

Xiamen University Law Review

厦门大学

法律评论

2016年下半年卷 总第二十八辑



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

厦门大学法律评论

2016年下半年卷 总第二十八辑

主编 周 赟



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

厦门大学法律评论. 第二十八辑/周贇主编. —厦门:厦门大学出版社, 2016. 9
ISBN 978-7-5615-6209-3

I. ①厦… II. ①周… III. ①法学-研究-文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 197784 号

出 版 人 蒋东明
责任编辑 李 宁
电脑制作 张雨秋
责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门市金凯龙印刷有限公司

开本 787mm×1092mm 1/16
印张 15.25
插页 2
字数 362 千字
版次 2016 年 9 月第 1 版
印次 2016 年 9 月第 1 次印刷
定价 57.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

《厦门大学法律评论》编委会

编委会主任：徐崇利

编委会成员（以姓氏首字母为序）：

陈 鹏 陈喜峰 李 刚 刘志云
吕英杰 马 腾 孙丽岩 魏磊杰
吴旭阳 徐振东 郑晓剑 郑永宽
周 赟

学术编辑：

陈雪梅 柯宇航 刘玉姿 王能萍

编辑者言

编辑者将怀着对作者和作品的温情与敬意,持守对法治及其理论的虔诚与审慎,以《厦门大学法律评论》(以下简称《评论》)参与中国的学术建设、社会进步。

一、编辑者为此所提供的形异而神一的理论平台包括:学术专论;学术评论(包括学术批评、立法评论、案例评析等);学术译作;学术随笔;法律教育评论;司法官来稿(视稿源情况可以分别是“检察官来稿”“执法官来稿”“代理人来稿”等)。

在必要且可能时,编辑者将就某一特定主题以专题研讨的形式展示作者之智识于读者。

二、稿件篇幅不限。编辑者希望作者可以借此从容铺陈,而读者则从条分缕析中得享阅读之乐。所刊稿件若确因版面所限,编辑者将商请作者删减。

三、编辑者在收到稿件后两个月内就刊用与否回复作者。

四、《评论》已被列为《高等学校文科学术文摘》之文摘源出版物,所有在《评论》上发表的文章均可能被《高等学校文科学术文摘》转载或摘编。

《评论》已加入“中国期刊全文数据库”(CJFD)、北京万方数据股份有限公司“万方数据”库(WANFANG DATA)、“中国法律知识总库”以及 DOI 系统。所有在《评论》上发表的文章均被同步编入如上数据库。编辑者就此敬请作者于惠赐作品时慎重考虑。

五、稿件一经采用,即由出版者支付稿酬(其中包括 CJFD 的作者著作权使用费),并提供样书两册。

六、稿件请用 word 文档形式发送电子邮件至:lawrev@xmu.edu.cn。

七、编辑部电话:0592-2187782。

来稿请注明作者姓名、出生年份、性别、籍贯、所在机构、学位、职称、通信方式,并请附上中英文标题、摘要和关键词。作者的以上信息,仅当文章录用并刊发时一并载明,以便读者与作者通联。

《厦门大学法律评论》编辑部

DOI 简介

DOI(Digital Object Identifier),即文献数字对象识别号,为美国出版商协会(The Association of American Publishers,AAP)于1994年建立,1997年成为数字资源命名的一项标准。DOI能让学术文章永久寻址,实现文献永续存在。

《厦门大学法律评论》从2013年起,通过台湾元照出版公司提供的平台,正式加入DOI系统,所有本刊刊发的文章将正式获得全球唯一且永续的“身份证号”。

DOI之特色可以简要地从如下几个方面进行介绍:

- 唯一且永续存在的标识符:DOI的意义在于,替数字文献加上固定的寻址,避免文献搜寻结果为“该资源已经被移除或无效”,解决大量网络信息链接失效的问题,增加引文的正确性。

- 文献跨入国际DOI学术圈:透过国际的DOI系统进行解析,跨越单一平台或数据库的局限走入国际,提升论文的能见度与学术影响力。

- 提高作品的引用率:对学术期刊及其文章而言,DOI可永久成功链接的特性,让服务质量提升;对搜寻服务来说,在学术文献中加入DOI,会提高检索结果的正确性,导引读者取得全文,提高文献被引用的机会。

- DOI的呈现方式:在文献标题处以脚注形式加上,具体如 doi:10.3966/102559312013020213001。

目 录

学术专论

- “适法习惯”及其司法功能..... 魏治勋(1)
- 配套立法:授权条款支配下的“次级”立法..... 张义清 曾林翊晨(13)
- 法律全球化背景下的中国法治二元观
——基于一种民间法哲学主体视角 姚选民(42)
- 职业伦理:法律职业共同体之基点..... 范敏之(56)

