

第二章 契約理念的變遷及其啟示 ——中西契約文化的歷史透視

一切認識、知識均可溯源於比較。

——[德]諾瓦里斯

只有知道了通往今天的路，我們才能清楚而明智地規劃未來。

——[美]史蒂文生

法律制度的建構與運作有賴於相應的法律文化之支撐；而中國當代法律文化之進化，則需要對傳統法律文化加以揚棄，並對境外法律文化予以繼受或變通。

——筆者題記

內容提要

契約在西方的落戶、生根與成長，有著漫長的歷史時期，西方特有的歷史文化和宗教哲學及政治傳統造就了西方發達的契約理念，成就了西方的契約文化。在西方，契約文化的源頭可追溯到古希臘文化和基督教的宗教文化，其間經歷了古羅馬、中世紀、近代和現代等若干不同發展階段，契約不僅適用於私法而且也盛行於憲法與行政法等公法領域。而中國特有的歷史文化環境卻限制了契約的發展，使得契約在中國經歷了與西方不同的演進路徑，導致中國契約理念的匱乏、對契約認同感的缺乏以及契約適用範圍的狹小。中國契約理念的缺失，就其文化成因而言，主要緣由是在傳統儒家文化影響下中國法律理性精神的缺失、主體獨立意識的泯滅、中國社會對個人利益的漠視等，這些因素破壞了契約生存的基礎。中國行政法的轉型與建構，在轉變觀念和進行制度改革的同时，也要注重契約文化的培育和契約理念的植

入，從觀念、文化、制度等多個層次營造一種適合於契約理念在行政法中充分成長的氛圍。

今天，契約的認同度越來越高，契約的理念越來越深入人心，它所蘊含的獨立、平等、自由、人權、誠信等精神越來越顯示其魅力。但是，為何契約能在西方社會魅力四射，而在中國傳統社會雖見其蹤影卻不見其精神？此種情狀無疑是與各自的歷史傳統分不開的。正是不同的歷史傳統，造就了人們對待契約的不同態度；而不同的契約觀念，又會影響契約的歷史命運。因此，對現今契約現象和契約理念的理解，不能離開對其歷史的了解。我們只有先探尋到達今天的歷史路徑，才能揭開複雜契約現象的神秘面紗並發掘其所蘊藏的寶貴資源。脫離了歷史，不僅會阻礙我們觀察契約的視野，而且會令我們難以窺見契約發展的未來走向，更會令我們無法擺脫現今的困境。因此，為了探討行政法應如何借鑑契約資源以及未來行政法的發展走勢，我們不得不從歷史的視角考察中西契約傳統，以便從這種歷史的分析中獲得某種啓示。¹

一、西方契約理念的嬗變——從文化到制度

(一)西方契約理念的文化源頭

英國學者高夫認為，社會契約論的源頭一方面是《聖經》，另一方面是斯多亞哲學、羅馬法直到古代希臘思想；英國另一個著名思想史家巴克爾認為，社會契約論的源頭有三：《聖經》、羅馬法和亞里斯多德《政治學》。²從文化淵源上看，契約有兩個源頭：一是世俗的源頭，可以追溯到古希臘；二是神聖的基督教源頭。

¹ 契約的歷史，幾乎是一部與人類文明同步發展的歷史。無論是西方還是中國，契約的發展都受到它們各自不同的社會、政治、經濟、文化等多種因素的影響，在此我們僅從文化視角作一個簡單的梳理與比較。

² 參見何懷宏：《契約倫理與社會正義——羅爾斯正義論中的歷史與理性》，中國人民大學出版社1993年版，第17頁。

1. 古希臘文化與契約

古希臘是歐洲文明的搖籃。古希臘文明（西元前5世紀是希臘城邦奴隸制的極盛時期，所謂古典文化即在這一時期創立），是整個西方文明的源流之一。古希臘人雖然「沒有能夠形成一門關於法律的學問——法學」，但是卻「誕生了西方最早的法哲學或法學思想……柏拉圖、亞里斯多德以及斯多噶學派的創始人等，正是他們的法學思想，給了羅馬法學以理性的基礎，而且影響了此後二千餘年西方法學的發展。」³

