



CONTRACT
LAW

合同法新论

——语言符号视角的解构

范一丁 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



合同法新论

——语言符号视角的解构

范一丁 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

合同法新论:语言符号视角的解构 / 范一丁著. —北京:
社会科学文献出版社, 2015. 4 (2015. 8 重印)

ISBN 978 - 7 - 5097 - 5696 - 6

I. ①合… II. ①范… III. ①合同法 - 研究 - 中国
IV. ①D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 035330 号



著 者 / 范一丁

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军

责任编辑 / 郁 青 关晶焱

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社 (010) 59367156

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367090

读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 北京京华虎彩印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 38.75 字 数: 656 千字

版 次 / 2015 年 4 月第 1 版 2015 年 8 月第 3 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 5696 - 6

定 价 / 168.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换

 版权所有 翻印必究

目 录

导 言	001
第一章 合同规则的实在	008
概 论	008
第一节 合同的道德规则	016
一 诚信作为合同规则	019
二 “善意”作为合同规则	031
三 道德金规则在合同中的融合性存在	039
第二节 合同的社会行为规则	050
一 第一性义务规则在合同中的体现	058
二 “第二种规范”（潜规则）在合同中的体现	065
第三节 经济规则在合同中的体现	081
一 利益最大化	093
二 帕累托效率	114
第二章 《合同法》重构之新论	135
第一节 合同法之目的和基础	135
一 民族精神和现代性	149
二 确定性和现实社会	178
三 “合法性”与效率	200
第二节 原则和规则	231
一 基于“道德理性”的“原则”	235

二	作为“解释项”存在的“规则”	259
三	原则和规则，以及规则之间关系的结构	285
第三章	新合同法的构造	322
第一节	方法论概略	322
一	方法概述	323
二	“逻辑”方法的现实扩展	326
第二节	作为符号的原则及其体系	367
一	以“公理化方法”所选择的原则	369
二	规则符号系统的横向对应结构	430
第三节	合同法规范体系作为语言符号系统的独特性	490
一	可强制执行性对符号化的合同法规范体系的界定	491
二	“精确计算”向规则的自然语言表述的转化	500
三	解释项的结构问题	515
第四节	以汉语语义构造规则生成的合同法规范体系	531
一	汉语意义生成结构作为合同法规范体系构造的形式基础	538
二	以允诺的可强制执行性从汉语的语义构造规则中选择合同法 规则	550
主要参考文献		601
后 记		616

导 言

我国合同法规范体系，至少从 20 世纪 80 年代就开始构建，至今已相对完备，并非不能为市场经济发展和相应的社会生活空间提供较为完善的秩序，相反却是现有市场经济的发展，尚未达到法律规范体系所意图实现的秩序构建目标。但是，从另一角度审视，主要移植于西方大陆法系的近代民法体系（包括合同法），虽经我国改革开放以来三十余年的实践，却仍然不能够说可以为这种移植后的本土生长，提供足够成熟的改造和创新的经验，用以构造更加完善的、符合现实中国特色市场经济发展需要的合同法。

这里存在着一个被主张法律本土化的“民族法”学者和法律全球化主义者共同忽视的问题：如果说我国现实的社会正在经历市场经济初级阶段，或者说，现有市场经济的发展水平仍然不能够称之为成熟的市场经济的话，那么，所谓的跨越式发展，面对其发展所必须经历的那个“过程”，仍然是不能跨越的。不过，有一点不同的是，毕竟现今世界经济大环境所提供的循环经济的影响力，是早期市场经济国家所没有面临过的。相反，我国市场经济的发展，却同时面临西方成熟的市场经济发展所面临的问题。

法律的“合法化”问题，是西方市场经济发展的现实困境在法律哲学上的反映。现代合同法的进化，同样面临这一问题的挑战。从形式上看，这一问题使西方形式法学以逻辑构造的那个自足封闭的体系，因遭遇“正义”的追问而被打破——哈特以“承认规则”来建立其与“正义”的联系；而德沃金以“原则”来“实现”道德的要求；哈贝马斯则试图通过“商谈”程序，来解决法律所不能实现的“实质正义”问题。但是，从实质上看，上述“技术性”改造均难以奏效，因为“改良”的努力并未触动，或者说难以触动形式法学以“物我”关系替代“他我”关系这个根本性的基础设置。关于这个问题，在第一章中，本人花费了相对较大的篇幅，予以论证。

