

应以交易习惯、任意性规定及补充解释填补合同漏洞

□ 杨世民

【裁判要旨】

合同应对某事项作出约定却未约定，为合同漏洞。对因合同漏洞产生的纠纷，法官不能以自己的评价标准取代当事人的价值决定，较为妥当的做法是遵循以下路径加以填补：首先，按合同法第六十一条的规定，以交易习惯填补；其次，有名合同适用合同法分则部分的相应任意性规定填补，分则部分无相应规定时适用合同法总则部分的任意性规定即第六十二条填补，无名合同可类推适用最相近似的有名合同的任意性规定；最后，适用诚实信用原则进行补充解释。通过填补合同漏洞，为当事人创设行为规范，明确双方权利义务，据以作出公平合理裁判。

【案例指引】

一审：（2016）浙 72 民初 1637 号。

二审：（2017）浙民终 867 号。

再审：（2018）最高法民申 5375 号。

【基本案情】

原告：阮领方。

被告：平潭中邦海运有限公司（以下简称中邦公司）、潍坊浩航船务有限公司（以下简称浩航公司）、余学强、余学能、隋卫国。

“五星洲 19”轮于 2014 年 4 月 15 日建成，原由阮领方及其他四人共有，阮领方享有 30% 的股份。2016 年 4 月 23 日，浩航公司作为借款人，阮领方及其夫罗友德作为担保人，余学强、余学能、隋卫国、中邦公司作为反担保人，签订反担保合同，约定：浩航公司因中邦公司购买“五星洲 19”轮需要，须向潍坊银行盛世支行（以下简称盛世支行）申请贷款，要求阮领方、罗友德向该行提供抵押担保。余学强、余学能、隋卫国、中邦公司共同向阮领方、罗友德提供以下反担保：1. 合同签订后三日内，由余学能支付罗友德保证金 300 万元；2. 余学强、余学能、隋卫国、中邦公司承担连带保证责任。如浩航公司按时偿还贷款本息，中邦公司有权以上述 300 万元保证金，抵销其拖欠阮领方的 1317 万元船舶股份转让款等。同年 4 月 25 日，余学能支付罗友德 300 万元。次日，阮领方、罗友德与盛世支行签订抵押合同，以二人共有房产为浩航公司向该行的借款提供最高额抵押担保，并于同日办理抵押登记。

2016 年 4 月 29 日，阮领方等五人与中邦公司签订船舶买卖合同，约定：“五星洲 19”轮售价 2718 万元；中邦公司三日内支付定金 500 万元；申办船舶所有权注销过户手续前或当天，中邦公司支付剩余船款 2218 万元等。中邦公司于同年 5 月 23 日取得“五星洲 19”轮的所有权。阮领方 30% 船舶股份对应的定金及剩余船舶价款，中邦公司未支付。

2016年5月4日，阮领方与五被告签订协议书，约定：船舶买卖合同载明的2718万元的约定，不适用于阮领方；阮领方享有的30%股份，系按4390万元价格转让，中邦公司向阮领方购买该30%股份的实际价款为1317万元。应阮领方指示，余学能支付他人63.5万元，五被告尚欠阮领方购船款1253.5万元。“五星洲19”轮过户至中邦公司后，五被告须于2016年5月31日前，以该轮为抵押物向盛世支行借款2000万元，并将借款首先用于归还该支行的1200万元房屋抵押借款及利息，其余800万元贷款至少须偿还阮领方400万元；五被告另须于该日前付清所欠阮领方全部船款，否则自2016年6月1日起按欠款金额以月利率2%计收逾期利息。

2016年5月22日，五被告与阮领方、罗友德签订解除反担保合同协议，约定：因盛世支行未向浩航公司发放1200万元贷款，经协商，各方已自愿解除借款合同及抵押合同，并于2016年5月18日办理抵押权注销手续。解除反担保合同，余学能支付罗友德的300万元保证金，转为中邦公司支付阮领方的购船款。

后中邦公司、余学强等拒绝支付剩余船款，双方纠纷成讼。

阮领方诉称：判令五被告共同支付购船款935.5万元及相应利息。

五被告辩称：案涉协议书主体与案涉船舶买卖合同主体不同，协议书关于阮领方船舶股份价款的约定，远高于船舶买卖合同的约定；协议书附加了阮领方、罗友德须以其共有房产提供抵押担保的条件，阮领方、罗友德未依约提供担保，故协议书无效，应按船舶买卖合同确定阮领方船舶股份价款。

