

施蔚然 著

少数民族民事习惯 司法运用研究

SHAOSHUMINZU MINSHIXIGUAN
SIFAYUNYONG YANJIU



云南大学出版社
YUNNAN UNIVERSITY PRESS

施蔚然，男，1972年生，云南峨山人，法学博士，昆明理工大学法学院副教授、硕士生导师。出版专著《外国法律史要论》《社会政策对基层社会的影响——以乡村的社会秩序为研究视角》《少数民族民事习惯的法治价值》3部，公开发表学术论文10篇。



施蔚然 著

少数民族民事习惯 司法运用研究

SHAOSHUMINZU MINSHIXIGUAN
SIFAYUNYONG YANJIU



云南大学出版社
YUNNAN UNIVERSITY PRESS

5

图书在版编目(CIP)数据

少数民族民事习惯司法运用研究 / 施蔚然著. -- 昆明 : 云南大学出版社, 2018
ISBN 978-7-5482-3340-4

I. ①少… II. ①施… III. ①少数民族-习惯法-研究-中国 IV. ①D922.154

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第110047号

策 划: 朱 军

责任编辑: 李 红

封面设计: 王娅一

施蔚然 著

少数民族民事习惯 司法运用研究

SHAOSHUMINZU MINSHIXIGUAN
SIFAYUNYONG YANJIU

出版发行: 云南大学出版社

印 装: 昆明市五华区理煌教育印务有限公司

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 12.25

字 数: 275千

版 次: 2018年6月第1版

印 次: 2018年6月第1次印刷

书 号: ISBN 978-7-5482-3340-4

定 价: 45.00元

社 址: 昆明市一二一大街182号(云南大学东陆校区英华园内)

邮 编: 650091

发行电话: 0871-65033244 65031071

网 址: <http://www.ynup.com>

E-mail: market@ynup.com

若发现本书有印装质量问题,请与印厂联系调换,联系电话:0871-64167045。

目 录

导 论	(1)
第一章 少数民族民事习惯司法运用的现状	(13)
一、基层法院运用少数民族民事习惯的模式：个案透视	(13)
二、基于调查的初步思索：理论提要	(31)
三、小 结	(39)
第二章 少数民族民事习惯司法运用的法理	(41)
一、实质法治的呼唤	(42)
二、形式法治的要求	(47)
三、法律实施的需要	(52)
四、法律多元的支撑	(54)
五、小 结	(60)
第三章 少数民族民事习惯司法运用的价值	(63)
一、少数民族民事习惯对司法活动的认识论价值	(63)
二、少数民族民事习惯对司法活动的方法论价值	(69)
三、少数民族民事习惯司法运用的社会价值	(73)
四、小 结	(79)
第四章 少数民族民事习惯司法运用的前提	(82)
一、少数民族民事习惯的“善”与“恶”	(82)
二、作为一种事实的少数民族民事习惯	(87)

三、作为一种法律的少数民族民事习惯	(91)
四、小 结	(97)
第五章 少数民族民事习惯司法运用的场域	(100)
一、非属人法领域少数民族地区法律适用的统一性	(101)
二、属人法领域少数民族地区法律适用的统一性	(110)
三、属人法领域少数民族民事习惯司法运用的特殊性	(114)
四、小 结	(117)
第六章 少数民族民事习惯司法运用的程序	(119)
一、法定民事诉讼程序接纳少数民族民事习惯的可能与难题	(120)
二、加强少数民族民事习惯司法运用程序建设的意义	(124)
三、加强少数民族民事习惯司法运用程序建设之构想	(129)
四、小 结	(133)
第七章 少数民族民事习惯司法运用的进路	(136)
一、立法推进	(136)
二、案例指导	(140)
三、法官重视	(150)
四、小 结	(154)
第八章 少数民族民事习惯司法运用的前途	(157)
一、文化变迁与少数民族民事习惯的司法运用	(157)
二、人民法院改革进程中的少数民族民事习惯司法运用	(167)
三、我国法治体系建设中的少数民族民事习惯司法运用	(172)
四、小 结	(175)
结 论	(178)
参考文献	(180)

