

商事契约的解释

模拟推理与经济分析

王文宇^{*}

摘 要 商事契约是商业活动的基础,因此契约法允宜尊重当事人自治及缔约目的,体现契约蕴含的商业考虑。现代市场充斥长期而复杂的商事契约,具有风险分担及治理机制等特征,未必适合套用契约法的典型契约与任意规定,从而法院如何解释契约——特别是填补漏洞——更是关键。依通说填补漏洞方式有二:一为透过模拟推理适用契约法规定,二为考虑个别交易情境推断“假设的当事人意思”。实务上类推适用有欠严谨,此外解释契约忽略经济逻辑,并不妥当。解释商事契约宜纳入经济分析观点,如“逆选择”或“特定性资产”等,予以补充。最后探讨保证、经销、工程等商事契约案例,说明不论解释契约条款或是填补契约漏洞,经济观点均有助于正确判决。

关 键 词 商业交易 商事契约 商事合同 契约解释 模拟推理 经济分析

一、前 言

契约(亦称合同)是人际互动与市场运作的基础,以契约法作为确保履行的凭借。契约法(合同法)的基本理念是契约自由,然而当事人情况各异,从智虑单纯的市井小民,到精打细算的企业厂商,契约法自不宜对它们等量齐观。有鉴于此,虽然德国传统契约法体系严谨,却仍与时俱进,配合消费者契约的性质制定特别法规。^{〔1〕}此外,近年来“国际统一私法协会”

^{*} 台湾大学法律学院教授。

〔1〕 See Reinhard Zimmermann, “Codification: The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law”, 8 *European Review of Contract Law*, 367—399(2012). 该文对德国民法法典化的历史沿革与利弊得失有很深入与公允的分析。

(Unidroit) 另辟蹊径, 制订“国际商事契约通则”, 与以强制规定为主的消费者契约做一区隔。^{〔2〕} 这种区分彰显商事契约(亦称商事合同)当事人的自治性与任意性, 具有异曲同工之妙, 值得肯定。追根究底, 商事契约是所有商业活动的基础与准绳, 因此无论是契约法规范商事契约, 或者是法院解释商事契约, 均应符合缔约目的, 体现契约蕴含的商业考虑与经济逻辑, 以促进商业活动的发展。

现代市场中, 充斥着五花八门各类商事契约, 其中不少系长期而复杂的, 比如具有风险分担与治理机制等特性, 此并非传统契约法所预见。甚至从新制度经济学的视角来看, “契约”与“组织”两者间具有某种替代性, 因此企业间在设计“产业链”(supply chain)时, 须从垂直(纵向)一体化“自行生产”(make)或是“委外生产”(buy)选择其一。此外, 有些产业结构呈现“虚拟”纵向一体化, 一方面由法律与经济上各自独立的厂商构成, 另一方面彼此间契约又具有“不完整契约”或“长期关系”等特征。例如我国台湾地区的晶圆半导体(芯片)产业, 从设计、制造、封装到测试等厂商, 彼此间契约呈现“分立”又“联属”的特色, 凸显商事契约的多样性。这类现象比比皆是, 亟待法律人以崭新视角加以看待及解释。

传统法学方法相当仰赖“模拟推理”(analogical reasoning)的论证方式, 在契约法领域亦不例外。举例言之, 实务上每当契约——即使非典型契约——出现漏洞时, 法院多会透过模拟推理方式, 适用(或准用、套用)契约法中的任意规定。即使依照德国法学方法论者的见解, 模拟推理亦含有一定程度的价值判断, 不可尽信。其实, 关于模拟推理这种法学方法的可信度, 即使到近代仍有争议。例如, 著名的法经济学家波斯纳即对它是否为客观可操作的法学方法提出质疑, 认为它背后蕴含的往往是政策或经济分析面的考虑。

从契约的本质与功能来观察, 商事契约与民事契约间具有相当差异, 两者宜加区辨。区辨两者之意义在于: 由于交易参与者性质不同, 规范需求自然也不相同。老练经济人(sophisticated economic actors)的厂商较不需要契约法强制规定的保护, 主要仰赖契约自由或当事人自治原则。此外, 现代商事契约多属非典型契约, 因此契约法所设的典型契约及各种任意规定, 则未必适合机械性地套用于非典型的商事契约。在此情况下, 如何解释商事契约成为关键问题, 诚如著名的德国契约法学者卡纳里斯所指出: “契约解释乃无所不在的现象。”所谓契约解释包括两种: 一种是契约文字虽提及但含意不清需要解释; 另一种是契约文字并无触及而需透过解释以填补漏洞。

对于复杂的商事契约而言, 如何解释契约更是重要议题。由于企业面临市场的不确定性, 契约有时是刻意留白、有时是思虑疏漏, 因此发生法律争议时法院往往须介入做合理诠释, 尤其是在漏洞填补部分。于法条明文上, 我国台湾地区“民法”第98条^{〔3〕}与大陆《合同法》第

〔2〕 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010), 本通则引言、注释2特别强调: 虽然本通则未明确定义何谓“商事合同”, 但明示将多属强制规定的消费者合同排除于适用范围之外。

〔3〕 “民法”第98条: “解释意思表示, 应探求当事人之真意, 不得拘泥于所用之辞句。”

125条,^{〔4〕}皆有在面对契约解释时的纲领性规定,强调在解释契约条款时应注意当事人之真实意思,而不应固守于条款文义。

而在理论上,向来契约理论填补契约漏洞的方式主要有二:一为以契约法上的典型契约与任意规定加以套用;另一为以“假设的当事人意思”,考虑交易过程与商业习惯等来做补充的契约解释。^{〔5〕}而这些填补漏洞的解释方式,似都存有引入经济分析观点来解释的余地,尤其就“假设的当事人意思”途径言,其思考路径更与经济分析观点并无重大差异。因此,我们在探讨当事人真意时,不妨引进经济分析的一些概念工具,例如“信息不对称”、“逆选择”、“道德危险”、“特定性资产”等,以协助我们理解或解释契约。当然,除填补漏洞之外,于契约条款涵义不清需要解释之情形下,自亦有引入经济分析观点来为解释之妥适性。

有鉴于此,本文以商事契约为题,探讨单采模拟推理典型契约和任意规定的契约解释方式是否足够,抑或应于必要时同纳入经济分析的观点来辅助。为达到此目的,以下会讨论几个案例,包括银行保证的判决、经销契约的判决以及建设工程的判决,阐明对于商事契约之漏洞填补乃至一般解释时,适时采用经济分析观点能达到比纯粹类推适用契约法条文更为妥切的纷争处理定局。

本文强调,模拟推理之操作涉及价值判断,因此应谨慎为之,此于商事契约之漏洞填补尤甚。欲理解商事契约之本质,必先从其所由来之缔约背景与各种商业考虑出发。然而,当今实务或学界在进行商事契约漏洞填补时,往往忽略了最根本且重要的环节——厘清商事契约的本质,而一味地援引任意规定。此种僵化的契约补充解释方法实无益于商业交易之发展,令人担忧。本文认为,惟有正视个别商事契约背后的经济逻辑与商业考虑,才能还原个别契约的本来面貌。

二、商事契约在现代交易体系中的角色——两点特征

本文以下将从商事契约于现代交易体系中所提供之功能出发,先举出商事契约具有“风险分担”和“治理机制”等不同于传统民事消费契约之差异特点,以简单凸显商事契约有不同于传统民事契约了解途径之必要。

(一) 风险负担

现代商业社会瞬息万变,商事交易往往充斥着难以预料之风险,如何借由事前机制之设计来降低甚至规避风险,乃商事交易当事人亟欲解决之问题。在此情形下,“风险”遂成为交易之客体,而“风险分担”则不再是附属的功能,而成为契约之主要功能。

〔4〕《中华人民共和国合同法》第125条:“当事人对合同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。合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的,对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的,应当根据合同的目的予以解释。”

