

民法典的法律渊源体系

——以《民法总则》第10条为例

石佳友

〔摘要〕 法律渊源体系在当代呈现出多元主义和多中心主义的特征，这构成法典化在当代最大的挑战。民法典的法律渊源体系必然保持开放性，对成文法之外的其他法律渊源保持开放。必须摒弃成文法中心主义，允许习惯、司法解释与判例、一般法律原则等其他法律渊源进入民事关系的场域以发挥各自的功能；在保证法的安定性价值的同时，保持法的演进性，使民法典真正成为与时俱进的“活法”。就此而言，2017年《民法总则》关于法律渊源的规定确实具有重大的进步意义，这突出表现为习惯从过去由《合同法》、《物权法》等部门法中的零散规定，上升为总则中的一般性法律渊源，由此，习惯在民法中取得了正式的一般性渊源的地位。这也是我国未来的民法典的开放性的重要表现。不过，对于《民法总则》所未规定的法律渊源形式，包括国家政策、司法性渊源、一般法律原则等，不宜完全将其排斥在法源体系之外，而应根据民事案件审判的具体需要，运用法律解释学的方法，将其作为实质性渊源据以参考，从而最终做出最适宜的判决。

〔关键词〕 法律渊源；法典化；习惯；开放性；法律多元主义

〔作者简介〕 石佳友：法学博士，中国人民大学法学院教授，博士生导师，中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员（北京 100872）

法律渊源问题是法律科学领域中“形而上学”层次的基本性问题，它揭示了法律规范的基础，使得我们可以从众多的社会规范中识别出具有法律效力的规范。^{[1] (P1430)}从语义角度来说，法律渊源一词并不容易定义，因为它在不同的语境下会具有多种含义。从法学方法论的角度看，它具有狭义和广义两重含义。狭义的法律渊源是指法律的效力形式，它所解决的问题是法律从哪里来、法律规范的存在形式、表现形式、何谓具有强制约

束力的法律规范，也被称为法学意义上的法源。狭义的法律渊源通常包含成文法、习惯等。而广义上的法律渊源是指外部对法律进行认识和识别的渊源，它所解决的问题是法律如何表现，被称为社会学意义上的法源。由此，社会学意义上的法律渊源不仅包括成文法和习惯，还包括司法判决、法律著述、民众的法意识等内容。它探讨的是在实践中的法律、法律在现实中如何实现，而并不限于法律的应然状态。在德国法学上它也被称

〔基金项目〕 中国人民大学-日内瓦大学种子基金——中国人民大学科学研究基金项目（中央高校基本科研业务费专项资金资助）“瑞士债法典的改革与中国民法典的编纂”（16XNQ021）

为“法律认识意义上的法源”^{[2](P430)}。在法学论述中,法律渊源一般是在第一种意义上使用的,本文亦是在这个意义上,以2017年《民法总则》的规定为例,探讨未来我国民法典的法律渊源体系。

一、法典化与法律渊源体系

法律渊源与法典化之间存在着密切的内在关联,法律渊源的危机是推动法典化的直接动因。按照韦伯的法律社会学理论,法典化的本质是法律渊源的理性化(rationalization)^{[3](P223)}而引发这种理性化的根源,是法律渊源的“危机”。“一切法典化,究其根源而言,都是对法律安全需要的技术性回应;这种需要是导源于法律渊源的危机,而法律危机产生的原因是法律渊源形式的混乱无序、民众了解法律规则的困难、立法的恶性膨胀。”^{[4](P68)}在实证主义者所描绘的范式中,国家所制定的成文法是法律唯一的渊源,立法权力为国家所垄断,立法进程也是一个被高度理性化的过程,国家与法律相互从对方那里找到合法性基础与权威的来源,法律与国家建立起本体论意义上的必然关联。然而,单一立法者和高度理性化的立法进程的这一图景在当代已不复存在,当代法律渊源体系最为突出的特点就是其多元主义。这一多元主义表现为产生法律规范的中心的多元化,除了立法机关之外,行政机构、司法机构、社会和法律职业共同体都可能以某种方式产生出具有不同表现形式的法律规范。出于对不同的特定群体利益诉求的回应,这些机构都在不停地产生规范,这种“规范产生的主要机构的危机”所导致的“立法膨胀”^[5],正是当代法律危机的主要表征。而这种法律危机也为法典化赋予了使命——法律渊源的理性化,其具体的目标是实现法律体系的内在一致性、清晰性、可预见性、简洁易懂。

法典化在立法技术层面所希冀实现的这些目标,其实同样也具有宪法意义。根据法国宪法委员会的判决,法典化“符合法律应当容易被获取和被理解的宪法目标。如果公民对适用于他们的法律规范缺乏有效的理解,《人权宣言》第6条所规定的法律面前人人平等以及第16条所要求的保障公民权利等原则将无法实现。公民对法律

