

合同自由与分配正义

许德风*

摘要 欺诈、胁迫、错误等有关缔约过程的制度及情事变更、违约金调整等有关缔约结果的制度一方面是合同自由制度的重要组成部分,另一方面也是民商法关照分配正义的主要支点。社会福利取决于个体福祉,其中分配的公平是一个前提性条件和内生性要求。基于保护基本权利、维护团体发展、实现个体价值和促进法的合法性等理由,同时鉴于公法和私法之间的密切关联及二者在分配效率上各自的优势,不仅在合同法中,在整个民商法体系中也都要顾及分配正义的理念。

关键词 分配正义 程序正义 合同自由 欺诈 胁迫

常有研究认为,在以意思自治为圭臬的合同法中,社会财富并不是被“再分配”,而是作为交易客体在主体之间自由流转,即外在的指令或规制在价值中立的私法上并无应用的空间。合同法乃至私法所关注的主要是交换正义(*iustitia commutativa*)而非分配正义(*iustitia distributiva*),合同法不应在意思自治之外再设置其他分配规则。^{〔1〕}其主要论据是,合同法不适

* 北京大学法学院教授。在历史的滚滚车轮之下,个体不过是微不足道的尘埃。过去这些年发生的事件让我们认识到,人类仍然并将长久地生活在国与国追逐各自利益的丛林之中。相信多年以后我们能渡过难关,实现国家富强和民生幸福。在这一过程中,伸展自由、保护权利和鼓励互助的2020年《中国民法典》也将起到重要作用。谨以此文纪念《中国民法典》的颁行,并向为法典制定付出了辛勤汗水乃至毕生心血的老师、前辈们致敬。

〔1〕 参见蒋大兴:“私法正义缘何而来?——闭锁性股权收购定价原则的再解释”,《当代法学》2005年第6期,第81—82页;易军:“私人自治与私法品性”,《法学研究》2012年第3期,第83页(“民事立法应坚守形式主义品性,不要动辄创设例外,轻易地超越例外地位而追求非形式主义的做法往往会危及私人自治,乃至造成其他负面效果”)。

合用于分配,以合同法进行分配缺乏效率,不利于社会财富的最大化。〔2〕

上述主张不能成立。相反,分配正义的观念遍布合同法的每个角落,只有对此有深刻认识,才能更全面、透彻地理解合同法乃至其他私法制度。实际上,一些学者已经认识到,“较弱的合同一方当事人应该受到更多保护,双方当事人都有义务更多地考虑他方利益,而合同的概念应重新调整并转变为一种包含合作、团结和公平的法律关系”。甚至,“在现代福利国家中,合同自由应为‘合同正义’所取代”。〔3〕另外,在很大程度上,并不存在价值中立的合同法,因为“价值中立”本身也是一种价值,反映了自由放任、不干涉的理念。〔4〕

就一般社会认知而言,分配正义的近邻——“公正”(fairness)是一个广为接受并且能被正面感知的社会观念,如公平的薪水、公平的租金、公平的价格乃至公平的对待等等。在社会生活中虽然的确存在很多滥用或误用“公平”的情形,如比赛的一方落败后寻找借口,声称比赛“不公平”,或某些人基于仇富心理主张富人已拥有充足的资产,因而其在任何交易中获利都“不公平”,但一般的公平观念仍然是普遍存在的。〔5〕对此,法律人必须认真地予以回应。虽然将外部价值(包括效率、功利以及本文所讨论的分配正义等)排除在法律体系之外的确可以降低法律规范体系的复杂程度,进而使立法和法律适用更简单,但这很可能同时忽略了那些影响判断的、对社会经济而言有重要意义的要素,使立法和法律适用脱离现实。在一定程度上,我国在司法政策层面强调的“法律效果与社会效果相统一”中的“社会效果”,或许也蕴含着社会一般观念中“公正”或“实质正义”的内涵,是更现实的选择。

一、合同自由的含义

自由是现代社会的基石,也是私法的精髓所在。但自由观念如何与合同法乃至私法制度相结合呢?这一问题远比表面看来复杂。〔6〕在很大程度上,那种认为合同法包含“效率”(efficiency)、“信义”(fidelity)、“自治”(autonomy)、“自由”(liberty)、“信赖”(reliance)等“多重价

〔2〕 (美)亨利·马瑟:《合同法与道德》,戴孟勇等译,中国政法大学出版社2005年,第60页;易军:“民法公平原则新论”,《法学家》2012年第4期,第65页。

〔3〕 (德)海因·克茨:《欧洲合同法》(上卷),周忠海等译,法律出版社2001年版,第15页。

〔4〕 与本文主张的“私法亦有其价值追求”不同,有学者如韦里伯主张私法是自洽的,其目的包含在自身之中。Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 6. 这显然较难成立,反对的意见如Arnold, *Vertrag und Verteilung*, Mohr Siebeck, 2014, S. 5.

〔5〕 Atiyah, “Contract and Fair Exchange”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 35, No. 1, 1985, p. 3.

〔6〕 很多学者都观察到,现实中的合同法反映了多种价值,对于这些价值,着眼于实然的描述性研究(descriptive theory)未能给出充分的概括,而着眼于应然的规范性研究(normative theory)也未给出有效的指引。Schwartz et al., “Contract Theory and the Limits of Contract Law”, *Yale Law Journal*, Vol. 113, No. 3, 2003, pp. 541—543.

值”(pluralism)的观点并非全无道理。^{〔7〕}

(一) 合同自由的两层含义

一般认为合同自由有两层含义:第一层强调行为人的缔约行为不受国家干涉,只要双方当事人自愿且不违法,就可进行任何交易,并自主决定期限、价格等交易条件;第二层强调行为人之间的交往自由,即只有当事人真实自愿订立的合同才具有完整的效力,而在欺诈、胁迫缔约的情形下,不仅合同效力存在瑕疵,相关行为人还可能受到刑事或行政处罚。^{〔8〕}这两层含义的展开,都涉及合同自由与其它价值的关系。^{〔9〕}

(二) 合同自由的制度内涵

强调合同自由的论者通常不会把其关于合同自由的立场概括性地宣示为“只要是当事人自愿订立的合同,法律就予以保护”(自愿便合法),^{〔10〕}使法律对合同的规制止于形式;而是会特别强调要根据合同法的一系列规则审查“自愿”的真实性,从而使合同自由至上的观点不再那么极端。这一解释客观上使合同自由原则的内涵扩大及意思表示错误、欺诈、胁迫、显失公平等具体规则,而不是仅止步于形式的考察或抽象的法律理念。此种“柔化”后的合同自由原则也因此非常难被质疑。例如,当反对者主张,消费者保护制度具有将财富从经营者转移给消费者的效果,体现了分配正义时,合同自由的支持者会反驳称,消费者保护制度本质上仍是保障合同自由的,因为它使消费者的真实意思得以表达和贯彻。在这个意义上,保障合同自由便已足以保护当事人的权利,无需再设置其他的外部分配或干涉机制。例如,在行为人意思表示有错误时,法律允许其撤销意思表示、摆脱合同关系的约束;在一方违反诚实缔约的先合同义务时(如欺诈),法律亦赋予另一

〔7〕 Eisenberg, “The Theory of Contracts”, in Benson (ed.), *The Theory of Contract Law: New Essays*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 241.

〔8〕 我国有研究认为将合同或法律行为的效力基础归结为法律规定不妥,认为应将合同效力归结于当事人的自由意志,这一观点是值得肯定的,但可能忽略了合同法等法律背后的价值多元性。“制定法赋予(法律行为)效力时须尊重行为人的意志”。进一步讲,“所谓自由形成法律关系,是指每个人都可以按照自己的意思决定法律关系”。参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第112页。在这个意义上,法律行为“是依照当事人自由之意思发生其意愿的法律效果的行为。”参见王洪亮:“法律行为与私人自治”,《华东政法大学学报》2016年第5期,第53页。

〔9〕 “Freedom of contract is freedom of the parties from the state as well as freedom from imposition by one another.” Kennedy, “Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power”, *Maryland Law Review*, Vol. 41, No. 4, 1982, p. 570.

〔10〕 较有代表性的经济学者如哈耶克也相当激烈地质疑对市场交易进行正义与否的判断,“人们市场中获得的份额乃是一个过程的结果,而这个过程的结果对于特定人的影响则是任何人在这种制度最初出现的时候所无法欲求或无力预见的——此后,人们之所以允许这些制度持续存在,实是因为人们发现这些制度为所有的人或者大多数人满足自己的需求提供了更为广阔的前景。对这样一个过程提出正义的要求,显然是荒谬的;而且,从这样的社会中挑选出某些人并认为他们有资格获得特定的份额,也无疑是不正义的。”参见(英)哈耶克:《法律、立法与自由》(第2卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2002年版,第120页。

方请求缔约过失损害赔偿的权利。

合同自由与分配正义之争是法律问题中的“经典剧目”。诸多此类争论均始于对社会现实的不同感知,终于意识形态的分歧,或者,更可悲地,像此处所描述的对立主张一样,沦为文字游戏。毕竟这种“只有不损害其他主体自由的合同才能被执行”或者“只有‘真正’自愿签订的合同才有拘束力”的说法,仍然还只是为“怎样的合同才具有拘束力”这一问题添加了一个抽象的、几乎是循环论证的标准而已。

本文认为,欲理解合同自由,上述“真正”这一抽象标准应当被具体化,如合同法上有关意思表示瑕疵的制度应当被从作为合同自由关键组成部分的角度来理解。另外,下文的分析表明,将合同自由扩张为一整套以自愿为中心的多层次规则体系,以及站在私法整体乃至法律整体的角度来理解合同自由的内涵及其限制,才是超越抽象“立场”的更客观、全面的认识,才能透析合同自由的真意。

1. 合同法之外私法领域中的合同自由制度

在合同法的规范体系中,有很多禁止以约定排除的强制性条款(如诚实信用原则、人身损害免责条款无效等),都体现了法律对合同自由的限制和对分配正义的维护。对此,合同自由的支持者可能认为,尽管合同法中确实存在着强制性规则,但其数量并不多,适用范围也很狭窄,因此尊重当事人的意思自治仍是合同法的主旋律。这一观点,正如学者所指出的,仅仅注意到了合同法自身,而忽略了存在于合同法之外,但同样影响合同自由(或本属于合同自由)的其他私法制度。^[11]

在私法领域,用侵权法规则来调整当事人之间合同或准合同关系的情形并不少见。例如,产品责任规则可以被视为买卖合同的特殊规范或默示条款;雇主责任规则可以被视为雇佣合同的特殊规范(雇主仅在雇员有故意或重大过失时方可向雇员追责);医疗责任规则可以被视为医疗合同的特殊规范;安全保障义务的规则可以被视为合同关系中有关保护义务的特殊规范。这些规范独立于合同法、存在于侵权法之中的状态,无非是出于编纂、教育以及法律适用的需要,并不意味着现实世界本身存在着合同规制和侵权责任的严格二分,也不能因此认为侵权法规范与合同自由制度全然无关。

2. 私法领域之外的合同自由制度

对合同自由的讨论,也不能完全局限在私法领域,还应关注公法领域内的规范与制度。在构造上,市场有两个组成部分:其一是实体部分,主要包括交易场所及相关设施;其二是制度部分,主要体现为各类交易规则。必须认识到的是,“自愿交易”这一抽象宣言并不足以支撑市场的真正有效运作。^[12] 市场的有效运作,除了合同自由之外,必须辅以各类配套性的规范或制

[11] Kennedy, *supra* note 9, pp. 590—596.

