

中国《民法典》编纂中的习惯法问题

厉尽国*

目次

引言

- 一、中国《民法典》编纂成败得失之关键
- 二、《民法典》编纂与习惯法问题之关联性
- 三、《民法典》编纂中习惯法问题之展开
 - (一) 民事习惯法典化之观念基础问题
 - (二) 民事习惯法典化之具体路径问题
 - (三) 民事习惯之法源地位问题
 - (四) 习惯规范之要素构成问题
 - (五) 习惯性事实之规范意义问题

尾语

摘要 中国《民法典》编纂能否成就一部引领 21 世纪潮流的伟大法典,可能并不仅仅取决于或者主要不取决于编纂模式或者技术,而取决于该法典内容之思想深刻性与现实有效性。为达致上述要求,《民法典》编纂应立足于中国传统、生活及其未来发展。就此而言,习惯法问题对《民法典》编纂成败得失具有关键性意义,我们必须认真对待《民法典》编纂中的习惯法问题。澄清问题有助于解决问题,《民法典》编纂中习惯法问题之意蕴可适切地表述为“民事习惯法典化”,又可展开为五个子问题:观念基础问题、具体路径问题、法源地位问题、要素构成问题、事实之规范意义问题。但该问题之有效解决,还须依赖最终汇聚于民法学术路径的多方智识努力。

关键词 中国《民法典》编纂 习惯法问题

当下中国《民法典》正在紧锣密鼓地制定中,而这恰是提出《民法典》编纂中习惯法问题的适当时机。在此主题下,我们可以探讨两个相互关联着的问题:一是,习惯法问题是否关乎《民法典》编纂之成败得失?二是,《民法典》编纂应如何理解、解释以及对待习惯法问题?所谓“习惯法问题”之意蕴,于前者为待决之疑难,于后者则为待处置之工作。然而,两种意蕴是相互关联的。因为,如果对前者能够有所决断,则后者就顺理成章地变为技术性工作——无论难易抑或成本高低。这正如“科学家”与“工程师”分别

* 山东大学马克思主义学院副教授、法学博士。

担负的两种不同性质的任务。就此主题,本文依下列次序展开讨论:首先,对《民法典》编纂成败之关键进行提问,即:法典化之关键在于编纂模式和技术,还是在于其是否尊重生活与实践所塑造之内生逻辑;其次,对《民法典》编纂之工作准备进行提问,即:民法学术是否已就《民法典》编纂与习惯法问题建立起关联性思考;第三,梳理《民法典》编纂中的习惯法问题,并作简要分析。在某种意义上,提出问题本身就已经暗示了解决问题之方向。期望本文之探讨能够澄清问题,甚至有助于解决问题。

一、中国《民法典》编纂成败得失之关键

2014年10月,中共十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出了“编纂民法典”的规划。2015年3月,全国人大常委会法律工作委员会明确提出“两步走”的编纂思路,即先制定民法典草案,然后再整合既有的民商单行法,各分编争取于2020年审议通过,形成统一的民法典。全国人大常委会法工委于2016年2月向社会发布《中华人民共和国民法总则草案(征求意见稿)》(以下简称“征求意见稿”),计划于2017年3月交付全国人民代表大会讨论。回顾历史,自1949年到2002年五十余年间,我国先后四次民法典编纂结果均无疾而终。最近一次肇始于1998年并于2002年12月提交全国人大常委会审议,但未获通过。那么,本轮民法典编纂是否能够摆脱前几次失败之阴影而得竟全功呢?

