

# 近代中国民法典编纂中的“习惯法”

余成峰

摘要：在近代中国法律移植运动中，各种新型法律概念生成。“习惯法”一词正是1911年《大清民律草案》借鉴《瑞士民法典》的产物。在现代民法典编纂过程中，如何认识、界定、评价、吸纳与整合既有的本土习惯是一个重要课题。清末，“习惯法”作为法律渊源虽然在立法中确立，但由于缺乏实证化和司法化的机制，导致民商事习惯无法转化为确定的形式化法律条文，民商事习惯调查成果也被束之高阁。民国以降的主流法律理论深受德国思想影响，倾向于贬抑“习惯法”的作用。近代中国法律史上“习惯法”的命运，对当下中国的民法典编纂，仍然具有深刻的启示意义。

关键词：习惯法 近代中国 民法典编纂 民情风俗 法律现代化

近代各国制定民法典，显然都具有强烈的政治目的。1804年的《法国民法典》制定于大革命推翻旧政权之后，其目的是以启蒙理念建立一个自由、平等、博爱的社会；1812年的《奥地利民法》，则是希望实现自然法理念及贯彻 Maria Theresia 女皇的政治及行政改革；1896年的《德国民法典》则在于实现德意志一个民族、一个国家、一个法律（*Ein Volk, Eine Nation, Eine Recht*）的理念，推动实现德国民族国家的目标。而1912年的《瑞士民法典》，则是希望把瑞士联邦内讲法语的人、讲德语的人、讲意大利语的人，统一到以民法典为基础的统一民事生活秩序之中，使当时并不强大的瑞士联邦能够独立于周边的强邻。近代中国制定民法典，可以说以不同程度同时容纳了上述目标，并在废除领事裁判权及变法维新的紧迫目的下得以推行。

近代中国不仅面临新事迭出，旧律难以应对，中央逐渐丧失对地方司法控制力的国内矛盾，更为吃紧的是，基于领事裁判所形成的“治外法权”以及订约求和通商过程中遇见的国际性法律矛盾。因此，必须通过对现代西方法律体系的移植，形成一个被国际社会所接纳的法制框架；与此同时，借助这种新的法制框架及与之配合的立法、行政和司法科层体系的建立，介入对传统中国社会结构的改造。民法典编纂就是其中最为重要的法律工程之一，它一方面是现代国家的核心法律部门，构成整个私法制度确立的基础，更为重要的是，通过民法典编纂所要致力的是一个近代市民社会空间的培育，它构成了现代民族国家政权建设的重要方面。而这些对于前现代以及历史传统悠久的国家而言，就会带来一个在民法典编纂中最为棘手的问题，即在现代性的民法典编纂过程中，如何认识、界定、评价、吸纳与整合其既有的本土法律习惯？而需首要处理的，则是在民法典有关法源的条文规定中，是否明文规定“习惯”的法源地位？事实上，这也是中国近代民法典编纂过程中的一个核心命题。在

[收稿日期] 2017-06-19

[作者简介] 余成峰，北京航空航天大学法学院、人文与社会科学高等研究院讲师，《文化纵横》杂志执行主编。北京 100191

这个意义上，近代中国民法史中对待“习惯法”的历史经验与教训，对中国当下的民法典制定仍然具有深刻的启示意义。

## 一、“习惯法”在近代民法典中命运的起伏

1911年的《大清民律草案》，正式开启了中国民法典编纂的进程。其第一章法例第一条规定：“本律所未规定者，依习惯法；无习惯法者，依条理。”<sup>①</sup>“习惯法”，这个非传统搭配习惯之词汇赫然入目。实际上，在中国之前流行的法律术语中，我们并未发现以这样一个语词翻译“customary law”的尝试。同时，在之前各国编纂的民法典中，对“习惯法”的特别规定也殊为罕见。

1874年的《德国民法第一次草案》规定“裁判官应依照本法进行裁判，本法没有规定的依习惯法；不存在习惯法的情况下，裁判官应依照法理进行裁判。”但是，到了德国民法典编纂第二委员会那里，就取消了《德国民法第一次草案》中有关法的发现（Rechtsfindung）的惟一规定，同时也删除了有关习惯法效力的规定。第二委员会认为：制定法没有规定的关系，应适用那些对类似法律关系予以规范的规定。如果没有这样的规定，则应适用体现法律规范精神的基本原则。<sup>②</sup>因此，在《德国民法典》中，并无有关习惯法适用顺序的专门条文。

