

论民事习惯司法适用的规则

徐发畅

江苏大学法学院, 江苏 镇江

收稿日期: 2024年10月24日; 录用日期: 2024年11月13日; 发布日期: 2024年12月31日

摘要

《民法典》中的第十条延续了《民法总则》中的规定, 将民事习惯作为必要时判案的依据。但由于民事习惯的复杂性及其法律渊源中的地位, 须以文义解释和目的解释来确定民事习惯的适用效力和适用方式。民事习惯的正确适用能有效弥补成文法的不足, 但法院在司法裁判中一般不适用习惯或是适用民事习惯的方式太过粗略。为保证我国民事习惯司法适用的进一步推进, 有必要结合相关案例以及国内外民事习惯适用的优秀经验。对经典型用的民事习惯进行汇编整理, 构建专业的案例指导制度, 并明确在法律文书中引用民事习惯的规范和方法。

关键词

民事习惯, 司法适用, 法律文书

On the Rules of Judicial Application of Civil Custom

Fachang Xu

School of Law, Jiangsu University, Zhenjiang Jiangsu

Received: Oct. 24th, 2024; accepted: Nov. 13th, 2024; published: Dec. 31st, 2024

Abstract

Article 10 of the "Civil Code" continues the provisions of the "General Principles of Civil Law" and takes civil customs as the basis for judging cases when necessary. However, due to the complexity of civil custom and its status in the source of law, it is necessary to determine the applicable effect and application mode of civil custom by means of literal interpretation and purpose interpretation. The correct application of civil custom can effectively make up for the deficiency of statute law, but the court generally does not apply custom in judicial judgment or the way of applying civil custom is too rough. In order to ensure the further advancement of the judicial application of civil customs

文章引用: 徐发畅. 论民事习惯司法适用的规则[J]. 法学, 2024, 12(12): 7429-7435.

DOI: 10.12677/ojls.2024.12121052

in China, it is necessary to combine relevant cases and excellent experience in the application of civil customs at home and abroad. Compile and sort out the classic civil habits, construct a professional case guidance system, and clarify the norms and methods of citing civil habits in legal documents.

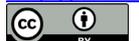
Keywords

Civil Customs, Judicial Application, Legal Instruments

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

《民法典》第十条将民事习惯纳入司法裁判的依据，补充了成文法的不足。然而，由于民事习惯本身的复杂性及其在法律渊源中的特殊地位，其适用面临诸多挑战。本文旨在深入探讨民事习惯在司法实践中的重要性 and 适用问题。首先，通过文义和目的解释，分析民事习惯与习惯法之间的区别，明确其在法律体系中的地位。在实际运用中，法官对民事习惯的认可度不一，导致司法判决的结果存在不一致的问题。本文指出，这种差异不仅源于对民事习惯缺乏科学的汇编整理，还因为法律文书中对其引用的严谨性不足。因此，根据国内外适用民事习惯的优秀经验提出了通过加强对民事习惯的科学整理、完善指导案例制度，以及增强法律文书严谨性等措施，来提高民事习惯在司法中的适用性。

2. 法律方法论：以法解释学评析民事习惯在司法裁判中的地位

在中国法律体系中，民事习惯作为一项重要的法律规范来源，受到法律的确切承认和有效保护。在司法裁判实践中，当法律条文存在模糊或不适用的情况下，民事习惯具有填补法律空白的重要功能。这表明将民事习惯纳入裁判依据中，有助于完善法律制度，确保公平正义得以实现。然而，一些学者认为民事习惯与国外的习惯法相当，另一些观点则认为民事习惯不具备作为民事裁判依据的资格。因此，在我国，民事习惯的司法适用地位尚未有明确的结论，导致在司法实践中，民事习惯往往被忽视或错误应用。民法解释学认为，法律都要进行解释，法律不经解释不能适用[1]。因此，笔者决定运用法解释学的方法研究民事习惯在司法中的适用地位。首先，将以文义解释的方式对民事习惯和习惯法的定义进行澄清，探究我国在司法裁判中引入民事习惯作为判案依据的目的。最终，对探究的结果进行分析，确认民事习惯在中国司法实践中的具体地位。

