

# 私法多元法源的观念、历史 与中国实践

## 《民法总则》第10条的理论 构造及司法适用

汪 洋\*

**摘 要** 法源是具备权威理由或实质理由的裁判依据,形成具备不同分量的法源位阶,分别指向依法裁判与正当裁判的目标。各法学流派依认定的法源不同而对“法”有着不同的理解,私法法源的社会理论基础是进化论理性主义与自生自发秩序,私法因包含阐明与未阐明两种正当行为规则而具有开放性特质。法源理论与民法方法论有勾连也有分工。罗马私法发展各阶段几乎涵盖后世知晓的所有法源形态,却最终衰退为法典编纂一种形式。《民法总则》第10条法源条款中的“法律”包含规范法源与准规范法源两大谱系以及具体规则与基本原则两种类型,“习惯”也应作弹性理解,习惯与习惯法只是程度差别。对于强制性规范、任意性规则、基本原则、习惯等多元法源,需要建构起一套司法适用的步骤与方法。

**关键词** 法源 习惯 习惯法 罗马法 《民法总则》第10条

《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第10条规定:“处理民事纠纷,应当依

\* 清华大学法学院副教授。本文为国家社科基金青年项目(16CFX033)的部分成果。感谢“民法九人行”学术沙龙上崔建远、王轶、宋鱼水、许德风、戴孟勇、李昊、申海恩、龙俊等老师的细致评议;感谢台湾大学“民法总则研讨会”上李永军、陈聪富、张永健、王雷、曾品杰、颜佑紘等老师的宝贵意见;感谢龙卫球、张谷、薛军、纪海龙、朱虎等师友的指导和鼓励。

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。”作为未来我国民法典中的“法源条款”，第10条的核心价值突出表现为习惯从过去《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源，这是我国民法典开放性的重要体现。习惯的发现不再是个人兴趣，它已经成为法院正确适用法律的前提，这对于中国这样具有深厚的文化底蕴和历史传统的国家，实具有重要意义。<sup>〔1〕</sup>在适用范围上，相比较“民法总则草案”，正式文本以“处理民事纠纷”代替了“民事活动”，更加突出法源条款的裁判规范性质。<sup>〔2〕</sup>

法源理论的基础在于对“法源”(legal source)概念的理解，可以从法创制与法适用两个层面展开。法源作为法的创制机制，是对哪些形式可称为“法”的发现与筛选，功能在于控制规范的产生过程，本质上是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过程的理论。<sup>〔3〕</sup>法源作为法的适用机制，有广义和狭义之分，广义法源为一切能够对裁判产生影响之事实；狭义法源从司法裁判或法律论证的规范性理由意义上，指对法官具有拘束力且法院裁判应当予以援引之对象，即“一切得为裁判之大前提的规范的总称”。<sup>〔4〕</sup>

法创制层面与法适用层面的法源理论紧密关联，唯有首先了解法律如何构成，才能进一步谈及法律规范的效力、解释和适用等实证法学的各种问题。法源理论亦是法学流派得以形成的基础，所谓自然法学、法律实证主义、历史法学、利益法学、评价法学等学派之所以并峙而立，某种程度上皆因所持法源理论的不同。<sup>〔5〕</sup>本文的主旨和基本思路是，首先，在法适用层面，从法源性质与法源分量两个维度建立法源理论的基本框架；其次，在法创制层面，以前述框架梳理近代以来多元法源的观念史、社会理论基础，指出法源体系保持开放的必然性以及法源与民法方法论的勾连、分工；再次，通过阐述罗马私法多元法源的内涵与兴衰这一私法史上的经典样本，进一步验证前述法源理论的观念基础和分析框架；最后，回到中国问题，论述《民法总则》第10条法源条款的理论构造与司法适用问题。

## 一、法源作为法的适用机制：法源性质与法源分量的双层构造

### (一) 法源性质

作为法的适用机制，法源理论涉及两个问题，一为“定性问题”，即某法律决定的理由是否

〔1〕 参见陈荣传：“侧看民法总则基本规定章”，载自微信公众号“天同诉讼圈”，<https://mp.weixin.qq.com/s/XF0O6XMx6PDHWIZw4dwVlw>，最后访问日期：2017年8月1日。

〔2〕 陈甦主编：《民法总则评注》（上册），法律出版社2017年版，第70页。

〔3〕 石佳友：“民法典的法律渊源体系”，《中国人民大学学报》2017年第4期，第19页。

〔4〕 参见黄茂荣：《法学方法论与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第371页；梁慧星：《民法总论》，法律出版社2017年第五版，第25页；龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2002年版，第28页；朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2016年第二版，第35页。

〔5〕 朱庆育，同上注，第36页。

具备法源性性质；二为“定量问题”，即法源地位的高低或在法源谱系中的位置。<sup>〔6〕</sup>

法源性性质着眼于解决法官去哪里寻找法律决定之大前提的问题。在宽泛意义上，法源指在法律论证过程中所运用并最终对裁判结论起到支持和证立效果的所有理由。这些理由又被称为裁判依据，可分为实质理由与权威理由。<sup>〔7〕</sup>“实质理由”(substantive reasons)通过自身内容来支持某个法律决定，它的支持力完全取决于内容本身，如目的性层面的相关效果，或正当性层面的正义与善。由实质理由支撑的裁判为“正当裁判”。“权威理由”(authoritative reasons)对法律决定的支持不依赖于内容的恰当性，而在于遵循立法或司法程序等形式上的条件或标准而获得制度化的支持。经由权威理由生成的裁判为“依法裁判”。权威的特征被概括为“独立于内容”(content-independence)，如果某个规范是权威性的，例如大陆法系的法官在裁判中必须遵守权威立法机关制定的规范，而不论法官对规范具体内容的实质评价如何，所以权威理由的效果便在于排除法官的个人考量。<sup>〔8〕</sup>

在司法裁判中，作为权威理由的法源包括立法机关的立法、上级法院的判决以及备受尊重的历史传统。权威理由大致分为三类：制度性权威、事实性权威与说服力权威。它们对于司法裁判活动的影响方式并不相同，<sup>〔9〕</sup>制度性权威是最重要的权威理由，而后两种权威类型分别致力于降低判决被推翻的风险以及增强判决的说服力，它们可以作为裁判理由，但不能作为裁判依据，不被归于“法源”的范畴。

“制度性权威”(institutional authority)来自于裁判活动的制度性框架，即“造法与适法”“法制定与法适用”的二元框架。现代社会中法官的基本职责是适用立法机关创制的规范解决纠纷，证成的是司法活动“依法裁判”的基本属性。制度性权威会产生“规范拘束力”(normative bindingness)，司法裁判中如果存在相关规范而没有得到适用，法官便违反了遵循立法的义务，相关裁判未满足依法裁判的要求，应当在上诉程序中被推翻。因此，“作为权威理由的法源”可以被定义为，基于制度性权威并对法官具有规范拘束力的裁判依据。<sup>〔10〕</sup>

实质理由与权威理由在法律决定中发挥的功能不同。实质理由给特定法律决定提供了可接受性与合理性的支持，权威理由提供了可预测性的支持，两者在法律推理和论证中缺一不

〔6〕 雷磊：“指导性案例法源地位再反思”，《中国法学》2015年第1期，第273页。

〔7〕 实质理由与权威理由对应着拉兹的排他性法律实证主义中法律权威理论的一阶理由与二阶理由。相关论述参见(美)约瑟夫·拉兹：《法律的权威：法律与道德论文集》，朱峰译，法律出版社2005年版。

〔8〕 雷磊，见前注〔6〕，第274页。

〔9〕 “事实性权威”来自于某个机关在司法系统中事实上所处的地位。例如由于审级机制和上诉制度的存在，以及错案追究制度，法官可能面临个人担责的风险。基于对这些现实的后果考量，当上级法院的判决被挑战的可能降低至几乎不存在时，它们就对于下级法院和法官确立起了权威。“说服力权威”是指有时法官将某些来源作为权威而参照适用是因为法官信任权威，即使并不赞同权威所作的结论；或是法官对自己得出的结论的可靠性表示怀疑，而认为权威更加可靠。说服力权威由法官自己选择，而不是由制度或事实强加于上。参见雷磊，见前注〔6〕，第275—276页。

〔10〕 雷磊，见前注〔6〕，第274页。

可。权威理由的正确适用离不开实质理由，<sup>〔11〕</sup>原因在于，其一，法官必须运用实质理由，才能对实证法内容进行评价性解释，这构成了法律适用的前提；其二，法官必须运用实质理由，才能在个案中超越各法源在形式位阶上的先后关系，于多个权威理由中挑选最适合个案的规范，解决不同法源的效果冲突问题；其三，在判定法秩序整体作为规范体系是否具有法律效力时，必须运用实质理由，如对纳粹时期国家法秩序的整体评价。<sup>〔12〕</sup>

## （二）法源分量

就司法裁判而言，法源分量系作为权威理由的法源的地位高低，取决于权威理由在法源谱系中的位置以及规范拘束力的大小，司法裁判中体现为法官依据某实质理由偏离该权威理由的难度。一般来说，上述两个方面存在正相关关系，某种权威理由的法源位阶越高，即在法源的等级序列里越靠前，实质理由偏离它的难度就越大。<sup>〔13〕</sup>

依凯尔森的规范构造理论，在权威理由的法源中，不同法源由权威等级不同的制定机关规定，由此形成法源分量的轻重或曰法源地位的高低。以规范的效力来源为基准建立的规范位阶，是处理规范间冲突的主要方法。<sup>〔14〕</sup>同一位阶的多个规范，特别法优于普通法，后法优于前法；不同位阶的多个规范，高阶优于低阶（上位法优于下位法）；立法作为规范类型的整体分量又优于判例法和习惯法。

在形式上，法源位阶对于规范的选择适用具有核心作用：<sup>〔15〕</sup>首先，依据融贯性理论，裁判依据应得到尽可能多的不同位阶的权威理由的支持，以此赋予该裁判更强的可预测性和可接受性。其次，裁判依据应得到尽可能高位阶、重分量的权威理由的支持，法官应遵循依位阶形成的法源优先性关系。

但是，裁判的实际操作是一个“找法”的过程，无论多个法源是否处于同一位阶，层次上较具体的规范在找法过程中恒优先于较抽象的规范。所以，形式意义上的法源位阶，只是法官认定相关规范拘束力的标准，而裁判中找法的重心却在于，梳理出所有可能涉及到的规范的层次，找到最能适用于个案事实的具体规范，而不论其法源位阶为何。<sup>〔16〕</sup>因此，在民法方法论

〔11〕 参见王夏昊：“法适用视角下的法的渊源”，《法律适用》2011年第10期，第108—110页。

〔12〕 二战结束之后，拉德布鲁赫在《法律的不公正和超越法律的公正》一文中提出的“拉德布鲁赫公式”（*die Radbruchsche Formel*）便涉及这一问题，根据这一理论，法官遭遇正义与法律有效性之间的冲突时，当制定法违背正义达到“不能容忍”的地步时就会丧失法律效力，即“不能容忍公式”；同时当制定法在制定时有意识地否认正义，就会丧失法的地位或者说法的性质，即“否认公式”。参见（德）G·拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第232—233页。

〔13〕 雷磊，见前注〔6〕，第278页。

〔14〕 参见（奥）凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社2013年版，第193页以下。

〔15〕 参见王夏昊，见前注〔11〕，第111—112页。

〔16〕 苏永钦：“‘民法’第一条的规范意义”，载氏著：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第15—16页。

