

北京大学青年学者文库



李仁玉 刘凯湘 著

契约观念与秩序创新

——市场运行的法律、文化思考



25021

北京大学青年学者文库

契约观念与秩序创新

——市场运行的法律、文化思考

李仁玉 刘凯湘 王辉 著

北京大学出版社

新登字(京)159号

内 容 提 要

本书是法学实证研究与规范研究相结合的产物。它从中国经济合同运行现状的分析入手,考察影响合同履行的体制因素、法律因素、文化因素,探讨中国经济走向市场化的诸种现实障碍与广泛摩擦,研究克服这些障碍与摩擦的政策条件和法律对策。作者的基本判断是:1. 经济的市场化必然走向法律的契约化,市场经济在法律上即表现为契约经济,契约是实现经济民主的主导形式;2. 现实与传统的因素决定了中国经济走向市场化、契约化的艰巨性与长期性,契约化进程充满艰难险阻,然而改革已经使这种趋势具有历史的不可逆转性;3. 在未来几年中,合同的约束力仍将处于混合约束状态,约束强度渐趋加大,但非经济、非法律的影响因素仍将大量存在;4. 创新经济秩序,培育全民契约意识,树立现代契约观念,是完善我国市场经济体制的战略措施。

契约观念与秩序创新

——市场运行的法律、文化思考

李仁玉 刘凯湘 王辉 著

责任编辑:张晓秦

*

北京大学出版社出版发行

(北京大学校内)

北京经纬印刷厂印刷

新华书店经售

*

850×1168毫米 大32开本 7.875印张 175千字

1993年3月第一版 1993年3月第一次印刷

印数:0001—3000册

ISBN 7-301-02064-3/D·207

定价:5.60元

PH 162/69

出版说明

随着改革开放的深入发展,科学研究空前活跃,学术活动空前繁荣,新观点、新理论、新学科不断涌现,老学科不断拓展。置身于教学和科研活动之中的北京大学青年学者勤奋钻研,努力进取,成果磊磊。

为了支持扶植北京大学青年学者,向老一代学者求教,发扬北京大学学术优势,促进学术梯队建设,为建设具有中国特色的社会主义服务,我们编辑出版《北京大学青年学者文库》(以下简称《文库》)。

《文库》以北京大学青年教师及在读博士研究生为主要作者对象,力求反映北京大学青年学者的优秀科研成果,以推动青年学者高层次的和富有创造性的学术活动,为北京大学的课程设置有改革作贡献。《文库》各种著作的写作在老一代学者的指导下,以老带新、新老结合,传统学科与新学科、传统理论与新理论交互渗透、交融,向祖国和人民展示北京大学青年学者的水平,以最新学术成果服务于改革和开放,造福于祖国和人民。

《文库》的著作力求做到有较高的学术质量和学术水平,新颖的内容、体裁和研究方法,典雅健康的语言文字。

为了编好《文库》,我们特聘请一些著名学者为顾问,编委会负责确定选题,组织评议书稿、审稿等具体工作。

北京大学青年学者文库顾问

王 瑶

王铁崖

厉以宁

朱德熙

杨周翰

季羨林

陈岱孙

苏志中

沈宗灵

费孝通

周一良

张岱年

张广达

张玉书

胡代光

黄楠森

主 编： 晏智杰

副 主 编： 彭松建 董学文

编 委：

王 东

王 宁

王思斌

平新桥

宁 骚

冯 棠

齐海滨

阎步克

陈 义

张文定

张京华

张晓秦

晏智杰

董学文

彭松建

睢国余

谭卫东

序

每一次伟大的社会变革都是以理论变革和观念更新为前提和先兆。邓小平同志今年年初南巡谈话的一个重要观点就是更新观念和换脑筋。在我国实现由计划经济体制向市场经济体制的转轨过程中,观念更新,用现代契约观念,即社会主义市场经济观念代替产品经济观念,无疑具有十分重要的意义。

