

中国习惯之法源地位的发生条件、 应然顺序及模式选择

李 可

内容提要 习惯之法源问题是在与法律、判例、条约等法源的关系中产生的,否则就不是习惯的法源问题,而是习惯作为一种规范要件存在于法律当中的问题。在法律运行中,无须法律的明确规定,也可能发生习惯的法源地位问题。习惯原则上应当在现代法律中居于次位及末位法源地位,例外地也可以进位至首位法源地位。在当事人与法官对习惯的法源地位产生争议时,应当依据上诉或申诉程序予以解决。法律确定习惯之法源地位有“法律与习惯同在时何者应优先适用”和“无法律才适用习惯”这两大模式,当代中国法律在总体上选择了后一种模式,只有针对特定地区、行业、领域、团体及人群等极少数情况,才例外地采用前一种模式。此种“无法律则依习惯”的法源模式倾向既体现了一种“法律穷尽逻辑”,也体现了一种“规则优先”倾向,是当代中国法治进步的重要体现。

关键词 习惯 法律 法源地位 法源模式

李 可,东南大学法学院副教授 211189

一、一个前提性问题

习惯的法源地位问题,是当下学界一个争论不休的话题,尤其是在民法典编纂的特殊背景下。通说认为:“习惯是指人们在长期的生产、生活中俗成或约定所形成的一种行为规范。”^[1]而法源是指“与法的创制方式相关的法律规范的外部表现形式”^[2]。在讨论“习惯的法源地位”问题时,有一个前提性或观念性问题必须先予以澄清、明确,即习惯的法源问题一定是在与其他诸如法律、判例、条约、政策、学说、法理等法源的关系中产生的,否则所发生的可能就不是习惯的法源问题,而是习惯是否作为一种法律规范要件存在于国家制定法规范中的问题。例如,如果立法规定针对同一事项,同时有制定法与习惯可以适用,应优先适用何者时,那么此处规定的是两者的法源地位;如果立法规定针对同一事

本文为国家社会科学基金重大项目“民间规范与地方立法研究”(16ZDA069)阶段性成果。

[1]高其才:《法理学(第二版)》,〔北京〕清华大学出版社2011年版,第90页。

[2]孙国华、朱景文主编:《法理学(第三版)》,〔北京〕中国人民大学出版社2010年版,第228页。

项,没有制定法应当直接适用习惯时,那么此处就直接规定了习惯的次位法源地位。而在针对某一事项,如果立法直接规定应当或者可以适用习惯认定事实、作出裁判,那么此处就没有规定习惯的法源地位。也就是说,在最后一种情形中,习惯仅构成了其所在的制定法条款的“后果”或“处理”之要件^[1]。

按照上述标准,当下被中国学者看作是对习惯法源地位之规定的条款^[2],绝大部分仅是对习惯作为所在制定法条款之构成要件的规定^[3],而只有极少数是对习惯之法源地位的规定。例如1869年《阿根廷共和国民法典》第17条、1907年《瑞士民法典》第1条第2款、1942年《意大利民法典》第8条、1962年《韩国国际私法》第28条、1976年《约旦民法典》第2条第3项、1995年《也门共和国劳动法》第141条、1995年《越南社会主义共和国民法典》第14条及827条、《阿拉伯联合酋长国有关国际私法的规定》第1条、1992年11月7日通过的《中华人民共和国海商法》(以下简称1992年海商法)第268条第2款、2004年8月28日修正的《中华人民共和国票据法》(以下简称2004年票据法)第95条第2款、2007年3月16日通过的《中华人民共和国物权法》(以下简称2007年物权法)第85条、2009年8月27日修正的《中华人民共和国民法通则》(以下简称2009年民法通则)第142条第3款、2015年6月10日修正的中国台湾地区《民法》(以下简称2015年中国台湾民法)第1条、2017年3月15日通过的《中华人民共和国民法总则》(以下简称2017年民法总则)第10条,才是有关习惯法源地位之条款^[4]。

当然,也有部分立法条款既是对习惯作为所在条款之构成要件的规定,也是对习惯之法源地位的规定。例如1898年6月21日颁布、1989年最后修订的《日本法例》第2条规定:“不违反公共秩序及善良风俗的习惯,限于依法令规定被认许者或有关法令中无规定的事项者,与法律有同一效力。”由该条可见,在法令规定被认许的场合,习惯是作为所在条款的构成要件,而在法令无规定的场合,习惯则拥有与法律相同的法源地位。

对于上述问题,中国学者大都未意识到。只有少数学者对此有意识,例如刘作翔教授发现,作为

[1]参见王泽鉴:《民法总则(修订版)》,北京大学出版社2009年版,第48页;朱景文主编:《法理学》(第二版),[北京]中国人民大学出版社2012年版,第237-238页。

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

[3]例如1804年《法国民法典》第1648条规定:“有关可据以解除买卖的瑕疵产生的诉讼,应由买受人依据此种瑕疵的性质以及买卖进行地的习惯,在短期内提起。”1896年《德国民法典》第151条第1款规定:“依交易上的习惯,承诺无须向要约人表示,或要约人预先声明承诺无须表示者,虽未向要约人表示承诺,于可认为有承诺的事实时,契约也认为成立。”2017年《中华人民共和国民法总则》第140条第2款:“沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时,才可以视为意思表示。”

