关系重构的理论基础

（一）法律的实质及其实效性

法律若要恰当地完成其职能，不仅要力求实现正义，还必须致力于创造秩序，即法律旨在创设一种正义的社会秩序^{[7]330}。一个国家的司法中连最低限度的有序常规性都没有，那么人们可以认为这个国家没有“法律”^{[7]331}。而一项法律如果充满了严重不公正规定，则难以获得人们的容忍和认可。正如约翰·迪金森所说“我们所需要的不仅是一个具有确定的一般性的规则制度，我们还需要该制度中的规则是以正义为基础的”，而阿奎那表示“法律是否有效，取决于它的正义性”^{[9]116}。

法律要实现社会的正义的秩序，必须具备理性，“法是人们赖以导致某些行动和不做其他一些行动的行动准则或尺度”，而“人类行动的准则和尺度是理性，因为人类是理性行动的第一原理”^{[9]104}，故法是借以调节人类行动的理性的某种命令”^{[9]124}，只有当一件事情能够正确地附和理性的法则时，它才可以说是合乎正义的^{[9]116}。一个理性的法律就其本性而言，必然是普遍的。理性的人能够理解的法律和规则才能够为人们所拥戴，这种可以通过理性推导的规则才能够变成人们普遍认可的准则，任何一个专断的或任性的意志不具有法的权能。同时，一项理性的法律必然是合理稳定的，即人们具有稳定的预期，如此必须与人类的某些基本价值联系起来，只有合乎人们价值观念的规范才能获得认可，才具有连续一致性。理性实质上具有双重含义，一是形式上的，表现为法律明确的规定；二是内容上的，也就是某个时代的正义观念，是变化的。

法律作为一项社会工程或者社会控制手段^{[10]1-20}要实现社会秩序及增进正义的目的，必须具备命令性和制裁性。某一法律规则在社会秩序中是否得到实施或者是否被破坏决定了法律的实效性，而制裁的目的就在于保证法律命令得到遵守与执行，在于强迫“行为符合业已确立的秩序”^{[7]361}。在现实生活中总价值观念与法律之间或者社会大众所普遍遵守的准则之间出现分歧，而作出对社会大众的自由和权利有所损害的行为，法律通过允许执行一些剥夺权利的强制性法令来约束那些越轨行为，引导人们在合理边界范围内行动。

法律的有效性和实效性相结合才能够实现其应有的功能和作用，而法律的实效性建立在有效性的基础之上，而有效性取决于理性。对立法规范和程序的遵守，对社会秩序中基本正义原则的遵守才能达到对社会正义的秩序的维护。但是，法律在规范和实施的过程中，具有一定的局限性，直接影响了法律的实效性。一方面，法律想要使得其本身被很好地遵守和执行，就必须使其所代表的价值目标符合合理性与经验。庞德等法律社会学家更加注重法律实际的社会效果。而法律的有效性对法律的实效性提出了棘手的难题^④。法律不可能涉及社会生活的方方面面，既有的法律在有些领域仍然处于空白状态；现实中的法律也并非完全理性的，可能会出现一些无法调适或者与人们普遍的价值观所悖的情形，这些都会影响法律实施的效果。另一方面，法律制裁也具有一定的局限性。法律的主要作用不是强制或者惩罚压制，而是为社会正义和秩序提供规范性安排，而制裁并不能够完全解决法律效果问题。一项法律制度和规范因为强力可能使人们具有一定的容忍，但是法律与普遍正义价值相违背的强制性最终也会遭到反抗抑或难以获得普遍的服从，人们在日后的行为中仍然可能出现同样的情形。所以，法律需要吸纳能够体现

^④①法律的有效性应该区别于实效性，根据哈里·琼斯的观点，有效性是指一项法律是否应当被遵守，是否能够获得普遍的认可；而实效性所涉及的是法律规范是否真正得到了遵守。前者是应然层面的价值认可问题，后者是实然层面的法律效果问题。

