

资琳◎著



契约制度的正当性论证

QIYUEZHIDUDEZHENGDANGXINGLUNZHENG

一种以主体为基点的研究

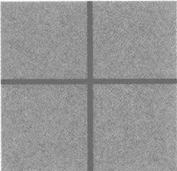
中国政法大学出版社

契約制度的正当性论证

CHONGGUO SHEHUIZHUYI FAZHUI JIANZHUYI JIANZHUYI

——兼论大陆法系与英美法系

资琳◎著



契约制度的正当性论证

QIYUEZHIDUDEZHENGDANGXINGLUNZHENG

一种以主体为基点的研究

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

契约制度的正当性论证:一种以主体为基点的研究 / 资琳著. —
北京: 中国政法大学出版社, 2009. 5

ISBN 978-7-5620-3492-6

I. 契... II. 资... III. 契约法 - 研究 IV. D913. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第080464号

书 名	契约制度的正当性论证:一种以主体为基点的研究
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号) 北京100088 信箱8034 分箱 邮政编码100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010)58908325 (发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	880×1230 32开本 9.875印张 200千字
版 本	2009年6月第1版 2009年6月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3492-6/D·3452
定 价	28.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

|| 序 ||

最近 20 年，无论是在国外，还是在国内，部门法哲学〔或如西方学者所称的“应用法哲学”（*applied legal philosophy*）〕的研究和教学活动日渐活跃，正在成为法学领域的亮点。部门法哲学对法学领域经典的、重大的、前沿的、疑难的问题的研究，正在成为推动法学理论创新和发展的新的知识增长点。大约 10 年前，我在为美国哲学家、法学家迈克尔·D. 贝勒斯的部门法哲学专著《法律的原则——一个规范的分析》的中文版出版而作的评介中指出：“在当代西方法学研究中，法哲学（法理学）研究逐步扩大和深入至具体法律领域，出现了一批从法哲学（法理学）的层面、用法哲学的方法探讨部门法中的一般原则和原理的论著。这些论著提供了对部门法的伦理基础、价值基础、社会基础及其发展规律的哲学反思，构成了把法哲学与民法、刑法、宪法、程序法等部门法学连接起来的中间学科。”这本译著对我国学者开展部门法哲学研究产生了一定的推动作用。该书出版后，我国部门法哲学研究异

II 契约制度的正当性论证

军突起、方兴未艾。

自本世纪初，本人积极倡导开展部门法哲学的研究和教学活动，吉林大学理论法学研究中心在法学理论、法律经济学等学科点设置了部门法哲学研究方向，成立了部门法哲学研究机构，为研究生和高年级本科生开设了部门法哲学研究讲座课程，这门课程被学生们称为“高水平研究型课程”。这些教学和学科创新吸引了一大批青年学者从事部门法哲学研究。他们中间既有具有深厚法理学理论背景的硕士生，也有具有良好部门法学知识背景的硕士生，本书的作者资琳就是其中一位从民商法专业硕士毕业后从事部门法哲学研究的青年学者，本书是作者在读博期间进行部门法哲学研究的结晶，是在其博士学位论文《契约制度的正当性论证》基础上修改、充实而成的。

契约制度原本是民法学的典型论域，然而由于民法学理论和方法自身的局限，致使契约法中的许多根本理论问题和制度理念问题无法在民法学中得到彻底解决，而需要借助法哲学的理论和方法来阐释契约法的根本性理论和理念。资琳以其深厚的民法学知识为基础，运用法哲学的反思方法对契约制度的正当性这一契约法的根本问题进行了探索。作者首先分析和批判了道义论契约论和目的论契约论这两大主流理论，指出它们均

不能令人信服地回答契约制度的正当性问题，之后尝试借助罗尔斯的道德主体论，通过自己的理论进行解读，回答契约制度的正当性问题，为现代契约法的基本制度及中国契约法的现实提供了充分的理论阐释。

