

CSSCI来源集刊

民间法

【第十一卷】

主 编 刘

执行主编：刘冬园

中南大学法学院 主办



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

CSSCI来源集刊

民间法

【第十一卷】

中南大学法学院 主办



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

民间法. 第 11 卷/谢晖, 陈金钊主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2012. 11

ISBN 978-7-5615-4332-0

I. ①民… II. ①谢…②陈… III. ①习惯法-中国-文集 IV. ①D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 160965 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

厦门市金凯龙印刷有限公司印刷

2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月第 1 次印刷

开本: 787×1092 1/16 印张: 26.75 插页: 2

字数: 580 千字 印数: 1~1 500 册

定价: 55.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

《民间法》年刊总序

自文明时代以来,人类秩序,既因国家正式法而成,亦借民间非正式法而就。然法律学术所关注者每每为国家正式法。此种传统,在近代大学法学教育产生以来即为定制。被谓之人类近代高等教育始创专业之法律学,实乃国家法的法理。究其因,盖在该专业训练之宗旨,在培养所谓贯彻国家法意之工匠——法律家。

诚然,国家法之于人类秩序构造,居功甚伟,即使社会与国家分化日炽之如今,前者需求及依赖于后者,并未根本改观;国家法及国家主义之法理,仍旧回荡并主导法苑。奉宗分析实证之法学流派,固守国家命令之田地,立志于法学之纯粹,其坚定之志,实令人钦佩;其对法治之为形式理性之护卫,也有目共睹,无须多言。

在吾国,如是汲汲于国家(阶级)旨意之法理,久为法科学子所知悉。但不无遗憾者在于:过度执着于国家法,过分守持于阶级意志,终究令法律与秩序关联之理念日渐远离人心,反使该论庶几沦为解构法治秩序之刀具,排斥法律调节之由头。法治理想并未因之焕然大光,反而因之黯然神伤。此不能不令人忧思者!

所以然者何?吾人以为有如下两端:

一曰吾国之法理,专注于规范实证法学所谓法律本质之旨趣,而放弃其缜密严谨之逻辑与方法,其结果舍本逐末,最终所授予人者,不过御用工具耳(非马克思·韦伯“工具理性”视角之工具)。以此“推进”法治,其效果若何,不说也知。

二曰人类秩序之达成,非唯国家法一端之功劳。国家仅借以强制力量维持其秩序,其过分行使,必致生民往还,惶惶如也。而自生于民间之规则,更妥帖地维系人们日常交往之秩序。西洋法制传统中之普通法系和大陆法系,不论其操持的理性有如何差异,对相关地方习惯之汲取吸收,并无沟裂。国家法之坐大独霸,实赖民间法之辅佐充实。是以19世纪中叶、20世纪以降,社会实证观念后来居上,冲击规范实证法学之壁垒,修补国家法律调整之不足。在吾国,其影响所及,终至于国家立法之走向。民国时期,当局立法(民法)之一

重大举措即深入民间,调查民、商事习惯,终成中华民、商事习惯之盛典巨录,亦成就了迄今为止中华历史上最重大之民、商事立法。

可见,国家法与民间法,实乃互动之存在。互动者,国家法借民间法而落其根、坐其实;民间法借国家法而显其华、壮其声。不仅如此,两者作为各自自治的事物,自表面看,分理社会秩序之某一方面,但深究其实质,则共筑人间安全之坚固堤坝。即两者之共同旨趣,在构织人类交往行动之秩序。自古迄今,国家法虽为江山社稷安全之必备,然民间法亦为人类交往秩序所必需。故人间秩序者,国家法与民间法相须而成也。此种情形,古今中外,概莫能外。因之,此一结论,可谓“放之四海而皆准”。凡关注当今国家秩序、黎民生计者,倘弃民间法及民间自生秩序于不顾,即令有诤诤之声,皇皇巨著,也不啻无病呻吟、纸上谈兵,终其然于事无补。

近数年来,吾国法学界重社会实证之风日盛,其中不乏关注民间法问题者。此外,社会学界及其他学界也自觉介入该问题,致使民间法研究蔚然成风。纵使坚守国家法一元论者,亦在认真对待民间法。可以肯定,此不惟预示吾国盛行日久之传统法学将转型,亦表明其法治资源选取之多元。为使民间法研究者之辛勤耕耘成果得一展示田地,决定出版《民间法》年刊。

