

学校编码: 10384

分类号 \_\_\_\_\_ 密级 \_\_\_\_\_

学号: 13020091150346

UDC \_\_\_\_\_

廈門大學

硕士学位论文

论契约的强制性

The Discussion of Enforcement of Contract

苏畅依娜

指导教师姓名: 李琦教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2012年4月

论文答辩时间: 2012年 月

学位授予日期: 2012年 月

答辩委员会主席: \_\_\_\_\_

评阅人: \_\_\_\_\_

2012年 月

## 厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为( )课题(组)的研究成果,获得( )课题(组)经费或实验室的资助,在( )实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日:

## 厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，  
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

## 内容摘要

美国学者伯纳德·施瓦茨曾说过，“法律是随着它所调整的那个社会运动的主流向前发展。每一个社会都有它自己的必然会通过法律秩序力图实现的目标反映出来的价值观念”。<sup>①</sup>在这个复杂社会中，社会运作模式需要多元手段的整合，单一的治理模式显得已不合时宜。契约理念从私法扩展到公法，强制手段从公法延伸到私法便是对社会多元性治理需要的回应。

随着古典契约自由理念的失落、公私法互动、融合趋势的加强，现代社会中，契约不再具有“纯粹性”，契约领域呈现出“公私共治”的复杂形态。传统私法上的契约被强制，强制缔约制度便是例证；公法领域也广泛采用契约治理模式，出现了诸如行政契约、辩诉交易这样为代表的典型公法契约。契约概念遁出私法领域“也成为公法概念。”<sup>②</sup>抽离了契约的具体形态，人类的交往模式无不体现着契约范式。在抽象意义上，一方面，契约模型给出了制度、程序在发生学上的一个解，同时也揭示了现代社会法律、制度、程序里所应有的“契约商谈气质”；另一方面，与制度、程序联姻的“契约”也受到了规则的“强制”。

围绕着“契约”与“强制”这个主题，本文分为三章。第一章梳理公私法领域契约受强制的具体形态，并从微观层面总结归纳强制性契约的特征；第二章是对强制契约的法理解读。笔者试图从私法契约的演进路径、公私法互动、互渗以及契约本身内含强制三个向度上对强制契约进行法理解读，得出私法、公法领域契约受到强制的实质内容：为了公共利益的最大化。在此，**需要强调的是本文写作是基于“解释性”的而非“评价性”的、“论证性”的立场，即笔者本意只在解释强制性契约现象的法理依据而非论证其正当性。**第三章将具体契约形态作隐喻化处理，用契约模型解释制度、程序的生成。同时，这也是在宏观的制度层面上继续探讨契约谱系中所包含的自由、平等、互动、商谈精神与强制、命令的关系。引出新

<sup>①</sup> [美] 伯纳德·施瓦茨.美国法律史[M].王军、洪德、杨静辉译,北京:法律出版社,2011.18.

<sup>②</sup> [德] 赫费.政治的正义性:法和国家的批评哲学之基础[M].庞学铨等译,上海:上海译文出版社,2005.388.社,1998.388.

的思考：契约型制度、契约型法律即契约型权力控制范式应是应对当今社会结构变化、人类文明形态转型的一个相对合理的解，尽管仍是不完美的。

**关键词：**契约；自由；强制

厦门大学博硕士论文摘要库

## ABSTRACT

American scholar Bernard Schwartz has said that the law continuous to advance with the development of mainstream social movement. Every society will have a value to be reflected by its own legal system. <sup>①</sup>In this complex society, the social governance requires the integration of diverse means. Simply relying on a single rule is outdated. In response to the needs of social governance diversity, the concept of contract has extended from the private law to public law, and the mandatory method has extended from public law to private law.

With the fall of the classical concept of contract freedom and the strengthening interaction of public law and private law, the modern social contract is a mix of public and private governance instead of pure public or pure private. Private law contract is mandatory, reflected in the compulsory contracting system. As for public law, contractual governance model has been widely used, the administrative contract and plea bargaining is the representative of a typical public law contract. The concept of contract has jumped of the field of private law and “has become the concept of a public law.” <sup>②</sup>The spirit of contract also embedded in the human interaction model. In the abstract sense, on the one hand, the contract model gives a solution to the origin of legal systems and the procedures, as well as reveals the negotiation characteristics in the modern legal systems and procedures; the other hand, the contract in the legal systems and procedures is also subjected to the rules of "mandatory".