法律的“合法化”问题所反映的客观事实，看起来似乎是很明白的，却

让众多的中外法律的实证论者在法律和道德分离的假设前提下,^①于“习惯”的道路上走到现在,仍然不能自拔于泥沼。因为“物我”关系以形式逻辑所固定的人人在“形式”面前似乎可以得到“公正”对待的迷惑,并非可以用“欺骗”二字来概括。西方合同法理论源自于亚里士多德,却并不是亚氏给出了“交换正义”和“分配正义”实现的西方近代和现代路径。美国学者詹姆斯·戈德斯所著《现代合同理论的哲学起源》,对于本书的写作而言,是具有启发性的。作者在此书中,论述了欧洲中世纪经院哲学家们,自托马斯·阿奎那起对亚氏“德性”理论的个人践行的道德法则的转换^②的思想历程。现代西方合同理论起始于市场经济的兴起,虽然其以人性的建立而挣脱神的统治,与经院哲学背道而驰,但却在理论上借用了托马斯·阿奎那的那个“转换”。只不过自然科学的启蒙在打破宗教神话的同时,却坠入自然不可改变的铁的规律:将人等同于物,将社会等同于自然界,“物我”关系由此而生成并统治一切,并使人人规律面前平等,成为颠扑不破的新时代神话。

的确,人人在法律面前平等,具有不可抗拒的诱惑力,其借助形式逻辑演绎的“客观性”,以及具体到“唯一解”的“确定性”,成为人类曾经为摆脱宗教和前资本主义社会的等级压迫、争取平等的可凭借的思想武器之一。但是,自由竞争仍然会形成新的不平等,并因这种不平等导致新的等级压迫的出现,而“形式”的“客观性”存在依然在扮演着“公正”的角色,并以其“不可改变”的存在时刻都在固化这种不平等。因此,打破这一实质上并不能实现平等的形式法学封闭自足体系的法律的“合法性”问题的提出,是有其深刻背景的。

现代制度经济学和福利经济学等经济学的发展,看起来似乎只是在经济学领域对传统合同法理论提出了挑战:信息的不对称,虽然其前提假设是以个体性存在为对象的,对于市场而言,仍然是一个仅具有平等意义的符号,但已经因此出现了必然的不平等。这种不平等导致的契约的不完备是一种常态,而契约的不完备则是市场会因此陷入无序的标志。市场需要秩序,也就需要由法律提供相应的制度,但这是现有形式法学不能做到的。经济学为现

① 孙国东:《基于合道德性的合法性——从康德到哈贝马斯》,《法学译论》2010年第4期,第8页。

② [美]詹姆斯·戈德斯著《现代合同理论的哲学起源》,张家勇译,法律出版社,2006,第18页。

代合同法理论提供的可选方案，如产业横向一体化的建立、产权制度的建立、公司内部激励机制的构建，却并非合同法之范围和所能。不仅可计量的经济学进行抽象演绎的纯粹性空间，与法官们所面对的复杂之社会难以“同构”，而且从“成本”上看，为了“实质公正”，社会的公共资源也不可能为私权利的实现如此耗费。

所以说，问题由经济学提出，解决却需要用法律自有的方式。所谓法律的自有方式，虽然仍然是以形式逻辑的演绎为主要工具，但并非是以形式逻辑演算的“正确性”来替代现实之真。这二者的出发点和实现其目的的路径，完全不同。对此，本书在第二章和第三章进行了探索：如果首先要解决的问题是法律自有“方式”的根本体现，仍然是以“规则”建构制度的话，那么它确实应当体现其“确定性”的存在。虽然法律的“合法性”问题，对于合同法的构建而言，并非仅仅是合乎道德的问题（道德在此取其广义，包括社会整体行为的“伦理”），但其作为“合法性”问题的核心，可依此在这里将探索引入。

