

2007年 第四辑

(总第二十三辑)

审判研究

TRIAL

《审判研究》编辑委员会
编

STUDY

范 愉/基层司法与民间社会规范的应用

杨兴培/合同诈骗能否成为转化型抢劫罪的实例分析

冯 军 刘文峰/双重视角下的刑事判决理由解读

韩耀元 邱利军/交易型受贿犯罪若干问题的理解与适用

孟 伟/论司法中的非犯罪化

崔 艳 胡振华/地名商标合理使用的构成要件



法律出版社
LAW PRESS CHINA

2007年 第四辑 (总第二十三辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2007. 第4辑·总第23辑/《审判研究》
编辑委员会编. —北京:法律出版社, 2007. 10
ISBN 978-7-5036-7727-4

I. 审… II. 审… III. 审判—研究—中国
IV. D925.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第147753号

©法律出版社·中国

责任编辑/李群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960毫米 1/16

印张/15 字数/240千

版本/2007年9月第1版

印次/2007年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7727-4

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：丁巧仁 周继业

委 员：公丕祥 丁巧仁 周继业 周晖国

叶兆伟 张 屹 叶晓颖 屈建国

沈文祖 马汝庆 刘亚平 徐立新

马志相 帅巧芳 刘 华 李飞坤

张培成 何 方 陆洪生 范 群

胡道才 徐清宇 鲁国强 褚红军

刁海峰 李后龙 刘媛珍 吴立香

陆鸣苏 沈 莹 茅仲华 周茸萌

谢国伟 蒋惠琴 薛剑祥

主 编： 李后龙

副 主 编： 蔡绍刚 朱建新 徐安欣

编辑部主任： 朱建新（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 杨 鸣 史乃兴

《审判研究》稿件技术规范

为统一《审判研究》来稿格式,遵循严谨务实的学术研究之风,保证刊物和稿件质量,特制定本技术规范。

1. 来稿应在 4000 字以上,除本刊特约稿件外,以不超过 8000 字为宜。
2. 来稿请用 A4 或 B5 纸打印,稿件正文应不小于小 4 号字,行间距为 1.5 倍。并尽量附软盘或发稿件至本刊电子信箱:trialstudy@sina.com
spyj2004@sina.com
3. 来稿主题名不得超过 20 个汉字,必要时可以加附标题。题名应简要贴切,能概括文章的主要内容,表达文章的中心思想,不使用非公认的外来语、缩略语和字符、代号等。
4. 作者署名在题名下,多个作者之间用逗号隔开。
5. 稿件正文前请附不超过 300 字的内容摘要。摘要应客观反映文章的主要内容:主题范围、主要观点、主要创意等,不包含对文章的评价性用语和常识性用词。
6. 稿件摘要请附 3—8 个能概括文稿主题的关键词。关键词应直接从文章各层标题和文中抽取,并保持其在文章中的字面形式。
7. 稿件首页地脚请附作者简介,包括:姓名、单位及职务、职称、学位等。
8. 稿件正文的标题序号:一级标题采用“一、”,二级标题采用“(一)”,三级标题采“1.”,四级标题采用“(1)”。
9. 注释是作者对题名、标题或正文中某一特定内容的进一步解释或补充说明,其序号用方括号并在其中依序加阿拉伯数字,标在须注释的文字标点右后上角,注释的内容置于当页地脚,全文依序号连续编排。
10. 注释引征应能体现所援用文献、资料等的信息特点,能与其他文献、资料等相区别;能说明该文献、资料等的相关来源,方便读者查找。

