■专 论 文章编号:1001-2397(2022)03-0019-16

古玩交易中意思表示瑕疵的认定与适用

曹 伟

(西南政法大学 民商法学院,重庆 401120)

摘 要:合同双方无约定或约定不明时,如何通过查明当事人表示行为来确定其意思,关键在于对双方的意思表示如何解释。存在意思表示瑕疵的交易,因其可能被撤销而更值得关注。古玩交易这个特定的场域,恰为全面探讨意思表示瑕疵提供了一个极为典型的场景。根据古玩交易不保真的行业惯例和购买人实物查看的传统,一旦购买则不能认定购买人意思表示有瑕疵,更不能以此否定合同效力。在双方当事人未明确买卖标的时,不存在意思表示瑕疵,也不存在意思表示不自由与不一致的问题。古玩交易因其独特的交易习惯而具有较大的特殊性,若当事人未对交易的"古玩"加以明确,则按照无约定或约定不明处理,适用交易习惯而认定不构成意思表示瑕疵,相应的合同有效。如果当事人对"古玩"有明示的意思表示,则可视情况认定为欺诈或重大误解。欺诈与重大误解不属于竞合关系,应当特定化其制度内容,将因欺诈导致的错误排除在重大误解制度之外。"古玩"交易中一般情况下并无显失公平制度的适用余地。

关键词:意思表示瑕疵;古玩;文物;欺诈;重大误解;显失公平

中图分类号:DF529 **文献标志码**:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2022.03.02 **开放科学(资源服务)标识码(OSID)**:

合同双方无约定或约定不明时,如何查明当事人表示行为来确定其意思,关键在于对双方的意思表示如何解释。而意思表示解释,是通过解释确定意思表示的内容。[①]意思表示解释的目的,在于查明当事人表示行为的意思。因此,解释的对象只能是表示,即某种有效表示意义的行为。[②]要想真正厘清问题,关键还是在于通过买卖双方的行为来推定其真实的意思。因此,从民法理论而言,问题的实质乃意思表示如何解释,即应当采取何种意思表示理论对当事人的意思予以明确。在古玩行业,购买人以其意思表示存在瑕疵为由请求人民法院撤销交易的情况不在少数,而各地人民法院对此的裁判存在差异。这便为在古玩交易这个特定的领域探讨意思表示瑕疵提供了一个极为典型

收稿日期:2022-01-16

基金项目:本文系教育部重大攻关项目《民法典民族性表达与制度供给研究》(21JZD033)的阶段性成果

作者简介:曹伟(1976),男,重庆江津人,西南政法大学民商法学院(知识产权研究院)副教授,法学博士。

① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社 2017 年版,第 195 页。

② [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 234-236 页。

的场景。

在众多古玩交易的争讼案例中,由于交易当事人不具备专业的鉴别知识,交易标的事与“物”违者多,“打眼”现象较为常见。尽管偶有“捡漏”,但相较于“打眼”的极大概率,前者可谓稀罕。如若细究案例,我们还会发现因“打眼”引发纠纷者众,“捡漏”则几无一例。在“打眼”引发的众多案件里,古玩交易可否适用文物交易的规则而否认其效力,可否像对待普通商品一样对待古玩交易,以及是否构成、构成何种意思表示瑕疵,已成为古玩交易中的核心法律问题。本文正是基于此而展开。

一、“古玩”交易与“文物”交易的区分

在我们通常的观念里,“古玩”与“文物”似乎为一个可通约的词汇,无甚区别。如果真相如此,“古玩”交易将成为一种“文物”交易,其市场化行为将大受限制。“古玩”交易市场的如火如荼表明,“古玩”交易并非严格受到限制甚至被禁止的行业。其盛行反映了它是一种正常且合法的市场交易。由此,我们有必要区分清楚“古玩”与“文物”,为“古玩”交易寻找合法化空间。

在目前搜集到的众多古玩交易案例中,有部分案例涉及古玩与文物的区分认定。在“朱光玉与黄开祥买卖合同纠纷案”里,当事人认为买卖古玩即买卖文物,该买卖因违反《文物保护法》规定而无效。① 在“付英格与吕风雷民间借贷纠纷案”里,一审人民法院未支持当事人有关欺诈的主张,迳行判决古玩为文物而否定合同效力。② 这说明,古玩交易与文物交易的区分是古玩交易中需要认定的前提性事项。

(一)“文物”概念的来源及其特殊保护

古玩交易与文物交易的区分,实为古玩与文物概念的区分。根据考证,“文物”一词虽应用较早,但古义与今义相差甚远。据研究,最早在东周时期,“文物”二字即已连用。《左传·桓公二年》有载:“文物以纪之,声明以发之。”③这一含义自先秦至明清,历用不绝。不过,文物的这一意义仅指以华夏族为主体的传统礼乐文明和相应的典章制度,与今日的“文物”基本无关。④ 真正与今日文物的含义相关者,在古代并未采用文物这一表达方式。

按照考古学与博物馆学的研究,我国古代对历史遗存物最初并无统一的抽象名称,一般以具体的类属加以命名。如青铜器名为“彝器”,青铜器与石质为主的碑志称为“金石”。近似于“文物”的集合名词出现较晚,南朝唐宋以来主要有“古器物”“古物”“骨董”“古玩”等几种表达方式。其中“古器物”于宋明两代使用频繁,指不包括书画在内的可移动文物。“古物”与“古器”一般与“古器物”相同,但也可能涉及一些不可移动的文物。至于“骨董”“古玩”和“古董”这几种表达,虽有与文物交叉的部分,但也包含文物之外的含义。⑤ 清末民国时期,“古迹”“古物”是表达如今文物的法定概念。1908 年,清政府制定了《保存古迹推广办法》。此时,清政府采用“古迹”一词作为专业法律

① 北京市西城区人民法院(2015)西民(商)初字第 22902 号、北京市第二中级人民法院(2016)京 02 民终 8993 号《民事判决书》。

② 河南省周口市沈丘县人民法院(2016)豫 1624 民初 3137 号《民事判决书》。

③ 《春秋左传正义》卷五,中华书局 1980 年版,第 1743 页。

④ 刘毅:《“文物”的变迁》,载《东南文化》2016 年第 1 期,第 6-14 页。

⑤ 刘毅:《“文物”的变迁》,载《东南文化》2016 年第 1 期,第 6-14 页。

术语表达文物的意涵。1916 年,北洋政府颁布的《保存古物暂行办法》则以“古物”取代“古迹”作为法律规定的专业用语。1930 年,中华民国行政院公布《古物保存法》,其第 1 条规定:“本法所称古物,指与考古学、古生物学及其他文化有关之一切古物而言”。① 自此,“古物”或“古迹”与文化发生了关联,成为了文化的一种表现形式,为“文物”概念的出现和法定化打下了基础。陕甘宁边区政府及解放区政府在同一时期也在政府训令或法规中开始采用“文物”一词。1948 年,东北文物管理委员会成立后,颁布了《东北解放区文物古迹保管办法》等。1949 年新中国成立以后,“文物”概念成为了新中国的法律专业用语,“古物”“古迹”概念甚少在法律中提到。②

