

习惯作为法源？

——以《民法总则》第10条为出发点

雷磊

内容提要：习惯在现代司法裁判中拥有何种地位？我国《民法总则》第10条（法源条款）为这种思考提供了出发点，但不能局限于此。回答上述问题的前提在于厘清法源概念本身。在法理论的层面上，法源指的是法律适用过程中裁判依据的来源，是裁判所要依循的权威理由。它既可以是制度性权威，也可以是非制度性权威，既可以指效力渊源，也可以指认知渊源。近代法典化运动兴起之后，出现了习惯法的空心化趋势，相应地产生了从习惯法到习惯的法源地位变迁：习惯法源于共同体的规范性实践，在性质上属于“法”的一种类型，是一种基于事实性权威的效力渊源，立法无权对它进行规定和限制；相反，习惯在性质上不是“法”，而是一种基于说服力权威的认知渊源，需要立法的认可。习惯法首先是行为规范，然后才是裁判规范，但习惯仅仅是裁判规范。在此基础上可剖析发现，第10条对法官适用习惯解决纠纷发挥着授权和限制的双重功能。

关键词：习惯 习惯法 裁判依据 效力渊源 认知渊源

雷磊，中国政法大学法学院教授。

一 引言

一般认为，《民法总则》第10条构成了我国的民法法源条款。该条规定：“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。”本文想要探讨的问题是，该条规定的“习惯”在何种意义上构成我们通常所说的法源？与此密切相关的另一个问题是，习惯本身是否等同于习惯法？民法学界对此往往持肯定的见解。^{〔1〕}

〔1〕 中国民法学界对此在观点上似乎相当一致，例如参见王泽鉴著：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第35页；史尚宽著：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第29页以下；王利明主编：《中华人民共和国民法总则详解》（上册），中国法制出版社2017年版，第53页以下；龙卫球、刘保玉主编：《中华人民共和国民法总则释义与适用指导》，中国法制出版社2017年版，第39页以下。

但在缺乏详细论证的前提下得出这一结论似乎过于匆忙了。尤其是,当我们把上述第10条与《民法总则》第8条(“民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗”)进行对比时就会发现:第10条中的“习惯”在第8条中消失了,这意味着什么?当然,一种简单的回答或许在于,因为两个条款的功能不一样:第8条是行为规范,而第10条是裁判规范,法源条款只处理法官的裁判依据,而不涉及民事主体的行为依据,所以习惯没有规定在行为规范中不影响它的法源地位。但问题是,“法律”(制定法)却是在两个条款中同时出现的。假如习惯就是习惯法,那么它为什么不能与后者一样既作为裁判依据,又作为行为依据呢?

要说明的是,虽然本文以《民法总则》第10条作为思考的出发点,但它并不是一篇民法教义学的论文。因为它并非旨在围绕该条款进行立法论或解释论的思考,而是致力于回答一个一般性的理论问题:习惯在现代社会中的法源地位。而要回答这一问题,就首先要去弄清楚一个前置性问题,即法源的概念(下文第二部分)。我们之所以对习惯的法源地位存在争议,根本原因在于缺乏对法源概念本身的透彻理解。如果不弄清楚法源的性质与类型,就没法对习惯进行准确定位。在此基础上,本文再来处理习惯法与习惯的法源地位(第三、四部分),进而阐明法源条款的意义(第五部分),最后予以总结(第六部分)。

二 什么是法源?

(一)法源理论的三个层面

“法源”(sources of law)是迄今为止法学理论中最复杂的概念之一。这不仅是因为含义的丰富性,也因为法源理论本身的多层面性。纵观文献,大体上可以将对法源的研究区分为教义学、法理论与法哲学三个层面。

法教义学致力于以法律文本为依据,依照法律规范的内在逻辑和体系要求解释应用及发展法律。^[2]相应地,法源的教义学研究旨在围绕一国现行实在法文本,依照其内在逻辑和体系要求发展出相应的学说。民法学者即主要在此一层面上作业,因为他们的基本切入点是围绕上述第10条法源条款进行“释义”,发掘其意蕴,发现其不足并予以补充。^[3]尽管他们有时也会涉入其他层面,但主要关切在于当下中国的制度与实践。与此不同,法理论致力于研究法律基本概念与基本结构及其一般基础(功能、原则、结构、方法),^[4]而法哲学则涉及对法的概念和性质的追问。这三个层面虽彼此相关,但也可以适度分离。我们可以在不触及对法概念之深层追问的情况下,去厘清法源的性质以及习惯在法源体系中的定位。因为法源理论可以在保持自身阐明力的同时与关于法的终极性质的不同观点相容。^[5]因为无论我们对于法概念的理解存在怎样的分歧,但至少拥有一个最低限度的共识:那就是从功能的角度看,法是一种裁判依据,而法源则是这种裁判依据

[2] 参见许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》2013年第5期,第937-955页。

[3] 最近的一个重要尝试,参见于飞:《民法总则法源条款的缺失与补充》,《法学研究》2018年第1期,第36-51页。

[4] 参见刘幸义著:《法律概念与体系结构》,翰芦图书出版有限公司2015年版,第9页。

[5] See Antonino Rotolo, A Theory or a Dogmatics of Legal Sources? Replay to Riccardo Guastini, 20 *Ratio Juris*, p. 329 (2007).

