

HETONG DE XIANSHI YUNXING GUIZE YU HETONGFA
—— ANLI KAOCHA HE LILUN CHANSHI

合同的现实运行规则与合同法

—— 案例考察和理论阐释



范一丁 著



中国政法大学出版社

HETONG DE XIANSHI YUNXING GUIZE YU HETONGFA
—— ANLI KAOCHA HE LILUN CHANSHI

合同的现实运行规则与合同法

—— 案例考察和理论阐释



范一丁 著



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

合同的现实运行规则与合同法：案例考察和理论阐释 / 范一丁著. —北京：中国政法大学出版社，2013. 11

ISBN 978-7-5620-5150-3

I. ①合… II. ①范… III. ①合同法—案例—中国 IV. ①D923.65

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第274498号



- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路25号
- 邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 开 本 720mm×960mm 1/16
- 印 张 35.25
- 字 数 595千字
- 版 次 2013年11月第1版
- 印 次 2013年11月第1次印刷
- 定 价 79.00元

内容简介

本书以家庭、社区和市场的背景划分，将若干案例的观察分析置于其中，对当事人实际运用的合同规则，进行了“挖掘”和整理。在此基础上，结合现代合同理论，以及政治、哲学、经济、伦理和社会学的相关理论，对当事人实际运用的合同规则，进行了多层面的分析认识，且通过与现行合同法规则的比较，认为现行合同法以“有用”才能“有效”，从而做到为“实质公正”的实现提供保障，只有将前者的“合理”存在，作为“活水的源头”，才能克服“形式公正”的局限。

前 言

现实中运行的合同规则，无疑是习惯法“传统”和现实社会行为规则，尤其是市场交易规则共同作用所形成。与此相应的是，法律的“本土化”和法律的“全球化”两个方向上的进化，都围绕的那个核心，其实就是现实中人们与法律相关的行为规则。合同的成立和实际履行的行为会自然生成相应的行为规则，这些规则往往并非古代或近代契约规则的翻版，虽然有可能传统的影响会在许多方面留下痕迹，但现实社会生活的影响，会抹去这些痕迹中的某些部分，掺入受更为复杂的社会政治、经济关系所决定的价值观。

当然，对于以实现交易为核心目标而言，利益的驱动是永恒的，但实现利益最大化的方式，因现实社会所结成的人们之间的复杂关系而变得更加复杂，且始终都是处于不断的变化发展之中。正因为如此，现实中运行的合同规则，作为“活的法”，其面目本身是模糊的，与法律的文本形式之间在表现方式上是不同的，但如果认为二者的存在均为对社会需要的反映的话，它们的内在目标应为一一致。

在这个问题上可能存在分歧是，国家意志往往被作为一种外在于社会的存在而被强调，但毕竟市场经济的发展，陌生人社会的个体存在，确实更多地体现了（至少是在交易行为中）地位平等作为必需的前提并非仅只是一个逻辑的假设。国家权力所赖以形成的等级性结构，止步于以平等性所圈出的为实现交易而发生的合同行为范围的局限，这当然有一个前者可容忍的限度

问题，且即便是对于社会的“自然秩序”而言，同样也有这样一个容忍限度，但这并不等于说国家或社会的意志可以等同于个人意志。由此而引出，自然是国家制定的合同法，与现实中运行的合同规则，并非仅仅是一个以“依法办事”的前者对后者的替代问题，这是“法”本身以“活的法”为渊源的缘故。后者事实上是前者得以形成的“源头”，而并非前者所开挖的“鱼塘”。这里有着“细节”上的区别：如果“鱼塘”没有自然之“活水”的话，“鱼”当然是会死的，但即便是引有“活水”的“实验性鱼塘”所养之“鱼”与自然之存在还是有所区别的，不过，我在本书中确实有这种挖掘“实验性鱼塘”的倾向，但具体工作，仍然只能归结为是对“自然之鱼塘”的观察所做记录。