[4]1869年《阿根廷共和国民法典》第17条规定:“习俗和惯例,仅在被法律参照时,或在没有法律进行规范的情况下,始可造法。”1907年《瑞士民法典》第1条规定:“凡依本法文字或释义有相应规定的任何法律问题,一律适用本法。无法从本法得出相应规定时,法官应依据习惯法裁判。”1942年《意大利民法典》第8条规定:“在法律和条例调整的范围内,惯例只有被法律和条例确认才发生效力。即使被法律和条例援引,行业规则的效力亦优于惯例,行业规则另有规定的除外。”1962年《韩国国际私法》第28条规定:“对于商事的各项具体问题,如果本章无其他规定,则适用商业惯例。”1976年《约旦民法典》第2条第3项规定:“若无此种原则,则依习惯。”1995年《也门共和国劳动法》第141条规定:“在本法无相关条款的情况下,应根据伊斯兰教法、固定的习俗和公正原则进行审理。”1995年《越南社会主义共和国民法典》第14条规定:“在法律没有明文规定,当事人之间又无协议约定时,得适用惯例和有类似规定的法律规范。”第827条第4项规定:“当本法典、越南社会主义共和国的其他法律、越南社会主义共和国缔结或参加的国际条约、当事人协议对涉外民事关系无相关规定时,可适用国际惯例。”《阿拉伯联合酋长国有关国际私法的规定》第1条规定:“如果(这些学派的学说中)还无办法,法官可依习惯判决。”中国1992年海商法第268条第2款、2004年票据法第95条第2款和2009年民法通则第142条第3款均规定:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”2007年物权法第85条规定:“法律、法规对处理相邻关系有规定的,依照其规定;法律、法规没有规定的,可以按照当地习惯。”2015年中国台湾地区民法第1条规定:“民事,法律所未规定者,依习惯。”2017年民法通则第10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。”

规范依据的习惯与作为保护对象的习惯是不同的^[1]。但是,应当如何区分上述两类法条中的习惯,以及前者在确定习惯之法源地位上的重大意义,对于这两个问题,刘教授则未涉及^[2]。

二、三个争议性问题

关于习惯的法源地位,目前的争议主要集中在以下三个问题上:一、是否需要法律的明确规定,习惯才在现行立法、执法及司法体系中拥有其法源地位,也就是说,才发生习惯的法源地位问题?二、如果习惯拥有其法源地位,那么它在现行立法、执法及司法体系中是居于何种位序的法源?三、在当事人及法官对习惯的法源地位产生争议时,应当依据何种标准或程序予以解决?

对于第一个问题,不同的学派有不同的回答。通常而言,实证法学、规范法学等对此持肯定态度,即认为只有在法律有明文规定的情况下,某一特定习惯才享有立法、执法及司法上的法源地位。“我国坚持成文法传统,商事习惯只能作为事实或者证据而存在。”^[3]与之相反,历史法学、社会学法学等则提出,即使没有法律的明文规定,某一特定习惯依其内在的“正当法的品格”也享有立法、执法及司法上的法源地位。“从根本上讲,民俗习惯作为法源的效力来源于民商事法之法律原则的要求,那种认为民俗习惯作为法源的效力必须得到立法承认或司法承认的观点值得商榷。”^[4]

在不成文法国家,习惯当然无须法律的明确规定,即可在现行法律上享有法源地位;而在成文法国家,至少从立法上看,需要法律的明确规定,习惯才能在法律上成为法源,进而在实践中为执法者及司法者合法地援引。但是在实践中,执法者及司法者是否将此条有关习惯的成文法戒律放在心上,则不得而知。因为即使是在成文法国家,从法律漏洞补充的角度看,执法者及司法者也是可以、而且应当优先于法律基本原则援引习惯填补法律漏洞的^[5]。因此,对于上述问题的回答,必须以区分不同的法律传统为前提或条件,不能纯粹从学者不同的法律世界观或价值立场上对此作出回答。

在当下中国,立法文本是否规定了习惯的法源地位,在学界是有争议的。例如高其才发现,2004年3月14日通过的《中华人民共和国宪法》第4条第4款确认了习惯的正式法源地位^[6]。伦海波则发现,就是连习惯之存在,该条也未予承认^[7]。金秀丽也认为,该条仅是对风俗习惯自由权的保护,没有包含任何司法意义^[8]。而厉尽国则发现,当下中国法律没有规定习惯的正式法源地位^[9]。姜大伟也认为,当时至少在民事立法上,法律没有明确习惯的补充法源地位^[10]。当下中国的立法文本作为一种客

[1]参见刘作翔:《特殊条件下的法律渊源——关于习惯、政策、司法解释、国际条约(惯例)在法律中的地位以及对“非正式法律渊源”命题的反思》,〔南京〕《金陵法律评论》2009年春季卷。

[2]其实还有两个与本文并非不相关的问题:其一,是否像刘教授所说的那样,2007年物权法第85条是对作为规范依据之习惯的首次规定?其二,是否只有出现“习惯”字眼的法条才是有关的习惯条款,换言之,当下中国法律中的惯例、习俗、风俗、民俗、良俗,甚至是惯常等概念是否也应当包括在习惯的外延之中呢?

