

民俗习惯司法适用的理论基础

吕复栋 于佳虹

【提要】作为社会“调节器”之一的民俗习惯在司法实践中的适用颇具争议。尽管在现实中已有部分地区的司法机关将民俗习惯引入司法,但这只是凤毛麟角,不具有广泛性,甚至有些地区的司法机关片面排斥民俗习惯的司法适用。基于我国当下的国情、社情、民情以及司法状况,应将民俗习惯的司法适用提升到一个普适性的层面,作为一个一般性的司法规则来看待,从而指导司法实践,做到“案结事了”,促进社会治理创新,实现社会和谐稳定,进而弘扬传统法律文化,推动法制本土化发展,加快法制现代化进程。

【关键词】民俗习惯 乡规民约 民间法

【中图分类号】DF03 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000—2952(2014)05—0086—06

我国当前的司法实践表明,在某些特殊情况下,案件若仅依据制定法审判可能会出现当事人不认同、社会公众不理解的极端情况,难以取得良好的社会效果,甚至出现“案结事不了”的情况。造成此现象的原因是多方面的,其中,最重要的是在有些地方的社会生活中,法律只是调整人们行为的一种规范而已,且很多时候并没有完全融入人们的生活。而民俗习惯作为人们世代相传、约定俗成的行为规则深刻地影响、指导着他们的日常行为和生活,更为人们所接受和依赖。当法律规范与民俗习惯发生冲突时,人们会发自内心地倾向于选择民俗习惯。正如我国著名学者朱苏力认为的那样,在中国的法治追求中,最重要的并不是移植西方的法律制度和法律理论,而是重视中国社会生活中的那些真正起作用的,并不起眼的民间法、民俗习惯和商业惯例,注重经过人们反复博弈而证明有效有用的“法律制度”。^①这

里的“法律制度”实际上可以理解为本文的民俗习惯。

一、民俗习惯的内涵界定

所谓民俗,是指人们在生产实践中形成的世代相传的民间生活风俗,这种生活风俗是人们日常行为的准则。在我国古籍当中,亦有“民俗”概念的使用。《管子·正世》第四十七篇有云:“古之欲正世调天下者,必先观国政,料事务,察民俗,”然后才解决实际问题。此处所称民俗和今天的民俗的含义基本相同,且是“正世调天下”的准则,可见其既是民间个体的行为规则,也是国家社会的治理规则。所谓习惯,《辞海》的解释是“由于重复或多次联系而

^① 朱苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第36页。

巩固下来的并且变成需要的行为方式。”^①此解释侧重于个体行为，其含义无任何法律特征。而《中国大百科全书》对习惯的解释是：“人们在社会生活中，长期实践而形成的为人们共同信守的行为规则。”^②它将习惯视为一种社会规范，一种对人们有约束力的行为准则。本文所涉习惯倾向于后一种解释，主要是指规范性的行为规则。

本文所指民俗习惯是民俗和习惯的总称，它包含两者的所有内容。因此，民俗习惯既是指社会公众个人、社会团体组织或整个社会的传统风俗和礼节，也是指在有着相同或相似的社会物质、精神生活、历史文化传统的特定区域范围内，被同一个群体的历代民众所共同遵守的行为规范，例如风俗习惯、民族习惯、交易习惯和社会规则等。本文主要侧重于从“规则性”、“规范性”和“强制性”的角度着手，在法的视野下来研究民俗习惯。

恩格斯指出，在社会发展的某个阶段，人们把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使每个人服从这个共同规则，这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律。^③在原始社会，就有民俗习惯，它是调整人们之间关系的重要规则。奴隶社会的国家法大部分内容只是原始社会民俗习惯的记载。随着时代的不断发展，人们为了适应生产和生活的各种需要，在相互交往的过程中仍不断地产生新的民俗习惯，废止旧的民俗习惯，以调整新的社会关系。特定地域内或者特定群体内的新的民俗习惯一旦被司法机关采用便成为新的习惯法，或者经立法机关认可成为新的国家法，从新的民俗习惯到习惯法或国家法，如此循环往复一直发展下去。

二、民俗习惯司法适用的合理性

（一）民俗习惯产生的社会基础

在古代社会，大部分民事纠纷是通过非官方渠道调处解决的，宗族族长和耆老是处理这些问题的权威人士，“民间细故，不得问官”，若发生纠纷，“必先劝止”。即使“告官”的

“细故”纠纷案件，也主要通过州县调处解决。可见，民俗习惯在古代社会的司法实践中发挥着巨大作用。民俗习惯之所以能够产生并被人们遵守、信仰，主要原因是其有着深刻的社会基础。

