

关系契约之非契约效力说明理论本质

王艳慧

(黑龙江大学《北方法学》编辑部 哈尔滨 150080)

[摘要]关系契约与个别性契约相对,是契约系谱不断趋向复杂的结果。关系契约理论从社会学的视角描述了现实世界中的契约现象,揭示了契约关系的过程性和动态性。契约效力说明理论旨在说明契约对当事人产生拘束力的根源。古典契约理论和新古典契约理论分别提供了不同历史时期契约的效力基础。关系契约理论作为社会学意义上经验观察的产物仅具有描述性功能,与契约效力说明理论处于不同的理论层次,将其视为现代契约效力基础的提法是对该理论本质的误读。揭示关系契约的理论本质并澄清其与契约效力说明理论的关系是现代契约法理论发展的重要任务。

[关键词]关系契约;个别性契约;契约效力

[中图分类号]D913 [文献标志码]A [文章编号]1000-8284(2016)08-0120-05

一、问题的提出

关系契约理论是美国学者伊恩·麦克尼尔在20世纪70年代《新社会契约论》一书中系统阐发的理论。“社会契约”是卢梭等人在启蒙运动中提出的政治建构学说,但麦克尼尔的“新社会契约”却与此截然不同,正如其本人在该书导言中所说“新社会契约(the New Social Contract)既不新(new),又不是社会的(social),也不是契约(contract)”。新社会契约一点也不新——实际上它是最古老的契约,不过它的古老面目被其衍生物——古典和新古典经济学的契约及Pothier、Langdell、Pollock、Holmes、Williston的古典契约法一时的光辉所遮蔽了;新社会契约也非霍布斯、洛克或卢梭意义上的社会性——除非就其神秘的含义而言——那种把社会联合起来的基本契约;最后,新社会契约也不是这样一些法律学者心目中的契约,他们声称契约已经死亡,将被他的兄长和继承人“侵权行为”埋葬。^[1]导言之所以还称为“新社会契约”,源于其内涵在两个重要的意义上是社会性的:一是它包含了其内部的社会关系;二是它是社会的基本经济工具。在《新社会契约论》中,麦克尼尔将契约这一法律界的专门术语放到社会关系的动态系统中进行考察,将契约法律概念及其形式逻辑构造运用社会学的视角进行解构,探讨契约的社会来源和构成要素,将契约的调整规范放到社会大背景中予以类型化,其中提出了关系性契约、关系性规范和关系性契约法的概念。由于该理论对“契约死亡”^[2]一说持反叛观点,有学者将其视为“契约再生”的契机,^[3]我国有些学者将其视为现代契约效力的理论基础^[4]。笔者认为,关系契约理论能否作为契约

[收稿日期]2016-06-15

[基金项目]中国法理学研究会2015年青年专项课题“交往行动之关系契约效力研究”(2015@FL012);黑龙江大学青年科学基金项目“关系契约效力正当化研究”(QW200934)

[作者简介]王艳慧(1980-),女,黑龙江绥化人,讲师,硕士,编辑,从事民事商事法学、法学理论研究。

效力的理论基础需要明确几个问题:首先需要阐明契约效力说明理论的理论功能及其具体表现,即契约效力说明理论解决的是什么问题;其次是透视关系契约的学说起源及其理论本质,进而明了关系契约理论的理论目标是否契合契约效力说明理论的要求,两者的理论旨趣有何关联或差异。从而准确定位关系契约理论的理论层次,为进一步开拓该理论的发展空间奠定基础。

二、契约效力说明理论的功能与表现

(一) 契约效力说明理论的功能

契约效力问题是契约法基础理论中的核心问题,它具有明确的功能指向,即当事人为什么受到自己约定的拘束,法律赋予这种约定强制执行力的原因是什么?也就是追问契约拘束力的正当性基础或根源,对此问题所作的解释说明即是契约效力说明理论。契约效力问题与契约实定法的价值评价直接相关,契约效力正当性基础是契约实定法的立法根据和评判标准。在人类历史上,契约现象是广泛存在的,但哪些能够成为实定法的调整对象,成为法律上的契约,不同历史时期的判断标准存在差异,也就是说契约效力的正当性基础并非一成不变。在不同的社会历史条件下,理论家从不同的角度出发为契约寻求法律强制执行的保障基础,形成了形形色色的契约效力说明理论。

