



社会转型期

民间规则民事司法适用研究

SHEHUI ZHUANXINGQI MINJIAN
GUIZE MINSHI SIFA SHIYONG YANJIU

陈文华 著



哈尔滨工业大学出版社
HARBIN INSTITUTE OF TECHNOLOGY PRESS

社会转型期民间规则民事 司法适用研究

陈文华 著

哈爾濱工業大學出版社

内容简介

本书以我国社会转型期为背景,以解决我国制定法当前所面临的问题为导向,构建了民间规则破解我国制定法困境的理论框架和实践路径。在很长的一段时间里,欧陆理性主义大行其道,自以为无所不知无所不能,穷尽人类社会和自然界的一切。于是法典法在欧陆粉墨登场,自诩为人类理性的书面表达。然而,康德的“哥白尼革命”敲醒了理性主义的迷梦,自此,法典法的漏洞与滞后成为人们逃不过的现实。也正因此,习惯以及其他社会经验取得了拯救法典法无能的合法性地位。本书正是以这一哲学理论为基础,展示民间规则在民事司法过程中如何弥补制定法的不足。

本书适合法学专业的本科生、硕士研究生以及其他法学爱好者阅读,也对法律实务者具有一定的借鉴意义。

图书在版编目(CIP)数据

社会转型期民间规则民事司法适用研究/陈文华著. —

哈尔滨:哈尔滨工业大学出版社,2016.12

ISBN 978-7-5603-6402-5

I. ①社… II. ①陈… III. ①民事诉讼法-司法制度-研究-中国 IV. ①D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 319536 号

责任编辑 李 鹏

封面设计 刘长友

出版发行 哈尔滨工业大学出版社

社 址 哈尔滨市南岗区复华四道街 10 号 邮编 150006

传 真 0451-86414749

网 址 <http://hitpress.hit.edu.cn>

印 刷 哈尔滨工业大学印刷厂

开 本 787mm×960mm 1/16 印张 11.75 字数 205 千字

版 次 2017 年 1 月第 1 版 2017 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5603-6402-5

定 价 45.00 元

(如因印装质量问题影响阅读,我社负责调换)

前 言

本书试图以民事诉讼为论域,在坚守制定法强制性规定的前提下,以社会学为视角运用实证分析方法,论证民间规则在解决民事纠纷过程中运行的条件、特点、功能,及其与国家制定法互动的可能性。

本书除导论以外共分为四章。在导论部分,介绍了本书研究的缘起和选题意义,研究视角和方法,综合阐述了与本书研究主题相关的国内外研究现状,并对本书涉及的主要概念和术语做出必要的说明。

第一章,论证民间规则在民事诉讼中适用的理论基础。首先,中世纪的唯名论与唯实论之争以及理性决定论与意志决定论之争,为民间规则对制定法的协助与补充创造了哲学可能性。随后,欧陆理性主义与英伦三岛的经验主义从分野走向合流,意味着作为理性主义哲学产物的国家制定法与作为经验主义哲学结晶的民间规则,也必然走向取长补短之道。其次,随着资本主义从自由竞争走向垄断,传统民法典日益与社会脱节。因此,为了化解社会矛盾维护社会稳定,以特别立法和习惯规则平抑制定法的僵化,并在司法中引入更多人的因素,赋予法官更多的自由裁量权。再次,随着社会发展,人类文明程度提高,人类思想观念和思维方式也从一元向多元转化。多元论、多元价值论、多元法律理论已经成为大多数人接受的理论。因此,人类社会不仅在实践中出现多元法律,而且在思想上也出现多元法律观。最后,制定法自身存在不可克服的缺陷,而民间规则却成为独立法源类型,并且在观念与理论上都为人们所接受。

第二章,在制度层面对民间规则进入民事诉讼的渠道与过程进行实证考察。本章以比较法为视角围绕民间规则民事诉讼进入问题,通过比较普通法法系与民法法系的异同,层层深入,以期全面勾勒出民间规则民事诉讼进入的完整图景。

民间规则的民事诉讼进入是一个多层次多向度的问题。在法源方面,以英格兰为代表的普通法法系国家和地区采取司法中心主义,法律究竟是什么在于法官的裁判。法官在审理案件过程中可以直接引用习惯规则裁判案件。民间规则转化为普通法,是民间规则进入民事诉讼程序的结果与开端。

