

传统的延续：习惯在现代 中国法制中的地位 and 作用

刘作翔^{*}

内容提要：在多元调整性文化中，习惯是一种很重要的规范类型。在法律出现空缺的情况下，习惯就成为补充法律漏洞的重要规范依据。这并不意味着习惯就变成了法律。在没有被法律吸收之前，习惯仍然是习惯。法律赋予习惯以法律地位，使得习惯成为在没有法律的前提下，人们的一种行为规范依据和法官的裁决依据。这对包括中国在内以制定法为主要规范依据和来源的国家，具有重要的法治意义。

关键词：多元调整性文化 习惯 法律 政策

一、习惯的历史和现代价值

人类文化的发展，经历了一个相当漫长的发展过程。在原始社会中，人类为了发展自身，在劳动的基础上产生了各种各样的文化，其中一支重要的文化我们称之为“调整性文化”，即对人们的行为能够起到一种规范、约束、调整等作用的文化类型，如各种习惯、礼仪、风俗、禁忌等等（下文统称为习惯）。原始社会的调整文化是原始社会所形成的习惯和风俗。习惯和风俗作为人类社会早期调整文化，在社会生活中充当着主要的调整角色，发挥着调整功能。恩格斯在对氏族制度考察之后指出：“一切问题，都由当事人自己解决，在大多数情况下，历来的习俗就把一切调整好了。”〔1〕习惯和风俗是原始社会人们的行为准则，也是处理社会事务的主要依据。

原始社会的各种调整文化为法律的产生创造了前提。“这种调整文化的逐渐积累，在原始社会解体过程中，就成了产生法律规范的‘建筑材料’。”〔2〕随着原始社会的解体、私有制和阶级的出现，某些为阶级社会所需要的习惯被赋予了法律特性，成为“习惯法调整文化”。这种“习惯法调整文化”为后来的成文法调整文化积累了大量的文化元素。到了成文法时代，法律调整文

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

本文是作者应邀于2010年5—8月在瑞士弗里堡大学联邦研究所学术访问期间完成的研究报告。感谢瑞士联邦研究所Hanni教授、Belsler教授、Rekha博士、Yvonne女士、Vanessa女士、Blikle先生等给我的研究提供的支持和帮助以及在报告会中提出的问题；感谢奥斯陆大学法学院挪威人权研究中心研究员周勇博士在文章的写作和资料方面提供的帮助；感谢樊文博士、倪斐博士、戈含锋博士、蔡人俊博士生、王锋博士生、李志强博士生、程迈博士生等在资料和文献等方面所提供的帮助。

〔1〕 恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第92页。

〔2〕 孙国华：《法学基础理论》，天津人民出版社1986年版，第16页。

化成为社会生活中占主导地位的调整文化。习惯和原始社会解体过程中的习惯法调整文化逐渐让位。但是，这并不等于习惯调整文化全部瓦解或消迹。习惯仍以其顽强的生命力遗存下来，成为人们的心理积淀或意识表现，在社会生活中以隐文化形态发挥功用。美国法学家埃尔曼把这种现象称之为“习惯的让位”。他说，在普通法以外的其他地区，习惯作为法律渊源的存在往往只被当作一种古代遗产，它们或早或迟都要让位于形成一个国家法律制度的更为现代的方式。^{〔3〕}

