

# 习惯法解决民族地区民事纠纷途径分析

## ——以乡村振兴为背景

周 帅

(吉首大学 法学与公共管理学院, 湖南 吉首 416000)

**摘要:** 自乡村振兴战略提出以来, 少数民族地区乡村就成了乡村振兴重点关注地区。乡村振兴的实现应紧紧依托于乡村主体。在乡村振兴过程中, 更好地解决村民与村民、村民与其他主体间的民事纠纷对促进乡村振兴意义重大。少数民族习惯法长期在民族地区乡村的民事纠纷解决中发挥巨大作用, 通过分析其适用优势和不足, 探寻习惯法尤其是民族商事习惯法在民事纠纷中适用的优化途径, 有助于实现促进民族地区法治建设和乡村振兴战略实施的双重目标。

**关键词:** 民族地区; 民事纠纷; 习惯法; 商事习惯; 乡村振兴

**中图分类号:** D913.8 **文献标识码:** A **文章编号:** 1674 - 5639 (2020) 01 - 0065 - 07

**DOI:** 10.14091/j.cnki.kmxyxb.2020.01.010

### On the Approaches of the Customary Law to Solve the Civil Disputes in Ethnic Areas: Based on Rural Revitalization

ZHOU Shuai

(School of Law and Public Administration, Jishou University, Jishou, Hunan, China 416000)

**Abstract:** Since the strategies of rural revitalization were put forward, the rural areas in ethnic areas have become the focus of the revitalization. The realization of rural revitalization should closely dependent on the rural areas. In the process of rural revitalization, it is of great significance to better solve the civil disputes between villagers and other subjects. The ethnic customary law has played an important role in the settlement of civil disputes in villages of ethnic areas for a long period of time. By analyzing its advantages and disadvantages, the approaches are explored to optimize the application of customary law, especially the customary law of ethnic areas, in civil disputes, which is helpful to realize the dual purposes of the construction of the rule of law in ethnic areas and the implementation of rural revitalization strategies.

**Key words:** ethnic areas; civil disputes; customary law; commercial habits; rural revitalization

在中国特色社会主义新时期, 随着城市化进程的日益加快, 为解决农业、农村和农民问题, 党的第十九次全国代表大会报告首次提出了乡村振兴战略。在高层设计下, 不同学科的专家学者从不同的角度提出了乡村振兴的思路和方法。通过血亲建立起来的民族地区乡村, 除了行政领导之外, 更多的是依靠与“寨老”的协商来消除纠纷, 在各个家

庭之间取得共识, 从而达成协商一致的契约即少数民族习惯法, 并根据契约的条款, 每个人都各司其职并依据习惯法解决纠纷。<sup>[1]</sup>如果这个村庄能依据该习惯法健康地运转, 我们就不需要投入大量的人力、物力和财力来保护和振兴了。但是, 实践证明仅仅依靠少数民族习惯法并不能很好地解决民族乡村主体间的民事纠纷, 反而可能因为缺乏法律效

收稿日期: 2019 - 07 - 26

基金项目: 湖南省研究生基金项目“以‘三治融合’推进民族地区乡村法治建设”(CX2018B726); 2019年吉首大学社科处基金项目“论民族地区村民自治法律保障体系完善”(19SKY18)。