以黑尔所言，道德是一种“规定语言”^①。中国古代哲学则以“礼”制的规范，将个人主观上的道德追求，外化为明确的行为人规则。在这一点上，现代西方哲学的回归，正好与中国古代哲学的实践形成了某种意义上的沟通，虽然现代西方道德哲学形成的基础与中国古代哲学中的道德理论，完全不一样。但是，由于法律和道德规范同属于“社会的”行为规范，其是调整人与人之间的行为规范，是建立在“他我”关系而并非建立在人与自然界的“物我”关系的基础之上，因此，将二者的这一共同属性作为法律规范体系使之纳入道德规则的基础，是有依据的。中国古代哲学将个人主观上的道德追求外化为明确的行为人规则，不同于德沃金以法律“原则”将道德规范表达的“正义”的引入。因为以“规则”的确定性形成当事人双方确切的权利义务关系，与法官依据“原则”的指示进行判决是不一样的。从功用上讲，后者并不能为实际发生的交易行为提供明确的、合乎道德要求的行为规则，而前者所希望建立的规则体系，正是为了满足这一要求。

当然，上述目标所依据的理论上的道德规范确定性的存在，与实际借助于法律实现的具体操作之间，尚有相当大的距离，如果不是只依赖政治制度的强制作用，而是寻求法律规范体系与道德规范体系二者之间内在的可融合

^① [英] 理查德·麦尔文·黑尔著《道德语言》，万俊人译，商务印书馆，2004，第5页。

性的话，道德作为“规定语言”，其自身的表现形式的特殊性，只有借助于“语言”，才可以形成与法律规范体系的融合，而这并非我的特殊发现。事实上，现代哲学的语言学转向，对于法律的研究方向可以形成的影响在于，法律行为本身是个人“意志”的体现，而个人思维的主要外在表现形式和载体，即为语言，因此，语言的规则，是道德规则和法律规则共同遵循的。而语言的社会规范性，是由天才的瑞士语言学家索绪尔系统提出的。也正因为如此，我在这本书中，从第二章第二节开始，至第三章第一节，逐步演绎了对上述认识的证明过程。

索绪尔是从符号学的视角来认识语言的社会规范性的，语言作为符号系统，只是其符号理论中的一部分。在这一点上，另一位著名的符号学家皮尔士，同样是将语言作为符号学的一个重要部分来予以认识的。而现代语言学所发展出的分支，即语义学和语用学，在其发展方向的选择上，都体现了与符号学理论的结合。或者说是因为以其为元工具而获得了崭新进步，尤其是蒙太古语法作为一个学派所逐步扩展的理论体系，其发展所结出的果实，为本书的探讨提供了重要的理论支撑和分析构造工具。

以上问题当然涉及对法律本身的认识。显然法律并不只是以语言构成的文本形式存在的，但法律的文本存在是其主要表现方式，至少从合同法体系的构造上来说，其以语言表现的文本存在是其构造的基础。因此，对法律语言的新认识，应与传统的法律语言学明确区分开：后者局限于对法律语言的逻辑研究，并非是以语言学方向为主，而是以语言的逻辑构造形式为主，是逻辑学的一个分支，却并非语言学的分支。因为很显然的是，生活中的语言包括法律语言，并非是以形式逻辑来构造的。

对于法律的语言学研究方向，西方法学的语言学转向表现了法律进化的这一现代性趋势。英国哲学家大卫·休谟（David Hume，1711～1776）曾言，法与法律制度（如所有制）是一种纯粹的“语言形式”，而 A. 考夫曼（Andrew L. kaufman）和 N. 麦考密克（Neil MacCormick）也都认为，法学其实不过是一门法律语言学^①。在这一方向上，理论上最重要的哲学家是维特根斯坦，其逻辑实证主义直接将哲学导向了日常语言理论所表现的“语言游戏”规则，而卡尔纳普（Rudolf Carnap）的“逻辑语义学”则为这种转

