

商业行规的类型化及法律适用

周林彬

(中山大学 法学院, 广东 广州 510000)

摘要: 商业行规是实现商业行业治理的基础,是商事法治完善的重要构成,绝对否定商业行规法律约束力的理论与实践不利于我国市场经济法治建设。文章将商业行规划分为正式商业行规与非正式商业行规两个基本类型,前者等同于商事惯例且具有法律约束力,可作为补充性法源予以适用,而后者不同于商事惯例,亦不具法律约束力。通过商法理论解释和案例统计分析,文章对正式商业行规与非正式商业行规的分类意义,以及正式商业行规与非正式商业行规法律适用中存在的问题、解决思路以及相应对策进行了阐述和论证,在新时代社会治理新格局和民法典分编制定的背景下,具有重要的理论和现实指导意义。

关键词: 商业行规; 正式商业行规; 非正式商业行规; 法律渊源; 法律适用

中图分类号: DF59 **文献标志码:** A **文章编号:** 1009-4505(2019)05-0017-13

DOI: 10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2019.05.002

Typification of Commercial Regulations and Application of Law

ZHOU Lin-bin

(School of Law, Sun Yat-sen University, Guangzhou 510000, China)

Abstract: Commercial regulations are the basis of realizing the self-governance of the commercial industry and an important component of improving the rule of law in business. The theory and practice of absolutely denying the legal binding force of commercial regulations are not conducive to the construction of the rule of law in the market economy of our country. This paper divides commercial regulations into two basic types: formal commercial regulations and informal commercial regulations. The former is equivalent to commercial practice and is legally binding, and can be applied as a supplementary source of law, while the latter is different from commercial practice and is not legally binding. Through the theoretical explanation of the commercial law and the statistical analysis of cases, this paper expounds and demonstrates the classification significance of formal and informal commercial regulations, as well as the problems, solutions and corresponding countermeasures in the application of formal and informal commercial regulations. Under the background of the new social governance pattern and the establishment of civil code in the new era, this paper has important theoretical and realistic guiding significance.

收稿日期: 2019-07-10

基金项目: 国家社会科学基金重点项目“民法总则制定后我国商法一般条款的立法完善研究”(17AFX021)

作者简介: 周林彬,男,中国法学会商法学研究会副会长,中山大学法学院教授,博士生导师,主要从事民商法、法经济学研究。

注: 中山大学法学院民商法博士生王睿,民商法硕士生殷巧娟、王俊龙、吴劲文对本文的资料和案例整理提供了帮助,在此表示感谢!

Key words: commercial regulations; formal commercial regulations; informal commercial regulations; source of law; application of law

一、商业行规的概念、分类及功能价值

我国现行法律法规缺乏对商业行规的规范制度构建,因此其概念界定在立法上存在空白,学界关于商业行规的概念也众说纷纭^[1-4]。①笔者认为,商业行规是指由商业行业组织制定,或者在长期商业实践中自发形成的,用于调整因商业活动产生各种关系的社会规范。

就商业行规的概念外延而言,其主要包括:(1)行业协会商会章程。这是协会商会活动的基本准则,亦是协会商会实现民主决策与自律管理的基本保证。章程作为协会商会的根本大法,主要是关于协会商会的治理结构等重要事项的规定。具体包括:行业协会商会的名称、地址、宗旨、行业的业务范围、会员、组织机构及职权、资产管理及使用原则、章程的修改程序、终止程序及终止后的财产处理以及需要规定的其他事项;(2)行规行约。行规行约是协会商会根据章程规定的权限和范围制定的行业自律具体规范。其名称除使用“行规行约”外,还有“会员公约”“自律公约”“行为规范”等。各类行规行约的具体内容虽有一定差别,但其核心部分是基本一致的,即包括协会商会成员共同拟定有关生产经营活动的行为准则,以及违反执业纪律、职业道德的惩戒规则等;(3)行业惯例或行业习惯。此为某一地域或行业通常采用并为行业内部所知道或者应当知道的行为方式。部分行业惯例或行业习惯于行规行约、行业标准等商业行规中予以成文化,但绝大多数的行业惯例或行业习惯并未成文化,而是在某一地域或行业中持续并普遍适用;(4)行业标准。行业协会商会除要求其成员遵循国家制定的既有技术标准外,还可根据行业实际情况拟定不低于国家标准的行业标准,以引导、规范并促进技术进步。特别是在一些新产品制造或新兴服务行业,若尚无国家标准,则行业协会商会制定的标准必不可少。行业标准往往是纯粹的技术性规范,不涉及行为道德等方面的内容,因而其客观(自然)属性较其他商业行规类型更为显著。

此外,商业行规按照不同的标准还可划分为不同的类型,例如按商业行规的适用范围,商业行规可划分为地区性商业行规、全国性商业行规和国际性商业行规;按商业行规的载体,商业行规可划分为成文商业行规和不成文商业行规;按照商业行规的适用主体,商业行规可划分为涉及行业协会商会与其成员之间关系的商业行规、涉及成员之间关系的商业行规、涉及成员与非成员的具有竞争关系经营者之间关系的商业行规、涉及成员与消费者之间关系的商业行规、涉及成员与国家行业管理机构或组织关系的商业行规。详言之,由商业行业组织制定的商业行规系成文商业行规,其包括行业协会商会通过特定表决程序而制定和颁布的行业协会商会章程、行规行约、行业标准等。相对应,自发形成的商业行规即不成文商业行规,是指商人们在长期实践中逐步形成的、在地区或行业内得到广泛认可和普遍遵循的交易惯例、行业惯例等。

①现有的文献当中,较有代表性的几个观点是:杨立新教授认为商业行规是商业经营行业的行为规范,对商事主体从事商业活动起到指导和约束作用;刘建民教授提出了“行规行约”,认为“行规行约”是以行业习惯、惯例为基础,通过行业公约、行业协会章程等形式体现的行为规范;黎军教授提出“行业自治规范”的概念,认为“行业自治规范”是行业协会自治制定的调整其组织结构及行业事务的规范,主要包括协会章程、行规行约和行业标准三类;董淳铨教授提出“行规型商事自治规范”的概念,认为“行规型商事自治规范”主要涵盖行业协会商会等自治组织所制定的组织章程、行业规范(规则)、行业公约、行业标准等。

商法理论中,商业行规属于商事自治规范,^①性质上与交易习惯、公司章程这类商事自治规范相同,是商法规范重要组成部分,而商事自治规范具有一系列商法规范区别于民法规范及其他部门法规范的重要特征^[5]。

