

【法学】

论契约法中的默示条款

马妍妍

(上海对外贸易学院 法学院, 上海 200336)

摘要: 作为合同修正的工具, 意思自治原则和法院行为调和的中介, 默示条款从一开始便带有浓烈的判例法特色。其主要分为两大类: 法定默示条款和推定默示条款, 其中后者又有依照合同目的成立的和依照交易习惯成立的两小类。在效力方面, 基于当事人意思自治原则, 默示条款没有高于明示条款的效力(一些法定默示条款除外), 而且还有两种排除适用的情形。由于其在减少纠纷、保护合同当事人合法权益、稳定经济秩序等方面的特殊作用, 20世纪之后在世界范围得到广泛应用。我国合同法关于默示条款制度的吸收和转化主要体现在以61条、62条为核心的买卖合同中。

关键词: 默示条款; 明示条款; 推定默示条款; 绝对意思自治原则; 默示条款的排除适用

中图分类号: D923.6

文献标识码: A

文章编号: 1671-6248(2004)02-0051-04

Study at the implied terms in contract law

MA Yan-yan

(Institute of Law, Shanghai Foreign Trade University, Shanghai 200336, China)

Abstract: As the tool for modifying contract, meaning of self-determining, court mediating and implied terms had the character of test case from the very beginning. They are classified into two: legal and putative implied terms, of which the later are sub-classified into the tenable based on contract and the tenable based on customs. The effect of self-determining and implied terms based on parties is not greater than that of express terms, and there is possibility of excluding. Due to its special function in decreasing the entanglements, protecting the interest of the legal party and stabilize the economic order, it is widely used all over the world after 20th century. Absorbing and transforming of implied terms in contract law of our country are embodied in term 61 and 62 of contract law.

Key words: implied terms; express terms; tenable implied terms; self-determining; excluding of implied terms

一、默示条款概述

合同双方当事人通过要约、承诺等一系列的磋商谈判, 宣布合同成立, 开始从订约阶段进入到履约阶段。在此阶段中, 为了实现合同目的最大程度的避免纷争, 当事人需要对双方权利义务的载体——合同条款进行确认。在英美法系中, 该确认过程既针对明示条款(express terms), 也包括默示条款(implied

terms)。所谓的默示条款, 又称“隐含条款”、“普通条款”、“一般条款”, 是指当事人未写入合同中, 甚至从未协商过, 但基于当事人的行为、交易习惯或者法律的规定, 理应存在的条款。关于合同的明示条款, 由于当事人已经通过口头或书面等方式明确表示, 双方权利义务已经没有疑问, 主要面临的是一个合同解释的问题。因此, 英美合同法理论更加重视默示条款。经过上百年的发展, 已经成为英美合同法制

度的一大特色。

英美合同法规定“默示条款”是在 18 世纪之后。18 世纪之前,资产阶级革命之后,由于深受资本主义自由思想的影响,“当事人意思自治”理论在契约法领域占统治地位,即当事人实行绝对的意思自由,权利义务完全以合同的明文规定为准,任何第三人都无权干涉。国家公力的代表机构法院要充分尊重当事人的选择,不仅不能够在合同中加入默示条款,甚至无权强制执行当事人订立的合同。然而,随着商品经济的发展,商事案件的增多,法官逐渐注意到,随着情势变更,很多明示条款赖以履行的条件背景,在履约过程中已经与当初订约时的情况大相径庭;加之当事人在订约过程中对某些未曾预见的或者一直认同的事项常有省略。履约过程中一旦产生意思分歧对立,若严守绝对意思自治原则,只能是意味着纠纷的扩大和当事人利益的损害。正是基于这一点,法院充分发挥普通法灵活性强的特点,将一些商业习惯交易惯例、合同赖以成立的前提条件等无须言明的、潜在意思协议纳入合同。从某种意义上来说,默示条款的广泛应用并作为合同的修正工具,一方面是对意思自治原则所作的某种程度的否定,另一方面,也是意思自治原则和法院行为调和的中介,是英美法灵活机动的特点体现。

