

田成有:民俗习惯在司法实践中的价值与运用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_94_B0_E6_88_90_E6_9C_89__c122_486355.htm

在一个追求法治的国家里。我们越来越达成了这样的共识，法律不是万能的，仅有法律还不行，不能机械执法，法律适用应该讲究法律效果与社会效果的统一。这说明，在法治社会里，可供利用的法外资源还很多，需要我们引起重视、加以研究。本文就对民俗习惯的价值和运用谈点自己粗浅的看法。

一、民俗习惯的理论价值

从历史的视角看，在中国的历史语境里，特别是在传统的乡土社里，中国人的行为更多的是被地限定在人情、礼俗、宗法、习惯等规范秩序内，甚至内化为乡民内心深处，成为比国家法还管用的无形的指令模式，民众对国家法之外的所谓习惯、民俗、伦理、道德等民俗习惯更感兴趣。如勒内·达维德就说过：“中国人一般是在不用法的情况下生活的”“中国人解决争端首先必须考虑‘情’，其次是‘礼’，最后是‘理’，只有最后才诉诸法。”韦伯也认为，在中国传统社会中，法律与宗教、伦理规范和风俗习惯等含混不分，道德劝戒和法律命令没有被形式化地界定清楚，因而导致了一种特殊类型的非形式的法律，即中国传统法律是一种“实质的伦理法”。从现实情况看，国家在推行法治的进程中，虽然我们进行了大规模的立法活动，也进行着声势浩大的执法行动以及大张旗鼓的普法宣传，但这些努力似乎并没有也不可能在规定时间内完全改变人们的现实偏好。在现实社会中，许多人依然偏好用民间习惯来解决问题，特别是由于国家法自身的缺陷和供给不足、路径不畅、成本太大、预期

不明等客观因素，人们总是感叹国家法很不起作用，“很多制定出的法律只是看上去漂亮的‘间架性结构’”。以农村的结婚为例，尽管《婚姻法》，明确规定禁止包办和买卖婚姻，但这种规定并不能完全改变一些农村地区实行的早婚、订婚的婚俗问题，在大多数农村地区，其婚姻事务依然在很大程度上受制于传统习惯。在许多乡民的意识当中，只是履行了法律手续并不足以使婚姻“生效”，必须经过民间习惯法所认可的程序的婚姻才能为他们所接受。进入20世纪90年代以来，有学者敏锐地指出“长期以来的法学研究，以国家权力为核心，以官方法典为依据，但却忽视了中国社会存在的多层次的习惯法规和多元的权力体系，一句话，人们专注于‘官方的’，轻视了‘民间的’。这是一件令人遗憾的事情。”特别是苏力先生提出“在中国的法治追求中，也许最重要的并不是复制西方的法律制度，而是重视中国社会中的那些起作用的，也许并不起眼的习惯、惯例，注重经过人们反复博弈而证明有效有用的法律制度，否则的话，正式的法律就会被规避、无效，而且可能给社会秩序和文化带来灾难性的破坏”。需要进行反思和检讨的是，在我国，法治建设属于比较典型的政府推进型模式，强调运用国家的力量对社会秩序进行规制，在所谓“将一切社会关系系统统纳入法治轨道”的强大舆论支持下，试图将一切社会问题都以“依法治国”、“依法治省”、“依法治县”、“依法治村”的模式进行简单的格式化。在很多人的潜意识深处，有一种对所谓落后、保守的民俗习惯进行自上而下的征服和改造的企盼，于是，在我国的法治建设过程中，习惯、惯例以及民俗习惯往往被人们所忽视和排除。民间习惯是非常有条件地进入到国

家法律的视野，习惯或惯例要经受十分的挑剔，其地位也是十分的边缘化。站在和谐司法的视野下，我们应当采用更为务实、实证的社会学研究方式，来研究法律问题。我们需要明白的是“法律问题从一开始就明显不仅是法律问题，而同时也是政治问题、历史问题和文化问题。因此，要了解 and 解决中国的法律问题，必先了解和解决诸多法律以“外”的其它问题。建设社会主义法治国家，必须注重民间的一切知识和一切法治资源，不是仅有国家就能独自完成社会支配与整合的能力，法治社会的实现很难由国家法来单独完成，法治的内容、命运越来越取决于社会的运作，取决于民间的力量，而非立法者的主观意志和纯粹的国家法。法治社会的建构和具体运作并不是要“独尊”国家法而“罢黜”民俗、习惯，不是要将所有社会关系领域的调整和冲突解决都无一遗漏地纳入国家法律的调控范围，以完成新一轮的国家对社会的统摄和监控，而是要充分利用各自不同的优势和有利条件，提供各种可供选择的法治资源，为各种社会冲突解决机制及手段以及实施条件，从而实现文化人类学上所说的那种“多元文化的平衡与互动”。正因为如此，我们看待民俗习惯在理论和实践中的作用、意义，就显得很有意义和价值。

