

委托人与拍卖人的违约责任

——兼论《拍卖法》第40条第1款

郑 臻

内容提要:在拍卖法律关系之中,买受人未能按照约定取得拍卖标的的,通常情形下,仅需委托人或拍卖人中的一方承担违约责任;但在特定情形下,买受人也可主张委托人与拍卖人承担连带责任。委托人与拍卖人中应由哪一主体承担违约责任,取决于拍卖人以何人名义行事。若拍卖人以委托人名义行事,则由委托人承担违约责任;若拍卖人以自己名义行事,则通常由拍卖人承担违约责任,但也存在例外。在违约责任免除的认定上,需要考察拍卖人与委托人告知义务的履行情况,同时还应注意是否存在“自相矛盾”与“没有明示”的免责条款。委托人与拍卖人的违约责任仅规定于《拍卖法》第40条第1款,对于该条款的理解,应将其置于《民法典》与相关法律的体系之中,并综合考察拍卖行业惯例等内容进行体系解释。

关键词:委托人 拍卖人 违约责任 免责事由

郑臻,中国人民大学法学院博士后研究人员。

一 问题的提出

拍卖法律关系在法律行为理论、合同法理论之中多有讨论。德国法学经典案例之“特里尔葡萄酒拍卖案”对拍卖行为的过程分解,形成了对意思表示构成的理论阐释。拍卖法律关系由代理和买卖等多个法律关系构成,委托人、拍卖人与买受人几方之间的关系并非两两对应,而可能存在复杂交织。委托人与拍卖人的违约责任,无疑是整个法律关系的最后关口。对于这个问题的讨论,能够较好地全局性理解拍卖法律关系。^[1] 本文以委

[1] 学界对拍卖法的研究较少,而委托人与拍卖人的违约责任是十分重要的问题,目前学界仅有一篇文章,武腾:《拍卖中的合同关系和代理效果》,《法学家》2015年第3期。

托人与拍卖人的法律责任为研究焦点,以期进一步明晰拍卖法律关系中的法律责任承担机制,以反观拍卖法律关系的全貌。

委托人与拍卖人的违约责任,规定在《拍卖法》第40条第1款,根据该款,“买受人未能按照约定取得拍卖标的的,有权要求拍卖人或者委托人承担违约责任”。尽管《拍卖法》第40条第1款属于《民法典》合同编与总则编的特别规定,具有优先适用效力,但是在违约责任认定与违约责任承担等问题上,《拍卖法》第40条第1款并未提及。因此在涉及上述问题时,应结合《民法典》的相关规定进行体系解释。尤值得注意的是,拍卖毕竟是一种特殊的交易方式,存在着许多一般交易中所没有的问题,例如拍卖中的违约责任当事人的认定以及违约责任承担中的免责事由与特殊考虑因素等。对于这些问题,一方面应坚持在《民法典》的语境下进行解释与分析,另一方面更需要立足于拍卖的特殊性加以考虑。

二 违约当事人的确定

在拍卖法律关系中,对于出卖人是谁这个问题,尽管《拍卖法》并未作出直接的规定,但是该法第23条却提供了非常重要的线索,该条规定:“拍卖人不得在自己组织的拍卖活动中拍卖自己的物品或者财产权利。”反过来说,拍卖人只得在自己组织的拍卖活动中拍卖他人的物品或者财产权利,那么拍卖人既可以自为出卖人出售他人的物品或者财产权利,也可以充当真正出卖人(他人)的代理人出售其物品或者财产权利。而拍卖人究竟为出卖人或只是代理人的关键,“视拍卖人是否表明代理意旨而定,如果拍卖人表明代理意旨(以委任人之名义行事),那么委任人才是出卖人;如果未表明代理意旨(以自己的名义行事),拍卖人即为出卖人”。^[2]因此拍卖中出卖人是哪一主体的问题就转化成拍卖人以哪一主体的名义行事的问题。

(一) 拍卖人以本人(委托人)的名义行事

《拍卖法》第40条第1款的规定何时仅约束委托人?学理上认为,若拍卖人以本人(委托人)名义行事,则拍卖合同可直接约束委托人与买受人。^[3]在我国法上,拍卖中表明代理意旨的法律关系以《民法典》第162条为基础。在代理公开原则之下,拍卖人以本人(委托人)的名义行事,委托人和拍卖人签订委托合同。实践中,双方往往在专家(拍卖行专家或第三方专家)对目标物的真实性作出分析之前就签订书面协议,这也有利于双方确定履约的方式和范围,界定他们的期望和所涉及的风险,以及预见违约的后果。^[4]另外,书面合同可作为缔约方和第三方评估协议内容的依据,有助于提升交易安全。^[5]

[2] 参见黄茂荣著:《买卖法》,中国政法大学出版社2002年版,第434页。

[3] 参见黄茂荣著:《买卖法》,中国政法大学出版社2002年版,第434页。

[4] Alexander Jolles & Isabelle Roesle, Design of the Expert Contract in Swiss Law, 2 *Art and law* 35, 35-36 (2013); Martin Josef Schermaier, Performance-Based and Non-Performance Based Enrichment Claims: The German Pattern, 14 *European Review of Private Law* 363, 363-365 (2006).

[5] Alexander Jolles & Isabelle Roesle, Design of the Expert Contract in Swiss Law, 2 *Art and law* 35, 37 (2013).