有学者对此充满乐观期待。例如,专家建议稿主要起草人王利明教授认为,“如果说1804年《法国民法典》是19世纪风车水磨时代的民法典的代表,1900年《德国民法典》是20世纪工业社会的民法典的代表,我国的民法典则应当成为21世纪民法典的代表之作”。〔1〕但也有学者认为民法典制定的条件并不成熟,法典化是一个学术不断积累和完善的过程,这一过程同时受到政治、经济、文化等因素的制约,它们也决定着私法(民法)法典化的进程,此外还受民族情感因素的影响。〔2〕还有学者认为,作为法制继受者的中国,欲在法典编纂过程中有所创新并引领风潮,可能并不容易。因为制定出一部模仿性的法典可能并不太难,但制定出真正原创性的法典并非易事,更何况要成为引领21世纪风潮的经典之作。〔3〕

无论乐观与否,中国民法典编纂都面临着一个无可回避的关键性问题,即:最近二十年国内的研究文献,大多聚焦于微观层面的编纂模式与编纂技术,而对于民法典编纂之观念基础及其实现路径的研究仍然处于继受状态。〔4〕这当然也不是什么新发现,学者们在前轮《民法典》编纂失利之后已经有所反思。例如,有学者曾总结民法典创制背景下民法学研究的一般特点,即:(1)立法论研究多于解释论研究;(2)比较法研究多于本土资源挖掘;(3)对策性研究多于基础理论研究;(4)法律教义学研究多于案例分析研讨;(5)纯民法研究多于交叉学科探讨。〔5〕并且指出,“随着民法典制定工作的深入,民法学理论必然在民事立法论、解释论、比较法研究、法的经济分析、社会学分析方法等方面取得长足进步”。〔6〕可以说,这些思考已经蕴含了问题之体悟。

就继受民法而言,如果法典化所遵循的并非是由社会生活与法律实践所塑造之内生逻辑,而

〔1〕 王利明:《民法典的时代特征和编纂步骤》,载《清华法学》2014年第6期。

〔2〕 参见易继明:《中国民法典制定的三条路线》,载《私法》2011年第2期;易继明:《民法典的不朽——兼论我国民法典制定面临的时代挑战》,载《中国法学》2004年第5期。

〔3〕 参见魏磊杰:《历史与国际比较视野下的中国民法典编纂》,载《文化纵横》2016年第5期。

〔4〕 见前注〔3〕,魏磊杰文。

〔5〕 参见王利明、周友军:《民法典创制中的中国民法学》,载《中国法学》2008年第1期。

〔6〕 王利明、朱岩:《繁荣发展中的中国民法学》,载《中国法学》2007年第1期。

是基于外国理念、制度以及其经验之嵌入逻辑,那么它能否达致其所欲实现的目标?还可继续追问,此处所欲追求的目标、路径以及构建它们之间关系的观念基础是什么?该种观念基础是否稳定与统一地存在于法律共同体之中?这些追问显然并非单纯编纂技术问题,而是处于深刻的法律哲学层面。这些问题显然也不是单纯交由政治决断的问题,而是需要在学理上做出深刻剖析的问题。否则,《民法典》编纂的“三条思路”之争可能就没有真正立足现实基础,^[7]《民法典》编纂“三条路线”之争也可能继续延续下去。^[8]

马克思说得好:“理论只要说服人[ad hominem],就能掌握群众;而理论只要彻底,就能说服人[ad hominem]。”……理论一经掌握群众,也会变成物质力量。^[9]一种理论是否具有解释力或者影响力,归根结底来源于它对现实及其发展趋势的科学把握以及为解决现实问题所提供的科学指导。就此而言,一部伟大的民法典,不可能仅仅在概念性话语中转圈圈即可成就自身,它必然是在当下以及未来实践中是有效的范导;而一部引领风潮的民法典,则还必须具有其深刻的思想魅力。

