

论现代契约法的价值修正

萧 燕 康颖秋 *

摘 要: 随着商品经济的发展、交易实情的复杂化, 现代契约法已经开始逐渐修正之前固守的绝对契约自由原则, 走向价值取向的多元化, 回归人文本源。宏观来看, 主要有两大走向: 价值标准上, 从契约自由至上发展成多重标准并重; 交易模式上, 从标准交易发展成具体交易。一部现代的法典成功与否的关键, 不仅在于其对古老传统的坚持, 更不能忽略因地制宜的变通。人文光辉的笼罩, 才能使古老的法律历久常新。

关键词: 契约自由 标准交易 人本主义

近代契约法最重要的成就, 在于它“把伴随契约而来的社会关系从法的世界中剔除, 以规则的形式加以抽象化”, 确立了契约自由的原则。梅因爵士毫不犹豫地这一转变称为是从“身份”到“契约”的革命。在资本主义发展的初期, 资本家纷纷专注于原始积累而要求获得平等的地位时, 契约自由“所包含的那种巨大的解放力量以及它所释放出来的那种巨大的创造力”, 将资本家从身份的枷锁中解放了出来, 获得了公平交易的机会, 对社会经济发展的推动作用是不可忽视的。在这一时期, 契约自由就是契约正义, 当事人之间的公正也仅仅表现为对其合意毫无保留地忠实遵守和执行。可以说, 契约自由是正义的外衣, 契约正义完全地表现为契约自由。但是, 随着近代商品经济的不断发展, 商业实践日益复杂, 交易实情千变万化。在许多实际交易中, 契约背后深层的博弈考虑已超越其字面的含义而成为交易双方秘而不宣的真相, 契约已经渐渐丧失了存在的基础甚至悖离了订立的初衷以至于名存实亡。因为实定法上的契约是静止的、公式化的, 而现实中的契约则随着具体情况的不同而变动, 缺乏一定的程式可循, 因此两者差距越来越大。于是各国在契约法理论中注入了许多新的内涵, 要求“法官所属的法共同体世界与交易社会的生活世界的融合”, 要求契约法走下空泛的契约自由的神坛, 现实地面对社会生活中的种种变化, 制定积极的应对措施, 考虑规则以外的因素对契约的影响, 用现实的契约法指导交易。从各国的立法和司法实践

看, 契约法的修正始终是温和的, 这是一种批判而非颠覆, 是一种改良而非重建, 并没有彻底背离维护当事人意思的初衷; 但这种修正总的趋向也是明显的, 它缩小了实定法上的契约与现实中契约之间的差距, 逐渐实现了契约法的现实化。我们可以通过以下对价值标准、交易模式修正的探讨, 看到契约法发展的人本主义趋势。

一、价值标准的修正: 从绝对的契约自由到多重价值标准并重

(一) 近代契约法上的契约自由原则

“契约法总的发展趋势是明确的, 即以契约自由和意思自治为内核的一元论已被抛弃, 双重甚至多重的价值标准才是当代契约法的本质特征。”^①近代契约法唯一的也是终极的价值标准就是几乎不受限制的契约自由, 认为当事人有自主处理自己事务的自由, 法律只有在私力救济不足以弥补损失的情况下才能对当事人的行为进行干涉。这是立法者们消极的民法观和不干涉哲学的产物, 也是在自由主义经济理论支持下的个人主义极端膨胀的结果。

(二) 契约法价值标准的多元化

20 世纪以来商业发展的广泛性与复杂性使交易的连续性、相关性代替 19 世纪相对封闭与简单的自由经济基础上的交易的闭锁性与独立性成为契约法

* 作者简介: 萧燕, 男, 1959 年 8 月出生, 浙江省杭州市人, 浙江大学光华法学院副教授; 康颖秋, 女, 1982 年 10 月出生, 江苏省常州市人, 统一企业(中国)投资有限公司职员, 法学硕士。

