

# 和谐司法视野下民俗习惯在民事审判中的运用

刘叶思

(宁波市北仑区人民法院, 浙江 宁波 315800)

**摘要:** 目前民俗习惯领域理论研究较多, 而实证研究及技术程序研究则较为缺乏。民俗习惯在民事审判中的运用首先要确立民俗习惯的补充法源地位, 明确民俗习惯司法运用的效力范围, 对民俗习惯司法运用的启动、识别及确认设置相应的程序。在法官做出判决的过程中, 进而对民俗习惯进行采纳适用, 在判决理由中寻找合适的空间, 将合乎情理的民俗习惯恰当地运用到民事审判的过程中。

**关键词:** 民俗习惯; 和谐司法; 民事审判

**中图分类号:** DF5

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1001 - 5124 (2011) 04 - 0113 - 05

改革开放以来, 法治的进程逐步加快, 然而, 不容忽视的是, 城乡二元化经济结构仍存在于我国的大部分地区, 根植于这些地区的传统的民俗习惯仍很大程度上约束着人们的行为, 指引人们行事的方向。在“和谐社会”和“和谐司法”的时代背景下, 裁判的社会认同成为司法所追求的重要目标。如何在审判中准确、有效地运用民俗习惯处理纠纷, 增加当事人和社会公众对司法裁决的认可度, 促进社会和谐稳定, 是一个值得探讨的新课题。

## 一、民俗习惯的补充法源地位在立法上确立

### (一) 民俗习惯在我国的立法缺位

在民事司法实践中, 由于法律没有赋予民俗习惯以法源地位, 很多民事纠纷难以顺利、有序地通过司法途径得到解决。法官遇到涉及民俗习惯的民事纠纷时, 或拒绝受理、或拒绝裁判, 或是通过重述变通、隐含等方式在裁判中适用民俗习惯, 或者是采用调解的方式结案, 往往是置换或者规避了法律的适用。虽然实现了纠纷的解决, 但是影响了司法的权威、破坏了法律的严肃性, 得不偿失。这种情况的出现并不是现实生活中不存在涉及审判实践的民俗习惯, 而是立法并未对民俗习惯进行系统总结并从制度层面对其法源地位予以确认, 也未对民俗习惯的认定标准进行统一的规定, 由此导致法官在做出判决时不

能直接对民俗习惯进行适用。法院判决的合理可接受性是和谐司法对司法审判的基本要求, 正是基于这样一个基础, 从根本上决定了应该允许民俗习惯进入司法, 赋予民俗习惯以补充法源的地位, 赋予法官依民俗习惯进行民事审判的权力。

### (二) 国外立法对民俗习惯的认可

世界上许多国家和地区在其民法典或单行法中均明确认可了民俗习惯的法源地位。比如1907年《瑞士民法典》第一条第二款规定: “法律无规定之事项, 法院应以习惯法裁判之”。<sup>[1]</sup> 在法国民法典的诞生过程中, 民间民事习惯得到了前所未有的尊重, 现代法国学者甚至认为应当把法律的第一渊源位置让位于民事习惯, 因为民事习惯具有广泛性、概括性和现实性。此外, 《日本民法典》总则第92条也规定: “惯习如与法令中无关公共秩序之规定有异, 关于法律行为, 依其情况, 得认当事人有依习惯者, 从其惯习”。由此可见, 民间民俗习惯在各主要大陆法系国家的民法典中都得到了重视。

### (三) 我国立法对民俗习惯的吸纳

民俗习惯进入法律体系, 不在于对普遍正义的追求, 而在于实现个别正义, 因此, 民俗习惯的法源地位只能是补充性的。江苏省姜堰市关于将善良风俗引入民事审判工作的指导意见中规定民俗习惯在民事审判中运用必须遵循一定的

收稿日期: 2010 - 09 - 09

作者简介: 刘叶思 (1984-), 女, 四川自贡人, 主要研究方向: 诉讼法学。E-mail: liuyesi2008@sina.com

序位加以援引:对于法律有明文规定的民事活动,应当依照法律;在国家制定法没有明文规定的情况下,当事人依照民俗习惯主张自己的权利时,法官应该调查该民俗习惯是事实上的民俗习惯还是习惯法,是否合法有效,该纠纷是否有制定法的规定,进而决定是否援引。<sup>[2]</sup>