[12] “我们常假定市场是充分竞争的、信息是足够完备的、交易活动是没有负外部性的,但事实并非如此。”茅少伟:“合同自由的限制:目标、方法与后果”,《经济法研究》第13卷,第281页。

度,包括必要的质量监管、安全维护、反垄断与反不正当竞争的监管等等。^[13] 这些制度尽管多数体现为公法规范,没有直接规定在合同法之中,但在观察和理解合同自由时,也不能忽略。

(三)自由的限制

合同自由是抽象的概念,既要正面地理解其内涵,也要从反面即自由限制的角度把握其边界。自由可不可以被限制? 人类为社会动物,要一起生活和交往,要沟通交流,因此一般认为个人的自由止于他人同等的自由,即人可以自由地从事一切无害于他人的任何行为。但仅强调这一点并不足以划定人与人之间自由的边界,因为“无害于他人”“他人同等的自由”都不易界定。另外,以他人的自由定义自身的自由,又有循环论证之嫌:在他人眼中,“我”也是“他人”。事实上,限制自由的讨论起点,恰恰在自由概念自身。

1. 放弃自由的自由?

人有没有绝对的自由? 波普尔在研究柏拉图时提出了“自由的悖论”问题:“在批判民主,倡导专制统治的过程中,他(柏拉图)明确地提出了这样的问题:假如人民的意愿是他们不应当统治,而应由专制君主来统治,将会怎么样?”换言之,人能否民主地接受专制,或者人有没有“自愿接受专治的自由”? 显然,在民主的要求下,应当对接受专制统治的自由加以限制。^[14] 这一深刻的思考虽然更多着重在政治哲学的意义上,但对理解合同自由也有重要的帮助,具体表现为:应否允许通过合同放弃自由? 应否允许通过合同放弃受分配的权利? 对此,密尔持否定的态度,认为人并没有以合同放弃自由的自由。^[15] 换言之,自由所保障的是人绝对的自由行动能力和行动空间。欲真正实现这一点,必须加上一条具有强制属性的限制:禁止放弃或者支配自由本身。

“禁止放弃自由本身”足够清晰具体以至于可以提供行为指引么? 未必。一方面,怎样才构成对自由的放弃是不清楚的,或许只是程度上的差别。例如,自愿约定“愿赌服输”的赌博合同是放弃自由么? 在遗嘱中声明,以后所有与本遗嘱不同的遗嘱均无效,是放弃自由么? 又如,一份 10 年期的雇佣合同与卖身为奴的合同有怎样的实质区别? 另一方面,在我们以为我们似乎解决了自由含义中的悖论问题后,若仔细思考,还会发现,放弃自由的合同,并不一定就是卖身为奴的合同。尤利西斯合同^[16](Ulysses Contract)就是典型的例证,其源自荷马史诗

[13] 反垄断与反不正当竞争法在形式上限制了个别市场主体的自由,但在实质上是促进了市场的竞争,增进了整个市场的自由度。“...freedom of contract can be used in many ways which actually limit freedom of contract. So laws which appear to restrict freedom of contract may actually be designed to enhance other areas of freedom of contract.” Atiyah, *An Introduction to Contract Law*, Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 34; Posner et al., *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, Princeton: Princeton University Press, 2018, Introduction.

[14] (英)波普尔:《开放社会及其敌人》,郑一明译,中国社会科学出版社 2016 年版,第 227 页。

[15] “The principle of freedom can not require that (a person) should be free not to be free.” Mill, *On Liberty*, London: John W. Parker & Son, 1859, p. 125; Papp, Die privatautonome Beschränkung der Privatautonomie, *AcP* 2005, 342, 343 ff; Margaret Jane Radin, “Market Inalienability”, *Harvard Law Review*, Vol. 100, No. 8, 1987, p. 1902.

[16] Elster, *Ulysses Unbound*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 167—177.

《奥德赛》，指那些为未来的自我设限的安排，即在自己尚且理性时“自缚”手脚，以避免未来的自我毁灭。^{〔17〕} 传说中，尤利西斯在航海途中会经过海妖塞壬的海域，他预见到自己将难以抵御海妖歌声的诱惑，为了防止船只偏离航道葬身大海，尤利西斯便提前命令船员将他绑在桅杆上，用蜜蜡封住他的耳朵，要求船员无论未来的他如何要求松绑，都不得听从。若宽泛地理解合同自由，非常多的民商事交易都具有尤利西斯合同的属性：例如，住房租赁合同限制了承租人和出租人在租期内对未来居住地的选择权；人寿保险合同限制了投保人未来的投资选择；雇佣合同限制了雇主和雇员未来的用工或工作选择，而这些安排很可能是对当事人（未来的自己）有益的。

对于限制自由的合同，学者波斯纳进一步运用“多重自我”（multiple selves）^{〔18〕}理论，指出在不同时点（ t_1, t_2 ）的个体 A 表面上是一个人，但若这两个时点间隔较大，则 A_{t_1} 与 A_{t_2} 也可以看作不同的两个人，在这一理论下， A_{t_1} 在缔约时表面上是限制或放弃“自己”的自由，但实际上是限制或放弃了“第三人” A_{t_2} 的自由，因此，放弃或限制自由合同很可能具有外部性，或者至少引起了二人之自由此消彼长的冲突，而在这二人之间的竞争中，某些时候或许更应保护在作出决定时并无选择权的 A_{t_2} 的利益。^{〔19〕}

可见，卖身为奴合同和尤利西斯合同尽管在缔约动机上存在区别，但本质上都是限制自由的安排。法律否定前者而承认后者效力的不同处理表明：法律是否肯定限制自由的安排，关键还在于此类限制是否符合社会一般观念的评价，在民法上，最终要落脚于公序良俗的考量。^{〔20〕} 而合同效力能否得到法律承认，将直接影响当事人法律关系的变动和财产的分配。

〔17〕 田雷：“‘五十年不变’的三种面孔”，《中外法学》2018年第3期，第790页。宪法学者在讨论作为“先定承诺”的宪政及其正当性时，也用到了尤利西斯合同这一概念：宪法学者面临的难题是所谓的“杰斐逊命题”，即“一代人是否有权制定宪法约束另一代人”的问题。杰斐逊曾认为，每一代人都应有自己的宪法，当代人无权制定永久宪法以控制未来世代。在代际交替之际，权力应移交到新一代人手中，这意味着宪政政治要从头再来。对此，当代关于宪法承诺的研究认为，一个民族的政治生活要基于历史上形成的承诺来加以安排，而不是以时刻随波逐流的民众意见为治理指标，即要以“过往自我订立的承诺”（self-given commitments laid down in the past）作为“面向未来的法律”（law for the future）。Rubinfeld, *Revolution by Judiciary: The Structure of American Constitutional Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2005, pp. 96-98；田雷：“宪法穿越时间：为什么？如何可能”，《中外法学》2015年第2期，第395页。

〔18〕 Posner, “Are We One Self or Multiple Selves? Implications for Law and Public Policy”, *Legal Theory*, Vol. 3, No. 1, 1997, p. 33.

〔19〕 Papp, Die privatautonome Beschränkung der Privatautonomie, AcP 2005, 342, 351 ff. 作家西莉亚·弗雷姆林(Celia Fremlin)在其小文“尘封的信件”(The Letter)中描写一位年轻的母亲给30年后的女儿写信，嘱托女儿在自己老了以后，一定要把自己送到养老院，免得干涉女儿的生活，也涉及年轻的自己能否为年老的自己的选择生活方式的问题(轻松调频网站：<http://chinaplus.cri.cn/podcast/detail/1/222122>，最后访问日期：2020年6月27日)。

〔20〕 在这个意义上，学者关于“事前弃权”问题的讨论(参见叶名怡：“论事前弃权的效力”，《中外法学》2018年第2期，第327页)，虽然可以尝试列出若干似是而非的标准，但因未触及根本，或许既不能使有关判断更准确，又不能使思考更清晰。

2. 源于社会准则的自由限制与源于类型强制的自由限制

对自由的限制有很多种,有的着眼于资格的限制,如规定无行为能力人从事的民事行为无效,明确人“可以”(können)从事怎样的法律行为;^[21]有的着眼于社会治理,如民事法律中存在大量的行政的乃至刑事的规范。在限制自由的各类规范中,最重要的区分是基于社会准则的自由限制与基于类型强制的自由限制。前者指基于法律中用于维护公序良俗的、源于社会准则(social norm)的道德性规范或价值性规范而确立的自由限制,如我国《民法典》第153条第2款规定:“违背公序良俗的民事法律行为无效”。后者指基于类型强制规范(typenzwang, typenfixierung,^[22] *numerus clausus*^[23])而确立的自由限制,如通常被称为“物权法定”的法律关于物权类型的规定及关于物权变动形式的要求(《民法典》第209条:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生效力……”);又如公司法上关于公司形式、组织结构的规范等等(Formzwang im Gesellschaftsrecht)(《公司法》第45条:“董事任期由公司章程规定,但每届任期不得超过三年”;《公司法》第146条:“有下列情形之一的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员……公司违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的,该选举、委派或者聘任无效”)。

违反类型强制规范与违反公序良俗规范都会导致行为无效。不过,这两种“无效”仍有重要差别。其一,类型强制规范的违反,并不涉及道德评价,只是法律(基于交往便捷)规定必须采取的形式未被遵循,故通常并不绝对及永久无效,当事人仍可根据类型强制的要求重做相应行为;比较而言,违反了公序良俗,^[24]则会导致有关行为绝对及永久的无效。其二,类型强制规范并不终极地限制自由,并不是不允许当事人行为,而不过是“要求”当事人必须以特定方式行为,比如当事人不喜欢公司尤其是股份公司的限制,可以用合伙或者有限公司从事经营;当事人不喜欢动产质押的交付要求,可以用让与担保或“卖出+买回”设置担保。而公序良俗规范对自由的限制是绝对的、终极性的。

与道德规范或价值规范的长久不变或充其量缓慢演进不同,用于类型强制的规范会随着

[21] 这类行为能力规范与其他强制性规范有重要差别:法律并不是基于这类行为的“违法”而否定其效力,也不是禁止当事人实施这些行为,而只是行为人不具有相应的认知能力,而暂时不承认此类行为的效力。参见谢鸿飞:“论法律行为生效的‘适法规范’”,《中国社会科学》2007年第6期,第127—128页;姚明斌:“‘效力性’强制规范裁判之考察与检讨”,《中外法学》2016年第5期,第1267—1268页。

[22] Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., C. H. Beck, 2009, § 1 Rn. 7.

[23] Davidson, “Standardization and Pluralism in Property Law”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 61, No. 6, 2008, pp. 1597 ff.

