



私法文库
Civil Law Series

论合同解释的外部资源

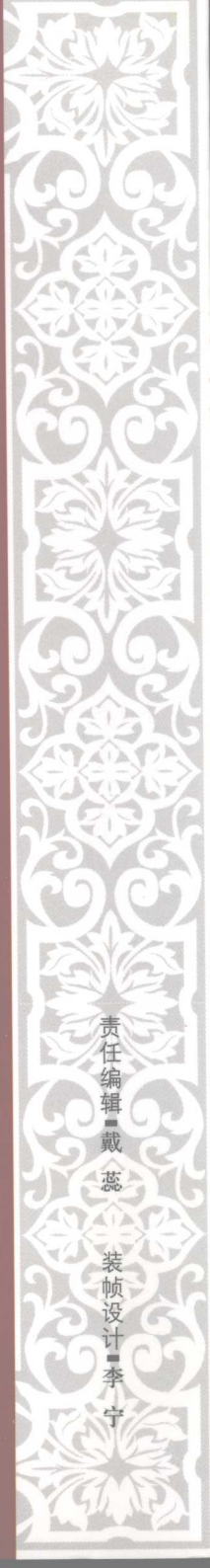
雷继平
著

LUN HE TONG JIE SHI DE
WAI BU ZI YUAN

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

■ 没有探询就不可能确信。

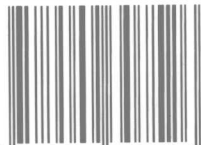
—— 斯坦利·费希



责任编辑 ■ 戴蕊

装帧设计 ■ 李 宁

ISBN 978-7-5093-0752-6



9 787509 307526 >

定价：30.00元



私法文库
Civil Law Series

论合同解释的外部资源

雷继平 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

论合同解释的外部资源/雷继平著. —北京: 中国法制出版社, 2008. 10

(私法文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0752 - 6

I. 论… II. 雷… III. 合同法 - 研究 - 中国 IV. D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 140385 号

论合同解释的外部资源

LUN HETONG JIESHI DE WAIBU ZIYUAN

著者/雷继平

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2008 年 11 月第 1 版

印张/12 字数/246 千

2008 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0752 - 6

定价: 30.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66065921

邮购部电话: 66033288

■ 作者简介：

雷继平，1970年生于湖北罗田县。湖北师范学院文学学士，中国政法大学法学硕士。1995年至今在最高人民法院从事司法审判工作，期间曾赴英国伦敦大学亚非学院学习国际私法获文科学硕士学位（MA），并在京攻读北京大学民法学博士获博士学位。工作和研究涉及的主要领域有合同法、担保法、公司法。



序

理论与实践的鸿沟，在民法理论和民法实务之间表现得特别明显。

二十多年前，我代理的第一个民事诉讼案件是有关一辆破汽车的买卖合同纠纷，我的委托人是一个可怜兮兮的个体户。诉讼过程中，恰逢我儿子出生，我的当事人竟拎着一只活的老母鸡到医院来探望，并恳求我一定要帮他把官司打赢。双方争议焦点是对一纸皱巴巴的、字迹潦草的合同某个条款的理解。我当然极其认真地办案，而且自认为把道理想得和讲得很透。审理此案的法官是一个从部队转业年轻人，态度也极其认真。那时的法官没现在的法官那么讲究程序，也没学会搞腐败什么的，所

以会很坦然地一个人骑着自行车跑到当事人家里做思想工作。一天晚上，那个年轻法官忽然乘公交车并且走很远的路找到我在学校临时借住的宿舍，说是来谈案子。两人意见不合，脸红脖子粗地争吵到深夜，完全不顾我刚出生几天的儿子在旁边小床上哭哭啼啼。法官走后，我有些内疚：人家好心来做调解工作，我的态度是不是过于粗暴了？但心中仍然怒气难平：什么鬼法官，一口一个“我们司法实践”如何如何，根本不理睬我精心组织的理论的科学性与严谨性。事情的结果是：虽然我收下了老母鸡并且在法庭上表演出色，但本案判决下来，我方仍然败诉。从此以后，只要偶然在什么场合看见那个年轻法官，我便会朝他投去愤怒的一瞥。

二十多年过去了，当事人再也不会把活着的老母鸡送给律师，法官也肯定不会骑着自行车跑到律师家里去又吵又闹地讨论案子，而引起争议的合同条款，当然也不会是用圆珠笔写在一张皱巴巴的破纸头上的歪歪扭扭的文字。但是，面对双方当事人理解不同的合同上的字句，法官又是怎样为自己的判断寻找理由和依据的呢？他们会不会依旧是一口一个“我们司法实践”呢？

