

# 习惯的法律界定与类型化

郭少飞\*

**摘要:** 社会生活及日常语言中的习惯与法律上的习惯不同,前者包含个体化习惯,系后者的基础与来源;后者指反复践行而成、结构于法律关系并对法律关系当事人具有拘束力的行为方式。在外延方面,习惯与风俗关系紧密,风俗可以是习惯的源泉;习惯与禁忌距离较远,而禁忌能够影响人们的行为抉择与行为方式;习惯与惯例略有差异,但可约等;基于国家法立场,应严格区分习惯与习惯法。习惯按要素是否涉外分为国内习惯、国际习惯;按主体范围分为个体习惯、双方习惯、群体习惯、社会习惯;按法律地位分为事实性习惯、法律性习惯;按法律属性分为公法习惯、私法习惯,前者有宪法习惯、刑事习惯、行政习惯等,后者分为民事习惯与商事习惯;按来源分为内生型习惯、外源型习惯;按是否被法律排斥分为适法习惯、违法习惯;按分布状态分为地域习惯、行业习惯。

**关键词:** 习惯;概念;类型

在习惯、习惯法/民间法研究中,习惯语义处于游移状态,总是在不同意义上被使用。这一方面与立法用语有关,现行法使用了习惯、习俗、风俗习惯、生活习惯、交易习惯、当地习惯、商业惯例、航运惯例、国际惯例、“民族风俗和生活习惯”等不同称谓、词语;另一方面研究视角的多元化致使习惯意涵界定多样化,对于拓展习惯理论认知颇有助益,但若以习惯导入司法为视角,有必要明晰法律场域下习惯的内涵外延,廓清其基本范畴,梳理其基本类型,从而为习惯的规范研究、司法适用确立统一的语词语义,搭建共同的学术话语平台。故此,本文通过考察习惯内涵的理论争议、辨别日常语言中及法律语境下习惯的语义差,厘定习惯的概念要素,通过与近似概念辨析确定习惯的外延,并依据不同标准探究习惯的类型。

## 一、习惯的内涵分析

习惯的内涵在学界存在较大争议,可谓众说纷纭。<sup>①</sup> 综合各位学者的论述,可以分为

\* 郭少飞,法学博士,河南师范大学法学院副教授。

① 谢晖.论民间法对法律合法性缺陷的外部救济[J].东方法学.2017(4).

以下几种学说。第一,个体事实习惯说。该说认为习惯乃事实存在,不仅是社会普遍遵守的行为规则,也包括个体反复践行的行为模式。如韦森认为,习惯是个人在其活动和社会交往中的重复性的行为方式。<sup>①</sup>第二,群体事实习惯说。该说认为习惯系具有普遍意义之事实,为群体或多数人遵守,而纯粹个体意义习惯不属于习惯范畴。此一学说较为流行。如哈特认为,习惯是“在一定环境下,一个群体或大多数人的行为举止会表现为一种规律即普遍地表现为一种既定的相同方式”;<sup>②</sup>博登海默指出,“习惯乃是为不同阶级或各种群体所普遍遵守的行为习惯或行为模式”;<sup>③</sup>杨仁寿主张,“习惯为社会之惯行”。<sup>④</sup>第三,习惯法说。该说以法律多元主义为视野,把习惯等同于习惯法,而习惯法是与国家法相对而在的具有拘束力的行为规则。如有学者认为,“习惯法是一定社会中,人们在长期的生产生活和社会实践中所惯行的,为一定群体的人们在心理上所接受的,能够像法一样规制约束人们行为的,不违背公序良俗的习惯。”<sup>⑤</sup>也有学者认为,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。<sup>⑥</sup>

可见,习惯内涵界定须厘清习惯主体数量、行为过程状态及习惯拘束力。而这有赖于在生活事实与法律规范层面分析习惯,比较习惯的生活涵义与法律意蕴之语义差,明晰法律上习惯的概念要素,构建适切的习惯法律概念。在日常语言中,“习惯”一词指因常常接触某种新情况而逐渐适应;在长时期里逐渐养成的、一时不容易改变的行为、倾向或社会风尚。习惯可以通过有意识的练习形成,也可以是无意识地多次重复或只经历一次就形成。在社会生活中,“习惯”指向的主体包括了个体,如“我习惯了早上六点起床在小区里溜达一会儿”,也包含群体,如“大家已经习惯了这种做法”,“早上七点吃早餐是我们家的习惯”等。从语词属性与结构地位看,“习惯”既有动词,亦有名词、副词,前者通常作为语句谓语,后者系宾语或定语等。从语义看,“习惯”的词性及位置不影响内涵,如“我习惯了午睡一小时”“午睡一小时是我的习惯”“午睡一小时是我的习惯做法”,三者语义没有差异,都是反复践行某种行为。概言之,在日常语言及社会生活中,“习惯”主体既有个人,也有群体或曰复数主体,不限于特定主体范围。在行为过程中,“习惯”的来源不定,可能是一次形成,主流是多次重复产生;一旦习惯确立,主体通常按习惯行事,否则至少会导致习惯主体心理或精神不安,若在群体内,则招致否定评价、惩罚甚至驱逐。这意味着,在个体层面,习惯拘束力主要源于个体心理依赖性;在群体层面,习惯效力来自群体压力,群体经由舆论、惩戒等手段实现。在人际交往中,个体的习惯若未被对方知晓并转化为双方法律关系的基础或组成部分,仍属纯粹个体习惯,不具社会性,没有社会规范

① 韦森.经济学与哲学——制度分析的哲学基础[M].上海:上海人民出版社,2005:145.

