



民间规范是如何被写进判决书的

——从“吊唁权”案微观分析*

黎 敏

提 要：探索民间规范如何进入司法是一个当下热门而有意义的话题，但是，应该认识到民间规范进入司法的方式是多样的，应以不破坏民间规范本身具有的具体性和状况性等特性为前提。对“吊唁权”案判决书的微观分析正是为了表明：很多民间规范内容不确定，规范化程度不高，因而不适宜直接作为法官的判决依据；那种希望通过提高民间规范的规范程度以使之能够被法官“适用”的主张可能恰恰会破坏了民间规范本身的价值。

关键词：民间规范；国家法；司法适用；规范性

一、问题的提出

“民间法”这一理念一经被接受，立即就将我们关于“法律是什么”的视野拓展了：从“书本上的法”扩展到“行动中的法”，从国家法构造的秩序扩展到活生生的生活秩序。随之而来的问题是：认识到这样一种不同于国家法秩序的民间法秩序的存在对于法学研究、立法及司法到底有何意义？有学者指出：“民间规范的研究目的，大致有两个路向：其一是把民间规范设法导入到立法活动中，从而使民间规范进入国家正式法律体制中；其二是把民间规范导入到司法活动中，从而使民间规范以辅助的方式进入到国家秩序的构造中。”¹这一论断准确明示了民间规范如何与法学研究及法律实践相联系。鉴于将民间规范导入立法活动面

* 作者黎敏，女，厦门大学研究生，研究领域为法学理论。E-mail: xx6228344@126.com

¹ 谢晖：“初论民间规范对法律方法的可能贡献”，《现代法学》2006年第5期，第28页。

面临着“要经历一个较为漫长而复杂的过程”、“相当部分民间规范难以上升为一般法律”以及“民间规范会随着生活而不断变化”²等现实困难，许多学者将研究重点投向民间规范进入司法的方式和程序等问题上，以期在司法实践中运用民间规范更好地解决实际纠纷提供理论支持。³总体来说，这些学者对民间规范进入司法的研究大致采取两种路径：一是从理论、逻辑层面论证民间规范进入司法的正当性和可能性，主要从法律解释及法律论证等法律方法的理论视角切入；二是从司法个案入手说明实在法存在不足以规整现实之处，需要民间规范的“出场”来填补“法律漏洞”或者需要以民间规范的“亲民性”为解决纠纷提供更加充分合理的判决理据。

本文的出发点亦是对民间规范如何进入司法这一问题的关注，但并不打算仅从逻辑上一般性地讨论民间规范进入司法的可能性问题，也不是想要通过司法个案简单地“证立”“司法过程需要民间规范”这一命题，而是希望从一个简单的司法判决入手，更微观地审视所谓民间规范在司法判决中到底如何被运用⁴，它能在什么时候并在多大程度上“出场”，又在什么时候被“隐蔽”起来？以及，可能有哪些原因导致了这一情况的产生？与那些认为民间规范在司法中得不到更多适用的原因仅仅是由于国家立法中关于“民俗（民事习惯）适用”的规定有重大缺陷的学者观点⁵不同，本文的分析意在指出：民间规范在司法适用中“成绩不理想”⁶可能存在更为多面的原因，而并非单纯是因为国家法对民间规范的不认可、避讳甚至压制。

二、“吊唁权”案始末及相关问题

2007年1月8日陈剑春在驾驶摩托车过程中从背后将前方步行的妻子姜芸撞死。事故发生后，姜芸的遗体被运回陈剑春家中。其后姜芸的父、母、弟、妹四人（即本案原告）及其他亲属在陈剑春家中就姜芸的后事处理进行交涉，双方情绪激动，当地街道办事处、村委会有关部门派员进行协调未有结果。后陈剑春因涉嫌交通肇事罪被刑事拘留，姜芸的后事转由陈剑春的父亲陈万新（即本案被告）负责处理。1月25日，在由民警召集事故双方亲属代表参加的协商会上，民警将尸体处理通知书送达给陈万新，双方就姜芸尸体火化的日期、仪式、骨灰安葬、子女抚养等问题进行了协商。陈万新方代表提出1月28日即死者“三七”祭日，在南通市殡仪馆对尸体进行火化，骨灰安葬在峨眉山公墓。原告方对安葬日期没有提出异议，只是提出安葬地点要另行商议。但此后双方实际并未再作沟通。1月28日，由陈