契约观念是民法文化的重要组成部分。在我国民法学的研究中,对契约制度和契约法律研究的著述颇丰,但对契约观念进行系统研究尚属首次。青年学者李仁玉、刘凯湘、王辉经过多年的潜心研究和不断探索,在采用规范研究和实证研究方法的基础上,通过对市场运行的法律、文化反思,完成了这部专著。这本身就是一个创造。

本书以中国经济改革以来的客观现实为衬景,梳理了契约观念的发展线索,剖析了中国传统文化对契约观念形成和生长的制约因素,研究了现代市场经济体制与经济契约、契约观念的联系,探讨了指令性计划经济体制对契约观念、契约制度的排斥作用,并在系统分析契约观念的构成要素和制度基础的前提下,得出了我国建立社会主义市场经济体制,创新经济秩序,必须在观念上依托于现代契约观念的结论。

本书的另一特点,就是把契约观念和秩序创新紧紧联系在一起。围绕我国现实合同运行机制这一主题,高度评价了合同制度推行对我国经济体制改革和经济秩序创新的意义。同时,作者也探讨了各种阻碍我国经济契约化进程的制度因素和心理惯性。在对策研究的意义上,指出了树立现代契约观念与创新经济秩序具有一

致性和同一过程性。在我国把建立社会主义市场经济体制作为我国改革的目标模式的今天,作者所提出的许多对策意见具有实际价值。

李仁玉同志为北京大学法律学系首届民法专业的研究生,刘凯湘同志为北京大学法律学系第二届民法专业研究生。他们在学习期间,就曾发表了一些有份量的论文。本书既是他们的心血之作,也是我国法学界近年来出版的佳作之一。

毋庸讳言,本书个别地方的论证尚欠缜密,对中国实际问题的研究似可更深入一些。这些都是作者今后应该努力的方向。当然瑕不掩瑜,以上问题的存在,并不妨碍本书作为一本可读性颇佳的学术专著的理论价值和实践价值。希望三位作者今后拿出更多的学术力作。

魏振瀛

1992年10月于燕园

目 录

序	(1)
第一章 经济契约化进程中的摩擦与违约现象	(1)
第一节 广泛经济摩擦在契约化进程中的 不可避免性	(2)
第二节 广泛经济摩擦的诸种主要表现形态	(5)
第三节 违约——契约运行的病理分析	(19)
第四节 简短的结语	(54)
第二章 契约化与现代市场经济	(56)
第一节 政府与契约化	(56)
第二节 自由选择与契约化	(61)
第三节 现代经济中的信用、契约和交易	(66)
第四节 现代社会的广泛相互依存性	(71)
第三章 契约观念的演进与发展	(76)
第一节 契约观念是一个不断演进和发展的过程	(76)
第二节 习惯法时期的契约神圣观念	(81)
第三节 古代法时期的契约法律约束观念	(84)
第四节 近代法时期的契约自由观念	(94)
第五节 现代法时期的契约社会观念	(103)
第六节 口头契约、文书契约、要物契约、诺成契约 的演进顺序映现了契约观念的发展	(107)

第七节	社会契约观念不是契约观念的发源 而是契约观念发展的结果·····	(110)
第四章	中国传统文化与契约观念·····	(114)
第一节	先秦诸家抑利轻商观念的基本趋同·····	(114)
第二节	传统文化中的大同思想及其对契 约的排斥功能·····	(123)
第三节	官工官商传统及其与契约观念的不相容性·····	(139)
第四节	小农经济——阻碍契约观念形成的 制度因素·····	(150)
第五章	指令性计划经济与非契约化·····	(163)
第一节	全国一个大工厂·····	(164)
第二节	政企一体化·····	(167)
第三节	等级经济组织及等级权力·····	(171)
第四节	非契约化属性·····	(175)
第六章	现代契约观念的构成要素和制度基础·····	(179)
第一节	现代契约观念的构成要素·····	(180)
第二节	现代契约观念的制度基础·····	(205)
第七章	契约观念与经济秩序·····	(210)
第一节	新经济秩序的目标——法制基础上的 经济全面契约化·····	(211)
第二节	契约观念在经济体制改革中萌生和发展·····	(212)
第三节	新经济秩序的创立和现代契约观念的 培育应采取的相应措施·····	(226)
后 记 ·····		(245)