意义上,所谓“无法律时,依习惯”这种法源条款中抽象表述和形式化的法源位阶,只是对不同权威理由的规范拘束力即法源分量的宏观排序,和司法实践中找法的方法无关。

如果说严格依照权威理由的位阶是为了达到“依法裁判”的目标,那么运用实质理由则是为了追求“正当裁判”的目的。当依法裁判与正当裁判两者发生紧张关系时,法官需要在这两种司法的“元价值”之间进行权衡。<sup>[17]</sup>从法官的角色和功能定位出发,依法裁判是基本义务,正当裁判是更高要求。于特定案件中,若严格依法裁判会导致明显不公正的结果,法官会倾向于推翻形式意义上法源的优先性关系,或者舍弃权威理由而改采某实质理由,那么法官就负有论证义务,说明在个案中运用实质理由对某规则进行矫正是如此重要,以至于不惜侵害制度性权威、软化依法裁判的要求,这种作法在理论上称为“特别证立”(special justification),为法律论证理论中“惯性原理”所要求。<sup>[18]</sup>

## 二、法源作为法的创制机制:私法法源的观念史与社会理论基础

### (一)近代以来私法法源观念史

法源作为法的创制机制,关涉人类社会对于“法”本身的理解、发现与筛选。法源是区分大陆法系与英美法系的重要因素,也是两大法系各法学流派皆要面对的核心问题之一,对于这一问题的不同见解也反映出不同法学流派的底色。近代以来,理性自然法学、历史法学、概念法学、利益法学、实证法学、评价法学、自由法学以及新自然法学,分别将理性、历史传统、概念体系、立法者意志、规范等级、判例以及道德评价等因素,作为权威理由与实质理由的法源,影响着人们对何为“法”的理解。

西方有着悠久的自然法传统,到近代为止,经历了古典自然法、中世纪自然法与近代理性自然法三种类型,主张法的权威分别源于自然、神启以及理性。前两种自然法思想以社会共同体的价值为旨归,近代理性自然法则强调自然权利和个体本位。<sup>[19]</sup>理性自然法一方面在“应然”层面,坚持传统自然法相对于实证法的“高级法”地位,把自然法作为实证法之检验标准,是一种可用来偏离实证法规范的实质理由;另一方面在“实然”层面,认为自然法经由纯粹理性途径可构建一套圆满的规范体系,于是实证地编纂理性自然法法典就成为立法者的任务,<sup>[20]</sup>这一观念遗产随后为法学实证主义毫不犹豫地继受,启蒙运动的自然法深刻影响了十八世纪的法典化运动,从中诞生的数部法典也被称之为“自然法典”,如1792年的《普鲁士一般邦法典》与1811年的

[17] 雷磊,见前注[6],第278页。

[18] 惯性原理的意思是:“过去一度被承认的观点,若没有充分理由不可以被抛弃”。所谓“充分理由”指法律适用者所属国家的宪法所规定或法体系所承认、保障和促进的一些实质价值或道德。参见(德)罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2003年版,第215—216页。

[19] 朱晓喆:《近代欧陆民法思想史》,清华大学出版社2010年版,第50页。

[20] (德)弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥等译,上海三联书店2006年版,第321页。



《奥地利一般民法典》等。

历史法学的法源观念与自然法学迥然不同。萨维尼赞同胡果的历史方法与蒂堡的体系方法,主张“体系”以“历史”为基础,历史方法提供材料,体系方法提供科学的形式和本质。在法源上,自然法学强调理性,而历史法学认为代表着历史经验的习惯是最终的法源,法是被发现而非被创制的。因此尽管历史法学强调以实证法代替自然法,却反对唯理性建构的民法典编纂。<sup>[21]</sup>历史法学试图重新创立有方法意识的、体系性的法学,将实证法律素材哲学体系性处理为内部体系,其中的原则脉络通过法教义学释放出迄今不息的法律创造力。<sup>[22]</sup>到了普赫塔的潘德克顿法学,历史材料完成体系化使命后被弃之若履,随之确立了概念法学即法学实证主义。虽然概念法学也将法区分为习惯法、制定法与法学家法,但强调法学家法高于习惯法,<sup>[23]</sup>法学家创造的新的科学法体系是逻辑严密的“概念金字塔”。概念法学的两项成果为封闭的法秩序体系与体系的无漏洞性,体系自身具有产生法律的能力。<sup>[24]</sup>

及至耶林,习惯的法源地位受到进一步冲击。耶林将“目的”作为法的创造者,而目的的主体被定性为立法者。黑克的利益法学继续秉持这一立场,“立法者意志”体现在对利益冲突的取舍之中。<sup>[25]</sup>同时期的英美法学界,奥斯丁奠基了法律实证主义,奥斯丁的命令理论也以立法者意志为唯一法源,主张“法律是主权者的命令”,通过区分实然与应然的法律,告别了任何形式的自然法思维,同时通过严格界定法律概念的方式,告别了古老的习惯法传统。<sup>[26]</sup>奥斯丁与耶林深受边沁功利主义的影响,在将立法者视为“最大多数人之最大利益”的判断者时,也开启了以立法者意志为最终法源之门。本体论上,立法者意志成为制定法效力的正当化说明,即制度性权威理由;方法论上,立法者意志也是法律解释的重要方法。

同为法实证主义的凯尔森与哈特并不赞成奥斯丁的命令理论。凯尔森的纯粹法学把包括功利原则在内的所有评价因素都从法学中清除出去,仅聚焦于法律规范的形式结构,建立起一套规范等级体系,任何规范的效力基础皆源于法体系中更高位阶的规范,规范等级体系本身构成权威理由,最高规范需要溯及到宪法。<sup>[27]</sup>哈特的规范理论则注重分析规范的形式结构与逻辑关联,把规范分为初级规范与次级规范,认为“法效力”的判准是次级规范中的“承认规则”,该规则可将道德规则与实质价值包含进来,形成所谓“包容性法律实证主义”。<sup>[28]</sup>

二十世纪以来,脱胎于利益法学的评价法学受诠释学的影响,并未刻意强调法源观,而是

[21] 参见(德)卡尔·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第11页。

[22] 参见维亚克尔,见前注[20],第359—361页。

[23] 谢鸿飞:《法律与历史:体系化法史学与法律历史社会学》,北京大学出版社2012年版,第43页。

[24] 维亚克尔,见前注[20],第416页。

[25] 吴香香:《民法的演进——以德国近代私法理念与方法为线索》,世界知识出版社2012年版,第96页。

[26] 参见(英)约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第3页以下。

[27] 参见凯尔森,见前注[14],第126—141页。

[28] (英)H.L.A 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第230页。

认为每一项规范中必然包含评价因素,规范的形成是一种价值判断,所有的法律适用并非都是逻辑程序,法律解释和法律续造均无法脱离评价而存在,作为法源的规范实为评价性规范。评价标准或在宪法之内,或为法律原则,或为制定法外的客观价值。<sup>[29]</sup> 评价法学在秉持法学实证主义的基础上,把探讨重心立足于法学方法论上,尤其强调法律论证过程中的价值判断即实质理由,对外部体系与内部体系的不同功能进行了区分,较好兼顾了依法裁判与正当裁判。

自由法学一反实证法学的基本立场,把规范的创造者定位为法官而非立法者,埃利希认为自发生成的“活法”(living law)是真正支配社会生活的法律,若离开活法这一法源,则无从理解实在法。伊赛也主张法官实证主义,认为判决不是从规范中产生,而是规范从判决中导出,法官只是在利用法律铺陈自己的判决理由,<sup>[30]</sup>判例成为了最重要的法源。在英美持类似观点的是法律现实主义,主张放弃对法律规则本身的抽象逻辑论证,强调从经济、心理及其他社会科学的角度的寻找法存在的必然性,使法律与社会紧密联系起来;以虚化的训条代替具体的规则,把注意力从权利和规则概念转移到法律保护的利益上。法律现实主义对法源进行了扩张,把法律政策作为公共利益的代名词,引入私法成为新的价值标准,把商业惯例作为新的事实标准。

二战以后,为了克服新康德实证主义的弊端,现代新自然法理论开始审慎尝试建构实质的价值伦理学。<sup>[31]</sup> 富勒、德沃金等人不再主张超越实在法的、永恒不变的自然法,而取向于随时代变迁的价值标准;不再关注“高级法”的存否,把作为政治与道德理论的传统自然法过渡为一种法律和社会理论。新自然法学对作为制度性权威法源的实证法不再排斥,同时强调描述法律或确定其效力时,坚持把道德评价作为一种必要的实质理由。<sup>[32]</sup> 新自然法学认为立法与司法应受实质正义的最高原则拘束,法官的法适用不仅要实现立法者的个别目的,也应符合绝对的法律价值。<sup>[33]</sup>

## (二)私法法源的社会理论基础

不同学派的法源理论,大致对应于哈耶克社会理论中的“进化论理性主义”与“建构论唯理主义”。<sup>[34]</sup> 历史法学派属于典型的进化论理性主义,重视习惯等经验主义的法源地位,主张理性是有限度的,只有在累积性进化的框架内,个人的理性才能得到发展并发挥作用,因此法源需要保持开放性。文明乃至社会规范是经由不断试错、日益累积而艰难获致的结果,历经数代人的实验和尝试而塑造的传统或习俗,包含着超过任何个人所能拥有的丰富经验。而法实

[29] 参见吴从周:《概念法学、利益法学与价值法学:探索一部民法方法论的演变史》,中国法制出版社2011年版,第422—430页。

[30] 同上注,第346—347页;维亚克尔,见前注[20],第552页。

[31] 维亚克尔,见前注[20],第565页。

[32] 参见吴香香,见前注[25],第130—133页。

[33] 参见维亚克尔,见前注[20],第572—575页。

[34] 参见(英)弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997年版,第10—17页。

证主义与理性自然法被归入建构论唯理主义,主张人的智识与道德禀赋可以型构文明,规范都是人之设计的产物。从而确立了以理性设计的法典为唯一法源的实证法体系。

基于上述两种框架,哈耶克把所有社会秩序分为演化生成的“自生自发秩序”(内部秩序)以及人为建构的“组织秩序”(外部秩序)。在自生自发秩序下,三个核心概念为自由、正当行为规则和竞争。<sup>[35]</sup>“正当行为规则”指人们对某些行为规则的普遍遵守,是自由与竞争得以存在的必要条件,这些行为规则不是命令或强制的结果,而是习惯和传统造就的。正当行为规则既包括已经立法成文化的“阐明的规则”,也包括日益进化且未被形式化的“未阐明的规则”,后者优于前者且保持持续互动。<sup>[36]</sup>在宽泛意义上,法典属于前者,习惯属于后者。

传统理论中,私法秩序属于自生自发秩序,私法规范奉行正当行为规则,在历史演进中为民众交往所创造,立法者不过是将其揭示并表达。因此私法必定是人之行为而非人为设计的结果。私法不指令行为人为积极行为,只通过禁止性规则划定行为界限,实际如何行为,取决于行为人的自由意志。私法中的禁止性规范主要集中于交易安全与公共利益等非属自治领域,意义在于界定自治行为的边界,即“确获保障的私域”。社会的形成和存续,端赖于人们对自生自发正义规则的遵循,而法律实证主义和自然法理论,将所有社会秩序规则统一于“主权者意志”或“先验的理性设计”,<sup>[37]</sup>使得自生自发秩序逐渐被组织秩序侵扰和替代。

习惯传统在大规模法典化运动之前,扮演了重要的造法机制的角色。甚至在当下,习惯依然在全球商事领域内发挥着重要的裁判依据功能。不过必须承认,近现代以来民族国家化的速度远超社会自发整合的速度,这就给立法介入以催化、引导与加速私法自生自发的进程提出了要求。哈耶克也承认,现代社会秩序中,有必要组织一种能够使自生自发秩序发挥更大作用所必需的架构,<sup>[38]</sup>立法正是旨在建立这种架构。另外,法典编纂还担负政治任务,即抑制和整合中世纪以来社会中代表各分众阶层利益的多元法律创制渠道,消灭商法等亚社会传统法源的独立地位,并降格为制定法层面的补充型特别私法,解散多元社会中通过法源民主制衡顶层立法权力核心的力量。<sup>[39]</sup>

近代私法理论体系的飞速发展,例如潘德克顿体系的确立,使制定法拥有了前所未有的建构唯理主义的践行力,实现了私法形式上的统一,在制定法优位时代,完成了民法典作为一般私法的最终进化。立法取代司法成为法律创制的权威中心,非制定法(习惯、判例)被降格为经由制定法获得法律效力的次等法源。法源的古典观念被遮蔽,法源作为法创制机制的工具意

