

民间法文丛 谢 晖◎主编

张晓萍◎著

论民间法的司法运用

中国政法大学出版社

论民间法的司法运用

张晓萍◎著

民间法文丛 谢 晖◎主编



中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

论民间法的司法运用 / 张晓萍著. —北京: 中国政法大学出版社, 2010. 10

ISBN 978-7-5620-3736-1

I. 论... II. 张... 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172580号

- 书 名 论民间法的司法运用 LUN MINJIANFA DE SIFA YUNYONG
- 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 zf5620@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 8.875 印张 235 千字
- 版 本 2010 年 11 月第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3736-1/D·3696
- 定 价 24.00 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



内容摘要

“民间法”术语的产生乃是基于“法律多元主义”的立场，即在法律体系中，不仅包括国家法，还包括与国家法并存且共同起作用的其他法律，民间法即在其中。既然民间法活生生地存在着，那么它势必要走向司法，在司法实践中争取它的话语权，因此有关民间法司法运用的问题就摆在了我们面前，成为我们不得不予以回答的问题。基于此种关怀，本书进行了相应的研究，分设6章，前两章着重分析民间法司法运用的价值及其理论基础，接下来的3章分别从实体、程序和方法角度研究民间法司法运用的具体问题，最后一章探讨应当加强的制度建设。

第一章，挖掘民间法司法运用的价值。将民间法引入司法审判，首先面临的一个前提性的问题是对民间法司法运用

的价值进行论证。司法的场域运行表明了民间法在司法中强有力的存在，与此同时，由于和谐社会命题的提出以及对司法解决纠纷功能的重视，民间法司法运用的价值不是被夸大了，而是还没有得到充分的挖掘。具体而言，民间法司法运用的价值体现在：其一，它有利于规范法官的自由裁量权。民间法以其相对客观的存在，为法官在行使自由裁量权时提供了一种外在的标准，一定程度地构成了对法官自由裁量权的限制；其二，它有利于实现案结事了，推进和谐司法，促进社会和谐；其三，它有利于司法活动顺应主体社会生活的权利要求，维护法律的权威；其四，它有利于实现有效的社会治理，达致善治。

第二章，阐明民间法司法运用的理论基础。文章指出，政治国家与市民社会的良性架构、大传统与小传统的理性沟通、形式正义与实质正义的动态平衡、法律教义学有效性与社会学有效性的适度兼容，为民间法的司法运用提供了理论支持。市民社会是法治运行和发展的社会根基，我们必须努力促进多元利益主体、公共领域、民间社会组织和社会自治的良性发展，与之相应，应当给予在民间社会组织内所形成的“成文化的自主性规则”以特别的重视与关注，这些规则有相当一部分是民间法的重要组成部分，在司法实践中构成了法律的主要来源之一。与此同时，也应看到，由于乡土社会处于蜕变、市民社会尚处于培育中，所以中国法文化中的传统“本土资源”还可有条件地加以利用，那些散落在民间的传统资源因其自身的实用性质以及对特殊利益的灵活保护而仍然具有价值；在中国法治建设与发展的过程中，大、小传统的断裂使得国家在社会中陷入了合法性危机，因此需要建立某种机制以有效地沟通大、小传统，化解精英话语与大

众话语之间的紧张态势，这就要求在法律的制定与适用时注重利用民间的智识资源，注重大众话语所具有的合理机能，与严格地局限于国家制定法的藩篱相对应，承载着民间智识与大众话语的民间法理应是法律适用者所要考虑的因素之一；在法治的建设与发展过程中，还需要在形式正义与实质正义之间建立动态平衡机制，一方面避免因形式正义的过分统治致使法治成为压制，另一方面避免因实质正义的过分统治致使法治消解在自身的无序之中。因此，法官在对类似情况进行类似处理的过程中，需要对不同情况加以不同对待，需要考虑个案所处的具体环境，需要在关注法律逻辑的同时对生活逻辑给予应有的理解与同情，一定程度地允许用特殊的衡平手段来纠正国家法律，如此一来，民间法进入司法便成为可能。此外，在法的实际运作过程中，还需要兼容法律教义学有效性与社会学有效性，适度地援引民间法，从而避免因过分偏执于国家法而造成法的有效性之不足。

