

交易习惯的功能分型和适用方法

陈龙业^{*}

内容提要 《民法典》的实施需要科学处理法律规则与交易习惯的关系,形成具有现代性的交易习惯适用机制。交易习惯在司法裁判中存在不同的功能指向。实务中,应精准定位交易习惯在裁判中的角色,理顺不同习惯的适用场域与方法。交易习惯作为事实认定依据时仅发挥证据功能,不具有规范约束力,更不能替代价值层面的严肃论证。交易习惯作为裁判依据时,与法律规则之间并不存在固定的适用位阶。实务中,应跳出“恶习/良习”的简单二分,在深入审查案涉交易习惯实质合理性的基础上,对多元法源进行理性筛选。除补充或细化成文法律规则外,交易习惯还可以例外地发挥法律修正的功能。法官以交易习惯修正成文法律规则时,应充分衡量法律规则修正的需求强度以及习惯造法的社会经济效应,为交易习惯的适用提供充足的理由,以提升交易习惯的司法适用水平和相应裁判的说服力。

关键词 交易习惯 事实认定 法源补充 法律修正 司法三段论

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2025.06.013

目 次

- 一、问题的提出
- 二、交易习惯在司法裁判中的功能分型
- 三、事实认定型交易习惯
- 四、补充细化型交易习惯
- 五、法律修正型交易习惯
- 六、结语

^{*} 最高人民法院二级高级法官,法学博士。

一、问题的提出

在民商事领域,交易习惯的约束力被认为是法律产生约束力的根本原因。⁽¹⁾许多民法规则的形成,很大程度上也是基于对交易习惯的归纳、比较和选择。⁽²⁾对交易习惯的尊重,在很大程度上承载着对当事人意思自治的尊重。正因如此,《民法典》第10条明确将习惯确立为一种候补法源,并在各编章中规定了14处“交易习惯”。这体现了交易习惯在规则适用中的重要地位。最高人民法院出台的《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(以下简称《合同编通则解释》)第2条亦就交易习惯的认定和举证责任作了细化规定。但在实践中,人民法院在运用交易习惯进行裁判和说理时仍面临诸多问题:一方面,由于对交易习惯的功能界定不清,实务中难以准确把握交易习惯在裁判中的多重功能定位。例如,在一些食品惩罚性赔偿纠纷案件中,部分法院混淆了交易习惯的事实认定功能与法律修正功能。另一方面,交易习惯在裁判过程与结论形成中的角色也不明确,往往成为裁判说理中泛泛而谈的修辞,未能得到细致审查与深入论证。⁽³⁾而且对于交易习惯,有一种先入为主的观念,即将习惯推定为权威、正确的规范,欠缺主动审查的意识。

法学理论界的确围绕交易习惯的司法适用展开了不少研究,但却多局限于事实习惯与“习惯法”的区分、⁽⁴⁾习惯与任意性规定在特定场域的适用顺位⁽⁵⁾以及商事习惯的优先性⁽⁶⁾等细分问题,尚未系统研究交易习惯这一重要习惯类型在司法实践中的功能多样性。许多观点想当然地主张,不违反公序良俗的交易习惯(特别是商事习惯)相较于任意性规范在适用上具有优先性,⁽⁷⁾但并未从社会经济治理效应层面细致甄别交易习惯是否以及为何具备这种适用优先性,或者说未能阐明特定交易习惯优先于任意性规范适用的内在原理。事实上,不同交易习惯在民商事裁判中起到的功能并不相同,⁽⁸⁾其适用标准与方法也因此存在差异。厘清交易习惯在司法裁判中的功能层次,并探讨其具体适用方法,有助于提升裁判说理的精准性,进而强化裁判的说服力与可接受性。

(1) 参见许中缘:《商法的独特品格与我国民法典编纂》(上),人民出版社2017年版,第20页。

(2) 参见王利明:《略论交易习惯的功能和适用——以〈合同编司法解释〉第2条为中心》,载《南大法学》2024年第2期,第3页。

(3) 对习惯在司法裁判中适用现状的观察,参见吴国辉:《民事裁判文书援引习惯的三分法》,载《人民司法》2023年第19期,第59页;李可、司艺:《〈民法典〉第10条“习惯”司法适用程序机制实证研究》,载《北方法学》2022年第4期,第25页。

(4) 参见彭诚信:《论〈民法总则〉中习惯的司法适用》,载《法学论坛》2017年第4期,第27页。

(5) 参见张尚斌:《论习惯与任意性规定的民法法源顺位——以合同漏洞填补为视角》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第73卷),社会科学文献出版社2022年版,第5页。

(6) 参见陈洪磊:《民法典视野下我国商事习惯的司法适用》,载《政治与法律》2021年第4期,第26页;李建伟:《论商事习惯的法源位阶》,载《中国法学》2022年第5期,第243页。

(7) 参见许中缘、颜克云:《商法的独特性与民法典总则编纂》,载《中国社会科学》2016年第12期,第137页。

(8) 有研究认识到商事习惯在司法中的功能有实体与程序的二元属性。参见陈彦晶:《商事习惯之司法功能》,载《清华法学》2018年第1期,第169页。

有鉴于此,本文拟从交易习惯在司法实践中的适用现状出发,通过厘清交易习惯在司法裁判中的功能定位,探求交易习惯的司法适用规律与方法,并就不同类型的交易习惯的适用方法作细致探讨,同时强调应当引入交易成本、制度效率等法经济学思维以帮助法官在具体案件中判断习惯适用的合理性并辅助精准释法说理,而非仅凭朴素直觉选择和适用习惯法源,希冀为迈向更高水平的交易习惯认知与适用、推进民商事纠纷解决的现代化转型提供理论支撑,回应民法典时代法律适用的科学化、理性化需求。

二、交易习惯在司法裁判中的功能分型

在规范层面,交易习惯已经广泛“入法”。《民法典》第10条规定,法律没有规定时可以适用“习惯”作为处理民事纠纷的“候补法源”;《民法典》中还明文规定了14处“交易习惯”,将交易习惯直接融入具体法律规则之中。此外,民商事司法解释也常常将交易习惯作为酌定因素予以规定。例如,《合同编通则解释》第23条第2款(代表人或者代理人与相对人恶意串通订立合同的举证责任)、第63条第1款(可预见性规则适用)等规定即将“交易习惯”作为重要的酌定因素。然而实务中,法官常常将交易习惯作为一般性的说理依据,并没有细致呈现其在裁判结论形成过程中发挥的具体功能。为此,有必要深入考察交易习惯在司法适用中的功能分型,并在此基础上分别把握其适用方法。

(一) 交易习惯司法适用的功能差异

关于交易习惯的既有研究大多聚焦于交易习惯与《民法典》第10条所规定“习惯”的关系,以及单纯的习惯与习惯法、事实习惯与法源习惯、民事习惯与商事习惯等概念如何区分。但是,这些概念的界分本身就是极其模糊、困难的。首先,从逻辑上讲,作为法源的习惯或者说习惯法,势必首先是一种事实上的习惯或者说习惯性做法。传统观点多认为,长期惯行的事实加之一般人“法的确信”,即可令“事实上的习惯”成为“习惯法”,从而具有一般性的约束力。⁽⁹⁾但是,对于如何认定“法的确信”,甚至该要件是否是必须的,学理上并无深入见解。还有观点认为,交易习惯一旦经过司法者的适用,就成为法源意义上的习惯。⁽¹⁰⁾但实际上,交易习惯既有可能作为个案裁判的依据在法源意义上被“适用”,也可能被单纯作为一种经验法则服务于个案的事实认定,因而交易习惯并不能仅因为“被适用”就成为法源意义上的习惯,还要看其是以什么样的方式被适用。若是作为个案事实认定的证据,交易习惯无论是否被确信或被认可,都无法成为法源习惯。

更引人注意的是,关于交易习惯与成文法的关系,近年来多有学者提出“交易习惯应优先于法律的任意性规定”或者“商事习惯应优先于民事任意性规定”等主张。⁽¹¹⁾但其往往诉诸于意思自治原则、民事活动与商事活动的区分等宏大理由,未能注意到交易

