

论《民法总则》中习惯的司法适用

彭诚信

(上海交通大学凯原法学院,上海 200030)

摘要:《民法总则》第10条承认了习惯的法源地位,这里的“习惯”应定位为习惯法,而非事实上习惯。习惯法有其具体的适用条件,即法律规定存在真正漏洞、待调整事项存在习惯法规则、习惯法规则不违背公序良俗原则和制定法。习惯司法适用的逻辑终点是法院在个案中确认习惯法规则,经个案积累形成习惯法,最终还可能引发习惯立法。习惯立法意味着习惯法法源地位消失。《民法总则》生效后,我国应沿着事实上习惯——个案中的习惯法规则——习惯法——习惯立法的进路,通过习惯的司法适用发现习惯法。

关键词: 民法典;事实上习惯;习惯法;习惯立法

中图分类号: D913.1 **文献标志码:** A **文章编号:** 1009-8003(2017)04-0024-11

《民法总则》第10条第一次承认了“习惯”的法源地位,也确立了我国民法典将采用“法律—习惯”双阶法源。^①习惯法源的确立有利于弥补制定法的漏洞,并保持民法典的开放性。^②但该条规范意义的探明及其司法运用,仍待回答如下问题:“习惯”的内涵应如何界定?司法应如何适用?在《民法总则》生效后,我国司法实践所积累的习惯司法适用的有益经验也需要在第10条规定下重新检视。本文尝试结合实践案例来讨论即将到来的民法典时代的习惯及其司法适用。^③

一、习惯司法适用与理论研究的现状及其问题

(一) 法院适用习惯的案件

依照习惯在司法判决中所发挥的作用,可分为如下三类:以习惯解释意思表示、以习惯补强证人证言以及以习惯确定法律效果。

1. 以习惯解释意思表示。在洪某某与昆明安某佳房地产开发有限公司(下文简称安某佳公司)房屋买卖合同纠纷案(下文简称“阴阳合同案”)中,原告洪某某以被告安某佳公司违反与原告签订的《商品房购销合同》,将系争楼房出租给第三人不能交付楼房为由,诉请法院判决被告交付楼房并协助办理所有权证及承担逾期交房的违约责任。一审法院认为,双方当事人一系列行为明显不符合房屋买卖的一般交易习惯,双方所签《商品房购销合同》名为房屋买卖实为借贷民事法律关系,判决驳回洪某某的诉

收稿日期: 2017-05-02

基金项目: 本文系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青年基金项目《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。

作者简介: 彭诚信(1973-)男,山东嘉祥县人,法学博士,上海交通大学凯原法学院教授、博士生导师,研究方向:民商法学。

①《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。”除第10条外,《民法总则》第140条和142条也规定了“习惯”。

②参见王利明《论习惯作为民法渊源》,载《法学杂志》2016年第11期。

③由于《民法总则》刚刚公布,尚难预知其第10条未来司法适用中的问题,但可通过对目前习惯司法适用的分析,从法释义学角度讨论《民法总则》生效后习惯司法适用可能出现的问题。

讼请求。最高人民法院认为,本案并不涉及运用交易习惯弥补当事人合同约定不明确、不完整所导致的权利义务确定性不足的问题,因此撤销原判,判令安某佳公司交付房屋并协助洪某某办理所有权变更登记。^①在龙某与董某某返还原物纠纷案(下文简称“婚房案”)中,原告龙某以儿子(已死)未尽赡养义务为由,诉请儿媳被告董某某返还由其所建且集体土地使用权登记在其名下的房屋。一审法院认为,原告申请宅基地的理由是“长子结婚无房”,并从原告将房屋交给其儿子居住的行为看,其意思明确表示是为儿子结婚成家而准备房屋,结合当地父母给儿子筹备婚房的农村风俗习惯,应当认定该房屋虽登记在原告名下,实际已赠与其子,应归其子所有。二审法院驳回上诉,维持原判。^②在程某男与丁某女离婚纠纷案(下文简称“压箱钱案”)中,原告程某男以被告丁某女婚后实施家庭暴力,导致夫妻感情破裂为由,诉请法院离婚。被告丁某女同意离婚,但主张原告应返还被告父母给被告的陪嫁物压箱钱20万(存折)。原告则主张,该20万元属于被告父母对夫妻双方的赠与,不同意返还。法院认为,依据当地风俗习惯,陪嫁物压箱钱为父母给自己子女的个人赠与,而非对夫妻双方的赠与,应为出嫁方的个人财产,从而判决被告归还压箱钱。^③

2.以习惯补强证人证言。在陈某女与刘某男离婚纠纷案(下文简称“礼金案”)中,原告陈某女以与被告刘某男婚后不睦为由,起诉离婚。被告刘某男同意离婚,但主张返还彩礼(包括礼金5000元),陈某女主张未收到彩礼。刘某男申请证人曹某出庭作证,陈某女认为曹某是刘某男父亲的好友,其证言不应被采纳。法院认为,从本地民间习俗来看,一般情况下男女双方在结婚时,根据女方的要求,男方均会给女方一定金额的彩礼金,且礼金的数额通常是由媒人或由亲友出面周旋,因此认可了曹某的证言,判决陈某女返还礼金。^④

3.以习惯确定法律效果。在石君某与石忠某财产权属纠纷案(下文简称“顶盆过继案1”)中,案外人石君某死亡后,由于其妻子女儿皆已去世,其侄子石忠某为其顶盆送终后,一直居住在石君某的房屋中。原告石坊某(石君某的三哥)依据石君某的房屋赠与合同(已经公证)诉请石忠某返还房屋。一审法院认为,原告以赠与合同是否有效起诉石忠某于法无据,本院不予支持。另外,被告石忠某是因农村习俗,为死者石君某戴孝发丧而得以入住石君某留下的房屋,从戴孝发丧当晚入住至今已长达八年之久,被告并非非法侵占上述房屋。^⑤

