

法律家长主义视角下《民法典》合同制度的发展

包丁裕睿*

摘要 法律家长主义是限制民事主体自由的一项正当性依据,旨在通过强制性或引导性手段提高民事主体的福利。《民法典》中诸多合同规范的设计和解释都可以从法律家长主义的视角进行解读和检讨。就体现强制性的传统法律家长主义的规范而言,部分规范未能根据保护特定民事主体的目的严格限制其适用范围,对此类规范应进行目的性限缩;部分司法解释和法院裁判也存在以保护当事人之名过度限制合同自由的情况,在将法律家长主义纳入目的解释时,需予严格限制。就体现引导性的自由意志家长主义的规范而言,在设计民事法律规范时可以提供“菜单式”的提示性规定,在当事人地位不平等时还可以考虑惩罚性任意性规定;在解释上,如规范仅涉及当事人自身利益,应当尽量将其解释为倡导性规范而非强制性规范。有权机关运用法律家长主义时,应在正确事实判断的基础上充分说理论证。

关键词 法律家长主义 助推 任意性规定 倡导性规定 合同解释

一、问题的提出

私法自治(意思自治)是民法的基本原则。在合同领域,私法自治体现为合同自由原则。合同自由并非绝对的自由,基于两类原因可以对合同自由进行限制:当合同行为损害第三人、社会或国家利益时,法律基于行为的负外部性通过合同无效或可撤销制度限制合同自由;当合同行为损害当事人自身利益时,法律可能会基于“法律家长主义”限制合同自由。法律家长主义的一般定义是“法律以特定主体缺乏理性的行为可能导致其受到损害为由,干预该主体的自

* 中国人民大学法学院讲师。本文系国家资助博士后研究人员计划(项目编号:GZC20233075)的阶段性研究成果。

治以促进其福利”。〔1〕 20 世纪以来,随着社会经济地位不平等以及民事主体的“有限理性”“有限意志力”“有限自利”受到更多重视,法律家长主义在私法领域的运用逐渐得到各国民事立法和民法理论认可。例如,《德国民法典》在 2001 年进行债法现代化改革时,将“消费者”和“经营者”作为正式民事主体类型并确定了倾斜保护消费者的政策,使私法自治和形式自由原则不再是民法典的唯一核心。日本民法学家星野英一也指出,现代民法中的法律人格发生了“从法律人格的平等向不平等的人”“从抽象的法律人格向具体的人”的转变,现代民法“向保护弱者、愚者的方向大大地前进”,这一特点可以被称为民法中的“人的再发现或复归的方向”。〔2〕

法律家长主义回应了“民法如何看待人”的问题。运用法律家长主义需要平衡好保障人的自由和尊严、关爱弱势群体两项目标。〔3〕 从法律家长主义的视角检视《民法典》相关规范的设计和解释,可以发现诸多值得检讨之处:一是在民事立法上,部分法律规范尽管表现出了法律家长主义倾向,但规范的适用范围与法律家长主义的规范目的并不匹配;二是在民事司法上,部分司法解释和法院裁判在法律的解释和适用上对特定民事主体过分保护、对交易自由过分限制,有滥用法律家长主义的风险;三是民法学理论对结合法律与认知科学的“自由意志家长主义”(助推理论)的研究尚不充分,未能借助该理论检视和优化民事法律规范的设计和解释。本文在区分两类法律家长主义的基础上,对《民法典》合同制度相关规范的设计和解释进行评析,并提出可能的优化方案。

二、法律家长主义的理论基础

(一) 法律家长主义的正当性

民法的核心价值之一是私法自治,任何试图对其施加的限制都要承担论证责任,“在没有足够充分且正当理由的情况下,不得主张限制民事主体的自由”。〔4〕 法律家长主义正是限制民事主体自由的一项可能的“充分且正当的理由”。

法律家长主义的正当性在于限制民事主体自由能提升其福利。之所以限制民事主体自由可以提升其福利,有三项普遍被认可的理由:一是民事主体未必在任何情况下都知道自己的最大利益,也未必能选择最佳手段促进自身利益;二是自由既包括积极自由也包括消极自由,有时对消极自由的限制可以提高积极自由,从而提升整体自由;〔5〕三是民事主体在各方面存在

〔1〕 See Gerald Dworkin, “Defining Paternalism,” in Christian Coon and Michael Weber (eds.), *Paternalism: Theory and Practice*, New York: Cambridge University Press, 2013, pp. 29-31.

〔2〕 (日)星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社 2004 年版,第 50 页、第 82 页。

〔3〕 参见王利明:“民法的人文关怀”,《中国社会科学》2011 年第 4 期,第 156 页。

〔4〕 王轶:《民法原理与民法学方法》,法律出版社 2009 年版,第 48 页。

〔5〕 即使不采取“消极自由”和“积极自由”的理论框架,法律家长主义也可以从提升整体自由或实质自由的角度得以证成。参见(印)阿马蒂亚·森:《以自由看待发展》,任贇等译,中国人民大学出版社 2013 年版,第 13 页。

不平等,有些民事主体由于穷困、弱势、不理性,无法恰当利用自由提升其福利。^{〔6〕} 由于法律家长主义的正当性是民事主体福利的提升,其适用范围也应当严格限于通过限制民事主体自由能提升其福利的场景。

(二)“反家长主义”思潮和“软/硬家长主义”区分

古典自由主义学者大多持“反家长主义”(anti-paternalism)立场,即反对以保护个人利益为名限制个人自由。对实证法上广泛被接受的带有法律家长主义色彩的规范,理论界通过区分所谓“软家长主义”和“硬家长主义”来解释其正当性。“软家长主义”主张,法律仅应干预认知或意志欠缺的决定,以保护民事主体不受“不真实反映其意志的危险选择”的危害。这一理念在民法上的体现就是赋予被欺诈、被胁迫民事主体以撤销权。“硬家长主义”则主张,即使是民事主体充分“自由”的选择,法律也可以在特定情形下对其予以限制,以避免民事主体遭受损害或提高其福利。^{〔7〕} 基于这一区分,不少学者认为仅干预非自愿行为的“软家长主义”是在保护自治,应予认可;^{〔8〕}“与民事主体自身意愿相反”的“硬家长主义”是真正的法律家长主义,此种法律家长主义应予摒弃。^{〔9〕}

从是否符合当事人真实意愿的角度出发对“软家长主义”和“硬家长主义”进行区分,是一种缺乏实益的类型化。一方面,民事主体可能存在不同维度、相互冲突的“真实意愿”,这导致两类家长主义不易区分。例如,民事主体在追求特定目标时未必会采取最适合的手段,当法律对不符合工具理性的行为进行干预时,此种干预就难以被划分为“硬家长主义”或“软家长主义”。^{〔10〕} 另一方面,在真实的民事交往中,充分“自由”、完全“理性”的选择永远只是一种理想状态,两类家长主义事实上也无法被区分。^{〔11〕} 总而言之,“硬家长主义”和“软家长主义”对民事主体自由的限制本质上没有“质”的差异而仅有“量”的差异。^{〔12〕} 随着对有限理性的研究不断深入,基于区分两类家长主义的反家长主义立场受到越来越多的质疑。

(三)自由意志家长主义

无论是“硬家长主义”还是“软家长主义”,传统意义上的法律家长主义都建立在法律的强制力上。近年来,法律与认知科学研究提出了通过法律技术对民事主体进行引导而非强制的新型法律家长主义,即“自由意志家长主义”(libertarian paternalism)。^{〔13〕} 这一理论也通常被

〔6〕 参见孙笑侠、郭春镇:“法律父爱主义在中国的适用”,《中国社会科学》2006年第1期,第49—50页。

〔7〕 See Joel Feinberg, *Harm to Self*, New York: Oxford University Press, 1986, pp. 12-16.

