



黑龙江省社会科学学术著作出版资助项目
HEILONGJIANG SHENG SHEHUI KEXUE
XUESHU ZHUZUO
CHUBAN ZIZHU XIANGMU

西方契约法理论研究

赵融◎著

XIFANG QIYUEFA LILUN YANJIU

XIFANG QIYUEFA LILUN YANJIU



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS



黑龙江省社会科学学术著作出版资助项目
HEILONGJIANG SHENG SHEHUI KEXUE
XUESHU ZHUZUO
CHUBAN ZIZHU XIANGMU

西方契约法理论研究

XIFANG QIYUEFA LILUN YANJIU

赵融◎著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

西方契约法理论研究 / 赵融著. -- 哈尔滨 : 黑龙江大学出版社, 2015. 11

ISBN 978 - 7 - 81129 - 959 - 5

I. ①西… II. ①赵… III. ①契约法 - 研究 - 西方国家 IV. ①D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 255697 号

西方契约法理论研究

XIFANG QIYUEFA LILUN YANJIU

赵 融 著

责任编辑	戚增媚 王选宇
出版发行	黑龙江大学出版社
地 址	哈尔滨市南岗区学府路 74 号
印 刷	哈尔滨市石桥印务有限公司
开 本	720 × 1000 1/16
印 张	9.25
字 数	133 千
版 次	2015 年 11 月第 1 版
印 次	2015 年 11 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978 - 7 - 81129 - 959 - 5
定 价	30.00 元

本书如有印装错误请与本社联系更换。

版权所有 侵权必究

目录

绪 论 / 1

第一篇 西方契约法理论的历史变迁

第一章 西方契约法理论的起源 / 10

第一节 古希腊契约思想萌芽 / 10

第二节 古罗马自然法影响下的契约法理论 / 17

第三节 中世纪的契约法理论 / 21

第二章 近代古典契约法理论 / 30

第一节 古典契约法理论的法哲学基础 / 31

第二节 古典契约法理论的确立 / 35

第二篇 西方契约法理论的发展

第一章 古典契约法理论的修正 / 47

第一节 大陆法系对古典契约法理论的完善 / 47

第二节 英美法系对古典契约法理论的修正 / 51

第二章 西方契约法理论的变革 / 58

第一节 经济分析方法的适用 / 59

第二节 道义论契约法理论的复出 / 69

第三篇 正当与善视角下的西方契约法理论

第一章 伦理学中的正当与善 / 78

第一节 道义论与功利主义中的正当与善 / 78

第二节 道义论与功利主义的发展 / 82

第二章 西方契约法理论中正当与善的分野 / 87

第一节 法律原则认知态度上的差异 / 88

第二节 规范与解释优先性上的先后 / 94

第三节 司法裁判中“事先”与“事后”之争 / 98

第四篇 对契约法理论合理性的反思

第一章 罗尔斯正义理论与契约法的关系 / 108

第一节 对社会基本结构的理解 / 108

第二节 契约法与正义两原则 / 113

第二章 对我国契约法理论的启示 / 124

第一节 契约法理论功能的侧重 / 124

第二节 契约价值基础的保护 / 127

第三节 契约法漏洞的填补 / 129

结 论 / 132

参考文献 / 134

绪 论

西方契约法中的思想理念及相关理论最早可以上溯到古希腊时期,罗马法中有关契约的规定是这种思想在法律上最初的较为系统的表现形式,并对后世影响巨大,随后在中世纪托马斯·阿奎那的宏大思想体系中,这种思想又得到了宗教教义的首肯并成为阿奎那理论中正义观的组成部分,然而,相对而言十九世纪却是它最为辉煌的年代,这个时期甚至被历史学家称为“契约的世纪”^①。在十九世纪,市场经济使契约成为市场交换的主要手段;资产阶级代议制民主政体明确地将保障契约自由视为政府的职责并使之成为以后不断予以肯定和坚持的一个基本理念;文艺复兴以来得到蓬勃发展的人文主义精神、自由主义经济理论和古典自然法理论成为社会实践中契约赖以生存和发展的基本理论基础。^②正是由于这一系列条件的存在,契约法的发展才呈现出一片欣欣向荣的景象乃至成为十九世纪私法发展的核心。这一时期法的发展历程也被经典地总结为,“所有进步社会的运动,到此处为止,是一个‘从身分到契约’的运动”^③。也正是在那个时代,关于西方契约法的思想理念不再是简单的萌芽而是形成了系统的理论——后人称之为古典契约法理论。古典契约法理论认为契约效力的根源在于当事人双方的意思或意愿,意思自治和契约自由是其基本原则,这种将契约法描述

