

鼓励交易原则的反思与合理表达^{*}

罗 昆

(武汉大学法学院 湖北武汉 430072)

摘要: 鼓励交易原则对于我国《合同法》的制定和近年的司法实践具有极为重要的意义。其实我国学界并未就其相关基础理论形成共识。鼓励交易原则应以社会整体意义上的经济效率为导向, 鼓励合法、自愿、可能、效率最大化的交易。鼓励交易原则在作用方式上可以分为积极方式和消极方式, 在适用上应满足必要性和充分合理性, 尤其需要合理平衡其与消极缔约自由之保护的关系。由此重新检视我国《合同法》中的相关制度可以发现, 近年来以司法解释形式创设的必要条款、预约合同、无权处分、一物(地)多卖(租)的实际履行顺序等合同法新制度中, 鼓励交易原则的运用分别存在过度、缺位及异化三大问题。在编纂我国《民法典》合同编的过程中, 应以鼓励交易原则的合理表达为线索, 从立法论和解释论两个角度对这四项目制度进行重构和解释, 从而为完善相关制度提供新的思路。

关键词: 合同法; 鼓励交易原则; 效率; 缔约自由

中图分类号: DF418 文献标识码: A 文章编号: 1005-9512-(2017)07-0025-14

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2017.07.003

一、问题的提出

在改革开放以来国家大力发展市场经济的大背景下, 不少学者都认为我国《合同法》贯彻了鼓励交易原则, 甚至将该原则作为我国《合同法》中的一项标志性原理。^①从较为直观的逻辑来看, 我国《合同法》系通过缓和合同成立的严格要求、减少合同无效特别是绝对无效的事由、限制合同的法定解除等制度措施, 从而尽量增加合同成立和有效并得到履行的可能性, 并进而达至鼓励交易之价值目标。^②由于我国《合同法》的上述制度相对于原有的相关制度明显更为合理进步, 人们更为确信鼓励交

作者简介: 罗昆, 武汉大学法学院副教授, 法学博士、博士后。

* 本文系作者主持的中国法学会 2016 年部级一般课题“司法解释创设的合同法新制度实证研究”(项目编号: CLS [2016]C55) 的成果之一。

① 参见王利明《合同法研究(第一卷)》, 中国人民大学出版社 2015 年版, 第 202-210 页; 崔建远《合同法》, 法律出版社 2016 年版, 第 11 页; 杨立新《债与合同法》, 法律出版社 2012 年版, 第 297-299 页; 肖峒、魏耀荣、郑淑娜《中华人民共和国合同法释论》, 中国法制出版社 1999 年版, 第 68 页。

② 参见上注, 王利明书, 第 207-209 页。

易这一价值目标或指导原则不仅正确而且重要。^③ 我国《合同法》颁行后,司法机关更是将“鼓励合同交易,增进社会财富”奉为“现代合同法或买卖法最为重要的基本精神或价值目标”。^④ 以此为理论依据,我国司法机关制定了一系列的司法解释甚至创设了若干新的合同法制度,例如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法解释二》)第 1 条规定的统一的必要条款制度、《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:《买卖合同解释》)第 2 条规定的预约合同制度等。^⑤ 鼓励交易原则在我国调整合同关系司法造法实践中俨然已成新的“帝王条款”。

然而回顾我国制定《合同法》的历史,其与司法实践中对鼓励交易原则的高度认可完全不同,曾经代表官方立场的、正式的立法背景资料甚至未曾直接提及“鼓励交易”或“促进交易”的目标、原则或精神。例如,时任全国人大常委会法制工作委员会主任的顾昂然曾在其编撰的《中华人民共和国合同法讲话》著作中提及制定统一的我国《合同法》共有四项目和四项原则,其中不包括鼓励交易。^⑥ 在许多具有重要学术影响力的学者如江平教授、李永军教授、韩世远教授等撰写的合同法著述中也未专门就“鼓励交易”或“促进交易”的目标或原则进行介绍或讨论。^⑦ 即便是对将鼓励交易原则引入我国合同法理论中做出开创性贡献的王利明教授,也只是主张将鼓励交易原则作为合同法的基本原则之一,将其与合同自由、诚实信用、合同正义三项原则并列且置于最末的位置。^⑧ 因此,从制定我国《合同法》的背景资料和一些著名学者的相关著述来看,鼓励交易原则是否应成为合同法最为重要的原则和价值目标、甚至是否应成为合同法的原则和价值目标,在目前的我国明显缺乏理论层面的共识,更遑论就鼓励交易原则的作用方式、运用规则形成清晰认识。这也说明以鼓励交易原则为基础理论而创设的若干具体制度亟需反思检讨。

我国《民法总则》制定后,民法典其余各编的编纂和起草已经开始。那么,在编纂我国民法典合同法编时,鼓励交易原则的理论内涵应该如何正确把握?鼓励交易原则促进经济效率的方式和机理是什么?鼓励交易究竟是“多多益善”还是也可能“过犹不及”?其是否属于合同法最为重要的价值目标?其与合同法的其它原则和目标体系如何平衡?针对基于鼓励交易原则的法律创设和法律解释活动能否构建一种相对确定的规则?近年来司法机关创设的一系列合同法新制度(特别是秉持鼓励交易原则而创设的新制度)是否真的有助于促进经济效率?是否可以将这些制度移入民法典合同法编中?以上问题的回答对于我国当前以制定民法典合同法编为契机来完善合同法具有纲领性的理论和现实意义。

^③ 许冰梅《评合同法的价值取向之一——鼓励交易》,《法制日报》2000 年 10 月 8 日第 3 版;赵继明、吴高臣《企业需正确认识“鼓励交易”原则》,《中国贸易报》2006 年 4 月 13 日第 11 版。

^④ 参见最高人民法院民事审判第二庭编著《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2012 年版,“序言”部分第 3 页。

^⑤ 此外,还包括最高人民法院在《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(法发〔2009〕40 号)中关于限制情势变更制度适用的审慎规定、《合同法解释二》第 14 条关于合同无效事由中强制性规定的限缩解释、《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2014〕3 号)关于限制无效事由和解除事由的规定等。

^⑥ 我国《合同法》该四个目的是:第一,要能更好地符合和适应建立社会主义市场经济体制的需要,规范市场交易行为,保障市场经济统一、有序、健康的发展;第二,能更好地与国际衔接,有利于促进对外经济、贸易、技术的交流与合作;第三,能够更好地维护合同当事人的权益;第四,为维护国家利益和社会公共利益,必须由国家管的,要给予相应的法律手段和依据,不该干预的不要干预。我国《合同法》该四个基本原则是:第一,平等、自愿;第二,公平、诚实信用;第三,守法,不得损害社会公共利益;第四,依法成立的合同对当事人具有法律约束力。参见顾昂然《中华人民共和国合同法讲话》,法律出版社 1999 年版,第 4 页、第 9-14 页。

^⑦ 参见江平《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 1-9 页;李永军《合同法》,法律出版社 2004 年版,第 19-24 页;韩世远《合同法总论》,法律出版社 2004 年版,第 1-45 页。

