

· 法 学 ·

# 分家析产纠纷中习惯法的司法适用

——基于625份裁判文书的研究

潘香军

(清华大学法学院, 北京 100084)

**摘 要:** 习惯法运用于司法中能够弥补制定法的空白, 有助于实现法律效果和社会效果的统一。对625份分家析产案件裁判文书的分析显示, 习惯法的司法适用空间广阔, 同时, 存在以法官主动适用习惯法为主、认可当事人的援引为辅、当事人对习惯法的援引率不高、以间接性适用和模糊性适用为主等特征。其根源在于习惯法自身的特性、适用主体的差异性以及适用程序的薄弱性。对此, 在适用前提上, 应强化习惯法在民事审判中的法源地位, 整合习惯法与国家制定法的规定; 在适用技术上, 应确立习惯法司法适用的识别标准, 完善习惯法司法适用的解释, 加强裁判文书的说理, 细化适用的程序规则; 在适用保障上, 应健全考核激励机制, 完善司法责任制, 优化诉前调解机制, 共促习惯法在分家析产案件中的规范适用。

**关键词:** 习惯法; 司法适用; 分家析产; 实证研究

**中图分类号:** D901

**文献标志码:** A

**文章编号:** 1009-055X(2024)04-0087-13

**doi:** 10.19366/j.cnki.1009-055X.2024.04.009

## 一、问题的提出

习惯法作为在民间长期生产生活中逐渐形成的地方性规范, 能够界定乡民间的权利与义务, 化解民间社会中的利益冲突<sup>[1]166</sup>。自2017年10月《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)以及2020年《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)颁布以来, 习惯法在民事审判中发挥着举足轻重的作用。在本土化自觉的反思下, 以法学、人类学、社会学为代表的学科开始重视习惯法的理论建构与规范适用, 将习惯法的研究铺展于祖国大地上, 形成了几种典型的理论范式。

一是习惯法的本体论研究, 主要关注习惯法的本质、内涵、价值、性质、特征、属性等方面, 或是讨论习俗、习惯、习惯法和法律之间的关系<sup>[2-4]</sup>。二是进入特定场域, 通过文本或实地观察, 对某些地区或某些领域的习惯法进行细致描摹, 勾勒出当地习惯法的内容, 用细腻的笔触深描习惯法在当代社会中的运作细节<sup>[5]</sup>。如高其才<sup>[6]</sup>以广西金秀瑶山的田野调查为例, 描绘了生产生活关系中习惯法的传承; 余贵忠<sup>[7]</sup>以部门法分支为支点, 探索民族生态习惯法的运行规律。三是深入历史视野, 结合不同时期的社会变迁, 纵向考察习惯法的起源与流变, 对其发展脉络、变迁路径、影响因素、结果走势等进行梳理<sup>[8]</sup>。四是立足当下, 探求习惯法在当代中国法治中的功能再造。在法律制定层面, 学者们讨论了习惯法与《民法典》的编纂, 致力于解决立法中的习惯法问题<sup>[9]</sup>; 把“习惯”认可为法律渊源体现了对民族传统、民俗风情的尊重, 保证了民法体系的开放性<sup>[10]</sup>。在法律实施层面, 学界对习惯法在司法中的前提条件、适用不足、适用方式及效力等问题展开了研究<sup>[11]</sup>。

收稿日期: 2023-11-09

作者简介: 潘香军(1997—), 女, 博士研究生, 主要研究方向为法社会学。

既有研究视野开阔又见微知著,积累了丰富的理论成果和实践经验。然而,在习惯法司法适用方面的研究还不够深入。学者们虽然建构了习惯法适用的基本框架,但对于裁判文书的实证分析以及不同领域的具体适用仍缺乏深层次的探析。基于裁判文书的研究侧重传统法教义学的方法论,且对于民间借贷、商事交易习惯、婚姻习惯、彩礼返还等问题的探讨更为集中,而对于分家析产习惯法的司法适用则分析不足。

分家析产是民间社会普遍存在的现象。从纵向看,分家析产是家业在父子间的代际传递;从横向看,它又是家产在兄弟间的分割<sup>[12]</sup>。法社会学视角下,分家析产纠纷中既涉及习惯法与国家制定法的冲突与弥合,又牵涉到司法场域中不同主体间的互动与博弈关系。因此,作为法律渊源的 habit 法在司法中的适用逻辑值得关切和深思。

关于习惯法的界定,学界仍存在不同认识。有学者指出,习惯法是经国家认可并赋予国家强制力的完全意义上的法<sup>[13]41</sup>,是被国家机关认可并具有法律效力的习惯规范的总称<sup>[14]88</sup>。国家可以以直接形式,在制定法中明确规定习惯法,也可以以间接方式,在司法裁判中适用习惯法。而在此之前,习惯法仅仅是一种规则<sup>[15]42-43</sup>。这些概念依旧是一种国家立场的界定。当置身于更广袤的社会中时,习惯法可从国家法意义上与非国家法意义上两维度进行认识。国家法意义上的习惯法是国家特定机关将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;非国家意义上的习惯法则不具有国家法的性质<sup>[16]1</sup>。从广义的视角来看,习惯法是独立于国家制定法之外,依据某种社会权威和社会组织,具有一定强制性的行为规范的总和<sup>[17]77-78</sup>。本文讨论的分家析产裁判文书中的“习惯”,实则是一种非国家法意义上的习惯法范畴。它无须经过国家的认可,但在实践中发挥着调整各类关系的积极作用。

新时代能动司法正不断为中国式现代化注入新的活力。能动司法要求法官建立起融贯性的法秩序思维,认识到法律是一个与社会治理需要大体相符合的秩序整体,这一整体包括法典法条、法律原则、法的精神与基本价值、公序良俗、国家政策和裁判规则等<sup>[18]</sup>。习惯法是司法裁判中不可或缺的一环,以分家析产案件为研究对象,系统地考察习惯法在司法场域中的运行样态、适用逻辑及调适思路,能够为实现司法裁判的法律效果、政治效果与社会效果的统一提供启示。有鉴于此,笔者通过对分家析产纠纷裁判文书的梳理,首先从程序和实体两个方面考察分家析产案件中习惯法的整体适用图景,总结司法适用的特征;其次,分析习惯法司法适用现状的原因所在;最后,从习惯法司法适用的前提、技术和保障三个方面提出完善建议,以期为我国习惯法的现实适用与审判现代化提供参考。

## 二、习惯法司法适用的基本样态

笔者在北大法宝司法案例数据库中,选取以分家析产为案由的案例。首先,以“习惯”为关键词展开了全文检索,截至2023年10月15日,共获得裁判文书1768份。其次,通过分析可知,裁判文书中的习惯法往往不会单独出现,习惯法典型的运用形式为“风俗习惯”“当地习惯”“民间习惯”和“农村习惯”;以上述四个词语为关键词继续进行检索,分别可得到裁判文书771份、105份、17份、27份,共计920份。最后,经逐份整理,笔者剔除了其中的重复案例、与本文研究主题无关或不符合研究要求的案例<sup>①</sup>,共得到625份裁判文书。下文将从程序和实体两个方面描述案件中习惯法的适用情形。

### (一) 形式样态

在案件地域分布上,习惯法的司法适用分布较为广泛,其中有26个省(自治区、直辖市)在分家析产纠纷中都涉及习惯法的适用问题。从具体的分布情况来看,北京案件数量高达148个,占比23.7%,位居第一;山东次之,以139个案件占据样本总量的22.2%;上海、浙江、江苏分别居于第三、四、五位;而内蒙古、宁夏、四川、重庆均只涉及1个案例。案例数量存在明显地域差异的原因可能有三:其一,西部地区人口数量少,经济发展平缓,而东部地区经济发展迅猛,人口密度高,纠纷总基数大,东部地区案件的总量高于中西部地区;其二,裁判文书上网需要大量人力、物力、财力和技术的支持,囿于实际的发展水平,西部地区在文书电子化和数据化方面的投入不如东部,因此裁判文书上网的总数少于东