二、默示条款的主要类型

关于默示条款的主要类型,学理上有“二类说”和“五类说”。笔者赞同前者,认为“五类说”的后四类,其实可以归于“二类说”的第二类的。

(一)法定默示条款

直接根据法律的规定而成为合同的默示条款,即通常所说的“常素”。其实质是合同当事人必须遵守的法律义务。大多数情况下,这种法定义务是和社会的公共利益、民法的基本原则联系起来的。即使当事人不知道这些默示条款,不明白这些条款,也没有意图将这些法定的默示条款包括在合同中,但必须无条件服从。法定默示条款起源于惯例,法院将一些时间中使用频率高的惯例以成文法的形式加以固定而成的。无论英美法系还是民法继受法系都有此类规定。如《美国统一商法典》的买卖篇,规定了销售质量默示条款、合理时间履行的默示条款、可销售性的担保默示条款和关于明示或默示担保的第三方受益人的默示条款等;《法国民法典》第 641 条也规定,在售货合同中,应包括出卖人对其所出售的货物须承担品质缺陷担保义务的默示条款。此外,

英国 1973 年的《货物供应(默示条款)法》和 1982 年的《货物和劳务供应法》更是对法定默示条款的大发展。

(二)推定默示条款

推定默示条款又称为“偶素”。该条款须经当事人协商或者根据具体情况加以确定。大多数条件下,不影响合同的成立,甚至在合同成立后可以继续协商。该类条款和法定条款的根本区别在于,后者具有法定义务的强制性,不管当事人是否考虑到,都必须执行。前者能否被强制执行,要根据当事人的协商、合同的性质等具体情况加以确定。具体说来,又可以分为三种情形:

1. 依照合同目的成立的默示条款

此条款是实现合同的作用、目的所必须的条款。只有推定其存在,才能达到合同订立的目的,实现合同的功能。由于合同的目的功能决定于当事人本身,在实践中常由法院从当事人利益出发,探求其本意,做出合理决定。比较典型的案例如 1889 年的“默尔科”案(The moorcock 1889),原告为“默尔科”号船长,被告为码头老板。按照协议,原告可在被告码头装卸货物。但在停靠期间,由于退潮使船搁浅并撞上水下硬地受损。法院判决被告承担赔偿责任,理由是合同中虽无停泊时应该安全适航的明示条款。但根据合同的目的,码头管理人应该有合理谨慎、调查清楚情况的义务,否则原告签定合同将毫无商业效益可言。

2. 依照交易习惯成立的默示条款

尽管当事人在合同中没有约定,但合同应当受到依照惯例而成的默示条款的约束。在适用时必须满足两个条件:1)合同没有明示排除交易习惯的适用;2)交易习惯与合同目的不相违背。此类默示条款来源于 1836 年的一个案例(Hutton v. Warren 1836)。原告与被告订立租约,租种被告的一个农场。后双方依据合同终止了租赁关系,被告取得了农场和土地上的青苗。租约中对如何处理土地上的青苗未做任何规定,但是原告证明当地有一个惯例:承租人应当根据特定的耕作程序从事种植劳动,当租期届满时,他有权就土地上的青苗种子和他已经付出的劳动取得合理补偿。法院最后判决被告应该按照当地惯例给予原告以适当补偿。审理此案件的帕克男爵阐明了将依照惯例形成的默示条款纳入到合同中的理论基础:当事人之所以未将可能产生争议的问题订入合同,是因为双方都参考了在当地具有不言自明默示效力的惯例。该条款即包括商业上

的经营习惯,又包括当事人惯有的交易规则,还包括行业规矩。此类默示条款在司法实践中运用最广。除了英国外,《法国民法典》第1160条、《美国统一商法典》1-205条也有类似的规定。《联合国国际货物销售公约》第9条第2款也规定:“除非另有协议,双方当事人应视为已默示的同意对他们的合同或者合同的订立适用双方当事人已经知道或者理应知道的规则。”

