

关于合同解释主体的思考

崔建远*

内容提要：主审案件的法院/仲裁庭在裁判文书中解释合同时为解释主体，不主审案件的法院/仲裁庭即使对合同发表看法也不是解释主体。合同当事人对其合同所做“解释”可能有助于主审法院/仲裁庭适当裁判，但即使如此，他们也不是（有权）解释合同的主体。专家证人、代理律师以及学者在主审法院/仲裁个案的仲裁庭的有权解释中是辅助人，不是合同解释的主体。对于法律意见书，正确的立场和态度是：看其是否建立在案件真实的基础之上，看其是否符合法律及法理，若是，它就帮助主审法官、仲裁个案的仲裁员理清了思路，有助于法律的妥当适用；若否，主审法官、仲裁个案的仲裁员就不对其意见加以借鉴或采纳。

关键词：合同解释主体 法院 仲裁庭 专家证人 法律意见书

解释合同系“人”对合同条款及其相关因素予以澄清，揭示其意思乃至目的、动机的活动，但并非任何“人”所做的此类活动都被法律认可为合同解释。有的“人”进行此类活动被法律承认为有权解释，另外一些“人”进行此类活动虽然也属于合同解释，但却不具有法律拘束力。本文的任务是辨析何种“人”的活动为有权解释，何种“人”的活动虽为无权解释，但仍具有法律意义。

一、法院

（一）一般理论

就立法而言，我们应当假设的是，尽管每一部法律都关涉法律秩序的整体，但是，任何人都可以独立理解具体条文。然而，当出现疑难问题时，这一假设不能真正成立，特别是并非“任何人”都可以进行漏洞补充，这项工作只能由那些“充分掌握‘历史教义的整体观念’，并可以从

* 崔建远，清华大学法学院教授。

这一整体观念出发对其予以理解”的人来完成。^{〔1〕}立法如此，法律解释及合同解释亦然。据此看法可知，合同解释的主体不会也不应该是任何人。

不是任何人，那么是谁呢？对此可谓见仁见智。^{〔2〕}一些界定合同解释的陈述是，法院用来探知当事人所使用的文字的含义，从而确定该合同法律效果的过程。^{〔3〕}如果可能，法院将采用赋予每一条款含义与目的的方式来解释合同条款，以便不使条款成为无意思或无实际意义的条款。^{〔4〕}如此理解合同解释，就把合同解释的主体限缩为法院。

其实，这样界定有失周延和准确，原因在于：就个案而言，并非所有的法院都有权解释系争合同，唯有审理该案的法院才有权解释系争合同，不主审该案的法院对于系争合同即使发表解释意见，也属于学理解释，而非有权解释。此其一。最高人民法院就个案所作的批复若针对合同言词的含义，也应属于对合同的有权解释；至于最高人民法院所作司法解释和准司法解释，因其为抽象地设立规范，且其解释对象为法律规定，故不属于合同解释的范畴。此其二。审判庭的法官在审理系争案件时对系争合同所作解释，不载于裁判文书之中的，仍属无权解释，只有以裁判文书形式表达出来的，方为有权解释。此类法律文书非以审理该案件的法官的名义而是以某某人民法院的名义作出，故合同解释的主体为主审法院而非审理该案件的法官。此其三。法院就疑难案件组织专家、学者讨论，涉及合同解释的，只要此类解释没有通过判决、裁定、调解书的形式作出，就不属于有权解释，此种情况下的法院也不是合同解释的主体。此其四。合议庭在调解过程中涉及对系争合同解释的，只要此类解释没有写入调解书中，就不算有权解释，合议庭不是此类解释的主体。此其五。

对于上述解说尚需澄清：虽然可把主审法院所作的全部判决、裁定、调解书都称作有权解释，但专就个案合同解释而言，仍不得认定主审法院就是该合同解释的主体。准确的表述应是：主审法院就其正在审理的个案对系争合同通过判决、裁定、调解书解释时方为合同解释的主体，主审法院以往就其审理的案件通过判决、裁定、调解书所作的合同解释不是对当下正在审理的案件中系争合同所作的解释。

不仅如此，主审法院应指正在审理该案件的法院，以往审理某案件的法院作出调解书，在执行程序中，对于该调解书的某些约定在理解上当事人发生分歧，有权解释的主体应为该执行局所归属的法院，而非以往主持达成该调解书的法院，更非已经退休的原合议庭成员。对此，举下例说明。

（二）案例分析

1. 基本案情

乙公司原系甲公司的全资子公司，甲公司认为 A 在未经甲公司同意的情况下，利用掌控甲公司、乙公司章程的便利，擅自于 2014 年 3 月 11 日将甲公司持有乙公司的全部股权变更至 A 名

〔1〕 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 348 页。

〔2〕 参见〔美〕E·艾伦·范斯沃思：《美国合同法》（原书第 3 版），葛云松、丁春艳译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 472 页。

〔3〕 参见前引〔2〕，E·艾伦·范斯沃思书，第 453 页。

〔4〕 See *Lenape Resources Corp. v. Tennessee Gas Pipeline Co.*, 925 S. W. 565, 574 (Tex. 1996).