11. 注释引征可不使用引导词或加引导词,支持性或背景性引用根据可使用“参见”、“例如”、“例见”、“又见”、“参照”、“一般参见”、“一般参照”等;对立性引征的引导词为“相反”、“不同的见解,参见”、“但见”等。
12. 注释中重复引用文献、资料时,若为注释中次第紧连援用同一文献、资料等情形,可使用“上引书”。若两个注释编号次第紧连,但引征的同一文献不在同一页码,则使用“上引书,第 M 页”。若重复援用同一文献、资料等注释编号中间有其他注释的情形,体例如:“前引 N”。若与前注间有多项引征不同文献、资料等的情形,则应在后注中标明作者,可使用“前引 N, W 书,第 M 页”(即在引征同一文献、资料等的不同页时),以示区分。
13. 图书或成册作品援用的一般结构次序为:作者,标题,出版者,出版时间,版次,页码。定期出版物援用的结构次序为:作者,标题,出版物名称,出版时间,卷期号。
14. 网上文献资料引征以“参见”开始,此后结构次序为:作者,标题,访问日期,网址。
15. 引用众所周知的著作,一般结构次序为:著作,出版者,出版时间,页码。
16. 引用翻译作品,一般结构次序为:国度,作者,著作,译者,出版者,出版时间,页码。
17. 引用外文类著作,从该文种的注释习惯。
18. 所引著作作者为三人以上时,可仅列出第一人,其他用“等”字予以省略。
19. 正文后请附作者的详细联系方法,包括详细地址、邮政编码、电话号码、电子信箱等。
20. 由于编辑部人力有限,来稿一律不退,请作者自留底稿。自收稿之日 3 个月之内未接到用稿通知的,作者可将稿件另作他用。本书拒绝一稿两投或多投。本书对决定采用稿件,有权在尊重原作基本观点的前提下做适当修改或删节。作者如不同意修改,请在来稿中注明。来稿一经采用,即寄附稿酬及样刊。

《审判研究》稿约

《审判研究》是江苏省高级人民法院与法律出版社合作编辑的法学专业连续出版物。旨在通过对审判实践中有关法律适用的重大、疑难问题展开分析,以独特的视角、翔实的内容研究法学理论,总结审判经验,探求法的精神,倡导现代司法理念,弘扬先进司法文化,注重熔思想性、理论性、权威性、应用性与时代特色于一炉,努力实现法律理论与审判实务的良性互动。热忱欢迎广大法官、学者、律师等各界法学人员惠赐佳作。来稿要求:

1. 稿件应为未公开发表的作品,即指在同一语言下事先未在任何纸质或电子媒介上发表。
2. 稿件字数应在 4000 字以上,除本书特约稿件外,一般不宜超过 8000 字。
3. 稿件应严格遵守学术规范要求,引用文献务必标明出处,注释格式体例请遵照《审判研究》来稿技术规范或参照《审判研究》最新版本。
4. 来稿请务必注明作者姓名、单位、职务及联系方式。(电话、电子信箱、邮编、成稿时间等)
5. 来稿应用 A4 或 B5 纸张打印件,附软盘并以 WORD 文件或文本文件存盘为佳。
6. 来稿一律不退,请作者自留底稿,3 个月内未接到用稿通知,作者可另作他用。
7. 本书辑录的所有文章,任何转载、摘登、翻译或结集出版事宜,均须得到本书编辑部及法律出版社的书面许可。

来稿请寄:江苏省高级人民法院《审判研究》编辑部

邮 编:210024

联系电话:025-83785236

电子信箱:trialstudy@sina.com

spyj2004@sina.com

目 录

Trial Study 2007 年第 4 辑(总第 23 辑)

专家论坛

- 1 范 愉 / 基层司法与民间社会规范的应用
- 14 杨兴培 / 合同诈骗能否成为转化型抢劫罪的实例分析
——兼论类行为的犯罪转化问题
- 24 冯 军 刘文峰 / 双重视角下的刑事判决理由解读

特 稿

- 33 韩耀元 邱利军 / 交易型受贿犯罪若干问题的理解与适用
- 51 孟 伟 / 论司法中的非犯罪化

专题研究

- 58 李 杰 / 城市房屋拆迁补偿制度研究
——从被拆迁人权益保护出发
- 69 崔 艳 胡振华 / 地名商标合理使用的构成要件
- 78 李红建 / 质押式国债回购纠纷中证券登记结算公司的民事责任
——基于证券登记结算法律关系分析
- 90 张书琴 / 人权保障视野中的刑事被害人补偿
——从邱兴华案谈起
- 104 戴 涛 / 司法的“副产品”及其降解
——国情视野下的涉诉信访问题论纲

