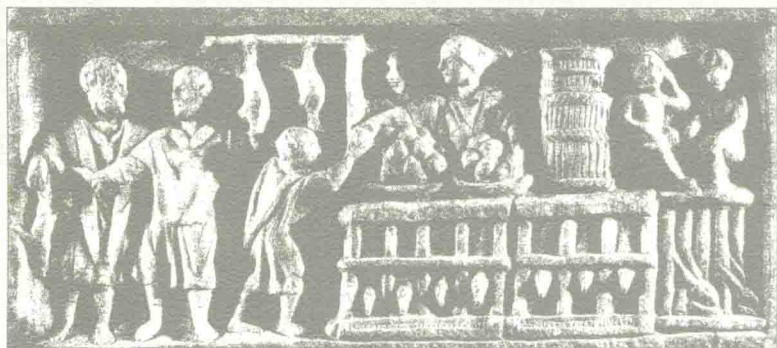


契约形成中的道德因素

以要物契约为线索



王华胜 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书获得安徽省高校人文社科重点研究项目（SK2014A158）资助

契约形成中的道德因素

以要物契约为线索



王华胜 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

契约形成中的道德因素:以要物契约为线索 / 王华胜著. —北京:法律出版社, 2015. 5
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8005 - 5

I. ①契… II. ①王… III. ①契约法—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 111197 号

契约形成中的道德因素
——以要物契约为线索
王华胜 著

编辑统筹 政务出版分社
策划编辑 周洁
责任编辑 周洁
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 A5
印张 8.25
字数 170千
版本 2015年5月第1版
印次 2015年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

电子邮件/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

编辑电话/010-63939635

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8005 - 5 定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

前 言	(1)
一、本书的出发点	(1)
二、历史分析方法及其价值	(7)
三、历史分析中的问题与解决	(11)
四、本书的主要观点	(14)
第一章 社会和平：契约之债的道德起点	(16)
一、从协议到契约	(16)
二、债的概念与契约之债	(21)
三、梅因的交易起源论	(24)
四、契约之债的侵权起源论	(30)
(一)古代文献所记载内容反映出侵权向 契约的转化	(30)
(二)词源学上的分析揭示出侵害赔偿与契约 之间的关系	(35)

第二章 自然公平:无偿借贷的法律救济	(39)
一、罗马的形式契约体系及其价值	(39)
(一) 罗马契约体系的主要特征	(39)
(二) 早期契约注重形式的原因	(40)
(三) 形式契约的主要功能	(43)
二、罗马契约法中的主要借贷形式	(48)
(一) 铜块天平式借贷	(49)
(二) 文字契约形式	(53)
(三) 要式口约借贷	(60)
三、简约形式的借贷	(68)
四、消费借贷的商业化	(73)
第三章 拟制衡平:借用、寄存、质押契约的 产生机制	(80)
一、简约形式借用、寄存与质押的利弊	(81)
二、罗马法中的信托	(85)
(一) 虚拟要式买卖	(85)
(二) 信托的形成	(88)
三、借用、寄存、质押债法保护的获得	(93)
(一) 借用、寄存的可诉性	(93)
(二) 寄存的商业化	(95)
(三) 质押诉讼保护的获得	(98)

四、标的物交付:从“债的根据”到“缔约形式”的 理论转变	(102)
五、无名要物契约的形成	(106)
第四章 诚信公平:契约生成的道德基础	(108)
一、罗马社会的诚信思想	(108)
二、衡平观念的产生	(113)
三、法定诉讼中的公平裁决	(122)
四、程式诉讼中的诚信公平	(127)
(一)程式诉讼与法定诉讼的区别	(127)
(二)公平诚信原则进入诉讼的方式	(129)
第五章 社会利益与内在良心:从罗马法到教会法	(138)
一、一般性契约理论在罗马的欠缺	(139)
二、中世纪罗马法学者的“外衣理论”及其批判	(141)
(一)外衣理论	(141)
(二)原因理论	(146)
(三)自然之债与原因	(147)
(四)原因理论的批判	(148)
三、教会法的良心原则	(151)
(一)协议应当履行原则的道德基础	(156)
(二)原因要求	(160)

