

回族民商事习惯法研究

马旭东 著



黄河出版传媒集团
宁夏人民出版社

国家社会科学基金项目（批准号：07CMZ006；结项证书号：20140646）

甘肃省高等学校人文社会科学重点研究基地西北少数民族宗教研究中心
研究成果

马旭东 著

回族民商事习惯法研究



黄河出版传媒集团
宁夏人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

回族民商事习惯法研究 / 马旭东著. —银川: 宁夏人民出版社, 2015.3

ISBN 978-7-227-06002-4

I. ①回… II. ①马… III. ①回族—民法—习惯法—研究—中国 ②回族—商法—习惯法—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 061993 号

回族民商事习惯法研究

马旭东 著

责任编辑 丁丽萍 闫金萍

封面设计 水 木

责任印制 肖 艳

黄河出版传媒集团 出版发行
宁夏人民出版社

地 址 银川市北京东路 139 号出版大厦 (750001)

网 址 <http://www.yrpubm.com>

网上书店 <http://www.hh-book.com>

电子信箱 renminshe@yrpubm.com

邮购电话 0951-5052104

经 销 全国新华书店

印刷装订 宁夏精捷彩色印务有限公司

印刷委托书号 (宁)0017583

开 本 880mm×1230mm 1/32

印 张 8.25

字 数 250 千字

版 次 2015 年 6 月第 1 版

印 次 2015 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-227-06002-4/D·412

定 价 28.00 元

版权所有 翻印必究

目 录

绪 论 / 1

第一章 回族民商事习惯法的源与流 / 9

第一节 回族民商事习惯法之基本内涵 / 9

第二节 回族民商事习惯法的形成 / 24

第三节 中国法文化对回族民商事习惯法的影响 / 29

第二章 回族民商事习惯法的表现形式 / 47

第一节 《古兰经》的功效解析 / 48

第二节 “圣训”的价值分析 / 62

第三节 “公议”、“类比”对回族法律行为的拘束力 / 71

第四节 回族民商事习惯法的其他表现形式 / 83

第三章 回族民商事习惯法中的主体分析 / 100

第一节 回族民商事关系中主体的基本范畴 / 100

第二节 回族民商事习惯法中自然人的权利能力 / 112

第三节 回族民商事习惯法中自然人的行为能力 / 120

第四章 回族民商事习惯法中的法律行为解析 / 128

第一节 回族民商事习惯法中的意思表示 / 129

第二节 回族民商事习惯法中的行为合法性判断 / 133

第三节 回族民商事行为之形式要件 / 140

第五章 回族民商事习惯法中的物权观念 / 144

第一节 回族对“物”的一般理解 / 145

第二节 回族民商事习惯法中的物权主体 / 149

第三节 族民商事习惯法中所有权的一般观念 / 154

第四节 回族民商事习惯法中所有权的具体观念 / 162

第六章 回族民商事习惯法中的债权观念 / 171

第一节 回族习惯法中“债”的基本理念 / 172

第二节 回族民商事习惯法中债的类型分析 / 178

第三节 回族民商事习惯法中债的履行 / 184

第七章 法制统一视角下回族民商事习惯法与国家法的协调 / 189

第一节 回族民商事习惯法与国家法的协调可能性 / 189

第二节 国家立法与回族民商事习惯法的协调 / 200

第三节 司法改革与回族民商事习惯法的协调 / 215

第四节 民间力量的正确引导与回族民商事习惯法的协调 / 233

结束语:回族民商事习惯法的未来 / 243

参考文献 / 246

后 记 / 260

绪 论

一、本论题研究之理论与现实意义