[35] 同上注,第16—32页。

[36] (英)弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》第1卷,邓正来译,中国大百科全书出版社2000年版,邓正来代译序,第14页。

[37] 同上注,第19、36—37页。

[38] 哈耶克,见前注[36],第25页。

[39] 参见张力:“民法转型的法源缺陷:形式化、制定法优位及其校正”,《法学研究》2014年第2期,第73—92页。



义随之衰落。<sup>[40]</sup> 于是,才有哈耶克对私法法源封闭导致的低水准立法的批评——大陆法系国家均存在将国家顶层设计刻意安排嵌入私人秩序的意图,其人为设计部分只具有该秩序的创造者所能审视和把握的较低复杂程度。<sup>[41]</sup>

在当代,高度理性化的立法进程被规范多元主义所替代。治理模式呈现出多层次与多中心,立法机构、司法机构、行政机构以及相关社会机构都在以某种方式制造不同表现形式的规范,法典对法源的专属性控制已不再可能,具有典型与示范意义的是商法,其发展越来越明显地呈现出回归商人职业法的趋势。<sup>[42]</sup> 当代各法源的竞争是实质性的,不仅在形式上集合作为裁判依据的所有规范,更成为各规范间竞争与妥协的平台,为各种社会力量间博弈的正当化提供了法治框架。

### (三)法源的开放及其与民法方法论的分工

在法律实证主义观念下,法典是成文法的最佳形式,私法法源形式上只有民法典,习惯法或惯例从属于成文法,起次要作用。<sup>[43]</sup> 以民法典为中心建立的所谓“封闭完美的私法体系”,很快在变幻莫测的社会现实生活面前捉襟见肘,文本与现实发生了断裂。因此,正如进化论理性主义所预言的,法典时刻面临着因社会演进变革而滞后过时的风险,为了满足社会生活的需求,法源必须保持开放。

裁判过程是“从法源到个案正义”的推进,因此裁判本身必然涉及到法学方法问题——一切文本均须经解释始得理解;规范出现漏洞时基于民商事领域“法官不得拒绝裁判”的原则,又给法官施加了法律漏洞填补与法律续造的任务。对不同类型法源的识别、排序和选择,皆体现了法学方法的运用。<sup>[44]</sup> 法官在个案中不得拒绝裁判以及法律解释、漏洞填补、法律续造等法学方法的运用,皆以法源的开放为前提。

从利益法学到评价法学,法学家们围绕着立法者与司法者的权力分立及平衡,针对立法中的评价因素、法官断案时的裁判标准、传统的涵摄方法、法律解释、漏洞填补以及超越法律的法续造等问题,展开了方法论上的论辩,并逐渐形成主流的民法方法论。<sup>[45]</sup> 法官借助于裁判技术软化法律拘束,使裁判结果更符合实质正义和社会需求。目的论扩张和限缩、类比推理、基于一般原则的修正等法学方法应运而生。民法方法论指引下成熟起来的法教义学,很大程度上填补了抽象条文与现实生活的差距,发挥了强大的找法、补法、统法和正法功能。体系化的

[40] 同上注,第73—92页。

[41] 哈耶克,见前注[36],第57页。

[42] 近几十年来以《国际商事合同通则》和《欧洲合同法通则》为代表的国际贸易法形成了所谓“新商人习惯法”,鼓励基于商人结合的法律自助机制,须关注的是如何且在多大程度上将商人法复兴机制,从弱主权的国际商事环境下移植到强主权的国内法环境中。参见张力,见前注[39],第73—92页。

[43] (美)艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国法制出版社2005年版,第230页。

[44] 参见姚辉、段睿:“民法的法源与法学方法”,《法学杂志》2012年第7期,第58—67页。

[45] 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1—71页。

法教义学源于体系化的制定法(法典),也进一步强化了制定法的体系化(内在体系)。<sup>[46]</sup>

在民法方法论的视阈下,后法典化时代的私法法源逐渐走出法律实证主义的囹圄。各国在法典修订过程中,通过诸如基本原则、一般条款、不确定概念的设定等立法技术,维持了法源的开放性特征,不少国家为了强调法源保持开放对于整体法秩序之实现的重要性,在法典中直接规定了法源条款。

1907年颁布的《瑞士民法典》堪称法源条款的开山之作,第1条规定,“任何法律问题,凡依本法文字或其解释有相应规定者,一律适用本法。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。在前款情形,法院应遵从公认的学理和惯例。”<sup>[47]</sup>我国台湾地区“民法”第1条进行了类似规定:“民事,法律所未规定者,依习惯,无习惯者,依法理。”法源条款的规范目的旨在维持民法体系的开放性,通过接纳习惯以及法理这些“未阐明的规则”,在现代官僚立法体制下保留了自生自发秩序的进化空间和多元法律创制渠道。法源条款所不及的找法问题,则属于民法方法论的核心内容,<sup>[48]</sup>以此协调了法源理论与民法方法论之间的分工。

### 三、私法史样本:罗马多元法源的内涵与兴衰

罗马法在很长一段时间内,并没有形成一元化和确定性的法源观念,也不存在垄断立法权的立法者。“法是主权者的命令”这种规范观念与近代以来的国家立法主义、实证法学以及法典编纂相联系,把法看作是自上而下颁布的规范体系,目的是将市民生活置于国家的管制和监护之下。而在罗马人的观念中,法不过是纠纷解决方案,可以并存多元法源以及复数的规范创制者。法规范的多元导致规范之间的竞争,保证了法创制和适用的自由及民主。后古典法之前,罗马公共立法活动很少介入私法领域,私法的效力依据不是来自立法者以制裁为背景的权威,而是源自规范内容的实质合理性。<sup>[49]</sup>在罗马一千七百多年的历史进程中,重要的法源类型包括古老习俗、市民法与万民法、裁判官法、民决的制定法、元老院决议、法学家解答、法学学说、君主谕令等多种形式,<sup>[50]</sup>在罗马法的不同阶段,旧法源逐渐衰亡、新法源依次兴起,此起彼伏、动态演进。罗马私法如何从多元法源衰退到优士丁尼时期法典编纂的唯一法源形式?下文便针对这一私法史上的经典样本,展示私法多元法源的内涵与兴衰。

#### (一)远古时期

罗马建城之前唯一的法源是未成文化的“古老习俗”(mores)。建城之时与城邦并立的政

[46] 参见苏永钦:“司法如何造法”,2017年5月31日于中德私法研究会上的发言。

[47] 译文参见《瑞士民法典》,戴永盛译,中国政法大学出版社2016年版,第1页。

[48] 苏永钦,见前注[16],第22页。

[49] 参见薛军:“罗马学派与罗马法研究范式的转变”,载赵海峰、金邦贵主编:《欧洲法通讯》(第四辑),法律出版社2003年版,第321—333页。

[50] *Gai.*1,2; *D.*1,1,7; *I.*1,2,3.

治组织包括罗马家庭、氏族、部落等大小共同体。城邦权力孱弱,无力染指调整私人纠纷。罗马家庭又被称之为“自有法家庭”(familia proprio iure),作为一种政治组织自己解决内部纠纷,家父拥有的“家父权”(patria potestas)是调整家庭内部成员关系的基础,只受古老习俗限制。<sup>[51]</sup>早期的“法”(ius),作为一种自发的、跨家庭的习俗性秩序,并非起源于城邦,而是立足于大大小小的市民共同体中,又被称为“奎利蒂法”(ius Quiritium)。ius与mores相对应,承认家庭以及家父的权力,这一时期的“法”就是“家父之间的法”。<sup>[52]</sup>

城邦逐渐发展壮大,瓦解了与之竞争的其他大小共同体,古老习俗逐渐上升为“法”(ius),且与城邦通过相互干预、混合和发展趋向于统一,形成了“市民法”(ius civile)。<sup>[53]</sup>随着城邦开始行使司法权,出现了“法律诉讼”(legis actiones),市民法也表现为“城邦自己的法”(ius proprium civitatis),<sup>[54]</sup>在这一阶段,罗马并未出现立法机构,市民法只有古老习俗这一载体,拘束力来自经久长行的历史传统的权威性,内容本身得到人民的普遍确信。

随着罗马政制从王政走向共和,公元前450年,“十人立法委员会”将城邦古老习俗收集编纂而成“十二表法”(lex Duodecim Tabularum)。<sup>[55]</sup>十二表法是对既存的“法”(ius)的确认和接纳,标志城邦开始通过立法活动介入“法”的领域,第一次实现了法的成文化。<sup>[56]</sup>从今人的标准来看,十二表法远非真正的法典,只能看作是法典化思想的开端。

## (二)形成时期

公元前二世纪到公元一世纪为罗马共和国中后期和元首制初期,对应于罗马法的形成时期。这一阶段罗马从一个农业城邦扩张为地中海领域最强大的商业国家,社会经济的发展需求造就了“万民法”“裁判官法”等具备法官造法特征的法源类型;共和政体中享有立法权的机构催生了“民决法”以及“平民会决议”等具备制定法特征的法源;法学家团体开始涌现,创设了“法学家解答”这一具有学说特征的法源。

早期的“市民法”(ius civile)只能在罗马市民中适用。外邦人在市民法上不享有任何权利也不承担义务,例外情形是拉丁同盟的成员依跟罗马之间的条约享有一定的通商权及通婚权。

[51] See Vincenzo Arangio-Ruiz, *Storia del Diritto Romano*, Napoli, 2003, p.55; Feliciano Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Napoli, 2006, p.60.

[52] (意)朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社2009年版,第72页。

[53] Mario Talamanca, *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, Milano, 1989, p.29.

[54] 市民法最初只是特指来自特定共同体的法,并在与其他城邦的法相对的意义上使用;较晚时期,才开始将市民法作为适用于共同体中的私人之间的私法规范的一个组成部分,与裁判官法等相对立。参见(意)阿尔多·贝特鲁奇:“从市民法到民法”,薛军译,载氏著《罗马法与拉丁法族》,徐国栋编,中国政法大学出版社2014年版,第27页。

[55] D.1,2,2,4. Cfr. Pietro de Francisci, *Sintesi storica del Diritto Romano*, Roma, 1968, p.91-94; 参见(意)弗朗切斯科·德·马尔蒂诺:《罗马政制史》(第一卷),薛军译,北京大学出版社2009年版,第221-233页。

[56] Cfr. Mario Talamanca, *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, Milano, 1989, p.100; 格罗索,见前注[52],第58,75页。

随着城邦对外商业贸易日渐频繁,外邦人被当作无权利者对待的做法在实践中无法持续,于是罗马人通过外事裁判官和行省总督的告示,在市民法一侧建立起一套“万民法”(ius gentium)规则,用于调整罗马市民与外邦人、以及外邦人之间的私法关系。〔57〕万民法受到希腊思想影响,减少了市民法中大量严格的形式主义要求,强调“信义”。〔58〕“实践性意义”上的万民法,把国际交易惯例转化为罗马法的具体规范,又被视为“罗马和外邦共同的法”或“商业的法”。〔59〕

万民法的主要载体是外事裁判官颁发的告示。依罗马政制,由享有治权和司法权的高级民选官员——主要指内事裁判官(praetor urbanus)与外事裁判官(praetor peregrinus)——向人民发布命令,被称为“裁判官法”(ius praetorium)或“荣誉法”(ius honorarium)。司法权的制度性权威使裁判官法产生拘束力,它与市民法彼此互补而不相互取代。〔60〕裁判官法不能直接修改市民法,通过告示给当事人提供某种程序性的救济措施,如授予一方诉权或者否定一方诉权,在个案中达成公正结果。〔61〕马尔其安评价,裁判官法是市民法的生动体现。〔62〕

裁判官告示的有效期只有一年,与裁判官任期相同。理论上,后任裁判官在颁行告示时可修改前任裁判官告示的内容,而实践中,由于告示代表着内容合理的司法实践经验,通常不加修改地被后任裁判官继续采用并发布,以此方式积累流传下来的裁判官规范体系被称为“沿袭告示”(edictum translativum)。〔63〕沿袭告示是一种开放式法源,没有僵硬的体系结构掣肘,致力于年复一年对实体内容的持续修正,回应了罗马社会经济结构的不断变化,促使罗马私法持续进化。裁判官告示作为法源具有双重特性,一方面,告示的规范拘束力来自裁判官享有的司法权这一制度性权威理由;另一方面,告示因内容本身的公正合理,成为裁判的实质理由。

〔57〕 D.1.1.1.9; I.1.2.2. Cfr. Mario Talamanca, *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, Milano, 1989, p.132.

