

契约法基本制度的正当性论证

——一种以主体为基点的研究

资琳

内容提要:根据对现代契约法基本矛盾的不同立场,契约法正当性理论分为道义论和目的论两脉。这两种理论都不能合理论证被普遍认同的契约法基本制度。其根本原因在于,两者的理论根基都是单一主体:前者是单一的抽象化原子论的主体,后者以单一的情境化交互性主体为基础。以具有双重属性的主体——罗尔斯理论中的道德主体——作为基点,可以推导出衡量契约制度正当与否的两个契约法正义原则,这些正义原则能够给契约法基本制度提供充分的正当性论证。

关键词:契约法基本制度 正当性论证 主体

资琳,中南财经政法大学法学院讲师,法学博士。

合意制度、缔约过失制度和显失公平制度是当代世界各国契约法普遍认同的三项基本制度,它们构架了现代契约法的整体,体现了现代契约法的独有特点。不过,合意制度体现的是古典契约法中的契约自由思想,显失公平制度侧重对契约结果公平的寻求,而缔约过失制度的正当性依据则在于受诺人对允诺人所产生的信赖。因而,这三项制度在契约中的自由行为本身和这种自由行为所导致的结果之间就可能产生紧张关系,因为契约结果上的公平和受诺人的信赖,都可以看做是允诺人的自由意志行为所导致的某种结果。因此,若要把这三项制度建构为一个和谐、一贯的整体,并且给这些制度提供正当性论证,就必须解决这样一个基本问题:衡量契约制度正当与否的标准究竟是古典契约法中所遵奉的意志自由行为本身,还是自由意志行为所导致的结果?围绕着这个问题,契约法正当性理论可以分为道义论和目的论两脉。^[1]这两种理论尽管都基本接受了上述三项制度,但是它们却无法完全解释这些制度。这个结论在理论上自然会转换成如下问题:是什么原因使得这些理论都不能完全解释契约法的基本制度?在这些理论背后是不是存在一个共同的缺陷?是否有可能

[1] 在笔者的阅读范围内,这种分类方式可以见诸于下列文献中:Michael J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge: Harvard University Press, 1993; Jody's Kraus, "Philosophy of Contract Law", in Jules Coleman and Scott Shapiro (eds.), *Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002; Peter Benson, "The Idea of a Public Basis of Justification for Contract", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 33 (1995)。

发展出一种能够完全解释契约法基本制度的理论?

一 契约法正当性理论的主体基础

(一) 道义论和目的论契约法理论的主体分歧

契约法中道义论和目的论理论的分野,源于伦理学上“正当”和“善”之间的争论,即判断行为或制度正当与否的标准是行为本身所固有的特性,还是这种行为所导致的结果能够促进某种“善”。道义论者认为判断行为正当与否的标准是行为本身所固有的特性,这种标准是独立于善的。现代道义论主要表现为道义论自由主义,以此为基础的契约法理论则为自治理论,主张契约的正当性就在于契约是人的自由意志的体现。正如特里比尔科克(Trebilcock)所言,对自治理论家而言,“自治本身就是一种‘善’,自愿的选择之所以应该被尊重,是因为这些选择是自我控制或者自我决定这种权利的合法运作,而不管外在的观察者会如何评价这些选择的个人或社会价值。个人有权追求他们自己认同的善,这种追求不应受到他人干涉或者被他人强加上其他的善。但是,至少他人的利益不要被个人的与此相关的行为或选择所危害或伤害。”〔2〕

目的论则主张,判断行为或制度正当与否的标准在于该行为或制度是否促进了某种善或者所带来的善是否大于恶。现代社会的目的论理论主要包括功利主义和共同体主义。功利主义以大多数人的最大幸福或快乐作为评价一切事物正当与否的标准。共同体主义把美德和共同体的公共善作为评价行为正当性的标准。契约法中的目的论认为,契约之所以有效,不是因为它是人的自由意志的体现,而是因为它能够促进某种“善”的实现,例如财富的增长、平等的实现。根据所要促进的“善”的不同,这一类契约法理论可以分为财富最大化理论、信赖利益理论和分配正义理论。财富最大化理论是功利主义在契约法理论中的体现,“对于功利主义者而言,一个人通过契约而获得的处理自己财产的权利若要在道德上获得许可,仅仅在于这种行为的结果是‘善’的。因此功利主义者认为,契约的正义是一种外部事物,这种外部事物根据一种非独立性的正当标准而变化。”〔3〕信赖利益理论和分配正义理论可以说是共同体主义在契约法理论中的反映。共同体主义的代表人物桑德尔主张,公平的安排作为一种共同的善,也应该是契约所追求的,这是契约的相互性理想所要求的。〔4〕这种公平的安排则可以表现为对信赖利益的保护和对分配正义的执行。

