

由“习惯法”到“习惯立法”

——以“祭祀公业”与“合会”为线索

陈吉栋*

目次

- 一、问题的提出：民法典如何面对习惯法
- 二、为什么要进行习惯立法
 - (一) 习惯立法有利于习惯法的明确性、安定性和简易性
 - (二) 习惯立法是人民对于其意志的表达
 - (三) 习惯立法有利于制定法的多元化
- 三、习惯法上的祭祀公业及其立法
 - (一) 习惯法上的祭祀公业
 - (二) 祭祀公业立法及其问题
- 四、习惯法上的合会及其立法
 - (一) 习惯法上的合会
 - (二) 合会的立法化及其问题
- 五、习惯立法的模式及限度
 - (一) 习惯法立法化的模式选择
 - (二) 习惯立法的限度
 - (三) 习惯立法的考量因素
- 结论

摘要 民法典编纂需要正视习惯立法问题,以习惯法作为相应规范设计的参考依据。我国台湾地区对祭祀公业和合会习惯立法的经验可资参考。祭祀公业和合会习惯自身存在的问题,催生了对于两者的立法。我国台湾地区通过制定特别条例的方式,完成了对祭祀公业的立法。而对合会的立法,则由其“民法”债编修订直接完成。但是,两者立法也引发了进一步的问题。民法典各分编编纂应慎重对待既存习惯法,习惯立法应尊重人民对于相关习惯法的法的确信,开展一定的习惯调查。

关键词 习惯法 习惯立法 祭祀公业 合会 民法典

* 上海大学法学院讲师、法学博士。本文是中国法学会 2016 年度部级法学研究课题青年调研项目《不当得利在民法典中的定位：基于不当得利审判的实证研究(1986—2016)》[CLS(2016)Y13]、2016 年国家哲学社会科学重点基金项目《程序性权利理论的提出与证成研究》(16AFX003)及教育部人文社会科学基金项目《提升公共服务效能的公民程序性参与研究》(16YJC810013)的阶段性研究成果。

一、问题的提出：民法典如何面对习惯法

《民法总则》第10条规定“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”。至此,习惯作为法源正式确立。作为关于法源的规定,该条中的“习惯”应为可以提供规则并作为司法裁判依据的“习惯法”。所谓习惯法是指,经国家认可的、多数人对同一事项经长时间反复而为的同一行为。^{〔1〕}目前,法释义学对《民法总则》第10条中习惯的讨论多集中于含义界定及其司法适用,但对于习惯法适用的后续状态关注不够。本文聚焦于民法典(各分编)如何面对已经存在的习惯法,或者说,当习惯法被发现之后,制定法应该如何对待习惯法。即,“习惯立法”的问题:如果一种习惯法规则(经过判例积累)有上升为国家制定法之必要,则可由立法机关进行立法。

民法典或者制定法如何处理习惯立法,涉及对于习惯法在当代社会私主体生活中地位衡量的事实判断和价值判断问题,也反映立法机关立法是否尊重人民既有生活秩序的立法理念问题,同时体现了立法能否提炼习惯法规则的立法技术问题,不可谓不重要。对于这一问题的讨论,也有利于我们回答学者的某些习惯立法呼求。比如,崔建远先生最近提出,“典权,……乃中华民族传统的权利,……应为(民法典)《物权编》所承继”。^{〔2〕}我们如何回应这一主张,如果接受这一主张,民法典又如何提炼典权的具体规则?目前,我国现行法尚无习惯法立法的例子,但我国台湾地区习惯法上的“祭祀公业”和“合会”制度均通过习惯立法被制定法吸收,成为制定法的一部分。本文试图通过考察这两种制度习惯法上的本然状态及问题、习惯立法的过程及其所导致的问题,为我国民法典编纂及后续民事立法处理习惯立法提供参考。

二、为什么要进行习惯立法

所谓习惯立法,是指“将社会上的习惯作为制定法律时关于实质规范内涵的参考依据”。^{〔3〕}讨论习惯立法问题,首先要清楚为什么要进行习惯立法,或者说,当代社会追求习惯法的成文化或制定法化有何意义。

