

论商事习惯与我国民法典

——以商事主体私人实施机制为视角

许中缘^{*}

目次

- 一、商事习惯的根源在于商事主体的自治性
 - (一) 商事主体是高度自治的主体
 - (二) 自治性商事主体要求独特的权利保护机制
- 二、商事习惯的规范形式
 - (一) 自力救济规范
 - (二) 私人裁决规范
 - (三) 商会自治规范
- 三、商事习惯的具体表现
 - (一) 行业性惯例
 - (二) 部门规章
 - (三) 现代商人习惯法
- 四、商事习惯与任意性规范
- 五、商事习惯的民法典规定

内容摘要 商事习惯作为商事主体的行为规范与裁判规范,根源在于商事主体的自治性。商事习惯属于商人私人实施机制的重要内容,也是商人私人实施机制的体现。因此,商事习惯规范形式相应体现为自力救济规范、私人裁决规范、商会自治规范。具体表现为行业性惯例、部门规章与商人习惯法。未来民法典应对商法私人实施机制的内容进行确认,确立习惯的法律渊源地位,同时应该确立商事习惯优先于任意性规范适用的内容。

关键词 商事习惯 商人私人实施机制 法律渊源

DOI:10.19375/j.cnki.31-2075/d.2017.03.007

^{*} 中南大学法学院教授、法学博士。本文系国家社科成果文库“商法的独特品格与我国民法典编纂”(16KFX018)和“法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心”的阶段性成果。

商事习惯,^{〔1〕}是指在特定的商事领域或特定的商事活动中被广泛认可,经常存在并被商事主体作为规则反复使用且为国家所承认的具有法律约束力的不属于国家法的法律规范。^{〔2〕}商事习惯已经被成文化,比如说行业规章,也有一些存在于非成文化,比如说惯行。为实现商事交易的快速流转的要求,商事主体对自治具有更高的要求,不仅表现为规则的自治,更多地表现为解决规则的自治。商事习惯作为自治性规则,能够促进主体对商事交易的调整,体现出商事主体解决争议的创造性与自决性。因此与民事习惯作为补充的裁判漏洞填补规范不同的是,商事习惯不仅作为主体的裁判规范,也作为主体的行为规范。基于民商合一的立法背景,理论需要对商事习惯在商法规范的运作方式进行探讨,从而实现商事习惯在实现商事权利保护方面的独特性。

一、商事习惯的根源在于商事主体的自治性

(一) 商事主体是高度自治的主体

诚如徐学鹿教授所言:“市场交易的规则最初表现为市场的交易习惯。”^{〔3〕}中世纪商人之间相互交易往来,订立商事习惯,创设商事法庭,可以说是现代商法的起源。尽管商事主体制度发展到今天,商事身份早已不再是中世纪享有特权的资格认证,但是如果没有中世纪商人之间的市场经济活动也难有现代的商法。有学者即明确:

“人们可以想象,11世纪、12世纪和13世纪欧洲各大学博学的罗马法学家是能够从罗马法的文献中创立出一种新商法体系的,就像他们从那些文献中创立出一种新的市民法体系一样,人们可以想象在那些大学中的教会法学家以及他们在教皇法庭和主教法庭中的同行们也可以完成同样的事情,尤其是考虑到各种教会法庭社团已经大量地从事商业活动这一事实,就更是如此。然而作为那个时期的特征,商事最初的发展很大程度上——虽然不是全部——是由商人自身完成的。”^{〔4〕}

〔1〕 关于商事习惯术语,在立法上,《瑞士民法典》《日本商法典》以及《韩国商法》使用“习惯法”概念。此外《瑞士民法典》中还适用“惯例”概念,在学术界,有学者将习惯与习惯法严格区分,认为习惯只是事实上的习惯,即法令所未规定且不违反公序良俗时才能适用之单纯事实,不是法律渊源也不具有法律效力,习惯法则是国家法律渊源具有法律效力。也有学者认为习惯、习惯法、惯例只是表达方式上存在差异,但均具有法律上的约束力,是法律共同体长期实践发展而来的。进而学者明确指出商事习惯即指商事习惯以及商事习惯法,广义的商事惯例也包括商事习惯,狭义的商事惯例则应该作为未具有法律约束力的通例使用。在商法实践中,基于商事主体明显的自治性,法院与仲裁机构一般直接适用商事主体之间的商事习惯、商事习惯法、商事惯例,因而在商事领域,三者的区别较民事领域小得多。本文在同一概念层面上使用商事习惯、商事习惯法、商事惯例,主张商事习惯具有法律约束力,并统一概念为“商事习惯”,特此说明。

〔2〕 关于商事习惯的定义,参见任先行、周林彬:《比较商法导论》,北京大学出版社2000年版,第99页;张民安、龚塞红:《商法总则》,中山大学出版社2004年版,第54~55页;范健、王建文:《商法基础理论专题研究》,高等教育出版社2005年版,第80~82页;周林彬、官欣荣:《我国商法总则理论与实践的再思考》,法律出版社2015年版,第374~378页;王保树:《中国商法》,人民法院出版社2010年版,第21~22页。

〔3〕 徐学鹿:《什么是现代商法——创新中国市场经济商法理论和实践的思索》,中国法律出版社2003年版,第13页。

〔4〕 [美] 哈罗德·J.伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第413~414页;毛健铭:《西方商事法起源探析——对中世纪欧洲商人法的历史考察》,载《清华法治论衡》2004年第4期;杨柱平、杨静:《商法与民法的历史及差异分析》,载《重庆科技学院学报(社会科学版)》2013年第12期。

例如票据对于古罗马法和日耳曼法来说都是未知的,直到 11 世纪晚期和 12 世纪由西方商人创立。进而有学者明确“商法是一种自然法、一种客观规律。是商人在市场交易实践中理性的发现,是商人发现法”^{〔5〕}。商法之所以能够是自然法和发现法,尤其是商人的发现法,主要是因为商法是自主性发展的,而商法之所以能够自主性发展,则是因为其发展过程中商事主体的自治性。换言之,商事主体的自主发展推动在市场交易实践中商法的发现,并最终发现商法,商法就是习惯法。

“即使说迄今为止的全部法律秩序之发达实际上就是作为其前提的人的经济人化的过程,也并非夸张之说。”^{〔6〕}其实,现代各国无论是民商合一还是民商分立立法体例,体例本身都会特别规定专属商事领域的自治规则制度。所以尽管我国采用民商合一立法体例,同绝大多数民商合一体例的国家一样,民法典名义上可能不会规定商事主体,但是不可避免地会有实质上的商事主体存在。可见,商事主体的自主发展过程中同时呈现出了商事主体的独特性,这种独特性支撑着商事主体可以自主发展。其自主发展很大程度上是因为商事主体的自治性。商事主体是独特的法律主体无疑,坚持民商合一视角,商事主体脱胎于民事主体,既具有民事主体的共性,更为重要的是具有不同于一般民事主体的独特自治的品性。商事主体是作为营业而存在的,要求具有稳定性、长期性与专业性,并且注重权利的外观,以保护信赖利益,商事主体的这些特性也更加要求自主性、自治性的商事主体支撑。实际上,商事主体发展自主性很大程度上演化出商事主体的独特性。其中商事主体的自主发展又表现为商事主体全方位的自治性,主要是:

第一,商事主体活动方式的自主性。市场交易过程中商事主体交易活动并不是国家或外界某种力量推动的而是商事自发进行的。商法的演变是一个从商事习惯到商事习惯法最后到商事制定法的过程,其实这个过程也就是商事主体在市场实践交易活动中需要的商事习惯,然后将商事习惯整理成为商人习惯法,最后到由主权国家机关制定的商事成文法的过程。商事规则本质上是市场交易的实际操作规则,也是客观规律表现行为规范,这些规则的精神、原则、制度、程序,商人自治机构,其后形成了商法的实质内容。^{〔7〕}而实质上商事规则的这种产生方式是完全由商事主体自主方式进行的。例如有限责任制度,并不是因为商事规则规定有限责任商事主体再采用,相反正是商人们尝试不同风险的商事活动时,自发自主地采用的不同责任形式而产生的有限责任这样一种责任承担制度。^{〔8〕}

第二,商事主体自主决定交易内容。一方面,商事主体根据市场实践交易活动的需要,创造了各种商法制度,从商事主体组织形式,商事交易行为到商事救济方式基本上都是商事主体自主创立的,例如商业信用体系、商事风险体制相应地产生了破产制度,产生了汇票、本票、提单以及其他运输单据。商事主体在市场中开展的交易活动内容很大程度上是商事主体在市场实践中不断创设的。^{〔9〕}另一方面,商事市场交易内容能自主持续地发展,具有适应市场的生命力,又要求商事主体不断创新,创新不仅是商事主体在商事实践交易中生存的关键,更是市场经济得以繁盛发展

〔5〕 徐学鹿:《商法的轨迹——从传统到现代》,法律出版社 2013 年版,第 62 页。

〔6〕 [日] 星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社 2004 年版,第 18 页。

〔7〕 参见徐学鹿:《创新是商法的宝贵品格——析从“民商法到现代商法的演进”》,载徐学鹿主编:《商法研究》(第一辑),人民法院出版社 2000 年版,第 6~7 页。

