

XIBUDAKAIFAZHONG
HETONGJIUFENYANJIU

交易风险的 成因 防范及救济

西部大开发中
合同纠纷研究

李少伟 王延川 著

陕西人民出版社

交易风险的成因、防范及救济

——西部大开发中合同纠纷研究

李少伟 王延川 著

陕西人民出版社

前 言

从一种意义上讲，“市场经济是交易经济”，而交易的法律形式是合同；从另一种意义上讲，“市场经济是法制经济”，而对作为交易形式的合同的法律规制手段则主要表现为合同法律制度。因之，研究交易风险的成因、防范及救济，自然应是以合同及其法律制度为研究对象。

随着国家西部大开发政策的推行，西部地区社会经济获得了前所未有的发展。可以看到的是，交易的活跃一方面推进了地域经济的发展；另一方面交易中亦存在诸多问题，且尤以交易风险为甚。研究交易风险问题，自然离不开现实生活中交易风险的诸多状况，如此之研究，才具有针对性并体现理论服务于实践的功能。

基于上述理由，我们以“交易风险的成因、防范及救济——西部大开发中合同纠纷研究”为题申报了 2005 年“陕西省教育厅专项科研计划资助项目”，获得批准立项。我们的研究分为两部分，即学理研究和判例研究，前者旨在对交易风险的成因、防范及救济进行理论探析，后者旨在对涉及交易风险的判例进行实证研究。我们研究的逻辑思路是：通过对交易风险成因的分析、揭示，探讨防范风险的对策、措施；在交易风险业已发生时，如何使受到损害的利益获得有效救济。

但愿我们的研究成果能够为相关理论研究增添些许枝叶，为减少交易风险有所助益。

作 者

2005 年 远月

目 录

学理研究篇

第一章 交易风险概述.....	(猿)
第一节 交易风险的概念.....	(猿)
第二节 交易与风险的关系.....	(猿)
第三节 交易风险与合同法.....	(猿)
第二章 交易风险的成因：不完备合同理论.....	(猿)
第一节 交易风险成因的经济学分析.....	(猿)
第二节 交易风险成因的社会学分析.....	(猿)
第三节 交易风险成因的法律分析.....	(猿)
第三章 交易风险的防范.....	(猿)
第一节 确立合同信守理念.....	(猿)
第二节 恪守诚实信用原则.....	(猿)
第三节 构建交易安全制度.....	(猿)
第四节 强化对弱势主体的倾斜保护.....	(猿)
第四章 交易风险的救济.....	(猿)
第一节 交易风险分配的原则.....	(猿)
第二节 交易风险的救济措施.....	(猿)
第三节 对消费者的特别救济.....	(猿)

判例研究篇

第五章 买卖合同的交易风险分析.....	(猿)
----------------------	-----

制药厂与房地产开发公司、城市建设开发总公司房屋 买卖合同纠纷案	(页码)
金盛房地产开发有限公司诉乐家置业公司、福茂地产 发展集团有限公司返还购房款纠纷案	(页码)
陈芳诉华安公司商品房买卖合同纠纷案	(页码)
赵泉与李万林、利民经济合作社买卖合同纠纷案	(页码)
王家平诉李庆安房屋买卖纠纷案	(页码)
李军等人与建筑工程公司、乡镇企业供销公司房屋 买卖合同纠纷案	(页码)
发展银行某市支行与某市天意房地产开发有限责任公司、 奉天集团有限责任公司预售商品房买卖合同纠纷案	(页码)
东南橡胶厂诉农业贸易总公司、机械(集团)股份 有限公司买卖合同案	(页码)
大地房地产开发有限责任公司诉何平商品房买卖合同 纠纷案	(页码)
李双与王南、赵艳玲股权转让纠纷案	(页码)
第六章 承包合同的交易风险分析	(页码)
富民农业有限责任公司与张广军农业承包合同纠纷案	(页码)
秦家镇友谊村村委会与刘玉红承包合同纠纷案	(页码)
伊伊县人民政府与伊伊建筑工程公司工程承包合同 纠纷案	(页码)
张锦春诉盛源有限责任公司承包合同纠纷案	(页码)
朱成林与伊镇政府承包合同纠纷案	(页码)
李霖、何洁诉赵伟、赵广志承包合同纠纷案	(页码)
第七章 建设工程合同的交易风险分析	(页码)

