

商事审判中对商事习惯的确认

吴 敏

(中国社会科学院 社会学所,北京 100732)

摘 要:有效利用商事习惯是提升商事审判工作质量的一个必要手段。只有经过一定程序并且得到该程序确认的商事习惯才能够在司法审判中适用。确认商事习惯是在司法中予以合理适用的前提,而有效确认则涉及诸多诉讼及商法本身的理论问题。

关键词:商事审判;商事习惯;司法审判

中图分类号:D92

文献标识码:A

文章编号:1673—0429(2012)06—0108—05

以制定法作为商事纠纷的裁判依据,是成文法体制下商事审判的一个基本原则。但是,即使不如在英美法系国家那样发挥基础性作用,成文法系国家的法制建设也不得忽视商事习惯的重要作用。无论是立法、执法,还是司法,我们都应当关注如何有效回应商事习惯的问题,这在商事法领域特别重要。尊重商业社会的习惯是确保商法能够最大程度满足商业生活需要、保持生命力的基础途径。有效利用商事习惯是提升商事审判工作质量的一个必要手段。习惯可以弥补双方已经达成合同的遗漏内容,具有解释和补充两种作用;习惯在一定程度上还可以作为规则本身来使用。特别是在弱者保护成为市场经济法制建设基本政策导向的背景中,如何在尊重市场规律的前提下调整交易义务结构、对其倾斜性地施加注意义务,商事习惯具有不可替代的意义。为在裁判实践中有效运用商事习惯,我们将面临很多问题,因为习惯并不如成文法那样显性地存在,也没有经过公共程序而曾经受到过正当性的检验。很多习惯可能只是“强化或维护特殊行业利益的规则和习惯,它们不但没有满足社会的需要,反而为那些有力量、懂计谋、强迫消费者接受服务的经营者带来单方面的利益,结果造成大量新而复杂的问题”^[1]。这其中,如何确定习惯即是其中一个重要方面。商事习惯是商事主体在一定时期、一定区域内的长期从事某种商事交易中自发形成的具有约束力的规范性交易惯例,或者是在具体交易中形成的事实性交易惯行。为在司法中合理运用,我们首先要确认这些惯例或者惯行所针对的做法是存在的,在此基础上要确认这些惯例或者惯行一定时期、一定区域内存在的长期性和普遍性,最后,我们应当确认该惯例或者惯行不违背特定社会的正当性标准。为了达到这些实体性的目的,还应当建立相应的程序机制。

经过一定程序并且得到该程序确认的商事习惯才能够在司法审判中适用。商事习惯的确认程序包括提出程序和认证程序两个方面。前者涉及由谁提出适用商事习惯、由谁提出该习惯的问题。后者涉

收稿日期:2012-10-10

作者简介:吴敏(1967—),男,安徽枞阳县人,法学博士,高级经济师。中国社会科学院社会学所博士后流动站研究人员。

基金项目:国家社会科学基金项目“商事法律实践对商事习惯的回应机制研究”(10BFX085)。

及何种程序对提出的习惯加以认证的问题。

(一)提出的主体

根据司法中立性、不告不理、举证责任主要由当事人负担的基本原理,应当由诉讼当事人提出需要适用商事习惯的问题、提供相应的习惯。但是,根据适当职权主义的精神以及常识知识的问题,如果法院认为有必要需要根据习惯才能够确定事实本身,那么对于属于人们日常生活经验、众所周知的商事习惯以及司法判决已确认的特定当事人之间的商事习惯法官可以直接依照法律规定,以之推定相应的法律事实或者以之确认当事人之间的权利义务关系,而无需司法程序之确认。

(二)提出的时间

在什么情况下才有必要提出适用商事习惯的问题呢?仅就诉讼程序的过程看,当事人在任何时候均可提出,而法院基于适当能动的需要可以提出。不过,提出的目的在于解决有关纠纷。因此,只有真正必要时提出该问题才具有实际意义。如果不属于法律和条例调整的范围内、如果法律和条例没有援引,即使提出也没有实质意义。在美国《统一商法典》中,交易惯例、交易过程(course of dealing)和履行过程(course of performance)都属于商事习惯的范畴。第1—102条第2款b项规定:“使商事惯常做法通过交易习惯、惯例和当事人之间的协议得以存续和发展。”按照该规定,作为在某一地区、行业或者商业中被遵守的规范性交易惯行或做法,应有事实加以证明;存在于书面商事规则或者类似文件中的惯例,其含义由法院解释;合同任何部分之履行地可适用的交易惯例,应当用于解释与该部分履行相关的条款;在一方当事人已经通知了另一方,并且法院认为该通知足以避免使后者感到意外的情形下,法院方可接受一方当事人提供的证明某种相关之交易惯例的证据。我国坚持成文法的传统,商事习惯是以事实或者证据的面貌进入司法程序的,因此从民事诉讼法关于证据提供的时间限制规则中考虑提供习惯的时间。基于事实证据的本质,与民事诉讼证据的举证期限相衔接,当事人在具体案件证据的举证期限之内提出商事习惯。当然,也应当考虑一些例外,诸如逾期提出的商事习惯会造成一方当事人实体权益的重大损失的、逾期提出的商事习惯会使裁判结果与社会公共利益严重冲突的,也可以适当宽限。如果是法官主动调查,立案法官可以在立案过程中提出,审判法官可以在法定调查程序中提出。