的有效理解,对于《人权宣言》第4条和第5条所规定的权利和自由的行使,也是必需的”^[6]。

显而易见,法律渊源是民法典所要解决的核心问题之一。最为典型者,是1907年《瑞士民法典》开篇对法律渊源所做出的全面规定。该法典著名的第1条第二款即开宗明义地规定:“法律未规定者,法院得依习惯法;如无习惯法时,得依其作为立法者所提出的规则,为裁判。”第三款进一步规定:“在前款情形,法院应遵从公认的法理和判例。”

受此影响,1911年由日本法学家松冈义正所主持起草的《大清民律草案》第1条曾规定:“民事本律所未规定者依习惯法,无习惯法者依条理。”与之一脉相承的是,1930年《中华民国民法典》第1条规定:“民事,法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理。”这一规定在我国台湾地区沿用至今。当然,《中华民国民法典》与《瑞士民法典》在各自的表述上略有差异,由此导致二者的法源体系也略有不同:《中华民国民法典》承认法律、习惯与法理皆为直接法源,学说判例为间接法源。而根据《瑞士民法典》的规定,法理和判例作为法官在第二款情形下裁判的参考,二者均类似于间接法源。^{[7](P197)}《瑞士民法典》第一条对中国的影响,在新中国建立后仍然持续存在,我国当代的各民法典草案学者建议稿中均有类似的内容,且在立法理由中均明确指出以《瑞士民法典》为参照。^{[8](P25)}

当代一些最新的民法典也对法律渊源问题做出了规定。比如,2011年生效的《罗马尼亚民法典》第1条即为“民法的渊源”。该条规定:(1)法律、习惯以及法律一般原则是民法的渊源。(2)对于法律所没有规定的情况,可适用习惯;如无习惯,可适用类似情形的法律规则;如无此类规则,则应适用一般法律原则。(3)对于法律所调整的事项,仅在法律有明确规定的情况下,方可适用习惯。(4)仅有符合公共秩序和善良风俗的习惯方可被承认为法律渊源。(5)当事人应证明习惯的存在及其内容。某些领域获得授权的机构或实体所编纂的习惯汇编中所载明的习惯推定为存在,除非有相反证据。(6)本法典中的习惯是指惯例和行业习俗。^{[9](P37)}

这些都充分说明,法律渊源问题是民法典应

首先解决的最为基本的问题之一，因为它直接涉及民事司法中确定民事权利义务和实体裁判结果的依据。正因为如此，2017年《民法总则》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。”该条首次以基本法的形式规定了习惯作为正式法律渊源，认可在没有法律规定的情况下可依据习惯来确认双方的民事权利和义务，这是我国民事立法的重大进步。

二、《民法总则》中的形式性渊源

根据《民法总则》前引第10条，对于民事法律关系而言，首要的法律渊源是法律，其次是习惯。

（一）法律

此处的“法律”，首先当然是指立法机构通过的各类法律。除了《民法总则》之外，其他涉及民事权利义务关系的特别法、单行法，均在其范围之内。正因为如此，《民法总则》第11条规定：“其他法律对民事关系有特别规定的，依照其规定。”一方面，这承认了其他法律对民事关系的调整效力；另一方面，“依照其规定”的措辞还强调了其他法律的优先适用地位，显然，这是“特别法优于普通法”的适用规则。

在《民法总则》之外的“其他法律”中，最为重要的当属1986年《民法通则》。立法机关有关负责人在《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明》中特别指出：“民法总则草案通过后暂不废止民法通则。民法总则与民法通则的规定不一致的，根据新法优于旧法的原则，适用民法总则的规定。”这意味着：其一，《民法总则》于2017年10月1日生效后，《民法通则》将继续有效，未来将出现“双法并行”的局面。其二，二者之间出现“规定不一致的”，根据新法优于旧法的原则，适用《民法总则》的规定。问题在于，何谓“规定不一致”？如果有的内容在《民法通则》中做了规定而《民法总则》却没有做出规定，是否属于“规定不一致”？从目的解释的角度来看，似乎这种情况不宜认定为“规定不一致”，而应认定为特别法有规定而普通法未规定，根据“特别法优于普通法”的规则应适用作为特

别法的《民法通则》。然而，这样一概而论又有问题。比如，《民法通则》第136条所规定的身体受到伤害要求赔偿的一年短期时效，《民法总则》则并没有保留。如何看待这些规定？如何协调“新法优于旧法”与“特别法优于普通法”两项解决不同法律效力冲突的原则？这是未来亟待立法机关和司法机关厘清的重大问题。无论如何，“在新法生效后，旧法如果仍然继续适用于相同的法律情势，会引发难以厘清的混乱状态”^{[10](P131)}。