基建公司诉第六建筑公司拖欠工程施工款纠纷案	(猿缘)
.....	
王某诉东方实业有限公司与康龙建筑工程公司支付	
材料款纠纷案.....	(猿猿)
第八章 拆迁安置合同的交易风险分析.....	(猿猿)
李志雄与伊伊房地产实业有限公司拆迁安置合同	
纠纷案.....	(猿猿)
李林诉伊伊房地产实业有限公司拆迁安置协议纠纷案	
.....	(猿猿)
伊伊药业股份有限公司诉伊市房地产管理局第一分局	
拆迁安置协议纠纷案.....	(猿猿)
第九章 借款合同的交易风险分析.....	(猿猿)
资产管理公司诉九州百货公司借款合同纠纷案.....	(猿猿)
伊伊资产管理公司诉伊伊制药有限责任公司借款合同	
纠纷案.....	(猿猿)
第十章 租赁合同、承揽合同和运输合同的交易风险分析	
.....	(猿猿)
李立诉赵强租赁合同纠纷案.....	(猿猿)
复明装饰装潢有限责任公司诉西平山森林度假村装修	
工程欠款纠纷案.....	(猿猿)
集装箱集散站诉化工有限公司运输合同纠纷案.....	(猿猿)
第十一章 其他合同的交易风险分析.....	(猿猿)
银行与商业储运公司质押合同纠纷案.....	(猿猿)
贺保乐与郭磊、魏光荣转让合同纠纷案.....	(猿猿)
参考文献.....	(猿猿)
后记.....	(猿猿)

学理研究篇

第一章 交易风险概述

第一节 交易风险的概念

市场经济是现代社会文明和发展的一个重要体现，世界许多国家在追求文明和发展的进程中，都先后确立了建设市场经济的方针和政策。市场经济不是一个抽象的概念，它是通过市场主体之间的交易活动构筑起来的，是交易关系的合集。因此，市场经济在本质上是交易经济。市场经济又被称为法制经济，其应该在现代法制的轨道中来运行，而市场经济的内容就是经济交易，因此，交易也就成为现代法律制度尤其是民商事法律规范的重要对象。有交易就有风险，风险是交易不可避免的一种副产品。风险的有无和大小决定着交易目的的实现，因此，交易风险无疑也就成为市场经济的一个核心问题，同时也成为民商事法律规范的重点。

一、何谓交易

（一）交易的概念

在历史上，以交易这个概念作为经济分析基本单元的，应首推制度主义经济学家康芒斯。按照康芒斯的解释，交易即人与人之间“交互影响的行动”^①。在制度经济学的概念体系中，

^① [美] 康芒斯著，于树生译：《制度经济学》（上册），商务印书馆1985年版，第120页。

“交易”的概念是与正统经济学的“生产”概念相对应的。“生产”活动和“交易”活动共同构成了人类的全部经济活动，但二者之间存在很大的差异。“生产”活动是人与自然之间的关系，表现为人们通过劳动改造自然的过程；而“交易”活动是人与人之间的关系，表现为人们之间进行物品转换的过程。在提出交易这个概念的基础上，康芒斯还进一步将“交易”分为三种基本类型：买卖的交易，即平等人之间的交换关系；管理的交易，即上下之间的交换关系；限额的交易，主要指政府对个人的交易。^① 康芒斯这里所指的交易被称为广义的交易，它的三种交易类型覆盖了所有人与人之间的社会性交易和经济性交易。狭义的交易不包括社会性交易，只包括经济性交易。我们这里讲的交易就是经济性交易，主要是发生在平等的交易人之间的活动，它的载体就是我们经常所说的合同。

交易和交换有所区别，在英语中，*barter*和*trade*都有“交易”的意思。一般来说，前者称为交换，后者称为交易。交换是指不存在货币作为交换媒介和价值尺度的交换^②，也就是民法中所说的互易。互易是现代社会之前的主要交易方式，因为那时经济交往中的信用并没有构建起来，货币还没有得到社会的认同和信任，因此，交易规模和效率都不能够得到扩大。现在的交易也包括交换，都是合同法律制度规范的对象。