① 例如法定继承纠纷、遗嘱继承纠纷、基于离婚产生的家庭共有财产分割以及由于篇幅较短无法得知案件具体情形的文书等。

部；其三，地处西部腹地的人们思想观念相对保守，乡土社会的秩序尚未被完全瓦解，同时，少数民族人口数量亦远超东部。因此，民族自治地方的分家析产纠纷可能更多地倚赖民俗习惯来解决，在家庭、宗族、团体的内部调解，而不一定会耗费成本寻求司法救济。

在审理程序上，326 个案例一审终审，占比 52%；257 个案例二审终审，占比 41%；42 个案例申请再审，占比 7%。这说明大部分纠纷能够通过国家制定法与习惯法的共同适用，在一审程序中得以平息。但与此同时，二审终审的案例高达近半数，且有些纠纷还需要通过再审程序化解，折射出了习惯法的司法适用中还存在一些不足之处。即使在遵循制定法的前提下，考虑到了习惯法的调适，具有既判力的裁判结果也不一定能够达成令双方当事人满意的效果。

在时间分布上，总体呈现出稳中有升的趋势。2014 年裁判文书上网前，案件总基数不大，适用习惯法的案例占比相对不高，稳定在 30% ~ 50% 的区间内。自裁判文书上网常态化后，援引习惯法作为纠纷解决的案例有一定幅度的上升，整体稳定在 60% ~ 70% 之间。值得注意的是，援引的比例并未在《民法总则》生效后形成小高峰。这或许能够体现出，在法源条款未生效前，我国司法层面就考虑到当地的风俗习惯，刚柔并济地化解纠纷。

## （二）实体样态

从案例具体内容来看，涉及习惯法的纠纷主要集中在分家析产的条件、效力、主体、客体和份额五个方面。

一是习惯法在分家析产条件纠纷中的适用，即双方争议焦点为是否存在分家的行为，或是否已经满足分家的条件而完成了分家。裁判文书显示，习惯法在分家条件的纠纷中经常被作为事实推断的工具，为分家行为提供原因支持。适用于司法实践中的分家条件包括子女是否达到或接近成家立业的年龄、子女是否成家、父母是否与儿子共同生活、房屋的建造和使用情况等<sup>①</sup>。

二是习惯法在分家析产效力纠纷中的适用。首先，裁判文书和法院认可的情况表明，传统农村地区的分家协议经常存在外观形式瑕疵，而习惯法可以用于判断这种存在瑕疵的分家协议是否有效。例如，母亲未在分家协议上签字、老人未在分家协议上签字、配偶或其他家庭成员没有在分家协议上签字、分家协议上存在涂改的标记等<sup>②</sup>，依习惯法不构成协议无效的事由。其次，分家协议签订的程序性习惯也可以作为协议效力判断的标准之一。根据分家习惯，经过家中最年长的成员主持、当地有威望的长者予以见证、家族内的亲戚长辈进行见证、村委会干部和工作人员见证或在村委会备案并加盖公章等程序<sup>③</sup>，一般在司法中具有较强的说服力，能够证明分家协议的有效性。

三是习惯法在分家析产主体纠纷中的适用。围绕不同的习惯法，司法实践中出现了与分家主体资格相关的纠纷。具体而言，当事人一般会依照农村的习俗或当地的习惯，对以下主体是否具有分家析产资格质疑：入赘至女方家的上门女婿、作为招赘的儿子、出嫁的女儿、尚未出嫁的女儿、离婚后的夫妻一方等<sup>④</sup>。

四是习惯法在分家析产客体纠纷中的适用。分家析产的前提是存在家庭共有财产，但在共有财产的认定上可能存在冲突。一方面，诉讼当事人对于财产是家庭共有还是个人所有存在争议。根据习惯法，对基于家庭生活共同生活参与房屋修建的行为以及基于血缘关系的建房出资或基于亲情伦理的经济支持，法院经常

① 参见山东省青岛市中级人民法院（2021）鲁 02 民终 13985 号民事判决书；浙江省台州市中级人民法院（2017）浙 10 民终 2232 号民事判决书；湖南省汉寿县人民法院（2021）湘 0722 民初 871 号民事判决书；北京市高级人民法院（2020）京民申 1448 号民事裁定书。

② 参见浙江省温岭市人民法院（2013）台温石民初字第 110 号民事判决书；山东省青岛市中级人民法院（2015）青民五终字第 1186 号民事判决书；河南省漯河市中级人民法院（2016）豫 11 民终 1995 号民事判决书；山东省青岛市李沧区人民法院（2012）李民初字第 204 号民事判决书。

③ 参见北京市大兴区人民法院（2016）京 0115 民初 6873 号民事判决书；山东省威海市中级人民法院（2016）鲁 10 民终 1421 号民事判决书；江西省铅山县人民法院（2018）赣 1124 民初 218 号民事判决书；山东省青岛市中级人民法院（2022）鲁 02 民终 9117 号民事判决书。

④ 参见湖北省咸丰县人民法院（2020）鄂 2826 民初 1021 号民事判决书；北京市第二中级人民法院（2020）京 02 民终 3293 号民事判决书；北京市平谷区人民法院（2016）京 0117 民初 2768 号民事判决书；上海市第二中级人民法院（2018）沪 02 民终 9922 号民事判决书。

否定共有财产的存在,而是将其认定为家人间的帮扶或赠予,因此房产归个人所有<sup>①</sup>。然而,依照习惯法登记于某一个家庭成员名下的房屋,并不会当然地被认定为个人所有,反而可能具备分家析产的客体要件<sup>②</sup>。另一方面,在分家析产时,还可能存在额外收支的情形。申言之,依据当地风俗习惯,收礼的份子钱和相互馈赠的礼物能否作为分割的客体要素,经常会引致纠纷<sup>③</sup>。对于宴请亲朋好友的餐费、实际支出的丧葬费用等是否需要先行扣除后再分家,也时常成为争议的焦点<sup>④</sup>。

五是习惯法在分家析产的份额与具体分配方式上的适用。首先,对于分家是采取诸子均分的原则,还是实行长子多分或幼子多分的方式,或者对履行赡养义务较多的子女是否应予以多分,司法实践中存在不同的习惯法适用方式<sup>⑤</sup>。其次,分家析产后对父母份额的认定也会成为后续矛盾的根源。尤其是在父母将房产全部分割完毕以后,经常会出现父母是否仍对房产享有一定的所有权、分配权和居住权的争议<sup>⑥</sup>。最后,在分家的具体方案上也存在习惯法的适用空间。例如,为便于祭拜、供奉香火,祖屋应按照农村习惯归长子、长孙所有<sup>⑦</sup>;在房屋的方位、楼层上,还可能存在“哥东弟西”等更加细致的安排<sup>⑧</sup>。

### (三) 适用特征

通过对习惯法在司法中形式和实体样态的展现,本文进一步归纳出习惯法司法适用的鲜明特征,并提出有待回应的议题。

在适用来源上,既存在双方当事人主动援引的情形,也存在法官主动适用的场景。本文讨论的主动适用是指在当事人并未直接援引习惯法时,法官主动将习惯法引入司法判决的情况。现有案例呈现出当事人援引率较低而法官主动适用频率较高的特点。换言之,相比于法院对习惯法的主动适用,诉讼当事人援引习惯法的热情并不高。而且,从案件分析中可以发现,当事人援引习惯法得到法院认可的概率也较低。除少数原被告均进行援引的案件以外,由原告主张适用习惯法的次数为129次,但法院完全认可习惯法的案件仅为50个;由被告援引习惯法的次数为174次,但法院完全认可的共计71个。除原被告援引之外,由法院主动适用习惯法的案件高达342个,这在一定程度上反映出当事人在诉讼程序中不会一味地诉诸习惯法本身,转而在国家正式法律规范中寻找诉求依据。此外,我国司法层面也愈发认识到习惯法的意义,重视习惯法在争议解决中的实践价值。