新的经济基础,^⑤以契约自由作为唯一的价值标准来指导契约法的运作,已不足以体谅社会多元化的需求,理论和实践的发展都要求以多元的价值标准来统摄整个契约法领域。其原因是:首先,世界现代化过程内部潜在的种种力量导致的个人主义兴起和以社群为中心的社会秩序瓦解,使现代化本身就必然伴随价值的多元化。其次,“法律框架越完备,社会管制和社会习俗联系越强,则订立的契约内容特定性越小。……尤其是政府行使权力维护契约制度的行动具有系统性和可预测性时,情况更是如此。政府也降低了订立契约活动的成本,它提供了一个衡量和度量标准的体系。”^⑥从而,多元的价值标准通过社会习俗、政府权力等的作用不可避免地成为了法律活动的一部分。最后,单一的过于强硬的标准,还会导致法律适应性的降低,提高其运行成本,不利于法律的顺利推行和健康发展,与现代法律进步相悖。应这一需要,现代契约法在维护契约自由的原则之外,又引入了多元的价值标准:善意保护、禁止权利滥用、珍视公序良俗、维护社会妥当性、保护弱势群体、社会利益优先……使得整个契约法的价值标准体系更加有序和复杂,也更符合实践的要求。

(三) 价值标准多元化的理论根源

契约自由是对个人意思自治的尊重,是对主体性的尊重。从文化背景和历史传统根源上来看,个人自治的因子在西方文化中有着非常深刻和悠久的根源,并在漫长的历史年代里,完全内化为人们的一种宗教情感,故而契约自由作为唯一和终极的价值标准的出现,并非偶然。分别从西方文化的两大源头来看:希腊文化以个性解放、个人自由的“酒神精神”著称;而神本主义的希伯来文化,也从一开始,就含有个人主义的因子:犹太教和基督教信仰本身就首先承认了每个人在主面前都是一个“独立的人格”(an independent personage)。^⑦“宗教一旦真的这样的得以自立和实现,便会回过身来,自发地对人与人之间紧密的精神联系施加影响,赋予它们一种我们所熟悉的宗教虔诚的特征。”^⑧在得到确认之后,契约自由就处于持续地自我强化中,其地位随着时间的推移越来越稳固。对契约自由的信守,其实是一种宗教情感的歌颂。这也是两大法系对旨在限制契约自由的情事变更原则和契约受控制制度的适用谨慎有余而勇气不足的原因。

承认了契约自由不可撼动的神圣地位,厘清一个概念就显得尤为重要:现代契约法价值标准的多元化并非平面的多元化,而是在承认和尊重契约自治大背

景下次级的延伸,是一种层级型的标准。^⑨与传统契约法理念一脉相承,契约自治的地位在现代契约法上也是高不可攀的。所不同的是,现代契约法认为这一标准的存在并不妨碍在遇到某些特殊问题时,在保证契约自由的前提下,适用一些特别的次级的价值标准,其他的价值标准是契约自由的必要补充。这是暗合契约法的内在逻辑的:因为“合同当事人在没有作出某种规定的时候,希望在法律中找到一些能满足双方愿望的规则”^⑩;而契约自由本身,亦是以合同当事人承认法律的各种准则换来的。但传统契约法却极力抗拒这一点,坚持契约自由的唯我独尊,直至默示条款制度的出现,打破了“法院不为当事人订立合同”的信条,才导致“契约自由”的衰落。