我常常以为理论和实践在二十多年间的同时进步已经开始逐步填平两者之间的鸿沟，但却常常在和法官讨论问题的时候发现这一鸿沟其实仍然很深很深，尽管现在的法官不同于那个从部队转业的年轻人，他们或者是我们的学生，或者是我们的校友。可是，在好多具体问题上，我们和他们仍然常常难以展开真正的交流，即便是我亲手带出来的博士毕业生，只要他是法官，只要所谈论的是具体案件，则也完全有可能在最基本的问题上发生根本分歧。此时，学生碍于情面，只能微红着脸支支吾吾；我也碍于

师道尊严，只能微红着脸转开视线而言其他，但心里却是恨得咬牙：就这么个简单的道理，怎么就整不明白呢？

当然，一旦有了争端，总得两边检讨。就学者一边，坐而论道的讨人嫌的迂腐品质有可能一辈子也改不了，但就法官一边，拿“我们司法实践”来掩盖知识或者理解能力的贫乏常常也是最让人受不了的坏习惯。不过，撇开学者与法官的宿怨，我倒认为，主要责任依法应当判令由学者承担。

原因在于，成文法规则实在太抽象太原则，在法律的解释和运用上，只要学者未能向法官传递真正有用的足够的信息，或者没有找到真正有效的方法让法官理解和接受这种信息，则法官就很难做到不去从“我们司法实践”中直接找寻解决问题的方法。

而在民法的法律解释领域，合同解释规则的解释有可能是最深奥的一种。有关合同的解释，我国《合同法》第125条规定了“文义解释、整体解释、习惯解释、目的解释和诚信解释”五种方法，但是对于如何理解和运用这些听起来头头是道的方法，立法者照例是无需交待或者交待不清楚的。凭借这样一个空泛的条文，法官“依法办案”的可能性是很小很小的。因此，需要学者去对这些解释方法进行解释。但是，尽管很多大陆法学者就合同解释规则的解釋或者合同解释阐述过很多宏大的理论，但过分严谨的逻辑推论和抽象化偏好常常脱离社会实际和司法实际。与此同时，如果不对“意思主义与表示主义”、“客观主义与主观主义”等一系列高不可攀的同时又犬牙交错的各种学说与实务问题进行整合，则理论在实践中如何运用以及好用不好用，仍然是成问题的，而最终的结果则有可能仍然是理论归理论，实践归实践。在这一方面，以崇尚经验和看重务实而著称的英美法的理论，倒有可能

更为实在和好用。但遗憾的是，英美法的东西和我们思路不同，表达也很奇怪，传达者稍有不慎，便会让人堕入迷雾，不得要领。而且，无论大陆法还是英美法，理论再高妙，如果缺少按照中国司法实务需要所作的融会贯通，恐怕也是难以真正产生令人满意的效果的。

好在我指导的博士研究生、本书作者雷继平法官同时具备大陆法、英美法和司法实践三个方面的良好训练和素养，因此，我有充分的理由将他花了好几年时间所写的这本有价值的著作推荐给大家。

如果那位我一直很想念的年轻法官现在还在当法官，我也很愿意把这本书买来送给他读一读，然后一起到重庆瓷器口的农家小院消消停停地喝杯茶，讨论讨论二十多年前我代理的那个案子究竟应当败诉还是胜诉。

是为序。

尹田

2008年10月29日于北大陈明楼

内容摘要

合同解释的“外部资源”是对英美法合同解释论著中“extrinsic resources”一语的直译，是指合同文本之外能够用来辅助辨明合同意义或填补合同漏洞的依据。外部资源这一概念的确立是建立在对合同文本与文本之外辅助合同解释的资料进行区分并且在解释功能和解释规则上区别对待的前提之上的。当然，合同文本与外部资源是否应予区别对待，学理上有不同的观点，而这些不同观点产生的原因源于对合同解释的概念、目的和功能的不同立场。本文以英美法、大陆法和我国的立法和学理为例证，能够得出对合同文本与外部资源区别对待比不予区别更为优越的结论。不仅如此，区别对待还具有保

护交易安全、鼓励当事人慎重缔约、降低合同解释的司法成本、保护第三人利益等实践价值。并且这种区分的理念在大陆法系合同解释理论、立法、解释规则设置中得到了体现。根据美国立法的总结,合同解释外部资源主要包括履约过程、商业往来、交易惯例、任意性法律规范以及诚信原则。而根据英美国家的立法和判例,除非在特定情形下,当事人自己关于其主观意图的自述以及在书面合同缔结之前合同磋商过程的证据不能作为解释合同的资源。当然,合同解释的外部资源与合同文本之间的区分不是绝然的,合同关系的形成离不开外部资源,而文本意义的确定也有赖于对合同文本和外部资源的循环探求。