(二)法院拒绝适用习惯的案件

1.没有形成相关习惯。在王某甲、刘某与王某乙、唐某法定继承纠纷案(下文简称“分单案”)中,原告王某甲、刘某凭“分家单”要求继承与案外人王某(王某甲之夫,刘某之父,已死)生前共同居住的房屋,被告(王某的父母)主张该房屋系自己购买,且原告在王某死后并未尽到赡养义务,因此丧失继承权。原告主张,“分家单”载明“房屋问题王某居住靠大街”,且当地存在分单约定居住即所有的传统习惯。一审法院认为,分家单并未明确涉案房屋所有权,因此驳回原告诉求。二审法院认为,农村分家单对于房屋分配的用语并不统一,没有形成传统习惯,因此驳回上诉,维持原判。^⑥

2.存在相关法律。在李某乙与李某丙法定继承纠纷案(下文简称“顶盆过继案2”)中,原告李某乙以其有权继承其继父母(李某戊、蓝某戊)房屋为由,诉请被告李某丙返还该房屋。被告李某丙主张该房屋应由包括自己在内的李某戊的兄弟姐妹继承。第三人李某甲(李某丙之子)主张,其已经过继给李某戊并为李某戊顶盆送葬,应由其继承该房屋。法院认为,李某甲为李某戊顶盆送葬的行为发生在《收养法》施行之后,且双方并未共同生活,也没有事实上的抚养及教育关系,不符合《收养法》的规定,没有

^①最高人民法院(2015)民一终字第78号民事判决书。

^②山东省威海市中级人民法院(2015)威民一终字第87号民事判决书。

^③姜堰市人民法院(2007)姜民初字第0104号民事判决书。该案引自汤建国、高其才主编《习惯在民事审判中的运用——江苏省姜堰市人民法院的实践》,人民法院出版社2008年版,第49页。

^④姜堰市人民法院(2003)姜法民初字第482号民事判决书。该案引自汤建国、高其才主编《习惯在民事审判中的运用——江苏省姜堰市人民法院的实践》,人民法院出版社2008年版,第47-48页。

^⑤青岛市李沧区人民法院(2005)李民初字第3460号民事判决书;青岛市中级人民法院(2006)青民一终字第206号民事判决书。

^⑥山东省青岛市中级人民法院(2014)青民五终字第233号民事判决书。类似案件如青岛市中级人民法院(2014)青民五终字第2171号民事判决书、山东省淄博市中级人民法院(2013)淄民一终字第647号民事判决书等。

形成扶养关系,故第三人李某甲不能享有继承权。^①

(三) 司法实践习惯适用的既有贡献与现存问题

1. 司法实践习惯适用的既有贡献。首先,尊重当地习惯。我国当前的司法实践并不排斥习惯的适用,而且已经注意到剔除恶俗。在“礼金案”中,法院认可了彩礼的风俗习惯;“婚房案”法院认可了当地父母给儿子筹备婚房的农村风俗习惯;在“顶盆过继案1”中,法院尊重了为死者顶盆发丧而得以继承死者财产的风俗习惯;^②在“阴阳合同案”中,一审法院引用了交易习惯证明合同的性质。上述案件法院皆认可并在具体审判中运用了习惯。其次,提出对习惯的限制适用原则。我国法院并非毫无保留的适用习惯,而是进行一定的识别与限制。如在“顶盆过继案2”中,法院以“顶盆过继”不符合《收养法》,不构成收养关系;在“分单案”中,法院认为分单约定居住即所有并未形成传统习惯;在“阴阳合同案”中,最高人民法院指出运用“交易习惯”认定当事人交易行为的“可疑性”。上述判决皆提出应慎重适用习惯,或者直接拒绝了习惯的司法适用。

2. 司法实践习惯适用的现存问题。一是,习惯具体内涵界定不明。在“礼金案”“婚房案”“顶盆过继案1”与“阴阳合同案”中,法院虽然适用了民俗习惯或交易习惯,然而相关案件所引述“习惯”的含义并不明晰,这些习惯与《民法总则》第10条中习惯的关系值得追问。二是,习惯的司法认定标准及适用条件不清。在“阴阳合同案”“分单案”中,法院并未说明习惯的认定标准;在“婚房案”“顶盆过继案1”中,在法律存在相关规定的情况下,法院选择了尊重习惯。这些案例反映,司法实践中尚未明晰习惯的认定标准及适用条件。第三,在现代社会中,面对习惯法空洞化的窘境,如何发现习惯规则,如何形成习惯法,有无可能对习惯法进行立法规制?这些问题均需要进一步研究。

(四) 关于习惯的理论研究及其问题

1. 尚未区分习惯与习惯法。关于习惯的法源地位,《民法总则》第10条与我国台湾地区“民法”第1条与第2条的规定相类似。^③台湾地区通说认为,作为法源地位的仅是习惯法,即第1条规定的习惯;其余条文规定的习惯并不具备法源地位。^④但魏志勋先生认为,两处习惯皆是“适法习惯”,并非习惯法。^⑤若依此理解,《民法总则》第10条、第140条和142条中的习惯也应理解为“适法习惯”。还有学者认为,我国《合同法》所规定的“交易习惯”其实就是习惯法。^⑥若按此界定,《民法总则》第10条、第140条和142条中的习惯则应该理解为习惯法。也有学者认为,“在讨论‘民法典与民事习惯’这一对关系范畴时,对习惯与习惯法加以区分是不必要的。”“不论是‘习惯’还是‘习惯法’,其所指称的对象是同一的,即未予法典化的不成文规则。”^⑦上述观点反映出我国法释义学尚未合理界定习惯法与习惯。

2. 习惯的司法适用仍待深入讨论。依据《民法总则》第10条,法院可以超出现有《合同法》《物权法》等所规定的“习惯”的范围,援用其他的习惯审理民事纠纷,而这些习惯如何被识别?如何被适用?又如何理解公序良俗原则对于习惯适用的限制作用?习惯适用的法律后果为何?我国台湾地区的学者和判例认为,“法律有规定之事项,不得适用习惯,学者及判例称为习惯有补充(法律)之效力。”但也有学者认为,“法律既已明定另有习惯者,从其习惯,或有其他相类之规定者,即为法律明定应使用习惯之

