

陕甘宁边区高等法院对民事习惯的调查、甄别与适用

汪世荣*

内容提要：从1942年5月开始，陕甘宁边区高等法院通过法院系统内部上下级部署工作和学习任务的形式，以县为单位，由各县审判人员对本县的风俗习惯进行了比较系统的调查和甄别。截止1944年9月，该院共收集到8个县69条具有权利义务内容的民事习惯，并由收集者对之进行了初步的甄别。在此基础上，该院在民事案件的审理中适用了某些习惯。民事习惯的调查、甄别和适用，促进了审判人员对社会的了解和对民事习惯的认知，丰富了民事案件审判工作。该院虽然对所收集到的习惯进行了简单的整理，但未能完成系统的分析，也未制定出相关的政策和规则，因此这次调查未能发挥出更大的作用。

关键词：陕甘宁边区高等法院 民事习惯 民事司法 革命法制史

一、导 论

清末以前的中国法，刑律和政令立法采取成文的法典方式，民事立法则表现为不成文的礼的规范和风俗习惯。民事纠纷的审判依据主要是民间习惯，采用的也主要是调处息诉形式。清末变法修律，中国开始了部门法的法典化改革。民商事立法的法典化，当然离不开对我国固有习惯的吸收和采纳。所以，20世纪前期，进行了数次以配合法典制定为目标的民事习惯调查。^{〔1〕}但是，成文化的民商法典，如何吸收风俗习惯的合理内容，存在着许多技术上的难题：风俗习惯随着地域变化表现出的多样性与法典的统一性之间，构成了一对矛盾；不同地域的习惯，在多大程度上存在着内在的一致性，也是一个需要仔细甄别的问题。这些技术性的难题，在短期内无法解决，民事习惯入律的效果难尽人意。

陕甘宁边区高等法院在1942年5月至1944年9月，组织各县司法审判人员，进行了民事习惯的调查，由调查人员对所收集的习惯，进行初步的甄别。在某些案件中，将民事习惯作为了判决依

* 西北政法大学教授。

本文为西北政法大学承担的2005年国家社科基金项目《陕甘宁边区高等法院》（批准号：05BFX007）的前期成果之一。

〔1〕 参见胡旭晟：“20世纪前期中国民商事习惯调查及其意义”，《湘潭大学学报》（哲学社会科学版）1999年第2期；张生：“清末民事习惯调查与《大清民律草案》的编纂”，《法学研究》2007年第1期。

据。陕甘宁边区高等法院的司法档案，为我们客观认识和评价这次民事习惯调查，提供了条件。^{〔2〕}本文使用的档案资料，主要包括下列六个部分：

第一，陕甘宁边区高等法院：《边区各县有关风俗习惯的调查材料》，全宗 15-57。这部分档案，是陕甘宁边区高等法院汇集的由延安县、富县（当时称“酃县”）、镇原县、清涧县、合水县、新宁县、（xx）县、^{〔3〕}吴堡县等 8 个县所收集的民事习惯。包括三个子目录：“1，边区各县呈稿，风俗习惯的调查材料摘录（1944 年 5-9 月）；2，清涧县司法处收集习惯风俗的报告；3，合水县政府为呈送县裁判处学习报告由（1942 年 6 月 13 日）。”其中，“摘录”部分，包括了延安县和富县的风俗习惯报告，镇原县、新宁县、（xx）县、吴堡县关于风俗习惯的报告，因没有明显的标题，所以未在子目录中反映。

第二，陕甘宁边区高等法院：《1942 年至 1944 年两年半工作报告》，全宗 15-193。档案标明的完成时间是 1944 年 9 月 30 日，包括“组织与制度”、“办案概况”、“监所管理”等三个方面的内容，从一个侧面说明了陕甘宁边区高等法院收集、甄别和整理民事习惯的方式与过程。

第三，陕甘宁边区高等法院：《陕甘宁边区判例汇编》，全宗 15-26。包括例言、民事案件处理办法、婚姻案件处理办法、27 份民事案件的判决书，以及编辑人员对具体判例的选编意见。

第四，《陕甘宁边区高等法院 1946 年刑民事判决书汇集》（之一），全宗 15-29。又名“判决书存本”，收集有陕甘宁边区高等法院 1946 年的 46 份判决书，3 份针对具体案件的批答，以及陕甘宁边区高等法院巡回法庭的 3 份调解书，4 份判决书，共 56 份司法文书。

