

# 从“知道”到“同意”：交易习惯相对方主观状态认定研究

于文涛

西南民族大学法学院，四川成都，610041；

**摘要：**国内司法解释对交易习惯作的解释吸收借鉴了《联合国国际货物销售合同公约》第9条对国际商事惯例的规定，也不可避免地像《公约》一样在交易习惯的认定上具有“去主观化”的倾向。通过《公约》第9条第2款的制定历史以及对国际商事惯例与交易习惯的适用范围、法律地位、当事人对二者的认知程度等方面进行比较后发现，国内交易习惯欲发挥其认定事实、解释合同的功能，需要合同当事人明确对交易习惯在合同中的适用是认可或同意的，如此交易习惯才能具有对合同当事人产生约束力的效力来源，而非《合同编通则解释》所规定的“知道或者应当知道”。因此，国内司法解释应当提高交易习惯主观状态的认定标准，即由“知道”变为“同意”。

**关键词：**交易习惯；国际商事惯例；主观状态；知道或者应当知道；认可或同意

**DOI：**10.64216/3080-1486.25.11.083

交易习惯作为调整交易关系的“活法”和“软法”，在合同解释中具有认定合同成立、澄清条款文义、使附随义务具体化等重要作用。在商事交易领域，谈及交易习惯，一个值得深思的问题是在适用交易习惯时，为什么主观状态上只需要交易对方在订立合同时对某一做法“知道或者应当知道”就可以将该做法认定为交易习惯，而无需交易相对人“认可或同意”。令人遗憾的是，目前国内对于交易习惯的研究更侧重于对其功能及适用规则进行探讨，但是对于如何认定交易习惯主观状态以及将“知道或者应当知道”作为交易习惯的主观状态的合理性的探讨较为稀缺。同时在司法层面，交易习惯的认定过程也常为法官所忽略。因此，有必要对交易习惯“知道或者应当知道”的主观状态的来源及合理性予以深入研究。

本文将从交易习惯的概念出发，通过追溯国内司法解释中交易习惯概念的由来，结合交易习惯主观状态在司法实践中认定的现状，讨论以“知道或者应当知道”作为交易习惯主观状态的合理性，并在不合理的情况下寻求合适地解决路径。

## 1 “知情”认定模式：交易习惯的规范溯源与理论争议

### 1.1 “知情”认定模式的来源追溯：交易习惯与国际商事惯例的关系溯源

通过对国内交易习惯的概念进行溯源可以发现，国内交易习惯概念是对《联合国国际货物销售合同公约》

（以下简称“《公约》”）第9条“国际商事惯例”概念的规范移植。诚如学者梁慧星所言，我国《合同法》在很大程度上是以公约为范本制定，在合同法中对于交易习惯的概念很大程度上参照了《联合国国际货物销售合同公约》第9条对于国际商事惯例的规定。特别是《合同法司法解释（二）》第7条第1款在吸收《公约》第9条第2款时直接借鉴《公约》该款“已知道或者应当知道”的实际意义上的主观要件，将“为交易相对方订立合同时所知道或者应当知道”作为认定交易习惯的主观要件。后2023年最高法颁布的《合同编通则解释》第2条对“交易习惯”的解释基本上沿用了《合同法司法解释（二）》第7条的相关规定。

国内交易习惯的概念由国际商事惯例的概念脱胎而来，学界一般认为国际商事惯例具有两个构成要件：一是客观要件，要求必须是一致且反复的行为；二是主观要件，要求“法律确信”。在地位上，国际商事惯例同《民法典》第10条所称的“习惯”一样具有法律渊源的地位，在一般人眼中具有“法律确信”，二者是处于同一位阶的法律概念，而交易习惯则是习惯的下位概念，只是交易领域的惯常做法，不具有法律确信以及像国际商事惯例的高度统一性和广泛适用性。