[24] “公序良俗作为法律行为的一个限度,表明国家授权社会在重大道德事务上有判断权,体现了国家和社会有效的沟通。”参见谢鸿飞:“论法律行为生效的‘适法规范’”,《中国社会科学》2007年第6期,第140页。或许“国家授权社会”的判断是方向错误,其实国家中或公法上最基本的禁止性规范,仍然源于社会,源于私人生活,惟其如此,国家才有真正的合法性,法律才有正当性,也是在这个意义上,公法和私法其实并无实质性的区分(容后文详述)。

社会经济的变迁而改变,换言之,这些规则直接面临是否妥当、是否符合市场主体需求的挑战。^[25]例如,在过去的两百年间,数据及计算能力的改进,极大地影响了商事组织法(资本规则、财务规则、组织结构规则)的发展变迁。

类型强制与公序良俗对自由的不同限制程度,对于理解既有法律制度至关重要。例如,在讨论“公司法的自由与强制”^[26]这个主题时,艾森伯格提出了关于结构性规则(structural rules)、分配性规则(distributional rules)和信义务规则(fiduciary rules)的规范分类。而比这三类区分更重要的,是封闭公司和公众公司的区分:在封闭公司中,结构性规则、分配型规则可以允许股东自由协商;在公众公司中则较为严格,即便是结构性规则,若涉及董事高管和股东的利益冲突,便不容任意设定。^[27]此种差异的内在原理就是类型强制的要求:公众公司的类型强制程度要高于封闭公司。又如,同样是民事法律行为无效而适用《民法典》第157条关于法律行为无效的规定,但就其无效后果而言,若所违反的是类型强制规范(如未进行抵押权登记),则很可能存在一方赔偿另一方损失的情况;而若违反的是公序良俗规范(如雇凶杀人),则往往有不法得利不得请求返还规则的适用,不仅没有一方赔偿另一方的问题,而且当事人既不得请求返还,也不得请求对方履行义务。

(四)小结:市场的自由与个人的自由

用合同自由来归纳民商事交易,容易误导人们产生这样的认识——只要进行民商事交易,只要在合同法框架内讨论问题,就要强调合同自由到甚至忽略其他限制性制度的程度。但“合同法”无论是作为学术研究的对象还是作为一部法律规范(或《民法典》的单独一编),都只是人为区隔出来的领域,在真实世界中并不存在这种区隔。从这个意义上说,即便不把市场上的各种管制性规则纳入到合同自由中一并考虑,也要在理解合同自由时顾及这些事实上的限制,认识到“自由”^[28]这一概念本身的边界,以便客观地理解合同自由的制度内涵。另外,正如学者所指出的,或许合同自由还包含以“市场的自由”(freedom of market)来限制或修正“个体的自

[25] 算法对精准性的要求一定程度上“强迫”我们必须做出伦理上的选择(当然,人们也仍然可以在算法上设置随机数,进而由机器而不是程序设计者做出选择),将我们原来试图回避的伦理抉择显性化,不过,总体来说,相对类型强制规范而言,道德伦理规范的演进还是缓慢的。Anderson, “How Machines Might Help Us Achieve Breakthroughs in Ethical Theory and Inspire Us to Behave Better”, in Anderson et al. (ed.), *Machine Ethics*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 524—530; Casey et al., “The Death of Rules and Standards”, *Indiana Law Journal*, Vol. 92, No. 4, 2017, p. 1448.

[26] 罗培新:“公司法强制性与任意性边界之厘定——一个法理分析框架”,《中国法学》2007年第4期,第78页。

[27] Eisenberg, “The Structure of Corporation Law”, *Columbia Law Review*, Vol. 89, No. 7, 1989, pp. 1461 ff.

[28] 参见周振权:“自由的可能性问题:从康德到胡塞尔”,《哲学研究》2015年第1期,第80页;方博:“自由、公意与社会契约”,《哲学研究》2017年第10期,第102页;丁三东:“自由的逻辑:康德背景下的黑格尔逻辑学定位”,《哲学研究》2016年第12期,第85页。

由”(freedom of individual),让个体间的交易受市场上一般交易框架制约的内涵。^[29]如在个案中判断是否存在欺诈、胁迫或意思表示错误时,除了要考察个体的意思状态,还要考察社会一般人的标准。

二、历史视角下的合同自由

(一)人为归纳的“起起落落”

将早期合同实践概括为形式正义的主张,或许是一种过度一般化的判断;而认为当时的法官仅以当事人的合同条款为断案依据,无需考虑交易的具体情境和社会经济环境,亦可能是误读了近代合同自由制度。^[30]考察任何制度,都不能仅观察其外在形式,而不考察背后的其他制度支持和相关的社会经济因素。例如,认为在期货交易所、证券交易所内缔结的合同是“形式主义”的,而在农贸市场中缔结的合同则具有更多“实质主义”的特征(要考察主体的行为能力、意思是否真实等因素),这种概括性的描述和比较仅仅止步于对交易外在形式的讨论,而并未考察有关交易背景;交易所内的“形式化”交易,其实是建立在各种实质性审查制度如缔约主体的适格性审查、信息披露规则及相关交易规则的基础上,因而交易所内合同的“形式化”的外观,仍不足以否认其(实质上)同样具有农贸市场合同的特征。

(二)工业革命前后的合同自由

在普通法传统中,按照阿蒂亚等学者的研究,至少在18世纪后半叶以前,合同的拘束力并不直接来源于当事人的自由约定,而是源于对价和信赖。在这一时期,法院对合同内容的干涉是普遍的。^[31]如衡平法院(当时大多数合同案件在此审理)的法官认为自己有义务按照实质正义的要求,结合道德与其他客观因素进行裁判,而不应严格按照当事人的合同条款执行合同,这种做法同时也直接影响了当时的普通法院乃至陪审团。例如,在前工业革命时代,英国法便对一些交易主体(如船员)给予了特别保护。^[32]在英国海商法中,船员在救助另一艘船或船上的货物后,有权获得赏金(prize money)。当然,在支付前船员们所拥有的还只是期待权。由于久隔于人世,船员们上岸后,常受到不道德投机者的欺骗或蛊惑,以不合理的低价出卖获得赏金的权利以换取现时的享乐。对此,英国法认为,船员们看似基于自我利益(self-interest)考量达成的此种交易将导致他们无法生存,进而在裁判中对此类合同的效力持较为谨慎的态度,有时候会倾向于将有关合同转化为附5%年利率的借贷合同。在一个判例中,法官

[29] Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford: Oxford University Press, 1985, p. 403.

[30] “民法本身……当然贯穿着对社会正义的追求。……而作为近代民法理念的社会正义,只是形式正义。例如按照契约自由原则,自由订立的契约就等于法律,当事人必须严格按照契约的约定履行义务,即所谓契约必须严守……”参见梁慧星:“从近代民法到现代民法”,《中外法学》1997年第2期,第21、24—26页。

[31] Atiyah, *supra* note 29, pp. 181 ff.; Arnold (Fn.4), S. 194.

[32] Atiyah, *supra* note 29, pp. 171—173.

指出,“并不是所有有关船员的合同都是无效或可撤销的,但是这些合同必须是公平的。”^[33]另一类被给予特别保护的典型主体,是继承人(expectant heir)。在16世纪中期至17世纪初,在继承人受到不道德的交易对手的引诱,借高利贷或以不合理的低价出卖期待继承权时,法官曾承认相关约定的效力,但到了18世纪,法官认为有必要在继承人实际获得继承财产前防止其将财富尽数挥霍(dissipate),故常会通过裁判将有关转让继承权的约定转化为附担保的借款合同。

19世纪时被广泛认可的“法院不会替代当事人订立、改变合同”的观念,在18世纪的衡平法上并不存在。相反,法院干预当事人的合同效力与内容是常态。正如学者所指出的,在这一背景之下,合同法强调个体约定与侵权法强调一般标准的差异并未体现出来:在构成要件上,二者都需要根据社会的一般认知加以确定;在损害赔偿上,二者都是赔偿实际损害或防止不当得利,而不是赔偿期待利益。换言之,法院更多是将合同视为一种在先义务的证明而非责任之来源,原告可以据此合理信赖并安排自己的行为。^[34]可以说,此种意义上的合同法,并未与物权法或财产法(property law)分离,而仅仅担当物权法的辅助,用以实现物权等财产权利。直到在18世纪末开始保护期待利益后(到18世纪末开始有保护期待利益的案例),合同法才逐渐从物权法、侵权法中分离并独立出来。^[35]

至18世纪后半叶,伴随着第一次工业革命及其所带来的对传统社会阶层、经济生活的冲击,“形式正义”意义的合同自由观念才慢慢产生。这一演进与社会经济的背景、自由主义的发展、公私法的划分、从身份到契约的社会变迁^[36]有密切关联。不过,即使是在18世纪中后段开始的合同自由古典时期,合同自由还是受到诸多限制:虽然随着社会经济的发展,法官们也慢慢接受了市场经济的理念,但在按照自由市场理念进行裁判会伤及裁判者的法感情时,他们往往会重新回归到传统的、以实质正义(substantive justice)为核心的制度中,通过援引衡平法、解释合同或发现案例事实等途径来实现其对正义的追求。另外,在判例法国家,先例具有持续而强大的影响力,在一些方面如土地买卖纠纷的期待利益损害赔偿和迟延履行利息赔偿等问题上,法官仍倾向于尊重先例。^[37]总之,在谈及合同自由的发展时,一方面要考虑市场经济发展的社会背景,另外一方面也有必要回溯有关的判例法历史和传统的衡平原则,因此对这一时期的合同自由程度并不能过分高估。

时至今日,随着对价制度的式微,人们对英美合同制度常有这样的印象:合同一经协商确

[33] Baldwin and Alder v. Rochford, (1748) Wils. K.B. 229, 230; 95 E.R. 589, 590.

[34] Mensch, “Freedom of Contract as Ideology”, *Stanford Law Review*, Vol. 33, No. 4, 1981, p. 756.

[35] “...the moment at which courts focus on expectation damages, rather than restitution or specific performance to give a remedy for non-delivery, is precisely the time at which contract law begins to separate itself from property.” Horwitz, “The Transformation of Modern Contract Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 87, No. 5, 1974, p. 917.

[36] Rehbinder, “Status, Contract, and the Welfare State”, *Stanford Law Review*, Vol. 23, No. 5, 1971, pp. 941 ff.

[37] Atiyah, *supra* note 29, pp. 404-405.

定,便不再有探问其是否公平的余地;如果合同当事人了解其所协商的(内容),则在此基础上达成的一致协议必属公允(fair),或者至少是法律所保护的公允。^{〔38〕}不过,有学者如阿蒂亚认为,交易的实质公正仍是当今合同法的重要关注(greatly concerned)事项。^{〔39〕}一方面,那些确保当事人意思表示真实自由的制度,既可以被理解为缔约之前提,也可以被理解为是对认知能力较弱者的特别照顾;另一方面,那些与对价(consideration)相关的制度如利息管制、惩罚性违约金限制、流质流押管制等,仍然有实现实质公平的效果。^{〔40〕}

(三)社会变迁,还是合同自由的变迁?

无论是阿蒂亚还是同时期的肯尼迪,都更现实地从社会历史的角度观察到,在合同法理论与实践的发展过程中,并不存在一个完全的自由阶段,而是以往“以外部监管为主”的交易模式,逐渐与尊重个体协商和缔约自由的精神相互融合,最终形成了当前的合同法。^{〔41〕}这是更科学、更有说服力的观察。即使在古典合同自由的顶峰时期,合同自由仍然受到主体、^{〔42〕}内容^{〔43〕}和形式^{〔44〕}等方面的诸多限制,且随着社会经济的发展,这些限制逐渐被放宽甚至取消,在这个意义上,可以说合同自由并未减少,而是增加了。

对合同自由程度的考察,应结合具体的时代和社会背景进行。在合同自由的古典时期,现代生产方式尚不存在,消费者合同、劳动合同也并未大量出现,主流的经济观点亦尚未认识到限制竞争对交易效率的消极影响;其后,社会经济的发展促使新的生活样态出现,更为集中的、大规模的“标准化”交易取代了私人的、小范围的单个交易,自给自足家庭作坊式的学徒关系演变为大工厂的雇佣关系,并进一步在大工厂之间、大工厂和大众消费者之间发展出一系列新型交易关系。而随之产生的消费者保护、劳动者保护等限制合同效力的新制度,作为法律应对经济基础变化的适应性调整,并不能说明合同自由本身发生了衰落。再以对垄断合同的限制为例,在1830年前后的英国,市场随着工业革命的浪潮初步建立并日益扩张,一些经营主体即便规模巨大,也因时刻面临潜在的竞争而难以占据稳固的垄断地位(如同当前的互联网企业),不会对经济运行的整体效率产生消极影响。因此,对于当今时代认为应通过反垄断法规制的“限

〔38〕 Atiyah, *supra* note 5, p. 2.