(一) 习惯立法有利于习惯法的明确性、安定性和简易性

习惯立法可以将习惯法上升为国家制定法,从而具备制定法的明确性、安定性和简易性。陈聪富先生在法典化背景下讨论了习惯法立法化的问题,在他看来,学者提倡法典化的立论依据在于:法典可以达成法律规范明确化,避免法律规范复杂凌乱;法典足以确保法律安定性与一致性,以免法律适用发生冲突;法典可使法律具有简易性,使一般人易于了解法律遵守法律。^{〔4〕}下文将要考察的祭祀公业和合会制度可以显示习惯法的复杂性。正是由于这种复杂性和不确定性使得法官司法不易掌握其内容,往往容易造成司法裁判的疏失。而经过立法提炼使其成文化,可以增

〔1〕 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第28页。高其才先生认为,“习惯法是独立于国家制定法之外,依据某种社会权威和社会组织,具有一定强制性的行为规范的总和”。高其才:《中国习惯法论》,中国法制出版社2008年版,第3页。

〔2〕 崔建远:《民法分则物权编立法研究》,载《中国法学》2017年第2期,第52~53页。

〔3〕 王泰升:《论台湾社会上习惯的国家法化》,载《台大法学论丛》第44卷第1期(2005年),第5页。

〔4〕 陈聪富:《法典化的历史发展与争议——兼论合会契约的法典化》,载陈聪富:《契约自由与诚信原则》,台北元照出版有限公司2015年版,第207~208页。

加其安定性和简易性,有利于习惯法的适用和纠纷的解决。

(二) 习惯立法是人民对于其意志的表达

习惯法是特定群体共同意志的体现,其内容与大多数人的意志利益导向一致,^[5]而立法也是广大人民群众的共同意愿和根本利益的反映。^[6]在这一背景下,如果立法者决定将习惯法上升为国家立法,自然有其正当性。不过,现代国家多对习惯法采排斥态度。在我国台湾地区,国民党统治时期曾长期奉行边缘化习惯法的政策,^[7]但是,从1990年民主化以后进行法律变革后,存在于台湾社会的习惯,开始受到了重视,并迎来地位的转变。特别是在民事财产法方面,不少过去隐身于民法典其他法律关系的习惯,经过法院在审判实践中,不断地以现代法相关概念认定其习惯规范的内涵后,已作为“民法”上的一种独立的法律关系。比如,1999年我国台湾地区“民法”债编修改,将习惯法上的合会制度纳入债编“各种之债”(第709条之1至9)。在民法典之外,也有以习惯立法的方式单独成为民事特别法的,如2007年12月公布的“祭祀公业条例”。^[8]

(三) 习惯立法有利于制定法的多元化

在民事财产法领域尊重本土习惯法,有助于保持制定法的多元化。自清末修律开始接受域外法制以来,我国现行法律仍以大陆法为基础。虽然人类社会的法规具有一定的相似性,国际交往的需要促使法律制度设计上的统一。但是,由于地理和人文条件的差异性,民法典的编纂当注意我国民众的生活秩序,而习惯法的立法无疑有助于这一目的的实现。正是在以习惯法的立法纠正过度移植西方法律做法这一思路下,王泰升先生认为,“在理解(我国台湾地区)原住民族的法律传统的内涵及理念后,可与现代法相关的内涵及理念相比较,若原住民族自主决定较喜好传统的内涵与理念,则可以用现代的法律概念将其转译进现代法律制度中”。^[9]

需要指出的是,可能有观点认为习惯法具有一定的地方性,不应进行习惯立法使之成文化,尤其不应以具有全国效力的民法典进行规定。对于这种观点,王泰升先生进行了驳斥,“一旦具有民主正当性的民意机关,在立法上承认可依习惯,即表示接纳其可能蕴含的地方性。纵令是欠缺在地民意参与的日治前期法制,由于民商法上已规定‘依旧惯’,在司法上就解释为系指台湾的‘地方’习惯,而非整个日本帝国的习惯”。^[10]

三、习惯法上的祭祀公业及其立法

为了给祭祀活动提供物质基础,保证祭祀活动的正常进行,我国台湾地区习惯上常设“祭祀公业”。^[11]由于祭祀公业拥有众多土地以及资金,滋生了大量的诉讼。因此,我国台湾地区制定“祭祀公业条例”予以调整。