作者简介: 周帅(1994—), 女, 陕西铜川人, 研究生, 主要从事少数民族权利保障研究。

力、纠纷解决主观性强而造成更大的问题和纠纷,尤其是在乡村振兴过程中民族乡村主体发生的一些民商事纠纷都会严重影响乡村振兴的进程。

### 一、民事纠纷的特点

实践中受民事纠纷本身特点的影响,少数民族习惯法多适用于民事纠纷中。民事纠纷与刑事纠纷不同,民法上将民事纠纷定义为是发生在平等主体之间的涉及人身关系和财产关系的纠纷。民事主体之间的民事活动的基本原则即意思自治原则。意思自治原则要求法律规定应充分尊重民事主体间的意思自治,民事法律规定一般不会主动强制性干预民事活动及其产生的民事纠纷。这就给习惯法的适用提供了更多的空间。民不举则官不究,可想而知在落后的民族地区乡村,当发生民事纠纷后,村民们必然会直接选择更加便利又熟悉的习惯法去私下解决。实践中,在大多数的民族地区乡村,村民及其家庭在发生民事纠纷后,首先想到的是希望亲友来解决问题;如果纠纷比较复杂,才会向村中的族长或村委会或乡镇干部寻求解决办法;而只有很少的部分村民愿意通过司法途径解决纠纷。另有的村民表示,司法途径可以得到更公正的结果,但成本太高,有时宁愿请族长或干部吃饭,也能达到预期效果。故,落后的民族地区本身就深受习惯法的影响,再加上民事纠纷本身的特点,造成民事纠纷发生后少数民族村民首选习惯法进行解决。近年来随着普法的进程加快,民族地区乡村主体对法律有了一定的认识。<sup>[2]</sup>但民族地区乡村民事纠纷的解决受民事纠纷本身特点与民族乡村民族性影响,致使少数民族习惯法仍然在纠纷解决中扮演重要角色。

### 二、少数民族习惯法的适用

少数民族习惯法在少数民族地区适用多年,根深蒂固,这一点是不争的事实。一方面,我们应该尊重少数民族习惯法,其可以在民族地区适用多年且被乡村主体接受和信仰,证明其已经产生了在乡村运行解决纠纷的一般规律和机制;另一方面,在法治建设和乡村振兴的背景下,我们必定要促进乡村地区紧跟法治建设的脚步,推进法治建设。但是法治建设的推进必须是与乡村振兴相互促进和融合

的。故,为更好解决乡村主体间纠纷促进乡村振兴,需充分理解少数民族习惯法的适用基础及其作用。

#### (一) 少数民族习惯法的适用基础

我国传统少数民族习惯法在民族乡村运行多年的主要原因是传统农耕社会背景下村民们崇尚在发生纠纷后采取调解息讼的方式解决,而这一方式慢慢演化成了系统规范的少数民族习惯法。因此,与民法等成文法相比,习惯法以调解作为解决纠纷的主要方式。这种方式相对于向法院进行起诉更加方便高效,而且无诉讼费,可以促进纠纷双方利益最大化。

##### 1. 少数民族习惯法适用的传统基础

时至今日,传统习惯法在解决乡村民事纠纷中仍然发挥着重要的作用,究其原因主要是少数民族习惯法历史由来已久,可追溯到封建社会时期。少数民族习惯法依托于悠久的历史和文化因素,是特定少数民族地区在发展过程中逐渐形成的。一方面,众所周知,封建时期我国法律概念模糊、行政与司法不分,没有解决民事纠纷的专门性法律规定,民事纠纷解决方式就是调解。长此以往造成偏远落后的民族地区形成了一套自己的纠纷解决模式。当代中国社会飞速发展,法治建设不断推进与封建社会时期已完全不同。但是,由于民族地区乡村一般较为偏远落后,以耕地为主的生存方式并未改变。民族地区乡村的传统性和落后性造成乡村的主体村民、村集体在发生纠纷时首先考虑适用习惯法的观念早已根深蒂固。另一方面,民族地区乡村有其特有的民族习惯、文化风俗和宗教信仰,在其特有的民族特色影响下形成了符合当地民族风俗的少数民族习惯法,这样形成的少数民族习惯法符合少数民族纠纷解决的实际需求,受到少数民族村民的尊重和遵守。少数民族习惯法不仅仅是少数民族村落的民事纠纷解决机制,更是少数民族文化的组成部分,少数民族村民对其有强烈的民族文化认同,因此少数民族习惯法的适用已经根深蒂固,封闭落后的环境和长久以来习惯性的适用奠定了习惯法在乡村民事纠纷解决中的重要地位。即使我国不断推进法治国家建设,同时在乡村进行普法建设多年,法治仍然无法完全取代习惯法的适用地位。