^⑧ 参见前注^①,王利明书,第 202 页。

二、鼓励交易原则的理论反思

与鼓励交易原则目前在我国《合同法》的有关规定中(以及相应的司法实践中)所具有的重要意义相比,学界有关该原则和理念的理论探讨(包括其基本含义的探讨)整体上显得并不多见。王利明教授20多年前曾撰文系统论述鼓励交易原则的基本理论,具体可以概括为三个方面:第一,在价值渊源上,“鼓励交易是提高效率、增进社会财富积累的手段”;第二,在表现方式上,鼓励交易“体现在多个方面,诸如鼓励当事人订立合法的合同、努力促成合同的成立并生效、充分保障合同的履行和合同利益的实现等”;第三,在具体内容和要求上,鼓励交易首先是鼓励合法正当的交易,其次是鼓励自愿的交易。^⑨就最后一点而言,崔建远教授进一步认为鼓励交易还应包括鼓励能够实际履行的交易。^⑩以上观点是我国合同法学理上关于鼓励交易原则的基本认识。^⑪有关鼓励交易原则的理论反思和进步应该以此为基础来进行,并着重对鼓励交易原则的正当性、内涵,以及它与其它价值目标的关系、作用方式和它与缔约自由的平衡等问题的省思。

(一) 鼓励交易原则的价值渊源

一般认为,鼓励交易原则的正当性源自对经济效率的追求。^⑫正是在这样的意义上可以认为,自1804年拿破仑法典以来,包括大多数受前者启发于19世纪通过的法典的商业精神都很明显。^⑬我国《合同法》虽未直接规定以鼓励交易为立法目标,但立法方案规定的立法指导思想包括了“兼顾经济效率与社会公正、交易便捷与交易安全”。^⑭合同法与效率之所以具有如此密切的关系,是因为随着社会分工和商品经济的发展,无论是组织生产还是生活消费,社会资源的配置都主要是通过交换或交易行为即缔结合同并履行合同来实现的。按照法经济学的意见,合同本身是有效利用资源、实现资源优化配置,进而实现社会财富最大化的手段,这也是合同法效率价值的典型体现。美国法学家罗斯科·庞德也曾断言“在商品经济时代,财富主要是由允诺组成的。”^⑮这一著名论断更是为我国民法学者反复引用来说明合同法的重要性或者合同法之于促进经济效率的重要意义。^⑯笔者认为,就此论断而得出的直接结论应该是,经济效率属于合同法的价值目标之一,而鼓励交易与其说是合同法的价值目标,还不如说是合同法实现效率价值的手段和方式。

(二) 鼓励交易原则的理论内涵

鼓励交易原则以实现经济效率和社会财富最大化为目标,这就决定了鼓励交易原则的内涵应该包括以下三个方面。

其一,鼓励交易应该是鼓励合法、自愿和可能履行的交易。如果把鼓励交易简单理解为尽量促成合同的成立、有效,那么确实“只看到了问题的表象”。^⑰订立一个无法得到履行,甚至被撤销或宣告无效的合同,比从来没有订立这样的合同更加缺乏效率。因为,一方面,合同本身并未得到履行,交易

^⑨参见王利明《合同法的目标与鼓励交易》,《法学研究》1996年第3期。

^⑩参见前注①,崔建远书,第10页。

^⑪也有明确的反对意见,认为鼓励交易不能成为合同法的基本原则。参见王红霞《质疑鼓励交易原则》,《市场周刊(研究版)》2005年第12期。

^⑫参见前注①,王利明书,第204页。

^⑬See Alceste Santuari “The Italian Legal System Relating to Not-for-Profit Organizations: A Historical and Evolutionary Overview” 3 International Journal of Not-for-Profit Law (2001).

^⑭梁慧星《民法学说判例与立法研究(二)》,国家行政学院出版社1999年版,第122页。

^⑮Roscoe Pound, Introduction to the Philosophy of Law, New Haven, 1961, p. 236. 转引自[英]P. S. 阿狄亚《合同法导论》,赵旭东等译,法律出版社2002年版,第7页。

^⑯参见前注⑨,王利明文;前注⑦,韩世远书,第2页;王卫国《现代财产法的理论建构》,《中国社会科学》2012年第1期。

^⑰崔建远《债权:借鉴与发展》,中国人民大学出版社2014年版,第323页。

没有最终达成,另一方面,反倒还需花费大量的成本来处理、矫正这样的交易。因此从效率的角度来看,如果一个合同因为无效、被撤销、自始客观履行不能而注定无法得到履行或即使履行了也要被回复原状,那么这样的缔约或履约活动还不如不要开始,已经开始的则应尽快结束。这样的情况下最终无论是涉及缔约过失责任还是违约责任,损害赔偿均非当事人积极追求的合同目的,而只是一种合同目的无法实现情况下的不得已选择,自然不应成为鼓励交易原则下的鼓励对象。例如,“对已经不能履行的合同,以鼓励交易为名使其有效,目的却在于令债务人负赔偿履行利益的责任,在绝大多数情况下,这不是鼓励交易原则的真义”。¹⁸ 鼓励交易必须重视所订立的合同的质量,以真正能够实现资源配置、实现效率价值为目标。因此,鼓励交易只能是促进和鼓励合法、自愿、可能履行的有效率的交易。就此而言,自始客观履行不能和大部分无权出卖他人之物的合同最终得到履行的可能性从一开始就完全没有或非常低,履行请求权很可能只能转化为损害赔偿请求权,因而是并非有效率的交易。

其二,鼓励交易应该是鼓励最有效率的交易。鼓励最有效率的交易本身属于鼓励交易或者效率价值的题中应有之义。受限于既有观察视角,我国有关鼓励交易的制度构建主要聚焦于尽量促成当事人之间的合同成立有效履行、尽量限制合同的解除和违约等。然而,在当事人同时面临多项交易机会时,既有的理论和制度就显得有些力不从心。例如,于一物多卖之情形,根据《合同法解释二》第 15 条的规定,可能每一个买卖合同都是有效的。如果将鼓励交易简单理解为尽量促成合同成立有效履行,那么无论债务人向哪一个债权人履行,都是符合鼓励交易原则的,但是,如果按照鼓励最有效率的交易之原则,法律所应鼓励的就是最能实现资源配置的交易,其它有效合同只能选择违约和损害赔偿,这便是经济分析法学派的效率违约理论。¹⁹ 而在债务人主动或非主动违约的各种情形,强制履行责任并未充分考虑效率和能否实现资源的最优配置。²⁰

其三,鼓励交易所追求的经济效率最终是社会整体意义上的效率。“功利主义观点的突出特征是:它不关心——除了间接的——满足的总量怎样在个人之间进行分配”,因而鼓励交易原则必然以追求社会整体意义的效率为最终目标,而非仅仅以单个市场交易主体的效益为目标。²¹ 按照波斯纳的“财富最大化”理论,正义也是体现为财富总量的最大化,财富的损益如何在交易当事人之间进行分配无关宏旨。²² 当然,使当事人之间的交易变得更加便捷和有效率也能间接地促进社会整体意义上的经济效率,这甚至还是古典自由主义理论认为实现经济效率、社会财富最大化的方法。²³ 在《欧洲示范民法典草案》起草过程中,效率原则被认为是许多争论和决策背后的原因,且具有两大相互重叠的方面——为了可能使用这些规则的当事人的效率以及为了更广泛公众的效率。前者具体包括“最少的形式上和程序上的限制”、“减少实质性的限制”、“规定有效的缺省规则”等措施,后者表现为经营者的告知义务、承认约定损害赔偿和纯粹经济损失、时效、预期违约制度等。²⁴ 这两种“相互重叠”的效率都与社会财富在个人之间的分配没有直接关系。

(三) 鼓励交易原则的作用方式

古典自由主义的经济学说认为,依靠市场这只“看不见的手”和充分的自由竞争,资源的优化配置(包括经济效率的最大化)能够自动实现。这样看来,不对市场进行干预便是实现效率最大化的基

¹⁸ 参见前注①,崔建远书,第 10 页。

¹⁹ 参见[美]罗伯特·A. 希尔曼《合同法的丰富性——当代合同法理论的分析与批判》,郑云瑞译,北京大学出版社 2005 年版,第 211 页。

²⁰ David M. Driesen, “Contract Law’s Inefficiency”, 6 Virginia Law & Business Review(2011) p. 302.