〔5〕参见王泽鉴:《债法原理(一):基本理论、债之发生》,自刊2006年版,页244—247;崔建远:《合同法》,法律出版社2010年版,页372—373。

以应收账款承购交易(Factoring)而言,债权人(通常为货物生产者)与应收账款管理商(Factor)订立契约,约定将债权人尚未收回之应收账款,按双方合意之贴现比率转让给应收账款管理商。管理商借由对于市场风险之评估,赚取扣除坏帐后的转让收益;而债权人则可获得简便且迅速的资金融通,并省去催收账款之成本,同时分散可能无法回收之坏帐风险。在此类型交易中,相较于“应收账款”,“坏帐风险”本身毋宁才是双方交易的真正标的。

在现代商业体系中,交易之一方或双方透过引入第三方以分散风险、降低交易成本的现象相当频繁,除前述之应受账款承购交易外,以下将介绍的商事保证亦属之。

(二)治理机制

在科技快速进步下,市场变化速度一日千里,任何事业欲维持其技术领先之优势地位,已不可能仅凭单打独斗之方式达成,传统上纵向一体化(vertical integration)之竞争策略已无法因应现代产业环境,此现象于高科技产业中尤其明显。此由近年来高科技厂商间纷纷选择组织间共同合作研发(collaboration research and development)作为因应市场变化的新竞争策略可见一斑。

在跨公司的共同合作研发中,合作的成败往往取决于双方所签订的共同研发协议是否能最大地消弭双方的利益分歧,并整合双方的利益。学者 Ronald Gilson、Charles Sabel、Robert Scott 将此类共同合作研发协议称为高科技创新契约(contract for innovation)。〔6〕他们认为,高科技创新契约之交易架构设计,除了得以促进交易双方有效率地进行交易专用性投资外,并借由持续的共同研究过程(iterative collaboration),有效防止在连续不确定性(continuous uncertainty)之下双方可能产生之投机行为,同时调整双方之权利义务关系。〔7〕

他们归纳出此类型契约的三项特征:①契约之主要内容为持续的共同研究过程(iterative collaboration),此乃为弹性因应市场以及技术上的可能变动,以解决科技创新中的不确定性问题,并避免高科技产业中事前特定产品细节之困难。〔8〕②设有契约仲裁机制(contract referee mechanism)。当共同研究过程中,双方研究人员出现意见不一致之情形,则上报由双方研究团队之负责人以一致决方式共同决定;〔9〕如双方研究团队之负责人意见未能一致,则再上报由双方公司之高层(通常为执行长)决定最后方针。③双方在共同研究及纷争解决之过程中,将不断地交换彼此信息,使彼此了解对方之创新能力、纷争处理之模式等,进而产生转换成

〔6〕 See Ronald Gilson & Charles Sabel & Robert Scott, “Contracting for Innovation: Vertical Disintegration and Interfirm Collaboration”, 109 *Colum Law Review*, 431 (2009).

〔7〕 See Ronald Gilson & Charles Sabel & Robert Scott, *Contract, Uncertainty and Innovation*, SSRN working paper (November 18, 2010), at 1-6. Available at SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1711435.

〔8〕 不确定性与风险之区别,系由经济学家 Frank Knight 于 1921 年所提出。他认为风险乃是可得确定其结果概率之情况,而不确定性则是指客观概率完全不可得之情况。See Frank Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Hart, Schaffner & Marx; Houghton Mifflin Co., 197-232 (1921).

〔9〕 双方研究团队通常会各指派一名较资深之研究员作为团队负责人,遇有意见不一致之情形,则由二人共同决定。

本(swifiting cost),从而有效抑止他方之投机行为。^{〔10〕} 简言之,此类型契约之双方往往仅负有“共同研发”之义务,而不负有给付特定物之义务。

我们可以发现,共同研发协议之目的在于设计出一套得以有效“监督”(monitoring)交易他方的跨公司间治理机制。此类型契约具有垂直阶层的架构,但其阶层之设计却远较一般公司来的简单,且在权利义务上亦与合伙契约有所不同。然而,自功能上而言,此三者则均具有“治理”之机能。治理功能乃商事契约与传统民事消费契约最显著之差异,同时也是商事契约于现代交易体系中之主要角色。

三、推理与契约漏洞填补

(一)美国 Steamboat 案之争议及启示

模拟推理是一种常见的思考方法,在欧陆成文法体系下,我们熟悉以法条的“类推适用”来理解,即指将法律的明文规定,适用到该法律规定未直接加以规定,但其规范上的重要特征与该规定所明文规定者相同之案型。^{〔11〕} 而在英、美判例法体系下,模拟推理系运用于判决理由(legal reasoning by analogy)而非法条之适用。虽有此差异,然这仅为在不同法律体系下操作的不同,就其本质而言,此思考技术核心价值均在于“同等情况、同等处理”。因此,虽我国台湾地区法律倾向大陆法系,但下仍拟以美国法上一则著名的案例,作为开启后续模拟推理概念检讨之起点。

在美国 *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*案中,乘客 Adams 搭乘航行于纽约与 Albany 间的轮船上,Adams 于夜间就寝时锁上包厢门窗,并在衣物中留下一些金钱。随后,这些钱被破窗而入的窃贼取走。Adams 向轮船公司起诉请求赔偿获得胜诉,轮船公司上诉。本案之争议点在于,轮船经营者对于其包厢中的乘客应负何种程度之注意义务? 本案承审法院参酌二则类似的案例为审判之依据:在 *Fortney v. Hotel Bancroft, Inc.*案中,承审法院认为旅店主人对投宿旅客须负非常高之注意义务;然而,在 *Carpenter v. Railroad Co.*案中,对于火车上的开放卧铺,而非隔间床位就寝的乘客,铁路公司则仅负有相对较低的注意义务。最终,本案法院舍弃同为交通运输工具的铁路公司,转而认为轮船公司与旅店更为相似,将轮船称为一种“漂浮中的旅店”,而认定轮船公司应对包厢中的乘客负非常高之注意义务。因此轮船公司对于原告因窃贼撬开上锁窗户而进入包厢中所窃取的 160 元美金需负赔偿责任;同时,陪审团认

〔10〕 共同研发程序之所以能有效抑止投机行为,可分别从三个面向来看。第一,共同研发之协议要求双方均需投注一定成本,能“筛选”潜在之机会主义者。第二,在共同研发之前阶段,双方可借由信息交换之过程了解他方是否具有合作适格,如认为对方不适合,可尽早终止合作关系,避免日后之投机行为。第三,在共同研发之后阶段,双方在信息交换之过程中,已掌握他方之创新能力及纷争处理模式;如终止合作关系,另行寻觅新合作对象,将产生相当之转换成本。考虑此点,双方均会倾向于维持合作关系,故转换成本能有效防止投机行为。See Scott et al., *Supra* note 6, at 481-489.

〔11〕 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,台湾大学法学丛书编辑委员会 2006 年版,页 393。

为原告 Adams 并无任何过失。^{〔12〕}

本案非属商事契约的纠纷,因此本文于此不具体评断 Steamboat 案中法院的裁判是否恰当,而重点是指出于本案可观察到:在面对两个不同案例事实时,法院往往是基于价值判断的相似性来操作模拟推理。然而,此种“相似性”往往是基于一般生活行动或思考模式而来,包含道德观、政策考虑,有时甚至只是出于法官本身成见所得出的结论,无法代表法律的自治机能。^{〔13〕}正如美国著名的大法官霍姆斯所言:“法律适用不应只是包含公理以及推论的数学教科书。”^{〔14〕}Steamboat 案及其背后所隐藏的争议,值得我们重新省思长久以来我国台湾地区实务界的一贯思维:法律本身自成体系,具有自治机能。此种思维于契约解释中浮滥的“定性”以及草率的套用任意规定,即可窥知一二。

