

2011

谢晖 陈金钊 主编

民间法



济南出版社

民间法

谢晖 陈金钊 主编

济南出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民间法. 2011 / 谢晖, 陈金钊主编. ——济南: 济南出版社, 2011. 9

ISBN 978 - 7 - 5488 - 0305 - 8

I. ①民… II. ①谢… ②陈… III. ①习惯法—研究—中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 152082 号

责任编辑 朱向泓

装帧设计 焦萍萍

出版发行 济南出版社

地 址 济南市二环南路1号 (250002)

网 址 [www. jnpub. com](http://www.jnpub.com)

印 刷 山东东大印刷有限公司

版 次 2011 年 9 月第 1 版

印 次 2011 年 9 月第 1 次印刷

开 本 787 × 1092 1/16

印 张 24.75

字 数 602 千

定 价 40.00 元

(济南版图书, 如有印装错误, 可随时调换)

总 序

自文明时代以来,人类秩序,既因国家正式法而成,亦藉民间非正式法而就。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:过度执著于国家法,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一新,反而因之黯然神伤。此不能不令人忧思!

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(非马克斯·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,非惟国家法一端之功劳。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、特别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;民间法藉国家法而显其华、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,国家法与民间法相辅而成也。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,即令有谔谔之声,皇皇巨著,也不啻无病呻吟、纸上谈兵,终将于事无补。

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,亦且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,鄙人经与济南出版社洽商,决定出版《民间法》一书。

本书宗旨,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,则不惟遂本书之宗旨,亦能致事功之实效。此乃编者所翘首以待者。

是为序。

陇右天水学士 谢晖

2010年6月20日

目 录

总序	谢 晖(1)
----------	--------

学理探讨

论习惯规则的司法识别	王林敏(1)
论习惯法编纂与习惯法的查明	姜世波(9)
论具体习惯成为法源的判断标准	彭中礼 金 梦(25)
陌生人社会的破碎	
——民间法适用的当代城市基础	李亚凝(35)
民间法理论的法律多元主义根脉	
——维柯的《新科学》及其文化多元论对民间法研究的贡献	钱锦宇(47)
社会规范的生成和改变	
——读埃里克·A·波斯纳的《法律与社会规范》	马得华(54)
法治视域下的民间法研究	
——第六届全国“民间法·民族习惯法”学术研讨会	
暨广西法学会法理学研究会 2010 年年会综述	张晓萍(63)
民间法研究中法律人类学进路的探讨	李瑜青 张 建(73)
论乡村治理视域下的民间规范	赵 蓬(81)
民间法的现代性命运及其意义	魏治勋(92)
论乡村司法的简约逻辑	周尚君(101)
论人格权的正当性渊源	
——兼论人格权作为习惯权利	姜新东(108)

经验解释

当代人民调解中民间法与国家法的互动与融通	
——对汤阴县近年来调解案例的解析	祁雪瑞(117)
论民间规范在纠纷和解中的功能	唐 峰(125)

民间规则在社区纠纷解决中的运用研究

- 以上海社区调解制度为研究样本 瞿 琨(136)
- “菜刀禁忌”的起源与本质 吕廷君(146)
- 人神沟通与情感宣泄:特定场景中的纠纷解决
- 以吉首乡鸭溪天王庙神判活动为考察背景 石伶俐(152)
- 民间秩序及其价值论析
- 以陕西南部山区的一场葬礼为起点 陆 曦(161)
- 民国时期司法中的商业惯例与法律发现
- 基于《上海商事惯例》的法社会学分析 张 斌(167)
- 民国帮会规则的宗法特性探析 杨立民(175)
- 国家法与民间法在香港新式婚姻实践中的良性互动
- 纠纷解决的“防治结合”模式 林园合(182)
- 熟人社会:一道远去的风景?
- 以费孝通的《江村经济》为考察场景 马建红(194)

制度分析

- 清代的“不应为”律与纠纷解决 刘志勇(201)
- 明清时期晋商行会制度研究
- 以习惯法为视角 单文杰(209)
- 论清代土地绝卖契约中的中人现象 陈胜强(234)
- 农业特殊雇佣习惯规范研究
- 基于民国时期华北地区的资料 尚海涛 龚 艳(246)
- 锦屏阴地风水契约文书与风水习惯法 程泽时(257)
- 冲突与融合:民国学者关于民事习惯法的学术论证 刘昕杰 陈长宁(272)