4 契约形成中的道德因素——以要物契约为线索

(三)教会法对世俗法律的影响以及苏格兰

对要物契约的改造 (165)

四、人文主义法学的社会利益说 (166)

第六章 德性美德与意志自由:从经院神学到

自然法理论 (172)

一、契约法的正义与德性基础 (173)

(一)亚里士多德的正义理论 (173)

(二)正义与德性和契约法的结合 (175)

二、契约效力的道德争议 (178)

三、意志自由与契约自由 (186)

(一)后经院学者的契约自由 (186)

(二)古典自然法学中的意志自由与

契约自由 (191)

四、实在法对理论争议的反应 (194)

(一)裸体简约有效性的逐步确立 (194)

(二)新型契约形式的产生 (197)

第七章 契约自由与父爱关怀:要物契约的

正当性之争 (200)

一、要物契约在大陆法系中的现状 (200)

(一)法国法系对要物契约的保留及原因 (200)

(二) 要物契约在德国法系中的废除	(207)
(三) 要物契约在保留国的式微	(210)
二、当代要物契约的理论争议	(210)
(一) 废除要物契约的现代理论	(210)
(二) 要物契约的现代理论基础	(218)
三、要物契约的本质属性与价值	(224)
(一) 要物契约的基本特征	(224)
(二) 要物契约的价值	(227)
四、我国现行要物契约的正当性批判	(228)
(一) 要物契约在我国现状	(228)
(二) 我国要物契约制度的道德批判	(232)
(三) 要物契约的存废反思	(235)
参考文献	(238)

前 言

一、本书的出发点

20 世纪 70 年代,美国契约法学者格兰特·吉莫尔(Grant Gilmore)宣称,正如上帝死了一样,契约死了。然而,这一惊世骇俗的言论并不预示契约法理论的衰落,反而引发了契约法学者的复兴。在短短的几年时间内,多部契约法理论作品的横空出世便证明了这一点。这种学术能量集中爆发的现象,也许可以用智力上的好奇来加以解释。戏言之,乃是因为契约虽然死了,但契约法教授还活着的缘故。^① 吉尔莫认为契约已死亡,其主要证据在于信赖诺言的法律责任的扩张。他认为这一现象表明契约正在被侵权所吞食,作为一个独立、统一的法律部门将会消亡。于是,吉尔莫将这种趋势解释为古典的契约磋商理论的衰落。

^① Lewis A. Kornhauser, The Resurrection of Contract, *Columbia Law Review*, 1982, Vol. 82, pp. 184 - 197.

契约是否真的死了,对于吉莫尔的断言有些契约法学者则表示不敢苟同。他们在对吉尔莫的言论进行质疑与批评的同时,也试图对其进行某些修正。美国学者大卫·康培尔(David Campbell)曾认为,所谓的“契约死亡”实际上是一种“吉尔莫式的神话”,这一神话是围绕着吉尔莫将麦考雷(Stewart Macaulay)尊为“契约死亡执行人”的行为而展开的。^①然而,使吉尔莫没有想到的是,麦考雷本人对于吉尔莫封赐的荣耀并不愿意笑纳。他认为,在某种程度上,吉尔莫的标题是有误导性的。契约作为一种活生生的制度一直与我们密切相关。在日常生活中,大量的交易行为每天都在发生以满足人们的各种需要。人们进行交易磋商、起草文件、消除纠纷直至解决纠纷,这些行为很少受到学术性契约法的影响。据此,麦考雷进一步声明:“我从来没有说契约法死了,而是说,学术性的契约法现在不是并且从来就不是对运作中的契约制度的一种精确的、描述性的反映。”^②到了2011年,在斯泰森大学(Stetson University)法学院举行的第六届国际契约法年会上,麦考雷在年会报告中再次宣称:根本不存在什么契约死亡运动。^③

① David Campbell, What Do We Mean By the Non - Use of Contract?, In J. Braucher, J. Kidwell, W. C Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Bloomsbury Publishing, 2013, pp. 159 - 190.

