

MIN SU XI GUAN SI FA YUN YONG DE
LIU LUN YU SHI JIAN

民俗习惯司法运用的 理论与实践



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

民俗习惯司法运用的 理论与实践

公丕祥 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民俗习惯司法运用的理论与实践 / 公丕祥主编. —
北京: 法律出版社, 2010. 11
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1482 - 1

I. ①民… II. ①公… III. ①习惯法—研究—中国
IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 223234 号

民俗习惯司法运用的理论与实践
主编 公丕祥

编辑统筹 大众法律读物出版分社
策划编辑 韦钦平
责任编辑 韦钦平
编辑助理 楼鹏科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 787 × 960 毫米 1/16
印张 17
字数 300 千
版本 2011 年 1 月第 1 版
印次 2011 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1482 - 1

定价: 39.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

主 编 公丕祥

副主编 李玉生 马 荣

撰稿人 (按姓氏笔画为序)

朱千里 羊 震 沈明磊 陈益群 张 镭

周永军 睦鸿明 蒋 飞 葛 文 韩 俊

谢新竹

主 编 简 介

公丕祥,1955年1月生,祖籍山东蒙阴,法学博士,现任江苏省高级人民法院院长,二级大法官,教授,博士生导师;兼任中国法学会法理学研究会副会长、中国法学会审判理论研究会副会长、国际法律与社会哲学协会中国分会副主席。学术领域为法哲学与法制现代化问题研究。主要著作有:《马克思的法哲学革命》(1987年)、《马克思法哲学思想述论》(1992年)、《法哲学与法制现代化》(1998年)、《法制现代化的理论逻辑》(1999年)、《东方法律文化的历史逻辑》(2002年)、《权利现象的逻辑》(2002年)、《中国的法制现代化》(2004年)、《法制现代化的挑战》(2006年)《公丕祥自选集》(2010年)等,并在专业刊物上发表100余篇论文。1995年被评为首届十佳“中国杰出青年法学家”之一,1997年被国家人事部授予国家级有突出贡献的中青年专家称号。

序 言

自清末法制改革以来,中国就力图在法律生活领域实现现代化,其中一个重要的努力方向,就是以国家的名义制定大量的、涉及诸多社会生活领域的法律,企望以新的法律规制人们的行为,形成新的社会秩序。今天的中国,我们仍在不懈地进行着这种努力。据统计,自1978年以来的三十多年中,中国制定了包括宪法在内的400多部法律,800多部行政法规,有力地规范和指引着社会生活的发展方向。作为从书本上的法律走向行动中的法律的司法,也是努力按照依法审判的要求,高度重视制定法在社会生活中的贯彻落实。然而,现实的司法实践告诉我们,在有些情况下,依法审判的结果往往并没有得到当事人和社会公众的普遍认同,案结事不了的现象仍然存在。造成这一状况的原因是多方面的。其中,不能忽视的是,社会生活中调整着人们的行为,形塑社会秩序的不仅仅是法律,还有世代相传、约定俗成的民俗习惯;它们坚韧地存在于人们的思想中,并规范着人们的行为,指导着人们的生活,而且,在一定意义上,民俗习惯更为人们所依归。可以想见的是,当法律与民俗习惯存在一定冲突时,依法审判的结果得不到社会公众的有效认同的现象也就有了相对合理的解释。

进入20世纪90年代以来,对于国家正式制定法以外的习惯法或民间法的研究逐渐成为我国法学界关注的一个热点,取得了不少成果。不过,民俗习惯的司法运用问题并未引起人们的足够关注。在司法实务界,法官群体对于将民俗习惯引入司法裁判过程,在总体上缺乏足够的自觉意识。实际上,在当代中国的法律与司法国情条件下,深入研究民俗习惯的司法运用,具有显而易见的价值意义。

一是推进和谐司法建设的需要。和谐社会建设是一个长期的复杂的过程,是一个需要不断化解矛盾纠纷的过程。这给人民法院提出了新的更高的司法要求。这个司法要求的集中体现,就是有效化解矛盾纠纷。人民法院必须对这一司法需求作出有效的回应。在这一过程中,人民法院除依法司法外,还必须高度重视和谐