[5] 见前注[1],高其才书,第4页。

[6] 朱力宇、张曙光主编:《立法学》,中国人民大学出版社2009年版,第21页。

[7] 参见前注[3],王泰升文,第32~42页。

[8] 参见前注[3],王泰升文,第42~45页。

[9] 见前注[3],王泰升文,第56页。

[10] 见前注[3],王泰升文,第47页。

[11] “祭祀公业”就是宋代祭田习惯在台湾地区的延续。参见《台湾民事习惯调查报告》,台湾地区“司法部”编印,第733页;李启成:《外来规则与固有习惯:祭田法制的近代转型》,北京大学出版社2014年版,第21~78、292~311页。

(一) 习惯法上的祭祀公业

1. 祭祀公业的结构

祭祀公业,是“以祭祀死者为目的,所设立的独立财产”^{〔12〕}。我国传统法律一般称不动产为“业”,尤其指土地。^{〔13〕}由于该祭祀财产为祭祀团体共有,因此称之为“公业”。相较于这一“公业”,祭祀团体下各房拥有的财产即为“私业”。^{〔14〕}就其构成而言,习惯法上的祭祀公业一般由享祀人、设立人(或派下)及独立财产三个要素构成:首先,祭祀公业的祭祀团体所祭祀的对象(死者),通常被称为享祀者;其次,祭祀者,一般是祭祀公业的设立者及其子孙,一般被称为派下(员)。第三,为实现祭祀的目的,祭祀公业要有独立的财产,独立财产是指祭祀公业财产,与派下子孙各房各人的财产完全分开而独立。^{〔15〕}

2. 习惯法祭祀公业的主要问题

祭祀公业之首要问题,如何认定祭祀公业的性质?对此问题不同历史阶段,存在不同的认定。在日本统治台湾时期,既存的祭祀公业均被视为习惯法上的法人。因此,祭祀公业享有权利能力和行为能力而独立于其派下(员)为民法的主体。这一时期祭祀公业相关问题或依据习惯法或依据民法法人规定解决。台湾光复之后,当时的台湾省政府不认祭祀公业为法人,而将祭祀公业的祀产认定为全体派下员共有。^{〔16〕}而这又滋生了新的问题。

首先,按照台湾地区“民法”第828条关于共有的规定,祭祀公业的处分及其他权利的行使,需要全体派下(员)同意。如果严格依据这一规定,势必为祭祀公业的管理、权利行使带来不便。其次,祭祀公业设立时间较长,派下众多,迁徙不定,住址往往难以确定,在产生诉讼时,将不确定的多数人作为诉讼当事人,在操作上不具有可行性。在办理不动产登记时,也存在类似难题。最后也是最重要的,在这一认定下,实务操作只能一方面以继承法上的共同共有作为其物权关系的架构,另一方面却继续以旧习惯中的祭祀规范,处理享祀人和派下员的关系。但“祭祀习惯”规范和继承法或共同共有的法则之间,却常有相抵触之处。^{〔17〕}

由于对祭祀公业共有的认定,已经影响到税法、行政法等相关的领域,造成实务上的操作困

〔12〕 [日] 姉齿松平:《祭祀公业与台湾特殊法律之研究》,众文出版公司1991年版,第5页;亦可参见前注〔11〕,《台湾民事习惯调查报告》,第734、752页。不过,也有人认为,祭祀公业即“是以祭祀祖先为主要目的,以享祀者之子孙所组成,且设置有独立财产之宗族团体”。陈井星:《台湾祭祀公业新论》,台北文笙书局1982年版,第4~5页。两种观点的区别在于,前者祭祀对象不以祖先为限,设立人亦可为感怀他人设立祭祀公业。除了为了祭祀而设立的公业外,我国古代还存在其他形式的公业,比如以捐赠或交际为目的的“办事公业”,以教育子孙为目的的“育才公业”。

