



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Ontology and
Contract Interpretation

合同本体解释论

认知科学视野下的私法类型思维

顾祝轩 著

TODAY

| Legal Thinker

Ontology and
Contract Interpretation

合同本体解释论

认知科学视野下的私法类型思维

顾祝轩 著

TODAY

| Legal Thinker



法律出版社

始创于1954年

图书在版编目(CIP)数据

合同本体解释论:认识科学视野下的私法类型思维/顾祝轩著.

—北京:法律出版社,2008.1

ISBN 978-7-5036-7983-4

I. 合… II. 顾… III. 合同法—法律解释 IV. D913.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第183425号

© 法律出版社·中国

责任编辑/朱 荃

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/11 字数/293千

版本/2008年1月第1版

印次/2008年1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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

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:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7983-4

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 导论 / 1

第一节 问题意识 / 1

一、方法权威主义与方法怀疑主义 / 1

二、作为本体论和方法论相统一的合同本体解释论 / 2

三、合同解释的二阶构造:发现过程与正当化过程 / 3

1. 合同解释的发现过程 / 3

2. 合同解释的正当化过程 / 4

四、合同本体解释理论的主要内容 / 4

第二节 研究方法及理论意义 / 6

一、研究方法 / 6

1. 基于现代认知科学的研究方法 / 7

2. 实体法与法理学相互交叉的研究方法 / 7

二、研究的理论意义 / 8

第二章 合同解释理论的历史沿革 / 10

第一节 罗马法上的合同解释理论 / 10

一、概说 / 10

二、罗马私法中法律行为上的形式主义 / 11

三、罗马古典法时期的合同解释理论 / 12

四、罗马后古典法时期的合同解释理论 / 13

五、本节小结 / 14

第二节 法国法上的合同解释理论 / 15

一、法国民法典编纂之前的合同解释理论 / 15	
1. 法国古代法 / 16	
2. 多马的学说 / 16	
3. 朴蒂埃的学说 / 17	
二、法国民法典编纂与合同解释规则 / 17	
三、19 世纪注释学派的合同解释理论 / 18	
四、20 世纪初期对注释学派合同解释理论的批判 / 20	
五、现代法国民法有关合同解释的主观客观二元论 / 22	
1. Dereux、Gounot 合同解释主、客观二元论的具体内容 / 23	
2. Dereux、Gounot 合同解释主、客观二元论的特点 / 23	
六、法国法合同解释理论的若干探讨 / 24	
1. 法国法合同解释理论的主要内容 / 24	
2. 法国法合同解释理论的主要特点 / 25	
3. 法国民法典有关合同解释诸条款之间的相互关系 / 26	
七、本节小结 / 28	
第三节 德国法上的合同解释理论 / 29	
一、德国普通法时期的学说状况 / 29	
1. 意思说 / 30	
2. 表示说 / 31	
二、德国民法典(BGB)有关法律行为解释的规定 / 32	
1. 德国民法典第 133 条的成立过程 / 33	
2. 德国民法典第 157 条的成立过程 / 34	
三、德国民法学说关于合同解释的理论 / 36	
1. 客观说 / 36	
2. 折衷说 / 38	
3. 通说(拉伦茨说) / 39	
4. 针对客观说及通说的批判 / 41	
四、德国民法学合同解释理论的若干探讨 / 42	