对于拍卖标的物究竟属于种类物抑或特定物,法律并无规定,司法实务中也认同《拍卖法》第 40 条第 1 款可适用于种类物拍卖。^[6] 该款仅规定未能按照约定取得拍卖标的即属违约,未限定标的性质,可见该款的适用并无标的性质的限制。唯需注意两种情形:其一,“更换、修理、重作”等救济方式的适用需要受到限制,以艺术品拍卖为例,如果所拍卖的艺术品本身不可复制,那么并不适用“修理、重作”等救济手段,能否“更换”则需要结合具体情况分析。其二,给付不能规则(《民法典》第 580 条第 1 款第 1 项)的适用,在种类物拍卖中,以农产品拍卖为例,若所定种类物的全部标的灭失,应适用给付不能规则;^[7] 在特定物拍卖中,以赝品拍卖为例,如果赝品所对应的真品不适宜强制履行(如国宝),那么也应适用给付不能规则(《民法典》第 580 条第 1 款第 2 项)。

值得一提的是,有学者认为拍卖人需要履行的是一种手段债务(*obligation de moyen*),而非结果债务(*obligation de résultat*)。^[8] 这一点在拍卖中的体现就是拍卖人应依照合同的要求,勤勉忠实地履行委托人委托之事项,而不是达到委托人的特定结果,例如将委托财产出售就是一种最典型的特定结果。尽管有些拍卖合同中存在最低价格收购条款,即无论拍卖结果如何,拍卖人都必须向委托人支付约定的最低价格,但是这仅为双方当事人的特殊约定,并不影响拍卖合同的性质。拍卖人履行的手段债务主要体现为保留价制度,即拍卖人与买受人之间签订的是附停止条件的买卖合同。当买受人提出的价格超过委托人确定的或委托人与拍卖人议定的保留价时,买卖合同方可生效。^[9] 由此可以看出,拍卖人并不保证委托财产一定成交,但却要保证成交的价格一定高于委托人的要求。

同时,拍卖中还要求拍卖人履行保密义务,即“委托人、买受人要求对其身份保密的,拍卖人应当为其保密”。^[10] 由此可见,拍卖下代理公开原则的认定与一般代理略有不同,但可以适用与一般代理类似的特殊规则,包括嗣后披露、根据实际情况推知等。

有学者从代理公开原则不保护交易本身为切入点,认为公开被代理人是哪一主体,是直接代理的强制性要求,公开的时点仅可在拍卖人落锤之后。如果拍卖会性质是知名藏家的单一收藏品拍卖会,那么拍卖人也可在拍卖目录公开时一并公布委托人身份。^[11] 有学者认为,在艺术品拍卖中,第三人(买受人)即使不知道本人(委托人)为何人,但是可以合理推知拍卖人以他人的名义进行拍卖的,应被认为是直接代理。^[12] 又如罗斯(Reto Thomas Ruoss)认为,如果买受人不关心委托人的身份,可以通过契约约束匿名

[6] 湖南省永州市中级人民法院(2014)永中法林民初字第8号、湖南省高级人民法院(2015)湘高法民一终字第286号、衡阳市中级人民法院(2016)湘04民终148号、仙游县人民法院(2019)闽0322民初3128号。

[7] 参见王千维:《种类之债下债务人之主给付义务》,我国台湾地区《政大法学评论》2015年总第145期,第320-321页。

[8] Joëlle Becker, *Auction of Works of Art in Swiss Private Law: Representation, Contractual Relations and Liability*, 21 *Art Law* 77, 167 (2011).

[9] Joëlle Becker, *Auction of Works of Art in Swiss Private Law: Representation, Contractual Relations and Liability*, 21 *Art Law* 77, 167 (2011).

[10] 《拍卖法》第21条,案例详见:阳曲县人民法院(2016)晋0122民初21号、广州市中级人民法院(2019)粤01民终425号。

[11] Joëlle Becker, *Auction of Works of Art in Swiss Private Law: Representation, Contractual Relations and Liability*, 21 *Art Law* 77, 288 (2011).

[12] Danny Busch, *Indirect Representation in European Contract Law*, Kluwer, 2005, p. 95.

的委托人。^[13] 以具体事实推知以本人名义与对该当之人的代理都可算作代理公开原则的缓和,即便拍卖人并未披露代理旨意,依旧可以在买受人与委托人之间建立法律关系。

总的来说,欧陆法系对拍卖人以委托人的名义行事要求比较严格,但是可以通过代理公开原则的缓和将更多情况纳入代理公开原则的范畴之中;反观我国拍卖的情况,其从代理的类型上沿袭了欧陆法系的代理公开原则,同时也采用较为严格的认定标准。

(二) 拍卖人以自己名义行事的认定

《拍卖法》第40条第1款的规定何时仅约束拍卖人? 学理上认为,若拍卖人以自己名义行事,则拍卖合同可约束拍卖人与买受人,学说上将其称为“间接代理”。间接代理在欧陆代理法中,并非代理的形态。^[14] 欧陆成文法典国家少有间接代理一般性规定,而是从委托中推知有间接代理的存在。

