

中德民法典风俗习惯规定比较研究

杨松源

海南大学法学院, 海南 海口 570228

摘 要 : 如何实现良法善治, 是世界各国共同追求的目标。维持社会的长期稳定, 既要依靠成文法的规制作用, 又要充分发挥风俗习惯的引导作用。中德两国都将风俗习惯作为正式法源在立法中予以确认, 但又有所区别, 主要表现在立法表达、体系结构、善良定义等问题上。以比较法的视野观察二者的区别能够更好地运用和完善我国民法典, 进而推动我国法治建设。

关 键 词 : 良法善治; 风俗习惯; 比较研究

A comparative study of customs and habits in the civil code of China and Germany

Yang Songyuan

Law School of Hainan University, Haikou, Hainan 570228

Abstract : How to achieve good laws and good governance is a common goal pursued by countries around the world. To maintain long-term social stability, it is necessary to rely on the regulatory role of written laws and fully utilize the guiding role of customs and habits. Both China and Germany recognize customs and habits as formal legal sources in legislation, but there are differences, mainly manifested in issues such as legislative expression, system structure, and definition of kindness. Observing the differences between the two from a comparative legal perspective can better apply and improve China's Civil Code, thereby promoting the construction of the rule of law in our country.

Keywords : good laws and good governance; social customs and habits; comparative study

一、中国民法典风俗习惯文本依据考究

中国“因俗而治”的传统由来已久。在帝制时代, 素有“法深无善治”的说法, 实行“皇权不下乡”, 依靠有威望的乡绅依托当地的风俗习惯进行治理, 这是维系古代中国社会稳定的一大法宝。遗憾的是, 尽管实践层面有着悠久的历史, 风俗习惯始终未能上升到法律文本层面。新中国成立后, 我国多次修改民事法律, 都没有明确风俗习惯的适用问题。如1981年《民法典草案》规定合同的内容不得违反法律、法令和国家计划的要求, 不得与社会公共利益或者社会主义道德准则相抵触。^[1]1987年《民法通则》规定在法律没有规定时适用习惯。新中国成立的四十年间, 对风俗习惯的定位一直处于这样的模糊界限。直至进入21世纪, 随着市场经济的发展和法治建设的深入, 司法实务领域出现越来越多的现有法律规定无法解决的问题, 越来越多利用当地风俗习惯进行的判决的出现, 使立法层面不得不对风俗习惯与成文法的关系问题进行探索。最终, 2021年颁布的《民法典》第8条将习惯确定为了法源。

目前, 我国法治体系中对风俗习惯均有涉及, 如刑法规定侵犯少数民族风俗习惯罪; 行政法规规定各级政府应尊重和保障少数民族维持民族风俗习惯的自由, 但民法对有关风俗习惯的规定较为全面、清晰。我国《民法典》有关风俗习惯的规定非常之多, 且总则编分则编都有涉及, 形成了一个较为完整的体系。首先是总则编第十条规定的民事纠纷处理应优先使用法律, 无法律规定

时使用习惯, 确立了习惯的法源地位。对总则编的条款应做两层理解: 一是法律没有规定, 二是不得违背公序良俗。法律没有规定, 包含两个方面: 首先是法律的定义应做广义解释。总的范围, 是指本国法体系中的制定法, 但不应当只是法律, 还应包括行政法规、地方性法规、部门规章以及自治地方的条例等等; 此外, 法律没有规定, 应当指的是法律没有明确规定, 同时, 根据法律解释、推理、论证等方式也不能得出结论。换句话说, 尽管民法典通过其引致功能, 全面吸收了地方的风俗习惯, 但其也对各地的风俗习惯进行了一轮制定法层面的筛选, 只有符合当代法秩序价值的习惯, 才被允许进入法秩序场域; 同时, 风俗习惯的适用也具有位阶顺序, 应当遵守谦抑性, 在有成文法的时候, 应当首先适用成文法, 其次才是风俗习惯的使用。