根据《文物保护法》第 2 条规定,具有历史、艺术、科学价值的古物古迹以及近代现代重要史迹、实物、代表性建筑和历史上各时代珍贵的艺术品、工艺美术品、手稿、图书资料等皆属文物。由此可见,文物不但范围宽广且价值重大。有如学者定义:“文物……集中体现了一个民族一个国家政治、经济、文化和社会发展的历程,是历史发展的见证。”③因此,我国法律对此领域实行了严格的保护。《文物保护法》第 5 条明确规定了部分文物的国家专属性,且在第 24 条和第 25 条规定了不得流通的标的与主体。④ 为了规范民间收藏主体的藏品流通,《文物保护法》第 50 条和第 51 条进行了规定。除非构成第 50 条的五种情形之一,否则不能通过交易或者赠与等方式取得文物。一旦违反,不但当事人之间的交易行为可能将因违反法律、行政法规的强制性规定而无效⑤,而且相关人员还极有可能触犯刑法,构成犯罪。⑥

(二)“古玩”概念的界定与“古玩”交易的法律识别

如果“古玩”与“文物”概念同一,“古玩”交易将由“文物”交易所吸收,坊间将难以存在不同于文物流通的古玩交易,如 1953 年财政经济委员会颁布的《私营企业统一分类规定》里将“古玩业”改称为“文物业”一样。不过,“古玩”交易的普遍存在,似乎表明事情远非如此简单。为此,我们有必要对“古玩”与“文物”稍作界分。

尽管如今已将“古董”与“古玩”视为等同,但在历史进程中,二者并非一开始即无区分。“古董”早期名为“骨董”,两宋时期常用来指称杂类器物,与古物无关。南宋时杭州等地常把售卖“七宝”的商店称为“骨董行”,特指贩售金、银、琉璃、珍珠、琥珀、玉器等物品的商铺。此时的“骨董”所指仅为经济价值高的物品,并不特别指向古物。从明代中后期到清初,“骨董”含义慢慢扩大,逐渐被用来表达多种文物,通常也写作“古董”。例如,著名书画家兼收藏家董其昌就把杂器与古物糅合一处。自此“骨董”的核心含义已然发生了转变,主要指向古代遗存物。清代以来,“骨董”的本义逐渐为人所遗忘;又由于同音通假,“骨董”与“古董”遂成一个词语,不再加以区分。“古玩”一词早在

① 李晓东:《民国时期的“古迹”“古物”与“文物”概念述评》,载《中国文物科学研究》2008 年第 1 期,第 54-56 页。

② 郑子良:《“古物”概念之辨析》,载《中国文物科学研究》2015 年第 2 期,第 33-37 页。

③ 李晓东:《文物保护理论与实务》,故宫出版社 2012 年版,第 25 页。

④ 由于本文引用法条较多,如果一一加以注释,将会导致篇幅失衡,鉴于法条的易获得性,除特别关键法条外,本文不加以引用。

⑤ 尽管如此,国家在管制文物方面也有松动迹象。1982 年的《文物保护法》第 24 条规定,私人收藏的文物只能由文化部门指定的单位收购。此时,文物属于典型的限制流通物。1997 年国务院《关于加强和改善文物工作的通知》第 4 条规定,文物拍卖应在一定范围内定向拍卖。由于定向拍卖不能真实反映文物的市场价值,所以 2003 年的《文物拍卖管理暂行规定》第 16 条不再要求定向拍卖,而只是规定国家对拍卖的文物享有优先购买权。《文物保护法》通过第 58 条再次确认了这一格局。参见赵勇:《国家文物优先购买权的历史演进》,载《中国拍卖》2009 年第 7 期,第 25 页。

⑥ 可以参考《中华人民共和国刑法》第 325 条“非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪”、第 326 条“倒卖文物罪”与第 327 条“非法出售、私赠文物藏品罪”。

元代即已出现,指古代“珍玩”“玩器”等物,与“古董”内涵外延相近。明末清初开始,“古玩”的使用日趋普遍,至民国年间,该词已较为盛行。可见,“古董”和“古玩”通常指古代器物,且这些古代器物不包括古代建筑,也不包含书画等文物。① 因此有学者言,“古玩”不是一个历史时期古代文化遗存的总的概念,而是一个低档位的类别概念。② 有学者更加细化了对这个“低档位”概念的研究。根据学者们的研究,自清代乾隆以来,“古玩”一词的使用频率已经超越“古董(骨董)”,尽管两者大致相同,但也有两方面差异。“古玩”主要用于古物流通和商贸领域,“古董(骨董)”则主要用于文人雅士之间开展交流的场域。另外,两者含义似乎也不尽相同。在具体应用场合,“古玩”有时包含了“古物”和“文玩”两部分内容,而文玩则不必都限于古代或前朝,当代之精品也可以囊括其中。③ 可见,“古玩”“古董”与“文物”既存在交叉,也有所不同。就其包含的古代器物而言,“古玩”“古董”与“文物”可能内涵同一,但从其可能包括的当代艺术品而论,两者又相互独立。即使在其交叉部分,进入商贸领域的“古玩”“古董”也不一定是不得流通的文物,而可能只是属于低等级文物,国家并不禁止其流通。

由于“古玩”与“文物”之间的复杂关系,如何在司法实务中认定当事人所交易的标的性质,实为关键。从审判实践来看,只要该交易标的未被识别为不能流通的文物,人民法院通常不会主动要求当事人进行鉴定,更不会依职权将其认定为禁止流通之文物而否定交易的效力。在“付英格与吕风雷民间借贷纠纷案”中,虽然一审人民法院在未经鉴定的情况下直接认定涉案物品为文物,进而否定交易合同的效力;但二审人民法院以“本案涉案标的物未经鉴定,无法确定是否为国家禁止买卖的文物,本案买卖合同是否无效无法确定”为由撤销了一审判决。④ 易言之,根据法无禁止则可为的基本法理,只要未被确定为不得流通的文物,一切以“古玩”为名的交易都会得到人民法院的支持。

二、无明确约定下的意思表示瑕疵认定

“古玩”含义的不确定性,给古玩交易带来了严重的隐患。古玩交易双方的逐利动机,使得他们都想利用“捡漏”或“打眼”来获取不确定的利益。如果当事人并未具体、明确约定交易标的,一旦经过鉴定发现所买(卖)非其物,购买人(查阅的案例中鲜有出售人)可能向人民法院提起诉讼,认为自己意思表示有瑕疵而请求人民法院撤销该交易。不同人民法院的裁判结果也不尽相同。

在“梁燕容等诉李凤等买卖合同纠纷案”⑤、“梁燕容、黄健国买卖合同纠纷案”⑥中,人民法院通过买卖双方的行为来推定交易标的为购买人事后所主张的古董。在“朱金林与陈金有买卖合同纠纷案”⑦、“吴旭与贾建艇买卖合同纠纷案”⑧中,人民法院则通过买卖行为认定交易不存在意思表示

① 关于相关历史考证和专业化的讨论,参见刘毅:《“文物”的变迁》,载《东南文化》2016 年第 1 期,第 6-14 页。
② 李晓东:《民国时期的“古迹”“古物”与“文物”概念述评》,载《中国文物科学研究》2008 年第 1 期,第 54-56 页。
③ 乔梁、王乐乐:《相关指代“文物”概念词汇的出现与变化试析》,载《文物春秋》2011 年第 2 期。
④ 河南省周口市中级人民法院(2017)豫 16 民终 384 号《民事裁定书》。
⑤ 广东省佛山市中级人民法院(2017)粤 06 民终 9158 号《民事判决书》。
⑥ 广东省高级人民法院(2018)粤民申 3512 号《民事裁定书》。
⑦ 浙江省湖州市中级人民法院(2015)浙湖商终字第 452 号《民事判决书》。
⑧ 四川省岳池县人民法院(2019)川 1621 民初 2042 号《民事判决书》。