导 论

法官做出判决必须说明理由，这一命题在现今的法律世界里应是一个无人质疑的论断。但是，且不说这一司法原则的确立在法制史上经历了怎样的历程^①，单是其中的“判决理由”，就值得我们再三品味，一份公道的判决，必定缺不了阐述判决如何做出、依何做出、为何做出的道理，反之，缺失了透彻理由的说明，则该份判决会难以服众，更难称“公道”。总而言之，判决理由的重要性，无论怎样强调都不过分。不过，细究起来，判决理由却不仅仅与法律的规定内容相关，而且与其他社会事实有着复杂的联系。例如，当面临法律与习惯之间的不一致甚至冲突的情形，我们就不能简单地用一句“法不容情”作为判决的理由，因为这明显说理不充分——法律规定的真意何在？情为何物？为什么“法”就一定不能容“情”？诸如此类的追问将迫使我们继续深究，方能全面作答。还比如我们将在后文中讨论的那样，遵循公序良俗乃民事法律的原则，但是如何确定公序良俗的边界、司法审判中又怎样适用该法律原则等疑问，其答案未必始终浅显明晰。可见，在探究判决理由的道路上，仅依靠法律条文的规定有时并不能完全解决问题，法官们难免要面对法律之外诸多社会规范展现的各种情理与事实，其中，与我们的研究主题相关的，就存在着习惯与判决理由的关系。习惯与法官的判决理由有什么关系呢？让我们先从概念入手展开论述。

“判决理由”一词在拉丁语中专门表述为“Ratio decidendi”，意指法官判决一个案件所根据的理由，而“理由”与“习惯”则有着密切关系。在拉丁语的法谚中，有这样两句话，一是“Ratio est formalis causa consuetudinis.”用英语表述是“Reason is the formal cause of custom.”可以翻译为：“理由是习惯的有效起因。”第二句话是：“Ratio est legis anima; mutata legis ratione mutatur et

^① 法国比较法学家勒内·达维德介绍道：“今天，这些判决都应说明理由。但判决必须说明理由是新近的事。有很长一段时间大家一致认为判决是行使权力，无须说明理由。”他并指出，“判决必须说明理由这一原则今天已极为牢固地树立了”。详见[法]勒内·达维德《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第132页。

lex.”英语表述为“Reason is the soul of law; the reason of law being changed the law is also changed.”可以翻译为:“理由是法律的灵魂,法的存在的理由变了,法律也就变了。”^①可见,判决理由中的“理由”再往前推,就是“习惯”,而理由,不过就是作为一种正式缘由的习惯,或者说理由就是经过正式程序认定了的习惯,既然理由是法律的灵魂,法律会随着理由的改变而改变,那么习惯对于法律、对于判决理由,就一定具有重要影响,也一定能发挥实际作用。事实上,我们在少数民族地区所做田野调查获得的材料从一个侧面证实了上述论题的成立,同时也成为我们研究少数民族民事习惯的司法价值的理论缘起。

然而我们也要看到,虽然上述拉丁法谚揭示了判决理由与习惯具有联系密切的关系,但是,对司法如何运用习惯,法谚并未给出直白的回答。理论界与实务界在习惯的司法运用方面表现出的不同观点与实践本身说明该论题的研究价值。少数民族民事习惯的司法运用属于民俗习惯的司法运用的一个具体问题,故下面先从宽泛意义上的习惯的司法运用问题展开文献综述,进而开始本书的研究。

一、国外学术界对于相关问题的研究概述

当司法遇上习惯时,法律与习惯的关系就从单纯的理论问题变成了一个颇具现实意义的实践话题。对于习惯与法律的关系,让人印象最为深刻的莫过于近代西方国家的各种法律制度与非西方国家固有习惯之间产生的各种对撞与纠缠。正是由于历史的原因,西方殖民者在对殖民地的统治过程中,才不可避免地产生了西方式的司法行为与殖民地传统习惯之间的关系问题,这就进而形成了西方学术界关于法院对殖民地习惯或习惯法的识别与认定的思考。在该领域,英国法学家安东尼·尼古拉斯·阿洛特(Antony Nicholas Allott)的研究很有影