##### 2. 少数民族习惯法适用的法律基础

习惯在法学研究中被认为是法的渊源之一。少

数民族习惯法是由少数民族习惯组成的习惯体系，是民间和学术研究界赋予其少数民族习惯法的统称，并未得官方法律的认可，习惯法并非正式的法律规定，不具有法律效力。我国法律体系仅在无其他法律规定可以适用的情况下将习惯法中的部分习惯作为补充性法律渊源予以适用，并未承认习惯法的法律地位。1984年颁布的《中华人民共和国民族区域自治法》第十条、第五十三条第一次引入了风俗习惯的概念，但仅强调了应对各少数民族的风俗习惯予以尊重和保护。不过风俗习惯实际上是习惯法的组成部分，以上规定间接肯定了习惯法在民族地区应受到尊重保护的地位。我国民法最初的规定并未认可习惯的效力，仅规定了公序良俗原则。2017年最新颁布的《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）的第十条才首次用一般条款界定习惯的法源地位，赋予习惯以正式的判断依据资格，但仍然建立在无法律规定可适用的情况下，且对习惯的适用不可违背公序良俗。并未直接规定可以适用习惯法而仅是赋予习惯法源的地位，法源习惯不同于“事实习惯”和“习惯法”，必须满足具体的形式、内容和司法程序要素。实际上该规定间接否认了习惯法的法律地位，但是肯定了习惯作为补充性法律渊源适用的效力。<sup>[3]</sup>但相对于之前国家法对习惯法的态度，《民法总则》第十条的规定不仅赋予了习惯法源的地位，更明确了习惯可以作为法律依据在司法审判中进行适用的合法地位。

### （二）少数民族习惯法的适用方式

实践中少数民族习惯法是以什么方式运行并发挥作用的呢？首先，由于民族地区乡村的血缘关系、族际亲缘更为浓厚，当民事纠纷发生后，首先会考虑传统习惯法的调解方式。只是根据纠纷的大小等特点，调解实施的方式会有所不同，一般可分为以下几种：第一种，寻找亲友私下解决。一般是处理发生在沾亲带故的村民之间的小纠纷，影响范围小、易解决。事情闹大了反而会影响村民间的亲友关系。第二种，寻找村内族长或村干部进行调解，该方式则多为处理其他影响范围相对较大的纠纷。这种方式实际上是习惯法在现代社会发展下进行的创新，传统习惯法一般是村中有威望的老人、寨老进行调解工作。但随着村集体建立，村干部民

主选举作为乡村管理的主要方式，村干部作为新的主体在村民间的民事纠纷解决上具有了更大的话语权。通过以上方式，少数民族习惯法在民族地区乡村的民事纠纷解决中发挥巨大的作用。在民法总则将习惯纳入法律规则之中后，以上的习惯法的调解方式被赋予了一定的法律效力。但不可忽略的是，《民法总则》中规定习惯的运用应体现在司法审判中的考量，而不应是村民私下的解决方式。<sup>[4]</sup>通过考量怎样充分发挥少数民族习惯法的优势，将长期以相对不规范的方式存在的少数民族习惯法与规范严格的民法相结合在司法实践中发挥最大的纠纷解决效力是值得关注的。