本刊宗旨,大致如下:

一为团结有志于民间法调查、整理与研究之全体同仁,共创民间法之法理,以为中国法学现代化之参照;

二为通过研究,促进民间法与官方法之比照交流,俾使两者构造秩序之功能互补,以为中国法制现代化之支持;

三为挖掘、整理中外民间法之材料,尤其于当代特定主体生活仍不可或缺、鲜活有效之规范,以为促进、繁荣民间法学术研究之根据;

四为推进民间法及其研究之中外交流,比较、推知相异法律制度的不同文化基础,以为中国法律学术独辟蹊径之视窗。

凡此四者,皆须相关同仁协力共进,始成正果。故鄙人不揣冒昧,吁请天下有志于此道者,精诚团结、互为支持,以辟法学之新路、开法制之坦途。倘果真如此,则不惟遂本刊之宗旨,亦能致事功之实效。此乃编者所翘首以待者。

是为序。

谢 晖

目 录

《民间法》年刊总序	谢 晖(1)
-----------------	----------

学理探讨

民间法在中国特色社会主义法制体系中的地位	张继民(2)
论习惯法对于中国法制(法治)建设的价值	厉尽国(12)
“民间法”概念问题辨谬	魏治勋(23)
论民间司法的概念	吕廷君(31)
民间调解的重新定位	傅贤国(41)
纠纷和解的功能	
——个案解决视角	唐 峰(56)
也论习惯与习惯法	
——接着《论习惯与习惯法》一文说	黄金兰(71)
立足于司法立场的民间法研究	
——评张晓萍《民间法的司法运用》	王 彬(83)

经验解释

当代中国习惯法与国家立法	
——以黔东南苗族侗族自治州自治法规(规范性文件)中的习惯法为例	
.....	李向玉(92)
民间法、民族习惯法与司法审判	
——运用善良风俗,彰显和谐司法	张小莉(107)
浅谈善良民俗习惯在民事审判中的适用及相关问题	赵晓荣(114)
论习惯进入司法的方法	彭中礼(120)
民间法作为司法调解规则的论证模式	张传新(133)
论民间习惯法在行政裁决中的地位与适用	张 弘(142)
风俗习惯在民事调解中的适用研究	郭剑平(152)

制度分析

互治视角下雇佣纠纷化解机制研究

——以民国时期华北地区的乡村雇佣市场为例说明

..... 尚海涛 龚 艳(164)

民间惯例、纠纷解决与社会秩序

——以乾隆刑科题本租佃关系史料为考察中心 张 斌(174)

大变局中的小风景:民国初年民事裁判中的习惯、法理与情理

——以民国初年“姚蓝氏与姚志森等人田产纠纷案”为对象 ... 张 镭(187)

清中后期黔东南文斗寨苗族典制研究 瞿 见(198)

羌族习惯法中的纠纷解决机制 龙大轩(219)

改土归流时期羌族土地制度探析 梁 健 黄奕玮(230)

唐五代买卖中的违约处分:一种习惯法的视角 韩 伟(238)

观念·经典·诠释:论汉代天人合一法思想的三个层面 朱 腾(252)

构建中国强制调解制度的必要性和可行性

——评《民事诉讼法》修正案草案第122条 张晓茹(268)

社会调研

民间纠纷解决之道的演变

——基于甘肃X村、L村和M村的民俗、习惯与司法实践 任 强(278)

村规民约的主要样态及其价值基础的讨论

——以铜仁样本为基础的研究 王 旭(291)

林权制度的法律实践与地方建构

——基于粤北高村的调查 林辉煌(312)

新型村级自治组织与农村土地纠纷解决

——以协商民主为视角 王宏选 白呈明(324)

习惯法视角下的客家社会文化变迁

——以五华县平安村为例 谢乃煌(337)

蒙古族聚居区的刑事和解实践考察

——文化与个体行动逻辑的解释框架

..... 萨其荣桂(349)

论“吵架”现象背后的规则信任缺失 刘祥超(371)

山东省安丘、临朐生育风俗考 王月峰(383)

