

# 民法典法源适用冲突及消解

## ——兼论二元差序化法源适用模式的建构

李可<sup>1</sup>, 邓昆鹏<sup>2</sup>

(1. 新疆大学法学院, 新疆乌鲁木齐 830046; 2. 长江大学法学院, 湖北荆州 434023)

**摘要:**针对民法典法源适用的冲突, 现行的民法典法源顺位适用模式采用“法律→习惯→法理/基本原则”的顺位适用路径, 形成了制定法在司法适用中的强势地位, 挤占了习惯的司法适用空间。根本原因是立法者对民法典法源适用冲突的理解出现偏差。民法典法源适用冲突并非法律与习惯的同时存在造成的, 而是同一法源内部之间、不同法源之间的民事规范针对同一调整对象的调整内容不一致, 导致了不同的法律结果。民法典二元差序化法源适用模式可以克服法源顺位适用的弊端, 它以法律与习惯为其法源, 结合利益博弈论的相关原理, 基于同一法源内部之间的纵向民事规范、不同法源之间的横向民事规范, 针对具体个案进行差序化地动态调试, 以恢复习惯的生机与活力, 更好地指引民事司法实践。

**关键词:**民法典; 习惯; 法律; 法源; 差序化适用

中图分类号: 文献标识码: A 文章编号: 1008-7699(2023)06-0030-10

近几年, 我国民事司法适用层面出现一个引人注目的变化, 是习惯作为民法典之法源有了被援引及适用的空间。这是《民法典》第10条在立法层面确立习惯为法源, 与之在司法适用层面相伴相生的局面。<sup>①</sup>与此同时, 在司法适用层面针对同一调整对象可能存在多个可适用的民事法律规范, 产生了民法典法源适用冲突的难题。现行的民法典法源顺位适用模式在建构论唯理主义影响下采用“法律→习惯→法理/基本原则”的路径, 使得制定法越发强势, 不断挤占习惯的适用空间, 甚至出现强行适用制定法违背民情、损害当事人权益的情况。<sup>②</sup>

为克服“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用路径的弊端, 民法典二元差序化法源适用模式从民法教义学出发, 以法律与习惯为其二元法源, 在司法层面基于个案进行法律与习惯不同类型法源之间的差序化适用。在该种法源适用模式下, 习惯可优先于制定法进行差序化的司法适用。鉴此, 笔者将分析现行民法典法源顺位适用模式下法源适用冲突的类型、条件、成因, 并提出基于二元差序化法源适用的冲突消解策略。

### 一、民法典法源适用冲突的类型及形成条件

民法典法源适用冲突, 虽与法源的效力位阶有一定联系, 但并不是法源效力位阶直接导致的, 而是司法适用过程中必然遇到的情形。法律渊源作为法官裁判规范的来源, 在司法判决时并非单独适用, 而是

收稿日期: 2023-07-11

基金项目: 新疆大学科研启动项目(BS202205); 国家社会科学基金重大项目(16ZDA069)

作者简介: 李可(1975—), 男, 湖南邵阳人, 新疆大学法学院教授、博士生导师, 法学博士。

① 参见《民法典》第10条: “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。”

② 现行的民法典法源模式主要有“法律→习惯→法理”三位阶民法典法源模式、“法律→习惯→基本原则”三位阶民法典法源模式以及“法律→习惯”第一层次和基本原则第二层次之层次民法典法源模式。参见李可, 邓昆鹏: 《民法典二元差序化法源模式研究》, 载《山东法官培训学院学报》2023年第2期, 第3-4页。

以法源集合的形式出现,此时可供法官适用的裁判规范是多元的。

民法典法源适用冲突,不能简单地看作是不同的民事规范之间的选择问题。它不仅会加重司法人员的工作负担,降低司法效率,也会产生诉讼投机主义。《民法典》第10条仅确立法律与习惯为其法源,此处对于民法典法源适用冲突的类型及条件的讨论,仅限“法律”法源与“习惯”法源之间。

### (一) 民法典法源适用冲突的类型

一国法治不断健全、法律体系不断完善的同时,其“法律”也愈加名目繁多、呈指数级增加,一般意义上这些“法律”都具有一定的拘束力。与之对应,法源适用冲突也就越来越多。我国虽然是单一制国家,但立法的主体是多元的,各个立法机关在考虑地区差异的情况下,针对同一调整对象可能创生出不同的调整规范。例如,伊犁哈萨克自治州通过对婚姻法的补充规定,来维护哈萨克族七代内禁止结婚的传统习惯。<sup>[1]26</sup>此外,我国民族众多、各地风俗相差巨大,也会生成不同的风俗习惯。例如,土家族多讲分家,不讲继承,父母在世时主持的分家就具有继承性质。彭中礼将法律规范的冲突分为两种,分别是相同位阶的法律规范冲突与不同位阶的法律规范冲突,<sup>[2]250-254</sup>该种以法源位阶为标准进行的区分,实际并未超脱法源顺位适用的路径。因此,基于民法典确立法律与习惯为其法源的现实依据,可将民法典法源适用的冲突分为民法典单一法源之间的适用冲突与民法典二元法源之间的适用冲突。

