

民商事往来中沉默的法律责任

● 杜景林*

【内容摘要】 沉默作为单纯的不作为,既不表示同意,也不表示拒绝。但在特殊情况下,沉默可以作为责任事由,也就是可以因沉默而成立法律义务,进而成立法律责任。具体的成立可能性在于:沉默作为推断性的意思表示,以及作为解释性的意思表示;沉默不构成意思表示,但沉默人引起存在一定法律情况的表象,因此必须承担法律表象责任,也就是承担履行的责任。民法上的容忍代理权,是沉默人有意创设法律表象的结果,因此其必须承担法律表象责任。商法上对事务处理要约的沉默,以及对商事确认函的沉默,同样构成法律表象责任。基于诚实信用原则认定沉默人具有答复义务进而成立责任的学说立场,旨在将诚实信用原则绝对化,已经脱离了法律行为学说的领域,不值得赞同。

【关键词】 沉默 法律表象责任 容忍代理权 事务处理要约 商事确认函

沉默(Schweigen),是指单纯的不行为、单纯的消极性质的举动。说得直白一些,就是什么都不说,什么都不做,完全处在不动作的状态之下。在民法上,沉默原则上不被赋予任何意义,其既不表示同意,也不表示拒绝,是一个法律上的纯然无价值或者零价值状态(ein rechtliches nullum)。在商法上,虽然为便利商事往来而使这一原则得以宽松化,也就是作出了一定的突破,但原则上也是如此。这一既定立场既可见于学者的专业著述,^①也可见于正式的法律规范,如我国《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民法通则司法解释》)第66条规定,默示只有在法律规定或者当事人约定的情况下,始可以被看作意思表示。反推这一司法解释的内容,即可以得出下述结论,即沉默原则上不具有任何法律效果,也就是不能够作为任何责任事由出现。

然而必须认识到,此种数学公式一样的统一表达式,虽然简单和便于理解,但其内在性的不足在于:一方面,其欠缺必要的细致区分,从而掩盖了问题自身所呈现的多面性;另一方面,此种认识上的、通常也是不可缺少的原则性理解,系以法律事实认定上的不确定性为代价,而且是以极高程度的不确定性为代价,以至于在获得模糊和无体系法律论证的情况下,丧失了对承载性的基本法律思想的追求。^② 基于这一认识,对于沉默所引致法律效果的情形,也就是沉默作为责任事由的情形,需要借助于不同的学理工具和手段作出区分性的细微分析。

* 作者单位:对外经济贸易大学外语学院。

① 参见王利明:《合同法研究》第1卷,中国人民大学出版社2011年版,第261页;崔建远:《合同法总论》上卷,中国人民大学出版社2011年版,第143页;朱广新:《合同法总论》,中国人民大学出版社2012年版,第95页;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第102页;李永军:《合同法》,中国人民大学出版社2012年版,第55页。

② Vgl. Canaris, Festschrift für Walter Wilburg, 1975, S. 77.

一、沉默与法律行为责任

在法律行为学说领域,沉默通常既不被视为同意,也不被视为拒绝。这意味着沉默本身根本不具备意思表示的法律构成,不能够促成当事人双方的意思合致,从而不能够产生订约的法律效力。^③法律制度所赋予的消极合同自由,也就是当事人不订立合同的自由,能够佐证这一结论。如此,一个收到合同要约的人,不需要对此作出任何回答,因为其沉默不能够被视为承诺的表示。^④

(一) 沉默作为推断性意思表示

在特殊情况之下,沉默也可以例外地构成意思表示,从而构成责任事由。作出此项认定,始终要求存在一些特殊的情势,以至于可以将沉默人对此前一定表示的沉默视为积极的表示,如对一项要求的沉默,或者对一项告知事项的沉默,也就是视为一个作出表示的手段,从而具有意思表示的效力。这是通过推断性行为所形成的意思表示,也就是推断性的意思表示(konkludente Willenserklärungen)。民法学教科书上常常列举的也是最能够说明问题的示例为:在社团会议上,针对所提出的决议,理事会要求不同意的成员和打算弃权的成员通过举手方式作出表决。如其中一个成员没有举手,亦即表示沉默,那么此项消极举动具有同意表示的效力。^⑤其他与之相类似的情况,无论是通过当事人之间的约定产生,还是通过当事人之间的惯常做法产生,都应当作出此种认定,也就是认定沉默具有一定的意义。根据我国《民法通则司法解释》第66条的规定,不作为的默示只有在法律规定或者当事人约定的情况下,始可以视为意思表示。这表明债务关系的当事人可以通过相应的约定赋予沉默以一定的法律意义,从而使其成为意思表示。^⑥在此情形,沉默构成推断性的意思表示。