五、本节小结 / 43

第四节 日本法上的合同解释理论 / 44

一、日本民法典与合同解释规则 / 44

1. 波瓦索那民法典草案中的合同解释规则 / 44

2. 日本旧民法典中的合同解释规则 / 47

3. 现行日本民法典与合同解释规则 / 48

二、日本民法学关于合同解释的客观说理论 / 51

1. 客观说 / 51

2. 客观说的修正 / 54

三、日本民法学关于合同解释的主观说理论 / 56

1. 内池说 / 57

2. 贺集说 / 57

3. 石田说 / 58

4. 星野说 / 58

四、日本法合同解释理论的若干分析 / 59

五、本节小结 / 61

第五节 美国法上的合同解释理论 / 62

一、美国《合同法重述》有关合同解释的规定 / 62

1. 相互同意 (mutual assent) / 63

2. 合同的解释 / 63

3. 对存在完成合意书合同的解释 / 64

二、美国法上有关合同解释的学说理论 / 65

1. Holmes 的理论 / 66

2. Williston 的理论 / 68

3. Wigmore 的理论 / 71

4. Corbin 的理论 / 72

三、美国法合同解释理论的若干探讨 / 74

四、本节小结 / 76

第六节 本章小结——意思主义和表示主义之妥协 / 77

一、概括 / 77

二、意思主义和表示主义的调和 / 78

1. 从法、德两国民法典相关规定考察 / 78
2. 从法、德两国现代民法学说状况考察 / 80
3. 从法、德两国判例状况考察 / 81

三、结论 / 82

第三章 合同本体解释理论的法理学背景解读 / 84

第一节 当代合同解释学范式转向的历史背景 / 84

一、“二战”后德国哲学诠释学对法律解释理论的影响 / 84

1. 伽达默尔的哲学诠释学 / 84
2. 哲学诠释学对法律解释学理论的影响 / 85

二、法律诠释学的起源及其特征 / 86

1. 法律诠释学的起源 / 86
2. 法律诠释学的特征 / 88

第二节 克里勒的法律诠释学理论 / 89

一、克里勒法律诠释学的理论基础 / 89

二、克里勒法律诠释学理论的具体内容 / 90

三、对克里勒法律诠释学理论的若干探讨 / 92

第三节 埃塞尔的法律诠释学理论 / 93

一、埃塞尔法律诠释学的理论基础 / 93

1. 概述 / 93
2. 构筑于实务中的法律诠释学 / 93
3. 关于“前理解” / 94

二、法律政策考量的“正当性控制”和“一致性控制” / 95

三、“一致性控制”中存在的诸多问题 / 97

1. 制定法中法律命题的属性 / 97
2. 法官“对法的服从” / 97

3. 如何理解法律解释过程 / 98	
四、对埃塞尔法律诠释学理论的若干探讨 / 99	
第四节 考夫曼的法律诠释学理论 / 100	
一、法律适用中的类比 / 100	
二、关于“前理解” / 102	
三、对考夫曼法律诠释学理论的若干探讨 / 102	
第五节 传统法学方法论对诠释学理论的部分受容 / 103	
一、拉伦茨与埃塞尔之间的论战 / 103	
二、拉伦茨对诠释学理论的部分受容 / 104	
1. 循环结构 / 104	
2. “前理解” / 105	
第六节 法律诠释学理论的若干探讨 / 107	
一、法律诠释学在法理学中的地位 / 107	
二、法律诠释学与传统法学方法论的关联 / 108	
第四章 合同本体解释理论的构造 / 110	
第一节 基于诠释学的合同本体解释理论 / 110	
一、基于方法论的合同解释和基于诠释学的合同解释 / 110	
二、文本: 合同及个案事实 / 111	
三、合同的解释与适用 / 112	
四、合同本体解释学的循环构造 / 113	
第二节 合同本体解释理论的基本结构 / 114	
一、“前理解”是合同解释不可或缺的条件 / 114	
二、合同解释过程中“前理解”的具体内容 / 115	
三、规范与事实之间“视线的来回穿梭” / 116	
四、合同本体解释的正当化标准 / 117	
第五章 合同本体解释理论的形态 / 119	
第一节 类型论与法官的类型认知 / 119	

