

民俗习惯的司法适用:路径及其走向

张殿军¹,于语和²

(1.大连民族学院 文法学院,辽宁 大连 116605;2.南开大学 法学院,天津 300071)

摘要:民俗习惯作为人们长期以来约定俗成的民间规则,具有其深厚的生存土壤。民俗习惯的司法适用有利于实现定分止争,促进社会和谐。司法适用的民俗习惯必须是善良风俗,其有效运作的范围主要是诉讼调解过程。应发挥司法能动性,充分运用法律方法,从制定法中为其寻找可能的空间,重视案例指导制度对民俗习惯司法适用的参考作用。在现行法律框架内,民俗习惯的司法适用存在着无法逾越的制度瓶颈,要真正发挥民俗习惯在司法中的价值,需要理论上的突破和制度上的创新。

关键词:民俗习惯;国家法;司法适用;路径

中图分类号:DF523.9

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2012)02-0122-07

一、引发讨论的案例

甲、乙为某农村宅基地相邻的两户人家,甲、乙的住房并排、同高,两家多年关系融洽。甲房屋年久失修,欲在原址上翻盖新房,拟盖房屋地基、屋脊、房檐都比原来的高。乙知悉情况后强烈反对,要求甲新盖的房子不能比他家的高,甲、乙协商未果。在施工过程中,乙数次阻挠甲家施工,后诉至法院,要求甲停止施工,消除危险^①。其实,案件真正原因源于中国大部分农村习俗,接山邻居房屋的地基、屋脊、屋檐比自家的高,就会被永远“压”着,从而影响自家的风水、运气和财气,甚至在当地的社会评价也可能会降低。对不熟悉农村习俗的人看来这似乎是鸡毛蒜皮、无足轻重的小事,是封建迷信,而在当事人眼里,这确是关乎自己生存命运的大事,关乎自己荣誉和未来的大事,很多农村基层的纠纷都由此而引起。如处理不当,甚至会引发恶性事件。

本案据以引发诉讼的潜在原因和规则,远非看起来那么简单。纠纷的背后,实际上潜伏着传统文化与现代文明的冲突,民俗习惯与国家法的冲突,国家法与社会的冲突,立法与司法的冲突,严格适法与自由裁量间的冲突。案件本身并不复杂,而如何适用法律,如何处理民俗习惯与国家法的关系,的确是一个难题。

二、民俗习惯存在的基础及司法适用价值

(一)国家法与民俗习惯的疏离

美国法学家伯尔曼曾雄辩地指出:“在一定意义上,所有的法律最终都依赖

收稿日期:2011-01-06

基金项目:国家社会科学基金项目“民俗习惯的司法适用研究”(11BFX021);教育部人文社会科学研究规划基金项目“民族自治地方法律变通研究”(11YJA850029);中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“‘后体系时代’民族法制的完善与创新研究”(DC110211)

作者简介:张殿军(1968-),辽宁锦州人,大连民族学院文法学院副教授,南开大学周恩来政府管理学院博士研究生,主要从事民族法学及民族政治学研究;于语和(1962-),天津人,南开大学法学院教授,博士研究生导师,法学博士后,主要从事中国传统法律文化及民间法研究。

^①黄宗智先生在发表的文章中列举了一个与此相似的真实案例,详见黄宗智《中西法律如何融合?道德、权利与实用》(《中外法学》2010年第5期)。

于习俗和惯例。”^[1]习惯是法律赖以存在的社会基础。然而,中国近现代法制建设的进路一直是靠植人、引进并承继欧洲大陆法系的传统尤其是德、法等成文法国家的法律精神和司法制度,普遍施行和适用的法律是立法者、法学家和政府的权力机构以及个人的理性刻意设计和建构出来的,缺乏对传统习俗、惯例以及相应制度的重新肯定与确立,不是从民众真实具体的生活中寻找规则、提炼规则,而是试图以建构的制定法来规范和调控生活,因而存在着很多“规则与事实不符,法意与人心脱节”^[2]的情形,中国本土中自然生存的“习惯法权”没有得到应有的重视。而如果法律与民俗习惯相背离,则难以得到社会大多数成员的普遍认同和发自内心的服从,致使被遗忘的法律和被法律所遗忘的社会同时并存。法律本身供给的不足以及法律必然存在的漏洞使人们在解决纠纷时不得不常常借助于民俗习惯。在司法实践中,往往由于不能举一反三地从容应对纷繁复杂的案件和层出不穷的新问题而导致法律适用时流于机械僵化,造成国家法与民俗习惯进一步的隔阂与疏离。国家法并不总是最佳和最有效的解决方案。“国法具有垄断性,并不意味着它同时具有正当性与有效性,相反,它随时面临民间活生生法律对其正当性的挑战与冲突,其有效性也有赖于后者的配合与合作”^[3]。有些情况下,依靠民间的、大众的渠道,而不是依靠国家的法律,可能会是约束各方或解决纠纷的更有效的方法。与此同时,法律只有与传统文化、民俗习惯、非正式制度以及社会经济文化发展的水平相适应,才能发挥其应有的效用和价值。法律之所以能够被信仰,不在于它具有法律的形式,而在于其内涵能够深入人心和满足需要,在于它具有生存的基础和空间,从而获得法律自身的合法性与合理性,使民众能够以内心的原动力撑起法律信仰的大厦。