假设甲、乙双方约定:甲方向乙方提出一份书面要约,若乙方未在规定时间内作出拒绝表示,则该要约视为已被乙方接受。在此,乙方必须承受沉默作为同意的法律效力,也就是必须承受承诺的效力。当然,此种情形必须经当事人双方约定产生,也就是乙方同意将自己的沉默行为认定为同意。一方当事人单方面表示,例如规定只要受领人未提出疑义,那么寄送未订购商品的行为即被视为承诺,或者要约人单方面表示,将要约受领人的沉默视为承诺,根本不会赋予沉默以同意的法律效力。纵使在注重便利性和快捷性的商事往来中,只要是在营业活动之外,单纯的沉默原则上也不能够被理解为同意。^⑦国际和区域统一法的规则都能够表征这一点:任何单独的沉默或者不行动,都不构成沉默。^⑧

学说上对沉默作为意思表示的构造提出的批评,诸如“沉默通常不像明示的意思表示那样,可以作为清楚的法律行为意思的表达;纵使有情势表明,可以将沉默看作某种决定的表达,但其总是基于懈怠而产生,或者基于相反的意思而产生”,以及“不存在默示的意思表示”等,并不具有信服力,因为此种理由同样不折不扣地适合于所有其他的推断性意思表示。^⑨另一方面,在沉默的情形下,虽然意思和意旨的确定比通常情形要更为艰难,但相较于其他形态的意思表示而言,其充其量只是量上的区别,而非质的不同。^⑩

在法律适用方面,对于上述由沉默形成的意思表示,也就是对于沉默在其中具有表达一定法律效果意思之意旨的意思表示,原则上不存在特殊之处,而是适用与其他意思表示同样的规则,特别是适用其

③ Vgl. MünchKomm, Welter, Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Band 5, 2009, § 362, Rn. 1.

④ 此为学者的一致立场,参见前注①。

⑤ Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, 1989, S. 358.

⑥ 学者谓之约定的沉默,参见前注①,朱广新书,第95页。

⑦ Vgl. MünchKomm, Busche, Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Auflage, Band 1, 2012, § 147, Rn. 6.

⑧ 参见《联合国国际货物销售合同公约》第18条第1款第2句、《国际商事合同原则》第2.1.6条、《欧洲合同法原则》第2:204条第2款以及《欧洲民法典草案》第2-4:204条第2款。

⑨ 在推断性意思表示的情形,推论当事人的举动具有法律行为的特点通常也不是必然的结果,因为当事人举动的可推断性有时只是表见性的,事实上乃系基于懈怠所致。但若因此质疑,而且是原则性地质疑由推断性行为产生意思表示的可能性,则并非妥当。

⑩ Vgl. Staub, Canaris, Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, Band 4, 2004, § 362 Anhang, Rn. 4.

中关于表示意识的规则,并且是无限地适用,也就是不加修正地适用。另一方面,纵使在不存在表示意识的情形,沉默对于另外一方当事人同样可以具有推断性同意的意义,由此满足意思表示的客观构成,而非区别于其他的推断性举动。这至少具有下述理论和实践意义,即适用关于欠缺表示意识的规则,从而使沉默人承担可能存在的消极利益责任。^⑪ 学者认为,“如沉默人未意识到沉默的意义,因此根本不存在推断性的行为,则沉默作为单纯的推断性举动,并不属于意思表示的法律领域”,^⑫其在认识上并不具有妥当性。

(二)沉默作为解释性意思表示

在法律行为领域,沉默还可以作为解释的要素^⑬而具有意义,也就是通过解释而获得意义。这主要是指下述情形:一方当事人明显地将一定的意旨与自己的表示结合在一起,尽管依诚实信用原则可以期待另外一方当事人作出“防卫”,但其并未对此作出防卫,也就是处于沉默状态。在此,该另外一方当事人必须像表示人所理解的那样承受其表示。从学理角度考察,这是客观解释的问题,也就是规范性解释的问题。此项解释问题的范式表现为当事人对格式条款的沉默:要约人给自己的要约附上自己的格式条款,另外一方当事人接受该要约,而未对格式条款的适用提出疑义。在此,在客观解释的土壤上,能够将其表示理解为系对格式条款的同意,而不能作出其他的解释。^⑭ 如以格式条款订约是交易上惯常的做法,并且另外一方当事人对此知情,那么原则上亦为如此,因为在解释中,交易习惯构成实质性的解释要素。^⑮

