

doi:10.16104/j.issn.1673-1883.2020.04.011

# 论少数民族习惯法的司法对待

柴华英

(广西师范大学法学院, 广西 桂林 541004)

**摘要:**在中国特色社会主义法治建设的大背景下,随着民族习惯法研究的深入,习惯法的理论逐步完善,司法实践也从民商事领域跨步到刑事领域。从可诉性、无害性和合理性角度分析少数民族习惯法,并在分析“互补型”和“冲突型”两种少数民族习惯法相关案例的基础上,通过合理采纳、变通适用、坚决取缔等方式为少数民族习惯法在司法领域寻求可操作性 and 合法性,进而提升法官在审判实践中的民族法意识,为司法实践提供有力保障。

**关键词:**习惯法;少数民族习惯法;司法对待

**中图分类号:**D921.8 **文献标志码:**A **文章编号:**1673-1883(2020)04-0056-05

## On the Judicial Treatment of Minority Customary Law

CHAI Huaying

(Law School, Guangxi Normal University, Guilin, Guangxi 541004, China)

**Abstract:** Under the background of the construction of socialist rule of law with Chinese characteristics, with increasingly deepened study of the customary law, the theory of customary law has gradually improved, and judicial practice has also extended from the field of civil and commercial affairs to criminal cases. This article analyzes the customary law of minority ethnic groups from the perspectives of legality, harmlessness and rationality. By analyzing the relevant cases of complementary customary law and conflict customary law of minority ethnic groups, we seek operability and legitimacy for the customary law of minority ethnic groups in the judicial field through reasonable adoption, flexible application and resolute prohibition, so as to improve the judges' awareness of minority law in their judicial practices. The awareness of national law provides a solid guarantee for judicial practice.

**Keywords:** Customary law; Customary Law of Minorities; Judicial treatment

当代中国法治背景下,民族习惯法的研究方兴未艾<sup>①</sup>。哲人亚里士多德曾经说过,积习所成的不成文法比成文法实际上还更有权威,所涉及的事情也更为重要<sup>②</sup>。在中国传统的国家法中心主义下,国家法在我国占据着绝对的地位,但在市民社会的许多地域、领域里却存在着独有的文化传统、生活习俗和交易习惯,而这些传统与风俗习惯又或者包含,或者演化积累为与国家法并行的社会规范——习惯法。虽然多年来我国法学界在习惯法方面的研究逐渐深入,但是在司法实践中,习惯法的实际运用则略显薄弱,当代中国习惯法的方法论研究也较少,因此有必要对习惯法的界定、少数民族习惯法的司法适用等问题,通过理论与实证相结合的方法开展进一步的研究,使得国家法与习惯法相辅相成,相得益彰。

### 一、少数民族习惯法的界定

研究少数民族习惯法,首当其冲的就是习惯法的概念,而针对其含义的说法学界也是众说纷纭,本文在对相关学者观点归纳总结基础上展开论述。

#### (一)习惯法的界定

在中国,最早提出并使用“习惯法”这一概念是在20世纪50年代的民族大调查。而现在学者们对于习惯法的定义也是仁者见仁、智者见智。学界将习惯法称之为“民间法”“民间规范”<sup>③</sup>“习惯性规范”<sup>④</sup>“小传统”<sup>⑤</sup>“活法”<sup>⑥</sup>“本土资源”<sup>⑦</sup>“原始的法”<sup>⑧</sup>等。梁治平教授从知识传统的角度界定:习惯法乃是乡民在长期的生活和劳动过程中逐渐形成,被用来分配乡民之间的权利、义务,调整 and 解决他们之间的利益冲突,并且主要是关系网络中的被予以实