学术评论

- 城管执法的话语表达及其后果 刘 磊(67)
- 从创造作者到功能作者:主体范式视角下著作权作者中心主义的兴与衰 刘文献(83)
- 给“见危不救”犯罪化一记响亮的耳光
——走一条完整的道德入法路径 刘 洋(113)
- 论美国宪法解释中的“部门主义”
——立法和行政的解释 肖琼露(128)
- 知识产权强制许可在反垄断中的适用..... 周敏超(142)

学术专题

- 法律中的情感研究进路 吴习或 吾 莹(163)
- 精神病人强制医疗之实践考察 何 群 姚毅奇(186)
- 心理学视野中的前见对审判行为的影响 王维静(204)

学术译作

- 戴着镣铐的舞蹈:法律与文学中的解释 [美]斯坦利·费什 著 程朝阳 译(224)

Contents

Academic Monographs

- Lawful-custom and Its Judicial Function Wei Zhixun (1)
- Supporting Legislation: Secondary Legislation Governed by
Enabling Clauses Zhang Yiqing Zenglin Yichen (13)
- On Chinese View of Rule of Law in the Context of Legal Globalization
—From the Perspective of Folk Law Philosophy Yao Xuanmin (42)
- Professional Ethic: The Basis of Legal Professional
Community Fan Minzhi (56)

Academic Review

- The Discourse Expression of Urban Management Enforcement
and Its Consequences Liu Lei (67)
- From Creative Author to Functional Author: the Prosperity
and Decline of Author-centrism in the Perspective of the Subjective
Paradigm Liu Wenxian (83)
- Criminalization of Indifference for Helplessness: Just a Con-
ceit From Morality to Theory of Criminal Law Liu Yang (113)
- Departmentalism of American Constitutional Interpretation
—The Constitutional Interpretive Authority of the Legislative
and Executive Branches Xiao Qionglu (128)
- The Application of Intellectual Property Compulsory Licensing
in Antitrust Zhou Minchao (142)

Academic Project

- On Emotional Route of in Law Research Wu Xiyu Wu Ying (163)
- On the Practices of Judicial Compulsory Medical Procedure He Qun Yao Yiqi (186)
- The Effects of Vorurteil on Judicial Behavior: a Psychological
Angle Wang Weijing (204)

Academic Translation

- Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and
Literature Stanley Fish (224)

“适法习惯”及其司法功能^{*}

魏治勋^{*}

摘要:“适法习惯”是法官在司法过程中运用法定的识别标准对民间习惯的适法性予以检验和认定的产物,在现代性语境中,对习惯的司法识别实质上是以现代法精神对传统民间习惯予以有目的的重构的行为。“适法习惯”因此就具有了建构性、适法性、过渡性和工具性的特征,并在司法过程中发挥着证明法律事实、充当法律推理大前提、补充实在法乃至变革实在法的功能。“适法习惯”概念的提出,为进一步探索民间习惯的司法化提供了现实化进路,具有相当的法律方法论意蕴。

关键词:适法习惯;民间规范;司法识别;司法功能

Lawful-custom and Its Judicial Function

Wei Zhixun

Abstract: Lawful-custom is an outcome of judicial process during which the judges investigate and identify whether the folk norms have lawful utility in virtue of legal standard. Under the context of modernity, the judicial identification of folk norms can be regarded as a purposive action to reconstruct them in accord with modern law spirit. The lawful-custom thus acquires some distinctive characteristics such as constructiveness, lawfulness, transitivity and instrumentality. It perform some important judicial function to testify legal fact, serve as major premise of legal reasoning, and supplement positive law or even to reform it. In this paper, the suggestion of Lawful-custom concept has provided a practical approach to advance the study of judicialization of folk norms, which adds some

^{*} 文章 DOI:10.3966/615471682016060028001。

^{*} 魏治勋,男,1969年生,山东省昌邑市人,法学博士,山东大学法学院副教授、博士生导师,研究方向:法哲学、法社会学、法律方法。

implication of legal method to it.

