

包需求合同的法理与适用

刘承晔^{*}

内容提要：包需求合同源自商人从事商业实践的需要，是指买方所有需求都只能由卖方满足并根据买方需求量来决定合同数量的买卖合同，是开放条款合同的典型。古典合同法对于合同条款有较为严格的要求，通常会对数量条款不确定的包需求合同持怀疑态度。但在现代合同法，包需求合同是一种数量条款约定不明但可以通过买方需求加以确定的特殊类型买卖合同。它不论在英美法系、大陆法系还是中国法中都存在合法有效的解释适用空间。数量条款的开放性为包需求合同当事人带来交易灵活性、高效率等诸多益处的同时，也使包需求合同产生容易为当事人所滥用的弊端。为兴利除弊，需要引入诚实信用原则作为包需求合同履行、解释、适用、救济的中心准则，并结合其具体类型、次级规则和个别情境等具体化手段来规范包需求合同的实践应用。包需求合同的违约救济需要在区分不同类型包需求合同的基础上，衡量损害赔偿的具体因素，考察实际履行的现实可能性，从而增强包需求合同违约救济的确定性和操作性。

关键词：包需求合同 合同效力 履行 违约救济

引言

近代以来的合同法大体可以划分为古典合同法、新古典合同法和关系合同理论三个阶段。^{〔1〕}每个阶段合同法的内涵、取向和规则设置都有很大的不同。古典合同法强调合同内容与合同条款的确定性（definiteness），并以其作为合同成立和生效的重要标准。^{〔2〕}但现实

* 中国政法大学比较法学研究院教授。

本文受中国政法大学优秀中青年骨干教师人才支持计划和霍英东基金项目资助。

〔1〕 See Jay M. Feinman, *Relational Contract Theory in Context*, 94 Nw. U. L. Rev. 738 - 740 (2000); Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, 72 Northwestern University Law Review 854 (1978). 大陆法系学者通常把合同法区分为近代合同法与现代合同法两个阶段。参见梁慧星：《从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾》，《中外法学》1997年第2期。古典合同法与大陆法系的近代合同法基本可以通约，而新古典合同法和关系契约理论则都属于现代合同法的范畴。

〔2〕 E. Allan Farnsworth, *Contracts: Cases and Materials*, 7th ed., Foundation Press, 2008, p. 246.

商业实践的发展已经远远超出了古典合同法所设想的有限情景,开放性合同条款、不确定合同条款成为现代合同交易的常态。甚至连古典合同法认为最为关键、最不可或缺的数量条款也出现了开放条款的情形。中国法律实践中已经大量出现此种数量条款不确定的开放合同情况,实例如:2013年5月5日,原告程风军(供方、甲方)与被告樊金龙(需方、乙方)签订钢材供需合同,合同约定:乙方因承建北山宝源小区某项目工程建设需要,向甲方购买钢材;为明确双方的权利义务,经双方平等友好协商,订立以下条款:一、乙方工程建设所需钢材全部从甲方购买;未经甲方书面同意,乙方不得从其他渠道购买钢材。否则,乙方应向甲方赔付违约金人民币壹拾万元整,并付清全部欠款;同时甲方有权单方解除合同。……三、付款方式及罚则:乙方本项工程大约需要钢材捌佰吨;甲方为乙方垫付钢材款人民币壹佰万元整(约250吨),超过上项垫付款的货款于供货当日结清。上项垫付款于工程封顶后一次性付给甲方;如乙方不能及时付清,从工程封顶次日,未付清部分货款按照每日千分之五付给甲方利息和滞纳金。甲方足额垫付后,乙方必须在接货后当日全部付清当次货款,如有拖欠,乙方应按所欠货款每日千分之五赔付违约金。双方还约定每吨钢材价为4000元(不含税)。原、被告双方在合同上签字。〔3〕

从上例可知,原被告双方之间的交易是一个数量条款并不确定、具有继续性特征并以乙方需求来确定最终合同数量的买卖合同。这样的现实交易已经超越了古典合同法的理论假设,也超出了古典合同法的现实应对能力。因为从性质上来讲,该买卖合同是一个典型的包需求合同,合同明确约定“乙方从甲方购买工程建设所需全部钢材”,即乙方在该项目中需要多少钢材,甲方就供给多少钢材,且规定了乙方的排他性义务,即“所有钢材都必须从甲方处购买,乙方不得从其他渠道购买钢材”。由于“乙方工程建设所需全部钢材”并不是一个确定的数量,因此,在古典合同法看来,作为合同至关重要内容的数量条款的缺乏,将会导致合同不能成立,也无法对当事人产生约束力。

那么,什么是包需求合同,包需求合同从何而来,包需求合同的效力为何,如何履行,又怎样救济,这些是本文重点关注和解答的问题。实际上,包需求合同等数量条款并不确定的合同已经在中国现实商业实践中被商人大量运用,用以灵活应对交易风险和维持长久的信任关系,并得到当事人的高度尊重。〔4〕以古典合同法为原型的中国合同法(甚或整个大陆法系合同法)的理念和规范与现实商业实践之间尚有距离,现代合同法需要不断汲取现实生活的营养才能历久弥新,关照当下,镜鉴未来。

一、包需求合同的内涵与源起

所谓包需求合同,是以买方的需求来确定合同数量的买卖合同。〔5〕它通常会规定买方

〔3〕程风军诉樊金龙买卖合同纠纷案,辽宁省建平县人民法院第(2014)建叶民初字第00103号民事判决书。

〔4〕从我国贸易实践来看,企业普遍和大量使用长期协议、长期供应合同、总括合同、框架协议等广义的包需求合同形态,一个共同的特点是合同具体数量并不确定,而以买方的具体订单为准。

〔5〕与包需求合同相对应的合同叫作包产出合同(output contract),是另外一种数量条款不确定的开放合同类型。它是指以卖方的产出量来确定合同数量的合同,即卖方产出多少买方就购买多少的买卖合同,卖方也不得将其任何产品卖给第三人。如果买方的需求量超过了卖方的产出,那么买方便可以从第三人处购买超出量的产品,但前提是买方必须买卖方的所有产品。由于包产出合同与包需求合同所涉及的法律问题几乎完全一样,二者在法理上可以互通,在适用上可以相互参照,为了论述的方便,本文重点关注包需求合同的内容。

以固定价格从卖方处购买其在一定时期内所有的需求，会规定买方需要多少则卖方就供应多少货物，会规定双方明示或默示地表明买方所有需求都必须从卖方处购买，而不能从第三人处购买。^{〔6〕} 卖方所生产的超过买方需求数量的产品则可以卖给第三人，但卖方必须保证首先满足买方的需求。此种买方只从卖方处购买的排他性和卖方保证首先供应买方的排他性十分重要，是包需求合同区别于一般的数量条款不确定合同（选择权合同）的最大特点。比如，一家果汁公司与一家柑橘种植公司签订一项买卖合同，约定由果汁公司以某个固定的单价从该柑橘公司购买其在某一特定时期内所需要的所有橘子，即果汁公司生产果汁需要多少，柑橘公司就供应多少。这样一个包需求合同的好处是既减少了果汁公司购买过多存货或缺乏货源的风险，也为柑橘公司提供了较为稳定的产品销路。合同中虽然没有规定需求数量，但买方只要需要就只能从卖方处购买，这是排他性要求对于包需求合同买方的限制。如果果汁公司在约定期间为了图便宜而从第三人处购买橘子或者柑橘公司因橘子涨价在未能保证对果汁公司供应时把橘子卖给第三人，都属于违反包需求合同的违约行为。