十六届四中全会通过的《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》,明确提出了构建社会主义和谐社会这一重要的战略思想和战略任务。中国共产党第十六届中央委员会第六次会议的主要议题即是研究构建社会主义和谐社会问题,因此,社会主义和谐社会问题无疑是当前最重大的研究课题之一。胡锦涛同志曾在省部级干部关于构建社会主义和谐社会能力专题研讨班的重要讲话中阐明:和谐社会首先应该是民主法治的,而且要通过民主法治来实现公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处等价值目标。构建和谐社会最为关键的是确立民主法治在社会中的核心地位和绝对权威。社会主义和谐社会是社会主义法治的目标,法治是实现社会主义和谐社会的必然途径。所以,从法治的角度研究和谐社会问题当是最为切题,也是意义重大的选题。而社会主义法治必然要求法制的统一及国家法与民族习惯法的协调。我国有 10 个民族信仰伊斯兰教,伊斯兰教法对这些民族的生产实践具有重大的影响,如何在这些民族中以及这些民族与其他民族交往中构建以秩序、公平、人本、保障权利为主要内容的社会主义和谐社会,无疑是一个值得研究的重大课题。回族在信仰伊斯兰教的各民族中因其广布性及与国家法的紧密接触而具有典型性,因而分析和研究回族民商事习惯法就具有更为重要的意义。同时,在非物质文化遗产保护问题备受关注的当下,从非物质文化的

视角来观察分析回族民商事习惯法,更是不容忽视的研究视角。具体而言,本课题的研究具有如下理论和现实意义。

第一,在中华民族走向现代化时,不能忽视“一体多元”中的各民族穆斯林,不能无视这些民族的传统。任何现代化都不是与传统的彻底决裂,因而加强回族民商事习惯法的研究,可挖掘丰富的民族非物质文化遗产资源,并通过现代化理念将其进行整合,有利于协调国家法与回族习惯法等规范体系之间的关系,处理好传统与现代化之间的关系,从而有利于社会主义和谐社会的构建。

第二,作为非物质文化遗产的回族宗教习惯负载着一个民族的价值取向,影响着一个民族的生活方式,拢聚着一个民族自我认同的凝聚力,因而对回族民商事习惯法进行深入的学理辨析和实证研究,可厘清这一非物质文化的现实样态,进而也可对我国法制现代化建设提供有益的参照。

第三,回族民商事习惯法乃是伊斯兰教在面对中国传统文化后的一种流变,是对中国传统文化的妥协、融合和贯通之后的新的法文化体系,其无论在内容还是表现形式方面均具有极其独特的品格,因而开展此项研究亦可丰富法文化的研究。

第四,在民法典制定之前,整理和研究各地各民族的习惯与制度性资源,是一项极其必要而又意义重大的工作。本课题的展开可为回族等民族非物质文化遗产,尤其是制度性资源的挖掘做出有益贡献。

第五,在国内比较法研究方面,一直侧重于大陆法系与英美法系的比较研究,而鲜有伊斯兰法系与大陆法系、英美法系之间比较的研究成果。在现有的活法系中,大陆法系与英美法系被认为同源于罗马法,因而展开伊斯兰法系与大陆法系及英美法系的比较研究,或许更具有重要的意义。但长期以来,对西方法学的敬仰致使这一比较一直处于缺失状态,伊斯兰法理学中蕴含的思想精华远未被国内法学吸收。而回族民商事习惯法中占有重要地位的即

是伊斯兰教法,对其的进一步研究,尤其是展开其与国家法的比较分析,在一定意义上具有比较法方面的重要意义。

第六,回族行为在信仰伊斯兰教的少数民族中又具有代表性。实质上,本论题所指的回族在许多地方可以做扩展性的广义理解,即其不仅指向法定的少数民族——回族,而且对于信仰伊斯兰教的撒拉族、东乡族、保安族等民族也具有一定的说明性。因而回族民商事习惯法的挖掘、整理乃至整合、与国家法的协调,不仅有地方的微观意义,同时也具备着全国性的宏观价值。

第七,由于回族民商事习惯法的研究,是法学、文化学、民族学、宗教学诸学科的交叉领域,这一论题的不断开展,将促使不同领域的学者相互交流,利于形成知识互补的态势,为深入研究奠定基础。

此外,开展本论题的研究,还具有如下价值:一是参考作用。通过调查,对回族民商事习惯法予以客观归纳、真实描述和科学分析,力求对政府正确估量形势、做好变量控制以及为立法提供有益参考。二是问题导向。实地调研可直面现实问题,在进行描述及解析说明时,有助于提出更具现实意义的问题,可推进和深化回族民商事习惯法的研究。三是借鉴意义。通过不同民族间的比较分析,总结传统社会走向现代化时的经验和教训,不断剖析和解释历史与现实,为我国法制现代化探索应走之道路。