在适用方式上,法院在裁判中通过三种典型的方式进行习惯法的适用。一是将习惯法作为事实的认定依据,即根据是否符合当地的习惯法以判定事实的存在与否;二是将习惯法作为证据的推断依据,依据习惯法对是否采信某个证据进行决断;三是将习惯法转换为法律原则,或融入具体的规则中,补强论证说理的内容。这体现了法院适用习惯法的三个特征。其一,以间接性适用为主。法院并没有直接将习惯法作为裁判的依据,而是将习惯法嵌入在事实、证据、原则和规则中共同适用,体现了我国法院审判活动的审慎性。其二,存在模糊性适用的情形。在不少案件中,法院仅是提及了当地习惯、农村习俗或一般风俗习惯等词语,并没有详细阐释习惯法的内容和适用的原因。这就容易造成习惯法的概念混淆和不确定性泛化等问题。其三,存在矛盾适用的情形。由于缺乏明确的标准和规则,部分案件中一审法院与二审法院对习惯法的认定不完全一致,形成了截然相反的审判结果,影响了司法审判的内在稳定性。

① 参见山西省太原市中级人民法院(2020)晋01民终107号民事判决书;山东省威海市中级人民法院(2020)鲁10民终727号民事判决书。

② 参见安徽省宣城市中级人民法院(2014)宣中民一终字第00340号民事判决书;福建省福州市中级人民法院(2017)闽01民终2959号民事判决书。

③ 参见北京市石景山区人民法院(2013)石民初字第4901号民事判决书;湖南省长沙县人民法院(2021)湘0121民初6758号民事判决书。

④ 参见山东省淄博市张店区人民法院(2014)张民初字第218号民事判决书;青海省高级人民法院(2015)青民申字第203号民事裁定书。

⑤ 参见山东省青岛市李沧区人民法院(2015)李民初字第1709号民事判决书;山西省太原市晋源区人民法院(2015)晋源民初字第885号民事判决书;北京市第二中级人民法院(2015)二中民终字第11734号民事判决书。

⑥ 参见江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05民申430号民事裁定书;浙江省嘉兴市中级人民法院(2019)浙04民终299号民事判决书。

⑦ 参见广东省吴川市人民法院(2020)粤0883民初294号民事判决书。

⑧ 参见上海市金山区人民法院(2019)沪0116民初55号民事判决书。

总体而言,在有限的样本中,习惯法在分家析产案件中的司法适用具有三个特点。一是由于涉及习惯法的案件地域广泛、审级繁多、纠纷多元,习惯法在司法中具有一定的作用空间;二是适用来源以法官主动适用为主、认可当事人的援引为辅,当事人对于习惯法的援引率不高且法院的认可度较低;三是适用方式是以间接性适用和模糊性适用为主,存在矛盾适用的问题。

由此,便产生了两个关键性论题。第一,为何法院在裁判中承认习惯法的法源地位并主动适用的同时,却不认可当事人对习惯法的援引?第二,为何习惯法在司法活动中发挥的作用存在不确定性?为回答上述两个问题,本文着眼于习惯法司法适用背后的逻辑根源,从制度、主体和程序三个维度进行原因分析。

### 三、习惯法司法适用现状的原因分析

在制度层面,习惯法法源地位的确立与强化是得以援引、主动适用习惯法的前提要件。然而,习惯法的变迁使其本身存在不确定因素。在主体层面,法官与当事人的差异化考量使二者对习惯法的理解出现偏差,习惯法在司法适用中无法有效发挥实质性作用,而程序层面的混杂则加剧了习惯法适用的不确定性,大量的习惯法落入无效援引的范畴,削弱了习惯法的价值。

#### (一) 制度原因

在习惯法与国家制定法的胶合与纠缠中,习惯法的内在价值开始缓慢地渗透于国家权力的缝隙中,国家制定法也对习惯法给予了更多的尊重和重视,并通过精细化的立法和司法技术予以回应。

##### 1. 习惯法法源地位之强化

法的渊源就是司法裁判过程中裁判依据的来源,在法律论证中发挥着权威理由的功能<sup>[19]</sup>。晚近以来,学界对习惯法的法源地位形成了以实证主义者为代表的否定说、社会学法学的优位说以及次位法源说<sup>[20]</sup>。回顾法律制度史,习惯法始终是历史和当代社会中一个生动的渊源<sup>[21]</sup>。这种渊源不应是立法者审视法律概念指向的对象,而是作为司法适用的权威出处、让法官发现规范的地方<sup>[22]</sup>。因此,在法理意义上,习惯法也践行着规范性的实践,为司法裁判提供具有法律效力的权威理由<sup>[23]</sup>,具备了成为法律渊源的基础。在社会功能上,法作为一种秩序,其主旨在于据以裁决来自共同体关系的纠纷。法律是国家生活、社会生活、精神生活和经济生活的秩序,但绝非唯一秩序<sup>[24]30-31</sup>。习惯法就是一种具有积极意义,甚至更为有效的秩序。习惯法丰富了国家制定法的内容,弥补了国家制定法的空白,与国家制定法共生而行。因此,我国在法律制度和法律实施两个方面确立了习惯法的法律渊源地位,并不断强化这一定位。

首先,《民法总则》第十条的一般性规定直接地明确了习惯法的法源地位,并在其他相关的条款中对民事习惯进行隐含规定或吸纳规定<sup>[25]</sup>。在此基础之上,《民法典》确立了习惯法的原则性规范、规则性规范和相关性规范,为克服制定法的局限、弥补制定法的漏洞提供条件<sup>[26]</sup>。成为民法渊源的习惯法具有长期性、恒定性、内心确信性以及具体行为规则属性等积极要素,同时具备不违反法律的强制性规定和公序良俗的消极要件<sup>[27]</sup>。这些条款成为适用习惯法的立法基础,为法官援引习惯法提供了依据、扫清了障碍,有助于习惯法的司法适用。例如,从时间维度上把握,一个明显的变化为:《民法总则》生效前,2016年的裁判文书中,习惯法适用依据显得有些捉襟见肘,法官无法直接寻找到法律依据进而会回避对习惯法的识别、论证和审查,或者时常以《中华人民共和国民事诉讼法通则》第四条、第七条的法律原则笼统应对;相反,在2017年10月后的判决中,判决依据中出现了《民法总则》第十条的广泛运用。

其次,司法解释中对于一些争议性多、社会影响广泛的问题也进一步细化。例如,《民法典》缺少了关于民族自治地方的变通性规定,在解决事实婚姻的认定、同居关系的析产纠纷方面,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》第三条、第七条则是进行了普遍规定。在司法实践中,法院一般会对民族自治地方的习惯法充分考量。例如存在原被告按照当地习惯举办婚礼,但未领取结婚证的情节,在分家析产时,法院对财产的代际流转、解除同居关系、彩礼问题、礼金收入、共同