(9) 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第63-64页。

(10) 参见李佳飞:《民事纠纷立法留白的规范逻辑:习惯到习惯法跨越的法社会学考察》,载谢晖、陈金钊主编:《民间法》(第32卷),研究出版社2024年版,第302-303页。

(11) 参见前注⁽⁹⁾,许中缘、颜克云文,第137页;前注⁽¹⁰⁾,李建伟文,第243页。

习惯本身存在的复杂性。交易习惯作为当事人之间或者一定地域、特定行业内的惯常做法,并不当然具有优先于法律任意性规定的正当性。至于如何区分民事习惯与商事习惯,并据此在法源位阶上赋予后者以优先顺位,同样需要具体到实践场景中细致评价才有意义。可以说,由于缺乏对交易习惯司法适用的具体样态和功能的细致考察,此类立足于概念区分和逻辑推演的形式主义研究得出的结论要么过于抽象,难以为司法实践准确适用习惯进行裁判和说理提供有效指引;要么过于一般化,未能充分考察交易习惯的复杂性及其适用可能产生的社会经济效应,难以实现裁判结果的妥当性。事实上,不同类型的交易习惯在司法裁判中的功能大相径庭。《民法典》中规定的多处“交易习惯”就存在明显的功能差异。例如,第140条中的交易习惯系用于认定沉默是否可被视为意思表示,就是作用于“小前提”案件事实形成的民事证据规则;而第321条中的交易习惯则服务于法定孳息归属的确定,本质是作为裁判“大前提”的民事实体规则;第891条中的交易习惯则是该条为保管人的保管凭证出具义务预留的例外。对于不同功能的交易习惯,其举证规则、认定标准和适用要件都存在实质性差异。仅因概念表达相同而笼统地讨论交易习惯的适用和审查标准,将会给法学理论和司法实践造成困惑甚至混乱。

鉴于既有观点存在的前述弊端,笔者倡导构建“基于功能”的交易习惯适用方法:首先根据交易习惯在司法裁判中拟发挥的不同功能对交易习惯作类型区分;在此基础上,根据交易习惯的不同功能,区分交易习惯在民事争议解决的不同作用形态,进而把握其适用方法,以避免流于空泛的概念辨析与逻辑推演。

(二) 交易习惯司法适用的类型区分

从功能视角出发,交易习惯在司法裁判形成过程中可发挥事实认定、规范补充或者法律修正等多元功能。有传统理论根据习惯与制定法的关系,将习惯分为“法内习惯”“法外习惯”和“反法习惯”三种类型。⁽¹²⁾此种分类具有一定的启发性,但仍然是以制定法为中心的思考,背后的逻辑是将习惯作为与制定法相类似的“规范”。如果转向裁判功能的视角来对交易习惯的类型进行观察,首先就需要对交易习惯在“事实认定上的效力”与其在“规范适用上的效力”进行区分,并根据功能的不同设定相应的审查标准与举证责任。具体而言,交易习惯在作为“小前提”或“大前提”时,其识别标准与审查要求是不同的。对发挥事实认定功能的习惯,法官要根据当事人主张和证据的情况作出“特定习惯是否存在”的事实判断;而对发挥规范补充或者法律修正功能的习惯(规范性习惯),法官则应当作出“特定习惯是否应当在个案中被适用”的价值判断。

从“司法三段论”的法律适用逻辑来看,交易习惯既有可能作用于“大前提”,即法规范的解释、补充或者修正;也可能作用于“小前提”,辅助个案事实的认定或者推定。在前者意义上,交易习惯即成为“法源”,根据其与制定法关系的不同,还可以依其是补充、细化既有的法律规则还是排除、修正既有法律规则作进一步区分。在后者意义上,交

(12) 参见石佳友:《民法典的法律渊源体系——以〈民法总则〉第10条为例》,载《中国人民大学学报》2017年第4期,第15页。

易习惯则常常代表了某种“经验法则”,服务于要件事实的证明,受到证据与证明力规则的影响,但通常不存在与任意性规定的适用关系问题。与此相应,交易习惯的适用方法因其功能定位的差别而有不同。例如,《民法典》第10条确立的“习惯劣后于法律适用”原则主要限制的是习惯作为法源的规范补充功能,并不影响法官在个案中运用习惯开展事实认定。而作为规范的交易习惯与任意性规定甚至强制性规定均有可能发生规范冲突关系,需要将其置于《民法典》体系化适用的法源位阶中加以定位和处理。具体来说,依照在司法裁判中的功能和作用对象的不同,交易习惯主要可区分为以下三类:

1. 事实认定型

在司法实践中,交易习惯常常被用作事实认定的参考依据,作用于三段论司法推理中的“小前提”,其在事实认定中的作用主要是推定事实。⁽¹³⁾典型者如,用交易习惯推定当事人特定行为的意图或目的。在合同交易领域,交易习惯具有认定合同是否成立、澄清条款文意、明确合同模糊之点及认定合同是否履行等重要功能。⁽¹⁴⁾我国历来重视交易习惯在合同解释上的意义,《民法典》第142条也明确将习惯作为意思表示解释中的考虑因素之一。在合同条款约定不清或文义存在矛盾的情形,法院常援引交易习惯作为意思表示解释的依据,以确定当事人合意的真实内容。在欠缺书面合同及履行的直接证据的情况下,法官也常依据交易习惯认定特定合同关系是否成立或合同是否已经履行。

交易习惯的事实认定功能,在《民法典》条文中已有体现。《民法典》第140条第2款明确了沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时才可以被视为意思表示;第480条也明确承诺应当以通知的方式作出,除非根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺。据此,法院可以依据交易习惯判断当事人是否已经通过特定行为作出了承诺,进而认定合同是否成立。具体而言,如果当事人之间存在“沉默视为同意”的交易习惯,则可结合该习惯认定当事人存在合同关系;相反,如果当事人不存在相关交易习惯甚至不符合通常交易习惯,则可倾向于认定不存在相应的合同关系。例如,在一起执行异议纠纷中,法院认为出租人长年无偿出租案涉房屋的行为不符合商事交易习惯,故现有证据不能证明《房屋租赁合同》合法有效且已实际履行。⁽¹⁵⁾该案中,由当事人的行为与交易习惯相悖的事实可以推定当事人所主张的合同关系并非真实存在。需要注意的是,交易习惯可能改变个案中举证责任的分配。例如,债务是否履行的事实通常应由债务人证明。但在一起买卖合同纠纷中,原告主张被告有33万余元货款尚未付清。法院认为如果货款未全部付清,依照商业惯例,债权人应当要求欠款方出具欠条或双方重新订立还款协议。由于该案中原告(债权人)未提出相应证据,法官推定货款已经结清。⁽¹⁶⁾该案中,交易习惯成为法官减免债务人对“合同履行事实”的举证责任的依据。

(13) 参见前注,陈彦晶文,第176页。

(14) 参见前注,王利明文,第3页。

(15) 参见最高人民法院(2024)最高法民申5155号民事裁定书。

(16) 参见山西省太原市杏花岭区人民法院(2021)晋0107民初1685号民事判决书。

总而言之,在事实认定层面,交易习惯并不具有“法源”的意义,更多的是作为一项“日常经验法则”,服务于法官对个案事实的认定或推定。此类交易习惯既可以是当事人所处行业、地域的一般习惯,也可以仅仅是双方当事人之间反复实践的做法,并不必然要求被一定的群体广泛接受,也不需要具有适法性。因为其目的仅在于证明个案事实,而非发生规范上的约束力。

2. 补充细化型

交易习惯可以成为当事人没有约定或约定不明时对权利义务关系加以补充的依据,也常常被用以对法律的原则性规定进行具体化。此时,交易习惯的适用处于法源层面,作用于司法裁判的“大前提”而非“小前提”。

