论合同漏洞的填补

王利明*

合同漏洞是指当事人在合同中对于合同条款没有约定或者约定不明确的现象①。具体来说，一是合同的内容存在遗漏，即对一些合同的条款，在合同中并没有作出规定，例如合同中缺少对质量条款的约定。二是合同中的约定不明确，或者约定前后矛盾。一般来说，合同漏洞是当事人在订立合同时所不知道的，且在合同中也没有规定填补漏洞的方法，如果在缔约时已经知道而故意不予规定，尤其是已经在合同中规定了填补漏洞的方法，则不能视为合同漏洞。例如，当事人在买卖合同订立时，因为考虑到市场价格在交货时会急剧波动，因此在合同中并没有规定明确的价格，而只是规定价格随行就市，这就是我们通常所说的“活价条款”。活价条款虽未设定具体的价格，但实际上当事人在缔约时已经意识到这种情况，且约定了确定价格的方法，此种情况并不属于合同漏洞。严格地说，合同漏洞的存在一般不应影响合同的成立。按照王泽鉴先生的观点，“此多属契约非必要之点”②，如果合同的必要条款出现漏洞，则可能因为该条款的欠缺而导致合同不能成立。在合同根本不成立的情况下，也就不存在所谓的合同漏洞问题，更没有必要对漏洞进行填补了。只有在当事人对合同的非必要条款未作出规定或约定不明确的情况下，则可以认定合同已经成立，法院可以依据合同的性质、交易习惯以及法律的任意性规范作出解释，从而填补合同

* 中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师。

①参见合同法第 61 条、139 条；第 141 条、154 条、156 条、159、160、161 条等。

②参见王泽鉴：《债法原理》第一册，台北 1999 年版，第 244 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

的漏洞。当然，对必要的条款可以从严解释，也就是说该条款必须是依照合同的性质而直接决定合同的成立的条款，即如果缺少该条款，或者该条款约定不明确，则该合同将不能成立。

合同是当事人通过合意对于其未来事务所作的安排，然而，由于当事人在订立合同时，不能对未来发生的各种情况都作出充分的完全的预见，当事人即使具有丰富的交易经验和雄厚的法律知识，也不可能在合同中将其未来的各种事务安排得十分周全，所以在合同中出现某些漏洞，甚至某些条款的规定不明确是在所难免的。还要看到订约当事人需要通过一定的用语表达合同的内容，但由于各方面的原因，缔约当事人对某个条款和用语也可能会产生不同的理解和认识，从而也难免发生争议。正如美国学者凯纳普所指出的“文字都是用来表达人们的思想的符号，但文字作为人们表达思想的工具并非是十分完美的，因为某人使用某个用语可能并未表达其真实的用意，甚至人们使用相同的用语所表达的意思截然不同，对合同来说同样如此。”这就需要对合同进行解释①。更何况，在我国交易当事人仍然欠缺合同的观念和意识，也欠缺合同法的有关知识，因此难免在合同中出现一些疏漏，这就会发生合同解释方面的争议，因此需要确立合同解释方面的规则，来解决这个问题。

长期以来，对于合同条款本身的争议，大多通过一种简单的办法，即宣告该合同无效的方法来解决，这种方式尽管简单，但根本不符合市场经济所要求的合同法应具有的鼓励交易的原则。鼓励交易是合同法的目标，也是我国合同法中所必须具有的方针和规范功能。在合同的条款存在漏洞或者约定不明确的情况下，简单宣告合同无效，将使得许多交易被不合理地消灭。从经济上看，此种做法是低效率的，不符合市场经济所要求的鼓励交易的目标和精神。更何况简单地宣告合同无效也会造成财产的大量损失和浪费。根据市场经济的客观要求，在合同存在漏洞的情况下，法官的职责应当是通过依据一定的填补漏洞的方法和合同解释的规则来填补合同的漏洞，正确地解释合同，从而努力促成交易。

问题在于，在合同存在漏洞的情况下，法院应当通过何种方法来填补漏洞？根据合同法第 60 条规定，“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”合同法第 61 条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”合同法第 62 条也规

① Knapp，Crystal：Problems in Contract Law，Little，Brown and Company，1993，p413.

定了填补合同漏洞的各项标准，有学者将其称为“补充合同的一般原则”。[①] 这三个条文构成了合同解释的重要内容，应该说它们是我国合同解释的最基本规则。同时由于这些规则主要是用来填补合同漏洞，也可以称为漏洞填补的规则。所以，讨论填补合同漏洞的规则问题，首先应当理解合同法第 60、61、62 条的相互关系。

