

昆仑法学论丛

第三卷

- 浅析我国民法的习惯渊源
- 人与自然和谐关系中的……
- 论不动产物权登记
- 侵权法因果关系理论中……

王作全 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

昆仑法学论丛

(第三卷)

主编 王作金

本卷执行编辑 马旭东 王佐龙
陈晓筠



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

昆仑法学论丛(第三卷)王作全主编. —北京:北京大学出版社, 2006. 8

ISBN 7-301-11177-0

I. 昆… II. 王… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 126853 号

书 名: 昆仑法学论丛(第三卷)

著作责任者: 王作全 主编

责任编辑: 明 辉 孙战营

标准书号: ISBN 7-301-11177-0/D·1604

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

890 毫米 × 1240 毫米 A5 11.125 印张 320 千字

2006 年 8 月第 1 版 2006 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 21.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

青海民族学院《昆仑法学论丛》编委会

(以姓氏笔划为序)

马旭东

王作全

王佐龙

王立明

陈晓筠

苏永生

周忠瑜

卷 首 语

本卷是《昆仑法学论丛》第三卷,共设六个栏目:“民间法与习惯法研究”、“民商法研究”、“刑事法专论”、“环境与资源保护法理论”、“理论法学”和“研究生园地”。

“民间法与习惯法研究”中包括一篇文章。王立明和华热·多杰的《浅析我国民法的习惯渊源》一文,以我国《合同法》中交易习惯的适用为视角,通过对大陆法系和英美法系民法对习惯或惯例的承认实践的分析,得出如下结论:第一,我国民法应重视习惯或惯例,同时加强对习惯或惯例的研究;第二,在梳理本国习惯或惯例并将其作为法律制度的同时,对所继受的外国法(习惯或惯例)进行研究更有利于完善我国的民商事立法;第三,我国《合同法》应规定交易习惯的认定程序,尤其对交易习惯的查证程序进行科学的、规范的、严格的规制已迫在眉睫。

“民商法理论”中共包括十篇文章。周继红的《人与自然和谐关系中的公司“绿色”社会责任》一文,通过对人与自然不和谐状态中的公司和公司的社会责任及其法理基础的分析,提出公司应当负有“绿色”社会责任,并对公司“绿色”社会责任中政府的作用进行了论证。陈晓筠的《论不动产权登记》一文,通过对不动产权登记的理论基础及其价值和各国不动产权登记制度的评析,提出并论证了完善我国不动产权登记制度的立法建议。淡乐蓉的《侵权法因果关系理论中“必然说”与“相当说”之辨析》一文,通过对历史上因果关系理论的主要学说及其内容的分析,辨析了“必然因果关系说”与“相当因果关系说”,提出并论证

了在我国侵权法司法审判实践中适用“相当因果关系说”的具体对策。马旭东的《试论商标权、商号权及域名权的法律冲突》一文,通过对商标权、商号权及域名权在市场经济中的重要作用的论证,提出了在我国商标权、商号权及域名权之间具有法律冲突,并对冲突的原因进行了深入分析。刘健震的《再论证券虚假信息披露民事责任》一文,在对新旧《证券法》对虚假信息的立法进行比较的基础上,对虚假信息披露民事责任的性质及其功能进行了论证。宁新海的《无独立请求权的第三人制度若干问题的思考》一文,在对无独立请求权的第三人的资格认定和参加诉讼的方式论证的基础上,提出无须对无独立请求权的第三人细化,不应拥有管辖权异议,应当有上诉权,并应当承担相应的责任。杨银霞的《论精神损害赔偿案件中的法官自由心证裁量权》一文,通过对法官自由心证裁量权在精神损害赔偿案件中的归位、基本运用方式和法官自由心证裁量权之限制的分析,认为法官在运用自由心证裁量权时,要慎之又慎,做到目标明确、认定理智、执法不阿和正确裁量。祁英香的《民事公益诉讼制度之构想》一文,通过对公益诉讼的涵义的分析 and 民事公益诉讼的法律界定,提出并论证了我国民事公益诉讼制度的构想。马芳的《股东大会和董事会权力制衡制度的法律完善》一文,在分析我国《公司法》对股东大会和董事会权力界定与股东大会和董事会权力制衡的缺陷的基础上,提出并论证了股东大会和董事会权力制衡的完善措施。牛丽云的《论居住权的现代意义》一文,通过对居住权概念的全新解析,提出并论证了我国未来物权法需要设立居住权的结论。