二、本论题之国内外研究综述

在世界各国迈向现代化的进程中,无一例外地存在如何整合传统文化的问题。我国要迈向法治国家,也存在对民间习惯法的整理与适用等问题。但多年来在法制方面存在唯西方为是的倾向,使得我国本土制度性资源挖掘和整理极为不足。事实上,西方法治国家也重视民间权威与地方性符号资源的研究。我国现今也有一些学者主张在吸收和移植西方法制的同时,不应忽视民间法资源的有效利用。然而,与本论题相关的国内研究中,也存在许多

不足。

第一,我国学者多是从“乡土社会”这一概念和视角出发研究本土资源或习惯法,其暗含的前提是乡土社会具有一体中华民族的传统和习惯,从而更多地强调了乡土社会统一性的一面,而忽视了区域性和特殊性,因为中华民族一体当中,客观存在着多元化。“多元一体”是认识我国民族性的基本前提,因而在重视统一性研究的同时,也应注重特殊性的研究。

第二,近几年在习惯法方面,也有关于民族习惯法的整理和研究,然而较少涉猎回族民商事习惯法。偶有涉及,也只是在论及伊斯兰教义问题时作捎带说明,亟待做深入系统的研究。尤其广袤的西部是回族社会的主要单元,其间国家法与习惯法之间的冲突较为明显,也更有必要对其进行针对性研究,以调和矛盾,合理利用资源。但由于这方面的研究成果极度匮乏,严重影响了我国法治化进程中对本土资源的开发和利用。

第三,现有的相关研究成果在研究的目的性以及成果所产生的社会效益来看,也是不尽如人意的。一些相关研究,对于在市场经济和新型社会中的回族具有法律意蕴的制度性资源的总结和认识也是较为不足的,尤其从构建社会主义和谐社会的视角出发挖掘和整理回族民商事习惯方面的著述更是寥寥无几,从而不能更好地为构建社会主义和谐社会服务。

第四,现有的一些研究成果更多地只限于一种文化的展示,而对于这一文化与主流文化之间的关系以及如何协调的问题分析研究不够。一些民国时期对中国西北的考察著述,如顾颉刚教授《西北考察日记》等,多是站在历史学、人类学的视角上,侧重于对习俗的描述,而且鲜有从法学角度的论述。

第五,一些与本论题相关的法学视角的研究成果,又较多是宏观叙事,难免泛泛而谈。山东大学孙晔博士的《回族民商事习惯法研究》可谓是同于本论题的一项重要相关研究。但该文并非是对

回族民商事习惯法内容的分别解析,而是更多侧重从法理角度对回族民商事习惯法进行抽象总结,作为回族民商事习惯法的内容,在其五章内容中仅占一章,同时较少涉及回族财产权尤其是物权观念,对于回族民商事习惯法中的民商事关系也未做较为详尽的解析。杨经德博士的《回族伊斯兰习惯法研究》虽然涉及诸多的民商事习惯,但鉴于论题的限制,无法展开对于各类民商事习惯的深入解析,尤其是其立足描述而不是充分解析与国家现行制度的异同,因而较难彰显和揭示回族民众在法制现代化进程中所面临的问题。马克林博士《回族传统法文化研究》也是近年来在回族民商事习惯法方面的力作,但其立足于法文化的解析,也难以分析诸多纷繁复杂的民商事关系。张秉民教授所主编的《伊斯兰法哲学》一书,虽有对伊斯兰民商法有较为详尽的解释,但因其本身是对伊斯兰法而不是回族民商事习惯法的论述,自然有诸多难合回族实践的方面。同时,其对一些制度的误读乃至将某一原本是争论的观点视为定论或通识的情形,也使本论题的研究显得更有必要。而事实上,在受伊斯兰教影响的回族民商事习惯法中,真正在现实生活中对回族民众的行为有影响的是民商事习惯的部分,一些属于公法内容的习惯规则虽然在回族社区内广为人知,但在行为方面的影响并不鲜明,如断手、磔刑乃至命价血价等,即使一些条件成就,但未必会有人提应启动习惯法中责任分配的建议。就此意义而言,本文所称的回族民商事习惯法的内涵大致同于回族习惯法。这一认识并非旨在将这两个概念同一化,而只是从我国回族目前的法律生活而言,回族习惯法中最具价值的也是回族民商事习惯法。