收稿日期:2020-03-26

基金项目:2018年国家社科基金项目:我国西南民族地区民事习惯与乡村治理的经验与模式研究(18BFX015)。

作者简介:柴华英(1995—),女,四川广安人;硕士研究生,研究方向:法理学。

施。高其才教授认为习惯法是独立于国家制定法之外,依据某种社会权威和社会组织,具有一定的强制性的行为规范的总和<sup>[8]</sup>。对习惯法的界定,首先可以从司法适用的角度去思考,也就是为法官裁判相关案件界定出“必须的依据”和“可能的依据”。习惯法既包括属于“国家法”之外的社会规范,也包括一部分属于“国家法”范畴内的社会规范,对于已经纳入规范性法律文件的习惯,法官必须采用;而对于某种民间习惯,当其不具备上述条件,尤其是不具备合理性、无害性以及和制定法的冲突性时,它就只能属于“习惯”了,法官只有在对不合理性、有害性方面存在不确定判断,并且适用制定法将导致相关民众普遍反对时,才“可能”考虑它的适用或者作为某种裁判的理由(而不是依据)。其次如果将“可诉性”作为讨论习惯法定义的关键点,再加入“可接受性”的概念,其实践价值就更能凸显。

## (二)少数民族习惯法的界定

我国少数民族人口在1953年第一次人口普查时为3532万人,据2010年第六次人口普查统计,各少数民族人口约1.2亿。目前我国现行的276部法律中,尽管针对少数民族地区享有变通立法权,新立法法实施后,享有与设区的市一样的地方立法权。但在面对少数民族地区特有的地域文化和风俗习惯时,国家法的适用依旧会陷入尴尬的境地。因此,在国家法的框架下,针对少数民族地区的地理地貌、乡土人情,我国的法治模式也应该因地制宜地进行调整,为少数民族地区的法治文化培养提供适宜的生长环境。

学者们对少数民族习惯法内涵外延也有不同理解,例如,陈金全教授认为:“历经数千年的实行,我国少数民族渐渐形成的本族人民世代传承、恪守的社会制度就是少数民族习惯法”<sup>[9]</sup>。而吴大华教授则认为:所谓“民族习惯法”,着重在于规范少数民族或者民族地区的社会组织的行为,受到民族性、区域性人员认可的一种行为规范<sup>[10]</sup>。但是不管学者们从何种角度出发进行阐述,都离不开对民族地区地域环境和文化习俗的考量。

因此,界定少数民族习惯法,我们可以从以下三个特征进行分析:第一,合理性,此处的合理性是一种族群合理性,即某一族群认可该习惯规范符合本族群情理;第二,无害性,即是对族群的发展以及社会发展无害的;第三,规范性,这里并不是指要直接使用国家法的规定,而是要在少数民族地区形成规范性文本,能够作为解决纠纷的一种长期而有效

的权威性规范。从这三个角度出发去考量一个地区的习惯是否可以上升为习惯法,也不乏一种有助于构建平等互助和谐的民族关系的处理方式。

## (三)少数民族习惯法的司法对待之必要性

在实践中,习惯法与国家法的关系问题研究越来越被重视,习惯法的司法对待也成为热门的话题。我们常说的司法适用是对现行法律在司法领域的合法性使用,而司法对待则是以现行法律为参照,对少数民族习惯法在司法领域运用的一种审查,即用司法的眼光看待习惯法在纠纷解决领域的价值和作用,也是用司法的方式平等地处理国家法和习惯法之间的关系。随着近年来习惯法在刑事司法领域的提倡<sup>[11]</sup>,少数民族地区习惯法司法对待问题再次成为我们讨论的话题,而对全面建成法治社会和法治国家,少数民族地区传统的纠纷解决方式则是法治建设所绕不开的问题。因此,本文在建构起民族地区习惯法的一般特征的基础上探讨不同司法领域的习惯法的对待问题。首先,少数民族习惯法具有“法”的社会性和多元性,少数民族习惯法的司法对待将有助于进一步完善习惯法,为其提供理论基础和实践基础,从而完善我国的司法纠纷解决机制;其次,少数民族习惯法的司法对待可增强法官在司法实践中的习惯法运用观念和运用能力,为法治社会和法治国家保驾护航;最后,少数民族习惯法的司法对待将为整个社会提供更为安全的交易环境和司法环境。