通读全书，可以看出该书有如下几个特点：第一，洞悉到了主体在契约法理论中的重要地位，并以主体为基点来进行研究，这样就为契约法理论的深入研究提供了很好的视点；第二，将罗尔斯的道德主体论适用于契约法中，这可能为融合社会契约论和民法中的契约法理论的研究提供新的思路；第三，对契约法理论脉络的梳理是基于该书的研究目的和研究问题而进行的，并不是简单的资料整理，这样的梳理是后文进行理论阐述的必需；第四，对中国契约法案例的分析，并非纯粹民法意义上的契约分析，更多地是强调用契约的视角和原则去重新分析阐释中国的一些社会事件；第五，该书资料翔实、分析透彻、逻辑结构比较严谨，观点能够自圆其说，具有独到见解。总之，该书欲从哲学层面，以主体为基础，为中国的契约法提供一种和谐的理论体系，此种探索和努力是难能可贵的。

该书所构建的契约法正义原则具有广泛的解释力和理论内部的一贯性，也能够在一定程度上为中国契约法的现实提供协

IV 契约制度的正当性论证

调一致的指导作用。可以说，该书无论是对契约法的理论研究，还是对契约法的司法实践，都具有重要的参考价值，是国内部门法哲学研究中具有一定代表性的著作之一。当然，该书在理论模型的构建和某些学术观点的阐述上尚需继续探索。

资琳是我指导的博士研究生。她聪慧过人却谦虚谨慎、刻苦好学；她熟谙民法上的基本原则和具体制度，又善于从法哲学中汲取丰富的理论素养；她在以财经政法为主的多科性大学出色地完成了本科和硕士学业，又在综合性大学受到了严格、规范、多元的学术训练。作为她的指导教师，在其首部专著即将公开出版之际，谨以上述杂感对这位学术新人表示真诚祝贺，同时也以此来鞭策她做出更多更好的研究。

张文显

2009年4月于净月书屋

|| 内容摘要 ||

在当前契约法的发展中，虽然契约法理论呈现出多元化的趋势，但是各国的契约制度却已经基本趋同，都认可了这三项制度：合意制度、信赖利益制度和显失公平制度。我国的合同法也不例外。这三项制度构架了现代契约法的整体，并且体现了现代契约法的独有特点。但是这三项制度却是以不同的理论甚至是相互冲突的理论作为基础的。合意制度体现的是古典契约法中契约自由的思想，而信赖利益制度的正当性依据则在于受诺人对允诺人所产生的信赖，显失公平制度则侧重对契约结果公平的寻求。因而这三项制度之间就可能产生这样一种紧张关系：契约中的自由行为本身和这种自由行为所导致的结果之间的紧张关系。因为契约结果的公平和受诺人的信赖，都可以看做允诺人的自由意志行为所导致的某种结果。因此，若要把这三项制度建构为一个和谐、一贯的整体，并且给这些制度提供正当性的论证，则必须解决这样一个基本问题：衡量契约制度正当与否的标准究竟是古典契约法中所遵奉的自由意志行为本身，还是自由意志行为所导致的结果？

VI 契约制度的正当性论证

在我国学者对契约制度的正当性论证问题所进行的研究中，尽管有的研究已经注意到了这个问题，但是由于局限于契约法中讨论，从而忽视了这个问题的理论根源中所具有的深层次的冲突。从理论根源上而言，这个问题可以追寻到伦理学上关于正当与善的讨论。即判断行为或制度正当与否的标准是行为本身所固有的特性，还是这种行为所导致的结果能否促进某种“善”？在正当与善的关系上的分歧，导致了伦理学上道义论和目的论的分野，道义论认为正当是独立于善的，而目的论则认为善规定了正当。

这种理论上的分野在契约法上就表现为道义论契约法理论和目的论契约法理论的分野。道义论契约法理论认为契约的正当性就在于契约是人的自由意志的体现。契约只要是人们自愿缔结的，不管其结果是否会促进或实现某种善，只要不伤害到别人同样的自由或权利，就是正当的。所以在道义论者看来，契约制度正当与否的标准就是能否实现契约当事人的自由意志。道义论契约法理论的典型代表是允诺论和合意论。目的论契约法理论则认为契约之所以有效不是因为它是人的自由意志的体现，而是因为它能够促进某种“善”的实现，例如财富的增长、平等的实现。所以这种契约法理论衡量契约制度正当与否的标准就是能否达到某种目的。根据所要达到的目的的不同，这种类型的契约法理论