² 参见厉尽国：“民间规范司法适用制度化相关问题研究”，《山东大学学报》2009年第5期，第53页。

³ 这方面的研究成果很多，就笔者所接触到的而言，可列举如下代表性著作或论文：贾焕银：《民间规范的司法运用》，北京：中国政法大学出版社，2010年；厉尽国：“民间规范司法适用制度化相关问题研究”，《山东大学学报》2009年第5期，第53-58页；谢晖：“初论民间规范对法律方法的可能贡献”，《现代法学》2006年第5期，第28-37页；范愉：“民间社会规范在基层司法中的应用”，《山东大学学报》2008年第1期，第13-22页；贾焕银：“民间规范的性质及其司法适用逻辑分析”，《山东大学学报》2009年第4期，第9-15页；王彬：“民间法如何走进司法判决——兼论‘顶盆继承案’中的法律方法”，载谢晖、陈金钊主编：《民间法》（第七卷），山东人民出版社，2008年，第51-60页；田成有：“民俗习惯在司法实践中的价值与运用”，载谢晖、陈金钊主编：《民间法》（第七卷），山东人民出版社，2008年，第61-67页等。

⁴ 本文认为司法过程中对民间规范的“运用”和“适用”是不同的：“运用”只表明司法过程中使用过相关的民间规范或者其理念，而“适用”则指法官将民间规范作为判决依据。比如法官在判决中运用民间规范以达到更好的说理目的是对民间规范的“运用”但却不是对其进行了“适用”。

⁵ 持这样观点的学者很多，例如厉尽国认为民间规范在司法中适用不多的原因在于缺乏相关制度保障，建议有必要建立一种民间规范司法适用的常规机制。参见厉尽国：“民间规范司法适用制度化相关问题研究”，《山东大学学报》2009年第5期，第53-58页。

⁶ 尽管近些年在官方和学者们的共同推动下，法官们运用民间习俗处理具体案件已不再面临那么大的阻力了，但有关调查显示，法官在司法活动中运用民俗习惯主要是发生在诉前或诉讼中的调解阶段（57%），而不是判决阶段（11%）。参见董鐸淳、陈胜蓝：“放宽法律的视野：民俗习惯在我国审判中运用的现状研究”，《西部法学评论》2008年第6期，第29页。

万新主持操办了姜芸的殡葬仪式。姜芸的亲属没有参加。后姜芸的上述亲属以陈万新在未通知他们的情况下将尸体火化，侵犯了他们对姜芸遗体的管理处分权及吊唁权，造成他们精神上的极大痛苦为由，要求陈万新公开赔礼道歉并赔偿精神损害抚慰金。陈万新辩称，在民警主持的协调会上，其已与原告商定于1月28日在南通市殡仪馆将尸体火化。原告没来参加殡葬仪式的责任自负，被告对此无任何过错，也未阻挡原告方吊唁，更何况已赔礼道歉，不同意再赔偿精神损害抚慰金。法院经审理认为被告在具体操办丧事过程中漠视了原告方对死者遗体应有之人格利益，并且未采取措施防止该人格利益的逸失，导致原告方痛失向死者表示最后哀悼的机会，蒙受精神上的痛苦，故被告对原告应给予相应的精神损害抚慰金，当属情理之中。最终法院依照《中华人民共和国民事诉讼法通则》和《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的相关条款作出了有利于原告的判决。双方均未上诉。