第一章

经济契约化进程中的 摩擦与违约现象



在我国举世瞩目的经济体制改革中,从产品经济体制向商品经济、市场经济体制转轨,社会经济的变化可谓纷繁激荡。在这场令人眼花缭乱的变迁中,新生的经济契约关系构造着新经济秩序的框架,催发着我国新型经济组织和市场交易关系的生成。改革十余年来,作为契约化经济的法律表现形态,经济合同几乎从无到有,从个别购销活动扩大到包括加工承揽、不动产租赁、企业承包、联营、合伙、科技协作、技术转让、拍卖投标、中外合资合作经营等广义交易活动,映现出我国经济、契约化的进程。

毫无疑问,创立新经济秩序的实质意义,就是经济关系的市场化和契约化。无论是从计划领域演进到市场领域的经济活动,还是改革中新生的经济活动,基本上都具有契约化的倾向。在我国这

场以经济利益、经济责任、产权关系的渐趋分割和明晰为特征的改革中,经济关系的契约化将是主旋律。

然而,经济契约化的进程会是一帆风顺的吗?

第一节 广泛经济摩擦在契约化 进程中的不可避免性

在中国这块古老土地上的任何变革,都会充满艰难险阻、千辛万苦。契约化进程更不能例外。

历史的因素和现实的条件,将为契约化进程设置诸多路障。这是我们无法回避的客观存在。在创新经济秩序的过程中,由于新旧体制的更替和并存,一方面新的经济秩序力图摆脱旧体制的羁绊脱颖而出,而旧体制以其强大的惯性冲击着市场运行,使得经济秩序的改创困难重重;另一方面逐步开始形成的新的经济体制和新经济秩序,由于不成熟、不稳定而存在着相互间的不协调。同时,经济体制与经济秩序往往难以同步更新和发展,体制的先行和秩序的滞留引起的二者之间的脱节会形成巨大的秩序真空。因此,在新的经济秩序与旧的经济体制、新的经济秩序与新的经济体制以及新的经济秩序内部,势必导致以各种形式表现出来的矛盾与摩擦,这种矛盾与摩擦不断更迭,旧的消失,新的产生,构成了创新经济秩序的艰巨性和长期性。

首先,在一个已具有稳定运行体系的社会,实行制度和组织创新所具有的演进性决定了这一过程充满矛盾和艰辛。高度集中的计划经济体制的长期推行和不断强化使得新经济体制的脱胎是那

样的艰难痛苦,而新经济秩序的创新又具有历史的不可逆转性,二者的冲突无法避免,经济关系中深层的摩擦缘此而生。

其次,经济利益关系的重构和责任关系的明确,不仅引起个人利益与团体利益、局部利益与整体利益、当前利益与长远利益的矛盾,而且深化到资产关系和财产制度之中。旧体制下对个人利益、局部利益、当前利益的漠视和压抑,导致了经济主体追求经济行为的动机和目的模糊以至虚化,而商品生产和商品交换要求明确个人利益、局部利益和当前利益的存在和界定,并使之成为“驱赶”经济主体进行有效经济行为的直接动因,但长期被遏制的这些利益机制一旦“放闸”,便如春潮之汹涌澎湃,既摧毁着旧体制的“围栅”,也危及着新体制尚待修筑的“河堤”,在畸型的功利主义推动下,个人利益排斥着团体(社会)利益,局部利益排斥着整体利益,当前利益排斥着长远利益。于是,有了个体经营中的侵权枉法、见利忘义现象;有了企业千方百计逃税、偷税甚至抗税的现象;有了巧立名目敲国家重点建设工程项目的竹杠的现象;有了危及人命的假药、假酒充斥市场的现象;……

第三,新经济秩序创建阶段,尚未形成有利市场经济健康、正常发育的经济环境,新旧经济秩序中各种决定经济环境的因素重叠、脱节、冲突,导致现存的经济环境有着过大的不确定性,经济行为有着过大的不可预期性、风险性和投机性,由此必然导致市场中交易行为的“一次化”和短期化。经济主体尤其是企业法人还没有把市场当做自己的生存场所,把信誉当作自己的生命,把契约当作连接自己与市场的纽带。小批量交易、现货交易、短期交易仍是市场交易的主要形式,这与现代市场经济要求的交易大宗化、票据化和期货化、稳定的交易伙伴关系以及与之相关的信用制度差距甚