^①青岛市中级人民法院(2014)青民五终字第2171号民事判决书。

^②该案初审法官韩雪梅表示“原告在八年之前、死者去世之前,他手中已经持有这份公证书,但是从来没有向被告主张过这项权利,说明他是知道顶盆发丧的事实。我觉得顶盆发丧虽然是一种民间的风俗,但是它并不违反法律的强制性的规定,所以法律不应该强制地去干涉它,来破坏已经形成的社会的稳定性”《八年前的公证书》,http://www.cctv.com/program/jjyf/20060417/101904_1.shtml,最后访问日期2017年1月23日。

^③我国台湾地区“民法”第1条规定“民事,法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理。”第2条规定“民事所适用之习惯,以不背于公共秩序或善良风俗者为限。”

^④参见王泽鉴《民法总论》,中国政法大学出版社2003年版,第61页;杨仁寿《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第206页。王泽鉴先生上述观点已经有所改变,其认为台湾地区“民法”第757条所称“习惯”也为习惯法。参见王泽鉴《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第64页。

^⑤参见魏志勋《民间法思维》,中国政法大学2011年版,第240-248页。

^⑥参见朱庆育《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第41页。

^⑦王洪平、房绍坤《民事习惯的动态法典化——民事习惯之司法导入机制研究》,载《法制与社会发展》2007年第1期。

事项,显非民法第一条所定‘法律所未规定者,依习惯’之范围”。^①朱庆育先生认为,“若对法律安全无所妨碍,习惯法亦可能优先得到适用。”^②上述观点反映出我国法释义学对于习惯的司法适用的认识亦有待加深。

二、《民法总则》第10条中“习惯”的含义

合理界定《民法总则》第10条中的习惯含义,关乎如何理解其与其他民事单行法中对于习惯规定的关系,最终则关乎其司法适用。

(一) 第10条中的习惯为“习惯法”

学者一般认为,台湾地区“民法”第1条所称习惯系仿自《瑞士民法典》唯一一次在第1条中使用的Gewohnheitsrecht。台湾地区“民法”第1条、第757条以外规定所谓的习惯(如第313条、第778条第2项)在《瑞士民法》上多称为Brauch,Ortsbrauch,kaufmännische Übungen等,仅指交易上的惯行,并不具有习惯法的意义。^③《瑞士民法典》明确区分了第1条习惯法(Gewohnheitsrecht)与第5条第2项所称的习俗(Übung)及地方习惯^④,但第1条第2款以及其他司法规范均未明确界定习惯法的概念。瑞士学说认为,民法典第1条习惯法是持续较长时间的、不间断的、立足在法的确信上的习惯。^⑤依此,我国台湾地区“民法”第1条“所称习惯,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‘事实上习惯’或‘单纯的习惯’。”^⑥《德国民法典》本身并没有关于法源的规定,但其民法实行法(EGBGB)第2条特别对民法典中适用的制定法(Gesetz)做了定义,即“民法典及本施行法所称法律(Gesetz)指所有法律规范(Rechtsnorm)”,由该定义可看出德国民法法源的情况。依通说及实务观点,此处所谓的法律规范可以包括:形式的法律、法规命令、条约、自治规章(地方、教会、其他公营造物等自治体所定者,乃至劳资团体所定协约等)、习惯法、宪法法院的裁判、欧洲共同体法规等。^⑦由此可知,习惯法在德国法上亦具有法源地位。

可见,《瑞士民法典》和我国台湾地区“民法”中作为法源地位的仅指习惯法,其余条文规定的习惯并不具备法源地位,而是事实上的习惯(单纯的惯行或惯行)。^⑧《民法总则》第10条立法意旨与《瑞士民法典》第1条及我国台湾地区“民法”第1条相同,是有关法律渊源的规定,因此,该条中作为法源的习惯应指习惯法,而非事实上习惯。

(二) 习惯法=事实上习惯+法的确信

“在许多的社会惯行中,有为一般人确信其必须遵从而具有法效力者,谓之习惯法;有仅为一种惯行而不为一般人确信其必须遵从,如不遵从,其共同生活亦非不能维持者,是为事实上之习惯。”^⑨事实上习惯与习惯法的区别主要在于,(1)一为事实,一为法律;(2)一为社会所通行,一为国家所承认;(3)一须当事人自己援用,一须审判官有适用之义务。^⑩习惯法必然源于事实上的习惯。对于事实上的习惯何以具有规范性而成为习惯法,目前的通说认为,其根源在于社会对该事实上习惯的法的确信,

①姚瑞光《民法总则及第一条释论》,载《法令月刊》第41卷(1990年)第11期。

②朱庆育《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第40页。

③王泽鉴《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第64页。

④参见苏永钦《“民法”第一条的规范意义——从比较法、立法史与方法论角度解析》,载杨与龄主编《民法总则争议问题研究》,清华大学出版社2004年版,第10页。

⑤参见[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》,纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第70页。

⑥施启扬《民法总论》,三民书局2011年版,第81页;刘得宽《民法总论》,中国政法大学出版社2006年版,第16页。

⑦联邦宪法法院对法律规范的解释也是如此,可参见BVerfG NJW 69,1843; 70,1363。转引自苏永钦《“民法”第一条的规范意义——从比较法、立法史与方法论角度解析》,载杨与龄主编《民法总则争议问题研究》,清华大学出版社2004年版,第9页。

⑧BGE 86 II 256 ff. (257); Liver, Bekomm, N 73 ff. zu Art. 5 ZGB; Gauch/Schluep/Schmid, Nr. 1219。转引自[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》,纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第146页。

⑨刘得宽《民法总论》,中国政法大学出版社2006年版,第16页。

⑩胡长清《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第29页;杨仁寿《法律方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第279-280页。

即相信该事实上习惯具有法律的拘束力。习惯法因此须具备两个要件始能成立:一是在社会上有反复事实的行为,属于客观要件;二是一般人(不必全国一致)具有法的确信(Rechtsüberzeugung),属于主观要件。^①此即,习惯法=事实上习惯+法的确信。