## 二、“互补型”少数民族习惯法之司法对待

在现代社会中,实际存在两种运作机制:一种是现代型的法理机制,一种是传统型的习惯机制,前者由国家或法律确认和维持,是一种带有“公”的性质的主导机制,具有规范条理清楚、适用范围广、外在强制力的特点;后者是由乡土村落或民间维持的,是一种带有“私”的性质的补救型、自治型的机制,而习惯机制更多地是靠相关主体对该规范的普遍认可,靠长期形成的习惯来维持<sup>[12]</sup>。因此,“互补型”的少数民族习惯法就在具有传统习俗和文化的指引下,成为解决少数民族地区纠纷,化解民间矛盾的权威依据。以下通过相关案例进行分析。

在苗族看来,理词就是法律。苗族的榔头、理老等为他人说理断案、排解纠纷,向纠纷当事人叙说和判断是非曲直,就是以理词为依据,理词具有“法典”“律典”条例的性质,它是苗族理师在理场调解纠纷时辩论的口头说辞,集中体现了习惯法的本质和特征,是苗族人民解决纠纷运用得最多的一种,涉及

民事与刑事的各个方面。当苗族同胞内部发生纠纷时,一方或双方就请本民族、本家族中能说会道、具有较高威望的族老、寨老(即理师、理老)来主持调解、“审判”活动,以达到解决纠纷的目的<sup>[14]</sup>。由于苗族没有文字,理师是理词世代得以传承的承担者。这种通过理师调解的纠纷解决方式,更能得到民族地区人民的认可,成为维系少数民族地区人民生活的基本纽带。苗族地区的权威是“理”,理老、理词,是维护苗族地区社会秩序强有力的保障,民间纠纷的处理在于及时而有效,国家强制法的出现对于习惯当地习俗的人民来说,应该是对于严重的冲突事件的解决,而普通的邻里纠纷还是要依赖民众的力量,将纠纷化解在基层,将问题处理得更为妥当,不能一味地法律介入。本民族地区的文化,在历经岁月的沉淀,是能够得到人民的信服和支持的,因此,苗族习俗才能够在矛盾出现时及时止损。

随着我国民商事法律实践活动的增多,相关部门对习惯的适用与处理也就愈显成熟,部分法律将习惯法确立为法律渊源,直接成为裁判依据。如《中华人民共和国民事诉讼法总则》第十条:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗”。《中华人民共和国物权法》第八十五条:“法律、法规对处理相邻关系有规定的,依照其规定;法律、法规没有规定的,可以按照当地习惯”<sup>③</sup>等。

上述习惯在我国民商事法律活动中的适用,拉近了习惯与法律的距离,也增加了民众对案件裁判结果的可接受度,收到了较好的社会效果,真正做到成为维护百姓利益的一道有力防线。但是分析适用习惯的民商事案件,我们也不难发现,法官通常热衷于适用习惯进行调解,即使在裁判中列明习惯作为裁判依据,也往往是通过法律原则推演而得,并不将其直接作为判决结果所得的依据。出现这样的情况主要是习惯法在我国尚处于较为尴尬的地位和证明困难。因此,对待这样的“互补型”民商事习惯法,我们应该准确把握好司法的公平、公正、秩序、效率价值。

### 三、“冲突型”少数民族习惯法之司法对待

习惯产生后,往往在一种不假思索、毫不反思的认同中被无条件地遵守<sup>[15]</sup>。但是国家法与少数民族习惯法是两种不同的文化传统下的产物。国家法具有总括性,包含的中国传统文化,以整个国家的交往习惯,利益导向为主导的法律体系,是具有普遍性的社会主义现代化法律制度;而少数民族习

惯法是具有特定性,蕴含的是少数民族地区的文化习俗,为当地人民服务,以特定乡间社会的交往习俗为主线,旨在解决市民百姓的矛盾纠纷,是独具地方特色的社会纠纷解决方案。同时,民间社会由于历史、地理环境、受教育程度和接受外界信息的能力以及对国家法的接受程度等的差异,国家法体系下的法律制度并不能包揽整个社会的所有纠纷解决方案。因此,民间社会才形成了对传统习惯的依赖性——面对任何纠纷,人们便不假思索地采用习惯予以解决。这种“冲突型”的少数民族习惯法可能并不为国家制定法所接受,因此,这部分习惯法该如何处理,需要我们尽快解决。现通过相关案例进行分析。

