

少数民族习惯法在基层民族区域自治地方的司法适用探析*

巫洪才

(四川省基层司法能力研究中心,四川 自贡 643000)

【摘要】在中国众多基层民族自治地方的民间社会生活中普遍存在着习惯法的适用问题。甚至在基层人民法院,特别是派出法庭在解决纠纷中也往往会涉及到习惯法的司法适用问题。这种适用在一定程度上冲击和解构了国家的统一法治建设进程。因此,如何在 不违背中国大陆法系国家传统的情况之下,寻求妥当解决途径,为“良性习惯法”在基层法院的司法适用寻找到合适的国家制度化路径,以达到“法”与“理”的有机统一,促进基层民族地区习惯法向国家法的归化,对于基层民族地区统一法治建设具有特别重要的理论和现实意义。

【关键词】少数民族习惯法;基层民族地区;法治;司法适用

【中图分类号】D922.15 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1673-1883(2014)04-0043-04

中国自古以来就是一个多民族统一国家,到目前为止全国共有 155 个民族自治地方,其中自治区 5 个,自治州 30 个、自治县(旗)120 个(其中自治旗 3 个),合计面积达 646.95 万平方公里,占全国面积的 64.3%^[1]。在这些自治地方存在着大量的少数民族习惯法,作为一种维护民间微观秩序的“小传统”,对国家宏观层面的法制大传统发挥着巨大的影响,并对民族地区国家统一法治建设产生或好或坏的作用。因此,如何趋利避害,实现习惯法向国家法的进化和融合,为“良性习惯法”在基层法院的司法适用寻找到合适的国家制度化路径,以促进民族地区的法治建设,深值研究。

一、少数民族习惯法在基层民族地区司法适用现状及成因分析

(一)适用现状

司法的适用应当有狭义和广义的理解,笔者在此是站在广义的角度上,落脚到狭义的角度上来对论文中所涉及的问题进行分析。即狭义司法适用是指在司法程序或准司法程序(如仲裁等)中执法者运用法律规范解决当事人之间纠纷的实践。广义的司法适用还包括自然人、法人等在社会活动中运用法律规范来解决矛盾、冲突,协调双方或多方社会关系的实践。

从考察的情况来看,在少数民族聚居区国家法一般只适用到县一级,而且在较为偏远的县还存在较为严重的二元法律格局,即国家法的强力推行与习惯法的顽强存续存在相互的博弈。本民族之间或者本民族与其他民族之间的纠纷到底是寻求国

家层面的解决之道还是习惯法层面的解决之道,实际的情况往往是按照强势方的意愿选择为主。这其实为强势方规避不利于己的规范提供了投机和取巧的空间,损害了相对方的权益,有违法治建设的初衷。在县级以下的民族聚居区,则大多数的民事纠纷适用习惯法解决。对刑事纠纷如果没有当事人或知情人上报国家司法机关,在司法机关不知晓的情况下一般也会按习惯法解决。因此,国家法介入的纠纷主要是刑事案件,或者是民间调解不成而事态扩大的其他纠纷;而民事纠纷由于实行不告不理的原则,只要当事人不去告诉,国家司法机关受当事人诉权的限制,也无法介入,这也造成司法机关的审判职能障碍问题,阻碍民族地区的法治建设。如:全国最大的彝族聚居区凉山彝族自治州,共计辖 17 个县市,除原来老西昌地区的西昌市、冕宁、德昌县、会理县、会东县 5 个汉族市县外,其他 12 个老凉山彝族聚居县的昭觉、布拖、美姑、喜德、越西五县每年纠纷总量是汉区的 1 倍多,但法院受理的数量还不足汉区的十分之一。大多数的纠纷都由民间习惯法权威“德古”按习惯法予以解决了^[2]。

(二)适用现状的成因分析

1.习惯法作为千百年传承下来的民族法文化知识,是一套大家所熟知的系统和知识。在这种知识和框架下,大家都能够准确的预测自己的行为及后果,特别是在城乡二元化的社会结构中,更有利于社会关系的修复。而国家法却是一套陌生的系统和知识,享受这种服务的成本相对是较大的,并且其过分注重是非判断的功能往往使得案结事未