^① 《英汉法律词典》,法律出版社1999年版,第656页。

响力。^① 在一篇论文中,阿洛特提出:英国法院对英国的习惯及其使用频率的查明就是在英国本土都产生了不少问题,更别说对一种语言、文化或行为方式完全陌生的法官和治安法官如何适用非洲习惯法了。在英属非洲,法官们有可能逐渐了解习惯法,但是通过当地官员或自己了解的习惯法的知识毕竟有限,而且这些官员还被依法禁止在相关判决中表达习惯法知识。这就有必要依赖其他方法发现习惯法的有关规则。因此,对当事人和法院公开的各种方法手段的考虑对于非洲司法权的行使至关重要。^② 阿洛特总结了英属非洲对当地习惯法的两种处理方式:一是将其作为一种事实;二是将其作为一种法律。两种处理方式在司法领域有着一定的递进关系,他以土地法为例写道:“在习惯法由法院予以实施的早期重要阶段,习惯法作为事实的证明过程可能是一种不可避免的必然;但这里的目标一定是要将习惯法置于与授权法院可以实施的其他法律同

① Antony Nicholas Allott (1924—2002), 英国伦敦大学东方与非洲学院非洲法教授, 是 20 世纪六七十年代最具盛名的非洲法研究者, 其作品的影响力可从以下评价中得以印证: 在一篇介绍性文字中, 编辑者这样写道: “It is one thing for anthropologists, folklorists, lawyers, colonial administrators to record folk law; it is another for courts or governments to take notice of such. One of the best surveys of the question in an African context is the following essay by Allott.” 除了此处将 Allott 的作品评价为“最好的全面研究之一”外, 在另一部关于撒哈拉以南非洲地区穆斯林家庭法的著作中, 作者将 Allott 评价为“了解法律运作的社会和政治语境的学者, 其关于习惯法的研究确立了 20 世纪 60 年代的新标准”(原文为: “The one scholar who understood the social and political contexts in which laws functioned was Antony N. Allott, whose work on customary law had set a new benchmark in 1960s.”), 参见 Shamil Jeppie, Ebrahim Moosa & Richard Roberts (eds). *Muslim Family Law in Sub-Saharan Africa: Colonial Legacies and Post-colonial Challenges*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2010, P21. 等。

② A. N. Allott. “Judicial Ascertainment of Customary Law in British African”, *Modern Law Review*, 1957 (20), pp. 244 - 263. 原文为: “The ascertainment of usage or custom which is to be administered by the courts presents in England; how much greater is the problem when the way of life, and even the language, of the people concerned are entirely alien to the judges and magistrates administering the customary law! This is the case in British Africa, where still - to a large extent - the personnel both of the superior courts and of the subordinate courts other than native courts is British. It is natural that in the course of time the individual judge, magistrate, or administrative officer should acquire a certain knowledge of the political and social systems, and the customary law which expresses those systems of the indigenous African population; but this knowledge is unlikely to be deep (through transfers of the officers between territories or postings within them); and the officer is often legally debarred from expressly drawing on his own knowledge in the decision of cases involving customary law. It is necessary to fall back on other means of discovering what are the rules of customary law on any particular topic. A consideration of what means are open to parties or courts is therefore of central importance to the present-day administration of justice in Africa.”

等的地位，即倾向于从司法的角度将习惯法当作土地法的组成部分。”^①很明显，以阿洛特为代表的研究者秉持法学立场，虽然注意到法律实施的社会与政治等背景性因素，但更多还是从法律实践角度展开研究，以论述习惯或习惯法在司法过程中的作用与功能。