② 哈特.法律的概念[M].张文显等译.北京:中国大百科全书出版社,1996:10.

③ E.博登海默.法理学——法律哲学与法律方法[M].邓正来译.北京:中国政法大学出版社,1999:379.

④ 杨仁寿.法学方法论[M].北京:中国政法大学出版社,1999:207.

⑤ 罗筱琦.“交易习惯”研究[J].现代法学,2002(2).

⑥ 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[J].法制与社会发展,2007(1).

效力。复数主体共有之习惯则可作为相关领域行为方式的基础。总之,社会实践及日常语言中的习惯,用法多样,范畴广阔,效力各异,其与法律规范及司法语境下习惯的关系如何,值得探究。

在法律中,“习惯”分布广泛。有关规定主要集中在民商法、行政法和宪法法律部门,含有习惯规定最多的法律部门无疑是民商法。<sup>①</sup> 近来有关习惯的重要立法是《民法总则》第10条规定了习惯的法源地位,第140条规定了交易习惯,第142条规定习惯乃意思表示解释的参照之一。《合同法》第22、26、60、61、125、136、293、368条规定了“交易习惯”,前五条属于合同法总则。《物权法》第85条规定“当地习惯”,第116条规定“交易习惯”。《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)》第7条规定,“下列情形,不违反法律、行政法规强制性规定的,人民法院可以认定为合同法所称‘交易习惯’: (一)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知道或者应当知道的做法; (二)当事人双方经常使用的习惯做法。”由此,“交易习惯”既可指交易双方之习惯,亦可是交易行为当地习惯或特定领域、行业之习惯,主体为复数主体。至于“不违反法律、行政法规强制性规定”,是法院司法裁判中认定“交易习惯”的法定标准之一,而非“交易习惯”的构成要素。此外,当地习惯指地域习惯,是特定地域存在的为该地域人们反复践行的行为方式,具体到《物权法》,即指不动产所在地的习惯。

其余纯粹“习惯”之规定不多,《民法总则》第142条两次提及“习惯”:有相对人的意思表示的解释,应当按照所使用的词句,结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则,确定意思表示的含义。无相对人的意思表示的解释,不能完全拘泥于所使用的词句,而应当结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则,确定行为人的真实意思。在有相对人意思表示解释情形,习惯应非纯粹个体习惯,原因在于其无法为相对人知晓,不能作为意思表示解释的基础。在无相对人意思表示解释情形,表意人作出单方法律行为,若存在行为根植之行业、领域、地域习惯,一般可作为解释的依据;若仅系表意人个体的习惯,需考虑表意人过往同一意思表示的次数、方式,习惯对于意思表示的影响程度,能否最终为具体相对方认知,判断该习惯可否作为解释根据,此时个体习惯须为两造当事人共识。

《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。其中“习惯”的涵义争议较大,有学者认为不同于合同法、物权法规定的习惯,其非事实上的习惯,而是习惯法,是事实上的习惯+法的确信。<sup>②</sup> 也有学者认为,“合同法所说的交易习惯即指习惯法”<sup>③</sup>。对此,笔者认为,《民法总则》第10条中的习惯应指事实上的习惯,理由在于:首先,从严格的国家法立场,经国家承认或适

① 张哲、张宏扬.当代中国法律、行政法规中的习惯[J].清华法学.2012(2).

② 彭诚信.论《民法总则》第10条中的习惯[J].华东政法大学学报.2017(2).

③ 罗筱琦.“交易习惯”研究[J].现代法学.2002(2).

用的习惯法,已受到法律价值判断和筛选,难谓违反公序良俗。其次,上述合同法司法解释规定,交易习惯不违反法律、行政法规强制性规定的,人民法院可以认定。而法律、行政法规建构之秩序属于公序,交易习惯亦当不违反公序。基于此,习惯适用不违反公序良俗与交易习惯适用不违反法律、行政法规强制性规定同构,第10条之习惯亦为事实上的习惯。再次,据文义,“适用习惯,但是不得违背公序良俗”系对习惯适用的限制性规定,并不直接针对习惯。由此,恶习显然无法适用,但良习适用也可能违反公序良俗原则,犹如依据规则裁判违反基本原则,例如泸州“二奶”案。故第10条习惯未分良莠,重点在于习惯适用符合公序良俗,从裁判规范的角度,实乃认可有益于公共秩序、善良风俗且经裁判机关认可的适用的习惯为习惯法。最后,第10条系裁判规范,旨在解决双方当事人纠纷,其中之习惯应为双方法律行为或法律关系基础,否则不得作为判定双方关系的规范依据,由此排除了纯粹个体习惯。总之,法律规范中的“习惯”指构成主体法律关系或行为基础的习惯,它可能是既有的,源自一定地域、特定行业、民族等共同体或群体,也可能是个体习惯但已为各方主体承认。