域外视窗

跨国民间法初探

- 以全球经济的私人规制为视角 王彦志(394)
- 英属殖民地民间习惯的司法查明 王林敏(410)

学理探讨



- ◎民间法在中国特色社会主义法制体系中的地位
- ◎论习惯法对于中国法制（法治）建设的价值
- ◎“民间法”概念问题辨谬
- ◎论民间司法的概念
- ◎民间调解的重新定位
- ◎纠纷和解的功能——个案解决视角
- ◎也论习惯与习惯法——接着《论习惯与习惯法》一文说
- ◎立足于司法立场的民间法研究——评张晓萍《民间法的司法运用》

民间法在中国特色社会主义 法制体系中的地位

张继民^{*}

(天水市中级人民法院 甘肃天水 741000)

【摘要】 近年来,学术界对民间法、民族习惯法的研究越来越热,其中涌现出了一些对传统法学思想、基本概念的革新性观点。这些观点深刻地影响着法律实践,但目前学术界对民间法、民族习惯法的定位问题却仍然缺乏统一的认识。本文将结合司法实践中的具体案例,就如何因应法学理论创新而定位民间法、民族习惯法问题展开研究,同时对民间法、民族习惯法的法源地位问题展开论证。

【关键词】 民间法 民族习惯法 法制体系 地位

On the Location of Folk Law and Customary Law in the Legal System of Socialism with Chinese Characteristics

Zhang Jimin

(The people's court of Tianshui, Tianshui, Gansu, 741001)

Abstract: Recently, the study of folk law and customary law become more and more popular in the academic circles, among which some creative viewpoints appeared and strongly affected legal practice. However, it has not obtained a quite unified understanding to the location of folk law and customary law in the academic circles. Combined with cases, this paper will analysis the location of folk law and customary law in the legal system of China, and proves the status of folk law and customary law as the legal source.

Key words: Folk Law; Customary Law; Legal System; Status

本文在坚持马克思主义法学理论的基础上,就如何进行法学理论创新而定位民间

^{*} 张继民,毕业于西北政法大学法律系,现任天水市中级人民法院副院长。

法、民族习惯法,确立其在中国特色法律体系中的地位展开说明,加以一定的案例予以实践支持,用以论证民间法、民族习惯法应当具有的法源地位。

近年来,理论界对民间法、民族习惯法的研究越来越热,从理论的深度上,对传统的法学思想、基本概念提出了革新性观点,形成了法学文化论、本土资源论、民间规范论、生活方式论、非正式制度论等法学新观点,这些理论成果深刻地影响着法律的适用,影响着社会管理方法创新,影响着解决社会矛盾的机制。实务界随着“调解优先、案结事了”审判理念的嵌入,对民间习俗、民族习惯等在调解案件、处理案件中的作用也越来越重视,尤其是在广大西部相对比较落后的农村和少数民族地区,用民间规则、民俗习惯、民族传统等老百姓习以为常、习以为例、人情入理而又不违法的善良风俗、乡村民约解决矛盾、化解纠纷的方法实用且管用。目前在理论界存在的困惑是民间法、民族习惯法的定位问题,有的学者认为民间习俗、民族习惯不能称之为法,应当定位为民间规则;有的学者认为民间规则、民族习惯应当定位为民间法、民族习惯法,但受传统的法学理论限制,不好或者难以作出准确的理论定位。笔者不是法学家,在民间法、民族习惯法的理论定位上没有发言权,但作为从事民事审判工作多年的法官,我倾向于将民间规则、民族习惯定位在民间法、民族习惯法的高度来进行研究。

一、在坚持马克思主义法学理论基础上进行中国法学理论创新

马克思主义法的本质学说认为:法律是统治阶级或取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志的表现。法所体现的统治阶级意志不是统治阶级内部的各党派、集团或每个成员的个别意志,也不是这些个别意志的简单相加,而是统治阶级的整体意志、共同意志或根本意志。在一定情况下,法的内容规定不仅反映统治阶级的意志,而且同时又反映被统治阶级以及统治阶级的同盟阶级的某些要求和愿望。由此而总结出法的特征为法是调整人们的行为或社会关系的规范,具有规范性;法是由国家制定或认可的,体现了国家对人们行为的评价,具有国家意志性;法是由国家强制力为最后保证手段的规范体系,具有国家强制性;法在国家权力管辖范围内普遍有效,因而具有普遍性;法是有严格的程序规定的规范,具有程序性。