的来源。^[6] 这种共识预设了两点主张:其一,法源理论预设了一种特定的视角,即法律适用的视角。这导致了立法的产物制定法并非法律适用过程中唯一的裁判依据。其二,法源不是法律规范。^[7] 法律适用过程中的裁判依据是法律规范,但法源并不是裁判依据本身,而是它的来源。由此,法源理论的意义在于:一方面指示法官去寻找作为裁判依据之法律规范的处所,另一方面则同时通过框定范围来限制法官的行动。^[8]

作为法理论的法源理论通常包括两个方面:一是法源性质论,即“来源”究竟意味着什么?法源在法律论证中的独特性何在?二是法源类型论,即法源包括哪些类型,它们相互间的关系是什么?接下去将通过五组区分来分析法源的概念(性质与类型)。

(二)作为法理论的法源理论

1. 法律规范的产生根据抑或表现形式

“法源”一词通常在两种意义上使用:有时人们用它来指涉特定的规范性行为或事实,例如立法;有时人们用它来指涉特定的规范性文本,如制定法本身。^[9] 有学者将前者称为“内部法源”,将后者称为“外部法源”。^[10] 前一种观点的支持者有萨维尼,他就将法源视为一般法的产生根据。^[11] 相反,中国的主流民法学者则将民法的法源视为民法的存在/表现形式。^[12] 应当说,产生根据与表现形式之间存在对应关系,如“立法(行为)—制定法”“司法(行为)—判例法”“共同的规范性实践—习惯法”“共同的学术实践—教义/通说(法学家法)”。在此前提下,将法源视为产生根据还是表现形式差别不大。但是依据上文关于裁判依据与裁判依据之来源的区分,更准确的做法是用法源来指称发现或创设法(法律规范)的行为。当然,出于使用习惯的考虑,下文并不仔细区分这两种意义。

2. 裁判的原因抑或理由

前者是对“规范如何成为法”所作的社会—科学上的说明,而后者是对“支持规范作为法”所作的法律—科学上的证立。^[13] 这就涉及了法社会学的与规范理论的“法源”概念的区分。法社会学(因果科学)上的法源探讨的是既定法律规范何以产生的原因问题。举凡将法源等同于社会权力关系(尤其是经济关系)、阶级利益、习惯、历史传统、流行的宗教或道德观念等都属于此类法源概念。^[14] 相反,规范理论的法源概念探讨的更多是裁判得以证立的理由。理由与原因最大的区别在于,它不仅“说明”裁判为什么会产生,

[6] 用罗斯的话来说,“一切事物,只有当被法院适用时才是法”(Vgl. Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Franz Deuticke, 1929, S. 295.)。

[7] See Fábio Perin Shecaira, Sources of law are not legal norms, 28 *Ratio Juris*, pp. 15 – 30 (2015).

[8] 参见[美]约翰·奇普曼·格雷著:《法律的性质与渊源》(第2版),马驰译,中国政法大学出版社2012年版,第125页。

[9] See Riccardo Guastini, Fragments of a Theory of Legal Sources, 9 *Ratio Juris*, p. 368 (1996).

[10] Vgl. Felix Somló, *Juristische Grundlehre*, Verlag von Felix Meiner, 1917, S. 330.

[11] 参见[德]萨维尼著:《当代罗马法体系1》,朱虎译,中国法制出版社2010年版,第15页。

[12] 例如参见梁慧星著:《民法总论》,法律出版社2017年版,第25页;王泽鉴著:《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第35页。

[13] See Roger A. Shiner, Strictly Institutionalized Sources of Law: Some Further Thoughts, 20 *Ratio Juris*, p. 311 (2007).

[14] 代表性观点参见 Ignatz Kornfeld, *Soziale Machtverhältnisse: Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage*, Manz, 1911, S. 73; [德]欧根·埃利希著:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第87页。

而且能为裁判的正当性进行辩护。法理论是一门规范学科,它的主旨并不在于探究某项活动的现实成因和动机要素,而在于为这项活动提供辩护或者说正当化。所以,它关注的重点在于是否充分而完整地进行法律判断之证立,关注法官支持自己的结论时所给出的“合理化”。^[15] 因此,法理论将法源视为法律论证中得以援引来支持裁判结论之理由。

3. 实质理由抑或权威理由

依照理由对裁判结论的支持方式,可以分为权威理由与实质理由。实质理由是一种通过其内容来支持某个法律命题的理由。^[16] 换言之,它用以支持某个法律命题的方式是指出这个命题在内容上的正确性。例如,“不得杀人”这个主张之所以成立,实质理由就在于它是实现社会秩序的重要手段或在于它本身就是正当的要求。与此不同,权威理由是因其他条件而非其内容来支持某个法律命题的理由,其中最重要的条件就是“来源”。例如,对于“不得杀人”这个主张为什么成立,我们的回答也可以是,“因为我国《刑法》第 232 条就是这样规定的(或者:从第 232 条可以推导出这一主张)”。此时,我们通过诉诸立法权威支持了这个主张。可见,权威理由起作用的方式就在于指明主张的(权威)来源,来源阻断了对主张内容本身正确性的追问。这两类理由分别涉及伦理学与法理论的法源概念。前者处理法可能拥有的道德拘束力之基础的问题,后者涉及某事物被认知为法或具有法效力之基础的问题。^[17] 有的学者在广义上使用“法源”一词,将这两种概念都囊括在内。^[18] 但这种做法的缺陷在于:其一,将支持某个法律命题的材料全部归入“法源”的范围,使得法源成为裁判唯一的基础,从而有可能在一定程度上弱化、甚至逃避法官说理的义务。其二,模糊了不同理由的性质及其起作用的方式,模糊了在学理上和实践上长久以来承认的“裁判依据”与“裁判理由”之间的区分。所以,从法理论的角度来看,法源的作用就是为裁判提供权威理由或裁判依据,实质理由本身在性质上与法源相悖。

4. 制度性权威抑或非制度性权威

权威理由可以基于制度,即“制度化的法源”,也可以不基于制度,即“非制度化的法源”。当如下两个条件被满足时,法律规范就拥有一种制度化的法源:第一,法律规范的存在条件是某种法律制度活动的作用;第二,法律规范之语境充分的证立或者其体系化或局部化的规范力完全来自于对这些存在条件的满足。^[19] 换言之,当某个法源的地位完全来自于法律制度时,它就是制度性权威。最典型的制度性权威来自于法制定与法适用相区分的二元框架。依据这种框架,法院的基本功能在于适用既定法律规范解决纠纷,而这种活动所需借助的前提即一般性法律规范则是由相对于法院的优势机构或机制来创设的。^[20]

[15] See Martin Golding, *Discovery and justification in science and law*, in: Aleksander Peczenik et al eds., *Theory of legal science*, Springer, 1984, p. 113.

[16] See Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 313.

[17] Vgl. Alf Ross, *supra note 5*, S. 291.