同时，学者史尚宽先生认为，1804年的《法国民法典》即有否认民事习惯效力的倾向，《奥地利民法典》亦如此。<sup>③</sup>而1896年的《德国民法典》对民事习惯效力也未做一般性规定，仅在第157条和第242条规定：解释契约和履行契约应顾及交易上之习惯。1898年的《日本民法典》，同样也没有关于习惯法法源地位的一般性规定。从法典文本考察可以发现，直到20世纪第一部民法典《瑞士民法典》中，才首次规定习惯法具有补充法律的效力。

1912年的《瑞士民法典》第一条规定：（1）凡本法文字或释义有相应规定的任何法律问题，一律适用本法；（2）无法从本法得出相应规定时，法官应依据习惯法裁判，如无习惯法时依据自己如作为立法者应提出的规则裁判；（3）在前一款的情况下，法官应依据公认的学理和惯例。<sup>④</sup>可以发现，正是《瑞士民法典》第一条直接影响了《大清民律草案》第一条的规定，不仅在语句结构上，而且特别是在“习惯法”这个词汇上形成对位。<sup>⑤</sup>

辛亥革命之后，北洋政府1925年所制定的《民国民律草案》删除了《大清民律草案》总则“法例”一章中的该项条文。吴经熊先生对此就颇有微词，“吾人所最不满意之点，则为法例一篇独付阙如。”<sup>⑥</sup>那么，这一删除是否因为北洋政府立法者不再重视“习惯法”所致呢？实情似乎不是如此。事实上，北洋政府大理院的司法判决中大量援用习惯解决民商事纠纷。而且，对《民国民律草案》有关习惯排斥法律优先适用的具体条款统计发现，《民国民律草案》在保留《大清民律草案》17个相关条款的基础上，又新增了11个条款。所以，《民国民律草案》删除有关习惯补充适用的法源规定，并不是出自立法者理念的变化，而实际上，更多是因为学习和移植《德国民法典》立法体例的

① 杨立新点校《大清民律草案 民国民律草案》，吉林人民出版社，2002年，第3页。

② 参见雅科布斯《十九世纪德国民法科学与立法》，王娜译，法律出版社，2003年，第133页。

③ 史尚宽《民法总论》，中国政法大学出版社，2000年，第6页。

④ 转引自黄建辉《法律漏洞·类推适用》，台湾蔚理法律出版社，1988年，第75页。笔者对《瑞士民法典》原文（德文）本、法文本、英文本进行了比对，“习惯法”对译于Gewohnheitsrecht、droit coutumier、customary law。大陆学者殷生根的译本不知何故将其译为“惯例”，为误译无疑。参见《瑞士民法典》，殷生根、王燕译，中国政法大学出版社，1999年。

⑤ 苏永钦认为，民律草案第一条和《瑞士民法典》第一条相比，语言上最大的差异是未明确以法官为规范对象，只是省略了主语。参见苏永钦“‘民法’第一条的规范意义”，载于杨与龄主编《民法总则争议问题研究》，清华大学出版社，2004年，第6页。

⑥ 吴经熊《关于编订民法之商榷》，载于何勤华主编《民国法学论文精粹（第三卷）》，法律出版社，2004年，第6页。

结果。

因为《民国民律草案》立法主要借鉴了《德国民法典》总则的结构，而《德国民法典》又没有法例一章（其总则开篇就是关于人的规定）。《民国民律草案》删除“法例”，并将“自然人”和“法人”并为一章，这都完全符合《德国民法典》总则的结构。《民国民律草案》删除法例一章，又没有仿照《日本民法典》在其他条文中加以规定，因此，关于习惯法源地位的相关立法条文也就消失了。但是，在司法实践中，由于解决民间纠纷的需要，大理院仍然大量援用习惯作为审判依据，而且，司法官员也在判案过程中逐渐开始对原来各地并不统一的习惯进行法律整理。