第五，《陕甘宁边区政府、陕甘宁边区高等法院、赤水县司法处关于处理早婚、买卖婚姻、离婚问题的呈、命令、指示信》，全宗 15-33。包括“赤水县政府请示处理早婚及买卖婚姻办法”、“陕甘宁边区高等法院对赤水县询问买卖婚姻款应否没收问题的意见”、“陕甘宁边区政府关于买卖婚姻问题给高等法院的命令”、“陕甘宁边区高等法院关于离婚问题的指示信”等 11 个子目录，集中反映了 1942 年 6 月至 1944 年 9 月期间，陕甘宁边区执行婚姻法，处理婚姻习惯方面的政策。

第六，《王子宜院长在推事、审判员联席会议上的总结报告》，全宗 15-70。包括两个子目录：“1，王子宜院长在推事、审判员联席会议上的总结报告；2，李木庵对司法会议总结的几点意见。”本次会议召开的时间为 1945 年 10 月 18 日至 1945 年 12 月 29 日。王子宜的报告包括司法政策、制度建设、干部建设、监所管理、作风建设等内容。

二、陕甘宁边区高等法院对民事习惯的调查与收集

陕甘宁边区高等法院开始收集民事习惯的时间，是 1942 年 5 月，结束时间是 1944 年 9 月。全宗 15-57 和全宗 15-193，反映了这一工作的过程和结果。在全宗 15-57 中，吴堡县的调查报告载明的调查时间是 1942 年 5 月，即“五月份业务学习卷”。新宁县司法处报送调查报告的时间是“六月二十日”。合水县政府关于调查报告的呈文中所标注的日期，是“民国三十一年六月十三日”。在全宗 15-193 中，陕甘宁边区高等法院对于干部教育，进行了详细的描述：“本院于四二年（1942 年）曾设有法律研究组，研究边区现行政策法令，对外县仍继续采取函授办法：每月由本院出题，交各县司法干部写作，写好后寄院批改发回。后来整风学习紧张，同时本院精简后无干部专管，遂形停顿。迄今年，……恢复过去的出题函授办法，由本院出有关实际工作的问题，由各该县司法干

〔2〕 陕甘宁边区高等法院的司法档案原件保存在中央第一档案馆，陕西省档案馆保存有完整的复印件。档案代号为全宗 15，案卷号从 1 到 1725，共 1733 卷，涉及的时间为 1937 年到 1950 年，所有案卷都有标题。详细的介绍，参见刘全娥、李娟：“陕甘宁边区高等法院档案及其学术价值”，《法律科学》2006 年第 1 期。

〔3〕 由于原件残缺，没有反应风俗习惯来源地域的内容。

部讨论后做成结论报院。”

这说明民事习惯的调查，源于1942年5月陕甘宁边区高等法院函授培训活动。全宗15-57的第一个子目录“各县有关风俗习惯材料摘录”所标明的时间是“1944年5-9月”，说明延安县、富县、镇原县等3个县没有在1942年六月份完成民事习惯的调查，而此后陕甘宁边区司法干部的培训一度停顿，直至1944年恢复后，这三个县才将此项工作完成。

陕甘宁边区高等法院对1944年5-9月期间完成的调查报告，进行了初步的整理，并以“摘录”作为标题。但对1942年完成的5项调查报告，没有进行整理，而是以原始的问卷与回答的方式存档保管。从此也不难发现，1944年9月以后，陕甘宁边区民事习惯的收集、甄别与整理工作，未能持续进行。

陕甘宁边区高等法院通过司法干部函授培训的形式，要求司法干部以县为单位，调查所在地区的民事习惯，并提出了要求回答的四个问题：1，“习惯风俗是什么？”2，“习惯风俗与法律运用的关系？”3，“你县有什么风俗习惯（不管哪方面的，摘录主要的，越具体越好，并说明哪些是资产阶级法律，运用时作参考）？”4，“风俗习惯与习惯法有什么区别？”

上述问题包括了司法干部对民事习惯的认识、民事习惯与法律关系的定位、当地民事习惯的主要内容，以及对民事习惯与法律关系的甄别。本次民事习惯调查，超越了单纯调查和收集的层面。陕甘宁边区高等法院要求其下级司法机关在调查和收集民事习惯的同时，对民事习惯的性质和作用，进行思考和说明。