〔8〕 参见前注〔2〕,周林彬、官欣荣书,第 278~279 页。

〔9〕 参见前注〔7〕,徐学鹿文,第 5 页。

的前提。^{〔10〕}正是由于商事主体实践中的创新,商事交易内容才呈现出多样,并且内容体系才越发完整。

第三,商事主体内部自我制约机制。商事主体作为一个整体层面概念上的主体,实质上是商人共同体,作为一个具体层面概念上的主体,则是商人共同体的成员。在某个商人共同体中,不管是商会组织,或是某个商人团体,在这样的商会或团体中往往有商事主体自我约束性规则。例如中世纪商人基特尔会汇编商业惯例和商事习惯,又根据商事习惯发展出商人法庭解决商事争端,这些商人同业行会自治规则不仅是中世纪商人习惯法的主要内容也是贸易法规和海上法规的起源。^{〔11〕}现代商事主体的自我约束则主要表现为权利互惠,诚实信用履行合同等观念。表现为正式制度与非正式制度的融合,商法不仅仅是商事主体心目中具有完全权威、强制约束力的行为准则,更是每个商事主体在市场交易中内心认同并自觉遵守以及自我规制的规范。内部约束机制还表现为有关商业纠纷,商事主体倾向采用非诉讼的解决方式,即“私力救济可视为当事人依自身或私人力量实行的一种合意或者强制的交易”。^{〔12〕}这样的“交易”实质上就是主体内部制约机制。

第四,商事救济方式多样性和自治性。商事主体之间纠纷的救济方式,即商事权利的保护方式呈现出多样性,既可以采取司法诉讼的方式解决商事争端,也可以采用非诉讼的方式,^{〔13〕}例如和解、调解、仲裁、替代性纠纷解决机制(ADR)等来解决商事纠纷。而且商事权利的救济方式与一般民事权利的救济方式并不相同,表现为选择形式更为多样化,例如关于商务纠纷的调解,不仅有一般商务调解,即对商务争端,自愿选择第三方作为调解人,同时还有商会调解,即争议双方当事人将争议交由商会,商会作为中间人对当事人之间的商事纠纷的调解。^{〔14〕}还表现为其救济方式更具有自主性、自治性,例如商会调解对商事纠纷调解的前提就是商会自治性。“商会之所以可以作为中间人调解,其基础在于商会的自治性,自治的内容包括对商会成员提供服务,也包括对商会成员进行自律。”^{〔15〕}正是这样的自治性使得商会能够对不遵守法律法规和行业规则造成纠纷的成员予以约束。

(二) 自治性商事主体要求独特的权利保护机制

终归,商事主体活动方式的自主性、交易内容自主性以及内部自我制约机制都反映在商事纠纷的裁判,即商事救济的高度自治性。^{〔16〕}相应地,面对高度自治化的商法以及商事主体,民商合一视角下,我国未来民法典应该将其反映在民事权利的保护方式规范上。

〔10〕 有学者从法的本体论、法的认识论、法的价值论和法的实践论四个角度出发,并论证“四论”是创新的商法的核心,只有如此,才能尽快摆脱近代商法的思想,构建科学的商法理论基础,避免商法衰竭,创建现代商法。参见前注〔5〕,徐学鹿书,第280~285页。

〔11〕 参见何勤华、魏琼主编:《西方商法史》,北京大学出版社2007年版,第112~113页。

〔12〕 徐昕:《论私力救济》,中国政法大学出版社2006年版,第144页。

〔13〕 参见杨柱平、杨静:《商法与民法的历史及差异分析》,载《重庆科技学院学报(社会科学版)》2013年第12期。

〔14〕 商会调解可以利用自己的专业优势促使双方尽可能存在合作关系的余地,并且就纠纷达成合意,这样,就有利于纠纷迅速解决使企业避免因陷入诉讼而付出更多的成本机会。目前我国商会调解趋势正在逐渐形成。参见刘莘、李大鹏:《论行业协会调解——制度潜能与现状分析》,中国民商法律网,2016年9月24日。

〔15〕 徐学鹿、梁鹏:《商法总论》(修订版),中国人民大学出版社2009年版,第401~402页。

〔16〕 参见郑曙光、胡新建:《现代商法:理论起点与规范体系》,中国人民大学出版社2013年版,第337~338页。

“商法的客观性、它规范的专门性以及它的一致性，日益克服了各种地方差异；权利的互惠性随着契约的机会增多而变得日益重要，也越来越规范化，它的整体自治性程度也不断提高。”^{〔17〕}

商法是商事主体在市场实践中发现的法，从这个角度来说，商事主体对商事规则的制定和实施过程具有关键的作用。商事活动方式的自主性、交易内容自主性、内部自我制约机制，以及商事救济的高度自治性都表明商事主体在市场交易中不断地制定并实施商事自治规范，此即商人的自我实施。其中商事主体私人制定的规则就是商事自治法，即商事主体自主制定的具有法律效力的规则。例如公司章程、合伙企业的合伙协议，证券交易所、证券业协会的章程，等等。商事自治法不得违反强行法的规定，也不得违反公序良俗和社会公共利益。业务条款在不违反强制性规定、公序良俗和社会公共利益时也可以作为商事自治法。

事实上，商人的私人实施，是指商人凭借自身的力量制定和实施商法制度或活动的总称，^{〔18〕}也就是商事主体制定商事自治规则并实施自治管理的机制。当然没有商事自治规则便谈不上商人的私人实施，商人的私人实施制度存在的前提和基础就是自治性的商事规则，因而在忽视并缺失商事自治规则的国家，必然导致其忽视并缺失商人的私人实施制度。诚如学者所言：

“一个国家的商事法律一般由两种不同性质的规范构成，一种是公共利益的强制性规范，另一种则是当事人意思自治的选择规范。两种不同规范由不同性质的强制力为后盾。前者以国家的强制力为后盾，后者则是以客观经济规律的强制性为后盾。大陆法系的国家法典化思潮以及对国家强制力的崇拜，从根本上否认示范性、自治性的商事规则，使得商法名存实亡。而现代商法之所以发达，在于它的全部规范放眼于社会，是市场无形之手的法律化、规范化，即使是国家强制性规范也是对客观规律强制性的体现。”^{〔19〕}

总之，商法要持续发展，并不是一味地用国家强制性规范取代商事自治规范，相反发达的商法必须依靠对商事自治规则的认可与整合。“整个商法体系处于不断演化的过程之中，我们所能做的是不断将过去展现于未来，并对过去传统加以改造，导向新的方向。”^{〔20〕}这样的商事传统其实就是商事主体在市场交易中，不断实践、尊重市场客观规律所形成的商事自治规则。可见，商事自治规则，并在其基础之上开展的商人私人实施机制，对商法演进发展成发达商法并能够保有旺盛生命力具有重要性。商人的私人实施机制存在且必须存在于一国的商事法律体系之中，并且占据重要地位。

二、商事习惯的规范形式

商事自治规范是整个商事交易管理和运行的前提性要素。诚如学者所言：

“商人私人自治在商法的制定与实施过程中具有重要作用，是商法适用的一个重要特征，……商人的私人自我实施，在商法的产生与发展中起到举足轻重的作用，商人及其对商法的自我实施，

〔17〕 见前注〔4〕，哈罗德·J.伯尔曼书，第431～432页；赵学刚：《论商法的理论基础》，载《西南民族大学学报（人文社科版）》2003年第8期。

〔18〕 参见前注〔2〕，周林彬、官欣荣书，第190页。

〔19〕 见前注〔5〕，徐学鹿书，第284页。

〔20〕 见前注〔4〕，哈罗德·J.伯尔曼书，第433页。

是前述商法适应规律八条^{〔21〕}诸多‘先行’要素的重要‘先行者’与‘先行之路’。”^{〔22〕}

但是在我国,不仅商法体系中的商事自治规范的概念、性质极不明确而且学术界对自治规范界定的内涵和外延也极其不统一。有学者认为商事自治规范是企业或其他商事团体自主制定的有法律效力的规则,包括公司章程、合伙企业的协议以及业务条款。^{〔23〕}也有学者认为商事自治规范,是为合理调整商事公司和其他团体的内部关系,需要在国家法律原则性或一般性规定之外,另行制定与其组织结构与商事交易相适应的章程与约款。商事自治规范在不违反强制性规定时也具有规范意义上的约束力,具体表现形式包括公司章程、交易所等中介组织的业务规则、商业行业规约、商事组织预先制定的格式合同条款等。^{〔24〕}还有学者认为商事自治规范是不由国家立法机关、政府部门制定的,而是由企业和其他社团为实现自主而制定的,为了调整与商事活动密切相关的各种社会关系,以及对商事活动实行自治自律而在法律体系外规定的,或长期商事活动中自发形成的,在法律适用上具有优先地位的规范。其包括公司的章程、合伙协议、交易所业务规则、行业规约(行业规范、商会章程)以及国际和国内的商事惯例和条约。^{〔25〕}我国学术界对商事自治规范的认识存在巨大分歧,加上我国制定法中并没有明确商事习惯性质,也没有明确商事自治法的效力,从而导致司法实践中商事自治规范适用的缺失。例如我国商法体系极少强调遵从民商事习惯和惯例,2 500 件法律文件中,没有任何法律明确提出依习惯,只有一件强调了商事惯例。^{〔26〕}