债务等纠纷作出细致处理<sup>①</sup>。

最后,习惯法还能够为地方立法提供规范基础。地方立法对民间习惯法的发现、识别、扬弃、加工和再造,体现出立法者对传统智慧和交往经验的尊重<sup>[28]</sup>。虽然国家层面的立法对少数民族习惯的吸纳尚不充裕,但习惯法早已存在于立法和司法的场域中。为保持习惯法独特的韧性,使之成为制定法的重要参考,国家制定法会在某种程度上向习惯法妥协,以更好地调整各类利益关系,维护社会秩序。习惯法为地方立法提供了养分,它与国家制定法不是完全抵牾的关系,二者在互动过程中冲突性减弱、耦合性增强。所以,法院在司法实践中主动援引习惯法以增强判决的公信力和说服力便是水到渠成之事。不过,习惯法法源地位的强化并非是强调司法中习惯法适用的必要性,而是表明,在国家制定法无法涵摄的地带,或是在当事人出于感情无法认可依据制定法作出的裁判时,习惯法作为内生性秩序的产物,能够扮演平息纠纷的重要角色。

## 2. 习惯法内涵外延之变迁

在习惯法的内涵上,经济制度的变革一定程度上瓦解了乡土社会中的传统权力。传统权力式微下社会环境的改变和思想意识的进步是习惯法更新迭代的诱因。习惯法不断趋于理性化、规范化,突破了习惯法与国家制定法二元对立的格局。习惯法不再是传统社会的专属产物,也被新时代社会发展打上深深的烙印,并在司法实践中得到认可。

在分家析产纠纷中,权力具有两种典型的冲突形式。一是家庭权力与个体权利的冲突。二是性别权力与性别平等的冲突。中国的家庭本位源远流长,从“服制”“父子相为隐”、《唐律》“十恶”中对家族利益的维护,到“子孙违反教令”“送惩权”的规定,以及“家产制”的确立,无不体现了浓厚的家庭本位思想<sup>[29]</sup>。《礼记·坊记》曰:“天无二日,土无二王,家无二主,尊无二上”<sup>[30]224</sup>。在宗族或家庭中,长老权力、家主权、男性权力不容置疑,作为个体的晚辈和女性无法享有相应的权利,男女有别、男尊女卑的地位分化也导致性别关系的失衡。

然而,商品经济与消费经济给社会带来了冲击。国家对私人生活领域的管控减少,社会主义道德观随集体化终结而崩溃,个人主义在农民中兴起<sup>[31]260</sup>。城市化浪潮、市场化趋向带来了生活方式、经济运作和价值选择的转型,民间的各类规范也不得不随着社会变革而改变、削弱甚至隐退<sup>[32]</sup>。当旧的习惯法已无法与人们生产和交往的需求完全适配时,一方面,习惯法开启了自我解构和自我革新,开始反思和剔除不合时宜的元素。例如,在实践中当事人主张适用子女均分的分家习惯,这种习惯充分保护了女性的权益,与制定法的平等原则相契合,得到了法院的认可<sup>②</sup>。此外,与父母一起生活且尽了较多赡养义务者可以适当多分的习惯<sup>③</sup>,也与《民法典》第一千一百三十条第三款的立法精神相符。另一方面,制定法也会在实践中矫正习惯法。例如被告以其丈夫系子婿为理由,主张依据当地习惯家产应归子婿所有。该地法院指出,案涉习惯确有存在,但违反了法律的规定,事实上,该习惯已经逐渐不被民众接受和认可<sup>④</sup>。因此,习惯法虽然具有稳定性和保守性,是某一地区长久遵循的行为准则,但也会随着制度的变迁被重塑,更加契合国家制定法的内容和导向,在司法实践中愈发得到承认和重视。

在习惯法的外延上,习惯法本身就具有不同形态。各种形态可能会彼此冲突,规范的例外情形较多,对规范的描述也比较模糊<sup>[33]94</sup>。正是由于尚处于过渡的阶段,在更替与接续的过程中,我国的习惯法一定程度上还保持着外延的开放性。这虽然丰富了习惯法的内涵,但也加剧了习惯法本身的不确定性。首先,习惯法所包含的对象十分宽泛,习惯、习惯法、民间法等概念之间界定不清晰,何种类型的习惯法能够成为法律渊源适用于司法中,有赖于法官的自由心证。其次,习惯法的外延在时间维度上扩展,处于变迁中的习惯法可能存在不同阶段前后不一的情形,加大了法官适用的难度,容易形成了相互矛盾的裁判结果。例如,实践中一审法院认为以尽赡养义务的多寡来确定房屋分配的习惯法具有合理性,然而二审法院却明

① 参见云南省宁蒗彝族自治县人民法院(2016)云0724宁法民初字第59号民事判决书;香格里拉县人民法院(2014)香民初字第18号民事判决书。

② 参见上海市嘉定区人民法院(2013)嘉民一初字第5908号民事判决书。

③ 参见浙江省嘉兴市中级人民法院(2011)浙嘉民终字第10号民事判决书。

④ 参见浙江省舟山市定海区人民法院(2010)舟定民初字第600号民事判决书。

确推翻这一理据。二审法院认为这一习惯在当代已缺乏法律效力，应结合建房事实、居住、维护、管理等情况确定份额，最终酌情改判<sup>①</sup>。最后，习惯法适用的效力不确定。当存在特定的习惯法时，应当优先适用还是补充适用，应当寻求习惯法适用的统一性和普遍性还是更加注重个案适用中的特殊性，都具有一定的主观性，给习惯法的司法适用带来了障碍。

## （二）主体原因

诉讼当事人与法官都可以是习惯法援引的主体。在国家制定法可以解决纠纷的领域，习惯法便不一定进入裁判活动中，因而传统上法官主动适用习惯法的动力并不强。吊诡的是，一旦习惯法进入了司法实践，法院一方面主动适用习惯法，一方面却又回避当事人的援引，导致习惯法的司法适用模糊不清。这既是当事人与法官存在话语隔阂的表现，也是当事人援引习惯法时自身知识掣肘的结果，亦受到法官从实用逻辑出发对结果、效率与风险综合考量的影响。

### 1. 主体间的话语隔阂

话语是一种专门的语言，通过特殊的解释用语或解释模式体现，每种话语都包含一整套特定的行为逻辑。在法庭上存在三种类型的话语，即法律话语、道德话语与治疗话语，三者互相交替，诠释了人们对于冲突的不同理解<sup>[34]</sup><sup>112</sup>。尽管我国与普通法国家的审判模式大相径庭，但这种超越了过程中心范式的话语体系依旧对我国的司法实践有所启迪。裁判文书中的诉称、辩称与说理展现了诉讼当事人与法官之间话语和思维的交锋，也反映出习惯法适用背后的话语隔阂。

法律的形式理性化与朴素机械的正义观之间存在偏差，这是法官和诉讼当事人使用不同话语的出发点。传统的法官会考虑情理、目的和民意，依靠直觉的模糊性思维，而不是靠逻辑推理来探求法律目的<sup>[35]</sup>。然而，伴随着新时代的法官职业化，这种现象在实践中已屈指可数。司法在韦伯的形式理性的框架中不断延展，形成了对程序的严格遵循和对法律概念的严格适用。于是，法官基于程序化、形式化、系统化的思维模式，衍生出了规范化的话语体系和缜密的法律推理模式。

与之相反，分家析产纠纷中诉讼当事人的思考基点是他们脑海中想象的正义。每个群体对于正义的感知都会因具体背景和时间而存在差异<sup>[36]</sup>。一方面，部分当事人进行肯定性援引，将长期生活过程中一直遵循的习惯法引入司法中，这种具有鲜明传统道德文化色彩的话语代表着当事人所认定的天理和公平。此时，以法律为准绳的裁判理念与以正义为诉求的朴素观念就会产生冲突，法官无法适用当事人提出的习惯法。另一方面，部分当事人采用否定性援引，即对习惯法的法源地位质疑。他们认为法院对于习惯法的适用违背了公平原则和法治精神，是一种法律适用的错误<sup>②</sup>。当事人试图摆脱纯粹的道德话语，融入法律语境中，这就导致了实践中没有大规模地出现由当事人援引习惯法，反而是法院出于说理的有效性和裁判的完整性的需要，将习惯与当地风俗等偏向道德类的话语引入判决中。此时，当事人会认为习惯法的适用偏移了公平正义，但实则则是以习惯法作为补充依据的裁判理念与制定法至上的机械正义观之间产生了矛盾，因而当事人否定性援引的做法无法得到法官的认可。