(三)提出的形式

无论是当事人提出还是法官提出,所谓的商事习惯在内容要求上必须具有确定性,即具有确定的内容。对于成文的商事习惯,只需要提出那些由政府间国际组织、非政府间国际组织、各类商业或贸易协会、专业团体及学术组织等组织制定的相应正式文本即可。在国内商事交易领域,成文的商事习惯主要是由那些具有行业管理色彩的机构以及大量的各类商业协会等制定的标准条款、格式合同、业务指南及规则。对于非成文性的商事习惯而言,则需要采用其他行使予以提供一定的证据或者证据线索。诸如,专家证人或者行业协会、自治组织的相关证明材料;实在难以找到专家的,可以口头向法庭提出,并说明习惯的具体内容,以及待证明事项、证据线索或者申请法院调查证据。

鉴于商事习惯在我国还属于证据的范畴^{[2] (585)},对商事习惯的认证应当在法律调查过程中结果举证、质证的程序加以认证。由于商事习惯多是行业性的,具有明显的技术性,因此与此有关程序涉及到专家证据的提供各质证问题。

(四)质证

质证是确定商事习惯的一个必经程序。在该程序中,双方当事人(包括第三人)在法官的主持下,对商事习惯是否存在、存在的方式和具体内容的证明力予以确认。一方当事人通过对另一方当事人出示的商事习惯证据材料进行认可与否的辨认、质疑和辩驳,促使审判法官在该证据关联性、合法性、真实性以及证明力大小方面做出有利于自己的主张。在商事习惯的质证程序中,最好采用应采取以当事人为主导、法院询问的方式进行。如果商事交易的双方当事人均为商事领域的专业人士,最好以当事人为主;在交易的一方当事人是该交易方面的专业人士而另一方却不是的情况,法院则应当发挥更加多的主动性,专业人士的证明责任也应当由所提高。在质证之前的证据提出阶段,就应当保证对方的知悉权,通知另一方当事人,以避免使对方当事人感到意外,否则,法院可不接受有关习惯的证据材料。当然,商事习惯的高度专业性可能导致当事人辩论能力不足或者极不平衡之状况,但是也不能越俎代庖随意干

涉甚至限制当事人的质证行为。只有在当事人对商事习惯的主张或陈述的意思不明确、不充分,或者对商事习惯所举的证据材料不够而误认为已足够等情形之下,法官才有必要对当事人进行明释、提醒、启发、引导。

二

质证程序完成后,法官应当就是否采纳该商事习惯进行最终决策。该决策的过程,就是根据一定的证明标准,在遵守职业道德和商事审判思维的前提下,依照法定职权和法定程序,运用逻辑推理和日常生活经验,全面、客观地审核证据,对商事习惯证据的证明力大小进行审慎、独立地判断。

(一) 证明标准

确定商事习惯的标准涉及到证明标准,法官基于认定案件事实的需要而借助证据以及相关证明方式在内心所获得的确信程度或定案尺度,就是所谓的证明标准。^{[3](459)}依据一定的证明标准对商事习惯进行确认,以便依据该标准去确定某种事实状态,从而裁决有关纷争。也就是说,只有当事人提出或者法官调查获得的所谓惯例要达到一定标准时,法官才会最终适用该习惯或者惯例。在审查过程中,法官首先要对商事习惯形成内心确信的合理性之判断。一方面,法官要坚持公平心态,无论对哪一方提交的证据,都应给予相同的重视;另一方面,法官要具有一定的判断能力与经验,以确保所认定的商事习惯符合商业现实、商人常识、社会常理和常情。其次,要根据该然性标准,选择不同的证明标准来判断商业惯例本身的适用范围或者存在领域以及社会影响度。如果该习惯涉及范围较广或者社会公共利益嘛,那么就提高相应的证明标准,或者适用完全的高度盖然性证明标准,以达到排除“合理怀疑”的证明要求;如果该习惯仅存在于特定当事人之间,那么就可采用相对较低的盖然性证明标准。对于那些可能以确切证据证明的商事习惯,法官应当要求当事人提供相应的完备证据材料。对于其他类型的商事习惯,虽然可要求相对较弱的证据,但是也应当注意习惯本身的确定性问题。根据商业社会的一般经验,认定特定当事人之间的交易习惯,必须考虑当事人之间一系列商业交易行为,至少应当达到能使普通人相信事实极可能是如此的程度。为此,法院就不能仅仅根据这位证人的孤立证言,便认定其主张的商事习惯存在。