2.1. 文义解释：民事习惯与习惯法定义的辨析

对于民事习惯的定义，学界有不同的观点，有学者认为《民法典》第十条所定义的“习惯”，是指习惯法，或者简称为事实上的习惯。另一种观点认为民事习惯并非完全等同于习惯法，而是应该定义为，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惯、惯常做法等，可以认定为民法典第十条规定的习惯。综上所述，定义民事习惯的关键是在于厘清习惯法和民事习惯的关系。对于习惯法，学界有两种完全相对的看法。有学者认为，习惯就是习惯法，无需区分。没有办法验证它的使用，也没有必要追究它。他们认为习惯法从法理上来说并不算是法律而是习惯，即习惯法是更具普遍性并受到权威认可的惯做法。总的来说，习惯法是习惯的一部分，两者称谓不同，但从根源上来说并无

多少区别。但也有学者持不同的观点，他们认为习惯与习惯法属于两个不同的范畴。其中大多数人认同的理论是，习惯法与习惯的关键区别在于是否有一套规范的保障实施机制。笔者认为，首先习惯法和民事习惯的地位不同，习惯法是上升为法律的习惯，是经过挑选和审查的民事习惯。其能被直接地适用，不需要任何前提条件。其次，习惯法作为人类最早意义上的法律规范，与一般民事习惯有根本区别。习惯法比民事习惯更具约束力和强制性。民事习惯塑造了人们在日常生活中的行为。习惯法涉及权利和义务的分配。人们在日常生活中顺应自然规律和社会发展趋势，给自己的生产生活带来方便[1]。而在民事诉讼中，法官的职责是“决定纠纷的解决”。因此，习惯法被设立主要是为了在司法中被引用以解决民事诉讼中的疑难案件。最后，习惯法比民事习惯具有更高的适用性和规范性。人们对习惯的遵守一般是自发的，人们会根据祖先留下的传统自觉地执行特定的行为。习惯一般包括一些具体的活动，不涉及权利义务的分配。人们不遵守一些习惯，不会造成相关的法律后果，而且习惯法涉及权利义务的分配，更便于在诉讼中援引。由此可知，习惯法和民事习惯在文义上有着根本的区别，所以不能简单地将民事习惯认定为习惯法。想要进一步确定民事习惯司法适用的效力和方式，还须进一步对立法中设置民事习惯的目的予以分析。

2.2. 目的解释：探究《民法典》第十条的立法意图

随着案件类型的复杂化，单靠法律手段已无法妥善处理。习惯作为裁判的依据出现在法庭上，为化解社会矛盾提供了另一种救济途径。最高人民法院和地方高级人民法院适用习惯司法的合理解决，将给其他各级人民法院解决矛盾纠纷带来翻天覆地的变化。在适用习惯解决民事纠纷的问题上，由于习惯和传统大多贴近群众生活，在很多情况下参照习惯可能比直接适用法律更容易为当事人所接受。以习惯作为判断依据，可以有效弥补成文法的不足，为民事司法纠纷提供了另一种解决方案，帮助法律工作者能够更快的适应司法和时代变化。这种立法方式被称为“立法留白”，即通过留白的方式对符合公序良俗的习惯给予了司法上适用之可能的制度性赋权[2]。所以笔者认为《民法典》第十条中的“习惯”不宜认定为“习惯法”。因为习惯法具有的约束力势必强于普通习惯，其在我国认定模糊、标准不明，现在并没明确标准确实多大范围内多少人普遍认可的习惯才能称作习惯法。并且将“习惯”理解为“习惯法”，既限缩了习惯的适用范围，也与“不得违背公序良俗”相悖，因为习惯过渡成为习惯法，必然是有利于社会秩序和公共利益的[3]。总的来说，习惯和习惯法不能混为一谈。尽管习惯是解决民事纠纷的合理法律依据，但并非具有正式法律文件的地位。因此，在司法实践中，对民事习惯的应用是有效的，但在具体运用时必须遵守法律明文规定的前提条件并进行详尽的论证。