法律人类学的研究则展现了另外的视角，大多数研究者都跳出了对国家正式司法制度仅从法学角度进行观察的视野，其中，法律多元理论的出现就是一个必然的逻辑结果，在法律多元理论的指导下出现了一系列让人印象深刻的研究成果。例如，荷兰法律人类学家本达－贝克曼（Benda－Beckman）在其著作《断裂的通往共识之梯——米南卡堡的乡村正义和国家法院》（*The broken stairs to consensus: village justice and state courts in Manangkabau*）中就独辟蹊径地对印度尼西亚苏门答腊米南卡堡（Manangkabau）的法院的社会意义做了研究，她指出，由纠纷所形成的判决的社会意义是法律人类学上一个尚待发展的研究领域，而本达－贝克曼对印度尼西亚苏门答腊所做的关于纠纷解决的研究表明，发生在判决形成之后的时期之内的事件既不与法院判决确定的特定方向一致，也不是法院判决所描述的“发生了什么”的图景。在本达－贝克曼看来，美国法律人类学家穆尔的半自治社会领域的理论不仅可以适用于立法领域，同样还可以适用于司法领域，纠纷之中的各方当事人并不是单向、被动地受制于国家的司法行为。西方社会的司法制度对印度尼西亚的介入，增加了纠纷出现的可能性，原因在于，传统的纠纷解决机制受到损坏，而传统机制原本可以有效防止纠纷的产生。^②与前述阿洛特的研究相比，本达－贝克曼的研究及与其相类似的学术成果展现了交叉学科研究的独有特点，这些研究往往从社会事实的角度切入，即便是对法律等国家正式制度的分析，也强调整体性思路，将法律实施作为一种社会事实加以对待，进行整合研究。

如果可以将阿洛特教授所做的研究定位于从法律内部研究习惯法与司法的关系，那么，本达－贝克曼的研究无疑就是从法律外部对同一论题展开的探讨。从以上简要介绍不难看出，无论从内部视角，还是从外部视角，都可以研究习惯与司法的关系，如此一来，我们研究少数民族民事习惯的司法运用，可以也应当借鉴以上两种研究视角形成的学术成果，以强化我们阐释的理论深度及立

① A. N. Allott. “Judicial Ascertainment of Customary Law in British African”, *Modern Law Review*, 1957 (20), pp. 244 - 263. 原文为：“In the early, formative stage of customary law as applied by the courts, the proof of customary law as fact may be an inescapable necessity, but the goal must be to place customary law on an equality with the rest of the body of law that the courts are empowered to administer, i. e., apt to be judicially noticed as part of the law of the land.”

② Keebet von Benda－Beckman. *The broken stairs to consensus: Village justice and state courts in Manangkabau*, Dordrecht: ICG Printing BV - Dordrecht, 1984, pp. 103 - 107.

论的合理程度。

二、国内学术界对于相关问题的研究概述

近年来,我国法学界加强了对民俗习惯的司法运用研究,这是习惯法、民间法研究不断深入的表现,人民法院尝试让民俗习惯进入司法领域的实践不断增多又让这种研究变得更为引人注目。^① 据观察,相关研究主要集中于如下几个方面:一是民俗习惯的司法价值问题;二是民间法司法运用的功能;三是民间法司法运用的可行性;四是民间法司法运用的原则;五是民间法司法运用的条件和限度;六是民间法司法运用的途径与作用方式;七是民间法司法运用的机制与程序;八是民间法的司法运用与多元化秩序建设。^② 不难发现,以上研究可以被归类为从民俗习惯或是民间法的角度展开的课题,从这一视角观察,更多的是得出了民俗习惯或民间法具有重要司法价值的结论,强调要重视民俗习惯或民间法等重要社会资源的司法意义。值得指出的是,在法学界还有另外一方面的研究,我们可以将其视为从“正规法学”即从国家司法实践或法教义学的角度展开的探讨。例如,杨建军就从对最高人民法院公报公布的案例这一角度分析了惯例的法律适用情况,他对惯例的法律属性、惯例的识别、惯例的适用范围等问题进行了研究。杨建军认为,惯例在本质上是一种“具有社会规范意义”的事实而非法律,惯例必须经过法官的认可才能够转化为“习惯法”,法官适用惯例首先需要识别、认定和审查惯例,惯例的适用范围限于民商事法律领域。^③ 在后续研究中,杨建军还着重提醒:虽然正确理解常识和常理,对司法裁判具有重大意义,但是,不能过于夸大常识和常理在司法中的作用。^④ 由是观之,虽然以上两方面视角的研究可能有所重叠,但是,它们在研究的出发点、分析工具、论证方法、研究结论等方面还是有着明显的区别。