② Stewart Macaulay, An Empirical View of Contract, *Wisconsin Law Review*, pp. 465 - 482.

③ David Campbell, What Do We Mean By the Non - Use of Contract?, In J. Braucher, J. Kidwell, W. C Whitford, *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay*, Bloomsbury Publishing, 2013, pp. 159 - 190.

除此之外,对其“契约法崩溃教义”(doctrinal disintegration of contract law)的历史精确性,吉尔莫也一直遭受不小的批评。于是,有一些契约法学者试图去补救吉莫尔所说的死亡理论。如罗伯特·E. 斯科特(Robert E. Scott)认为,吉尔莫关于磋商理论正在死亡的宣言是错误的,但他关于某种情况出了问题的直觉则是非常具有预见性的。不过,死亡的是契约法,而不是契约本身。^①

从现实主义的角度来说,争论契约是否真的死亡以及何种意义上的死亡并无多少实际价值,因为“契约之死”只是一个隐喻,它所反映的契约正在被侵权所侵蚀的现象以及古典契约法所出现的危机则是不争的事实。所以,务实的做法应该是考虑如何应对古典契约法理论的衰落问题。从美国的情形来看,契约法学者大致从经济、道德和社会关系三种路径来寻求出路。经济分析法学者试图将契约问题转化一种效益问题,通过成本效益分析以期成为当下契约法提供合理的解释。然而,效益分析方法只不过是古典功利主义的翻版,至少在它面对违约比守约更有效益之类的问题时,难以给予合理的解释。在20世纪80年代初,查尔斯·弗瑞得(Charles Fried)恰如其时地提出了契约即允诺的观点,^②将契约的效力转化为一种道德问题,从而捍卫以当事人意思与选择为基础的传统契约理论。但契约即允诺的观点同样不太完美,它

① Robert E. Scott, The Death of Contract Law, *University of Toronto Law Journal*, 54.4 (2004), pp. 369-390.

② [美]查尔斯·弗里德著:《契约即允诺》,郭锐译,北京大学出版社2006年版。

需要面对同意客观理论(Objective Theory of Assent)、契约空白补充(Gap Filling)等诸多难题。^①

面对这些轮番上阵的契约理论,我们不禁疑问:如果古典契约理论因为无法面对契约侵权化问题就意味着死亡的话,那么何种契约理论能得以永生呢?看来,契约的病因不在契约本身,而在于医治契约的契约理论。无论是波斯纳的经济分析、弗瑞得的允诺理论,还是麦克尼尔(Mac Neil)的关系契约,都无一例外地坚持一元化的思维方式,试图为契约问题寻找一种包治百病的灵丹妙药。这种问题分析范式很大程度上源自于学者们对契约功能的单一化认识,他们总是有意无意地将契约与商业交易联系起来,忽视了在现代社会中契约所承担的多元化的社会功能。

与普通法系的契约法相比,大陆法系的契约法历史则要悠久得多,成文的契约法规至少可以追溯到古罗马时期的《十二表法》。从学术法的角度来看,从12~13世纪以降,各种系统的契约法理论层出不穷。从早期注释法学者对罗马契约法决疑式的注解到教会法的良心原则,从后经院学者的德性理论到17世纪的古典自然法学,从功利主义的契约自由到康德哲学的意志理论,大陆法学者从不同的角度来阐释契约的效力基础。如果说在美国存在“契约之死”的话,在欧洲大陆契约也面临同样的危机。在法国和德国,一直统率契约法的私法自治、意思自治理论遭到

^① Randy E. Barnett, Contract Is Not Promise Contract Is Consent, quoted in Gregory Klass, George Letsas, *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford University Press, 2014, pp. 42-56.