二、民俗习惯的实践功能 在以成文法为主流的现代社会，国家法还不可能做到“一手遮天”，民俗习惯代表和满足了一定区域、一定人员的法律需求，有其合理的价值和生存的时间、空间基础，允许民俗习惯与国家法共同发挥作用是应当的。

（一）实用功能 民俗习惯之所以能产生作用，人们之所以尊奉民俗习惯，其根本点是以民俗习惯能有效地应付社会生活为基本的前提，民俗习惯根植于当地生活的合理性，是建立

在人们对它有着基本的认同和认可，能为社区成员带来好处，如果民俗习惯无法保障这一点，其自然淘汰就是必然的。显然，民俗习惯所建构的这种简单而又有效的规范秩序实际上已经构成了乡土社会的基础。以农村比较突出的财产继承问题为例，按照《中华人民共和国继承法》、《中华人民共和国妇女权益保障法》、《中华人民共和国婚姻法》等法律的规定，女儿不论是否出嫁对父母的财产均享有同等的继承权，而在广大农村，这样的法律规定并不能得到很好的执行。在农村，出嫁的女儿很少能够回娘家继承遗产，即使有时候没有儿子继承，往往也会被本家的侄儿接管去，而轮不到亲生女儿，出嫁的女儿也很少会主动要求继承遗产。究其原因，并不是人们不懂得国家法是怎么规定的，而是明白“出嫁的女儿将父母的房产留给叔伯兄弟是有道理的，因为这里还是她的娘家，有什么事，还可以来找本家的兄弟帮忙。如果她们取走了老家的房产，不是断了娘家的路吗，她们有事谁肯去帮忙呢？”因而，村民选择民俗习惯来解决纠纷既是一种传统，也是一种习惯，同时更有着符合农村实际情况，这是由我国的国情和现实决定的。从表面上看，今日的社会似乎已经显得非常的“现代化”了，而真实中国的国情仍然是个政治、经济、文化极不平衡的发展中国家，乡土社会仍具有一定的分散性和封闭性，仍处于与中心城市相对应的边缘地带，“现代化”和城市化所带来的诸多条件和好处还不可能完全深入农村。在交通落后、信息闭塞、传统农耕生活的环境下，他们接受和运用法律的能量、频率不是太高。因而，我们对国家法在乡土社会的推行和运用的理想期待还不能拔得过高，还不能完全指望通过国家法来解决农村的所有问

题，民俗习惯还有它的实用功能。（二）补充功能 如柏拉图所说“法律绝不可能既约束所有人同时又对每个人都真正最有利的命令人类个性的差异，人们行为的多样性，所有人类事务无休止的变化，使得无论什么艺术在任何时候都不可能制定出可以绝对适用所有问题的规则”。因而，任何法律都不可能不平衡的社会作“一刀切”的简单规范，再精密细致的国家法也无法对社会进行完全的涵盖，无法对千变万化的人类行为和社会活动给予精确的规定。在一个泱泱大国中，由于地区之间社会经济、文化发展的不平衡，指望通过立法，完全通过国家法来对社会生活的各个方面进行事无巨细地概括无余、包罗万有这是不可能的，或者说国家法根本就不可能面面俱到和一一触及，完全依靠法律解决一切问题是不切实际的。国家法无法象民俗习惯那样渗透到人们的衣食住行，表现在日常生活的各个领域。在法治推进的发展过程中，国家法与民俗习惯都需要吸收对方精要之处，需要对方来弥补自己的弱处。比如民俗习惯需要国家法作为后盾的支持以显示其权威性，而国家法难以到达的地方，又需要借助民俗习惯帮助其规范秩序，形成扩展。因此，过分倚重于国家法的控制手段，轻视民俗习惯的作用，社会控制机制就有可能失衡，不利于圆满解决问题。从这种意义上讲，民俗习惯的存在，丰富和弥补了国家法控制机制的不足，成为一种有效的、灵活的补救手段和协同方式。（三）转化功能 民俗习惯深深植根于民族的精神观念和社会生活之中，通过一代又一代的感染、传承，相沿成习，已经被模式化为一种带有遗传性的特质，它被特定社会群体所选择、认同和接纳，经过长时间的积累、净化得以绵延、传递，凝聚着人们的心理、