故“从商法适应角度而言,我国商事自治法规则是缺失的”。^{〔27〕}一方面商事自治法规则的缺失,必然导致商人私人实施机制的缺失;另一方面商人私人实施机构具有必要性与重要性。那么,我们应该考虑如何建构完善的商人私人实施机制,以弥补我国目前商法体系的空缺。首先需要考虑的是明确商事自治规范性质。其实学者们的争论主要是围绕自治规范是否具有法律约束力以及是否包括商事习惯而展开,实际上,学者们一致认可商事自治规范是商法法源,并确定商事自治法优先制定法适用的原则。既然如此,商事自治规范应该具有法律效力而不仅仅是规范上约束力。另外,商事自治规范的建立与完善是通过商人私人自我实施而实现的,应当包括商人实践形成商事习惯。更有学者明确指出商事自治规范是商事主体和商事自治组织在商事活动中形成的具有法律效力的商事习惯、惯例和自主制定的相关章程及规约。并将商事自治规范类型化为“惯例型自治规范”(交易习惯)、“契约型自治规范”(公司章程、合伙协议、定型化契约)以及“行规型自治规范”(商业行业规范、商业行业公约、商业行业标准、商业行业规则)。^{〔28〕}

在此基础上,商人私人实施机制则主要是通过对商事主体权利的有效保护而予以构建并完善的。商人私人实施实现的核心路径就是商事主体积极主动参与程序之中并解决纠纷。商事主体

〔21〕 学者所说的八条商事规律是指的先有商法理论后有商法规则,先有商事程序法后有商事实体规则,先有商事裁判规则,后有商事成文法规则,先有商事自治规范,后有商事国家法规范,先有商事基本法,后有商事单行法,先有商事国家法,后有商事国内法,先有商事主体法,后有商事行为法,先有商事私法,后有商事公法。其提出八条规律中最为基础性因素乃是商事自治规范的制定和实施。参见前注〔2〕,周林彬、官欣荣书,第 45~112 页。

〔22〕 见前注〔2〕,周林彬、官欣荣书,第 189~190 页。

〔23〕 参见前注〔2〕,王保树书,第 22 页。

〔24〕 参见范健、王建文:《商法基础理论专题研究》,高等教育出版社 2005 年版,第 84~85 页。

〔25〕 参见前注〔2〕,周林彬、官欣荣书,第 183~185 页。

〔26〕 参见苏力:《当代中国法律中的习惯——一个制定法的透视》,载《法学评论》2001 年第 3 期。

〔27〕 见前注〔2〕,周林彬、官欣荣书,第 185 页。

〔28〕 参见董淳鐸:《商事自治规范司法适用的类型研究》,载《中山大学学报(社会科学版)》2011 年第 6 期。

通过正当程序、法定程序能够满足当事人的主体性,使复杂纠纷简单化,从而实现主体的自治管理。^{〔29〕} 诚如学者所言:“盖权利之本质,在活动不在静止,故权利以行使为必要。权利之行使,当然不受他人之侵害。凡有私权之个人,必得除去其权利之侵害,以享有实益。不然,则权利将有名无实。”^{〔30〕} 就这个角度而言,商人私人实施机制就是通过商事主体私人保护商事主体的权利,从而实现商事自治,进而又能够更好地保障商事权利。商人私人实施的逐步完善并最终建成也正是在自治与保护的良性互动之中完成的。这样的互动前提应该是具备和平的权利保护方式。即如学者言明:“法律最主要的任务之一就是保持和保证法律的和平,而法律和平则要求,任何人不得对他人使用暴力,因此当某人权利受到威胁时,和平实现权利救济。”^{〔31〕} 商人私人实施机制实质上就是商人的自我实施,是商事主体借助和平的权利救济方式实现自我权利的机制。如此一来,我们可以将商人私人实施机制类型化为自力救济机制、私人裁决机制以及商会自治,因此,规范形式相应体现为自力救济规范、私人裁决规范、商会自治规范。

(一) 自力救济规范

“自力救济乃权利者因其实益之故,不依赖国家之公力,直接对于相对方所为腕力之运用也。”^{〔32〕} 关于自力救济的性质有不同的学说。其一制度说,认为自力救济是权利人依自身之力量以救济私权之制度。其二行为说,认为自力救济是在法律关系中,权利人借助自己力量而非国家机关的力量来保护自己或他人权利的合法行为。其三权利说,认为自力救济是主体在权利受损或有受到侵害的危险时,依靠自身力量救济被侵害的权力的权利。其四措施说,认为自力救济是在紧急情况下,权利人凭借自身之力救济受侵害权利的方式或措施。^{〔33〕} 其实,自力救济不同定位反映的是自力救济研究的不同角度或路径。本质上,所谓自力救济机制就是指商事主体的权利遭受侵害时,不通过国家司法机关和法定程序,法律允许权利人以自己之力维护自己的权利或抗拒他人侵害,从而在没有中立名义的第三方介入解决纠纷的情况下,纯粹依赖商事主体自身或私人的力量,实现对自我救济的机制。^{〔34〕}

一方面,我国商事法规体系中仅仅零星规定些许自力救济的行为,并未有统领性的规则,也没有形成体系化、系统化的自力救济机制。例如《民法通则》第128条明确规定正当防卫合法性,第129条则认可紧急避险的合法有效性。《合同法》第203条明确贷款人自我救济方式,^{〔35〕}《物权法》第231条则认可合法的留置。另一方面,有关的自力救济规定在实施过程中缺乏合理正当的程序,致使现行规定也无法发挥私力救济功能。现实中,自力救济实施方式往往太过随意,并且不

〔29〕 参见徐昕:《论私力救济》,中国政法大学出版社2005年版,第84~90页。

〔30〕 [日]松岗义正口述:《民事诉讼法》,熊元襄编,李凤鸣点校,上海人民出版社2013年版,第3~4页。

〔31〕 [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2004年版,第357~358页;马立群:《行政诉讼制度宪法依据质疑》,载《公法研究》2012年第5期。

〔32〕 见前注〔30〕,松岗义正书,第4~5页。

〔33〕 参见翟羽艳:《私力救济理论研究》,博士学位论文,黑龙江大学法学院,2010年,第12~45页。

〔34〕 商人私人实施机制中的自力救济并不包括官方或非官方的第三方的参与,商人的自力救济与社会性救济和公力救济都是重要的权利保护方式。公力救济包括司法和行政救济,以国家强制力为后盾,社会救济则包括调解与仲裁,依靠中立的第三方,私人救济则依靠商人自身力量,主要是强制与交涉(当事人的双向互动),可以分为合作与非合作、强力与和平、自益与自损。与前文所述私力救济或自力救济并不一样,特此说明。参见高富平:《民法学》(第二版),法律出版社2011年版,第244页;徐昕:《论私力救济》,中国政法大学出版社2005年版,第54~80页。

〔35〕 第203条规定:“借款人未按照约定的借款用途使用借款的,贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。”参见《中华人民共和国合同法》。

注重实施程序的诚实信用原则。而自力救济的程序控制的缺乏,必然会抹杀当事人意思表示以及寻求司法救济的权利,商事主体也最终无法实现对自身救济。例如在商事纠纷处理中,商事主体会聘请商务调查机构和私人侦探机构实施私力救济,但是对这样的机构定位不清也没有适当的规范管制。这样一来,商事主体在自力救济中,可能导致出现一些“廉价正义”,即导致非正义救济,过分追求便捷使得商事主体权利无法完全实现。^{〔36〕}

《民法总则专家意见提交稿》中,就改变《民法通则》设置民事责任一章的做法,废除民事责任章节,并将民法通则第6章“民事责任”中的第4节“承担民事责任的主要方式”,规定在民法典总则的第9章“民事权利的行使和保护”之中,初步实现了从责任观念到权利救济观念的态度转变,对构建自力救济体系具有积极的指引作用。令人遗憾的是,《民法总则(草案)》又回归《民法通则》体例。然而,由于我国民法典缺乏私力救济统领性、系统化的规范的构建,自力救济机制仍然游走在法律规范与道德规范的边缘,并且我国民商法体系是在民商合一的视角下被构建的,自力救济制度的构建也相应地需要考虑商事自力救济特性。因此,我们不仅需要自力救济制度而且需要体现商事特殊性的救济途径。但是我国目前民商事立法对自力救济的定性模糊,并且缺乏制度性和规范性保障,根本没有形成相应的自力救济体系,更谈不上在自力救济体系中考虑并融入商事特性。如此,自然也无支撑整个私力救济机制完善构建与有效运行。所以,我国未来民法典应该考虑健全自力救济的立法(主要从实体和程序两个方面)并完善救济权利制度体系化结构,实现权利保护从责任观念转变成为权利救济观念,发挥自力救济的良性功能,以便商人私人实施机制得以完善并最终建成。^{〔37〕}