我认为合同法第 60 条主要是针对当事人在存在合同漏洞的情况下如何履行合同义务而确定的规则，严格地说，并不是直接为法官所确立的填补漏洞的方法。这就是说，在出现合同漏洞的情况下，当事人难以直接根据合同的规定来履行义务，但由于合同对当事人义务的设定不明确或存在缺陷，此时当事人就应当依据诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。例如，原告因建造两栋大楼急需黄沙，遂于 1995 年 9 月 10 日与被告签定了一份合同，合同约定原告购买被告黄沙 30 车，每吨价 300 元，合同订立一个月后，黄沙价格开始上涨。 1 个月后，市场价已从 300 元／吨涨到 350 元／吨。被告经理李某见价格上涨，不愿如数供货，遂于 1995 年 10 月 12 日给原告的经办人张某去电话，提出因货源紧张，要求变更货物数量，少供货，遭到原告拒绝。李某遂于次日安排两辆 130 货车，装载两车黄沙（每车装载 2 吨），送到原告处，并要求以 130 车为标准计算交货数量。原告要求以东风牌大卡车作为计算标准。双方为此发生争议。我认为在本案中，被告显然不是按照一个诚实、守信的商人的标准来行为的。一方面，被告在订约之后，鉴于黄沙价格已经上涨，曾要求原告减少供货量，当此要求被拒绝以后，被告便以合同没有规定明确的计算标准为由，以 130 型小货车送货，实际上，被告的目的在于减少供货数量。另一方面，原告明知按照当地的交易习惯，当以车为计量单位时通常是指东风牌大卡车，而被告给他人送货时也主要以东风牌大卡车送货，显然被告以 130 车送货既可以达到少交货的目的，又不至于被原告抓到违约把柄。然而，被告的行为的确是与诚实信用原则相背离的。因此，在本案中尽管当事人对交货数量的计量标准规定不明确，但当事人完全可以按照合同法第 60 条的规定，依据诚实信用原则考虑过去当事人双方交货的习惯来履行义务。

如果当事人不能依据合同法第 60 条的规定，按照诚实信用原则履行义务，则当事人可以提起诉讼，由法院来考虑如何填补漏洞。而法院在当事人就合同条款发生争议的情况下，不能直接根据合同法第 60 条填补漏洞。其主要原因在于，诚信原则实际上是一个较为抽象的道德标准，依据诚实信用原则来确定

① 董灵：《合同的履行、变更、转让与终止》，中国法制出版社 1999 年版，第 266 页。

当事人的履行义务，虽然将使当事人的行为更为合理、正确，但法官依据诚实信用原则来确定的义务未必完全符合当事人双方的意愿，也就是说，如果当事人双方事后能够达成补充协议来填补漏洞，而其补充协议的内容又不违反法律和社会公共道德，还是应当尊重当事人的意愿，由当事人自己通过约定去填补漏洞，而不宜由法官直接依据诚信原则来填补漏洞。更何况如果允许法官直接依据第 60 条的规定来填补漏洞，则将会给予法官过大的自由裁量的权力，如果一旦法官滥用裁量权，也会使漏洞的填补起到相反的效果。正如台湾学者邱聪智所说，即使“法官为知识丰富的法学者，亦充满良心及正义观之法学家，于契约解释之时，纵有评价作用，亦大都能本乎良心及正义感而为解释，惟仅凭良心及正义感之作用，并不能担保公平正义必然实现。因之，如何限制评价作用之滥用，可说甚为重要。……补充解释的目的，本就在于推论表意人在当前的契约关系中有理由被认识的意思情况。”① 据此，在当事人就合同条款的争议提起诉讼以后，如果需要由法院来考虑如何填补漏洞，法官必须依据合同法第 61 和 62 条以及 125 条的规定填补漏洞，但依据合同法第 61 和 62 条来填补合同漏洞应当按照四项程序来进行：

一、由当事人达成补充协议

填补漏洞的第一步，是由当事人达成补充协议。按照合同自由原则，合同的内容应当由当事人自由约定，在当事人就合同的条款规定不明确的情况下，由当事人继续通过其达成的补充协议，来填补合同的漏洞，这就充分体现了合同自由原则。同时，通过当事人达成协议来解决当事人之间的争议，也是最有效地填补漏洞的方式。

由当事人达成补充协议，需要考虑合同是否已经成立。合同成立的根本标志在于当事人意思表示一致，即达成合意。这就是说，当事人作出了订约的意思表示，同时经过要约和承诺而达成了合意。当然，合意的内容并不意味着对合同的每一项条款都必须达成一致意见。如果当事人就合同的主要条款达成合意，合同即可成立，其他的内容可以通过合同解释的办法予以补充。什么是合同的主要条款呢？各种合同因性质不同，所应具备的主要条款也是不一样的。例如价款是买卖合同的必要条款，但对无偿合同来说并不需要此类条款。因为所谓主要条款是指根据特定合同性质所应具备的条款，如果缺少这些条款合同是不能成立的。为了准确认定合同的主要条款，需要法院在实践中根据特定合同的性质而具体认定哪些条款属于合同的主要条款，而不能将合同法第 12 条

