

论商事习惯的法源位阶

李建伟*

内容提要 《民法典》第10条、第11条究竟确立了怎样的商法渊源体系,是“商法规范—民法规范—商事习惯”抑或“商法规范—商事习惯—民法规范”?两种观点分歧在于商事习惯与民法规范的位阶安排,背后原因是对商法之于民法的实质性独立程度有不同认知。“民法规范先于商事习惯”的位阶安排系片面理解与孤立适用“成文法优于不成文法”规则,不恰当地切割商事领域习惯法与制定法,实质损害了商法的独立性。依我国形式私法一元制、实质私法二元制的私法体系,民商法的内在体系不同,商事习惯相较于民事制定法更能够实现商事关系的妥当调整,由此而确立的“商事习惯先于民法规范”位阶更能维护商法的实质独立性,避免商事审判的“任意向民法逃逸”,更可规模性地避免“有法误用”现象发生。“商法规范—商事习惯—民法规范”三位阶商法渊源体系之确立,有立法论与解释论两条选择路径。

关键词 商事习惯 商法规范 民法规范 法源位阶 法律渊源体系

目次

- 一、商事习惯的法源地位
- 二、商事习惯先于民事制定法之比较法证立
- 三、商事习惯先于民事制定法的理论证成
- 四、我国法上商事习惯法源位阶的检讨与建构
- 五、结论

* 中国政法大学民商经济法学院教授。本文系2020年度研究阐释党的十九届四中全会精神国家社科基金重大项目“营商环境法治化的制度架构与实现研究”(项目批准号:20ZDA044)的阶段性成果。中国政法大学叶一丁、林斯韦、梁政超、张子昕等同学以及西南政法大学赵忠奎博士后曾参与讨论,特此感谢。

“法律渊源是与司法方法论联系密切的概念”^①,法源的探讨离不开法学方法论的指引,商法渊源之实践价值也要在与司法适用的结合中得以体现。虽因地域、民族等因素导致民法渊源的复杂性、多样性,但相比之下,因商事活动的营利本质及受其驱动的创新发展,商法渊源更加复杂多样。尤其由商事创新发展不断生成的法律规范导致规范适用的冲突频繁,司法为稳定、妥善处理之,解决法律规范冲突的工具即为法律秩序位阶结构说。^②该说认为,法律规范不处于同一位阶,发生规范冲突时按照规范的位阶排列顺次适用,这是探究商事习惯在商法渊源体系中位阶的出发点。近代以来,稳定性更强的制定法占据法律渊源的统治地位,但因立法程序严格而缺乏调整的柔韧性、适应性,此弊在追求交易便捷高效的商事领域尤为凸显,因此需要藉由另外的法源予以调节,其中最要者莫过于习惯。长期以来,关于习惯的法源地位,尤其与民事制定法之间的位阶关系,大陆法系国家的民法典、商法典的规定不尽一致,背后的法理阐释纷争不止,司法裁判立场更引人关注。

《民法典》第10条规定“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”,第11条规定“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定”。从概念法学的立场,此处需进一步作出解释的是:“习惯”如何界定,是否包含商事习惯;“民事”如何解,民商合一体例下商事得否为特殊之民事而被“民事”包含;“商事习惯”又作何解。民法学界主流意见以为上述规定确立了“法律—习惯”二元民法渊源体系以及“商法规范—民法规范—商事习惯”三进阶商法渊源体系,但也有人提出商法渊源体系应作“商法规范—商事习惯—民法规范”的解读,分歧在于商法渊源体系下的商事习惯与民法规范之位阶安排。在没有商法典且希望“通过编纂民法典,完善我国民商事领域的基本规则,亦为商事活动提供基本遵循”^③的民商合一背景下,正确定位商事习惯与民法规范的位阶关系,于民商事法律规范的正确适用,意义重大。

一、商事习惯的法源地位

(一) 商人群体集体自治意思之载体

对于商事习惯,美国《合同法重述(第2版)》第222条规定:“称商业习惯者(a usage of trade),谓某一地区行业或者商业中被经常遵守之行为,而使得在某一特定协议中,亦合理期待该习惯应被遵守。商业习惯得包括某一被规律地遵守之制度,即便该制度市场改变者,亦同。”^④《统一商法典》第一章第205条第2项规定:“商业习惯系交易运作或方法,此种运作或方法为某行业、商业中众所遵循者,可合理期待当事人遵循此

① 谢晖、陈金钊:《法理学》,高等教育出版社2004年版,第398页。

② 参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第118页。

③ 《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》,载中国人大网, http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm, 2022年6月8日访问。

④ Restatement (Second) of Contracts § 222 (American Law Institute, 1981).

习惯。”对于该条第1项的“交易过程(a course of dealing)”的解释是,“交易双方在先前的交易中形成的、用于控制它们相互间交易的一种‘私人惯行’(private usage of trade)”^⑤。循此,商事习惯,可谓商人群体所共同承认并遵守的准则,长期实践(惯行)与普遍承认是习惯能够成为私法法源的两个基本要求。^⑥一方面,商事习惯源自商人们的长期商业实践,恰说明作为法源的商事习惯具有的生命力与合理性。私法上的意思自治原则成立的前提是私法主体符合“理性经济人”的假设,实则这一假设并不能(完全)适用于民法,^⑦但在商事领域完全成立。商事习惯形成中的商人理性在于,如某种惯行对于各方无益,或者仅对小部分主体有益而对其他商主体造成不利益,那么具有经济理性的商人群体应该不会在较长时间、较大区域内不断地惯行,因而此惯行也就无法成为一项“习惯”。可以说,商人们在不断重复一种惯行的过程中已在社群中有意识地集体性地表达态度——以践行这种行为的方式支持这一惯行的持续。在此意义上,商事习惯可谓“商人群体集体意思自治之载体”。

另一方面,商事习惯被商人普遍承认的事实也正说明其具有“承认、服从”这一惯行的主观意识,且是集体性的自觉意识。从商法的早期来看,商法完全脱胎于商事习惯的不争事实以及商事程序法(纠纷解决机制)优先于商事实体法的历史,^⑧说明千百年来商事纠纷处理之于各方人等,不会出现“事后立法”的情形,优先适用一项为商人群体所共同长期实践、集体普遍无意识承认、遵从的惯行——商事习惯,来解决彼此间的纷争,具有明显的合理性。

商事习惯乃“商人群体集体意思自治之载体”这一立论如获肯定,那么循意思自治的私法原则,商事习惯在法源位阶上的优先逻辑也就自洽了。在关于法律规范的诸分类中,有助于意思自治原则实现的规范类型化,乃是制定法为法定规范、习惯法为私法主体的意定规范的分类。^⑨循此,私法的法定规范之功能主要在于节省交易成本或指导交易,而不必然具有强制性,或虽具强制性,但功能仅在于建立私法自治的基础结构,为裁判者提供裁决依据,而不在于强制影响人们的行为。^⑩“商法这个部门法更关注交易领域中建构一种最基本的秩序、诚信与安全,更强调对具体问题的解决方案设计和技术应用。”^⑪既如此,在张扬“商法的根本是意思自治精神”的商事领域,承载“商人群体的集体自治意思”的商事习惯在法源位阶中的优先性的证成,具有重要的理论与实践价值。

⑤ [美]克劳德·D. 柔沃、乔治·D. 沙博:《合同法》(影印本第4版),法律出版社1999年版,第172页。

⑥ 参见张新宝:《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第19页。

⑦ 参见[日]星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第42-46页。

⑧ 参见黄进、胡永庆:《现代商人法论——历史和趋势》,载《比较法研究》1997年第2期,第148页。

⑨ 苏永钦先生将契约称之为人们自己创造的规范,习惯乃是“社会”形成的规范,国家产生的民法规范、判例等属于法定规范,并强调此处的意定与法定之分类在国家强制的介入程度上的区分不是绝对的而是相对的。参见苏永钦:《私法自治中的国家强制》,中国法制出版社2005年版,第22-23页。