当然,我们无法预测本轮《民法典》编纂最终结果如何,本文也没有彻底解决上述问题之雄心壮志——这绝非几篇论文甚至专著所能解决。但我们至少可以通过某种方式揭示出问题之存在及其意义。《民法典》编纂中的习惯法问题这个相对较小的问题,可能对我们思考上述大问题具有重要的启发价值。选择这一角度的初始理由:一是,世界民法典编纂史上几次重要争论均涉及习惯法问题,“前车之鉴”可为“后事之师”;二是,法典化取决于我们对法律与生活、传统之间关系的根本理念,其可聚焦于习惯法问题;三是,习惯法仍然是中国社会生活中的重要现象,法典化过程及其效果必然受其影响。尽管这些理由尚待扩展或者强化,但已经足以引发我们深入思考之兴趣。

二、《民法典》编纂与习惯法问题之关联性

有种观点认为,法典化时代的到来,意味着习惯法作用范围的缩小、地位或作用的降低以及最终被制定法取代的命运。^[10]然而,历史经验告诉我们,世界民法编纂史上的几次大规模争论确实均与习惯法问题有着莫大关联,认为法典化意味着习惯法命运转折的观点未必成立。因为现代社会生活亦有民事习惯发生与发展的客观条件,并不存在民事习惯为法典完全吸收的现实可能性。近年来国内法社会学与法人类学研究也表明,尽管由于经济社会发展以及国家法律的强势扩张,民事习惯在当代中国社会中的地位和作用已不可与往昔相比,但其仍然有重要作用和影响。^[11]

[7] “三条思路”是指上轮编纂关于《民法典》形式的三种思路,即:(1)“松散式、联邦式”思路;(2)“理想主义”思路;(3)“现实主义”思路。参见梁慧星:《当前关于民法典编纂的三条思路》,载《中外法学》2001年第1期。

[8] 这里的“三条路线”,是指本轮《民法典》编纂过程中的“新现实主义”“新理想主义”和“延期派”三条路线。见注[2]。

[9] 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1995年版,第9页。

[10] 这种观点在国内外一些学术研究中屡见不鲜,其典型表达可参见徐国栋:《认真地反思民间习惯与民法典的关系》,该文最初刊发于北大法律信息网,2002年11月29日。引自<http://www.doc88.com/p-072801400864.html>,最后访问时间2017-02-08。

[11] 这方面的代表性专著成果,可参见高其才主编:《当代中国分家析产习惯法》,中国政法大学出版社2014年版;高其才主编:《当代中国民事习惯法》,法律出版社2011年版;高其才主编:《当代中国婚姻家庭习惯法》,法律出版社2012年版;高其才:《习惯法的当代传承与弘扬——来自广西金秀的田野考察报告》,中国人民大学出版社2015年版;徐晓光:《款约法:黔东南侗族习惯法的历史人类学考察》,厦门大学出版社2012年版;尚海涛:《当代中国乡村习惯法:基于H村的调研》,厦门大学出版社2014年版;周世中:《民族习惯法在西南民族地区司法审判中的研究》,法律出版社2015年版。

同时,法典化法律是否必然与习惯法存在对立关系或者替代关系,这也是一个值得怀疑的问题。^[12] 不仅如此,由于中国的特殊国情,例如,国家意识形态所包含的法律之社会存在决定论,政治理念所主张的人民主体性,社会治理所强调之规范多元观点,这些情况均征兆着习惯法之于中国法治进程的重要意义。这可能是《民法典》编纂无法回避习惯法问题的根本原因。

多年前,有学者曾指出:“当代中国的法理学至今尚未对习惯在法律中的地位或习惯与制定法的关系在学理上做出足够的、细致的探讨和研究,而最多只是概括地描述了或规定了中国制定法与习惯的现实格局,也没有从理论上为中国当代制定法与习惯的关系提出一个有理论说服力和实践意义的说法。”^[13] 在此后十多年间,以法理学者为主开展了范围广阔的民间法习惯法研究,相关成果在社会实践中也产生了极大影响。^[14] 然而,这些研究虽然具有对相同对象之关切,却又各具理论情怀,无法聚焦于集中的法治实践问题,也难以汇聚于统一的规范法律理论。从我国立法实践来看,上述研究成果进入法典化过程最终依赖于掌握立法话语权的民法学者,特别是依赖他们将习惯法融入学术法的智识努力。