调查报告

- 117 江苏省高级人民法院刑二庭 / 关于刑事审判证据和定案若干
问题的研究

目 录

2007 年第 4 辑(总第 23 辑) Trial Study

关于审理人民法院司法赔偿确认 / 江苏省高级人民法院审监庭 案件情况的调查报告	134
从既判力的视角试析知识产权刑事、/ 苏州市中级人民法院民三庭 行政与民事判决之间的统一与协调	153
各抒己见	
对遗嘱自由及其限制的思考 / 戴 娟	165
起诉条件点评 / 仇慎齐	175
——兼谈民事诉讼案件的立案审查工作	
医疗纠纷赔偿案件适用法律存在的 / 黄文杰	185
问题及其相关法律的完善	
无权处分若干问题探讨 / 孙睿昕	195
——《合同法》第 51 条的理解及适用之司法尴尬	
论注意义务在过失侵权中的判断标准 / 徐 智	202
案例分析	
裁定抵债未办理过户登记的房产被拆除 / 谭筱清	214
原债权人如何获得救济	
——以执行裁定导致物权变动为视角	
审判参考	
江苏省高级人民法院关于适用与 执行财产刑若干问题的意见	225

专家论坛

基层司法与民间社会规范的应用

范 愉*

一、民间社会规范的概念与意义

习惯(俗)及其他民间社会规范作为事实的法秩序的一部分,属于法社会学研究中的“非正式的法”、“活的法”(Living Law)或“行动中的法”(Law in Action)的范畴,这些在民间社会中自然形成并长期得到遵从的原则和规则,经常被作为一种社会控制机制,应用于纠纷解决和确认事实上的权利义务。如果对“法”(实质意义上的法)与“法律”(形式意义上的法)加以区别,习惯及其他民间社会规范确乎可以归属于“法”的范畴。法人类学的法律多元的研究框架,把民间法(非官方法)作为与国家法并存的法的重要组成部分,^[1]在目前国内的研究中,这些民间社会规范也往往被统称为习惯法或民间法。^[2]然而,如果从国家的角度界定“法律”(rule),则法律以外的社会规范可以统称为民间社会规

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师,法学博士。本文是根据笔者即将出版的新著《纠纷解决理论与实践》(清华大学出版社,年内出版)第八章缩略和改写而成,有关民间规范形态及其与国家法之关系的详细论证和实证资料可参阅该书。

[1] [日]千叶正士:《法律多元》,强世功等译,中国政法大学出版社1997年版。

[2] 李学兰:“中国民间法研究学术报告(2002—2005年)”,载《山东大学学报》2006年第1期。但同时也有学者对这一概念提出了异议,如[日]寺田浩明:“超越民间法论”,载《民间法》(第3卷),吴博译,山东人民出版社2004年版,原载日本《Jurist》1258号(2003年12月15日);曾宪义、马小红:“中国传统法的‘一统性’与‘多层次’之分析——兼论中国传统法研究中应慎重使用‘民间法’一词”,载《法学家》2004年第1期。笔者亦认为“民间法”概念并非一个严谨的学术概念,主张慎用,参见范愉:“试论民间社会规范与国家法的统一适用”,载《民间法》(第1卷),山东人民出版社2002年版。

范或社会规范(social norms)。^[3]

一般而言,对民间社会规范的关注通常建立在一种与国家权力不同的共同体的视角上,关注的是生活在特定社会基础上的人。传统的共同体是以特定方式(如血缘、信仰、地域联系等)结成的生死相依的群体;它们内在地产生一种合作的意愿和需要。^[4]现代公共社会则是由社会生活中产生的新型共同体构成,特别是社区。^[5]在社会发展中,传统的家庭、地域和宗教对人的影响开始淡化,一部分共同体解体了,新的共同体又不断生成。尽管政治和经济的要求越来越多地通过法律话语出现在社会调整中,但文化和传统仍然固守着道德和信仰的领地,并成为与国家法律相辅相成的社会调整机制。民间社会规范就是各种共同体和社区内在的、据以自治的规则,包括传统习惯、道德和宗教,也包括商业惯例和不断形成的新规则;它们既是特定社会成员的行为准则,也是其解决纠纷的依据。

在现代社会中,国家应当与社会保持有机联系,给予共同体及社会自治一定空间。社会自治意味着自由与自主,既不是对国家法无条件地绝对遵从,也并不意味着与国家的对抗。“凡是自由的宪法占统治地位的地方,公民社会(civil society)是人们的一般的生活媒介物。它恰恰不是国家的一大支柱;形形色色的自治的机构总是要注意避免与统治者们缔结过于密切的同盟。但是,公民社会也不是处于反国家的地位。……自由也意味着,国家要让人们自己去处置其生活的广阔的领域,因此他们既不必开展反对国家机构的斗争,也不必开展支持国家