### 三、少数民族习惯法解决民事纠纷的利弊

实践中的习惯法在少数民族地区的适用有利有弊，需充分分析其适用的利弊才可以更好地规范适用少数民族习惯法，以促进民族地区民事纠纷的解决。

#### （一）少数民族习惯法解决民事纠纷的优势

习惯法在民族地区乡村民事纠纷的解决中具有巨大的优势。近年来我国不断加强在乡村等基层地区的法治建设，但正式的法律制度仍然无法完全取代习惯法。《民法总则》将习惯作为法源正式的用成文法进行规定，也体现了多年来在法治建设的过程中，以法律制度完全取代习惯法并非最好的选择。习惯法的地位不得不也必须被重视起来，因而退而求其次将其作为法源放入了正式的法律规定之中。少数民族习惯法的优势可从主观和客观两个方面分析。主观上少数民族习惯法主要具有三个方面的优势：第一，维护熟人关系。民族乡村一般就是一个群体，群体的每个成员都是具有各种各样联系的熟人关系，民族因素更是加深了成员之间联系。民族乡村村民发生纠纷后为了顾及熟人之间关系，充分照顾情理因素，适用习惯法以调解的方式解决纠纷是做好的选择。第二，息讼宁人。通过适用习惯法以调解的方式解决少数民族村民间的民事纠纷，可以避免激化村民间的矛盾，维护民族村落的长期稳定。第三，维护民族乡村特殊的民族风俗习惯。少数民族习惯法在其产生的过程中充分吸纳融合了少数民族的各种民族风俗习惯，逐渐建立完全遵守民族乡村风俗习惯的纠纷解决机制。<sup>[5]</sup>相对于

普遍适用的法律制度,习惯法可以充分遵守和维护民族乡村特殊的民族风俗习惯。

客观上少数民族习惯法主要具有以下两方面的优势:第一,灵活便捷。少数民族习惯法处理纠纷的方式是调解,旨在遵循民族当地习惯的前提下最大限度的满足双方的调解需求,故调解的方式是灵活多变的,且在民族村内部就可以经调解解决,相对于司法诉讼不仅方便快捷而且效率较高。第二,纠纷处理成本低。以调解处理纠纷对纠纷双方来说成本较低。民族村一般地处偏远,对少数民族村民来说以村内调解处理纠纷避免了司法诉讼高昂的花费。这里讨论的司法诉讼高昂花费包括了到法院起诉、开庭的路费、住宿费等基本花销,还包括诉讼费甚至律师费等各种花销。而以习惯法调解处理纠纷不仅可以避免这些花销还可以获得司法诉讼达不到的额外的补偿。例如,少数民族地区特殊的调解抵债的方式,即受损失一方要求另一方以上门干农活的方式抵偿其造成的损失。而另一方不需要立马支付大量的赔偿金而以劳动抵偿对其也是有利的。这种民族乡村内部特有的抵偿等处理纠纷方式在法律上一般不予支持。

## (二) 少数民族习惯法解决民事纠纷的劣势

在全面建设法治社会的大背景之下,民族地区的民事纠纷仍仅仅依据传统习惯法不经过司法审判就私下进行纠纷解决的方式明显具有弊端,纠纷解决中、解决后可能都会存在潜在的问题。而这些问题也会直接影响到村民作为主体在乡村振兴中发挥作用。

### 1. 不利于民族乡村法治推进

从顶层制度设计来讲,法治社会建设将一直是中国社会建设的主流。现阶段由于民族地区的特殊性、复杂性和少数民族习惯法的重要地位,《民法总则》承认并规定了习惯的法律地位。但不可忽视的是习惯仍处于法律之下,是一种补充法律不足的选择方式之一。目前,民族地区乡村在发生民事纠纷时习惯性地过多甚至普遍适用习惯法作为民事纠纷解决的主要方式,必然是不利于这些地区的法治建设的。究其根本原因主要是因为习惯与正式的法律规定尚未得到很好地融合适用,由于村民们完全不了解更不理解具体法律规定,发生纠纷时相对于熟悉的习惯法,村民们自然很少选择通过司法途

径处理民事纠纷,对于这些村民来说法律永远是遥不可及的。民族地区普法困难,主要是由于法律条文复杂难懂、司法程序繁琐严格。法治建设非一朝一夕可以完成的,但结合新兴的乡村振兴战略,长远的考虑唯有依法靠法,知法用法才是解决民事纠纷和推进法治建设的最佳方式。

