

民间习惯与法律的互动——以农村土地利用为切入点

赵小浪, 张晓萍* (东北林业大学文法学院, 黑龙江哈尔滨 150040)

摘要 伴随着“本土资源论”、“民间法”等多元法律概念的流行, 民间规范与法律的互动也开始被认同为一个有价值的研究范式。从农村土地利用中的民间习惯着眼, 考察了习惯对法律的影响, 及习惯自身相对独立的社会控制功能, 并对民间习惯对制定法的现实影响进行了一定的法治思考。

关键词 民间习惯; 私人监控; 制定法

中图分类号 S-9 **文献标识码** A **文章编号** 0517-6611(2015)11-343-02

The Interaction between Folk Custom and Law—Taking Rural Land Utilization as the Breakthrough Point

ZHAO Xiao-lang, ZHANG Xiao-ping* (Institute of Grammar, Northeast Forestry University, Harbin, Heilongjiang 150040)

Abstract With the increasing popularity of diverse legal concepts such as “Local Resources”, “Folk Law” and so forth, the interaction between folk regulation and law is also considered as a worthy research model. Starting from folk custom in rural land utilization, the impact of custom on law was investigated, as well as the independent social control function of custom itself, the realistic influence from folk custom to statute law was considered.

Key words Folk custom; Private monitoring; Statute law

我国现行法的许多法律概念, 特别是“物权”的概念与体系, 几乎都是舶来品, 是法律移植的产物。当初在制定《民法通则》的时候, 人们对“物权”的概念极为陌生, 所以, 《民法通则》第五章第一节竟最终使用了“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”这一极度拗口的概念来取代“物权”^[1]。而在我国农村地区, 法律规定土地属于国家或集体所有, 个人无所有权。对此, 《物权法》第三编“用益物权”中又专门创设了“土地承包经营权”与“宅基地使用权”对其进行调控。但在我国民间, 特别是农村地区, 对土地的利用, 自有其成熟的一套体系。因此, 有必要对民间习惯中农村土地の利用与移植来的法律机制进行考察与分析, 这或许对当下法学界争论较多的法律移植的“水土不服”问题有些许借鉴意义。

1 农村土地利用中的民间习惯

1.1 民间习惯对法律空白的填补 一般认为, 在一个熟人社会中, 广泛存在着以舆论和道德等为准则的私人间的监督, 这种监督与法律并行, 甚至在某些法律暂未触及的领域, 可以起到替代法律的效果, 即弥补法律空白^[2]。比如在农村广泛存在着的坟地, 坟地是国人家族传承和延续的象征, 是国人根文化和殡葬所系, 和我国的传统文化密不可分。但是坟地的权属系于何人、它的占有和使用权归谁、是否具有可处分性? 特别是在一些因承包地的流转, 自家的祖坟所处土地已被他人承包的情况下, 应当如何处置? 这在我国现行法中很难找到答案。但在民间, 对于坟地的权利和义务却有着自己的习惯性规则。民间习惯中没有所有权之概念, 坟地权属的设立主要是人们观念上的认可, 任何人对坟地都没有处分权, 即使是坟地所处土地的承包人。而且, 因受传统风水的影响, 在该坟地周边的一定范围内, 具有排除外人再建坟地的权能。上述规范一般是以群体间道德和舆论的约束

来维系的。虽然我国的物权法并不将坟地列为一种新的物权形态, 但是, 在各地对土地进行征收补偿的过程中, 为了减小阻力, 一般都会将坟地单独列项计算补偿^[3]。

1.2 民间习惯对法律规则的弱化 物权属于支配权, 承包人对承包土地有着绝对的排他性支配效力。但在民间, 此种规则在运行过程中, 却有着部分弱化的情形。比如上文中提到的, 承包期限届满后, 新的承包人对其承包地上出现的坟地有容忍的义务, 民间习惯排除了此项绝对权的主张。再如物权法第九条规定, 不动产的转让, 必须进行登记, 不登记的, 不发生效力。但据《江苏省农地承包经营权流转的调查》显示, 2009年苏北地区农村承包地流转过的比例高达80%, 苏南地区为74%, 全省农地承包经营权流转的比例为78.2%, 如此高比例的农地流转中, 几乎都没有进行过登记^[4]。严格按照物权法来讲, 未经登记的不动产交易中, 仅发生债权债务关系, 不发生物权关系。但在民众之间, 却很少有登记的意识, 而且这种欠缺法律要件的交易关系, 在民间却少有纠纷产生。物权法中的一些严格规则, 在运行中, 遭到了民间习惯的“弱化”。