表一：各县收集到的具有权利义务内容的民事习惯的数量

县份	婚姻	土地	契约	继承	其他	合计
延安县	1	1				2
富县	3	1			1	5
镇原县	2	9				11
清涧县	7	5	7	2	3	24
合水县	2	3				5
新宁县	3	2		1	1	7
(xx)县	5	2	1			8
吴堡县	2	4			1	7
合计	25	27	8	3	6	69

由表一可见，这次风俗习惯调查，涉及到了1944年陕甘宁边区政府下辖26个县中的8个，占近三分之一。其中，延安县和富县属于延属分区，镇原县和合水县属于陇东分区，清涧县、吴堡县属于绥德分区，新宁县属于关中分区，涵盖了5个分区中的4个，占五分之四。^{〔4〕}各县收集的习惯，在数量上存在着较大的差距。有些县收集的习惯内容全面。例如，清涧县收集的习惯包括婚姻、继承、契约、土地买卖，以及商业习俗等共计24条，比较完整的反映了当地社会和经济生活中的主要规则。有些县收集的习惯非常简单。例如，延安县仅仅收集了婚姻和土地典当的两条习惯。不同县之间收集到的习惯在数量上的差异，主要是由于收集者调查深度与选择角度的不同所造

〔4〕陕甘宁边区的行政区划，参见任中和：“陕甘宁边区行政区划演变概述”，《历史档案》1988年第3期。

成的。

本次民事习惯的收集，由专门从事审判业务的司法人员承担，因此，重点十分突出。所收集到的习惯集中在婚姻、土地、债务和交易规则等方面。这些习惯比较客观地反映了陕甘宁边区人民的生活。以全宗 15-57 所收录的婚姻习惯为例：

首先，从婚姻的缔结看。早婚现象普遍（xx 县习惯），有些地方存在童养媳、童养婿（新宁县习惯）。婚姻遵循门当户对原则。“老户（本地人）与客户（移民）不愿通婚”（富县习惯），“不拣（挑选）秦川地，当拣好女婿”（吴堡县习惯）；遵循同姓不婚和媒妁之言。“同宗同姓不结婚，结婚要有三媒六证”（清涧县习惯）。买卖婚姻普遍。“婚姻成立以交付彩礼为准”（延安县习惯）；“婚姻成立的条件是交付彩礼”（富县习惯）；“已经订婚者，在第二次送彩礼时被拒绝，称为‘没拴上’，不算订婚”（镇原县习惯）；“交钱（彩礼）才有亲，无钱无亲事”（新宁县习惯）；“普遍实行买卖婚姻”（xx 县习惯）；“未婚妻生活困难，可以要求男方帮助一定数量的粮食”（镇原县习惯）；“买卖婚姻中，有的‘贪钱不顾人’”（吴堡县习惯）。如果订婚后男女一方当事人死亡，彩礼的处理办法是：“订婚后男死不退彩礼，女死退一半”（清涧县习惯）。无子者可以为女儿招婿。“无儿者可招儿女婿，有继承权”（清涧县习惯）；“招婿抱儿：无子者将女儿招婿作儿”（合水县习惯）。有些地方存在换亲习俗。“比方张三李四都有儿女一双，……张三的女子与李四的儿子结婚，李四的女子与张三的儿子结婚”（xx 县习惯）。结婚需要选择“黄道吉日”，并举行婚礼（吴堡县习惯）。

其次，从婚姻关系解除与再婚看。丈夫在婚姻和家庭生活中居于支配地位。“夫可休妻，或将妻卖给别人”（清涧县习惯）；“旧习惯，男方在外十年八年不得音信，女方也不离婚”（xx 县习惯）。结婚后，丈夫身体残疾的，女子可以“招夫养夫”（富县习惯）；丈夫“有残疾者，可为妻招夫，养活自己”（新宁县习惯）。寡妇可以再婚，一种是招夫，另一种是再嫁。前者如：“夫死妻可以招别人为夫，男子不卖姓，也无继承权”；“夫外出死，尸体未找到，妻可招男人为夫，男可卖姓，有继承权”（清涧县习惯）。后者如：“寡妇带财产改嫁，人民不高兴”（xx 县习惯）。“老年人在儿死后，可以给（儿）媳招夫”（合水县习惯）。