### 2. 习惯法法律效力有限

短期看来,习惯法相对于依法向法院提起诉讼,更具高效与便利,当事人也可节省时间、金钱以达到利益的最大化,但是,以这种无法律效力的方式解决纠纷是没有任何保障的。长此以往,会存在许多的问题。首先,可能会造成纠纷解决的不平等、不公正。因为少数民族习惯法的调解方式是依靠亲戚朋友、族长老人或村干部进行调解,那么纠纷的解决就没有具体的依据,个人的喜好等主观因素可能都会对结果造成影响,无法做到公平公正。其次,依据习惯法解决纠纷的方式没有强制性效力。一方面,没有强制性效力会造成纠纷结果的履行无法得到保障;另一方面,即使纠纷得到处理并履行完毕,由于纠纷解决的不公正可能导致很多潜在的问题。即使民事纠纷是被公正地处理完毕,但不排除以后会出现新的情况、证据,这时则可能没有强制力来保障民事纠纷的事后救济。而且,少数民族习惯法是在民族地区实践生活中对发生的民事纠纷进行处理后总结出来的一般性规律。<sup>[6]</sup>这种规律具有传统性和特定性,当出现新型的民事纠纷时可能并无相应的习惯法可以予以适用,因而造成纠纷的解决存在种种问题。

### 3. 不利于民族乡村商事纠纷的解决

乡村振兴背景下民族地区乡村发展的主要方式之一是引入投资、发展新农业等,通过与投资者的合作经营帮助村民们致富,助力实现乡村振兴。但是,民族地区的村民、村集体在与投资者进行商业合作的时候,由于缺乏民商法方面的法律知识,往往会在商业合同中处于弱势地位,同时又不知道怎么运用法律来维护自己的权利。而少数民族商事习惯定位于“习惯”本体,以民族性为特殊性属性,重点突出“民族地区的特色标志和交易习惯”。但为吸引外来投资,实际中一般很难将民族地区商事习惯运用到与外来投资者的合作和所签订合同中。故,民族地区的习惯法对于商业纠纷是基本没有约束

效力的，村民们精通的传统少数民族习惯法对于外来的投资商是没有约束能力的，导致乡村发展过程中与他人产生的商业纠纷、合同纠纷无法得到很好的解决，村民及村集体可能会因此遭受重大的损失。

#### 四、少数民族习惯法适用应解决的基本问题

通过以上分析结合实践发展趋势可见，《民法总则》第十条将习惯纳入正式的法律规则中是正确的。但目前习惯法在实践运用中仍然存在诸多弊端，针对以上弊端和适用中存在的问题，首先要解决习惯法存在的概念模糊、适用不规范等基本问题。

##### （一）习惯的概念区分

在正式的法律规定和实践中，习惯以不同的概念出现并产生重大影响，皆因为其具有双重身份，不同语境、实践场景下的习惯具有完全不同的概念和定义。对于习惯法的不同概念必须进行明确的区分，并概括出民族地区传统习惯法的概念范围，以保障民族地区传统习惯法的正确适用。首先，要区分习惯法和事实习惯的概念。例如，《民法总则》第一百四十二条：“有相对人的意思表示的解释，应当按照所使用的词句，结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义。无相对人的意思表示的解释，不能完全拘泥于所使用的词句，而应当结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定行为人的真实意思”<sup>[7]</sup>。以上规定与《民法总则》第十条中规定的习惯具有完全不同的概念。不同于少数民族习惯法，以上规定中的习惯属于事实上的习惯，其概念为以客观实际存在为标准，其与经验法则相关。而习惯法的概念为，由民族地区传统习惯组成，被作为一般的法的渊源规范民族地区少数民族公民间的权利和义务，并且已经形成了相应的规则体系。

其次，要注意区分商事习惯与少数民族习惯。商事习惯是指在商业交往活动中，逐渐形成的商事主体之间相互遵守的基本商事行为规范。商事习惯和少数民族习惯法都属于特殊的习惯，两者在某些方面具有交叉性，应注意区分。少数民族习惯法中涉及经济交往的有关商事规定与商事习惯相交叉，应属于特殊的少数民族商事习惯。但实践中正是由于两者的交叉性往往在实践中容易使人产生混淆。

