

民间法与裁判规范

谢 晖^{*}

内容提要：裁判规范是法官在司法中援引或运用一定规则以直接适用于个案的规范。裁判规范分为两种：一种是法官援引一定规范所直接形成的裁判规范；另一种是法官运用一定规范而构造的裁判规范。民间法作为法律渊源，既可以被法官直接援引作为裁判规范，也可以被法官作为构造裁判规范的“原材料”加以运用。民间法作为法律渊源有一些制约性条件，需要法官识别民间法，也给法官增加了论证义务，以便使民间法作为裁判规范或者以民间法为据构造裁判规范时，获得当事人及其他社会主体的接受。

关键词：民间法 裁判规范 援引的裁判规范 构造的裁判规范

司法是把法律规范运用到个案事实中的过程。表面看来，只要有法律，并且这种法律制定得足够严谨，司法活动就是一个面对案情、调配法律的过程，甚至像是一个自动售货的过程，法官只是法律的“自动售货机”。〔1〕但事实上，司法活动是一个需要耗费法官复杂心智的过程。其中的复杂问题之一，是法官面临疑难、复杂案件时，构造裁判规范。在法有明文时，裁判规范的获得相对简单，而在法律规定不明或者法律规定不足以调整复杂、疑难案件时，借用民间法、社会道德、社会主流意识以及法律学说等构造裁判规范，就是法官的必要选择。本文拟就司法中民间法与裁判规范的关系予以专门探讨。

一、裁判规范的两种类型

所谓裁判规范，是指法官在司法中所援引或构造的、适用于当下案情（个案）的裁判规则。自外延讲，裁判规范包含两种情形。

一种是法官援引某种规范，直接适用于当下的案情。法官所援引的规范，或者是法律规范，或者在法律规范供给不足且法律授权可以援引习惯时，援引习惯规范（民间法），或者在既没有法律也没有习惯，且法律授权可以援引法理或其他社会规范时，援引法理或其他社会规范。对法

* 北京理工大学教授。

〔1〕“法官是宣布法律的喉舌，法律才是真正的法官。”〔英〕文斯坦莱：《文斯坦莱文集》，任国栋译，商务印书馆1982年版，第151页。

官而言,援引法律规范,虽然要做论证,但至少成文法国家,法律规范自身的肯定性、明确性不需要太多的论证负担。而对民间法或其他社会规范、法理的援引,一方面需要法律的明确授权,另一方面,即使这些规范本身是明晰的,法官也负有大量的论证义务,因为毕竟法官以法律为业,法律是法官“唯一的上司”。只有在援引这些规范时说明其和法律精神的勾连,才表明其尽到了对法律的忠诚义务。

另一种是法官构造的裁判规范。对此,可以在广、狭两义来界定。从广义上来说,只要有司法裁判就有法官的创造,从而有法官构造的裁判规范。因为所谓裁判规范,就是法官在处理个案中,用来直接适用于当事人之间权利义务关系纠纷的规范。法官所处理的案件,不论是简单案件还是复杂案件,也不论是清晰案件还是疑难案件,都会将某位具体法官的“前见”、〔2〕经验、处事方式、思维方法以及对个案和法律的独特认识带入到裁判活动中。在这个意义上讲,每一次判决都是一个创造,只要有司法裁判就有法官构造的裁判规范。但在简单明了的案件中,即使有裁判规范,也主要是法官援引既有的法律形成的,法官在其中所负担的论证义务很少,不具有典型的法官构造特征。这就需要在狭义上理解法官构造的裁判规范这个概念。

狭义的法官构造的裁判规范,是指法官在处理案件纠纷中,面对复杂或疑难的案件,在不能直接援引国家法或其他社会规范、法律原理进行裁判时,需要按照法律的精神和原则,借助法律或其他社会规范,并依据其经验、直觉和理性,构造适用于当下案件的裁判方案和个案规范。在一定意义上,法官构造的此种裁判规范,就是一种“法官之法”。民间法与法官构造的裁判规范之关系,主要是针对狭义的法官构造的裁判规范而言的。