(二) 商事习惯本身的判断标准

证明过程的目的在于确定该商事习惯是存在的、是合理的。这涉及到商事习惯本身的判断标准。

在我国,民初早期的司法实践已经涉及到了该问题。1913年大理院公布的第一个民事判决例表达了当时法院的意见:(1)人人有确信以为法之心(内部要素);(2)一定期间内就同一事项反复为同一之行为(外部要素);(3)法令所未规定之事项;(4)无背于公共秩序及利益。^{[4](29)}这四个要件,成为当时各级审判机构适用民商事习惯裁判案件和处理纠纷的指南,也是传统民法学者普遍坚持的意见。在大陆地区,崔建远教授与李永军教授的观点具有代表性。崔建远教授认为交易习惯必须同时符合公知、合法、共知、未被排除等四个条件,即:(1)须是在某一地区、某一行业或者一类经济流转中普遍采用的做法、方法或者规则,并且为人们所认知、接受和遵守;(2)须符合法律的规定,违反强行性规范则无效,不得作为补充内容欠缺的条款;(3)须为双方当事人所共知,仅为一方当事人知晓则不得用做补充欠缺的条款;(4)须未被双方当事人所明示排斥。^[5]李永军教授认为,商事习惯作为商法的补充性渊源应符合以下条件:(1)必须是商事制定法没有明文规定的商事习惯,否则就是直接性渊源;(2)商事习惯具有广泛或者普遍的道德认同,并为双方当事人所熟悉;(3)该商事习惯不违反民法的一般原则;(4)适用商事习惯调整的事项须属于法律没有明文规定或者规定不明确的事项。^{[6](25)}

我国坚持成文法传统,商事习惯只能作为事实或者证据而存在。因此,应当主要从大陆法系的传统中去考察商事习惯确定形成并且可以适用的条件。我们认为,该条件应当包括客观和主观两个方面。

商事习惯是在商业实践中结果人们的反复行为而形成的,是商业共同体内一种经验的总结。因此,作为证据事实的商事习惯本身应当是存在的。这种客观存在性应当体现在以下方面:第一,商事习惯应当具有确定的规范内容,而不仅仅是一种抽象的价值标准或者观念。只有确定存在的社会规范,才能够

作为划定当事人权利义务的标准,才能够被有关主体所感知,才能够被提交到法庭。第二,这种存在并不是瞬间的,而是长久的;不是点上的,而是应当具有一定程度的面的性质。商事习惯应当经过一定地域、行业或者特定具体商事交易的商事主体反复实践而时间上具有一定的持续性。只有经过商事主体之间的反复实践,商事习惯的利益博弈才能够不断趋于充分,权利义务的配置才能更加趋于公平合理,更加符合行为人的自由意志。只有结果一定区域内的主体的反复适用,才能够说明符合交易规律,不是个别主体利益的反应。需要注意的是,在司法实践中,不能够将这种持续性和区域性做僵化处理。从国外发展趋势看,对习惯存在的持续性时间标准逐渐在宽松化,越来越强调“经常性遵守”而非英国法院早期强调的“永远存续”。所以,《统一商法典》(UCC)第1-205条的评述5明确提出:“本法放弃了判断‘习惯’的那些古老的英国标准。因此,并不要求交易惯例必须是‘古老或悠久的’、‘普遍的’,等等。”^{[7](30)}第三,已经被有关主体所接受,成为他们的对外行为的习惯性规范。