其一,民法典单一法源之间的适用冲突。民法典单一法源之间的适用冲突包含两种情况,分别是民法典法律法源内部适用的冲突与民法典习惯法源内部适用的冲突。

第一种情况,民法典法律法源内部适用的冲突。《民法典》第10条规定的“法律”不是狭义上民法典所确立的法律规范,而是广义上的民事规范。通常意义上民法典所确立的“法律”有七种类型,加之将基本原则归属民法典“法律”的范畴,则有八种“法律”类型。<sup>①</sup>其中制定法的内部适用冲突是民法典法源适用冲突的主体,各个立法部门制定的民事法律规范存有重合,甚至存在冲突。除了常见的民事法律规范的适用冲突,还有民法典基本原则与具体民事规范的冲突,国内民事规范与国际条约中民事规范的冲突。庞杂的制定法针对同一调整对象可能存有交集与深度重合,需要法官针对具体案件进行选择适用。

第二种情况,民法典习惯法源内部适用的冲突。民法典“习惯”法源的类型,主要包括民法典自身的规定和民法典司法解释的规定,所确立的“习惯”共有六种类型。<sup>②</sup>“十里不同风,百里不同俗”<sup>[3]</sup>,是从横向地域角度解读中国习惯多样性的重要体现。例如,在广西壮族自治区金秀瑶族自治县六巷乡存在“打茅标”的物权习惯。<sup>[4]</sup>从纵向历史角度来看,古代中国有着“礼法合一”的法制传统,礼在中国传统中具有重要的规范作用,至今影响着人们的生产和生活。例如,现在部分地区男方家庭通常需要给予女方家庭一定的彩礼,实际是古代“六礼”的延续。<sup>③</sup>结合横向地域与纵向历史两个维度来看,中国具有丰富的礼俗与民俗资源,但是,这些礼俗与民俗多存有冲突与矛盾,无法程序化适用。

其二,民法典二元法源之间的适用冲突。从发生学角度分析,法律大体经历了“禁忌→习惯→习惯法→法律”的发展阶段,但是四者之间并不是非此即彼的存在关系,即使到现代仍有大量的禁忌与习惯,四者也可在同一时空中共存。如马克斯·韦伯所言:“从单纯的习惯向惯例的过渡以及从惯例向法律的过渡,其界限是变动不居的。”<sup>[5]</sup>可见,法律与习惯之间并没有非黑即白的界限,有时是在同一场域共存。民法典确立法律与习惯为其法源,在司法适用中存在两种冲突形式。

第一种冲突形式,法律与习惯存有适用冲突,最终适用法律。该种冲突形式是民事司法实践中较为

<sup>①</sup> 七种类型分别是:一是宪法中的民事规范,二是民法典及民事单行立法,三是国务院制定发布的民事法规,四是地方性法规、自治条例和单行条例,五是规章中的民事规范,六是最高人民法院民事解释的规范性文件,七是国际条约中的民事规范。

<sup>②</sup> 其中,民法典所确立的习惯类型有交易习惯、风俗习惯、当地习惯、隐含习惯的公序良俗四种,加之民法典司法解释则确立了民间习俗、惯常做法两种习惯类型,共有六种。参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第2条第1款:“在一定地域、行业范围内长期为一般人从事民事活动时普遍遵守的民间习俗、惯常做法等,可以认定为民法典第十条规定的习惯。”

<sup>③</sup> 六礼具体为纳采、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎,参见《仪礼·士昏礼》,彭林译注,北京:中华书局2012年版,第37-73页。

常见的冲突形式,一般表现为习惯系恶习陋俗、背离社会主义核心价值观、违背社会公序良俗。此时,制定法起着规范作用的同时,也起着识别、辨认、排除和改造习惯的作用。例如,《民法典》第10条及其司法解释规定适用民事习惯之最低限度,避免恶习陋俗在民事司法领域的适用。<sup>①</sup>又如,民法典规定实行一夫一妻制,禁止包办、买卖婚姻,都是对原有恶习陋俗的彻底否定。<sup>②</sup>

第二种冲突形式,法律与习惯存有适用冲突,最终适用习惯。法律多作为一种人为设计秩序,习惯则多作为一种自发秩序与扩展秩序,是一种集体性的自然而然行动方式。法律与习惯不仅是某种规范形态,也是一种知识形态,背后反映的是人的理性,尤其是中国的传统礼俗与民俗,反映了人作为独立个体对生存环境的认识与感知。例如,古代中国婚礼中一拜天地、二拜高堂、夫妻对拜的习俗,背后分别反映的是中国古人对宇宙观(“天地人”三才<sup>③</sup>)、宗族观、夫妻观(夫妻因义而和)的认识。司法实践中也有适用习惯的案例。例如,媒人虽不具备婚姻介绍的营业条件,但依据当地的传统习惯,法官最终判定应支付媒人一定的婚姻介绍费。<sup>④</sup>

## (二) 民法典法源适用冲突的形成条件

法律渊源的规范冲突是法律现象中值得深思的问题,一方面代表人们对行为规范多元化的向往,另一方面也凸显了文化和价值观念在其中的影响和作用。<sup>[2]250-254</sup> 民法典最终确立法律与习惯为其法源,制定法确保了民法典体系的稳定性,习惯则保证了民法典的适应性和柔韧性。二者不仅存在单一法源内部之间的适用冲突,也存在二元法源之间的适用冲突。结合案例,回归民法典法源适用冲突的形式逻辑,可以发现民法典法源适用冲突的形成条件有三个,分别是同一调整对象适用不同的民事规范、不同民事规范存有不同的调整内容和不同民事规范导致不同的法律结果。且三者需要同时满足,才能判定民法典法源之间存有适用冲突。