可见，包需求合同的核心要素包括：是继续性合同而非一次性合同；买方购买需求量具有排他性，所有需求都只能从卖方处购买，不能从第三人处购买，只有当买方需求超过卖方所能提供数量时，才可以从第三人处购买；卖方提供供给具有排他性，即其供给首先用于满足买方的需求，只有超过买方需求量的部分才可以卖给第三人。^{〔7〕} 当然，从现实交易情况来看，包需求合同的持续时间通常是固定的，价格条款通常也是固定的，当然也存在价格条款是开放条款的情形。

从范围来看，包需求合同主要适用于商品买卖合同，与我国合同法买卖合同章和美国《统一商法典》的适用范围一致。其实，包需求合同还可以适用于购买服务的买卖合同，因为它与商品买卖合同并没有本质区别。包需求合同主要适用于长期继续性的买卖合同，这是由包需求合同的自身性质决定的。长期继续性合同涉及长期反复交易，如果订立包需求合同则可以大幅减少交易成本，并且签订长期继续性合同本身也代表了合同双方当事人之间有着较强的相互信任关系。此外，包需求合同还经常适用于市场价格易有波动的商品买卖合同，以便为买卖双方锁定稳定的供给与需求。通常来说，包需求合同的买方会是一家生产企业。但如果买方是一家非生产型企业，比如批发商、零售商、经销商、中间代理商，而不是制造商，是否会影响包需求买卖合同的效力？传统观点认为，买方是否是生产企业确实会对合同内容的确定性有影响，因为生产企业的需求是实实在在受其生产设备能力限制的，而非生产企业的批发商、零售商等的需求最多只受市场的限制，其需求具有不确定性，尤其是价格上涨时，所以应当对与非生产企业签约的卖方进行保护，认定非生产企业签订的包需求合同是无效的。^{〔8〕} 但案例研究却表明，法院很少会仅仅因为买方是非生产企

〔6〕 See Roger LeRoy Miller, Gaylord A. Jentz, *Business Law Today: The Essentials*, South Western Educational Publishing, 2005, p. 336.

〔7〕 比如，在严涂、刘光华买卖合同纠纷一案中，当事人关于“甲方现存或另行生产的块石料必须满足乙方需要，且不得向乙方承包工程项目范围内的其他工程承包人销售约定规格的块石料，否则视为违约”的约定，就是典型的包需求合同的排他性。参见湖南省岳阳市中级人民法院（2015）岳中民二终字第170号民事判决书。

〔8〕 See Note, *Requirement Contracts and the Doctrine of Mutuality-Proposed Approach of the Uniform Commercial Code*, 26 Ind. L. J. 111, 112 (1950).

业而认定包需求合同不能执行,相反却基本都支持非生产企业作为买方的包需求合同的确定的有效性和有效性。^[9]比如,一个煤炭交易商与一家煤矿签订了一个包需求买卖合同,约定从煤矿购买其需要的所有煤,尽管从开始大家都知道该煤炭交易商购买煤炭就是为了转售获利,不是为了自用生产,但法院仍然认定该包需求合同是有效的。^[10]

包需求合同产生于商人从事商业交易的需要。^[11]一般说来,货物买卖合同通常都会规定某个固定的货物数量和固定的货物价格,以方便当事人履行合同,他们也能承受此种市场涨跌的经营风险。当社会生产分配规模较小、市场交易模式较为原始、经济贸易范围有限时,此种关于货物买卖的固定数量、固定价格的交易模式安排尚可以满足早期市场交易的需求。^[12]但随着市场经济中企业生产规模的扩大、市场竞争的加剧、市场交易的扩张,交易的不确定性和商业风险也日渐增加和扩大。商人不会对这些日益扩大的风险和不确定性坐视不理,他们往往都会选择积极应对,或根据自身承担风险的能力,或根据交易中所处的位置,通过富有弹性的合同条款来为自己腾出空间、分散风险,消解市场不确定性带来的弊端,以便更好地促成持续交易关系并从中受益,保护自由企业制度的运转。^[13]于是,很多类型的合同都包含了根据未来事件来确定具体合同内容的各式各样的弹性合同条款。^[14]包需求合同和包产出合同便是这其中的典型。比如,在一个给工厂供应原材料的买卖合同中,其中的数量条款就是根据买方工厂的现实经营需求而进行增减,买方需要多少,卖方就供应多少。这其中存在着需求数量上的不确定性,也存在着市场上原材料价格涨跌的风险,但双方愿意将这些不确定性和风险交由现实经营需求等未来事件决定,既有商人应对风险的灵活态度,也是相互信任的体现,意在维持更为长久稳定的合作关系。此种保证交易双方利益的包需求合同和包产出合同也具有一定的期货合同与投资合同的性质,对于商业企业意义非凡。^[15]

包需求合同之所以产生,是因为买方希望通过签订包需求合同去规避市场供需不平衡所带来的货源风险,卖方也希望通过签订包需求合同去减小因为高度市场竞争所带来的产品销售压力。尤其是当一个制造商作为买方去签订一个关于其原材料供应的包需求合同时,一个没有固定数量条款的包需求合同的优势能够体现得最为明显。^[16]由于销售市场行情会不断变化,该制造商买方对于原材料的需求数量也很难作出一个精确的预测,如果非要强

[9] See *Hladik v. Noe*, 214 Iowa 854, 243 N. W. 180 (1932); *Great Eastern Oil Co. v. DeMert & Dougherty, Inc.*, 350 Mo. 535, 166 S. W. 2d 490 (1942); *Pittsburgh Plate Glass Co. v. Jarrett*, 42 F. Supp. 723 (M. D. Ga. 1942); *Joest v. John A. Denie's Sons Co.*, 174 Tenn. 410, 126 S. W. 2d 312 (1939). 这一点也得到了美国《统一商法典》第2-306条评论的支持。See U. C. C. § 2-306 cmt. 1.

[10] See *William C. Atwater & Co. v. Terminal Coal Corp.*, 115 F. 2d 887 (1st Cir. 1940).

[11] *Walker Mfg. Co. v. Swift & Co.*, 200 Fed. 529, 531 (C. C. A. 5th 1912).

[12] 这也就是为什么在19世纪中期之前的美国案例中,学者们仅仅找到唯一一个“没有固定数量的条款”的合同案件:*Mason v. Cowanrs Administrator*, 40 Ky. 7 (1840). 该案合同规定,买方同意购买卖方愿意在下一个秋季在市场上出卖的所有猪,性质上属于本文所说的包产出合同。

[13] *Julius J. Gwyn, Requirement and Output Contracts*, 2 Duke B. J. 180, 180 (1952).

[14] *Harold C. Havighurst & Sidney M. Berman, Requirement and Output Contracts*, 27 Ill. L. Rev. 1, 1 (1932).

[15] See *Orchard Group, Inc. v. Konica Med. Corp.*, 135 F. 3d 421, 429 (6th Cir. 1998); *Stacy A. Silkworth, Quantity Variation in Open Quantity Contracts*, 51 U. Pitt. L. Rev. 235, 238 (1990).