This article is divided into three chapters around the topic of "contract" and "mandatory". Chapter I combed the specific form of mandatory contract in

---

<sup>①</sup> [U.S.] Bernard Schwartz. American Legal History [M]. Wang Jun, Beijing: China University of Political Science and Law Press, 1997, 23

<sup>②</sup> [Germany] He charges of political justice [M]. Pang Quan, Li Zhanglin of Translation, Shanghai: Shanghai Translation Publishing House, 1998.388

the private law and public law. It summarized the feature of mandatory contract from micro point of view. Chapter II explained “mandatory” by evolving the private law contract and the interaction of public and private law. It draws a conclusion of the substantive content and purpose of “mandatory”: In order to maximize the public interest. Chapter III metaphorized the specific contract model to explain the formation of the legal system and procedures. At the same time, it is actually exploring the relationship among freedom, negotiation characteristics and mandatory in the contract concept in a macro point of view.

**Key Words:** Contract; freedom; mandatory

厦门大学博硕士学位论文摘要

# 目 录

引 言 .....	1
<b>第一章 梳理契约强制现象 .....</b>	<b>5</b>
<b>第一节  私法上的强制性契约 .....</b>	<b>5</b>
一、强制缔约制度 .....	5
二、对契约内容及形式的限制 .....	6
三、契约附随义务 .....	8
四、特别领域特别限制 .....	8
<b>第二节  公法上的契约形态 .....</b>	<b>9</b>
一、行政契约 .....	9
二、诉讼和解 .....	12
<b>第三节  强制性契约的特点 .....</b>	<b>14</b>
一、对契约的强制具有阶段性 .....	14
二、契约强制具有有限度性 .....	15
三、强制性契约具有混合性 .....	16
四、契约外部受到强制 .....	17
<b>第二章 强制契约的法理解读 .....</b>	<b>18</b>
<b>第一节  以私法契约演进的路径为线索 .....</b>	<b>18</b>
一、对古典契约自由原则的审思 .....	18
二、古典契约自由原则的修正 .....	20
三、关系契约理论 .....	24
<b>第二节  以公私法互渗为视角 .....</b>	<b>26</b>
一、治理手段上的功能整合 .....	26
二、治理内容上的利益平衡 .....	27

三、价值目标上的多元取向.....	28
<b>第三节 强制契约的实质.....</b>	<b>29</b>
一、政府与公民的关系.....	30
二、政府与公共体的关系.....	31
三、公共体与消费者的关系.....	32
<b>第四节 契约内含强制 .....</b>	<b>33</b>
<b>第三章 契约与制度的互动.....</b>	<b>36</b>
<b>第一节 契约的“消失”与制度的“成长” .....</b>	<b>37</b>
一、契约与制度的关系.....	38
二、制度的扩张.....	39
<b>第二节 作为契约机制的程序 .....</b>	<b>41</b>
一、契约与程序的关系.....	41
二、契约型程序的具体样态.....	42
<b>结 语 .....</b>	<b>45</b>
<b>参考文献 .....</b>	<b>错误！未定义书签。</b>
<b>一封师父不曾收到的“情书”：茶与咖啡 .....</b>	<b>51</b>

# CONTENTS

<b>Preface</b> .....	错误！未定义书签。
<b>Chapter1 Describe the Mandatory Contract</b> .....	<b>5</b>
<b>Subchapter1 Mandatory Contract in Private Law</b> .....	<b>5</b>
Section1 Forced contracting system .....	5
Section2 Restrictions on the content and form of contract.....	6
Section3 The accompanying obligations of the contract .....	8
Section4 Particularly the field of contract restrictions.....	8
<b>Subchapter2 Mandatory Contract in Public Law</b> .....	<b>9</b>
Section1 Administrative Contract.....	9
Section2 Settlement of Litigation .....	12
<b>Subchapter3 Features of Mandatory Contract</b> .....	错误！未定义书签。
Section1 Stages of Mandatory Contract .....	错误！未定义书签。
Section2 Limitation of Mandatory Contract .....	错误！未定义书签。
Section3 Composite of Mandatory Contract.....	错误！未定义书签。
Section4 External Compulsory of the Contract .....	错误！未定义书签。
<b>Chapter2 Jurisprudence Interpretation of the Mandatory Contract</b> .....	错误！未定义书签。
<b>Subchapter1 The Evolution of Private Contract</b> .....	错误！未定义书签。
Section1 Thoughts on the Freedom Principle of Classical Contract	错误！未定 义书签。
Section2 Amendments of the Freedom Principle of Classical Contract.....	20
Section3 Relationship Contract Theory .....	错误！未定义书签。
<b>Subchapter2 The Interaction of Private Law and Public Law</b> ...	错误！未定义书 签。

