



## GENEZA I ROLA ZWYCZAJU W NOWEJ CZĘŚCI OGÓLNEJ KODEKSU CYWILNEGO CHIŃSKIEJ REPUBLIKI LUDOWEJ

### 1. Wprowadzenie

Wraz z wejściem w życie 1 października 2017 r. nowej Części Ogólnej przyszedł, bo zapowiedzianego na rok 2020 Kodeksu Cywilnego Chińskiej Republiki Ludowej (dalej: ChRL), odbyły w Chinach dyskusje na temat roli zwyczaju we współczesnym chińskim porządku prawnym. Dlatego też warto przyrzeć się bliżej tej kwestii. Nim przejdę jednak do rozważań dotyczących roli zwyczaju na gruncie prawa chińskiego, najpierw postaram się omówić węzłowe kwestie dotyczące pozycji zwyczaju i jego roli w polskim prawie cywilnym. Takie rozwiązanie, dające możliwość zastosowania metody komparatystycznej w ujęciu prawnym, pozwoli mi później w bardziej przejrzysty sposób wytłumaczyć chiński sposób patrzenia na kwestie zwyczaju w prawie prywatnym. Następnie przedstawię zarys tematyki zwyczaju i prawa zwyczajowego w historii chińskiego prawa cywilnego, co pozwoli lepiej zrozumieć chińską specyfikę stosowania, jak również uświadomić jak wielkie jest zróżnicowanie zwyczajów na terenie Państwa Środka. Zaś ostatnią część poświęcę współczesnej regulacji, dotyczącej kwestii zwyczaju, zawartej w art. 10 Części Ogólnej Prawa Cywilnego ChRL z 2017 roku, zwracając szczególną uwagę na sposób jej interpretowania zarówno przez naukowców, jak i sędziów w Chinach.

### 2. Status zwyczaju w polskim prawie cywilnym

Na samym wstępie należy podkreślić, że obecnie w polskim prawie nie ma żadnego przepisu, który pozwalałby na traktowanie zwyczaju *per*

---

\* Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, Wydział Prawa i Administracji, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków, e-mail: igoszp@gmail.com.

se jako źródła prawa, jak miało to miejsce na przykład w dekreście z dnia 12 listopada 1946 r. Przepisy ogólne prawa cywilnego (dalej: Dekret)<sup>1</sup>. Artykuł 2 Dekretu przewidywał, że „zwyczaj może mieć moc przepisu ustawy, jeżeli jest powszechny w państwie”<sup>2</sup>. Nie zmienia to jednak faktu, że choć zwyczaje nie stanowią samodzielnego źródła prawa, to jednak odsyłają do nich bezpośrednio normy prawa stanowionego<sup>3</sup>, między innymi te zawarte w przepisach Kodeksu cywilnego (dalej: k.c.)<sup>4</sup>. Krzysztof Trzcíński definiuje zwyczaj jako: „pewien wzorzec postępowania, postaw, pewną powtarzającą się w określonym miejscu, środowisku i stosunkach społecznych praktykę zachowania się”<sup>5</sup>. Z perspektywy prawa cywilnego istotny jest zwyczaj, który jest wspólny dla pewnej grupy ludzi oraz przez nią praktykowany, większego znaczenia nie ma zaś zwyczaj właściwy tylko dla jednej, konkretnej osoby, przez nią ukształtowany i stosowany<sup>6</sup>. Choć w przeszłości proces kształtowania się zwyczajów zwykle był długotrwały, to z perspektywy współczesnego obrotu prawnego nie ma już konieczności ustalenia konkretnego przedziału czasowego jego stosowania, ważniejsza wydaje się być jednak kwestia jego dostatecznego utrwalenia w danej społeczności<sup>7</sup>. Warto zauważyć, że we współczesnym orzecznictwie polskich sądów wciąż można zauważyć tendencję do uwzględniania norm zwyczajowych, w razie braku odpowiednich przepisów prawa, co ma na celu m.in. usprawnienie obrotu gospodarczego<sup>8</sup>. Problemem może być tu kwestia, czy ustalona orzecznicza praktyka sądowa odnosząca się do pewnych rodzajów zachowań może być

<sup>1</sup> M. Safjan [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2012, s. 222–223.

<sup>2</sup> Dekret z dnia 12 listopada 1946 r. Przepisy ogólne prawa cywilnego (Dz.U. z 1945 r. Nr 67, poz. 369).

<sup>3</sup> M. Safjan, *System...*, s. 226–227.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1495), np. art. 56, art. 69 czy art. 354 k.c.

<sup>5</sup> K. Trzcíński, *Zwyczaj i prawo zwyczajowe jako źródła prawa prywatnego*, „Rejent” 1998, nr 3, s. 159.

<sup>6</sup> A. Żurawik, *Dobre obyczaje a zwyczaje, zasady współżycia społecznego i dobra wiara: ujęcie teoretyczne*, KPP 2007, nr 4, s. 202.

