

《二十世纪契约法》

图书基本信息

书名：《二十世纪契约法》

13位ISBN编号：9787503620607

10位ISBN编号：7503620609

出版时间：1998-9

出版社：法律出版社

作者：傅静坤

页数：273

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介以及在线试读，请支持正版图书。

更多资源请访问：www.tushu000.com

《二十世纪契约法》

内容概要

《二十世纪契约法》内容简介：七十年代中期，一位法学家在目睹了近代契约法的支柱——契约自由原则在本世纪屡受限制的状况并对对价原理进行批判时曾惊呼：契约将要死亡了。然而，过了二十年，契约并没有死亡，而是继续活跃的社会生活的各个领域当中。《二十世纪契约法》就是从此处展开，系统地论述了契约法在二十世纪的演变。

全书共分七章。第一章是导论。在导论中，作者指出，作为现代契约法基础的古典契约理论是在十九世纪时以大陆各国民法典的编纂为契机而形成的。第二章至第七章，作者分别就二十世纪契约法在规范和哲学基础上的重大发展进行了论述，并对我国合同法的现状进行了探讨。首先，二十世纪以来，诚实信用义务和缔约过失责任以各种形式在许多国家得到的确认，当事人的契约责任得到了初步的加重，从而使上一世纪不可动摇的绝对的契约自由原则遭到了第一次打击；其次，作为形式上的对等交换关系的体现的对价学说遭到了越来越多的攻击，允诺后不得翻供原则遂在英美法中成为维持契约公正性的主要工作。最后，二十世纪契约法的这些更始在我国的契约立法和契约理论中也得到了相当的反映，但我国的契约法仍体现出其特有的性质。

《二十世纪契约法》

精彩短评

- 1、19世纪以来的契约法哲学家们你们各种瞎折腾瞎折腾瞎折腾瞎折腾...
- 2、经典合同法研究著作，本科论文参考
- 3、吹捧卢埃林的法律现实主义使本书打了折扣；本书过大的题目更打了一个折扣。不过考虑到是在99年统一合同法颁布之前写作的，而且确实是在世界债法现代化之前的过渡期，那么理论上的混乱也就可以忍受