〔39〕 Atiyah, *supra* note 5, p. 3.

〔40〕 Atiyah, *supra* note 5, p. 3.

〔41〕 Kennedy, “Form and Substance in Private Law Adjudication”, *Harvard Law Review*, Vol. 89, No. 8, 1976, pp. 1725—1737.

〔42〕 Pettit, “Freedom, Freedom of Contract, and the Rise and Fall”, *Boston University Law Review*, Vol. 79, No. 2, 1999, pp. 306—307, 309—310.

〔43〕 “By the latter half of the nineteenth century, however, both legislators and judges had become increasingly hostile to gambling. ... courts invalidated gambling contracts either on moral grounds or because they believed judicial resources should not be expended on the enforcement of wagers.” *Ibid.*, pp. 319—321.

〔44〕 “This prohibition of Sunday contracts ... are generally based on the idea that because Sunday was the Lord’s day, it was not an appropriate time to conduct secular business... cases involving Sunday contracts are not nearly as prevalent or important in the 1990s as they were in the 1880s.” Pettit, *supra* note 42, pp. 317—319.

制性约定”(restrictive agreement),当时的法院往往持较为宽容的态度,但这并不意味着对合同自由的放任,而只是适应市场状况而作出的谦抑选择。阿蒂亚曾引用1829年的一个裁判来说明当时法官的态度:“如果伦敦的酿酒商们达成限制性约定,会发现很多其他主体将迅速阻止该协议发挥效果,其结果将是公众以较低价格取得相应商品。”^[45]比较而言,到了19世纪末20世纪初,社会经济的变化催生了反垄断法,原因如弗里德曼所言,在于原来大多数商事经营规模小、本地化和激烈竞争(small, local and intensely competitive)的状态,转变为规模巨大、全国性和寡头式的状态。^[46]

此外,以定量比较的方式分析合同自由的起落是缺乏充分价值的。例如,法院以公共政策(public policy)审查合同效力是限制合同自由的典型情形,但仅仅通过比较古典时期与现代社会中公共政策影响合同效力的案件数量,或涉及公共政策的合同案件占有所有合同案件的比例,并不能径直得出合同自由究竟是起是落的结论。因为无论是人口、合同、纠纷的规模,还是律师、法院、诉讼的数量,都会随着时间的经过而大幅变化;而且,除了法院裁判以外,立法、行政、惯例、私人交易以及社会一般认识等多种因素,也都反映着“合同自由”内涵的变化,这些都是研究合同自由之起落所不可忽视的线索。^[47]

(四)小结

在我们讨论合同自由的变迁时,我们究竟是在讨论合同自由这项制度或规则的变化,还是在讨论其背后的社会经济状况的变化,是一个需要辨析的问题。在绝大多数情况下,很可能是后者。例如,消费者保护法中欺许多重赔偿、冷静期、无因退货权等制度常常被认为限制了合同自由,但这并不意味着消费者买卖时代比原始的个人交易时代的合同自由更少。具体管制规则增多,可能只是法律为应对新产生的社会经济关系而做出的相应调整,这种调整并不足以否认这样的共识:社会发展的重要成果之一,恰恰是增加人的自由。因此,认为合同自由随着时代发展式微的观点,或许是错将社会经济的变迁等同于法律的变迁,错将现当代的特殊交易规则与近代合同法的一般规则加以对比的结果。

三、从程序正义、实质正义到分配正义

(一)分配正义的基本含义

正义被认为是人类的伟大发明,是测量文明程度的标尺。^[48]在古希腊时代,梭伦把正义与“应得”联系起来,将正义阐释为“给一个人以其应得”。这一定义影响深远,时至今日,“应得”(desert)依然是正义的基本内涵。^[49]在梭伦正义概念的基础上,亚里士多德提出并发展

[45] Wickens v. Evans, 148 E.R. 1206; Atiyah, supra note 29, p. 410.

[46] Friedman, *American Law in the 20th Century*, New Haven: Yale University Press, 2002, p. 55.

[47] Pettit, supra note 42, pp. 349—352.

[48] 张国清:“分配正义与社会应得”,《中国社会科学》2015年第5期,第21页。

[49] 廖申白:“西方正义概念:嬗变中的综合”,《哲学研究》2002年第11期,第61页。

了分配正义的理论。^[50] 他将分配正义与交换正义都称为具体正义：^[51]分配正义指“在分配中表现”的正义，须遵守“几何比例”(geometrical proportion)，每个公民应依照其功绩(merit)按比例获得；交换正义、矫正正义则遵循算术比例(arithmetic proportion)，强调对等。^[52]

与我们通常的认知不同，在其原初含以上，分配正义并不完全与矫正正义、交换正义相对。如亚里士多德提出的矫正正义(iustitia commutativa)，即“自愿(如合同)或不自愿的(如不当得利与侵权)私人交往中的正义”，便不仅强调交易过程本身，也强调交易结果。在《尼各马可伦理学》中，亚里士多德关于正义的分析也都是建立在“德性”(tugend, charakterdisposition)^[53]的基础上的：信守诺言、交换正义和慷慨都是“德性”，当事人的义务取决于他践行的是哪种“德性”。^[54] 在这一背景下，如阿诺德所指出的，后世一些学者如拉德布鲁赫^[55]或奥班科^[56]将矫正正义与交换正义解读为“对立”的概念，认为分配正义针对政治国家，强调某社会成员之于其他社会成员的关系，关注社会平等矫正正义针对个体，描述交易中两个具体主体的关系，强调个体自由，可能并不准确。^[57] 此外，在后世的使用中，亚里士多德的矫正正义(iustitia commutativa)又被进一步区分为狭义的矫正正义(corrective justice)和交换正义，比如，德国学者卡纳里斯^[58]在提及自愿交易中的矫正正义(即交换正义)时，便使用了亚里士多德同时包含自愿与非自愿交易中的矫正正义的表述“iustitia commutativa”，限缩了该词的原意。正如学者所指出的，此种“误用”在后世其他研究中也较为普遍。^[59]

无论是分配正义还是矫正正义，都具有“政治的意涵”(der politische Charakter)：就分配正义而言，合理辨析人与人的差异是正确确定分配标准的关键，而决定分配标准的则是政治体

[50] (古希腊)亚里士多德，《尼各马可伦理学》(第5卷)，廖申白译，中国社会科学出版社1999年版，第1-2章。

[51] “具体的公正(此处的译者所使用的“公正”即为本文所用的“正义”，下同，作者注)及其相应的行为有两类。一类是表现于荣誉、钱物或其他可析分的共同财富的分配上的公正(这些东西一个人可能分到同等的或不同等的一份)。另一类则是在私人交易中起矫正作用的公正。”(古希腊)亚里士多德：《尼各马可伦理学》，廖申白译，商务印书馆2003年版，第134页。

[52] 同上注，第16页。

[53] “正义是一切德行的总括。正义最为完全，因为它是交往行为上总体的德性。它是完全的，因为具有正义德性的人不仅能对他自身运用其德性，而且还能对邻人运用其德性。”亚里士多德，见前注[51]，第130页。

[54] Arnold (Fn.4), S. 7.

[55] 如拉德布鲁赫认为，交换正义属于私法正义，主要处理相互关系平等的两个人之间的关系；而分配正义属于公法正义，主要调整管理者与被管理者之间的关系。Radbruch, Rechtsphilosophie, Koehler Verlag, Stuttgart, 1973, S. 122; Coing/Honsell, in: Staudinger Eckpfeiler des Zivilrechts, Einleitung zum BGB, Rn. 47.

[56] Aubenque, in Heinaman (ed.), *Aristotle and Moral Realism*, UCL Press, 1995, pp. 35, 39 ff.

[57] Arnold (Fn.4), S. 35 („Die von ihm entwickelte Differenzierung lässt sich dem aristotelischen Text nicht entnehmen“).

[58] Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, C. H. Beck, 1997, S. 30 f.

[59] Arnold (Fn.4), S. 7.

制或政治过程。在这个意义上,“分配正义中的关键标准‘相同’的具体含义难以绝对化地确定,而更多是一个政治决定的对象,它取决于有关分配决定的政治目标及其他的相关因素,也正是通过这种方式,分配正义能够获得开放性与灵活性,并可以应用于新的领域。分配正义的此种适应性(或开放性),在很大程度上解释了亚里士多德时代的分配正义结构为何对现代法学理论依然适用。”^[60]

(二)分配正义与合同自由的内在关联

如前所述,体系化、层次化的合同自由观念更可赞同,更能揭示合同自由的本质。在此基础上,即使采取“柔化”后的合同自由观点,认真对待“真正自愿”的标准,细致甄别和完善有关意思表示瑕疵的规则,仍然是必不可少的工作,甚至是合同自由制度的研究重心。

错误、欺诈和胁迫等制度是合同法关照分配正义的入口或桥梁。以欺诈为例,在构成要件上强调行为人存在隐瞒真实信息或故意陈述虚假信息的行为,并引起表意人的错误认识。但究竟什么是应当披露的信息?怎样的故意隐瞒或虚假陈述才能构成法律意义上的欺诈?事实上,正如克龙曼所指出的,在任何一项真实的交易中,都包含信息传递的问题。在不同的交易场合(陌生人交易、熟人交易、农贸市场、证券市场等),法律对所传递信息的完整性或真实性标准的界定都可能存在差异。假如战争中商品的价格将在战后随贸易秩序恢复而大幅下跌,而仅卖方知道战争已经结束(交战双方已签订和平条约)的事实,那么他是否负有如实告知买方相关信息的义务?在买方向卖方咨询有关战争的消息时,卖方是否有权保持沉默,或声称有关定价是“根据当前的条件”(because of current conditions)所作出的?^[61]

可以看出,尽管“柔化”后的“合同自由”难以被反驳,但越是强调这些调整机制(如要求较多的信息披露)以“完善”或“充实”合同自由的内涵,便越会背离合同自由原初的意义,转而支持分配正义的观点。^[62]表面上看,对合同自由的限制来源于两个方面:一个是外在的限制,即分配正义等外部价值;一个是内在的限制,即旨在保障真正自愿的合同法制度。但如果认识到为贯彻“真正自愿”而设置的欺诈、胁迫、错误等规则本质上同时也同时是信息、协商能力等资源的合理分配机制,便能更好地认识到合同法不仅关乎自由,也关乎分配。在这个意义上,分配正义的观念其实渗透在合同自由内部。^[63]事实上,正如克龙曼所指出的,所有不自愿的形式(无行为能力、无知;受欺诈、胁迫;受垄断的制约)都可以归结为一方当事人占另一方当事人的“便宜”(advantage-taking),利用信息、智力、资源等优势获得好处;甚至在所有看似自愿达成的“互利”交易中,也都存在着“占便宜”的问题,比如,在A和B的牛马互易合同中,可以说A

[60] Arnold (Fn.4), S. 40.

[61] Kennedy, *supra* note 9, pp. 580—583. 许德凤:“欺诈的民法规制”,《政法论坛》2020年第2期,第3—19页。

[62] Kronman, “Contract Law and Distributive Justice”, *Yale Law Journal*, Vol. 89, No. 3, 1980, p. 483.

[63] “The social or collective principle that the opponents put forward as an alternative to contract turns out to have been well established within contract from the very beginning.” Kennedy, *supra* note 9, p. 583.

