

# 论合同漏洞及其补充

崔建远\*

**摘要** 合同漏洞补充是一种特殊的合同解释方法。合同漏洞有狭义和广义之分,由于狭义合同漏洞确定性较强,其补充方法也可用于广义合同漏洞,故在此仅讨论前者。合同漏洞往往因当事人应约定而未约定产生。构成合同漏洞,必须同时违反合同计划和具备不圆满性。补充合同漏洞,首先由当事人以协议为之。协议不成时,由裁判者寻觅合适的强制性规定、任意性规定、倡导性规定,包括《合同法》分则、《合同法》第61、62条等予以填补。若如此操作不合适,则应采用补充的合同解释填补合同漏洞。各合同漏洞补充方法适用有顺序先后,以及例外情形。交易习惯亦为补充合同漏洞时应考虑的因素,至于其为独立的补充合同漏洞的方法还是归属于补充的合同解释,均不无道理。在运用具体的补充合同漏洞的方法之后,还应基于诚信和公平二项原则,在总体上作最后的审视、权衡,力求妥实。

**关键词** 合同漏洞 补充 不圆满性 补充的合同解释 推定解释

## 一、合同漏洞及其补充的基本概念

所谓合同漏洞(contract gaps),是指合同关于某事项应有约定而未约定的不圆满现象。<sup>〔1〕</sup>依据一定规则,甄别、确定并填补合同漏洞,使合同完整化,即为合同漏洞补充或曰合同漏洞填补。全面、周延的合同漏洞补充应该包含所有这些环节。在特定情况下,也可仅把最后的填补环节称为合同漏洞补充。

\* 清华大学法学院教授。本文系国家哲学社会科学基金重点项目《法学方法论与中国民商法研究》(项目编号:13AZD065)及清华大学自主科研计划课题《中国民法典编纂重大理论问题研究》(项目编号:2015THZWJC01)的阶段性成果。“合同”一词所指本有多种类型,为避免因表述周延致使阐释“虚化”以及不断地提示“例外”,本文所谓“合同”限于用于交易的法律形式这种类型。

〔1〕 参见王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第170页。

### (一) 合同漏洞补充的定位

合同漏洞补充的第一个问题是,它是独立于还是归属于合同解释?如果承认合同解释“是确定当事人双方的共同意思”,〔2〕是指“对合同及其相关资料的含义所作的分析和说明……当合同条款不清楚时,法院可以远离最初的协议来确定当事人双方的真意”,〔3〕那么,确认合同漏洞的存在以及随后的补充就属于合同解释的范畴。其道理在于:甄别系争合同有无漏洞,需要通过解释系争合同方可确定。寻觅待补漏洞的合同条款/文字并将之填补于系争合同之中,仍须探求并确定当事人的意思,即使后者是推定的当事人的意思(the presumed intentions of the parties),也是如此。既然两个方面的作业都属于合同解释,那么补充合同漏洞当属于合同解释。

从比较法的视角也能得出上述结论。在美国普通法上,合同解释在相当长的历史时期被区分为推定解释(construction)与除此而外的合同解释(interpretation)。时至今日仍有不少法院及专家学者如此思维:柯宾于其《柯宾论合同》、范斯沃思于其《美国合同法》中均将 interpretation 与 construction 作为并列的两个概念来使用,介绍其内涵、外延、功能和演变,同时也注意到二者的混同趋势。〔4〕按照《布莱克法律词典》的解释,interpretation 是发现和确定制定法、遗嘱、合同和其他书面文件的意思的行为和过程,它有时在严格意义上使用,有时在宽泛意义上使用。而 construction 不但用于澄清、确定制定法与合同的意思,还用于澄清、确定其他文件含义,以及漏洞补充。也就是说,interpretation 和 construction 都符合合同解释的界定和规格。如果在严格意义上使用 construction,那么,construction 是较 interpretation 适用范围更为宽泛的概念。当然,interpretation 和 construction 经常互换使用。〔5〕推定解释与除此而外的合同解释有分工的一个重要表现是,合同漏洞的补充依赖推定解释,而推定解释开始于对合同语义的解释,但并不以此为终结。推定解释是在事实上已经发现意思并完成解释之后,确定交易的法律效果。〔6〕具体实施补充合同漏洞的作业为“推断”(implication),而“推断”本身亦为解释过程,据以发现可以仅仅从合同文句中产生的意思并予以执行。〔7〕既然推定解释开始于对合同语义的解释,那么,把合同漏洞的发现与补充阻挡在合同解释的大门之外,就不太符合逻辑和

〔2〕 《法国民法典》第 1156 条;《美国路易斯安那州民法典》第 2045 条。

〔3〕 Rabenhorst Funeral Home, Inc. v. Tessier, 674 So. 2d 1164(La. App. 1st Cir. 1996).

〔4〕 参见(美)A·L·柯宾:《柯宾论合同》(一卷版)(上册),王卫国、徐国栋、夏登峻译,王卫国校,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 619—671 页;(美)E·艾伦·范斯沃思:《美国合同法》(原书第 3 版),葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 427—515 页。

〔5〕 See Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, St. Paul: West Publishing CO., 1979, p. 283, 734.

〔6〕 参见柯宾,见前注〔4〕,第 625、659 页。

〔7〕 参见柯宾,见前注〔4〕,第 669 页。

事理。

在德国,萨维尼认为,漏洞补充属于法律解释的合法任务,“因为对完整性的要求与对一致性的要求一样,本身都属于不受任何限制的权利”。〔8〕布洛克斯、瓦尔克二位总结到:“解释不只是查明真意。在法律不完整,存在漏洞的情况下,解释同样可以实现对法律的补充。此类漏洞的原因可能是立法者故意未对某一特定问题作出规定或者在创设法律时没有考虑到某种情况(非故意)。填补法律中的既存漏洞被称为补充性解释。”〔9〕当然,须除去援用法律规定、交易习惯补充合同漏洞的情形。相似的事物宜相同对待,合同漏洞的补充之于合同解释也应如此定位。“无论法律还是法律行为均可能存在漏洞,它们可以通过补充解释而得到填补。”〔10〕补充的合同解释,是对合同的客观规范内容加以解释,以填补合同的漏洞。其所解释的,是当事人所创设的合同规范整体。其所补充的,为个别的合同条款。所以,学上说其性质仍属合同的解释。易言之,德国法上的合同解释可分为单纯的合同解释与补充的合同解释。〔11〕此处所谓单纯的合同解释,不同学者称谓不一,如阐释性合同解释、〔12〕简单解释、〔13〕狭义的合同解释、〔14〕解释〔15〕等。

在我国民法的语境中,情形如何呢?《合同法》第61、62条旨在补充合同漏洞;《合同法》第125条依其字面意思适用于明示的合同条款、语句的解释;《民法总则》第142条第1款规定的意思表示的解释规则是否涵盖合同漏洞的补充,依其文义似难下结论,不过,合同漏洞的发现与确定需要解释既有的明示条款或语句,此时需要适用《民法总则》第142条第1款及《合同法》第125条当无疑义。对已经确定的合同漏洞进行补充作业,无论是依据《合同法》第61、62条、分则有关规定或者其他有关法律予以填补,还是裁判者运用补充的合同解释,至少不得无视合同的明示条款,这一过程须审视合同的全部条款乃至合同周围情事甚至关联交易,来寻觅自洽的、周延的、符合公平正义的合同条款或语句,最终将之填补进合同之中。这其实也是在解释,即单纯的合同解释,亦即阐释性合同解释。特别是其中“确定合同所用之词与符号的含义的过程”,显然为阐释性的合同解释。如此说来,将合同漏洞的补充作业纳入合同解释的范

〔8〕(德)萨维尼:《当代罗马法体系I》,第290页。转引自(德)维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第345页。

〔9〕(德)汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》(第33版),张艳译,杨大可校,中国人民大学出版社2014年版,第37页。

〔10〕同上注,第63页。

〔11〕参见王泽鉴,见前注〔1〕,第171—172页。

〔12〕参见王泽鉴:《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第390页。

〔13〕参见布洛克斯等,见前注〔9〕,第63—68页。

〔14〕参见(日)山本敬三:《民法讲义I·总则》(第3版),解亘译,北京大学出版社2004年版,第107—109页。

〔15〕弗卢梅则用解释概念统辖规范解释、合同漏洞补充等各种具体的解释方法。参见弗卢梅,见前注〔8〕,第342—399页。

畴,符合客观实际和逻辑。梁上上把法律漏洞补充方法直接注释为法律解释方法,<sup>[16]</sup>与此不谋而合。

当然,合同漏洞补充显然具有特殊性。比较周全的说法可能是:合同解释是最上位的概念,阐释性的合同解释与合同漏洞补充皆为其下位概念,后者是一种特殊的合同解释。此处所谓特殊,首先表现在合同漏洞补充带有合同解释和法律解释的双重特征:合同漏洞的补充需要适用《合同法》第61、62条以及其他法律规范,这离不开法律解释;<sup>[17]</sup>此前或同时还需解释合同的明示条款/文字,这又是阐释性的合同解释。其次,合同漏洞补充的已补条款/文字,尽管有与当事人各方的真实意思重合的情形,但偏离当事人各方的真意者可能更为常见。这不同于阐释性的合同解释,后有更多地寻觅并确定当事人的真实意思。最后,通过补充的合同解释填补合同漏洞,虽然以缔约时所作为行为作为出发点,但应着眼于现存的行为,将那些在行为进行之后所产生的交易习惯纳入考虑范围,并且应以进行补充解释之时的法律观念为基础进行解释。<sup>[18]</sup>如此寻觅并确定待补条款/文字,以便填补合同漏洞之后整个合同契合无间,如同修缮古建筑物系以旧补旧,贴补外墙脱落的瓷砖应使整个外墙浑然一体。阐释性的合同解释则不得如此,因为“意思表示自其生效之时就具有——也许通过解释而获得的——恒定不变的表示价值。该价值不受事后发生事件的影响。意思表示不能于其生效之时具有某一含义,而生效之后又具有另外一个含义”。<sup>[19]</sup>