在民法法系发源地西欧大陆,原本就在理论与实践两个层面,存在制定法与民间规则多元法源并存的局面。从资产阶级革命胜利到19世纪末,法典万能论大行其道,因此,习惯规则被排挤出法源范围之外。然而,随着资本主义社会从自由竞争进入垄断阶段,历史发展的激荡洪流彻底惊醒了理性主义的迷梦。民法法系国家和地区相继承认制定法的漏洞,并在一定程度上允许法官以民间习惯规则填补法律漏洞。于是,民间规则重新在制度层面取得了法源地位。因此,在民法法系国家和地区,多元法源并存已是不争的事实。除此之外,民法法系的民法典普遍把民间规则的内容吸纳入民法典,并作为其实体内容的重要组成部分。例如,《法国民法典》形式是罗马法的,但内容却主要来自法国习惯规则;《德国民法典》也在相当程度上吸收了德国习惯规则的内容。

在法律发现方面,从哲学传统看,普通法法系的发源地英伦三岛坚守经验主义哲学。这种哲学主张经验是知识的唯一来源,提倡以经验指导行为。而民间规则恰好是经验的结晶,因此两者不谋而合。与之相反,理性主义哲学在西欧大陆大行其道。理性主义哲学的理论进路是以一个或多个哲学范畴为基点,进行逻辑推演,从而建构出宏大的、自以为能够解释自然界与人类社会的哲学体系。因此,与内容庞杂、讲究逻辑体系的法典法非常契合。

正因为哲学传统的区别,所以在普通法法系法官与民法法系的同行之间,他们的法律思维也迥然不同。普通法法系的法官以普通法为司法创制的基点,而民法法系法官以制定法为司法裁判的起点;普通法法系法官以义务为中心,而民法法系法官以权利为中心;普通法法系法官审理案件的思维模式是从案件到案件,而民法法系法官的思维模式却是从制定法到案件。

由于法律思维的大相径庭,普通法法系法官法律发现方法也与民法法系同行的大异其趣。普通法法系法官对制定法十分排斥,因此他们往往对制定法从严解释,尽量压缩制定法的适用空间。普通法法系法官所归纳的四种解释制定法的方法相互冲突。因此在相持不下时,往往直接适用普通法或习惯规则。而民法法系法官以制定法为最重要的法律渊源。因此,他们审理案件时首先从制定法中寻找裁判规则,在制定法没有相关规定时,才转向其他法律渊源,因此,民间规则充其量只是辅助性的法源。

对于民间规则进入民事诉讼的条件,在普通法法系,民间规则是当然的法源,其既包括事实上的习惯规则又包括经国家认可的习惯法。而在民法法系作为法源的民间规则是否包括事实上的习惯规则,至少在理论上还存在争议。

因此,究竟是由法官自行寻找民间规则还是由当事人提供?在民法法系,不同国家和地区,其做法也有所不同。普通法法系诉讼模式采用当事人主义,案件证据和所应适用的裁判规则都由当事人提供。而民法法系诉讼模式采用职权主义,预设法律是法官应当熟悉的,而案件证据,除当事人必须向法官提供之外,法官也可以自行查明,因此,把民间规则限定于经国家认可的习惯法的国家和地区,民间规则只能由法官自行查明,反之,则法官和当事人两者都可查证。但是无论如何,在两大法系里,只有经过其合法性审查后,法官才能决定是否运用民间规则。

第三章,分析论证民间规则在民事诉讼事实认定中的运用。在民事诉讼中,合同是一种重要的法律事实,能否公平合理地解释合同,关系到案件裁判的结果是否公正。合同解释主观说主张,解释合同应当极力探求当事人的真意,而不必拘泥于合同书面及其他形式。但是,随着资本主义经济社会的发展,主观说显得日益不切实际、不合时宜。因此,在19世纪末形成了客观说,此说认为,如果当事人的真意与当事人所表示出来的意思不符,则以表示出来的意思为准。于是,法官不必费尽心思去探索当事人的内心真意,而依据合同的文字及其他相关书面材料解释合同,甚至可以依据与合同相关的社会事实解释合同。这就意味着民间规则可以成为合同解释的依据之一。