法的确信是区分事实上习惯与习惯法的关键要素。^②拉伦茨认为,“认定存在习惯法与否,关键不是看实践,而是看它是否具备了‘必要的确信’(opinio necessitates),即人们是否普遍认为它是正确的。”^③所谓法的确信的内容是某项事实上的习惯具有法律拘束力,人人必须共同遵守。^④这种确信“要求适用法律的机关和受法律约束之人确信,该被实践的习惯具有法的属性(合法及具有法律约束力)”,“认可此习惯具有法律约束力的确信”。^⑤本质上,法的确信是一定区域内大多数人确信某一事实上习惯为法的主观心态。过去,习惯法多源于地方习惯、礼俗和智识阶级崇尚的伦理观,工商社会则可能源于大量使用的契约、尤其是定型化契约条款,而且不一定要经过很长时间就在相关大众之间形成正当的确信。这也是为什么现代社会交易习惯经过一段不长的时间即可形成习惯法的原因。^⑥不过法的确信判断并不容易,在日常交易中,法的确信仅静默地约束人的行为,并无确认区分的必要。当因“习惯法”产生纠纷时,对于法的确信的判断,一般需要通过司法的法官进行判断。^⑦

习惯法是否需经过国家的认可才能存在一直存在争论。民法学者肯定者多,否定者少。肯定者代表性表述为“习惯法者惯行社会生活之规范,依社会之中心力,承认其为法的规范而强行之不成文法”^⑧;习惯民法是“经国家之承认而发生法律上之效力之不成文法”^⑨;“民事采用之习惯法,必须具备以下要件:……须经国家(法院)明示或默示承认”^⑩。否定者代表性表述为“习惯法系指非立法机关所制定,而由社会各组成份子所反复实施,且具有法的确信的规范”^⑪;“习惯法则意指那些已经成为具有法律性质的规则或者安排的习惯,尽管它们尚未得到立法机关或者司法机关的正式颁布。”^⑫否定性观点更值得赞同,原因在于,习惯法独立于制定法(Gesetz)存在,这是其能补充制定法的前提。

不过,习惯法在现代社会皆普遍出现了空洞化现象,并往往以判例方式呈现。有德国学者考证,自帝国法院时代以来,就几乎见不到以习惯法作为依据的判决,因此“习惯法”作为制定法以外的第二大法源,已经丧失了其现代意义。^⑬除德国外,瑞士法和我国台湾地区“民法”也出现了习惯法的空洞化现象。在此背景下,现代社会习惯的形成,主要是通过判例形成。由法院经由司法审判确认习惯法的观点,实质是国家立法对于习惯法的拣选确认。即,某判决表达了一个已经为交易上所接受的规则(Regel),且该规则符合一般人普遍的法意识,该一般人不仅可以预期在法院诉讼时应遵守该规则,而且更把该规则毫不怀疑地当作是一个“法律的要求”(unbezweifelbare Rechtsanforderung)。此处所谓人们普遍的法的确信也就是一般人的法的确信,即不仅要求司法界对判例所提出的规则无异议地接纳,而且还要求各阶层、学说及一般舆论对其均有法的确信。换句话说,不是法院认定的习惯本身,而是在这个习惯背后、透过该习惯所表达出来的被规范者一般的确信,才能够正当化某行为在法伦理上的正确性,进

①参见施启扬《民法总则》,三民书局2011年版,第81页。

②参见[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第303页。

③[德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论(上册)》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第17页。

④参见施启扬《民法总则》,三民书局2011年版,第81页。

⑤[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》,纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第70页。

⑥参见苏永钦《“民法”第一条的规范意义——从比较法、立法史与方法论角度解析》,载杨与龄主编《民法总则争议问题研究》,清华大学出版社2004年版,第21页。

⑦王林敏《民间习惯的司法识别》,山东大学2010年博士论文,第82页。

⑧史尚宽《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第9页。

⑨刘春堂《判解民法总则》,三民书局股份有限公司1993年版,第9页;黄右昌编《民法论解:总则编(上册)》,商务印书馆1944年版,第34页。

⑩梁慧星《民法总论》,法律出版社2011年版,第28页。

⑪施启扬《民法总则》,三民书局2011年版,第81页。持此观点的还有杨与龄《民法总则大意》(修订新版),五南图书出版公司1985年,第6页;潘维大《民法概要》,三民书局股份有限公司2005年版,第6页。

⑫李永军《民法总论》,中国政法大学出版社2015年版,第12页。

⑬参见吴从周《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》,载《台大法学论丛》第39卷(2010年)第2期,尤其是第262页。

而正当化其具有习惯法在规范上的拘束力。^①

(三) 我国现行法上的习惯为“事实上习惯”

1. 现行法上的习惯为事实上习惯。在《民法总则》以前,习惯虽然没有在我国法上获得一般的法源地位,但其已经在《合同法》《物权法》等中有所规定,多以“交易习惯”“当地习惯”及“风俗习惯”等形态出现。习惯在民法上的分布统计如下:

法规	条文	数量
合同法	22、26、60、61、92、125、136、293、368	9
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	1、8(习惯)、17、18	4
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(二) ^②	7(习惯做法)	1
最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定	3、16、25	3
物权法	85(当地习惯)、116	2
最高人民法院关于适用《中华人民共和国物权法》若干问题的解释(一)	17、19	2
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国民法通则》第九十九条第一款、《中华人民共和国婚姻法》第二十二条的解释	风俗习惯	1
总结:我国现行法中有 22 个条文规定了习惯。其中,各有 1 个条文规定了“习惯”“风俗习惯”“当地习惯”和“习惯做法”(上表已经注明),其余 18 个条文规定了“交易习惯”,不再一一注明。		

与习惯法不同,上述条文交易习惯、当地习惯、少数民族风俗习惯或农村生活习惯,均是“事实上习惯”。原因是,上述习惯仅是“那种在相关关系中一般可被观察到的行为”,^③更为准确的说,是“不同阶级或者各种群体所普遍遵守的行动习惯或者行为模式”。^④因此,上述习惯仅是事实,而非法律规范,并不能作为法律推理的大前提,不构成法律渊源,亦不构成习惯法,仅是事实上的习惯。^⑤