7

一般的案例分析文章可能只关注于对法官判决书文本本身的分析，但笔者认为，书写判决书文本从某种意义上来说，其实只是诉讼的环节之一。诉讼是一个过程，当事人的诉状被法院受理时就启动了这一过程，从此法官这个本来与原被告生活毫无关系的第三者将参与进他们的生活内部，并就与该案有关的范围内与双方当事人发生广泛的联系。与我们在文书中看到的不同，法官面对的是活生生的、带着自己全部感情和社会关系参与进来的双方当事人。法官面对的是一个现实的纠纷，而不仅仅是一份限期要呈交判决书的工作任务。他要做的事情，除了最终书写一份判决书外，更重要的是尽量在他这里将这个纠纷了结。与我们现在阅读判决时的心态不同的是，法官在书写判决时要面对各种现实的压力：这样处理是否允当，判决理由是否充分合理、当事人双方是否会服判、如果上诉，上级法院会不会改判……所以说，判决书并不是一个可以和诉讼过程割裂开来看的独立存在的文书，它与案件的客观事实有关，与诉讼过程中当事人的表演和展示有关，也与法官本人的认识和判断有关，甚至与案件发生时的社会背景有关，离开了对诉讼场景的了解将无法真正理解一份判决书的全部内容。遗憾的是，这个案件发生在过去，笔者已无法参与到其诉讼的全部过程之中去了解这个案件及案件的处理。对一些事实的分析，我们或许只能依据判决书的相关描述并凭借我们的常识和经验进行想象和分析，当然笔者并不是要再次还原当时的全部场景，而只是要对与本文主题有关的部分重要事实进行合理推测和分析。下面我们就先根据本案基本事实来想象和推测一下法官面对本案时的大体场景。

当法官首先接触到这个案件时，他或许会对本案的荒诞不经感到惊讶：丈夫开车撞死了自己的妻子，妻子的家属因没有被通知参加葬礼而来状告婆家人侵犯了“吊唁权”？这是一个多么奇怪而新鲜的案子！但他会马上发现这也是一个棘手的案子：首先这是一个涉及到人命的案件，尽管姜芸的死亡与本案要处理的法律关系并没有直接关系，但本案毕竟是由此起，“人命关天”的传统观念在现在也还一直存在。而且似乎可以假设姜芸的亲属之所以会提起这个案件与他们对姜芸“冤死”的愤怒是有密切关系的。撞死姜芸的人正好是其丈夫，这一点甚至比被一个陌生人撞死还要令其亲属难以接受，如果平时夫妻不够和睦，姜芸的亲属完全有可能怀疑这是谋杀，因而在姜芸死后，他们曾以陈剑春涉嫌故意杀人罪向公安局报案，可见他们在很大程度上并不认为姜芸的死仅仅是一个意外，他们对于所谓“吊唁权”的

⁷ 案例来源：国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览》（2008年民事审判案例卷），北京：中国人民大学出版社、人民法院出版社，2009年，第125-128页。需要说明的是，本案在某种程度上应该说是一个判决得到官方认可的、被认为处理较好具有典型示范意义的案例。这是因为：首先收录本案的书尽管不是官方的，但至少也有半官方色彩，其编委、编辑都有法院内部的人直接参与，该书“再版序言”中宣称该书的宗旨在于：“为了反映我国审判工作概貌，指导审判实践，促进法学研究，向海内外介绍我国法制建设的成就和执法水平……”；其次本案判决中多次提到本案纠纷在街道办、村委会等有关部门的协调下均未能解决，而法院通过本判决至少从解决纠纷的层面上给本纠纷划上了句号（未上诉），从某种程度上反映出法院解决纠纷达到了良好社会效果；最后，本案判决书以“公序良俗”作为主要的说理依据的方式得到认可，从某一侧面表明本案法官的说理方式得到了赞许。

主张可能很大部分是借题发挥。其次，两家的纠纷在姜芸死后就一直以各种形式出现，当地街道办、村委会等有关部门对此进行了多次协调均未能解决，说明两家“仇恨”已深，要想在法院解决他们的纠纷也并不容易。⁸最后，原告所主张的“吊唁权”在法律上并没有直接规定，找不到相关法律依据。而如果以此为由判决原告败诉的话⁹，就两家的纠纷而言肯定是仍旧没有解决的，反而堵死了原告通过正常渠道“泄愤”的途径，导致矛盾激化下去。经过以上一系列可能的对本案的分析和把握后，法官就必须面对要如何才能更好地、合理合法地解决这个纠纷的问题了。

