

交易习惯研究

罗筱琦* 陈界融**

有学者曾言：“法律的前趋是习惯，而习惯又是肇端于道德；所以法律的最初发展，无不是道德意识经由习惯而成文化。”^①《中华人民共和国合同法》（以下简称“合同法”）明显特点之一就是首次赋予“交易习惯”应有的法律地位。本文对之做一探讨，以求教学法同仁。

一、习惯法界定

《中国大百科全书·法学》认为习惯法“是指国家认可和由国家强制力保证实施的习惯……在国家产生以前的原始习惯并不具有法的性质。”^②孙国华教授认为：“习惯法是经国家认可并赋予国家强制力的完全意义的法。”^③沈宗灵教授也持此观点。^④从以上论述，可以看出，我国传统法学理论认为，习惯法是阶级社会所特有的、由国家认可并由国家强制力保证实施的习惯，亦即习惯法=习惯+国家强制力。台湾林诚二教授认为“所谓习惯法，系指在当代社会生活中所反复惯行之事项，经国家承认而具有法的效力之规范，英美法称 Common Law”。^⑤美国法学会模范法典第 307 条将习惯与习俗相区分，该条规定，“习惯，是指一人在类似情况中有规律的重复而为同一行为的惯例。习俗，则是多数人在类似情况中有规律的重复而为同一行为的惯例。”在《统一商法典》（UCC）第 1—205（2）条对交易习惯（usage of trade）所下的定义是“交易习惯是指交易的习惯或做法。此种实践或做法，在一个地方、一种行业或一类贸易中已得到经常的遵循，从而使人有理由期望它在该有争议的交易中也将得到遵守。”根据该定义，一种实践或作法如果被确定为交易习惯，那么它首先“应该是在某一地方、某一行业或某类贸易中已得到经常的遵循”。其次，当一方主张存在一种交易习惯时，“他必须证明另一方在订立合同时，实际上知道或者应当知道这一惯例的存在。”^⑥这类主流表述虽然能够反映阶级社会中习惯法的特点，但不能表达原始社会及现代社会大量存在的没有国家强制力的却为人们普遍遵守的“习惯法”。即无法表述那些有法的拘束力与价值的尚未被国家法律认可的习惯。例如，在原始社会，生产力极端低下，但“自从游牧部落分离出来以后，我们就看到，各不同部落的成员之间进行交换以及它作为一种经常制度来发展和巩固的一切条件都具备了。”^⑦在这种简单的交换过程中，逐渐产生和形成习惯，况且，“还未产生文字的原始社会必然生活在习惯法的制度下，”^⑧以此作为

* 中国人民大学法学院博士后流动站工作人员。

** 财政金融学院博士后流动站工作人员。

① 王伯琦：《习惯在法律上地位的演变》，载梅仲协主编，《二十一世纪之社会科学（法学）》，台北，正中书局，1961年版。

② 中国大百科全书编辑委员会编：《中国大百科全书·法学》，北京，中国大百科全书出版社 84年版，第 87页。

③ 孙国华主编：《法学基础理论》，北京，中国人民大学出版社 87年版，第 33页。

④ 沈宗灵主编：《法学基础理论》，北京，北京大学出版社 88年版，第 89页。

⑤ 林诚二：《民法总则讲义》，台北，瑞星图书出版有限公司 94年版，第 20页。

⑥ 王军编著：《美国合同法》，北京，中国政法大学出版社 1996年版，第 249页。

⑦ 《马克思恩格斯全集》第 21卷，第 183页。

⑧ 亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，上海，上海人民出版社 87年版，第 49页。

人们行为规范，对社会群众产生拘束力，但并未有国家强制力做保障。

现代社会，也大量存在着一些独立于国家意志之外的，对生活在一定社会地域范围内的人们行为有规制作用的习惯。例如，在宁夏回族自治区的同心县一带，由于过去政策不准经商，向有经商传统的回族人，便将白面饼子隐称为“去痛片”沿街向过往行人兜售，这一习惯一直延续至今。而在宁夏南部山区，在一些穆斯林群众中，发生纠纷找阿訇解决，阿訇对纠纷的处理，有时要比法院的“执行率”高，权威性大。这些习惯虽然未有国家强制力做后盾，但当地的人们认为它有法一样的拘束力，人们必须遵守，否则会被周围的人们所冷落，在心理上难以承受，严重者在群众中无法生存。正是通过这种社会心理上的“强制力”，从而使社会大众对它加以肯定或遵循，使习惯法被普遍接受、具有确信性，由此产生事实上的“拘束力”。因此，我们在承认经国家认可的具有国家强制力的习惯法的同时，不能忽视那些不具国家强制力，但在一定区域或一定群体中，依靠某种社会组织、社会权威而保证实施的习惯法，特别是在我们这样一个有着数千年文化传统的文明大国，地区差异，民族差异，文化差异等决定了在各自地域群体所特有的一些异样的习惯，在这些习惯中，既有自然形成的，也有特定社会组织职业团体约定而成的；既有乡规民约式的成文的，也有靠口头、行为等进行传播承袭下来的不成文的；既有长期遵行的，也有在特定日期、特定地点、特定群体等一定范围内所特别遵行的……所有这些习惯，只要不和当时的法律相冲突，不违犯公共秩序和善良风俗，不为官方查禁，它就具有规范人们行为的拘束力（法信力），就是习惯法，从这个角度讲，习惯法是国家制定法的母体，而中国最早的法即是习惯法。