民间规则能够在合同解释中发挥作用,不仅是因为合同解释客观说为民间规则在合同解释中的运用创造了空间,而且民间规则本身就是一种规范事实。这种事实不仅是一定范围内人们长期生产生活经验的结晶,也是当地文化价值的规范表达。

合同解释分为(狭义)合同解释和合同漏洞补充。(狭义)合同解释主要解决合同条款文义歧义、模糊问题,而合同漏洞补充主要解决合同条款欠缺或相互冲突问题。本书认为,(狭义)合同解释方法仅包括文义解释、目的解释和体系解释三种。由于体系解释主要以合同的体系结构为依据解释合同的真意,消除合同的歧义,因此,民间规则在体系解释中的运用空间有限。所以,本书主要探讨民间规则与合同的文义解释和目的解释的关系。一般而言,合同当事人往往处于同一地缘或业缘范围内,因此,在没有相反证据的情形下,他们是应当知悉并认同他们所在地区或行业的交易习惯的。因此,当合同的文义不能通过语法规则或文字的通常用法解释时,应当以民间规则确定合同条款的真实意思。当合同的目的不明确时,其中的一种方法就是以民间规则确定合同的目的。

民间规则在合同漏洞补充中也具有重要的价值。合同漏洞补充是指法官以合同文本为依据综合考虑各种因素填补合同欠缺的条款,或消除合同条款之间的冲突。本书认为,合同漏洞补充的方法有合同类型补充、目的补充和习惯规则补充三种方法。合同类型补充是指运用制定法的任意性规定补充合同,目的补充是指以合同目的为依据消除合同的漏洞,而习惯规则补充则是指以习惯规则消除合同的漏洞。因为,只要没有相反证据加以推翻,该地区或行业的习惯规则就应当是他们认可和遵循的行为规范。当他们的合同出现漏洞时,以民间规则填补之,应当是较为合理的选择。对于上述三种补充合同方法,它们的运用顺序是,当合同目的明确时,运用目的补充方法。如果合同目的不明,则先运用习惯规则补充方法,习惯规则补充方法不济其事时,才运用合同类型补充方法。

在非合同事实的认定方面,民间规则同样可以发挥重要的作用。按照民间规则是对客观对象做出描述还是做出价值判断为标准,我们可以把民间规则划分为事实描述型民间规则、价值判断型民间规则。事实描述型民间规则仅对事实进行描述,价值无涉。而价值判断型民间规则仅做出价值判断,而不进行客观描述。与此同时,案件事实是指作为裁判小前提的事实。作为裁判小前提的事实,是指在三段论演绎推理中适用裁判规则的基础事实。依据以上分析,价值判断型民间规则对事实认定作用有限,而只有事实描述型民间规则,在事实认定中才具有重要价值。但运用民间规则进行事实认定是有限度的,其一,案件已经有其他间接证据;其二,民间规则与案件有关联性;其三,民间规则不与法律的基本精神和强制性规定相悖。

第四章,民间规则与民事诉讼中的法律适用。民间规则与民事法律适用是本书的核心内容之一。可以说第一、二章的论证都是为本章和上一章服务的。本章所涉及的问题依然属于司法实践问题,因此本章与上一章一样继续运用分析实证的论证方法,不仅要分析实实在在的民间规则和制定法,而且要分析它们在民事诉讼中的真实运行样态。

本书认为,民事法律适用是指国家审判机关针对已经认定的案件事实,运用法律做出裁判的活动,包括法官的“找法”活动和以“找”得的裁判规则为依据做出裁判的活动。本书以法律漏洞为例进行阐述。

自19世纪末法典万能的神话破灭以来,人类逐步意识到法律漏洞是制定法永远挥之不去的魔咒。正因如此,人们不再对法律漏洞讳莫如深,而是想方设法填补法律漏洞。而法律之所以出现漏洞,正是因为制定法自身难以克服