① 伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,北京:中国政法大学出版社1989年版,第64页。

② 苏号朋:《论契约自由兴起的历史背景及其价值》,载《法律科学》1999年第5期。

③ 梅因:《古代法》,沈景一译,北京:商务印书馆1959年版,第97页。

为关于人的意志的纯粹的理论体系又被称为“唯意志论”^①。正是在这种理论的指导下,大陆法系形成了以法、德两国民法典为代表的概念法学指导下的契约法理论,而英美法系则成就了以对价为中心的契约法理论。两大法系虽然在契约法的基本概念认知和具体制度设计上,例如,在对契约概念的定义、契约法的表现形式、契约的成立与生效等规定上有着显著的差异,但是这更多地属于两大法系在立法技术上或者外在表现形式上的差异,就其基本原理来看,二者都是相同的,都秉持着以意思自治为核心的自由主义,因此,英美法系和大陆法系的契约法理论在属于“唯意志论”这一点上是完全一致的,而由“唯意志论”所支持的古典契约法理论在两大法系契约法中的统治地位也一直延续了近百年。

二十世纪初,资本主义由自由竞争发展到垄断阶段,原来用以支持古典契约法理论的社会经济条件已经发生了很大的变化。随着经济基础的变化,契约的表现形式也逐渐增加,出现了定式契约、定式条款,同时,雇佣契约的特殊性也逐渐为人们所认识,因此,对契约予以规制的契约法也发生了相应的变化。为了适应变化了的情势,在大陆法系中,早已存在的以诚实信用原则为代表的一般条款被发展成一个体系,并将利益衡量引入到契约法理论之中,随后被各国增补或规定到民法典中,成为契约法的基本原则;在英美法系,美国对对价中心主义进行了修正,将契约关系扩大化,最终导致了《第二次契约法重述》以及《美国统一商法典》这两部全面批判对价中心主义契约法理论的新契约法的出现;同时,英美两国也都通过默示条款将商业惯例引入契约法,并使其从最初的只用于对契约进行解释发展到直接用于对契约内容的补充和修正。契约法指导思想中占据支配地位的“唯意志论”已经无法满足这些立法和司法活动对理论指导的需求,契约法迫切需要新的理论来对其进行指导并加以完善。但是由于人们对这些现象是从不同的观察视角来进行思考和探索的,而每个思考者又经常抛开其他因素从中

^① James Gordley: *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1991, p. 161. 转引自傅静坤:《二十世纪契约法》,北京:法律出版社1997年版,第3页。

选择某一特定成分进行分析与研究,因此造成了学者们彼此之间激烈的争论。早在二十世纪初就已经有学者开始对支撑传统契约法的古典自由主义契约理论进行反思和探讨,并在彼此之间形成了激烈的争论。例如,今天学者们仍然争论不休的,“在信守允诺理论中,是允诺还是信赖构成信守允诺真正的核心问题以及损害赔偿是基于承诺人的期待损害还是实际损害”,就是开始于1926年Williston与Coudert之间的争论。^①这些争论,包括著名的富勒的对契约法规范性基础进行追问与质疑的《合同损害赔偿中的信赖利益》一文,都是在反思古典契约法理论的基础上进行探索与研究的,虽然其对“唯意志论”进行了质疑,引入了新的概念和范畴,但是其所使用的方法以及观察与分析的视角由于在方法论上并无明显的差异,因而并未完全摆脱意思自治的影响,也尚不足以引发契约法规范性基础理论分析上的重大变革。这种状况一直到二十世纪六十年代经济分析法学第二次兴起以及其后的经济分析法学发展成为法学领域中一个必不可缺的领域和主要学派这种情形出现时才发生改变。由于法学家们在经济分析法学研究中以六十年代的经典经济理论——新制度经济学和新自由主义经济学理论为指导,“运用微观经济学、公共选择理论及其他有关实证和规范方法考察、研究法律制度的形成、结构、过程、效果、效率、创新及未来发展”^②,当这些方法用于契约理论的研究与分析时,由于其与以往契约法研究理论不同的价值取向以及观察与分析视角,从而对传统契约理论造成了巨大的冲击和影响。为了回应经济分析法学对契约法规范性基础所做的与传统理论不同的各种解释与分析,坚持传统意思自治理论的契约法法学家们纷纷提出了自己的观点和理论来重新评判和分析契约法的规范性基础,更有一部分学者试图对这秉持两种不同研究方法、分析视角和价值取向的理论进行协调以便建立一种全新的能够合理解释契约法规范性基础的契约理论。这些对契约法规范性