²¹ [美]约翰·罗尔斯《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社 2009 年版,第 21 页。

²² 参见[美]亨利·马瑟《合同法与道德》,戴孟勇、贾林娟译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 28 页。

²³ 参见顾肃《自由主义基本理念》,译林出版社 2013 年版,第 383 页。

²⁴ 参见[德]克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》,高圣平等译,法律出版社 2014 年版,第 72-75 页。

本途径,人为地、有意识地干预经济运行(包括积极地鼓励交易)不仅不能促进经济效率,相反还可能 是有害的。不过,随着凯恩斯主义和新自由主义等新的经济学说开始流行,在坚持自由主义的前提下 对市场施加一定程度和方式上的干预被认为是必要的。按照凯恩斯主义,自由放任主义的缺点正 是在于供给有余而消费不足,鼓励交易甚至是由国家直接投资和采购来刺激经济便具有了必要性和 合理性。^⑤当然,无论如何,市场经济模式下实现效率最大化的基础性方式还是市场主体的自由竞争, 国家通过制定市场交易的法律规则来鼓励交易甚至直接参与市场交易来干预经济运行只在必要的 情况下具有正当性。由此可知,鼓励交易原则的作用方式有积极和消极两种,达成效率和财富最大化的 根本性途径其实恰恰不是积极的干预手段,而是保障市场主体的交易自由或者是最大限度地消除干 预。以鼓励交易或者其他任何名义(包括公平正义等)而实施的积极干预方式除非具有充分合理性, 否则反倒有可能构成市场秩序的人为破坏,是有害于经济效率的。具体到合同法,鼓励交易的首要路 径是尽可能消除交易制度中对交易的限制这样一种消极的作用方式,例如合同形式以不要式为原则、 尽量采用任意性规定而非强制性规定等;只有在具有充分理由的例外情况下才采用积极的干预方式, 例如规定经营者的告知义务、对纯粹经济损失进行赔偿等。

(四) 鼓励交易原则的价值地位

崔建远教授认为“合同法的目标多样,价值多元,不宜一律贯彻效率优先”。^⑥此种观点具有一定的 合理性,但其实并没有对问题做出正面说明。法律上的价值判断(包括不同价值在合同法整体上 或个别制度上的地位优劣)在价值多元化背景下均极难形成共识。然而,如果说此类讨论还有意义、 还能够寻求一些共识的话,那必然是一定程度、有限范围内的共识,而且还必须遵循一定的论证规 则。^⑦合同法不同价值目标之间的关系错综复杂,各价值目标之间孰优孰劣的论证只能在可以满足 确定性的有限范围和程度内进行。鼓励交易原则与其他价值目标的关系应从以下两方面来把握。

其一,鼓励交易原则与其他价值目标的重叠及其价值地位的重新评估。许多法律制度都可以在 多个原则或价值目标之下进行解释。市场交易秩序的自由、公平正义、安全均可能有助于促进交易和 提升经济效率,可能有助于达成鼓励交易之目标。首先,我国《合同法》制定时部分被认为有关鼓励 交易的制度可能并不单纯是为了鼓励交易或者并不主要是为了解决鼓励交易的问题。例如我国《合 同法》第54条将因欺诈、胁迫订立的合同原则性地规定为可变更可撤销合同,与其说是为了鼓励交 易、减少无效合同类型,倒不如说是对私人自治这一契约自由观念的落实。其次,为解决消费者合同 中因信息不对称引发的市场失灵问题,我国《合同法》对于告知义务的规定就不仅是对特定弱势群 体的保护、体现了公平正义价值,而且是还有利于促进社会整体意义上的经济效率,因为这些规则可以 充分促进竞争,从而更好地促进市场运行。^⑧最后,交易规则的稳定使人们无须了解新的规则、无须知 道规则所有可能的含义,这会同时带来交易安全和交易效率的提升。^⑨基于鼓励交易与其他价值目 标的重叠关系,或许应该重新评估我国《合同法》中关于鼓励交易原则的制度体现,以及以此为基础 形成的关于鼓励交易原则之正当性和重要性之认识。鼓励交易原则对于上世纪末我国《合同法》中 许多制度的优化或许没有一些学者所认为的那么重要。

其二,要注意鼓励交易原则与其他价值目标的冲突。“效率概念的使用不能逃避价值判断”,不 能完全避免参照一些伦理性和容易引起争议的价值判断。^⑩例如,当事人之间的经济效率可能受制 于交易安全,而为更广泛公众的经济效率可能涉及与更多价值目标(包括道德目标)的平衡。合同法

^⑤参见前注^③,顾肃书,第380页。

^⑥同前注^①,崔建远书,第4页。

^⑦参见王轶《民法价值判断问题中的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景》,《中国社会科学》2004年第6期。

^⑧参见前注^④,克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编书,第50页、第74页。

^⑨参见前注^④,克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编书,第76页。

^⑩[法]马可·弗勒拜伊《经济正义论》,肖江波等译,中国人民大学出版社2016年版,第39页。

作为私法,应以个人主义方法为基础,而整体主义方法只存在着非常有限的适用空间。^①从私法的角度看,社会个体并没有使社会财富最大限度地增长的义务。^②或许正是基于这样的考虑,《欧洲示范民法典草案》确认了自由、安全、正义和效率四大原则,“只不过自由、安全、正义本身就是宗旨和目标,效率则没有这么引人注目”。^③以增进社会整体意义上的财富或福祉为最终目的的鼓励交易原则,在合同法律制度构造或具体合同的法律适用上一旦与其它价值目标相冲突,是否应该居于最次的位置尚须探讨,但其至少不具有优越性。鼓励交易原则在私法中虽有不可忽视的存在意义,但不应居于“帝王条款”般的地位。

(五) 鼓励交易原则的适用规则

合同法中鼓励交易原则的法律适用,除了需综合考虑前述该原则的价值渊源、理论内涵、作用方式以及该原则与合同法其它价值目标的关系而做判断外,还有三点需要考虑。

其一,鼓励交易原则受制于市场经济模式及其发展状况。鼓励交易的法律制度属于上层建筑,本质上应由经济基础来决定。与市场经济不相适应的鼓励交易不仅不能促进经济效率,反而会损害经济发展。^④因此效率导向的鼓励交易即便再有必要,也不能毫无节制,而是需要与我国当前采用的市场经济模式及其发展状况相适应,否则就会存在过犹不及的问题。这一结论虽然抽象,但对于鼓励交易原则的适用规则构建具有方向性意义。

其二,鼓励交易原则在伦理上和技术上的局限性。首先,财富最大化理论面临的最大批评是忽视道德价值,以及容易忽视采取折中方案来分配损失的可能性。^⑤因此,以经济效率、财富最大化为导向的鼓励交易原则在道德上应该存在同样不容忽视的问题。其次,财富最大化的分析还被认为存在技术上的缺陷,通常无法为合同争议提供一个确定的法律规则,不是导致法律结果无法预测,就是要求一套过于复杂的、经常改变的具体规则。^⑥这样的批评虽非全然成立(效率导向的分析并不必然导致全有全无不能折中,按照最低确定性要求进行的讨论也不会导致法律结果无法预测),但在一定程度上也指出了鼓励交易原则的局限性。鼓励交易原则的制度建构和解释仅仅在结论可以确定、具有极为明显和充分的合理性的有限范围内才有意义。