①邱聪智：《民法研究》（一），台湾辅仁大学 1986 年版，第 68 页。

所泛泛规定的合同条款都作为每个合同所必须具备的主要条款，否则将会导致大量的合同不能成立并生效。如果合同因为欠缺主要条款而根本没有成立，法院可以不必要求当事人再达成补充协议，而直接宣告合同不成立。[①] 因此，法官在填补漏洞时，必须要正确判断合同是否成立，是否对当事人已经产生了约束力，而判断合同的成立实际上就是要判断当事人双方是否就合同的主要条款达成了合意，也就是说对主要条款双方已经经过了要约和承诺过程而达成了合意，为此，在填补漏洞时，法官应当做到如下几点：第一，必须要判断当事人是否已经完成了要约和承诺过程，还是仍然处于缔约阶段。例如，甲向乙发出一份传真求购某种型号的钢材，乙在收到该传真后即向甲发送该型号的钢材，甲拒绝收货，双方为此发生了争议，要解决此种纠纷，法官首先需要解释传真的内容和性质，确定该传真是构成要约还是要约邀请。这就是合同解释需要解决的问题。第二，当事人是否就主要条款达成了合意，如果仅仅就次要条款达成了合意，并不能认定合同成立。例如，甲向乙兜售某表时，乙点头同意，后甲将表交付给乙时，乙拒绝接受。在该纠纷中需要确定合同是否成立，从表面上看乙点头同意是已经作出了承诺，但由于甲在兜售该表时并没有提出表的价格，则乙是否对主要条款作出了承诺，则需要作出解释。第三，当事人虽然没有对主要条款达成口头或书面的协议，但当事人已经作出了实际的履行，那么能否从当事人的实际履行行为中确定当事人已经完成了合意，则需要作出解释。第四，当事人虽然没有就主要条款达成合意，但当事人自愿接受合同的拘束，则需要从当事人的意思表示、交易的习惯等方面考虑解释当事人所应当达成的主要条款，从而填补合同的漏洞。在确定合同确已成立、且又存在合同漏洞的情况下，法官可以要求当事人通过达成补充协议填补漏洞。

由当事人达成的补充协议，可以是书面的，也可以是口头的，但补充协议必须针对合同的漏洞而达成，否则，仍然不能解决合同条款的争议。

二、按照交易习惯来确定

填补合同的漏洞的第二步是在当事人不能达成补充协议的情况下，则应当由法官按照合同的有关条款和交易习惯来确定。所谓按照有关合同的条款来履行，是指根据合同的性质以及现有合同的条款来确定合同究竟需要哪些条款，并在此基础上填补合同的漏洞。

由于按合同的有关条款来确定合同内容，在实践中运用不多，因此本文将不作赘述，下面将重点讨论交易习惯的运用问题。

① Knapp, Crystal: Problems in Contract Law, Little, Brown and Company, 1993, p413.

需要全本请访问 www.ertongbook.com

所谓习惯，是指当事人所知悉或实践的生活和交易习惯。所谓交易习惯是指在当时、当地或者某一行业、某一类交易关系中，为人们所普遍采纳的、且不违反公序良俗的习惯做法。我国合同法第 61 条规定，“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”合同法第 125 条规定，解释合同应当依据交易习惯进行解释，这就确立了习惯解释的原则。我国合同法不仅在总则中将交易习惯确定为填补合同漏洞的标准，而且在分则中大量的条文都涉及到根据交易习惯填补合同漏洞的问题。仅以买卖合同（第 9 章）为例，其中规定，当事人没有约定标的物的交付期限或者约定不明确的，可以根据交易习惯加以确定（参见合同法第 139 条）；当事人没有约定交付地点或者约定不明确的，可以根据交易习惯来确定（参见合同法第 141 条）；当事人对标的物质量要求没有约定或约定不明确，可以依据交易习惯加以确定（参见合同法第 154 条）；当事人对包装方式没有约定或者约定不明确的，可以依据交易习惯加以确定（参见合同法第 156 条）；当事人对价款的数额、支付价款的地点、支付价款的时间没有约定或约定不明确的，可以根据交易习惯加以确定（参见合同法第 159、160、161 条）。由此表明我国合同法极为强调以交易习惯来填补合同漏洞，这可以说是我国合同法的一大特点。

交易习惯可以分类：第一，一般的交易习惯，即通行于全国的习惯；第二，特定区域的交易习惯即所谓地区习惯；第三，特殊行业的交易习惯；第四，当事人之间长期从事某种交易所形成的习惯。此处所讲的交易习惯，主要是指国内的交易习惯，它与国际惯例不能完全等同，一般来说，交易习惯具有如下特点：首先，交易习惯具有时间性，也就是只能以合同发生纠纷时存在的习惯为依据，而不能以过去的或者是已经过时的习惯为依据。其次，交易习惯具有地域性。由于我国地域广阔，不同地方的习惯是各不一样的，不能将某一地方的习惯套用到另一个地方去。再次，交易习惯具有行业性和特定交易的特殊性。不同的行业也可能具有不同的习惯，甚至在特定的交易中当事人所从事的交易也具有特殊性，例如从事买卖建筑材料的交易与从事买卖大米的交易习惯是不一样的。当然，交易习惯也具有合法性。只有那些遵守法律和行政法规以及公序良俗的习惯才能够用于合同的解释。

各种交易习惯的存在以及内容应当由当事人双方举证证明，在当事人未举证证明交易习惯的情况下，法官也可以根据自己对交易习惯的理解选择某种习惯来填补合同的漏洞。正如（美国统一商法典）第 1－205 条第 2 项所规定的：“行业惯例指进行交易的任何做法或方法，只要该做法或方法在一个地区、一个行业或一类贸易中已得到经常遵守，以至使人有理由相信它在现行业中也会

得到遵守。此种惯例是否存在及其适用范围，应作为事实问题加以证明。如果可以证明此种惯例已载入成文的贸易规范或类似的书面文件中，该规范或书面文件应由法院解释。”问题在于，当事人双方所举证证明的交易习惯可能彼此之间发生冲突，在此情况下，便需要通过一定的规则来解决各种交易习惯之间的冲突。我认为，在交易习惯彼此之间发生冲突的情况下，法官根据交易习惯填补漏洞应当注意以下几点：