正是利用了 B 想获得牛这一“弱点”才得以换取 B 的马。^[64] 法律所面临的任務,就是确定应予允许的“占便宜”的程度。换言之,设计合同自由制度的关键,在于如何认定那些或多或少有不自愿因素的合同的效力,这不仅取决于对当事人内心意思的判断,还包括对与缔约有关之情势的分析。^[65] 在这个意义上,“真正自愿”的尺度便成了合同法中财富或资源分配的基准,^[66]如果法律认定欺诈、胁迫、错误等行为的標準过宽或者过窄,则意味着更限制或更支持合同自由。

(三)合同中的实质正义

交易的公平性是民法的内在价值之一(《民法典》第 6 条:民事主体从事民事活动,应当遵循公平原则,合理确定各方的权利和义务)。以德国民法的发展为例,在《德国民法典》制定之初,的确曾经倾向于“不考虑合同内容是否公平、合同对价是否相当等问题,而仅要求有关交易不违反法律和善良风俗;至于合同对当事人发生怎样的效果,完全由当事人自身——实践中主要是交易中的强者一方所决定”。^[67] 随着社会经济的发展,这一观念逐渐发生了变化,发展出实在法上的禁止暴利规则、情事变更原则、合同补充解释等制度。^[68]

在合同自由“起起落落”(rise and fall)的发展过程中,合同的实质正义或实质公平越来越多地得到肯定,这为再向前一步的分配正义奠定了坚实的基础。在合同法理论上,关于实质正义的讨论非常多,以二手车买卖为例,表面上看,这种交易遵循买者自负原则,即使买受人支付了高于二手车市场价的价格,买受人通常也不能主张出卖人欺诈。但这是否意味着买受人无从获得救济呢?答案是否定的。在价格与质量明显失衡时,裁判者会通过瑕疵责任等制度要求出卖人承担相应的义务,如在英国法上,尽管并不存在二手车质量的一般性标准,但车的质量应当满足“通常”二手车的品质要求,而“通常”的认定又反过来取决于价格:价格高则代表质量要好。^[69] 可见,即便不通过调整缔约程序的相关规则(如缔约过失责任制度或不实陈述制度),法院仍然能够通过其他制度(如瑕疵责任制度)实现实质公平的目标。

[64] Kronman, *supra* note 62, p. 480.

[65] “In assessing the voluntariness of an agreement, it is not enough merely to determine that the agreement was motivated by a deliberate decision of some sort; we also want to know something about the circumstances under which it was given.” Kronman, *supra* note 62, p. 478.

[66] Kennedy, *supra* note 9, p. 583.

[67] Bydlinski, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, Springer, 1967, S. 103. 就矫正正义而言,因为所谈及的是分配上数值的平等,因此似乎确定起来并不难。不过,即便如此,判断合同的价格是否妥当,赔偿能否填补损害等,依然要借助于外力,而这种判断本身仍与政治体制密切相关(如采取怎样的司法体制和裁判标准)。

[68] RG 150, 1; Heinrich Stoll, *Die Bedeutung der Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen über Wucher und Überteuering* (RG 150, 1), *AcP* 1936, 333, 334; Zimmermann, “Civil Code and Civil Law, The Europeanization of Private Law Within the European Community and the Reemergence of a European Legal Science”, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 1, No. 1, 1994–1995, p. 102.

[69] Atiyah, *supra* note 5, pp. 9–10; 许德风:“论瑕疵责任与缔约过失责任的竞合”,《法学》2006 年第 1 期,第 87–94 页。

合同效力内在的合法性来源于交易的互惠与公平(见下文详述),这也是人们愿意参与交易的心理前提:如果无论怎样的合同都应严守,将使许多交易约定沦为赌博。如果促进合同实质公平的制度不完善,后果之一是降低人们缔约的动力,影响人们对合同这一交易工具的使用;后果之二则是诱发背信,激励恶意违约或促使人们采取暴力等极端手段以拒绝受合同的约束。^[70]

合同法中有关实质公平的思考无处不在,即使是最基本的要约与承诺制度,也包含了这种思想。例如,法律通常规定,要约一旦到达就对要约人产生一定程度的拘束力;要约人只有在符合一定法定条件时才得撤回要约,若其撤回要约给受要约人造成了损害,还应赔偿其信赖利益损失;在受要约人为承诺后,要约人即受其要约中载明的义务内容拘束,同时,法律也明确规定承诺方同样受到这一法律行为的拘束。那么,法律可否规定承诺人承诺后只有要约人受拘束,而承诺人自己可以履行也可以不履行合同?回答显然是否定的。但法律为什么不做这样的规定?深层次的原因是,如果这样规定,则很可能对要约方不公平。^[71]若当事人自愿接受类似的“失之公允”的安排,往往是因为存在着其他因素的影响,使合同在实质上不至于陷入不公的境地,如包需合同(requirement and output contracts)中标的物数量根据一方的需求加以确定表面上看有失公允,但接受该条款的一方通常都对此有清晰了解并在商业上作出了相应安排,法律支持此类合同的效力,便无损公平。^[72]

(四)实质正义与程序正义的交融

与通常的认识不同,更关注过程的合同自由与更关注结果的实质正义乃至分配正义之间的界限并不清晰。例如,同一个隐瞒标的物质量信息的行为,在古玩市场上往往不会被认为是欺诈,进而严格贯彻买者自负原则,买受人应承担更多的风险(对于古玩市场上的交易,人们通常会主张由于无从鉴别,当事人要自负标的物有瑕疵或者是赝品的风险,因此似乎古玩市场也不存在宽容欺诈的情况,但事实上,古玩市场上的欺诈是广泛而普遍的,“打眼”自负的观念客观上就是一种对欺诈的包容^[73]);而在普通的消费品市场,则可以被认为构成欺诈,进而当事人可以获得救济。可以看出,上述结果判断上的差异是因为人们对合同自由采取了不同标准,换言之,对结果公正的判断,往往取决于人们关于程序公正的判断标准。在面对一个结果上有失公正的合同时,我们常常会不自觉地发问:“为什么当事人居然会订立这样的合同?”这一探问表明,人们往往会从结果不公推断程序不公:此种结果上的不公,虽然本身可能无不妥(“恶”,evil),但其很可能被作为存在其他“恶”(如缔约过程的不当或意思表示的不真实)的表面证据。^[74]换言之,法律希望人们在行为时有必要的理性,在处置自己的财产时认真计算,而结果失当往往意味着行

[70] 许德风,“论合同违法无效后的获益返还”,《清华法学》2016年第2期,第74—93页。

[71] Atiyah, *supra* note 5, p. 7.

[72] U.C.C. 2-306 (i).

[73] 出卖人明知标的物为赝品,买受人则不准确了解标的物究竟为真品还是赝品,此种情形仍然应当认为出卖人构成欺诈。

[74] Gordley, “Equality in Exchange”, *California Law Review*, Vol. 69, No. 6, 1981, p. 1587.

为人在行为时未必处于理性的状态。^{〔75〕}从这个意义上说,合同自由与结果公正、形式正义与实质正义(及分配正义)之间的界限并不清晰,那种“秉持程序性精神的法律并不追求特定结果,而是追问行为本身”^{〔76〕}的观点,一方面忽略了私法中大量干涉行为结果的规范,如违约金调整、利息管制、情事变更等制度;另一方面也低估了作为判断程序公正的法律概念或法律制度本身的包容性。正如民法基于“胎儿利益保护”的考量而改变“权利能力”这一形式标准(《民法典》第16条规定,将胎儿视为具有权利能力),或基于信赖保护的考量而设计诉讼时效的规则一样,民法并非对“法律行为的具体内容根本不予置评”,^{〔77〕}而是常常将价值判断纳入那些看似与政治、伦理、分配正义无涉的形式标准中。

总之,既然我们持续地关注合同的缔约程序和影响合同自由的各种因素,便也有必要独立地考虑结果公正或实质正义的问题。合意本身是苍白的——如果不仔细考察达成该合意的内在原因。在生活实践中我们不去探问一个人为何作出同意(缔约)的意思表示,主要是因为我们假定他的这一决定具有充分的理由(事实上也常常如此),^{〔78〕}但若此种假定不成立,那么合同的拘束力就既可以从缔约过程,也可以从缔约结果的角度被重新探问。

(五)从实质正义到分配正义

分配的本质是改变既有状态(status quo),如将无主财产分配给某一主体或将有主财产在主体之间转移。据此,实质正义中是否包含分配的成分,关键在于如何界定合同交易的初始状态。如果认为程序公平是初始状态,那么实质正义便是一种“分配”(广义的分配正义);如果认为实质公平是初始状态,那么,只有限制一方交易主体的权利、将原本归属于该主体的财产移转给另一交易主体,才是“分配”(狭义的分配正义)。相较于单纯的程序公平,实质正义与分配正义之间的差异并不显著,即实质正义及超过实质正义的分配正义常常是相混的。以住房租赁合同为例,自由交易通常可能达成的合同条件是较好确定的,而究竟住房租赁合同在内容上怎样才达致实质正义,则是难以界定的。在很大程度上,管制住房租赁合同的安排总或多或少具有分配的考量。在这一结论的基础上,应当认为在合同法所关照的实质正义中,往往也包含了分配的因素,或者实质正义本身就是分配正义的体现。

(六)分配的内容

表面上看,实质正义与分配正义影响的是财富,但正如克龙曼所指出的,若将视野放宽,会发现,在法律禁止人们以武力胁迫他人时,其所分配的,是强壮者的武力;在法律禁止欺诈时,其所分配的,是聪明者的智力或者行为人独占的特定信息。这一认识可以推而广之——因为金钱或者其他财富既可以用来获取武力,也可以用来购买智力——限制

〔75〕 Atiyah, *supra* note 5, p. 6.

〔76〕 易军,见前注〔2〕,第75页。

〔77〕 易军,见前注〔2〕,第77页。

〔78〕 Atiyah, *supra* note 5, p. 24.

通过财富压榨或剥削(explloit)他人与否定胁迫或欺诈具有相类似的意义;不应允许人们通过经济优势获取的好处过分超过其通过其武力、智力或信息优势获取的好处。〔79〕

(七)小结

合同法并非完全不适合调整合同正义。作为一项重要的行为准则,合同法一方面可以在交易存在明显不正义时进行干预(如交易显失公平或者当事人在交易中承担了偏离正常尺度的风险〔80〕);另一方面也可作为外部规制的载体、实现外部的政策目标,例如,人体器官的移转很大程度上不能由自由协议来决定,而受制于捐赠制度的外部管制。〔81〕正如学者所说的,“自由从来都是相对的,限制也从来都存在。一个社会里总有一些价值被认为是更值得特别保护的,总有一些领域被认为是不适合通过市场和合同制度来安排的。因此,基于市场与合同制度的渗透性所做的法律限制,与其说是对某种假想中的无限自由的限制,毋宁说是对于合同自由边界的划定。”〔82〕

四、合同法为什么要顾及分配正义

将社会资源分配到正确的主体手里,是一个有成本的过程。〔83〕这一认识不仅是(新)制度经济学的研究起点,也是制定和适用法律时的关键着眼点:如果交易费用为零,则资源可以无成本地自动流向出价最高者,这意味着制定和适用法律规则时的唯一考量将是分配问题。〔84〕那么,为什么要分配?为什么要通过合同法进行分配?以下先分析保护分配正义的必要性,再分析通过合同法贯彻分配正义观念的可行性。

(一)法律维护分配正义的必要性

在现代社会和市场经济条件下,分配正义及其所蕴含的社会公正思想“是解决每一个现代人所面对的生存和发展等最为重要事情的必需”。〔85〕

1. 保护基本人权

资源稀缺是讨论分配正义问题的物质性背景。在资源稀缺的情况下,“价高者得”的自由市场规则可能会导致一部分人无法获得必需的资源。那么,是否应适当限制自由市场规则,以保障每个人的基本生活需求呢?从尊重基本权利的角度来看,应作肯定回答:人权的基本特征

〔79〕 Kronman, *supra* note 62, pp. 496—497.