① 罗伯特·A. 希尔曼:《合同法的丰富性》,郑云瑞译,北京:北京大学出版社2005年版,第3页。

② 钱弘道:《经济分析法学》,北京:法律出版社2003年版,第44页。

基础进行分析与研究的理论相互补充、相互印证,极大地丰富了西方原有的契约法理论,并为法院的司法实践活动提供了不同的可供选择的理论指导。

就西方二十世纪七十年代以后出现的契约理论而言,可大致分为两大类,即维护当事人意思自治的,坚持契约法传统的意思自治理论(道义论契约理论)与新兴的以经济学视角对契约法规范性基础进行求证的经济分析法学契约法理论。二者之间在关于契约法规范性基础论证上的区别,实际上在很大程度上是缘于它们各自对法律性质以及法律原理的不同认识。由于二者使用不同的方法来证明契约法规范性基础所在,因此,它们彼此之间对各自所使用的理论研究方法的解释与合理性证明成为彼此论证能否成立并成功批驳对方理论的关键所在,而它们各自所提出的对契约以及契约法的解释与合理性证明只是在其内部不同流派之间的争论中才具有某种决定性的意义。就这两者的法哲学基础而言,意思自治理论以道义论为其哲学基础,强调正当优先于善,从而注重对当事人意志的尊重与保护;而新兴的经济分析法学的契约法理论以目的论为其哲学基础,强调善对正当的优先,因此注重对效率这一价值目标的追求。虽然二者在基本理论、研究方法上大相径庭,但是需要人们加以重视的是,二者在实践中却是密不可分的,在英美法系与契约有关的司法裁判过程中,法官正是将传统的意思自治理论所奉行的“事后”分析方法与经济分析法学契约法理论所主张的“事先”分析方法相结合,才使得原本按照各自的契约法理论应当得出不同审判意见的允诺可以继续下去,并能够得到强制执行以最大化地保护当事人的利益。^①因此,从司法实践看来,过分抽象的一元化契约法理论所主张的基本原理与原则在司法实践中的效用是有限的,并且很容易受到来自各方的质疑。

反观我国,统一合同法颁布时间尚短,对于具体条款的解释尚不健全,且关于契约法律制度的理论也不如西方发达,而且我国坚持民商合一的大

^① 参见 Jody S. Kraus, *Philosophy of Contract Law*, Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 690 - 691.

陆法系传统,这就造成在法律规定上对秉持不同价值取向的民事契约与商事契约未做明确区分,从而在司法实践中易造成二者混淆,并进而产生司法裁判中的混乱,最终影响契约法的立法效果。此时,如果法院的司法审判活动能够借鉴英美法系学者对传统契约法意思自治理论与新兴的经济分析法学契约法理论的论述,将二者在一定程度上有机结合在一起,并对这两种不同的契约法理论所秉持的价值做出某种能够获得合理性证明的排序,则可能在一定程度上减轻这种民事契约与商事契约不分所带来的弊端。因此,本书拟首先通过历史考察的方法对西方契约法理论的发展脉络进行梳理,明确西方契约法理论的各个发展阶段及每个阶段中的主要思想,并根据这种发展去考察其在当代的形态。其次,从伦理学的视角出发,用比较的方法将西方契约法理论中的两个主要流派——意思自治理论与经济分析理论进行对比以便确定其各自的主要特点,并对二者进行有效的区分。然后,从对罗尔斯正义理论中基本结构概念的理解入手,分析罗尔斯正义理论被运用于设计和建构契约法理论及其相关法律制度的可行性,从而确定一种全新的对契约法理论进行分析的视角。最后,结合前人的论述运用反思的方法,通过对契约法价值基础合理性的反思,确定契约法的真正价值基础之所在,以期能够为我国契约法理论的建构提供一定的帮助。^①

需要澄清的是,语义分析方法也是一种重要的理论研究方法。在我国“契约与合同”,甚至“契约”一词自身的含义也是需要通过分析其语言要素、结构、语源、语境来澄清语义混乱的。但是,对于这一问题现在已经基本达成了一种共识。从契约概念在西方历史演进的角度看,主要有四种含义:第一,主要见之于罗马法中的,在经济法律范畴上使用的契约概念;第二,主要见之于圣经中的,在宗教神学上使用的契约概念;第三,最早见之于古希腊、罗马哲学家,随后主要出现于以卢梭为代表的资产阶级启蒙思想家著作理论中的,作为社会政治概念的契约;第四,以康德为先驱,主要见之于当代

