



民事审判视野中的 民俗习惯与商业惯例

上海法院审判实践精选集

主 编 沈志先
副主编 席建林 刘 力



人民法院出版社

013047085

D927. 51
10

MINSHI SHENPAN SHIYEZHONG
MINSUXIGUAN YU SHANGYEGUA



民事审判视野中的 民俗习惯与商业惯例

上海法院审判实践精选集

主 编 沈志先
副主编 席建林 刘 力



北航

C1655007

D927.5/
10

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民事审判视野中的民俗习惯与商业惯例:

上海法院审判实践精选集 / 沈志先主编.

—北京: 人民法院出版社, 2013. 5

ISBN 978-7-5109-0588-9

I. ①民… II. ①沈… III. ①民事诉讼—审判—案例
—上海市 IV. ①D927.515.118.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 281027 号

民事审判视野中的民俗习惯与商业惯例

——上海法院审判实践精选集

沈志先 主编

责任编辑 张 珺

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550607 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 158 千字

印 张 7.375

版 次 2013 年 5 月第 1 版 2013 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-0588-9

定 价 28.00 元

版权所有 侵权必究

序

中国传统上是一个“礼俗”社会，悠久的人文历史孕育了广博的传统文化，并在此基础上繁衍出内容丰富、门类繁多的民俗习惯。这些民俗习惯早在周公制礼开始，就以“礼”的名义与法律并存，成为重要的纠纷解决依据，它们自生、自发于社会生活本身，并依社会生活的发展而演进变迁、世代相传。随着商品经济的萌芽和发展，商事往来中产生的交易习惯内生为约定俗成的商事规则，并逐步演进为具有独特价值的商业惯例，其和民俗习惯一起，作为在各自领域带有很强社会性的行为规范，为全社会所重视和尊崇，为人们普遍认可和反复践行，且反过来以自己的方式支配着社会生活，维持着自然秩序。从某种意义上讲，长期以来，习惯（在此我们将民俗习惯和商业惯例统称为广义的习惯）在社会生活的基础层面，起着比法律更为广泛的作用。可以说习惯是法律的最初形态、重要基础和发展动力。也正因如此，司法对习惯的尊重和关注，特别是在其渗透广泛、影响深远的民事领域，就具有了极为重要的意义。

随着我国法治进程的不断推进，一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党

和人民意志的，以宪法为统帅，多个法律部门的法律为主干，由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成。如何更好的适用法律，实现法律效果与社会效果的统一，从而助力护航和谐社会，成为当前的重要课题。习惯作为“民间法”、“活的法”，能够克服制定法的局限性和滞后性，从而丰富制定法的内容，影响制定法的实施，弥补制定法的不足，实现对制定法的改造。将包括民俗习惯和商业惯例在内的习惯引入民事司法，是化解社会矛盾、实现案结事了、促进司法公信的重要举措。一方面，其作为本土文化的一部分，有助于填补大量存在的移植法与现实国情之间可能存在的裂隙；另一方面，其作为社会自发生成的秩序规则，亦有利于提升公众对司法的接受度和认同度。因此，合理有效的利用习惯的“民间法”优势，找到其与法律的契合点，有效整合对接两种资源，积极顺应人民的司法需求，对于弘扬优秀传统文化，引导社会主流价值观，优化司法的社会效果，都具有重要的现实意义，这也正是本书编撰出版的初衷。

上海作为历史悠久的国际化大都市，不仅存在着诸多具有地域特色的民俗习惯，更有许多与其经济中心地位相匹配的商业惯例。习惯的司法运用在实践中大量存在。编者以上海法院的司法实践为样本，从全市法院众多相关案例中，精心挑选出43篇法律效果和社会效果俱佳、对今后同类案件审理具有参考借鉴价值的案例，梳理结集为《民事审判视野中的民俗习惯与商业惯例》一书。本书分为“适用民俗习惯审判篇”和“适用商业惯例审判篇”两个篇目，涉及婚姻家庭、继承、侵权、相邻关系、货运、保险、买卖合同等各类纠纷，

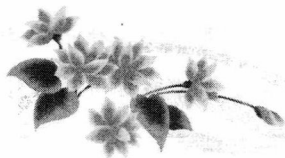
涵盖了人们最基本和最常见的社会行为和经济活动类型。每个案例都由裁判要旨、案情概要、民俗习惯或商业惯例简介、法官释明四个部分组成，贯穿体现了习惯在司法中的发现、识别与证明过程，及对其适用限度和边界的把握等，具有较强的实践意义和参考价值。由于样本选择原因，有些案例所涉及的习惯可能具有一定的地域性，并且如前所述，民事习惯和商业惯例本就会随着时代和社会的发展不断地推陈出新，故本书的主旨在于通过对既有优秀审判经验的总结，为民事习惯和商业惯例的司法适用，提供一种借鉴思路和方法论，也算作抛砖引玉之用。

