



陈冬春 著

论习惯的力量

以姜堰实践为切入点



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社



陈冬春 著

论习惯的力量

以姜堰实践为切入点



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

论习惯的力量：以姜堰实践为切入点 / 陈冬春著.
—杭州：浙江大学出版社，2016.3
ISBN 978-7-308-15383-6

I. ①论… II. ①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 (2015) 第 286234 号

论习惯的力量

——以姜堰实践为切入点

陈冬春 著

责任编辑 胡 畔 (llpp_lp@163.com)
责任校对 宋旭华
封面设计 十木米
出版发行 浙江大学出版社
(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)
(网址: <http://www.zjupress.com>)
排 版 杭州中大图文设计有限公司
印 刷 杭州日报报业集团盛元印务有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 7.25
字 数 150 千
版 印 次 2016 年 3 月第 1 版 2016 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-308-15383-6
定 价 38.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行中心联系方式: 0571-88925591; <http://zjdxcs.tmall.com>

绍兴文理学院出版基金资助

目 录

引 论 / 1

第一章 姜堰实践的学理解读 / 9

第一节 姜堰实践的典型性 / 10

第二节 姜堰实践原因分析——以“指导意见”为分析
重点 / 25

第三节 姜堰实践所涉问题：法律与习惯 / 34

第二章 习惯为什么有力量 / 37

第一节 研究内容界定及其研究视角 / 38

第二节 习惯的力量原因探析 / 59

第三节 习惯不确定吗？ / 117

第三章 习惯力量限度探析 / 125

第一节 国内相关研究及其评价 / 125

第二节 习惯力量限度的理论分析 / 129

第三节 从邻里关系的实践看习惯力量限度 / 151

第四章 习惯的力量与法律 / 161

第一节 姜堰实践中的法律与习惯 / 162

第二节 习惯对法律的重要性 / 185

第三节 民法典中的习惯 / 193

结 论 / 209

参考文献 / 216

索 引 / 229

引 论

一、选题及其研究价值

近几年来,民事习惯^①的司法运用是法学理论界和实务界极其关注的问题,而姜堰实践及其报道则凸显了这种关注。而

① 民事习惯这个词在我国理论研究中并没有一个非常精确的界定,是一个极具包容性的词。与此类似的还有民间法、民间规范、习惯法、民俗习惯、风俗习惯等等,所以民事习惯的司法运用在很多情况下就表述为民间法的司法运用、民俗习惯的司法运用等等。如可参见贾焕银:《民间规范的司法运用》,中国政法大学出版社2010年版;田成有:《民俗习惯在司法实践中的价值和运用》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2008年第1期;陈益群:《论习惯和法律在司法领域中冲突与互动》,《法律适用》2005年第1期;等等。

且从实践中看,这种关注是普遍性的。^① 这种关注的背后隐含的是我国当前司法实践中出现的问题,如“同案不同判”、“案结事不了”等。而在法学家和实务界人士看来,这些问题的产生在很大程度上与我国成文法存在的局限性有关。为此,法学研究开始探索如何把近几年来学界较为流行的“民间法”、“习惯法”、“习惯”等非国家法运用于司法以克服国家法的局限;而实务界也较为实用主义地尝试引用民众认可度较高的民事习惯以增加裁判的说服力和认可度。综观我国法院将民事习惯运用于司法的实践,姜堰实践并不是最早的,却是最典型的。在这个意义上而言,解剖姜堰实践这个比较具有代表性的样本来分析法律与习惯无疑是比较好的切入点。

对民事习惯的司法运用包括对姜堰实践的探讨,理论界并不少见。对于“民间法”、“习惯法”、“习惯”等非国家法的关注和

^① 如《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》一文开头就指出:“3月20日,本报一版头条报道了江苏省姜堰市人民法院运用善良风俗化解民间纠纷的做法,在全国法院系统引起反响。目前已有50多家法院致函致电本报和姜堰法院,要求寄送相关资料或前往学习。”50多家法院(可以预见这一数据还会上升)很大程度上说明了问题广泛受关注。张宽明:《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》,《人民法院报》(网络版)2007年4月15日。关于姜堰实践的普遍性,笔者将在第一章中详细探讨。