笔者之所以甘愿冒着被指责为“完全凭空编造”的危险来作这一番法官面对案件时的考量的想象，是因为如前所述，笔者认为案件自身所携带的各种情况和现实因素不可避免地要影响到法官最终选择如何解决案件纠纷的方法。而这一点与本文要讨论的主题，即民间规范在判决中的“出场”可能是有密切关联的，它可能为民间规范“出场”作为说理工具做了铺垫：如果本案不是发生在“丈夫撞死妻子”的特殊情况下，法官会费尽心思地去为论证所谓的“吊唁权”寻找各种理由吗？会仅因原告提出“吊唁权”受侵害就支持其“精神损害赔偿”的请求吗？¹⁰进而，本案中涉及的“民间规范”还有“出场”的机会吗？很难说。

三、民间规范如何“出场”与“隐蔽”

首先应认识到的是，在我国正式制定法中，并未对所谓“吊唁权”作任何规定。是否存在“吊唁权”，如果存在它是什么性质等问题在本案发生的时候对于法官来说都不清楚。

“吊唁权”的产生可能与人们重视死亡的态度有关。出生与死亡可能是人们最在意的两件事了：人出生之时，往往要进行庆贺，以表达对新生命进入世界的欢迎；死亡之时要举行葬礼，亲朋好友都会前来追悼，以缅怀哀思。在人死亡的时候通知其生前亲朋好友前来追悼被认为是人之常情，常有人因未能参加亲人好友的葬礼而抱憾终身。因而被通知参加亲人葬礼进行吊唁的“吊唁权”与其说是一个实实在在的权利，不如说是根据人们的自然感情而生发的一个习惯行为，换言之，它更接近于一种善良风俗。因此，要考量这一民间规范是如何被写进本案判决书的，就必须考量两个方面：即它是怎么“出场”的？它是不是一直在场？如果不是，它又如何被“隐蔽”起来？

首先，民间规范在本案判决中是如何“出场”的？

学者们认为目前民间规范的司法适用在实践中大体存在三种情形，即：个案隐蔽适用、个案公开适用以及作为辅助法源一般适用。在个案隐蔽适用的情形中，除特定情况外，法官一般借助较为抽象的“公序良俗”来适用民俗习惯。¹¹在本案中，民间规范并没有一开始就直接“出场”。针对原告提出的“吊唁权”受侵害及因此而导致的精神损害赔偿的主张，法官采取的策略是先从现存制定法的角度进行论证，因而他就必须先回答以下基本问题：这里所谓的“吊唁权”到底是什么性质？能否受到法律的保护？如果受到法律保护，那理由又是

⁸ 这一假设似乎可以由本案最终是由判决来解决的这一结果来得到反证。一般来说，对于这种“棘手”的案件，法官的首选应当是尽量说服双方通过调解来解决，但本案显然没能达成和解。

⁹ 此前各地有发生过几个祭奠权或悼念权的案件，但法院对此态度不一，有的是法院直接驳回原告诉讼请求了结，有的则在法官的说服下和解，以原告撤诉的形式解决。参见杨立新：“诠释祭奠权——兼说民事习惯作为判决依据”，载“杨立新民商法评论”，网址：<http://www.yanglx.com/dispnews.asp?id=117>，访问时间：2010年7月22日。

¹⁰ 据笔者了解，目前法院在支持“精神损害赔偿”的请求时一向很慎重，例如在笔者曾实习过的广东省东莞市民三庭（现已重新编组），处理交通事故案件时，除非面对被评定了伤残等级的原告，否则是不会认可有所谓的“精神损害”的。

¹¹ 历尽国：“民间规范司法适用制度化相关问题研究”，《山东大学学报》2009年第5期，第54页。

什么？只有先回答了这些基本问题，才有可能进而对原告的主张作出相应处理。于是，法官首先指出：“被告在具体操办丧事过程中是否漠视原告方对死者遗体应有之人格利益，以及是否采取措施防止该人格利益的逸失，这才是本案之关键。”这里我们看到法官对本案关涉的问题进行了第一次转化：即通过将“吊唁权”这一在《民法通则》中并无体现的、实际上是民间习俗提出的权利主张转化成了“人格利益”这一抽象表述，从而顺利将一个由日常习俗引发的纠纷转化成了与制定法相连接并可以用现代民法概念进行理解的语言和问题。