## (二)合同漏洞的类型

明确合同漏洞补充的基本定位后,需要对本文观察、探讨的合同漏洞进行限定。

合同漏洞可分为典型合同的漏洞与非典型合同的漏洞。前者可叫狭义的合同漏洞,后者可称广义的合同漏洞。审视合同圆满与否时,对象限于某特定的典型合同相对容易,因典型合同有可视边际,有成形面貌,有固有特征——对于典型合同,如果当事人约定的合同条款/文字超出了法律设计的某特定典型合同的规格、边际,且超出部分不构成另外一个合同,那么,就应当认定具备圆满性,除非相对人举证推翻。如果当事人约定的合同条款/文字少于法律设计的某特定典型合同的规格、边际,那么,主张该合同具备圆满性的一方负责举证证明该合同已达圆满性,不存在漏洞。

相反,非典型合同在边际、面貌方面难有章法,所谓特征也可能形形色色,这使得判断、确定非典型合同圆满与否困难很大。进一步区分可发现:特别“单一的”的非典型合同,不同于非

[16] 参见梁上上:《利益衡量论》(第2版),法律出版社2016年版,第70页。

[17] 参见弗卢梅,见前注[8],第380页。

[18] 参见《联邦最高法院判例集》12,第337页以下;《联邦最高法院判例集》23,第282页以下。转引自弗卢梅,见前注[8],第383页。

[19] 《联邦最高法院判例——林登迈尔—默林编联邦最高法院参考资料》,§133(B)Nr.7。转引自弗卢梅,见前注[8],第363页。

类型结合或混合类型的非典型合同,也能较为轻松地检验、确定其圆满与否,因为此类非典型合同也有有限边际,有可视面貌,有固有属性。解释合同之人有可能把握此类非典型合同圆满与否的客观化的规格、边际。而如果是复合而成的非典型合同,则没有一成不变的客观化的规格、边际,必须一事一议,具体分析。

当然,审理案件的裁判者哪能选择仅处理典型合同纠纷?在处理复杂交易的案件时,其需要“解剖”或曰分解之,审视其构成元素。如果该复杂交易是由若干各典型合同组合而成,那么判断其圆满与否,可以就一个一个的典型合同加以检验,从而得出结论。如果它的组成部分中存在非典型合同,那么判断其圆满与否,同样也要就一个一个的单纯的合同加以审视,从而得出结论。后一种场合法官的作业更为困难,因为非典型合同圆满与否欠缺客观化的规格、边际。

总结而言,广义的合同漏洞填补依赖的方法多种多样,补充此类漏洞时常须视个案情形而定方案及方法,不易形成清晰而确定的合同漏洞补充规则及方法,考量的因素具有明显的不确定性。与此有别,补充狭义的合同漏洞已有相对确定的规则及方法,便于操作。再者,由于非典型合同在许多情况下含有典型合同,典型合同漏洞的补充规则及方法也可径直或变通地用于非典型合同漏洞的补充之中,只不过最终要整体审视非典型合同的解释结果是否妥当。有鉴于此,本文所论,除非另有说明,限于狭义的合同漏洞即典型合同的漏洞及其补充。

### (三) 合同漏洞发生的原因

欲分析合同漏洞的判断乃至合同漏洞补充的方法,首先需要简单了解合同漏洞因何而发生。概略观之,合同漏洞常于以下五种情形发生:

第一,当事人对于合同非必要之点,未予表示。例如买卖钢琴而未约定运费由谁负担。在现代社会,由于难以准确预知复杂世界中各类事件的发生,当事人通常不能草拟出规定有一切未来事项的合同。这就使得无论当事人多么周到地设计合同,漏洞也在所难免。<sup>[20]</sup> 在交易中,商人们总将更多的注意力放在给付的内容方面,而不对偶发事件或瑕疵给付如何处理作出安排,合同能否得到强制执行也往往容易忽视。<sup>[21]</sup>

第二,当事人对合同非必要之点虽经表示,然未获协议,同意保留于合同成立后再行商议。<sup>[22]</sup> 换个表述,一个潜在的争议可以被预见到,但当事人有意地决定不作约定。<sup>[23]</sup> 例如某《股权转让协议》第7条第2项约定:“Y公司拥有的A地块的土地用途能变更为建设用地时,受让方同意转让方有权参与A地块的合作开发,合作开发项目公司的股权比例按转让方的实际投

[20] See A. Hillman, “An Analysis of the Cessation of Contractual Relations”, *Cornell L. Rev.*, vol. 68, 1983, pp. 627-628.

[21] See S. Macaulay, “Non-Contractual Relations in Business, A Preliminary Study”, *Am. Soc. Rev.*, vol. 28, 1963, p. 60.

[22] 参见王泽鉴:《民法债编总论·基本理论·债之发生》(总第1册),三民书局1993年版,第181页。

[23] 参见范斯沃思,见前注[4],第496页。

入及适当溢价和受让方已经发生的实际投入及势必发生的投入来确定,转让方溢价部分双方另行协商。”这样,转让方溢价的计算和折合成股权数量就构成该《股权转让协议》的漏洞。

第三,一方当事人相对他方知道得更多,但作为缔约策略,为了不泄露相关信息,他不针对法律上的默认规则(哪怕它并不妥当)作出不同约定。<sup>[24]</sup>他或许还会担心,对某一问题作出约定可能导致缔约拖延,或者导致一项于己不利的条款被约定,甚至导致整个交易失败,<sup>[25]</sup>因而对此保持缄默。

第四,当事人双方都有意遗漏若干合同条款,并明示补充漏洞的依据。例如某《信托贷款合同》于其“前言”中明示:“本合同文本主体内容由通用条款和专用条款两部分组成,通用条款部分根据法律、法规及市场惯例制订,无须另行约定;专用条款部分为合同双方根据具体情况予以专门约定的内容。两部分内容共同组成一份完整的合同。”

第五,合同的部分条款因违背公序良俗,或违反强制性规定而无效。<sup>[26]</sup>就该无效的部分出现合同漏洞。

需要注意的是,对合同进行不当的限缩解释看似会产生合同漏洞,实际却不然。例如,某《商品房买卖合同》之《补充协议》第2条第2款第1项约定:“如遇下列特殊原因,除双方协商同意解除合同或变更合同外,出卖人可据实予以顺延交付时间,且出卖人无需承担违约责任:不可抗力,包括但不限于地震、台风、战争、政府行为……”买受人张某解释该条款中不可抗力的含义时,认为其中的政府行为不属于不可抗力,因为《合同法》第117条第2款规定:“...不可抗力,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”而系争案件中政府出于环境需要而禁止承包方施工的行为是发包方可以预见的,这不符合不可抗力所要求的“不能预见”。如此解释系争《补充协议》第2条第2款第1项关于不可抗力免责的约定,使得政府行为妨碍系争合同履行时发生何种法律后果欠缺法律依据,因为《合同法》并未明文规定政府行为与合同履行及其责任之间的关系。可见,系争《补充协议》本有约定却因买受人的上述解释形成漏洞。然而,笔者不赞同买受人张某对于系争《补充协议》第2条第2款第1项的解释,反对曲解合同约定、从而产生合同漏洞的思路,理由如下:其一,系争《补充协议》第2条第2款第1项明确约定了不可抗力包括政府行为,该约定不违背公序良俗,不违反强制性规定,依据意思自治原则,理应承认其法律效力。其二,《合同法》欠缺政府行为与合同履行及其责任之间的关系的明文,当事人双方于系争合同中明确约定,必要且允当。若强行扭曲解释,导致合同漏洞,系人为地抹杀已约定的处理依据,显非上策。其三,系争《补充协议》第2条第2款第3项还约定:“非基于出卖人的原因,因水、电、热力、燃气等地方公用设施建设单位等原因造成工程延误,或此类

[24] See Ayres & Gertner, “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules”, *The Yale Law Journal*, vol. 87, no. 1, 1989, p. 127.