第一，按照当事人双方在订约时理解的习惯来填补漏洞。当事人在订约时如果对于合同条款的某一用语，都是按照某种习惯来理解的，即使事后对此发生了争议，也应当考虑双方共同理解的习惯来填补漏洞。如果一方在订约的时候已经明确告知对方自己是依据某种习惯而行为的，而对方并未对此明确表示反对，则应当按照双方明知的习惯来填补漏洞。

第二，如果地区习惯和行业习惯发生冲突，应当确定行业习惯优先。由于当事人双方处于不同地域，而在对某一条款发生争议以后，一方可能是按照一般的或行业的习惯来理解的，另一方是按照仅适用于本地区的交易习惯来解释的，而对方对该特殊之习惯并不了解，此时应当按照双方都知道或应当知道的一般的或行业的习惯进行解释。例如，甲乙之间在房屋租赁合同中规定，“租赁期满时，双方应继续商定续租事宜”。后甲未与乙商定续租事宜，出租人乙认为租赁合同继续有效，甲拒绝承租构成违约。其理由是：根据当地的习惯，在租赁期间届满以后，如果没有商定续租，则租赁期应当顺延一年。且合同也明确规定，“双方应继续商定续租事宜”，因此甲负有协商的义务。甲认为，根据一般的租赁习惯，如果出租人没有提出交付租金，则应当视为不愿续租。至于合同规定“双方应继续商定续租事宜”，只是指当事人如愿意继续续租则应当协商，而不是说甲必须负有协商的义务。我认为，乙以其本地的习惯解释合同虽不无道理，但由于该习惯与一般的习惯不符，且承租人对该习惯并不明知，因此，应当以一般的习惯来解释。

第三，地区和行业习惯与当事人之间的交易习惯发生冲突，应当以当事人之间的交易习惯为准。如果对某一条款发生争议之后，一方是按照一般的或特殊的以及行业的习惯来进行解释的，而另一方是按照当事人过去从事系列交易时所形成的习惯来进行理解的，则应当按照系列交易的习惯进行解释。这主要是因为从系列交易中形成的习惯更接近当事人的意思。因为系列交易是当事人多次交易行为的总结，它虽然没有载入当事人的合同之中，但也可以视为当事人默示的意思。《国际商事合同通则》第 1.8 条的注释认为，对一个特定的合同，当事人之间业已建立的习惯自动产生约束力，除非当事人明确表示排除其适用。但某一特定习惯做法能否被认为已在当事人间建立，须视其具体情况而

定，在当事人间先前交易或履行中仅出现过一次的做法显然不足以视为当事人间的习惯。《美国统一商法典）第 1- 205 条“ 交易过程和行业惯例 ”第 4 项规定“ 在合同的情况下，应将协议的明示条款与适用的交易过程或行业惯例作一致的解释；如果此种解释不合理，明示条款的效力优于交易过程和行业惯例，交易过程的效力优于行业惯例 ”。这些都表明当事人之间的交易习惯应当具有优先于行业习惯的效力。

三、根据合同法第 62 条的规定作出解释

合同法第 62 条规定：“ 当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：（一）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。（二）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。（三）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。（五）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。（六）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。 ”这就实际上解决了合同对履行义务约定不明确的情况下，应当如何履行义务的问题。合同法第 62 条明确了各种填补合同漏洞的规则，但在实践中应如何运用，需要对此专门作出讨论。下面试举一案分析合同法第 62 条的适用问题：原告与被告曾于 1994 年 5 月签订一份购销合同。合同规定，被告应于“ 1994 年 7 月 5 日前到天津港报关、商检后交货 ”，交货地点和方式栏内写明“ 中国 ×× 总公司西安公司某仓库，西安车站 ”。被告负担国内运输责任及费用。由于被告至 7 月 20 日交货，原告起诉被告违约，要求赔偿损失。

我认为，本案争议焦点是交货时间的认定问题。一般来说，交货时间是完成货物交付的时间；交货地点是完成货物交付的地点。交货时间是到交货地点交付货物的时间；交货地点是于交货时间交付货物的地点。可见，当事人在合同中约定的交货时间和交货地点是密切联系在一起的。因而，确定交货时间必须与交货地点联系起来考虑。从本案合同规定来看，交货地点栏内写的是“ 西安…… ”；交货时间栏内写的是“ 1994 年 7 月 5 日前到天津港报关、商检后交货 ”。如果确定 7 月 5 日是交货的最后期限（时间），那么交货地点就是天津；如果确定西安为交货地点，交货时间就不会是 7 月 5 日。天津与西安到底哪个