⑩ 参见前注⑨,苏永钦书,第33页。

⑪ 何勤华、魏琼主编:《西方商法史》,北京大学出版社2007年版,“序”第1页。

（二）商法规范供给的源头活水

商事习惯是商法规范的源头活水。早期的商法以商事习惯的形式存在,商人间的纠纷由商人组成的“商事法庭”解决,裁判依据即为商人间的交易惯例。此后,由于民族国家的兴起及国家权力对于商事活动的渗透,制定法逐渐取代商事习惯成为主要渊源,后者降格为补充性法、次要性法源,甚至仅为法律事实,或作为证据证明待证事项。^⑫但在经济全球化过程中,商事习惯再次迎来勃兴。^⑬跨国、跨地区的商主体的国际商事活动领域既无类似国家等权力主体,也不宜仅通过法律适用规则指向主要调整国内商事关系的各国制定法,因此多由国际商事惯例调整。《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第35条第3款规定“所有案件中,仲裁庭均应按照所订立的合同条款作出裁决,并应考虑到适用于有关交易的任何商业惯例”,《跟单信用证统一惯例》《国际贸易术语解释通则》等商事领域影响深远的“立法文件”直接被称为现代商人习惯法。日韩《商法典》第1条均明确规定商事习惯(法)后于商法、先于民法的位阶,理由在于商事习惯对商事制定法的漏洞填补功能较之于民法具有优势。

回顾历史,商事习惯持续为商事规范提供活力。“无需国家对合同的强制执行力抑或是一个统一的商法典,商人自己发展出一套可供裁判的私法。”^⑭商事习惯的活力远超民法,“商法不仅需要作为法律调整手段的自治——不仅需要意思决定自主意义上的自治,像所有的法律行为那样;而且要求意思形成自主意义上的自治,像债权债务那样——更重要的是需要规范创制(法律渊源、法律创制)上的自治以及争议解决机制上的自治”,其价值在于“这种自治精神的不同,不仅是程度上的差别,而且是根本性的、生死攸关的差别。离开了规范创制上的自治,便宣告了商法的死刑,但压缩了意思形成上的自治,民法依然可以苟活”,强调商法的根本是意思自治精神之意义在于“这种自治精神的差别解释了商法的起源、商法的现状,指示着商法的未来方向。这说明商法对民法规范的适用是自主的、有选择的,而不是他律的、被迫的”。^⑮无怪乎,商法以外的国际贸易法、网络法、体育法及航空法等诸部门法学者都将商事习惯视为一种无需国家主体介入、而由私主体创制的典型私法体系。^⑯

^⑫ 参见房绍坤、王洪平:《民事立法理念与制度构建》,法律出版社2016年版,第33-89页。

^⑬ 参见前注⑪,何勤华、魏琼主编书,第472、587页。

^⑭ Paul R. Milgrom, Douglass C. North & Barry R. Weingast, *The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs*, *Economics and Politics*, Vol.2:1, p.2 (1990).

^⑮ 参见张谷:《商法,这只寄居蟹——兼论商法的独立性及其特点》,载《清华法治论衡》(第6辑),清华大学出版社2005年版,第21页。

^⑯ See *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 715 (2004); Ian Ayres & Richard E. Speidel, *Studies in Contract Law*, 7th edn., Foundation Press, 2008, p.6; W. Tetley, *The 'New' Law Merchant and the 'Old' Sources, Content, and Legitimacy*, in Thomas E. Carbonneau ed., *Lex Mercatoria and Arbitration*, Kluwer Law International, 1998, p.61; Graeme B. Dinwoodie, *A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.149, p.475(2000); Ken Foster, *Is There a Global Sports Law?*, *Entertainment and Sports Law Journal*, Vol.2, p.10(2003); I. Trotter Hardy, *The Proper Legal Regime for 'Cyberspace'*, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol.55, p.1019-21 (1994); Brian F. Havel & Gabriel S. Sanchez, *The Emerging Lex Aviatca*, *Georgetown Journal of International Law*, Vol.42, p.658-59 (2011).

（三）商事纠纷解决的压舱石

商事习惯是商事纠纷的压舱石。商事习惯仅次于商事制定法的位阶安排,原因在于商法习惯与商事制定法同大于异、之于民法异大于同,若直接跳过商事习惯而寻求适用民法规范,忽视两种规范的本质差异,则极易“翻船”,不利于甚至无法化解纠纷。商事习惯之于民法的独立性内涵,言之有三。

一是立法体制层面上民商法之一般法、特别法的关系安排。一元制私法认为,商法为民法之特别法,属于民法的一部分,在民法体系内形成“套娃式”的特别法规范与一般法规范的关系;二元制私法则主张,商法为私法之特别法,民法属私法的一般法,互不隶属,在统一私法体系下“拼盘”为特别私法与一般私法的关系。两种主张的差别在于是否承认商法的内在体系独立于民法,商事习惯作为商人反复践行的某种行为习惯或者语言习俗通例,作为商人理性精神的产物或曰商人群体集体意思自治之载体而对商人具有约束力,民法却以抽象的“人”为规范对象,未设商人的特别规定。因此,相较于民法规范,商事习惯始能跳出成文法优于不成文法的藩篱,转而适用特别法优于一般法的规则。《日本商法典》第1条就是这样证成的:商习惯法的效力之所以先于民事制定法,因为其并非处于补充民法规则的地位,乃基于特别法与一般法的法理。

二是在法律规范的理念层面上,民商法的实质区分。在法律规范的精神、原则及具体规则层面上,民商法的实质区别集中在私法自治的实现程度。商事习惯优先民法的逻辑自治于特别法优于一般法之法理,制度价值在于承认与维护商法有别于民法的实质独立性。商法具有自身的价值、理念与原则:在行为法层面上有比民法更彻底的私法自治;在组织法层面上,比民法受到更多的国家强制,由此形成对民法上私法自治原则的“双重背离”。即便在一元制私法下,“既不是要抹煞商事纠纷的个性,也不是要在法律适用方面,将商事纠纷削足适履地向民事纠纷看齐”^{①⑦},由于二者负担着不同内在体系的建构目的,商法相对于民法的内在独立性使得二元格局在现代社会仍得维持,商事习惯作为商法的正式渊源之一,在法律适用中优先于补充性的民法规范,是防止“忽视商法的特性、略过其他商事正式法律渊源”“任意回归民法”的做法。反之,如认为商法在民商合一体例下仅具有相对独立性、进而否认商法之于民法的实质独立性,结论自然不同。

三是在国家管理设计层面保障商法创新,留足空间。这一点在我国当下具有特殊的内涵。近年来金融领域中政策导向的穿透式监管概念不断引发监管部门出台规章^{①⑧},核心是穿透式审查金融市场主体的股东资质,穿透识别实际控制人、最终受益所有权人,并审查其资质以及排查和禁止代持、分拆、关联持股、与关联方联合持股或者联合行动等情形,强化对股东的背景、资质和关联关系的穿透性审查。其实,许多结构性、复合型产品

^{①⑦} 张谷:《从民商关系角度谈〈民法总则〉的理解与适用》,载《中国应用法学》2017年第4期,第146页。

^{①⑧} 2016年4月12日国务院办公厅发布《关于印发互联网金融风险专项整治工作实施方案的通知》最早提出穿透监管,要求对“通过互联网开展资产管理及跨界从事金融业务”领域“透过表面判定业务本质属性、监管职责和应遵循的行为规则与监管要求”。此后,“一行三会”等金融监管部门、行业协会不断进行相应的规则修订且付诸执行。

是微妙、细致地划分各方权责的,教条式的简单界定本身存在局限性。^{①⑨} 本来商业产品就是不断细分的,形式、外观、顺序、比例、内容的切割、组合是创新的不二途径,创新交易类型及伴随的商业惯例(规则)由此生成。要求产品提供者提供详细说明并对此负有相应责任乃是成熟的治理方式,反之,如用僵化原则去认定,“世界上也就没有饼干、面包、馒头之类的区分了,反正它们都是面粉做的”^{②⑩}。穿透式监管的泛化容易酿成一系列“为监管而监管”的不良效应,有压制金融市场创新空间的一面。在不断发展创新与变动不居的金融市场面前,穿透式监管的适用需要寻求平衡。^{②⑪} 在守护商业创新作为基本裁判价值的指引下,司法应当本着尊重、支持商事习惯的基本立场,理解其间存在的商事习惯内容,并据此调整穿透式监管的手段、程度。可见,商事习惯是司法履行正当性审查职责、抑制穿透式监管泛化的基本抓手。从功能主义的视角,有日本学者认为“商事习惯法是企业合理性精神的产物,有利于企业经营活动的开展”,故“商事习惯法相比于广义上的一般个人为对象的民法优先适用”。^{②⑫} 此论深刻,不可不察。