(二)模拟推理的三种分析路径

本文以下将扼要介绍三种对于模拟推理持相异见解之学说,借以进一步厘清模拟推理之本质。

1.传统路径——卡尔·拉伦茨^{〔15〕}

卡尔·拉伦茨乃德国法学方法论的开山鼻祖之一,他认为模拟推理是用于填补制定法漏洞的基本手段之一,即是法之续造。模拟的运用须以制定法显露出明显的漏洞为前提;所谓明显的漏洞,源自于超出立法者初始的计划之外。而判定是否属于初始计划之外的标准是流动的,标准本身也会受到法律解释之影响,牵涉解释者之价值判断。循此,拉伦茨同时指出法律解释与法之续造二者并非本质上截然不同的概念,两者间仅存有程度上的量差。

基本上,支持传统路径的论者认为,模拟在司法中涉及的是评价而不是较为严谨的逻辑推理,模拟毋宁是一种“相似性推理”。此外,模拟与法律解释并不能等量齐观,将模拟视为法律解释的下一阶段毋宁更为适当。

2.诠释学路径——亚瑟·考夫曼^{〔16〕}

法律诠释学的代表人物亚瑟·考夫曼对模拟推理的理解与传统路径迥异,他主张无论法的解释与模拟都是在进行“法的实现”,亦即模拟推理与法律解释在本质上相同,或者说任何法律解释的本身就是在进行模拟。考夫曼将法律秩序以“阶层构造”理解,从抽象到具体的阶层,分别为法律理念、法律规范到法律判决,并且法在应然到实然之间的衡量过程中获得实现。

此种理论路径认为法律的文义必然与案件事实之间存在不完全吻合的情形,因而需要经过“模拟”的操作调和两者,此种模拟不以法律漏洞的存在为必要。易言之,法律适用的过程即为模拟,模拟运用关注的是“事物本质”,当法律规范与待决案件之间具相同的事物本质,产生相似性,即有运用模拟的必要。在此路径下,无论法律的解释或模拟,均属于诠释。

〔12〕 151 N.Y. 163 (1896).

〔13〕 See generally, Richard Posner, “Reasoning by Analogy”, 91 *Cornell Law Review*, 761—774 (2006).

〔14〕 Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, The Belknap Press, 2005, p. 3.

〔15〕 雷磊:《模拟法律论证——以德国学说为出发点》,中国政法大学出版社2011年版,页11—33。

〔16〕 同上注,页34—50。

3. 分析性路径——罗伯特·阿列克西^[17]

罗伯特·阿列克西的理论认为模拟是法律论证的三分法模式中的一种基本模式,适用于案件间的比较。^[18] 模拟不但存在于词意范围之内的种类,亦包含词意范围外的扩张适用。分析性路径与诠释学路径皆认为模拟包含法律解释与填补漏洞两种类别,差别在于前者不以阶层构造作为理解方式。

阿列克西在根本上肯定模拟的价值判断层面,在模拟运用过程中,可分为“逻辑”与“价值”二种层面,“价值”为外部证成——涉及实质认定两种情形是否类似,“逻辑”则为内部证成的演绎推理模式。

4. 小结

由上述三种关于模拟推理的法理学论述,我们可以总结归纳出德国法学界对于模拟推理所持态度之演变——从认为模拟仅是一种相似性推理,到否定模拟是一种推理,其后二种论点相互影响,进而形塑出融合推理与价值判断并存的内涵。简言之,无论任一种路径皆肯认模拟推理含有一定程度的价值判断。正如美国著名法学家罗纳德·德沃金所言:“模拟推理乃是表明结论的方式,而非获致结论的方式。”^[19]更明白地说,模拟推理并不是严谨的推理形式,先例(source)与对象或本案(target)之间,既不像演绎的结论必然涵盖于前提之内,也不像归纳的命题之间带有某种机遇率。之所以能将两者做模拟推理,是肇因于织成先例的理由或政策本身优越或妥当,其价值适合相干地解决相似对象的问题,而并非建构在严谨的逻辑推论架构上。^[20]

另外,模拟推理之准确度有其局限性,尤其关键更在于所谓的“相似”究应如何判定。要认定两者是否类似或具有同类性,首要是确定案件的比较点。这涉及了四个因素:事实、法律、争议、相关的类似性,即两者比较一定与事实和法律意义有关,且争议在法律上评价有疑问,而争议问题具有类似性。^[21]然而,如此相似性的认定,正再度昭明模拟推理含有一定程度的价值判断。则在操作模拟推理判断不同事物之相似性时,相当程度误差的存在是可想而知且无法避免的。

因此,我们在操作运用模拟推理时,必须先认清虽模拟推理是一种无可避免的思维模式,但并不能将之视为理所当然的逻辑方法。^[22]模拟推理虽有助人们对已知事物的认识扩展到未知事物上,但它是一种或然性的推论,而不必然是颠扑不破的真理。^[23]故于个案中,法院

[17] 雷磊,见前注[15],页51-69。

[18] 在阿列克西之理论中,与模拟推理并列的尚有涵摄与权衡,三者各自有不同的适用对象。

[19] Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, 69 (1997). 原文为“An analogy is a way of stating a conclusion, not a way of reaching one, and theory must do the real work”。

[20] 参见黄维幸:《现代法学方法新论》,三民书局2014年版,页99。

[21] 参见张骥:“论类似案件的判断”,《2014两岸四地法律发展学术研讨会论文集》,“中央研究院”法学研究所2014年版,页17-21。

[22] 黄维幸,见前注[20],页99。

[23] 张骥,见前注[21],页5。

若决定操作模拟推理方法,亦应尽可能抱持审慎之态度严格对个案为具体判断,以将此间可能产生的误差降至最低。

回顾我国台湾地区实务及学界大量运用模拟推理于商事契约的解释之上,主要操作在于二处。第一,用于“定性”契约之性质。第二,用于决定应援引何种任意规定作为契约漏洞填补之依据。就前者而言,定性的过程实质上就是在决定契约法下特定的有名契约是否应“适用”于本案。换言之,我们其实是在进行一种法律适用或不适用于本案的判断。相较于前者,后者则较容易理解,在契约漏洞填补之过程中,我们需比对个案契约与有名契约之相似性后,进而决定应援引何种有名契约之任意规定作为契约补充解释之依据,与法律漏洞填补的类推适用类似。

或许是因为对于模拟推理的本质未有充分的理解,台湾地区实务及学界在进行契约的定性以及援引任意规定时,似乎少有意识到此过程即属于模拟推理,而应尽可能抱持审慎的态度为之。观察台湾地区实务之所以充斥着的不合理的“定性”以及草率的套用任意规定,此或正为主要原因。

(三)模拟推理于实务之运用——以一则经销契约判决为例

本文以下将以近年一则经销契约判决为例,简单介绍模拟推理于台湾地区实务运用之现状。^[24] 本案事涉独家总经销契约是否存在之争议,原告公司与被告溥天公司订立经销合约,约定两造间就被告日商任天堂公司(下称任天堂公司)商品之交易,由任天堂公司出货予溥天公司,再由溥天公司出货予原告,且原告出售商品之广告单上亦记载总经销为原告。被告溥天公司乃为任天堂公司为保障在台湾地区之智慧财产权等相关权利所设立之子公司,原告主张溥天公司虽为名义上进口人,但实际上由任天堂公司进行作业,任天堂公司与原告公司间实质存在独家总经销关系,形式与效力并及于被告溥天公司。嗣后,溥天公司通知原告于三个月后将终止系争独家总经销契约,其后并将货物 Wii 游戏机转售予诉外人展碁公司贩卖。原告认为此终止契约之效力不及于其与任天堂公司间之契约,乃起诉请求确认总经销契约存在,并请求损害赔偿。

本案关键争点之一厥为该“总经销契约”之性质为何,盖此涉及被告溥天公司终止契约是否适法。原告以两造间往来之文件、广告单、原告招牌、产品之外盒包装及内附说明书等皆有记载原告为“总经销”之字样,欲证明其与被告间有具“独占性、排他性”之独家“总经销”关系。本案法院则认为,不得仅凭“总经销”之记载即认定两造间之法律性质,仍应依两造间之具体契约内容认定权利义务关系。就此点而言,殊值赞同。