这次民事习惯调查，采取以县为单位进行，由审判人员负责收集习惯，使民事习惯的调查与基层司法审判有机结合，有利于客观真实地收集到重要的习惯，也有利于引导司法人员在审判活动中准确查明事实，正确适用法律。全宗 15-57 所收录的民事习惯，涵盖了婚姻、继承、土地交易、典当、佃种以及地上通行、不动产交易、动产交易、商业活动中的某些规则、社会治安中的责任，等等，明确而具体。

三、陕甘宁边区高等法院对民事习惯的甄别与整理

收集民事习惯，仅仅是陕甘宁边区高等法院所完成的一部分任务。此后，他们进行了相应的甄别和处理。这项工作分两个阶段进行。

第一步，由收集者提出甄别民事习惯的意见。这种甄别方式可以充分考虑习惯存在的特殊环境与条件，以及该习惯对当地居民（村民）规范效力的状况。与第三方（诸如立法机关、研究人员等）进行甄别比较，这种方式有助于对习惯作出恰当的判断。陕甘宁边区高等法院设计了贯穿分类甄别思想的题目，即“习惯风俗与法律运用的关系”，要求收集者对所收集到的习惯，进行具体的甄别。

在各县的调查报告中，部分收集人员对具体的习惯进行了甄别，分为四类：第一类是应当遵循的习惯；第二类是应当改革的习惯；第三类是司法人员无法把握的习惯；第四类是需要坚决取缔的习惯。

表二：有明确甄别意见的习惯

类别	事 例	甄别机关	甄别意见	数量
应当遵循	1, 婚姻成立以交付财礼为准 2, 后山有地, 前山就有路。 3, 卖地不卖坟 4, 早婚现象 5, 兄弟三人把产业分三份, 不以人口多少来分。	延安县 镇原县 镇原县 XX县 新宁县	是普遍现象 合理的习惯 合理的习惯 旧习惯不容易改 资产阶级法律, 我们应参考。	10
应当改革	1, 为着一口气, 不怕卖他十亩地。 2, 寡妇带财产改嫁 3, 抗属离婚的习惯 4, 婚姻成立的条件是交付财礼	富县 XX县 XX县 富县	旧社会遗毒 人民不满意 人民不满意 对贫苦群众不利	10
无法把握	1, 土地卖于异姓时, 族人可以揽回自己承买。 2, 亲族对土地的优先购买权 3, 买卖婚姻 4, 土地回赎中“有强种没强收”。	镇原县 XX县 XX县 镇原县	值得研究 不按习惯, 会导致人民的不满。我县是这样, 不知以后怎样办。须以后慢慢改革。	4
坚决取缔	1, 童养媳、童养婿 2, 正月间, 以赌博娱乐的习惯。 3, “不够当价不给当约”的“简约复讨”习惯。	新宁县 新宁县 镇原县	应绝对禁止 应当禁止 无赖行为, 令其交出。	5

表二显示, 收集者明确提出了甄别结果的习惯, 共计 29 条, 仅占所收集习惯总数 69 条的 24% 弱。虽然, 对大多数习惯, 收集者并未给出明确的甄别意见, 但从对这些习惯的描述中, 不难推断其倾向性意见。例如, 全宗 15-57 所收录的清涧县的下列习惯: 土地典卖, 族人享有优先权, 且由近及远; 已出售的土地, 族人可以赎回; 典主次于族人, 享有优先承买权; 继承时长孙有特权, 应多分几垧地; 无子者可以为女儿招女婿, 继承财产; 不动产交易中, 契约无中(人)不生效; 买卖生意(动产交易), 一言为定, 不准反悔; 盗窃无死罪, 抓住后赔偿就行了; 等等。这些习惯, 虽然收集者没有表明甄别结果, 但没有强调反对的理由, 系应当遵循的习惯。

陕甘宁边区高等法院所收集的民事习惯, 相互之间的相容性非常明显。在土地买卖、租赁和典当关系中, 优先权是普遍存在的现象, 包括家族优先权、地邻优先权和承租人、承典人优先权等等。其中, 家族优先权是最主要的优先权之一, 这种优先权在全宗 15-57 中表现为: 第一, 土地出卖、出租、出典时, 族人享有优先购买、承租或承典权。优先权的顺序是: 以土地所有权人的血缘关系为根据, 由近及远, 由亲及疏(见清涧县、吴堡县习惯)。第二, 土地典卖后, “地主的本族可以随时回赎”(见镇原县、清涧县、吴堡县习惯)。第三, 如果土地和房屋的租期届满后, 重新出租, 则现租者享有优先承租权(见吴堡县习惯)。第四, 优先权的保护, 是先血缘, 后地缘。即: “先房亲, 后地邻, 再村中人, 后才是村外人”(见清涧县、合水县习惯)。第五, 在既有族人也有典主的情况下, 有的县户族优先于典主, 如清涧县习惯为: “典主次于族人, 享有优先承买权。”有