<sup>7</sup> K. Trzcíński, *Zwyczaj...*, s. 160.

<sup>8</sup> G. Kowalski, *Zwyczaj i prawo zwyczajowe w doktrynie prawa i praktyce sądów miejskich karnych w Polsce (XVI–XVIII w.)*, Kraków 2013, s. 181–182.

określona mianem zwyczaju. Należy podkreślić w tym miejscu, że wbrew pozorom, jest to niezwykle istotne pytanie o rolę orzeczeń sądowych, jako zwyczaju *per se*, szczególnie z perspektywy analizowanych w dalszej części artykułu zagadnień dotyczących chińskiego systemu prawa prywatnego. Polska doktryna stoi raczej na stanowisku, że ukształtowanie się pewnej linii orzeczniczej czy też utrwalenie pewnych kierunków wykładni niektórych instytucji prawnych, nie może zostać uznane za zwyczaj, w takim rozumieniu, w jakim możemy go spotkać na gruncie polskiego prawa cywilnego<sup>9</sup>. Taki pogląd doktryny uzasadnić można zamkniętym katalogiem z art. 87 i n. Konstytucji RP<sup>10</sup>, wykluczającym traktowanie orzeczeń sądowych zarówno jako zwyczaju, jak i źródeł prawa<sup>11</sup>. Jest on zrozumiały, jednakże moim zdaniem, gdyby pewna utarta linia orzecznicza została uznana za zwyczaj, to mogłoby to pozytywnie wpłynąć nie tylko na jednolitość orzecznictwa w danej sprawie, ale również zwiększyłoby to pewność obrotu gospodarczego. Zdaniem Marka Zirk-Sadowskiego zważając na fakt, że język przepisów prawnych pełni w tym samym czasie wiele funkcji, a znaczenie aktów komunikacji uzależnia się od reguł interpretacji kulturowej oraz kontekstów pozajęzykowych (a zatem też zwyczajów), formalizm rozumowania prawniczego jest w stanie w pewien sposób ograniczyć problemy wiążące się z interpretacją prawa, ale nie może ich całkowicie usunąć<sup>12</sup>. Z powodu częstej nieostrości i niejasności prawa pomocne jest kierowanie się liniami orzeczniczymi wypracowanymi przez sądy wyższe, bez formalnego związania sądów niższych w hierarchii wcześniejszym orzeczeniem sądu wyższego, czyli decyzjami niewiązującymi ich formalnie<sup>13</sup>, a wynikającymi – moim zdaniem – właśnie z wykształconego zwyczaju. A przecież to właśnie odesłanie do zwyczaju w Kodeksie Cywilnym znajduje się w kluczowych dla tego obrotu

<sup>9</sup> M. Safjan, *System...*, s. 219–220.

<sup>10</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

<sup>11</sup> M. Tenenbaum, *Instytucja żądanku w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2008, s. 164.

<sup>12</sup> T. Stawecki, *Precedens w polskim porządku prawnym. Pojęcie i wnioski de lege ferenda* [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 82.

<sup>13</sup> M. Zirk-Sadowski, L. Morawski, *Precedents in Poland* [w:] red. D.N. MacCormick, R.S. Summers, *Interpreting precedents. A comparative study*, Dartmouth 1997, s. 245.

artykułach<sup>14</sup>, tj. dotyczących: skutków czynności prawnej (art. 56 k.c.), wykładni oświadczenia woli (art. 65 § 1 k.c.), milczącego zawarcia umowy (art. 69 k.c.) oraz określenia sposobu wykonania zobowiązania przez dłużnika (art. 354 § 1 k.c.). Szczególnie istotny z wymienionych przepisów wydaje się być art. 56 k.c., ponieważ daje on podstawę do precyzowania treści stosunku zobowiązaniowego za pomocą zwyczaju, również wtedy, kiedy brakuje takiego wskazania bezpośrednio w przepisie<sup>15</sup>.

Ta analiza potwierdza, że zwyczaj wciąż pełni w polskim prawie cywilnym XXI wieku ważną rolę, szczególnie w obrocie gospodarczym<sup>16</sup>, pomimo tego, że sam z siebie nie stanowi on powszechnie obowiązującego źródła prawa i wydawałoby się na pierwszy rzut oka, że w kulturze prawa stanowionego, jest on już jedynie reliktem przeszłości. Jest ona również dobrą podstawą do dalszych rozważań skupionych już na prawie chińskim.