(二) 契约效力说明理论的表现

1. 古罗马契约效力说明理论。

依古罗马法,移转所有权需采用“曼兮帕蓄(mancipatio)”的要式买卖方式,其他契约成立需经过“耐克逊”的方式。这两种要式行为要产生效力需要采取铜和秤,5名证人,司秤和称铜块的仪式。^[5]¹⁰以债务口约为例,经过要式行为,就意味着债务人以其自己或隶属之人的人身自由为借贷担保,如果债务人不能清偿债务,则债权人取得对他们的人身支配权,可对其奴役、出卖甚至杀戮。^[6]因此而导致贵族债权人和平民债务人之间的争斗,最终“对人强制执行”之制度被废除。债由最初的人身拘束转变为以财产“让与”方式来实现契约担保,从而使契约观念从“让与”观念中分离出来,但仍需要严格的形式确保契约的拘束力。^[7]根据《法学阶梯》中对契约依照订立方式不同所做的区分,罗马法上的契约有口头契约、文书契约、要物契约和合意契约。其中,口头契约的当事人双方必须表达固定的语言,才能产生法定债权;文书契约仅限于“收支簿”、欠据和约据;要物契约以标的物交付为必要条件,包括消费借贷、使用借贷、质押和寄托;合意契约仅凭当事人合意即可承担债务,但局限于封闭的类型:买卖、租赁、合伙、委托。可见,罗马法上的契约具有严格的类型划分和形式要求。罗马法上形式与行为效果紧密相连,此种观念可能与原始社会形式在宗教上的神圣作用有关,允诺须遵守在于其经过神灵的确认。到罗马后期,契约形式主义式微,但仍然严格限定法定类型。因此,罗马法上契约的效力基础源于外观主义的严格形式和法定类型。

2. 中世纪契约效力说明理论

随着社会经济的发展,在古罗马后期,大量的不符合法定类型的无名契约和缺乏要式的“简约”出现,裁判官法得到一定发展。“简约虽然不能产生罗马市民法上完全的债的效力,但在实践中,裁判官在面对当事人之间自愿达成的简约时会予以考虑和维护,当事人不但可以用简约予以抗辩,对于某些简约,罗马法上的‘无形式简约不产生债’的原因也有所放宽。”^[5]¹⁶“裸体简约”被赋予一定的“衣服”(合法理由,如附加特约、裁判官承认、皇帝敕谕)后,成为“披衣简约”,就可以受到诉权保护。进入中世纪以后,罗马法的影响仍在,法官们仍恪守罗马法关于契约效力的教条。可以说,整个中世纪,契约效力理论的发展都围绕着如何为简约“穿衣服”而努力,也就是说,如何为当事人之间的契约寻找“原因”。起初教会法学家结合中世纪神学、《圣经》和宗教会议决议来裁决契约纠纷,通过“信义保证”实现契约在当事人之间的遵守。伴随着商品经济特别是海上贸易的发展,商人阶层逐渐崛起,他们往往诉诸商业习惯和罗马法中的契约规范,此时出现了教会法庭与世俗法庭竞争案件的情况。^[8]于是法学学术领域出现了罗马法复兴运动,先后出现了注释法学派和评论法学派,他们热衷于引用亚里士多德的哲学思想解释罗马法。特别是16世纪以西班牙为中心的一大批哲学家和法律学者(晚近学派),运用亚里士多德的形而上学思辨和阿奎那的经院哲学对罗马法进行整合重建。^[9]亚里士多德伦理学对德性进行了讨论,他认为“慷慨似乎是给予或接受财物方面的适度”^[10]。他是在守约的意义上谈诚实德性的,一个人违背自己的诺言就是不诚实,如果这个人的失言导致不公平,这意味着他还缺少另一种德性,即交换公正。阿奎那也认为,守约是诚实和忠诚问题,违约则是撒谎。^[11]在此基础上,后经院主义法学家通过“交换公正”德性和“慷慨”德性为交换和赠与等允诺的原因找到了统一的伦理基础。