我国《合同法》所言之“交易习惯”是指事实习惯还是习惯法？笔者认为，应指习惯法。首先，从概念上观察，“习惯法者，基于国民之直接的法之认识，以继续不息，反复奉行之习惯，确信为法律，而援用之法规也。”^①纯粹之习惯，是指人们在生活和交往过程中的惯行，是社会规范的一种。人类的一般社会行为，常基于传统风俗、习惯的模式，惯而行之，产生各个社会不同的习惯，并逐步强化成为社会规范的一种，具有规律社会生活和社会行为的效力。其次，从现实生活看，各种习惯种类繁多，合法者有之，不合法者亦为数不少。如果合同法中的交易习惯泛指事实习惯，其结果，一些违背公共秩序和善良风俗甚至与国家法律相抵触的交易习惯也堂而皇之，登上法律典雅之堂，使非法交易合法化。例如，现今社会中的毒品交易，从生产、加工、包装、运输、销售等都有一整套严格的“交易习惯”，在销售过程中，以“包”而不以“克”交易计价。再如，各种名目繁多的赌博，都有一套行为规则（交易习惯）。如果将合同法交易习惯理解为事实习惯，致上述非法“交易习惯”合法化，其后果何勘设想？再次，从法的理念讲，公平正义秩序是法追求的价值和永恒的主题，上升为法的社会规范都是经过法的价值评判，为法所肯定的行为规范。而纯粹的事实习惯仅是一种客观存在，未经过这道“过滤”程序，难言其有法的公信力。第四，从法的统一性讲，在我国，宪法为第一位阶，法律为第二位阶，行政法规等为第三位阶，后者绝对不能与前者相矛盾或不一致。一些与宪法、法律、行政法规不一致或相矛盾的交易习惯必须不能具有法律效力，而合同法所言之“交易习惯”是具有法律效力的习惯，故合同法中的“交易习惯”实指习惯法。民时时期《民法总则编立法原则》（二）项之“说明”对此有相当精辟的论述：“凡法律有条文者，不适用习惯，是成文法之效力，实超于习惯也，惟我国幅员辽阔，人口最多，各处所受之影响不同，社会及经济上种种进步，种种组织，未必到处能与其他种种进步及组织，并驾齐驱，结果所至，各省各区域之风俗习惯，大相悬殊，且根深蒂固，牢不可拔者有之，且此等习惯，多因各地特殊情形，均有特殊之适用，一旦废除之，除非易事，故对于全国应划一遵守之事项，拟规定为强制条文，间有各地不同不能划一之事项，拟规定为任意条文，或不规定之，而暂委之于习惯。”^②

从以上论述可以看出，习惯法是一定社会中，人们在长期的生产生活和社会实践中所惯行的，为一定群体的人们在心理上所接受的，能够象法一样规制约束人们行为的，不违背公序良俗的习惯。合同法所说的交易习惯即指习惯法。

^① 梅仲协：《民法要义》，北京，中国政法大学出版社1998年版，第9页。

^② 转引自胡长清：《中国民法总论》，北京，中国政法大学出版社97年版，第399—400页。

二、习惯与习惯法之关系

由于罗马法将普遍的同意作为习惯的要件，未将法律习惯与法律以外的习惯区别开来，以致今天深受罗马法影响的人们也未能很好地将习惯与习惯法区别开来。事实上，在古罗马，由习惯制定的法叫习惯法，即“由习俗认可的法”。习惯与习惯法有无区别，学说不一。概而言之，有下述三种学说：

（一）不同说

此种学说认为，习惯与习惯法不同，习惯为单纯的事实，且不违背公序良俗或善良风俗者，始得援用。又当事人若主张习惯之存在，须负举证责任。^①习惯法相对于制定法而言，是国家法律的一种，具有法的强制性。此说认为，法律包括制定法和习惯法。我国通说持此观点，因此，习惯与习惯法不同。德国学者认为二者的区别是：“（1）一为事实，一为法律；（2）一为社会所遵行，一为国家所承认；（3）一则需当事人自己援用，一则审判官有适用之义务。”^②易言之，在德国，认为习惯法是国家承认的习惯，属法律范畴；习惯则是社会通行的单纯的事实。在具体诉讼中，对习惯法言，法院有依职权适用的义务；对习惯言，当事人有举证的义务与责任。

（二）相同说

此说认为，人类本身具有遵守习惯的“惰性”：一方面，易于行为；另一方面，交易成本低，无风险。因此，在日常生活中以“先例”事实为基础，惯行已有经验，一旦违犯这种为不同阶级和各种群体所普遍遵守的行为模式，社会往往会通过表示不满或不快的方式来作出反映；如果某人重复不断地违犯社交规范，那么他很快就会发现自已已被排斥在这个社交圈以外了。“一旦家族、族群、部落或民族成员，开始普遍而持续地遵守某些被认为具有法律强制力的惯例或习惯时，习惯法便产生了。”^③物以类聚，正是人们从心理上要求相互遵守规则的需要，才使习惯得以遵守和服从，也是习惯具有拘束力的首要保证。阶级社会诞生以后，曾经从一个家庭产生，逐渐为一个群体、一个部落或一个民族持续遵守的具有类似于现代国家法律强制力的习惯，便为统治者利用而为习惯法，或者虽未称“法”，但具有法的效力与作用。另一方面，家长、首领或长老这些或许曾是执行习惯的代理人，摇身一变成为阶级社会的“统治阶级”，是他们使习惯同法律以及官方对法律的解释理解揉合在一起，（遂有“以吏为师”之说）产生等同于法律的社会效果，以致在今天的法律圈内，尚能寻得它的“阴影”。而在英美法中，习惯法是指基于或产生于“习惯”而有一种普遍通常性法律。在英国，“习惯”是直接的法源，地方或商业习惯决定着某种事项是否有违普通法的特别规定，因此，国家是否承认习惯，并不影响习惯的拘束力（除非国家强力禁止或欲根本消灭），它仅对上升为法律的那些习惯即习惯法产生形式上的或拘束力范围（全国）内的效力，而为习惯法得到国家法律承认所具有国家法律地位的形式要件，故认为习惯与习惯法相同。如在法国，习惯与习惯法并无区别。