另外，此处的“法律”应为广义，不仅包括由立法机关制定的法律，也应包括国务院所制定的行政法规。比如，《民法总则》生效后，《物业管理条例》、《国有土地上房屋征收与补偿条例》、《医疗事故处理条例》等行政法规可能仍将继续生效。此外，还需要特别强调的是：从统一法律适用的角度出发，法规应该仅指国务院所颁布的行政法规，并不包括省、自治区、直辖市所制定的地方性法规，避免民事主体的民事权利义务由地方性法规确认而造成统一市场的分割和不必要的地区法律差异。正是基于这样的考虑，1999年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第四条规定：人民法院确认合同无效，应当以法律和行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。

（二）习惯

法律渊源领域的多元主义和多中心主义的主要表现为：法律规范与国家主权之间的对应关系逐渐被消解，一些非国家的法律渊源同样被承认具有法律效力。在非国家的法律渊源中，习惯就是极为重要的渊源。习惯具有两个要素：客观要素和主观要素。前者是指某一行为在一定时期内被不断重复。法谚有云：“一次不能算作习惯。”后者是指心理上的确信，即行为主体都确信其行为具有法律上的约束力。因为某种行为规则的不断重复，仅仅表明其属于某种社会规范，但不能说明此种社会规范必然产生法律上的约束力，比如礼仪方面的规范。

较之于具有强行法特点的公法而言，习惯在民法中显然具有更大的适用余地和价值，习惯尤其适用于家庭法、物权法和合同法等领域。由此，不难理解的是，习惯历来就是民法典极为重要的法律渊源，法国民法典和德国民法典就是极

好的例证。波塔利斯承认法国民法典是“成文法和习惯法的折中”，习惯法几乎占据民法典的半壁江山。而在德国民法典起草的过程中，习惯同样深受起草者的重视。^[11]因此，民法典基本上都承认习惯作为法律的渊源之一。通说认为，习惯分为三种类型^{[12](P282)}：

其一，法内（*secundum legem*）习惯。此类习惯是由法律所援引（通常以明示方式），赋予其法律渊源地位。此类习惯系由法律本身所规定，主要发挥解释成文法的作用，因为立法者在法律中有意留下一些不确定的概念、范畴（“留白”），对这些概念的解释往往需要借助于习惯。

其二，法外（*praeter legem*）习惯。对于此类习惯，法律并没有做出明确的援引。此类习惯是在法律缺乏相关规定的情况下而加以适用，这就是说，这些法律漏洞并非是立法者所故意遗留。大量的商事习惯均属于此类，它旨在填补这些法律漏洞，因而又被称为补充性习惯。法内习惯是根据法律的规定而加以援引，而法外习惯则是在法律存在漏洞的情况下而被适用。

其三，反法（*contra legem*）习惯。此类习惯往往是与成文法的规定相悖的，因为成文法往往已经过时，或者明显不合理。此类习惯，或者是背离了法律的行文，或者是背离了其精神，因为严格适用法律的结果往往有失公正。因此，此类习惯的功用在于修正或者替代相关的成文法。

我国此前的民事立法对习惯的法律地位并没有给予应有的重视。1986年《民法通则》通篇未对习惯做出规定。这一局面直到1999年《合同法》出台才有所改观：《合同法》中以数个条款规定了“交易习惯”。2007年《物权法》仍然延续了对习惯的边缘化立场。本来，在物权法领域，习惯应有广泛的适用余地，特别是对于动产的设立与交付、不动产的变动以及担保物权的权能等诸多内容，可以援引习惯予以确定相应的规则。然而，《物权法》仅在相邻关系的处理（第85条）和法定孳息的取得（第116条）两个条文中提到了习惯。

立法者对于习惯持谨慎态度的原因，不外乎以下几点：其一，习惯是不成文的法源，其内容有时候难以准确地确定；习惯还具有演进性，可能随着时间的推移而发生变化。因此，在诉讼中

就某项特定的习惯是否存在以及其内容为何，在当事人之间容易引发争议。其二，习惯具有地域性，而立法的目的在于统一法律适用，因此，习惯就其本身而言与成文法的目标之间存在张力。比如物权法定原则的目的就在于只允许法律创设物权，而禁止具有地域性特征的地方习惯创设物权。其三，习惯是在长期的历史发展中形成的，往往年代久远，不排除某些习惯是“陈年陋习”，而立法则是最新的规则。从社会进化的角度来说，立法要确立新的法律秩序，甚至要彻底改造旧社会，实现“移风易俗”，因此，应尽量排斥习惯的适用。