瑕疵,否定了购买人事后主张的意思。在“付英格与吕风雷民间借贷纠纷案”①中,一审人民法院直接从交易价格入手推定交易标的为购买人所想要购买的古董,按照其购买意思认定存在意思表示瑕疵。在“广州东方博物馆与西安市莲湖区大唐西市渊默堂工艺品店等买卖合同纠纷案”②中,人民法院则作出了相反判决,认定不能从价格本身来推定当事人交易的真实意思。可见,在交易对象未具体确定时,当事人尤其是购买人会根据自己的交易环境与行为来推定有利于自己的意思,进而根据真实意思与表示意思之间的不同来认定自己的意思表示存有瑕疵,从而寻求法律救济。一般而言,“打眼”的买受人从自己最大利益出发,在没有明确意思表示的情况下,理所当然地认定自己购买的必然只能是真正的古董,否则就不符合其购买的初衷和动机。如果购买价格较高,则似更能给买受人提供证据,用以证明其高价购买的必定是其期待的真品古董,绝非现代仿制之工艺品。当然,出售者也会提供与之相反的一套说辞,即既然买受人未能明确其意思,则其自然无法知道其真实意思之所在。况且,出售人自己也不一定知道所售物品是否为真正的古董,一旦被买受人“捡漏”,出售人也只能自行承担损失,并无请求返还的道理。如此说理,实为居中裁判的人民法院提供了一道难题。

(一)意思表示解释与合同解释

如何通过表示查找当事人的意思,存在三种不同的理论:意思主义、表示主义和折中主义。意思主义即指意思表示解释的目的在于探究表意人的内在意思。该理论以法律行为效力根源于当事人内心真意为基准,认为行为之所以能够发生法律效力,全在于当事人法律效力的预期意思,因此,要想确定当事人对外法律关系中有约束力的意思,就需要追根溯源探究当事人内在的真实意思。表示主义乃谓意思表示解释与表意人的内在意思无关,以相对人所理解的意义为准。表示主义关注行为的外观,即认为当事人的真实意思不可为当事人以外的其他人所知,因而亦不可能为对方当事人知晓。相对人只可能知道当事人所表达出来的意思,其内在的意思则超出了相对人所了解的范围。若强行赋予相对人了解其真实意思的义务,则未免强人所难。据此,从保护表意相对人的视角出发,以相对人所能判断的行为意思为准实为最佳选择。折中说也称“信赖说”,是指表示行为的意思既不以表意人的真实意思也不以相对人的主观理解为准,而是以一般理性人处于相对人地位时出于善意所理解的意思。③ 折中说希望兼取意思主义和表示主义的优势,并同时避免该两种理论的缺陷,摆脱无论意思主义还是表示主义具有的主观化理解可能,因为意思主义强调表意人的主观理解,而表示主义着重关注相对人的主观理解。为了达到客观化理解之目的,折中说创造了“一般理性人”这样一个客观的角色,希望借助这一角色来客观地理解当事人的真实意思。其实,这三种学说都忽略了一个基本前提:法律行为的分类。对于单方法律行为而言,由于无需考虑相对人需受领的意思表示,宜偏向意思主义寻求表意人的真实意思。但对于双方法律行为而言,意思表示一致是双方法律行为成立的前提,因而须考虑相对人的受领意思表示。此时,再按照意思主义认定表意人行为的意义,将很难解释出双方当事人合意的达成。为此,学界基本上形成了偏向主观主义或客

① 河南省周口市沈丘县人民法院(2016)豫1624民初3137号《民事判决书》。
② 陕西省西安市中级人民法院(2017)陕01民终10342号《民事判决书》。
③ 张俊浩:《民法学原理》,中国政法大学出版社2000年版,第261-262页。

观主义的修正二元论。[①]

我国意思表示解释立法的发展也经历了上述变化。原《合同法》第 125 条第 1 款规定[②],合同解释目的在于根据各种情况“确定该条款的真实意思”。该规范所用词句表明,合同解释的目的在于确定“真实意思”,有意思主义的实质印记。因为,既然要去确定当事人的真实意思,自然需要借助一切手段将表意人真正的意思解释出来,以期反映表意人当时表达的真实含义。其隐含的意义就是认定条款的约束力源于当事人的内在意思,这具有明显的意思主义特点。《民法典》颁布后,意思表示解释理论发生了根本性变化。《民法典》第 466 条第 1 款规定,合同解释适用民法总则编的意思表示解释理论。根据《民法典》第 142 条,有相对人的意思表示解释,其目的在“确定意思表示的含义”,无相对人的意思表示才为“确定行为人的真实意思”。这表明,我国《民法典》在意思表示解释上是分类进行的。对于有相对人的意思表示,既要考虑表意人的意思,也要考虑相对人的理解,因此不能仅按照任何一方的真实意思予以确认,而是需要根据各种可能的证据来确定其客观的含义,也就是法条所表达的“确定意思表示的含义”。对于无相对人的意思表示,因为不必考虑相对人的理解,当然可以全力以赴地追究表意人的真实意思所在,因此其意思表示解释理念为确定表意人的真实意思。可见,《民法典》对有相对人的意思表示采纳了折中主义,对无相对人的意思表示解释,则按意思主义进行。合同属于双方法律行为,系有相对人的意思表示;据此,合同解释已从“确定真实意思”转向“确定意思表示含义”,完成了意思主义向非意思主义的转变。

由上,意思表示解释理论实际上以区分法律行为的单方与双方为前提,作为双方法律行为解释的合同解释自然被包括于意思表示解释范畴。合同解释的对象为表现合同双方意思的合同条款。该合同条款不一定仅为明示条款,还可以包括默示与行为。[③] 合同解释的目的不在于探究当事人的真实意思,而在于寻求某种方法确定“意思表示含义”。该“含义”并非表意人的真实意思,而是一般理性人针对表意人所理解的意思。这种解释模式即规范解释,是从表示受领人的利益出发得出的规范性意思,无须与表意人真实意思一致。[④] 易言之,通过规范解释寻求的是一种合同规范意思,并非任何一方的真实意思,因而必然设置一个一般理性人标准。[⑤] 这种理性人的构建须兼顾表意人与受领人,整合双方的视域,在共同的视域中获取表示行为的含义。[⑥] 通过理性人中介,克服了表意人与受领人理解的主观性,使得双方对争议条款形成一种共同的理解,尽管其完全可能并非一方甚至双方的真实理解。这一规范解释模式,成了时下主流的意思表示解释理论。

规范主义解释模式,让我们有一个错觉,似乎理论和法律都采取了完全客观的解释模式。但事实上,如果表意人将自己的真实意思明确具体地表达于合同条款中,以至于任何一个理性相对人都会做出与表意人一致的理解,此时,规范解释与意思主义必然一致。真正有可能发生争议的,是表意人表意的合同条款并不确切,使得理性相对人无法得出与表意人一致的意思。此时,意思表示的

① [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 15-32 页。

② 《合同法》第 125 条第 1 款:当事人对合同条款的理解有争议的,应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则,确定该条款的真实意思。

③ 崔建远:《合同解释的对象及其确定》,载《华东政法大学学报》2018 年第 5 期,第 6-16 页。

④ [德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译,杨大可校,中国人民大学出版社 2012 年版,第 93 页。

⑤ 崔建远:《合同解释辨》,载《财经法学》2018 年第 4 期,第 66-77 页。

⑥ 叶金强:《合同解释理论的一元模式》,载《法制与社会发展》2013 年第 2 期,第 101-111 页。

含义才需要通过寻求理性人中介的解释。在具体操作上,有学者提出的“合同解释三原则”颇值借鉴,即确定合同条款的规范意思需要先后遵循“以合同文义为出发点,客观主义结合主观主义”“体系解释”和“参照习惯与惯例”三个原则。①

(二)未明确约定下古玩交易合同漏洞填补

在存在争议的古玩交易案例中,大多数为无明确约定的情形。这些情形又可以分为两类:其一为无明示约定的实物交易,前述“梁燕容等诉李凤等买卖合同纠纷案”与“朱金林与陈金有买卖合同纠纷案”即属此类;其二为虽有约定但约定并不具体确定。这类案件最多,在此仅列两例。在“徐文卿与吴金东买卖合同纠纷案”中,双方虽约定交易标的为“陈鸣元菊花壶”,但未明确为古物还是现代仿品。② 在“于海涛与丁光太买卖合同纠纷案”里,交易的是《玉堂富贵》,在出售人并无保真承诺下,双方就标的应为真迹还是可以为赝品展开争论。③ 针对这些并无明确约定的古玩交易,我们如何才能通过规范解释确定当事人意思表示的含义?