的缺陷,与社会现实对法律规范的应然要求之间形成的张力造成的。而民间规则所具有的特性能够在一定程度上,消除或减缓制定法与社会现实的应然要求之间的张力,因此,民间规则在一定条件下能够填补制定法的漏洞。民间规则对制定法漏洞的填补可以归结为根据法律超越法律,因为民间规则对制定法漏洞的填补必须在法律的框架内进行,也即不能违背法律的基本精神和强制性规定,但是在填补法律漏洞时民间规则又必须而且应该超越制定法的具体规定。从总体上说,民间规则补充法律漏洞的方法有两种:其一,直接适用民间规则补充法律漏洞;其二,间接适用民间规则补充法律漏洞。间接方法包括类推适用、目的性扩张、目的性限缩、创造性补充和法益衡量等。

总而言之,民间规则不是来源于理论建构而是来源于实践经验。与之相反,制定法却主要来源于理论建构。而经验理性的优点恰好能够弥补建构理性的不足。因此作为经验理性的民间规则可以矫正制定法的偏差。但是,民间规则也有其自身的缺陷,需要制定法的指导,否则久缺体系,盲目运行。

本书是中国法学会2014年度部级法学研究课题“社会转型期民间规则民事司法适用研究”(CLS(2014)D006)的最终研究成果,由广东培正学院资助出版,在此表示衷心的感谢!

著 者

2015年10月2日

广东培正学院

目 录

导 论	1
第一章 民间规则在民事诉讼中适用的理论基础	21
第一节 近代哲学(法哲学)基础	22
第二节 当代哲学(法哲学)基础	34
第三节 法理学基础	37
第二章 民间规则进入民事诉讼的渠道与限度	50
第一节 民间规则和法源	51
第二节 民间规则进入的哲学传统、思维模式和现实需要	62
第三节 民间规则民事司法进入的限度	79
第三章 民间规则在事实认定中的适用	88
第一节 民间规则对合同事实的释明	89
第二节 民间规则对非合同事实的替代	100
第三节 例析民间规则对案件事实的认定	106
第四章 民间规则在裁判规则寻找中的适用——以漏洞补充为例	108
第一节 法律漏洞	110
第二节 民间规则与法律漏洞的关联	121
第三节 民间规则对法律漏洞的补充——依据法律超越法律	132
结 语	157
参考文献	159

导 论

一、研究的缘起与选题意义

(一)研究的缘起

自从中共中央做出建设社会主义和谐社会的战略决策以来,举国上下掀起一轮又一轮的构建和谐社会的运动高潮。然而和谐和纠纷是人类社会的一体两面,只要人类社会存在,纠纷就不可避免。构建和谐社会就是要培育深化和谐一面,预防化解纠纷一面,“两手抓两手都要硬”。忽略任何一面都不可能建立真正的和谐社会。但是,毋庸置疑的是,构建和谐社会必不可少的前提条件是配备足够的法制资源,包括规范资源。然而我国土地辽阔人口众多,尤其是改革开放以来我国从城市到乡村都发生了或正在发生巨大的变迁。城市与农村、东部与西部、沿海与内地的差异非常大。不仅如此,随着中国加入WTO,中国逐渐融入以西方为主导的世界经济体系内,因此中国既要改革国内特别是边远地区不发达的生产力和改造落后文化,又要吸纳国外比自身更为先进的生产力和异质文化。总之,处在转型时期的中国,文化多元、经济多元、利益多元、阶层多元和冲突多元是不争的事实。在这种大变革大发展的特定时代背景下,化解纠纷构建和谐社会就必须根据各个地区各个行业的具体情况从官方和民间两个渠道,探索开发排难解纷的资源,提供切合各个领域具体情况的内容丰富多样的合理规范体系。

但是我国目前基本上通过人大立法和行政立法两个法源供应机制向全国提供规范资源。即从规范层面说,我国主要是以国家制定法来应对国内外两个领域内复杂多变的社会关系的。然而,事实证明这种规范资源的供应机制是捉襟见肘力不从心的。之所以如此,主要是因为作为构建理性的制定法自

身的局限性。建构理性先天不足,是不争的事实。面对丰富多彩的现实社会尤其是像中国这样的多民族多元文化的大国,希冀通过建构普适性的制定法规范放之四海而皆准,难免顾此失彼。因此全面依赖制定法是何等的不切实际。而民间规则恰好可以弥补制定法这方面的不足。不仅如此,事实证明民间规则是当代中国不可或缺的排难解纷的规范资源。党的十八届四中全会的决定也提出运用民间习惯规则解决纠纷,就是明证。正因如此,研究民间规则在民事诉讼中的运用对于构建和谐社会具有深远的实践意义。