〔8〕 参见万艺:“温和法律父爱主义之辨”,《天府新论》2017年第5期,第81—85页。

〔9〕 参见黄文艺:“作为一种法律干预模式的家长主义”,《法学研究》2010年第5期,第9页。

〔10〕 See Dan W. Brock, “Paternalism and Autonomy,” *Ethics*, Vol. 98, No. 3, 1988, pp. 561-562.

〔11〕 See Jessica Begon, “Paternalism,” *Analysis*, Vol. 76, No. 3, 2016, pp. 358-360.

〔12〕 See Bijan Fateh-Moghadam and Thomas Gutmann, “Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of Soft Paternalism,” *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 17, No. 3, 2014, pp. 388-390.

〔13〕 在术语的使用上,有学者把“自由意志家长主义”也称为“软家长主义”。这是因为这部分学者从手段的强制性上区分“硬家长主义”和“软家长主义”,而非从“是否符合受干预者真实意思”的角度区分二者。See Anthony Ogus, “The Paradoxes of Legal Paternalism and How to Resolve Them,” *Legal Studies*, Vol. 30, No. 1, 2010, p. 62.

称为“助推”(nudge)或者“选择建构”(choice architecture)理论。^[14]

自由意志家长主义主张通过法律技术手段帮助民事主体克服信息、认知能力和自控能力方面的障碍,通过制度设计影响民事主体决策从而提高其福利,但不强制要求民事主体作出特定行为。自由意志家长主义可以采取的手段包括设置默认规则、信息披露、警告、提醒等。^[15]在自由意志家长主义仍然允许民事主体自我决定的意义上,它是“自由意志主义的”;在自由意志家长主义干涉民事主体决策以促使其作出有利于其福利的决策的意义上,它是“家长主义”的。^[16]这一理论为可能作出错误决策的民事主体带来福利,同时对其他民事主体仅施加较小的负担。自由意志家长主义的有效性已经被实践所证实。例如,美国有用人单位为了提高劳动者的储蓄率,将原先允许劳动者自由选择是否参加退休储蓄计划的模式(“选择参与”)改为让劳动者都自动参与储蓄计划但可以选择是否退出的模式(“选择退出”)。这一规则的改变大大提高了选择参与储蓄计划的员工的比例。^[17]

在民事规范体系中,自由意志家长主义体现为仅具有提示性、注意性效果的提示性规范,保护弱势当事人但允许民事主体另行约定的惩罚性任意性规范,倡导民事主体采取特定方式进行合同行为的倡导性规范等。上述几类规范在《民法典》中虽有体现,但是我国民法学界对其重视不足。

三、传统法律家长主义与《民法典》合同规范设计

(一) 要物合同

要物合同是指除当事人意思表示一致外,还需交付标的物才能成立的合同。《民法典》合同编第 586 条第 1 款、第 679 条、第 890 条规定了三种要物合同,即定金合同、自然人之间的借款合同、保管合同。其中,第 890 条明确允许当事人约定排除保管合同的要物性,但第 586 条、第 679 条均未对要物性的排除进行规定。

对要物合同而言,不交付标的物(定金、借款或保管物)不产生违约责任,只产生缔约过失责任。现代要物合同制度的本质是对应交付标的物一方民事主体的法律家长主义保护,应交付标的物一方当事人能于物之交付前有考虑斟酌的机会,^[18]这一规则“赋予一方当事人在第

[14] 关于该理论的讨论较多,See Cass R. Sunstein, *Why Nudge?: The Politics of Libertarian Paternalism*, New Haven: Yale University Press, 2015; Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, *Nudge (The Final Edition)*, New Haven: Yale University Press, 2021.

[15] 参见(美)凯斯·R. 桑斯坦:《助推 2.0》,俸绪嫻、孙梁、李井奎译,四川人民出版社 2022 年版,第 75—79 页。

[16] See Cass R. Sunstein and Richard H. Thaler, “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 70, No. 4, 2003, p. 1162.

[17] See Brigitte C. Madrian and Dennis F. Shea, “The Power of Suggestion: Inertia in 401(k) Participation and Savings Behavior,” *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 116, No. 4, 2001, pp. 1149-1150.

[18] 参见王泽鉴:《债法原理》(第二版),北京大学出版社 2013 年版,150 页。

一次运用其意志之后仍然有机会第二次运用其意志(即交付标的物)来决定最终受拘束,此乃所谓‘反悔权’的设计”。^[19]

在法律家长主义的视角下,《民法典》关于定金合同、自然人之间的借款合同、保管合同的要物性规定仍有可议之处。

定金合同的要物性是对交付定金一方当事人的保护。要物性适用于所有类型的定金合同。^[20]在违约定金与立约定金的场合,要物性可以确保当事人作出慎重的意思表示,同时也见证了当事人按约履行或者订立合同的主观意愿。但解约定金本质上是合同双方当事人行使约定解除权时所承受之对价,应当交付定金的一方可以随时交付解约定金从而解除合同,而相对方是否能享有解除权完全取决于定金是否已经交付。可见,解约定金的要物性过分保护了应当交付定金的一方。^[21]

自然人之间的借款合同的要物性是对贷款人的保护。该规则的正当性在于,自然人通常并非金融专业人士,需要一定的思考时间,且自然人之间借款一般具有互助、无偿性,不宜给当事人苛以更重的责任。^[22]不过,即使《民法典》对贷款人的法律家长主义保护具有充分理由,其规范射程也可能超出必要的限度,即保护互助、无偿借款的贷款人。对自然人之间支付利息的借款合同或商自然人之间的借款合同,允许当事人订立诺成性合同更为妥当。^[23]然而,由于《民法典》第679条并未明确允许当事人约定排除借款合同的要物性,实践中多将其解释为不可约定排除的强制性规范。^[24]

保管合同的要物性是对寄存人的保护。全国人大常委会法制工作委员会在释义书中指出,与仓储合同不同,保管合同以无偿为原则,保管合同的要物性旨在避免寄存人不交付保管物时承担责任。^[25]以保管合同的无偿性论证保管合同的要物性并不充分。法律通常会对做出无偿行为的行为人进行特殊保护。但是保管合同的无偿性是指保管人不收取保管费用,法律的特殊保护也应当指向保管人,无法证成寄存人可以享有“反悔权”。寄存人在无偿保管合同中享有的“反悔权”或许可以做如下解释:由于无偿保管合同中的保管人不存在对报酬的期待,即使合同成立生效,寄存人不履行合同也无需承担有关报酬的违约责任,这与赋予寄存人的“反悔权”的结果相似。但是这一论证仅能说明为什么寄存人的“反悔权”在无偿保管合同中比有偿寄托合同中对保管人利益的损害更小,却不能说明寄存人“反悔权”本身的正当性。

[19] 刘家安:“‘要物合同’概念之探究”,《比较法研究》2011年第4期,第37页。

[20] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第294页;徐涤宇主编:《合同法学》,高等教育出版社2020年版,第166页。