### 3. Prawo zwyczajowe i zwyczaj w historii chińskiego prawa cywilnego

W okresie Chin dynastycznych prawo cywilne nie zostało w sposób całościowy spisane, dlatego też stosunki społeczne były normowane głównie przez stare zwyczaje i tradycje, co nie znaczy jednak, że obowiązywały one jednolicie na obszarze całego kraju<sup>17</sup>. Część naukowców uważa, że zwyczaje w prawie cywilnym w Państwie Środka charakteryzują się niezwykle wręcz stopniem skomplikowania i rozdrobnienia, co utrudnia ich wyczerpujące opisanie<sup>18</sup>. Taki pogląd zakorzenił się mocno nawet w samym języku chińskim, za sprawą powiedzenia „trzy różne wiatry, pięć odmiennych zwyczajów” (三里不同风, 五里不同俗 *san li bu tong feng, wu li bu tong su*), które podkreśla różnorodność zwyczajów i często ich ograniczony miejscowo zakres stosowania w Chinach, charakterystycznych

<sup>14</sup> K. Trzeciński, *Zwyczaje...*, s. 168.

<sup>15</sup> Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2014, s. 6.

<sup>16</sup> K. Trzeciński, *Zwyczaje...*, s. 170.

<sup>17</sup> A. Kość, *Prawo a etyka konfucjańska w historii myśli prawnej Chin*, Lublin 1998, s. 198.

<sup>18</sup> M. Huang, *Mínfǎ shìyòng jīběn wèntí yánjiū*, Pekin 2004 (黄明耀, 民法适用基本问题研究, 北京 2004), s. 183.

czasem tylko dla pojedynczych wiosek lub miast<sup>19</sup>. Brak ich ujednoczenia wykształcił w chińskim społeczeństwie konieczność do rozwinięcia autonomicznych zbiorów zasad postępowania, a w kwestiach prawa prywatnego doszło do wykształcenia odrębnego od państwowych sądów systemu rozwiązywania konfliktów<sup>20</sup>. Sporne sprawy często zamiast do cesarskich urzędników, trafiały przed oblicze naczelników wioski, starszyzny czy głów rodów w przypadku klanu, którzy starali się doprowadzić do ugody pomiędzy zwaśnionymi stronami<sup>21</sup>. Warto w tym miejscu podkreślić, że prawo cywilne okresu dynastycznego zdecydowanie stanowiło odbicie cech społeczeństwa rolniczego, a najważniejszą jego częścią było prawo rzeczowe dotyczące m.in. zasad wykorzystywania, nabywania i zbywania gruntów<sup>22</sup>. System prawa zwyczajowego według niektórych autorów przeszedł do historii wraz z recepcją praw państw zachodnich, a także zmianą ustroju z cesarstwa na republikę spowodowanego rewolucją *Xinbai* w 1911 roku<sup>23</sup>. Zdaniem Chen Lei najważniejsza część transformacji prawnej Chin na modłę europejskich krajów prawa stanowionego ma swoje historyczne korzenie trochę wcześniej, bo w czasach późnej dynastii Qing (lata 1902–1911)<sup>24</sup>. Jednak stwierdzenie, że prawo zwyczajowe i szeroko pojęty zwyczaj przestał odgrywać istotną rolę w życiu chińskiego społeczeństwa byłoby błędne, szczególnie z uwagi na liczne spory o prawo zwyczajowe, jakie toczyły się przed sądami w okresie Republiki Chińskiej, na przykład te związane ze zwyczajami dotyczącymi pochówku<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> S. Yao, *Mínsì xíguàn zài míngguó sīfǎ shíjiàn zhōng de yùnyòng jí qí qǐshì—yǐ fēngshuǐ xíguàn wéi lì*, JBIT 2018, nr 3 (20), 姚澍, 民事习惯在民国司法实践中的运用及其启示—以风水习惯为例, 《北京理工大学学报(社)》s. 139.

<sup>20</sup> A. Kość, *Pravo...*, s. 197.

<sup>21</sup> S. Kordasiewicz, *Historyczna i międzynarodowa perspektywa mediacji* [w:] *Mediacje. Teoria i praktyka*, red. E. Gmurzyńska i R. Morek, Warszawa 2014, s. 42.

<sup>22</sup> A. Kość, *Pravo...*, s. 199.

<sup>23</sup> P.R. Luney, *Traditions and Foreign Influences: Systems of Law in China and Japan*, LCP 2012, nr 2 (52), s. 130–131.

<sup>24</sup> L. Chen, *The Historical Development of the Civil Law Tradition in China: A Private Law Perspective*, LHR 2010, nr 72, s. 160.

<sup>25</sup> S. Yao, *Mínsì...*, s. 133–134.

W latach 1912–1929 Sąd Najwyższy Republiki Chińskiej nadal stosował zwyczaj jako podstawę orzeczeń cywilnych, a jego wyraźne zalecenia, by sędziowie badali prawdziwe intencje działań prawnych oraz brali pod uwagę zmieniające się stosunki społeczne, wskazują na świadomy wysiłek, aby wziąć pod uwagę zmieniającą się moralność i normy społeczne, które stanowiły podstawę ciągłej interakcji między teorią, a praktyką prawniczą<sup>26</sup>. Zwłaszcza gdy sam Kodeks Cywilny Republiki Chińskiej z 1930 r. stanowił połączenie chińskiej tradycji prawnej, lokalnych zwyczajów i zmieniających się norm społecznych, zamykając je w metaforycznych ramach przepisów, których źródłem była europejska tradycja prawna<sup>27</sup>.