由于时间有限，难免有所疏漏，不当之处还请批评指正。

编 者

2013年4月

目 录



适用民俗习惯审判篇

- 3 离婚纠纷中返还彩礼风俗的运用
- 10 农村婚姻缔结过程中花费的负担与调解
- 15 婚约形式简化下彩礼返还问题的处理
- 20 “尽孝行善”之良俗在继承案件中的运用
- 24 养老习俗在保障老人居住权中的作用
- 28 多子“分家”在遗产继承的认定
- 34 尊重死者亲属要求按照长幼顺序在墓碑
上篆刻姓名的祭奠权
- 41 从善良风俗延伸出的墓地购销合同道德义务

- 49 孝道考量在解决精神病患者生前处分
自身财产效力纠纷中的作用
- 54 祭奠权的分配应符合现实伦理和生活基础
- 59 妨碍他人祭祀应承担民事赔偿责任
- 63 死者入土为安风俗在法律适用中的运用
- 66 人身损害赔偿丧葬费可以依据少数民族
入葬风俗酌情认定
- 72 丧葬风俗在房屋使用权纠纷处理中的应用
- 77 下葬后一般不得迁葬的丧葬习俗在审判
中的运用
- 83 卖房人在已售出的房屋中设置灵堂给买房人
造成影响，可以构成合同解除的理由
- 89 尸体保护权的客体是死者亲属的人身权利
- 94 吊唁金在继承案件中的法律性质
- 98 祭奠权是逝者亲属共同享有的权利
- 104 逝者骨灰已经安葬，随意迁移不符合
公序良俗
- 109 “入土为安”风俗在侵权案件中的应用
- 114 就餐时的心理卫生风俗在相邻关系纠纷
中的运用
- 120 宴会上善意劝酒者的责任承担

适用商业惯例审判篇

- 127 尊重货运当事人双方在长期业务来往中
形成的口头约定交易习惯
- 133 快递行业“运费到付”惯例认知对于案件
处理的重要价值
- 138 限赔条款在运输格式合同中应予适用
- 145 体积重量规则在认定航空货运运费中的作用
- 150 电信代理服务行业惯例在事实认定中的作用
- 155 大宗商品买卖中仓单变更及交付具有转让货物
所有权的效果
- 161 近因原则在以死亡为给付保险金的人身
保险案件中的运用
- 167 死亡保险合同中被保险人的同意权行使
- 174 货品代销交易惯例在事实认定中的运用
- 181 拍卖行业的操作惯例与拍卖委托合同的认定
- 186 网络广告点击业务的商业操作惯例
- 192 信用卡消费中商家对于签名审查程度
以通常惯例为限
- 198 餐饮行业惯例可作为认定事实的依据
- 204 古玩收藏行业知识及其交易习惯在财产损害赔偿
纠纷事实认定中的作用
- 211 钢材交易中如对计重规则无特别约定则应
据实计重

216 地产行业惯例在股权置换议价及计价

过程中的运用

222 绝当后当户不能依据所有权要求赎回绝当物



适用民俗习惯审判篇



离婚纠纷中返还彩礼风俗的运用

【调解要旨】

现今在我国多数地区，仍存在彩礼风俗，男女订婚时或结婚前，男方往往给付女方一定金额的彩礼（聘礼），女方则将彩礼用于购置家电、置办婚礼等，部分彩礼也可能归于女方家庭所有。如果男方悔婚，不得要求返还彩礼；如果女方悔婚，则应当退还彩礼。本案基于这一民俗，在调解过程中对双方进行说服劝导，最终由女方返还部分彩礼而结案。

【案情概要】

原告陈某与被告徐某在 2009 年 5 月左右相识，恋爱数月后，双方准备结婚，计划于 2010 年举办婚礼。2009 年 9、10 月间，陈某父母依照习俗，通过陈某给付徐某人民币 50,000 元作为彩礼。徐某将彩礼用于购置家具、彩电等，共花费 23,000 元，并将新购家具、彩电等搬到陈某家中，预备结婚之用。双方之后办理了结婚登记手续。登记结婚后，徐某

和陈某仍各自居住在父母家中，积极筹备婚礼。

2010年农历春节，陈某与徐某在一次争吵后不欢而散，双方由此产生矛盾。后陈某、徐某感情逐渐转淡，不再继续来往，双方均无结婚意愿，举办婚礼一事也耽搁下来。陈某家人获知双方关系破裂，难以挽回，遂至女方家中协商解除婚姻，并要求徐某返还剩余礼金。徐某一家对此予以拒绝，两方家人吵闹一番后，关系随之恶化。后陈某一家又数次至徐某家谈及此事，均未达成协议。2010年7月，陈某诉至法院，要求与徐某离婚，并要求徐某返还剩余礼金27,000元。

徐某在庭审中辩称，双方登记结婚后，两人在2010年春节期间发生过一次争吵，由此闹出矛盾，办婚礼一事只得拖延。后陈某家人数度到被告家吵闹，恶语相向，对被告及家人带来极大伤害。被告现同意离婚，但婚姻破裂是原告陈某造成的，被告并未反悔结婚，现原告对婚姻反悔，其不应要求返还彩礼，故不同意原告诉请。^①