### 1.2 对“知情”认定模式的来源质疑：关于交易习惯主观状态的理论争议

目前对于交易习惯主观状态的争议主要是针对《合同编通则解释》第2条第2款的地域习惯、行业习惯，因为该条第1款规定的当事人习惯本来就是当事人之间

在交易活动中的惯常做法，当事人对其主观上的同意不言而喻。而该条第2款规定的地域习惯、行业习惯的主观状态目前主要有两种观点：一种观点认为当事人对于此类交易习惯的主观状态应达到“知道或者应当知道”的程度，而无需当事人“认可或同意”。主张该观点的学者主要是从国内外立法以及司法裁判两方面阐述其理由。国内外立法方面，我国原《合同法司法解释（二）》对于交易习惯的概念的解释参照了《公约》第9条第2款的规定；类似的《美国法律整编契约法（第二版）》第220条规定亦将“他方当事人知悉或有理由知悉”作为认定交易习惯的主观状态，以此来认为对交易习惯的适用只需要当事人知悉即可，不需要达到同意的程度。二是从司法裁判层面，有观点认为将“认可或同意”作为认定交易习惯的主观状态，一方面增加了主张适用交易习惯一方的举证责任，另一方面也增加了法官认定交易习惯的难度，还会产生交易对方以不同意适用交易习惯为由任意排除交易习惯的适用而给对方当事人带来不确定的风险。另一观点则认为当事人对于交易习惯的适用需要达到“认可或同意”的程度。主张这一观点的学者主要从尊重当事人意思自治和交易习惯的效力来源两方面阐述其理由。从尊重当事人意思自治的方面，合同法作为私法，其核心便在于应当尊重当事人意思自治，合同权利义务的设定应当尊重当事人的自由意志。交易习惯作为合同条款的补充依据，本质上是对当事人未明确约定的事项的推定，这种推定应当尽可能还原当事人在订立合同时的真实意思并且保护其合理预期，如果仅以当事人在订立合同时“知道或者应当知道”某做法（即便是习惯做法）便将其认定为当事人同意适用，难免会违背当事人的真实意思，更违背了《民法典》尊重当事人意思自治这一基本原则。从交易习惯的效力来源的角度，有观点认为交易习惯之所以能够为合同当事人产生约束力是因为其经过了当事人同意，亦即交易习惯具有的效力更倾向于契约性效力。不同于其他具有的规范性效力的法律条文，一经颁布无需当事人同意便可产生效力。

## 2 交易习惯相对方主观状态认定的多维追问

### 2.1 法教义学之维：《公约》第9条第2款的“应有之义”

#### 2.1.1 《公约》第9条第2款的制定是不同利益相互妥

协的结果

CISG第9条第2款的颁布是不同利益之间博弈的结果。《公约》第9条第2款是由《国际货物贸易统一法公约》（ULIS）第9条第2款修改而来，ULIS第9条第2款规定：“当事人也应受到与他们处于相同情况的通情达理的人通常认为适用于他们合同的惯例的约束。在与本法相冲突的情况下，除非当事人另有协议，惯例应当优先”，在该款之下，当事人同意之外的惯例对当事人也具有约束力。但是由于当时国际贸易中的大多数国际惯例都来自于西方工业发达国家，其内容遭到了主要来自发展中国家和社会主义国家成员的反对和质疑，原因在于，当时大部分国际惯例都是由西方工业发达国家的商事实践中总结而来，发展中国家和社会主义国家的市场发达程度远不及西方工业发达国家，其商人可能并不熟悉这些惯例，惯例的直接适用可能会对自己国家的商人不利；而发达国家则更多地主张不经当事人援引而直接适用商事惯例，以方便交易能够更加高效、快捷地完成。后续该条款历经多次讨论和修改，最终呈现出来的即如今我们所看到的内容。修改后的条款规定国际商事惯例需要满足两个条件才能对合同当事人产生法律约束力：一是客观要件，即在国际贸易中，某做法已为有关特定贸易所涉同类合同的当事人所广泛知道并经常遵守；二是主观要件，要求合同双方当事人已知道或者应当知道。而主观要件的提出正是为了回应发展中国家和社会主义国家怕本国商人因不知道或不了解国际商事惯例而在国际贸易中处于不利地位的问题的担忧。由此可见，CISG第9条第2款中“知道或者理应当知道”的主观要件的提出实际上是联合国国际贸易法委员会为了让该条款能够为更多的国际成员所接受而作出的妥协，其目的并非是为表达合同当事人对于国际商事惯例的适用仅需“知道或者理应当知道”即可。