[18] See John William Salmond, *Jurisprudence*, 4th ed., Stevens and Haynes, 1913, p. 117; Aulis Aarnio, *On the Sources of Law: A Justificatory Point of Law*, 15 *Rechtstheorie*, p. 401 (1984).

[19] See Roger Shiner, *Legal Institutions and the Sources of Law*, Springer, 2005, p. 3.

[20] 当然,在普通法法系,司法造法成为常态,因此上述二元区分并不明显。但依据“遵循判例”原则,特定法院所应当遵从的只是具有管辖关系的上级法院和自己早前的判决,对其他法院的判决则并无服从义务。站在该特定法院的立场上,我们也可以说存在造法与适法的区分。所以,尽管表现形式不同,它们都是制度化的法源。

立法就是典型的制度性权威。非制度性权威至少包括事实性权威与说服力权威两类。事实性权威来自于某个机关在司法系统中事实上所处的地位。例如在民法法系，尽管并不存在遵循判例的规范性要求，但具有管辖关系的上级法院的判决对于下级法院同样具有权威性，下级法院一般不会作出有悖于上级法院之判决的判决。一旦当上级法院的判决被挑战的可能降低至几乎不存在时，它们就对于下级法院确立起了权威，尽管这并不是是一种规范性要求。另外，法院有时会诉诸既不必须遵从、也非不得不运用的理由来支持论证，比如援引来自于其他管辖区与下级法院的判决，它们被称为“说服力权威”。这里的“说服”并不意味着相信理由本身的实质合理性，而依然是出于对理由来源的信任。这可能是因为所处的共同体长久以来的实践都支持这种理由（普遍性），也可能因为权威由于在特定领域的专业性而被认为要比法官个人的判断更加可靠（专业性）。^[21] 这种权威出自法院自己的选择。

5. 效力渊源抑或认知渊源^[22]

前者指的是某个规范（裁判依据）之所以具有法律拘束力或被作为法律规范的理由，而后者指的是某个规范（裁判依据）的特定内容的来源。也就是说，一个规范的内容和它是不是法律规范（是否具有法律效力、是否是有效的“法”）是两个可以相互分离的问题。这两种法源概念会造成法源类型论上的区分。假如某个规范在效力上不具有独立的来源，或者说其效力来源于其他的规范，那么它就不具有效力意义上的法源。一个典型的例子是关于合同效力来源的争议。自治理论强调私人自治思想，将自己通过合同承担义务的可能看作是一种自然的、先在于任何法秩序的权利；而授权理论认为合同的法律拘束力只能来源于制定法的授权。^[23] 现在民法学界的主流观点倾向于否认合同作为独立的法源。^[24] 这并非说（依法成立的）合同不能作为裁判的依据，而是说它作为裁判依据的效力来源是制定法的授权。在效力渊源的意义上，不存在所谓“第一性渊源”和“被推导之渊源”的区分。^[25] 因为，只有具备独立的（第一性的）来源的，才属于效力渊源。在此意义上，我们会将立法和（英美法系的）司法等视为效力渊源，但只能将法律、行政法规、行政规章等视为具有同一种渊源（立法）的表现形式，因为它们之间具有效力上的层级关系，最终都可以追溯至最根本的立法行为，即立宪（制定历史上第一部宪法）。^[26] 与此不同，认知渊源涉及脱离效力的规范概念，^[27] 指的是司法裁判中作为法律推理大前提的规范命题本身在内容上的来源。由于脱离效力，所以认知渊源不涉及对相关规范的“定性”问题。同一个规范命题既可以成为法律规范的内容，也可以成为道德规范的内容，因为规范的性质与其内容无关。在此意义上，法律、行政法规、行政规章等也都可能成为独立的渊

[21] See Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, Harvard University Press 2009, p. 71.

[22] 两者有时在同一种意义上被使用，如罗斯就认为：“法源在形式定义中意味着将某事物作为法的认知基础”（Alf Ross, *supra note 6*, S. 292）。但本文将它们作为两个不同的概念。

[23] Vgl. Klaus Adomeit und Susanne Hähnchen, *Rechtstheorie für Studenten*, 6. Aufl., C. F. Müller, 2012, S. 41.

[24] 例如参见[德]卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第11页。

[25] 这一区分参见 Alf Ross, *supra note 6*, S. 304。

[26] 法律规范的层级构造理论参见 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre (Studienausgabe der 2. Auflage 1960)*, hrsg. v. Matthias Jestaedt, Mohr Siebeck, 2017, S. 346 ff)。这里暂不考虑基础规范的问题。

[27] Vgl. Jan-R. Sieckmann, *Semantischer Normbegriff und Normbegründung*, 80 *ARSP*, S. 228 (1994)。

源,因为它们可能具有不同的内容来源。认知渊源尽管指涉内容上的来源,但同样构成权威理由。因为严格说来,只有当法官将自己的独特观点作为裁判依据时,它才是内容上没有来源的。但在现代社会中,法官用作裁判依据的规范命题必须是基于来源的——无论是在效力上还是在内容上。这也是现代裁判区别于中世纪决疑术的重要特征。

在上面五组区分中,前三组在性质上将法源与其他事物区分开来,而后两组则涉及法源的类型划分。综言之,在法理论中,法源指的是法律适用过程中的裁判依据的来源,是裁判所要依循的权威理由。它既可以是基于制度的权威,也可以是非基于制度的权威;既可以指效力渊源,也可以指认知渊源。在此定义的基础上,由于通说将习惯等同于习惯法,所以本文将首先从习惯法的法源地位入手,再涉入习惯的法源地位。如果不能对后者作有别于前者的解释,那么通说就将成立;如果可以,那么就将获得一种新的理解,而法源条款也将因此获得新的意义。

三 作为效力渊源的“习惯法”

毋庸置疑,当我们使用“习惯法”这一称呼时,就意味着已经将它视为具有法律效力的规范,也意味着已将它与制定法、判例法并列为法的一种类型。所以,当我们说“习惯法是法”时,甚或当我们使用“习惯法”这一称呼时,本身就表明它必然是涉及效力渊源的概念。那么,习惯法的效力来源于哪里呢?