[21] 参见李贝:“定金功能多样性与定金制度的立法选择”,《法商研究》2019年第4期,第175—176页。

[22] 参见黄薇,见前注[20],第477页。

[23] 参见张谷:“借款合同:诺成契约还是要物契约?”,载龙翼飞主编:《民商法理论与实践》,中国法制出版社2006年版,第226页。

[24] 参见刘勇:“《民法典》第679条(自然人借款合同的成立)评注”,《法学家》2022年第4期,第176页。

[25] 参见黄薇,见前注[20],第819—821页。

(二) 赠与人任意撤销权

《民法典》第 658 条规定,赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与,除非赠与合同经过公证或者属于具有救灾、扶贫助残等公益、道德义务性质的赠与合同。赋予赠与人任意撤销权的主要原因是赠与的无偿性和非要式主义,“有的赠与合同的订立,是因一时情感因素而欠于考虑,如果绝对不允许赠与人撤销,则对赠与人太过苛刻,也有失公允”。〔26〕换言之,任意撤销权是为了保护赠与人免受自身草率带来的不利益。

在比较法上,尽管各法域一般也都允许赠与人在赠与财产的权利转移之前反悔,但法律构成有所差异。如法国法和德国法要求赠与应经公证文书为之,未经公证的赠与在现实赠与后才有效。〔27〕日本法上,当事人可以任意解除未履行的非书面赠与。〔28〕我国台湾地区“民法”也赋予赠与人任意撤销权,在 1999 年“民法”修正前对任意撤销权的限制之一是书面形式,修正后改为“经公证之赠与”。英美普通法上,未现实给付的赠与合同原则上也不可被强制执行。〔29〕

对赠与人的法律家长主义保护是通过限制意思自治实现的。由于任意撤销权的存在,赠与人无法简单作出将来一定进行赠与的意思表示。在文义上,《民法典》第 658 条第 2 款规定的排除任意撤销权的赠与合同类型是封闭的,即“经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同”。因此,赠与人即使在口头或书面合同中明确约定放弃任意撤销权,亦不产生任意撤销权抛弃的效果。为了表达信守承诺,赠与人只能通过公证的方式。这给试图表达赠与意愿严肃性的民事主体增加了较为沉重的负担。

赠与人在赠与财产权利转移之前的任意撤销权究竟在多大程度上得以“任意”行使反映了对赠与人不同程度的法律家长主义保护。例如,日本民法和我国台湾地区“民法”修正前认为书面形式就足以保护赠与人免受自身草率带来的不利益,但法国法、德国法和台湾地区“民法”修正后都将公证作为赠与合同具有完全拘束力的条件。立法对赠与人进行何种程度的家长主义保护是适当的,需要根据各法域社会背景下赠与合同的现实类型与机能进行判断。〔30〕

(三) 流担保条款

《民法典》第 401 条、第 428 条分别规定了流押条款、流质条款的效力,当事人在抵押或质押合同中预先约定,债务人不履行到期债务时抵押或质押财产归债权人所有的,债权人只能依法就抵押或质押财产优先受偿。全国人大常委会法制工作委员会给出的立法理由中有两项与法律家长主义有关:一方面,担保人在签订流质流押条款时可能存在意思表示瑕疵;另一方面,担保权的设立不是风险投资,如果流担保条款订立后,因担保财产价值缩减导致债权无法满

〔26〕 参见黄薇,见前注〔20〕,第 439 页。

〔27〕 《法国民法典》第 931、938 条;《德国民法典》第 518 条。

〔28〕 《日本民法典》第 550 条。

〔29〕 See E. Allan Farnsworth, “Promises and Paternalism,” *William and Mary Law Review*, Vol. 41, No. 2, 2000, p. 386.

〔30〕 参见刘勇:“报偿赠与论”,《法学研究》2023 年第 5 期,第 133 页。

足,对债权人也是不公平的。〔31〕

在立法上是否应当认可流押、流质条款效力这一争论的本质不在于债权人能否取得担保物的所有权,而在于债务人能否事前无条件地放弃担保物全部价值。即使承认流担保条款的效力,如果债权人仍有清算义务,估价时间点也在债务到期之后(如现行法国民法典、我国台湾地区“民法”),债务人仍然无法通过流担保条款放弃担保物全部价值。〔32〕这种模式实际上等同于否定流质(押)条款的效力。既有研究表明,流押、流质条款对债务人而言未必有害,抵押财产价值变化的风险也未必对债权人不公平。〔33〕作为一项立法政策问题,只有特定法域内经济和交易状况的事实证明,流押、流质条款在绝大多数情况下将损害担保人等的利益,此类条款的当然无效才有正当性。〔34〕如果禁止流押、流质条款效力的基础仅是为了“避免债务人因过度自信和盲目乐观而受损”,那么就应当对流押、流质条款进行类型化判断,而非一概认定其无效。〔35〕

(四)小结

我国民事立法中诸多规范的正当性是保护受该规范调整的民事主体的利益,即法律家长主义。在此类规范中,不少规范的适用范围与规范目的并不匹配。法律家长主义过度扩张可能会引发诸多问题:一方面,部分规范以保护当事人之名过度限制当事人合同自由,反而可能损害当事人利益;另一方面,部分规范在保护特定当事人时可能会过度损害交易相对方利益。当此类规范的适用范围超出法律家长主义得以正当运用的场景时,就应当对其进行目的性限缩。

四、传统法律家长主义与《民法典》合同规范解释

(一)担保合同的效力从属性

《民法典》第388条第1款后段规定:“担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的,担保合同无效,但是法律另有规定的除外。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》(法释〔2020〕28号,下称《担保制度解释》)第2条第1款进一步明确:“当事人在担保合同中约定担保合同的效力独立于主合同,或者约定担保人对主合同无效的法律后果承担担保责任,该有关担保独立性的约定无效。”根据该司法解释,不仅“担保合同的效力独立于主合同”的约定无效,而且“担保人对主合同无效的法律后果承担担保责任”的约定也无效。当事人在担保合同订立后,又以原担保为主合同无效的后果设立担保,该

〔31〕 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典物权编释义》,法律出版社2020年版,第497页。

〔32〕 参见叶名怡:“论事前弃权效力”,《中外法学》2018年第2期,第328页。

〔33〕 参见刘俊:“流质约款的再生”,《中国法学》2006年第4期,第99页;杨善长:“流押条款法律效力辨——兼及法律父爱主义立法思想之取舍”,《河北法学》2017年第3期,第103—104页。

〔34〕 参见孙鹏、王勤芳:“流质条款效力论”,《法学》2008年第1期,第88页。

〔35〕 参见汪洋、刘冲:“行为经济学视角下担保型以物抵债的界定”,《云南社会科学》2024年第1期,第23页。

约定同样无效。^{〔36〕}

最高人民法院虽然通过司法解释确认担保合同效力方面的从属性不允许当事人约定排除,但是在释义书中指出这一解释方案并无必然性:“从比较法上看,从属性并非担保的固有属性,而是立法者基于优先保护担保人这一政策考量所作的逻辑安排。”^{〔37〕}在《担保制度解释》起草过程中,对当事人能否在担保合同中约定担保人对主合同无效的后果承担担保责任,存在较大争议。司法解释最终否认此种担保安排的理由在于,基于优先保护担保人利益的价值考量,仅允许法律规定的例外排除担保从属性,^{〔38〕}特别是独立担保风险较高、容易诱发欺诈。^{〔39〕}然而,独立担保的核心特征是其独立于基础交易关系,排除担保的效力从属性未必就构成独立担保。因此,即使存在需要禁止独立担保从而保护担保人的正当理由,也未必能得出“担保人对主合同无效的法律后果承担担保责任”,“以原担保为主合同无效的后果设立担保”等情形绝对无效的解释结论。就后两种情形而言,担保人对主合同无效的风险和由此可能承担的责任已有充分预期,此时基于法律家长主义对其进行保护并无必要。