虽然这个比喻并不恰当，但在“自然之鱼塘”中鱼儿们游动的规则与人工方式无关。同样，现实中实际运行的合同规则也与合同法的制定者们无关，但由于人们行为的社会性，自然生成的合同规则却仍然与社会团体的契约行为有关，虽然这类“社会契约”往往并非以成文形式来表现，正是社会以“约定俗成”的通过实际行为和口头形式相传的行为规则，使其具有依赖于“习惯”而得以显示的面目，但这类“习惯”显然与现实的接近要远大于与古代或近代以“传统”所延续下来的行为规则的接近，它们是人们在社会生活中“自然”形成的，因此与制定法存在一定的距离，而制定法往往被解释为是对“习惯”的正确归纳和再现。但事实上，现实的合同运行规则对变化和发展的适应，仍然是后者所不具备且需要随时随之而变迁的，从这个意义上说，现实的合同运行规则不应被认为是需要以制定法去矫正的，至少是在某种程度上主流方向上的存在，反过来倒是制定法应当以不断的修正去适应的。

应该说，是“理性”过分夸大的绝对存在，致使形式法学以封闭自足的体系的演绎替代现实社会“他我”关系的应有秩序，只能以“形式公正”来掩盖对“实质公正”维护的无能为力，但现实生活中，人们完成的每一项交易本身都是在尽可能地追求“实质公正”，如果交易双方发生纠纷，而需要裁判的“公正”的话，双方都不会希望只能得到一个“形式公正”的结果。正是这样一种实际的社会需要的存在，左右了本书选取若干案例，其中多数为法院判决案例，因而只能称之为是“实验性鱼塘”，在观察中，却尽可能地试图还原为“自然的鱼塘”，这样做显然不同于常见的以合同法为依据的“案例分析”，而是从双方行为实际发生的场境，或称之为“语境”，来进行分析的，其目的是在于寻找到那些实际存在的合同运行规则，它们当然受合同法的制

约,尤其是发生纠纷、官司打到法院时,法官只能依据合同法的规则来进行裁判。

法官用于裁判的合同法的规则,显然不等同于人们交易行为中实际运用的规则。对此,不能以是否“依法办事”来衡量,不仅因为社会生活的千变万化是一部无论再怎样完善的法律所无法替代的,而且因为“形式法学”本身的局限,这与经济学对“理性的经济人”的假设如出一辙,“理想状态”的正确性并非现实真实的存在。因此,现实中运行的合同法规则存在的必然性,是不会被“正确性”所否认和替代的,且对于现实需要的“正确性”而言,往往蕴藏在这些实际运行着的规则之中。

就以上所言,本书似乎主要体现为一种还原式的展现,这其中除了法律,还包括以经济、社会和政治等各种视角进行的观察和理论阐释,从认识角度看,似乎会扰乱法律的单纯,但这种扰乱其实同样也是一种现实的社会存在,因此,关乎于法律的“确定性”的根本特征,则是面对这种扰乱时的困难之所在,毕竟,我在这本书中所讨论的是法律范畴内的问题而不是其他,而法律如果失去了“确定性”也就失去了存在依据,因此,正如本书书名所点明的“与合同法”的关联,并非是一种以对照方式所突出的现实中运行的合同规则独立于合同法的存在,而是更为强调这二者之间可能发生以法律的“确定性”为主要依据的融合,或许许多时候仅只表现出了这种融合的趋势。

当然,以本书的完成来说,面对现实生活的汪洋大海,无论选取再多的样本(案例),进行再多工作,似乎都只是取了一滴水珠那样的一小部分,更何况个人之力的渺小?因此,本书作为一本不是“案例分析”的案例分析报告,其实是试图以对若干新理论工具的借用,通过对“本土”的“土壤”进行分析,来观察“土壤”中那些成分,怎样生长出“本本化”的合同规则,这样一个必然存在的事实,其实正是若干理论困境出路之所在的提示。

另外,本书在体例上,从家庭到社区再到市场所选取的“场境”划分,也正是出于体现上述贴近“现实”之目的。且本书之写作目的与其后有试图以“实质公正”的实现为目的的对合同法所作解构之他作相关,在此特作说明。