收稿日期:2014-09-05

*基金项目:四川省教育厅人文社科重点研究基地“基层司法能力研究中心”重点项目“少数民族习惯法在民族区域自治县的司法适用问题研究”(项目编号:JCSF2013-02)。

作者简介:巫洪才(1970-),男,四川冕宁县人,四川理工学院法学院基础司法能力研究中心研究员,法学教授,凉山州仲裁委员会仲裁员,研究方向:民族法学。

了。因此,习惯法比之国家法具有相对的快捷性、便利性和经济性。

2. 基层群众自治空间的扩大,为习惯法的适用提供了生存的土壤。改革开放后,由于市场经济的发展和社会的不断转型,使得国家权力不断的收缩,基层群众自治空间不断扩大,在民族地区由于与国家民族区域自治法的贯彻实施相重叠,使得这种空间的扩大尤为明显,很多民间习惯法、习惯法权威都得以复生。

3. 习惯法本身的一些进步之处再加之良性的变迁,使其获得了生命力。民族习惯法中并非全部是糟粕,本身也有一些进步之处并适合于当地的社会经济条件。比如彝族习惯法中关于代理、赡养等的一些规定。再加之国家法示范和指引,有整体呈现良性变迁,逐步向国家法融合靠拢的趋势。

4. 在基层民族地区法院在解决纠纷方面的语言障碍问题也制约了案件的受理。基层民族地区由于缺乏大量的双语人才,简单的民事纠纷还能解决。但在复杂的纠纷中往往连沟通都成问题,而聘请的翻译也经常不能理解和准确表达纠纷背后的法律内涵,使得问题难于解决。

二、少数民族习惯法在基层民族地区大量适用的利弊分析

基层地区民族习惯法的大量适用有很多利弊,学界论述也比较多。从司法适用的角度上看,笔者认为从总体上是弊大于利,以下简要叙述之。

(一)从利的方面来说,对保障基层民族地区的社会秩序的稳定具有一定的积极作用

自从有了人类社会,就有了纠纷,有了纠纷就必然有解决纠纷的规则和程序,以保障人类社会的存续和发展。基层民族地区由于根深蒂固的传统观念和相对落后的经济、交通等条件的制约,国家法很难深入和普及。在这种情况下,习惯法的大量民间适用填补了法律调整的空白和漏洞,及时有效的维护了当地的社会秩序,且不管这种法律的实体和程序是否公正与合理。比如:凉山彝族习惯法规定整个家庭的不动产必须有小儿子继承,但老人的养老送终也由其承担,明显与国家继承法的规定不一致。如果按国家法的规定去判决类似的案件,在民间很难得到执行。习惯法虽然剥夺了其他子女的继承权,但其强调了权利与义务的一致性,从另一个侧面来说也有其合理性,减轻了其他子女赡养的负担,也似乎符合法律的平衡性。因此凉山地区自建国以来,人民法院还未受理过一件有关继承和

赡养的案件即可说明这一点。

因此,在少数民族村民居住比较分散,居住区域宽阔,交通落后甚至没有交通的情况下,一旦发生纠纷或恶性刑事案件,等执法人员跋山涉水赶到现场时已为时过晚。再加上当前按人口比例配置干警编制早已不适应新的实际需要的情况下,村民中的习惯法权威利用传统习惯法来化解矛盾、消除隔阂使人们言归于好,这实际上在客观上为公、检、法等执法部门减轻了一定的工作压力,也有利于维护当地秩序的稳定与和谐,从社会学的意义上来说应当是有利的。