尽管道义论和目的论争论的焦点是正当与善的关系,但实际上他们分歧的根基在于两种理论的主体基础不同。道义论自由主义延续着康德的超验主体的传统,将主体假定作为一种完全抽象化的主体,这种主体独立于各种特定的欲望和善,只具有理性的“自由意志”,是完全不同、互不相关、自我被预先设定了的原子论式的个人。所以,道义论的契约法理论主张,正当的契约制度就应该让每个人都可以自由交换以实现自己的善,而无论交换结果如何。

目的论者则将共同体中的个人视为具有相似属性、相互关涉的个人,这是一种交互性具体情境化的主体。由于人是相互关涉、具有相似属性的,所以他们就具有共同的善或共同的

〔2〕 Michael J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, pp. 8-9.

〔3〕 参见 Michel Rosenfeld, “Contract and Justice: the Relation between Classical Contract Law and Social Contract Theory”, *Iowa Law Review*, Vol. 70 (May, 1985), p. 799.

〔4〕 参见[美]桑德尔:《自由主义与正义的局限》,译林出版社2001年版,第128-133页。

目的,因而目的论契约法理论认为正当的契约制度应该促进财富、公平、诚信等共同的善的实现。

(二) 罗尔斯理论中的人:双重自我的统一

道义论契约法理论和目的论契约法理论在解决现代契约法的基本矛盾时,都有着各自的缺陷,^[5]因此不少学者试图融合两种理论。但是这些多元论都没有就两种理论背后所隐含的主体作出细致的分析,从而也不可能为自己的多元论提供一个作为契约法正当性基础的主体概念。罗尔斯理论中的道德主体由于具有了道义论和目的论的双重属性,从而可能为建构一种新的契约法正当性理论提供主体基础。

在《道德理论中的康德式建构主义》一文中,罗尔斯明确区分了两个层面的自我:一个是政治或公共层面的自我,另一个是非政治或私下层面的自我。私下层面的自我可以诉诸于无知之幕后本来用来排除的那些因素,来认定“我之所以为我”的本质。原初状态中的道德主体则是以政治层面的自我这种身份出现的。^[6]他还指出,即使私下认同的自我完全变了,政治层面上的自我仍然丝毫未变——我仍然具有以前所拥有的政治权利与义务。^[7]

在这里,政治层面的自我正是典型的道义论传统中的自我,是排除了各种欲望、偏见和权力的抽象的自我,是与罗尔斯所说的自我具有正义感的道德能力相联系的;而私下的自我则是一种具体情境中的自我,是由各种欲望、偏见等因素所决定的,是与罗尔斯所说的追求善的观念的自我相联系的。

在罗尔斯看来,这两种自我共同构成了自由民主社会中自由平等的公民的属性。在这两重自我之间建立起本质性联系的,是具有自决能力的个人这样一个人格概念。^[8]其中,个人自决的最高价值可以理解为在现代民主自由社会中,某种具体的生活方式或者善的观念的先存条件。据此,个人自决能力的实现就隐含着那些特定的生活方式和善的观念,并且把这些生活方式和善的观念一般化了。个人如果要在自己的私人领域中实现自己特定的生活方式,就要依赖于个人自决这个前提条件,而个人自决又是被公共领域和作为公民的个人所共同蕴含的;这种主体也知道,个人自决作为一种抽象价值,要依赖于对各种不同的特定生活方式和价值的保护和确认,而这些生活方式和价值又体现了个人自决的理想。因此,个人自决这种理想给罗尔斯理论中双重属性的自我提供了统一的基础,同时又仍然坚持了罗尔斯所坚持的道义论的特质。

(三) 罗尔斯理论中的人在契约法中的体现

在罗尔斯的理论中,道德主体最终通过具有自决能力的人格将不同阶段的主体性质一起来,这种自决能力的人格在不同阶段中得以实现。将这种主体应用于契约法中,同样也存在一个贯彻始终的内在自我与自我在不同情境中的体现。在契约法中,发挥统率作用的仍然是抽象的绝对自我,亦即道义论中的主体属性。契约主体在交换情境中体现着抽象

[5] 具体的缺陷见下文对显失公平制度和缔约过失制度的论述。

[6] 参见 John Rawls, "Kantian Constructivism in Moral Theory", *The Journal of Philosophy*, Vol. 77, No. 9 (1980), pp. 544 - 545.