[25] 参见范斯沃思,见前注[4],第496页。

[26] 参见王泽鉴,见前注[1],第171页。

部门对出卖人的相关报批手续审批不及时、进行能源供用限制或规划调整等行为……除双方协商同意解除合同或变更合同外,出卖人可据实予以顺延交付时间,且出卖人无需承担违约责任。”举轻以明重,政府行为系不可抗力之一种表现形式,完全符合系争《补充协议》全部约定之间的逻辑。实际上,境外一些法律文件所界定的“不可抗力”是不能预见、不能避免和/或不能克服,并不强求三个“不能”同时具备;<sup>[27]</sup>我国一些判决也是不强求三个“不能”同时具备。<sup>[28]</sup>因此,如果作出正确的解释,此例中并不存在合同漏洞。

## 二、合同漏洞的判断

合同漏洞的判断首先是一个概念问题,但同时也是进行合同漏洞补充这一操作的基本前提。因此本部分续接合同漏洞及其补充的若干概念介绍,首先探讨合同漏洞的判断标准,然后运用这些标准,结合具体例子确定合同漏洞是否存在。

### (一)判断标准

合同漏洞有其客观判断标准。对此标准的确立,首先考虑的是能否借鉴法律漏洞的判断标准。法律漏洞的基本特征,一是违反立法计划性,二是不圆满性。<sup>[29]</sup>关于违反立法计划的判断,见解不一,有观点主张以法秩序的全体精神、法律的内涵目的为标准,也就是说应以内在于法律的法理念为标准。<sup>[30]</sup>这种观点兼顾了法秩序与法外空间的区别,比较妥当。<sup>[31]</sup>所谓不圆满性,是指未能被法律规范涵盖的事实类型出现,不能以现行法直接加以调整的现象。欠缺法律规范调整某一事实类型是否即为法律体系存在不圆满性,其确定以解释为前提。在依“可能文义范围”仍不能推出立法目的、意图所承认的效果时,可以称这种法律规范的欠缺具有不圆满性,构成法律漏洞。<sup>[32]</sup>合同漏洞与法律漏洞虽有相近的一面,也有不同之点,判断合同漏洞的标准,既要重视法律漏洞的判断标准,也应注意自己的特色。构成合同漏洞,需要具

[27] 例如,《国际商事合同通则》第7.1.7条之(1)规定:“若不履行的一方当事人证明,其不履行是由于非他所能控制的障碍所致,而且在合同订立时该方当事人无法合理预见,或不能合理地避免、克服该障碍及其影响,则不履行一方当事人应予以免责。”再如,1980年《联合国国际货物销售合同公约》第79条之(1)规定:“当事人对不履行义务,不负责任,如果他能证明此种不履行义务,是由于某种非他所能控制的障碍,而且对于这种障碍,没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它的后果。”

[28] 例如上海市高级人民法院(1999)沪高经终字第423号民事判决书, [http://china.findlaw.cn/info/qinquanzerenfa/qqmzsy/bkkl/20100825/130495\\_2.html](http://china.findlaw.cn/info/qinquanzerenfa/qqmzsy/bkkl/20100825/130495_2.html)。最后访问日期:2018年7月22日。

[29] 参见王泽鉴:《民法思维》,北京大学出版社2009年版,第198页;黄建辉:《法律漏洞·类推适用》,蔚理法律出版社1988年版,第21、22页。

[30] Vgl. Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. Aufl., 1983, S. 282f.

[31] 参见黄建辉,见前注[29],第37页。

[32] Vgl. W.Knittel, Die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle als Ursache von Gesetzeslücken: Zu den Auswirkungen der Verfassungswidrigkeit der §§ 1628, 1629 I BGB, Juristische Zeitung 22 (1967), 79.

备违反合同计划和不圆满性两项标准。

第一,违反合同计划的判断。合同计划,即当事人关于合同事项的安排,包括当事人信息、合同标的和内容,甚至于合同术语的定义、“鉴于条款”、担保条款、履行步骤、附条件、附期限、抗辩及抗辩权、争议解决机制,等等。值得注意的是,合同计划远比立法计划复杂多样。立法计划,出自一个立法者,故只有一个,但合同计划客观上被分为若干层次的计划。第一层面的合同计划,属于整个交易的计划,也可以说是交易的整体安排。这个层次的计划主要体现当事人之间的共同点。无论是双方法律行为的合同(或者称“契约”)还是多方法律行为的合伙合同等都是如此。对“契约”来说,尽管双方当事人的目的、动机相互对立,但为达自己的目的及动机也得在交易上“让步”,让步到一定程度、界限,双方当事人都接受了,对立而统一,也就形成了整个交易的计划,且为双方当事人共同的意思。第二个层面的合同计划,是合同目的意义上的计划。该层面的合同计划因合同系“共同行为”抑或“契约”而有不同。合伙等“共同行为”,当事人的计划在典型的交易目的层面是共同的,在当事人的动机层面很可能仍然不同。由此决定,补充合伙合同等“共同行为”的漏洞,重心应放在典型交易目的、共同计划的内在要求上,同时也不应忽视当事人的动机企求;目光往返巡视,并依赖任意性法律规范、交易惯例等因素,最终完成发现、确定、填补“共同行为”的漏洞的任务。与此有别,在买卖合同等旧时称作“契约”的场合,无论是就典型的交易目的而言,还是就当事人的动机来说,都难有当事人各方共同的合同计划,大多是一方当事人一个计划,相对人则是另外一个计划。由此决定,发现、确定、补充“契约”的漏洞,应尽可能地寻觅当事人双方认可的合同计划即第一个层面的合同计划,以便兼顾双方的权益,假如囿于当事人一方的目的,包括典型交易目的和动机,就会忽视另一方当事人的典型交易目的及动机,也就难以兼顾另一方当事人的权益。这决定了发现、确定、补充“契约”漏洞虽然不得无视一方当事人的目的及动机,但必须超越此类一方当事人的目的及动机,注意和依赖第一个层面的合同计划,直至强制性规定、任意性规定、倡导性规定以及交易习惯,方能完成任务。

合同计划依其字面意思似乎完全是当事人的主观决定,其实不然,它还受制于某些客观因素,如法律设计的典型合同规格,尤其在合同是否存在漏洞的判断时更是如此。在合同计划的确立中,若当事人的合同计划被明确记载下来,补充合同漏洞有一定依据可寻,自然容易完成作业(当然这要由主张合同具有何种计划的一方当事人举证证明)。但实务中常常是有合同的成立却难留清晰可见的合同计划,使得补充合同漏洞缺乏依据,或者至少是依据短缺。于此场合,需要借助于法律规范、交易习惯、备忘录、初步协议、预约等工具(依据、手段),推断合同计划的内容和面貌、寻觅并确定合同漏洞之所在。

第二,不圆满性的判断。合同漏洞与法律漏洞所要求的元素存在较多的相同点或近似点,只不过构成合同漏洞所要求的不圆满性是指合同条款残缺不全,属于非“完整的合同”。

何为合同“完整”抑或“不完整”?在英美普通法上存有这样的观点:如果当事人双方欲使

书面合同作为他们协议的最后的完整的表达,那么,该合同是完整的。<sup>[33]</sup>“一份完整的协议是形成一个最后表达一份协议的一条或多条的一书面文件或一组书面文件。”<sup>[34]</sup>一份完整的合同是一份当事人各方都同意的所有条款的最后的与完全的表达。一份不完整的合同,虽是包含在这份协议中的所有条款的最后的与完全的表达,但不是那份当事人各方都同意的所有条款的最后的与完全的表达。<sup>[35]</sup> 这些观点值得重视,但它们只是在描述合同完整的态样,而非确立合同完整抑或不完整的判断标准。关于合同不圆满性的判断还得另觅他途。

从源头而论,不圆满性可能产生于一个根本性的矛盾:人的理性有限,而事物却是全面和完美无尽的。就此说来,任何合同均有不圆满性,这意味着所有的合同都存有漏洞。但此结论显然与人们的常识不符,也脱离了合同运行、解释和裁判的客观实际。那么究竟是不圆满性作为判断合同漏洞的这一标准出了错,还是人的有限理性与事物的完美无尽这一矛盾属于伪命题?都不是。问题出在偏颇地将这一命题用于判断不圆满性,忘记了不同的事物应该不同对待,忽视了交易分阶段、有步骤的事实;这是忽视了交易的目标、合同的构成要素的结果。换言之,不圆满性是之于合同的不圆满性,而非针对事物的全部面貌,亦非对哲学的思考或对美学的追求。特定的当事人之间从事一项交易,不是哲学家在以思想遨游宇宙、敲开夸克,也不是美学家在用审美孜孜以求、追逐至善,而是要办妥具体事项,满足特定的需求。也就是说,不圆满性是个相对的概念,在不同的学科有不同的要求和规格。

首先,在民法世界中,当事人往往受限于合同目的、交易成本乃至缔约时合同文本的草拟方式、草拟人的力量对比等许多因素。对于不圆满性的探究就应当从这些因素出发而进行考量。所谓某特定合同受限于当事人的目的,指的是法学思考顾不得美学要求的至善至美及哲学探究的无穷无尽——一个经济人、理性人要解决的是“油盐酱醋柴”的“俗事”“琐事”。例如,甲饥饿难耐,需要尽快将一碗牛肉面吞进肚里,以便继续赶路;乙餐馆需要食客盈门,不断地将牛肉面换成人民币。如果遵从哲学、美学的使命,使牛肉面色香味绝佳、确定清楚其于茫茫宇宙中的真正角色,那么甲非饿死不可,乙餐馆可能亏损直至破产。就该餐饮合同而言,含有牛肉面的品种和数量以及供应的时间、价款,就算具有圆满性,符合合同计划,至于距离色香味俱佳尚远、餐具已经褪色、餐桌陈旧等等,均非该餐饮合同不圆满性的体现,亦非该合同计划关心的事项。所谓受制于交易成本,就是既完成交易又控制交易成本。特定的商家之间从事一项

[33] See Restatement (Second) of Contracts ch. 9, pt. 3 intro. note(1981); Mark K. Glasser & Keith A. Rowley, “On Parol: The Construction and Interpretation of Written Agreements and the Role of Extrinsic Evidence in Contract Litigation”, *Baylor L. Rev.*, vol. 49, 1997, p.657.

[34] Restatement (Second) of Contracts <sect> 209(1), at 125 (emphasis added). See also Restatement of Contracts <sect>228, at 307 (1932).“一份协议是到此为止当事人双方采用的书面形式的完整体,或者是作为最后的与完全的表达该协议的完整书面体。” See Mark K. Glasser & Keith A. Rowley, *ibid.*

[35] See David R. Dow, “The Confused State of the Parol Evidence Rule in Texas”, *Tex. L. Rev.*, vol. 35, 1994, pp. 459-460; see also Restatement (Second) of Contracts <sect> 210(1)-(2).