那么,在当下《民法典》时刻,民法学术是否已为解决法典编纂中的习惯法问题做好准备?退一步讲,当前《民法典》编纂是否已充分认识习惯法问题并予以足够重视?从现状来看,我国法律法规以及司法实践中涉及习惯法情况很多。而且,我国最新几部民法典建议稿以及《民法总则》人大法工委征求意见稿,均以不同方式规定了民事习惯的补充法源地位。^[15] 这似乎已经表现出重视程度。然而,近二十年来民法学界围绕《民法典》编纂展开的各种研究,又似乎并没有充分重视习惯法问题。^[16] 有时,民法学者对习惯法持有的轻视态度偶尔也会真切地表达出来。^[17] 就此而言,当代中国《民法典》编纂中习惯法问题的重要性仍然有待澄清。

《民法典》编纂中的习惯法问题之所以重要,首先在于习惯法对于中国法制(法治)所具有的价值。^[18] 有学者正确地指出,在大规模法律移植的背景下,更有必要关注社会生活中的那些具有规则意义的习惯,因为从历史角度观察,后者会极大地影响法律运行的实际状况。^[19] 这是从法律外

[12] 在宪法与基本法律之下存在多种法源,均可成为法治之规范资源。在此意义上,习惯法与法典法之间并不存在非此即彼的排斥关系。近年来相关研究表明,尽管依据或者论证可能有所不同,司法过程中涉及习惯法适用的现象可谓屡见不鲜。参见彭中礼:《习惯在民事司法中运用的调查报告——基于裁判文书的整理与分析》,载《甘肃政法学院学报》2016年第4期;韦志明:《家庭伦理性案件中的修辞论证——以祭奠纠纷案件为分析进路》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2015年第4期;范愉:《民间社会规范在基层司法中的应用》,载《山东大学学报》2008年第1期;广东省高院与中山大学法学院:《民俗习惯在我国审判中运用的调查报告》,载《法律适用》2008年第5期。

[13] 参见苏力:《当代中国法律中的习惯——制定法的透视》,载《法学评论》2001年第3期。

[14] 在这方面,以谢晖为代表的学者群体付出了长期努力,其成果充分表现于“一刊一会”。“一刊”即《民间法》集刊,该刊自2000年以来已经出版17卷,并且多年进入中文核心期刊引文数据库来源集刊(CSSCI)之列;“一会”即全国民间法民族习惯法研讨会,该研讨会截至2016年已经连续召开十二届。

[15] 例如:梁慧星主持的民法典草案建议稿第9条、王利明主持的民法典草案总则第12条、徐国栋主持的民法典草案第12条、中国法学会组织撰写的民法典总则专家建议稿。而即将提交审议的全国人大法工委《民法总则》征求意见稿第10条也明确规定:“处理民事纠纷,应当依照法律规定;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”

[16] 见前注[3];另参见李凤章、郝磊:《民法法典化与习惯缺失之忧》,载《法制与社会发展》2005年第1期。

[17] 例如,有学者曾提出,继受法国家对地方性习惯法的过分注重一直是可怕的立法陷阱。见前注[10]。

[18] 关于习惯法之法治价值的阐述,参见厉尽国:《论习惯法对于中国法制(法治)建设的价值》,载谢晖、陈金钊主编:《民间法》(11卷),厦门大学出版社2012年版,第12~22页。

[19] 参见俞江:《历史深处看规则——论规则作为法学研究的中心》,载《法制与社会发展》2008年第1期。

部视角观察得出的有益结论。但从法律内部视角来看,法典化必须具有服务法治的实践面向。“任何法律条文都可从行为规则和审判规则两方面加以理解”,^[20]《民法典》编纂与习惯法问题的关联性,就在于把习惯法从社会既存的行为规则转化为法体系中的审判规则。这样就可使习惯法兼具行为规则与审判规则的双重性质,从而充分发挥其作为法治规范资源的功能。

