

民间法文丛 谢 晖◎主编

王林敏◎著

民间习惯的司法识



中国政法大学出版社

中國文學史

民間文學的源流



中國文學史

民间习惯的司法识别

王林敏◎著

民间法文丛 谢 晖◎主编



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目(CIP)数据

民间习惯的司法识别 / 王林敏著. —北京: 中国政法大学出版社, 2010. 10

ISBN 978-7-5620-3740-8

I. 民... II. 王... III. 习惯法-研究-中国 IV. D920.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第174684号

- 书 名 民间习惯的司法识别 MINJIAN XIGUAN DE SIFA SHIBIE
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 zfs620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908285(总编室) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880×1230 32 开本 9.625 印张 255 千字
- 版 本 2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3740-8/D·3700
- 定 价 26.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。



总序

这套筹备了多年的丛书，终于要和读者见面了！

近二十年前，鄙人开始关注民间法问题，其中缘由，是和当时参与教育部项目“回族法文化研究”密不可分的。通过相关调查和研究，我才自觉地认识到：人们日常的交往生活，尽管依赖于国家正式法律者甚多，但人类秩序的建制，并不首先是从法律开始的，相反，法律本身的制定，必须遵循社会生活的规定。这种认知，虽然在既有的法学理论中不但有所耳闻，而且是彼时法学教育中大讲特讲的。那时，所谓研析“规范内部的学问”还不被人们所接受，不像如今这般红火。虽然人们在讲授课程时，把“经济基础决定上层建筑”、社会事实决定法律一类的观念不时传授给学生，但在实践层面上，究竟如何把握这一问题，学生也罢，老师也罢，

经常是不得要领的。相反，把人们在社会交往中存在的既有规则，如祭祖规则、节庆规则、信仰规则等等，一股脑儿归结为所谓“四旧”，必欲彻底扫除而后快，却是司空见惯的。其结果是教材所授与实践操作之间巨大的反差，甚至出现实践所为和理论教化之间的倒挂：似乎不是经济基础决定上层建筑，反倒是意识形态等上层建筑决定社会及其发展。



不过近十多年来，我国立法、司法等法治实践的发展，还是最终趋向于对我们时代和国情的关注，法律的全球化和法律的本土化关怀几乎同时在中国法治实践中搬演。这显然是一个需要大智慧和大手笔予以探索、协调和对接的问题。在这期间，学人们不仅探讨法治化进程中和全球化相呼应的问题，而且也开始深究中国法治的自身土壤问题。在这一过程中，“法律文化论”、“本土资源论”、“民间规范论”、“私力救济论”、“替代性纠纷解决机制论”以及“法人类学论”等不同的学说，成为我国不同法学者之间探究法治化进程中自身土壤问题的几种主要进路和学术观点。围绕这些理论或进路，产生了一批学术论著。特别值得一提的是，在法治发展中，具有“春江水暖鸭先知”功能的司法机关，已经在认真尝试如何在司法中将法律的一般规定和民间规范相结合的问题。其中“泰州经验”、“东营经验”、“陇县模式”等，引起了国内法学界和司法界的普遍关注，这更进一步证明在学术研究中关注民间规则以资法治实践的必要性。

九年前，为了推进对民间规则的研究，促进教学中学生对社会事实问题的认知，我和同仁们共同创办了以书代刊的《民间法》年刊。如今，该刊已经正式出版了八卷。与此同时，我在《山东大学学报》、《甘肃政法学院学报》分别主持的“民间法专栏”、“民间法·民族习惯法专栏”两个栏目，

已分别坚持了五年和四年，期间稿件源源不断，所发表的论著也不断被转载、转摘和引用。其中《民间法》年刊被教育部“委托南京大学图书馆”评为“CSSCI 来源集刊”。此外，自 2005 年开始，我和同仁们发起了全国“民间法·民族习惯法研讨会”，已分别在西宁、成都、兰州、武汉、贵阳召开了五届，来自全国各地的学者们就相关论题积极参与、热烈讨论。如上情形，已经形成了民间法研究之静态和动态两个“阵地”。这表明，这一领域具有很大的研究必要和开发潜力。为了进一步推动民间法研究向纵深方向发展，北京理工大学法学院、山东大学法学理论泰山学者团队决定编辑出版这套“民间法文丛”。这套文丛，也是拟议中的北京理工大学法学院三种学术丛书之第一种。