交易,大多不是追求该项交易尽善尽美,时常伴有交易成本方面的考量。由此决定,即使某特定合同舍去一些要求,也不以合同具有不圆满性论。例如,甲便利店自乙酿酒厂购进1吨白酒,各方约定散装送至甲便利店。虽然瓶装白酒美观,便于保管,也利于顾客购买携带,但不宜认定该购酒合同因未约定对白酒使用瓶装而具有不圆满性,个中原委在于甲便利店要降低经营成本。其他合同圆满与否受制于谈判力量的对比、缔约和履约的时间、合同文本的草拟及草拟人等许多因素的情形,其证立的思路和遵循的道理相同于上文之法,不再一一分析。

其次,应从合同元素的角度观察和剖析某特定合同圆满与否。合同由要素和常素组成,有时也需要偶素。<sup>[36]</sup>只要缔约人将要素和常素体现于合同条款/文字,就算作完整的合同;偶素的欠缺往往忽略不计,不因此而认定合同不圆满。在此还要考虑:如果各方当事人故意未就某个问题予以约定是否构成不圆满。如果此类故意遗漏的事项非属合同的要素、常素和偶素,则该遗漏不构成合同漏洞。如果该遗漏恰好是合同的要素和常素,则肯定构成将合同漏洞,因其使得该合同残缺不全。如果该遗漏的是合同的偶素,那么,先看该偶素是否为合同计划所要求的事项,亦即是否为该具体合同所必需,若是、必需,则构成合同漏洞无疑;若非、不必需,则不构成合同漏洞。

再次还要说明,就某特定的合同洽商、形成条款/文字、签署而言,当事人的理性大多足够,甚至绰绰有余,而非力有不逮。换句话说,在许多情况下,特定的各方当事人订立某特定的合同,可有切合实际的完备的合同计划,草拟完成完整的合同条款/文字。这在使用FIDIC条款、银行系统的按揭贷款合同、网签的商品房销售合同等的场合十分明显。

最后,合同圆满与否,或曰是否完整,往往受制于合同计划。举例言之,甲公司兴建A楼,但因资金短缺无力装修已经封顶的A楼,于是拟借他人之力完成A楼的装修。乙公司资金充盈,但缺乏经营场所,自己建造经营场所“远水不解近渴”,租赁他人大楼效益最佳。尽职调查之后,发现A楼的地理位置非常理想,只是A楼非“拎包入住”之物,必须装修完毕后方可正常营业。甲和乙各取所需,订立《A楼租赁合同》,约定内容之一是乙出资装修A楼,甲降低租金数额。这表明甲和乙形成的《A楼租赁合同》的计划涵盖租赁物、租期、租金、装修、违约救济诸事项,假如《A楼租赁合同》的条款中欠缺装修的内容,就构成合同漏洞。与此不同,若B楼已经装修完好,承租人可“拎包入住”,则丙和丁的《B楼租赁合同》的计划只涵盖租赁物、租期、租金、违约救济诸事项,不包括装修内容。于此场合,装修B楼既非《B楼租赁合同》的要素亦非常素,《B楼租赁合同》的条款中纵无装修的内容,也不构成合同漏洞。

需要补充的是,判断、认定某特定合同圆满与否,务必重视举证证明责任及其分配,即由主张圆满性为何种要素构成、什么面貌的当事人举证证明。否则应以法律设计的相应的典型合同的构成为准,从而体现出判断中的规范性。

[36] 参见陈朝璧:《罗马法原理》,法律出版社2006年版,第94—95页。

## (二)具体操作

确定合同漏洞是否存在,首先需要进行合同解释,因为只有认定了系争合同的文字没有对特定事项作出约定之后,才能补充此类约定。<sup>〔37〕</sup>只是该解释不应停留于对效果意思的查明,还应对引起效果意思的动机以及合同周围情事进行分析。<sup>〔38〕</sup>先行合同解释作为首要工作的原因是,当事人的约定(无论是明示的还是必然的推论)可以排除裁判者原本会补充的条款。<sup>〔39〕</sup>

解释过程中应该把握的第一点是,合同约定得越详细,越全面,裁判者就越不可能判定存在合同漏洞;应该把握的第二点是,如果裁判者确信当事人不可能预见有关情形,从而不可能在他们的合同中对此作出约定,那么,即使合同文字表面上看来可以适用可预见性规则,裁判者也可能拒绝适用之,并可能认定所审理的事项属于合同漏洞。相反,裁判者若确信当事人可以预见某种情形,则可能认定当事人的意思:表面上看来可以适用的合同文字,应当适用于这种情形。<sup>〔40〕</sup>

在此不妨以留待商议条款为例,剖析其存否合同漏洞。所谓留待商议条款,顾名思义,依当事人各方的合同计划,是当事人各方于未来补充的合同条款,只要其后未予补充,就构成合同漏洞。例如,A 股权抵债协议中约定,关于 A 股权的评估机构留待以后商议确定,直至双方诉讼也未就股权评估机构的选定协商一致。这构成 A 股权抵债协议的漏洞。针对留待以后商议条款,当事人双方日后有商议、确定待补合同条款,最为理想。但因权益彼增此消,当事人双方协商一致的情形有限,需要法官等解释合同之人选择、确定待补合同条款。采取这种路径及方法确定的待补合同条款,仅在个别情况下才反映当事人双方的意思表示,多数情况是反映一方当事人的意思表示,少数情况下为客观意思。需要指出,上述结论及其思路可以运用于典型合同的漏洞的场合,但运用于非典型合同的场合,则未必适当。例如,如果在 A 楼租赁合同约定有留待商议条款,内容属于 A 楼买卖合同,当事人双方后来未再商议 A 楼买卖合同或虽经商议但未获一致意见,那么,这不构成 A 楼租赁合同的漏洞,但成立 A 楼买卖合同欠缺的漏洞,即广义的合同漏洞。由此可见,把合同漏洞补充区分狭义的与广义的两类,有其便利的一面。

另一个例子是判断“了结协议”中是否存在合同漏洞:就何为“了解协议”,笔者认为重要的不是文件名称叫“了结协议”“对账单”“结算单”“还款协议”“清算协议”或“结清协议”等等,关键是合同内容的确属于了结当事人各方既有的债权债务。在此类约定、协议没有

〔37〕 See *City of Yonkers v. Otis Elevator Co.*, 844, F.2d, 42(2nd Cir. 1988); 另见范斯沃思,见前注〔4〕,第 498 页。

〔38〕 参见布洛克斯等,见前注〔9〕,第 69 页。

〔39〕 参见范斯沃思,见前注〔4〕,第 498 页。

〔40〕 参见范斯沃思,见前注〔4〕,第 499 页。

提及原合同约定的违约责任、违约方本应承担的违约责任时,应当认定该“了结协议”不存在合同漏洞,换句话说,不再执行原合同的约定,完全按照新的协议处理,包括不再追究违约方的违约责任。

就此还有必要研讨《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称法释[2012]8号)第24条第3款关于“买卖合同约定逾期付款违约金,但对账单、还款协议等未涉及逾期付款责任,出卖人根据对账单、还款协议等主张欠款时请求买受人依约支付逾期付款违约金的,人民法院应予支持,但对账单、还款协议等明确载有本金及逾期付款利息数额或者已经变更买卖合同中关于本金、利息等约定内容的除外”的规定。对此规定,应把握如下几点:①所谓“对账单、还款协议等明确载有本金及逾期付款利息数额或者已经变更买卖合同中关于本金、利息等约定内容的除外”,意味着承认了当事人依其约定变更了原来关于逾期付款违约金的约定,完全按照对账单、还款协议的约定确定逾期付款的法律后果。因为逾期付款利息与逾期付款违约金在本质上为同一个类型的责任,不宜并罚,所以,法释[2012]8号第24条第3款后段的规定值得赞同。②所谓“买卖合同约定逾期付款违约金,但对账单、还款协议等未涉及逾期付款责任,出卖人根据对账单、还款协议等主张欠款时请求买受人依约支付逾期付款违约金的,人民法院应予支持”,贯彻了权利的放弃、责任的免除需要明确的意思表示这个原则,若无此类明示则不得认定放弃权利、免除责任,这有其道理。③应当看到,法释[2012]8号第24条第3款后段的规定,与“了结协议”说正相反。按照所谓“了结协议”说,在一方违约之后,各方当事人就善后事宜达成新的协议,包括形成对账单、还款协议,该新的协议没有提及原合同约定的违约责任、违约方本应承担的违约责任,那么,不再执行原合同的约定,完全按照新的协议处理,包括不再追究违约方的违约责任。

笔者认为,法释[2012]8号第24条第3款后段与“了结协议”说相比,后者更佳。第一,“了结协议”说符合合同变更的理论,即对账单、还款协议等新协议变更了原合同,应以对账单、还款协议等新协议的约定为准。第二,“了结协议”说符合狭义债的关系理论,即原合同项下的一个狭义债的关系因适当履行消灭了,另一狭义债的关系出现了债务不履行(违约),对账单、还款协议等新协议对此做了了断,或曰一揽子解决了。如此,原合同关系已经不复存在,没有再基于原合同约定追究逾期付款违约金等违约责任的合同依据;对账单、还款协议等新协议没有约定逾期付款违约金等违约责任,也没有基于新协议追究逾期付款违约金等违约责任的合同。第三,“了结协议”说避免了合同漏洞及其填补的麻烦。允许出卖人基于对账单、还款协议等新协议追究买受人逾期付款违约金等违约责任,意味着认定对账单、还款协议等新协议存在着合同漏洞,即应当约定逾期付款违约金等违约责任却未作约定。对此合同漏洞,裁判者有权予以补充,认定逾期付款违约金等违约责任应当成为对账单、还款协议等新协议中的条款。如此,出卖人基于对账单、还款协议等新协议追究买受人逾期付款违约金等违约责任,便有了合同依据。

