

论司法裁判中民事习惯的优先适用

胡家豪

中南大学法学院 湖南长沙

【摘要】依据民事制定法与民事习惯之间的效力位阶，在司法裁判中民事习惯通常情况下并不具有超越民事制定法而优先适用的法律效力。然而，特定情形下法官可基于原则权衡（实质理由）突破这一形式位阶的约束，尤其在民事制定法滞后性较为显著的商事领域，民事习惯在满足特定条件时往往在个案中能够起到修正民事制定法的功能和作用。民事习惯在个案中基于原则权衡突破法源的形式位阶优先于民事制定法而适用，这并不违背依法裁判，并具有促进民事制定法变革的价值。

【关键词】民事习惯；司法适用；原则权衡；法律论证

【收稿日期】2026年1月4日

【出刊日期】2026年2月5日

【DOI】10.12208/j.ssr.20260042

On the priority application of civil customs in judicial decisions

Jiahao Hu

Law School of Central South University, Changsha, Hunan

【Abstract】 According to the hierarchy of validity between civil statutory law and civil customary law, civil customary law usually does not have the legal effect of being given priority over civil statutory law in judicial decisions. However, in specific circumstances, judges can break through the constraints of this formal hierarchy based on principle balancing (substantive reasons), especially in the commercial field where the lag of civil statutory law is more significant. When certain conditions are met, commercial civil customary law often plays a role in correcting civil statutory law in individual cases. The application of civil customary law in individual cases based on principle balancing, which breaks through the formal hierarchy of sources of law and takes precedence over civil statutory law, does not violate the principle of adjudication in accordance with the law and has the value of promoting the reform of civil statutory law.

【Keywords】 Civil customs; Judicial application; Principle balancing; Legal reasoning

1 引言

学界对于民事习惯司法适用的讨论由来已久，基于“民事制定法中心主义”的立场，传统民法观点认为《民法典》第十条中的“民事习惯”是指民事习惯，并且“民事习惯”仅具有非正式法源地位，仅在法律无明文规定或存在任意性规定时才能适用。然而，刘作翔教授依据“活法理论”，提出民事习惯可作为一种“特殊条件下的法律渊源”，是一种正式的法律渊源。谢晖教授认为民间规范既能作为援引的裁判规范，又能作为构造裁判规范的“原材料”，法律渊源是一个包含民事习惯、国家政策、民事制定法等多元规范的集合，而规范多元往往意味着规范适用类型的多元。然而，民事习惯的优先适用并非得到足够的重视和研究。如何在合理界定规范间关系的基础上明确个案中民事习惯优先适用应当遵循的条件？进而细化个案中民事习惯优先

适用的裁判规则，规范法官的自由裁量权，这是亟需解答的问题。

2 民事习惯优先适用的价值

民事习惯的优先适用具有修正民事制定法的功能，强调两者之间的互动和沟通，以便维持民事制定法的活力。民事制定法与民事习惯的主辅关系讨论离不开国家—社会这对对立、辩证关系的背景式语境。就法律规范之于纠纷解决的司法适用而言，要视具体场合而定，类型化分析本身即表明远离了简单化概念范式、以“辩证的主辅关系”概括之可能更契合情境化范式。可见，以一种更为客观细致的模式适用于民事习惯与民事制定法之间的关系，强调基于非制度化权威的民事习惯与基于制度权威的民事制定法之间的互动关系，反而比简单化地主张民事制定法对于民事习惯的绝对优先关系更为有助于维护民事制定法的权威。

对于社会自治和社会群体自身规范性实践的尊重最终将强化国民对于民事制定法自身的信仰和权威。

“民事制定法中心主义”所抱持的封闭概念谱系已为理论和实务界所批判，民事习惯的类型化研究主张多元规范、多元位阶的适用类型，强调民事制定法与民事习惯之间“辩证的主辅关系”和互动关系，能够使民事制定法维持开放性结构并促进其变革。民事习惯作为“活法”，是社会成员自身规范性实践的集中抽象，是对活生生的现实社会关系的提炼。民事制定法与民事习惯之间基于主辅关系的互动有利于促进民事制定法的变革，使其与时俱进，不断适应时代的发展和技术的革新。