[7] 参见 John Rawls, "Justice as Fairness: Political Not Metaphysical", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 14, No. 3 (1985), pp. 241 - 242.

[8] 参见 Gerald Doppet, "Is Rawls's Kantian Liberalism Coherent and Defensible?" *Ethics*, Vol. 9, No. 4 (1989), pp. 815 - 851.

自我的绝对的自由意志。需要注意的是,这种绝对的自由意志并不是那种随意的、在特定情境中任意而为的自由意志,而是自己所认同的一种善的生活这个层面上的抽象的自由意志。

契约主体的抽象绝对性意味着契约主体都拥有抽象的同等选择自由,这就要求契约必须形成双方的共同意志。这个共同意志的形成依赖于等价交换,因为等同的价值就是双方共同意志的外在体现。^[9]但是,等价交换并不要求交换的物品最终拥有同等的价格,它只是要确保契约主体处于一种平等交换的环境中,契约主体只有在平等的条件下,才能充分表达自己的意志,从而形成共同意志。正如彼得·本森(Peter Benson)所言:“等价要件不考虑当事人的特殊目的、利益和优势,只是确保当事人具有接受与他们给出的东西等价的东西的能力。”^[10]

尽管市场价格可以成为衡量交换是否等价的客观标准,但抽象意志对外在事物的认同在不同情形下可能会有所区别,因而衡量交换的物品之间是否具有等同的价值,不仅需要参考市场价格,还要考虑意志体现的外在环境。另外,什么样的外在选择才能够被看做真正的抽象绝对意志的体现,而不是受特定情境影响的随意的自由,同样也需要结合外在特定的环境予以考虑。这样就把共同意志和外在情境联系在一起,从而使个人的抽象绝对性与具体情境性联系起来。

但是,并非所有的外在环境都能够使抽象意志得到平等、完全的体现,在“愚”和“弱”的片断中,抽象意志的外在体现就异化了。^[11]“愚”的片断主要指契约主体缺少理性的思考,或者因为判断错误,做出了与自己绝对抽象的自由意志不符的选择,例如契约中的错误。对于“愚”的选择,现代契约法一般允许表意人予以撤销。笔者认为,这并非承认主体的“非理性、愚”的性质为自我的实质,而恰恰是表明这些“愚”的性质只不过是一种偶然的外部事物,所以给予契约主体撤销的权利,让他回归到真正理性、抽象的自我。

另外,如果双方的交易能力严重不均衡,例如消费者与生产者、劳动者与雇佣者、专家与一般人,^[12]那么就意味着弱的一方在这种具体情境下并不具备充分实现自己抽象意志的能力。此时,如果处于弱的一方在交易中获得的价值远远低于其转让的价值,这种契约是可以被撤销的。这种对“弱”和“强”的区别对待不是否认了契约主体的抽象平等,而是为了使得契约双方都真正具备进行平等交换的条件,具备实现抽象自我的条件。

通过将同一的抽象意志与这些意志的外在表现环境统一,契约法主体的双重性——绝对抽象性与具体情景性统一起来。所谓的“弱而愚”的主体属性,并不是契约法主体的内在因素,而只是主体的某个片断或者某种外部环境和因素。由于这些片断不是合同主体的内在体现,所以允许契约主体对这些片断中所进行的“随意”(而不是表达了自己所向往的善的生活)的选择予以撤销。

[9] 文中对契约等价交换的理解,受到 Peter Benson 论述的启发,其对相关观点的具体阐述,参见 Peter Benson, “Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory”, *Cardozo Law Review*, Vol. 10 (1989), pp. 1192 - 1194.

