

# 民法总则中习惯法源的概念厘清与适用原则\*

孟 强

【摘 要】《民法总则》第10条正式规定习惯作为民事法律渊源。习惯与习惯法的区分并无实质意义，立法并未采用“习惯法”的概念。政府的限行限购、去极端化等“政策”均以地方法规、规章的形式出现，无需再赋予政策以法源的地位。习惯不等于最高人民法院的司法解释、批复和指导性案例所形成的判例法。习惯不得违反法律规定，无法通过习惯创设新物权。司法实践中，习惯宜留待个案查明而非抽象出一般规则，且不宜推广、长期反复适用。

【关键词】习惯 法源 政策 判例法 物权法定 抽象性

【中图分类号】D932.1 【文献标识码】A 【文章编号】1000-114X(2018)01-0244-10

## 一、引言

《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。”这一条将习惯正式作为法律渊源规定在民法典之中，是对《民法通则》法源条款规定的重大改变，也是对大陆法系传统的回归，因此受到了学界的普遍好评。

法律是对既往生活经验的总结与抽象，是以过去预见和指导未来。因此，法律不能脱离生活。民法归根结底是关于人们在市民社会中生活与生产方式的规则，所以民法应当与人们的生活习惯相符合，否则就会出现纸面上的法相异于行动中的法的现象。在历史法学派看来，对于一个民族长久生活习惯的尊重，还体现了一个国家法典的民族精神。因此，任何国家在制定民法典时，在追求通过法典实现国家法制统一、振奋革新的目标时，还应当努力做到法典与生活相契合，这样的法典才容易迅速被人们所接受和遵循，才是好的法典。

作为我国《民法典》首部和开篇之作的《民法总则》，无论是在立法理念上还是在最终的条文设计上，都被认为在很大程度上体现了本土性和民族性，对于民族的生活方式和本土特征做出

\* 本文系孟强主持的国家社会科学基金项目“民法典侵权责任编分则体系完善研究”（项目号16CFX038）的部分成果。

了回应。例如，立法者就将体现民族性作为民法总则的立法理念予以秉持。“制定民法总则，必须坚定文化自信，深入挖掘和传承包括中华法律文化在内的中华优秀传统文化的时代价值，让我们的民法总则体现鲜明的民族性。”<sup>①</sup>同样，在《民法总则》颁布之后，在解读其内容时，学者也认为，该部法律体现了本土性和民族性，“本土性尤其体现在《民法总则》的民族性上，即《民法总则》保留了中国优秀传统文化的思想精华。”<sup>②</sup>

民法典对于习惯的尊重，主要体现在其具体制度对于习惯的吸收和提取上。可以说在立法过程中，习惯与法典是朝着同一方向汇流的水流。而在法典颁布之后，由于法典天然具有的规则集中与垄断的特征，民法典与习惯之间便会转变成为一种既互相排斥又互相促成的相反相成关系。因此法典与习惯在作为法律渊源方面存在的一定的竞争关系，但习惯的妥当运用又能够克服民法典固有的僵化、迟滞的缺陷，因为“习惯就是民法规则的一脉源头活水、一根法律规则与社会生活之间的纽带……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。”<sup>③</sup>

《民法总则》第10条仅将法律和习惯作为处理民事纠纷的法律渊源，不仅排斥了政策作为法律渊源，对于行政法规、司法解释、法理学说等亦未作规定，这不仅引发了学界关于法律外渊源的讨论，对于习惯作为法源的适用本身也有待进一步思考。本文拟就习惯适用的相关问题做一探讨，以就教于方家。

## 二、“习惯”与“习惯法”概念之争的分晓

对于习惯在作为法律渊源时，究竟应当称之为习惯还是习惯法，学说并不一致，有的学者严格区分习惯与习惯法，而有的学者并不严格区分二者，经常混用。通说认为，普通的习惯还不足以作为法源，必须是为人们长久践行、内心普遍对之负有法的确信的习惯，才能作为法源，才能为国家立法所容纳，此时，应当将之称为“习惯法”。同时，“与习惯法应严予区别的，系事实上的习惯，此仅属一种惯行，尚欠缺法的确信。易言之，即一般人尚未具有此种惯行必须遵从，倘不遵从其共同生活势将不能维持的确信。此种事实上习惯不具法源性，无补充法律的效力。”<sup>④</sup>也就是说，这种观点认为存在两类习惯，并冠以不同的名称：一类是事实上的习惯，就叫习惯；一类是法律上的习惯，叫做习惯法。