Dlatego też, na zastosowanie zwyczaju w tych sprawach, których nie regulowało bezpośrednio prawo, zezwolił art. 1 Kodeksu Cywilnego Republiki Chińskiej z roku 1930<sup>28</sup>. Zakładał on system trzech źródeł: prawo – zwyczaj – ogólne zasady prawa, w którym w sprawach nieuregulowanych przez prawo, można było zastosować zwyczaj, a w razie braku odpowiedniego zwyczaju, należało kierować się ogólnymi zasadami, które funkcjonują w systemie prawnym<sup>29</sup>. Przepis ten, który otwierał zastosowanie zwyczaju w systemie prawa stanowionego, był bezpośrednią implementacją art. 1 szwajcarskiego Kodeksu Cywilnego z 1907 roku (dalej: ZGB), choć zastąpiono prawo zwyczajowe obecne jako źródło prawa w ZGB, zwyczajem, który w ZGB nie występował<sup>30</sup>. Co ciekawe, korzyści płynące z jego recypowania nie były oczywiste i w innych krajach kwestia ta budziła czasem pewne kontrowersje, np. w Turcji, która do swojego kodeksu cywilnego z roku 1926<sup>31</sup> recypowała w niemal niezmienionej

---

<sup>26</sup> X. Xu, *Law Custom, and Social Norms: Civil Adjudications in Qing and Republican China*, LHR 2018, 1 (36), s. 103.

<sup>27</sup> Tamże.

<sup>28</sup> Y. Ding, *Shìyòng mínfǎ zōngzé yīng chūlǐ hǎo wǔdà guānxì*, PCD 2018, (丁宇翔, 适用民法总则应处理好五大关系, 人民法院报, 31.01.2018), <https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/01/id/3195200.shtml>, 29.12.2018.

<sup>29</sup> F. Yu, *Mínfǎ zōngzé fǎ yuán tiáokuān de quēshī yǔ bǔchōng*, „Chinese Journal of Law” 2018, nr 1 (飞于, 民法总则法源条款的缺失与补充, 《法学研究》年, 第1期), s. 38.

<sup>30</sup> Y. Ding, *Shìyòng...*, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/01/id/3195200.shtml>, 29.12.2018 r.

<sup>31</sup> A. Adamczyk, M. Adamczyk, *Recepja Szwajcarskiego Kodeksu Cywilnego w Turcji. Rewolucja czy kontynuacja?*, RNP 2006, nr 2 (16), s. 163.

formie przepisy prawa szwajcarskiego, klauzula dotycząca zastosowania zwyczaju została pominięta. Obawiano się bowiem, że poprzez wpływy islamu na zwyczaje ludności, odwołanie to będzie przeczyć ideom wprowadzonego kodeksu cywilnego w stylu europejskim<sup>32</sup>. W Chinach w przeciwieństwie do Turcji kwestia ta nie budziła jednak większych kontrowersji w trakcie procesu kodyfikacji prawa cywilnego<sup>33</sup>. W Republice Chińskiej

Antoni Kość w swojej analizie zwrócił uwagę, że chociaż w art.1 KCRCCh odwołano się do klauzuli generalnej zwyczaju, to jednak w samym tekście ustawy można odnaleźć jedynie prawie niedostrzegalne wzmianki dotyczące chińskiego tradycyjnego prawa zwyczajowego<sup>34</sup>. Trzeba jednak podkreślić, że brak większej liczby przepisów dotyczących zwyczajów w kodeksie, wcale nie zmniejszył ilości spraw, w których były one stosowane. Koronnym przykładem mogą być spory będące konsekwencją chińskiej tradycji *feng shui*, która to nie tylko w przeszłości, ale i dziś jest niezwykle popularna i wciąż stosowana w Chinach<sup>35</sup>. Można w prosty sposób wyjaśnić to pojęcie jako sposób planowania przestrzeni w celu osiągnięcia pewnej harmonii, biorąc pod uwagę formy ukształtowania terenu, a także wzajemne położenie obiektów i punktów charakterystycznych<sup>36</sup>. *Feng shui* znane również pod nazwą geomancja, było tak ważne w chińskiej kulturze, że w słowniku symboli chińskich autorstwa Wolframa Eberharda możemy przeczytać, że „nikt nie zbudowałby domu ani nie wybrał miejsca pochówku bez uprzedniego zasięgnięcia porady u geomanty”<sup>37</sup>. Ziemia na której znajdowały się groby stanowiła w zwyczajowym chińskim prawie cywilnym *res extra commercium*, tzw. pola białe, a jej sprzedaż była wbrew zasadom konfucjanizmu, który nakazywał kult przodków oraz okazywanie szacunku zmarłym<sup>38</sup>. Zgodnie ze

<sup>32</sup> Tamże, s. 167–168.