立法者的上述担忧当然不无道理。但是，在法律渊源多元化的今天，成文法本身确实难以垄断全部的法律渊源，因为立法者的预见能力永远是有限的。所以，波塔利斯说：“要特别警惕规定一切和预见一切的危险企图”，法典“留下的空白由经验去相继填补，人民的法典随着时代的发展而逐渐成形，严格说来，它们并不是被制定出来的”^[13]。要使得法典能够随着时代的发展而不至于出现僵化和脱节，就需要借助其他的法律渊源，其中习惯无疑占据极其重要的地位。习惯的优势在于：一方面，习惯产生于长时间的反复实践，源于主体的自发性创造，属于所谓的“自发性秩序”，因此，对于所涉及的具体问题而言，习惯所代表的法律秩序可能更具有针对性，更为合理和具体相关，可以直接适用。另一方面，习惯具有长期性和自发性，较之于成文法制定的即时性、人为性和自上而下的强制推行等特性来说，习惯对所涉及的特定群体而言，可能具有更大的合法性，更易于为该群体所接受。恰如有学者所指出的：“只有从习惯中汲取营养，以习惯作为法律渊源，民法典才能深深植根于社会生活之中，保持其旺盛的生命力和开放性。”^[14]

正因为如此，《民法总则》前引第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。”其中，明确规定了习惯作为民法的正式法源之一。由此，习惯适用的前提是：其一，法律没有规定。这就是说，法律仍然是占据主导地位的法律渊源，习惯只能是辅助性的法律渊源。其二，习惯不得违背公序良俗。这意味着习惯的内

容不得与公共秩序和善良风俗相冲突。

三、民法的其他法律渊源

《民法总则》仅规定了法律和习惯这两类形式渊源，它们作为民法的正式渊源的地位得以确立，法官可以依据法律规定直接适用这些正式的法律渊源。在这些正式的形式性渊源之外，一些实质性的法源是否可以成为民事法官裁判案件、确定当事人权利义务的依据？

(一) 宪法

如前所说，《民法总则》第10条强调“法律”是第一位的法源。值得讨论的问题是，此处的“法律”是否包括宪法？或者说，宪法能否成为民法的正式法律渊源？宪法是根本大法，是其他法律的基础，其他法律其实都是在不同程度上落实宪法所设定的要求，宪法显然不同于一般法律。因此，在通常语境下，“法律”一词并不包括宪法，故此经常有“宪法法律”的提法，将二者并列。

这就是说，宪法不构成民法的形式渊源。那么，它能否成为民法的实质性渊源？近来，这一问题引发了宪法学界和民法学界的极大关注和热烈讨论。《民法总则》第1条明确规定“根据宪法，制定本法。”毫无疑问，“根据”一词表明，宪法是《民法总则》的制定根据，是其合法性来源。而更为重要的是，民法典确实具有宪法功能，这是民法典在当代社会重要的“溢出效应”。法国20世纪最伟大的民法学家、法国民法典在战后修订的主要承担者卡尔波尼埃教授在20世纪80年代曾提出一个被广为引用的权威论断：民法典是“法国真正的宪法”，因为民法典“汇聚了法国社会所赖以立足的主要理念，这些理念经由大革命所形成，时至今日法国社会仍然在不断对其进行丰富和发展，但却从来没有否认过它们”。由此，民法典与凡尔赛宫、马赛曲一样，成为法兰西民族集体的“记忆之所”。^{[15](P307)}我国亦有民法学者主张民法典应当充分发挥限权和护权功能，起到“半部宪法”的功用。具体说来，“结合宪法文本和宪法解释，通过权利规范发挥民法典的宪法功能，不仅可以使宪法规范获得生命力，也可以使民法典的功能最大化”^{[16](P43)}。这样的主张显然是有

道理的，特别是结合宪法“尊重和保障人权”的规定，民事立法规定大量的民事权利是对宪法基本权利的实施和具体化，是国家履行保护义务的具体表现。因此，民事法官对基本权利（人格尊严、生命权、所有权等）的解释与适用，应以宪法基本权利规范作为参照。这也是宪法基本权利在民事关系中的所谓“横向效力（或称水平效力）”的必然要求。

就此而言，尤其值得注意的是2016年6月最高人民法院发布的《人民法院民事裁判文书制作规范》。该规范的“（七）裁判依据”部分强调：“裁判文书不得引用宪法和各级人民法院关于审判工作的指导性文件、会议纪要、各审判业务庭的答复意见以及人民法院与有关部门联合下发的文件作为裁判依据，但其体现的原则和精神可以在说理部分予以阐述。”这就是说，民事裁判文书中不得引用宪法，但是，可以将宪法规范作为民事裁判说理的理由。从这样的理解来看，中国的最高司法机关似乎默许了“合宪性解释”的方法。也就是说，民事判决中不得直接援引宪法条文，但是，可以从宪法规范的条文和精神出发，来解释所具体适用的民事法律规范。这是否可以认为是一种宪法规范的“间接适用”方式？无疑，这在未来有待通过具体的判例进一步观察，但是，宪法基本权利规范作为民事权利的解释和适用的实质性渊源，此种地位和功用不应受到质疑。

(二) 国家政策

1986年《民法通则》第6条规定：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。”由此，国家政策被正式视为民法的一项渊源。不过，尽管前引《民法通则》第6条规定了政策的法源地位，但在实践中法官也不会仅依据政策来判决案件，因为1986年《最高人民法院关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》中所列举的法院可以援引的法律渊源形式中，并没有国家政策，所以国家政策其实一直是作为实质性渊源而存在的。