习惯法理论的最大捍卫者是在 19 世纪的欧洲法律学说史上占支配地位的历史法学派。历史法学派关于习惯法的观点可以被归纳为两方面:一方面,习惯法直接来源于民族精神,乃“直接的民族确信”的体现。是习惯法而非制定法确认了作为民族代表的共同意志。^[28] 它可以被法学家、特别是法官所识别,他们从中提取裁判规范。在较早的时期,整个的法甚至完全由整个民族的行为规范构成,故此整个民族的行为规范也就充当了裁决法律争议的唯一基础。所以,习惯法既是行为规范,也是裁判规范;更确切地说,它始终首先是行为规范,通过行为规范才变成裁判规范。^[29] 另一方面,大多数既有的制定法仅仅是对长期以来存在于民族中的习惯之表述。它的目的仅仅在于使民众更加确定,或者在法的不断演进发展中“更迅捷地结束不确定法的间隔时间”。所以,立法被认为更多地是一种形式上的活动,因为立法者并没有任何独特的法意识,而是直接从民族精神和法学家那里获得其素材。当且仅当制定法是从民族中通行的行为规范(即习惯法)中提取时,它的内容才与民族意识相一致。^[30] 所以,在历史法学的图景中,法首先是一种行为规范,习惯法就是这种行为规范的担纲者;大多数制定法是建立在习惯法基础上的裁判规范。但裁判规范相对只构成了“法”的很小一部分,“法”的大部分领域是由行为规范来充斥的。

历史法学派以外的法学者尽管可能不赞同让制定法屈居于习惯法之后,但都不否认习惯法的效力来源有别于、也独立于立法(制定法)。那么,这种独立的来源究竟是什么

[28] Vgl. George Friedrich Puchta, *Cursus der Institutionen*, Bd. 1, Breitkopf & Härtel, 1841, S. 27 - 28, 144 - 145.

[29] 参见[德]欧根·埃利希著:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社 2009 年版,第 497、499、500 页。

[30] 参见[德]欧根·埃利希著:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社 2009 年版,第 491、493、499 页。

呢？习惯法在本质上是一种社会规则。社会规则具有两个面向：在外在面向上呈现出一种规律性的行为（践行），而在内在面向上则体现在，共同体（或至少是共同体中的某些人）必须将该行为视为整个群体所必须遵从的普遍标准（确信）。偏离这种普遍标准的行为不仅被认为是错误的，而且对标准的偏离本身就被认为是应受批评的好的理由。也就是说，践行者对于呈规律性的行为模式持有反思批判的态度，而这个态度应在评论（包括自我批判）中表现出来，并且这种批判与要求是正当的，这体现在“应当”“必须”“对”“错”这些规范性术语之中。^[31] 据此，习惯法就可被定义为“通过共同体内反复的践行方式展现出的一个普遍而具有规范法效力意志所产生的非成文法”。^[32] 习惯法由两个要素组成：一是长时间持续不断、稳定、均质和普遍的交往实践，也就是不断被运用的事实；二是必要的确信，即这种交往实践的参与者普遍认为它是正确的，或认为这种实践就是在遵从既定的法。前者是外在的客观要素，而后者是内在的主观要素。^[33] 这两种要素是相互支持的，它们合在一起构成了习惯法之法律效力的来源：如果没有内在的主观要素，习惯法就无以区分于纯粹的规律性事实；如果没有外在的客观要素，习惯法就将无以区分于道德规范。这种相互支持是缺一不可的，没有应当的观念固然不行，但如果缺少了外在要素同样是不行的：一旦共同体成员在外在行为上终止某种规律性行为，习惯法也就将蜕变为纯粹的道德规范（道德观念）。

可见，习惯法的效力来自于结合了规律性交往实践与必要确信的规范性实践。这种规范性实践正是裁判依据得以产生的效力来源，也是裁判所要依循的具有规范拘束力的权威理由。在理论逻辑上，正因为习惯法首先能够成为民众的行为规范，随之才能成为法官的裁判规范。因为习惯法来自于民众的规范性实践，所以首先理所当然地是一种行为规范。而正因为它是一种在日常生活中行之有效的“法”，所以它也可正当地成为法官的裁判规范。当然，与立法行为（制定法）这种制度性实践不同，作为规范性实践的习惯法毋宁属于非制度化的实践，是一种基于事实性权威的效力渊源。正因为习惯法具有独立的效力来源，它与制定法同属地位平等的法的类型，所以立法无权对它进行规定和限制。^[34] 从这个角度说，《民法总则》第10条规定的“习惯”就不能被理解为“习惯法”，如果它要有意义的话。

四 作为认知渊源的习惯

（一）习惯法的空心化

在制定法比较欠缺的时代，习惯法有其重要的时代意义。但随着西欧民族国家的次第形成和国家立法的发展，尤其是当西欧各国于19世纪后半叶纷纷进入法典化时代之

[31] 参见[英]哈特著：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，商周出版社2000年版，第52-54页。

[32] Vgl. Ludwig Enneccerus und Hans Carl Nipperdey, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Bd. 1 (*Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*), 15. Aufl., Mohr, 1959, S. 261.

[33] Vgl. Joachim Vogel, *Juristische Methodik*, Berlin: Walter de Gruyter, 1998, S. 39.

[34] Vgl. Fridolin Eisele, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt: Beiträge zur allgemeinen Rechtslehre*, Freiburg: Lehmann, 1885, S. 19-20.