明确民俗习惯的补充法源地位就是要求立法机关在制定法律法规时给民俗习惯留下“一席之地”,认可其作为司法裁判时可引用的法源之一。此举有利于制定法与习惯法之间的对接,不仅可以弥补制定法固有的缺陷和不足,还可以使法律保持鲜活的生命力。苏力先生认为:在现代法治国家,任何法律制度和司法实践的根本目标都不应当是为了建立一种权威化的思想,而是为了解决实际问题,调整社会关系,使人们比较协调,达到一种制度上的正义。

## 二、民俗习惯在民事审判中运用效力范围的界定

民俗习惯来源于民间,根植于基层,长久以来已在百姓心中深深扎根。它们是促进社会和谐建设、构建司法和谐积极因素,理应在人民法院的民事审判中得到尊重和重视,但是,民俗习惯在民事审判中运用的效力范围必须予以界定。

### (一) 民俗习惯的时间效力范围

民俗习惯在民事审判中的运用也有时间效力,而且在时间效力上,民俗习惯有其不可回避的不确定性。民俗习惯的时间效力必须是在法律法规的时间效力前提之下,在现行法律法规的时间效力未能涉及的情形下才能得以显现出来。同时,民俗习惯自身的时间效力还必须坚持这样一个原则,即适用民俗习惯的事件发生时该民俗习惯就已经存在。也就是说,只有在事件发生时仍然存在适格的民俗习惯,才可以选择适用该民俗习惯,如果事件发生时原有的民俗习惯规范已经发生了改变,或者所援引的民俗习惯尚未正式形成,那么这些民俗习惯对此案件就不具有时间上的效力,即民俗习惯通常不具有溯及力。正是基于民俗习惯的不确定性和民俗习惯正处于变迁的过渡阶段,法官对于选择民俗习惯进行民事审判需要进行十分谨慎的判断。<sup>[3]</sup>

### (二) 民俗习惯的空间效力范围

民俗习惯的空间效力范围就是指民俗习惯

在什么地域范围内有效,适用于哪些地区的民事主体。我国法律的空间效力范围及于我国主权所及的全部领域,包括领陆、领空、领水,也包括我国驻外使馆和在境外航行的飞机或停泊的船舶。而民俗习惯的空间效力远远小于法律的空间效力,民俗习惯本身所具有的区域性特征使其只能在一定区域内发挥效力。有学者将民俗习惯的空间效力范围形象地概括为“入乡随俗”,此处的“乡”不单单是一个地理界限,也包含了行业界限。“乡”的范围可大可小,有些民俗习惯有可能在全国范围都能产生效力,而有的可能仅仅适用在一个村庄或一个特定的行业。但这一范围并不是不可确定的,经过调查往往可以弄清楚它的明确界限。<sup>[4]</sup>所以,法官在裁判具体案件时所选择适用的民俗习惯,应当是“事件发生地”的民俗习惯。

### (三) 民俗习惯的对人效力范围

民俗习惯对人的效力是建立在民俗习惯空间效力基础之上的,是指民俗习惯对哪些民事主体具有拘束力。一般来说,只要当事人处于特定的区域或行业,就可以适用这一特定区域或行业的民俗习惯。而这里面关键的问题是在不同的区域或行业的当事人之间如何选择民俗习惯的适用。梁慧星教授对此曾分析了一个典型的案例:一个妇女结婚两次,两次婚姻都育有子女,前夫与后夫都去世后,该妇女去世,但此时其与前夫所生子女与后夫所生子女争抢她的遗体,目的是要将母亲的遗体与父亲合葬。双方争执不休,后起诉至法院。由于我国现行制定法对于遗体的继承还没有具体的规则,所以法官考虑适用民俗习惯。法官通过调查,按照前夫所在地的习惯,一个妇女无论改嫁多少次,死后都应与前夫合葬;而按照后夫所在地的习惯,妇女应与最后一个丈夫合葬,两地的习惯正好相反。<sup>[5]</sup>这个案例中涉及的就是民俗习惯空间效力与对人效力的糅合,现实生活中难以找到完美的解决方案,法官只能选择在当事人之间进行协商和调解结案。

### 三、民俗习惯在民事审理过程中的运用规则

对于许多边远地区、内陆地区以及少数民族地区的基层法院而言,他们所面对的诉讼纠纷,基本上都交织着当地的民俗习惯。有的是由于民俗习惯引发的纠纷,比如风水问题;有的是需要