与前述研究相比,民族法学研究领域则着重从少数民族习惯法的司法运用方面展开具体思考。例如,王杰、王允武认为目前是少数民族习惯法进入司法场域的最佳时期,他们考察了少数民族习惯法现实存在的样态,分析了少数民族习惯法司法适用的必要性及可行性,并研究民族地区司法机关在适用少数民族习惯法过程中面临的困境,进而对法治国家主义和法治本土主义的关系以及

^① 范愉:《民间社会规范在基层司法中的应用》,《山东大学学报(哲社版)》2008年第1期。

^② 张晓萍:《中国民间法研究学术报告(2007年)》,《山东大学学报(哲社版)》2008年第1期。

^③ 杨建军:《惯例的法律适用——基于最高人民法院公报案例的考察》,《法制与社会发展》2009年第2期。

^④ 杨建军:《常识、常理在司法中的运用》,《政法论丛》2009年第6期。

民族地区司法机关的权力属性进行了反思,并提出了少数民族习惯法司法适用的原则、前提、程序和方法等具体建议。^① 顾梁莎提出:少数民族习惯法是中国习惯法的重要组成部分,是民族文化的重要载体。少数民族地区民族习惯法的民事司法适用存在有效导入路径缺乏、自身的局限性和法官适用民族习惯法的意识有待加强等方面的困境。民族地区应通过引入少数民族习惯法的判例制度、变通适用少数民族习惯法、增强少数民族地区法官适用民族习惯法的意识等方面的措施,为少数民族习惯法在民事司法中的适用提供保障。^② 很明显,民族法学对相关论题的研究思路主要还是从少数民族民事习惯的角度进行论述,缺乏法教义学方面的研究。

三、以往研究的评价

以上研究囊括了价值层面及技术层面的内容,从宏观和微观方面思考了民俗习惯或少数民族习惯法的司法适用的基础理论问题,对本书的研究有很大的理论启发,也构成相应的理论前见。在科学研究领域,我们当然不应妄自菲薄,但也绝不可以狂妄自大,应当有冷静客观的头脑和谦虚谨慎的态度,国外研究成果虽然不直接针对我国的情况,但其中的研究方法、研究理论、研究结论等都对我们有着极为重要的借鉴价值,应当得到足够的重视。因此,与国际上较为成熟的研究相比,我们尤其要指出,我国的学术界对相关问题的研究存在着如下不足:

一是研究者之间缺乏对话与交流。虽然每个学科有着自身的研究方法与研究视角,但是这都不是学科封闭的理由。民俗习惯或少数民族习惯法的司法运用的研究横跨法学、人类学、社会学、民族学等学科,论题的特殊性更是凸显出多学科整合性研究的重要性与必要性。目前,法学与社会学、人类学的对话有所推进,但是各学科的相互借鉴、相互交流的良好局面仍未形成,继续进行分割式的封闭研究会使得研究视角过于狭窄,不仅浪费研究资源,而且会导致形成不客观、不全面甚至是不正确的研究结论。

二是有些学者对司法作用的研究缺乏深度。在这方面最突出的表现,就是片面强调国家自上而下的法治行动的重要性,对法律现象缺乏深入的分析,过度强调“法条中心主义”,过度拔高司法对社会的单向度的影响力。这种单向

^① 王杰、王允武:《少数民族习惯法司法适用研究》,《甘肃政法学院学报》2014年第1期。

^② 顾梁莎:《少数民族地区民族习惯法的民事司法适用探析》,《贵州民族研究》2014年第7期。

度的思路是法律信仰命题的反映^①，其最大的问题在于忽略了法治实践的复杂性与社会性，长此以往，会使得学术界尤其是法学界对司法的研究日益脱离社会实际情况，缺乏对社会的理解力与解释力，具体到民俗习惯的司法适用研究领域而言，用以上方法思考的结果就会是：谈民事习惯的司法适用而“色变”，视之为不可谈论或不屑谈论的议题，认为法律终将取代习惯，谈法学研究、论法学方法，就不能讲民俗习惯，更不能说民俗习惯的司法适用。