1、【过渡时期的过激视角】本书的题目做得很大——“二十世纪契约法”——而详读内容，便知其是把二十世纪契约法中的几个理论性问题挑出来作重点论述，最后从契约法的“哲学”的高度再作终极检视。本书的论述不是单线程式的，而是围绕诸种理论问题展开的，那么在题目上可以作一下收缩。当然，本书提及的诸种契约法上的理论问题，在契约法上都是具有相当价值的，到今天也仍然值得继续研究。书中提及的诚实信用原则，缔约过失责任，对不公平条款的行政、自律与立法上的限制，突破合同的相对性等问题，有的在本书出版（97年）后的99年统一合同法立法时得到了系统完善，而且扭转了书中的一些理论视角。比如缔约过失责任被立法承认了（《合同法》第42条），但是它是否成为“导致现代契约理论中所谓契约责任扩大化的发展的核心动力”（第26页）了呢？显然不是的。本书所汲汲渴求的突破古典契约法之封闭性、迎接现代化的开放的契约法的理想，虽然方向上是正确的，但技术上最终被证实是采取了很不同的视角和方法——即从合同的给付，转移到合同关系的从缔约到履约后的全过程，所以02年德国债法现代化修法时，诚信原则作为重塑契约法的基本动力，从第242条转移到了第241条。从修法的结果看，其对法律关系范畴本身的颠覆性理解，实际上使得契约关系本身更易于被理解为“关系”。本书当然也引用了麦克内尔和我妻荣、田内贵等所称的“关系契约法”理论，但论述是浮光掠影的，而且未能深入，或者说，联想（因为当时毕竟没有实证的法律条文材料）到诚信原则对法律关系/契约关系本身构造的重构，而片面地把诚信原则的重塑力聚焦在了的缔约责任之上。契约条款是契约中最活跃的因素。（第100页）从对“默示条款”的事实上的目的性推证、法律上的强制性规定、习惯上的合理性证成，再到从行政、自律和法律三种手段对不公正条款的限制，本书从两个方面描述了近代那种古典的“契约自由”、“意思自治”遭到限制的情况。而且本书尤将笔墨着落在对不公平条款的专门性立法的限制之上，认为这成为“法的公正的直接要求和体现”，（第136页）从后来的立法来看，这里论述的精神和方向是切题的。无论是后来的《合同法》及其司法解释，还是《保险法》，以及前段时间颁布的跨多个部门法的针对消费者权益保护的司法解释，无不展现了立法/司法工作上对格式条款的严格而有区分的规制。（之所以说有区分，乃因一般合同与保险合同的规制便是不同的）本文嗣后提及的“格式之争”，当年确实是理论性很强的问题，但本书作者在对这一点上体现了较好的理论洞察力，发现从“区分要约和承诺在时间上的先后来解决它”是“错误的”，并且根据美国《统一商法典》2—207B的立法成果，指出应不再纠缠于谁先谁后，而是应恪守法律之于格式之争的中立地位，从法律本身的要求出发，结合当事人协议与默示条款、商业惯例等，共同确定合同条款的全部法律渊源，从而实现法律适用的公正。（第152页）从我国99年《合同法》的规定来看，确实依循了《统一商法典》的精神（第30条，第31条），而且丰富了合同解释的方法（第125条），承认并合理限缩了对商业惯例（《合同法》上称“交易习惯”）的适用规则（《合同法解释（二）》第7条）。而本书对突破合同相对性的种种立法与理论发展的论述——在笔者看来是全书最有价值的论述——时至今日仍然具有启发意义。尤其是其中对系列合同的诸种类型化阐述，具体而务实，恰当地点出了为什么为第三人利益合同中的第三人的权益是如此需要保护。不过从后来的立法中我们也知道，我国《合同法》没有正面规定为第三人利益合同中第三人的法律地位；而从《合同法》第121条以及《合同法解释（二）》第16条的规定来看，我国《合同法》在合同相对性的问题上保守而固执。《保险法》中对责任保险中第三人的求偿权利的规定也有不清不白之嫌，说到底也是对其第三人的法律地位问题本身不甚明确。最近民商法学界就此（突破合同相对性）之呼声还是相当炽烈，这个问题即算从本书出版年起算，也已历近20年，其所积聚的矛盾恐怕已相当严重——尤其是在如今这个社会分工显明而又特别强调通力协作的市场经济社会的背景之下。可以说，本书前面几个章节做得都还不错，但最末第二章对契约法哲学的论述，却为全书之成色大打了一个折扣。本书发现二十世纪的契约法正在朝着开放的现代化方向发展。也在前面章节明确提出：“无论如何，我们无法抹杀历史的痕迹：尽管实证法学所建立的封闭的契约体系面对今天的新情况有其不到之处，然而它毕竟是既存的、在许多方面都很完善的一个；固然新自然法学和法律现实主义以及经济分析法学对这个体系提出了很多的批评，但这些批评也都是建立在这个体系之上的。因此，或许正确的道路并不是重新制造一个重心，而是寻找一个重点，或是一种平衡关系。在这个平衡关系中，任何因素都是不确定的，并且不停地发展变化。”（第51页~第52页）“我们所面临的问题并非把契约法彻底打碎或消灭，而只不过是给予合同法一个新的支点，或像吉尔莫所说的‘一种粘合剂’罢了。”（第52页）但是像这样温和的阐述，却在随后对卢埃林的法律现实主义的吹捧中有所消解了。作者所谓耶林之后诸种

