

● 法 学

# 论 合 同 正 义 性

段启俊<sup>1</sup>, 蔡学恩<sup>2</sup>, 邱启雄<sup>2</sup>

(1. 湖南财经学院法律系, 湖南长沙 420000; 2. 湖北得伟律师事务所, 湖北武汉 430022)

**[作者简介]** 段启俊(1965-), 男, 湖南邵阳人, 湖南财经学院法律系讲师, 主要从事民商法学研究; 蔡学恩(1964-), 男, 湖南益阳人, 湖北得伟律师事务所律师, 主要从事金融法、公司法研究; 邱启雄(1975-), 男, 湖南邵阳人, 湖北得伟律师事务所律师, 主要从事民商法、刑法学研究。

**[摘要]** 合同法在确认合同自由的同时, 应当确认合同正义的呼声越来越高。本文对合同正义性的提出、确立及理论依据一一作出说明与分析。主张合同自由与合同正义性是两个相互独立的范围, 包含公平、诚信、公益在内的合同正义性理应受到合同立法的重视, 而成为凌驾于公平原则、诚信原则等原则之上的等而上之原则。

**[关键词]** 合同; 自由; 正义性; 公平; 诚信; 公益

**[中图分类号]** DF 96 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1000-5374(2000)05-0637-04

## 一、合同正义性的提出

许多年来, 谈及法系, 人们言必称大陆法系与普通法系, 似乎这两个法系涵盖了世界各国的所有立法传统。其实不然, 中国作为四大文明古国之一, 保存有世界上最悠久的法文化传统与最独特的法文化思维, 理所当然地会形成以自我为主体、独具特色的东方法系, 这就是学者们所谓之“中华法系”。依照西方学者的传统观点, 世界历史上有中华法系、印度法系、阿拉伯法系、大陆法系和英美法系五大法系<sup>[1]</sup>(第 10 页)。

然而却有人说中国的法律是“中国抄日本, 日本抄德国”。这种忽视对中华法文化的继承与否定中华法文化的传统, 而一味抄袭外国法文化、舍近求远、舍本求末的做法本身就不符合法学的发展规律。笔者认为, 中国几千年的法文化传统重在“以礼治国”、“为国以礼”, 强调道德在调整社会关系上的重要性, 纳礼于法, 纳道德于法律, 说明了用道德调整社会关系在我国有其存在的社会基础, 因而也必将构成中华法系的一大特色。随着市场经济的发展, 人们呼唤经济关系的稳定, 效率和公平被提到首要地位。而效率与公平本身并不能被法律条文所完全涵盖, 在这样的条件下, 原先对合同

主体提出的法律性要求显然已不适合于时代的要求。相反, 道德性亦被提到了并行的高度。因为无论是用何种法律条文来规范社会关系, 撇开法律规范本身的内容不谈, 单就成文法所固有的缺陷而言, 法院的裁判总会或违背法律内涵, 或违背当事人的善良愿望。有学者说: “每个人都觉得自己生活的这个社会有一种超然的观念, 叫做正义”<sup>[2]</sup>(第 15 页)。正因为如此, 合同正义性的提出, 不仅反映出我国的立法特色与传统继承, 而且也在事实上符合我国的社会性质及经济发展之要求, 同时也符合法理上的成文法理念要求。

需要指出的是, 合同正义性虽然作为一项基本原则提出来, 但它与现行合同法中的基本原则是不同的。因为“基本原则”往往可在两种意义上使用: 一种是立法者要求民事主体在民事活动中必须始终遵守的评价意义上的基本原则, 属于行为准则; 一种是法官得以主动评判民事活动合理性的解释性质上的基本原则, 其目的是克服成文法的局限。本文所述合同正义性是从第二种意义上使用, 它是一种内在的崇高道德法则, 并不与现行合同法中的基本原则相抵触。