其三,鼓励交易原则与消极缔约自由的冲突与平衡。一般而言,合同自由与鼓励交易均有助于实现经济效率,因而二者看似是不矛盾的。然而,作为合同自由的一部分,缔约自由具体又有积极的缔约自由与消极的缔约自由之分,二者同等重要。积极的缔约自由是指缔结合同的自由。消极的缔约自由也就是不缔结合同的自由,具体又包括自始拒绝缔约的自由和合同成立前终止缔约的自由。在德国,消极的缔约自由同样是受到德国《基本法》保护的合同自由;任何对消极缔约自由的限制都属于对德国《基本法》第 2 条第 1 款的严重侵犯,因而必须通过特别目的予以合法化。^⑦鼓励交易原则涉及与消极缔约自由特别是在合同成立之前的磋商过程中退出自由的冲突与平衡。

根据古典契约理论,在事先的谈判期间内,作为一项规则,任何一方当事人均可终止谈判而免于受处罚。即使一方当事人已经承担了准备费用或者为了这个将来的合同终止了另一个交易,也不能让中途退出的一方承担赔偿责任,缔约人要为自己的行为承担风险。^⑧然而,随着诚实信用原则和缔

^①参见易军《个人主义方法论与私法》,《法学研究》2006 年第 1 期。

^②参见[美]德沃金《法律帝国》,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 255 页。

^③同前注^②,克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编书,第 49 页。

^④参见朱景文《法理学》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 167 页。

^⑤参见前注^②,亨利·马瑟书,第 32-33 页。

^⑥参见前注^②,亨利·马瑟书,第 35-36 页。

^⑦参见[德]迪尔克·罗歇尔德斯《德国债法总论》,沈小军等译,中国人民大学出版社 2014 年版,第 45-46 页。

^⑧参见[美]弗里德里奇·凯斯勒、格兰特·吉尔摩等《合同法:案例与材料》(下),屈广清等译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 285 页。

约过失责任被引入契约理论,在某种程度上这种传统理论已经有所改变。我国《合同法》第42条一般性地规定了缔约过失责任,³⁹但在归责原则上,根据我国《合同法》第42条所使用的“恶意”和“故意”字样来看,我国合同法一般采“缔约故意责任”的观念,仅在非常特殊的情况下例如无权代理人对相对人的责任中承认无过错的缔约责任。⁴⁰《国际商事合同通则》第2.1.15条也一方面确立了缔约自由原则(包括合同没有订立时当事人得自由终止谈判的原则),另一方面将缔约责任严格限定在当事人一方存在恶意(in bad faith)的情况下,即“特别是指一方当事人在无意与对方达成协议的情况下,开始或继续进行谈判”。⁴¹法律之所以对缔约责任做如此严格的限制,根本原因在于防止对缔约自由的戕害。法国、英国、美国等国家至今都未完全接受一般性的缔约上过失制度,原因也正是担心该制度会损及自由市场秩序。⁴²此种缔约过失责任制度的演化所昭示的法理和价值追求非常明显:契约法发展到今日,缔约自由特别是在合同成立前终止谈判的自由仍然具有十分重要的意义,鼓励交易原则不能凌驾于缔约自由之上。

消极的缔约自由之所以如此重要,除了作为私法的原则天然地具有价值优势之外,还有进一步的原因。如果消极的缔约自由得不到法律的保护,人们一旦开始缔约的磋商谈判而最终的合同又无法达成,当事人就不可能无责任地退出缔约活动。而对将来可能需要动辄得咎地承担缔约责任的担心,会妨碍人们介入缔约活动的积极性,过于严格的缔约责任反而不利于鼓励交易。“在风险自负的缔约阶段如何保护缔约当事人对未来交易的合理信赖,并由此鼓励人们进行适度的信赖投入,是现代合同法上的一个重要问题。”⁴³不过,在整个缔约谈判过程中,对于信赖合同尚未成立、意图保留继续磋商之自由以及谈判不成无责任地退出缔约活动的一方当事人之保护,与合理信赖合同已经订立的当事人之保护同样重要。⁴⁴合同法需要对此做出适当平衡,在制度上主要应通过一般性地肯定消极缔约自由并严格限定缔约过失责任的范围来实现。出于鼓励交易的目的,过分降低合同成立的要件标准、通过预约合同制度将当事人受合同约束的时点一再前移、将缔约过失责任宽松化,都会妨碍到消极地缔约自由,可能伤害市场主体缔约的积极性,对此必须予以警惕。

消极地鼓励交易通常有助于促进缔约自由,其实主要是针对积极的缔约自由而言的,对消极的缔约自由则反倒可能构成妨害。积极或消极的鼓励交易均需注意满足适当性和充分合理性。

综上所述,鼓励交易原则的经济效率价值渊源决定其在内涵上需着重把握履行可能性、最大效率性,并明确其社会整体意义;社会整体意义上的经济效率进一步决定鼓励交易原则存在积极和消极两种作用方式且以消极作用方式为主,同时还决定鼓励交易原则在作为私法的合同法价值体系中并不具有优势地位;受经济基础决定、鼓励交易本身的局限性、消极作用方式的鼓励交易可能与消极缔约自由相冲突,说明两种方式的鼓励交易均存在适当性和过犹不及的问题。至此,可以确定鼓励交易原则的适用至少应服从以下三项基本规则。第一,必要性规则。只有在依其他价值目标就合同法律制度构建和适用解释难以形成确定结论的情况下,或者在不与合同法其他价值目标构成冲突的情况下,才需要借助效率价值面向的考量。第二,充分合理性规则。只有在以经济效率和鼓励交易为由进行制度构建或适用解释能够得出具有确定性的结论,且具有明显的、充分的合理性的情况下,才能适用鼓励交易原则。第三,履行可能性与最大效率性规则。鼓励交易原则的适用,必须把握交易的履行可能性,在可能的情况下还应该满足交易的最大效率性。

³⁹有人认为我国《合同法》第58条一般性地规定了缔约过失责任及过错责任原则。参见陈吉生《论缔约过失责任》,法律出版社2012年版,第167页。

⁴⁰参见梁慧星《民法总论》,法律出版社2011年版,第239页。

⁴¹参见张玉卿《国际商事合同通则2010》,中国商务出版社2012年版,第167页。

⁴²参见朱广新《合同法总论》,中国人民大学出版社2012年版,第173页。

⁴³同上注,朱广新书,第9页。

⁴⁴See Ian Ayres, Richard E. Speidel: Studies in Contract Law, Foundation Press 2008, p. 227.

