

民间法文丛 谢 晖◎主编

贾焕银◎著

民间规范的司法运用

基于漏洞补充与民间规范
关联性的分析

中国政法大学出版社

民间规范的司法运用

贾焕银◎著

基于漏洞补充与民间规范关联性的分析

民商法文丛 谢 晖◎主编

中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目(CIP)数据

民间规范的司法运用:基于漏洞补充与民间规范关联性的分析/贾焕银著.
—北京:中国政法大学出版社,2009.9
ISBN 978—7—5620—3552—7
I. 民... II. 贾... III. 司法—研究—中国 IV. D926
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 146591 号

书 名 民间规范的司法运用:基于漏洞补充与民间规范关联性的分析
MINJIAN GUIFAN DE SIFA YUNYONG;
JIYU LOUDONG BUCHONG YU MINJIAN GUIFAN GUANLIANXING DE FENXI
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名:中国政法大学出版社)
(010)58908325 (发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
规 格 880×1230 32 开本 10.375 印张 280 千字
版 本 2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978—7—5620—3552—7/D·3512
定 价 28.00 元

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所



总序

这套筹备了多年的丛书，终于要和读者见面了！

近二十年前，鄙人开始关注民间法问题，其中缘由，是和当时参与教育部项目“回族法文化研究”密不可分的。通过相关调查和研究，我才自觉地认识到：人们日常的交往生活，尽管依赖于国家正式法律者甚多，但人类秩序的建制，并不首先是从法律开始的，相反，法律本身的制定，必须遵循社会生活的规定。这种认知，虽然在既有的法学理论中不但有所耳闻，而且是彼时法学教育中大讲特讲的。那时，所谓研析“规范内部的学问”还不被人们所接受，不像如今这般红火。虽然人们在讲授课程时，把“经济基础决定上层建筑”、社会事实决定法律一类的观念不时传授给学生，但在实践层面上，究竟如何把握这一问题，学生也罢，老师也罢，

经常是不得要领的。相反，把人们在社会交往中存在的既有规则，如祭祖规则、节庆规则、信仰规则等等，一股脑儿归结为所谓“四旧”，必欲彻底扫除而后快，却是司空见惯的。其结果是教材所授与实践操作之间巨大的反差，甚至出现实践所为和理论教化之间的倒挂：似乎不是经济基础决定上层建筑，反倒是意识形态等上层建筑决定社会及其发展。

不过近十多年来，我国立法、司法等法治实践的发展，还是最终趋向于对我们时代和国情的关注，法律的全球化和法律的本土化关怀几乎同时在中国法治实践中搬演。这显然是一个需要大智慧和大手笔予以探索、协调和对接的问题。在这期间，学人们不仅探讨法治化进程中和全球化相呼应的问题，而且也开始深究中国法治的自身土壤问题。在这一过程中，“法律文化论”、“本土资源论”、“民间规范论”、“私力救济论”、“替代性纠纷解决机制论”以及“法人类学论”等不同的学说，成为我国不同法学者之间探究法治化进程中自身土壤问题的几种主要进路和学术观点。围绕这些理论或进路，产生了一批学术论著。特别值得一提的是，在法治发展中，具有“春江水暖鸭先知”功能的司法机关，已经在认真尝试如何在司法中将法律的一般规定和民间规范相结合的问题。其中“泰州经验”、“东营经验”、“陇县模式”等，引起了国内法学界和司法界的普遍关注，这更进一步证明在学术研究中关注民间规则以资法治实践的必要性。

九年前，为了推进对民间规则的研究，促进教学中学生对社会事实问题的认知，我和同仁们共同创办了以书代刊的《民间法》年刊。如今，该刊已经正式出版了八卷。与此同时，我在《山东大学学报》、《甘肃政法学院学报》分别主持的“民间法专栏”、“民间法·民族习惯法专栏”两个栏目，