私法领域的纠纷适用社会伦理解决，这是我国古代法律的一个重要特征。在中国古代社会，法所调整的各种社会关系，都以纲常伦理为基本原则，尤其在民事领域，婚姻家庭关系的纠纷处理均以“纲常伦理”为准绳。这些伦理观也是从民俗习惯中发展起来，反过来，又影响民俗习惯的生成。

（二）民俗习惯所蕴含的“民族情感”是民俗习惯司法适用合理性的心理基础

立法方面，在夏商周乃至汉唐以前时期，以民俗习惯作为法律的主要渊源。“礼法结合”是中国传统法律文化的基本特征，在夏商周时期，特别是在周代尤甚。礼法之“礼”，即源于俗，也就是民俗习惯。如《周礼》：“礼，履也。……俗者，习也。上所化曰风，下所习曰俗”。近现代许多学者也认为，俗礼相关，礼源于民俗习惯。黄遵宪认为：“礼也者，非从天降，非从地出，因人情而为之者。人情者何？习惯也。”^④可见，在中国古代社会，民间的“俗”是统治阶级所制礼和法的基础，并贯穿整个奴隶社会和封建社会时期。俗、礼、法三者的关系紧密结合、相互交融。

司法方面，调处息讼为主，情理兼顾为要。^⑤在中国整个奴隶社会和封建社会时期，州县可以审理的案件大多是轻微的刑事案件以及与刑事相关的民事案件，一般依照法律。对于与刑事无关的民事案件，主要是家族或宗族

① 《辞海》，上海辞书出版社1989年版，第108页。

② 《中国大百科全书——法学卷》，中国大百科全书出版社1984年版，第87页。

③ 《马克思恩格斯选集》第2卷，人民出版社1972年版，第538页。

④ 黄遵宪：《日本国志·礼俗志》，转引自叶涛：《中国民俗》，中国社会科学出版社2006年版，第163页。

⑤ 王庆丰：《民俗习惯司法适用的机理》，<http://www.gdzf.org.cn/gdfxh/gdfx/zl141q/201104/t20110401-150192.htm>。访问时间：2013-8-17。

中的族长来处理,基本上按照族规或民事习惯进行处理,一般不运用法律。罗斯科·庞德认为,情、理、法是中国人解决纠纷的三种主要手段,其中,第一位阶的裁判依据是情,第二位阶的是理,最后的依据才是法,这是中国人自古以来解决各类纠纷的传统。罗斯科·庞德所说的“情”和“理”的源泉实际上就是民俗习惯。在情、理、法三者的关系中,情是最重要的,而法是最不重要的,这确实是中国社会自古以来被人们固守的传统。中国古代的“引经决狱,情理司法”始终贯穿于司法实践之中,这是中华法系不同于大陆法系和英美法系的重要特征。在礼法、经义、情理之中,无不闪烁着民俗习惯的身影,因此,可以说民俗习惯深刻地影响着中国传统司法和民事纠纷的解决。^①

(三) 自发秩序是民俗习惯司法适用合理性的社会根源

人类社会的秩序包含自发秩序和构建秩序,民俗习惯属于自发秩序。从古至今,“以和为贵”和“调处息讼”既是民俗习惯的核心内容之一,也是我国司法实践活动的主要特征。近年来,“案结事了”已成为中国司法实践的一个追求目标,司法机关应在不违反制定法的情况下,采取多种措施,调动各种社会资源解决人们之间的矛盾纠纷,但前提必须是维护案件审理结果的公平和公正。因此,有必要把民俗习惯纳入到司法实践中,作为裁判和调解的依据,从而努力实现司法活动法律功能和社会功能的最优效果,促进社会的和谐发展。

从民俗习惯司法适用的社会效果看,将其作为法律渊源并适用于司法实践具有合理性。首先,由于民俗习惯属于自发秩序,因此,适用民俗习惯裁判案件,更能够使案件当事人信服判决。民俗习惯是“情、理、法”有机融合,适用民俗习惯裁判案件更符合当事人心中的正义观与公平观。直接结果是当事人自觉地服从裁判,从而达到“案结事了、定纷止争、息事宁人”的目的。其次,适用民俗习惯裁判案件,其判决结果更有助于得到社会认同。案件的裁