社会调研

白裤瑶的习惯法及纠纷解决机制的实证考察

- 以贵州荔波县瑶山乡白裤瑶习惯法为例 周世中 梁 凤(281)
- 布依族习惯法与国家刑法的冲突分析
- 以贵州省紫云布依族聚居区为例 王 艳 吴大华(298)
- 阳芳寨苗族习惯法中的议榔制度调查与研究 周相卿(307)

咸同苗变后贵州苗疆的地域秩序整合与纠纷解决机制	潘志成(314)
论少数民族习惯规则与国家法的冲突与协调	
——从贵州苗寨的一起借贷纠纷案谈起	厉尽国 王义汉(324)
论藏族“赔命价”习惯法的特征和属性	淡乐蓉(330)
山东省安丘、临朐等地的丧葬风俗考	王月峰(351)
论村规民约及其与国家法的互动	王永碧(359)

域外视窗

法律、国家与社会:埃利希 vs 凯尔森	科林克/姚远 译(373)
---------------------------	---------------

论习惯规则的司法识别

王林敏*

(曲阜师范大学法学院 山东日照 276826)

摘要:习惯规范也是一种具有规范属性的“应当”，辨析并表达清楚具体民间习惯中的“应当”，进而利用习惯规则解决纠纷、设定救济机制是法官在面对制定法空白而借助于民间习惯时所必须要做的工作。司法实践中，法官有时只是抬出“交易习惯”这个抽象概念，而并没有进行细致的规则识别。这一方面说明法官对于民间习惯概念体系存在着模糊认识，另一方面说明法官缺乏规则识别的意识，只是为了“习惯”而“习惯”。用一种模糊的抽象概念来适用习惯只能是一种牵强附会。如果想运用民间习惯增加裁判的正当性和可接受性，就必须使得法官所运用的习惯具有正当性和可接受性。而要做到这一点，离开认真细致的规则识别是不可能的。法官要做的具体工作，首先是识别习惯规范中的类型，然后是识别习惯规范中权利义务配置。

关键词:习惯；习惯规则；司法识别；类型化；习惯权利

习惯规范具有规范属性，也是一种“应当”。但在司法过程中，此种“应当”对法官而言并非就是立即跃然纸上的。法官必须查明民间习惯中的“应当”，而不能只是建立一种感觉。因为法官的任务是要裁断纠纷、为面对的案件事实寻找规范，而法官用来判案的规范必须是清晰的、得到明确表达的，绝对不能只是一种模糊的感觉——“法律感”只能用来帮助法官寻找规范而不能直接用来判决案件——这种清晰表达出来的民间习惯的规范性就是习惯规则。习惯自身不会主动呈现自己，这个任务需要法官来完成。辨析并表达清楚具体的“当为”，对不同情形中利用习惯规则解决纠纷、设定救济机制具有重要的指导意义。这是法官在面对制定法的空白而借助于民间习惯时所必须要做的工作。

一、习惯规则的司法识别与法律发现

民间习惯是一种法律渊源。但民间习惯进入司法是通过具体的法律方法进行的，即法官必须借助于具体的法律方法，才能将习惯规范引入到司法过程，使习惯规范发挥法源的作用。离开法律方法谈民间习惯的法源地位及其实现，无异于海客谈瀛洲，没有太多的实践价值。民间习惯与法律方法的关联，主要体现在民间习惯的司法适用方面；但民间习惯进入司法一个前设性问题是民间习惯的司法识别：在具体的、涉及民间习惯的案件中，首先得识别出相应领域

* 王林敏，男，曲阜师范大学法学院讲师，法学博士。

的习惯的规范性(规则识别),而后才能考量习惯规则的效力问题(效力识别或者合法性检验)。规则识别与法律发现这种法律方法密切相关。

法律发现是传统法律方法论中最为基础的法律方法之一。在区分法的渊源与形式的前提下,民间习惯、善良风俗、公平正义观念等等,都可以成为发现法律规则的渊源。但从民间习惯中发现“法律”实际上是一种比拟的说法,是在扩大的法律概念的意义上而言的。因为无论是法律多元还是法律一元,前提都是区分“习惯”和“法律”,区别仅在于前者将习惯也视为一种法律,而后者则把习惯排除在法律之外。从法律实证主义视角来看,在习惯规范被用于解决具体案件之前,它还不是法律;只有其被用于具体案件成为判例(案例)中的规则以后,它才成为法律。所以,用“法律发现”这个词概括从习惯中寻求解决具体案件的规范的过程,不如用“习惯规则的识别”这样的概念直观。因此,笔者用“习惯规则的识别”这个概念特指从民间习惯这种法源中发现特定案件解决方案的过程,所以,“习惯规则的识别”可以视为法律发现的一个子方法。