有观点认为,如依诚实信用原则,在对方拒绝时应可以期待对方作出明确的表示,则可以将沉默看作积极的表示,特别是在承诺表示轻微地背离要约本身的情形,或者承诺表示出现迟误的情形,可以作出此种认定。^⑯ 裁判上的见解认为,只要在具体的情况之下,如依诚实信用原则,需要要约受领人提出明确的异议,那么始终可以将沉默解释为承诺。^⑰ 显然,此种统一的表达式失之宽泛,不仅违背了“单纯的沉默原则上不具有法律效力”的初衷,而且已经脱离了其赖以存在的土壤——法律行为学说,以至于不再能借助法律行为学说而使其得到正当化。事实上,这里的关键点不是在于沉默在具体的情况下是否真的具有可推断性,以及沉默人是否具有相应的表示意识,而是在于沉默的法律评价只是以存在提出异议的义务作为连结点,以及以违背此项义务作为连结点。^⑱ 在此种情形下,沉默人因违背保护义务而承担损害赔偿的责任,但不会因此而承担履行的责任。

二、沉默与拟制的意思表示

在一系列的情形中,法律以一方当事人的单纯沉默或者不作为作为法律效力的连结点,具体就是以不可以推翻的方式,推定成立意思表示,或者拟制成立意思表示。此谓拟制的意思表示(fingierte Willenserklärungen)。^⑲ 法律拟制意思表示的旨意在于,使法律往来免除确定相应意思表示的不可靠性,从而保障法律安全。拟制意思表示的规范非为解释性规范,因为这里不涉及在发生疑义时将沉默解释为一定内容之意思表示的问题,而是任意性的法律规范,是穿着拟制意思表示的外衣而设立法律效果规定的任意性规范。故拟制的意思表示亦被称为替代表示的沉默(Schweigen an Erklärungs Statt),以及被

⑪ 同前注⑩,Staub、Canaris书,第362条附录注释,边码5。

⑫ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, 1992, S. 68.

⑬ 亦即解释的客体,也就是解释的内容。

⑭ 相同立场,参见前注①,李永军书,第56页。

⑮ 同前注⑩,Staub、Canaris书,第362条附录注释,边码7~8。

⑯ Vgl. Larenz, Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, 2004, S. 529, Rn. 72.

⑰ Vgl. BGH NJW 1995, 1281.

⑱ 同前注⑩,Staub、Canaris书,第362条附录注释,边码10。

⑲ 同前注③,MünchKomm、Welter书,第362条注释,边码2。学者谓之法定的沉默,参见前注①,朱广新书,第95页。

称为具有表示效力的沉默(Schweigen mit Erklärungswirkung)。^② 在拟制意思表示的情形,沉默的表示价值既不是由当事人的约定产生,也不是通过解释产生,而是基于法律规范本身,也就是不由当事人的意思决定,因此不要求沉默人具有表示意识。如此,针对拟制表示的内容,沉默人亦不能够以自己沉默的意义发生错误认识而撤销,或者以自己未打算作出此种内容的表示而撤销。^③

在德国法上,下述情形中的沉默被赋予规范化同意的意义:在承担附抵押债务的情形,自收到通知之时起已经经过6个月的,在债权人未在此之前向出让人拒绝承认时,承认视为已经给予;在试验买卖的情形,标的物为试验或者检验的目的已经交付于买受人的,其沉默视为承认;在赠与的情形,受赠人未在此之前拒绝赠与的,在期间届满之后,赠与视为被接受;在使用租赁的情形,承租人在期间届满之后继续使用租赁物的,租赁关系延长至不确定时间,但以一方合同当事人不在两周的时间之内,向另外一方当事人表示自己相反的意思为限;在雇用合同的情形,在雇用关系期间届满后,由受雇人在另一方当事人知情的情况下继续的,在另一方当事人没有不延迟地提出异议时,雇用关系视为不确定期限地延长等。^④ 在德国法上,下述情形中的沉默被赋予规范化拒绝的意义:在未成年人未经允许而订约的情形,承认仅可在收到催告后两周结束之前作出,不表示承认的,承认视为被拒绝;在无权代理人订约的情形,承认仅可在收到催告后两周结束之前表示,不表示承认的,承认视为被拒绝;在债务承担的情形,不表示承认的,承认视为被拒绝等。^⑤

在我国法上,《民法通则司法解释》第66条规定,不作为的默示只有在法律有规定或者当事人有约定的情况下,才可以被视为意思表示。此项规定旨在表明,法律的制定者可以通过相应的立法规制赋予沉默以一定的法律意义,从而使其获得意思表示的品性。此种通过立法者的立法行为所获得的意思表示,即为拟制的意思表示。在中国法上,下述情形中的沉默被赋予规范化同意的意义:在试用买卖的情形,试用期间届满的,买受人对是否购买标的物未作出表示的,视为购买;在租赁合同的情形,租赁期间届满,承租人继续使用租赁物,出租人未提出异议的,租赁合同继续发生效力,而且是以不确定期限的方式发生效力等。^⑥ 在中国法上,下述情形中的沉默被赋予规范化拒绝的意义:在限制行为能力人订立合同的情形,法定代理人未在催告期间之内作出表示的,视为拒绝追认;在无权代理人订立合同的情形,被代理人未在催告期间之内作出表示的,视为拒绝承认等。^⑦ 在民事代理的情形,如本人知道他人以本人名义实施民事行为而不做否认表示,则视为同意;^⑧ 这里的沉默同样被赋予规范化同意的意义。^⑨

