



# 民法典编纂 与民事习惯研究

MINFADIAN BIANZUAN YU  
MINSHI XIGUAN YANJIU

高其才 / 著



中国政法大学出版社



# 民法典编纂 与民事习惯研究

MINFADIAN BIANZUAN YU  
MINSHI XIGUAN YANJIU

高其才/著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

民法典编纂与民事习惯研究/高其才著. —北京:中国政法大学出版社, 2017. 8

ISBN 978-7-5620-7712-1

I. ①民… II. ①高… III. ①民法—法典—研究—中国 IV. ①D923. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第203614号

---

|       |                                                                                   |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社                                                                         |
| 地 址   | 北京市海淀区西土城路 25 号                                                                   |
| 邮寄地址  | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088                                                    |
| 网 址   | <a href="http://www.cuplpress.com">http://www.cuplpress.com</a> (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话   | 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)                                                   |
| 编辑邮箱  | zhengfadch@126.com                                                                |
| 承 印   | 固安华明印业有限公司                                                                        |
| 开 本   | 880mm×1230mm 1/32                                                                 |
| 印 张   | 7                                                                                 |
| 字 数   | 180 千字                                                                            |
| 版 次   | 2017 年 8 月第 1 版                                                                   |
| 印 次   | 2017 年 8 月第 1 次印刷                                                                 |
| 定 价   | 32.00 元                                                                           |

导 言 ... 001

第一章 尊重生活、承续传统：民法典编纂与民事习惯 ... 012

引 言 | 012

一、法律对民事习惯的规定 | 013

二、法律规定民事习惯的内容 | 025

三、为民众立法、为生活立法的民法典编纂 | 035

四、民法典规定民事习惯建议 | 038

五、简短的结语 | 041

第二章 民法典编纂与民事习惯

——立法、司法视角的讨论 ... 042

引 言 | 042

一、我国法律法规规章对习惯的认可 | 044

二、我国法院对习惯的运用 | 051

结 语 | 061

第三章 调查、总结民事习惯与民法典编纂 ... 064

引 言 | 064

- 一、调查社会生活中的民事习惯与民法典编纂 | 068
- 二、总结司法判例中的民事习惯与民法典编纂 | 071
- 三、概括人民调解中的民事习惯与民法典编纂 | 078
- 四、归纳既有立法中的民事习惯与民法典编纂 | 084
- 结 语 | 089

#### 第四章 认可、吸纳与空漏：《民法总则》对习惯的规范 及完善 ... 093

##### 引 言 | 093

- 一、《民法总则》有关习惯的认可规定 | 095
- 二、《民法总则》有关习惯的隐含规定 | 100
- 三、《民法总则》有关习惯的吸纳规定 | 103
- 四、《民法总则》有关习惯的空漏状况 | 106
- 结 语 | 113

#### 第五章 为编纂民法典进行民事习惯调查的建议 ... 117

##### 引 言 | 117

- 一、民事习惯调查原则 | 118
- 二、民事习惯调查依据 | 119
- 三、民事习惯调查机构 | 120
- 四、民事习惯调查方式 | 121
- 五、民事习惯调查内容 | 122
- 六、民事习惯调查资料 | 123
- 结 语 | 124

#### 附录一：中国大陆、台湾地区“民法”中的习惯法 ... 125

##### 引 言 | 125

- 一、中国大陆地区民法中的习惯法 | 126

二、中国台湾地区“民法典”中的习惯法 | 137

三、中国台湾地区其他法规中的习惯法 | 145

四、比较与思考 | 152

**附录二：香港法律认可的习惯 ... 156**

引 言 | 156

一、《香港特别行政区基本法》认可的习惯 | 157

二、香港法律认可的习惯 | 160

结 语 | 176

**附录三：沈家本与清末民商事习惯调查 ... 178**

引 言 | 178

一、明确调查目的 | 180

二、设立调查机构 | 183

三、拟定调查规则 | 184

四、派出调查人员 | 191

结 语 | 196

**附录四：村规民约规定的民事习惯**

——以贵州省锦屏县平秋镇魁胆村为考察对象 ... 198

引 言 | 198

一、村规民约规定民事习惯的内容 | 200

二、村规民约规定民事习惯的影响 | 210

结 语 | 213

后 记 ... 215

2014年10月23日，中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中明确提出“加强市场法律制度建设，编纂民法典”。经过几年的努力，2017年3月15日第十二届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国民法总则》，并自2017年10月1日起施行。我国民法典的编纂由此迈出重要的一步。