二、民间法直接作为裁判规范

民间法作为一种社会规范,在法律不能时,通过法官的直接援引可能直接作为裁判规范。但是,民间法作为法官援引的裁判规范应有前提制约,并不是所有的民间法,都能够通过法官直接援引形成裁判规范。一般说来,民间法被法官直接援引的条件主要有如下六个方面。

第一,法律授权。这一条件主要是针对成文法国家而言的。在判例法系各国,因为法律自始就是一种“开放性结构”,法官在遵循先例的前提下,完全可以按照“先例识别”和“现例创造”的精神和要求,开放性地运用民间法,实现法律之形式理性和实质理性的结合。尤其在英国,“皇家法院慢慢采用了诸多习惯规范,同时为了与王国的名誉相匹配而拒绝了另外一些习惯规范”;〔3〕“王国的普通法便作为习惯法的同义词使用”。〔4〕在成文法背景下,情况有所区别。一种情况是法律明确禁止适用民间法。虽然在那些典型的成文法国家,如法国,民事领域严格控制民间法的适用,但在司法活动中,适用民间法的情形仍不少见。〔5〕另一种情况是允否民间法的司法适用,

〔2〕“前见”,又被翻译为“前理解”、“先见”等,是哲学诠释学的重要概念,指一个人特有的生活经验、思维方式、理解能力等对于理解的前提性制约作用。任何一个人对文本或事物的理解,都是带着前见去理解的,所以,“只要有理解,理解便会有不同”;“一切解释,都具有创造性”。参见〔德〕海德格尔:《存在与时间》,陈嘉映等译,三联书店1987年版,第374页以下;〔德〕伽达默尔:《真理与方法》上卷,洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第341页以下。

〔3〕Lief. H. Carter, Thomas F. Burke, *Reason in Law*, 8th ed., Boston: little, Brown and Company, 1984, p. 155.

〔4〕埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,清华大学出版社2002年版,第33页。

〔5〕法国学者雅古·盖斯旦和吉勒·古博以交易习惯为例,论述了法官在司法中对交易习惯的审查机制和原则。(〔法〕雅古·盖斯旦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社2004年版,第483页)。对法国之习惯与法律关系的论述,还可参见〔英〕约翰·P·道森:《法国习惯的法典化》(杜蘅译,载《清华法学》第八辑,清华大学出版社2006年版)一文。

法律规定不明。在这种情形下，作为行使国家审判权力的司法机关，能否在法律界定之外适用民间法，是需要特别予以探讨的问题。就原则——“权力不得推定”——而言，法院要直接引入民间法裁判，逻辑上存在一些问题，但可变通之处在于，如果当事人都同意选择民间法进行裁判，从而法官适用民间法，又未尝不可。第三种情况是国家法律明确授权：当法律未规定时，可以适用民间法。众所周知，瑞士民法典和我国台湾地区民法典，都有在民事活动中若无法律得依习惯——民间法裁判的规定和授权。这种授权，为民间法进入司法活动创造了基本的法律根据。民间法和国家法、司法裁判、契约和协定、国际法以及法律学理一样，成为司法活动的法律渊源。尽管这些渊源在司法中的地位、适用程度等不可同日而语、相提并论，但无论如何，这为法官适用民间法创造了前提和基本条件。我国在宪法、民族区域自治法、合同法、物权法、婚姻法等法律中对民间法实际作用的肯定，可以看作是一种授权，从而为法官在司法中援引一些民间规范作为裁判规范提供了一定的理由。这也是一些地方在司法实践中积极采用民间法的基本缘由所在。^{〔6〕}虽然在法律未授权的情形下，法官迫于案情，也可以运用民间法，但毕竟法律授权提供了法官运用民间法的合法性基础。

第二，穷尽法条。所谓穷尽法条，是指针对当下的案件，法官遍寻现行法律体系中可适用于当下案情的规定，但又无所获得的情形。法律总是存在空隙，当社会事实超出了法律的调整范围时，法官在民事审判中，要么寻找最相类似的条文予以类推，要么直接深入民间法或其他社会规范中，寻求裁判的根据。特别是当法官受理了一件在法律上根本无法找到根据的案件时，做出裁判是其受理行为的基本义务。例如祭奠权纠纷案、红白喜事同时同店举办纠纷案等等，在法律规定方面都基本上是空白，但法院既然受理了这样的案件，就必须设法进行裁判。由于法律中没有现成答案，法官不得不另辟蹊径，在其他社会规范特别是民间法中寻求并引用，以作为裁判规范。