【裁判理由】

宁波海事法院一审认为，阮领方与中邦公司、余学强等五被告，均系完全民事行为能力人，中邦公司未举证证明案涉协议书存在意思表示不真实情况，亦未证明该协议书存在合同法第五十二条规定的无效情形，依法应认定有效。该协议书虽约定阮领方船舶股份实际价款为1317万元，但结合案涉反担保合同、解除反担保合同协议，可看出阮领方与五被告间的船舶买卖行为系连贯的过程、整体的交易。在已存在案涉船舶买卖合同情况下，五被告仍同意支付阮领方远高于合同约定的船舶股份价款，原因在于阮领方、罗友德在浩航公司向银行借款购买案涉船舶时，以其房产提供抵押担保，并因此承受如浩航公司不能按期还本付息该房产将被依法处置以清偿银行债权的风险；罗友德庭审中亦确认该情况。协议书约定的阮领方船舶股份价款1317万元，与按船舶买卖合同计算的价款815.4万元间的差额501.6万元，应视为阮领方、罗友德为浩航公司实际提供担保的对价。因盛世支行未向浩航公司发放借款，阮领方、罗友德并未实际承受其房产可能被依法处置的风险，阮领方按1317万元主张船舶股份价款的基础已丧失。阮领方按此金额主张，显有悖于合同法规定的诚实信用原则。故阮领方船舶股份价款应为815.4万元，扣除余学能代为支付的63.5万元及300万元保证金，五被告还应支付阮领方451.9万元。根据合同法第五条、第六条、第一百零七条、第一百一十四条第一款、第三款、第一百五十九条、第一百六十一条之规

定，判决：一、中邦公司、浩航公司、余学强、余学能、隋卫国共同支付阮领方购船款 451.9 万元及相应利息；二、驳回阮领方其余诉讼请求。

阮领方不服一审判决，向浙江省高级人民法院提起上诉。

浙江省高级人民法院经审理认为，船舶买卖合同约定“五星洲 19”轮售价为 2718 万元等；协议书确认案涉船舶转让的事实，同时确认双方签订的为贷款购船而提供抵押担保和反担保的相关内容。故案涉船舶买卖是本案双方当事人之间纠纷的基础事实，协议书的签订与案涉船舶买卖有一定联系。根据船舶买卖合同，阮领方 30%份额对应的转让价款为 815.4 万元，而协议书却约定阮领方 30%份额转让价款为 1317 万元。对于两者间的差额 501.6 万元，罗友德述称系为浩航公司贷款提供抵押产生的风险收益。再结合协议书文意，及反担保合同、解除反担保合同协议，可认定协议书实质是对阮领方、罗友德为浩航公司贷款提供抵押担保约定风险收益，即阮领方、罗友德以其房产为浩航公司申请贷款提供抵押担保，并因此承受风险，该风险的对价为上述差额 501.6 万元。在民商事案件中，提供担保也是一种风险行为，当事人因提供担保而接受对价具有一定合理性。就本案而言，阮领方、罗友德以其房产实际提供抵押担保并承受风险，构成阮领方有权主张该 501.6 万元的基础。然而，因相关银行未实际向浩航公司发放借款，阮领方、罗友德随后也与相关银行解除了抵押合同，即阮领方并未承担担保风险，其请求主张相应风险收益的基础已丧失。依照民事诉讼法第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决驳回上诉，维持原判。

阮领方不服二审判决，向最高人民法院申请再审。

最高人民法院经审查认为，在与阮领方、罗友德就为浩航公司申请贷款提供担保及反担保事宜签订反担保合同后，中邦公司、浩航公司、余学强、余学能、隋卫国与阮领方签订协议书，重申阮领方、罗友德为浩航公司申请贷款提供担保的约定，并确认以超出船舶买卖合同约定的 1317 万元价格收购阮领方名下船舶所有权份额。根据船舶买卖合同的约定，阮领方名下船舶所有权份额转让价款应为 815.4 万元，与协议书约定的 1317 万元存在 501.6 万元差价。罗友德在一审庭审时亦承认该 501.6 万元差价系为浩航公司贷款提供抵押产生的风险收益。上述事实可推知当事人真实意思表示是该 501.6 万元差价系阮领方提供抵押担保的对价。原审判决结合协议书、反担保合同、解除反担保合同协议及当事人陈述，认定 501.6 万元系阮领方、罗友德为浩航公司提供抵押担保的对价，阮领方的船舶股份转让价款应按船舶买卖合同约定计算为 815.4 万元，具有事实依据。阮领方、罗友德获得抵押担保风险收益 501.6 万元的基础是浩航公司违约还款时，阮领方、罗友德名下的房产将面临被依法处置以清偿银行债权的风险。虽然阮领方与罗友德按约办理了抵押担保手续，但因案涉借款未实际发放、抵押合同已解除，阮领方未实际承担房产可能被依法处置的风险。原审判决对阮领方的主张未予支持，具有事实和法律依据。依照民事诉讼法第二百零四条第一款、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 395 条第 2 款的规定，裁定驳回阮领方的再审申请。

