

契约法的当代风貌 ——内田贵《契约的时代》述评

宁红丽 肖 鹏

摘 要：麦克尼尔以“关系契约论”宣告了“古典契约论”的死亡，但其未能将关系契约论付诸实定法或具体司法实践。日本学者内田贵教授结合长期合同的具体运作，对关系契约论在日本裁判中的适用进行了体系化研究，呈现了司法判决、民众选择以及社会观念对日本民事立法的再造图景。我国《民法典》合同编中包含的诸多“标准”型规则明显体现了关系契约论的理念，但对其如何适用，我国学界与法院仍在探索之中。内田贵教授的研究方法与视角为我国将来的合同法研究提供了富有启发性的参照。

关键词：古典契约论；关系契约论；长期合同；规则；标准

[中图分类号] D931.336 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2024) 02-0001-18

一、背景脉络：古典契约论的“死亡”与“再生”

日本学者内田贵所著的《契约的时代：日本社会与契约法》（下称《契约的时代》）日文本出版于 2000 年，当时正值《日本民法典》编纂满百年之际。在这一百年中，《日本民法典》关于契约法的规范几乎未作修改，但其间日本社会和经济交易都发生了巨大变化，那是日本契约法“以不变应万变”保持了原状，还是法典这个“旧瓶”中已悄悄装进了新酒呢？内田贵教授在这本著作中，通过研究契约法在日本社会适用中的流变，尤其自 20 世纪 60 年代以来的变迁，对此给出了答案。

内田贵教授发现，日本的契约法在 20 世纪 60 年代以后发生了明显的转向，欲究其原因，须站在契约理论发展的历史长河中进行观察。话题至少要从 1963 年美国威斯康星大学法学院斯图尔特·麦考利教授的开创性论文《商业中的非合同关系：一个初步的研究》（Non-Contractual Relations

【作者简介】宁红丽，法学博士，对外经济贸易大学法学院教授；肖鹏，对外经济贸易大学法学院 2020 级博士研究生。

本文在写作过程中曾与《契约的时代》一书译者北京市西城区人民法院宋健法官多次沟通，宋健法官还提供了部分日本法律条文翻译和资料帮助，特此致谢。

【基金项目】国家社会科学基金重点项目（项目批准号：23AFX003）；对外经济贸易大学校级科研项目（项目批准号：17YB04）。

in Business: A Preliminary Study) 说起。⁽¹⁾ 在这篇开创性论文中, 麦考利教授通过社会学调研发现, 合同法在日常商事中其实仅扮演了非常有限的作用。企业界人士在策划他们的交易时, 很少利用合同法, 他们宁可依赖于私人的合同救济方式; 商业关系更多地是由在市场中维系良好声誉的需要所控制, 而不是被合同法所约束。该文可谓对古典契约论的重磅打击。1970年, 美国耶鲁大学法学院格兰特·吉尔莫教授发表的《契约的死亡》则直接宣告了古典契约论的终结。1979年, 美国学者麦克尼尔出版《新社会契约论——关于现代契约关系的探讨》⁽²⁾, 对后世契约法理论影响深远的“关系契约论”横空出世, 契约法理论开始了起死回生之旅。麦克尼尔把契约分为“个别性契约”和“关系性契约”, 认为古典契约论忽略了契约关系背后隐藏着的当事人在相当一个阶段甚至长期存在的合作关系, 同时也就无视其中包含的诚信义务、交易习惯以及权力控制问题。麦克尼尔发现了古典契约法“碎片式规制”的缺陷, 他试图将契约放在当事人长期合作的背景之中考察, 但他很少指出法院应当如何依关系契约论对特定案件作出裁决。在契约法理论发展史上, 麦克尼尔无疑是一个成功的“范式转换者”, 但他对自己的创见中所包含的不确定性也有清晰的认知。也许正因如此, 他本人并没有认真地尝试将其转化为契约学说, 相反认为合同立法的大部分内容仍可作为合同争议解决的“缺省规则”(default rules)。⁽³⁾ 季卫东教授在《新社会契约论——关于现代契约关系的探讨》一书的译序中也指出, 麦克尼尔的契约法理论“能否在实证法学体系中登堂入室并进而改变西方的司法实践, 还不可能立即给出明确的结论”。⁽⁴⁾

曾在美国康奈尔大学访问的内田贵教授明显受到了“关系契约论”的影响, 他在1990年出版的《契约的再生》一书中指出, 在契约所属的社会关系中, 被容许的契约内容是自然决定下来的, 企图将这种事实提升到法律视野中的便是关系契约论。关系契约法相当于在契约存续中随事态变化而提供弹性处理机制的法律制度。⁽⁵⁾ 根据关系契约论的基本立场, 古典合同法的“确定性”是虚幻的, 法律并不是抽象的原则, 而是用来实现社会目标的政策工具。在方法论上, 关系契约论属于广泛意义上的社会学研究, 尚须从实定法的角度加以具体化重构。内田贵教授专门讨论了关系契约论在委任合同、承包合同中的体现, 指出“主张追求超越自由主义契约概念的麦克尼尔的理论, 只有在日本才能发挥其真正价值, 充满对同胞同情和同感的契约规范, 只能存立于不具意思自治的哲学传统”的日本。⁽⁶⁾ 对关系契约论的研究前景, 内田贵教授作出了如下形象的描述: “麦克尼尔的关系契约理论展现在我们眼前的是一望无际的契约法的平原。并且富有魅力的是, 这

(1) Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 *American Sociological Review* 55, 55-67 (1963).