在司法实践中,习惯大量运用于裁判。当事人一般将习惯作为一种事实或者作为确认某种事实是否合理的依据而提出。有时当事人可能未提及习惯,但是法院会在裁判文书当中运用习惯。<sup>①</sup>习惯在裁判文书中表现为传统习惯、交易习惯、习惯做法、风俗习惯、习俗等。当事人以习惯证成法律事实,法院往往对习惯存在与否、是否符合法律标准进行重点分析,从而依习惯认定案件事实,进行裁判说理,较少直接作为案件裁判依据。我国民事习惯司法实践实际上大部分是法院有条件地适用事实上的习惯解释当事人意志,并非习惯法司法适用的问题。<sup>②</sup>可见,在司法诉讼活动中,习惯主要系事实习惯,作为当事人关系和案件事实的根据;在司法裁判中,用作事实证明、说理依据以及裁判规范,后者是法源意义上的习惯。习惯在司法适用中的功能分野反映了习惯的基本法律涵义与地位功用。而能够发挥行为规制与调节作用的习惯必然是行为主体或法律关系主体对之有共识的习惯,无论个体之习惯,抑或群体、社会之习惯。司法适用的习惯与法律规范中的习惯一致,指获得当事人公认、结构于当事人法律关系的习惯,而日常语言中的习惯与之相较,仅具有或规范性或拘束力,其涵义不包含习惯效力的评价。

基于上述分析,在法律层面或立法及司法领域,习惯具有以下显著特征:第一,为主体各方公认。即具有法律意义、能够在司法适用中运用的习惯必须为行为各方主体,至少两方主体承认。若仅一方主体自生或依据之习惯,对方不知悉,非主体各方行为或关系基础,则不能作为判定主体间关系的准则。但在此,不宜过度强调法律上习惯的社会性,它不但来自于社会群体、大多数人,而且可仅由主体双方经持续交往或交易形成,体现双方行为特征与模式,此时习惯的社会性、群体性较弱。第二,行为反复践行。习惯蕴

<sup>①</sup> 彭中礼.习惯在民事司法中运用的调查报告——基于裁判文书的整理与分析[J].甘肃政法学院学报.2014(6).

<sup>②</sup> 汤建国、高其才.习惯在民事审判中的运用[M].北京:人民法院出版社,2008:147.

含的行为模式为习惯主体共同遵行、持续实践,如群体习惯被特定群体人们反复实施而成;地域习惯则是一定地域范围内人们普遍遵守的行为模式。在此需要注意,习惯中行为反复践行是从习惯发生意义而言,意指行为反复实行累积为习惯,至于习惯产生之后实际受习惯约束之主体是否依习惯多次反复实施同一行为则不论。第三,事实规范效力。法律上的习惯构成两方甚至多方主体关系基础,故习惯对于当事人具有规范效力,即拘束力,其基础非常多元,如历史传统、道德伦理、舆论压力、现实制裁甚或耻感文化<sup>①</sup>。此一拘束力与习惯自身效力不完全一致,如群体习惯、行业习惯,对群体内、行业中的主体具有约束力,但一方当事人非属该群体、行业时是否具有拘束力,则取决于该方当事人知晓与否或说是否系双方法律关系基础。

总之,社会生活及日常语言中的习惯指为个体或人们反复践行并对其具有一定拘束力的行为模式。法律视野下的习惯,是指反复践行而成、结构于法律关系并对法律关系当事人具有拘束力的行为方式。其中,反复践行而成不限于法律关系当事人,法律关系缔结前已存的为一定群体或多数人持续遵行产生的习惯亦属此一情形。若系法律关系当事人间生成的习惯,可自然结构于法律关系;若系已有的、发端与法律关系当事人均无关或仅与部分当事人有关的习惯,则须经法律关系各方当事人承认(明示或默示)而结构于法律关系。社会生活中的习惯系法律视野下习惯的基础与来源。

## 二、习惯的外延厘定

现行法使用了习惯、习俗、风俗习惯、生活习惯、交易习惯、当地习惯、商业惯例、航运惯例、国际惯例、“民族风俗和生活习惯”、习惯法等不同词语。在司法裁判文书中,采用传统习惯、交易习惯、需求习惯、习惯做法、风俗习惯、社会风俗、社会习俗等不同概念。<sup>②</sup>对于以“习惯”作为主词的用法,将在下文按类型进行阐释。结合日常生活及法律用语状况,本文将对习惯与风俗、禁忌、惯例、习惯法进行比较分析。

习惯与风俗不同,但关系紧密。《民法总则》第10条规定,习惯适用不得违背公序良俗。良俗即善良风俗。该规定肯认了二者的差异。风俗在我国汉语言中早已有之,《荀子·强国》写道,“入境,观其风俗”。人们常会说:十里不同风,百里不同俗。在基本文义上,“俗”与“雅”相对,着重普罗大众的意志、作用、趣味等,通常大众属于同一社会文化范畴,具有相同或相似的文化背景。“风”乃特定区域或群体内普遍存在的行为方式或模式。“风”“俗”皆有广泛性、普遍性特点,并且“风俗”需长期积淀形成,超越特定时空限制,为许多世代人们普遍遵行,具有历史性。考夫曼指出,“风俗是传统社会的表达方式,

<sup>①</sup> 余地.论耻感文化与民间规范[J].东方法学,2018(2).

<sup>②</sup> 彭中礼.习惯在民事司法中运用的调查报告——基于裁判文书的整理与分析[J].甘肃政法学院学报,2014(6).