研究在我国法学界也成果颇多,^①但是,综观这些关注及其研究,可以发现存在一个共同的盲点,那就是都忽视对习惯本身的关注,具体说来,这些研究忽视对习惯的生发机制、习惯的运行机制、习惯的执行体系等关于习惯问题的探讨,对“习惯为什么有力量”、“习惯的力量是什么”、“习惯力量的限度是什么”、“习惯力量为什么有限度”等关于习惯本身的问题关注不足。目前对这些问题的研究比较少,特别是法学界缺乏较为系统的研究。

① 关于民间法研究,最有指标性意义的是:谢晖和陈金钊主编的《民间法》年刊自2002年创刊以来现已出版到第九卷,而且自第七卷起入选CSSCI来源集刊;民间法·民族习惯法学术研讨会(年会)的召开;《山东大学学报》推出的“民间法”研究专栏和《甘肃政法学院学报》推出的“民族习惯法”研究专栏;谢晖主编的“民间法文丛”的相继出版。关于习惯法研究,开创性的研究始于高其才和梁治平,梁治平对习惯法的研究采用的是法律史的路径,以其著作《清代习惯法:社会与国家》为代表,可参见梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版;以及代表性的论文,梁治平:《习惯法、社会与国家》,《读书》1996年第9期;梁治平:《中国法律史上的民间法》,《中国文化》1997年第15、16期。高其才对习惯法的研究则更多地采用法理学的路径,其代表作为《中国习惯法论》,该书1995年由湖南出版社初版,2008年由中国法制出版社出了修订版,可参见高其才:《中国习惯法论》(修订版),中国法制出版社2008年版。高其才的《中国习惯法论》是我国较早系统性研究习惯法的著作,涉及了我国宗族习惯法、村落习惯法、宗教寺院习惯法、行会习惯法、秘密社会习惯法、少数民族习惯法等。在修订版中,高其才还在该书“附录一:习惯法研究综述”中从习惯法的研究背景、习惯法研究的路径、习惯法研究的主题、习惯法的分析框架、习惯法研究的特点、习惯法研究的不足、习惯法研究的深入等方面较为详细地介绍了我国习惯法研究的概况,对于我们了解我国习惯法研究是非常有帮助的,可参见该书第430—489页。值得说明的是,上述有关民间法和习惯法的介绍只是选择其中最具代表性的成果,是非常不全面的。

这就造成了大家都在谈在我国司法甚至依法治国中要合理利用习惯(有的研究用民间法,有的研究用习惯法),但是对于“为什么要运用”、“这种运用有何限度”等问题知之不详。对习惯的生发机制、习惯运行机制、习惯执行体系缺乏关注在很大程度上制约了我国的“民间法”、“习惯法”、“习惯”研究,也制约了对民事习惯的司法运用(包括姜堰实践)研究的效果。

本书虽然关注的问题与上文指出的现有的研究存在很强的一致性,但是关注的焦点却有很大的不同。目前的有关习惯/民间法/习惯法的司法运用的研究更多地把关注焦点放在如何运用的问题,有关民间法/习惯法/习惯的研究更多地关注他们的表现形式、特征等等,而本书的关注焦点就是习惯本身,而且把研究重点放在“习惯为什么有力量”、“习惯的力量是什么”、“习惯力量的限度是什么”、“习惯的力量为什么有限度”等问题上面。为此,本书以一个典型性的实践(姜堰实践)作为切入点,从中引出法律与习惯的关系这一论题,重点分析的却是基础性的问题即习惯本身。

本书的研究价值主要分理论价值和实践价值。

探讨习惯,可以使我们明了习惯的生发机制、特征、力量来源及其局限性,更广泛地说,这种研究可以使我们更深刻地认识各种社会规范的生发机制、运行机制、功能及其局限性。在研究习惯的过程中,可以深化我们对法律的功能及其局限性的认识。更重要的是,我国目前关于习惯的研究主要是从法学的角度进行的,研究视角较为单一,研究结论总体而言不

够深刻,而本书的研究更多地引入了制度经济学、知识论、心理学等方面的研究成果,采用多视角的研究方式,所以关于习惯的研究相对而言较为系统,知识增量较为明显。这种研究对于推动目前“蔚然成风”(谢晖)的民间法、习惯法等的研究也是不无意义的。