就本论题的相关国外研究来看,对于中国回族问题的研究,在国外也有不少成果问世。如传教士毕敬士等人在向中国回族宣传基督教的过程中,便有对中国西部回族的一些记述。然而国外学者多是从文化比较的角度,从中国回族历史的梳理、阐释等方面

做中国回族的研究。在中国少数民族习惯法方面,国外一些学者也是非常关注,如日本小林正典《中国的市场经济化与民主法制》等研究成果。然而国外在研究中国少数民族习惯法时,同样多是在“少数民族”这一抽象概念下进行,即多忽略各少数民族的个性问题。当然一些研究成果也是只强调某少数民族的个性,而不是放置在“中华民族”的概念下解析,因而国外部分研究的客观性在一定程度上仍是应受质疑的。因为在我国研究少数民族问题,必须是在把握“一体多元”的前提下进行。

从一些可见的国外研究者的相关译著来看,与本论题最为接近的多是在宏观意义上做穆斯林法或伊斯兰法的研究,这些研究成果对于了解回族民商事习惯法具有一定的帮助,如埃及爱资哈尔大学教授格尔达威博士所著的《论伊斯兰教律中的合法行为与非法行为》、《天课论》、《当代教法精粹》等著述在回族社区产生了较为重要的影响,但毕竟因为范域的不同,不能将二者直接等同。迄今为止,可以说对于本论题,尚未发现国外对此有从法律视角的专门著述。

总之,无论是国内还是国外的相关研究,不仅没能系统研究回族民商事习惯法,更为遗憾的是,均未能从构建社会主义和谐社会及非物质文化遗产保护的视角方面做回族民商事习惯法的研究。这自然受制于研究者所处的环境及历史背景,但无论如何,现有研究成果都无法满足当下的现实需要,因而亟待进一步研究的展开。

三、本论题的创新点

本论题的研究将国内外学者对于习惯法的理论积极应用于回族社会的分析之中,并在剖析部分学者观点的同时有所建树,积极展开回族民商事习惯法的调查研究。本论题的创新点主要体现在一些较新的观点以及本论题研究中的视角方面。

第一,本论题所涉及的内容,在现有文献成果中只是零星、分散的论述,直到目前为止,尚未有系统性的著述,这使本论题的研

究具有相应的创新价值和意义。从国家法视角观察回族民商事习惯法,将会发现诸多较为新颖的观点。如物权主体的广泛性,债权关系的三方性,代理机制中代理人较为鲜明的权利性,重复赠与的效用,自然人民事行为能力的非终止性等,这些法律生活范畴内的现象,理论界并未从法律角度进行过解读,也使本选题的研究更具有有一些开垦的艰辛与乐趣。

第二,相关研究成果多未立足于“一体多元”之上,因而其对策性研究难免有削足适履之嫌。本选题力避这种情况,并在客观描述回族民商事习惯法的基础上,采用客位研究与主位研究相结合的方法,以求研究方法方面的创新。

第三,回族民商事习惯法本身涉及多个学科,因而在研究方法方面既要重视理论叙事,更应关注回族实践;既要有宏观总结,也要立足底层视角还原问题,既要重视法学学科固有的一些研究方法的运用,也要采用民族学、宗教学等学科研究的方法,这些研究方法及其研究视角,在现今社会科学领域多偏重宏大叙事的背景下,具有方法等方面的创新。同时,对于回族民商事习惯的整理挖掘也应关注一些民间文学艺术中的法律意蕴,从一些民间故事、匾额碑刻及其所存有的客观影响等方面加以分析,这无疑是研究领域的进一步扩展。

四、本论题之研究方法

由于本课题跨越法学、社会学、民族学等众多学科领域,因而在本论题的研究之中,采用了如下多种研究方法。

(一) 社会调查的方法

即以客观存在或经过特定方法收集而知的材料以证明客观存在与现实社会中的对象,解释对象的内涵、结构、变迁及本质。如通过实地走访、座谈等有效形式,在回族社会中调查伊斯兰法的影响和民商事习惯法的适用。

（二）描述性的方法

对回族民商事习惯法及其法文化进行整理时,首先注重客观描述,不随意附加自我主观判断,以追求研究对象的真实性。描述事实本身并不等于取消或放弃主体意识和价值判断,但只有真正把握了现实情况才可能做出公允的评判。