(二)民俗习惯的生机与活力

费孝通先生曾将中国概括为“乡土中国”。乡土中国并非仅仅指依托自然经济的生产方式和生活方式,更是一个时刻影响中国人心理和行为的文化范畴,是一种深厚的文化积淀。现代中国人依然生活在一个无法摆脱乡土中国特征的社会,民俗习惯还占有相当的活动空间,它们蕴含着人们的生活方式、心理结构、伦理认知和道德评价,从某种意义上说,习惯就是社会生活事实。这种产生于生活、经过人们自愿选择的民俗习惯是情、理、法的载体,是人们真实生活的写照与反映,民俗习惯凝结着社会大众普遍性的价值准则和道德评价。在广袤的乡村社会,基于传统的惯性与张力,乡民之间的交往方式和

互动规则,乡土社会的纠纷解决机制和日常社会秩序的维持,无不凸显出鲜明的中国语境和乡土本色。民俗习惯是社会变迁和传统形成的轨迹,它体现了人们日常生活的经验、知识和逻辑,它具有高度稳定性、历史绵延性、群体认同性、较高的权威性,是一定范围的人们在生产生活中所共同遵从和认可的非正式约束。

民俗习惯作为自生自发的社会秩序,在一定范围和限度内有效地应付和规范着社会生活,对社会成员的行为有一种自我强制性的规约。作为社会生活的基本规范,它代表了特定地域的特定主体在特定情境下的普遍反应与预期,是一种不完全依靠理性计算的行为模式。它是日渐内化于心的“法律”,是一种“内在地、默默地起作用的力量”^[4]。人们之所以尊奉这些长期存在的民俗习惯,是因为它们具有根植于当地生活的合理性,能够“令人知事”、“定分止争”,妥帖地安排人们的日常社会生活,满足了人们对生活秩序和交往规则的理解以及对生活的期待。如果有人偏离或违反了这些民俗习惯所据以生成的秩序,往往会受到一定形式的谴责、制裁甚至报复。显然,民俗习惯形成的这种简单而又有效的规范秩序实际上已经构成了乡土社会的基础。在广袤的农村大地,我们不能忽视民俗习惯的生存土壤与社会功能,不能忽视民俗习惯仍然在规范和调整着社会关系的事实。正如苏力强调的那样:“中国的法治追求应当重视中国社会中那些起作用的也许并不起眼的习惯、惯例,注重人们经过反复博弈而证明有效有用的法律制度,否则的话,正式的法律就会被规避、无效,而且可能会给社会秩序和文化带来灾难性的破坏。”^[5]

(三)民俗习惯司法适用的价值

人民法院作为定分止争、解决社会矛盾和纠纷的专门机关,对于维护社会稳定、促进社会和谐起着巨大的作用。司法判决的形成受到政治、社会、法律、文化与价值观等因素的交互影响,完美的司法判决应当充分考量各种社会要素。司法裁判能否成为社会得以稳定和谐发展的重要力量,取决于它能否回应并引导社会的真正需求及坚守社会正义。逻辑世界的法治无法替代现实中的法治,完全恪守程序并将实体法采用三段论式的方法适用到具体案件并不一定能得到公正的结果,司法工作不能简单地理解为单纯的法律技术的运用。“合法不合理”的机械执法很可能会破坏公众的是非观、正义观和法治观。在司法过程中,将善良的民俗习惯引入审判领域,在坚持现行法律规定精神的前提下,运用善良风俗解决社会矛盾纠纷,是司法促进社会和谐的一个重要举措。民俗习惯司法适用有助于提高司法的社会认同度,提升司法公信力,实现“案结事了人和”的