“刑事法专论”中共包括六篇文章。简基松的《关于“恐怖主义犯罪定义问题的问题”》一文,通过对“恐怖主义

析环境权的提出背景和环境权含义及内容的基础上,对环境权的性质进行了法理辨析。

“理论法学”栏目包括一篇文章。陈海霞的《浅析司法实践追求法律效果与社会效果的统一》一文,从法律效果、社会效果与审判效果的涵义着手,对司法实践的法律效果与社会效果统一的具体途径进行了探讨。

“研究生园地”栏目共包括法学院民商法硕士研究生的六篇优秀论文,以此为平台推动研究生的高层学术交流。陈晓林的《区分所有建筑物共用部分之相关问题探析》一文,对区分所有建筑物共用部分之法律性质、份额、管理及费用负担和共有所有权人的民事责任及相关问题进行了深入分析。赵海荣的《股权质押若干法律问题研究》一文,以股权质押的性质和功能为重点,在股权质押原理分析的基础上,对股权质押的设定、股权质押法律关系中当事人的权利和义务以及股权质押的实行进行了论证。齐晋的《网络个人数据隐私权保护研究》一文,通过对隐私权与网络个人数据的关系、各国关于网络个人数据隐私权保护法律制度和我国关于网络个人数据隐私权的立法现状的分析,提出并论证了我国关于网络个人数据隐私权的立法建议。郭伟的《侵害财产权中的精神损害赔偿之探析》一文,通过对各国财产权精神损害赔偿制度的比较研究和我国财产权精神损害赔偿制度的现状之分析,对我国财产权精神损害赔偿制度的适用进行了思考,提出并论证了相应的完善措施。甘红彦的《我国确立取得时效制度的构想》一文,通过对取得时效的价值和制度体例的分析,提出并论证了在我国应当建立分别并存的时效制度。陈国旺的《浅析商号权的性质及其法律保护》一文,对商号权的性质进行了考量,并对我国对商号权的法律定位及其确保进行了分析论证。

学问是交流的结果,交流的范围越大,学问的真理性就越强,因为交流范围的广大能为学问的发展提供更加丰富的素材。《昆仑法学论丛》在某种意义上为西部法律人与外界的交流提供了一个很好的窗口。在此,要感谢本论丛的撰稿人,是他们的辛勤劳动给本论丛增添了不少光彩;还要感谢北京大学出版社和该出版社副总编杨立范先生及他的同事们。正是他们的关心和帮助,在某种程度上提升了本论丛的品位,使其能赢得更多人的关注。

编 者

2005 年 12 月于高原古城西宁

目 录

民间法与习惯法研究

浅析我国民法的习惯渊源

——以我国《合同法》中交易习惯

的适用为视角 王立明 华热·多杰 (1)

民商法理论

人与自然和谐关系中的公司“绿色”社会

责任 周继红 (13)

论不动产物权登记 陈晓筠 (23)

侵权法因果关系理论中“必然说”与“相当说”

之辨析 淡乐蓉 (36)

试论商标权、商号权及域名权的法律

冲突 马旭东 (47)

再论证券虚假信息披露民事责任 刘健霞 (64)

无独立请求权的第三人制度若干问题的

思考 宁新海 (83)

论精神损害赔偿案件中的法官自由心证

裁量权 杨银霞 (89)

民事公益诉讼制度之构想 祁英香 (100)

股东大会和董事会权力制衡制度的法律

完善 马 芳 (114)

论居住权的现代意义

——兼论我国物权法设立居住权制度

的必要性 牛丽云 (123)