[16] 比如某大型国企的电煤供货合同中就约定:卖方必须持续、稳定提供满足买方生产正常运行所需的煤。若由于卖方原因,导致断供或导致卖方因断供而停产,由卖方负责承担停产造成的损失。

制其签订一个固定数量的原材料买卖合同，对其生产、销售、经营无疑是一个很沉重的负担。而签订包需求合同的巨大优势就在于，通过包需求合同使得原材料的供应不仅得到卖方的保证同时还具有充满变化的弹性，从而可以让他从原材料供应不足和生产过剩的矛盾中解脱出来。^[17]此外，包需求合同的买方还能从免于寻找新的合作伙伴和重新谈判中大幅减少交易成本。而在市场价格涨跌之时，包需求合同的买方也可以从数量控制和调整中获益，使得买方保持相当大程度的灵活性。此种商业需求通常都会得到法院的支持。^[18]

包产出合同之所以产生，首先是因为卖方可以因签订包产出合同而大大提高其经济效率：一是无需不断磋商；二是可高效利用劳力与资本；三是根据市场行情灵活处理其交易状况。^[19]与包需求合同一样，卖方和买方也都可以从中获益。在包产出合同中，由于买方承诺将会购买卖方的所有产出产品，卖方产品销路无忧，因此其可以大幅删减或节省其产品的市场营销成本、广告成本、储存成本、运输成本等，^[20]提供更为低价的产品，而买方也同样可以从卖方提供的低价产品中获益，获得一个有保证的货源供应，买卖双方从而可以在包产出合同中实现互利共赢。

从以上分析可以看出，其实在《统一商法典》出台前的很长时间里，美国法院早已认可了包需求合同这样的商业实践及效能。为了满足商人的现实需要，美国《统一商法典》最终在第二编为包需求合同及其适用提供了正式的法律规范，这便是第2—306条。该条表述为：“如果数量条款是按卖方的产出量或买方的需求量计算，则此条款指诚信作为时的实际产出量或需求量；但是，无论如何，卖方所提供的产出或买方所提出的需求，与已作出之估计相比，或如果无此种估计，与正常的或与以前的可比产出量或需求量相比，不得有不合理的差距。”

二、包需求合同的效力：域外法经验与中国法释解

从英美法的经验来看，由于买方允诺所具有的明显虚幻性质和合同数量条款的确定性的问题，早期普通法法院依据古典合同的原则很难执行那些数量完全由买方的需求或卖方的产出所决定的合同。^[21]

首先，古典合同法不承认包需求合同有效性的首要理由是，包需求合同中当事人的义务缺乏相互性和有效对价的支撑。所谓义务相互性的缺乏是指，包需求合同中买方的义务与卖方的义务不具有相互性。卖方义务是确定的，就是要根据买方的需要来满足其所有需求的义务，但买方的义务却具有相当的弹性，他可以根据经营状况等情况来减少或增加其需求，可见买卖双方在包需求合同中的义务不具有完全的相互性，这进而导致买方购买其

[17] 参见前引 [14]，Havighurst 等文，第2页。

[18] 参见前引 [13]，Gwyn 文，第181页。

[19] Randal Owings, *Output Contracts and the Unreasonably Disproportionate Clause of 2 - 306*, 59 Mo. L. Rev. 1051, 1053 - 1054 (1994).

[20] See McLaren, *Related Problems of "Requirements" Contracts and Acquisitions in Vertical Integration Under the Antitrust Laws*, 45 Ill. L. Rev. 141 (1950).

[21] See Claude D. Rohwer & Gordon D. Schaber, *Contracts*, 法律出版社（影印）1999年版，第80页。

全部需求的允诺具有了一定程度上的虚幻性(illusory),^[22]从而使得该虚幻允诺不能成为卖方供给义务的有效对价。古典合同法就是基于此种义务相互性与对价的缺乏而否认包需求合同的有效性。面对包需求合同缺乏对价或义务相互性的难题,现代合同法往往会从合同中发现买方负担有某种法律义务、向卖方提供了相应的对价,以支持包需求合同的有效性。在现代法院看来,此种对价要么是买方向卖方提出其正常需求(normal requirements)的允诺,^[23]要么是买方限制自己行为自由并同意不从卖方之外的第三人处购买该商品的承诺,这也是构成对价的“法律上的损害”。买方的此种不从他人处购买商品的默示允诺足以构成包需求合同中卖方允诺的充分对价。^[24]同样,现代法院也会以买方负有依诚实信用原则和公平交易商业标准来决定其需求量的义务,来为当事人确定一个合理的可以预见的数量,^[25]从而解决了包需求合同缺乏义务相互性的难题。

其次,古典合同法不承认包需求合同有效性的另外一个关键理由便是合同数量条款本身的不确定性。在古典合同法看来,数量条款是决定合同是否具有确定性的最为核心的条款。如果数量条款缺乏或不明,就会导致合同不能成立、无法生效。况且,包需求合同中的数量是根据买方的需求、需要、方便甚至是任性的希望、想法来决定的,^[26]具有很强的主观性和很大的不确定性。所以,法院通常会在古典合同法的精神指引下认定包需求合同因数量条款的不确定性而无效,不能得到承认和执行。在一些情形下,数量条款的缺失甚至被看作是缔约方没有达成意思表示一致的外在证据。即便有足够的客观表征来说明缔约的意思,法院也可以因数量条款的缺乏而拒绝执行合同,因为此时该合同是不确定的。^[27]对于包需求合同数量不确定的这一难题,当代法学家试图通过对其予以解释进行化解。他们运用拉丁格言“可能确定的,便可以当它是真实的(certum est quod certum reddi potest)”^[28]来支撑包需求合同的确定性和有效性。在他们看来,包需求合同中的数量条款并非是完全不确定的,而是可能确定的,因为它是根据买方在一定时间内的需求量来决定,完全可以由当事人双方在交易过程中去加以确定。这样的数量条款与完全没有约定数量不是一回事。因此,美国《统一商法典》第2—306条的官方评论才会说,包需求合同不是太过不确定的合同,因为其数量是指特定当事人的实际诚信需求量,^[29]并且也完全可以根据当事人的交易习惯、缔约过程以及实际产出与需求状况等因素来合理确定。此外,包需求合同中买方

[22] 参见前引〔6〕, Miller等书,第336页。

[23] Loudenback Fertilizer Co. v. Tennessee Phosphate Co., 121 Fed. 298 (C. C. A. 6th 1903); National Furnace Co. v. Keystone Mfg. Co., 110 Ill. 427 (1884); Minnesota Lumber Co. v. Whitebreast Coal Co., 160 Ill. 85, 43 N. E. 774 (1896).

[24] Trainor v. Buchanan Coal Co., 154 Minn. 204, 191 N. W. 431 (1923); Texas Co. v. Pensacola Maritime Corp., 279 Fed. 19 (5th Cir. 1922); Bartlett Springs Co. v. Standard Box Co., 16 Cal. App. 671, 117 Pac. 934 (1911); A. Santaella & Co. v. Otto F. Lange Co., 155 Fed. 719 (8th Cir. 1907).

[25] U. C. C. § 2-306 cmt. 2.

[26] 参见前引〔13〕, Gwyn文,第183页。

[27] See Jessen Bros. v. Ashland Recreation Ass'n., 204 Neb. 19, 281 N. W. 2d 210 (1979) (合同由于欠缺明确的数量条款而不可执行); Burke v. Campbell, 258 Mass. 153, 154 N. E. 759 (1927) (合同由于没有规定被告向公司增资能得到多少股份而部分不可执行); King v. Krischer Mfg. Co., 220 A. D. 584, 222 N. Y. S. 66 (1927) (合同因为“商品的数量”不明确而不可执行)。

[28] 见前引〔14〕, Havighurst等文,第4页。

[29] U. C. C. § 2-306 cmt. 2.