后,绝大部分生活关系被法典所调整,习惯法的意义与重要性必然大幅度降低。故此,近代法之成文化已经导致习惯法强烈地萎缩。^[35] 而在这一前后,习惯法尽管保留了名称和表述,但其效力内涵却逐渐被其他法源所掏空,呈现出空心化的趋势。

习惯法的空心化肇始于习惯法的法学家法化。发出这一趋势之先声的恰恰是历史法学的门徒、概念法学的代表者普赫塔。在普赫塔看来,立法机关与法学家都能够作为民族精神的代表,尤以后者为甚。法学家法具有必须加以区分的两个面向:一方面,法学家乃民族和民族精神之代表,他们对民族的习惯法有直觉代表的一面,通过“自然的”法律知识来获得之,这是法学家法的“自然”成分;另一方面,习惯和习惯法不仅仅应当成为法学家知识的来源,而且还应当是法条的科学真理。这样,法学家法就需要一种(纯粹的习惯难以证成的)合乎技艺的程序,法学家通过自己的活动来为习惯法提供支持,并且通过“有意识的科学程序”来创制新的法条,这是法学家法所包含的科学成分,其体现的是法学家法之“技艺—认知科学”的一面。所以,必须将两种法学家法区别开来:一种是作为“真正的习惯法”,仅仅因为法学家之“国族法律意识”的代表地位而有效的法学家法,另一种是基于法的“内在理由”推演出来的“科学的”法学家法,即“科学法”。^[36] 科学法并非像习惯法那样是直接由民族创造的,也不单单是由作为民族精神之代表机关的法学家加以机械地复述,它是一个民族在进步的时代通过科学活动或科学技术工作而形成的法,其权威性立足于现行法的合理性、由现行法所引导出的原则的真理性以及构成这些原则的结论的正确性。^[37] 在许多案件中,法官可能会舍弃现实的民族信念和立法,转而利用科学法,即从现行法的原理中推断出有待适用的法条,从而使得科学法成为补充性的法源和在法院有效的法。^[38] 因此,可以说到了此时,不是民族精神和习惯法,而是科学法(法学)才构成了法源理论的核心。历史法学派的习惯法学说,以民族的习惯法为出发点,却最终落脚到了作为体系的法学之上。^[39]

法典化通常存在于法学创造性阶段的末尾。^[40] 当以 1900 年生效的《德国民法典》为代表的法典化时代来临之后,法学家法(潘德克顿法学)就完成了其主要的历史使命。通过法学家科学加工之后的习惯法的内容进入到了立法文本之中,习惯法进一步丧失了独立法源的地位。法院的主要任务变成了将法典的条款适用于个案,因而围绕立法条款适用而产生的“法官法”成为法源理论关注的焦点。19 世纪末 20 世纪初,随着法院判决的重要性越来越受到重视,学说上逐渐出现了认为习惯法无非就是法官法的见解,或者说习惯法的法官法化趋势。它又包括了两种立场上有所不同的观点:^[41] 一种观点认为,社会现存的习惯只有被法院的判决所确认才能被提升为习惯法,可以被称

[35] 参见 Christian Starck 著:《法的起源》,李建良等译,元照出版公司 2011 年版,第 9 页。

[36] Vgl. Georg Friedrich Puchta, *Gewohnheitsrecht*, Teil. I, Palm, 1828, S. 165 - 166.

[37] Vgl. Georg Friedrich Puchta, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Hrsg v. Adolf Friedrich August Rudorff, Bd. I, 6. Aufl., Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1873, S. 42 f.

[38] Vgl. George F. Puchta, *Pandekten*, Neunte und vermehrte Aufl, besorgt v. Adolf Friedrich August Rudorff, Verlag von Johann Ambrosius Barth, 1863, S. 29 - 30.

[39] Vgl. Alfred Manigk, *Savigny und der Modernismus im Recht*, Vahlen, 1914, S. 78 - 79.

[40] Vgl. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht 1967, S. 46.

[41] 参见吴从周著:《法源理论与诉讼经济》,元照出版有限公司 2013 年版,第 34 - 36 页。

为“确认说”。这种见解只是将法院判决的功能定位为对既有习惯的确认，它其实是传统“承认说”的一个变种。^[42] 所不同者，承认说将习惯法的效力拟制为立法者的承认，而该说则将习惯法的效力系诸司法机关或法官的认可，只是代表国家的机关发生了改变而已。由于司法机关或法官是在个案中对习惯予以认可的，所以有别于以立法来进行的一般认可，它更多是一种个别认可。例如，凯尔森就认为，“即使在私法领域，习惯法无非也只有引发法院对其加以适用的作用而已。”^[43] 奥尔特曼 (Oertmann) 也指出，“原本由社会所创造的道德规则，只能通过国家司法机关或行政机关承认其为习惯法”。^[44] 拉伦茨则更明确地点出，一项长期判例 (有时甚至是最高法院的某项一次性裁判) 可以促使某种习惯法的形成或使之明确化。^[45] 也就是说，习惯或许仍然自由地在社会中形成，但必须一直等到法院承认它，才能取得其法律效力 (成为法)。当然，这种观点只是强调需要得到法院的认可才能成为习惯“法”，而非强调由法院自己产生习惯法。换言之，习惯法的质料依然来自于社会民众的实践，但习惯法的效力则来自于法院的裁判。另一种观点有所不同，因为它进一步将法院的裁判视为习惯法的构成要素，因而可被称为“构成说”。如埃利希就认为，习惯法其实应该是由两个要素糅合而成的，一方面是由社会机制形成，另一方面是将其提出来的裁判规范。^[46] 康特罗威茨 (Kantorowicz) 也认为，习惯绝非只是民族的习惯，相反它是由法官、律师、公证人及其他法律人所塑造和发展出来的 (法律人法)。^[47] 由此，法官的判决不仅只是给予习惯法国家的承认，更是习惯法得以形成的依据。

但无论是确认说还是构成说，其实际的效果均在于使得习惯法的效力根据被掏空和转移，差别只在于具体的操作方式而已：习惯法产生拘束力的根据在于特定的规范性实践，这种实践由外在的交往实践与内在的必要的确信相互支撑而成。确认说其实相当于是从外部着手，将习惯法的效力根据从这种规范性实践转移到了司法机关的行为，因为只有当这种实践 (仍能被称为规范性实践吗?) 得到法院认可时，它才是有效的裁判依据，从而使得习惯法丧失了独立的效力来源。构成说则相当于从内部着手，重构了习惯法的要素，将原本作为其要素之一的民众的必要确信替换成了法院的确信 (通过判决来体现)，从而同样移花接木式地阉割掉了习惯法原本独立的效力根基。由此，不论采取哪种措施，习惯法都将丧失独立的效力渊源地位。

这种变化是由两方面的原因造成的：从外因来说，是制定法在近现代法律发展过程中重要性的不断加强和现代社会环境的变化。制定法重要性的加强使得“法”的制度化色彩越来越浓厚，也就是说，法越来越被认为是一种制度性的权威，^[48] 与立法、司法这类正

[42] 关于“承认说”参见 Felix Somló, *supra* note 10, S. 367。

[43] Vgl. Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Mohr, 1923, S. 102.