[3]吴敏:《商事审判中对商事习惯的确认》,《重庆师范大学学报(哲学社会科学版)》2012年第6期。

[4]厉尽国:《论民俗习惯之民商法法源地位》,〔济南〕《山东大学学报(哲学社会科学版)》2011年第6期。

[5]参见王利明:《法律解释学(第二版)》,〔北京〕中国人民大学出版社2016年版,第398-399页。

[6]参见高其才:《尊重生活、承续传统:民法典编纂与民事习惯》,〔北京〕《法学杂志》2016年第4期。然而,该作者在三年前仅认为该规定只是为习惯成为正式法源提供了可能。参见高其才:《作为当代中国正式法律渊源的“习惯法”》,〔上海〕《华东政法大学学报》2013年第2期。

[7]参见伦海波:《我国民事立法中的习惯法研究》,载高其才主编:《当代中国民事习惯法》,〔北京〕法律出版社2011年版,第67-68页。

[8]参见金秀丽:《论习惯的司法适用问题》,〔哈尔滨〕《学术交流》2017年第11期。

[9]参见厉尽国:《习惯法制度化的历史经验与现实选择》,〔兰州〕《甘肃政法学院学报》2009年第1期。

[10]参见姜大伟:《论民事习惯在民事立法中的合理定位》,〔哈尔滨〕《学术交流》2013年第1期。

观实在,其内容是不以人的意志为转移的,人们之所以有上述不同的“发现”,是因为他们对相同的立法文本抱持了不同的解释立场及技术。客观地看,无论是从文义解释、体系解释还是目的解释及历史解释的角度看,上述宪法条款不是对习惯法源地位的规定,而是对少数民族之集体文化权利的规定。

当然,这也并不意味着当下中国立法文本没有规定习惯的正式法源地位。至少就前述1992年海商法第268条第2款、2004年票据法第95条第2款、2007年物权法第85条、2009年民法通则第142条第3款、2015年中国台湾民法第1条、2017年民法总则第10条的“无法律则依习惯”的规定而言,即便从严格字面解释的角度看,也显系对习惯之正式法源地位的规定。至于其他立法文本有关习惯之正式法源地位的规定,也为数不少(详见后表1)^[1]。

关于第二个问题,通常情况下,在习惯法或不成文法国家,习惯本身就是一种主要及首要法源。“在英国,‘习惯’是直接的法源,地方或商业习惯决定着某种事项是否有违普通法的特别规定。”^[2]与之相对,在制定法或法典法国家,习惯原则上只能在立法、执法及司法体系中位于国家制定法及协议之后处于补充法源的地位^[3]。但是在立法有规定的情况下,习惯也可能例外地位于国家制定法或协议之前而处于首位法源的地位^[4]。当然,也有学者争论说,即便没有立法规定,习惯也可能处于首位法源的地位^[5]。“私法自治是现代民法的基本原则,而且信守合同是其根本,任意性规范仅是为了补充当事人意思表达不清时,能够作出最小的修正补充,厘清当事人的目的,从而尽可能不要猜测当事人的意思,确定他们真正表达的意思。当事人不但可以明确排除任意性规范适用,同样也可以明确排除习惯法的适用,相反,当事人同样可以明确合意选择习惯法的适用,而排除任意性规范的适用。正如前文论述的理由,习惯法优先于任意性规范。”^[6]“‘按照约定’的规定给相关民事习惯进入物权法领域留下一定程度的空间。”^[7]不过,在此种情况中,习惯成为首位法源,仍然是有条件的,即得有当事人的约定,而且约定排除的只能是任意法。对于处于此种情势中的习惯,我们可以称为“约定习惯”。但是细究起来,此种约定习惯与当事人之间的协议在本质上是一致的,即它们都是当事双方合意的产物。换言之,这种情况与前述立法有规定的情况在本质上也是一致的,即当事人的约定或立法规定,导致习惯拥有此种首位法源地位。习惯的法源地位仍取决于当事人或立法者的主观意志,而不是习惯本身或社会情势所具有的客观因素。这样看来,上述学者的争议仍然不是对习惯应当在实证法上拥有何种

[1]有学者在初步检索当代中国法律文件后,认为“没有任何法律明确提出‘依习惯’”。(苏力:《当代中国法律中的习惯——一个制定法的透视》,[北京]《法学评论》2001年第3期)原因可能有二:一是他死扣字眼,认为只有出现了“习惯”一词的条款才算习惯条款,从而将上述1992年海商法第268条第2款排除在外(因为该条用的是“惯例”一词);二是他狭义地界定法律,认为只有全国人大及其常委会制定的法律文件才算法律,但是如此一来,又何来2500件法律文件?

[2]罗筱琦、陈界融:《交易习惯研究》,[北京]《法学家》2003年第5期。

[3]例如2007年物权法第116条第2款:“法定孳息,当事人有约定的,按照约定取得;没有约定或者约定不明确的,按照交易习惯取得。”

[4]例如1962年1月15日颁布的《韩国国际私法》第28条规定:“对于商事的各项具体问题,如果本章无其他规定,则适用商业惯例。如果也无此类商业惯例,应适用民法。”中国1992年海商法第53条第1款:“承运人在舱面上装载货物,应当同托运人达成协议,或者符合航运惯例,或者符合有关法律、行政法规的规定。”再如1929年5月23日中华民国发布并为中国台湾地区2015年6月10日修正的《民法》第68条第1款、第207条第2项、第372条等条款。台湾地区的2016年5月25日修正的《水利法》第1条:“水利行政之处理及水利事业之兴办,依本法之规定。但地方习惯与本法不相抵触者,得从其习惯。”

[5]甚至有学者通过考据发现,在古罗马法全面成文化之后,习惯仍在债法领域优先于成文法和当事人的约定而占据首位法源地位。参见周栢:《罗马法原论(下册)》,[北京]商务印书馆2002年版,第751-752、761-762页。