范一丁

2013年6月22日于都匀

目 录

前 言	1
第一章 当代社会习惯和习惯法演化中契约规则的隐性存在	
概论	1
第一节 现代家族法弱化中体现的契约规则	5
一、家族成员行为规则中体现的“契约”概念	7
二、合同法的基本原则在家族法中是如何体现的	17
(一) “身份”与平等	17
(二) “制约”和自由	27
(三) “处分权”与公平	35
(四) “熟人关系”与诚实信用原则	43
(五) “私权范围”与公序良俗原则	50
三、家族法中常用的契约规则与制定法相应规则的比较	58
(一) “公平”的“计量”和“显失公平”	58
(二) “熟人关系”与“担保责任”	62
(三) 利息的“约定”和“法定”	65
(四) “先履行义务”与“履行内容”的概括性	70

(五) “契约变更”与“合意的形式”	73
第二节 现代乡村习惯法中与契约相关的规则	78
一、乡村习惯法的概念	80
二、案例	82
(一) 土地承包合同	82
(二) 以可能性为基础的契约义务和责任	97
(三) 不完全履行与合同的“约束力”	110
(四) 意思表示与“行为合同”之约定不明	118
(五) 合同法人主体变更与法人意思表示的确认	125
(六) 履行障碍与合同解除	137
(七) 解除条件与解除权	146
(八) 合同的要素变更与非要素变更	152
(九) 要约、承诺和缔约陷阱	159
(十) 无效合同与实际履行	165
第三节 城市社区习惯法中所涉契约规则个案透析	176
一、居委会管辖范围内的“社区”	179
(一) 违约责任承担与合同变更	180
(二) 履行期限的不确定与法人主体变更	190
(三) 工程款结算期限与债务履行期限	198
(四) 保证人担保与劳动合同履行中的“责任”替代	205
(五) 承包合同“保底条款”与收费的“合理性”	213
二、以居民小区成员为业主所形成的“社区”	219
(一) 共同共有与个人权利义务的对等	220
(二) 物业管理合同与合同终止	230
(三) 业委会与物业管理合同主体(少数业主)	239
三、以街道办事处行政管理区界作为被管理人的“社区”和自然形成的“街区”	247
(一) 契约的变更和不完全履行	248

(二) 同时履行抗辩与显失公平	257
(三) 合同的解除与委托合同优先承租权、合同的主体	269
四、非营利性组织目标行为范围内契约的习惯法规则	280
(一) 合同的约定解除和合意解除	286
(二) 缔约过失责任与公司股东责任	305
(三) 合同解除与非典型合同、合意的存在	316
第二章 市场交易习惯中的契约行为规则	331
第一节 个人在交易习惯中所依循的契约行为规则	334
一、个人作为生产者在市场交易习惯中的行为规则	336
(一) 农副产品和小商品生产者市场	337
(二) 个体生产者行业市场	365
二、个人作为经营者在市场交易习惯中的行为规则	392
(一) 合同的履行与情势变更、合同的变更	393
(二) 要约、连续性合同和违约责任	403
(三) 法律行为与合同的效力	411
第二节 个体和合伙企业市场交易行为中所体现的契约规则	424
一、个人独资或合伙企业	426
(一) 产品供应市场中的个体独资和合伙企业交易行为的契约 规则	428
(二) 个体独资和合伙企业销售行为中的契约规则	447
二、公司	470
(一) 有限责任公司	471
(二) 股份有限公司	494
主要参考文献	538
后 记	547

第一章

当代社会习惯和习惯法演化中契约规则的隐性存在概论

契约制度生成的法律渊源与使契约制度得以运行的社会规则体系的制约作用，是两个虽具有一定的关联性，但至少在价值取向上不同的问题。以前者而论，习惯和习惯法被以“是否拥有一种权利义务结构和强制性实施机制”来区别^{〔1〕}，并无特别的意义，因为如果我们试图对法律规则的既有生存或必然的进化进行认识的话，习惯和习惯法是不可能对二者只择其一为对象进行研究的。而对于后者，习惯和习惯法的区分，虽然可以使社会规则体系的效用或价值得以突出，但以认识的规律，二者的区分并不意味着可以割裂其作为事实存在的必然联系，使我于此的探求在面对这一存在的事实时只能以这二者的共同存在为对象。

