

图书在版编目(CIP)数据

唯契约自由论/孙学致著. —长春:吉林人民出版社,2006.6

ISBN 7 - 206 - 05014 - X

I. 唯… II. 孙… III. 契约法—研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 061705 号

唯契约自由论

著 者 孙学致

责任编辑 杨立云 封面设计 张 迅 责任校对 云 英

吉林人民出版社出版 发行(中国·长春人民大街 7548 号 邮政编码 130022)

印 刷 吉林省吉育印业有限公司

开 本 880mm×1230mm 1/32

印 张 10.25 字 数 173 千字

标准书号 ISBN 7 - 206 - 05014 - X

版 次 2006 年 1 月第 1 版 印 次 2006 年 1 月第 1 次印刷

印 数 1 - 1000 册 定 价 20.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

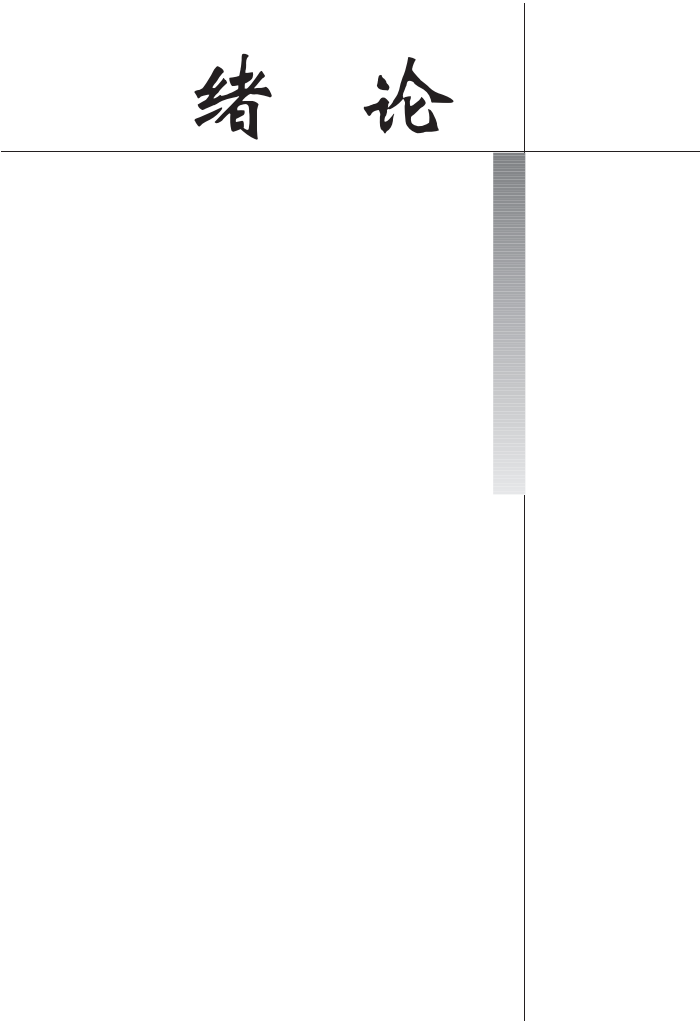
目 录

绪 论	(1)
上 论 契约自由本体论	(9)
第一节 契约自由的表述	(1 1)
第二节 契约自由的地位	(1 8)
第三节 契约自由的形式	(4 0)
第四节 契约自由的内涵	(7 3)
中 论 契约自由正义论	(107)
第一节 契约自由的知识论	(110)
第二节 契约自由与契约正义	(123)
第三节 契约自由与交易秩序	(147)
第四节 契约自由与自由放任	(158)
第五节 契约自由与契约法律	(168)
下 论 契约自由限制论	(183)
第一节 现代契约法的“异质性”	(187)

2 唯契约自由论

第二节	关系性契约规范的本质	(221)
第三节	交易习惯与任意性规范	(236)
第四节	信赖关系规范	(244)
第五节	公平关系规范	(262)
结 论		(285)
参考文献		(293)

绪 论



中国社会由计划经济向市场经济的变迁，实质就是将中国社会由行政性整合向契约性整合转变的过程^{〔1〕}，是契约制度在市场领域乃至整个社会全面建构的过程。《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）的颁行标志着中国契约制度在法的形式层面建构完成。法理学的任务是解读这部法律的基本精神，以更好地实践这部法律，维护市场交易秩序。