的县典主优先于户族，如合水县习惯为：“典当权人享有优先权，其次才是户族、四邻。”〔5〕

各地司法人员对某些习惯的认识，存在着严重的分歧。例如，同样是买卖婚姻，不同的司法人员可能做出不同的甄别结论。富县的司法人员认为：“买卖婚姻对贫苦群众不利”，而xx县司法人员则认为：“买卖婚姻对穷人有好处。”他们对立的结论，当然是由于观察和思考立场的不同。认为买卖婚姻对穷人有利的观点，主要是基于这类婚姻可能导致一方当事人极度贫困。原本就不富裕的家庭，往往因为一桩婚姻的缔结，债台高筑；认为买卖婚姻对穷人有好处的观点，主要是基于对某些身体有缺陷，或者年龄偏大，且家境并不富裕的当事人，不允许买卖婚姻，可能导致终身不婚。又如，对“典地千年活，卖地笔下死”的习惯，清涧县的甄别意见系“不合理的时效”，而吴堡县的甄别意见则认为这是“真理”。〔6〕

从全宗 15-57 所收录的习惯看，在对习惯性质和效力的认识上，有些司法人员是清晰的，有些则非常模糊。例如，清涧县司法处认为：“每个地方有不同的习惯，都是从古代遗传下来的”；“风俗行为普遍带着社会的意义难改易，有些可以影响到法律去”；“法律是根据社会一般人情订出来的。……我们每解决一件事，是根据天理、国法、人情的原则来处理之。”对习惯与习惯法，“一般人当作法律使用”，且“普遍流行。不过不是政府颁布的法律。”合水县司法人员则认为：“习惯是人的生活，风俗是人和人的关系，好似政治和经济一样，也如同生产力和生产关系一样。”新宁县司法人员还认为：“习惯风俗是一个地方上人民信仰的自愿去执行的一种东西，而并没有任何强制性，这叫做习惯风俗，如人民信神信鬼，……你说没神没鬼，它（他）总要反对你。”

第二步，在收集者进行初步分析的基础上，由陕甘宁边区高等法院对收集到的习惯进行研究、甄别，“批改发回”，指导县级司法机关正确适用法律，处理民事纠纷。该院通过民事习惯的调查和甄别途径，进行上下级法院之间的工作指导和监督。“过去本院只忙于内部事务，却对外县司法工作情况不熟悉，从来很少或没有派人下去检查巡视，一月单凭一纸的报告，很形式的，不能发现问题，而下面的司法工作者都有‘人皆有上级我独无’之感。”〔7〕通过民事习惯的调查，在实现陕甘宁边区高等法院对县级司法机关指导的同时，也帮助陕甘宁边区高等法院，在一定程度上掌握、了解了各地的情况，加强了法院内部上下级之间的沟通和联系。由于成文法缺乏，陕甘宁边区高等法院需要制定大量的命令、指示来指导下级司法机关的审判活动，而风俗习惯的调查，无疑增强了指导活动的针对性。陕甘宁边区高等法院适用习惯裁判案件的情况，详见下文论述。

陕甘宁边区高等法院对所收集到的民事习惯进行的整理，是简单、粗疏的，所进行的仅仅是将部分习惯的内容进行“摘录”，并没有从总体上对各县所收集到的习惯，进行统计、分析和甄别，也未能对各县裁判员和司法处对相同习惯提出的不同甄别意见给予评论和说明，更未制定出适用习惯时应当注意的政策和原则，这都影响了本次风俗习惯调查的效果。与民国初期大理院积极通过对民事案件的裁判，为各级法院提出关于适用习惯的程序与方法相比，陕甘宁边区高等法院进行的民事习惯调查，就简单多了，尤其是适用习惯的规范性意见短缺，影响了民事习惯在司法审判中作用的有效发挥。〔8〕

