

民商法

论丛

第15卷

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 15

■ 梁慧星 / 主编

法律出版社

民 商 法 论 丛

第 15 卷

(1999 年第 3 号)

梁慧星 主编

法 律 出 版 社

卷首语

本卷是第 15 卷(1999 年第 3 号)。

【专题研究】栏编入六篇论文。其一,是齐树洁和蔡从燕的《交易习惯若干基本理论问题研究》。我国民法学说判例,向来承认“习惯”有补充制定法的效力,为民法法源之一,但现行法如民法通则等仅规定“国际惯例”,未规定一般意义上的“习惯”。去年 10 月生效的统一合同法第 60 条、第 61 条、第 92 条、第 125 条等明文规定“交易习惯”,属于重大进步。但合同法关于交易习惯的规定,应当如何理解、解释,以求其正确适用,发挥其规范功能,尚有待于理论上的深入研究。本文无疑是有关这一课题的最新成果。其二,是王立峰的《论惩罚性损害赔偿》。按照大陆法系法律理论,惩罚与惩罚性乃是公法上责任的作用和本质,补偿与补偿性乃是私法上责任的作用和本质。因此,大陆法系国家的民法民事责任不承认所谓惩罚性赔偿。即使英美法系的美国,关于惩罚性赔偿的认识亦有分歧。但 20 世纪末叶,我国在民事特别法上已经规定了惩罚性赔偿,虽然在适用范围和惩罚金额上有较大限制。本文作为一篇法理学硕士学位论文,研究此极具理论性和实践性的课题,有其新的视角和维度,值得重视。其三,是李凌燕的《消费者信用调查的法律研究》。在现代市场经济条件下,银行为规避风险而进行消费者信用调查,难免与消费者的隐私权保护发生冲突。本文对于我国作出规制消费者信用调查的法律对策,有重要参考价值。其四,是陈海波的《论船舶优先权的行使》。我国民法立法和学说不承认一般优先权,而海商法所规定的船舶优先权和民用航空法

所规定的飞行器优先权,属于特别法上的制度。本文对船舶优先权的行使的有关问题作了研究,值得一读。其五,是于莹的《论票据代理》。由于票据行为本身的特殊性,使票据代理具有区别于一般民事代理的特殊规则,但国内法学界对此鲜有论述。本文研究了票据代理与一般民事代理的区别、票据代理构成及票据的无权代理、表见代理等重要问题,有其重要价值。其六,是陈辉萍的《票据出票伪造法律问题研究》。票据伪造分为票据本身的伪造和票据上签名的伪造,前者称为出票伪造,后者中最常见的是背书伪造。作者近年专门研究票据伪造问题,其关于背书伪造的论文《票据背书伪造法律问题比较研究》,发表于本论丛第14卷,读过该文的读者再读本文,可了解票据伪造问题的全豹。

学者谓法律有纸上的法律与裁判中的法律之分。立法机关制定的法律,无论如何先进,毕竟只是纸上的法律,有待于正确的解释和适用,使之变成裁判中的法律,才能发挥其规范社会生活的功能,实现其立法目的。因此本卷增设【法条释评】栏,选刊编者的《如何理解合同法第51条》和牟瑞瑾的《消费者权益保护法第49条的解释适用》两文。

婚姻家庭法的制定已提上立法日程,并受到社会各界的关注。本论丛第14卷已经刊载由法学专家提出的婚姻家庭法草案建议稿。其中一项最重要的制度,是夫妻财产制度。本卷【立法问题】栏选刊一组关于夫妻财产制的研究论文。其一,是蒋月的《我国夫妻财产制立法的基本问题》,其二是陈苇的《夫妻财产制立法研究》,请关注婚姻家庭立法的读者留意。

我国法学界自20世纪90年代开始重视法律解释问题,逐渐有了若干著作和论文。就民法解释而言,较注重参考日本和我国台湾地区的著作。当时尚在日本留学的段匡先生应编者约请,撰写长篇论文《日本的民法解释学》,在本论丛【法学方法论】栏连载。该文第一部分“史的概观”,已刊于第4卷和第6卷;第二部分“民

法解释论的主要学说”，其中关于末弘严太郎和我妻荣的学说的介评，已刊于第10卷。本卷续刊关于来栖三郎和川岛武宜的学说的介评。按照作者的计划，还将连载两次才能刊完全文。请读者留意。