(二) 私人裁决规范

私人裁决规范,是指在商事主体内部发生商事纠纷时,由商事主体组织适用商事自治规范,在内部进行自我裁决,而不由司法机关裁决的纠纷解决。一方面,私人裁决机制的运行主要是依据商事主体内部基于商事自治规范效力产生的内部裁判权。商事自治规范是具有法律效力的规范,是商法的法源,商事主体自然可以依据内部商事自治规范,如章程、商事惯例等,对违反规范的内部成员予以一定的处罚。另一方面,私人裁决机制构建并完善是商人私人实施机制的题中之意。“制度型构不能不考虑其运行成本,作为制度形态的社会纠纷解决机制同样如此。”^{〔38〕}私人裁决,则意味着不需要诉诸昂贵的司法救济,能够经济有效地解决商事主体内部纠纷。“在每一种纠纷的解决进程中,每一个当事人都在考虑自己的成本收益。所以,只要某种纠纷解决机制是有效的,成本比较低的,人们就会选择它。”^{〔39〕}

故私人裁决能以商事自治赋予商事主体以选择权,从而有效地解决纠纷并实现正义,最终确保市场经济有序发展。

“对于私益性或偏私益倾向的纠纷,因主要涉及私人秩序,对人类之基本生存利益并无影响,该类纠纷的处理,法律往往贯彻私法自治原则,将纠纷解决程序交由私人决定是否启动——法律仅为该类纠纷的处理供给判定标准,并不设定强制性的公共启动机制。”^{〔40〕}

〔36〕 参见徐昕:《论私力救济》,中国政法大学出版社2005年版,第70~96页。

〔37〕 参见前注〔2〕,周林彬、官欣荣书,第450~457页。

〔38〕 沃耕:《民事自助行为研究》,法律出版社2012年版,第41页。

〔39〕 参见朱苏力:《司法的边界》,载法制网(http://www.legaldaily.com.cn/0801/2009-10/12/content_1164673.htm,最后访问时间2017-07-27)。

〔40〕 蒋大兴:《团结情感、私人裁决与法院行动——公司内解决纠纷之规范结构》,载《法制与社会发展》2010年第3期。

私人裁决权的效力来源于法律授权或章程的自治安排，主要威慑力则表现为除名机制。那么，其实私人裁决机制，则意味着在商事自治规范中确定的商事主体自身所具备的内部调解恢复机制以及内部惩罚机制。

“现代社会的大量纠纷都是当事人自我解决的——如同自然人会自我安慰一样，法人也有自我调适、抚平情绪的机制，在公司内部，这种自我调适体现为公司机构对内部纠纷的预裁。”〔41〕

实质上，私人裁决机制就是商事主体的自我调节机制。例如公司设立的监事会或监事要求董事会停止非法经营管理行动，股东大会否定董事会的越权决议的效力，等等，其实都是商事主体自我调节方式，即为私人裁决具体表现。并且事实上，“最有效的商事纠纷解决机制，既不是司法诉讼机制，也不是其他替代形式，而是商事主体内部自我裁判功能的发挥”。〔42〕现实中，过度的司法介入不仅不能有效解决商事纠纷反而妨碍了商事主体的自治、自主管理，不利于构建商人私人实施机制。例如“南京安盛财务顾问有限公司诉祝鹃股东会决议罚款纠纷案”中，法院指出：

“公司章程关于股东会对股东处以罚款的规定，系公司全体股东所预设的对违反公司章程股东的一种制裁措施，符合公司的整体利益，体现了有限公司的人合性特征，不违反公司法的禁止性规定，应合法有效。但公司章程在赋予股东会对股东处以罚款职权时，应明确规定罚款的标准、幅度，股东会在没有明确标准、幅度的情况下处罚股东，属法定依据不足，相应决议无效。”〔43〕

我国商法体系中并没有明确私人裁决机制。实践中，私人裁决也仍然没有大规模地、体系化并规范化地进入商事纠纷解决的领域。有学者指出：

“在一种公平理念的追求下，我们今天的社会过于重视社会性的司法裁决，作为纠纷解决主要方式的私人裁决则有意或无意在制度层面被忽视。越来越多的观点甚至病态地以为，只有交给公众或其权威机构评判才可能带来公平。”〔44〕

“今天，我们需要重新思考组织系统内部私人裁决的意义，以及这种意义如何在私法结构（尤其是权利结构）中得到体现。团体法的制度设计要尊重和维护团体自解纠纷的能力，贯彻内部裁判优先原则，不能仅仅寄望于以外部机制解决内部问题——外部解纷程序只是迫不得已的最后选择。特别是，由于商事审判柔性化之特质。”〔45〕

私人裁决机制作为商人私人实施机制的重要组成部分，是商人私人实施机制中的先置性权利保护方式，即有关商事主体内部的商事纠纷的解决过程之中，只有在商事主体的内部调解机制不能够予以解决的情况下，我们才考虑自力救济或商会自治或诉讼等其他途径。例如商事组织的成员之间的纠纷（典型如公司股东之间的纠纷）或商事组织与其成员之间的纠纷（典型如公司与股东之间的纠纷），首先应该考虑组织体内部自我调节，通过内部的预先裁决恢复商事主体的正常机能。但是，我国目前商事法律立法与司法实践中并没有意识到私人裁决机制的重要性，其结果是商事诉讼大量增加，权利保护方式都集中于司法途径，而“当商事纠纷大量转移到法院来的时候，其他的纠纷解决机制就萎缩了”〔46〕。故，我国未来民法典应该确定关于商事主体内部纠纷适用私

〔41〕 见前注〔40〕，蒋大兴文。

〔42〕 谢文哲：《公司法上的纠纷之特殊诉讼机制研究》，法律出版社2009年版，第125页。

〔43〕 “南京安盛财务顾问有限公司诉祝鹃股东会决议罚款纠纷案”，载《最高人民法院公报》2012年第10期；武翠丹：《股东大会处罚权研究》，载《河北法学》2015年第6期。

〔44〕 见前注〔40〕，蒋大兴文。

〔45〕 参见蒋大兴：《审判何须对抗——商事审判柔性的一面》，载《中国法学》2007年第4期。

〔46〕 参见前注〔39〕，朱苏力文。

人裁决优先的原则,^[47] 赋予商事主体裁决内部纠纷的权力,并设立特定的内部机构以处理商事纠纷,使得商事纠纷能够在内部解决,也尽可能使纠纷能够有效地解决,节约诉讼成本。

基于民商合一的视角,笔者认为我国未来民法典应当单独在法人一章的社团法人一节之中设计相应的条款,具体可以设计为:营业社团法人有权设立特定的内部机构以解决纠纷,其内部商事纠纷适用私人裁决优先原则。

(三) 商会自治规范

商会是“工商业者和企业为维护其共同商业利益、消解其内部矛盾而自主设立的”^[48]、“为达到共同目的而自愿组织起来的同行或商人的团体”^[49];或“由城市工商业者组建的民间行业组织,分为两者类型,一指城市商人按其经营的商品类别划分组建的行业性组织,一指多个行业性商会组建的同行业组织和跨行组织”。^[50] 或“由某一行业或地区的工商企业自发组成的民间社会团体代表该行业或地区企业的共同利益,并用国家法律法规和商会章程规章来约束和规范会员企业的行为,以维护和促进市场的正常运行和发展”。^[51] 尽管目前我国形成了以工商联为载体的中国民间商会,以中国国际贸易促进委员会为组织形成的中国国际商会,以全国性行业协会为主体的行业商会,这一三足分立、多元并行的中国特色商会格局,^[52] 但是由于法律缺乏对商会组织性质明确定位,致使商会认识存在巨大的差异,即使我国存在庞大商会组织,也无法有效发挥商会应有的功能。诚如学者所言:

“在成熟的市场经济体制和自由企业制度下出现的自愿互利竞争协调机制,它的组织形式和承担者即是通过商会而得以实现和完成的。”^[53]

^[47] 关于私人裁决优先原则,有学者将其细化为两个更具有可操作性的原则,其一,穷尽商事主体内部救济原则。此为商事自治的必然要求,亦为实现商事团结、彰显预裁权的重要方式。其在股东代表诉讼、公司依法解散、股东查阅权、股利分配请求权等纠纷解决机制中都有体现。例如,《公司法》第152条为股东代表诉讼设立的前置程序,第34条为查阅权设置的书面请求程序,第183条为解散之诉设置的内部救济程序,等等。其二,成员利益优先原则。此为成员主权原则的体现,亦与成员组设商事主体的初衷或本旨相符。因此,必须尊重商事主体内部因机构间的职权划分而形成的职权秩序,在法律上明确规定成员会对商事主体内部纠纷有预裁权。该预裁权并不完全是建立在妥协基础上的软性的“调解或协商”,而是基于法律安排的一种“内在的强制秩序”。因学者有详细论述,故笔者不赘述,特此说明。参见前注[40],蒋大兴文。

^[48] 肖海军:《商会法律制度研究》,中国人民大学出版社2010年版,第228页。

^[49] [美] 格林沃尔德·道格拉斯主编:《经济学百科全书》,中国社会科学出版社1992年版,第452页;刘树:《我国民间商会自治法律制度研究》,硕士学位论文,华东政法大学法学院,2009年,第13页。