(二)选题意义

我国著名社会学家费孝通先生在 20 世纪 30 年代出版的《乡土中国》对我国学术界产生了重大影响。也许是由于《乡土中国》的影响,我国法学界研究民间规则的学者大多数都把理论视角聚焦于中国的农村基层社会,尤其是贫穷落后地区和边远的少数民族地区,认为民间规则就是这些地区的村民习惯法和乡规民约。在这种理论视野下,也就不难想象为何我国学者在研究民间规则的排难解纷功能时,往往偏重于国家法律制度外的纠纷解决机制,尤其是少数民族地区的长老裁决和神判,而较少关注在国家法规定的纠纷解决方式中民间规则的运用。因此,在我国法学界,对法定纠纷解决方式内的民间规则运用的研究成果并不多。

其次,我国法学界大多数学者在研究民间规则时大多选择国家法作为参照对象,这就是所谓的国家法与民间法两元对立结构的分析框架。诚然,在国家制定法的对照之下民间规则的基本原理、概念、术语和范畴等都能够较好被剖析和探讨。然而,国家法与民间规则两元对立的分析框架并非尽善尽美,其也有自身的不足。在这一框架下,大部分学者过分关注国家法与民间规则对立一面而漠视甚至忽视统一的一面,也即是说国家法与民间规则相互排斥冲突的面相备受学者们的青睐,而相互借鉴与吸纳的向度却研究不够。

总而言之,目前我国法学界系统研究在国家法规定或认可的纠纷解决方式内民间规则如何运行及其基本理论的论著非常少。因此,本书的研究或许能够为国内法学界在这方面的理论深化添砖加瓦。

二、研究视角与方法

(一) 研究视角

法国著名的社会学家涂尔干说,社会学并不是探讨社会应该是什么样子,若要使社会尽可能的完美,应该怎样组织社会。社会学家的目的与此完全不同,他们研究社会,是为了了解社会和理解社会,就像物理学家、化学家和生理学家对待物理现象、化学现象和生理现象一样。社会学家唯一的任务,就是恰当地确定他所研究的事实,发现事实据以发现规律,他把发现(如果有必要的话)如何才能运用他所确立的命题这一任务,留给别人去做。^①由此可见,在涂尔干看来,社会学是研究客观存在的社会现象的科学,而不是研究形而上学问题的学科。换言之,社会学研究实然问题而不是应然问题,研究社会客观现象实际上是怎样而不是应该是怎样。如果研究法律现象,那么就研究法律实际上是如何运行的而不是应当是如何运行的。

美国著名的社会学家庞德也指出:社会学家所要解决的主要问题是,在创立、解释和适用法律方面,更加注意与法律有关的社会事实。为此,他们必须坚持以下几点:研究法律制度和法律学说的实际社会效果;为准备立法进行社会学研究;研究是法律实际生效的手段;对法制史应进行社会学研究,即不是仅仅研究法律原理如何演变,仅仅把它们当作法律材料,而且还要研究这种法律在过去产生了什么社会效果以及如何产生的;承认对法律规则情况加以适用的重要性,即力求对各个案件都正当、合理地予以解决,等等。^②因此,依据庞德的观点,法学研究不仅是为了解决实际问题而研究,而且其研究对象本身就是社会现实中的法律或者说行动中的法。换言之,庞德主张从社会现实出发研究法律,不能孤立地研究法律。

本书的研究对象是民间规则在民事诉讼中的适用。民间规则是人们长期社会生活经验的产物。它形成于社会,同时又在社会中运行。因此可以说民间规则是原生性的法律。毫无疑问,在现代社会,国家处于不可置疑的核心位置。但是我们也要看出国家法并不是无所不能、一统天下的。相反,在实际运

① [法]爱弥尔·涂尔干. 乱伦禁忌及其起源[M]. 汲喆,付德根,渠东,译. 上海:上海人民出版社, 2006:214-215.

② 沈宗灵. 现代西方法理学[M]. 北京:北京大学出版社,1992:218-219.