社会正义的规范、习俗等非正式规则的有利因素以促进其有效性。

（二）习俗的特征及其有效性

习俗根植于社会且获得人们内在的遵守，具有有效性。习俗作为一种地方性的、特殊的、具体的规范，经过人们长期的遵守而延续。大多数习俗都是人们长期生活在特定的场域之后潜移默化地或者有意习得地，并转化成自己的内心确定。这些习俗的延续和传承并没有像法律一样经过科学的论证，但并不意味着所有的习俗就是消极的、落后的，习俗也不等同于封建迷信，很多习俗符合普遍的社会价值观和社会公共利益，能够经得起现代性地、科学地价值评判。有些稳定的、为人们共同遵守的民间规范，具有调整社会秩序的作用，为乡村治理所接受，具有正当性基础。将习俗等同于非理性和消极因素的片面看法完全否定了习俗存在的意义和作用，虽然有些习俗的确具有某种迷信的或者非理性的特征，但是并不能将所有的习俗标签化。同时，习俗在纠纷解决中的作用虽然减弱，但并未完全失效，很多法律无法顾及的地方仍然需要习俗发挥维持社会秩序和实现纠纷解决的作用，法律的有效性要求应该给予习俗应有的尊重。

作为调整社会秩序的方式之一，习俗是法律重要的弥合力量。虽然习俗具有特殊性和地方性，呈现出差异性，不可能将每个地区的习俗通过立法的方式上升为具体的法律规定，但这并不影响习俗纳入法律体系之中发挥应有的作用。习俗纳入法律体系并不一定要作出具体的、细致的、明确的法律条款相关规定，立法上可以通过原则性的、概括性的规定赋予习俗在社会调整中的合法性地位，在此基础上，具体的司法实践则可根据地方具体的民俗习惯进行。习俗有助于实现对社会问题和纠纷的及时解决，现代法治应当容许社会规范在合理范围内的秩序构造^{[11]308}，法律不应该武断地拒绝习俗在社会调整中的作用。

法律作为现代意义上的合法的调整社会秩序的手段，依靠国家强制力量作后盾，保证判决结果依法执行。在现代法律行为中，法律有明确规定的，矛盾纠纷调解严格按照既有的法律进行，但在涉及习俗这类法律缺位的矛盾纠纷中，习俗与现代法律存在着偏差，很难形成合理有效的判决结果。习俗能够以习惯中的公平正义观、价值观对纠纷事实进行辨识，根据纠纷指向的实质利益进行调整，能够为纠纷解决提供相对合理、有效的方案和建议，但是习俗有其自身的缺陷和不足，需要对其加以引导和合理利用。法律的有效性和实效性共同服务于社会正义的秩序，但是必须以有效性为前提，习俗的有效性能够弥合法律的这种不足，因此，法律在作为调整社会秩序的主要手段的前提下可以发挥习俗的优势。

六、风水纠纷解决的路径重构——肯定风水习俗的法源地位并纳入善良风俗

法律或者民间习俗都在社会调整中发挥着相应的作用。国家秩序观难以完全适应社会中特殊的、具体的需求，如果追求成文法的严格适用，则社会效果欠佳。中国在大力推进法治化的进程中，要重视法律或者正式的社会规范的作用，同时也不能忽视民间习俗等非正式规范的重要意义，习俗与法律具有耦合性，习俗的有效性有助于法律的实效性。对民间习俗给予应有的尊重能够实现法律对社会调整的正当性与妥当性的双重效果，将习俗纳入法律能够较好地弥合两者的作用，但是习俗作为法源具有一定地限制条件，需要对其进行甄别，将其纳入善良风俗之中。

（一）习俗的法源地位

习俗在社会生活中普遍存在，一直遭到法学界的忽视和误解，并受到制定法的轻视。但是，习俗与社会进程息息相关，许多法律规则都根植于习俗，并从中汲取营养，习俗作为重要的法律渊源具备基础条件。

第一，习俗作为法源具有理论基础。首先，法律根植于社会，与民俗习惯相适应。法律不是由立法者以专断刻意的方式制定的东西，它深深地根植于一个民族的历史之中，而且其源泉乃是普遍的信念、习惯和“民族的共同意识”^[12]，与一个民族的特性、信念和精神息息相关。孟德斯鸠认为“法律应与国家的自然状态有关……与风俗、习惯相适应……”^{[13]303-309}；萨维尼也持相同的态度，认为每个民族都形成了自己的一些传统和习惯，而通过传统和习惯的不断运用，逐渐形成了法律规则^{[7]92}。社会生