(二)违约金酌减

《民法典》第585条第2款后段规定,约定的违约金过分高于造成的损失时,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求适当减少违约金。违约金是当事人自行安排履行障碍后果的产物,尊重违约金约定的效力乃私法自治的要求。然而,当事人的有限理性导致其无法精确规划未来事务、过分自信能依约行事,因此违约金条款很可能导致利益失衡。^{〔40〕}如果承认违约金司法酌减规则的正当性在于人认知能力的局限,那么违约金酌减就是一项基于法律家长主义的制度,其目的是保护债务人而非公共利益。^{〔41〕}

法院酌减违约金是对当事人约定违约金自由的限制,这种对合同自由的介入应严格把握。^{〔42〕}就特定交易中的违约金设置而言,是否需要基于法律家长主义对其进行酌减,仅比较“违约金与违约损失的数额”尚不能得出妥当结论。当事人约定的高额违约金,很可能是为促使合同的订立与履行所采用的一种特殊增信或担保方式。承担高额违约金的一方愿意接受该条款,往往已经全面权衡了各种利害关系。违约金可以被视为合同对价的组成部分,否则债权人作为控制交易风险必然会提高合同价款、要求债务人提供物权担保或保证,甚至拒绝与其交易。^{〔43〕}例如,开发商可能会在商品房买卖合同中约定,如果买受人未能在一定期限取得房屋

〔36〕 参见最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第92页。

〔37〕 同上注,第90页。

〔38〕 参见最高人民法院民事审判第二庭,见前注〔36〕,第91—92页。

〔39〕 参见吴光荣:《担保法精讲:体系解说与实务解答》,中国民主法制出版社2023年版,第95页。

〔40〕 参见许德风:“违约金司法酌减的依据及其限度”,《法学》2024年第4期,第116页。

〔41〕 参见姚明斌:“《民法典》违约金规范的体系性发展”,《比较法研究》2021年第1期,第102页。

〔42〕 参见姚明斌:《违约金论》,中国法制出版社2018年版,第291页。

〔43〕 参见徐海燕:“惩罚性违约金例外酌减制度的解释与重构:契约自由与契约正义的平衡视角”,《法学杂志》2023年第2期,第89页。

所有权证书的,“自买受人应当取得房屋所有权证书的期限届满之次日起至实际取得房屋所有权证书之日止,出卖人按日计算向买受人支付全部已付款万分之二的违约金”。^[44]该违约金约定是开发商为了表明其有充分信心及时办理房屋所有权证书向消费者发出的“信号”,消费者很可能因此才选择与该开发商订立合同。在此场景下,不存在基于法律家长主义保护违约金债务人的必要。如果法院此时仍机械适用违约金酌减规则,一方面过度保护了开发商,另一方面也导致了开发商未来无法通过约定较高违约金发出特定“信号”。

违约金以不酌减为原则、以酌减为例外。^[45]仅在有必要对债务人进行法律家长主义保护的场景下,才应酌减违约金。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》(法释〔2023〕13号,以下简称《合同编通则解释》)第65条第2款规将“违约金超过造成损失的百分之三十”作为违约金数额过高的标准,但是该规定不应具有推定的效力,而应与该条第1款“合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人的过错程度、履约背景”等要素一起,作为是否有必要基于法律家长主义发动违约金酌减的参考因素。

与司法酌减违约金相关的是放弃违约金酌减的约定的效力问题。《合同编通则解释》第64条第3款规定,当事人预先放弃违约金酌减的约定无效。最高人民法院给出了四点具体理由:一是避免违约金调整规则被架空;二是该类约定可能是“扭曲的自愿”的产物;三是我国违约金性质以补偿性为主、惩罚性为辅,该类约定违背立法本意;四是如果允许该类约定,实践中会出现“天价违约金”。^[46]在四项理由中,前两项理由所针对的问题完全可以由格式条款规制规则和意思表示瑕疵规则解决;就第三项理由而言,违约金的惩罚性居于次要地位并不等于立法禁止惩罚性违约金;就第四项理由而言,天价违约金并未超出当事人的预见范围,也难言有损公共利益,在构成显失公平等情形时亦有相关规则予以规制。可见,司法解释提出的预先放弃违约金酌减权特约一律无效的结论并无充分理由证成。就此,有学者主张区分民事合同、商事合同,乃至更精细地类型化区分消费合同、劳动合同等,对预先放弃违约金酌减权约定的效力进行个别判断。^[47]在商事交易领域,若事先排除违约金司法酌减特约是充分磋商而形成,应尊重其效力,以维护合同机会利益、合同对价利益的实质安排。《德国商法典》第348条规定商人允诺的违约金不可申请酌减,理由就在于商人能够充分评估高额违约金的意义。^[48]这些主张可以被理解为识别特定场景下当事人是否需要法律家长主义保护,从而决定是否要对预先放弃违约金调整权的约定进行干涉。

(三)情势变更条款

《民法典》第533条确立了情势变更规则。当事人能否约定排除或变更情势变更规则,在

[44] 参见余敏与成都众意置业发展有限公司商品房预售合同纠纷案,四川省成都市武侯区人民法院,(2013)武侯民初字第26号民事判决书。

[45] 参见罗昆:“我国违约金司法酌减的限制与排除”,《法律科学》2016年第2期,第118页。

[46] 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第722页。

[47] 参见罗昆,见前注[45],第124页;姚明斌,见前注[41]。

[48] 参见姚明斌,见前注[42],第293页。

理论上存有争议。《合同编通则解释》第32条第4款规定,当事人事先约定排除情势变更规则适用的,该约定无效。最高人民法院在释义书中给出了两项理由:第一,情势变更制度具有从公平原则出发,通过司法权对严重失衡的合同履行进行干预、矫正的制度价值,假若允许事先放弃,则会使情势变更制度维护合同公正的目标被架空;第二,禁止排除情势变更特约可以避免一方当事人基于其缔约上的强势地位,迫使对方当事人放弃情势变更制度适用,导致实质上不公平的风险逃避与风险负担。^[49]

上述理由仍有可议之处。就第一项理由而言,如果当事人已预测到合同签订后情势会发生变化,并通过情势变更条款分配了风险,难言要求当事人履行合同或承担损害赔偿责任会造成利益失衡。情势变更制度可以被理解为对合同内容的确定——“当事人在合同中承接了多大的、克服情势如此这般变动也要实现给付的债务”,法定情势变更制度就是社会一般风险分配的规则,但是当事人完全可以通过合意来分配这种风险。^[50]

就第二项理由而言,当事人订立情势变更条款可能存在的地位不平等、意思表示瑕疵等问题受欺诈、胁迫、显失公平、格式条款等规则规制,并无特别否认情势变更条款效力的必要。如果需要订立情势变更条款的当事人进行特别保护,也应当局限于受该类条款潜在不利影响的当事人是缔约弱势方的场景。反之,“如果是合同的双方当事人都属于商事主体,或者双方当事人都是普通民事主体的,不存在着法律对某一方当事人进行特别保护的问题”,此类条款属于当事人双方对交易风险作出的安排,当属有效。^[51]换言之,基于法律家长主义否定排除情势变更规则约定的效力,需要对特定合同当事人是否需要法律家长主义保护进行类型化判断。该思路同样适用于限缩或扩张情势变更范围的约定,以及排除、限缩或扩张不可抗力免责范围的约定。