是交货地点呢？我认为，从合同规定来看，交货地点应为西安而不是天津，主要根据在于：其一，合同明确规定货物交货地点是西安而不是天津；其二，合同规定“1994 年 7 月 5 日前到天津港报关、商检后交货”，显然该条是指货物到港以后需要经过报关、商检等手续以后再运到目的地交货，而不是到达天津港以后就交货；其三，合同价金的确定以“西安本地交货价”来确定，表明货物是以在交货地（西安）交付货物的价格来计算价金的，可见交货地点为西安；其四，从风险的承担来看，交货地点也是西安。在法律上，风险与交付是联系在一起的。我国民法通则第 72 条规定“财产所有权从财产交付时起转移”,合同法第 142 条规定：“标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”因此，货物风险是从交付时起转移的。反过来说，从所有权和风险是否转移就可以判定货物是否交付。本案中，需方并未采取到天津提货的方式，因此货物所有权在天津不能转移。同时，合同明确规定，从天津到西安的运费及风险责任都由供方承担，也就是说，风险至少要到西安才能转移。由此可以确定，交货地点不是天津，而是西安。既然交货地点在西安，那么交货时间不是到天津港的时间而应是到西安交货的时间，所以 7 月 5 日不是最后的交货时间。那么，“7 月 5 日前”这一段时间在法律上有什么意义呢？我认为，当事人约定该期限并且对违反该期限的行为设定违约责任，主要意义在于督促供方尽快将货运到，或者说需方试图督促供方采取一些合理方法尽快将货运至天津。这一条款和国际货物买卖合同中经常规定的“合同生效后立即装运”，或“尽速装运货物”，“船到后立即装运货物”等条款一样，都是为了督促供方尽快装运货物并尽快将货物运到，但这些规定本身并不能等同于交货时间。供方未能在 7 月 5 日前将货运至天津港，应根据合同的规定承担违约责任；但该期限并不是交货期限，天津港也不是交货地点，因此，供方未能在 7 月 5 日前将货运至天津港，不构成迟延交货，不应承担迟延交货的责任。

认定本案中的供方是否构成履行迟延，关键在于确定具体的交货期限。从合同规定来看，交货期限是不明确的。我国合同法第 62 条规定“履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。”如何确定本案中的“必要的准备时间”呢？我认为，要考虑以下两点：首先，货到天津港以后，供方办理报关、商检等手续在正常情况下所需要花费的时间；其次，由于要将货物从天津港运到交货地点——西安，因此，必要的准备时间还应包括在正常情况下货物等候运输期间和运输在途时间。在根据法律的补缺性规定及实际情况确定出合理期限以后，若供方未能在该期限内交货，则构成迟延交货，并应负迟延交货的责任。在此期限内，如供

方按照诚实信用的要求，采取一切方法，抓紧办理各项手续，努力缩短从天津到西安的运输时间，最后在该合理期限内交付了货物，则虽然供方未能将货物在 7 月 5 日前运至天津港，也应认为供方已按期履行了交货义务。

应当指出，合同法第 62 条虽然确定的是填补合同漏洞的规则，但是它们都是任意性的规定，也就是说当事人可以通过其约定来排斥这些规定的适用，在当事人具有特别约定的情况下，原则上应当依据当事人的约定，在当事人没有特别约定，又不能根据交易习惯来确定当事人的意图的情况下，则应当适用任意性的规定。可见，我国法律将任意性的规定置于交易习惯之后，表明了交易习惯的重要性。如果交易习惯与任意性的规定发生冲突，则应当适用交易习惯。之所以将交易习惯提高到如此重要的高度，主要是因为交易习惯常常是当事人在从事交易过程中的通常做法的总结，与当事人的意志最为接近，在当事人没有相反的约定的情况下，则只能认为当事人的意志便是按照过去的通常做法来履行合同义务。据此，交易习惯应当优先于法律的任意性规范而得到适用。

四、通过合同解释的方法进行填补

合同法第 125 条规定：“当事人对合同的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”。合同的一般解释方法是由合同法第 125 条明确规定的，具体包括：

1. 文义解释方法。所谓文义解释方法是指依据合同条款语句的通常含义进行解释。[①] 合同条款是由语言文字构成的，要确定语言文字的含义，应当首先确定用语的真实含义。如果当事人双方已经都明确同意合同条款所表达的是某一种意思，应当按照当事人双方共同接受的含义来进行解释。如果双方对合同条款的含义理解各不相同，应当按照一个合理的人处于缔约环境中对合同用语的理解为准，来探求合同用语的含义。[②] 文义解释中注重按照合理人的标准来解释用语的含义。

2. 目的解释方法。指在解释合同时，应当首先考虑当事人的订约目的。当事人订立合同的目的是为了实现其一定的目的，合同本身也不过是当事人实现其目的的手段。因此，合同的解释也应当考虑当事人的订约目的。根据合同

① 胡基“:合同解释的理论和规则研究”,载《民商法论丛》第八卷,第 40 页。

② 王利明、崔建远著：《合同法新论－总则》,中国政法大学出版社 2000 年修订版，第 479 页。

的目的来解释，应当注意以下几点：第一，如果某一合同既可以被解释为有效，也可以被解释为不能生效，从原则上应当尽可能按照有效来解释。因为当事人订立合同，目的上都是为了使交易成立，使合同有效。当事人不可能为了使合同不生效而订立合同。① 第二，如果合同条款中所使用的文字的含义与当事人所明确表达的目的相违背，而当事人双方对该条文又发生了争议，在此情况下不必完全拘泥于文字，而应当依据该合同的目的进行解释。第三，如果当事人在有关合同文本中所使用的用语的含义各不相同，应当根据合同的目的进行解释。合同法第 125 条规定“各文本使用的词句不一致时，应当根据合同的目的予以解释。”例如，当事人双方共同投资兴办一家合资企业，在合资合同和章程中明确规定双方共同出资，但在当事人内部的一份合同中，规定双方为借贷关系、两份合同规定的内容不同，但从当事人双方缔约的真实目的在于共同出资兴办合资企业考虑，应当宣告此借贷无效。