### 三、合同漏洞补充的具体方法

#### (一)当事人以协议补充合同漏洞

有漏洞就得补充(gap of filling),使合同由不完整的变成完整的,以便安排妥当当事人交易的方方面面。补充合同漏洞,在我国首先适用的规则是《合同法》第61条规定的前段,即当事人就合同漏洞的补充协商一致。如果当事人达成了此种协议,填补了合同漏洞,解释合同的作业便暂告结束。在欧美,奉行意思自治原则,承认当事人各方以协议补充合同漏洞乃当然之理。

当事人各方未经诉讼或仲裁的程序,便发现其合同存在漏洞,通过协商把该漏洞补充完毕,最为理想;已经进入诉讼或仲裁的程序,甚至在裁判者主持下,当事人各方和解,填补上合同漏洞,为时未晚。当事人各方签订协议,补充合同漏洞,有些是保持系争合同约定的原样,只是规规矩矩地填补遗漏的合同条款/文字,从而使合同完整化;有些则变更了系争合同的有关条款/文字,经过此种补充合同漏洞的合同已非原合同了。上述情形,无论何者,均排在补充合同漏洞的最优先顺序,且为意思自治的贯彻、落实,只要其不违反法律的强制性规定、不违背公序良俗,就应承认其正当。

有观点认为,无论如何,当事人补充的表示不存在撤销的问题。<sup>[41]</sup>不知如此断言有无限制条件,若无,则在当事人各方以协议补充合同漏洞的场合不可接受。因为当事人各方补充合同漏洞的协议之于法律效力,没有不同于普通协议之于法律效力之处,所以在当事人各方补充合同漏洞的协议存在无效或可变更、可撤销或解除的原因时,没有理由阻止当事人一方请求裁判者确认补充条款/文字无效,应当受理当事人一方关于变更或撤销或解除的诉讼请求。

#### (二)裁判者补充合同漏洞

由于当事人双方均为经济人,在合同中的权益大多是此消彼长,就合同漏洞补充能够协商一致的情形不多。在当事人协商未果的情况下,处理纠纷的裁判者便担负起补充系争合同漏洞的职责。

##### 1. 依赖法律规定填补合同漏洞

在德国,法官在填补漏洞时要考虑案件中的所有情况,<sup>[42]</sup>寻觅适合填补系争合同漏洞的强制性规范和任意性规范对法律行为规则予以补充。<sup>[43]</sup>

在美国,补充合同漏洞有先后两个步骤,第一个步骤是对合同进行解释(interpretation),

[41] Vgl. Larenz, Schuldrecht I, 8. Aufl., S. 89, Anm.1. 转引自(德)弗朗茨·维亚克尔:《法律行为解释之方法》,范雪飞译,载王洪亮、张谷、田士永、朱庆育、张双根主编:《中德私法研究》(第14卷),北京大学出版社2016年版,第305页。

[42] 参见布洛克斯等,见前注[9],第70页。

[43] 参见弗卢梅,见前注[8],第377页。

因为只有当法院判定了合同文本没有对特定事项作出约定之后,才能补充一个条款;第二个步骤是“推断”(implication)。<sup>[44]</sup>“推断”本身亦为解释过程,旨在发现可以从合同文句中产生的意思并予以执行,包括发现当事人没有明确表达的允诺,以及发现合同中已有的允诺应该附有的未予表达的条件和限制。<sup>[45]</sup>其中,依赖法律填补漏洞属于合同推定解释的职责,由“推断”来实施,<sup>[46]</sup>法院一旦已经通过第一个步骤即合同解释的过程而判定有关事项属于合同漏洞,就应当通过推断来补充一个条款填补漏洞,由此补充的条款被称为“默示条款”。<sup>[47]</sup>

在英国,补充合同漏洞是默示条款、特别是法律上的默示条款的任务,<sup>[48]</sup>许多判例、学说主张只有在“必须”时才可用默示条款填补合同漏洞,但也有判例、学说认为在法律上的默示条款方面“必须”的要求过于严格,在许多情况下做不到,故应有更多的其他考虑,包括“合理的必须”(reasonably necessary)或政策方面的合理等。<sup>[49]</sup>默示条款是指缔约时当事人各方从来没有写明或提及,而由法官/仲裁员根据有关事实或法律或习惯而引入合同的条款,在很大程度上就把它当作是缔约各方假设/假定的缔约意图。默示条款通常需要满足五个条件:①必须合理和公平;②必须是合同的商业效力所必须的,即使缺少默示条款合同仍能运作就不会采用默示条款填补合同漏洞;③必须在缔约时可以假设各方会理所当然或异口同声地同意这个说法;④必须可以被清楚地表达;⑤不能与合同明示条款起冲突,因为明示条款代表了各方真正的缔约的意图,而默示条款是去假设各方的缔约意图,这假设是站不住脚的。<sup>[50]</sup>默示条款有三类,第一类为法律上的默示条款(implied-in-law terms),包括制定法(stature)和判例(judicial decision)被当事人各方默认为相应的合同条款/文字;第二类为事实上的默示条款(implied-in-fact terms);第三类为基于交易习惯和惯例而形成的默示条款(implied on the basis of custom or trade usage)。<sup>[51]</sup>用其中的法律上的默示条款填补系争合同的漏洞相当于德国法上的依赖法律规定补充系争合同的漏洞。

在我国法中,裁判者应首先寻觅合适的或曰相应的强制性规定、<sup>[52]</sup>任意性规定、倡导性

[44] 参见范斯沃思,见前注[4],第498、500页。

[45] 参见柯宾,见前注[4],第669页。

[46] 参见柯宾,见前注[4],第627页;范斯沃思,见前注[4],第500—515页。See Glasser & Rowley, supra note 33.

[47] 参见范斯沃思,见前注[4],第498、500页。

[48] See H.G.Beale, W.D.Bishop & M.P.Furmston, *Contract: Cases & Materials*, London: Butterworths, 1990, pp. 303—304; Neil Andrews, *Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 333. 另见杨良宜:《合约的解释》,法律出版社2007年版,第309—378页。

[49] 参见杨良宜,同上注,第325页。

[50] 参见杨良宜,见前注[48],第309、332页。

[51] See Neil Andrews, supra note 48.

[52] 参见王越宏、李媛:“论合同漏洞的补充”,《中国法学》2001年第5期,第164页。

规定<sup>[53]</sup>以及交易习惯,<sup>[54]</sup>作为补充合同漏洞的依据,最后用诚信、公平二项原则作整体审视、权衡。此处所谓合适的强制性规定、任意性规定及倡导性规定,主要指《合同法》第61、62条的规定以及其他有关规定。

在此项作业中,要将《合同法》分则中有关填补漏洞的规则与《合同法》第61条后段关于“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”的规定以及第62条的规定联系起来。所谓《合同法》分则中有关填补漏洞的规则,例如,《合同法》第139条确立了填补交付期限条款漏洞的规则:适用《合同法》第61条、第62条第4项的规定,填补欠缺交付期限的条款。再如,《合同法》第154条确立了填补标的物质质量标准条款漏洞的规则:依照《合同法》第61条的规定确定标的物质质量标准仍不能奏效时,适用第62条第1项的规定予以解决。又如,《合同法》第141条第2款、第156、160、161条均为分则中有关填补漏洞的规定。某些合同漏洞的补充,要依赖《合同法》以外的法律规定。例如,某特定保证合同欠缺保证期间,而保证期间关系到保证人、债权人的核心利益,该保证合同欠缺保证期间应当构成合同漏洞。补充该漏洞须依赖《担保法》第25条第1款关于“一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的,保证期间为主债务履行期届满之日起六个月”的规定,以及《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》(法释[2000]44号)第32条第2款关于“保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的,视为约定不明,保证期间为主债务履行期届满之日起二年”的规定。就是说,该保证合同无“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似”条款的,保证期间自主债务履行期届满之日起6个月,有此类条款的,保证期间自主债务履行期届满之日起2年。

有关依赖强制性规定、任意性规定、倡导性规定填补合同漏洞的做法,以下各举一例说明。依赖强制性规定填补合同漏洞,如A涉外股权转让合同约定:“本合同自双方签字或盖章时生效。”根据《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第14、20条第1款和第4款的规定,行政机关不批准A涉外股权转让合同的,无效。如此,A涉外股权转让合同形成欠缺生效条件的漏洞。对此合同漏洞可援用《合同法》第44条第2款的规定予以补充。依赖任意性规定填补合同漏洞,如B设备买卖合同欠缺B设备因不可归责于双方当事人的原因灭失时由谁承受该损失的条款,补充该漏洞,可援用《合同法》第142条关于“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”的规定以及第143—149条的规定。依赖倡导性规定填补合同漏洞,如C设备买卖合同欠缺C设备质量的条款,先援用《合同法》第12条第1款第4项的规定,确定C设备

[53] 关于将法律规范区分为任意性规范、倡导性规范和强制性规范的提出及分析,参见王轶:“民法典的规范配置——以对我国《合同法》规范配置的反思为中心”,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2005年第3期,第276—282页;王轶:“论倡导性规范——以合同法为背景的分析”,《清华法学》2007年第1期,第68—73页。

[54] 参见王越宏等,见前注[52],第165页。

买卖合同存在合同漏洞,再援用《合同法》第62条第1项的规定,将该漏洞补充。对此,也可以说《合同法》第12条第1款第4项和第62条的规定共同填补C设备买卖合同欠缺C设备质量条款的漏洞。