不从第三人处购买其需求产品的明示或默示义务，也可以支持包需求合同数量条款的确定性。因为既然买方所有需求都只能从卖方处购买，具有明确排他性，那么包需求合同的数量也就具备了一定程度的确定性。买方的此种排他性购买义务具有减少包需求合同数量条款不确定性的功能。^[30]

大陆法系民法中包需求合同之类的数量条款不确定的合同的效力需要通过对各国民法典中的相关规定加以解释才能进行判断。从法国民法典第 1128 条、意大利民法典第 1325 条和比利时民法典第 1108 条的规定来看，当事人、标的和合意三项内容是大陆法系各国普遍认可的合同成立和生效的必备要素，数量条款并非必备条款和核心要素，其缺乏通常并不导致合同无效。因此，比利时法院十分明确地认为数量不确定的包需求合同合法有效。^[31] 法国法院尽管有基于合同确定性要求而主张包需求合同无效的判例，^[32] 但法国民法典第 1163 条的规定足以支持包需求合同的有效性。该条规定，“给付必须是可能且确定或可确定的。”包需求合同尽管在订立时的数量并不明确，但完全可以通过后续的合同履行的周期、当事人的经营需求、诚实信用原则和交易习惯加以确定，从而对当事人产生约束力。同样，尽管德国民法典中并无合同成立和生效要件明确规定，但从其历史渊源、理论学说和司法实践中都可以清楚地看出，数量条款并非合同有效的必备要素。当遭遇包需求合同这样的数量不确定合同时，完全可以通过德国民法典第 315 条的“由当事人一方指定给付”条款填补合同的漏洞。^[33] 也就是说，当给付的具体化交由合同当事人一方来完成，或者交由第三人完成，同样可以保证债务人所负担的给付具有可确定性。^[34] 于是，包需求合同所遭受的不确定性质疑便可经由该条解释而化解。

此外，体现两大法系融合的《联合国国际货物销售合同公约》在第 14 条也将包需求合同称作一个十分确定的合同。该条说，一个建议如果写明货物并且明示或默示地规定数量和价格或规定如何确定数量和价格，即为十分确定。官方评论认为，像包需求合同的“购买所有需求 (buy all my requirements)”条款即是足以确定合同货物数量的方法，只不过要根据诚信原则结合实际情况来理解，^[35] 包需求合同的确定性和有效性没有疑问。

我国现行合同法相关立法文件和司法解释中也不存在包需求合同的明确表述。由于该问题涉及数量条款不确定的合同，所以最为接近的内容应该是合同法及其解释中关于合同条款的规定。合同法第 12 条规定了合同的八个一般性条款，即当事人、标的、数量、质量、价款或报酬、履行期限地点或方式、违约责任、解决争议方式。但这八个条款并非缺一不可，有些条款即使没有约定也不会影响合同效力，而是可以通过合同法第 61 条和第 62 条的合同补充条款进行补足。从这两条的表述可以清楚地看到，当事人就质量、价款或报

[30] See Travis W. McCallon, *Old Habits Die Hard: The Trouble with Ignoring Section 2 - 306 of the UCC*, 39 Tulsa L. Rev. 711, 714 (2003).

[31] See James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2001, pp. 193 - 199.

[32] 同上。

[33] 感谢清华大学法学院王洪亮教授的点拨。

[34] 参见杜景林、卢湛：《德国民法典——全文注释》，中国政法大学出版社 2015 年版，第 232 页。

[35] Secretariat Commentary on Article 12 of Draft Convention (Article 14 of Official Text), Paragraph 12, Official Records, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-14.html>.

酬、履行期限地点或方式、违约责任、解决争议方式等一般性条款没有约定或约定不明的,都不影响合同效力,而是可以进行协议补充或法定补足。但如果没有约定或约定不明的是当事人、标的、数量这三个一般性条款,即便有第61条和第62条似乎也无能为力,因为这三个条款在合同法看来应该是不可或缺的核心条款。我国合同法的此种立场也得到了最高人民法院2009年《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称“合同法解释二”)的进一步支持。该解释规定,合同中只要包含了当事人、标的和数量三个要素,合同就可以成立。由此可以推知,这三项内容是合同成立与生效的必备条款和基本要素,缺一不可。

从上述法律规定的文义解释来看,数量条款不可或缺,如果数量条款没有约定或约定不明确(合同法用语),那么这样的合同不能成立、不能生效。包需求合同在性质上就是一个数量条款不确定的合同,它会由于数量条款缺陷而不能成立或生效。该结论可以得到三段论式的形式推理支持。与文义解释和形式推理不同,法律的目的解释和实质推理却可以得出支持包需求合同的确定性和有效性的结论。因为没有约定与约定不明含义不同,效果自然也有别。没有约定是对于数量根本没有提及,约定不明是合同中提到数量,只是约定方法不得当、内容不清楚。包需求合同的数量条款并非没有约定,而是一种约定不明,因为包需求合同的数量是根据买方的需求来确定,其与数量完全无约定的合同有所不同。尽管其数量条款有一定的不确定性,但并非完全没有规定,法律效果自然也不相同。根据我国合同法所尊崇的鼓励交易的目的与宗旨,包需求合同不应当因为数量条款约定不明而不能成立或生效。只是在履行包需求合同时要注意对此种确定数量的标准进行规制,注意减少或限制其不确定性,减少当事人对数量条款的滥用。

因此,包需求合同在我国现行合同法体系中有着充分的解释适用空间,是一种合法有效的特殊合同形态,我们可以把它解释为数量条款约定不明但可以通过买方需求加以确定的特殊类型买卖合同。不仅如此,包需求合同已经在现实商业实践中得到大量的运用。它经常出现在一些长期买卖合同中,比如买卖钢材、煤炭、设备、粮食、原材料等长期供应合同。当事人通常约定一个长期协议,数量条款空白不填或只规定一个预估数量,且规定最终购买和结算数量以需方书面订单数量或实际交货数量来确定等等。^[36]包需求合同得到越来越多的应用与认可,古典合同法对于包需求合同的消极态度逐渐让位于现代合同法的积极认可姿态。

三、包需求合同的履行:诚信履约原则的具体化

有效的合同都应当得到履行,但包需求合同的履行却有其特殊之处。这是由于包需求合同约定之数量取决于买方的需求或想法,具有模糊性、随意性和不确定性,^[37]在市场价格涨跌之时容易为当事人所滥用,当包需求合同的买方是中间商时尤其如此。^[38]因此,包

[36] 如江苏华东工业设备安装股份有限公司与南宁银杉电线电缆有限责任公司买卖合同纠纷上诉案,广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2013)南市民二终字第259号民事判决书。

[37] U. C. C. § 1-304 cmt. 1.

[38] 参见前引[14], Havighurst等文,第2页。

需求合同的履行比一般合同之履行更容易发生纠纷。一般来说,当双方在履行过程中对于包需求合同的数量存有争议时,最根本的判断标准便是当事人有无依民法诚信原则行事。^[39] 诚实信用原则是合同法中的帝王规则,统贯合同订立、合同履行、合同变更、合同终止等全过程,是当事人履行合同的重要依凭,也是法官造法和行使自由裁量权的法理基础。它不仅是包需求合同成立的关键要素,更是包需求合同履行、解释的核心原则。诚实信用原则通常依附于合同项下的某一特定义务,以帮助判断当事人在履行中是否违反了该项义务。具体在包需求合同中,买卖双方互负义务,卖方负有根据买方需求向买方出卖产品的义务,买方则负有向卖方购买产品并支付价款的义务,依诚实信用原则履约之义务并非买卖合同双方的独立义务所在,而是依附于买卖当事人特定给付义务上的一种义务。于是,当发生争议之时,作为诚实信用原则在合同履行阶段体现的诚信履约原则便能帮助法院判断合同当事人是否遵守了合同约定。藉由上述机理,诚信原则通过其具体化的方式解释合同和作为合同履行标准的功能便得以彰显。

首先,包需求合同当事人是否诚信履约需要借助更为具体的(不)履约行为类型加以判断。至于什么行为类型才是诚信履约或不诚信履约的表现,没有哪国的法律对此作出具体列举,这通常需要法院根据具体案情作出判断。美国法学家萨默斯和伯顿对此曾有过一个针锋相对的著名论战。伯顿主张诚信履约原则的系统化和一般化,主张为诚信履约原则确立一个统一的一般化操作标准;^[40] 萨默斯则反对此种一般化,主张并提出六种具体不诚信履约种类来实现诚信原则的实践落实。这六种不诚信履约包括:(1)规避交易之本旨,(2)懒惰而松懈,(3)只愿意进行“实质履行(substantial performance)”,(4)滥用规定合同条款的权力,(5)滥用迫使对方顺从的权力,(6)干预对方当事人的履行或在对方履行时未能给予配合。^[41] 尽管不能完全照搬,但诚信履约原则在包需求合同中的运用可适当借鉴萨默斯上述从反面规定的不诚信履约的具体类型。

其次,诚信履约原则在包需求合同中的运用尚需两个具体化的次级规则的协助和支撑。第一个具体化的次级规则是“合理弹性(Reasonable Elasticity)”标准。合理弹性标准是帮助衡量包需求合同中买方需求量的变化是否合理的具体标准,也得到了美国《统一商法典》的确认。^[42] 合理弹性标准使得诚信履约原则在包需求合同中的运用更具可操作性和准确性。第二个具体化的次级规则是尽最大努力或合理努力(Best Efforts)规则。即不论卖方或买方,在达成包需求合同这样的排他性交易后,^[43] 卖方有义务尽最大努力向买方供货,买方有义务尽最大努力从卖方处购买。不管包需求合同中有无明确提及,买方和卖方都负担有一种尽最大努力或合理努力的义务,以有效落实诚信原则之精神,^[44] 是诚信履约原则的

[39] U. C. C. § 2 - 306 cmt. 2.