在区分两者概念时可考虑以下因素：第一，该商事习惯是否包含有民族地区的风俗习惯因素，是否被民族地区的风俗习惯所影响。第二，该商事习惯是否仅适用于民族地区，还是在各地均可予以适用；第三，该商事习惯是否倾向于保护少数民族村民的权益，并以尊重少数民族地区的习惯为前提。

##### （二）适用少数民族习惯法的举证责任

适用少数民族习惯法的前提条件是民事纠纷发生在少数民族地区，且纠纷的双方均为少数民族。在这一前提下，根据法律规定适用习惯法的举证责任一般由要求适用的当事人承担，但是个别情况下法院也具有一定的调查收集责任。<sup>[8]</sup>首先，根据《民事诉讼法》第六十四条的规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据；谁主张谁举证是民事诉讼法规定的举证基本原则。依据该举证基本原则，要求适用少数民族习惯法的一方应承担证明该民族地区存在其所要求适用的习惯法的举证责任。”其次，根据《民事诉讼法》第六十四条第二款：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”一般情况下，要证明民族地区习惯法存在的主要难度有以下几点：1. 习惯法必须在民族地区广泛适用；2. 习惯法必须得到了该民族地区少数民族公民的广泛认可；3. 习惯法必须能体现民族特色，其存在的根本是为了保护民族地区的宗教信仰和风俗习惯。4. 习惯法不违反任何法律强制性规定。举证方根据以上几点举证要求适用符合条件的少数民族习惯法有利于该习惯法更好的适用和发挥法律效力。

##### （三）司法审判中适用习惯的要求

通过举证责任明确了少数民族习惯实际存在，但在司法审判中具体能否适用、怎么适用则要符合一定的要求。《民法总则》第十条规定的“习惯”，赋予了习惯包括少数民族习惯法源的地位。对于《民法总则》第十条的具体适用，首先要解决好基于法律渊源范畴的“可以适用习惯”的适用模糊问题，以公共秩序和良好习惯作为一般条款内容审查的理论依据。在司法审判的实践中，少数民族习惯虽为可以适用，但其适用范围可以灵活，不仅仅

是在无法律规定可适用的情况下,即使在有相关法律规定的情况下为保护民族地区信仰风俗,强化判决的公正和实际可操作性,辅助性的适用少数民族习惯不失为一个更好的选择。实践中适用少数民族习惯同样不得违反“法律—习惯—基本原则”在司法审判中的运用顺序。其次,法源衍生的习惯必须从“习惯”转变为“规范”,以满足裁判的公正。关键是要对这种习惯进行实事求是的考察,转变的过程需要法律方法的合理运用。可从法律方法中的法律解释和法律推理两方面予以考虑。一方面,需对可适用的习惯予以解释时,可采取体系解释等多种法学解释方法,确保习惯的合理正确使用;另一方面,可采取演绎推理、归纳推理等法学推理方法,在充分考虑司法审判的规范性的前提下,尊重和保护少数民族地区的民族性最终得出最为规范且公正的司法审判结果。

### 五、优化民族习惯法在民事司法中适用的路径

为解决少数民族习惯在民事诉讼中的适用不当问题,应促进好的少数民族习惯与国家制定法完美融合,并建立包含但不限于适用范围、适用方式等具体适用规定的少数民族习惯适用体系来规范习惯的适用促进少数民族地区民事纠纷更好地解决。