很显然,规则识别就是要求法官从民间习惯中识别出可以解决特定案件的具体规则。但是,在实践中,法官们在此问题上存在着某种认识误区。如果我们可以把习惯分为抽象的习惯和具体的习惯的话,抽象的习惯即人们的一种概念化的思维方式,而具体的习惯则是在这种概念化思维指引下可以归于习惯的某种具体的社会现象。通过研究某些案例,我们可以发现,法官们往往用抽象的习惯概念来替代具体的习惯规范,即只是抬出“民间习惯”或者“风俗习惯”这样的词汇,而不是用具体的习惯规则来判决案件。这种做法在某种程度上而言是不妥的。请看如下案例:

案例 1. 流水账是不是交易习惯?

原、被告于 1994 年开始发生业务往来,2002 年 7 月业务往来结束。双方没有对账手续,2002 年 12 月 10 日原告至被告处对账,被告总账会计顾凤鸣复印被告应付原告款账页第 8 页给原告,并在该页上签署“此件复印与我厂原件无误,尚欠台州市路桥隆达电机有限公司货款 378511.26 元,姜堰市江进泵业机械厂财务科顾凤鸣”后,将该页交给原告。该账页最后一项记载贷记余额为 378511.26 元。顾凤鸣自 1997 年 2 月至 2003 年 2 月一直在被告处任总账会计。据此,法院按照当地的交易习惯,且被告没有相反的证据证明账页中有错记、漏记的项目,认为以流水账作为认定案件事实的依据,故其欠款数额是真实的、客观的。遂作出了判决。被告上诉,中院调解结案,并已执行。^[1]

审理这个案件的法官认为自己是按照“当地的交易习惯”认定案件事实的。但是,此处的疑问是,该“交易习惯”到底指什么,它的具体内容是什么?其中的规则是什么?进而,其中的权利义务配置又是如何呢?仔细研读上述案例可以发现,其所谓的“交易习惯”事实上就是“流水账”,即每个企业都有类似的“流水账”,且不说企业按照国家财务制度要求建立的企业分类账中关于企业往来业务的账目是否属于“流水账”,“流水账”自身是“习惯”吗?如果这是一种“交易习惯”,其中的规范又是什么呢?的确,假如我们到农村的小作坊或者农贸市场去看看,某些个体户的确是记“流水账”,但不是法律规定的那种正式账目,而只是在一个本子上,按照日期顺序记录的一笔笔往来交易。这种账目一般都是买卖双方各自记录的,并没有交易对方的签字确认。一旦发生纠纷,法院可以按照这种“流水账”确认双方的债权债务数额

[1] 姜法(民)二初字第 50 号民事判决书,引自民间习俗的司法运用研讨会(2007 年江苏泰州)会议材料。

吗?恐怕很难。本案中,法院之所以可以认定原被告双方的债权债务数额,是因为原告提供的证据乃是经过对方会计确认并签字的对账的结果。双方会计的这种签字确认是有法律效力的。所以,法院判决的依据并非“流水账”本身,而是对方会计对“流水账”的签字确认。由上述分析可以看出,在本案中,法官判案所依据的具体“交易习惯”并不存在。按照笔者界定的概念体系,“流水账”只是一种“惯常做法”,这种惯常做法根本不具有任何规范性;假如某个地区、行业或者市场的从业者都在记“流水账”,则可以视为一种“惯例”,如果从业者均认为,流水账可以作为往来结算的凭据,则可以视为存在一种交易习惯。但是,公司、企业按照法律规定建立的账目很难再视为“不正规”的流水账,这已经是正式制度了。问题在于,市场交易中的情形千差万别,交易双方一般会以核对无误的账目作为结算凭据而不会仅仅以“流水账”为结算根据,因为如果双方记账的结果不一致怎么办?因此,“流水账”最多是个体户自身的一种惯例,而不太可能成为具有规范性的规范市场主体之间交易的习惯。

所以,上诉案例中,法官只是抬出“交易习惯”这个抽象概念,而并没有进行细致的规则识别。这一方面说明了法官对于民间习惯概念体系的认识方面存在着模糊,另一方面说明法官缺乏规则识别的意识,只是为了“习惯”而“习惯”。用一种模糊的抽象概念来适用习惯只能是一种牵强附会。如果想运用民间习惯增加裁判的正当性和可接受性,首先必须要使得法官所运用的习惯具有正当性和可接受性。而要做到这一点,离开认真细致的规则识别是不可能的。只有一个抽象的“习惯”概念,无异于在使判决神秘化。只有具备确定的行为模式以及在此基础上形成的规范,人们才可据此作出预测并合理安排自己的行为,社会才有秩序可言。“从这一意义上来说,进入司法领域的习惯规范必须是确定无疑的,是民间公认的规范,法官不能运用模棱两可、似是而非的民俗习惯(严格意义上还不能称为民俗习惯)进行裁判。”〔1〕