其一,同一调整对象适用不同的民事规范。此处针对同一调整对象适用不同的调整规范,调整规范至少涉及两个。一般而言,一个完整的法律规范由假定、行为模式和法律结果三部分组成。<sup>[2]247</sup> 若某一民事行为符合民法规范的假定条件,就可适用该民事规范的调整。而并非一个假定条件分别对应一个民事规范,多是一个假定条件对应多个民事规范,甚至是不同法源之间的民事规范。可见,同一调整对象适用不同的民事规范存有两种情形,即同一调整对象适用同一法源之间不同的民事规范与同一调整对象适用不同法源之间的民事规范。前者,同一调整对象适用同一法源之间不同的民事规范。例如,对于医疗纠纷的调整,既可基于患者与院方签订的医疗手术合同适用民法典合同编相关的法律规范,也可基于院方与患者之间的侵权行为适用民法典侵权责任编相关的法律规范。后者,同一调整对象适用不同法源之间的民事规范。例如,《民法典》第289条规定处理相邻关系既可依照法律、法规的规定,也可按照当地习惯。<sup>⑤</sup>又如,黑龙江省龙江县有“租不拦典,典不拦买”的物权习惯,与《民法典》第725条之规定“买卖不破租赁”的内容存有一定不同。<sup>[6]120</sup> 司法适用层面对于习惯的适用,多采用检察院“援习入检”、法院“援习入判”、官方“援习入调”的形式。<sup>[7]</sup>

其二,不同民事规范存有不同的调整内容。不同民事规范存有不同的调整内容,指对于同一调整对象在内容上存有不同的表述且其内容是相异的,若不同民事规范表述不同但内容相同,则不能说明不同的民事规范存有不同的调整内容。其中最具有代表性的是民法典配套颁布的司法解释,是对民法典抽象

① 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第2条第3款:“适用习惯,不得违背社会主义核心价值观,不得违背公序良俗。”

② 参见《民法典》第1041条第2款:“实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。”第1042第1款:“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。”

③ “何为本?曰:天地人,万物之本也。天生之,地养之,人成之。天生之以孝悌,地养之以衣食,人成之以礼乐。三者相为手足,不可一无也。”参见董仲舒:《春秋繁露》,张世亮、钟肇鹏、周桂钿译注,北京:中华书局2012年版,第193-194页。

④ 参见辽宁省铁岭市中级人民法院(2021)辽12民终995号民事判决书。

⑤ 参见《民法典》第289条:“法律、法规对处理相邻关系有规定的,依照其规定;法律、法规没有规定的,可以按照当地习惯。”

法条的具体说明与补充,大多不存在不同的调整内容。因此,对于同一意思现象的内容存有不同或多样的表述形式,只是语言表达与立法技术的差别,并非调整内容的不同。调整内容的不同,是意思本质上的不同,一般涉及意思本质的基本不同与意思本质的根本不同,这分别意味着不同民事规范导致的法律结果存在可协调与不可协调的区别,根本意义上的不同甚至可能导致完全相反的法律结果。可见,不同的调整内容才是造成法源冲突的内在根源。根据其意思本质的区分,可以分为意思基本不同的调整内容与意思根本不同的调整内容。

民事规范之间意思基本不同的调整内容表明民事规范之间的冲突可以协调,导致的法律结果当事人双方虽有争议却可以接受。例如,“海绒草场纠纷案”中,牧民普遍遵循的草场使用习惯最终得到采纳。<sup>[1]27</sup> 虽然草场使用习惯与法律规定存有差异,但是最后适用习惯也可为当事人双方接受。民事规范之间意思根本不同的调整内容则表明民事规范之间的冲突不可协调,导致的法律结果当事人双方很难接受。此种情况一般是法律规范之间根本抵触,或是涉及民族禁忌的民事习惯,往往没有缓和的空间。例如,中国江南部分地区女方出嫁陪嫁的马桶,习俗中意味着“子孙桶”,关系着男方家庭的香火传承,夫妻双方离婚时女方不能带回娘家。<sup>[6]239</sup> 司法实践中含有习俗禁忌的民事纠纷,不能完全依照法律规定进行处理。

其三,不同民事规范导致不同的法律结果。“从法律规范的逻辑结构来看,不同的假定和行为模式会带来不同的法律结果,这是法律调整的正常现象。”<sup>[2]249</sup> 对于民事案件的双方当事人来说,其在意的并不是法官对于法律规范的适用,而是法官审理案件判决的法律结果对自己切身利益造成的影响,这也是他们参与司法过程、关切判决结果的归因。如前所述,若不同民事规范的适用有着相同的法律结果,并不能说明民法法源的适用有了冲突,因为规范内容并未出现较大差异。而根据民事规范之间基本意思的不同与根本意思的不同,则会导致民事案件双方当事人可以接受的法律结果与难以接受的法律结果。前者,民事规范之间基本意思的不同导致民事案件双方当事人可以接受的法律结果,司法实践中有很多案例。例如,“苏鲁克”是内蒙古自治区牧区普遍存在的基于畜群而形成的民事习惯,从其设立的目的与作用来看具有用益物权的性质,日常生活中为牧区牧民所遵循。<sup>①</sup> “苏鲁克”与用益物权的相关法律规定并无太大出入,司法裁定时不会导致较大差异的法律结果。后者,民事规范之间根本意思的不同则导致民事案件双方当事人难以接受的法律结果。例如,西方的家庭单位是原子化家庭结构,而中国的家庭单位是代序化的家庭结构,代序化的家庭结构范围比原子化的家庭结构范围广。中国在移植西方法律时只规定父母对子女的探望权,并未规定祖父母(外祖父母)对孙子女(外孙子女)的探望权,法律规定与民间习惯之间出现极大的不恰。