^① 转引自舒国滢《战后德国法哲学的发展路向》，《比较法研究》1995年第4期，第348页，注39。

向提供了具体的路径。分析法学代表人物哈特，则将上述理论和方法引入法学研究领域，其在分析哲学框架内发展的精深的法律实证主义理论，成功地将语言分析理论运用于法律理论的分析。而哈特在这方面的工作，被认为深受奥斯丁的言语行为理论的影响，其名著《法律的概念》，有奥斯丁理论打下的烙印。但是，奥斯丁的言语行为理论，仅局限于对语言规则本身的认识，在法学和语言学之间，有 K. 拉伦茨、A. 考夫曼和 J. 埃塞尔等人做出的努力，使西方法学家们最终得以以伽达默尔的哲学诠释说为路径，完成了古典法律解释学向“新诠释学”的转向，从而找到了这二者之间的衔接点。但是，这一以语言哲学为主要背景的法学理论，却一直处于受冷落的边缘地带，直到 20 世纪 80 年代，维特根斯坦后期哲学的介入和哈贝马斯商谈理论的日盛，以及作为元工具的符号学、语用学的发展，才使法学的语言研究有新的进展。即由过去的法律文本语义学分析，转向对法律行为中的语言关系的语用学分析和证明，展现出这一方向的理论发展新前景，这也为法学，尤其是合同法理论长期停滞不前注入了新的生机。

这一进展的获得，主要原因是符号学理论成为语言分析工具，从而为语言分析方面的研究开创了崭新的局面。虽然借助于符号学理论的语言分析学，仍然是以形式逻辑的“可精确计算”的工具来进行的，但这种“可精确计算”本身，与以形式逻辑来构造“法律世界”的形式法学完全不同，并由此诞生了符号学法学。

系统地将符号学应用于法律研究的符号学法学，其开创人包括 G. 卡林诺夫斯基 (G. Ka. linowski)、A. J. 格雷马斯 (A. J. Greimas)、E. 兰多夫斯基 (E. Landowski) 和 A. J. 阿尔努依德 (A. J. Arnaud) 等。而形成理论规模的符号学法学是在 20 世纪 80 年代，其中突出的代表人物是英国的 B. S. 杰克森 (B. S. Jackson) 和美国的 R. 柯文尔森 (R. Kevelson)。杰克森师承格雷马斯，发展出了较为系统的符号学法学理论体系，其主要的符号学法学著作有《符号学和法律理论》(1985)、《法律、事实和叙述性连贯》(1988)、《获得法律的意义》(1995) 和《获得法理学的意义》(1996)。结构主义符号学法学的特点可以归纳为：第一，法律是一种符号。这里的法律，既可以是法律的概念、原则和理论，又可以是法律的具体规定、法律的推理过程和实现过程。第二，法律符号有其自身的结构。其中包括：表层结构，即法律表面所展现的东西；深层的结构，即法律生成和发生意义的东西，有时称之为“语法”或“叙述语法”；中间结构，即上述两个结构中间的东西，有时称为

“社会”水平，它是一种社会知识的形式，其中包含叙述类型和社会评价。第三，法律符号的意义的发生过程，即法律的含义通过什么样的结构和功能表达出来^①。

合同法作为法学体系的一个重要组成部分，不仅在于这种新理论所造成的影响对其原有的停滞有所促动，而且还在于，由于前述的现代制度经济学和福利经济学等现代经济学的发展对于“制度”的要求，使得以原有的形式法学所构造的逻辑体系，无法为契约的完备提供必要的依据。这一来自经济学的挑战，以及合同法自身存在的“合法性”问题，都使其不得不从那个封闭自足的逻辑体系的禁闭中走出来，从而表现出变革的趋势，只不过这种趋势因受到“技术性”障碍的限制，而难以发展成为主流。

而所谓“技术性”障碍，主要体现为以符号学的数理工具对“法律世界”的语言进行分析，其每一步骤的完成，都会形成一个庞大而复杂的工程，这似乎是现代技术尚未达到理论所预见的高度的表现。但是，片断式的、零散的研究，包括对合同规则的语言分析，还是时有所见的。