【域外法】栏编入五篇文章，第一篇是五十岚清的《情事变更·合同调整·再交涉义务——情事变更原则效果再考》，由刘士国翻译。五十岚先生在现今日本属于老一辈的民法学者，较早研究情事变更问题，本文是其新作，着重研究适用情事变更原则的法律效果。统一合同法虽然删去关于情事变更的规定，现实生活中仍将发生因情事变更引发的合同纠纷案件。本文对于我国学术界和实务界，有重要参考价值。第二篇是道垣内弘人的《日本民法的展开——让与担保》，由段匡、杨永庄翻译。中国物权法草案建议稿规定了让与担保制度，系参考我国香港地区的“按揭”制度和日本的让与担保制度。让与担保在日本迄今仍属于判例法上的制度，本文对该制度在判例法上如何形成，作了全面深入的研究，值得参考。第三篇是加贺山茂的《担保物权的定位》。加贺山茂先生是名古屋大学民法教授，闻听中国正在起草物权法，特自费专程访华向中国物权法研究课题组成员介绍其关于担保物权的主张。其关于担保物权非物权的主张，在日本属于少数说。此系其讲稿全文，由于敏翻译。第四篇是杜涛的《意大利国际私法立法的改革》。意大利是现代国际私法的发源地，但长期没有专门的法典，到1995年才实现国际私法的法典化，是国际私法法典化运动的最新成就。中国国际私法学界正致力于国际私法的法典化，近年民法起草工作小组讨论中国民法典结构体例，也建议在民法典外单独制定一部国际私法法典。意大利的经验，无疑值得参考。第五篇是克里斯迪安·冯·巴尔的《欧洲侵权行为法中的替代责任》，由张新宝翻译。

【硕士学位论文】栏选编三篇论文，一是北京大学民法硕士王

晓玲的《录音制品的法律保护》，二是上海海运学院国际经济法硕士郑蕾的《现代国际海上货物运输承运人责任制度研究》，三是厦门大学民法硕士邓小荣的《契约、身份与近现代民法的演变》。均属于近年硕士学位论文的优秀作品。

【资料】栏刊载《美国统一商法典第4A编：资金划拨》，由刘颖、邓瑞平翻译。

编完本卷，人类历史已经进入新千年的新世纪的元年。我们的民族正面临历史机遇：我国将用四分之一世纪的时间，在GDP总量上，赶上世界上最发达、最强大的国家，跃居世界首位，进一步缩小在人均GDP和人类发展指标(HDI)方面的差距，我国人民将享有更高的物质生活质量，更全面的人类发展，更有保障的人类安全，更优美的生态环境，消灭绝对贫困人口，实现共同富裕的目标！

要实现这个民族复兴的宏大目标，当然要靠法治，而不能靠“人治”或者别的什么“治”！但法律纷繁，各有功用，何者为重心？教科书谓重心在宪法，宪法为国家之根本大法！有人以为不然！认为民法为万法之母，为法治根基，为保障国家经济发展和长治久安之根本法！以法国为例：自1789年大革命迄今的两百余年间，法国社会经历了两次复辟、两次帝制、五次共和！法国宪法更换了十五部之多！唯独公布于1804年的著名的法国民法典始终生效，一以贯之！可见，为法国的经济发展和社会稳定提供了牢固的法制基础的，不是法国宪法，而是法国民法典。此足以表明，唯民法典才是近现代法治意义上的真正的根本大法！中国欲赶超发达国家，实现民族复兴，谋求社会长久稳定和经济持续发展，法国的经验足资借鉴！

我国已经确定建设法治国家的目标，要在2010年建成一个科学、完善的社会主义法律体系。宪法、刑法、刑诉、民诉均已有法典，并经过修订。唯民法典尚付阙如。显而易见，在新世纪的前十年，国家生活之急务，是制定一部既符合中国实际，又符合法律发

展潮流的,进步、完善、科学的民法典,为实现民族的复兴,为实现真正的人权、民主、法治国和现代化,奠定法制根基!

为中国民法典而奋斗! 就是为中华民族的复兴而奋斗!