## 二、合同正义性的确立及理论依据

合同正义性, 就是指“合同法应保障订约当事人在平等

自愿的基础上订约和履行,并使合同的内容体现公平、公正和诚实信用的要求,合同当事人一方不能滥用其经济实力或权利而损害另一方利益”。罗马法最先采用了正义的概念,认为“正义乃是使每个人获得其应得的东西的永恒不变的意志”<sup>[3]</sup>(第 253 页),确认了合同当事人之间的自愿与平等这些合同正义性的基本要求。作为强调私权至上的罗马法,不仅要求当事人自由订立适法契约,而且要求当事人的契约符合正义性的要求。从某种程度上说,当事人之间的契约可以只要求不违法,但是决不能只要求不违背正义。可见,罗马法所确认的合同正义性实质上是对合同当事人的一种道德要求。

但是,罗马法并没有完整界定合同正义性的内涵,也没有具体阐发合同正义性的表现。而随着资本主义商品经济的发展,权利本位观念相对突出,立法者对于合同更强调其法律性,以利于经济活动的效率,同时则渐渐忽视了合同正义性。这在某种程度上是受西方法学思维发展所限,因为按 18—19 世纪理性哲学的观点,认为合同正义性是合同自由的应有之意,或者说自由意志可以自由导向正义和公正,因而他们往往只强调合同自由而忽视合同正义,这就延缓了合同正义性提出、发展的进程。

经济生活的发展是客观的,任何理论构架都阻挡不了经济生活本身的发展要求。随着经济生活质量的逐渐提高,合同正义性的内涵也在一定范围内发展着。严格意义上讲,现代民法中的合同正义性原则确立于 19 世纪的西方资本主义国家的民法中。《法国民法典》第 1134 条规定:依法成立的契约,在缔结契约的当事人之间有相当于法律的效力……应以善意履行之。《德国民法典》则在第 242 条规定:债务人须依诚实信用,并照顾交易惯例履行其给付。

这两部法典对罗马法的合同正义性予以了具体化,但真正使合同正义性内涵得以丰富的民法是《日本民法典》,它在第 90 条规定:凡法律行为,以违背公共秩序,或者善良风俗之事项为目的者,均属无效。这些规定实质上是现代民法中关于合同正义性得以体现的最早表述,它不仅使罗马法关于合同的正义性得以明确和具体,而且为现代民法理论关于合同正义性的抽象提供了观念上的依据。

我国台湾学者史尚宽先生指出“私权之社会性乃至义务性,私权非为个人之利益存在,并应符合公共利益及社会秩序,以违反此原则之事项为内容之权利,应不认其存在,而权利之行使,义务之履行,亦应以此为准则”<sup>[4]</sup>(第 253 页)。可见,合同正义性其实也是合同的社会性要求,它不仅反映当事人之间的关系,而且也体现着当事人与国家、社会之间的联系。正因为如此,有学者认为作为合同正义性内涵的公共秩序和善良风俗原则“对于维护国家、社会一般利益及社会道德观念具有重要价值,并称为现代民法至高无上的基本原则”<sup>[5]</sup>(第 338 页),故合同正义性确认任何有违平等、自愿、诚实信用以及国家和社会利益的合同“尽管在形式上是自愿的结果,而不是依仗权势强制的结果,但它已具有了非正义的污点”<sup>[3]</sup>(第 257 页),而对之予以否定。

于理论探讨上,没有任何一部法律明确将之规定下来。笔者认为,合同正义性应作为合同法中的一项基本原则明确提出来并载入法律条款,使合同当事人能直接援法订约,而不必妄加揣度。这样做的依据有二:一方面,合同正义性强调了当事人在订约过程中的法律地位的平等和意志自由,以及通过合同实现等价交换,强调当事人应以公平、正义的观念指导自己的行为,并时刻尊重他人的利益,其效果是使合同关系健康发展;另一方面,合同正义性可明确法院在维护当事人的平等地位和自主自愿及经济上的等价方面所具有的职责和权限,法院有权在合同违背正义原则时,通过变更、撤销合同或确认合同无效等方式来维护合同正义,其效果是对合同关系进行评价、处理。通过这两方面的协调,合同关系就得到了充分、合理而稳固的规范与保护,使合同不仅能得到真正严守,而且也最大限度地维护了当事人之间的合同利益,这正是合同正义性的价值所在。