[6]黄学武、葛文:《民俗习惯在民事诉讼中类型化研究》,[济南]《山东大学学报(哲学社会科学版)》2008年第5期。

[7]戴双喜、巴音诺尔:《论牧区以“羊”为“等价物”的交易习惯——兼论民事习惯与交易习惯之结构层次关系》,[北京]《法学杂志》2010年第11期。

法源地位之问题的回答,它所描述的仅是一种实然状况^[1]。

从应然的层面看,即使是在法无明文规定的情况下,习惯至少在下述五种情况下也可以享有一定的法源地位,但不能笼统地、抽象地说它一定就拥有何种法源地位。其一,在法无明文规定,但当事人约定适用习惯的情况下,该习惯可以享有补充甚或首位法源地位。其二,在法律空缺的情形下,基于法官不能拒绝裁判的原则,他必须选择习惯为首位法源以作出裁判,因为其他诸如一般法律原则、政策、法理、学说等法源不具有权利义务内容和完整的规范结构,无法保证当事人对裁判结果的预期利益。其三,在适用法律及判例可能导致严重不正义,而适用习惯则可以避免或减轻此种后果的情况下,习惯也应当替代法律及判例的地位而成为首位法源。其四,在特定的地区、行业、领域、团体或人群中,习惯比法律规定更加具体、更为当事双方所熟悉、信赖,在适用习惯不违背制定法及公序良俗的情况下,根据特别法优于一般法的原则,习惯也应当拥有首位法源地位。“在特殊事项上,习惯有优先于国家制定法的效力”^[2]。其五,虽然有法律,而且适用该法律也不会导致严重的不正义,但是在适用习惯比适用法律、判例、条约、政策、法理、学说等所作出的裁判在法律效果和社会效果等方面最优的情况下,习惯也应当成为首位法源。当然,由于法无明文规定,对于上述五种情形下习惯的法源地位,通常须由司法予以确认。

关于第三个问题,如果当事人认为应当适用习惯而法官没有适用习惯,或者当事人认为不应当适用习惯而法官适用了习惯,或者认为应当适用此种习惯而法官却适用彼种习惯,并作出裁判,那么他可以在上诉或申诉中提出该问题。从理论上讲,即使当事人对裁判结果并无异议,只是对法官没有适用或者没有以其认同的方式适用习惯作出裁判有异议,那么依然可以依据2012年8月31日通过的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称“2012年民事诉讼法”)第170条第2项及第200条第6项,以“原判决、裁定适用法律确有错误的”为由,获得救济^[3]。但是从实践中看,几乎没有当事人愿意为此挑战原审法官。“如果一审法院在法律没有规定而有习惯法可适用,但原审没有适用习惯法或者一方当事人主张适用习惯法,而另一方当事人对此争议,法官采用习惯法作为判断的,没有在判决中说明习惯法存在和内容的依据;或者习惯法存在,当事人已经主张,而一审法官没有查证或者查证方法失当,导致裁判结论可能变化的,均构成民事诉讼法153条第1款第2项改判的标准。”^[4]“生效裁判如果认定事实上的习惯存在,而事实上的习惯适用明显违反法律禁止性规定,或者违反逻辑规则、经验法则,或者违背上级法院的生效裁判以及消极地不适用事实上的习惯,构成适用法律错误,符合民事诉讼法第179条第1款第6项规定的适用法律错误的再审事由。”^[5]

三、当代中国法律确定习惯之法源地位的模式

法律确定习惯之法源地位有“法律与习惯同在时何者应优先适用”和“无法律才适用习惯”这两大模式。当代中国法律在总体上选择了后一种模式,只有针对特定地区、行业、领域、团体及人群,才例外地转而采用前一种模式,但由此仍存在一系列需要解决的问题。

[1]在既无立法规定又无当事人约定的情况下,习惯在法律运行中能否成为首位法源,仍然是一桩争论不休的法律悬案。

[2]李可:《论习惯法的法源地位》,〔济南〕《山东大学学报(哲学社会科学版)》2005年第6期。

[3]2012年民事诉讼法第170条第2项规定:“原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的,以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更”;第200条第6项规定:“当事人的申请符合下列情形之一的,人民法院应当再审:(六)原判决、裁定适用法律确有错误的。”

[4][5]黄学武、葛文:《民俗习惯在民事诉讼中类型化研究》,〔济南〕《山东大学学报(哲学社会科学版)》2008年第5期。

1. 法律确定习惯之法源地位的两大模式

从理论上讲,法律确定习惯之法源地位有两大模式:第一大类是“同时有法律和习惯应优先适用何者”,例如如果立法规定针对同一事项,同时有法律与习惯可以适用,应优先适用何者时,那么此处必然规定了习惯的法源地位。第二大类是“无法律则依习惯”,例如如果立法规定针对某一事项,没有法律规定应适用习惯时,那么此处也必然规定了习惯的法源地位。