尽管如此，将国家政策列入民法的正式渊源，此一做法仍然颇受学者诟病。批评者的主要理由有三：其一，政策具备内生的缺陷。这些缺陷主要是指民事政策的稳定性欠缺、民事政策的公示

性欠缺、民事政策的规范性欠缺等。^{[17](P75)}其二，法律适用方面的困难。国家政策的内容难以准确地查明，法官进行裁判说理时面临依据混乱和说理困难的问题，会导致“同案不同判”的状况。^{[18](P154)}其三，违反法治的要求。将政策列为民法法源，缺乏形式正当性与实质正当性。政策的制定过程并不透明，而且往往并不公开，以政策作为规范民众权利义务的依据违反法治的要求。^{[19](P108)}正是基于这样的考虑，2017年《民法总则》将“国家政策”从民法渊源中予以删除，国家政策自此在形式上不能再是民法的正式渊源。那么，政策能否成为民事法律关系的实质性渊源？

可以预见的是，在未来，国家政策仍然会影响民法的诸多领域。比如，在物权法领域，在征收征用问题上，判断是否基于“公共利益”，必然要参照特定的政策。就农村承包经营权、宅基地使用权、小产权房、物业管理等问题的纠纷审判，也都无一例外地要参考具体的政策。在侵权法领域，在一些特殊领域的侵害行为，确定行为人的义务违反或者过错，需要参考这些领域的某些特定国家政策。而在婚姻、家庭、继承等领域，对于军婚、家庭价值观、子女生育、特殊财产利益的继承等问题，法院可能仍然需要参考这些领域里的特定政策。这就是说，尽管《民法总则》不再将“国家政策”作为民法的正式渊源，但是，“国家政策”并不会就此退出民法的舞台。在未来，政策仍然会继续作为民法的实质性渊源之一，对民事关系起到规范作用。应当承认，“将民事政策界定为民法非正式法源……能促进和规范民事审判中法官自由裁量权的适用，缩短民法由静态的法转变为‘活法’的历史进程”^{[20](P80)}。

总之，对于国家政策能否作为民法的法律渊源的问题，我们需要持一种更为开放的态度。

（三）司法解释与指导性案例

长期以来，法典化所立足的前提之一是法典本身的完备性，法典以成文法的形式囊括了某一部门的所有法律渊源。然而在今天，大陆法系在法律渊源方面正日益远离这一图景。在法典和单行法之外出现了一个诞生于司法争端解决领域的司法性法律渊源。事实上，针对法律渊源的危机所能开出的“药方”，除了法典化之外，就是司法

性渊源，“因为立法者通常满足于制定一般性的原则，而将实施的细节留给法官去处理”^{[21](P174)}。而司法性渊源还扮演着“先行先试”的角色，一旦成熟即为以后的立法所吸收。所以，当代的法典化其实在很大程度上是司法性渊源的法典化。在中国，司法性渊源包括司法解释和指导性案例。

司法解释在中国的法律渊源体系中处于十分独特的地位。一方面，根据《立法法》第104条的规定，最高人民法院的司法解释属于“审判工作中具体应用法律的解释”，它“应当主要针对具体的法律条文，并符合立法的目的、原则和原意”。因此，司法解释是为了解决“审判工作中具体应用法律”的问题。既然司法解释仅仅是针对“审判工作中具体应用法律的问题”，那么，无须在立法中对司法解释做出规定。这就解释了我国相关的程序法和实体法本身对司法解释的地位均未置一词的原因所在。

另一方面，现实的“悖论”却是司法解释被明确列为法院判决可以直接援引的法律渊源，并在判决中得到了非常广泛的引用。前引1986年《最高人民法院关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》本来是禁止援引司法性渊源的，因为该“批复”指出：“最高人民法院提出的贯彻执行各种法律的意见以及批复等，应当贯彻执行，但也不宜直接引用。”这一立场为1997年《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》所改变，该“规定”第14条明确指出：“司法解释与有关法律规定一并作为人民法院判决或者裁定的依据时，应当在司法文书中援引。”自此，司法解释经由自身的“授权”，堂而皇之地被列入判决所可以援引的正式渊源。2007年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》虽然废除了1997年的“规定”，却仍然沿袭了上述条文。2009年《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》、2016年《人民法院民事裁判文书制作规范》等司法解释所列明的法院可以直接援引的法律渊源形式有：“法律及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例或者单行条例、司法解释。”因此，不管立法与学理上是否承认，尽管相关的实体法和程序法对司法解释未有任何规定，