以民间的先买习惯为例，从大理院民事判例要旨汇编来看，大理院对先买习惯形成了两种分类：一类是应承认其拘束力的先买习惯，另一类则是否认其拘束力的先买习惯。承认其拘束力的先买习惯是关于垦户、租户的先买权，民初大理院认为此类先买权无背于善良风俗，因此承认其拘束力。同样的还包括典主、铺底权人、担保物权人之先买权等。而对那些具有血缘与地缘性质的先买权，比如亲族、邻地业主之先买习惯，大理院都采取了否定态度。

大理院在先买习惯问题上产生了一系列判例解释，并形成一個由判例到判例进一步类型化的法理锁链。但是，伴随摆脱“积贫积弱”心态的增强，以及追求快速现代化冲动的提高，都对围绕“习惯法”展开的普通法式的判例演化运动产生了阻碍，能够透过“习惯法”筛选网络的民间“习惯”也越来越少。《大理院判例要旨》中对适用习惯的多种规则进行了罗列，如关于“法律之效力优于习惯”、“习惯优于未颁布之草案”、“适用习惯之前提”、“不合法习惯无效”、“习惯法成立要件”、“习惯法成立之基础”、“习惯法之最重要之要件”、“习惯互有取舍之理由”、“罕见习惯的效力”等具有代表性的习惯适用规则，规定了一系列非常重要的关于处理“习惯法”与“习惯”关系的解决方案。其中，关于习惯法成立必须符合以下四个要件：一是律无明文；二是确有习惯事实（物的要素）；三是为该地所普行，当事人均共信为有拘束其行为之效力（心的要素）；四是不违背善良风化、公安秩序。以上四要件，“有一不备，断难予以法之效力”。<sup>①</sup>

北洋政府之后，国民党立法者则进一步通过将习惯区分为“事实习惯”与“习惯法”，否定了事实习惯的效力。更进一步，它还限制适用那些“不符合法律目的”的不良习惯。而何谓“不合法律目的”，就完全取决于立法者和司法者的自主判断。立法者对习惯愈益采取不宽容的态度，时任立法院院长的胡汉民在法典公布前就曾发表过一篇题为《新民法的新精神》的演讲“我们知道，我国的习惯坏的多，好的少，如果扩大习惯的适用，国民法治精神将更提不起来，而一切政治社会的进步，更将迂缓了。”<sup>②</sup>在立法者眼中，适用习惯已与“国民法治精神”和“政治社会进步”产生对峙。<sup>③</sup>

司法者对民事习惯的态度与立法者也是一样的。在民初大理院司法实践中，关于某项“习惯”是否存在，在各方之间仍有相当一致性，所不一致的，只是对该习惯是否具有“习惯法”效力的分歧。也就是说，对“习惯”的存在，当事人一般不负举证责任，在法律上，并未对当事人举证“习惯”责任特别规定。但是，到国民党政府时期，在民事习惯的认知上，开始要求当事人的举证责任，或者启动法院的调查程序。由于法院启动调查所需人力、物力的限制以及当事人举证效力的争执不定，这就进一步压缩了习惯进入司法层面的空间。

<sup>①</sup> 郭卫编《大理院判决例全书》，会文堂新记书局，1931年，第29页。

<sup>②</sup> 胡汉民著、王养冲编《革命理论与革命工作》，民智书局，1932年，第848页。

<sup>③</sup> 当时的立法机构还专门就《中华民国民法》“总则”列举了四点立法理由，其中第一点便阐述了“习惯的地位及习惯的适用条件”。其说明是“习惯之效力，欧美各国立法例自不同。我国幅员辽阔，礼俗互殊，各地习惯，错综不齐，适合国情者固多，而不合党义违背潮流者亦复不少，若不严其取舍，则偏颇窘败，不独阻碍新事业之发展，亦将摧残新社会之生机，殊失国民革命之本旨。此编根据法治精神之原则，定为凡民事一切须依法律之规定，其未规定者，始得援用习惯，并以不背公共秩序或善良风俗者为限。”参见谢振民编著，张知本校订《中国民国立法史》（下册），中国政法大学出版社，2000年，第755-756页。