三、鼓励交易原则视角下的相关制度检讨

根据以上关于鼓励交易原则的理论反思,可以考察近年来司法机关以鼓励交易的名义创设的相关合同制度在实践运行中是否合理,是否真如司法机关和部分学者所预想的一样能够促进交易、增进经济效益。另外,合同法上的任何一项制度可能都不仅仅承载单一的价值目标,也不是只能适用某一项原则。对于一些虽非以鼓励交易的名义创设,但是在既有制度和理论存在明显争议或不足的情况下,从鼓励交易和促进经济效率的角度来评价和完善相关具体制度,或者可以提供一种解决问题的新思路。到目前为止,至少有以下四项制度值得从鼓励交易的视角进行分析。

(一) 统一的必要条款制度

我国《合同法》本来并未直接规定合同的必要条款制度,只是在我国《合同法》第 14 条规定要约必须“内容具体确定”。之所以这样处理,主要是“考虑到不可能概括规定所有合同的必要条款,并且顺应法律对必要条款的要求愈来愈宽的趋势……将必要条款问题留给法院掌握”。^{④⑤}然而,《合同法解释二》第 1 条创造性地规定了统一的必要条款制度。司法解释起草机关认为“现代合同法为了适应鼓励交易、增进社会财富的需要,各国合同法开始将合同必备条款的范围限定得比较小,通常限于当事人和标的物两项,还规定可以采用合同漏洞补充的方法来促成合同的成立。”^{④⑥}基于这样的认识,司法解释规定除非法律另有规定或当事人另有约定,否则只需就当事人、标的和数量三项必要条款达成合意即足以认定合同成立,至于当事人没有约定的其它事项则通过补充协议、解释、法律补充等方法来认定。^{④⑦}相对于我国《合同法》第 12 条的规定,该司法解释进一步明确并大幅缩减了必要条款的范围,客观上降低了合同的成立要求。^{④⑧}该规定除了基于鼓励交易的指导思想之外,在立法例上主要是受《美国统一商法典》和《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》)的影响。^{④⑨}此种学习借鉴单纯从规范分析来看便存在严重的问题,难以满足鼓励交易原则适用规则中的合理性要求。

第一,《美国统一商法典》和《公约》的相关规定是专门适用于商事买卖或国际货物贸易的,这样的规则无法被照搬适用于采用民商合一体例的我国法制。以价款为例,国内民法理论界普遍认为价款属于买卖合同的必要条款。^{⑤⑩}然而,依该项司法解释,买卖合同欠缺价款并不影响合同成立;履行发生争议时应依我国《合同法》第 61 条、第 62 条、第 125 条使价款确定。^{⑤⑪}只是我国《合同法》第 62 条所谓“依订立合同时履行地的市场价格履行”再次提醒人们,对于现实中大量缺乏市价的交易例如二手商品、特定物、对个人有特殊意义的物品之买卖等,该司法解释并不能很好地适用。

第二,《美国统一商法典》和《公约》确实试图针对商事买卖或国际货物贸易构建非常明确和具体的要约确定性或必要条款制度,但也并不像司法解释的起草者认为的那样,“通常限于当事人和标的物两项”内容确定。^{⑤⑫}《美国统一商法典》规定要约必须“足够确定(sufficiently definite)”。如果买

^{④⑤}同前注^{④①},梁慧星书,第 128 页。

^{④⑥}沈德咏等主编《最高人民法院关于合同法司法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社 2009 年版,第 15 页。

^{④⑦}此处的“标的”当指“标的物”。另外,该条司法解释起草时,数量是否应该成为必要条款面临较大争议。司法解释的起草者最终采纳了肯定说。参见上注,沈德咏等主编书,第 15-16 页。

^{④⑧}有人会认为该项规定缩减了合同成立的必要条款,但是在缔约方式复杂多样化的今天,这样的认识或许并不全面。目前股票交易中,大量的交易在报价甚至成交和交割后都不能也没有必要确定当事人。

^{④⑨}参见胡康生主编《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社 2013 年版,第 40 页。

^{⑤⑩}参见前注^{④⑦},韩世远书,第 73 页。

^{⑤⑪}也可能有人认为我国《合同法》第 130 条关于买卖合同双方主给付义务的描述构成《合同法解释二》第 1 条第 1 款但书所称“法律另有规定”,因而价款构成买卖合同的必要条款。然而,无论是从文义还是从规范目的来说,我国《合同法》第 130 条、第 131 条显然并非关于合同必要条款的规定。

^{⑤⑫}同前注^{④⑥},沈德咏等主编书,第 15 页。

买卖合同的一个或多个条款保持开放性但并不会影响要约的“确定性”,那么对于开放性条款必须存在给予救济或者治愈的合理的、确定的基础。例如,数量没有确定时,除非能够根据卖方的产量或者买方的需求合理的确定,否则会被认为不符合确定性要求而影响合同的效力。⁵³《公约》第14条规定要约的确定性需要具备货物、数量和价格三个要素。⁵⁴不过,《公约》第55条规定合同缺乏价格条款时,在没有相反表示的情况下,应视为双方当事人已经默示地同意参照订立合同时此种货物在有关类似的贸易情况下的通常价格履行。有人据此认为价格条款不属于《公约》规定的必要条款,此种认识实际上忽略了《公约》第55条的适用必须以“合同已经有效地订立”(where a contract has been validly concluded)为前提。在合同不具备价格条款时,“合同已经有效地订立”是指存在其他证据足以表明当事人对于合同已经成立达成了一致,例如紧急情况下,卖方已经履行交货义务而买方也已接受货物甚至已经处分购买的货物。因此,为了鼓励交易而选择性地忽略《美国统一商法典》和《公约》中将必要条款具体化、简略化的某些前提性、限制性规则,再在这样的基础上构建相关法律制度,显然难以称得上科学合理。

第三,统一的、具体的必要条款制度在比较法上并非一种典型做法。我国《合同法》关于要约确定性的规定直接借鉴自《国际商事合同通则》(以下简称《通则》)第2.1.2条,而该条之所以采用了如此简单而且模糊的规定,是因为起草者认为必要条款或者要约内容的确定性本身难以形成一般性的法律规则。⁵⁵《德国民法典》也并不存在关于合同必要条款的一般性具体规定。⁵⁶合同的必要条款取决于合同的性质和类型,例如,租赁合同应该包含租期、租金和租赁物,买卖合同应该包括售出的货物和买价。⁵⁷如果出卖人发出要约出卖一个标的物,却没有提出他的销售价格,而且具体情况也不能表明他的销售价格,这种情况下要约的内容便缺乏确定性。⁵⁸“立法者不能强行规定:当事人就必要之点,意思一致,契约即为成立。立法者所认为的非必要之点,可能反而是契约成立的关键。”⁵⁹

规范分析暴露出来的问题促使人们不得不从价值和指导思想层面继续展开反思。基于鼓励交易的考虑而将合同的必要条款一般性地限缩并明确为当事人、标的(物)、数量的做法,存在鼓励交易过犹不及的问题。我国《合同法》第13条规定要约承诺为订立合同的方式,而这不完全符合实践中在复杂交易条件下,当事人之间通过长期谈判,就合同中的必要条款逐条达成协议并最终在双方共同拟定的合同书上签字盖章的缔约模式。⁶⁰就要约承诺方式订立合同而言,现行法规定要约在内容上需满足确定性要件之外,还需具备一经承诺便愿意受合同约束的意思要件,从而较为合理地构建了合同成立制度。而司法解释并未沿着要约承诺模式下要约存在双重要件的思路进行解释,而是单纯地解释必要条款制度的具体内容,并以此作为判断合同是否成立的标准。在要约已经具备当事人、标的和数量三项要素的情况下,或许可以认为要约的内容已经“具体确定”,但要约人可能根本没有一经“受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束”的意思。当事人以逐项谈判后签订合同书的形式订立合同,受合同约束的意思对于判断合同成立甚至判断何种条款构成必要条款本身具有更为重要的意义。在这种谈判性缔约过程中,如果当事人以某种书面协议的形式将业已达成一致意见的部分条款阶段性地固定下来,即使协议中包含了当事人、标的(物)和数量三项内容,但有可能双方或者一方当事人

⁵³参见[美]布拉德·斯通《统一商法典》,法律出版社2004年版,第4页、第5页、第7页。

⁵⁴参见李巍《联合国国际货物销售合同公约评释》,法律出版社2009年版,第83页。

⁵⁵参见前注①,张玉卿书,第123页。

⁵⁶参见[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第759页。

⁵⁷See Basil S. Markesinis, Hannes Unberath, Angus Johnston: The German Law of Contract, Hart Publication, 2006, p. 59.