<sup>33</sup> T. Chen, *Transplant of Civil Code in Japan, Taiwan, and China: With the Focus of Legal Evolution*, NTULR 2011, nr 1 (6), s. 401.

<sup>34</sup> A. Kość, *Rozwój prawa w czasie Republiki Chińskiej (1912-1949)*, CN 2000, nr 9–10, s. 134.

<sup>35</sup> S. Yao, *Mínshì...*, s. 133.

<sup>36</sup> Tamże, s. 133.

<sup>37</sup> W. Eberhard, *A Dictionary of Chinese Symbols*, Londyn, Nowy Jork 2006, s. 147.

<sup>38</sup> A. Kość, *Prawo...*, s.199.

zwyczajem zmarli powinni zostać pochowani w specjalnie wybranych przez geomantę miejscach, a jeśli zwyczaj ten zostałby zaniedbany, istniało w mniemaniu ówczesnej ludności niebezpieczeństwo, że przodkowie nie będą mogli zaznać spokoju po śmierci, zaś ich potomkowie byliby z tego powodu nękani przez pech i wszelkiego rodzaju nieprzyjemności<sup>39</sup>. Rodziło to wiele spornych sytuacji, zdarzały się przypadki niszczenia po cichu grobów, by sprzedać grunt jako w pełni zdalny do użytku, czy na przykład składano do sądu fałszywe oskarżenia, oskarżając członków dalszej rodziny o podmienienie szczątków w grobowcach<sup>40</sup>.

W kulturze chińskiej wokół grobu zwyczajowo sadzono drzewa<sup>41</sup>, jednak w historii Państwa Środka ta tradycja budziła czasem spory. W 1948 roku miała miejsce przed sądem w Prowincji Hunan sprawa *Wu Shilin* przeciwko *Li Qingsong*, a dotyczyła ona ścięcia krzewu wończy<sup>42</sup> należącego do powoda przez pozwanego *Li Qingsong*, który to uważał, że krzew posadzony w odległości 7 *chi*<sup>43</sup> od należącego do niego rodzinnego grobu zaburzał przepływ energii *feng shui*, a zatem miał on pełne prawo go ścinać<sup>44</sup>. Art. 2 ówczesnego KCRCh z 1930 r. zakazywał używać zwyczaju, jeśli naruszał on porządek publiczny lub był sprzeczny z zasadami współżycia społecznego<sup>45</sup>. Dlatego też powód *Wu Shilin* ostatecznie dowiódł w sądzie, że ścięty krzew był jego własnością i został usunięty bezprawnie. *Yao Shu* jednak zwraca również uwagę na słusność myślenia pozwanego, który podnosił, że krzew wończy z biegiem lat znacznie by się rozrósł i ostatecznie jego korzenie mogłyby uszkodzić grób, zaś gdyby pozwany nie ścinał krzewu bezprawnie, to istniała duża szansa, że

---

<sup>39</sup> W. Eberhard, *A Dictionary...*, s.158.

<sup>40</sup> W. Guo, *Social Practice and Judicial Politics in "Grave Destruction" Cases in Qing Taiwan, 1683-1895* [w:] *Chinese Law: Knowledge, Practice and Transformation 1530s to 1950s*, red. L. Chen, M. Zelin, Leiden, Boston 2015, s. 107.

<sup>41</sup> W. Eberhard, *A Dictionary...*, s. 158.

<sup>42</sup> Dokładnie chodzi o gatunek *Osmanthus fragrans*, który w języku chińskim nazywa się 桂树 (*guishù*).

<sup>43</sup> Stara chińska jednostka miary, równowartość około 2,31 metra (jedna *chi* to w przybliżeniu 0,33 metra).

<sup>44</sup> S. Yao, *Mínshì...*, s. 139.

<sup>45</sup> Pełną treść artykułu można znaleźć w L. Ching (trans.), *The Civil Code of the Republic of China*, Hongkong, Singapore 1930, <https://archive.org/details/civilcodeofrepub00chin>, 23.12.2018.



sąd przyznałby mu prawo do usunięcia rośliny, chroniąc w ten sposób stare zwyczaje<sup>46</sup>.

Całkiem ciekawym przykładem stosowania zwyczajów jest tzw. problem domów czy też mieszkań, w których wcześniej ktoś został zamordowany. Sędziowie w okresie Republiki Chińskiej w praktyce często unieważniali umowy sprzedaży takich nieruchomości pod zarzutem oszustwa ze strony sprzedawcy, który zataił ten fakt przed kupującym<sup>47</sup>. Taka decyzja sądów wynikała najprawdopodobniej z potrzeby ochrony oczekiwania kupującego, który nie zgodziłby się kupić danej nieruchomości mieszkalnej ze względu na niepomyślność, która grozi kolejnej osobie, która w takim domu zamieszka.