行过程中,国家法往往需要民间规则的协助与补充。因此,从这个意义上说,研究民间规则的实际运行,尤其是在民事诉讼中的适用,也就是从民间规则的角度,描述国家法在实际运行中的真实图景。因为,民间规则的进入往往意味着国家法的不能调整。

在民事诉讼中,如果法官适用民间规则裁判案件,那么就意味着国家法对该案件没有做出相应规定,或者虽有规定但适用于该案却会得出违背正义的处理结果。这说明国家法出现漏洞。法官在法律解释中适用民间规则使国家法明确化具体化。这也说明国家法在实际运行中显得过于抽象僵化,与现实社会并非完全合辙。因此,本书所要研究的问题,从一个方面看,是民间规则在民事诉讼过程中的运行实况及其必须遵循的前提条件;从另一个角度看,则是制定法在现实中的运行情况及其出现缺陷的原因。当然,综合两个方面考察,我们也可以看出民间规则与国家制定法在现实中互动的能与不能。

综上所述,本书的论题和研究所涉及的范围决定本书必须从实际出发,运用联系的观点观察研究对象。唯有如此,才有可能切中问题的要害。因此,本书选择社会学作为研究视角。

(二)研究方法:实证分析方法

研究视角是研究的角度问题,研究方法就是方法论问题。角度取对了只是成功研究的第一步,能否正确选择研究方法决定着研究最终能否成功。然而方法选择与视角选择一样,能否正确取决于其是否契合研究对象的规定性。

本书的研究论题是民间规则在民事诉讼中的适用。这一问题与其说是理论问题,不如说是实践问题。要解决这一问题就必须在实践的场域,观察、分析和论证民间规则运行及其与国家法的互动关系。正因如此,本书始终在民事诉讼的实践场域中展开论证。与此相对照,实证分析方法正是把事实问题作为分析研究的对象,探讨的是实然问题而不是应然问题。因此,依据本书研究论题的规定性,本书主要采取实证分析方法。与此同时,因为本书在研究过程中也将涉及民间规则与国家制定法的关系问题,所以本书也将会在某些章节运用历史分析方法、对立统一分析方法和比较法等研究方法。

三、研究现状综述

(一)国内的研究现状

在纠纷解决的论域里,我国学者们大致从四个向度对民间规则进行研究:第一,研究民间规则在少数民族地区的解纷排难机制。第二,研究司法过程中民间规则的运行样态,得出三种不同的结论:民间规则取代国家法,对判决结果皆大欢喜;国家法坚守阵地但是执行却困难重重,判决如同一纸空文;民间规则与国家法良性互动,民间规则补充丰富国家法。第三,选择典型案例,以个案为基点分析民间规则与国家法的关系。第四,站在司法立场,研究民间规则对法律方法的可能贡献,民间规则作为法源的事实基础和规范依据。

高其才教授在《中国习惯法论》一书中论述到,调解处理、审理、神判和械斗等我国少数民族解决纠纷的方式以及相应的民间程序法和实体法。在《瑶族习惯法》一书中,他又论述了瑶族的调解、审理、神判和械斗等纠纷解决办法以及相应的习惯法规范。在曾代伟先生主编的《巴楚民族文化圈研究——以法律文化的视角》一书中,作者从纠纷的类型与实体规范、乡土社会的纠纷解决者、纠纷解决的模式、纠纷解决的目标和作用、纠纷解决机制与社会控制五个方面论证巴楚文化圈纠纷解决机制与习惯法的相关规定。在陈金全先生主编的《西南少数民族习惯法研究》一书中,作者首先提出在我国西南少数民族封闭的社会里人们是如何使社会维持稳定运转,习惯法又是如何发挥其作用机制的两个问题。然后从社会组织与族群控制、纠纷解决机制、纠纷的解决者、神明裁判和宗教与西南少数民族的习惯法五个方面较为详细地阐释少数民族的社会组织和纠纷解决。最后认为:“真正能阻止犯罪的乃是守法的传统,这种传统又根植于一种深切而热烈的信念之中,那就是:法律不仅是世俗政策的工具,而且还是生活终极目的和意义。”^①由此可见,上述三位学者的研究主要是以法律人类学为视角。

田成有和李懿雄两位先生在《乡土社会民间法与基层法官解决纠纷的策略》一文中认为,基层人民法院法官在审理民事纠纷案件的过程中难以避免民间法与国家法冲突的问题,如何克服这一困境?基层法官由于自身受民间

^① 陈金全. 西南少数民族习惯法研究[M]. 北京:法律出版社,2008:116.