对于拟制的意思表示,原则上不能够直接适用关于意思表示和法律行为的规定,特别是不能够直接适用关于意思瑕疵的规定,这是因为拟制的意思表示之作为意思表示,非为真正的意思表示,仅为法律推定的意思表示。如此,因错误而撤销的法律制度,也就是表示人可以从归责于自己的法律效果之中摆脱出来,进而将自己的责任限定于赔偿受领人信赖利益的制度,只是保持在法律行为的领域之内,也就是排除沉默人的撤销权。由于沉默的法律效果系出自于法律,也就是直接由法律规定,故不存在解释的问题。但另一方面,指向无行为能力人和未成年人的保护规范,应当具有适用的余地,至少应当具有类推适用的余地。^⑩

② 同前注⑬, Larenz、Wolf 书,第530页,边码77。

③ 同前注⑦, MünchKomm、Busche 书,第147条注释,边码8。

④ 参见《德国民法典》第416条第1款第2句、第455条第2句、第516条第2款第2句、第545条和第625条。

⑤ 参见《德国民法典》第108条第2款第2句、第177条第2款第2句和第415条第2款第2句。

⑥ 参见《中华人民共和国合同法》第171条、第236条。

⑦ 参见《中华人民共和国合同法》第47条第2款、第48条第2款。

⑧ 参见《中华人民共和国民法通则》第66条第1款第3句。

⑨ 相同立场,参见前注①,朱广新书,第95~96页。

⑩ 同前注⑬, Larenz、Wolf 书,第531页,边码80。

三、沉默与法律表象责任

作为积极信赖保护的一个特殊形态,法律表象责任(Rechtsscheinhaftung)^{②⑨}将信赖者置于仿佛其所认定的法律情况真实存在的境地。由此决定法律表象责任具有下述特征性标志,即将法律表象作为责任的构成要件,而将法律表象与法律实际同等化,也就是将法律表象等同于法律实际作为责任的法律效果。这进一步决定了法律表象责任在信赖法上的责任后果为履行责任,而不是损害赔偿责任。^{③⑩}在满足一定条件的情况下,应当考虑以法律表象责任取代单纯的损害赔偿责任,因为法律表象责任一方面可以保障法律安全,另一方面则可以显示极大的可操作性。

(一)沉默:通过有意创设法律表象所产生的法律表象责任

因沉默而构成有意创设法律表象责任的经典示例为容忍代理权(Duldungsvollmacht)。按照德国高院的裁判立场,容忍代理权是指被代理人对自己所知悉的代理人行为予以容忍,而行为相对人依诚实信用原则并且考虑交易习惯,可以将此项容忍诠释为代理人已经从被代理人那里获得为其实施行为的代理权。^{④⑪}典型的情形如下:代理人知道自己完全没有代理权,而被代理人在内部关系上,对代理人无权订立的法律行为作出承认,至少是不加任何责难地予以实施。由此产生下述印象,即代理人拥有其所声称的代理权。^{⑤⑫}按照法律表象责任原则,沉默人(被代理人)在这里有意地、知情地创设了自己向代理人授权的表象,因此应当承担履行责任。在我国民法上,容忍代理权作为拟制的意思表示,也就是作为规范化的沉默而得到了规制:^{⑥⑬}如被代理人知道他人以自己的名义实施民事行为而不做否认表示,则视为同意,以此赋予沉默以规范化同意的意义。如此,被代理人有意地创设法律表象,将引起信赖法上的法律表象责任,具体就是履行的责任。^{⑦⑭}

有学者将容忍代理权认定为法律行为,也就是将容忍代理权视为依法律行为授予的代理权,因此应当将其归置到法律行为学说之内,理由是欠缺授权意思,就像欠缺表示意识一样,不妨碍将容忍代理权评价为推断性的意思表示。^{⑧⑮}此项认识的不妥适性在于,这里并不具备意思表示的客观构成:既不存在对代理人的内部授权,也不存在外部授权。因为被代理人对第三人的沉默,根本不具有外部授权的表示价值,而仅为一种彰显,一种对事实上并不存在的内部授权的彰显,仅此而已。法律行为的意旨在于促成一定的法律效果,也就是意图使一定的法律效果发生效力,就此而论,其具有创设性的品质,绝非彰显性的特征所能够比拟。^{⑨⑯}

(二)沉默:通过交易类型化行为所产生的法律表象责任

然而必须认识到,单纯地借助于有意创设法律表象所产生的法律表象责任这一范畴,尚不能够应对全部的具有履行效力的沉默情形,特别是不能够应对商法上的一些将沉默视为具有同意意义的典型情形。这是因为当事人无意识产生的沉默,同样可以引发履行的责任。商法上的对事务处理要约的沉默,