然而,对于最关键的“总经销”契约定性,法院却仅在判决中提到:“……足认两造间之经销关系无名契约,其内容包含买卖、行纪、代办商之性质,是关于两造间经销关系应类推适用买卖、行纪、代办商之规定。”据此即认为溥天公司得终止契约,^[25]而关于得终止契约之原因以及究竟是适用行纪或者代办之规定,则未有交代。此外,本文实难想象“两造间经销关系应类

[24] 台北“地方法院”100年度重诉字第678号民事判决。

[25] 法院最终认为原告仅与被告溥天公司间存在非独占之经销契约,与被告任天堂公司则不存在契约关系。并认为被告溥天公司终止经销契约乃属适法。

推适用买卖、行纪、代办商之规定”此一标准,究应如何操作于契约解释当中。

如前所述,无论在何种路径之下,模拟推理均涉及一定程度之价值判断,于操作上不可不慎。实务向来缺乏实质判断,而近乎盲目比附援引之做法实有商榷之必要。非典型契约之内容未必较有名契约来得复杂,如能扬弃拼凑套用任意规定的思维,回归契约背后的经济实质来进行契约解释,许多争议往往迎刃而解。须强调者为,在符合当事人契约之利益状态下,任意规定并非不可援用。然就本案而言,草率地类推适用多种有名契约之规定,非但对于解决争议无任何帮助,反而因此失去適切解释契约之机会。

四、商事契约之解释方法与经济分析

(一)商事契约之解释方法

1. 区辨商事契约之意义

经济学上将参与交易之个体分为个人(individual)及厂商(firm),依参与交易之对象不同,交易分为以下四种类型:^[26]第一,厂商与厂商之间的交易。第二,个人与个人之间的交易。第三,厂商为卖方,个人为买方之交易。第四,厂商为买方,个人为卖方之交易。就第一种类型之交易,依厂商的不同性质,又可分为两类:第一,该厂商为老练的经济人,例如微软、台塑等大型公司。第二,该厂商类似一般人,实际上,此种厂商更像一般之商人,例如由一个人所开设之杂货店。本文所称之商事契约乃第一种交易类型下——老练的经济人之间所订定的契约,即学说上所称的双方商事契约。

区辨商事契约之意义在于:由于交易参与者性质不同,规范需求自然有所不同。身为老练经济人的厂商具有较强之谈判能力,且缔约双方信息地位平等,较不需要强制规定的介入保护。此外,为更能有效面对瞬息万变之市场,此类型当事人所订立之契约往往具有特殊机制以因应未来可能产生之风险或无法评估之不确定因素,因此契约内容甚为复杂。简言之,此类型交易当事人拥有较佳之能力以及工具可协助其事前评估风险,并设计适当的机制以分散或者规避风险。此外,此类型之交易参与者往往具有较佳之风险承担能力。

面对此类型交易参与者所订立之契约,契约法之角色应在于提供“执行功能”(enforcement function)与“解释功能”(interpretation function),以确定契约中所约定之特殊风险管控或分配机制得以实行。至于契约法中所设之典型契约及各种任意规定,于此类型契约中则较不重要。盖典型契约及任意规定之主要功能在于:当契约被定位为某种类型时,法院可引用该有名契约下之任意规定以填补契约漏洞,以确保交易公平性并就契约上的危险做合理分配,以补当事人意思之不备。^[27]然而,如前所述,商事契约往往具有特殊风险管控或分配机制,究应定性为何种典型契约,实为一大问题。如该认为契约兼具多种典型契约之特性,究应援引何

[26] See Alan Schwartz & Robert E. Scott, “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, 113 *Yale Law Journal*, 541—544 (2003).

[27] 王泽鉴,见前注[5],页77—79。

种典型契约以填补契约漏洞,诚属有疑。此外,商事契约之交易参与者具有较强谈判能力,缔约双方地位平等,典型契约所认定之交易公平性是否符合交易双方之交易本旨,亦有可议之处。^{〔28〕}最后,此类型交易背后往往涉及长期且复杂商业考虑,立法者所预设之任意规定是否真能符合交易双方所期望之风险管控或分配机制?凡此,均显示出商事契约应与一般民事消费契约有所区分,其契约漏洞填补不宜浮滥地套用典型契约下的任意规定。

2. 商事契约之解释方法

我国台湾地区的“民法”第98条明订有“解释意思表示,应探求当事人之真意,不得拘泥于所用之辞句”之原则性规定。然而,条文并未阐明意思表示究应如何解释,特别是在当事人的“真意”与所用“辞句”不一致时,应该以“内在真意”或者“外在辞句”为优先。^{〔29〕}向来实务在处理此问题上,粗略可区分为二种角度:一为倾向应全盘通观契约全文,并斟酌订立契约当时及过去之事实暨交易上之习惯,依诚信原则,从契约之主要目的及经济价值等作全盘之观察之“真意说”;^{〔30〕}一为主张解释契约固须探求当事人立约时之真意,但契约文字业已表示当事人真意无须别为探求者,即不得舍文字而更为曲解之“文义说”。^{〔31〕}而于最近实务见解上,似较倾向所谓“真意说”,认解释契约仍应通观全文,于文义上及论理上详为推求当事人立约时之真意。^{〔32〕}

而同样的议题在我国大陆,于与我国台湾地区“民法”第98条相似之《合同法》第125条的解释原则上,则采取一种以合同客观上用语解释为主,当事人主观意思为辅的解释原则。但在奉行客观主义具体运作时,仍应把握在对合同用语理解不同的场合,法院应以一个理性人处于缔约环境中对合同用语的理解为准,来探寻合同用语的含意。^{〔33〕}操作路径上,其探求的当事人真意应不违背法律规定或有反于社会公义道德,而解释条款时亦应遵从国内有关规程要求,尽可能符合专业、行业的知识与原理,复次尚须尽量考虑当事人双方的利益平衡。^{〔34〕}

回归到商事契约之解释而言,因其往往具有特殊之风险管控或分配机制,属于法律未明文

〔28〕 See Claus — Wilhelm Canaris & Hans Christoph Grigoleit, *Interpretation of Contracts*, SSRN working paper (January 15, 2010), at 18, Available at SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1537169.

〔29〕 吴从周:“法律解释、法律行为解释与契约解释”,《2014两岸四地法律发展学术研讨会论文》,“中央研究院”法律学研究所2014年版,页28。

〔30〕 参见“最高法院”19年上字第58号判例、“最高法院”65年度台上字第2135号判决、“最高法院”88年度台上字第972号判决。

〔31〕 参见“最高法院”17年上字第1118号判例、“最高法院”86年度台上字第3042号判决、“最高法院”96年度台上字第1577号判决。

〔32〕 “最高法院”101年度台上字第2100号判决:“按解释契约,应于文义上及论理上详为推求,以探求当事人立约时之真意,并通观契约全文,斟酌订立契约当时及过去之事实、交易上之习惯等其它一切证据资料,本于经验法则及诚信原则,从该意思表示所根基之原因事实、主要目的、经济价值、社会客观认知及当事人所欲表示之法律效果,作全盘之观察,以为判断之基础,不能徒拘泥字面或截取书据中一二语,任意推解致失其真意。”

〔33〕 崔建远,见前注〔5〕,页356—357。

〔34〕 崔健远:“合同解释与法律解释的交织”,《吉林大学社会科学学报》2013年第1期,页74—75。

规范的无名契约,且多为“不完全契约”(incomplete contracts),^[35]存在漏洞有待填补。此种新型态交易之缔约背景与目的远非立法者制订契约法时所能设想,如仍以任意法规作为漏洞填补之主要依据,恐造成与交易现实、本质相悖之结果,甚至可能违反契约目的,并且对于交易创新造成不利影响。申言之,商事契约之当事人往往具有特殊之利益分配状态,与契约法上任意规定所设想者有所不同。因此,契约漏洞之填补不应仅援引任意规定,而宜如前述探求当事人真意所在,另为契约的补充解释。盖当事人缔结契约之目的在于极大化交易之利益,确保缔约前之交易相关投资与缔约后之交易进行,均能以最有效率的方式为之。^[36]而此亦为契约法最根本之规范目的,其下任意规定之引用自不应产生与之相悖之结果。