在国际上以语言分析为方向、需要跨学科研究的符号学法学，在国内十分少见。如北大教授刘红婴所著《法律语言学》，也只是在前半部分涉及法律语言的符号学分析，该书的后半部分仍然回归到对法律语言的形式逻辑结构分析的传统路径。但是，语言学领域对于符号学工具的引进，则远远超越法学。其中的语义学和语用学的研究，显然直接受到现代西方符号学的语言分析方法影响。这一方面虽然多为介绍性的著作，原创性较为欠缺，但对于本书的写作而言，却提供了相当大的专业方面的帮助和启发。

本书试图通过分析现实中合同规则的交际语言的社会规定性，借助于符号学理论，主要以罗兰·巴尔特的《符号学原理》提供的对索绪尔符号学的阐释，来认识法律与语言符号之间的联系。而后阶段对符号学工具的引入，韩礼德功能语法的路径具有很重要的启发性。在国内著作方面，以李幼蒸教授所著《理论符号学导论》和邹崇理的《自然语言逻辑研究》为主要参考文献。对于语言学的符号学分析，其他如黄亚平、孟华著《汉字符号学》，何自然、陈新仁著《当代语用学》，束定芳著《隐喻学研究》，何兆熊著《新编语用学概要》，蔡曙山著《言语行为和语用逻辑》，黄国文著《语篇分

① 徐爱国：《欧洲结构主义符号学法学的几个侧面》，《中外法学》1998年第4期。

析概要》等，为本书以语言规则构建“合同法世界”提供了参考依据，恕不一一列举。

当然，进行如此的合同法规则体系构造的实现路径，其基本思路是基于对自然语言分析的模型建立，然后通过自然语言的转换，来生成具有社会规定性的、符合合同法建构需要的规则体系。虽然就过程本身而言，是十分烦琐而又异常艰巨的。国内若干片段式的、零散的、将语言分析理论与符号学工具相结合的研究，如应用计算机理论来建立信用模型的一系列论文，实际上体现了对合同法规则体系中的诚信原则重新构造的可能。这类研究对于本书的理论建立的意义在于，相关研究中模型的建立，表明在合同形成过程中，交易行为中当事人双方在可以建构的语境模型中的交际语言规则，是可以被概括性地表现的。当然，这种概括地表现，对形成规则的需要而言，还需要进行如前所述的，通过计算机语言向自然语言的转换来实现，这在理论上是可能的。而在实行方面，本书也只是参考了这方面散见的研究成果，从而只做了某些列举式的说明。

对于本书所意欲实现的目标，以“技术性”来说，遇到的最后一个障碍，是汉语言的特殊性。汉语不同于印欧语系语言，其是以“字”为语义单位来构造的。在这方面，北大教授徐通锵先生的研究可谓一枝独秀，或者也可称之为孤军式的深入。其意义并非仅在于将现代西方语言分析理论通过汉语言的特殊形式，实现一定程度的由一般向个别的转化，还在于这种转化本身所蕴含的法律本土化之再现，可用于解决对这个问题长期以来的争论，因而为本书的探寻、所需要找到的某种理论与实际相结合的方式提供了理论支撑。当然，徐先生并非完全孤军深入，实际上还是有一支由其领军的队伍在进行这方面的研究。虽然“字”本位理论尚不成熟，也未形成体系，且有片面之处，如汉语言在与他种语言的交流中，吸收了相当的外来成分，而将这个情况加进来，问题应该变得比原来要复杂。在这方面，由于更好的理论目前尚未出现，本书的所谓探寻，也只能就此止步。显然，专业化问题始终会是本书所导引出的这个研究方向遇到的最大障碍。也许未来只有通过团体式的系统化协作才可以克服。