渊源于罗马法的契约自由理念，是近代资本主义契约法律制度的核心。20 世纪后，西方国家从自由竞争阶段发展到混合经济阶段，其治理交易关系的手段也经由绝对自由主义不同程度地向国家主义发生微妙的倾斜，曾经辉煌一时的契约自由似乎风光不再，甚至出现衰落迹象。契约已不仅仅被理解为当事人之间的合意或约定，而是被当作内涵丰富的社会交易关系来看待，信赖利益、诚信原则、交易习惯以及公平原则在法院调整契约关系时发挥了越来越重要的作用，违约责任范围和信赖利益的保护也远远超出了合意范畴，对格式条款、免责条款的限制愈发严苛，古典契约法遭到新自然法学、新自由法学、现实主义法学等学派的猛烈攻击。这

〔1〕 郑成良：“法律、契约与市场”，载《吉林大学社会科学学报》，1994 年第 4 期。

些变化导致人们形成了一个普遍判断，即做为契约法之正当性基础的契约自由及建基其上的契约私权，正遭至国家意志和社会本位价值观的普遍限制。

在中国，改革开放使人们久遭压抑的精神生活和经济生活获得了空前自由，伴随着社会主义市场经济在初建阶段取得的巨大成就，社会上下洋溢着追求精神自由和渴望自由竞争的激情冲动。在这一背景下，渊源于罗马法并支持着 19 世纪西方自由经济的私法自治和契约自由，自然成为知识精英阶层得以援用的最好的精神武器。《合同法》在其一般原则条款中规定了合同自愿原则，几乎所有民商法学者和法理学者几乎异口同声地将其解释为契约自由原则。^[1] 但是，这部契约法呈现给我们的似乎有更为复杂的诉求。从其制度构成看，发达国家和地区关于契约制度的最新立法成果多被这部法律吸收，公平、平等、诚实信用、遵守法律和社会公共利益等原则被“照单全收”，并以强行性规定的方式，高悬于合意之上，决定着契约的最终效力；格式条款、事实契约等这类并非基于纯粹合意的所谓契约类型以及契

[1] 王利明等：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社 2000 年修订版，第 100 页；马俊驹等：《民法原论》，法律出版社 1998 年版，第 529 页；梁慧星：《民法总则》，法律出版社 1996 年版，第 41 页；张文显等主编：《法理学论丛》（第一卷），法律出版社 1999 年版，第 341 页。

约解释制度，甚至对传统的契约概念都构成了威胁。这些由社会理性建构的规则展现的复杂多样性，给原本单纯的私人合意关系增添了太多变数。这种状态导致中国契约法实践中出现了任意主义和保守主义两种负面现象。所谓任意主义，是指法律实践中把契约法当作工具箱，把契约法规则当作工具箱里互不关联的零件，随法官或权宜利益所欲，肆意搭配，任意解释，割裂使用。所谓保守主义，是指法律实践中固守法律形式主义的倾向，即在法律未有直接规定的情形下，法官不敢运用法律理念和原则干预契约关系，或者唯合意是问：无合意则无义务，无合意则无责任；或者片面理解法律，惟法条是问，不关心实质存在的契约关系。司法实践中可期待利益在违约责任中鲜受考虑，契约法定义务的限缩解释，对契约法定形式的过份强调，不予受理或以证据不足轻率驳回，精神损害赔偿在契约关系中被驱逐，都是保守主义的表现。

现代社会统治一个重要特征就是对正当性而不是强制性的依赖愈来愈强。法律正当性的主要来源，就如德沃金所言，在于法律的整体性。所谓整体性包含两个原则，即立法的整体性原则和审判的整体性原则，它要求法律“尽可能把社会的公共标准制定和理解看作是以正确的叙述去表达一个正义和公平的首尾一致的体

系”。法律科学的任务，就是将历史现实授予的材料整理成为一个有意义的，具有统一秩序的法律体系；其中法理学的任务则是抽象出统率法律体系的基本精神，赋予法律制度以时代的生命力，并不断对这一思维活动的过程从认识论和方法论的立场上进行反思。国内学界对契约法研究的注意力，主要集中在各种具体契约法制度问题上，虽然不乏深刻的法理学洞见，但关于契约法一般本质之抽象和反思的理论依然阙如。富勒教授说过的一段话值得深思：“法规则只有参照它们所服务的目的始能被理解，这一主张今天甚少被视为一动人的真理了。法是作为实现一定目的的手段而存在的，这一观念成为一种常识已至少半个世纪了。然而，却没有任何根据因为这种观念现已广为接受甚或变得老生常谈而认为它在实践中得到了充分的运用。可以断言，当今没几篇法学专题论文称得上其作者彻头彻尾地清楚界定了它的定义、区分了所服务的目的。我们依然乐于信奉离开既定方针摆弄法律概念是可行的这一幻想，上述既定方针来自这么一种简单的追问：这种活动指向什么目的？”^{〔1〕}

〔1〕〔美〕L·L·富勒：《合同损害赔偿中的信赖利益》，韩世远译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第七卷），法律出版社1997年版，第411页。