正是基于上述法的本质说,特别是受苏联法学家维辛斯基观点的影响,一些学者不好对民间法、民族习惯法进行定义或者不能准确地将民间规则、民族习惯等视为“法”。笔者从理论的角度看,这些学者的考量有一定的道理,无可厚非。但站在马克思主义学说的观点上,进行学术研究、学术创新本身就是坚持马克思主义观点,因此,在研究民间法、民族习惯法的过程中,在坚持马克思主义法的本质说的同时,要看到在这种学说下的法的社会性特征:“法是调整人们的行为或社会关系的规范,具有规范性”;法的社会性,给研究“法”的外延提供了广阔的空间。为此,要有法律思考的解放,全面理解法律的功能,“要建立现代法治,首先一个重要问题是重新理解法律,我们的法律教科书上习惯从

政治学的角度对法律定义,因此,法律被仅仅理解为或过分强调成上升为国家意志的统治阶级的意志”。^①记得20世纪80年代张宗厚访张友渔先生时曾提出“法学理论要更新”的观点,同时,对法提出了一个新的定义,认为法的定义首先应为“一定的法是一定的物质生产关系的产物”^②,这说明对法的理论创新法学界的前辈也是首肯的,法的外延性创新更是可能和必然的,就民间法、民族习惯法而言,找准一个介质是其定位的关键。对此,周世中教授提出了“以马克思主义法学为指导来认识法的概念,一方面,必须以坚持马克思主义法律观点为基点,即必须承认法的阶级性和国家性,否则会滑向偏离马克思主义法学的错误轨道上去;另一方面,又必须在整个社会的大系统中,从形式与内容、现象与本质相结合,来界定法的内涵”^③。这其中的大系统就是笔者认为的介质,或许其他专家有不同的认识,但中国现代法律思想的研究必须与现代社会发展相适应,在对马克思主义法学的核心概念和范畴的认识不断深入研究的基础上要不断进行理论创新,“必须看到,国内对马克思主义法律思想的研究,过去多集中于马克思主义关于法律的本质及其权利义务问题的研究,这已经很不适应新形势的要求。系统地研究马克思主义法律思想及其对中国法治建设意义,特别是从马克思主义关于人的权利与自由、公平与正义的思想探寻对人类制度建设具有指导价值的原则,并把这些原则与我国法治社会建设相结合,对当下的法治与社会和谐都是非常重要的”^④。对民间法、民族习惯法的“法”的定位就是应当有这种理论创新的精神。对此理论问题,作为实务者,我们没有深度研究过,但作为法官,我们特别关注民间法、民族习惯法的研究,因为在审判实践中,尤其是在民事审判工作中,最贴近群众生活的案件,用群众的办法、老百姓最习惯的方法,最能解决实际问题。这也许就是最高人民法院院长王胜俊所强调的,坚持“人民性”,必须增强理论认同、必须增强感情认同、必须做到实践认同。民间法、民族习惯法就是研究老百姓的事,就是把乡土风情的事理论化,从而用于指导审判实践,其研究的根基深厚,理论创新的资源丰富。

二、民间法是建设中国特色的社会主义法制体系的有机组成

中华民族是以黄河流域为摇篮发展起来的。从公元前21世纪左右,氏族社会开始解体,中国进入了阶级社会,我国法制史也揭开了奴隶制法制史的篇章。从最早的封建成文法《法经》,到最后一部封建法典《大清律》,相互间陈陈相因,具有十分清晰的沿革关系和内在联系,从而被称为“中华法系”,其中包含了封建统治阶级的意志,反映了礼教和儒家思想,折射了老庄哲学,凝结着各民族人民的智慧。笔者之所以提及于此,主要说明的是历史上我们