12

但是，仅仅进行这样的转化还不够，因为毕竟在制定法中找不到关于“吊唁权”的规定，要如何解释才能将侵犯“吊唁权”与“人格利益”的逸失结合起来呢？法官继而在判决理由中写到：“本案中四原告系死者姜芸的近亲属，在姜芸殡葬仪式上，对死者进行最后的吊唁和表达哀思，属亲属间正当的情感利益，符合一般的道德观念即善良风俗，系应受法律保护的人格利益。……”在此，法官借助了“符合善良风俗”这一抽象原则来为民间规范的“出场”制造机会，通过将“善良风俗”这一概念引入，将对抽象的“人格利益”的讨论拉回到对现实生活的理解中去，从而完成了第二次论证上的转化。如果将民法上未对“吊唁权”进行规定视为一个“法律漏洞”的话，法官要对此进行漏洞补充的时候也没有选择直接运用“近亲属有权被通知在死者葬礼上进行追悼”这一民间规范进行，而是以符合《民法通则》中“公序良俗”的相关规定对其进行了相应转化，至此这一民间规范以“善良风俗”的面孔作为论证理由终于进入了本案判决的世界，不过它的这一“出场”有些“遮遮掩掩”，如前所述，它“出场”之前首先经历了一次由习俗向现代民法抽象概念的转化，作为论证理由的时候它还不是以本身的“规范”形式出现的，而是经过了“善良风俗”这个更符合制定法要求的概念的再次转化，实在是“千呼万唤始出来，犹抱琵琶半遮面”。

其次，民间规范在判决中是如何被“隐蔽”的？

通过前面对民间规范如何“出场”的分析，我们已经可以隐约感到法官在面对民间规范使用时的遮掩：为了清晰说理以解决眼前纠纷，他需要利用民间规范作为判决合理性的说理工具，而为了不超越实定法律的界限，他又必须将这一规范先转换为制度内可以接受的概念，“善良风俗”就被选择来作为沟通实在法规范和民间规范二者鸿沟的桥梁。

如果说在判决的说理部分我们还有机会看到民间规范的“遮面出场”，那么在陈述判决依据的部分，我们将看到民间规范如何被彻底地“隐蔽”起来。本案法官在写判决依据的时候完全是“依法判决”，他只罗列了《中华人民共和国民事诉讼法》和《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》中的若干条款，对本案中作为“善良风俗”而存在的民间规范只字不提。可以说本案的处理与其他类似案件中法官的处理方式是大体一致的，“绝大部分案件的司法处理是：法官只是在案件审理过程中将民俗习惯作为解决纠纷的说理理由；在裁判文书中则体现为法官凭借自己的审判经验和智慧，运用自由裁量权对善良风俗加以甄别和转化，或者用法律条文对善良风俗做出合法性解读，再加以转化适用。在裁判文书中直接将民俗习惯作为裁判规则依据或者说理方法的则非常少。”¹³

四、民间规范在判决中缘何被“隐蔽”

¹² 根据编辑附在本案后的解说，可知从现代民法的角度来看，法官认为吊唁权应属人身权的延伸。根据民法理论，人身权包含人格权和身份权两部分。亲属权是身份权的一部分，亲属权是除了配偶和父母与未成年子女之外的其他近亲属之间的权利义务关系。亲属权包括尊敬、帮助、相互扶养、吊唁、家事代理等内容的权利。（参见国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览》（2008年民事审判案例卷），北京：中国人民大学出版社、人民法院出版社，2009年，第127-128页。）显然，他们希望通过这样的解释将吊唁权这一新主张纳入民法体系之中。