〔5〕从《民事习惯调查报告录》看，“亲邻先买权”是中国各地普遍存在的一项不动产交易习惯规则。“亲邻先买权”的顺序，各地略有差异。例如，在亲房和典主优先权的顺序关系上，有些地区“先尽典主，次及房亲”，有些地区则是“先尽房亲，次及典主”。相关的统计和分析，参见赵晓力：“中国近代农村土地交易中的契约、习惯与国家法”，《北大法律评论》1998年第1卷第2辑。

〔6〕全宗 15-57。

〔7〕全宗 15-193。

〔8〕大理院适用民事习惯的情况，参见黄源盛：“民初大理院适用习惯的考察”，台北《政大法律评论》第60期（1999年）。大理院要求当事人为自己主张的习惯进行举证。陕甘宁边区高等法院所进行的民事习惯调查客观上有助于当事人免除此项举证责任。

四、陕甘宁边区高等法院对民事习惯的适用

在陕甘宁边区高等法院的司法档案中,不乏适用风俗习惯进行判决的案件。在这些判决中,有些将习惯作为裁判的依据。例如,在王珩与尚荣、王玉兑地纠纷案中,陕甘宁边区高等法院认为:“查边区兑地习惯上有活兑与死兑两种。据该县查报称:死兑双方要立有兑地契约,并取得所有权,耕种出卖别人不能干涉。而活兑则无字据,兑后只能耕种,不能出卖或典当。有的定有字据,如一方不愿即各自收回,叫做兑种地,没有所有权。本案上诉人王珩与被上诉人尚荣、王玉兑地时既无兑约,显为活兑。”〔9〕本案中,成文立法没有关于“兑地”的明确规定。当事人兑地后,能否各自收回?陕甘宁边区高等法院根据习惯,认定双方兑地属于“活兑”,判决可以各自收回。

有些案件在判决中承认习惯的效力,赋予当事人依习惯所确定的权利和义务。例如,在魏昆三与王存智因亲子关系涉讼案中,陕甘宁边区高等法院审理认为:“上诉人魏昆三出外多年,家计无人维持,其妻何玉兰在乞食饿病中自愿将合儿卖于王存智为养子,因此合儿才能生活。王存智之收养合儿未有任何恶意,收养后亦未曾加以虐待,自应仍归王存智抚养。将来合儿是否自愿归宗,等成年后由其自决”,判决收养关系成立。〔10〕本案中,承认了陕甘宁边区存在的“归宗”习惯,并将之作为被收养人的一项权利加以保护。再如,陕甘宁边区政府虽然将“未达法定结婚年龄”视为婚姻的实质瑕疵之一,但针对陕甘宁边区早婚普遍存在的情况,陕甘宁边区高等法院对不违背男女双方当事人意愿,仅仅没有到达结婚年龄的案件,承认其有效,并给予保护。〔11〕

有些案件在判决中根据习惯的内容,确定了当事人之间的法律关系。例如,在刘应怀与刘福有继承土地涉讼案中,陕甘宁边区高等法院审理认为:“祭奠先后于敬重先人之意本无分子厚薄,然在礼让方面的一般情理与习俗,应先人而后己。自可责令上诉人日后祭奠,不得再有先其本宗后其被承继人之失礼行为,即为已走亦不必强令将埋葬已久之父母坟墓,更行迁移。”遂判决:“系争之地由刘家怀继承;上诉人之父母原葬刘家川之地,毋庸迁移;上诉人日后祭奠祖先,应先由被承继人之宗支行礼后次由本生宗支行礼。”〔12〕判决不仅承认祭奠习俗,而且要求当事人遵循礼让方面的一般情理与习俗。

陕甘宁边区高等法院对落后的习惯不予采信,当事人根据此类习惯所主张的权利,也不予保护。例如,在黄青福与黄仲高“因土地、窑洞、家具及震死小孩等纠纷一案”中,虽然陕甘宁边区高等法院查明:1943年腊月初八日,黄青福妻生一男孩,同月十九日,黄仲高妻在清福家前槌布(当地习俗,所生小孩忌震动),当晚小孩就不吃奶,至廿七日死去。“据老百姓反映,当地有此习惯之说法。”但是,陕甘宁边区高等法院认为:槌布在墙外距清福住窑五复步之远,发生小孩死亡的时间,“又经八、九日之久,安能认定是槌布致死,而非出自其他病因。所谓震死殊无科学之依据。”〔13〕