【民俗习惯简介】

自古以来，我国婚姻的缔结就有男方在婚姻约定初步达成时向女方赠送聘金、聘礼的习俗，这种聘金、聘礼俗称“彩礼”。彩礼成俗，源于西周“六礼”中的纳征，征是成功的意思，即男方向女方提亲，需赠送彩礼，女方接受彩礼后，婚约正式缔结，不得反悔。若有反悔时，反悔一方需依俗承

^① 参见上海市浦东新区人民法院〔2010〕浦民一（民）初字第13521号民事调解书。

担责任。若女方反悔，彩礼要全数退还男方；若男方反悔，则彩礼不退。男方家向女方家送彩礼的多少，要由女方家的要求和男方家的经济状况而定。

【法官释明】

本案中，原告陈某与被告徐某虽已经履行登记结婚手续，但未实际举办婚礼。根据当地习俗，举办婚礼后，男女双方才正式结为夫妻，未举办婚礼，不认可双方正式成婚。本案对剩余彩礼的处理，既遵循了我国彩礼返还的风俗习惯，也适用了有关彩礼的裁判规范，两者均得到有效的运用。

一、我国彩礼风俗的流变

在中国古代，男女双方订婚时，男方家需向女方家赠送一定数额的彩礼，起初是牛羊、衣帛、农具等实物，后来随着货币经济发展，彩礼中开始出现金银，也有直接以金银作为彩礼的。

彩礼成俗，源于西周“六礼”之一的“纳征”。“六礼”是西周时婚姻成立的六项条件（或程序），依次为纳采、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎。纳征是指男方派人或自行将彩礼送到女方处，是“六礼”中的重要一环，虽然“六礼”不断简化，但纳征一直被后世沿袭。春秋时称纳征为纳币，唐时称为聘财，宋、元、明时通称财礼，后来所称的过定、聘礼、聘金都是指彩礼。^①

^① 参见叶孝信主编：《中国法制史》，北京大学出版社1996年版。

纳征，在婚姻订立中扮演着重要角色，纳征之前，纳采、问名、纳吉等都不具有约束力，仅是男方家向女方家的试探、试问，女方家在其后都可以反悔或表示不同意。纳征时，女方家若不接受男方家的聘礼，则表示女方家未同意亲事，婚约未能达成；若女方家接受男方家的聘礼，视为女方家对男方家的承诺，婚约订成，正式对双方产生约束力。我国古代法律对送彩礼后婚姻不成有许多规定，诸如男方悔婚再娶其他女子时，不得追还彩礼；女方悔婚再许他人时，男方得追还财礼；订婚后还未结婚而有一方死亡的，不追还财礼等等。某些朝代的法律还对违背婚约规定了刑事责任，足见彩礼风俗在古代婚约缔结上的重要性。^①

我国1981年制定和2001年修订的《婚姻法》^②均未对婚约有所规定，作为缔结婚约形式之一的彩礼给付也随之丧失法律意义。给付彩礼不再是缔结婚姻的必经程序，也不具有法律约束力。

即便如此，在我国大多数地区，彩礼风俗仍普遍存在，但给付内容、归属和用途则发生了较大变化。古代彩礼包括金银、布帛等实物，现在主要是一定数目的金钱；古代彩礼一般归女方家庭所有，是对女方嫁出女儿后的物质补偿，现在一般由女方自己支配，多用于购置新婚用品（首饰、家具、家电等），举办婚礼，或留存于女方处，用于婚后生活开销。

① 参见于晓青：《传统文化中的彩礼及其流变》，载《河南省政法管理干部学院学报》2008年第2期。

② 本书已将法律名称作简化处理，如《中华人民共和国婚姻法》简称为《婚姻法》。

二、从法律角度解读彩礼

《婚姻法》第三条规定，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。该条规定明确禁止了以缔结婚姻为要挟，要求对方给付财物的各种买卖婚姻行为。现实中，部分女方家庭依照习俗要求男方在婚前给付一定数额金钱作为彩礼，是否认定为借婚姻索取财物的行为？一般认为，只有行为性质恶劣，要挟手段强硬时才可认定为“索取”，若仅是按照风俗习惯提出彩礼要求，不宜认定是借婚约索取财物。

关于彩礼的返还，《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）》第十条作了比较明确的规定：“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。”

对于应当返还彩礼的情形，该司法解释做了列举，为司法实践提供了指导。对比我国古代法律中的彩礼制度，该司法解释将考察重点更多地放在彩礼给付目的的实现上，若未实现婚姻成立（如共同生活）目的，则彩礼应当返还，如第（一）项、第（二）项。而古代法更强调彩礼和婚约履行的关联性，对违反婚约悔婚的一方，则课以彩礼损失作为惩罚。此外，该司法解释更多从当事人利益平衡角度考虑彩礼是否应当返还，如第（三）项规定。

应该说，该司法解释与我国传统彩礼习俗存在一定冲