法学流派兴起、使得“实证主义的契约哲学显然已不再是契约哲学的主流”（第189页）的讲法本身就是言过其词的，而其后对卢埃林的法律现实主义的描述，即认为其应给予法律以目的，“法律现实主义不会对法下定义，去划边界、设终点站或屏障，相反的，它会去集中观察一些与法律有关的事物，并找出一些连接点或称核心、中心、焦点，并从这里出发，使法律伸展到与生活一样无穷尽的地方”（第206页）更是自相矛盾的：如果不对“法”下定义，那么又如何去“集中观察一些与法律有关的事物”呢？又如何去找出那些连接点呢？在这里，作者未能区分作为整体中的“法”与作为“法”的有机构成的“法律规范”。在这种自我混乱、自相矛盾的前提下，妄谈什么要“把更多的东西吸收到法律中来”（第207页），那是不可思议的！——而且也令人怀疑：为什么要让法律吸进这所谓的“更多的东西”？为什么这里是一种数量上的安排而不是基于体系、原则乃至法律的最终适用结果的考虑？如果试图通过法律现实主义对既有法学理论的批判（第207页）达到这一点，那么你首先得廓清“法”、“法律规范”与“法学理论”三种范畴之间的区别。不过即使作者廓清了这三者的区别，我也就其对法律规范的认知感到怀疑。她认为在实证法学所建构起的系统的规则体系面前，“人们通常再看不到真实的法律，而只是能干什么，不能干什么，怎样才不会上法庭的一个规则。”（第207条）并声称“法律的实质被法律的规则所蒙蔽。因此法律现实主义主张以虚化的训条来代替规则。”（第207页）这显示了作者搞混了“法”、“法律规范”、“法学理论”这三个范畴，还把法律现实主义本来的那点批判方法无限扩张，有堕于法律虚无主义之危险。而且作者对法律规范的认知本身就是错误的，尤其是私法规范存在误解。如果私法规范“只是能干什么、不能干什么，怎样才不会上法庭”，那么私法规范就主要被理解成了“行为规范”——这就是把私法“公法化”了，潜在地把法律视为一种表面化的管制手段，而不明白私法规范本身是授权性规范，而且这种“授权”主要是从授予“请求权”的角度来谈的。所以私法规范主要地是具备“请求权规范”的性质。作者把私法规范理解成行为规范，对所谓“循规蹈矩或投机钻营的表面现象”表露不屑（第207页），实是对法律规范认知之误，也对何谓是“法”有一种神秘主义的还原论认识（讽刺的是这恰与其对实证法学的批判有观念上的矛盾）。这更透露出作者对法律适用技术上的误解。她指出法律现实主义使法官获得最大限度的自由裁量权，“使契约法规则以外的社会因素对法律适用的结果直接起作用”（第234页），可这里的“直接起作用”简直令人不寒而栗！而所谓“在规则适用的结果会导致明显与社会公共政策和商业惯例不相符合的情况下，规则才会退居其次。”（第234页），更是让人发生无比质疑：私法的法律适用技术应该是这样的吗？作者的这种阐述可能与作者的某种法律观念有关系，因早在本书前面的章节，作者就提出：“（现代契约法）需要一定的层次感。质言之，现代的契约法应围绕某种原则构筑一个利益的层次，使在某些特定的时候，某些利益必然先于另一些利益而得到保护。”（第53页）但是，利益的层次性分布并不直接导致法律规范在适用上的层次性分布——这都需要具体而微的解释，因为某种特定的、在作者设想的那种利益金字塔之较高位阶的“利益”本来就不可能与某些特别具体的“法律规范”相对应！利益的层次性与法律规范在适用上的层次性是两回事，法律规范的适用往往还会受法律上因果关系的限制，怎么可以说，因为某种“利益”处在很高的位阶上，所以某些法律规范就不能适用，就得必须“退居其次”了呢？这里我的感觉是毫无逻辑，也没有指出具体的法律适用技术，更加没有结合具体的案例来加以支撑论证。作者对法律现实主义的吹捧，以及最后说什么“契约哲学在整体上表现出反自由主义的倾向”（第236页），都显得十分激进，也没有为后来的立法所支持。这和她在前面认识到实证法学仍然是民商法学之基础的温和论述有较大矛盾。当然，我觉得通过上述就其对“法”、“法律规范”和“法学理论”的混淆认知以及对法律方法论的误解的阐述，多少揭示了为什么作者最后会对卢埃林那种语词上自相矛盾的、易于陷入神秘主义的法律现实主义如此关照的原因了。不过本书既然写作于一个立法与法学理论发展上的过渡时期，有这些瑕疵不可苛责。

《二十世纪契约法》

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：www.tushu000.com