由此可见,民法典法源顺位适用模式下的法源适用冲突,主要存在两种类型,分别是单一法源之间(法律或习惯)的适用冲突与多元法源之间(法律和习惯)的适用冲突。法源适用冲突的条件需同时满足三点,即同一调整对象适用不同的民事规范、不同民事规范存有不同的调整内容、不同民事规范导致不同的法律结果。

## 二、民法典法源适用冲突的深层原因及反思

法源何以适用直接关系当事人双方的民事权益与司法判决的公正,同时也极度考验法官个人的专业素养与从业经验。民法典法源适用冲突的成因,除了司法适用层面的问题,更多是在立法层面引发的结果。当然这并非立法过程中的刻意为之,而是一元性立法体制国家、审判中心主义模式极易遇到的局面。此外,中国地域辽阔、民族众多、社情复杂,也使得习惯与制定法在司法适用中常存有冲突。

<sup>①</sup> “苏鲁克”是蒙古语,本身指的是畜群,后来在畜群上设定以使用、收益为目的的用益物权而演变成为一种用益物权性质的民事习惯。参见戴双喜:《游牧者的财产法——蒙古族苏鲁克民事习惯研究》,北京:中央民族大学出版社2009年版,第188页。

### (一) 民法典法源适用冲突的深层原因

民法典法源模式的构建与实际适用之间,似乎存在难以逾越的鸿沟。除开立法层面与司法适用层面的原因,习惯法源自身也是造成民法典法源适用冲突的重要原因。

其一,民事规范形成主体的多元性与冗杂性。如前所述,民法典“法律”法源的类型分别有八类,种类复杂,在民法典法源适用冲突中的占比最大。究其原因,乃是这些民事法律规范的制定主体众多,颁布的民事法律规范名目繁多,多存在交叉与竞合。民法典民事规范的形成主体,不仅是民事法律规范的制定主体,还包括民事习惯的生成主体。民事习惯的生成并非特定主体的行为,而是不同地域、不同行业、不同民族的群体性行为,经过长期遵循与使用,在日常生活中自发生成的。可见,民事规范的形成主体有两类,分别是民事法律规范的制定主体与民事习惯的生成主体。

一方面,民事法律规范制定主体多元与冗杂。从形式上看,当代中国采取以全国人大“集权式立法”为主、港澳特区与民族自治地方“自治式立法”为辅的“主从立法模式”。全国人大虽是民事法律规范的重要制定主体,但仍存在地方各级人大、国务院各部门、地方各级行政主体、民族自治地方的立法主体、最高人民法院等各个民事法律规范的制定主体。这些民事法律规范的制定主体种类多元,且立法时各有侧重,直接导致制定出来的民事法律规范内容庞杂、存在竞合,成为民法典法律规范适用冲突的直接根源。

另一方面,民事习惯规范形成主体的多元与冗杂。总体来说,社会规范存在两种形态,分别是制定法为代表的显性社会规范和以习惯为代表的隐性社会规范,在人类历史发展进程中,习惯曾是社会规范的主体,后随规范法学的发展逐步式微。在保守主义观念支配下,习俗多是隐性地发挥作用,常为我们所忽视。<sup>[8]</sup>习惯的生成需要经历漫长的发展阶段,遵循与运用习惯的民众便是习惯生成的主体。整体来看,纵向角度存在历史发展进程中礼俗的生成主体,横向角度存在市场交换过程中交易习惯的生成主体、民族自治过程中民风民俗的生成主体、民众日常生活过程中惯常做法的生成主体等。这些民事习惯的生成主体不同于民事法律规范的制定主体,他们并无国家权威的认可,而是存有共同行为惯性的各类群体。

其二,民法典法源顺位适用路径的谬误。现行的民法典法源顺位适用模式均采用“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用的路径。这直接将制定法归为优位法源,习惯归为补充法源与末位法源,导致法源适用的呆滞与僵化,无法指引具体的司法实践。

“法律→习惯”法源顺位适用的路径立足于法源的位阶效力,而法源的分类是根据法源外在形式所进行的分类,即成文法的形式与不成文法的形式。法源位阶效力则是依据法源自身的稳定性与明确性,制定法明确且稳定,从而作为第一位阶的法源,制定法之后的法源根据其稳定性与明确性逐次排列。此种标准对于法源的排列形式并无太大争议,但是这种法源前后排列的顺序同步到法源适用的先后顺序则会产生问题。法源适用产生冲突的原因是民事规范内容的不同,解决法源适用冲突的方法也应从规范自身的内容进行裁量,而非法源前后排序的资格。

凯尔森认为,低级规范不可能完全符合高级规范,二者甚至存有不同内容的可能性。<sup>[9]</sup>习惯与制定法对于同一调整对象产生适用冲突,并非习惯和制定法同时存在的结果,而是因为针对同一调整对象,习惯与制定法各自存有不同的调整内容。犹如在一条道路上同时行驶的多辆汽车,同向而行的汽车可能存在先后问题,但相向而行的汽车则存在迎头碰撞的风险。