第三章，揭示民间法的法源地位。从司法立场而言，以历史眼光观之，虽然在理性强音的推动下，西方法典编纂运动兴起，但是在司法实践中并非完全否定了民间法的法源地位。在中国传统司法中，民间法作为法源更多的是与其他法源混合适用，并且很难以正式渊源或非正式渊源来予以界定。在当今之中国，民间法的法源地位发生了内部分化：在刑法、行政法等领域，如果关涉到对公民权利的限制或剥夺的，则应排除民间法的法源地位，而为了消解制定法的僵硬性，能够建立新的合法化事由的民间法则是允许的；在民法、商法等领域，民间法至少具有次位法源地位，在某些特殊情况下，民间法的法源地位也可以优先于国家制定法。从法治发展及其宪制化过程来看，成文化的民间法是法律的正式渊源，而

习惯法和准成文的民间法是法律的非正式渊源。尽管基于司法立场的法律渊源理论为法官法源提供了大致的方向，也一般性地规定了民间法的法源地位，然而，民间法在司法实践中具体境遇时有差异，一定程度地说明了法律渊源理论只能以静态的方式为民间法司法运用提供实体上的支持。

第四章，探讨民间法进入司法的途径与识别。在我国司法实践中，民间法进入司法主要通过以下几种途径，即立法认可、司法解释、最高人民法院发布的意见、地方法院制定的指导意见、典型案例指导、法官自由裁量权的运用等。尽管民间法进入司法的途径有多种，但是民间法的运用并非一路坦途。在法律渊源理论中，民间法的存在是一个确定性的概念，然而在司法实践中民间法是否存在就不是一个十分确定的事情，其自身所具有的局限性使得民间法的识别成为必要。民间法的识别是当事人对民间法的证明以及法官对民间法的确认，其包括识别的标准即民间法应当具有实效、合法、良法之品质，识别的程序即启动、举证与确认。民间法的识别体现了民间法司法运用的动态特征，它为民间法司法运用提供了程序上的支持。

需要指出的是，法律渊源理论为民间法司法运用提供了一种实体意义上的可能，民间法的识别为民间法司法运用提供了具有可操作性的程序保障，而两者皆为民间法与法律方法的勾连提供了必要的支持。如果没有法律渊源理论，那么民间法进入司法进而成为个别规范的来源即失去基础；如果没有民间法的识别，即经过当事人的举证与法官的确认，那么民间法司法运用也就难以实现从可能到现实的转化。只有在实体上可能、程序上支持的情况下，才使得民间法与法律方法的勾连问题得以拓展开来。

第五章，着重于民间法与法律方法的可能勾连。在司法裁判过程中存在着复杂的建构性活动，即法官建构了大小前提，正是在法官对大小前提的构建过程中，民间法与法律方法的勾连成为一种可能，从而为民间法司法运用提供了方法上的支持。民间法司法运用的方法具体体现在：其一，法律发现在一定程度上体现了法官需要适当地发挥主观能动性，在法律渊源中找到适合本案的恰当规则，因此作为法律渊源之一的民间法成为法律发现的场所之一，并通过法律发现进入司法。其二，在法律适用的过程中，法律解释是不可避免的，然而它也不是机械地囿于制定法，在适度开放的解释策略之下，民间法作为法律的解释源得以进入司法。其三，法律自制定以来即以其自身存在漏洞为特征，所以需要相应的补救方法，利益衡量即在其中。通常来讲，“结论的可接受程度之大小”构成了评价利益衡量的正当与否的基础。由于在对冲突利益的评判方面，民间法往往体现了民众的立场与价值取向，反映了民众的心理，所以在利益衡量中注重运用民间法，案件结果容易得到民众的认可，裁判的可接受程度也会大大地提高，民间法通过利益衡量补充法律漏洞从而进入司法。其四，案件事实的确认首先需要理解生活事实的法律意义，然后再就生活事实是否存在展开证明，一般而言，证明方法有两种，即通过证据证明案件事实的存在和根据经验法则或逻辑思维推断出案件事实的存在。由于民间法自身蕴含着经验法则之内容，因此民间法有可能成为案件事实的确认依据从而进入司法。其五，对于法官来说，对裁判结果进行论证并说服当事人予以接受，是其职责所在。当事人之所以能够接受，不在于外在的强力，而在于内心的认同，在于裁判理由与人情事理相通。因此，如果法官适度地援引民间