本文强调的是,一方面,商业行规是商业行业治理的重要制度基础。按照现代市场经济的发展理念,以及借鉴其他国家与地区的历史经验可以发现,成熟有序的商事交易秩序不能单纯依靠国家制定法的支撑^{[6]79-83}。与此相关,富有效率的商业关系治理模式更加需要企业自治能力和商业行业自治能力的同步发展。理论研究表明,商业行规的实施有助于促进商人之间商事互惠关系的建立进而促成交易运行^[7],也有助于协调商事活动预期,为商人们提供行为指引及结果预测,此外还有助于抑制交易过程的欺诈行为,维持良好商业秩序。^②另一方面,市场经济法治的全面深化改革应当充分重视商业行规规范体系的建设及适用机制建设。在商事法治改革过程中,国家和地方立法规划不应仅仅考虑向市场领域直接供给商事实体法律规则,而是需要进一步考虑,如何从程序规则的角度将商事活动中已经广泛存在的商业行规也纳入法治化轨道,目的是对商业行规的私人实施和法律适用作出指引,以克服可能存在的各种弊端,同时还可以由此弥补商事立法滞后的缺陷,从而促进民主立法和精英立法相互协调,促使国家法和民间法相互补充,促成商事纠纷司法解决机制和商事纠纷替代解决机制相互合作,最终推动外生型商事秩序向内生型商事秩序的转变。作为市场经济基本法的民法典的编纂阶段,正是通过立法、司法对商业行规进行重新梳理、定位的绝佳时机。

笔者注意到,商业行规尤其是商业行业惯例在国际贸易当中的适用十分广泛,常见的国际商业行规包括:(1)《国际贸易术语解释通则》(国际商会制定);(2)《跟单信用证统一惯例》(国际商会制定);(3)《托收统一规则》(国际商会修订);(4)《国际备用证惯例》(国际商会制定);(5)《联合运输单证统一规则》(国际商会制定);(6)《国际商事合同通则》(国际统一私法协会编纂);(7)《约克-安特卫普规则(共同海损理算规则)》(国际海事委员会修改);(8)《货物保险条款》(伦敦保险协会制定)等等。这些规则都是由国际性、民间性的商业行业组织制定或编撰,并以商业行规的形式呈现,是解决国际商事纠纷的重要依据,其在国际贸易中适用的影响力远远超过了任何国家或地区制定的商事法律。改革开放以来,我国一直大力发展对外经济,随着我国“一带一路”倡议的实施、自贸区建设的推进、粤港澳大湾区的建成,我国将迎来更大规模、更深层次的跨国、跨境商业往来,国际性商业行规在我国的适用将更为频繁,应当获得更多的重视。

综上所述,商业行规的理论与实践内涵丰富、意义重大。进言之,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称“决定”)提出推进法治社会建设的重大任务,强调要“推进多层次多领域依法治理,提高社会治理法治化管理水平”“发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用”。其中,通过“行业规章”进行社会治理,是积极推进多层次多领域依法治理的重要内容和形式,是提高社会治理法治化管理水平的重要路径。因此,新时代社会治理思路指导下的本文论题具有以下重要的商法适用意义:

首先,商业行规因其具有规范商业行业组织和商人行为的商事自治规范特点,是对规范商业行业组织和商人行为国家法律的重要替代,这种替代具有降低制度构建成本和提升制度运作效率的比较优势^[8],因此在我国市场经济法治建设的时代背景下,完善我国商业行规的制定和实施,是我国国家治理现代化与社会治理创新化不可或缺的有机组成部分。

其次,从法律多元主义的角度出发,我国商法法渊未来发展将秉持多元主义立场,除发展传统的

^①商事自治规范是指商人在国家法律体系之外自行制定(约定)的,或者在长期商事活动中自发形成的社会规范的总称,主要包括交易习惯、商业行规和公司章程等。

^②商事习惯对商业秩序的维护价值不仅是社会生活的现象描述,而且具备法律经济学的理性基础。

国家立法外,还需充分重视商事习惯等其他法源的作用发挥和适用完善^[9-10]。《中华人民共和国民法总则》(以下简称“民法总则”)明确了“我国民事立法秉持民商合一的传统”,^①并通过第十条明确了习惯的民法渊源地位,为商业行规的法律适用性奠定了基础。商法作为民法的特别法,其相对独立的地位和作用,主要体现在其作为民事特别法优先适用于民事基本法,在《商法总则》缺位、商法一般条款和具体规则不完善的现实困境下,通过商事自治规范,特别是商业行业的司法适用来弥补缝隙,是切实可行也是必经之道。

最后,在商事审判活动中,商业行规对国家法律起到一定的补充作用^{[6]378-379},从而推动商事诉讼程序的进行,提高商事裁判执行的效率。比如,商业行规可以作为商事案件事实的证据,也可以作为商事调解的依据,或者作为法官判决辅助说理的理由,当商业行规符合习惯的特征而具有法律约束力时亦能直接进行适用。因此如何从商事立法和商事司法上妥善协调其与商业行规之间的关系,以及如何更好地发挥商业行规于当下中国经济发展与中国法治建设中的作用,无疑是值得深入研究的重要理论及实践问题。

要说明的是,法律适用有广义与狭义之分,狭义的法律适用指特定法律在实体法方面的司法适用,广义的法律适用指特定法律在实体法与程序法等部门法方面的立法适用与司法适用,以及相关行政执法与私人守法方面的法律适用^[11]。为了全面深入揭示商业行规在法律适用方面的规律,本文论题侧重商业行规立法与司法层面的法律适用,亦即采纳广义的法律适用概念。

二、商业行规法律适用的理论与实践困境

《民法总则》公布以前,民法学界较流行的观点认为:商业行规是行业自律规范,不具有法律约束力,所以商业行规不是法律规范^[12]。^②但新颁布的《民法总则》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,但是不得违背公序良俗”,一方面实现了开放民法法源的需求,另一方面又提出了解释习惯的新需求^[13-44]。据此,属于商事习惯范畴的商业行规在国家法律层面确认下具有民商法补充法源地位的适用空间,其法律约束力亦言之有物。

有学者认为如果商业行规仅为行业自律规范,则不具有他律规则意义上的法律约束力^[15]。但在商业实践中,商业行规不仅是约束商人的自律规则,也可以通过交易双方约定适用或反复实践形成交易习惯或商事习惯,因而获得具有他律规则特点的强制性法律规范的效力。例如商家与买家(包括消费者)之间的(消费)买卖合同,在不违反效力性强制性规范和格式合同法定规则的前提下,通过商家与买家之间约定作为合同条款的商业行规适用条款,无疑使得特定商业行规具有了合同规范的法律约束力,成为形式意义上约定适用的他律规则。此外,商业行规在反复的商业实践中形成了某一地域或行业的行业惯例或交易习惯时,也可成为约束买卖双方的交易规则,亦即成为实质意义上约定俗成的他律规则。因此,如果商业行规作为交易对方接受或成为某一地域或行业普遍接受并遵守的交易行为规范,该商业行规就成为交易双方共同认可的行业惯例或交易习惯,如此的商业行规与行业惯例、交易习惯并无实质内容的区别,可统称为商事习惯,因此民商审判实务中这三类商事习惯的不同称谓可以相互援用。^③三类商事习惯严格意义上的区别主要在于适用范围的大小不同,即作为特定商业行业组织内部适用商业行规的适用范围,小于作为特定行业内部适用的行业惯例的适用范围,后者的适