二、商事习惯先于民事制定法之比较法证立

(一) 比较法上的法源条款

从比较法经验看,商法渊源体系下的民事制定法与商事习惯的位阶关系,因私法体系的结构不同及与此相连的民商法关系理念不同而生差异。

大陆法系国家(地区)的民法典、商法典明确法源体系及位阶者不在少数,典型如采民商合一的瑞士、我国台湾地区及采民商分立的德国、日本、韩国等。关于民商合一、分立之区分,多以形式上“民法典外独立存在商法典与否”为标准,两大阵营的商法渊源规定情况如表1所示。

表1 比较法上的商法渊源体系

立法模式	国家/地区	法源位阶
民商合一	瑞士	制定法(不分民商) > 商事习惯
	意大利	制定法(不分民商) > 商事习惯
	我国台湾地区	商事制定法 > 民事制定法 > 商事习惯

^{①⑨} 以“名股实债”为例,“有固定收益的就是债,非固定收益的才是股,这无法解释诸如优先股、参与性的优先股等已经成熟的模式,更不用说更复杂的创新产品了”。参见邓峰:《资本市场滥用“穿透式”监管,可能形成更严重系统损害》,载财经手机新闻, <https://news.caijingmobile.com/article/detail/346808>, 2022年8月9日访问。

^{②⑩} 前注^{①⑨},邓峰文。

^{②⑪} 参见叶林、吴烨:《金融市场的“穿透式”监管论纲》,载《法学》2017年第12期,第21页。

^{②⑫} 参见[日]近藤光男:《日本商法总则·商行为法》,梁爽译,法律出版社2016年版,第12页。

立法模式	国家 / 地区	法源位阶
民商分立	法国	商事制定法 > 商事习惯 > 民事制定法
	德国	商事制定法 // 商事习惯 > 民事制定法
	日本、韩国	商事制定法 > 商事习惯 > 民事制定法
	意大利（1942 年前）	商事制定法 > 商事习惯 > 民事制定法

创民商合一先河的《瑞士民法典》确立“制定法—习惯法—法官提出的规则”的法源位阶,^{②③}该法第1条所称“本法”自然包括各编民法性质的规范,因此民事制定法优先于商事习惯。实现深度民商合一的《意大利民法典》据法典序编“一般原则”下的第一章“法源”之规定,法源包括法律、条例、行业规则和惯例等,该法第8条规定“在法律和条例调整的范围内,惯例只有在法律和条例援引的情况下才发生效力。即使在由法律和条例援引的情况下,行业规则的效力亦优先于惯例,行业规则另有规定的除外”,也即制定法一律优先于商事习惯。意大利式民商合一体例被认为不当牺牲了商事习惯,改变了1882年《意大利商法典》第1条确立的“商事制定法—商事习惯—民法规范”法源体系。^{②④}19世纪民商分立下不少商法典明确商事习惯的法源地位介于商法制定法与民法制定法之间。^{②⑤}我国台湾地区“民法典”属于折中民商合一也即较浅程度的民商合一,仅将商法总则及商行为部分内容纳入民法典,关于公司、票据、保险、海商、商业登记等另定单行法,其第1条确立“民事”法源位阶为“制定法—习惯法—法理”,关于民事之范围,通说认为亦包括公司、票据、保险、海商等商事关系,并以商法规范为民事特别法,^{②⑥}故商法渊源得适用该第1条规定。从解释论出发,民事制定法与习惯法有上、下位法之分,故制定法优先于习惯法,此与采民商分立国家不同。此处的“习惯”包括商事习惯,故商事习惯作为习惯之一自应后于民事制定法而适用,只是作为特别民事习惯优先于一般民事习惯。^{②⑦}

法、德采民商分立的私法二元制,民商法各具体系,但两国民法典均未规定习惯的法源地位。在法国,对于《商法典》的未尽事项,1930年代最高法院判例认为如商事应适用民事法律,民法的权威是当然的,如无民法的明文规定,解释、执行法律者保持自由,可援用商事习惯,以及商事法的一般原则。^{②⑧}“民法在一般情形下没有解决商事的管辖

^{②③} 《瑞士民法典》第1条:“法律问题,如依本法的文字或解释有相应的规定,一律适用本法。如本法没有相应的规定,法官应依习惯法进行裁判;如无习惯法,法官依自己如作为立法者应提出的规则进行裁判。”

^{②④} 参见[意]F.卡尔卡诺:《商法史》,贾婉婷译,商务印书馆出版2017年版,第108-113页。

^{②⑤} 如1865年《意大利商法典》第89条规定在合同关系中适用这一位阶,1882年《意大利商法典》第1条、1885年《西班牙商法典》第2条则规定扩展到所有的商事关系。

^{②⑥} 参见邱聪智:《民法总则》,三民书局股份有限公司2005年版,第64页;郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第20页。

^{②⑦} 参见前注^{②⑥},郑玉波书,第84页。

^{②⑧} 参见沈达明:《法国商法引论》,对外经济贸易大学出版社2015年版,第7页。

权”^{②⑨},商事习惯及商法基本原则优先于民事制定法。在德国,民法典提及的法律是指所有法律规范,而法律规范包括国家制定法和习惯法,习惯法自然在法典所述法律之列,故而习惯法具有与制定法相同的地位,^{③⑩}从法理角度商法规范亦可作相同理解。《德国商法典施行法》第2条规定“在商事活动中,民法典仅在商法典未作其他规定时方可适用”,此处确认民法之于商事活动的可适用性,且明确商法规范优先于民法规范。基于以上两点,德国的商事习惯与商事制定法属同一位阶,优先于民法规范。在日本,明确规定了独立的商法渊源体系,《日本商法典》第1条确立“商事制定法—商事习惯法—民法规范”,商事习惯法优先于民事制定法。就该条规定之出台,尚有一番周折。1890年日本旧商法典出台前夕,两派激烈论争的焦点即以商习惯为中心展开,“延期派”认为旧商法无视日本国固有的商习惯,不合国情,商法中与日本民族的商习惯有很多冲突之处也需要时间去修正,草案中不加入本土商习惯是十分严重的问题。但“断行派”认为日本国旧有的商习惯有不确定且不统一的缺陷,对于日本商业积极的革新、改革应随着商法的施行而进行,故为匡正时弊,迅速施行商法典非常必要。“这种对立也表明了日本当时还没有完全跳出受近世商习惯支配的经济状况。”^{③⑪}随后,1897年新商法典审议的最大变化是关于商事习惯态度的重大转变。从内容上看,旧《日本商法典》第1条“关于商事活动,本法中没有规定的,适用商业习惯和民法一般规定”,将商事习惯与民法置于相提并论的位置,新《日本商法典》第2条更直白规定为“关于商事活动,本法中没有规定的适用商习惯法,商习惯法中没有规定的适用民法”。引人注目的变化有二,一是在用语上由“商业习惯”改称“商习惯法”,二是将商业习惯与民法一般规定并称而改为“商习惯法优先于民法”,一举确立商习惯法优先于民法的位阶。这段历史似乎表明,确立商习惯法优先于民法是深思熟虑而绝非草率的选择。其后,这一规定为《韩国商法典》所仿效。^{③⑫}

民商分立与民商合一是欧陆近代民法典、商法典的形式区分,两语词为我国学者在不同语境下使用而多有误会,^{③⑬}为免误解,仿欧洲学者以“私法一元制”“私法二元制”指称上述立法体例,似更妥当,^{③⑭}因为这组概念脱离了法典的存在形式,专以指称实质意义上的民商法关系,核心区分是商法之于民法的独立性程度。一元制强调商法为民法之特别法,私法由包含商法亚部门的民法一部门组成,二者的内在体系同一,民商关系为“套娃式”;二元制强调商法为私法之特别法,与作为私法一般法的民法并立,二者的内在体系不同,民商关系为“拼盘式”。^{③⑮}所谓内在体系,是由一般法律原则构成的体系,反映价值理念。对应的外在体系,指依形式逻辑规则建构的抽象概念体系。^{③⑯}综合以上,私