其三,习惯自身的必要性、局限性与适用的被动性。民法典虽然肯定了习惯的法源地位,但是在民法典法源适用过程中,制定法与习惯若存在适用冲突,法官多会选择制定法优先适用,若非迫不得已,习惯一般处于视而不用的尴尬处境。习惯与制定法的适用冲突,与习惯自身的必要性、局限性与适用的被动性是分不开的。

习惯之必要性,表现在习惯相对于制定法作为民法典法源的必要性上。习惯作为一种隐性的社会规范,无时无刻不在发挥着作用,有着比制定法更普遍与深入的运用。制定法虽然体系严密,但并非毫无缺漏,也无法替代习惯的法源资格。穗积陈重认为被法典固定后的法律处于静止状态,丧失了随着社会变

迁而不断发展的活力。<sup>[10]</sup>民法成典使得民事法律规范有了固定的法律体系,在一定程度上使得制定法有了更强的稳定性,然而制定法的稳定性是以牺牲适应性为代价的。不同于制定法,为了适用环境的变化,传统在相应变迁,<sup>[11]276</sup>习惯亦是如此,随着社会的发展而不断变迁。

习惯之局限性,乃是从习惯作为民法典法源的自身层面来论述的。首先,习惯具有极强的地域性,一般只在一地一隅适用,具有一定的封闭性与保守性,一旦超出所处的适用地域则不再具有普遍的社会规范价值。其次,习惯具有较强的民族性,民风民俗具有一定的民族禁忌与民族印记,往往与制定法相悖,较易产生冲突。再次,习惯作为社会规范,具有边界的模糊性,需要进行识别、辨明后,才可进行适用。最后,习惯不具备与制定法一样的强制性,往往靠民众自觉遵循,产生冲突后很难确保第二性义务的履行。

习惯适用之被动性,是相对于法官倾向适用制定法的行为惯性而言的。审判中心主义模式下,习惯与制定法存有适用冲突时,能否适用习惯最终取决于法官裁定。制定法适用的冲突问题最后多是法律规范的适用问题,会有一套明确的处理方案,而习惯在司法层面适用冲突的解决,需要法官具备较高的专业素养与从业经验。法官多会从保险的角度出发选择适用制定法,避免适用习惯造成判决瑕疵与争议。由此,习惯在司法适用中多为法官漠视,处于适用的被动境地。

## (二) 民法典法源适用冲突的反思

民法典法源何以适用?应该看到,法律渊源的效力位阶问题,只是宏观层面上确定了司法裁判规则的法律渊源如何实现其基本定位,对于实际的司法判断,还存在路径与方法的具体问题。<sup>[2]243</sup>

民法典二元差序化法源适用模式需要摆脱“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用的路径,构建基于个案的差序化适用,规避民法典现行法源顺位适用模式的不足。由此,本文从建构论唯理主义下法源适用的顺位惯性、利益博弈论视角下法源适用模式的改进、具体到个案时的动态差序调试三个方面进行反思。

其一,建构论唯理主义下法源适用的顺位惯性。马克斯·韦伯认为,人类社会进入现代社会的重要标志,乃是逐步摆脱神的控制,从宗教神学到世俗文化,更加关注市民社会本身。<sup>[12]</sup>梅因则认为,迄今为止所有进步社会的运动,乃是一个“从身份到契约的运动”。<sup>[13]</sup>民法作为市民法,其发展过程与社会的现代化亦步亦趋,背后反映的是市民经济的繁荣与人类理性的发展。如艾伦·沃森所言,形式理性与价值理性,是民法法典化具有的重要品格。<sup>[14]</sup>中国期望借助民法成典摆脱两千多年沉重的“封建包袱”与“历史包袱”,建构理性社会、现代性社会与市民社会。蕴含传统的习惯,似乎表现出某种惰性,显得与理性社会、现代性社会、市民社会格格不入,成为被驱逐的对象。

具体到民法典法源适用层面,建构论唯理主义企图运用人的理性,构建一种恒久适用的法源适用路径,便于民事裁决的普遍化、一般化、程序化运用及处理。如爱德华·希尔斯所言:“科学主义(scientism)与传统是敌对的,因为它只承认被认为建立在科学知识之上的规则,而这些知识又与科学程序和理性分析密不可分。那些没有科学根据的实质性传统应该被取代。”<sup>[11]253</sup>习惯在建构论唯理主义下显得不够理性、精密与可证实,似乎处于某种边缘的游离境遇。习惯相对于制定法,多被置于制定法之后,在民法典法源适用实践中,多是制定法缺位后法官才会理会被遗忘的习惯。

哲学家尼采论及:“人们不能屈服于理性,也不能满足于理性。”<sup>[15]</sup>法条合乎形式理性的同时,也需展现自身所蕴含的价值理性。<sup>[16]</sup>习惯作为民族文化的传承载体,反映的是一个民族的社会认知、行为惯性与民族气质,是一国法律价值理性的重要体现。个体无法掌握人类社会现有的全部知识,也无法预判未来社会发展的所有面向,因此立法者在法典制定与法源适用模式考量方面也会理性不及。建构论唯理主义过于拔高人对理性的可欲,使得“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用的路径存有谬误。