大。

第四,约束机制的摩擦是一个更大的难题,在旧体制下,经济秩序的行政约束是以强大的国家经济权力为保障,这是一种不可抗辩和无法回避的“硬”约束。硬约束具有的强制性使经济关系确能在统一的、坚固的轨道中运行,然而由于其所约束的经济秩序本身的弊端和缺陷,行政约束也就带着无法避免的盲目性、被动性和独断性;同时由于硬约束凌驾于人们的意愿之上,体现着国家干预经济的随意性,因而国民经济的低效、停滞被表面上的安稳所掩盖,一切似乎都在“有序”中进行。

新经济秩序的创立及由此产生的新型的契约约束一出现,便打破了这种貌似安稳的有序状态,不仅向人们揭示了我国经济的真相,而且引起了经济关系和经济生活中的紊中求序状态。这是改革必然出现的现象,反映着新旧体制的激烈抗争。市场体制下的经济秩序所对应的契约约束,是一种若即若离、似隐似现的约束,它也有“强制”性,甚至比硬约束更大的“强制性”,但这种强制不是权力强制,而是规律强制,即商品经济和市场法则的不可抗性,例如,它可以导致企业的破产——这在行政约束系统下是不可能发生的。

约束体系的效力取决于约束体系自身的封闭性。在一个自相矛盾和冲突的约束体系中,或在两个对立的约束体系共同作用下,约束的基准就可能丧失,约束规则就可能形同虚设。当前经济运行中的许多摩擦正是由于约束体系自身的缺陷所致。

第二节 广泛经济摩擦的诸种 主要表现形态

一、政府对企业的控制仍未解除,契约化寻求的法律保障疏于严谨

现在的企业,包括乡镇企业,尤其是大中型国营企业,对于政府天生的“脐带”欲断还连。企业独立的法人身分在形式上赋予后,实际上仍不同程度地受制于行政权力,政府机关仍习惯于以命令式手段控制企业的生产经营,企业因此而难以了解供需行情,捕捉市场机会作出灵敏反应。这一缺憾的存在,严重地阻碍着中国市场经济现代化的进程。在行政权力不甘屈让的同时,契约在经济秩序中的法制保障却远欠周全,企业在激烈地变迁中欲求之于法,无奈少有如愿者。法律的公平与严肃同行政的强权与多变水火不容,这一矛盾从引进市场机制、萌发契约关系的改革之始,就显得如此强烈,以致成为新旧体制变革中各种摩擦的焦点。

二、对契约行为的非经济、非法律干预,使大量已订立的合同无法履行

形成中的合同关系受到的这种干预不仅名目巧立,而且带着极大的随意性,使得即便已发生的合同关系也处于法律效力的不确定状态,威胁着正常的交易关系,从而使整个市场交易带着恐怖的不可预期性。例如,基本建设投资,常常遇到主管机关的停建缓

建乃至全国性的砍项目、压基建的决定，由此引起的合同纠纷便难以避免。请看下列案例：

案例 1 1980 年 8 月 4 日，东北某某电梯厂与某某电视机厂（需方）在北京国家物资局机电设备一局重型通用产品分配会议上，签订（81）梯字第 44 号合同，由电梯厂于 1981 年 2 季度承供电视机厂 JH2 米×25 米电梯一台，并经国家建委建筑机械局和辽宁省机电设备公司签证。同年 5 月 16 日电梯厂按期将货发到，电视机厂验收合格，安装使用。但长期拒付货款，给电梯厂造成了经济损失。因此，电梯厂向人民法院起诉，要求电视机厂付款 45706.64 元，并担负银行滞纳金 6992.10 元。电视机厂答辩说：对方所诉情况属实，但是长期拖欠货款，原因在于上级决定所建的工厂中途下马，不给拨款，故无力偿还。后经审理查明，电视机厂是 1979 年底经市委决定筹建的，共计划拨款 187 万元，但后因企业调整，市财政部门已无力支付拨款项目，而电视机厂此时已欠外单位款达 35 万多元。同年 7 月市委决定该工程下马，停止投资与贷款，因而造成大量欠款纠纷。