是长时间的被遵守而制度化以及因此经常降为一纯粹形式”，“惯例是受时尚支配的”。<sup>①</sup>此一论述中肯綮。应当说，风俗乃特定社会基于同一社会文化背景、经长时段积淀而成，是社会传统的表征，故亦称“社会风俗”。有些风俗的行为拘束力或规范性已非必要，人们只是纯粹按照风俗开展社会生活，实施一定行为，而违反亦不会带来过多不利益，如节日风俗。习惯与之相较，并不强调历史性、社会普遍性，它可以在两人或小范围主体间存在生效，或者仅在一定时期普遍存在但随社会发展消散。从二者静态关系看，风俗可以是习惯的源泉或基础，主体根据风俗建构习惯，甚至直接将风俗作为行为模式之规范依据，二者存在交集。这应是“风俗习惯”或“习俗”用法的产生原因之一。从法律适用的角度，不能直接将风俗与习惯等同，若风俗成为主体间反复践行某一行为的标准和依据，可认定存在以风俗为基础之习惯，从而置入法律语境与司法场域。

习惯与禁忌距离较远，而禁忌能够影响人们的行为抉择与行为方式，在一定程度上存在禁忌或源于禁忌的行为规则适用问题。禁忌亦称“塔布”(taboo)，《牛津现代高级英汉双解词典》将禁忌定义为：指宗教或习惯禁止的，不能接触、不能言说的某些事物，或指不讨论、不做某事的共识。禁忌是一种否定性的行为规范，常态下是一种无外在行为表现的心意民俗形式；禁忌是一种社会心理层面的民俗信仰，违禁造成的不幸或恪守禁忌所带来的平安；禁忌的处罚是不可抗拒的，破坏禁忌所遭受的惩罚由精神上的或当事人自发的内心力量来实行，这些成为禁忌的边界。<sup>②</sup>从禁忌的产生来源看，宗教信仰、传统习惯、道德伦理、大众心理等皆与之相关。在内容上，有时间禁忌；居住空间禁忌；日常生活禁忌，包括服饰、饮食、行旅、交往、行为、言语；商业百工禁忌，包括农事、深山劳作、蚕业、饲养、渔业、手工业、戏业、经商等。<sup>③</sup>禁忌涉及面甚广，形态各异，许多禁忌甚至没有合理依据，当下在社会交往中的重要性下降，但那些基于诸如宗教、习惯、道德而生的禁忌，规范属性突出，表现为行为人不得、不应、不许实施一定的行为，是一种消极行为规则。若行为主体各方受禁忌影响，形塑交往或交易关系，确定不作为领域，由此主体反复践行则产生禁忌塑造之习惯。此时，禁忌与习惯交汇，但与风俗相较，禁忌离习惯更远一些。

习惯与惯例略有差异，但可约等。学者们对二者的关系认识不同。马克斯·韦伯认为，“惯例指一种典型的，根据常规的统一行动”，“习惯指没有任何（物理的或心理的）强制力，至少没有任何外界表示同意与否的直接反映的情况下做出的行为。”<sup>④</sup>考夫曼认为，“惯例涉及外在与一宽广的行为空间允许的端正的规则”。<sup>⑤</sup>据此，惯例侧重行为的普遍性、连续性，而习惯强调反复践行行为的自由性、自愿性。David E. Pierce 认为，习惯(cus-

① 考夫曼.法律哲学[M].刘幸义等译.北京:法律出版社,2004:314.

② 万建中.禁忌与中国文化[M].北京:人民出版社,2001:8-9.

③ 万建中.中国禁忌史[M].武汉:武汉大学出版社,2016:175-280.

④ 马克斯·韦伯.论经济与社会中的法律[M].张乃根译.北京:中国大百科全书出版社,1998:21.

⑤ 考夫曼.法律哲学[M].刘幸义等译.北京:法律出版社,2004:314.

tom)系被行业共同遵循的实践做法,因长期存在,其起源难以确定。相较而言,惯例(us-age)是一个含义更为广泛、不太严格的概念。<sup>①</sup>《元照英美法词典》中,惯例(usage)指特定地域针对某些特定的交易而形成的合理合法的公认惯例,该惯例或是为所有当事人所熟知,或是已被确定、统一和众所周知,从而当事人将被推定为必须以此作为。<sup>②</sup>据此,惯例属于习惯的范畴。而在语义上,“惯”是习以为常的、通常的做法,约等于习惯;“例”乃过往发生的、适宜参照之行为、事实或做法。惯例侧重示范性,为将来发生之类似事务或行为确立模型,与习惯相较,更强调效力后果。本质上,二者均注重行为的反复性、持续性,无实质差异。由于习惯与惯例关系如此紧密,难以厘清,故对二者不再作明确区分,英美法、国际公约常将习惯(custom)与惯例(usage)混用或并用。我国许多学者主张不进行严格区分,<sup>③</sup>如认为“习惯乃是特定社会中生活关系的惯例”,<sup>④</sup>本文依循之。