下，并向工商局申请办理了股权变更、法定代表人变更和章程修改的工商登记、备案手续且转移了乙公司的资金，遂于2014年4月25日向南京市中级人民法院对A和乙公司提出诉讼，要求确认2014年3月11日办理股权变更的《股权转让协议》、《股东决定》、《公司章程修正案》不成立、不发生法律效力，并返还被转移的86 861 898.00元资金。

合议庭在经过一次开庭审理后，力主当事人双方进行调解并组织了多次商谈，于2015年4月3日作出了（2014）宁商初字第94号民事调解书，并在该调解书中对涉及的丙公司的债权进行了分割。

A、乙公司认为甲公司未履行（2014）宁商初字第94号民事调解书，于2016年6月28日向南京市中级人民法院申请强制执行，南京市中级人民法院以（2016）苏01执279号案立案受理。

甲公司、丙公司认为A和乙公司未履行（2014）宁商初字第94号民事调解书，于2016年7月5日向南京市中级人民法院申请强制执行，南京市中级人民法院以（2016）苏01执285号案立案受理。

鉴于当事人双方均向南京市中级人民法院申请对（2014）宁商初字第94号民事调解书强制执行，且调解书涉及对海德北岸第1—4期已开发项目的清算，合议庭经当事人双方协商后同意聘请信永中和会计师事务所南京分所、江苏诚信工程咨询管理有限公司、南京中鸿税务师事务所分别对海德北岸第1—4期项目进行会计审计、工程造价鉴定和税审。

目前，信永中和会计师事务所南京分所的会计审计报告已出具，但甲公司认为乙公司未提供审计需要的全部资料，需要乙公司配合提交完整的资料以确保会计审计结论的正确。江苏诚信工程咨询管理有限公司的工程造价鉴定尚在进行中，南京中鸿税务师事务所的税审工作尚未开展。

（2014）宁商初字第94号民事调解书于2015年4月3日作出后，乙公司于2016年6月30日就海德北岸第1—4期项目缴付了5 700多万元的税款。为此，乙公司就税款需要甲公司承担向南京市鼓楼区人民法院提出诉讼，南京市鼓楼区人民法院经开庭认为税款已在（2014）宁商初字第94号民事调解书中作出了约定，应当在强制执行案件中解决，该诉讼属于重复诉讼，遂以（2016）苏0106民初12404号民事裁定书驳回了乙公司的诉请。乙公司上诉后，二审法院南京市中级人民法院以（2017）苏01民终3581号民事裁定书驳回乙公司上诉，维持了一审法院的裁定。

2017年8月7日，南京市中级人民法院执行局认为丙公司并非（2014）宁商初字第94号民事调解书的诉讼主体，且甲公司、丙公司主张（2014）宁商初字第94号民事调解书中承担丙公司债务的主体是A、乙公司；而A、乙公司主张（2014）宁商初字第94号民事调解书中承担丙公司债务的主体是A，各方对承担债务的主体认识不一致，遂驳回了丙公司、A、乙公司的申请。对此，丙公司已向法院提出了复议，但2017年9月7日南京市中级人民法院执行局要求丙公司修改为执行异议后再行处理。

2017年9月7日，南京市中级人民法院执行局召集当事人双方谈话，告知由于（2014）宁商初字第94号民事调解书的内容不明确，已依法向审理该案件的南京市中级人民法院民二庭要求释明，并通报了南京市中级人民法院民二庭释明的主要意见，且要求甲公司按照南京市中级人民法院民二庭释明意见在15天内向乙公司支付其已垫付的5 700万元税款。

2. 评释〔5〕

当事人依据（2014）宁商初字第94号民事调解书申请执行的项目清算具有可执行性，无须原审机构释明即可强制执行。

（2014）宁商初字第94号民事调解书本质上属于对当事人在合法基础上通过自愿协商达成的权利义务协议性内容的确定，不同于人民法院合议庭制作的判决书，原审机构无权提供作为执行依据的释明来处理当事人自己之间的真实意思。