而一些在民法典中明确采纳习惯/习惯法概念的典型立法例的差异，则加剧了这一概念用语上的纷争。在《瑞士民法典》“著名的第一条”的第二款中，翻译过来的表述是“法律未规定者，法院得依习惯法，无习惯法时，得依其作为立法者所提出的规则，为裁判。”<sup>⑤</sup>而我国台湾地区“民法”第一条则是“民事，法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理。”<sup>⑥</sup>一者采用习惯法的概念，而一者采用习惯的概念。

如果认为习惯之所以存在并具有约束力，其深厚的基础在于社会层面一般人对之普遍遵守的法之确信，且这种确信无需法律的确认就已存在，那么习惯就应当称为习惯法，以与成文法相对应。但如果认为习惯之所以能够作为法源，乃是因为经过了法律的确认，则不区分习惯与习惯法亦无妨，因为不经过法律的确认的习惯，在法律上并无意义，甚至不会纳入法律的视野，与一般人的生活习性无异。“习惯非经司法官依照立法者默示之意思予以采用，不能发生效力。由此而论，习惯法这一名词，似乎就不能存在，因为所有的法，无不为立法者的意思，习惯本身仅为一种事实，绝不能成为法。”<sup>⑦</sup>所以法律上说的习惯，就是指经过法律确认、具有约束力的习惯。在

当代社会，法律之外、能够得到一般人普遍遵守并对之负有法的确信的习惯法，应当说是极为罕见的，能够具有如此重要地位的行为规则，一定会被立法或司法解释所吸收，不会放任其处于民间习惯的状态。“习惯法本来用来与‘单纯的习惯’区别的主观要件‘一般人法的确信心’，已经呈现一个极度弱化的现象，甚至已经完全被法院的承认与宣示所取代。”<sup>⑧</sup>因此，当代这种习惯/习惯法的概念之争，其实并无实质意义。

《民法总则》第10条明确采用了“习惯”的概念，而未采用“习惯法”的概念。一方面，这是沿袭了我国民事立法的用语风格，因为在《合同法》《物权法》等民事法律中，已经多次使用过类似交易习惯、风俗习惯、当地习惯的用语，却从未出现过习惯法的用语。另一方面，可能是立法机关也认为习惯与习惯法的区分并无实质意义。在立法者看来，“习惯是指在一定地域、行业范围内长期为一般人确信并普遍遵守的民间习惯或者商业惯例。”<sup>⑨</sup>因此，立法机关根本未区分习惯与习惯法，径自使用了通说中对于习惯法的定义来界定习惯的含义。所以今后在讨论民法法源时，再陷入习惯与习惯法概念之争已经毫无意义，作为我国民法法源的乃是习惯。

### 三、习惯取代政策作为法源的争议

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。”彼将民法法源分为法律与政策两类，而2017年《民法总则》第10条将民法法源分为法律与习惯两类，由此习惯正式取代政策作为法律之外的法源。在民法学界看来，这是理所当然的进步，其道理毋庸置疑。但随着近些年政府力量深度介入市场，政策的力量再次强大起来，于是在学界又引发了关于政策重要性及其地位的讨论，这甚至影响到《民法总则》拟确立的法源范围的立法选择，因为“在《民法总则》制定过程中，有学者向中央建议《民法总则》要把国家政策放进去，中央办公厅、全国人大法工委让最高人民法院专门研究这个问题……现在的经济适用房、限号限行、环境污染治理等问题，都是通过国家或地方、部门政策来表现的。”<sup>⑩</sup>

在《民法通则》颁布的时期，我国社会秩序刚从文革动乱中恢复不久，民事立法也几乎处于空白状态，在此背景下，国家对社会生活的调整还不得不依赖于大量的政策。当时的立法机关认为

“我国的经济体制还在改革过程中，有些不大成熟的东西，暂时法律还没有规定。随着经济体制改革的发展和深入，还会不断产生新的民事法律关系。这些新的关系，不可能立即反映在法律中。与此同时，政策同法律相比，更灵活，更具体，可以及时反映社会经济关系的变化，并对很多具体问题有较详细的规定。因此，为了使一切民事活动有所遵循，在法律还没有规定的情况下，应当遵守国家政策，不能等待一切法律完备了才去执行，也不能认为民事活动只遵守法律，可以不遵守政策，这样做是错误的。”<sup>⑪</sup>