^[50] 中国大百科全书编委主编:《中国大百科全书》(简明版),中国大百科全书出版社1995年版,第967页;王青君:《境外在华商会发展现状、困境及对策分析》,载《中国非营利评论》2011年第9期。

^[51] 管怀璠:《我国商会的转型发展问题》,载《南通大学学报》2012年第6期。

^[52] 其中工商联商会是中国工商业界组织的人民团体,民间的对内对外商会。这些商会组织坚持自愿组建、自主管理、经费自筹的方针,组织数量不断增长,截止到2012年,共有49219个基层商会。中国国际商会是由中国经济贸易界有代表性的人士、企业和团体组成的全国民间对外经济贸易组织,国际商会在各省、自治区、直辖市建立了五十余个地方分会,六百多个支会和县级国家商会。行业协会则是由同一行业的企业法人、相关的事业法人和其他组织依法自愿组成的,不以营利为目的的社会团体,是同行业的企业出于自身利益而集中起来的一种组织形式。当然除了上述三种主要的商会还存在其他商会性组织,如地方会公馆、企业年会等规模较小的商会组织。参见郑江淮、江静:《理解行业协会》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2007年第6期;肖海军:《论我国商会之制度的起源、演变与现状》,载《北方法学》2007年第4期;刘智文:《改革开放后中国商会的崛起与发展》,载《中国商会发展报告》(2004),第17页;谢经荣:《商会调解的理论与实践》,法律出版社2013年版,第66~110页。

^[53] [美] 查尔斯·奥尔夫:《市场或政府——权衡两种不完善的选择》,中国发展出版社1994年版,第5页;前注[50],王青君。

事实上,商会应为法人,^[54]而且是非营利、自律性质的法人,组织秩序和市场治理机制都只是商会作为特殊利益共同体存在的目的。就法律地位而言,商会具有“团体性”是不同于自然人的组织体,就世界各国的商会立法而言,绝大多数国家也赋予商会法人资格,而且明确其为公益法人。例如法国《工商会法》第1条即明确商会为公益组织,^[55]德国《工商会法》第11条规定:“工商会是公法团体。”^[56]《日本商工会议所法》第2条第1款规定:“商工会议所或日本商工会议所为法人。”第4条第1款规定:“商工会议所不得以营利为目的。”^[57]《韩国商工会议所法》第2条规定:“商工会议所或大韩商工会议所为法人。”^[58]《俄罗斯联邦工商会法》第1条也明确工商会是俄罗斯企业及企业家联合的非商业性的民间社会团体,为法人。^[59]可见商会法律地位定性应为非营利性性质的社团法人。其实,我国《深圳特区行业协会条例》第3条中也有明确规定商会为非营利法人,^[60]但是仅仅在经济特区的条例中规定,无法定争止纷,也没有起到明确商会法人地位的作用。

其实,自治是商会能够作为公益法人发挥功能的基础与前提。“商会是一种极具代表性的社会自治模式”^[61],“系统功能的实现仰赖于构建适当的结构,商会自治的架构是实现商会功能的最佳选择”。^[62]商会自治机制,本质上是由于商会独立法人地位所拥有的自治权形成自治机制,主要包括商会自治规范制度以及商会内部救济机制。一方面,商会自治规范是商会开展自治和自律活动、自治机构的设置和运作、商会享有内部惩罚权的出发点与依据,即为商会自治机制运行的逻辑起点。“凡有行会的地方,行会又是立法团体。”^[63]从商法的历史演变中,可以发现商会很大程度上在“制定”商事习惯和商事习惯法。商会作为法人组织体,在自主地将商事习惯和商事习惯法通过商会章程等规范化、明确化的同时,也实现自治性管理与运行。法律应该明确商会自治规范,如商会章程、商会规定等,具有相应的法律效力,以约束成员的行为,维持商会正常、有序、规范化地运行,实现商会宗旨。^[64]另一方面,商会内部救济机制则能够保证商会自治规范、商会管理权与惩罚权得以有效实施运行,即为商事自治机制的必要保障。商会能够通过商会调解与商会仲裁等方式自主解决内部商事纠纷,使得商会内部纠纷消弭于内部运作之中,从而保障商会发挥自治管理的功效。从古至今,解决商事纠纷就是商会的一项重要职能。例如英国切斯特商人行会就明确规定,成员之间的纠纷必须通过行会内部仲裁解决,不得求助于法律。^[65]这些职能包含一是自治性惩罚功能;二是居间调解功能;三是商事仲裁职能。^[66]所谓自治性惩罚职能就是商会根据章

[54] 不过,也有学者认为,商会不是法人,只是契约型的社会组织。参见前注[48],肖海军书,第84页。

[55] “商会是政府部门中代表各自管辖区工商界利益的机构,它们是公立公益组织。”参见魏静:《商会法律制度研究——以商会自治为视角》,法律出版社2012年版,附录:《法国工商会法》,第207页。

[56] 参见前注[55],魏静书,第221页。

[57] 参见前注[55],魏静书,第225页。

[58] 参见前注[55],魏静书,第221页。

[59] 参见前注[55],魏静书,第260页。

[60] “本条例所称的行业协会,是指同行业或者跨行业的企业、其他经济组织以及个体工商户自愿组成,依照章程自律管理,依法设立的非营利性社会团体法人。”

[61] 见前注[48],肖海军书,第67页。

[62] 鲁篱:《行业协会经济自治权研究》,法律出版社2003年版,第114页。

[63] 见前注[4],哈罗德·J.伯尔曼书,第421页。

[64] 见前注[62],鲁篱书,第174~176页。

[65] 参见金志霖:《英国行会史》,上海社会科学院出版社1995年版,第58页。

[66] 参见前注[48],肖海军书,第99页。

程与会员大会的授权,按照相关的自治性规则,对违反相关规则的成员进行具有内部约束力的制裁甚至开除其会籍。^{〔67〕} 商会调解是商事成员民主参与纠纷的解决方式,在中立商会帮助下,自主解决纠纷的权利保护方式。商会仲裁则是对商会成员之间的纠纷,按照商会自治规章以及一定程序进行仲裁的救济方式。商会调解与仲裁具有专业性与信息方面灵活性与保密性的优势,而且能够有效节约纠纷解决成本,结果也更易执行,从而能够有效解决商事纠纷,保障商会自治机制的顺利运行。^{〔68〕}

可见,自治是商会的灵魂。商会存在的核心在于组织的自治性,即商会是在商事主体追求共同利益过程中,自治维护市场经济秩序有序运行。商会自治包括商会自主与商会自律。其中商会自主是指商会是独立的主体,非依法律规定,不受任何其他组织或个人的支配和干涉。商会自律则是商会成员共同制定自我规范、自我管理、自我约束与自我控制的自治性规范进行自律,以实现商会宗旨。^{〔69〕} 我们应该认识到商会自治机制构建核心在于发挥商会自治功能。2016年10月11日,中央政法委书记孟建柱在全国社会治安综合治理创新工作会议上指出:

“现代社会政府单打独斗已不适应人们对公共服务需求多样化、社会问题复杂化的新形势。政府、市场、社会只有分工负责、良性互动,才能共同治理好社会。面对纷繁复杂的社会事务,政府要保持必要的谦抑。把政府不擅长、做不好的事情交给社会组织去做,效果可能会更好。社会组织是现代社会治理不可或缺的重要主体,中国将推动社会组织明确权责、依法自治,加快培育与现代社会治理结构相适应的公益性、互助性社会组织,支持行业协会商会类组织发展。”^{〔70〕}

因而,我国未来民法典应该承认商会组织体的法人资格,明确其为非营利社团法人,并通过赋予商会组织的商事自治规范法律效力以及认可商会调解和仲裁等救济方式合法性,构建商会自治机制。另外,还需要明确商会章程、商会内部公约、行业标准以及行业纠纷解决规则等商事自治规范,效力的相对性,以及自治规范的实体内容、程序必须合法。其中,实体内容合法主要指自治规范不得违反法律强制性规定,不得违反公序良俗、社会公共利益。程序合法则是指自治性规范产生的程序必须具备合法性,成员平等地获得规范制定的参与权和表决权以及保证国家机关对自治规范的效力审查。内容与程序合法只是适用自治性规范的基础,在具体个案的适用中,还应该考虑个案与自治性规范的关联性,这种关联性表现为使用相关商会自治性规范的主体应为此商会的成员,即商会自治规范效力的相对性。^{〔71〕} 相应的条款设置在法人章社团法人一节之中,具体可以设计为:商会是享有制定商事自治规范权力和实施商会调解与仲裁等内部救济方式的非营利性法人,商会自治规范制定应当遵循法定程序,不得违反法律强制性规定、不得违反公序良俗与社会公共利益,且仅对商会内部成员有效,不得以自治规范对抗第三人。^{〔72〕}

三、商事习惯的具体表现

商事习惯具体表现为以下几种形式:

〔67〕 参见前注〔48〕,肖海军书,第99页。

〔68〕 参见前注〔55〕,魏静书,第112~116页。

〔69〕 参见前注〔55〕,魏静书,第202~203页。

〔70〕 《孟建柱:社会治理应更注重开放共治》,载中国江西网(<http://news.jxnews.com.cn/system/2016/10/13/015274816.shtml>,最后访问时间2016-10-14)。