本书目的就是带着契约法“指向什么目的”这一追问，对契约法基本原理进行法理探寻和阐释。笔者将沿着进化论理性主义的思想进路，谋求为契约法建构一套“唯契约自由论”的阐释性理路。将力图说明：契约自由是契约法的最高理念，契约关系应然具有的状态和基本特征皆应由契约自由的本质规定，契约法的制度安排亦应为契约自由之内涵的逻辑地外延；在现代交易社会的复杂状态下，契约法既不可能对社会整体秩序进行统筹安排，更不应该仅针对特定交易关系孤立地进行对策性调整，唯一的选择就是沿着绝对尊重并维护契约自由、尊重并贯彻自生自发的交易规范这一理论进路，进行有限地建构；唯有契约自由在契约法实践中得以一以贯之的保障，自由而有序的市场交易秩序才有可能逐渐生成，市民社会之自治才可能真正实现。笔者希望通过这一努力，用一以贯之的原理对契约法进行体系化阐释，并将各类契约规范统合在这一统一理念之下。这无疑是一个宏大的理论叙事，不是我力所能及的。笔者只是希望通过本书的写作，尝试性地进行一次理论试验，开启深入探索契约法之正当性理论的思想进路。

用一个原理谋求解说复杂的契约法现象是有相当风险的。因为社会交易本身就是极其复杂的，而契约法更可能是一个杂汇百说的理论上妥协的产物。妥协是有好

处的，它可以用权宜之计应对问题，回避矛盾，使法律在特定时期的特定环境下与社会保持暂时和谐；它也可以为那些缺乏学术洞见的理论于左右逢源中求得一席安身之地。但是，这种缺乏灵魂的契约法在遭遇外力干涉的情形下是非常脆弱的，因为它没有形成统一的意志和原则，而无力为私法自治“抵御外侮”提供明确指导和刚性支持。

这正是本书谋求的契约法建构理论竭力反对和力图避免的。

上 论

契约自由本体论

此为试读, 需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

契约自由从来都被视为契约法的一条基本原则。作为原则的契约自由在教科书中通常被表达为是否缔约的自由，与谁缔约的自由以及决定契约内容和形式的自由，仅此而已。其实，我们对于契约自由的理解，远未达到应有的深度，我们对于契约自由的信念，远未达到足以支配契约法理论和制度建构的程度。我们需要对契约自由的本质、契约自由在契约法中的地位及契约自由的形式等基本问题进行全部的认知，以澄清理论和实践中关于契约自由的某些谬误。最重要的，是要解决契约自由与契约的基本关系问题。

第一节 契约自由的表述

契约自由在《合同法》中是以基本原则的方式规定下来的。《合同法》没有对契约自由的内涵下定义，但对契约自由的基本内容做了比较完整的表述：

第4条：“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。”

第8条：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

“依法成立的合同，受法律保护。”

根据这两条规定，在中国法上，契约自由（原则）应当表述为：当事人有权依双方意志订立契约，该契约对双方具有法律约束力，包括国家意志在内的外部力量非依法律不得干预。

我国法的表述没有割断与过去的联系，依然坚持我国民事立法不直接采用“自由”概念的传统。这是传统法律意识形态的惯性使然，在一部分人的眼里，“契约自由”、“意思自治”始终是社会主义传统政治视角中西方资产阶级政治、法律意识形态的专有概念，他们不能容忍把它搬来作为我们国家的法律原则。也许是因为这个因由，也许是立法者不愿意在这个问题上过多纠缠。总之，“契约自由”原则在《合同法》中变成了“合同自愿”原则，而“契约自由”背后那规模宏阔的历史和文明则因此而被形式上地隐去了。

在字典中，“自愿”是一个不大起眼的词，对它的解释通常非常简单，即自己愿意，没有被强迫去做的意思。有些重要的词典，比如《辞海》（缩印本），甚至没有把这个词收进去。“自由”不然，悠久的历史文化渊源赋予这个概念以非常深刻的内涵，具有哲学、政治、法律、艺术等多重外延性意

义。例如,《现代汉语词典》对“自由”的释意为:“①在法律规定的范围内,随自己意志活动的权利;②哲学上把人认识了事物发展的规律性,自觉地运用到实践中去,叫自由;③不受拘束,不受限制。”与之相比,“自愿”这个词大多被用于描述个人的一种心理状态,不象“自由”那样是一个具有多重象征意义的符号。这大概正是它被中国立法者选中的理由。它单纯,不会引起阅读者更多的联想,因此也不会惹麻烦。但是,如果仅仅从现有的语义上解释自愿原则,这个原则在有些情形下明显缺乏解释张力。比如,我自愿地接受了对方面提出的带有人格污辱性质的条款,这在语义上与合同自愿原则是没有任何冲突的,但当我们仅用“自愿”这个词的语义来否定这个条款的效力时,它会让我们感到解释力的贫乏。而“自由”就可以避免这样的尴尬,起码在康德的“自由”那里,人没有权利让渡自己的人格。于是我们看到,国内通行的某些教科书在谈到合同自愿原则时,其实是在阐述契约自由原则的内容,有些教科书则干脆表述为契约自由原则。