^①参见李建国《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/npc/xinwen/2017-03/09/content_2013899.htm 2018年11月2日访问。

^②有观点认为商业行规性质上属于自律规范,没有法律强制力,其价值和地位均低于法律规范。也有学者提出,自治型民间法只能在解决共同体参与者之间纠纷所适用的法律规定不明时,用于解释法律规定。

^③详见本文有关商业行规效力的案件统计分析。

用范围亦小于一般交易领域的交易习惯的适用范围。三者的适用范围可公式化表达为“商业行规 < 行业惯例 < 交易习惯”。

实践中,商业行规法律适用中争议最大的问题是,商业行规是否具有交易习惯、行业惯例的性质和特点,此亦往往是司法实践中有关商业行规适用争议的焦点所在,因此有必要将商业行规区分为相同于交易习惯、行业惯例的商业行规和不同于交易习惯、行业惯例的商业行规两个基本类型。二者的主要区别在于,相同于交易习惯、行业惯例的商业行规因反复实践而获得习惯、惯例之性质,不仅是约束商业行业组织内部特定参与者即商家的自律规则,也是约束商业行业组织外部非特定买家的他律规则,且具有类似于国家法律规范的普遍约束力;而不同于交易习惯、行业惯例的商业行规仅为约束商业行业组织内部特定参与者的自律规则,不具有普遍约束力。

因此,虽然商业行规可依据形式与内容区别、依照众多标准划为不同类型,但是从商业行规是否具有法律拘束力的角度,对商业行规进行如下分类具有重要的法律适用意义:第一,相同于交易习惯、行业惯例的商业行规兼具自律规范与他律规范双重特征,因此是具有法律规范性质的正式商业行规;第二,不同于交易习惯、行业惯例的商业行规仅具有自律规范类型一定程度的约束力,该商业行规因缺他律规范特征而成为不具有法律规范性质的商业行规,或曰非正式商业行规。

从比较商法角度进一步分析,商法学界与实务界公认包括商业行规在内的国际贸易惯例,是重要国际商法渊源。诸如国际商会制订的《国际贸易术语解释通则》和《跟单信用证统一惯例》,虽然不是国内法律,但是按照各国的法律适用一般规则,一旦交易当事人在合同中明示或默示采用某项惯例,对双方当事人就具有法律约束力。《联合国国际货物销售合同公约》第9条第1款规定,双方当事人应受他们业已同意的任何惯例的约束;同条第2款规定,除另有协议外,双方当事人应视为已默示同意接受他们已经知道或理应知道惯例的约束。该条规定几乎赋予了包括商业行规在内的惯例具有等同于法律规范的普遍约束力。就国内法而言,我国个别法律规范对商业行规的法律效力亦予以承认。《中华人民共和国合同法》(以下简称“合同法”)第62条第1款第1项规定“质量要求不明确的,按照国家标准、行业标准履行;没有国家标准、行业标准的,按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。”除行业标准这一商业行规的适用情形无异议外,所谓“通常标准”虽没有明晰,但商业行规于此也存在适用空间。

对《民法总则》施行前有关商业行规效力的司法案例的不完全统计分析表明:^①正式商业行规不仅对商业行业组织内部特定参与者有法律约束力,而且对买家也具有约束力,并往往因此诱致商家与买家就商业行规是否合法有效的更多讼争。此外,案例统计显示,法律适用中正式商业行规可以准用已有交易习惯和行业惯例的法律规范,且法院倾向于认定具有法律约束力的商业行规仅包括有效的正式商业行规,所以正式商业行规更具法律适用价值。

上述商业行规法律适用中主要问题具体表现为以下几点:

(一)《民法总则》施行以前,国家法律没有规定正式商业行规的法源地位,压缩了法官在司法裁判中的适用空间

前述案例统计中,法院判决倾向于认可有效商业行规具有法律约束力,但是将商业行规作为裁判法律依据的案例数量为零。这是因为在《民法总则》公布实施前,我国不承认包括正式商业行规在内的

^①从北大法宝案例库中搜索从2013年至2017年10月1日将近四年的判决书中找到有关“商业行规”的313个案例,去除无关案例49个,以余下264个案例作为研究对象。其主要涉及买卖、建筑、中介服务、物业服务合同和侵权纠纷,纠纷中一个共同争点是有关“行业规范”是否构成合法有效条款,其中法院判决为有效条款的案例有239个,所占比例高达90.53%,而法院判决主要事实与理由在于该行规等同于当事人或行业约定俗成的交易习惯与惯例。而法院判决为无效条款为25个案例,约占9.47%,其判决主要事实与理由在于该行规为不是当事人或行业约定俗成的交易习惯与惯例。

习惯的法源地位。比如,《合同法》在总则部分第22条、第26条、第60条、第61条、第92条、第125条对合同的成立、合同的履行、后合同义务以及合同的解释等方面就交易习惯作了规定,而且在分则部分有条文规定根据交易习惯填补合同条款的漏洞。因此,可以推论正式商业行规在一定程度上被立法机关采纳为商事法源^[16],但没有像国外民法典或商法典那样一般地、概括地涵括规范正式商业行规在内的(商事)习惯的法源地位,不仅在关于合同的变更、转让、担保、保全、违约责任以及除运输、保管和买卖合同以外其他合同中的交易习惯适用没有明文依据,而且交易习惯仅是作为合同解释工具,而没有视其为弥补法律漏洞的规则存在。《民法总则》施行后,除了依据《民法总则》第10条可推论属于交易习惯、行业惯例范畴的商业行规可以成为民商法的补充法源,在我国其他民事立法中,将正式商业行规作为法律规范而直接适用的明文规则是绝无仅有的:无论是《中华人民共和国合伙企业法》中否认商事合伙的隐名合伙之行业惯例^[17],还是《中华人民共和国物权法》将典当业行业惯例排斥在外^[18]等等,都说明了我国的立法者对商事习惯选择了忽视态度^[19],将“法律移植”作为立法的主导思维,法律“西化”或者“东渐”成为立法趋势。概言之,从我国现阶段民商合一的立法现状来看,包括交易习惯、行业惯例或者正式商业行规作为商事法律规范在司法实践中予以直接适用的路径举步维艰。