交易习惯的法源补充功能可分为法律明文规定和法律没有规定的情形。前者的典型场景是合同漏洞的填补(《民法典》第510条)。例如,在“某石油化工有限公司诉某科技有限公司买卖合同纠纷案”中,当事人签订的产品销售合同均未约定付款时间。法院依据当事人在一段相对较长的交易实践中形成的“在合同签订当日或者次日付款”的习惯,认定未付款的两份合同构成迟延履行违约。该案中,当事人之间存在的交易习惯作为法院填补合同履行期限漏洞的依据,优先于《民法典》第511条第4项“履行期限不明确,债务人可以随时履行”的规定得到适用。在此,交易习惯作为法源,填补了当事人没有约定时的权利义务关系空白,从而有别于运用交易习惯解释合同的情形。例如,在一起供用热力合同纠纷中,当事人双方没有签订书面供用热力合同,相关供热条例也没有规定超高热费的收取办法。法院以当地及周边市县收取超高热费的交易习惯为依据,支持了该案中的供热企业对超过标准层高的房屋收取超高热费的行为。⁽¹⁷⁾ 该案中的交易习惯是合同补充的依据,本质是为当事人之间的合同补充了“超高热费”的条款。此外,依据《民法典》第509条第2款、第558条、第599条等规定,交易习惯还可以被用以构造合同的附随义务和后合同义务的具体内容。在前述场景中,交易习惯均不是用来解释当事人约定的含义,而是对当事人没有约定的事项进行补充,故已属于规范适用而非事实认定的范畴。

在法律没有规定交易习惯适用的情形,交易习惯也可能依据《民法典》第10条成为民事裁判的法源,发挥补充成文法规则漏洞的功能。依照该条的文义逻辑,交易习惯作为习惯适用的前提是“法律没有规定”,即法律对特定个案没有提供可供适用的规则,亦未明确参引交易习惯的情形。若法律已有明确规定,但却有必要适用与法律规定有别的交易习惯,则可能属于交易习惯对法律的修正,应归入下文所述的法律修正类型。

3. 法律修正型

交易习惯在法源层面还可被用来作为法定默认规则的例外,进而发挥法律修正的功能。这主要出现在交易习惯与法律规定不一致的情形。根据修正对象的性质,交易习惯的法律修正可分为对任意性规范的修正和对强制性规范的修正。根据法律对交易习惯

(17) 参见黑龙江省高级人民法院(2021)黑民再707号民事判决书。

有无参引性规定,交易习惯的修正则可分为“法律主动让位”与“习惯越位修正”两类。

一方面,《民法典》合同编中多处规定了交易习惯可作为任意性规定例外的情形,性质上属于法律对交易习惯的主动让位。例如,《民法典》第814条规定客运合同自承运人向旅客出具客票时成立,但当事人另有约定或者另有交易习惯的除外;第891条规定寄存人向保管人交付保管物的,保管人应当出具保管凭证,但是另有交易习惯的除外。在所述情形下,交易习惯可作为“合同成立”与“凭证出具义务”等默认规则的例外,体现的是法律对差异化交易现实的尊重。此类修正功能的发挥,通常不涉及与既有法律规则的冲突,因此引发的争议相对较少。

另一方面,在法律没有明确参引交易习惯的情况下,法院也可以运用交易习惯来修正已有的法律规则。此种修正往往体现为交易习惯相对于被修正规则的优先适用。被修正的规则既有可能是任意性规则,也可能是强制性规则。例如,在典当行业中长期存在“绝当”的交易习惯。尽管其形式上违反了“禁止流质”的强制性规定,但理论和实践通常认为其符合交易习惯,主张承认其效力。⁽¹⁸⁾还有观点认为,在商事领域,交易习惯应当一般性优先于民事任意性规定。⁽¹⁹⁾其核心理由在于,商事习惯体现了商事主体解决争议的创造性和自决性,通常也更符合双方当事人的预期。⁽²⁰⁾不过,以交易习惯修正成文法规则实际上与《民法典》第10条确立的“成文法优先于习惯”的适用顺位有违,更容易引发相关的适用争议,因此也需要接受更为严格的正当性检验。

三、事实认定型交易习惯

事实认定型交易习惯可作为个案事实(小前提)的解释和认定依据,发挥助益事实认定的功能。

(一) 交易习惯作为事实认定的依据

不同于在司法三段论中充当裁判规范(大前提)的规范性习惯,事实认定型习惯仅能辅助证明一定事实的存在,而不具有“应当”的规范色彩;其适用时的审查标准也有别于规范性习惯。在功能层面上,事实认定型习惯更多作为证据,起到通过日常经验法则辅助法官认定事实的作用,因此应受证据规则约束。在合同领域,交易习惯的“事实发现”功能主要体现在认定合同成立、澄清条款文义方面。在此等情形中,交易习惯需通过当事人举证或法院依职权调查而被引入诉讼程序,原则上适用“高度盖然性”证明标准,但亦可被相反证据推翻。例如,在双方对合同内容有争议时,法院常结合双方的交易习惯等探究当事人的真实交往意愿,从而确定各方的权利义务。这一过程本质上是将交易习惯作为一种辅助证明的事实来解释意思表示的含义。而交易习惯的“规范补充”

(18) 参见高圣平:《民法典担保物权法编纂:问题与展望》,载《清华法学》2018年第2期,第78页。

(19) 参见郭少飞、李彤:《司法裁判视角下〈民法典〉第10条的习惯法意义探析》,载谢晖、陈金钊主编:《民间法》(第30卷),研究出版社2023年版,第298页。

(20) 参见前注,许中缘、颜克云文,第137页。

功能则主要体现在合同漏洞填补方面,此时,交易习惯既可以由当事人提供,也可以由法官主动援引,但均需根据公序良俗原则,以理性的公平观念与精细的效率意识对其予以细致审查。在双方缺乏明确意思表示且需加以填充时,一方面须坚持交易习惯劣后于协议补充和体系解释之规则,以体现尊重当事人意思自治、避免过度干涉合同自由的价值取向;另一方面,还要细致检视交易习惯所彰显的规范本身的经济合理性和分配公平性。

区分作为事实认定依据的“习惯事实”与作为行为准则和裁判依据的“习惯规范”,有助于增强裁判说理的精准性,避免错误适用规范性习惯的审查标准否定事实型习惯的证明效力,或通过事实型习惯的认定架空规范性习惯入法的审查程序。例如,在食品惩罚性赔偿纠纷中,当事人常常少量、多次购买不符合食品安全标准的食品,并主张按照《食品安全法》第148条第2款关于“增加赔偿的金额不足一千元,为一千元”的规定,要求经营者按照购买次数分笔进行数倍赔偿;⁽²¹⁾或者一次性大量购买存在质量问题的食品,并向经营者主张支付价款十倍的惩罚性赔偿⁽²²⁾。在此类案件中,法官常以“购买者的购买行为不符合普通消费者通常的生活消费习惯”为由,对当事人的惩罚性赔偿请求加以限制,其结论虽值肯定,但基于“生活消费习惯”等事由展开裁判说理有待斟酌。具体而言,普通消费者的生活消费习惯仅仅是证明当事人主观上是否存在恶意的依据,其功能仅在于证明原告的购买行为是否系“知假买假”的事实,从而辅助法官对当事人的主观意图进行判断。但是,民事主体并无依照习惯行为的义务,也不因违反习惯而产生民事责任。⁽²³⁾因为,“普通消费者的生活消费习惯”并非民事主体的一般行为准则,更不能以此作为此类案件的裁判依据。

换言之,前述习惯并没有为购买者确立“按照普通消费者的生活消费习惯购买商品”的行为准则,因此也不能就此推导出“不符合正常生活消费习惯的购买行为,不得主张惩罚性赔偿”的习惯法规则。普通消费者的生活消费习惯并非规范意义上的习惯,而是认定事实的习惯,不能直接成为裁判的依据。至于那些知假买假的当事人意图通过惩罚性赔偿牟利的行为是否能够受到《食品安全法》第148条惩罚性赔偿制度的保护,则是一个价值判断问题,需要经过严肃的论证说理才能得出有说服力的裁判。⁽²⁴⁾对此,不能跳过对《食品安全法》第148条的详细论证说理,直接以当事人的行为不符合正常交易习惯为由驳回当事人“按照结算次数(或购买总额)计算惩罚性赔偿金”的请求,否则就是以习惯的事实认定功能替代了价值判断的论证,进而混淆交易习惯在司法适用中的实质功能、弱化裁判说理的说服力和有效性。