（三）混合说

此说认为，习惯是一定社会内，一定群众或一定地域内，人们普遍就同一事实反复为同一行为的习俗或惯行。习惯法则是上升为国家意志的，对人们有法律拘束力的习惯。故习惯未必属习惯法。习惯法则必为习惯的一种；非习惯法的习惯仅为事实的习惯，为习惯法的习惯，则是成为法律的习惯。因此，习惯与习惯法的区别仅在于对人的拘束力是否经国家法律的承认。至于承认的方式，有将习惯明确具体的规定在成文法中，成为成文法的一部分，如英国的普通法被称为“王室内的普遍习惯”（Universal Custom of the Realm）；有承认习惯有法律效力，但不明定哪些习惯有法律效力，如我国《合同法》“交易习惯”的规定，但何为交易习惯，其内容如何未予订定，而留待司法个案审定；有奉行法不禁止即合法的原则，变向承认习惯的法律效力，我国《合同法》颁布以前，即是此类状况。

^① 梅仲协：《民法要义》，北京，中国政法大学出版社1998年版，第49页。

^② 胡长清：《中国民法总论》，北京，中国政法大学出版社97年版，第29页。

^③ 博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，台北，结构群编译，1990年10月印行，第431页。

笔者认为，习惯与习惯法既有相同点，又有不同处：相同点：(1)二者皆为一定人们所长期惯行；(2)二者对一定社会范围内的人们有拘束力；(3)二者均为一种社会现象，是一定历史条件下的产物，其内容随社会环境变化而变化；二者皆属社会行为规范的一种；(4)习惯法在被国家法律承认前属习惯范畴。不同处：(1)习惯是未经国家法律承认的行为规范，习惯法是为国家法律所承认的行为规范；(2)习惯不是法，只是一种事实状态，习惯法则为法的一种；(3)习惯不一定反映统治阶级意志，符合公序良俗，习惯法则反映统治阶级意志，符合公序良俗；(4)习惯没有自身的价值目标，是一种规范行为的客观存在状态，习惯法则有自己所追求的价值目标；(5)在司法实践中，习惯的认定由当事人负举证责任，习惯法则由法院直接引用。

三、习惯法（交易习惯）的构成要件及其效力

（一）交易习惯的构成要件

在司法实践中，适用合同法规定的“交易习惯”即习惯法，必须明确习惯法的构成要件。民国初期朝阳大学余启昌教授认为，“习惯法之成立要件有二：第一、须习惯。习惯云者，依同一榜样继续遵行之习俗之谓。第二、须有法之观念。法之观念云者，受其习惯支配之人，信其习惯为法而守之之谓。”^①梅仲协先生认为，习惯法的成立，“应具备二个要件：其一、须有继续不息，反复奉行的习惯在。此项习惯，为全国人民所遵守，则形成普遍适用的习惯法，仅局限于某一特定区域者，则只可使该区域内之人民受其拘束。其二、须系确信其为法律，而予以援用。”^②胡长清先生亦有类似观点。^③施启扬教授认为，习惯法必须具备两项要件始能成立：“(1)在社会上有反复实施的行为，属于客观要件。(2)具有法的确信 (opinio necessitatis) 属于主观要件，认为某项行为具有法律的拘束力，人人（不必全国一致）必须共同遵守”。^④习惯只有具备这两个要件，始具有法的拘束力，方谓习惯法。如果仅有反复实施的行为（客观要件），而不具有法的确信（主观要件），则为事实上的、单纯的习惯。钱国成教授认为，习惯欲成为习惯法，必须具备以下要件：“(1)人人有确信以法之决心”。即普通一般人确信其足为某种事项之法则，亦即一般人均愿意接受遵守的无形规范。“(2)于同一时期内，就同一事项反复为同一之行为”。即多个惯行的事实，亦即社会大众习以为常的行为。“(3)须法令所未明文规定之事项”。即包括下述两内容，第一，法律无明文规定，且依现有的法律解释，仍不能知晓其法意者。第二，若已有法律规定，则无习惯适用的余地，同理，如果习惯与法律规定相抵触，则不能适用习惯。“(4)须无背于公共秩序及公共利益”。即指该习惯不得违背社会的公序良俗。^⑤学界对构成要件的解释，真可谓“意见分歧，殊不一致”。

司法又做何界定？前大理院二年上字第三号判例，谓“吉林旧惯，凡地地买卖，本卒、本旗、本屯有先买权，必此项人无力购买，始得外卖。今李臣忠越界买地，竟不通知上告人，是为越买，此种契约有悖善良之习俗，即不应认为有效。”该案当事人因土地买卖纠纷，上诉人穆金布认为被上诉人李忠臣与案外人那永海所订的买卖合同应属无效，其依据即是吉林“先卖权”的习惯。大理院判决指出，“本院按判别本案两造主张之是非，是一应解决之点，即吉林习惯对于本族、本旗、本屯人卖地时有先买之权，此种习惯是否可以地方习惯法。习惯法之成立要件有四：(1)要有内部要素，即人人有法之确信心；(2)要有外部要素，即于一定期间内，就同一事项，反复为同一之行为；(3)要系法令所未规定之事项；(4)无背于公共秩序利益。”对本案所涉及的习惯，大理院认为，“纵谓第一至第三要件皆备，而独于第四要件不能欠缺。盖此种习惯，非仅为所有权处分作用限制，即于经济上流通与地方之发达均不无障碍，为公共秩序利益计，断难与以法之效力，则是上告所称先卖权即无可存在之理，该上告人第一主张事毫无正当理由。”