^{②⑨} 前注^{②⑧},沈达明书,第21页。

^{③⑩} 参见陈卫佐:《德国民法总论》,法律出版社2007年版,第20页。

^{③⑪} 前注^{③⑩},何勤华、魏琼主编书,第300页。

^{③⑫} 参见《韩国商法典》第1条。

^{③⑬} 详细分析参见李建伟:《民商合一立法体例的中国模式》,载《社会科学研究》2018年第3期。

^{③⑭} 参见殷安军:《瑞士法上民商合一立法模式的形成:兼评“单一法典”理念》,载《中外法学》2014年第6期,第1477页。

^{③⑮} 关于“拼盘式”和“套娃式”的比喻,参见张力:《商法的法源分析》,载《浙江社会科学》2014年第3期,第52页。

^{③⑯} 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第318、355页。

法一元制、私法二元制这组概念,更能够实质性反映民商法的内在区分,体现商法的独立性,试以图 1 简单示明。

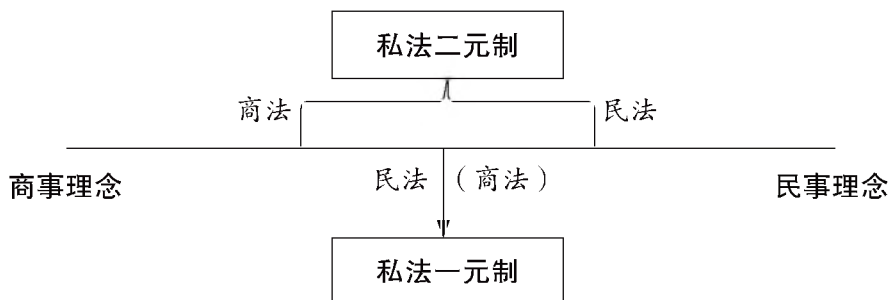


图 1 私法一元制与私法二元制

（二）比较法的立法例解释

私法一元制、二元制的概念反映了在立法内在体系差异的背后,是民商法关系界定的认识分歧——商法属民法之特别法抑或私法之特别法?德国不少学者持后说。如,拉伦茨认为“私法分为两个部分:作为一般私法的民法和一些特别领域。民法调整那些原则上每一个‘市民’都可参与的法律关系,它是关系到全体人的法”;“商法属于私法,但不属于民法,商法是适用于商人的特别法”。^{③⑦}卡纳里斯认为“商法是私法的一部分”,“作为私法,商法和民法有最近的关系。不过商法作为特别私法却优先于民法”。^{③⑧}持同论者还有不少日本学者,志田钾太郎认为商法“若以狭义解之,则仅属于国内法中私法之一部而已”^{③⑨}。松波仁一郎认为商法为特别法,当于商事法律无所据时,须先在商法体系内寻求路径,之后才转致民法;若以商法为例外法,则于法无规定时,可以直接适用原则法,故谓“商法为特别法,而非民法之例外法”^{④⑩}。对于《日本商法典》第 1 条的规定,学者解释为商事习惯(法)既属商法之列,亦为私法特别法,“故商习惯法之适用独先于民法及其附属法律”^{④⑪}。

求同存异具有方法论上的可取性。就求同而言,关于民商法的适用关系,私法二元制亦认同商法之法律适用与民法须臾不离,盖因商事活动以交易为基础,交易中有关意思表示之问题鲜少规定于商法规范,需要回归具有一般法性质的民法;^{④⑫}私法一元制亦承认在法的内在体系中,民、商法规范并非完全合一,并不否认民事特别法(商法)的独特存在,如《瑞士民法典》对于商事代理之特别规范,即为例证。私法一元制、私法二元制

^{③⑦} 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社 2013 年版,第 9 页。

^{③⑧} 参见[德]C.W.卡纳里斯:《德国商法》,杨继译,法律出版社 2006 年版,第 6 页。相同观点亦可参见陈卫佐:《德国民法总论》,法律出版社 2007 年版,第 14 页;范健:《德国商法:传统框架与新规则》,法律出版社 2003 年版,第 15 页。

^{③⑨} [日]志田钾太郎:《商法总则》,熊元楷编,上海人民出版社 2013 年版,第 3 页。

^{④⑩} [日]松波仁一郎:《日本商法论》,秦瑞玠、郑钊译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 10-11 页。

^{④⑪} 前注^{③⑨},志田钾太郎书,第 31 页。

^{④⑫} 参见陈自强:《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》,北京大学出版社 2008 年版,第 207-208 页。

在“实质商法有别于民法”以及“民法得适用于商事关系”这两个基本问题上有共识,分歧仅在于民法规范之于商事领域的适用方式与位阶安排。私法一元制下,商法为特别之民法,商法规范未及之处,民法规范当然适用;又因二者以同一内在体系为基础,商法具有民法本质,民法对于商事关系亦可为妥当调整,故而民事制定法相较不成文的商事习惯法,自然优先。实证法上体现私法一元制理念的国家可谓凤毛麟角,意大利、瑞士或可为代表,两国分别将全部、大部分的商法规范纳入民法典,无商行为之概念,对商人和非商人一体规范,制定法在具体适用时未严格区分商法或民法属性,^{④③}因而法源体系内基本不作民商事之分,制定法一概优先于习惯法。

就存异而言,私法二元制下商法为私法之特别法,与民法并行存在而非包含关系。首先,由于非属同一法体系,民法规范于商事关系上不具有当然的适用性,需经“转介条款”予以沟通。转介条款,为苏永钦教授在论述公、私法关系时所用术语,系指民法中授权法官在审理民事案件时斟酌适用管制规范的管道性条款,区别于授权法官直接适用具体管制规范的引致条款。^{④④}与公私法间的关系类似,私法内部的民商法亦属两个体系,在商事关系中适用民法规范同样需要管道性条款以打通二者,又因民法规范在商事案件中的具体适用仍有待司法者判断取舍,以“转介”而非“引致”指称此种沟通民商法的管道性条款,无疑更妥当。据此,此类转介条款可界定为“商法规范中授权裁判者在商事案件中斟酌适用民法规范的管道性条款”,前引《德国商法典施行法》第2条、《日本商法典》第1条关于适用民法的规定即为例证。其次,因民商法之内在体系差异以及不同的原理原则、价值理念,相较于商事习惯而言,民法规范偏离商法之立法目的较远,宜居于次位而适用。法德日韩等二元制私法下的商事习惯优先于民事制定法,是为对私法二元体制之坚决贯彻。特例是我国台湾地区,其将部分商法内容纳入民法典而独创一种不完全的一元制,对此,本地学者虽多主张商法为民法之特别法,但有学者亦强调商法体系的独立性——从解释论视角,囿于其“民法”第1条文义,民事制定法当优先于商事习惯;然脱离实证法的立法论上,机械套用民事制定法有失妥当,优先适用商事习惯更能实现对商事案件定分止争之效,故认为商事习惯乃至商事法理优先于民法规范。^{④⑤}

关于不同私法体例下的商法渊源体系,可以图2表示。

④③ 参见殷安军:《瑞士法上民商合一立法模式的形成:兼评“单一法典”理念》,载《中外法学》2014年第6期,第1469-1473页;前注②④, F. 卡尔卡诺书,第109页。