刑事法专论

关于“恐怖主义犯罪定义问题”的问题 简基松 (136)

腐败犯罪新视野

——对《国际经济交往中的腐败及

相关犯罪决议》的解读 马天山 (161)

善恶刑法辨

——对刑法本质的伦理思考 苏永生 (189)

刑法中诚信理念的精神意蕴 马兰花 (205)

论刑事辩护律师的独立性 马俊祖 (214)

刑事被告举证责任之初探 李文华 (223)

环境与资源保护法理论

环境公益诉讼主体资格探讨 张立 (233)

环境权探析 郭富琐 (243)

理论法学

浅析司法实践追求法律效果与社会效果的

统一 陈海霞 (254)

研究生园地

区分所有建筑物共用部分之相关问题

探析 陈晓林 (262)

股权质押若干法律问题研究	赵海荣	(277)
网络个人数据隐私权保护研究	齐 晋	(294)
侵害财产权中的精神损害赔偿之探析	郭 伟	(304)
我国确立取得时效制度的构想	甘红彦	(320)
浅析商号权的性质及其法律保护	陈国旺	(330)

浅析我国民法的习惯渊源

——以我国《合同法》中交易习惯
的适用为视角

王立明 华热·多杰

一、引言

二、交易习惯之涵义

三、大陆法系、英美法系民法对习惯或惯例的承认

四、我国《合同法》交易习惯的适用

五、结论

习惯作为民法的渊源之一,已为世界上许多国家的民事立法所认可,尽管认可的程度不同。这说明习惯对于规范民事主体的民事活动有其存在的合理性和必要性。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)充分肯定了以“交易习惯”来弥补《合同法》漏洞、解释合同的作用。为此,深入研究习惯对我国民事立法与法官裁判的影响意义重大。本文主要就交易习惯的涵义、大陆法系和英美法系商事立法对习惯或惯例的承认以及我国《合同法》关于交易习惯的适用等问题进行了粗浅的探讨。

一、引言

在合同法教学和研究过程中,有一个问题始终令人困惑不解,即

习惯作为我国民法的渊源之一,在我国的民事立法中多大程度地能被国家立法认可并以法律条文的形式表现,司法审判实践中又多大程度地能被法官认定并以裁判文书的形式认定。一言以蔽之,就是如何评价习惯在我国民事立法、司法中存在的价值。

就我国而言,与民事立法、司法相比,民法学界对习惯的研究应该说积极的、乐观的。仅就20世纪80年代以来出版的民法学教材来看,学者们几乎无一例外地都承认习惯为民法的渊源之一,抑或为民法的表现形式之一。在此可引用学者们的观点加以证实。有学者认为:“在我国,习惯作为民法的渊源是受限制的,只有与现行法律、法令等规范性文件不相抵触,或经国家认可的习俗,才具有民法渊源的意义。”^①有学者认为:“具有数千年文化传统的中华民族有许多良好的习惯和传统,有的已经上升为法律,成为人人必须遵循的行为规范。有的习惯虽然没有直接表现为法律,但它一经国家认可亦具有规范性。”^②有学者认为:“我国幅员辽阔,民族众多,在各民族特别是各少数民族聚居地区存在着许多民事习惯。在这些民事习惯中,有些与现行法律、法令等规范性文件和社会公共利益不相抵触,对于调整民事关系起着积极作用,但国家认可后,也可以成为民法的表现形式。”^③有学者认为:“当然,并非一切民事习惯都属于民法的渊源,只有那些与我国现行法律、法规不相抵触的习惯,经国家认可或司法机关引用才能成为我国民法的渊源。”^④有学者认为:“在我国,习惯作为民法的渊源是受限制的,只有经国家认可的习俗,才具有民法渊源中一定的意义。”^⑤毋庸置疑,学者们对习惯的重视,说明习惯在人类社会尤其是在市场经济的商事交易实践中有存在价值。值得一提的是,尽管学者们就习惯对我国民法的影响或者作用给予了一定程度的肯定,但就习惯与我国民法立法和司法审判的衔接并没有进行系统的研究。