判结果需要取得社会公众的认同,当然,虽然社会认同不是衡量司法裁判是否公正的唯一标准,但却是重要参照。司法裁判只有取得了社会公众的认同,才能够体现和实现司法机关司法行为社会价值与社会功能的统一,取得相应的社会效果。

三、民俗习惯司法适用的合法性

(一) 主权者意志是民俗习惯司法适用合法性的政治基础

自人类进入阶级社会以来,法律就是维护统治阶级利益的工具,是主权者意志的体现。“主权者不仅可以是某个人,而且可以是民主推举的集团式的立法机关。”“主权者有时是少数个人(比如在专制国家),有时则是大多数人(比如在民主国家),在大多数人的情况下,宪法仍是主权者的命令。”^②严格来说,在政治国家这个领域,民间意志空间狭小,但是由于私人之间的关系对主权者利益影响不大,因此,代表民间意志的民俗习惯才有可能进入代表主权者意志的国家法领域。然而,民俗习惯进入国家法领域也不是无条件的,其必须满足主权者的要求,即经过他们的承认和许可。民俗习惯的法源地位不仅来自于立法者的承认或司法者的确认,同时也来自于社会公众的确信。

(二) “私法自治”和“意思自决”是民俗习惯司法适用合法性的法理基础

首先,民俗习惯符合“私法自治”的基本要求。私法自治指民事主体依其自主的意思,形成、变更、处分和消灭私法上的权利义务。民俗习惯是在人类历史发展的长河中慢慢形成、逐步演化的,它是人们对某一地域范围内或某一民族范围内的人的意志的集中和高度抽象概括,它是人们共同意志的表现。人们受这种团

^① 王庆丰:《民俗习惯司法适用的机理》,http://www.gdzf.org.cn/gdfxb/gdfx/zt141q/201104/t20110401-150192.htm. 访问时间:2013-8-20。

^② 刘星:《法律是什么》,中国政法大学出版社2000年版,第23页。

体意志的约束，自发规范相关行为。

其次，当事人的法律行为可能包含着民俗习惯。任何一个地方的民众在实施法律行为时，都会自觉不自觉地将当地的民俗习惯纳入其中。例如，在我国许多地方，男女双方结婚，男方往往要向女方支付彩礼。从法律行为的角度看，男方向女方支付彩礼在本质上属于赠与，男女双方结婚是所附条件。如果女方因某种原因未能和男方结婚，女方应当退还彩礼。实际上，这是地方习俗，这个习俗已经包含在结婚行为当中。正是这个民俗习惯在广大地区被人们普遍遵守，所以最高人民法院专门在《婚姻法解释（二）》的第10条中做了规定，在特定的条件下，当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，……人民法院应当予以支持。这样的规定实际上就是吸收了民俗习惯的内容，是民俗习惯入法。

（三）国家法与民俗习惯的相互交融是民俗习惯司法适用合法性的制度基础

在中国传统乡土社会中，民俗习惯对社会基层民众，特别是边远地区民众的行为影响更多，也更为深刻，尤其是在婚姻家庭领域，民俗习惯的调整功能甚至比国家法还要强大。即使在现代社会，乡村中，人们仍然有用民俗习惯解决问题的传统，《婚姻法》的一些制度，甚至基本原则都被束之高阁。在一些农村地区，其婚姻方面的事务和纠纷的解决在很大程度上依赖民俗习惯。在中国的传统社会中，民俗习惯之所以在民间群众中能发挥作用，并为民间群众所遵守，主要是因为民俗习惯满足民众的基本诉求，符合其基本心理要求和基本愿望。民俗习惯根植于当地生活颇具合理性，人们对它有着根深蒂固的认同感和精神寄托。

萨维尼认为，法律就是内在地、默默地起作用的力量的产物，真正的源泉乃是普遍的信念、民族的共同意识。^①在这里，萨维尼所说的“普遍的信念、民族的共同意识”是蕴含在民俗习惯之中的，因此民俗习惯是国家法产生的基础。也就是说，没有民俗习惯，国家法就成了无源之水，无本之木。同时，国家法又需要借

助于民俗习惯，通过民俗习惯的司法适用帮助其规范社会秩序。反过来，民俗习惯又需要国家法作为后盾，维护其权威性。所以，民俗习惯和国家法的关系是相辅相成、密不可分的。如果过分倚重于代表国家意志的国家法，轻视代表民间意志的民俗习惯，社会的控制管理机制和手段就有可能失衡，其结果不利于解决社会生活中各种各样的问题。