^{②⑨} 我国民法学者著述基本上都将法律表象责任称为权利外观责任,也就是将法律表象称为权利外观,从而将看待事物的纯粹客观事实视角转变为以权利为取向的看待视角。此项做法限制了法律表象概念既存的实质性内涵,失于狭窄,在不同的现象之间乃至在不同的制度之间,将会产生评价上的不足,并且可能进一步演变成为评价上的矛盾。事实上,权利作为法律表象(权利外观),只是各种法律表象中的一个可能形态,而不构成概括性的形态。代理权的法律表象、合伙的法律表象、合伙人的法律表象、公司的法律表象、股东的法律表象、商人的法律表象、非商人的法律表象、数个权利主体具有同一身份的法律表象、原法律状况继续存在的法律表象、承诺要约的表象,特别是作为合同责任与侵权责任之间第三轨迹而存在的、被赞誉是现代“法学发现”的法律表象责任等,都不是以权利为看待视角,而是以客观表象为看待视角。

^{③⑩} Vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 7.

^{④⑪} Vgl. BGH LM Nr. 4.

^{⑤⑫} 同前注⑩, Staub, Canaris 书, 第 362 条附录注释, 边码 19.

^{⑥⑬} 参见《中华人民共和国民法通则》第 66 条第 1 款第 3 句。

^{⑦⑭} 关于容忍代理权在我国民法上的规制认定, 参见朱广新:《信赖保护原则及其在民法中的构造》, 中国人民大学出版社 2013 年版, 第 200 页。

^{⑧⑮} 同前注⑫, Flume 书, 第 828 页以下。

^{⑨⑯} 同前注⑩, Staub, Canaris 书, 第 362 条附录注释, 边码 19.

以及对商事确认函的沉默,构成此方面的著例。

1. 对事务处理要约的沉默

依德国立法例,基于一个商人的营利事业而为他人处理事务,并且处理事务的要约由某人到达该商人,而该商人与此人具有交易关系的,该商人有义务及时地作出答复;否则,其沉默视为对要约作出的承诺;处理事务的要约由某人到达一个商人,并且该商人已经向此人请求处理事务的,亦为如此。^②这是一般性地赋予沉默以承诺表示的意义,也就是原则上将沉默评价为由推断性行为产生的意思表示。若在具体情况下非为如此,如沉默人欠缺必要的主观要件,则不成立法律行为,而只成立承诺要约的表象。尽管如此,法律仍然将沉默评价为承诺,实则就是将客观表象等同于法律真实。依妥当并且在当前为通说的观点,对事务处理要约沉默的责任,构成法律表象责任,亦即这里具备法律表象责任的法律构成。作出此项认定的正当化理由在于:一方面,商事往来具有更强的交易保护需要;另一方面,在商事往来中原则上可以期待商人知悉商业习惯,并且由此产生较高度度的信赖构成。^③

事实上,任何以法律行为学说为展开基点的解释尝试注定都不会成功,这是因为在对事务处理的沉默中,无论沉默人是否具有相应的意识,无论沉默人究竟是否知悉要约的到达,沉默都毫无例外地被评价为承诺,并且沉默人在对沉默的意义发生错误认识时,也不会被赋予撤销权。既然连私法自治的残余和断片都不是,如何还能成立法律行为?^④将对事务处理要约的沉默作为拟制意思表示的学说立场,也就是作为规范化沉默的学说立场,系认为商人的意思表示既非真实的意思表示,亦非表象性质的意思表示,而是由法律宣告为可以或缺的意思表示,^⑤同样不具有学理上的表示价值。认为商人因沉默而违背义务的学说立场,也不能够解释合同缘何发生效力的问题。这是因为按照现代民法和商法法理,沉默人因过失而违背义务的行为,原则上只能引起损害赔偿的责任,并且是赔偿消极利益,也就是将另一方当事人置于及时拒绝的境地之下,而绝不能够引起履行的责任。认为商人通过沉默而违背对己义务的思考,也就是违背较低强度或者较低效力之义务的思考,同样于解释无补,因为侵害对己义务原则上只是损及沉默人自己的法律地位,但不会因此设定新的义务,更不会设定新的履行义务,而在对事务处理要约作出沉默的情形,法律设置的是事务处理合同发生效力这样的法律效果。^⑥