① 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年修订版,第7页。

② 郭宇昭:《法的基本概念的再探讨》,载《中国法学》1988年第2期。

③ 周世中:《西南少数民族民间法的变迁与现实作用》,法律出版社2010年版,第21页。

④ 付子堂:《中国马克思主义法学理论的新拓展》,载《华东师范大学学报》2009年第6期。

也曾有“中国特色”的法制思想。那么在倡导建设中国特色的社会主义的今天,更应当确立中国特色的法制体系。

改革开放 30 年,我们引进了西方国家的市场经济发展模式、经济管理模式,与之相适应引进了一些西方的法治制度,对完善我国的法律制度有一定的积极作用,尤其是关于市场经济的法律制度,对中国经济社会的发展起到了强力推动作用。正因为此,一些学者大力提倡引进西方法律,不论是实体方面的,还是程序方面的,一味大量移植,导致人民群众不能认同,中国社会不能接受。这说明法律移植不能解决中国现代法治的难点,正如朱苏力所言:“在中国从计划经济向市场经济转换、建立全国统一大市场的过程中,必定要求和引起法律和习惯的变化,最终要求形成与市场经济相适应的法治。尽管目标已经明确,但中国法治却不能仅仅按照理论上论证的那种与市场经济相适应的法律制度或者外国行之有效的法律制度来建立。这是因为市场经济所需要的并不是一种抽象的法治,而是一种从总体上最大限度地减少总成本、促进交换发生和发展、促进财富配置最优化的规则和制度,其中包括正式的法律和大量的习惯惯例。变法引出的制度变化并不必然符合市场经济需要,它不能替代社会生活中所需要的大量习惯惯例;法律移植也不可能完成这一点。”^①试想在一个有着古老文明的国度,在一个经济上打造小康社会的国家,在一个负责任的大国,在一个为建设中国特色的社会主义而和平崛起的国家,没有中国特色的法制理论体系和司法制度是不可想象的,其“中国特色”是不完善的。为此,中国法学会审判理论研究会会长沈德咏在中国法学会审判理论研讨会 2010 年年会上强调:要强化国情意识,立足社会主义初级阶段基本国情,全面认识和把握现实社会条件,抓住核心问题与关键环节展开理论研究。全国人大常委会副委员长王兆国在《关于形成中国特色社会主义法律体系的几个问题》一文中强调:“看法律体系的形成,要从我国的国情和实际出发。世界上并没有也不可能统一的法律体系判断标准。不同国家由于国情不同,法律体系的内容和形式会有所不同。构建法律体系,任何时候都必须立足本国国情。不是国外法律体系中有的法律我们都必须有,也不是国外法律体系中没有的法律我们就不能制定。……此外,理解法律体系的形成,还要注意把握法律规范与其他社会规范的关系。调整社会关系的手段历来是多种多样的,除法律规范外,还有国家在一定时期出台的政策、在某一具体领域的政策措施,还有行业规范、道德规范、社会习俗等。”

民间法、民族习惯法的研究正是符合中国国情的本土资源研究,是适应中国具体国情,适应中国民风、民俗的研究,有着解决中国实际问题、解决老百姓之间的纠纷实效性意义。为此,笔者坚定民间法、民族习惯法的“法”的定位,只有在“法”的定位基础上,才能充分体现民间规则、民族习惯也是调整人们的行为或社会关系的规范,才能将民间法、民族习惯法研究的方向定准,才能成为中国特色的法律体系中的一个分支。有些人能接

① 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社 2004 年修订版,第 11 页。

受西方成文法是因为它是法律条文的体现,有个立法的过程,符合法的本质说,但同时这些人又能统一地接受没有立法过程的不成文法和习惯法,这足以说明不是所有的“法”都是由统治者以立法的方式产生的。我们的法学家能接受西方的“不成文规定”和“习惯”,并为其冠以“法”,却不认为本民族的善良风俗、民族习惯是“法”或者不以“法”看待,这一方面说明我们的研究还存狭隘性,另一方面说明了对本土文化的不重视。