虽然在晚清整个修律过程中，来自激进主义和保守主义不同阵营的官员们，都不约而同地在重视“风土人情”这个问题上达成了共识，要求深入了解“本国法制沿革以及风俗习惯”的呼声不绝于耳。从劳乃宣、张之洞、张仁黻到沈家本、俞廉三，他们都在不同时期发布有关法律必须顺应风俗民情的宣言。就连远道而来的外国法律专家，也一再宣称各国立法均重视本国习惯的成例。而且，《大清民律草案》第一条就借鉴最新的《瑞士民法典》作出了习惯法的法例规定。

但是，自清末以来，法律家关于习惯的基本观点就是：民事习惯多为地方性习惯，且不良习惯居多。因而到了国民党的民法典中，只有民法典第三编第八章典权、第四编第二章婚姻之第一节婚约、第四编第六章家等处，直接体现了习惯规范。民事习惯的间接体现，则需要借助曲折于民法典的1、2、68、372、425、429、537、570、776、778、781、784、785、786、790、793、800等条文或其部分款项，通过转引民事习惯，才能将民事习惯纳入民法体系之中。

由于国民党的民法典采纳德国民法的物权法定主义，因此，民法典中没有规定在社会生活中仍然存在的先买习惯问题，无论是具有“合理性”的承租人先买权习惯还是“不合理”的亲房先买权习惯，最高法院通过民事判例都概予否认。由此产生的观念的重大变化以及法律与生活秩序的断裂是可想而知的。而这又是与关于习惯法观念的变化相辅相成的。

国民党的民法典总则第一条做了如是规定“民法所未规定者，依习惯；无习惯或虽有习惯而法官认为不良者，依法理。”同时规定“凡任意条文所规定之事项，如当事人另有契约，或能证明另有习惯者，得不依条文而依契约或习惯，但法官认为不良之习惯不适用之。”<sup>①</sup>据民法编订者史尚宽的解释，本条所谓习惯有两方面的限定：其一，“习惯谓有法的效力之习惯，与单纯之事实习惯有别”；其二，习惯成立要件有二“第一须有习惯之事实，即就同一事项反复为同一行为之谓也。第二须有为法之意思（*opinio necessitates* 或 *opinio juris sive necessitatis*），即一般以其习惯有法的效果而守之之谓也。”由此可知，国民党的民法典第一条中所谓“习惯”，并非事实上的“民间习惯”，而是德国法意义上的“习惯法”。这首先从内涵上极大地限定了习惯。<sup>②</sup>

以上国民党的民法典第一、二条，实际上首先将习惯区分为“事实习惯”和“习惯法”，从而否定了事实习惯的普遍规范效力，进而又严格限制适用不符合法律目的的习惯。从这些立法意图来看，国民党的民法典对习惯并不是采取宽容与广泛承认的态度，而是完全相反。再以司法判决为例，“一九三二年九月十九日民事上字第2131号”判例，首先以“习惯法构成要件”来限制对习惯的直接引用；其次，强调习惯事实须经调查确认才能适用，其调查程序为“依诉讼法则与审查争执事件同其程序，应据当事人依法提出之证据或法院调查之结果而为认定”；最后，“至部刊之民商习惯调查录”，只具有参考效力，未经查证则不能认其具有法律效力。<sup>③</sup>司法者和立法者对民事习惯的态度是一致的，不仅从内涵上，而且开始在程序上严格限制习惯的适用。这与民初大理院主要从实体的标准判断“习惯”是否具有法律效力，已经发生了重大的转变。

在民初大理院的实践中，关于“习惯”是否存在的承认，在各方之间仍是相当一致，所各不一致的，只是在于该习惯是否具有“习惯法”效力的分歧。也就是说，关于“习惯”的存在，当事人一般不负有举证的责任，各方当事人都保留了对该习惯的清晰记忆，因而在法律上也就不必为当事人举证“习惯”的责任而做特殊规定。但是，到了国民党政府时期，在民事习惯的认识上，就已经要求当事人负举证责任，或者需要启动法院的调查程序。由于法院启动调查所需人力、物力的限制以及由于当事人举证效力的采信力的争执，就必然会进一步提高习惯在进入国家司法层面时被予以采信的难度。