鉴于民事调解书如上的本质特征，即便需要对（2014）宁商初字第94号民事调解书进行释明，在程序上、实体上也均应遵循以下的规则。

释明的主体：只能是原合议庭。若原合议庭成员已离岗不再具有审判员资格，则不应参与释明；合议庭成员个人也不是释明的主体，原审机构其他人员因未参与案件的审理则根本不能进行释明。

释明的基础：必须考虑并建立在原诉讼程序中事实已查清、责任已明确的基础上。若当事人是在事实尚未查清、责任尚未明确时即已达成调解，则原合议庭释明缺乏基础。

释明的方法：应按照《合同法》第125条“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”的规定处理。

释明的对象：只能对审理过程中或调解书签署之前已发生的事实情况，依据相关的证据采用合法的方法进行释明，调解书签署之后发生的事实情况，不属于原合议庭审理的范围，原合议庭也不能释明。

释明的效力：调解书是当事人之间的协议，即便是原合议庭对调解书内容进行释明，从实体法上看，其释明的效力也与一般人对该调解书的解读一样，并非具有法定的效力，不应将释明作为强制执行的依据。

南京市中级人民法院对（2014）宁商初字第94号民事调解书的释明未能在程序上、实体上遵循以上规则，存在不当或错误的情形。

本案的调解书如上所述无须释明就能强制执行，现执行机构需要原审机构释明的5700多万元的税款承担内容恰恰属于案件审结后新发生的事实，应当由当事人通过另行提起诉讼的方式予以解决，不属于需要原合议庭进行释明的内容范围；而关于剩余资产的归属确定在（2014）宁商初字第94号民事调解书主文的第三条已明确约定属于甲公司，也不属于需要原合议庭进行释明的内容范围。

二、仲裁庭

（一）问题的提出

在现代处理纠纷的体制下，有相当一部分案件在仲裁机构进行处理，该机构因个案组成的仲

〔5〕 本评释的观点来自王亚新、李浩、肖建国、王利明、刘凯湘和崔建远诸位教授的研讨，特此说明和感谢！

裁庭裁决、调解仲裁案件，解释合同在所难免。此处的问题是，仲裁机构及仲裁庭不是国家机关，不拥有国家权力，于仲裁裁决、调解书中对仲裁合同所作解释属于有权解释吗？仲裁机构及仲裁庭是合同解释的主体吗？

（二）仲裁机构及仲裁庭系合同解释的主体的根源

仲裁机构受理仲裁案件，仲裁庭仲裁个案，源自当事人的约定授权。当事人的约定授权使得仲裁个案的仲裁庭有权裁决、调解案件纠纷，也随之有权解释当事人所争执的合同。这有法律依据。例如，《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）第4条规定：“当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。”该法第8条规定：“仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”

于此继续追问的是，当事人的约定授权，使得仲裁庭就仲裁个案所作裁决、调解约束申请人和被申请人，这有其依据。但其若约束第三人，特别是具有由法院强制执行的效力，则在实质上颠覆了合同的相对性原则，变相地使当事人的约定授权能够干涉他人的行为和生活。看来，仲裁庭就仲裁个案所作合同解释能够约束第三人，且为法院强制执行的法律依据之一，另有缘由。这就是国家法律确认了仲裁机构及仲裁庭的法律地位及权限，赋予仲裁庭就个案所作裁决、调解具有法律强制力。如此断言的法律依据有：《仲裁法》第19条第2款关于“仲裁庭有权确认合同的效力”的规定，第57条关于“裁决书自作出之日起发生法律效力”的规定，第62条关于“当事人应当履行裁决。一方当事人不履行的，另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行”的规定；《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第124条第2项关于“依照法律规定，双方当事人达成书面仲裁协议申请仲裁、不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁”的规定，第237条第1款关于“对依法设立的仲裁机构的裁决，一方当事人不履行的，对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行”的规定，第271条第1款关于“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉”的规定。

还要指出，有的仲裁委员会是自己作为裁决、调解的主体，而非仲裁个案的仲裁庭，于此场合，仲裁机构便是特定仲裁案件的合同解释的主体；另一些仲裁委员会则是赋权仲裁庭作为仲裁个案的裁决、调解的主体，于此场合，仲裁庭便是特定仲裁案件的合同解释的主体。