也许有人会认为:如果遵循这种层级型的价值体系,那么在契约自由以下,相互没有牵制的多元价值标准的共存,将最终导致整个契约法价值标准的混乱,而波斯纳在《法理学问题》一书中否认共识的存在,正是最好的论据。但这只是一种多余的担忧。首先,正如前文所阐述,各种价值标准并不都处于同一层面上,契约自由的地位永远高高在上,所以其它价值标准与之不可能产生矛盾;其次,一个社会中道德原理的多元性并不意味着不可调和的分散性,因为这种在道德原理层次的多元性与具体道德内容的社会一致性是可以和谐共存的。人们用以评价道德现象的基本原理存在差异,但具体评价的结果却是殊途同归,不谋而合。举例来说,我们社会中绝大多数成员都认为杀害他人的行为是错误的。其中一些处于道德习惯性遵从阶段的成员不会去探究其之所以得此评价的原因;另一些人则认为这种行为的错误在于它违背了上帝的意愿,还有一些人的评判依据是这种行为侵犯了人类的尊严;可能还有人出于其对整体社会所造成严重后果的考虑而得出这一结论。每一种评判都包含着不同的道德原理,道德原理依据的差异性与道德评价结果的同一性和谐而生。如果再深究这种价值协同化现象的根源,恐怕又得回到绕不开的康德哲学的范畴:因为先验的理性具有一致性和普遍性。

二、交易模式的修正:从标准交易到分析特殊的交易实况

(一) 近代契约法上的标准交易模式

近代契约法诞生于“从身份到契约”的革命,追求形式的正义和公平,忽略复杂的现实因素对交易可能

的影响, 其对交易的理解就不可避免地理想化和标准化, 更放逐了现实中可能对交易产生影响的种种特殊因素。而近代法律对安定性的推崇, 要求交易形式的稳定和明晰, 这也在另一个方面导致了交易理解的简单化。最重要的是, 在自由主义经济的时代背景下, 商业交换相对简单和直接, 主体的平等性和互换性也空前鲜明, 现实对理论的回应更强化了立法者对标准交易的推崇。多种因素的综合作用产生了近代契约法上的标准交易模式:

(1) 两个当事人, 除了从交易中所能看到的即时所得外没有任何契约性关系;

(2) 当事人按照契约的约定履行义务后即得到利益, 结束契约关系, 没有任何遗留;

(3) 缔约双方将未来现实化, 有能力把交易的一切未来事物都置于眼前;

(4) 任何偶然因素都纳入了计划, 因而不存在任何风险, 事态处于人们完全的掌控之中。

(二) 现代契约法对在交易模式上的修正

19 世纪下半叶以来, 随着经济的发展, 主体的平等性和互换性逐渐丧失, 民法理念由形式正义转向实质正义, 对法律妥当性的关注取代安定性成为立法者首要考虑的内容, 从而透视交易的实质、关注现实中交易的个性成为交易价值观的主流, 这就在理论上对交易模式的改革提出了要求。而在现实中, 新技术革命推动工业的进步, 商业领域的交易模式也日趋多样化、日趋开放和灵活, 当事双方因此有了更多选择的可能。在这种情况下, 契约关系越来越不稳定, 交易本身的性质也变得越来越难以捉摸, 传统的简单交易模式已无法胜任调整现实生活的职责。为了解决这一问题, 法官们把这种抽象的标准化契约放回到五光十色的现实中, 用世俗的眼光衡量特殊化的交易, 从而更深刻地理解当事人的处境。正如美国《统一商法典》2-609 条的权威解释所指出: 应当根据商业标准, 而非法律标准来确定不能履约的理由是否“正当”及能履约保证是否“充分”。

在概念法学一枝独秀的时代里, 依据标准化的交易模型, 情事的意外变动无法对当事人的权利义务产生任何影响, 而法官作为妥当性的代言人也没有置喙的余地, 因刻板地严守契约而带来的不正义时有发生。相反, 在现代契约法上, 通过引入情事变动对契约履行的影响, 通过法官的能动作用, 对个案特殊化处理, 将现代契约法的理念表达得淋漓尽致, 在微观层面上践行了实质正义。而这整个过程, 是建

立在下列法官对交易的新理解之上的:

(1) 透视交易背后的资源交换。‘就个人而言, 交换的资源不仅包括个人所拥有的物质财富, 个人在社会上所处的地位, 以及个人的社会声望等, 而且还包括个体的技能、经验以及个人特征等。对企业而言, 交换的资源包括企业的规模、企业的经济地位、企业的社会声望、企业职工的收入等。’^⑩也就是说, 交易是当事双方所有资源的交换, 其所指向的不仅是标的本身, 更多的是专属于该当事人的一些特有的资源, 主要是优势资源。

