

法律方法文库 陈金钊 主编

法源视野中的 合同研究

谢慧/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法 律 方 法 文 库

陈金钊 主编

法源视野中的合同研究

谢慧/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法源视野中的合同研究 / 谢慧著. —北京:

法律出版社, 2013. 11

(法律方法文库 / 陈金钊主编)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5474 - 2

I. ①法… II. ①谢… III. ①合同法—研究

IV. ①D913. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第235723号



谢 慧 著

责任编辑 周丽君

装帧设计 李 瞻

开本 A5

印张 11.375 字数 294 千

版本 2014年1月第1版

印次 2014年1月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任印制 张建伟

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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5474 - 2

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

重视作为法源的合同研究

法律渊源简称法源,是法律方法的基础理论。由于受立法中心主义的支配,国内很多学者对法律渊源的认识存在立场的偏差,即站在立法的立场来理解法源,这在一定意义上会导致对法律渊源的误解。由于中国法学的知识体系来自西方,因而中国学者缺乏对一些诸如法律渊源等基础理论的研究。从这个角度说,中国法学界对法律渊源理论的研究,还基本处于对国外理论和实践的介绍阶段,并且很多介绍是建立在误解基础之上的,体系性的理论研究以及结合中国问题意识的研究相当缺乏,实践性的研究也是寥若星辰。

初看起来,把合同作为法源似乎是一个实践中的常识问题,法官们也一直这么做,但在理论上却没有做过系统的研究,以至于有些学者看不到法源理论的实践价值。从司法过程来看,如果把法律渊源和法律发现结合起来,本身就是一套系统的方法。在法治要求下,它是司法者首选的方法,与法律解释、法律论证和价值衡量方法等

构成了系统法律方法体系。把合同作为法源,如同制定法作为法源一样,是需要被发现、解释并加以论证才能运用的。因为法律渊源形式存在模糊、争论,这正是法律发现以外的其他方法论发挥作用的契机,比如,法律解释要解决法律文本的模糊问题、法律论证要解决争论问题等。从这个角度看,谢慧的《法源视野中的合同研究》弥补了国内在本领域基础研究的不足,在理论上具有一定的开创性。她首先转向在司法中心主义立场的基础上,重新审视了合同的法律属性,确立了合同在法源体系中的地位,挖掘了合同在司法实践中的理论意义,拓展了法律方法论研究在民法中的运用。

本书是谢慧在博士论文的基础上修改而成的,她所攻读的是法理学博士,在法理学训练中对法律方法论产生了浓厚的兴趣,其硕士的民法学背景也为写作提供了较好的研究基础,再加上“于细微处着眼,于长远处考虑”的研究态度,使她能够较好地完成这部作品。把合同作为法源是对现行司法实践的理论概括,谢慧着眼于合同在裁判中从法源走向裁判大前提的思维过程,从方法论层面全方位对合同进行了有意义的探寻。这不仅拓展、丰富了法律渊源理论,而且也为合同纠纷裁判提供了一个明晰的方法论路径,并从方法层面尽量抑制合同纠纷裁判中的主观任意与“能动司法”,以此推动裁判的过程走向客观性与确定性。

本书的研究在某种意义上来说其实是一种“反能动主义”的。但这种“反能动主义”在很多时候却是必要的,因为在法律还没有权威的情况下,司法并不具备“能动主义”的语境和条件。在能动司法下,不仅法律文本没有权威,而且体现意思自治的合同也可能失去约束力。在能动司法之下,民事成文法律又主要被任意性规范填充,契约也会失去约定的意义,从而为任意司法开辟了思维路径。在我国合同纠纷裁判中,法官似乎比在其他裁判中(如刑事裁判)更具有“能动”的理由,因为这里没有罪刑法定和疑罪从无,没有“硬性”的法律文本和严格的成文法强制性规范,没有裁判不公后的更大风险(错误地撤销一个合同的效力在很多时候要比要错误地剥夺