但政策固有的缺陷，如随意性、短期性、临时性、部门化、零碎化、容易体现行政机关负责人的个人意志等，导致其与现代法治理念相违，因此一直广受学界批评。例如，曾参与《民法通则》起草的佟柔教授很早就指出“政策与法律相比，比较抽象，是指导性、纲领性的，适用时较为灵活，不能适应法治的要求，因此在改革和发展中，我国要逐步使经济活动从主要依靠政策办事，转为主要依靠法律办事。”<sup>⑫</sup>促使政策迅速淡出民法法源领域的，还有赖于最高人民法院1986年发布的《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》，其规定法院在制作法律文书时，可以引用法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例，而“国务院各

部委发布的命令、指示和规章，各县、市人民代表大会通过和发布的决定、决议，地方各级人民政府发布的决定、命令和规章，凡与宪法、法律、行政法规不相抵触的，可在办案时参照执行，但不要引用。”在此后数十年间最高人民法院发布的类似关于裁判文书引用规范性法律文件的规定中，均未规定裁判文书可以引用政策。司法机关的一贯态度使得民法法源较快实现了去政策化。加之后来颁布的一系列基本民事法律中，均再未明文规定政策的法源地位，由此，“国家政策不能作为物权创设依据、侵权责任发生根据、合同责任发生依据、合同效力评价依据、婚姻效力评价依据、继承发生根据，国家政策在民法领域几无适用的余地。”<sup>⑬</sup>

但近些年各地政府在进行宏观调控或基于反恐安全考虑时，频频使用了突发性的、临时性的甚至与法律相抵牾的政策，对人们的生活造成了普遍性的影响，于是有经济学者呼吁必须正视这一现象，重新给予政策以应有的地位：

“如果取消政策适用，对因限贷限购、清真扩大化等引起的民事纠纷，就不能适用相关城市的限贷限购政策和有关自治地方的‘去极端化条例’；处理有关合同、公司纠纷缺乏直接法条依据的，也不能适用相关民事司法解释。这既不可能，也是法治的一种倒退。事实上，政策的规范型、普遍性及其法的性质远超习惯，在信息和交通高度发达、全国统一大市场已经形成、法制空前统一的条件下，也找不到什么合适的习惯可作为法的渊源了……在此条件下，法治模式也随之发生变化，不能再指望英明的立法者事无巨细立出条文，人民普遍遵守，政府和法院严格执法而达成法治了，必须由政策对‘法律’进行梳理及作为其适用指南。”<sup>⑭</sup>

这一呼吁有一定的道理，但仔细审视上述限行限购、去极端化的相关规定，却多是以地方政府作为主体来发布，极少以国家中央政府作为主体来发布，而且这些规定看似是政策，其实早已被主事机关披上法律的外衣而出现，所以无需呼吁重新赋予政策以法源的地位。

首先，以北京实行多年的汽车尾号限行政策为例，其根据《大气污染防治法》、《道路交通安全法》、《北京市大气污染防治条例》等法律法规对公安机关交通管理部门可以对机动车采取限制通行的授权规定，而发布政府公告来加以实施，因此此类政策完全具有法律授权的正当性，也无需再赋予其法源地位。

其次，以汽车摇号政策为例，北京市通过市政府发布政府规章《北京市小客车数量调控暂行规定》来进行，广州市亦以市政府发布《广州市中小客车总量调控管理试行办法》的政府规章来进行，均是将政策通过地方政府规章的形式来实现，而非简单地逐级下发文件、传达政策指示，这说明政府的法治意识确实在增强。当然，摇号政策之所以广受诟病，除了其在治理城市拥堵方面见效不佳却对居民购车权利造成严重影响以外，主要还在于此类政府规章违反了《道路交通安全法》的规定<sup>⑮</sup>，存在地方政府规章违反国家法律的现象，需要对其进行合宪性审查。

再次，以限贷政策为例，为遏制北京房价过快上涨而于2017年3月17日发布的《关于完善商品住房销售和差别化信贷政策的通知》<sup>⑯</sup>，其发布的主体是北京市住房和城乡建设委员会、中国人民银行营业管理部、中国银行业监督管理委员会北京监管局、北京住房公积金管理中心，其限制银行对住房贷款的发放比例属于银行监督的事宜，中国人民银行和银监局有权对辖区内的银行进行限制，但该《通知》将企业购买的商品住房再次上市交易的时间间隔限制为3年以上，则属于对所有权的不当限制，超越了发文机关的权限。