习惯在人类早期社会中的作用以及习惯与法律的关系，是文化人类学家以及法学家长期研究的问题。原始社会的解体，既是一种社会形态的转型，同时也是一种随社会形态转型而伴生的文化转型。在这个转型过程中，习惯发挥了重要的作用。英国法学家 G·D·詹姆斯指出：在一个法律体系的初创阶段，习惯往往对法律的发展起重要作用。在先进的法律体系中，习惯的重要性减弱了，现已几乎不再是一个发展英国法的因素。然而，不仅因为它在历史上的重要性，而且因为在某些领域，它仍是英国法的重要组成部分。^{〔4〕}詹姆斯进一步研究了习惯与法律的关系。他认为，习惯和法律的联系是显而易见的，因为不论什么法律体系，人们总是遵循习惯，它体现着公正的思想，而且在处理人与人之间的关系上，被认为很有用处。因此，如果一项规则到了具有习惯的效力的地步，对于它最终被通过为法律规则，人们将不会感到奇怪。因此，习惯可以被认为是法律的一个渊源。在习惯法发展过程中，如果某项具体问题的习惯被认为是经得住推敲的，往往就会被收入法律。詹姆斯指出：习惯之所以被接受为法，一个重要的原因是，在法律发展的初期，法律并没有现在这么受人尊重。所以，对他们来说，施行已有的习惯，比创造和施行全新的法律要容易得多。法律和习惯之间保持密切关系的另一个原因是，随着习惯的发展，人们更加信任和依据习惯。所以，法律没有正当理由不应干涉习惯，尤其是贸易和商业习惯，有许多几百年前形成的习惯，经过相当长时间才被纳入一般法律。^{〔5〕}

除了人类早期遗存下来的习惯文化之外，人类在发展进程中还常常创造着一些新的习惯。某些新的习惯在人类社会进入法律时代的社会生活中居于不太重要的地位，如有关服饰、礼节或有关重大生活事件的仪式等。这类习惯一般与占主导地位的法律冲突较少。但也有某些类型的习惯，对社会生活影响较大，它产生一些较为具体的权利、义务或责任，如有关子女的财产继承、各类纠纷的解决方式、婚姻的缔结与解除等等。这些本应属法律涉足的领域，但在法制不发达的社会或区域内，往往是依照着一些习惯文化来加以调整，而且在该社会或区域内，这种调整方式得到多数人的默认和赞许。

与经济全球化形成反差的文化多元化越来越得到人们的共识，这是一个颇为有趣的世界现象和文化现象。因为经济全球化所呈现的是越来越多的统一和划一，原来互不影响的彼此产生影响和依赖，大家的命运都捆绑在一起，大家都是“一个船上的乘客”，一荣俱荣，一败俱败；而文化多元化展现的则是越来越多样的民族个性和特性。多元化就是多样性的存在，各有各的生活准则、文化模式和样态。在这样一种大的社会背景下，习惯作为一种最具个性特征的社会调整文化，必然会引起人们的重新关注，对它的价值和作用重新评估，就成为一件较为“时尚”的事情。就学术层面而言，习惯风俗是法理学最基本的问题之一，也是法律文化研究的基本命题。从国内法角度，法律的单一性、统一性和习惯的丰富性、多样性也形成了鲜明的对照和反差。这种鲜明的对照和反差促生了无数有趣的和有意义的问题群，也蕴涵着其作为研究对象的旺盛的生命力。

〔3〕 [美] 亨利·埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方等译，三联书店 1990 年版，第 47 页。

〔4〕 [英] G·D·詹姆斯：《法律原理》，关贵森等译，中国金融出版社 1991 年版，第 64 页以下。

〔5〕 同上书，第 65 页。

二、习惯在中国立法和司法中的发展

中华人民共和国成立以前，法律关于习惯曾有明确的规定，如《大清民律草案》第1条规定：“民事，本律所未规定者，依习惯；无习惯者，依条理。”

1929年颁行的《中华民国民法典》第1条规定：“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。”第2条规定：“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。”

沿续上述规定，民国时期确立了一些适用习惯的原则和判例。例如：最高法院民国十七年（1928年）上字第613号判例：习惯法之成立，须以多年惯行之事实及普通一般人之确信为基础；民国十七年（1928年）上字第691号判例补充规定：“习惯法则应以一般人所共信不害公益为要件，否则纵属旧有习惯，亦难认为有法的效力”；民国二十六年（1937年）渝上字第948号判例：“依民法第一条前段之规定，习惯固仅就法律所未规定之事项有补充之效力，惟法律于其有规定之事项明定另有习惯时，不适用其规定者，此项习惯即因法律之特别规定，而有优先之效力。”此项判例，确立了习惯在特定情况下效力优先的原则。还有一些判例，是专门针对宗族习惯而定的。如：民国十八年（1929年）上字第2265号判例：“谱例乃阖族关于谱牒之规则，实即宗族团体之一种规约，在不背强行法规不害公秩良俗之范围内，自有拘束族众之效力”；民国十七年（1928年）上字第39号判例：“氏族谱系关于全族人丁及事迹之纪实，其所订条款除显与现行法令及党义政纲相抵触者外，当不失为一姓之自治规约，对于族众自有拘束之效力”；民国十九年（1930年）上字第1710号判例：“房产应尽房亲之习惯，有背于公共秩序，不能认有法之效力”。〔6〕