三、利用政府职权的个人不尊重合同效力，任意撕毁合同，破坏合同的约束力

目前，一部分掌握政府职权、代表政府的个人拥有着决定合同命运的权力。当其所在或所属单位签订的经济合同对其本单位利益或个人利益没有好处时，他们就会凭借手中的权利指使他人给合同的执行制造障碍，或亲自撕毁合同。凌驾于合同法之上而主宰

合同命运的个人权力的存在,是减弱合同约束力、阻碍良好合同观念创立的重要原因;而这种施行撕毁合同的行为,不仅践踏着法律的尊严,还会引起受害当事人的报复或反抗,导致更大的经济秩序混乱。在农村,相当比例的承包合同纠纷都是由于发包方的负责人任意毁约而造成的。

案例 2 1982 年,河北省某某县华阳村杨乃玉等六户农民与所在的第一生产队签订一份砖窑承包合同,期限 3 年;六个农民倾其积蓄多方筹措,投资数万元,苦心经营,终于把一座死窑变成活窑,收入颇丰。于是村干部红了眼,借故撕毁合同,并把砖厂承包使用的土地分给社员,逼得砖厂几十个工人生活无着。杨乃玉等起诉,村干部拒绝接受调解。法院最后判决生产队交纳违约金 500 元,赔偿损失 1000 元。

四、对市场价格的波动不适应,给发展契约关系带来困难

旧体制下的产品价格对于企业和其他经济主体来说是无轻重的。时至今日,长期的计划价格制度使得企业缺乏对市场价格的应有关注和准确判断,没有形成根据价格变动调整经营计划和经营选择的能力,不适应突然出现在经济关系中的市场价格波动和变化。而更不幸的是,凡是较大的经济改革的动作和政策出台,价格总是最富于变幻和波动的敏感区。现在许多合同纠纷就是由于当事人一方或双方对于价格变化在订立合同时根本未作考虑,一旦发生价格变化,即往往以违约作为对市价波动的反应。

案例 3 1988 年 10 月,湖南某市粮食局议购议销公司与

吉林某市粮油贸易公司签订一份黄豆供应合同,总量 25 万公斤,每公斤价 1.2 元,计 30 万元。合同规定当年 11 月 5 日前由吉林方发货。10 月中下旬开始,全国大豆市场行情变化很大,价格持续上扬。于是吉林方于 10 月 30 日电告湖南方,要求每公斤黄豆增加 0.15 元。湖南方不同意。吉林方在未再作协商的情况下,把原准备发往湖南的 25 万公斤黄豆以每公斤 1.35 元的价格卖给了另一南方客户。湖南方一直未能盼来货物,后来才知供方已无货可供,遂状告吉林方违约。

这一案例既反映出企业以牺牲信誉换取利益的短期化经营思想,也反映出在卖方市场条件下价格波动对契约履行的影响效果。一般来说,在商品短缺的情况下,价格波动总是对卖方有利的。随着经济的发展,这种状况就会发生变化。当然,最主要的因素还是买卖双方都尚未适应市场价格波动。下面一则案例是需方因价格变化而违约的:

案例 4 1984 年 2 月 12 日,原告(某县联营贸易货栈)与被告(某市酒厂)双方经过协商,签订了购销瓜干合同。合同规定,原告向被告提供瓜干 200 万斤,单价每斤 0.165 元。一、二季各交货 100 万斤,质量要求为一级瓜干,无土、无沙、无杂质,如达不到标准,以质论价,每交货 4 至 5 万斤划款一次。包装、运输、装卸均由原告负责。合同签订后,原告于同年 2 月 14 日开始送货,到 4 月底,由于市场上瓜干价格下跌,被告不想再继续履行合同。开始,被告以整理仓库为借口推迟履行合同,原告发现被告从其他单位收购瓜干,原告继续送货。至 7