二、民间习惯的类型识别

民间习惯的规则识别中的一个很重要的方面是确定习惯的类型,类型识别乃是法律发现作为一种法律方法的核心要素。

有很多法官已经认识到了这个问题,比如汤建国、唐登国在其文章中便详细论述了“民俗习惯的类型化整理与层次性区分”的问题,认为“民俗习惯的类型化就是将其进行整理分类”,即以是否善良为标准,可以将其分为善良风俗与非善良风俗;以调整对象为标准,可以将其分为调整人身关系的风俗习惯与调整财产关系的风俗习惯;以调整范围为标准,可以将其分为行业习惯、交易习惯和地方习惯;以心理趋向和态度区分,可以分为喜庆、吉祥和忌讳的风俗习惯等;〔2〕而陈玉贵则引用王泽鉴关于违反“公序良俗”案件的类型化分析。王泽鉴认为违背公序良俗的案件类型为:“宪法”上基本权利的保护;契约上危险的合理分配;定型化条款的控制;婚姻制度的维护;如夫妻间关于离婚的约定;家庭伦理:父母健在时预立财产分管契约;经济秩序;性之关系,比如支付对价从事性行为等六类。〔3〕进而陈玉贵认为传统民俗习惯可

〔1〕 徐清宇、周永军:《民俗习惯在司法中的运行条件及障碍消除》,载《中国法学》2008年第2期,第86页。

〔2〕 汤建国、唐登国:《民俗习惯司法适用的转化机理》,载汤建国、高其才主编:《习惯在民事审判中的运用》,人民法院出版社2008年版,第178~180页。

〔3〕 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第292~297页。

以类型化为如下三类:对民俗习惯进行解构将其权利化,归入相应的法律调整范围;法律行为效力认定中,将民俗习惯作为真实意思表示的推定依据;作为事实认定的依据。^[1]

几位论者的观点值得我们进一步思考。且不论王泽鉴对违背公序良俗案件的类型化研究是否恰当,就引用者的目的而言便是不恰当的。违背公序良俗案例的类型化中的公序良俗,有点类似于我们前面提到的“抽象的习惯”,以抽象的公序良俗作为判断标准,而筛选出违背它的案件,然后对这些案件类型化;很显然,这与“民间习惯的类型化”是完全不同的两回事,后者是指涉及民间习惯的案件中,所包含的习惯规范的类型化问题。进一步的问题是:民间习惯的类型化就是将民间习惯进行分类整理吗?问题恐怕不是这么简单。要想搞清这个问题,至少要回答如下疑问:何谓类型?何谓类型化?类型与类型化之间存在何种关联?类型化的根据是什么?在法律的视角上看,类型化的意义何在?

按照考夫曼的界定,“类型构成普遍与特殊之中点,它是一个比较上的具体者、一个特殊中的普遍者。类型与抽象的——普遍的概念相区别,后者透过一些有限的、彼此分离的特征加以定义,因而是与直观相互对立的。而类型在它的接近现实性、直观性与具体性中是无法加以定义的,只能是加以说明的。它虽然有一个固定的核心,但没有固定的界限,以至于用以描述某一类型的‘特征’得以或此或彼缺少其一,特定事实的类型性不会因此而发生疑问。概念是封闭的,类型是开放的。”^[2]由考夫曼的上述界定可知,类型是与概念相对应的一种思维方式,类型是一种意义关联,普遍事物在其自身中整体地、直观地被把握。所以,就本文的探讨而言,前述对民间习惯的分类只能说是民间习惯的某些“类别”,而不是“类型”。类别乃是使概念精确化的手段,而类型指向的却是概念以外的东西,它与概念是相近但又有所不同的思维方式。

具体事实只能在某种程度上被归于某种类型之下,而不能像概念那样被精确地涵摄。从类型的概念也可以知道,类型区别于个别事物、个别现象,只出现过一次的事物不是典型事物,只有在可比较的范围之内才有类型。^[3]在法律领域,类型便是法律理念与生活事实的这个中间点,是规范正义与事物正义的中间点。立法者的任务便是描述各种类型,把生活事实予以类型化以获得法定的构成要件。立法者把具有相似性的某类生活事实综合抽取其共同要素,用概念的方式表达为构成要件,并规定一个法律效果。这些被加以抽象的生活事实被认为是相同的,在构成要件中被等同视之。^[4]