在我国现行有效的237部法律中，习惯概念较早主要出现在有关处理民族关系以及民族区域自治及其相关领域的法律中，用来规定民族风俗习惯在法律中的地位和作用。例如，在中国现行的宪法、刑法、民族区域自治法、消费者权益保护法、监狱法、老年人权益保障法、戒严法等法律中，都有关于尊重和保护少数民族风俗习惯的相关规定。后来，习惯的概念逐渐不只局限于民族风俗习惯的领域，而开始在民事和经济交往中的法律中出现，尤其是在合同法中“交易习惯”概念出现最多，有9个法律条款都涉及了“交易习惯”的概念。需要注意的是，所有以上有关习惯概念的法律条款，都是作为法律调整的对象或法律保护的内容而出现的，而作为一般规范意义的习惯概念在法律中并没有一个明确的表达。

近几年来，习惯在中国现行法律体系中和司法中的地位和作用有了比较显著的变化，由原来作为法律调整的对象或法律保护的内容变成了法律的一种规范类型，并且，最高人民法院的司法解释也开始正视与习惯有关的司法问题。在立法和司法方面，有以下两个显著的标志。

1. 2007年3月16日通过、2007年10月1日起施行的《中华人民共和国物权法》第85条规定：“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。”这一条款明确了在处理相邻关系时若没有法律规定可以依照当地习惯做出裁判。

2. 2004年4月1日生效的最高人民法院《关于适用中华人民共和国婚姻法若干问题的解释（二）》第10条规定：“当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的，如果查明属于以下情形，人民法院应当予以支持：（一）双方未办理结婚登记手续的；（二）双方办理结婚登记手续但确未共同生活的；（三）婚前给付并导致给付人生活困难的。适用前款第（二）、（三）项的规定，应当以双方离婚为条件。”这一司法解释对广泛存在于社会生活中的民间习俗——彩礼——进行了确认，

〔6〕 参见刘清景主编：《新编民事法规判例解释决议全集》，台湾大伟书局1988年版。

并对进入司法领域的返还彩礼纠纷给出了原则性的解决办法。

此外，中国政府于2008年确定了清明、端午、中秋三大节日为法定假日，再加上此前所确定的春节法定假日，这意味着中国政府对中国民间广泛存在的风俗习惯的法律确认。它对我们认识习惯在法律中的地位变化是一个非常有意义的实证依据。

在司法实践方面，近年来不少地方法院尝试将习惯引入审判工作。例如：2007年2月6日江苏省姜堰市人民法院审判委员会讨论通过《关于将善良风俗引入民事审判工作的指导意见（试行）》，对民俗习惯引入司法的相关问题作了规定。而在此“指导意见”出台前后，该法院还制定了6个具体的“指导意见”，分别涉及婚约返还彩礼、赡养、分割家庭共有财产、商事、执行、保密等。

立法规定和司法解释上的突破，给我国的司法审判注入了活力，也带来许多在法律理论和法律实践中需要讨论的空间。允许法官依习惯断案，可能带来种种问题。虽然法律上可以规定引用习惯需设置许多前提，但在实践中，或者由于执法者的自身素质的原因，缺少对一种习惯的判断能力，或者由于一种习惯具有超常强力，司法判决就难免出现与法律精神相悖的结果。