Section1	Functional Integration through Governance Methods	错误！未定义书签。
Section2	The Balance of Interests in the Governance Content.	错误！未定义书签。
Section3	Multi-orientation of the Target Value.....	错误！未定义书签。
<b>Subchapter3</b>	<b>The Essence of the Mandatory Contract .....</b>	<b>错误！未定义书签。</b>
Section1	Relations between Government and Citizens ....	错误！未定义书签。
Section2	Relations between Government and Public Bodies....	错误！未定义书签。
Section3	Relations between Public Bodies and Consumers	错误！未定义书签。
<b>Subchapter4</b>	<b>Internal Compulsory of the Contract.....</b>	<b>错误！未定义书签。</b>
<b>Chapter3</b>	<b>The Interaction of Contract and System.</b>	<b>错误！未定义书签。</b>
<b>Subchapter1</b>	<b>“Fall” of the Contract and “Growth” of the System</b>	<b>错误！未定义书签。</b>
Section1	Relations between Contract and System.....	错误！未定义书签。
Section2	Expansion of System.....	39
<b>Subchapter2</b>	<b>Program as a contractual mechanism .....</b>	<b>错误！未定义书签。</b>
Section1	Relations between Contract and Program .....	错误！未定义书签。
Section2	Specific patterns of contract-based program.....	错误！未定义书签。
<b>Conclusion</b>	.....	<b>错误！未定义书签。</b>
<b>Bibliography</b>	.....	<b>错误！未定义书签。</b>
<b>Never received a Master "Love Letter": Tea and coffee</b>		<b>错误！未定义书签。</b>

## 引言

自罗马法后，“契约”这一概念在其漫长的历史演变中“逐步和各种观念混合起来”。<sup>①</sup>社会交往中，“契约”<sup>②</sup>一词在保有其旧有含义的同时注入了新的含义，契约的内涵在扩张。《古代法》中，梅因对契约问题有两个重要结论：一是古今社会都有契约，但契约在不同社会所占比重不同；古代的契约是集团间的契约，没有个人间的契约，个人的权利和义务依附于家族，视其在家族中的“身份”而定，个人完全没有为自己创设权利和义务的可能。二是梅因认为：“所有进步社会的运动是一场从身份到契约的运动”。<sup>③</sup>古罗马后，人们对契约的认识经过了古典契约理念的“纯粹期”发展为“关系契约理论”，契约内容不仅是当事人协商的结果，也加入诸如“诚实信用”等社会关系。由追求纯粹的形式平等、自由转变为追求契约正义，“公域与私域之分界日益模糊，原初的‘法律不入之地’一步步为法律所侵入与占领，私域遂逐渐成为公域”。<sup>④</sup>在私域逐渐成为公域的背景下，原本由私法调整的社会关系也受到了公法的干预，突出表现在私人契约的各个方面受到了强制。同时，在公共权力的行使上也引入了契约治理理念，传统公权力纯粹的命令——服从模式逐渐变更为协商、互动的治理模式。另外，从制度的生成机制上看，国家权力的介入使契约形态“形式化”、“格式化”后，契约就演进为制度，契约是制度在发生学上的一个解释。

<sup>①</sup> [3] [英] 亨利·萨姆奈·梅因.古代法[M].高敏、瞿慧虹译，北京：中国社会科学出版社，2009.178.