[10] 彼得·本森:《合同法的统一》,载[加]彼得·本森主编:《合同法理论》,易继明译,北京大学出版社 2004 年版,第 213 页。

[11] 对于“弱”和“愚”的概括及其具体论述来自于[日]星野英一:《私法中的人》,王闯译,载梁慧星主编:《为权利而斗争》,中国法制出版社 2000 年版,第 368 - 369 页。

[12] 这种二元分类模式的形成和具体内涵的相关论述,参见谢鸿飞:《现代民法中的人》,载《北大法律评论》第 3 卷第 2 辑,法律出版社 2001 年版,第 132 - 134 页。

二 契约法的正当性判准:契约法正义原则

罗尔斯曾在国家正义与局部正义之间作了区分,并且认为前者适用于基本结构,而后者适用于联合体内。他认为,国家正义限制了局部正义原则,但是并不能独自确定局部正义原则;局部正义的问题,要求独立思考自己的特点和本性。^[13] 同样,契约法的正义原则既要符合罗尔斯正义原则的背景要求,同时又会具有契约法的独特性。

(一) 契约自由中的基本自由

罗尔斯的第一个正义原则所蕴含的基本自由包括个人财产自由和个人自由。^[14] 个人自由中蕴含的契约自由是自由选择自己生活计划的权利,而个人财产自由在契约法中则表现为自由转让自己财产的权利。这两项契约自由因此都属于基本自由,从而具有优先性。

根据罗尔斯的正义原则,契约法中的这两项基本自由也应该是充分平等的基本自由。^[15] 这意味着,首先这两项基本自由并不是最大化的,而只是充分的,也就是说两项基本自由的优先性在于它们的充分实现,而不在于获得最大化的自由,因此这两项自由都不能无限制地扩充。例如,一旦能够充分实现自己转让财产的自由,就不能再滥用这项自由。其次,这两项基本自由是平等的。这意味着所有人都拥有平等选择自己生活计划的自由和转让自己财产的自由,个人充分的基本自由不能损害到他人同等的自由,因而基本自由是在相互尊重的基础上实现的。这两项平等的基本自由其实就赋予了契约主体抽象同一的选择能力。这种选择能力首先是以自由选择自己生活计划——亦即自由追求自己所认同的善的生活——为前提的,而转让财产的基本自由则是以自由追求“自己所认同的善的生活”为目标。

(二) 第二个正义原则对契约法的要求

罗尔斯是这样表述他的第二个正义原则的:社会和经济的不平等要满足两个条件:第一,它们必须使各种职业和职位在机会均等的条件下对所有人开放;第二,它们必须最有利于最不利的社会成员。^[16] 第一项经常被表述为公平的机会平等原则,第二项则被表述为差别原则。公平的机会平等原则对差别原则具有优先性,即不得为使处境最不利的成员得到最大利益而限制或阻碍某些人或团体公平参与职位或地位的竞争。^[17]

1. 公平的机会平等原则对契约法的要求

关于公平的机会平等原则的确切含义,罗尔斯并没有详细论述,但是对于契约法而言,这一点则是明显的:“职业向有才能的人开放”意味着不允许在雇佣契约中基于种族或性别这样的因素而给予区别对待。也许会有人认为,对性别或种族的理解也可以看做是一种才能,例如认为男性意味着身体强壮,所以在雇佣挑夫时只招聘男性。但是并不是所有的性别等不同因素都意味着才能的区分,有的仅仅只是身份的不同;雇主们可以根据不同才能区别

[13] [美]罗尔斯:《作为公平的正义:正义新论》,姚大志译,上海三联书店2002年版,第18-19页。

[14] [美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第57页。

[15] [美]罗尔斯:《政治自由主义》,译林出版社2000年版,第309页。

[16] 同上书,第309页。

[17] 参见张福建:《罗尔斯的差别原则及其容许不平等的可能程度》,载戴华、郑晓时主编:《正义及其相关问题》,台湾中央研究院中山人文社会科学研究所专书,1991年,第283页。

对待,但是不能根据不同身份区别对待。对于契约法而言,就会禁止那些试图根据非才能因素招聘的契约。例如,如果漂亮是与时装模特相关的才能,那么就会允许根据漂亮与否聘用时装模特的契约。但是,漂亮则可能与雇佣医师没有相关性,在聘用医师时若根据漂亮区别对待,则是受到禁止的。对罗尔斯而言,哪些因素与才能的要求有关,哪些无关,这些观念是被大家广泛认同的客观存在。^[18]