了批判,于是也产生了契约的衰落、崩溃和危机的说法。^① 如果我们对大陆古典契约理论进行把脉问诊的话,不难发现,早在古典契约理论形成时期就埋下了病根,而后来的社会变迁只不过是促使了病症的暴发。

古典契约法中的契约自由原则是以理性人的假定为基础的,而这恰恰忽视了人的情感因素与脆弱性;在相互依赖的人际关系中,人们之间的交易也并非都是以追求效益最大化为其唯一目标的。因此,作为规范人类交易行为的契约法,除考虑功利主义的效率因素之外,还应该体现公平、良知以及人文关怀等道德因素。也正因为如此,在各种新古典主义的契约理论中,部分契约法学者便从道德因素出发对古典契约理论进行分析与批判。但由于道德本身的复杂性与不确定性,同样是基于道德因素,不同的出发点所得出的结论是不同的。弗里德将契约转化为一种允诺,因为遵守诺言是最为基本的道德要求,这为古典磋商理论的效力基础提供了论证;同样是基于道德要求,富勒则从信赖关系出发来弥补古典磋商理论的缺陷。^② 基于古老的公平原则,任何人不能因自己的过失而获利,同样任何人也不能因他人的过失而受损,因此,即使不符合磋商要件,基于信赖关系也需要承担相应的责任;而高德雷(Gordley)则从历史主义的路径出发,指出现代契约的哲学基础根植于16~17世纪,此时的后经院学者基于亚里士

① [日]内田贵著:《契约的再生》,胡宝海译,中国法制出版社2005年版,第1页。

② Fuller, Perdue, The Reliance Interest in Contract Damages, *Yale Law Journal*, 46 (1963), pp. 52-96.

多德—托马斯的德性理论,对契约的效力基础已经作了充分的阐释。而正是因为古典契约法学者对德性理论的抛弃,才产生了契约死亡之类的问题。^①

本书同样是遵循历史主义路径来追寻契约法中的道德因素,其追溯的历史甚至比高德雷更为久远。在作者看来,将契约视为一种诺言的思路滥觞于12~13世纪的教会契约法,而信赖利益早在后经院学者康纳留斯(Franciscus Connanus,1508~1551年)那里就已初见端倪。如果再往前追溯,道德因素从未与契约法相脱离。只是到了经济自由主义时代,经济理性的强力扩张使契约法中的道德因素被遮蔽了。本书所要做的是通过对契约形式变迁的梳理,来揭示契约中那些被遮蔽了的道德因素。但这并不意味着本书企图建立一种新的契约理论,而是要说明真正的契约理论应该是一种综合而非一种独断。那种企图以意思自治与契约自由原则来排斥契约中一切异端的做法,只会使自己走上不归之路。考虑到契约法在大陆法系中漫长而复杂的变迁历史,追寻其道德因素的任务未免过于繁重,也不在本书讨论范围。为此,作者选择了以要物契约为切入点。一方面原因在于当下学者对要物契约还存在诸多模糊认识,有进一步澄清的必要;另一方面原因在于要物契约更能体现出契约法的道德关怀。

^① James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, 1991.

二、历史分析方法及其价值

本书对要物契约的研究更多的是经验性的描述,缺乏理论上的构建,这既可以说是这本小册子的弱点,也可说成是对形而上学方法的一种反动。在本书看来,对要物契约进行繁杂的概念分析、抽象的逻辑推演以及形而上式的价值评判,虽然可以满足人们对制度研究的理论偏好,但是否有利于对制度的理解则是非常可疑的。如果对制度本身究竟为何物都如坠云雾之中,就贸然对制度进行所谓的价值分析与评判,这样的理论构建只会对人们产生一种误导。对制度的评判是以对制度的理解为前提的,而“要形成正确的理解,就必须从历史的角度来考察”;^①否则,“我们就无从知道我们本应熟悉的法律规则的精确范围,而历史研究则是深入了解规则价值的第一步”。^②相反,如果脱离历史语境地对概念本身进行抽象的分析与逻辑推演,非但不利于了解制度的本质,反而会陷入一种无休止的概念游戏之中。以要物契约为例,对于标的物交付行为的属性,国内学者一直存在成立要件与生效要件之争。^③从实在法的角度来说,究竟是成立要件抑或生效要件完全取决于立法者的意志,而不取决于无谓的争论;从法解释

