# 准确理解《民法典》中的习惯法

### 《民法典》习惯法源化及其对《海商法》的影响(上)

王国华 佟 尧

习惯是人们长期生活经验的总结,它既是人与人正常交往关系的规范,也是人们在进行社会实践过程中的一种惯常行为。民事习惯就是指在某区域范围内,基于长期的生产生活实践而为社会公众所知悉并普遍遵守的生活和交易习惯。这种习惯得到了人们的普遍遵守,其效力在长期的历史发展过程中已经得到了社会公众的认可,长期约束人们的行为。习惯可以被看作是社会发展的纽带,许多法律规则都根植于习惯,并从习惯中汲取营养,这也使得习惯成为重要的法律

2020年5月28日,十三届全国人大三次会议通过了《中华人民共和国民法典》,《民法典》在总结《民法总则》和其他民事法律的基础上,对民事习惯进行了认可和吸纳,直接、明确地规定了习惯法的正式法律渊源地位,对习惯法进行了较为全面的规范。《民法典》中共有37个条款对"习惯""地习惯""交易习惯""风俗习惯"等进行了明确规定。

#### 习惯法的原则性规范

《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,但是不得违背公序良俗。"该条直接移承《民法总则》第 10 条,明确规定了习惯法为我国民法的法源。根据这一规范,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,因此法律即制定法为第一位的民事法源、主要的民事法源,习惯法为制定法之后的第二位法源,是补充制定法的局限和不足。

同时,根据这一规范,我国的司法机关 在处理民事纠纷、解决民事争端时,可以适 用习惯法。这就为解决民事纠纷、保障民众 权益提供了更多元的法律根据。《民法典》 第 10 条所规定的"习惯"已不仅仅为一般 社会规范意义上的习惯、事实上的习惯,而 是国家法意义上的习惯法。我国的法律渊源 以制定法为主体、习惯法等并存。法律渊源 包含与法的效力的直接联系和一定的法律外 部形式这两个不可分割的要素。从这一角度 来讲,《民法典》第 10 条等所规定的"习 惯"得到了国家立法机关依照法定职权和程 序的认可,具有了国家法的效力和意义,因

- □ 《民法典》第10条明确规定了习惯法为我国民法的法源。根据这一规范,我国的司法机关在处理民事纠纷、解决民事争端时,可以适用习惯法。这就为解决民事纠纷、保障民众权益提供了更多元的法律根据。
- □ 《民法典》通过对"习惯""当地习惯""交易习惯""风俗习惯"等的认可,对作为一般社会规范的习惯进行立法认可,使之具有国家法律意义上的习惯法的性质和效力,为民事行为和司法适用提供习惯法依据。
- □ 《民法典》习惯法源化使得国家与社会相连接、现在与将来相连接、立法与司法相连接,并为司法机关的民事司法活动进行了赋权与限制,为《民法典》实施后发挥功能创造了条件、奠定了基础。

此便具有了双重规范的属性,既为一般社会规范,又为国家法律规范。

#### 习惯法的规则性规范

《民法典》在民事法律行为、物权的相邻关系和所有权取得的特别规定、合同的订立、合同的履行、合同的权利义务终止和典型合同的买卖合同、借款合同、保管合同,人格权的姓名权和名称权等部分直接规定了习惯法;在第三编合同部分间接规定了习惯法的规则性规范。《民法典》通过对"习惯""当地习惯""交易习惯""风俗习惯"等的认可,对作为一般社会规范的习惯进行立法认可,使之具有国家法律意义上的习惯法的性质和效力,为民事行为和司法适用提供习惯法依据。

如:《民法典》第619条规定:"出卖人应当按照约定的包装方式交付标的物。对包装方式没有约定或者约定不明确,依据本法第510条的规定仍不能确定的,应当按照通用的方式包装;没有通用方式的,应当按照取足以保护标的物且有利于节约资源、保护生态环境的包装方式。"而《民法典》第510条则规定"合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同相关条款或者可了"交易习惯确定",这就表明第619条同样认和了"交易习惯",使之具有习惯法的地位和