〔71〕 参见前注〔2〕,周林彬、官欣荣书,第469页。

〔72〕 参见前注〔16〕,郑曙光、胡新建书,第372~374页。

（一）行业性惯例

行业性惯例，是商人共同体在长期的商事活动实践中形成的通用性习惯规则，即交易习惯^{〔73〕}。我国合同法司法解释即明确交易习惯内涵。^{〔74〕}实际上，交易习惯就是商事主体在长期商事交易中形成的规范交易主体之间的行为的规则。商事主体需要通过此行为规则分配权利义务并解决商事纠纷，以保证市场有序可持续发展，最终实现营利目的。其实，也正是因为商事主体能够自觉遵守并施行自治性规范，行业性惯例才富有生命力。不可否认，我国商事活动的实践中也存在大量的行业性惯例，这些交易习惯对商事活动的规范和商法的发展起到了重要作用。诚如学者所言：

“尽管我国的社会条件已经发生了诸多转变，但是商事交易习惯在客观上仍然发挥着国家法不可逾越替代的作用。商事交易习惯客观上仍然在规范和引导着商人。”^{〔75〕}

事实上，我国《合同法》针对整个交易过程都有关于适用交易习惯的具体规定。首先，关于合同的成立适用交易习惯的规定。《合同法》第22条承诺生效规定，第26条第1款关于承诺通知规定，都言明交易习惯的适用。其次，关于合同的履行适用交易习惯的规定。第60条第2款有关合同履行一般性规定，第61条明确生效后合同效力补充规定，进而第62条明确价格、数量等履行具体规定：实际上，该规定采用的标准都是行业性惯例。再者，关于后合同义务适用交易习惯的规定。第92条明确后合同义务内容，其为习惯确定义务。最后，关于合同解释适用交易习惯的规定。第125条第1款规定合同解释规则，也是适用习惯解释。由此可见，从合同的要约承诺、合同履行、到后合同义务以及合同条款的解释，行业性惯例都具有补充适用的法律效力。可以说，我国《合同法》中基本将行业性惯例当作商事习惯，赋予并承认其具有相应的法律效力。

然而，一方面，行业性惯例是在长期的商事交易中、在各种市场经济制约条件下通过商事主体的行为互动逐步形成的规范。因而，其“融汇了更多的地方的、行业的比较长期有影响的具体情况，并且最重要的是它是以规则表现出来的，是一种内生于社会的制度，可以说它们凝结了有关特定社会的环境特征、人的自然禀赋和人与人冲突及其解决的信息，是人们在反复博弈后形成的在日常生活中（当社会生活主要条件没有重大变化时）必须遵循的‘定式’”。^{〔76〕}另一方面，由于不同的行业具有不同的交易习惯，而行业性惯例需要长期实践过程，期间社会生活条件可能发生变化，故行业性惯例并不当然都具有法律效力。其实，各种行业性的协会规章及其活动之中都存在特定的行业惯例，但是只有不违反法律、行政法规强制性规定，且不违反公序良俗与社会公共利益的行业性惯例才具有相应的法律效力。例如美国《统一商法典》明确当事人之间所从事行为或贸易中的行业惯例，或当事人知道或应当知道的行业惯例，使协议条款产生特定含义并对协议条款起补充或限制作用，在合理情况下对协议中明示的条款与适用的行业惯例作一致解释，并且协议中任何一部分内容履行的行业惯例应作为解释协议该部分履行的依据，在不合理的情况下，明示条款

〔73〕 百度百科对行业性惯例定义为：行业惯例(Usage of the Particular Trade)，是特定行业中经过长期业务活动而形成的一些通用习惯规则。如港口惯例、交易所惯例、拍卖行惯例、银行结算惯例、价格术语、标准合同等。这些惯例在行业内人所共知，绝大多数是成文的。它们一般不具有强制性，而是一些任意性规则。只有双方当事人在合同中明确约定适用某种惯例规则，才对当事人有约束力。

〔74〕 “在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法或当事人双方经常使用的习惯做法。”参见《最高人民法院关于适用〈合同法〉若干问题的解释（二）》。

〔75〕 樊涛：《论我国的交易习惯——商法的视角》，载《中国商法年刊（2013）》，第141页。

〔76〕 苏力：《中国当代法律中的习惯——一个制定法案透视》，载《法学评论》2001年第3期；方文霖：《民事习惯司法运用研究》，博士学位论文，中央民族大学法学院，2012年，第18页。

则限制于行业惯例。^{〔77〕}

（二）部门规章

部门规章不属于《合同法》第52条第五项“违反法律、行政法规的强制性规定”的内容,当然不属于合同效力判断内容。《合同法司法解释(一)》第4条对这一规定作了再次重申。^{〔78〕}在西安市商业银行诉健桥证券股份有限公司与西部信用担保有限公司合同纠纷一案中,^{〔79〕}最高人民法院以中国人民银行《关于禁止银行资金违规流入股票市场的通知》在规范性属于行政规章而判定其不能作为确认合同无效的依据。合同单纯地违反了部门规章,其效力不受影响,这主要是因为:

第一,数量庞大且种类繁杂的部门规章不利于商事交易的有效进行。各部门在制定规章时往往为了自身的利益而添加某些规则以便于扩张自己的权力,若合同效力受到部门规章的干涉则会严重阻碍自由订立合同的积极性。例如,合同法颁布后,工商总局随即出台了贯彻实施合同法的通知(1999),许多地方政府也相继出台了合同法的监督管理条例。^{〔80〕}若法院在认定法律行为的效力时依照的还是相关的部门规章,势必会造成大量的无效合同,这既造成合同订立、履行和纠纷解决费用的巨大浪费,也导致人们不信任合同,滋长欺诈和背信者的侥幸心理。^{〔81〕}

第二,法院对部门规章缺乏有效合法的监督权,也没有相应的司法审查权。由于我国《立法法》在实行过程中困难重重,导致部门规章的制定与实施没有形成一套有序的机制,所以部门规章违反上位法现象屡见不鲜。因此,一旦在司法过程中,当事人提出合同无效是根据部门规章,由于法院缺乏对部门规章的审查监督权,就只能以部门规章不属《合同法》中规定的法律及行政法规为由不予采纳。^{〔82〕}

尽管部门规章不属于对合同效力判断内容,但如合同的内容与部门规章不符,在合同解释发生争议情形,部门规章作为行业性自治法规,可以解释为民事习惯的内容。因此,依部门规章对合同内容进行解释,属于依据商事习惯对此进行解释,遵循习惯解释的相关规则。

（三）现代商人习惯法

所谓现代商人习惯法,是伴随着新商法产生的,即在全球化发展中,由国际性官方或民间制定机构制定的国际公约、示范法以及国际商会等组织公布的文件资料等。^{〔83〕}可以说,全球化经济的

〔77〕 参见ALI(美国法学会)、NCCUSL(美国统一州法委员会):《美国统一商法典及其正式评述》(第一卷),孙新强译,中国人民大学出版社2004年版,第90~123页;岳阳、朱能立:《我国商事习惯适用的法理依据及其立法构建》,载《商业时代》2011年第12期。

〔78〕 “合同法实施以后,人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据。”2002年全国人大常委会法工委《民法典草案》第67条第5项规定:“违反法律的强制性规定或社会公共利益的民事行为无效。”该规定甚至将行政法规排除出了“强制性规定”的规制范围,这体现了我国立法机关对于效力位阶论的坚持。

〔79〕 最高人民法院(2005)民二终字第150号民事判决书,载《最高人民法院公报》2006年第9期。

〔80〕 《山西省合同监督管理条例》(2002)、《辽宁省合同监督条例》(2001)等;谢鸿飞:《论法律行为生效的“适法规范”——公法对法律行为效力的影响及其限度》,载《中国社会科学》2007年第6期。

〔81〕 王卫国:《论合同的无效制度》,载《法学研究》1995年第3期;见前注〔80〕,谢鸿飞文。

〔82〕 但是也存在例外情况:在“银河证券有限责任公司海口龙华路证券营业部与湖北武汉证券有限公司海口营业部返还不当得利纠纷上诉案”中,最高人民法院因有价证券回购成交合同违反了中国人民银行的《信贷资金管理暂行办法》,而认定该合同无效。参见最高人民法院2000年(经)终字第188号。

〔83〕 参见[英]施米托夫:《国际贸易法文选》,赵秀文译,中国大百科全书出版社1993年版,第247页。

发展,使得商事交易中,当事人之间约定适用的商事习惯不再局限于一国国内的惯例规范,而是将超越国家边界的现代商事习惯也作为解决纠纷,特别是跨国商事贸易纠纷的重要法律渊源。^{〔84〕}《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第33条第3款就规定:“在一切情形下,仲裁庭均应按照契约的规定做出决定,并应考虑到适用于该项交易的商事习惯。”

国家商事贸易实践中,现代商人习惯法的适用主要有两种情形:第一,当事人选择适用。典型的如《跟单信用统一惯例》以及《国际贸易术语解释通则》;第二,仲裁庭选择适用。典型的如《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》就明确规定:“仲裁员在任何时候,任何情形下,都应当充分地考虑当事人之间的合同和有关的国际惯例。”^{〔85〕}