(2) [美] 麦克尼尔:《新社会契约论——关于现代契约关系的探讨》, 雷喜宁、潘勤译, 中国政法大学出版社1994年版。

(3) Ian R. Macneil, *A Primer of Contract Planning*, 48 *Southern California Law Review* 627, 627(1975). Jonathan Morgan, *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 66.

(4) [美] 麦克尼尔:《新社会契约论——关于现代契约关系的探讨》, 雷喜宁、潘勤译, 中国政法大学出版社1994年版, 关系契约论的启示(代译序)第8页。

(5) [日] 内田贵:《契约的再生》, 胡宝海译, 中国法制出版社2005年版, 第120-121页。

(6) [日] 内田贵:《契约的再生》, 胡宝海译, 中国法制出版社2005年版, 第199页。

个平原到处为人迹罕踏的原始森林所覆盖。”⁽⁷⁾

内田贵教授提出了以关系契约论为中心的研究目标,而这也是麦克尼尔本人未能完成的工作:对表现于判例和特别法上的关系契约规范的片段加以集中,使之体系化,在新的契约模型下,构筑以古典契约法的对抗原理为核心的“日本契约法”。⁽⁸⁾

2000年,内田贵教授将其在过去十年中撰写的论文与演讲稿修正结集,出版了《契约的时代》⁽⁹⁾一书。该著作内容涵盖了现代契约法的思想基础、日本契约法中一般条款适用的扩张、契约的拘束力、契约法的全球化以及继续性契约等,作者以典型的契约制度(如强制履行、不安抗辩权、情事变更等)在日本实务中的实际运行为研究素材,通过对日本法院裁判的研究,将民法典中的具体规范呈现为现实中鲜活的契约运作。如同作者所言:“《民法典》关于契约法的规定一百年来几乎未作改动,一直沿用至今。但一百年来日本社会却发生了巨大转变。而作为契约法主要规制对象的经济交易,在一百年来也经历了无法想象的变化。因此,一个世纪前制定的契约法借助新的立法与判例在‘现代’到底经历了怎样的发展历程?”⁽¹⁰⁾

借助这部著作,我们将发现日本民法世界中“纸面上的法”进入现实生活变成“行动中的法”之后发生了何种变化,并进而理解司法裁判、民众行为以及社会观念如何再造了立法;同时,这也将为我国后《民法典》时代的合同法研究提供了可资借鉴的研究路径。

二、古典契约论的衰落与关系契约论的发展

(一) 古典契约论不能兼容个案现实

以法国民法和德国民法为代表的近代民法典为“理性主义”法典。理性主义法典的出发点和目标就是,人类仅凭立法就能够重构世界。德国社会学家马克斯·韦伯认为,根据“理性”法典,每一个具体案件都必定有可能通过法律逻辑的方法从抽象的法律命题导出裁决;法律必须是一个由法律命题构成的“没有漏洞”(gapless)的体系,因此,所有不能用法律术语合理地“分析”的东西都是法律上无关的;而人类的每一项社会行动都必须总是被建构为或是一种对法律命题的“适用”或“执行”,或是对它们的“违反”,因为法律体系的“没有漏洞”性(gaplessness)必定导致对所有社会行动没有漏洞的“法律安排”(legal ordering)。⁽¹¹⁾韦伯认为,大陆法系法典在技术上选择处理“片段化”现实交易的做法,是其“最为重要的特色”:不管是诉讼上问题的提出,乃至法律行为上的形式主义,都被置于逻辑上“最为单纯的”事实里来加以分解。一件诉讼只针对一个问题,同一个问题只有一种诉讼,一个法律行为只针对一个事项,一个承诺只针对一项给

(7) [日] 内田贵:《契约的再生》,胡宝海译,中国法制出版社2005年版,第138页。

(8) [日] 内田贵:《契约的再生》,胡宝海译,中国法制出版社2005年版,第199页。

(9) 内田贵『契約の時代-日本社会と契約法』(岩波書店,2000年)。

(10) [日] 内田贵:《契约的时代:日本社会与契约法》,宋健译,商务印书馆2023年版,第4页。

(11) 郑戈:《法律与现代人的命运:马克斯·韦伯法律思想研究导论》,法律出版社2006年版,第118-119页。

付（因此必然是单方面的）等。将日常生活具体的事实复合体分解为法律上性质单一明确的要件行为，事实上正是古罗马市民法功成身就的重大倾向，而此种倾向在方法学上极具深远的影响。^{〔12〕}