〔58〕 (意)弗朗切斯科·德·马尔蒂诺:《罗马政制史》(第二卷),薛军译,北京大学出版社2014年版,第57页。

〔59〕 万民法的含义在1200多年漫长的罗马法史上不断演变,有至少7种含义——使节法、普通法、世俗法之主要部分、自然法、有利于外邦人的法、地方法、道德法等,都包含“涉外”的因素。另外,“理论意义”上的万民法源自于希腊哲学理论,如西塞罗把万民法与自然法相等同,作为所有民族共同的法,与市民法相对立,后者是某个共同体(城邦)自己的法。乌尔比安还采纳了“自然法—万民法—市民法”三分法,把万民法视为全体人类使用的法。参见徐国栋:“万民法诸含义的展开——古典时期罗马帝国的现实与理想”,《社会科学》2005年第9期,第91—99页。

〔60〕 D.1.1.7.1.帕比尼安说,裁判官法是裁判官为了公共利益,为了帮助、填补、纠正市民法而引进的法。

〔61〕 裁判官并不给予当事人某种权利,只有法律可以这样做,但他可以给当事人提供救济,一旦有了救济,不言而喻就有了权利。

〔62〕 D.1.1.8. cfr. Vincenzo Arangio-Ruiz, *Storia del Diritto Romano*, Napoli, 2003, p.166.

〔63〕 公元前67年 *lex Cornelia* 法案禁止裁判官违反沿袭告示。参见(英)乔洛维茨、巴里·尼古拉斯:《罗马法研究历史导论》,薛军译,商务印书馆2013年版,第128页;马尔蒂诺,见前注〔58〕,第198页;薛军:“民法典编纂与法官造法:罗马法的经验与启示”,《法学杂志》2015年第6期,第24—28页;Cfr. Pietro de Francisci, *Sintesi storica del Diritto Romano*, Roma, 1968, p.238—247.



罗马共和国时期有立法权的机构,如百人团大会、部落大会等,颁布了一系列“制定法”(lex)。根据十二表法(Tab.XII.5)中的人民自主立法原则,制定法由享有治权的官员提案,百人团会议或部落会议表决通过,又称为“民决法”(leges rogatae)。<sup>[64]</sup>由平民组成的平民会议上通过的“平民会决议”(Plebiscitum)仅约束平民阶层,自公元前286年“霍尔腾西法”(lex Hortensia)之后,平民会决议对全体罗马市民具有约束力,被纳入lex的范畴。Lex倚仗立法机构享有制度性权威,在整个共和国时期被认为是创制客观法的唯一方式。<sup>[65]</sup>

除了十二表法外,制定法在罗马共和国时期没有成为创制私法规范的重要工具。彼时的立法活动通常只涉及公法领域,并非富有成效的私法法源。<sup>[66]</sup>在罗马人根深蒂固的观念里,私法不适合通过立法者意志干预。裁判中面临的私法问题,早期求助于祭司,尔后求教于法学家解答。以习惯形式存在的“法”(ius)与“制定法”(lex)在不同层面发挥作用;后者旨在提升前者的确定性,对前者可补充完善但无权废除或修改,只能通过诉讼或抗辩手段抵消前者的效力。<sup>[67]</sup>

### (三)古典法时期

公元二世纪至四世纪为罗马古典法阶段。这一时期政体上进一步集权,民众会议作为立法机构被废弃,代表共和体制的民决法消失了。为了与立法权日益集中的政治现实相吻合,生成“元老院决议”与“君主谕令”两种新的法源类型。伴随着法学家对各法源的研究和著述活动,原有法源中的市民法、万民法和裁判官法逐渐融合,被更宽泛而统一的“罗马法”(ius romanum)概念所包容,为公元六世纪优士丁尼的法典编纂奠定了基础。<sup>[68]</sup>

哈德良皇帝指派法学家赛尔维·尤里安在公元130年进行“永久告示”(edictum perpetuum)的编纂活动,取代了开放而具有自我更新能力的沿袭告示,奠定了裁判官告示的最终形态,只有君主敕令或元老院决议才可加以修正。永久告示之颁布,标志着裁判官法这种创新型法源消失了。

共和国时期,元老院尚不能制定直接约束公民的一般性抽象规则。<sup>[69]</sup>元老院的权力主要集中在祭祀、财政经济、军事制度和战争、国际关系、行省制度、土地分配、殖民地建立等方

[64] 马尔蒂诺,见前注[55],第341页;乔洛维茨等,见前注[63],第112页。

[65] 帕比尼安(D.1,3,1.)对lex定义是:法律是整个共和国民众间的共同协议。体现了罗马人法律观念中浓厚的契约论色彩,这一观念对后世欧洲的法律观产生深远影响。Cfr. Vincenzo Arangio-Ruiz, *Storia del Diritto Romano*, Napoli, 2003, p.133. 格罗索,见前注[52],第144页。

[66] 历史上也有一些对私法制度影响甚巨的制定法,如规制契约外责任的“阿奎流斯法”(Lex Aquilia)、减轻债务人人身性和严厉性的“博埃腾法”(lex Poetelia)等。乔洛维茨等,见前注[63],第113页。

[67] Feliciano Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Napoli, 2006, p.469; 格罗索,见前注[52],第81页。

[68] 参见格罗索,见前注[52],第180页。

[69] 参见格罗索,见前注[52],第259页;Cfr. Pietro de Francisci, *Sintesi storica del Diritto Romano*, Roma, 1968, p.337.

面,多与私法问题无涉。<sup>[70]</sup>公元前287年霍尔腾西法之前,元老院仅通过批准平民会决议的方式参与立法进程;“元老院决议”(senatus consulta)的约束力更多是政治性的,可约束官员,但对私人不具有直接规范效力。<sup>[71]</sup>

元首制时期,政治架构的两大支柱变为君主与元老院,元老院取代民众会议成为政体中的共和制因素。在私法领域,元老院承继了民众会议这一制度性权威,开始以元老院决议形式颁布抽象规则。<sup>[72]</sup>君主很快对元老院施加了更深的政治控制,公元二世纪末出现了“元老院中的君主诏书”,元老院扮演着君主意图传声筒的傀儡作用,元老院决议不再具备独立的法源地位。

“君主谕令”(constitutio principis)是整个帝国时期最重要的法源,君主发布的命令具有规范拘束力,源于皇权这一制度性权威理由。“君主决定之具有法律效力,因为人民通过有关君主治权的王权法,把自己的一切治权和支配权授予了他。”<sup>[73]</sup>名义上,人民主权的基础并未改变,事实上,君主对现行法的介入日渐公开和频繁,由于无人能够质疑,这些干涉手段逐渐被认为具有了法源的约束力,被当成国家最高权力的表达。

君主谕令有多种类型:敕谕(edicta)和敕训(mandata)属于一般性抽象规则,敕谕针对全体臣民,敕训针对官员;敕裁(decretal)、敕函(epistulae)与敕答(rescripta)分别指君主直接行使司法管辖权所发布的判决、指示官员在具体案件中的裁断、针对私人提问的法律解答。帝国晚期针对重要的行政事务还出现批注(adnotatio)与法律意见(pragmaticae sanctiones)两种新的谕令类型。<sup>[74]</sup>

#### (四)后古典法时期

公元四至五世纪处于后古典法阶段。随着专制君主制的全面确立,古典法阶段的多元法源全面衰亡这一时期唯一具有活力并持续生产规范的权威性法源是君主谕令。法学家为了处理君主谕令与古典罗马法之间的关系,通过著述将所有传统法源的规则内容统合成体系化的法学学说。<sup>[75]</sup>君主谕令(leges)与法学学说(iura)是后古典法时期仅存的两种法源,前者代表君主这一立法者制定的客观法规范;后者代表将社会结构本身用习惯等法律术语和结构加以表达的有机体系。<sup>[76]</sup>

法学家在罗马法整个发展过程中一直发挥着巨大作用。共和时期与元首制时期,裁判官

[70] Vincenzo Arangio-Ruiz, *Storia del Diritto Romano*, Napoli, 2003, p.237.

[71] 参见马尔蒂诺,见前注[55],第358—359页。

[72] 第一个不经裁判官介入直接对法律产生影响的元老院决议是哈德良时期的《德尔图良元老院决议》。规定子女未留遗嘱死亡的,母亲某些情况下有市民法上继承权。乔洛维茨等,见前注[63],第468页。

[73] *Gai.*1.1.5; *I.*1.2.6; *D.*1.4.1pr.格罗索,见前注[52],第262页。

[74] 参见(意)奥利维耶罗·迪里贝尔多:“法典编纂时代:君主制时期法的渊源”,黄美玲译,载徐涤宇主编:《罗马法与共同法》(第四辑),法律出版社2014年版,第51页;Cfr. Pietro de Francisci, *Sintesi storica del Diritto Romano*, Roma, 1968, p.339—345.

[75] Vincenzo Arangio-Ruiz, *Storia del Diritto Romano*, Napoli, 2003, p.353.

[76] 格罗索,见前注[52],第299页。

与承审员常常向法学家就个案咨询法律建议,使得“法学家解答”(interpretatio prudentium)成为以优质内容取胜的法源,同时因法学家的尊贵出身、历史传统和任职经历等因素享有权威。法学家还持续通过法律评注和编纂活动,将各种类型的法源整合为一个有机整体,催生出系统化的法学学说。<sup>[77]</sup>在共和国早期,法学家的主要研究对象是市民法,最有代表性的是穆齐与萨宾的市民法评注作品,奠定了后世法律体系的基础。<sup>[78]</sup>裁判官法成熟之后,法学家的研究重心转向裁判官告示,保罗和乌尔比安都曾撰写数卷本的告示评注。法学家的作品类型还包括针对个案的决疑、具体制度的专著、整合所有法源的教科书。从奥古斯都时期到公元三世纪中期,法学家活动勃兴,形成萨宾学派、普罗库罗斯学派等著名流派,这一时期也被冠以“古典”之名。<sup>[79]</sup>

元首制时期,“法学家解答”作为法源的基础发生了变化。“经君主批准的解答权”制度由奥古斯都引入,提比略发展,在哈德良批复中得以确认,君主通过授予部分法学家解答权的方式,对法学家阶层施加控制。拥有解答权的法学家意见才具有规范拘束力,若两位法学家观点冲突,法官可自由选择。<sup>[80]</sup>君主制时期,解答权不再被授予,具有“贵族特色”的法学家阶层逐渐被纳入君主顾问委员会,成为帝国行政官僚体系的一部分。作为法源的法学家解答彻底僵化的标志是狄奥多西二世颁布的《引证法》(lex citandi),帕比尼安、保罗、乌尔比安、莫德斯丁和盖尤斯五大法学家的著述被指定为权威学说,在个案中,如各权威学说意见不一,按多数权威意见裁判;如两种意见的法学家人数相等,以帕比尼安的意见为准;在两种意见的人数二对二且帕比尼安未表态时,法官可自由裁量。对法学家的学说如此机械处理,表明彼时的司法水准已经严重退化。<sup>[81]</sup>法学家学说的法源基础,从高水准的实质理由,转变为《引证法》赋予的制度性权威理由。

### (五) 法典编纂时期

卡拉卡拉告示促使罗马法扩展到各东方行省,当地的民众法对罗马法产生了致命的反作用和污染,由此导致的法律庸俗化使得法学水准急剧退化,古典法时期精细的法学学说很难被掌握和运用;帝国时期作为主要法源的君主谕令,也因日益庞大芜杂而难以查阅使用。为了提升法的确定性与法官的裁判效率,官方开始针对君主谕令与法学学说进行整理、精简和汇编,由此进入法典与学说的编纂时期,法典日渐成为唯一的法源类型。

非官方的法典汇编的代表性成果有公元291年的《格雷高利法典》(Codice Gregoriano)和

[77] (意)桑德罗·斯奇巴尼:“法学家:法的创立者”,薛军译,载氏著《桑德罗·斯奇巴尼教授文集》,中国政法大学出版社2010年版,第72页。

[78] D.1,2,2,41; D.1,2,2,48.参见格罗索,见前注[52],第196—197页。

[79] Mario Talamana, *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, Milano, 1989, p.604.