就契约法而言,与公平的机会平等原则相关的契约选择,不仅仅限于雇佣契约,还扩展至买卖契约。同样,在买卖契约中,机会也只向与这项交易相关的才能开放,例如对方的信誉或资产状况,而不能根据与交易无关的种族或性别等因素而区别对待。例如,不能规定某种营业场所某地人不能入内等。当然,哪些才能与特定交易相关,依然是一个客观性的标准,而且即使是同一项特征,在不同交易中的地位也是不一样的。例如,在出售苹果时,山东烟台人可能是与此项交易相关的才能,因为烟台的苹果质量好,买方可以根据这点而优先购买。但是在服装交易时,山东烟台人则可能不再成为与这项交易相关的才能。

2. 差别原则对契约法的要求

罗尔斯认为,公平的机会平等原则对差别原则具有优先性,在契约法中主要表现为,差别原则的实现首先要满足“机会平等地向所有人开放”。但是这种保证措施并不能够保证经济利益分配中的不平等会最有利于处于最不利地位的人,因而需要把差别原则作为对公平的机会平等原则的补充。对契约法而言,差别原则可能会禁止一些不被公平的机会平等原则所禁止的契约选择。例如,为了保证地位最不利者的经济利益,差别原则设立了最低工资要求;如果雇主以低于最低工资要求的薪水雇佣一名售货员,这样的契约就是不公平的,也就是被禁止的。

这是作为背景的差别原则可能对契约产生的影响,但是这种差别原则还不能仅仅作为契约法的正义原则,因为它适用于所有社会制度。就契约法的正义原则而言,因为沿用了罗尔斯理论中人的概念,所以也会得出类似于差别原则的契约法的差别原则:契约的签订,如果有社会和经济上的不平等,则这种不平等应该最有利于处于最不利地位的人。可见,差别原则在契约法中的适用,恰恰是对“弱”的片断的一种应对。

至于衡量地位最不利的标准,罗尔斯阐述了三个。他论述道:“处于最不利地位者大约被界定为在下列三种主要的因素中都是最不利的。这群人包括那些在他出身的家庭与阶级比别人处于较不利地位的人,他们的才能不如别人,他们的运气也相对地比别人差些,所有这些都是根据社会基本有用物品的相关因素来计算的。”^[19]罗尔斯所说的这三种不利因素是针对整个社会制度的安排而言的。具体到契约法的差别原则,不利地位则是指市场交易中的劣势,笔者认为包括经济实力弱小、信息不灵通、经验不足等会影响到契约签订的不利因素。这些不利因素的确定主要根据与契约签订相关的基本有用物品来衡量。

(三) 契约法正义原则的表述

综上所述,笔者将契约法的正义原则归纳如下:

[18] 笔者之所以认为罗尔斯应该采取客观性的标准,是因为罗尔斯在确定原初状态时使用的是“反思平衡”方法,这意味着在某种程度上,罗尔斯认同客观存在的正义直觉。而且,罗尔斯认为,应该把某些被公认为正当或不正当的判断当作客观事实确定下来,不需要再进行正当性论证,例如奴役是不正当的这个判断。参见[美]罗尔斯:《政治自由主义》,第128-133页。

[19] 参见 John Rawls, A Kantian Conception of Equality, *Cambridge Review* (1975), p. 96, 转引自石元康:《罗尔斯》,广西师范大学出版社2004年版,第62页。

首先,每一个人都具有平等的权利,享有充分的平等转让自己财产的自由和选择自己生活计划的自由,而且所享有的自由与其他每个人所享有的同样的自由相容。其次,契约的签订,如有社会和经济上的不平等,则这种不平等必须满足下列两项条件:(1)各项职位、地位及交易机会必须在公平的机会平等下,对所有人开放。(2)最有利于处于最不利地位的人。

在适用的先后次序上,第一个原则优先于第二个原则,即不得以改善社会及经济的不平等为由,侵害第一个原则中的充分的平等自由。但是由于这些基本自由并不是最大化的,所以契约自由一旦超出充分的程度,即使是基本自由,也可以受到第二个原则的限制。第二个原则的第一项优先于第二项,即在满足所有人的基本生存需求的条件及“合理有利的条件”下,不能以最有利于地位最不利者为由,侵害其他人的公平竞争机会。笔者把契约法第二个正义原则的第一项和第二项分别称为契约法的公平的机会平等原则和契约法的差别原则。