韦伯上文中所谈及的法律关系被置于逻辑上“最为单纯的”事实里来加以分解的做法，与麦克尼尔所提出的契约的“个别性”，可以在相同的含义上理解。例如，甲乙双方虽存在长期贸易关系，但其签订的一份100公斤大米买卖合同仅规制这一合同项下的大米买卖问题，它与甲乙之间签订另一份100公斤的玉米买卖合同，是完全独立无关的两份契约。英国学者休·柯林斯将私法的这种特征称为调整社会关系的“原子化”，它将交易本身独立于其发生情境之外，社会关系借此被分割成一个个的“片段”。交易的片段化在实定法上最为明显的体现是“合同的相对性”特点，即当事人之间签订的合同仅在当事人之间发生拘束力，同一当事人之间签订的多份合同之间的效力也是独立的；王泽鉴教授称现代契约法主要以一时契约（尤其是一次给付的一时契约）为其规律对象^{〔13〕}，都是对同一现象的不同表述。根据这一观念，在对合同效力进行认定时，由于当事人“为什么缔约”的问题不在交易情景之中，人们一般都不会将缔约动机纳入考察范围。但古典契约论主张的契约关系可以“瞬进瞬出”（sharp in, sharp out），不存在模糊地带的立场与现实并不相符。人们发现，很多商业合作甚至根本没有签订正式合同，例如纽约服装业的合作全靠公司负责人之间的私人关系；东芝公司甚至认为签订正式合同有害于信任、交易效率和灵活性，其在进入英国市场时仍沿袭其在日本的做法，不与其供应商签订正式的合同。^{〔14〕}对此，柯林斯曾批判地指出，私法这种“组织和结束法律推理的方式”简化了事实的复杂性，靠它不可能对社会关系实现连贯而有效的规制。^{〔15〕}麦考利教授则将古典契约法的这一特点称为“契约理论与契约法实践之间存在着裂缝”。^{〔16〕}

内田贵教授认为，古典契约论塑造的上述契约形象本身就是极其非现实的产物。它能够成为契约法模型的原因并不在于其在现实中都足够典型，而相反原因恰好是因为它在哪一种社会里都不够典型。^{〔17〕}支持这种模型的思想是19世纪的自由主义思想。古典契约论假定，所有契约条件在合同成立时都已确定，但这一点与现实并不相符；在现实生活中，契约条件一般都会随着契约关系的进展逐渐确定或被修正。同时，当事人在长期合同中往往会订立一些弹性条款，如“随行就市”的价格条款、“按需供货”的数量条款等；人们也经常会将“诚信协商解决”条款写入契约，而这些条款是理解关系契约论的例证。^{〔18〕}

〔12〕〔德〕马克斯·韦伯：《韦伯作品集IX：法律社会学》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2005年版，第204页。

〔13〕王泽鉴：《债法原理》（第2版），北京大学出版社2013年版，第130页。

〔14〕Jonathan Morgan, *Contract Law Minimalism: A Formalist Restatement of Commercial Contract Law*, Cambridge University Press, 2013, p. 69–70.

〔15〕〔英〕休·柯林斯：《规制合同》，郭小莉译，中国人民大学出版社2014年版，第52–54页。

〔16〕Stewart Macaulay, *An Empirical View of Contract*, 1985 *Wisconsin Law Review* 465, 467–471 (1985).

〔17〕〔日〕内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第24页。

〔18〕〔日〕内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第23–26页。

（二）关系契约论的发展：长期合同的规制需求

1. 长期合同是关系契约论的主要研究对象

与古典契约论主要规范片段化的一时契约的做法不同，麦克尼尔的关系契约论分析的对象主要是长期合同。现实中的商业关系，如租赁关系、委托关系、雇佣关系、企业及其固定供应商之间的关系、公司与配送网络之间的关系等，均为长期关系。长期合同的目的在于维持合作，其当事人倾向于采纳开放性的合同文本和超法律的纠纷解决机制⁽¹⁹⁾，对于他们来说，为了实现长期合作，维持合同存续往往比机械地坚持合同文本更加重要。⁽²⁰⁾ 在《契约的时代》一书中，内田贵教授选择了租赁关系、雇佣关系和商业代理关系等长期合同作为分析对象。

2. 长期合同：重在维持

内田贵教授注意到维持长期合同关系的重要性。他认为，对于长期合同，如特许经营合同或代理商合同，如果机械地执行期限条款或允许机械地适用法定解除制度终止合同，可能会使当事人在过去的沉淀投资化作乌有，从而使其经营和生活因轻易解约或拒绝续约而陷入危机，因此需要创设一种能够尽可能维持契约关系的理论。

在 19 世纪 60 年代左右，日本法院出现了“尊重契约的存续，若无正当理由不允许终止契约关系”的判决。在这些判决中，法官十分注重房屋租赁关系、劳动关系和商事代理关系中的长期维持问题。在租赁合同领域，日本《借地借家法》第 26 条第 1 款明确规定了租赁合同的自动续期⁽²¹⁾；在劳动合同领域，东京地方裁判所发展出了变更劳动条件以维系劳动契约存在的规则；在委托合同领域中也是如此，虽然立法向来重视委托人和受托人的解约自由，但有判例认为，商人之间即使明确约定了当事人有拒绝签约的权利，该权利的行使也应受到限制。“认定当事人的单方通知能否基于期间届满而使合同终止，还要综合考虑契约订立的经过、契约性质以及当事人因终止而将承担的利害得失等因素，最后根据个案特性作出判断。”“若无债务不履行或其他相当事由，且契约存续对当事人关系重大，那么就应当认定仅在不得已而必须终止契约的情形中，单方通知才可以终止契约。”⁽²²⁾ 法院的这些做法已明显偏离了日本实定法规范，体现了重视维持合同持续的态度。