法官和当事人对于习惯法的理解存在偏差，双方虽然身处同一个物理上的法庭空间内，却存在理念意识上的隔阂。法官和当事人对于法律适用以及公平正义的理解大相径庭，所使用的话语也位于不同的空间层次中，最终导致法官不倾向于适用当事人所提出的习惯法。

### 2. 当事人的知识掣肘

知识建构与知识再生产存在异质性，由此，法官和诉讼当事人对于习惯法的认识和适用逻辑也存在差异。法律本身具有较高的知识壁垒。我国的法官作为中立的裁判者，长期浸润于法条法理之中，对于纠纷的判决和法律的应用可以视作对法律知识的再生产。法官并没有创制各类新型权利义务关系，但其说理的过程、裁判的结果、类案的比对等与学界理论和国家立法一起构成了知识的增量。法官主动适用习惯法，是在知识再生产的过程中发挥主观能动性的体现。

法律也是一种地方性的知识，地方性既体现了事件、行为本身的独特性，也代表了当地人对自然与社

① 参见北京市第二中级人民法院（2015）二中民终字第11734号民事判决书。

② 参见河南省许昌市中级人民法院（2014）许民终字第143号民事判决书。

会的主观建构<sup>[37]273</sup>。这种本地想象涵盖了各地的习惯法。诉讼当事人将赖以生存的习惯作为一种地方性知识进行使用,但对于专业性的知识却知之甚少。即便当事人对国家成文法有所了解,也无法全盘通晓实践运作机制,他们是在诉讼过程中才对制定法知识及其应用情况有初步建构。由于专业知识的匮乏,不少诉讼当事人援引习惯法的内容并不正确,援引的主观随意性较强。

其一,诉讼当事人对于各类法律概念和构成要件本身一知半解,不了解习惯法的适用前提。比如,当事人主张在分家协议成立、生效,且完成了房产的实质交付后,不动产所有权即发生变动,这就忽视了不动产物权变动的规则<sup>①</sup>。此时,由于存在正式成文的制定法规则,习惯法并没有过多的适用空间,当事人的援引与制定法往往可能存在冲突。

其二,如何将习惯法准确嵌套于法律规则中,诉讼当事人对此把握不足。例如,当事人将习惯法置于错误的法律关系中,认为分家受到了各种条件的制约,已经形成独特的习惯,不能完全依据法律。当事人认为分家是一种基于身份关系的物权处分,无法适用合同法<sup>②</sup>。此外,当事人援引习惯法时可能会产生错误的推导模式。某案中原告就曾认为,由于分家协议约定赡养义务,此义务应作为协议所附的条件。按照习惯,是否与老人一起生活居住是衡量是否履行义务的标准,被告未与父母共同生活,因此未履行赡养义务,所附条件未成就,分家协议未生效<sup>③</sup>。然而,即使认可此习惯,赡养作为子女应该履行的法定义务,与协议的效力无关,习惯法适用的因果关系也就此被中断。

其三,诉讼当事人对习惯法的援引具有一定的随意性,法律与道德的界分不明晰。例如某案中原告表示,儿媳曾对自己进行殴打,不能依据分产协议获得房屋所有权,否则自己辛劳一生的房产仅剩三间暂住,有违公序良俗<sup>④</sup>。在另一个案件中,被告则认为原告的分家诉求是一种不孝的行为,父母尚未百年归老时即要强行分割其财产,体现了原告争夺财产的恶劣行径<sup>⑤</sup>。

普通的诉讼当事人常常拥有朴素机械的正义观、不断增强的法律意识、丰富的地方性知识与匮乏的专业性知识,他们未能将习得的地方性知识与司法实践相适配,这是导致其无效援引的根源。因而习惯法无法通过当事人的主张进入正式的司法判决之中。由于当事人提出的习惯法经常得不到司法的认可,这就挫伤了当事人援引的积极性,最终导致习惯法未能在实践中发挥出自身的实质效用。

### 3. 法官的实用性考量

实用主义强调司法要关心后果,要求基于后果而不是基于概念和一般性作出倾向性的政策判断<sup>[38]217</sup>。司法过程受到逻辑、历史、习惯、效用、人们主观标准等多种因素独立或共同的影响,在具体案件中何种力量发挥支配作用,则取决于相应的社会利益<sup>[39]67</sup>。代表国家公权力的人民法院与普通诉讼当事人之间本就存在复杂的交互关系,在分家析产纠纷中,法官出于实用性的考量,将习惯法主动适用于司法之中,却又通过间接、模糊的方式使习惯法的适用处于不确定性之中。

第一,实用主义下的结果导向是法官主动适用习惯法的动机。平息当事人之间的纠纷,增强判决的说服力,防止过高的上诉率,构成了法官主动适用习惯法的激励机制。对于法院而言,定纷止争是其职责所在。相比正式法律,普通当事人对习惯法更为熟悉和认同。在制定法的空白地带,通过习惯法的司法适用将常识、常理、常情引入司法判决,更容易提升当事人对于判决结果的认可度和接受度。法官主动适用习惯法有利于避免接连不断的上诉行为,既减轻了诉累、缓和了执行难的问题,又防止上诉对法官带来的不利影响,还节约了司法资源。对于社会公众而言,司法为民的理念促使法官考虑个案的连带效应。法官主动适用习惯法可以以个案带动类案的解纷,回应公众对于实质正义的期待,发挥法律的教育作用,实现判决的社会效果。例如,在著名的顶盆过继案中,当地顶盆过继的风俗习惯已经形成了稳定的确信,且不违背公序良俗,人们认同顶盆的人就是逝者子女的这一规范。如果直接依据制定法裁判,不利于当事人之间

① 参见福建省福州市中级人民法院(2018)闽01民终1301号民事判决书。

② 参见山东省青岛市中级人民法院(2020)鲁02民终12876号民事判决书。

③ 参见山东省青岛市城阳区人民法院(2014)城民初字第1287号民事判决书。

④ 参见北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第13273号民事判决书。

⑤ 参见广东省广州市白云区人民法院(2016)粤0111民初9315号民事判决书。



的利益平衡，也破坏了当地养老送终的良俗<sup>①</sup>。在类似的裁判中，法官必须考虑到习惯法的适用价值，以令人信服的结果和说理提高司法公信力，达到法律效果与社会效果的统一。

第二，实用主义追求的效率目标是法官模糊适用的缘由。当前，我国法院的内部管理仍存在较强的效率导向，提高纠纷解决的效率依然是法院的重要目标。在这一目标设定下，结案率的考核权重不断提升，审限管理日趋增强，办案效率成为各类奖励制度的主要标准<sup>[40]</sup>。在案多人少的背景下，处于科层制约束中的法官，面临着较大的审限压力。然而，清晰地释明和适用习惯法需耗费较高的时间成本。习惯法具有内生性、多元性、地域性的特征，法官主动适用习惯法需要经历识别、判断、确认、证明等基本步骤。在特定审限内高效结案的目标迫使法官仅将习惯法作为一个强化说理的形式工具，而不耗费笔墨和时间剖析习惯法的含义和论证适用习惯法的正当性。