<sup>②</sup> 在古汉语中“契约”与“合同”两个概念是有区别的。“契”的缔结者地位不平等，而“合同”则体现了双方当事人地位平等。俞江先生在载于2003年第6期的《中国社会科学》中一篇题为《“契约”与“合同”之辨——以清代契约文书为出发点》的文章中说：“在汉语世界里最适合描述社会一般关系的概念是‘契约’，相反，‘合同’则是一个内涵与外延均小于‘契约’的概念。汉语‘契约’的成立不一定需要平等的价值观，也不需要‘完全’或‘完整’，而‘合同’至少从清代起就已经附着了平等、对等、完整的含义”。并且提出在现行法中恢复对‘契约’概念的使用，因为“概念体系与抽象平等关系的设定，‘契约’不再是作为一种过程被看待，而是被化约为失去时间性的平等关系”。虽然现在“契约”与“合同”通用，但从本文的立意来看，选择“契约”一词更为恰当、妥贴。俞江. “契约”与“合同”之辨——以清代契约文书为出发点[J].中国社会科学.2003, (6).

<sup>③</sup> [英] 亨利·萨姆奈·梅因.古代法[M].高敏、瞿慧虹译，北京：中国社会科学出版社，2009.176、72、97.

<sup>④</sup> 李琦.为什么实名制[J].法学家茶座.2012.(35).

人文社会科学的任务首先是为人们提供一种认识世界、解释世界的工具。马克思当年用货币解释世界，认为人类活动的本质是围绕着资本运行；摩西用“法律”解释世界，在他眼中，万物皆有其运行规律，并把这种“事物的内在规定性”视为“法”；弗洛伊德用“性本能”解释世界，提出了著名的“精神层次”理论。他认为人们的外部行动和内在心理，包括无意识、潜意识都是性冲动、性本能的结果；符号学家用符号现象解释世界的构筑和运行……那么，我认为“契约”也是一种解释世界的方式。契约在不同的学术语境下有不同的含义，按照何怀宏先生的看法，契约至少有如下四种含义：一是作为经济法律概念的契约，这主要见之于罗马法；二是作为宗教神学概念的契约，这主要见之于《圣经》；三是作为社会政治概念的契约，这主要见之于中世纪末的反暴君派理论家和霍布斯、洛克、卢梭等人的著作，其更早的发展还可见之于古希腊罗马思想家；四是作为道德哲学概念的契约，这主要见之于罗尔斯，而康德可以说是其先驱。<sup>①</sup>除了何怀宏先生的四种含义，有的学者认为，“契约”还是“作为法律起源的契约观念”和“作为一般人类学意义上的（即作为一般人类活动方式看待）或社会哲学意义上的契约观念”两种含义。<sup>②</sup>本文语境下笔者在讨论契约与强制的关系时把“契约”概念限制在法学领域，但绝不囿于传统民商法关于契约的理念而是兼顾私法、公法，通联实体、程序，从具体的契约法律制度到抽象的契约模型隐喻。“强制性契约”既是实体概念，也是解释制度、程序的工具。

“论契约的强制性”展开便是“具有强制性特征的契约或契约模型”，它是公法、私法面对复杂社会问题的一个“合作解”，是现代社会在治理手段上互相渗透、接洽的结果。同时，契约作为中介性范畴，是人类交往和实践的组织工具，现代社会中的人们交往遵循契约精神。在交往过程中，只要强调个人的主体性就会产生权利与权利的冲突，享有权利时必须为他人的权利作出让步，权利的行使有相应的权利对价和权利减损。因此，契约受强制不过是个人在社会交往中权利的减损和对价罢了，是否属于正常

<sup>①</sup> 何怀宏.契约伦理与社会正义：罗尔斯正义论中的历史与理性[M].北京：中国人民大学出版社.1993.12.

<sup>②</sup> 高懿德.契约观念的历史维度[J].东岳论丛.2002.(4).