从学术角度看,习惯法概念存在法社会学与实证法两种意义的理解。《民法典》编纂过程显然会同时涉及这两种习惯法概念。一方面,法社会学意义上的习惯法是法典化之作用对象,法典化意味着“第二次制度化”;另一方面,实证法意义上的习惯法概念是法典化之作用结果,法典化必须为习惯法提供确认、评价与调适的机制,从而使之成为适当的审判规范。因此,《民法典》编纂有必要充分考虑这种转化之理念、路径与技术,并围绕这一过程开展细致深入的准备工作。这正是作为法典化之基础性工作的“学术法”研究。^[21]

立足上述讨论,从语义分析角度,“《民法典》编纂与习惯法问题的关联性”可转述为“《民法典》编纂中的习惯法问题”。为更准确地限定,又可转述为“民事习惯法典化问题”甚至“习惯入典问题”。当然,这种简约化表达并不能直接显现其丰富意蕴,甚至转述过程本身也会带来语义流失。因此,有必要对《民法典》编纂中的习惯法问题作进一步阐述。

三、《民法典》编纂中习惯法问题之展开

基于前述分析,我们可以对民事习惯法典化提出如下五个方面的问题。

(一) 民事习惯法典化之观念基础问题

我们应以何种观念、标准以及程序完成习惯法从法社会学意义到实证法意义的过渡。回顾历史,世界民法典编纂史上大致出现过如下几种法典化观念:自然主义、历史主义、经验主义、实用主义以及折中主义。^[22]正是在这些观念支配下,人们就民事习惯法典化的必要性、条件、路径以及方式等问题做出了各自不同的回答。

以自然主义为例。18世纪晚期欧洲法学家们始终以自然法实证化为重要课题,最终形成了三种法典化模式,即:(1)“数学模式”,法典乃是自然之具体化,它促进既存法律秩序之有效性,适于任何规范内容或政治权力表达;(2)革命模式,视法典为重返纯粹自然秩序之手段或者对自然之“纠正”,法典之功效在于实现所有公民之自由与平等;(3)改革模式,法典通过自然法正当化,即自然法授权主权者制定法律并确定其为一国之之内唯一法源,自然法仅构成法典化之理由而非实证法之内容,后者取决于主权者意志和统治需要等政治审慎因素。^[23]上述模式充分体现于民事习惯法典化过程:一是对民事习惯的抽象化、学理化与体系化;二是以法典作为革除“陈规陋习”的手段;三是树立国家作为民事习惯法典化过程中评价主体的权威性。

这些观念基础之复杂影响,可以《法国民法典》为例说明。例如,《法国民法典》第4条规定:“审判员

[20] 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社2001年版,第164页。

[21] 见前注[2]。

[22] 关于《民法典》编纂史上思想根源对立之分析,参见封丽霞:《世界民法典编纂史上的三次论战——“法典化”与“非法典化”思想之根源与比较》,载《法制与社会发展》2002年第4期。关于实用主义法典化的讨论,参见张洪涛:《近代中国的“以礼入法”及其补正——以清末民初民事习惯法典化为例的实证研究》,载《比较法研究》2016年第2期。

[23] See Damiano Canale (eds.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600 - 1900* (Dordrecht: Springer, 2009), pp.141 - 142.