又可以分为财富最大化理论、信赖利益理论和分配正义理论。

无论是道义论契约法理论，还是目的论契约法理论，在对待正当与善的关系的问题上，都坚守着绝对的正当优先于善或者绝对的善优先于正当的观念，而现代契约制度又恰恰需要善与正当这两者关系均衡，所以这些理论都不能给它们所认同的契约制度提供一贯的正当性论证。我认为，这些契约法理论之所以如此的根本原因和基本出发点在于，这些理论都是坚持单一主体的理论。具体而言，道义论契约法理论认为契约当事人只是具有抽象的选择能力的、意志自由的个体，每个人都具有自己独特的善，是互不关涉的，所以每个人是一种抽象化的原子论式的人。因为每个人具有自己独特的善，所以正当的契约制度就应该对各种善保持中立，让每个人都可以自由地追求自己所认可的善。

而目的论者正恰恰相反，他们将契约当事人看做具体情境下的，具有相似属性且相互关涉的个人，即情境化的交互性主体。正因为人是相互关涉的、具有相似属性的，所以他们就可能具有共同的善或共同的目的，正当的契约制度就应该保证这些共同的善或共同的目的的实现。

尽管道义论和目的论的主体基础在哲学和伦理学的层面争论得相当激烈，但是在相应的契约法理论中争论并没有体现出来。甚至更多的理论还没有意识到正是由于这种主体的区别，导致了

VIII 契约制度的正当性论证

理论的差异，从而忽视了理论自身是在不同的主体假设上争论的。对主体研究的缺失，在很大程度上使得试图融合两种理论中多种价值的多元论，并没有能够为契约法理论提供一个价值序列，从而在契约自由与结果公平或信赖利益等发生冲突时，难以作出抉择。故本文试图以主体作为分析视角，从检讨现在具有代表性的契约法理论出发，对现代契约制度进行正当性论证和合理解释。在这种理论旨趣下，本文分为六个部分进行论述。

第一部分，我将在主体的视角下去检视道义论契约法理论的主要代表性理论——弗里德的允诺论和本森的合意论。通过这种检视，我得出允诺论和合意论都坚守着单一的原子论式的抽象化的主体。这种主体基础导致了弗里德不得不将现在被广为接受的信赖利益制度、显失公平制度排除在契约法之外。而本森的合意论由于坚持纯粹的道义论主体，不仅对显失公平制度不能给出合理解释，而且还导致了他的理论中的不一致。

第二部分，我在主体的视角下讨论目的论契约法理论的主要代表性理论——财富最大化理论、信赖利益理论和分配正义理论。通过讨论，我揭示出尽管这三种理论衡量契约制度正当性与否的标准并不相同，但是隐含在这些理论之中的主体基础都是交互性的、具体情境化的主体。这种主体基础对财富最大化理论所造成的缺陷就是，不仅无法对财富最大化的道德正当性给出合理

论证，而且也不能完全解释契约法的所有制度。而信赖利益理论由于坚持单一的交互性主体基础，则无法解释为什么有的允诺没有对方的信赖也具有拘束力。分配正义理论的交互性主体基础则导致了该理论不仅不能解释大多数没有利用优势的契约，而且也不能实现该理论所欲达到的理论旨趣：个人性和平等性。

第三部分，我考察了罗尔斯正义理论中的道德主体，论证了这种主体具有道义论和目的论主体的双重属性。罗尔斯在他后期的论述中，区分了公共层面的自我和私下层面的自我，公共层面的自我是预先设定好的，各种具体的善都不会影响到这种自我的构成，这种层面的自我是传统道义论意义上的自我，原初状态下的人就是以这种自我出现的。但是私下层面的自我却可以用无知之幕后排除的各种“善”来确定自我的本性，这样的自我实际上就是目的论中具体情境下的自我，这种自我可以因为他者的影响而变化。我认为，在这两种自我之间建立起本质性联系的是，具有自决（self-determination）能力的个人。这种个人自决是一种抽象的价值，这意味着它是现代民主自由社会中，某种具体的生活方式或者善观念的先在条件或者基础。因而个人自决能力的实现就隐含着那些特定的生活方式和善的观念，并且把这些生活方式和善的观念一般化了。通过这样的解释，个人自决这种理想就给罗尔斯的双重的自我提供了统一的基础，同时又仍然维持了罗尔

X 契约制度的正当性论证

斯所坚持的强理论上的正当优先于善。

接下来，我论证了罗尔斯正义理论中的道德主体能够适用于契约法。因为罗尔斯的正义理论的适用对象是社会基本结构，所以他的道德主体的适用对象也是针对社会基本结构而言的。罗尔斯针对社会基本结构提出了两个正义原则，我通过论证得出，这两个正义原则不仅构成了契约法的背景正义，而且契约法中至少有一部分要直接受到这两个正义原则的规制。因而罗尔斯所说的社会基本结构应该包括契约法在内，这也就意味着罗尔斯正义理论中的人能够适用于契约法。