（三）仲裁机构及仲裁庭作为合同解释的主体的周延表述

如同不宜泛泛而论法院在任何情况下都是合同解释的主体一样，就个案而言，并非所有的仲裁机构及仲裁庭都有权解释合同，唯有仲裁该案的仲裁机构或仲裁庭才有权解释仲裁案件的合同，不仲裁案件的仲裁机构及仲裁庭对于仲裁案件的合同即使发表解释意见，也属于学理解释，而非有权解释。此其一。仲裁委员会就特定仲裁案件召开专家咨询会议，该特定专家咨询会议就该特定案件所发表的对合同解释的意见，仅仅作为仲裁庭仲裁该案的参考，不属于有权解释的范畴。此其二。仲裁庭在调解过程中涉及对所仲裁的合同进行的解释，只要此类解释没有写入调解

书中，就不算有权解释，仲裁庭不是此类解释的主体。此其三。

（四）仲裁机构及仲裁庭为合同解释的主体的限定

当然，如同并非所有的法院均为任何合同解释的主体、其一法院仅就其所审理案件中的系争合同所作解释方为合同解释的主体一样，仲裁庭也仅因对仲裁合同所作解释而成为合同解释的主体，即某仲裁庭专就 A 合同于仲裁时，某仲裁庭在 B 合同仲裁中所作解释就不得自然而然地用于 A 合同的解释。

（五）仲裁机构及仲裁庭通过裁决、调解书解释合同的局限性

囿于仲裁庭的权限源自当事人的约定授权，仲裁庭无权依据载有仲裁条款的合同等法律文件以外的法律文件作出裁决。可是，孤立地审理载有仲裁条款的合同等法律文件并作出裁决，时常未能查清真实的案情或案件的全貌，所以，这样的裁决，包括其中的合同解释，难谓公正。这在名为“钢材买卖合同”实为“民间借贷合同”或名为“新闻纸买卖合同”实为“民间借贷合同”的闭环交易中最为常见。如何避免仲裁包括其中的合同解释的这种局限性，是摆在每个法律人面前的亟待解决的课题。

三、合同当事人

合同当事人作为系争合同的缔结者，应当最清楚合同条款/文字的含义，就此说来，合同当事人对系争合同的解释最有发言权。“在解释合同条款的过程中，法院常能从当事人自己作出的解释性陈述中得到极大的帮助，或从他们根据该解释性陈述提供或受领给付的行为中得到极大帮助。……当事人就他们早先订立的合同条款中赋予和想来赋予的意思作出进一步表达。依据当事人仍享有他们原来享有的合同自由的事实，法院没有有效的理由不充分重视这些由当事人作出的进一步表达。”〔6〕

需要注意，柯宾教授未将当事人对系争合同条款/文字所表现的意思所作说明径直界定为合同解释，而使用了“当事人自己作出的解释性陈述”这样的措辞、表述。这不奇怪，英美法认可的合同解释的主体是法院，最多再加上仲裁机构，不承认合同当事人是系争合同解释的主体。“人们向来说，当事人的实际解释，除非为双方当事人同意，将不予考虑。的确，一方当事人不能通过作有利于他自己的解释来支持其案件。”〔7〕

何况，诉争中的当事人出于自身利益的考虑，有可能不如实陈述系争合同条款/文字的真实意思，有意曲解它们的含义。有鉴于此，合同解释的主体不得单纯地依赖当事人的陈述性解释，而必须结合有关证据来解释系争合同。

〔6〕〔美〕A. L. 柯宾：《柯宾论合同》（一卷版）（上册），王卫国、徐国栋、夏登峻译，王卫国校，中国大百科全书出版社1997年版，第663-664页。

〔7〕前引〔6〕，A. L. 柯宾书，第664页。

四、代理律师

按照“法律的适用乃属于法官和律师的事情，他们需要深刻理解立法的基本精神”〔8〕的说明和阐释，就产生了律师是否为合同解释的主体这样的追问。

无论是主审法院还是仲裁个案的仲裁庭，都必须查明案件事实，或是主动地，或是“坐享其成”地，在此基础上寻觅并最终确定所适用的法律规定，离开诉讼/仲裁的两造及其代理人的主动举证和质证、发表代理意见等积极配合，这是难以想象的。就是说，诉争两造及其代理人对于系争合同的理解有助于主审法院/仲裁个案的仲裁庭合适地解释合同，尽管诉争两造及其代理人对合同的理解不是有权解释合同。按照主体—客体的思维架构，把诉争两造及其代理人彻底、干净地排除于合同解释的主体，就意味着将他们驱赶于客体的系列，而这是不符合现代伦理的。