1.3 民间习惯与法律体系的冲突 诚如萨维尼所言: 一切法律, 本来就不是从法理学中形成的, 其根基在于风俗与舆论。法律的原则存在于民族的精神之中, 法律的权利原则深深扎根于本民族的传统习惯之中^[5]。但因为历史的原因, 我国在立法时就大量移植国外的法律制度, 这就导致了我国的法律大部分都不是对于本土风俗和习惯的认同, 所以, 国家法与民间法并行过程中, 总有冲突之处。比如, 近些年就有学者在研究农村土地承包过程中妇女权益遭受侵害的问题, 因为我国传统习惯中是以家为单位, 在分配土地时自然也以家庭为标准, 而受到浓厚的“家长制”和“重男轻女”文化的影响, 导致妇女的土地承包经营权长期难以得到保障, 虽然我国《土地承包法》第六条规定: “农村土地承包, 妇女与男子享有平等的权利。承包中应当保护妇女的合法权益, 任何组织和个人不得剥夺、侵害妇女应当享有的土地承包经营权。”

基金项目 2014年度黑龙江省哲学社会科学研究规划项目——《法治视野下的“社会规范失灵”问题研究》(14B004)。

作者简介 赵小浪(1993-), 男, 陕西安康人, 本科, 专业: 法学理论, 民商法。*通讯作者, 博士, 副教授, 硕士生导师。

收稿日期 2015-03-12

但是,就目前现实情况而言,乡土性浓厚的农村社会中,妇女的土地承包经营权并没有得到完全的保障。再如,民间一直存在的“小产权房”问题,“小产权房”是在集体土地上建造的房屋,按我国的土地法律制度,此类房产是禁止对外出让的,这就与民间传统的土地利用习惯产生了冲突。

2 民间习惯与法律的互动

鉴于在农村土地利用中民间习惯与现行法律存有诸多纠葛,故在此处将二者单列予以讨论。

2.1 民间习惯对法律的影响 民间习惯对制定法的影响,大抵通过两种方式表现出来,一是法律对习惯的积极吸收,二是法律对习惯的消极默认。积极吸收是指以立法或司法的方式对习惯进行确认——或将习惯规定为正式的法律,或将习惯作为判案的依据。纵观各国的民商事乃至刑事法律,其最基本和最重要的内容都是来源于习惯^[6]。立法者或司法者在吸纳习惯进入法律时,有积极的吸收,即明确的将此类习惯标注为法律文本,例如《物权法》第八十五条:“……法律法規没有规定的,可以按照当地习惯。”另有被动的吸收,因为民间习惯对人有潜移默化的影响,会在人们的脑海中形成思维定势,可以说,人们所谓的理性思维,其实就是建立在日常事务之上的,民间习惯作为一种基石,已经不自觉地渗透入立法者或司法者的理性思维,并经转化至法律文本之中。

一部分的民间习惯被立法吸收,成为有国家强制力保障实施的规范,另一部分的习惯,虽未被法律纳入,但基于“私人间的监控与惩罚”,也仍发挥着一定的规范作用。而这就是法律对习惯的另一种利用形式——消极默认。比如,随地吐痰问题,在一些地方虽未将此种行为纳入法律所惩罚的对象,但人们并不担心街道上痰迹斑斑,因为此时就存在着另一种监控体系,基于人们内心自发形成的对吐痰这种不文明行为的一种敌视所形成的“非制定法”的惩罚,这种习惯能自发遏制随地吐痰行为。

2.2 民间习惯具有相对独立的规范功能 前已提到,民间习惯具有重要的社会控制功能,但因为一些原因法律并未将其纳入自身轨道。但在某些方面,未纳入比纳入能更好的发挥民间习惯本身相对独立的规范功能。以通奸为例,法律并不将其规定为犯罪,这有着多方面的考量。首先,和危害性更高的强奸相比,通奸的社会危害性较小,但隐蔽性更强,侦查难度较高,若将其也规定为犯罪,相比破获强奸案件而言,破获通奸案件所投入的资源与产出不成正比。再者,通奸的许多迹象——如身上的一个特殊牙印、一种特殊气味或一条奇怪的手机短信,大概只有通奸者的配偶才能发现,警察很难收集到证据。更何况,倘若通奸的惩罚力度过重,出于配偶触犯刑法会牵连到自己(经济方面或道德方面)的顾虑,可能大多数“违法者”的配偶会选择包庇犯罪嫌疑人而非主动举报,如此一来,破案率会更低,刑法的条文会沦为一张空文。但反之,如果法律撤出这一领域。通奸者会不会变得猖狂,这种行为会不会增多呢?也不会!因为配偶之间天然存在着防范对方出轨的戒备,而且相比司法而言,“配偶之间的