【案例注解】

本案争议在于阮领方的船舶所有权份额价款应按协议书抑或船舶买卖合同确定，按协议书为1317万元，按船舶买卖合同则为815.4万元。结合反担保合同、解除反担保合同，可知阮领方有权主张1317万元的基础，是与罗友德实际承担以两人共有房产为浩航公司向盛世支行借款提供担保的风险。因盛世支行未向浩航公司发放借款，阮领方、罗友德并未实际承担该风险。此时，其船舶股份价款如何确定？有意见认为，可适用合同法第一百二十五条第一款规定的文义解释、体系解释、历史解释、交易习惯解释、目的解释等合同解释方法，探求当事人真实意思后作出裁判。本案实则难以适用该规定，该款调整的是当事人对合同条款存在不同理解的情况，本案中当事人对合同条款并无不同理解，争议在于阮领方、罗友德并未实际承担担保风险，是否仍有权按协议书主张1317万元的船舶股份价款。本案的根本争议在于出现了合同漏洞—各方本应就阮领方、罗友德未实际承担担保风险时，阮领方船舶股份价款应如何确定这一情况作出约定却未作约定。

在契约履行过程中常会发生关于某种事项，依其契约规范计划应规定而未规定，如清偿时、清偿地、运送费用负担等，学说上称为契约漏洞。¹合同漏洞的产生，可能是在作出表示时尚未出现这一问题；可能是当事人在作出表示时不知道问题的存在；可能是当事人忽略了本来必须制定的规则；可能是当事人错误地认识法律行为规则所涉及的客观事实；也可能是现实情况在法律行为完成之后发生变化。²此为自法规范学角度作出的分析。自法经济学角度分析，则为：盖因出于现实生活中，预测未来的困难及其所耗费的成本，以及缔约双方协商的成本皆不可能为零，使得缔约者必须在“交易成本”及“合同完整度”之间做出取舍。³出现合同漏洞即应填补，以正确处理因此产生的纠纷。然而，私法领域奉行“意思自治”原则，除当事人达成一致的意思表示对双方具有拘束力外，其不受任何非法外来干涉。这对法官提出了近乎苛刻的要求：既要尽力填补合同漏洞，正确作出裁判；又不能逾越当事人的意思表示，侵蚀意思自治原则。较为妥当的方法是尽量还原当事人的意思，并以客观化规则加以填补，为当事人创设行为规范，明确双方权利义务，进而作出裁判。故对本案合同漏洞，我们遵循了以下填补路径：

一、以交易习惯填补

按照合同法第六十一条、第六十二条的规定，交易习惯可用以填补合同漏洞，在填补顺序上并优先于任意性规定。与立法者基于对典型合同中权利义务的分配考量而预设的任意性规定相比，交易习惯作为商事主体在长期交易中逐步自发形成的规范，被用以调整商事主体间利益冲突时，更接近当事人的意思，给意思自治原则带来的冲击更小。交易习惯效力的展开，未必通过其法律性格的承认，经由契约行为的解释，交易习惯已被纳入契约的规范中，成为规范具体契约关系的

¹ 王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第389页。

² 〔德〕维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第379页。

³ Richard A. Posner, "The Law and Economics of Contract Interpretation", 83 Texas Law Review 1581, 1583 (2005). 转引自王文字：“合同解释三部曲—比较法观点”，载《中国法律评论》2016年第1期。

行为规范，当有争议时，并得以约束法官，从而成为裁判规范。⁴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）》第6条对交易习惯的界定，亦强调交易习惯的主观因素，当事人双方经常使用的习惯做法，以及在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法，才可被认定为交易习惯。故以交易习惯作为填补合同漏洞的首选规则，理由正当充分，惟主张存在交易习惯一方应承担举证责任。

