

民法典编纂与民事习惯

——立法、司法视角的讨论

高其才*

目次

导言

一、我国法律法规规章对习惯的认可

二、我国法院对习惯的运用

三、结语

摘要 编纂民法典是一项十分复杂的工作,需要处理好民法典与民事习惯的关系。我国宪法、法律、法规、规章等对习惯进行了具体的规范,形成了为数不少的习惯法。我国的各级人民法院积极运用习惯法解决民事纠纷。民法典编纂过程中,需要充分认识这一立法、司法现状,认真梳理我国法律法规规章对习惯的认可、我国法院对习惯的运用、我国民众对习惯的遵行,全面调查、总结我国社会的民事习惯,为民法典的编纂奠定坚实的社会基础。

关键词 民法典 民事 习惯

导 言

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出了“编纂民法典”的立法目标,我国法学界、法律界对此积极回应,就民法典的具体编纂事宜正进行热烈的、广泛的讨论。目前作为民法典编纂重要内容的《民法总则》正在起草、征求意见中。2016年6月27日,《民法总则(草案)》已由第十二届全国人大常委会第二十一次会议进行了第一次审议,这表明民法典编纂正式进入了

* 清华大学法学院教授、法学博士。

立法程序。^{〔1〕}

作为最主要、最普遍社会行为的民事行为,种类广泛,表现复杂;而民法典为最重要的基本法律,因此需要十分慎重对待我国民法典的编纂,全面处理好民法典编纂所要解决的基本问题。而民事习惯无疑为民法典编纂所要解决的关键问题之一。这集中反映了立法者、学术界和社会对传统、对生活、对民事事实的基本态度,鲜明体现了民法典编纂的基本指导思想,也直接影响着我国民法典的立法质量。

在当代中国,制定法为主要的法律渊源,习惯法也为当代中国的正式法律渊源,^{〔2〕}我国宪法、法律、法规、规章等对习惯进行了具体的规范,形成了为数不少的习惯法。我国的各级人民法院积极运用习惯法解决民事纠纷。民法典编纂过程中,需要充分认识这一立法、司法现状,认真梳理我国法律法规规章对习惯的认可、我国法院对习惯的运用、我国民众对习惯的遵行,全面调查、总结我国社会的民事习惯,为民法典的编纂奠定坚实的基础。

一、我国法律法规规章对习惯的认可

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)、^{〔3〕}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,反映出立法对社会规范的某种肯定。

为了解我国法律法规规章对习惯认可的基本情况,我们对此进行了检索。我们以“习惯”为关键词,于2016年8月19日在“北大法宝”的“法律法规”进行全文检索,得到中央法规司法解释为3535篇,其中法律78篇、行政法规275篇、司法解释136篇、部门规章2729篇、团体规定216篇、行业规定87篇、军事法规规章14篇;地方法规规章为15002篇,其中地方性法规1186篇、地方政府规章344篇、地方规范性文件13363处、地方司法文件94篇。

我们以“惯例”为关键词,于2016年8月19日在“北大法宝”的“法律法规”进行全文检索,得到

〔1〕 中共中央政治局常委、全国人大常委会委员长张德江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”。要借鉴世界法治文明成果,取长补短、择善而从,不照抄照搬。参见王比学:《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。

2016年10月31日,第十二届全国人大常委会第二十四次会议对《民法总则(草案)》进行了第二次审议;2016年12月19日,第十二届全国人大常委会第二十五次会议对《民法总则(草案)》又进行了第二次审议。全国人大常委会第二十五次会议做出决定,将《民法总则(草案)》提请2017年3月召开的第十二届全国人大第五次会议审议。

〔2〕 法律的正式渊源是指那些可以从体现于国家制定法的规范性法律文件中的明确条文形式中得到的渊源。我国学界一般认为,习惯法是国家特定机关对社会上已经存在的规范上升为法律规范,赋予其法律效力,从而使其得到国家强制力的保障。参见高其才:《法理学(第三版)》,清华大学出版社2015年版,第77页。

〔3〕 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(第三版)》,清华大学出版社2015年版,第84页。