民间法本身是在一定时空范围内被人们所接受的规范，同时也能从中推出当事人之间的权利与义务，并据此裁判当事人因权利义务所产生的纠纷。仍以祭奠权纠纷为例。慎终追远、缅怀祖先，是中华民族数千年来形成的一种传统和习俗，既是子孙对祖先的一种义务，也是子孙表达哀思、缅怀的权利。不论作为义务，还是作为权利，对儿女们而言，在行为层面表达这一权利或义务的基本方式是祭奠，所以，在我国也就形成了逢年过节祭奠先祖的传统和民间规则。当有人设置障碍，影响人们的祭奠行为，并因此产生纠纷、诉至法院时，法院所能采取的基本方式，就是按照既有民间法及其习惯权利，来处理当事人之间的纠纷。所以，民间法有条件成为国家法律空白或者调整不能时，人们权利义务规范分配的替代方案。

第三，当事人的接受和选择。民间法本身既有在一定时空范围内被普遍接受和尊重的情形，也有只在很小的时空范围内所认同、适用的情形。如果纠纷主体之一方或者双方不受某一民间法的影响或“自发调整”时，法官能否运用民间法裁判？本文认为，在法官引入民间法所裁判的案件中，对当事人之于民间法的接受问题需要特别予以考量。这里涉及如下几种不同的情形，需要进一步探讨。

第一种情形：一种民间法对双方当事人都有习惯意义上的约束力。在此，虽然双方当事人平

〔6〕 例如江苏省姜堰市人民法院引入民俗进行裁判的经验就是典型。不过在这一经验中，有些把民俗作为案件事实对待，有些则作为裁判规范对待。在作为裁判规范时，有些直接说明，有些则只字不提（参见汤建国等主编：《习惯在民事审判中的运用——江苏省姜堰市人民法院的实践》，人民法院出版社2008年版，第1页以下）。这种情形，反映了法官利用民间法裁判案件时，或许还心有余悸，或许还拿捏不准的情形。但无论如何，这些法律的规定，已经引致了中国法院开始探索民间法进入司法的情形。

时都受一种民间法的制约,但在纠纷解决中,双方当事人是否接受民间法的裁判,可能存在如下三种可能:一是双方都接受根据民间法进行裁判。法官可以比较容易地把民间规范纳入到司法裁判中。二是其中一方并不接受民间法的裁判。法官要么动员其接受民间法的裁判,要么强行以民间法裁判,从而形成类似于法律裁判之强制接受的效果。三是双方当事人都不接受运用民间法进行裁判。法官要么动员双方当事人接受之,要么以民间法强制裁判之,要么放弃民间法,寻求新的裁判规范。在如上三种可能中,只有第一种可能才支持法官对民间法直接引用,并形成裁判规范,同时,也可减轻法官的论证义务。其他两种情形虽然不影响法官对民间法的直接引用,并进而形成裁判规范,但法官对此要承担更多的论证义务,以说明引用民间法裁判的合理性。

第二种情形:一种民间法只对一方当事人具有习惯意义上的约束力,对另一方当事人不具有这种约束力。这时,也有三种情形可供选择。其一是双方当事人都接受该民间法的处理,这也可以方便法官引入民间法直接进行裁判。其二是双方当事人只有一方接受该民间法裁判。这又分为两种情况,或者平时接受该民间法之习惯约束的一方当事人接受该民间法,而另一方则不接受;或者相反,平时不接受该民间法之习惯约束的一方当事人反倒接受了该民间法,而另一方则不接受。这时,法官如果认为必要,也可以运用说服的方式,在当事人同意的前提下引入民间法进行司法裁判,并据此形成裁判规范。但是,只要平时不接受该民间法之约束力的一方,拒不接受依照该民间法予以裁判,法官就不能强行引入该民间法作为裁判规范。其三是双方当事人都不接受按照该民间法进行裁判,这时,法官理应放弃援引该民间法进行裁判的努力,寻求其他裁判方法。

