

唯契约自由论

——契约法的精神逻辑导论

孙学致 / 著

吉林人民出版社

献给游游
为你给我们的慰藉

目 录

绪 论	(1)
上 论 契约自由本体论	(9)
第一节 契约自由的表述	(11)
第二节 契约自由的地位	(18)
第三节 契约自由的形式	(40)
第四节 契约自由的内涵	(73)
中 论 契约自由正义论	(107)
第一节 契约自由的知识论	(110)
第二节 契约自由与契约正义	(123)
第三节 契约自由与交易秩序	(147)
第四节 契约自由与自由放任	(158)
第五节 契约自由与契约法律	(168)
下 论 契约自由限制论	(183)
第一节 现代契约法的“异质性”	(187)

2 唯契约自由论

第二节 关系性契约规范的本质	(221)
第三节 交易习惯与任意性规范	(236)
第四节 信赖关系规范	(244)
第五节 公平关系规范	(262)
结 论	(285)
参考文献	(293)
内容摘要 (中文)	(301)
内容摘要 (英文)	(309)
后 记	(322)

Contents

Introduction	(1)
Part I The Ontology of Freedom of Contract	(9)
1. The expression of freedom of contract	(11)
2. The status of freedom of contract	(18)
3. The forms of freedom of contract	(40)
4. The connotation of freedom of contract	(73)
Part II The Justice Theory of Freedom of Contract	(107)
1. Freedom of contract and the knowledge theory	(110)
2. Freedom of contract and the justice of contract	(123)
3. Freedom of contract and the transaction order	(147)
4. Freedom of contract and individualism	(158)
5. Freedom of contract and contract law	(168)
Part III The Restrictive Theory of Freedom of Contract	(183)

2 唯契约自由论

1. The “heterogeneous character” of modern contract law	(187)
2. The essence of relational contractual norms	(221)
3. Business customs and arbitrary norms	(236)
4. Norms of reliance relations	(244)
5. Norms of fair relations	(262)
Conclusions	(285)
Bibliography	(293)
Abstract (Chinese)	(301)
Abstract (English)	(309)
Postscript	(322)

绪 论

中国社会由计划经济向市场经济的变迁,实质就是将中国社会由行政性整合向契约性整合转变的过程^[1],是契约制度在市场领域乃至整个社会全面建构的过程。《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)的颁行标志着中国契约制度在法的形式层面建构完成。法理学的任务是解读这部法律的基本精神,以更好地实践这部法律,维护市场交易秩序。

渊源于罗马法的契约自由理念,是近代资本主义契约法律制度的核心。20世纪后,西方国家从自由竞争阶段发展到混合经济阶段,其治理交易关系的手段也经由绝对自由主义不同程度地向国家主义发生微妙的倾斜,曾经辉煌一时的契约自由似乎风光不再,甚至出现衰落迹象。契约已不仅仅被理解为当事人之间的合意或约定,而是被当作内涵丰富的社会交易关系来看待,信赖利益、诚信原则、交易习惯以及公平原则在法院调整契约关系时发挥了越来越重要的作用,违约责任范围和信赖利益的保护也远远超出了合意范畴,对格式条款、免责条款的限制愈发严苛,古典契约法遭到新自然法学、新自由法学、现实主义法学等学派的猛烈攻击。这

[1] 郑成良:“法律、契约与市场”,载《吉林大学社会科学学报》,1994年第4期。

些变化导致人们形成了一个普遍判断，即做为契约法之正当性基础的契约自由及建基其上的契约私权，正遭至国家意志和社会本位价值观的普遍限制。

在中国，改革开放使人们久遭压抑的精神生活和经济生活获得了空前自由，伴随着社会主义市场经济在初建阶段取得的巨大成就，社会上下洋溢着追求精神自由和渴望自由竞争的激情冲动。在这一背景下，渊源于罗马法并支持着 19 世纪西方自由经济的私法自治和契约自由，自然成为知识精英阶层得以援用的最好的精神武器。《合同法》在其一般原则条款中规定了合同自愿原则，几乎所有民商法学者和法理学者几乎一口同声地将其解释为契约自由原则。^{〔1〕}但是，这部契约法呈现给我们的似乎有更为复杂的诉求。从其制度构成看，发达国家和地区关于契约制度的最新立法成果多被这部法律吸收，公平、平等、诚实信用、遵守法律和社会公共利益等原则被“照单全收”，并以强行性规定的方式，高悬于合意之上，决定着契约的最终效力；格式条款、事实契约等这类并非基于纯粹合意的所谓契约类型以及契

〔1〕 王利明等：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社 2000 年修订版，第 100 页；马俊驹等：《民法原论》，法律出版社 1998 年版，第 529 页；梁慧星：《民法总则》，法律出版社 1996 年版，第 41 页；张文显等主编：《法理学论丛》（第一卷），法律出版社 1999 年版，第 341 页。

