

# 以习惯作为法源在民法体系中的具体适用问题探究 ——以民法典第 10 条为出发点

作者：于汉博

内容摘要：

法律源于习俗和信仰，非法律制定者所能专断，在国家制定法出现前，习俗、习惯通常被作为调整人类行为的规范。《中华人民共和国民法典》第十条已明确习惯在不违背公序良俗前提下可作为民法渊源，但并未具体指出在司法实践中的应用规则。我国作为多民族国家，将习惯作为民法渊源彰显我国法治进步，符合实际国情，增强民族凝聚力，推动社会有序良性发展。因此，应具体探究符合公序良俗的习惯在的运用方法，为司法实践提供参考及指引。

关键词：民事习惯 民法的渊源 公序良俗

## 一、“习惯”的含义及其法源地位价值

### （一）“习惯”含义之界定

习惯，是指在某区域范围内，基于长期的生产生活实践而为社会公众所知悉并普遍遵守的生活和交易习惯。可以认为，习惯是对人们在一定历史时期内的生活习惯的归纳和总结，其对人与人之间的交互行为起到规范作用，是人类社会在一般生活中公认的行为准则和价值判断标准。人们在生活中基于对习惯的认可和遵守，使得人们在一定历史时期内的社会行为变得有序，在一定维度内，习惯的作用几近法律。根据当今社会的发展情况，可以将习惯分为区域性习惯、行业习惯、生活习惯等。《民法典》第十条中所指习惯，应归入到民法体系中，并解释为民事习惯。

有学者将“习惯”表述为“习惯法”，因此，应在民法体系范畴内厘清二者之关联，探究真意。笔者认为，人的交互行为中产生习惯，因此，民事习惯源于民事行为，而民事行为又不完全等同于民事法律行为，民事行为之外延大于民事法律行为，或者说民事法律行为包含在民事行为之种。因此，作为法源的习惯，应当具备合法性、正当性等要素，进而能够起到评价或约束民事法律行为的作用。故，作为民法法源的“习惯”，限于习惯法，即国家认可的民事习惯。它是人们在长期的生产生活实践中形成的一些行为规则，特定的群体具有将其作为行为规则、约束自身行为的内心确信。

## （二）民事习惯作为法源的地位与价值

民法的渊源，又称民法的法源，通常是指民法规范借以表现和存在的形式，是法院处理民事案件时可以作为裁判基准的法律规范。在《民法通则》中，将法律和国家政策作为民法的法源，并未将民事习惯列为民法法源。随着我国社会的整体发展和人民群众法治意识的不断进步，将习惯列为法源的重要性日益凸显，尤其在调整不同区域、不同民族的民事行为时，习惯更显得不可或缺。《民法典》颁布后，将以往在部分民事领域，如《合同法》《物权法》领域内适用习惯进行规范的范围扩大至整个民法体系，这使得各领域法律规范之间衔接更为融洽，也使得以往的法律冲突问题得以解决，使我国民法体系成为科学、完整的有机整体。

将习惯作为民法法源，可以弥补以往法律条文中的漏洞。成文法的优点显而易见，但成文法的僵硬和滞后，使得法律成为制约社会发展的因素。当今社会日新月异，飞速发展，科技给社会的带来的改变，往往超过法律更新的速度，新的社会行为所产生的法律关系不仅给法律的制定带来巨大挑战，也为司法活动带来新的压力。将习惯作为法源，则可弥补这一缺陷，并使司法者在面对新情况、新问题时有抓手，有的放矢。

---

<sup>1</sup> 《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》，人民法院出版社，2020年7月第1版，第86页。

将习惯作为民法法源，还可以促进纠纷解决多元化。随着国家治理体系的不断完善，多元纠纷解决的需求也被中央提上日程。在依法治国的前提下，将习惯作为法源，可以促进纠纷的多元化解，从基层调解组织，到人民政府再到人民法院，均可利用习惯进行调解。人们在面对法律时往往理解不深刻，甚至在纠纷进入到诉讼程序后产生放纵心态，但一般民间行为习惯却基于人类社会的本质属性而得到常人的认可。即纠纷当事人存在对法律忽视或对抗心理，但为便于其生活和正常进行社会活动，却对行为习惯较为认可和遵从。故，将习惯作为法源，有利于梳理问题，淡化矛盾，便于矛盾纠纷解决在阶层，解决在苗头上。

将习惯作为民法法源，可以提升民族凝聚力和向心力。我国作为多民族国家，各民族之间的风俗习惯均不相同，如果一概用成文法进行规范，很难面面俱到。甚至在立法滞后的情形下，所设法律条文与某一民族习惯产生冲突，不仅不能起到规范作用，反倒不利于法治的推进和全民知法、守法这一目标的实现。