在对事务处理要约作出沉默的情形下,法律表象责任不要求满足表示意识的条件。沉默人对沉默意义的错误认识,也就是所谓的推断性错误,虽然构成欠缺表示意识的情形,但此项错误既不会使事务处理合同不生效力,也不会引起撤销的后果。相反的立场,即认为事务处理合同因此不生效力以及可以撤销的立场,与规范意旨不相符合,并且将会使规范丧失其实质性的适用范围;沉默人将会摆脱履行义务,进而将自己的责任减缩至单纯的消极利益赔偿。这在结果上意味着法定的同意拟制将会因此而彻底落空。^⑦ 其他的意思瑕疵,如恶意欺诈或者不法胁迫,又或者沉默人在内容上对要约产生误解,同样应当受到考虑,也就是具有类推适用的余地,因为要约的受领人在作出明确承诺表示的情况下,可以享有撤销权,而在引起同样法律后果的沉默的情形,则不拥有此项权利,这是无法承受的评价矛盾。故此,只要意思瑕疵在明确作出承诺表示的情况下可以得到考虑,那么在沉默的情形下,其同样应当受到考虑。^⑧

在我国法上,针对事务处理要约沉默的问题,立法者未作出任何规定。设想一下银行与顾客之间的关系,以及保险公司与顾客之间的关系,特别是在银行和保险公司提出事务处理要约之后又对受要约人

^② 参见《德国商法典》第362条第1款。

^③ Vgl. Canaris, Handelsrecht, 24. Auflage, 2006, S. 354.

^④ 同前注^①, Staub/Canaris 书,第362条注释,边码1。

^⑤ 同前注^③, MünchKomm/Welter 书,第362条注释,边码15。

^⑥ Vgl. Oetker (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, 2011, § 362, Rn. 6.

^⑦ 同前注^①, Staub/Canaris 书,第362条注释,边码21。

^⑧ 同前注^③, Canaris 书,第355页,边码6。

的承诺予以搁置的情形,也就是作出沉默的情形,就知道立法者的此项不作为关涉到社会生活的重大方面,由此构成重大的法律规制漏洞。考虑到银行和保险领域的法律安全,立法者应当对此作出规制。在规制尚未实现的情况下,至少应当在解释上作出此种认定,也就是作出事务处理合同得以成立的认定。当然,作出此项认定要求满足下述条件,即事务处理的要约必须指向订立合同,而所要订立的合同必须以事务处理为内容。此项法律思考不仅在银行法和保险法领域具有特殊的意义,而且在此之外,其同样适用于行纪领域中的行纪人、运输领域中的承运人和运输代理人、仓储领域中的仓储人以及信托领域中的受托人。这是因为在这些法律领域,作为典型的“职业图景”,同样存在对事务处理要约的沉默问题,其同样应当得到妥善的处理和解决。而另一方面,单纯的买受要约、单纯的出卖要约以及单纯的借贷要约,则不包括在此范围之内,也不能够通过类推适用将之涵摄到这一框架之下。这是因为如果所涉及的合同不是以事务处理为指向的合同,而是其他种类合同,那么从要约受领人的典型行为来看,其意欲订立合同的盖然率,也就是其沉默构成同意的几率,原则上并不在同一水平之上,而是要轻微得多。

2. 对商事确认函的沉默

开始是按照德意志帝国法院的裁判立场,后来是按照德国联邦最高法院的裁判立场,如商事确认函的受领人没有及时地对确认函提出异议,从而成立对商事确认函的沉默(Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben),那么确认者可以信赖,确认函中所关涉的合同依确认函的内容得以成立,而不考虑受领人是否具有相应的意识。易言之,如受领人不欲承受确认函的内容,则必须不迟延地作出否认;否则的话,合同依确认函的内容得以成立,并且对双方当事人均具有拘束力。借助于确认函所要达到的法律目的,在于对前期合同磋商的内容作出有拘束力的确定,以避免合同内容方面的不确定性和不清楚性,从而服务于法律往来中的信赖保护。^{④⑤}对确认函作出沉默,同样属于依交易类型化行为所产生的法律表象责任。故此,全部的法律行为性质的解释尝试,包括在法律上将对方当事人的沉默拟制为意思表示的做法,全部都不能够得到实现。至于认为对确认函的沉默具有拘束效力的原因在于实现交易保护的思考,与法律表象责任并不会形成矛盾,更加不会形成不可调和的矛盾,这是因为后者同样服务于交易保护的目;只有在信赖不值得受到保护时,特别是在受保护人不为善意时,才可能会逾越信赖责任的界限。^{④⑥}