① 余启昌：《民法要论总则》，北平，朝阳学院出版，1933年10月，第26—27页。

② 梅仲协：《民法要义》，北京，中国政法大学出版社1998年版，第9页。

③ 参阅胡长清：《中国民法总论》，北京，中国政法大学出版社97年版，第30页。

④ 施启扬：《中国民法总则》（修订版），台北，三民书局1992年，第55页。

⑤ 钱国成：《民法判解研究》，三民书局1982年出版，第2页。

大理院在三年上字第九八八号判例中，当事人因债务纠纷涉诉，上诉人周作元上诉状称，“普通商场习惯，铺户倒闭而有债权债务关系者，以收欠还欠为办法；即有不敷，亦仅拍卖铺底器具货物，按成摊还，无涉家产之例。”而不应要求其以田产抵偿，并认为依照宁邑习惯，“六折偿债，并可以田产抵押，则其债应已抵偿。”大理院在判决中赞同“商场埠户倒闭，有债权债务关系者，以收欠还欠为办法，若有不敷，则按拍卖铺底器具货物，按成摊还，无涉及家产之例。”即类似于“破产”。但对于“宁邑习惯，六折偿债，并得以田产抵押，”持不同意见，并认为“习惯之成立，以长久惯行之事实为基础。……习惯之有法律上效力，尤以不害于公益为其要件之一端，上告人所主张之办法，于交易安全实有妨碍；纵令果属宁邑已有之习惯，亦断难即认为有法律上效力。”

大理院在四年上字第二三五四号关于合伙已退股的股东对合伙债务应否承担责任的判决中，上诉人主张，本地方特别习惯，凡合资经营的股份退让与他人，应在股之股东签字作证。本案对上诉人对于前述情事加以隐讳，其退让是否有效成立而对抗合伙债权人，当事人发生争执。大理院对该案交易习惯部分判决认为，第一，“按之法学通例，无明文者依习惯法，无习惯法者依条理；是既有习惯法则可资依据，既不能仅凭条理处断。”第二，“当事人若主张有习惯法则，并经审判衙门调查习惯属实，而可认为有合法之效力者，自应援用之以为判断之依据。”第三，“此种事实殊与公安良俗毫无妨碍，且系一般均有遵从之心，则可谓为具备习惯法则之条件。”第四，“本案上诉人之退伙，仅系与萧国相私相授受，各合伙人并不知之，则此项退伙行为虽属实在，而尚未备各股东签字作证之要件，对于合伙全权人即无对抗之余地。上告意指均非有理，难予采用。”

民国时期最高法院十七年上字第六一三号判例：“习惯法之成立须以多年惯行之事实及普通人一般之确信心为基础。”同年上字第六九一号判例：“习惯法则应以一般人所共信不害公益为要件，否则纵属旧有习惯，亦难认为有法之效力。”^①可见，前大理院及民国时期最高法院将习惯法的构成要件厘定为：具备长久之惯行、具有确信心、不违背公序良俗等。

建国后，开展废除旧法运动，特别是对“砖瓦论”进行无情批判后，国内无人再敢问津习惯及习惯法。改革开放以后，在一些涉外法规中偶尔出现“国际惯例”词语，在《合同法》中引入“交易习惯”作为规范准则，则是建国后头一回，也是合同法一大特色，具有深远的历史和现实意义，无疑会极大促进交易。但如何判定交易习惯，即交易习惯构成要件如何，合同法未予规范。崔建远教授认为“交易习惯，必须是在某一地域、某一行业或某一类经济流转关系中普遍采用的做法、方法或规则，已被人们所认知、接近和遵守，此其一。其二，该交易习惯必须适法，违犯强行性规范者无效，因而不得用做补充欠缺的条款。其三，该交易习惯必须为双方当事人所共知，仅为一方当事人知晓时不得用做补充欠缺的条款。交易习惯为双方当事人所共知时，优先于任一性规范。其四，该交易习惯必须未被双方当事人所明示排斥。”^②窃以为，《合同法》中的“交易习惯”具有习惯法性质，且习惯法须具备如下构成要件：（1）习惯法须有就同一事项，反复为同一行为。此乃为“事”的同一。（2）该同一事项之同一行为须经相当长的一段时间。此乃“时”的同一。（3）须为一定范围内的人们所普遍接受。此乃“人”的同一。（4）习惯法必须具有法信力，即在人们内心具有法一样的“强制力”，该范围内的人们必须遵守。此乃“力”的同一。（5）习惯法必须合法，且不违背公序良俗。此乃“法”之同一。概而言之：

其一，须有为人们内心信奉的有法一样的拘束力的习惯存在

如上所述，言交易习惯首先必须有习惯存在。习惯有多种多样，如过年回家看看，清明扫墓，端午赛龙舟等，这些仅仅作为客观存在的习惯，在人们心理上没有法的拘束力，你可以为，也可以不为。但作为习惯之部分的合同法所言的交易习惯（习惯法），人们一旦为某种交易成选择某习惯作为交易准则，该交易习惯即在交易者心中具有法信力。例如在南方，特别是福建省广东省的一些地方。民间交易有“合会”习惯，即二人以上的民事主体，都有用钱的需求，向银行申请贷款，需提供担保等繁杂手续，于是，在会首