Key Words: Lawful-custom; folk norms; judicial identification; judicial function

在近年来的民间法研究中,对民间法核心概念的探索与完善一直是民间法研究中的基础问题,没有一套完善的概念体系作支撑,民间法研究就很难走上规范化并获得现实与话语影响力。但对民间法概念体系的探讨不能仅限于纯粹理论的层面,还必须注意到司法实践对民间法概念的现实需求。“适法习惯”概念的提出,正是对长久以来民间规范司法适用过程中对民间法概念现实需求的理论回应,因此,这一概念的合理界定也就在司法实践与民间法理论研究方面具有了不可忽视的双重价值。

一、为什么要创设“适法习惯”概念

在现代学术研究中,“奥卡姆剃刀”集中表达了一个学科或者一个研究领域在建构概念体系时的一条基本原则:“如无必要,勿增实体。”^①在民间法研究中,我们亦应遵循奥卡姆的训诫,既不能仅凭主观想象去构造不必要的概念,从而人为地加剧理论研究的繁冗;也不能无视实践对概念和理论的需求,以至于影响现实问题的解决和优化。

我国自清末民初引进与创设现代法律体系以来,国家法与民间法逐渐分离为二元性的对立存在,民间法受到国家法日渐强烈的排斥而居于边缘性地位;但是,民间规范构造社会秩序的功能不可能短期内被完全剥离。于是,在民间规范司法适用过程中,就产生了如何鉴别、认定民间规范的问题。为了将那些被鉴别出来以备司法适用的民间规范与杂陈于民间社会的其他规范相区分,同时也为了避免将此类规范混淆于那些已获司法适用从而具有法定效力的“习惯法”,司法实践就现实地需要有一个恰当的概念语词为此类民间规范“命名”,以使得司法者的思维中对不同性质的民间规范保持清醒的类型认知。“我们要想在现实社会中建设一种合理而有序的生活,就必须首先在思维中形成某种关于社会秩序和法律秩序的层次分明的有序结构,而这种思维中的秩序的构建,又必须以概念的清晰化为前提。”^②既然法官在司法过程中鉴别并认定了一类可以适用于案件判决的特定类型的习惯规范,就意味着现实世界中新增了某种尚待命名的实体存在。为此,笔者将那些在司法过程中法官根据实在法的精神与形式要求鉴别出来、可以适用于司法过程的民间习惯规范类型,名之为“适法习惯规范”,简称为“适法习惯”。

回顾清末民初以来有关民间规范司法适用的法律实践与理论研究,我们可以一窥因“适法习惯”概念缺失导致的不必要的实践困难和理论混乱,从而明晰创设此一概念的实践必要性。在1935年“上字第1432号判决”之判词中,为了确立那些经由当时的司法识别标准鉴别出来的以备司法裁判适用的民间习惯的确定范围,该判词指出:“习惯法则之成立,以习惯事实为基础,故主张习惯法则,以为攻击防御方法者,自应依主张事实之通例,就此项多年惯

^① 尹星凡、王天恩等:《西方哲学经典命题》,江西人民出版社2006年版,第113页。

^② 魏治勋:《民间法思维》,中国政法大学出版社2010年版,第253页。

行,为地方之人均认其有拘束其行为之效力之事实,负举证责任。如不能举出确切可信之凭证,以为证明,自不能认为有此习惯之存在。”^①在这里,该判词实际上确立了那些符合司法识别标准的一类规范——“习惯法则”的事实存在。但以“习惯法则”命名那些被鉴别出来的习惯规范,却有着相当的不适当性。原因在于,“习惯法则”这一名称实在太过一般性,对于现实地存在于民间社会的一切习惯规范,以及已然被司法过程所适用因而事实上获得了实在法地位的习惯规范,人们都可以不加区分地以“习惯法则”称之。且“法则”一语往往只具有事实描述的意义,是指对那些表述事实上的因果关系的“因果律”的称谓。^②在这种理解之下的“习惯法则”,仅仅将民间规范的事实存在性凸显出来,而无法表达特定的司法识别标准赋予的“规范性”内涵。作为一个规范类型的合理概念名称,理应符合两个方面的要求:一方面,这一名称能够指示一种独特的规范事实的存在,这就要求它应具备“特定性”属性,即它能够准确地指示某种特定类型的民间习惯规范的存在;更为重要的另一方面在于,这一名称应当能够准确表达那些通过了司法识别标准鉴定的民间习惯规范蕴含的特定规范性向度。因此,必须以一个更加合理的名称指称上述特定类型的民间规范。否则,就不足以将此类规范与一般性民间习惯规范区分开来,从而造成司法实践与理论研究上不必要的混乱。