[80] *Gai.*1,7; D.1,2,2,49—50; I.1,2,8.格罗索,见前注[52],第257—259页;乔洛维茨等,见前注[63],第463页。

[81] *CTh.*1,4,3.格罗索,见前注[52],第301页;迪里贝尔多,见前注[74],第55页;Cfr. Pietro de Francisci, *Sintesi storica del Diritto Romano*, Roma, 1968, p.559.

公元 295 年的《赫尔莫杰尼法典》(*Codex Hermogenianus*)。这是史上最早以“法典”(codex)这一术语来定义一组规范性文件的汇集。公元 438 年的《狄奥多西法典》(*Codex Theodosianus*)是第一部官方的法典作品,该法典在东西罗马帝国一直适用,直到优士丁尼法典诞生才在东罗马帝国丧失效力。以此为蓝本,西罗马帝国还诞生了一批日耳曼国王编纂而成的“罗马—蛮族法典”。<sup>[82]</sup>

《狄奥多西法典》深刻改变了法学理论(*iura*)与君主敕令(*leges*)的关系。法典是君主权力的载体,效力不是源于历朝谕令,而是源于法典本身。狄奥多西二世排除了君士坦丁之前的历朝谕令,对入典的谕令内容进行了删改,只有收录在法典中的谕令才能在个案中适用,法典是唯一正确答案,也是唯一的法源,由此确立了 *lex* 相对于 *ius* 的至高权威性。<sup>[83]</sup>

罗马法典化作品的集大成者是优士丁尼主持编纂的《民法大全》(*Corpus iuris civilis*)。《民法大全》包括《优士丁尼法典》《学说汇纂》《法学阶梯》和《新律》四个部分,其中 12 卷的《优士丁尼法典》(*Codex Iustinianus*)取代了前述三部法典,从三部法典中采集仍生效的谕令、补充尔后颁布的谕令,并进行系统编排、安置和精简。共计 50 卷本的《学说汇纂》(*Digesta seu Pandectae*)则完成了对古典法学家作品即法学学说的全面整理,废除了《引证法》,承认所有法学家具有同等的地位,对法学家作品进行了增补、删改等“添加”。《法学阶梯》(*Institutiones Iustiniani*)则是为法学教育编写的教科书。

优士丁尼试图通过《学说汇纂》专断而一劳永逸地解决古典法学家之间的学说争议,把罗马法长期实践中的“不确定法”(*ius incertum*)变成确定的法,学说从君主权中获得了合法性。但学说与立法的互动并未因为优士丁尼的法典编纂而终止,*lex* 需要法学家的解释、补充和教义学建构,这个过程被称为 *lex* 的 *ius* 化;而法学家学说的周期性固化便体现为法典编纂与修订,这个过程被称为 *ius* 的 *lex* 化,<sup>[84]</sup>两个过程螺旋型上升,共同推动着法的发展。

在法典编纂技术上,《学说汇纂》是典型的“法律汇编”(consolidation),虽然将庞大的 *iura* 进行了高程度的压缩和剪辑,但其追求的首要目标仍是“内容完整性”而非“内容体系性”。相比之下,《法学阶梯》更符合现代意义的“法典编纂”(codification),其结构是高度体系化的,法典与教科书的趋同,是自优士丁尼以来大陆法系的伟大传统。这样的法典同时服务于两个目标:一是提供法的信息,二是将这种信息以一定的形式加以编排,使之成为普通人可以接近的法常识。<sup>[85]</sup>

[82] 迪里贝尔多,见前注[74],第 58—59 页;Cfr. Pietro de Francisci, *Sintesi storica del Diritto Romano*, Roma, 1968, p.570.

[83] 参见肖俊:“《狄奥多西法典》与罗马晚期的法学困境”,《华东政法大学学报》2016 年第 6 期,第 24—36 页。

[84] 参见薛军:“优士丁尼法典编纂中法典的概念”,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》(第二卷),中国法制出版社 2001 年版,第 113—117 页。

[85] 参见同上注,第 113—117 页。



图一 罗马私法多元法源兴衰史

阶段	法源类型	主要特质
远古时期	古老习俗 <i>mores</i>	罗马建城之前的唯一法源
	市民法 <i>ius civile</i>	以自发秩序的习惯为载体
	十二表法 <i>lex Duodecim Tabularum</i>	罗马的传统习惯第一次成文化
形成时期	市民法 <i>ius civile</i>	对古老习俗的承继,非成文形式
	万民法 <i>ius gentium</i>	外事裁判官调整外邦人参与的商业纠纷
	裁判官法 <i>ius praetorium</i>	裁判官告示,发展为持续更新的沿袭告示
	民决法(平民会决议) <i>lex (Plebiscitum)</i>	立法机构颁布的制定法,未成为创制私法的重要工具。随着民众会议被废弃而消亡
	法学家解答 <i>interpretatio prudentium</i>	对个案的法律建议,促进裁判官法发展
古典时期	罗马市民法 <i>ius romanus</i>	法学家对市民法、万民法、裁判官法的整合,裁判官法随永久告示编纂而消亡
	元老院决议 <i>senatus consulta</i>	政治性大于法律性,成为君主的工具
	君主谕令 <i>constitutio principis</i>	以皇权这一制度性权威为基础,包括敕谕、敕训、敕答、敕裁等形式
	法学家解答 <i>interpretatio prudentium</i>	经君主批准的解答权的出现,使其权威基础从实质理由转变为权威理由。后因《引证法》出现而消亡
后古典时期	君主谕令 <i>leges</i>	君主制时期唯一具活力并持续生产规范的权威性法源
	法学学说 <i>iura</i>	法学家统合谕令之外所有法源整理而成
法典编纂时期	狄奥多西法典 <i>Codex Theodosianus</i>	第一部官方编纂的法典
	优士丁尼法典 <i>Codex Iustinianus</i>	君主谕令的最终形式
	学说汇纂 <i>Digesta</i>	对古典法学家作品的全面编纂
	法学阶梯 <i>Institutiones Iustiniani</i>	针对法学教育的体系化教科书

## 四、中国问题:《民法总则》第10条的理论构造与司法适用

### (一)法源条款中“法律”的内涵

《民法总则》第10条把“法律”作为第一位阶的法源。该条的“法律”应采广义,指代所有具有制度性权威的规范性文件类型。<sup>[86]</sup> 一般认为,其范围除了《民法总则》之外,包括涉及民事

[86] 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》,北京大学出版社2017年版,第23页。

权利义务关系的特别法、单行法、<sup>〔87〕</sup>行政法规、地方性法规、法律解释、司法解释、部门规章、地方政府规章等。最高人民法院 2009 年颁布的《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》，将“法律”区分为作为“裁判依据”的规范法源与作为“裁判理由”的准规范法源，差别在于是否可以直接充当裁判主文的依据。该规定虽然性质上属于司法解释，但在我国司法实践中具有法源指示作用。

规范法源与准规范法源的法源性质，皆依托于广义的“造法”这一制度性权威；但法源分量有别，规范法源具有强规范拘束力，法官负遵循义务，准规范法源仅具有弱规范拘束力，法官负参酌义务以及不采用时的论辩义务。<sup>〔88〕</sup>从规范法源到准规范法源，法官运用实质理由偏离规范这一权威理由的难度相应降低。

规范法源作为裁判依据，范围由《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》第 4 条予以限定，包含法律、<sup>〔89〕</sup>法律解释、司法解释、行政法规和地方性法规，在行政法规与地方性法规产生冲突时，根据《立法法》第 88 条的规定，行政法规的效力位阶高于地方性法规，体现了上位法优于下位法的原则。民法某些特殊领域进一步限缩了规范法源的范围，如地方性法规和行政规章不得作为判断合同效力的裁判依据；行政法规和地方性法规不得创设新的物权种类与内容。<sup>〔90〕</sup>

最高人民法院在我国并非单纯的司法机构，而是通过司法解释等工具，在一定程度上分享了部分规范创制权限。司法解释指最高人民法院、最高人民检察院针对审判工作具体应用法律的问题而颁布实施的规范性文件，作为具有本国特色的法源类型，<sup>〔91〕</sup>在效力位阶中相对独立。《人民法院组织法》、全国人大常委会“关于加强法律解释工作的决议”等间接认可了最高人民法院及其审判委员会的法律解释权，<sup>〔92〕</sup>2015 年修正的《立法法》新增第 104 条，正式将司法解释纳入《立法法》的规制范围，明确“除最高人民法院、最高人民检察院以外的审判机关和检察机关，不得作出上述解释”，要求司法解释“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”，这就坐实了司法解释作为“准立法”的法源性质。但并非所有类型的司法解释皆可作为法源，2007 年最高人民法院《关于司法解释工作的规定》第 6 条，将司法解释区分为“解释”“规定”“批复”和“决定”四种类型。其中“批复”主要针对审判工作中具体应用

〔87〕 《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。”该条承认了单行法与特别法的私法法源地位，且赋予其优先适用效力。

〔88〕 苏永钦，见前注〔16〕，第 8 页。

〔89〕 此处“法律”采狭义，专指由全国人大及其常委会制定的法律。

〔90〕 参见最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第 4 条、《物权法》第 5 条。

〔91〕 传统理论认为，法院创设一般性的规定的做法明显违反立法机关与司法机关的功能分配，仅于特殊情况下始能认可。拉伦茨，见前注〔45〕，第 305 页。

〔92〕 全国人民代表大会常务委员会“关于加强法律解释工作的决议”第 2 条规定，“凡属法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。”《人民法院组织法》第 33 条也规定，“最高人民法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题，进行解释。”

法律问题的请示,不具有一般抽象效力,不属于规范法源;其他三种司法解释均以一般性抽象规定的方式作出,为规范法源。

准规范法源作为裁判理由,范围由《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》第6条限定:部门规章、地方政府规章及其他政府规定等规范性文件,“根据审理案件的需要,经审查认定为合法有效的,可以作为裁判说理的依据。”准规范法源对法官不具有强规范拘束力,法官可自由裁量是否选择适用,适用时不得直接充当裁判主文的依据,只能用作裁判理由。

在法源性质问题上颇有争议的其他几种规范文件类型包括指导性案例、宪法规范与国家政策,下文依次展开分析。

大陆法系国家一般不以判例为法源,2010年最高人民法院《关于案例指导工作的规定》第7条却规定,“最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院审判类似案例时应当参照。”最高人民法院通过自我授权方式赋予指导性案例以制度性权威,意图通过指导性案例这一控制体制,解决庞大地域和复杂社会中“同案不同判”以及裁量差异过大的问题。指导性案例文本结构中的“裁判要点”是真正具有规范拘束力的部分,<sup>[93]</sup>超越了个案基础而具有更高的抽象性。有统计研究,截止2017年最高人民法院共发布了16批共计87个指导性案例,约半数为民事案例,其中80%以上指导性案例的裁判要点是对具体法律规范的狭义解释,另有部分涉及目的性扩张方法的漏洞填补。<sup>[94]</sup>可见指导性案例仍以法律规范为基础,本质上是一种法律适用的活动,未超出司法机关承载的制度性功能。