智力与情感。因此，它有着巨大的、高度的稳定性、延续性、群体认同性和权威性，事实上已经成为乡土社会更为常用、更为容易接受的法律样式。民俗习惯存在的这种社会基石，是国家法发展的外部参照，能为国家法的发展和完善提供一种很好的外来借鉴和参考。如能通过一定程序和手段，把民俗习惯的这种认同基础合法化、成文化、规范化，转化、提升、过渡到国家法中，必将能成为推动和保障国家法顺利实施的重要因素，正所谓民俗习惯是国家法的重要渊源，所以，一个好的国家法应当是建立在民俗习惯的基础上，应当依托和衔接民俗习惯。国家法的制定和实施不是任意妄为的，国家法要产生作用，得立足民间，要受到民间社会的检验与评判。如果法律偏离了民俗习惯和其他社会规范，法律运作的成本就会提高很多，甚至根本得不到执行。“法不责众”就是由于法律与人们普遍认可的民俗习惯或其他社会规范相冲突造成的。显然，国家法的合法性、有效性不是完全建立在国家强制力的基础上的，而是应该建立在社会产生的内在的亲 and 力的基础上，否则就无法形成和发展为人们偏好的、有效的秩序。在社会变迁的过程中，必须注意国家法与民俗习惯的这种互动与相容的复杂关系，如果国家法完全偏离甚至背离了土生土长的民俗习惯，没有接上“地气”，国家法将有可能成为“中看不中用”的“花瓶”。国家法对民俗习惯进行硬性的、不切实际的干预与压制，也有可能适得其反，大大减少和削弱民俗习惯的运用范围和领域，甚至影响、干扰和限制民俗习惯本来对乡土社会秩序的自然维持和有效管理。国家法强行介入和干预民俗习惯，不管乡民的承受能力，盲目兜售甚至强制推行国家法，都有可能适得其反，

造成国家法的危机。三、民俗习惯与国家法的互动与运用 民俗习惯具有两面性。一方面,民俗习惯凝结了民间的实践理性,从理论上说,它多少能弥补国家法的不足,能发挥某些积极作用。但另一方面,民俗习惯又具有先天不足,参差不齐的弊端,因此它难免要与国家法冲突、相矛盾,在一定程度上也会阻碍法制的统一。在国家法与民俗习惯互动的过程中。国家法不能完全排斥民俗习惯,同样,民俗习惯也不能完全拒绝国家法。如同苏力所说“当国家制定法和民俗习惯发生冲突时,不能公式化地强调以国家制定法来同化民俗习惯,而应当寻求国家法与民俗习惯的妥协与合作。”。这种妥协与合作在民事领域和刑事领域往往有不同的表现。在民事领域,由于民俗习惯与民众的基本生活有关,民俗习惯建立在“互惠”的人情基础上,它可以依靠人们在长期交往过程中形成的人情、伦理等来解决。特别是当这类社会关系还没有诉诸于国家机关,没有纳入司法的调控机制时。我们就要高度重视民俗习惯在实践中的运用。当然,一旦纳入国家司法的范畴,法官在解决纠纷的过程中,如何具体适用民俗习惯,就要进行具体情况具体分析、具体对待。第一,某些民事案件,如果国家法有规定,民俗习惯也有规范。国家法的规定比较原则,而民俗习惯的内容比较具体,可操作性强,又符合社会道德,易于为广大社会成员所接受。对这类民事案件时,既要以国家制定法为根据,又要灵活适用民俗习惯的习惯做法,做到既合法又合情理。。第二,某些民事案件,如国家法无明文规定,但民俗习惯有具体规定。如婚约及其引起的财产纠纷。处理这类民事案件可以适用民俗习惯,这既便于当事人理解和接受,又为法院裁判案件提供了可行的原则。

第三，某些民事案件，国家法和民俗习惯都有规定，但二者规定的内容相互冲突。即合乎国家法的行为却违背了民俗习惯，合乎民俗习惯的行为却违背国家法，审理这类民事案件，首先要考虑两个问题：一是民俗习惯的性质如何，是鄙陋、落后陈腐还是善良、进步，如果是前者就要摒弃，如是后者就可以适当参照；二是当事人意思如何，如果当事人双方未能达成协议时，因国家制定法的效力高于民俗习惯，就只能适用国家法以免出现以民俗习惯否定制定法的偏向。如果双方当事人依民俗习惯可以达成协议，就应适用私法领域里“当事人协议优先”原则。当然，前提是该民俗习惯达成的协议没有破坏国家的正常社会秩序和他人的合法权益。而在刑事领域，民俗习惯的运用就显得更为复杂和敏感。在当代的刑法理论和国家法的价值取向中，我们对民俗习惯基本上是采取贬抑、甚至是拒绝的态度，因而直接运用民俗习惯是不可能的，其根本原因在于，罪刑法定原则已经成为刑法理论中最不可动摇的基本原则。如有学者提出“民俗习惯对刑事领域是否介入以及介入的程度，乃是一个攸关国家法的威严及其生存的合法性根基的问题，是涉及法律主权的根本性问题，故国家法一般是不会轻易放弃的”。但在司法实践中，不可否认的是，民俗习惯仍然会以这样或那样的方式进入了刑事领域。从法社会学的角度看，任何纠纷的解决，都不是以服从严格的规则主义为主的，而是以解决纠纷、解决问题为主，仅仅依靠逻辑理性还不能完全地理解和把握法律，法官需要从实践理性和价值理性出发，理解法律，寻找法律的真谛。因而，这并不影响在一个具体纠纷的处理过程中，在法律规定的弹性空间内，需要我们合理地、灵活地考虑和运用民俗习惯的资源