合同解释需要借助外部资源有客观方面的原因,由于合同语言的局限性、同一词语在不同词典中可能具有不同的含义、地方性惯例的影响以及司法审判中对合同价值再评判等因素,可能导致对孤立的合同用语不能准确赋义。而且,就合同当事人而言,出于谈判成本的考虑、自身利益的考量、维持交易关系的期望甚至规避政府政策等主观原因,无论是选择简单合同还是复杂合同,就合同内容而言都可能是不完整的,因而必须借助外部资源来发现合同的意义和填补合同的漏洞。此外,外部资源引入合同解释也是合同解释理论长期发展的要求。在是否应维护书面合同绝对地位的问题上,普通法经历了长期的挣扎,在外部资源引入的问题上,有关制度也经历了从绝对禁止到形式主义解释理论所主张的分步引入乃至当代语境主义解释理论所主张的应无限制地接受外部资源的过程。

外部资源在合同解释中扩张的趋势源于客观主义解释理论的退却和主观主义解释理论的勃兴。虽然在理论上处于劣势,但现

阶段美国司法实践中仍然是基于客观主义理论的形式主义解释方法占主导地位。这种解释方法主张外部资源应该经过严格的程序规制才能作为合同解释的依据,这通常包括三个层次,首先通过审查争议文件四角之内所包含的语言来确定当事人的意图;如果达不到目的,应运用合同解释规则对当事人的意图进行发掘和推导;如果仍不达目的,则要求借助于以口头证据规则和平义规则构筑的极为繁琐的先决机制,以判断合同内容是否完整或者意义是否清晰,并相应地引入补充性外部资源来解决合同完整性问题同时以解释性外部资源来解决合同意义含糊的问题。对此,大陆法系合同解释制度设计虽不如英美法不厌其烦,但其在解释方法和规则整合上更具逻辑体系,并且后者在具体解释规则以及解释规则所蕴含的由当事人意思表示的直接载体向间接资料伸展的解释过程,在精神上与前者是一致的。

从上个世纪中叶起,以《统一商法典》、《第二次合同法重述》为契机,主观主义理论在美国合同立法上取得了上风。其基本主张是合同解释主要不是探询文本的客观含义,而是探询当事人的共同意图,任何词语离开一定的语境就没有确定的意义。在外部资源引入的问题上,他们相应提出了语境解释模式,主张无区别地引入外部资源,即合同内容不完整和意义含糊不是允许引入外部资源的前提条件,相反,对合同内容是否完整或者意义含糊的判断应通过引入外部资源来作出,并应以相同的外部资源来解决内容不完整和意义含糊的问题。语境解释模式发展和摒弃了形式主义模式据以作为基础的由口头证据规则和平义规则构筑的先决机制。对该主张虽有批评的声音但在理论上得到了广泛支持,司法实践中虽有激进的法官积极追随但并未取得绝对的优势。两

种解释理论的论争可谓是当代美国合同解释制度中最值得描绘的图景，纷争的原因在于以严格的形式主义来维护交易的稳定和解释结果的可预测性与探求当事人真意以维护交易公平的价值分歧，其中更为深层的原因可能在于当代语言哲学的发展、美国现实主义法学运动的蓬勃。有趣的是，在大陆法系合同解释理论中同样呈现出意思主义与表示主义的抗争，并且呈现出由表示主义到意思主义而最终复归表示主义——与英美法恰恰相反的趋势。

英美法院由于存在裁判权在法官和陪审团之间分配的制度设计，而法官审理和陪审团审理实际又是法律问题和事实问题的同义反复，这给外部资源引入的性质增加合同解释权限分配的意义。虽然在理论上外部资源引入作为合同解释的核心部分其性质在法律与事实的二分法中主要应属于事实问题，但由于顾及陪审团对商业规则缺乏了解、对弱势一方容易产生同情心以及陪审团审理增加司法成本等问题，形式主义模式不惜将外部资源引入的决定权扭曲为法律问题以达到将其交由法官裁决的目的。理论上的扭曲势必造成实践中的矛盾，为了平衡和协调这一矛盾，学者们提出了极端的和折衷的两种方案。跳出现实制度的羁绊，由于对司法政策、理论协调以及合同法中意思自治、履行效力、利益再分配等三大价值因素的不同考量，对外部资源引入权限的分配均有不同的结论。对照大陆法系，合同解释问题的性质对诉讼程序设计、合同解释权范围的确定等问题产生着重要影响，同样在大陆法理论上也产生了事实说、法律说的论争，相对而言，折衷说则在理论上和实践中更为周全。