〔80〕 Canaris (Fn.58), S. 67 ff.; Arnold (Fn.4), S. 22 ff.

〔81〕 在我国,主要由《人体器官移植条例》(2007)和《人体捐献器官获取与分配管理规定(试行)》(2015)等行政法规调整,人体器官的分配,并不适用价高者得的合同自由原则。比较法上的研究,参见 Canaris (Fn. 58), S. 42; Radin, “Market-Inalienability”, *Harvard Law Review*, Vol. 100, No. 8, 1987, pp. 1849 ff.

〔82〕 茅少伟,见前注〔12〕,第287页。

〔83〕 Coase, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law & Economics*, Vol. 3, 1960, pp. 1 ff.

〔84〕 Schwab, “Coase Defends Coase: Why Lawyers Listen and Economists Do Not”, *Michigan Law Review*, Vol. 87, No. 6, 1989, pp. 1171—1195; Fennell et al., “The Distributive Deficit in Law and Economics”, *Minnesota Law Review*, Vol. 100, No. 3, 2016, pp. 1051—1052.

〔85〕 吴忠民:“现代人何以愈益离不开社会公正”,《社会科学》2018年第10期,第60页。

是不可剥夺性^{〔86〕}(inalienability),在主体无法通过自力保护其人权时,法律便应介入。在很大程度上,基本权利不是立法者的造物,相反,“法律和国家权力要从保障基本权利中去获得正当性”。^{〔87〕}虽然关于人权范围与种类的认识见仁见智,但无论怎样,自由、尊严以及维持这二者所需的基本财产,通常被认为是基本人权的内容。^{〔88〕}另外,随着社会的进步和生产能力的提升,一些“新型”权利也逐渐被视为人类生活的基本条件,人权的类型与内容也随之改变。

2. 促进团体发展

面对变化无常的外部世界,人类从产生之初便要借助团体协作谋生。虽然随着人类征服和改造自然的能力增强,个体生存能力日益改善,但“合作”作为人类文明的重要主题却始终如一,并且随着社会分工日益加强。^{〔89〕}在这样的团体生活中,“物竞天择,适者生存”固然有其应用价值,但维系该团体合作的基本规范,如成员间应彼此尊重、互相照顾扶助等,仍是必须坚守的。

不论社会规模大小,人们似乎已经普遍意识到,社会是一个整体性的“工作系统”,通过增强个体的超家庭慷慨倾向、“强化”社会的整体性,进而增进社会成员的生活福利和安全保障,能够提升合作的整体效率,从而使每个人从中获益。^{〔90〕}分配正义与“利他”(altruism)的观念密切相关。尽管有不同的认识,但通常认为人类的天性中兼有利己和利他的观念。有学者用“相对适应性”(relative fitness)这一标准给出了利己和利他的定义:“利己”是在团体内部增加个人的相对适应性,而“利他”是降低自身在团体内部的相对适应性而增加该团体整体的适应性。^{〔91〕}利己促进个体发展,利他助力团体进步,二者应根据外界环境的变化和团体本身规模的变化保持适当的平衡。而团体之间的竞争越激烈,利他主义便会越强化。^{〔92〕}

当然,正如强调分配正义并不意味着绝对平等,肯定利他的必要性并不意味着强制所有人都从事利他行为。一方面,团体的整体实力离不开个体的发展与利益,过分强调利他主义有可能导致对“适当利己”的忽视,进而降低个体的创造力。另一方面,因为人类社会存在数量巨大的各类团体,个人可能同时归属于多个不同团体,并且人际(国际)关系异常复杂,并非简单的“敌意”(hostility)可以概括,故不加节制地在团体内部提倡利他主义(虽然确实会增加团体的凝聚力)亦难以适应社会现实。另外,鉴于利他因素的不确定性,强调利他也可能降低经济收

〔86〕 Radin, “Market-Inalienability”, *Harvard Law Review*, Vol. 100, No. 8, 1987, pp. 1849 ff.

〔87〕 张翔:“基本权利的双重性质”,《法学研究》2005年第3期,第24页。

〔88〕 “一个人,仅因为他是人,而不因其社会身份和实际能力(如出身、财产、才智、职位、机遇等)就应该享有的某些权利。”参见夏勇:《人权概念起源》,中国政法大学出版社1992年版,第212—213页。

〔89〕 参见杜宴林:“法律本体的人文主义基础论析”,《法制与社会发展》2005年第4期,第145—147页。

〔90〕 (美)克里斯托夫·博姆:《道德的起源——美德、利他、羞耻的演化》,贾拥民、傅瑞蓉译,浙江大学出版社2015年版,第57—60页。

〔91〕 Wilson, *Does Altruism Exist? Culture, Genes, and the Welfare of Others*, New Haven: Yale University Press, 2015, p. 22.

〔92〕 *Ibid.*, pp. 23—32.

益的可预期性。^[93]从这个意义上说,即便应在法律中考虑利他或分配正义,也仍要把握限度。

3. 伸张个体价值

21世纪的社会结构或许可以用“大众社会”来描述:先进的通讯、物流、建筑与生产等科技,让彼此陌生的人可以密集地聚居在一起工作和生活。大众社会的特征表现在两个方面:其一,个体生活在人数众多的聚居生活中累加,形成规模巨大的同质化需求;其二,在外部条件的支持下,个人对独立性和个体化的追求又日益加强,形成强大的多元化倾向,人们甚至可以主动地选择与哪些人保持陌生、与哪些人建立联系,而不受地域、语言等因素的影响。同质化和多元化之间的张力,要求法律一方面适应标准化与类型化的发展趋势,制定与大规模生产相协调的规范,承认大众社会发展出的相应规则;另一方面尊重个体的独立性,保护个体的自主选择(如隐私权),提供个性化规则以满足多样化的需求。

在保护和支持自主选择的过程中,还应当认识到的是,个体的智力与眼界是有限的,如人们的选择常常会为信息的“包装”(framing)所左右。^[94]对此,法律可做的工作,一方面是担当行为规范(如规定强制性的信息披露与提示义务)来指引人们的选择;另一方面是提供裁判规范,适当宽容人性的弱点,并对不当利用人性弱点牟利的行为进行干预。个人破产制度就是基于此而设计的,它不仅在人们遭受意外风险损害(不幸)时提供破产保护,而且在人们因误判或不节俭(不慎)而陷入困境时也同样给予保护,包括提供“重新开始”的机会。^[95]在这个意义上,学者的概括至为精当:近代私法中“人”是“理性的、强而智的人”,现代私法中“人”则是“弱而愚的人”。^[96]对此,须注解的是,并不是现代私法中的人相较于近代私法中的人“弱而愚”,而是相较于同时代中的交易相对方“愚而弱”。而正是因为现代私法对“弱而愚”的人提供了保护,个人对于团体社会的依赖才得以真正减少,进而最大限度地舒展个性、创造价值。^[97]

4. 提高法的合法性

如前所述,尽管只有将合同严守作为交易活动的一般原则才能有效维护合同的约束力,但人们接受这一原则的前提是,被严守的合同不应超过人们最基本的容忍限度、应满足人们对公正的最低要求,^[98]否则,不仅会导致当事人权利义务的失衡,而且会破坏合同法等交易规范本身的合法性(legitimacy)。规范的合法性或正当性对于法律适用而言至关重要:合法性越

[93] Robson, “Group Selection: A Review Essay on Does Altruism Exist? by David Sloan Wilson”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 55, No. 4, 2017, p. 1574.

[94] Tversky et al., “The Framing of Decisions and the Psychology of Choice”, *Science*, Vol. 211, No. 4481, 1981, pp. 453 ff.; (美)泰勒等:《助推》,刘宁译,中信出版社2009年版。

[95] 参见许德风:“论个人破产免责制度”,《中外法学》2011年第4期,第742—749页。

[96] “在现代法前提之下的人,并不仅仅限于在与大企业的关系上无可奈何地处于弱小地位的人,而且还有如果稍微冷静地考虑一下就不会做,却被对方的花言巧语所蒙骗而进行交易的人,还有难于拒绝他人但又后悔的那种易受人支配的感情用事、轻率行事的意志上弱的人。一言以蔽之,他们是‘愚的人’。”参见(日)星野英一:《私法中的人》,王闯译,载梁慧星主编:《民商法丛论》(第8卷),法律出版社1997年,第188页。

[97] 吴忠民:“现代人何以愈益离不开社会公正”,《社会科学》2018年第10期,第63—65页。

[98] 吴忠民:“以社会公正奠定社会安全的基础”,《社会学研究》2012年第4期,第18—19页。

高,法律越容易受遵从,反之亦然。^[99] 过分强调交易程序而忽略实质公平乃至分配公平的规范,很可能危及规范自身的合法性,当此种规范被用于苛求对方当事人时,就可能引发人们的厌商、仇富、报复社会等情绪,最终使法律无法有效施行。

例如,从法律人的视角来看,借款合同项下的债务是量化的、精确的义务,因而具有简单、冰冷及非个人化(如可以相对自由地被让与)的特征,这也使得诸如“欠债还钱”的认识具有公理一样的正当性。^[100] 但是,若明知款项可能被贪污却仍将其出借给腐败横行的国家或政府,同时在借款时要求以该国的税收为担保还本付息(其结果是政治精英获得好处,普通民众买单),或垄断耕地资源的地主出借粮食给佃农并索取利息,就未必具有实质的正当性。^[101]

法的合法性的思想不仅体现于交易双方地位不对等的交易中(如消费品买卖),还体现于交易双方身份接近(如双方都是商人)的交易中,因为即使身份相近,也不意味着在具体交易中不存在强弱的差异,如一方处于经济上的某种紧急状态。这也是诚实信用、公序良俗、情事变更等一般性原则,违约金调整^[102]或禁止惩罚性违约金、格式条款内容控制等制度在“民”与“商”的关系中一体适用的深层基础。^[103]

(二)以合同法维护分配正义的可行性

在论证了保护分配正义的必要性后,更为艰难的挑战,是分析分配正义与合同自由的关系,即为什么要通过私法规范尤其是合同法对交易关系进行干涉。为完成这一任务,需要探究公法与私法的区分以及它们在功能上的差异,并在此基础上进一步分析以私法处理分配问题的必要性和可行性。

1. 公法与私法的界分

通常认为,公法与私法的区别在于所调整的法律关系性质的不同:公法关系强调国家对公民的统治与管理,因而主要适用强制性规范;私法关系则强调个体之间的自由交易,因而主要适用自由交易规则。即,以自由平等为指导原则的是私法,以命令—服从的上下秩序为指导原

[99] 在一个研究中,作者考察了在纽约联合国总部工作的外交官因违章停车而受处罚的情况。发现那些来自法治水准高国家的外交官比法治水准低、司法不公国家的同行们更遵守停车法规,尽管这些外交官享有豁免权,可以完全无视城市里的停车法规。这表明所经历的法律体制的合法性程度,或许也会影响人们遵守法律的意愿。Raymond et al., “Corruption, Norms and Legal Enforcement: Evidence from Diplomatic Parking Tickets”, *Journal of Political Economy*, Vol. 115, No. 6, 2007, pp. 1020 ff.; McAdams, *The Expressive Power of Law, Theories and Limits*, Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 4.

[100] “公理者,抛开晦涩的学究式定义,可看作人们普遍接受的行为准则。如果一个行为准则能被社会冲突中敌对双方共同接受,这个准则就是社会所应奉行的高强度公理。”在这一公理的语境下,“欠债还钱是公理”。参见党国英:“欠债还钱的公理高于革命逻辑”,载《南方周末》2011年9月8日,第F29版。

[101] Graeber, *Debt, The First 5000 Years*, New York: Melville House Publishing, 2011, pp. 13 ff.