愿与民法学界同志共勉。

编者于 2000 年 1 月 16 日

目 录

卷首语

专题研究

- | | | | |
|-----|------------------------------|-----|-----|
| 1 | 交易习惯若干基本理论问题研究 | 齐树洁 | 蔡从燕 |
| 54 | 论惩罚性损害赔偿 | | 王立峰 |
| 114 | 消费者信用调查的法律研究 | | 李凌燕 |
| 153 | 论船舶优先权的行使 | | 陈海波 |
| | ——兼论船舶运输企业、海上生产
企业破产案件的管辖 | | |
| 178 | 论票据代理 | | 于莹 |
| 201 | 票据出票伪造法律问题比较研究 | | 陈辉萍 |

法条释评

- | | | | |
|-----|---------------------------|--|-----|
| 219 | 如何理解《合同法》第 51 条 | | 梁慧星 |
| 225 | 《消费者权益保护法》第 49 条的适用
条件 | | 牟瑞瑾 |

立法问题

- 247 我国夫妻财产制立法的基本问题 蒋 月
- 293 夫妻财产制立法研究 陈 苇
——瑞士夫妻财产制研究及其对完善我国夫妻财产制的启示

法学方法论

- 338 日本的民法解释学 段 匡

域外法

- 419 情事变更·合同调整·再交涉义务
——情事变更原则效果再考
- 449 日本民法的展开 [日]五十岚清著 刘士国译
判例形成的法——让与担保
[日]道垣内弘人著 段 匡 杨永庄译
- 475 担保物权法的定位 [日]加贺山茂著 于 敏译
- 489 意大利国际私法立法的改革 杜 涛
- 515 欧洲侵权行为法中的替代责任
[德]克里斯迪安·冯·巴尔著 张新宝译

硕士学位论文

- 530 录音制品的法律保护 王晓玲
- 599 现代国际海上货物运输承运人责任制度研究 郑 蕾
——世纪之交的回顾与展望

698	契约、身份与近现代民法的演变	邓小荣
-----	----------------	-----

资料

762	美国《统一商法典》第 4A 编 资金划拨	刘 颖 邓瑞平译
-----	----------------------	----------

专题研究

交易习惯若干基本理论问题研究

齐树洁 蔡从燕

目 次

- 一、交易习惯之价值衡量
- 二、交易习惯的界定、构成要件与基本特征
- 三、交易习惯的基本类型与基本功能
- 四、交易习惯的适用
- 五、交易习惯在我国实践

“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 经典作家在此精辟地揭示了习惯与法律形成间的关系。而“世界演进，人事日繁，仅恃法律为范畴，断不足尽其用而通其变。故虽在法治先进各国，仍莫不引用习惯以

① 《马克思恩格斯全集》第2卷，人民出版社1975年版，第538页。

济其穷”，^① 则表明习惯与法律发展间的关系。总之，习惯之适用已成为各国法律实践之不可或缺的内容，如《德国民法典》第242条规定：“债务人应依诚实信用，并参照交易上的习惯，履行给付”。当今世界，国际经济交流日趋活跃，习惯更为跨国商事法律实践所推崇，如《联合国国际货物销售合同公约》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”。

泱泱中华大国，民法长期落后，造就了民间习惯发达的独特法律文化特质。惟立法及司法实践所重视者，乃习惯法，而非事实上的习惯！突出者如1929年中华民国民法第1条规定：“民事，法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理”。依通说，此处所谓“习惯”系指习惯法，并非指事实上习惯。^② 随着制定法臻于完善，作为一种制度之习惯法，或因不合时宜而遭制定法否定；或因敷于需要而被制定法吸收，其地位及作用已日渐削弱。与此相反，由于制定法与习惯法面对市场经济条件下层出不穷的交易方式业已呈现不敷使用之态势，而事实上之习惯，尽管欠缺法之确信，却以其独特之规范特征与功能而有助于法律对众多交易方式实现间接调整，因而日益得到重视。1999年3月颁布的我国《合同法》首次以基本法形式确认了交易习惯的规范效力，其意义重大，影响深远。

① 严声编：《上海商事惯例》序，新声通讯社出版部印行，1933年。

② 王泽鉴：《民法实例研习·民法总则》，（台）1990年版，第26—28页；杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第205—209页；戴森雄：《民法案例实务》（第1册）（台）1981年版，第1页；王伯琦：《民法总则》，（台）国立编译馆1977年版，第5页。其中，尤以王泽鉴先生的推论值得重视，王先生认为，按台湾地区“民法”第1条系援自《瑞士民法典》第1条，其所谓习惯，亦相当于《瑞士民法典》第1条所谓之“Gewohnheitsrecht”，而在该法典后面的条文中，并不再使用“Gewohnheitsrecht”，而多称“Brauch”、“Ortsbrauch”、“Kaufmannische”、“Uebungen”等。不过，黄茂荣先生认为，该条款所称“习惯”系指“事实上的惯行”，而不是已经上升为法律的“习惯法”。参见黄茂荣：《民法总则》，（台）1984年版，第7页。