三是有些研究对民俗习惯认识与评价过于简单。在以往研究中，学术界对民俗习惯过于肤浅的认识与评价主要有如下两个方面的表现：要么过度贬低，要么过度拔高民俗习惯对包括司法行为在内的法律制度的价值与作用。如前所述，有些学者对法律的作用、对司法的功能有着过于简单化的认识，这使得他们无视或轻视民俗习惯可能对司法活动产生的作用与功能。与此相反的倾向则是，有的学者看到了民俗习惯的作用，因此行文对于民俗习惯多有褒扬，似乎民俗习惯对于法治建设有着“药到病除”的功效。其实，以上两种观点都是对民俗习惯缺乏深入研究与思考的结果，与前述对法律与司法的作用的浅显认识同属于视野狭窄、单向思考的范畴。

四、本研究的问题意识、理论价值及相关概念解说

本书主要想从交叉学科的层面对少数民族民事习惯的司法运用问题做进一步的研究，我们想强调法律人类学的平和态度，秉持法律人类学的开放、对话姿态，依托田野调查获得的第一手资料展开我们的论述，但也注意法教义学或原本法学研究具有的重要价值，吸收从内部研究法律尤其是法学方法论的学术观点。本书的命题是，少数民族民事习惯的司法运用是法治的要求和体现，法学方法并不排斥司法运用少数民族民事习惯，司法运用少数民族民事习惯对民族地区的法律实施能够起到配合作用。换言之，我们想通过少数民族民事习惯的司法运用研究表明，民俗习惯的司法运用研究需要从民俗习惯等非官方法的视角和国家司法制度等官方法的视角两方面共同进行观察，两者不可偏废。

从类型与层次上看，少数民族民事习惯的司法运用研究属于我国民俗习惯司法运用研究的组成部分，但也有其特殊性。这种状况来自于我国是一个多元

^① 有学者指出，法律信仰这一错误命题是缺乏论证的臆想，在西方不可能成为事实，在中国同样不应该存在市场，在中国倡言“法律信仰”，只可能转移社会价值危机的视线，混淆信仰与权威的概念。还有学者指出，要解决中国现实的社会问题，树立法律和司法的权威，首先必须破除所谓法律信仰的虚假命题，客观地认识法律的作用及其局限性。分别详见张永和《信仰与权威——诅咒（赌咒）、发誓与法律之比较研究》，法律出版社2006年版，“摘要”第2页、第206页；范愉《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社2007年版，第64页。

一体的多民族国家的事实，费孝通对此有着深刻的认识：“中华民族多元一体格局的形成过程，它的主流是由许许多多分散孤立存在的民族单位，经过接触、混杂、联结和融合，同时也有分裂和消亡，形成一个你来我去、我来你去，我中有你、你中有我，而又各具个性的多元统一体。这也许是世界各地民族形成的共同过程。”^① 因此，少数民族民事习惯既具有我国民俗习惯的共性，又具有各少数民族的民族特征。总而言之，少数民族民事习惯的司法运用具有以上共性及个性的双重特征，对于民俗习惯的司法运用研究而言，少数民族民事习惯的司法运用研究能够形成足够的反思资源。换句话说，同样作为民事习惯，少数民族民事习惯在民族地区的作用可能表现得更为明显，也会让研究者或法官形成不同于对汉族民事习惯的突出印象，这种强烈印象正是反观自身文化所需的重要前提和逻辑起点，所以研究少数民族民事习惯的司法运用有利于推进与深化民俗习惯司法运用的研究，为丰富我国的法治进路的学术讨论提供有价值的观察视角。

鉴于多学科研究的特点，有必要对相关概念在不同学科中的含义做出相应的说明，以免造成不必要的误读。因此，在展开进一步研究之前，我们拟对“习惯”“民事”“少数民族”“少数民族民事习惯”“少数民族民事习惯司法运用”等相关概念做如下说明与界定。

从语义上解释，“习惯”是指“在长时期里逐渐养成的，一时不容易改变的行为、倾向或社会风尚”；“民事”是指“有关民法的”；而“少数民族”则是指“多民族国家中人数最多的民族以外的民族，在我国指汉族以外的兄弟民族，如蒙古、回、藏、维吾尔、哈萨克、苗、彝、壮、布依、朝鲜、满等民族”^②。这些语义学解释，构成了本书的理论前见，不过，我们也清醒地意识到，前述解释似乎只具有知识普及层次上的一般意义，各种学科对以上概念可能还有着自己不同的理解与界定。例如，对于习惯这一社会现象，不同学科的理解就体现出一定的差异性，对此，有学者对习惯与法律的关系研究有着较为全面的梳理。从该学者的介绍中，我们能够了解社会学、历史学、人类学、经济学等学科对于习惯的不同定义。^③ 该学者在前人研究的基础上，指出应当重