① Charles M. Whelan, The Higher Law Background of American Constitutional Law by Edward S. Corwin, *Michigan Law Review*, Vol. 54, No. 5 (1956), pp. 726 - 730.

② O. W. Holmes, The Path of Law, in Holmes, Collected Legal Papers, Harcourt Brace and Company, 1921, pp. 167 - 202.

③ 李少伟:《民法学教程》,法律出版社2011年版,第424页。

学的角度来说,无论是成立要件说还是生效要件说都无法找到合理的依据以排除对方的观点。因为这种争议脱离了制度形成的历史,把标的物交付行为与其形成背景剥离开来,从而忘却了这一行为的正当性何在,结果是既不能证明自己又不能说服别人。解决这类问题的方式并不在于严密的逻辑分析,而在于经验性的考察。只有再现要物契约的形成过程,才能让人们对标的物交付行为形成正确的理解。

方法论上的差异反映出来的是研究者本体论和认识论上的区别。分析法学者的研究路径是以制度建构主义为基础的,在他们眼里,法学研究的对象只在于文本规定的制度本身。一国的法律制度只不过是立法者有意识的创造物,通过对法律概念的逻辑分析完全可以让人了解立法者的意图,从而使人明晰制度本身的属性及其范围。然而,以历史经验为基础的法学者则告诉我们:一切法律最初源起于行为方式,产生于习俗和人们的信仰,决非法律制定者的专断意志所能孕就的。^① 作者同样坚持一种历史主义的立场,在制度形成问题上,更愿意接受一种累积设计原则(Principle of the Accumulation of Design)。相信制度的形成并非一种单向度的延续,而是由人们在不同的时期进行不断修正的结果。当下的法律制度更多是出于人类智慧的累积设计,并非是立法者一时的构建。因此,要想理解制度的原委,自然要回归到制

^① 参见[德]萨维尼著:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2000年版,第11页。

度的历史以还原累积设计的过程,而不是满足于概念本身的分析。对于那些坚持所谓的法律功能主义而对制度的历史延续性嗤之以鼻的学者,我们只能提醒他们重温一下英国大法官柯克的论断:“地球上的当下时光只是古代和前此时光的延续;当下所存在的那些法律,是经由大多数杰出人士的智慧、经历一代又一代的时光、通过长久且持续的经验,精化而又精化的成就;这种成就是任何一个人在任何一个时代所绝不可能影响或达致的,即使他集世界上所有人的智慧于一身(因时间太短),亦不可能获此成就。”^①

在遵循先例的普通法国家,柯克的理论不难被人们所理解,那些久远的古老习惯常常被作为法律的渊源。在以制定法作为法律变革方式的国家中,能产生法律效力的只会是当下的实在法而不是历史上的法,所以法律自身的历史很难得到应有的重视。然而,即便制定法也并非是立法者任意创造的,它仍然脱离不了法律传承与移植。对于法的可移植性,美国著名的比较法学家艾伦·沃森(Alan Watson)曾以罗马法为例作过说明。在他看来,罗马法是以规范群的方式被继受的,这些规范群可以在后世的法律中移进移出,可以相对独立于规范制定时特殊的政治、历史、经济背景而予以争辩、批评与发展。法律与周围的环境变得毫无联系,这些环境因素被极端地排除掉了。^② 而正是因为罗马法在继

① Edward Coke, *The Reports of Sir Edward Coke*, IV, Joseph Butterworth and Son, 1826, p. 6.

② 参见[美]艾伦·沃森著:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第25~26页。