罗尔斯在论述他的两个正义原则时指出,这两个正义原则是作为背景正义而存在的,这意味着所有的社会制度都要在两个正义原则所构造的背景制度中进行设置,而不能与两个正义原则相违背。同时背景正义的作用也意味着,两个正义原则是一种纯粹程序性的适用,并不是衡量具体结果正当与否的标准。这种背景性不仅体现在正义原则对具体的行为和结果的关系上,也体现在正义原则之间。首先,第一个基本的平等自由原则与第二个原则中的公平的机会平等原则都是差别原则适用的背景,即差别原则要在满足基本的平等自由和公平的机会平等的基础上才能适用。其次,虽然差别原则是一项分配原则,但罗尔斯并不是在结果意义上谈这项原则;尽管罗尔斯承认对于程序正义的认定某种程度上依赖于实质正义,但他依然坚持分配原则是一种纯粹的程序正义。也就是说,分配原则只是确定制度正当与否的限制性条件,并不涉及实行这项制度后所导致的结果正当与否的衡量。^[20]

罗尔斯对他的两个正义原则优先性的论述同样也适用于契约法的正义原则。这意味着,对于契约法的具体规则以及具体的契约交换而言,契约法的正义原则也仅仅是背景性的原则,这些正义原则并不构成所有契约制度,而仅仅是检验契约制度正当与否的标准。而由于两个正义原则也是纯粹程序性的适用,所以在判断契约制度是否符合正义原则时,则类似于哈耶克谈及的否定性正义的标准,即只要具体制度不违背这些正义原则,就是正当的。

三 契约法正义原则对契约法基本制度的正当性论证

由于契约法正义原则是衡量契约制度正当与否的标准,所以对契约法基本制度与契约法正义原则的关系的论述,既可以看做是对契约法基本制度的解释,也可以看做是对契约法基本制度进行正当化论证的过程。^[21]

(一) 平等的基本自由与合意制度

在现代两大法系的契约制度中,一般都采取合意论的契约概念,^[22]合意表现出契约主

[20] [美]罗尔斯:《作为公平的正义:正义新论》,第81页。

[21] 关于契约理论的规范性功能和解释性功能的论述,参见 Jody's. Kraus, "Philosophy of Contract Law", pp. 694 - 697。笔者认同他对契约理论的规范性功能和解释性功能所作的论述,即任何一个契约法理论都不可避免地既要实现规范性功能又要实现解释性功能,只不过侧重点不同。

[22] 关于这个论点的论述,请参见[英]阿狄亚:《合同法导论》,赵旭东等译,法律出版社2002年版,第53页;傅静坤:《论美国契约理论的历史发展》,《外国法译评》1995年第1期;徐涤宇:《合同概念的历史变迁及其解释》,《法学研究》2004年第2期。

体双方的意思自由和一致。各国一般也将要约承诺看做契约缔结的必要条件,把意思表示真实看做契约生效的实质要件。这两个方面的要件结合在一起,恰恰体现出契约法第一个正义原则——每一个人都拥有平等充分地转让自己财产的基本自由。这一原则包含两方面的含义。

首先,契约主体享有充分转让自己财产的自由,这是合意制度中意思表示自由的正当性基础。这种自由具有两方面的含义:一是作为抵制国家公权力侵犯的自由,它意味着国家不能够以任何公共理由侵犯当事人的充分转让自己财产的自由。因此,契约一经当事人签订就有效。二是当事人的意志表示不能有瑕疵。例如,因为误解而进行的意思表示是不自由的,这样的交易是可以撤销的。但是,由于国家不能以任何公共理由干涉当事人充分的契约自由,所以国家不主动调查契约中的意思表示是否真实自愿,只是被动接受当事人的申请。