① 佟柔:《民法原理》,法律出版社1983年版,第20页。

② 郑立:《民法教程》,文化艺术出版社1986年版,第38页。

③ 马原:《中国民法教程》,人民法院出版社1989年版,第29页。

④ 马俊驹、余延满:《民法原论》(上),法律出版社1998年版,第49页。

⑤ 王利明:《民法》,中国人民大学出版社2000年版,第22页。

马克思曾指出:在社会发展的某个很早的阶段,产生了这样一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。^① 精典作家在此精辟地揭示了习惯。

众所周知,在我国,《合同法》为民法的特别法,属于民法体系的重要组成部分之一。1999年10月1日生效实施的我国《合同法》,至少有13个条文已明确规定了“交易习惯”对合同成立、合同履行、合同解释等问题适用的规范性效力。^② 时下,我国的民法典正在紧锣密鼓地制定过程中,尽管对习惯能否作为一项民法原则并在具体的制度设计中得以最大程度的体现,仍然是一个“未知”的谜。但我们相信,我国《合同法》对“交易习惯”的规定,必将对我国民法典的制定有所启示。

二、交易习惯之涵义

要界定交易习惯,首先有必要明确“习惯”、“惯例”作为行为规则的法律涵义。然而,在现代民商事领域,由于在一般的法律文件与人们的日常生活中,“习惯”与“惯例”经常被交叉混用,导致学术界众说纷纭,莫衷一是。例如,梁慧星教授认为:“民法上所谓习惯,是指多数人对同一事项,反复进行同一行为,经过相当长时间形成的规则。属于一种事实上的惯例。通行于全国者,谓一般习惯;通行于某个地方者,谓地方习惯;一般人所遵循者,谓普通习惯;特殊身份或特殊行业遵循者,谓特别习惯。”^③ 在这里,梁教授以惯例来解释习惯,并未将二者严格区别开来。又如,王利明教授认为:“所谓习惯,是指当事人所知悉或实践的生活和交易习惯。也就是说,习惯包括生活习惯和交易习惯。所谓生活习惯是指人们在长期的社会生活中形成的习惯;所谓交易习惯是指在当时、当地或者某一行业、某一类交

① 《马克思恩格斯全集》(第2卷),人民出版社1975年版,第538页。

② 《合同法》第22、26、60、61、92、125、139、141、154、156、159、160、161条。

③ 梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003年版,第156页。

易关系中,为人们所普遍采纳的、且不违反公序良俗的习惯做法。”^① 上述学者虽然对习惯的语言表述不尽一致,但是对习惯在民法中存在的价值都是持肯定态度的。

值得注意的是,在合同法领域,对“习惯”与“惯例”的理解极易产生歧义,原因之一就是《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》)第9条对“惯例”(usage)与“习惯”(practice)都作出了规定。^② 该条文强调,“惯例”为双方当事人业已同意的;“习惯做法”为双方当事人之间确立的。应该说《公约》是基于不同国家或地区在贸易活动中的不同因素,并以此形成的不同做法而规定的,但问题是《公约》只是提及,并没有对惯例或习惯做法作出定义。^③ 就合同而言,我们认为,习惯做法是指在特定的交易中,当事人双方重复采用过去的做法,并得为解释当事人意思并共同理解的基础。它只是当事人确立的或建立的具体做法,适用范围有限,而且会因交易情况的不同而发生变化;惯例是指在一个地区、一种行业内能够得到惯常遵守的贸易做法或方法,它具有众所周知、内容确定、公平合理并反复使用的特点。因此,依通常认识,习惯、惯例、习惯做法在形成时间和适用范围方面是有所不同,即惯例的形成时间最长且适用范围最广,习惯次之,习惯做法再次之。与此同时,在商事领域,判断习惯、惯例、习惯做法也不应以“古老或悠久的”、“普遍的”等为根本的、唯一的标准。因为,新的交易习惯以及不断派生的交易习惯大量存在并被商人广泛地、经常地遵守,所以,习惯、惯例、习惯做法具有“经