司法目标,达到法律效果与社会效果的有机统一。

社会生活中长期形成、世代积累、为人们内心所确信的民俗习惯具有社会强制力,在一定地域的一定人群中形成了自生自发秩序的规则之治,成为法律的有益补充,具有类同于法律的正当性与合理性因素,因而民俗习惯的司法适用也就成为必然。近年来为实现和谐司法目标所提出和倡导的“调解为主、调判结合”的司法政策以及诉调对接、大调解等多元化纠纷解决机制的建立和完善,客观上为民俗习惯的司法适用提供了更为广阔的空间。此外,民俗习惯的司法适用在为法官行使自由裁量权提供了可能的同时,也为法官行使自由裁量权提供了一种外在的标准,民俗习惯作为一种公众熟知的客观存在,对法官的擅断形成必要的制约与监督,使民俗习惯与能动司法形成良性互动。从实践上看,江苏泰州、姜堰两级法院率先尝试在民事审判中引入善良风俗,取得了较好的社会效果。“凶宅案”、“祭奠权纠纷案”等适用民俗习惯审理的个案也普遍赢得了当事人的认同和社会的普遍肯定。2009年最高人民法院工作报告表明,各级法院认真总结涉农案件审判经验,重视发挥乡村善良风俗习惯在化解社会矛盾中的积极作用,为农村改革发展创造了良好的法治环境,为“三农”问题提供了司法保障^[6]。这也为国家法和民俗习惯在司法中的良性互动提供了明证。

三、民俗习惯司法适用的路径、限度与方法

目前理论界和实务部门基本上都承认善良的民俗习惯是一种有效的法律资源,将民俗习惯引入司法有着正当合理的现实需求。但在目前的司法制度下,在成文法的大背景下,如何设置民俗习惯司法适用的程序和机制,如何设定其适用的边界和限度,民俗习惯司法适用的走向和前景在哪里,这些都是值得深思的问题。解决这些矛盾和问题需要更富创造性的智慧和制度设计。

(一)民俗习惯的司法识别

民俗习惯有良、恶之分,只有良俗才具有司法适用的价值。识别一种民俗习惯是否为善良风俗,应把握几个具体的标准:首先,该规则不能违反人们最基本的情感和道德,不能突破人类最底线的伦理和良知;其次,在一定地域和主体间,这些规则被普遍熟知、认同和接受,能够合理有序地安排人们的日常生活,维持最基本的社会秩序,可以作为解决纠纷的依据并能为当事方以及社会认可;再次,人们可以据此进行交往和互动并有大致明确的指引和预期,它可以分配一定范围内主体间的权利和义务。

民俗习惯凝结了人们的生活经验和实践理性,但它也不可避免地存在着为现代文明所不容的内容。法律尽管是人类理性建构的产物,也不可能完

美无缺,二者天然地存在着冲突和紧张关系。当国家制定法和民俗习惯发生冲突时,不能公式化地强调以国家制定法来同化民俗习惯,而应当寻求国家法与民俗习惯的平衡、妥协与合作。在司法过程中如何具体适用民俗习惯,要根据案件的不同特点,充分考虑国家法与民俗习惯在个案中的关系,具体情况具体分析。第一,如果国家法与民俗习惯都有规定且方向一致,国家法的规定比较原则,而民俗习惯的内容比较具体,可操作性强,处理这类案件,既要国家法为根据,又要灵活适用民俗习惯,使国家法与民俗习惯相融合,当事人的习惯权利与法定权利相统一。第二,在国家法无明文规定,但民俗习惯有具体规定的情况下,可以将被确认为良俗的民俗习惯引入司法裁判,作为适用的参考或理由。第三,如果国家法和民俗习惯都有规定且方向相反,国家法与民俗习惯冲突地并存,存在着截然相反的价值取向,即合乎国家法的行为却违背了民俗习惯,合乎民俗习惯的行为却违背国家法。在这种情况下,既要维护国家法的权威,又要针对案件和民俗习惯的具体情形,秉承正义与衡平观念,加以适当地变通处理。这种情形在民法和刑法中都可能存在,如婚姻须经法定登记才能生效与民间以某种仪式即确立并被认可的婚姻关系的抵牾,某些地区出嫁的女儿不承担对父母的赡养义务、也不继承父母遗产的习惯规则与宪法和婚姻法相关规定的尖锐对立,某些地区的“赔命价”制度与刑法的冲突等。