^① 张文显:《部门法哲学引论——属性和方法》,载《吉林大学社会科学学报》2006年第5期。

罗尔斯正义理论中的,作为道德哲学概念的契约。^① 本书主要是从法律角度探讨与契约相关的法律制度,因此主要是从法律范畴谈及契约的含义,虽然书中涉及罗尔斯的正义理论,但是对于其作为道德哲学概念意义上的契约论却并不涉及,因此不会在这四者之间造成混乱与繁杂。而就“契约”与“合同”二词的含义而言,虽然民法学者认为合同一词已经约定俗成,区分契约与合同在司法实践中没有必要,只是在法律上区分双方意思表示和共同意思表示仍然具有一定的意义^②,但是根据相关学者的历史考察,在汉语中,“契约”和“合同”的关系是上位和下位概念的关系而不是相互替代的关系,最适合描述社会一般关系的概念就是“契约”,“合同”则是一个在内涵与外延上均小于“契约”的概念,汉语中“契约”一词并不必然包含着平等。^③ 而且从使用层面上来看,“契约”一词更多地适用于理论研究层面,而“合同”一词则经常性地被用于司法实践活动,有鉴于本书主要是探讨与合同相关的法律制度的基本理论,因此全书都使用“契约”一词,而不使用“合同”。因此,语义分析方法不再是本书中使用的主要研究方法。

① 何怀宏:《契约伦理与社会正义》,北京:中国人民大学出版社1993年版,第10~13页。

② 王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,北京:中国政法大学出版社1996年版,第12页。

③ 俞江:《“契约”与“合同”之辨》,载《中国社会科学》2003年第6期。

第一篇
西方契约法理论的历史变迁

西方契约法理论的发展按照时间顺序,以资产阶级革命胜利和资本主义制度的初步确立为分界点大致可以分为古代契约法思想、近代古典契约法理论以及当代契约法理论三个阶段。在古代,哲学家们有关契约的思想及理念虽然促进了某些契约法律制度的形成并对后世产生了巨大的影响,但是由于社会实践的相对缺乏,人们的思考主要停留在思想层面上,而且相对来说这种早期的思想理论也较为单纯和朴素,其内容虽然庞杂但尚待进一步深化和丰富,并且在具体的制度层面上由于历史条件所限也无法大规模地推动相关契约法律制度的发展与完善,并进一步使其获得彻底的革新。但是,正是这些早期的对契约及其本质的朴素思考与探索为后来契约法理论的完善与发展奠定了坚实的思想基础,直至今日,在许多法学家关于契约法理论的论述中,都可以见到作者为了证明自己所提出或赞同的观点和论断的合理性而对这些早期思想所做的广泛引用与全新的详细阐释。近代资产阶级革命胜利后,资本主义首先进入了自由竞争时期,此时契约法建构的时代背景与社会条件已经与契约思想最初萌芽时期的社会条件完全不同,出现了全新的哲学思想和理论,并以此为基础进一步发展成为与以往契约思想不同的全新的、系统的契约法理论,这一时期形成的契约法理论被学者们称为古典契约法理论。由于其将个人意思自治推至极点,因而被人们笼统概括为唯意志论。当资本主义进入垄断阶段,社会条件又有了进一步的发展与变化后,人们开始反思这种唯意志论在指导契约法律实践活动中的不足与欠缺,并从坚持、重释、批驳等各种理论角度对契约及其本质进行重新评价与定位,形成了诸多全新的契约法理论。

第一章 西方契约法理论的起源

第一节 古希腊契约思想萌芽

希腊文明建立前,构成希腊文明的大部分内容在埃及和两河流域已经存在了数千年之久,并从那里传播到四方。但是,希腊人在接受其他文明辉煌成就的同时,并没有因袭其他文明中的正统观念,而是自由地思考着世界的性质和生活的目的,希腊哲学也因此成为西方哲学的本原。古希腊哲学家们的这种思考包括了对社会和社会制度的深刻思考,具有相当的洞察力,并由此而形成了关于正义和法律性质的观念和思想。他们在思考过程中所提出的研究方法和使用的哲学术语至今仍为后人所采纳,因此,弗里德里希·尼采认为,当我们言及希腊人时,我们实际上是在不由自主地谈论现在和过去。古希腊哲学对古罗马及后世契约法理论的影响主要表现在辩证法、正义论的法律观和斯多葛学派自然法学思想。辩证法在法学方法论上影响了契约制度,自然法学在法律思想上影响了契约制度,契约正义则对具体的契约法律制度产生影响。^①