从社会学的角度观察，每一个具体的合同都镶嵌在当事人之间的某段商业关系中，当事人选择签订长期合同，就意味着其对契约关系的信任更大，付出的投资也就更多，而这一切的最终目的都是为了维持和促进长期的商业关系。内田贵教授指出，前述实践中广泛存在的长期合同应当尽可能维持的做法，背后隐藏的法理就是关系契约论。合同的“基础价值越大，关系契约所能被

(19) [英] 休·柯林斯：《规制合同》，郭小莉译，中国人民大学出版社 2014 年版，第 54 页。

(20) [英] P. S. 阿蒂亚：《合同自由的兴起与衰落》（下），范雪飞译，林少伟校，中国法制出版社 2022 年版，第 750 页。

(21) 日本《借地借家法》（1991 年 10 月 4 日公布）第 26 条第 1 款规定：“建筑物租赁附有确定期限的，如果当事人在期间届满前一年至六个月内未向相对方发出续约或变更租赁条件通知的，视为该租赁契约已按原先同等条件进行续约，但租赁期间视为未作约定。”

(22) 转引自 [日] 内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆 2023 年版，第 77-78 页。

类推适用的空间也越广”。⁽²³⁾而追求确定性的古典契约法显然没有能力为长期合同提供有效的制度供给。可以说，双边长期关系的广泛发展，意味着关系契约论在日本契约实践中获得的肯认日渐增加，这同时也意味着古典合同自由理论必然走向衰落。

三、关系契约论在日本民法中的制度呈现

内田贵教授相信，关系契约论本身内在于日本契约法之中，它体现为交易共同体内部通行的习惯、规则或一些具体做法，但并不一定具体化为实定法的具体条文，因此需要裁判者在实践中发现并适用它们。在日本民法中，能体现出关系契约论的制度主要体现为一般原则的适用扩张、允许第三方对契约内容进行调整以及促进当事人对契约内容进行再协商等。

（一）一般原则的适用扩张

通过原则性条款和不确定概念增加法官自由裁量权的做法，是当前各国和地区民法典最新修订中体现的共同趋势。例如，新《荷兰民法典》在契约部分加入了非常多的原则性条款，给予法官广泛的裁量空间；同样的做法在《德国民法典》、美国《统一商法典》以及《联合国国际货物销售合同公约》中也同样存在。⁽²⁴⁾我国台湾地区1982年修正“民法总则”时，其第148条第2款也扩大了诚信原则的适用范围。⁽²⁵⁾同时，各国和地区契约法中都出现了“通过原则性条款对原本不存在于近代契约法的规范予以承认”的做法。一般性条款的适用扩展必然带来法官角色的转变，法官从单纯的“法律适用者”转而变成了法律的“监护人”。⁽²⁶⁾在日本，这一现象最典型的例证就是信义义务的适用扩张。

在20世纪60年代，日本学界对信义义务的态度认识还有分歧，不过法院无视这些争议，在实践中已经开始扩张其适用范围。到1999年之前，已经有超过900件公开判决适用了信义原则，适用领域涉及恶意中断磋商的责任、缔约时广泛的信息披露义务、情事变更时的再协商义务、违约后的减轻损失义务以及一方请求解除契约时应尽量维持存续等。日本下级法院的法官在这些判决中抛弃了严格适用要件与统一法律效果的思路，转向了依个案而定的“模糊”方案。内田贵教授认为，这并非“裁判者肆意的价值判断，这种判断高度依赖能够在全面事实认定过程中发挥作用的实践性判断力”。⁽²⁷⁾

（二）契约的非合意调整和再交涉的广泛适用

1. 第三方调整合同的广泛适用

一般而言，合同只能由当事人通过合意进行调整，允许第三人调整合同是非典型的例外做法，

(23) [日] 内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第27页。

(24) [日] 内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第31页。

(25) 王泽鉴：《债法原理》（第2版），北京大学出版社2013年版，第53页。

(26) [日] 内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第55页。

(27) [日] 内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第82页。

但日本商业和法律实践中却存在着广泛的非合意调整合同的做法，具体体现为如下形式。

第一，基于仲裁条款的契约调整。日本国内交易中，建设工程承揽契约标准约款中的纠纷解决条款（《公共工程约款》第46条、《民间联合约款》第34条第2款）规定应当委托建设工程纠纷处理审查会作出仲裁。

第二，独立的第三方对契约的调整。在美国，美国建筑师协会（American Institute of Architects, AIA）施工合同中的“建筑师”（architect）属于此类角色。依照业主与建设公司签订的建筑合同，建筑师负责确定合同履行中的许多内容，从合同的一般管理到“与艺术效果有关事项”的最终决定，以及批准承包商选择的监督人等，建筑师都有调整决定的权限。⁽²⁸⁾日本根据国际建设工程FIDIC通用条件中的“工程师”（engineer）角色建立了“专家”（expert）制度，它属于一种仲裁前纠纷解决机制，一旦产生纠纷，发包人与承包人可以共同选择能够胜任特定类型争议解决的专家以迅速解决纠纷，专家的决定等同于契约的效力。日本国内建设承揽契约的“监理人”发挥了相似的职能。监理人虽不享有工程内容的变更权，但其作为斡旋人享有根据工程进展修正契约内容的职责权限。⁽²⁹⁾