① 费孝通等：《中华民族多元一体格局》，中央民族学院出版社1989年版，第1页。

② 分别参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编《现代汉语词典》，商务印书馆1983年第2版（1992年印刷），第1233页、第791页、第1009页。

③ 例如，该学者将马克斯·韦伯关于习惯与习惯法的区分作为社会学定义习惯的例证，即：习惯法的效力在很大程度上依赖于一种类似的强制性实施机制，习惯则不以任何强制性机制为特征，是指没有任何物理的或心理的强制力，至少没有任何外界表示同意与否的直接反映的情况下做出的行为。参见张镞《论习惯与法律——两种规则体系及其关系研究》，南京师范大学出版社2008年版，第1~11页。

视习惯存在的社会基础,因此,他提出了习惯的法权本质,认为习惯是一种规则系统。^①可见,从法哲学的视角看,“习惯”就不再是一种单纯的“行为”“倾向”或“社会风尚”,而是一种规则体系;或者我们可以说,法哲学对习惯的研究不满足于其语义学定义,而是主张看到习惯的法权本质。又如,国际和区域性条约或宣言对“少数民族”也有不同称谓。据介绍,我国和欧洲称“少数民族”,但其他地区或相关法律文件中则有不同表述,有的称“在民族、族裔、宗教或语言上属于少数群体的人”,即通常所说的少数人群体或属于少数群体的人;有的称“土著民族或土著人民”。虽然国际社会对土著人的定义尚存有一些分歧,但不可否认,土著民族是少数民族中的特殊群体,其属于少数民族的范畴;“在民族、族裔、宗教或语言上属于少数群体的人”则包括和体现了“少数民族”的概念,因此,学术上或国际法上又有“少数人”或“少数人群体”的统称,该统称涵盖了“少数民族”及“土著人”的称谓。^②在本书中,我们力求从基本语义出发理解各种相关概念,但又注意尽量充分考虑多学科视角,因此,我们对研究的核心概念“少数民族民事习惯”的界定主要立足于语义解释,重点从词源学上用力,但又尽量兼顾交叉学科研究的要求,以获得认识上的“最大公约数”,从而将我们的研究导向更广阔的领域。另外,还需要说明的是,由于本书的视角限定于“民事司法”之内,因此没有对少数民族民事习惯及习惯法做出更细致的区分,统一用“民事习惯”这一称谓。^③这样,“少数民族民事习惯”在本书中指的就是我国各少数民族在长期的社会实践活动中自发地逐步形成的、一时不容易改变的、与平等主体之间的财产与人身关系相关的行为、倾向或社会风尚。

在本书中,少数民族民事习惯的司法运用指的是民族地区基层司法机关在其司法活动中运用少数民族民事习惯处理民间纠纷的行为。与“运用”相关的用语,还有“应用”与“适用”两个词,那么,三者之间是什么关系?在用语的选择上,到底应当是“少数民族民事习惯的司法运用”,或是“少数民族民事习惯的司法应用”,还是“少数民族民事习惯的司法适用”?让我们先比较一下以上三个词语的不同含义。“运用”指的是“根据事物的特性加以利用”,相关表达如“灵活运用”“运用自如”等;“应用”就是“使用”或“直接用于

① 张镔:《论习惯与法律——两种规则体系及其关系研究》,南京师范大学出版社2008年版,第1~11页。

② 参见熊文钊主编《民族法学》,北京大学出版社2016年版,第432页。

③ 这不代表本人不赞同习惯及习惯法的区分,只是因本书论述视角的选取需要而做的处理。当然,笔者认为,与国家法相比,习惯法的概念更倾向于“习惯”一端,而习惯法指称的对象,更多指向民事领域。相关论述,还可参见梁治平《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第36页注释[4]、第37页。