**例一:**在侗族地区,指腹婚和包办婚仍然存在,结婚年龄也普遍偏小,普遍十七八岁就举办婚礼了;允许“姑妈的女儿嫁给舅舅的儿子”之类的三代以内旁系血亲结婚,侗族缔结婚姻和解除婚姻也非常自由,没有一定的程序;出嫁女也没有继承权。针对与《婚姻法》不同的习俗,我们可以根据民族的特点变通适用;但对于出嫁女不能继承这种习惯,这是既与国家法相冲突,又违背男女平等尤其是剥夺了履行赡养义务的妇女继承权利的民间习惯,我们应当明确反对。在司法判决中,结合具体案例,有针对性地强调出嫁女的继承权,在裁判依据中明确写明国家制定法:我国《继承法》第九条规定:继承权男女平等。第十条规定:遗产按照下列顺序继承:第一顺序:配偶、子女、父母<sup>②</sup>。通过司法判决树立相关妇女的维权意识,引导移风易俗,构建稳定的规范制度。

**例二:**2001年发生在藏族聚居区B县德村和吉村的“吉垅草场纠纷案”中,当地县委、县政府在调解中既确认了历史上形成的草场适用习惯,也依据当地“命价”“血价”赔偿习惯解决了纠纷,从而在化解社会矛盾、维护国法“统一性”的同时,使民间习惯顺利地进入国法之运行机制<sup>④</sup>。

**例三:**2012年9月,黔西南布依族苗族自治州北盘江支流某布依族村寨某小偷在入室行窃过程中被主人发现,在逃跑过程中被主人及其邻居共四名村民持木棍、钢管等器械围堵暴打,小偷的四肢被打成粉碎性骨折后村民报警。警察到达之时,小偷已经重伤,便连夜送往医院进行治疗。村民依照布依族的习惯法,认为小偷被打是活该,拒不支付医疗费,后也未承担任何刑事责任<sup>⑤</sup>。

**例四:**2008年11月,青海省海南藏族自治州兴海县的措某某因摩托车加油的价格问题与先某某

发生争执,先某某的女婿仁某某先动手打了措某某,措某某便捡起一块石头还击,石头击中先某某的头部,并导致先某某当场倒地。先某某被送往医院救治,26天后救治无效死亡。事后,措某某主动投案,认罪积极,态度良好。按照当地的藏族习惯法,措某某的亲属请求部落与村委会对双方当事人进行调解。经过调解,措某某及其亲属赔偿先某某的亲属人民币109万元并获得谅解,最终被害人亲属请求法院不追究措某某的刑事责任<sup>⑥</sup>。

针对上述4个案件,根据韦伯把理性分为形式理性和实质理性的观点:形式理性是一种手段、程序上的客观地判断;实质理性是目的、价值上的判断<sup>[6]</sup>。我们可以看到的是,上述案件都体现了具有实质理性的习惯法,这样的习惯法包含了当地人民的价值判断,在某种程度上能缓和矛盾、化解纠纷,在当地百姓心中也得到了认可。实践法理性的关键在于迎合社会的主流观点和意见,形成民意基础,符合社会公众的价值观<sup>[7]</sup>。

民商事领域的少数民族习惯法的司法对待研究已经逐步完善,针对上述的“冲突型”习惯法,在保证其合理且无害的条件下,结合当地文化传统适时适用,能起到更好的法治效果。有学者也在罪刑法定背景下对民族刑事习惯法的作用机制进行了研究,大部分的结论都是否定民族刑事习惯法的使用,认为其缺乏形式保障,不足以保证法律的稳定性和权威性。但现实反复证明,刑法背后有只“看不见的手”在左右着法官、影响着立法者,在司法领域民族刑事习惯法通过“变形虫式的思维方式”<sup>[8]</sup>,借助法官的自由裁量权和国家刑法中的一些模糊性条款或开放式规定发挥作用。