中央法规司法解释为1469篇,其中法律24篇、行政法规85篇、司法解释90篇、部门规章1181篇、团体规定40篇、行业规定226篇、军事法规规章2处;地方法规规章为2970篇,其中地方性法规166篇、地方政府规章174篇、地方规范性文件2580处、地方司法文件46篇。

我们以“风俗习惯”为关键词,于2016年8月19日在“北大法宝”的“法律法规”进行全文检索,得到中央法规司法解释为647篇,其中法律45篇、行政法规42篇、司法解释20篇、部门规章532篇、团体规定17篇、行业规定14篇、军事法规规章4篇;地方法规规章为1750篇,其中地方性法规697篇、地方政府规章150篇、地方规范性文件892篇、地方司法文件10篇。

我们以“交易习惯”为关键词,于2016年8月19日在“北大法宝”的“法律法规”进行全文检索,得到中央法规司法解释为39篇,其中法律2篇、司法解释17篇、部门规章10篇、行业规定10篇;地方法规规章为66篇,其中地方性法规5篇、地方规范性文件33篇、地方司法文件28篇。

我们以“当地习惯”为关键词,于2016年8月19日在“北大法宝”的“法律法规”进行全文检索,得到中央法规司法解释为14篇,其中法律1篇、行政法规2篇、部门规章11篇;地方法规规章为32篇,其中地方性法规6篇、地方政府规章1篇、地方规范性文件25篇。

由此可知,我国法律法规规章对习惯进行了较为广泛的认可,^{〔4〕}涉及的法律法规规章数量不少。如仅涉及“习惯”认可的就有法律78篇、行政法规275篇、部门规章2729篇、地方性法规166篇、地方政府规章174篇,在排除失效、重复等后仍然数量较多。

我国法律(狭义)如《民法通则》、《合同法》、《物权法》、《海商法》、《票据法》、《消费者权益保护法》、《老年人权益保障法》、《非物质文化遗产法》、《驻外外交人员法》、《人民武装警察法》、《归侨侨眷法》、《人民航空法》、《人民警察法》、《戒严法》、《监狱法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》、《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》、《民族区域自治法》、《国旗法》、《刑法》等规定了习惯。如《合同法》第61条规定:“合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定。”《非物质文化遗产法》第16条规定:“进行非物质文化遗产调查,应当征得调查对象的同意,尊重其风俗习惯,不得损害其合法权益。”国务院《拘留所条例》(2012)第17条规定:“拘留所应当按照规定的标准为被拘留人提供饮食,并尊重被拘留人的民族饮食习惯。”卫生部《台湾地区医师在大陆短期行医管理规定》(2008)第10条规定:“台湾医师在大陆短期行医必须遵守医疗卫生管理法律、行政法规、部门规章及诊疗护理规范、常规,尊重当地的风俗习惯。”国家工商行政管理总局《网络交易管理办法》(2014)第13条规定:“网络商品经营者销售商品或者提供服务,应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具发票等购货凭证或者服务单据;征得消费者同意的,可以以电子化形式出具。电子化的购货凭证或者服务单据,可以作为处理消费投诉的依据。”《江苏省大气污染防治条例》(2015)第6条第二款规定:“公民应当自觉践行文明、节约、低碳的消费方式和生活习惯,减少向大气排放污染物,共同改善大气环境质量。”福建省《厦门市闽南文化生态保护区建设办法》(2015)第31条规定:“规范和引导群众按照传统习惯举办民间信俗、岁时节庆、人生礼俗等民俗活动,增加其文化内涵,减少迷信色彩。”四川省人民政府《四川省农村水利劳动积累暂行规定》(1988)第8条规定:“分配农村水利劳动积累任务,可按劳力也可按承包土地面积落实到户,劳动积累工可以出工,也可以按当地习惯劳动工价折钱抵工,超投工的可

〔4〕 关于我国宪法、法律、行政法规、地方性法规、民族自治地方法规、部门规章等对习惯的认可,详可参见高其才等:《当代中国法律对习惯的认可研究》,法律出版社2013年版。