对于如何协调这个关系，较为可取的态度是，代理律师就审理/仲裁的案件发表的解释意见，若被判决书、裁决书、裁定书、调解书吸纳，则可将该代理律师作为主审法院/仲裁个案的仲裁庭对合同作出有权解释的辅助人。

关于辅助人，民法上有占有辅助人、履行辅助人。占有辅助人依其本性是以善良管理人的注意而占有标的物。履行辅助人依其本性亦为以善良管理人的注意为债务人履行债务。但代理律师这个合同解释的辅助人，因代理律师的职业道德是尽全力为其委托人完成审理/仲裁，这就与其作为主审法院/仲裁个案的仲裁庭解释系争合同的辅助人的角色存在距离，甚至可以说是错位。

在这种背景下，从代理律师的一侧讲，不宜“耍小聪明”，过分程序策略化。如等待开庭时才提交有关证据、在原告陈述完毕诉状或申请人陈述完仲裁授权书后才口头答辩、一律否认对方证据的“三性”等等，均为“耍小聪明”，过分程序策略化的表现形式。遇到“耍小聪明”，过分程序策略化的情况，主审法院/仲裁个案的仲裁庭会依法、依职权给另一方当事人补充证据、举证、质证的必要时间，不会让“玩弄”法律技巧者的不纯目的得逞，同时在自由裁量方面也难免不利于“玩弄”法律技巧的一方。笔者不赞同单纯凭借法律技巧进行诉讼的思路和方法，而提倡坚持实事求是的原则，在遵循程序正义的前提下，依法尽力追求实质正义。

代理律师若能既不害及委托人又做个称职的合同解释的辅助人，就应当为合议庭/仲裁庭查明案情、寻觅适当的请求权基础提供帮助，如举证客观、全面，梳理案情清晰，法律及法理分析得当，避免（自己、对方）误导合议庭/仲裁庭，在客观上使得合议庭/仲裁庭采纳代理律师对合同解释的合理意见，从而使裁判的结果有利于代理律师的委托人，至少不让委托人本该得到的权益失去。

〔8〕〔德〕K·茨威格特、H·克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，潘汉典校订，法律出版社2003年版，第139页。

五、专家证人

《仲裁法》第44条第1款规定：“仲裁庭对专门性问题认为需要鉴定的，可以交由当事人约定的鉴定部门鉴定，也可以由仲裁庭指定的鉴定部门鉴定。”第2款规定：“根据当事人的请求或者仲裁庭的要求，鉴定部门应当派鉴定人参加开庭。当事人经仲裁庭许可，可以向鉴定人提问。”《民事诉讼法》第63条第1款规定的证据中包括鉴定意见。第76条第1款规定：“当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的，由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人；协商不成的，由人民法院指定。”第2款规定：“当事人未申请鉴定，人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”这些规定确立了专家证人出具专家鉴定意见的合法性和法律地位。审判/仲裁的实践也已经实施专家证人出具专家鉴定意见的制度，这有其必然性。

随着社会的发展，纠纷涉及的范围越来越宽，纠纷越来越复杂，需要借助专门知识的案件也越来越多。正因如此，《民事诉讼法》第79条规定：“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见。”《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》（法释〔2015〕5号）第122条规定：“当事人可以依照民事诉讼法第七十九条的规定，在举证期限届满前申请一至二名具有专门知识的人出庭，代表当事人对鉴定意见进行质证，或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见。”当然，这是诉讼内的专家鉴定。此外，还有诉讼外的专家鉴定，即未经法院或仲裁机构委托和指定所进行的专家鉴定。专家鉴定，由申请人和被申请人共同委托或由仲裁庭指定委托固然不错，但由一方单方委托专家予以鉴定，也不乏其例。它们都是专家鉴定，均可作为证据。只不过二者确实存在差异，主要在于单方委托的专家鉴定的中立性并非总能得到保证，特别是在此类专家鉴定不利于对方时，对方大多不认同该专家意见，于是在诉讼过程中或仲裁过程中争议不断。^{〔9〕}这就需要提交单方委托专家鉴定的一方进一步举证证明该专家意见的真实、合法、准确和关联，也迫使对方提出反证，否定该专家鉴定。只要有其他证据证明或印证单方委托的专家鉴定是客观的、中立的、科学的、符合客观事实的，就不应否认单方委托的专家鉴定为证据且具有证明力。如此操作甚至往复，步步逼近甚至完全复原案件真实情况，就能为适当地适用法律提供前提和基础。可见，那种简单地以“该专家鉴定是对方单方委托的，不具证据能力”为由否认专家鉴定为证据，是没有准确了解和把握证据规则及理论的表现，是不正确的。