最高人民法院把指导性案例的法源效力定位为“应当参照”。“应当”二字表明,它在法源性质层面对法官具有规范拘束力;“参照”而非“遵照”则表明,它在法源分量层面只具有弱规范拘束力,法官可以基于实质理由偏离指导性案例的立场观点。<sup>[95]</sup>2015年最高人民法院《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第10条进一步明确了,“各级人民法院审理类似案件参照指导性案例的,应当将指导性案例作为裁判理由引述,但不作为裁判依据引用。”据此,指导性案例被归为准规范法源。

宪法的法源地位在学界一直备受争议,自2001年“齐玉苓案”以来,司法实践亦有反复。<sup>[96]</sup>2016年最高人民法院在《人民法院民事裁判文书制作规范》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。”由此明确了民事判决中不得直接援引宪法条文作为裁判依

[93] 指导性案例的文本结构由裁判要点、相关法条、基本案情、裁判结果和裁判理由五部分构成,后三个部分是直接从各该案件的判决书中摘取出来的事实、结论与理由,相关法条是案件涉及的主要法条。

[94] 参见雷磊,见前注[6],第280—281页。

[95] 影响指导性案例法源分量的因素包括:政治、经济或社会背景的变迁;指导性案例的存在时间;相关领域的法律制度变迁;对指导性案例的学术批评等。雷磊,见前注[6],第288页。

[96] 最高人民法院针对“齐玉苓案”作出的法释(2001)25号批复被最高人民法院法释(2008)15号决定所废止,宪法司法化的实践停下脚步。

据,但仍可将宪法规范作为裁判理由,以“间接效力说”的方式,通过民法方法论中的“合宪性解释”的法律解释方法,对现行规范的适用产生影响,一定程度上成为了实质理由的一种。据此本文认为,宪法是准规范法源。

《民法总则》法源条款删除了《民法通则》第6条中的“国家政策”,意味着国家政策在未来的民法典中丧失规范法源地位。<sup>[97]</sup>《民法通则》把国家政策列为法源,符合彼时规范供给极度匮乏的特殊历史背景,但在理论上颇受学者诟病。<sup>[98]</sup>有学者认为,国家政策作为法源的程度,与法制健全程度呈负相关关系。<sup>[99]</sup>但必须承认,无论是否把国家政策写入法源条款,国家政策仍然会持续影响诸多领域的法律适用,例如物权法中的征收征用、土地承包经营权、宅基地使用权、小产权房等问题,婚姻家庭继承法中的军婚、子女生育、特殊财产利益继承等问题,相关领域的国家政策仍有无法忽略的指导意义。<sup>[100]</sup>据此本文认为,国家政策是准规范法源,可以作为裁判理由得到适用。

综上所述,《民法总则》第10条中的“法律”为广义,指所有具有制度性权威的规范性文件。最高人民法院将“法律”分为规范法源与准规范法源两大谱系,前者作为裁判依据,后者仅作为裁判理由,参见图二。

图二 法源条款中的“法律”

效力分量	规范形式	适用方式	法官义务
规范法源 裁判依据	法律、法律解释、司法解释	应当适用	遵循义务
	行政法规、地方性法规等	可以直接适用	
准规范法源 裁判理由	部门规章、地方政府规章、其他政府规定	经审查认定合法有效的可作为裁判说理依据	参酌义务 不采用时的论辩义务
	指导性案例	应当参照/应作为裁判理由引述	
	宪法规范	体现的原则精神可在说理部分阐述	需符合“合宪性解释”
	国家政策	实践中影响法适用	起事实性权威作用

[97] 本文暂不探讨《民法总则》与《民法通则》的适用关系问题。

[98] 参见张红:“论国家政策作为民法法源”,《中国社会科学》2015年第12期,第137—141页;李敏:“民法上国家政策之反思——兼论《民法通则》第6条之存废”,《法律科学》2015年第3期,第106—109页;刘颖:“论民法中的国家政策——以《民法通则》第6条为中心”,《华东政法大学学报》2014年第6期,第90—92页;齐恩平:“‘民事政策’的困境与反思”,《中国法学》2009年第2期,第73—76页。

[99] 朱庆育,见前注[4],第42页。

[100] 石佳友,见前注[3],第17页。



## (二)基本原则的法源地位与司法适用

《民法总则》第一章“基本规定”中第4条至第9条,明文规定了平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则、公序良俗原则、绿色原则此六项基本原则。不少国家的民法典以及国际示范法中,基本原则被明确采纳为民法法源。<sup>[101]</sup>有学者认为,成文法明文规定的基本原则可以被法官援引和直接适用,这是我国民法的一项重要特色与优势。<sup>[102]</sup>这一问题的实质关涉到法理学上的基本概念——法律规范是什么?

若作宽泛理解,法律规范可分为规则与原则两种类型。其中构成“完全法条”的规则需具备具体的构成要件与法律后果;规则之外,凡构成实在法规范的基础或“镶嵌”于其中的基本理念为原则。原则并非源于立法决定,而是源于相当长时间内形成的一种公共正当意识。<sup>[103]</sup>法实证主义者如哈特,也在规则之外承认了最低限度的自然法及其开放性结构。<sup>[104]</sup>科尔曼的包容性法律实证主义,直接认可了规范既包括规则也包含原则。<sup>[105]</sup>德沃金、阿列克西等学者还对规则与原则作了实质区分,规则属于“全有或全无命题”(all-or-nothing)与“实际应然”(real ought),具有“确定性特征”(definite character);而原则作为“理想应然”(ideal ought),具有“初显特征”(prima facie),只能以或多或少的程度被实现,个案中需进行重要性判断或分量衡量。<sup>[106]</sup>

法源性质上,基本原则被明文规定在各权威机关颁布的“法律”文本中,属于制度性权威并具有规范拘束力;同时由于原则多属于“道德的成文化”和公共正当意识,在法律论证过程中往往也作为实质理由,证成裁判的合理性。因此,基本原则作为法源具有权威理由与实质理由的双重特性。法源分量上,基本原则有很强的抽象性,在穷尽规则以及具体化为裁判依据之前,逻辑上无法将原则直接适用于个案,在适用顺序上劣后于规则。当法官试图排除或偏离某具体规则时,可以将基本原则作为实质理由而适用,达到正当裁判的目的。

基本原则在立法、司法及法学层面皆担当重要角色。于立法而言,立法者经由原则不断生成新的规则,并对规则的正当性进行证成;于司法而言,原则一定程度上弥补了规则漏洞,通过漏洞填补与法律续造等法学方法,可以把原则具化为个案中的裁判依据;于法学而言,体现法之评价基准的原则形成开放性的内部体系,同概念、规则等法素材依形式逻辑建构的外在体系相对,保持法秩序的意义脉络与价值导向。<sup>[107]</sup>

[101] 例如《意大利民法典》第12条、《罗马尼亚民法典》第1条、《魁北克民法典》“序言”、《联合国国际货物销售合同公约》第7条、《国际商事合同通则》第1.6条等。

[102] 石佳友,见前注[3],第19页。

[103] (美)罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第62、143页。

[104] 参见哈特,见前注[28],第119—142页、第173—185页。

[105] 参见(美)朱尔斯·科尔曼:《原则的实践》,丁海俊译,法律出版社2006年版,第89—173页。

[106] 参见德沃金,见前注[103],第40—113页;拉伦茨,见前注[45],第349页。

[107] 参见拉伦茨,见前注[45],第9—11、353—362页。

原则作为规范的一种,应隶属于《民法总则》第10条的“法律”这一范畴。作为法源,原则在个案中的适用是核心难题。<sup>[108]</sup>原则与规则无冲突时,优先适用规则,是依法裁判的基本要求,无需赘述。通常在两种情况下适用原则:一为“开放漏洞”,在个案中穷尽了现有规则,仍无规则可用时,可将基本原则具体化为裁判依据。二为“隐藏漏洞”,在个案中严格适用规则会导致严重不公,且完全与某原则的立场精神相违,此时法官站在依法裁判的角度仍应适用规则,但也可以基于正当裁判的目的优先适用原则,相当于通过原则为规则创制了例外,法官需负相应证成义务,证明违反规则为正当。

无论是规则间的冲突,还是规则与原则的冲突,究其实质,皆体现为支撑各自规则的原则之间的冲突。阿列克西对此提出一套原则冲突的解决方案:<sup>[109]</sup>先在个案中找出实质原则P,及与P发生冲突的具体规则R所依据的实质原则Ps,再以个案中的优先条件为纽带,将相冲突的原则通过重要性或相对分量的比较(权衡法则)确立优先原则,并由优先原则创设出具体规则,把依据原则享有的“初显权利”转化为“确定权利”,以此作为裁判依据。

原则之间也存在价值秩序,例如人的生命、自由、人性尊严相较于财产法益,有较高的位阶,在原则冲突中应优先适用;如果冲突的原则之间并无固定的价值秩序,如意思自治与信赖责任,则如卡纳里斯所言,惟有通过彼此相互补充亦相互限制的交互作用,每一原则应向其他原则让步,直到两者都可得到“最佳的”实现,这一工作又必须借助法益衡量。<sup>[110]</sup>

### (三)习惯的法源属性与现实境况

《民法总则》把习惯列为法律之后第二位阶的法源。作为法源的习惯是如何形成的?纵观人类发展史,交往需要是习惯形成的全部理由,习惯是长期社会博弈的结果,正是基于交往和博弈,人们发现某种通常做法符合双方愿望。可以说,习惯是某群体或社会的低限度共识,共识的实现源于其内容的可遵守性。作为内生于社会的自控型秩序,人们遵守习惯,并非因习惯具有外在的法律约束力和强制力,而是基于社会的合作与交往,习惯为特定区域和行业的社会成员普遍认可,成为这些社会成员的共同法律信念,仅凭私人之间的监控和惩罚,习惯就能自我维持和扩展,甚至内化为自觉遵守的行为准则。<sup>[111]</sup>凯尔森言道,习惯法的创造,通过同一人一致和持续的行为的创造,事实上是一种民主的造法形式,以一种实在的虽是不自觉的自治为基础。<sup>[112]</sup>

习惯作为人们生活交往中实际遵守的行为规则,具体内容是预先明确的,为行为划定的界

[108] 参见彭诚信:“从法律原则到个案规范”,《法学研究》2014年第4期,第92—114页。

[109] 参见(德)罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊编译,中国法制出版社2012年版,第133页以下;(德)罗伯特·阿列克西:《法理性商谈:法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第211页以下;彭诚信,见前注[108],第92—114页。

[110] 参见拉伦茨,见前注[45],第47、349—350页。

[111] 彭中礼:“论习惯的法律渊源地位”,《甘肃政法学院学报》2012年第1期,第41页。

[112] 凯尔森,见前注[14],第342页。

限是清晰的。如果某一习惯并不具备行为规则的属性,则不应将其纳入法源范畴。<sup>[113]</sup>而且习惯既然被普遍认可,说明社会成员具有“承认、服从”这一规则的主观意识,换言之,以习惯处理民事纠纷,对各方不属于“事后立法”。<sup>[114]</sup>

在我国现行法范围内,除了《民法总则》第10条法源条款,共有24个条文提及习惯,其中19个条文提及“交易习惯”,2个条文提及“习惯”,各有1个条文提及“风俗习惯”“当地习惯”和“习惯做法”。<sup>[115]</sup>“交易习惯”属于商事习惯,而其他习惯属于民事习惯。

首先看民事习惯。尽管作为法源得到认可,但民事习惯在现代社会普遍空洞化,适用范围受到严格限制。主要原因在于:一方面,现代立法的调整对象日益庞杂,调整程度愈加详尽,传统由民事习惯调整的事项多被纳入法律直接规制的范畴,留给民事习惯适用的空间大大缩减;另一方面,现代社会变迁日新月异,传统习惯做法未必符合新时代普遍的情感和认知。<sup>[116]</sup>有学者便指出,若人们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,更适合作为获取法律解决方案的主宰。<sup>[117]</sup>