〔13〕 需要指出的是,自古以来“祭祀公业”的产业就包括土地与土地以外的动产和不动产。

〔14〕 参见林端:《“国家制定法”与“民间习惯”:台湾“祭祀公业”的历史社会学分析(I)》,载《法制史研究》2001年第1期,第118~119页。

〔15〕 参见前注〔12〕,姉齿松平书,第5~13页;见前注〔11〕,《台湾民事习惯调查报告》,第52~756页;见前注〔14〕,林端文,第120页。

〔16〕 “最高法院”台上字第364号判例认为,“虽然台湾关于祭祀公业之制度,……均得视为法人之习惯。然此种习惯自台湾光复后,其适用受现行民法第一条前段规定之限制,仅就法律所未规定者有补充之效力。法人非依民法或其他法律之规定不得成立,在民法施行前亦须具有财团及以公益为目的社团之性质而有独立之财产者始得视为法人,民法第二十五条及民法总则实行法第六条第一项既设有明文规定,尤无适用此种相反习惯认该祭祀公业为法人之余地。……原法院误解民法第一条规定之意义,适用与民法相反之台湾习惯,仍认该祭祀公业具有法人之性质而列为当事人,于法显有未合,应予纠正”。既然祭祀公业不是法人,则祭祀公业之财产性质为何?该判例认为,“台湾之祭祀公业……不过为某死亡者后裔公共共有之总称,尚难认为有多数人组织之团体名义”。前注〔11〕,《台湾民事习惯调查报告》,第804~822页。

〔17〕 陈荣传:《不问祭祀问继承——祭祀公业和释字第728号解释》,载《月旦法学》第243期,第7页。

难。以致祭祀公业被视为“台湾都市开发的土地之癌”。^{〔18〕}而且,由于祭祀公业多涉及祀产的相关利益,派下员经常对于派下员资格的确认、派下员得否自由处分其派下权、派下员处分其派下权的效力如何等问题发生争议。正如林端先生所说,“目前祭祀公业实际运作最令人诟病的是利欲熏心、争夺财产,……家族的‘公益’已经不存,代之而起是派下员每个人的‘私利’,如何在祭祀公业内调和公益与私利,变成最关键、最棘手的问题”。^{〔19〕}

因此,台湾地区进行立法规制祭祀公业问题。

(二) 祭祀公业立法及其问题

2008年7月1日,我国台湾地区开始施行“祭祀公业条例”(下文简称“条例”)。“条例”对祭祀公业进行了明文定义,明显地改善对祭祀公业的调整效果。

1. 祭祀公业的性质认定

“条例”的规范对象仅限于既存的祭祀公业。既存祭祀公业向主管机关登记可为“祭祀公业法人”,“祭祀公业法人有享受权利及负担义务之能力”,从而解决实务上一直争议的问题。如果既存的祭祀公业没有向主管机关登记为法人,依台湾地区“最高法院”97年台上字第2070号民事裁定之见解,此类祭祀公业仅为非法人团体,仅有诉讼上之当事人能力,而不具备实体法上之权利能力。“条例”第59条第1项即规定,新设立的祭祀公业,应依民法规定成立社团法人或财团法人。因此,“条例”施行后新设立的祭祀公业,需要回归到民法法人规定进行登记。由此可见,“条例”对传统的祭祀公业组织进行了一定的限制。既有的祭祀公业须以法人的形式存在,不然即解散。新设的只能就民法上社团法人或财团法人进行选择,不能新设为祭祀公业法人,但一般认为,祭祀公业既非社团法人亦非财团法人。

2. 派下员及派下权

(1) 派下员应如何认定问题。“条例”第4条规定祭祀公业应有规约,“无规约或规约未规定者,派下员为设立人及其男系子孙(含养子)”。“派下员无男系子孙,其女子未出嫁者,得为派下员。该女子招赘夫或未招赘生有男子或收养男子冠母姓者,该男子亦得为派下员。”本条中养子和招夫、赘婿的认定均需依据习惯进行。依据习惯包含民间俗称的“过房子”或“螟蛉子”两种类型。而女性的招夫、赘婿留在女性本家祭祀传承女方香火的制度,是经司法实务所承认的重要习惯。此外除祭祀公业规约有特别规定或另有特别习惯外,其他任何人无法成为派下(员)。

(2) 派下权问题。祭祀公业派下员所享有的权利与所负担的义务被统称为派下权,“条例”第3条对此进行了规定。这里有两个问题需要注意:第一,女系派下子孙能否继承派下权。^{〔20〕}依据“条例”规定,“派下权”的继承仅男系派下子孙方能取得。关于女系派下子孙能否继承派下权,台湾“司法院”释字728号做出判例,支持第4条第1款前段规定不违宪。^{〔21〕}不过,为配合联合国大会通过的CEDAW(消除对妇女一切形式歧视公约),台湾地区“行政院”会2016年8月11日通过“祭祀公业条例”修正案,“删除男系子孙规定,未来女性也可担任继承派下员,不因性别有所差