三、默示条款的效力

(一)默示条款和明示条款

默示条款在合同有效成立时,便具有和明示条款等同的效力,当事人违反默示条款,视为违约,因为这种默示效力是合同内在的、理应存在的效力。但是学理上普遍认为,当事人以口头、文字等方式明确表示的条款,是合同主要条款,是合同存在的基础。默示条款的内容并非主观臆断,而是与明示条款在逻辑上密切相连,其存在是以明示条款的存在为前提的。一般情况下,默示条款没有优于明示条款的效力,一般的默示条款不能改变明示条款。而且当合同中已经有内容明确、不违反公共利益的明示条款时,法院应当充分尊重当事人的意思选择,不应当以默示条款方式排除明示条款的适用。若两者有矛盾,应该以明示条款为准。然而,为了保护公共利益,对于某些法定的默示条款,当事人不得以协议排除适用,有优于明示条款的效力。

(二)默示条款的排除适用

默示条款的效力并非无处不在,在一些特定的情况下,应当排除使用默示条款,主要有以下几种情况:

(1)当双方当事人在订立合同时已经考虑到某种默示条款,为了防止其适用而通过明示条款声明排除其生效。但要注意,该明示内容必须是合法有效的。一般情况下,被排除适用的是法定默示条款之外的默示条款。

(2)当一项隐含条款与合同中的任何一条明示条款相矛盾时,其适用性就失去了理论基础。这种规定实际上是对当事人意思自治的一种尊重,是市场经济下自由商品流通的一种需要。典型案例如:Les Affruteurs Reunis Sociere Anony me V Walford (1919)案。英国1919年联合祖传股份有限公司诉沃尔福德一案:原告是一家经纪人,经撮合,被告船主与一家石油公司订立了租船合同,合同中有一条款写明,船主同意在合同签字时按租船费3%付给

原告做佣金。在原告索要佣金的诉讼中,被告船主申辩说,按照商业惯例,只有在租金实际到手后才应该付给佣金。但在履行租船合同前,该船已经被英国政府征用,因此实际上并没有收到租金,也不应当付出佣金。结果,英国上诉法院最后判决原告胜诉。

虽然根据海运业的一个惯例,经纪人的佣金一般应在承租人实际获得租金时支付。但由于合同中有一个“承租人应当在订约时向经纪人支付3%佣金”的条款,法院判定明示条款优先适用。理由是,当事人援引惯例是为了实现法律而不是为了破坏法律,所以不得与明示的合同条款相抵触。

四、默示条款的价值

默示条款制度存在于18世纪的英美合同法中,上百年后的今天仍充满活力,被两大法系广泛应用。究其原因,笔者认为,作为一种旨在调和当事人意思自治权和司法干涉权矛盾的制度,默示条款主要有以下几个作用:

(一)默示条款的修复合同价值和履约价值

当事人在订立合同时,总是希望合同规定的交易能够实现,总是尽最大可能的将内容完备。然而,由于当事人实践经验的不足和合同知识的缺乏,即使是“有较系统的合同知识和丰富合同经验”,在确定其权利义务时,也不可能滴水不漏——没有任何一个合同能够真正的达到完善标准。而缺少的这一部分,对于交易的实现,是不可缺少的(这正是英国枢密院规定的默示条款的要件之二:条款对于商业合同效力的必需性)。一旦两者发生合同纠纷,这些订约时看似不言自明的非实质性条款往往会成为争议的焦点。法官运用默示条款原则,对合同进行补救,使一个内容模糊的合同变成一个权利义务清晰的合同,保证当事人获得商业期望利益。

(二)默示条款的法理价值

通过对当事人意思自治原则的适当限制,间接保护当事人的利益,实现公平和诚信。

公平、诚信原则是合同法的基本原则,也是默示条款效力产生所依据的法律、商业惯例、行业规范的基本原则。对于某些权利义务缺乏公平设置的合同,法院通过设置被社会普遍承认和接受的惯例、习俗、默示条款来达到平衡义务,实现公平诚信。整个市场在默示条款的操作指挥下进行运转,经济活动井然有序。从一些英美的典型案例中也可以看出,法院做出这样的判决,往往是为了保护弱势者的利益。