司法解释却可以作为我国法院审理案件的裁判依据，而且可以由法官在判决中加以直接援引。因此，司法解释完全具备了正式的法律渊源的地位。

这种立法与实际的不同，至少折射出两个方面的问题：其一，司法解释自己赋予自己以正式法律渊源地位，显然存在着“合法性不足”的问题。在我国，作为一项在判决中可以直接援引为裁判依据的形式性法律渊源，其地位应由法律来规定，司法性解释不宜自己创设一项形式性的法源。其二，在法的解释方面，立法权与司法权的区分比较混乱。《立法法》前引第104条前半段规定：司法解释只应该针对“审判工作中具体应用法律的问题”。而该条的后半段又规定，如涉及该法第45条属于“法律解释”的事项，“应当向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释的要求或者提出制定、修改有关法律的议案”，具体包括：（1）法律的规定需要进一步明确具体含义的；（2）法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。二者之中，前者属于解释，后者实际上属于修改和制定新规则。然而，二者究竟如何与“审判工作中具体应用法律的问题”相区分？这本身恐怕就需要解释。

这种“词”与“物”之间的尴尬差异，当然有其深刻的现实根源。立法由于其严格的程序性和刚性，凝聚各方共识十分不易，往往耗时多年，故此，立法无法对于法律适用过程中的问题及时地作出回应。这一任务自然落到了司法机关的肩上，司法解释就是最为有效和最为直接的手段。较之于判例而言，司法解释更能起到统一司法适用效果的作用，实际上是一种“准法律”。从实践来看，司法解释确实起到了填补法律漏洞的功效，及时保护了当事人的合法权益。更为重要的是，司法解释还起到了立法试验的作用，司法解释所创设的许多制度后来都为立法所吸收。在当代，法典化在相当程度上表现为司法性渊源的立法化进程。

然而，司法解释尽管具有诸多积极意义，它也具有一些局限性：十分零散，缺乏体系性。例如，《合同法》和《物权法》迄今为止都出台过多部司法解释，但这些司法解释缺乏逻辑性和体系性，主要考虑实践需要、内容的成熟度等；司

法解释的制定程序缺乏透明度，对于很多具有重大政治敏感性的制度的司法解释，由于缺乏公开的讨论，导致很多内容本身值得商榷，缺乏足够的科学性。而对司法解释涉及大量本属于法律解释事项所引发的“合法性危机”，这是其始终无法回避的“软肋”。另外，司法解释在制定程序上还存在着其他瑕疵。例如，2007年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第25条明确规定：“司法解释自公告发布之日起施行。”由此，其发布与生效时间同步，一般不包含过渡期条款，没有给当事人留出必要的时间来调整其行为模式；一项新的法律规则颁布时起立即生效，这不符合“保护合理期待”原则，不符合正当程序。这些都是司法解释在未来需要进一步改善的地方。

指导性案例是另一项重要的司法性渊源。如今在法国和德国都承认司法判例具有某种形式的强制性约束力。在我国，最高人民法院于2010年发布了《关于案例指导工作的规定》，选取了社会广泛关注、法律规定比较原则、具有典型性、疑难复杂或者新类型以及其他具有指导作用的案例。截至2017年3月，最高人民法院已经发布了16批共计87个指导性案例，其中约半数为民事案例。这些指导性案例，对于统一民事司法、防止司法裁判的任意性，无疑具有重要作用。但是，与司法解释一样，判例同样有其内在的局限性。比如，判例难以形成体系，指导性案例的选取标准往往存在一定的随意性。判例在论证过程方面通常比较简洁，难以充分展现其说理的逻辑，有时候欠缺足够的说服力。另外，判例的不稳定性是其最大的挑战，它可能随时出现调整，在某一个具体的司法判决中，法院可能突然出现对此前判决的调整和转向。然而，“一切的判例转向都相当于是适用了一项具有溯及力的法律”^{[22](P335)}，因为在当事人丝毫没有预见和准备的情况下，法官对他们过去所发生的事实适用了一项新的法律规则。从正当程序基本人权的角度来看，这样的做法显然值得商榷。^{[23](P177)}

（四）法律一般原则

一般法律原则是一个极其难以定义的范畴。通常来说，它并非由法律所规定，而是由法官在判例中去“发现”和提炼。法律原则的一般

性使之区别于具体的法律规则，规则适用于其所针对的所有情形，原则有时候适用于一些千差万别的不同情形。比如，诚实信用就是一项原则，而“对于动产，占有即推定为所有”就是一项规则。^{[24](P228)}

法律一般原则在当代的民法典中被普遍采纳为一项法律渊源。比如，1942年《意大利民法典》第12条规定了法律一般原则可以作为民法典的法律渊源而被加以适用。1991年《魁北克民法典》在其“序言”中即强调，魁北克民法典与魁北克人权宪章和一般法律原则保持和谐一致。前引2011年《罗马尼亚民法典》第1条也明确承认一般法律原则是民法典的法律渊源。