(二)从弊的方面来说,习惯法的大量适用严重冲击和解构了国家的统一法治建设进程

任何一个民族都要现代化,都要融入现代文明社会的发展进程当中。特别是随着经济和交通的发展,人们的交流逐渐扩大,这种需要比任何时候都要迫切。而作为一种地方知识的习惯法适用明显与此相悖而成为了一种交流的障碍,只具有一种短期的相对合理性。法制的发展史也证明了习惯法必须服从于法制的发展规律,否则只能被淘汰。即由习惯进化到习惯法,再上升到国家法。所以在国家统一法治的基础上,逐步推进民族区域自治向国家共治的融合,从而促进各民族对中华民族的公认、对国家的认同,以实现基层民族地区实质性的国家统一法治秩序,这是任何一个民族走向法治文明的必由之路,也是每一个司法工作者的责任担当。因此,基层民族地区法律多元的情况,特别是“二次司法”的情况严重损害了国家法治的统一和司法机关的权威,也成为民族走向现代化的壁垒和障碍,应当予以改变。

三、少数民族习惯法司法适用的国家制度化设计考量

为了克服基层民族地区习惯法民间大量适用所带来的冲击,并发挥其有利之处,我们应当在国家法治一元的基础上,通过一定的路径思考逐步实现习惯法司法适用的国家制度化设计,为此可以从以下几个方面予以考虑。

(一)实体上,基层人民法院在公开审理民事纠纷的案件中,可将善良的民事习惯法纳入到民法的法源中予以考虑

1. 从理论角度上的两点思考。作为大陆法系的中国只能以制定法作为正式的法源,判例和习惯只能是一种理论上的非正式的法源,从而在理论上严格限定了司法实践中法官的自由裁量权。据此,法

院在民事司法适用中的依据主要是《民法通则》、单行的民事法律、民事法规、民事司法解释以及其他法律法规中关于民事方面的一些规范,这包括了民族自治地方自治条例和单行条例中的一些民事变通规定。据此,笔者认为善良习惯法进入国家司法适用的轨道有两个:

(1)通过《民法通则》中规定的民法基本原则渠道进入。关于通过民法善良风俗和诚实信用等基本原则进入司法的裁判依据,笔者认为注意几点:一是严格其适用范围,即只有在法律缺项而又不能通过类推适用予以解决;或者法律意旨不明而又无法通过解释予以价值补充;或者在非常特殊的情况下,虽然有法律规定但经过严格的操作程序被判断为“恶法”而不能适用的情况。除这三种情况外,法官不能动辄适用基本原则裁决案件。在此情况之下,善良风俗才有可能通过原则的形式进入司法适用,但这个缝隙毕竟是很小的一个缝隙。二是必须为《民法通则》规定的基本原则,而非一般原则。只有前者才具有法律的效力,后者只是属于民法学理的范畴,实务中只能作为民法的非正式法源间接适用,而不能直接引为裁判之依据。三是防止其滥用。即基本原则的适用必须满足一定的程序性要求。笔者认为虽无必要报最高院核准,但裁判文书中评述法律适用的理由却十分必要。特别是鉴于基层民族地区法官素质不够理想,司法环境中的非理性成分介入较多,在受案法院内部应考虑建立相应的约束机制,如经过审判委员会的讨论等,以避免法官在裁判时滥用或误用基本原则。

(2)通过自治条例与单行条例的变通与补充规定进入。关于此渠道的进入应当是目前国家法制体系之下最好的一种进入方式,但也是相当不理想的一种方式。主要是民族自治地方受制于立法力量薄弱、立法技术落后等因素,没有充分利用国家法律赋予的立法变通权和补充权,立法的范围相当狭窄。目前我国授予民族自治地方变通权或补充权的法律有13部,而民族自治地方只对婚姻法、继承法、森林法、选举法4部法律进行了变通,对涉及与民众密切相关的民事领域立法变通很少。而对选举法的变通属于违法变通,因为选举法并没有变通的规定。为此民族自治地方的立法机关必须加强有关符合地方良俗规定的自治立法。

2.从实践的角度上的考虑。我国虽然只把民俗习惯法作为一种非正式法源在理论上得到一般性认可,但在实践的处理中,也有个别单行民事法律通过相应的列举方式将民事习惯法的法源地位予