法典在总则编确立的法源, 为风俗习惯通过引致的方式进入到法秩序当中提供了路径。《民法典》分则编同样有许多涉及风俗习惯的规定, 如物权编第289条的相邻关系处理原则为法律有规定依规定, 无规定依习惯; 人格权编中关于姓名权的规定, 少数民族姓氏可以遵照本民族的文化传统和风俗习惯, 但不得违反公序良俗。这些无不体现《民法典》对民间风俗习惯的吸收与采纳。

纵观《民法典》全文, 其不仅体现了对特定地区的符合当代价值的风俗习惯的尊重和维护, 同时, 也提出了更高的道德要求。在民法典总则的相应条款中, 多数以“善良风俗”称之。同时, 在各编中已有许多表现。首先是分则编中有许多的倡导性条款等, 如物权编中不动产相邻权利人应当本着有利生产、方便生

活、团结互助的等原则，正确处理相邻关系。婚姻家庭关系中家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设。其次，在风俗的前面加了“善良”的前缀，意味着并非所有的风俗习惯都能进入法规范层面并被适用，对于某些不符合当代善良因素的习惯，需要对其进行改造或者剔除，如《民法典》婚姻家庭中规定禁止买卖包办婚姻以及其他干涉婚姻自由的行为。禁止借婚姻索取财物。禁止重婚。禁止有配偶者与他人同居。禁止家庭暴力。禁止家庭成员间的虐待和遗弃。《民法典》通过将违反中华民族传统美德的行为制定法化，对我国农村以及偏远地区长期存在的干涉婚姻自由、不尊老爱幼的陈规陋习予以根本性的否定。通过这种方式，推动了地区陋习向“善良”转化和发展。

二、德国民法典风俗习惯文本依据考究

大陆法系国家均以“公序良俗”整体概念立法，德国是个例外。德国民法典规定违反善良风俗的法律行为无效。排除了“公共秩序”，仅在民法典中确立了善良风俗的概念。^[2]同时，在长期理论与实践的过程中，德国民法将违反善良风俗的行为类型化，主要包括：设定过度担保的行为、危害其他债权人的行为、束缚债务人的行为、违反职业道德的行为；其他违反善良风俗的行为，包设计环境侵害的合同、诱使他人违约的行为、夫妻间订立的附条件合同、残疾人遗嘱、借腹生子行为、无效的保证行为等。^[3]

德国民法之所以排斥“公序良俗”的概念，主要有两点因素：一是有关公序良俗的概念系“舶来品”。在德国民法典草案公布之前，德国法律体系中没有关于“公共秩序”的规定，公共秩序的概念定义，是借鉴了法国民法典的有关规定；二是在德国民法学者看来，有关“公序”概念的内涵与外延均不明确，属于不确定概念。^[4]事实上，在《德国民法典》第一草案中对公序良俗做了拆分，分别规定了公共秩序与善良风俗，第一草案的立法理由书认为，善良风俗系指道德利益，而公共秩序系指国家社会的一般利益，二者并非完全重合。但这种做法遭到了学界的批判，学界以公共秩序的概念界限不分明，对公共秩序的违反均可以违反善良风俗予以说明等理由提出反对。学界认为概念界限不分明的理由是公共秩序仅具有表面上的客观性，它系指一切宪法性原则，这些原则是社会秩序、政治秩序的基础，构成一种脱离习惯与流行意见的法律上和意识形态上的概念。而善良风俗指的是对私道德的要求以及交易上基于诚信原则所产生的流行意见，是可以认定的事实，具有客观性。^[5]此外，学界认为侵害营业自由在内的公序违反的案例及所有所谓“法秩序违反”，同样可以用“良俗违反”进行说明。学界的质疑得到德国民法典的认可。