通过分析可以得出目前少数民族习惯法的刑事领域的司法对待,一方面手段多为调解或者和解,通过理老或者德古等权威人士,将传统思维方式和价值观灌输给当事人双方,从而化解矛盾;另一方面地域基本在基层,各个少数民族习惯法都包含了该民族的风俗习惯、地域文化,因此,只有真正懂得乡风乡俗的司法工作者才能更好地进行司法判断,从而保障司法的公正性和合理性。其实少数民族地区在罪刑法定原则的指引下,司法实践的结果不能收获良好的社会效果。正如卢梭指出,成文法律不是绝对理性的,他认为成文法是对强者有利的,是弱者的桎梏,是富者的力量来源<sup>[9]</sup>,所以单一的依靠法律执行,或许具有实现了依法司法,但是对于世间人情则显得有些淡漠,因此正如拉德布鲁赫所说:法律的形式理性和实质理性的关系虽然经

常是紧张的,但通过妥协、相互的牺牲可以达成统一,这样既能实现司法的公正性、合法性又能实现司法的合理性。

对此,将“冲突型”少数民族习惯法再分类:针对这种会跳出国家法框架,但是又有其存在合理性的习惯法,我们可否选择尊重这种文化存在的必要性。“冲突型”习惯法的司法对待,因其独特的“生存环境”,不能进行推广,但因其存在可使得人民信服、安定,我们应该考虑在不损害国家利益和社会利益的前提下,承认并在法律适用时不必然排除适用。而针对强奸、杀人犯罪这类恶性较大,危害性较强的刑事犯罪,尽管某些习惯采取私了的解决方式,但由于其损害了公民基本权利,不应给予正式法源地位,不能作为司法依据。

社会规范影响着社会的发展,一部分促进,一部分损害,针对“冲突型”的社会规范,我们应该重视并重新审视和谨慎对待。少数民族地区特殊的人际交往方式和地方司法文化内涵以及司法国情的特殊性和社会的法治要求影响着民族习惯在司法领域的适用<sup>[10]</sup>。对于少数民族传统习惯,国家的态度应当是:因地制宜,取精去粕,既要理性地引导、嫁接与改造,又要智慧地包容。在立法方面,将已经在民族地区实施且行之有效,具有普遍适用性和合理性的“互补型”习惯法,通过立法行为转化为一般性法律规范,使其成为正式法源;但对于“冲突型”习惯法则要慎重,百害而无一利的民族习惯是必须坚决取缔的,而对于相对缓和的民族习惯,则留给少数民族地区的司法工作者们理性对待。另外,全国人大常委会,省、自治区、直辖市、所有设区的市、自治州(县)的人民代表大会常务委员会根据本行政区域的具体情况和司法实践需要,在不与宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,收集、筛选本地区经常作为定纷止争的行为规范的习惯,进行“加工”确认其作为正式法源的效力,使其成为具有合法性和合理性的法院裁判依据,由法官根据案件的具体情况而选择适用。在司法方面,刑法第九十条:民族自治地方不能全部适用本法规定的,可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则,制定变通或者补充的规定,报请全国人民代表大会常务委员会批准施行;2012年《刑事诉讼法》的修订,增加了和解制度,为民族刑事习惯法的适用提供了法律依据。无论是民商事领域还是刑事领域,审判活动都包含着法官的主观能动性,提升司法工作者的运用民族法的意识和在司法实践中的甄别能力,

不惧用也不滥用,将判决建立在正式与非正式法源的基础之上,从而实现法律效果和社会效果的统一。

法律是社会的产物,法律与风俗习惯有密切的关系,它维护着现存的制度、道德和伦理等价值观念。人类作为群体性动物,规范是交往之必须,但是规范并非必然是人们有意安排的结果,它本就是一种文化的积淀,拥有一方水土的意蕴和其独特的力量。由于习惯法在人们观念中的根深蒂固以及习惯法对社会关系调整的强劲作用,在民商事和刑