### 三、合同正义性的本质及内容

从传统的合同法原理来看,合同正义性一方面意味着合同当事人之间的自愿、平等、公正与诚实信用,另一方面也意味着合同当事人对第三者利益的尊重。因为商品社会“要求人们在市场活动中讲究信用、恪守诺言、诚实不欺,在不损害他人利益和社会利益的前提下追求自己的利益”<sup>[6]</sup>(第 301 页),既然合同当事人必须在尊重对方利益和第三者利益包括国家利益和社会公共利益的前提下获取自己的利益,而这与市场经济所确认的民事主体的趋利性显然不一致,则合同正义性实际上是合同法对合同当事人的一种道德上的要求。如前所述,在罗马历史的早期,西塞罗曾把正义描述为“使每个人获得其应得的东西的人类精神意向”<sup>[3]</sup>(第 253 页),那么合同正义性确认的是合同当事人对合同的“应得利益”,而不是“能得利益”或者“可得利益”。所以,罗马法格外强调正义的主观方面即人们内心的正义要求,在他们那里,“正义被认为是人类精神的某种态度,一种公平的意愿以及一种承认他人的要求和考虑的意愿”<sup>[3]</sup>(第 254 页)。从世界范围内看,人们一般赋予合同正义性以广泛的内涵,认为合同正义性包括公共政策、社会秩序、习惯、社会公德等。正如王利明先生指出,为了达到所谓的合同正义,西方国家的法律和判例确认为公平、诚实信用、公序良俗等原则。具体而言,笔者认为合同正义性应包括以下三个方面的内容:

第一,公平。我们知道,合同关系的实质是一种平等互助的经济协作关系。合同的当事人在合同关系中应该是法律地位完全平等和意志完全自由的,此谓之平等;同时,当事人之间的平等地位应该必然引起一种后果即公正,既要保证双方利益的等价有偿,又要体现法院对双方适用法律的公正。法院应明确维护当事人的平等地位和自主自愿及经济上的等价有偿方面所具有的职责和权限,法院有权在合同违背公平的情况下,通过变更、撤销或确认合同无效等方式以维护合同的正义。同时还要看到合同当事人之间的平等,还应自然而然地导致当事人自由表达自己的意志,柏拉图认为正义意味着“一个人应该做他的能力使他所处的生活地位的工

作”<sup>[13]</sup>(第 6 页),这就是民法中的契约自由。从某种意义上讲,合同自由就是当事人之间地位平等的应有之意。可见,合同正义性所要求的公平其实包括了平等、公正与自由三重含义。只有这样,才能为民事主体之间发生权利义务关系创造基本的外在实现条件,也才能使合同关系的发展不致偏离民事活动的正常指向。

第二,诚信。即诚实信用,是合同正义性中极为重要的一个方面,也是合同法所确认的一项重要原则。合同主体之间是平等的,合同又是体现自由意志的公正合同,这些都是合同所应具备的客观表现,是合同的外化。要使这种外化达到当事人之间确立合同的目的,则还需要合同主体自身能做出符合这种客观表现的行为,这就是合同的内化,在合同法上被称为诚实信用。诚实信用就是指民事主体在从事民事活动时应诚实守信,以善意的方式履行其义务,不得滥用权利及规避法律或合同规定的义务。有学者认为,维持双方的利益平衡以及当事人利益与社会利益平衡应是诚实信用的应有之义<sup>[7]</sup>(第 79 页)这种观点值得赞同。因为利益平衡其实是合同正义性的结果,也是检验合同正义性的标准。法律要求合同当事人以善意的心理状态及善意的行为去追求利益,必然也就要求合同当事人的所得利益要达到平衡。惟有如此,当事人之间的合同才能真正体现正义。诚信原则作为合同正义性的基本内涵,为正义合同奠定了主观基础,使合同关系当事人在经济活动中的公平关系得以实现。