我国的民法典将由总则编和各分编组成，分编目前考虑分为物权编、合同编、侵权责任编、婚姻家庭编和继承编等。编纂工作按照“两步走”的思路进行：第一步，编纂民法典总则编，即提请本次会议审议的民法总则草案；第二步，编纂民法典各分编，拟于2018年整体提请全国人大常委会审议，经全国人大常委会分阶段审议后，争取于2020年将民法典各分编一并提请全国人民代表大会会

议审议通过，从而形成统一的民法典。<sup>〔1〕</sup>

我国的民法典编纂既要有世界眼光，善于学习外国的立法经验，借鉴人类法治文明成果，坚持立法的引领和推动作用；更应该承继中华民族传统美德，弘扬公序良俗，坚定文化自信，深入挖掘和传承包括中华法律文化在内的中华优秀传统文化的时代价值，<sup>〔2〕</sup>使我国的民法典体现鲜明的民族性。中共中央政治局常委、全国人大常委会委员长张德江于2016年10月10日在京主持召开民法总则草案座谈会时强调，编纂民法典、制定民法总则，要在体现国家性质、突出中国特色上下功夫；要遵循和把握立法规律，以实践需求指引立法方向，在符合中国国情、突出实践特色上下功夫。张德江指出，要弘扬社会主义核心价值观，汲取中华优秀传统文化精华，让民法典扎根于中国的社会土壤，体现中华民族的“精气神”。<sup>〔3〕</sup>

因此，我们在民法典编纂过程中应当十分重视民事习惯的吸纳、认可。这既由民法的性质和特点所决定，也与社会的特点和法治发展相关联。

---

〔1〕 参见李建国：“关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明——2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上”，载《人民日报》2017年3月9日。

〔2〕 参见李建国：“关于《中华人民共和国民法总则（草案）》的说明——2017年3月8日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上”，载《人民日报》2017年3月9日。

〔3〕 王比学：“张德江主持民法总则草案座谈会强调：切实担当起编纂民法典的历史使命”，载《人民日报》2016年10月11日。

## 二

民法具有生活法、社会法、文化法、本土法、民众法的特质，民法规范来源于民众的生产、生活实践，而民事习惯为其主要的表现形式。

从某种意义上讲，民法为文化法，它是我国民众在长期的生产、生活实践中形成、累积的行为规范。民事习惯为内生规范，具有文化特性。习惯承载着中华民族的集体记忆、地方的共同经验，是我国民众生活智慧的集中体现。我们不能低估传统的力量，民法典编纂需要接续传统、承续传统、弘扬传统。我国以往较为重视成文法建设、重视法典、重视移植，这主要是受到激进的现代化变革思潮的影响，然而制定出来的法律内生性不足，与我国传统的关联性不大甚至脱节，因而实施效果不佳。民法典编纂需要避免这种状况，需要在借鉴外国经验的基础上“眼睛向内”，从本土、文化、传统出发，以继受为基础，考虑中国人和当代中国社会的特点，重视内生规范的总结、地方习惯的提炼，尊重民事习惯，以调整民事关系，保障民众权益，推进社会发展。

民法具有浓郁的生活法特质，民法典编纂是为生活立法、为民众立法，因此须建立在尊重生活的基础上，理解中国人的生活方式，保障中国人的民事权益。当代中国社会事实上广泛存在着民事习惯，编纂民法典时需要“眼睛

向下”，实事求是、尊重客观社会生活，从生活中发现民事习惯规范，进行认真细致的分析、吸纳。

民众是最好的立法者，为民事习惯的创生者。他们通过俗成与约定方式创生民事习惯，规范民事行为。我们应当更全面、更理性地认识当代中国的习惯，在民法典编纂过程中肯定民众的创造力，尊重民众创制的习惯规范。编纂民法典时应当承认和肯定习惯，赋予良善的、优秀的、有积极功能的、富有生命力的习惯以国家法律的地位。