“适法习惯规范”(简称“适法习惯”)这一名称在三个方面满足了对这种特定的民间规范类型的命名要求:“适法习惯”这一偏正结构的名称,其主体部分为“规范”,恰当地界定了名称所指事物的规范性质;而其限定语“适法(的)”,则准确地表达了此类规范对实在法在精神实质和形式结构上的“合标准性”;其中的“习惯”一语则表明,此类规范自身的性质,即它虽然因其通过了司法识别标准从而与一般性民间习惯规范有了明确的区分,但是它们还不是实在法,而只是一种被有目的地区分出来的民间习惯规范类型。“适法习惯”这一概念名称所具有的上述内涵,恰切地揭示了现代性制度背景下民间习惯规范的一般命运:“只有成文法所期待的,才可能被承认为习惯法。”^③“适法习惯”只不过是实在法通过司法过程吸纳民间习惯这一机制的过渡性产物,它一旦被法官予以司法适用从而获得实在效力,即转身质变为“习惯法”而构成实在法之一部分。提炼出“适法习惯”这一概念并将此一习惯规范类型化,就为法官正确适用这类规范奠定了合理性基础。

二、“适法习惯”的司法识别及其实质

“适法习惯”是司法过程中法官遵循特定的识别标准对纷繁复杂的民间习惯予以拣选和精炼这一合理化过程的产物,因此,“民间习惯的司法识别,实质上就是法官在习惯中发现案

① 转引自王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第57页。

② [奥]汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第49页。

③ 这是马克思对习惯规范在近代法典编纂运动中的命运的概括。参见K. Marx, Verhandlungen des 6. Rheinischen Landtages (1842)—Debatten über das Holzdiebstahls-gesetz, in: Marx/Engels, Werke, Bd. I, Berlin 1970, S. 109ff. (116). 转引自[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第107页。

件的裁判规范并通过合法性检验将其正当化的过程”^①。因此,“适法习惯”并非如同大山巨川一样的纯粹客观存在,在很大程度上,其是某种饱含特定文化内涵并得到现代性法精神检验认可的规范体,在特定文化语境下对民间习惯的司法识别,事实上是一个以现代性法精神赋予、充盈和重塑传统习惯的阐释性行动。则“适法习惯”作为现代性法精神的再造物,其基本内涵与特性的获得和展示,也必定只能存在于对习惯加以识别、解释与重构的“微妙的过程”之中。基于此,对于以把握“适法习惯”的性质与特征的学术研究而言,细致地考察“民间习惯司法识别”问题就是必须的和关键性的。

我们有必要对现代司法识别和吸纳民间习惯这一独特现象及其过程作出本质性的检视。对于此一问题,加拿大学者帕特里克·格莱恩作出了深入而独到的分析。帕特里克·格莱恩令人信服地指出,今天被我们称作“习惯”的规范系统历史上曾经作为重要的“非正式法律”对人们的生活秩序起着基础性的构造作用。“非正式法律”直到被中世纪后期法典编纂过程所俘获(capture)之前都一直享有特权的地位,当时的社会生活与非正式法律制度是一体同构的,“非正式法律制度”是特定人群或社区“身份认同的定义性和规范性的要素”(defining and normative element of identity),^②它被作为“社会凝聚力和社会认同的手段”(means of social cohesion and identification)来使用。在当时的人们看来,“非正式法律”并不缺乏精确的和详细的形式,它是清晰的、可知的和极为重要的。从“习惯”这一具有歧视性的定义就能够理解将非正式法律重构成习惯这一事件。在这里,“习惯”并非非正式法律的本有名称和本来意义,“习惯”这个语词包含着对非正式法律予以重构的基本要素或标准。其中,第一个要素是存在长久性的和固定的惯行,即重复性的人类行为;第二个要素是尊奉者对习惯的“判断”和“确信”,即习惯的尊奉者对习惯具有“法的确信”。设置这两个要素或必要条件的目的,在于以“现在论”的标准对非正式传统进行选择 and 重构。当然,更具决定力和渗透性的具有现代精神指向的实质标准,则是要在概念上给予个人以突出重要性。在现代意识形态下,个人作为理性人、权利主体和上帝的代理人而获得了重要地位,任何法律制度的合法性论证必须以民主和社会契约观念为前提。在这种衡量之下,习惯也必须以这种新的方式来获取其合法性来源。正是以前述标准,非正式传统就在现代民主的形式下被重构为“习惯”,对非正式传统的重构是现代主体的一种独断的决定,而很少顾及习惯本身的内容。在欧洲大陆,大规模地对习惯进行识别与确认是以习惯法典编纂的形式进行的;在普通法的英国,则表现为在司法过程中以国家法精神重塑习惯从而判例法逐渐成长的缓慢过程。但无论采取哪种方式对习惯的司法识别和适用,其本质都在于:在“现在论”的历史进步观念之下,以合理性为指导的,以现代法律价值为取向的对传统非正式制度的现代化再造和利用。

对于这一要点,我们可以通过考察两大法系的典型国家和近代以来中国司法对待民间

① 王林敏:《论习惯的合法性检验标准》,载《山东大学学报》2009年第5期。

② H. Patrick Glenn, The Capture, Reconstruction and Marginalization of “Custom”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, No. 3, American Society of Comparative Law (summer, 1997), pp. 613~620.