借口没有法律或法律不明确不完备而拒绝受理者，得依拒绝审判罪追诉之。”〔24〕从字面看，该条是非常不合常理的苛求。那么，难道编纂者作此表述时不清楚不周延性？答案是否定的。证据来自该条脚本（《1801年草案》第14条）：“在法律中没有可以适用的规定时，法官就成了一名执行公正的人；他不得以成文法的沉默、不清楚或不足为借口拒绝裁判，他在此时适用永恒不变的理性。该规定仅限于民事领域，而在任何情况下都不得及于刑事领域。”〔25〕可见，脚本是以理性自然法弥补不周延性的缺陷。有学者指出，《法国民法典》第4条是“1789年以前多元实证法时代的遗迹与理性主义哲学的奇妙结合”。〔26〕

正因为民法典不可能涵括所有情况，法学家在实践中就顺理成章地获得了解释自然法以形成学术法的权威。这就为包括习惯法在内的多元实证法提供了机会。问题只在于，习惯法在何种意义上与自然法发生关联？它是自然法之具体表现，还是自然法应予规整之规范要素，抑或自然法评价之规范对象？这些问题依赖于更深层的自然法观念基础。

显然，民事习惯法典化牵涉到价值观念之深层结构，在缺乏实质性争论前提下“和稀泥”式解决只会掩盖真正的问题。可见，习惯法从社会规范到法律规范的过渡将会面临复杂的立法性论证问题。

（二）民事习惯法典化之具体路径问题

民事习惯法典化的常规路径有两种：吸收与援引，其他特殊路径与上述路径间接相关。就现状而言，我国现行法律法规中涉及习惯的立法有多种情况，但都可以直接或间接地体现为上述路径。

基于经验实证研究，有学者将我国民事习惯立法的情形概括为四类：（1）采取授权性条款认可习惯，主要用于处理尊重中外民族习惯或者在民族地区变通执行国家法律法规和政策；（2）采取概括条款（一般条款）处置习惯，主要用于处理民事行为遵循公序良俗等问题；（3）采取概括条款处理辖区内原有习惯的效力问题，如香港地区原有习惯法在《香港特别行政区基本法》框架中的效力问题；（4）采取具体条款（特指式立法）处置民间习惯，主要用于处置民事习惯与国法之间的关系协调问题。〔27〕这种概括立足于实证考察，非常有价值。

但也应看到，这种分类在标准上不够统一，周延性也可能存在不足，因而难以全面分梳民事习惯法典化的所有情形。例如，（1）为涉及习惯之立法权具体配置问题，对民事习惯立法仅具有间接关联；（2）则为涉及民事习惯效力（法之效力与法律效力）判定之法律原则，而非法源规定本身；（3）为涉及习惯之法律效力冲突问题，属于国家就其主权区域之实证法行使评价性权力；（4）指称并不十分明确，因为具体条款中“习惯”经常指称法律规范之事实要素而非法律规范本身，此时的民事习惯并非国法之恰当对称。相对而言，从功能角度分类可能比较合理。从功能角度，民事习惯立法可以分为四类，即：第一类，授权确认民事习惯之法源地位；第二类，评价民事习惯法源之适用性；第三类，确认习惯性法律事实；第四类，授权依习惯补充立法。

就上述情形而言，吸收路径必须以大规模的民事习惯调查为先导，从中筛查全国性民事习惯，并通过学理阐释其为学术法。而援引则不以大规模民事习惯调查为必要，但却需要在实践中形成民事习惯确认与调控的合理机制为辅助。同时，援引也会面临复杂的法律论证问题。

（三）民事习惯之法源地位问题

实际上，这可以分为两个层面：民事习惯是否具有法源地位；民事习惯是否先定地为法源。对

〔24〕 《法国民法典》，李浩培、吴传颐、孙鸣岗译，商务印书馆2011年版，第1页。

〔25〕 朱明哲：《“民法典时刻”的自然法——从〈法国民法典〉编纂看自然法话语的使用与变迁》，载《苏州大学学报（法学版）》2016年第2期。

〔26〕 见前注〔24〕。

〔27〕 参见高其才：《尊重生活、承续传统：民法典编纂与民事习惯》，载《法学杂志》2016年第4期。

前一层面,学者们似乎已经趋于肯定回答,但对后一层面则存在分歧。《民法典》各种版本专家意见稿基本体现了民法学界关于习惯作为补充法源的通常观点,但这是否也表明在实体规范冲突时,制定法一定优于习惯法呢?对此,似有疑义。