已分别坚持了五年和四年，期间稿件源源不断，所发表的论著也不断被转载、转摘和引用。其中《民间法》年刊被教育部“委托南京大学图书馆”评为“CSSCI来源集刊”。此外，自2005年开始，我和同仁们发起了全国“民间法·民族习惯法研讨会”，已分别在西宁、成都、兰州、武汉、贵阳召开了五届，来自全国各地的学者们就相关论题积极参与、热烈讨论。如上情形，已经形成了民间法研究之静态和动态两个“阵地”。这表明，这一领域具有很大的研究必要和开发潜力。为了进一步推动民间法研究向纵深方向发展，北京理工大学法学院、山东大学法学理论泰山学者团队决定编辑出版这套“民间法文丛”。这套文丛，也是拟议中的北京理工大学法学院三种学术丛书之第一种。

此为“民间法文丛”的第一辑。收入第一辑的著作，有些是作者多年来调研的积淀之作，如《原生的法——黔东南苗族侗族地区的法人人类学调查》、《藏族古代法新论》、《乡土秩序与民间法律——羌族习惯法初探》三书就是徐晓光教授、多杰教授和龙大轩教授多年来深入苗族、侗族、藏族、羌族等地区认真调查、归纳、总结和研究的成果。鄙人的《大、小传统的沟通理性》、魏治勋的《民间法思维》两书，则是作者多年研究民间法问题的心得。其他五部作品，分别是贾焕银的《民间规范的司法运用——基于漏洞补充与民间规范关联性的分析》、姜世波的《习惯国际法的司法确定》、王新生的《习惯性规范研究》、厉尽国的《法治视野中的习惯法：理论与实践》、张渝的《清代中期重庆的商业规则与秩序——以巴县档案为中心的研究》，它们都是作者在其博士论文基础上修改而成。

自上述丛书第一辑的清单可以看出，本辑入选图书的一

半左右偏重于学理的探讨。但民间法问题恰恰是一个必须来自实践，通过对人们交往行为中的日常规范，特别是纠纷处理的日常规范之分析、解剖、归类、整理，才能深入其堂奥的问题。在这个意义上，民间法研究理所当然应当把社会实证放在第一位。这也是本丛书以后的各辑在组稿时将特别强调和注意的。

鄙以为，按研究内容和专题所编辑的学术丛书的功能，一是能集中展示某时段、某地方的学者们在某个研究领域里的研究成果；二是能更好地实现在某一研究领域里学术成果、学术规范和学术方法的积累；三是能给相关的学习者和研究者查找资料时提供便利。在这三点中，我特别看中第二点。但要让一套学术丛书真正发挥学术积累的作用，贵在持之以恒。因之，本丛书拟在条件许可时，分辑编辑出版，不断坚持下去，以期为中国民间规范的研究，乃至法社会学的研究，贡献微薄的心力和智慧。

是为序。

陇右天水学士 谢晖

2009年7月3日于苏州桥畔



民间法与法律方法的结合研究

(序)

“民间法”与“法律方法”这两个关键词汇，或许在一定意义上能够代表当下我国法理学研究的两翼——法社会学研究和规范法学研究——的核心问题。把这样两个词汇放在一起，并且作为一个学术研究的方向，或许会凸现法理学研究中在研究方法和研究对象上的某种融合。

尽管我国法学界对法理学研究的现状甚为不满，甚至有些从事了大半辈子法理学研究和教学，行将退行的学者，都提出“中国法（理）学”是否存在这样的问题。不过，公允地说，即使我国法理学的研究还很不尽人意，但如果和自身先前的理论关注相比较，法理学者们当下研究的视野大为开阔、方法明显多元、问题更加开放。由此导致了某些学者所

从事的专题研究，对另一些学者而言，显得相当陌生。学者们一旦跨越其研究领域进行对话时，倘要取得较好的对话效果，至少要认真温习一下人家的研究领域和问题，否则，就不得要领。如果无视这种进步，毋宁看成是论者们自身过分急于求成，“心急吃不成热包子”。

但法理学学术研究主题在不同学者、不同学术团队之间的过分分化、多元化与专题化，瑕瑜共存、利弊参半。兼之我国法理学界专研不同学术方向的学者方法问题的学术团队，或许对研究宗教法问题的学术团队及其成果不闻不问；同样，一个专研民族习惯法问题的学术团队，也或许对专研人权问题的学术团队及其成果不闻不问。不同的学术团队间，可谓“鸡犬之声相闻，老死不相往来”。这种情形，对法理学学术的发展而言，不说是危害，但至少不能谓有利。基于这种考虑，笔者在倡导民间法问题的研究时，特别是在硕士生和博士生的培养中，强调选择民间法研究方向的学生，最好能够抓住民间法和法律方法的结合来做文章。