法作为论证的理由，无疑会增加论证的可接受性，促使当事人对判决更加心服口服，也正是如此，民间法作为法律论证的理由进入司法。

第六章，阐明民间法司法运用所需要加强的制度建设。在我国司法实践中有关民间法运用存在着一些问题，针对这些问题需要加强相关的制度建设，主要包括立法应进一步明确民间法的法源地位并加强民间法司法运用的程序建设，建立健全案例指导制度，建立健全多元化纠纷解决机制，加强民间法的规范化整理并建立健全司法审查机制。



目 录

总序	1
内容摘要	5
导 论 深入司法实践的民间法研究	1
一、背景透视 / 1	
二、现状分析与问题意识 / 3	
三、基本概念 / 11	
(一) 主要学说 / 11	
(二) 概念辨析与界定 / 16	
四、研究进路与意义 / 24	
第一章 民间法司法运用的价值	28
一、司法的场域运行与功能的定位 / 29	

(一) 司法的场域运行 / 29	
(二) 司法功能的定位 / 30	
二、民间法司法运用的价值体现 / 32	
(一) 规范法官的自由裁量权 / 32	
(二) 实现案结事了——推进和谐司法 / 33	
(三) 顺应主体社会生活的权利要求——维护法律权威 / 35	
(四) 实现有效的社会治理——达致善治 / 41	
第二章 民间法司法运用的理论基础：多元框架下的考量 ...	45
一、政治国家与市民社会：良性架构 / 45	
二、大传统与小传统：理性沟通 / 53	
三、形式正义与实质正义：动态平衡 / 57	
四、法律教义学有效性与社会学有效性：适度兼容 / 62	
第三章 民间法的法源地位	68
一、法律渊源理论的实质蕴意 / 68	
(一) 法律渊源语义多样性 / 69	
(二) 法律渊源理论的蕴意：基于两种立场的阐释 / 71	
二、基于司法立场的法源地位 / 75	
(一) 民间法法源地位的历史追溯 / 75	
(二) 民间法法源地位的理论阐释 / 88	
(三) 民间法法源地位的内部分化 / 91	
(四) 民间法在个案中的遭遇 / 97	
第四章 民间法进入司法的途径与识别	104
一、民间法进入司法的途径 / 105	
二、民间法的识别 / 115	
(一) 民间法识别的必要性 / 115	
(二) 民间法进入司法的规范要求 / 116	
(三) 民间法的识别程序 / 122	

第五章 在司法中民间法与法律方法的勾连	131
一、基础：法官对大小前提的建构 / 132	
二、民间法司法运用的方法 / 134	
（一）通过法律发现进入司法 / 134	
（二）作为法律的解释源进入司法 / 139	
（三）通过利益衡量补充法律漏洞 / 146	
（四）作为经验法则认定案件事实 / 149	
（五）作为法律论证的理由 / 151	
第六章 民间法司法运用的制度建设	157
一、立法应进一步明确民间法的法源地位并加强相应的 程序建设 / 157	
二、建立健全案例指导制度 / 165	
三、建立健全多元化纠纷解决机制 / 168	
四、加强民间法的规范化整理并建立健全司法审查机制 / 175	
结 语	181
附 录	187
2006 年中国民间法研究学术报告 / 187	
2007 年中国民间法研究学术报告 / 210	
2008 年中国民间法研究学术报告 / 236	
参考文献	258
致 谢	268



导 论

深入司法实践的民间法研究

一、背景透视

任何一种制度都无法达致尽善尽美，法治亦无例外。我们走上法治之路，虽然包涵着必然之由，但是其终究抉择于法治与其他制度相比较而胜出之后，此种抉择彰显着对自由与秩序更为持久的关爱以及更为切实的保障。由于事物本身的复杂、认识的局限以及价值多元与冲突等，法治之路并非一路坦途，相应的调适与改进实属必需，对民间法的重视与研究正是这种必需之体现。众所周知，自19世纪中叶以降，传统中国社会转型随之蔓延直至今日，形成了3000年未有之大变局。在这一变局中，传统中国的社会结构逐渐解体，特别是科举制度的废除、大一统王朝帝国制度的崩溃和宗法家族制度的衰落，从根本上动摇了传统儒家意识形态的社会建制，并