第三,公益。如果说公平为合同关系的良性发展创造了可能,而诚信则使这种可能转化为现实,那么公益则是为这种可能的现实设定了限制条件。凡不符合公益的合同,即使是出于公平与诚信,也仍然得不到法律的认同。法律要求合同当事人行使权利时,不损害他人、国家和社会的利益,任何合同主体都负有一种特定的义务——对国家利益、集体利益和他人利益之尊重,此即公益,代表着合同当事人以外的一切人的利益。如果以牺牲公益为代价来换取当事人之间的合同利益,则显然违背了社会的整体性原则。因而合同正义性还包括了公益的要求,以限制个人利益的过分扩张,使合同关系真正得以适应社会经济的发展要求。由此可见,公益要求实际上包含了权利不得滥用原则,它是诚信要求的反面规范,权利之行使有违诚信原则者即为权利滥用,当然也就为合同正义性所涵盖。不仅如此,法律之所以承认并保护合同,是因为合同符合当时的一般社会观点,如果一项合同并不能对社会及经济发展产生积极的影响,则仍然得不到法律的承认与保护。这种一般社会观点,就是西方学者所谓之“公序良俗”。所以,合同正义性还包括合同必须符合公序良俗的原则。这一观点实际上从合同产生之初便开始适用于合同了。

从以上分析可知,合同正义性至少包括了公平、诚信与公益三项要求,三者之间是相互统一、不可分割的辩证统一关系:一方面,三者是环环相扣、相互促进的,公平是诚信的基础,诚信是公平的要求,公平与诚信又为公益所限制,公益满足了公平的愿望,同时也受到当事人之间诚信程度的影响;另一方面,三者也是相互区别、各具作用的,公平为达到合同正义提供基础条件,诚信对合同主体的主观态度提出要

求,公益则对符合公平与诚信之合同加以评判。如果说公平主张于相互,诚信注重于自我,公益则着眼于整体。三者显然是紧密相联的,脱离其中任何一环,都将因违背合同正义而为法律所禁止或排除。

#### 四、合同正义性与我国的立法思维

诚如包含公平、诚信、公益在内的合同正义性作为合同法的基本原则,则显然对规范合同行为及合同关系大有裨益,从而理应受到现代民法的垂青。但是,本世纪 70 年代以来,西方资本主义经济又进入了相对繁荣的发展时期,市场作用渐显突出,从而导致了凯恩斯国家干预主义的动摇,“权利本位”观念再次被神化,尤其是自由主义又出现了卷土重来的趋势,不少国家顺势举起了“契约自由”的旗帜。与此同时,与国家干预主义相互呼应的合同正义性受到了前所未有的挑战。尽管如此,笔者认为,任何经济关系都不能冲破社会整体公平的范畴,否则必将会为时代所不容。因而统治阶级不可能以牺牲整体公平为代价去迎合个人利益无限扩张的需求。合同正义性作为国家所确认的对合同关系的一种道德要求,其实就是统治阶级界定合同关系是否符合社会整体公平的标准。同时前已论及,高质量的经济生活决不满足于现行立法对经济主体所作的最低要求,社会发展的趋势是个人利益的发展不断与社会整体利益的磨合从而达到统一,合同正义性无疑是实现这种高质量经济生活的重要途径之一,因而也理应受到我国合同立法的重视。