当然，对这种结合研究的倡导，还在于笔者对民间法研究之于法治建设之可能作用的考量。民间法的研究，在国内引起了诸多不同回响：有斥其为复古思潮作怪者，也有赞其为深入中国法治建设之堂奥者；更有强调它可帮助一个大国对话制序，但作用有限者……无论如何，冷静看待这一研究及其作用，既须结合立法，也宜对照行政和司法。民间法在立法层面的作用，法理学上那个专家们并不陌生的概念——“认可”或许就能说明问题。但在成文法国家，如何把民间法引入行政活动，尤其是引入司法活动，却是特别值得相关学者们认真研究的课题。近年来我国一些法院把民间规则成功引入司法中的事例，或许在实践层面对在法学理论上把民

间和法律方法结合起来的研究，提供了一定的需求基础。当然，也为法理学者提供了从事相关研究的较好素材。

对民间法与法律方法之结合研究的倡导，还在于笔者的一种学术期待和热情——期望能在我国法理学界，真正产出具有综合气象的法理学作品来。这种作品，不是博登海默意义上的，也不是目前国内法理学教材上把价值、事实和规范等简单捏合，冒充综合的路数，而是在融会贯通法律之价值、事实和规范的基础上，或者在多元法学充分成长的基础上，实现“新的综合”，创生一种具有“集大成”性质的法理学说。即使这种期待和热情在当下看来，是大而无当、不切实际的，但笔者想，这种期待和热情本身无可厚非，同样，对这种期待和热情的努力也宜放眼观量。笔者更欣赏那种投入了百倍热情而持续探索的过程，至于其结果，或成或败，另当别论。

上述看法，基本贯彻在笔者对民间法方向硕士生和博士生的教学、论文指导中。笔者近年来培养的硕士生和博士生，基本着眼于两个方向，即法哲学和法律哲学方向与民间法方向。其中，民间法方向的学生对民间法与法律方法的结合研究，多有兴趣，已经就民间法与法律解释、民间法与法律推理、民间法与利益衡量、民间法与法律思维等问题，展开了一定的研究。此次作为“民间法文丛”之一种的《民间规范的司法运用》一书，就是作者在其博士论文基础上修改而成的。作者在本书中集中探讨了民间法和法律之漏洞补充间的内在关联。法律漏洞作为法律的一种病症，在司法上的救济方法不得一种，而是一个“方法群”。记得笔者在阅读该论文时，对作者之于这一“方法群”的归纳，给予了很高评价。因为当时，笔者也刚刚写完《法律哲学》这本书，其中

就涉及到“法律漏洞及其填补”这一编。我俩对有些问题的看法，可谓不约而同。

至于民间法究竟在何种条件下，可以作为漏洞补充的材料或参照？我以为还有很大的继续深入探索的空间。因为在法律出现漏洞时，民间法只提供了法官据以补充漏洞的一种参照，除此之外，法官尚可根据其他参照补充法律漏洞。这样，究竟在何种条件、何种情形下，法官更容易、或者更应当参照民间法补充漏洞，就既是一个需要花费大量心智和筋骨去思考和调研的问题，也是一个更有兴味的学术话题。本书的研究，毕竟只是作者的一个阶段性成果，并且作为国内首篇把民间法和法律方法结合起来研究的博士论文，需要继续完善之处甚多。我也相信，凭借作者贾焕银君的耐力、毅力和定力，对这一课业，他会拿出更仔细、更有价值的成果来！