第三，实用主义逻辑对风险的规避塑造了法官间接适用习惯法的方式。由于分家析产纠纷的具体实践较为复杂，还可能会涉及二审甚至再审程序，发回重审率、改判率、错案率便成为影响法官行为的重要因素。不同法官对习惯法的掌握和认同程度、适用和把握尺度存在差异。基于这种考评体系，部分法官采取规避风险的策略，以间接的方式进行适用。在证据认定中，习惯法与民事诉讼法的证据规则相结合，以高度盖然性为标准，共同作为分家析产基本事实或证据的证明力大小的判断依据<sup>②</sup>。例如，将老人与长子共同生活的习惯与当事人提交的证据结合，证明原告对房屋作出的贡献大小<sup>③</sup>。在辅助说理中，习惯法被转换为《民法典》继承编中的相关规则，对析产的客体和分配的份额进行认定<sup>④</sup>。法官并非锚定习惯法，而是通过辅助论证的方式，将习惯法包裹上制定法的外衣，从而维护制定法的权威，同时也证成习惯法的合法性与正当性。综上，习惯法未在司法实践中肆意弥散或是有所僭越，是因为其司法适用被限定在公序良俗与国家制定法的框架中。而正是为了与实用主义的结果导向、效率目标和风险规避相协调，作为法律渊源的习惯法在司法适用中才处于形式上确定而实质上不确定的境地。

### （三）程序原因

我国长久存在重实体、轻程序的传统。在民事诉讼职权主义审判模式下，法官始终占据着主导性、支配性的地位，当事人的地位相对消极和被动，不利于事实的查明和审判水平的提升<sup>[41]</sup>。然而，即便让民事诉讼制度朝向当事人中心的范式改革迈进，由于我国诉讼当事人对诉讼程序相对陌生，缺乏掌控力，也容易混淆程序与结果<sup>[42]</sup>，使得习惯法的适用效果依然不尽如人意。现阶段，审判过程中的习惯法适用程序规范尚不完善，适用的程序层面较为薄弱。

一方面，援引习惯法的当事人必须承担相应的举证责任，其提交的证据的真实性、合法性与关联性直接关系到习惯法是否被法院适用。注释法学派认为作为事实的习惯应由当事人负责举证，19世纪历史法学派主张习惯与成文法一样由法院依职权适用，德国一般学说则认为法院不知习惯存在时，应由当事人举证<sup>[43]</sup><sup>309</sup>。现阶段，我国的司法实践中，若当事人主动援引了习惯法，则不仅需要证明其援引的习惯法在当地稳定存在、受到认可，还需要将习惯法与案情事实结合，向法院证明自身诉求的合理性。但是在不少案例中，分家析产的时间相对久远，证据不足或证明力弱，无法为习惯法的适用提供有力的支撑。例如，在判断分家协议的效力时，原告主张依照当地农村习惯，须分家人到场并达成合意，在中间人的见证下由执笔人按照分家人的人数书写分家单。法院认为案涉分家单上缺失被告的签名、捺印，分家见证人未出庭作证，其他证据亦不足以证明分家单的真实性，据此分家单无效<sup>⑤</sup>。法院对习惯法不予认可并非是由于援引的不恰当或习惯法自身的不确定，而是因为当事人提供的证据不足以支持习惯法的适用，出于程序方面的考虑，法官无法在个案中对习惯法予以肯定性评价。

另一方面，在分家析产纠纷中，还会涉及多重法律关系、不同的纠纷解决路径与法院受案范围的问题

① 参见山东省青岛市中级人民法院（2006）青民一终字206号民事判决书。

② 参见山东省东平县人民法院（2022）鲁0923民初957号民事判决书。

③ 参见北京市第一中级人民法院（2015）一中民终字第07096号民事判决书。

④ 参见北京市石景山区人民法院（2013）石民初字第4901号民事判决书；北京市石景山区人民法院（2013）石民初字第3081号民事判决书。

⑤ 参见河北省高级人民法院（2019）冀民申5871号民事裁定书。

题。部分纠纷有赖其他程序的处理,因此对于当事人援引的习惯法,实践也有法院并未予以回应,进而回避了习惯法的适用。比如,分家客体中对农村集体经济组织征收补偿款的分配争议,应由村民集体经济组织自行决定<sup>①</sup>。对宅基地使用权的争议,根据《中华人民共和国土地管理法》之规定,由当事人协商解决;协商不成的,由人民政府处理<sup>②</sup>。在此类情形下,法院虽然认可习惯法的法律渊源地位,但在个案情形下,依然产生了因程序导致的习惯法无效援引和无法适用的问题,客观上妨碍了习惯法作用的实质性发挥。

#### 四、习惯法司法适用的完善

习惯法在当代社会具有旺盛的生命力,但在司法适用中尚存在不足。习惯法本身的开放性与法官适用的方式均加剧了适用的不确定性,法院对于诉讼当事人援引习惯法的驳斥和回避也可能会削弱习惯法在司法中的实效性。习惯法的司法适用涉及多重时空与多元关系,因此,有必要将其置于国家与社会治理的架构中综合衡量,提出完善的建议,为推动我国审判工作现代化保驾护航。

##### (一) 适用前提的完善

其一,强化习惯法在民事审判中的法源地位。《日本商法典》第一条规定:“关于商事,本法中无规定者适用商习惯,无商习惯者适用民法。”这体现了习惯法优于制定法的适用效力<sup>[44]</sup>。在我国国家父主义立场的传统实践中,习惯法时常处于尴尬的境地,当事人的意思自治不一定能得到法院的肯定。因此,必须重视习惯法的法源地位。对于制定法没有规定的空白地带,应当加强习惯法的适用,增进法院对当地习惯法的识别和理解能力;对于制定法中的原则性规定,应当运用习惯法因地制宜地对笼统的规范进行解释和细化,使习惯法与国家制定法能够并行不悖;对于民族自治地方的特殊习惯,可以结合民族习惯,制定变通性的自治条例或单行条例,或在司法解释中弥补制定法的缺陷。

其二,整合习惯法与国家制定法的规定,提高司法适用的连贯性。我国各地的习惯法种类繁多、效力不一,诉讼当事人对习惯法的援引主张与习惯法的司法适用无法同频共振,法院需要耗费精力审慎查明地域性、内部性、自发性的习惯,这就直接制约了人民法院对习惯法的适用。汇编整理民族习惯兼具历史学、社会学和法学多元价值,有利于历史传承和规范适用<sup>[45]</sup>。以地区或民族为类别,总结当地生产生活中的习惯,能够为人民法院适用习惯法提供明确的指引;以不同的领域为依托,归纳习惯法司法适用的既有案例,提炼现有的实务裁判经验,防止法院以和稀泥式的策略援引习惯法,杜绝习惯法适用的主观随意性和矛盾性,尊重地区差异和自由裁量权的同时,保证法院对习惯法适用的稳定性、统一性和连贯性。

##### (二) 适用技术的完善

第一,确立习惯法司法适用的识别标准。本文总体上赞成以三个要件构成识别标准:一是确保当事人没有表达排除习惯法适用的意思;二是确保所调整的法律关系并无对应的、具体的制定法规定;三是确保习惯法的适用不违背公序良俗<sup>[46]</sup>。但需要强调的是,部分诉讼当事人可能会辩称应以制定法为裁判依据,而不应适用传统的风俗习惯进行裁判,否则属于适用法律的错误<sup>③</sup>。对于这类诉求,不能直接认定为当事人排除了当地习惯法的适用,应当对于习惯法是否长期存在于当地范围内、是否为当地群众普遍知悉、是否稳定运行于实践中、是否形成了确信力进行判别。此外,法官还应当仔细甄别习惯法与制定法以及与案情之间的关联关系,以确保习惯法识别的准确性和真实性。

第二,完善习惯法司法适用的解释,加强裁判文书的说理。调查显示,诉讼参加人对裁判文书不满意的主要原因之一是对文书说理的不认同,大多数诉讼参与人认为说理部分过于简单,没有展开论述<sup>[47]</sup>。由于习惯法复杂多样,抽象的、形式化的适用无益于法律意识的塑造,反而会给诉讼当事人带来困扰,削弱司法公信力。以外嫁女分家析产的判决为例,一些法院遵循了女子无权获得家产份额的习惯;另一些法