可见,《民法总则》公布实施以前,一方面我国制定法中正式商业行规等商事习惯的法源地位付诸阙如,另一方面《中华人民共和国民事诉讼法》第3条、第7条规定了法官依法裁判的职责,这就规定了法官只能以制定法作为裁判依据,即使没有法律规定也仅能依据《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称“民法通则”)第6条适用国家政策,或根据第142条规定在国际民商事纠纷中补充适用国际惯例。因此,若是国内民商事纠纷,则不可适用正式商业行规等商事习惯断案,否则就是寻求法外之法,不具有合法性。尽管法官可能在审判中适当吸收道德、情理、交易习惯与正式商业行规等,但出于其职责所限和风险规避本能,通常会选择严格适法。此外,一旦当事人对正式商业行规等商事习惯的效力和法律适用产生争议,使案件启动上诉或再审程序,正式商业行规作为裁判依据的正当性、合法性和有效性就会受到质疑。有针对法官和仲裁员的问卷调查显示,^①与其它国家和地区的法律实践相比,我国目前商事审判和商事仲裁中,法官和仲裁员对于正式商业行规的“主动适用”仍然存在较大障碍。特别是由于《民法通则》并未明确规定“习惯(法)”具有法源地位,因此《民法总则》公布实施以前,法官和仲裁员在实践中对于正式商业行规的适用一直有所顾忌——即使在制定法存在缺漏的情况下,大多数法官和仲裁员仍然倾向于向法律基本原则“逃逸”或者类推适用相关民商事法律规定。

(二) 我国立法缺乏对正式商业行规法律适用的具体规定,导致裁判标准不一

由于我国立法上对正式商业行规的司法适用缺乏具体规定,实践中不同法官和仲裁员对正式商业行规的适用分歧较大。例如在科技公司与包装公司购销合同纠纷案中,上下级法院法官对涉案正式商业行规的认定意见不同,导致作出了截然不同的判决结果,讼争历经一审、二审、再审才得以解决,其不仅导致诉讼程序上司法资源的浪费,致使当事人的利益损失扩大、交易经济效率减损,亦偏离了当事人对正式商业行规和商业秩序的合理预期。还有少数的正式商业行规虽然在司法实践中得以承认和适用,但是从其适用效果来看,当事人对该正式商业行规的司法适用合理合法性往往提起了上诉,社会效果欠佳。

又如在李某某诉上海立融典当有限公司典当纠纷案中,原告李某某将K金饰品当给被告上海立融典当有限公司,原告在当期届满后既没按照特约期限赎当,也没依约办理续当手续。后原告告诉请赎

^①受中国商法学研究会委托,由笔者作为课题组负责人的中山大学法学院与广东省民商法学研究会教学科研人员共同组成的《商事通则(总则部分)》立法调研组,就我国《商事通则(总则部分)》立法可行性与必要性运行了立法调研,形成了调研报告,有关报告的内容在王保树教授主编的《商事法论集》中发表,本课题引用此调研报告做了必要的文字修改。

回当物,要求被告归还当物。本案的争议点是当户绝当后是否有权主张赎回当物?我国典当行业历经千年,形成了特有的行规,但没有制定法律或行政法规,在解决典当纠纷时,宜按照典当行业特有的商业行规来解释、适用有关术语和规则。如“绝当”的概念在《典当管理办法》及当票中没有明确定义时,法院认为其含义应承袭典当行规约定俗成交易习惯的理解和社会公众对其一般的认同,即逾期不续当也不赎当的,当户丧失赎回当物的权利,绝当物由典当行按照相关规定和约定处分,遂判决驳回原告赎回当物的诉讼请求。但原告以“合同条款没有约定”为由提起上诉,后虽因未缴纳诉讼费用而按自动撤诉处理,但至少说明了原告对于一审法院法官依据绝当的商业行规断案仍心存不满,该案的社会效果难称圆满。再以我国典当行收取的综合费为例,收取综合费为典当行业特有的商业行规,^①并且为《典当管理办法》明文认可,^②但由于《典当管理办法》位阶仅为部门规章,不足以赋予其民商法的法源地位,^③仍存在法院断然判决综合费有违交易公平的情况,虽然这一裁判路径在表面上保护了当户的利益,但从长远看,严厉的司法态度会严重遏制整个典当行业的发展,乃至影响构建于商事习惯的商事借贷、担保行业的秩序。我国现在已经从《民法总则》的层面确认了习惯的法源效力,但这对商业行业在商事审判中能够得到广泛、正确适用来说仍过于简单、抽象,在路径依赖的作用下,仅凭一条规定难以在短期内扭转司法部门和法官的法律适用习惯,商业行规的司法适用仍有很长的路要走。

(三) 缺乏从事调查、收集、甄别、认定正式商业行规的专门机构,致使司法和仲裁难以查证适用

当前,我国缺乏从事正式商业行规调查、收集的专门机构,致使在实践中法官和仲裁员无从掌握各地的商业行规,也没有甄别、认定正式商业行规的权威部门,学界对于多大范围内、多久时间、多少人普遍认可和遵守的正式商业行规才构成法律适用意义上的商业行规没有统一标准^[20-23],^④正式商业行规地域性和行业性类型化归类和划分机制缺乏,致使法官、仲裁员难以将正式商业行规入法。同时,正式商业行规的举证、质证等在诉讼程序上无具体规则可循,导致法官难以发挥正式商业行规的定纷止争功用,正式商业行规更多是出现在商事仲裁、商事调解等非诉程序中,由当事人自主自愿适用。而且,由于缺少科学的调查、收集、甄别、认定标准和机制,许多正式商业行规被排斥在可适用的法律依据之外。

必须强调,国家确实应当充当强制性规范和公序良俗等规则的底线保障角色^[24],但当国家利用立法强制手段来改变、破坏商人之间、商人与买家之间基于正式商业行规自行建立的交易秩序时,反而会偏离正常的交易关系,并事实上使得国家作为支配法律强制力的主体与市民社会的交易生活形成对立局面,而当下法律秩序中此种不正常现象却经常出现。例如民间借贷相关行业的商业行规,对借贷形式、利率、还款期限、合同方式等内容均形成了约定俗成的商业模式,特别是一些企业为弥补资

^①例如北京典当行业协会、兰台律师事务所起草,经广泛征询业内外专家的意见,并由全国25个省(区)、2家计划单列市和8家省会城市协会联名盖章的《关于保护和支助典当行依规依约收取绝当后综合费的建议》中,包含了典当行业收取综合费的具体内容以及必要性说明。

^②参见《典当管理办法》第38条。

^③对于部门规章在民商事案件的司法裁判中的适用规则,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第4条认为法院不得以部门规章为依据确认合同无效,《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》第4条规定部门规章在民事裁判文书中,不属于“应当引用”,也不属于“可以直接引用”的法律依据,因此部门规章在民事裁判中的应用缺乏制度基础。