第三，情事变更发生时的法官调整。情事变更原则虽尚未为日本立法接受，但已为主流学说以及下级法院判决承认。在日本，情事变更主要是指因外在要因引发剧烈的经济变动的情形，这类情形总共出现过三次：第一次是二战后的通货膨胀；第二次是20世纪70年代的石油危机引发的物价上涨；第三次是20世纪90年代泡沫经济崩溃所导致的不动产价格和不动产租金的下跌。情事变更后允许法官变更契约的做法即以继续性原理或关系性原理为前提，传统古典契约法中并没有这样的效果。在认可契约变更的日本案例中，多数都关涉不动产买卖价格的变更。这类案例中，一般是一方当事人首先请求变更契约，法院在请求方主张的具体范围内决定契约变更幅度；作为例外，法院也会在原告没有提出请求的情况下直接变更契约价格。在泡沫经济崩溃后，房价大幅下跌，同时也带动租金下跌，导致许多转租合同的租金低于原租赁合同的租金，作为“二房东”的承租人非但无差价可挣，还要补足亏损。此现象引发了大量纠纷，判例显示，法院在这种情形下会支持承租人的租金减免请求。而这种做法本质上就是对契约内容的变更。⁽³⁰⁾

与日本广泛承认第三方调整合同的做法不同，我国立法中明确出现过两类合同的司法变更规定，一是可撤销合同的变更，二是情事变更时的司法变更。从立法的发展变迁来看，我国对司法变更合同的态度较为复杂：首先，我国立法对能否对可撤销合同实施司法变更的态度十分犹疑。对于重大误解、显失公平的法律行为，《中华人民共和国民法通则》（2009年修正，已废止）曾规定当事人可以请求法院撤销或变更。《中华人民共和国合同法》（已废止，下称《合同法》）沿袭了

(28) Ian R. Macneil, *A Primer of Contract Planning*, 48 *Southern California Law Review* 627, 658 (1975).

(29) [日] 内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第120-122页。

(30) [日] 内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第105-107页。

这一做法，更将可变更的法律行为由重大误解、显失公平扩展至欺诈、胁迫、乘人之危的情形。但后来的《中华人民共和国民法总则》（已废止，下称《民法总则》）第147—152条对于重大误解、欺诈、胁迫、显失公平的民事法律行为，仅赋予受害人请求法院或仲裁机构予以撤销的权利，抛弃了可撤销合同的变更权。⁽³¹⁾《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）保留了这一做法，废弃了可撤销合同中的法官变更选项，只允许当事人请求撤销合同。其理由之一是认为实践中当事人选择变更的案例不多，且难以得到法院支持。⁽³²⁾但该说法与实际情况并不相符。相关实证研究显示，可撤销合同“可变更”的规则在我国实施多年，实务中已积累了不少案例，非但不同废弃理由中所言“当事人选择变更的案例不多”，相反该类案例广泛分布于全国各省市，案由也涉及房屋买卖、拆迁征收补偿、土地承包合同、损害赔偿协议等多个领域。因此，以“重大误解”或“显失公平”为由变更合同的判决即使不算普遍，但也绝非罕见，而是比较稳定地占有一定的比例。其理由之二是认为变更合同本质上是以一方当事人的意思或法院的意思修改合同内容，该做法与意思自治有违。⁽³³⁾但从案例判决结果看，实践中的合同变更并非是与意思自治的抵触，相反可能还是对意思自治的“维护或补充”。⁽³⁴⁾因此可认为，立法者在制定《民法总则》时废除可撤销合同的调整的理由与司法适用的现实并不相符。

其次，就情事变更中的司法变更，我国立法仅提出了模糊的标准（依照“公平原则”），这意味着在当事人请求法院进行合同调整时，法官实质上担任了合同履行风险分配者的角色。但是，司法调整亦有成本，主要体现为法院的查证成本。法院的查证成本越高，法院越倾向于拒绝对合同进行干预。⁽³⁵⁾再加上最高人民法院担心情事变更原则遭致滥用，要求下级法院在适用该制度时“必要时应报请最高人民法院审核”。这些因素都会对法官适用情事变更原则产生消极影响。根据对相关裁判文书的考察，我国法院在对合同进行调整时的确谨慎，但在一些特定案型中并不罕见。以对价款或租金的调整为例，目前实践中的案型主要集中在农地转包合同、受疫情防控政策影响

(31) 聂卫锋：《〈民法总则〉变更权之殇——兼论中国法律发展的自主性问题》，载《法学家》2018年第6期，第124—127页；蔡睿：《民法典恢复“可变更合同”规则之必要性——围绕“重大误解”与“显失公平”案件的实证分析》，载《北方法学》2020年第1期，第146页。

(32) 梁慧星：《〈中华人民共和国民法总则（草案）〉：解读、评论和修改建议》，载《华东政法大学学报》2016年第5期，第20页。有少数论著从正面支持变更权，如王利明教授援引《国际商事合同通则》（2010年版本）第3.2.7条关于重大失衡的规定支持变更权。参见王利明：《合同法研究》（修订版，第2卷），中国人民大学出版社2011年版，第717页。