3. 整体解释方法，是指将全部合同的各项条款以及各个构成部分作为一个完整的整体，从各个条款以及各个部分的相互关联性，以及与整个合同的关系，在合同中所处的地位等各因素考虑，来确定所争议的合同条款的含义。例如，当事人在合同中增加了特别条款，特别条款的效力可以优先一般条款的效力。如果分合同规定的是总合同的例外和特殊的情况，当分合同条款的意思与总合同条款的意思不一致时，分合同条款优先。在同一份合同文件中，如果印刷条款与手写条款并存，但且这些条款彼此间相互矛盾，则应当认为手写条款优先。在数量和价格条款中，大写数字与小写数字并存，但相互抵触，原则上应当确定大写数字的效力优先于小写数字。如果合同中有多个条款表达同一内容，如果某一条款比另一条款含义更为明确，则含义不够明确的条款可以被删除。

4. 习惯解释。所谓习惯解释，是指在合同文字或条款的含义发生歧义时，按照交易习惯的含义予以明确；习惯解释的方法既可以用于合同漏洞的填补，也可以用于合同条文的解释。

5. 诚实信用原则。依据诚实信用原则解释，要求法官将自己作为一个诚实守信的当事人来判断、理解合同的内容和条款的含义。这样在解释合同的过程中，必须将商业道德和公共道德运用到合同的解释之中，并对合同自由施加某些必要的限制。从这个意义上也可以说，该原则作为一种解释方法，体现了现代合同法从形式正义逐步转向兼顾实质正义。② 但该原则一般是在上述其他

① 张广兴等：《合同法总则》（下），法律出版社 1999 年版，第 246 页。

② 胡基：“合同解释的理论和规则研究”，载《民商法论丛》第八卷，第 51 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

原则难以适用的情况下才采用的。其主要原因在于，诚信原则比较抽象，它主要是要依据某种道德的、公平的观念来解释合同，从而在一定程度上给予了法官某种自由裁量权，而不象其他原则那样在适用的过程中必须要考虑到各种客观的因素、缔约目的、交易习惯等来作出判断。所以，依据诚信原则作出解释，主观性较强，为了准确地解释合同，应当首先运用其他解释方法，只有在这些方法不能探求当事人的真意时才能适用诚实信用原则。

问题在于，合同法第 62 条所规定的填补漏洞的任意性规则是否也应当优先于一般的合同解释方法？法官在填补合同漏洞的时候，究竟是应当首先适用合同法第 62 条，还是应当首先适用合同法第 125 条的规定，这是一个值得探讨的问题。王泽鉴先生指出，“任意规定系立法者斟酌某类型契约的典型利益状态而设，一般言之，多符合当事人的利益，当事人对于契约未详订其内容，也多期待法律设有合理的规定，故有任意规定时，原则上应优先适用。无任意法规时，应依补充的契约解释方法，填补契约漏洞。”① 我认为这一观点是正确的。在选择填补合同漏洞的方法时，首先应当使用任意性的规则，然后才能使用合同解释的方法。如果法律对合同漏洞的填补已经规定了特殊的方法和程序，这首先应当采纳法律的特殊规定，只有在不能适用法律的特殊规定的填补漏洞的方法的情况下，才能适用一般的合同解释的方法。例如，合同法第 61 条规定，填补漏洞时，首先由当事人继续通过其达成的补充协议来填补合同的漏洞，而由当事人达成补充协议充分尊重了当事人的意思自治和合同自由，也完全符合合同的性质和内容。这些方法当然是应当优先于一般的合同解释的方法。至于交易习惯，也因为与当事人的真实意思非常接近，所以也应当优先于一般的合同解释的方法来应用于对合同漏洞的填补。至于法律关于填补漏洞的任意性规定，虽然不能优先于当事人的补充协议、交易习惯等而适用，但应当优先于一般的合同解释的方法而适用。其原因在于，一方面，法律关于填补漏洞的任意性规定是专门为合同漏洞的填补而设立的，具有很强的针对性，而合同解释的方法在适用方面极为广泛，它不仅可以用于合同漏洞的填补，而且可以用于对合同是否成立、合同是否生效的问题的判断。其次，法律关于填补漏洞的任意性规定，在一定程度上体现了立法者的意思，同时也符合当事人的意愿。因为当事人通常就是期待法律设立任意性规定可以填补合同漏洞，这些填补漏洞的任意性规定从根本上也是符合当事人的利益的。合同解释的一般方法虽然也是由法律规定的，但是在适用过程中主要是由法官来认定和操作的，所以难免带有法官的主观意志。因此在专门适用于合同漏洞的填补时，应当优先

①参见王泽鉴：《债法原理》第一册，台北 1999 年版，第 246 页。

适用法律的任意性规定。只有在使用任意性规范确定不符合当事人的利益时，才应针对该合同的特殊情况，作补充的解释。①

还应当看到，从法律解释学上看，合同法第 125 条规定的合同解释的方法，不能优先于合同法第 62 条的所规定的填补漏洞的任意性规则的适用，否则将会产生法解释学上所谓“向一般条款的逃避”，按照梁慧星教授的观点，所谓“向一般条款的逃避”，“指关于某一案例，法律本有具体规定，而适用该具体规定与适用诚实信用原则，均能获得同一结论时，不适用该具体规定而适用诚实信用原则。此种现象应予禁止。”② 如果能够适用第 62 条的规定而不适用，直接按照合同解释的规则，采取诚实信用原则解释合同不仅将使法官享有过度的解释合同和填补漏洞的权限，有可能造成解释者的恣意现象，而且“将降低这些法律补充方法的权威，并进而损害与这些方法密切相关的法律的权威。”③