3. 十九世纪合同意志论

近代认识论转向经过了一段长期的酝酿过程。从文艺复兴开始直至启蒙运动和工业革命,科学技术的发展引起了社会的广泛变革。“上帝已死”,天国退隐,人们的目光重回尘世。人的主体性得以确立,人类进入理性高扬的时代。19世纪中后期,尽管对法律渊源和价值目标存在分歧,但两大法系对私法法理基础的认识出现了罕见的殊途同归的现象,即有影响的法学流派,无论是美国的洛克自然法学派、英国的功利主义学派,还是欧洲大陆的康德道德形而上学学派、黑格尔的理想主义学派、社会达尔文学派等,他们都认为:国家应该制定规则保证私人的意志自由,唯一的前提是个人在行使这种意志自由时尊重他人的同类自由。^[12]表现在契约实定法上就出现了以“合同意志论”为基础的合同体系的重构,合同源于当事人双方的意思表示一致,合同义务的产生是当事人自己的选择。单纯的合意成为契约效力的基石。尤以德国法上的法律行为理论和英美法上的约因理论为实定法规范的代表。法律行为是依据当事人的意思,追求当事人意欲发生的权利义务变动。约因理论经历了获益—受损模型向互惠约因理论的发展,但交易对价的存在始终是契约成立的核心要素。合同意志论的基本要义排除了当事人意志之外因素的影响,当事人之间的权利义务都根据自己的意志纳入合同项下解决,契约即是当事人之间的法律,约定必须严守。

4. 二十世纪意思理论的衰落与挽救

合同意志论的核心是意思自治,体现了高度抽象的法律实证逻辑思维。随着实证主义法学的逐渐衰落,出现了各种旨在突破意思理论的契约效力说明理论。第一,经济分析理论,又称效率理论。该理论认为,人们履行契约和遵守契约的动机在于追求利益和效率。法官不用煞费苦心地了解双方当事人的实际情况,应当将标的物归属于对其评价更高的一方。^[13]该理论的确为法官司法裁判提供了技术规则,但却使契约的履行变得无关紧要,与其说其是一种契约效力说明理论,不如说其与契约效力要求背道而驰。第二,信赖理论。1936年,富勒和帕迪尤在《合同损害赔偿中的信赖利益》中提出合同损害赔偿的范围包括返还利益、信赖利益和期待利益。返还利益和信赖利益是原告固有利益的损失,期待利益是合同正常履行的利益。这样契约责任就不仅依当事人约定而产生,信赖也可以产生责任。第三,权力分配的社会决定论。将信赖理论继续进行下去的是英国契约法专家P.S.阿蒂亚,他认为约定招致对方信赖的前提是约定中包含价值判断的权力分配。这种分配如何可能,阿蒂亚认为是作为默示的约定来对待的,按照自由主义、自由、个人的社会作用等诸多基本条件承认义务是适当时,默示约定的义务的发生才得以正当化。但问题是怎样判断义务是适当的,谁有资格来进行判断,这些都是悬而未决的问题。