[40] See Steven J. Burton, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, 94 Harv. L. Rev. 369, 370 (1980).

[41] Robert S. Summers, “Good Faith” in *General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, 54 Va. L. Rev. 195, 232 - 243 (1968); Robert S. Summers, *The General Duty of Good Faith-Its Recognition and Conceptualization*, 67 Cornell L. Rev. 810, 829 - 834 (1982).

[42] U. C. C. § 2 - 306 cmt. 2.

[43] 如前文所述,包需求合同都是具有排他性的协议。See Joseph M. Perillo, *Calamari and Perillo on Contracts*, West, 2003, p. 221.

[44] U. C. C. § 2 - 306 cmt. 5.

另一个次级规则。

再次，诚信履约原则在包需求合同中的运用还需要对不同市场情境的具体化分析。不同市场情境会对包需求合同的权利义务内容和履行要求产生重大影响，所以还需要运用诚信原则对市场中间需求合同的具体情形进行识别与区分，^[45]以为交易当事人确立诚信履约的具体化的模范标准，进而准确界定并有效平衡当事人的权利义务，维持有效市场秩序。

1. 市场涨跌情境

不管市场价格是涨是跌，包需求合同的买方只有提出其正常需求，才算符合公平交易和诚信履约原则的要求，否则就是不诚信。

(1) 如果包需求合同的买方在商品的市场价格大涨之时不合理地增加订单、扩大需求，以从中赚取市场价格波动带来之巨大利益，便可被视为滥用包需求合同的不诚信行为或恶意行为，不符合诚信履约原则的要求。比如，当货物的市场价格猛涨到合同原先约定价格的2.67倍，买方将其需求量订单从原来的每月5000磅增加到每月42000磅时，法院便将该合同解释成一个缺乏对价的合同，无法得到有效执行，从而不让买方从其不诚信行为中获利。^[46]而在买卖双方签订的供应烟煤合同的履行过程中，烟煤的市场价格超过了原合同价格的60%，在买方决定停止其原本也在使用的无烟煤，都用烟煤来生产，从而使买方对于烟煤的需求量达到原来需求量的两倍时，法院也同样认为买方此举有违诚信，它不可以从原来价格和增加的购买量中获益，对于买方所购买的超过其之前通常需求量的那部分烟煤，其应当按照当前市场价格全额支付给卖方。^[47]在法院看来，虽然买卖合同可以执行，但买方需要依诚信原则履约，不能在市场对其有利时滥用包需求合同来损人利己，超出合理需求量的部分因违背诚信履约原则而需按上涨后的价格执行。值得注意的是，如果买方对于需求量的大幅增加是基于之前对于完成某项工程所需商品量的错误估计，而非基于滥用包需求合同从中获益，则即使商品市场价格有较大上涨，也不足以认定买方行为有违诚信原则。

(2) 当市场行情下跌时，包需求合同的买方也可能会相应减少对于商品的需求，以趋利避害。法律会允许买方在此情形下减少其需求量，但也不能过分少于正常需求量，即减少的程度与之前需求量或预估需求量相比不能达到不合理的程度，否则就是不诚信。当买方在商品价格下跌时改变其经营内容或替换由包需求合同供应的商品时，法院也需要判断其改变或替换是否符合诚实信用原则的要求。美国法院在既往判决的意见中指出，作为买方的肥料制造商不能以较低价格买进酸式磷酸盐以代替包需求合同的原来标的磷矿石来规避不利合同。^[48]小块煤也不能替代包需求合同约定的粉煤来让买方规避对其不利的合同。^[49]此两者皆为违反包需求合同的违约行为。相反，当政府明令禁止包需求合同买方继续使用酒精时，买方不再履行包需求合同的约定并不构成不诚信的违约行为，因为此时发

[45] 参见前引[13]，Gwyn文，第186页。

[46] See Schlegel Manufacturing Company v. Cooper's Glue Factory, 231 N. Y. 459, 132 N. E. 148 (1921).

[47] See Andrews Coal Company v. Board of Directors, 151 La. 695, 92 So. 303 (1922).

[48] See Loudonback Fertilizer Co. v. Tennessee Phosphate Co., 121 Fed. 298 (C. C. A. 6th 1903).

[49] See McKeever, Cook & Co. v. Canonsburg Iron Co., 138 Pa. 184, 20 Atl. 938 (1890).

生基于政府法令变动的履行不能。而当买方改用天然气等清洁能源代替煤炭作为燃料进行产业升级时，它不再按照包需求合同的约定购买煤炭并非规避合同商业风险的违约行为，而属符合产业发展方向和社会公益目的的诚信履约。

2. 既存营业和新营业的情境

包需求合同可能会因为买方是一个既存营业还是一个新营业或尚未营业的企业而有所不同。古典合同法认为，如果是一个未营业企业或新营业所签订之包需求合同，由于没有既往营业记录和市场经验可予参酌，其不确定和虚幻性要大于既有营业，因此新营业所签订包需求合同之有效性与可执行性深值怀疑。比如，一个尚未营业的啤酒零售商与一销售商签订一份包需求合同，约定其所需要所有啤酒都从销售商处购买，销售商也同意在双方约定的区域内不会将啤酒卖给任何其他零售商，是一种排他的独占销售。法院认为，尽管当事人修改过合同数量条款并约定买方每周的最少需求量不低于100桶啤酒，包需求买卖合同仍然由于该尚未营业企业的需求量太过不确定而没有办法履行。^[50] 该案后来遭到猛烈批评，批评意见认为卖方的允诺存有对价，因为作为买方的零售商也同样承诺不销售其他商家的产品，并且合同中的价格和修改过的数量条款也确实能够防止买方滥用其需求权力。^[51] 法院在后来一个关于买卖火柴的包需求合同案件中改变了立场。买方是一家尚未建立的全新营业，合同约定买方从卖方处购买其所需要的所有火柴，卖方则同意不与买方进行同质竞争。法院说，不能因为包需求合同的一方当事人不是该领域的既存营业而作出不同的判决，包需求合同并不会因为一方是既存营业还是新营业而有什么不同。^[52] 涉及新营业的包需求合同并不缺乏义务相互性和内容确定性，因为此时卖方的义务是以作为买方的新营业能够成立和正常运营为条件的。^[53] 但客观来说，是新营业还是既存营业确实会对诚信履约的判断有一定影响，因为既存营业有既往企业需求数量记录，对于包需求合同的履行有一定的参照价值，这是新营业所没有的。

3. 保持营业和破产退出情境

在包需求合同中，买方通常并没有保持其营业、不退出其营业、不改变其营业的默示义务（不管是事实上还是法律上）。^[54] 包需求合同的买方有退出或改变其营业的自由，这也符合自由市场企业制度的本质。比如，当双方约定买方从卖方处购买其所需要的所有冰激凌，而买方自愿决定破产终止其营业时，法院认为买方并不违约，因为并不存在一个约束买方保持其营业和需求的默示义务。^[55] 买方有处理其营业和经营行为的自由，只要其行为没有恶意去损害别人的利益，那么其行为就是诚信的。因此，一个煤炭交易商约定从卖方处购买不超过一定数量的其所需要的所有煤，当他在合同到期前卖掉其企业并结束其需求时，法院同样不认为该交易商有保持其营业的义务，而是当然可以自由退出。^[56] 买方要

[50] See *Pessin v. Fox Head Wankesha Corp.*, 230 Wis. 277, 282 N. W. 582 (1938).