此外需要明确,我国参加国际条约的,该国际条约优先于我国国内法适用于个案。例如,在合同解释中,1980年《联合国国际货物销售合同公约》须优先于《合同法》等我国国内法而适用。

与当事人各方补充合同漏洞的协议可被变更、撤销、解除或被确认为无效不同,依据强制性规定、任意性规定、倡导性规定填补合同漏洞时,至少在理论上应认为,这些法律规定系立法者斟酌某类型合同的典型利益状态而设,一般多符合当事人的利益,<sup>[55]</sup>因此不会基于《合同法》第52、53、54、94条等规定予以变更或撤销或解除或被确认为无效。

## 2. 通过补充的合同解释方法填补合同漏洞

(1)概念。根据法律规定补充合同漏洞,在某些案件中不合适,此时裁判者有必要采用补充的合同解释来填补合同漏洞,<sup>[56]</sup>相同的作业,在美国普通法上是用推定解释尤其是其中的推断补充合同漏洞,<sup>[57]</sup>在英国系用法律上的默示条款完成任务。<sup>[58]</sup>

所谓补充的合同解释,是对合同的客观规范内容加以解释,以填补合同的漏洞现象。其所解释的,是当事人所创设的合同规范整体。其所补充的,是个别的合同条款。所以,补充的合同解释仍具合同解释的性质。<sup>[59]</sup>

(2)域外经验。在德国,法官在这个阶段必须查明:假如当事人双方考虑到了未想到的情况并且注意到了诚实信用原则以及交易习惯,那么,他们希望的是什么?因此,起决定性作用的并非当事人双方的真实想法,而是假设的意思(hypothetischer Parteiwillen)。对假设意思的查明必须从当事人在合同中的评价(im Vertrag getroffene Wertung)出发并提出以下问题:在知道该漏洞的情况下当事人会如何合理地进行约定?<sup>[60]</sup>这个过程本身即为阐释性合同解释本身。

在美国,如前所述,填补合同的第二个重要步骤是“推断”,其基础首先是当事人的真实预期:如果法院相信,当事人对存在漏洞的事项有共同的预期,那么法院将赋予该预期以法律效力,即使当事人并未以书面形式来表达该预期。如果各方当事人的预期有重大差异,或者一方当事人并无任何预期,那么,法院将不适用以各方共同预期为标准的主观判断法,而是采用客

[55] 参见王泽鉴,见前注[1],第171—172页。

[56] 参见布洛克斯等,见前注[9],第69页。

[57] 参见柯宾,见前注[4],第627、669—671页;范斯沃斯,见前注[4],第498—503页。

[58] See Neil Andrews, *supra* note 48; 另见杨良宜,见前注[48],第311—316页。

[59] 参见王泽鉴,见前注[1],第171—172页。

[60] 参见布洛克斯等,见前注[9],第70页。

观判断标准法：看一方当事人是否应当合理地知道对方的预期。<sup>〔61〕</sup> 如果法院不能确定当事人实际发生的预期，那么法院应当考察的是：在法院看来，假如当事人考虑了该事项，那么他们原本会发生的预期，从而“代替他们完成假如他们曾经预见到的事情的进展，他们可能为自己做的事情，以弥补他们的短视”。<sup>〔62〕</sup> 也有不同的意见认为，这种情况下，需要考察的并不是假定的预期或拟制的意思，而是正义的基本原则，它指导着法院从当事人所约定的事项中推断他们未作约定的事项。<sup>〔63〕</sup>

尽管德国和美国的上述学说表述不尽一样，但仍有共性：其一，美国法学说明确地把寻觅、确定当事人的真实预期作为首要基础，德国法理论同样重视考证当事人各方“希望的是什么？”二者在实质上没有分歧。这体现了美国判例和德国民法非常看重意思自治原则。其二，在当事人各方无共同意思或无法查明此类共同意思的前提下，德国法学说直截了当地言明“起决定性作用的并非当事人双方的真实想法，而是假设的意思”。美国法理论叙述得更为细致、周详：“看看一方当事人是否应当合理地知道对方的预期。”其三，德国民法理论的用语是：法官须查明当事人各方“注意到了诚实信用原则以及交易习惯”。美国合同法学说的表述是：“需要考察的并不是假定的预期或拟制的意思，而是正义的基本原则。”二者殊途同归。看来，诚信、公平的原则能补当事人的意思所不逮，甚至能合理矫正当事人的意思。所有这些，均有其合理成分，值得我国法及其理论借鉴。

(3) 填补标准。如同德国美国的判例、学说一再揭示的那样，补充的合同解释所探求的不是当事人的真意，即事实上的意思，而是所谓“假定的当事人意思”(hypothetischer Parteiwille)，即双方当事人通常在交易上所合理意欲或接受的合同条款。<sup>〔64〕</sup> 假定或者说推定的当事人意思，属于一种规范的判断标准，以当事人在合同上所作的价值判断及利益衡量为出发点，依诚实信用原则并斟酌交易惯例加以认定，以实现公平、效率为依归。应予强调的是，补充的合同解释旨在补充合同之不备，而非在为当事人创造合同，自不能变更合同内容，致侵害意思自治原则。<sup>〔65〕</sup> 当然，也有观点主张裁判者可以变更合同内容。<sup>〔66〕</sup>

应予指出，由于公平的判断因人而异，裁判者在个案中的公平判断未必与各方当事人的公平判断相一致。按照裁判者的公平观补充的条款很可能没有基于各方当事人的公平观补充的条款更有效益。一般说来，当事人是经济人(economic man)，趋利避害，精于计算，追求效益最大化，为其天生本性。如果他们各方又按照公平理念进行交易，就是兼顾了公平与效率两项

〔61〕 参见范斯沃斯，见前注〔4〕，第 500 页。

〔62〕 J. Bentham, "A General View of a Complete Code of laws", in J. Bowering (ed.), *3 Words of Jeremy Bentham*, 1843, p. 191. 转引自范斯沃斯，见前注〔4〕，第 501 页。

〔63〕 参见范斯沃斯，见前注〔4〕，第 501 页。

〔64〕 参见弗卢梅，见前注〔8〕，第 378 页。

〔65〕 参见王泽鉴，见前注〔1〕，第 172 页。

〔66〕 参见弗卢梅，见前注〔8〕，第 348—349 页。

价值。而裁判者是法律人(lawyer),未必是经济人,于是便可能出现依其公平观补充的合同条款不能带来最佳经济效益。这是在以补充的合同解释填补漏洞的具体运作中应认真对待的。

(4)填补结果。既然补充的合同解释所探求的是“推定的当事人意思”,即各方当事人在通常交易上所合理意欲或接受的合同条款,那么,裁判者实际上是以其心目中的理性人处于此情此景中应作何种意思表示来确定待补合同条款/文字。

此种推定的当事人意思,这样的待补合同条款/文字,与各方当事人的真实意思之间的关系如何?认为二者存在相当的差异,这固然可以,且为通说;但实际上也存在着各方当事人若为意思表示的话就与推定的当事人意思完全一致的情形:如当事人系合格的理性人,按照一个理性人的思维和准则表示意思,即属此类,且为支持意思自治原则的一个微例。在此应予以提醒,如果主张于此场合的填补合同漏洞系以当事人的真意为准,<sup>[67]</sup>就必须由举证证明完成。如当事人各方签署过备忘录、意向书、初步协议等文件,确凿无疑地显示已补合同条款/文字正是载于这些文件上的当事人各方意思。如果完不成这样的举证证明,就以理性人于此场合会表示的意思为准,推定出当事人的意思。必须强调的是,真实的缔约个体大多没有假设中的理性,其表示的意思时常欠缺逻辑,遑论考虑到对方的利益,经妥协后形成共同的合同条款/文字。对此,纯粹的意思主义无法自圆其说,那种“无论如何,意思表示的效力看起来并不是绝对的,而且最终也并不取决于立法者的肯定或者否定”<sup>[68]</sup>的法理,难被我国民法及理论所接受。马克思主义中“合同是当事人意思与上升为法律的国家意志的统一体”“从根源上讲,合同的法律效力源自法律,是合同法等法律赋予合同的,由国家的强制力保障”的原理,能更好地解释这种现象。

运用补充的合同解释填补合同漏洞,在结果上可能有两种情形:一是保持当事人明确约定的内容不变,填补的是当事人遗漏的合同内容;二是填补合同漏洞的过程部分地修改了当事人于合同中明确表示的意思,以达合同体系自洽、合同内容更加合理的结果。无论何者,或是规范解释的结果,或是补充的合同解释的结果。借用、仿照弗卢梅之见,规范解释也有理解合同条款/文字与变更性解释合同之分,甚至有许多人理所当然地认为,变更性解释似乎属于解释者的“根本”甚或“首要”任务。<sup>[69]</sup>显而易见,所谓变更性解释合同,就是在修正合同约定的意思。正是在这些意义上,单独提出修正的合同解释类型,将其与规范解释、补充的合同解释的类型并列,是不合逻辑的。

(5)撤销问题。通过补充的合同解释填补合同漏洞,不同于各方当事人补充合同漏洞的协

[67] 参见王越宏等,见前注[52],第162页;魏玮:“补充解释方法在合同漏洞填补时的运用”,《人民司法》2013年第6期,第100—103页。

[68] 维亚克尔,见前注[41],第299页。

[69] 参见弗卢梅,见前注[8],第348—349页。在此,弗卢梅原本是在阐释法律解释的三种类型:理解法律、漏洞补充和变更性解释法律。当然,弗卢梅认为变更性解释法律属于例外,应予严格限制。笔者觉得对合同的规范解释也大抵如此。