3 民事习惯优先适用的情形

在《公司法解释（五）》出台前，“公司董事职务在任期结束前得无因解除”这一民事习惯优先于民法关于合同限制解除权的规则“公司董事职务在任期结束前得无因解除”是域内外的商业共识，最高人民法院指导性案例第10号“李建军诉上海佳动力环保科技有限公司决议撤销案”中，法院认为公司经符合公司章程的程序解除董事职务的决议合法，至于职务解除依据并不属于司法审查的范畴。可见，最高法确认了董事职务无因解除这一民事习惯。经司法案例持续累积以及最高法指导性案例的确认，“封闭公司董事职务在任期结束前得无因解除”已然具备了“法律确信”并成为一项具有法效力的民事习惯。然而，依据《民法典》第933条关于委托合同任意解除权的规定以及相关规范，当委托合同同时包含了其他合同因素（例如董事代理权授予等）从而构成无名合同的，任意解除权受到限制。那么，“封闭公司董事职务在任期结束前得无因解除”这一民事习惯便与相关民法规则存在冲突，并且，这一情形下公司董事与股东大会由于存在利益冲突基本难以达成合意。问题在于应当优先适用民事习惯还是相关民法任意性规范。这其中涉及董事利益和股东利益之间的法益权衡，以及效率原则和安全原则之间的权衡。优先适用民事习惯，则倾向保护股东利益和效率原则，充分尊重公司的意思自治，而优先适用民法关于公司董事受限制的解除权的相关规范，则倾向于保护董事利益，避免公司股东解除董事的恣意。在封闭公司中，股东与董事之间相互熟知，股东往往处于较为强势的地位，经法益和原则的权衡，应当优先适用封闭公司董事职务无因解除的民事习惯。

此外，在古玩交易中，“反欺诈，不打假”的交易民事习惯可以在个案中优先于诚信原则而适用。古玩

交易与一般交易不同，是一种投资行为，也可称之为投机交易，双方都期望掌握尽可能多的信息而占有优势，并不能当然地认为买方就属于民法“弱而愚”的人，而卖方就属于“强而智”的人。如果不区分卖方的积极欺诈和消极隐瞒事实，一味认定卖方构成欺诈，那么无异于将买方基于古玩交易的特殊性所应当承担的市场风险无条件地转嫁给卖方承担，买方只“捡漏”获利而不会因“打眼”产生损失。这一情形显然有违公正原则并且将导致古玩交易市场的效率低下。基于当事人之间特殊的交易关系，实务中一般认可古玩交易“反欺诈，不打假”的交易民事习惯，并不将卖方消极隐瞒事实的行为认定为不作为的欺诈，同时，对于重大误解的认定课以了买方相对于一般买卖合同而言较高的审查义务。如课以卖方以告知文物朝代、种类等信息的义务，无异于使得买方处于稳赚不赔的地位，这显然是有失公平的。

4 民事习惯优先适用的条件

4.1 法律授权

《民法典》中任意性规范本身便构成对于法官依据当事人合意优先适用民事习惯的具体授权，包括14个关于交易民事习惯和约定优先适用的条款，2个关于“当地民事习惯”和“民族民事习惯”优先适用的条款和第585条关于违约金递减的规则等。如当事人之间未达成排除任意性规范适用的合意，仅有具备法效力和法律拘束力的民事习惯可基于原则权衡优先于《民法典》中任意性规范和原则而适用，这一情形显然超越了《民法典》中任意性规范的具体授权，此时法律授权来源于《民法典》第11条。依体系解释，由于不存在商法通则，《民法典》第10条是民商事共通的法源条款，如依文义解释，第10条规定民事习惯必须始终劣后于民事制定法。然而，这一解释显然存在不合理，任意性规范本就可依意思自治排除，自然并不能始终处于优先适用的法源地位。

依目的论解释，第10条体现出维护民事制定法权威性和确定性的立法意图，然而不同民事制定法规则的权威性和确定性是存在差异的，强制性规范与任意性规范便是如此，前者具有不可推翻的拘束力，而后的拘束力显然要小得多。《民法典》第11条便是对第10条未兼顾特别法与一般法之间关系的一个补充和修正，其可作为商法（包括民事制定法和民事习惯）优先于民法（任意性规范和基本原则）而适用的一般授权。但是，基于维护任意性规范和法定原则权威性和确定性的立法意图，民事习惯并非绝对优先于任意性规范