(二)民俗习惯司法适用的必要规制与作用范围

将善良的民俗习惯引入司法,必须坚持现行法律制度的基本精神,用尽法律规则与原则救济。将民俗习惯引入法院审理案件的范围,并非以民俗习惯代替现行的法律规范,只有在国家法出现明显背离法律价值、没有明确规定或者严格适法可能带来严重的损害效果等情况下,才能寻求民俗习惯的适用。民俗习惯作为裁判的标准,其现实性、正当性与合理性也须进行充分的证成。在特定的区域内,民俗习惯的司法适用应该统一尺度,做到同案同判,以此提高判决的公信力和权威,体现司法对于人性的关怀,最大程度地获得民众的理解。统一民俗习惯的适用尺度,也给法官的自由裁量权设置了必要的边界和限度,防止在涉及民俗习惯的案件中,恣意司法和机械僵化两个极端。

强化调解是当前的一种司法政策导向,在诉讼调解中,民俗习惯具有较为广阔的适用空间。诉讼调解使当事人有更多的机会、可能及出于个人意愿参加纠纷解决,在情、理、法的博弈中,各得其所。相对于调解来讲,判决的实体合法性要求严格得多。判决的形成过程是在查明事实、分清是非基础上对法律的适用过程。判决书必须写明判决认定的事

实、理由和适用的法律依据。在多数情况下,实体法对特定案件事实引起的权利、义务和责任都有相当明确的规定,因而也限制了民俗习惯在审判中的适用。而在调解中,当事方并不一定运用现有的法律规范来解决双方的争讼,可以利用相关的民俗习惯来达成一种妥协与和解。调解允许当事人根据自主和自律原则选择他们认可的民俗习惯作为判决的正当性标准,它能够促进当事人及社会公众对司法裁决的认同,有利于化解和缓和社会矛盾。同时,也可以避免适用民俗习惯的一审判决因上诉可能导致的全部被推翻的隐忧。因为民俗习惯并不具有明显的规范性和普遍性,法院和法官也没有发现和确认习惯法的权力,尽管法院可以在一定条件下依据民俗习惯作出裁判,但这种司法活动本质上属于司法裁量,是法官自由裁量权的体现,其中的民俗习惯主要仍是作为经验法则、地方性的价值尺度和判决理由而存在,并非一种有确定效力的法律渊源^[7]。如果当事方不能就诉争达成调解协议,或者意在通过诉讼挑战民俗习惯以及通过上诉启动二审程序,民俗习惯作为适用依据的正当性、合法性和有效性可能就会受到强有力的质疑甚或是制定法的全盘否定。这也是国家法与民俗习惯在司法过程中最根本的冲突之所在,是一个无法绕开的制度瓶颈。事实上,民俗习惯司法适用的探索和实践目前也仅存于特定地区、特定案件的基层司法实践中,尤其体现在调解中。诉讼调解的制度设计为民俗习惯的优先适用提供了天然的土壤。

(三) 为民俗习惯寻找制定法的空间

在法治社会中,司法救济是最后的和最有效的救济途径,是公平正义的最后一道防线。司法救济是通过诉讼实现的,诉权保护及诉讼程序的启动是权利司法保护的起点。人民法院的受案范围仅止于符合法定条件的案件和争议,以民俗习惯为依据的权利诉求不一定满足受理的法定条件。在缺乏法律的明文规定时,法官需要发挥司法审判的能动性,对于法无明文规定而又认为需要保护的利益,或者从现行的法律寻找可能利用的弹性空间,或是将其附会于某些既存的权利之中,或是从现存的司法政策中探索其适当的依托。此类案件能够进入诉讼程序是在审判过程中进一步适用民俗习惯的前提。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第64条规定:“审判人员应当依照法定程序,全面、客观地审核证据,依据法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。”该规定完善了法官依法独立审查判断证据的原则,也可以称为中国语境的“自由心证”,为民俗习惯进入司法领域提供了诉讼法上的依据。