① 参见江苏省泗阳县人民法院(2012)泗民初字第0793号民事裁定书。

② 参见河北省正定县人民法院(2020)冀0123民初84号民事裁定书;河北省石家庄市中级人民法院(2020)冀01民终6777号民事裁定书。

③ 参见福建省厦门市中级人民法院(2021)闽02民终838号民事判决书;北京市高级人民法院(2014)高民申字第03574号民事裁定书。

院则根据制定法中继承相关规定,适用男女平等的分产原则;还有一些法院自由裁量,酌情分配。例如,法院认为,贾某早已出嫁,提出分割家庭共同财产有悖习惯,但考虑到她对母亲的多年照料和对家庭的贡献,应当分得适当份额<sup>①</sup>。这种不一致的处理方式容易引发习惯法适用的争议。法律应当对行为个体发挥指引作用,对一般公众发挥教育作用。司法判决是法律运行的重要载体,是公众对于法律的认知从想象走入现实的路径,对习惯法和制定法的理解有赖于裁判文书的释明说明。如果不详细阐述习惯法的内涵、价值功能、在案件中适用或不适用的原因,会加剧不同话语体系之间的逻辑差异。因此,加大习惯法在司法适用中的解释力度,强化裁判文书的说理,是推动习惯法的实质化适用、提高审判水平的必然要求。

第三,细化习惯法适用的程序规则。诉讼当事人对程序认识不足、证据意识不强,更需要详尽的程序规则,以推动习惯法在司法中的适用。在举证环节,当事人应通过证人证言、习惯法固定的载体、习惯法日常运用的频率等方式对其援引的习惯法进行证明,但对于社会公众知悉、运用广泛、共识度高的普适性习惯法,也应适当减轻或免除当事人的举证责任。同时发挥法官的能动性,通过主动调查、经验推理等方式对习惯法予以认定。在质证环节,无论当事人主张适用习惯法还是法官依职权适用习惯法,法官均应引导当事人,针对习惯法存在与否、习惯法的内容以及与案件的关联性、案件是否应适用习惯法等争议焦点让原被告双方展开充分的辩论<sup>[48]</sup>。对于当事人以一审法院不应适用习惯法进行判决提起的上诉案件,法院应着重考虑双方举证与质证的意见,给予更为翔实的回应,从而增强习惯法适用的解释力度。

### (三) 适用保障的完善

处于结构性约束中的法官将习惯法作为审判的资源,只要利于案件的处理,既可能适用习惯法,也可能回避习惯法,还可能以习惯法对抗国家制定法。这种实用主义的态度显示出法官行动的不确定性<sup>[49]</sup>。这种不确定性影响了司法的权威性和统一性。欲在司法裁判中释放出习惯法的潜质,还必须注重调整司法适用的模式,使习惯法在司法适用中从模糊到清晰、从回避到主动、从机械到能动。不合理的考核激励机制与权责不对等的司法责任制度固化了科层制的弊病,制约了习惯法的有效适用,必须予以调整优化,以适应审判现代化的发展,从而为习惯法的司法适用提供更加全面的保障。

首先,健全考核激励机制。效率和公正司法追求的两大价值,但应当对刚性的结案率、上诉率等考核导向进行柔性的处理。必须在实现公正的基础上,提高司法审判的效率,不能仅为了高效结案,而对习惯法的识别、认定和说理含糊其辞,最终导致案结事未了的现象。去行政化、去官僚化的管理体制改革有助于法官专注审判工作,科学化、合理化的评价体系可以激发法官的能动性,落实薪酬和晋升保障有利于对习惯法模糊适用的方式进行纠偏,以此最大限度地推动纠纷实质性化解。

其次,完善司法追责机制。部分地区司法问责泛化的问题较为突出。对于被改判的案件,即便是由于法律适用的不同理解,也可能对法官的职业生涯造成影响<sup>[50]</sup>。这就导致法官存在思想包袱,在适用习惯法时愈发谨小慎微、机械僵化。细化责任追究机制,对于习惯法的不同理解和适用引致的案件改判不能一概而论,应当具体、客观地看待,减轻法官援引习惯法的责任压力,形成权责统一的审判权运行机制,从而避免法官过分注重实用性逻辑,将习惯法作为形式化工具,而忽略了其实质的内容和效果。

最后,优化诉前调解机制。许多纠纷常常通过当地的习惯法来解决,最终提交到法院的纠纷总量并不多<sup>[51]</sup>。而在法院处理的案件中,又有许多争端通过调解的程序化解。相比诉讼,调解既能高效稳妥结案,又能在法治的限度内为当事人创造更大的讨价还价空间。因此,应当完善诉调衔接,推动诉源治理,提高司法技艺,将习惯法与规约、民俗、生活经验以及制定法综合协调适用,灵活地解决纠纷,维护公平正义。

## 五、结 论

在全面依法治国的进程中,我国司法审判工作已经有了长足的进步,对习惯法的重视程度日益提升。如何将本土化资源与地方性知识引入司法实践中,妥善化解纠纷,对于推进法治建设至关重要。笔者以分家析产纠纷案例为基础,梳理了习惯法在司法适用中的样态,并基于适用的特征提出了两个核心问题。一是为何法院在裁判中承认习惯法的法源地位并主动适用的同时,却不认可当事人对习惯法的援引?二是为

<sup>①</sup> 参见河南省郑州市中级人民法院(2012)郑民一终字第409号民事判决书。

何在习惯法在司法活动中发挥的作用存在不确定性?

从习惯法司法适用背后的逻辑根源出发,原因在于:在制度层面,习惯法具有法理和功能意义上的法源地位,这一地位在我国在法律制度和法律实施中得到了重视,习惯法与国家制定法之间的冲突性减弱,耦合性增强;但与此同时,在习惯法变迁的过程中,外延的开放性加大了习惯法对象、内涵与效力的不确定性,限制了习惯法在司法中的作用发挥。在主体层面,法官和当事人对于习惯法的理解存在偏差,专业知识欠缺的当事人未能明确习惯法的适用前提,也没有将习惯法与制定法、法律事实有机融合,而考虑结果、效率和风险的法官适用习惯法时又时常模棱两可,最终导致习惯法的适用存在实质上的不确定性。在程序层面,由于举证责任的分配失衡、证明力度的不足以及适用程序的不完善,出现了大量无效援引和无法适用习惯法的场景,习惯法作为司法渊源的作用未得到最大程度地发挥。基于此,当代习惯法的司法实践有必要在适用前提、适用技术和适用保障上加以完善。习惯法的研究既应回望传统,梳理其内涵和地位又要观照当下,关注习惯法与国家制定法的互动,还应面向未来,注重习惯法司法适用的变迁趋势。不过,本文的素材均来自裁判文书,当事人在法庭上的言行、人们法律意识变迁以及不同地域多元的文化差异等要素不在本文的论证范围内,有待以访谈、调研的方式进一步贡献洞见。