3. 我国民事习惯在司法适用中存在的问题

综上所述，尽管在中国，民事习惯不能被等同于习惯法，但它仍然是司法裁判中重要的判决依据。民事习惯有助于填补成文法的不足，丰富法律法规的内容，特别是在处理具体民事纠纷时具有针对性和适用性。然而，民事习惯在司法实践中也面临诸多问题。除了民事习惯本身可能存在的缺陷外，法院在案件审理中有时未充分考虑民事习惯的适用，或在论述上不够完整和科学，导致民事习惯的作用无法得到充分发挥。

3.1. 民事习惯的自身缺陷导致其在司法适用中的困难

由于受到历史背景的影响，民事习惯存在复杂性，主要表现为：第一，民事习惯的内容庞杂，表现形式多样。首先在当今社会，民事习惯是一个非常复杂的话题，涉及到许多方面。首先，民事习惯可以包括婚姻、家庭、财产、合同、债务等方面。这些方面都有不同的习惯和规则，需要深入研究和理解。其

次,不同地区和文化之间的民事习惯也存在差异。例如,在中国,婚姻习俗和法律规定可能与西方国家存在许多不同之处。因此,在处理民事纠纷时,必须考虑到这些差异。此外,随着科技和全球化的发展,民事习惯也在不断变化和发展。例如,在电子商务和在线交易方面,需要制定新的法律和规则来确保公平和合理的交易。其次民事习惯的形式可以是口头或书面。在一些地区,人们习惯用口头方式达成协议或约定,比如在乡村地区的土地转让、婚姻嫁娶等事项中,常常采用口头协议来达成一致[4]。而在一些文化背景较为正式的地区,人们习惯用书面协议来确认事项,比如在一些商业合同中,双方通常会签订正式的书面协议。民事习惯的形式还可以是行为或仪式。在一些地区,人们习惯通过特定的行为方式来表达对某种事物的认同或信仰,比如在中国传统文化中,人们习惯在春节时贴对联、放鞭炮等,这些行为都具有民间习惯的成分。而在一些宗教文化中,人们习惯通过一些特定的仪式来表达对信仰的敬重和虔诚。第二,民事习惯在司法裁判适用中容易受到主观价值判断的影响。当今司法中尤为凸显的问题是法官在办案过程中,面对责任终身制的压力,更倾向于严格依法裁判,缺乏灵活适用习惯的主动性。当严格的责任制度下需要法官灵活裁判时,法官需要权衡作出判决的利弊以求最佳效果。严格依法裁判可能受到判决满意度和接受度的影响,但法官往往仍然会选择可以规避风险和可以保证稳妥的严格依法判决。

3.2. 法官对民事习惯的认可度不高

法官在审理民事案件时,由于缺乏对于地方习惯的了解和明确的适用标准,导致不同法院之间、不同层级之间对于相似案件的判决结果存在差异,同时也增添了民事习惯适用司法上的难度。我国法官对习惯民事法的适用和对习惯民事法的认可存在差异。有学者研究发现,同一地区的不同乡镇乃至不同村庄对不同民俗的理解也不同,因此即使是法官在不经常走访、刻意了解和研究某一民俗的情况下,也会对不同风俗产生认知偏差。并且法律中没有重视这种情况,也没有具体的指导性案例。这样一来,法官在审理案件时没有任何依据可以参考,又必须对双方当事人有一个明确的解释,便只能生搬硬套地使用术语。比如在宁0106民初3038号梁某某与王某某婚约财产纠纷一案中,原告梁某某订婚时向被告王某某及家人给付128000元作为彩礼,给付被告王某某现金2000元,给付王某某妹妹现金800元。2019年1月4日,梁某某和王某某双方举办了结婚仪式。2019年2月原、被告发生矛盾,双方分开至今。现原、被告因退还彩礼及其他款项协商未果,引起这场诉讼。最后法官在裁判时本着保护妇女合法权益的原则并考虑原告结婚目的未实现的这两个实际情况进行了综合的考虑,才有了向原告返还部分彩礼的判决。而根据最高人民法院发布的适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释中的条例:双方未办理结婚登记,当事人请求返还按照习俗给付的彩礼的,法官应当予以支持。所以在大多数婚约财产纠纷的案件中,法院一般都会裁定收受彩礼的一方需要全部返还经过法定程序认定的全部彩礼。但这明显有些绝对并且会和一些公序良俗相冲突,比如在梁某某与王某某婚约财产纠纷一案中,男女双方虽没有进行结婚登记,但已有夫妻之实。在这种双方利益都要考虑的情况下,笔者认为对适用民事习惯的案件进行司法解释并不能有效全面的处理该民事习惯产生的纠纷,而且会使整个司法适用依据体系变得更加臃肿,反而不如一个公正合理的指导案例更有实际价值。