⁵⁸参见[德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(下),邵建东等译,法律出版社2003年版,第721页。

⁵⁹陈自强《民法讲义I·契约之成立与生效》,法律出版社2002年版,第97页。

⁶⁰参见前注①,张玉卿书,第119页。

仍然缺乏受合同约束的意思。^①而依据《合同法解释二》第 1 条,该阶段性协议将很有可能被认定为对当事人产生约束力的合同。前述相关立法例的考查早已表明,合同仅具备少数几项必要条款时之所以能够认定合同成立,主要是因为当事人之间已经具备明确或可推知的受合同约束的意思,进而再间接地认为必要条款已经齐备。合同(要约)内容之具体确定性与当事人是否具备受合同约束的意思,二者之间是一种相互印证的关系。在尚没有证据表明当事人之间已经具备此种受合同约束的意思的情况下,自然难以仅仅根据少数的几项必要条款就认定合同成立。因此,以鼓励交易的名义创建的必要条款制度,在实践中却可能构成对当事人意思自由的过度干预。由此导致的后果,是当事人不得不极为慎重地考虑是否需要开始缔结合同,以及一旦开始缔约便需要做到一次性地充分考虑好合同的全部必要条款、确保已经具备受合同约束的意思,并采用标准的要约承诺方式缔结合同。这样的缔约方式并非对于所有的当事人、所有的交易类型都是合适的,因而最终可能反而会损害经济效率,产生与鼓励交易相反的效果。^②

基于以上分析可知,虽然理论上和实践中就合同的必要条款有争议,但都是以具体合同为观察对象时的争议。构建统一的、具体的必要条款制度可能本来就是一个不可能完成的任务,因此运用鼓励交易原则来进行该项制度构建的必要性极其有限。规范分析表明该制度创设其实存在对外国法的选择性误解,明显不具备合理性。价值分析表明该制度创设危及消极缔约自由,也不具有合理性。不管是作为积极干预方式还是消极干预方式,以鼓励交易名义构建统一的必要条款制度均不可取。

(二) 预约合同制度

本着“最大限度促使本约成立之目的”,以及为了“弥补缔约过失责任制度对市场主体在缔约阶段的权利保护之不足”,《买卖合同解释》第 2 条创设了预约合同制度。在有关预约合同法律效力的诸多学说理论中,司法解释最终采用了“应当缔约说”并规定当事人一方不履行订立买卖合同的义务,另一方有权主张其承担“预约合同违约责任”或者“要求解除预约合同并主张损害赔偿”。^③

司法机关认为“违反预约的行为既是预约违约行为,也可以视为是本约之缔约过失行为”、“预约违约的损失在总体上应相当于本约的缔约过失责任范围”或“本约的信赖利益损失”。^④然而,从强化对当事人在缔约阶段的保护以及与本约不能订立的缔约过失责任相区分的制度创设初衷来看,违反预约的违约责任在归责原则上似乎应该与未缔结本约的缔约过失责任有所区别。对此,现有司法解释没有明确态度,有关指导性判决则似乎并不因预约不同于本约而采用不同的违约责任制度,包括归责原则。^⑤而如果违反预约的违约责任也采用我国合同法中的无过错责任原则,现行法上的预约合同制度在对于缔约阶段的信赖保护上确实较之于此前的法律制度前进了一大步,甚至在很大程度上将导致违反本约的缔约过失责任制度落空。即便如此,司法解释创设的预约合同制度在制度构成上还招致学界的大量批评和扩张解释。有学者认为,违反预约合同的责任方式与本约违约责任和一般的缔约过失责任皆有区别,具体而言一般有定金责任、实际履行责任、损害赔偿责任以及合同解除责任。^⑥还有学者认为,应该在方法上跳出概念论构造模式而转向类型论,依多维度的类型序列在信赖利益、履行利益乃至实际履行之间弹性认定违反预约的违约责任。^⑦以上三种观点代表了当前我国民法理论界和实务界关于预约合同制度的典型认识,相对而言,后两种意见对于预约合同的保护强度

^①参见前注^⑤,陈自强书,第 95 页。

^②有人根据经济学上的“关系契约”理论,认为缔约方式存在从“分立性缔约”(discrete contract)向“关系性缔约”(relational contract)的演化。参见孙良国《合同法中预期与信赖保护研究》,法律出版社 2016 年版,第 65 页。

^③参见前注^④,最高人民法院民事审判第二庭编著书,第 50 页、第 57 页。

^④参见前注^④,最高人民法院民事审判第二庭编著书,第 61 页。

^⑤参见沈志先、韩峰《房产商违反预约合同的民事责任》,《人民司法》2008 年第 6 期。

^⑥参见王利明《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评》,《法商研究》2014 年第 1 期。

^⑦参见汤文平《论预约在法教义学体系中的地位——以类型序列之建构为基础》,《中外法学》2014 年第 4 期。

与司法机关的态度相比有过之而无不及。

与前述统一的必要条款制度类似,现行法上的预约合同制度也存在鼓励交易过犹不及的问题。合同法上对于合同的成立本有较为完整的制度体系,包括合同的成立要件(必要条款制度或要约的构成要件制度)、要约邀请与要约相区分的制度、缔约过失责任制度等。由此确立的制度意义在于明确当事人开始受合同约束抑或可以无责任地退出(withdraw)的时点(point)。^{⑥⑧} 具体而言,一方面,合同具备全部必要条款和有效要件的即属于成立有效,对当事人具有合同之债的约束力,即便是采用了“预约”或者“认购书”的名称,也不妨碍此种协议作为本约的效力;^{⑥⑨} 另一方面,对于尚未具备全部必要条款的“合同”或者协议,当事人无需受合同之债的约束,仅需以诚信之态度或方式继续缔约或终止缔约,而没有必然需要缔结合同的结果性义务。^{⑦⑩} 此时即便当事人通过某种协议(例如预约)固定了已有谈判成果并约定就其它必要条款继续磋商,也不改变此种缔约义务的性质。如果就其余必要条款始终无法达成协议,则已经达成一致意见的条款将没有任何意义。^{⑦⑪} 基于这样的认识,有德国学者认为“预约合同这一概念也几乎不具有任何现实意义”。^{⑦⑫} 英国丹宁勋爵在 *Courtney & Fairburn Ltd. v. Tolaini Bros(Hotels) Ltd.* (1975) 1 W. L. R. 297 一案中认为,因为难以知道双方谈判出什么结果才是大家可以接受的,所以一方拒绝继续谈判的“违约行为”会带来什么损失无法确定与证明,这种协议(agreement to agree)是无效的。^{⑦⑬} 我国现行法上的预约合同制度明显突破了此种既有的交易秩序——对不愿意继续缔约的当事人而言甚至无从通过证明自己没有过错而免除违反预约的违约责任,这相当于将缔约阶段信赖利益的保护以预约合同违约责任的名义从方式性义务加重为结果性义务。这样从实际效果上来看,不仅不能鼓励交易促进交易,反而会令当事人因担心动辄得咎而挫伤缔约之积极性。