以个别化。如:《物权法》第85条规定相邻关系的处理可以依据当地习惯,116条规定天然孳息的取得可以按照交易习惯;《合同法》第22条、26条、60条、61条、92条、125条、136条、193条关于根据“交易习惯”应当做出某种行为或如何认定效力的习惯等³¹。这为民族地区习惯法的国家司法化进入又开了一道缝隙。

(二)程序上,可在国家现有司法体制下,通过一定的创新将执行习惯法的权威纳入到国家的司法体制内

民间习惯法权威是基层民族地区民众自认的司法官和裁判者,他们按照千百年来习惯法裁决本民族之间的纠纷与争端,有些时候甚至会裁决本民族与其他民族之间的纠纷。因此,他们是本民族中的法律精英和法文化的传承者,在历史上对本民族的发展和稳定作出了巨大的贡献。但随着民族地区飞速的经济发展和转型,很多新型的纠纷已不能用习惯法予以解决。在这种时候,民间习惯法权威学习国家法,以嬗变习惯法成为必然。因此,民间习惯法权威应当是国家法与习惯法沟通的桥梁和纽带,应当通过他们的模范和标杆作用,加速实现习惯法向国家法的靠拢和融合。为此笔者通过调研认为,凉山彝族自治州中级人民法院的试点和创新值得推广,从1997年开始,鉴于凉山基层民族地区大部分纠纷都是通过民间习惯法权威“德古”运用习惯法予以解决的实际状况,为了克服审判职能的障碍,促进国家法深入彝区。在越西县试点的基础上,又选举了两个彝族聚居县昭觉和布拖作为试点,探索使法庭调解和民间调解相结合的多元化调解路子,将民间调解逐步引入国家司法体系,实现国家法与习惯法的融合。但由于当时与国家的法律制度和政策有一定的不符,最终没有展开。2007年1月在山东济南举行的第7次全国民事审判工作会议上,最高人民法院提出了“和谐诉讼”的概念;2009年6月,四川省委、省政府提出构建大调解体系,有效化解社会矛盾。在此东风的指引之下,凉山州中院将原来的试点继续展开下去,2009年底,在彝族聚居区的基层人民法院中推行特约人民陪审员制度,即将一些政治素质高、公道正派的民间习惯法权威“德古”通过一定的培训、考核,并经一定程序任命为特约人民陪审员,由于很多德高望重的民间习惯法权威学历不能达到人民陪审员选任的大专要求,所以只能聘为特邀人民陪审员。将能达到条件的特约陪审员纳入到合议庭中来共同参与法院案件的审理,同时不能达到条件的

这些民间“德古”纳入到基层人民调解组织或者是人民法院的诉前调解中来。通过这几种方式,一方面将民间“德古”纳入到国家的法治化管理轨道,另外一方面,也通过他们的宣传和运用,实现习惯法向国家法的靠拢和融合。这种方式取得了良好的社会和法律效果。据州中级人民法院统计:2007年,基层民族地区聘请特约人民陪审员 93 人,参与调解案件 398 件,调解结案 397 件;2008 年,基层民族地区聘请特约人民陪审员 165 人,参与调解案件 1037 件,调解结案 1031 件;2009 年,基层民族地区聘请特约人民陪审员 282 人,参与调解案件 1767 件,调解结案 1752 件^[4]。这些案件真正实现了案结事了,没有出现 1 件信访申诉和申请执行的情况,有效维护了彝区的稳定和法治的进步,值得基层民族地区推广。

(三)完成以上两点的前提和基础必须进行民族地区习惯法的分类和整理

整个基层民族地区习惯法的司法适用中应当适用的是良性习惯法,而非恶性的习惯法,而且应当遵循适用的场域是民事领域。而在公法的领域,特别是刑事领域,从推进法治的角度上看,应当严格贯彻国家法律,而摒弃刑事习惯法的适用,这是基层民族地区司法机关应当秉承的一个底线;在行政领域,一些涉及到环境和资源保护的与国家法不违背的习惯法笔者认为可以通过一定程序予以适