在国际法层面的法典化中，一般法律原则尤其被视为一项重要的法律渊源。1980年《联合国国际货物销售合同公约》第7条第二款规定：“凡本公约未明确解决的属于本公约范围的问题，应按照本公约所依据的一般原则来解决。”国际统一私法协会2010年《国际商事合同通则》第1.6条第二款也规定：“凡属于通则范围之内但通则又未做出明确规定的事项，应尽可能根据通则确定的一般原则来处理。”按照国际统一私法协会的解释，这里所说的“一般法律原则”，既包括通则本身所规定的部分基本原则，包括合同自由、合同严守、合同的选择适用、诚实信用和公平原则、信赖保护等，也包括一些通则所未规定、需要根据具体情况进行提炼的一般原则。这种提炼往往通过对不同国家的法律进行比较和分析来完成。^{[25](P85)}这些跨国性的一般法律原则奠定了“世界法”的法典化的主要轮廓，因此这些基本原则本身也可以被称为法典。不过，它们的权威性明显不同于现代性语境中的国内法法典，更类似于中世纪的“共同法”（*jus commune*），超越了国界也无须主权者的肯认。它成为某种“没有国家的法律”、某种依靠其权威性而非强制力而得以存续的法律。它对各国的国内法产生主导性影响，并非是基于其在法律等级体系中的位阶——这一具有浓厚现代性色彩的概念已为后现代所摒弃，而是基于其理性的权威。^{[26](P382)}

我国《民法总则》本身并未规定“一般法律原则”作为民法的形式渊源，但是，在其“基本规定”部分则以多个条文规定了民法的基本原

则，包括平等原则、自愿原则、公平原则、诚信原则、公序良俗原则、保护环境原则等。这些原则大多属于比较法上的法律一般原则。^{[27](P285)}所不同的是，我国这些民法基本原则系由《民法总则》所直接规定，而非由法官经判例所“发现”，它们属于成文法的内容。因此，这些基本原则可以直接为法官所援引，具有直接适用的效力，这也是中国民法较之于外国民法典的一个重要特色和优势。在缺乏法律具体规定和相应的习惯规则时，法官可以依据民法基本原则的精神来裁判案件。不过，也有相当一部分比较法上的一般法律原则，无法完全为我国《民法总则》中的基本原则所涵盖，比如，共同的错误相当于法律、诈欺毁坏一切、任何人不得因主张其恶行而得利等。对于这些法律一般原则，应允许民事法官在没有其他法律渊源的情况下，作为权威法理或学说而加以引用。

四、结语

法律渊源理论一直被视为法理学中最核心和最复杂的问题^{[28](P233)}，其复杂性既是由于法律渊源的来源异常多样，也是由于其表征十分繁异。从法哲学上说，法律渊源问题在本质上是要确定那些能够产生法律规范的权力的来源，在古典主义模式下，产生法律规范的权力完全由国家垄断，制定法律规范的机构都由国家来予以确定。所以，在这个意义上说，法律渊源理论的核心在于研究如何控制规范的产生过程，它在本质上是一种关于对法律进行控制的理论，一种关于政治权力如何控制那些影响社会成员的行为规范体系的产生进程的理论。^{[29](P197)}

在后现代社会，治理模式的多层次、多中心、灵活性等特点，使得法律渊源在其来源方面也具有多中心主义的特点，在其表现形式方面出现了多元主义趋势，国家对法律渊源的产生及其形式进行垄断的局面已经难以为继。^[30]这正是法典化在当代面临的巨大挑战。一些悲观主义者不禁哀叹：法典化似乎只有在威权主义模式下才有可能。^{[31](P174)}因为国家对法律渊源的专属性控制只有在古典式的威权主义模式下才有可能，而后现代模式则很难与古典主义法典化所要求的中央

集权制精神相契合；后现代精神所注重的是多中心主义，而非单一集权式的立法中心主义；治理模式更青睐那些在事实上具有权威性的法源形式，而非某种威权式的法源。由此，在今天这个“由于外在于法学家们的政治、经济和社会变革节奏加快而变化越来越迅速”的后现代时代，法律渊源的多元主义与多中心主义使得法律渊源体系异常复杂和混乱，也使得古典模式的法典化在今天几乎成为某种“不可能完成的使命”^{[32](P190)}。

因此，民法典的法律渊源体系必须保持开放性，对成文法之外的其他法律渊源保持开放；必须摒弃成文法（法典）中心主义，允许习惯、司法解释与判例、一般法律原则等其他法律渊源进入民事关系的场域以发挥各自的功能；在保证法的安定性价值的同时，保持法的演进性，使民法

典真正成为与时俱进的“活法”。就此而言，2017年《民法总则》关于法律渊源的规定确实具有重大的进步意义，这突出表现为习惯从过去由《合同法》、《物权法》等部门法中的零散规定，上升为总则中的一般性法律渊源，从而在民法中取得了正式的一般性渊源的地位；只要有必要，在法无规定和不违反公序良俗的情况下，法官就可以诉诸习惯来进行裁断，其适用范围自此不再只限于物权和合同等具体领域。这是我国未来的民法典的开放性的重要表现。不过，对于《民法总则》所未规定的法律渊源形式，包括国家政策、司法性渊源、一般法律原则等，不宜完全将其排斥在法源体系之外，而应根据民事案件审判的具体需要，运用法律解释学的方法，将其作为实质性渊源据以参考，从而最终做出最适宜的判决。