这种疑义与分歧,可见于关于我国台湾地区“民法典”第1条中“习惯”意义的讨论。例如,施启扬认为该条所指之习惯,指具有法的效力与价值的习惯,也即“习惯法”或“习惯法则”,而非“事实上的习惯”或“单纯的习惯”。^[28]王泽鉴则认为,民法第1条以外条文所称习惯,仅指事实上习惯而言,至于民法第2条所称习惯,似可采广义解释,认为兼指习惯法及事实习惯而言。第1条所称习惯即为习惯。^[29]而黄茂荣认为,习惯法与制定法系属同一位阶,若将民法第1条所称习惯了解为习惯法,则习惯法对制定法势将自始处于民法第1条所规定之补充地位。如此将习惯与习惯法同一化,将使习惯法对于习惯之地位,无法被表现出来,故民法第1条所称之习惯应专指“事实上之习惯而言”。^[30]

那么,《民法总则》征求意见稿第10条之意义何在:是确定习惯作为法的资格,还是辨析习惯具有的法律效力?如果确定习惯为法的资格,则表明我们持法与法律两分的观点。事实上,无论按照我国国家意识形态中法本体论观点,还是按照西方自然法思想,都存在法与法律的区分。但关键问题还在于如何法学化:基于规范论语境,法典化过程如何构建法与法律之关系?

(四) 习惯规范之要素构成问题

由前述问题延伸而来的问题是:习惯作为法源依赖何种要素?这也是民事习惯入法所必须回应的学理问题。围绕习惯法确认的“两要素说”——实践(practice)与法之确信(opinio juris)——存在许多争论,迄今尚无定论。也许有人会认为,规定民事习惯为一般法源即可解决民事习惯法律化的所有问题。然而,并非规定习惯为法源就“万事大吉”,澄清其中学理还是非常必要的。因为这关系到我们如何在法治实践中采取行动之规范依据,无论民事习惯作为行为规则还是作为审判规则,都不会影响这一事实。

关于习惯法之构成要素,常见学说为“两要素说”。该说认为,习惯必须具备实践(practice)与法之确信(opinio juris)两项要素。例如,有学者指出,“习惯法者,基于国民之直接的法之认识,以继续不息,反复奉行之习惯,确信为法律,而援用之法规也”。^[31]有学者考证该说之渊源,发现存在多种观点:有人认为源自法国私法学家弗朗索瓦·惹尼;有人从罗马法或者英国普通法中寻找根源;荷兰法学家格老秀斯有时也被认为是现代习惯之父;还有人诉诸苏亚雷斯(中世纪西班牙经院哲学家);还有人声称,萨维尼的历史法学派形成习惯法概念并进入20世纪国际法思想。^[32]

有种观点认为,包含上述两要素之习惯已经具备法之资格,后续问题乃法律效力问题。但也有观点认为还需要立法权威对习惯之正面评价为条件。那么,习惯性事实与习惯法之间是否存在上述间隔?抑或还存在其他间隔?这些问题都有待深入研究并做出明确回答。

(五) 习惯性事实之规范意义问题

民法规范中所涉及的“事实上之习惯”是否具有习惯法意义?如前述,“民事习惯法典化”是指从社会规范到法之规范的转换过程。其中“习惯”一词通常指称一种具备完整规范结构的社会存在。然而,依习惯确定某种事实为法律事实,该习惯就具有了规范意义,成为某一具体规则的构成要素。另

[28] 参见施启扬:《民法总则》,三民书局1996年版,第55页。

[29] 参见王泽鉴:《民法实例研习:民法总则》,三民书局1996年版,第27~28页。

[30] 参见黄茂荣:《法律漏洞及其补充的方法》,三民书局1979年版,第150~151页。

[31] 参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第9页。

[32] See Jean d'Aspremont, "The Decay of Modern Customary International Law in Spite of Scholarly Heroism", Cite as: ACIL Research Paper 2016-08, available at SSRN.