2. 事实上习惯的构成。“事实上习惯”亦由主观要件和客观要件构成,也兼具事实性与规范性。在司法实践中,有法官认为民事审判运用的善良习俗应包括三个特征:一是普遍公认性,二是合法性,三是反复适用性。^⑥其中,“反复适用性”注意到了事实上习惯的客观要件,“普遍公认性”则触及了习惯的主观要件,从而具有一定的合理性。^⑦但普遍公认性并不当然具有规范性要求,即并不等于法的确信。如下由主客观两个维度识别事实上习惯。

第一,习惯的主观要件——当事人主观上接受。习惯是作为人本质意志的事物而存在。“人是习惯的动物,……习惯就是他的精神的本质和实质的东西。一切实际锻炼、因而也是习惯,都是以某些感官的感知为前提的,即人的习惯也是以理解言语的符号为前提的。”^⑧不过,习惯的“意志特质”及当事

^①Larenz, Über die Bindungswirkung von Präjudizien, FS Hans Schima, Wien 1969, S. 254. 转引自吴从周《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》,《台大法学论丛》第 39 卷(2010 年)第 2 期,第 264-265 页。

^②下文简称《合同法司法解释二》。

^③Liver, Bekomm, N 69 ff. zu Art. 5 ZGB. 转引自[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》,纪海龙译,中国政法大学出版社 2015 年版,第 146 页。

^④李永军《民法总论》,中国政法大学出版社 2015 年版,第 12 页。

^⑤按此分析,《民法总则》第 140 条和 142 条中的习惯亦指事实上习惯。

^⑥参见吴晓锋《中国民事审判开始重视运用善良习俗,法律意见将出台》,http://news.xinhuanet.com/legal/2008-10/12/content_10182401.htm,最后访问日期 2017 年 3 月 12 日。

^⑦公丕祥在接受记者采访时说,习惯仅可“在征得当事人同意的情况下”适用(参见吴晓锋《民俗习惯连结乡土中国与法治中国——就民俗引入司法审判访大法官公丕祥》,http://www.legaldaily.com.cn/zl/content/2008-10/12/content_1120100.htm?node=8095,最后访问日期 2017 年 3 月 12 日)。曹建明认为,民俗习惯应“经过人们自愿选择”方可适用(曹建明《和谐司法视野下民俗习惯的运用》,载《人民法院报》2007 年 8 月 30 日第 005 版)。当事人同意已经涉及习惯的主观要件。

^⑧[德]斐迪南·滕尼斯《共同体与社会——纯粹社会学的基本概念》,林荣远译,商务印书馆 1999 年版,第 157 页。

人对习惯的内心接受,均是事实上习惯的主观构成要件,并非指当事人对于习惯的“法的确信”。王泰升先生明确地指出了此点“自明治日本以来法学界所称的‘事实上习惯’,本质上仍是一种规范,但在法律概念上似乎不认为该等概念已被社会上一般人所共同遵守,故认为其尚欠缺‘法的确信’”。^①因此,虽然“事实上习惯”具有一定的规范性,但事实上的习惯并非习惯法。

第二,习惯的客观要件——当事人客观上遵行。客观的遵行要求习惯是人的“惯行”,人们都遵从某种习俗,习俗就变成了一种非正式约束,即惯行。^②惯行主要表征习惯的时间维度,同时也涉及习惯的空间维度,即在一定时期内被一定空间的人一直大体如是地遵行。《合同法司法解释二》第7条有关交易习惯的规定已体现出此两项要求:首先,交易习惯指“在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法”,这是指其空间维度;其次,该条认为交易习惯应为“当事人双方经常使用的习惯做法”,则是指其时间维度。

3.事实上习惯司法适用的误解及澄清。事实上习惯一般需要法律具体规定,没有法律规定则不得适用。在事实上习惯的适用上,我国学者尚存在一定误解。多数学者认为,习惯法(实际上是事实上习惯)的适用既可优于制定法,也可次位于制定法。具体来说,“若对法律安全无所妨碍,习惯法亦可能优先得到适用。”^③即在有法律特别规定另有习惯者,依其习惯时,应优先适用习惯。类似规定在我国台湾地区“民法”中有多处体现,^④我国《合同法》第22条、第293条、第386条也做出了类似规定。这一现象被学者称为习惯的优先效力。但是,这些规定并非习惯法优先效力问题。原因在于,由上述学者引用的法条即可看出,他们论述的乃是事实上习惯,而非习惯法。而且既然法律已经明确规定另有习惯的从其习惯,相关规定即成为法律明确规定应适用习惯的事项,并非“法律所未规定者,依习惯”的范围。^⑤正是由于事实上习惯并无法律上的规范效力,因此需要制定法规定方得适用。在此意义上,学者前引规定中习惯适用绝非民法上所谓习惯法适用问题,也非事实上习惯优先效力的问题。

综上,《民法总则》第10条之外的习惯,即《民法总则》第140条、142条与我国现行法中上述22个条文所规定的习惯皆为“事实上习惯”。

三、习惯法的司法适用

习惯司法适用的发起,可由当事人自己主张^⑥,法院亦可以依职权适用习惯。依《民法总则》第10条规定及学界通说,习惯法适用的具体条件为:第一,法律规定存在真正漏洞;第二,对待调整事项存在习惯法规则;第三,习惯法规则不违背公序良俗原则和法律规定。

(一) 法律存在真正漏洞

根据《民法总则》第10条规定的法源适用位阶,“法律没有规定”才可适用习惯。若法律对涉诉法律关系已有规定,则并无习惯适用之余地。^⑦因此,习惯仅具有补充法律规定欠缺——漏洞的作用,仅为“辅助性法源”。^⑧《民法总则》第10条表明作为制定法的民法承认其本身会存有漏洞,但亦非所有漏洞皆可适用本条后段,只有存在真正漏洞时,习惯法才有可能被适用。“真正漏洞”是指当立法者本应调整某事宜,但却对此没有做出调整,或者说,无论按照法律文句还是给予法律解释都不能从法律中得

①王泰升《论台湾社会上习惯的国家法化》,载《台大法学论丛》2015年第1期。

②参见汪丁丁、韦森、姚洋《制度经济学三人谈》,北京大学出版社2005年版,第51-52页。

③朱庆育《民法总论》,北京大学出版社2013年版。相同见解可参见王利明《论习惯作为民法渊源》,载《法学杂志》2016年第11期。

④参见施启扬《民法总论》,三民书局2011年版,第81页;杨仁寿《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第222页。