本文拟对交易习惯的若干基本理论问题进行初步研究,以求教于方家。

一、交易习惯之价值衡量

交易习惯乃商业实践之产物,而商业实践的根本目的在于实现特定的经济利益,因此交易习惯也必定会蕴含着交易主体的某些价值判断,冀此促进经济利益的实现。与此同时,交易习惯的适用也必然要受到制定法的约束,因此交易习惯自身也必定会蕴含着某些价值判断,以此促进交易习惯的适用。换言之,交易习惯于形成到适用无不蕴含着交易主体、立法机关与司法机关的价值判断。为此,对交易习惯所蕴含且所应该蕴含着的价值判断予以衡量实属必要。

(一)交易习惯与契约自由

契约自由或称合同自由,其思想渊源可溯至罗马法时代,罗马法学家保罗认为,“只需基于缔约双方的合意即可产生债”。^① 近现代以来,契约自由不仅是各国合同法之基本原则,亦为各国民法之基本精神支柱。就其实质而言,契约自由乃在于强调特定社会关系——合同关系的私人自治性,主张把合同作为个人的自治范围来对待,从而“使当事人有权摆脱法律为他们提供的一切固定模式而自由地设置其相互间的法律关系”。^② 就其内容而言,则大致包含着如下内容:缔约自由、选择相对人自由、缔约内容自由、契约形式自由、解约自由等,或可归结为意思自由和形式自由。在 19

① 《民法大全选 IV.1 债 契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社 1992 年版,第 13 页。

② 参见尹田编著:《法国合同法》,法律出版社 1995 年版,第 14—15 页。

世纪法国注释法学派看来,《法国民法典》奠定了近代自由主义契约法的基础,该法典第1134条规定:“依法成立的契约,在缔约的当事人之间有相当于法律效力。”注释法学派认为,该条款的核心就是契约自由。自《法国民法典》颁布后,契约自由原则逐步成为19世纪契约法的基本原则,并由此衍生出流行西方长达百年的契约法“唯意志论”。不过,自19世纪末20世纪初以来,随着资本主义经济进入垄断阶段,各种社会性矛盾层出不穷且日趋尖锐,契约自由原则由此遭到严峻挑战。1907年,《瑞士民法典》第2条规定:“任何人都必须诚实、信用地行使其权利并履行其义务”,终于“为20世纪契约理论打破以意思自治和契约自由为中心的封闭的契约体系奠定了坚实的基础”。^①在《瑞士民法典》引导下,本世纪各国民法典普遍确立了诚实信用原则为代表的一般条款。不过依多数学者见解,诚实信用原则的普遍确立只是对契约自由原则的合理修正,并无损于契约自由原则作为各国合同法最基本原则的传统地位。

在现代契约法中,交易习惯与契约自由之间有着极为密切的联系:一方面,由于交易习惯乃商业实践而非立法活动或司法实践的产物,其自治性特征是不言自明、昭然若揭的。换言之,交易习惯正是契约自由精神的表现载体。而不断涌现的交易习惯也表明并促进了契约自由的精神日益深入人心,促使契约自由逐渐成为交易活动的灵魂。另一方面,契约自由原则的确立有力地推动了交易活动的快速发展,据此涌现了更多的交易习惯。可以说,契约自由原则是交易习惯发展的助推器。除此之外,由于交易习惯是契约自由精神的表现载体之一,契约自由原则的确立实际上间接地确认了交易习惯的规范效力。

^① 傅静坤:《二十世纪契约法》,法律出版社1997年版,第15—16页。

(二) 交易习惯与诚实信用

诚实信用原则乃各国民法公认之基本原则,其基本内核,即诚信要求与自由裁量权早就已蕴含于罗马法的诚信契约和诚信诉讼中。不过,现代意义上的诚实信用原则肇始于1907年的《瑞士民法典》,该法典第2条规定:“任何人都必须诚实、信用地行使其权利并履行其义务”。诚如学者所言,诚实信用原则“有补充或解释法律及契约之任务,且更进而可为立法之补充。”^①就本意而言,诚实信用是要求当事人“自觉依照市场制度中对待的互惠性原理办事。在订约时,诚实行事,不诈不霸;在订约后,重信用,自觉履行。”^②

然而,由于诚实信用原则在内涵上具有明显的模糊性,在外延上具有明显的不确定性,^③故其价值之体现与实现有必要借助于某些较具稳定性与明确性的规则。我们认为,交易习惯即属此类规则之一种。交易习惯的形成并非一蹴而就,而是经过了反复的商业实践,从博弈论角度看,交易习惯实际上是一种“合作博弈”(cooperative game)与“重复博弈”(repeated game)。与强调个人理性和个人最优决策的非合作博弈(non-cooperative game)不同,合作博弈强调的是团体理性(collective rationality),强调的是效率(efficiency)、公正(fairness)与公平(equality);与“一次博弈”不同,