对习惯问题的关注和研究并不是理论上的自娱自乐,而是出于实践的推动以及对实践问题的关怀。如前所述,司法中出现的“同案不同判”、“案结事不了”确实是困扰我国各级法院的司法难题之一。而通过把习惯引入司法,的确可以发挥习惯的功能,在一定程度上解决“同案不同判”、“案结事不了”的问题。但目前对姜堰实践的评价更多地持肯定性的评价,而对姜堰实践的限度的研究目前还很少。研究习惯的生发机制、运作机制及其作用限度对于准确认识姜堰实践的积极意义和限度是非常有意义的。为此,通过对习惯的探索,可以使我们明了习惯在司法中运用的意义和限度,从而保障习惯的司法运用的顺利进行。民法与习惯具有较强的亲和性,民法典立法应该重视习惯。而从我国民事立法和民法典草案看,习惯在其中的比重非常小,习惯的应有地位在我国民事立法中并没有得到体现。对习惯的研究有利于我国民法典立法正确处理民法典与习惯的关系。

二、研究方法

“鉴于人类行为如此复杂,我们经常受到简约主义的诱惑,

试图从单纯的自然科学的视角理解人类行为。”^①汪丁丁的这句话对于研究习惯同样适用,对于习惯这种复杂的社会规范而言,我们也经常有一种简约化的冲动。但是对于习惯的研究,不能采用法学的单一视角,而应该更多地引入其他学科如哲学、经济学、人类学、心理学等的研究成果和研究方法。这是因为单一的法学视角的研究是有缺陷的:第一,单一视角的研究是具有局限性的。维特根斯坦曾经指出:“哲学之病的一个主要原因——偏食:人们只用一种类型的例子来滋养他们的思想。”^②单一的视角是瞎子摸象式的一种思维方式,这种思维方式把人类生活形式的丰富性和多样性简单化、单调化,挤掉了许多有营养的成分,留下的是干巴巴的残渣。第二,单一的法学视角和研究方法是有局限性的。科特威尔就指出,法律是如此重要的社会现象,因而人们不能离开社会的其他方面而孤立地分析法律,如果孤立地研究法律,就不可能理解法律的特征,法律与其他社会现象的关系和法律的复杂性,也不能理解法律是社会生活的一部分,而不只是专业性业务的一门技术的这种“实在性”。“纯粹的法律分析”是一个很成问题的概念。基于(纯粹)法学研究视角的局限性,科特威尔提出要发挥“社会学的想象力”(这种想象力不断以广阔的社会为背景诠释法律的详尽知识),而且随着理解社

① 汪丁丁:《制度分析基础讲义I》,上海人民出版社2005年版,第113页。

② [奥]维特根斯坦:《哲学研究》,李步楼译,商务印书馆1996年版,第235页。

会生活复杂性的进展,最终必然要求打破知识学科之间的界限。^① 第三,具体到我国而言,考虑到“法学幼稚”的现状,单一的法学研究视角尤为不可取,法学应该发挥后发优势,积极借鉴其他学科的研究方法和研究成果。

对于习惯的研究而言,打破单一的法学研究的视角尤为必要。这是因为,习惯与人密切相关,理解习惯的生发机制和运作机制必须依托于人。对习惯的分析必然离不开对人的分析,为此哲学和心理学的视角是必要的;作为社会规范的习惯与人类学具有理论上的亲和性,在一定程度上讲,习惯是人类学和社会学视野下的社会规范,为此对习惯的分析必然离不开人类学和社会学。习惯不仅仅是一种社会规范,更是一种意义体系;习惯的形成就是在人的交往中经过反复的博弈、筛选而成的,人是习惯得以形成的至关重要的不可缺少的主体因素;习惯的运作也离不开人对习惯的理解、感受以及响应,习惯运用于人,人运用习惯;为此理解习惯需要认真考察习惯的主体——人所处的社会文化网络,习惯是纠缠于“意义之网”中的,理解习惯不能超越于人所处的具体的语境,也就是说,不能忽视“人类行为的意义”。为此,习惯就不适合于用单一的法学视角进行分析。习惯相比于法律而言是更为复杂的,单一的法学视角无疑是不能有效地分析习惯的。

^① [英]罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松等译,华夏出版社1989年版,第2、5、7页。