④④ 参见茅少伟:《寻找新民法典:“三思”而后行 民法典的价值、格局与体系再思考》,载《中外法学》2013年第6期,第1144页。

④⑤ 参见王文宇:《从商法特色论民法典编纂——兼论台湾地区民商合一法制》,载《清华法学》2015年第6期,第63-74页。

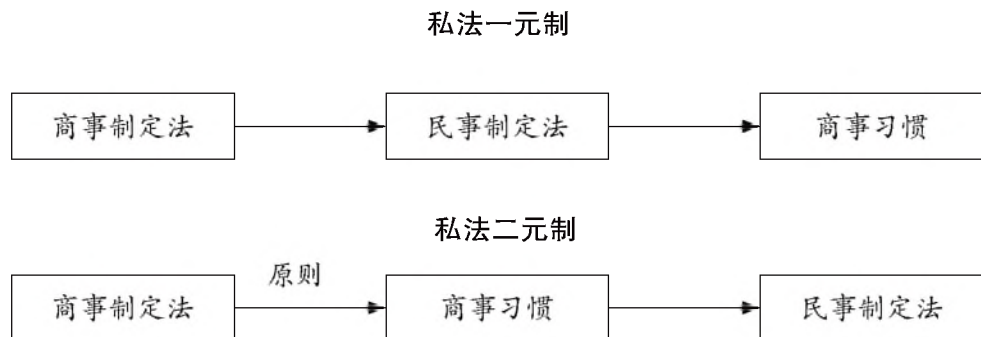


图2 不同私法体例下的商法渊源体系

三、商事习惯先于民事制定法的理论证成

（一）习惯法与制定法的法源位阶一般关系描述

关于习惯法与制定法的关系,民法文献多以间接法源与直接法源、次要法源与主要法源、补充性法源与中心性法源、次要法源与本位法源、辅助法源与优先法源、非正式法源与正式法源等对应概念描述之,总的说来强调制定法处于优位、习惯法处于补充/辅助地位,^{④6}可统一称之为制定法为主、习惯法为辅的法源体系。这些概念有助于从多重视角审视二者的关系,但并不意味着这些概念体系的正确性。这些概念体系之所以先制定法、后习惯法,逻辑依据是视习惯法为非成文法,循不成文法后于成文法适用的逻辑而成定论。^{④7}实际上,所谓成文,是指对既成的规则或者做法的文字整理与记载,在此意义上,习惯可是成文的也可是不成文的,^{④8}所以习惯法的对应概念是制定法而非成文法,^{④9}由此可见上述概念体系之逻辑偏颇。其根本缺陷在于潜藏其后的法源观乃是“制定法中心主义”,也即部分法律实证主义者坚持法源的制定法一元论,所谓“真正的法只是实证法,也就是特定国家的法,除此之外便没有法”^{⑤0}。实际上,在法源观上排斥一切非源于国家制定法的法律的主张早已不适合现代私法。商事习惯法优先于民事制定法得到适用构成了“制定法优先主义的例外”,^{⑤1}一举打破习惯法不能修改、废除制定法的教条。反之,二元、多元法源观都承认习惯法的法源地位。如法律实证主义大师凯尔森与哈特都持二元法源观,只是哈特认为习惯通常是一个次要渊源,在法源地位的证成路径上从属于制定

^{④6} 参见梁慧星:《民法总则讲义》,法律出版社2017年版,第28页;王利明主编:《中华人民共和国民法总则详解》,中国法制出版社2017年版,第54页;前注⑥,张新宝书,第21页。

^{④7} 参见[美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国法制出版社2005年版,第230页。

^{④8} 参见《民法总则专题讲义》编审组编著:《民法总则专题讲义》,法律出版社2019年版,第66页,该部分的执笔人是王卫国。

^{④9} 史尚宽先生将民法的法源分为制定法与非制定法,其中后者包括习惯、判例、法理。参见史尚宽:《民法总论》,正大印书馆1980年版,第5页。

^{⑤0} 前注②,伯恩·魏德士书,第212页。

^{⑤1} 参见前注②,近藤光男书,第11页。

法,^{⑤2}凯尔森认为二者的法源地位乃无差别的并列关系。在法源地位证成路径上的差别仅在于,习惯法是分权化的法律创造、制定法是集权化的创造法律而已。^{⑤3}社会学派持三元法源观,认为自然法、制定法、习惯法是并列的三元法源,后两者是一种平行关系,在折中调和三法源的辩证关系之余尤其推崇习惯法的重要地位。^{⑤4}平允之论主张,“在我们看来,习惯不是社会学派主张的那个基本的、首要的因素;它只是有助于发现公正的解决办法的诸因素之一。这个因素在我们现代社会里远没有立法那样的头等重要地位,但它也远不是法律实证主义学说曾经认为的那样微不足道”^{⑤5}。综上,一如法律现象、法律规范的复杂性一般,法源体系下的习惯法与制定法存在着多重的复杂关系,需要就具体私法情境而论,用任何一种此上彼下的简单化概念描述都失之准确。在二元制的统一私法体系视野里,用以下三对概念多视角描述习惯法与制定法的法源位阶关系,可能更臻于精确与客观。

一是辩证的主辅关系。从商法发展史纵向看,制定法、习惯法经历了主辅角色交替的过程,后者初为单一法源,民族国家法典化运动中降为辅助法源,在现代又获勃兴。制定法与习惯法的主辅关系讨论离不开国家—社会这对对立、辩证关系的背景式语境,就法律规范之于纠纷解决的司法适用而言,要视具体场合而定,比如就商事习惯/商事制定法/民事制定法之位阶关系,类型化分析本身即表明远离了简单化概念范式、以“辩证的主辅关系”概括之可能更契合情境化范式。

二是动态的并列关系。习惯之入法典化可以分为动静两态,静态的法典化路径可细分为三:首先民法典总则编一般性规定习惯的法源地位,其次分则设具体条款明确某些情景下习惯的优位,最后将成熟的习惯直接转化为分则的具体法律规范。动态的法典化是指在司法适用中建立一种将习惯经由司法判例导入法的实现中来的机制。^{⑤6}比较而言,动态的法典化更应得到重视。有学者指出,“现今习惯法之形成,主要是法官对法律之继续形成,经由法院之适用而普遍地被接受”^{⑤7}。有学者也认为,当下只有法律承认其有效的习惯,才能作为法的渊源。^{⑤8}应当说,静态的法典化(主要是指前述的第一、二种路径)可视为立法对法官的立法性授权,赋予其对习惯的法源效力进行审查、确认的裁量权,是为动态的法典化之前提,但习惯的法源实效最终经由法律的授权而得以实现于司法的确认,并落在个案司法裁决之中。在第三种路径中,习惯法与制定法已混为一体,是为动态的并列法源关系之例证。

三是相辅相成的互补关系。在更广阔的视野里存有三元法源观——制定法、习惯法

⑤2 参见[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第102页。

⑤3 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版,第198页。

⑤4 例如奥地利思想家尤金·埃利希提出,习惯法在法律生活中具有非常重要的分量。参见[美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第143页。

⑤5 [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第41页。

⑤6 参见前注⑫,房绍坤、王洪平书,第81页。

⑤7 黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第47页。

⑤8 参见沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第414页。

与学理法（自然法），前两者是实在法，后者是理想法、观念法，确立校验实在法的标准。作为实在法的制定法与习惯法，如愿意承认立法者仅具有“最低限度的理性”从而决定了制定法的有限理性这一现实，则可以承认习惯法乃是社会秩序之常规。因此，与其说习惯法弥补制定法之不足，不如说制定法在补习惯法之缺漏。总之，“习惯法是制定法的补充性法源”观点固然有实证法的支持，也有“无法律从习惯”的法谚支持，但反向看，在二元制私法体系下的司法实现动态过程中，较之于民事制定法，商事习惯具有强大的能动性。

（二）商事习惯之于民事制定法的能动性

一是对现行法的变革功能。一般认为，制定法具有统一性、安定性与确定性的优点，缺点是内容僵化、缺乏弹性与适应性。对应地，源于鲜活实践的习惯法具灵活性、适应性与发展弹性，尤其商事习惯能够使法律适应地区、行业的特殊条件，“每当民法典不能要求远离现实条件的全国范围之内各行各业的一致时，就明确地放手给习惯法”^{⑤⑨}。在民商合一背景下，无论历史还是现实中，都有商法发展使得制定法规则变得不合时宜而转身找寻习惯法的例子，如独立担保、让与担保、商事留置等，比比皆是。

二是对过时法的废止功能。近藤光男指出，商事习惯的优位安排打破了“制定法优先主义”，理由在于“相比之下制定法则较为固定化”，“商事习惯法具有进步意义”，因为“商法中存在一些并未考虑商人间合理交易习惯的死条文，也有些规定因与实际发生的企业间交易活动不相适应而导致其丧失了自身价值”^{⑥⑩}。拉德布鲁赫说，“法律要排斥习惯的陈规旧律，而习惯则窒息陈旧老弱的制定法”。凯尔森走的更远，认为习惯不仅可以修废一般制定法的功能，对于形式意义上的宪法也有修改效力，“即使宪法明文排除习惯法之适用者亦然”^{⑥⑪}。从我国近年实践看，商主体力图逃避一些过时法的营商行为是现象级的，如对赌协议、金融机构的隐名持股、资管计划安排中的反穿透等。否定者称之为避法行为，出台金融规章钳制之，肯定者命之曰法律禁区的突破，力主法律应留出其发展空间，由此引发法律规制政策的争论。^{⑥⑫}无论如何，“法律规避所证明的并不是行为人对法律的无知和非理性，而恰恰证明了他们的理性”，因为立法的不完善会导致守法者比违法者付出更大成本。^{⑥⑬}所以，“通过法律规避的方式由习惯法补足制定法之缺失、补足权威缺乏，是社会转型期的一个客观制度事实”^{⑥⑭}。