基于上述分析,《合同编通则解释》禁止当事人事先约定排除情势变更规则有所不妥,至少也失之过宽。该类约定并不直接关涉公共利益,在诸多交易场景中也不存在需要对当事人进行法律家长主义保护的必要。

(四)小结

法律适用离不开法律解释。在解释法律时,司法者可能需要运用价值判断对法律规范加以补充。^[52]与民事立法中存在的过度运用法律家长主义思想的现象类似,司法机关在法律解释中也存在“以保护当事人之名”过度限制当事人合同自由的情况。尤其值得注意的是,在法律解释的过程中,司法机关往往将一方当事人可能遭受的不利益上升为合同公平问题,继而将其与公共利益的维护相联系。^[53]或许法律家长主义确实有维护社会公平的效果,但在论

[49] 参见最高人民法院民事审判第二庭等,见前注[46],第374页。另参见朱广新:“情势变更制度的体系性思考”,《法学杂志》2022年第2期,第12页;石佳友:“情势变更制度司法适用的重要完善”,《法律适用》2024年第1期,第91页。

[50] 参见解亘:“我国合同拘束力理论的重构”,《法学研究》2011年第2期,第78页。

[51] 参见王轶:“新冠肺炎疫情、不可抗力与情势变更”,《法学》2020年第3期,第42页。

[52] 参见许德风:“论法教义学与价值判断以民法方法为重点”,《中外法学》2008年第2期,第171页。

[53] 在民法学者的论述中,亦有此倾向。参见王轶,见前注[51],第40—42页。

证具体法律解释方案的正当性时,承认法律规范所调整的是私人利益,并在此基础上根据个案情形论证法律家长主义的必要性,可能更为直接且有利于持不同观点者对话和相互说服。

五、自由意志家长主义与《民法典》合同规范的设计与解释

(一)提示性规定

《民法典》中的部分规范仅具有提示性、注意性效果。这些规范由于在体系上具有重复性或自身逻辑结构残缺,不成为裁判规范或行为规范。这些规范可能会引发各种解释上的疑义与误用,如导致法院进行无关的说理、遗漏正确的法律依据,错误适用法律累及裁判结论等,因此也被部分学者称为“僵尸法条”。^[54]但这些规范并非完全没有积极意义,它们不仅可以提请司法者注意或具有宣示意义,有时还可以引起当事人注意并引导当事人的行为。就后一种积极作用而言,提示性规定对当事人的行为起到了诱导作用,降低了民事主体认知和缔约成本,但并不强制要求民事主体作出特定行为。因此,这类规范可以被视为自由意志家长主义在《民法典》中的体现。

最典型的提示性规定是《民法典》第470条第1款,该款列举了合同一般包括的条款类型,即当事人的姓名或者名称和住所,标的,数量,质量,价款或者报酬,履行期限、地点和方式,违约责任,解决争议的方法等。立法者意图通过该规定提醒当事人起草合同应包含哪些条款。^[55]由于该条规范是没有法律后果的“残缺规定”,法院不应将符合该规定作为合同成立或生效的理由,也不应当将对其的违反作为合同不成立或无效的理由。^[56]不过,从提请当事人注意起草合同需要考虑的事项的角度观察,此类条款很可能会产生积极效果。针对不同类型的合同,《民法典》第348条第2款、第596条、第649条、第668条第2款、第704条、第736条第1款、第771条、第794条、第795条、第845条第1款、第909条等进一步对各类合同一般包括的条款进行了提示性规定。《民法典》部分条文还对民事主体可以选择的交易方案进行了提示性规定。例如,《民法典》第846条第1款规定,“技术合同价款、报酬或者使用费的支付方式由当事人约定,可以采取一次总算、一次总付或者一次总算、分期支付,也可以采取提成支付或者提成支付附加预付入门费的方式”。即使没有该规定,民事主体当然也可以自行约定技术合同的对价支付方式。该规定看似是“赘文”,不过就签订技术合同的民事主体而言,该规定可以提醒当事人存在多样化的对价支付方式,从而为当事人实现多样化的利益诉求提供了可

[54] 提示性规定和僵尸法条具有相同特点,有学者主张根据效果区分二者:重复有益者为例示规定,重复无益者才是赘文(僵尸法条)。参见贺剑:“民法的法条病理学——以僵尸法条或注意规定为中心”,《法学》2019年第8期,第77页。

[55] 参见胡康生主编:《中华人民共和国合同法释义》(第三版),法律出版社2012年版,第29页。曾参与《合同法》起草的学者也指出:“我们的人民、企业法律意识不够,文化水准不够,他们不知道多种合同应该怎么签订,如果有了这个条款可以起引导作用,当事人可以照条款来签订合同。”梁慧星:“合同的订立”,载奚晓明主编:《合同法讲座》,中国政法大学出版社2001年版,第163页。

[56] 参见贺剑,见前注[54],第90—91页。

能性。

对《民法典》提示性规定有效性的质疑大多在事实判断层面。有学者指出，“纵然有提醒当事人周全考虑之必要，亦可委诸行业协会等自治团体，无需立法者越俎代庖”。^{〔57〕}也有观点认为在数字时代，民事主体更有可能通过搜索引擎、智能手机等寻求示范文本、合同模板等，而非查阅法律规定。^{〔58〕}这些质疑可以从多个方面予以回应：第一，尽管自治团体、互联网可以提供示范文本、合同模板等，但这些未经认证的法律建议可能在质量上良莠不齐、在利益分配上偏向于特定缔约者。民事主体不仅可能需要承担获取这些资源的成本，还可能可能需要承担较大的搜索和验证成本。《民法典》的提示性规定作为公共物品，为民事主体提供了低成本、高质量的提示。第二，提示性规定的“重复”正是为了“提示”。从经验上看，订立典型合同的民事主体更可能去直接阅读《民法典》合同编的相关典型合同章节，而非《民法典》总则编或合同编通则部分。因此，《民法典》中的提示性规定大多位于典型合同部分具有实际意义。第三，我国民事立法一直以法律外行“看得懂”为努力方向，目的是“使人们懂得如何去行使自己的权利”。^{〔59〕}在《民法典》编纂过程中，也一直有“从行为指引和减少交易成本角度入手，尽可能地实现通俗易懂并易于查找”的呼声。^{〔60〕}提示性规定是对上述主张的回应。

（二）惩罚性任意性规定

《民法典》所确立的法律规范大多属于任意性规范。只有在当事人对自己的利益关系没有作出安排，并且也没有作出补充安排时，任意性规范才作为一种替代的安排方式，成为裁判者解决纠纷的裁判依据。^{〔61〕}任意性规范不仅有降低交易成本的作用，还有提示交易信息、公平分配民事主体权利义务的作用。^{〔62〕}

在民事主体地位相对平等时，任意性规范的最主要功能是降低交易成本。基于最小化交易成本的考虑，立法者一般会将任意性规范设置为当事人在信息完全且交易成本为零时最有可能选择的安排，即大多数民事主体在特定情况下会采纳的方案。^{〔63〕}在民事主体的地位明显不平等时，任意性规范就可以被设置为有利于弱势一方，从而实现提供交易信息、公平分配权利义务的作用。此种任意性规范被称为惩罚性任意性规定（或“惩罚性缺省/默认规定”，