再看商事习惯。与民事习惯的普遍空洞化不同,商事习惯在现代社会呈现出旺盛的生命力。商事习惯不仅作为主体的裁判规范,也作为主体的行为规范,根源在于商事主体的自治性。商事习惯具体表现为行业性惯例即交易习惯以及现代商人习惯法。行业性惯例,是商人共同体在长期的商事活动实践中形成的通用性习惯规则,现代商人习惯法是在全球化发展中,由国际性官方或民间制定机构制定的国际公约、示范法以及国际商会等组织公布的文件资料等,典型如《跟单信用统一惯例》《国际贸易术语解释通则》等。<sup>[118]</sup>

习惯在我国司法审判中可以多种方式发挥作用,例如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等等。<sup>[119]</sup>习惯法与法官法紧密结合,由法官经由审判确认习惯的观点,实质是国家立法对于习惯的拣选确认。<sup>[120]</sup>例如当代德国,习惯法之形成一般需

[113] (德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),谢怀栻等译,法律出版社2003年版,第3页。

[114] 参见张新宝:《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第18—24页。

[115] 《民法总则》第140、142条,《合同法》第22、26、60、61、125、136、293、368条,《物权法》第85、116条,“合同法解释二”第7条,“物权法解释一”第17、19条,“买卖合同解释”第1、8、17、18条,“民间借贷解释”第3、16、25条,《全国人大常委会关于〈民法通则〉第99条第1款、〈婚姻法〉第22条的解释》(2014年)。详细梳理参见彭诚信:“论《民法总则》中习惯的司法适用”,《法学论坛》2017年第4期,第24—35页。

[116] 王利明:“论习惯作为民法渊源”,《法学杂志》2016年第11期,第3页。

[117] (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。

[118] 参见许中缘:“论商事习惯与我国民法典”,《交大法学》2017年第3期,第52、63—64页。

[119] 参见彭诚信,见前注[115],第24—35页。

[120] 参见吴从周:“试论判例作为民法第1条之习惯法”,载氏著:《法源理论与诉讼经济》,台湾元照出版公司2013年版,第81—85页;同上注,第24—35页。

要借助法官的法律续造,典型如债法现代化法之前的缔约过失与积极侵害债权等制度。<sup>[121]</sup>习惯法已经从原初的民俗习惯,转变为司法实践尤其是最高法院的长期判例,成为法典之外的重要法源。<sup>[122]</sup>在这层意义上,判例套用习惯法的身份,迂回获得渊源地位。

进行民法典编纂,在包括少数民族地区在内的全国范围内展开大规模的民事习惯调查,<sup>[123]</sup>了解和总结各地域、各行业、各民族以及各方面的风俗习惯,对重要且不违反公序良俗的习惯予以适当认可,有必要将成为法律的文化习惯编入法典,寻求法律与习惯两种法源的互动与分工。

#### (四)习惯还是习惯法?

“习惯”指习惯法还是单纯的习惯,历来颇有争论。有参考借鉴价值的是我国台湾地区“民法”第1条同样规定了“习惯”,我国台湾地区通说认为指习惯法,<sup>[124]</sup>部分学者认为指习惯,习惯法应包含于法源条款的“法律”范畴。<sup>[125]</sup>

习惯与习惯法如何区分?一般认为,习惯法是独立于制定法之外,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。<sup>[126]</sup>习惯法的构成需具备“法的确信”(opinio iuris)与“经久长行”(longa consuetudo)两个要件,<sup>[127]</sup>“法的确信”从应然层面强调了习惯法是共同体中占据主导地位的正确信念,此为习惯法的效力根据;“经久长行”则从实然层面强调习惯法通过历史传统的过滤和加持,成为一种权威理由。习惯作为某种社会交往规则,“经久长行”却未形成“法的确信”。“经久长行”通常包括时、空两种维度的要求,<sup>[128]</sup>例如“合同法司法解释二”第7条,首先从空间维度要求交易习惯是“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”;其次从时间维度要求是“当事人双方经常使用的习惯做法”。

在法适用上,习惯与习惯法的举证责任略有差异。有学者主张,单纯习惯尚停留在事实层面,其适用需依法律之明确规定,因而不具有法源性质,<sup>[129]</sup>法官不能依职权主动适用,当事人主张适用的,须自行举证加以证明。<sup>[130]</sup>也有学者认为,不论习惯被用于解释法律还是填补漏洞,都发挥了司法三段论中大前提的功能,既可由当事人举证证明,也可由法官依据职权予以

[121] 朱庆育,见前注[4],第40页。

[122] 拉伦茨,见前注[113],第15页;黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第47页。

[123] 参见前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,中国政法大学出版社2000年版。

[124] 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第81页;胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第29页;王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第63页。

[125] 参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第49页;黄立,见前注[122],第45—48页;苏永钦,见前注[16],第13页。

[126] 高其才:《中国习惯法论》,中国法制出版社2008年版,第3页。

[127] 参见王泽鉴,见前注[124],第46页;黄立,见前注[122],第47页;苏永钦,见前注[16],第6页。

[128] 参见彭诚信,见前注[115],第24—35页。

[129] 王泽鉴,见前注[124],第64页。

[130] 参见“合同法司法解释二”第7条第2款。



查明。<sup>〔131〕</sup>对于习惯法的举证责任,一般认为既可由当事人主张,法官也可依职权适用。对于习惯法存否之认定,为事实问题,当事人主张适用时,仍应负证明责任。<sup>〔132〕</sup>另外,我国台湾地区“民法”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。”《民法总则》第10条有类似规定,苏永钦教授认为,公序良俗所限制的对象应仅为单纯习惯,习惯法既然具备法的性质,自不再受公序良俗之限制。<sup>〔133〕</sup>

传统学说皆从法源性质的维度,区分习惯与习惯法,习惯不具备“法的确信”故没有规范拘束力,不是作为权威理由的法源,法官裁判时不遵循单纯习惯,不被视为违法裁判。而笔者认为,从习惯到习惯法,是一个渐进流动的发展过程。“法的确信”本身是一个没有明确边界的抽象概念,是否具备“法的确信”并没有确定的形式标准。制度性权威并非“全有或全无”般截然二分,权威拘束力的浓度也是不间断的连续体。习惯权威地位的获得是持续不断的非正式过程的结果,某些习惯一开始并不具有规范拘束力,随着司法实践的反复援引,逐渐具有可辨识性,不断积累起权威,拘束力的浓度逐渐增强,直到被认定为具备“法的确信”而升级为习惯法。<sup>〔134〕</sup>据此笔者认为,应从法源分量而非法源性质的维度,看待习惯与习惯法的程度差别,它们皆属于法律体系中的“类型”而非“概念”。<sup>〔135〕</sup>有学者指出,对习惯与习惯法加以区分是不必要的,两者所指称的对象是同一的,即未予法典化的不成文规则。<sup>〔136〕</sup>说服力权威会随着司法实践演变为制度性权威,尽管我国并不承认法院判例的规范拘束力,但上级法院的判决会影响下级法院未来的审判,上级法院通过上诉审程序对自己做出的判决意见也有天然维护的倾向,这就为习惯法经由判例逐渐澄清、发展乃至精确化提供了载体。<sup>〔137〕</sup>

据此,《民法总则》第10条规定的是“习惯”,并未带一个“法”字,文义上已经提供了弹性解释的空间。依据该条拓展法源开放性的规范目的,不妨将第10条中的“习惯”解释为既包括习惯法也包括习惯,以便容纳自生自发秩序中更多“未阐明”的社会交往规则。

### (五)习惯的司法适用

#### 1. 习惯不得违反强制性规范和公序良俗

习惯要成为裁判依据,须经合法性判断,即不得违反法律的强制性规定和公序良俗。在法源分量上,强制性规范与公序良俗具有“不可推翻的规范拘束力”,<sup>〔138〕</sup>必须在所有案件审判中得以适用,这也是满足“依法裁判”的必要条件,法官不得否弃或以其他实质理由偏离强制性规

〔131〕 王利明,见前注〔116〕,第7页。

〔132〕 姚辉、梁展欣:“民法总则中的法源及其类型”,《法律适用》2016年第7期,第59页。

〔133〕 苏永钦,见前注〔16〕,第6页。

〔134〕 雷磊,见前注〔6〕,第290页。

〔135〕 “类型”与“概念”的区分,参见拉伦茨,见前注〔45〕,第47页、第337—347页。

〔136〕 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”,《法制与社会发展》2007年第1期,第84页。

〔137〕 参见彭诚信,见前注〔115〕,第24—35页。

〔138〕 雷磊,见前注〔6〕,第278页。

范的内容。

基于私法自治理念的民法规范多为任意性规范,即哈耶克所言“自生自发秩序”中的正当行为规则,强制性规范则属于“组织秩序”中的公法规则,<sup>[139]</sup>多以禁止规范的面貌出现,主要集中在交易安全以及公共利益等非属自治领域,以实现国家的规制目的。<sup>[140]</sup>为了维持法秩序的统一,习惯作为法源自然不得与强制性规范相矛盾。在法教义学层面,如果习惯违反强制性规定,说明法律对于该问题已有相应规定,“应当依照法律”处理民事纠纷,不会发生适用习惯的问题。只有在法律对某民事纠纷全无规定,包括没有正面规定或者反面规定的情况下,才能适用习惯。<sup>[141]</sup>

《民法总则》第10条明文规定,习惯不能违反公序良俗。公序良俗原则由《民法总则》第8条予以规定。公序良俗的功能与强制性规范类似,皆是从消极方面构成对私法自治的限制,悖俗习惯因具有较强的反社会性而无效。<sup>[142]</sup>公序良俗从民族共同的道德感中抽象而成,可以看作是全社会范围内所形成的普遍共识,是一种通行于全社会范围的“习惯法”,具备最高程度的“法的确信”,权威等级与规范拘束力高于其他习惯。例如对宗族械斗者予以奖励等地方的陈规陋习,就因与公序良俗相抵触而不能成为法源。

## 2. 习惯与任意性规范的法源顺位

如果法律明文规定裁判中应当援引习惯、适用或考虑习惯,如“另有习惯的从习惯”“有交易习惯的除外”,此时习惯成为法律规则的内容组成部分,并非《民法总则》第10条中“法律没有规定的,适用习惯”的文义涵摄范围。<sup>[143]</sup>

除以上情形外,对于习惯与任意性规范的法源顺位,学界有两种观点。一种观点认为,根据《民法总则》第10条的文义,在存在具体法律规则时,应当优先适用法律规则,不能直接适用习惯。习惯不能替代法律规则,这不仅是合法性原则的要求,也是分权原则的体现。<sup>[144]</sup>针对《瑞士民法典》第1条,瑞士主流观点也认为,法官应首先在法律中寻找具体案件的解决方法,只有在法律没有提供解决方案时,习惯法与法官法才登上舞台。<sup>[145]</sup>

笔者支持相反观点,任意性规范与习惯皆属于自生自发秩序下的正当行为规则,任意性规范是立法者对于民众交往习惯的概括总结,与习惯的区别仅仅在于,是否由立法者以成文方式写入法律,任意性规范是“阐明的规则”,习惯是“未阐明的规则”。<sup>[146]</sup>习惯被实践的过程,类

[139] 参见哈耶克,见前注[36],第19页、第36—37页。

[140] 参见王利明,见前注[116],第7页;王利明主编:《中华人民共和国民法总则详解》(上册),中国法制出版社2017年版,第53页。

[141] 本见解由戴孟勇教授在“民法九人行”学术沙龙上向笔者提出,特此致谢。

[142] 于飞:“公序良俗原则与诚实信用原则的区分”,《中国社会科学》2015年第11期,第162页。

[143] 参见彭诚信,见前注[115],第24—35页。

[144] 王利明,见前注[116],第10页。

[145] 许莉蔓—高朴等,见前注[117],第40页。

[146] 哈耶克,见前注[36],第14页。

似于制定成文法的过程,皆为不同意见汇合、交锋、比较、胜出的结果,只不过立法过程借由语言、辩论、讨论、表决的形式,习惯则诉诸社会民众的行为这一实践性方式。<sup>[147]</sup>任意性规范在法律适用中优于习惯,并非因为其效力高于习惯,而是因其确定性更优,符合法律安全的需求。因此,若对法律安全无所妨碍,习惯亦可优先得以适用,不应规定两种法源的绝对适用顺位。<sup>[148]</sup>既然已经认可习惯为现行民事规范的一种,则在找法过程中硬性规定其地位劣于制定法,并不符合裁判实情与民法方法论。<sup>[149]</sup>