3.3. 法官文书援引民事习惯时论述的不完整

随着民事案件的逐渐增多,我国法官对民事习惯的认可率越来越高,但在民事习惯的实际适用中,存在民事习惯名称和内容随意性的缺陷,在某些案件的文书中仅对民间习俗进行直接引用,缺乏实质性的适用审查和推理。说理的逻辑是否严谨显示出法官对民事习惯适用的正确态度,不同法官的不同处理反映出裁判文书中适用民事习惯时的内容表述模糊问题,主要体现为民事习惯名称和说理不规范[5]。而

法律文书的论理要求是列举事实证据确凿；分析受理以法为据；据案引法，据法论理；前后照应，通领全文。所以民事习惯在法律文书中受到忽视甚至省略，会严重影响到民事习惯在适用中的准确性，也会使民众对诉讼的公正性产生怀疑。比如在辽 09 民终 325 号海卫梅诉付立一案中，原告海卫梅通过与其有同居关系的石福德将 5000 元借给被告付立，后来海卫梅与石福德解除了同居关系，但付立仍将 5000 元偿还给了石福德，所以海卫梅希望付立重新向其支付债务。一审法院认为任何一方也均可向债务人主张共同债权的偿还，债务人也可向任一方实际进行清偿而消灭共同债权，在实践中，大多数情况下，债务人只向双方中的一方实际偿还，亦符合民事习惯。这种“亦符合民事习惯”的论述明显不够严谨，既没有说明该民事习惯的来源，也没有详细解释或举例说明该民事习惯在日常生活中是如何适用的，更没有论述在此处援引该民事习惯的原因。在司法中这样适用民事习惯，明显无法合理地解决原有问题，只会引起更多的纠纷。

4. 完善民事习惯司法适用的建议

4.1. 对民事习惯进行科学的汇总整理

习惯作为判断依据的法律地位已为学术界所公认，但如何区分哪些习惯适用、哪些不适用、适用范围等，这些是当前法律界应积极面对的。法国民法在制定时十分重视对民事习惯吸收，甚至在民法制定之前立法机关就已经对各地的民事习惯进行了收集。在拿破仑时代之前，法国曾掀起声势浩大的民俗调查运动。这场运动从 13 世纪到 16 世纪持续了近 300 年。法国习惯调查人员在调查工作中着重梳理和编纂民间习惯。立法者充分利用这些汇编材料，使其制定的法规更加合理，更加贴近现实。可以说在法国的法典的起草、制定到颁布中，民事习惯贯穿始终^[6]。法国民法典的功能不仅在于规范人们的行为，而且还能将民俗的内涵充分展现在法律条文中。因此法官在审理案件时，可以找到类似于民俗的法律条文。事实上，习惯在应用中存在理论依据不足、适用标准不明确等问题，与习惯自身缺乏系统规范的整理编纂有很大关系。本文认为，为使法官能够有效识别和规范习惯的适用，应明确习惯的内容及其适用范围和限度。如果能系统地梳理和确定习惯，统一标准，明确法律和习惯的适用，或者梳理冲突的法律和习惯的层级，使法官对习惯适用的选择更加具体，出现推理不充分、结果不一致的判决适用习惯，也能在一定程度上及时纠正法官的个人经验主义，人民群众对民事纠纷的处理更容易为人民群众所接受。正如习惯要被发现一样，习惯也要进行侦查，侦查之后还要进行“处理”。这种“加工”既包括价值判断，也包括技术提炼。因此，本文认为应进一步梳理调查采集的习惯。习惯的收集整理目前也具有一定的可行性依据。具体而言，本文认为应从司法实践入手。首先，在习惯征管方面，司法机关可以作为习惯征管的主体。基层法官可以对涉及习惯的具体案件内容进行总结梳理，也可以由地方法院主动调查。基于熟悉的地域优势，从当地民众的生产生活中搜集相关的民俗风俗习惯，对搜集到的风俗习惯进行识别和归类，进而对其内容形成更加透彻的理解和解释，为法官提供有效运用为裁判提供了准确的依据。二是在筛选习惯性内容时，要坚持取其精华，去其糟粕的理念。对“良好风俗”和“坏习惯”进行筛选。在辨别善恶时，法官可以相互交流，结合风俗在当地流传的时间和范围，讨论所采集的风俗内容的合理性和适用性。论证过程中，要广泛征求社会公众特别是法律工作者的意见和建议，合理运用征集到的有参考价值的意见和建议。最后，上一级人民法院要将归类的习惯汇编成册，加强对基层法官运用习惯的司法指导。