通过对契约效力说明理论的历史脉络梳理可以发现,不同历史时期契约效力的根据有明显差异,我们姑且将其统称为古典契约效力说明理论。在古罗马时代,契约效力源于严格的形式和法定类型,不具有严格的形式要件,当事人之间的合意不会产生债,法律也不赋予其任何的强制执行力。在中世纪,伴随着商业的发展与交易的广泛适用,契约因当事人的合意而达成,但能否具有法律约束力需要寻找合意之外的“原因”,从神圣信仰的“信义保证”到亚里士多德的“德性”二分,契约具有了统一的根据。自16世纪以后,人的主体地位逐渐得到确立,人的理性能够为自己立法慢慢成为人的行为信条。直至19世纪,崇尚价值中立的实证主义法学获得统治地位,法律成为遵循严密逻辑并自足运行的规范系统,契约不需要到法律之外寻找拘束力根源,当事人的合意即是法律,能够成为法律赋予强制执行力的根据。由此,契约的拘束力基础从契约之外回到契约之内。但任何历史时期契约效力说明理论都具有共同的功能,即是实定法上的契约拘束力提供解释依据,也就是说,当事人订立契约之后为什么对自己的约定必须遵守,如不遵守,法律为什么赋予守约一方以强制执行的力量。显然,实定法上的契约规范是第一层次的理论,而契约效力说明理论是为其提供依据的第二层次的理论。也就是说,契约效力说明理论作为更深层次的理论,在其表层始终存在着古典契约(即对应新古典微观经济学上的交易)的类型划分和实定法表现,而这与关系契约理论是完全不同的。

三、关系契约的理论目标及与契约效力说明理论功能的差异

(一) 关系契约的学说起源

美国《契约法第二次重述》规定“所谓契约,就是一个或一组承诺,法律对于契约的不履行给予救济,或者在一定的意义上承认契约的履行为一种义务。”^[14]这一定义与各国实定法上的契约定义大体一致,都是新古典微观经济学上的交易,同时也是古典契约理论在法律上的表现,是法律实证主义高度抽象和简易的产物。其具有两个基本要素,一是当事人的承诺(或允诺),二是法律的肯定性评价。它假

定契约当事人是完全的理性人和“超人”，能够预料现实生活中发生的一切事态，进而将契约发展过程中的各种权利义务关系全部纳入到缔约之时；它假定契约当事人生活在真空当中，进而排除对任何契约关系因素的考量。这种极端的现时性和个别化是契约当事人个体神圣和理性神话的体现，其隐含的前提是契约是完美无缺的，导致的直接结果是契约要么履行，要么违约。在应对复杂商品经济发展所出现的一些新契约现象时表现乏力。这种以法律为取向的契约定义把一些特定的关系排斥在外，实际上契约是使现实世界中的各种事情得以完成——造房子，卖东西，合作办企业，获取权力和威望，家庭结构内的分享与竞争。^[17]而且，在许多情况下，承诺并不是契约发动机制中最重要或唯一的因素，身份、习俗、习惯、等级命令、市场等都可以规划未来的交换。在这种情况下，麦克尼尔既不赞同“契约死亡”的耸人结论，也不否认古典契约的僵化保守。他认为，应当在解决契约纠纷时考虑契约背后的社会关系，引入关系性规范。这就充分吻合了“新社会契约”的内涵，契约不仅是社会的经济交往工具，契约的影响因素还源于多种社会关系；契约不仅包括一般的商品交换活动，也是企业和家庭的组织形式；契约不局限于现实的磋商行为，更是面向未来的动态过程。关系契约把公司法、劳动法、婚姻法中的契约关系收入麾下；把纠纷解决也纳入契约过程。因此，契约的基本根源，它的基础，是社会。社会自始至终都是源头。在社会中，如果每个人都能生产自己所需的所有产品，契约也不会发生，这就出现了契约的第二个初始根源：劳动的专业化和交换。的确，在专业化的分工基础上，人们进行商品交换的形式多种多样，有的是基于互惠，有的是基于计划分配，也有的是基于身份等级。面对多种多样的产品，当事人需要在一系列行为中进行某种自由挑选的概念，这就是契约的第三个初始根源选择性。但是，只有人类具备自觉的未来意识，契约的安排才能实现。而且，没有社会的结构和稳定，契约——仅从字面上看——也是不可思议的。据此，麦克尼从社会学角度对契约进行定义，即契约不过是有关规划将来交换的过程的当事人之间的各种关系。^[14]