^① 参见《新编六法判解全书》。

^② 崔建远：《关于合同欠缺条款的处理》，载《人民法院报》1999年9月30日。

的召集下，组成一个合会，会首分别与各会员达成合会协议即合会章程，约定举标规则或方法、时间以及每期会款额，按习惯首期标金（会款总额）归会首，从第二期开始，谁中标谁就享有标金（合会金），未中标者，享有到偿还期的个人会款及个人会款孳息（一般比银行利息高），这样既不用提供担保，却有可能拿到所需资金，拿不到也能收到孳息，一举两得。虽然合会习惯在我国没有法律规定，但在民间却有法信力，人们都把它当作“法”来遵守，一旦有违，虽不会招致法的强制力，但有痛苦难堪的内心感觉，且认为机会成本太大，其后果可能不亚于法的强制力，甚至比法的强制力还强。

习惯法所具有的这种类似于法的“拘束力”，不是象国家强制法那样，以国家强力做后盾，而是基于人们社会心理的普遍确信。早期的习惯或习惯法，之所以对一定范围的人、社会组织有拘束力，人们不是恐于外部诸如武力或国家机器强制力之类的物理意义的强力（那时国家机器不甚发达甚至还没有建立），而是实实在在基于社会心理的普遍确信。因此，法的效力是建立在社会心理上的，只有普遍的社会心理承认其有法的拘束力，始能规范人们的行为，其所表达的内容才能得以遵守，否则很难对人们有“法”的拘束力。这一点从两大法系传播历史即可窥知：法国在许多殖民地国传播其先进的成文法，特别是传播其民法典，也为殖民地国官方所接受，赋予其民法典在该国有法的强制力，人们必须遵守，否则会招至国家强制力的制裁，但由于法国民法典的内容并未在人们心理中具有普遍确信力，最终都以失败告终。

我国也有这样的事例，宴席税条例，软件登记条例等，皆因没有普遍的社会心理确信力，在人们心中没当作“法”去遵守，即使有国家强制力做后盾，其拘束力亦大打折扣：“习惯法系的传播也同样经过殖民输出和自动接受的过程。但有文化背景的国家通常仅作部分的接受，并经与其传统文化相调和。”^①经“调和”，致英国法的价值观念得以在人们内心接受，使其具有社会心理的普遍接受，人们确信其有法的拘束力，才得以遵行，故英国法在美国、加拿大、澳大利亚以及中国的香港等地得以生根繁衍。对此，我们不妨这么说，法的生命就在于人们对它的普遍的社会心理确信力，而不是国家强制力，国家强制力在法的实施中不具普遍性，它只是法效力的辅助性措施或手段。否则无法解释法的普遍不遵守即武力推翻现政府现象。之所以如此，根源在于人类活动规范的历史发展是由习惯到习惯法再到制定法的衍化过程。其衍化手段或方式，一种是和平演变，使习惯成为习惯法；一种是武力干预，强制推行某种法律制度，其结果有时也能发生质变，但代价或成本太高。“一般说来，各族人民对于自己原有的习惯总是恋恋不舍的。用暴力取消这些习惯，对他们悲惨的。因此不要去改变这些习惯，而要引导他们自己去改变。……法律不是一种纯粹的‘权力作用’；在性质上无关紧要的东西就不属于法律的规范。”^②法也是以这两种方式实施的，在法的效力方面也应强调以自动遵守为原则，强制履行为例外，这正是我们研究习惯法的价值所在。同时还因为在我们这样一个封建主义历史较长的国度，社会的演化大都自上而下，严格奉行祖宗之“法”（做法）不可变的习惯法则，老百姓只能仰仗圣贤明君，创造盛世之景。市场经济建立后，市场主体逐步实现从身份到契约转变，《合同法》正是顺应这一潮流，充分尊重市场主体的主体意识，对市场主体所惯行的一些交易习惯予以法律肯定，使其具有习惯法的地位与功能。

其二，该习惯不违背国家法律的强制性规定，不违背公序良俗

《合同法》虽然未明确规定什么样的交易习惯不能适用，但作为国家法律所承认的具有法律效力的交易习惯，首先必须经过宪法法律的价值评判，即不得与之相矛盾或抵触。如《婚姻法》规定不得借婚姻索取财物，即是对婚姻习惯中索取财物习惯的否定宣告。但事实上，习惯总是先于国家法律的承认存在，习惯法之所以有法信力，乃基于习惯自身的力量，久而久之形成事实上的规范力。正如耶林（Rudolph von Jhering）所言“最初，法是以事实上法之资格而施行，因持续行使之故，意识其所行者为规范，从而，规范自身即成为该团体之权威命令，卒成法规范而被认识。习惯法既非民族精神表现，亦非出于全体之确信，更非因国民默示之意思行为而成立，它是基于反复不断表现的事实，认之为规范的一般心理。习惯法所以具

① 施达郎：《国际贸易法概要》，（香港）天地图书有限公司，第6页。

② 孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆61年版，第311页。

有拘束力之基础，和礼仪及流行的拘束等完全同其渊源。”^①

其次，不得违背一国公共秩序和善良风俗。“公共秩序或善良风俗（简称公序良俗）是一种不确定的法律概念。公共秩序是国家及社会生活的共同要求，包括立国精神及基本国策在内。善良风俗是国民的一般伦理与道德观念，包括文化传统、生活方式及民间习俗在内。公共秩序与善良风俗在条文上时常并用，在概念上相互贯通。在英美法上常以‘public policy’表示公序良俗。公序良俗是衡量习惯的标准，使习惯符合一般国民公正适当的法律感情，藉以提高法律生活水准，进而与伦理道德观念相结合。”^②现代各国基于国家法律或公共政策目的，以及维护社会公平正义，一方面，以法律的形式，明白列举若干违犯公共秩序或善良风俗的情形，对此类交易行为设无效宣告制度或在法律中明文规定，习惯合于公序良俗相异者适用之。如《日本民法典》第92条的规定。另一方面，法院在具体案件处断上，对与之相违的交易习惯以判决的形式宣告其不具法律效力，特别是在以习惯法著称的英美法国家，这一点表现得特别明显。即法院根据习惯法上公共政策或公序良俗原则，对一些不符合该原则的交易习惯宣告无效。之所以如此，是考虑到“维持每一种不是必须毁灭的事物乃是完全有用的；法律应对社会习惯予以尊重，除非它们是邪恶的。”^③