在习惯事实的司法适用中,除了要避免将习惯事实“包装”为法律修正的习惯外,还应当明确交易习惯所欲证明的具体事实,以避免事实要件的认定错误。例如,在“某

(21) 参见上海市第一中级人民法院(2016)沪01民终10490号民事判决书。

(22) 参见浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙01民终3523号民事判决书。

(23) 参见李宇:《民法总则要义:规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第52页。

(24) 参见王轶:《民法学如何讲道理?以物权变动模式的立法选择为例》,载《中外法学》2023年第1期,第8页;纪海龙:《法教义学:力量与弱点》,载《交大法学》2015年第2期,第92页。

技术开发公司诉某工程公司不当得利纠纷再审案”⁽²⁵⁾中,某工程公司主张其与某技术开发公司之间存在基于一揽子交易惯例达成的口头合同。最高人民法院裁判认为,虽然某技术开发公司的供货方式符合双方的交易习惯,但在是否签订合同的问题上,双方的交易习惯应当是签订书面合同。在某工程公司未提交任何证据证明已经形成口头合同或者事实上合同的情况下,原判决认为某技术开发有限公司的供货行为与双方合同约定的交易惯例一致、故而形成事实上的买卖合同关系,属于事实认定错误。该案原判决错误地将“送货习惯”混淆为“缔约习惯”,进而认定双方存在事实上的合同关系,就是对交易习惯证明对象的模糊理解所致。

(二) 事实认定型交易习惯的审查

事实认定型交易习惯既可以是当事人之间在交易活动中的惯常做法,也可以是在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用的做法。交易习惯在作用于个案事实认定时的重点在于其与待证事实之间的关系。法院需审查的是:当事人之间或特定领域是否存在特定的行为模式,该行为模式与待证事实是否具有关联性,以及当事人是否知晓或应当知晓此种行为模式。其审查的重点应是该习惯的存在是否大概率支持一方或者另一方当事人的事实主张,而非该习惯本身是否合法或合理。《合同编通则解释》第2条第2款明确,交易习惯应当由提出主张的当事人一方承担举证责任。

应当注意的是,当事人并不必然且应当依照习惯行事。在证明力上,事实习惯的证明应低于当事人的书面约定等直接证据。交易习惯作为间接证据,不能用以否定当事人明确的意思表示等直接证据。具体而言,在有明确合同约定且对含义没有争议的情况下,法官不能仅因合同的交易模式不符合交易习惯而否定合同约定的效力,否则就超出了事实习惯的功能范畴。不过,在“误载不害真意”等案型下,当事人或可援引过往的交易习惯,通过合同解释修正合同中错误的文字表述;但在通过交易习惯用于解释合同或当事人行为时,应当满足“为交易对方订立合同时所知道或者应当知道”的主观要件。

实践中,争议较大的一类问题是,合同当事人一方或其行业中长期采用的做法(即所谓“单方习惯”)能否作为合同解释的依据。例如,在房屋买卖或租赁等中介合同中,如果中介人长期使用特定的报酬标准,并将其张贴在中介人经营场所的醒目之处,那么,中介人能否主张该报酬标准构成交易习惯,从而对委托人发生约束力?⁽²⁶⁾前述争议实际上涉及两个层次的问题:一是此类由合同当事人一方长期使用,且已经以一定方式令对方当事人知晓的做法是否构成交易习惯;二是如果构成交易习惯,该交易习惯是否能够作为合同解释的依据,进而依此认定合同中存在“与交易习惯一致的报酬条款”。

对于前一问题,首先应明确的是,所谓“当事人之间的交易习惯”,必须是当事人双方一致采用的惯常做法,单方采用的惯常做法并不能当然地构成交易习惯。不过,法院可以审查当事人主张的报酬标准是否属于“交易行为当地或者某一领域、某一行业通常

(25) 参见最高人民法院(2017)最高法民再42号民事判决书。

(26) 对此类争议的评述,参见尚连杰:《〈民法典〉第963条(中介人的报酬请求权)评注》,载《法学家》2024年第6期,第183页。

采用的做法”。如是,则可进一步审查该做法是否属于“交易对方在订立合同时知道或者应当知道的做法”。在前述案件中,如果中介人能够证明其已经将符合行业惯例的报酬标准以醒目方式公示在缔约场所,或者在缔约时已告知相对人,则可认为交易对方在订立合同时对此应当知情。那么,依照《合同编通则解释》第2条确立的审查标准,该种报酬标准应当可以被认定为“交易习惯”。

但是,对于后一问题,则需区分“合同的解释”与“合同的补充”,其实质仍是交易习惯的事实认定功能与法源补充功能之间的区分。具体而言,交易习惯并不能当然进入合同条款,如果中介人可以证明当事人已经口头就报酬标准达成合意并提出了相应证据,前述交易习惯则可以作为意思表示成立和解释的事实认定依据,进而推定当事人之间存在关于报酬标准的约定。但报酬通常为合同的重要之点,如果合同对此没有约定,则此种缺失原则上应当被评价为合同漏洞,即不能简单地认为委托人已经默示同意接受了相应的报酬标准。此时,需要依据《民法典》第510条进行漏洞填补以为合同补充报酬约定,而不能根据《民法典》第142条意思表示解释规则中的“习惯”来为合同报酬确定寻求正当性。此时,交易习惯的适用已属于“法源补充”范畴,应当接受“合公序良俗性”与“合理性”的双重审查,才能作用于“合同的补充”环节。

四、补充细化型交易习惯

法源补充型交易习惯用以补充或细化成文法规定,作用于司法三段论中的“大前提”。有的交易习惯已被具体法律规则明确接纳为裁判依据,成为了“法内习惯”;⁽²⁷⁾而没有被具体法律规则明确接纳的,则可以落入《民法典》第10条的调整范围,成为“候补法源”。无论是成文法明定的交易习惯,还是依据法源条款补充适用的交易习惯,在适用时都应当依据《民法典》第10条与《合同编通则解释》第2条的精神,进行“合公序良俗性”与“合理性”的审查。

(一) 交易习惯作为候补的法源

《民法典》第10条赋予了“习惯”以法源地位。将习惯纳入民法法源的范畴保持了《民法典》的开放性,是《民法典》的重大进步之一。⁽²⁸⁾据此,在法律没有明确规定,或法律规定不够具体时,交易习惯可以发挥补充、细化的作用。一些具体法律规则(如《民法典》第510条)更是将交易习惯明确规定为补充合同约定的依据。在这些情形中,交易习惯都有可能通过法官的筛选而作用于司法裁判的“大前提”,成为裁判依据的来源。⁽²⁹⁾例如,交易习惯可以作为一种行为标准来补充、细化法律规定不够明确或合同约定不够清晰时的质量标准、履行要求等内容。此外,在数据、人工智能等法律规范尚未成熟

(27) 参见前注,陈洪磊文,第36页。

(28) 参见王利明:《论习惯作为民法渊源》,载《法学杂志》2016年第11期,第4页;前注,石佳友文,第20页。

(29) 参见雷磊:《习惯作为法源?——以〈民法总则〉第10条为出发点》,载《环球法律评论》2019年第4期,第65页。

的新兴技术领域,法院也可依据相关领域的商业惯例来解决实际发生的争议。可以说,习惯作为候补法源对提升民法的包容性、增强应对现实的能力具有重要意义。

关于交易习惯作为法源时的适用顺位,特别是与任意性规定之间的关系,理论与实践之间存在一定争议。在明定法源的情况下,《民法典》第140、515条均将法律的特别规定、当事人约定、交易习惯在适用顺序予以并列。因此,在当事人之间未明确约定时,应优先适用交易习惯还是法律的任意性规定,尚需进一步讨论。另外,在法律欠缺明确规定时,是应当依据《民法典》第10条将习惯作为候补法源,还是由法官根据民法基本原则进行法律续造(《总则编解释》第1条第3款),也有争议。