习惯与习惯法应基于国家法立场予以区分界定。习惯与习惯法的关系如何,众说纷纭。许多学者从与国家法相对之民间法立场使用“习惯法”概念,反思国家法不足。此一习惯法实乃本文探讨的习惯。另外,也有许多学者固守国家法立场,如沈宗灵认为,在当代中国,只有法律承认其有效的习惯才能作为补充制定法的渊源。<sup>⑤</sup>胡长清认为,习惯之所以成为法律应以国家承认为当。“盖既称曰法,自必以国家承认为必要,始合于法理故也。”<sup>⑥</sup>魏德士认为,在法治国家中,习惯法规范是否存在、其内容是什么是由最高法院来判断的。换言之,习惯法最终由最高法院的解释来决定。<sup>⑦</sup>拉伦茨教授认为,民法典制定之后的习惯法,是通过所谓的法院实践,尤其是通过各个最高法院的长期判例产生的。<sup>⑧</sup>民间法与国家法的立场差异当然与对法的本质认知不同有关。在理论研究领域,当然可以选择特定立场,展开多元视角研究,倒也不存在孰是孰非。但若从习惯司法适用的角度,习惯须受法官审查,按法定标准确定其司法适用资格,以结果论,有些习惯因违背公序良俗等诸多原因不得作为裁判之依据,即不具法律规范性。在此意义上,习惯与习惯法应予区分,形式标准在于国家承认与否。因此,本文把习惯法界定为经国家承认的、由国家强制力保障实施的、具有普遍约束力的习惯。而那些仅仅作当事人法律关系基础之法律事实一部分的习惯,即使司法裁判予以确认,仍不属于习惯法范畴,因其非裁判规范。

① PIERCE. Defining the Role of Industry Custom and Usage in Oil & Gas Litigation[J]. Southern Methodist University Law Review, 2004, 57(2).

② 薛波. 元照英美法词典[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 1388.

③ 周林彬、王佩佩. 商事惯例初论. 中国商法年刊(2007)[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008: 20.

④ 韩忠谟. 法学绪论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 111.

⑤ 沈宗灵. 比较法研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2004: 414.

⑥ 胡长清. 中国民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007: 30.

⑦ 伯恩·魏德士. 法理学[M]. 丁小春, 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 106.

⑧ 卡尔·拉伦茨. 德国民法通论: 上册[M]. 王晓晔, 等译. 北京: 法律出版社, 2003: 14.

### 三、习惯的类型划分

习惯的类型化有助于确立习惯体系,对于全面正确认识习惯颇为有益,亦便于在司法适用过程中识别习惯。习惯的类型划分存在多种标准,本文择其要者进行论述。

#### (一)国内习惯、国际习惯

此一类型按习惯要素尤其主体要素是否具有涉外因素划分。国际习惯是国际社会国与国之间、不同国家的民事主体间或一国与他国国民之间在交往过程中或争议纠纷解决方面经反复实践形成的行为模式。有学者从狭义角度认为,“国际习惯是在国际交往中国家之间‘通例’的实践,被各国接受为法律而形成的不成文的国际法的表现形式”<sup>①</sup>。国内习惯是在一国范围内个体或复数主体遵行并对之具有约束力的习惯。在法律地位上,国际习惯是国际法的重要渊源,对国家交往、跨国交易具有重大影响。国内习惯可以扩散至国际社会,演变为国际习惯。同时,国际习惯可以转化为或形塑国内习惯,成为国内习惯的来源之一。国内当事人可以明示国际惯例作为双方行为之规范依据,或者通过多次适用从而形成以国际习惯为内容的习惯。若系国际争议解决,准据法为我国国内法,则按照有关规定,仍可适用习惯,其中也包含国际习惯,只是需要满足我国法定标准。通常民事纠纷多涉及国内习惯,国际习惯适用情形较少,其适用按涉外法律关系的法律适用规则处理即可。

#### (二)个体习惯、双方习惯、群体习惯、社会习惯

此一类型标准乃习惯主体范围。个体习惯是指个体一定时期内形成并反复践行的行为模式。个体习惯可能受道德伦理、法律规定、社会风俗、自然环境、文化氛围等各种因素影响而产生,有时仅系个体主观偏好的反映。个体习惯若纯粹为个体之习惯,未成为人际交往或社会交易的背景或共识,则不具有法律意义。一般而言,个体习惯依赖个体自律,由个体自由决定遵从与否,对相对方无法律效力。

在社会运行过程中,个体总是与他人交往交易,若双方经多次实践,采取同一行为方式,并受此方式约束,则在双方当事人之间产生了双方习惯。该习惯是一种交互习惯,是个体间通过反复践行而形成的行为共识。双方习惯可由个体遵从之个体习惯转化而来,或由双方共同产生;亦可由一方所在之群体的习惯转化而来。如双方之间的习惯内容属于社会习惯,或双方隶属同一群体且习惯内容与群体习惯相同,则其非双方习惯,应归入社会习惯或群体习惯。双方习惯系双方当事人法律关系建基之法律事实的组成部分,能够明晰双方当事人法律关系及案件事实,从而作为司法裁判的事实依据。但因双方习惯

<sup>①</sup> 王虎华.国家法渊源的定义[J].法学,2017(1).

效力仅限于当事人之间,不具有社会规范性,一般不能作为裁判之规范依据。

群体习惯是指在一定时期内于群体活动中形成的、为群体成员内心确信并反复践行的行为模式。群体是个体的组合,是个体经由特定的纽带联结集合而成的共同体。“个体把其自身觉知为同一社会范畴的成员,并在对自身的这种共同界定中共享一些情感卷入,以及在有关其群体和群体成员身份的评价上,获得一定程度的社会共识。”<sup>①</sup>群体按文化、知识、职业、信仰、民族、利益等先天或后致的特征进行划分,有大小、规模、类型等之别,但群体皆有以下特征:群体目标明确,成员以目标指引社会生活;成员长期交往,可以直接接触互动,亦可基于共同特征进行精神上的间接交流沟通,并形成相对稳定的关系;成员具有群体意识,至少在主观想象中具有同一群体的自我认知;成员对群体具有归属感,心灵上相互依存,在情感方面产生共鸣。在群体成员交往过程中稳定的群内交往方式形成,群体规范产生,群体习惯乃表现之一。群体习惯对于群体成员具有当然效力,无须成员明示同意;对非群体成员不当然有效。