（二）交易习惯的法律效力

具备上述二要件的交易习惯方为《合同法》承认而为习惯法，具有法律效力，其效力若何？从理论上言之，有多种观点：

观点一，认为人类具有遵循“先例”的惯行——对前代人或社会的遗风流俗的顺从，并由此产生心理上的具有法一样的强制力，此说被称为惯行说。观点二，认为习惯法的效力源于民族意识，经某一民族确信其为“法”，则必须遵守，即具有法律一样的效力，故认为习惯在成立的时候，同时存在“法律效力”，故称为实在说，或法信说。由此二说，合而认为，交易习惯欲发生法律效力，须具备二要素：惯行事实和法的确信。当交易习惯具有惯行事实和法的确信时，即有法的效力。观点三，认为交易习惯必须经国家权力机关承认，方具有法律上的效力，此说称为承认说。但应由哪一个机关承认，又有两种观点，一种观点，盛行于制定法万能时期。在“法无不备”“成文法万能主义”思潮影响下，认为交易习惯只有立法机关制定成文法，才能具有法律效力，在成文法以外不承认有习惯法的存在。如拿破仑民法典明文规定排斥习惯的适用。^④另一种观点认为，交易习惯必须经过司法机关的承认，将其适用于个案的司法裁判中，其效力才能显现出来而实实在在具有法律效力。观点四，认为只有习惯经过一定的期间的惯行，才具有法律上的效力，但该期间究有多长，并无统一的标准，此说称为时效说。观点五，认为习惯之所以具有法律上的效力，主要源自人民的意思，称为意思说。但又有不同的观点，一种观点认为，习惯法的效力乃出于国民中强者之意，又称为强意说；另一种观点认为，其效力是由人民意思的集合所产生，可称为总意说；还有认为，来自于一定群体的人们的共同承诺，即合意说。^⑤

上述学术众多观点，皆基于不同侧重点，揭示出习惯的效力，与同样具有法律效力的法律规范相比，其效力若何？又是人们思考的问题。从学说及立法例来看，又有三种观点：（1）绝对无效说。此说认为，法律只限于成文法，习惯则无法律效力。如与民国初期同时代的Baden 国法第6条，Sachsen 国法第28条都规定学习仅能用来解释当事人的意思，并无法律效力。法国学者多从之。（2）绝对有效说。此说为德国历史法学派的宿论，德国在新民法制定之际，曾明定习惯与法律有同等的效力，嗣后虽删除此条，但在通说仍主张习惯可以改废法律。（3）相对有效说。此说为通说，各国法律大都作如此规定。如奥国民法第10条的规定、日本法例第2条规定、瑞士民法第1条第2项规定等，皆明认习惯有补充成文法的效力。^⑥

现代各国为维护良好交易秩序，促进交易发展，基于法律不能穷其尽，“法之极，恶之极”，以及习惯

① 转引自美浓部达吉：《法之本质》，林纪东译，台北，商务印书馆63年版，第92页。

② 施启扬：《中国民法总则》（修订版），台北，三民书局1992年，第56页。

③ K·茨威格特等著：《比较法总论》，潘汉典等译，贵阳，贵州人民出版社92年版，第165页。

④ 参阅开正怀：《法院对民法习惯之适用》，载《法令月刊》，1985年10月第36卷10期。

⑤ 参阅黄源盛：《民初大理院关于民事习惯判例之研究》，载《政大法学评论》2000年第六十三期。

⑥ 参阅胡长清：《中国民法总论》，北京，中国政法大学出版社1997年版，第31页。

是补充法律适用的最佳途径等原因，大都尊重良好习惯，在其民法典中有的规定习惯有补充法律适用的效力。如中国历史上第一部民法典，即现台湾地区民法典第一条“民事，法律所未规定者依习惯，无习惯者，依法理。”正是鉴于习惯在某一地区，就同一事项反复为同一行为的事实——这一特殊性所决定的习惯（法）已被人们当作法实施或遵守，在人们心中具有法信力而赋予其补充法律适用的效力，以降低法实施成本；有的鉴于交易习惯在民商事交易中能简便、快捷、安全且易于适用和遵守，一句话，能够降低交易成本，提高交易率，即使纠纷生成，亦易于解决的特点规定习惯（法）具有优先于法律而适用的效力。例如，《日本民法典》第 217 条、第 219 条、第 228 条、第 236 条等条都有“从其习惯”的规定。^①

我国《合同法》也顺应市场社会需要，用若干条款首次以法律形式确定交易习惯的法律效力。如该法第 60 条第 2 款“当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”第 136 条“出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。”等条的规定。综观《合同法》对交易习惯的规定，可以发现，在合同法中的交易习惯具有补充合同法的效力、优先于合同法适用的效力和解释合同的标准效力，兹分述如下：