效力。

《民法典》的一些条款还涉及村规民约、管理规约、国家标准、行业标准、通常标准、特定标准、道德义务、公序良俗等内容,这些相关规范与民事习惯规范密切相关,被国家制定法所明文认可而成为习惯法,成为民事行为的依据。

如《民法典》第8条规定:"民事主体从事 民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗。" 经由《民法典》的明确规范,这些原则、规则以及 标准被国家制定法所认可而成为习惯法。

#### 习惯法源化的意义

《民法典》通过认可"习惯""当地习惯""交易习惯""风俗习惯"等,确认了习惯法的法律渊源地位,较为全面地体现了我国社会的发展状况,是我国民事法律的立法经验、司法实践和民众遵行规范的系统总结,具有实践价值和时代意义。《民法典》中的习惯法条款使《民法典》这一制定法具有了深厚的社会基础和鲜明的文化内涵,为《民法典》实施后发挥功能创造了条件、奠定了基础。

首先,《民法典》习惯法源化使得国家与社会相连接。在国家正式律例表述的民商事规范之外,传统民商事规范更多是以习惯形态存在的,习惯包含了传统中国社会生活所需的绝大部分民商事规则。民事习惯在当代中国社会仍然有重要作用,发挥着一定的影响。借由《民法典》有关习惯法条款,民众在社会生活

中长期形成的良善习惯成为国家法律,使民事 法律的社会性、本土性、经验性、文化性得以 彰显。这也为民众接纳、遵行国家《民法典》 奠定了一定的基础。

其次,《民法典》习惯法源化使得现在与将来相连接。民事生活有着复杂性,民事行为具有多样性。《民法典》第10条的原则性规定,为解决一些尚不成熟的民事关系、尚未出现的民事行为提供了基本依据,这使《民法典》具有了开放性,能够引导新的民事活动,保障民众的权利,促进未来中国社会的发展,应对充满不确定性的未来社会的挑战和需要。

再者,《民法典》习惯法源化使得立法与司法相连接。基于制定法的特点,《民法典》对习惯法的规定为克服制定法的局限、弥补制定法的空漏提供了条件。国家立法机关制定民事法律有其法定的程序性,创制的《民法典》等民事法律存在一般性、滞后性等特点,而通过将习惯法源化可以由国家司法机关对制定法进行某种解释,使《民法典》等制定法通过人民法院的司法得以准确实施,使法院更好地发挥能动性,弥补制定法规范民事行为的不足和有限,通过司法延展国家法律对民事关系的调整,实现法律的确定性和权威性。

最后,《民法典》习惯法源化为司法机关的民事司法活动进行了赋权与限制。《民法典》将习惯法源化赋予了人民法院的法官在法律没有规定时经过识别适用习惯法处理民事纠纷、解决民事争议的权力。这一事先的一般性授权为法官发挥主观能动性解决民事纠纷提供了前提,为司法回应社会需要、实现社会功能创造了条件,从而实现司法的公正性。随着《民法典》的施行,在全面理解《民法典》这些有关习惯法规范的基础上,正确遵行特别是正确司法就成为关键。人民法院的法官需要思考习惯法适用的范围、条件、程序、救济等,在进行民事习惯调查的基础上,根据当事人的申请和举证,通过充分论证进行识别,积极、认真适用习惯法处理民事纠纷。

全面、准确地理解《民法典》中的习惯法,是《民法典》实施中需要重视的方面。这对于发挥《民法典》在调整民事关系、保障民众权益、促进经济社会发展、提升国家治理能力的作用上至为重要。

(王国华系上海海事大学法学院院长、教授、博士生导师; 佟尧系上海海事大学法学院 讲师)

## 具有知识产权的标的物如何买卖

月滨斌

《民法典》第600条规定: "出卖具有知识产权的标的物的,除法律另有规定或者当事人另有约定外,该标的物的知识产权不属于买受人。"