最后，以去极端化政策为例，《新疆维吾尔自治区去极端化条例》是由新疆维吾尔自治区人民代表大会常务委员会通过的地方性法规，其具有《宪法》和《立法法》的依据，且其内容与现行各

项法律的规定并无冲突<sup>⑦</sup>，在解决民事纠纷时正常适用相关法律即可。

由以上分析可知，近年来对市场调控和人们生活起到较大影响的“政策”，其实均是通过地方法规和地方政府规章的形式展现的，其本身就属于《宪法》和《立法法》所规定的法律渊源种类，无需再刻意赋予政策以法源的地位。相比较而言，更为重要的是对这些地方法规和地方政府规章中可能与上位法冲突的地方进行合宪性审查，以落实党的十九大报告提出的“加强宪法实施和监督，推进合宪性审查工作，维护宪法权威”的任务。

#### 四、习惯不是判例法

我国虽然不是判例法国家，但由于长期以来立法机关遵循粗线条、分阶段、分步骤的立法指导思想，导致民事法律普遍存在不够精细、缺乏体系性的缺陷，使得司法机关在审理案件时经常面临找法的困难。因此，最高人民法院通过发布司法解释、对各级法院的请示进行批复、发布指导性案例等方式，制定出一大批民事裁判规则。民法是裁判法，在现实主义法学派看来，当事人手中的判决书才是真正的法律，因此，能够影响裁判结果的规则也就同时具有了指导人们未来行为的效力。这就使得最高人民法院的实体性裁判规则在实质上无异于民事法律，其虽无立法之名，但行立法之实。

最高人民法院的裁判规则，有许多都被民事立法所吸收采纳，从而转化为法律条文，但还有一些未被吸收的仍然以司法解释等形式存续下去。可以预见，今后较长一段时间内最高人民法院还将继续发布一系列的司法解释、批复和指导性案例。但《民法总则》并未赋予司法解释等裁判规则以法源的地位。面对这一名实不符的现象，有的学者认为应当对《民法总则》第十条进行扩大解释——“虽然本条明文规定的民法法源仅有法律和习惯两项，但根据我国裁判实践，应当解释为，尚有第三项法源‘最高人民法院司法解释’，及第四项法源‘指导性案例’。”<sup>⑧</sup>还有学者认为可以将指导性案例、批复、司法解释等裁判规则解释为《民法总则》第10条所规定的“习惯”：“我国可以通过最高人民法院指导案例制度使这些具体个案中确定的‘习惯法规则’发展为习惯法……指导案例所确立的习惯法规则经长期积累，为一般社会民众所知、所（确）信，遂成习惯法，此时应及时出台司法解释甚至立法。”<sup>⑨</sup>

不可否认，通过具体个案查明习惯，并将之作为指导性案例予以公布，是发现习惯法源的有力途径。甚至可以说，“‘习惯法’要保留它的历史意义与重要性，非在‘法官法’或‘判例法’中寻觅其地位，无法竟其功。‘习惯法’某程度而言只是一种‘法官法’或‘判例法’。”<sup>⑩</sup>但是，将《民法总则》第10条中的习惯法源等同于判例法，仍是不可取的。

首先在于，我国的司法解释及批复与英美法系的判例有较大差异，判例是在先的同类案例具有约束在后同类案例的制度，其仍是通过一个个具体案例来实现约束力的，而我国的司法解释则都是抽象性的规则，完全看不到具体个案的影子，其抽象性程度几乎不亚于法律，所规定的事项也都对法律制度的补充甚至突破。例如，对民商事立法和学术研究及相关实务具有极大影响的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定》（一）至（四）、《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）（二）、《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》《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》（一）至（三）等民商事司法解释，均是非常抽象的规定。最高人民法院针对下级法院的批复所

针对的往往也是带有普遍意义的问题，同样具有抽象性。

将最高人民法院做出的、具有抽象性的规制解释为习惯法源，将会在实质上赋予最高人民法院以立法的权力。虽然司法解释已经发挥着重大的影响力，但《立法法》仍然对其进行了较为严格的限制（“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”<sup>21</sup>）。而一旦将最高人民法院的司法解释、批复等解释为习惯法源，则司法机关的裁判规则就直接能够成为法律渊源，会出现法院“既是裁判员，又是运动员”的现象，混淆了司法机关的审判权限与立法机关的立法权限，有违现代法治理念。