以抵本人次年投工任务或领取超投工日的劳动报酬；因故完不成当年投工任务的，可以请人代劳或按当地习惯劳动工价交纳所欠工日费。农户每年投劳情况必须填入水利劳动积累手册，该手册由乡（镇）水管站统一制发。”《甘肃省积石山保安族东乡族撒拉族自治县非物质文化遗产保护条例》第14条规定：“开展非物质文化遗产考察、采访和其他活动，整理、出版非物质文化遗产资料，应当尊重民族风俗习惯，保持其原有内涵和风貌。”

由上可见，我国法律法规规章对民事习惯进行了一定的认可。概括起来，我国法律法规规章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做出修改者外，予以保留。”（4）采取具体条款（特指式立法）处置民事习惯。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，享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。”四川省《成都市旅游业促进条例》（2008，2015修订）第31条也规定：“乡村旅游开发应当尊重旅游地居民的风俗习惯，保护自然风貌和古民居建筑，推动乡村旅游富民工程，促进乡村旅游产品向优势区域集聚。”

不过，总体而言，我国法律法规规章对民事习惯缺乏明确的一般规定，没有将“习惯”规定为一般法源；现有法律规定缺乏明确的法源规范，不能涵盖全部民事行为，需要在民法典编纂时予以解决。虽然我国《民法通则》第7条规定了“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”，《合同法》第7条、《物权法》第7条也有类似规定，但这是从公序良俗角度处理民事习惯问题，该条并非为一般民事法源规范。从实践中观察，行政机关、司法机关也鲜有用此条来解释、处理民事习惯。

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。

在用语方面，我国法律法规规章在对民事习惯认可时较为多样，主要为“习惯”“惯例”“风俗习惯”“交易习惯”“当地习惯”“传统习惯”“国际惯例”“少数民族风俗习惯”等，不尽统一。这导致在法律规范具体含义的理解方面可能出现分歧，在一定程度上影响到法律法规规章有关习惯条款的遵守和适用。

在编纂民法典时,我们需要总结我国现有法律法规规章对习惯认可的状况,在具体分析、认真探讨的基础上承继其合理部分、吸收其科学条款、避免其不足之处。我们需要总结立法有关认可习惯的有益经验,讨论立法机关认可习惯的基本态度,分析法律法规规章制定过程中认可习惯的不同意见和争论,总结立法过程中社会各界对法律法规规章认可习惯的看法,探讨民法典编纂与通过认可习惯以肯定社会现实、引导社会发展的具体关系。

二、我国法院对习惯的运用

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。

为了解我国法院对习惯运用、对习惯法适用的基本情况,我们对此进行了检索。我们以“习惯”为全文主题词,于2016年8月19日在“北大法宝”的“司法案例”中进行检索,得到346476篇,其中民事337058篇、刑事3457篇、行政2880篇、知识产权2625篇、国家赔偿36篇、执行172篇。其中,从法院级别看,最高人民法院民事376篇、刑事4篇、行政25篇、知识产权71篇、执行3篇,高级人民法院民事5559篇、刑事227篇、行政733篇、知识产权701篇、国家赔偿8篇、执行19篇,中级人民法院民事68393篇、刑事1153篇、行政1360篇、知识产权1099篇、国家赔偿22篇、执行71篇,基层人民法院民事256489篇、刑事2029篇、行政623篇、知识产权630篇、国家赔偿6篇、执行78篇,专门人民法院民事1171篇、刑事18篇、行政18篇、知识产权28篇、执行2篇。从审理程序看,一审民事263516篇、刑事2527篇、行政1291篇、知识产权1278篇、国家赔偿10篇、执行7篇,二审民事63972篇、刑事771篇、行政1500篇、知识产权1256篇、国家赔偿16篇、执行16篇;再审民事5021篇、刑事19篇、行政48篇、知识产权63篇、国家赔偿1篇、执行2篇。从文书类型看,判决书民事325224篇、刑事2703篇、行政2681篇、知识产权2507篇、国家赔偿28篇、执行33篇,裁定书民事6010篇、刑事714篇、行政153篇、知识产权89篇、国家赔偿7篇、执行128篇,决定书民事398篇、知识产权5篇,调解书民事2篇,其他文书民事3738篇、刑事30篇、行政43篇、知识产权10篇、执行1篇。