[3] 笔者在探讨当代“民间法”问题时,为了保持逻辑的严谨和概念的准确,一般采用“民间社会规范”这一概念,但在从事实形态和历史角度上把握民间社会规范时,亦不完全排除使用“民间法”、“习惯法”等用语。美国的法与社会研究中使用“社会规范”(social norms)或非正式规则的概念,是指法律(rule)以外的社会规范,与本文中所提到的“民间社会规范内涵”与外延大致相同。在作出限定之后,同样可以直接用“民间规范”或“社会规范”用以说明本文涉及的研究对象。此外,民间社会规范并不能涵盖全部“活法”,众所周知,在我国社会生活中还存在大量成文或不成文、明示或默示形式的规则(包括党内规则、非正式法源或所谓潜规则等),它们亦具有重要的规范作用。

[4] 血缘共同体作为行为的统一体发展为和分离为地缘共同体,地缘共同体直接表现为居住在一起,而地缘共同体又发展为精神共同体,作为在相同的方向上和相同的意向上的纯粹的相互作用和支配。[德]菲迪南·滕尼斯:《共同体与社会》,林荣远译,商务印书馆1999年版,第75页。

[5] “社会的本质和意志是由和睦、习俗和宗教组成的,在其生命的过程中,在有利的条件下,形成极为丰富多彩的方式和形式,所以任何群体和任何自主的人,在他自己的意志和意志范围内,因而也在他的思想意识、他的性情和良知里,同样在他既定的环境里、他的财产里,和在他感到自然的、习惯的、责无旁贷的活动中,都感到了对此有某种的参与”。但是社会成员在许多情况下是作为自由的个人出现的,因此这种社会联系比传统共同体的纽带淡薄得多,不存在共同的谅解,甚至可能成为一种战争状态。参见[德]菲迪南·滕尼斯:《共同体与社会》,林荣远译,商务印书馆1999年版,第329-330页。

机构的斗争,它们最终会与国家机构一起借助市场经济共同促进生存机会。”〔6〕与西方国家相比较而言,我国在现代化过程中,主要是通过国家权力自上而下地建构经济政治制度,法律制度与传统文化和共同体之间的差距以及民间社会规范与国家法的冲突始终存在,在这种情况下,社会自治及共同体的视角显得尤为重要;而处在社会转型期的中国,民间社会规范的作用及其与法律的关系则具有更为深刻的内涵和现实意义。〔7〕

尽管存在着本质上的不同,但是无论东西方,在现代法制建立后,通过民间社会规范形成的秩序和合作关系依然是社会治理的一个重要方面,世界各国都无一例外地存在着各种非正式规范和制度。埃里克·波斯纳指出:“非法律合作的体制总是在某些方面优于、在另一些方面劣于法律的解决办法,而法律的介入则会以某些复杂的方式损害或者促进非法律合作的潜在规范(background norms)。”并指出与非法律合作相关的各种因素包括:合作伙伴、声誉、信任、连带性、社会规范、传统和社群(共同体)。〔8〕

现代国家及其法律体系吸收民间社会规范的基本形式或途径通常包括:(1)将惯例确认和吸收为成文法,例如将商事惯例确认为商法。(2)正式承认习惯作为一种法律渊源,在司法裁判时加以援引适用。例如,我国香港殖民时代对中国固有法律和习惯的保留,及法院在处理中国居民民事纠纷时适用中国习惯法。〔9〕(3)原则上承认在无法律规则时,司法机关可以在个案中适用习惯,使其成为一种衡平规则或经验法则。(4)在法律和制度上并不明确规定习惯等社会规范的法律渊源地位,但在纠纷解决过程中、在不违背强制性法律规范的前提下,允许当事人通过协商、调解等方式自行选择适用解纷规则或准据法,从而适用社会规范。毋庸置疑,除了部分刚刚脱胎于传统社会的国家(如一些非洲国

〔6〕 [英]拉尔夫·达仁道夫:《现代社会冲突》,林荣远译,中国社会科学出版社2000年版,第60页。

〔7〕 我国法学界的很多研究者并非是基于这一立场或角度研究民间法的,很多人甚至站在国家主义和法律意识形态基本立场上,将“民间法”的存在视为前现代或历史发展中逐渐消亡的现象,将其原因归结为公民法律意识低或国家法的供给不足,其隐含的结论实质是在国家法逐步渗透到基层的每一个角落之后,民间社会规范必然走向消亡,而现代意义上的自治也只能严格依照法律。在这一点上,法律界与社会学、人类学及农村经济政治问题的研究者存在着很大的不同。