和法定原则，何者优先适用需要在个案中进行原则和价值理念分量的权衡。

4.2 不违背强制性规范和公序良俗

民事习惯的司法适用不得违背强制性规范和公序良俗。在法源分量上，强制性规范与公序良俗具有“不可推翻的规范拘束力”在功能上，公序良俗原则与强制性规范类似，二者同属对私法自治的必要限制。当民事习惯严重违背公序良俗时，因其内容具有强烈的反社会性，将产生与违反法律强制性规定相同的无效后果。虽然民事习惯与《民法典》的基本原则处于同一位阶，然而，这里的基本原则不包括公序良俗原则，后者与强制性规范具有绝对的优先效力。有观点认为可以将强制性规范分为旨在保护公共利益的强制性规范和旨在保护弱势方利益的强制性规范，前者是基于对市场缺陷进行调整而设定的规范，后者是基于市场主体地位的不平等而设定的规范，并且民事习惯在特定情形下能够优先于旨在保护弱势方利益的强制性规范而优先适用。

这一观点具有一定的合理性，然而却忽视了强制性规范和公序良俗所承载的公共利益是不可分割的，不论何种类型的强制性规范都属于禁止性命令，立法机关设定禁止性命令乃是基于公共利益保护的考量。可见，旨在保护公共利益和旨在保护弱势方利益的强制性规范这一分类是经不起推敲的，诸如禁止流质流押等强制性规范不仅是为了保护弱势方的利益，更是基于维护市场秩序和交易安全的考量。因此，强制性规范和公序良俗涉及社会秩序、交易安全等重大公共利益，并且具有不可推翻、不可贬损的拘束力，民事习惯并不能优先于此类规范而优先适用。

4.3 支持民事习惯的原则分量更重

如当事人之间未达成优先适用民事习惯的合意，那么法官显然并不是依据当事人的意思自治将民事习惯优先于民事制定法任意性规范和法定原则的，此时，法官乃是基于《民法典》第11条的授权，在具体个案中进行原则权衡，综合考察法益、价值、理念等因素，在支持民事习惯规则的原则分量重于支持任意性规范的原则或其他法定原则时，优先适用民事习惯。问题在于，原则的权衡是一个高度抽象化的进程，涉及法益、价值、理念等因素的综合考察，如何原则权衡精细化、程序化，从而合理限缩法官的自由裁量权？阿列克西的法律论证理论在这一问题上具有极大的启发意义。根据法律论证理论，若涉及规则R1与规则R2的冲突，那么，支持规则R1的原则P1就不仅需要与支持规则

R2的原则P2进行衡量，还须与一些“形式原则”P3相衡量，这些形式原则中就包括“通过正当权威所制定的规则必须遵守”以及“不得无理由的偏离一贯的法律实践”等原则，当且仅当 $P1 > P2 + P3$ （P3为形式原则），规则R1才能构成对于R2的例外。并且，在具体个案中，原则之间的分量是不同的，即具有“分量的维度”需要进行权衡，因此必须在个案中找到“优先条件”C并建立优先关系，这一公式便变成了 $(P1 > P2 + P3)C$ 。同理，若规则R1直接涉及与原则P2的冲突， $(P1 > P2 + P3)C$ 这一公式也是适用的。依据这一公式，结合案例指导制度，可以对民事习惯优先于民事制定法任意性规范和原则的适用进行类型化和程序化。许多大陆法国家均已经通过判例积累，对公序良俗原则进行了类型化、确定化。如根据西德联邦最高法院的判例，如果被继承人立其情妇为继承人“旨在酬谢其满足自己的性欲或旨在决定或加强这种两性关系的继续”（即C1），那么这种行为通常被认为是违反善良风俗的；相反，如果被继承人具有其他动机，即如旨在给其情妇提供生活保障（C2），则这种行为通常就是有效的。这里涉及公序良俗（P1）与遗嘱自由（P2）的权衡，以公式表达便是 $C1(P1 > P2 + P3)$ 以及 $C2(P1 < P2 + P3)$ 。

民事习惯基于原则权衡可优先适用，条件是在具体个案中支持民事习惯的原则分量重于支持任意性规范的原则和形式原则的分量，用公式表达就是 $C(P1 > P2 + P3)$ 。将公式代入最高人民法院指导性案例第10号“李建军诉上海佳动力环保科技有限公司决议撤销案”中。本案的优先条件（C1）是“封闭公司董事对于股东是否善意已经有了一个较为确定的预期，无需借助职务限制解除权来保护自身利益”，案件涉及的民事习惯（R1）是“公司董事职务在任期结束前得无因解除”，支持其效力的原则（P1）是效率原则和意思自治原则，侧重于维护股东利益、公司的意思自治和交易效率。涉及的民法任意性规范（R2）是“公司董事委托合同因职务授权因素的存在而属无名合同，其任意解除权受限制”，支持其效力的原则（P2）是安全原则，侧重于保护董事利益、商事秩序和交易安全。在《公司法解释（五）》出台之前，通过相关案例累积以及最高法的确认，在“封闭公司董事对于股东是否善意已经有了一个较为确定的预期，无需借助职务限制解除权来保护自身利益”这一优先条件下，效率原则和意思自治原则的分量重于安全原则。也就是说，相较于董事利益、商事秩序和交易安全，股东利益、公司的意思自治和交易效率被认为是更重要的，用公式表达就是 $C1$