但是,从目前的统一合同法定制情况来看,合同法草案虽然在第 12 稿规定了“法院于裁判案件时,如对该待决案件法理未有规定,或者虽有规定而适用该规定所得结果违反社会正义时可直接适用诚实信用原则”<sup>[8]</sup>(第 48 页),但在新《合同法》中取消了这一原本确立的内容较为丰富的合同正义性原则,仅在第 6 条规定“当事人行使权利、履行义务,应当遵循诚实信用原则”<sup>[8]</sup>(第 49 页),在语气和内涵上均已大打折扣。这显然是受到了当前流行观点的影响。因为大多数学者认为,如果过分提高合同正义性的地位,则必然会导致对合同自由的限制,从而不适应市场经济的要求。笔者认为这种观点值得商榷。我们知道,我国的民事立法是在彻底打碎国民党时期的民法(这种做法本身就值得商榷)和形式上是重新界定而事实上是在照搬前苏联民法的基础上建立的,我们也希望建设有中国特色的社会主义法律体系,试图在大陆法系、英美法系之外重新树立中华法系的地位,其难度不得而知。但根据国际上的合同立法趋势和我国日益提高的经济生活质量,以及我国几千年的法文化传统,合同正义性完全能成为我国全新法学框架之一部分。同时前已述及,合同自由与合同正义性是两个相互独立的范畴,合同自由既不会自然导向合同正义,合同正义也断然不会限制合同自由。因为合同正义所涵盖的公平、诚信,只会为合同自由提供良好的环境,从而促进平等当事人之间订立合同的自由。正因如此,合同正义性不仅不能被忽视,而且理应成为我国统一合同法的一项基本原则。

也有学者认为,合同正义性原则因诚信原则而产生和发

展,并且要受到诚信原则的指导。也就是在立法上主张合同正义性原则依附于诚信原则而成为等而下之者。这种观点亦有欠妥之处。确立一项基本原则,应是以法律行为所要达到的结果为标准,而不是以法律行为所应持有的前提为标准。合同正义是合同行为的本质要求与合理结果,而诚实信用只是合同行为所要求的前提条件,因而合同正义虽源于诚实信用,但内涵却要宽广得多,故不应成为等而下之原则。相反,合同正义性应成为凌驾于诚信原则、自由原则等原则之上的等而上之原则。

综上所述,合同正义性保护了合同当事人、国家、社会和他人利益均衡,从最大限度内使合同关系合乎法律的要求,从而有利于社会经济的发展。我们要建立有中国特色的法律体系,要建设有中国特色的社会主义市场经济,就必须承认合同正义性作为一项基本原则在我国统一合同法中的独立地位。

## 参 考 文 献

- [1] 周著. 罗马法原论 [M]. 上海: 商务印书馆, 1994.
- [2] 梁慧星. 民法的发展与民法方法论 [M]. 北京: 最高人民法院公报, 1997.
- [3] [美]E·博登海默. 法理学: 法哲学及其方法 [M]. 北京: 华夏出版社, 1987.
- [4] 史尚宽. 民法总则 [M]. 台北: 正大印书馆, 1980.
- [5] 郑玉波. 民法总则 [M]. 台北: 正林书局, 1979.
- [6] 梁慧星. 民法解释学 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1995.
- [7] 徐国栋. 民法基本原则解释: 成文法局限之克服 [M]. 北京: 中国政法大学出版, 1992.
- [8] 梁慧星. 关于中国统一合同法草案第三稿 [J]. 法学, 1997, (2).

(责任编辑 车 英)

## Justice of Contract

DUAN Qi-jun<sup>1</sup>, CAI Xue-en<sup>2</sup>, QIU Qi-xiong<sup>2</sup>

(1. Law Department, Hu'nan Financial & economic University, Changsha 420000, Hu'nan, China;

2. Hubei Donewell & partners, Wuhan 430022, Hubei, China)

**Biographies** DUAN Qi-jun (1965-), male, Lecturer, Law Department, Hu'nan Financial & economic University, majoring in civil and commercial law; CAI Xue-en (1964-), male, Chief Lawyer, Hubei Donewell & partners, majoring in financial law and company law; QIU Qi-xiong (1975-), male, Lawyer, Hubei Donewell & Partners, majoring in civil and commercial, criminal law.

**Abstract** With the establishing of the freedom of contract in the contract law. A voice of establishing the justice of contract is stronger and stronger. The establishing, confirming, and theoretic foundation of the justice of of contract are illuminated and analyzed one by one in this article. The freedom of contract and the justice of contract are two independent spheres. The justice of contract, including justice, good faith, and public interests should be stressed in the course of making laws of contract, so that they become a dominant principle over matching the principle of justice, good faith.

**Key words** contract; freedom; justice; impartial; good faith; public interest