〔8〕 [美]埃里克·波斯纳:《法律与社会规范》,沈明译,中国政法大学出版社2004年版,第5、51页。

〔9〕 苏亦工:《中法西用——中国传统法律及习惯在香港》,社会科学文献出版社2002年版,第152-153页。作者通过大量史料和分析,指出:西方人所谓的“中国法律及习惯”,重点是落在“习惯”上的,它隐含着三重含义:首先,它是一种不同于西方法律或西方人所不熟悉法律体系……其次,它是一种原始的、落后的法律;其三,它是一种缺乏明确、清晰的成文内容的法律。……中国法律及习惯中的习惯,显然是指的法定习惯,而不是约定习惯或惯例、惯习、惯行之类。

家)之外,^[10]当代绝大多数国家及其法律制度已经越来越多地远离传统习惯、特别是共同习惯(法)据以产生的社会根基,通过民主制度和程序制定法律规则已成为法律产生的主要途径;因此,严格意义上的习惯法已几乎不复存在。现存的习惯及其他社会规范主要是通过上述后两种方式与法律发生交融。这也就是所谓“活法”及其作用方式。在现代社会,民间社会规范最直接和最广泛地发挥作用的空间,主要是在纠纷解决过程、尤其是协商性和民间性解纷机制之中;同时他们与国家法始终存在着合作、冲突、博弈及相互妥协的关系。

二、纠纷解决与民间社会规范的应用

民间社会规范的应用首先与纠纷解决机制的各种要素直接相关。即:

- (1)作为第三方的机构或组织,包括公力救济、社会救济到私力救济的各种国家机关、社会组织、共同体或民间力量(在协商和解中实际上往往也有第三方的辅助)。
- (2)程序与手段,即纠纷解决的方式,包括裁决(判决、仲裁)程序和协商程序(谈判、调解)两大类型,同时可以借助一些辅助手段(如鉴定、评估、调查等)。
- (3)规则,即纠纷解决的依据,包括法律或习惯等民间社会规范。

纠纷解决的上述三个要素之间的不同组合,会使纠纷解决在程序、效率与成本、结果、效力等方面出现明显差异,并产生不同的法律效果和社会效果。这些组合包括:(1)不同的解纷机构与规则(规范)之间的关系。在司法、行政和民间解纷机构中,法律与民间社会规范的地位和作用存在本质的不同;而基层司法与上诉审法院也同样存在很大差异。(2)纠纷解决方式与规则之间的关系。在不同的纠纷解决程序和手段中,法律与习惯等社会规范的应用会有完全不同的形态。裁决方式倾向于依据确定性的法律规则或惯例;而调解等协商性方式则具有选择规则的灵活性。近年来的有关研究表明,习惯及情理等民间规范的作用主要是通过调解(包括诉讼调解、民间和行政调解)实现的。^[11](3)机构、方式

[10] 南非为了提高习惯法婚姻中妇女的地位,给予习惯法婚姻完全的法律上的承认,在1998年制定了《承认习惯法婚姻法》,并于2000年11月15日开始实施。参见朱伟东:“南非《承认习惯法婚姻法》简述”,载《民间法》(第3卷),山东人民出版社2004年版。

[11] 参见苏力:“当代中国法律中的习惯——从司法个案透视”,载《中国社会科学》2000年第3期;苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》第七章——“穿行于制定法与习惯之间”,中国政法大学出版社2000年版;梁治平:“传统及其变迁:多元景观下的法律与秩序”、“乡土社会中的法律与秩序”,载王铭铭、王斯福编:《乡土社会的秩序、公正与权威》,中国政法大学出版社1997年版;陈益群:“论习惯和法律在司法领域中冲突与互动——兼谈司法公正的评价立场”,载《法律适用》2005年第1期;范愉:“调解的重构”,载《法制与社会发展》2004年第2、3期;于语和、于浩龙:“试论民间习惯在民间纠纷调解中的作用——以河北某村的实地调查为个案”,载《法学家》2005年第3期。

与规则的不同组合。不同的机构根据其程序价值取向和功能方面的区别,有可能在不同要素之间进行选择和平衡,从而组合成多元化纠纷解决机制;不同的程序或方式会具有不同的程序利益、产生不同的成本和代价,其纠纷解决的效果、效力和成本等都会成为当事人选择解纷方式的决定性因素。例如,诉讼调解、民间仲裁、调解,等等。