¹³ 韩红俊：“民俗习惯的司法运用机制研究”，《前沿》2010年第2期，第76页。

为什么法官不能或不愿直接适用民间规范作为判决依据,既然他已经认定制定法中对将要解决的问题缺乏规范,而且该民间规范与现行制定法的原则并不相冲突?这是民间法学者在研究中经常提出来的一个疑惑。对此,他们一般给出以下理由:首先,在我国立法上,明确涉及民俗习惯的法律条文不多,也没有认可习惯的法源地位¹⁴,更没有习惯法的适用机制¹⁵,导致法官适用民间规范作为判决依据没有法律上的依据;其次,法官囿于严格法治观的限制,没有将民间规范或习惯法等另一种运行于民间的活生生规制人们生活的秩序当做法源,自然也就不可能依据它们来判决案件。他们只是在迫于解决纠纷或化解矛盾的实践需要而援引习惯法时,不得不以某种不公开的和非正式的方式进行操作。¹⁶

这里隐含着学者们的一个预设,那就是“将民间规范直接作为判决依据进入司法裁判是可欲的”。姑且不去讨论这个命题正确与否,我们或许可以追问:为什么这些法官允许民间规范在判决书中以某种形式“出场”,却不能允许它们出现在判决依据那里?为什么他们要千方百计地将民间规范通过转化、置换乃至修改的方式以实现其与国家法的某种对接?这些都仅仅是因为国家法对民间法作为法律依据的强势压制和否定吗?笔者认为,国家法对民间法的诸种态度可能是原因之一,但却不见得是全部的原因。如果我们愿意反过来同样正视民间规范本身所可能具有的“缺陷”¹⁷的话,我们可能会对这个问题有更加全面的认识。以下,笔者将从民间规范本身的某些特点入手,说明为什么民间规范在本案中并不适合直接用来作为判决依据。

首先,很多民间规范的内容比较模糊,很难确定其具体的权利义务内容。梁治平曾指出很多习惯法是以“法谚”的形式被明确表达的,这些习惯法有的是民间交易习惯,有的是一些日常交往行为的基本原则,由于长期被实践和运用而形成了比较确定的权利义务内容,如“租不拦当,当不拦卖”,“中三笔二”等¹⁸。但除此以外的很多属于所谓“善良风俗”范围内的民间规范由于平时人们只是凭着习惯或情理来遵守,则可能只具有相对模糊的内容就已足够,对双方的行为并没有那么明确的规定性。这样的民间规范如果要运用于司法中,法官很难判断到底哪些才是其具体内容,双方当事人的具体权利义务关系难以划清。

比如在本案中,原被告双方对所谓“吊唁权”的存在并没有什么争议,但在“吊唁权”是否被侵犯方面却明显存在争议。原告认为被告陈万新在未通知他们的情况下将尸体火化就是侵犯了他们的“吊唁权”,显然主张被告对其“吊唁权”的实现负有通知义务;而被告认为原告在此之前明明已经知道了举行葬礼的时间和地点,而“原告没来参加殡葬仪式的责任自负,被告对此无任何过错,也未阻挡原告方吊唁”,就已经充分尊重了原告的“吊唁权”。可见双方对于存在“吊唁权”这一民间规范大致有共识,但是对于这一民间规范具体包含的内容认识并不一致。这里显然需要判断在所谓“吊唁权”这一民间规范之中,是否包含了通知的具体义务?而且在对方已经明确知道了葬礼的时间地点的情况之下,是否仍负有积极通知的义务?现实的做法一般是与死者同住的家属有义务通知死者其他的亲朋好友参加其葬礼,但是在对方已经明确知道了葬礼的时间地点时,则一般不需再特别通知,因为推定他们知道了就会来参加。因此,后一种情况之下的“通知义务”就是不确定的。本案法官在认定被告在后一种情况中仍负有通知义务时亦颇费了一番脑力,他说:“操办者陈万新虽提出于1月28日火化,但在姜芸尸体最终被火化前,在四原告等人未在场的情况下,仍应依善良

¹⁴ 参见江西省高级人民法院研究室:“直面民俗习惯的司法之难”,《法律适用》2008年第5期,第13页。

¹⁵ 参见历尽国:“民间规范司法适用制度化相关问题研究”,《山东大学学报》2009年第5期,第53页。

¹⁶ 参见董鐸淳、陈胜蓝:“放宽法律的视野:民俗习惯在我国审判中运用的现状研究”,《西部法学评论》2008年第6期,第27-29页。历尽国:“民间规范司法适用制度化相关问题研究”,《山东大学学报》2009年第5期,第54页。