（三）历史分析的方法

把现实中的回族民商事习惯法现象和问题提升到历史的高度予以审视和思考,通过历史来理清思路、深化认识,并从中探求研究对象发展的规律。

（四）比较观察的方法

通过与中国各民族的法文化、伊斯兰世界各民族的法文化、西方法文化进行比较,从而观察回族民商事习惯法的价值及其与国家法的现实冲突,并探求协调的途径。

由于本课题跨越多学科,在研究过程中的困难是不言而喻的,自感在研究、分析能力方面存有一些不足。为此,笔者也采取边学边问的方法来弥补其他学科背景知识较为欠缺的问题。同时,虽然现有的研究成果中本论题的系统著述较少,但笔者所做的研究因为涉及民商法学的主要领域,因而也难免有空泛之嫌。为此,本人结合研究的实际能力对于重要问题进行挖掘,尤其是对于回族民商事习惯法中学者已做关注的婚姻家庭等问题,仅在有关论述中提及,而并不作为研究的主要内容。本文以回族民商事习惯法中学者较少涉足的财产权观念为主展开论述,其目的也是为增强本研究的价值性。

第一章 回族民商事习惯法的源与流

回族民商事习惯法最为主要的源头一般被认为是伊斯兰教法。这也是符合源在先而流在后的源与流之逻辑关系,但能否就此认为回族民商事习惯法即是伊斯兰教法规则的外化?在中国历史上,对伊斯兰教曾直接称其为“回教”,因而回族民商事习惯法是否仅是作为伊斯兰教法的中国化称谓?其本身只是一个替代性概念而无独立性?事实上,“习惯法”这一概念本身也会常常受到拷问:“习惯法”在当下究竟是一种聊以满足研究兴趣或展现异样风情的虚拟还是一种客观现实?在法制统一的大原则下,国家法与习惯法之关系如何处理?凡此种种,无不产生对回族民商事习惯法这一概念是否存在以及在怎样的状态下存在,其存在意义如何等的追问。本章无力深究诸多宏大的问题,而是旨在通过对回族民商事习惯法源与流的梳理,揭示从历史至今的一种客观存在。

第一节 回族民商事习惯法的基本内涵

对回族民商事习惯法的认识,须解析对法的一般认识及对习惯法的态度。首先,其关涉法律一元论与法律多元论的论争,其次也涉及回族民商事习惯法与伊斯兰教法之千丝万缕的关系。

一、“法”、“习惯法”的基本辨析

(一)法的基本内涵

“法律是什么”实为法学界的主要哲学性问题,对其历来不乏

争论。哈特曾说过:“在与人类社会有关的问题中,没有几个像‘什么是法律’这个问题一样,如此反反复复地被提出来并且由严肃的思想家们用形形色色的、奇怪的甚至反论的方式予以回答。”^①无论在理论上还是在日常生活中,我们会看到或听到诸多对法律的理解,颇具代表性的见解如:(1)法律是司法机关处理纠纷的依据;(2)法律是统治阶级意志的反映;(3)法律是制裁性的规范;(4)法律是道德的最低限度;(5)法律是对司法机关裁量的预测。

就如上典型认识来分析,我们能看到对于法律的内涵及认识的角度存有诸多的差异。如上述见解(1)实质上是“法官规则”认识来衡量法律的表现,即法律必须是可为司法机关作为裁判依据的规则。如果某类规范无法成为裁判的依据,则自然很难以“法律”来定义。据此种认识,在法律渊源严格法定的国家,所谓“习惯”、“习惯法”在未经明列为法律的表现形式的情况下,自然是法律范畴之外的事物。上述见解(2)的认识即是阶级论的观点,其旨在揭示法的本质,但基于其对“国际法”等的解释似乎有些乏力,并且以此为基础的对法律的认识,最终必然是法律一元论的立场,因而其本质上是对“习惯法”的排拒。上述见解(3)是从法律的效用来解析法律,即法律体现为制裁性,没有惩罚性后果,所以以权利义务为内容的规则,不能称其为法律。这使得一些“宣示性规则”被排除在法律范畴之外。^② 上述见解(4)是从与法律相关的范畴之间做比较分析,其既点明法律与道德的区分,又看重法律与道德的联系。事实上,许多学者都在困惑“被强制”与“有义务”,一