此为“民间法文丛”的第一辑。收入第一辑的著作，有些是作者多年来调研的积淀之作，如《原生的法——黔东南苗族侗族地区的法人人类学调查》、《藏族古代法新论》、《乡土秩序与民间法律——羌族习惯法初探》三书就是徐晓光教授、多杰教授和龙大轩教授多年来深入苗族、侗族、藏族、羌族等地区认真调查、归纳、总结和研究的成果。鄙人的《大、小传统的沟通理性》、魏治勋的《民间法思维》两书，则是作者多年研究民间法问题的心得。其他五部作品，分别是贾焕银的《民间规范的司法运用——基于漏洞补充与民间规范关联性的分析》、姜世波的《习惯国际法的司法确定》、王新生的《习惯性规范研究》、厉尽国的《法治视野中的习惯法：理论与实践》、张渝的《清代中期重庆的商业规则与秩序——以巴县档案为中心的研究》，它们都是作者在其博士论文基础上修改而成。

自上述丛书第一辑的清单可以看出，本辑入选图书的一



半左右偏重于学理的探讨。但民间法问题恰恰是一个必须来自实践，通过对人们交往行为中的日常规范，特别是纠纷处理的日常规范之分析、解剖、归类、整理，才能深入其堂奥的问题。在这个意义上，民间法研究理所当然应当把社会实证放在第一位。这也是本丛书以后的各辑在组稿时将特别强调和注意的。

鄙以为，按研究内容和专题所编辑的学术丛书的功能，一是能集中展示某时段、某地方的学者们在某个研究领域里的研究成果；二是能更好地实现在某一研究领域里学术成果、学术规范和学术方法的积累；三是能给相关的学习者和研究者查找资料时提供便利。在这三点中，我特别看中第二点。但要让一套学术丛书真正发挥学术积累的作用，贵在持之以恒。因之，本丛书拟在条件许可时，分辑编辑出版，不断坚持下去，以期为中国民间规范的研究，乃至法社会学的研究，贡献微薄的心力和智慧。

是为序。

陇右天水学士 谢晖
2009年7月3日于苏州桥畔



目 录

总 序	1
导 论 基于法律实证主义立场的习惯法研究	1
一、微观求证：民间习惯的司法识别如何成为问题 / 2	
二、学术背景：相关主题的研究现状 / 6	
三、研究立场：返回法律实证主义 / 12	
四、问题实质：习惯规范的捕捉与重构 / 17	
第一章 概念谱系的辨析与界定	21
一、学界对习惯和习惯法的界定 / 22	
（一）被语词缠绕的学术研究 / 22	
（二）事实与规范：界定习惯的两种思路 / 26	
（三）国家认可与社会认同：界定习惯法的两种路径 / 29	