习惯的历史实践来予以实证。在近代以来的法国,习惯成立的条件一般包含三个方面的要件:^①其一,习惯必须具有公开性。如果习惯不具有公开性,便不具有整体意义上的一般效力。其二,习惯必须具有多重性特征,即习惯是“经过了反复实践”的,单独的一个事实不具有规范性效力。其三,习惯须具有古老的特征,也就是永存的或悠久的习惯。但是对于这三个构成要件,在法国却没有一个固定的较为客观的标准。一般说来,为保证所采纳的习惯具有准确性,援引者必须证明该习惯至少在两个“先例”中被援引过。至于“古老的特征”这一要件存在的争议尤其突出,但一般说来,教会法要求习惯必须连续存在10年以上;但是该习惯如果要成为“相反法”,则需要40年。有时如果一个习惯要被适用于公法领域,就要求它具有“万世千年般古老”。在英国,情况则有所不同,一般说来,习惯之成立要求符合以下条件:其一,习惯不得违反普通法的基本原则,不得用习惯来对抗实定法规则。其二,习惯必须已经存在了很长时间,且必须得到公众持续不断的实施。其三,习惯必须得到公众的心理确信,即公众在内心里视该习惯具有强制性规范效力。其四,习惯必须具有价值上的合理性,即它不能违反有关是非的基本原则,也不能侵损不具有此习惯的人的利益。在美国学者的视野中,习惯的构成标准又有所不同,主要是在习惯是否必须具有“古老的特征”这一点上,美国学者有不同的看法:美国学者吉尔莱特在谈及英国的古老习惯时,曾经指出,就此类古老习惯而言,“我们的祖先的确不曾将它们作为他们的法律的一部分带到美国。我们在这个国度里没有那样的习惯。但是在更有限的意义上,习惯(customs)可以长成,法院将会承认它们,它们不必和普通法同时代,它们也不必在法律记忆时代之前的某个时期就存在,但是这些习惯将能够与前面提到的习惯相区分,因为它们不对抗普通法,反而在普通法沉默之时确立诉讼双方的权利”^②。吉尔莱特此言表明在美国这个新兴国家所成长起来的习惯不必具有“古老性”这一特征,因为一旦采用这一标准,则无异于说美国没有习惯这种事物;同时,吉尔莱特也指出了美国新成长起来的习惯和英国古老习惯的另一个区别,那就是美国的习惯一般说来“不对抗普通法,反而在普通法沉默之时确立诉讼双方的权利”,这表明,在美国新成长起来的这些新型习惯,在本质上是与现代法律制度相一致的。如果这一论断成立,则在美国习惯的司法确认过程中甚至连实质性的因素也不必考虑。在此问题上,中国近代以来则主要存在两种学说:其一为二要件说,^③这一学说主张习惯成立的条件有两个:一是习惯构成之体素,即须有习惯的长期存在,习惯必须是在一定期间内长期存在且为某一范围内的人群所反复遵循的;二是习惯构成之心素,即人们对习惯具有“法的确信”,当然此“法”仅具社会规范的意义,而非实在法。其二为四要件说,这一学说认为,“凡习惯法成立之要件有四:(1)要有内部要素,即人人有法之确信心;(2)要有外部要素,即于一定期间内就同一事项反复为同一之行为;(3)要系法令所未规定之事项;(4)要无悖于公共秩序、利益”^④。

从上述考察可见,无论是大陆法系还是普通法系,抑或是近代以来行走在现代化进程中

① [英]梅特兰等:《欧陆法律史概览》,屈文生等译,上海人民出版社2008年版,第173页。

② John H. Gillette, *A Treatise on the Law of Indirect And Collateral Evidence*, The Bowen-Merrill Company, 1897, p. 171.

③ 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第30页。

④ 黄源盛:《民初大理院民事审判法源问题再探》,载李贵连主编:《近代法研究》(第1辑),北京大学出版社2007年版,第8页。

的中国,在对民间习惯司法识别问题上高度共享着某些相当鲜明且稳固的标准,概而言之主要有三点:其一,要求能够被现代司法予以适用的习惯必须具有确定性,这一点主要表现为其识别标准中对习惯的长期存在性和反复实施性的强调,这是现代法的“确定性”这一“内在道德”的必然反映。其二,要求能够被现代司法予以适用的习惯必须具有合法性(legitimacy),即习惯必须是得到广大民众的“内心确信”的,这是现代法制民主精神的外在体现。其三,要求能够被现代司法予以适用的习惯必须具有价值上的合理性,无论是对公共秩序和利益的看重,还是对“不违背法的基本原则”的强调,其实质都在于对现代法律精神的无条件的坚守。