#### 2.1.2 对《公约》第9条第2款实效的分析

《公约》第9条的规定从表面上看，该条第1款和第2款中“应视为已默示同意”的字眼似乎都在表达一个意思，即国际商事惯例的适用需要经过双方当事人的同意，但是两个条款对于双方当事人主观状态的表述又不尽相同。第一款当事人之间的形成的惯例和确立的习惯性做法毋庸置疑是经过双方当事人明示同意或者通过自己的行为表明其同意，该惯例或者习惯性做法才能对双方当事人产生约束力。而第2款该条款的规定对于

当事人关于惯例适用的主观状态的规定却呈现出一种似是而非的感觉。一方面该条第2款并未完全排除合同当事人对惯例的同意,指出惯例的认定需要经过当事人“同意”,但是此处的同意是“推定地默示地同意”。即只要惯例满足该款规定的主客观两个要件便可以推定为合同双方当事人“默示地同意”该惯例的适用。当事人对惯例的“知道”是一种事实上的状态,可以由当事人举证交易相对人对某一惯例或是做法的适用是知道的,“理应知道”则是一种应然状态,很可能交易相对人实际上对某一惯例或是做法的适用是不知道的,仅凭当事人“知道或者理应知道”再加上“在国际贸易上已为有关特定贸易所涉同类合同的当事人所广泛知道并经常遵守”的客观要件很难表明合同当事人对于国际商事惯例的适用是同意的。由此可见,无论合同当事人同意与否,某惯常做法均可因合同当事人“知道或者理应知道”的主观要件而被适用。使得该款的效力实际上变成了具有强制性的规范性效力,当事人对惯例适用的“同意”实际上“有名无实”。

### 2.1.3 体系解释下《公约》第9条第2款的“应有之义”

如上所言,《公约》第9条第2款对于合同当事人对惯例适用主观状态的规定存在先天缺陷,同时学界亦有很多学者忽视了“同意”对于国际商事惯例认定所起到的重要作用,在不符合“法律拟制”的条件下将其解释为一种“法律拟制”。欲纠正上述错误认识,有必要回到《公约》文本中通过对公约进行体系解释来认清该款的“庐山真面目”。

《公约》第8条第3款强调“在确定一方当事人或一个通情达理的人应有的理解时,应适当地考虑到……当事人之间确立的任何习惯做法、惯例。”根据该款可知,《公约》引入惯例的目的在于为理解、断定当事人的意图提供一种可为裁判者所感知的参考标准,即将惯例设定为一种理解当事人意图的一种客观依据。而如若根据第9条第2款的规定,只需当事人主观上“知道或者应当知道”而无需“认可或同意”便可对推定当事人同意惯例的适用,那么根据第8条第3款的规定,法院或仲裁机构根据此种未经当事人“同意”适用的惯例去理解、断定当事人的意图就更是天方夜谭了。

同时,CISG第18条第3款也强调了当事人的主观意思与惯例的相关性特征,即当事人可以通过“当事人之间确立的习惯做法和习惯……来表示对要约的同意。”