一个犯罪嫌疑人的生命和自由所面临的社会非难要小),以至于“能动司法”或“主观司法”更加游刃有余。就目前学界讨论而言,尽管理论中对司法克制的呼声并未沉落,但大多将注意力搁在一般的司法理念上或者将此理念落实到公法裁判上,而在私法裁判中法官自由裁量的空间总被认为是比较大的,至少没有太多的人系统地和技术层面探索法官在私法裁判中如何克制性司法,但这并非是一个不重要的问题。

把合同作为法源,在司法过程中树立合同文本的权威并尊重当事人的“意思自治”,与合理限制法官权力是一脉相承的。合同作为法源,这意味着不仅一个有效合同可以成为约束法官自由裁量权的文本,而且一个无效合同的效力之否定须给出一个严谨的、富有逻辑的理由,而不是随时都可以用国家正式法律之外的诸多因素来轻描淡写地予以打发。习惯、道德及政策对当事人意思自治的否定需要负担着一个充分严谨的论证,当它不能(或者不愿)做到时,法官干涉意思自治的正当性便有可能面临着被质疑。

当然,“意思自治”本身亦是一个必须受到诸多限制的原则,但这种限制应理解为法官代表着法律对其谨慎的干预与审查,它必须要被付诸于一个规范性的“法秩序”之内。所以在合同司法裁判中法官干涉权力与当事人意思自治常常被认为是存在一种张力的,二者总是处于一个交相限制与被限制的状态之中。对于一份由法官权力与当事人意思自治磨合而来的判决来说,它需要放在一个可以为人所能看得见的程序中,仰仗逻辑的力量以展现出来。法源理论实际上是与法律发现、法律解释等方法紧密相关的,而法律发现实际上也是一个有关于法官之法律思维的过程。因此,合同作为法源,直接关系到合同在司法过程中如何被法官在法律发现与法律解释等方法论的意义上加以运用,法官如何通过缜密的思维对其决定进行正当化处理以及使针对个案的判决理由更加充沛,以形成一个具有可接受性的判决。

我国转型期的司法能否坚守住正义的底线,从很大程度上来说

取决于法官司法的法律方法。把合同作为法源意味着用法律方法对法官的专擅与任意进行限制。这种限制不仅在于法官需要最大限度地尊重作为“私人立法者”的合同订约人的意志,更深刻的是通过诸多法律方法对法官的思维强制来实现的。因此,从实质上说,合同作为法源提供给法官的是一种司法克制主义的导向与要求。

在法源理论的视野中,本书不仅对合同解释的一些问题重新进行了思考,并且进一步将合同纠纷裁判的方法拓展到“解释”之外的“发现”、“衡量”以及“论证”等,从而努力地为合同纠纷裁判构建一种整体上的思维路径和方法论路径。很长时间以来,我国法律方法论理论缺少与部门法和实践的对话受到不少指责,而本书则是法律方法论在合同司法裁判领域内的具体化、延伸与推进,也可以看做是法律方法论与部门法司法进行一次融贯性对话的尝试。祝愿谢慧在今后的研究中,结合中国的司法实践研究清楚合同作为法源的意义发现规则,并与法律解释规则结合起来,以使合同能够在经济、文化等领域发挥更重要的作用。