范一丁 于都匀

2013年4月18日

第一章

合同规则的实在

概 论

合同作为一种行为，与《合同法》定义的“平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议”（《合同法》第2条）中的“协议”，是同义语。合同除指二人或数人以合意所达成的有关“负担给付某物，作为或不作为的债务”（《法国民法典》第1101条）为内容的口头或书面约定外（现代制度经济与理论中还包括默示条款），还同时指为达成这样的一致约定而发生的行为，是一个兼有名词和动词属性的语言单位。美国《合同法重述》（第二版）第1条，以“合同是一种允诺或一组允诺”而明确将“允诺”作为应负担的法律义务。“由法律给予救济”，实则是对违约者处以强制性负担，用以对受损害方的补偿。“允诺”本身既是一种有关允诺内容的约定，也是一种行为。这种行为由法律定义，是从制定法的角度基于对“产生法律关系”的行为予以规范的需要而形成的。与制定法的这种界定同时存在的是，那些在“法律之外”存在的，或被称之为“不合法的”行为，并不一定能够产生“民事法律关系”，但却是一种现实存在。因为法律关系毕竟只是根据法律规范建立的一种社会关系，是以法律规范的存在为前提的。

萨维尼将形成法律关系的原因，即法律事实和法律规范或法则，区分为实质要素和形式要素，“在每个法律关系中，可以区分出两个部分，第一个部分是素材（stoff），即联系（Beziehung）本身，第二部分是法对此素材的界定。我们可以将第一部分称为法律关系的实质要素，或者称为法律关系中的单纯事实；而将第二个部分称为法律关系的形式要素，即事实关系（die tats chliche Beziehung）提升为法形式的要素”^①。我国比较通行的定义为：

^① 〔德〕萨维尼著《当代罗马法体系》，朱虎译，中国法制出版社，2004，第258~259页。

“法律关系是在法律规范调整社会关系的过程中所形成的人们之间的权利和义务关系。”^①“调整社会关系的过程”对于“私法”而言，当然是由诉讼的引起。但事实上，无论诉讼是否引起，那种在法律规范的范围内作为社会关系中的那部分被调整的对象，都是存在的，且类别有所不同。因此，在此之外的那部分实在的社会关系，正是相对于这部分实在的事实而言的，因为法律规范的范围和作用，事实上都是有限的。

正如凯尔森对此提出的追问：“除法律外，还有关于人的行为的其他程序，例如道德和宗教。法的定义必须具体说明，法在哪些方面有别于人的行为的其他程序。”^②

与此相伴随的，则是对于法律存在本身的追问，如实证主义认为的法律是由某种决定所产生的事实，是某种人类行为的结果。而自然法论者认为法律是发现而非创造的结果，其本身来自于人类控制能力以外的事物^③。“为什么我们的法学家不把法律的政治、经济、文化等基础行为称为法律渊源，而仅仅把制定法、习惯法、判例法、国际条约等称为法律渊源？”^④

当然，“法的渊源”在法理学上的狭义解释，是从法律的创制形式上说的，与广义上的有关法的来源或根源的含义并不相同。凯尔森以“法律的渊源就是法律本身”，将此概念限制为“法学意义上”的。但他同时认为，法律渊源也用来“指所有那些实际上影响创造法律机关的观念，例如道德规范、政治原则、法律学说，法学专家的看法，等等”，虽然这些“渊源”本身“并无任何拘束力”。^⑤

然而，与这种“纯粹法规论”回避法律规则的来源问题所不同的是，即便是同样“纯粹”的理想主义法学家德沃金，也对波斯纳试图在法律事务中“淡化”或“中立化”道德维度的倾向予以明确反对^⑥。其以“内在于法律

① 张文显：《法理论》，北京大学出版社，高等教育出版社，1999，第110页。

② [奥]凯尔森著《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社，1996，第4页。

③ 陈景辉：《作为社会事实的法——实证观念和哈特的社会规则理论》，《法哲学与法社会论丛》2006年第1期，北京大学出版社，2008。

④ 陈金钊：《法律渊源的概念及其方法论意义》，北大法律网——法学在线，<http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtwl/Artiile-23669.shtml>，最后访问日期：2012年3月18日。