随着异质性交易越来越多,任意法规无法涵盖或合理适用于各类新型态交易之情形,已然成为常态。如仍执着于模拟推理之思维,以“比对”有名契约预设的权利义务关系与当事人所约定的权利义务关系之方式来理解利益风险分配均极为复杂的商事契约,只是治丝益棼。著名的美国契约法学者 Alan Schwartz 与 Robert Scott 即认为:传统契约法学采取全盘性分析,以致无法得出可行的契约法原则。他们认为应将民事消费契约排除,然后从法经济学观点,集中探讨 B2B (business-to-business) 商事契约。^[37]

此处应特别强调者为,上提说法并非意在全盘否定任意规定之功能。一如前述,契约可以分为商事契约及民事消费契约,即使任意规定对于商事契约帮助有限,对于一般消费者而言,仍然有很大的功效。而应特别指出的是,契约解释过程本身涉及法律规定,因其解释完成后即进入法律适用阶段。法律的适用仍然与法律解释相连,故往往在契约解释同时便有法律解释,法律解释则亦为契约解释服务,两者间互有交织关系。这样的交织在某些情况下,某具体法律条文的解释可能因某具体契约条款的解释而或多或少修正了以往对该法律条文的解释,另亦有可能因某法律条文修正导致了其后此类契约条款解释发生变化。^[38]

故本文并非主张要废除现行任意规定,或是主张应为商事契约建构一套特别规则。重点毋宁在于:我们应建立看待商事契约的正确态度——论及商事契约时,应尊重当事人自治、参酌契约之缔约目的、交易过程(course of dealing)、商业习惯(usage of trade),将各种无名契约视为单独的契约类型,^[39]置于广义的交易脉络下理解。^[40]以契约本身为契约补充解释之起点,审慎地操作模拟推理,秉持“相似则用、不相似则舍”的原则,不应一味地机械性套用典型契

[35] 不完全契约,意味契约漏洞之发生,或因为当事人于缔约时未能预见未来情事之变化,或因当事人欲借由事后之磋商处理,或当事人相信可透过法律及裁判求取公平正义的解决。See Robert E. Scott, “The Law and Economics of Incomplete Contracts”, 2 *Ann. Rev. L. & Soc. Sci.*, 279—297 (2006).

[36] See Scott et al., *Supra* note 26, at 545.

[37] See Scott et al., *Supra* note 26, at 541.

[38] 崔建远,见前注[34],页70—71。

[39] 王文宇:“非典型(商业)契约的漏洞填补——论任意规定与补充解释的择用”,《月旦法学杂志》2009年第164期,页123—124。

[40] See Alan Schwartz & Robert Scott, “Contract Interpretation Redux”, 119 *Yale Law Journal*, 926 (2010).

约下的任意规定。^{〔41〕}

(二)经济分析观点之运用

法律经济分析的特征,是将经济学的研究方法融入法学研究之中。^{〔42〕}这样的导入在商业交易领域尤其重要,因商业交易是两个或两个以上当事人合作创造与价值分配的活动,而其中由商事契约所建立起之交易架构(deal structures)设计的好坏,往往会影响交易进行顺畅与否,^{〔43〕}故经济学概念的导入在商事契约设计架构上即存有其意义。以下简单介绍几个经济学上观点为例,作为我们在分析商事契约时可以借鉴参考的工具。

1. 信息不对称衍生的逆选择

所谓信息不对称(asymmetric information),是指当事人一方较他方握有更详细与交易有关的信息。在此情况下,处于信息劣势的一方担心他方凭借信息优势损害其利益;而拥有信息优势一方又不愿降低出售价格时,交易便不会成立。长此以往,市场上久而久之留下的仅剩愿意苦撑的业者,而非提供质量优良的商品供应者,甚将导致整个市场消失,此即学理上所谓之“逆选择”(adverse selection)问题。^{〔44〕}面对此问题的解决方法,首要弭平当事人间信息落差,再者是将风险由拥有信息优势的一方分担。

举例而言,在二手车买卖上出售方通常是享有信息优势的一方,所以会发生上述信息不对称情况,进而有造成逆选择之可能。倘若想解决此问题,可由出售人寻找具公信力的技师对车辆检验或者提供完整的车辆检修纪录,使买受人相信车辆质量并提出合理价格,交易才有成立可能。另外,由出售人对车辆负一定担保责任或有条件补偿义务,使风险转由出售人承担,亦能一定程度化解信息不对称带来的问题。^{〔45〕}

2. 信息不对称衍生的道德危险

在契约成立之后,由于当事人利益的分歧,其中一方可能会因为自己利益而为伤害他方利益行为的风险,此情形便是所谓的“道德危险”(Moral Hazard)。^{〔46〕}道德危险亦源于当事人间信息不对称,发生道德危险可能之当事人因契约成立而不需负担自己行为所生之结果,毋庸承担风险之一方往往又拥有信息优势,而其可能利用这样的信息优势谋取最大利益,进而使道德危险情形发生。

最显著的例子是在保险契约中,被保险人或受益人凭借保险契约已成立,而作为或不作为使损害扩大,诸如延误就医或故意使保险事故发生以赚取保险金。而在解决道德危险的方法

〔41〕 对此,国际商事契约通则(UNIDROIT)即表示契约解释应该考虑到所有情况,而任意规定仅属考虑因素之一,商业习惯、甚至经济分析均可派上用场。Unidroit principles of international commercial contracts, 121—124 (2004).

〔42〕 简资修:《经济推理与法律》,元照出版公司 2004 年版,页 1—7。

〔43〕 王文宇:“商业交易的智能商业交易智能”,《会计研究月刊》2009 年第 287 期,页 76—77。

〔44〕 George A. Akerlof, “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, 3 *The Quarterly Journal of Economics*, 490—491 (1970).

〔45〕 王文宇,见前注〔43〕,页 77—79。

〔46〕 Holmstrom, B., “Moral Hazard and Observability”, 1 *Bell Journal of Economics*, 74—91 (1979).

上,除前述弭平信息不对称之机制外,透过契约架构的设计,比方设计共保条款(co-payment clause)、自负额条款(deductible clause)或约定赔偿额上限等约款,使具道德危险可能之人亦负担一定损失,以减免其发生。^[47]

3. 特定性资产

特定性资产(asset specificity)一般而言系指依照资产本身性质,在投资后仅得发挥特定用途,难以转作他用,故流动性不大甚至很低。^[48]其情况几乎等同于付出后难以收回,故近似于会计学上所称之为“沉没成本”(sunk costs)概念。倘若为达成特定交易而购买该种资产,日后该交易终止时,购买者就因此必须负担庞大成本,而对方便掌有生杀大权,即所称之“拿翘(hold-up)”现象,^[49]使拥有资金者不敢踏入特定领域,对该领域之发展相当不利。在长期性契约或是价格昂贵的机器设备买卖中,如专属性高就常会出现此现象。

比方在油井开发案中,钻井业者投入机器成本后其机器流动性极低。若管线业者凭借其重要性而“拿翘”,向油井所有人索取高额费用,则钻井业者除须负担庞大风险外其所能获得利益又下降,资金当然会裹足不前,从而使得石油开发衰退。而要避免特定性资产下拿翘问题的出现,在契约架构设计上应设法使双方利益趋于一致,而于契约中约定愿受强制执行条款亦有所帮助。^[50]

4. 经济分析观点之运用——假设的当事人意思

商事契约架构拟定的核心,其实就是在契约中将当事人彼此能分到的饼做到最大,让交易的当事人能达到皆大欢喜的结果。^[51]而本文于此须再进一步指出,既然商事契约是建构在一定的经济目的及商业逻辑上,法院于契约漏洞解释时自应也参酌经济学的脉络,适时运用经济分析方法来为商事契约当事人意思之探求,始为恰当。

向来论及契约漏洞填补之方法,学说上认为应优先适用任意规定,在无任意法规时,则应依补充的契约解释方法填补契约漏洞。惟应注意,如适用或类推适用任意法规将违反契约目的时,则应以补充的契约解释为优先。^[52]而依据补充的契约解释所探求的当事人真意乃“假设的当事人意思”,即双方当事人通常在交易上合理所欲或接受的意思。^[53]

本文认为,于操作“假设的当事人意思”时,美国契约法上的“假设性议约”理论(Hypothetical Bargaining)提供一明确且容易操作之判准,足资参考。此理论认为,法院于进行契约漏洞

[47] 王文字,见前注[43],页79。

[48] Williamson, O., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, Free Press, 1975.