其次,契约主体所享有的财产自由是平等和相容的。这在合意制度中也体现在两个方面:一是要约承诺制度。契约的缔结必须经过要约承诺,这就意味着单方的意思表示并不构成契约。因此,仅仅是一方的允诺并不足以确定对方的权利义务,即使纯粹是赋予对方利益也不行,例如赠与契约就不能通过单方意思表示而构成。二是一方行使自己的自由不得损害他人平等转让财产的自由。这个禁止性规定要求无论出于什么目的,一方当事人都不能采取胁迫、欺诈或其他不利影响等方式,让对方当事人作出意思表示,因为这种行为侵犯了对方当事人平等转让财产的自由。同时,双方当事人之间即使没有胁迫等行为,其形成的合意也不能损害第三方平等转让财产的自由。对第三方的规定实际上是对合意制度的一个限制。

平等的基本自由主要在于保证契约当事人抽象的、同等的选择能力,而不管选择的具体内容是什么。在这里,每个人都成为抽象情境中的主体,这样的主体无论是出于什么目的进行选择,也无论选择的结果是什么,都被看做是自由的。所以,合意制度不会把当事人的目的和动机作为衡量交易是否具有拘束力的标准,也不会把双方选择的结果作为契约正当与否的标准。这样的制度设置,设定的是一个绝对抽象化的、传统道义论理论中的主体。但是我们不能忽视这种设置的另一个关键之处,那就是即使是基本自由也不是完全不受限制的。第一个正义原则满足的只是充分的契约自由,而不是毫无限制的契约自由,所以这种充分而非最大化的契约自由,就给具有目的论性质的显失公平制度留下了空间。

(二) 契约法正义原则对显失公平制度的正当性论证

尽管显失公平制度得到了各国的广泛认同,但是仍然没有统一的理论来解释显失公平制度。道义论和目的论契约法理论的分歧,在解释显失公平制度时体现得尤为明显,而且两种理论都没有就此提供令人信服的一贯的解释。正如学者所言:“关于契约法的理论基础,有很多争论,几乎没有达成任何一致意见。对于每一个试图解释契约为什么具有强制力的理论而言,显失公平似乎(在性质上是充分的)都是一个例外、类比或者限制:强制力的标准明显符合了,但是契约却没有拘束力。”^[23]

解释显失公平制度的理论尽管存在争议,但是认同显失公平制度的国家都信奉以下两点:首先,显失公平的证明,不仅要有结果上权利义务的重大失衡,还要具备程序上的某种不公平,但是这种程序上的不公平并不要求必定会导致当事人意思表示不自由、不真实。其

[23] S. M. Waddams, “Unconscionable Contracts: Competing Perspectives”, *Saskatchewan Law Review*, Vol. 62 (1999), p. 2.

次,显失公平的契约不是自始无效,只是受到不公正待遇的一方可以请求撤销这种契约。这种意义上的显失公平制度恰好是上文所述的契约法正义原则的一个最好的注解。

上文已经论述过,契约法的正义原则中的第一个原则对第二个原则具有优先性,第二个原则中的第一项又对第二项具有优先性。这两个原则结合在一起,就能够赋予显失公平制度合理的解释。首先,契约法中的差别原则是判断是否构成显失公平的关键。如前述,各国的立法和司法实践都认为,显失公平的构成包括结果上的巨大失衡和程序上的某种不公平因素。程序上的不公平因素可以表述为有利的一方当事人利用了其优势地位,例如利用对方的无知、无经验,或者利用自己的垄断地位签订格式契约等。如果没有任何这些利用优势的情形,那么即使结果不公平,也不可能构成显失公平。显而易见,对显失公平的这种适用很好地诠释了契约法中的差别原则,即契约的签订如存在社会和经济的不平等,则必须最有利于处于最不利地位的人。

其次,平等的基本自由原则对显失公平的判定提供了一些限制因素。仅仅根据契约法的差别原则,尚不能完全解释显失公平制度,因为即使是处于不利地位者的权益遭受严重不利,若该人系自愿,也不构成显失公平。这其实就是契约法的第一个正义原则,亦即平等的基本自由原则的优先性的体现。这种体现表现为两个方面:第一,捐助行为和自愿承担风险的行为不构成显失公平;第二,显失公平的契约只是可撤销的,而不是自始无效的。

其实,显失公平制度在根本上是契约法主体双重属性的体现。就显失公平制度程序性的不公平以及效力的可撤销性这些特征而言,蕴含着一个具有抽象平等的选择能力的主体;但是就该制度考虑结果上的权利义务不平衡性而言,又体现了一个具有分配性的交互性主体。上文所述的两个契约法正义原则中,道义论主体和目的论主体性质协调地统一在一起,并且构成了价值序列,所以能够比较合理地解释显失公平制度,也能对具体什么样的契约构成显失公平提供比较精确的判准。