（四）民俗习惯的“规范性”符合民俗习惯司法适用合法性的逻辑要求

首先，民俗习惯具有一定的规范性。民俗习惯本质上是一种行为规范或者社会规范，是民间社会的规范，是市民社会的规范，具有指引、评价和制裁功能。我国学者范愉认为，民间社会规范是一个国家整个法秩序的一部分，相当于法社会学的“非正式的法”或“活的法”，是对事实上的权利义务关系的确认。^②从逻辑结构上看，有些民俗习惯如同法律规范一样，具有法律规范的特征，它也由假定、处理、制裁三个部分构成。其逻辑结构实际上也表现为“如果……，则……；否则……”的范式。一个逻辑完整的民俗习惯，上述三个要素都是不可或缺的。其次，民俗习惯司法适用符合“规范性”的要求。马克斯·韦伯认为，虽然法律可以强制将习俗义务转化为法律义务，但是这样做所产生的社会效果和法律效果并不明显；而当法律与习俗相对立时，其影响实际行为的努力往往会以失败告终。^③民俗习惯作为一类社会规范，它与法具有同样的规范属性，特别是在一个落后的、封闭的和没有开化的特定区域内和特定的群体中，民俗习惯往往发挥着与国家法一样的规范、指引和评价作用。正因民俗习惯具有规范性的特点，国家立法机关才有将其纳入规范性法律文件的可能性。再次，正是民俗习惯具有规范性，司法机关才有将其作为裁判依据的可能性。正是由于国家权力机

① [美] E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第82~83页。

② 范愉：《试论民间社会规范与国家法的统一适用》，《民间法》2002年第1卷。

③ [德] 马克斯·韦伯：《经济、诸社会领域及权力》，李强译，生活·读书·新知三联出版社1998年版，第15页。

关立法时将民俗习惯纳入了规范性法律文件,并且司法机关将其作为裁判的依据,民俗习惯才有了进入国家法领域的可能,从而取得司法适用的合法性。

四、民俗习惯司法适用的必要性

(一) 民俗习惯司法适用是填补制定法调整功能不足的现实需要

有人认为,随着中国法制现代化的进程加快,民俗习惯在司法实践中的作用会越来越小。但从我国近些年来的司法实践看,事实并非如此,民俗习惯在司法实践中仍然具有很大的作用。笔者认为,正是由于具有如下功能,在司法实践中,适用民俗习惯裁判案件才成为必要。

首先,对案件事实的证明功能。由于民俗习惯具有行为规范和行为模式的双重属性,因此,在案件事实的认定方面,民俗习惯具有重要的证明功能,因为其是基于人们所秉持的风俗传统而形成的既定社会事实。其次,对制定法的补充功能。有法律必有漏洞,有漏洞必有补充。法律的漏洞除了运用政策、法理等其他手段来补充之外,民俗习惯也是一个重要手段。1984年8月30日,我国最高人民法院发布《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》,该意见第58条关于典权纠纷的处理就适用了我国解放以前典权调整的习惯规则。因为在此之前我国法律就房屋“典权”关系未予规定,这属于法律缺漏,最高司法机关采纳民俗习惯的做法对制定法的漏洞进行了补充。再次,对制定法适用的排除功能。在许多学者看来,一般情况下,制定法应优于习惯法。但在司法实践中,也并不是完全如此,有时民俗习惯甚至可以排除制定法的适用,这种情况在民法领域尤为突出。出现民俗习惯排除制定法适用的主要原因是:一方面,民俗习惯调整的社会效果好,社会公众的认可度高;另一方面,法律中也有“良法”和“恶法”之分,如果司法机关适用恶法裁判案件,自然就不能取得较好的社会效果,而适用民俗习惯却可以取得较好的社会效果。

基于此,司法机关有可能“舍弃”制定法,而适用民俗习惯。最后,对制定法的修正功能。我国是一个地域大国,有些民俗习惯已有数百年甚至上千年的历史,在人们心中根深蒂固。国家法要想在某些地区更好地发挥作用,应当参照民俗习惯的内容对制定法进行一定的修正。我国《宪法》第116条规定,民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族特点,制定自治条例和单行条例。这里的民族特点实际上就是受到民族习惯影响的少数民族的政治、经济和文化特点。