#### 4. Współczesna regulacja

Art. 10 Części Ogólnej Kodeksu Cywilnego ChRL z 2017 r. stanowi: „Spory w sprawach cywilnych rozwiązywane są na podstawie przepisów ustawy, a w razie ich braku, można w danej sprawie zastosować zwyczaj, jednakże nie może on naruszać porządku publicznego ani być sprzeczny z dobrymi obyczajami”<sup>48</sup>. *Yao Shu* uważa, że obecny przepis jest wręcz analogiczny w stosunku do art. 1 z Kodeksu Cywilnego Republiki Chińskiej z roku 1930<sup>49</sup>. Jednak *Yu Fei* zwraca uwagę na dość istotny szczegół, że zastosowanie w przepisie jedynie odesłania do prawa i zwyczaju jest sytuacją bez precedensu w stosunku do większości kodeksów cywilnych na świecie, również w stosunku do tego chińskiego z 1930 r.<sup>50</sup>.

Tak jak wspomniałem wcześniej, w KCRCh z 1930 roku zastosowano system źródeł: prawo- zwyczaj – ogólne zasady prawa, zaś w nowej CzOKC ChRL z 2017 r. jedynie dwupodział: prawo – zwyczaj. System trójpodziału źródeł jest stosowany w wielu kodeksach cywilnych na

<sup>46</sup> S. Yao, *Mínshì...*, s. 140.

<sup>47</sup> Tamże, s. 140.

<sup>48</sup> W oryginale: 第十条: 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。(Dì shí tiáo: Chǔlǐ mínhì jiūfēn, yīngdǎng yīzhào fǎlǜ; fǎlǜ méiyǒu guīdìng de, kěyǐ shìyòng xíguàn, dànsì bùde wéibèi gōngxùliángsù).

<sup>49</sup> S. Yao, *Mínshì...*, s. 132.

<sup>50</sup> F. Yu, *Approaches...*, s. 39.

całym świecie, m.in. w Korei Południowej (prawo – prawo zwyczajowe – ogólne zasady prawa), Mongolii (prawo-analogia-ogólne zasady prawa cywilnego) czy Austrii (prawo – analogia – zasady prawa natury)<sup>51</sup>. Trudno jednak znaleźć kodyfikacje we współczesnym świecie, które stosowały by dwupodział.

Art. 10 CzOKC ChRL jest normą skierowaną przede wszystkim do sędziów<sup>52</sup>. Według niej powinni oni zawsze rozwiązując spory w sprawach cywilnych kierować się literą prawa, a dopiero w razie braku odpowiednich regulacji subsydiarnie mogą sięgnąć po zwyczaj. Oznacza to, że sędziowie nie mogą zastosować w swoim wyroku rozwiązania wynikającego bezpośrednio z zastosowania zwyczaju, nawet gdyby przemawiały za tym względy słuszności, jeśli istnieją regulujące sporną kwestię przepisy<sup>53</sup>.

Nie zmienia to jednak faktu, że mimo regulacji kodeksowej zastosowanie zwyczaju w praktyce procesowej, może okazać się bardzo trudnym zadaniem. Z samej definicji zwyczajów, w przeciwieństwie często do prawa zwyczajowego, wynika, że nie są one spisane. Oznacza to nie mniej ni więcej, że trzeba je udowodnić w procesie jako okoliczności faktyczne. Dlatego w konkretnej sprawie strona, która wywodzi pewne skutki z zastosowania zwyczaju, powinna udowodnić jego istnienie i treść. Nie oznacza to oczywiście, że jako źródło prawa, ciężar udowodnienia zwyczaju spoczywa tylko na osobie, która wywodzi z niego skutki prawne, sąd również powinien w zakresie swojej właściwości poszukiwać i sprawdzać dowody na istnienie zwyczajów, ich cel, a także konkretną treść<sup>54</sup>.

Nie każdy jednak zwyczaj, nawet gdy już udowodni się jego istnienie i stosowanie go przez lokalną społeczność, może zostać wykorzystany przez sędziego. Za każdym razem należy sprawdzać, czy nie narusza on przypadkiem porządku publicznego, a jeśli narusza nie może zostać on użyty. Stajemy wtedy przed sytuacją, która nie została uregulowana ani literą prawa, ani nie można w tej sprawie zastosować zwyczaju. Jako, że

<sup>51</sup> Tamże, s. 38.

<sup>52</sup> I. Szpotakowski, *Część Ogólna Kodeksu Cywilnego ChRL w zarysie* [w:] G. Lebedowicz, I. Szpotakowski, B. Wiśniewski, *Zarys chińskiego prawa cywilnego w dobie kodyfikacji*, Toruń 2019, s. 119.

<sup>53</sup> Y. Ding, *Shiyòng...*, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/01/id/3195200.shtml>, 29.12.2018.