[51] See *Recent Cases*, 52 Harv. L. Rev. 836 (1939).

[52] See *Match Corporation of America v. Acme Match Corp.*, 285 Ill. App. 197, 202, 1 N. E. 2d 867, 869 (1936).

[53] *Nassau Supply Co., Inc. v. Ice Service Co., Inc.*, 252 N. Y. 277, 169 N. E. 383 (1929).

[54] H. Collins, *Implied Terms: The Foundation in Good Faith and Fair Dealing*, 67 *Current Legal Problems* 297, 297 (2014).

[55] *In Re United Cigar Stores Co.*, 72 F. 2d 673 (2d Cir. 1934).

[56] *William C. Atwater & Co. v. Terminal Coal Corp.*, 115 F. 2d 887 (1st Cir. 1940).

改变其经营模式或营业设备时也是同理。比如,买方由于换了一台新的更有效率的机器,而减少了其对于天然气的需求量,法院认为这并没有错,买方仍然是在诚信履约。^[57]但是,按照现代关系契约和关系型投资的概念与理论,假如卖方对于该包需求合同进行了“关系专用型投资”(RSI),那么此种行为就会对买方退出营业或改变营业的行为产生一定的约束作用,从而影响对买方是否诚信履约的判断。比方说,包需求合同签订后,卖方通知买方,他准备作一个实质性的投资以便能够充分满足买方的产品需求量,买方并没有表示反对。其后,买方却说他的需求量非常之少,甚至要退出营业,除非卖方同意价格上更便宜些。此时,由于卖方有专用于该包需求合同关系维持的投资,使得该合同当事人可以受到影响和约束,^[58]买方因此而受到合同关系和诚实信用原则的拘束,不能随时减少需求或退出营业,否则就是不诚信履约。^[59]

由上可见,由于包需求合同的数量条款具有不确定性,容易为合同当事人所滥用,所以需要诚实信用原则加以辅助,诚信原则遂成为包需求合同解释适用中不可或缺的核心角色。我国现行法也广泛参考大陆法系民法典规定和英美法系诚信原则之法理,给予诚实信用原则足够的重视和尊崇。民法通则第4条将诚实信用原则规定为民法基本原则。合同法也在第6条规定“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则”,从而将诚实信用原则确认为合同法的基本原则。诚实信用原则在合同法中扮演着十分重要的角色,贯穿合同法的始终。它既是合同订立过程的准则,又是合同义务履行的核心准则;既是合同终止后当事人相互协作的准则,又是合同条款解释应用的准则。不仅如此,指导合同履行过程的诚实信用原则还会有一些具体化的表现形态。比如,“合同法解释二”所确立的情势变更原则就是诚信履约原则的具体化落实与呈现。^[60]从法理上说,现行法关于诚实信用原则的规定也当然适用于包需求合同这种特殊类型的买卖合同。同时,在解释适用中,应根据包需求合同的履约过程、交易过程和交易习惯以及交易的商业背景和合同语言中所体现出来的当事人意图来综合加以判断。^[61]

尽管我国法律实践中出现过不少关于包需求合同与数量不确定合同的司法判例,但由于我国学理中和立法上均未确认过包需求合同的概念,司法实践也少有对于包需求合同的定性与分析,因此我们从有关现行法的文献中看不到将诚实信用原则运用于包需求合同的义务履行、违约判断、解释适用的相关内容。即便出现过包需求合同因“需方实际购买数

[57] *Southwest Natural Gas Co. v. Oklahoma Portland Cement Co.*, 102 F.2d 630 (10th Cir. 1939).

[58] Kimberly D. Krawiec & Scott Baker, *Incomplete Contracts in a Complete Contract World*, 33 Florida State University Law Review 725, 749 (2006).

[59] 由于古典合同法中并无关系契约和关系型投资的概念与理论,所以早期法院对这一问题的处理有很大不同。在古典合同法看来,即使卖方根据包需求合同从买方处赚了大把钱并投资购买了不少新机器设备以保证满足买方的货物需求,当买方有一天决定关门停业时,只要买方是诚信的,就没有什么义务和责任可言。See *Fort Wayne Corrugated Paper Co. v. Anchor Hocking Glass Corp.*, 130 F.2d 471 (3rd Cir. 1942).

[60] “合同法解释二”第26条规定:“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”

[61] U. C. C. § 2-306 cmt. 1.

量与合同暂定数量相差太悬殊”而被法院认定为违约的罕见案件，^{〔62〕}法院推理与裁判内容对诚信履约原则也丝毫未有提及。事实上，中国多数法院对于数量不确定合同或包需求合同的诚信履约标准的把握存有诸多欠缺。比如，在绍兴巨通机电设备有限公司诉浙江华联置业有限公司合同纠纷案中，原被告双方在《电梯配套工程合同》中约定了被告的电梯工程数量约为65台，但也指出项目电梯配套数量有不确定因素，具体工程数量以实际的配套工程数量为准，按实结算。被告单方面将合同约定的65台电梯的配套工程量缩减为23台。尽管原告主张被告大幅减少工程数量的行为属于“根本违约导致合同目的不能实现”，法院却并未采纳原告的说法，只是把被告大幅缩减数量的行为认定为违约行为，既没有充分说理，也没有有效的法律根据，只是含糊其辞地准用定作人任意解除权规则。“虽然根据合同法第268条之规定：定作人可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。法律赋予被告单方解除权，但不意味着被告的行为不属于违约行为。”^{〔63〕}在笔者看来，被告将电梯配套工程量从65台缩减为23台的行为，并不是在行使定作人的任意解除权，也没有解除承揽合同，而只是大幅减少了合同标的数量而已。法院准用合同法第268条的规定进行裁判并不恰当，不仅说理与论据有严重瑕疵，法律后果也有很大差别。该案所涉合同是一个典型的数量条款不确定的包需求合同，应当适用具体化的诚实信用原则来判断当事人行为的妥当性。尽管双方在合同中约定的65台电梯工程量只是一个预估的数量，但实际的工程量不应该与预估的65台工程量有太大的差距，否则就不符合合理弹性标准，是买方滥用包需求合同不确定数量条款的不诚信履约，构成违约行为，应承担违约责任。

总之，诚实信用原则是包需求合同解释适用的核心规则，对其运用不能止于泛泛，而是应当紧密结合市场涨跌等具体情境方能更加有效，有时还需要合理弹性标准和尽最大努力规则等次级规则的支撑。中国合同法规定有诚信原则，商业实践中也不乏包需求合同之运用，但能将诚信原则作为具体的包需求合同的履行、解释、救济适用标准的理论、案例、规定则付之阙如。上文之研讨可以成为改进中国法理论与实践的参考。

四、包需求合同的违约救济：以类型化为基础

违约救济是合同法头等重要的事情，包需求合同的违约救济也不例外。当事人一方不履行包需求合同的约定时，守约方可以依据合同法第107条的规定请求违约方承担“继续履行、采取补救措施或者赔偿损失”的违约责任。但相较于传统合同类型来说，由于包需求合同在数量条款上有一定特殊性，所以对其违约救济的考量还需要紧紧围绕以不同数量条款为基础的包需求合同类型来进行。与包需求合同违约救济相关的值得研讨的问题包括：包需求合同可以根据不同数量条款区分为哪些类型？不同类型的包需求合同的救济强度是否相同？包需求合同的违约损害赔偿按什么标准计算或者说要考虑哪些因素？当事人可否

〔62〕 参见三门县隆鑫金属材料有限公司与浙江裕众建设集团有限公司买卖合同纠纷上诉案，（2013）浙台商终字第584号民事判决书。该案二审法院认为：双方虽约定甬台公司（裕众公司的分公司）向隆鑫公司购买钢材暂定2000吨，但甬台公司向隆鑫公司只购买了70.81吨，与约定购买暂定2000吨钢材数量相差太悬殊，而导致这一结果的发生，原因在于裕众公司与舒尔雅公司之间的工程施工合同无法继续履行，导致甬台公司不需要钢材，故原审法院认定裕众公司构成违约，应承担违约责任，并无不当。

〔63〕 见（2013）绍商初字第227号民事判决书。

要求继续履行包需求合同?