虽然如马克斯·韦伯有关法是“社会行为”^{〔2〕}的概念，意在指出法律不仅仅是以国家行为对法律概念的古典定义进行扩张，但确实存在至少以司法行为而论，将其等同于社会行为，是难以形成具有普遍性的统一评价机制以及运行机制的。因此，对习惯和习惯法作为法律渊源的认识意义，以大陆法系的框架而论，较之于对社会规则体系的运行机制作用于契约制度情况的认识，在接近法治的可能性上，其价值更高。

〔1〕 李可：《习惯法——一个正在发生的制度性事实》，中南大学出版社2005年版，第82页。

〔2〕 〔德〕马克斯·韦伯：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社1998年版，“导论”第38页。

事实上,习惯和习惯法的“自然性”,体现为自发的社会规则系统,在其缓慢的进化过程中^[1],国家法的发展对其施加的影响是不可否认的,但这种影响显然不会也没有必要将影响改变成为直接的干预。一方面在于二者的区别是不可消除的,从而不可能发生直接的转换,即以习惯或习惯法替代国家法,或者相反;另一方面,无论国家法如何扩大其规则所可能触及的范围,都不可能使习惯或习惯法消失。因此,习惯和习惯法以其自发性本身所形成的根本特征,是不可替代和不可消除的。那么,以法律进化必须依赖于对其渊源的认识和汲取而论,显然其目的和价值是在于对习惯和习惯法规则体系中可向国家法转化的构成因素或对部分规则建立在认识基础上的改造,这种情况可比喻为树的全部枝叶与土壤之间的关系。

而关于契约制度在习惯或习惯法中的体现,以古代中国社会发展至今不可否认的传统意义上的承续性,其“缓慢的进化过程”所反映的契约规则的进化,其固有的特质在社会的进化中,仍然是继续存在的,其在接受外国法的影响过程中,以及更为直接地受到强力的国家立法和司法的影响过程,使其体现出的“变”与“不变”,或在二者之间转换,这种现象的存在,需要被注重,其意义也正是国家立法和司法的进步需要以及法治的形成过程中,习惯和习惯法是这种变革所必然包含的内容。

有关于法律本土化问题,主要内容应为外来法与本土所固有的习惯和习惯法的结合如何形成。此处适用有限度的“拿来主义”,其目标指向是创设适宜于本土的新的法律规则,创设本身即是一种独立的开创,并非试图通过对习惯和习惯法的消除或变换形式来获得。后者的误认所造成的危害表现为对法律规则(国家法)的局限不予尊重,而试图根除(或取代)习惯或习惯法,以及对法律存在的可能性予以否认,即以习惯或习惯代替法律。这两种极端的思维倾向虽然实际上并没有也不可能使法律成为社会唯一的行为规则,或者出现法律归于消失的极端情况,但这种因认识局限所决定的思维倾向带来的问题,是对法律条文的机械的照搬,连同生硬的司法将法治绝对化,或者相反的情况是,在司法中完全忽视法律规则的存在和作用,而在法律之外另搞一套,其主要方式是以习惯或习惯法来进行审判。

当然,我于本节中将主要探讨契约制度在习惯和习惯法中的体现,似乎仅是一种于寻找、发现之后的整理,而这种工作本身应该是法史学家们的工

[1] 邓正来:《邓正来选集》,广西师范大学出版社1997年版,第199页。

作，但本书并非企及于此。也就是说，发现固然是必不可少的，但仍希望在此之上往前进一步，即进一步于发现之后发现法律规则生存的规律，并因此而预期未来的法律，在充分体现其本土化过程中的进化。