^{⑤⑨} [法]雅克·盖斯坦、吉勒·古博：《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社2004年版，第477页。

^{⑥⑩} 前注②②，近藤光男书，第12页。

^{⑥⑪} 黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第7页。

^{⑥⑫} 参见李建伟：《行政规章影响商事合同效力的司法进路》，载《法学》2019年第9期。

^{⑥⑬} 参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社2004年版，第49页。

^{⑥⑭} 前注②②，房绍坤、王洪平书，第67页。

四、我国法上商事习惯法源位阶的检讨与建构

（一）立法论检讨

有民法学者提出,民法典的二元法源体系显得单薄,要借鉴《瑞士民法典》的“法律—习惯—法理”三元法源体系^{⑥5},采用目的性扩张方法来找寻实证法外的第三位阶法源^{⑥6}。实际上,比找寻第三法源更重要的是确定“法律—习惯”框架内两支法源之间的关系。至少对于商法渊源体系而言,在“商法规范/民法规范/商事习惯”体系下研究三者间的位阶关系。

比较法上不存在民事制定法先于商事习惯的定论,反之的位阶安排在私法二元制下倒是常见;在私法理论上也不存在该定论,凡认同且强调商法之实质独立性的学者,多持相左立场。比如,《民法典》确立的“法律—习惯”二位阶法源体系,在商法上不能简单得出“商法规范—民法规范—商事习惯”的三位阶法源体系,因为这是孤立地以“成文法优于不成文法”原则来处理商事习惯与民事制定法的关系。如上文所指,商事习惯与民事制定法之间至少关涉三个维度——成文法与不成文法、特别法与一般法、上位法与下位法之关系,背后则是商法之于民法实质独立的价值维度。这些多重的法源位阶与价值维度不平衡亦不规则地杂处交织,形成一个复杂的法律价值判断。无论形式上的抑或实质意义上的私法一元制、二元制,大体不脱离民商法之间的一般法、特别法之关系框架,于是在立法上为避免规范重复,商法对商事特殊问题特别规定。此处的“商法”如仅限于商事制定法而不包含商事习惯,无异于切割商事领域的习惯法、制定法,“民法制定法—商事习惯”的位阶安排实质性地损害了商法的独立性。正如日本学者指出,商的世界,相对于民法是一个独立的世界,也是一个独特性的世界,^{⑥7}是否肯定商法之于民法的实质性独立立场,乃是评价这一位阶妥当与否的价值维度所在。与“商法规范—民法规范—商事习惯”相比,《日本商法典》“商法规范—商事习惯法—民法规范”的安排,强力维护商法独立性,是深谋远虑之举。

（二）解释论检讨

以“习惯”“惯例”为关键词检索我国民商法律文本,《民法典》有19个条文出现“习惯”(3次)、“交易习惯”(14次)、“当地习惯”(1次)、“风俗习惯”(1次),《民法总则》《合同法》《物权法》合计有14个条文出现“交易习惯”(11次)、“习惯”(3次)、“当地习惯”(1次),《民法通则》《民用航空法》《海商法》《票据法》《消费者权益保护法》合计有9个条文出现“国际惯例”(7次)、“商业惯例”(1次)和“航运惯例”(1次)。作为最常用的“交易习惯”系以“习惯”为中心词的偏正结构,一般情况下习惯与交易习惯似可作相同理解。使用“习惯”“惯例”的上述9部法律共计涉及42个条文,

^{⑥5} 参见李敏:《〈瑞士民法典〉“著名的”第一条》,载《比较法研究》2015年第4期,第24页。

^{⑥6} 参见于飞:《认真对待〈民法总则〉第一章“基本规定”》,载《中国高校社会科学》2017年第5期,第83-85页。

^{⑥7} 参见〔日〕尾崎安央:《日本商法典的“解构”与日本民法的“商法化”现象》,张杨译,载《中国政法大学学报》2018年第1期,第105页。

自然以《民法典》第10条为一般条款。对于《民法典》第10条确立的习惯^⑧法源地位,在立法论与解释论上,民法学界就习惯作为补充性法源的重要性、必然性、合理性与正当性不乏共识。^⑨“我们必须承认:我们无法以有限的成文法来实现对于一个无限的社会生活的完全规范。”^⑩将习惯纳入法源显示了现代民法的开放性,“在民法典的诸多优良品格中,开放性应是其内在品性”“民法典的开放性即指民法典在法源体系上的多元化和非封闭性。多元化的和非封闭性的民法渊源体系应‘认真对待习惯法’,承认和重视民事习惯的重要法源地位”^⑪。至于有学者提出的由于现代社会变迁迅速与习惯形成不易,习惯作为一种法律渊源已经逐渐丧失其重要性的观点,^⑫未获共鸣。

习惯法源在司法实践的适用可分为两种情况:一是法律明文规定可以适用习惯的情形,也即规定“如另有习惯”则不适用该法律规定的情形,此时习惯不仅得适用且优先于任意性规范适用;二是由于不存在制定法规范^⑬可资适用、只能适用习惯的情形,此为习惯适用的基本形态。前者本质上属于“依照法律”,后者方显习惯的法源地位之不可或缺。因此,民法学者多认为“习惯之作为法源,仅具有补充法律的效力,唯在法律明文规定‘如另有习惯’则不适用该法律规定的情形下,此习惯具有优先于法律的效力”^⑭。有学者进一步指出,《民法典》第10条规定只有在法律没有规定的情况下才可以适用习惯,“可以”一词意味着不是必须适用之,是否适用要在具体案件中综合判断。^⑮此处的“该法律规定”应狭义限缩为任意性法律规范。据此,民法渊源体系下的习惯法与制定法之适用关系概括为:(1)习惯法劣后于制定法而适用,这是原则;(2)如法律有明文规定的,习惯法优先于民法的任意性规范而适用,此为例外。

综上,民法学界大体认为民法作为成文法先于习惯法且不因民商事不同而有区别。但李宜琛先生却认为如习惯与成文民法发生冲突,二者具有对等效力,理由是:

“社会生活日新月异,以一成不变之法规,欲期适用于流动无常之社会,而能恒久不变,自属事实之所难能,是以成文民法纵极完备,倘有不适宜为社会生活之规范,习惯民法亦必应社会之要求,不断发生,绝非禁止法规所能永久阻

^⑧ 关于习惯与习惯法究竟属于同一概念抑或区分概念,法理上一直有分歧。关于《民法总则》第10条规定的“习惯”究竟指习惯抑或习惯法,分歧依旧,限于篇幅,不拟卷入讨论。习惯与习惯法是在语词上可以区分,但于立法及司法上不必要区分也无法区分,即便区分也并无实益的一对概念。参见李建伟:《法源意义上的习惯与习惯法合一论——以商事习惯与商事习惯法为视角的研究》,载《政治与法律》2021年第11期,第74页。故除非特别申明,本文在同一意义上使用习惯与习惯法、商事习惯与商事习惯法。

^⑨ 参见前注^④,王利明主编书,第53-54页;前注^⑥,张新宝书,第19-21页;杨立新:《民法总则:条文背后的故事与难题》,法律出版社2017年版,第41-42页。

^⑩ 前注^⑥,张新宝书,第20页。

^⑪ 前注^⑫,房绍坤、王洪平书,第33页。

^⑫ 参见王泽鉴:《民法概要》(第2版),北京大学出版社2011年,第13页。

^⑬ 此处的制定法规范仅指具体的法律规则,不包括法律的基本原则。不存在具体的法律规则时就可以虑习惯法的适用。参见前注^④,王利明主编书,第54页。

^⑭ 前注^④,梁慧星书,第28页。

^⑮ 参见前注^⑥,张新宝书,第21页。

止,是为社会上事实的存在,无从否认。法规若无否定习惯法之明文,则习惯法之应用,自可堂堂正正直接自正面为之;反之亦必迂回曲折,必达改变成文法之目的而后已。是以近时之法律思想,对于习惯法之地位,愈形重视,以为习惯法对于成文法有对等效力之效力焉。”^{⑦⑥}