而将最高人民法院发布的指导性案例或其他典型案例解释为习惯法源，则会与案例指导制度的本旨相冲突。因为案例指导制度的目的是要解决“同案不同判”的问题，其适用范围限制在案情事实基本相同的案件群之上，而一旦将指导性案例解释为习惯法源，则就具有了普遍适用的效力，就会出现将个案结论拔高为抽象规则的现象。而脱离了指导性案例的基础事实去抽象适用其结论，人们无法判断新的案件是否该适用该结论，或者如何适用该结论，这会使指导性案例在作为法源适用过程中成为无源之水、无本之木，其自身的生命力亦将因之而枯竭。

因此，将最高人民法院的各项实体性裁判规则解释为习惯而进入法源，将会面临诸多无法逾越的挑战与困难。未来随着民法典编纂工作的完成，一旦体系化的民法典颁布，则通过民法典的内在体系解释其外在体系的含义将会更加容易，法律的明确性、准确性将会得到较大提高，届时最高人民法院在法律解释上的任务将会逐渐淡化，最终独具中国特色的、效力强大的司法解释亦将退出历史舞台。

## 五、习惯无法创设新物权

由于《物权法》实行严格的物权法定主义，要求物权的种类和内容都只能由法律规定。同时物权法又仅规定了所有权、建设用地使用权、农村土地承包经营权、宅基地使用权、地役权、抵押权、质权和留置权这八种物权类型。在其他民商事法律上，也只增加了合同法上的建筑工程款优先受偿权、海商法上的船舶优先权、企业破产法上的破产费用清偿优先权、共益债务清偿优先权等有限的一些物权（或曰优先于普通债权的权利）类型。这些数量不多的物权种类和限定的物权内容根本无法满足我国当前快速发展的市场经济的需求。诸如典权、居住权、让与担保、对特定建筑物管理收益权等现实中出现较大需求的权利类型，则无法成为物权而具有优先于债权的效力。由此在学界引发了长久的关于物权法定还是物权自由的争议。

由于物权具有排他性和直接支配性，对于第三人的影响较大，所以完全实现物权自由、任由当事人创设，会给第三人带来沉重的交易成本，因此是不现实的。物权类型完全自由创设、数量过多不可行，而数量过少、限制交易选择也不可行，所以“答案是物权类型最优的标定定额，而物权法定主义虽然不能产生最佳的形式组合，但可以使整个法律体系更接近最优方案。”<sup>22</sup>所以问题并非出在物权法定主义身上，而在于我国物权体系中所承认的物权类型过少，可行的解决方案也不是放弃物权法定主义，而是增加法定物权的类型数量，使之能够满足当前和未来较长时间的生活和交易需求。

我国台湾地区之前也采取了严格的物权法定主义，同样为社会经济生活带来“束缚”之感，故在2009年修法时，将物权法定主义的第757条修改为“物权除依法律或习惯外，不得创设。”<sup>23</sup>同时，还增加第826条之1关于“共有物之管理或协议分割契约之效力”的规定，赋予登

记后的共有物分管契约以对抗第三人的强大效力，“通过分管契约的开放登记，以及不分割约定除斥期间的拉长，使其发生和限制物权一样稳定的对世效力……人们实际上已经可以通过这个窍门，创设出几乎任何他们在物权编上找不到的‘限制物权’。”<sup>24</sup>所以物权法定主义带来的负面效应在我国台湾地区已经基本得到解决。

但在我国大陆地区物权法修改成为民法典物权编之前，对于物权法定主义的态度仍然是学界讨论的热点话题。由于《民法总则》第116条再次重申严格的物权法定主义，可以预测，物权法在修订成为民法典物权编的过程中，也不会贸然放弃物权法定主义，甚至有学者在近期起草的物权法编学者建议稿中，第一条仍然留给了严格的物权法定主义（“物权，非依法律规定不得创设。”<sup>25</sup>）所以只能寄希望于未来的民法典物权编能够尽可能多规定一些实践中急需的物权类型。但鉴于我国立法机关向来持有的谨慎乃至保守态度，所以对于民法典物权编大幅增加物权类型的期望很有可能会落空。