在拍卖中,虽然拍卖人是以自己的名义出售委托财产,但是这并不意味着委托财产权利发生了转移。这种合同本质上来说是一种行纪合同,^[15] 根据《瑞士债务法》第425第1款的规定,拍卖人有权利与义务为委托人的利益签订合同。在拍卖的间接代理中,基于《瑞士债务法》第396第2款规定的代理合同受任人权限的一般条款与第425第2款规定的行纪人适用受任人条款规则,^[16] 即便委托人没有明确授权拍卖人代理其出售财产,也可由委托事项的性质确定之。在这种情况下,拍卖人成为受托人进行拍卖。拍卖人根据与委托人的委托协议,获得委托人分配的权利和义务,这也就意味着委托人被排除出买卖合同的当事人之列。^[17] 间接代理在交易中对于经验不足的委托人很有吸引力,因为他们可以在专业人士的帮助下恰当地进入拍卖市场。由于委托人不在买卖合同当事人之列,因此也可以确保其身份信息不会被泄露,这也是直接代理所不具备的优势。

由世界主要拍卖行制定的拍卖规则观之,其多数采用与瑞士法中的间接代理极其类似的规定。在这些拍卖规则中,委托人无一例外地被排除在买卖合同之外。事实上,如果着眼于保护委托人的信息免于泄露,那么间接代理制度无疑是最佳的选择。因为从保护隐私的角度来说,拍卖行把不披露客户(多指委托人)的信息置于最优先的地位,其优先级甚至超过了避免因拍卖行为而带来的争端。^[18]

在拍卖人未揭露代理旨意的情况下,欧陆法强调以自己的名义行事是否被买受人知悉,同时《瑞士债务法》也认为,任意拍卖的拍卖人未揭示代理存在的情况属于行纪。从概念的层面来说,行纪与拍卖人未揭示代理意思的任意拍卖是有诸多共性的,例如二者都是受托人以自己的名义,为本人的利益为之。但是比较我国《民法典》合同编有关行纪合

[13] Reto Thomas Ruoss, Fake Auction Art Auctions - The Remedies of Swiss Civil Law to Fight against False Bidding, in Peter Forstmoser ed., *Swiss Writings on Commercial and Business Law*, Schulthess, 1984, p. 14.

[14] 参见王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第419页。

[15] Joëlle Becker, Auction of Works of Art in Swiss Private Law: Representation, Contractual Relations and Liability, 21 *Art Law* 77, 143 (2011).

[16] 参见戴永盛著:《瑞士债务法》,中国政法大学出版社2016年版,第176、189页。

[17] Joëlle Becker, Auction of Works of Art in Swiss Private Law: Representation, Contractual Relations and Liability, 21 *Art Law* 77, 155 (2011).

[18] Joëlle Becker, Auction of Works of Art in Swiss Private Law: Representation, Contractual Relations and Liability, 21 *Art Law* 77, 131 (2011).

同的规定与《拍卖法》的相关法条,二者在制度的层面上仍存在较大差异。首先,《民法典》合同编第 955 条第 1 款允许行纪人以低于委托人指示价格出卖委托物的行为,在行纪人补足价款的情况下使买卖合同成立。但《拍卖法》50 条第 2 款规定未达保留价(指示价格)要约不发生效力。其次,《民法典》第 956 条第 1 款允许行纪人自己成为买受人,但《拍卖法》第 22 条则不允许拍卖人成为买受人。最后,《民法典》第 958 条规定行纪人直接与第三人订立的契约负有义务承担责任,但《拍卖法》第 40 条则要求拍卖人与委托人承担责任。有鉴于上述法条的差异,拍卖人未揭示代理意思的任意拍卖应认定为间接代理的一种,不适宜将其认定为行纪。

另外,有观点认为任意拍卖的拍卖人未揭示代理存在的情况属于中介关系,理由有二:其一,买受人的实际缔约人为委托人,拍卖人在其中仅扮演促成契约顺利缔结的角色,所以拍卖人与买受人、委托人之间是一种中介关系;其二,拍卖人可以向委托人收取合理费用。^[19] 此种观点与任意拍卖程序较为契合,唯有一点值得商榷。《拍卖法》第 51 条规定,买受人的最高应价经拍卖人落锤或其他公开表示买定的方式确认后,拍卖成交。^[20] 有学说认为,拍卖人以落锤或其他公开表示买定的方式确认拍卖成交的行为,即为买卖合同承诺的意思表示,^[21] 这一观点也普遍为司法实践所接受。若买受人的实际缔约人为委托人,且拍卖人不是委托人的代理人而是中介人,那么拍卖人如何替委托人作出承诺的意思表示? 因此将拍卖人未揭示代理意思的任意拍卖应认定为中介关系,也不恰当。

综上,任意拍卖法律关系中拍卖人以何人名义行事可以进行二分构造。拍卖人以委托人名义行事的拍卖法律关系在法效果上与欧陆法系的直接代理大致相当。另一方面,拍卖人以自己名义行事,其法律关系符合欧陆法系对间接代理的认定,但是并不符合行纪关系、中介关系的认定,所以属于非行纪与中介的间接代理。