上述四项步骤，构成了填补合同漏洞的完整的程序。法官在填补漏洞时，应当按照合同法规定的上述步骤，逐步地、循序渐进的填补合同漏洞，而不应打乱上述步骤和程序，否则，便难以准确完成合同漏洞填补的任务。

① 参见王泽鉴：《债法原理》第一册，台北 1999 年版，第 247 页。

② 梁慧星：“诚实信用原则与漏洞补充”，载《民商法论丛》第 2 卷，法律出版社 1994 年版，第 71 页。

③ 同上，第 75 页。

对最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》的若干理解

王 闯*

担保法律制度作为化解市场经济风险和促进市场经济发展的法律手段，横跨物权法、债权法两大领域，已经成为各国民商法上的一项非常重要的法律制度。特别是20世纪下半叶以来，传统民法上的担保法出现巨大的变革并呈现出崭新的面貌，成为民法中最为活跃的领域。正在步入市场经济时代的中国，于1995年10月1日颁布实施《中华人民共和国担保法》，标志着我国物权和债权法律制度的进步。然而，由于现行担保法的规定比较原则及其存在的某些立法瑕疵，现有的九十六个条文难以涵盖市场经济关系的复杂性和民商法博大精深的内容。特别是在担保法实施以来，各级人民法院在贯彻执行担保法的过程中，遭遇诸多新情况和新问题，对担保法的不同理解导致审判实践对担保法适用上的差异，从而严重影响了司法的严肃性和统一性。为了保障人民法院在审判工作中正确适用担保法和提高担保法的可操作性，最高人民法院决定进行担保法司法解释的起草工作。

担保法司法解释的起草和论证工作历时将近四年，六易其稿，其不仅梳理了担保法颁布之前的有关司法解释，总结了各级人民法院丰富的审判实践，而且吸纳了最新的民商法理论研究成果，更将

* 最高人民法院民二庭法官，法学博士。

审判实践中存在和出现的问题尽可能地作出规定[①]。经过深入调研、充分讨论和反复论证，最高人民法院审判委员会于 2000 年 9 月 29 日第 1133 次会议通过了《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（法释［2000］44 号）(以下简称《担保法解释》),并于 2000 年 12 月 13 日公布施行。《担保法解释）分为七个部分，共计 134 条，分别对担保法总则、保证、抵押、质权、留置权、定金以及其他有关问题作出解释。综而观之，该司法解释是一个内容丰富翔实，论证充分到位，研究透彻明晰，指导科学全面，充满务实精神，非常振奋人心的重要司法文件。为了有助于读者把握《担保法解释》中若干重要规则形成的脉络，进一步加深对该解释原义的理解，更好地发挥《担保法解释》在解决担保交易纠纷案件中的指导作用，本文现拟就该《担保法解释》所涉及的主要问题以及笔者认为有待完善的问题加以阐释。

一、司法解释中的重大争论问题以及相关制度规则创新

由于现行担保法的有限规定与现实生活、审判实践的实际要求之间的距离，由于法律、行政法规与某些部门的行政规章之间规定不一，由于学术界与实务界之间、各个实务部门之间对于担保法某些条文的理解分歧，由于司法解释的有些规定与最高法院现有的司法解释规定存在一定的冲突，因此，在司法解释起草过程中，对某些条文的解释以及制度规则的设置存在重大争论，并在争论中产生了若干新的制度规则，本文从中遴选出以下十个方面问题以及相关制度规则予以较为详细的阐释。

（一）对外担保的效力问题

根据中国人民银行于 1996 年 9 月 25 日发布的《境内机构对外担保管理办法》（简称《管理办法》）第 2 条之规定，所谓对外担保，是指中国境内机构以

①在担保法司法解释起草过程中，主要坚持了以下五项指导原则：第一，担保法的司法解释应当是对现行担保法具体条文有关问题的解释和规定，尽量不超出担保法现有条文的范围，以使司法解释具有针对性和避免与法律的冲突。第二，担保法的司法解释仅应对审判实践中出现的有关担保法的适用问题进行解释，而对审判中未出现的问题，尽管理论上需要明确，但也没有必要在司法解释中予以规定。第三，鉴于担保法的司法解释与物权法的关系甚密，所以对于某些需要由将来的物权法规定的内容，该司法解释就不再予以规定。第四，鉴于担保法的司法解释与现行的民法通则、合同法、票据法以及民事诉讼法等有一定的联系，因此，凡是这些法律已经规定的内容，就不再予以规定。第五，司法解释应尽量使用司法解释语言，避免使用立法语言；在语言润色上，应尽量通俗化以避免源于法理本身的晦涩难解。详见最高人民法院：《关于适用＜中华人民共和国担保法〉若干问题的解释（送审稿）》的工作报告，第 4 页。

保函、备用信用证、本票、汇票等形式出具对外保证，以担保法规定的财产或者权利对外抵押或者质押，向中国境外机构或者境内的外资金融机构承诺，当债务人未按照合同约定偿付义务时，由担保人履行偿付义务。对外担保包括融资担保、融资租赁担保、补偿贸易项下的担保、境外工程承包中的担保，以及其他具有对外债务性质的担保等。该《管理办法）明确规定允许出具保证、抵押和质押三种对外担保方式，排除以定金和留置形式出具对外担保。 1997 年 12 月 11 日国家外汇管理局根据央行上述《管理办法》发布了《境内机构对外担保管理办法实施细则》。该《实施细则》规定了若干未经外管局批准或登记的对外担保合同无效的情形。