本土文化是一个民族的根,能够反映一个国家的独有特色,具有传统性。中国的民族风情、民俗习惯、乡规民约、民间规则等根植于各民族生存的地域环境,伴随着源远流长的中华文明,深深地烙在了老百姓的心里。“它们可以是家庭的,也可以是民族的;可能形诸文字,也可能口身相传;它们或是人为创造,或是自然生成,相沿相习;或者有明确的规则,或者更多地表现为富有弹性的规范;其实施可能由特定的人负责,也可能依靠公众舆论和某种微妙的心理机制。”^①这种民间法、民族习惯法的形态,既是知识传统,又是乡土文化;既是生活习惯,又是秩序规则,体现了中国文化的特色,反映了中华文明的厚重。“像这一类的传统,不必知之,只要照办,生活就能得到保障的办法,自然会随之发生一套价值。我们说‘灵验’,就是说含有不可知的魔力在后面。依照着做就有福,不依照了就会出毛病。于是人们对于传统也就渐渐有了敬畏之感了。”^②费孝通先生还说道:“文化本来就是传统,不论哪一个社会,绝不会没有传统的。衣食住行种种最基本的事务,我们并不要事事费心思,那是因为我们托祖宗之福,一一有着可以遵守的成法。但是在乡土社会中,传统的重要性比现代社会更甚。那是因为在乡土社会里传统的效力更大。”^③费先生所讲,其实就说的是民间法、民族习惯法在中国这个乡土气息很浓的社会里所起的重要调节效用。

三、民间法、民族习惯法在司法实践中的运用

有些学者认为民间法、民族习惯法存在立法缺失。笔者赞同周世中教授的“非国家法说”,相对国家法而言,民间法、民族习惯法不需要通过国家的立法机关按照立法程序进行颁布实施,这是因为传统文化的沿革,符合老百姓生活的常理,是在一定地域、一定条件下相对聚居的民族长期生活、劳作、交往中体现出的秩序和规则,符合“法是调整人们的行为或社会关系的规范”的这一属性,成为老百姓“一一有着可以遵守的成法”。如果说民间法、民族习惯法存在立法缺失,我觉得国家法应当承认民间法、民族习惯法的现实存在和应有的法律地位,同时对那些不违反现行法律,又有良好社会调节作用的民间法、民族习惯法作为处理民事案件的依据。就像《中华人民共和国合同法》第22条(承诺应当以通知的方式作出,但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除

① 梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第35页。

② 费孝通:《乡土中国》,上海世纪出版集团2007年版,第48~49页。

③ 费孝通:《乡土中国》,上海世纪出版集团2007年版,第48~49页。

外)和第61条(合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定)一样确立民间法、民族习惯法在处理案件中的地位和作用,体现“国家法”的一面。

作为法官,笔者在处理涉及群众生产、生活的民事案件过程中,如相邻关系、土地承包、婚约财产、口头合同等纠纷,在具体案件的处理过程中,如果完全按照举证责任制度、民事证据规则办理,可能案结事不了,司法的公信力受到伤害。司法的公信力是社会公众对司法信任和尊重的程度,“以强调司法的独立化、法官的职业化、裁判的权威化、目标的法治化为宗旨,但不少做法因为缺少法律上的根据,最终无法获得法律的支持,其结果物极必反,司法不但未赢得民心,反倒伤害了民意”^①。正因为此,我们在司法实践中尝试用民间习惯、民间规则调解和处理纠纷,反而做到了“案结事了”。

把民间法规则当作证据。比如,甘肃省天水市中级人民法院2010年受理了一起二审案件,案情经过是:成某1980年取得秦安县莲花镇冯沟村一块土地的承包经营权,承包时该块土地上没有坟头标志,后来种植了苹果树,由于盛果期苹果不能全部销售,于是成某决定在这块地靠山路的地方修一个储存苹果的果窖。2010年开春,冯某在成某挖果窖过程中,认为成某开挖的地方有他家的祖坟,便进行了阻挡,并认为成某的行为构成侵权,双方矛盾非常激烈。冯某请求法院判令成某停止侵害,赔偿损失。本案的难点之一是被上诉人成某1980年取得果园的承包经营权,是合法的土地承包权人,且当初承包至开挖果窖时没有坟头;难点之二是老百姓对祖坟有着普遍的怀古情节,属民俗传统。本案假以按民事证据规则判决,合法的土地承包权人肯定胜诉,但民俗传统会让人不服,达不到平息矛盾的目的。为此,笔者带领合议庭成员到现场办案,经与周围群众座谈,了解到过去这块承包地是沙地,当地老百姓有个习惯,就是“见沙不坐坟”。于是我们在现场三个不同的位置分别进行了掘土,三个地方都在挖至1.2米左右时出现了河沙。我们便以“见沙不坐坟”的当地习俗现场做工作,使冯某最终认可祖坟不能建在沙地上的传统。经调解,双方达成了调解协议,成某继续建果窖,冯某在记不清坟茔的情况下可在成某的承包地内进行祭奠活动。此案矛盾纠纷的化解,正是我们着眼于对老百姓的民间习俗的尊重基础上,把民间习惯作为证据使用,让当事人发自内心地服气,最终让当事人在认可民间法规则的情况下息诉。