司法建设,充分注重社会生活中长期形成、世代积累、为人们内心所确信的善良民俗习惯的运用。在不与现行法冲突的条件下,将善良民俗习惯有条件地引入司法裁判领域,有助于运用和谐的司法方式最大限度地实现案结事了,促进社会和谐。

二是提升司法社会公信力的需要。当前,在人民法院工作中,各类案件居高不下,审判任务十分繁重。涉诉信访压力的不断增大,从一个侧面反映出司法裁判的公信力需要进一步提高。提升司法公信力,要求法官不能机械办案,而要更加注重司法的社会效果,在裁判过程中充分考虑社会公众的一般道德评价标准、法律认知程度和对事物的是非判断的基本准则。善良的民俗习惯凝结着社会大众的普遍性的价值判断准则,体现着社会成员的普遍性的社会经验。将民俗习惯引入司法裁判过程,无疑有助于提高司法的社会认同度。

三是规范法官自由裁量权的需要。司法既是保守、被动的过程,又是能动、开放的过程。法官自由裁量权是法律适用的天生附随物,有其存在的客观必然性。因为立法本身不可能事无巨细,必然有一些原则性的规定,甚至会有一些立法漏洞与空白。但自由裁量权有其行使的基本要求与必要限度。目前,法官的自由裁量权有时会被滥用,造成社会对司法产生种种不利的评价。如何规范法官的自由裁量权,成为法院面临和亟待解决的一个重要问题。民俗习惯既为法官行使自由裁量权提供了可能的空间,也规定了必要的边界,在某种意义上构成对法官自由裁量权的限制。通过对民俗习惯司法运用的研究,可以更好地引导法官尊重善良的民俗习惯,并且注意运用民俗习惯裁判案件,增强裁判的公正度和社会效果,进而规范法官的自由裁量权。

四是改进社会治理的需要。社会转型期的一个重要问题,就是要通过良好的社会治理、社会管理形成有机的社会秩序。对于社会秩序的形成,司法的作用是显而易见的。因为司法的基本职责在于定纷止争,解决纠纷,安定生活,恢复秩序。但是,在急剧变革的社会转型和变革时期,要有效解决矛盾纠纷,仅仅依靠司法是不够的,还要形成多层次、多机制的社会综合治理格局。将民俗习惯引入司法过程,可以与司法外解决纠纷方式形成良性互动,有助于进一步完善多元化的社会治理结构与机制,以便更加有效地解决纠纷,更加有效地进行社会治理,形成整体性的有机和谐的社会秩序。

不仅如此,将民俗习惯引入司法裁判过程,也有着现实的可能性。首先,从规

范意义上看,民俗习惯进入审判领域具有现行法的依据。我国《民法通则》明确规定:“民事活动应当尊重社会公德。”实际上,绝大多数的民俗习惯都蕴含着人们生活的那个时代的道德观念,在某种意义上,民俗习惯乃是社会公德的载体。在我国的《合同法》、《物权法》等法律中,也都有关于尊重与运用习惯解决纠纷的规定。在一定情形下,“交易习惯”或“当地习惯”可以产生法律上的效果。很显然,现行立法已经为民俗习惯进入司法审判过程提供了重要的法律原则与制度规范。这一立法取向是有着积极的社会意义的。社会生活变动不居,而制定法总是有限的、刚性的。民俗习惯凝结了人们长期生产生活的实践理性,其中鲜活的成分可以弥补制定法存在的不足与漏洞,使得法律更富有旺盛的生命力,进而使法律所调整的社会生活关系更加和谐有序。

其次,从价值意义来看,民俗习惯是人们在长期的社会交往过程中自然生成的行为准则。虽然民俗习惯具有一定的地域性,但不能否认的是,不同地域的民俗习惯亦有着共通性的特征。民俗习惯反映了社会成员安排生活、调适关系的思想观念与行为方式。这些观念与行为的形成,是一个自然的历史过程,是人们在长期的交往过程中自愿选择的结果,是人们生活方式的有机组成部分,因而具有相当广泛的普适性。民俗习惯与法律相比较,更加能够反映人们现实的社会法权要求,更加具有某种价值上的正当性,因而在司法审判中理应得到应有的尊重与体现。