这种理念和观点也适合于无原件的专家鉴定，即只要有其他证据能够印证无原件的专家鉴定是真实的，有其他证据印证其客观性、中立性，就属于证据，即具有证据能力。

此类专家鉴定意见与合同解释存在何种关系呢？此类鉴定意见事关系争合同解释的，不属于有权解释，专家证人也不是合同解释的主体。不过，如同代理律师的地位和角色一样，专家证人在主审法院/仲裁个案的仲裁庭的有权解释中也是辅助人。它有助于主审法院/仲裁个案的仲裁庭

〔9〕 参见张卫平：《民事证据法》，法律出版社2017年版，第77-81页。

形成妥当的合同解释。

六、学 者

（一）学者不是有权解释的主体

法学著述直接或间接地影响着法官/仲裁员，不少法官/仲裁员案头摆放着法学著述，随时阅读、查阅，确为客观事实。尽管如此，一般理论也认为，即使法学著述涉及合同解释，特别是专门针对具体合同进行的解释，也仍然属于学理解释，而非有权解释。所以，学者不是对合同进行有权解释的主体。

如果学者是受法院、仲裁庭的邀请对系争合同予以解释，答案仍是否定的，因为此场合的学者对于特定合同的解释，仍属主审法院/仲裁个案的仲裁庭解释系争合同的参考材料，而非独立的有权解释的作业，故此情况下的学者依然不是对合同进行有权解释的独立主体。

连受法院、仲裁庭的邀请参与解释系争合同的学者都不是对合同进行有权解释的主体，更遑论学者受当事人及律师事务所的委托对系争合同予以解释了。

（二）学者与裁判者交互作用的必要性和重要性

但以上所述绝无下面的意思：学者关于合同法的学说，包括合同解释的观点，价值不大。其实，学者关于合同解释的理论和判决评释对于促进判决、裁决、裁定、调解的成熟、发展起着难以替代的作用。符合案件事实、法律分析精当的法律意见书，在与合议庭/仲裁庭的认定和预判一致或近似时，可有助于合议庭/仲裁庭下定决心，丰富和完善裁判文书，增强说理性；在与合议庭/仲裁庭的认识存在分歧时，可促使合议庭/仲裁庭反复讨论、思考，无论最后形成的认定和裁判与法律意见书观点是否一致，在客观上都有助于裁判文书质量的提高。反过来，成熟的判决、裁决、裁定、调解也为学者的研究提供土壤、养分，至少是素材，启迪思维。法官/仲裁员与学者两方阵营交互作用，互相促进和共同发展，理应形成一个法律共同体。当下有些法官、仲裁员贬低学者及学说，有些学者看不起法官、仲裁员，嘲笑某些判决、裁决、裁定、调解，都是不正确的，应予纠正。

法律具有抽象性、概括性，完全法条之间大多要衔接和配合，不完全法条之间需要相互组合，共同发挥规范功能。^{〔10〕}法律一经颁行，便逐渐脱离社会，需要法律人找出脱节之处及其原因，寻觅并填补由此导致的法律漏洞，以便使法律能够满足社会生活的要求。^{〔11〕}所有这些工作，离开学者的努力是不可想象的。这是因为，相对而言，学者的法学积累较为厚实，法学修养相对精深，批判意识比较强烈。对于判决、裁决、裁定、调解也是这样，学者发现其长处，特别是挖掘其发展法律及法理之点，予以推介，使之发扬光大；“挑剔”出不足，分析其问题所在，指出避免再犯的关节点，证立优秀判决的必备因素尤其是方法论。这是问题的一面，另一面是学者至

〔10〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》（学生版），陈爱娥译，五南图书出版公司1996年版，第158-159页，第229页。

〔11〕 参见〔德〕罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2003年版，第162页。

少是一些学者可能不太了解客观实际，不知晓中国问题之所在，“照抄照搬”境外的理论和法律及判例，“躲进小楼成一统”，不管中国的实际需要。治愈这些毛病的药方可有种种，但接触审判、仲裁的实际，学习和评释判决、裁定，是重要的良方。裁判者与学者相互学习，善意地批评，发现并改正各自的错误，吸取并发扬对方的优长，共同进步，正所谓“在某种程度上可以说，学说是为裁判而准备，而判例乃在实践学说”。〔12〕