此外,民间社会规范的应用与地区及其发展程度、文化传统和时代背景等因素息息相关。中国法律文化自古就具有多元化的特征,国家法的单一统治无论从理念或是事实上都难以获得绝对的正当性,这一传统即使在今天的社会生活中也并未失去意义。20世纪90年代以后,一些学者曾对我国农村和少数民族地区的基层社会及其纠纷解决状况作过相当细致的研究,对习惯与国家法之间的紧张关系以及习惯在纠纷解决中的实际作用作了客观的描述。尽管大量资料表明,近年来,这些地区的社会结构、民众的生活方式已经发生了相当大的变化,但是与中心城市和发达地区相比较,仍然存在较大的差距。笔者2000年以后先后在一些西部不发达地区和少数民族地区(如西藏和新疆维吾尔自治区)的基层农村进行了调研(包括田野调查)。调研表明,在这类地区,由于经济文化发展、社会环境和居民(主要是农民)的生活方式和意识等多方面的因素,纠纷解决的需求和实践呈现出一种发展中的特色。显而易见,在这些地区,民间社会规范的应用比中心城市和经济发达地区更为普遍和重要。

实证调研资料表明,不同的解纷机构及其人员对于民间规范的表现、作用和价值往往存在较大的差别。例如,在笔者对西部地区某县的调研中注意到,不同的机构和人员对这一问题各有解释,观点也因人而异。该县法院的一位民庭庭长认为,地方习惯对法官的审理没有什么影响,并认为当地传统文化根基不深,没有什么明显的地方习惯。而乡镇法庭的一位法官看法则完全不同,认为地方习惯与法律的冲突是客观存在的,他们之所以重视调解,就在于希望缓和这种矛盾,更好地解决纠纷。派出所的干警及司法助理员在现场处理纠纷时,会同时注意法律、情理、情势以及具体的因果关系、当事人之间的身份关系等因素。^[12]相比之下,村委会干部对调解中习惯的作用意识非常清楚,立刻不假思索地列举出存在于当地民众日常生活中的大量习俗,涉及彩礼、离婚时财产分割和子女抚

[12] 有关实证研究参见左卫民、马静华:“派出所的纠纷解决——以一个城市派出所为例的研究”,载四川大学、留美中国法律学会:《“法治与和谐社会”国际研讨会会议资料》(成都,2007年3月24日)。

养、出嫁女对父母的赡养、分家等方面,并认为在解决此类纠纷时,地方习俗仍具有很强的约束力。总之,一般而言,在不同的解纷机制中地方习惯、情理的作用以及当事人参与的程度会有所不同。民间调解也在不断根据时代的变化而改变,并越来越多地将法律的原则和规则作为基本依据。在乡土社会共同体凝聚力尚存、习惯等社会规范作用依旧的地方,多数认同地方秩序的当事人也能够法律与习惯之间找到规则(强制)与合意运作的空间。^[13]很多研究者注意到,无论是基层法院或是人民调解,在民间纠纷的解决处理上,依照习惯往往比直接适用法律解决效果更好。^[14]

三、民间习惯在基层司法中的作用

在20世纪90年代的民事审判方式改革高潮中,基层司法机关一方面致力于通过正规化和职业化以及法袍、法槌、学历和法院建筑改变自身的非现代形象;^[15]另一方面则通过对抗制、举证责任等程序公正理念和方式转变自身的功能。在这个时期,司法实践中崇尚法律规则至上是毋庸置疑的,许多法官追求法律思维与方法的严谨、规则的严格适用、程序公正和判决书的说理,对于调解方式和习惯的作用则出现明显的鄙视。从当时的许多案例(包括婚姻家庭、彩礼等方面)中可以看到,一些法官拒绝考虑习俗和情理;而当法律及法院的判决与地方习惯相冲突时,多数当事人通常只能无奈地服从,但少数人则可能由此走上上访或抗争之路。然而,即使在这个时期,很多基层法院在司法实践中仍然保留着传统的审判方式,习惯等民间社会规范在基层司法尤其在调解或简易程序中始终相当重要。在很多基层法院(尤其是法庭)中,民事案件很多都以调解结案。在法律规定不明确、法律与地方习惯或情理相矛盾,或适用法律处理效果较差的情况下,调解往往可以通过当事人的处分权规避法律的严格适用(例如、彩礼、婚龄、同居),以避免法律与社会规范的正面冲突,这样不仅可以相对圆满地