〔57〕 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2016年版，第53页。

〔58〕 参见贺剑，见前注〔54〕，第89页。

〔59〕 参见朱庆育：“法典理性与民法总则”，《中外法学》2010年第4期，第489页。

〔60〕 参见周江洪：“论民法典透明度的实现及其障碍”，《法制与社会发展》2015年第6期，第91页。

〔61〕 参见王轶：“民法典的规范类型及其配置关系”，《清华法学》2014年第6期，第58页。

〔62〕 参见苏永钦：“私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型与立法释法方向”，《中外法学》2001年第1期，第97页。

〔63〕 此处的“交易费用”应作广义理解，包括当事人改变任意性规则的成本、当事人未能改变任意性规则时的福利减损成本、司法机关填补漏洞的成本等。See Anthony T. Kronman, “Paternalism and the Law of Contracts,” *The Yale Law Journal*, Vol. 92, No. 5, 1983, p. 766; Ian Ayres and Robert Gertner, “Majoritarian vs. Minoritarian Defaults,” *Stanford Law Review*, Vol. 51, No. 6, 1999, p. 1611.

penalty default rule)。〔64〕

惩罚性任意性规定在两个方面有利于弱势方。一方面,该类规范有助于促使优势一方当事人向弱势方披露信息。优势一方当事人如果想要排除该任意性规定的适用、对规则所涉事项另行约定,就必须主动披露相关信息、提请相对方注意。〔65〕这一过程可以使弱势方掌握更充分的信息,进而作出相应利益安排。另一方面,如果此类规范不被排除适用,那么弱势当事人就自动得到了更好的保护。在实践中,即使改变任意性规定更符合优势方的利益,该优势方也可能不会对此另行约定。这一结果可能是由多种原因导致的,如优势方可能不愿披露对特定利益安排的偏好、〔66〕避免挫伤相对方的交易信心〔67〕或惯性的心理力量使其在作出选择时偏好现状等。〔68〕这些因素最终会导致任意性规范具有一定“粘性”(stickiness)。〔69〕

《民法典》的不少规范也可被视为惩罚性任意性规定。例如,《民法典》第515条第1款规定:“标的有多项而债务人只需履行其中一项的,债务人享有选择权;但是,法律另有规定、当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。”将选择之债的选择权原则上赋予债务人,这一利益分配方案就可以被视为是保护债务人的任意性规定。〔70〕又如,《民法典》第677条规定,在借款关系中,“借款人提前返还借款的,除当事人另有约定外,应当按照实际借款的期间计算利息”。《民法典》第712条规定,在租赁关系中,“出租人应当履行租赁物的维修义务,但是当事人另有约定的除外”。这些任意性规定都对典型合同中的弱势方提供了倾斜保护。还有一些规范虽然不直接对利益分配方案进行调整,但也可被视为惩罚性任意性规定。例如,《民法典》第498条第2句规定了“不利解释规则”：“对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。”该规定虽然是解释规则,但也具有促使优势当事人披露明确信息、在未被排除适用时倾斜保护弱势当事人的效果。〔71〕

(三) 倡导性规定

在提示性规定和任意性规定之外,还有一种提示风险的倡导性规范。提示性规定和任意

〔64〕 See Ian Ayres and Robert Gertner, “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules,” *The Yale Law Journal*, Vol. 99, No. 1, 1989, p. 91.

〔65〕 Ibid., p. 99.

〔66〕 See Jason Scott Johnston, “Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules,” *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 3, 1989, p. 617.

〔67〕 See Kathryn E. Spier, “Incomplete Contracts and Signalling,” *The RAND Journal of Economics*, Vol. 23, No. 3, 1992, p. 433.

〔68〕 参见(美)凯斯·R. 桑斯坦主编:《行为法律经济学》,涂永前等译,北京大学出版社2006年版,第133页。

〔69〕 See Omri Ben-Shahar and John A. E. Pottow, “On the Stickiness of Default Rules,” *Florida State University Law Review*, Vol. 33, No. 3, 2006, p. 651.

〔70〕 保护债务人是选择权原则上归属于债务人的重要理由,但并非唯一理由。理论上常见的理由还有“便于债务履行”。参见郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2004年版,第214页;中国审判理论研究会民事审判理论专业委员会编著:《民法典合同编条文理解与司法适用》,法律出版社2020年版,第96页。

〔71〕 See Zackary Goldford, “Penalty Default Rules in Quebec Contract Law,” *Journal of Civil Law Studies*, Vol. 14, No. 1, 2022, p. 17.

性规定均着眼于当事人的意思表示内容,但倡导性规范与意思表示的内容无关,它只是提倡和诱导交易关系当事人在为意思表示时采取特定的行为模式,不直接涉及利益安排。^{〔72〕}

典型的倡导性规定是《民法典》第 707 条有关租赁合同书面形式的规定:“租赁期限六个月以上的,应当采用书面形式。当事人未采用书面形式,无法确定租赁期限的,视为不定期租赁。”之所以租赁合同的书面形式要求属于倡导性规定,是因为租赁期限在六个月以上的定期租赁合同,即使没有采用书面形式,但当事人能够举证证明或当事人各方都承认该口头定期租赁合同存在的,法院也不能认定当事人之间订立了不定期租赁合同。相比原《合同法》第 215 条,《民法典》对应规定新增了“无法确定租赁期限的”才“视为不定期租赁”的条件,明确了租赁合同的书面形式要求的倡导性,即书面形式仅向当事人提示可能存在的保存证据的风险,并促使其谨慎缔约。该条中的“应当”所表达的是较为强烈的敦促、推动要求,要求民事主体“最好(尽力)如此”行动。^{〔73〕}

有学者认为,有关特定合同应当采用书面形式的规定,“一般仅是与合同当事人之间的利益相关的法律规则,这种法律规则所对应的法律规范即为倡导性规范”。^{〔74〕}这一论断仍有可议之处。倡导性规范的概念不仅说明该规范具有倡导功能,还在于否认其为强制性规范,即认为该规范不应直接限制当事人的自由。^{〔75〕}然而,即使书面形式的规定仅与合同当事人之间的利益相关,该规范也可能是基于传统法律家长主义的强制性规范而非倡导性规范。因此,不能因为形式要件调整的是私人利益就认为其一定与合同效力无关。^{〔76〕}判断要求书面形式的规范是倡导性规范还是强制性规范,本质上是判断特定场景下应当采用“自由意志家长主义”还是“传统法律家长主义”,这是一个需要进行价值判断的问题。

从保护特定民事主体的必要性而言,《民法典》第 685 条(保证合同)、第 938 条第 3 款(物业服务合同)所规定的书面形式要求作为强制性规范具有一定正当性。这是因为保证合同的风险性、单务性与无偿性决定了双方当事人利益的不均衡,而物业服务合同中当事人存在明显的地位不平等。在这些场合,警示法律风险、避免弱势民事主体轻率缔约的目标可能优先于缔约方式自由。即使是在上述场景下,对缔约方式自由的限制还有进一步限缩的可能。例如,《德国商法典》第 350 条规定,商人作出的构成商行为的保证表示,无须具备《德国民法典》要求的保证合同的书面形式。这就是进一步区分民事主体是否有特别保护必要,限缩法律家长主义的运用。^{〔77〕}《民法典》第 668 条第 1 款(非自然人之间的借款合同)、第 736 条第 2 款(融资