第三种情形:一种民间法对双方当事人都没有习惯意义上的约束力。法官可以出示给当事人某种民间法内容,要求当事人进行选择。如果双方当事人选择接受该民间法时,法官可以将这种民间法援引为裁判规范;只要双方当事人一方选择不接受,法官就不能直接援引该民间法作为裁判规范;至于双方当事人都不接受该民间法时,法官就更不能直接援引它作为裁判规范了。

法官把当事人的接受和选择作为援引民间法的条件,使之成为案件的裁判规范,事实上表达了一种司法的回应性,即在法官和当事人之间,对民间法的援引经过了回应的过程。倘若达不成这种回应,法官就很难直接援引民间法作为裁判规范,只能通过构造裁判规范的方式,把民间法引入司法中。

第四,法官的论证义务。法官援引民间法裁决案件时,比直接援引法律裁判案件肩负着更大、更重的论证义务。在直接援引法律进行裁判时,因为法律自身和案件事实的直接相关性,法官所肩负的论证义务要轻得多,如果因此造成当事人的不服,在根本上讲,是当事人不服从法律,法官因此也会少一些责任和压力。但对民间法的援引,即使双方当事人都接受了,法官依然肩负着更重的论证义务,因为即使法官是根据法律的授权来援引民间法的,民间法的援引也只是法律供应不足或者法律调整不能时的替补或替代方案。民间法本身的存在多种多样,不一而足,一种具体的民间法的援引,需要法官认真剖析它和法律精神、法律原则、立法旨意是否吻合等问题,这事实上就给法官提出了援引民间法裁判时更高、更重和更大的论证义务和要求。这种论证,更容易导致援引民间法时的社会接受。

一起案件的裁判,绝不仅仅是当事人接受就可以完全案结事了,除此之外,其他社会主体的接受对案件的顺利解决也意义重大。特别是援引民间法进行裁判的案件,更是如此。和国家法相比,民间法毕竟不是更广泛意义上公共理性选择的产物,人们完全可以对民间法抱持不同的立场。因此,如何让司法活动在援引民间法作为裁判规范时,获得当事人以外的其他社会主体的接受,也是法官必须考虑的问题。

第五，援引民间法的时空制约。尽管在一个国家总存有一些在广泛空间里适用和认可的民间法，但在更多的时候，民间法具有明显的地域性和时限性。民间法是一种多元性的规范形态，其司法适用，也势必受地域性的影响。对于习惯性地接受某种民间法调整的当事人而言，运用民间法于这些当事人，不存在什么问题，但对于跨区域，从而并不受这些民间法约束的主体而言，适用民间法以解决他和受这些民间法约束的主体之间的纠纷，就勉为其难，除非他自愿接受该民间法的规范内容和要求。为了解决民间法的这种地域局限，现代法治国家更多地强调地方自治，通过地方司法以更方便地援引民间法，并适用于地方主体之间所发生的纠纷和诉讼中。在我国，既没有严格的地方自治，更不存在制度意义上的地方司法，所有的司法在制度上都适用全国统一的法律，从而在一定意义上遏制了法官对属于地方性的民间法的适用。其有益的方面，这可能促进司法中国家法的尊严。其不利的方面，则势必影响司法对社会事实的关注，进而脱离社会实际。所以，这虽是一个体制性的问题，但因为司法在处理社会纠纷问题上的终端性，常常会直接影响人们对司法的评价。即便法律授予司法在没有法律根据时直接援引民间法的职能和自由裁量权力，也必然会受到民间法本身的时空制约。

第六，识别民间法的性质和功能。民间法不但是是一种多元性的存在，还是一种性质和作用完全不同的规范。有些民间法和国家法在精神上、原则上并不排斥，而有些民间法则完全背离国家法的精神和原则；有些民间法和社会进步的理念和目标一致，而有些民间法则违反社会进步的基本理念和目标（如性别歧视类的民间法，迷信蛊惑类的民间法、酷刑无道类的民间法等等）。所以，援引民间法于司法活动，并作为裁判规范，法官必须识别民间法的性质和功能，根据国家法的精神和原则，根据社会进步的理念和要求等，决定是否援引。