〔18〕 见前注〔14〕,林端文,第202页。

〔19〕 见前注〔14〕,林端文,第148页。

〔20〕 详细论述,可参见张力毅:《如何使传统习惯法律化——以台湾地区的祭祀公业为例》,载《台湾研究集刊》2012年第1期。

〔21〕 但该判例同时指出,条例第4条第1项后段规定,无规约或规约未定者,以性别作为认定派下员之分类标准,已形成差别待遇,虽该条例已有其他减缓规定,且就条例施行后之情形,亦基于平等原则为规范,但整体差别待遇仍然存在。有关机关应与时俱进,就该条例施行前已存在之祭祀公业,其派下员认定制度之设计,适时检讨修正。台湾“司法院”释字728号(祭祀公业的规约与男女平等)。

异”,从而“确保男女平等继承权益”。〔22〕第二,派下权是否可转让的问题。都市土地利用的需要,催生了派下权得否转让给他姓之人的疑问。对这一问题“条例”并未明确规定,仅是在第37条提到派下权可以抛弃。由于在“条例”实施以前,祀产属于全体派下员共同共有,按台湾地区“土地法”第34条之1规定,派下员只要取得超过2/3之派下权,或派下权及派下员均达到1/2,才有权处分祀产。台湾地区“最高法院”99年台上字1943号民事判决认为,为防祭祀公业派下权为外姓子孙取得,而使祭祀祖先之行为中断,违背其设立之目的,派下权仅得在派下间转让。

四、习惯法上的合会及其立法

合会是我国台湾地区长期盛行的民间习惯法。合会发挥着弥补金融机构资金供应不足,为急需者提供必需资金的功能,但由于合会仅基于会员、会首间的信赖,不断发生倒会事件。所以,台湾地区“民法”债编修订时,直接将合会规定为有名契约。〔23〕

(一) 习惯法上的合会

1. 合会的法律结构。合会作为民间小额资金融通方式,〔24〕一般由一个自然人发起(又称起会),邀集亲友、同事等参加。按照起会约定,定期标会。依照惯例,首期会款归会首所得;自第二期开始,采取竞标或抽签方式决定哪个会脚中标获得会款。已经得标的会员称为死会,未得标的会员称为活会,只有活会才能参加竞标或抽签。不论是死会活会,每期均需缴纳会金。一般来说,合会组织如下:第一,合会通常有会首一人。“会首”又称“会头”,指合会“邀会”或“起会”之人。会首在合会中占重要地位,须主持标会及收取会款,并有垫付会员未按期给付会款的义务。第二,合会通常有会员若干人。“会员”又称“会脚”,指应邀参加合会的人。会员基于合会契约获得会份,一人可以拥有数个会份,数人也可共享一个会份。第三,会款。无论会首还是会员均需缴纳会款。会款是指按约定每会份应给付的金钱或其他代替物。

在习惯法上,合会制度最重要的类型是单线关系合会和团体性合会。〔25〕所谓单线关系合会,是指仅在会首与会脚间发生权利义务之法律关系,会脚之间无任何权利义务关系的合会。在单线关系合会中,会首为合会契约之实质权利人与义务人。如果会脚滞纳会款,会首基于契约关系,得以自己名义诉请会脚履行义务。当会脚缴纳会款时,会首应依约定将会款交付得标人。此时若发生会首挪用收取会款,会首对得标人的债务不履行,对活会会员,会首应给付原缴汇款外,并应负给付会息之义务。其次,在团体性合会,除会首与会员间,会员与会员间亦有契约关系。会首仅因会员的委任而执行业务,所收取之会费属于合会而非会首所有。就合会金请求权,会首具有以自己固有利权起诉请求的权利。一般认为,会员无直接请求其他会员缴纳会款之权。但在若干具有团体性质之台湾合会,倒会时,会首不单独负担代偿之债,而由全体会员连带负责,以分担损失。〔26〕

2. 习惯法合会的主要问题。习惯法上合会的形式复杂多样,而台湾地区“最高法院”过分简单地将合会概念化,未能认识到合会的类型特征,认定合会为会首与会员之间订立契约,并认为会员之间不存在债权债务关系,而忽视了合会的团体性质。团体性合会会员转让会份,应得其他会员的同意,