⑤ [奥]凯尔森著《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社，1996，第149页。

⑥ [美]德沃金著《原则问题》，张国清译，江苏人民出版社，2004，译者序，第4页。

的原则”，对法律的政治基础给予确认。德沃金认为“基于政治理由进行判决的法官”，应重视“有助于倡导总体福利观和公共利益观的”政治政策和“诉之于个别公民政治权利的”政治原则，因为“法官事实上且应当使其判决基于政治原则论证”。^①对于“政治原则”作为法律审判应予论证的内容，使政治与法律建立的这种关系，不以前者是否缺少“拘束力”而否认其与法律规则之间的内在联系。

作为法学家的伯尔曼，从历史和哲学的角度，对法律和宗教的关系，归纳出“法律与超验价值联系和沟通的”四种要素：仪式、传统、权威和普遍性，其认为可以以此使“任何一个社会（虽然有的社会在程度上不及其他社会）的法律规则”在这四种要素所提供的“背景”下“产生作用”。^②

此问题的延续，在社会法学派那里，则以对个人权利的忽略来强调法律与“社会”关系。社会法学派注重社会利益和社会调和，庞德将该学派的观点归纳为：法是一种社会制度，强调法所要达到的社会目的，而不是法律制裁，法律规则是实现社会公正的指针，而不是永恒不变的模型。对于法律作为社会控制的主要手段，庞德认为，“主要是依靠政治组织社会的强力”。^③

现代制度经济学以市场中以营利为目的公司为研究对象，而现代非营利组织理论则以“非营利组织”作为研究对象。非营利组织理论对上述问题，做出了一种在其本学科视野内的具体“补充”：社会的或组织的制度在“法律之内”（为法律所采纳）或在“法律之外”（并非不合法的行为规则）的情形，确实表明了法律与社会的关系，以及法律的规则源于社会制度的事实。

当然，也有人对此持批判态度。如唐纳德·布莱克对“伯克利纲领”的尖锐抨击，其主张建立“纯粹的法社会关系”，“我喜欢简单地把法律界定为政府的控制”，以此“排除了一般的道德规范和私人组织里的官僚规则等社会控制形式”。正如其本人所言，之所以这样认为，是因为这是“符合实证主义策略的可选择的定义方法之一”。而实证主义作为“科学”，不是因为“法理学问题”而变得有所不同，而是由于“科学只研究现象而不追究本质”。^④

① [美] 德沃金著《原则问题》，张国清译，江苏人民出版社，2004，译者序，第3、6页。

② [美] 伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，生活·读书·新知三联书店，1991，第46～47页。

③ [美] 罗斯科·庞德著《通过法律的社会控制——法律的任务》，沈宗灵等译，商务印书馆，1984，第10页。

④ [美] 唐纳德·布莱克著《法律社会学范围》，陈思译，胡平仁主编《湘江法律评论》（第十卷），湘潭大学出版社，2011，第27～31页。

然而，事实仍然是，任何一项法律规则的被执行（强制执行或自觉履行），无不需要借助于社会规则、伦理、习惯甚至是风俗的影响（如民族地区制定的民族特别法，尤其体现了这一点）。如季卫东对“法是政府对社会的控制”的理解：“只有统治机关对公民的社会控制才可称之为法”，这是对“法的概念”的“狭义界定”。^①

不过，对此问题还存在着一种偏向性认识，如埃利希以“活的法”试图划分法律规范与非法律的社会规范的界限，但却抹杀了习惯与习惯法、法学和社会学的区别，即“只有成为生活必不可少之一部分的规范，才是活的规范”。其余的，如“伦理规则、荣誉规则、礼仪规则”等，“仅仅只是人类行为规则”。^②

“活的法”理论与“纯粹的法社会学”相比较，虽然前者把法律视为社会秩序本身是一个很明显的偏颇之见，但其认为“活法”的存在，与我们所说的“法律之外”的规则，作为法律规则制定和变迁的渊源，却只有一步之差。“活法”与庞德关于“行动中的法”与“书本上的法”的划分，是很相近的，但毕竟“活法”只是以法律的渊源形式存在而已。如同道德规则可被引入作为法律规则一样，“活法”的部分对制定规则的确立和变迁而言，是法律这道“活水”的“源头”，而对这一“源头”的连接，正是通过法律的多元化渊源为法学研究提供的认识路径，使“法并非仅仅是一套具有强制力的规则，而是一套特殊的思想体系”^③得以形成。