三、民间法与法官构造的裁判规范

法官在构造裁判规范时，至少会涉及三方面的问题：一是案情，即法官所面对的当下的案件事实。通过事实，再对照法律，才可发现是否需要构造裁判规范。二是规范。面对案情，在法律规定不能满足案件裁判的需要时，法官可以寻找替代性的规范，如民间法、道德规范、社会意识以及案件事实中蕴含的规定性等。三是能动。法官在面对特定案情时，不可避免地会发挥其能动作用，把自己以往办案的情感、经验以及理性，运用于构造当下案件之裁判规范中。对照这三点，可进一步观察民间法与法官构造裁判规范间的关系。

在上述三点中，民间法只是作为法官构造裁判规范的“原材料”，在规范视角发挥作用。但即使如此，一旦法官选择运用民间法作为构造裁判规范的“原材料”，就意味着民间法被纳入法官构造裁判规范的具体作业中，也意味着在法官构造的裁判规范中，必然有相关民间法的成分。在这种陈述中，可以推出构造型裁判规范中民间法的作用和援引型裁判规范中民间法的作用有如下几点具体区别。

第一，法官在运用民间法构造裁判规范时，民间法不过是裁判规范形成的一种原材料，是法官可供参照的内容，而不是法官直接裁判案件的援引和根据。但是在援引型裁判规范中，只要法官援引了民间法进行裁判，该民间法就直接构成了案件的裁判根据，直接适用于个案裁判，从而被援引的民间法就是相关个案的裁判规范。

第二，法官运用民间法构造裁判规范时，须尽到最强的论证义务。如果把法官在司法中的论证义务按照强弱分为三类，即最强的论证义务、较强的论证义务和一般的论证义务的话，那么，法官直接援引成文法或者先例作为裁判规范时，所肩负的是一般的论证义务，因为在这样的裁判

活动中,法律和案件事实之间的对应关系较为明确。法官直接援引民间规范等法律之外的规范进行裁判,或者法官借用相似的法律规范构造新的裁判规范时,肩负着较强的论证义务。在前一种情形下,法官的援引溢出了法律的范围,可能引致人们对法律秩序断裂的担忧,较强的论证义务及其履行,有利于克服人们对裁判和法律的此种担心。在后一种情形下,一方面,法官虽然借用法律构造裁判规范,但借用的法条毕竟和当下案件不具有直接关联,还需要法官通过缜密的阐述、论证和说明,才能使其获得和具体个案间的关联效果;另一方面,当法官做了这样的论证和说明之后,所产生的其实已经是构造意义上的裁判规范,是法官之法,而不是立法者之法。法官运用民间法等其他社会规范、社会意识而构造裁判规范时,则肩负最强的论证义务。原因有二:一是法官运用民间法等其他社会规范构造裁判规范,其行为已经溢出了法律的范围,势必造成对法官忠诚于法律的影响,即使法官运用民间法等社会规范构造裁判规范出于迫不得已,也应通过最强的论证义务,严格制约法官对民间法的运用,并使民间法的运用产生更好的社会效果。二是法官运用民间法构造裁判规范,本身是法官的一种创造性活动,对此谓之构造裁判规范也罢,谓之法官造法也罢,都意味着法官在相关司法中直接发挥了创造性作用。众所周知,法官在司法中的基本形象是恪守法律、克制创造,但在运用民间法构造裁判规范的场合,法官却必须能动,坚持创造。如果不附加最强的论证义务,法官的擅断也就无法被制约和监督。