〔72〕 参见王轶,见前注〔61〕,第 60 页。

〔73〕 这种“敦促”或“倡导”既区别于一般的“推荐、建议或劝告”,也区别于“不可不为”。参见舒国滢:“法律上‘可为’指令之语义与逻辑分析”,《清华法学》2022 年第 5 期,第 17 页。

〔74〕 参见王轶:“论倡导性规范——以合同法为背景的分析”,《清华法学》2007 年第 1 期,第 70 页。

〔75〕 参见贺剑,见前注〔54〕,第 76 页。

〔76〕 参见崔建远:《合同解释论:规范、学说与案例的交互思考》,中国人民大学出版社 2020 年版,第 99 页。

〔77〕 参见张谷:“论约定保证期间——以《担保法》第 25 条和第 26 条为中心”,《中国法学》2006 年第 4 期,第 126 页;王蒙:“论保证的书面形式”,《清华法学》2021 年第 5 期,第 44 页。

租赁合同)、第762条第2款(保理合同)、第789条(建设工程合同)、第796条(委托监理合同)、第851条第3款(技术开发合同)、第863条第3款(技术转让合同和技术许可合同)等规定的书面形式要求,以及《民法典》物权编第348条第1款(设立建设用地使用权)、第354条(建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押)、第367条(设立居住权)、第373条(设立地役权)、第400条(设立抵押权)、第427条(设立质权)等规定的书面形式要求,基于传统法律家长主义限制民事主体缔约形式自由的必要性较弱,将其认定为诱导当事人行为的倡导性规定更为妥当。《民法典》第33条规定的意定监护协议、第1006条第2款规定的器官和遗体捐献协议、第1076条第1款规定的离婚协议,以及各类单方弃权行为的书面要求等,由于事关重大,将形式要求理解为强制性规定有正当性。

(四)小结

自由意志家长主义旨在通过制度设计影响民事主体决策从而提高其福利,但不强制要求民事主体作出特定行为。作为一项较晚近才被提出的理论,该理论可能并未直接影响到我国民事立法和司法。不过,我国《民法典》中确实有不少符合自由意志家长主义思想的民事规范。借助自由意志家长主义的视角,可以更好地理解《民法典》的规范配置:部分仅具有提示性、注意性功能的规范可能并非纯粹的“赘文”,而具有重要的引导意义;部分任意性规范兼具促使信息提供和保护弱势群体的双重作用;包含“应当”的规范也可能是倡导性规范而非强制性规范,因为其旨在提倡和诱导交易关系当事人在为意思表示时采取特定的行为模式。在三类规范中,提示性规定、惩罚性任意性规定主要由立法者设置,而倡导性规定主要通过司法者在法律解释中确认。在我国未来民事立法上,自由意志家长主义应当作为规范配置的重要考量:不仅前述三类规范需要得到更多重视,还可以考虑增设信息披露类规范。^[78]

六、法律家长主义的运用方法

(一)对利益关系的准确事实判断

法律家长主义既可能在立法者设计民事规范时作为规范的正当性基础,也可能在司法者对民事规范进行解释时作为“规范目的”影响解释方案的选择。无论是立法者还是司法者,都必须就在特定法律关系中运用法律家长主义限制民事主体自由提供充分且正当的理由。这就需要明确规范所调整的利益关系,并对该民事关系中的利益状态进行准确的事实判断。

明确规范所调整的利益关系有助于避免混淆法律家长主义和其他正当性基础。在《民法典》的规范设计和解释中,存在两类错误理解与应用法律家长主义的场景:一是“假托”法律家长主义实现其他目的(如维护第三人利益、公共利益等);二是在同时存在法律家长主义和其他

[78] 例如,在旅游合同中,可以要求旅行社必须披露参团游客平均购物额等信息;在信用卡服务合同中,可以要求发卡行披露信用卡消费的违约率以及违约者事实上平均承担的违约金等。参见应飞虎:“行为市场失灵及其法律应对”,《中国法学》2022年第6期,第87—88页。

正当性依据时,未能明确区分这些规范目的。前者如《担保制度解释》否定“担保人对主合同无效的法律后果承担担保责任”约定的效力,其中的实质理由可能在于“金融风险防控”,^[79]而非为了保护担保人的利益;后者如在建设用地使用权出让合同的书面形式要求中,形式要件究竟是因为建设用地使用权出让合同“对双方利益影响巨大,需要谨慎而为”(交易当事人利益),^[80]还是因为“土地使用价值涉及国有资产的监管及权利经济利益的实现”(公共利益),^[81]并不明确。在规范设计上,混淆法律家长主义和其他正当性基础既会使规范的适用范围与其目的不匹配、无法实现所欲达成的真正目的,还会引发规范的合法性危机。在规范解释上,这会导致司法者无法正确借助“规范目的”进行法律推理,从而在个案中无法得出妥当结论。^[82]为了避免这一问题,立法者或司法者在对民事规范进行设计或解释时应当首先明确特定规范所欲调整的是民事主体自身利益,还是民事主体与交易第三人、社会公共利益的关系。当然,可能存在一些规范既保护当事人自身利益,也保护公共利益。^[83]针对此类规范,立法者或司法者也应就不同类型的利益关系分别进行论证,并将法律家长主义严格限制在保护当事人自身利益这一层次的讨论中。

在明确规范所调整的利益关系的基础上,若要基于法律家长主义将某一规范设置为当事人不得约定排除的强制性规范,应当基于这样的事实判断:绝大多数理性民事主体都不会进行他种利益安排,或者他种利益安排在绝大多数情况下都会有损民事主体自身的利益。^[84]以我国《民法典》是否应允许担保人事前放弃担保物全部价值为例,从流担保条款“既可能有损担保人利益,也可能有损担保权人的利益”推导出应当禁止此种利益安排的论证失之空泛。既然流担保条款的无效应当建立在此类条款“必然或大概率”损害特定民事主体的利益的基础上,那么更有说服力的论证应当是,基于我国现实的融资环境(如担保权人往往是具有优势地位的金融机构),流担保条款损害担保人利益的现象极为普遍,因此应当基于法律家长主义禁止此类约定。

类似地,自由意志家长主义的运用也应建立在特定民事交往关系中当事人很可能无法作出正确决策或当事人地位不平等需要矫治,以及改变法律规则的设计有助于促进特定民事主体作出更好的决策等事实判断上。此种事实判断需要借助法律经验研究的方法。虽然我国民法学者对法律经验研究方法的运用尚不充分,但已有学者借助行为经济学理论和实验结论,主

[79] 参见高圣平:《最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》,人民法院出版社2021年版,第11页。

[80] 孙宪忠、朱广新主编:《民法典评注:物权编(第三册)》,中国法制出版社2020年版,第150页。

[81] 徐涤宇、张家勇:《〈中华人民共和国民法典〉评注(精要版)》,中国人民大学出版社2022年版,第357页。

[82] 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第419页。

[83] 参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第550—551页。

[84] See Gerhard Wagner, “Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights,” *Erasmus Law Review*, Vol. 3, No. 1, 2010, p. 63.