主观条件方面,涉及行为主体之外的其他主体特别是法院对商事习惯的判断。首先,商事习惯不得违反法律、法规及政策。商事习惯必须遵守合法性原则予以适用;否则,就是对法治的破坏。在司法实践中,对于商事习惯的法律评价依据,包括全国人大及其常委会制定的法律、国务院制定的行政法规的强制性规定,也包括地方性法规、行政规章对习惯的相关禁止性规定。其次,商事习惯不得违反民商法的基本原则和社会公序良俗。商法基本原则是商业理念与商法精神的集中体现,是构建商法理论体系和规范体系的基础。任何商事行为规范,都应当是商法基本原则的具体化和实在化,应与商法的基本原则具有共同的理念和精神,商事习惯也不例外。公序良俗中的公共秩序是指外部的社会秩序和一般利益,涉及整个法律秩序的规范原则和价值体系,善良风俗则是指人们的道德观念而言。商事习惯在司法适用中必须接受公序良俗的检验,以便维护社会伦理,推动社会进步和人类文明发展。

(三)商事习惯的证明力

在确定商事习惯的过程中,还涉及对该类证据证明力的判断问题。证据的效力等级规则是指基于证据的种类和性质的不同,其证明力也有等差、强弱之分的证明规则。尤其是数个证据对同一待证事实所产生证明力的认定规则,目前最高人民法院对此已有明确的司法解释。该问题在当事人提出不同商事习惯或者商事习惯的适用领域还相对较小的场合尤为重要。根据最高人民法院的有关司法解释,一般而言,国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力最大;物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或经过公证、登记的书证的证明力要大于其他的书证、视听资料、证人证言;原始证据的证明力大于传来证据;直接证据的证明力大于间接证据;与当事人有亲属或者其他密切关系的证人提供对该当事人有利的证言,其证明力小于其他的证人证言;行业专家提供证据的证明力要大于其他人提供的证据。在由具有商事经验的专家证人或者专业性的商会、协会提供的商事习惯的场合,一般来说此类证据的证明力应当大于其他人提供的证据。当然,某个商事习惯的证明力如何,按照审判过程的本质看,最终需要法院的自由裁判。

关于商事习惯的证明力,本身就是商事习惯成文化成果的美国《统一商法典》的意见较为全面。在该法典看来,交易惯例,交易过程(course of dealing)和履行过程(course of performance)都属于商事习惯的范畴。交易过程,针对具体交易的合同当事人之间先前的系列行为,这些行为可以合理地被认为建立了解释他们之间意思表示和其他行为的共同基础;交易惯例,针对在某一地区、行业或者商业中被遵守的规范性交易惯行或做法,这些交易惯例和做法在有关的商事交易中可以合理地预期得以遵守。交易过程和交易惯例,可以用以确定当事人之间合同条款的特定含义,并对合同的内容具有补充和限制作用。合同的明示条款与可适用的交易过程或者交易惯例应作一致解释,但是在解释不合理的情形之下,则按照明示条款的效力优于交易过程和交易惯例、交易过程的效力优于交易惯例的原则处理。合同的履行过程本身也是一种商业惯例,当事人之间合同的明示条款和此履行过程以及交易过程和交易惯例一般应作一致的理解;但是,在解释不合理的情况下,明示条款的效力优于履行过程,履行过程优于交易过程和交易惯例。

确认商事习惯是在司法中予以合理适用的前提,而有效确认则涉及诸多诉讼及商法本身的理论问题。商事习惯的专业性与复杂性,决定了该确认过程本身的专业性与复杂性。与此相关的很多问题尚

需进一步深入探讨。

参 考 文 献

- [1] 曹兴权. 商事法律制度构建视野的转换——以金融消费者保护为例[J]. 上海财经大学学报 2011(5).
- [2] 房绍坤,王洪平. 我国合同法上的交易习惯之研究[A]. 王利明主编. 中国民法典基本理论问题研究[M]. 人民法院出版社,2004.
- [3] 毕玉谦, 谭秋桂, 杨路. 民事诉讼研究及立法论证[M]. 人民法院出版社,2006.
- [4] 郭卫编. 大理院判决例全书[M]. 成文出版社,1972.
- [5] 崔建远. 关于合同欠缺条款的处理[N]. 人民法院报,1999-9-30.
- [6] 李永军主编. 商法学[M]. 中国政法大学出版社,2004.
- [7] 美国法学会,美国统一州法委员会. 美国〈统一商法典〉及其正式评述[M]. 中国人民大学出版社,2004.

The Confirmation to the Commercial Habits in the Commercial Trial

Wu Min

(Chongqing Daily Newspaper Group, Chongqing 400015, China)

Abstract: The effective use of commercial custom is a necessary means to enhance the commercial trial quality. Only through certain procedures and the procedures to confirm the commercial habit can be used in judicial judgment. Confirming commercial custom is in the administration of justice to a reasonable application of the premise, and validation involves many litigation and commercial law theory.

Keywords: commercial trial; commercial custom; judicial judgment