而法官则必须在法律规范所内含的类型中去把握生活事实。当法律规范缺位时,法官便应代行立法者的职责,像立法者那样从生活事实中去把握和发现其中蕴含的类型。就习惯的识别与司法适用而言,事实上就是法官对习惯进行类型化的过程,在个案中探求那个规范正义与事实正义的中间点,把握住其中的共同要素并将其描述出来。具体而言,习惯是一种由可重复性的行为模式而显现出来的一种类型,因此习惯的类型化的最重要的一点便是对具体的民间习惯中的行为模式的描述,其次是社会主体对违规行为的评价。在此基础上,法官要像立法者那样抽象出其中的构成要件。

具体的习惯的司法识别与抽象的概念思维本身是不同的两回事。界定习惯的含义只是为

[1] 陈玉贵:《民俗习惯的类型化处理及司法导入机制》,载《(2007年)民间习俗的司法运用研讨会文集》。

[2] [德]考夫曼:《类推与“事物本质”》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第111页。

[3] [德]考夫曼:《类推与“事物本质”》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第111~113页。

[4] [德]考夫曼:《类推与“事物本质”》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第97页。

我们的论述设置一个前提和起点,而到具体的习惯识别时,必须再回到类型、回到事物的本质。“概念没有类型是空洞的,类型没有概念是盲目的。”^[1]所以,在具体的司法识别中探讨习惯的类型化问题与前文对习惯概念的界定并不存在本质上的冲突。在具体的习惯规范的司法识别中,法官首先必须回溯到习惯规范包含的类型,并通过司法判决将其明晰化、实定化。如下述案例:

案例2. 夫妻合葬、入土为安

原告黄呈远系被告张孝清之母与其继父黄圣友的养子。黄呈远在母亲、父亲相继去世后,将父母合葬在大运河边。2006年5月张孝清将母亲张玉兰的尸骨盗走,转移到贾汪镇采堂山与其父暨张玉兰的前夫合葬。张孝清辩称,本案争议的法律关系并非人身关系亦非财产关系,不属人民法院的受理范围;黄呈远并非张玉兰所生,双方亦未形成合法的收养关系,自己当然享有母亲尸骨的所有权,移走母亲尸骨的行为并不违反法律规定,亦不违反公共道德,相反如再次返还尸骨,母亲入土而不能得到安宁,有违公共道德。法院审理后认为:原、被告存在争议的根源在于对死者安葬方式存在认识上的分歧,双方按照己方意愿对死者尸体(尸骨)进行处分。法院认为,原、被告对尸体、尸骨的处分必须遵守法律和社会公共道德,不得违犯当地善良风俗习惯,其中死者的夫妻合葬善良习俗是死者近亲属必须要尊重和首先要考虑的。配偶之间的合葬习俗虽然没有法律的明文规定,但它是配偶之间相互享有的天然权利,符合社会的善良风俗习惯和正常的伦理道德标准,法律应予以认可。夫妻离婚后再婚,死亡后的合葬习俗因婚姻关系不存在而不复存在。夫妻死亡后的合葬习俗因存在着婚姻关系更能得到社会一般道德标准的认可和法律的保护。另一种情况,夫妻一方死亡后另一方再婚,先夫妻的合葬习俗受到法律保护还是后夫妻的合葬习俗受到法律保护?情况比较复杂,因法律没有明确规定,不能一概而论,一般应根据案件的具体情况按照社会的一般认识标准区别对待。张孝清在原告操办丧事时并未提出异议和出面阻止,应视为对原告将养父、养母合葬行为的认可。张孝清私自转移生母尸骨的行为违背了“入土为安”的善良风俗习惯,给原告黄呈远及其家人的精神造成了伤害和痛苦,对原告构成了侵权。但鉴于被告张孝清已将其父、母亲合葬,且其父、母亲合葬亦在社会伦理范围之内,在社会道德能够容忍的限度之内,如若再将尸骨强行挖出迁移,同样违背了“入土为安”的风俗习惯,亦是对死者的不敬。所以对,原告要求判决归还张玉兰尸骨与其养父黄圣友合葬,本院不予支持。遂判决被告张孝清赔偿原告黄呈远精神损害抚慰金5000元。^[2]