社会习惯是指在一定时期内于社会运行过程中形成的、为社会公众普遍认可并遵行的行为模式。个体习惯、群体习惯持续扩散,获得社会普遍承认,产生实际拘束力,即演变为社会习惯。从习惯、习惯法与制定法的历史嬗变过程分析,不成文的习惯法不断被制定法吸收,至今能够得到社会普遍认可且以习惯形态存在的行为规则几乎不存在,当然不能完全排除随着社会发展新社会习惯产生。社会习惯弥漫于整个社会,为社会公众普遍认可,默示为社会化之个体包括后续加入社会的个体均知晓其存在并应遵行。故社会习惯具有当然拘束力,无须社会成员明示同意,均应受到约束。

### (三)事实性习惯、法律性习惯

此一分类以习惯的法律地位为基准。事实性习惯,指完全不具法律意义、作为客观事实存在的习惯,典型为个体习惯。法律性习惯,指经法律评价、可能具有法律意义的习惯。事实性习惯不具有法律意义,无法进入法律体系之中。在内涵上,事实性习惯不同于习惯事实或事实上的习惯,因为后者“欠缺法的确信。即一般人尚未具有此种惯行必须遵从,倘不遵从其共同生活势将不能维持的确信”<sup>②</sup>。事实性习惯不强调主体内心是否具有“法的确信”,它往往是个体惯行的表达,仅有内在约束力,在社会交往中没有外部效力。法律性习惯侧重习惯纳入法律体系的可能性,只要具有法律意义,能够占据一定地位的习惯都属于此一范畴。由此,双方习惯、群体习惯、社会习惯皆属法律性习惯。

法律性习惯的法律地位存在差异。总体上,法律性习惯皆具规范性,只是效力范围不同,以至于在司法裁判中,有些作为案件事实,有些作为裁判之规范依据。前者如双方习惯。双方习惯可由个体习惯转化,或由主体共同创造;亦可由群体习惯转化,但须两造

① 方文.群体符号边界如何形成?[J].社会学研究,2005(1).

② 王泽鉴.民法总则[M].北京:中国政法大学出版社,2001:58.

主体非属同一群体。双方习惯的规范性依赖于主体的认可采用创制,效力局限于主体双方,不具有社会规范性或普遍约束力。在群体习惯转化的情形,主体双方不属于同一群体,若欲于双方之间产生拘束,须双方认可采用。至于其他主体间是否认可,取决该他方主体。故双方习惯在裁判中得到确认,也没有普遍效力,无法成为习惯法。能够作为裁判规范依据的习惯,至少应是那些经法院认可后对其他主体具有普遍约束力的习惯。群体习惯与社会习惯具备此一属性,群体习惯在群体范围内、社会习惯对社会公众皆有规范性,法院承认后可作为习惯法对群体成员或公众发生法律效力。

可见,法律性习惯的规范性、功能及法律地位不同。所有的法律性习惯皆可作为法律事实的基础或组成部分,或补充法律关系不备。只有部分习惯在得到国家认可后才能转化为习惯法,即该部分习惯可作为司法裁判之规范依据。法律性习惯转化为习惯法,需要符合实质标准及形式要件。其中通常而言的主观要件“法的确信”,从国家法立场,应属行为规范确信,即明示或默示承认和接受习惯作为行为规范依据,若默示则需更强的法律论证。

#### (四)公法习惯、私法习惯

此一类型按习惯法律属性划分。公法习惯指公法属性的习惯。私法习惯指私法属性的习惯。公法习惯主要包括宪法习惯、刑事习惯、行政习惯等。宪法习惯也称宪法惯例,它是在国家生活中长期形成并得到国家认可的与宪法具有同等效力的习惯或传统。<sup>①</sup>宪法习惯乃宪法渊源之一。刑事习惯是在刑事犯罪领域民间社会存在的有关定罪及量刑的习惯做法。如各少数民族都有大量的刑事习惯法,对诸如杀人伤害、偷盗损坏财产、强奸通奸、违反公共利益的行为进行各种处罚。<sup>②</sup>行政惯例作为现代行政法法源之一,存在于行政和司法实务之中。行政惯例源于行政机关在行政过程中的习惯性“做法”,它不同于民间惯例。<sup>③</sup>可见,各个具体公法习惯的属性、法律地位差异较大。宪法习惯与行政习惯乃国家运行中产生的为国家长期反复践行的行为模式,不同于民间社会孕育之刑事习惯、私法习惯,后者源自国家以外的主体。

私法习惯按所属具体法域为狭义民法或商法可分为民事习惯与商事习惯。何谓民商,歧见纷呈。在商法领域,“商”或“商事”的界定分为主体说、行为说及综合说。而商事习惯多从商人角度界定,一方面是商法渊源于商人习惯法,另一方面习惯是主体反复践行的行为模式,主体乃其必备要素,对于商事习惯而言即商人主体,商事习惯系“适用在商人之间的习惯性做法,由商人自行管理并主要以公平合理为基本原则来发生作用”<sup>④</sup>。商事习惯表现为市场交易过程中商人之间形成或存在的交易惯例,有时以交易习惯称

① 张庆福.宪法学基本理论[M].北京:社会科学文献出版社,1994:83.  
 ② 高其才.中国少数民族习惯法研究[M].北京:清华大学出版社,2013:162.  
 ③ 章剑生.论“行政惯例”在现代行政法法源中的地位[J].政治与法律.2010(6).  
 ④ 徐强胜.商法导论[M].北京:法律出版社,2013:89.