当然，由于社会经济的发展、政治结构的强化、国家法律的深入、交往的频繁和扩大，民事习惯产生了一定的变化。在当代中国社会，民事习惯的地位与作用已不可与往昔同日而语。但是，作为一种社会的天然安排和内生秩序，民事习惯不可能消灭；民事习惯是在长期的社会发展中形成的，其生命力是顽强的，其影响力不可能在短时间内消除；民事行为、地方语言、民族意识的客观存在为民事习惯提供了载体。因此，民事习惯在当代中国社会仍然有重要作用，发挥着一定的影响。传统文化和习惯对我国民众的影响较深，每个人从一出生就受到本地习惯的强烈熏陶、感染和教育，在意识、观念上打上深深的烙印。人们的衣食住行、婚丧嫁娶，无不遵守本民族、本区域、本群体的民事习惯。同时，随着社会的发展，我国社会又在不断形成新的民事习惯，民众不断在日常的行为中逐渐内生出新的民事行为规范，以调整新出现的社会关系，满足

生活中的规则需要。

### 三

当代中国的法律渊源主要为以宪法为核心的各种制定法，包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、规章、特别行政区的法律、国际条约和国际惯例等，习惯法等也为当代中国的法律渊源。就我国现有法律而言，宪法、法律（狭义）、<sup>〔1〕</sup>行政法规、地方性法规、民族自治地方的自治条例和单行条例、部门规章、地方政府规章都对习惯进行了认可，在一定程度上表明了对习惯的承认，反映了立法对我国传统的承续、对民事生活的尊重，反映出了立法对社会规范的某种肯定。

我国法律、法规对习惯的规定主要包括四种方式：

（1）采取授权性条款认可习惯。该种方式主要用于处理尊重中外民族风俗习惯、在民族地区变通执行国家法律法规和政策等问题。例如，1997年的《刑法》第90条规定：“民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。”

（2）采取概括条款（一般条款）处置习惯。该种方式主

---

〔1〕 狭义上的法律，仅指全国人大及其常委会制定的规范性法律文件。参见高其才：《法理学》（第3版），清华大学出版社2015年版，第84页。

要用于处理民事行为遵循公序良俗等问题。例如,1986年的《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。”(3)采取概括条款处理辖区内原有习惯的效力问题。例如,《香港特别行政区基本法》第8条规定:“香港原有法律,即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法,除同本法相抵触或经香港特别行政区立法机关作出修改者外,予以保留。”(4)采取具体条款(特指式立法)处置民间习惯。该种方式主要用于处置民事习惯与国法之间的关系协调问题。例如,1993年制定的《消费者权益保护法》第14条规定:“消费者在购买、使用商品和接受服务时,享有其人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。”〔1〕

我国现有法律法规对民事习惯的规定包括具体规范与概括规范两类。在具体规范方面,我国法律主要对物权习惯、商事习惯、婚姻家庭习惯、继承习惯、丧葬习惯等民事习惯进行了规定。如四川省《阿坝藏族羌族自治州施行〈中华人民共和国继承法〉的变通规定》(1989年)第4条第2款规定:“继承开始后,按照法定继承办理;有遗嘱的,按照遗嘱继承或者遗赠办理;有遗赠扶养协议的,按照协议办理;没有遗嘱、遗赠和扶养协议的,经继承人

---

〔1〕高其才:“当代中国法律对习惯的认可”,载《政法论丛》2014年第1期。

协商同意，也可以按照少数民族习惯继承。”在概括规范方面，我国法律通过规定“当地习惯”“民族习惯”“生活习惯”“宗教习惯”“国际惯例”等规定了民事习惯。如《物权法》第85条就规定：“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。”

就现有法律、法规、规章考察，我国法律、法规对民事习惯的认可缺乏系统性、体系性的安排，宪法、法律（狭义）、行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章都对民事习惯有认可但是缺乏内在一致性，基本上为各自为战，较为分散、零星、混乱。这些法律、法规、规章的制定机关的认识、态度极大地影响了对民事习惯的认可，由于认识差异而在立法时随意性比较大，对民事习惯的规范不一、表达各异。

就我国现有法律、法规、规章对民事习惯的认可而言，法规认可较多而法律（狭义）认可较少，自治条例和单行条例认可习惯较多，地方政府规章和部门规章认可习惯较多，这显示下位法对民事习惯的认可较多。这表明，我国需要提高对民事习惯认可的层级，增加上位法对民事习惯的肯定。

在司法实践中，我国法院为了解决纠纷、处理争端，较为广泛地通过各种方式运用习惯，肯定习惯法的价值、肯定民事习惯的意义。

不过,从我国法院的审判实践来看,法院运用习惯尚属于经验性、个别性、零散性状况;从裁判文书看,法官对习惯法的认识、对习惯的运用差异较大;法院主要在民事案件的调解过程中运用习惯,根据习惯直接进行判决的不多,法官更多地倾向于将习惯作为一种事实而非法律。这反映出法院、法官在习惯还是习惯法的认识方面并不一致,需要认真总结、探讨。