(三) 商事习惯先于民法适用的司法经验

商事习惯法先于民法规定而得适用的案例,也即在“穷尽商事制定法规定无法可用,并不直接滑向民法规范的寻找,而是直接适用商事习惯的案例”并不鲜见。这当然可视为商事习惯先于民法的案例,或者至少是变通的做法。在“沈阳天意公司与北京马仕公司经销合同纠纷案”的判决书中写到:“因现有的法律条文对经销合同没有相关的法律规定,故应根据本案涉及的法律原理、商业惯例、及案件事实作出裁判,依商业惯例……”^{⑦⑦}。最高人民法院指导案例第1号关于“上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案”的裁判理由是:虽然在形式上禁止跳单条款可能违反合同法有关居间合同的规定,然而法院基于商业交易特殊性的考虑,通过将其解读为一种商业交易习惯而认可了该条款的效力。总之,司法实践通过体系解释、指导案例等多种途径优化了商事习惯的适用序位。

但问题是,如有商事习惯与民法规定不符的,前者能否得到优先适用?质言之,如欲确立“商事制定法—商事习惯—民事制定法”位阶体系,需要回答一个问题——商事习惯先于民事制定法适用的具有实益吗?关于这一立论的证成,需要对司法实践丰富经验的进一步提炼与总结,兹举两例以证之。

例一,建材行业钢材买卖合同中的逾期加价条款的裁判。所谓逾期加价,是指买卖合同约定买方支付的价款随付款时间的推移而渐次增加。这一做法盛行于大宗货物交易尤其建材市场中的钢材买卖,长久以来习演为行业交易习惯,究其成因有二。一是钢材贸易市场的特性使然,利润透明度高,在互联网背景下尤是;大宗交易占用资金量大,资金成本高;赊销贸易模式导致资金压力在卖方。为弥补融资损失,卖方的应对方案就是设置逾期加价条款。二是规避违约金调减规则的适用,最早原《合同法》第114条第2款规定违约金调减规则,后来司法解释又细化为超出损失额30%的调减界限,这意味着卖方的融资成本风险难以有效化解,于是卖方试图通过“禁止性规范中未规定的方式去实现禁止性法律所否定的结果”^{⑦⑧},以维护自身利益。联系违约金调减规则适用并不区分民商事之背景,^{⑦⑨}从功能主义视角看,逾期加价条款体现了商人们合理避法的营商智慧

^{⑦⑥} 李宜琛:《民法总则》,中国方正出版社2004年版,第8-9页。

^{⑦⑦} 北京市海淀区人民法院(1999)海经初839号民事判决书。

^{⑦⑧} Hans Brox语,转引自张新:《私法中法律规避的概念与本质——兼论我国民法典编纂中的立法取舍》,载《江汉学术》2019年第3期,第15页。

^{⑦⑨} 在民法典合同编编纂过程中,违约金调减规则区分民商事合同而区别适用的方案被反复提出,但最终未被采纳,《民法典》第585条第2款完全承袭了《合同法》第114条第2款。但是,违约金调减规则之于商事合同的适用不仅在学理上多受质疑,在法院、仲裁机构的裁判实务中也多有不支持者。

与谈判能力。实证研究发现司法裁判对该条款的裁判路径有三：一是将逾期加价条款视为违约金条款并与形式上的违约金条款竞合，准用违约金条款规则；^{⑧〇}二是将逾期加价条款视为违约金条款并在违约金数额上进行司法调减；^{⑧¹}三是以是否超过垫资期限为标准对逾期加价条款进行定性并裁判^{⑧²}。审理中卖方多提出逾期加价条款属于钢材贸易行业交易习惯、请求法院尊重并支持，但法院基本上选择“集体沉默”，对该主张既不肯定也不否定。《民法典》第10条“可以适用习惯”的规定束之高阁，作为法源的习惯陷入“空置化”窘境。申言之，“民商不分”本就造成了违约金规范存在“隐藏的漏洞”的客观后果，^{⑧³}商人们通过逾期加价条款规避违约金调减规则已属迫不得已，渐次演变为行业交易习惯足证其存在的合理性^{⑧⁴}。对此，谨慎、合理的司法应对是重要且必要的，如以商事习惯待之且先于民法上的违约金调减规则而适用，“有法误用”的尴尬就可避免。

例二，董事职务期前无因解除规则。《公司法解释（五）》第3条第1款规定“董事任期届满前被股东会或者股东大会有效决议解除职务，其主张解除不发生法律效力的，人民法院不予支持。”对本款确立的董事职务期前“无因解任”，有不同意见提出，为避免上市公司控制股东“掏空公司”、有限公司少数股东压制，应转回“有因解除”立场。^{⑧⁵}其实，“有因”抑或“无因”争论的真正问题是哪一种解任方案更符合商业常识以及公司治理效率的提高。限于篇幅，下文仅讨论封闭公司，不涉及情形更为复杂的公众公司。“公司与董事之间实为委托关系……既然为委托合同，则合同双方均有任意解除权。”^{⑧⁶}然而，民法学者认为，当委托合同同时包含了其他合同因素从而构成无名合同的，任意解除权受到限制。^{⑧⁷}董事委任合同由于有代理权授予因素的介入，足使其构成无名合同。《上市公司章程指引》（2019年修订）第107条表明“超过股东大会授权范围的事项，应当提交股东大会审议”，可以说明董事委任合同包含股东授权的因素。而在委托合同叠加代理权授予情形时，任意解除权受到限制。^{⑧⁸}但另一方面，如伊斯特布鲁克与费希尔指出的，在封闭公司中如限制股东的任意解任权，无异于赋予管理者维持合同的权利，在“善意解任”中的“善意”难以界定的情况下，极易诱发董事的机会主义，也即以诉讼“恶意解任”为由要求支付过高的赔偿。^{⑧⁹}循封闭公司治理的常态或曰习惯，股东与董事相互

⑧〇 参见成都市龙泉区人民法院（2012）龙泉民初字第1263号民事判决书；四川省成都市中级人民法院（2012）成民终5999号民事判决书。

⑧¹ 参见兰州市七里河区人民法院（2016）甘0103民初1585号民事判决书。

⑧² 参见河南省南阳市中级人民法院（2020）豫13民终3105号民事判决书。

⑧³ 参见崔建远：《违约金的边缘问题》，载《江汉论坛》2015年第11期，第122页。

⑧⁴ 参见赵忠奎：《“可以适用习惯”的司法应对：以逾期加价条款为样本》，载《社会科学》2021年第2期，第95页。

⑧⁵ 参见楼秋然：《董事职务期前解除的立场选择与规则重构》，载《环球法律评论》2020年第2期。

⑧⁶ 《依法保护股东权益 服务保障营商环境——最高人民法院民二庭相关负责人就〈关于适用若干问题的规定（五）〉答记者问》，载最高人民法院网，<https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-155282.html>，2022年6月11日访问。

⑧⁷ 参见崔建远、龙俊：《委托合同的任意解除权及其限制——“上海盘起诉盘起工业案”判决的评释》，载《法学研究》2008年第6期，第73页。

⑧⁸ 参见武腾：《委托合同任意解除与违约责任》，载《现代法学》2020年第2期，第65-67页。

⑧⁹ See Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Close Corporations and Agency Costs*, Stanford Law Review, Vol.38, p.271 (1986).