之,强调习惯存在于交易活动之中。我国合同法及司法解释规定了交易习惯,而合同法主要涉及商事合同,此种交易习惯在法律属性上系商事习惯,“效力具有相对性,交易习惯仅仅适用于商人之间,对于普通的民事主体并不具有约束力”<sup>①</sup>。在商事主体之外,民事主体主要是自然人、非营利法人、特别法人等,以其为主体要素的民事习惯发生于商事活动或营利性活动之外的社会生活领域,如婚姻家庭继承、公益慈善活动,不以营利为目的,与交易关联度低,乃生活习惯。区分民事习惯与商事习惯的意义在于,二者在司法适用中作为裁判规范与成文法的关系不同:民事习惯作为裁判规范须以法律未规定为前提,而商事习惯可优先于成文法,根本原因在于商事领域创新性交易行为频仍,新兴商事习惯往往突破既有法律的限制,成为新兴法律的先导,或者缺乏明确的成文法规范支撑,须习惯予以填补。

#### (五)内生型习惯、外源型习惯

此一类型按习惯来源为准。内生型习惯指主体反复实践形成的具有主体特性的习惯。外源型习惯是指主体遵从的既有先在之习惯。内生型习惯强调习惯内容来自主体的实践,具有主体特性,至于主体形成此类行为模式的原因、动机并非考量重点。此类习惯主要是个体习惯、双方习惯。尤其在双方习惯中,因其系当事人双方通过多次实践形成,具有当然约束力。而外源型习惯包括群体习惯、社会习惯等,其发端通常与特定当事人没有关系,其对人效力的判断有赖于明晰当事人是否属于该习惯主体范畴,若属于则对当事人具有当然拘束力;若非则需当事人明示或默示同意该习惯作为双方行为共同模式。比如一方以行业习惯或地域习惯作为与行业或地域之外主体交往的行为方式,需要该他方主体的明示同意或以行为表示同意,否则对该他方主体不具效力。合同法解释二第7条规定,法院认定“交易习惯”,对于外源型习惯(当地或某一领域、某一行业的习惯)在缔约时对方“知道或者应当知道”;对于内生型习惯(当事人双方经常使用的习惯做法),无须主观要件,不违法可予以认定。区分二者的意义在于,司法适用中举证责任不同。对于内生型习惯仅需证明乃当事人双方采用之习惯,无须专门证明当事人主观状态。而外源型习惯,需区分群体习惯和社会习惯。对于群体习惯,要么证明当事人双方属于群体成员,从而推定当事人双方受当然约束;要么证明非群体成员一方当事人同意(知道或应当知道)该习惯作为行为方式。对于社会习惯,只需证明其乃社会习惯即可,因为社会习惯对社会成员具有普遍约束力。

#### (六)适法习惯、违法习惯

此一类型以习惯是否被法律排斥为标准。适法习惯是指,不为法律排斥或否定的习惯。违法习惯是指,违反法律规定从而招致法律排斥或否定的习惯。对于适法习惯而

<sup>①</sup> 樊涛,《中国商法总论》[M],北京:法律出版社,2016:16.

言,并不要求存在合法性基础或法律明文承认,只要不违法即可。违法习惯则违背了法律规定,招致法律的否定性评价。区分适法习惯与违法习惯的基础在于何谓违法,或者说法律排斥否定的基本标准。一般认为,法律规范分为原则与规则,规则再细分为任意性规则与强制性规则。对于习惯而言,可能违反法律原则与法律规则。以私法为例,私法以自治为本,强制为例外,对于任意性规定当事人能够以自己意思排除,而习惯乃当事人选择的行为模式,体现了当事人意思,可排除任意性规定。对于强制性规定,当事人意思不得排除,而司法中有一类强制性规定,虽然违反但不导致民事法律行为效力障碍,此乃管理性强制性规定;另一类则会致使民事法律行为无效,此乃效力性强制性规定。我国《民法总则》第143条(三)、第153条第1款均规定,民事法律行为不得违反法律、行政法规的强制性规定。结合上述合同法解释二第7条规定,不违反法律、行政法规强制性规定的,人民法院可以认定为合同法所称“交易习惯”;第14条规定,合同法第52条第(五)项规定“违反法律、行政法规的强制性规定”中的强制性规定,是指效力性强制性规定。故此,私法习惯不得违背法律、行政法规的效力性强制性规定,否则会导致以习惯为基础之法律行为无效,而管理性强制性规定的违反不影响以习惯为基础之法律行为的效力。