事实上,非仅在已然现代化的西方国家,即使在现代化进程中的中国,学者们对民间习惯司法识别与适用的本质亦是洞若观火般明晰。早在民国时期曾任立法院院长的胡汉民就主张:“把社会上历史上牢不可破的、不适于民族永远生存的种种习惯和制度赶快改换,直换到根本适合为止。”^①而从民国初年以来司法部门的实践操作来看,也与这种主流论调十分契合,黄源盛教授在总结民国初期的司法精神时就指出:“实际上,民初的中国社会是一个无数旧势力应改造而未改造,无数新势力求生而不得生的时期。部分既存的习惯,常常与社会现实的需要相反,而成为社会上许多新制度与新事业发展的障碍,在此种情状下,身为司法机关龙头的大理院乃掌握了时机,在判决中巧妙运用,直接或间接促进这些习惯的改变,似乎不再给这些所谓‘不良习惯’有被适用的机会。”^②即使在今天,以现代司法的标准和技术衡量、提炼和改造民间习惯的目的取向也无实质改变,甚至大有强化之势。范愉教授就曾一针见血地指出:事实上,在法院致力于将民间规范加以司法适用的努力中,隐含着一种试图将其纳入正式法律体系、加以标准化操作的“雄心”。^③由此可见,民间习惯的司法识别与适用的实质正在于:借助于现代司法的标准和技术性操作,通过对民间习惯的梳理、识别和有目的、有选择地适用,平稳渐进地推进社会秩序的现代化与合理化,在吸纳民间习惯扎根其中的大众性所涵养的合法性的同时,以较低的成本补充实在法的自身不足,最终全面实现现代法律精神对中国社会的根本性改造。

三、“适法习惯”概念及其一般特征

从对设置“适法习惯”概念的目的、“适法习惯”的识别标准及其实质的阐述中,我们可以管窥到“适法习惯”这种规范类型的某些现象层面的特性;“适法习惯”作为民间习惯被现代司法过程所识别与适用过程中的规范产物,服从于这一现代性操作过程的本质,则“适法习惯”就先验地具备现代司法精神和目的所赋予的一系列独特特征:

其一,作为现代司法过程中的人为再造物,“适法习惯”具有明显的建构性特征。一般说

① 胡汉民:《胡汉民先生文集》(第4册),中国国民党中央委员会党史委员会1978年版,第818页。

② 黄源盛:《民初大理院民事审判法源问题再探》,载李贵连主编:《近代法研究》(第1辑),北京大学出版社2007年版,第8页。

③ 范愉:《民间社会规范在基层司法中的应用》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2008年第1期。

来,民间习惯作为承袭了传统价值观和调整技术的规范形式,绝大多数并不适应当下中国法制现代化的要求。因而,对习惯规范的司法识别与适用就主要是在价值上对之加以判断、选择、改造和重构的过程,只有那些实质上与现代法治精神相契合而形式上能够被权利义务表达机制予以重述的习惯规范,才有可能获得现代司法过程的认可;同时,那些经过司法识别标准检验的“适法习惯”的具体含义,只有在法官的阐释性重构后才能获得确定性的表述。现代司法过程对待习惯规范的严酷态度,只要看一看埃利希的描述就可见一斑:“一方面,当法官不再被要求同时熟知非国家法和国家法时,当仅有国家法的知识成为先决条件时;另一方面,非国家法不得不由当事人举证证明时,决定性的一步就已经迈出。自此以后,只有国家制定的法律才是该术语完整意义上的‘法律’,而其他任何的法律仅仅是‘事实’。……习惯法很少被尊重,甚至偶尔还成为嘲讽对象,习惯法的证明被规定得更加困难,并且它获得认可的条件也越来越严格。”^①由此,民间习惯获得司法承认的过程,也就是它被改造和重构的过程,在经历这样的过程之后,它就以“适法习惯”的名称获得了合法地位,而一旦适时地得到司法适用且较长时期内没有被推翻,那么它就跃升为“习惯法”并构成实在法之一部分。奥斯丁准确地指出了“习惯法”这一术语的独特意味:习惯法这个词语,不过是表明其习惯规则这一来源并经司法模式披上了法律的外衣而已。^②以此进路审视作为司法过程中间产物的“适法习惯”,我们不难发现,它不过是以民间习惯为其“质料渊源”的司法再造物,但在其精神实质和强制性来源上,则已然悄然地被现代性法律制度置换过了。因此,具有本质重要性的关键之处就在于,“适法习惯”必然具有现代法的建构性特征,只不过与现代立法相比,它的这一特征更具隐蔽性而已。