这一条规定的是,买卖合同的标的物具有知识产权时,该知识产权的归属问题。本条的基本精神是:在买卖合同中,买受人取得具有知识产权的标的物的所有权,并不意味着同时取得了相关的知识产权;在法律没有相反规定或当事人未明确约定的情况下,其中涉及的知识产权依然为原知识产权的权利人享有。根据《民法典》的规定,受知识产权保护的客体包括作品、发明、实用新型、外观设计、商标、地理标志、商业秘密、集成电路布图设计、植物新品种和法律规定的其他客体。这与国际条约如世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》的规定是一致的。

制定于1999年的《合同法》也有类似于《民法典》第600条的规定。《合同法》第137条规定,"出卖具有知识产权的计算机软件等标的物的,除法律另有规定或者当事人另有约定的以外,该标的物的知识产权不属于买受人。"这个条文特别以计算机软

件为例,重点解决在当时的技术条件下,计算机软件等知识产权的载体,在买卖中涉及到的知识产权问题。表面上看,买受人在市场上购买计算机软件的载体,比如光盘,是针对有形标的物的买卖行为;实际上,上述买卖合同中,真正有价值的是标的物承买款的软件作品,而不是作为载体的有形物。买卖的几百甚至上千元的办公软件光盘,刻录用的光盘本身的价值可能只有一两元钱甚至更少。在一般情况下,买受人购买计算机软件的载体,在法律上不是著作权本身的买卖,而是买受人通过对标的物的购买,取得著作权人对于买受人使用计算机软件的许可。

可。
从《合同法》第137条的措辞上看,条文特别提到"计算机软件等",具有其他种类知识产权的标的物,应当也有可能参照计算机软件载体的买卖合同适用该规定,但是否所有具有知识产权的标的物买卖合同,都可以照此适用,《合同法》并没有明确。这与我国当时的知识产权研究水平和社会公众对知识产权的认识相适应。二十多年来,我国知识产权保护有了长足的进步,无论知识

产权法律实践、理论研究水平、社会公众的

知识产权意识,都有了很大的发展。现在,知识产权理论研究清楚地表明,知识产权客体和承载知识产权客体的有体物是完全不同的。不但计算机软件如此,所有的知识产权都如此。《民法典》的制定者,清楚地认识到这一点。因此在《民法典》第600条中明确,对于具有知识产权的标的物的买卖,除非法律另有例外规定或当事人另有约定,标的物所有权转移并不表明其中的知识产权的转移。

当然,具有知识产权的标的物的买卖,会对知识产权人行使其知识产权构成一定的限制,最明显的就是知识产权用尽原则。所谓知识产权用尽,是指具有知识产权的标的物所有权合法转移后,知识产权人针对这个标的物的部分专有权即告"用完",不能对该物第二次行使专有权。比如,在著作权制度中,销售图书是一种发行行为,受著作权人控制。但一旦著作权人行使其发行权,也就是将图书出售后,就不能再控制该图书的市场流转,这在著作权法上被称为"发行权一次用尽"。因此,读者从书店购得了正版书籍以后,完全可以通过高于或低于标价的价格再次销售该图书。因此出售二手书不需要获得著作权人的许可。

语——书书不需要获得者作权人的许可。 但是,买卖合同对享有著作权的作品来 说,用尽的仅仅是针对该载体的发行权,著作权人的其他权利并没有用尽,比如,根据著作权法的规定,著作权人享有信息网络传播权,因此正版图书的购买者无权将自己购得的书籍扫描后放到网上供别人下载或浏览,否则就会构成著作权侵权行为,将承担相应的法律责任。

对于有些具有知识产权的标的物,法律特别规定,它的部分知识产权可由载体的买受人行使。一个例子是美术作品。根据《著作权法》的规定,美术作品原件的展览权,由原件的所有人行使。比如,有人从拍卖行高价购得一位著名画家的画作,此时,尽管该美术作品的复制、发行、信息网络传播等专有权依然归作者享有,但买受人可以在画展中自由地展览该画作。2020年11月11日,全国人大常委会对《著作权法》进行了修改。新《著作权法》增加规定,摄影作品的原件所有人亦可以如同美术作品的买受人一样,行使摄影作品原件的展览权。

因此,在适用《民法典》第600条时,必须了解我国知识产权法的有关规定及发展变化。

(作者系上海交通大学凯原法学院教师, 法学博士)