¹⁷ 从很大程度上,笔者将要指出的所谓民间规范的“缺陷”,其实并不能准确地被称为“缺陷”,因为这些“缺陷”正是民间规范的特性,恰恰是它的存在方式之一。

¹⁸ 参见梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,北京:中国政法大学出版社,1996年,第41页。

风俗充分尊重原告与死者间的亲情,并积极通知原告方参加吊唁,这才系符合民间情理之举。但被告却以消极之态对待原告方的缺席,不管缺席之理由是否正当便将尸体火化,使原告方痛失向死者表示最后哀悼的机会,铸成终身的遗憾。……”仿佛是肯定了被告的积极“通知义务”存在,但是,随后在对原告行为的进行评价时,法官又写到:“原告在 2007 年 1 月 25 日就已经得知姜芸尸体将在 10 日内火化,商谈中被告已提及于 1 月 28 日举行殡葬仪式,但原告方既未当即否决被告之意见,事后又未向被告提出更改仪式时间,在 1 月 28 日当日亦未作进一步的时间确认,从而错过殡葬仪式。原告方对此也有疏忽。”如此说来,原告方也不能被动地等待被告履行“通知义务”,而应该自己主动进行询问确认了。各打五十大板,这就是法官的策略。但法官能够对双方各打五十大板的基础却恰恰在于该民间规范本身的不明确性。

其次,多数民间规范只能大体确定人们的行为模式,但是对违反此规范要承担何种后果没有涉及。“一般来说,法律规范是由事实构成和法律后果两部分构成,如果我们以之衡诸民间规范,就会发现,民间规范的‘法律后果’并不像法律规范的法律后果一样具体、确定和易行。而是具有与‘事实构成’的直接相关性、不确定性和持续、复次的特点。”¹⁹民间规范的这一特点,决定了就算法官内心认可了这一规范,仍旧无法依据它作出具体的判决,²⁰也决定了法官只能透过某种形式的转化来加以“运用”而不是“适用”。例如在本案中,即使法官确认原告的“吊唁权”受到了侵害,他又能如何给予救济呢?就算他能够从“民间情理”中推出当原告的“吊唁权”受到无视时,被告应当对其赔礼道歉,他却仍旧无法回应原告提出的要求被告赔偿“精神损害抚慰金”的诉讼请求,因为这一请求权利无论如何从“吊唁权”的民间规范中是推不出来的。

以上两个来自民间规范自身的特性或许可以部分解释法官在判决书中使用各种策略以“隐蔽”使用民间规范的原因。权利义务内容不确定和缺乏“法律后果”的“规范”并不适宜作为判决依据,但却可以用来作为说理工具,有时候说理并不需要严格的逻辑推理,只要能说服人、达到人内心认同的程度就可以了,因而本案法官选择将“吊唁权”首先转化为民法中的人格权问题,再辅之以“善良风俗”和“民间情理”对当事人双方摆事实、讲道理,最后“严格适用”国家法作出了判决,其中既有“法”又有“情”,合乎“法”又合乎“理”,最终得到了双方的认同,也顺利实现了国家法与民间法的融合和某种程度的对接。²¹

五、尾论

然而指出很多民间规范因其自身特点并不适合于直接作为判决依据这一点,并不意味着笔者反对“在符合立法精神的框架下巧妙地发挥民俗习惯的能动性,以填补法律刚性所遗留

¹⁹ 贾焕银:“民间规范的性质及其司法适用逻辑分析”,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2008年第4期,第12页。

²⁰ 当然对于像“顶盆继承案”这样的不需要对方为积极给付的确权案件,即使民间规范本身没有规定具体的法律后果,法官也能依此作出具体判决。参见王彬:“民间法如何走进司法判决——兼论‘顶盆继承案’中的法律方法”,载谢晖、陈金钊主编:《民间法》(第七卷),济南:山东人民出版社,2008年,第51-60页。不过就算在这样的案件中,法官到底是将民间规范作为事实使用还是作为规范使用,学者间还存在较大争议。