另外,《民法总则》第10条规定,法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。第143条(三)、第153条第2款规定,民事法律行为不得违反公序良俗原则。故习惯作为行为模式亦不得违反公序良俗原则。除此,习惯是否不得违反其他民法基本原则如平等、自愿、公平、诚实信用?从我国《民法总则》第4条到第9条规定看,第4条以直陈式表达法律命令:民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。第9条以规范词“不得”表达了决绝之态度:不得违反法律,不得违背公序良俗。其余条款皆以规范词“应当”表述:应当遵循自愿、公平、诚实信用等原则,似乎立法者对于该三项原则较之于公序良俗、守法原则态度柔和。对此,应该说,民法基本原则体现了民法的基本精神与价值理念,是民法内在体系的基础与支柱,民事活动或民事法律行为不应违反。“对于习惯与基本原则,应适用习惯,但在适用时应对习惯进行审查,若与基本原则抵触,则不能适用,即有条件地优先适用习惯。”<sup>①</sup>再者,民法具体原则如物权法定原则、一夫一妻原则,乃民事单行法或未来民法典特定编之根基,亦不得违反,当然亦可将基于这些原则构建之秩序纳入公共秩序范畴,进而适用公序良俗原则。

总之,从私法角度审视,习惯违法即违反公法或私法属性的法律、行政法规的效力性强制性规定,违反公序良俗原则,违反其他民法基本原则及具体原则。

### (七)地域习惯、行业习惯

在法律规定、司法解释及裁判文书中,当地习惯(物权法第85条)、某一领域的习惯

<sup>①</sup> 郭少飞.论习惯的民法制度构造[M]//谢晖.民间法:19卷.厦门大学出版社,2017:43.

(合同法解释二第7条)、某一行业的习惯(合同法解释二第7条)等亦被采用。其中,当地习惯指地域习惯,某一行业的习惯即行业习惯,为常规用法。而某一领域的习惯,指向不明。从社会学角度,领域至少可划分为政治、经济、社会三个领域。<sup>①</sup>有时也分为政治、经济、军事、文化、科技、教育等不同领域。在日常语言中,领域也用于具体社会活动,如农业领域、工业领域、基础设施领域、软件安全领域。从领域细分可见,其范畴不一,内涵不清,不宜作为习惯分类的基础。地域习惯、行业习惯可作为习惯的类型,标准在于分布状态。而在一定意义上,地域习惯、行业习惯属于群体习惯的范畴,因为地域、行业指向特定范围内的群体。

地域习惯是指,为某一地域人们普遍遵守的习惯。它与自然地理环境、人文社会因素、人口资源等密切相关,表现出区域性、人文性、综合性特点,并具有相当大的差异性,所谓“十里不同风,百里不同俗”即为恰当表达。地域可按不同标准划分,如按行政、经济、历史、地理等综合因素我国可分为东北、华北、华东、华中、华南、西北、西南、港澳台,它们对应不同的省、区、市。此一分类地域跨度太大,对于地域习惯认知意义不大。而根据社会文化同一性、生产生活交往范围及频率,可采取我国行政区划标准,按照村、乡、县、市、省、全国的层级,分为村域习惯、乡域习惯、县域习惯、市域习惯、省域习惯和全国习惯。“凡是能够涵盖下一地域的习惯,属于高地域习惯。对于并非全部低地域皆有之习惯,仍归入低地域习惯。此时,同一级低地域习惯,可能存在重叠之处。例如,市辖的一些县具有同一习惯,但非全市习惯,只能就这些县分别列为县域习惯,这些县的县域习惯部分相同。”<sup>②</sup>对于并非同一地域的当事人,认定习惯效力时应由主张习惯的一方当事人证明对方主观上知道或应当知道习惯存在。

行业习惯是指,在特定行业存在的为行业成员普遍遵行的习惯。行业相较领域更为细化,总体上包含了政治、经济、文化、科技、教育等各个领域。2017年实施的我国国家标准《国民经济行业分类》(GB/T4754-2017)规定,行业是指从事相同性质的经济活动的所有单位的集合。我国共有20个门类、97个大类、473个中类、1380个小类。标准对门类、大类及部分中类行业有所界定。对于行业习惯而言,可基于行业范畴分级处理,区分为小类行业习惯、中类行业习惯、大类行业习惯、门类行业习惯。与2011年标准比较,2017年标准大类增加了1个,中类增加了41个,小类增加了286个。说明行业处于发展更新之中,新兴行业不断产生。对此,需结合行业分类标准或国家规定,根据社会经济发展现状确定行业及行业习惯。行业习惯对于行业内成员,可视为成员皆知,应具有当然效力。若主体非属同一类行业,则须证明对方知道或应当知道习惯存在。这与群体习惯司法适用证明责任分配一致。

① 高丙中、夏循祥. 社会领域及其自主性的生产[J]. 北京大学学报(哲学社会科学版), 2015(5).

② 郭少飞. 论习惯的民法制度构造[M]// 谢晖. 民间法: 19卷. 厦门大学出版社, 2017: 43.

## On the Legal Definition and Types of Custom

Guo Shaofei

**Abstract:** Custom in social life and daily language is different from custom in laws. The former includes personal custom and is the base or source of the latter, which is a kind of behavior model that is formed by repeated practice, a part of legal relationship and has effectiveness to parties to a legal relationship. Custom is closely related with and may derive from traditional manners; Custom is distant from taboo that can influence the behavior choice and mode of people; Custom slightly differs from usage, but they can be equal approximately; Custom and customary law should be separated strictly on the base of national law. Custom may be divided into domestic and international custom by its elements whether involved with foreign countries; personal, bilateral, group and social custom by its subject scope; factual and legal custom by its legal status; custom in public law or private law by legal attributes, the former has constitutional custom, criminal custom and administrative custom, and the latter includes civil or commercial custom; endogenetic or exogenetic custom by its sources; illegal and legitimate custom by its legality; regional and industrial custom by its distribution.

**Key Words:** custom; concept; types