和做法。在刑事司法实践中，一些法官注意到国家法的局限性，已经不是被动地、机械地适用法律，单纯面对书本上的法律、法规，而是如何在运用民俗习惯资源时，对民俗习惯与国家法进行相互地塑造与互动。这种互动既不是简单的制定法规则的适用，更不是纯粹的民俗习惯逻辑的演绎，而是以当事人利益解决为导向，以司法人员在法官自由裁量权的空间内，综合考虑作出决定。一般来说，法官不会在判决书中直接显现“民俗习惯”如何如何规定的字眼，相反，法官会凭借自己的经验和精明，发展出某种偷梁换柱的技巧，这种技巧就是通常不会直截了当、明目张胆地放弃制定法的立场和框架，而是将一种民俗习惯上的判断转化成一种制定法上的判断，小心翼翼、含糊笼统地绕过制定法的书面概念和制度，对所谓正式的国家法予以软化和包装，运用所谓的“情节特殊性”、“事出有因”、“案情特殊”、“民意”等模糊语言来进行遮蔽。在这一过程中，往往是通过法官在拥有自由裁量权的回旋空间和活动余地内得到消化，使民俗习惯能在“合法”的规则体系中找到自己的依据。我注意到，在司法实践中，一些法官对民俗习惯的运用还存在很多顾忌。有的法官在法律上找不到直接的法律根据时就不敢轻易作出判决，害怕依据民俗习惯判案缺乏足够的说服力，有的法官甚至认为依民俗习惯会引发事态的恶性蔓延，甚至埋下了更大的隐患。有这种担忧是必要的，也是正常的。对于受过法律专业训练的法官来说，审结一个案件并不难，但要有效消解当事双方的利益冲突，真正做到“案结事了”，却需要充分运用法官的智慧和经验。审判的主要目的是为了平息矛盾、化解纠纷，智慧和经验相对于知识来说，更体现为一种能

力，这是对矛盾进行研判、辨析和甄别的能力，是一个人能够把握事物本质的洞察力和决断力。在社会转型时期，许多纠纷不是纯粹的法律纠纷，只有将法律与政策、民俗习惯结合起来，才能妥善地予以解决。法官不仅要善于从“案件之中”来研究案件，而且还要善于从“案件之外”和“案件之上”多角度、多方面地分析思考问题。只有这样，才能透过冰冷的卷宗看到其后的民生、民权、民主问题，对多数普通中国民众而言，我们更习惯于根据情理、常识及所谓的民俗习惯来评价裁判的公与不公，中国的法官们要善于将现代司法理念与实际工作相结合，善于把法律效果与社会效果相互统一，一个正确的裁判既应有良好的社会效果，同时也应有良好的法律效果。任何两个效果背离的裁判，都将是错误的裁判，法官的职责和智慧就是把两者有效地统一起来。要知道，法院的诉讼程序只是完成了一个对当事人双方形式上完全平等的过程或手续，它能够比较正统和比较权威地解决了纠纷，但未必就能使每一个当事人和社会成员得到他们心目中的正义和合情合理的解决。如果忽视社会中的民俗习惯，操之过急，反而会使国家法的权威受到损害，增加法治实现的障碍，甚至导致对法治的信任危机。在司法实践中，要求我们法官一方面要运用自己的价值观念和认识水准来影响普通群众，另一方面也要参考和利用当地的风俗、习惯、传统法则以确保做出的判决既公正合理，又便于当事人接受履行。法官在审理纠纷时，特别是在法律没有明确规定时，要善于根据立法的原意，对法律的精神进行解释，要善于根据公平、正义等伦理意识和法律意识来作出判断；要善于根据习惯、习俗等民俗习惯来作出合理的判断；根据国家的政策或法

律的一般原则来作出英明的决定等。为此，法官不能简单就法论法，就案论案，必须重视法外一切可用的资源，要积极采取措施，扩大审判的社会效果，以期减少矛盾对立，扩大审判的社会影响。这不仅涉及到审判技巧问题，更重要的是涉及到审判观念，关系到司法公正。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com