^④有学者认为,构成《中华人民共和国民法总则》第10条的习惯,既可以从个案的司法确认形成的习惯法规则而来,也可以由习惯法规则的自然积累形成,强调个案中适用习惯的法官自由裁量权;也有学者认为,当事人有义务提供其主张具有法律约束力的习惯,通过诉讼法上举证责任配置来处理习惯的查证问题;还有学者提出,民间调查、纪录习惯以供司法适用是一种可行有效的习惯司法适用规则。

金短缺,有时愿意以较高利率向自然人、法人、非法人组织等非金融机构进行短期融资借贷,但政府和法院以维护金融秩序为名,强行地用法律的手段宣告民间借贷的利率(尤其是复利之行规)为高利贷^①而不保护,此实际上为政策管理导向的司法解释与民间自治导向的商事习惯在法源适用位阶上的冲突,然而司法实践中法院几乎都不假思索地否认正式商业行规的法源地位,此举反而搅乱了商人的合理预期,进而增加了借贷交易双方预防风险的成本,挤压了商人的融资供给,因此无法遏制资本成本的上升。

三、促进商业行规法律适用的思路与对策

如前所述,商业行规有多种分类标准,但是正式商业行规与非正式商业行规的分类具有十分重要的法律适用价值。因此,笔者将从正式商业行规与非正式商业行规两个方面,提出解决上述商业行规法律适用中问题的思路与对策。

(一) 正式商业行规的法律适用

1. 明确正式商业行规的补充法源地位。我国《合同法》规定的“交易习惯”,性质上应属于“事实上的习惯”,而不是“法律上的习惯^[25]”,而且仅在分则部分针对特定有名合同规定交易习惯的适用,正在制定的《民法典合同编》进一步扩大了交易习惯在合同关系中的适用范围,^②亦无法满足商事审判和仲裁实践的需要,应当采用比交易习惯内涵和外延更为广泛的商事习惯之概念,而其中则包括了正式商业行规。

我国历史上奉行重农抑商政策,商事交易极不发达,缺乏商事习惯充分发展的经济与社会基础^[26]。直至晚清商会的崛起,商事习惯逐渐得以重视并利用,例如清末民初时期官方就十分重视商事习惯的法源地位和适用价值,开展过大规模的交易习惯和商业行规调查运动^[27-28]。此外,民国时期的法官屡屡借助商业行业组织对交易习惯和商业行规进行查明,由此“发现”法律^[29]。相较而言,由于我国目前采纳了民商合一的传统立法体例,民商事基本法以民法逻辑为主导,而商事单行法也未关注商事习惯这一“细枝末节”之处,因此我国目前民商事立法与司法中对待正式商业行规存在着“法源倒退”现象,远不如历史上对正式商业行规之重视^[30]。

而且正式商业行规的法律适用不仅是一个“历史问题”,也是一个“现实问题”。只要商事活动继续存在和发展,正式商业行规等商事习惯都将随着商人的实践而被源源不断的“生产”出来。换言之,商事实践中的正式商业行规千姿百态,而商事立法的滞后性显然无法囊括所有正式商业行规的规范内容。因此,通过民商事基本法的立法规则对正式商业行规的补充法源地位进行一般性规定,是有效率的制度安排,可赋予商人、法官和仲裁员在法无明文规定的条件下适用正式商业行规的合法空间,避免法律适用障碍。后者的典型表现是,商事审判和商事仲裁经常因为“缺乏法律依据”而无法将正式商业行规援引为直接依据,而只能将其作为事实证据或者调解活动的辅助依据。

上述判断不仅来源于商法理论的规范分析,也来源于有关正式商业行规法律适用的实证调研推论。调研显示,虽然对于正式商业行规在法律实践中的作用,分别有69%的法院、仲裁委和6%的律师

^①早期的司法解释诸如《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第125条、《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第7条,前者规定复利绝对不受保护,后者规定复利利率超出法定限度时对超出部分的利息不受保护,现行有效的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第28条为受保护的复利设置了“重新出具债权凭证”和“年利率不超过24%”的双重限制。

^②如前述,《中华人民共和国合同法》在总则部分第22条、第26条、第60条、第61条、第92条、第125条对合同的成立、合同的履行、后合同义务以及合同的解释等方面就交易习惯作了规定,第136条、第293条、第368条分别在买卖合同、客运合同、保管合同三个分则中明确交易习惯作为合同漏洞填补功能的法源地位。制定中的《民法典合同编》则在原有基础上进一步细化及扩大了交易习惯在合同关系中的适用,从原有的8条扩展到13条。

行业的受访者表示较为认同或认可,但是只有12%左右的法官、仲裁员和律师在实践中会选择以正式行业规范作为补充法源。具体到法院系统,63%的法官表示经常将正式商业行规作为调解的依据,只有8%的法官将其作为判决的直接依据,而将其作为证据使用的也仅为13%。此外,对于正式商业行规在司法审判中的运用,有65%的法官表示经常在调解阶段运用正式商业行规,16%的法官是普遍运用于程序的各个阶段,只有9%的法官在判决阶段适用正式商业行规,远低于调解阶段的适用率。对于当前正式商业行规法律适用的障碍,56%的受访者认为,法律(例如《民法通则》)没有规定正式商业行规的补充法源地位是最大的法律适用障碍。

商事审判和商事仲裁中出现这些现象的原因,主要就在于我国民事立法对正式商业行规法源地位的规范忽视,由此导致法官和仲裁员在适用正式商业行规习惯时存在顾虑,不敢将其直接作为裁判依据。因而,在民事基本法的法源规范上应确立正式商业行规的补充法源地位,同时这也是正式商业行规与交易习惯、习惯等立法表述在民事法律体系上相互协调的客观要求。

总之,正式商业行规是商人们在商事活动中经过反复实施、长期积淀、演化而成的行为习惯,具有内在意义上法律约束力。如果立法与司法中不重视明确正式商业行规的存在和效力,可能会打乱某一行业或某一地域的交易秩序,不利于市场经济的可持续发展和社会的繁荣稳定。反之,如果充分重视正式商业行规的话,有利于降低交易成本,节约诉讼资源,缓解相对僵硬的制定法与不断变化的社会实践之间的冲突矛盾,使商事立法与商事司法更贴近于缤纷多彩且瞬息万变的商事生活。为此,《民法总则》制定实施以后,依据其第10条关于习惯作为民法补充法源的规定,我国立法机关或司法机关应明确包括正式商业行规在内的商事习惯属于习惯,具有商法补充法源地位。