三 违约责任的构成要件与特殊考虑因素

(一) 违约行为

违约当事人的哪些行为可以构成《拍卖法》第 40 条第 1 款规定的情形? 这一问题在《拍卖法》中并没有明确规定,因此可以沿用《民法典》合同编中有关违约行为的规定。《民法典》合同编中有关违约行为的规定由第 577 条统摄,分为不履行合同义务与履行合同义务不符合约定两类。具体而言,当出现预期违约、质量不符合约定与迟延等事实时,即可适用。特别需要注意的是,若当事人不履行或不适当履行的是后合同义务(例如提供标的过户的相关资料),是否可以适用《拍卖法》第 40 条第 1 款所规定的违约责任? 学说针对后合同义务(《民法典》合同编第 509 条第 2 款)的性质仍有争议,包括合

[19] 参见霍玉芬著:《拍卖法要论》,中国政法大学出版社 2012 年版,第 57-58 页。

[20] 《拍卖法》第 51 条,案例详见:伊春市中级人民法院(2017)黑 07 民终 455 号、绵阳市中级人民法院(2016)川 07 民终 548 号。

[21] 参见刘宁元著:《中国拍卖法律制度研究》,中国财政经济出版社 2008 年版,第 26 页。

同责任说、^[22] 侵权责任说、^[23] 缔约过失说^[24] 与独立责任说,^[25] 实践中,有部分判决持“合同责任说”。^[26]

(二) 无免责事由

1. 一般规定

免除违约责任的条款是否有效? 判断特别约定的条款是否有效,应参照《民法典》第 506 条的规定,若免责条款免除故意或重大过失致人身或财产损害,则应认定免责条款无效。相反,若免责条款免除一般过失责任或轻微违约责任,且履行了免责条款的提示说明义务、不违反公平原则,应认定免责条款有效。

拍卖人或委托人因故意或重大过失隐瞒瑕疵时,免除违约责任的条款的效力如何? 根据《民法典》第 618 条,当事人约定减轻或者免除出卖人对标的物瑕疵承担的责任,因出卖人故意或者重大过失不告知买受人标的物的瑕疵的,出卖人无权主张减轻或者免除责任。但此种约定条款效力为何并不明确,司法实践中,有部分判决认为不能用当事人约定、出卖人的说明或关系人明知而轻易排除出卖人的质量瑕疵担保责任。^[27]

2. 拍卖合同中瑕疵担保责任的免除

在我国的拍卖实践中,免除瑕疵担保责任的条款一般载于拍卖行的拍卖规则之中,如《拍卖规则》第 5 条第一句:“本公司特别声明不能保证拍卖标的的真伪、品质及价值,对拍卖标的不承担瑕疵担保责任”,^[28] 西泠印社与中国保利拍卖公司也有类似的规定。^[29] 与我国拍卖行类似,世界一些知名拍卖行也会对瑕疵担保责任作出特别说明。^[30]

在司法实践层面,法院通常认为拍卖行有权免除瑕疵担保责任。如法院认为,在拍卖交易活动中,拍卖人对拍品的瑕疵担保责任,明显弱于一般的买卖合同交易,其有权就拍品瑕疵作出免责声明。^[31] 但是,在域外的一些判例之中,我们可以发现,法院一方面认可拍卖行免责条款效力,另一方面也会对拍卖行的“如实告知”义务进行审查。根据这项义务,拍卖人必须不断告知买受人艺术品潜在的分析方法、销售成本和预期鉴定程度等等。具体而言,即使结果不尽如人意,例如艺术品有可能是伪造的,或其来源存在瑕疵导致成

[22] 参见王泽鉴著:《债法原理》,北京大学出版社 2013 年版,第 88 页;注 1,第 245 页。

[23] 参见王利明著:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社 2011 年版,第 259 页。

[24] 参见王利明著:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社 2011 年版,第 260 页。

[25] 焦富民:《后合同责任制度研究》,《河北法学》2005 年第 11 期,第 66 页。

[26] 参见海南省三亚市城郊人民法院(2013)城民一初字第 3471 号、安庆市迎江区人民法院(2018)皖 0802 民初 87 号、四川省高级人民法院(2016)川民再 325 号。

[27] 参见赣州市南康区人民法院(2019)赣 0703 民初 2764 号、常州市钟楼区人民法院(2015)钟商初字第 1205 号。

[28] 中国嘉德:《拍卖规则》, <http://www.cguardian.com/pmzn/qtfw/pmgz/index.shtml>, 最近访问时间 [2021-05-01]。

[29] 西泠印社:《拍卖规则》第一部份(关于买受人与卖受人的主要条款), <http://www.xlysauc.com/rules.php>, 最近访问时间 [2021-05-01]; 北京保利:《拍卖规则》, <http://www.polypm.com.cn/about/4/22?between=buyers>, 最近访问时间 [2021-05-01]。

[30] 如香港佳士得《业务规定》第 A2 条就作出了不对拍卖品的性质提供任何保证的说明,但同时 E2 条则有相应的“真品保证”, https://www.christies.com/buying-services/buying-guide/conditions-of-sale?sc_lang=zh; 类似的规定也在苏富比的《术语简介》中出现, <https://www.sothebys.com/en/glossary>, 最近访问时间 [2021-05-01]。

[31] 北京市第一中级人民法院(2008)一中民初字第 9088 号民事判决。

交价格贬损,拍卖人也必须如实地通知买受人在艺术品鉴定中的任何疑虑。但是,并非所有重要事实,拍卖人都必须如实告知买受人。如果拍卖人未告知的事实是买受人知道或者应该知道的,那么这样的责任也可以免除。^[32]