由于罗尔斯正义理论中的人具有双重属性，而且能够很好地统一在一起，所以以这种主体作为契约法正当性理论的基础，不仅能克服单一的道义论和目的论的缺陷，而且能够形成价值序列。在这种主体的基础上，我推导出了判断契约制度正当与否的两项契约法的正义原则。由于主体基础的相同，所以这两项契约法的正义原则与罗尔斯正义理论中的正义原则具有相似性，但同时这些原则也具备契约法的独有特点。具体表述如下：

第一，每一个人都具有平等的权利，享有充分的平等地转让自己财产的自由和选择自己生活计划的自由，而且所享有的自由与其他每个人所享有的同样的自由相容。

第二，契约的签订，如果有社会和经济的不平等，则这种不

平等必须满足下列两项条件：①各项职位、地位及交易机会必须在公平的机会平等下，对所有人开放；②最有利于处在最不利地位的人。

第一项原则优先于第二项原则，第一项原则被我称为契约法中的平等的基本自由原则。第二项原则的第①项优先于第②项，其中第1项和第2项分别被我称为契约法中的公平的机会平等原则和契约法中的差别原则。

第四部分，我论证了所提出的契约法正义原则能够给现代契约法的基本制度一贯的正当性论证和合理解释。具体而言，合意制度是契约法第一个正义原则的体现，但是契约法第一个正义原则满足的只是充分的契约自由，而不是毫无限制的契约自由，所以这种规定就给注重结果公平的显失公平制度留下了空间。

对于显失公平制度的正当性论证，则需要结合契约法的第一个正义原则和契约法中的差别原则。首先，契约法中的差别原则是判断是否构成显失公平的关键。因为显失公平的契约主要适用于在市场中处于弱势地位的人，例如经验不足的人、面对垄断行业的老百姓、被雇佣的工人等。其次，平等的基本自由原则对显失公平的判定提供了一些限制因素，即如果处于不利地位的人是自愿的，仍然不构成显失公平，这其实就是契约法的平等的基本自由原则的优先性的体现。

XII 契约制度的正当性论证

对于信赖利益制度的正当性论证，我主要采取了否定性的论证方式，即如果信赖利益制度不违背契约法的正义原则，那么就是正当的。首先，我认为信赖利益制度并没有违反契约法的第一个正义原则，即没有对平等充分的基本自由造成损害。因为让允诺人承担对受诺人的信赖利益损害的赔偿不构成对允诺人的充分的基本自由的损害，反而是对受损人同等的基本自由的尊重。其次，即使信赖利益制度在经济上对允诺人而言可能是不平等的，但是这种不平等的安排也没有违背契约法的第二个正义原则。

第五部分，本书用契约法正义原则对我国近几年来比较有影响的几个案件——许霆案、重庆钉子户案、雪灾中的京广线阻塞案三个案件，从契约法的角度作了分析。

最后，在结语部分，笔者对本书可能遇到的反驳，例如契约法是一种地方性知识，我对契约法的研究脱离了中国现实等，预先作出了回应。尽管我认为契约法不是一种地方性知识，但是我的研究仍然是带着中国问题所进行的，是对我所认识的中国现实的关注。



I	序
V	内容摘要
1	导论 问题的提出和论述框架的确定
1	第一节 问题的提出：现代契约法的基本制度及其基本矛盾
6	第二节 我国契约法研究的现状：理论脉络的缺失
6	一、契约法研究和法理学研究的关系
11	二、契约法理论的研究状况
18	第三节 理论背景的参照：道义论和目的论的分野
19	一、伦理学上的道义论：正当优先于善
22	二、伦理学上的目的论：善优先于正当
24	三、契约法理论中的道义论和目的论
27	第四节 以主体作为分析视角
31	第五节 论述步骤
34	第一章 主体视角下的道义论契约法理论
34	第一节 弗里德：作为允诺的契约
35	一、对允诺的道德论证：独立自由人的揭示
40	二、对具体制度的解释：独立自由人的坚持与困境
48	第二节 本森：契约是权利交换的合意