与对事务处理要约作出沉默的情形一样,在对商事确认函作出沉默的情形,沉默人对沉默意义的错误认识,也就是沉默人在具体的情况之下,是否意识到自己的沉默所具有的意义,不予以考虑。否则,确认函的制度目的,即在不及及时答复的情况下创设合同成立的确定性,将会受到瓦解和破坏,以至于使沉默具有同意效力的规则,将会丧失其实质性的意义。故此,不准许确认函的受领人提出下述抗辩:自己认为沉默乃系拒绝之意,或者只是出于疏忽或者不知情而未作出回答,但绝非为了表示同意。本着确认函的这一目的,如沉默人在沉默作为承诺或者同意的意义上发生错误,则其不得因此项错误而行使撤销权,也就是排除撤销权。^{④⑦}至于其他的意思瑕疵,如内容上的错误、诈欺和胁迫,只要其在明确表示的情形可以得到考虑,那么就应当具有适用的余地,因为将沉默人置于恶劣于明确表示情形的境地,欠缺内在的理由,也就是无法正当化。^{④⑧}在确认者方面,要求其具有善意。此项要求旨在阻止确认者滥用商事确认函的法律原则。如确认者认为,合同事实上已经成立,并且是依确认函的内容告以成立,则其具备善意,系属应当受到保护之列;如其怀着受领人不会阅读的念头,意欲通过突然袭击促使受领人订约,或者违背自己的内心确信,声称已经订约,或者有意不正确地确认合同内容,又或者以显著的方式变更前

④④ 同前注④①, Oetker 书, 第 346 条注释, 边码 38。

④⑤ 同前注④②, Canaris 书, 第 356 页, 边码 9。

④⑥ 同前注④③, Larenz、Wolf 书, 第 582 页以下, 边码 40。

④⑦ 同前注④④, Canaris 书, 第 362 页, 边码 38。

期磋商的结果,则都为不应当受到保护,以至于此种信函不会作为商事确认函发生效力。^{④⑧}

商事确认函的原则虽然是作为商人之间的商事习惯所产生和形成的,但其适用范围已经扩展到商人范围之外。按照德国学者的通说,确认函的原则可以适用于任何的确认者和受领人,只要其为商人,或者以与商人相类似的方式参加商事往来,以至于可以期待其遵守商事习惯,并且拥有类似于商人的营业组织机构即可。如此,确认函的发出人和受领人原则上也可以是小营利事业经营者,又或者是自由职业者,如建筑师、企业顾问、律师以及注册会计师等。^{④⑨}然而必须认识到,此项通说见解并不具有妥当性,因为至少在发出人资格方面,合适的做法是彻底抛弃以商人资格作为连结点的观念,^{⑤①}从而使那些非为商人的小营利事业经营者,都可以被纳入商事确认函的原则之下;而在确认者方面,则可以坚持通说立场,即可以将商事确认函的原则适用于商人和以与商人相类似的方式参加商事往来的人。在我国法上,有学者认为,作为合同确认书的商事确认函不应当只适用于商人。^{⑤②}此项见解适用于确认者一方当事人,不存在任何问题;但适用于受领人一方当事人,而且是不加任何限制地适用,并不具有妥当性,因为此举将使作为受领人的一方当事人受到过多的法律拘束,从而超限度地妨碍合同自由和私法自治,即在受领人为私人的情形,不可能期待私人知悉所适用的商事习惯,因此也不可能期待其遵守商事习惯,更加不可能期待其拥有相应的营业组织。

在所涉及的合同方面,商事确认函原则上应当限定于以口头、电话或者电报方式订立的合同,而不应当适用于以书面方式订立的合同,因为在后者情形,不存在对合同的成立和内容作出确认的需要。只是在具体的情况之下,以对合同的确切内容存在不清楚和不明了之处为限,作为例外,当事人仍然可以发出确认函。比如,在大规模书信往来的情形,也就是在双方当事人均采取书面方式作出合同意思表示的情形,若一方当事人意欲对所订立合同的内容作出汇总,那么同样会存在不清楚之处,而为获得清楚的内容,合同当事人必须对所作出的汇总进行确认。又如,若当事人使用含义不清楚的表达,那么为使表达的意思清楚化所拟就的信函,同样需要当事人作出确认。有学者认为确认书的适用不止于口头合同,而应当一般性地适用于以书面方式订立的合同的见解,并不具有妥当性,其已经突破了确认函的制度功能。^{⑤③}

在我国法上,有重要学者认为,一方面,确认书通常只是适用于合同当事人达成的初步协议,因为采取书面方式订立的合同,不可能再行确认;另一方面,在初步协议的框架下,确认书本身具有“形成效力”:其不仅表现为对既有初步协议的确认,而且同时表现为对既有初步协议的变更;如对方当事人没有对变更表示异议,则变更的条款构成合同的组成部分。^{⑤④}此项见解并不合适,其不妥适性在于,当事人达成初步协议意味着当事人尚没有就合同问题成立全面的合意,也就是尚未最终地成立合同,因此将受领人的沉默视为同意,将会违背初步协议的制度意义。^{⑤⑤}事实上,纵使将此项法律思考挪移到法制环境较为宽松的商事领域,作出此项认定仍然具有超越限度之虞。确认书之所以被赋予如此强度的创设效力,是因为在法律和经济往来中确实存在这方面的认定需要,即借助于确认函来澄清当事人之间存在