（1）补充合同法的效力

从法制史的角度看，“法律之最根源，乃习尚（practice），由习尚演变成惯例（usage or custom），再由惯例经法的意识，遂成为习惯法（custom law），而习惯法中有为一般社会所必须经立法予以制订者，乃今日之实定法。”^② 详言之，最早人们的行为规范就是各种各样的习惯，后来有习惯法，此二者作为古代社会主要行为规范。随着阶级社会及生产力的发展，特别是工业革命，科学技术转化为生产力，使生产关系及社会规范极度复杂，固有的习惯及习惯法难以调整变化了的复杂了的新的社会关系，而新的习惯又一时产生不了，即使产生了也很难让人尽快了解掌握遵守。加之习惯及习惯法本身所具有的内容的不具体性，效力范围的不统一性，使当时的习惯或习惯法很难适应社会化大生产的需要。为应此急，主要工业国家，一方面，搜集整理各地商事习惯，将其法典化。如法国早在十六、十七世纪，国王便将中世纪重要商业城市产生的商人商行为习惯和规则加以法律化，使其成为商人习惯法。另一方面，从十八世纪末期以后，政教分离，加之制定法万能思想崛起，欧洲各国受其影响而兴起法典化运动，纷纷制定成文法。如 1794 年《普鲁士民法典》、1804 年《拿破仑民法典》以及 1896 年《德国民法典》等。但是“（立法）即使有国家强制力的支撑，它并不能彻底废除任何一种流行于社会中的习惯性秩序。”^③ 再如，拿破仑民法典未将散见各商业城市的交易习惯与规则纳入，坚信其法典能囊括一切民事法律关系的拿破仑，做梦也没想到“法国民法典并没有改变历史，而是历史改变了法国民法典”，^④ 深受制定法万能论思想洗礼的拿破仑后代不得不于 1871 年将这些规则习惯再行收集编撰成《法国商法典》——商人及商事交易习惯汇编。至于原本就由判例法和普通法组成的英美法系，只将制定法视为判例法（Case Law）原则的修订或例外补充，而普通法（common Law）的原则一般不受影响。“尽管人类历史上，也曾有过大规模的‘立法’，但是，以前的‘立法’更多是对习惯法的汇纂，”^⑤ 一语中的，十九世纪以后，两大法系发现所奉行的传统各有利弊，转而互相借鉴。如 1907 年《瑞士民法典》首次承认习惯有补充制定法而适用的效力。该法第一条第二款“无法从本法得出相应规定时，法官应依据习惯法裁判”。该条后为日本民法典承袭，也为台湾民法抄袭。在美国，从罗斯福新政以后出现大量制定法，在今天已不再是什么新鲜事。可见，两大法系的习惯法都有补充制定法或先例（precedent）的补充效力。

作为两大法系相互结合产物的我国《合同法》对“交易习惯”的立法规定也是在借鉴两大法系制度基础上，在成文法中赋予交易习惯法律效力。从《合同法》规定看，大部分交易习惯法条，诸如第 26、60、

① 王书江译：《日本民法典》，北京，中国人民公安大学出版社 1999 年版。

② 林诚二：《民法理论与问题研究》，北京，中国政法大学出版社 2000 年版，第 122 页。

③ 朱苏力：《阅读秩序》，济南，山东教育出版社 99 年版，第 175 页。

④ 傅静坤：“《法国民法典》改变了什么？”，转引自朱苏力《法制及本土资源》，北京，中国政法大学出版社，第 5 页。

⑤ 朱苏力：《阅读秩序》，济南，山东教育出版社 99 年版，第 161 页。

61、92、125、136条等赋予交易习惯补充合同效力。如第26条表明，“承诺通知到达要约时生效”——法律规定；“承诺不需要通知的”法律不做规定，交由“交易习惯或者要约的要求”——补充规范调整，即对“承诺不需要通知的”，承诺何时生效的确定，由交易习惯补充定夺。显然，合同法的上述规定有很强的现实意义。再如，英美国际贸易惯例中，承诺到达奉行投邮主义，将邮局视为受约方的代理人，承诺交邮局就等同于交受要约人，就开始生效，根据合同法第26条，如果交易当事人选择该交易习惯，该交易习惯即具有补充效力。

(2) 优先于合同法的效力

由于社会上有不同的交易习惯，在不同的地域适用不同的行业交易习惯，其中不乏有违公序良俗，与现代社会所倡导的法律精神不符，一方面，立法对此类交易行为令其不生效力；他方面，厘定交易习惯，合于法律精神者，使其成为习惯法，作为法律补充渊源，以补充法律的适用。故原则上讲，交易习惯（习惯法）只能在法律未有规定的情形下方能适用，如果法律已有明文规定，则不适用交易习惯，而应适用法律的明文规定，但现代社会民商事交易日益复杂多变，新型交易方式交易习惯层出不穷，对此，法律很难及时予以规范或调整。而且，有些交易方式或交易习惯也不宜做统一规定，令全国遵行。鉴于此，大陆法系国家立法遂有习惯法优先于成文法的立法规定。我国《合同法》第22、293、368条等亦有类似规定，此即如拉丁法谚“一切法律均系依合意而制定，或因需要而形成，或依习惯而确立。”^①如宁夏回族自治区同心县一带，由于过去曾将经商视为投机倒把违法犯罪行为，穆斯林群众为躲避执法人员检查，在牛羊交易中以互相握手指头，掐指头节，表示价格的要约与承诺。执法人员很难区别他们是在交易（投机倒把），还是握手互致问候，该交易习惯一直延续至今。这种承诺方式，显然不能用该法第21条规定的承诺方式解释。根据第22条的规定，该交易习惯之承诺方式应优先于该条前半部分“应当以通知的方式做出”的法律规定而适用。需要指出，交易习惯优先于法律规定适用，必须有法律的明确规定，否则，不能优先于法律规范（那怕是任一性规范）而适用。

(3) 解释合同的标准的效力

合同是当事人间意思表示一致的结果，但有时当事人就同一合同条款或术语理解不一，发生争执，即生合同解释问题。因为“所谓的语义不清之争实际是发生在这个语词之外但又与这个语词相关的一个社会利益之争，”^②合同的解释，犹如解释法律，必须以法律的条款为基础，不得背离法律的本意和精神，在具体合同解释中也应以约定时当事人间的合同事实及其他一切证据材料为判断的标准，最终确定合同内容的真意，以达合同合理性公正性。故“解释契约，必须探求当事人约定时之真意，不能拘泥于契约之文字；但契约之文字业已表示当事人真意，无须别事探求者，不得反舍契约文字，而更为曲解。”^③