（二）关系契约的理论目标

新古典微观经济学上的交易表现为当事人之间除了单纯的物品交换外不存在任何关系，但事实上其仍然也必须有一个社会母体来提供契约实现的条件，如双方当事人能够交流的手段，一套维持秩序的制度，一套货币制度，使承诺得以有效履行的机制。因此，这种契约只不过是想象的理想类型。麦克尼尔进而从经验意义上将契约的影响因素予以列举：人身关系，人数，度量性和精确性，契约性团结的渊源，开端、持续期和终结，计划，未来之合作，共有与分担利益和负担，责任，可转让性，态度（包括对利益冲突的认识、统一体、时间和风险的预期），权力、等级和命令。根据这些因素在契约中的数量多少和影响强弱，契约现象展现为从个别性向关系性不断趋近的类型，即“个别性—关系性系谱”，其中处于两极的分别是个别性契约和关系性契约。相应地，调整契约的规范也被划分为个别性规范和关系性规范。它们源自某一社会的正当行为标准，既包括以法律为典型表现形式的实证性规范，也包括惯例性规范。其中，对所有的契约均适用的规范又称为普通契约规范，比如，角色保全、相互性、计划的执行、同意的实现、弹性、契约性团结、连接规范：偿还，信赖和期待利益、权利之设置与限制、与社会本体的协调（超契约规范）。而计划执行规范和同意实现规范的强化即是个别性规范，角色保全规范、关系保持规范、冲突协调规范和超契约规范的强化即是关系性规范。比如，在商品交货时间的判定上尊重当事人之间的交易习惯；在劳动仲裁上考虑工业和工厂的惯例；在没有委托人的世界里，综合衡量社会、组织、当事人的多重关系，重新评估受托人的权利；在雇佣关系当中，国家、雇主、工会和雇工如何进行权力分配应作更实质性的权衡。他还就法律与习俗在现代社会团结中的作用与杜尔克姆表达了不同的观点，他认为现代社会的契约团结除社会分工以外，还包括技术、资本、社会规范、牺牲的道德和畏惧。^{[1]66-83}

综上所述，关系契约理论向我们展现了一幅开放式的契约图景，契约作为社会经济交往的基本工具已经渗透到人们生活的方方面面，是人们广泛使用的社会交往工具，许多为古典契约法理论所不认可的契约被重新找回来，其基本的区分点是承诺（古典契约法理论称为合意）是否是契约的唯一发动机制和拘束力来源。从契约规范性的角度来看，关系契约理论将社会生活中人们约定俗成的一些惯例、习俗、道德、组织规则等社会规范作为契约的调整规范，从而突破了实定法的范围，基于避免契约破裂的合作意识，有效地弥补了契约实定法的不足。由此，我们可以清楚地了解麦克尼尔在该理论中所作的两种努力：一是通过现实生活中始终活跃的广泛的契约现象有力地反驳了“契约死亡”学说，恢复了人们对契约法的信心；二是契约存在于广阔的生活空间，从原始社会到现代社会关系性契约一直发挥作用，从而有力地批判了以个别性契约为调整对象的古典实证法及其形式理性。契约一直都在，死亡的不是契约，而是服务于实证逻辑的假想的契约理论，所以有必要建构反映真实契约状况的契约理论。由此，我们可

以把关系契约的理论目标作以归纳:将古典契约法理论无法容纳或者已经排挤出去的契约现象进行统一说明,扩大契约的范围;超越实定法规范的单一作用,引入关系性规范解决契约纠纷,扩大契约调整规范的范围。