根据上述三原则,对于无约定或者约定不明的古玩交易表示行为,首先需要根据合同条款的文义等情况予以确定。然而,由于双方当事人各持一端,很多时候无法达成共识。如在“胡某某诉易某某买卖合同纠纷案”中,由于出具的欠条上写明所欠款项是购买“古玩”,因此购买人胡某某认为其真实意思表示是购买古玩而非仿古工艺品。不过,出售人易某某却不接受这个解释,他认为卖给胡某某的就是古玩工艺品而非古物。甚至检察机关认定应为古物,但人民法院却对此不予认可。④ 可见,按照文义无法达成一致理解,自然无法形成规范意思。之所以如此,系因合同文本中的文字并不具体明确。易言之,合同文本中的文字指向的东西不具有个体性,不能完全固定在某个特定事物之上,因而具有指向两个以上事物的可能性。如上述案例争议的文物,既可能指向古代价值不菲的古物,也可以指向现代仿古工艺品。由于这些都被坊间称为“文物”,在没有具体标明时,文物究竟何意并不明确。一旦发生争议,当事人皆会根据自己最大利益理解文物所指,必然产生交易标的本身的不明晰性。可见,合同文本词句本身的多义性,使得文义解释成为了良好的愿景,而这却往往并不具有现实性。为此,需要寻求文义之外的体系解释可能。

倘若根据体系解释,也只是要求合同的全部条款协调一致,即对合同文本、其他书面材料以及诸多其他行为整体考虑。⑤ 实践表明,体系解释的前提在于,当事人表示行为已然形成一个体系且体系内部不互相矛盾,从而能做出单一解释。也就是说,体系解释的前提是有一个体系。就司法实践而言,这个体系当然由诸多证据支撑而来的证据体系组成,如合同、补充协议或者其他书面证据诸如微信交流记录等。倘若只有一个合同而无其他佐证材料,自然也不可能形成一个体系。在具体证据体系中,每一个证据在内容上或多或少都涉及需要解释的对象,否则即使有多个证据,也会因为证据不具备关联性而毫无意义。另外,如果证据体系虽然具备,但是,表意人表示行为材料较为欠缺甚或冲突重重,体系解释当然也无法做出。在无法求助于体系解释,但为争议之解决又必须确定意思时,我们自然只能到文本之外寻求一般人的理解。此时,只能求助于习惯与惯例。其实,

① 崔建远:《合同解释的三原则》,载《国家检察官学报》2019 年第 3 期,第 141-150 页。
② 山东省泰安市中级人民法院(2016)鲁 09 民终 1866 号《民事判决书》。
③ 辽宁省沈阳市中级人民法院(2014)沈中民三终字第 00173 号《民事判决书》。
④ 上海市高级人民法院(2008)沪高民一(民)再终字第 10 号《民事判决书》。
⑤ 崔建远:《合同解释的三原则》,载《国家检察官学报》2019 年第 3 期,第 141-150 页。

若考究《民法典》,我们会发现《民法典》对此处理模式早有规定。根据《民法典》第 509 条、第 510 条和第 511 条规定,如果合同约定清楚具体,则按照合同约定的文义予以确定表示行为的含义。当合同没有约定或者约定不明时,则首先建议成立补充协议,即以事后协议的方式确定争议条款的含义。如果无法达成补充协议时,则根据体系解释从其他条款推导争议条款的含义。倘若体系解释也不奏效,则按照交易习惯或者惯例来厘清争议条款所含括的意思。假如连习惯也没有,则只能按照《民法典》第 511 条之法律规定直接予以确定。易言之,针对合同没有约定或约定不明时的处理方式,实际上《民法典》已经作出了特殊规范。此时,在合同解释上,应当按照特别规范优先于一般规范适用的原理,不适用《民法典》第 142 条,而适用《民法典》第 509 条、第 510 条和第 511 条规定。①

由此而论,面对无明确约定的古玩交易,在无法求助文义解释和体系解释下,我们只能参照交易习惯进行意思表示含义的确定。

(三)古玩交易的行业习惯与意思表示认定

所谓交易习惯,是一种在特定地域、特定行业存在的,或仅在双方当事人间长期存在的稳定行为模式。② 根据《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 7 条和《民法典》第 10 条规定,不违背法律、行政法规强制性规定的交易习惯分为两类:1. 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双方订立合同时所知道或者应当知道的做法;2. 当事人双方经常使用的习惯做法。依此规定,交易习惯有主客观之别。不过,即使是客观的交易习惯,也需要当事人对此知晓方能发生针对其的约束效力。

依据交易习惯认定表意人的意思,实际上就是按照理性人模式构建双方当事人的意思表示逻辑推导。有学者指出,公平地构建交易理性人需要考察三个因素:该群体类型对交易类型的熟悉程度,该群体类型在一般交易领域的沟通理解能力,以及该群体类型对于交易所使用语言的掌握程度。为此,更为周全的方案是在知识经验等处于优势地位一方应当迁就处于劣势地位一方,因此应以劣势方所属类型的理性人为标准解释合同。③ 照此理解,古玩交易领域似乎也应当照顾劣势方意思确定表示行为含义。问题是,谁是劣势方?

从此前查阅的案例可知,出售人因买受人“捡漏”诉诸法庭的现象极为鲜见(确切地说是一例未见),惟当买受人“打眼”时才会起诉出售人。以此是否可以推断买受人即劣势方?实则不然。根据多份裁判文书的说理,人民法院几乎一致认定,“古玩、艺术品交易不同于一般物品买卖,按其行业习惯,买受人应以自己的技能及专业知识对其价值予以鉴别,并承担相应的风险。”④“对于买受者而言,其应凭借自身的认知能力,或采取向他人咨询、请教等方式,通过对实物的鉴赏分析,从而判断

① 崔建远教授认为,原《合同法》第 61 条和第 62 条不是通常意义的合同解释规则,而是补充合同漏洞的规则。杨代雄教授则认为,意思表示漏洞的认定本身就是解释的结果,而漏洞的填补则需要借助补充性解释。补充性解释也是对表示行为的解释,因而也归属于意思表示解释范畴。分别参见崔建远:《合同解释规则及其中国化》,载《中国法律评论》2019 年第 1 期,第 83-95 页;杨代雄:《民法典第 142 条中意思表示解释的边界》,载《东方法学》2020 年第 5 期,第 65-107 页。