“入土为安”乃是一种民间信仰。这种信仰当中内含的一个民间禁令是“不得侵扰祖先的安息”。这个禁止性规范所指向的是任何可能侵扰他人祖先的行为,包括掘人坟墓、侵害棺木、挖掘尸骨等,甚至包括墓地周围的一些活动。这个禁止性规范绝非个别现象,而是广泛存在于全国各地,包括少数民族地区。因此,是可以抽象并可以类型化的。除了对盗墓和盗窃尸体的禁止性规定外,法律并没有对侵害坟墓、棺木以及尸骨所造成的侵害做出一般性规定,当此类案件发生时,法官如果意图排除纠纷、案结事了,就必须发现其中的类型,描述其构成要件:此类规范一方面规定权利,权利主体是墓主人的亲属及直系后裔,死者本人显然不是权利

[1] [德]考夫曼:《类推与“事物本质”》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版,第119页。

[2] 江苏省徐州市贾汪区人民法院(2006)贾民一初字第604号民事判决书。

主体;一方面规定义务,针对的主体应当是全体世人,甚至包括权利主体;保护的客体主要是死者亲属及后裔基于身份关系、因民间信仰所产生的精神利益;所禁止的行为包括一切可能侵扰死者安息的行为,如侵害坟墓、侵害棺木、挖掘尸骨等。如果要把其中的权利实体化,那么较为恰当的术语应为“祖先的安息权”。民间习惯类型化的实践意义在于为法官适用民间习惯提供了理论前奏。除了将民间习惯类型化后直接适用以填补制定法空白的情形之外,在司法实践中的很多案例还显示,法官在适用习惯规范时总是想方设法地给习惯规范找到一定的法律依据,这是一种典型的类推思维。上述案件的判决中,法院先是将风俗习惯中的安葬行为即对尸骨的一种处分行为归为身份关系,从而将其纳入法院受理的民事关系范畴之内。进而,法院认为夫妻合葬的民间习惯体现的是一种身份权的象征,这就为法院认可和适用夫妻合葬的民间习惯进而承认原告的精神利益打开了法律方面的通道,并且言之有物。这是一种典型的类推,从中可以看出类型化思维的开放性。此处,法律与习惯融合在一起,共同为法官说理提供正当性支持;并且,法官对夫妻合葬和入土为安的风俗习惯的运用,也展示了法官深厚的说理技巧以及对利益衡量这种法律方法的娴熟运用。

三、民间习惯中的权利义务配置

民间习惯可以类型化,就意味着其中蕴含着具体的、可识别的、一般化的规范性,而构成规范性的,或者说这种规范性所指向的是民间习惯的权利义务配置机制。即作为规范的民间习惯,一定关涉到相关利害关系人的权利义务安排,否则,该民间习惯一定不会具有规范性,我们只能视之为惯例或仅仅是一种惯常做法。一定的权利义务配置机制是民间习惯成为规范的“硬指标”,是民间习惯进入司法判决成为裁判依据的根基。在类型识别的基础上,法官主要是利用其中的权利义务配置关系解决相关纠纷。显然,习惯规范所包含的权利义务不同于法律权利和法律义务,因为这种权利义务还没有得到实证法的认可,因此其依据不是实证法,只是民间习惯。但是,这种权利义务配置机制有时会成为有关当事人利益主张的依据,并且在论证充分的情况下,有可能得到法院的适用。请看如下案例:

案例3. 子女的悼念权

某张氏兄妹母亲去世,儿子张世成在没有通知其妹张世玉(当时在外地)的情况下,连夜将其母尸体架柴焚烧。致使闻讯赶回来的张世玉“活不见人,死不见尸”。张世玉以侵犯其悼念权为由向法院提起诉讼,要求责成张世成赔礼道歉,赔偿精神损失费。法院认为,尽管法律没有明文将悼念权规定为民事权利,但依照人们的风俗习惯,亲属悼念死者是天经地义的,故支持原告张世玉要求其兄赔礼道歉的诉讼请求。^[1]

从现有的制定法中,我们找不到“悼念权”这种权利的规范依据,但是,法院却确认了这种权利并依据它做出了判决。那么,作为诉由的“悼念权”的根据就只能是相应的习惯规则。上述案例中的悼念权是亲属之间的纠纷,即作为子女的被告在未经另外的子女同意的前提下,擅自处置亲属的遗体,从而伤害了其他子女的感情。一般而言,父母去世后,其遗体总是要在家中停放几天,并设置灵堂供亲友凭吊,之后再送去火化。而在父母去世后为父母送终则是中国