⑤参见姚瑞光《民法总则及第一条释论》,载《法令月刊》第41卷(1990年)第11期;刘宗荣《民法概要》,三民书局1989年版,第7页。

⑥提出主张的当事人应负举证责任。《合同法司法解释二》第7条第2款规定“对于交易习惯,由提出主张的一方当事人承担举证责任。”我国台湾地区“民事诉讼法”第283条的规定更加明确“习惯……为法院所不知者,当事人有举证之责任。但法院得依职权调查之。”

⑦参见施启扬《民法总论》,中国法制出版社2010年版,第56页;姚瑞光《民法总则及第一条释论》,载《法令月刊》第41卷(1990年)第11期。

⑧参见詹森林等《民法概要》,五南图书出版股份有限公司2014年版,第21页;施启扬《民法总论》,三民书局2011年版,第81页。

出相关规定。在方法论上,适用习惯法填补漏洞,后于探求模糊规范确切内涵的法律解释。^①因此,《民法总则》第10条所谓的“法律没有规定”应指,法律无明文规定且依当下法律解释,仍不能知其真正法意而言。换言之,若法律有规定而其含义不明时,应以解释方式阐明其意义,而不能径行适用习惯法。至于法律是否未规定,法院应依职权详为调查。^②

事实上,是否只能在制定法未规定时才有适用习惯法的余地,域外立法例并没有明确的做法,瑞士学者的说明也不得有所保留。瑞士司法实践显示习惯法的发生也可分为“法内”(intra legem)、“法外”(praeter legem)与“反法”(contra legem)三种不同类型。因此,既然已经承认习惯法为现行法律规范的一种,则在“找法”过程中硬性规定其地位次于制定法,便是不符合现实情况的方法论。^③我们认为,这一观点值得赞同。前引案例也可以证明,现实生活中的习惯大多数时候与制定法相冲突。如在“顶盆过继案1”中,存在经过公证的赠与合同,且石坊某其实是死者唯一的法定继承人,若严格适用法定继承或赠与合同规定,本案并无顶盆过继习惯法适用的空间。^④

(二) 对待调整事项存在习惯法规则

拉伦茨认为,判例若要构成习惯法,须该判决见解表达出一个已经为交易上所接受的规则(Regel)。^⑤这一要件其实可以作为习惯法的一般要求,即习惯法应当提供调整当事人权利义务关系的习惯法规则。习惯法规则在构成上与制定法并无本质差异,一般亦应具备构成要件和法律效果两部分。其中,构成要件包括规范对象与情景描述;法律效果则包括应然的规制与被规制的行为模式。^⑥两者可能的差异仅在于规则本身的明确程度。在“阴阳合同案”中,一审法院试图通过一般交易习惯来探寻当事人意思表示的真实内容;在“婚房案”“压箱钱案”中,^⑦习惯仅是解释父母赠与意思的工具;在“礼金案”中,习惯仅发挥着补强证人证言的功能。可见,在上述案件中,习惯并未提供一个明确的规则。“顶盆过继案1”却与上述案件不同,该案被告石忠某是因农村习俗,为死者石君某戴孝发丧而得以入住石君某留下的房屋。顶盆过继习惯在本案所能提供规则为:规范对象,石君某的侄子石忠某;情境描述,石君某的妻子、儿女皆已先其去世,石君某去世,石忠某为其“顶盆发丧”、料理后事;法律后果,石忠某成为石君某“继子”,有权利继承死者财产。正是因为顶盆过继可以提供较为明确的习惯法规则,当地人对于该习俗具有法的确信,因此,顶盆过继便具有习惯法的性质。

需要注意的是,习惯法如同制定法一样,必然经过解释方可适用。例如,即便认可顶盆过继的习惯法可以提供规则,若死者有两个侄子都要顶盆时如何处理?此时即需要对顶盆过继习惯法所提供的规则进行解释。制定法规范一般需要结合其他规范进行理解,习惯法往往缺少类似的规范参照。所以,在法律史上,对于习惯法的发现一直有法学家的参与。在此意义上,可以说习惯法是一种经过提炼的法学方法。即“作为法学家法的习惯法并非社会生活中的习惯规范自身,而是经过司法适用以及法律人职业思维加工,并且已经成为特定法律制度的传统要素”。^⑧

(三) 习惯法不能违反公序良俗原则和法律规定

1. 依据《民法总则》第10条,习惯不应违背公序良俗原则。^⑨民法基本原则是民事领域根本价值的负载者,它构成了民事立法的根本考虑与出发点,其他一切具体规则都应依此设计。^⑩我国司法实践认

①参见[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》,纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第63-64页。

②参见施启扬《民法总论》,三民书局2011年版,第80-81页。

③参见苏永钦《“民法”第一条的规范意义——从比较法、立法史与方法论角度解析》,载杨与龄主编《民法总则争议问题研究》,清华大学出版社2004年版,第16页。

④石坊某是石君某唯一在世的兄弟姐妹,根据《继承法》第10条规定,其是石君某的唯一法定继承人。

⑤Larenz, Über die Bindungswirkung von Präjudizien, FS Hans Schima, Wien 1969, S. 253. 转引自吴从周《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》,载《台大法学论丛》第39卷(2010年)第2期。

⑥参见朱庆育《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第46页。

⑦另参见山东省威海市中级人民法院(2015)威民一终字第87号民事判决书。

⑧王林敏《民间习惯的司法识别》,中国政法大学出版社2011年版,第18页。

⑨王泽鉴《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第63页。

⑩参见徐国栋《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社2004年版,第30页。

为习惯必须是“善良”的^①，但司法机关并未解释善良的确切含义或标准。《民法总则》第8条明确规定了公序良俗原则，第10条明确规定习惯不应违背公序良俗原则。一般来说，公序良俗包括了公共秩序与善良风俗两个部分。所谓公序，即公共秩序，可理解为社会一般利益，主要体现为在我国现行法上社会经济秩序和社会公共利益；所谓良俗，即善良风俗，可理解为一般道德观念，主要体现为在我国现行法上所称的社会公德。公序良俗作为民法上重要的一般条款，具有开放性和不确定性特征。^②公序良俗随时代推移而渐变的特性，这使得习惯法必须经过社会情势和时代潮流的拣选。因此，以公序良俗原则作为衡量标准判断习惯法，可以“使习惯符合一般国民共同之法律情感，不但可使法律与习惯法更能符合社会变迁之需要，并可维持法律之安定性与妥当性”。^③最终只有符合公序良俗的习惯才足以让人产生法的确信，成为习惯法。