^{④⑧} 除此之外,交叉确认函(sich kreuzende Bestätigungsschreiben)同样可以构成确认函的效力界限,从而减损确认函对沉默性同意的推定效力,也就是推翻对沉默性同意的推定。这是指下述情形:发送人在发出自己确认函的时间前后,从受领人那里收到一份内容不同的确认函;在此情形,发出人对受领人确认函中所包含的同意的信赖,原则上无法得到正当化,因此无需否认,就好像一方的确认函可以发挥对另外一方确认函的否认效力一样。但在特定情形之下,特别是在双方确认函的差异只是涉及从属性的合同内容之时,并且从总体情况考察,双方当事人具有受拘束的意思,则发出人的信赖应当受到保护,以至于在内容相一致的程度之内,合同得以成立;在此,意欲阻止此项法律后果的一方当事人,必须作出否认。

^{④⑨} Vgl. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Band 2, 2. Auflage, 2009, § 346, Rn. 76.

^{⑤①} 同前注^{④⑧}, Canaris 书,第 364 页,边码 45。

^{⑤②} 此项立场,参见前注^{④⑧},李永军书,第 58 页。

^{⑤③} 此项立场,同上注,第 57 页。

^{⑤④} 此项立场,参见前注^{④⑧},王利明书,第 270 页、第 272 页。

^{⑤⑤} 相同立场,参见前注^{④⑧},朱广新书,第 96 页。

的并非完全确定的法律状况,以此保障法律的运行安全。合同当事人之间的磋商状态越是成熟,越是完善,也就越是接近于订约,这样的法律认定就越是具有价值,就越是应当予以肯定。妥适性的做法应在于,将确认函的适用范围限定于确认者认为合同已经成立的情形,以及确认者误认为合同已经成立的情形。在前者情况下,如确认者的确认与当事人的约定相符合,则为彰显性确认,合同以确认书的内容为内容,也就是以当初磋商的内容为内容;如确认与约定不符,也就是在一些内容上背离了当初的约定,则以确认书的内容为合同内容,也就是不再以约定的内容为内容,此为创设性确认。当然,在确认函与约定不相符合的情形,要求确认函不得过分地远离当初的约定,以至于在理性的情况下,确认人自己都不会期待确认函能够得到受领人的承认,也就是不能够出现实质性的背离。^⑤ 在后者情况下,也就是在确认者误认为合同已经成立的情形,如当事人之间尚不具备订约构成,也就是成立隐存的不合意,又或者代理权存在瑕疵,则确认者的确认始终具有创设性的法律效力。如此,确认函的意旨不仅在于确定合同的成立,而且同样在于确定合同的内容,又或者以确定合同内容的形式来确定合同的成立。有学者单方面地强调确认函的合同内容功能,并不合适。^⑥

在沉默依商事习惯具有同意意义的其他情形,也就是在与商事确认函具有平行性的制度之下,适用与商事确认函同样的规则。这方面的典型示例为:意图订约的双方当事人对商事居间人订约凭单的沉默,原则上引起订约,也就是产生订约的法律效力,而且是以凭单的内容为合同内容;要约人对承诺无拘束力要约的沉默,同样产生订约的法律效力;要约人对迟到承诺要约作出的沉默,只要不存在可以期待要约人更改决定的情势,并且所经过的时间长度并不能够引起要约意旨的变更,结论亦应当如此。^⑦ 在所有这些情况之下,均成立履行的责任,而不成立损害赔偿的责任。

四、结语

在当事人之间的法律往来中,在对沉默作出法律评价时,特别是在对沉默作出同意或者接受的法律评价时,以及在扩展适用沉默作为同意或者接受的原则时,应当采取十分谨慎的态度。这是因为一旦作出评价,就会引致沉默人的相应责任问题;至于是成立损害赔偿的责任,还是成立履行责任,则是另外一个层面的问题了。虽然在商事往来中,为满足方便和快捷的需要,也就是为迅速和尽可能不复杂地澄清当事人之间的法律关系,可以在一定程度上放松对这一原则的要求,然而在基本价值取向上,仍然需要采取十分慎重的态度。否则,将会滋生下述危险,即在沉默方面人为地倒置规则与例外之间的关系,也就是将二者之间所呈现的关系倒向相反的方面,以至于得出下述并非所希望的、当然也是不妥适的结论,即将沉默人的沉默原则上视为同意,而不再是原则上将其视为不作出表示。再者应当注意,即使在当事人之间存在交易习惯,具体情况之下的情势仍然可能会剥夺沉默所具有的可推断性特征,从而在某种程度上推翻通过交易习惯所产生的、关于沉默意义的推定。^⑧

(责任编辑:洪 玉)

^⑤ 相同立场,参见前注①,李永军书,第58页。

^⑥ 此项立场,同上注。

^⑦ 同前注⑩,Staub,Canaris书,第362条附录注释,边码22。

^⑧ 同上注,边码25。