相互监控和相互惩罚往往更加便宜也更加有效”^[7]。所以,在整个社会调控体系之下,民间习惯是极为重要、也是相对独立的一环。

3 对民间习惯与制定法的一些思考

3.1 充分尊重民间习惯相对独立的规范作用 从农村土地的利用中,可以看出,民间习惯与法律之间联系密切,或相辅相成、或偶有冲突。民间习惯虽然没有国家强制力的保障,但在某些方面却有着法律不可替代之功用。

首先,国家必须控制法律调控的成本。法律的触角不能延伸到社会的每一个角落,否则,即使公民愿意接受这样一个令人恐怖的“超级利维坦”,国家的有限财政也无法负担起如此庞大的财政支出。因为将民间习惯所调控的社会关系纳入法律的轨道,势必引起法治运行成本的极度攀升。再者,民间习惯自身在这一领域已能发挥出社会控制的功能,此时,即使法律撤出这一领域,私人之间的监督与惩罚仍能很好地维持这一领域的有序运作,换言之,法律的调控作用完全没有必要。比如在提倡“意思自治”的民法领域,只要不违反强行法,当事人之间的意思表示一致,契约即告成立。反之,原本能够自我维持的民间习惯一旦被纳入法律的轨道,则可能会使习惯对国家强制力产生依赖,一旦依赖养成,私人之间的投入力度势必下降,而这将破坏习惯与生俱来的自足性。国家的公共投入增加,私人的投入就会减少。比如,正是行政执法覆盖面的逐渐完善,才使“有困难、找警察”的观念深入人心,私人的自助行为逐渐减少,私力救济的空间逐渐被公力救济所取代。在这种情况下,一旦法律将这些领域重新划分为习惯法来调控,民间习惯就会因资源投入力度不足而难以维持^[8]。所以,国家对待民间习惯的最佳态度,是充分尊重民间习惯相对独立的规范作用。

3.2 民间习惯对制定法的现实影响 民间习惯对法律有着重大影响,可以说,构成法律规则的基石基本来自于习惯。但这只不过是习惯法对法律规则的历史影响。就现实影响而言,已经进入法律的习惯和不应进入法律的习惯不应该也无法再引起立法者的注意。所以,真正值得立法者去考量的仅是那些应该进入法律而未进入的民间习惯,虽然无法考量这部分习惯的具体数量,但考虑到习惯形成的过程非常缓慢,故这部分的习惯应为数不多^[9]。针对法律移植“水土不服”的问题,有很多学者提出了自己的观点,其以苏力教授的“本土资源论”影响最为巨大,他主张“中国的法制建设应充分尊重和利用本土的传统和惯例”^[10]。但从前文的论证来看,此种观点似乎也是直观性的,因为,对制定法真正有现实影响的习惯却为数不多。

参考文献

- [1] 梁慧星. 难忘的 1979-1986——为祝贺导师王家福先生八十大寿而作[C]//孙宪忠. 王家福法学研究与法学教育六十周年暨八十寿诞庆贺文集. 北京:法律出版社,2010:56.
- [2] 罗家云. 论习惯法的价值[J]. 玉溪师范学院学报,2007(7):36.
- [3] 谢国伟,解维克. 民间习惯中土地利用的实现与我国现行法律规制的思考[J]. 江苏社会科学,2010(6):155.
- [4] 叶朋. 江苏省农地承包经营权流转的调查[J]. 经济纵横,2009(8):66.

务对象需求的反应时间,就会对口岸运营单位产生立竿见影的经济效益。所以,必须要倍加重视边检服务的经济效益和社会效应,形成“时间就是效益、速度就是价值”的工作理念。

3.4 完善监管服务模式

3.4.1 坚持管理透明化,接受群众的监督。加强外界对边检工作的了解,通过公开服务等方式,让群众全面深入地了解边检工作的重要职责。开设咨询热线、投诉电话、边检网络公开平台(网络、微博、微信)等先进的传媒方式让群众更方便地参与到边检工作的监督管理上来,时刻接受群众的监督,时刻督促自身,坚持服务群众的工作宗旨。一方面可以监督边检机关监管服务工作,促进不断完善,提高工作水平,实现工作的透明化;另一方面让群众参与进来,共同管理好出入境管理工作,为通关顺利做好准备。可以将边检监管服务理念拍摄成一些言简意赅的宣传广告,使“中国边检”成为大家熟知的一个国家品牌,同时把一些政策性规定、措施及改进方面等加入其中,切实增强宣传工作的实用效果。