最后,从有效性的角度来看,将民俗习惯引入司法过程中,有着正当、合理的现实需求,能够有效化解社会矛盾纠纷。当前,人民法院审判任务日益繁重,面临着前所未有的审判压力。“案结事了、定纷止争”的司法目标,鲜明地突出了司法的纠纷解决功能,更加彰显了和谐司法的功能性社会意义。如何有效解决纠纷,这是社会变革时期人民法院必须直面和需要解决的重要问题。将民俗习惯有机地运用于司法审判,就是提高人民法院有效解决纠纷能力的一条重要途径。这是因为,在由传统社会向现代社会的转变过程中,民俗习惯依然有着强大的生命力。尤其是在广大的乡村地区,蕴含着传统道德与情理因子的民俗习惯仍在很大程度上支配着人们的生活与行为。实践证明,在司法审判中特别是在基层司法中,充分运用民俗习惯,合情、合理、合法地处理纠纷,对于化解矛盾纠纷、促进社会和谐,无疑是一个有益的司法选择。

当然,我们也应当看到,随着社会主义市场经济体制的深入发展和城市化进程

的加快,城乡二元结构的状况在逐步被打破,中国的社会结构以及社会治理方式正在发生着深刻的变动。在新的时代条件下,现代法律精神愈益成为社会成员的自觉追求,社会主体的法律意识和权利意识显著增强,法律调整的广度和深度不断拓展,法律越来越深入普通民众的生活之中,为人们所认同和接受。因此,我们固然要看到民俗习惯的司法运用的时代价值,同时也要清醒地意识到,民俗习惯在司法中的运用是有限度和边界的。

第一,运用于司法审判中的民俗习惯应当是善良的。从一定意义上说,民俗习惯是传统文化记忆的载体和传承的渠道,其中不乏中国传统文化中优良的成分。比如,在家族习惯中对孝道的重视,在人际交往中对诚信、友爱的倡导,对人与人、人与社会、人与自然关系和谐的追求,等等。但是,有的民俗习惯却是带着封建性糟粕基因的陈规陋俗,有的甚至是暴力的、不人道的,如“结冥婚”、“童养媳”,等等。人民法院的司法活动,在功能上不仅仅是解决纠纷,还具有法治示范宣传、规则确立指引的作用。因此,对于进入司法审判中的民俗习惯,必须进行必要的甄别分析。审判中所运用的民俗习惯,必须是善良的,不能违背社会主义的法律精神和原则,不能侵害社会公共利益,不能与社会主义道德风尚相背离。

第二,运用于司法审判中的民俗习惯应当是补充性的。对于人民法院的司法活动来说,依法审判既是一项重要的法律原则,也是司法裁判获得合法性、正当性的基本要求。一般来说,人民法院化解纠纷,首先应当考虑的是现有法律法规的正确适用,法律法规有明确规定的,应当优先适用法律法规。只有当法律规定比较原则,甚至存在空白时,才可以考虑民俗习惯的运用。这是民俗习惯运用于司法所必须遵循的一项基本原则。但是需要注意的是,解决某种纠纷时,如果既有法律的规定,又有民俗习惯的调整的,只要民俗习惯的运用与社会公共利益不相冲突,不侵害第三人的合法利益,在征得当事人同意的情况下,一般可以考虑优先适用民俗习惯,或者通过调解的方式解决纠纷。比如,在广大的农村地区,有着“嫁出去的女儿,泼出去的水”的习惯,女儿既不能从父母那儿分得财产,也没有赡养父母的义务,这可以说是民俗习惯对女儿权利、义务的一种自然安排。而根据法律的规定,女儿既有继承父母遗产的权利,亦有赡养父母的义务。当父母与子女因赡养问题而起纠纷时,法官可以在征得父母同意的情况下,判决女儿不承担赡养义务或适当减少赡养义务。再如,农村相邻纠纷常因所谓“风水”问题而起,对这类纠纷,法官

一般不宜简单下判,可以考虑民间普遍认同的习俗,多做些调解疏导工作,尽量以调解的方式解决纠纷。很显然,在这些情形下,运用民俗习惯化解矛盾纠纷,其效果往往比恪守法律条文要好得多。