熟识,善意解除条款发挥的激励作用并不明显,因董事早已熟知股东是否“善意”,无需依靠“解任限制”保护自己,且限制解任将使简单问题复杂化,弱势一方陷入不确定的关系中。^{⑨0}据此,封闭公司的治理惯例一直奉行着董事任职期前无因解除规则。^{⑨1}更有学者指出“闭锁公司分权规则系属任意规范”^{⑨2},这便是出于对封闭公司股东代理权授予意思自治的充分尊重。封闭公司的股东得根据实际需要随时限缩、收回董事代理权,因代理权授予而生的董事选任解除限制理由不能成立,可谓域内外的商业共识。综上,封闭公司得无因解任董事,而由于股东解任的不可归责性,《公司法解释(五)》第3条第2款规定,给出被解任董事的善后举措是人民法院“依据法律、行政法规、公司章程的规定或者合同的约定,综合考虑解除的原因、剩余任期、董事薪酬等因素,确定是否补偿以及补偿的合理数额”,区别于《民法典》第933条规定的“应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益”。从商事习惯的视角来理解,理据可谓充分。

(四) 商法渊源体系的实证法构建

《民法典》第11条规定特别法优先的法源位阶,此处的“特别法”,多被认为是指现在及未来都置身民法典之外的公司法、票据法、保险法、消费者权益保护法等民商事单行法,且主要是商事部门法。^{⑨3}需要进一步解释的是,此处的商法仅指商事制定法抑或包括商事习惯在内?如为后者,借助于《民法典》第10条、第11条的体系性解释,即可证成商事习惯优先于民事制定法的逻辑推论,完成“商事制定法—商事习惯—民事制定法”商法渊源体系构建。这一商法渊源体系的构建,以私法二元立法体例及法理念为背景。进一步地,关于商事法律体系存在“民法典+商事单行法”与“民法典+商法通则+商事单行法”两种范式主张,后者渐为商法学界的主流。^{⑨4}实证法上的法源对应以规范形式已经存在,因此实证法上商法渊源体系构建即为理顺“商事制定法/民事制定法/商事习惯”之间的位阶关系。基于上述立法论立场,实证法上的商法渊源体系应为“商事制定法—商事习惯—民事制定法”。如基于解释论立场,实证法上的商法渊源条款设计依是否制定《商法通则》而有区别。如出台《商法通则》,在“民法典+商法通则+商事单行法”商法规范体系范式下,作为商法一般性规范集中提供者的《商法通则》必

^{⑨0} See Robert W. Hillman, *The Dissatisfied Participant in the Solvent Business Venture: A Consideration of the Relative Permanence of Partnerships and Close Corporations*, Minnesota Law Review, Vol.67, p.33 (1982).

^{⑨1} 在确立董事职务无因解除规则的最高人民法院指导性案例第10号“李建军诉上海佳动力环保科技有限公司决议撤销案”中,二审法院判决书及最高人民法院的裁判要点均未引用本案适用的法律条文,裁判要点云:“法院审理公司决议撤销纠纷案件中,应该审查会议召集程序、表决方式是否违反法律行政法规与公司章程,以及决议内容是否违反公司章程;在未违反上述规定的前提下,解聘总经理职务的决议所依据的事实是否属实,理由是否成立,不属于司法审查范围。”据此也可认为,本案的要义是对公司意思自治及其背后商事惯例的尊重。

^{⑨2} Henry Hansmann, *Corporation and Contract*, American Law and Economics Review, Vol.8, p.1-19 (2006).

^{⑨3} 参见前注^{④6},梁慧星书,第40页;前注^{④6},王利明主编书,第59-60页;前注^{④8},《民法总则专题讲义》编审组编著书,第67页。

^{⑨4} 参见李建伟:《民法总则设置商法规范的限度及其理论解释》,载《中国法学》2016年第4期,第74页。

设法源条款,^{⑨5} 藉此一举明确商事习惯先于民事制定法的位阶;如放弃《商法通则》,继续“民法典+商事单行法”的商法规范体系范式,商法渊源的特别规定条款无处安身,《民法典》第10条仍将为民商法共通的法源条款,据其“法律先于习惯”的规定,如将商事习惯先于民事制定法,尚需借助第11条的体系解释,循商法(特别法)优先于民法(一般法)的规定,将此处“商法”解释为包括商事制定法与商事习惯,也可证成商事习惯优先于民事制定法的逻辑自治。

五、结 论

《民法典》设法源条款来明确民商法的各自渊源体系及其关系,是民商合一的显性标志。关于法源条款的必要性,私法学界均无异议,主张从形式到实质奉行私法二元制的部分商法学者甚至认为,民法典关于商法规范的供给止步于此即为已足。^{⑨6} 就《民法典》第10条、第11条规定的商法渊源体系及位阶构成的体系解释,民商法有不同的立场。民法学者认为,“商事法律在性质上属于民事特别法,在商事法律没有就相关问题作出特别规定时相关纠纷适用民事基本法的一般规则”^{⑨7},这一说法的背后是对“民法典+商事单行法”既有商法规范范式的坚持。但比较研究表明,凡商法无规定的即直接适用民法的法源范式,如果说不是错误的也至少是不精确的。这一论争表面上是商事习惯与民法规范之位阶先后的问题,实则是对商法之于民法的实质独立性认可度的差异。民法学者的上述立场内含了对商法独立性的忽视,或曰对私法二元制的变相否定,由此生成了所谓《民法典》确立“商法规范—民法规范—商事习惯”这一商法渊源体系的解释论。当商事制定法对某事项未有规定时,径直向民法(典)规范寻求裁判依据,而不考虑商事习惯的法源介入,此种任意回归民法之做法最终将损害商法之于民法的实质独立价值。所以,确立“商事习惯先于民法规范”之位阶,是保障商法之于民法的独立性的坚实屏障,不仅可避免商事审判中法官的“任意向民法逃逸”,更可规模性地减免“有法误用”的现象发生。因此,商法渊源体系当以恰当安排“商事习惯”的位阶为要。首先,商事习惯虽与商事制定法同源,但因后者更具稳定性,商事习惯在商事制定法未规定时即可适用。其次,坚持实质私法二元制立场,商法作为私法之特别法而与民法并行存在,但基于内在体系的差异,民事制定法惟通过转介条款方可适用于商事领域,位阶上后于商事习惯。确立“商事制定法—商事习惯—民事制定法”三位阶法源条款的可选立法

^{⑨5} 如樊涛提出的《商法通则(建议稿)》“总则”第4条,中国法学会商法学研究会《商事通则》调研组2010年提供的《商事通则建议稿》“总则”第8条等。参见樊涛:《商法通则:中国商事立法的应然选择》,载《河南大学学报(哲学社会科学版)》2008年第3期,第19页;《中华人民共和国商事通则(建议稿)》,载个人图书馆网, http://www.360doc.com/content/15/0829/17/27413835_495638233.shtml, 2022年6月8日访问。

^{⑨6} 参见周林彬:《民法总则制定中商法总则内容的加入——以民法总则专家建议稿“一般规定”条款的修改意见为例》,载《社会科学战线》2015年第12期,第212页。

^{⑨7} 王利明:《民商合一体例下我国民法典总则的制定》,载《法商研究》2015年第4期,第4页。

路径是制定《商法通则》,沿袭日韩商法典第1条之经验,专设商法渊源条款。在《商法通则》出台前,《民法典》第10条的法源条款虽一体适用于民商事,但区分民商事而各表,仅就商事场合,借助第11条关于“特别法”(商法)规定先于民法的规定,将“特别法”解释为包括商事制定法与商事习惯,从而确立“商事制定法—商事习惯—民事制定法”的三位阶商法渊源体系。

Abstract: Articles 10 and 11 of the *Civil Code* establish a three-level commercial law source system of ‘commercial law norms-civil law norms-commercial customs’ or ‘commercial law norms-commercial customs-civil law norms’. The difference lies in the rank arrangement of commercial customs and civil law norms, and behind it is the different perception of the degree of substantial independence of commercial law from civil law. The hierarchical arrangement of ‘Civil Law Rules Prior to Commercial Customs’ is a one-sided understanding and isolated application of the ‘statutory law is better than unstated law’ rule, improperly cutting the customary law and statutory law in the commercial field, and substantially undermining the independence of commercial law. According to our country’s private law system of formal private law unitary system and substantive private law dual system, the internal system of civil and commercial law is different. Compared with civil statutory law, commercial customs can achieve proper adjustment of commercial relations. The rank of ‘commercial customs precedes civil law norms’ can better maintain the substantive independence of commercial law, avoid the phenomenon of ‘arbitrarily applying civil law norms instead of commercial customs’ in commercial trials, and prevent the phenomenon of ‘legal misuse’ on a large scale. The establishment of the three-level commercial law source system of ‘commercial law norms-commercial customs-civil law norms’ has two paths: legislation and interpretation.

(责任编辑:王莉萍)