就本案合同漏洞，五被告不能举证证明存在相关交易习惯，故此填补规则难以适用，只得转向与合同当事人意思存在一定距离但客观性较强的任意性规定。

二、以任意性规定填补

以当事人可否以自身意志排除法律规范的适用为标准，可将法律规范分为强制性规定与任意性规定。当事人的约定，优先于任意性规定调整双方间权利义务；但因当事人未作约定而出现合同漏洞时，任意性规定便可起到补充当事人意思的作用。合同当事人一般只规定那些他们能想到的事项。如果履行合同还需另有一些规定，或者发生了阻碍合同执行的情况，那该怎么办？为解决这类问题，法律制定有补充当事人之间合同约定的规定，它们只在当事人没有另作约定的范围内才适用。⁵例如：合同法第一百五十九条、第一百六十条、第一百六十一条，即分别为关于买卖合同价款、价款支付地点、价款支付时间的任意性规定，当事人对这些合同要素未作约定时，应适用上述规定予以填补。除了补充当事人意思之外，任意规定就法经济学之角度而言，亦有提升交易效率、合同完整度的目的，其乃系立法者针对若干交易上经常发生之典型合同类型，就其认为有待规范事项，将自己置身于合同当事人的立场，斟酌合同目的与当事人利益状态、基于公平利益之衡量，就其认为凡一般理性当事人应会为如此约定之事项，订为条文，于合同有漏洞时适用该条文，以节省当事人预测未来、规划权利义务关系之成本。⁶任意性规定作为法律对私法自治的达成予以助力的规则，用以填补合同漏洞客观性较强，易于把握，此系其最大优势。

合同法买卖合同一章中的任意性规定，系立法者对买卖合同中可能出现的漏洞预设的填补规则，本案系船舶买卖合同纠纷，自应首先适用买卖合同一章的任意性规定。买卖合同作为最为典型的有名合同，合同法对之作出的规定可谓周详备至，相应的任意性规定亦较为完备，常见的合同漏洞以该章的任意性规定已可填补。如以该章任意性规定仍无法填补，还可适用合同法第六十二条的规定，对质量、价款或者报酬、履行地点、履行期限、履行方式、履行费用等合同漏洞进行填补。同理，其他有名合同中出现的合同漏洞，以任意性规定填补时也应遵循上述填补顺序。就无名合同中出现的合同漏洞，则可类推适用最相近似的有名合同中的任意性规定填补，无相关规定时再适用合同法第六十二条填补。

⁴ 陈自强：“整合中之契约”，北京大学出版社2013年版，第217~218页。转引自樊涛：“我国商事司法中的交易习惯”，载《法律适用》2014年第2期。

⁵ 〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论（上册）》，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第42页。

⁶ 王文字：“合同解释三部曲—比较法观点”，载《中国法律评论》2016年第1期。

遗憾的是，本案合同漏洞如何填补，在合同法买卖合同一章未发现相关任意性规定，亦不能以合同法第六十二条的规定填补，不得不转向主观色彩较强的填补途径——补充解释。

三、进行补充解释

补充的契约解释，指对契约的客观规范内容加以解释，以填补契约的漏洞。其所解释者，系当事人所创设的契约规范整体，其所补充者，为契约的个别事项。⁷当事人虽未就漏洞事项作出约定，但按照法的精神及法律原则等可自当事人行为整体过程及其行为目的中，推出双方正常情况下应如何约定。补充解释针对的是整体的行为，被补充的则是单个的意思表示。至于具体填补规则，德国帝国法院在一个判决中给出了答案：“在合同漏洞的填补中，涉及的不是对当事人合同意思的补充，而始终只是对合同的补充，是法官对下列东西的创制和创造：对于那种已经发生的，但未被预料到的情况，根据交易中诚实信用的准则，根据合同中对拟被实施的事项表达的意思的准则，认为对当事人应当是正确的东西。”⁸从逻辑学原理讲，相对于规则，原则具有内涵小、外延大的特征，解释空间更大。诚实信用原则亦不例外，作为合同法的基本原则及民法的“帝王条款”，须借助法官的价值判断才能发挥填补合同漏洞的作用。然而，法官在此过程不能恣意作出解释，其仍须受到为社会大众普遍接受的标准、理念等客观因素的限制。一个法官如果打算将他自己行为癖好或信仰癖好作为生活规则强加给这个社区的话，那么他就错了。……他有义务服从人们已经接受的这个社区的标准，服从这个时期的道德风气。⁹

本案中，阮领方先后与中邦公司、余学强等人签订船舶买卖合同、反担保合同、协议书、解除反担保合同，这些合同显然不能割裂开来作为各自独立的合同，而应作为连贯的交易整体。在此交易整体中，因疏忽或者合同订立后客观情况发生变化，甚至处于强势地位的一方刻意不就阮领方、罗友德未实际承担担保风险时船舶股份价款应如何确定这一重大事项作出约定时，法官不能拒绝裁判。适用诚实信用原则，以客观化的社会大众普遍接受的价值准则对该合同漏洞进行填补，为当事人创设行为规范，推出阮领方无权主张 1317 万元而只能主张 815.4 万元的结论，据以确定双方权利义务，进而作出公平合理裁判，便是我们的最佳选择。

(作者单位：宁波海事法院)

⁷ 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2013 年版，第 224 页。

⁸ 转引自〔德〕卡尔·拉伦茨：《法律行为解释之方法——兼论意思表示理论》，范雪飞、吴训祥译，法律出版社 2018 年版，第 97 页。

⁹ 〔美〕本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 1997 年版，第 64~65 页。