参考文献

- [1] Pascal Deumier. “Sources du droit”. In Denis Alland & Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris: PUF, 2003.
- [2] Karl Larenz. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer-Verlag, 1991.
- [3] Max Weber. *Sociologie du droit, traduit par Grosclaude*. Paris: PUF, 2007.
- [4] Rémy Cabrillac. *Les codifications*. Paris: PUF, 2002.
- [5] 让·保罗·让、让·皮埃尔·鲁瓦耶、石佳友：《民法典：从政治意志到社会需要——两个世纪以来的评估》，载《法学家》，2004（2）。
- [6] Conseil constitutionnel. *Décision n° 99-421 portant sur la Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*. le 16 décembre 1999.
- [7] 陈自强：《整合中之契约法》，北京，北京大学出版社，2012。
- [8] 李敏：《〈瑞士民法典〉“著名的”第一条——基于法思想、方法论和司法实务的研究》，载《比较法研究》，2015（4）。
- [9] Daniela Borcan & Manuela Ciuruc. *Nouveau Code civil roumain*, traduction commentée. Paris: Dalloz, 2013.
- [10] [21] [23] Rémy Cabrillac. *Introduction générale au droit*. Paris: Dalloz, 2011.
- [11] [13] 石佳友：《法典化的智慧——波塔利斯、法哲学与中国民法法典化》，载《中国人民大学学报》，2015（6）。
- [12] [27] [28] Daniel Mainguy. *Introduction générale au droit*, 6^e édition. Paris: LexisNexis, 2013.
- [14] 王利明：《论习惯作为民法渊源》，载《法学杂志》，2016（11）。
- [15] Jean Carbonnier. Le code civil. In Pierre Nora (dir.), *Les lieux de mémoires*, tome 2, La Nation, Paris: Gallimard, 1986.
- [16] 谢鸿飞：《中国民法典的宪法功能——超越宪法施行法与民法帝国主义》，载《国家检察官学院学报》，2014（6）。
- [17] [20] 齐恩平：《“民事政策”的困境与反思》，载《中国法学》，2009（2）。
- [18] 张红：《论国家政策作为民法法源》，载《中国社会科学》，2015（2）。
- [19] 李敏：《民法上国家政策之反思——兼论〈民法通则〉第6条之存废》，载《法律科学》，2015（3）。
- [22] H. Batiffol. “Les revirements de jurisprudence”. *Archive de Philosophie du droit*, 1967（12）。

- [24] J. —P. Gridel. “La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé”. In *Recueil Dalloz*, Paris: Dalloz, 2002.
- [25] 张玉卿主编:《国际统一私法协会国际商事合同通则 2010》,北京,中国商务出版社,2012。
- [26] Frédéric Zenati-Castaing. “L’avenir de la codification”. *Revue internationale de droit comparé*, 2011 (2).
- [29] Christian Atias. *Philosophie du droit*, 3^e édition. Paris: PUF, 2012.
- [30] 石佳友:《治理体系的完善与民法典的时代精神》,载《法学研究》,2016 (1)。
- [31] Ulrich Spellenberg. “Les expériences allemandes du Code civil français”. In Bernard Saintourens (dir.). *Le Code civil: une leçon de légistique ?* Paris: Economica, 2006.
- [32] 石佳友:《民法法典化的方法论问题研究》,北京,法律出版社,2006。

The System of the Sources of Law of the Civil Code ——Example on Article 10 of *General Provisions of the Civil Law of China*

SHI Jia-you

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872)

Abstract: The contemporary system of sources of law is marked by its pluralism and multiple centers, which constitutes the biggest challenge of codification. It is necessary to retain the openness of the sources of law of the Civil Code, that is, keep it open to other sources. Consequently, legicentrism should be rejected, and sources other than legislations such as custom, judicial interpretation, case-law, general principles of law should be permitted to play their respective role in regulating civil affairs, so that the Civil Code would be an evolutionary “living law” while the legal certainty is assured at the same time. In this sense, the *General Provisions of the Civil Law* adopted in 2017 represents a considerable progress, in that the custom is ranked as the sources of the civil law, whereas it was only admitted in a fragmentary way by the previous legislations on contracts and on property. This is also an important manifestation of the openness of our civil code in the future. Nevertheless, regarding other sources which are not provided by the *General Provisions of the Civil Law*, such as state policy, judicial sources and general principles of law, it would be useful to consider them as the informal sources of Chinese civil law. Thus, in the absence of law, they can be taken in consideration by the judge by the means of legal interpretation, so that the judge can render the most appropriate decision.

Key words: sources of law; codification; custom; openness; legal pluralism

(责任编辑 李 理)