〔22〕 吕雪慧:《祭祀公业修法,女性继承平等》,载《工商时报》2016年8月12日。

〔23〕 杨与龄编著:《民法概要(民法各编修正新版)》,中国政法大学出版社2013年版,第278页。

〔24〕 具体论述请参见林诚二:《论合会(上)》,载《台湾本土法学杂志》2000年第16期,第31~42页。

〔25〕 关于合会类型的介绍,主要参见前注〔11〕,《台湾民事习惯调查报告》,第621~628页。陈聪富:《合会习惯之成文化》,载《全国律师》1999年第7期。

〔26〕 见前注〔11〕,《台湾民事习惯调查报告》,第567、602页。

但“最高法院”未考虑习惯法上其团体性合会关系,错误地认为仅需得到会首同意即可。当合会发生倒会时,团体性合会应由所有会员分担责任。但最高法院认为,会首负全责,即便其他会员未缴纳会款亦同。这一见解也不符合团体性合会之运作方式。由于合会契约仅为无名契约,法律没有明文规定合会契约的权利义务关系,仅能依据各地习惯或当事人的约定来解决合会的法律关系,因此合会纠纷始终不断。^[27] 针对上述问题,社会上的民众均认应加重合会会首之责任,并希望将合会法律化。

(二) 合会的立法化及其问题^[28]

在上述背景下,1999年我国台湾地区“民法”债编修订时,立法机构参考传统习惯及实务上见解,增设19节第709之1—9条,从而将合会习惯成文化。但是,这些规定仍存在如下问题:首先,民法虽然规定团体型合会与单线型合会两种类型,但该节条文却以团体型合会为基础设置,混淆了两者不同的法律关系,导致出现了一些立法者意想不到的新问题。比如,第709之9条对于合会清算的规定,由会首及已得标会员将应给付的各期会款,于每届标会期日交付于得标的会员。未得标的会员各自对会首及已得标的会员,按其平均分受部分,享有债权,得分别向其请求给付。这一规定与单线型合会仅认为会首与会员间有债权债务关系,未得标会员仅能向会首请求,截然不同。^[29] 苏永钦先生提出批评:“如果说过去最高法院犯的错误,是不问当事人‘要什么’,而一律认定合会是会首与会员间的消费借贷,今天立法者的错误,则是在正确认知社会实存的合会有两种以后,反过来又勉强把这两种在主体上全然不同的合会纳入同一种规范。……私法自治受到如此严重的扭曲,难怪学者又要呼吁司法,藉目的性限缩来纠正立法了。”^[30]

五、习惯立法的模式及限度

习惯法是民众长久以来的惯行,对其立法并非易事,需要选择适当的模式并注意其限度。由于习惯法成立的时间一般相当久远,其内容与现代化的成文民法相去甚远,如何过渡到现行法律规范,是习惯立法面对的难题。

(一) 习惯法立法化的模式选择

1. 民法典直接规定:合会

根据前文的考察,合会制度最终为民法典所吸收。自1985年,我国台湾地区民法研究修正委员会财产法组多数意见即赞成民法规定合会制度。经过长达15年的讨论,“民法”债编终于增订了第19节,将作为习惯法的合会明文化、法典化。^[31] 合会制度为台湾“民法”吸收的原因在于:合会制度非常盛行,在人民生活中具有重要作用,而司法判决存在困难,需要立法进行明确。比如戴东雄先生认为:“本席认为宜于民法中增设民间合会之有关规定,因合会在民间是很普遍的金融活动,其纠纷多,系因权利义务关系不清。”孙森焱先生认为:“兹关于合会所生法律问题之解决,以实务上判例之见解解决,有其困难存在,所以有明订法律之必要。”^[32]

[27] 本部分内容主要参见前注[25],陈聪富文;蔡颖芳:《合会民事习惯成文化之检视》,载《月旦法学杂志》2015年第243期。

[28] 本部分内容主要参见前注[4],陈聪富文。

[29] 陈聪富:《合会习惯之成文化》,载前注[4],陈聪富书,第235页。

[30] 苏永钦:《私法自治中的国家强制》,中国法制出版社2005年版,第59~60页。

[31] 参见杨与龄:《民法债编修正经过及其修正要旨(上)》,载中国人民大学法学院法学文献与法律信息网(<http://www.linklaw.com.cn/lunwen.asp?id=1321>,最后访问时间2017-02-20)。