① 何孝元:《诚实信用原则与衡平法》,(台)1977年版,第64页。

② 张俊浩:《民法学原理》,中国政法大学出版社1991年版,第25页。

③ 徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社1996年版,第19—20页、第78页。

“重复博弈”参与人通常会基于长远利益考虑而选择某种均衡战略。^① 可以认为,在一般意义上,交易习惯的形成是经过了相当充分的利益衡量,能够比较合理地体现当事人间的权利义务分配关系,因而能够为交易主体所普遍接受。换言之,交易习惯与诚实信用的价值判断基本上是一致的,并且是实现诚实信用价值的工具。对于交易习惯与诚实信用原则间的这种关系,美国《统一商法典》作了精辟揭示,该法典第2—103条规定:“对商人而言,诚信是指忠于事实真相,在商业中遵守公平买卖之合理商业准则”;第2—609(2)条规定:“在商人之间,应根据商业标准确定具有不能履约危险的理由是否正当以及履约保证是否充分。”其权威解释(official comment)指出:应根据商业标准,而非根据法律标准来确定不能履约的理由是否“正当”及能够履约的保证是否“充分”。^②1998年《欧洲合同法原则》第1:302条也规定,“在权衡何谓合理时,应特别考虑合同的性质与目的、案件的情况以及所涉交易或行业的惯例和习惯做法”,显然承认惯例与习惯做法负载有诚实信用价值,并有助于诚实信用价值之实现。我国《合同法》第92条规定:“合同的权利义务终止后,当事人应当遵循诚实信用原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务”,亦从合同附随义务角度揭示交易习惯对于实现诚实信用原则之助益。

应注意的是,纵然特定交易习惯本身符合诚实信用原则,但这并不意味着适用该交易习惯也必然符合诚实信用原则。交易习惯仅是一种形式载体,而适用交易习惯则是一种民事行为与诉讼行为,两者在性质上截然不同,不可等量齐观。实践表明,交易习惯实践

① 博弈理论始创立于20世纪40年代,80年代起成为西方主流经济学的重要组成部分,甚至被认为是微观经济学的基础。但严格地说,博弈论并不是经济学的一个分支,而是一种广泛运用于各学科研究的方法。参见张维迎:《博弈论与信息经济学》,上海人民出版社1997年版,第5页、第209页。

② U.C.C.(1994), Section2—608 and Official Comment3.

之缺失之处不在于交易习惯之不当,而往往在于适用行为之不当。

(三) 交易习惯与支持合同 (uphold the contracts)

在市场经济条件下,一切交易活动都要通过合同形式进行,可以说,合同关系是市场经济社会中的最基本法律关系。但长期以来,我国经济生活中合同得不到履行的现象一直十分严重。据报道,全国每年约有 3000 亿元到 4000 亿元的合同金额没有得到履行。^① 有学者也指出:“从我国司法实践情况看,无效经济合同约占经济合同总量的 10% 到 15%。这个数量,是相当惊人的。”^② 大量合同得不到履行对我国经济生活产生了巨大的消极影响,它导致为订约、履约和解决纠纷而支付了大量费用,降低了市场运行效率,使得人们对合同产生不信任感,诱发了大量市场投机行为,阻碍了市场体系的健全与资源的优化配置。学者认为,在我国,大量合同无效很大程度上是源于制度层面的原因。这种制度性原因主要表现为两种情况:一是行政管理部门和人民法院对合同效力的过度干预,二是当事人对合同无效规定的滥用。^③ 据此,为充分发挥合同法对建设市场经济的促进作用,支持合同理应成为合同法的基本价值取向。事实上,支持合同,包括支持合同成立与合同有效,代表了合同法律实践的最新发展趋势,这种趋势突出地体现于 1994 年国际统一私法协会 (UNIDROIT) 颁布的《国际商事合同通则》中。《通则》第 4.5 条规定:“对合同各项条款的解释应以使它们全部有效为宗旨,而不是排除其中一些条款的效力。”正如

① 郑文:《未履行合同数量惊人》,1993 年 6 月 28 日《法制日报》。

② 隋彭生:《无效经济合同的理论与实务》,前言,中国政法大学出版社 1992 年版。

③ 王卫国:《论合同无效制度》,《法学研究》1995 年第 3 期。