²¹ 需要在此指出的是,这里的论证可能是有问题的,“实现国家法与民间法的融合”这个表达对于法官来说或许并不是其主观上所追求的目标。基本上,基层法官在司法中运用或转化民间规范时是实用主义的,他们并不出于追求为实现民间规范的秩序价值而使用民间规范。他们的追求很简单,即如何更好地解决纠纷,当国家法无法提供一个准确的依据或“严格依法”反而不利于纠纷解决时,他们才转向其他地方寻找“规则”和“理由”。苏力指出:“就司法而言,法官是惟一可以通过种种手段拒绝或在一定的限度内允许或承认习惯,并允许以习惯修改、置换国家制定法的人。如果他/她们不愿意,或者他/她们无法发现方便且比较安全的进口,那么,任何一方当事人即使想依据习惯影响司法,提出诉讼请求,他/她最终还是可能被法官拒绝。”参见苏力:“中国当代法律中的习惯——从司法个案透视”,《中国社会科学》2000年第3期,第131页。

下来的操作空间”²²，也不是反对探索以更多样的方式将民间规范纳入司法过程中，如将民间规范引入调解过程中、双方论辩过程中以及法官判决书的说理过程中等，更不是主张即使在那些条件成熟的情况下（如民间规范的规范程度已经很高的情况），法官也不能以民间习惯为判决依据；笔者所反对的是那种简单地从逻辑出发、从某种价值出发而不是从实际情况出发而一概主张法院应将民间规范作为判决依据的观点。这种观点还可能会导致进一步的推论，即如果民间规范不能作为判决依据的理由是因为民间习俗的规范程度不够，那么就应当为提高民间习俗的规范化提供一种制度化的保障，比如强调要“加强民间规范立法”、“建立一种民间规范司法适用的常规机制”²³、“提高民间习俗的规范性”²⁴等。正如有学者指出的那样，“在法院致力于将民间习俗规范化的努力中，也隐含着一种‘雄心’，即试图将民俗纳入法律的体系，加以标准化的操作”²⁵。笔者认为，这种主张提高民间习俗的规范化的要求在某种程度上就是主张要对民间习俗规范加以改造，使之适宜于作为裁判依据出现在判决书之中，那么需要问的就是，经过制度化改造的民间规范还是民间规范吗？它还具有那些因对人们生活带来方便才为人们所选择的民间规范的性质吗？它不会因为被打上制度化、规范化、标准化的烙印而失去了其本身的具体性、状况性等特性和优势吗？

当我们在追求某种东西的时候，可能会将它的美好程度放大，更会将阻挡我们实现这种追求的障碍物的缺点也放大，这两种放大都有害于我们认识事物的真相，因为当我们夸大其优点的时候我们或许已经丧失了对其本身的批判力。民间规范在某些方面确实具有国家法所不具有的积极价值，探索通过更多样的方式将民间规范体现的某些合理的民间秩序和理念吸收进司法过程中的做法值得肯定，但想通过对民间规范进行某种“改造”将其“硬塞”进判决依据中的观点却忽视了民间规范进入司法所可能有的多样性和灵活性。既然无论是对民间规范的“公开适用”还是“隐蔽适用”，实际上都体现了对民间资源和规范价值的一种肯认和尊重，那又何必一定要追求将其写进“判决依据”呢？

（初审编辑：高涛）

²² 董鐸淳、陈胜蓝：“放宽法律的视野：民俗习惯在我国审判中运用的现状研究”，《西部法学评论》2008年第6期，第31页。

²³ 历尽国：“民间规范司法适用制度化相关问题研究”，《山东大学学报》（哲学社会科学版）2009年第5期，第53页。

²⁴ 贾焕银：“民间规范的性质及其司法适用逻辑分析”，《山东大学学报》（哲学社会科学版）2008年第4期，第12页。

²⁵ 范愉：“民间社会规范在基层司法中的应用”，《山东大学学报》（哲学社会科学版）2008年第1期，第19页。