[32] 上述诸位委员观点,皆出自前注[4],陈聪富文,第213~216页。

2. 颁布特别条例:祭祀公业

根据前文的考察,我国台湾地区制定特别条例调整祭祀公业。在颁布《祭祀公业条例》之前,我国台湾地区“民法”物权篇修正时曾有机会规定这一问题,但该修正仅于第 757 条加上“习惯”的字眼,并未设置专门章节或者条文调整祭祀公业。在此背景下,为了确保祭祀公业可以永续,林端等先生遂建议制定单独的“祭祀公业管理条例”,使其作为民法的特别法,以解决由于将祭祀公业认定为公同共有所导致的问题。社会各界持续不断的努力,最终促使我国台湾地区“内政部”于 2001 年出台了“祭祀公业管理条例(草案)”,2008 年正式出台“祭祀公业条例”。

相较于我国台湾地区的合会和祭祀公业的习惯立法经验,我国大陆地区并无相关立法举措。在制定物权法时,关于物权法规定典权和居住权的讨论一度获得重视,但是最终立法并未采纳这两种传统的习惯法。有学者认为,1951 年最高人民法院西南分院曾做出了关于适用赘婿可以继承岳父母的习惯法的批复,^[33]其实是对习惯法的误解,^[34]如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释》第 10 条规定当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的规定一样,这两条规定仅是在法律条文中规定“习惯”,并未真正由赘婿或者彩礼的习惯中抽象规则,进行立法。因此,这两种情况仅是法律对于事实上习惯的认可,而非习惯立法。^[35]

(二) 习惯立法的限度

自清末修律以来,我国在接受大陆法系法制的同时,总体上对本土传统法制及其习惯法采取了否定态度。在我国现阶段习惯法空洞化的背景下,我国的民法典编纂对习惯立法应采取谨慎态度。

1. 习惯法独立于制定法。习惯法独立于制定法,与制定法并存。按照萨维尼的观点,法律先由习惯法和民族精神发源,然后再经过法律人加以体系化与科学化(法学)创造出来,因此习惯法本就优于制定法。^[36]徐国栋先生更为形象地称习惯法为制定法的“永恒的隐形伴侣”,并解释道,之所以说它是“永恒的”,是因为制定法一般无意吸纳它,因为其自己已经放弃了万能的幻想;说它是“隐形的”,乃因为这样的习惯法只有在法官的寻法活动遇到“断桥”时才会被捕捉、被固化,法官要经过“自由的科学研究”才能达到这种结果。^[37]习惯法存在状态上的独立性表明,并非所有习惯法都可以进行习惯立法,在现代社会所进行的习惯立法仅是习惯法的一部分而已。

2. 制定法(法典化)具有排他性。习惯法一旦立法化,即失去法源地位。^[38]制定法尤其是法典具有排除法典以外法源适用的特性。纵使习惯或法官法在特殊案例无可避免,适用习惯或法官造法亦需经法典承认。^[39]比如,我国台湾地区合会法典化之后,即失去其习惯法法源地位。关于台湾合会的当事人之间法律关系,不得再适用“民法”第 1 条,以合会民间习惯补充法律之不足,而必须依据“民法”债编关于合会契约的规定,予以解释适用。在此意义上,习惯立法应谨慎进行,除

^[33] 《最高人民法院西南分院关于赘婿要求继承岳父母财产问题的批复》(院编字第 213 号)。这一批复(五)规定:如当地有习惯,而不违反政策精神者,则可酌情处理。

^[34] 参见徐国栋:《认真地反思民间习惯与民法典的关系》,载徐国栋:《认真地对待民法典》,中国人民大学出版社 2004 年版。

^[35] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释》第 10 条规定:“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的,如果查明属于以下情形,人民法院应当予以支持:(一)双方未办理结婚登记手续的;(二)双方办理结婚登记手续但确未共同生活的;(三)婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第(二)、(三)项的规定,应当以双方离婚为条件。”

^[36] Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, in Hans Hattenhauer, Thibaut und Savigny: Ihre programmatischen Schriften, Vahlen Verlag 1973, S. 105.