[44] Paul Oertmann, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, 1914, S. 10.

[45] 参见 [德] 卡尔·拉伦茨著：《德国民法通论》(上册)，王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 16 页。

[46] Vgl. Eugen Ehrlich, Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts, in ders., *Gesetz und lebendes Recht*, hrsg. V. Manfred Rehbinder, Duncker und Humblot, 1986, S. 120 f.

[47] Vgl. Hermann Kantorowicz, Die Rechtswissenschaft-eine kurze Zusammenfassung ihrer Methodologie, in: ders., *Rechtswissenschaft und Soziologie*, hrsg. v. Thomas Würtenberger, Müller, 1962, S. 93.

[48] 这从将“法”定义为“制度性事实”的主张中就可可见一斑 (参见 Neil MacCormick and Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, D. Reidel Publishing Company, 1986, p. 49 f)。

式的法律制度相关联。与此相应的是,法的非制度化的部分(习惯法就属于此)越来越萎缩,法与其他非制度化对象如道德、惯例、风俗之间的距离也越来越远。社会环境的变化指的是,习惯法主要形成于一个小范围空间且易于掌握观察的人际生活关系中,但现代一个平均人口动辄数百万的国家内,要形成统一的习惯法(普遍的法则)实在难以想象。^[49]这就导致了习惯法丧失了持续发展的条件。从内因来说,则是因为判断习惯法的内在要素——民众的“必要的确信”——究竟是否存在、如何确定十分困难。所以通说认为,这需要适用“法官知法”的原则,由法官依据其职权考量相关法律文献、法院判决、相关社会团体内的行为与意见、熟悉法律的地方机关之意见、专家意见等综合加以决定。^[50]在实际的运作上,这相当于委托给了法官去决定何谓“必要的确信”,或者说用法院的确信去取代了民众的确信,因为前者(通过判决体现出来)的可识别性更强。由此,在内外因的共同作用下,习惯法空心化的趋势不可避免。

今日之习惯法几乎已经演变为法官法,尤其是最高司法机关的法官法。正如德国法学家吕特斯(Rüthers)所言,习惯法终究只是最高法院对此所作的宣示而已!^[51]由此说明,今日之习惯法已经丧失了过去效力渊源的地位。

(二)习惯的性质

习惯法丧失了效力渊源的地位,也就意味着它无法凭借自己的权威就成为具有规范拘束力的裁判依据。当然,在德国和我国台湾地区,亦有不少学者仍沿用了习惯法的称谓,但用之来称呼被反复遵从的判决先例,尤其是最高司法机关的判决先例。德国法上称之为最高法院的“一贯见解”或“惯常之司法判决见解”,也就是长时间未为最高法院所变更,且为实务所遵循的最高法院自己以前的判决见解。^[52]而有学者就将这种惯常之司法判决见解的效力诉诸习惯法,指出今日之习惯法大部分是在最高法院惯常之司法判决见解的外衣下,通过法院的惯习成为法官法而产生的。^[53]台湾地区学者吴从周更是进一步认为,被“最高法院”从众多判决中所挑选出的判例,本来虽属个案,但因为在社会生活中反复出现与重复实施,成为同类案件之案例类型。该判例所表示之法律见解,不仅是针对个案作成的判断,毋宁有将其普遍成为一般性法则的必要,这种法则就具有习惯法的特质与效力,进而由此获得规范上的拘束力。^[54]这种观点与上一部分所说的“习惯法的法官法化”相互呼应,可称为“法官法(判例)的习惯法化”,两者相互掺杂,使得问题更为复杂。但是无论在哪一种情况下,称法官法为“习惯法”,也更多只剩下了修辞术和障眼法的意义,内里是不折不扣的裁判行为本身。之所以不肯揭去“习惯法”的外衣,不外乎在德国

[49] Vgl. Helmut Coing, *von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 1, Sellier-de Gruyter, 1995, Rn. 242.

[50] 参见吴从周著:《法源理论与诉讼经济》,元照出版有限公司 2013 年版,第 37 页。引用时表述略有不同。

[51] Vgl. Bernd Rüthers, Christian Fischer, Axel Birk, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 8. Aufl., 2015, S. 150 - 151.

[52] Vgl. Karl Larenz, über die Bindungswirkung von Präjudizien, in: Hans Walter Fasching (Hrsg.), *Festschrift für Hans Schima*, Manz, 1969, S. 250.

[53] Vgl. Franz Brändl, *von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 11. Aufl., Schweitzer, 1957, Rn. 42.

[54] 参见吴从周著:《法源理论与诉讼经济》,元照出版有限公司 2013 年版,第 40、103 页。

和台湾地区一直以来的通说中,真正的法源只有两种,即制定法与习惯法。基于大陆法系成文法典与英美法系判例法不同,除非该判决先例已经被强化为“习惯法”的程度,否则并没有与制定法相同的拘束力。^[55] 所以,为了达到让裁判发挥超越个案之效果且获得规范拘束力的目的,不得不通过“借壳上市”的方式,以传统的习惯法之名来行法官造法之实。但无论如何,这里已存在“词”与“物”不对应的现象。由共同体成员的交往实践所形成的“规范”尽管还有,但已不再是效力渊源意义上的习惯法,而成为纯粹的、效力有待法院来确认的习惯了。