（二）交易的本质

古典经济学家认为交易是一个自然的物品流通过程，他们

^{①②} 参见〔美〕康芒斯著，于树生译：《制度经济学》（上册），商务印书馆1984年版，第398页—399页。

没有看到交易所反映出来的人与人之间的关系。制度经济学理论将交易和权利联系起来，认为交易是权利的交换，揭示出了交易的实质是人与人之间的关系。产权经济学大师阿尔钦认为：“产权是一个社会所强制实施的选择一种经济物品的使用的权利。”这表明产权的本质是社会关系，所以，在鲁滨孙一个人的世界里，产权是不起作用的，只有在相互交往的人类社会中，人们才必须相互尊重产权。将交易视为权利的交换活动这种观点出现的很早，比如霍布斯就有这样的提法，康芒斯也是这种观点的支持者。康芒斯指出：“制度的实际运转”是由无数次“交易”构成的，交易不以实际物为对象，而是以财产权利为对象，是人与人之间对自然物的权利的让与和取得关系，是依法转移法律上的控制。^① 交易之所以是权利的交换，这和社会正义有关。交易的目的是交易当事人未来收益的获得，而这种利益的获得需要正当性的根据，这个正当性的根据就是权利。因此，交易的实质是权利的让渡。反之，在市场交易中，如果交易客体（商品）的权属不明，那么交易就处于不稳定的状态，从而市场主体也就会因这种不稳定而解除交易。另外，如果一个人对他交易的物品没有权属，也就证明他没有付出对价，那么他要通过转让这个物品获取利益，就是不正义的或不公平的。

当我们说“市场交易的实质是一组权利的交换”的时候，这里面有两层含义：

首先，交易的前提是权利，这里的权利主要指所有权。在

^① 参见〔美〕康芒斯著，于树生译：《制度经济学》（上册），商务印书馆1985年版，第苑四页。

交易的过程中，首先要预设双方当事人对交换的物品拥有所有权，否则交易无从进行与持续。如果没有独立的所有权，获准进入交换市场的交易者就不可能有独立的地位，也就不可能真正成为自主经营、自负盈亏、自我约束、自我发展的竞争主体。而交易者要想获得对其用于交换产品的所有权，不仅取决于交易者是否对这些产品的生产付出过劳动，而且取决于社会对交易者产品所有权的认可和保障。倘若社会不存在承认和保障交易者拥有合法追求自身利益并对这种利益拥有所有权的制度，那么，即使交易者为生产某种产品付出过再大的劳动耗费，也无法保证其对这种产品拥有绝对所有权并持续获利。学者雅赛指出：“所以说，合同自由与所有权是相辅相成的，缺了一个，则另一个就没有意义。试图把二者分开，结果就是理论上的混乱、法律和经济事务中的悲哀。”^①

对所有权的预设，又可以从以下几个方面提高交易效率和保证交易的顺利进行：首先，对所有权的承认和保护能够产生交易者稳定的预期，这就可能刺激所有者放弃财产的占有，而将其投入到市场流通中，从而在增加自己收益的同时使社会财富最大化；其次，所有权保证了交易安全，避免权利界限不清可能带来的纷争，使交易能得以顺利进行；最后，按照科斯的观点，所有权的设定降低了交易费用，避免了社会资源的无故浪费。

随着社会的发展，所有权被加以解析，出现了权能这个概念。就像经济学家们经常所说的那样，物权从一种独立的权利

^① [英] 安东尼·德·雅赛著，陈茅等译：《重申自由主义》，中国社会科学出版社 2002 年版，第 198 页。

变成了权利束。权利束是一个复数概念，包括占有权、使用权、收益权、处置权等。当一种交易在市场中发生时，就发生了两束权利的交流。通过解构所有权，市场中可得交易的权利范围扩大，比如用益物权也进入到了市场交易对象的行列，这无疑促进了个人和社会效率的提高。

其次，交易的结果产生了交易者之间的权利关系，这里的权利主要指债权。交易是债的交换这种概念在罗马法时代就已经形成。交易是通过允诺完成的，允诺合致一旦达成，就会在双方当事人间形成强有力的“法锁”，以权利、义务的方式约束交易的双方当事人。一方或双方当事人有权向对方要求交付交易的标的物，以实现其交易的预期，如果对方不予交付，当事人可以基于对方违约要求法院对其权利进行救济。

既然交易和权利之间有着这么密切的联系，这里就有必要对权利作简要的分析和说明。关于权利的本质，学者们有不同的观点，归纳起来有如下几种观点：即利益说、资格说、自由说、要求说和意志说。