把民间法规则作为法律的解释。梁慧星教授讲道:“法律适用的关键在于法律解释,法律解释不正确,最终必然导致法律适用不当。所以说,法律解释直接关系到法律适用的正确性,其意义是非常重大的。现代民法解释学认为,法官处理法律问题,归结为法律解释,法律问题说穿了是一个解释问题。法律问题的本质是解释问题。”^②如有一案件,张某在天水市周边某个农村的牲畜市场买牛,市场上牛的均价是6000元,牲畜市场有个民间习惯,就是交易双方谈价款时不能声张,防止扰乱市场价格,于是交易双方在袖筒里用

① 谢晖:《论民间规则与司法能动》,载《学习与探索》2010年第5期。

② 梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003年版,第51页。

手“谈”价。张某在市场上看准了王某的牛,王某也愿意卖,双方便在袖筒里“谈”价,最终成交,张某牵走了牛,王某收了款。过了3个月,王某以价格显失公平为由向法院起诉请求撤销合同。审理中王某称张某只给了4000元,张某称给王某付了5500元。法官很为难,因为按证据规则很难分辨哪个“袖筒里的证据”更有证据优势。但是如果把袖筒里“谈”价看作《中华人民共和国合同法》第22条所规定的“承诺应当以通知的方式作出,但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外”,那么袖筒里“谈”价,既是一种要约和反要约,又是一种承诺,同时还是一种交易习惯,这种交易习惯又是以袖筒里的两只不同的个体的手的行为来完成的。据此解释《中华人民共和国合同法》第22条和第61条更加准确,所以,行使合同撤销权的理由不能支持。反过来,此案如若不把民间法当作解释法律所说的交易习惯,案件的处理可能因为一等一的证据而无法处理。

把民间法当作法律漏洞的补充。笔者曾经就一个字画买卖的案件写过案件审结后的认识,案件经过如下:王甲有字画若干,去世后,王乙继承包括字画在内的财产。2006年王乙将继承的字画6幅卖给何丙,双方约定价款为25000元,如有假包退。双方交易完成后3个月,双方发生纠纷,何丙认为其将字画鉴定后证明是赝品,要求退画,王乙以何丙交于专家的字画不是原物为由拒绝退画。何丙遂起诉,以王乙欺诈为由要求王乙双倍返还字画款50000元。此案同样是一对一的证据,没有证据优势可言,不好处理。另外,何丙的主张是按《消费者权益保护法》中的欺诈行为要求双倍返还价款的,而对于古玩、字画、“赌石”之类的交易,能不能适用《消费者权益保护法》,在法律上是个空白,这个空白就是没有法律规则。“这个没有法律规则的情况,在法释学上,叫法律漏洞。法律漏洞,犹如我们住的房子有漏洞,平常一下雨就哗哗漏水,必须请泥瓦匠将房顶上的漏洞填补起来,否则我们就没法居住。法律上的漏洞,道理相同,也要有人将漏洞填补起来,不填补起来,你那个案件就裁判不了。”^①就本案而言怎样填补?一是通过解释立法精神的方法填补。从立法背景看,《中华人民共和国消费者权益保护法》是保护消费者权益的专门法律,消费者为生活需要购买、使用商品或者接受服务,其权益受到该法的保护;经营者为消费者提供生产、销售的商品或者提供服务,应当遵守该法。另外,农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料,亦应参照该法执行。可见,我国法律上采用狭义消费概念,仅限于生产、生活消费或提供服务,而古玩、字画、“赌石”等属文化消费,其交易行为是特殊的商品买卖,是少数人在满足狭义的生活消费后的一种高级消费,这种消费往往没有国家标准,没有计量,没有价格法意义上的价格等。对爱好者、收藏者而言古玩、字画、“赌石”都有价,但对非爱好者、收藏者以及仅有温饱水平的大多数公民而言其并非有价,对国宝级的字画文物也无价,但却是无价之宝。从央视《鉴宝》栏目可以看出,专家鉴定出价也仅为字画文物市场的参考价。二是用民间法的交易规则进行填补。现行法律认可民间交易习惯,“这种在法律上对民间规则之法源地位的确定,使得民间规则在法律