② 张弛:《论意思表示解释》,载《东方法学》2012 年第 6 期,第 12-21 页。

③ 杨代雄:《意思表示解释的原则》,载《法学》2020 年第 7 期,第 41-56 页。

④ “王强与格桑次仁尼桑辰波商场索朗扎西工艺品柜台买卖合同纠纷案”,参见西藏自治区拉萨市中级人民法院(2020)藏 01 民终 260 号《民事判决书》。

标的物的内在品质并决定是否交易。对该类商品,作为买受人的原告应谨慎。”①由于“古玩交易类物品并无国家或行业指导价,其交易价格往往由交易者对物品的认可度或喜好程度并同时参考市场认可度决定”。② 易言之,古玩行业的交易习惯与一般的交易习惯截然有别。古玩交易作为非生活品消费,不能按照平常生活消费所形成的交易习惯予以理解。若从一般交易习惯论,只要一方利用自身的优势地位或者利用对方没有经验,即使达成了交易,该交易也可能会被认定为显失公平而被撤销。但对于古玩交易而言,其交易对象为不确定性程度较高的古玩,一个“淘”字足以表明获得真正古董实非易事,有如大浪淘沙后余下的金子那般稀罕。基于此,古玩交易中形成的交易习惯不是根据一般人的认知,也不能事先假定出售人具有优势地位,很多“捡漏”的案例恰表明出售人也可能是利益受损者,而是按照自古以来各凭眼力的决断模式,全赖个体独特的鉴赏能力和运气。因此,古玩交易习惯在整个民事交易习惯体系中具有独特的地位,有着极为鲜明的个性。可见,由于古玩交易本身的不确定性,交易双方都是凭借自己的鉴赏能力完成识别。在当事人未明示的情况下,古玩行业的不保真传统使得买受人不能从“古玩”词语本身以及价格推定交易标的含义。以此观之,古玩行业中不存在优劣,一切全凭自身眼力。“捡漏”也好,“打眼”也罢,皆为行业中的正常现象。

由上,鉴于古玩行业的不保真习惯,在未明确约定交易标的且购买人“打眼”的情况下,购买人不能通过约定了“古玩”“古董”字眼推定所购之物必定为古物,也不能通过价格高昂认定其购买意思指向的必定是古物或者真品。在“吕建英诉王全武买卖合同纠纷案”中,即使双方明确约定购买的是“大明花瓶”“大明扁瓶”,由于该词义并不能当然理解为大明年间制作,因此对“大明花瓶”“大明扁瓶”便产生了多种理解,亦即看上去当事人双方约定明确,实际上因其多义性使得该约定指代不明,无法具体确定为“大明年间制作的花瓶或扁瓶”,还是“仿制的大明风格的花瓶或扁瓶”。此时因无法确定其意思表示的含义,所以人民法院也不认定其构成意思表示瑕疵。③ 在“李玉芳与杭州趣得网络技术有限公司等网络购物合同纠纷案”中,即使出售人有过生坑货或者真货的陈述,只要出售人没有对物品的制作年代、材质等作出介绍及承诺,人民法院也会判决相应的交易风险由购买人自行承担。④ 若稍加考察,我们会发现这一习惯也体现为古玩行业特殊的交易类型——实物交易。在古玩交易当中,由于交易标的具有太大的不确定性,购买人往往都会实地查看标的物。既然进行了实物查看,并在查看后再决定购买,意味着购买人已经认可了其所购买的就是所相中之物。易言之,实物查看说明购买人所要购买的就是其认定之物,如果事后经鉴定或其他途径发现真正的利益与风险并不符合其当初的预期时,也不能以此认定构成意思表示瑕疵,否则必定与其当初对标的物的接受意思相冲突,也不利于这一不确定性交易的稳定性和安全性。这一特殊的交易习惯说明,只要当事人没有明确的意思表示,实地考察与对实物本身的接受,这一行为足以表明其所购买的就是这一标的物,否则便不会接受。换句话说,购买人通过购买行为表明了所购之物就是其选中

① “李玉芳与杭州趣得网络技术有限公司等网络购物合同纠纷案”,参见北京市石景山区人民法院(2019)京0107民初3352号《民事判决书》。

② “广州东方博物馆与西安市莲湖区大唐西市渊默堂工艺品店等买卖合同纠纷案”,参见陕西省西安市中级人民法院(2017)陕01民终10342号《民事判决书》。

③ 广东省佛山市中级人民法院(2018)粤06民终10420号《民事判决书》。

④ 北京市石景山区人民法院(2019)京0107民初3352号《民事判决书》。

之物。因此,不能在选择行为之外进行额外的解释,除非有明确的意思表示指引。

综上,交易双方并未具体明确交易标的,构成当事人双方无约定或约定不明。此时应当按照《民法典》第 509 条、第 510 条和第 511 条予以适用。如果无法采取合同文义以及体系解释确定表意行为含义时,只能参照交易习惯。根据古玩交易不保真的行业惯例和购买人实物查看的传统,一旦购买则不能认定购买人意思表示有瑕疵,更不能以此否定合同效力。因此,在双方当事人未明确买卖标的时,不存在意思表示瑕疵;也就是说,不存在意思表示不自由与不一致的问题,此时不能按照意思表示瑕疵适用《民法典》。那么,古玩交易中是否不存在意思表示瑕疵?似乎也不能做出如此断语,这需要对有明确约定的交易合同进行探讨。

三、明示行为中的意思表示瑕疵认定

古玩行业的交易习惯,使得购买人须负担自行判断的风险。在出售人未明示交易标的材质、年代时,无论所购之物是否合乎买受人真意,法律也不会认定存在意思表示瑕疵。既然如此,若出售人或购买人对交易标的有过明晰的陈述或者确定品质的承诺,事后鉴定发现所购非物时,难道购买人也不能通过意思表示瑕疵对自己进行救济?

在“侯德义诉徐克山买卖合同纠纷案”中,一审人民法院即认为“购买人应在交易时依据自己的专业知识或相关鉴定结果决定自己是否购买,不能仅凭对方陈述就做出交易决定”,因此即使出售人有明确陈述也不能认定构成欺诈。[①] 不过,审判实务中更多的案件表明,在出售人或购买人明示且为对方所知悉之下,往往构成欺诈、重大误解与显失公平等意思表示瑕疵情形。可以说,只要当事人明示意思到达对方当事人时,人民法院一般都会认定意思表示瑕疵而对所涉合同进行撤销。因此,下文主要是探讨此情形下意思表示瑕疵的具体认定及其理论根源。

(一)明示行为下的欺诈认定

《民法典》第 148 条、第 149 条规定了欺诈,但该条规定过于抽象。若要了解欺诈,需要依托最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 68 条。[②] 据此,欺诈由四个要件构成:欺诈行为、欺诈人故意、因欺诈行为使表意人陷入错误意思表示和欺诈人为相对人或第三人。[③] 按照欺诈行为的表现形式,欺诈可以分为两类:明示欺诈与沉默欺诈。下文以此对古玩交易中的欺诈进行探讨。

所谓明示欺诈,即出售人故意告知虚假情况使得购买人相信而做出错误意思表示。在“周仕权诉泉州闽古通今文化艺术有限公司委托合同纠纷案”中,委托方在没有组织对古钱币进行真正鉴定的情况下谎称古钱币价值几百万元,诱使受托方相信其古钱币能卖几百万元而作出错误意思表示

① 黑龙江省大庆市让胡路区人民法院(2012)让民初字第 1072 号《民事判决书》。

② 《民法典》第 148 条:“一方以欺诈手段,使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销”。第 149 条:“第三人实施欺诈行为,使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,对方知道或者应当知道该欺诈行为的,受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销”。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 68 条规定:“一方当事人故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误意思表示的,可以认定为欺诈行为。”