关于学者与法官之间、学说与判例之间的互动和相得益彰，汤文平教授曾发表过意见，〔13〕具有启发性，兹摘录若干如下，与大家分享：

德国、日本及中国台湾地区等大陆法系国家、地区的经验都曾表明，学术关注判例的传统形成于判例制度的成熟时点之前。甚至可以断言，若非学术的推动，就不会有后来的学说、判例共荣局面。法学先行，这是由成文法系法学优先地位先决了的。而法学盯紧判例的背后还有不容忽视的系统性机理：从中汲取问题和素材丰富自身，支持立法和司法；利用裁判“时效性”和对抗性特点，联通抗辩双方和学术商榷的血脉，使法学研究更具对抗性，更具人间烟火气；说到底，就是启动判例、学说双重“通说”互竞、互济的机制，激发司法、学术、立法演进的活力。在这个宏大的系统中，融汇了法教义学运行的各个参与主体，例如立法者、司法者、诉讼当事人，以及代言学说的学者；也融汇了参与主体的一切“成果”，例如法条、案例和论著。

学术参与离不开个案研究，但也不能止步于个案。离开了个案奢谈制度安排，无异于无米之炊，画饼充饥；止步于个案，即便汇集千万个案例，也只得到一堆无生命的材料而已。蕴含有合同解释内容的指导性案例库乃至判例制度，都是有生命的系统，有其能量、要素、结构、目的以及演化历程，学术参与应遵循其中的规律。在工作方式上应完全打破案例堆砌思维，而像产业联盟借助专利制定“标准”一样，活用案例研究成果，集结法律人共同体的注意力，锻造判例通说和学术通说。其具体做法是：通过案例研究努力占领智识高地，然后借助各类平台邀集学术界、实务界同仁共定“标准”——准通说，在经历推广并获取学术界、实务界普遍认同之后，即可宣告就相关法律问题两重通说已经诞生，接着再以学术批评及二审中的“法律审”元素尽力维护通说的运行。

法律审也好，尊重先例意识也好，其实都是为了形成“实务通说”，其背后的终极实质是政治权威——上级法院在智识上并非必然高人一等，其判例的核心地位最终还要靠上诉审级和一定程度的先例意识来确保。相反，学术研究的加入恰恰是为了智识权威的成核，而后在与司法通说的对话、竞争中使后者得到智识权威的支撑。相对于司法判例，学术研究可以掌握更多比较法、法史资源，也有更充裕的时间。但是在这些有利条件之外，学术研究系统也需要自己的能量，这种能量主要是心理因素，亦即以通说代言地位为核心延展开去的工作动机。当然它也离不开制度的型塑，例如判例通说对学术通说鉴别和吸收机制，学界对相关工作成果评价和发表机制等等。

（三）学者出具法律意见书的意义

实务中，专家、学者就个案出具法律专家意见书，越来越常见。其中大多涉及合同解释。对

〔12〕 王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第150页。

〔13〕 参见汤文平：《从案例指导制度到“中国特色判例制度”》，2013年4月27日“民法九人行”主题报告，其最后见刊版本请参见汤文平：《中国特色判例制度之系统发动》，载《法学家》2018年第6期。

此，赞扬者有之，批评者有之，究竟孰是孰非？在笔者看来，最为理想的形式是，由主审法院/受理仲裁案的仲裁机构邀请、组织专家、学者讨论案涉法律问题，形成系统、全面的法律意见。^{〔14〕}最高人民法院组织设立最高人民法院执行特邀咨询专家委员会，最高人民检察院组织设立民事行政诉讼监督案件专家委员会，就是借用“外脑”，人尽其才，也弥补由组织编制制度决定的办案法官、检察官“人手不够”的“不足”，这是非常有益的探索。

不过，客观现实是，由于种种原因，对于许多案件主审法院/受理仲裁案的仲裁机构并未邀请并组织专家、学者研讨个案。邀请专家、学者研讨个案并出具法律意见书的，大多是当事人或代理诉讼、仲裁的律师事务所。