第三,运用于司法审判中的民俗习惯应当是规范的。民俗习惯由于与乡土社会相连,而且是自发产生的,因此,具有地域性与非正式性的特征。不同地区的民俗习惯是有差异的,不同群体对民俗习惯的认知与遵从也是不同的。将民俗习惯引入司法审判过程,不可避免地会遇到民俗习惯的地域性与司法裁判的统一性,民俗习惯的非正式性与当事人的可接受性等问题。因此,民俗习惯的司法运用不仅仅要解决一个观念问题和认识问题,还要有一系列科学、合理的程序、机制来加以规范。只有这样,才能使民俗习惯在司法审判中的运用成为科学规范的生动的司法实践,成为植根于司法沃野中的一棵大树,显示出勃勃生机,发挥应有的功用。这就需要我们不仅要研究民俗习惯司法运用的发现机制、识别机制,还要深入探讨民俗习惯的举证、释明、确定、适用等问题,进而规范民俗习惯在司法中的运用程序和机制。

江苏省法院系统已开始进行探索将善良的民俗习惯引入司法裁判过程。2004年,江苏省姜堰市人民法院注意把善良风俗引入审判工作,并在深入调查研究的基础上,制定了一系列相关的规范性文件,取得了较好的社会效果。江苏省泰州市中级人民法院及时向全市法院系统总结推广了姜堰市人民法院的经验做法,并且制定了《关于民事审判运用善良风俗的指导意见》。2009年1月,江苏省高级人民法院在充分调研的基础上制定下发了《关于在审判工作中运用善良民俗习惯有效化解社会矛盾纠纷的指导意见》,对江苏法院系统推进民俗习惯在司法审判工作中的有效运用提出了指导性意见。本书在立足江苏法院民俗习惯司法运用的实践基础上,对民俗习惯司法运用的价值、意义,以及民俗习惯司法运用的具体原则、方式、方法等基本理论与实践问题进行了探索和研究,以期为人民法院运用民俗习惯更加有效地化解社会矛盾纠纷提供指导,从而为构建社会主义和谐社会提供更加有力的司法保障。

目 录

导论 / 1

- 一、研究缘由 / 1
- 二、基本概念 / 2
- 三、研究内容 / 5
- 四、思路与方法 / 6

第一章 民俗习惯与法律关系的一般解释 / 8

- 一、民俗习惯及其法权本质 / 8
- 二、民俗习惯与法律的关系阐释 / 17
- 三、民俗习惯与国家法律的规则共治模式 / 24

第二章 民俗习惯司法运用的比较考察及历史演变 / 41

- 一、大陆法系中民俗习惯的司法运用 / 41
- 二、英美法系中民俗习惯的司法运用 / 48
- 三、中国司法中民俗习惯的运用 / 52

第三章 民俗习惯司法运用的内在机理 / 60

- 一、民俗习惯司法运用的研究背景 / 60
- 二、民俗习惯司法运用的时代意义 / 80
- 三、民俗习惯司法运用的现实可能 / 85

第四章 民俗习惯司法运用的表现形态 / 96

- 一、民俗习惯在民事领域中的运用 / 96
- 二、民俗习惯在商事领域中的运用 / 118
- 三、民俗习惯在刑事与行政领域中的运用 / 120
- 四、民俗习惯在执行领域中的运用 / 121

第五章 民俗习惯司法运用的原则 / 123

- 一、民俗习惯司法运用的合法性原则 / 123
- 二、民俗习惯司法运用的合理性原则 / 127
- 三、民俗习惯司法运用的正当性原则 / 131

四、民俗习惯司法运用的普遍性原则 /	134
第六章 民俗习惯司法运用的方法 /	136
一、民俗习惯司法运用中的经验推理方法 /	136
二、民俗习惯司法运用中的漏洞补充方法 /	139
三、民俗习惯司法运用中的解释转换方法 /	141
四、民俗习惯司法运用中的利益衡量方法 /	145
第七章 民俗习惯司法运用的程序 /	148
一、民俗习惯司法运用程序的启动 /	149
二、民俗习惯司法运用的证明程序 /	150
三、民俗习惯司法运用的识别程序 /	156
四、民俗习惯司法运用的适用程序 /	159
第八章 民俗习惯司法运用的机制 /	162
一、民俗习惯司法运用的确认机制 /	162
二、民俗习惯司法运用的审理机制 /	169
三、民俗习惯司法运用的保障机制 /	175
第九章 民俗习惯司法运用的限度 /	180
一、民俗习惯司法运用的价值限制 /	180
二、民俗习惯司法运用限度之表现形态 /	189
三、民俗习惯司法运用限度之克服 /	192
附录1 江苏法院民俗习惯司法运用的规范性文件 /	201
附录2 江苏法院民俗习惯司法运用的典型案例 /	222
附录3 民俗习惯司法运用研究调查问卷 /	253
后记 /	259