是为序。

华东政法大学教授 陈金钊
2013年9月11日

目 录

导 论 / 1

一、问题的提出——探寻“意思自治”在
司法中的意义 / 1

二、合同之于裁判的法源意义 / 5

三、研究现状述评 / 6

(一) 合同在裁判中的地位 / 6

(二) 合同纠纷裁判的方法 / 9

(三) 理论检讨 / 11

四、写作思路、研究立场和语境说明 / 15

(一) 写作思路 / 15

(二) 研究立场 / 15

(三) 语境说明 / 16

第一章 法源的司法解读与合同的法源属性 / 20

一、法源的内涵:法官法源 / 20

(一) 法源之“法”:裁判规范 / 22

(二) 法源之“源”:裁判规范的理由
来源 / 25

(三)法源的含义:法官获取裁判大前提的权威性理由 / 31

(四)法源在裁判中的功能与方法论意义 / 36

二、法源的外延:法官视野中的法律 / 38

(一)法官视野中的法律多元性 / 38

(二)法官视野中的法律特征 / 49

三、合同的法源属性:合同之法律效力的说明 / 62

(一)合同概念的产生及其本质 / 63

(二)合同效力的根源及其正当化追问 / 70

(三)合同之法律性的学理阐释 / 77

第二章 合同作为法源的必要性、可能性及条件 / 85

一、合同作为法源的必要性 / 85

(一)实践意思自治理念的需要 / 86

(二)尊重法律秩序的需要 / 91

(三)规范司法自由裁量权的需要 / 96

二、合同作为法源的可能性 / 100

(一)合同具备法官法源的特征 / 101

(二)合同具有意义的可探寻性 / 110

三、合同作为法源的条件 / 115

(一)合同作为法源的前提条件 / 115

(二)合同作为法源的形式条件 / 118

(三)合同作为法源的实质条件 / 123

第三章 合同在法源体系中的位置 / 126

一、正式法源与非正式法源的划分说明 / 126

二、合同属于正式法源 / 134

(一)正式法源的体系性 / 135

(二)合同在正式法源体系内的逻辑求证 / 143

(三)合同在正式法源体系中的“科学表达” / 155

- 三、合同位于正式法源的最低位阶 / 165
 - (一) 正式法源的效力位阶结构 / 166
 - (二) 法律效力位阶中的合同定位 / 172
- 四、合同与其他法源的关系 / 177
 - (一) 合同与其他正式法源的关系 / 178
 - (二) 合同与非正式法源的关系 / 184

第四章 合同作为法源的司法识别 / 192

- 一、合同识别的核心:意思表示的识别 / 194
- 二、合同识别的常态路径 / 200
 - (一) 合同先于非正式法源 / 202
 - (二) 合同先于一般性法律 / 205
- 三、合同识别中的非常态状况及特殊处理 / 208
 - (一) 合同在法源体系内的非常态状况 / 209
 - (二) 合同与效力性、强制性规定的冲突与消解 / 212
 - (三) 合同与取缔性、强制性规定的冲突与消解 / 217

第五章 作为法源的合同之文本阐释 / 222

- 一、合同解释、意思自治与法官权力 / 223
 - (一) 法官权力与意思自治在合同解释中的矛盾 / 224
 - (二) 意思自治在解释中的存在论困惑与方法论意义 / 227
 - (三) 法官解释成为合同效力之根源的正当性 / 231
- 二、合同解释中的法官地位与作用 / 233
 - (一) 订约人原意的探究 / 235
 - (二) 合同文本意义的生成 / 237
- 三、合同解释的目标与性质 / 240
 - (一) 合同解释的目标 / 240
 - (二) 合同解释的性质 / 246
- 四、合同解释的具体方法 / 250

(一)合同文本的文义解释 / 254

(二)合同文本的体系解释 / 265

(三)合同文本的目的解释 / 274

第六章 作为法源的合同之价值衡量 / 284

一、合同纠纷裁判中价值衡量的必要性 / 285

二、价值衡量的具体运用 / 291

(一)合同纠纷裁判中价值衡量的运用场合 / 291

(二)合同纠纷中的价值与利益检索 / 298

(三)合同纠纷中价值衡量的客观化方法 / 308

三、价值衡量方法的运用规制 / 314

(一)节约行使 / 315

(二)理由附随 / 320

(三)论证规则：“有疑义、从自治” / 324

结语 合同纠纷裁判的进路与法律方法 / 328

参考文献 / 334

一、国内著作 / 334

二、国内译著 / 337

三、中文论文 / 341

四、英文文献 / 345

五、博士学位论文 / 347

后 记 / 348

导 论

一、问题的提出——探寻“意思自治”在司法中的意义

在合同纠纷裁判中,法官不能为当事人制造合同成为学理上一再被重复的定理,“法官不能做出一个与当事人事实上的约定之内容有分歧的决定;也不能仅仅因为法官本人认为合适就将一个条款加进合同中。……法官的职责是‘让合同说话’而不是他自己说话。”^{〔1〕}这一要求背后的理念支持便是合同当事人的意思自治。^{〔2〕}