③ 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 391-392 页。

并与之订立合同。[①] 在“陈锦銮与厉元星买卖合同纠纷案”中,出售人坚称案涉三套家具均为黄花梨材质且未能合理解释其案涉家具的合法来源,人民法院即认定其故意披露虚假信息使购买人信以为真并达成交易。[②] 在“赖南兴(NUMSINLAISATHIT)与唐杰新、潘一岭买卖合同纠纷案”中,出售人保证出售字画为真迹且故意提供产品虚假来源导致他人相信而与之交易。[③] 上述案例均构成欺诈。依循欺诈构成要件,首先需要证明出售人有欺诈故意。从这几个案例看,“欺诈故意”的认定既可能是明知标的虚假,也可能是无法提供证据证明为真时,对外保证或陈述交易标的的真实性。可见,认定“欺诈故意”不必探究欺诈人的内在意思,只要其不具备证明所保证或所陈述的内容为真时,即推定存在“故意”。在出售人将虚假信息提供给购买人时,出售人即已具备欺诈的意思及其表示行为。然而,如果欺诈行为不能诱使购买人陷入错误的意思表示,则购买人错误意思表示将与出售人无因果关系,自然也不能构成欺诈。唯购买人因欺诈行为而做出错误意思表示且与之交易时,欺诈才会确定地构成。但古玩行业的习惯表明,不确定性的交易标的需要买受人凭自身眼力判断。这是否可以说,买受人不应该受到出售人任何信息提供的影响?或者说,买受人的判断应当完全建立在自己的判断基础上,出售人的任何信息提供都应当只是一个参考?

前述“侯德义诉徐克山买卖合同纠纷案”即为显例,该案中审理者机械地套用古玩交易各凭眼力的惯例,无视出售者故意虚假陈述带给购买者的消极影响,即出售者故意提供的虚假信息会诱导购买者陷入错误认识,从而作出违背其真实意思的表示,完全否定古玩交易中欺诈构成的可能,显然误解了欺诈制度的构成。虽然购买者需要凭借自己的知识进行判断,但古玩领域对专业知识的要求超出了一般人的范围,使得古玩交易本身充满了不确定性,因而绝大部分购买者实际上并不具备真正的鉴别能力。如果出售者明示甚至通过虚构来源来证明所售古玩为真品时,一般的购买者往往受制于自身知识的缺乏而难以提出反对意见,对于具有收藏癖好或者热衷淘宝的顾客而言,他通常会选择相信出售者的介绍或者承诺,从而与出售者签订交易合同。此时的交易完全符合欺诈的构成要件,因为购买者在不具备真正鉴别能力的前提下,其作出的购买意思实际上并不是自己独立判断的结果,而是来自于出售者的错误诱导。正是因为欺诈构成的显然性,在出售者明示下认定不构成欺诈的情形较为罕见。从人民法院的审判实践看,一旦出售人做出保真承诺或陈述时,即构成明示欺诈,以此否定了交易惯例的适用。这一审判实践是否违反古玩交易习惯?并非如此。古玩行业交易惯例只强调不保真,而不要求保护出售人进行的虚假承诺,更不是让购买人无条件地为自己的鉴赏能力负责。一旦出售人做出保真承诺或陈述,则违背了这一传统习惯而不能适用该交易惯例。[④] 可见,古玩交易中虽不保真,但绝不护假。出售人一旦明示保证货物为真,出售人的意思表示即令对方产生了信赖,出售人因此而需要承担货物为真的质量保证责任。其实,只要出售人明示保真,原先不保真的交易惯例即不能够再继续适用,因为不保真交易惯例适用的前提是没有约定

① 福建省泉州市中级人民法院(2020)闽05民终3398号《民事判决书》。

② 广东省东莞市中级人民法院(2015)东中法民二终字第835号《民事判决书》。

③ 参见广东省高级人民法院(2018)粤民申9299号《民事裁定书》。

④ 实践中亦存在中间模糊状态。如果出售人并未保真但却提供真品拍卖信息给买受人看,此时是否构成欺诈?实务界存在三种观点。一种观点认为不构成意思表示瑕疵,合同有效。一种观点认为构成重大误解。另一种观点则认为不但构成民事欺诈,也构成诈骗罪。窃以为,此类案件不宜当作意思表示瑕疵对待。出售人并未作出保证陈述,只是将谁都可以获得真品拍卖资讯发给买受人。这一资讯提供,不应当构成故意提供虚假信息,而是提供真实的买卖信息。因此,不宜认定为欺诈。张建兵、黄炜:《诱骗他人购买赝品“古玩”该如何定性》,载《人民检察》2015年第3期,第39-40页。

或者约定不明。一旦有明示的意思且为对方所接受,双方即形成对交易标的的质量约定,在约定效力未被排除下,该约定将会确定地约束双方当事人。这恰是明示保真行为排斥古玩交易不保真惯例的原理所在。

沉默欺诈也指消极欺诈,指故意隐瞒真实情况使相对人陷入错误意思而成立合同的行为。史尚宽先生认为,沉默不当然为欺诈,除非有告知义务方未告知而隐蔽了事实。① 李永军教授指出,消极欺诈是行为人根据法律或诚信原则具有对事实的说明义务而未予说明,致使对方误以为不存在瑕疵而作出意思表示。② 据此,行为人"对告知义务的不履行"是构成沉默欺诈的基本要件。可见,认定沉默的关键不在于行为人是否知道真相,而在于其是否有义务告知真相。如果他有义务告知但未告知而使他人陷入错误认识并与之交易,此时将导致欺诈。古玩交易中的出售人沉默会否构成欺诈?从此前收集的案例看,虽然"吕风雷与付英格买卖合同纠纷案"认为出售人隐瞒事实真相诱使对方签订合同构成欺诈③,但绝大多数案例都不支持出售人沉默行为构成欺诈。在"何双荣与王建苗买卖合同纠纷案"④、"广州东方博物馆与西安市莲湖区大唐西市渊默堂工艺品店等买卖合同纠纷案"⑤"李玥楼与商勇、麻大勤买卖合同纠纷案"⑥以及"吴旭与贾建艇买卖合同纠纷案"⑦等案中,人民法院皆认为由于买受人无法举证证明出售人有保证承诺或陈述,因此不构成欺诈。

审判实务之所以意见如此一致,在于出售人沉默一般情况下确实不构成欺诈。尽管民事欺诈包含当事人故意沉默这一类情形,但在古玩交易中即使当事人故意沉默也很难构成欺诈。其原因有二:其一,购买人很难拿出确切证据去证明出卖人知道或者应当知道所售标的物为赝品。只要购买人不能证明,则出售者无法被认定知道真相而故意隐瞒,自然不可能构成欺诈。其二,即使有证据证明出卖人知道所售之物为赝品而仍然出售,但出卖人知道的信息也是根据其自身的知识鉴别而得来,有可能其本身并不具备真正的识别能力,而其鉴别的结果也未必总是准确真实的。此时,即使其事先知道,由于其知道的依据并不具有确切可靠的来源,因而也不能直接判定其构成沉默欺诈。易言之,构成沉默欺诈的条件必然是,出售者确切地知道所售古玩为假,而在对方将其理解为真品时故意隐藏真实信息。若出售人自身也不能确定,仅仅是以为自己知道,即使其故意隐藏也不构成欺诈。这意味着当出售者确实知道其为赝品而在购买者作出错误判断时,基于《民法典》规定的诚信原则,出售者有义务将标的物的真实情况和盘托出,因而出售者此时负有告知真相的义务,否则即因违背了诚信原则而构成欺诈。可见,在古玩交易行业里,一般情况下不可能构成沉默欺诈,除非有证据证明出卖人确实知道标的物为假而故意不履行告知义务。也就是说,出卖人并无特定的义务来担保购买者所购买之物必定是其意欲购买的古代珍玩。