然而,要注意的是,该公平诚信的实现,是以尊

重当事人的意思选择权为前提的,法院肯定默示条款,并不意味着无视当事人经过自由磋商达成的、体现其利益和自由意志的明示条款,这主要表现在默示条款的效力上。非法定默示条款与明示条款发生冲突时,明示条款优先。此外,当事人还可以用明示条款排除默示条款的适用。

(三)默示条款的经济价值

如果说,默示条款的修复合同价值和履约价值多适用于当事人考虑欠周全的情形,那经济价值多适用于当事人在订约时已经考虑到,只不过出于商业效率的考虑而没有订入的情形。正如麦金龙(Mackinnon)大法官“好事第三人”理论:有些东西是如此的显而易见,以至于排斥好事第三人“加插某条款”的建议。在订约阶段,如果将所有事项都纳入,这样的合同将会拖沓冗长。另一方面,为所有问题进行谈判所付出的成本会大大高于它所能节省的部分:“如果一个损失 500 美元的风险只有 1% 的可能性,花费超过 500 美元的费用来谈判将该风险转移到对方,这种投入毫无价值”。默示条款的存在则避免了这种情况,使当事人可以节约精力投入到涉及金额较大的实质性条款上去,从而提高了商业效率,实现利润最大化。

五、大陆法系对默示条款制度的吸收和转化

默示条款起源于英美法系,带有强烈的判例法特色。由于其在减少纠纷、保护合同当事人合法权益、稳定经济秩序、促进经济发展方面的特殊作用,20 世纪之后开始被大陆法系所采纳,但数量较少,零星散见于合同法的条文(如《法国民法典》仅在合同解释部分和买卖合同部分有相关规定)。在我国合同法中体现默示条款精神的相关条文,如第 62、133、139、141、142、144、145、150、153、154、168、169 条等,总的来说,特色主要有二:

(1)重视惯例。当当事人没有在合同中规定相关内容时,考虑到商业效率,多以交易习惯、行业惯例为第一选择。

(2)法定默示条款为补充。主要代表是以 62 条的 6 款的约定对 61 条情形的补充。

具体体现在以下几个方面:

1. 有关合同效力的默示条款

如第 47 条第 2 款:“相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认,法定代理人未作表示的,视为拒绝追认。”第 48 条第 2 款:“相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认,被代理人一个月内未作表示的视为拒绝追认。”

2. 有关合同履行的默示条款

当事人合同约定不明,依照 61 条的规定进行确认,仍不能确定的,适用 62 条规定。

3. 有关合同变更的默示条款

78 条规定:合同变更的内容约定不明确的,推定为未变更。

4. 有关违约责任的默示条款

111 条规定:对违约责任没有约定或者约定不明确的,依照本法 61 条规定仍不能确定的,受损害方可根据标的的性质以及损害的大小,合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

参考文献:

- [1] 崔建远. 合同法[M]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [2] Funnston M. P. *Law of contract* [M]. Butterworth & Co. 1991.
- [3] 胡林龙. 合同默示条款的运用与研究[J]. 地方政府管理, 1999, (8).
- [4] 高尔森. 英美合同法纲要[M]. 南京: 南京大学出版社, 1984.
- [5] 王 盛, 陈建光. 英美合同法中的默示条款研究[J]. 浙江省政法管理干部学院学报, 1999, (2).
- [6] 郭明瑞, 房绍坤. 新合同法原理[M]. 北京: 人民出版社, 2000.
- [7] 马俊驹, 余延满. 民法原论[M]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [8] 冯大同. 国际贸易法[M]. 北京: 北京大学出版社, 1995.
- [9] 王传丽. 国际贸易法[M]. 北京: 法律出版社, 1998.

[责任编辑 陈志和]