然而,司法裁判中的事实却并非合同当事人的法官掌控着合同解释的权力,而真正的订约人则处于类似“听众”的原被告地位,合同解释的后果使当事人承担了一种根本不是源于其约定的权利义务:在对合同争议性条款的解释中,许多时候当事人的意思不是被“解释”而是被法官以“合理第三人”的标准给“替代”了;在补充性解释中,法

〔1〕〔德〕海因·克茨:《欧洲合同法》(上卷),周忠海、李居迁、官立云译,法律出版社2001年版,第174页。

〔2〕在本书中,意思自治与私法自治、契约自由是在同一种含义上使用的,也即三者之间在文中不做细致区分,只是视论述的方便而有变化。

官更多的是在重构订约人的“假定意图”。“在这里已经从实际上消灭了当事人自治,而代之以以裁判为目的的‘规范性意思’。或者可以这样表述:作为法律行为的合同,其效果应当在意思表示中预设,而这种结果却不是意思的预设而是意料之外的,则当事人的意思可能在裁判中被否定了。”〔1〕可以说,法官对合同的裁判和当事人的意思自治原则存在相当程度的紧张关系,以至于阿狄亚不无失望地指出:“法院不能为当事人制造合同是一个再三被重复的定理。但是……这是误导性的。”〔2〕于是,意思自治在司法中的意义变得似是而非起来,它看上去更像一个只是由合同法折射到司法裁判中的蜃景,如同腊得柯力菲勋爵在一个案件中所认为那样:“到这个时候,可以认为双方当事人已经成为一种幽灵,他们的肉体只能去安静地休息。在他们的位置上出现了一个公平而又理智的人,其代言人就是,而且只能是法院自己。”〔3〕

但若如此,这里其实已经潜伏着一个危险的信息,即法官有理由在承载意思自治的合同面前不必拘谨和约束自己,他完全可以“根据他自己认为适当的标准进行裁决。在此意义上说,法院是在为双方制定一项合同,尽管这样讲是亵渎神明的。”〔4〕进言之,意思自治在裁判中的意义失落,实际上意味着合同文本将会随着作为文本“作者”的订约人在裁判中的退隐而丢失,倘若果真如腊得柯力菲勋爵所说那样让“双方当事人只能去安静地休息”,那么与其紧紧相随地便极有可能是法官在审理合同案件之时的主观性滋生蔓延,并最终使得司法克制主义在合同纠纷裁判中成为纸上谈兵。而司法不能克制这种情况,

〔1〕 李永军:“论合同解释对当事人自治否定的正当性与矫正性制度安排”,载《当代法学》2004年第2期。

〔2〕 [英]P. S. 阿狄亚:《合同法导论》,赵旭东、何帅领、邓晓霞译,法律出版社2002年版,第91页。

〔3〕 [英]P. S. 阿狄亚:《合同法概论》,程正康译,法律出版社1982年版,第18页。

〔4〕 [英]丹宁勋爵:《法律的训诫》,杨百揆、刘庸安、丁健译,法律出版社1999年版,第47页。

恰是在我国司法实践中真正应被担忧的一个问题。也就是说,意思自治在司法过程中意义模糊的理论危机将为司法任意提供一个尽可能实践的空间。

从我国司法实践中的情况来看,裁判者对于一个合同效力的认定通常是直接以合同法成立与生效的几个要件为网眼来筛选,这是一个化繁为简的做法,但是正如梅迪库斯所说,这使法官很容易替代当事人而成为有关法律关系(合同)的主人,“因为只有法官才能对当事人究竟是如何构建其法律行为这个问题做出最后裁判。法官在考察这个问题的过程中,完全可能以诚实信用或诚实行为为依据,认定某项行为的存在,而实际上,此项行为与当事人之真实的或可推测的意思早已是风马牛不相及”。^[1] 因此,这个化繁为简的做法使合同在裁判中缺乏一个清晰的进入渠道和相对可视化的运行路径,它所带来的直接后果便是合同文本及其作者的“权威性”降低乃至消解。