也许可以说，正是“伯克利学派”开创了以“权威”为法的概念核心理论的构造工作。这项工作是把“哈特所说的，第二级规则权威性决定的规则，以及富勒所说的‘合法性’——法的道德成就以及减少规范，和适用过程中的恣意的合理性条件”，使“理想转化为制度”^④的“社会学工匠”工作得以细化和深化。但仅就该学派代表人物塞尔兹尼克所说的有关法社会发展的第三阶段标志——“智识独立和成熟”而言，使社会学超越技术师或工程师角色，

① 季卫东：《法律变化的定量分析和预测》（代译序），唐纳德·布莱克著《法律的动作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社，2004，第Ⅲ页。

② [奥] 尤根·埃利希著《法律社会学基本原理》，叶名怡、袁震译，中国社会科学出版社，2009，第30页。

③ 饶文、张洪涛著《法社会学——社会学视野》，西南交通大学出版社，2002，第28页。

④ 季卫东：《社会变革的法律模式》（代译序），P. 诺内特、P. 塞尔兹尼克著《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社，2004，第Ⅰ～Ⅱ页。

追寻人类事业的更大目标和指导性原则^①的工作，则尚未被其真正触及。

在这方面，与“伯克利学派”存在激烈争论却在事实上与上述目标一致的布莱克，以“最简明、最优雅的表述为认识和预测法与社会变化的关系提供了分析框架”^②，是到目前为止的具有一定实质性进展的工作。

而在合同法领域，将这一法社会学理论进一步加以细化和深化的，则是麦克尼尔开创的关系契约理论。与实证主义法律体系不同的是，其以“社会规范指向”和“社会关系创造法律”，以及“规则的三维性（内部、外部、关系）”等为特点的，“扬弃了‘活法’与‘国法’的对立图式，使法律规范与社会规范在契约关系中水乳交融”。^③然而关系契约虽然强调对未来交易关系的刻画，但却因未来交易的不可预测，以关系契约只能做出统筹安排，不可能对交易的所有内容条款进行具体详尽的规定，仅仅只能用于确定基本的目标和原则来预期未来契约方的个人关系，在契约的长期安排中起着关键作用^④，以此而与制度经济学交易成本理论建立在信息不对称基础上的对未来不确定性预测，具有一种不同学科研究进展程度之间的“呼应”：现代制度经济学认为，信息成本决定了契约的“不完全”程度，威廉姆森把关系契约引入该理论，“指出关系存在适用于解决由于专用性投资造成的签约后的机会主义行为”。^⑤但事实上，无论是西方自然法理论，还是实证主义法学，在涉及契约问题时，都以其自身研究成果证明：古典契约法规则和理论“逐渐丧失了对不断变化的社会经济的应对能力”。而新古典契约法，也同样以在“应对新的社会情势方面的不足”的表现说明，只有通过古典契约法理论的改造，不断加强契约法的灵活性和社会回应性，才能真正面对契约社会的难题。在这方面，以关系契约理论的产生为标志。

关系契约理论将契约关系定义为“以契约约定和契约社会背景为内容的一种社会关系”^⑥。而制度经济学从经济学视野对契约的审视和对契约的理论

① 朱景文主编《法社会学》，中国人民大学出版社，2005，第26～27页。

② 季卫东：《法律变化的定量分析和预测》（代译序），唐纳德·布莱克著《法律的动作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学出版社，2004，第IX页。

③ 季卫东：《关于契约论的启示》（代译序），〔美〕Ian R. 麦克尼尔著《新社会契约论》，雷喜宁、潘勤译，中国政法大学出版社，2004，第II、VII页。

④ 孙元、于茂：《关于契约理论研究述评》，《学术交流》2010年第8期。

⑤ 孙元、于茂：《关于契约理论研究述评》，《学术交流》2010年第8期。

⑥ 刘承睦：《契约法理论的历史嬗进与现代发展——以英美契约法为核心的考察》，《中外法学》2011年第4期。