第一大类模式在具体的立法模式上又可以析解出如下三个亚种:其一是优先适用法律模式,即立法规定针对同一事项,同时有法律与习惯可以适用时,应优先适用法律。这是当代世界各国法律在绝大多数事项上采用的规则选择模式,于此,习惯通常难有适用之机会。只有可以适用的法律存在模糊、冲突和可能导致严重不正义等规则缺陷时,习惯才可能被适用。但此种情形,在法理上难以称得上是有可适用的法律,因为法律在此罹患严重“病症”而不敷适用。其二是优先适用习惯模式,即立法规定针对同一事项,同时有法律与习惯可以适用时,应优先适用习惯。当代世界只有少数国家(例如习惯法抑或不成文法国家)或地区在极少数事项上采用此种规则选择模式。一般而言,只有在下述三种情况下立法才采用此种模式:一是当习惯与法律并无实质冲突、但对该项事项之规定比法律更为具体细致时,立法者才明确规定该类习惯应得到优先适用^[1];二是那种适用法律将难以作出为当事各方及所在社区所接受之裁判的事项(例如在流行赔命价及赔血价习俗的地区发生的人身伤害案件);三是虽能作出公正及可接受裁判但将付出极大法律及社会成本的事项。其三是将法律与习惯结合起来予以平行或交叉适用之模式。此种模式难以成为当代国家立法上的规则选择模式,虽然在司法裁判中此种模式常常为法官所实践(例如当下中国一些法院所实行的“调审结合模式”即为此种模式之实践模型)^[2]。

第二大类模式实际上是在没有法律可以适用时,法律适用者的不得已的选择。没有法律可以适用,选择习惯填补法律空白或漏洞,比选择不确定性概念及一般条款更能捍卫法律的可预期性及稳定性^[3]。例如前述1869年《阿根廷共和国民法典》第17条、1907年《瑞士民法典》第1条、1989年《日本法例》第2条、1995年《越南社会主义共和国民法典》第14条及827条、中国1992年海商法第268条第2款、2004年票据法第95条第2款、2007年物权法第85条、2009年民法通则第142条第3款、2015年中国台湾地区民法第1条、2017年民法通则第10条,均是此种模式之体现。但无论是哪一种模式之下,习惯的法源地位一定是在与其他诸如法律、法规、判例、条约、政策、学说、法理等法源的关系中产生的,否则所发生的就不是习惯的法源地位问题,而是发生习惯是否作为一种法律规范要件存在于国家制定法规范中的问题。

比较而言,“同时有法律和习惯应优先适用何者”的模式比“无法律则依习惯”的模式更复杂,更需

[1]例如中国台湾地区2016年5月25日修正的《水利法》第1条:“水利行政之处理及水利事业之兴办,依本法之规定。但地方习惯与本法不相抵触者,得从其习惯。”2002年5月15日修正的《耕地三七五减租条例》第18条:“耕地租约之终止,应于收益季节次期作业开始前为之。但当地有特殊习惯者,依其习惯。”2015年6月10日修正的《民法》第68条:“非主物之成分,常助主物之效用,而同属于一人者,为从物。但交易上有特别习惯者,依其习惯。”第450条:“未定期限者,各当事人得随时终止契约。但有利于承租人之习惯者,从其习惯。”1803—1804年制定、1904年1月1日修正的《法国民法典》第1777条规定:“离开土地的承租人对于替代其耕作之人,应为其留下翌年耕作所需适用的房舍及其他便利的设备;在替代其耕作之人方面,亦应为其留下贮存草料和残余收获物所需适用的房舍及其他便利的设备。在前一情形或后一情形,均应从当地的习惯。”

[2]例如厦门立德置业管理有限公司诉江群如物权确权纠纷案,见福建省厦门市海沧区人民法院[2009]海民初字第1969号。

[3]参见王利明:《法律解释学(第二版)》,〔北京〕中国人民大学出版社2016年版,第399页。

要立法者、当事人、执法者及司法者花费更多的时间和精力在适用法律与习惯的不同法律及社会后果之间进行比较、选择,因而是一种选择成本较高的、确定习惯之法源地位的模式。而“无法律则依习惯”则更简单,它排除了同时有法律和习惯可以适用时,立法者、当事人、执法者及司法者的规则选择困境,直截了当地规定只有在法律没有规定的情况下,才发生是否以及如何适用习惯的问题,因而是一种选择成本较低的确定习惯之法源地位的模式^[1]。

2. 当代中国法律在确定习惯之法源地位上的模式选择

显然,“同时有法律和习惯应优先适用何者”的模式对立法者、当事人、执法者及司法者在规则适用的法律及社会后果、不同的规则的合法性及合宪性程度等事项上的比较能力提出了较高的要求。至少是在当下中国,大多数当事人及执法者的此种能力还相当欠缺,即便是立法者及司法者在这方面的能力也普遍比较低,如果遽然普遍推广此种模式,可能导致立法、守法、执法及司法等法律活动领域的混乱。同时,在依法治国、推进社会主义法治国家及法治社会建设的过程中,需要大力弘扬法律(而非习惯)的至上地位,而在有法律可以适用时,再提对习惯的考量或选择,显然不利于在人们心目中树立此种法律至上的观念。因而“同时有法律和习惯应优先适用何者”之问题的提出,本身就不大适合于此种语境,因而缺乏足够的政治正确性。即便是第一大类模式下的“优先适用法律模式”之亚种,也暗含了对习惯之“次合法性”的认可,因而也是欠缺足够的政治正确性的模式。可能正是考虑到这些因素,当代中国法律在总体上没有采用第一大类确定习惯之法源地位的模式,而是采用了第二大类确定习惯之法源地位的模式,只有针对特定地区、行业、领域、团体及人群,才例外地采用前一种模式^[2]。