一、法学领域类型论的历史沿革 / 119

1. 类型的意义 / 119
2. 法学领域中类型概念的导入 / 120
3. 传统类型论发展的三个阶段 / 121

二、传统类型论的具体内容 / 124

1. 概述 / 124
2. 拉伦茨的类型论 / 124
3. 考夫曼的类型论 / 127
4. 莱嫩的类型论 / 129

三、围绕传统类型论展开的批判理论 / 132

1. 魏德士的类型论批判 / 132
2. 库伦的类型论批判 / 133

四、从传统类型论走向类型认知 / 134

1. 对传统类型论的若干探讨 / 134
2. 传统类型论存在的局限性 / 135
3. 类型论与类型认知 / 137

第二节 认知科学视域下法官类型思维的机制 / 139

一、概述 / 139

二、法官的类型认知 / 140

1. 普通人的认知特性 / 140
2. 普通人认知的信息加工范式 / 142
3. 法官的认知特性 / 143

三、法官的类型搜索 / 144

1. 类似性搜索 / 144
2. 法官类型搜索的两个阶段 / 145

四、法官的类型操控 / 146

1. 何谓类型操控 / 146
2. 类型操控的第一步——投射 / 147

3. 类型操控的第二步骤——解读 / 149	
4. 法官类型操控中投射与解读的相互作用 / 154	
5. 法官类型操控之方法 / 155	
五、法官类型思维中的认知框架 / 157	
1. 知识:命题与表象 / 157	
2. 民法知识中的命题表征与法律抽象概念 / 159	
3. 民法知识中的类比表征与类型概念 / 160	
六、法律构成:法官类型思维认知框架之一 / 162	
1. 图式与认知框架 / 162	
2. 法律构成与认知框架 / 163	
七、法律类型:法官类型思维认知框架之二 / 166	
1. 类型在民法上的功能 / 166	
2. 类型的划分标准 / 167	
3. 类型的分类 / 168	
4. 作为法官类型认知框架的典型合同 / 170	
5. 作为法官类型认知框架的典型案例 / 172	
6. 认知框架存在的意义及其局限性 / 174	
八、法官类型思维的过程及特征 / 175	
1. 专家技能与类型思维 / 175	
2. 法官的类型思维与普通人的类型思维 / 176	
3. 法官类型思维的过程 / 177	
4. 如何对类型概念实施解释 / 178	
九、本节小结 / 179	
第三节 基于“事物之本性”的裁判与法律类型思维 / 181	
一、“事物之本性”理论的历史沿革 / 182	
1. “事物之本性”思想的源泉 / 182	
2. 法学上“事物之本性”理论的成立 / 183	
二、围绕“事物之本性”理论的若干争议 / 183	

1. 自然法复兴运动 / 183
2. 第三条进路——“事物之本性” / 184
- 三、围绕“事物之本性”法理论上的主要论点 / 185
 1. 作为正义尺度的“事物之本性”(科殷的观点) / 185
 2. 当为与存在间媒介的“事物之本性”(考夫曼的观点) / 187
 3. 作为法律解释基准的“事物之本性”(拉伦茨的观点) / 187
 4. 基于“事物之本性”的创制性法律补充(黄茂荣的观点) / 188
 5. 对“事物之本性”理论的批判 / 188
- 四、“事物之本性”与法律类型思维 / 189
 1. 拉伦茨的类型论与“事物之本性” / 189
 2. 考夫曼的类型论与“事物之本性” / 190
 3. 若干评价 / 191
- 五、关于“事物之本性”理论的若干探讨 / 192
 1. 作为立法指导原则的“事物之本性” / 192
 2. “事物之本性”消解了实然与应然间对立 / 192
 3. “事物之本性”、类型及类比解释 / 193
- 六、结语 / 196

第六章 合同本体解释理论的适用 / 197

第一节 合同的类比解释 / 197

一、民法学上的类型及其中介功能 / 197

二、民法解释学上的类比解释 / 199

1. 何谓类比解释 / 199
2. 考夫曼的类比思想 / 200
3. 齐佩利乌斯的类型比较 / 201
4. 若干评价 / 202

三、类比解释与类推适用之异同 / 203

四、典型合同类型在类比解释中的作用 / 205

1. 合同法第 125 条的法律属性 / 206

2. 合同法第 124 条的类比解释功能 / 207	
五、典型合同规范对合同类比解释具有参照性 / 207	
1. 典型合同类型的开放性 / 208	
2. 典型合同类型的认知性 / 209	
3. 典型合同规范的合理性 / 210	
六、合同类比解释的具体内容 / 211	
1. 合同类比解释的核心 / 211	
2. 合同类比解释的操作步骤 / 212	
3. 合同类比解释的作用 / 213	
七、本节小结 / 214	
第二节 无名合同解释与法官类型思维 / 214	
一、问题意识及课题设定 / 214	
1. 如何认知新型无名合同类型 / 214	
2. 合同法第 124 条之适用与类型认知 / 216	
3. 课题设定 / 216	
二、无名合同的定义及产生原因 / 216	
1. 无名合同的定义 / 216	
2. 无名合同产生的原因 / 216	
三、类型论视角下无名合同的法律构造 / 218	
1. 从结构上分类 / 218	
2. 从内容上分类 / 218	
四、无名合同的解释 / 219	
1. 无名合同解释论的历史沿革 / 219	
2. 从既有典型合同类型去认知无名合同 / 223	
3. 类型认知中的障碍风险 / 226	
五、无名合同与典型合同之间的内在关联 / 226	
1. 无名合同被“升华”为典型合同类型 / 226	
2. 无名合同被“吸收”为典型合同类型 / 227	