这种意义上的习惯与习惯法之间尽管在内容上可能没有差别,但却并非效力渊源上的法源。当然,这不是说它不具有法律上的重要性,而只是说它不再是有效的法。^[56] 它依然可能具有法律实践上的重要意义,但这种意义要通过进入制度化的实在法体系才得以发生。从理论上讲,习惯进入制度化的实在法体系大体有三种方式:^[57] 第一,通过立法规定的方式,即通过制定或修改法律的方式将特定习惯吸纳其中,并因此成为法律的内容。国务院《全国年节及纪念日放假办法》第2条将中秋节、端午节、清明节这些传统节日纳入“法定假日”的范畴。再如对于中国传统社会中早已经存在的“典权”制度,台湾地区“民法”用了整个第八章加以规定。第二,通过司法裁判的方式,即立法并无相关的授权性规定,但法官径直依据特定习惯做出判决,并因此成为法律的内容。前述习惯法的法官法化就是这种方式。此时,法官在制定法之外寻找裁判依据或理由。在缺乏裁判依据时,法官可能会寻找相关习惯来替补之。而在已有裁判依据时,为了加强说理效果,法官也可能运用某些裁判理由,这可能包括法官自己的公平感、合理性、好的政策,也可能包括(他所认可的)习惯,只是此时习惯的地位与其他要素并无差别。第三,通过授权间接进入的方式,即通过法律上的授权性条款将特定习惯引入法律当中,并因此成为法律的内容。这就涉及到了法源条款,具体内容后再论。可以肯定的是,无论是在哪种方式中,都不会使得习惯变成效力渊源上的习惯法。因为是制度化的行为(立法规定、司法裁判)本身才能赋予其法律效力:被立法规定的习惯能作为裁判依据是因为它本身是制定法,被司法裁判采纳的习惯能作为裁判依据是因为它本身是判例法或法官法。

但是,习惯毕竟为裁判提供了质料:如果说在上述三种方式中,第一种方式中的裁判依据在内容上还可以说是来自于立法的直接规定的话,那么第二和第三种情形中的裁判依据(或理由)的内容却明白无误地由习惯来供给。从这个意义上说,习惯本身在法律实践上的意义在于它在司法裁判中扮演了认知渊源的角色——它可以构成法官处理纠纷时所依仗的裁判依据的内容来源!也就是说,在运用习惯进行裁判的场合,裁判依据的效力来自于立法或司法的事实,而裁判依据的内容则来自于习惯。习惯虽非效力渊源,但却是认知渊源。正是在此意义上,我们可以恰如其分地说法官的裁判并非个人好恶的体现,而

[55] 参见吴从周著:《法源理论与诉讼经济》,元照出版有限公司2013年版,第58页。引用时表述有所变化。

[56] 关于“一个习惯在法律上是重要的”与“该习惯是一条习惯法”之间的区分,参见陈景辉:《“习惯法”是法律吗?》,《法学》2018年第1期,第6页。

[57] 这里参考了陈景辉教授的分类(参见陈景辉:《“习惯法”是法律吗?》,《法学》2018年第1期,第8页),但有所不同。

是基于来源的。同时这也说明,习惯是一种非制度性的权威。除立法规定外,法官之所以选择某个习惯作为裁判依据,是因为他所处的共同体长久以来的实践都支持它,而他作为共同体的一员也选择服从这种权威,以便使得他的判决更有说服力。所以,习惯是以“说服性权威”的方式发挥作用的。总之,在现代社会中,习惯在性质上是一种基于说服性权威的认知渊源。

五 法源条款的意义

现在,是时候回过头来剖明民法总则之法源条款的意义了。从表面看,第 10 条基本上表达了三层含义:第一层是表明了民事裁判依据之来源类型,即法律(制定法)与习惯;第二层是表明了这两类来源的适用顺序,即先适用法律(制定法)后适用习惯,或者说有法律从法律,无法律从习惯,后者指的是出现法律漏洞的情形;第三层是对习惯的适用施加了限制,即不得违背公序良俗。前已叙及,此处的“习惯”不等于“习惯法”,它仅是司法裁判的认知渊源,而非效力渊源。也就是说,习惯并非当然地对审理案件的法官具有规范拘束力,而是作为形成裁判依据之既有实质基础以供法官选择,其地位与作为效力渊源之法律自不相同。这从第 10 条所使用之规范性术语的差别就可见一斑。该条针对法律,使用的是“应当依照”,对于习惯,使用的则是“可以适用”。“应当”与“可以”两相对照,不仅强弱不同,而且有性质上的差异:前者为法律义务,后者则是法律上的允许。

这种法律上的允许具有授权和限制的双重功能。就授权的功能而言,它呈现出一种“立法一般授权+司法具体认可”的结构。一方面,该条款本身是立法的产物,且具有一般授权的性质。近代以后,制定法无可置疑地成为司法裁判中具有中心地位的效力渊源,作为认知渊源的惯习获得立法的认可是必要的。同时,这一授权条款又不等同于具体的立法规定,也就是将习惯的内容直接规定进法律之中的做法,它具有一般性。这种一般性另一方面也就意味着授权司法机关根据个案去对习惯进行具体认可。授权规范本身并不是命令,而相当于授权去颁布一个命令规范,它的效果只在于确定了可以由谁以何种方式来颁布有效的法。^[58] 在第 10 条的语境中,这意味着,在法律漏洞的情形中有效的法必须由法官依据习惯来形成,否则就不发生法律效力。换言之,特定个案中应该适用何种习惯,当存在复数的不同习惯时该如何抉择,悉数交由法官去决定。只有法官所选择的习惯才能成为裁判依据,才能成为法官法的组成部分。所以在法律上,习惯处于法官自由裁量的范围,只有通过他的具体选择才能变成法。^[59]

就限制的功能而言,它包括三个方面:其一,授权法无明文时适用习惯本身就是一种弱意义上的限制。它意味着,法官尽管有自由裁量权去选择这种习惯或那种习惯,但是一来他必须选择一种习惯,二来无论这种习惯是什么,它都是由共同体成员在交往实践中形成的,是先在于司法裁判而存在的,而不是由法官个人创设的。这也就是前面说过的,司法裁判必须基于来源,这不仅指其效力要基于来源,也指其内容必须基于来源(虽然这并

[58] 参见[德]诺伯特·霍斯特著:《法是什么》,雷磊译,中国政法大学出版社 2017 年版,第 90 页。

[59] Vgl. Alf Ross, *supra* note 6, S. 434.