司法保护的是法律所反映的法权,而民俗习惯是人们长期交往和互动中自然形成的规则,更能体现人们现实的社会法权要求,尤其在特定的地方和特定的少数民族中,更具有价值上的正当性。法律的价值在于对社会中现实存在的权利的确认和界定,现实的生活或者权利自有其存在的依据,它们不可能因为规范的缺乏而消失,司法实践不能因为欠缺法律规范而对现有的生活置之不理。当这种法权与民俗习惯所表达的法权不相一致的时候,法院不能简单地以无法律依据为由一驳了之,而应当从习惯所反映的法权入手,找出该法权在法律中的适当表达,并将之用于案件的审理中,最终通过适用法律作出判决。就判决形成的过程而言,当事人基于习惯的法权要求得到了表达和确认,同时司法过程的形式正义又得到了体现^[8],其判决结果也更容易为当事人所认同。民俗习惯所表达的权利不但在民事法律中弹性空间较大的公平原则、公序良俗原则、诚实信用原则中可以开辟出来,在刑事案件中也可以通过刑法的但书条款、刑事司法政策、罪刑法定的法内出罪机能使民俗习惯找到其依存的位置。此外,中国法律、行政法规、司法解释规定了大量的“具体情况”字眼,对于可能适用民俗习惯来处理和解决的特定案件,可以释放出民俗习惯这一“具体情况”,成为其适用的法律依据。

(四) 法律方法论与民俗习惯的司法适用

由于成文法自身存在着无法克服的局限,而特定案件离开民俗习惯的适用既不能实现实质正义,也难以获得当事方及社会的认同。司法如果不能有效地保护合理合法的权益,其司法权威自然也无从谈起。在法律空缺、适用现有法律规范明显违背“地方正义”而须适用民俗习惯时,法官必须秉承正义理念,忠于法律的同时更要超越法律,发挥司法能动性和自由裁量权,不仅要善于从“案件之中”来研究案件,而且还要善于从“案件之外”和“案件之上”对案件进行深入细致的分析。因为适用法律从来都不是被看作仅仅依据规则就可以得出判决的逻辑系统,而是重视以立足于规则之上、但求助于实质正义、社会经验、民俗民风 and 当下情境来形成判断。在法律适用过程中,法律的适用者既要释放法律文本的意义,又要用法律思维方式对事实进行定量和定性的分析,并释放出事实的法律意义。

方法是达致公正的路径,案件处理是否合情合理合俗,司法是否公正,是否能为当事人及社会所接受,在很大程度上取决于法律方法运用是否合理、是否有效。“法律方法是法律人进行思维的理论基础,是恰当运用法律的前提性工具”^[9]。从司法自身的规律看,司法是被动的、中立的,而在判断事实和适用法律方面,却离不开法官的主观能动性,离不开法

学方法论的指导。民俗习惯的司法适用毕竟不是司法过程中的常态,它打破了法官直接援引法律条文进行裁判的惯常思维,无论是由于成文法欠缺、存在漏洞、不足或者有不明之处而导致的“法官造法”,还是因特定案件、特殊风俗或特定民族的习惯而导致的法律向民俗习惯妥协,都需要法官更高更重的论证义务,这也意味着法官在司法过程中不得不更多地依赖和借助于法律方法的支持。“民间法与国家法毕竟是两种不同性质的法,民间法纳入和影响国家正式法律制度也不是当然的、任意的和自然而然的,而是必须经由特定的途径、通过一定的程序和运用特定的方法才能实现”^[10]。因而,在可能涉及民俗习惯适用的法律过程中,须充分调动法律思维,综合法律发现、法律推理、法律解释、漏洞补充、法律论证、价值衡量、法律续造等法律方法,认定事实,寻找法律。例如,在为涉及民俗习惯案件的找法过程中,如果找到的规则是不确定的概念,法官就应结合案件事实,参酌相对应的民俗习惯,对不确定的概念加以具体化,即不确定概念的价值补充。民间规范与法律原则、不确定性概念和任意条款等法律因素一起,在各种平衡与抉择中可以型构出某一案件可得适用的裁判依据^[11],即以民俗习惯为基础,经由法律方法构造的裁判规范。再如,利益衡量方法在处理类似案件中也不可或缺,即在查清案件事实的基础上,综合把握案件的实质,结合社会环境、经济状况、价值观念等情形,法官不仅要对照法律条文,而且要对法律条文背后的利益进行衡量,对不同利益及时作出评价、确认与合理分配,得出社会比较能够接受的结论。

