

民间法文丛 谢 晖◎主编

陈文华◎著

民间规则在民事纠纷
解决中的适用



中国政法大学出版社

民间规则在民事纠纷 解决中的适用

陈文华◎著

民间法文丛 谢 晖◎主编



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

民间规则在民事纠纷解决中的适用 / 陈文华著. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 1

ISBN 978-7-5620-4128-3

I. ①民… II. ①陈… III. ①民事纠纷-调解(诉讼法)-研究-中国 IV. ①D925.114

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第270834号

- 书 名 民间规则在民事纠纷解决中的适用
MINJIAN GUIZE ZAI MINSHI JIUFEN JIEJUE ZHONG DE SHIYONG
- 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
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 10印张 265千字
- 版 本 2012年7月第1版 2012年7月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4128-3/D·4088
- 定 价 29.00元
- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

本书由广东培正学院资助出版



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

第二辑说明

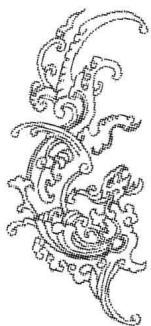
自从“民间法文丛”第一辑九部作品问世以来，得到了学界较好的反响，于是，我们又着手编辑第二辑。编入第二辑的作品，除了原定于第一辑准备出版的谢晖的《大、小传统的沟通理性》外，还有王林敏的《民间习惯的司法识别》、张晓萍的《民间法的司法运用》、刘昕杰的《民法典如何实现：民国新繁县司法实践中的权利与习惯（1935～1949）》、谈萧的《中国商会治理规则变迁研究》、韦志明的《习惯权利论》以及尚海涛的《民国时期华北地区农业雇用习惯规范研究》等六部作品。在这六部作品中，王林敏、张晓萍和刘昕杰的三部作品，侧重于民间习惯与司法实践之间的关联研究；谈萧和尚海涛的作品，侧重于不同行业习惯法问题的研究；韦志明的作品则侧重于习惯权利这样一个重要的习惯法

范畴问题的研究。这六部作品，都立基于他们的博士学位论文。材料丰富、观点新颖、论证扎实是其共同特点。期待本辑作品的出版，能进一步丰富和推进我国民间法问题的研究。

谢 晖

2010年12月29日于北京





第三辑说明

转眼间,“民间法文丛”前两辑已大体出齐,将要推出的第三辑,共有五部作品。唐峰的《纠纷和解研究》一书,是目前我所看到的国内学者对相关问题最系统的研究,特别是作者长期参与纠纷和解工作的经验,使该书既有理论深度,又有操作启迪。淡乐蓉的《藏族“赔命价”习惯法研究》一书,则是我在相关研究领域内所看到的第一部中文博士学位论文。“赔命价”作为藏区解决命案纠纷的重要制度,一直受人关注。作为一位长期生活、工作在藏区的藏族同胞,相信作者对该问题的观点和见解,更有参考价值。陈文华的《民间规则在民事纠纷解决中的适用》一书,聚焦于民间规则在民事纠纷解决中的运用。尽管在行政纠纷,甚至轻微刑事纠纷中,民间规则都有适用的可能,但民间规则的主要适

用场域，还是在解决民事纠纷中。这一客观情势也决定了该选题的研究价值。上述三部作品，都是诸位作者在其博士学位论文基础上修改定稿的。姜世波、王彬合著的《习惯规则的形成机制及其查明研究》，对习惯规则的两个重要问题——作为交往行为规则的形成机制和作为习惯法运用时的查明场域、查明方式等，做出了较为系统的探索，对习惯规则如何进一步升华为习惯法，从而运用于司法提供了一系列可资参考的见解。程泽时的《清水江文书之法意初探》一书，对黔东南清水江流域存留达数百年之久的契约及其他文书进行了较为全面的梳理，并对其中展现的组织、观念、管理、词讼、司法、立法、法理等问题做出了颇有见解的思考。