引用民俗习惯作为证据；有的是民俗习惯将深刻影响到案件的判决和执行。对于这种情况下的法官而言，民俗习惯不是需不需要运用的问题，而是什么时候用、如何用的问题。

#### （一）启动民事审理中的民俗习惯

民事审理中民俗习惯的提出是其进入民事审判程序的必经之路，在民事审理过程中，民俗习惯司法运用的启动主体主要有二：

1. 当事人提出。民俗习惯本身就具有内容多样、形式不固定等特点，常以“风俗、谚语”等形式表现出来。当纠纷中民俗习惯是需要引用来作为证据的时候，在案件审理的过程中，民俗习惯就被当作“证明对象”来看待，并根据民事诉讼法“谁主张谁举证”的原则，由主张存在此项民俗习惯的当事人一方依法提供有关习惯存在的证据，而由对该习惯提出质疑的当事人承担证明该民俗习惯不合理的举证责任并承担说服责任。<sup>[6]</sup>

如果当事人对另一方提出的民俗习惯并无异议，应认定当事人自认该民俗习惯的存在及其内容是真实的。若对方当事人否定另一方所提出的民俗习惯，那么法官就应该依照日常生活中所形成的事实认定的经验法则推定事实，按照民俗习惯的效力范围对其进行调查，以确定其是否属于能运用于司法的民俗习惯。如果当事人举证不能，则该民俗习惯作为证据的功能就应当视为不成立。

2. 法官提出。法官适用民俗习惯，应当坚持“当事人提出为主，法官提出为辅”的原则。一般情况下民俗习惯应由当事人主张，法官应当尽可能地避免适用民俗习惯来审判案件。但是当纠纷是由民俗习惯引起的时候，因为民俗习惯的存在和内容本身是事实问题，如果当事人对此并没有举证和主张，而适用于本案的民俗习惯已经为法官知悉或明显存在时，法官应当告知双方当事人该民俗习惯的存在，让双方当事人进行举证，当事人举证之后双方就所主张的民俗习惯进行辩论，法官在此基础上决定是否适用该民俗习惯。<sup>[7]</sup>如当事人举证不能，则按照民事诉讼法第64条第2款的规定，法官依职权进行调查。我国台湾地区《民事诉讼法》283条规定：“习惯、地方制定之法规及外国法为法院不知者，当事人

有举证之责任。但法院得依职权调查之。”<sup>[8]</sup>如果法院依职权调查后仍无法查明，则应视该民俗习惯不存在。

#### （二）识别民事审理中的民俗习惯

识别是民俗习惯运用于民事审判的必经程序，没有识别就无法确认民俗习惯的存在事实及内容。

1. 当事人识别。识别的过程是一个互相争论、互相对抗又互相妥协的戏剧性过程，包括多次或反复地磋商、争论、修改，法官在此过程中应允许当事人进行充分地辩论。当事人识别民俗习惯也就是当事人各方在庭审前或庭审之后法院宣判前对各方的有关民俗习惯的证据自行进行交流，阐明各方的观点，并形成一种认可或否定的意见。这一过程和普通的民事诉讼中证据交换以及质证过程类似，双方当事人均认可的民俗习惯便进入到法官的裁判视野，就有可能被运用到裁判当中。而被一方当事人否定了的民俗习惯便进入到法官的识别视野，接受法官的识别。

2. 法官识别。法官在听取当事人对民俗习惯的提出和识别之后，对于双方当事人均予以认可的民俗习惯可认定其内容真实，对于那些尚存在争执的民俗习惯，法官可通过多种途径识别其是否真实存在。法官识别一般分为当庭识别和裁判文书识别，对于简易程序案件中内容明确、权利义务清楚的民俗习惯书证一般都应当予以当庭认定，比如村规民约、交易习惯、契约等；对于当事人的证人证言、调查笔录等经质证后无异议，或虽有异议但没有其他有力证据予以推翻的也应予以当庭认定；而对于双方争议较大，任何一方均无充分证据佐证的事实，或虽有证据证实，但与现行法律规定明显相冲突的民俗习惯证据一般不宜当庭认定，而可以在休庭后进行评议和讨论，结合案件具体情况再在裁判文书中作综合认定。<sup>[9]</sup>在识别的过程中，法官可以查阅地方民俗习惯规范意见、查阅地方志，咨询当地宗族长老或民俗学者等等，这些都是法官在做出裁判前重要的参考途径。