传统观点常常赋予交易习惯在法源体系中以特别地位,认为交易习惯(特别是商事交易习惯)应当优先于民法的任意性规范适用。其理由主要有三:一是立足于民商区分视角下的商法优先性,认为商事习惯作为“特别法”应优先于作为一般法的民法规范;⁽³⁰⁾二是认为习惯特别是当事人之间的交易习惯,能够体现当事人的真实意愿,故优先适用习惯可以更好地尊重当事人的私法自治;⁽³¹⁾三是认为商事习惯作为交易主体长期坚持的做法,通常应当是有效率的,否则就不会被长期采用。⁽³²⁾不过,前述理由均值得进一步思考。暂且不论“特别法优先于一般法”的原则通常仅适用于成文法规则的冲突,仅民商关系如何得到精准区分就是横亘在前的难题。事实上,仅仅依据民商关系的领域区分,就将商事领域的交易习惯擢升为“特别法”,并不具有充分的正当性依据。而且,商事习惯较之民法任意性规范是否更符合当事人的预期,也必须个案分析而不能作一般化的推定。因此,简单地认为商事习惯更具效率或更加符合当事人的真实意愿,并不当然符合现实的情况。原因在于,“交易习惯更符合当事人真实意愿”或者“交易习惯更有效率”的命题,通常只在交往主体间完全平等、不存在任何强弱对比,并由他们理性地、自发地形成市场秩序的理想情形下才能成立。但现实市场交易中充斥着不平等的现象,市场主体常常是基于不均衡的市场地位进行交易,因而,即便是经过长期实践才形成一定的交易习惯,此种交易习惯也并不一定公平合理,而可能只是建立在市场地位强弱差异基础上的结果。例如,在预付式消费关系中,实践中常常存在“收款不退、丢卡不补、限制转卡”等“霸王条款”,这些做法甚至成为一些行业的交易惯例。如果只是机械地适用此类习惯,反而可能削弱市场运行的效率,难以实现公平的结果。

事实上,即便排除了“霸王条款”之类的“恶习”,交易习惯的适用也不见得一律值得提倡。尽管交易习惯是人们在交易实践中长期采用的做法,代表了某种稳定的、为多数人反复践行的交往规则,但交易实践也常常是变动不居的。在市场中,被人们长期坚持的做法,也可能随着时间的推移和客观情事的变化而不再具有合理性。此种情况下,对交易习惯的坚守更多是一种思维“惯性”,并不一定是最符合效率的选择。就本质而言,交易习惯是一种社会规范。而社会规范一旦确立,就常常被人们“奉为信条并代

(30) 参见前注,李建伟文,第261页。

(31) 参见王利明:《民法总则》(第3版),中国人民大学出版社2022年版,第48页。

(32) 参见前注,陈彦晶文,第183页。

相传”,具有一种“自发的吸引力”。但社会规范通常是相对简化的,可能有时是合理的,有时又会引导人们以不合效率的方式行为。更重要的是,社会规范的一大特征是倾向于对变动予以抵制,它们“一旦在头脑中根深蒂固,就很难被改变”,但与之对应的社会问题以及解决这些问题的方案却是日新月异的。⁽³³⁾甚至可以说,在一个快速发展变迁的社会当中,“习惯本身即意味着落后”。然而,由于社会制裁的存在,这些不合理社会规范仍然可能持续存在。⁽³⁴⁾由此来看,基于交易习惯被人们长期实践的特点而赋予其相对于任意性法律规范的一般性优先地位并不合理。

此外,裁判者在考虑是否适用已有的交易习惯进行法源补充时,还应跳出“恶习/良习”的二元区分,进行更细致地效率分析。无论是商事习惯还是民事习惯,都需要接受效率性的检验。法官应当考虑案涉习惯与既有法律规则与法政策目标的协调性,分析交易习惯的适用能否实际增进社会成员福利及市场运行效率。根据不同场景进行具体分析后,交易习惯既有可能优先于任意性规范,也有可能劣后于任意性规范适用,并不存在固定的位阶关系。随着交易形态的日益多样化,法官还需要协调作为补充法源的交易习惯与其他多元法源及法官自主造法之间的关系,避免适用不经济、不合理的交易习惯。

交易习惯作为法源的适用,还面临不同地域习惯的冲突和协调问题。在全国统一大市场建设的背景下,究竟是“入乡随俗”适用某些地域长期坚持的交易习惯,还是适用全国统一的法律规范更有助于促进资金、货物、人员的融通常往来,也是值得进一步思考的问题。对此,裁判者应秉持更为广阔的视野,充分考虑社会生活的复杂性与个案裁判对全国统一大市场运行的影响。有观点指出,在现代社会中,交易习惯的不确定性增加了交易的确定成本,其非普遍性增加了交易的解释成本,适用交易习惯还会增加司法系统的运行成本,故应当对交易习惯的适用进行一定的限制。⁽³⁵⁾此种观点具有一定的合理性。特别是,某些地方的交易习惯可能只在特定区域内被认可。当涉及跨区域交易时,适用此类交易习惯就可能会对其他地区的交易主体造成不利影响。因此,在司法适用中,不能简单借鉴国际私法领域的“最密切联系原则”加以处理,而是应当采取更加动态的法源观,⁽³⁶⁾根据不同个案的场景与特点选择最恰当的规范。

总之,在适用交易习惯作为候补法源时,法官应当加强对“习惯作为裁判依据”的正当性论证,重视交易习惯补充适用的合理性审查,而不应追求一套固定的法源位阶,简单地推定交易习惯更具效率或更符合当事人预期并予以适用。

(二) 补充细化型交易习惯的审查

《民法典》第10条与《合同编通则解释》第2条已经明确,交易习惯作为补充法源的适用,不得违反法律、行政法规的强制性规定,亦不得违背公序良俗。该限定旨在“排

(33) See Louis Kaplow & Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard Law Review, Vol.114:961, p.1022 (2001).

(34) See George A. Akerlof, *A Theory of Social Custom, of Which Unemployment may be One Consequence*, The Quarterly Journal of Economics, Vol.94:749, p.773 (1980).

(35) 参见宋阳:《论交易习惯的司法适用及其限制》,载《比较法研究》2017年第6期,第174页。

(36) 参见王雷:《民法典适用衔接问题研究:动态法源观的提出》,载《中外法学》2021年第1期,第101页。

除恶习”,避免适用违法或背俗的习惯。不过,这并不意味着“非恶习”即可被适用。“排除恶习”仅代表对法律中最底线价值的保护。但如前所述,在多元法源序列中,除交易习惯之外,仍然存在许多选择。《民法典》第10条中的“可以”一词也表明,适用习惯并非强制性要求。从民法典科学实施的要求出发,交易习惯的适用应当更为精准科学。

笔者认为,法院在适用交易习惯时,除了进行“合公序良俗性”的审查,以排除那些有损交易公平和市场秩序的“恶习”之外,还应当更进一步对交易习惯的合理性(尤其是效率性)进行实质审查。如前所述,不能简单地推定交易习惯更具效率。简单地将习惯等同于具有约束力的法律规范,也不必然是经济的做法,甚至可能有悖民法规范对效率、公平正义等价值观的追求。因此,在适用交易习惯(尤其是地域、行业习惯)时,有必要对其作为裁判规范的实质正当性展开多个维度的细致考量。

首先,在适用于补充合同约定等涉及当事人意思自治的事项时,除要符合公序良俗外,还应确保交易习惯符合当事人的合理预期,即是以理性人的视角所能够预测的合同“应有内容”。以合同漏洞填补为例,在合同法中,法律所要解决的问题主要可分为两类:一是合同的不完全性问题,二是合同及其履行可能产生的负外部性问题。交易习惯作为补充法源适用时应通过“合公序良俗性”的审查,这一审查的目的即在于防止其可能产生的负外部性。在此之外,法官运用交易习惯填补合同时,还应当尊重当事人的意思自治,保护其合理预期。原因在于,适用交易习惯填补合同的本质,即通过当事人之间既有的习惯性做法或者特定行业、地域的交易惯例,来模拟个案中理性的当事人可能的谈判结果。但如果证据表明,当事人有意不采用既有的习惯性做法,或者交易习惯的适用可能超出个案中特定当事人的预期时,法官就不能援引该交易习惯来填补合同。例如,当一方当事人主张适用其行业或地域习惯,而另一方当事人并非处于该行业或地域时,法官就应当对该主张保持谨慎。同理,在对相同事项予以调整的交易习惯之间存在冲突时,法官也应当选择适用最接近当事人真实意思的交易习惯。