① 《中华民国民法》第一条、第二条。

②③ 张生 《中国近代民法法典化研究》，中国政法大学出版社，2004年，第219页，第221页。

## 二、习惯法命运跌落的原因探析

在晚清变法中，法律已被视为“立国之基，致治之本”。<sup>①</sup>因此，在翻译“customary law”的过程中，最后立法者就没有用“俗”这样一个中性的乃至含有贬义的传统词汇加以翻译，而创制出一个非传统汉语搭配习惯却更具权威光环的“习惯法”。

晚清以降的立法者，其核心目的是希望借助西洋法典的引入，整饬原先散处各地的“民情风俗”，“类皆萃全国会议之精神，复参以百年民情之习惯，斟酌妥善，都归画一”。<sup>②</sup>因此，立法者希望得到的是某种整齐划一的“习惯法”，而绝不再是纷繁驳杂的“习俗”或“习惯”。这一点，从宣统二年（1910年）《调查民事习惯章程》也可探知“法律名词不能迁就，若徇各处之俗语，必不能谋其统一。调查员应为之凯切声明，免以俗语答复，致滋淆乱。”<sup>③</sup>

但与近代立法者的愿望相反，在中国历史中，国家法律与地方性的风俗土例之间，并不存在西方那种由“习惯”上升为“法”的司法实证化机制。正如滋贺秀三所言，要从中国民间风习中找出法学上称为“习惯法”即具有一般拘束力含意的社会规范，并明确地根据该规范做出判断的案例，实际上连一件都未能发现。<sup>④</sup>在断案判语中，我们只能见到“风俗”、“俗例”、“土例”、“土风”这些字眼。因为，在传统的“风俗论”司法实践中，并不需要“习惯法”成文化和实证化的机制。州县官通过诉诸“民便”做出的个案裁决，最终并不是要采纳先前确立的习惯规则，而是与相关利益方协商达成妥协性解决方案。<sup>⑤</sup>因此，民间规则在中国历史上始终没有经过法律意义的加工和处理。而从民间习俗到法律规则，这中间实际存在一道宽广的鸿沟。

以清末“安徽省民事习惯调查录”为例，其中就区分了“多数习惯”和“少数习惯”。“少数习惯”，说明在同一民事关系上，全省范围内至少有两种以上习惯。该报告分为四部分：第一部分“总则”共28问，有两种以上习惯的共23条，占82%；第二部分“物权”共60问，有两种以上习惯的共40条，占67%；第三部分“债权”共150问，有两种以上习惯的72条，占48%；第四部分“亲属关系”共46问，有两种以上习惯的共24条，占52%。<sup>⑥</sup>清末安徽省的民商事习惯调查结果，可以代表当时全国各地的基本情况，虽然调动了大量人力和财力从事民商事习惯的调查工作，但越是细致深入的调查，越是挫败了立法者希望从中国传统和本土资源中总结出具有中国特色且具有普遍规范效力的习惯的愿景。最根本的原因在于，传统中国与欧美社会的制度演变历程显然有别。“土俗、土例、俗例、土风”等类似的词语，根本不等于西欧法制史意义上的“习惯法”（“例”、“惯例”、“俗例”）。正如日本学者寺田浩明先生在其研究中的结论，关于规范存立的所谓客观的、制度化的框架在传统中国并不存在。

虽然民商事习惯调查无法直接帮助近代中国民法编纂吸收本土资源，但是一边倒地移植西方法典显然无法适应中国国情，因此，还是造成了近代中国民法严重的本土化问题。“西欧与中欧的私法法典化的社会模式主要是为一个大众阶层即所谓的有产市民阶层（Besitzbürgertum）的利益而设置，其

① 张仁黻语，转引自李贵连编著《沈家本年谱长编》，山东人民出版社，2010年，第180页。

② 光绪三十二年（1906）12月18日，法部就本部职守权限上奏清廷书，转引自李贵连编著《沈家本年谱长编》，山东人民出版社，2010年，第162页。

③ 《大清宣统新法令》第十六册，转引自李贵连编著《沈家本年谱长编》，山东人民出版社，2010年，第262页。

④ 滋贺秀三《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》，王亚新译，载于滋贺秀三等著《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新、梁治平编，法律出版社，1998年，第55页。