①[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社,1996年,第1页。

②所谓“宣示性规则”是指在该规则中并没有相应的责任性条款,其仅仅表现为一种宣示、提倡或态度。如《中华人民共和国婚姻法》中“提倡晚婚晚育”的规则即是显著一例。

些族群在其传统文化下的行为究竟是道德强制的范畴还是与法的义务为同一现象?上述见解(5)可以被称作“当事人规则”认识,即其是站在当事人的角度对法律的认识,法律对当事人行为将产生指导性,因其可以从中预测司法机关将会如何评价或对待其行为。

除上述一般性的理解之外,在法的范畴之内,还有对于法的更精细的理解。如学者对于“依法行政”中所依之法的理解中,即认为“行政规章”在抽象意义上并不能直接作为所依之法,其原因是“行政规章”乃是行政本身,其只有与上位法不抵触且合于上位法的精神时,才为依据之法。可见,即使“行政规章”在理论上被抽象为法律表现形式的情形下,其是否能作为真正意义上的法而被适用,还要看其是否满足与上位法不抵触等的条件。

事实上,我们还能看到一些被排斥在法的经典定义之外,却在客观上发挥着与理论意义上的法律相同功效的规范。典型的例子如“示范法”,这一在应对现实复杂问题中出现的新思维,被广泛应用于解决国际社会问题。如1996年联合国国际贸易法委员会第二十九届会议通过的《电子商业示范法》、2001年联合国国际贸易委员会通过的《电子签名示范法》等。我国工商行政管理总局的合同范本,其实也带有“示范法”的某些特征。而就“示范法”本身而言,很难直接被看作法律,因为对其所设定的规则,当事人具有绝对的选择权,即既可以遵循,也可以置之不理而无需担负任何法律后果。但这些“示范法”所起到的积极作用又是非常明显的。前述《电子商业示范法》即被认为是一部真正的、全面适用于在商业活动方面使用的一项以数据电文为形式的任何种类信息传送的EDI统一法,《电子签名示范法》也被认为各国制定电子签名法律提供了示范。^①这种“退一步海阔天空”的新思维,符合了诸多国家对条约的本能抵触及国家在主权方面固有的性格特征,因而

^①王传丽:《国际经济法》,中国人民大学出版社,2007年,第35页。

在以“民族国家”为基本出发点的国际社会,这些“示范法”所起到的作用可能是“国际条约”等一些被确认为法律表现形式的载体所不及的。

上述的这些例子都旨在说明,在法律关系日趋复杂的情形下,法律应对的方法也在进行着相应的变革。我们既能看到传统定义所排除的“非法实为法”,也能看到被传统定义框定的“法实为非法”的现象。因而,在历史尚未终结的时候,对于法律的认识过于刚性或许并不符合现实的需要。正是在这种认识之下,笔者认为,重新审视“习惯法”的法律现象,并非全无必要。诚如美国学者罗伯特·C·埃里克森所言:“法律制定者如果对那些会促成非正式合作的社会条件缺乏眼力,他们就可能造就一个法律更多但秩序更少。”^①

(二) 习惯法的基本内涵

理论界对于习惯法的认识可谓众说纷纭,其争论程度也几乎可与“法律是什么”相媲美。其首要的问题似乎是“习惯法”这一概念是否成立以及是否存在的问题,其次才是这一概念的内涵。

对于第一方面的问题而言,存在肯定论和否定论两种观点。许多学者在分析中国社会依“礼”和依“习惯”而治的传统,以及乡土社会生活中民众多依习惯解决问题的现状时,认为在法律多元的视角下以及国家法神话破灭的现实面前,应当承认并尊重“习惯法”这一概念。^②有学者认为:“即使是在当代最发达的国家,国家法也不是唯一的法律,在所谓正式的法律之外还存在大量的非正

^①[美]罗伯特·C·埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社,2003年,第354页。

^②“习惯”与“习惯法”有无区别,学者有不同见解。德国学者认为前者为事实,为社会所通行,须当事人自己援引;后者为法律,为国家所承认,且法官具有适用之义务。可参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社,1997年,第29页。由于在我国法律中,并未明确规定习惯为法律的表现形式,故在本书中,并不区分“习惯”与“习惯法”。