3. 无名合同向典型合同类型转换 / 228

六、无名合同类型的存在价值 / 231

1. 无名合同类型的独特性 / 231

2. 无名合同的具体功能 / 232

七、小结——在类型与个别之间“视线往返穿梭” / 232

第三节 合同类比解释与意思自治原则 / 233

一、合同类比解释与典型合同制度 / 233

1. 典型合同制度的历史沿革 / 233

2. 对典型合同制度的评价 / 234

二、合同类比解释与意思自治原则之间的紧张关系 / 237

1. 典型合同制度与合同自由原则之间的紧张关系 / 237

2. 典型合同任意规范的“半强制性”趋势 / 238

3. 任意规范框架内的缔约权 / 244

4. 小结 / 245

第七章 合同本体解释理论的反思与深化 / 247

第一节 法律论证理论视野下的合同本体解释论反思 / 247

一、法律论证理论与传统法学方法论的关系 / 247

1. 法律论证理论兴起的背景及其内容 / 247

2. 法律论证理论与传统法学理论的关系 / 249

3. 法律论证理论对传统法学方法论的反思 / 250

4. 作为法学方法论“第三条进路”的论证法学 / 251

二、从法律的强制范式到协商范式 / 252

三、法律论证理论与合同解释的正当化 / 253

1. 概述 / 253

2. 一致性控制与正当性控制 / 253

3. 法律论证理论视域内合同解释的正当化 / 254

第二节 合同法范式转换与交涉法学理论 / 257

一、交涉与合意 / 257

1. 解决问题型交涉模式与协调型交涉模式 / 257	
2. 合意概念的再构筑 / 259	
3. 合同规范与交涉 / 262	
二、合同的交涉理论 / 262	
1. 关于合同规范两种观点 / 262	
2. 合同法上合理性概念的变迁 / 266	
3. 作为促进交涉规范的合同法 / 268	
三、作为交涉法学核心的合同“协商范式” / 271	
1. 合同法学协商范式的法理学背景 / 271	
2. 合同法学协商范式的基本内容 / 272	
3. 合同法学协商范式的特征及其合理性 / 273	
四、协商范式下合同交涉双方的权利义务 / 276	
1. 概述 / 276	
2. 从协商范式的视角考察合同交涉双方的权利义务 / 276	
五、交涉法学视域内的缔约过失责任 / 278	
1. 违反信息披露型缔约过失 / 278	
2. 无正当理由中断交涉型缔约过失 / 279	
3. 保障交涉过程的诚实信用原则上的注意义务 / 280	
第三节 合同本体解释理论的深化: 合同交涉义务论 / 280	
一、合同变更与交涉义务 / 280	
1. 问题意识 / 280	
2. 合同交涉关系的法律构造 / 282	
3. 民法学再交涉义务理论 / 285	
二、Horn 的合同再交涉义务论 / 287	
1. 再交涉义务的内容 / 287	
2. 再交涉义务的理论依据 / 288	
3. 再交涉义务的要件 / 288	
4. 违反再交涉义务的法律制裁 / 290	

三、Nelle 的合同再交涉义务论 / 291

1. 再交涉义务的概念 / 291
2. 再交涉义务的内容 / 292
3. 再交涉义务的成立要件 / 293
4. 违反再交涉义务的法律制裁 / 294
5. 小结 / 295