活本身就是社会规则的源头，由习俗长期形成的社会规则就是法律规则的母本，法律来源于社会本身。在早期社会，法律与习惯是无差别的，原始法律在很大程度上以习惯、规则为基础。早在罗马时期，习惯法就是罗马法的重要组成部分，习惯经人们加以沿用的同意而获得效力，就等于法律^{[14]11}。这一论断得到了学者的认同，梅因表示“罗马法典是罗马人的现存习惯表示于文字^{[15]11}”。在罗马帝政以前，习惯法为罗马法的基本渊源，习惯的效力优于成文法。有些学者甚至直接论述习惯的法律地位，卢梭将法律分为政、治法、民法、刑法、风俗习惯四种，“这种法律不是铭刻在大理石上的法，而是铭刻在公民的心里……而且可以不知不觉地以习惯的力量代替权威的力量”^{[16]7}。虽然各地区的习俗不尽相同，在此基础上形成的法律可能会有差异，但是从法律的产生以及发展过程来看，一个社会的习惯是法律重要的来源。其次，习俗具有较强的适应能力。社会处于转型时期，制定法具有滞后性而难以适应司法实践，习惯作为一种活法具有存在的意义。我国社会正处在大变革的转型时期，社会结构、社会关系都发生了重大变化，很多领域出现了新问题，法律相对于社会发展具有滞后性，难以解决现实生活中的诸多问题。我国之前一直未肯定习惯的法源地位，司法实践中法官并不敢援引习惯作为裁判依据，而是直接援引法律原则，这种“依法裁判”在很多问题中难以解决实质问题。民俗习惯是内生于真实生活，随着社会的变化，民俗习惯也在发生变化，具有适应社会的能力。法律不可能解决社会的全部问题，也不可能完全预料未来社会会出现的问题，习惯作为重要的法律渊源使得法律规则既能够根植于社会生活又能够适应社会发展的需要。

第二，民俗习惯作为法源具有实践基础。在我国，法律渊源主要指制定法所确认的那些法律形式，《民法总则》出台之前，我国并未在法律上明确习俗作为法律渊源的合法性地位，但是我国的多部民事立法考虑了对习惯的尊重，例如，《物权法》第85条、第116条规定了法律没有规定的可以按照当地习惯，《合同法》的许多规则也强调了当事人的约定和交易习惯可以优先合同法的规定而优先适用等。国外也有将民俗习惯作为法源的实践。在早期社会，法律与习惯是无差别的，原始法律在很大程度上以习惯规则为基础。一些大陆法系国家的法律虽然过分关注制定法的适用，但是也没有完全忽略习惯。1907年《瑞士民法典》第1条第2款规定：“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“习惯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，得认当事人有依习惯者，从其习惯”。于英美法系来说，习惯是法官裁判的重要依据之一，遵从习惯一直被认为是判例制度的法社会学基础，虽然随着社会的发展，习惯的地位大大降低，但是其仍然作为一种重要的法源存在，习惯通过法院或者类似机构以可操作的方式进行陈述，转化成法律渊源，成为法律的表现方式。所以，在现今各国法律制度中，在民事法律方面无论法典有无明文规定，习惯都被承认为法源之一。

（二）习俗成为法源的条件一将习俗纳入善良风俗

习俗作为法源成为法院裁决的依据只是一种应然，并不必然导致法院在判决中引入民俗习惯，因为习俗有优劣之分，需要进行甄别，法院不能以一种不合理的或荒谬的习惯去影响当事人的法律权利^{[17]495}，因此，需要对习俗作为法源进行一定的限制，那些被认为是善良风俗的习俗才能够作为法源而成为法院判决援引的依据。