(33) 马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2010年版，第210页。

(34) 有学者通过“中国裁判文书网”“无讼网”“中国知网”“北大法宝”检索，获得以“重大误解”或“显失公平”为由判决变更合同的裁判文书共47件，该47件判决广泛分布于全国17个省、自治区、直辖市；从审级来看，一审案件16件，二审案件20件，再审案件11件。鉴于上网案例仅占全国法院裁判案件的一部分，这些案例并不能反映上网案例的全貌。参见蔡睿：《民法典恢复“可变更合同”规则之必要性——围绕“重大误解”与“显失公平”案件的实证分析》，载《北方法学》2020年第1期，第152页。

(35) Alan Schwartz, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, 21 *Journal of Legal Studies* 271, 271 (1992).

的长期合同（如出租车承包合同、房屋租赁合同）等类型中。^{〔36〕}但对于司法调整的依据和标准，尚未形成有力的正当性理由与标准。

2. 先履行方行使不安抗辩权时的再交涉

内田贵教授发现，在继续性合同中，由于一方中止履行往往会给对方带来致命打击，在先履行方行使不安抗辩权时，日本法院倾向于严格认定不安抗辩权的行使要件，将其等同于合同解除的债务不履行要件，意即一方当事人行使不安抗辩权，主张停止供货，必须符合合同法定解除的要件。采用此做法的原因，内田贵教授认为，由于在先履行方在提出不安抗辩权时，继续性交易关系本身往往早已陷入极端不稳定的危机局面。在确定当事人的权利义务之时，有必要作出“能够持续反映这种流动性契约流程的判断”。因此，应借鉴《联合国国际货物销售合同公约》的做法，要求一方在中止履行时须立即向对方发出通知作为在合同解除前对相对人的警告，以促使双方能通过再协商解决争议。^{〔37〕}

（三）法院强化了债权人的减损义务，挤压了继续履行请求权的适用空间

债务不履行的救济方式包括强制履行、解除合同和赔偿损失。在债务人可归责时，学者一般都认为债权人有权在强制履行和解除合同之间作出选择。但事实上并非如此。内田贵教授发现，日本判例中，尤其是动产交易中关于直接强制履行的判决十分罕见。这是因为如价格不变，替代交易可以轻而易举地取代强制履行；若价格上升，债权人基于“减损义务”应当采取合理行动，也不能主张强制履行。《日本民法典》也仅规定了“过失相抵”（第418条），未规定减损义务；债权人负有防止损害的减损义务这一观念在日本并未普及开来。相关特别法上虽有规定，但学说上未普遍认可债务不履行发生时债权人负有减损义务，不过日本下级法院通过判例承认了债权人的减损义务。^{〔38〕}这一做法在本质上缩小了债权人继续履行请求权的适用范围，意味着只要买受人能从他处购买替代品，就不应当承认其有权请求继续履行。无独有偶，麦考利教授也发现，美国法院几乎不会判决合同强制履行，同时法院也一直防止违约损害的“过度”赔偿。由于违约损害赔偿的有限性，合同关系中较为强势的一方可以较小代价轻易摆脱合同义务，这使非违约方胜诉的意义十分有限。^{〔39〕}

我国《民法典》同时规定了债权人的继续履行请求权和债权人的减损义务，但就具体的减损措施未作明确规定。对于继续履行请求权和减损义务的关系，民法学界长期处于某种无意识状

〔36〕 湖北省荆门市中级人民法院民事判决书，（2023）鄂08民终962号；河南省商丘市睢阳区人民法院民事判决书，（2022）豫1403民初3238号；北京市朝阳区人民法院民事判决书，（2020）京0105民初47907号；黑龙江省佳木斯市中级人民法院民事判决书，（2021）黑08民终945号；江西省峡江县人民法院民事判决书，（2021）赣0823民初1478号；新疆维吾尔自治区喀什地区中级人民法院民事判决书，（2023）新31民再27号。

〔37〕 [日] 内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第99页。

〔38〕 [日] 内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第173-180页。

〔39〕 Stewart Macaulay, *An Empirical View of Contract*, 1985 *Wisconsin Law Review* 465, 469-470 (1985).

态：学者们一方面认为，根据减损规则，债权人应当实施替代交易以减轻损失^{〔40〕}；另一方面又认为债权人可为替代交易不排除其行使继续履行请求权。^{〔41〕}也有学者坚持继续履行应优先于违约损害赔偿适用，认为如果可以适用继续履行，就不宜优先适用违约损害赔偿。^{〔42〕}这就产生了一个矛盾：如果债权人可以行使继续履行请求权，就意味着其可以请求债务人提供合同约定的给付，既然如此，为何还使其负有在市场上寻求其他替代交易的义务呢？对此问题，如仅考察我国法院判决，很难勾勒出二者适用关系的全貌。例如，同为种类物贸易，法院支持了铝锭、矿石、玉米、重晶石、生石灰粉等买卖中买受人的继续履行请求权，但在钻杆买卖中，法院又认为即便是金钱债权，债权人也不能请求继续履行，只能主张解除合同。^{〔43〕}这说明对于继续履行请求权和减损义务的关系，法院仍在探索之中。前述日本法院以债权人负减损义务取代继续履行请求权的做法，值得借鉴。