在需要鉴定的情形下,告知义务意味着拍卖人需要告知买受人,其在什么程度上进行了鉴定,以及采用了什么样的分析方法来鉴定艺术品和确定估价范围。简而言之,买受人必须了解其代理人正在进行的项目的一般性分析。^[33] 此外,如果拍卖人对已经作出的鉴定结论的准确性有一定怀疑,无论是艺术品作者、年代还是出处,可能比原有的鉴定结论更有价值或者更没价值,拍卖人均应将这些信息准确地传递给买受人。鉴于拍卖人和买受人之间鉴赏力的不平等,遵守告知义务尤其重要。因为在大多数情况下,委托人的重大决策需要依赖拍卖人的专业知识与提供的信息。

在实践中,拍卖人的利益在于维持鉴定专家的声誉与获得利润,在快速的鉴定过程中,尽量减少成本;买受人希望待售财产被专家彻底鉴定,并告知其财产鉴定的任何疑问或线索。有时候拍卖人表示对委托财产一无所知,这就使委托人与拍卖人产生一定利益不匹配与冲突。这就提出了一个问题:买受人可以向拍卖人要求获得什么样的信息呢?

在 Thomson 诉 Christie Manson & Woods Ltd 案中,英国法院审查了拍卖人应忠于买受人还是委托人。在该案中,争议焦点在于拍品的年代,根据佳士得拍卖目录中对一对瓮的鉴定意见,其是 18 世纪的作品。其买受人,即本案原告,在拍得这对瓮以后进行了分析鉴定,结果表明其出自 19 世纪中叶,因而大大降低了其价值。随后,买受人对拍卖行提起诉讼,并主张拍卖行没有告知关于瓮的鉴定与年代方面的疑虑。由于拍卖行已经确信瓮的鉴定是不合理的,同时“夸大”了拍卖目录中的描述,因此原告认为拍卖行要为此承担责任。此外,原告还提出,鉴于其作为特殊客户的身份,拍卖行有几次透露其疑虑的机会,并且可以在向其发送拍卖目录时或者正式拍卖前采取相应行动。^[34]

法院判决认为,正如原告主张的那样,拍卖行粗放的鉴定过程,与其应有的期待相距甚远。同时也认为,拍卖行要对原告承担没有如实告知其对瓮的年代有所怀疑的责任,因为一方面来说原告是拍卖行的特殊客户,另一方面拍卖行处于国际拍卖行的较高地位。^[35] 佳士得拍卖行对这个判决提起了上诉。

上诉法院认为,专业人士提供咨询性质的信息,承担告知义务的责任,但是承担责任的范围并没有扩大到显而易见的以及有不切实际的风险的信息。专业人士就哪些信息是可以承担责任,取决于接受信息的人的特点与其经验。^[36] 上诉法院同时认为,委托人除了要求拍卖人提供瓮的时代估计和价值估计以外,并没有再要求其提供其他信息;同时并不能当然地认为,作为特殊客户的原审原告就可以享受比一般客户更特殊的服务,因此根

[32] Federal Court Ruling 93 II 19, 21.

[33] Joëlle Becker, Auction of Works of Art in Swiss Private Law: Representation, Contractual Relations and Liability, 21 *Art Law* 77, 130 (2011).

[34] Thomson v Christie Manson & Woods Ltd and Others, [24] PNLR 42 (QB), para. 70; [2005] EWCA Civ. 555, [2005] PNLR 38 (CA).

[35] [2004] EWHC 1101 (QB), [2004] PNLR 42, para. 194.

[36] [2005] EWCA Civ. 555, 2005 WL 1169006, para. 95.

据该案具体情况,法院排除了原审原告主张的特殊关系的因素。因此,上诉法院否决了原审法官的结论。考虑到拍卖行是对瓮进行科学检测后得出的鉴定意见,而且对该意见十分确信,因此法院认为,佳士得没有义务告知其客户任何不切实际的怀疑,因此不承担责任。^[37]

据此我们可以认为,拍卖人的告知义务与两个因素有关:一是对拍卖鉴定存在怀疑;二是拍卖人与客户之间的特殊关系。

接下来的问题是,在什么情况下,拍卖人有义务告知他的买受人。遗憾的是,无论是成文法还是判例法,都没有明确规定告知义务。但有一项比较相似的义务可以适用于此类情形,这便是拍卖人在鉴定过程中或者在其他过程中发现任何疑问时需要充分披露。因为充分的信息披露能使买受人在选择是否以及以何种价格购买时作出明智的决定。根据相关判决观点,告知人有义务考虑告知行为的所有潜在后果。^[38]

告知义务实际上囊括了所有可以帮助明智的买受人的基本要素,例如确定待售财产的鉴定意见、确定待售财产的预计价格与保留价以及其他出售条件。如果拍卖人或咨询专家对委托财产产生了怀疑,这种怀疑可能会影响委托财产的鉴定结论或者出售价格,则拍卖人必须向买受人披露这些信息。然而,这种义务的范围并不包括可能被视为“显而易见”或“不切实际”的信息。专业人士就哪些信息需要承担责任,取决于接受信息的人的特点与其经验。拍卖人遵守的告知义务标准与勤勉义务相同,即相同情况下、处于相同地位的拍卖人是否会将同样的信息告诉委托人。简单来说,拍卖人有义务通知买受人所有涉及影响委托财产鉴定与拍卖成功的信息。