由于上述的（管理办法》和《实施细则）均属行政规章，人民法院如何对待其中关于担保合同无效的规定，遂成为一个重要的法律适用问题。对于该问题，存在截然相反的两种意见：第一种意见认为，不能将行政规章的内容作为司法解释的依据。理由有二：其一，根据立法法的精神，行政部门的规章无权规定合同是否有效，即使作出关于合同效力的规定，也不能发生法律效力。央行的《管理办法》和外管局的《实施细则》属于行政部门规章，因此不宜作为制定担保法解释的依据，更不能作为人民法院认定合同无效的依据。其二，随着中国开放程度的加大，特别是加入 WTO 的临近，限制对外担保可能会造成国际贸易上的障碍，所以对于批准、登记问题，还是应当按照最高法院《关于适用＜中华人民共和国合同法＞若干问题的解释（一）》（简称（合同法解释（一》）第 3条、第 4 条和第 9 条等关于合同效力以及登记、批准方面规定的精神处理①，给予适当程度的放宽。第二种意见则主张，应当将上述行政规章中的部分规定予以吸纳，作为司法解释的依据。理由在于：国内企业在利用外资时，违反国家有关法律和政策规定，对外商承诺所谓的优惠条件，为外商投资的股本贷款提供担保，为合营企业对外贷款提供担保，从而将外债风险转移给国内金融机构和企业，加大了中方的筹资成本和风险，直接或者间接地形成

① 《合同法解释(一)》第 3条规定：“人民法院确认合同效力时，对合同法实施以前成立的合同，适用当时的法律合同无效而适用合同法合同有效的，则适用合同法”。第 4条规定：“合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据”。第 9条第 1 款规定：“依照合同法第四十四条第二款的规定，法律、行政法规规定合同应当办理批准手续，或者办理批准登记等手续才生效的，在一审法庭辩论终结前当事人仍未办理批准手续的，或者仍未办理批准、登记等手续的，人民法院应当认定该合同未生效；法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力，合同标的物所有权及其他物权不能转移”。

了中方债务，从而损害了国家利益。鉴于涉外担保关涉国家利益，应当予以一定的限制，担保法司法解释应当承认外管局关于涉外担保的规定，即未经批准的对外担保合同不能生效。对于上述争论的两种意见，司法解释采纳了第二种意见，将上述两个部门规章的部分内容吸纳入司法解释之中，人民法院可以依据上述行政规章所规定的合同无效情形认定对外担保合同无效，其具体体现为(担保法解释)第 6 条所规定的五种无效情形①.

笔者认为，关于对外担保的效力问题的争论，起因于现行法律、行政法规欠缺明确规定而某些行政规章却有规定并且已在实际中适用之间的矛盾。该争论的实质，与其说是国务院部委规章能否作为人民法院审理民事、经济案件的依据问题，毋宁说是人民法院在合同法实施后应如何对待部委规章中的禁止性规定问题，亦即在评判行政规章中的禁止性和强行性规定时采取何种标准的问题。申言之，在合同法颁布之后，在合同效力的认定上，法律和行政法规与行政规章的禁止性规定是否水火不容？诚然，根据立法法和最高法院《合同法解释（一）》的精神，人民法院应当依据法律和行政法规来认定合同效力，但是在法律和行政法规没有对某些具体的民事行为诸如未经批准的对外担保行为作出效力规定时，我们能否一概认定合同有效呢？恐怕也不能导出这种绝对的论断。笔者认为，在适用法律和行政法规认定合同效力时，也应考虑行政规章中的禁止性规定。因为有些行政规章的某些内容是针对各个行业在改革开放和市场经济发展过程中出现的问题而制定和发布的，目的在于规范、管理、保障改革和建设健康有序的发展。因此，对于这些行政规章中的某些禁止性和强行性规定，人民法院不能一概否定，而应根据公序良俗原则② 予以考量—— 这些规定是否符合法律和行政法规的立法目的，是否有利于社会公共利益和经济秩序的维护，并以此来判定违反行政规章禁止性规定的民事行为是否违反公序良俗。

① 《担保法解释》第 6 条规定：“下列情形之一的，对外担保合同无效：（1）未经国家有关主管部门批准或者登记对外担保的；（2）未经国家有关主管部门批准或者登记，为境外机构向境内债权人提供担保的；（3）为外商投资企业注册资本、外商投资企业中的外方投资部分的对外债务提供担保的；（4）无权经营外汇担保业务的金融机构、无外汇收入的非金融性质的企业法人提供外汇担保的；（5）主合同变更或者债权人将对外担保合同项下的权利转让，未经担保人同意和国家有关主管部门批准的，担保人不再承担担保责任。但法律、法规另有规定的除外。”

② 我国民法学界通说认为，民法通则第 7 条所规定“社会公共利益”和“社会经济秩序”，就相当于各国民法上的公序良俗原则。合同法第 7 条和第 52 条第 4 项明确规定了公序良俗原则，违反公序良俗原则的合同无效。

需要全本请访问 www.ertongbook.com