当然，这样的问题，解决起来是确实困难的。难度在于，如果因为地域不同所形成的区界而使法律必然应在形式上有所不同的话，其实质上的多样性，被解释为社会存在的个性化发展所形成的“特色”，是不应该也不可能改变的，法律的普遍性在表现为客观存在的多样性时，统一的规则体系的构建将受到质疑。而这种对统一性规则体系构成的企图，并不在于试图抹杀个性，而是在于对法律真理的寻求和信仰，在此意义上的法律本土化问题，往往会被认为是一个“暂时性问题”（法律和国家产生与消灭是同步的），这并非没有根据（全球经济的一体化似乎为这种观点提供了思维上的启发）。但是是否可以认为只要国家存在，法律的存在就不可能实现上述“一体化”构想？同理，由于国家内部的地区性差异，表现为习惯或习惯法的不同存在，以及国家之间社会发展不同所形成的习惯和习惯法的不同，如果说其存在所带来的社会规则体系在多样性统一上的可能，只是一种理论意义上的存在的话，对习惯和习惯法规则的认识，尤其于本文而言于此节中相关于契约制度的认识，是具有开创性的意义或仅只是一种局限于法律史（狭义）的研究上的意义，在价值取向上遇到的最大障碍，无疑就是保守主义的趋向，其合理的内核，是否会引导出那种极端的传统思维，以致从古代开始的“民法不能展开”的现象，于现今社会仍然是一种实际的现象存在（至少法律规则于社会生活的实际作用，在现实状况下的影响有限，被解释为缺少法治传统，就是证明），会因为积极的消除作为，而影响习惯和习惯法的自发性存在吗？在这种矛盾的过程中，何种取向是有益和有效的，与对法律真理的信仰本身即我们通常所谓的矛盾的统一所需要的具体努力之间的联系是困难的。

不过，在这里似乎有一个情况会被忽视，即就习惯和习惯法的自发性而言，其现实存在所具有的实际意义，要远大于我们对其过去于历史中存在的状况的认识价值。因为过去曾经的存在，虽然对现实存在构成承继性的连接和影响，但某些既已消失的习惯和习惯法，其本身对现实的社会规则体系的进化，已失去影响，我们不可能再去寻找那些消失的程序，来构建现实的秩序。因此，对于习惯和习惯法的契约制度的考察，应以现实的存在状况为重点，这是需要阐明的一点。

然而，现实的存在状况，无疑需深入切实的社会调查，从若干案例所反

映的审判实践，对习惯的作用，以及习惯和习惯法所涉及的包括宗族、村落、行会、行业、宗教寺院、秘密社会、少数民族习惯和习惯法的庞杂的几乎是难以全部触及的巨量现存事实^{〔1〕}进行研究。这确实是一个需要时间和与时间同步的积累过程的社会工程。

不过，本书与有关于此的若干研究者的思路有所不同的是，习惯或习惯法的现实存在，并非不受传统的承续性影响，但其同时亦应受到来自于现实社会政治及经济制度的现实存在，以及国家法规则体系强有力的影响。传统固然不会荡然无存，但其影响对于实现有关对习惯和习惯法的认识而言，是可以在相当程序上被有意减弱的，因为对于传统的研究毕竟不能等同于对现实的研究。在这一领域中，有一个值得思考的问题，也就有关于此的通行“理论”是认为：一切带有国家意识形态的强迫性法制都最终会因事倍功半而流于形式，而“唯一可以采取的途径便是所谓‘礼失而求诸野’地利用中国‘本土资源’的做法”^{〔2〕}，但有这一偏颇的认识，往往是“求诸于野”的对象应该是现实的习惯和习惯法的存在，而不是“以古而喻今”或寻找消失的古老程序来接受启发或对其加之以改造，从而替代现代法律规则体系。这样的通行“理论”，还有另一方面的错位：体现为对国家法的认识，是以“带有国家意识形态”的法制来概括国家法的体系是偏狭的，因为这种说法本身即是对法律真理的否认，即是对有关于人类社会行为规则的共性存在予以否认。这样的认识对寻求本土资源工作而言，从其所希望找到的应是那些于现代社会发展相适应的规则的目的而论，也表现为一种自我否定的矛盾。

当然，对有关习惯或习惯法于现实存在中所体现的契约制度进行探求，素材的寻找是一个相当困难的问题。可被称之为习惯或习惯法的对象的界定，而这种界定于本书的关联是在于那些与契约制度有关的行为规则作为进一步缩小范围的附加条件，因此而有的方向自然是对个人之间、个人与团体之间以及团体之间的交易行为，权利转让与侵权行为所导致的双方契约关系的产生和履行等现象，作为对象来进行认识。而这种寻找实际上的可能，应主要

〔1〕 高其才：《中国习惯法论》，中国法制出版社2008年版，第11~20页。作者对中国习惯法内容的概括，在此处也仅只是对习惯法内容的一种界定，还不包括有关于中国传统习惯的内容，究竟又应如何界定，尚难以说清。