导 论

一、研究缘由

在全面落实依法治国基本方略,积极构建社会主义和谐社会的时代进程中,人民法院既是十分重要的建设力量,也是十分重要的保障力量,担负着重大的历史使命。改革开放以来,我国经济、政治、文化和社会诸领域以空前的广度和深度发生着巨大的变迁,经济社会发展进入了重要战略机遇期和社会矛盾凸显期,各种社会矛盾纠纷呈现易发、多发态势,构建和谐社会理所当然地成为当代中国的时代主题。作为国家的审判机关,人民法院以解决纠纷、化解矛盾为重要职责的作用与地位更加凸显。依据构建社会主义和谐社会的目标,纠纷解决不应仅仅停留于对是非纷争的法律判定,还应注重主体间冲突的实质化解与对抗情绪的真正消融。如何在构建社会主义和谐社会的历史进程中坚持能动司法,主动深化和发掘司法职能,更加有效地化解社会矛盾,不断满足人民群众日益增长的司法需求,是摆在人民法院面前的一个重大时代课题。

作为具有成文法传统的国家,我国司法重视的是制定法在社会生活中的贯彻实施,强调国家权力在社会调控手段上的一元化。然而,在中国社会的基层,调整人们行为的规范却更多是世代传承的、约定俗成的民俗习惯。尤其是在农村村落这样的熟人社区里,民俗习惯是最生动、最广泛并最普遍存在和作用着的法律外的社会规范。与习惯相互兼容的法律很容易被人们认同并遵守,反之则会遭遇一定的阻力。从有效性的角度来讲,将民俗习惯引入司法过程中有着正当、合理的现实需求,能够有效化解社会矛盾纠纷。现实的社会需求和司法需求是民俗习惯司法运用的实际推动力。正如美国著名法官卡多佐所指出的,“当需要填补法律的空白之际,我们应当向它寻求解决办法的对象并不是逻辑演绎,而更多是社会需求”。^① 如果说当代中国的主要问题仍是农村问题,那么可以说当代中国司法的基

① [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第76页。

本国情,就是司法的具体运行发生在广大乡土社会中。80%的法院在基层,80%的案件发生在基层。在一定意义上,当代中国乡土社会中的矛盾纠纷是否得到有效解决,是衡量人民法院司法能力与司法水平的重要标尺。研究中国的现实司法需求,重点要研究处于中国乡土社会中的人们对人民法院的要求,以及处于中国乡土社会中的基层司法的运行特点。

与此同时,应当看到的是,在司法实践中,有些法院和法官将善良民俗习惯引入审判领域,在坚持现行法律规定、原则和精神的前提下,积极运用善良民俗习惯解决社会矛盾纠纷,取得了比较好的司法效果。这就给我们提出了需要深入思考与解决的问题:如何正确认识存在于当今中国社会中的民俗习惯?如何理性看待民俗习惯在当代中国司法中的价值意义、适用的可能性及其作用的限度与边界?如何在人民法院司法工作中更好地运用民俗习惯解决社会矛盾纠纷,实现“案结事了”的司法目标,最大限度地减少社会中的不和谐因素,为构建社会主义和谐社会提供有力的司法保障?这些问题也正是本书研究的缘由或者主旨所在。

二、基本概念

本书系对民俗习惯的司法运用进行的研究,因此,“民俗习惯”是本书的基本概念或者说是元概念。近年来,我国法学界对民俗习惯的研究多是和对“民间法”研究结合在一起进行的,取得了大量富有价值与成效的研究成果,但对于何谓民俗习惯以及民俗习惯、习惯、习惯法、民间法、国家法的内涵及其关系尚未有统一的认识。而对于本书的研究来说,基本概念是研究的起点与逻辑开始,不可或缺。作为实证调查研究,明确基本概念,既界定了课题研究的范畴与边界,也避免了陷入概念之争的怪圈。