（四）“弱者保护理论”的正当性不足与租赁合同的维持理由

内田贵教授认为，现代日本契约法的特点之一是立法中出现了重视市场机制发挥作用的祛除公法管制的潮流^{〔44〕}，这一点在租赁合同与雇佣关系中体现得较为明显。长期以来，租赁合同和雇佣领域都是法学研究者呼吁“弱者保护”的重要阵地，这两个领域中的很多制度研究都是以保护“承租人”或“受雇人”之名展开的。由于弱者保护理论面临甄别“谁是弱者”的问题，使这一学说一直内生道德风险。随着社会条件的变化，“弱者完全可能不再是弱者，规制也可能不再重要”，因此，内田贵教授将之称为“天真的弱者保护理论”。^{〔45〕}他以房屋租赁为例，结合日本《借地借家法》规定的承租人续租权制度的变迁，通过关系性契约对“弱者保护政策”进行了再解读。根据日本《借地借家法》第26条第1款的规定，如出租人在房屋租赁合同期限届满前一定期限内未向相对方发出续约或变更租赁条件通知的，视为该租约已按原先同等条件进行续约。如果出租人发出拒绝续约或解除合同的通知，依照该法第28条之规定，须提出正当理由。这种要求出租人须有“正当理由”方能终止租约的做法，是二战后分配稀缺住宅资源的历史政策遗留。经济学家认为，这一规定可能会造成出租人在租赁关系中难以脱身，从而阻吓未来可能对房屋有自用需求的房主进入租赁市场，进而导致房屋的供给短缺。在20世纪90年代，日本通过立法开始在房屋租赁市场“放松管制”，其目标之一就是废除该法第28条所规定的“正当理由”要件。内田贵教授在分析日本不同时期的续租纠纷争点及解决方案的演变时发现，日本法院并不会在任何情形下都

〔40〕 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303页；朱广新、谢鸿飞主编：《民法典评注：合同编通则2》，中国法制出版社2020年版，第447页；最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社2020年版，第830页。反对观点可参见张金海：《论作为违约损害赔偿计算方法的替代交易规则》，载《法学》2017年第9期，第135页。

〔41〕 韩世远：《合同法总论》（第4版），法律出版社2018年版，第773页。

〔42〕 崔建远：《论强制履行》，载《法治研究》2023年第4期，第13页。

〔43〕 山西省高级人民法院民事判决书，（2012）晋民终字第73号。

〔44〕 [日]内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第11页。

〔45〕 [日]内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第156页。

优先考虑对承租人的保护，相反，法官承认租赁关系当事人的地位对比受房屋供需关系的影响，通常不会判决强制履行。经济学家担心的因强化承租人续租权保护会导致房屋短缺的后果也未出现；而市场本身发展出了以支付“腾退费”为代价支持出租人解约的方式，即承租人可能为了获得一定对价自愿放弃了续租权。基于这一现象，内田贵教授摆脱了学术研究中的流行话术，指出通过设立强制性规定为承租人提供保护并不符合承租人的真正需要，认为应从关系契约论的立场上解释传统弱者保护领域（住房租赁、劳动合同）中的管制放松现象。^{〔46〕}

在我国司法实践中，“弱者保护”制度产生了明显的副作用，其中最广为人知的是因《中华人民共和国消费者权益保护法》第55条^{〔47〕}和《中华人民共和国食品安全法》第148条^{〔48〕}规定的惩罚性赔偿制度引发的“知假买假”行为^{〔49〕}以及承租人利用“买卖不破租赁”（《民法典》第725条）制造的“虚假租赁”问题。这两个领域中的纠纷数量之多，引发了强烈的司法反感。^{〔50〕}以“租赁权对抗力”为例，该制度原本出于保护承租人的目的而设，但在我国却造成了严重的虚假租赁问题。最初，《合同法》第229条作出如下规定，“租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力”。^{〔51〕}通过本条能否实现保护承租人的目的，其实相当可疑。原因在于：一方面，该规定在实践中被处理为任意性规定，不发生强制适用的效果，当事人可以在合同中排除适用；另一方面，很多当事人利用该规定以规避房产执行，导致大量纠纷中租赁物买受人和债权人的权利都难以实现。根据法院执行人员的亲身体会，执行房产中“80%—90%至少5年租约。工作5年以来，没有见到过一个没有租约的（被执行房产）”。^{〔52〕}实践中，由于当事人倒签合同使租赁合同真实签订时间难以确定，而租赁登记尚未普及，租赁合同的伪造易如反掌。为了解决这一问题，《民法典》第725条对《合同法》第229条进行了修改，将“租赁期间”修改为“承租人按照租赁合同占有期限”，规定只有承租人实际占有租赁物的，才能对新的买受人主张对抗力。这一修改的确有可能在一定程度上缓解被执行人的道德风险，但同时也引发一个新的证明难题，即承租

〔46〕〔日〕内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第212—214页。

〔47〕《中华人民共和国消费者权益保护法》第55条第1款规定：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。”