其次,交易习惯的适用还需要考虑其是否可能减损当事人的合法权益,这就需要考虑特定交易习惯与既有法律规定的协调性,确保其不对当事人的合法权益产生负面影响。有学者指出,如存在涉及合理的利益补偿和对当事人的特殊保护的法律规定时,法官应当舍弃商事惯例,而优先适用该法律规定。⁽³⁷⁾例如,在指导性案例52号“海南丰海粮油工业有限公司诉中国人民财产保险股份有限公司海南省分公司海上货物运输保险合同纠纷案”中,二审法院依据保险单所附的保险条款和保险行业惯例,认为“一切险”的责任范围包括“平安险、水渍险和普通附加险(即偷窃提货不着险、淡水雨淋险、短量险、沾污险、渗漏险、碰损破碎险、串味险、受潮受热险、钩损险、包装破损险和锈损险)”,丰海公司投保货物的损失不属于一切险的责任范围。最高人民法院裁判认为:依据《保险法》第31条的规定,对于保险合同的条款,保险人与投保人、被保险人或者受益人有

(37) 参见陈奕豪:《合同解释中的交易习惯运用规则研究——兼评〈合同编通则解释(征求意见稿)〉第2条》,载《北方法学》2023年第4期,第79页。

争议时,人民法院或者仲裁机关应当作有利于被保险人和受益人的解释;保险合同中关于保险人责任的免除条款,保险人在订立合同时应当向投保人明确说明,未明确说明的,该条款不能产生效力,因而认定本案保险事故属于一切险的责任范围。换言之,对于符合保险行业惯例的免责条款,保险人仍必须对投保人尽到说明义务,否则不能免责。此种解释即是考虑到投保人的合法权益保护以及与免责条款说明义务的协调。

最后,法院还应该考虑交易习惯的适用是否有助于社会整体交易成本的降低与福利增进。法官应当对交易习惯的适用是否有助于提高经济效率作出判断和论证。例如,天然气交易领域中的“照付不议”条款作为该领域的交易习惯,有助于稳定买卖双方的交易预期、实现风险共担、增强能源市场的商业稳定性,故法院通常应当予以尊重。⁽³⁸⁾不过,对特定交易习惯的经济效率分析具有一定的专业门槛。对此,有必要更加广泛地参考和吸纳不同群体、不同学科的专业判断,结合行业专家、学术研究等作出判断。但需要指出的是,这并不是要求法官像经济学家一样借助模型、公式等工具精细地论述特定习惯的经济效应,而是要求其具备一定的效率意识,⁽³⁹⁾对特定的习惯与其他制度方案的经济效率作出理性比较,避免单纯出于“交易习惯相较于法律的任意性规定更具效率”等前见,而忽略其他可供选择的制度方案。

五、法律修正型交易习惯

法律修正型交易习惯同样是作用于司法三段论中的“大前提”,其主要是针对成文法规则过度抽象的问题,在成文法规则不符合个案纠纷解决需要时,可以例外地形式缓和法律规则刚性。的确,在一些情形中,法律已经明文规定了交易习惯可作为裁判依据,甚至可优先于任意性规范得到适用,对交易习惯作出了“主动让位”,如《民法典》第 510 条和第 891 条关于履行内容、保管物交付的规定。但是,在另一些情形中,立法者可能没有意识到规则存在的不足,并未给交易习惯的适用预留相应的“接口”。特别是,一些强制性规范旨在对特定领域实行“类型强制”(如物权法定),本身就没有为交易习惯“入法”提供空间。与此同时,由于特定规范已经存在,依据《民法典》第 10 条确立的法源顺位以及《合同编通则解释》第 2 条确立的审查规范,交易习惯难以直接得到适用。于此,交易习惯能否优先适用,或者能否依据交易习惯修正既有规则,就成为值得探讨的问题。

(一) 交易习惯作为法律修正的工具

1. 交易习惯优先于任意性规定

当交易习惯与任意性规定在涉及当事人意思自治的合同等领域发生冲突时,其适用顺位一般应当按照意思自治的原则来处理。即使任意性规定没有对交易习惯作出“主

(38) 参见姚辉、张宏帅:《照付不议条款的解释论构造》,载《人民司法》2024 年第 21 期,第 74-75 页。

(39) 参见熊丙万:《中国民法学的效率意识》,载《中国法学》2018 年第 5 期,第 97-98 页。

动让位”,其也并非必须被适用,因为任意性规定通常允许当事人通过约定排除其适用。交易习惯本就是当事人或者特定行业、地域内从事特定交易行为的人们之间就同类交易行为形成的“自治”规范,因而与当事人约定的性质较为接近。在长期重复的交易中,既有的习惯性做法已经在一定程度上构成了一种“默示的行为规范”。此时,尊重习惯有助于减少因规则不确定导致的机会主义行为。

在适用上,如果特定交易习惯通过了前文所述的合公序良俗性与合理性审查,确可考虑使其优先于任意性规定予以适用。当然,交易习惯虽属于广义的意思自治范畴,但毕竟不是当事人的具体约定本身,故在《民法典》对交易习惯与当事人约定适用顺位没有规定的情况(如《民法典》第140、515条),首先仍应遵循“当事人约定优先”的原则。

2. 交易习惯优先于强制性规定

通常认为,交易习惯的适用不能突破法律、行政法规的强制性规定。《合同编通则解释》第2条也明确规定只有“不违反法律、行政法规的强制性规定且不违背公序良俗的”惯常做法,才可被认定为《民法典》所称的“交易习惯”。如果个案中的惯常做法并无明显不当,且严格适用法律的强制性规定将会损害当事人的预期,甚至产生严重不妥当的后果,法官即可通过交易习惯来修正法律规定。毕竟,法律的强制性规定也并非绝对的“金科玉律”,本身仍可能存在对社会生活事实过度“格式化”或过度管制的问题。特别是,我国在从计划经济向市场经济的转轨过程中,制定了大量具有计划经济色彩的强制性规范,其中许多规范至今仍留存在民商法律中。如何合理评估这些规则的性质与效果,如何避免过度援引强制性规范限制市场主体的行为自由,都是值得思考的问题。如果一概以违反法律的强制性规定为由拒绝交易习惯的适用,可能会压缩当事人的意思自治空间,导致“矫枉过正”的结果。事实上,《合同编通则解释》第16条对于合同违反法律、行政法规的强制性规定的情形,已经引入了弹性化的规定。如果行为人承担行政责任或者刑事责任即已能够实现强制性规定的立法目的,人民法院可以不认定该合同无效。同理,交易习惯也存在必要场合下“阻断”适用法律强制性规定的空间——承认这一点将有助于缓和法律的过度刚性,增强《民法典》对社会生活现实的回应力。

依据交易习惯承认非典型担保,从而缓和法律规定的物权类型不足以满足现实交易需要的缺陷,是交易习惯修正法律强制性规定的经典范例。《民法典》第116条(原《物权法》第5条)规定:“物权的种类和内容,由法律规定”。该条明确采物权法定主义。物权法定旨在对具有绝对效力的物权实行“类型强制”与“类型固定”。⁽⁴⁰⁾ 据此,当事人自行约定的权利种类或内容违反物权法定原则的,不发生物权法上的效力。在很长的一段时间内,我国法院也一直以违反物权法定原则为由,拒绝承认让与担保等未被法律规定的“非典型担保”的物权效力。即使让与担保已经成为担保领域的交易习惯,但在司法裁判中仍难以发挥其“就物优先受偿”的担保功能。对此,学者多认为应当将物权法定中的“法”作扩张解释,将“习惯(法)”也包括在内,从而认可让与担保、买卖式借