#### (一) 民族地区习惯法的规范性创新

有了国家制定法《民法总则》的明确规定,习惯已有其在解决民事纠纷中的合法法源地位。但应注意的,法律作出规定是一方面,更重要的方面是,怎样将法律文书上的法律规定实际运用到司法实践中去。且《民法总则》规定的习惯法的适用地位仍然是在正式的法律规则之下的,要遵循“先法律,后习惯”的司法审判适用标准。国家承认习惯仅指法官认可,不包括习惯入立法。王利明教授指出:“习惯要转化为习惯法,必须要经过合法性的评价”<sup>[9]</sup>。此处的合法性评价的主体应理解为法官。梁慧星教授也认为:“习惯经法院承认并引为判决依据,即成为习惯法。”实践中为更好地处理民族地区乡村民事纠纷解决应以促进习惯法与正式法律规定相互融合为目的进行创新,促进习惯法与法律规定结合,然后更好地予以适用。习惯法的创新也可以理解为是一种法官适用的创新,法官

在司法审判过程中在不违反法律规则的情况下可以变通适用习惯法与正式法律相结合作为裁判的依据。但为避免少数民族地区法官的自由裁量权过大,在可不可以适用少数民族习惯的灵活性上应以严格的审查规定予以限制。具体的结合方式和要考虑的因素可分以下步骤进行:1. 以少数民族地区特点和民族性为适用的基础和前提,充分结合民族地区乡村的实际情况考虑该习惯法存在适用的必要性;2. 在通过第一步证明有必要适用的情况下可引入正式法律规范予以考量,该习惯法是否与强制性法律规定相冲突、是否违背公序良俗基本原则等,通过考量证明其是否具有适用的可行性;3. 在具有适用可行性的情况下法官须通过规范的程序予以适用,确定适用该习惯法的法律依据(《民法总则》第十条等),确定适用后的法律效力和救济途径。通过以上步骤规范性适用少数民族习惯法可是裁判结果更加公平公正符合民意,尤其在民族地区的乡村,适当考虑适用习惯可以使村民更易接受裁判结果。

#### (二) 构建民族习惯法适用指导规则

对于习惯在司法审判及调解中运用应设立具体的指导规则指引规范性适用少数民族习惯法。法律是行为规范,每一个制度、每一个规则都是由规范构成,而每一个规范又是由构成要件、适用范围、法律效果三部分组成,这就是法律的规范性。以《民法总则》第十条为切入点,通过司法解释等方式树立具体的指导规则引导习惯在实际中规范性适用。司法解释可以对《民法总则》的规定进行细化和完善,而且在司法审判中具有一定的法律效力。可通过司法解释来明确习惯所指的范围、适用的条件、适用的效力等等。首先,可制定典型性司法案例作为指导参考案例,司法判例是对法律最为具体和生动的解释。在处理相同或相似的案件时,司法案例可以为民族习惯法的适用提供指引和参考。具体可由适用习惯法的民族地区基层法院将具体的案例进行整理,整理包括案件适用少数民族习惯法的依据、适用方式、适用结果及救济途径,再加之后续跟踪回访的该案适用效果及作用,进行系统全面的整理形成可供参考的典型案列,在由上级司法机关结合本地实际情况考量最终公布可供该民族地区司法机关参考适用的指导性司法案例。其

次,参考美国的陪审员制度,可以适当在适用民族习惯法的案件审判中增加陪审员的话语权。陪审员可以设立单数多人制,具体以案件实际情况确定。陪审员的组成以少数民族为主非少数民族为辅,从其身份、学识、民族等多方面考虑,并非仅引入当地少数民族的陪审员,也可引入法学教授、企业法务等非少数民族作为陪审员代表普遍公众的看法,有利于促进适用习惯法的判决结果与我国法治建设及社会发展趋势相统一。