首先,区分包需求合同的类型,增强其违约救济的可操作性。

数量条款是包需求合同的最大特色,根据数量条款内容之不同和保护程度强弱之差别(从弱到强),可将包需求合同进一步区分为无数量包需求合同、最高数量包需求合同、预估数量包需求合同和最低数量包需求合同几种不同类型。

1. 无数量包需求合同。无数量包需求合同是最为典型的包需求合同,它通常并不规定合同数量,具体合同数量的多少只能取决于买方的需求或想法。当事人虽然可以根据美国法的需求量排他性理论或者德国民法典第315条的买方指定给付(数量)那样的条款来确定合同实际履行的数量,但确实存在买方滥用包需求合同的风险。由于无数量包需求合同的数量浮动的弹性空间最大,完全没有可资参照的数量标准,所以法律对其违约的保护和救济强度最弱。即便如此,我国法院还是在实践中认可了既往交易的平均数量标准、^[64]平均工资数量标准^[65]等来增强无数量包需求合同在违约救济上的确定性和可操作性,以达致我国合同法保护当事人预期利益和鼓励市场交易的目标宗旨,值得肯定。

2. 最高数量包需求合同。如果包需求合同中设定了一个最高的合同数量,就构成一个最高数量包需求合同。由于比无数量包需求合同多了一个最高数量的规定,^[66]所以最高数量包需求合同的履约确定性和法律保护强度要高于无数量包需求合同。但由于该最高需求量只是对买方需求量的一种封顶限制,最高数量包需求合同的弹性空间仍然十分巨大,最高数量无法成为决定买方需求量和合同履行的操作性标准,违约救济的标准仍然需要参照无数量包需求合同的标准执行。

3. 预估数量包需求合同。为了未来履行的可预期性,当事人可以在包需求合同中确定一个预估的需求数量,这便是实践中最为常见的预估数量包需求合同。预估数量在交易实践中也被表述为暂估数量、暂定数量、大约数量、预计数量等。一般来说,在当事人对于包需求合同中的预估数量约定发生争议时,法院通常只支持当事人基于实际数量进行结算,这便是商业实践中十分著名的“预估数量、据实结算”条款。在多数法院看来,当事人间实际发生的数量要比预估数量更为重要,预估数量只是一种预先估计,不是一个确定的数量,包需求合同中的预估数量不能作为包需求合同的履约标准、违约标准和救济标准而存在。^[67]但是,这种观点与做法完全无视预估数量约定在包需求合同中的价值,从根本上遮

[64] 参见江山市石金矿业有限公司诉衢州市伟龙化学工业有限公司买卖合同纠纷案,衢州市柯城区人民法院(2013)衢柯花商初字第342号民事判决书。

[65] 参见秦皇岛市悦达快递有限公司与李春生承揽合同纠纷上诉案,河北省秦皇岛市中级人民法院(2015)秦民终字第1063号民事判决书。法院认为:“因双方签订的合同中未约定每天派送快件的数量及价格,且在双方约定的区域内每天投递的快件数量亦不确定,因此,原审法院比照2014年河北省交通运输业年均工资计算出李春生的损失并无不当。”

[66] 比如,在XX有限公司诉XX有限公司买卖合同纠纷一案(见上海市浦东新区人民法院(2013)浦民二(商)初字第2387号民事判决书)中,法院查明:“2011年6月20日原告向被告发出通知,自2011年6月1日起,对合同项下的液氮产品执行如下新价格:液氮的纯度是99.999%,每月平均用气量是250吨,每月最低购买/付款量是150吨,日最高用气量是20吨,液态产品单价,月用量200吨以内部分是589元/吨,月用量超过200吨以上部分是562元/吨,以上价格包含运费,不含增值税,增值税由被告另行承担。”

[67] 比如,在程风军诉樊金龙买卖合同纠纷一案中,法院明确指出:双方虽在合同中约定“乙方本工程大约需要钢材捌佰吨”,“大约需要”是一种预估,不是确定的数量,应以双方已实际履行的397.5吨计算双方买卖数量……所以本院不能认定被告存在原告提出的违约行为。见前引[3]案例。

蔽和阻碍了预估数量包需求合同的实践意义，并不可取。实际上，赋予预估数量以法律效力的意义显而易见，预估数量可以成为当事人根据实际情况调整其需求量大小的中心，〔68〕它既可以作为当事人履约守约的判断标准，〔69〕又可以作为当事人是否构成违约的判断标准。〔70〕预估数量的存在使得包需求合同的确定性和法律保护强度要比无数量包需求合同和最高数量包需求合同更进一步，更加有助于市场交易的达成、合同的具体履行和违约与否的争议解决。

4. 最低数量包需求合同。如果当事人在包需求合同中设定了最低或最少需求数量，〔71〕它就成为最低数量包需求合同。最低数量包需求合同是约束力最强、受到法律保护程度最高的包需求合同类型，违反最低数量的约定当然可以构成违约行为。〔72〕不仅如此，即使合同履行期尚未届满，若当事人有严重违反包需求合同中最低数量约定的行为，也可能构成预期违约并承担相应违约责任，〔73〕体现了最低数量包需求合同的高强度约束力。当然，最低数量包需求合同与前三种包需求合同类型的最大不同在于，合同约定的最低数量不仅是判断当事人是否违约的标准，还可以是对非违约方进行违约救济的具体标准。比如，在2015年的孙雪克诉易县金虎铁选厂加工合同纠纷一案中，〔74〕合同当事人易县金虎铁选厂与孙雪克签订合作协议，约定由铁选厂为孙雪克加工矿石，孙雪克负责提供矿石，按加工铁粉的数量计算，每加工出一吨铁粉，孙雪克支付给铁选厂165元加工费，并约定孙雪克保证每月让铁选厂加工矿石量不低于二万吨，一年不少于二十万吨，提供的矿石的品位每3.5吨矿石出一吨铁粉。合同签订后铁选厂为加工矿石积极准备，对机器进行检修，安装了新的设备，并按照安全生产监督管理局的要求交纳了5万元的风险抵押金，但是孙雪克却从未向铁选厂提供过矿石，致使铁选厂不能正常生产。铁选厂提起诉讼，认为孙雪克违反协议

〔68〕 U. C. C. § 2-306 cmt. 3.