其二,作为现代司法过程有选择的再造物,“适法习惯”具有独特的适法性内涵。虽然在基本精神和结构形式上具有根本性的区分,但是现代性法律制度与非正式传统却都是依赖于特定叙事方式构建生活秩序的规范体系:“没有哪套法律制度或命令居于其所置身其中且赋予其含义的叙事之外。每一部宪法都有一部史诗,每一套宗教戒律都有一部圣经。一旦理解了赋予叙事以含义的语言背景,法律就不只是一套应当遵守的规范体系,而是一个我们生活于其间的世界。”^③但是,存在于现代法律与传统民间习惯之间在精神取向上的断裂性的、相互对立的关系,要求现代司法对民间习惯只能采取这样的认识态度:“利用过去以帮助构筑现在,但是它并不依赖于对过去的尊重。相反,历史性意味着,运用过去的知识作为与过去决裂的手段,或者,仅仅保留那些在原则上被证明是合理的东西。”^④因此,必须在“现在论”的历史进步观念的指导下,对徒具质料的民间习惯予以具有现代法律精神向度的重构。这一重构就是用现代性的权利观念、民主精神和合理性原则对传统习惯加以充盈、置换与阐释性重述的过程,具体表现为法官在司法过程中对习惯规范所实施的一系列重构技术措施:

① [奥]尤根·埃利希:《法律社会学基本原理(一)》,叶名怡、袁震译,九州出版社2007年版,第27~29页。

② John Austin, *Lectures on Jurisprudence* (Volume two), Fifth Edition, Revised and Edited by Robert Campbell, John Murray, 1911, pp. 536~537.

③ [美]戴维·鲁本:《法律现代主义》,苏亦工译,中国政法大学出版社2004年版,第18页。

④ Anthony Giddens, *the Consequences of Modernity*, Polity Press, Cambridge, 1990, p. 50.

将那些被证明为具有确实性的习惯记录下来,以实在法的目的和精神予以衡量和补充、改造;对于其不够完善的规范结构,以实在法的形式标准予以完形,赋予其完整的法律规范结构意义上的权利义务内涵;最后,以正式规范性文件为载体,以宣告“审判规范”的方式,一个完善的“适法习惯”就获得了实质与形式上的“合法律性”(legality)。这一过程在三个方面赋予“适法习惯”其他一切民间习惯规范所不具备的规范性内涵:在精神价值指向上,“适法习惯”已经与实在法完全无异,而与“落后的”一般民间习惯全然不同了;在规范结构上,“适法习惯”完全符合一般实在法的要求,“调整性规则”与“管理性规则”齐备;在规范内容上,“适法习惯”完全以实在法的权利义务概念为清晰的二元表达手段。这样,无论在价值取向还是结构形式上,“适法习惯”都具有现代实在法的规范特性,具备被司法过程用作规范前提以构造社会秩序的基本素质。

其三,作为现代司法过程创造的“准法律”规范,“适法习惯”在存在样态上具有过渡性的特点。“适法习惯”作为通过了司法识别标准检验的民间习惯类型,除了在效力上仍旧保留一般民间习惯的特征外,即除它仍旧没有披上“法律的外衣”因而不具有法的效力外,在其他重要方面则基本上具有了法的价值和结构形式的元素;只需法官将之适用于具体案件的判决,它就将获得实在法规范的地位。但是,法官鉴别并认定“适法习惯”的目的绝非在于无目的地虚置一种毫无意义的规范性赘物,“适法习惯”只能服从于司法审判的规范需求并因这一需求而显现自身之时,才是真正体现了其存在的价值。作为司法过程的中间性产物,“适法习惯”的价值实现也就意味着它必须在这一过程中消逝自身,才能够最终保全它作为一种规范类型的存在价值;而一旦它因司法适用获得了实在法的地位,就否定了自我的性质和存在的现实性。这一转折点的决定性意义,奥斯丁如是刻画:“直到立法者或法官在习惯上打上具有法律特征的烙印,则习惯就仅仅是实在道德。……习惯只有在被法院的法官适用之时才转化为实在法,并且当法官的决定是经由国家的权力强制实施的时候。但是在它被法官采用并且被披上法律上认可的外衣之前,它就仅仅是实在道德规则。”^①因而,在存在样态上,在被从纷繁复杂的民间习惯中识别出来到被决定性地适用到具体的案件判决上,在这一未定性的存在期间内,“适法习惯”既区别于未经识别的其他习惯,也与实在法有着本质性的界分,这就必定使得“适法习惯”的存在样态具有过渡性、暂时性的特征。