(40) 参见崔建远:《物权法》(第5版),中国人民大学出版社2021年版,第20页。

贷担保等非典型担保物权的效力。⁽⁴¹⁾在《民法总则》颁行后,也有学者主张依据《民法总则》第10条,将“习惯”解释为物权法的法源,从而认可法律虽未规定但已具备惯行事实的习惯法物权的效力。⁽⁴²⁾在我国台湾地区,理论通说与司法实践亦认可不动产让与担保构成“习惯法上的物权”,不违背物权法定,故可发生物权之效力。⁽⁴³⁾

问题在于,物权法定原则作为物权法领域的强制性规定,核心便是强调法定物权清单的封闭性,不允许当事人自由创设与法定物权类型不符的新物权类型。⁽⁴⁴⁾并且,与我国台湾地区“民法”第757条不同,《民法典》第116条系采严格的物权法定主义,并未将习惯列入物权的法源之中。因此,仅从文义与规范目的层面而言,很难认为法律未作规定的“习惯物权”可经由《民法典》第10条的法源条款入法。相反,法律在这一领域已经明确表达了反对当事人自由创设物权种类和内容之立场,并非“没有规定”。依据交易习惯承认法定物权以外的习惯性物权,似乎与严格物权法定的规范目的相违。因此,基于交易习惯而承认新的担保物权类型,就不再属于前文所述的“补充”而属于“修正”的范畴,需要更为谨慎。原则上,应以相应财产权利具有可公示性为前提,且应当经过更充分的法律论证。

需要注意的是,基于交易习惯的法律修正与基于交易习惯的规范补充存在本质区别:交易习惯的补充适用并不超越成文法规则,而是对成文法的规则予以解释或细化;但基于交易习惯的法律修正,则是否认了既有法律规则(甚至是强制性规则)的效力。基于交易习惯的法律修正与法律的安定性之间存在内在张力,特别是对于强制性规定而言,一旦其被交易习惯修正,即意味着原定的管制目标无法得到实现。不过,“任何法律一经制定就已经滞后”⁽⁴⁵⁾。成文法本身难以针对变化发展的社会生活事实作出灵活调整,因此过分强调成文法规则的安定性,也可能不利于回应社会的需求和实现个案争议的公平正义。有鉴于此,法官应当权衡严格适用制定法带来的形式正义(即制定法得到严格实施)与个案中实质正义(即当事人之间的利益平衡),避免因法律的滞后性或概括性导致个案争议解决的不公。

从实质正当性的角度看,交易习惯作为市场主体实践经验的总结,常与市场主体的利益诉求密切相关。合理的交易习惯能够平衡交易双方的利益,促进交易的公平和效率。尽管基于交易习惯修正法律可能动摇成文法律规则的安定性,但修正的前提本就是既有法律规则存在问题。此时,相较于法官进行自由续造,适用交易习惯至少能够实现一种“次优”的安定性。更重要的是,如果交易习惯的个案适用并不会引发强制性规则制定时所意图防范的不利后果,也不会损害社会公共秩序和公共利益,甚至更有利于保护当

(41) 参见申卫星:《物权法定与意思自治——解读我国〈物权法〉的两把钥匙》,载《法制与社会发展》2013年第5期,第137页。

(42) 参见前注,陈洪磊文,第40页。

(43) 参见王泽鉴:《不动产让与担保——第一个习惯物权的创设》,载《荆楚法学》2022年第4期,第27页。

(44) 参见刘家安:《民法物权》,中国政法大学出版社2023年版,第43-45页。

(45) 温世扬:《中国民法自主知识体系的物权之维》,载《中国法律评论》2025年第4期,第7页。

事人的权益、促进社会经济的发展,以其修正过时的规则实有利于社会整体福利的增进。

在具体适用条件上,可以参照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉时间效力的若干规定》第2条的精神,仅当适用交易习惯“更有助于保护民事主体的合法权益、更有利于维护社会经济秩序,更有利于弘扬社会主义核心价值观”时,法官方可考虑运用交易习惯修正法律规则。尤其是将是否违背社会主义核心价值观作为习惯适用的重要标准,更有利于发挥社会主义核心价值观在司法审判中的价值引领作用。⁽⁴⁶⁾

最后需要再次强调的是,基于交易习惯修正成文法规则的前提条件,应当限定在法律规范明显滞后、继续适用会造成交易效率低下或严重不公平的情形。在这种情况下,对法律修正并不属于“违法”裁判,而是通过合理的“习惯法”来规避制定法的弊端。

(二) 法律修正型交易习惯的合理性审查

如前所述,依据交易习惯修正法律规则,相当于直接创设(或者承认)了有别于既有规则的例外规则,甚至可以说是以较低层级的法源取代较高层级的法源,直接改变了《民法典》第10条确立的法律适用位阶。这可能导致法律适用的不统一、不稳定,进而破坏法律的安定性。特别是,如果被修正的法律规则是强制性规定,就必然涉及强制性规定所包含的国家管制目标能否得到贯彻的问题,必须谨慎对待。原则上,只有在具备很强的理由,即个案中适用交易习惯相较于适用既有的法律规则具有足够强的合理性,且不适用交易习惯将导致明显不公平或严重损害交易秩序时,才能考虑以交易习惯修正强制性规定。具体而言,当基于交易习惯修正法律的强制性规定时,必须审慎地比较、考量法律规则修正的需求强度以及习惯“造法”的社会经济效应。为避免陷入恣意,应以“需求强度+社会成本效益比较”双重标准作为交易习惯修正法律的评估框架。

1. 法律规则修正的需求强度判断

首先,判断法律规则修正的需求强度要对强制性规范适用的合理性加以分析。这就要考察强制性规范背后的实质目标及其与特定的经济社会背景之间的联系。如果强制性规范的管制对象已经由于社会变迁或者技术进步等因素而发生了改变,或者强制性规范的管制目标可以通过替代方案加以实现,那么继续严格实施相应强制性规范的必要性就会存疑。强制性规范有的是为了降低特定领域的沟通成本,以促进交易便捷地达成;有的则是为了维护社会基本秩序与道德准则,二者存在重大差异。⁽⁴⁷⁾ 尽管类型强制在广义上也属于法律上的秩序要求,但其目标主要还是服务于交易成本的降低,因此不宜在效果上与违法、背俗等强制性规定作同等对待。并且,交易习惯的形成过程本身即已体现了一定的“市场理性”。即便是旨在促进市场运行效率的强制性规定,仍应为交易习惯的灵活适用留出合理的空间。例如,在登记公示技术日益发达的今天,许多约定创设的财产权类型已经可以通过集中、统一的登记系统对外公示。这不仅不会引发物权法定原

(46) 参见陈龙业:《交易习惯的具体认定与细化适用——以〈民法典合同编通则解释〉第2条为中心》,载《中国应用法学》2024年第1期,第43页。

(47) 参见许德风:《合同效力的类型界分》,载《中国法律评论》2023年第6期,第29页。

则所担忧的高昂成本与潜在风险,反而有助于促进财产权的高效分割和利用。⁽⁴⁸⁾此种情形下,司法实践自不宜再坚守严格的物权法定原则,而应当对物权性质的交易习惯抱有更加开放、包容的态度,尽可能满足市场交易的需求。我国法院对让与担保从一概否认到承认其合同效力,并最终在司法解释中予以明确规定的转变过程,即体现了这一精神。

其次,要对强制性规范适用的公平性作实质审查。这要求法官考察强制性规范的个案适用是否会导致市场所预期的正常交易无法进行,或在当事人之间产生严重不公平的调整结果。在市场交易中,有些习惯性做法已经成为行业长期遵从的惯例。尽管其可能与法律的一般性规定有违,但实质上并未导致不公平、不合理的结果。如果削足适履地适用法律规则,反而可能会影响特定行业或交易领域中的风险分配惯例,损害交易主体的合理预期。例如,在钢材买卖交易中,当事人约定高于法律规定的逾期利息或者以一定数额的资金占用费与加价款作为销售利润,这虽然与法律规定有违,但仍符合钢材市场交易习惯。⁽⁴⁹⁾对于当事人约定的此类条款,法院既不宜直接诉诸法定利率的管制规则,也不宜轻易适用违约金调减规则予以调整。⁽⁵⁰⁾相反,比照行业交易习惯确定当事人的具体约定是否公平合理,应是更为妥当的选择。