详言之,当代中国法律确定习惯之法源的一般模式是“无法律则依习惯”,而只有特殊情况下才采取“同时有法律和习惯应优先适用何者”的模式。当然要注意,采用后一种模式的法条极易与那些仅规定习惯构成某一法律规范之要件或要素之地位的法条相混淆。例如,如果立法规定针对同一事项,没有法律应直接适用习惯时,那么此处就直接规定了习惯的法源地位。而在针对某一事项,如果立法规定应当或可以适用习惯认定事实、作出裁判,那么此处就没有规定习惯的法源地位。也就是说,在最后一种情形中,习惯仅构成了其所在的制定法条款的“后果”抑或“处理”之要件。因为在后一种情形下,立法者没有进行规则选择,也没有授权当事人、执法者及司法者进行规则选择。当代中国法律在确定习惯之法源地位上的模式选择倾向,决定了习惯在当代中国法律中原则上仅可能享有次位而非首位法源的地位^[3]。同时,这也大致符合当下中国学者和实务工作者的基本预期。“应确立‘凡法律未规定者,应遵循民事习惯’的基本原则,确立民事习惯的法源地位。”^[4]“总体上,应当把民间习惯作为制定法的缺位补充,以弥补法律规定的不足。在法律已有明文规定的情况下,法官应优先适用法律,而不能擅自适用习惯。”^[5]

3. 当代中国法律确定习惯之法源地位的模式分析

在确定习惯之法源地位上,当代中国法律原则上选择了“无法律则依习惯”的模式。必须指出的是,除了法律和习惯之外,在中国还有国际条约、法理、政策、指导性案例、协议和章程等正式或非正式

[1]当然,并不是说此种模式之下就没有选择成本,而是比较而言,此种选择是低成本的。例如在此种模式之下,立法者、当事人、执法者及司法者仍然要寻找与最密切相关的习惯,因而需要在习惯的查明、认定、比较及适用等事项上花费成本。

[2]这其中的原因值得进一步挖掘,但本文并不试图解决该问题。

[3]当然,在习惯不与强行法抵触的特定事项上,可以优先于任意法得到适用,从而在法律上享有首位法源地位。具体例证前文已有罗列,在此从略。

[4]姜大伟:《论民事习惯在民事立法中的合理定位》,〔哈尔滨〕《学术交流》2013年第1期。

[5]徐清宇、周永军:《民俗习惯在司法中的运行条件及障碍消除》,〔北京〕《中国法学》2008年第2期。

法源^[1]。因此,“无法律则依习惯”的模式既是一种法律发现上的“法律穷尽逻辑”,即在案件仅涉及内国法时,必须是宪法、法律(狭义)、行政法规及部门规章、军事法规及军事规章、地方性法规及地方政府规章、民族自治区域的自治条例和单行条例、特别行政区的规范性文件没有规定时,才能适用习惯;而在案件涉及外国法及国际法时,还必须是中国缔结或者参加并生效的国际条约没有规定时,才能适用习惯。这里隐含着一种“规则优先逻辑”,即在案件没有法律规定时,应当优先适用的不是国际条约、法理、政策、指导性案例、协议、章程甚或法律上的不确定概念及一般条款,而是具有类法结构的习惯规则。在适用该模式的地方,正表明了当代中国立法者对于法律适用结果的可预期性及稳定性的不懈追求,是法治进步的重要体现。

与此同时,在确定习惯之法源地位上的“无法律则依习惯”模式,也表明了当代中国立法者在面对除法律以外的其他诸如国际条约、法理、政策、指导性案例、协议和章程等法源时,对于习惯的偏好,即在与其它法源比较的意义上,该模式也表达了一种“习惯优先逻辑”。“这意味着,即使是在法治的国家追求‘法律’来统治,习惯也并不一定完全与法治相悖,民间习惯的存在为人类解决纠纷提供了和谐的智慧基础。”^[2]当然,在涉及不同领域的案件时,该种逻辑优先的对象也是不同的。例如在案件仅涉及内国法时,习惯的优先对象是国际条约、法理、政策、指导性案例、协议和章程,而在案件涉及外国法及国际法时,习惯的优先对象仅是法理、政策、指导性案例、协议和章程。从这个角度看,“无法律则依习惯”中的“法律”在不同的案件中的外延或所指是不同的:在内国法案件中,是指宪法、法律(狭义)、行政法规及部门规章、地方性法规及地方政府规章、自治条例和单行条例、特别行政区的法源;而在外国法案件中,还必须加上国际条约。但无论是在案件涉及内国法是外国法及国际法的情形中,该模式中的“法律”都是指当代中国法律上的直接法源或正式法源,而非间接或非正式法源^[3]。

借助国内权威的法律数据库(北大法宝法律数据库 http://www.pkulaw.cn/cluster_call_form.aspx?menu_item=law&EncodingName=&key_word=),截止2018年3月27日,可以发现在41件现行有效及待生效的法律法规文本中,立法者使用了“无法律则依习惯”的规则选择模式。省略法条表述形式相同的法规,可以得到如下简表1^[4]:

[1]这里的“国际条约”是指中国缔结或者参加并生效的双边和多边条约、协定,以及具有条约、协定性质的文件。参见葛洪义主编:《法理学(第四版)》,〔北京〕中国人民大学出版社2015年版,第261页。