从私法自治角度观察,任意性规范得为当事人意志所排除,对于司法裁判而言,法律行为的效力等级犹在任意性规范之上,<sup>[150]</sup>如果当事人约定依照习惯确定双方权利义务关系,基于意思自治原则,应当肯定当事人约定的效力,则习惯自然优先于任意性规范得以适用。

还应区分商事习惯与民事习惯。商事主体对自治有更高的要求,商事习惯便体现出商事主体在交易纠纷解决方面的自治性。确立商事习惯优先于任意性规范的效力规则,其实就是确立商事规则的漏洞填补规则。如果违背商事交易的一般习惯,将会导致某一交易主体在该交易区域失去信任的基础,丧失交易的资格。而只有当商事习惯不能解决相应规范的时候,才能适用其他任意性规范,真正保障商事交易的自治性。<sup>[151]</sup>《日本商法典》第1条便规定:“关于商事,本法无规定者,适用商习惯法,无商习惯法者,适用民法。”<sup>[152]</sup>民商合一体制,既不是要抹杀商事纠纷的个性,也不是要在法律适用方面,将商事纠纷削足适履地向民事纠纷看齐。轻易放过有针对性的商事习惯,反而将普遍性的民法规范“僭越”地适用于商事纠纷,这种做法并不妥当。<sup>[153]</sup>

### 3. 习惯与基本原则的法源顺位

对于习惯与基本原则的法源顺位,学界有不同观点:一种观点认为应优先适用基本原则,因为基本原则是法律明确规定的,是法源条款中“法律”的组成部分;另一种观点认为应优先适用习惯。因为基本原则抽象概括,无从确定当事人具体权利义务关系;而习惯的成立要件与法

[147] 参见张新宝,见前注[114],第18—24页。

[148] 朱庆育,见前注[4],第40页。

[149] 参见苏永钦,见前注[16],第6—22页。

[150] 法律行为是否具有法源地位,取决于是否接受凯尔森的个别规范理论,若坚持规范需具备一般性与抽象性特点,则法律行为被排除出民法法源之外。参见朱庆育,见前注[4],第42页。

[151] 参见许中缘、颜克云:“商法的独特性与民法典总则编纂”,《中国社会科学》2016年第12期,第137—138页。

[152] 《日本民法典》,王书江、殷建平译,中国法制出版社2000年版,第3页。

[153] 在商事纠纷的法律适用方面,有特别法的,适用特别法(如《公司法》《票据法》等);没有特别法,而有包含在私法中的商事规范(如《合同法》中仓储、行纪、运输合同的规定,《物权法》第181条、第231条等)的,则适用这些商事规范;既没有特别法也没有上述商事规范,而有商事习惯的,适用商事习惯;特别法、私法中的商事规范、商事习惯等,均付阙如时,方能适用作为私法一般法的民法(《民法总则》第10、11条)。可见,《民法总则》第10条中的“法律”在适用中也是有层次的,不是扁平化的。参见张谷:“从民商关系角度谈《民法总则》的理解与适用”,《中国应用法学》2017年第4期,第146页。

律效果具体明确,在审判中会被当事人提及和识别,适用时更为便捷,可操作性较强,可有效防止裁判“向一般条款逃逸”并限制法官的自由裁量权。<sup>[154]</sup>

如前文所述,基本原则在司法裁判中担当两项任务,一是作为权威理由行使“填补功能”,二是作为实质理由行使“控制功能”,法官以负担证成义务的方式,通过基本原则为规则创制了一种例外,证明违反规则为正当,以维护整体法秩序的意义脉络与价值导向,达到正当裁判的目的。原则针对具体规则的填补功能与控制功能,也应同样适用于习惯。

据此,习惯与基本原则两种法源的适用方案如下:若个案中存在可适用的具体习惯,优先适用习惯;不存在具体规则和习惯的,经由基本原则的“填补功能”进行漏洞填补与法律续造;若适用习惯明显违反正义或原则精神,例如习惯违反公序良俗,经由原则的“控制功能”排除具体习惯的适用,满足法体系内部的自洽。<sup>[155]</sup>

有学者认为,我国几部民法典学者建议稿的法源条款,皆采用了“法律—习惯—补充性法源”三位阶的法源体系,其中补充性法源包括法理、基本原则等;而《民法总则》第10条确立的是“法律—习惯”二位阶的法源体系,没有为漏洞补充留下文义上的空间。<sup>[156]</sup> 笔者对此不敢苟同。依前文所述,法源条款的规范目的旨在维持民法体系的开放性,法源条款所不及的找法问题,属于民法方法论的任务领域。<sup>[157]</sup> 所谓“法律—习惯”二位阶的法源体系,并不能转化为司法实践中切实可行的规范适用方法,“法律”不仅包括强制性规范与任意性规范,亦可依性质区分为规则与原则,强制性规范、任意性规范、基本原则以及习惯的适用顺序,需要依民法方法论指引,按照法律解释、漏洞填补与法律续造等步骤依次展开,每个步骤都会运用到“法理”“学说”等法教义学分析工具。<sup>[158]</sup> 因此,所谓“法理”或“基本原则”等补充性法源,<sup>[159]</sup> 乃是经由民法方法论的运用而天然包含于“法律—习惯”这一开放性法源体系之中,借助裁判方法,达到依法裁判与正当裁判的统一。

## (六) 总结

《民法总则》第10条为我国未来民法典的法源条款,形式上确立了“法律—习惯”的二阶层法源体系,规范目的旨在维持法源与民法体系的开放性。法源条款通过接纳习惯这一“未阐明的规则”,保留了现代官僚立法体制下自生自发秩序的多元规范创制渠道。

法源条款中的“法律”为广义,指所有具有制度性权威的规范性文件类型,分为规范法源与

[154] 参见王利明,见前注[116],第9页;王利明主编,见前注[140],第54页。

[155] 适用习惯不得违背法律的基本原则。石宏主编,见前注[86],第24页。

[156] 陈甦主编,见前注[2],第71页。

[157] 苏永钦,见前注[16],第22页。

[158] 我国民事立法从来未承认法理作为裁判依据。法理可能贯彻于条文中,可能贯彻在条文的解释中,可能贯彻于基本原则的具体化中,但单独依据法理作为裁判依据在目前状态下有问题,因为理论界对于法理的认识存在较大分歧。张新宝,见前注[114],第18—24页。

[159] 王泽鉴认为法理“系指自隐含在立法、法秩序或一般价值体系演绎而出的一般法律原则”,即认为基本原则属于法理的范畴。王泽鉴,见前注[124],第49页。同样观点参见陈甦主编,见前注[2],第76页。



准规范法源两大谱系,皆依托于广义的“造法”权威;但法源分量有别,规范法源作为裁判依据具有强规范拘束力,法官负遵循义务,准规范法源作为裁判理由仅具有弱规范效力,法官负参酌义务及不采用时的论辩义务。依法创制部门,规范法源包括法律、法律解释、司法解释、行政法规和地方性法规;准规范法源包括部门规章、地方政府规章及其他政府规定。宪法规范、国家政策和指导性案例也可作为裁判理由引述或在说理部分阐述,具备准规范法源地位。

法源条款中的“法律”还可区分为基本原则与具体规则两种类型。原则具有权威理由与实质理由的双重特性,在立法、司法及法学等层面皆担当重要角色。法源分量上,由于基本原则的抽象性,在穷尽规则以及具体化为裁判依据之前,无法直接适用于个案,在适用顺序上劣后于规则。只有当法官试图排除或偏离某具体规则时,可以将基本原则作为实质理由而适用,达到正当裁判的目的。

习惯被《民法总则》确定为法源,意味着成为可作为裁判依据的权威理由。同时习惯作为内生于人类社会的自控型秩序,内容合理且被社会成员普遍认可,成为裁判中可供论证的实质理由。习惯在当代社会多经由判例而呈现。习惯与习惯法的传统区分,在于后者除了“经久长行”还具备“法的确信”,但习惯获得“法的确信”,是随着司法实践反复援引的持续不断的积累过程,两者只是程度差别。《民法总则》文本中“习惯”并未带一个“法”字,不妨弹性解释为既包括习惯法也包括习惯,以便容纳自生自发秩序中更多“未阐明”的社会交往规则。

对于强制性规范、任意性规定、基本原则、习惯等多元法源,司法适用的步骤与方法如图三所示。

图三 多元法源的司法适用

规范性质	秩序分类	法源的适用位阶		裁判性质
外部体系	组织秩序	强制性规范		依法裁判 / 权威理由
	自生自发秩序(阐明规则+未阐明规则)	法律行为 / 商事习惯	基本原则的“控制功能”(法官需“特别证立”)	依法 / 正当裁判权威 / 实质理由
		任意性规范 / 民事习惯		
内部体系		基本原则(补充性法源)填补漏洞 / 造法		正当裁判 / 实质理由

首先,无论是私法自治的法律行为、习惯还是任意性规范的适用,都不得违反法律的强制性规范。强制性规范属于哈耶克社会理论中“组织秩序”下的公法规则,具有“不可推翻的规范拘束力”,法官只能“依法裁判”,不得否弃或以其他实质理由偏离强制性规范的内容。

其次,任意性规范与习惯皆属于自生自发秩序下的正当行为规则,任意性规范是具有制度性权威的“阐明的规则”,确定性更优,习惯是“未阐明的规则”,随着社会发展持续进化。在法

源分量上,任意性规范得为当事人意志所排除,劣后于商事习惯,与民事习惯处于同一位阶。若行为人通过明示或可推定的意思表示优先选择习惯,法官应基于意思自治原则优先适用民事习惯;若没有行为人意思的介入,由于任意性规范的制度性权威高于民事习惯,法官可基于“依法裁判”优先适用任意性规范,也可基于“正当裁判”的目的斟酌优先适用民事习惯,同时负担论证义务。

最后,强制性规范、任意性规则与习惯等法素材依形式逻辑建构出法的外在体系,体现法之评价基准的基本原则形成开放性的内部体系。基本原则、习惯与任意性规范的适用方案是,若个案中存在可适用的任意性规则与习惯,优先适用任意性规则与习惯;若适用任意性规则与习惯明显违反正义或基本原则的立场精神,如违反公序良俗,则法官基于正当裁判的目的,经由原则的“控制功能”排除具体规则和习惯的适用,法官需负相应证成义务,证明违反规则为正当;若任意性规范和习惯都没有规定,法官通过法教义学层面的法律解释、漏洞填补与法律续造等操作,把基本原则为代表的补充性法源作为实质理由,具体化为裁判依据适用于个案,达到正当裁判的目的。

---

**Abstract:** The legal sources, providing authoritative and substantial reasons for legal and just judgments, have formed a hierarchy in accordance to their weight. The legal schools have various understandings of law, as they may have differences in recognizing each and every legal source. The legal sources in private law have been theoretically identified by evolutionary rationalism or the idea of “a spontaneous system”. Private law is of open nature because it contains both elaborate and unelaborate rules. The theory of legal source and the methodology of civil jurisprudence are also intertwined. In history, the Roman law at different stages have had all sorts of known legal sources, which eventually had encapsulated to codified law. “Law” in the Article 10 of Chinese General Rules of the Civil Law includes two pedigrees (normative legal sources and quasi-standards) and two types (specific rules and basic principles). “Custom” in this provision should be understood as a general concept, because the difference between customs and customary law is only a matter of degree. For legal sources such as mandatory regulations, arbitrary regulations, basic principle, and customs, a procedure and method of applying is of need.

**Key Words:** Legal Source; Custom; Customary law; Roman Law; the Article 10 of the Chinese General Rules of Civil Law

---

(责任编辑:薛 军)