2. 解决民事制定法、商事制定法和正式商业行规的适用顺位。从其他国家和地区的商事立法来看,正式商业行规一般都是处于补充适用的法源地位,即:如果制定法存在立法漏洞,则法院可援引正式商业行规作为判决依据。但是各国(地区)立法例在具体表述上有所差异。例如,我国台湾地区的“民法典”第1条规定“民事,法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理。”《日本商法典》第1条第2款规定“关于商事活动,本法中未规定的事项遵照商习惯;无商习惯的,适用民法规定。”^[31]而《瑞士民法典》第1条第2款和第3款则规定:“(2)无法从本法得出相应规定时,法官应依据习惯法裁判;如无习惯法时,依据自己如作为立法者应提出的规则裁判。(3)在前款的情况下,法官应参酌公认的学理和实务惯例。”^[32]

上述各国(地区)立法例的重要启示在于,我国台湾地区和瑞士的民事立法秉承“民商合一”传统,因此包括正式商业行规在内的商事习惯的法源适用顺位只能屈居于“大民(商)法”之后;而在日本,由于其民事立法奉行“民商分立”体例,因此在“商法”和“民法”之间,其商业习惯法的地位与“民商合一”模式下习惯的地位存在较大差别。日本学者认为,与民事制定法相比,商业习惯法的优先适用顺位问题,应同时适用制定法优先于习惯法、特别法优先于一般法的法理原则^[32-36]。①

在我国,结合《民法总则》第10条和第11条规定可知,对于商事习惯优先于民事基本法律而适用这一各国民商法适用一般立法例的一般条款,以及民俗习惯与商事习惯的区分问题,《民法总则》均没有作出规定。

关于正式商业行规的适用顺位,有不同观点,一说为补充说,认为制定法优于习惯适用^[37],具体到商事纠纷的处理中,只要制定法有规定,就应适用制定法的规定,仅在制定法没有规定的情形下适用商事习惯。另一说为优先说,但在正式商业行规的法源优超对象上则存在分歧,有学者认为包括正式商业行规在内的商事习惯概括地优先于成文法适用,有学者主张优先于成文法中的任意性规范,有学者主张应构建体系化的优先适用规则^[38-39]。笔者认为,借鉴境外立法例并结合我国立法传统,由于

①日本有学者认为应当区分商事习惯法和商事习惯,商事习惯法可优先于民法强制性规定,商事习惯则不得如此,但也有学者对这种二分法提出了反对意见。

我国当下民商事立法奉行相对的民商合一立法体例^[40-41],同时立法机关偏重国家制定法为主导的法治思维,因而在规定正式商业行规的法源适用顺序时,不宜采纳我国台湾地区和瑞士的立法模式,即一概将国家民事制定法和商事制定法放在首位,而将包括正式商业行规在内的商事习惯放在次要地位,而应学习日本的法源适用顺序规则,包括正式商业行规在内的商事习惯略后于商事制定法,但优先于民事制定法适用,以满足商法体系内的法源自足性。

3. 设计正式商业行规法律适用的具体规则。首先,针对民俗习惯与商事习惯的区分问题,以及民事制定法、商事制定法和包括正式商业行规在内的商事习惯的适用顺位一般条款设计问题,《民法总则》均没有作出明确规定,出现了民法典编纂中商法条款的“加入不足”^①现象,笔者认为,依据《民法总则》第11条为民事特别法留下的立法补充空间,应在相关商事基本法(例如《商法通则》或有关商事单行法)中明确规定“关于商事,本法和和其他商事法律没有规定者,民法没有规定的,适用商事习惯”“前款规定的适用商事习惯,不得违背国家法律和行政法规的强制性规定,对公序良俗不得违反”。

其次,通过最高人民法院的司法解释或指导性案例等司法政策性文件^[42],^②制定正式商业行规的具体适用指导规范,从而构建正式商业行规的司法适用制度,该制度的完整内容包括以下主要事项:

(1) 定义条款。正式商业行规,是指在特定地区和行业内得到交易双方确认,且不违反国家法律和行政法规的强制性规定、不违反公序良俗,在商事活动中反复适用的交易习惯和行业惯例。关于交易习惯和行业惯例,我国现有的专门立法规则主要出现在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第7条,“下列情形,不违反法律、行政法规强制性规定的,人民法院可以认定为合同法所称‘交易习惯’: (一) 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; (二) 当事人双方经常使用的习惯做法。对于交易习惯,由提出主张的一方当事人承担举证责任。”其中,第一项的“做法”类似于行业惯例,而第二项的“做法”类似于交易习惯。正如前文分析,应当采用比交易习惯内涵和外延更为广泛的商事习惯之概念,其中包括正式商业行规。如果商业行规为交易对方接受或成为业界普遍接受的交易行为规范,即构成正式商业行规,该商业行规就成为交易双方共同认可的交易习惯或行业惯例,由此可见,正式商业行规与交易习惯、行业惯例可以统称为商事习惯,以至于实务中这三类“同类不同名”的商事习惯可以相互援用。

(2) 范围条款。具体界定可以适用正式商业行规的领域范围,许可正式商业行规的法律适用范围主要在不处罚性的商事私法领域,如公司、保险、票据、海商、破产、合同商事交易等领域。在商事公法领域,如商事犯罪实行“罪刑法定”原则明确排除了商事习惯适用的空间^[43-45]。

(3) 实体条款。第一,规定正式商业行规适用之实体标准,即内容上应当符合四个要件:一是须有反复实践的惯性之事实;二是适法性,即不违反与法律、行政法规的强制性规定;三是不违背公序良俗;四是当事人无排斥适用之约定。第二,规定不同类型的商业行规之效力。当事人之间约定适用的商业行规(正式商业行规)与当事人之间未约定适用的商业行规(非正式商业行规)彼此发生法律适用冲突时如何予以协调?可借鉴《美国统一商法典》第1~205条的立法经验^[46],应规定:如无相反的证据证明,当事人之间适用某一行业或地域的正式商业行规优先于当事人之间适用的非正式商业行规。

(4) 程序条款。相关条款主要规定当事人举证责任归属问题,而此属于司法适用商事习惯的疑难问题^[47-48]。需要明晰的是,正式商业行规具有规范和事实的双重属性,在司法运用中,既可能会成为法院裁判三段论的法律依据的大前提,也有可能作为判决中的事实认定的小前提。作为大前提的正式

①加入不足是指一些与民法一般条款共性较强的商法一般条款未直接加入或未整体加入民法典,无法实现该商法一般条款统领商事活动的作用,例如营业自由原则作为确认商事主体基本权利的商法一般条款,与民法一般条款之自愿原则互为补充,应直接加入而未加入。