是为序。

陇右天水学士 谢晖

2009年7月3日于苏州桥畔



内容提要

本书主要运用法社会学—规范实证的复合分析方法，以和谐司法主义为分析背景，以具体的漏洞补充方法为轴心，较为细致地分析了漏洞补充与民间规范关联性问题。

漏洞补充与民间规范关联性研究的出路是真正地走向漏洞补充的法社会学分析和民间规范实证的规范分析，并使二者密切结合起来。在这种双向互换的分析架构中，规范实证分析居于主导地位，即使就漏洞补充过程及具体方法的法社会学分析而言，也是一种规范分析框架中的法社会学分析。本书的基本结构分为导入—总述—分述三个部分。这一结构是围绕漏洞补充本质及在其基础上产生的具体补充方法建构形成的。

漏洞补充本质上是一个具体规范的建构过程。从功能主义的视角来看，法律漏洞乃是法律的实然的社会功能严重不

合于应然的规范功能达到一定程度的状态。民间法是一个诠释性概念，具有社会自规范化和法律社会化的双重属性。

本书主要研究了漏洞补充与民间规范关联性的三个重要方面：一是在分析功能主义视角下法律漏洞概念的认定问题和漏洞补充事实和价值两大路径取向基础上，论证了民间规范作为重要漏洞补充因素的合理性；二是对漏洞补充与民间规范关联性的框架性分析。二者之间的关联性应在一个复合的分析性框架中进行：一个是外部的、社会性的法律性与法律相结合的分析框架，另一个是内部的、规范性的在法律的形式推理和实质推理中形式性依据与实质性依据紧密结合的分析框架。三是法律方法总是因民族、文化的差异，随社会历史的变迁而流变，各种具体的漏洞补充方法总具有不同向度的民间法性。

上述三个方面，特别是第二、三个方面共同构成了本书分述具体漏洞补充方法与民间规范关联性的理论基础。本书从第四章至第六章详细地分析了类推适用、目的性限缩、目的性扩张和法律拟制等具体漏洞补充方法的基本理论问题、民间法性和在各种具体漏洞补充方法中以各种类型的民间规范填补法律漏洞的法社会学—规范实证的复合分析过程。更为重要的是，以上述复合的分析框架为指导，在判例阅读基础上，本书力图建构出这一过程具体的、真实的面向来。具体漏洞补充方法的民间法性这一观点，特别是在第四章关于类推方法的部分中得到了较为详细地分析。

本书之研究是因应和谐司法主义时代发展要求的产物，不仅是对漏洞补充与民间规范关联性，甚至是对法律方法与民间规范关联性问题进行系统、全面和深入研究的初步尝试。这一尝试期能开启规范与方法谐合研究之路并助益于当下和谐社会视域中民间规范司法运用之实践。



因何是民间规范司法运用？

（前言）

在尚未牢固树立可以获致安全感的各种观念基础上，持续地推进和发展是我们这个变革时代的一个显著特点。在旨在保障（实质）法治的各项制度尚未完全建成的情况下，法治的各种思潮便已转向。根据最近几年法学研究和法律实践的发展趋势来看，中国法治发展的重心已从致力于颁布一般性规范转向如何将其与具体实践结合起来以应对社会各个层面的法律需求。在这一转变过程中，如下观念得到了广泛赞许和认可：官方法（制定法）的制定并不意味着法（法治）的实现，民间法的发现和运用在法治建构、秩序继续和纠纷解决等方面，仍是一种不可或缺的、基础性的要素。

我们知道，除非像德沃金一样持有那种将其他社会规范也包括在内的整体性法律观，法律必有漏洞，法律也必须通过解释才能正确地实施；以移植西方法律为主的中国特色社会主义法律体系基本建立而其有效性却并不如人意并备受质疑。这样，在法律实现过程中，如何借助民间规范填补法律漏洞，正确地解释和实施法律，不断提高法律的实效性就成为我们必须正视的时代课题。



自2006年6月拟定博士论文选题以来，笔者就一直关注并进行这一课题的研究。在当时看来，那的确是一个尚少人问津的论域，笔者也是摸着石头过河，边阅读相关的研究成果边思索研究该论题的可能路径与框架。而自最高人民法院将善良风俗的司法适用作为其2007年度重点调研课题并联合江苏省高级法院召开相关会议以来，清华大学、中国人民大学、南京师范大学、中山大学和中南财经政法大学的一些学者陆续发表的一系列研究成果很多都以“民间规范司法运（适）用”为题标示之，才使得这一论题以较为稳定的名词形式确定下来，其研究的理论和实践意义也逐步为学界所认可。