事实上,现代商人习惯法在商法习惯中占据越来越重要的地位,主要是由全球化交易性质所决定的,即跨国交易中往往涉及不同国家的交易方,如此亟须适用一般的现代商事习惯法以解决双方的纠纷。但由于现代商事习惯法居于时间与空间上的普遍性、自治性、相对的确定性与成文化性以及跨国性,^{〔86〕}尤其是跨国性的特征,需要对现代商事习惯区分适用。有学者就将国际惯例类型化为明示适用、默示适用、补充适用以及参考适用,并且明确国际惯例适用应受到法律限制与公共秩序的保留,^{〔87〕}殊值赞同。笔者认为现代商事习惯法是商事习惯重要组成部分,我国未来民法典之中应当确认国际惯例作为商事习惯的一般性渊源,但不能不加区分完全适用,同时还应当明确国际惯例不得违反公序良俗,并且需要遵循一定的程序性要件才能适用。

四、商事习惯与任意性规范

目前,我国学术界关于商事习惯适用的顺位问题存在较大的争议。有学者认为商事习惯不必为商法渊源,仅确定为商事交易的解释依据,将其视为补充性或解释性渊源即可,无须在基本法中赋予其法律渊源的地位。^{〔88〕}有学者则认为商事习惯对滞后于快速变化的经济现状的商事制定法具有补充的作用,商事习惯应为商事法律规范的重要渊源,在商事纠纷处理中补充商事制定法或成文法适用,即制定法优先于习惯法,只有在没有制定法时才适用习惯法。^{〔89〕}也有学者结合域外立法和我国立法传统综合考量,认为商事习惯当然是正式商法渊源,可以作为法官裁决商事纠纷的依据,同时商事习惯略后于商事制定法,但优先于民事制定法适用。^{〔90〕}还有学者认为商事习惯是商法基本渊源,作为商事成文法的补充,在商事活动中,除强行性规定时,商事习惯优先于商法制定法或商事成文法适用。^{〔91〕}其实,学者们都认可商事习惯的约束力,很大程度上承认其具有法律效力,将其视为补充性解释渊源的学者也赞同“甚至更进一步,赋予商事习惯以法律渊源的地位”。

〔84〕 参见前注〔16〕,郑曙光、胡新建书,第366~368页。

〔85〕 参见陈彬:《现代商人习惯法与国际商事仲裁中的适用问题分析》,载《仲裁研究》2006年第1期。

〔86〕 参见曾大鹏:《中国商法通则理论与立法研究》,法律出版社2013年版,第59页。

〔87〕 参见前注〔2〕,周林彬、官欣荣书,第391~400页。

〔88〕 论者严格区分商事习惯与商事习惯法,商事习惯仅仅具有规范意义上的约束力。参见范健、王建文:《商法总论》,法律出版社2011年版,第110~111页。

〔89〕 参见前注〔2〕,王保树书,第21~23页;苗延波:《中国商法体系研究》,法律出版社2007年版,第105页;张民安:《商法总则制度研究》,法律出版社2007年版,第94~95页。

〔90〕 参见前注〔2〕,周林彬、官欣荣书,第378~379页。

〔91〕 参见魏振瀛、徐学鹿主编:《北京大学法学百科全书》,北京大学出版社2004年版,第813页;樊涛:《论我国的交易习惯——商法的视角》,载《中国商法年刊(2013)》,第142~145页。

位”。^{〔92〕} 认为制定法优先于商事习惯的学者却认可商事自治法应优先于制定法适用。^{〔93〕} 如前文所述,商事习惯是商事自治规范的一部分,应该作为商法的基本渊源,优先于制定法适用。至于商事制定法和民事制定法的区分,进而区分民事活动与商事活动,习惯与交易习惯的逻辑思路,实质上否认民商合一。^{〔94〕} 基于民商合一的视角,笔者赞同商事习惯为商法基本渊源,优先于任意性规范适用,具体原因如下:^{〔95〕}

首先,就普通的民事主体而言,尽管习惯在民事交易面前具有选择性,但因为其从事的交易的不定期性、非专业性,相较法律明确稳定的规定而言,习惯在当事人所预期的内容中占据的比重较低,因此,如果有明确的法律规定,首先适用民事法律规范,只有在民事法律规范不足的情况下适用民事习惯更能够实现当事人交易的公平。但对于商事主体而言,由于交易主体具有职业性、专业性,交易形式具有定期性、稳定性,为实现交易的快速与便捷,商事习惯在交易主体的视野中比法律中的任意性规范更具有强制力。如果违背商事交易的一般习惯,将会导致某一交易主体在该交易区域失去信任的基础,导致其丧失交易的资格。比如温州与台州等地出现的合会规则,合会会员(比如说10人)每人出10万元,每个会员拥有“一定数量的货币在一段时间内的使用权”,从而使资金发生巨大的效应。合会会员必须信守该种规则,否则会导致合会资格的丧失。^{〔96〕} 比如,在“上海振华港口机械有限公司诉美国联合包裹运送服务公司国际航空快递运输延误赔偿纠纷案”中,法院认为:

“被告未按行业惯例于当天送往机场报关,以致标书在沪滞留两天半,应当承担相应的民事责任。”^{〔97〕}

其次,商事习惯作为商事交易中的规则,更主要的是商事习惯体现出商事主体在商事交易纠纷解决的自治性。《国际商事合同通则》(UNIDROIT)和《欧洲合同法通则》(PECL)几十年的发展表明,国际仲裁依据是当事人所缔结的合同与交易习惯,该观点已经去除了“替换传统的基于主权概念的立法论”,国际商事交易当事人与仲裁机构制定的商事习惯是商法复兴机制所在。^{〔98〕} 在发生争议时,法律应该尊重该种规则,否则法律不仅破坏商事自治所体现的规则,而且会纵容不诚信的交易发生,其结果,必然产生劣币驱逐良币的效应。个案判决看似损害的是个别交易,其实损害

〔92〕 范健、王建文:《商法总论》,法律出版社2011年版,第111页。

〔93〕 见前注〔2〕,王保树书,第23页。

〔94〕 学者建议专家建议稿应该区分民俗习惯和交易惯例立法,对第9条设计条文如下:“民事活动,应依照法律及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例或单行条例、司法解释。法律及法律解释、行政法规、自治条例或单行条例、司法解释没有规定的,依照习惯。商事自治规范(行业规范、企业章程、交易习惯)在调整营业关系中优先于民事法律和行政法规、自治条例或单行条例、司法解释适用。前两款的习惯和商事自治行业规范,不得违反法律行政法规强制性规定、不得违背社会公德、损害公共利益。”实质上,该学者认为应该设置商事基本法总则,并明确“关于商事,本法和其他商事法律没有规定者,适用商事习惯,在民法规定者,适用民法,前款规定的商事习惯,不得违背国家法律和行政法规的强制性规定,对公序良俗亦不得违反”。可见,学者还是基于民商分立逻辑思路对商事习惯性质、地位进行定位。参见前注〔2〕,周林彬、官欣荣书,第378~386页。

〔95〕 参见许中缘、颜克云:《商法的独特性与我国民法典总则编纂》,载《中国社会科学》2016年第12期。

〔96〕 关于合会的相关资料可以参见张翔:《合会的信息汇聚机制——来自温州和台州等地区的初步证据》,载《社会学研究》2006年第4期。

〔97〕 法院具体裁决意见:“尽管当事人明确约定:被告为原告快递标书费时六天零五个小时,并未超过国际快件中国到也门四到七天的合理运输时间,无延误送达标书的事实。但被告接受标书后,未按行业惯例于当天送往机场报关,以致标书在沪滞留两天半,应当承担相应的民事责任。”参见《最高人民法院公报》1996年第1期。

〔98〕 See K. P. Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* (The Hague, Boston: Kluwer Law International, 1999), p.207.