4.2. 完善民事习惯指导案例制度

英美法系国家特别重视对习惯法的适用，许多案件的裁判取决于法官在审理案件时如何运用习惯。英国在司法审判中适用民事习惯的一般方法是：首先，由举证责任人按照法律规定的举证方式证明习惯

的存在，法官首先认定习惯为习惯法，但效果尚待确定。法官经审查后，如无不适用之理由，可据此作出判决。相反，如果有不申请的理由，申请将被排除。英国判例法中的大部分吸收了民事习惯。在以判例法为基础的英国，习惯不仅可以成为人们日常生活中的行为准则，还可以作为判断的依据[7]。一般来说，习惯一般都是在民间习俗中产生的。因此，习惯也称群众习惯法。人们在进行商业活动时，可以选择自己套用交易习惯。可以看出，判例可以使习惯在司法中的适用具有确定性、固定性、统一性、合理性，所以笔者认为构建相关指导性案例体系是习惯司法适用较为简单快捷的方法。首先，与具有宏观性的法律规定相比，指导性案例更加具体，能够更有效的明确某一类案件的裁判标准。它还可以为不同法院的法官在具体案件中审理同一类案件提供相同的参考依据，使不同法官在处理案件纠纷时能够做出相对一致的判决，从而在一定程度上抑制同案异判的发生。其次，指导性案例的裁判结论是法官在审判过程中经过认真分析、深入研究、充分讨论得出的，是法官的集体经验和智慧，最终由法官共同讨论、商议的。最高人民法院审判委员会也可以更及时地为法官提供直观的审判指导，以满足法官办案的实际需要。法官在一定程度上具有自由裁量权，在一定程度上可以制约法官在案件中逃避法律原则和法律规则的约束。为此，本文建议最高人民法院在搜集整理工作中发挥积极作用。整理各地习惯适用案件，根据纠纷类型，编制指导性案例。对于一般性、共性问题，在深入研究梳理后，出台相应的指导性案例。其次，最高人民法院可以通过发布相关指导性案例和案例公告，为各级法院提供参考，因此最高人民法院可以发布指导性或代表性案例作为参考，目的是让各级法院在审理中可以参考。比如在梁某某与王某某婚约财产纠纷一案，该案主审法官便不仅考虑到了双方没有进行婚姻登记，收受彩礼的一方需要退还彩礼这一方面，也没有忽略双方虽无婚姻之名但有婚姻之实这一特殊情况，所以最后该法官给出了一个兼顾双方正当利益的判决。我认为如果将该案件作为指导案件，不仅可以给相关案件的裁判做一个正确示范，而且也能弥补最高人民法院发布的适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释中某些条例的片面性问题。