#### （三）确认民事审理中的民俗习惯

在面临具体的案件时，法官最终选择哪一种法源实际上是法官内心的一个自我辩驳和博弈

的过程。这一过程中,法官应当允许当事人就该项民俗习惯进行充分辩论,法官通过对该辩论活动的观察和分析以及自我内心的心证来进行司法论证,以确认是否援引该民俗习惯来完成民事审理的工作。

1. 司法论证。司法论证是法官在司法活动中,通过对法律辩论活动的观察和分析,对裁判结论的合法性、合理性、正当性做出说明的论辩理论方式。这种论证一般存在两种情况:一种是被引入的民俗习惯和国家法不相冲突或冲突不大,这时,民俗习惯的引入只是为法官进一步印证国家法规范的合法性起着一种辅助的作用;另一种情况是用以说明其判决合法的民俗习惯与现行国家法是明显冲突的,此种情况下,当法官无法根据国家法做出为人们所普遍接受的判决时,仍然要采用民间规则做出判决。因为司法的职能在社会转型期生成了追求社会效果的品性,民意的客观要求、判决的社会认同度、民间处理类似问题的惯常规则等都是法官在论证合法性问题时必须予以关注的。<sup>[10]</sup>在后一种情况下,法官在论证中为了考虑民众的可接受性和裁判合理性而使国家法向民俗习惯做出了适度的妥协,这使得判决的正当性和合理性得到充分的发挥。

2. 案例参考。业已形成的案例中蕴含着法官的司法经验、裁判理念、办案思路、解决问题的法律方法以及法律适用的途径。在面对一个具体的案件时,除了在案件事实这一基本的因素中发现案件本身所蕴含的规则之外,还要紧扣民众和社会的需要,根据人们生活中自治的秩序规范和常识,在众多的案件事实之外的民俗习惯中寻求裁判的灵感和依据。所以,在建立案例指导制度的基础上,民事审判中法官可以参考已经生效的类似案例来确认该案判决的合法性和合理性,以相应的逻辑确认对该民俗习惯的引入,从而实现民事审判中对民俗习惯的确认。

#### 四、民俗习惯在民事裁判中运用的方法路径

美国学者莫里斯认为:“无论什么法制的真正优点大部分不在它的本质上,而是在于它是否适应于所施行的人民的性质和环境。”民俗习惯要进入到民事裁判中需要法官做出更多的努力。

##### (一) 提高法官的价值判断能力

在民事诉讼的过程中,充分尊重民众对“私

法自治”的要求,尊重人们在商业活动、社会交往中所形成的习惯,让人们感到自身道德传统具有其存在的价值,是对当代法官提出的更高的要求。从另一个层面上来讲,这也是在当前形势下法官对于法治与和谐做出的妥协选择。法官在审理案件时,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做出判断;要善于根据习惯、习俗等民俗习惯来做出合理的判断,根据国家的政策或法律的一般原则来做出英明的决定。<sup>[11]</sup>

作为实施主体的法官在民俗习惯的司法运用中起着关键和决定性的作用。要合理发挥民俗习惯在民事审判中的积极作用,必须完善法官自身的知识体系,弥补其在民俗习惯适用方面经验的不足,提高法官识别和运用民俗习惯的能力。同时必须针对法官队伍开展相关职业技能培训,以此提高法官运用民俗习惯进行审判的水平。此外,适时地邀请经验丰富的人民陪审员参与审理,或者深入民间向长者咨询请教相关民俗习惯也是可行之举。

##### (二) 判决理由中寻找合理空间

《人民法院五年改革纲要》指出,裁判文书改革的重点是加强裁判文书的说理性。在裁判文书说理的过程中,当法律对某个争议事项有明确规定的时候,单纯的对法律进行解释会显得生硬,而且过多的专业术语也会让普通老百姓难于理解和接受。如果把法律的精神和当地的民俗习惯、风土人情结合起来进行阐述,所显示出来的优势就是说理鲜活生动,符合社情民意,老百姓更容易理解和接受。<sup>[12]</sup>