(二) 民俗习惯司法适用是实现社会和谐的内在此需求

民俗习惯深深根植于社会民众的精神观念和社会生活之中,经过历代民众的传承,在特定的区域内,已经为特定的社会群体所认同和接受,每一种民俗习惯都凝聚着该地区人民的精神与情感,在该生活区域内有着巨大的权威性,事实上已经成为乡土社会更为常用、更为容易接受的“法律”。因此,民俗习惯在促进社会和谐司法实践中有着巨大的社会调整功能,^①主要表现在以下几点:第一,维护和稳定社会秩序功能。在社会调整规则中,法律当然是最重要的,但社会成员的和睦相处仅仅依靠法律进行规范是远远不够的,各种社会关系的和谐顺畅与各种纠纷的解决还需要大量的民间规则,即民俗习惯和民间法来进行调整,因此和谐社会的建设需要重视民俗习惯的司法适用。第二,教育和引导功能。社会成员在长期的生产生活中逐渐形成遵守民俗习惯规则的习惯,社会成员基于信仰、敬重民俗习惯,约束自己的行为,知道什么行为可为,什么行为不可为。通过对这些民俗习惯的尊奉会逐渐形成一种对民俗习惯信仰的意识和心理,使民俗习惯在人们心中产生一定的强制性和约束力。第三,化解社会纠纷功能。在解决社会各主体之间的矛盾纠纷时,包含着“礼”、“德”、“和”思想的民俗习惯发挥着重要作用。因为民俗习惯在乡

^① 一般而言,社会调整功能包含法律调整功能,此处的社会调整功能是指法律调整功能之外的其他社会调整功能。

土社会中有着巨大的群体认同性和权威性，是乡土社会群众更为常用、更为乐用和最为容易接受的行为规则。

（三）民俗习惯的司法适用是创新社会治理的重要手段

我国当前正处于社会的转型期、改革的深水区，各种社会矛盾日益凸显，现有的社会治理模式难以应对复杂的社会格局，纷繁复杂的社会问题给社会管理者带来了新的考验。社会转型期的一个重要问题，就是要通过良好的社会治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。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，有助于完善多元化的社会治理结构，以便更有效地解决纠纷，更有效地进行社会治理，形成整体性的有机和谐的社会秩序。^①

司法机关通过发挥司法调控功能参与社会治理，维护社会稳定，消除消极因素，化解社会矛盾。司法机关履行其社会治理职能，重要的路径就是司法活动的规范与创新，具体表现在以下几个方面：首先，矛盾纠纷化解机制多样化。在刑事诉讼中宽严相济的刑事政策，在民事诉讼中调解优先的原则，或“调解优先，

调判结合”的司法政策，大多可以通过民俗习惯的司法适用进行。其次，矛盾纠纷治理规范化。转型时期的社会矛盾纠纷，涉及各个领域利益冲突，矛盾主体也呈现多样化，仅仅靠“以人为本”、“和谐社会”等司法理念难以解决问题。只有推进矛盾纠纷治理规范化，才能实现法的程序正义；而推进矛盾纠纷的快速解决也需要民俗习惯的司法适用。再次，案件裁判依据多样化。在司法活动中，要规范法律适用，在没有法律具体规定的情况下，可以突出民俗习惯的司法适用，进而取得良好的社会治理效果。在我国目前的市场经济条件下，民俗习惯的“德行教化”功能仍然有巨大的作用。

本文作者：吕复栋是南京师范大学理论法学研究中心副研究员、法学院博士研究生；于佳虹是南京市中级人民法院法官、南京师范大学法学院博士研究生

责任编辑：赵俊

^① 公丕祥主编：《民俗习惯司法运用的理论与实践》，法律出版社 2011 年版，第 3 页。

The Theoretical Basis of Judicial Use of Social Conventions

Lü Fudong Yu Jiahong

Abstract: Social conventions, like other types of norm, are commonly taken to provide reasons for action and having an important impact on judicial decision should be invested in research. There are so many confusions and misunderstandings about social conventions in both theoretical and practical aspects, but at the same time the study (about social conventions) is not in popular demand. The main purpose of this paper is to undertake the further study on social conventions. This paper argues that it's not right to refuse to use social conventions in judicial decision. On the contrary, using social conventions should be a general legal obligation to the law practitioners.

Keywords: social conventions; judicial use; common law