其二,利益博弈论视角下法源适用的改进。相对于民法典法源的适用,法律结果才是当事人双方的利益关切。司法裁决既在于定分止争,也是当事人双方的利益博弈场,由此产生的结果可能是一方利益受损、双方利益受损或是双方利益受益。法官作为民事纠纷的裁决者,致力公平正义的同时,能够最大程

度照顾当事人双方的利益关切、实现当事人双方利益的最大化,则能产生更好的司法裁决效果。

范合君认为,博弈论讨论的内容是关于局中人在各方利益相互作用中如何选择自己利益最大化的策略,与聪明又理智的决策者在合作和冲突下如何进行策略选择。<sup>[17]</sup>当事人双方作为司法判决过程中的参与者,都期望通过策略达到自身利益的最大化,而民事规范的适用是影响当事人双方利益的重要手段,因此选择适用何种内容的民事规范也是利益博弈的角逐场。我国虽然采用审判中心主义模式,但是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第2条第2款中明确当事人可以主张适用习惯,这就给予当事人在司法裁决中适用习惯的主动权与选择权。<sup>①</sup>

利益博弈论视角下,民法典法源适用存在两种情形。一是当事人双方不主张适用习惯,由法官进行裁决,法官可适用民事法规,也可适用习惯。此时,对于法律结果的影响取决于法官的裁量,当事人双方的利益处于自身不可控的情形。二是当事人主张适用习惯,有了利益博弈的主动权,若法官最终适用习惯,可能实现一方利益或者双方利益的最大化。在不违反社会公序良俗及遵循社会主义核心价值观的前提下,适用习惯能够使得当事人的利益最大化,则习惯可优先于制定法进行司法适用。民法作为私法,意思自治是其本质特征之一。利益博弈论视角下,形成“先私后公”的法源采用步骤,即先由当事人双方协商适用法律或者习惯,再由法官裁定适用法律或者习惯。一则可以充分尊重当事人的意思自治,二则可以改进“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用的僵化路径,三则可以实现当事人利益的最大化,提升司法裁决的实际效果。

其三,差序格局下具体到个案的动态调试适用。民法典法源适用情况纷繁复杂,一般性、普遍性、静态化且程序化的“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用的路径,不能应对司法实践中出现的各类情况,尤其是具体到微观个案上,更是难以适用。民法典法源顺位适用模式下,习惯充当对制定法漏洞的填补角色,在制定法缺位时才会补充适用。但是,司法实践中不少个案表明,在习惯与制定法同时存在的条件下,习惯也可跃迁至制定法之前优先予以司法适用。例如,山东省青岛市的“顶盆过继案”。<sup>②</sup>

“法律→习惯→法理/基本原则”法源前后次序的排列,并不能等同于“法律→习惯→法理/基本原则”的顺位适用。民法典法源适用冲突的根源在于民事规范内容的不一致,需具体到个案,谨慎裁量、选择适用。唯有进行民法典法源的差序化调试,才能突破“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用的僵化路径。也即立足个案,将产生冲突的民事规范所规定的内容进行辨识,结合具体案件的情况,进行司法裁断。由此,习惯在一定条件下可跃迁至制定法之前予以司法适用,处于优位法源地位。

有鉴于此,民法典二元差序化法源模式如何规避现有法源顺位适用路径的弊端,是其不得不面对的难题。可以利益博弈论视角,结合具体案件进行法律与习惯二元法源之间的差序化适用。

### 三、民法典法源适用冲突的消解策略

民法典二元差序化法源适用模式以法律和习惯为其法源,克服建构论唯理主义下法源适用的顺位惯性,以利益博弈论为视角,在司法适用层面构建基于个案的差序化动态调试,以期更好地指引民法典法源司法适用的具体实践。笔者拟结合现行民法典法源顺位适用模式的不足,从民法典二元差序化法源适用的逻辑进路、维度分析、动态调适三方面,消解民法典法源适用的冲突。

#### (一) 民法典二元差序化法源适用的逻辑进路

现行民法典法源适用的冲突乃是针对同一调整对象,民事规范的内容存有差异,解决法源适用冲突的方式在于对民事规范内容的对比与裁量,并非基于法源位阶效力的顺位适用。为规避法源顺位适用路

<sup>①</sup> 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第2条第2款:“当事人主张适用习惯的,应当就习惯及其具体内容提供相应证据;必要时,人民法院可以依职权查明。”

<sup>②</sup> 参见山东省青岛市李沧区人民法院(2005)李民初字第3460号民事判决书,山东省青岛市中级人民法院(2006)青民一终字第206号民事判决书。

径的弊端,民法典二元差序化法源适用模式拟以制定法为依据,采用依照制定法(secundum legem)、补充制定法(praeter legem)和背离制定法(contra legem)三种民法适用方法。<sup>[18]</sup>这三种民法适用方法虽以制定法为中心,却已不是顺位适用的逻辑进路,而是有了习惯跃迁至制定法之前,甚至背离制定法适用的逻辑出发点和途径。

可见,民法典二元差序化法源适用模式的逻辑进路,将围绕法律与习惯二元法源,以上述三种民法适用方法展开,结合具体案件适当地进行法源适用的差序化动态调适。首先,基于制定法内的适用(secundum),当只有制定法而无习惯时,适用制定法;然后,基于制定法外的适用(praete),当无制定法而有习惯时,适用习惯;最后,基于背离制定法的适用(contra legem),若适用制定法明显违背常识、损害当事人的权益,应优先适用习惯。<sup>[19]12</sup>