上述作品的出版，和前两辑作品一起已经形成了一定规模。期待以后能收到从规范学和人类学两个视角更深入地研究民间法问题的作品。

谢 晖

2011年11月21日于西安



内容摘要

近年来，在中共中央的号召下，举国上下正在开展轰轰烈烈的构建和谐社会维护社会稳定的全民参与性运动。但是，我们应当看到，构建和谐社会维护社会稳定必不可少的举措之一，是合理充分地运用规范资源，包括国家制定法与民间规则。这两种规范资源缺一不可。实际上，这两种规范资源并非对立关系，而是对立与统一兼备。法学就是要研究如何祛除或避免其对立的一面，并挖掘拓展其统一的一面。这是法学家的应然品格，也是构建和谐社会维护社会稳定的时代要求。

然而，学者们在理论研究的过程中难免失之偏颇。我国法学界关于纠纷解决方式中民间规则适用的论著，大多是在国家法与民间规则二元结构的分析框架内以个案或纠纷解决

过程为基点来分析论证国家法与民间规则的排斥冲突，倾向于只见对立不见统一；或者是站在司法中心主义的立场批判立法中心主义的狭隘，论证民间规则应当是法源之一。不仅如此，我国法学界某些学者还尽数制定法之不足，过分抬高民间规则的地位，甚至以民间规则否定制定法。本书不敢苟同这种观点。本书试图以民事纠纷解决方式为论域，在坚守制定法的强制性规定的前提下论证民间规则在解决民事纠纷的过程中与国家法的互动、运行特点、功能及其意义。

本书除导论以外共分为六章。在导论部分，作者介绍了本书研究的缘起和选题意义、本书的研究视角和方法，综合阐述了与本书主题相关的国内外研究现状，并对本书涉及的主要概念和术语作出必要的说明。

第一章，阐述民间规则与纠纷解决方式的原始形态及其演变。其中运用涂尔干的社会分工理论说明诉讼解纷方式与非诉讼解纷方式分离的原因及其分别与民间规则和国家制定法的关系。自从人类社会产生就出现了民间规则，其最初的具体表现形态为风俗习惯、伦理道德。在初民社会，生产力极端落后，人们以氏族为单位，借助集体力量才能生存，没有分工，共同劳动，共同分享劳动成果。因此，至少在同一个氏族里人们形成类似的需求、相同的信念和相同的是非观。结果，在初民社会中集体利益至上。人们解决纠纷的方式主要是协商、调解、裁决或仲裁以及血亲复仇等，据以判定是非的规范主要是风俗习惯、伦理道德。然而，随着社会生产力的提高，社会分工出现并不断深化，因此，人们的需求和信念也随之分化，形成利益多元、观念多元的格局，纠纷的性质也多样化。与此同时，阶级出现，国家产生，国家法也随之产生。民间规则依然存在，但社会已经以国家和国家法

为中心。国家垄断合法使用暴力的权力。由国家解决纠纷的方式称为诉讼，由社会解决纠纷的方式称为非诉讼。

第二章，论证民间规则在调解和仲裁等非诉讼解纷方式中的适用。从起源上看，调解和仲裁与民间规则具有天生的同构性。因此，当通过调解或仲裁解决纠纷时，当事人大多选择民间规则作为处理他们纠纷的依据。在调解过程中，当事人始终处于主导地位。当事人可以继续进行调整，也可以终止调解；既可以选择国家法，也可以选择民间规则。但是，当事人选择民间规则的前提条件是：不得违背公序良俗，不得规避国家法的强制性规定，不得违背国家法的强制性规定。在遵循这些原则的情形下，当事人不仅可以选择民间规则而且可以通过民间规则变更国家法。对于仲裁，当事人可以通过协议选择适用于仲裁的程序规则和实体规则。但是一旦作出选择，当事人就不能再自主终止仲裁程序的进行，而且仲裁结果可以得到国家强制力的保障。仲裁员也可以主动选择民间规则作为裁决规则。不过，在仲裁中必须遵循上述适用民间规则的前提条件。