[102] 姚明斌:“违约金司法酌减的规范构成”,《法学》2014年第1期,第130—141页。

[103] Schmidt, MünKomm § 348 Rn. 2, 14 HGB.

则的是公法。^[104] 公法强调分配正义,私法强调交换正义。^[105] 但若仔细分析,可发现公法与私法的界分并不清晰。

其一,从法律渊源来看,公法与私法并不具有本质差异。如果认为法律产生于社会一般认知中的公共良知或公共意识,那么,公法和私法本质上都是对市民社会所应保护的个人的基本权利的认可。只不过公法的正当性来源于社会契约中的交换:个人对国家负担公法上的义务,服从国家的治理,同时获得国家所提供的安全、福利等保障;私法则来源于法律对存在于私人之间的交往与行为规则的承认。

其二,从强制属性来看,公法与私法并无区别。公法中的秩序性要求,大多也来源于社会一般认知或公共意识,只不过公法在执行中的强制力因素淡化了这一常规性,导致人们仅看到其人为强制的属性。^[106] 若认识到此种共同存在的强制性,将能更好地理解公法与私法之间并不存在“质”的差异,而仅仅是“量”的差异。^[107] 事实上,正如宪法学者所指出的,就保障和实现宪法上的基本权利而言,公法的规制和私法的调整是排在相同序列的。^[108] 或者说,从宪法的角度看,公法和私法并非不同性质的事物,二者都是以保护或支援基本权利为目的的有效手段。进一步讲,私人交易的实现在客观上也同样需要法律的强制,恰恰是因为私法中存在的实际履行、损害赔偿、违约责任等明文制度,合同才得以真正执行。

其三,“公法”与“私法”的概念本身也有模糊之处。对此,诚如学者所指出的,相对于“私”(private)的“公”(public)的概念,在语义上还有以下三层含义:与国家有关的“公权”(official)、“权威”(authority)意义上的“公”;指称不是特定的或所有人的“一般”(common)意义上的“公”;公开、“开放”(open)含义的“公”。^[109] 而在民法中,既存在部分基于管制需要而设置的具有“公权”“权威”性质的规范,也存在大量保护社会整体福利的、具有“一般”属性的规范。^[110]

其四,公法与私法的区分主要是基于功能差异而展开的,正是为了适应这样的功能区分,我们才在法院中区分民事法庭、商事法庭、知识产权法庭、行政法庭等审判机构,也是出于教育、学习与研究的方便将法律区分为民法、刑法、行政法等具体部门。但这些人

[104] Lucy, “Contract as a mechanism of Distributive Justice”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 1, 1989, pp. 132 ff.

[105] 蒋大兴:“私法正义缘何而来”,《当代法学》2005年第6期,第82页。

[106] 公法并非主权者的傲慢和专断,也同样是倾听市民社会中达成普遍一致的公共良知与公共意识的结果。尽管政治精英和人民大众之间经常发生冲突,但不断壮大的公众意见总是强迫政府倾听来自公民的声音。Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations, The Rise and Fall of International Law 1870—1960*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 54.

[107] Jones, *Historical Introduction to the Theory of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1956, p. 146.

[108] (日)吉村良一:“从民法角度看公法与私法的交错与互动”,张挺译,《人大法律评论》2012年卷第2辑,第242页。

[109] 同上注,第255页。

[110] 哈耶克也有类似的见解,公法和私法都服务于人们的“一般福祉”(general welfare)。认为公法保护公共利益,私法维护私人利益,仅在极狭义的层面成立。Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, London: Routledge, 1998, p. 132.

为划分都不能掩盖法律的本质——源于公众的共同认知并依靠国家强制力保障实施，公私法的划分是出于实现不同任务的务实性考虑，而并不能说明两者在规范属性上存在根本区别。^{〔11〕}

总之，公法与私法的二分论是以现代政治国家与市民社会的区分为前提的，但这种区分其实只是观念上的区分，而不是真实社会关系的区分。^{〔12〕}这种“对立—融合”的关系只是外部观察者为描述方便而进行的归纳，而二者之间真正的关联不限于“融合”，更是平行和交错，共同实现社会治理的功能。从这个意义上讲，私法中不但存在分配正义，而且，分配正义的存在也保障了交换正义或形式正义的实现，二者在私法中同时存在，并相互影响、互为补充。当然，与公法中体现的分配正义不同，私法中的分配正义更多着眼于对个人权利、利益的分配和保护，对产生于平等主体自由交易关系的习惯、风俗及传统的确认。

2. 税收与合同规范的效率差异

在我国学者的分析中，物权法、合同法、公司法、保险法、破产法等法律被用于设定各类权利和交易规则，是“初次分配”制度的重要渊源，而财税法等法律则是“二次分配”的制度依据。对于二者的关系，主流观点认为“初次分配着重关注各类要素在市场上的贡献，更加重视效率，对于公平的强调不够，因而难以解决收入差距过大等问题。为了使整个社会成员之间的分配更趋合理，在承认适度差距的同时，国家必须注意防止两极分化，实行二次调节的分配制度，即再分配制度。”^{〔13〕}在各类分配安排中，最受推崇的是税收等再分配工具。那么，再分配制度如税收等是否可以承担起全部的再分配职能，从而将私法“解放”出来，使后者完全专注于交易效率呢？回答这一问题，既需要考察税收等制度的收益和成本，也需要考察在私法中加入分配要求时所带来的收益和成本，如是否会扰乱正常交易秩序甚至扰乱“劳动—休息”关系(labor—leisure distortion)。^{〔14〕}

〔11〕 正如托伊布纳所指出的，“关于私法与公法的关系，如果说在现代社会应当进行公与私的划分，我认为这是错误的。这是一种陈旧的已不再发生作用的对国家和社会的区分方法，如果它真的曾经发生过作用的话。我们必须把这种过于简单化的区分通过一种在社会不同领域间进行区分的方式进行替代，不是通过公共领域和私人领域的区分，而是对许多不同领域进行区分，如经济领域、科学领域、教育领域、文化领域、健康领域、媒体领域等等。同时，法律应当发展各个领域的规范性，而不仅仅是发展公共利益和私人利益的规范性。换句话说，首先应当破除公与私之间的区别，并将其溶解于不同的领域。最具决定性意义的是，必须将‘公/私’这种区分在每一个领域中重新建立起来，但应包含不同的含义。这是因为，在这些领域中每一个‘私人的’或者更确切地表述为‘社会的’规范，始终同时具有私和公的维度。在私的维度上，涉及私人之间的关系以及在各自领域内如何平衡私人利益。与之相对，在公的维度上，认识私人规范的整体社会功能并相应地通过法律对其进行规制。”(德)贡塔·托依布纳、顾祝轩：“私法的社会学启蒙”，高薇译，《交大法学》2013年第1期，第7页。

〔12〕 吉村良一，见前注〔108〕，第236页。

〔13〕 张守文：“分配结构的财税法调整”，《中国法学》2011年第5期，第24—25页。

〔14〕 Kaplow et al., “Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No. 2, 1994, p. 669; Polinsky, “Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damage Remedies”, *Stanford Law Review*, Vol. 32, No. 6, 1980, pp. 1084—1085.

首先,税收制度也有成本,除了税收本身的费用外,就像市场主体间的交易会因“市场失灵”(market failure)而不能实现真正意义上的自由交换一样,税收制度也会因为政治失灵(political failure)而不能实现预期的分配目标;由于政治决策程序、利益集团博弈等问题,在实践中,寄希望于通过税收法律来实现社会财富再分配的期待往往并不现实。^[115]其次,税收制度同样有不准确、不完备的困扰,这同样会影响再分配的效果。^[116]最后,在给定的税收体制之下,调整税收分配安排往往会损及既得利益集团的权益,因此此类调整在实践中往往异常艰难。^[117]所以,究竟应当采用税收制度来进行分配,还是在初次分配阶段,尤其在私法交易时就考虑分配问题,本质上是一个事实判断与成本权衡的问题。

3. 合同法并非纯粹游戏规则

常有观点认为,合同法或者私法在性质上相当于游戏规则,如同形式各异的赌博规则一样——只要大家就规则达成一致,规则本身并不会影响游戏的结果,即属于所谓“纯粹的程序正义”(pure procedural justice)。反对观点则认为,如果整体地看待合同法,所谓合同法属于“纯粹的程序正义”的观点并不能成立,在合同法中,存在数量众多的程序性规则,这些规则为合同有效性设置了先决条件。这些规则无法用“纯粹的程序正义”规则加以描述,^[118]而更多服务于“完善的程序正义”(perfect procedural justice)。^[119]公允而言,合同法或许是位于“纯粹的程序正义”与“完善的程序正义”这两端之间的制度,它一方面提供程序规则,原则上并不影响交易结果;另一方面也会在交易结果严重失衡时加以纠正,尽管交易本身并不违反合同法的程序规则,其对实现交换正义与分配正义发挥着同等作用。^[120]

对于合同法促进分配正义功能的另外一项质疑在于,合同法主要是任意性规则,当事人通常可以通过自由约定排除其适用,进而阻碍其财富再分配的功能。对此,学者用禀赋效应(endowment effect)给与有力地反驳:人们对于已经占有的事物的估值会高于其

^[115] Fennell et al., supra note 84, p. 1055; Kronman, supra note 62, pp. 498—510.

^[116] “...no one would really expect the income tax structure to be adjusted in response to each and every change in legal rules.” Shavell, “A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation?”, *The American Economic Review*, Vol. 71, No. 2, 1981, p. 417.

^[117] Fennell et al., supra note 84, p. 1086.

^[118] Collins, “Distributive Justice through Contracts, Current Legal Problems”, *Current Legal Problems*, Vol. 45, 1992, p. 49.

^[119] Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1972, p. 85. 通常所说的数人分蛋糕,为保证平均分配,由分蛋糕者最后取蛋糕,便是一个符合“完善的程序正义”的制度安排(当然,论者仍可质疑为什么选择某人分蛋糕以及这是否构成对分蛋糕者的不正义对待)。或者说确立纯粹程序正义的“背景”,即所谓的“纯粹的背景程序正义”,这些背景程序包括税收、社会福利等再分配的制度,也包括关于合同效力判断的标准。Rawls, *Justice as Fairness*, New Haven: Harvard University Press, 2001, pp. 51—52.

^[120] Canaris (Fn.58), S. 59; Arnold (Fn.4), S. 22 ff.