我们知道一个判决主要由四个要素组成,第一个是事实表述,第二个是法律表述,第三个要素是判决的主文,第四个是判决的理由。<sup>[13]</sup>一般情况下,前三个要素在现今的判决中表达得比较清晰,但是对于判决的理由在说理的这部分是十分匮乏的,缺乏说服力。因此,法官在判决的理由部分寻找合理的空间给民俗习惯留以余地,这是可行的。

##### (三) 法官对民俗习惯采纳适用

在经过民俗习惯的启动、识别、确认程序之后,法官在将某种民俗习惯确认为一种法律规则

进而成为判决依据时需要进行必要的阐释和论证。“法律不仅仅是规则和逻辑，它也有人性，离开了社会环境，法律是不可理解的”，广大民众习惯于根据情理、经验以及民间规则来评判法院所做出的裁决是否公平。所以法官在适用民俗习惯判决案件之后，还需向当事人或公众就该民俗习惯的采纳适用做出合法性及正当性的解释，必须充分论证该援引的民俗习惯具有合理性和正当性，为其裁判说理提供一种感性素材和依据。通过对裁判的解释，增进沟通和理解，让公众充分感受到司法的力量和温暖，从而有效提高裁判的可接受度。

诚如波斯纳所言：“法官的工作应当理解为在每一个案件中去努力获得特定环境中最合乎情理的结果。”所以，将合乎情理的民俗习惯恰当地运用到民事审判的过程当中，使民事审判无论从程序还是实体上都获得最合乎情理的结果，那么司法和谐的目标就能早日实现。

#### 参考文献

- [1] 徐清宇, 周永军. 民俗习惯在司法中的运行条件及障碍消除[J]. 中国法学, 2008(2): 85-93.
- [2] 孔凡文. 习惯在民事审判中运用的理论基础、法律依据和司法机制, 习惯在民事审判中的运用——江苏省姜堰市人民法院的实践[C]. 北京: 人民法院出版社, 2008: 125-126.
- [3] 王新生. 习惯性规范研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2010: 343.
- [4] 艾围利. 论民事习惯与我国民事司法[J]. 石家庄铁道学院学报: 社会科学版, 2009(3): 68-73.
- [5] 王新生. 习惯性规范研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2010: 344-345.
- [6] 张晓萍. 试论从习惯到法律的转变——一个司法视角的审视[J]. 甘肃政法学院学报, 2007(9): 31-32.
- [7] 黄学武, 葛洪义. 民俗习惯在民事诉讼中类型化研究[J]. 山东大学学报, 2008(5): 24-30.
- [8] 王新生. 习惯性规范研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2010: 345.
- [9] 龙本坤. 谈谈民俗习惯在民事审判中的认证和适用[EB/OL]. (2009-11-13) [2010-03-06] <http://www.chinesefolklore.org.cn/web/index.php?NewsID=6358>.
- [10] 汤建国, 杨京. 试论民间习俗应用司法的理论基础, 习惯在民事审判中的运用——江苏省姜堰市人民法院的实践[C]. 北京: 人民法院出版社, 2008: 198.
- [11] 田成有. 民俗习惯在司法实践中的价值与运用[J]. 山东大学学报, 2008(1): 48-49.
- [12] 汤建国, 唐登国. 民俗习惯司法运用的转化机理, 习惯在民事审判中的运用——江苏省姜堰市人民法院的实践[C]. 北京: 人民法院出版社, 2008: 186-187.
- [13] 陈桂明. 司法中运用民俗习惯的必要性和必然性, 习惯在民事审判中的运用——江苏省姜堰市人民法院的实践[C]. 北京: 人民法院出版社, 2008: 209-210.

## On the Application of Folk Customs in Civil Trial in the Light of Harmony Judiciary

LIU Ye-si

(People's Court of Beilun District, Ningbo 315800, China)

**Abstract:** At present there is a lot of theoretical research on the folk customs field, while lack of the empirical research and technology program. In order to make an application of the folk customs in the civil trial, a status of the supplementary source of law for the folk custom should first be established, the scope of judicial validity of the folk customs should be made clear, and a procedure for how to start the use of folk customs, how to identify, and confirm folk customs is to be designed and discussed by this paper. In the process of judgments, a suitable space should be found for some reasonable folk customs to be used in a civil trial process.

**Keyword:** folk customs; harmonious judicial; civil trial

(责任编辑 张文鸯)