在此背景下，不少学者寄希望于《民法总则》第10条的习惯法源，期冀通过习惯来创设物权，通过这种方式来为物权法定主义松绑，因为“承认习惯法甚至习惯可以创设物权……这样还会克服物权法定主义无法适应经济交易关系的发展，无法满足现实生活对新种类物权的需要的弊端。”<sup>26</sup>但由于《民法总则》第10条将习惯的适用前提限定为“法律没有规定”，所以一旦法律有了明确的规定，就再无习惯的适用余地。对此，《民法总则》第116条的规定十分明确：“物权的种类和内容，由法律规定。”这就将创设物权的权力完全交给法律，并不似我国台湾地区民法直接规定习惯可以创设物权，所以直接将习惯作为创设物权的法源，存在着难以逾越的解释学上的障碍。

还有学者试图另辟蹊径，将习惯解释为法律，以此实现习惯创设物权的目的“基于民法总则第10条业已将习惯（法）确立为民法的法源（渊源），故而笔者认为，民法总则第116条与物权法第5条所定的物权法定原则中所言的‘法’，宜解为涵括了习惯法。”<sup>27</sup>但这一解释路径依然存在障碍，如前文所述，立法机关明确采纳了习惯的概念，舍弃了习惯法的概念，而且也难以找到能够作为习惯法存在的规则。故这一解释方法操作起来依然困难重重。

可能更令学者沮丧的是，即便如我国台湾地区民法明确允许习惯创设物权，在实践中可能依然收效甚微。我国台湾地区司法实务中对于习惯创设物权的成果寥寥，学者努力搜索之后仍无所得，以至于不得不感叹“学术文献罕见物权习惯之探讨，本文寻寻觅觅也找不到物权习惯之实例，故很有可能我国法院从未承认过物权习惯。”<sup>28</sup>因此，无论在解释学上还是实务操作上，习惯作为法源均难以实现突破物权法定主义、创设新物权的目标，故我们不应对其抱有过度期望，还是应当尽力说服立法机关在制定民法典物权编时尽可能多增加一些物权类型才是可行之道。

## 六、习惯宜留待个案查明而非抽象出一般规则

传统学说一般认为习惯应当具有全面性、长期性、普遍性和抽象性，即为广大地域的社会民众普遍认知并长期遵循、接受其约束的行为方式。申言之，“‘民事习惯’系指同一地区之人与人间长久以来，基于文化、传统、宗教、礼俗等所为之财产及身分上外部行为，符合当时社会发展之需求，形成价值观，为当时人民认同并实行，而形成某种外部拘束力，影响当时人民之外部行为。”<sup>29</sup>在法制未臻发达时期，确实存在着不少为人们普遍认同并遵守的习惯，但在制定法日益发达周密的今日，要求习惯仍具有全面性、长期性、普遍性和抽象性，便会脱离我国的法治实

际。

首先，关于习惯的全面性和普遍性便一直存在争议，究竟覆盖多大地域、多少地区的习惯才能构成法律渊源的“习惯”，众说纷纭。尤其在改革开放立法进展迅速的时期，法律已经基本涵盖人们生活中的方方面面，全国性的、为人们普遍遵守的行为规范要么被吸收为法律制度，要么留在道德领域，并随时可以通过公序良俗原则进入民法领域，全面而普遍的习惯可能难觅其踪影。正如学者质疑的，“习惯究为同一地区中多少人民的行为？即便同一地区，或因南北地域之不同，习惯可能有其差异性、浮动性及多样性。”<sup>③</sup>所以，可能出现的习惯，更多的只是地方性的、行业性的或者某些人群中存在的有一定约束力的法外行为规范。最高人民法院分管民事审判工作的审判委员会专职委员杜万华大法官亦指出“习惯有地域性、行业性。地域可能是一个乡、甚至一个县，或者一个地区。正确适用这一条款，对于化解基层矛盾和处理基层纠纷有极大帮助。”<sup>④</sup>

其次，新中国成立后，对于历史传统采取了较为激进的改革措施，具有历史传统性质的、长期的习惯保留下来者极少。建国后，我国在土地政策采取了较为彻底的改革措施，在村落家族家庭领域也都进行了大规模的移风易俗运动。在上世纪六七十年代的“文革”时期，“破四旧”（破除旧思想、旧文化、旧风俗、旧习惯）、“立四新”（立新思想、新文化、新风俗、新习惯）更是发展为全国性的运动。改革开放后，我国又在短短的三四十年间迅速从一个农业为主的社会发展为现代化工业社会，制造业的兴起带来了全国范围大规模人口的流动，而城镇化的飞速发展也带来了农村居民生活方式的巨大变革。在这样的时代背景下，寻求长期性的习惯并非易事。