<sup>54</sup> Tamże.

nowa CzOKC ChRL, jak już wspominałem wcześniej, zakłada dwu-podział źródeł, musimy więc uznać ten przypadek za lukę w prawie. Wyrok jednak musi zostać wydany, dlatego w takiej sytuacji sędzia powinien albo zastosować odpowiednie metody stosowania prawa, najczęściej będzie to szeroka interpretacja przepisów przez sędziego<sup>55</sup>. Sędziowie mają obowiązek orzekać zgodnie z prawem i nie mogą wyręczać prawodawcy w tworzeniu nowych regulacji, jednakże chińscy sędziowie stosując prawo mogą zmienić zakres, znaczenie czy cel normy, by możliwe było wydanie sprawiedliwego wyroku<sup>56</sup>. Specyfika języka chińskiego pozwala interpretować przepisy czy konkretne terminy prawne w sposób bardzo szeroki, co pozwala skonstruować regułę prawną rozszerzającą w sposób znaczny i modyfikującą na potrzeby danej, konkretnej sprawy jej dotychczasowe znaczenie. Choć budzi to w niektórych kręgach naukowych sprzeciw i krytykę jako wypaczanie litery prawa przez jej niesłuszne rozszerzanie, to jednak jest to metoda stosowania prawa, będąca odmianą rozszerzającej wykładni językowej, powszechnie stosowana i z leksykalnego punktu widzenia jest ona jak najbardziej prawidłowa<sup>57</sup>. Jako przykład użycia tej rozszerzającej wykładni warto wskazać, że została ona wykorzystana w głośnej sprawie *Wang Deqin* przeciwko *Yang Desheng* z 2003 roku<sup>58</sup> dotyczącej rekompensaty kosztów utrzymania i edukacji dziecka, którego ojciec zginął w wypadku samochodowym. Roczny powód, pozostawał nienarodzony w chwili śmierci ojca, a zatem nie posiadał zdolności do czynności prawnych, pomimo to, sąd ze względu na brak odpowiedniego przepisu prawnego, rozszerzył wykładnie „osób utrzymywanych przez zmarłego przed jego śmiercią” (死者生前扶养的人 *sǐzhě shēngqián fúyǎng de rén*) z art. 119 OZPC ChRL, tak by obejmowała ona również nienarodzone jeszcze w chwili śmierci ojca dziecko, czyli *nasciturusa*<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Tamże.

<sup>56</sup> M. Dargas, *Idee i zasady konstytucyjne chińskiego porządku prawnego*, Warszawa 2017, s. 324.

<sup>57</sup> T. Yu, *Approaches for Dealing with the “Natural Person” the Chinese Legal System: A Statutory Way and a Principled Way*, GLJ 2017, nr 5 (18), s. 1127.

<sup>58</sup> Więcej o sprawie można przeczytać na stronie Najwyższego Sądu Ludowego: <http://gongbao.court.gov.cn/Details/0399cbf90e6ed741c992e9d68d9fdb.html>, 26.12.2018.

<sup>59</sup> T. Yu, *Approaches...*, s. 1126.

Drugą możliwością w kwestii radzenia sobie z lukami prawnymi jest odwołanie się przez sędziego w rozstrzygnięciu do zasady dobrej wiary<sup>60</sup>, by uzyskać satysfakcjonujące rozwiązanie sporu<sup>61</sup>. A zatem dwupodział źródeł z art. 10 CzOKC ChRL, choć na pierwszy rzut oka wydaje się być czymś niezwykłym i spójnym, nie jest jednak dwupodziałem całkowicie zupełnym. Co należy szczególnie podkreślić, ponieważ sytuacja ta może rodzić uzasadnione pomyłki wśród polskich, a także europejskich prawników, a wynika ze specyfiki chińskiego porządku prawnego.

## 5. Podsumowanie

Zarówno w Chińskiej Republice Ludowej, jak i w Polsce, wciąż jest stosowany zwyczaj, w rozstrzyganiu sporów na gruncie prawa cywilnego. W przeciwieństwie jednak do polskiego prawa cywilnego, w Chinach zwyczaj od 2017 roku odzyskał, po 68 latach od powstania Chińskiej Republiki Ludowej, status źródła prawa. Co przez wielu zostało uznane za przywrócenie do chińskiego prawa prywatnego, tradycyjnych chińskich wartości, zatraconych przez recepcję przez Chiny praw państw obcych w pierwszej połowie XX wieku. To, co najbardziej może jednak zaskakiwać w przypadku stosunkowo nowego wciąż art. 10 CzOKC ChRL, to fakt, że nie do końca są jasne ramy jego stosowania, ponieważ jako klauzula generalna zależne są one od interpretacji, jaką zastosują chińscy sędziowie, która jak już wspomniałem wcześniej może być bardzo szeroka i nieprzewidywalna. Pośród chińskich naukowców dominuje opinia, że dopiero interpretacja tego przepisu, tzw. *guiding case* dokonany przez Najwyższy Sąd Ludowy ChRL pozwoli ustalić jasne ramy stosowania tego artykułu<sup>62</sup>. Pomocne może okazać także sięgnięcie po orzeczenia chińskich sądów z czasów Republiki Chińskiej (1912–1949), ponieważ wiele

---

<sup>60</sup> W prawie chińskim klauzula dobrej wiary, może być w niektórych sytuacjach odmiennie interpretowana niż w polskim porządku prawnym, więcej: J. Grzybek, *Wstęp do badań w zakresie tłumaczenia chińskich nazw nieostrych i klauzul generalnych*, CLIJLC 2013, nr 14, s. 12–13.