## 二、民事习惯作为法源的构成要件

### （一）反复持续性

习惯作为社会事实存在并被一定时期、范围内的多数人反复实践并认可。某一行为在得到多数人遵从并认可后，即具有习惯属性。行为方式转为习惯，需要在生活实践中行为

主体多次、反复的实施，如仅为偶发的行为，则一般不能上升到习惯的维度内。故，多次、反复的特征是行为模式成为习惯的首要构成要件。其主要表现为行为主体依照某一行为标准模式多次重复该行为或实施类似的行为。

## （二）规范性

习惯除被行为主体作为一定标准进行反复实施外，还要具有一定的规范属性，即某一习惯可以对认可该习惯的群体产生约束作用，可以体现在道德范畴、宗教范畴等方面。该群体在生产生活中，需依照习惯的标准进行社会交互行为，并在行为主体的内心中形成对习惯的下意识遵从表现。如此，习惯的规范性则表现为约束和确定两个方面。

## （三）法的确信

德国学者拉伦茨认为：“习惯的法源地位并不单单体现在实践中的普遍遵行，更重要的是人们认为该项习惯是正确的，即具备了‘必要的确信’。”法的确信主要表现在其强制性，习惯要上升至法源，其在某一领域内的强制性必不可少，是被遵从这一习惯的群体作为一种强制性的行为准则而遵守，人们普遍认可并将其作为一种强制性的行为准则而实施。当然，这种强制性的遵守需要符合目前国家整体法律规范和法治精神，所谓的法，亦是指国家制定的法，在与法冲突的前提下，并不能产生法的确信的法律效果，也就不能作为民法的法源。整体来讲，这种法的确信需要得到确信的惯在

法认可的范围内被确信，进而具有强制性。

### 三、民事习惯作为法源在司法实践中的运用

仅谈民事习惯，是概括笼统的，其仍旧停留在抽象层面，如何将这一法律原则转化为具体的法律规则，需要更深入的探究。

#### （一）习惯的适用顺序

依据一般民法理论，在有具体规则的前提下，不能适用原则。习惯作为原则性规定，其功能旨在填补规则漏洞，在具体案件中不能直接适用习惯进行裁判，只有在穷尽规则的前提下，才能转而适用习惯作为裁判的标准和依据。在选择适用习惯的情形下，其优先性应优于一般法律原则，但不能违背公序良俗。因为只有被社会广泛认可的习惯才能作为法源进行适用，少部分习惯可能存在违背社会大众的普遍认知，违背了多数人的道德价值观，也就不能作为法律的渊源。这也是规定公序良俗这一前提的必要性。

#### （二）诉讼中主张民事习惯的举证责任分配

首先，如诉讼主体所主张习惯为一般性、普遍性习惯，为公众所知的习惯，则根据诉讼法的规定，该习惯不需要诉讼主体进行举证。其次，如诉讼主体所主张习惯为某一区域、某一群体或某一范围内的习惯，则需要根据法律规定由提出该主张的主体进行举证。法官在进行审理个案件的过程中，如有需要，也依职权可要求当事人进行举证，并分配举证责

任，便于查清案件事实，作出公正裁判。

#### 四、结语

由于民事习惯作为正式法源的提出是原则性的，并未作出具体的规定。因此，司法实践中，适用民事习惯进行裁判时需要严格遵照民事习惯的适用的构成要件来进行判断和评价。将好的习惯以生效裁判的形式作出确信，将陋习予以摒弃，大浪淘沙，推动习惯作为法源的正当性，助力法治进步。

参考文献：

- [1][德]萨维尼.论立法与法学的当代使命[M].许章润译.北京：中国法制出版社。
- [2]王利明.论习惯作为民法渊源[J].法学杂志。
- [3][古罗马]查士丁尼.法学总论——法学阶梯[M].张企泰译.北京：商务印书馆。
- [4]高其才.中国少数民族习惯法研究[M].北京：清华大学出版社。
- [5]陈寒非.民法典编纂中的民事习惯：从事实到规范的转化[J].民间法。
- [6]梅仲协.民法要义[M].北京：中国政法大学出版社。
- [7]郑玉波.民法总则[M].北京：中国政法大学出版社。
- [8]何孝元.云五社会科学大辞典（第六册）[M].北京：商务印书馆。
- [9]史尚宽.民法总论[M].北京：中国政法大学出版社。
- [10]胡长清.中国民法总论[M].北京：中国政法大学出版社。
- [11]施启扬.民法总则[M].台北：三民书局。
- [12]李永军.民法总论[M].北京：中国政法大学出版社。
- [13]民俗习惯在我国审判中运用的调查报告[J].法律适用。
- [14]汪洋.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[J].中外法学。
- [15]彭诚信.论《民法总则》中习惯的司法适用[J].法学论



坛。

[16]王杰,王允武.少数民族习惯法司法适用研究[J].甘肃政法学院学报。