(三) 与契约效力说明理论功能的差异

我国法学界对关系契约理论的研究尚不深入,学者多将其视为契约效力说明理论,认为其是与古典契约效力说明理论并列的现代契约效力理论之一种,即将其作为现代契约效力的根据或来源。但从上述关系契约的理论目标来看,其仅是对现实生活中所发生的契约现象进行的社会学描述,扩大了契约范围和扩大了契约规范范围是一般经验观察的产物。而契约效力说明理论旨在说明契约对当事人产生拘束力的根源,各历史时期的古典契约效力说明理论都对契约实定法负责,即对以文本形式体现的合同法规范的解释负责,为契约的法律强制执行提供正当化基础。关系契约理论批判以个别性契约为表现形式的古典契约模型,从而将依据古典契约理论不视为契约的一些契约现象也作为契约对待,使得契约的含义从个别性发展为关系性,也就是说,契约还是那个契约,但从理论建构的模型回归现实生活,这样关系性契约就取代了个别性契约。同时,从契约调整规范而言,关系契约理论不对实定法负责,实定法仅仅是解决契约纠纷的一种选择,与社会规范相比甚至是次要的选择。按照麦克尼尔对关系性规范的划分,包括角色保全规范、关系保持规范、冲突协调规范和超契约规范,以惯例性社会规范为主,它没有为当事人之间的契约如何产生实定法上的拘束力进行说明,甚至是弱化了法律在契约关系中的作用。

这通过关系契约理论系谱可以有更直观的认识:个别性契约—关系性契约,对应的调整规范是个别性规范—关系性规范,而个别性契约落实到实定法层面正是目前各国的合同法律制度所调整的契约,个别性规范是目前各国的合同法规范,相应地,古典契约效力说明理论正是为个别性契约规范的法律拘束力提供正当化基础,但关系性规范,它们如何对契约当事人产生拘束力,换言之,如何像法律一样赋予契约强制执行力,这是关系契约理论本身没有解决的问题。因此,关系契约理论展现了契约的多样性和契约调整规范的多样性,但其对契约仅具有社会学意义上的描述功能,没有为契约的强制执行提供拘束力根据或正当化说明。所以,关系契约理论与契约效力说明理论不在同一理论层次,其不是契约效力说明理论,而是与古典契约实定法上的契约规范相并列的第一层次的理论,关系性规范的契约拘束力问题还需正当化说明。

[参 考 文 献]

- [1] [美]麦克尼尔 Lan R.新社会契约论[M].雷喜宁,潘勤,译.北京:中国政法大学出版社,2004.
- [2] [美]格兰特·吉尔默.契约的死亡[M]//曹士兵,姚建宗,吴魏,译.债法论文选粹.北京:中国法制出版社,2004:1-91.
- [3] [日]内田贵.契约的再生[M]//胡宝海,译.债法论文选粹.北京:中国法制出版社,2004:92-231.
- [4] 李永军.契约效力的根源及其正当化说明理论[J].比较法研究,1998(3):225-240.
- [5] 王海燕.论合同的拘束力基础[D].重庆:西南政法大学,2014.
- [6] 周相.罗马法原论[M].北京:商务印书馆,1994:396.
- [7] Reinhard Zimmermann.The Law of Obligations Roman: Foundations of the Civilian Tradition[M].Oxford: Oxford University Press,1996:89.
- [8] [法]泰格·利维.法律与资本主义的兴起[M].纪琨,译.上海:学林出版社,1996:152.
- [9] 王远胜.论合同效力正当性的理论说明[D].成都:四川省社会科学院,2007:7.
- [10] [古希腊]亚里士多德.尼各马可伦理学[M].廖申白,译.北京:商务印书馆,2003:96、99.
- [11] Gordley J R.The Philosophical Origin of Modern Contract Doctrine[J].Columbia Law Review,1991:11.
- [12] Roscoe Pound.The End of Law as Developed in Juristic Thought II: The Nineteenth Century[J].Hary.L.Rev,1917(30).
- [13] [美]亨利·马瑟.合同法与道德[M].戴孟勇,贾林娟,译.北京:中国政法大学出版社,2005:30.
- [14] 1 American Law Institute(1973).

(责任编辑:马琳)