我们以“惯例”为全文主题词,于2016年8月19日在“北大法宝”的“司法案例”中进行检索,得到59700篇,其中民事55111篇、刑事1618篇、行政888篇、知识产权1987篇、国家赔偿24篇、执行71篇。其中从法院级别看,最高人民法院民事351篇、刑事1篇、行政12篇、知识产权52篇、执行4篇,高级人民法院民事3091篇、刑事80篇、行政141篇、知识产权560篇、国家赔偿1篇、执行11篇,中级人民法院民事24654篇、刑事549篇、行政405篇、知识产权795篇、国家赔偿15篇、执行40篇,基层人民法院民事25812篇、刑事976篇、行政286篇、知识产权508篇、国家赔偿7篇、执行14篇,专门人民法院民事791篇、刑事12篇、行政13篇、知识产权22篇、执行1篇。从审理程序看,一审民事27224篇、刑事1120篇、行政419篇、知识产权949篇、国家赔偿1篇、执行7篇,二审民事24734篇、刑事448篇、行政428篇、知识产权902篇、国家赔偿14篇、执行11篇,再审民事1672篇、刑事21篇、行政17篇、知识产权113篇、执行1篇。从文书类型看,判决书民事52211篇、刑事1267篇、行政774篇、知识产权1836篇、国家赔偿15篇、执行7篇,裁定书民事2428篇、刑事339篇、行政87篇、知识产权125篇、国家赔偿7篇、执行4篇,决定书民事5篇、行政2篇、国家赔偿2篇,调解书民事78篇、刑事1篇、知识产权11篇,其他文书民事236篇、刑事9篇、行政22篇、知识产权5篇、执行4篇。

我们以“交易习惯”为全文主题词,于2016年8月19日在“北大法宝”的“司法案例”中进行检索,得到241224篇,其中民事239458篇、刑事399篇、行政110篇、知识产权1041篇、国家赔偿5篇、执行109篇。其中从法院级别看,最高人民法院民事258篇、知识产权24篇、执行1篇,高级人民法院民事4166篇、刑事21篇、行政20篇、知识产权266篇、执行1篇,中级人民法院民事48600篇、刑事125篇、行政48篇、知识产权457篇、国家赔偿5篇、执行39篇,基层人民法院民事183824篇、刑事248篇、行政35篇、知识产权260篇、执行57篇,专门人民法院民事736篇、刑事3篇、知识产权14篇、执行2篇。从审理程序看,一审民事188961篇、刑事282篇、行政52篇、知识产权520篇、国家赔偿1篇、执行4篇,二审民事43787篇、刑事110篇、行政56篇、知识产权488篇、国家4篇、执行15篇,再审民事3522篇、刑事2篇、行政2篇、知识产权26篇。从文书类型看,判决书民事232320篇、刑事312篇、行政98篇、知识产权995篇、国家赔偿5篇、执行20篇,裁定书民事4078篇、刑事83篇、行政9篇、知识产权36篇、执行81篇,调解书民事70篇、知识产权3篇,其他文书民事1759篇、刑事3篇、行政2篇、知识产权4篇、执行1篇。

我们以“风俗习惯”为全文主题词,于2016年8月19日在“北大法宝”的“司法案例”中进行检索,得到14540篇,其中民事13825篇、刑事196篇、行政393篇、知识产权10篇、国家赔偿7篇、执行2篇。其中从法院级别看,高级人民法院民事70篇、刑事10篇、行政40篇、知识产权1篇、国家赔偿6篇,中级人民法院民事3040篇、刑事55篇、行政244篇、知识产权5篇、国家赔偿篇、执行篇,基层人民法院民事10390篇、刑事126篇、行政73篇、知识产权3篇、执行2篇,专门人民法院民事19篇、刑事2篇、行政1篇。从审理程序看,一审民事10615篇、刑事147篇、行政119篇、知识产权6篇,二审民事2897篇、刑事41篇、行政263篇、知识产权4篇、国家赔偿7篇,再审民事180篇、刑事4篇、行政6篇。从文书类型看,判决书民事13107篇、刑事155篇、行政357篇、知识产权10篇,裁定书民事262篇、刑事36篇、行政30篇、国家赔偿7篇、执行2篇,调解书民事63篇,其他文书民事312篇、刑事4篇、行政6篇。