第三,法官运用民间规范构造裁判规范时,须更多的心智创造。在一个法律健全的国度,不论其遵行判例法传统,还是成文法传统,都不需要法官更多的创造,因为一般说来,法官只是既有法律秩序的遵行者和守护者,法律是其唯一的“上司”。但是在复杂案件或疑难案件中,为了避免法律空缺、法律不能以及法院无法裁判这种尴尬,按照一定约束条件赋予法官一定的自由裁量权或者能动司法权,实属必要。这也意味着在处理复杂案件和疑难案件,并进行裁判规范的构造时,法官可以行使其创造职权,发挥其创造心智,在法律之外甚至在其他社会规范之外,寻求出于法官的法律——裁判规范。运用民间法构造裁判规范的活动,在本质上是法官创造心智发挥的过程。这种创造心智,或依赖于理性,如在裁判规范构造中严格根据逻辑规则进行归纳或者演绎;或依赖于经验,如法官把以往处理疑难或复杂的纠纷事实的经验,代入处理当下的纠纷事实中以构造裁判规范;或依赖于直观判断,如法官以对疑难案件的第一印象,作为构造裁判规范的认知前提等等。不论哪个方面,都是法官面对案件事实及其裁判规则的一种心智创造活动。

第四,法官在运用民间法构造裁判规范时,须充分考虑当事人和其他社会主体的接受性。运用民间法构造裁判规范,其前提是法官溢出法律的创造行为,而这一行为必须符合法律的精神和原则,但究竟是否符合法律原则和精神,还需要法官做出最强的论证。更重要的是,法官所构造的裁判规范,要能够恰当地给纠纷中的当事人分配权利和义务。面对疑难案件和复杂案件,法官在进行裁判规范的构造并据此分配当事人的权利和义务时,通过论证获得当事人对裁判规范的接受,就更显必要。如果援引法律或者民间法进行裁判而当事人对裁判规范不接受时,法官还可以告诫当事人“法律规定如此”或者“法律的精神如此”的话,那么,要求当事人或者其他社会主体接受法官构造的裁判规范,就必须要求法官做出扎实的论证,做到裁判规范的无缝化和逻辑自恰。在援引民间法直接作为裁判规范的场合,也需要当事人和其他社会主体的接受,但它对法官的论证义务要求不是那么强,因为民间规范和案件事实的关联程度更高。但在运用民间规范构造裁判规范的场合,直接据以裁判案件的规范,是法官造法的结果,法官的论证义务因此更强。当事人对裁判规范的接受问题,站在法官的立场,更显重要(尽管站在司法的一般立场,只要法官不隐瞒或虚构事实,不违背程序,并且裁判能够自圆其说,当事人和其他社会主体接受与否,并不影响法官依据其构造的裁判规则所做出的裁判及其效力)。

第五,法官运用民间法构造裁判规范,在本质上是法官运用民间法进行“法官造法”或“法律续造”的过程,其目的既可以是新判例的创造,也可以为判例指导提供范型。法官所构造的裁判规范,就是法官造法或者法律续造。这种规范如果仅仅对于当下的案件生效,就是现实主义法学家笔下的“实然法”,即只对个案中纠纷的解决、当事人的权利和义务分配有效的法。如果一个国家实行的是判例法,或建立了判例法制度,法官针对个案的裁判规范,要么是较为典型的新先例,要么作为判例制度中的判例,对成文法的缺陷起一种拾遗补缺的作用。我国目前虽然没有建立判例制度,但在历史上,包括判例法在内的“混合法”曾经发挥过巨大的规范作用,“混合法”的这种作用,至今依然对我国具有重要的现实意义。^{〔7〕}随着中国法律体系建设的逐渐完善,细节建设的需要和作用会越来越凸显,法官运用民间法构造裁判规范,对案例指导制度的建设不无裨益。

四、裁判规范对民间法的排除

尽管民间法对于裁判规范的形成,具有如此重要的作用,但在实践中,民间法和国家法既是一对互补的规范类型,更是一对竞争的、有时候甚至是对立的规范类型。在两者互补时,法官直接援引民间法,或者借助民间法构造裁判规范,都不存在本质性的冲突,因此也无需在裁判规范中排除之。但在两者处于竞争、特别是对立的状态时,司法直接援引民间法或者借助民间法构造裁判规范,就需要慎之又慎,需要设置有关裁判规范排除民间法的标准。