习惯法符合公序良俗原则，一般指习惯法的客观构成要件事实上习惯符合公序良俗原则。但是，实践中公序良俗的判断较为复杂，需要根据具体的案件事实予以判断，民族、地域、公众认知以及专家观点等皆为常态考量因素。例如，同在江苏泰州一地，法院并未在“礼金案”中对彩礼的习俗作出评判，而在2015年的另一件彩礼案件中，却明确提出，“我国婚姻法明确禁止包办、买卖婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。彩礼极易导致畸形‘金钱婚姻’观，败坏社会风气，使婚姻蒙上了金钱的阴影。”^④

2. 习惯不违背制定法。^⑤《民法总则》第10条并未规定习惯法不应违背制定法。法释义学一般持此观点。^⑥由于习惯法是次位性的法源，仅可补充制定法的真正漏洞，一般情况下不能突破、违背成文法。换句话说，依据第10条的规定，当存在具体法律规定时，不存在适用习惯处理民事纠纷的问题。所谓习惯法与法律相“冲突”，更多的体现在无具体法律规定而适用法律原则情形时的“冲突”。但是，原则的适用仍主要归属于成文法及其解释的范围，此时习惯法往往仍无适用余地，故两者仍难以存在冲突。

由此可知，对于习惯法与制定法冲突的认识，关键在于对于法源顺位的理解。严格遵循第10条规定，两者冲突的可能性并不大。不过，也有学者反对严格规定两者的顺位：制定法和习惯法皆为民法规范，“民事制定法与习惯法的区别仅仅在于，是否为立法机关以文字的方式所明确表述，而制定法之所以在法律适用时先于习惯法得到考虑，并非因为前者效力高于后者，而是因为前者的确定性高于后者，更符合法律安全的需求。”^⑦因此，只要不违背制定法适用的安定，便不应绝对规定法源的顺位。现有司法实践也接受习惯法与制定法冲突的现实，如公丕祥先生即认为，“既有法律的规定，又有民俗习惯的调整，只要民俗习惯的运用与社会公共利益不相冲突，不侵害第三人的合法权益，在征得当事人同意的情况下，一般可以考虑优先适用民俗习惯，或者通过调解的方式解决纠纷。”^⑧这一观点虽然支持习惯法突破制定法的规定，但做了较为严格的限制。

目前通说认为，习惯法不能违反法律的强制性规定，但可优先于制定法的任意规定。具体来说，习惯法“不违反法律的强制性规定。不论是作为具体裁判规则的习惯，还是用于填补法律漏洞的习惯，都应当与其他法律渊源保持一致性，而且其内容都不得违反法律的强制性规定。违反法律强制性规定的习惯不能作为漏洞填补的依据。”^⑨但是，习惯法可以优先于制定法的任意规范，尤其是商事习惯法优于民法制定法。这是意思自治原则的必然要求。比如《日本商法典》第1条便有类似规定“凡为商法所

①参见曹建明《和谐司法视野下民俗习惯的运用》，载《人民法院报》2007年8月30日。

②参见梁慧星《民法总论》，法律出版社2011年版，第199页。

③詹森林等《民法概要》，五南图书出版股份有限公司2014年版，第21页。

④泰州市中级人民法院(2015)泰中民四终字第00096号民事判决书。

⑤同①。

⑥参见杨仁寿《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第208页。

⑦朱庆育《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第40页。

⑧参见吴晓锋《民俗习惯连结乡土中国与法治中国——就民俗引入司法审判访大法官公丕祥》，http://www.legaldaily.com.cn/zt/content/2008-10/12/content_1120100.htm?node=8095，最后访问日期2017年3月12日。

⑨王利明《论习惯作为民法渊源》，载《法学杂志》2016年第11期。

备载之事,用商法,商法所未载者,用商习惯法,无习惯法,用民法。”^①

四、司法发现习惯法规范及习惯立法

法院可以在具体个案中发现习惯法规范,并经由案例的积累形成习惯法。如果习惯法经过案例积累其规范内容相对明晰固定时,则可由立法机关将其上升为法规范,此即习惯立法。有学者称此为民间法向制定法的转化。^②习惯法一经制定法吸收,便不再是习惯法。^③

(一) 个案中从习惯法规范的确认到习惯法的转化

面对现代社会习惯法空洞化的现象,一方面应看到,“不可能存在没有习俗的共同体”;^④另一方面,若人们自愿“背离传统上被赋予很多期待的习惯法,对此不必感到遗憾。在成文法未作出调整的领域,对判例和一般性法原则进行评价的精细方法,更适合作为解决法律获取问题的主宰”。^⑤如果由此两方面观察习惯法的产生、发现甚至消亡,或许能找到解决习惯法空洞化现象的有益途径:即通过司法实践发展习惯法是较为合理的途径。具体说就是,由法院在具体个案中发现习惯法规则。

在审判实践中,因“习惯法”发生的纠纷会进入到司法程序中,法院因此有机会在个案中发现习惯法规则,并将之固定于具体个案。个案不但成为发现和确认习惯法规则的通道,也成为个案规范形成“习惯法”的基础。而对于在个案中认定习惯法的标准,亦可采用拉伦茨的说法,“假如习惯已经达到一般的法律确信,且在事实上亦从未被质疑过,那么‘向来的司法裁判见解’即已达到习惯法的程度,习惯法也可因此种方式而产生。”^⑥法院发现的习惯法规则往往只能适用于个案,而不具有普适性。理由就如同王伯琦先生所说的“惟法院之判决,只能对于特定事件发生效力,故其发现而采用之习惯法,并不能如成文法对于将来之同类事件发生普遍之效力。”^⑦