4.3. 增强适用民事习惯的法律文书的严谨性

当习惯与成文法发生冲突或没有适用民事习惯的法律规定时，为保证法律文书的合法性和说服力，需要对民事习惯从提出、认定、确定等方面进行充分、严谨的论证。因此，充分的论证是法官在撰写法律文书时必不可少的环节。在司法实践中，法官在裁判文书中直接适用习惯，或者未经明确、严谨的论证就建议当事人适用民事习惯，直接套用经验，或者拒绝套用习俗，是没有说服力的。我觉得在司法文书的严谨性这一方面，德国的做法值得我们借鉴。习惯对德国的司法体系具有不可忽视的影响，德国在法律中明确规定：“违反良好风俗的法律行为无效。”凡是故意损害违背良好风俗，故意以违反良好风俗的方式给他人造成损害的，应当赔偿给他人造成的损害。这样的规定为法官运用习惯审理案件提供了参考。进入司法系统后，法官习惯将其作为审判依据。同时，德国的法律学界对法官的裁判文书十分关注，对每个被引用在文书中的具体的民事习惯都要求法官对其进行详细的解释并科学严谨的论述引用该民事习惯的理由。基于此，本文建议：首先，从观念上扭转法官对民事习惯适用的偏见。从概念上看，很多法官排斥民事习惯的适用，但广泛存在于社会生活中的风俗、惯例、交易习惯、社会公德、道德伦理、风俗习惯等规范，是构建民法不可或缺的组成部分[8]。我们国家的法治。要改变不愿用民间习俗判案的观念。二是建立裁判文书审查制度。我国是成文法国家，对法官的要求显然更高。审判人员必须严格依法办案，同时查明当事人主张的民事习惯。或者，如果审判人员认为应当适用民事习惯，应当在判决中反映适用习惯的理由。在上文谈及的海卫梅诉付立一案中，其文书中直接写到：“在实践中，大多数情况下，债务人只向双方中的一方实际偿还，亦符合民事习惯。”这个对民事习惯的援引就明显太过粗略，我认为法官应该对其进行详细的解释并给出适用理由。在司法实践中，很多法官适用民事习惯审理案件，

但在判决书中根本不予说明。结果是当事人不理解，而作为研究者，民事习惯在司法中具体是如何适用的，我们也会十分疑惑。为增加法官在裁判文书中对民事习惯进行解释重视程度；彰显司法公信力，我认为最高院可以将裁判文书的测评作为法官晋升考核内容的一部分。

5. 结语

《民法典》中关于民事习惯的规定，为法律适用提供了新的视角和方法。在对民事习惯进行文义和目的解释中，本文探讨了民事习惯与习惯法的区别，强调在司法适用中加强对民事习惯的科学整理和系统规范的重要性。为了提升民事习惯在司法中的应用效果，本文建议完善指导案例制度，加强法官对民事习惯的认识和运用能力。这不仅有助于维护法律的灵活性和适应性，还能增强法律在社会中的公信力和接受度。此外，严谨的法律文书撰写对于确保民事习惯的正确适用至关重要。通过引入裁判文书审查制度，可以提高法官在案件审理过程中对民事习惯的重视程度。综上所述，民事习惯在化解社会矛盾、弥补成文法不足方面具有重要作用。未来的司法实践中，应继续探索和完善民事习惯的适用标准和方法，使其更有效地服务于社会和法律体系。通过科学的整理与合理的运用，民事习惯将能够更好地发挥其独特的法律价值，推动我国法律体系的不断发展和完善。

参考文献

- [1] 梁慧星. 裁判的方法[M]. 北京: 法律出版社, 2017.
- [2] 高其才. 民法典编纂与民事习惯——立法、司法视角的讨论[J]. 交大法学, 2017(3): 46-47.
- [3] 李佳飞. 民事纠纷立法留白的规范逻辑: 习惯到习惯法跨越的法社会学考察[J]. 民间法, 2023, 32(2): 300-318.
- [4] 丁国峰, 王紫娇. 论《民法典》第10条中“习惯”的理解与适用[J]. 民间法, 2022, 30(2): 261-277.
- [5] 高其才. 当代中国法律对习惯的认可[J]. 政法论丛, 2014(1): 23-29.
- [6] 彭诚信. 论《民法典》中习惯的司法适用[J]. 法学论坛, 2017(4): 13-14.
- [7] 董子云. “出于确知”与中世纪法国习惯法编纂的历程[J]. 华东政法大学学报, 2021, 24(1): 153-167.
- [8] 胡兴东. 习惯还是习惯法: 习惯在法律体系中的形态研究[J]. 东方法学, 2017(2): 95-109.