文化的耳濡目染并内心认同,每每选择民间法作为断案的依据,因此审判结果大都得到两造的认同,进而认为民间法是乡土社会的“人情正义”,是乡民真正需要的正义。^① 在《民间法与国家法视野下的出嫁女土地补偿款案》一文中,覃晚萍女士认为,当民间法与国家法发生冲突时,如果法官简单地排斥民间法而适用国家法,那么判决往往受到村民的抵御而得不到执行,陷入尴尬境地。^② 在《正义的妥协——从程序、效力和利益分配结果看民族地区基层纠纷的解决途径》一文中,王刚先生认为,民族地区基层纠纷的解决是在现行法与民族习惯法、民间法相互塑造和挤压的过程中,当事人、民族地区社会权威、司法者之间权衡利益得失之下,对公平、正义和利益等和谐社会法治理念的妥协,并进而得出这种妥协,主要表现为对现行法的规避。^③ 在《遭遇冲突的国家法与民间法——一起水事官司的法社会学考察》一文中,杨俊凯、邓慧两位学者分析了一起小小的旷日持久的水事官司,并认为该官司之所以旷日持久并最终得不到执行,主要是因为没有成功地达成国家法与民间法共荣的良好格局。^④ 李卫东先生在《民初民法中的民事习惯与习惯法》一书中对法律与习惯法的互动关系进行描述,认为在司法审判中民事习惯的作用主要表现为:确认法律事实,弥补和丰富制定法的不足,变通和发展已有的制定法,修正和变更现行法以及其他作用。^⑤ 但对国家制定法的反向作用却缺少足够的关注。

梁治平先生在《乡土社会的秩序、公正与权威》一文中分别对 15 个案例进行评析,最后得出结论:无论国家与社会还是正式法与民间秩序,所有这些都不是具有明晰边界并且能够严格区分的内部同质的实体,它们之间也不存在非此即彼的对立和紧张。^⑥ 但这种论证逻辑的进一步推演,其结果可能是民间规则与国家法混沌不分。苏力教授以“秋菊打官司案”为分析对象,得出在乡土社会里国家法的不适用,“产品”的不对路。秋菊仅仅是尝试地诉求了

① 田成有,李懿雄. 乡土社会民间法与基层法官解决纠纷的策略[J]. 现代法学,2002(2):120-124.

② 覃晚萍. 民间法与国家法视野下的出嫁女土地补偿款案[J]. 云南大学学报:法学版,2007(6):22-27.

③ 王刚. 正义的妥协——从程序、效力和利益分配结果看民族地区基层纠纷的解决途径[J]. 青海民族研究,2005(9):30-36.

④ 杨俊凯,邓慧. 遭遇冲突的国家法与民间法——一起水事官司的法社会学考察[J]. 长江师范学院学报,2007(11):158-162.

⑤ 李卫东. 民初民法中的民事习惯与习惯法[M]. 北京:中国社会科学出版社,2005:212-250.

⑥ 王铭铭,王斯福. 乡土社会的秩序、公正与权威[M]. 北京:中国政法大学出版社,1997:415-480.

正式法律,而她不仅没有获得她所希望的“说法”,而且无法理解正式法律运作的结果;她无意伤害他人却事实上伤害他人,原来是她有理的现在却似乎亏了理,她自己的境况甚至可能比以前更加不利。^① 总而言之,面对乡土社会某些事件,国家制定法介入无能,或者不应该介入。

在《试论习惯法及其适用》一文中,高军先生例举了习惯法作为法源的法律依据并指出法院适用习惯法通常应遵守的规则。在《民间规则作为司法裁判的渊源——一个司法中心的立场》一文中,李秀群先生批判立法中心主义眼光短浅,并站在司法中心主义的立场提出民间法应当作为法源。^② 谢晖教授关注如何把民间规范研究与法律方法的研究结合起来,在《初论民间规范对法律方法的可能贡献》一文中,谢教授从民间规范作为法源而被收入——国家认可,民间规范作为价值衡量的社会依据和民间规范作为判例或判例法产出的社会根据三个方面详尽论证了民间规范对法律方法的可能贡献。^③