可以说,正是片面性地基于鼓励交易原则,有关司法解释的制定者既不能客观理性地评价和借鉴比较法上的相关法律制度,更对我国相关制度的缺陷和体系冲突视而不见。我国当前的合同订立制度存在过分保护信赖合同已经成立的一方当事人,而忽视信赖合同尚未成立的一方当事人保留继续磋商或无责任地终止缔约之嫌。基于鼓励交易原则而创设的预约合同制度既不具有必要性也不具有充分合理性,还危及缔约自由,因而也是不可取的。

(三) 无权处分买卖合同的效力制度

很少有民法上的问题能够像无权处分合同的效力问题一样在我国民法学界持续、广泛地引起热议。《买卖合同解释》第3条规定“出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权”的,买受人得要求出卖人“承担违约责任或者要求解除合同”,也就是无权处分的买卖合同一律作为有效合同处理,更是引发了新一波的解释论争。梁慧星研究员、王利明教授、崔建远教授均坚定地对该项规定或者之

^{⑥⑧} See Ian Ayres, Richard E. Speidel: *Studies in Contract Law*, Foundation Press 2008, p. 226.

^{⑥⑨} 商品房销售中具备全部必要条款的认购书与嗣后再订立的格式化的“正式的”《商品房买卖合同》之关系,如同拍卖、招投标之后需要再签订买卖合同、建设工程承包合同一样,均属本约。参见屈茂辉、秦佳《招标投标合同订立的若干疑难问题探讨》,《河南省政法管理干部学院学报》2005年第5期。

^{⑦⑩} 实践中有一种特殊情况,当事人在预约合同中约定无论最终是否缔结本约,一方需要为继续缔约谈判本身向对方当事人支付一定对价,此种继续磋商谈判虽然构成实质性给付但与本约的实质性给付不同,对于缔结本约而言仍属方式性义务而非结果性义务。

^{⑦⑪} 此即英美法上的“全有或全无(all or not)”规则,大陆法上对预约制度的必要性长期以来也存在争议。参见前注^{⑦⑫}王利明文。

^{⑦⑫} 同前注^{⑥⑨}维尔纳·弗卢梅书,第736页。

^{⑦⑬} 参见杨良宜《合约的解释》,法律出版社2007年版,第144页。

后官方背景的“释义”持批判意见。⁷⁴当然,对该项司法解释持肯定意见的学者也不少。⁷⁵到目前为止,此种论争尚未形成定论。与前述预约合同制度和必要条款制度不同,《买卖合同解释》第 3 条并非直接依据鼓励交易原则而创建。该项规定的宗旨在于“依据《物权法》第 15 条关于物权变动原因与结果区分原则之规定精神,理顺《合同法》第 51 条与第 132 条之间的关系”。⁷⁶然而,无视理论上的巨大争议、将无权处分行为的法律效力从现行法规定的“效力待定”断然改为一律有效,司法机关的“底气”或许多少与该项规定在客观上同时符合尽量促成合同有效的鼓励交易之思想有关。⁷⁷鉴于此种形式上的一致,以及既有理论包括物权行为和区分原则长期以来都始终无法平息有关争议的事实,从效率和鼓励交易的视角对无权处分制度进行审视和重新解释不仅具有必要性,而且应不失为一种有益的尝试。⁷⁸

从文义来看,我国《合同法》第 51 条和《买卖合同解释》第 3 条在适用范围上略有不同。前者仅限于“处分他人之物”的情形,而后者除出卖他人之物外,还可以包括出卖尚不存在的物以及出卖自己的物但没有处分权两种情形。基于生活经验可知,无权处分实际上包含多种类型且效力不一。一方面,在处分人无权处分特定他人之物且买受人明知的情况下,无权处分合同被作为有效合同对待确实与生活经验不尽相符。另一方面,在商业贸易活动中,处分人作为在途货物的买受人提前处分尚未取得所有权的货物,作为供货人提前签订供货合同再去市场上采购符合要求的货物(种类物)或者作为供货人提前签订供货合同再去制造、订购符合要求的特定物,实践中都普遍地被作为有效合同对待。以上交易实践所大致揭示的法理或许可以总结为:合同得到履行的可能性、是否涉及第三人利益对于无权处分合同的效力有较大的影响。对于标的物有明确的所有人、所有人甚至从未有过任何转让该标的物的意思表示且市场上还缺乏同种替代物的情况下,所有权人同意无权处分人的处分行为以及合同得到履行的可能性不应被高估。将此种无权处分合同作为有效合同处理没有多少实际意义,主要是为了赋予明知出卖人无权处分的买受人违约损害赔偿请求权。因为买受人善意且符合善意取得的其它构成要件时,善意买受人的利益可以通过善意取得制度来保护,不必使无权处分合同有效。实践中在标的物已为无权处分人占有的情况下,假如承认无权处分他人之物的合同有效,那么法律一方面承认买受人的请求交付标的物并移转所有权的请求权,另一方面却认为所有权的转移无法完成,往往引发真正权利人提起异议之诉;在标的物已经交付第三人的情况下或无法交付第三人的情况下,往往又引发真正权利人或第三人的损害赔偿之诉。因此,根据笔者所论的关于效率导向的鼓励交易原则,不以履行为目的而是以损害赔偿为目的的交易行为不仅不值得鼓励,而且因其大概率害及经济效率而应当避免。民法不过是把经济关系直接翻译为法律的原则,⁷⁹或许试图构建统一的无权处分合同效力制度本身就是不切实际的。我国《合同法》第 51 条和《买卖合同解释》第 3 条均存在“一刀切”的问题,要么在制定时没有考虑到鼓励交易原则,要么就是对鼓励交易的履行可能性缺乏

⁷⁴参见梁慧星《买卖合同特别效力解释规则之创设——买卖合同解释(法[2012]8号)第3条解读》,载梁慧星主编《民商法论丛》(第52卷),法律出版社2013年版,第196-205页;王利明《买卖合同司法解释的理解与适用》,http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=28571,2016年11月6日访问;崔建远《无权处分合同的效力、不安抗辩、解除及债务承担》,《法学研究》2013年第6期。

⁷⁵参见翟云岭《再论无权处分合同的效力——为〈买卖合同司法解释〉第3条辩护》,《法商研究》2015年第6期;吴光荣《再谈无权处分合同的效力——兼论法释[2012]8号第3条的理论基础》,《法学家》2015年第5期。

⁷⁶参见前注④,最高人民法院民事审判第二庭编著书,第69页。

⁷⁷早在我国《合同法》颁布后不久,即有学者将鼓励交易原则与无权处分行为的效力制度结合起来进行论证。参见王利明《论无权处分》,《中国法学》2001年第3期。

⁷⁸我国《物权法》第15条规定“未办理物权登记的,不影响合同效力”确立的区分原则只能说明不动产买卖未办理物权登记的,不影响买卖合同效力;逻辑上根本不能由此必然导出“未办理物权登记的,买卖合同仍然有效”或者“出卖人无处分权的,买卖合同效力不因此受影响”的结论。

⁷⁹参见恩格斯《恩格斯致康·施米特的信(1890年10月27日)》,载《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第484页。