同时,法院在如何运用习惯、识别习惯方面也各不相同。在纠纷解决过程中,由当事人提出还是法官提出运用习惯,各地法院的做法各有不同。法官如何查明习惯的具体涵义、法官是否对运用习惯负有释明义务以及释明义务的具体内容,这些方面也存在不同的理解,因而法官的实际行为也各异。

民法典编纂必须坚持从生活出发原则,立足中国社会实际,符合中国国情,为此,民法典编纂需要调查社会生活中的民事习惯、总结司法判例中的民事习惯、探寻人民调解中的民事习惯、梳理既有立法中的民事习惯,以使编纂的民法典尊重民事习惯、吸纳良善的民事习惯、认可合理的民事习惯,为编纂科学的民法典提供坚实的基础。

2017年3月15日,第十二届全国人民代表大会第五次会议通过了《中华人民共和国民法总则》,并自2017年10月1日起施行。《民法总则》的通过和即将实施表明我国民法典的编纂由此迈出重要的一步。总结《民法总则》

中关于习惯的规范，对于理解《民法总则》、思考民法典编纂中有关习惯的科学安排具有积极意义。

特别值得注意的是，《民法总则》第10条明确规定：“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。”《民法总则》对习惯进行了直接的认可规定，确认了习惯法的正式法源地位。《民法总则》对习惯进行了隐含规定、吸纳规定，体现了对我国民事生活内生规范的尊重。同时，《民法总则》在有关习惯方面还存在空漏状况，需要在编纂民法典、整体完成民法典时予以弥补和完善。

在民法典分则编制定和民法典整体编纂时，需要认真总结现有民事法律关于习惯的规定，总结司法解释中有关习惯的规定，总结学界有关民事习惯的论著，更需要认真进行民事习惯调查。

#### 四

当前我国正在进行民法典编纂工作，如何科学地编纂民法典、使制定的民法典成为一部体例科学、结构严谨、规范合理、具有中国特色、体现时代精神的民法典，是一项非常具有挑战性的任务。为此需要进行扎扎实实的艰苦努力，进行民事习惯调查即为其中的主要内容之一。

为编纂民法典进行的民事习惯调查，应该遵循尊重、客观、科学、全面、重点的原则，围绕民法典编纂的主要

目标、关键问题展开。

全面开展为编纂民法典进行的民事习惯调查，需要由全国人民代表大会常务委员会专门通过相关决定，作为民事习惯调查的法律依据，使这一调查具有合法性和有效性。

为保障为编纂民法典而进行的民事习惯调查的顺利开展，全国需要成立民事习惯调查机构，组织、协调民事习惯调查。建议由全国人大常委会法工委牵头成立“全国民事习惯调查委员会”为民事习惯调查的全国负责机构，总体安排民事习惯调查事宜。各省级、市级、县级行政区域成立相应的民事习惯调查委员会负责本行政区域的民事习惯调查工作，具体组织实施调查，了解和上报本行政区域民事习惯情况。

为保障质量，为编纂民法典而进行的民事习惯调查宜采用多种调查方式，以全面地了解、掌握全国各地民事习惯情况。民事习惯调查方案设计要科学、问卷设计要合理、调查要快速、分析要透彻、为民法典编纂提供建议要及时。

为编纂民法典而进行的民事习惯调查，内容应当全面，以现实民事习惯为主，适当进行历史上的民事习惯调查。民事习惯调查宜分问卷调查内容和访问调查内容，由全国民事习惯调查委员会分别统一规定。民事习惯调查的内容应当详细、全面，既包括自然人、法人、非法人组

织、民事权利、民事法律行为、代理、民事责任、时效、期间计算等总则部分的民事习惯，也包括物权习惯，债权债务习惯，婚姻家庭、分家析产、养老习惯，侵权及其处理习惯等。

为编纂民法典而进行民事习惯调查的资料应当及时上报，各地的民事习惯调查委员会在将民事习惯调查资料进行汇总和上报的同时，需要尽快对民事习惯调查资料进行整理，通过网络等各种形式向社会提供有关民事习惯调查信息，并完成民事习惯调查分析，为民法典编纂提供参考材料和具体建议。