[49] Williamson, Oliver E., “Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange”, 4 *American Economic Review*, 73, 519-540(1983).

[50] 王文字,见前注[43],页79-80。

[51] Howell E. Jackson & Louis Kaplow & Steven M. Shavell & W. Kip Viscusi & David Cope, *Analytical Methods for Lawyers*, Foundation Press, 2003, pp.68-71.

[52] 王泽鉴,见前注[5],页244-247。

[53] Grigoleit et al., *Supra* note 28, at 20.

填补时,应选择使交易成本尽可能最小化之方式,且此方式同时也是当事人在自行协商下会选择之漏洞填补方式。^[54]当事人缔结契约乃为追求利益之极大化,以交易成本最低之方式填补契约漏洞使利益极大化,自然属于当事人在通常交易上所意欲或接受的意思。

应再三强调的是,法律行为的解释是不断地具体衡量对立的当事人间之利益的判断过程,应该依照意思表示的种类做个别的利益评价。换言之,相较于纠结在该由“内在真意”或“外在辞句”角度来解释当事人意思表示的内涵,解释契约时更重要的核心毋宁在双方间利益冲突之权衡。^[55]而此需注意的是,由于公平的判断因人而异,法官在个案中权衡的未必与当事人在契约中追求的效益相一致,因此在契约解释的具体运作中应认真对待以求平衡。^[56]

如前所提,就商事契约而言当事人双方往往有其特殊之利益分配以及风险规划,以让双方都能透过契约获致满意的商业交易结果。当任意规定不符合当事人预设之利益状态时,则不应再执着于适用或类推适用任意法规,^[57]否则只是无谓地提高交易成本,与当事人所期待者背道而驰。^[58]本文在此重申,商事契约解释时应回归到契约之经济实质,法院宜运用经济分析方法探求假设的当事人意思,适时引入信息不对称、逆选择、道德危险、特定性资产等经济学工具概念,使当事人间之交易成本最小化。^[59]以下将以三则案例为例,说明于面对争议案件时,如适时运用经济分析之方法,有时将可得到与传统契约法不同之慧见。^[60]

五、案例研究

(一)民事保证与商事(银行)保证之差异

首先拟以近来一则我国台湾地区“最高法院”关于银行工程保证的判决,^[61]扼要以经济

[54] Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics*, Pearson Prentice Hall, 2012, pp.221-223.

[55] 吴从周,见前注[29],页42。

[56] 崔建远,见前注[5],页374。

[57] Grigoleit et al., *Supra* note 28, at 18.

[58] Ulen et al., *Supra* note 54, at 219-220.

[59] 美国近年来面临法学教学与实务“严重脱轨”之现象,课堂上的抽象理论往往无法应用于案例之上,此现象于契约法上尤其明显。因此,近年来各大法学院均开始检讨如何将理论与实务接轨,诸多课程均本于此旨设计(例如哥伦比亚大学法学院的 Deals Course),值得参考。关于如何运用交易成本理论将商业交易带入课堂教学中,可见 Victor Fleischer, “Deals, Bringing Corporate Transactions into the Law School Classroom”, 2002 *Co Lumbia Business Law Review*, 475-498 (2002)。此外, Ronald Gilson 教授亦曾为文讨论法律人于各类型交易中,应扮演“交易成本工程师”(transaction cost engineers)之角色,致力于降低交易成本以促成交易。See Ronald Gilson, “Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing”, 94 *Yale Law Journal*, 239-313 (1984)。关于 Gilson 教授理论的介绍,中文文献可见李治安、林郁馨:“论商务律师于并购交易中创造之价值:交易成本工程师概念之提出”,《法令月刊》2002年第5期,页40-54。

[60] 美国契约法学者 Victor Goldberg 即认为,解释契约时如能善用经济分析方法,引入经济学概念,往往便能得到交易成本最小化之双赢结果。Victor Goldberg, *Framing Contract Law: An economic perspective*, Harvard University Press, 2006, pp.1-36。

[61] “最高法院”102年台上字第584号民事判决。

分析之角度剖析商事保证。本案中,上诉人台北市养工处(后移转业务由水利处办理)与天太营造公司(下称天太公司)签订工程合约,承揽“社子岛防潮堤加高工程(第四标)”。上诉人并委请被上诉人宝岛商银(后更名为日盛银行)出具工程保证金保证书,就该履约保证金负担保证责任,约定被上诉人日盛银行收到书面通知十日内即应支付保证金。保证书中并有约定,养工处得自行处理该款,无需经过任何法律或行政程序,宝岛商银绝无异议且愿放弃“民法”第745条之先诉抗辩权。

嗣后天太公司未依约施工,养工处乃终止契约,催告保证人日盛银行支付全额履约保证金。保证人乃主张:第一,依据“民法”第741、742条关于保证契约从属性之规定,保证人不得负担较主债务人为重之责任;第二,主契约之保固期已届满,保证责任随之消灭为由,拒绝负担保证责任。债权人养工处则主张本案之保证书具为“立即照付担保契约”,与一般具有从属性、补充性的民事保证契约不同。

本案缠讼六年,历经二次更审,最终“最高法院”判决上诉人(债权人)胜诉。其判决理由为:“系争保证书具有独立性及无因性,系属付款之承诺,为现金之代替。被上诉人一经上诉人书面通知即有如数给付保证金之义务,而非履行天太公司之承揽契约义务。”^{〔62〕}“(本案)立即照付之担保,具有独立性,与保证契约具从属性不同,尚不因其使用‘保证’二字或赘列‘民法’第745条规定而异其认定。”虽是如此,本案历审法院亦有不少采取“该保证契约为从契约”之见解,认为保证责任待工程完工,承揽契约保固期满后,即告终止而消灭。^{〔63〕}实务上之所以出现两种殊异之见解,致使本案法律关系悬而未决、当事人缠诉多年,本文认为,其根本原因在于不少法院于解释契约时,仍拘泥于民法任意规定之套用,未能回归当事人缔约之经济实质为适切之契约解释。

本案中,上诉人与被上诉人间签订之“工程保证契约”,实为工程实务上为因应商业保证之特殊性发展出的一种“银行保证”,系由银行担任信用加强者为债务人担保债务。此种保证契约所针对的商业行为,涉及企业组织之现金流(cash flow),故若事涉“理赔”问题时,“迅速”与“确实”系商业保证之核心要求。因此,银行保证经常借由契约条款修正“民法”预设之规定以跳脱权利确定程序,便于债权之请求。^{〔64〕}保证人所负之责任在此性质下之解释,多已偏离传统保证契约之保证责任,即便保证人并未强调抛弃“民法”第745条之先诉抗辩权,仍应认具有“独立性”,并且更重视契约之“文义性”。就独立性而言,系指该保证契约与原基础契约各自独立存在,互不从属;而文义性,则表示当事人间权利义务的认定,仅依循该保证书所载之条款进行审查,即形式审查之方式。