⑤ 参见巩涛《失礼的对话：清代的法律和习惯并未融汇成民法》，邓建鹏译，载于《北大法律评论》，北京大学出版社，2009年第10卷第1辑，第117页。

⑥ 参见俞江《清末“安徽省民事习惯调查录”读后》，载于（台北）《法制史研究》第3卷。

正是建立在剥夺经济社会中的其他一些阶级——牺牲诸如大的土地占有者，农民阶层和手工业的传统职业，或者是建立在剥削工薪阶层的基础上。”<sup>①</sup> 辛亥鼎革之际，1912年，中国总人口为4.1亿，城镇人口却只有3700万；北洋政府末期1928年，总人口为4.65亿，城镇人口4100万，仍只占总人口的8.9%。<sup>②</sup> 1914—1918年，小农经济占国内总产值的61.8%，传统、半传统的工商业经济占35.5%，而近代产业经济仅占2.7%。<sup>③</sup> 在此种社会结构和阶层分布现实的约束下，中国固有的财产和身份法的观念与制度，就不仅是在广大农村，即便是在近代大城市地区，也都会保持长期的稳定性。但是，中国传统和社会现实的延续，又无法以某种制度化、形式化的习惯法的方式被有效纳入现行民法的体系中。中国与西方、习惯和法律、传统与现代，因为缺乏一种制度化、创造性的转化途径，因此陷入一种中国/西方、传统/现代非此即彼的二元困境之中。

现代中国的法律现代化面临特殊的历史条件约束。中国法律现代化不可能达到欧洲民族国家及其法律体系的紧密程度。法律统一和法律多元，伴随中央权力和地方权力、国家统一和地方自治、城市与乡村分化、全国性市场体系的培育与区域社会的分割，以及特别由边疆和民族问题带来的法律多元性，势必造成中国政治制度、法律体系和公民权利问题的复杂性。社会成员既需要从各种特定的血缘和地缘的关系中解放出来成为主权国家的法律主体，又面临如何在不同地区和文化的不同地方认同间保持平衡的问题。

与此同时，由于近代以来中国民事立法深受德国法系的影响，因此在有关“习惯法”的观念上也不可避免地陷入亦步亦趋的局面。德国近代最权威的民法学家萨维尼、普赫塔最早都非常强调习惯法的重要性，他们希望提出一种法源理论，为德国民族国家法律秩序的塑造提供本土资源。同时，他们也希望为法官提供有关测试习惯法拘束力的方法的指导。因此，他们接手了在欧陆共同法学者中流行的古老法学，并且由此发展出习惯法的先决条件学说。“他们讨论了其途径、统一性、行为长期持续的重复、在判决中暗示的认可、*opinio necessitatis*（民族内心有关特定规则必须被遵守的确信）、合理性、公之于众的状况以及错误的后果，用于查明并确定效力优先于欧陆共同法的地方性习惯于特殊习惯的拘束力。”<sup>④</sup> 可以发现，在这种鉴别习惯法效力的理论中，一开始并没有以“习惯”是否符合国家法律与制定法为先决条件。但是，在进入19世纪中后期之后，现代德国的民法学派，则开始从萨维尼与普赫塔的立场上倒退。他们开始完全以国家的立法作为基础，并逐渐抛弃了各种“非国家”社会理论和法律理论。

在这种民法思潮的变迁之后，主流理论开始倾向认为：习惯法不仅在实践意义上，而且在理论价值上，都居于制定法之后。<sup>⑤</sup> 《德国民法典》编纂第一委员会在《第一提案》第二条提出“只有当制定法参引习惯法时，习惯法性质的法律规范才有效。”<sup>⑥</sup> 格布哈特（Gebhard）在《〈第一提案〉说明》中则明确反对习惯法，因为习惯法“脱离实践”。而且，他否认当代迫切需要习惯法，因为承认习惯法会损害法典编纂的目的。因为法典编纂的目的是法的确定性，但习惯法的特点则是不稳定，而这种特性正是确定习惯法的困难所在。对他们来说，法典编纂的首要目的是创造统一的德国法。但如果习惯法可以不受控制地发展为制定法，那么“根据德意志民族的特性”，“德国的法律领域就很容易被地方法习惯法占据”。也就是说，如果承认习惯法是制定法，就会面临这种危险，所以人们只在