议一般可被变更、撤销、解除或被确认为无效,其类似于依法律规定补充漏洞的情形,不可基于《合同法》第 52、53、54、94 条予以变更或撤销或解除或被确认为无效,道理在于从事补充合同漏洞作业的裁判者同样应为斟酌某类型合同的典型利益状态而设,一般多符合当事人的利益。

### 3. 两种方法之间的关系

以推定的当事人意思补充合同与依赖法律规定补充合同二者之间的关系如何? 这可分两方面阐释,其一,如果说立法者设计法律规范系斟酌某类型合同的典型利益状态而设,一般多符合当事人的利益,那么,运用补充的合同解释填补合同漏洞,裁判者以其心目中的理性人处于此情此景中会作出的意思表示来确定待补合同条款/文字,实质上也是斟酌系争合同的典型利益状态予以衡平,并最终确定符合当事人各方的利益平衡的待补合同条款/文字。因为衡平即为在合同当事人之间的关系上取得一种对各方均属恰当的平衡状态,<sup>[70]</sup>这在实质上就是以—个理性人的思维准则进行系争合同的典型利益分配;立法者也是以其心目中的理性人的思维准则来制定规则。如同治大国如烹小鲜的道理,立法者设计法律规范的考量与裁判者打着理性人的旗号安排合同条款/文字的考量,机理相同。就特定的典型合同而言,理性人的理念及思维逻辑发展,结合法律关于该典型合同的规定,自然会形成一个合同的全部条款/文字。该合同的全部条款/文字减去当事人双方实际签订的合同条款/文字之差,就既是系争合同漏洞之所在和轮廓,也是待补的合同条款/文字。其二,立法者设计法律规范系斟酌某类型合同的典型利益状态而设,一般多符合当事人的利益,这相对统一、稳定,但裁判者在个案中以理性人于此场合所思所想补充系争合同漏洞,则难免杂糅进自己的价值及其衡量,在标准和结果方面波动较大。由此显示出依赖法律规定填补合同漏洞与运用补充的合同解释补充漏洞二者的差异。

## 四、合同漏洞补充的其他问题

### (一) 补充合同漏洞方法之间的顺序及其反思

补充合同漏洞,首先采取当事人协议补充的方法,若无此类协议,则确定当事人共同的真实默示意图。其次,强制性规定、任意性规定原则上优先于其他方法适用;再次,无法律规定的,依推定的当事人意图补充合同漏洞。

之所以认为法律规定优先于补充的合同解释适用,是由于法律规范系立法者斟酌某类型合同的典型利益状态而设,一般多符合当事人的利益。当事人对于合同未详订其内容,多期待法律设有合理规定;法律设任意性规范、倡导性规范的目的,实际上也着眼于漏洞的补充;所以,只要合同类型符合任意性规范、倡导性规范的类型,这些规范原则上应优先加以适用,排除

[70] 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(学生版),陈爱娥译,五南图书出版公司 1996 年版,第 195 页。

补充解释的机会。只在下述情况下,补充的合同解释优先于任意性规范、倡导性规范加以适用:其一,当事人所订合同虽具备典型合同(有名合同)的要素,但具有特殊性,适用任意性规范、倡导性规范未尽符合当事人利益的场合。例如,出卖人对物之瑕疵不负修缮义务,其主要理由系出卖人多非商品制造人,不具修缮能力或设备,一般说来固甚合理,惟在家具店购买高级沙发,出卖人特别表示系自制自销时,则应依补充的合同解释,肯定买受人有瑕疵修补请求权。其二,在无名合同,如旅游合同,适用或类推适用任意性规范、倡导性规范违反合同目的时,应针对该合同的特殊利益状态,依补充的解释,补充合同的欠缺。<sup>〔71〕</sup>其三,合同显示当事人不愿意接受任意性规范、倡导性规范的适用。其四,法定规范由于当事人的错误想法,致其效果与当事人所寻求的大相径庭。其五,任意性规范、倡导性规范不符合已经改变的当事人之间的经济关系,以至于合同实务上均不采纳。<sup>〔72〕</sup>

再进一步,推定的当事人意图涉及到目的、习惯、任意法规、诚实信用等标准;<sup>〔73〕</sup>依各标准所得结论有不同,以当事人所欲予达到的目的为第一顺序,习惯可推定当事人有依从的意思或就其事项无任意法规时为第二顺序,任意法规为第三顺序,但习惯为当事人所不知的场合任意法规则上升为第二顺序。诚实信用原则不平列于这些顺序之中,而是修正或补足运用上述方法补充合同漏洞时确定的已补合同条款/文字。<sup>〔74〕</sup>另有观点较为硬性:交易习惯优先于任意性规定而用于填补合同漏洞。<sup>〔75〕</sup>

以上这些意见具有合理因素,但也有再斟酌的余地,包括如下几处:①在交易习惯与法律规定之间的关系方面,在交易习惯违反强制性规定或违背公序良俗时,不得用于填补合同漏洞,不得优先于任意性规定、倡导性规定而运用。②即使交易习惯不违反强制性规定,也不一定优先于任意性规定、倡导性规定而运用。如果交易习惯不公正,例如,餐饮合同领域的高额开瓶费、高额沏茶费,典当行、小额贷款公司放款时预先扣除未来的利息等等,那么,不得把此类交易习惯优先于任意性规定、倡导性规定来填补合同漏洞,而应依诚信原则、公平原则衡量,是否对其调整。③诚然,观察《合同法》第61条和第62条的字面意思,似乎交易习惯优先于任意性规定,但因这两条规定均非强制性规定,故这种优先顺序的结论便无法律依据的支撑。之所以说《合同法》第61条和第62条不是强制性规定,原因有三:一是它们属于合同漏洞补充方面的技术性规则,不影响社会公共利益。假如硬说它们事关社会公共利益,就意味着第61条规定的当事人以协议补充合同漏洞必须实施,永远排在第一顺序,即使当事人各方明确表示不新签合同补充系争合同的漏洞,请求裁判者依补充的合同解释填补系争合同的漏洞,也不得如愿以偿。这显然背离意思自治原则,也不符合实务中的操作实际。二是强制性规定的性质无

〔71〕 参见王泽鉴,见前注〔1〕,第172—173页。

〔72〕 参见黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第81页。

〔73〕 有关交易习惯及诚信原则在合同漏洞填补中的地位及作用,参见本部分第二、三小节的相关内容。

〔74〕 参见王越宏等,见前注〔52〕,第165页。

〔75〕 参见魏玮,见前注〔67〕。

法解释裁判者最后用诚信和公平二项原则修正甚至补足已补合同条款/文字的做法,因为这两条并未明示诚信和公平二项原则在补充合同漏洞扮演角色。三是第 62 条中有规定各方当事人事先设有相应约定时便不适用此条,如果第 62 条为强制性规定,就否定了当事人的此类约定。四是,某些场合下,第 62 条规定的补充漏洞规则及标准未必合理、公正。此时裁判者可依公平正义的理念填补合同漏洞,而不适用第 62 条的规定。例如时过境迁但某些法定标准(如农用车的车厢长和宽的标准长时期不予修正,某些设备在环境保护方面的标准远远低于当下“蓝天保卫战”的要求)仍未修正,远远落后于社会生活的要求。④审视交易习惯补充合同漏洞是独立于、并列于补充的合同解释的方法,还是运用补充的合同解释时应予考虑的因素?考察其“合同漏洞补充所依据之间的关系”的总结,交代得不甚明确,但自其“依法官推定的当事人意图补充”部分的体系排列观察,属于补充的合同解释的一种表现形式。⑤因为法律规定包括强制性规定,所以不得笼统地说补充的合同解释绝不会优先于依赖法律规定而补充合同漏洞,而应是依赖强制性规定补充合同漏洞肯定优先于运用补充的合同解释方法填补合同漏洞。依赖任意性规定填补合同漏洞原则上优先于运用补充的合同解释填补合同漏洞,并承认例外情形。⑥下文将会提到,在我国现行法上,不宜如欧美法那样界定诚实信用原则,而应让诚信和公平二项原则共同发挥作用,在运用有关补充漏洞的方法填补系争合同的漏洞之后,修正甚至补足已补合同条款/文字。⑦所谓“以当事人所欲予达到的目的为第一顺序”,若指以当事人协议补充合同漏洞,则无疑问;但若指依补充的合同解释方法填补合同漏洞,则有问题,因为补充的合同解释方法必定位于强制性规定之后,在许多情况下也后于任意性规定,而非处于第一顺序。

## (二)交易习惯在补充合同漏洞作业中的地位及作用

《德国民法典》第 157 条规定,合同解释必须斟酌交易习惯。交易习惯可以“自动”适用于表示的规范解释,包括作为补充的合同解释的要素。<sup>[76]</sup>法官在填补漏洞时要考虑案件中的所有情况,包括动机、交易习惯、利益状况等。<sup>[77]</sup>

美国《统一商法典》赋予交易习惯(custom)和惯例(usage of trade)在交易中以重要地位(第 1-205 条,第 1-102 条第 2 款第 a 项),并承认以惯例补充合同条款。<sup>[78]</sup>《统一商法典》的评注否定了“那些认为有关‘习惯’的证据可能会排除或否定‘已经确立的法律规则’的判例”,并且认为,惯例“构成了双方的默契,它们优于任何一般性法律规则,因为后者仅适用于不存在这种默契的情形”。<sup>[79]</sup>范斯沃思在合同解释的大框架内考察和讨论交易习惯,在合同漏洞补充的题目下却未涉及交易习惯,这表明交易习惯在包括补充合同漏洞在内的合同解释中