〔62〕 “最高法院”98年度台上2098号民事判决。

〔63〕 “高等法院”97年度重上字第121号判决、“最高法院”100年度台上字第199号判决。

〔64〕 例如本案例中之保证书第2条,即有类似约定,一旦承揽人违约,银行即依机关书面通知所载金额如数拨付,绝不推诿拖延,且无须经过任何法律或行政程序。

银行保证与传统民事保证之主要差异在于,“民法”关于保证之规定系以“保护保证人”为出发点,而非为追求整体效率。在补偿关系上,肯认保证人对债务人之求偿地位;在信用加强关系上,保证人享有先诉抗辩权而负备位责任。除此之外,保证人甚至得以保证契约事项之外,主契约中债务人所得主张的抗辩事由对抗债权人。此种规范模式除了使债权人衍生较高执行成本外,亦使得整体风险分担之三方关系效率有所减损,增加厘清权责的困难,并可能使信用加强功能丧失。

学者 Aver Katz 即认为,银行保证(或其它商事保证)乃保证人基于信息优势下的专业化分工产物。^[65] 申言之,在商事保证关系中,保证人(通常为金融机构)在信息优势下,具有较佳的风险规避能力。例如,拥有完善的债务人债信纪录或对于债务人的资金运用具有较佳之监控能力。债权人或债务人基于降低交易成本之考虑,便乐于促成债权人与保证人间的“合作模式”。在保证人介入下,债务人较容易取得缔约机会,债权人亦能有效转嫁风险,而保证人则借由自身的信息优势在预期损失(保证额度 $\times$ 债务人清偿不能之机率)与利息收益间赚取利差。

本案之银行工程保证即属于典型的商事保证契约——银行在保证金支付以外,另出具载有“立即照付条款”之保证书,以纾解承包商筹措资金的压力,同时增加债权人之缔约意愿,其契约架构乃在信息不对称情况下,借由引入具有信息优势之保证人,以降低交易成本避免“逆选择”之适例。就此而言,“最高法院”自当事人缔约之经济实质进行分析,认为本案之保证契约异于传统保证契约,足资肯定。本文援引此案例之目的在于强调:作为一位契约法律人,于定性契约或者判断是否援用任意规定时,务求谨慎考虑契约背后之经济实质,切忌落入“宁可误引法条,拒绝适切解释”之乱象。

(二)经销契约案

经销契约乃商业实务上常见之契约类型,属于垂直契约(vertical agreement)之一种。制造商透过经销契约之订定,降低因组织庞大而产生之管控成本。经销商则借由经销契约之订定,借以省去开发相同质量产品之成本。此外,取得销售产品之商标权更可替经销商省去相当之营销成本。

然而,在经销契约关系中,亦存在制造商对于经销商之行为难以完全掌握之信息不对称关系。因此,制造商往往会借由各式各样的约定(例如固定价格条款、质量管控条款以及后述之尽力条款等),以监督经销商之行为。^[66] 在经销契约中之监督条款执行成本较组织庞大化的管控成本来得较低之情况下,制造商将会选择缔结经销契约,而非自产自销,以节省成本。自

[65] See broadly, Avery Wiener Katz, “An Economic Analysis of the Guaranty Contract”, 66(1) *University of Chicago Law Review*, 47—116 (1999).

[66] See Paul Rubin, “The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract”, 21 *JL & ECON.*, 227—230 (1978). 本文所讨论者虽为加盟契约,但亦可用于分析经销契约。在法经济学上,两者同属于垂直契约,差别仅在于经销契约之“垂直性”较低。

法经济学之角度而言,经销契约乃介于组织与契约之间的混合体(hybrids)。^[67]以下将以一则“最高法院”经销判决为例,说明法官如能明了契约背后的商业考虑或经济逻辑,当能适切做出判决。

本案原告计算机软件供货商莹圃公司与被告倚天公司,签订一纸合作备忘录,约定由倚天公司经销莹圃公司之计算机软件产品。双方所签订之备忘录约定:“倚天公司每月最低承销量为新台币 50 万元,并应于每月 20 日以前下订单;否则莹圃公司将自动送货,倚天公司不得异议。”嗣后,倚天公司陆续发生订购量不足或完全未订购之情形,莹圃公司乃依备忘录之约定,将差额合计新台币 200 余万元之软件产品送至倚天公司,惟遭倚天公司拒收。莹圃公司乃依双方签订之备忘录,起诉请求倚天公司履行契约,给付软件之价金。

本案例之争点在于,莹圃公司主张该备忘录所定之最低承销量,乃以该数量为契约之标的,而倚天公司则主张该约定仅在其销售量未达契约约定时,赋予莹圃公司得解除契约之权利。就此争议,“最高法院”认为,经销契约之法律性质,依其契约之具体内容,可能有三种类型:买卖、行纪或代办商。本案之备忘录在第一条虽载有“代理经销”之用语,然就其后各条规定观之,该备忘录之性质并不确定,“高等法院”对于该备忘录性质之认定(买卖与代理承销混合之契约)稍嫌速断。^[68]因此认为当事人上诉有理由,而将原判决废弃发回。

本文认为,“最高法院”对于契约性质之“定性”并无助于双方纷争之解决。如前所述,经销契约关系中,制造商与经销商之间存在信息不对称之关系,制造商对于经销商之行为(action)无法完全掌握。在此情形下,经销商即可能出现阳奉阴违、马虎经销商品的隐藏行为(hidden action),即前述经济学上所称之为“道德危险”。因此,制造商将透过各种条款设计以避免此种情形发生。以本案而言,该最低承销量之约定,应是莹圃公司为确保倚天公司能尽最大努力推广销售其产品,借此解决存在于供货商与经销商之间的代理问题,乃实务上所称之“尽力条款”(best efforts clause)。在制造商未能完整掌握经销商之行为下,即使经销商在合约中承诺将“尽力而为”,亦难以认定是否违反此义务。在此情况下,双方约定“最低承销量”不失为一个可操作的标准。

此外,该最低承销量之约定亦可发挥风险转嫁之机能,让莹圃公司能事先预测其每月之最低销售收入,作为后续现金支出规划之基础,并使倚天公司负担一定业绩压力,在未达最低承销数额时,即需负担该部分支出之风险。循此,莹圃公司当得依债务不履行之规定,主张终止契约与损害赔偿,契约纷争至此已完全解决。至于该备忘录究应定性为买卖、行纪或者代办

[67] Ibid, at 231.

[68] “最高法院”87 年台上字第 362 号民事判决:“社会上常称之‘经销商契约’(或称代理店契约、代理商契约),系指商品之制造商或进口商,将商品交由经销商,为商品之贩卖。至于其法律性质,依其契约之具体内容,可能有三种类型:买卖、行纪或代办商。本案之备忘录虽然在第一条载有‘代理经销’之用语,惟由其后各条之规定观之,该备忘录之性质为何,并不确定,故尚有探究之必要。原审(即‘高等法院’)认该备忘录为买卖与代理承销混合之契约,稍嫌速断。”

商,已无关宏旨。本案法官未见于此,却花大量精力去进行契约定性以便援引契约法上的任意规定,不无削足适履之虞。

(三)工程契约案

我国台湾地区于“民法”关于工程契约并未另有特别规定,^[69]因此实务上一贯以来均将工程契约定性为“承揽契约”或“买卖与承揽之混合契约”。“民法”上关于承揽之规定并未依承揽标的物为动产或不动产而异其规定。然而,工程契约之标的多涉及特定性资产之投资且为长期关系契约,与一般动产承揽有所不同,是否宜与一般动产承揽契约适用相同之规范,不无疑问。此观诸欧美各国均对工程契约订有标准化契约模板即可得知,^[70]国际工程契约(Federation Internationale Des Ingenieurs—Conseils, FIDIC)更就不同类型的工程订有不同版本,^[71]以求合理分配各种不同类型工程之风险。

本案原告即承揽人与被告定做人签订自动仓储系统工程合约书,承揽人依约将钢架装船后,定做人却积欠相当数额之工程款,且未依约完成诉外人建筑师事务所所定,承揽人进场施作所需配合之条件(硬设备进场共同条件、统仓区料架进场条件所列十一项工作),致钢架无从进场进行安装工作。原告虽屡次催请被告付款及完成配合工作,然被告均未理会。原告因而提起本件诉讼请求终止系争合约,并请求被告赔偿所受损害及所失利益。