再次将惯例和当事人的主观意图紧紧捆绑在一起。

除此以外,CISG第4条明确排除了关于“惯例的效力”的认定问题,因为该问题被视为通过缔约国国内法才能处理的“保留事项”。《公约》不能赋予惯例以“法律效力”,如是,惯例对于合同当事人的约束力便只能来自于合同当事人同意,但是《公约》第9条第2款在实际适用时却呈现出规范性效力的特征,二者前后矛盾。所以对于第9条第2款最合理的解释便是商事惯例的效力来自于当事人对其适用的同意,这种同意必须是当事人明示或者以自己的行为表示出来的默示同意,而应将当事人“知道或者理应知道”从“当事人明确知悉惯例的存在及具体内容”的角度作为当事人同意的前提条件。

综上所述,《公约》中关于商事惯例的表述从未与当事人同意这种主观意志所割裂开来,第9条第2款不可能也无理由抛弃当事人同意这一决定着当事人是否同意受惯例所约束的关键要素。仅凭当事人“知道或者理应知道”加上客观要件的满足就推定当事人对惯例适用“默示的同意”并非《公约》的应有之义。只是在制定之初为了回应不同阵营的国家的诉求,从而使该条款获得更多国家的接受而增加了“知道或者理应知道”这一主观要件,对于该款中当事人的主观状态的认定最终应当是“同意”而非“知道”。

## 2.2 问题回应之维:国内交易习惯与国际商事惯例的土壤差异

### 2.2.1 国际商事惯例在“去主观化”倾向下所显露之问题

承前文所述,由于法律作为外部规范很难评判当事人的主观心理,所以美国《统一商法典》与《公约》便欲通过将惯例的认定标准客观化来纾解上述问题。以美国《统一商法典》在全美粮食行业协会仲裁实践中的适用情况为例,美国芝加哥大学教授伊丽莎白·伯恩斯坦曾表示“在仲裁时,仲裁机构往往不允许适用未经当事人明示同意的习惯性做法,即便这种做法已经为当事人所熟知”;“裁判者往往从严格意义上来解释当事人的合同,不允许习惯性交易规则有超出合同字面含义来对当事人产生约束力。”由此可知“去主观化”倾向下的国际商事惯例的认定使得其在商事实践中的适用更加艰难。

### 2.2.2 国内交易习惯在“先天不足”状态下同样适用困难

如上文所言,国内司法解释对于交易习惯的概念的

规定也呈现出一种“去主观化”的倾向，在实际的认定过程中存在认定过程直接被忽略或仅机械引用法条等问题。但是与国际商事惯例在认定过程中裁判者对其适用采取更加审慎的态度不一样的是，国内裁判文书对于交易习惯主观认定呈现出一种任意性的特点，对于具体的认定过程视若无睹或一笔带过，而对所应具备的要件在所不问，如此使得国内交易习惯的认定相比国际商事惯例存在更大的问题。未经当事人同意适用的交易习惯在裁判中既有可能被滥用，也有可能被逃避适用，增大了法官擅断的风险。

### 2.2.3 二者在适用上的土壤差异

国内司法解释对于交易习惯的概念是吸收参照联合国

《公约》第9条来制定的，所以有必要将《公约》整体作为背景来探讨第9条的适用，同时通过对比国内交易习惯与《公约》第9条国际商事惯例在位阶上的差异来阐明二者之间的区别。

《公约》是由联合国国际贸易法委员会为了促进国际货物销售领域法律的统一而制定的一部公约。《公约》调整的范围主要是国际货物买卖合同，也就是说不属于货物买卖的合同不受公约调整。同时，《公约》第2条、第3条明确排除了以部分债券、电力、船只船舶、飞行器等为标的物的销售合同的适用，也排除了以拍卖等作为销售形式的销售合同的适用以及劳务、服务合同的适用。因此，并非所有的国际货物销售合同都受《公约》调整，《公约》第9条关于国际商事惯例的认定的条款自然也不能被上述种类的销售合同所适用。而国内交易习惯则不然，只要不违背法律、行政法规的强制性规定以及公序良俗，满足适法性要求，某一做法或习惯便具有被认定为“交易习惯”的资格。在上述《公约》国际商事惯例无法适用的销售合同种类，国内交易习惯却可以适用。同时，由于国际货物买卖自身具有货物体量大、运输距离长、风险较大的特点，《公约》更加注重与对于交易过程中合同订立、运输、保险、支付等环节的调整，而交易习惯的调整范围显然更加广泛。