三、习惯引入司法所产生的问题

立法规定、司法解释的突破，以及来自基层法院的实践和探索，为确立习惯在我国现代法制中应有的地位提供了基础，但是我们从中也发现目前存在的问题。

其一，在思想观念层面，对于民俗习惯引入司法判决虽然还有一些顾虑和障碍，但大多数人还是能够接受这样一个来自司法实践的迫切需求所产生的新的变化和尝试。

其二，现有的关于习惯的立法和司法解释都是个别性规定，都是有专指的。这种法律上的个别性和专门性规定能否普适化，即适用于所有的民商事审判，乃至扩及于行政的和刑事的审判领域？该问题的实质是如何确定习惯在司法大概念（民事、行政、刑事等所有的司法领域）中的地位和作用。

其三，最重要的问题也是最集中的问题是：如何判断良善？标准如何确立？根据什么来确定？无论是立法还是司法，对于习惯的定位和适用都是有前提的。这种前提一般总是确定为：法无明文规定，或政策无明文规定，并且要引用的习惯与法律和政策精神或公认的社会道德准则不相抵触等等。这就给法官带来一个判断上的难题。在民俗习惯问题上，有些属性是明晰的，易判断；有些属性是模糊的，难判断；有些则是相冲突的。诸如彩礼、风水、女子继承等问题性质都不一样，很难从规范上提出划一的标准。前文提及的姜堰市人民法院“指导意见”第3条规定：“有下列情形之一的，不得确认为善良风俗：（1）危害国家安全、国家利益的；（2）妨害社会公共利益的；（3）侵犯他人合法权益的；（4）不符合社会主义道德规范的。”但是仔细分析，每一条都需要法官再判断。

其四，民俗习惯在司法判决和司法调解中的功能和作用可能是不一样的。司法分两个层面。司法调解，虽强调依法调解，但空间还是很大，它以当事人接受为目标。而司法判决，就要求严格按照法律，没有太多的回旋余地。这样，同样一个案件，如果涉及民俗习惯，按照不同的司法解决路径，就可能导致不同的解决结果。司法判决主要是依法判决，依法判决要求在民事判决、刑事判决和行政判决过程中必须坚持依照法律规定的标准进行裁判。在这个过程中，当事人的权利是不能打折扣的，法官不能“和稀泥”。但在司法调解中，法官可以对当事人进行协调，当事人之间也可以妥协，权利是可以打折扣的，法官可以“和稀泥”，而且高明的法官往往是善于“和稀泥”的高手。在司法调解中，只要当事人不提出异议，法官可以默认某些民间通行的行规，但判决则不能。近年来在两个关于古玩市场商品交易而发生的案件判决中，法官就明确否定了古

玩市场通行的一个“行规”，即售卖人不负责对货物的真假负责，一旦售出，被发现是假货时，售卖人不负责退货，买售人只能自认倒霉。但如果通过司法调解的途径，假定双方当事人都接受“行规”，很可能产生与判决不同的结果。

其五，习惯是在流变中的。经济关系的变化会导致原有的伦理关系的变化，习惯也在发生变化。我们现在面临着一种“新熟人社会”的结构，它同20世纪40年代的“熟人社会”结构有很大的不同和发展，因此，需要有一种“新熟人社会”的理论解释。这种“新熟人社会”的结构及其理论解释直接关系到民俗习惯的未来命运。

四、习惯的未来命运：三位阶规范理论及其相关问题

在法治国家，一切行为都须有合法性。对于习惯的运用也不例外。中国的法治路线被称为“立法主导型”，虽不十分确切，但大体上如此，即一切行为准则包括公权力的运用都得由立法来做出明确的规定。这是由中国的法律传统、新中国成立后的法制历史和法制实践所决定的，不取决于我们的好恶。在对待习惯的问题上，要使习惯在中国未来的法制进程中发挥更大、更好的作用，要从根本上解决习惯在司法以及多元化纠纷解决机制中的地位和作用，还是要从立法上解决问题。瑞士民法典第1条关于习惯的规定成为世界民法范例，这一范例对于即将制定的中国民法典有着重要的借鉴意义。中国民法典应该借鉴瑞士民法典第1条的规定。首先可以在民事法律层面有一个突破，即在民事立法中明确规定习惯的法律地位，将现有的民法通则第6条“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策”，修改为“民事活动必须遵守法律；法律没有规定的，应当遵守国家政策；国家政策没有规定的，可依当地习惯”。这样，从民法的基本原则上彻底解决习惯的地位，把物权法第85条的个别性规定变成一般性规定，使它成为所有民事行为的法律规定，并且形成一个三位阶的规范阶梯，即法律、政策、习惯。每一种后位阶的规范适用须以前一位阶规范缺乏为前提。