严格说来,所谓裁判规范对民间法的排除,就是指民间法进入司法的排除条件,或者民间法不得作为司法之法律渊源的条件。具体到裁判规范,就是民间法不能被援引作为裁判规范,或者法官不能运用民间法构造裁判规范的条件。这些条件,有些是民间法之外的。例如,在成文法国家,法律有明文规定,且不存在法律调整不能时,不得援引或运用民间法作为裁判规范或构造裁判规范。再比如,在法律没有明确授权法官可以援引或运用民间法时,法官一般也不能援引并运用民间法作为裁判规范或构造裁判规范。有些则是民间法之内的,即民间法自身在裁判规范的形成中被排除的原因和条件。这主要包括以下几个方面。

第一,无效或者过期的民间法,不能援引为裁判规范,也不能作为法官构造裁判规范的原材料。法官援引民间法作为裁判规范,或者法官借助民间法构造裁判规范,都要求民间法是活动的和现实有效的,即民间法在一定时空范围内,对相关主体发挥着实际的规范功能,在日常生活中具有规范效应。民间法作为一种文化遗存,既有现实有效的民间法,也有随着时过境迁在客观上已经失效的民间法。这种仅作为历史遗存或者人们记忆的民间法,就是裁判规范需要排除的部分。作为一种文化遗存的民间法,能否被法官在构造裁判规范的时候借用呢?本文认为,这时即使法官运用它,也不是在运用民间法构造裁判规范,而是在运用一种文化遗产构造裁判规范,应将两者区别开来,不可混同为一。

第二,不具有权利义务之分配可能的民间法,不能援引为裁判规范,也不能作为法官构造裁判规范的原材料。在司法中,不论法官援引民间法作为裁判规范,还是运用民间法构造裁判规范,其目的都是为了解决处于纠纷和紊乱状态的社会关系,恢复社会正常秩序,维护法律的公义、公道和公平。这就要求法官在援引民间法作为裁判规范,或者运用民间法构造裁判规范时,必须审查民间法是否具有分配权利义务的可能。严格说来,作为法律渊源的民间法,自身本应当有权利义务的分配功能,这也是衡量一种规范能否作为法来对待的核心要素之一。一种规范倘若

〔7〕 有关“混合法”的论述,参见武树臣:《中国传统法律文化》(第七、九章),北京大学出版社2000年版。

不能给按照它行为的主体分配权利和义务,就不配称为法,也不能被司法援引或者运用。

不过,民间法对权利义务的分配,不像近代以来的国家法那样白纸黑字、权利义务分门别类地规定的。在大多数情形下,民间法以禁止(不作为)性或倡导(作为)性的规范形式存在,因此主要是一种义务性的规范。通过民间法的规范表面,人们只能发现其中的义务内容,而无法直接发现其权利内容。要在其中发现权利内容,必须借助法官的推理和论证。

第三,与法律的精神和原则相排斥的民间法,不能援引为裁判规范,也不能作为法官构造裁判规范的原材料。在现代秩序体系中,民间法只是国家法的辅助性因素或者配角。它要对国家法律秩序有所助益,就必须获得与国家法律的互补性效果。尽管从社会发展的长时段看,民间法往往是国家法发展和变革的直接推动因素,即国家法在无法应对社会发展的急剧变革时,需要借助民间法来完成其新的构造任务,但国家法秩序一旦形成,就会成为民间法的主导。如此,法官在援引民间法作为裁判规范,或者运用民间法构造裁判规范时,必须审查所援引或运用的民间法是否符合国家法的原则与精神。即使一种民间法不明确符合国家法的原则与精神,也不得公开违背国家法的原则和精神,特别在成文法国家,更应如此。