利益说的主要代表人物是德国法学家耶林，正是他通过使人们注意到权利背后的利益，而改变了整个权利理论。耶林认为权利就是法律所保护的一种利益，并不是所有的利益都是权利，只有为法律所承认和保障的利益才是权利。在当代西方法学中，利益说的主要支持者有里昂斯、拉兹和麦考密克等。

资格说的最初表述见之于格劳秀斯的《战争与和平》，他从自然权利的理论出发，把权利看作一种品质，认为权利是人作为一个理性动物所固有的一种道德品质。在西方法哲学中，资格说的主要支持者是英国达勒姆大学的米尔恩教授，他

在《人的权利与人的多样性——人权哲学》一书中明确指出：“权利概念之要义是资格。说你对某物享有权利，是说你有资格享有它，如享有投票、接受养老金、持有个人见解以及享有家庭隐私的权利。”^①

自由说的主要支持者是德国哲学家康德、黑格尔。康德将权利理解为一种特定的条件，“根据这些条件，任何人的有意识的行为，按照一条普遍的自由法则，确实能够和其他人的有意识的行为相协调。”^②

要求说或主张说的主要代表是美国的费因伯格和斯塔尔加，他们认为权利是一种有效的要求权（~~增强的~~），~~增强的~~，“一切要求权都必须得到确证，无论在事实上它们是否得到确证。一项要求权即使受到提出者的认可，但如果没有效力，那它终究不是一项要求权，而仅仅是一项要求。”^③

意志说或选择说的主要代表是英国著名的法学家哈特。该说的基本观点是权利意味着在特定的人际关系中法律规则承认一个法律主体的选择优于他人的选择或意志。换言之，某人之所以有某项权利，取决于法律承认他对于某一标的物或特定关系的选择优越于他人的选择。正是法律对个人自由和选择效果的承认构成了权利的核心。

上述学说从不同角度丰富了我们对于权利的理解，但他们

① [英] 米尔恩著，夏勇、张志铭译：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，中国大百科全书出版社 1996年版，第 56页。

② [德] 康德著，沈叔平译：《法的形而上学原理——权利的科学》，商务印书馆 1985年版，第 19页。

③ [美] 汤姆·蕴彼切姆著，雷克勤等译：《哲学的伦理学——道德哲学引论》，中国社会科学出版社 1985年版，第 100页。

却未曾揭示出权利得以运行的基础。我国学者在综合上述各种学说的基础上，也提出了自己的权利概念。所谓权利，就是指法律为保障民事主体实现某种利益的意思而允许其行为的界限。^①这个定义区分了法律意义上的权利和自然意义上的权利，揭示出法律意义上的权利和法律之间互不可分的关系。从词源上来看，权利和法律是一个词汇，为了区分二者，人们经常将权利称为主观意义上的法律，而将法律称为客观意义上的权利。

交易的核心是建立在交易各方对各自权利与义务有了共同信息基础上形成的合作。因为权利和法律具有不可分性，所以我们可以得出这样一个结论：交易和法律有天然的亲和力。工商业的发展尤其需要制度的先在性。“国家先于市场出现。……像罗纳德·科斯指出的那样：‘正如经济学经常假定的那样，市场上交易的不是物质实体，而是采取特定行为的权利，个人拥有的由法律体系确定的权利。’萨缪尔森把市场与国家之间的必要联结称作为‘法律—经济联系’。”^②

二、何谓风险

（一）风险的界定

风险是英文 *risk* 的翻译名词。从 *risk* 的字面来看，它是指某种类型损失或伤害及其产生的可能性，通常以几率或频率

^① 彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 5 页。

^② [美] 阿兰·史密德著，刘璨、吴水荣译：《制度与行为经济学》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 15 页。

(单位时间内发生的几率)来表示。如果损伤已然发生,称之为灾难,而非风险。凡事都有风险,世界上没有绝对安全或零风险的状况,采取适当的防范措施,可以降低灾难发生的机会,也就降低了风险。

“风险”这个词来源模糊,充满争议。据艾瓦尔德(赖博)考证,这个词来自意大利语的“风险”,是在早期的航海贸易和保险业中出现的。在老的用法中,风险被理解为客观的危险,体现为自然现象或者航海遇到礁石、风暴等事件。而这个词的现代意思已经不是最初的“遇到危险”,而是“遇到破坏或损失的机会或危险”。17世纪中叶,欧洲科学家帕斯科首先从“概率”理论去说明风险内含,给予了科学解释。