最后，习惯自身固有的、来源于具体生活细节的特点，注定其不宜被抽象为一般性规则予以推广或长期反复适用。习惯带有强烈的“地方性知识”的色彩，对于特定地区的特定人群或许是清晰的，但对于第三人而言，则可能是难以获悉的陌生的知识，所以难以抽象出一般性的规则。“在民俗习惯问题上，有些属性是明晰的，易判断；有些属性是模糊的，难判断；有些则是相冲突的。诸如彩礼、风水、女子继承等问题性质都不一样，很难从规范上提出划一的标准。”<sup>⑤</sup>如果法院将个案审查中发现的习惯加以抽象并进行推广，则会导致法官不了解习惯所依附的生活基础，从而发生习惯法源的不当适用。所以在解决民事纠纷方面具有现实意义的，仍是物权法、合同法等法律规定的处理相邻关系的生活习惯及解释合同条款的交易习惯等具有明显地域、行业、人群限制的习惯。

因此，法院应当避免将个案中的习惯抽象成一般规则。习惯法源应当而且只能留待个案查明适用，不宜抽象出一般规则予以推广适用。

## 七、结语

“对习惯的尊崇首先体现了法律对民族精神、民族传统和民族生活的珍视。”<sup>⑥</sup>《民法总则》第10条将民事法律渊源限定为法律和习惯，无疑是对《民法通则》的一大进步，也是立法对于民族自信的彰显和回应。在立法通过之后，学界研究的重心应当转向法律制度的理解与适用。对于民法法源而言，如何界定“法律”的范围，如何厘清“习惯”的概念并对其适用条件进行分析，是目前民法总则适用中的课题。

从先前立法例的适用来看，习惯作为法源的重要性在现代社会呈现日趋降低的趋势。以瑞士为例，学者发现，“在联邦私法中，习惯法具有的意义非常有限。制定法和法官法是常态，而习



惯法只构成很少发生的例外。”<sup>⑭</sup>因此，习惯作为法源将在我国民事案件审理和纠纷解决中发挥何种作用，还有待今后的案例予以展示。

①李建国 《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明——2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上》，新华社北京2017年3月8日电。

②王利明 《〈民法总则〉的本土性与时代性》，上海《交大法学》，2017年第3期，第87页。

③王利明 《论习惯作为民法渊源》，北京《法学杂志》，2016年第11期，第12页。

④王泽鉴 《民法总则》，北京：北京大学出版社，2009年，第47页。

⑤《瑞士民法点》，戴永盛译，北京：中国政法大学出版社，2016年，第1页。

⑥⑭陈聪富主编 《月旦小六法》，台北：元照出版有限公司，2015年，第叁-1、叁-84页。

⑦王伯琦 《“习惯在法律上地位的演变”，《近代法律思潮与中国固有文化》，北京：清华大学出版社，2005年，第307页。

⑧⑯吴从周 《试论判例作为民法第1条之习惯法：为我国判例制度而辩护》，台北《台大法学论丛》，2010年第6期（总第32卷第2期），第279、279~280页。

⑨石宏主编 《〈中华人民共和国民法总则〉条文说明、立法理由及相关规定》，北京：北京大学出版社，2017年，第24页。

⑩郭峰 《从司法视角看〈民法总则〉的若干特色》，北京《中国应用法学》，2017年第4期，第13~135页。

⑪编写组 《民法通则讲话》，北京：经济科学出版社，1986年，第35~36页。

⑫佟柔主编 《中国民法学·民法总则》（修订版），北京：人民法院出版社，2008年，第14页。

⑬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》，北京《比较法研究》，2015年第4期，第25页注八。

⑭“史际春教授主讲第92届教授沙龙《民法总则》中的两个经济法问题”，中国人民大学法学院官方网站，网址：<http://www.law.ruc.edu.cn/article/>