《合同法》第125条规定了合同解释的准则与方法，即“当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。”该条昭示：当事人对合同条款理解不一致发生争议时，首先应当依照法律的规定，按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的——法律的直接规定来做出解释。该规定直接体现合同意思自治精神，充分尊重当事人意思选择。如果按照法律规定的这三种办法，还不能确定该条款的真实意思，则应选用法律的补充规范——交易习惯来确定。

四、交易习惯（习惯法）在司法中的运用（代结论）

合同法中虽有交易习惯的法律规定，但不一定在司法中就能准确恰当应用。特别是当某交易行为，当事人一方认为是交易习惯，而另一方不认为是交易习惯的尴尬局面发生时，法官更难处断。对此，在对交

① 郑玉波：《法谚》（一），台北，三民书局1984年，第6页。

② 朱苏力：《阅读秩序》，济南，山东教育出版社99年版，第205页。

③ 洪逊欣，前揭书，第316页。

易习惯性进行界定基础上，结合交易习惯两个构成要件、三方面效力进行分析判断。

对交易习惯的性质，究为事实、证据或法律？如果是事实，当事人自己可以直接适用。但是，当事人主张某一交易习惯时，若上文所述交易习惯要件皆为举证事项，且该要件多为抽象要件，则有背于举证规律，且任何一个善良的诚信的当事人也很难能够完成此等举证责任，即使完成，其成本也会异常昂贵，如此，交易习惯即有窒息交易之可能而背于其本身的便捷适用性；如果是证据，属于何种证据？如何为证据调查？何方承担举证责任？如果是法律，法院即有适用的义务。

在现代习惯法之邦的美国，根据《统一商法典》第1—205(3)条，如果当事人一方所从事的正是争议所涉及的行业或贸易，就有理由推定，他已经知道这种惯例的存在。“因此，如果当事人一方所从事的是某一行业的经营，他就有理由知道这一行业中的贸易惯例，不管该方是否实际知道这种惯例；反之，如果他所从事是其他行业的经营，就没有理由认为他知道争议所涉及的行业中的惯例。”^①在美国，交易习惯只是一种待证事实，即是一种事实问题而不是法律问题，更不是证据问题。由主张交易习惯存在的当事人负举证责任。证明程度也异常的宽松，“证明方法通常是由熟悉特定行业的商业活动的专家出具证实在这行业内存在着某种行业惯例的证明。一种与行业惯例相近的概念是习惯（custom）。可是，对证明存在行业惯例的证据的要求与对证明存在习惯的证据的要求相比要宽松得多。根据古老的实行于英国的标准，要证明存在一种习惯，举证者不仅要证实它是众所周知的，而且要证实它是‘古老的或不朽的’、‘得到一致遵循的’。”^②所以，交易习惯在下列情形下，在当事人间发生法律效力：“（甲）各当事人相互表示同意该项习惯用法发生效力者；（乙）一方当事人同意其用语或行为之效果遵循习惯之用法，为他方当事人所知或有理由知悉其意思者；（丙）习惯用法系存在于此种交易之行为，而为每一当事人知其习惯之用法者，或除为一方当事人所知或有理由知悉他方当事人有反对习惯用法之意思外，其于类似之情况而为一般人所周知者。”^③在美国《合同法重述》第248条中有更进一步规定。

由上可知，交易习惯，虽有法律效力，但不是法律；虽是客观存在的，但不是证据；充其量也仅为待证事实，可以适用自认法则，但其证明程度与其他待证事实相比较为低。在具体个案中，以法院调查为原则，则当事人举证为例外。换言之，当事人提出交易习惯，应由法院依职权进行调查，调查不果者，由提出该交易习惯的当事人承担举证不能的责任。该当事人则有协助调查之权利与义务。为此，笔者建议：各省、自治区、直辖市的县级以上人民代表大会法制工作委员会成立民事习惯调查办公室，或由地方志办公室负责，调查当地民事交易习惯，由该地人大常委会审定，对合于公序良俗的交易习惯，予以公告，并报省级人大常委会备案，以供司法裁判时参考。当事人和法官均可查阅。在具体案件裁判中，对人大常委会公告的交易习惯，法院可直接援引，作为裁判的根据；对当事人单方主张的，人大常委会未予公告过的交易习惯，法院予以职权调查，当事人有协助调查的权利和义务，并由该方当事人承担举证不能的责任。证明该交易习惯存在的主要证据有：1. 两个以上的交易当事人认可该交易习惯的证据；2. 该地工商联合会、个体劳动者协会、行业协会或商会及市场管理等相关管理部门证明该交易习惯存在的证据；3. 地方志办公室或该地人大常委会证明对该交易习惯已做过调查，但尚未公布及未公布的原因的证据；4. 交易当事人一方或双方曾以该交易习惯为或与他人为同种交易的证据等。对此种交易习惯，法院应依法审查，确信符合公序良俗者，可予援引定案；反之，不予采信并说明理由。对法院认定的交易习惯，法院应提交人大常委会公告，并将有关认定该交易习惯的证据材料复印件交人大常委会备案，以供法院再次处理类似案件时援引。

（责任编辑：萧尧）

① 王军编著：《美国合同法》中国政法大学出版社1996年版，第250页。

② 王军编著：《美国合同法》中国政法大学出版社1996年版，第250页。

③ 摩根著，李学灯译，《证据法之基本问题》，台湾世界书局1978年版，第414页。