① 罗尔夫·克尼佩尔 《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成历史》，朱岩译，法律出版社，2003年，第20页。

② 赵文林 《中国人口史》，人民出版社，1988年，第510—511页。

③ 周俊旗，汪丹 《民国初年的动荡》，天津人民出版社，1996年，第150页。

④ 埃利希 《法律社会学基本原理》，叶名怡、袁震译，九州出版社，2007年，第1027页。

⑤ 雅各布斯 《十九世纪德国民法科学与立法》，王娜译，法律出版社，2003年，第127页。此处所指“习惯法”，非萨维尼“民众信念”意义上的习惯法，真正的法源是民众信念，而习惯（*Gewohnheit*）、实践（*ubang*）只是民众信念的“显现”形式。

⑥ 雅各布斯 《十九世纪德国民法科学与立法》，王娜译，法律出版社，2003年，第128页。

迫切需要习惯法的情况下才承认习惯法是完全合理的。因此,《〈第一提案〉说明》最后将习惯法区分为无效的或已被废除的习惯法(das ab-oder derogatorische Gewohnheitsrecht)与补充性习惯法(das suppletorische Gewohnheitsrecht)两类。

而在德国法学家雅各布斯看来,由于受到近代启蒙理性思维的影响,即使连萨维尼和普赫塔,也从未怀疑过习惯法对当代只起微小作用。这显然是人们在19世纪初对习惯法的看法。到了19世纪末,生活关系已发生了根本变化,人们则否认对习惯法的“迫切需要”。<sup>①</sup>

虽然近代以来的各国法律哲学从来没有取消过“习惯法”的正当性,相反,在国家/市民社会的二元论中,“习惯法”实际上承担着塑造市民空间,从而支持国家法律再生产的重要功能。但是,“习惯法”与“国家法”的并存,也已在其中蕴含了一种等级性的规定。将习惯法与国家法相对立,实际上也是国家法至上地位的完成,它们共同巩固了有关法律生成的现代化理论论述。而只要依然处于这一二元论的思维模式之中,所有外在于国家的法律秩序,都只能作为国家法的边缘和补充而存在。

近代以来的法律哲学,普遍相信理性的自由立法远高于单纯的习惯适应过程,前者在固定的理性原则基础上创造了行为的规则,而后者除了盲目的“永久性倾向”之外则什么也不是。<sup>②</sup>近代社会契约理论及由其推导的民族国家法律理论,成功地将自己建立在一系列历史假定之上。它倾向于把民族国家的内部疆域建构为一个同质性的时空维度,通过这种抽象化的过程,一方面将自然和社会分离开来,另一方面则把各种复杂的社会实践化约为可以量化的方式。<sup>③</sup>在这种现代性的法律视野下,“习惯(法)”实际就被设定为三重特征的合一:首先,它是一种不同于西方法律或西方人所熟悉的法律体系;其次,它是一种原始的、落后的法律;最后,它是一种缺乏明确、清晰的成文内容的法律。<sup>④</sup>

现代中国法律的急剧变迁,蕴含了深刻的社会秩序重建和个体、群体生成性认识与实践的变化。国家权力迅速集中,以完成在民族国家世界体系内求生存、求发展的历史使命。这是一种全新的法理逻辑关系,是一种社会结构和功能的重新定位,同时,也是一种前所未有的社会动员与革命运动的进程。可以看到,在这种历史发展的脉络中,从传统中国“天理”框架的“良风美俗-坏风恶俗”,到清末“公理”框架的“良习惯-恶习惯”,再到国民党时期“法理”框架(主要是德国潘德克顿法学)的“规范习惯-事实习惯”,立法者、司法者与法律家始终对“习惯”充满了偏见与傲慢。<sup>⑤</sup>