古希臘人對法學的最大貢獻是確立了法學的一些最基本、也是最重要的理念，如蘇格拉底的契約義務論（公民應當遵守他與國家、法律所訂立的契約）、⁴柏拉圖的正義觀和法治觀（如他認為，正義即以善報友以惡報敵，官吏是法律的僕人或法律的執行官，法治優於人治）、⁵柏拉圖的學生亞里斯多德較為完善的正義觀與法治觀、⁶亞里斯多德之

³ 何勤華：《西方法學史》，中國政法大學出版社1996年版，第13頁。

⁴ 在《柏拉圖對話集》的「克力同篇」中，記述了蘇格拉底以契約證明公民應服從不義判決義務的故事。蘇格拉底被不公正地判處死刑後羈於獄中，他的朋友克力同來見他，告訴他死刑即將執行，而克力同已為他安排了一個逃往外國的機會，勸他離獄逃走，但蘇格拉底拒絕逃走，其理由是：我在雅典已生活70年，享受著法律帶給我的好處，這實際上和我的國家訂有一種契約了，我怎麼能當法律給我好處我就遵循它，判處我死刑就違反它呢？況且我在法庭上已承認審判的結果，這又是訂約的證據，訂約後轉瞬背約，豈不荒謬嗎？所以我不能逃走。這種態度表明了蘇格拉底尊重法律和契約、以法律為至上的觀念。從這個故事中，我們亦可以窺視西方尊崇法律和契約的悠久傳統。

⁵ 參見[古希臘]柏拉圖：《理想國》，載《西方法律思想史資料選編》，北京大學出版社1983年版，第1頁；[古希臘]柏拉圖：《法律篇》，載《西方法律思想史資料選編》，第24-25頁。

⁶ 亞里斯多德在柏拉圖正義觀的基礎上，將正義（或公正）進一步發展為分配的正義（是人與所得物間的比率上的平等，包括規定平等的人分享平等的利益和不平等的人分享不平等的利益）與矯正的正義（不考慮人們的具體情況，而只考慮把單純算術的平等用於人及相關物，其應用範圍不僅包括契約之類的自願的交往活動，也包括偷竊或謀殺之類的非自願的或犯罪的活動）以及「相互性」的正義（對等的報復以及利益或所有物的交換）。可以說，在亞里斯多德的思想中已形成了公正、平等（數量相等、比例相等）、自由（他認為公民天

後的斯多噶學派對自然法理論和理性的系統闡述等，不僅為後世的法學也為羅馬法和契約的形成奠定了基礎。

古希臘人的正義觀、理性原則、平等和自由的觀念及其自然法思想，為古希臘的契約理念提供了重要的理論支撐，也塑造了較為成熟的古希臘契約。在古希臘的雅典就有很多種類的契約，如借貸、合夥、租賃、買賣、物品保管及僱傭等等，其中借貸、合夥和租賃最為流行。例如，「西元前594年以前，以『六一漢』（hektemoroi）而自縛的交易是合法的」。「『六一漢』為了酬答某一較富有的土地所有者的借貸與幫助，立約向其交出所耕土地產品的六分之一，如不能履行義務，他們和他們的全家就淪為該土地所有者的奴隸。」⁷在古希臘最初的這種借貸契約中，人身關係成為契約關係的一部分。後來，借助於梭倫在契約法上的偉大改革，人身關係得以從契約關係中解放出來。梭倫以禁令的形式禁止以人身為擔保的借貸，「使以債務人的人身自由來保證借貸的契約為非法，隨後頒布解負令（Seisachtheia），解放債務纏身的農民」，「使債務人免於淪為奴隸狀態」。梭倫對借貸契約的改革，實則是將人身關係與債的關係相分離，它是「從身分到契約」運動的前提條件，為真正契約關係的確立打下了基礎。古希臘人的這種契約，是與當時社會的物質生產關係相聯繫的，契約被限制在一個較小的範圍內，契約關係不發達，其契約觀念自然也不可能發達。