法院经由案例的积累(包括指导案例的做出),个案习惯法规范逐渐具有可辨识度,并使一定区域之人对其渐渐形成“法的确信”,个案习惯法规范最终质变为习惯法。此时,习惯法便具有如同法律的拘束力。立足于法院逐渐积累的个案习惯法规范,并经法的确信的增加而形成的习惯法,在域外法上亦具有前例,如德国法的一般人格权、缔约过失责任以及对于严重侵害人格权的金钱赔偿等都是如此形成的习惯法。^⑧

尽管我国并不承认案例的规范拘束力,但上级法院的判决实际上会影响下级法院的审判,而且上级法院对自己做出的判决也有天然维护的倾向,这就可能为个案中的习惯法规范进一步的澄清、发展乃至精确化提供载体。习惯的个案适用,一方面造就了习惯法规则在时间上的积累,另一方面持续的司法实践、国家公权力的保护有助于形成法的确信,最终促使了习惯法的形成。^⑨可见,经由司法判决形成的习惯法规则往往更易于获取社会公众法的确信,从而更有可能形成较为确定的习惯法。需要指出的是,对于传统的民俗习惯(如顶盆过继习惯法规则)而言,本来其作为习惯法的存在无需经过司法机关再行确认,但在习惯法面临窘境、遭受质疑的现实背景下,司法实践的发现和确认无疑有利于法的确信的形成与加强,也有助于习惯法在现代社会的发现与发展。

(二) 习惯司法适用可能引发习惯立法

司法实践尽管能在具体个案中发现习惯法规则,甚至经过案件的积累以及人们对之形成的确信后,最终很可能质变为习惯法。但正如黑格尔指出的,习惯法“体现着一种主观的和偶然性的思维方式,因

①另可参见刘得宽《民法总则》,中国政法大学出版社2006年版,第17页。

②参见谢晖《论作为人权的习惯权利》,载《法学评论》2016年第4期。

③参见徐国栋《论民法的渊源》,载《法商研究》1994年第6期。

④[英]A·J·M·米尔恩《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇等译,中国大百科全书出版社1995年版,第141-143页。

⑤Meier-Hayoz, Bekomm, N 242 zu Art. 1 ZGB. 转引自[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》,纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第72页。

⑥[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第231页、第302-303页。

⑦王伯琦《民法总则》(台北)编译馆1977年版,第4页。

⑧参见[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第300-306页。

⑨参见黄茂荣《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第12页。

此它们本身是比较不确定的,思想的普遍性也比较模糊”。^①他认为,这是习惯法与成文法的根本区别。因此,如果习惯法要变得确定与明确,最好还是要上升为制定法或成文法,这就需要立法程序来实现。我国台湾地区民法上的“祭祀公业”便是习惯法经由习惯立法转化为制定法的典型例子。

“祭祀公业”是以一人或多人共同捐献的不动产每年所生孳息供祭祀活动的开销,是以祭祀祖先为目的而设立独立财产组织,传统祭祀公业派下员资格多采宗祧继承。^②它是我国台湾地区的习惯法,对维系宗族制度有物质与精神等方面的实质功能。“祭祀公业”在渊源上可远溯宋代的祭田,其存在目的在于教化子孙慎终追远。在台湾地区经历工业化、城市化的重大变迁后,宗族组织多已凋零,其“民法”也早已接受了个人主义精神,但以大家庭为基本图像规范人们身份关系的遗绪仍在些微程度上有所保留,实践中大量的祭祀公业及相应的纠纷亦在一定程度上存在。2007年,我国台湾地区的“祭祀公业条例”已表明祭祀公业习惯法已转化为制定法。

在习惯立法后,相关内容即归入制定法调整的范围,该习惯法即行消失。将习惯法的具体内容转化为制定法,其直接结果是将习惯法调整的内容改由制定法规则调整。此点为学界的通说,如姚瑞光先生指出“已经明定为法律者,则为法律而非习惯”^③;徐国栋先生也认为,“习惯一经制定法吸收,便不再是习惯而是制定法。”^④

结 语

《民法总则》第10条对习惯法源地位的承认,有助于维护民法典的开放性。习惯法不同于我国现行法上的事实上习惯,具有法的确信。在现行法存在真正漏洞且经由法律解释不能填补此漏洞时,如果存在不违反公序良俗原则及法律的调整所诉纠纷的某种习惯法,法院即可适用该习惯规则予以裁判。在习惯法空洞化的背景下,我国可以通过司法裁判发现确认习惯法规则,并经过案例积累促使人们形成对该规则的法的确认,进而形成习惯法。

Subject: Judicial Application of Customs in the General Rules of the Civil Law

Author & unit: PENG Chengxin(Law School ,Shanghai Jiao Tong University ,Shanghai 200240 ,China)

Abstract: Article 10 of the General Rules of the Civil Law recognizes customs as a source of law. Customs in this Article should be defined as customary law rather than factual customs. Customary law has its specific application conditions ,namely ,there is a real legal loophole in positive law ,there is customary law on the civil disputes ,while the customary law does not infringe public order and good custom and positive law. Customary law should be confirmed in the process of the judicial application of customs ,which eventually triggered customary legislation. Customary legislation means the disappearance of the source of law status of the customary law. After the General Rules of the Civil Law takes effect ,China should go through the path of factual customs – customary rules in individual cases – customary law – customary legislation ,finding and confirming customary law in judicial practice.

Key words: Civil Code ,factual custom ,customary law ,customary legislation

[责任编辑: 满洪杰]

^①参见[法]狄骥《法律与国家》,冷静译,中国出版社2010年版,第88页。

^②参见我国台湾地区“司法院”释字728号(祭祀公业的规约与男女平等)。祭祀公业是全体派下员共同共有祀产的总称,详细论述可参见陈瑞堂《习惯法之形成与适用——以祭祀公业派下权之女子继承为中心》,载杨与龄主编《民法总则争议问题研究》,清华大学出版社2004年版,第9-15页。

^③姚瑞光《民法总则及第一条释论》,载《法令月刊》第41卷(1990年)第11期。

^④徐国栋《论民法的渊源》,载《法商研究》1994年第6期。