“习惯”只是被立法者通过法源条文的简单规定予以抽象的承认,只是在表面上将习惯纳入了以法典法为中心构建的法律体系。而对于近代以降的中国立法者来说,为现代国家建立和社会结构生长输送法律的支持,为建立基于主权的政治结构和国际关系提供趋同化的可能性,才是压倒性的政治和法律使命,而这必然会在国家法规范的层面上,逐渐肃清那些散落于中国各地并未被深入整理的“习惯法”的遗存。从这个历史角度,再去重新观察民初大理院在司法实践中定位“习惯法”与“习惯”关系的变化,就可以获得更加深刻的认识。

① 雅各布斯 《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社,2003年,第129-130页。

② 韦伯受到新康德主义的极大影响。康德认为,“义务(Duty)从不应是习惯有关的问题,而应是缘起于人们思维方式的,鲜活而原初的,并不断前行的。之所以如此厌恶人们获致的习惯,是因为在(习惯)这方面,动物比人类更具优势。一般来说,所有获致的习惯都是令人厌憎的。”转引自查尔斯·卡米克等编《马克思·韦伯的〈经济与社会〉:评论指针》,王迪译,上海三联书店出版社,2010年,第88页。

③ 博温托·迪·苏萨·桑托斯 《迈向新法律常识:法律、全球化和解放》,刘坤轮、叶传星译,中国人民大学出版社,2009年,第550页。

④ 戴维·沃克 《牛津法律大辞典》,李双元等译,光明日报出版社,1989年,第236页。

⑤ 可参见 Shengfeng Yu, “Customary Law” as the “Source of Law” in Modern China, in Philip C. Huang & Kathryn Bernhardt (eds.), *The History and Theory of Legal Practice in China: Toward a Historical-Social Jurisprudence*, Leiden: E. J. Brill, 2014.

### 三、结 语

近代中国法律的发展过程，涉及的不只是一种客观法的简单编纂，同时也是对“法律人”的形塑过程，是将客观的法律权利转变为一种“主观权利”的过程。因此，通过法律进行的治理，是要求社会中的普通人能够“为权利而斗争”，这本身也成为一种社会规训。<sup>①</sup> 立法的意图是冀望建立一种更一致、简洁、以法律人格人人平等为诉求的社会法律秩序。它把人从血缘、地缘和其他各种传统关系中抽离出来，建构出一个个具有清晰权利—义务归属的法律主体。但是，作为具有道德和情感记忆的“中国人”，作为具有传统和地方伦理认同的“中国人”，则难以在这种现代性的法律构建中发现自己的位置，并与之构成了严重的文化冲突。因此，这也导致了以城市—乡村二元法律体系为代表的一系列法律认知和实践上的困境。

而近代中国依据习惯作为民法替代物并以之统治当地民众的成功经验，多数则源自一些殖民地和半殖民地地区的法律实践。中国会审公廨的法官、中国香港和新加坡的立法者、清政府或民国政府所邀请的法学家，以及日据中国台湾时期的地方政府，只有在这些中西交汇同时又相对处于政治边缘的前沿地带，才多少推动了习惯法理论和实践的发展。<sup>②</sup>

一个国家的私法制度不应该是一套僵硬的教条和单纯的功能体系，而应该是存在于生活世界和历史实践中的规范和秩序，应当是通过人的洒扫应对呈现生活价值的规则事业。唯有真正尊重中国人所栖居的生活世界，通过重新解释和建立外部世界、法律规则与人的自由和尊严之间的联系来实现。个人与家庭，个体与社会，通过接引一种新的联结着历史与生活世界的法律，通过重建现在与过去和未来之间的法律记忆，进而形成一种具有普世性规范意义的法律和道德的空间，在这种新的时空中重新确立中国人的权利、义务和责任，才能推动形成一部真正属于中国人的民法典。

(责任编辑: 谢莲碧)

<sup>①</sup> 赵晓力 《民法传统经典文本中“人”的观念》，载于《北大法律评论》，1998年第1卷第1辑，北京大学出版社，1998年，第138页。

<sup>②</sup> 巩涛 《失礼的对话：清代的法律和习惯并未融汇成民法》，邓建鹏译，载于《北大法律评论》，北京大学出版社，2009年第10卷第1辑，第100页。