〔9〕 陕甘宁边区高等法院民事判决书第76号,全宗15-29。

〔10〕 陕甘宁边区高等法院民事判决书第14号,全宗15-26。

〔11〕 陕甘宁边区高等法院民事判决书第39号,全宗15-26。本案中,男方白升儿年方14岁,女方张瑞蓝年方13岁。成婚后,张瑞蓝之父以其女未达结婚年龄为由,起诉法院要求确认白升儿与张瑞蓝婚姻关系无效。安塞县法院和陕甘宁边区高等法院先后判决该桩婚姻有效,理由是“男女双方当事人不愿离异”。

〔12〕 陕甘宁边区高等法院民事判决书第32号,全宗15-26。当时负责陕甘宁边区高等法院二科工作的李木庵指出:“婚姻知识关系文化,司法机关应熟察社会情形,因势利导,办事不得机械。”全宗15-33。

〔13〕 陕甘宁边区高等法院民事判决书第053号,全宗15-29。

五、陕甘宁边区高等法院开展民事习惯调查的意义

陕甘宁边区高等法院的领导人清醒认识到民间习惯在司法审判中的作用，认为：“不管政策也好、法令也好，是在于解决民众具体的问题，而不是以民众的具体问题来洽合政策法令。”^[14] 如何使政策法规有效地解决民众的问题，在民事案件的审理过程中，切实了解并尊重当地的风俗习惯是必要的环节。“当时在边区的干部和群众中，流传一种说法，说‘司法的人不近人情’。谢老（谢觉哉）认为，这种看法是一种误解，因为法律是本乎人情的，‘合乎人情的习惯，即是法。’”^[15] 王子宜在边区推事、审判员联席会议的总结报告中，强调“司法人员，不能把法律和风俗习惯——尤其是善良风俗习惯看成绝对对立的東西，二者均得兼顾。”^[16] 边区高等法院进行民事习惯调查的意义最主要反映在司法人员提高了对民事习惯的认识上。

首先，全宗 15-57 所收录的大部分习惯，在表述上以俗语的形式存在，反映了当时、当地的社会现实。这些习惯与人民群众的生活联系密切，是对生活哲理的揭示和提炼，富有说服力。例如，“怀揣石头三年热，地种三年如母亲。”这一说法形象生动地表达了土地租赁中，承租人耕种土地，需要精心改良，杜绝掠夺式耕作，以及佃农对土地的强烈感情和依赖等等关系。又如，“为着一口气，不怕卖他十亩地。”这一俗语，是当地诉讼风气的写照，也是长期以来人们诉讼观念的缩影。一旦发生诉讼案件，官府的介绍，巨大的诉讼成本支出，往往导致破家、破产。对诉讼结果的过分关注，对诉讼行为性质的偏颇认识，“一场官司十年仇”，使当事人不计成本。再如，“后山有地前山就有路”。这一习惯保证对土地的使用，保证对土地耕作的便利，对土地所有权进行适当限制。再如，“典地千年活，卖地笔下死”（有的表述为“当地千年活，立契当日死”），形象生动地区分了典当与买卖的区别。

其次，习惯作为特定地域人们的生活规则，具有预防纠纷和解决纠纷的双重作用。与作为正式制度的国家制定法相比，习惯的规则准确而具体，且针对性强。例如，订婚的男女双方，在一方死亡情况下，彩礼是否返还，正式的制度缺乏明确的规定，习惯则以为，“男死不退，女死退还一半”。^[17] 虽然人们很难列举其所具有的合理性，但正是这一习惯的存在，使人们的生活具有了确定性。具体、明确的习惯，有助于预防纠纷，也有助于减少纠纷，还为法院恰当确定当事人的权利义务、公正裁决案件提供了依据。又如，店主与客人之间关于财物丢失的责任划分，^[18] 货主与脚户之间关于财物被盗、被抢的责任承担等规则，^[19] 都事先为社会成员设定了明确的权利和义务。

再次，陕甘宁边区是一个经济文化相对落后的地区，高等法院认识到了这一现实，解释和适用较为先进的成文法时强调要与社会现实紧密结合。以离婚纠纷的处理为例。1944年3月20日公布的《修正陕甘宁边区婚姻暂行条例》明文规定了婚姻自由原则，以及“感情不合”作为离婚理由的内容。但是，1944年12月25日陕甘宁边区高等法院“处理离婚案件应注意事项”的指示信，要求：“各县处理离婚案件，应特慎重，不能机械地搬用婚姻自由原则，援引‘感情不合’条文（第一届参议会颁布之边区婚姻条例第11条第2款）。良以陕北乃经济文化落后之区，落后之妇女常因爱富嫌贫，每每藉以感情不合，欲离穷汉，另适富门，致令穷人有再娶之难，且减少其家庭劳动