在本书中,笔者一概用“契约自由”代替“合同自愿”。除了引文、专用语或现行法规定中

使用的“合同”一词以外，统一使用“契约”这一概念。将此二者视为同一意义，为的是免去在两个称谓之间不断转换，增加行文和阅读的麻烦。

契约自由通常被认为包括“是否缔约的自由，与谁缔约的自由以及决定契约内容和形式的自由”。^[1]

所谓缔约自由，是指当事人享有的决定是否与他人缔结契约的自由，他人对此无权干涉。这其中包括变更、转让、解除或抵销契约的自由。当事人有权通过平等协商，在契约成立以后变更契约的内容（《合同法》第77条），转让契约的权利或义务（《合同法》第79条、84条、88条），抵销种类、品质不相同的到期债务（《合同法》第100条）或者协商解除契约（《合同法》第93条）。

所谓选择契约相对人的自由，是指当事人决定与何人订立契约的自由。此种自由本可以包括在缔约自由之中，但在公共事业及某些垄断性领域中，以格式契约方式进行的交易使需方其实不享有选择缔约相对人的自

[1] 董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社1994年版，第22-23页；尹田：《法国现代合同法》，法律出版社1995年版，第15-16页；王利明、崔建远：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社1996年版，第110-111页；李永军：《合同法原理》，中国人民公安大学出版社1999年版，第43页。

由，但他们仍有承诺或不承诺的自由，即缔约自由。从这个意义上说，选择契约相对人的自由和缔结契约的自由还是有差异的。

所谓决定契约内容的自由，则包括三层含义：一是当事人选择契约类型的自由，即缔约人有权根据自己的意愿确定与他人订立何种类型的契约，即便是法律尚未类型化的非典型契约，也允许当事人自由订立。二是选择契约条款的自由。缔约者可以自由决定契约的标的、价款、履行方式、交付的时间和地点、违约责任等权利义务事项，只要其内容不违背法律法规和社会公共利益，法律应充分尊重当事人意志自由，承认其有效。当事人甚至有权约定排除法律上任意性条款的适用；这是合同债权区别于物权的重要之点。债权法上有关典型合同的规定，与物权法上物权限定的原则，大异其趣，后者因物权攸关国民经济及交易安全，法律基于保护公益的理由，限制其种类及内容，反之，前者则因在契约自由的原则下，法律无法预想一切可能的契约而一一为之规定，唯就日常生活中较频繁常见的若干契约，例示地予以规定，其余订立的合同则应允当事人自由设立。《合同法》规定了大量的“当事人另有约定除外”，或当事人有约定的，“按照其约定”的条款。这些条款涉及到从合同的成立、合同的内容和效力到合同的履行、

合同责任等各个领域，以及买卖、租赁、运输、行纪等各种合同。在处理当事人意志与任意性法规则的关系问题上，当事人的意志优先于任意性法律规定，只有在当事人约定不明，通过协商不能达到一致，其意思内容依法又不能确定时，任意性法律规定才能作为对当事人意思表示空白的补充来适用（《合同法》第 61 条、62 条、63 条）。当然，合同的内容若违背了法律、法规的强行性规定和社会公共利益的要求，则将被宣告无效。有权通过约定违约金或约定损害赔偿的方式（《合同法》第 114 条）确定违约责任，也可以选择协商、调解、仲裁或诉讼中的任何一种救济渠道或方式（《合同法》第 128 条）解决契约纠纷，当然也可以放弃契约违约救济权。三是选择缔约方式的自由，即当事人有权自由选择意思表示的方式。^{〔1〕} 当事人有权根据实际需要，采取书面的、口头的或者其他多种方式订立契约。即使法律、行政法规或者当事人约定应当采取书面形式订立契约而未采取，只要一方已经履行了主要义务，对方接受的，契约法仍认可该契约成立（《合同法》第 36 条）。

〔1〕 古代法的一个重要特征就是注重缔约的形式，要求契约的订立必须采用法律规定的方式。如果契约不采取特定的形式，则可能导致契约不能成立。虽然强调契约形式有助于交易的安全和事后纠纷的处理，但却不利于交易的迅捷和经济效率的提高，故为 19 世纪契约法律所抛弃，法律一般不再对此多加限制，而是允许当事人自由选择合同的形式。