而《民法典》第10条所确立的法源,从形式逻辑上讲,并不包含所谓的第三位阶法源。<sup>①</sup>民法典二元差序化法源适用模式,力图规避法源顺位适用路径的弊端,结合上述三种民法适用方法,立足具体案件进行“法律”法源与“习惯”法源的动态差序适用。尤其是制定法与蕴含民族禁忌的习惯存有冲突,且适用习惯更加符合公众预期、兼顾当事人的利益时,习惯应作为优位法源跃迁至制定法之前进行适用。

## (二) 民法典二元差序化法源适用的维度分析

Rémy Cabrilla 得出的“去魅”(disenchantment)型结论认为,法典化无法解决法律渊源的危机。<sup>[20]</sup>从《民法典》第10条“应该”“可以”的表述来看,民法典法源在司法层面并未有固定的适用路径,自然也无法消解其在司法适用层面存有的冲突。<sup>[19]13</sup>

“法律”与“习惯”作为民法典二元差序化法源适用模式的二元法源,二者在各自的纵向维度与横向维度面临着不同的情形。纵向维度来看,“法律”法源的类型有八类,分别包括传统意义上的七类制定法与归属于“法律”范畴的基本原则。此外,“习惯”法源共有六种法源类型。且“法律”法源与“习惯”法源中不同类型的法源,其法源效力也同样存有差别。

横向维度来看,以前述的三种民法适用方法为基础,法律和习惯之间存在有法律无习惯、有习惯无法律、有法律且有习惯三种情形。<sup>[19]13</sup>其中,尤其是在第三种情形下,当法律与习惯同时存在时,则会存有巨大冲突。例如,在我国部分农村地区,出嫁后的女儿不再享有对父母财产的继承权,司法实务中并不是依照制定法与同位顺序的继承人享有同等的继承权。<sup>②</sup>

可见,不同于民法典法源顺位适用的僵化路径,民法典二元差序化法源适用模式分别从“法律”法源与“习惯”法源的横向维度与纵向维度出发,具体到司法适用层面并非法源的简单排序,而是由法官结合具体的民事案件裁断适用法律或者习惯。

## (三) 民法典二元差序化法源适用的动态调适

彭中礼认为,法律渊源可以分为必须的法律渊源、应该的法律渊源和可以的法律渊源。<sup>[21]</sup>民法典二元差序化法源适用模式,从“法律”与“习惯”二元法源的横向维度,以法源效力为基础,对各自纵向维度中不同的法源类型进行必须的、应当的、可以的法源类型的划分。其具体划分见表1。

司法适用层面,“法律”与“习惯”二元法源的差序化调试,犹如“田忌赛马”。其具体差序化的动态调适模式见表1。其中,“法律”法源中必须的法律渊源自比“习惯”的法源类型,犹如“上等马”处于绝对的优位法源地位。而“习惯”法源中应该的法律渊源自比“法律”法源中可以的法律渊源,则可优先获得适用,犹如“中等马”对比“下等马”。<sup>[19]15</sup>尤其是含有强烈民族禁忌与民族情感的习惯,在不违背社会公序良

<sup>①</sup> 从形式逻辑的角度来看,在定义纠纷(J)、法律(L)、习惯(C)、公序良俗原则(PP)之后,该条文可以被表述为: $J \rightarrow [L \vee (\neg L \wedge C \wedge \neg \rightarrow PP)]$ ,其中L和 $(\neg L \wedge C \wedge \neg \rightarrow PP)$ 是析取关系,从逻辑式中显然只看到两项析取,并不存在第三层的法源体系。参见陈双雄:《〈民法总则〉第10条与我国的法源位阶体系——从法律逻辑的角度进行分析》,载《南方论刊》2019年第6期,第64页。

<sup>②</sup> 受“嫁出去的女儿,泼出去的水”观念的影响,由于农村妇女出嫁后无法与父母同住从而无法尽主要赡养义务,因此在继承财产时不分或者少分。参见朱佳佳:《农村妇女继承权保护问题研究》,硕士学位论文,中国人民公安大学,2019年,第27页。



俗的情景下,可优先于制定法获得适用。例如,在器官捐献与器官移植过程中,我国试图让身体摆脱传统伦理法,而身体的法权化却经历着伦理法与家庭本位权利的纠缠。<sup>[22]</sup>

表1 民法典二元差序化法源模式的适用调适

法源效力	民法典法源类型划分		备注
	法律	习惯	
必须的法律渊源	宪法中的民事规范	—	绝对优位法源
应该的法律渊源	民法典及民事单行立法;国务院制定发布的民事法规;地方性法规、自治条例和单行条例中的民事规范;规章中的民事规范;最高人民法院民事解释的规范性文件;国际条约中的民事规范	交易习惯、风俗习惯、当地习惯、民间习俗、惯常做法	相对优位法源:此处可由法官裁断何者优先适用
可以的法律渊源	基本原则	隐含习惯的公序良俗	绝对末位法源

如龙大轩所言,法律秩序中的平等与差序是相辅相成的,差序则是更好地应对事物的差异性,平等与差序是和而不同的。<sup>[23]</sup>“万物负阴抱阳,冲气以为和。”<sup>[24]</sup>民法典二元法源的差序化适用蕴含着中华民族“和合”的法文化观,在应对法律与习惯两大法源之间的张力与冲突、倾重与偏废时,仍具有一定的实践价值。<sup>[19]16</sup>