三位阶规范理论的提出，面临着几个需要在理论上讨论清楚的问题。

其一，习惯与习惯法的异同。

(1) 习惯和习惯法是法律文化演进的两个不同发展阶段。由习惯向习惯法，再到成文法，是法律文化演进发展的“三部曲”。

(2) 习惯和习惯法在不同的国家有不同的理解。瑞士民法典第1条中所说的习惯法，显然是指民法典之外的东西，否则就无法理解瑞士民法典第1条第2款规定的“无法从本法得出相应规定时，法官应依据习惯法裁判”。而在中国现行法律体系中，没有“习惯法”的概念，只有“习惯”的概念。在中国的法学理论中，习惯法属于法律的一种形式。“习惯法是由习惯发展而来的一种法的渊源，而习惯则是经过长期的历史积淀而形成的一种为人们自觉遵守的行为模式，这种行为模式获得社会成员或国家的认可，成为习惯法，便具有了法律的约束力，因而便具有了法的效力，成为法的渊源之一。”〔7〕国家认可一般有两种形式：一是立法的认可；二是司法的认可。习惯一旦被立法认可，就变成了成文法律的组成部分，如中国的少数民族地区的结婚年龄问题。司法认可即法院判决的认可。

(3) 在理论上，区分习惯法与习惯，是有意义的；但在司法实践中，这一问题远比理论上要复杂得多。有德国学者认为习惯与习惯法区别在于：“一为事实，一为法律；一为社会所通行，一为国家所承认；一须当事人自己援用，一须审判官有适用之义务。”有学者分析，从上述区

〔7〕 刘作翔主编：《法理学》，社会科学文献出版社2005年版，第92页。

别中可以看到，习惯和习惯法在进入司法时适用不同的程序规则：习惯须由当事人自己援用，而习惯法则由法官主动适用。但是，这种区分除了产生很多理论上的困惑之外并没有太多的实践意义，因为其并没有涵盖习惯在进入司法时的所有可能情形。法国学者雅克·盖斯旦与吉勒·古博也认为，需要在民事习惯的司法适用中区别习惯法和惯例，前者即无需证明的真正的法律规则，而后者即必须由主张惯例的一方举证的事实。两位学者同时也比较务实地指出，这种理论上的定性意义不大，因为要真正区别惯例和习惯法时，问题就复杂多了，司法实践中的实际操作远没有学术界定那么简单。〔8〕

(4) 本文中的习惯概念包括了民间风俗、民间禁忌、传统等多种含义在内，而所说的习惯法，在很大程度上讲的就是习惯。习惯法只有在两种情况下发挥法律的作用：一是在法律到达不了的地方（包括时空），诸如历史发展过程中成文法不发达的地方；二是在法律没有规定的情况下，诸如瑞士民法典第1条规定的情况。

其二，习惯适用的优先性问题。

三位阶规范理论意味着，每一种后位阶的规范适用须以前一位阶规范缺乏为前提，只有当前两个位阶的规范缺乏时，习惯才可以作为规范依据。这是一个理论原则。但我们也应该注意到社会生活的复杂性。在有的情况下，可能习惯具有优先性，但须以法律规定为前提。