法律意见书，无论是主审法院/仲裁个案的仲裁庭邀请专家、学者而形成的，还是当事人或代理诉讼、仲裁的律师事务所邀请专家、学者而形成的，具备下述条件时便具有积极意义：（1）委托人提供的卷宗材料全面、客观；（2）参与案件研讨、出具法律意见书的专家、学者是相关学科的（如民法的、商法的、民事诉讼法的、行政法的）造诣较为深厚的法律人，交叉学科式的研讨，视角多重，视野高远，相互启迪；（3）与会专家、学者胸怀公平正义，不徇私情；（4）形成的法律意见书条理清楚，说理透辟，请求权基础准确。在此，模仿一首歌曲中的句式和逻辑便有：法律专家还是那些法律专家，法学知识和理论还是那些法学知识和理论，价值位阶和价值取向还是那样的价值位阶和价值取向，就有如同法院、检察院组织召集的专家研讨会一样的效果。

毋庸讳言，由当事人或代理诉讼、仲裁的律师事务所邀请专家、学者而形成的法律意见书可能存在这样的瑕疵：委托人提供的卷宗材料不全，不利于委托人一方的有关证据没有让专家、学者知晓，因此得出的法律意见偏颇甚至根本错误；或者虽然委托人提供的卷宗材料十分全面、客观，但出具法律意见书的专家、学者的法律水准不高；更有甚者，出具法律意见书的专家、学者受利益诱惑，偏私偏袒。对此，如何认识？其一，此类情况绝非法律意见书的全部，甚至不是多数。其二，对于此类法律意见书当然可以批评，指出其问题之所在。批评的过程，就是锤炼裁判者法律思维及法律水平的过程，客观上促使裁判文书更加说理，增强对当事人乃至社会一般人的说服力。其三，对于偏私、偏袒的法律意见书应该而且必须予以批判和抵制，毫不留情，也不手软。在此，同样模仿那首歌曲中的句式和逻辑又有：法律专家还是那些法律专家，法学知识和理论还是那些法学知识和理论，但公平正义缺失了，法律意见就成了反面教材。其四，由此全面否定法律意见书则理由不足，尤其是不赞同法律意见书的主审法院/仲裁个案的仲裁庭指责非偏私、偏袒的法律意见书及其出具者，在笔者看来更是很不适当。道理并不复杂：法律意见书不具有强制力，毫不动摇独立审判权，亦不介入审判/仲裁的程序，仅为参考资料，绝非裁判者非采纳不可。如果裁判者发现某特定的法律意见书不符合案件真实，或者即使其建立在全部卷宗证据之上，但其法律分析及合同解释错误，则对其不予采纳，便可了事。如果主审法院/仲裁个案的仲裁庭无力判断法律意见书允当与否，则完全可以请教有关专家、学者，召开专家咨询会议更好，“奇文共欣赏，疑义相与析”，辨明是非，去伪存真，而后决断，形成判决、裁决、裁定，也不会让错误的、违法的法律意见书进入判决书、裁决书、裁定中来。其五，如果说水平欠佳者出任教

〔14〕 参见崔建远、耿林：《一份创设规则的判决》，载《华东政法大学学报》2016年第3期。

师有不称职之嫌，那么，法律修养不到位者担任法官/仲裁员不仅在个案中可能损害一方当事人的权益，而且在宏观上贬损了法律的神圣性，不符合法治国家对法官/仲裁员形象的要求。法律意见书有助于督促此类法官/仲裁员积极充实法律知识、提高法律修养，把握法律思维方法。

对于法律意见书，正确的立场和态度是：看其是否建立在案件真实的基础之上，看其是否符合法律及法理，若是，它就帮助主审法官、仲裁个案的仲裁员理清了思路，有助于法律的妥当适用；若否，就应弃之一旁，不予理睬。据笔者所知，不少法律意见书符合案件真实，法律及法理分析到位，思路正确，对于苦无良策的裁判者来说是“雪中送炭”。

Abstract: The court/arbitral tribunal interpreting the contract in the process of judicial procedure is the subject of contract interpretation. The court/arbitral tribunal not hearing the case is not the subject of interpretation even if it expresses its standpoints on the contract. The parties' interpretation of their contract may help the court/tribunal to make an appropriate judgment, nevertheless, they are not the subject of the interpretation. Expert witnesses, lawyers and scholars are auxiliary persons in judicial process, rather than the subject of contract interpretation. As for the professional legal opinion, it needs to be considered that whether it is based on the fact and whether it conforms to the law and jurisprudence. If so, it may help the judge or the arbitrator to make the decision and help properly applying the law. If not, it should not be referred to in the judgement.

Key Words: the subject of contract interpretation, the court, the arbitration tribunal, expert witnesses, professional legal opinion

(责任编辑：武 腾 赵建蕊)