四、作为立法提案的合同再交涉义务论 / 295

1. 概述 / 295
2. Horn 的德国债务法修正鉴定意见书 / 296
3. 《国际商事契约通则》和《欧洲契约法原则》 / 298

五、基于交涉义务论对我国合同法解释理论再构筑 / 300

1. 合同交涉义务的内容 / 300
2. 合同法第 54 条第 2 项与交涉义务 / 301
3. 交涉不成时的处置方法 / 302
4. 小结 / 302

结语——总结及剩余课题 / 304

一、总结 / 304

1. 合同解释的主体 / 304
2. 合同解释的客体 / 305
3. 合同解释的方法 / 305
4. 合同解释的目的 / 306

二、剩余的课题 / 306

1. 古典意识心理学与传统民法意思表示理论 / 306
2. 现代认知心理学与现代民法意思表示理论 / 310

参考文献 / 316

后记：知识分子的生存美学 / 332

第一章 导 论

第一节 问题意识

一、方法权威主义与方法怀疑主义

自上世纪末,法学方法论研究在我国成为“显学”,哲学诠释学的引介也趋于活跃。在这一理论背景下,我国合同解释学研究主要呈现以下两种进路:(1)方法权威主义。认为传统法学方法论具有权威性,确信通过合同解释的“方法”途径可以解决司法实践中的所有问题。^[1](2)方法怀疑主义。基于哲学诠释学的理解,认为传统法学方法论主张的法官遵照既定的解释方法独自进行表意人真意探究的传统解释模式需要整体重塑,合同解释的目标不在于主客体分

[1] 注重合同解释方法重要性的相关研究有:胡基:“合同解释的理论与规则研究”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第8卷),第27页;徐涤宇:“论合同的解释”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第8卷),第708页;崔建远:“合同解释论纲”,载王利明、奚晓明主编:《合同法评论》2004年第2辑(总第2辑),第1页;梅夏英、陈礼旺:“合同解释标准若干问题研究”,载王利明、奚晓明主编:《合同法评论》2004年第2辑(总第2辑)第45页;韩世远:“合同解释论”,载王利明、奚晓明主编:《合同法评论》2004年第2辑(总第2辑)第72页;王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2003年版,第431页;苏号朋:《格式合同条款研究》,中国人民大学出版社2004年版,第221页。

立基础上的意思表示的真意探究,而是通过充分论辩以达到法官、当事人、合同文本三者之间的视域交融。^[2]但是,一方面,方法论解释论对于解释何以可能的条件(即“前理解”)缺乏应有的认知,另一方面,诠释学解释论对于如何确保解释的客观性,始终未给出令人信服的答案。

二、作为本体论和方法论相统一的合同本体解释论

早在20世纪60年代后期,以德国为代表的大陆法系国家,在法律诠释学、法律论证理论的影响下,合同解释学范式发生了根本性转换,即从传统合同法学强调违约制裁的强制范式,转向提倡通过当事人对话、交涉的方式解决合同纠纷的协商范式。进入21世纪后,我国法理学界也开始关注法律论证问题。^[3]人们既认识到“方法”在合同解释过程中作为充当“客观性”基石的重要性,也开始关注解释者主体“前理解”的合理性,试图将方法论和本体论两者相互结合在一起,探索合同解释的“第三种进路”。此种合同解释理论新进路主要体现在将合同解释作业区分为解释规范的“发现过程”(Prozeß der Entdeckung)和解释结果的“正当化过程”(Prozeß der Rechtsfertigung),即解释既是本体也是方法,二者相辅相成。^[4]

[2] 朱庆育:《意思表示解释》,中国政法大学出版社2004年版,第321页。近年来,在我国法学界涌现出大量深受哲学诠释学理论影响的有关法律解释的著作和论文,例如,冯文生:《推理与诠释——民事司法技术范式研究》,法律出版社2005年版;梁治平主编:《法律解释问题》,法律出版社1998年版;郑永流:“出释入造——法律诠释学何为,与法律解释学的关系”,载《法学研究》2002年第3期;陈金钊:“哲学解释学与法律解释学——‘真理与方法’对法学的启示”,载《现代法学》2001年第5期;王晓、董必秀:“判决理由:哲学解释学在法律解释中的最终落脚点”,载《浙江学刊》2003年第5期。

[3] 焦宝乾:《法律论证导论》,山东人民出版社2006年版;葛洪义:“试论法论证的概念、意义与方法”,载《浙江社会科学》2004年第2期;葛洪义:“试论法律论证的源流与旨趣”,载《法律科学》2004年第5期;刘治斌:“法律论证释义”,载《甘肃教育学院学报》2003年第3期。

[4] “发现过程”和“正当化过程”二元区分源自卡尔·波普对科学研究客观性分析。他认为在科学探索的过程中包括科学发现和科学证明两阶段。参见黄光国:《社会科学的理路》,中国人民大学出版社2006年版,第106页。同样,在司法领域中,法学工作者将司法程序区分为“发现过程”和“正当化过程”。前者涉及发现正确的判决结果的过程,后者则涉及该判决结果的正当化。相关分析,参见陈林林:《裁判的进路与方法》,中国政法大学出版社2007年版。