〔2〕 赵旭东：“乡土社会的‘正义观’——一个初步的理论分析”，载于王铭铭、王斯福主编《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社1997年版。其中有关于苏力教授对此问题的论述。

在于对习惯现实存在进行认识。如可列为对象的惯例，惯例现实存在的最重要标志就是如果违反便会遭到“非难”^{〔1〕}，但习惯并非惯例，惯例应在习惯之前由禁忌转化而来。^{〔2〕}在此，由于“禁忌”一词带有相当成分的宗教色彩，我实际使用“非难”一词，相对一般性行为规则较为恰当。

梁治平在谈到清代之习惯法时，将其外延列举为：“形式上，习惯法表现为‘乡例’、‘俗例’、‘乡规’、‘土例’等。”^{〔3〕}但对于现代社会而言，国家强制力的扩张，是社会经济的发展促使社会生活状态原有区域发展不平衡的状态被改变，社会规则体系内部的多样性正在被缩减，国家法将获得越来越大的范围使然。但是，应该注意到，同时出现的社会阶层的多级性以及不同利益集团所结合的社会组织的丰富性，已改变了过去那种以国家法为基线的统治与被统治的上下关系。那些在国家法基线以下的社会被统治阶层和可以超越于国家法规则体系之外的统治阶层，使习惯法得以存在于国家法规则体系之外与其并存的状态，在现实条件下的根本改变体现为：对于同一领域，习惯法应置于国家法规则体系的边界之内，而对于国家法未进入的领域，习惯法的存在是以向国家法的转化为目的的。这是由习惯法存在的意义所决定的，它向普通性的主动适应与特殊性的突出的相互作用，所必然依据的社会规则生成和进化的一般规律，必然促使其以更为合理的方式存在，而被国家法所认可并被采纳，归入其范畴。因此，在这个意义上讲，习惯法的现实存在不是对过去曾经的存在进行收录，而是我们的应有方向。正因为如此，有关于契约制度于习惯和习惯法中的存在亦应以此为范围进行探究。

第一节 现代家族法弱化中体现的契约规则

作为“经济单位”的家，与“族”作为“家”的“结合体”的不同在于

〔1〕〔德〕马克斯·韦伯：《经济与社会》（第1卷），阎克文译，上海世纪出版集团2010年版，第125页。对“习惯”的认识，被以对其人为确定的选择方向，即以向法律的转化而界定，显然是片面的。由禁忌而形成惯例，由惯例到习惯，再由习惯到习惯法，从而使法律规则直接从习惯法的规则转化而来，这种认识可见之于李可：《习惯法——一个正在发生的制度性事实》，中南大学出版社2005年版，第172页，及其页注（1）~（6）所引用的刘其工等人观点。

〔2〕参见注〔1〕。

〔3〕梁治平：《清代习惯法、社会与圈子》，中国政法大学出版社1996年版，第38页。

“族”是“家”的结合体，而以父系来计算的家族^{〔1〕}，至现代社会，仍基本保留了这一形式。不仅在于如子女多数仍随父以定姓的形式，更在于那些至少有两个以上子女的广大农村家庭在财产继承中的遗嘱继承时，作为继承人的男女有别，仍以男性继承人为主的事实存在。滋贺秀三在《中国家族法原理》中把“家”的财产分为直系亲的同居共财和旁系亲的同居共财，作为“父家长型的家”，现代以前的规则均是认为“作为最单纯的家族构成，可以看作是由父亲和几个儿子组成的家”。“家产就明显的是父亲的财产”。“是以父亲是家产的权利主体”，并因此而定义“家”的范围，“可以定义为在现实中维持着同居共财关系的同宗集团”^{〔2〕}。