(2) 破除交易的假象。交易是一个互动的过程, 当事双方都在不断的揣摩对方的心思, 并且通过调整自我的行为力图在对方心目中塑造一个满意的形象。这是一个无法回避的斡旋过程, 任何稍有社会经验智力正常的人都会有这样的表现。但这种刻意塑造的假象, 往往会蒙蔽当事人, 从而订下不利的契约, 法官必须有足够清醒的头脑来认清这一点。

(3) 考虑交易网络中的间接互动。列维·斯特劳斯在其经典著作《宗族的基本结构》(The Elementary Structures of Kinship) 一书中指出, 社会系统中的交换关系并非限制在个体间的直接互动, 而是延伸到间接交换的复杂网络。^⑪故必须在整个交易链条, 确切地说是交换网络中来看待一份契约, 静止地、孤立地研究, 无法在社会关系的维度还原出本来。

(4) 挖掘隐含的利益。交易的目的是为了获得利益, 但布劳指出: “在绝大多数社会关系中, 金钱并非唯一的报酬, 也不一定是一种合适的报酬”。^⑫很多情况下, 利益是隐藏在条款背后的, 需要结合当时当地的实际进行发掘。对当事人之间权利义务合理分配, 需要以此为基础。

(5) 特殊看待预备交易。现实中存在着很多预备性的、将来的交易, 这类特殊的交换形式, 其目的往往是以眼下的某种牺牲换取将来相当的或者更大数量的利益。这类契约从其表面上看常常是不平等的, 但相对于格式合同被动的不平等而言, 这类合同不平等情况的产生却是当事人自愿的。

(6) 理解特定背景的变动对交易的影响。任何交易都是在特定的场景和情境下进行的, 这些情境至少包括以下条件: A. 双方当事人都能够理解的交流手段; B. 一套维持社会秩序的制度; C. 一套货币制度; D. 在承诺交换的情况下, 使得承诺得以实现的机制。这些因子往往构成交易的特定背景, 根据经济学的解释, 当事人双方经过“博弈”而安排的契约, 往往能

够给双方都带来利益,实现利益最大化。在对契约进行解读时,如果没有将这些“潜台词”考虑在内,就无法认识到博弈的真相。1921年的哥伦比亚氮肥公司诉罗伊斯特公司案,就是很生动的例子。^⑭这些特定因子的变动,是当事人在缔约之时未能预见或无法预见的,从而不可能预先在契约中作出合理的分配。如果在这种发生根本变动的情事下仍强制当事人履行原定的契约显然有违正义的原则。此外,对非共时性契约,即为以后时点的履约而制定的协议而言,由于涉及信用,必须建立制度保障以防止在偿还财产上出现机会主义地逃避契约义务的行为。^⑮这些,都需要法官在案件的具体审理过程中予以慎重考虑。

(三) 现代契约法上交易模式的人本主义色彩

人是市场经济的核心,也是契约法上交易的现实承载者。市场经济的最终归宿在于人的物质利益和精神生活的富足,从而带来人自由而全面地发展。契约法上交易模式的假说,其最早的出发点也是在于通过深度的抽象和简单的逻辑,更好地在法律上理解交易、表达交易、规范交易,为市场经济的核心——人服务。随着社会经济的发展,在原有的交易模式再无法满足规范现实生活的需要,甚至成为市场经济主体谋求自身利益的绊脚石的情况下,将个体的利益、个人的自由发展作为首要的追求,果断地对交易模式的假说进行修正甚至革新,正视复杂的交易背景,给予具体而直接的回应,正是回归法律的人本主义的迫切要求。

三、契约法的人本主义趋向

从以上的阐述可以看出,契约法的发展在价值观的定位以及交易模式的分析上,都体现出一种非常明确的人本主义的发展趋向。而这种人本主义的趋向,也暗合法律发展,从神本——物本——社本——人本^⑯的总体趋势。