[13] 日本法理学家田中成明教授在其著作《法的空间——强制与合意的缝隙间》(东京大学出版社1993年版)中,阐述了法的强制与合意模式之间的协调互动及其边界,指出当代法治社会通过司法裁判扩大法的社会功能的同时,也应不断扩大自治与合意的空间,以对话和交流促进法的合理性。美国法与社会学者所说的“非法律的合作”,也强调在社会关系相对密切的群体内,非法律的合作能使其利益得到最大化。

[14] 前引[11],于语和、于浩龙文。

[15] 范愉:“符号与功能”,载《法学家茶座》2004年第6期。有关实证研究参见方乐:“法袍、法槌、符号化改革的实际效果”,载朱苏力主编:《法律和社会科学》(第1卷),法律出版社2006年版。

解决纠纷,也可以减少地方民众对法律的否定和排斥。这些被称之为“模糊的法律产品”,“穿行于制定法与习惯法之间”的调解或纠纷解决过程,在朱苏力教授主持的基层司法研究中曾有过细致的描述。^[16]以往,基层法官无论自觉与否,在实践中多自然而然地如此为之。^[17]

近年来(特别是2003年以后),随着现实主义司法理念的确立,法院已经转变观念,不再讳言尊重习惯。除了司法解释和司法政策外,从一些法官和法院的调研、论文以及《人民法院报》的报道中也可略见一斑。例如:山东省淄博市淄川区杨寨法庭努力营造一种乡土化的调解环境,尽可能用道德、风俗和舆论等老百姓乐于接受并深信不疑的本土观念来解决问题。^[18]重庆市秀山县法院龙池人民法庭所辖地是13个少数民族聚集地,70%以上是土家族和苗族,3名法官都是土生土长的少数民族法官,善于利用当地习俗解决矛盾。^[19]江苏省姜堰法院对民间习俗进行系统收集,院领导拜访本地贤达、学者,请他们提供民俗形成、历史渊源等背景资料。经过广泛收集,现已收集到各种民俗近千条,并形成了10多万字的文字材料。^[20]江苏省泰州两级法院认真调查本地民间习俗,注重将本地善良的民间习俗引入民事裁判工作,凸显成效。^[21]在司法为民的政策指

[16] 参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版;苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版;杨柳:“模糊的法律产品”;苏力:“为什么‘送法下乡’?”;强世功:“‘法律’是如何实践的”,载强世功编:《调解、法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法制出版社2001年版;吴英姿:“乡下锣鼓乡下敲——中国农村基层法官在法与情理之间的沟通策略”,载《南京大学学报》2005年第2期。

[17] 笔者对福建省某地区法院法官的问卷调查表明,基层法院法官认为调解的好处依次是:(1)有利于减少当事人的对抗、和平解决纠纷;(2)减少诉讼的时间和成本;(3)可以适当参考援引地方习惯、道德、人情等社会规范,缓和法律与本土实际情况的矛盾;(4)便于执行;(5)维持双方的关系和感情;(6)在法律规定不明确的情况下合理解决纠纷;(7)对规则和程序进行变通;可直接获得生效判决效力,避免上诉(并列);(8)减少法律程序的复杂性,便于当事人本人参与纠纷解决;(9)避免胜负分明的结果,有利于合理解决纠纷。可见,在基层法官办案中,事实上会比较重视地方社会规范,在特定的民族、边远地区,这种重视程度往往更高。

[18] 陆通:“营造乡土化的调解环境——淄川法院杨寨法庭多调少判落实处”,载《人民法院报》2005年1月29日。

[19] 郝利利、汪放:“走近乡土法官——重庆农村人民法庭调解工作调查”,载《人民法院报》2005年4月19日。

[20] 张宽明等:“姜堰运用善良风俗化解民间纠纷”,载《人民法院报》2007年3月20日;“57件彩礼案零上诉——姜堰法院引入善良风俗处理彩礼返还纠纷调查”,载《人民法院报》2007年4月15日。

[21] 张宽明:“引入良俗促和谐——记泰州法院利用善良风俗化解民间纠纷”,载《人民法院报》2007年4月27日。