(五) 建立民俗习惯司法适用案例指导制度

成文法的不周延性、概括性、滞后性难以适应纷繁复杂的社会现实。建立于经验理性基础之上的判例制度的引入,是承认立法理性有所不及的直接结果之一。2005年最高人民法院《人民法院第二个五年改革纲要》提出要“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用”。2010年最高人民检察院、最高人民法院先后出台了关于案例指导工作的规定,“它标志着,我国的法律样式正在从单一的成文法走向以成文法为主,以典型案例为辅助的新格局的酝酿和起步。它的发展前景,就是中国古已有之的‘混合法’”^[12]。在以制定法为特色的现代中国法律制度中,在司法审判工作中引入带有判例法色彩的中国式的“案例指导制度”,为建立民俗习惯司法适用的案例指导制度提供了一个可能的前提。“法官运用民间法构造裁判规范,对案例指导制度的建设不无裨益”^[13]。最高人民法院通过公报、案例选、报纸期刊等多种渠道和媒体

编选案例,其他各级法院也有不同形式的案例汇编。不少典型案例所引申出的法律原则和裁判规则,弥补了立法或司法解释的空白或漏洞。

典型案例是审理具体案件的产物,其内容、性质等都是明确、具体的,易于把握和实际操作,因而相对于成文法而言,这些案例具有个别性强、针对性高的特征,它们给法官审理案件提供了重要的范例和参照依据。由于民俗习惯地域差异性大,在内容上缺乏普遍的指导意义,因此,对民俗习惯的司法适用案例,要强调和突出裁判方法、裁判技巧等对类似案件的指导作用,对其具体的内容则应加以简化和淡化处理。案例指导不但可以为法官运用民俗习惯判案提供借鉴和参考,同时因其生动、形象、具体,直观,也能够发挥对群众的指引、教育和评价作用,使优秀的民俗习惯得以彰显,封建迷信和陋俗因失去人们的认同和生存的空间而逐渐消失。

四、进一步的讨论与思考

(一) 民俗习惯立法化的隐忧及可能的立法方式

民俗习惯作为一种内在的、自发的调控机制,与人们日常的生活经验和价值观念密切相关,是一种实然的客观事实。它不需要经由论证与核实,人们无需理性地权衡而自觉自愿地接受其制约,它们与国家法相辅相成,共同维系着社会的正常运转。中国幅员辽阔,各地区经济社会发展水平、传统文化与地域文化都不同,民俗习惯也存在着较大的差异。习惯规则零碎、分散、具体,抽象与概括性低,规范性差,而且随着社会经济文化的快速发展,民俗习惯也在不断流变和演绎。而国家法律则是一个理性建构的产物,是寻求规范化和内在逻辑统一性的过程,法律不可能将所有的民俗习惯都规范化、制度化,形成一个完美的习惯法体系。用统一的法律规则或法典列举或概括民俗习惯,几乎也没有操作性和可能性。法律应当为民俗习惯预留足够的空间,它不能、也不可能一统天下,包揽一切。事实上,民俗习惯本身就具有实际的法律效力,试图将民俗习惯立法化实现法治理统一以覆盖包罗万象的社会生活不过是法律理想主义的神话。从大陆法系国家和地区立法经验来看,给予习惯以正式法源地位的立法,也都是将习惯加以原则、概括的一般规定,瑞士、中国台湾地区的民法典等都是如此。《瑞士民法典》第1条规定:“凡本法在文字上或解释上有相应规定的任何法律问题,一律适用本法。如本法无相应规定时,法官应依据惯例;无惯例时,依据自己作为立法人所提出的规则裁判。在前款情况下,法官应依据经过实践确定的学理和惯例。”中国台湾地区“民法”也规定:“民事,法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理。”承认民俗习惯的价值并不在于将其简单地纳入国家法,而是要通过认识民俗习惯存在的性质、作用及其

与国家法的关系,进而促进以民俗习惯为辅,以国家法为主导的多元规范体系的和谐有序运行。在这个过程中,民俗习惯会有效地弥补国家法,缓解法律与社会的冲突,促进二者融会贯通、协调互动。对民俗习惯应尽量保持其朴素、原生的“活法”状态,即便将其纳入地方立法,也可能会因层级和效力问题影响其适用及效果。“立法者、法律人不能仅凭想象和热情去构想、建设,甚至不能仅凭学术上的分析模型构建法律图景。因为所有的模型和理论及其由此所生成的决策都需要经由实践的检验。更为紧要的是,这种检验的成本和代价需要由本来生活在一种相对稳定的秩序结构下的民众来买单。”^[14]基于法律万能主义的论调而主张民俗习惯立法就可以解决所有问题的思路并不可取,民俗习惯立法化存在着“法律更多而秩序更少”的隐忧。