本书在充分借鉴学术理论界研究成果以及初步调研的基础上,对“民俗习惯”作了描述性定义。“民俗习惯”不具有国家制定法的属性,而是指这样一些规则,这些规则可以有文字记载,也可以是口耳相传,它们在人们长期共同的生活、劳动、交往中形成,被用来分配人们之间的权利义务或解决他们之间的利益归属与利益冲突,并且被社会民众的内心所确信,支配着人们的行为,形成一定时间和空间范围内的社会秩序与文化认同,包括民间习俗、社会风俗和市场惯例等。^①在对民俗习惯进行描述性定义的同时,有必要对民俗习惯与习惯、习惯法等相关概念进行比较,以期较为清晰地界定本书中民俗习惯的基本内涵与外延。

^① 本书中民俗习惯的概念界定,参考了梁治平对于“习惯法”的定义。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1页。

1. 民俗习惯与习惯

根据《现代汉语词典》的解释,民俗指“民间的风俗习惯”;^①习惯指“在长时期里逐渐养成的、一时不易改变的行为、倾向或社会风尚”。^②从词义解释来看,尽管民俗与习惯的内涵是重叠的,但仍然可以发现两者是有一定区别的:一是习惯可以是个人的,也可以是社会的,但是民俗却是社会的。二是习惯一般蕴涵着权利义务内容,如“租不拦当,当不拦卖”的习惯规定了租佃(赁)、典当、买卖三种行为之间效力的高下关系;^③而民俗则多是民间社会长期形成的仪式、礼仪、风俗、禁忌等行作为模式、社会风尚,比如,春节放鞭炮、端午吃粽子、建房忌将烟囱对着别人家大门,等等。在这里,民俗表达着人们对喜庆、吉祥的一种追求,以及趋利避害的渴望,少有权利义务的内容。

本书中的民俗习惯包括两个部分,即民俗与习惯,前者为风俗或民俗,后者则是习惯或惯例,如交易习惯或交往惯例等。因此,本书中的民俗习惯与习惯属于种属关系,民俗习惯包含习惯。

2. 民俗习惯与习惯法

关于习惯法,《中国大百科全书》作了这样的阐释,即它“是指国家认可和由国家强制力保证实施的习惯,是法的渊源之一”;“在国家产生以前的原始习惯并不具有法的性质”。^④显然,习惯法是经过国家“过滤”后的产物,具有浓厚的国家强制力色彩,和国家制定法一样属于法律渊源之一。而习惯则是“原生态的”,产生于人们日常的生活、生产、交往之中,规范着人们的行为。“当习惯、惯例和通行的做法已经相当确定并在相当一部分地区被使用,像以书面明确表述规则的法律体系一样,为人们所了解、公认并被视为具有法律约束力时,它们就可以称为习惯法。”^⑤因而,习惯通过普遍化可以发展为习惯法。所以,习惯法实质上是法律体系中的一种,具有法源效力;而民俗习惯则是存在于民间社会中的事实上的规范、规则。

3. 民俗习惯与民间法

民间法是与国家法相对应的一个概念。在这里,法律被宽泛地理解为一种“使人类行为受规则统治的事业”。它不仅包括国家制定法,还包括那种直接出自于社会生活的民间规则。这种民间规则具有极其多样的形态,产生和流行于各种

① 《现代汉语词典》,商务印书馆2005年版,第951页。

② 《现代汉语词典》,商务印书馆2005年版,第1458页。

③ 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41页。

④ 《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社1984年版,第84页。

⑤ [英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,李双元等译,法律出版社2003年版,第296页。

社会组织和社会亚团体,如宗族、行帮、民间宗教组织、秘密会社等。它们也生长和通行于这些组织和团体之外,其效力小至一村一镇,大至一县一省,可以分为民族法、宗教法、宗族法、行会法、帮会法和习惯法等。民间法的基本特征是出自“民间”,乃是“民人”的创造物,而不是国家“授权”的产物。^①如果说国家法是普适的,代表着“大传统”,是一种“正式制度”,那么,民间法则是一种“地方性知识”,代表着“小传统”,是“非正式制度”的体现。而民俗习惯则是民间法的一个重要组成部分,它们之间是种属关系。