而基于这种财产共同共有（对现代社会而言，主要体现夫妻之间的财产共有），还有就是在家族内部所发生的财产权的转移（继承），固然可以发生如夫妻因离异而对财产进行分割的契约问题，以及在继承方面发生双务关系的遗赠扶养等契约关系，相对于契约的整体性问题而言，是较少涉及的。也就是说，契约制度建立在权利义务主体于抽象上平等的基础之上，而实际发生却是不可能回避的市场中商品交易行为规则的制约，这样的制约，导致家族法所规范的家族成员之间的“内部关系”，对契约制度生成的运行所起的作用只能是间接的。当然，现代法律已赋予家庭成员之间至少是在订立契约中原则上的地位平等（即去除成员之间以血缘关系排序的尊卑关系），以夫妻间财产分割协议，或遗赠抚养协议（虽然这种协议在某种意义上可以认为是赠予协议的变种，但就“抚养”关系而言，有关于子女所应尽赡养义务的近似，似可认为在归属上，应属家族法范围），这类契约以折射形式表明了契约制度的不可或缺。

不过，我并非仅以此类契约的现实存在形式划定范围，来讨论契约制度在家族中的体现，或者说是家族法对契约制度的影响的。事实上，现代家庭作为构成社会的以血缘关系结合的经济单位，其存在，仅仅是处于社会经济关系链条上的“消费”的环节，而不是作为生产单位（当然我国农村的生产仍以“家”为基本单位，但在现代经济发展中，这种以家庭为“单位”所对应的并非是市场经济生产链条上的单位，而是市场中“抽象个人”——公司

〔1〕 瞿同祖：“中国法律与社会”，载《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社2004年版。

〔2〕 〔日〕滋贺秀三：《中国家族法原理》，张建国、李力译，法律出版社2003年版，第149、171页。

或经济上的人，其存在意义已脱离古代或近代的“家庭”社会关系，而有本原上的区别)。因此，在所谓契约的现实存在选题范围的框定问题上，主要是针对习惯和习惯法的特征，即以其存在、“存在”的可被遵从和制定法所绕不开的同为形成秩序的力作用，作为研究所关注的对焦点。

虽然古代或近代的习惯和习惯法存在，与现代存在延续关系是不可能割断的，但它们毕竟从古代或近代的进化中，实现了现有存在，且这种进化是不可能倒退的。历史的发展会有某种回流，习惯法规则进化的前后状态也会发生一定程度的、在特定环境中的回归或停滞，但进化的总趋势和保持这种已进化的状态，是其与现实相结合的唯一选择，以此可以说习惯法的存在构成了现实社会秩序中的那一部分，当然不可能说习惯法是这种存在的全部。

一、家族成员行为规则中体现的“契约”概念

现代社会家族法被边缘化的过程^[1]，并不是没有逆反，“宗族活动重新活跃起来”，是自“农村实行家庭联产承包责任制后的现象”^[2]，或者说这种现象可被认为是一种与现实社会条件相适应状态下的“发展”。对此，尚缺少一般性尺度标准予以衡量，即家族法在一般性状态下的普遍存在，而不仅仅是以“农村”为界限。

显然，“界限”在此并非一个地域性概念，也并非能以此对人的主体身份进行划分。虽然在“家庭联产承包责任制”的农业生产模式中，“家庭”仍在相当程度上被体现为“一个经济单位”，也许正因为如此，家族法的重新活跃，被认为与此有直接的关系，但这种形态并非可能持久，更不可能作为一种发展方向，因为“市场”中存在的“个人”的抽象性与此是相对立的。因此，“家族”更应该结合其在“城市”中的存在，而更明确地体现为在“市场”之外，属于社会“细胞”或构成单位，是以血缘关系为纽带在经济关系之上的存在。即使其成为相对于“市民社会”，而不仅仅是相对于“农村社会”而言的一个概念。

[1] 李可：《习惯法——一个正在发生的制度性事实》，中南大学出版社2005年版，第213页。有关“家族法”的边缘化，尚缺少确切的论证，这种说法本身，也仅只是一种“印象”或认识。

[2] 高其才：《中国习惯法论》，中国法制出版社2008年版，第53页。此处有关“家族法”，或在该书中被称为“家族习惯法”的“重新活跃”是一种含混的说法（对习惯法的存在而言）。“家庭法”在现实社会中的存在，并未被归结为一般状态下普遍性的表现，仅只是以“农村”为界限，突出了家族法的典型性表现，但缺少对其存在的发展必要性（普遍性）的认识。