除此以外，在地位上，国际商事惯例具有法律渊源地位，一个做法或者习惯欲被认定为国际商事惯例，在主观上必须具有“法律确信”的主观要件；从位阶上看，国际商事惯例应当于我国《民法典》第10条所称的“习惯”是同一位阶；在效力上，《公约》第9条第2款规定的国际商事惯例在实际上更倾向于规范性效力。并且

为促进国际贸易的便捷高效地进行，国际商事惯例的发展也呈现出向着专业化、统一化、体系化的方向发展，并且有权威的专门机构定期对国际商事惯例进行整理与总结，以适应国际贸易发展的需要。最著名的国际商事惯例便是国际商会（ICC）于1936年制定的《国际贸易术语解释通则》，自制定之后到如今已经经过了9次修订，平均每10年修订一次，其始终以统一解释、减少争议为核心，通过技术更新和规则细化回应国际贸易实践需要，目前最新的版本是国际商会在2020年总结出的11个贸易术语。这足以说明国际商事惯例不仅在国际贸易实践中被总结，并且与时俱进，不断适应国际贸易发展的需要。而“交易习惯”作为“习惯”的下位概念，在实践中主要起到认定事实、解释合同的作用，其本身不具有法律渊源的地位，其效力来源于合同当事人主观上的“认可或者同意”，从本质上来说，其效力种类是契约性效力。与此同时，与国际商事贸易不同的是，国内交易习惯缺乏权威、专业机构的统一整理与编撰，具有广、杂、散、乱等特点，合同当事人仅能通过交易实践来摸索相关领域的交易习惯，一方面，主张认定交易习惯的一方当事人难以证明某一做法是领域或行业的交易习惯；另一方面法官也难以通过查询、检索等方式查明是否存在交易习惯。如此，合同当事人在订立合同时便应当采取更加审慎的态度来决定是否适用交易习惯。

### 2.3 “同意”认定模式的提出：交易习惯相对方主观状态认定的应然路径

国内交易习惯欲发挥其认定事实、解释合同的作用，必须在主观状态上有所改观，仅通过当事人“知道或者应当知道”的交易习惯来推定合同当事人的主观意思，是无法推知当事人的真实意图的，欲凭借该意图去解释合同更是天方夜谭。所以有必要提高交易习惯主观状态的认定标准，一方面纾解交易习惯在司法实践中的认定困境，另一方面更正交易习惯在合同中被适用的效力来源，再者便是使交易习惯能够更好的发挥解释合同的功能，为交易习惯在商事实践中的适用提供更强的正当性基础。

以“明知或者应当知道”作为交易习惯的主观要件使得交易习惯在适用中存在两种困境，或因为缺乏当事人明示或默示地同意而被严格限制其适用，或被法官在司法实践中直接忽略或一笔带过而随意认定，而以“同

意”作为交易习惯主观状态或许可以同时纾解以上困境。一方面,经过当事人“同意”适用的交易习惯可以打消裁判者应交易习惯的适用缺乏当事人同意的意思表示而对其加以严格限制,使得交易习惯在商事实践和司法实践中都能够正常适用,发挥其应有的价值;另一方面,将“同意”作为交易习惯适用的必要条件可以防止法官根据其自由心证原则怠于认定或擅自决断,“同意”作为主观要件使得裁判者在认定时负有了更大的审查义务,不仅仅是审查合同当事人对于交易习惯的内容是否知道并且还要审查合同当事人是否同意交易习惯的适用,在一定程度上减小了裁判者在认定时自由裁量权。因此,将“同意”作为交易习惯主观状态有助于纾解其在司法实践中的认定困境。