我们以“当地习惯”为全文主题词,于2016年8月19日在“北大法宝”的“司法案例”中进行检索,得到975篇,其中民事934篇、刑事16篇、行政21篇、国家赔偿1篇。其中从法院级别看,最高人民法院民事1篇,高级人民法院民事12篇、行政2篇,中级人民法院民事311篇、刑事5篇、行政9篇、国家赔偿1篇,基层人民法院民事583篇、刑事11篇、行政9篇,专门人民法院民事4篇。从审理程序看,一审为民事601篇、刑事12篇、行政9篇,二审为民事291篇、刑事4篇、行政12篇、国家赔偿1篇,再审为民事29篇。从文书类型看,判决书民事899篇、刑事14篇、行政20篇、国家赔偿1篇,裁定书民事24篇、刑事2篇、行政1篇,调解书民事3篇,其他文书3篇。

由此可见,法院运用涉及“习惯”主题词方面的习惯为最多,有346476篇,涉及民事案件、刑事案件、行政案件、知识产权案件、国家赔偿案件、执行案件等各类型案件,涉及“生活习惯”“交易习惯”“商业习惯”“消费习惯”“风俗习惯”“日常习惯”等。法院运用涉及“惯例”主题词方面的习惯也相当多,达59700篇,包括“国际惯例”“行业惯例”“商业惯例”“交易惯例”“贸易惯例”等。

同时,各级人民法院在一审、二审、再审的各类案件中都涉及对习惯的运用,尤其是基层人民法院较多运用习惯、一审程序较多涉及运用习惯、民事案件较多涉及习惯。虽然这些数据不很准确,不能完全体现法院的实际情况,但是能够大致反映出人民法院对习惯的重视、对习惯的运用、对习惯法的适用状况。

就具体类型案件而言,我国法院在民事案件中极为广泛地运用习惯解决纠纷。如上海海事法院在上海渤翔物流有限公司诉上海泽能国际货物运输代理有限公司海上货运代理合同纠纷案民事判决书[(2015)沪海法商初字第3081号]中指出:“本院认为:原、被告签订的托运付款协议书系双方真实意思表示,被告按此协议委托原告订舱出运涉案货物已系案件查明的事实,双方对此亦无异议,故双方之间就涉案货物的海上货运代理合同关系依法成立,合法有效。原、被告均应按照法律规定及协议约定,并遵循诚实信用原则,根据上述协议的性质、目的和交易习惯全面履行涉案海上货运代理合同之相应义务。”因此,“综上,依据《中华人民共和国合同法》第六十条、第一百七零七条、第四百零七条,《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款、第六十五条第一款,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条、第十一条第一款之规定,判决如下:对原告上海渤翔物流有限公司的诉讼请求不予支持。”这是法院依据《合同法》第60条“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务”解决纷争。又如湖南省邵阳市武冈市人民法院在原告曾某某与被告肖某某离婚纠纷案民事调解书[(2009)武法民初字第485号]中指出:“经审查,原、被告于2005年2月6日经人介绍相识,此后,原告与被告订婚,原告按照风俗习惯给付了被告聘礼、聘金。2005年2月15日,原、被告双方在武冈市民政局办理了结婚登记手续。婚后不久,双方前往广东打工。但是打工后不久双方发生矛盾而分居至今。另查明,原、被告双方夫妻存续期间无婚生小孩,无夫妻共同债权债务。经本院主持调解,双方当事人自愿达成如下协议:一、原告曾某某与被告肖某某自愿离婚;二、原告曾某某自愿放弃要求被告肖某某返还聘金、聘礼等钱物。”这是法院对民间订婚习惯的某种肯定。