张通过设计默认规则、进行信息干预、设置冷静期等方式对格式合同进行规制。^{〔85〕}也有学者通过裁判文书、交易数据等对民事主体的决策行为进行研究,^{〔86〕}即借助社会调查或“自然实验”进行事实判断。

(二) 利益衡量和程序保障

合同自由不仅是民事主体的一项“权利”,还与公共利益相关。只有在特定民事交往关系中,避免当事人自身利益损害的收益大于对合同自由限制的不利益,运用法律家长主义才具有正当性。在运用法律家长主义限制合同自由时,必须要考虑如下因素:第一,立法者或司法者在测算民事主体利益偏好时很可能出现错误。由于民事主体对民事交往具有直接利益,其相比立法者或司法者更有激励去获取信息以作出正确决策。^{〔87〕}由于具体民事交往中民事主体的决策过程难以被探知,法律对民事主体基于“有限理性”作出错误决策的判断很可能只是一种理论“想象”。第二,选择自由本身是一种重要的利益。在不与他人权利、社会和国家利益产生冲突的前提下,民事主体应当有权追求其自身认知的“善”的理念。选择如何生活是“善”的生活的一部分,选择的自由本身也是一项福利。^{〔88〕}第三,判断力并非先验的,民事主体作出“错误的决策”有时可以提高民事主体的判断力,从长期看有利于提升其福利。^{〔89〕}当然,民事主体的错误决策是否能在总体上提升其福利还是一个事实判断问题。相比高频低风险行为,对于风险较高、重复次数性较少的民事交往类型,法律家长主义乃至强制性的传统法律家长主义的运用就更具正当性。第四,如果立法者或司法者习惯基于法律家长主义干预民事交往,很可能会滥用法律家长主义,进而过分侵蚀民事主体意思自治的空间。虽然自由意志家长主义仍然允许民事主体自行作出利益安排,对民事主体意思自治的威胁可能较小,但正因为自由意志家长主义更隐蔽,这种“软权力”反而更可能被滥用。^{〔90〕}第五,法律家长主义所欲矫正的有限理性或不平等问题有时并非源于特定民事交往关系,而是由更深层次的社会原因导致。法律家长主义可能会让立法者或司法者过度关注特定民事交往关系,而忽视造成不平等的深

〔85〕 参见卢志刚:“网络第三方支付格式合同再规制研究——基于行为法律经济学视角”,《政法论丛》2017年第5期,第117—119页。

〔86〕 参见杨彪:“禀赋效应、诉讼要价与精神损害赔偿——基于地方司法统计数据的认知心理学分析”,《法学家》2018年第3期,第15页。

〔87〕 See Edward L. Glaeser, “Paternalism and Psychology,” *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73, No. 1, 2006, p. 144.

〔88〕 See James Gordley, “Morality and Contract: The Question of Paternalism,” *William and Mary Law Review*, Vol. 48, No. 5, 2007, p. 1737.

〔89〕 See Richard A. Epstein, “Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 73, No. 1, 2006, p. 120; Vipin P. Veetil, “Libertarian Paternalism is an Oxymoron: An Essay in Defence of Liberty,” *European Journal of Law and Economic*, Vol. 31, No. 3, 2011, p. 332.

〔90〕 See Glaeser, *supra* note 87, p. 152.

刻社会原因。^{〔91〕}原则上,纠正强弱不均衡格局的法律家长主义措施应当主要体现于社会性立法之中,而不应在私法领域过度扩张法律家长主义。^{〔92〕}

基于上述理由,法律家长主义的运用必须考量民事主体自身损害的严重性和损害发生的几率、限制民事主体自由的特定措施的有效性和可能的负面后果、法律家长主义立法或执法的成本等要素,尽可能减少法律家长主义对民事主体自由的限制。^{〔93〕}这需要通过程序保障实现:在立法中体现为协商、投票和多数决程序,在司法中体现为辩论、合议程序等。^{〔94〕}这些程序机制要求有权机关在承认不同民事主体关于“善”的意见的差异的基础上,承担运用法律家长主义的理由提出义务和说服义务。

法律家长主义的运用及其限度无法从“自由”或“自治”的概念分析中得出答案。这是一个需要基于准确的事实判断、审慎进行价值判断的问题。具有决策能力和决策正当性的机构应当在程序保障下进行决策。^{〔95〕}从尊重民事主体个性发展、避免私人生活受到过分干预和公权力无限扩张的角度看,无论是何种法律家长主义,都应当遵守谦抑性和程序正当原则。^{〔96〕}

七、结 论

《民法典》中相当多的合同规范都带有法律家长主义色彩,这些规范在形式上并无直接关联,但具有统一的正当性基础。从影响民事主体自由的方式出发,区分“传统法律家长主义”和“自由意志家长主义”更有利于分析法律家长主义在民事法律规范中的运用。在法律家长主义视角下,立法者或司法者未来在设计或解释《民法典》合同制度相关规范时应当注意以下几点:第一,如果法律规范以传统法律家长主义为正当性基础,其适用范围也应限制在有必要通过限制民事主体自由促进其福利的场景,对文义过宽的规范应采用目的性限缩的解释方式修正其适用范围。第二,司法者应仅在特定规范的目的是保护一方民事主体时,才能将法律家长主义作为目的解释中的“目的”影响解释方案的选择。第三,自由意志法律家长主义应受更多重视,在设计民事法律规范时可以考虑“菜单式”的提示性规定和有利于弱势当事人的惩罚性任意性规定;在解释上,如规范仅涉及当事人自身利益,应当尽量将其解释为倡导性规范而非强制性规范。第四,有权机关运用法律家长主义都应首先就规范调整的利益关系进行正确的事实判

〔91〕 See Riccardo Rebonato, “A Critical Assessment of Libertarian Paternalism,” *Journal of Consumer Policy*, Vol. 37, No. 3, 2014, p. 394.

〔92〕 参见吴元元:“法律父爱主义与侵权法之失”,《华东政法大学学报》2010年第3期,第144页。

〔93〕 See Eyal Zamir, “The Efficiency of Paternalism,” *Virginia Law Review*, Vol. 84, No. 2, 1998, pp. 261-267.

〔94〕 参见张帆:“法律家长主义的两个谬误”,《法律科学》2017年第4期,第11页。

〔95〕 See Gordley, *supra* note 88, p. 1772.

〔96〕 See Paul Gowder, “Democratic Paternalism, Not Libertarian Paternalism,” *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 14, No. Special 2016, 2016, pp. 785-786.

断,并在此基础上遵守特定程序进行充分说理论证。第五,法律家长主义的运用需要基于中国法治实践。我国在某些领域存在过度市场化、忽略公正价值的现象,法律家长主义能够有效帮助弱势群体、促进社会公平,但是考虑到公权力已经广泛而密切地介入市民生活,在强调法律家长主义保护个体权利的同时,也应当警惕公权力对私人领域的不当侵犯。

Abstract: Legal paternalism is a justification for restricting the freedom of persons in civil law. It aims to promote the welfare of persons by compulsion or nudges. The design and interpretation of many contract rules in the PRC Civil Code can be understood and reviewed from the perspective of legal paternalism. As far as traditional mandatory legal paternalism is concerned, some rules fail to limit their scope of application according to the purpose of protecting specific parties, and such rules should be applied restrictively; many courts' decisions or judicial interpretations excessively restricts the parties' freedom of contract in the name of "protection", and it is suggested that courts should be restricted to use legal paternalism in purposive approach to interpretation. As far as libertarian paternalism is concerned, when designing legal rules, the legislator may consider providing more "menus" of possible options, and when the status of parties is unequal, it can also consider providing penalty default rules. When interpreting legal rules, if a rule only involves parties' own interests, it is preferable to interpret it as an advisory rule rather than a mandatory rule. When competent authorities use legal paternalism as a justification, they should bear the burden of persuasion based on correct factual basis.

Key Words: Legal Paternalism; Nudge; Default Rules; Advisory Rules; Contract Interpretation

(责任编辑:贺 剑)