②司法政策性文件不同于作为非正式法源的司法解释,其旨在规范法官自由裁量权和引导法律解释路径。

商业行规须要司法机关“主动适用”作为小前提的正式商业行规,须要当事人举证。如《美国统一商法典》第1~205条第2款规定“此种惯例是否存在及其适用范围,应作为事实问题加以证明。如果可以证明此种惯例已载入成文的贸易规范或类似的书面文件中,该规范或书面文件应由法院解释。”在我国商事审判过程中,若涉及事实上的正式商业行规举证问题,仍遵循“谁主张谁举证”的一般原则,但对于一些疑难、复杂的商事案件,为了案情查明起见,法院可依职权咨询商会组织、行业协会调查取证,确保司法公正^[49]。总之,对于正式商业行规的举证责任,应当根据行规的不同性质、商事案件的具体情况确立举证方式,对于双方均认可的商业行规相关证据,法官可直接采信,以贯彻落实商人自治之精神。

(5) 论证条款。相关条款规范适用具体的正式商业行规在法官论述中的说理论证。与正式立法不同,正式商业行规作为商业惯例虽然具有法律约束力,但其出现在市场交易中自发形成的,因此缺乏立法程序而使其权威性不足,且因其不成文而存在公示性不足的问题,这更需要司法机关在适用时进行充分的说理,保证商业行业法律适用的说服力。

最后,正式商业行规的正确法律适用,仅依靠司法机关发挥个案裁量^[50]是片面的,亟待健全公私权协作为框架、司法裁判为中心、行业协会商会为抓手^[51]的调查、收集、甄别、认定正式商业行规的社会整体运作机制。健全该运作机制包括正式商业行规在内的商事习惯的社会整体运作机制重要一环是落实调查、收集商事习惯的机构。可在省、自治区、直辖市的县级以上人大法工委或司法行政部门会同行业协会商会成立正式商业行规调查办公室,调查当地商业行规,由该地人大常委会审定,对合于公序良俗的正式商业行规,予以公告,并报省级人大常务委员会备案,以供司法裁判时参考。

此种集中“创设”的正式商业行规,对于商事裁判有一定间接适用意义。此外,笔者建议,可在审理商事案件的专门裁判机构内设立正式商业行规审查部门。此举类似于法国巴黎商事法院设立“行业惯例处”,1984年以来有一百多种行业登记了它们的惯例和行规,为法官运用商事习惯提供了有效途径。

(二) 非正式商业规范的适用问题

在前述有关商业行规是否有效的法院案例的统计中,笔者注意到,由于没有明确的正式商业行规与非正式商业行规的分类标准,大多数商业行规被法院认定属于有效的正式商业行规,只有少部分商业行规被法院认定为不具有法律约束力的非正式商业行规。归入后者的案例中,法官认为商业行规不是交易习惯,因此不影响民商事法律关系的比例最高。由此可见,以是否构成交易习惯为标准进行的正式商业行规与非正式商业行规分类具有法律适用意义。

进一步分析非正式商业规范,该行规主要是指由行业协会商会制定的,仅在商业行业组织内部参与者范围内适用的自律规则,其内容大致涉及商业行业自律管理、生产销售守则、质量标准、同业合作等。另外,在市场经济发达国家,非正式商业规范以及相关商业行业内部的争端解决机制,例如行业仲裁,一直是调整商业行业内部关系的重要途径。比如在美国,其钻石、棉花、农产品、饲料等商业行业中,都存在统一而稳定的非正式商业规范。这些规范在理论上一般被视为具有自律规范特点“私人法律体制”,以区别于国家制定法的“公共法律体制”^[52]。以美国棉花行业为例,其建立的以非正式商业规范为基础,以声誉机制、行业仲裁为途径的商业行业规范体系,就是一个与国家制定法并行的另一个规范系统,且在商业行业内部的适用效率显著高于国家制定法。这一自律规范系统的特点是:第一,虽然行业仲裁庭裁决的实施也可以借助于法院的确认支持,但是这种情况很少见;第二,如果商业行业组织内部参与者不执行行业仲裁庭的裁决,当事人将被排除出各个行业协会商会或者行业交易所,而且这种排斥措施将在商业行业内被广泛地公告;第三,行业内的成员关系对于成员将来的交易发展和商业利益至关重要;第四,经济利益、声誉机制和准入机制的“惩罚”,替代了国家制定法独占的法律强制力,保证了非正式商业规范的实施。

但是,从我国民事立法的实际出发,无论是民事基本法,还是商事基本法抑或是商事单行法中,都不宜规定非正式商业规范的法律适用问题,理由如下:

首先,虽然在一些市场经济发达国家的非正式商业规范对商事关系的调整具有重要作用,但是几乎没有国家或地区将规定为法源。相反,这些国家或地区都将包括正式商业行规在内的商事习惯却纳入商法补充法源;其次,非正式商业规范在适用范围上一般只局限于商业行业组织内部参与者之间。换言之,它并不能像正式商业行规那样得到广泛的适用。因此法院或仲裁庭在商事法律缺位的情况下,也不宜主动把非正式商业规范作为补充法源而普遍适用,除非交易双方当事人约定(一般应明示约定)选择适用而转化为正式商业规范;最后,非正式商业规范作为行业自律规范,其对商业行业内商人竞争行为的约束行为,有时会涉及对竞争行为的不当限制,也可能涉及对劳动者权益与消费者权益的损害,所以对于非正式商业行规涉及商法和经济法的交叉领域,对此法律规制需兼具私法和公法属性。因此各国的立法中,一般将非正式商业规范的缺陷问题(例如非正式商业行规限制竞争的问题)规制规定于反不正当竞争法或反垄断法,以及在行业协会法或商会法中加以管理,并在司法上将违法的非正式商业行规评价为无效,否定其法律适用。

四、结 语

党的十九大报告提纲挈领地指明“打造共建共治共享的社会治理格局……加强社区治理体系建设,推动社会治理重心向基层下移,发挥社会组织作用,实现政府治理和社会调节、居民自治良性互动。”在商事活动中,“共建共治共享的社会治理格局”体现为国家如何培育并规范营商环境。在法治建设中,则体现为符合法律规范特征、具有法律约束力的正式商业行规如何被吸纳入民商法法源并在民商事司法中运行,以及非正式商业行规如何辅助规范法律社会实践。《民法总则》第10条将习惯纳入民法法源,但没有区分民俗习惯和商事习惯,二者在立法上有适用范围、适用顺位以及具体规则之别,在司法上调查、收集、甄别、认定的制度更有所不同,需要在学理上予以深入探究。商业行业组织制定的商业行规类型化为其法律适用的第一步,而后承认符合法律规范特征的正式商业行规具有法律约束力是第二步,由此才能真正兼顾尊重商事活动规律和实现法治秩序安定。