在刑事案件中,我国法院也多涉及习惯进行事实认定。如新疆维吾尔自治区尉犁县人民法院在被告人王某某交通肇事罪一审刑事附带民事判决书[(2015)尉刑初字第71号]中指出:“三、奔丧人员误工费。附带民事诉讼原告人共计主张:3人×15天×136.5元/天=6142.5元。本院认为,根据维吾尔族办理丧葬事宜的风俗习惯,附带民事诉讼原告人所主张的误工费合情、合理,本院予以支持。”又如贵州省榕江县人民法院杨昌胜非法制造、买卖、储存枪支、爆炸物案刑事判决书[(2015)榕刑初字第79号]中指出:“本院认为,被告人杨昌胜违反国家管理枪支、爆炸物的规定,非法制造火药枪四支并出售三支给他人使用,非法储存爆炸物黑火药6452.70克,其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第一百二十五条第一款的规定,构成非法制造、买卖、储存枪支、爆炸物罪。公诉机关指控的犯罪事实清楚,证据确实、充分,指控罪名成立。被告人提出的:卖给钟阳的枪支没有收到钱,卖给杨秀福的枪支只收了200元的辩解意见,及其辩护人提出的:1.被告人认罪态度好,坦白交代其犯罪事实;2.制造的枪支是用于农闲时上山打鸟,非法储存的黑火药准备按本地的风俗习惯在办理红、白事时放铁炮使用的辩护意见,符合本案实际,本院予以采信。”再如辽宁省沈阳市中级人民法院邢某某盗窃罪案刑事判决书[(2016)辽01刑终312号]中指出:“本院认为,上诉人邢某某以非法占有为目的,秘密窃取他人财物,数额较大,其行为已构成盗窃罪,应依法惩处。关于辩护人提出的邢某某主观目的是为了单位利益才转移涉案财物,本案具有行业的特殊性,长期以来的工作习惯和企业交易习惯导致本案发生的辩护意见,经查属实,本院予以采纳。”这些案件的审理表明法院肯定了维吾尔族办理丧葬事宜的风俗习惯、榕江办理红白事时放铁炮的风俗习惯、沈阳的企业交易习惯。

在行政案件中,我国法院也多运用习惯来查明案件事实、处理双方争执。北京市高级人民法院在山西杏花村汾酒集团有限责任公司与国家工商行政管理总局商标评审委员会等注册商标无效宣告请求行政纠纷上诉案行政判决书[(2015)高行(知)终字第2914号]中指出:“虽然争议商标

核定使用的酒类商品可能是引证商标核定使用的服务所提供的商品之一，但按照商业惯例，引证商标核定使用的餐馆等服务的提供者通常并不会生产争议商标核定使用的酒类商品，故一般情况下即便在上述商品或服务上使用了相同或近似商标，相关公众亦不会认为争议商标核定使用的酒类商品与引证商标核定使用的餐馆等服务来源于同一经营主体。”又如湖南省永州市中级人民法院在九嶷山瑶族乡下洞村 4、5 组与宁远县人民政府林木林地行政裁决案行政判决书〔（2014）永中法林行终字第 6 号〕中指出：“本院认为，单位之间林木、林地发生争执，县级人民政府有权依法处理。宁远县政府依据当事人的申请，根据林木、林地权属争议处理法律法规，在充分调查取证的基础上，依法查明了争执山场权属的历史沿革和现实管理情况，并结合争执各方当事人的山林权属证书等权属性证书和当地习惯，依据事实和法律所做出的处理决定，依法予以维持。”这反映出法院运用了商业惯例、当地习惯等来解决纠纷。

由于社会生活的复杂，法院特别是基层法院在解决纠纷时，需要对法律规范进行具体的理解、运用，因而从实际情况出发，运用习惯处理争议问题便为基本方式之一。这在民事案件的解决中尤为突出。

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含义、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。

特别是，由于社会生活阅历、审判实践与经验、受教育经历等的不同，我国各级法院的法官对法律渊源的理解、对制定法之外的习惯法的认识较不一致，在理解法律法规规章认可的习惯方面的个体差异较为明显，这在基层人民法院的法官与高层级人民法院法官之间尤为明显。在目前我国我国的审级制度、错案责任追究制等制度下，下级人民法院的法官在适用习惯特别是适用习惯法进行判决来解决纠纷方面存在畏难心理，害怕在上诉后被上级人民法院不认同而成为错案。这在一定程度上影响了法官对习惯的运用、对习惯法的适用。