外部资源所具有的解释和补充合同的功能，自不待言。更为重要的是，合同解释中是否引入外部资源以及引入外部资源的类

型不同,合同解释的结果可能大相径庭。也正因为如此,外部资源引入的不同模式给合同当事人提供了影响和控制合同解释结果的机会。通过在合同中安排合同吸收条款、禁止口头修改条款、管辖法院和准据法的选择条款以及对典型法律工具的选择,当事人可以事前选择在预期的合同解释中是否准许引入外部资源,或者选择让在外部资源引入模式偏好方面有利于自己的法院来解释合同。另一方面,法院在合同解释时,可以事后运用惩罚性任意性条款来建立指导当事人缔约的警示机制。

在许多法律制度中,对合同的解释和补充被认为是一个多层次的过程。按照传统的外部资源引入模式,为了确定当事人意思表示,合同条款是最重要的因素,随后则应依次求助于履行行为、商业往来以及交易惯例,实体法上的任意性规范则只有在求诸上述其他资源均告失败的情况下才有意义。有时,合同的含义既不能通过构成事实上的合同的各个元素也不能通过使用任意性规范来确定,在这些极端的情况下,合同中所存在的漏洞需通过参考有关理性的一般标准和诚信原则来填补。因此,在各项解释资源之间存在着由特殊到一般、由具体而抽象的顺位关系。在通过上层资源能够找到答案的情况下就不能借助下层资源;如果不同顺位的资源导致相互矛盾的结论,居于上一层次的资源优先。但是,如果从语境主义解释模式观察,传统的顺位结构受到了动摇,并且呈现出逆序的态势,这一点可以从合同解释规则的实际运用以及当事人的缔约倾向中得到证明。逆序顺位结构虽然打破了合同解释的传统的形式和程序,但是,在存在潜在缔约地位不平等的现代商业社会中却更有利于保护合同自由、反映当事人的真实意图以及促进公平与等价交换。大陆法系虽然不存在合同解释外部

资源的概念,但由于成文法解释与合同解释的相通性,在两大法系之间仍然可以就解释顺位问题进行比较研究。实际上,在合同解释学、民法解释学以及法律解释学上,大陆法系理论均认可解释规则的顺位关系,由于不同的解释规则通常与特定的解释资源相对应,因此,又从另一个意义上也印证了解释资源的顺位关系。

关键词: 合同解释、外部资源、引入机制、功能、顺位结构

On the Extrinsic Resources of

Contract Interpretation:

Lessons Drawing from the US Law

Abstract: “Waibu Ziyuan” of contract interpretation is the literal translation of “extrinsic resources” in the Anglo – American law literature on contract interpretation. It refers to the resource which is independent of the text of the contract, and which may be relied upon to interpret the meaning of the contract or to fix the loopholes in the contract. The notion of extrinsic resource is based upon two assumptions. First, there is a distinction between the text of the contract and the materials that are independent of the text and help with contract interpretation. Second, there is a distinction between interpretation functions and interpretation rules. Of course, there are various views as to whether the text of the contract and the extrinsic resource should be distinguished. The difference between the views stems from their varying understandings of the concept, aims, and functions of contract interpretation. This dissertation considers the legislation and legal theories prevailing in the common law jurisdictions, continental law jurisdictions, and in China, and comes to the conclusion that the approach that distinguishes be-

tween the text of the contract and the extrinsic resource is superior to one that does not. The former approach has the advantages of, for example, ensuring transaction security, encouraging the parties to act prudently when entering into a contract, reducing the judicial costs of contract interpretation, and safeguarding the third party's interests. Moreover, it is reflected in the theories, legislation and rule setting with respect to contract interpretation in continental law jurisdictions. The US legislation concludes that the extrinsic resource of contract interpretation includes the elements of course of performance, course of dealing, trade usage, good faith, and default rules. Relevant statutes and case law in the common law jurisdictions, however, exclude the contracting parties' statements on their intents, and evidence in relation to the pre-written contract negotiations from extrinsic resource, unless under prescribed specific circumstances.

However, the distinction between the extrinsic resource of contract interpretation and the text of the contract itself is not an absolute one. The formation of contractual relationships is linked closely to the extrinsic resource. The determination of the meaning of the text depends on the pursuit of both the text and the extrinsic resource. Objective reasons that explain the reliance of contract interpretation on the extrinsic resource are many. They include the limitation of the language(s) used by the contract, the different meanings of a word in different dictionaries, the impact of local customs, and re-assessment of the contract's value in the judicial process. On top of these objective reasons, the contracting parties may be constrained by many other subjective considerations,