3. 免除瑕疵担保责任条款的解释

在实践中,拍卖人的瑕疵担保责任免除条款的效力认定往往是极为复杂的问题,如艺术品的真伪、二手车的车况以及房屋的面积等是否可以一概不适用瑕疵担保责任,需要根据具体的情况进行解释,大致包括如下方面。

首先,需要把握物之瑕疵在《民法典》中的内涵。客观上,物的瑕疵是指所交付的标的物不符合该种物所应具备的通常性质及客观上应有的特征。^[39] 主观上,物的瑕疵是交付的标的物不符合当事人约定的品质,致使其价值或效用减少或灭失。^[40] 我国《民法典》合同编兼采主观说和客观说。^[41]

其次,应注意对瑕疵披露的程度。如《拍卖法》第18条规定,拍卖人有权要求委托人说明拍卖标的的来源和瑕疵;第27条规定,委托人应当向拍卖人说明拍卖标的的来源和瑕疵。当然也存在委托人自己也不知道瑕疵的情况,这一点在艺术品与执行拍卖中非常常见。如在委托人不知道拍品年代的情况下,拍卖人将其标注为“明朝”,后证实为现代

[37] [2005] EWCA Civ. 555, 2005 WL 1169006, para. 96.

[38] South Australia Asset Management Corp v York Montague Ltd [1997] AC 191, 214.

[39] 参见[日]我妻荣著:《我妻荣民法讲义 V2:债权各论(中卷一)》,徐进、李又译,中国法制出版社2008年版,第69页。

[40] 参见王洪亮:《物上瑕疵担保责任、履行障碍法与缔约过失责任》,《法律科学》2005年第4期,第65页。

[41] 参见崔建远著:《合同法》,法律出版社2015年版,第445-446页。

仿品,则难谓拍卖人对瑕疵仅存在一般过失或无过失。

最后,也应注意买受人对瑕疵的了解情况。简言之,如果买受人有机会实地考察拍品的情况,如测量竞拍单位的面积,或者有证据表明买受人具有鉴别拍品真伪的相关经验或者技能,那么拍卖人的瑕疵担保责任免除条款是有效的。反之,如买受人无法接触拍品,甚至完全没有关于该拍品的任何知识,那么简单适用瑕疵担保责任免除条款也难谓公平。

(三) 买受人不存在过错

1. 一般规定

买受人明知拍卖标的不符合合同约定,是否可以适用《拍卖法》第 40 条第 1 款? 原则上来说不能适用该款。但有学者认为买受人知悉物之瑕疵,并且知悉买卖标的物之价值、通常效用或契约预定效用,并且标的物将因该瑕疵而价值减少。^[42] 根据该说,在评估买受人的过错时,需要考量买受人对瑕疵的了解程度,如果买受人仅了解瑕疵的表象,而不了解其对标的物的实质影响,则不属于买受人明知的范畴。另外,该条“除适用于特定物买卖外,在种类物买卖,如果买受人依种类物的样品已知种类物均具有同一瑕疵,亦可适用”^[43]

买受人应当知道拍卖标的不符合合同约定,是否可以适用《拍卖法》第 40 条第 1 款? 原则上来说也不能适用该款。买受人因重大过失而不知标的物瑕疵,而重大过失意味着买受人以特别重大的方式违反交易上必要的注意。

买受人在缔约时不知道该瑕疵会导致标的物的基本效用显著降低,可否适用《拍卖法》第 40 条第 1 款? 我国的司法实践认为,在已有证据证明买受人知道或应当知道标的物的质量存在瑕疵时,如何判断其是否了解瑕疵的严重程度,这是一个需要法官根据案件事实进行裁量的问题。^[44]

2. “买者自负”原则

买者自负(caveat emptor)原则是拍卖中买受人不存在过错的一种典型体现,具体而言,《拍卖法》第 61 条第 2 款即为买者自负原则在拍卖活动中的具体规定。在拍卖实践中,买者自负的运用也较为普遍,例如北京保利《拍卖规则》第 32 条规定:“本公司对拍卖品的真伪及/或品质不承担瑕疵担保责任。竞买人及/或其代理人有责任自行了解有关拍卖品的实际状况并对自己竞投某拍卖品的行为承担法律责任。本公司郑重建议,竞买人应在拍卖日前,以鉴定或其它方式亲自审看拟竞投拍卖品之原物,自行判断该拍卖品是否与本公司拍卖品图录以及其它形式的影像制品和宣传品所描述相符合,而不应依图录及影像制品和宣传品的描述做出决定。”^[45]意在加强买受人自主决定的作用。具体而言,拍卖人牺牲自己利用某些信息的私法自治空间,将这些信息公开给买受人;买受人因接收到这些信息,而可能更加审慎地决定是否交易,相应地,买受人也需自我承担这种决定的

[42] 参见陈添辉著:《买卖》,我国台湾地区三民书局 2006 年版,第 103 页。

[43] 参见黄立著:《民法债编各论(上)》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 77 页。