53250.html，最后访问日期：2017年11月8日。

⑮《道路交通安全法》第九条第一、二款规定“申请机动车登记，应当提交以下证明、凭证：（一）机动车所有人的身份证明；（二）机动车来历证明；（三）机动车整车出厂合格证明或者进口机动车进口凭证；（四）车辆购置税的完税证明或者免税凭证；（五）法律、行政法规规定应当在机动车登记时提交的其他证明、凭证。公安机关交通管理部门应当自受理申请之日起五个工作日内完成机动车登记审查工作，对符合前款规定条件的，应当发放机动车登记证书、号牌和行驶证；对不符合前款规定条件的，应当向申请人说明不予登记的理由。”可见申请机动车登记只要提供该条规定的五类证明即可，如果要在申请机动车号牌时要求提交这五项之外的其他材料如申请人已获得摇号指标，则需要法律和行政法规进行规定，地方政府规章无权进行规定。

⑯该《通知》规定居民家庭名下在本市已有一套住房的，购买第二套住房的首付款比例不低于80%，因此被称为史上最严限贷令。

⑰该条例第九条规定“受极端主义影响，下列言论和行为属于极端化，予以禁止：（一）宣扬、散布极端化思想的；（二）干涉他人宗教信仰自由，强迫他人参加宗教活动，强迫他人向宗教活动场所、宗教教职人员提供财物或者劳务的；（三）干涉他人婚丧嫁娶、遗产继承等活动的；（四）干涉他人与其他民族或者有其他信仰的人员交往交流交融、共同生活，驱赶其他民族或者有其他信仰的人员离开居住地的；（五）干预文化娱乐活动，排斥、拒绝广播、电视等公共产品和服务的；（六）泛化清真概念，将清真概念扩大到清真食品领域之外的其他领域，借不清真之名排斥、干预他人世俗生活的；（七）自己或强迫他人穿戴蒙面罩袍、佩戴极端化标志的；（八）以非正常蓄须、起名渲染宗教狂热的；（九）不履行法律手续以宗教方式结婚或者离婚的；（十）不允许子女接受国民教育，妨碍国家教育制度实施的；（十一）恐吓、诱导他人抵制享受国家政策，故意损毁居民身份证、户口簿等国家法定证件以及污损人民币的；（十

二) 故意损毁、破坏公私财物的; (十三) 出版、印刷、发行、销售、制作、下载、存储、复制、查阅、摘抄、持有含极端化内容的文章、出版物、音视频的; (十四) 蓄意干涉或破坏计划生育政策实施的; (十五) 其他极端化言论和行为。”

⑱ 梁慧星 《〈民法总则〉重要条文的理解与适用》，成都 《四川大学学报（哲学社会科学版）》，2017年第4期，第51页。

⑲ 彭诚信、陈吉栋 《论〈民法总则〉第10条中的习惯》，上海 《华东政法大学学报》，2017年第5期，第60页。

⑳ 《立法法》第104条。

㉑ Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle, *The Yale Law Journal* [Vol. 110: 1], p69.

㉒ 苏永钦 《可登记财产利益的交易自由——从两岸民事法制的观点看物权法定原则松绑的界限》，南京：《南京大学法律评论》（2010年秋季卷），法律出版社，2010年，第31页。

㉓ 李永军等 《中华人民共和国物权编（专家建议稿）》，北京 《比较法研究》，2017年第4期，第174页。

㉔ 崔建远 《民法分则物权编立法研究》，北京 《中国法学》，2017年第2期，第52页。

㉕ 陈华彬 《我国民法典物权编立法研究》，北京：

《政法论坛》，2017年第5期，第30页。

㉖ 张永健 《物权法中之习惯——资讯成本理论之观点》，台北 《月旦法学杂志》，2011年第1期，第91页。

㉗⑳ 简育良 《身分关系的习惯与法律发展之初探》，台北 《月旦法学杂志》，2016年第1期，第86、86页。

㉘ 杜万华 《〈民法总则〉基本规定的八大亮点》，北京 《中国应用法学》，2017年第4期，第6页。

㉙ 刘作翔 《传统的延续：习惯在现代中国法制中的地位和作用》，北京 《法学研究》，2011年第1期，第53页。

㉚ 谢鸿飞 《〈民法总则〉的时代特征、价值理念与制度变革》，贵阳 《贵州省党校学报》，2017年第3期，第10页。

㉛ [瑞] 贝蒂娜·许莉蔓-高朴、[瑞] 耶尔格·施密特 《瑞士民法：基本原则与人法》（第二版），纪海龙译，北京：中国政法大学出版社，2015年，第71~72页。

作者简介：孟 强，北京理工大学法学院副教授，博士。北京 100081

[责任编辑 周联合]