事实上,在我国目前契约自由根本就远远未达到西方国家所谓“神圣”地位的情况下,西方国家对“契约神圣”之后所做的反思对于我们来说是缺乏语境的。可以说,合同需要法官权力介入审查在我国现实中早已是一个被普遍接受的道理,然而我们在这个道理下却将合同本身所蕴含的意思自治在裁判中的意义忽略或滞后了,这不仅使理论中的契约自由在司法实践中是苍白的,而且使得合同(文本)自身的话语在法官权力面前也是贫困的。司法权不能被合同(文本)克制所带来的后果必然将是合同在裁判中被大量破坏,这其实并不是一个我们想要看到的现象。

进一步来说,尽管在目前没有任何人会否定法官对合同案件的裁决需要建立在合同约定的内容之上(如果这是一个有效合同的话),但在很多时候,裁判者并不能(或许不愿)客观地叙述他的裁判思路及其裁判根据的来龙去脉;更重要的是,合同在我国司法过程中极其

[1] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第259页。

容易遭遇到不恰当的待遇,它往往在没有被给出一个“充分且正当的理由”之时就可以轻易地被各种各样的理由否定掉。在我国,除了一些明显违法的合同外,裁判者对其效力通常喜欢以政策否定〔1〕以习惯否定〔2〕以道德否定〔3〕以及以某种“强制性规范”否定〔4〕,等等。而这些情况恰恰指向了一个在我国民事司法实践中长期以来就已存在的现象:法官在当事人意思自治面前缺少必要的谦抑性和克制性。质言之,在我国司法实践中,当事人所订立的合同在司法者的主观性面前难以获得应有的尊重,合同(文本)的权威在裁判中不同程度地受到破坏,同时伴随其中的是,法官权力于一个合同之中的游走,在很大程度上缺少了规约与限制。

可以说,在合同纠纷裁判中,私权利和公权力都在各自寻求施展自己力量的机会,将其简化,无非可归结为司法自由裁量权及其限制这一老问题。对于无法成为“自动售货机”的司法权来说,我们大致可以从两个方面对其约束:一方面从文本上对其限制,即以成文法或先例判决来圈定其主要的用兵之地;另一方面从手段上对其制约,即以诸种法律方法来压缩其天然的膨胀本性。具体到合同纠纷裁判中,于前者,除了通常意义上的法律法规之外,还存在一种特殊的文本,即合同;于后者,则主要为方法论意义上的司法操作技术,贯穿两者的线索则是如何认识合同(文本)在裁判中的地位。因此,合同在裁判中的地位,便是诸种法律方法具体而微地深入合同纠纷裁判领域的关口和逻辑起点。

换言之,探寻“意思自治”在司法中的意义也就是树立合同文本在裁判中的权威性,归根结底这是与限制法官自由裁量权以及合同纠

〔1〕 例如金融危机下的合同纠纷案。

〔2〕 例如后文对“湖南机械进出口公司、海南国际租赁公司与宁波东方投资公司代理进口合同纠纷案”中“独立担保合同”的分析。

〔3〕 例如后文对“泸州遗赠案”的分析。

〔4〕 例如,当合同违反强制性规范中的“取缔性规范”之时,效力并不应因此而无效。参见后文对“效力性强制规范”和“取缔性强制规范”的分析。

纷裁判客观性休戚相关的一个要求。而这一要求则从根本上推动着我的思考:承载意思自治的合同在法官司法的过程中究竟处于什么地位?或者说,合同对于一个裁判的真正意义是什么?