[2]彭中礼:《论习惯的法律渊源地位》,〔兰州〕《甘肃政法学院学报》2012年第1期。

[3]参见葛洪义主编:《法律方法论》,〔北京〕中国人民大学出版社2013年版,第44-48页。

[4]以下表格中的“1992年海商法”“2007年物权法”“2017年民法总则”“2012年最高人民法院关于防范化解金融风险推进金融改革发展的意见”“1986年高校财务管理改革办法”“1993年进口织物检验管理规定”“2011年银行业金融机构衍生产品交易管理办法”“1996年交通部关于实施两岸间航运管理办法有关问题的通知”“2009年爆破作业单位民用爆炸物品储存库安评导则”“1949年全国总工会关于劳资关系处理办法”“2009年全国律协律师办理土地法律业务操作指引”“2013年湖南省乡村公路条例”“2009年昆明市档案条例”“2013年湖州建设局司法局关于物业管理纠纷调处的意见”“2014年上海市律协律师办理境外商事仲裁业务指引”“2010年无锡市中院加强民意沟通工作的意见”“2014年上海市一中院涉上海自贸区案件审判指引”“2016年广东省外资审批制度改革后我省外资企业登记注册工作意见”全称依次为:1992年11月7日通过的《中华人民共和国海商法》、2007年3月16日通过的《中华人民共和国物权法》、2017年3月15日通过的《中华人民共和国民法总则》、2012年2月10日最高人民法院发布的《关于人民法院为防范化解金融风险和推进金融改革发展提供司法保障的指导意见》、1986年10月15日国家教委、财政部发布的《高等学校财务管理改革实施办法》、1993年1月28日国家商检局印发的《进口织物检验管理规定》、2011年1月5日中国银监会第二次修订的《银行业金融机构衍生产品交易业务管理暂行办法》、1996年10月31日交通部发布的《关于实施〈台湾海峡两岸间航运管理办法〉有关问题的通知》、2009年9月17日公安部发布的《爆破作业单位民用爆炸物品储存库安全评价导则》、1949年11月22日发布的《中华全国总工会关于劳资关系暂行处理办法》、2009年8月汇编的《中华全国律师协会律师办理土地法律业务操作指引》、2013年11月29日通过的《湖南省乡村公路条例》、2009年12月15日通过的《昆明市档案条例》、湖州市

表1 当代中国法律中“无法律则依习惯”的规则选择模式(简表)

序号	法规名称	所在条款	条款内容	效力级别
1	1992年海商法	第268条第2款	中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例 ^[1] 。	法律
2	2007年物权法	第85条	法律、法规对处理相邻关系有规定的,依照其规定;法律、法规没有规定的,可以按照当地习惯。	
3	2017年民法总则	第10条	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。	
4	2012年最高人民法院关于防范化解金融风险 and 推进金融改革发展的意见	第13条	对于法律、行政法规没有规定或者规定不明确的,应当遵循商事交易的特点、理念和惯例 ^[2] 。	司法解释性质文件
5	1986年高校财务管理改革办法	第14条	国家没有规定的,可参照社会上同行业的标准,或由双方根据国家有关政策规定协商确定。	部门规章
6	1993年进口织物检验管理规定	第6条	第三条、第四条、第五条中规定不明确或没有规定的,按照生产国标准、国际通用标准或ZBW55002-88《进口纺织品检验规程》检验。	
7	2011年银行业金融机构衍生产品交易管理办法	第13条	我国未规定的,应当符合有关国际标准。	
8	1996年交通部关于实施两岸间航运管理办法有关问题的通知	第3部分第2项	大陆的法律没有规定的,适用国际惯例。	部门规范性文件
9	2009年爆破作业单位民用爆炸物品储存库安评导则	第4部分	法律、法规和有关财政收费没有规定的,应当按照指导性标准或者行业自律标准收费 ^[3] 。	
10	1949年全国总工会关于劳资关系处理办法	第13条	无规定者依习惯。	团体规定
11	2009年全国律协律师办理土地法律业务操作指引	第90条第4款	如国家和地方均未规定,一般原则上应以尊重集体经济组织习惯和合法两个原则解决 ^[4] 。	行业规定

建设局司法局2013年6月18日发布的《关于进一步加强物业管理纠纷调处化解工作的意见》、2014年1月17日上海市律协通过的《上海律师办理境外商事仲裁法律业务操作指引(试行)》、2010年6月18日通过的《无锡市中级人民法院关于进一步加强民意沟通工作的实施意见》、2014年4月23日通过的《上海市第一中级人民法院涉中国(上海)自由贸易试验区案件审判指引(试行)》、2016年10月28日广东省工商行政管理局印发的《关于做好外商投资审批制度改革后我省外商投资企业登记注册工作的指导意见》。

[1]表述形式相同的还有2004年8月28日修正的《中华人民共和国票据法》第95条第2款、2009年8月27日修正的《中华人民共和国民事诉讼法》第142条第3款、2017年11月4日修正的《中华人民共和国民用航空法》第184条第2款(法律)、1998年7月20日发布的《最高人民法院关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》(司法解释性质文件)第3部分第1项等4件法规。

[2]表述形式相同的还有2013年04月18日通过的《温州市中级人民法院关于为温州市金融综合改革试验区建设提供司法保障的若干意见》(地方司法文件)第13条等1件。