^① 梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003年版,第47页。

有漏洞的情形下,能顺理成章成为司法援引的对象,成为司法裁判的规范根据之一。……如果把这一因素考量进去的话,完全可以说运用民间规则补充法律漏洞的问题,仍然是法官在诸多的民间规则中设法选择并认真论证的问题或者就是法官在诸多的民间规则中设法发现法律,以适用相关案件的活动”^①。我们把古玩、字画、“赌石”买卖看作民间交易,按行规办理就比较处理好。因为,古玩、字画、“赌石”的买卖不依赖产品质量法,只凭爱好者、收藏者的喜好、识别能力来决定。同时赝品也可以交易,有些惟妙惟肖的赝品同样具有收藏价值。因此,古玩、字画、“赌石”的买卖在交易习惯上考验的是买方的鉴赏力。在拍卖古玩、字画时的习惯是只讲竞价,不保证是真品还是赝品。而“赌石”中的“赌”指“搏一把”的交易,其结果可能是“玉”,也可能是“石”,无论什么结果,不能反悔。

把民族习惯当作比对证据证明力的依据。如天水市中级人民法院审理的,杨某与马某排除妨碍纠纷一案,双方当事人系连襟关系,均是张家川回族自治县恭门镇回族群众。1998年8月杨某一家人外出到新疆打工,将自己宅基地上所建的北房五间、东厦房一间(恭门镇恭门村6组200号房院)交于岳父看管。后杨某急需用钱,打电话向其岳父借款,其岳父称无钱,杨某便和其岳父在电话中商定,将恭门镇恭门村6组200号房院作价18500元卖给其岳父。其岳父让另一女婿马某筹款18000元分两次转交给杨某。2001年杨某岳母去新疆看望杨某一家人时,杨某请本村赵某写约书一份。2002年1月5日,其岳父又将该房院卖给马某,马某修建了大门围墙,2004年修建了一大间北房,并对原东厦房的前沿和门窗进行了更换,打了一眼水井。2008年杨某以马某占用其房院为由请求排除妨碍。杨某主张其是向岳父借款而不是卖房,马某主张是从其岳父处购得的房屋。本案从赵某2001年代杨某书写的将该房作价18000元卖给其岳父的约书看,是购房款,而非借款。但在二审时杨某提交了一份同为赵某所写的见证书一份,内容说明其出具的约书是假的,当时写的是“收款人”而非“收房款人”。那么“收款人”和“收房款人”就成为本案处理的焦点,如何进行证据判断就成为法律考量的关键。通过二审审理发现,一审庭审质证时,杨某岳父于2009年上半年提出就卖房院一事要和身为开学阿訇的杨某以穆斯林的名义去清真寺“端古兰经”,之后在几位宗教人士的劝说下才平息了纠纷。对此民族习惯在本案中应如何认识,我们认为,“法官在证据规则的适用上呈现出不同的司法哲学观,一种是简单、机械的规则主义,而另外一种则是生动、灵活的能动主义。不同的司法哲学观往往会导致司法判断结论的迥然差异,因此,法官判决的公正性需要符合时代的科学的司法哲学观。法官的司法能动性可以为司法提供方法论的指引和司法官的智力支持。证明责任的分配、证据资格的审查判断、证据证明力的比对、心证的形成、证明标准的确立等都依靠作为事实认识主体的法官之主观能动性的发挥”^②。“端古兰经”发誓既是穆斯林对重大问题的一种解决办法,同时,也是当事人心证的一种表现形式。作为处理本案的依据,尽管该约书是诉讼发生前书写的,是没有倾向性的,但由于赵某反悔,对

① 谢晖:《论民间规则与司法能动》,载《学习与探索》2010年第5期。

② 陈朝阳:《法官对证据审查判断的司法能动性》,载《中国审判》2010年第12期。