从效力来讲,学界普遍认可当事人对交易习惯的认可或同意是交易习惯能够对合同当事人产生约束力的基础或前提。交易习惯本身所具有的效力应当是契约性效力,而由于司法解释“去主观化”的表述使得交易习惯在商事实践中适用时具有了一定程度的规范性效力的色彩,《最高法关于合同编通则司法解释的理解与适用》也指出“交易对方对交易习惯的认识仅限于‘知道或者应当知道’,而不能强化为‘同意、认可’。只要交易对方知道或者应当知道知道该惯常做法,就不能以不同意、不认可为由排斥这种惯常做法的适用。”然而问题在于,能够被行业或者地域反复实践而保留下来的惯常做法在未经当事人同意的情况下适用,虽不一定造成不公平的后果,但是却违背了当事人订立合同时的真实意愿,这显然与《民法典》尊重当事人意思自治的基本原则背道而驰。同时,仅有一方同意,而另一方仅是“知道或者应当知道”而得以适用的交易规则在效力来源上也会存在瑕疵。所以,只有在合同双方当事人都“同意”交易习惯的适用的情况下,交易习惯对合同双方当事人产生约束力才具备正当性基础。

再者,欲凭借交易习惯来解释合同,其前提必须是交易习惯的适用能够反应合同当事人订立合同时的真实意图,如此,便需要合同当事人在订立合同时对交易习惯的适用达成合意,即双方均要同意适用交易习惯,并且双方当事人均要清楚交易习惯的具体内容,方能发挥交易习惯认定事实、澄清合同文义的作用。仅凭一方主张适用交易习惯、另一方仅“知道或者应当知道”难免会对未同意适用交易习惯的一方产生不公平的效果,也难以以此来推定当事人的真实意思,故而双方当事人

对适用交易习惯的“同意”是发挥交易习惯认定事实、解释合同的功能的前提。

综上所述,有必要提高交易习惯主观状态的认定标准,使其在商事实践以及司法实践中更好地被认定和适用,从效力来源上回归到合同当事人的“同意”,在功能上更好地发挥认定事实、解释合同的作用。

### 3 交易习惯相对方主观状态认定的双向修正

交易习惯是交易主体在长期交易实践中的经验总结,在交易过程中适用交易习惯能够有效降低磋商成本。但是交易习惯在当前司法实践中存在被裁判者严格限制适用或者任意适用的问题,欲从根源解决问题,必须将当事人“同意”作为交易习惯主观要件在法律规范中加以体现,使得当事人“同意”成为交易习惯适用的法定前提条件之一,以便更好地发挥交易习惯制度自身的效用。本文将从立法论与解释论两个视角来对交易习惯相关规定进行解释以期解决上述问题。

#### 3.1 治本之策:以“知道”为前提,以“同意”为条件的规范修改

从立法论视角来看,可以对《合同编通则解释》第2条交易习惯主观状态进行修改从而达到当事人“同意”的效果。如将《合同编司法解释》第2条原文修改为“在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道并认可或同意的做法”。

此处的“知道”是当事人同意适用交易习惯的前提,从当事人对交易习惯的了解程度的不同可将其分为“抽象地知道”和“具体地知道”:“抽象地知道”是指当事人仅是知道交易习惯的存在而并不一定明确具体地知道交易习惯的具体内容;“具体地知道”是指合同当事人不仅知道某一交易习惯的存在,并且也了解交易习惯的具体内容。为使修改之后的司法解释条文达到当事人“同意”之效果,笔者认为,在交易习惯的具体的适用情形中,原则上应当要求交易对方不仅知道交易习惯的存在而且需要明确具体地知道交易习惯的内容,如此合同当事人在适用交易习惯这一事项上才能形成相对均衡的地位,交易习惯对合同当事人的约束也才能更具正当性。同时,基于《民法典》尊重当事人意思自治的原则,也应当尊重合同当事人在对交易习惯“抽象地知道”的情形下决定对交易习惯进行适用的意愿。从一般理性人的角度来讲,合同当事人对于订立合同的相关事