的权利减损和对价关键在于对契约限制的强度和领域。当制度引进契约范式后，“权利”扩张了。在私法领域，权利减损，在公法领域，权利扩张，这体现了权力的技术性安排在寻求权利与权力的动态平衡机制。

本文力图超越公法和私法上出现的具体契约受强制现象，在制度领域、程序领域引入契约概念、契约范式，用受合理强制的契约模型解释现代社会人们服从制度的必要性，以及良性制度理应保有契约式的商谈空间、对话平台，从而获得权力客体主动的服从代替被动遵循。由此可见，契约不独是私法概念，也是公法概念、程序概念、制度概念。这是本文的一个亮点，不过对契约解释范式的运用在本文也仅仅只是一个浅尝辄止的尝试。

同时，本文的弱点也是明显的，即建设性不足。“人类生活中总是面对有效性与正当性的缠结”，<sup>①</sup>正当的何以有效，有效的何以正当？正当且有效纯属例外，正当性与有效性的对立、冲突才属正常。那么，不妨换个角度何必“求全责备”？“契约”与“强制”这对既对立又共生的范畴其实就是一组观念构造在面对诸多复杂、矛盾的关系概念是否能够并且在何种程度、何种领域上能够和谐接洽、共处、长短互补、互通有无所做的一个总体性回答。旨在于为人们提供一种观察事物、认识事物的视角、平台，并不需要去建构什么。就像当年“社会契约论”的提出，在经验层面上无法证明，但这并不意味着需要质疑其存在的合理性，它解释了包括国家起源、政府形成等社会现象，为其存在提供了正当性来源。“观念构造解释模型”和“权力技术性安排以获得载体”是思考“契约的强制性”论题的两个不同维度的展开。人文社科不是自然科学，不存在绝对真理。那么，受到合理强制的契约或许也可以作为一种“局部真理”、“片面真理”来回答一些社会现象，从而促使人们在不同领域去建构出更有效率的制度吧。

正如本文结论所述，“契约”概念是开放的，还会发展下去，扩展到政治学、社会学……但契约概念应有的精神气质：对话、谈判、妥协和自治不能也不应抛弃，否则，“契约”将不成其为“契约”。从“强制”与“自治”的互动作用中以及契约精神的“生长性”引出了本文的论题：论

<sup>①</sup> 李琦.为什么实名制[J].法学家茶座.2012.(35).

契约的强制性。

厦门大学博硕士论文摘要库

## 第一章 梳理契约强制现象

### 第一节 私法上的强制性契约

古典契约理论所崇尚的绝对自由、平等的观念到了近代已经明显不适应社会的需要。为了维护社会的公平和正义，契约理念从形式平等转化为“契约正义”，各国纷纷采取措施对契约自由进行干预和限制。在私法领域主要表现为强制缔约制度的产生、对契约内容的限制、契约形式要件的复兴以及契约附随义务的规定；另外在契约当事人地位差别明显、实力悬殊的特殊领域以及关涉到社会重大进步的知识产权领域，国家通过制定特别法来限制契约自由，维护弱者利益，维护公共利益。<sup>①</sup>因此，对私法上的强制性契约的梳理也主要从这几方面入手。

#### 一、强制缔约制度

一般的，私人在订立契约的过程中要约和承诺都是自由的。但在某些关涉公民基本的生活领域和公共服务领域，如公共事业、医疗、公共交通、电、热、水的供应等，如果严格按照自由协商缔约，势必会损害公民的基本生存权，影响整个社会的安定。因此，法律通过强制手段限制甚至剥夺某些领域契约关系当事人的协商自由，使其负有强制缔约义务。根据不同的标准，可以对强制缔约做不同的分类。<sup>②</sup>

根据强制缔约义务发生在缔约过程中的不同阶段可以把强制缔约分为“强制要约”与“强制承诺”两种。“强制要约”剥夺了民事主体是否缔约的自由。例如，我国《股票发行与交易管理暂行条例》第48条规定，“发起人以外的任何人直接或间接持有有一个上市公司发行在外的普通股份达到百分之三十，应当自该事实发生之日起四十五个工作日内，向该公司所有股票持有人发出收购要约是收购人的法定义务。”该条关于“强制要约收

<sup>①</sup> 这突出表现在劳动法、消费者权益保护法以及知识产权法中“强制实施制度”上。

<sup>②</sup> 本文旨在宏观上说明契约作为一种文明的具体样式，契约的强制性特性表现在私法领域、公法领域和制度层面，因此私法和公法中具体法条关于契约强制的规定本文仅作“示例”，而不进行过于具体归纳、整理。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库