[1] 《四川一法院支持悼念权》,《江南时报》2002年4月2日第三版,转引自娄正前:《民事审判中民俗习惯运用的理论与实践》,载《(2007年)民间习俗的司法运用研讨会文集》。

人的古老传统,除非在极其特殊的情况下不能尽孝,否则,子女总是会尽一切办法在父母灵前尽孝。所以,上述案例中,被告未通知自己的妹妹而擅自焚烧母亲遗体显然侵害了其妹的精神利益。在下述案例4中,则是第三人因未尽善良管理人义务而侵害了亲属的“遗体告别权”和“悼念权”。较之案例3,“遗体告别权”的提法更为合理,更能够说明案由。

案例4. 亲属的遗体告别权和悼念权

朱子鸿系重庆教育学院的退休教师,2003年7月被诊断为患直肠癌,7月16日自杀死亡。次日,重庆教育学院将朱子鸿的遗体火化。7月19日,重庆教育学院将朱子鸿死亡及已火化的情况告知其亲属。在向教育主管部门投诉两年多未果的情况下,2006年4月28日,其母高秀清向重庆市南岸区人民法院起诉,认为重庆教育学院的行为侵犯了其向死者遗体告别、悼念的权利,请求重庆教育学院赔偿精神损害抚慰金等共计61304元。南岸区法院认为,朱子鸿死亡后在无妻无子、身边无亲人的情况下,单位处置死者的遗体,其主观上无恶意,更无非法利用遗体的行为,尽了善良管理人的义务。但重庆教育学院未通知死者亲人的情况下将死者遗体火化,违背了中国传统的丧葬习俗,其行为欠妥。但高秀清精神上的重大痛苦是其子死亡的客观事实造成的,并非重庆教育学院侵权行为造成。遂判决:驳回高秀清的诉讼请求。高秀清不服提起上诉。二审法院审理后认为,朱子鸿跳楼死亡后,重庆教育学院未通知其母高秀清及其他近亲属,于次日将朱子鸿的遗体火化,使高秀清作为母亲未能在儿子死亡后的第一时间得知此消息,丧失了进行遗体告别的权利,这对死者近亲属是不负责任的。中国的传统文化和善良风俗中,生者对亡者的悼念和缅怀是一种约定俗成的习惯,这种习惯应当受到人们的尊重。重庆教育学院应当以一个善良人的注意义务,将朱子鸿的死讯及时告知其亲属。重庆教育学院的做法侵害了其母高秀清的其他人格利益构成侵权。由于近亲属间特定的身份关系,自然人死亡后,其人格要素对其仍然生存着的配偶、父母、子女和其他近亲属会发生影响,并构成生者精神利益的重要内容。本案中,尽管重庆教育学院对朱子鸿遗体火化不存在故意侵权行为,但其未通知其亲属的过失行为给高秀清精神上造成的痛苦是显而易见的,其过失行为侵害了高秀清的其他人格利益。原审判决认定事实清楚,审判程序合法,但适用法律及确定案由不当。遂判决撤销一审判决,重庆教育学院赔偿高秀清精神损害抚慰金10000元。^[1]

此案例中,作为单位的被告显得有些冤枉,他们认为自己是“无因管理”。但是,仔细分析一下,单位对死者的处理绝非是无因管理,而是有某种法律上的责任,因为死者没有家属在身边,单位负有处理后事的义务。即便是“无因管理”也要尽一个善良管理人的注意义务,其中的义务之一便是及时通知死者家属,以便其能够尽快地介入后事处理,进行悼念以及遗产处理等事宜,因为正如法院在判决中所认为的,生者对亡者的悼念和缅怀是一种约定俗成的习惯,单位没能及时通知家属,对其这方面的精神利益便是一种侵害。因此,死者家属追究单位的侵权责任是有一定的法理基础的。把基于民间习惯而产生的当事人双方的这种权利义务关系抽象出来作为裁判的一个依据,就构成了法院判决的正当性基础。因此,二审判决较之一审判决更具有可接受性。