[14] 《陕甘宁边区判例汇编》“例言”，全宗 15-26。

[15] 《谢觉哉传》，人民出版社 1984 年版，第 92 页。

[16] 《王子宜院长在推事、审判员联席会议上的总结报告》，全宗 15-70。

[17] 清涧县习惯。全宗 15-57。存在这一习惯的主要原因，可能是因为女子（未婚妻）死后，女方不再有出嫁时的花费，不再需要置备嫁妆，但男方需要第二次订婚，花费彩礼。

[18] 清涧县习惯：“报店不漏针。只要将财物报于店主，丢失时店主负责，否则店主不负责。”全宗 15-57。

[19] 清涧县习惯：“货主与脚户同行，财物被盗被抢，脚户不負責任，否則，货主、脚户各丢一半。”全宗 15-57。

力,影响生产及生活改善。……就提高女权,解放妇女之观念而言,二婚再醮妇女,往往为家族所贱视,邻里所不齿,影响(导致)其家庭地位及社会地位之降低,于妇女本身利益并无好处。”〔20〕陕甘宁边区高等法院在婚姻案件的审理中,立足于社会现状、文化观念、历史传统,从边区社会的实际出发,承认现有的社会习俗,保证法律适用的良好社会效果,较好地实现了法律效果与社会效果的统一。〔21〕习惯的甄别促进了司法人员对社会的认识 and 关注;习惯的运用缓解了立法思想与社会现实之间的落差,使得判决能够得到切实执行。

六、结 论

由于在当时的陕甘宁边区,战争环境残酷,人力资源缺乏,政局动荡,并不具备大规模进行民事立法和全面的民事习惯调查的条件。因此仅有不足三分之一的县完成了简略的调查工作,不同的县所收集到的习惯,数量上差异也较大。这都说明这次民事调查未收到预期的效果。陕甘宁边区高等法院最终未能完成对民事习惯的系统甄别和研究,未能从全边区的高度,对民事习惯的适用,做出政策性的、权威性的指导,使这次风俗习惯调查活动,未能发挥更大的作用。抗日战争胜利后,国内形势急剧变化,这次民事习惯调查也被搁置,留下了遗憾。

陕甘宁边区高等法院这次进行的民事习惯调查,无论组织实施、目标定位,还是实际效果,都与清末和民国初年为立法所进行的民事习惯调查明显不同。将习惯纳入法典,需要经过立法环节的转换,始能成为司法裁判的依据,程序复杂,费时、费力,司法机关审理民事纠纷时所面临的规则短缺,难于在短期内得到有效解决。而且,各地经济、社会、文化发展水平差距较大,风俗习惯丰富多样,将习惯所确立的部分规范纳入法典,存在着许多技术上的困难,必然影响习惯入律的进程。相反,由司法机关调查、甄别、适用民事习惯,改变了规则形成的渠道,减少了规则供给的环节,有利于直接享受民事习惯调查的成果。司法审判经验的积累,也可为民事立法提供坚实的基础。因此,司法机关对民事习惯直接适用的经验,值得我们更多地关注,给以深入的研究。

Abstract: As from May 1942, the High Court of Shanxi - Gansu - Ningxia Boarder Area, by assigning work and research tasks within its internal court system while depending on the counties as units, conducted a systematic investigation and differentiation of the local customs of each county by the court personnel. By September of 1944, the High Court successfully collected 69 civil customs containing rights and obligations from 8 counties, and made a preliminary differentiation of them by their collectors. Some of these civil customs were later applied by the High Court. The investigation, differentiation and application of civil customs promoted the court personnel's understanding of the society and knowledge of civil customs, and enriched their experience of handling civil cases. However, the High Court failed to systematically analyze those customs and formulated no policy or rules albeit a simple collection, which did not avail the investigation to its full function.

Keywords: The high court of Shanxi - Gansu - Ningxia boarder area, civil customs, civil judicature, legal history of the revolution

〔20〕全宗 15-33。

〔21〕陕甘宁边区高等法院在婚姻案件中适用习惯的情况,参见汪世荣:“陕甘宁边区高等法院推行婚姻自由原则的实践与经验”,《中国法学》2007年第2期。