第三章，阐明民间规则在民事诉讼中适用的理论基础。尽管在民事诉讼过程中，当事人既不能选择管辖法院，也不能选择处理他们纠纷的规范依据。但是，民间规则在民事诉讼的过程中依然有相应的适用空间。在某种意义上说，人类法律的发展史可以概括为：从民间规则到国家法，再从国家法到国家法与民间规则二元并存。在17、18世纪，由于启蒙运动的展开和古典自然法学的勃兴，人们相信人类理性能够参透自然法并且能够为人类制定完美无缺的成文法典，于是，有成文法典是书写理性之说。古典自然法学派另一重要理论贡献是三权分立思想。这一思想在法国的实现就是严格划分

立法权和司法权，给法官的定位是法律之喉舌。不仅如此，11世纪末开始在意大利展开的罗马法复兴运动到17、18世纪已经席卷了整个西欧大陆。其结果是，在德国形成概念法学派。该学派擅长于罗马法的研究，并相信法律没有漏洞，通过概念和规则的推理可以得出所有可能的法律答案。不难想象，在这种理论与社会背景下，民间规则在民事诉讼中不可能有用武之地。

然而，人类理性从来就不是万能的，国家制定法也并非没有漏洞。早在中世纪就出现唯名论与唯实论之争，其实质上是经验主义对神的理性提出挑战。欧陆理性主义相信人类理性能够了解一切、把握一切，因此往往从基本哲学范畴出发构建宏大的哲学体系。大不列颠的经验主义则认为，经验是知识的唯一来源，所谓因果律实际上只不过是习惯使然。因此，主张一切从经验出发，从小处入手。结果，在康德那里大陆理性主义不得不承认自己的不足，并接受经验主义的调和。随着生产力的快速发展，人类视域扩展，多元价值、多元信仰和多元文化随之产生或出现。人们意识到人类不可能按照同一种方式生活，也不可能在同一部法典下生活。法律多元主义随即登场。不仅如此，随着人类社会进入垄断资本主义阶段，工伤事故交通事故急速增加。这时，人类理性已风光不在、失去往昔的自信。如果说成文法典在自由资本主义阶段尚可差强人意的话，那么在垄断资本主义阶段成文法典就已经是力不从心捉襟见肘了。又加上人类理性的局限性和书写语言的天生缺陷，法典法的窘态在变动不居的社会现实面前暴露无余。于是，人们摒弃法典万能的陈腐观念，承认制定法的漏洞是不可避免的，赋予法官自由裁量权，根据个案的特殊情形灵活适用法律以便平扼成文法的僵化，关

注个别公正。因此，法官不再是法律之嘴，现在法官不仅可以解释法律，而且对某些类型案件立法机关授权法官直接适用民间规则作出裁判，甚至在法律没有规定的情况下适用民间规则填补法律漏洞。

第四章，民间规则进入民事诉讼的制度考察。本章运用比较法方法就此问题考察普通法法系与民法法系的相应制度。在普通法法系，普通法原本就是习惯法，后来虽然吸纳了一定数量的教会法和罗马法成分，但习惯因素依然占主导地位。普通法法系采用司法中心主义，法官可以直接适用民间规则裁判案件。而且，普通法至上的信念也为法官适用习惯法提供合理依据。不过，由于普通法法系在诉讼方面采用当事人主义，所以裁判依据包括民间规则由当事人向法庭提供。在民法法系，最早的成文法《十二铜表法》就是由习惯法汇编而成的。虽然后来罗马法席卷西欧大陆，但这并不是罗马法的胜利而是习惯法与罗马法的合流。在民法法系，习惯法是独立的法源。制定法虽然是司法创制的起点，但是法官可以运用习惯法弥补制定法的缺陷。在诉讼程序方面，民法法系采用职权主义，法官可以主动调查收集习惯法，当事人也有义务向法庭提供。

第五章，民间规则与民事诉讼中的事实认定。立法机关之所以规定在某些领域法官可以适用甚至优先适用民间规则裁判案件，主要是因为立法者认识到制定法不适于涉足这些领域，或者这些领域留给民间规则调整更能达成当事人所需求的公平与正义。因此，许多民法法系国家都在制定法中规定某些领域的法律关系可以或应当适用民间规则。例如《德国民法典》、《瑞士民法典》、《意大利民法典》等。此外，在合同解释方面，很多国家的制定法都规定法官应当或可以适