在《民法典》选择“民商合一”立法模式的背景下,《民法典》对商法规范的容量十分有限,商法何处容身?一个基本的观点是:立法、司法、社会自治的多元化制度安排是我国商法发展的必经之道。随着社会主义市场经济的不断发展和繁荣,中国的商法必定继续扩张,具体而言,立法方面通过《商事通则》及相关商事单行法进行商法规则安排,司法方面通过民商事审判分立完善商法规则适用,社会自治方面通过行业协会等社会中介机构孕育商事自治规范的产生。“问渠那得清如许,为有源头活水来”,从商法发展“先有商事自治法,后有商事国家法”的先后规律来看,商事自治规范,特别是商业行规的健康有序发展正是上述商事多元化制度安排的源泉所在。

参考文献:

- [1]黎军.基于法治的自治——行业自治规范的实证研究[J].法商研究,2006(4):47-54.
- [2]杨立新.商业行规与法律规范的冲突与协调[J].法治研究,2009(6):3-8.
- [3]刘建民.法治与社会:第2卷[M].上海:复旦大学出版社,2012:10.
- [4]董淳铨.商事自治规范司法适用的类型研究[J].中山大学学报(社会科学版),2011(6):171-180.
- [5]周林彬,董淳铨.法律经济学[M].长沙:湖南人民出版社,2008:423-436.
- [6]周林彬,官欣荣.我国商法总则理论与实践的再思考[M].北京:法律出版社,2015.
- [7]钱玉林.商法的价值、功能及其定位——兼与史际春、陈岳琴商榷[J].中国法学,2001(5):31-41.
- [8]周林彬,黄健梅.法律在中国经济增长中的作用:基于改革的实践[J].学习与探索,2010(3):139-141.
- [9]郑彧.民法逻辑、商法思维与法律适用[J].法学评论,2018(4):82-93.
- [10]王林敏.论习惯的法源地位及其实现路径[J].民间法,2013(1):31-39.

- [11]姜保忠. 法律解释及其在法律适用中的作用[J]. 法学杂志 2011(6):115-117.
- [12]李杰, 赵树坤. 论民事立法对民事习惯的复杂认可[J]. 求是学刊 2017(3):76-82.
- [13]江平. 《民法总则》评议[J]. 浙江工商大学学报 2017(3):5-9.
- [14]王利明. 论习惯作为民法渊源[J]. 法学杂志 2016(11):1-12.
- [15]王林, 李凡. 我国行业协会发展的法律保障与规制——以和谐社会中的“政会分开”为视角[J]. 政法学刊 2008(1):71-77.
- [16]陈彦晶. 商事习惯之司法功能[J]. 清华法学 2018(1):169-187.
- [17]房绍坤, 张旭昕. 民法典制定背景下的合伙立法[J]. 吉林大学社会科学学报 2016(1):82-93+189.
- [18]高圣平. 民法典中担保物权的体系重构[J]. 法学杂志 2015(6):33-45.
- [19]高其才. 当代中国法律对习惯的认可[J]. 政法论丛 2014(1):23-29.
- [20]彭诚信. 论《民法总则》中习惯的司法适用[J]. 法学论坛 2017(4):24-34.
- [21]宋阳. 论交易习惯的司法适用及其限制[J]. 比较法研究 2017(6):174-186.
- [22]高其才. 尊重生活、承续传统: 民法典编纂与民事习惯[J]. 法学杂志 2016(4):26-36.
- [23]樊涛. 我国商事司法中的交易习惯[J]. 法律适用 2014(2):91-95.
- [24]席志国. 《民法总则》中法律行为规范体系评析[J]. 浙江工商大学学报 2017(3):22-33.
- [25]米新丽. 关于交易习惯的几点思考[J]. 政法论丛 2016(2):31-37.
- [26]姚公鹤. 上海闲话[M]. 上海: 上海古籍出版社, 1989: 38.
- [27]邱志红. 清末法制习惯调查再探讨[J]. 广东社会科学 2015(5):124-133.
- [28]王雪梅. 清末民初商事立法对商事习惯的认识与态度[J]. 四川师范大学学报(社会科学版) 2007(4):96-101.
- [29]睦鸿明. 清末民初民俗习惯的社会角色及法律地位[J]. 法律科学(西北政法大学学报) 2011(4):188-195.
- [30]马建红. 清末民初民事习惯调查的勃兴与民间规范的式微[J]. 政法论丛 2015(2):94-102.
- [31]刘成杰. 日本最新商法典译注[M]. 北京: 中国政法大学出版社 2012: 7.
- [32]李敏. 《瑞士民法典》“著名的”第一条——基于法思想、方法论和司法实务的研究[J]. 比较法研究 2015(4):24-37.
- [33]龙田节. 商法略说[M]. 谢次昌, 译. 兰州: 甘肃人民出版社, 1985: 6.
- [34]松波仁一郎. 日本商法论[M]. 秦瑞玠, 郑钊, 译. 北京: 中国政法大学出版社 2005: 17-18.
- [35]森本滋. 商法总则讲义[M]. 2版. 东京: 成文堂, 1999: 25-26.
- [36]大隅健一郎. 商法总则[M]. 新版. 东京: 有斐阁, 1978: 81.
- [37]杨建军. 惯例的法律适用——基于最高人民法院公报案例的考察[J]. 法制与社会发展 2009(2):139-151.
- [38]许中缘. 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[J]. 交大法学 2017(3):51-69.
- [39]王保树. 商事审判的理念与思维[J]. 山东审判 2010(2):10-13.
- [40]赵旭东. 民法典的编纂与商事立法[J]. 中国法学 2016(4):40-54.
- [41]王保树. 商事通则: 超越民商合一与民商分立[J]. 法学研究 2005(1):32-41.
- [42]周林彬, 陈胜蓝. 商事审判在中国经济发展中作用探析[J]. 理论学刊 2011(8):56-58.
- [43]黎宏. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社 2012: 18-19.
- [44]马克昌. 莫洪宪. 刑法[M]. 北京: 高等教育出版社 2012: 10.
- [45]周光权. 刑法总论[M]. 北京: 中国人民大学出版社 2007: 56.
- [46]孙新强. 论美国《统一商法典》的立法特点[J]. 比较法研究 2007(1):71-87.
- [47]宋菲. 论习惯作为民法法源——对《民法总则》第10条的反思[J]. 法律方法 2018(1):378-391.
- [48]金秀丽. 论习惯的司法适用问题[J]. 学术交流 2017(11):92-103.
- [49]陈本寒, 艾围利. 习惯在我国民法体系中的应有地位[J]. 南京社会科学 2011(6):93-99.
- [50]孟强. 民法总则中习惯法源的概念厘清与适用原则[J]. 广东社会科学 2018(1):244-253.
- [51]周林彬, 蔡文静. 社会治理角度下的民间规范与地方立法[J]. 甘肃社会科学 2018(1):165-171.
- [52]埃里克森. 无需法律的秩序: 相邻者如何解决纠纷[M]. 苏力, 译. 北京: 中国政法大学出版社 2016: 148-155.



(责任编辑 陶舒亚 张 伟)