虽然有越来越多的学者从不同角度和层面予以关注和研究，但和为一个时代法治发展催生的新兴问题域，“民间规范司法运（适）用”研究尚未充分展开，在即有研究中，许多问题还未达成共识。下面笔者将就几个需要于此特别说明的问题作一个简单的介绍。

“民间规范司法运用”还是“民间规范司法适用”？

“适用”是一个专门的法律术语而“运用”则不是，在既有研究中，许多学者并未区分二者。但是，从“适用”和“运用”语义差异来看，区分二者实属必要。

作为一个专门的法律术语,“适用”是指制定法在司法裁判领域的实现过程,而“运用”则更具包容性,它是指某一种事物或现象发挥作用或功能的可能空间,并不像“适用”一词作为专门法律术语而具有特殊的规范性含义。具体说来,我们可以将“民间规范司法适用”的分析局限于法律的司法实现过程,而将“民间规范司法运用”的问题域或拓展到民间规范助益于司法的各种可能性和空间中去。但是,严格说来,“民间规范司法适用”和“民间规范司法运用”并不能截然区分开来,这首先取决于“民间规范”这一术语本身及对其理解的复杂性。

从外延上来看,民间规范是一个极具包容性的概念,包括诸如习俗惯例、家法族规、行业规章和村规民约、宗教规则及官方非正式经验等。它们都可单独适用或运用而在某种意义上助益于司法过程。但是,民间规范并不仅仅是由这一系列具有特殊性的规范类型构成的复合体,它在内涵上也极其丰富,我们可以将其视为一个具有不同层面的意义整体。作为一个意义整体,归纳当下研究成果,民间规范具有“本体六性”,即文化论与活法论、善恶论和事实论与规范论。^{〔1〕}这些不同的性质层面,不仅彰显了民间规范之于司法过程的不同意义向度,而且决定着各种具体民间规范司法运用的可能空间,还说明了“民间规范司法适用”与“民间规范司法运用”的不可分性。因此,为这文方便,在后续研究中,除非特别之处,其他笔者将以“民间规范司法运用”统称该论题之研究。本书分析视角虽主要基于司法裁判领域,但其具

〔1〕 贾焕银:“民间规范的性质及其司法适用的逻辑分析”,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2009年第4期。

体论述也有超越此局限之处，故题目以“民间规范司法运用”标示之。

纠纷解决导向与法治建构

前已述及，民间法研究之于法治建设的意义是多重的，而这其中特别是就民间规范司法运用问题研究而言，对于纠纷解决的意主和贡献至为明显。具体而言，民间法以两种方式在我们力图建构的多元纠纷解决机制中发挥作用，一是民间法及其制度本身就是纠纷解决机制的重要形式，二是多样的民间规范得以各种形式纳入现有法律体系和司法过程而助益于正式的纠纷解决机制。我们所谓的民间规范司法运用则属于第二种形式，其纠纷解决导向的性质不言自明。

尽管学者间对于何谓民间法争议多多、解释种种，但究其本质来看，这三层含义乃属其基本要旨：一是民间法是本土的，二是民间法是接续传承历史而来的，三是民间法是一种与官方法相较而言的非正式制度规则。改革开放以来30年的法治史已经昭示，纯粹的移植和完全的本土化都不是我国法治发展的可行之路。我们也早已懂得，本土资源的超越性现代转换对于我国法治发展具有十分重要的意义和价值。但是，如何转换？又如何逾越？顾往昔，我们所有的往往都是整体性的分析、大而化之的理论和一揽子式的解决方案。及至法律的有效性备受质疑这一当下法治发展的困境凸现眼前，我们才明白，我们所真正缺乏的正是那种我们特不擅长的条分缕析的个案取向的疑难论思维。

民间规范司法运用研究的纠纷解决导向性质正暗合了这种个案取向的疑难论思维，而可能成为本土资源的超越性现代转换一种可行的路径或形式。之所以如此，首先，民间规范司法运用研究是基于当下社会发展需要的，是法律的有效