总而言之,上述各位学者从各自的视角出发对民间规则做出了独特的研究。学者们大多对民间规则与国家法的关系进行法文化学、法社会学的分析或立法例罗列,而没有或者说较少对民间规则在国家制定法规定的仲裁、调解或民事诉讼等纠纷解决方式中的运行样态及其条件进行研究,尤其是没有系统分析民间规则在民事诉讼中适用的原因,也没有对其在民事诉讼中的适用方式进行全面的学理剖析。大多数学者过分关注民间规则与国家法的不适性一面,而对民间规则与国家法良性互动的一面却缺乏应有的注意,十分详尽地描述了民间规则在法定的解纷体制之外的运用,而缺少对它在法定解纷体制内的运行现实进行应有的研究。

(二) 国外的研究现状

西方对民间规则的研究,可以说从古希腊就已经开始。不过,西方法学者主要从法律史或纠纷解决的视角研究民间规则运行的样态及其与国家制定法的互动关系。

早在古希腊时期,民间规则就引起西方哲人的关注。柏拉图在其名著

① 苏力. 法治及其本土资源[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004:33-34.

② 李秀群. 民间规则作为司法裁判的渊源——一个司法中心的立场[J]. 山东大学学报:哲学社会科学版,2007(1):55-59.

③ 谢晖. 初论民间规范对法律方法的可能贡献[J]. 现代法学,2006(5):28-37.

《法律篇》中指出“生在那个世界轮回时期的人还没有任何文字记录,而他们的生活遵循的是沿袭下来的习惯和我们所说的‘祖传的’法律”,^①并进一步认为:“我们现在正在研究的一切规则,人们通常叫作‘不成文习惯’。实际上,人们所说的‘祖宗的法律’指的就是所有这些事情。不仅如此,而且刚才我们取得的结论也是如此。尽管‘法律’一词用于这些事情是个错误,但我们不能对它们只字不提,因为它们是整个社会框架的黏合剂,把一切成文的和制定了的法律还未通过的法律联系起来。”^②在古罗马,乌尔比安指出:“在无成文法可循的情况下,那些长久的习惯常常被当作法和法律来遵守。”尤里安认为:“没有理由不把根深蒂固的习惯作为法律来遵守(人们称它是由习俗形成的法)。事实上,我们遵守它们仅仅是因为人民决定接受它们。那些在无成文法的情况下人民所接受的东西,也有理由为所有人所遵守。”^③

历史法学派的创始人萨维尼在其重要著作《论立法与法学的当代使命》一书中指出:“在人类信史展开的最为远古的时代,可以看出,法律已然秉有自身确定的特性,其为一定民族所特有,如同其语言、行为方式和基本的社会组织体制。不仅如此,凡此现象并非各自孤立存在,它们实际乃为一个独特的民族所特有的根本不可分割的禀赋和取向,而向我们展现出一幅特立独行的景貌。将其他联结一体的,乃是排除了一切偶然与任意其所由来的意图的这个民族的共同信念,对其内在必然性的共同意识。”^④从此段描述,不难看出,历史法学派强调法律与民族文化的相生相依并同始同终。不言而喻,民间规则是民族文化的规范表达,并与民族同始同终。因此,按照历史法学派这一理论逻辑,民间规则也应当包括在历史法学派的法律范围之内。因此,尽管历史法学派已是明日黄花,但是萨氏关于法律的论断一直延续至今并有日益扩大之趋。

美国霍姆斯大法官站在司法中心主义的立场说出了至今仍是法律界耳熟能详的名言:“法律的生命不是逻辑,而是经验。”^⑤而民间规则正是社会经验

① [古希腊]柏拉图.法律篇[M].张智仁,何勤华,译.上海:上海人民出版社,2001:74-75.

② [古希腊]柏拉图.法律篇[M].张智仁,何勤华,译.上海:上海人民出版社,2001:210.

③ [意]桑德罗·斯奇巴尼.民法大全选译:正义和法[M].黄风,译.北京:中国政法大学出版社,1992:63-63.

④ [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼.论立法与法学的当代使命[M].许章润,译.北京:中国法制出版社,2001:7.

⑤ [美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯.普通法[M].冉昊,姚中秋,译.北京:中国政法大学出版社,2006:1.