二、概念谱系的重新界定 / 33

(一) 习惯与习惯法的界分：学界的分歧 / 33

(二) 概念谱系的重新界定：基于法律实证主义立场 / 43

(三) 中西互释中的概念辨析 / 48

三、习惯成为法律的途径 / 53

(一) 习惯作为法源：经验性阐释 / 55

(二) 习惯作为立法者的素材 / 59

(三) 习惯作为裁判的依据 / 63

第二章 民间习惯司法识别的程序构造 67

一、民间习惯司法识别的启动 / 68

(一) 当事人在起诉时主张习惯 / 69

(二) 当事人在诉讼中主张习惯 / 73

(三) 法官根据释明权提出习惯 / 76

二、当事人对民间习惯的举证 / 79

(一) 举证与查明：程序责任的划分及其依据 / 80

(二) 举证责任及其分配规则 / 86

(三) 当事人的举证方式 / 89

三、法官对民间习惯的查明与识别：方法问题 / 92

(一) 查明习惯规则是法官的职权 / 92

(二) 对习惯的查明方法 / 95

(三) 对习惯法的查明方法 / 102

四、法官对民间习惯的查明与识别：标准问题 / 106

(一) 识别标准：比较法视角的述评 / 107

(二) 识别标准的理论阐释：良俗接纳与恶俗排除 / 110

(三) 对中国司法实践的反思 / 115

第三章 规范识别：民间习惯的规范性及其表达 120**一、民间习惯的规范性 / 121**

- (一) 习惯如何成为规范 / 121
- (二) 习惯规范的构成要素 / 128
- (三) “法的确信”及其司法意义 / 133
- (四) 习惯与惯例的区分 / 139

二、民间习惯的规范性不足与公权力的介入 / 143

- (一) 习惯规范的动态展开 / 144
- (二) 习惯规范的强制性 / 147
- (三) 习惯规范的制裁方式 / 150
- (四) 民间秩序的恢复与公权力的介入 / 154

三、民间习惯的规范表达 / 158

- (一) 民间习惯的司法识别与法律发现 / 159
- (二) 民间习惯的类型及其识别 / 162
- (三) 民间习惯中的权利义务配置 / 167
- (四) 民间习惯的规范表达 / 171

第四章 效力识别：民间习惯的合法性检验 177**一、法官的前见及其影响 / 178**

- (一) 法官识别民间习惯的前见 / 178
- (二) 法官如何对待民间习惯的合理性 / 182

二、民间习惯的合法律性检验 / 186

- (一) 民间习惯应当合乎制定法 / 187
- (二) 民间习惯应当合乎公序良俗原则 / 194
- (三) 民间习惯应当合乎公共政策 / 197



第五章 民间习惯的司法适用 200

一、法官适用习惯的合法性 / 201

(一) 习惯何以成为法律：奥斯丁的理论难题 / 202

(二) 从理论难题到规范难题：法国与中国的实践 / 206

(三) 法官的自由裁量权：规范难题的出路 / 211

二、民间习惯的司法适用：辅助适用 / 214

(一) 证明和构建案件事实 / 215

(二) 释明法律的模糊 / 217

(三) 作为利益衡量的考量因素 / 220

(四) 填补制定法的漏洞 / 224

三、民间习惯的司法适用：替代适用 / 230

(一) 司法实践中的规范替代 / 231

(二) 对规范替代的理论解说 / 236

(三) 规范替代的前提条件 / 241

(四) “规范替代”与判决的可接受性 / 245

结 语 重新认识习惯法 250

一、从“公众的确信”到“法官的确信” / 252

二、从“民间的习惯”到“法庭的习惯” / 256

三、从“民众的行为方式”到“法律人的思维模式” / 260

四、民间习惯的边缘化 / 263

参考文献 268

后 记 288



导 论

基于法律实证主义立场 的习惯法研究

习惯法研究最终是个法哲学或法理学问题。习惯法研究是接近于法理学研究核心的论题,^[1] 因为当我们在探究习惯的规范性、习惯规则的司法适用的正当性时,事实上就已经涉及法理学乃至法哲学研究的核心——法哲学研究应当具有难题意识,而正当以及如何正当乃是法哲学的难题中的难题。^[2] 在西方法学界,自奥斯丁提出法律与道德的分离命题、进而区分法律与习惯以来,习惯和习

[1] 参见 Gilbert T. Sadler, *The Relation of Custom to Law*, London: Sweet and Maxwell Ltd., 1919, preface.

[2] [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第10~12页。

惯法在法律实证主义者的论著里一直占有一席之地，成为其必须探究的问题。^{〔1〕}在历史法学那里，习惯和习惯法成为探究法律和法律成长的背景因素；西方法律社会学与法律文化学对习惯法的重视就更用不着强调了。^{〔2〕}但相对而言，习惯作为一种非正式的法律渊源，在中国法理学研究中却处于极其边缘化的地位。这种现状一方面是学界对习惯的理论价值和实践价值的低估或者忽视造成的，另一方面与习惯作为一种非正式法律传统的历史命运暗合。而最近几年，随着中国司法对民间法制资源的重视，随着民间习惯的“复兴”，法学界整体上忽视习惯和习惯法研究的状况正在悄悄地发生着改变。习惯和习惯法方面的理论研究方兴未艾，虽然称不上蔚为壮观，但已成为近期学界研究的一个“热点”。随着研究的深入，习惯法研究中存在的某些问题也逐渐显现出来。因此，有必要对国内已经和正在进行的习惯法研究进行反思，在可能存在问题的地方，也许就是理论得以进一步拓深、认识得以进一步升华之处。