综上，德国民法典在历经各方争论以后，最终仅以“善良风俗”作为立法表达。但其也并非毫无问题，如仅以善良风俗的立法表达使得其规制范围主要集中于性道德、家庭内部的伦理道德等问题上，为了对经济发展所带来的公共秩序问题进行规制，德国法学界试图扩大善良风俗这一术语，使其在含义上包含公共秩序的概念，甚至将二者并列而置。主要包括违反公共秩序的法律

行为可以适用《德国民法典》第138条的规定、将公共秩序视为对善良风俗的补充，使那些并未违反善良风俗而是仅违反公共秩序的法律行为处于法律规范的管控之下等。通过这种扩大解释的方式，使得“独树一帜”的德国民法典保持了其相对稳定性。

三、中德民法典立法模式比较

中德民法典有关风俗习惯的规定，有不同之处，亦有相通之处。相通的是，中德两国民法都将风俗习惯纳入法律体系中，也就是说它是在统一的法秩序框架内的带有法律性质的规范，而非与国家法相对立或者平行的习惯法。经过法律提纯的风俗习惯能够反映特定区域内的某些特性，但更多体现的是对于现有法体系和法价值的维护。

不同之处在于，德国立法上对公序良俗原则的体系化安排是其立法技术的一大体现。从具体条文上看，既有整合，又有列举。在列举中，又兼有一般条款和特别条款，可以概括为是复合式的立法，在一般性条文之后往往还有更多的限制、补充或者特别规定，甚至否定之否定，一般性条文往往只是冰山一角，体现了立法的严密性和谨慎。相比之下，我国就公序良俗原则建立的规范体系由于没有司法实践的有力支撑，难以形成完整、严密的立法模式，而理论上的薄弱又导致司法实践的混乱。具体而言，中德民法典有关风俗习惯规定的主要区别包括：

（一）立法表达不同

我国大陆和台湾地区的《民法典》均以“公序良俗”的整体概念进行表达，而德国法典中仅有善良风俗的规定。就笔者本人而言，更倾向于以“公序良俗”整体概念论之。从法理学层面看，法是一种社会规范，它规范的是人类的社会活动而不是单一的个体行动，而社会活动必然包括对社会秩序的维护或者破坏，已经过法律提纯的风俗习惯，不单单是一种民间相互依靠自觉遵守的信条，而是具有一定法律强制性的规范，因此，以公序良俗整体论之，可以避免仅依靠法律解释适用所带来的种种弊端；此外，随着社会的发展，公序良俗的适用开始更加广泛化，德国民法通过法律解释将公共秩序包含在善良风俗的做法似乎开始显现其不足。

（二）体系结构不同

我国《民法典》当中有关风俗习惯的规定有着较为完整的体系。我国《民法典》采用了总则分则的立法模式，这种模式的一大特点就是总则编的内容，是基于各分则编当中具有共同的特征的法律规范通过总结归纳而抽象出的一般性规则，学者把这种方法称之为“提取公因式法”。^[6]具体而言，《民法典》总则编对风俗习惯的法律地位进行确认，随后在各分则编当中结合各编所规定的具体内容对其进行细化，形成了一个如同“宪法”形的体系结构。^[7]而德国有关风俗习惯的规定较为分散，主要集中在138条和第226条，未形成一个完整的体系。但由于风俗习惯是一个不确定的概念，其善良与否，是否符合当代的价值观，这些问题本身就具有一定的时代性和地域性，因此，德国民法典做此安排，能够更加灵活多变，运用法律解释等方法实现对社会秩序的规制。