(三) 缔约过失制度的正当性论证:契约法正义原则的否定性适用

显失公平制度对合意制度适用范围进行了限制,这意味着并非所有表面上达成合意的契约都具有拘束力。而缔约过失制度,则是对合意制度适用范围的扩展,它将契约责任扩展到了合意形成前的阶段。这两项制度都构成现代契约法区别于古典契约法的典型特征,也可以说体现了目的论主体的性质。如果说显失公平制度更多的是从分配性、具体情景化这方面体现目的论主体的性质,那么缔约过失制度则是更多的从交互性这方面体现。

然而,缔约过失制度的正当性基础并不完全是交互性的主体性质,而是具有双重属性的主体基础,因而以单一主体为基础的信赖利益理论和道义论自由主义在解释缔约过失制度时也都遇到了难题。契约法理论中纯粹的信赖利益理论将契约的正当性根据完全置于对方当事人的信赖上,但这不能解释为什么有些契约即使对方当事人并未产生信赖,也具有拘束力。道义论自由主义者则试图将缔约过失制度的正当性解释为允诺后禁止反言,从而依然将契约的拘束力立足于当事人的自由意志。但这样的论证不能解释为什么有些自由允诺不具有拘束力。相反,在双重属性主体基础上建构的契约法正义原则,能够给缔约过失制度提供一贯的正当性论证和解释,这主要是通过对契约法正义原则的否定性适用而达致的。

首先,缔约过失制度并没有违反契约法的第一个正义原则,即没有损害平等充分的基本自由。根据契约法的第一个正义原则,每个人都具有处理自己财产的基本自由。这里深层

次的含义则是,每个人可以追求自己认为善的生活,每个人都没有义务去帮助他人实现善。但是,在产生了信赖损失的情形下则要另当别论。例如,A 是一家大公司,为了排斥竞争对手,它向 B 发出种种暗示,要用很优惠的条件与 B 合作,并让 B 把其他合作对象推掉。B 相信了 A 的暗示,立即将原本协商的合作对象 C 拒绝。之后,A 却不与 B 合作,以至于 B 找不到合适的合作对象,因而遭受了巨大的经济损失。在这种情况下,不能因为 A 有自己决定是否和 B 合作的自由,而对抗 B 的权利,因为 A 先暗示 B、而后又拒绝 B 的行为,已经超出了充分行使自己基本自由的范围。因此,让 A 赔偿 B 的信赖利益损失,并不构成对 A 的充分的基本自由的损害,反而是对 B 的同等的自由自由的尊重。

其次,在上文中,让 A 赔偿 B 的信赖利益损失,即使在经济安排上对于 A 而言可能是不平等的,但是这种不平等的安排也没有违背第二个正义原则,即没有损害公平的机会平等原则和差别原则。原因有以下两点:第一,A 的行为实际上已经构成了不正当竞争,他这种行为不仅损害了 B 更多的平等机会,而且也让 C 缺少了公平竞争机会。让 A 赔偿 B 的信赖利益损失,可以减少这类行为的发生,从而可能有利于公平的机会平等。第二,一般而言,信赖利益受损者相对而言都是不利地位的一方。在现实生活中,缺少信息或缺乏竞争实力的一方更容易迫不及待地不等契约签订就做出某种行为,以真诚获得对方的信任。这样,缔约过失制度的确定就有利于这些处于不利地位的人。因而总体而言,这种设置使得契约更有可能最有利于处于最不利地位的人。

[**Abstract**] According to different viewpoints on the basic contradictions of modern contract law, theories relating to the justification for contract law can be divided into two lines: the deontology view and the teleology view. Neither of them can expound rationally the basic contract institutions universally accepted, because theoretically, both of them are based on a subject of single attribute. The former is based on the unencumbered self, and the latter based on the intersubjective self. The author has deduced two principles of justice for contract law from the moral subject established in Rawls' theory of double attributes to determine whether a contract institution is proper or not. These principles can provide the basic institution of the modern contract law with adequate justifications.

(责任编辑:廖 凡)