<sup>61</sup> Y. Ding, *Shiyòng...*, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2018/01/id/3195200.shtml>, 29.12.2018.

<sup>62</sup> Q. Meng, *Mínfǎ zǒngzé zhōng xíguàn fǎ yuán de gàiniàn líqīng yǔ shìyòng yuánzé* (孟强, 民法总则中习惯法源的概念厘清与适用原则, 《广东社会科学》2018年第1期), s. 248.

z rozwiązywanych w tamtym czasie przez sądy problemów dotyczących zwyczajów, wciąż nie straciło na aktualności pomimo uchylecia ówczesnie stosowanych praw i zmiany ustrojowej. Zrozumienie chińskiego prawa cywilnego, a także dalsze badania nad nim nie mogą być oderwane od środowiska, w którym zostały one uchwalone. Pisząc środowisko, mam na myśli chińską kulturę, różne nurty filozoficzne, a także właśnie zwyczaje, które współtworzą interpretacje i stosowania prawa w Chińskiej Republice Ludowej, jako uwarunkowania kulturowe chińskiego prawa prywatnego. Jest to z pewnością wyzwanie i wymaga sporego wysiłku, by wiedzę tę zdobyć, ale zdobycie jej pozwoli nam lepiej zrozumieć naszego biznesowego partnera jakim są Chiny, a to powinno być celem polskiej nauki zajmującej się badaniem chińskiego prawa, szczególnie ze względu na rok 2020, kiedy to w Chińskiej Republice Ludowej ma ostatecznie wejść w życie nowy kodeks cywilny, co uznać można za wydarzenie epokowe. Jako nadejście nowej ery dla prawa chińskiego, której prekursorem będzie właśnie nowa kodyfikacja prawa cywilnego.

### Streszczenie

Nowa część ogólna, która weszła w życie w marcu 2017 roku, a będąca pierwszym działem zapowiedzianego na rok 2020 nowego Kodeksu Cywilnego Chińskiej Republiki Ludowej przywróciła do chińskiego prawa cywilnego w swoim artykule 10 zwyczaj, jako źródło prawa. Jednak wciąż nie są jasne reguły i granice jego zastosowania. Po pierwsze pomocna przy interpretacji tego przepisu może okazać się zarówno analiza historii chińskiego prawa cywilnego, jako że w przeszłości zwyczaj stanowił źródło prawa w art. 1 KC Republiki Chińskiej z 1930 roku i zachowały się z tamtych czasów liczne orzeczenia sądowe rozstrzygające spory dotyczące zwyczajów w sprawach cywilnych. Po drugie, warto przyjrzeć się metodom wykładni prawa stosowanym przez chińskich sędziów. Zaś dla najlepszego zrozumienia fenomenu stosowania zwyczajów jako źródła prawa w kraju prawa stanowionego w XXI wieku należałoby się przyjrzeć

ich statusowi w polskim systemie prawnym, co pomoże podkreślić różnice pomiędzy polskim, a chińskim prawem.

**Słowa kluczowe:** prawo chińskie, prawo cywilne, artykuł 10, zwyczaj, część ogólna prawa cywilnego

## **The genesis and role of custom in China's General Provisions of Civil Law**

### **S u m m a r y**

China's new General Provisions of Civil Law entered into force in March 2017. It represents the first section of the new Civil Code of the PRC announced for 2020. Article 10 of the Code restores custom as a source of Chinese civil law. However, the rules and limits of its application remain unclear. Firstly, an analysis of the history of Chinese civil law may prove useful in interpreting this provision, as in the past custom was defined as a source of law in Article 1 of the Civil Code of the Republic of China from 1930 and numerous judicial decisions regarding civil disputes involving customs have survived from that time. Secondly, it is worth looking at the methods of interpreting law used by Chinese judges. To facilitate a better understanding of the phenomenon of using customs as a source of law in civil law countries, it is necessary to look at their place within the Polish legal system. This also helps to highlight the similarities and differences between Polish and Chinese law in this regard.

**Keywords:** Chinese law, civil law, article 10, custom, general provisions of civil law

**Igor Szpotakowski**

Jagiellonian University, Faculty of Law and Administration,  
ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków, Poland,  
e-mail: igoszp@gmail.com.