“人的依赖关系(起初完全是自发的),是最初的社会形态,在这种形态下,人的生产能力只是在狭窄的范围和孤立的地点上发展着。以物的依赖性为基础的人的独立性,是第二大形态,在这种形态下,才形成普遍的社会物质变换,全面的关系,多方面的需求以及全面的能力的体系。建立在个人全面发展和他们共同的社会生产能力成为他们的社会财富这一基础上的自由个性,是第三个阶段。第二阶段为第三个阶段创造条件。”^⑰社会化大生产的拓展,生活水平的提

高,交易网络的发展,使得人们得以摆脱在孤立的物质交换基础上对物的依赖,转而全面发展人的自由个性。法律在这样的背景下回归于人,是大势所趋,也是众望所归。

从近代物本主义的法律观来看,法律所提供的生活,或者是纯粹法治下的生活,只是一种抽象的可能生活。这种可能来自于法律对于生活本身的抽象,以及将生活深层次的内在抹煞之后带来的表面化。然而,人作为终极的存在,或者终极的价值本身,对生活是有价值期望和幸福向往的。人所要求的,是真实的、斑斓的生活,而不是法律所给出的可能的、苍白的生活。近代以后,法律的人本主义趋向,本质是弥合法治下可能的生活与具有价值内涵的生活之间的裂痕,关切人和人的真实生活状态,以“人的方式”去解读生活、构造生活、重塑法治下的生活。

回到契约法领域,契约法的人文精神,同样要求契约法应当以人的幸福生活为宗旨而展开。正视真实生活的复杂性,抑强扶弱,并透过契约本身发掘当事人真实的想法,在社会生活网络中定位单独的交易,从而摆脱传统的契约法加诸于当事人身上抽象性的桎梏,在法律中承载个体的价值诉求、彰显人文的终极关怀,来实现法的目的,最终实现人本身、实现社会的公平。结合中国社会经济的发展历程,讨论这个问题具有极其重要的意义。因为仅仅用了20多年,我国已经摆脱了经济的贫穷,迈入了相对发达的阶段,但随之也不可避免地出现了社会财富分配不公、贫富差距日益扩大的问题。由于契约法的人本主义思想在中国还没有产生应有的足够的影响,相应地,立法对此似乎也缺乏相应的改变。问题直接体现为理论的先行和立法出于实际考量而导致的滞后的矛盾,最终经常以理论不得不屈从于立法实践而告终。1999年出台的合同法对情势变更原则的阙如就是最好的例子。但是可喜的是,最近中国大合同法领域的一些新发展,体现出人本主义思想对立法和有权解释法律的机关已经逐渐产生影响。2003年《最高人民法院关于审理商品房买卖纠纷案件适用法律若干问题的解释》,开始在特定的合同类型上对契约自由加以修正;2004年《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条,对我国《合同法》第329条所称的“非法垄断技术、妨碍技术进步”进行了六个方面的详尽的解释,是非常典型的走出标准合同,转向研究真实交易状况道路的例子;而《劳动合同法》首次开始从合同的大概念中剥离特殊类型的合同,体现了对劳动者

这样的弱势群体的人文关怀。

虽然我们可以强调中国的司法体制和某些社会现状作为理由,但如何充分保护弱者的合法权益,建立和谐社会、如何加快立法的改革以及扩大法官的司法权限的力度应当为越来越多的学者及立法、司法工作者所关注。无论是研究契约法的理论还是具体契约法的内容体系构建乃至契约法实际的运行,都应该以人本主义思想贯穿始终。

法学应当是意义之源泉,只是总为人们漠然视之而已,但其荷载的人文意蕴可从来未曾绝灭过,也未曾间断过。新时代的法学研究发掘和彰显人文精神和理念,无疑既是时代之趋使,也是理论的当然回归。在此意义上,每一种这样的研究当然都应当看作是承载着生命内涵和意蕴的人文之学:沐浴着人文的光辉,灿烂了人文的天空,因而也都应当获得实至名归的喝彩的理由。^⑬