事领域,我们是不是应该更多地关注民族习惯,理性对待法律的形式和实质。正如埃利希所言:“在当代以及任何其他的时代,法的发展重心既不在立法,也不在于法学和司法判决,而在于社会本身。”少数民族习惯法在司法的对待上,法理与情理是不变的命题,但是在中华民族的传统文下兼顾法与情去探讨民族法的司法对待或许更能实现习惯法和国家法的良性互动,为审判实践提供法律和制度的保障。

#### 注释:

- ① 以“民族习惯法”为主题查阅中国知网数据库可发现,自1988年以来,共有1,189篇相关文献,其中,自2010年以来,每年的文献量近85篇;以“少数民族习惯法”为主题查阅中国知网数据库可发现,自1988年以来,共有1070篇相关文献,其中,自2010年以来,每年的文献量近77篇。
- ② 《中华人民共和国继承法》(第9条、第10条),北京:法律出版社,2017年6月。
- ③ 《中华人民共和国物权法》(第85条),北京:中国法制出版社,2016年2月。
- ④ 参见扎洛.社会转型期藏区草场纠纷调解机制研究——对川西、藏东两起草场纠纷的案例分析[J].民族研究,2007(3):31-41+108.
- ⑤ 参见顾梁莎.少数民族习惯法的“合法性”路径[M].北京:中国社会科学出版社,2017:24-26.
- ⑥ 高其才.当代中国的刑事习惯法[M].北京:中国政法大学出版社,2016:45.

#### 参考文献:

- [1] 亚里士多德.政治学[M],吴寿彭,译.北京:商务出版社,1965:170.
- [2] 谢晖.民间法、民族习惯法专栏主持人手记(七十):习惯的规范研究[J].甘肃政法学院学报,2019(2):24.
- [3] 梁治平.清代习惯法[M].桂林:广西师范大学出版社,2015:141.
- [4] 廉睿.法律多元视角下的少数民族习惯法及其未来命运——以西南少数民族习惯法为研究范本[J].唐山学院学报,2016,29(2):40-44+85.
- [5] 刘艺工.中国少数民族习惯法的特点[J].兰州大学学报,2004(1):109-114.
- [6] 高其才.中国习惯法论[M].北京:中国法制出版社,2008:21.
- [7] 陈金全.西南少数民族习惯法述论(上)[J].贵州民族学院学报(哲学社会科学版),2004(1):10-17.
- [8] 王飞,吴大华.少数民族习惯法的当代法治意蕴研究[J].铜仁学院学报,2014,16(1):60-62.
- [9] 李雪菁.彝族习惯法与国家刑事制定法调适探析——以凉山彝族地区为例[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2020(5):16-20.
- [10] 田成有.论国家制定法与民族习惯法的互补与对接[J].现代法学,1996(6):101-105.
- [11] 高媛媛.民商事习惯与区域市场法治研究——以藏族和回族为例[J].柴达木开发研究,2014(5):48-51.
- [12] 潘海生.苗族纠纷的解决方式研究[D].贵阳:贵州大学,2009.
- [13] 刘祥超.远去的传统与理性的法律——“文明转型”的法哲学解读[J].民间法,2014,13(1):2-14.
- [14] 公丕祥.法制现代化的理论逻辑[M].北京:中国政法大学出版社,1999:73-74.
- [15] 季晨激.民意沟通:公共理性的司法构建基础[J].政法论丛,2017(3):25-31.
- [16] 卢梭.论人类不平等的起源和基础[M],李常山,译,北京:商务印书馆,1962:128-129.
- [17] 魏汉涛.罪刑法定背景下民间刑法的作用机制[J].中南民族大学学报(人文社会科学版),2013,33(4):110-115.
- [18] 郭剑平.论民族习惯法在民事司法中的适用[J].湘潭大学学报(哲学社会科学版),2012,36(2):42-46.
- [19] 埃利希.法社会学原理[M].舒国滢,译,北京:中国大百科全书出版社,2009:269.