（三）对于风俗善良与否的认定及理解不同

这是中德民法典一个比较关键的区别。所谓“和而不同，美美与共”，人们对于善的定义有其共性，亦有特性。德国民法中强调法律行为中的法律，法律行为与非法律行为的界定较为清晰，同时，德国民法严格区分了道德和法律；相比之下，我国民法典对于法律行为的界定就显得较模糊；道德和法律混为一谈的现象较为严重。如2001年发生的泸州遗赠案。^[8]该案的公众和学界产生了截然不同的态度，公众认为法院的做法较好的维护了公序良俗，而学界则认为我国的法院将同居行为和遗赠行为混为一谈，同时，将本该纯粹属于道德的问题未经提纯直接上升到法律层面，不加甄别的以违背公序良俗为由将该案的遗赠行为全部予以否决。这种做法有违法治原则，表明学界与公众关于善良与否的定义存在偏差。而在德国发生的情妇遗赠案中，法院较好的区别了行为与法律的关系，同时将道德与法律做了区分，既维护了法治，又产生了较好的社会效果。

事实上，在此方面，我国《民法典》需向德国学习。在新时代的发展背景下，道德与法律的关系密切，但这并不意味着可以将二者混为一谈。公序良俗并不等同于道德概念本身。其以《民法典》法律条文的形式出现，意味着法律秩序对它进行了一个“裁剪”并“烙上法律印记”——提取必要内容并转化为一种法律标准。^[9]

综上所述，尽管中德两国法典都通过引致功能实现了风俗习惯进入法律场域，但其具体做法又因本国国情的不同而存在差异，也正是这些差异，为我们进行学术研究提供了现实文本

依据。

四、结语

本文对中德两国民法典中有关风俗习惯的有关规定进行了比较分析。在有关风俗习惯的立法规定问题上，德国法为我们提供了良好的范本。从立法的角度看，德国法对善良风俗相关问题的立法较为分散。由于风俗习惯善良与否本身就蕴含着巨大的不确定性，其不确定性在民法体系中承担着自由裁量的机能，完全的确定性既不必要也不可能，研究最终所追求的是一种合理的确定性。而我国的立法体系较德国较为统一，采用总分结构。梁慧星教授曾将违反公序良俗的行为分为十大类，^[10]由于我国立法采用的这种总分结构，这十大违反公共秩序和善良风俗习惯的行为能够在各分则编中得到进一步的细化。

需要注意的是，虽然相比之下国外的研究成果要丰富的多，但每个国家的制度及其缝隙是不同的，外国法的案例无法填补本国的制度缝隙，而只有在本土的缝隙中生长起来的案例才能准确地反应出本国的制度缝隙是什么，法律体系需要的是什麼。尤其是在法律制度高度借鉴欧洲国家的今天，完全照搬照抄会带来极大的危险。法律制度本身带着深深的地域和文化烙印，完全借鉴国外研究成果会严重脱离我国的司法现状。因此，学者在进行比较法研究的同时，需要立足于本国特性，适当借鉴，做到与本国的发展实际相结合。

参考文献

- [1] 于飞：《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》，北京大学出版社2006年版，第40页。
- [2] 参见《德国民法典》第138条、第826条。
- [3] 彭珍珍：《国外的公序良俗原则》，载北京法院网2010年11月18日，<https://bjgy.bjcourt.gov.cn/article/detail/2010/11/id/878912.shtml>。
- [4] 王颖：《公序良俗的比较研究》，载《北京联合大学学报（人文社会科学版）》，2008年第三期，第105-106页。
- [5] 王雷：《德国法上的善良风俗理论》，载郑州市中级人民法院网2010年11月8日，<https://zzfy.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=15882>。
- [6] 参见孙宪忠：《中国民法总则与分则之间的统辖遵从关系》，载《法学研究》2020年第3期，第22-24页。
- [7] 参见范忠信：《公序良俗原则确立与《民法典》的人文升华》，载《探索与争鸣》，2023年第三期，第133页。
- [8] 引自四川省泸州市纳溪区人民法院民事判决书（2001）纳溪民初字第561号。
- [9] 于飞：《《民法典》公序良俗概括条款司法适用的谦抑性》，载《法学》2022年第10期，第109页。
- [10] 梁慧星：《市场经济与公序良俗原则》，载《中国社会科学院研究生院学报》，1993年第6期，第28-30页。