用。这些能够适用的良性习惯法笔者认为必须经过发现和确认的步骤。而发现和确认必须由专门的机构对民族习惯法进行分类整理。就我国目前情况而言,鉴于自治州在其中起到承上启下作用,再加之自治州的技术和力量相对较强,因此这种整理工作应以地区一级的人大负责领导,并统领同级司法机关、高校学者和地方习惯法权威共同开展较好。而且由于习惯法在社会转型期具有较大的流变性,此项工作应当定期进行,具体修订整理可与地方人大换届同步进行,即 5 年或 10 年 1 次,直至习惯法完全与国家法实现融合^[5]。而且这种整理应当包括逻辑相连的两个递进层次,第一个层次就是按照国家法律体例与习惯法固有体例相结合的方式,对各民族习惯法进行法律的类型化整理。第二个层次是在第一个层次的基础上,按照法之正义与公平的标准,对习惯法进行良性、恶性、中性的分类整理。从而为基层民族地区习惯法的国家法治化提供基础依据和参照,有力促进民族地区法治的进步和发展。

总之,少数民族习惯法在基层民族地区的司法适用问题是一项艰苦而细致的法治建设工程,它关系着基层民族自治地方的社会稳定和法治进步,希望以上的一些思考能够有助于加快基层民族地区的法治建设进程。

注释及参考文献:

- [1]中国政府门户网站.我国民族自治地方[EB/OL]. http://www.gov.cn/test/2006-04/04/content_244716.html,2006-04-04.
- [2]凉山彝族自治州中级人民法院门户网站.创举——凉山中院的大调解之路[EB/OL]. <http://fy.lsz.gov.cn/docs/xinwenzhongxin/shipindianbo/>,2014-01-10.
- [3]巫洪才.少数民族民事习惯法治化的路径探析[J].贵州民族研究,2012(3):3.
- [4]凉山彝族自治州中级人民法院门户网站.创举——凉山中院的大调解之路[EB/OL]. <http://fy.lsz.gov.cn/docs/xinwenzhongxin/shipindianbo/>,2014-01-10.
- [5]巫洪才.少数民族习惯法类型化研究[J].黑龙江民族丛刊,2012(6):115.

Analysis of the Adaptive Problem on the Minority Customary Laws in the Judicial Practice at the Grass-roots Minority Areas

WU Hong-cai

(Research Center on Grass-roots Judicial Ability in Si Chuan Province, Zigong, Sichuan 643000)

Abstract: There existed already a widespread problem of the judicial practice in the civil society of China's grass-roots minority areas. Even in the basic People's Court, especially the dispatched tribune there is generally involved in the adaptive problem on the minority customary laws when judges deal with the disputes. Moreover, this kind of application impacts and disrupts the process of the unity of China's legal construction to a certain extent. Therefore, it specially has the important theoretical and practical significance for the minority unified legal construction, for example, how to find out appropriate solutions under no violation of China's traditional mainland

(下转第 62 页)

肋肢巷→荔枝巷;蝶窝巷→叠湾巷
笮笮街→八宝街;乌鸦坡路→古雅坡路

四、结语

成都地处巴蜀文化的核心,其城市形象定位是“文化、历史之都”^[6](邓经武,2012)。成都的地域文化底蕴丰富,如何努力将城市文化的品牌形象在城市建设日益趋同的浪潮中凸显出来,强化成都的文化形象,街名的设置是城市品牌形象建构过程中的

重要一环。成都拥有众多的由历史传承下来的街名,这些名称不仅是一个个符号,还是一座城市自然环境、历史事件、社会风俗、名人轶事的记录和反映。人们能从这样的街名中察知城市文化,感受其历史的凝练与厚重。因此,在全球化文化趋同的过程中,成都应当牢牢抓住成都固有的历史文化资源,建设出独具特色的成都文化形象,让成都在文化趋同的潮流中散发出独特的魅力。

注释及参考文献:

- [1]邓经武.大盆地的生命记忆——巴蜀文化与文学[M].成都:电子科技大学出版社,2005:53-62.
- [2]成都市群众艺术馆.成都故事百家谈[M].成都:四川大学出版社,2007:167-170.
- [3]袁庭栋.天府的记忆[M].成都:成都时代出版社,2007:63-65.
- [4]成都市群众艺术馆.成都掌故(典藏版)[M].成都:四川大学出版社,2007:141-143.
- [5]赵静.成都街名谐音改字试析[J].成都大学学报,1998(4).
- [6]邓经武.成都市文化形象建设的思考[J].中华文化论坛,2012(2).