因此，我们需要重视对法院运用习惯的总结、研究。对当代中国司法实践中习惯运用的现状进行评析，分析其运用的依据，研究其运用的条件，讨论其运用的方式，探讨其运用的效力，进而促进司法共同体对此问题形成共识，有助于改进司法实践中习惯的运用、并提高民法典编纂的科学性。^{〔5〕}

三、结 语

编纂民法典的任务是对现行民事法律规范进行系统整合，编纂一部适应中国特色社会主义发展要求，符合我国国情和实际，具有中国特色、体现时代精神，内容协调一致、结构严谨科

〔5〕 关于法院运用习惯的进一步讨论，详可参见高其才：《民事习惯法的司法运用探析》，载高其才主编：《当代中国民事习惯法》，法律出版社 2011 年版。

学的法典。^{〔6〕} 民法典编纂是一项十分复杂的工作,需要秉持实事求是、从实际出发的原则,从生活出发,以科学的态度进行。《民法总则(草案)》编纂过程中关于习惯问题的处理有经验也有值得讨论之处,在编纂民法典各分编时需要进一步重视习惯问题的调查、认可、吸纳。

在进行民法典编纂时,我们应当全面总结法律法规规章对习惯的认可,分析现有立法对习惯认可的得与失,讨论通过立法将习惯认可为习惯法的途径、程序。我们也应该全面总结法院对习惯法的适用,分析司法实践对民事习惯的具体识别、运用,探讨立法意图与法官认识之间的差异。就现状而言,对这一工作的重视程度有待提高,需要更为深入地进行梳理和思考。我们必须理解立法机关及其人员对习惯的认识、态度,把握习惯的认可条件、过程;我们必须理解法官对习惯的认知,探析司法裁判过程中影响法官运用习惯的因素。

我们进行民法典编纂时,就应该像 20 世纪 20 年代那样在包括少数民族地区在内的全国各地进行大规模的民事习惯调查,了解和总结民间的习惯,为国家法律认可习惯创造条件、奠定基础,使民法典符合社会状况、适应社会需要、保障民众权益。民法典与每一位民众息息相关,民法典编纂需要民众的广泛参与,提高透明度,集聚众人智慧和力量。^{〔7〕} 各地民众广泛提供当地的民事习惯是民法典编纂的重要基础工作,需要广泛动员、认真征集、恰当识别。

我国的民事生活纷繁复杂,不能简单化地对待;民事习惯多种多样,需要精确的分析和处理。民法典的编纂不应急功近利、急于求成,需要长时间的积累和努力,进行足够的知识储备,进行广泛的社会讨论,否则欲速则不达,影响其实效。

(责任编辑:朱芒)

〔6〕 在全国人大专门召开的发布会上,全国人大常委会法工委民法室副主任石宏还回应指出编纂民法典不是制定全新的民事法律,而是对现行的民事法律规范进行科学整理;也不是简单的法律汇编,而是要对已经不适应现实情况的规定进行必要的修改完善,对社会经济生活中出现的新情况、新问题做出有针对性的新规定。参见魏哲哲:《构建我国民事法律制度的基本框架》,载《人民日报》2017年3月1日,第6版。

〔7〕 全国人大常委会法工委民法室副主任石宏指出,全国人大常委会将编纂民法典和制定民法总则作为立法工作的重点任务。2016年6月、10月、12月,全国人大常委会对民法总则草案进行了三次审议,三次在会后将草案在中国人大网公布征求社会公众意见,两次将草案印送全国人大代表征求意见,还将草案印发中央有关部门、地方人大、法学教学科研机构征求意见。

与此同时,全国人大常委会于2016年10月和11月在北京、四川、宁夏和上海召开四次座谈会,听取中央有关部门,各省、自治区、直辖市人大常委会和部分全国人大代表、基层立法联系点代表、法律实务工作者和专家学者等各方面的意见,并到基层进行实地调研。这次提请大会审议的《中华人民共和国民法总则(草案)》,是在广泛听取各方面意见、深入调研的基础上反复修改形成的,充分体现了科学立法、民主立法的精神。

据统计,民法总则草案共三次向社会公开征求意见,收到15503人次提出的70227条意见。

参见魏哲哲:《构建我国民事法律制度的基本框架》,载《人民日报》2017年3月1日,第6版。