综上,古玩交易中欺诈的构成极为严苛,与一般交易中的欺诈认定相距甚远。鉴于"各安天命"的择货观念,即使出售人知道所售货品并非真品,只要其未有保真的明示意思,故意隐瞒真实情况

① 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 424 页。
② 李永军:《民法总论》,法律出版社 2006 年版,第 571 页。
③ 河南省周口市中级人民法院(2017)豫 16 民终 2078 号《民事判决书》。
④ 浙江省高级人民法院(2019)浙民再 226 号《民事判决书》。
⑤ 陕西省西安市中级人民法院(2017)陕 01 民终 10342 号《民事判决书》。
⑥ 广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2015)南市民一终字第 1557 号《民事判决书》。
⑦ 四川省岳池县人民法院(2019)川 1621 民初 2042 号《民事判决书》。

并不构成欺诈。因此,古玩交易中明示欺诈较为常见,而沉默欺诈则极为鲜见。

(二)明示行为下的重大误解认定

我国并没有采用德国法上的错误制度,而是以重大误解制度取而代之。一般认为,重大误解是我国借鉴《苏俄民法典》。[①] 尽管如此,学者们都认为我国的重大误解与德国法上的错误制度几无不同。如董安生先生认为:"有重大误解的行为在传统民法中被称为'无意识非真意表示'的一种,它又称为错误、法律行为错误等"。[②] 在我国学术归类上,重大误解属于民法上的意思表示瑕疵,且分属于不真实意思表示中的意思与表示不一致。因此,在认定重大误解上需要考虑行为人真实意思是否与表达出来的意思一致。唯内在意思与表示意思不一致时,方可发生重大误解。

《民法典》第147条对重大误解进行了规定,但因其抽象性,真正适用该制度需要参考《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第71条。[③] 据此规定,构成重大误解需要具备三个要件:表意人有重大误解、表意人意思表示以重大误解为原因和造成较大损失。[④] 对于古玩交易而言,误解造成的损失较大甚为常见,关键在于表意人是否有重大误解,以及做出交易意思表示的原因是否为重大误解。

上文已述,在未明示下无论是否发生误解,都不构成意思表示瑕疵,自然也不会发生重大误解。因此,发生误解的前提为明示。如果购买人对交易标的进行了明确表示,一旦所购之物经过鉴定非其所愿之标的,则可以认定购买人对交易标的发生了误解。在"刘先德与黄柏根买卖合同纠纷案"中,购买人向出售人表明了购买的是金丝楠木但所购之物实际仅为普通楠木,人民法院即以此认定构成重大误解。[⑤] 如果购买人并未有明示意思表示,之所以误解而购买是因为对方意思表示之故,此时可否发生重大误解?纯粹的重大误解理论认为,误解的发生只能基于表意人自己的原因,不能因为相对人而陷入误解。[⑥] 该理论并不合乎重大误解的理论架构和司法实践。立法和司法解释仅规定了表意人有重大误解,并未限定于该误解只能源于表意人自身。因此,若表意人误解来源于相对人甚至第三人,同样满足于其第一个构成要件"表意人有重大误解"。司法实务通过判例的方式对此表示了赞同。在"杨靖天和张丽曼买卖合同纠纷案"中,出售人因为受到他人欺骗提供了虚假信息,但因其非故意因而不构成欺诈,所以人民法院判决为重大误解。[⑦] 倘表意人重大误解来源于相对人与表意人自身的合意,只要没有证据证明相对人故意提供虚假信息,人民法院也会支持构成重大误解,如"路鲜芳诉胡德敏买卖合同纠纷案"。[⑧] 可见,司法实务已经大大拓宽了"表意人重大误解"的来源途径。

不过,仍有疑义的是,既然古玩行业具有实物交易且双方根据自身见识自行判断且对各自判断

① 梅伟:《意思表示错误制度研究》,法律出版社2012年版,第322页。

② 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社1994年版,第209页。

③ 《民法典》第147条:"基于重大误解实施的民事法律行为,行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销"。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第71条规定"行为人因为对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识,使行为的后果与自己的意思相悖,并造成较大损失的,可以认定为重大误解"。

④ 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2001年版,第559-560页。

⑤ 四川省眉山市中级人民法院(2014)眉民终字第280号《民事判决书》。

⑥ 李袁婕:《对艺术品的年代、材质产生一定程度的误判是否属于重大误解—以路某诉胡某特定物古董买卖合同纠纷案评析》,载《中国文物报》2016年11月11日第3版。

⑦ 辽宁省沈阳市中级人民法院(2019)辽01民终1468号《民事判决书》。

⑧ 江苏省南京市白下区人民法院(2011)白民初字第2694号《民事判决书》。

负责的交易习惯,那么交易双方还可能存在法律上的重大误解吗?易言之,由于对方没有告知标的真假的义务,在购买人误解全因自身发生时,还可以认定为重大误解吗?如果交易双方皆未明示,人民法院会按照交易惯例认定合同有效。但只要购买人明示或者出售人的非故意明示,明示者即否弃了交易习惯不要求保真或作出了保证承诺或陈述。只要有证据证明出售人的行为突破了“不保真”习惯,古玩交易惯例便不能适用。其实,这与上述明示欺诈认定理由一致。一旦购买人对标的有明示且该意思到达于合同相对方且未遭遇异议时,可以认定双方就该意思表示达成了一致。在双方就交易标的达成一致下,即形成了明示的约定,只要该约定效力未被否定,自当约束合同双方且无交易惯例适用之余地。基于此,在对交易标的有明示意思表示下,出售人不能仅以交易习惯不保真为由抗辩,购买人也不必拘泥于“买卖全凭眼力、真假各安天命”的行规。此时购买人做出的错误判断可以被认定来源于出售者的明示意思表示。无论如何在结果上符合重大误解制度的构成,因为购买人所要购买的标的物与表达出来要买的标的物完全不一致,使得购买人真实的内在意思与表示出来的意思发生背离,形成了意思表示不一致这一瑕疵。

由上,只要表意人重大误解源于明示行为,不论该明示来自自身抑或相对人,都可以构成重大误解。

(三)明示行为下欺诈、重大误解和显失公平的区分认定

通过对古玩交易案例的精细化阅读,我们发现审判实务中还有一类现象很有必要引起我们的特别注意。这一类现象就是不加区分地适用欺诈、重大误解和显失公平制度。在“孙进成与仙游宝峰钢木家俱有限公司网络购物合同纠纷案”中,人民法院判决既不构成欺诈也不构成重大误解。[①] 此判决之所以有些令人费解,是因为人民法院不去厘清究竟是什么制度。当然这和诉讼审理有关,不过可能也关系到厘清的难度,毕竟《民法典》也没有在制度上仔细分开欺诈制度与重大误解制度的适用。在“王雪瑞与孙丁文、毛海瑾买卖合同纠纷案”中,一审人民法院既以欺诈又以重大误解为由撤销合同。[②] 虽然该案在法律适用上与前案完全不同,但在制度适用上却是一样,那就是不对欺诈制度与重大误解制度进行区分,认为无论怎样都可以,因为欺诈或者重大误解都不影响合同的撤销。在“吕风雷与付英格买卖合同纠纷上诉案”中一审人民法院认定,出售人以欺诈的方式造成重大误解而显失公平。[③] 此案更是扩大了法律制度适用的难题,未将欺诈和重大误解进行区分,顺带还将显失公平制度拉了进来,使得案件在制度适用的区分上更加扑朔迷离。正是因为实难判断且在法律效力上几无差别,有的人民法院以存在可撤销情形为由撤销合同效力。[④] 可见,区分清楚欺诈、重大误解和显失公平仍有必要,尽管在法律效力状态上无甚差异,但在理论上仍应探讨。[⑤]