### (三) 民族地区商事习惯优化适用

为使习惯更好地与法律规定相结合,充分考虑到乡村振兴的迫切性,民族地区商事习惯需优化适用,即在民族地区的商事规定中,应包含少数民族的商事习惯,并明确这些商事习惯法律效力。这样可明确民族地区的商事习惯在民族地区乡村振兴具体的商事合作、商事合同中发挥的法律效力,充分保护民族地区乡村主体的利益。例如,信仰伊斯兰教的维吾尔族、回族等受民族教义影响形成了禁止放贷取利、劳务借贷、禁止在清真寺内交易等的商事习惯,<sup>[10]</sup>以该少数民族习惯具体规定为例,可将少数民族商事习惯适用问题分为三类予以考虑:1. 与我国商事立法追求效果一致的,如禁止放贷取利的习惯有利于维护商事交易稳定,则可以保持和维持适用该类习惯;2. 与我国商事立法不相冲突但一定程度上不利于市场交易的,如劳务借贷的只能用劳务偿还不可以金钱等代替,限制性条件不利于市场交易流通,该类习惯可根据具体情况决定是否适用;3. 与我国商事立法有一定冲突且不利于市场交易但关乎少数民族不可侵犯的宗教信仰的,如禁止在清真寺内交易,一般来说合法交易场所不受限制,可该类习惯涉及少数民族不可侵犯的宗教信仰,为尊重少数民族宗教信仰,该类习惯应当遵守。民族地区商事习惯的优化适用须遵循以下几点:第一,可针对民族地区的民商事法律规定增加专门性的具体规定。该规定可由国家做出统一的原则性规定,该原则性规定应包含商事法律的一般性原则。各民族地方根据国家规定可分为以上三种不同的少数民族商事习惯做出各地的具体性规定。第二,可采用差别对待的原则。在民族地区的商业合作、合同中应偏向于保护处于弱势地位的乡村主体

的利益,如有涉及第三类不可侵犯的宗教信仰的商事习惯均应遵守。当然,为了促进乡村发展吸引投资,这种有差别的对待应该根据民族地区乡村实际情况适当适用,以保护民族地区乡村主体利益最大化为前提。第三,民族地区商事习惯优化适用也是对民族地区商事习惯适用的严格限制,通过具体明确商事习惯的法律效力,限制明显不合理的民族地区商事习惯的适用,保障民族地区商事交易的公平公正,吸引外来企业到民族地区进行投资、合作,促进民族地区乡村振兴早日实现。

综上,为实现民族地区乡村振兴,应处理好涉及少数民族乡村主体的民事纠纷。该民事纠纷的更好解决可以通过民族地区少数民族习惯法的优化适用予以实现,特别要注重乡村振兴过程中涉及少数民族乡村主体的商事纠纷的解决,应适用相应优化的少数民族商事习惯法,最大化的保护少数民族地区乡村主体的利益。

### [参考文献]

- [1] 宋菲. 论习惯作为民法法源——对《民法总则》第10条的反思[J]. 法律方法, 2018(1): 378-391.
- [2] 高成军. 转型社会的习惯法变迁——学术理路的考察及反思[J]. 甘肃政法学院学报, 2018(6): 44-57.
- [3] 郑彧. 从习惯到习惯法——从两起判例看我国民法习惯的法律适用[J]. 云南大学学报(法学版), 2001(4): 88-92.
- [4] 龙胜辉. 落后、习惯法在民族地区民事纠纷解决中的运用调查研究——以贵州松桃苗族自治县为例[D]. 贵阳: 贵州民族大学, 2016.
- [5] 胡利明. 论民族商事习惯的属性特征[J]. 西安电子科技大学学报(社会科学版), 2017(9): 73-81.
- [6] 谢晖. 论“可以适用习惯”“不得违背公序良俗”[J]. 浙江社会科学, 2019(7): 23-37.
- [7] 叶亚杰. 民族地区刑事习惯法对平安中国建设的作用探究[J]. 贵州民族研究, 2018(10): 21-24.
- [8] 刘俊. 少数民族地区多元“非国家法”与一体“国家法”包容性研究——以村规民约为例[J]. 民族论坛, 2018(4): 23-27.
- [9] 陈禹衡. 论习惯法作为空白罪状补充规范的法源[J]. 牡丹江教育学院学报, 2018(12): 64-68.
- [10] 陈晓枫, 赵志虎. 社会转型期少数民族习惯法与国家制定法的互补融合研究[J]. 贵州民族研究, 2018(12): 22-25.