约解释制度，甚至对传统的契约概念都构成了威胁。这些由社会理性建构的规则展现的复杂多样性，给原本单纯的私人合意关系增添了太多变数。这种状态导致中国契约法实践中出现了任意主义和保守主义两种负面现象。所谓任意主义，是指法律实践中把契约法当作工具箱，把契约法规则当作工具箱里互不关联的零件，随法官或权宜利益所欲，肆意搭配，任意解释，割裂使用。所谓保守主义，是指法律实践中固守法律形式主义的倾向，即在法律未有直接规定的情形下，法官不敢运用法律理念和原则干预契约关系，或者唯合意是问：无合意则无义务，无合意则无责任；或者片面理解法律，惟法条是问，不关心实质存在的契约关系。司法实践中可期待利益在违约责任中鲜受考虑，契约法定义务的限缩解释，对契约法定形式的过份强调，不予受理或以证据不足轻率驳回，精神损害赔偿在契约关系中被驱逐，都是保守主义的表现。

现代社会统治一个重要特征就是对正当性而不是强制性的依赖愈来愈强。法律正当性的主要来源，就如德沃金所言，在于法律的整体性。所谓整体性包含两个原则，即立法的整体性原则和审判的整体性原则，它要求法律“尽可能把社会的公共标准制定和理解看作是以正确的叙述去表达一个正义和公平的首尾一致的体

系”。法律科学的任务，就是将历史现实授予的材料整理成为一个有意义的，具有统一秩序的法律体系；其中法理学的任务则是抽象出统率法律体系的基本精神，赋予法律制度以时代的生命力，并不断对这一思维活动的过程从认识论和方法论的立场上进行反思。国内学界对契约法研究的注意力，主要集中在各种具体契约法制度问题上，虽然不乏深刻的法理学洞见，但关于契约法一般本质之抽象和反思的理论依然阙如。富勒教授说过的一段话值得深思：“法规则只有参照它们所服务的目的始能被理解，这一主张今天甚少被视为一动人的真理了。法是作为实现一定目的的手段而存在的，这一观念成为一种常识已至少半个世纪了。然而，却没有任何根据因为这种观念现已广为接受甚或变得老生常谈而认为它在实践中得到了充分的运用。可以断言，当今没几篇法学专题论文称得上其作者彻头彻尾地清楚界定了它的定义、区分了所服务的目的。我们依然乐于信奉离开既定方针摆弄法律概念是可行的这一幻想，上述既定方针来自这么一种简单的追问：这种活动指向什么目的？”〔1〕

〔1〕〔美〕L·L·富勒：《合同损害赔偿中的信赖利益》，韩世远译，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第七卷），法律出版社1997年版，第411页。

本书目的就是带着契约法“指向什么目的”这一追问，对契约法基本原理进行法理探寻和阐释。笔者将沿着进化论理性主义的思想进路，谋求为契约法建构一套“唯契约自由论”的阐释性理路。将力图说明：契约自由是契约法的最高理念，契约关系应然具有的状态和基本特征皆应由契约自由的本质规定，契约法的制度安排亦应为契约自由之内涵的逻辑地外延；在现代交易社会的复杂状态下，契约法既不可能对社会整体秩序进行统筹安排，更不应该仅针对特定交易关系孤立地进行对策性调整，唯一的选择就是沿着绝对尊重并维护契约自由、尊重并贯彻自生自发的交易规范这一理论进路，进行有限地建构；唯有契约自由在契约法实践中得以一以贯之的保障，自由而有序的市场交易秩序才有可能逐渐生成，市民社会之自治才可能真正实现。笔者希望通过这一努力，用一以贯之的原理对契约法进行体系化阐释，并将各类契约规范统合在这一统一理念之下。这无疑是一个宏大的理论叙事，不是我力所能及的。笔者只是希望通过本书的写作，尝试性地进行一次理论试验，开启深入探索契约法之正当性理论的思想进路。

用一个原理谋求解说复杂的契约法现象是有相当风险的。因为社会交易本身就是极其复杂的，而契约法更可能是一个杂汇百说的理论上妥协的产物。妥协是有好

处的，它可以用权宜之计应对问题，回避矛盾，使法律在特定时期的特定环境下与社会保持暂时和谐；它也可以为那些缺乏学术洞见的理论于左右逢源中求得一席安身之地。但是，这种缺乏灵魂的契约法在遭遇外力干涉的情形下是非常脆弱的，因为它没有形成统一的意志和原则，而无力为私法自治“抵御外侮”提供明确指导和刚性支持。

这正是本书谋求的契约法建构理论竭力反对和力图避免的。

上 论

契约自由本体论

契约自由从来都被视为契约法的一条基本原则。作为原则的契约自由在教科书中通常被表达为是否缔约的自由，与谁缔约的自由以及决定契约内容和形式的自由，仅此而已。其实，我们对于契约自由的理解，远未达到应有的深度，我们对于契约自由的信念，远未达到足以支配契约法理论和制度建构的程度。我们需要对契约自由的本质、契约自由在契约法中的地位及契约自由的形式等基本问题进行全部的认知，以澄清理论和实践中关于契约自由的某些谬误。最重要的，是要解决契约自由与契约的基本关系问题。

第一节 契约自由的表述

契约自由在《合同法》中是以基本原则的方式规定下来的。《合同法》没有对契约自由的内涵下定义，但对契约自由的基本内容做了比较完整的表述：

第4条：“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。”

第8条：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。

“依法成立的合同，受法律保护。”