賦就有自由的本性而奴隸則沒有）等理念。在法治思想方面，亞里斯多德強調法律是理性的產物，「法治應當優於一人之治」，強調只有良法才是法治的基礎；亞里斯多德同時強調，不論是普通的老百姓還是立法者，也不論是普通的民眾還是作為君主的統治者，都應該遵守法律、服從法律，任何人均不能超越於法律之上。因為，法律是正義的體現，是人類的理性原則，因此，實行法治是為了公眾的利益或普遍的利益，它不是為了某一個階級的利益或個人的利益宗派統治或專橫。從而，亞里斯多德第一次實現了法治思想的真正提升，將法律上升到至高無上的神聖地位，確立了法律的至上權威，為西方的法治思想奠定了基礎。與柏拉圖的法治思想（法治僅是理想人治的一個補充）相對照，亞里斯多德的法治思想更為理性，法治因為其是人類理性的原則和正義的體現而被提升到了至上的地位。

⁷ 易繼明：〈大陸私法的源流〉，載梁慧星主編：《民商法論叢》（總第16卷），金橋文化出版（香港）有限公司2000年版，第411頁。

當然，契約思想在整個古希臘哲學中還只是處於胚胎型態，但其「契約概念本身的出現及功利契約論的發展，有關『自然』和『約定』的討論，蘇格拉底隱含的人與國家的契約思想中對於道德和理性的推崇，以及柏拉圖、亞里斯多德對政治社會的正義原則的探討，都為後來的契約倫理思想的成長提供了源泉。……近代的社會契約論與某些智者、伊比鳩魯的功利契約論在契約、合意的形式和概念方面的一致並不是很重要的，而從蘇格拉底、柏拉圖甚至亞里斯多德那裏承繼的一種內在的精神——即推崇道德和理性的精神才是最有意義的。」⁸

2. 基督教文化與契約

伯爾曼說，如果不去探討西方法律傳統的宗教方面，就會難以理解西方法律的傳統和特點。⁹西方法律傳統的形成與基督教的確存在著密切的關係。從基督教文化中，我們同樣可以找尋到契約的淵源。

基督教文化，對西方人的宗教、哲學、政治、法律、科學等產生了重大而深遠的影響。在法律方面，基督教不僅以其誠律，更以其基本理念對古希臘及羅馬的法律思想和理念產生了影響。在契約方面，基督教以其獨特的方式表達了有關契約的理念。「按照中東先民的解釋，人和神之間早已先於人間契約就締結了一種契約——摩西十誡、舊約之類。人把自己的意志、裁判權出讓給上帝，上帝給予那些出讓者或信徒以生存的擔保和保險。這是一種神聖的契約。它為一切世俗的契約提供了制訂和履行的根據、權威、淵源。……客觀的結論應是，世俗契約是聖約的延伸和具體表現。」¹⁰

在基督教中，人和上帝的關係，是用「立約」的觀念來加以說明的。在《舊約》中，上帝通過摩西與古以色列人立約，在西乃山傳授十

⁸ 何懷宏：《契約倫理與社會正義——羅爾斯正義論中的歷史與理性》，中國人民大學出版社1993年版，第26頁。

⁹ [美]伯爾曼：《法律與革命——西方法律傳統的形成》，賀衛方等譯，中國大百科全書出版社1993年版，第200頁。

¹⁰ 江山：〈廣義綜合契約論——尋找丟失的秩序〉，載梁慧星主編：《民商法論叢》（第6卷），法律出版社1997年版，第264頁。