[44] 参见最高人民法院编选组编:《买卖合同司法解释适用手册》,人民法院出版社 2012 年版,第 85 页。

[45] 参见北京保利:《拍卖规则》,http://www.polypm.com.cn/about/4/22?between=buyers,最近访问时间[2021-05-01]。

后果。

与瑕疵担保免除条款类似,“买者自负”原则在我国的司法实践中也是可以直接为法官援引的,但需要注意的是,“买者自负”原则的理论基础已经随着时代的发展而发生变化。起源于欧洲中世纪的“买者自负”原则需要满足两个条件:一是双方的磋商地位对等;二是无明显信息差。^[46]但是随着时代的发展,这两个条件已然慢慢消失。相应地,一些国家也开始逐步改进,使拍卖领域的“买者自负”向着卖者尽责的方向发展。例如,英国已经通过判决的方式区分了不同类型的拍卖人应尽的责任。

一方面,在 *Luxmoore-May* 诉 *Messenger-May Baverstock* 案的判决中,英国“地区性”拍卖行的责任标准得以确定。该案中,涉案标的是两幅油画,画品最开始的所有人 *Luxmoore-May* 夫妇委托当地的拍卖人安排这两幅油画的拍卖事宜。拍卖人向艺术顾问展示了这些画作,并得出每幅价值 30 - 50 英镑的结论。在拍卖人的建议下,顾问以每幅 50 英镑的价格将两幅画作交给了佳士得拍卖行。这些油画在佳士得拍卖行进行了快速和无偿的检查后,佳士得认为鉴定与估价都比较合理,因此在拍卖目录中转述了顾问的估价范围和鉴定意见。其后,这些画作以 840 英镑成功出售,而仅在 5 个月后,其又在苏富比拍卖行再次出售。苏富比将这些画直接认作是艺术家 *George Stubbs* 的作品。同时该目录表示估价为每幅 18000 至 24000 英镑。艺术品贸易公司 *Spinks* 在拍卖会上成功拍得这两件作品,总价格为 88,000 英镑。由于从最初估价到其后历次估价在数额上相去甚远,因此原告认为拍卖人与佳士得并未履行适当的估价义务。

上诉法院认为,没有人会期望从地方性的拍卖人那里获得额外的艺术知识,尤其是这个知识事实上被他的艺术顾问所支持。鉴于佳士得无偿提供大量的评估意见,期待佳士得能够为每个展示的艺术品提供一个经过鉴定专家鉴定的观点,同样是对拍卖人施加了不合理的高标准的勤勉义务。当然也没有明确的判决显示,当进行这种免费的估价时,佳士得不对估价的请求者承担责任,但是如果不给估价的请求者进行这种免费的估价则是要承担责任的。^[47]总而言之,一般执业拍卖人勤勉义务的标准须根据其提供的专业知识区分。

另一方面,在 *Thwaytes* 诉 *Sotheby* 案中,英国高等法院皇家法庭试图确定国际拍卖行应承担的尽责标准。在该案中,苏富比在 2006 年以 42000 英镑的价格出售了一幅名为“*The Cardsharps*”的油画。根据委托人的指示,拍卖行认为这幅画是出自卡拉瓦乔 (*Michelangelo Merisi da Caravaggio*) 弟子之手。然而事实上,这幅画却是出自卡拉瓦乔本人之手,价值 1 千万英镑。在判决中,皇家法庭引用了上述 *Luxmoore-May* 案的观点,证明苏富比拍卖行要履行比地方拍卖行更高的勤勉义务。^[48]

在判断国际拍卖行是否履行了勤勉义务时,判例法确立了如下标准:相同情况下进行鉴定时,拍卖人要履行可期望的勤勉义务。法院一贯认为,只有在其他合格的专家能够得

[46] Alan M. Weinberger, *Let the Buyer Be Well Informed? -Doubting the Demise of Caveat Emptor*, 55 *Maryland Law Review* 387, 422 - 424 (1996).

[47] *Luxmoore-May and another v Messenger-May Baverstock (a firm)*, Court of Appeal, Civil Division, 1990 1 All ER 1067, 1990 1 WLR 1009 CA 1989.

[48] *Hedley Byrne v Heller* [1964] AC 465 at 486, 502.

出同样的结论的情况下,拍卖人才需要履行勤勉义务。

(四) 拍卖图录或拍卖人陈述不构成任何保证

拍卖图录,是指拍卖人在拍卖日前散发给不特定对象的对拍卖标的进行介绍的电子或文本形式的资料。例如在艺术品拍卖中,一般具备写真图像和文字描述两部分内容。^[49]根据商务部《文物艺术品拍卖规程》第 8 条,图录应包括拍卖活动名称、预展及拍卖的时间和地点、拍卖规则等拍卖参与各方应知悉的内容、委托竞投授权文本、拍卖人联络方式等信息、拍卖标的基本情况以及特别说明。

尽管在拍卖实践中,绝大部分拍卖行会将图录不构成担保纳入自己的拍卖规则,^[50]但是最关键的是要看拍卖图录对于艺术品的描述,特别是文字部分,是否明确表示提供担保。换言之,文字描述是否具有事实上的合理根基,是否足以让买受人产生实质性判断。