基于以上的分析,本书在研究时更多地运用哲学、制度经济学、心理学、人类学与社会学等学科的研究成果,对习惯进行多元透视。

第一章 姜堰实践的学理解读

2004年以来,江苏泰州姜堰市人民法院开始尝试将善良风俗引入民事审判,探索民事习惯的司法运用。2007年3月20日和4月15日,《人民法院报》以《姜堰运用善良风俗化解民间纠纷——收集民俗近千条 整理资料十万字》(头版头条)和《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》为题报道了姜堰市人民法院运用善良风俗化解纠纷的经验,这个报道使得姜堰实践^①引起法学界、全国法院系统以及社会各界的关注,在一定程度上姜堰实践成了具有较大影响的法治事件。

^① 本书以“姜堰实践”概括人民法院运用善良风俗化解民间纠纷的实践,从严格意义上讲是不大准确的,因为姜堰市人民法院的上一级法院泰州市中级人民法院也进行了类似探索,具体可参见《人民法院报》2007年4月27日以《引入良俗促和谐——记泰州法院利用善良风俗化解民间纠纷》为题的具体报道。本书之所以采用“姜堰实践”这种不太准确的表述,一是为了论述的方便;二是这种不太准确并不妨碍我们的理解;三是从后文的论述可以看出在运用善良风俗化解民间纠纷或者说探索民事习惯的司法运用方面姜堰市人民法院的做法是最典型的。

值得思考的是,姜堰实践为什么会成为社会各界的关注焦点?没有亮点的常规性的普通事件是无法吸引眼球的。那么什么是姜堰实践的亮点?是它触及的问题还是做法或者其他?这些问题的回答需要对姜堰实践进行事件还原和学理解读,通过还原姜堰实践的过程和具体的运作机制,从而揭示姜堰实践背后隐藏的机理,从中抽象出需要探讨的理论问题。

第一节 姜堰实践的典型性

恩格斯在《致明娜·考茨基》中曾经指出:“每个人都是典型,但同时又是一定的单个人,正如老黑格尔所说的,是一个‘这个’,而且应当如此。”^①黑格尔所说的“这个”,是在《精神现象学》中提出来的,黑格尔认为每一个“这个”都包含着许多“这个”,因此“这个”既是个别的,又是普遍的。恩格斯在使用“这个”的说法同时,批判了黑格尔唯心主义的理念说,把理念还原为客观存在的现实生活。进而,恩格斯认为,凡是典型,都必须是具有鲜明的个性特点和普遍的代表性(即体现一定的规律性)。据此,“姜堰实践具有典型性”这个命题必须包含两层含义:第一,姜堰实践提出的或解决的问题具有一定的普遍性,也就是说姜堰实践提出的或解决的问题不仅仅局限于姜

^① 恩格斯:《致明娜·考茨基》,《马克思恩格斯文集》(第10卷),人民出版社2009年版,第544页。

堰,而是在全国较大范围甚至全国绝大部分地区都有存在;第二,在对此问题的全国性的普遍关注中,姜堰实践具有代表性。下文就从普遍性和代表性两个角度探讨姜堰实践的典型性。

一、姜堰实践所涉问题^①的普遍性

要了解姜堰实践所涉问题的普遍性,最精确的做法就是去调查全国各级法院的具体做法,但是这种做法对笔者而言,一来自于缺乏相关的资源和渠道而可行性不高;二来成本过于高昂。为此笔者采用了虽然不大准确但大体上能够说明问题的方法——网络文献检索法:利用《人民法院报》^②的搜索引擎。具体的做法是:在《人民法院报》的网络版的首页选择“往期回顾”,然后在“往期回顾”的“文章查询”一栏分别输入关键词“习惯”、“习俗”,选择“全部栏目”进行“开始检索”。检索到的文章经过

① 此处对姜堰实践所涉的问题暂时做简单化处理,即把姜堰实践所涉的问题简单化为民事审判中法律与习俗、习惯的关系,这个问题将在后有进一步论述。

② 之所以选择《人民法院报》,主要是因为《人民法院报》是最高人民法院的机关报,也是集中反映人民法院审判工作的唯一一张全国性的报刊。作为机关报,相对而言较为权威,较为可信;作为全国性的报刊,有助于我们了解全国范围内的情况,代表性较强。另外,从《人民法院报》的办报宗旨看,报道各级法院的活动是其重要的部分,如“法院新闻”、“综合新闻”、“基层采风”、“司法调查”等栏目都较为集中地报道各级法院的司法活动以及各类探索。基于以上的原因,《人民法院报》是考察姜堰实践所涉问题较好的对象。