[76] 参见弗卢梅,见前注[8],第 366、380 页。

[77] 参见布洛克斯等,见前注[9],第 70 页。

[78] 参见范斯沃斯,见前注[4],第 485 页。

[79] 美国《统一商法典》第 1-205 条的评注第 4 条。转引自范斯沃斯,见前注[4],第 486 页。

覆盖面更为宽泛。如此,把交易习惯仅限于推定解释之内显然不合实际及逻辑,换个表述是将交易习惯仅限于补充的合同解释范畴不合实际及逻辑。

在英国,第三类默示条款即为基于交易习惯和惯例而形成的默示条款。<sup>〔80〕</sup> Wilberforce勋爵把默示条款分为四类(但其实只同意有三类),第一类为商业惯例的默示条款,第二类为事实的默示条款,第三类是丹宁勋爵倡导的但被 Wilberforce勋爵否定的合理性的默示条款,第四类是法律上的默示条款。<sup>〔81〕</sup> 既然默示条款是用来补充合同漏洞的,商业惯例的默示条款便可用于补充合同漏洞。与美国法的情形类似,英国法同样承认可用交易习惯来解释合同的明示条款。<sup>〔82〕</sup>

在我国,《合同法》第61条在字面上把交易习惯列为补充合同漏洞的考虑因素,学说也赞同交易习惯为补充合同漏洞时的依据。<sup>〔83〕</sup> 但应当注意的是:第一,补充合同漏洞时考虑交易习惯不同于依赖法律规定填补合同漏洞,“交易习惯不属于法律规范”。<sup>〔84〕</sup> 因为后者无需审视其合法与否,甚至无须考量补充合同漏洞的结果是公平的还是失衡的,只要裁判者确定系争合同的漏洞所在及轮廓,又寻觅到适当的法律规定,即可径直填补系争合同的漏洞;但在前者,裁判者首先要审视交易习惯合法、公平与否,只有合法、合理的交易习惯才可被作为确定待补条款/文字的依据,最终完成系争合同的漏洞填补。再退一步,即使某特定的交易习惯合法、合理,处理个案的裁判者因其立场及价值取向也可能不考量以交易习惯填补系争合同的漏洞。第二,补充合同漏洞时考虑交易习惯也不同于补充的合同解释的常态,因为后者系裁判者以其心目中的理性人的思维和标准来推定出待补合同条款/文字,这样的标准是一以贯之的,有时与交易习惯形成的规则一致,有时却有差异,有时因交易习惯不合理性人的思维和标准而推演出来的待补条款/文字而被裁判者弃之一旁。换个角度表述,在补充的合同解释的架构下,交易习惯即使被裁判者考虑用作填补系争合同的漏洞,也只是理性人的思维和标准的表现形式之一,而非全部。

总结而言,补充合同漏洞时考量交易习惯可被纳入补充的合同解释的方法之中,但交易习惯乃所有的解释合同的方法甚至原则,并不限于补充合同漏洞这一隅。再加上补充的合同解释不适用于合同漏洞补充以外的合同解释这一原因,将考量交易习惯以补充合同漏洞作为独立于依赖法律规定补充合同漏洞、补充的合同解释等方法的一种并列方法,更为可取。

### (三) 诚信原则和公平原则的地位及作用

有学者主张,诚实信用原则不与当事人协议、法律规定、交易习惯、补充的合同解释诸方法

〔80〕 See Neil Andrews, *supra* note 48.

〔81〕 See *Liverpool City Council v. Irwin*(1977) A. C. 239, 253. 转引自杨良宜,见前注〔48〕,第319页。

〔82〕 See *Shore v. Wilson*(1989) 9 Cl. & F. 355; *Brown v. Shand*(1877) 2 App Cas 455. 转引自杨良宜,见前注〔48〕,第261页。

〔83〕 参见王越宏等,见前注〔52〕,第163页;参见魏玮,见前注〔67〕。

〔84〕 弗卢梅,见前注〔8〕,第365页。

竞争顺序,而是在运用其中某种方法填补合同漏洞后,以诚实信用审视其结果,发挥修正、补足已补合同条款/文字的作用。<sup>〔85〕</sup>这有其合理性,值得重视。只不过需要注意,《民法总则》第7条规定的诚信原则以“秉持诚实,恪守承诺”收尾,使得诚信原则落脚在民事主体的主观态度;如此,依文义解释,诚信原则主要管辖欺诈、胁迫、乘人之危等问题,难见其含有以公平理念衡平当事人之间的权益关系之义,似无“帝王条项,君临法域”的神威,这相较于罗马法及后世的法国民法、德国民法、日本民法和我国台湾地区“民法”而言,降低了诚信原则的地位,缩减了诚信原则的功能。

在我国民法体系中,将公平原则和诚信原则联系起来观察,不难发现《民法通则》《合同法》和《民法总则》一直将公平原则与诚信原则平列,且有分工,特别是《合同法》和《民法总则》把“合理确定各方的权利和义务”的重任交给了公平原则,而非诚信原则。甚至可说是公平原则而非诚信原则才是一种“帝王条款”。这与德国等国家和地区民法中的做法不同,这些法域中诚实信用原则含有公平原则的内容,除在不当得利制度建立的基础等极个别场合单提公平原则或衡平理念之外,均使用诚实信用原则的表达。可见,法律人不宜甚至不得沿袭传统民法关于诚实信用原则的定性和定位,而应展开具有中国特色的解释论。如果如此解释是正确的,则在合同漏洞补充的问题上应该是让诚信原则和公平原则共同起作用,在运用有关补充漏洞的方法填补系争合同的漏洞之后,修正甚至补足已补合同条款/文字。<sup>〔86〕</sup>

还需指出,诚实信用原则、公平原则在英美法上所起作用明显低于在德国法系、我国法上所起的作用。在美国,法院经常补充的一个条款是,合同的当事人各方应当履行“诚实信用”义务,或者有时表述为“诚实信用和公平交易”义务。该默示义务根据基本的公平观念而发生。按照美国《统一商法典》的规定,当事人不得以约定排除诚实信用义务,尽管当事人可以约定履行该义务的标准,只要该约定的标准并非明显不合理(第1-102条第3款)。<sup>〔87〕</sup>但法院反复强调的原则却是,诚实信用的默示义务不能被用来排除或变更合同的明示条款。<sup>〔88〕</sup>由于法院是针对当事人之间的协议中遗漏的事项而补充条款,因此,除非有关的协议已经成立,否则,无论是美国《统一商法典》还是普通法都不要求诚实信用的默示义务。所以,在当事人达成协议之前,他们不负诚实信用义务,诚实信用义务并不约束他们的缔约过程。<sup>〔89〕</sup>然而,如果一份已经存在的合同的当事人协商变更合同,那么,他们受到合同上的诚实信用义务的约

〔85〕 参见王越宏等,见前注〔52〕,第165页。另见维亚克尔,见前注〔41〕,第305页。

〔86〕 参见崔建远:“中国大陆民法总则的新发展”,《月旦民商法杂志》2017年第56期,第5-18页。

〔87〕 参见范斯沃斯,见前注〔4〕,第504页。

〔88〕 See *Riggs Natl. Bank of Washington v. Linch*, 36 F. 3d 370 (4<sup>th</sup> Cir. 1994). 转引自范斯沃斯,见前注〔4〕,第505页。

〔89〕 See *Husaman, Inc. v. Triton Coal Co.*, 809 P. 2d 796 (Wyo. 1991). 转引自范斯沃斯,见前注〔4〕,第505-506页。

束。<sup>[90]</sup> 在英国法上,对默示条款的运用是相当严格的,因为动辄强调合理并据以变动合同约定这一做法与缔约自由和合同相对性(privity of contract)严重冲突。裁判者并不是合同的一方,只是解释该合同中产生的争议,所以无权自说自话,增加或删除该合同明示了的条款。而增加默示条款,这正是作这种有严重冲突的行为,除非是完全符合法律的要求,而其中就是能够肯定去假设默示的部分正是当事人各方的缔约意图。<sup>[91]</sup> 既然如此,从事比较法研究和处理与英美的公司交易纠纷,必须注意英美法对于诚实信用的立场及态度,不可以我法度他法。

---

**Abstract:** The filling of contract gaps is a special way of interpreting contracts. Contract gaps have a narrow definition and broad definition. Because of the certainty of the narrow definition of contract gaps and since some methods to fill such gaps can also be used for broad contract gaps, only the former is discussed here. To be defined as a contract gap, it must violate the contract plan and entertain incompleteness. The contract gaps will happen due to issues that should have been agreed by parties in the contract. To fill a contract gap, firstly we accept a follow-up agreement from the parties. When the agreement is not made, the judge will seek appropriate mandatory rules, arbitrary rules or advocacy rules, including the rules of specific contracts in “China Contract Law”, Article 61, 62 of “China Contract Law”. If the above operations are not suitable, a supplementary contractual interpretation should be used to fill the gaps. The mentioned methods of gaps filling have a sequence of applying, as well as exceptions. Trading habits are also factors that should be considered, which can be seen as an independent method of filling contractual gaps or part of the supplementary contractual interpretation. After applying specific methods to fill contractual gaps, final review and trade-off based on the principle of good faith and fairness should be applied, in order to achieve the most appropriate solution.

**Key Words:** Contract Gaps; Gaps Filling; Contract Plan; Incompleteness; Supplementary Contractual Interpretation; Construction

---

(学术编辑:贺 剑)

(技术编辑:王泓之)

---

[90] 参见范斯沃斯,见前注[4],第279—280、506页。

[91] 参见杨良宜,见前注[48],第324页。