① 王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2002年版,第65页。

② 1988年生效的《公约》第9条第1款规定:“双方当事人业已同意的任何惯例和他们之间确立的任何习惯做法,对双方当事人均有约束力。”同时,第2款又规定:“除非另有协议,双方当事人应视为已默示地同意对他们的合同或合同的订立适用双方当事人已知或理应知道的惯例,而这种惯例,在国际贸易上,已为有关特定贸易所涉同类合同的当事人所广泛知道并为他们所经常遵守。”

③ 但也不排除有些国家对交易惯例给出法律上的定义,如美国《统一商法典》第1-205条规定:“交易惯例指在一地区、一职业或行业中常为人们所遵守,以至于有理由预期其在有关争议中也会得到遵守的任何的惯常做法或交易方法。此种惯例之存在及其范围应作为事实加以证明。此种交易惯例被证明为体现在书面商事守则或者类似文件中的,该文件之含义由法院解释。”

常性遵守”和“广泛知道”的特质也应是判断的标准之一。

可见,习惯、惯例、习惯做法为世界范围内的贸易实践证明对补充制定法之不足是可行的、有益的。我们知道,《合同法》是规范合同主体的交易规则,它的法源一方面为国家制定的法律规则,另一方面为国家认可的交易习惯规则。那么,何谓“交易习惯”呢?我们认为,所谓交易习惯,是指人们在市场交易中反复践行过程中形成的,在某一地域、某一行业、某一群体中经常适用,或为特定当事人间经常适用的方法、做法,并为大多数从事交易者所认同和遵从。^①需要强调的是,并非所有的交易习惯都能成为法律认可的有效规则,交易习惯要成为我国《合同法》认可的有效规则^②,至少需要满足如下条件:其一,在一般情况下,交易习惯具有长期性、反复性、实践性,亦即交易习惯为人们长期、反复践行的行为规则。在特殊情况下,交易习惯虽不具有长期性,但为特定的当事人双方经常适用,亦可是交易习惯;其二,交易习惯具有知悉性、明确性,即交易习惯不仅需要当事人知悉,而且当事人也没有明确地排除;其三,交易习惯具有信赖性、期

① 2004年间,中央电视台第二频道《经济与法》栏目曾报道了一起因保管合同引发的民事纠纷。案件的起因是,一位顾客驱车前往一家超市购货,顾客按规定将车停入超市指定的停车场后便前去超市购物,待顾客购物完半后发现自己的车已不见踪影,为此,顾客与超市发生纠纷,诉至法院。双方争执的焦点是:保管合同是否成立且生效?顾客一方强调,该超市停车场管理人员的习惯做法是,先允许前来购物的顾客将车停在指定的区域,等顾客办完事后再撕票付费。所以,保管合同已经成立且生效,现车丢失是由于超市停车场管理人员没有尽到自己的注意义务造成的,超市应当承担因车丢失的违约责任;超市一方则强调,既然顾客不能举出保管合同成立且生效的有效证据,说明超市与顾客之间并不存在车辆的保管合同,没有保管合同超市也就不应承担违约责任。法院经过对在该超市内停车的许多顾客调查后得知,该超市停车场的交易习惯就是,先允许顾客将车停在指定的区域,待顾客办完事后再撕票付费。最后,法院判决双方的保管合同成立且生效,超市应对顾客车辆的丢失承担违约责任。该案是一起典型的依交易习惯的成功判例。应该说该交易习惯并不具有古老或悠久的历史,但却具有被当事人双方经常适用或遵守的特点。

② 有学者认为:“任何交易活动都需要遵循特定的交易规则,然而,并非所有的交易规则都构成交易习惯。”言下之意,先有交易规则后有交易习惯。此观点有待商榷,因为,从法产生的一般规律来看,先有习惯后有规则,习惯具有自然的属性,而规则具有人定的属性。即规则本身就包括习惯和法律两类。参见齐树洁、蔡从燕:《交易习惯若干基本理论问题研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第15卷),法律出版社2000年版,第15页。