的是整个商事交易体系，最终会破坏社会经济的发展。

再次，我国现有的法律仍然是传统民事交易基础上建立起来的规则，并没有考虑到商事交易的特殊性，也没有考虑到法律规范的性质，仍然简单适用法律规范性文件效力优于习惯的效力规则，无疑会遏制商事交易的发展。笔者认为，在习惯与其他规范性文件何者优先的情况下，应该进一步区分强制性规范与任意性规范。对于强制性规范本身所具有的强制性，法律应该首先适用此类规范当无疑义。但任意性规范主要是赋予行为人从事某种行为的自由，划定自由行使的规则，任意性规范调整的是私人之间的利益，尽管也蕴含了法律对私人之间利益的平衡。不过，基于私法自治的本质属性，这种利益平衡具有补充性，即只有当事人在没有对这种利益进行合适取舍的情况下，法律才能“越俎代庖”地予以规范。^{〔99〕} 作为商事交易的习惯，为当事人的行为与意思表示，代表主体对法律的变更，因此，对于商事习惯的适用并不能简单地适用法律规范优先于习惯的规则，相反，法律应该确定商事习惯优先于任意性规范的效力。比如最高人民法院在“中国工商银行哈尔滨开发区支行与中国光大银行哈尔滨道外支行、黑龙江长兴投资公司借款合同案”中就根据商事习惯确认了不动产收益权可以质押的规定。^{〔100〕}

最后，无论是大陆法系的国家还是英美法系的国家商法法律体系中商事规范都表现出对当事人意思自治原则的普遍尊重。其一，在法律适用上，各国都明确商事自治规范为商事法律渊源并有优先适用的法律地位。其二，这种地位在现代各国的商法发展、演进路径中呈现出强化的趋势。这些都说明商事自治法对于商事国家法产生与发展至关重要，甚至可以说商事自治法规则的形成与完善是商事国家法规则形成与完善的前提条件。诚如学者所言：

“有关前提的条件的成就，首先通过商人对商事自治规则的私人自我实施，实现商事自治规则的建立与完善；其次通过立法者与司法者对有关商事自治规则优先适用于商事国内法的过程实现。正是在这个意义上即商事自治法是商事国家法的前提。”^{〔101〕}

因而，确立商事习惯优先于任意性规范的效力规则其实就是确立商事规则的漏洞填补规则。在商事规则具有欠缺的时候，基于商事规则的特殊性，并不能即时运用民事法律规范来对商事规则予以适用，而只有当商事习惯不能解决相应规范的时候，才能确立适用民法典的其他法律规范，这才能真正保障商事交易的自治性。^{〔102〕}

五、商事习惯的民法典规定

现代各国(地区)商事立法与司法实践中一般认可习惯，并将其作为商法的基本渊源。例如《瑞士民法典》第1条规定：

“本法未规定者，审判官依习惯法；无习惯法者，自居于立法者地位时，依所应制定之法规裁判之。”^{〔103〕}

美国《统一商法典》第1—205条明确规定：“当事方之间的商业往来和当事人所从事的职业或

〔99〕 王轶：《论合同法的任意性规范》，载《社会科学战线》2006年第5期；许中缘：《论任意性规范——一种比较法的视角》，载《政治与法律》2008年第11期。

〔100〕 最高人民法院民事审判第二庭编：《最高人民法院商事审判裁判规范与案例指导（2010年卷）》，法律出版社2010年版，第170～177页。

〔101〕 见前注〔2〕，周林彬、官欣荣书，第79页。

〔102〕 参见前注〔16〕，郑曙光、胡新建书，第366～368页。

〔103〕 《瑞士民法典》，殷生根等译，中国政法大学出版社1999年版，第3页。

行业中为当事方所知悉或理应知悉的交易惯例,使协议条款具有特写的含义,并且起着补充或限制协议之作用。”^[104]我国台湾地区“民法典”第1条也规定:“民事,法律所未规定者,依习惯,无习惯者,依法理。”^[105]可见,商事习惯在商法体系之中具有举足轻重的地位。诚如学者所言:

“这些都决不是偶然的。这并不仅仅是因为制定法无法规定生活中的一切,或文字无法描述一切,而更多的是因为,无论你承认与否,习惯都将存在,都在生成,都在发展,都在对法律发生着某种影响。习惯将永远是法学家或立法者在分析设计制定法之运作和效果时不能忘记的一个基本背景。”^[106]

“这种习惯流变往往是约定俗成,无需国家的强制就会发生,保证了人们在社会生活中的预期,因此,在制定法上注意研究并及时采纳习惯,不仅可以弥补制定法必定会存在的种种不足和疏忽,以及由于社会变化而带来的过于严密细致的法律而可能带来的僵化;更重要的是,吸纳习惯也是保持制定法富有生命力,使之与社会保持‘地气’,尊重人民的首创精神的一种不可缺少的渠道。”^[107]

目前,我国《民法通则》尚未明确商事习惯的法律渊源地位,仅仅在《合同法》的分则中规定具体情况下的商事交易习惯,一方面交易习惯仅仅涵盖了部分商事习惯,另一方面《合同法》只是针对具体情况而未做出一般性适用规定,且适用局限于契约领域,故该规定还远远不能满足商事审判与仲裁实践的需要。虽然,《民法总则专家意见稿》与《民法总则专家意见提交稿》第9条以及《民法总则(草案)》第10条确定习惯的法源性地位,对于实现民商合一具有重要作用。但问题是,该条确定“法律以及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、司法解释没有规定的”才能适用习惯的规则,仍然以狭义民法立场来确定习惯的民事法律适用程序,忽视了商事习惯与国家制定法之间的互动以及其在商事交易中的特有作用,具有诸多弊端。诚如学者所言:

“商事习惯具有坚韧的生命力,会在司法过程中顽强地表现自己,这并不等于说习惯就不受制定法的影响。……现代社会的习惯或民间法已完全不可能保持其在近代民族国家形成之前的那种所谓的‘原生状态’,它已必定是在同国家法的互动过程中,不断地重新塑造自己。”^[108]

事实上,绝大部分国家都在商事法律中承认商事习惯。甚至,有的国家商法中明确规定,在没有商事习惯时,方能适用制定法或成文法。例如《日本商法典》第1条就是如此规定,^[109]《韩国商法典》也有类似的规定,特别地,该法典还明确指出对合同的内容进行解释或者合同漏洞需要补充的时候,应当先适用习惯,在没有可以适用的习惯时,才适用任意性法律规范。^[110]还有的国家商法中虽然并未明确习惯法优先于制定法适用,但是还是在商事交易中强调适用商事习惯。例如《德国商法典》第346条明确指出对交易习惯的考虑,^[111]《法国民法典》第1135条在契约履行过程

[104] 见前注[77],ALI(美国法学会)、NCCUSL(美国统一州法委员会)书,第12页。

[105] 王泽鉴:《民法总则》(增订版),中国政法大学出版社2001年版,第3~4页。

[106] 苏力:《中国当代法律中的习惯——从司法个案透视》,载《中国社会科学》2000年第3期。

[107] 苏力:《中国当代法律中的习惯——一个制定法案透视》,载《法学评论》2001年第3期;孙光宁:《民间法源的权威:基于判决的可接受性》,载《宁夏社会科学》2011年第1期。

[108] 见前注[106],苏力文;刘行玉:《转型期农村人民调解的法制环境分析》,载《山东农业大学学报(社会科学版)》2010年第12期。

[109] “关于商事,本法无规定者,适用商习惯法,无商习惯法者,适用民法。”参见《日本民法典》,王书江、殷建平译,中国法制出版社2000年版,第3页。

[110] 参见《韩国商法》,吴日焕译,中国政法大学出版社1999年版,第3~122页。

[111] “在商人之间,在行为和不行为的意义和效力方面,应当顾及在商事往来中适用的习惯和惯例。”参见《德国商法典》,杜景林、卢谌译,法律出版社2010年版,第211页。

也强调如此。^{〔112〕} 其实，

“习惯总是在流变的，实际是生动的。在当代社会经济巨大转型的历史条件下，往日的许多习惯已经被人们自觉废除了，而一些新的、适应现代市场经济和现代国家的习惯或行业习惯已经或正在形成。”^{〔113〕}

面对不断发展的商事习惯，我们必须承认并赋予其法律效力。诚如学者所言：

“只要人类生生不息，只要社会的各种其他条件还会发生变化，就将不断地产生新的习惯，并将作为国家制定法以及其他政令运作的一个永远无法挣脱的背景性制约因素而对制定法的效果产生各种影响。”^{〔114〕}

因而，商事习惯是也应当是“商法重要渊源，不仅历史上如此，而且还继续为商法适应经济的发展而提供便利条件”。^{〔115〕} 故，首先我国未来民法典应当确定商事习惯的基本法源地位。在确定商事习惯为法律渊源地位后，商事习惯自然可以作为商事主体商事交易的行为准则和商事权利保护的规范。当发生商事纠纷时，也当然可以适用商事习惯予以处理。然后，还应当考虑商事习惯的特殊性，确定商事习惯具有优先于任意性规范的法律效力。这样一来，在不违反强制性规定时，商事习惯就是商事主体优先适用的行为准则，也是处理商事纠纷优先适用的裁决依据。最后，增加商事习惯优先于任意性规范的效力规则。具体设置是在《民法总则（草案）》的第1章基本原则之中第10条的基础之上增加商事习惯的一般性效力规则。其中，有关商事习惯的具体条文设计可以为：民事主体之间的纠纷，应当依照法律以及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、司法解释、商事习惯。其中，商事习惯优先于法律以及法律解释、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、司法解释的任意性规范适用，且商事习惯不得违反法律和行政法规强制性的规定，不得违背公序良俗和社会公共利益。

（责任编辑：庄加园）

〔112〕 “契约，不仅对其中所表述的事项具有约束力，而且对公平原则、习惯以及法律依据债的性质而赋予的全部结果具有约束力。”参见《法国民法典》（下册），罗结珍译，法律出版社2005年版，第840页。

〔113〕 见前注〔107〕，苏力文。

〔114〕 见前注〔106〕，苏力文；方文霖：《民事习惯司法运用研究》，博士学位论文，中央民族大学法学院，2012年，第46页。

〔115〕 [法]伊夫·居荣：《法国商法》（第一卷），罗杰珍、赵海峰译，法律出版社2004年版，第25页；陈本寒、艾国利：《习惯在我国民法体系中应有的地位》，载《南京社会科学》2011年第3期。