外,若我们把具备完整规范结构的习惯先定为法,则该习惯不仅具有法之规范意义,它本身就是法之规范。此处关键问题是,习惯性事实仅强调了事实性因素,但未必具有充分的规范要素。

一般认为规范为行为之依据,但在习惯法问题上却可能先有一个依据行为确定规范的反向过程。这就有可能导致对习惯法的现实主义怀疑,即:所谓习惯法乃是为获致某种结果之需要而人为构造的规范。例如,英国国际法学家 Jean d'Aspremont 通过系谱学分析指出,习惯国际法之“两要素说”与国际常设法院(1921—1946)规约第 38 条(以及后来的联合国国际法院规约第 38 条)之间为虚假谱系。所谓习惯国际法纯粹为概念技巧,围绕“行为生成规范性”(behavioral generation of legal normativity)展开的习惯法论证已经暴露其弱点。^[33]

就国内法语境而言,这一问题可能主要针对正在生成或者变迁中的习惯。这是因为传统与文化所塑造之习惯通常具有比较稳定的行为外观,足以在规范内容与价值观念方面获得确证。但变动社会中习惯规范的生成与变迁乃是常见现象,习惯规范处于稳定存在的边缘状态从而难以把握。同时也要看到,民事习惯法典化及其结果并非完全外在于人们的行为选择,因此,习惯在博弈论意义上可能为人们争夺之对象。在某种意义上,这种活动可理解为微观领域立法竞争。在此情况下,应审慎确认是否存在稳定的均衡状态,并以之作为推断习惯存在之外观。就此而言,制度演化经济学研究可能对我们判断习惯之存在具有重要价值。^[34]

研究习惯之要素构成问题之意义,不仅在于提高民事习惯立法之适用性,还在于促进民事习惯为处置对象之立法吸收过程。对于后者,该问题之实质意义在于:从习惯的外观阐发出内在结构,并将其融入法典体系乃至现行法体系。而这可能就是萨维尼所认为的法典化条件成熟时法学家之使命。^[35]

尾 语

值此民法典时刻,习惯法问题是否构成中国《民法典》编纂成败得失之关键?我们又应如何理解、解释与看待习惯法问题?本文主要以提问方式做出了些许思考。正如文章开头所提到的,提出问题本身就已暗示了解决问题的方向。基于上述问题梳理与思考,我们认为习惯法问题对于中国《民法典》编纂具有关键性意义。假如我们真诚地希望制定一部引领 21 世纪潮流的伟大法典,那就必须充分考虑其理论深刻性,也必须充分考虑其现实有效性,而这二者均要求法典对传统、生活及其未来做出科学合理地处置。正如延期论者所指出的,“一个国家要制定民法典,要适应本国的政治、经济、社会及心理文化等,同时,也要能够应对时代的挑战,特别是大陆法系法典模式的挑战,以缓解现代法的危机”。^[36]因此,《民法典》编纂必须认真对待习惯法问题。

最后,需要指出的是,提出问题毕竟不等于解决问题,提问之有效性也部分取决于解决问题之可能性。本文所梳理之问题线索仅仅只是一种开端,还需立足特定立场与方法展开更为具体的研究。值得庆幸的是,可谓“这里的黎明静悄悄”——学术界对这些问题的关注早已开始,尽管并不完全是在《民法典》编纂直接相关的意义上。

(责任编辑:庄加园)

[33] See Jean d'Aspremont, *supra* note [32].

[34] 参见黄凯南:《制度演化经济学的理论发展与建构》,载《中国社会科学》2016 年第 5 期。

[35] 参见[德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社 2001 年版,第 15~16 页。

[36] 见前注[2]。