二、合同之于裁判的法源意义

根据前述,尽管合同纠纷裁判是一个无法抹去法官主观能动的过程,但这并非意味法官思维可以随着自己的喜好、偏见、本能、情感、信念构成以及种种不能言说的下意识在裁判中恣意行走。法官自由裁量的施展总是受到规范的牵制,他只有“依法办事”,才能获取自身行为的正当性和社会多数的认同感。其间,成文或不成文的规范为法官权力的运行指明了一个大致的方向,同时也是构成法官寻找“加工”裁判规范“原材料”的范围。本书中将其称之为“法源”,就其实质而言,也即法官法源。

法官法源被一些学者看做司法视角下的法律渊源。从法律渊源产生的原始意义来看,这一术语最初是在裁判场合中所出现的,只不过后来随着历史的发展,法律渊源不断被赋予越来越多的东西,以至于成为凯尔森口中“无甚用处”的用语。因此,还法源一个清晰的司法面貌是必要的,这不仅可以使其找回它的初始用意和固有功能,更重要的是,对法源理论的正本清源将会给法官司法带来巨大的实践意义和方法论价值。

基于(法官)法源理论,本书的主要观点是,合同在裁判中处于法源之地位。从合同之意思自治的功能来看,它可以在当事人之间产生“法律上的权利义务关系”,成为将订约人约束在协议之内的“法锁”。当这种“法锁”进入到司法过程中,实际上是被法官作为“当事人之间的法律”来对待的,而这种法官眼中的法律其实就是“法源”。因此确切地说,合同在裁判中“作为推出法效果的根据”并非是一蹴而就,毋宁说这是一个从法官“发现法律之处所”走向裁判大前提的过程。在这个过程中,合同是作为法源而出现的,它需要在经历某种过滤之后才能够获取“作为推出法效果的根据”这一地位;而这种过滤,实质上便是与法源所链接在一起的诸种法律方法的施展运用。

因此,把合同作为法源并非只是一个单纯用语方面的选择,更重要的是因为法源理论在司法过程中所连接到的方法论功能以及给法官克制性司法所带来的实践意义,而这种功能和意义不仅可以使意思自治在合同文本权威性树立的同时被找回,并且能够为合同纠纷裁判提供一个清晰的进路和一些确定的方法。在法源的理论视野中,裁判者被置于诸种法律方法形成的矩阵中。尽管这并不会使法官的主体性消失,但却可以敦促他在意思自治面前尽量保持着谦抑性,并维持一种克制性司法的姿态,从而将所谓的“能动司法”合理地予以降低与缩限,以推动合同纠纷的裁判在一个可见并可及的程式之中走向确定性与客观性。

概括地说,本书将裁判中的合同放在法源理论视野中来进行研究,主要是出于为我国合同纠纷裁判构建方法论的考虑,期望能够通过法源理论来树立意思自治及其合同文本在裁判中的权威地位,并借此为合同纠纷裁判的客观性提供某种技术层面(或者说方法层面)的支持。

三、研究现状述评

关于裁判中的合同,目前学界的讨论主要沿着两条线索来进行,一条是合同在裁判中的地位,另一条是对合同纠纷裁判的方法。然而,总体来看,这两条研究线索却是分离的,在某种程度上,这导致了合同纠纷裁判的整体进路与方法的不完善。

(一)合同在裁判中的地位

自合同在历史上诞生以来,它就是一个可以在当事人之间产生法律上权利义务关系的根据,因此在裁判中司法者对合同纠纷的裁决需要建立在合同约定内容的基础之上,或者说,合同在裁判中处于“作为推出法效果的根据”这一地位。对这一地位的理论描述,在我国大陆学界的传统讨论中并不多见;而在国外以及我国台湾地区,裁判中“能够推出法效果”的合同通常被称为司法过程中的“法律渊源”(也即“法源”)。例如,德国的魏德士将私法上集体性质的规范合同与经营协议视为法律渊源,在其《法理学》一书中,他指出:“与法律一样,