#### 参考文献:

- [1] 梁治平. 清代习惯法: 社会与国家 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.
- [2] 张琼文. 习惯法的严格概念与类型——兼与陈景辉教授商榷 [J]. 法学, 2019 (11): 136-151.
- [3] 周相卿. 中西方关于习惯法含义的基本观点 [J]. 贵州大学学报(社会科学版), 2007 (6): 13-19.
- [4] 刘顺峰. 习惯何以成为法律——基于法人类学的考察 [J]. 甘肃社会科学, 2023 (3): 102-109.
- [5] 高其才. 当代中国民族自治地方法规中的习惯 [J]. 法学杂志, 2012, 33 (10): 48-55.
- [6] 高其才. 习惯法的当代传承与弘扬——来自广西金秀的田野考察报告 [J]. 法商研究, 2017, 34 (5): 3-13.
- [7] 余贵忠. 少数民族习惯法在森林环境保护中的作用——以贵州苗族侗族风俗习惯为例 [J]. 贵州大学学报(社会科学版), 2006 (5): 35-41.
- [8] 高成军. 转型社会的习惯法变迁——学术理路的考察及反思 [J]. 甘肃政法学院学报, 2018 (6): 44-57.
- [9] 高其才, 陈寒非. 调查总结民事习惯与民法典编纂 [J]. 中国法律评论, 2017 (1): 92-104.
- [10] 李可, 邓昆鹏. 民法典背景下“习惯”的法源地位及可能趋势 [J]. 哈尔滨工业大学学报(社会科学版), 2022, 24 (3): 22-29.
- [11] 彭诚信. 论《民法总则》中习惯的司法适用 [J]. 法学论坛, 2017, 32 (4): 24-34.
- [12] 张佩国. 制度与话语: 近代江南乡村的分家析产 [J]. 福建论坛(人文社会科学版), 2002 (2): 43-48.
- [13] 孙国华. 法学基础理论 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1987.
- [14] 张文显, 杜宴林. 法理学: 第五版 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2018.
- [15] 奥斯丁. 法理学的范围 [M]. 2版. 刘星, 译. 北京: 北京大学出版社, 2013.
- [16] 高其才. 生活中的法: 当代中国习惯法素描 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2021.
- [17] 高其才. 法理学 [M]. 3版. 北京: 清华大学出版社, 2015.
- [18] 张骐, 孙宪忠, 侯猛. “新时代人民法院能动司法”笔谈 [J]. 中国应用法学, 2023 (4): 9-23.
- [19] 雷磊. 重构“法的渊源”范畴 [J]. 中国社会科学, 2021 (6): 147-167, 207.
- [20] 张晓萍, 韩江瑜. 论民间法的法源地位 [J]. 山东警察学院学报, 2011, 23 (3): 48-53.
- [21] 李可. 论习惯法的法源地位 [J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2005 (6): 23-30.
- [22] 彭中礼. 法律渊源词义考 [J]. 法学研究, 2012, 34 (6): 49-67.
- [23] 雷磊. 法律渊源、法律论证与法治 [J]. 社会科学战线, 2023 (1): 204-215.
- [24] 欧根·埃利希. 法社会学原理 [M]. 舒国滢, 译. 北京: 商务印书馆, 2022.
- [25] 高其才. 认可、吸纳与空漏:《民法总则》对习惯的规范及完善 [J]. 江海学刊, 2017 (5): 125-133.
- [26] 高其才. 民法典中的习惯法: 界定、内容和意义 [J]. 甘肃政法大学学报, 2020 (5): 19-28.
- [27] 王利明. 论习惯作为民法渊源 [J]. 法学杂志, 2016, 37 (11): 1-12.
- [28] 谢晖. 论我国地方立法基于民间法的创制 [J]. 法学杂志, 2019, 40 (11): 1-15.
- [29] 张剑源. 家庭本位抑或个体本位? ——论当代中国家事法原则的法理重构 [J]. 法制与社会发展, 2020, 26 (2): 137-149.
- [30] 礼记 [M]. 郑州: 中州古籍出版社, 2010.
- [31] 阎云翔. 私人生活的变革 [M]. 龚小夏, 译. 上海: 上海人民出版社, 2017.

- [32] 谢晖. 当代中国的乡民社会、乡规民约及其遭遇 [J]. 东岳论丛, 2004 (4): 49-56.
- [33] 塔玛纳哈. 法律多元主义阐释——历史、理论与影响 [M]. 赵英男, 译. 北京: 商务印书馆, 2023.
- [34] MERRY S E. Getting justice and getting even: legal consciousness among working-class Americans [M]. Chicago: University of Chicago Press, 1990.
- [35] 孙笑侠. 中国传统法官的实质性思维 [J]. 浙江大学学报 (人文社会科学版), 2005 (4): 5-12.
- [36] BERREY E, HOFFMAN S G, NIELSEN L B. Situated justice: a contextual analysis of fairness and inequality in employment discrimination litigation [J]. Law & Society Review, 2012, 46 (1): 1-36.
- [37] 吉尔兹. 地方性知识 [M]. 王海龙, 张家瑄, 译. 北京: 中央编译出版社, 2000.
- [38] 波斯纳. 法官如何思考 [M]. 苏力, 译. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- [39] 卡多佐. 司法过程的性质 [M]. 苏力, 译. 北京: 商务印书馆, 2005.
- [40] 于龙刚. 制度与社会约束下的法官行为——以基层法院的离婚纠纷解决为经验 [J]. 法制与社会发展, 2022, 28 (3): 105-125.
- [41] 余庆斌. 民事诉讼应该从职权主义向当事人主义转变 [J]. 社会科学研究, 1994 (3): 48-50, 67.
- [42] XIN H, JING F. Unfamiliarity and procedural justice: litigants' attitudes toward civil justice in southern China [J]. Law & Society Review, 2021, 55 (1): 104-138.
- [43] 王伯琦. 近代法律思潮与中国固有文化 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2005.
- [44] 高其才. 论人民法院对民事习惯法的适用 [J]. 政法论丛, 2018 (5): 83-92.
- [45] 汪燕, 刘洁. 民族习惯司法适用的实证考察——以427件案件为分析对象 [J]. 广西民族研究, 2020 (3): 20-29.
- [46] 金秀丽. 论习惯的司法适用问题 [J]. 学术交流, 2017 (11): 92-103.
- [47] 胡昌明. 中国基层法院司法满意度考察——以民事裁判文书为对象的实证分析 [J]. 山东大学学报 (哲学社会科学版), 2018 (5): 64-73.
- [48] 秦金星, 王美阳. 习惯法源条款适用的检视与修正 [J]. 山东法官培训学院学报, 2022, 38 (3): 76-87.
- [49] 施蔚然. 当代中国习惯法与国家司法关系的辩证思考——从对两个基层法院的访谈展开 [J]. 福建江夏学院学报, 2012, 2 (6): 55-62.
- [50] 金泽刚. 司法改革背景下的司法责任制 [J]. 东方法学, 2015 (6): 126-137.
- [51] 姚选民. 论民间法的场域公共秩序逻辑——基于广义法哲学视角之民间法的基石法理型构 [J]. 湖南大学学报 (社会科学版), 2021, 35 (6): 134-141.

## Judicial Application of Customary Law in Household Division Disputes: An Empirical Study Based on 625 Adjudication Documents

PAN Xiangjun

(School of Law, Tsinghua University, Beijing 100084, China)

**Abstract:** The application of customary law in the judiciary can fill the gaps in the enactment of statute law and achieve both the legal and social effects. An analysis of 625 adjudication documents on household division disputes illustrates that customary law has a wide application. Meanwhile, judges mainly implement customary law on their own initiative and recognized litigants' invocation as a supplementary source, with an indirect and ambiguous application pattern. The roots lie in the characteristics of customary law itself, the differences in the subjects of application and the weakness of the procedures. Therefore, on the premise of application, customary law should be strengthened in the civil trial of the status of the source of law, and integrated with the provisions of national law. On the techniques of application, it is conducive to establish the identification criteria and improve the interpretation of customary law, enhance the reasoning of the judgement, as well as refine the procedural rules of adjudication. On the guarantees of application, the evaluation and incentive methods, the judicial accountability system and pre-litigation mediation mechanism should be optimized to jointly promote the enforcement of customary law in household division cases.

**Key words:** customary law; judicial application; household division; empirical research