关于 Jendwine 诉 Slade 案的判决(该案也许是关于这个问题的最早案件),它确定了解决这个问题的传统方法。被告卖给原告两幅画并声称其为原件,但实际上是复制品。原告起诉欺诈,法院解决了艺术家的名字在目录中的外观是否构成明示担保,或是仅供买方参考的描述和意见的问题。法院认为,该目录并不构成明示担保,因为这位艺术家早就过世,无法确定这些画是否是原件。该目录只表明卖方的意见,即作品是原件,同时买方需要独立判断。即,“如果卖方只陈述他自己认为的东西,他可能没有欺诈。”因此,该案例侧重于卖方是否向买方作出明确明示担保或只是代表意见。如果该陈述是一种意见,那么即使卖方实际上相信陈述的真实性,卖方也不承担任何欺诈责任。^[51]

在之后的 Lomi 诉 Tucker 案^[52]和 De Sewhanberg 诉 Buchanan 案^[53]中,法院也肯认,如果卖方的陈述形成明示担保,就需承担相应责任,且买方可以撤销交易或保留油画(仅向卖方支付陪审团认为的复制品的价值);若卖方仅陈述一种意见,则无需承担欺诈责任。

另外值得注意的是,纽约颁布了全面的《艺术和文化事务法》(*New York Arts and Cultural Affairs Law*),以补充《统一商法典》(*Uniform Commercial Code*),并针对艺术市场行业带来的具体问题提出了解决方案。^[54]纽约州《艺术和文化事务法》与《统一商法典》之间的一个重要区别就在于明示担保的设立。前者第 13.01(1)条明确规定,无论何时,艺术商人给予不是艺术品商人的买方关于艺术作品作者身份的书面文件时,该文件被推定为交易基础的一部分,并产生明示担保。

[49] 参见吴秉衡:《我国拍卖法上不保证条款研究——以当前文物艺术品拍卖为视角》,《上海政法学院学报(法治论丛)》2011年第3期,第41页。

[50] 参见中国嘉德:《拍卖规则》,http://www.cguardian.com/pmzn/qtfw/pmgz/index.shtml;西泠印社:《拍卖规则》第一部份(关于买受人与买受人的主要条款),http://www.xlysauc.com/rules.php;北京保利:《拍卖规则》,http://www.polygm.com.cn/about/4/22?between=buyers,最近访问时间[2021-05-01]。

[51] See Brian W. Harvey & Franklin Meisel, *Auctions Law and Practice*, 3rd ed., Oxford University Press, 2006, pp. 276 - 278.

[52] John Kendall, Expert Determination: Its Use in Resolving Art and Antiquity Disputes, 4 *Art Antiquity and Law* 325, 326 - 328 (1997).

[53] Hodge M. Malek ed., *Phipson on Evidence*, 17th ed., Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2010, p. 256.

[54] 参见纽约《艺术和文化事务法》第 11.01 - 15.21 条,https://codes.findlaw.com/ny/arts-and-cultural-affairs-law/aca-sect-12-01.html,最近访问时间[2020-11-30]。

四 结 论

以《拍卖法》第40条第1款为代表,委托人与拍卖人的违约责任已基本融入我国的民法体系之中,特别是《民法典》的生效与实施,将会对委托人与拍卖人的违约责任产生十分积极的影响。另外,随着委托人与拍卖人违约责任体系化的不断发展,拍卖人对于违约责任的免责体系也在不断发展。一方面,拍卖人为了保护自己的权益,尽可能地利用免责条款控制因拍卖标的品质纷争所带来的风险,这是拍卖行业的特殊性使然。另一方面,通过利益衡量,应全面审视免责体系的本质及其带来的利弊,进而将拍卖标的品质风险在委托人与拍卖人之间进行分配,尤其应考虑最终分配给委托人。在拍卖过程中,如果拍卖人主观上存在恶意,亦要承担责任。此外,关于个案中各方当事人风险的承担,要结合各种因素加以分析。对于买受人而言,可以借鉴我国金融消费者的概念与美国纽约州《艺术与文化事务法》的相关规定,区分一般买受人和专业买受人。对于专业买受人,应让其承担风险,自行判断;对于一般买受人,则应当更多地予以保护,提供充分的救济途径。委托人与拍卖人的违约责任的本质,是行业发展的内在机理,不但需要沿袭传统的交易习惯,更要兼顾公平,让弱势一方以及权利受侵害者得到保护。

[Abstract] In the legal relationship of auction, if the buyer fails to obtain the object of auction in accordance with the agreement, under normal circumstances, the liability for breach of contract should only be borne by either the client or the auctioneer. However, under certain circumstances, the buyer may also demand that the client and the auctioneer be jointly and severally liable. The question of which subject should bear the liability for the breach of contract depends on in whose name the auctioneer acts. If the auctioneer acts in the name of the client, the client shall bear the liability for breach of contract; if the auctioneer acts in his own name, he himself usually bears the liability for breach of contract, but there are exceptions. In determining the exemption from liability for breach of contract, it is necessary to examine the performance of the notification obligation by the auctioneer and the client, and whether there are “self-contradictory” and “unclear” exemption clauses. The liability of the client and the auctioneer for breach of contract is only stipulated in Article 40 Paragraph 1 of the Auction Law. This paragraph should be understood by being placed in the Chinese Civil Code and the system of relevant laws, and systematically interpreted through a comprehensive examination of the practices of the auction industry, among others.

(责任编辑:姚 佳)