如何区分欺诈与重大误解,学界亦有探讨。有学者从纯理论入手,认为欺诈是意思表示不自

① 福建省厦门市集美区人民法院(2019)闽 0211 民初 4711 号《民事判决书》。

② 广东省珠海市香洲区人民法院(2014)珠香法民二初字第 3 号《民事判决书》。

③ 河南省周口市沈丘县人民法院(2017)豫 1624 民初 851 号《民事判决书》。

④ “邢余杰与任福宽买卖合同纠纷案”,甘肃省张掖市中级人民法院(2013)张中民终字第 21 号《民事判决书》;“杨玉志等与赵洁民买卖合同纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2015)三中民(商)终字第 06972 号《民事判决书》。

⑤ 需要说明的是,欺诈、重大误解和显失公平的区分,无法从司法案例中得到详解,原因在于司法案例可以不加区分。对于司法审判而言,重在确定古玩交易合同是否需要被撤销而无效,只要让购买人享有撤销权,可以将交易合同予以撤销,则既能保护好购买人的利益,又可化解纠纷而达致个案的正义。无论构成欺诈、重大误解还是显失公平,都足以让购买人享有撤销权而对合同予以撤销。因此,从审判结果而言,审判实务即使不进行区分,其效果似也无妨。

由,是基于他人故意而做出的意思表示;重大误解则为错误,属于意思表示不一致,因而错误的原因基于自身。[①] 有学者认为,如当事人认识错误基于对方欺诈所致,由于法律效果上的同一性,允许当事人自己选择,即构成竞合。[②] 以此观之,学界对此分成了两种观点,即区分说与竞合说。根据区分说,重大误解的错误只能来自于自身,因他人而陷入错误者不能归入重大误解制度之中。显然,这既不符合理论,也不符合司法实践(审判实务上文已论,此不赘述)。就理论而言,由于欺诈的瑕疵意思表示源自他人的故意,因此从逻辑上推论,非基于他人故意而导致的错误意思表示都可以归入重大误解。此时,重大误解也不可能只有一个来源。因此,该区分说只是简单的区分说,并不具有切实的说服力。至于竞合说,在现行法律框架下似乎更具有合理性。因为,欺诈制度与重大误解制度在法律规定上确实存在重叠的区域。他人(包括合同相对方与第三人)欺诈的结果,一般都会表现为受欺诈人的重大误解;否则,不但不构成重大误解,也不会构成欺诈。试想,如果受欺诈人未对交易标的产生如欺诈人所料想的误解,而是形成了自己的独立判断,此时其意思表示即使陷入错误认识,也不是基于他人欺诈所致。根据欺诈制度,欺诈以受欺诈人因欺诈行为陷入错误并作出意思表示为构成要件,因而必然以受欺诈人真实意思与表示意思之间不一致为前提。可见,竞合说以制度间的重叠为基础,具有合理性。尽管从法律规定的字面含义而言,竞合说无懈可击,但从制度体系化而言,似乎应该区分而不使之交叠在一起。亦即为了使意思表示不真实制度体系具体清晰,有必要对其个体制度予以明确界定。为此,有必要厘清欺诈制度与重大误解制度的适用范围。欺诈制度重在规范因他人故意提供虚假信息或者隐瞒真实信息导致相对人陷入错误认识而作出错误表示,重大误解应当排除这一领域的适用。宜限定于仅因自身原因陷入错误认识而作出错误意思表示。为此,从最大化特定制度出发,宜明确因为欺诈导致表意人错误意思表示的不能构成重大误解,仅宜照欺诈制度适用。

那又当如何区分欺诈、重大误解与显失公平呢?根据《民法典》第 151 条规定,一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形,致使民事法律行为成立时显失公平的构成显失公平。在非明示表示下,古玩交易本身的特殊性决定了双方应当有各自的判断力,不存在优势与劣势之分。易言之,在非明示情况下不太可能存在显失公平,不能因为价格悬殊而认定显失公平。在明示表示下,之所以发生意思表示错误或者出现不公平后果,不是因为处于危困状态或者一方利用自己优势地位或者利用对方没有经验,而是因为对明示行为所示意思的尊重或信赖,此时理当按照欺诈或者重大误解予以适用,不应该根据结果上是否“显失公平”去直接套用该制度。易言之,显失公平制度与古玩交易惯例先天即属“水土不服”,在全凭自身经验识别交易标的时,不存在哪一方缺乏判断能力的问题。对于非生活必需品的买卖而言,也不存在一方会处于危困状态之可能。基于此,显失公平制度不能适用于古玩交易。

四、结语

古玩交易的行业习惯,使其具有了不同于一般交易的特殊性。在理解古玩交易时,切不可因为

① 吴万军:《论古玩交易中的法律适用》,载《政法论丛》2012 年第 5 期,第 123-129 页。

② 韩世远:《合同法总论》(第三版),法律出版社 2011 年版,第 197 页。

“捡漏”或“打眼”导致的价格失衡就直接认定意思表示瑕疵。为了能够正确处理古玩交易的纠纷,我们首先需要区分清楚古玩交易与禁止或限制流通的文物交易。古玩交易包括可以交易的文物,也包括当代仿品等现代工艺品。这些物品的交易不为法律所禁止,在标的上具有合法性。由于古玩交易本身的实物交易特性,当事人交易古玩时往往都要实地、实物查看,因此,需要结合交易场景予以适用。如果交易双方未对交易标的有任何明确的意思表示,则不论交易标的真假以及价格高低,都应当按照“买者自慎”的交易习惯,认定意思表示真实而生效。假若对交易标的有明示意思表示,则可区分不同情形认定为欺诈或重大误解。倘若购买人的错误系出售人故意提供的虚假信息造成,则只宜认定为欺诈,其他则可以认定为重大误解。无论明示与否,显失公平制度难有适用的余地。ML

Identification and Application of the Defected Intention Expression in Antique Trading

CAO Wei

(School of Civil and Commercial Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: When there is no agreement or the agreement is unclear between the two parties, how to find out the intention of the party which lies in the behavior would focus on the interpreting of the wishes of both parties. Transactions with defected declaration are more noteworthy because they may be reversed. The antique trading provides a very typical scene for a comprehensive discussion of the defected declaration. According to the commercial practice of self-assumption of risks and the tradition of the purchaser's actual inspection in antique transactions, once the contract is concluded, there is no defected declaration, nor can it deny the validity of the contract. When the two parties do not specify the subject matter of contract, there is no defected declaration, and there is no problem of freedom and inconsistency in the declaration of will. Antique transactions have great particularity due to their unique trading habits. If the parties do not clarify the "antiques" of the transaction, they will be dealt as no agreement or unclear agreement, and the transaction habits will be applied to determine that it does not constitute a defect in the declaration and the contract is valid. If the parties clearly indicate their declaration of will, it may be deemed as fraudulent declaration or significant misconception. Errors caused by fraud declaration should be excluded from the significant misconception system. There is generally no room for the application of unfairness system in the transaction of "antiques".

Key Words: defected intention expression; antiques; cultural relic; cheat; major misunderstandings; obviously unfair

本文责任编辑:林士平

青年学术编辑:孙 莹