一、微观求证：民间习惯的司法识别如何成为问题

仔细推敲国内已有的理论成果就可以发现，目前习惯法研究的一个很明显的问题在于宏大叙事，缺乏具体而微的探究。研究者论证的起点就是民间法、习惯法、习惯这几个抽象的概念，很少有人去追问其研究对象的具体内容究竟是什么。很多研究者满足于在一个很宏大的框架中探讨习惯法与国家法的关系、习惯法如何有生命力、如何规范着人们的生活，是一种“活的法律”。仿佛习惯、习

〔1〕 比如庞德认为，习惯法已经成为实证主义法学的核心问题之一。参见[美]罗斯科·庞德：《法理学》（第三卷），廖德宇译，法律出版社2007年版，第301页。

〔2〕 必须指出的一点是，各学术流派把习惯和习惯法作为一个主题进行探讨，只是意味着这个主题的重要性，而不是各个学派均认为习惯和习惯法具有与法律同等的重要性。相对而言，历史法学派比较重视习惯，而法律实证主义则倾向于贬低习惯。参见 Kunal M. Parker, “Context in History and Law: A Study of the Late Nineteenth-Century American Jurisprudence of Custom”, *Law and History Review*, Vol. 24, Fall, 2006, pp. 486 ~ 515.

惯法所内含的规定性毫无遮蔽地展现在学者和法官面前、垂手可得。

事实上,理论和实践中的最大难题就是具体的习惯规则是什么,或者说习惯规则的具体内容是什么?以及,这个规则是如何在司法中呈现出来的?其合法性何在?合法性的判断标准是什么?人们越过了这些问题,回避或者忽视了上述问题,不等于这些问题不存在,也不等于这些问题不会困扰学者和法官。问题的关键恰恰就在这个地方,学界讨论民间法、习惯、习惯法,却很少涉及具体的习惯规则,这种叙事方式使得习惯法研究给人以凌空蹈步的感觉。这也许是刘作翔教授在《具体的“民间法”——一个法律社会学视野的考察》一文中反思的主要问题之一。^{〔1〕}脱离了具体民间法而谈论民间法的意义、功能和作用,基本上都是沙上建屋。之前这些细节问题之所以没能呈现出来,可能是因为宏大叙事的研究本身还涉及不到这些细节问题。宏大叙事的研究方式在学术初始阶段是不可避免的,但如果总是满足于宏大叙事便会导致学术研究的原地踏步。目前的习惯法研究已经出现某种裹足不前的迹象,从我们可以得到的中文资料的内容的重复率中就可以看出这一点。很多人都陷入到对他人研究的简单引证和梳理上,其中对概念的引用往往就占了很多篇幅但却没有任何学术增量。所以,习惯法研究需要新的思路和新的增长点。单就叙事风格而言,习惯法研究需要完成由宏大叙事向微观论证的转变,从探讨抽象的习惯法转向探讨具体的习惯规则及其应用。

在司法适用视角上谈论民间习惯与法律方法的关联,很多论者同样只是借助于抽象的“民间法”、“习惯法”概念,而并不关注具体的习惯规则或者一谈具体问题立刻就鸣金收兵了。但是,在民间习惯与法律方法的关联性研究中,如果连具体的习惯规则是什么、怎样获