其四,作为现代司法过程推进法制现代化的手段,“适法习惯”不可避免地被赋予了工具性的价值。在现代性意识中,“只有赋予事物其应有的价值才是可贵的”^②。对于存在于我们生活之中并构成生活系统之秩序基础的传统民间习惯而言,不是基于其内在生成逻辑的独立性,而是只有当它在现代性制度系统面前仍能证明“它在秩序构造、营造和谐、降低成本、保障权利等多个方面的良好社会效果”^③时,其存在的合理性才能够得到认可。正是在

^① John Austin, *Lectures on Jurisprudence* (Volume one), Revised and Edited by Robert Campbell, John Murray, 1911, p. 37.

^② Thomas Paine, *The American Crisis* (1776), http://www.ebookee.com/cn/The-American-Crisis_276061.html.

^③ 魏治勋:《“民间法消亡论”的内在逻辑及其批判》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2011年第2期。

此意义上,吉登斯指出:“传统,只有用并非以传统证实的知识来说明的时候,才能够被证明是合理的。……所谓已被证明合理的传统,实际上已经是一种具有虚假外表的传统,它只有从现代性的反思中才能得到认同。”^①吉登斯的前述判断在很大程度上揭示了传统习惯的现代性命运:其价值与存在的合理性与否已经不取决于其自身,而是取决于在“现代性的反思中”其工具性价值能得到何种程度的认同,一句话,只有被现代性制度体系认为有利用价值的习惯规范,才有存在的必要因而能够保留经由司法识别程序进入正式制度序列的可能性。至此,“适法习惯”之于现代司法的工具性价值已经昭然,而其被实在法吸纳这一事实所具有的合法化功用亦是不容忽视的:在政治合法性论证的意义上,“适法习惯”的司法适用为国家权力秩序的运作开辟了沟通民间的渠道,而其规范功能的现实发挥,则因其对僵硬的现代法律秩序的中和作用,事实上成为其避免走向极端的“解毒剂”。

在探讨了“适法习惯”的特征之后,我们就能够在把握这些特征的基础上描述出“适法习惯”的概念:“适法习惯”,是指那些通过了司法部门“识别标准”检验的习惯规范,鉴于这些“识别标准”既包含实质性的要素,又包含形式性的要素,因此通过此种“识别标准”检验的民间习惯事实上就不仅在精神价值取向上与实在法相一致,而且在存在的事实性、民众的认同等方面亦达到了“良法”所要求的标准。但“适法习惯”在本质上仍旧是习惯。为了将这种经过司法识别标准过滤的习惯与其他习惯区分开来,我们将其适切地称作“适法习惯”。

四、“适法习惯”的司法功能

对“适法习惯”的理论界定为司法过程中正确地适用它们开辟了道路。对于法官而言,恰当地把握“适法习惯”的概念是其充分理解和正确适用“适法习惯”于具体案件判决的认识论前提。事实上,虽然中国自清末民初以来就力图在立法上限制传统习惯在司法场域的功能范围,但是鉴于此类规范在民众生活中根深蒂固的影响力,却又不得不在立法上仍旧给予习惯以一席之地。于是,如何理解立法中“习惯”的含义和地位就成为一个持久争议的问题。

此类问题的一个明显的例子是学者们关于台湾地区民法典第1条中“习惯”指谓的争论。我国台湾地区民法典对习惯的法律渊源地位作了这样的规定:“民事,法律所未规定者,依习惯,无习惯者,依法理。”此中“习惯”指谓者何?学者们陷入了争议之中。苏永钦认为,台湾地区民法典师法于1907年的《瑞士民法典》,而《瑞士民法典》第1条规定:“法律问题,在文字上及解释上,法律已有规定者,概适用法律。法律所未规定者,依习惯法,无习惯法时,法官应推测立法者就此可能制定之规则予以裁判。于此情形,法官应遵循稳妥之学说及事务惯例。”他认为,从《瑞士民法典》第1条的规定看,它将法律未有规定时用以补充法律漏洞的首选规范定为“习惯法”而不是习惯,这是苏永钦据以认为台湾“民法典”第1条所称“习惯”应当就是指“习惯法”的主要事实根据。那么,论者在这里所指的“习惯法”,其真实含义到底是什么呢?苏永钦认为,这里所称的习惯法与第2条所称的习俗或地方习惯,是截然不同的概念,其地位不可相提并论。他指出,“习惯法”有两大要素,其一是法的确信,其二是经

^① Anthony Giddens, *the Consequences of Modernity*, Polity Press, Cambridge, 1990, p. 38.