不意味着要完全摒弃法官个人的评价)。其二,“有法律从法律、无法律从习惯”这一排序本身也是一种限制。它意味着,法官所选择的习惯必须在内容上与既有的法律条款不相龃龉,否则不得适用。这就相当于天然地排除掉了与立法相抵触之习惯作为认知渊源的可能。^[60] 因此,法律本身(无论是法律规则还是法律原则)也会对习惯的适用构成限制。其三,公序良俗的限制。公序良俗在民法上是一个尤为复杂的概念,在此无法详尽处理。这里只想指明两点:第一,公序良俗本身属于法律原则,其含义需要部分地借助于习惯来明确。第二,公序良俗是社会道德标准的法律化,其评价需要有一套相对客观的具体化标准。这套标准是复杂的,既包括政治—社会体制的价值抉择,尤其是宪法的基本抉择,^[61] 也包括司法判例和法学家针对具体领域的类型化处理。^[62]

事实上,法源条款既授权法官去利用和选择习惯来形成裁判依据,又对选择行为施加了限制。在此过程中,同样明确了习惯作为裁判依据之认知渊源的地位。至此,文章一开始提到的那个问题就可以得到顺理成章的解答:为什么第10条和第8条中都出现了“法律”,但第10条中的“习惯”却在第8条中消失了? 因为作为行为规范,第8条的主要功能在于指引一般民事主体的行为;而作为裁判规范,第10条的主要任务则在于指示法官依法裁判。由于法律(制定法)是效力渊源(制定法是法!),所以它既是法官裁判的依据,又是民事主体不得违反的行为标准——法律效力的完整含义本就包括了应当被(民事主体)遵守和被(法官)适用这两方面,所以它同时出现在行为规范与裁判规范之中;而习惯仅仅是一种认知渊源,法官有权在法律缺位时将其作为裁判依据内容的来源,但民事主体却没有法律义务将其作为自己行为的标准,所以它只能作为裁判规范出现。同时,在习惯法那里的从行为规范到裁判规范“过渡”的思路也被打断了:因为习惯本身并不是(有效的)法,所以它不是行为规范;但它可以是法官裁判依据的认知来源,成为裁判规范。裁判规范不必同时是行为规范,裁判依据也未必一定要是法。

六 结 语

在法理论中,法源指的是法律适用过程中裁判依据的来源,是裁判所要依循的权威理由。用萨尔蒙德的话来说,“法源就是任何这样的事实,它依照法律决定司法的认知和将任何新的规则接受为具有法的力量。^[63] 在此意义上,习惯法是一种基于事实性权威的效力渊源,在性质上属于“法”的一种类型,与立法相并行,故而无法为立法所规定,至多只能被法源条款所描述和反映。近代法典化运动兴起之后,习惯法经历了一个空心化的过

[60] 当然,如果将法律条款细分为法律规则与法律原则两种类型,它们与习惯的适用关系为何将更是一个更复杂的问题。

[61] 宪法上的基本权利被认为构成了一种“客观价值秩序”,不仅能用来对抗国家,而且也可以辐射至私人领域。而辐射的具体途径就是通过民法上的公序良俗原则来对民事裁判产生影响。此谓宪法的“间接第三人效力”。具体参见于飞著:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,北京大学出版社2006年版,第151-157页。

[62] 例如参见[德]迪特尔·施瓦布著:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第477页。

[63] John William Salmond, *supra note 18*, p. 120.

程,民众的规范性实践逐渐被法学家和法官的活动所取代,以至于今日之习惯法几乎已经演变为法官法,尤其是最高司法机关的法官法。“习惯法”愈发成为韦伯口中的“半神秘的概念”,^[64]成为了法官的修辞术和凭借传统力量的残余来对法官见解进行表面正当化的外衣。习惯已丧失其效力渊源意义上的法源地位,在性质上成为一种基于说服力权威的认知渊源,也即构成法官处理纠纷时所依仗的裁判依据的内容来源。习惯在性质上不是“法”,需要立法的认可。正因为现代社会中,习惯只是认知渊源而非效力渊源,所以我们可以笼统地说“习惯是法源”,但却无法说“习惯是法”。因为法必然是法源,但法源未必都是法,法源是一个在外延上比法更宽泛的概念。

《民法总则》第 10 条这一法源条款意义上的“习惯”不能像通说那样被等同于“习惯法”。这一条款的意义就在于认可了习惯的认知渊源地位,并具有对法官适用习惯解决纠纷进行授权和限制的双重功能。只有如此,才能在法源谱系中对习惯进行准确定位。

[本文为作者主持的 2018 年度中国政法大学第五批青年教师学术创新团队研究项目“法治体系下的立法权”(18CXTD10)的研究成果。]

[**Abstract**] What is the position of customs in modern adjudication system? Article 10 of General Provisions of the Civil Law (the so-called provision of legal source) provides a starting point for the consideration of this question, but the consideration should not be confined to this provision. To answer the above question, we must clarify the concept of legal source. At the level of legal theory, sources of law refer to sources of the basis of adjudication in law application—the authoritative reasons that must be followed in adjudication. They can be institutional authority as well as non-institutional authority, and they can be source of validity as well as source of cognition. With the coming of the age of codification, there has emerged a tendency towards the “hollowing out” of customary law, and a corresponding change from customary law to customs; the former originates from the normative practice in a community, and is indeed a type of “law” in nature and a source of validity based on factual authority, which cannot be stipulated or confined by legislation, whereas the latter are not “law” in nature, but sources of cognition based on persuasive authority, which need to be sanctioned by legislation. Customary law is first and foremost norms of conduct, and only then can it be norms of adjudication, whereas customs are merely norms of adjudication. An analysis based on this conclusion shows that Article 10 of General Provisions of the Civil Law has a double function of disputes resolution, i. e., authorization and restriction of judges’ application of customs.

(责任编辑:田 夫)

[64] Vgl. Max Weber, *Rechtssoziologie*, 2. Aufl., Luchterhand, 1967, S. 209.