一、柏拉图关于契约的哲学思想

在柏拉图所处的时代,法学隶属于哲学,法学并未成为真正独立的学科,法律尚未像今日西方主流观念所体现的那样被人们视为是一种独立于

^① 郑云端:《西方契约理论的起源》,载《比较法研究》1997年第3期。

社会的自治产物,法律所具有的含义也不同于现代法律含有的理念。作为古希腊先验理念派代表的柏拉图,其理念世界的哲学思想构成了其一切政治法律论述的基础,他的法律思想与其哲学思想紧密相关并被包含于后者之中。但是,要加以注意的是,柏拉图的正义理论与法律观在其思想理论中并不都是前后相一致的。“柏拉图的正义理论详尽而明确,并构成了其整个哲学体系的基石,而其间的大部分观点也都坚持始终;但是另一方面,柏拉图的法律思想则是其思想体系中的表层,且在其后半生发生了实质性的变化。”^①然而,柏拉图法律观的这种变化只是态度上的如何对待法律的变化,就其最终目的,即解释人的行为以及国家生活的道德性而言,不过是同一问题的不同回答。

为了建立完整和深入的思想体系,圆满地解答早期希腊哲学家尚未解决的各种问题,在柏拉图不同时期的对话中,他“恪守灵魂辩证法与理念秩序相一致的原则,时而由下到上地推进,时而由上到下地推导,把语言意义的辨析、概念的区分和严格的逻辑论证结合起来,从具体事例中提炼出普遍的结论,在对立的意见中寻求一致,通过分析的全过程达到论题的综合”^②。通过运用辩证法,柏拉图认为存在着两个性质不同的世界,由不动不变的“理念”构成的理念世界和由变动不居的“感性事物”构成的可为人感知的可感世界。由于理念是万物的原型,是真实的自在和自为,是实体,因此理念世界是永恒不变的、普遍而绝对的存在,在理念世界中,各种理念按照逻辑次序排列于等级最高的理念——善之下;而可感世界所具有的任何实在、形式和美都得自理念,是“分有”、“模仿”自理念世界,以理念世界为模型铸造而成的产物,是虚幻的世界。所以,理念世界才是知识的对象。而人的灵魂在进入肉体之前是居于理念世界的,只是在醒来时忘却了所有在理念世界曾经观照过的完美事物。因此,对真正的知识或真理的把握只能通过思

① E. 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社2004年版,第8页。

② 赵敦华:《西方哲学通史》(第一卷),北京:北京大学出版社1996年版,第166页。

想或灵魂去认识,不是靠感觉去感知。在他人的教育等外因的诱发下,人类通过学习逐渐回忆起他在理念世界内所见过的原有的完美的东西,并唤起摆脱肉体枷锁束缚、回归本来领域的冲动与渴望。因此,感觉只是一种媒介,不是认识的源泉和基础,只是起着一种外在的诱因作用。数学知识以及许多伦理道德观念早在人类出生之前就已经存在于人类的内心。^①

通过批驳古希腊早期诡辩派学说中的怀疑论和不可知论,柏拉图借其笔下的老师——苏格拉底建立了自己哲学思想体系中的正义观。他认为,正义的原则是国家的基本法。“凡是统治符合全体人民利益的政体都是正义的,否则便是非正义的”,“正当和正义的概念先于善的概念。凡是正当或正义的东西,就是善的。作为最高层次的品质,正义还意味着智能(知识的体现)、和谐、友谊、灵魂的优点、幸福,等等”。^②西方目的论中善优先于正当的传统也由此发端。

在将否认现实事物和感性经验的理念运用于对社会政治领域的研究后,柏拉图认为按照正义原则建立的国家就是一种理想的政体。他提出了一个所谓真与善相统一的伟大的“理想国”蓝图,这也是人类最早提出的乌托邦之一。虽然他认为国家或社会起源于人类的需要,但是在他理想中的国度里,至善的哲学王是新世界的最高统治者,他拥有完美的理念与至高的权威,国家权力在此与理念相融合。在这样一个理想国度中,由于理念与权力融合在一起,因此没有法律的任何位置,因为哲学王是“智慧”理念的化身,掌握着真理,而刻板的法律无疑将束缚哲学家的手脚,妨碍其为回到本来领域而做出的不懈努力。然而,现实却无情地打破了他的梦想。因此,在他后期的论述中,虽然仍然坚持自己的正义观,但是其对法律的态度已经发生了转变。在其关于所谓“法治”具体操作的论述中,其分析非常接近于现代法治中的基本理念。例如,法律要具有至高无上的权威,普遍地适用于任何人,法律要有良好的形式等。然而,就其实质而言,柏拉图论及法治的内

① 梯利:《西方哲学史》(上册),葛力译,北京:商务印书馆1975年版,第75~89页。

② 张乃根:《西方法哲学史纲》,北京:中国政法大学出版社2002年版,第22页。