#### 四、结语

民法典法源适用冲突的原因并非针对同一调整对象存有多多个民事规范,而是针对同一调整对象的不同民事规范存在调整内容的差别,从而导致不同的法律结果。民法典法源顺位适用模式采用“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用的路径,不能调节因民事规范内容差异带来的民法典法源适用冲突,反而将司法实践中多样的、动态的法源适用路径静态化、单一化、程序化处理,导致民法典法源适用路径的僵化。

民法典二元差序化法源适用模式极力规避建构论唯理主义倚重理性的不足,基于利益博弈论的原理,结合具体的民事案件情况进行二元法源的差序化动态调适,习惯具有跃迁至制定法之前优先适用的路径。由此,则可以消解民法典法源的适用冲突。

#### 参考文献:

[1] 李可,邓昆鹏.民法典背景下“习惯”的法源地位及可能趋势[J].哈尔滨工业大学学报(社会科学版),2022(3).

[2] 彭中礼.法律渊源论[M].北京:方志出版社,2014.

[3] 班固.汉书卷七十二·王贡两龚鲍传[M].颜师古,译注.北京:中华书局,2013:3063.

[4] 曹义荪,高其才.当代中国物权习惯法——广西金秀六巷“打茅标”规范考察报告[J].政法论坛,2010(1):120-123.

[5] 马克斯·韦伯.经济与社会(第一卷)[M].阎克文,译.上海:上海人民出版社,2019:540.

[6] 韦志明.习惯权利论[M].北京:中国政法大学出版社,2011.

[7] 李可.习惯法:理论与方法论[M].北京:法律出版社,2017:167-175.

[8] 埃克哈特·施里特.习俗与经济[M].秦海,杨煜东,张晔,译.长春:长春出版社,2005:10.

[9] 汉斯·凯尔森.法与国家的一般理论[M].沈宗灵,译.北京:中国大百科全书出版社,1996:174.

[10] 穗积陈重.法典论[M].李求轶,译.北京:商务印书馆,2014:18.

[11] 爱德华·希尔斯.论传统[M].傅铿,吕乐,译.上海:上海人民出版社,2014.

[12] 马克斯·韦伯.学术与政治:韦伯的两篇演说[M].冯克利,译.上海:三联书店,1998:48.

[13] 亨利·萨姆奈·梅因.古代法[M].沈景一,译.北京:商务印书馆,1959:112.

[14] 艾伦·沃森.民法体系的演变及形成[M].李静冰,姚新华,译.北京:中国法制出版社,2005:262.

- [15] 弗里德里希·威廉·尼采. 权力意志(上册)[M]. 吴崇庆, 译. 北京: 台海出版社, 2016: 67.
- [16] 伊曼努尔·康德. 道德形而上学的奠基[M]. 李秋零, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2013: 48-49.
- [17] 范合君. 产业组织理论[M]. 北京: 经济管理出版社, 2010: 6.
- [18] 伯恩·魏德士. 法理学[M]. 丁晓春, 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 345-347.
- [19] 李可, 邓昆鹏. 民法典二元差序化法源适用模式研究[J]. 山东法官培训学院学报, 2023(2).
- [20] CABRILLAC R. Les codifications[M]. Paris: Presses Universitaires de France, 2002: 303
- [21] 彭中礼. 法治之法是什么——法源理论视野的重新探索[J]. 北京航空航天大学学报(社会科学版), 2013(1): 58.
- [22] 彭博, 曾梦君. 生命礼物的流动: 从人体器官捐献的决策到器官移植的接纳[J]. 医学与社会, 2021(9): 85.
- [23] 龙大轩. 道与中国法律传统[M]. 北京: 商务印书馆, 2022: 127.
- [24] 道德经[M]. 张景, 张松辉, 译注. 北京: 中华书局, 2021: 178.

## Conflict and Elimination of Applicable Sources of the *Civil Code* : Construction of Binary Differential Ordering Mode

LI Ke<sup>1</sup>, DENG Kunpeng<sup>2</sup>

(1. Law School, Xinjiang University, Urumqi 830046, China;

2. School of Law, Yangtze University, Jingzhou, Hubei 434023, China)

**Abstract:** With regard to the conflict in applicable sources of the *Civil Code*, the current application of the sources of the *Civil Code* follows the order of “law → custom → jurisprudence/fundamental principles”, which creates the strong dominance of the judicial application of the enactment of the law, and occupies the space for the judicial application of the custom. The fundamental reason lies in the understanding deviation of the conflict in applicable sources of the *Civil Code*. The conflict of applicable sources of the *Civil Code* is not caused by the simultaneous existence of law and custom, but the inconsistency of the adjustment for the same object pursuant to the same sources of law or different sources of civil norms, resulting in different legal results. Differential ordering mode of the *Civil Code* takes law and custom as its sources and combines the relevant principles of “game theory of interests”. Based on the vertical civil norms within the same sources of law and the horizontal civil norms within different sources of law, it carries out differential and dynamic adjustment for specific cases, with a view to overcoming the drawbacks of the application of the sources of law and restoring the vitality and vigor of the custom, so as to better guide the civil judicial practice.

**Key words:** the *Civil Code*; custom; law; sources of law; differential ordering application

(责任编辑:董兴佩)