民俗习惯经过人们长期生活经验的磨合与砥砺而得到广泛认可,且往往与当地的地理特点、人口状况和生活习俗密切相关。对于幅员辽阔且民族众多的中国而言,民俗习惯内容之丰富多彩,类型之纷繁芜杂,绝非立法通过少数具体条文的列举规定即可囊括。然而民俗习惯非经国家正式立法却无法解决其适用的障碍,为了确立善良风俗的法源地位,可以参考瑞士等国家的民法典,对民俗习惯立法采取一般条款的兜底规定,这样既可以保证习惯法的法源地位,又有具体适用时较大的弹性空间。另一个可行的方法是“民事习惯的动态法典化”,即建立一种司法的制度机制,将民事习惯经由司法判例导入到现实运作中来。实现“民事习惯的动态法典化”包括民事习惯的司法确认、司法功能、司法构成、司法证明与司法监督等几个环节,以此将习惯导入司法,可以永葆民法典的“青春活力”^[15]。

(二)民俗习惯的司法适用能走多远

作为法律事实的社会冲突,其根本特性在于其应受并且可受法律评价。社会日常生活中主体间许多社会冲突尽管在一定程度上危害着统治秩序或社会主流道德意识,但因其不具备应受且可受法律评价的特性而不构成法律事实。构成法律事实的基本条件之一是违反生效的法律规定^[16]。这里存在的一个问题是,因民俗习惯引起的纠纷在多大程度上以及多大范围上能够进入司法的视野,可接受法律的评价。引起纠纷的事实符合法律规定的受案标准是民俗习惯司法适用的首要条件。

另外,民俗习惯司法适用的一个前提基础是特定案件缺少可资利用的国家法,或者是国家法与民俗习惯存在着较大的冲突,机械适用国家法可能导致“案结事不了”,难以有效地解决矛盾和争议。这里隐含着国家法在特定地区或特定案件适用中的非正当性及非有效性,其逻辑结果必然是民俗习惯的

优先适用。然而,由于无法摆脱法律至上的制度与逻辑,制定的法规则和尊严要严格维护,习惯法上的正当需求只是尽可能被含蓄地考量,民俗习惯司法适用的处理结果只是一种“模糊的法律产品”,其表达与实践往往在一定程度上相背离,法律与民俗习惯司法适用的冲突不可避免。如江苏省姜堰市人民法院通过的《关于将善良风俗引入民事审判工作的指导意见(试行)》第2条规定:“对当事人民事争议事项的裁判,法律、政策有明文规定的必须适用法律、政策,没有明文规定的可以参照本地的善良风俗。”^[17]尽管成文法因其自身的局限必然存在着疏漏和空白,但是没有法律规定的案件在实践中却并不多见,引起法律向民俗与事实妥协仍主要源于法律与民俗习惯的冲突而不是法律规定的空白。姜堰法院处理的出嫁女儿继承财产和赡养父母的诸多案件中,并未依其《指导意见》适用明文规定的法律和政策,而主要是参照了当地的民俗舍弃了国家的法律。然而国家法对此却并非没有规定,而是规定得非常具体、详尽、明确。因此,对于某些纠纷的解决,如果既有法律的规定,又有民俗习惯的调整,只要民俗习惯的运用与社会公共利益不相冲突,不侵害第三人的合法权益,法院优先适用民俗习惯而不是优先适用法律,才能达致裁判的正当性与合理性要求。那么这种民俗习惯的司法适用是否真正达到了“社会效果”和“法律效果”的统一?是否是具有中国特色的权宜安排而非长久之计?抑或是否是为了追求社会效果而罔顾了法律,是对法律规范的变通或偏离?再进一步,暂且不考虑社会效果,民俗习惯的司法适用是不是“不按法理出牌”?这些都是我们无法回避而且需要深入思考的问题。有学者指出,在一定程度上,民俗习惯的司法适用是一个伪命题,因为,民俗习惯是无法直接进行司法适用的,民俗习惯毕竟是非正式法源和次位法源,在司法裁判中并不具备适用的优先性。民俗习惯司法功能的发挥是通过诉讼法或者证据法的渠道进行的,而不是一个法律方法论的问题^[18]。这个论断直接而尖锐地触及到了民俗习惯司法适用的软肋。