善良风俗在学界一般被认为是社会、国家存在和发展所必需的一般道德，是特定社会所尊重的基本的伦理要求。迪特尔·施瓦布认为善良风俗包括“风俗”和“善良”两个要素，风俗是一种事实上的状态，善良是一种价值评判。对于善良风俗的评判不应该极端地要求道德，而应该接近中等的道德标准，即被大众普遍接受的标准^{[17]474-476}。对于善良风俗的认识可以根据迪特尔·施瓦布的方法进行拆分，风俗是指某一区域社会文化经过长期演变形成的习惯、习俗、礼节及禁忌等的总称^{[18]420}，是长期以来在社会中通过经济文化活动所形成并流传下来为人们所普遍认可并遵循的不成文的的行为规则。但是风俗习惯因地区不同而产生差异，对其认可的是某一区域范围内大多数人，所以考察某一行为或者现象是否属于风俗就是要确定其是否获得当地民众普遍的服从和遵守，这样才能形成一套规范秩序并长期流传。善良风俗中风俗作为一种事实状态，需要对其进行价值评判即是否“善良”。在对习俗进行价值评判时，不是追求理想状态中的社会道德，而是趋近基本的、社会存在发展的一般伦理，判断某一风俗是否具有社会危害性。有些习俗虽然获得了当地人的认可并被遵守，但是具有社会危害性，比如男女通奸被烧身的恶习。从法律价值来考量，那些无害的，不侵犯他人人身、财产的，不违背社会公共利益的，符合法律价值和预期的习俗才可被纳入善良风俗。

风水被现代观念定性为封建迷信，但是从其本质上进行分析，风水可被认定为善良风俗。首先，风水是一种被普遍认可的习俗。中国自古以来就相信风水一说，并在长期的生活中形成了与此相关的规则，人们对于这套规范的内容和行为边界是清晰的，对于破坏规范的后果具有某种内心确信，已经形成了当地社会成员的共同信念，当地成员自觉或不自觉地受其约束。其次，不具有社会危害性。信仰风水，的行为本身并没有对他人的生活产生负面影响，没有侵犯他人权利，也没有破坏社会公共秩序。虽然风水纠纷可能损害他人利益，甚至破坏社会秩序，具有一定的社会危害性，但是并不能根据风水纠纷引起的后果来判断风水习俗本身的性质，任何纠纷而产生的冲突都可能造成一定的损害后果，但并不能因此将所有产生纠纷的缘由都定性为非善良的或者有害的。如果人们在既有的风水规则内行为而不越轨，风水信仰行为并不会产生消极影响，也不会发生侵权，因此，风水习俗本身是无害的、不具社会危害性，应该是“善良”的。所以，风水作为一种被普遍认可的不具社会危害性的习俗，应该属于善良风俗。

（三）民间习俗纳入善良风俗的具体认定方式

中国采用制定法的传统，因此法律渊源主要是指制定法所确认的那些法律形式。可以作为司法裁决依据的并不一定是法律渊源，只有法律明确规定可以进行直接援引和遵守、可以直接作为行为规范的才是法律渊源的一种形式。在民法领域，习俗作为法律渊源需要将习惯通过制定法进行一般性的确认。我国《民法总则》第十条规定在没有法律依据的情况下可参照习俗，但是习俗作为法律渊源还需要用善良风俗进行限定。习俗纳入善良风俗在法律上只能作为抽象的、概括性的原则，对于具体习俗的认定还需要进行思考，一个是习俗可纳入善良风俗的标准问题，前面已经论述，但由谁来断定习俗是否属于善良风俗，即认定主体问题具有重要意义。笔者认为建立人民陪审员制度有助于对习俗进行价值认定。

对习俗的价值认定即要证明习俗是否善良，需要经过认可程序。对于习俗的证明可以由主张习俗的一方当事人承担，对习俗的识别和认定则由法官承担。程序上的问题较好解决，真正的难题在于对习俗的认定。习俗是地区性的知识，是地方主体性、地方文化性的表达^[19]，法官对其并不一定有深刻准确的认识，因此，可以借助人民陪审员制度，通过陪审员的适度参与，平衡法官的知识结构。