1929年颁行的《中华民国民法典》第1条规定：“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。”第2条规定：“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。”在具体的司法实践中，民国时期也积累了一些习惯具有优先性的判例，如民国二十六年（1937年）渝上字第948号判例：“依民法第一条前段之规定，习惯固仅就法律所未规定之事项有补充之效力，惟法律于其有规定之事项明定另有习惯时，不适用其规定者，此项习惯即因法律之特别规定，而有优先之效力。”此项判例，确立了习惯在特定情况下效力优先的原则。

在中国的现行法律体系中，也有关于习惯具有优先性的个别条款，如合同法第22条规定：“承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。”这就表明，在特定情况下习惯可以优先于法律适用。

总体来说，习惯的适用须以法律和政策缺位为前提，习惯的优先适用只能作为例外，且须依法律之规定。

其三，习惯适用的限制性条款和判断主体。

习惯适用的限制性问题，即对各种各样的习惯如何进行判断然后适用于案件的问题。一个社会的习惯中有大量的恶习、陋习存在，不能什么样的习惯都可以作为行为准则。前文所及《中华民国民法典》第1条、第2条规定，以及民国时期最高法院的判例如民国十七年（1928年）上字第613号判例中所表述的“习惯法之成立，须以多年惯行之事实及普通一般人之确信为基础”、民国十七年（1928年）上字第691号判例的补充规定中的“习惯法则应以一般人所共信不害公益为要件，否则纵属旧有习惯，亦难认为有法的效力”、民国十九年（1930年）上字第1710号判例“房产应尽房亲之习惯，有背于公共秩序，不能认有法之效力”等，都明确表达了对于习惯判断的限制。我国台湾地区民法典第2条也明确规定：“民事所适用之习惯，以不背于公共秩序或善良风俗者为限。”现行民法通则第7条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。”该条款是用来判断所有民事行为的基本原则，实际上是对习惯适用的限制性条款。

〔8〕 参见王林敏：《论民间习惯司法适用的启动机制》，《湖南公安学院学报》2009年第5期。

习惯具有地方性，法律不可能对哪些是善良风俗，哪些是恶习、陋习一一做出具体规定。那么由谁来判断呢？这一任务自然就落在了司法尤其是法官等主体的身上。

瑞士伯尔尼大学教授沃尔夫冈·魏甘德（Wolfgang Wiegand）教授在论述“习惯法的程序意义”时，讨论了这一问题。他认为，理论上法官必须依其职责考虑到习惯法，如果双方当事人以此为根据，那么，情况就只能如此；而考虑一种习惯的最低前提是，当事人都引用它或者就像在1495年的帝国法院组织法的著名法官誓词所描述的——“有利于侯国、统治和法院的可靠的、传承下来的并且是一般的条理规则、规则章程和习惯”。〔9〕

其四，关于政策为什么要作为法律体系中的一种规范类型以及作为第二规范位阶的论证。

民法通则第6条确认了政策的法律地位：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。”这赋予了政策在法律缺位的情况下，可以作为行为规范依据和裁决依据的地位。在世界民法体系中，将政策作为规范依据，大概是一个具有独创性的制度安排。

“法律体系中的政策问题”，是指在法律出现空缺结构时，如何寻找和弥补法律的空缺和漏洞以适应案件审判的需要，同学术界通常讨论的“法律与政策的关系”论题不是一个层面的问题。“法律与政策的关系”论题是指在一个国家或一个社会，是依法律还是依政策来作为国家和社会治理的主要规范，它具有在两种或多种社会规范类型面前的选择性；而法律体系中的政策问题是在“依法治国”这样的大前提下，政策作为法律出现空缺和漏洞时的一种补充规范，它是由法律明确规定下来的，没有选择性。此外，这里所说的政策，指的是国家政策而不是政党政策，这在民法通则第6条中是非常明确的。

不同的政策有其不同的功能，大体上可以区分为三种不同功能的政策。

第一种是“作为法律指导的政策”，最典型的是国家的立法政策、司法政策等。比如现在司法工作中所提出的“宽严相济的刑事政策”，就是一个司法政策，它对整个刑事活动起着指导性作用。这种政策的功能对司法工作起着指导作用，在司法工作中要贯彻其精神，但不能作为判案的直接依据。