其他诸如此类的法律上并无明确规定,而在现实司法实践中得到法院支持的还有“祭奠

[1] 重庆市第五中级人民法院(2006)渝五中民终字第225号民事判决书。

权”等其他类型的新型权利,这些未经法律确认、然而却为习惯规范包含并得到社会认同的权利形态,学者们将其称为“习惯权利”。

何谓“习惯权利”?谢晖先生把习惯权利定义为:“习惯权利针对法定(国家法)权利而言,它是指一定社区内的社会主体根据包括社会习俗在内的习惯规范而享有的自己为或不为、或者对抗(请求)他人为或不为一行为的社会资格。”〔1〕张文显教授则认为:“习惯权利是人们在长期的社会生活过程中形成的或从先前的社会承传下来的,或由人们约定俗成的、存在于人们的意识和社会惯常中,并表现为群体性、重复性自由行动的一种权利。”〔2〕而范进学先生认为,习惯权利是“经过长期的、广泛的社会实践形成的、并得到社会公认与普遍遵守的习惯规则所确认的社会自发性权利”。〔3〕同法定权利相比,习惯权利的特点在于:其依据是习惯规范,是主体在长期的行为过程中,通过相互的磨合、博弈而形成的;而法定权利则是由国家确认和保障的。〔4〕由上述界定可见,习惯权利区别于法定权利的根本特征是否经过国家的承认、上升为国家法律承载的对象,习惯权利的载体是习惯规范。习惯权利的最大特点在于其“草根性”,是一种具有真正的民间基础的权利。英国人梅因曾说:“习惯是为群众所遵守的,但他们未必能够理解它们存在的真正原因,因此,也就不可避免要创造出迷信的理由以说明他们永恒的存在。”〔5〕习惯权利的正当性即源于社会主体的普遍承认并长期信守。〔6〕把这个观点引申一下,我们可以认为,习惯权利的正当性源于社会主体自身。这一点无须再去强调了。

〔1〕 谢晖:《习惯规范与习惯权利》,载《现代法学》2005年第2期。

〔2〕 张文显:《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第313页。

〔3〕 范进学:《法的观念与现代化》,山东大学出版社2003年版,第274页。

〔4〕 谢晖:《习惯规范与习惯权利》,载《现代法学》2005年第2期。

〔5〕 [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第11页。

〔6〕 范进学:《法的观念与现代化》,山东大学出版社2003年版,第274页。

论习惯法编纂与习惯法的查明*

姜世波**

(山东大学威海分校法学院 山东威海 264209)

摘要：习惯法编纂不同于习惯法汇编，并非简单的习惯法成文化，是依据一定的法律观念对习惯规则所作的系统而讲求逻辑的整理过程。习惯法的编纂对司法过程中查明习惯法具有重要意义，可以解决习惯规则不成文所带来的模糊难以确定的问题。在我国社会转型时期，应重视习惯法的编纂并由地方立法机关而不是司法机关组织实施。习惯法编纂应是动态的、开放性的，防止一经编纂便陷入僵化的弊端。

关键词：习惯法编纂；习惯法查明；开放性编纂

一、何为习惯法编纂

学界一般认为，就法律的形式而言，习惯法是流行于民间的不成文的但却时时支配着人们生产生活方式的行为规则。它与“成文法”概念相对；而民间法则通常是与国家法相对应的概念。对于成文法系国家而言，法律的成长大体经历了一个从习惯演变为习惯法，再经过成文法典，直到法典化过程发展成成文法体系的长期过程。但无论对于成文法系国家，还是判例法国家，都经历了习惯法这一阶段，而且，习惯法并不会随着成文法化而消失，规则的成文化永远不可能无所不包，即使在立法时包容了某一习惯，社会的不断变迁必然也会导致习惯的不断流变，因此，成文规则常常因不能适应人们形成的新习惯而名存实亡。习惯对成文法的否定总是默默的，因为，习惯法是不成文的规范，这似乎是不言而喻的。不过，近些年来，这一长期以来为人们所普遍认同的观点似乎也正在受到质疑。一些学者指出，即使在习惯法阶段，习惯法也并不见得就是以不成文的方式存在的。例如，我国大瑶山地区瑶族的石碑制度，就经历了一个从不成文到成文的发展过程。最初的石碑是大家口头议定规约，当众宣布，立石碑以为标志，并不刻字。明代后期，随着社会的发展，各种纠纷案件日益增多，瑶人中识字者也增多。于是，这种表意模糊，演绎性很强的无字石碑难以起到应有的作用，用明确的文字来表达石碑内容，使人们在社会生产生活中“有法可依”便成了瑶族社会发展的必然要求。^[1] 同样，我国羌族

* 本文系笔者承担的山东大学自主创新基金项目《跨国商法研究：理论、编纂及其适用》、参与的教育部人文社会科学一般项目《论民俗习惯司法适用之制度构建》的阶段性成果之一。

** 姜世波，山东大学威海分校法学院教授，法学博士。

[1] 莫金山等：《瑶族石碑制及其在南方民族习惯法中的地位》，载《广西民族大学学报》（哲学社会科学版）2006年第6期，第27页。