尚未取得的事物。也正是基于此,这一效应又被称为“现状偏见”(status bias),即人们倾向于保持现状,除非支付明显高的对价或发生显著的改变。因此,如果当事人想通过协商改变那些既定的任意性规则,则其所支付的代价将可能高于这一改变的本身价值。可见,即便是推定性条款,其分配功能也不当然因其任意性而受到削弱。^[121]

4. 私法再分配中的成本转嫁问题

实践中以合同作为再分配工具的安排还可能面临成本的转嫁问题。例如,在消费者保护的规则中,如果法律要求经营者承担较重的责任,如增加保修负担及对产品质量设置强制性标准,可能导致经营者提高交易的价格,进而将成本转嫁给消费者。但如果仔细思考会发现,对合同的规制并不总会导致成本的转嫁。以汽车的保修制度为例,法律强制要求汽车生产厂商延长保修期(保修期由一年提高到三年)可能会对市场上的不同主体产生不同的影响。对于原本就可以或已经提供三年保修期的厂商而言,这样的要求并不会导致成本的增加;但该规则会对产品质量较差(或单位生产成本较高的)的汽车生产厂商产生价格上的压力,促使其改进产品质量,因为如果这些厂商简单地以提高价格作为应对法律变动的方式,将会在市场竞争中陷入不利地位。从这个意义上说,在汽车买卖合同中强制性地增加延长保修条款的做法,是否会导致成本向消费者转移并不确定(须经验分析)。^[122] 就目前的社会经济状况而言,此类经验研究仍不现实,但纵观消费者保护制度的历史,消费者保护有助于维护消费者的权益而非仅仅导致“羊毛出在羊身上”的状况,是符合一般社会认知的。在合同关系之中,当事人的法律身份被简化为债权人与债务人,但他们也同时拥有其他身份,如出租人与承租人、雇主与雇员等等。^[123] 这些社会身份是法律必须同时处理的事项。

(三) 分配正义与效率的关系

分配正义与效率具有内在相关性,经妥当设计的私法制度在促进分配正义的同时也有助于提高效率,其原因在于以下几个方面。①促进分配正义的制度有助于降低交易双方的对立性,增进当事人之间的信任,进而降低协商成本,使交易目的更容易实现;^[124] ②适度的公平有助于限制垄断和利益集团的操控行为,正如学者斯蒂格勒所指出的:若无公平的体制,社会力量将日益集中在既得利益的少数精英阶层手中,其可以通过垄断而不是增进其竞争能力来获

^[121] Korobkin, “The status quo Bias and Contract Default Rules”, *Cornell Law Review*, Vol. 83, No. 3, 1998, pp. 608 ff.

^[122] Kennedy, *supra* note 9, p. 603. 同时还要考虑消费者群体内部的情况(能够理解并应用强制担保制度的消费者群体与对此不关心的群体会对保修制度有不同的认识)、有关产品的供求关系(价格上涨是否及在多大程度上影响消费者的购买需求)。Craswell, “Passing On the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships”, *Stanford Law Review*, Vol. 43, No. 2, 1991, pp. 372 ff.

^[123] Arnold (Fn.4), pp. 282 ff.

^[124] Wilkinson et al., “The Spirit Level: Why Greater Equality makes Societies Stronger”, *Library Journal*, Vol. 134, No. 20, 2009, p. 124. 又如,非常细致的实证研究表明,广泛的不平等状态对健康具有负面影响,进而降低福利。Underwood, “Can Disparities Be Deadly? Controversial Research Explores Whether Living in an Unequal Society Can Make People Sick”, *Science*, Vol. 344, No. 6186, 2014, pp. 829 ff.

取巨额收益,最终阻碍社会的进步,降低社会福利的增长效率;^[125]③最具根本性的解释是,效率、福利的概念中原本就内化了分配的因素:其一,在以边际效用(marginal utility)为量度的财富观念下,社会福利(social welfare)取决于个体福祉(well-being),而分配的平等性有助于福利最大化——分配不平等将导致财富边际效用的降低(100元钱的效用在富人处比在穷人处低)。^[126]因此,分配公平是社会福利的前提性条件和内生性要求,分配正义已被包含在福利的理念之下。^[127]其二,正如学者所指出的,在一定程度上,社会福利不仅指经济意义上的改善和享受,而且包括精神上的幸福感和正义感等抽象需求得到满足,而分配公平会对抽象观念产生影响。^[128]例如,“善有善报恶有恶报”等已经深入人心的社会一般观念(正义感)若能得到法律制度的充分认可,也将提高人们的福祉。在这个意义上,正义和福利具有内在统一性。其三,正如卡拉布雷西所指出的,分配甚至是财产或财富概念的前提。^[129]例如,针对法律应当促进财富最大化的观点,他质问道:“什么是社会应当最大化的财富?……除非我们知道什么是我们(分配)的起点,什么是我们原初的权利,我们无法判断什么是财富。在任何社会中,财富都……取决于人们想要什么,取决于人们看重什么。但他们看重什么,取决于他们不得不接受的起点。……在奴隶社会中,一个帅气的奴隶的需求和帅气的自由男女的需求是不同的,对于什么被看作财富,也是如此。”^[130]

当然,即便分配正义与效率改进有内在的相通性,也并不意味着要将二者关联在一起研究——主张任何一种理念的研究者都可以无视其他理念的存在。但是,法律人的研究和经济学家不同,后者的主要工作是以较为简练的模型解释或重现现实,而法律人则需要更充分地认识现实,尤其是要认识到现实的复杂性,并以全面的规范加以应对。

(四)小结

与人类社会早期相比,人类在获取食物、应对自然灾害等方面的能力已有重大提升,现代国家与全球化市场也为陌生人间大规模互利合作提供了条件。但是,我们所面临的基本挑战

[125] Stiglitz, *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*, New York: Norton & Company, 2012, Chapter 4.

[126] 有意义的质疑是,富人的财富通常只有一小部分被消费,而绝大多数都会被用来投资,如购买不动产、艺术品等资产。在这个意义上,富人的资产增多,未必发生边际效用递减的效果。Epstein, “Innovation and Inequality: The Separability Thesis”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 39, No. 1, 2016, pp. 9-10. 但这只是着眼于富人自己的财富使用而做的分析,若比较富人与穷人对特定财产的边际效用,通常认为还是后者的边际效用。

[127] Fennell et al., *supra* note 84, p. 1059.

[128] Kaplow et al., “Fairness Versus Welfare”, *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 4, pp. 990-991. “如果一个社会有能力使所有人都过上体面的生活,而相当一部分人却没有过上体面的生活,那么这些处境困难的人们就受到了伤害。不平等对弱势群体的成员伤害最大,使他们具有低人一等的感觉。”参见姚大志:“分配正义:从弱势群体的观点看”,《哲学研究》2011年第3期,第108页。

[129] 郑戈:《功能分化社会的法学与经济学——代译序》,载(美)卡拉布雷西:《法和经济学的未来》,郑戈译,中国政法大学出版社2019年版,第28页。

[130] Calabresi, “The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-indulgence?”, *Proceedings of British Academy*, Vol. 68, 1982, p. 90.

在根本上并无变化,利他合作仍然是经济和社会生活的必然需求。在这个意义上,考虑他人福祉和程序的公正具有同等重要的价值,法律有必要促进和维护分配正义。^[131]

公法与私法在功能上各司其职,在内容上却又相互交错,因此应当摒弃“私法主要承担维护交易规则,实现自由意思功能”的认识,综合运用私法与公法处理分配问题。在这个意义上,我国强调“初次分配和再分配都要处理好效率和公平的关系,再分配要更加注重公平”(如党的十七大报告、十八大报告),是富有洞察力的认识。

合同自由与分配正义的关系,与市场与计划^[132]的关系类似。合同自由是遵从市场定价与交易安排的制度,而分配正义则是一系列属于“计划”的制度;究竟是否构成情势变更、显失公平乃至欺诈、胁迫、错误,合同内容是否应变更,都交由立法者、裁判者,尤其是裁判者确定。从社会经济现实来看,通常来说,妥当地混合市场和计划,往往可以实现更高的效率。^[133]这一结论同时也意味着,计划的执行者在执行计划时,也要着眼于替代而非扭曲市场。

五、结论及展望

合同自由不是一种抽象宣示,而是一系列具体的制度,不仅包括欺诈、胁迫(涉及意思表示自由)、错误(涉及意思表示真实)等与缔约过程有关的规则,而且包括情事变更、合同解除、违约责任等与缔约结果有关的规则。这些制度当然有各自的教义学内涵,但在理解其内核,尤其是在面对规则内部的价值选择时,回归到对合同自由、实质正义、分配正义的权衡上,有助于更准确地作出判断。

认为合同自由意味着只有“真正自愿”签订的合同才有拘束力的传统观念,不能作为合同自由正当化的依据。事实上,在合同法内部,限制合同自由的制度普遍存在。合同自由的观念不仅在合同法内部受到实质公正乃至分配正义的制约;若将视野放宽到合同法之外,会发现,合同自由还受到包括侵权法、物权法中相关规则的限制,同时也受制于私法以外的管制规范。在这个意义上,合同自由作为“市场”在法律领域中的“投影”,也像市场本身一样,要受到各种规则的限制。

法律维护和促进分配正义是必要的。和税收等其他公法规范一样,合同法也可以被用以维护和促进分配正义。分配内化于财产的概念之中,是讨论财产权的前提。强调分配正义并不一定减少社会福利和降低经济效率。分配正义有助于确立财富归属、生产、交易和分配规则本身的合法性,是这些规则得以存在的前提。相比税收、社会保障制度或其他分配方式,以私法进行分配的效率并不更低,对个人自由的干涉也并不更高。

分配正义的思想渗透于民法的各个分支。除了合同法外,物权法乃至侵权法都彰显分配正义的考量。例如,时至今日,侵权法早已不再是仅仅强调过错责任、自己责任等自主选择理

[131] (美)塞缪尔·鲍尔斯、赫伯特·金迪斯:《合作的物种》,张弘译,浙江大学出版社2015年版,第274—275页。

[132] 这里的“计划”是中性词:国家的管制是计划,企业内部的科层安排也是计划。

[133] 卡拉布雷西,见前注[129],第41—43页。

论的规范体系。一方面,在现代社会中,公司日益成为侵权人,侵权法的道德色彩逐渐淡化;另一方面,严格责任和保险制度的充分发展,把损失以无过错责任或保险费的方式在社会中进行了分配。在这个意义上,“侵权法不仅仅考虑在原告和被告之间进行损失的分配,而且考虑到这二者所属的群体,乃至整个社会的需求”。^[134] 侵权法所涉及的分配正义,主要体现在两个方面。其一是行为人和受害人之间的损害分配问题,侵权法上诸如减损规则、因果关系规则、与有过失规则乃至公平责任^[135]制度,一定程度上都可从这个角度加以解释。^[136] 其二是损害的社会分担问题,如无过错责任制度以及与保险机制相结合的侵权法制度。除上述损害的分担或分散以外,侵权法中的分配正义还体现在构成要件的个性化上。^[137]

Abstract: Instead of polarized at the opposite of distributive justice, freedom of contract can be better understood as a set of rules or institutions, the core of which lies in the rules concerning the definition of “real voluntary”. Due to the difficulty to distinguish results and procedures, contractual justice shouldn't be limited to the pure procedure justice. In this sense, institutions relating to the contracting procedure such as fraud, duress, mistakes and institutions concerning to the outcome of the transaction like unconscionness, frustration, adjustment of contractual penalties are indispensable parts of freedom of contract, which are used as the main instruments to realize distributive justice in private law. The fairness of distribution is a prerequisite condition and an endogenous requirement for social welfare, which should be defined by the concept of marginal utility, and viewed as the aggregation of individual well-beings. On the ground of fundamental rights protection, group-coordination encouragement, individual values promotion and the legitimacy of the law itself, both public laws and private laws shall take (and have taken) distributive justice into account.

Key Words: Distributive Justice; Procedure Justice; Freedom of Contract; Fraud; Duress

(责任编辑:贺 剑)

[134] 刘凯湘、曾燕斐:《论侵权法的社会化》,《河南财经政法大学学报》2013年第1期,第25页。

[135] 如认定公平责任的基本方法就是,“对损害事实和当事人经济状况进行综合考虑比较,基于公平的观念,衡量利益及其得失,来确定当事人的分担比例”。曹险峰:《论公平责任的适用》,《法律科学》2012年第2期,第111页。

[136] Gardner, What is Tort Law for? Part 2. The Place of Distributive Justice, in: Oberdiek (ed.), *Philosophical Foundations of The law of Torts*, Oxford University Press, 2014, p. 349.

[137] Ben-Shahar et al., Personalizing Negligence Law, *New York University Law Review*, Vol. 91, No. 3, pp. 636—646 (2016). 中国法上对《侵权责任法》第24条的解读,见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2013年版,第117页。