第二种是“作为法律缺位时的政策（或法律之外的政策）”，也即民法通则第6条所说的政策。这种政策是指在法律没有规定的情况下，要依据国家政策的规定来从事相关的民事活动和处理相关的民事行为。

第三种是“作为法律结构中的政策（或法律之中的政策）”，即在法律条文的内容规定中直接涉及的政策，这一类政策在我国法律体系中非常广泛地存在着。在我国的许多法律中，政策成为法律所指向的一个内容或法律所包含的一个内容。如残疾人保障法第31条规定：“残疾人劳动就业，实行集中与分散相结合的方针，采取优惠政策和扶持保护措施，通过多渠道、多层次、多种形式，使残疾人劳动就业逐步普及、稳定、合理。”法律结构中的政策，具体指明了在法律实施过程中所应遵循的政策规范。

从如此之多的法律中的政策规定来看，在经济生活和社会生活中，离不开政策的指引和规范。离开政策，法律体系中的相当多的内容将成为空壳。这也涉及我们对法律的本质的理解。法律本不是一个可以自足的规范体系，法律所调整和规范的是各种各样的社会生活，各种各样的社会生活才是法律的真正内核。将政策作为第二位阶，主要是因为同习惯相比，政策是一种成文化了的规范形式，一旦规定出来，就具有了相对的确定性，对法官而言，一般只是一个执行和运用问题，不存在太多的判断问题；而习惯作为一种不成文的规范类型，以及习惯的多面相，还有

〔9〕 Wolfgang Wiegand, Die prozessuale Bedeutung des Gewohnheitsrechts, Faktum oder Ius? Die historische Tradition und die Änderung dieser Tradition im 19. Jahrhundert, in Pio Caroni (ed.): Gewohnheitsrecht und seine Vergangenheit, Bern 2000, pp. 167-177.

一个判断问题。

其五，三位阶理论首先是民事法领域的，但不仅仅是民事法领域的。

在解决了习惯在民事法律中的问题之后，是否还可以将习惯的问题延伸到行政以及刑事领域？这是一个更具挑战性的问题。原则上讲，本文认为应该在行政以及刑事领域中给予习惯以应有的地位。比如有些刑事犯罪的动机和原因与习惯有关，那么，在刑事审判中能否以此作为减轻的情节呢？具体的还须做深入研究。

以上提出的立法修改可能是一个较漫长的过程。它取决于立法者对习惯的地位、作用，习惯同法律、政策等的关系的认识和判断等等。在立法没有做出修改之前，用司法解释的方式来做出一些规定，可能是一条比较现实可行的路径。但司法解释在将习惯由特殊性规定变为一般性规定的时候，面临着突破现有法律规定的风险。这是我们不能不格外重视的问题。

Abstract: Custom is one of the very important norm types in multilateral adjustment culture. In default of law, custom is used to be an important supplement for legal loopholes. But it does not mean that custom has become the law. It is still the custom before being absorbed into law. After being admitted, custom will obtain a legal status, which is important because custom therefore becomes behavior rule and basis of adjudication in default of law. Thus custom has acquired a legitimate status in legal structure, which is of legal significance to statute law countries such as Switzerland, Japan and China. Differing from case law countries based on the development of customary law, a legitimate basis is very important both to people's behaviors and judges' adjudications in statute law countries.

The breakthrough made by sporadic legislations, judicial interpretations and practices of grassroots courts has provided foundations to establish the due status of custom in our contemporary legal system, but there still exist some problems. To solve these problems radically and make custom play more important role in Chinese future legal course, the way-out still lies in legislation. The provision of Article 1 of Swiss Civil Code on custom has become the example of world's civil law, which can be used for reference by China's future civil code. To begin with, we can make a breakthrough in civil law level by stipulating custom's legal status in civil legislation definitely. Then a model of three-rank norm system including law, policy and custom takes form. Each lower norm can be applied only on the premise of the lack of upper norm.

Key Words: multilateral adjustment culture, custom, law, policy