〔1〕 参见刘作翔:“具体的‘民间法’——一个法律社会学视野的考察”,载《浙江社会科学》2003年第4期。



得对具体习惯规则的认知都不清楚，如何谈论习惯法研究对法律方法的贡献？如何谈论习惯规则的司法适用？目前已经进行的对民间习惯的司法适用以及民间习惯与法律方法的关联研究多数是建立在对已决案件的分析的基础之上的。把案例作为起点进行分析，可能就只能看到已经显现的具体的民间习惯，而看不到习惯规则在司法过程中显现的过程，看不到法官发现和论证习惯规则的过程。也就是说，把已决案例作为出发点进行学术探讨，很多问题都被遮蔽了。因此，需要回溯地解析和探究已决案件中所蕴含的习惯规则的发现过程，将上述被遮蔽的或者被忽视乃至被回避的问题揭示出来，并使其成为反思的对象，方能促进习惯法研究的进一步发展。



问题已经隐含在学界的探讨之中。比如，谢晖先生提出了一种名为“事实替代”的法律方法^{〔1〕}，此种法律方法以及相关的命题到底是真是假尚需论证，而就“事实替代”这个概念的命名本身，笔者认为，如果事实替代与习惯规范的司法适用相关，则更为恰当的命名应为“规范替代”，即在某些案件中，当适用法律可能会产生极其不公平的裁判效果时，以与该案件相关的民间习惯中所蕴含的习惯规范替代现有的法律规范；这个过程实际上是一个从民间习惯中发现“法律”并形成裁判依据的过程；而魏治勋则认为这个过程应当命名为“渊源替代”，站在法律渊源的视角上看，其看法是有道理的。但无论怎样命名这种方法，有一个问题是绕不过去的，即法官首先必须捕捉到民间习惯中所蕴涵的规范并论证其合法性和正当性。否则，根本谈不上事实替代或者规范替代。这个问题用规范的语言表达出来就是“民间习惯的司法识别”，此乃民间习惯在司法中出场的前置性问题。

实际上，这个问题在国内早已受到关注，尽管没有明确地出现“民间习惯的司法识别”这种提法。在《初论民间法对法律方法的可能贡献》一文中，谢晖先生指出，“习惯规范作为法律渊源这种

〔1〕 参见谢晖：《法律哲学》，湖南人民出版社2009年版，第241页。

方法在司法实践中的运用，就是要使司法者学会在面对案件事实时，从正式法和非正式法之间进行必要、有效的权衡和识别。在司法活动中……为什么要适用非正式法而不适用国家正式法？对此，法官有义务作出论证和说明。这就给法官运用、识别、论证民间法之为解决该案件的法律渊源，并为其做出必要的说理等提供了机会……更重要的情形还在于：当国家正式法在某种意义上明确否定了或并未明示某些习惯规范的法律效力时，法官在某些案件的审理上仍然要照顾到习惯规范的存在，在习惯规范中寻求判案的灵感。……要求法官设法借助既有的习惯规范做出创造性说明，即法官根据案情，识别最适宜于解决该案件的习惯规范来解决之。这在一定意义上就是要求法官在国家没有认可的情形下也把民间法纳入到法源中来，以解决相关纠纷。事实上，在这里已经预示着法官根据案情对民间法的识别问题”〔1〕。所以，可以这样说，“民间习惯的司法识别”这个主题在该文中呼之欲出。而笔者所做的和想要做的，只是将其提炼出来并将其充分展开。

民间习惯的司法识别是习惯法研究的基本问题，是勾连习惯法研究与法律方法研究的核心问题，具有重要的理论与实践价值。在“和谐司法”旗号下，中国法官在司法中适用民间习惯认定事实和构建裁判规范具备了“政治正确”的大前提。但是，法官适用民间习惯的权力前提，即法官适用民间习惯是否涉嫌法官造法以及如何适用民间习惯、判断民间习惯的合法性标准是什么。这些问题在中国司法中都是悬而未决的棘手难题。而这些问题如果得不到有效解决，中国法官适用民间习惯判案就始终会面临合法性质疑。因为，名不正则言不顺。因此，类似“民间习惯的司法识别”这样的研究如果深入展开，或许可以为中国司法在适用民间习惯方面解决一些理论上的困惑，从而扫除实践中的一些观念障碍，进而构建法官适

〔1〕 谢晖：“初论民间法对法律方法的可能贡献”，载《现代法学》2006年第5期。