项应当持有审慎态度,即须在了解交易习惯具体内容的情况下对是否适用交易习惯做出决断,但若当事人未经审慎思考在不知道交易习惯具体内容的情况下适用交易习惯,由此带来的交易风险或损失理应由未尽审慎义务的当事人自己来承担。

在“知道”基础上的“同意”既可以是明示同意,也可以是默示同意,但是默示同意必须以交易对方作出积极的、愿意受交易习惯约束的行为为前提。沉默或者缄默原则上都不能被认定为交易对方愿意适用交易习惯,但是法律另有规定沉默或者缄默视为合同当事人同意的除外。

### 3.2 治标之策:对“知道或者应当知道”进行细化解释以达“同意”目的

从解释论的视角来看,通过对《合同编通则解释》第2条第2款中的“知道”和“应当知道”分别进行解释,使其最终能够达到双方当事人“认可或同意”的状态亦不失为一条可行之道。

对“知道”的解释:根据《合同编通则解释》第2条的规定,当事人在知道某一做法在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用的事实状态之下,对于交易习惯是否适用的做出的意思表示大体可分为三种情形:一是明确表示同意适用交易习惯,这自然是交易习惯能够被适用的最理想的情形,无需赘述;二是合同当事人未明确表示同意,但也未提出反对意见,笔者认为,在订立合同时当事人在知道交易习惯具体内容的情形下未明示排除该交易习惯的适用,表明当事人对此至少是接受的状态,以此推定为当事人默示地同意对该交易习惯的适用既符合交易实践中一般理性人的逻辑,对于交易当事人而言也并不算强人所难,能够达到当事人“同意”的效果;除此以外,当事人未明确表示同意,但是其履行合同主要义务的行为符合交易习惯的,也可以推定为同意交易习惯的适用。相反,如果交易对方在知道交易习惯具体内容的情况下明确排除交易习惯的适用或对合同主要义务的履行行为不符合交易习惯的,当然不能认定为其同意适用交易习惯。

对“应当知道”的解释:对于交易对方处于“应当

知道”的主观状态下该惯常做法被认定为交易习惯应当严格限制。原因在于,“应当知道”是一种应然状态,是法律拟制的立法技术所推定的“知道”,处于“应当知道”状态下的当事人很可能在事实上并不知道这一惯常做法,故笔者认为,应当对合同当事人“应当知道”的情形进行归纳和总结,增强该条款在实践中的确定性和可预测性,才能更好地保障交易习惯的公平适用。具体而言,主要有以下三种情形:一是合同当事人约定或者根据合同内容可以推定交易对方当事人有义务知道该交易习惯的具体内容;二是经主张适用交易习惯方举证,有证据证明交易对方知道该交易习惯;三是法律规定的可以推定交易对方“应当知道”的情形。对于该主观状态下对于交易习惯认定或适用的严格限制应当包含两个方面:一是在适用情形上的严格限制,以免当事人滥用这种推定的“知道”;而是在程序上也应当严格限制,即由主张适用的一方当事人进行充分举证来证明合同当事人之间存在上述情形,且证明标准应当达到高度可能性,才能将其认定为交易习惯。

### 参考文献

- [1]王瑞阳.商事交易习惯的司法适用研究——以《合同编通则司法解释》第二条为中心[J].河南财经学刊,2024,38(06):69-74.
- [2]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[J].南大法学,2024,(02):1-16.
- [3]宋阳.论国际商事惯例(习惯)中的主观要素[J].环球法律评论,2019,41(02):176-192.
- [4]左海聪.论《联合国国际货物销售合同公约》中商事惯例的规范性效力——基于公约第9条第2款的分析[J].法学评论,2017,35(02):114-125.
- [5]梁慧星.合同法的成功与不足(上)[J].中外法学,1999,(06):13-27.

西南民族大学2025年大学生创新创业训练计划项目-创新训练项目“寻找数据市场中的交易规则:数据交易规则的认定与适用”(S202510656061)