3.4.2 建立绿色通道保证农产品的顺利通关。针对农产品在运输过程中的特殊性,边检部门对农产品开设通关绿色通道,推出一系列便企服务措施,真正实现农产品顺畅通关。例如,云南河口边检站,他们保证进出口热带水果货车随到随检,坚持做到不延时、不积压;口岸现场开设专用通道,极力减少开包查验,要求保持原包装的完整。还有厦门出入境边检总站东渡站,他们根据实际情况为载运台湾农产品的船舶提供“预约”服务,全天 24 小时为载运台湾农产品的船舶办理边检通关手续,确保其不等候、不滞留。这些为农产品开设的试点性“绿色通道”,可以在大范围试用,这样既节省了农产品的通关时间,保证了农产品的质量,也提高了工作效率,实现了“双赢”。

3.4.3 运用高层协商机制和达成法律框架,推动农产品通关便利化^[6]。“我国可在国际性会议上就农产品贸易便利化或通关便利化与其他国家积极展开磋商,尽早达成推动国际农产品贸易及通关便利化的框架协议,扫清障碍阻挠,实现互惠互利”。与相邻国家可以通过协商来确定双方农产品进出口检验检疫统一标准和互认机制,达成共识,建立通报制度,保障农产品顺利通关。

3.4.4 针对农产品这一服务对象,形成响应的服务模式。

每一位服务对象都有着各自不同的观点和期望值,都希望能够得到更加优质便捷的服务。所以要把握住不同类型服务对象的需求特点,提供符合服务对象需求的服务方式,适应创新社会管理的新需要。针对农产品进出口,主要是以交通运输工具为主,可建立常态档案和抽样档案两套信息资料库,作为了解服务对象真正需求、对服务对象开展不同服务的基础工作。必须经常性开展专门的调查研究,针对不同情况出台差异化、系统化的政策措施,掌握管理尺度,实现个性化、实效化的管理特点。

3.5 健全监管法规 不断完善出入境边防检查制度、规定,是当前边检机关的一项重要任务,随着形势任务发展,要对出入境管理法规和边防检查条例等进行修订,去除其中不适应形势、影响和谐通关的条文,进一步明确边检部门和出入境人员的权利和义务,建立与构建和谐社 会相适应的口岸出入境管理格局。只有有法才能做到可依,形成一套完善的农产品边检服务监管体系,才能指导各级出入境边防检查机关进行合理、合法的服务监管工作。同时,各边检机关要关注服务监管人员对法律法规的学习和运用,及时进行培训,按时考核,为实际工作提供强有力的法律依据。

4 结语

农业关系到一个国家的命脉,作为一个农业大国,每天都有很多的农产品需要进行进出口贸易。边检部门只有通过努力不断的提升自己的服务监管水平,正确履行国家赋予的职责,在边境口岸时刻护卫我国农产品的顺利通关,为我国农产品的进出口提供桥梁保障。

参考文献

- [1] 秦臻.我国园艺产品出口技术性贸易壁垒的原因及对策[J].重庆工 学院学报:社会科学版,2009,23(12):15-18.
- [2] 杨立钊.我国出入境农产品检测中存在的问题与质量检测网络体系 [J].农业现代化研究,2010,31(4):467-470.
- [3] 宁小平.边检机关围绕和谐通关穿心社会管理的几点思考[J].武警学 院学报,2011,27(9):22-23.
- [4] 杨红,李小飞.对新时期边检工作进一步发展的浅思考[J].中观管理 信息化,2012,15(9):118-119.
- [5] 胡亚兴,梅玫.借鉴服务营销理论探索边检服务与管理模式创新[J]. 公安理论与实践:上海公安高等专科学校学报,2011(6):48-53.
- [6] 哈斯叶提·居马,李康强.中吉边检共建丝绸之路经济快车道[J].大 陆桥视野,2014(11):84-85.

+++++ (上接第 344 页) +++++

- [5] 余俊.国家司法中民间习俗的影响力评析——中国语境下哈特与德沃金 之争的反思[J].现代法学,2011(4):42.
- [6] 桑本谦.理论法学的迷雾——以轰动案例为素材[M].北京:法律出版 社,2008(9):32.
- [7] 桑本谦.公共惩罚与私人惩罚的互动——一个解读法律制度的新视角

- [J].法制与社会发展,2005(5):104.
- [8] 前引[6]
- [9] 参见桑本谦.公共惩罚与私人惩罚的互动——一个解读法律制度的新 视角[J].法制与社会发展,2005(5):105.
- [10] 苏力.法治及其本土资源[M].北京:中国政法大学出版社,1996:13.