四、结语

古罗马有句格言:“覆约不计得失。”在今天,它已成了一句玩笑。由于社会实践变动不居、交易背景状况各异,人们要计较的太多。契约才只是一个开始。上个世纪末我国对合同法是否规定情势变更原则也曾有过颇多不同观点的争论,赞成者有之,^⑭反对者有之。^⑮但我们认为最重要的,不是某个条款本身,而是整个契约法的理念是否把握并吸收了现代契约法的价值和精髓,是否体现了人本主义精神和充沛的人文关怀,这才是一部法律成功与否的关键所在。马克思说:“社会不是以法律为基础的,那只是法学家们的幻想;相反地,法律应以社会为基础。”^⑯现实的世界呼唤现实的契约法,契约法不能只是法学家和哲学家的法,而应当成为一般市民的法。不以人性、人的价值需要和人的行为模式为基础的法,只会在客观意志主义的岔道上越走越远。只有以人为本、以个人价值的实现作为终极追求、人文情感充沛的法律,才能有持久的、旺盛的生命力。亚里士多德曾说,法律是无情的理性,而在今天,恰恰相反。

注释:

[日]内田贵:《现代契约法的新发展与一般条款》,胡宝海译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1994年版。

[德]康拉德·茨威格特、海因·克茨:《合同法中的自由与强

制——合同的订立研究》,孙宪忠译,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第9卷),法律出版社1998年版。

同注。

④ P·S·Atiyah: The Modern Role of Contract Law, Canadian Journal of Business Law (1982). 转引自傅静坤:《二十世纪契约法》,法律出版社1997年版,第188页。

⑤ 傅静坤:《二十世纪契约法》,法律出版社1997年版,第1页。

⑥ [冰岛]思拉恩·埃格特森:《新制度经济学》,吴经邦等译,商务印书馆1999年版,第4页。

⑦ 参见韦森:《文化与制序》,上海人民出版社2003年版,第97页。

⑧ [德]格奥尔格·西美尔:《宗教社会学》,上海人民出版社2003年版,第10页。

⑨ 对此,理查德·乔治在谈到道德多元论对美国企业经营活动的影响时,有过相类似的说法。参见理查德·乔治:《经济伦理学》,李布译,北京大学出版社2002年版,第56-58页。

⑩ [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论(上册)》,王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,法律出版社2002年版,第63页。

⑪ 周长城:《经济社会学》,中国人民大学出版社2003年版,第188页。

⑫ 同注⑪,第186页。

⑬ 同注⑪。

⑭ 联邦第四巡回区上诉法院在该案的审理中认为,交易过程和行业惯例可以用来补充书面合同,而《美国统一商法典》2-202也承认了这一点。参见王军:《美国合同法判例选评》,中国政法大学出版社1995年版,第176-179页。

⑮ [德]柯武刚、史漫飞:《制度经济学:社会秩序与公共政策》,韩朝华译,商务印书馆2000年版,第233-234页。

⑯ 李龙:《人本法律观简论》,载《社会科学战线》2004年第6期。

⑰ 《马克思恩格斯全集》第46卷(上),人民出版社1980年版,第104页。

⑱ 杜宴林:《人文主义:现代法精神的革命性变革》,载《吉林师范大学学报》2004年第1期。

⑲ 参见梁慧星:《中国民法经济法诸问题》,法律出版社1991年版,第226页;吴兴光等:《合同法比较研究》,中山大学出版社2002年版,第172-175页;韩世远:《情事变更原则研究以大陆法为主的比较考察及对我国理论构成的尝试》,载《中外法学》2001年第1期。

⑳ 参见全国人大法制工作委员会编著:《中华人民共和国合同法立法资料选》,法律出版社1999年版,第163页;王利明:《合同法研究(第2卷)》,中国人民大学出版社2003年版,第24-25页。

㉑ 《马克思恩格斯全集》第6卷,人民出版社1961年版,第291-292页。