认识。依我国《合同法》第51条,一些实践中普遍被作为有效合同对待的买卖(例如种类物无权处分行为)却可能被作为效力待定合同处理。然而,依《买卖合同解释》第3条将任何无权处分合同一律作为有效合同对待(特别是将其中根本无法得到履行的合同作为有效合同对待)的规定,只能徒增纠纷。表面上符合鼓励交易原则的无权处分制度,不仅存在不完全符合交易实践和生活经验的问题,而且更为重要的是从最终效果来看恰恰是有悖于经济效率目标的。《买卖合同解释》第3条将所有的无权处分合同作为有效合同对待显然并不合适。有关无权处分合同的效力制度构建应充分考虑鼓励交易原则的效率导向,尊重参与市场交易活动的各种主体包括民事主体和商事主体的常识和交易经验,分类进行规定。^⑩ 梁慧星研究员主张出卖他人之物与处分权受限制的所有人出卖自己之物适用我国《合同法》第51条,将来财产买卖适用我国《合同法》第132条和《买卖合同解释》第3条。此种观点具有一定的合理性,但是对于有效的无权处分合同类型的认识并未顾及交易实践中的所有情形,或者说,需要对上述观点中的“将来财产买卖”进行扩大解释。

基于鼓励交易原则内涵上之履行可能性,出卖他人之物的无权处分因不符合经济效率应作为效力待定合同对待;基于鼓励交易原则内涵上之履行可能性以及适用规则上之充分合理性的要求,至少应该将买卖在途标的物、公开市场上可以采购的种类物、将来生产制造之物这三类出卖人缔约时无处分权的买卖合同作为有效合同对待。其余的无权处分合同因难以明显满足前述适用鼓励交易原则的确定性和充分合理性要求,其法律效力也很难一律认定为有效,而应具体分析。

(四) 一物(地)多卖(租)的实际履行顺序制度

《买卖合同解释》第9条和第10条、《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2005〕5号)第10条、《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2009〕11号)第6条分别规定了一物多卖、一地多卖、一房多租情形下的强制履行顺序。司法机关突破债权平等性原则,从“诚实信用和公平原则”出发制定这些司法解释确实照顾到了现实中的部分典型交易情形,同时也说明在交易活动越来越复杂的今天,单纯依据债权平等性原则将一物多卖等交易中的履行主动权一律完全交由债务人的做法已经不合时宜。在“债权平等性”本身面临质疑和挑战的情况下,显然不能再单纯以法定的诸实际履行顺序制度违背了“债权平等性”为理由来否定上述制度的合理性。从价值目标的角度看,债权平等性实际上体现了合同自由,即债务人向不同债权人履行的自由。“诚实信用和公平原则”则代表了合同正义。根据交易经验和笔者关于不同价值目标之关系的讨论可知,这一问题上完全的合同自由或完全的合同正义均不具有充分合理性。因此,从鼓励交易原则的视角对该制度进行观察是必要的;完全不区分民事合同与商事合同,一律不考虑履行的最佳经济效率之目标而规定实际履行顺序,或许也不无可议之处。^⑪ 毕竟类似的实际履行顺序制度在典型的商事法律制度体系如《通则》、《公约》、《美国统一商法典》、《德国商法典》、《日本商法典》中均不可见,即便在民法中也难以找到先例。如果说在民事合同中适用此种法定的实际履行顺序规则还有一定的合理性,那么该规则对于双方均为商人的典型商事合同则既不必要也不适合。首先,商人之间的交易对灵活性、快捷性、简易性和保障性有较高要求,因此商法对合同自由和交易保护的要求确实均高于民法,但是商法上有关交易保护和信赖保护主要是通过外观主义而非强制实际履行或特定的实际履行顺序来实现的。^⑫ 其次,与民事主体相比,商人对交易规则的运用更为熟悉,因此商事合同对信用保护更应该通过协议以其他交易保障制度(例如担保、惩罚性的违约金安排等)来实现。再次,商人之间的交易往往具有连续性,因此商事合同更有

^⑩ 参见前注^④ 梁慧星文。

^⑪ 同前注^④ 最高人民法院民事审判第二庭编著书,第162页。

^⑫ 参见[德]C. W. 卡纳里斯《德国商法》杨继译,法律出版社2006年版,第9页。

可能通过实证法之外的“关系性规范”来实现角色保全、关系的维持、冲突的协调。^⑩最后,在并不具有充分合理性的情况下以诚信和交易安全的名义对合同自由进行干预,不符合“民法价值判断中的实体性论证规则”。

按照笔者所论及的鼓励交易原则的实现路径,以及适用鼓励交易原则的确定性和充分合理性要求,在可以兼顾交易安全和信用保护的前提下,不仅可以而且应该对双方均为商人的商事合同中的交易自由和经济效益进行保护,以满足效率最大化要求。就此而言,司法解释创设的该项合同法新制度又存在鼓励交易原则缺位之问题。

四、鼓励交易原则在我国合同法中的合理表达

合同法的各价值目标在具体制度上往往存在重叠、共生甚至冲突的复杂关系,其具体制度背后往往不只是单一的价值目标,因此不能简单地将合同订立制度对应于缔约自由、无权处分制度对应于区分原则、一物多卖的履行顺序制度对应于债权平等性进行评判分析。无论相关制度是否依鼓励交易原则创设,效率导向的鼓励交易原则之检视均有可能,并足以打破既有理论争议僵局,或者为相关制度的评价和构造提供新的思路。当然,鼓励交易原则的运用既要注意把握适当性以避免过犹不及,又要避免效率价值缺位或异化。一方面我国民法典合同法编的编纂已经开始,另一方面这一工作的完成应当是在数年之后,因此我国目前应从立法论和解释论两个角度,以对鼓励交易原则的理论反思为基础,来实现鼓励交易原则在合同法中的合理表达。

第一,就统一的必要条款制度而言,立法论上我国民法典合同法编不应列举式地规定一般的必要条款制度;我国民法典制定之前的解释论上应该认为当事人、标的物 and 数量是否属于合同的必要条款(或者合同的必要条款是否限于以上三项)完全取决于具体的合同类型和交易情境。

第二,就预约合同制度而言,因其可能与既有的合同成立制度、缔约过失责任制度存在冲突且严重戕害消极缔约自由,我国民法典合同法编不宜规定预约合同制度。目前相关司法解释已经生效,因此只能将预约合同的法律效果作与现行法上的合同成立制度、效力制度和缔约过失责任制度体系相融合的解释,认定违反预约合同的违约责任需明确三点:归责原则上采过错责任原则、构成要件上违约方需具有故意或恶意、赔偿范围为本约未能缔结的合理信赖利益损失。

第三,就无权处分合同的效力制度而言,立法论和解释论上都应该进行类型区分且规定不同的法律后果。出卖他人之物应一般性地作为效力待定合同处理,处分将来之物、未取得所有权但已购买并在途的标的物、市场上可以采购的种类物等交易可以作为有效合同处理。此外,还有一些情形应该具体分析。例如,所有人处分自己之物但处分权受限制的情形,因不仅涉及无权处分还涉及违反有关法律、行政法规对处分权的强制性规定,处分合同可能构成效力瑕疵的“多因多果”问题,不宜简单将其作为有效合同或效力待定合同对待。^⑪

第四,就一物(地)多卖(租)的实际履行顺序制度而言,立法论和解释论上都至少应该将其适用范围限缩为民事合同和一方为商人的商事合同。对于当事人双方均为商人的商事合同,买受人追求的交易诚信和交易安全应该通过自主选择合同法上的其他制度安排来实现。

(责任编辑:陈历幸)

^⑩参见[美]Ian R. 麦克尼尔《新社会契约论》中国政法大学出版社2004年版,第59页。

^⑪参见罗昆《合同效力瑕疵制度中的类型思维及其问题》,《法学评论》2010年第6期。