4. 民俗习惯与国家法、国家政策

从一般意义上讲,国家法即指国家按法定程序制定的、体现掌握国家政权的统治阶级意志的法律,其出自国家,具有国家性。第一,它是以国家的名义创制的。法律代表的是一种表面凌驾于社会之上的力量,法律需要在全国范围内实施,就要求以国家名义来制定和颁布。第二,法律的适用范围是以国家主权为界域的,这是区别于以血缘关系为范围的原始习惯的重要特征。第三,法律是以国家强制力为保证的。所有这些是它区别于其他社会规范的重要特征。^②至于国家政策,主要是指国家的公共政策,如同国家法一样,对法律的创制与实施以及司法活动具有重要的指导作用。因此,相对于民俗习惯而言,国家法律与国家政策两者均体现着国家意志,都具有法律渊源地位,都以国家强制力作为有效施行的后盾。我国《民法通则》第6条规定:“民事活动必须遵守国家法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”比较而言,民俗习惯则不体现国家意志,不具有正式的法源地位,也无须国家强制力的保障。

5. 民俗习惯与公序良俗

一般而言,公序良俗乃是公共秩序与善良风俗的简称。“公共秩序,谓为社会之存在及其发展所必要之一般的秩序,而个人之议论、出版、信仰、营业之自由,及至私有财产、继承制度,皆属于公共秩序。”“善良风俗,谓为社会之存在及其发展所必要之一般道德,非指谓现在风俗中之善良者而言,而系谓道德律,即道德的人民认识……须为现社会所行的一般道德,而非仅为理想的道德规范,从而不得以各个主观的伦理观、一派之伦理观或一阶级所行之伦理观为标准,而应以社会所产生的文化之道德观为依据。”^③可见,公共秩序乃是指国家社会的一般利益而言;善良风俗乃是指社会的一般道德而言。公序良俗是一个高度抽象化的原则,实务中多

① 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35~36页。

② 公丕祥主编:《法理学》,复旦大学出版社2002年版,第56页。

③ 郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2004年版,第467页。

以类型化的手段将其具体化。相比来说,民俗习惯则是具体的、分散的,但民俗习惯中蕴涵着社会的一般利益与一般道德。概而言之,民俗习惯是公序良俗的具体化形式,是公序良俗的载体,实践中对涉及民俗习惯的表达多数被转化为“公序良俗原则”。

6. 民俗习惯与社会公德

社会公德是一定社会的人们为维护社会正常生活所共同遵守的基本的道德准则,它是全体公民都必须共同遵守的,以此保证社会正常的生活秩序。社会公德属于道德范畴,作为一种特殊的行为规范,其也有一定的强制性,但它主要不是靠外部的国家强制力量起作用,而是靠社会舆论、传统习惯,特别是人们内心信念的力量起作用,即所谓“自律”。民俗习惯与社会公德有一致之处,在一定意义上,两者都是靠公众舆论和某种社会强制心理机制发生作用的。但社会公德较之民俗习惯具有普适性,比如,孝敬老人、尊敬师长、爱护儿童、礼让谦恭都属于社会公德之列,它们是整个中华民族均信奉的行为准则,不是一地、一个行业独有的习惯。但是,民俗习惯则往往是地方性的。需要指出的是,民俗习惯是社会公德的具体化,许多民俗习惯中都包括着社会公德的内容。

三、研究内容

本书主体内容由十一个部分组成。

(1)序言。该部分从民俗习惯司法运用的价值、可能性及限度等方面,简要概括了本书的写作重点和主要目的。

(2)导论。该部分主要对本书研究的缘由、使用的基本概念、研究的主要问题和基本内容,以及研究的思路和方法给出必要的分析、概述。

(3)民俗习惯与法律关系的一般解释。该部分主要论证在司法中运用民俗习惯的理论正当性问题,指出民俗习惯本质上是社会主体法权的直接反映,应当得到尊重;进而从自发秩序与建构秩序、合法性与合法律性、实质合理性与形式合理性等不同视角分析了民俗习惯与法律的一般关系,提出了民俗习惯与国家法律的规则共治模式。

(4)民俗习惯司法运用的比较考察及历史演变。该部分对民俗习惯的司法运用进行了比较考察和历史分析,比较考察了大陆法系和英美法系民俗习惯的司法运用,并分析了中国传统司法中民俗习惯的司法运用问题。

(5)民俗习惯司法运用的内在机理。该部分主要对民俗习惯司法运用的研究背景、时代价值以及现实可能等问题进行了分析研究,认为当代中国二元社会中民俗习惯与法律的界分及共存是民俗习惯司法运用的社会背景,移植法及制定法于