[3]表述形式相同的还有2010年6月11日通过的《安全评价和安全生产检测检验机构从业行为规范》第5部分第6项(部门规范性文件)、2005年4月20日吉林省安监局印发的《吉林省贯彻安全评价机构管理规定实施办法》第19条(地方规范性文件,下同)、2005年11月16日辽宁省安监局印发的《辽宁省安全评价机构管理办法》第16条、2005年11月30日北京市安监局发布的《北京市安全评价机构乙级资质许可管理办法(暂行)》第19条、2006年1月10日重庆煤监局印发的《重庆煤矿安全监察局煤矿安全培训监督管理工作实施办法(试行)》第20条第1款、2006年5月22日山东省安监局印发的《山东省安全评价机构监督与考核管理细则(试行)》第6部分第7项第7条、2007年12月6日重庆煤监局印发的《重庆煤矿安全监察局煤矿职业卫生安全知识培训实施办法(试行)》第13条、2008年5月6日深圳市委办公室印发的《深圳市推行企业安全生产托管工作指导意见(试行)》第10条第2项、2010年9月18日江苏省安监局印发的《江苏省安全评价机构管理实施办法(暂行)》第10条、2010年3月31日山东省安监局印发的《山东省安全生产检测检验机构管理办法》第15条第2款、2010年8月18日通过的《云南省安全评价机构管理办法》第19条、2010年11月18日黑龙江省安监局印发的《黑龙江省安全评价机构管理规定》第22条、2011年2月17日湖北省安监局印发的《湖北省安全生产培训管理办法(试行)》第18条、2014年4月15日天津市安监局印发的《天津市安全评价机构监督管理办法》第24条第1款、2014年5月23日四川省安监局(四川煤监局)通过的《四川省职业卫生技术服务机构及从业人员管理办法》第20条、2014年6月4日重庆市安监局印发的《重庆市安全标准化技术服务机构管理办法(暂行)》第9条第2项等16件法规。

[4]表述形式相同的还有2013年新疆律师协会发布的《新疆律师办理土地征收业务操作指引》(地方规范性文件)第32条第4款等1件。

12	2013年湖南省乡村公路条例	第22条	法律法规没有规定法律责任的,按照村规民约的规定进行处理。	省级地方性法规
13	2009年昆明市档案条例	第23条第二项	其他专业档案的报送、移交,国家另有规定的从其规定,没有规定的按照行业标准执行。	设区的市地方性法规
14	2013年湖州市建设局司法局关于物业管理纠纷调处的意见	第2部分第2项	无规定或约定的,应按照政策文件或行业普遍认可的规范进行调解 ^[1] 。	地方规范性文件
15	2014年上海市律协律师办理境外商事仲裁业务指引	第1条第3款	在相关国家或地区的法律和仲裁规则均未规定的情况下,根据冲突规则及国际惯例处理。	地方司法文件
16	2010年无锡市中院加强民意沟通工作的意见	第19条	在法律没有规定或法律规定较为原则时,补充适用民俗习惯。	
17	2014年上海市一中院涉上海自贸区案件审判指引	第3条	法律没有规定的,尊重商业惯例及当事人的约定,依法平等保护市场主体的合法权益。	地方工作文件
18	2016年广东省外资审批制度改革后我省外资企业登记注册工作意见	第2部分第4项第1条、第4条	对《国民经济行业分类》没有规定的新兴行业,可以参考政策文件、行业习惯或者专业文献予以登记。	

注:①上述法规按效力级别排序,同一效力级别的则按通过或颁布时间先后排序。②港澳台法规不收入本表。③考虑到将检索出的全部41件法规制作成的表格太长,本表将效力级别和法条表述相同或极其近似的法条省略,而仅列出首次使用此种表述形式的法规。

由上表可见,在各种效力级别的法规中,采用“无法律则依习惯”的模式规定习惯法源地位最多的是地方规范性文件(19件),其次是法律(6件),再次是部门规章、部门规范性文件和地方司法文件(各3件),复次是司法解释性质文件和地方性法规(各2件),最后是团体规定、行业规定和地方工作文件(各1件),而行政法规、军事法规规章、地方政府规章、行政许可批复没有采用此种模式。在时间上,“无法律则依习惯”的模式自新中国建立之初(见表1之10)即为立法者所采用,直到今天(见表1之3)。但是,发生在2004年8月28日前的只有5件,这大体上印证了学者之前的总体判断,但也稍有出入^[2]。不过,在此之后再套用该判断,似乎就有违基本的立法事实了^[3]。

四、结 论

习惯之法源问题与习惯作为一种规范要件存在于法条中的问题,是两个极易混淆的问题,区分它们的标准是看立法者在法条中是否表达了一种规则选择的意愿。在没有法律规定的情况下,立法者实际上也必须在习惯与其他诸如国际条约、法理、政策、指导性案例、协议和章程之间作出选择。如果立法者在法条中表达了此种意愿,那么至少在立法层面,就发生了习惯之法源问题。而在法律运行层面,习惯之法源问题的发生,往往不以立法者之意志为转移,而受到诸如立法质量高低、法条与现实之间的契合程度、司法者的权限大小等多种因素的影响。基于对法治的追求,对当事人合理预期的保护等考虑,习惯在现代各国法律上通常占据着次位法源的地位,而在例外情况下则拥有首位法源地位。当代中国对习惯之法源地位的选择,符合建设法治社会的时代要求和世界各国的立法通例。

[责任编辑:钱继秋]

[1]表述形式相同的还有2015年12月22日发布的《浙江省司法厅、浙江省住房和城乡建设厅关于加强人民调解化解物业管理纠纷的指导意见》(地方规范性文件)第2部分第2项等1件。
 [2]参见苏力:《当代中国法律中的习惯——一个制定法的透视》,〔北京〕《法学评论》2001年第3期。
 [3]参见许中缘:《论商事习惯与我国民法典——以商事主体私人实施机制为视角》,〔上海〕《交大法学》2017年第3期。