本例之工程契约,大致上虽符合“民法”承揽契约之架构。惟如将之定性为承揽契约,并适用下设的“民法”第507条规定,^[72]承揽人将得因定做人未尽协力义务而行使契约解除权,使契约溯及失效,双方各自复有回复原状之义务。此种契约解释方法并未考虑到商事契约之交易目的、交易背景以及资产属性,忽略了该工程契约乃一长期关系性契约(relational contract),^[73]具有连续进行的契约内容与“特定性投资”(asset specificity)

[69] 相较于此,“政府采购法”第7条对于“工程”之定义,则有规定。“政府采购法”第7条第1项:“本法所称工程,指在地面上下新建、增建、改建、修建、拆除构造物与其所属设备及改变自然环境之行为,包括建筑、土木、水利、环境、交通、机械、电气、化工及其它经主管机关认定之工程。”

[70] 例如美国的 AIA、英国的 JCT、ICE、德国的 VOB。

[71] 为适应不同类型的工程,FIDIC 契约条款有多种版本,并且采用不同颜色作为封面,例如国际性土木工程施工契约的封面是红色的(FIDIC red book),机电工程契约的封面是黄色的(FIDIC yellow book),统包工程契约的封面是橘色的。而针对较为简易之工程类型,则订有简明契约格式(Short Form of Contract),封面为绿色(FIDIC green book)。

[72] “民法”第507条:“(一)工作需定做人之行为始能完成者,而定做人不为其行为时,承揽人得定相当期限,催告定做人之为。(二)定做人不于前项期限内为其行为者,承揽人得解除契约,并得请求赔偿因契约解除而生之损害。”该条没有任何赋予承揽人终止契约之权利。

[73] 长期关系契约之概念系由美国法律学者 Ian Macneil 所提出,他将现代契约分为两类,即长期关系契约与相对立的个别契约(discrete contract)。后者是一次性的给付或提供短期服务,可能仅是陌生人间在完全市场上达成的协议,其交易过程完全由法律来保障。前者则是随着时间而延伸且关系复杂化。See broadly, Ian Macneil, “The Many Futures of Contracts”, 47 *Southern California Law Review*, 691—816 (1974).

的特性,^[74]亦未顾及到契约解除后,承揽人将负有过高之回复原状成本,乃不当引用任意法规,大幅提高交易成本之适例。

实则,自本案当事人之利益状态与系争工程契约之本质与目的以观,在定做人未尽协力义务时,承揽人所得行使者应为终止权,而非“民法”第507条之解除权,如此解释方符事理。^[75]纵使依实务见解将之定性为承揽契约,仍应目的性限缩“民法”第507条之适用,方符合基于事物本质不同而为不同规范之平等原则要求。然而,如此解释仅能提供一个初步的反面性答案——即“回复原状成本过高时,不得依‘民法’第507条解除契约”,并未正面处理“契约应如何解消”此一问题。正本清源之道,实应将此类契约视为非典型契约,回归契约之经济实质,另为契约的补充解释。

本案法院如欲適切解决争议,实不宜机械性套用民法有关“承揽”契约的任意规定。相反地,法院应考虑到此契约涉及前提“特定性资产”之投资,即承揽人已依约投入大量难以转作他用的资源而陷入进退维谷窘境,故应审慎回归到经济实质,针对当事人的缔约宗旨与商业习惯做出適切判断,以避免使市场中承揽人因害怕定做人的拿翘,而对相似交易案的投入裹足不前。“最高法院”舍正道而不由,至为可惜。

六、结论

现代社会中的商事契约推陈出新,法律人允宜从崭新视角看待及解释之。传统模拟推理之操作涉及价值判断,绝非法学方法上的万灵丹,因此法律人应抱持谨慎态度为之,此于商事契约之漏洞填补尤甚。本文认为,若不了解商事契约的目的功能,就无法有效比对其与各类典型契约之相似性,更遑论决定是否援引下设的任意法规,作为契约漏洞填补之依据。然而,当今实务界或学界在填补商事契约的漏洞时,往往忽略最根本的环节——厘清商事契约的经济逻辑与商业考虑。此种“宁可误引条文、拒绝適切解释”的做法,实有害于商业交易之发展。法

[74] 资产专用性之概念由2009年之诺贝尔经济学奖共同得主 Oliver E. Williamson 在进行交易成本理论的研究时所提出。其内涵为,当某种行业的特征、本质或是结构存在的资产专用性越强烈,要將使用于此种行业的旧资产转换用于其它行业,所涉及的再配置需要耗费的转换成本就会越高,亦即旧资产进入其它行业的障碍会越高。Oliver Williamson, *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, 1996, pp.105-106.

[75] FIDIC 于定做人不履行协力义务时,即规定承揽人得行使者为终止权。FIDIC SHORT FORM OF CONTRACT (1999 Green Book), Art. 12.2 Default by Employer, “If the Employer fails to pay in accordance with the Contract, or is, despite a written complaint, in breach of the Contract, the Contractor may give notice referring to this Sub-Clause and stating the default. If the default is not remedied within 7 days after the Employer’s receipt of this notice, the Contractor may suspend the execution of all or parts of the works. If the default is not remedied within 28 days after the Employer’s receipt of the Contractor’s notice, the Contractor may be a second notice given within a further 21 days, terminate the Contract. The Contractor shall then demobilise from the Site.”

律人迷失于契约法任意规定的丛林中,似乎忘记了习惯、法理以及当事人自治等基本原则,令人担忧。

然而,本文对照“模拟推理”及“经济分析”,探讨商事契约的解释方法,目的不在于贬抑模拟推理或提升经济分析的地位,甚至主张两者应平起平坐。事实上,模拟推理仍然是法学方法的主要利器,无可否认,反观契约法经济分析,仍处于发展初期,不可尽信。因此本文并不认为经济分析可与模拟推理并驾齐驱。本文之所以从理论与实例检讨两种法学方法,重在希望阐明解释商事契约模糊条款乃至填补商事契约漏洞时,有时纳入经济分析观点会较类推套用契约法条文更为适切,因此主张必要时宜于两者之间求取平衡。

至于模拟推理与经济分析两者,于商事契约解释上之互动究应如何并存,本文以为法院在判断上,应依个别商事契约立足的基础出发,具体由当事人订立契约本身所追求的经济逻辑目的以及市场上商业机能考虑,来权衡当事人间的法律关系。若当事人间的利害关系,与法典已具明文的任意规定存有堪认并无不同的价值核心,且条文对当事人所规制的法律上权利义务基准地位,与当事人实际所处的利害关系地位亦相近时,则并无不可为模拟推理的操作。甚至因任意规定经过实务长期运作已建立起一套较为明确的法律关系解释体系,法院及当事人或能从过往案例寻找到商事契约衍生争议的处理方向,而获致一个双方皆能接受的利益平衡解释。而于另一方面,若商事契约中当事人彼此的利害关系并无与法条明文的任意规定有价值上的近似,又纵虽价值近似但当事人间之法律地位并不如法条所预设的倾斜或均衡,则此时自应摒弃对任意规定的僵化套用,而朝向追求商事契约当事人间经利害关系权衡后共同的最大经济利益作思考,乃属正道。

从更宽广的层面来看,我们社会对法律人往往抱持“见树不见林”的刻板化印象,即使置身市场的商事律师亦无法自外于此。尽管他(她)们熟谙契约法条文,有时却不能体认商事契约的本质,以致无法掌握商事交易的全貌。影响所及,商事律师也许能够胜任条文解析的工作,但却不能成为盱衡全局的商业交易规划者,错失大显身手的良机,至为可惜。解决之道,或在于活化法学院的契约法与商法教学,除了传统法条之释义外,也纳入商事习惯与经济分析观点(如交易成本或道德危险等),如此方能培养出全方位的商事律师。

(责任编辑:邓 峰)