〔69〕 在江苏华东工业设备安装股份有限公司与南宁银杉电线电缆有限责任公司买卖合同纠纷上诉一案中，法院认为，华东公司与银杉公司在合同中约定银杉公司供货总价款暂定总计6899993.91元，在未重新协商确定的情况下，该“暂定”应视为一种确定。其后履行中，银杉公司先后向华东公司提供价值7275259.89元的电缆和电线，该价值达到并超过双方合同暂定的价款约37万元，银杉公司已经履行了合同确定的义务。之后，华东公司又要求银杉公司提供电缆和电线已不属双方合同约定范围，应视为华东公司向银杉公司发出新的要约，该要约未经银杉公司承诺，所以双方并未就此达成合意，银杉公司不再向华东公司供货的行为不构成违约。见前引〔36〕案例。可见，暂定、预估、暂估数量的条款并非没有全无意义，在商业实践中可以成为当事人行为是守约还是违约的重要判断标准。

〔70〕 因实际购买数量与暂定数量相差太过悬殊而构成违约，应承担违约责任案件，见前引〔62〕案例。

〔71〕 See *Brooklyn Bagel Boys, Inc. v. Earthgrains Refrigerated Dough Products, Inc.*, 212 F.3d 373, at 376-377, 379. 也见前引〔66〕案例。

〔72〕 比如，在洛阳宏进农副产品批发市场有限公司诉史彦华合同纠纷一案中，原、被告于2014年1月11日签订《进场采购合作协议》一份，约定：合作经营期限内（自2014年1月11日至2016年1月11日），被告每月采购量不少于6000斤，接受原告每月考核一次，若被告连续两个月未达标，即视为违约，原告有权解除本协议并追回鼓励金；合作期内，被告每月到原告市场采购天数不低于20天，若连续两个月无故不满20天，视为违约，原告有权解除本协议并追回鼓励金。法院认为，由于被告连续两个月每月采购量未达到6000斤，采购天数未达到20天，已构成合同违约。见洛阳市老城区人民法院（2015）老民初字第938号民事判决书。

〔73〕 在严涂、刘光华买卖合同纠纷一案中，法院认为：当事人约定年购销石料不少于15万吨，刘光华于2012年12月25日过磅签收了2700吨块石料并堆放在码头，于2013年9月3日代严涂交纳30000元港口规费后起运了1110吨块石料，之后再未囤集和起运块石料，且在长江沿岸堤防护坡工程正式启动后不积极向严涂采购块石料，也不安排人员过磅签收贮存或装船运输，一年时间已过三分之二，而其在严涂处购买的块石料数量尚不足合同约定年销售量的1%，其行为构成违约。见前引〔7〕案例。

〔74〕 见河北省保定市中级人民法院（2015）保民四终字第439号民事判决书。

约定未向其提供可加工的矿石构成违约,并主张一个月的可得利益损失40万元(以月最低数量二万吨为标准)。该主张得到了法院的支持,一定程度上使得最低数量成为包需求合同违约救济的操作标准,强化了最低数量包需求合同的约束力和执行力。

其次,衡量损害赔偿之具体因素,增强损害赔偿之确定性。

当合同当事人违反包需求合同时,法院在决定是否给予非违约方损害赔偿以及给予多少赔偿时考虑的因素包括:包需求合同属于上文所说的哪种类型;有没有一个可确定的需求数量;当事人对于包需求合同的期待和信赖程度如何;当事人实际履行的数量是多少;包需求合同的履行期限多长;^[75]包需求合同已经履行多长时间,还剩多长时间;市场价格上涨或下跌的幅度;当事人实际预计到的或可能预计到的市场价格上涨或下跌的程度;企业扩张的程度或企业收缩的程度;企业扩张在多大程度上得益于其违约获益;企业收缩在多大程度上源自对方违约;其他的扩张或收缩原因被预见到或可能被预见到的程度有多大;当事人对于对方企业经营状况的了解程度;当事人对于对方企业经营状况缺乏了解在多大程度上是因为对方的行为造成的;如果市场行情不好当事人盈利的可能性等。^[76]这些因素在不同案件中会有不同体现,没有一个绝对重要的因素,法院通常是根据案件情况、合同情况等来考虑这些不同因素,从而得出具体的损害赔偿数额。

再次,关于违约救济之继续履行。

合同法第110条将继续履行规定为非违约方可以选择的非金钱债务违约责任的一般形态。从解释论的立场来讲,该条规定当然也适用于包需求合同的违约责任承担。至于违约方应当根据什么标准继续履行,需要参考上文所提及的包需求合同基于不同数量条款的不同类型:如果包需求合同规定有最低数量或预估数量,那么违约方就应当根据合同约定和这些相对确定的数量向非违约方继续履行合同。如果包需求合同只规定有最高数量或没有规定数量,则违约方应当根据合同约定和诚实信用原则并参酌合同背景、履约过程、交易过程和交易习惯等因素,向非违约方继续履行该包需求合同。当然,从域外法的经验来看,要支持一个强制实际履行的判决,其所要求的合同确定程度较高,而为了支持一个损害赔偿的判决,合同所要求的确定程度可以较低。即强制实际履行请求要比损害赔偿请求满足更高层次的证明标准。^[77]这一点也可以作为我国法律实践中当事人请求继续履行包需求合同的参酌标准。

结 语

包需求合同是合同数量条款不够确定的特殊类型买卖合同,也正是此种不确定性为当事人履行合同创设了可以利用的弹性和空间,从而使得包需求合同为实践中从事长期交易的当事人所青睐,成为各国均较为常见的一种商业交易形态。包需求合同内在的不确定风险需要在履行过程中予以克服,最关键的方法就是将诚实信用原则确定为包需求合同履行、

[75] 如当事人未约定履行期间而要求一方满足对方所有需求并承担所有风险,包需求合同可能会被法院认定为违背公平原则。见前引〔36〕案例。

[76] 参见前引〔14〕, Havighurst等文,第4页。

[77] *Kruse v. Hemp*, 853 P.2d 1373 (Wash. 1993)。

解释、适用和救济的中心原则和标准，并将其类型化内容、具体化准则与个别化情境运用于包需求合同中以作出相应裁断。具有更高灵活性的包需求合同商业实践得到了现代合同法的认可，超越了古典合同法对于合同确定性的过分要求。在现代合同法看来，即使合同内容或条款并不完全确定，也可以通过一些方法加以补足或治愈。美国《统一商法典》第2—207条的“先合同，后条款（contract first, terms later）”的规定，^[78]就是现代合同法“强调灵活性优于确定性”精神的典范。事实上，合同并不具备完全的确定性。承认合同有限确定性的事实，不会威胁到合同法制度的合法性。合同与合同法的此种弹性有助于确保公平的结果，非但没有削弱合同法的地位，反而加强了合同法的地位，使合同法具有更高的适应性和成长性。^[79]

Abstract: A requirement contract, originated from the need of the merchants' engagement in commercial practice, refers to a sales contract in which all the needs of the buyer can only be satisfied by the seller and the contract quantity is determined by the buyer's requirements, which is a typical type of contracts with open terms. Classical contract law, normally having a skeptical attitude towards the requirement contract with indefinite quantity terms, has provided for comparatively strict requirements on contract terms. But in the view of the modern contract law, a requirement contract is a special type of sales contract in which the terms on quantity are unclear but can be determined by the buyer's requirements, for which there are spaces for legitimate interpretation and application in the common law system, the civil law system and the Chinese law system. The openness of the quantity terms brings flexibility, efficiency and other advantages to the parties of a requirement contract while, at the same time, having such disadvantages as being easily abused by the parties. In order to promote the advantages and abolish the disadvantages, it is necessary to introduce the principle of good faith as the central rule of the performance, interpretation, application and remedy of requirement contract, and to regulate the practical application of requirement contract through the combination of specific means in light of specific types, sub-rules and particular context. In the determination of the remedy for the breach of a requirement contract, one should, on the basis of distinguishing different types of requirement contracts, measure specific factors of compensation for damages and review the practical possibility of specific performance, so as to increase the certainty and operability of the remedy.

Key Words: requirement contract, validity of contract, performance, remedy for breach of contract

[78] 前引 [2], Farnsworth 书, 第 246 页。

[79] [美] 罗伯特·A. 希尔曼:《合同法的丰富性:当代合同法理论的分析与批判》,郑云瑞译,北京大学出版社 2005 年版,第 25 页。