From Changes of Street Name to Perceive the Cultural Characteristics of Chengdu City

PENG Xiao

(School of Literature and Journalism, Chengdu University, Chengdu, Sichuan 610000)

Abstract: This paper perceives changes of street name of Chengdu from three periods. Firstly, we discuss the street name which originates from history; secondly, study on the street name emerged in 1950s; thirdly, research on street name formed with the rapid development of Chengdu city in recent years. Through the discussion of naming type, we summarized the cultural characteristics of Chengdu city.

Key words: change; naming; cultural characteristics

(责任编辑:董应龙)

(上接第46页)

legal system. Based on the research, its purpose is mainly to seek out the right institutionalization method for the “benign customary laws” in the grass-roots courts’ judicial practice, realize the organic unity between “law” and “reason”. All the solutions and researches are conducive to promote the state naturalization of minority customary laws.

Key words: minority customary laws; grass-roots minority areas; governed by law; judicial application

(责任编辑:董应龙)

巫洪才教授



巫洪才,男,汉族,四川省冕宁县人,出生于1970年8月,中共党员,凉山州仲裁委员会仲裁员,德昌县人民政府法律顾问。1991年7月毕业于凉山大学经济

管理专业,1995年6月毕业于西南财经大学会计学专业,2008年1月毕业于西南政法大学民商法学专业,获法学硕士学位;2000年12月被评聘为经济学讲师,2006年12月被评聘为法学副教授,2013年12月被评聘为法学教授;西昌学院学术带头人。

巫洪才教授长期跨越于经济学、法学两界,主要从事民族法、民商法的研究。在科研方面:先后主持省教育厅人文社科重点项目“四川少数民族习惯法的法治化问题研究”(2013-2015)、四川省基层司法能力研究中心重点项目“少数民族习惯法在民族自治县的司法适用问题研究”(2013-2015)、四川省彝族文化研究中心一般项目“彝族民事习惯法的民法适用问题研究”(2013-2015)3项;主研国家社科基金西部项目“西部少数民族民事习惯法治化问题研究”(2011-2014)和省教育厅人文社科重点项目“民族地区劳动和社会保障问题研究”(2005-2007)、“民族地区法治环境亟待解决的问题”(2003-2005)3项。主编出版专著《民族地区的法治建设研究》(人民日报出版社2006年版)、独立出版专著《彝族习惯法的法治化问题研究》(光明日报出版社2012年版),先后在《云南社会科

学》、《贵州民族研究》、《黑龙江民族丛刊》、《社会科学战线》、《学术月刊》、《求索》、《林业经济》等核心刊物和其他学术刊物上发表论文41篇。这些成果先后获得西昌院优秀哲学社会科学科研成果二等奖5项、三等奖1项。

教学方面,巫洪才教授长期从事经济学和法学的专业教学工作,先后承担了《基础会计学》、《财务报表分析与预测》、《经济法学》、《商法学》、《合同法学》、《国际法学》、《法律文书写作》、《犯罪心理学》、《律师与公证制度》、《民事诉讼法学》等课程的教学工作,并参加了四川省精品课程《知识产权法》的建设工作。副主编《法理学》教材1部(西南交通大学出版社2012年版)并获西昌学院优秀教材三等奖。

巫洪才教授还擅长于经济纠纷的处理和仲裁,并长期担任多家公司的法律顾问工作。在民族地区法治建设研究方面能够结合地区实际、解决现实问题,因此时常应邀为司法机关、工商、税务、大中型企事业单位进行法治培训和讲座。