^[37] 参见前注^[34],徐国栋文,第 41 页。

^[38] 徐国栋:《论民法的渊源》,载《法商研究》1994 年第 6 期,第 32 页。

^[39] 见前注^[4],陈聪富文,第 208 页。

非实务需要,宁愿维持其习惯法地位,给人民以自治空间。

(三) 习惯立法的考量因素

1. 习惯立法应忠于人民的法的确信。习惯法虽然是社会惯行,但一般人已对其形成法的确信,承认其为具有法的效力的强制性规范。换言之,习惯法之形成乃基于一般人对该社会惯行有法的确信。若法院识别、适用的习惯法与人民反复实行的惯行不符,即违背了人民对该习惯的法的确信。此时法院适用的习惯法已非习惯法,而仅是法院自订的裁判规范,性质上属于法官造法。^[40] 比如,台湾地区“民法”以团体性合会来解释单线合会,与人们所认定的合会习惯即不相符。

2. 习惯立法需要开展习惯调查。现阶段,我国对习惯法调查基本持否定态度。徐国栋先生认为,由于我国已经积累了大量的立法成果,习惯法已不是等待被整合的规范要素,只是法律体系已经建成后的补充渊源。而且,我国存在的习惯法已经被发现得差不多了,并无调查之必要!^[41] 但是,以俞江先生为代表的学者认为,为了更好地尊重人民的既有生活秩序,立法机关或者司法机关有必要调查现实生活中存在的习惯法。^[42] 实际上,早在清末修律时,大清民律草案立法者即进行了大量的习惯法调查。^[43] 即便在当下,学者也在积极开展相应习惯调查。^[44] 前文的考察也证明,我国台湾地区一直存在类似的习惯调查,为了制定祭祀公业条例,林端等先生即进行了大量的调研工作。更为重要的是,前文考察表明,面对合会和祭祀公业这样的制度,司法者因不能掌握其全貌很可能做简单化处理。习惯法调查有利于司法者了解习惯法做出公允的裁判,也有助于立法者进行习惯法规则的提炼。因此,为了保证习惯立法准确地反应或科学地修改习惯法,都需要进行习惯调查。

3. 习惯立法应经过司法经验的积累。第一,司法经验的积累可以对习惯法规则进行一定的“筛选”,排除不符合公序良俗的习惯法规则。第二,司法经验的积累可以进一步验证通过筛选的习惯法规则在民众生活中的重要程度和复杂性,从而为习惯立法提供直接的理据。第三,习惯立法并非简单的习惯复述,更多的是对于习惯法的现代“转译”。这种转译需要对习惯法相应内涵的分析、识别,这一工作需要司法实践的长期经验积累才能完成。

结 论

继我国《合同法》规定了交易习惯、^[45]《物权法》承认了相邻关系当地习惯^[46]后,《民法总则》第10条承认了习惯法律渊源地位,使我国的习惯规则进入制定法的途径更为完备。合理总结司法实践积累的习惯法判决经验,围绕司法实践的困难问题,发掘相关习惯法规则,促进民法典各分编具体制度设计上对习惯法规则进行规定,是我们必须面对的工作。但是,习惯立法具有一定限度,因此由习惯法到习惯立法的道路注定狭窄,但却通畅。

(责任编辑:庄加园)

[40] 参见黄茂荣:《从民间合会之法律关系论习惯对法律漏洞的补充》,载黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第519页注释15。

[41] 参见前注[34],徐国栋文,第42~43页。

[42] 参见俞江:《民事习惯对民法典的意义——以分家析产习惯为线索》,载《私法》2005年第五辑。

[43] 该调查始于1907年(光绪三十三年),持续了近二十年之久。专门研究请参见睦鸿明:《清末民初民事习惯调查之研究》,法律出版社2005年版。

[44] 代表性著作如,高其才主编:《当代中国少数民族习惯法》,法律出版社2011年版;高其才:《瑶族习惯法》,清华大学出版社2008年版;俞荣根主编:《羌族习惯法》,重庆出版社2000年版等。

[45] 《合同法》第22、26、60、61、92、125、136、293、368条规定了“交易习惯”。

[46] 《物权法》第85条规定了“当地习惯”。