第四,反文明的民间法,不能援引为裁判规范,也不能作为法官构造裁判规范的原材料。现代法律是现代文明最重要的组成部分,现代文明本来产生于商业贸易活动,商业贸易活动的开放性、平等性,要求通过制度理性安排并稳定这种文明,现代法律也就由此应运而生。科技文明的发展,进一步促进了物质文明和商品贸易的迅速发展,同时也为法律在更大的时空范围发挥调整作用提供了条件,因此,法律在总体上代表了现代文明的发展。如果说商业文明代表了现代物质文明、科技文明代表了现代精神文明的话,法律文明则代表了现代制度文明,并且打通了作为物质文明的商业文明和作为精神文明的科技文明。法律文明的这种特点,使其集中地表达了文明社会的规范要求。作为法律秩序辅助的民间法,也应表达文明进步的要求,才能被法官援引为裁判规范,或者运用于构造裁判规范。在民间法的既存事实中,既有充分表达文明的一般要求的民间法,也存在反文明的民间法,还存在既说不上文明也说不上不文明的民间法。对表达文明要求的民间法,如尊老爱幼、邻里和谐、相互扶助、社团内部的团结协作等,法官可以援引为裁判规范或者运用于裁判规范构造。对于那些难以明确判断是否表达文明要求的民间法,如一些宗教规范,传统习俗等,法官也可以根据一定时空范围内人们对它的接受状况,或援引为裁判规范,或运用之构造裁判规范。而对于那些公然反文明的民间法,如身份歧视、性别歧视、宗教歧视、残酷刑罚等,法官不得援引为裁判规范,也不能运用于裁判规范的构造。

第五,反人道的民间法,不能援引为裁判规范,也不能作为法官构造裁判规范的原材料。关注人的需要,把人当作人,推进人的解放和现代化,满足符合人道、人性和人情的基本欲望和要求,可谓是近代以来“人的创世纪”。近代法律的一切规定,都建立在这种人道要求的基础上,特别是对人之平等权的规定,直接推进了人的解放和社会文明的不断发展。所以,表现人性、反映人道,乃是近、现代法律的基本使命。这一使命也要求作为法律辅助的民间法能充分彰显人道的要求。实存的民间法对人道的态度,和对文明的态度一样,也可以分为三类:一类是人道的民间法,一类是不排斥人道的民间法,而另一类是反人道的民间法。对这三类民间法,法官在援引为裁判规范或运用于构建裁判规范时,也应加以区别:对第一类民间法,法官可以援引,也可以运用;对第二类民间法,法官照例可以援引或运用,但在援引或运用时,肩负更多的识别和论证义务;对第三类民间法,法官不但不能援引和运用,而且在裁判规范的形成中,必须设法否定或排除之。在世界范围内看,反人道的民间法还大量存在,如中东阿拉伯世界的一些国家对通奸行为处以乱石砸死的刑罚方式,就是一种反人道的民间法。

在司法活动中，如上裁判规范对民间法的排除条件，只要具备其中任何一个方面，就必须排除，而无须诸条件或者其中几个条件同时具备。明确裁判规范对民间法的排除条件，对于法官援引民间法作为裁判规范，或运用民间法于裁判规范的构造而言，提供了民间法之司法识别的基础。

Abstract: Judicature is a complex process in which judges need to construct adjudicative norms when facing difficult and complicated cases. There are two kinds of adjudicative norms. One is the adjudicative norms directly cited by judges. At this point, judges could cite the legal norms, or the customary norms (folk law), the jurisprudence or the other social norms when authorized by law. The other is the adjudicative norms constructed by judges. As to the relationship between folk law and adjudicative norms, it is in the narrow sense, that is, judges construct the adjudicative methods and norms under the spirit and principle of law by using their experience, intuition and rationality when they face the complex or difficult cases and could not apply the state law, legal doctrines, or other social norms directly.

Being one kind of social norms, the folk law could be directly cited by judges as adjudicative norms and also could be applied by judges as primary material to construct the adjudicative norms. Whether folk law can be directly cited by judges as adjudicative norms depends on whether the legal norms are exhausted and whether it is authorized by law. Moreover, the parties should choose and accept the folk law and judges should give reasons for their direct citation. Still, such citation is limited in specific space and time, and also depends on the nature and function of folk law. When the folk law is used as primary material to construct the adjudicative norms, judges should take the responsibility of reasoning, be more creative, and take full account of the main parties and other social acceptability. Such construction is the creation of new law to provide guiding paradigm for precedent.

Without a doubt, the folk law and the state law are pair of complementary but also competing and contradictory normal types. Therefore, if the folk law is invalid or expired, cannot allocate rights and duties, violate the spirit and principle of law, or is against civilization or humanity, it could not be cited as adjudicative norms or used as primary material to construct adjudicative norms.

Key Words: folk law, adjudicative norm, the citation of adjudicative norm, the construction of adjudicative norm