最后,要评估修正强制性规则可能产生的系统效应。这就需要超越个案视角,从法律对社会关系调整的整体角度出发,理性考察强制性规范的适用对特定领域纠纷解决的系统影响。一般来说,只有特定强制性规范的适用已引发该领域纠纷的系统性增长,且实践中形成的交易习惯能够更加有效回应多数交易主体的实践需求,法官依照交易习惯裁判能够对市场主体形成更清晰的行为指引时,方有必要考虑修正既有的强制性规则,转而适用交易习惯。

2. 习惯造法的社会经济效应评估

评估交易习惯修正法律的社会经济效益,应从以下三方面展开:

一是需要论证适用交易习惯是否相较于既有规则更有利于实现个案的实质正义。以交易习惯修正法律规则的目的是促进当事人之间的权利义务的公平分配。这就需要主动审查特定交易习惯本身在权利义务分配上的公平性,而不能仅仅依据其被“反复采用”的事实就简单地加以适用。前文已述,由于市场地位、缔约能力等方面的不平等现象存在,当事人之间或者特定行业、地域内常常采用的惯常做法并不一定是公平的。例如,自2021年起,各大电子商务平台纷纷在售后服务规则中引入了“仅退款”政策,在电商行业内形成了一种习惯性做法。然而,此种做法过分偏向平台消费者的保护,牺牲了商家的利益,甚至滋生了一些“薅羊毛”式的滥用行为。对这种导致当事人之间权利义务显著失衡的习惯性做法,有必要拒绝予以适用,更不应依其改变合同解除后相互返还的既有法律规范。

(48) 参见熊丙万:《法定物权的自由展开:经济分析与法律教义》,载《中国法学》2023年第6期,第242页。

(49) 参见陕西省西安市高陵区人民法院(2024)陕0117民初6806号民事判决书。

(50) 参见赵忠奎:《“可以适用习惯”的司法应对:以逾期加价条款为样本》,载《社会科学》2021年第2期,第101页;前注,李建伟文,第259页。

二是判断适用交易习惯是否相较于既有规则更有助于节约交易成本、增强市场主体之间的信任、稳定市场预期。这就需要评估交易习惯本身的经济合理性及其对特定领域交易秩序的影响。过往实践中,在面临类似问题时,常常没有细致地分析特定交易习惯本身的合理性,甚至直接简单推定交易习惯更具效率。然而,与作为补充法源的交易习惯类似,交易习惯在作为法律修正工具适用时也应当符合效率性的要求。对此,法官应当秉持更明确的效率意识,考虑适用特定交易习惯是否有助于减少市场的交易成本、提高交易效率。值得注意的是,我国民法学界在经济分析领域的研究已有深入发展。⁽⁵¹⁾民事法官有必要学习和吸收民法学界在法律经济分析方面提供的理论资源,提升其效率判断的科学性、精准性。

需要注意的是,交易习惯的司法适用不仅具有个案效力,而且还会对特定领域的交易实践产生示范作用。尽管非指导性案例的裁判案例在我国并没有法定的约束力,但类案裁判仍有可能对后来的裁判(尤其是上级法院对下级法院)产生影响。在最高人民法院《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》实施以后,前案裁判对交易习惯的发现与确认,也会为后案的裁判提供参考价值。可以说,交易习惯一旦获得生效裁判的认可与背书,就有可能逐渐转化为具有普遍约束力的裁判标准,形成新的规则。因此,为了稳定市场预期,修正法律规则的交易习惯应当具有普遍性与稳定性的属性,即在特定的交易领域被广泛认可和遵循。因为只有被广泛接受的交易习惯,才能够反映该领域交易的普遍需求和规律;只有在一定时期内保持相对稳定,不会频繁变动的交易习惯,才能增强市场主体行为的可预测性。对此,法官在发现和承认特定行业领域的交易习惯时,也有必要根据个案情况咨询行业协会等机构的意见。

三是考量适用交易习惯是否相较于既有规则更有益于促进商业创新。在数字经济时代,新兴产业的交易实践往往承载着技术创新与商业模式创新潜力。然而,由于对新兴技术的认识不足,一些强制性规范在实操层面出现过度倾向于风险防范、忽略相应领域商业化创新潜力的倾向,进而对市场交易形成阻碍。例如,《个人信息保护法》确立的个人信息对外提供的单独同意规则和“匿名化”标准,但在具体实践中出现过于严格的“客观匿名化”标准的认知,这在一定程度上已经影响了个人数据的流通和再利用。实践中,当事人主要采用“去标识化+禁止再识别”的方式替代匿名化处理,进而形成了一定的交易惯例。客观而言,此类做法实际上仍不符合《个人信息保护法》的要求,但已能够有效保障个人信息主体的合法权益,同时也兼顾了个人信息的流通需求。对此,司法裁判宜结合“数据二十条”提出的数据产权与数据要素市场建设等国家政策导向,积极认可实践中形成的通行规则与标准,避免轻易适用强制性规范认定交易违法无效,从而为数字经济领域的创新活动提供试错空间,避免因法律规则的滞后抑制商业创新与经济发展。

(51) 我国民法学界近年来在经济分析领域有不少新发展,例如,物权法定与物权自由方案的经济效应比较,参见前注①,熊丙万文;又如侵权领域的数人侵权责任分担规则,参见纪海龙:《数人侵权各责任人间的追偿规则——一个法律经济分析的视角》,载《清华法学》2025年第4期。

六、结 语

不同类型的交易习惯遁入司法实践的路径大不相同,将交易习惯的事实认定功能、法源补充功能与法律修正功能混杂在一起,进而探讨其适用方法与适用位阶等问题,将会导致诸多规范误用,削弱裁判的可信度与说服力。交易习惯不是裁判说理的“万能钥匙”。以司法三段论的“大前提”与“小前提”为基础分析框架,通过厘清交易习惯在司法裁判中发挥的不同功能,可将交易习惯区分为作为事实依据的交易习惯与作为裁判依据的交易习惯,其中,作为裁判依据的交易习惯又可进一步分类为细化补充型的交易习惯和法律修正型的交易习惯。针对不同类型的交易习惯,建立与功能相适配的入法审查与说理机制,有助于明确交易习惯认定标准与审查方向,提升裁判说理的精准性。

可以期待的是,在当前法律规范供给相对不足的数据、NFT 等各类新型财产交易场景中,交易习惯将会发挥越来越重要的作用。如何对交易习惯作更为具体的分型并明确其适用方法,进而形成更加科学、合理的交易习惯适用机制、迈向更高水平的习惯认知与适用体系,将是理论界与实务界下一步努力的方向。

Abstract: The implementation of the *Civil Code* requires scientifically handling the relationship between statutory rules and customary trade practices with delicacy, establishing a modern mechanism for the application of customary trade practices. Customary trade practices play multiple functional roles in judicial decisions. Judges should accurately apprehend such roles in adjudication, clarifying the applicable domains and methods of various customary trade practices. Where such customary practices serve for fact findings, they should be solely regarded as evidence. They can neither be accorded normative binding forces, nor can they substitute for rigorous value judgement. Where such customary practices serve as normative grounds, judges should not resort to any pre-established hierarchy between such practices and statutory rules. In practice, judges shall not abstractly resort to the so-called dichotomous divide between sound practices and bad ones. Instead, judges shall rationally select from multiple legal authorities after thoroughly evaluating the substantive rationality of pertaining customary trade practices. Besides supplementing or refining statutory rules, customary trade practices may occasionally serve to amend statutory rules. Where judges amend statutory rules with such practices, they must carefully assess the necessity of such amendments and the socio-economic consequences of applying such practices, providing sufficient justification for such practices so as to ensure the quality of such application and the persuasiveness of corresponding rulings.

(责任编辑:任彦)