关于风险的学说有以下几种:^①

第一,损害可能说。美国学者海恩斯(亨德森)最早提出风险的概念,对风险进行分类并对风险的本质进行了分析,定义风险为损失发生的可能性,为风险管理和保险相结合奠定了理论基础。统计学、精算学、保险学等学科把风险定义为一件事造成破坏或伤害的可能性或概率。通用的公式是风险(砸)越伤害的程度(匀)伊发生的可能性(孕)。损害可能性这个风险的定义带有明显的经济学色彩,采用的是成本—收益的逻辑,但有意思的是,人们通常只从伤害的可能性角度来了解“风险”,因此忽视了风险所带有的潜在收益。

第二,损害不确定说。美国学者威利特(宰圣威)把风险理论与保险联系起来研究,把风险与偶然和不确定性联系起

^① 参见周慧玲:《风险管理学》,武汉测绘科技大学出版社1995年版,第1—2页。

来，提出风险是客观存在的，具有不确定性，从保险业的角度探讨风险与损失之间的内在联系。

第三，风险因素结合说。佩费尔（~~亨德森~~）认为风险的不确定性是主观的，而概率是客观的。主张风险与风险因素结合起来概括，澄清了风险不确定说的暧昧关系。

第四，预期结果与实际结果差异说。威廉斯（~~宰~~）和海因斯（~~亨德森~~）认为风险是预期结果与实际结果的差异，差异越大则风险越大。从而对风险发生的不确定性进行了定义，认为不确定性也可以预测。

还有一些学者从文化和社会学的角度来理解风险的意义，这都丰富了风险的学说。以玛丽·道格拉斯和维尔达沃斯基为代表的人类学者、文化学者把风险定义为一个群体对危险的认知，它是社会结构本身具有的功能，作用是辨别群体所处环境的危险性。道格拉斯认为，知识是不断变化的社会活动的产物，并总处于建构过程中。尽管风险在本质上有其客观依据，但必然是通过社会过程形成的。所以，风险总是社会产物，是集体建构物。而由于环境的不同，每一种社会生活形态都有自身特有的风险表现。

综上所述，所谓风险是指损失发生的可能性或者损失的不确定性。风险是在特定的情况下，在特定时期内某种结果可能发生的变动。风险是与危险相对应的概念，如果说危险是由外在因素决定、先于人为决断所给定的损害，风险则指在一定程度上由人的认识和决断所决定的损害。

（二）风险的特征

通过上述对风险的分析，我们认为风险具有以下特点：

首先，风险是内生于交易活动本身之中的。伴随着人类的

决策与行为，风险是各种社会制度，尤其是工业制度、法律制度、技术和应用科学等正常运行的共同结果。而在现代社会，由于自然“人化”程度的提高，使得风险的内生特点更加明显。风险是市场交易过程中必不可少的副产品，它就像一把双刃剑，一方面是促使交易得以进行的契机；另一方面也是交易成本的表现形式，是市场的外部性的体现。现代的市场交易多发生在陌生人之间，一方面基于现代社会人们共识与信任的缺失，另一方面由于现代规模化生产的现实，再加上不可避免由于信息不对称所引发的大量交易投机因素，风险便成为一种普遍的存在。风险对于交易的正常进行是一种威胁，因此，交易是一个需要法律介入的领域。

其次，最为重要的是，风险在现代社会具有客观性。交易风险多是通过不正当交易形成的，但是不正当交易是不能消除的。“尽管法院在自由放任经济中能卓有成效地帮助实现交换，但可以预料到，对于任何形式的社会来说，如果试图消除所有的不正当交易，那是不经济的。”^①这就是法律的不完善所带来的风险。制度固然重要，但是，制度的实施本身也有成本的付出。波斯纳将这种观点发挥到了极致，他甚至认为任何权利背后都有成本的支出。当没有付出足够的成本时，法律必定是不完备的，这导致制度在消灭风险和救济当事人方面是无力的。

最后，在应对和解决风险的方法上，现有的风险计算方法、经济补偿方法等，这些单一的方法都难以从根本上解决问题。也就是说，对于风险需要进行综合治理。交易风险解决的

^① [美] 哈罗德·德姆塞茨著，陈郁译：《竞争的经济、法律和政治维度》，上海三联书店 1995 年版，第 108 页。