($P1 > P2 + P3$)。此时,“公司董事职务在任期结束前得无因解除”这一民事习惯可优先于民法任意性规范而适用。然而,在另一类型案件的优先条件(C2)“公众公司董事对于股东是否善意并不具有确定的预期,且需要通过限制解除权保护自身利益”中,情况则较为复杂。此时,董事利益、商事秩序和交易安全可能被赋予更高权重,即 $C2 (P1 < P2 + P3)$ 。

民事习惯基于原则权衡可优先于民事制定法基本原则适用,条件是在具体个案中支持民事习惯的原则、司法机关的制度性权威和“防止向一般条款逃逸”等形式原则的分量总和,重于民事制定法基本原则以及立法机关制度性权威的分量总和,用公式表达就是 $C (P1 + P3 > P2 + P4)$ 。在“胡永华诉易群华案”中,优先条件(C1)是“古玩交易中卖方仅仅不作为地隐瞒事实,并未以积极的作为使买方陷入认识错误。”本案涉及的商业民事习惯(R1)是“反欺诈,不打假”的行规,支持这一民事习惯的原则(P1)是交易效率和公平原则,在双方之间合理分摊了古玩交易的商业风险,涉及的民法原则是诚信原则(P2),这一原则要求卖方应当合理告知买方交易商品的相关信息。此外,民事习惯基于案例的持续确认而具有司法机关的制度性权威以及“防止向一般条款逃逸”(P3)的支持,而诚信原则则具有立法机关制度性权威(P4)的支持。大量的司法案例表明,在“古玩交易中卖方仅仅不作为地隐瞒事实,并未以积极的作为使买方陷入认识错误。”这一优先条件下,相对于古玩交易中的诚信原则,古玩交易的交易效率和公平被赋予了更高的权重,用公式表达就是 $C1 (P1 + P3 > P2 + P4)$ 。然而,在卖方积极欺诈的类案中,即在“古玩交易中卖方以积极作为方式致使买方对古玩信息产生认识错误并作出意思表示”的优先条件(C2)下,诚信原则相较于公平和效率原则被赋予更高权重,法官一般优先适用诚信原则,认定卖方构成欺诈,用公式表达就是 $C2 (P1 + P3 < P2 + P4)$ 。可见,民事习惯与民事制定法任意性规范、法定原则之间并不存在何者

绝对优先适用的法源地位,需要在具体个案中进行原则权衡以确定其适用次序。

5 结语

民事习惯和民事制定法属于主辅的辩证关系。民事制定法与民事习惯的主辅关系讨论离不开国家—社会这对对立、辩证关系的语境,类型化分析本身即表明远离了简单化概念范式。相较于“民事制定法中心主义”及其封闭的概念谱系,以“辩证的主辅关系”概括之可能更契合情境化范式。辩证的主辅关系是指民事制定法与民事习惯处于双向互动之中,并且民事制定法在这一互动关系中处于主导地位,而民事习惯也发挥着对于民事制定法的能动作用。

参考文献

- [1] 王利明.论民事习惯作为民法渊源[J].法学杂志,2016(11):5.
- [2] 刘作翔.民事习惯作为一种特殊条件下的法律渊源及其在司法中的适用[J].南京大学法律评论,2009年(2):197-198.
- [3] 谢晖.民间法与裁判规范[J].法学研究,2011(2):173-181.
- [4] 彭中礼.法律渊源词义考[J].法学研究,2012(6):49-67.
- [5] 李建伟.论民事习惯的法源位阶[J].中国法学,2022(5):254.
- [6] 雷磊.指导性案例法源地位再反思[J].中国法学,2015(1):276.
- [7] 陈洪磊.民法典视野下我国民事习惯的司法适用[J].政治与法律,2021(4):37.
- [8] 雷磊.习惯作为法源-以《民法总则》第10条为出发点[J].环球法律评论,2019(4):57.

版权声明:©2026 作者与开放获取期刊研究中心(OAJRC)所有。本文章按照知识共享署名许可条款发表。

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



OPEN ACCESS