某一区域的政治、经济、文化等因素经过长期互动而形成当地的习俗并获得人们的普遍认可，习俗的差异性决定了对习俗的认知和认定需要熟悉习俗的人，只有本区域的人对习俗相对熟知和了解。陪审员可以从当地选出有能力的人担任认定主体，村干部、宗族理事长等一般可作为被选择的对象，这些人都是来自于当地的普通群众，对民俗习惯有清晰的认识，他们同时又是当地的精英，比一般普通群众有更强的判断力。在村庄治理的过程中，他们接触过形形色色的习俗以及由此产生的纠纷，对这些习俗的性质、作用、纠纷后果有深刻的认识和体会，对习俗的判断更加准确，所以法官可以在人民陪审员的参与下认定具体习俗能否作为善良风俗。同时，陪审员能够根据习俗提出使双方达成合意的解决方案。由风水引起的纠纷之所以容易造成矛盾升级，是因为法律没有触及风水纠纷的本质，判决结果难以令双方满意。这些在当地有能力人担任陪审员、能够比较准确地拿捏纠纷双方的心理及利益诉求，对纠纷双方的行为相对了解，能够进行更为准确地非曲直的判断，因此提出的解决方案更能够照顾当事人的心理，找到问题的本质，得到纠纷双方的认同，也更符合当地人的预期，纠纷解决更佳合理有效。立法只能够解决习俗作为法源的合法性问题，却难以辨别习俗的性质及提出合理有效的解决方案的难题，陪审员制度恰好能够弥补这两点缺陷，提出更加合理的裁判方案，实现法院判决产生良好的社会效果。

七、结论与反思

现阶段我国司法实践严格遵循成文法的相关规定依法裁判，很多法律拒绝受理的问题只能变相地转化成其他问题来寻求法律救济，诸如将风水纠纷转化成侵权问题，如此严格执行制定法，却难以回应当事人的利益诉求，未能从本质上解决纠纷。但是，按照民间习俗判案，又难以获得合法性，这就使得司法实践陷入两难的处境。社会秩序的维护难以单方面依靠法律等正式制度，民事习惯等非正式规则也发挥了重要作用，在构建法治秩序的过程中，需要给民间习俗等非正式制度一定的空间。法治秩序的构建并不排斥被社会大众普遍认可的习惯法，法律对现实问题、对生活中的问题、对人们的价值规范的认可和尊重，

不能脱离社会造法，法律制度构建及其司法实践应该真切地照顾社会公众中存在的习惯规则。但是，现代社会要强调法律规范的合法性，因此将民俗习惯纳入扩大的善良风俗，成为法律体系，的一部分能够有效弥合成文法规定之不足以及习惯之非法的缺陷。

[参考文献]:

- [1]董磊明、陈柏峰、聂良波：《结构混乱与迎法下乡——河南宋村法律实践的解读》，载《中国社会科学》2008年第5期。
- [2]印子：《乡土纠纷的解决与正义供给——来自赣南宋村的田野经验》，载《环球法律评论》2014年第2期。
- [3]《辞海》，上海：上海辞书出版社1999年版。
- [4]林端：《儒家伦理与法律文化：社会学观点的探索》，北京：中国政法大学出版社2002年版。
- [5]陈柏峰：《乡村司法》，西安：陕西人民出版社2012年版。
- [6]张文显：《法治与国家治理现代化》，载《中国法学》2014年第4期。
- [7]（美）博登海默：《法理学-法律哲学与法律方法》，邓正来译，北京：中国政法大学出版社2004年版。
- [8]贺雪峰：《乡村治理的社会基础——转型期乡村社会性质研究》，北京：中国社会科学出版社2003年版。
- [9]唐特雷佛：《阿奎那政治著作选》，马清槐译，北京：商务印书馆1982年版。
- [10]（美）罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，北京：商务印书馆2010年版。
- [11]魏治勋：《民间法思维》，北京：中国政法大学出版社2010年版。
- [12]Savigny .Of the Our Age for legislation and Jurisprudence , transl. A. Hayward (London, 1831) , P.30.
- [13]（法）孟德斯鸠：《论法的精神》（上），北京：商务印书馆1982年版。
- [14]查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，张企泰译，北京：商务印书馆1989年版。
- [15]（英）梅因：《古代法》，沈景一译，北京：商务印书馆1959年版。
- [16]（法）卢梭：《社会契约论》，何兆武译，北京：商务印书馆1998年版。
- [17]（德）迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，北京：法律出版社2006年版。
- [18]钟宗宪：《先秦两汉文化侧面研究》，北京：知书房出版社2005年版。
- [19]谢晖：《民间法、民族习惯法专栏主持人手记（五十五）：经由民间规则的公共重建》，载《甘肃政法学院学报》2015

年第 1 期。