目前,民俗习惯司法适用的理论挖掘和实践探索难以逾越制定法的框架和司法制度瓶颈,缺少理论突破和制度平台,民俗习惯的司法适用不会走得更远。理论是灰色的,而生命之树常青。中国是制定法国家,主要以成文法为主,判例无法律拘束力。但是,制定法与判例法并非水火不容势不两立,普通法系国家制定法的效力高于判例法,大陆法系国家也不是一概排斥判例法。法国虽然是大陆法系国家的典型代表,但判例却是支撑法国行政法和行政诉讼法的基础并成为行政法的主要渊源^[19]。同样作为成文法国家,“意大利虽然在一般法源的层面上不承

认判例的形式上的法律拘束力,但这并不表明判例在意大利法的实践中不占据一个重要的地位”^[20]。民俗习惯司法适用的探索和实践应该像经济改革一样,“思想再解放一点,胆子再大一点,步子再快一点”。跳出既有的理论和模式来思考这一问题,打破制定法与判例法的藩篱,立足于法律而又超越法律,不再过多地纠缠于问题与主义之间,可能会有意想不到的惊喜。

参考文献:

- [1] 伯尔曼. 法律与革命[M]. 贺卫方,译. 北京:中国大百科全书出版社,1993:480.
- [2] 许章润. 以法律为业——关于近代中国语境下的法律公民与法律理性的思考[J]. 金陵法律评论,2003(1):12-30.
- [3] 林端. 儒家伦理与法律文化[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002:307.
- [4] FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY. Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence[M]. New York: Arno Press,1975:30.
- [5] 苏力. 法治及其本土资源[M]. 北京:中国政法大学出版社,1996:36.
- [6] 王胜俊. 最高人民法院工作报告(2008)[N]. 人民日报,2009-03-18.
- [7] 范愉. 民间社会规范在基层司法中的应用[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版),2008(1):13-22.
- [8] 张镭. 习惯与法律:两种规则体系及其关系研究[M]. 南京:南京师范大学出版社,2008:18.
- [9] 陈金钊. 法律方法论研究[M]. 济南:山东人民出版社,2010:54.
- [10] 贾焕银. 法律方法与民间规范研究的意义[J]. 法治论丛,2009,22(7):70-76.
- [11] 贾焕银. 民间规范的性质及其司法适用逻辑分析[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版),2009(4):9-15.
- [12] 武树臣. 中国“混合法”的过去与未来[N]. 检察日报,2011-02-10.
- [13] 谢晖. 民间法与裁判规范[J]. 法学研究,2011,33(2):173-181.
- [14] 周杰. 无需法律的“现代”社会的秩序[C]//苏力. 法律书评(第6辑). 北京:北京大学出版社,2008:191-192.
- [15] 王洪平,房绍坤. 民事习惯的动它法典化——民事习惯之司法导入机制研究[J]. 法制与社会发展,2007(1):82-94.
- [16] 顾培东. 社会冲突与诉讼机制[M]. 北京:法律出版社,2004:22-23.
- [17] 汤建国,高其才. 习惯在民事审判中的运用——江苏省姜堰市人民法院的实践[M]. 北京:人民法院出版社,2008:20.
- [18] 王彬. 民俗习惯的司法功能[J]. 湖南公安高等专科学校学报,2009,15(2):16-20.
- [19] 孟凡平. 建立我国行政指导案例制度的构想[J]. 人民司法,2006(2):32-36.
- [20] 薛军. 意大利的判例制度[J]. 华东政法大学学报,2009(1):84-91.

The Judicial Application of Folk Customs: Path and Direction

ZHANG Dian-jun¹; YU Yu-he²

(1. College of Liberal Arts and Law, Dalian Nationalities University, Dalian 116605, P. R. China;

2. School of Law, Nankai University, Tianjin 300071, P. R. China)

Abstract: There are still stable foundations for the existence of folk custom as conventional civilian rules. The judicial application of folk custom is favorable for the solution to dispute and conflict and the promotion of social harmony. Folk customs which are applied in law must be good, and are effectively used in the mediation during the litigation procedure. Folk custom should be applied with the help of active justice and according to legal methods. Meanwhile, we should try to find possible room for folk custom from statute and pay attention to the reference value of judicial cases guiding system on the judicial application of folk custom. Within the framework of the existing law, there are insurmountable difficulties for the judicial application of folk custom in the aspect of the system. Therefore, breakthrough in theory and innovation in system are essential for the practice of the value of folk custom in the judicial application.

Key words: folk custom; state law; judicial application; path