〔48〕《中华人民共和国食品安全法》第148条第2款规定：“生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元，为一千元。但是，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。”

〔49〕熊丙万：《迈向合作主义的中国私法学》，中国法制出版社2021年版，第169页。

〔50〕《最高人民法院办公厅对十二届全国人大五次会议第5990号建议的答复意见》（法办函〔2017〕181号）第3条认为：“……职业打假人、打假公司（集团），其动机并非为了净化市场，而是利用惩罚性赔偿为自身牟利或借机对商家进行敲诈勒索。更有甚者针对某产品已经胜诉并获得赔偿，又购买该产品以图再次获利。上述行为严重违背诚信原则，无视司法权威，浪费司法资源，我们不支持这种以恶惩恶，饮鸩止渴的治理模式。”

〔51〕此外，《中华人民共和国物权法》（已废止）第190条也体现了此原则，即“订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响”。该原则也被贯彻到民事执行程序，《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》（法释〔2020〕21号）第28条第2款规定，“拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权，不因拍卖而消灭”。

〔52〕卢正敏：《执行程序中的虚假租赁及其法律应对》，载《中国法学》2013年第4期，第170页。

人对租赁物的“实际占有”，因为它同样存在“伪造”的可能。⁽⁵³⁾

上述情形的出现使弱者保护是否应为租赁权对抗力的正当性基础招致了批评，如苏永钦教授早就指出，立法将公共政策导入法典是对民法阶级中立这一基本设计的“不当偏离”。⁽⁵⁴⁾我国先有观点指出，只考虑承租人的利益，并非令人信服的利益衡量，提出我国租赁权对抗力应采用“有权占有维持”模式⁽⁵⁵⁾；新近又有学者进一步指出，租赁权对抗力的正当性基础应为保护承租人对租赁权的“在先使用利益”。具体而言，承租人基于租赁合同而占有使用租赁物，可能会形成以依赖、信任和联合行动等为前提的社会关系，例如住房承租人给予住址形成的工作安排、商业承租人对租赁物进行的装修、配置生产线以及工人雇佣等。这些都属于承租人对标的物的使用享有的值得保护的在先利益；承租人占有使用租赁物的外观，也会为其交易相对人提供信赖。⁽⁵⁶⁾这一认识摆脱了旧有的“弱者保护”路线，强调当事人之间的信任和在先利益的价值，与“关系契约论”有异曲同工之处。

四、从“规则”到“标准”发展的契约法

(一)“规则”与“标准”的区分

学者们很早就认识到法律规范中“规则”(rule)与“标准”(standard)的区分。⁽⁵⁷⁾所谓规则，指具体的、事先(ex ante)适用的(行为)规范，而标准则是指抽象的、事后(ex post)适用的(评价)规范。一般而言，所涉及的交易越复杂、变量越多、越难事先规划，标准的应用就越普遍。⁽⁵⁸⁾立法机关在规则与标准之间的取舍主要考虑与法律规范的标准和执行相关的各种成本的大小。制定规则的初始成本较高，制定规则要求立法机关收集广泛的信息，如果立法者在不充分的信息基础上制定规则，极有可能出现“多数人违法”甚至“全民违法”的后果；规则的适用较为简单明了，不需要法官进行复杂的司法裁量。而标准的制定虽然初始成本较低，但由于其内容较为模糊，执行成本和遵守成本与规则相比较，适用时需要辅以复杂的司法裁判⁽⁵⁹⁾，如“过错”“违约金过高”“妥善保管”等立法措辞均属此类。对于法官而言，法律规范是采取“规则”的形式还是采取“标准”的形式，区别在于法律后果的发生系取决于某一项或多项事前订明的具体事实是否出现，还是对诸多与立法目标相关的事实因素的综合考虑。⁽⁶⁰⁾

内田贵教授认为，近代法诞生之际，属于“规则”体系的契约法被认定是理想法律，原因除

(53) 熊丙万：《中国民法学的效率意识》，载《中国法学》2018年第5期，第88页。

(54) 苏永钦：《走入新民法》（增订版），北京大学出版社2014年版，第269页。

(55) 黄凤龙：《“买卖不破租赁”与承租人保护——以对〈合同法〉第229条的理解为中心》，载《中外法学》2013年第3期，第639页。

(56) 朱虎、张梓章：《买卖不破租赁：价值的确立、贯彻与回调》，载《苏州大学学报（法学版）》2022年第3期，第20-21页。

(57) Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 *Duke Law Journal* 557, 589-590(1992).

(58) 许德风：《道德与合同之间的信义义务——基于法教义学与社科法学的观察》，载《中国法律评论》2021年第5期，第141-142页。

(59) [德]沙弗尔、李成钢：《“规则”与“标准”在发展中国家的运用——迈向法治征途中的一个重大现实问题》，载《法学评论》2001年第2期，第143页。

(60) 江山：《论反垄断法规范中的规则与标准》，载《环球法律评论》2021年第3期，第67页。

了保障交易当事人的预测可能性，还有对法官不信任的考虑。为了限制法官恣意裁判，最理想的方法就是制定规则，明确规范的适用要件以及法律效果。但是近年来日本契约法中的“标准”规范明显增加，前文所述的一般原则的扩大适用、第三方调整性规范等均属于典型的“标准”范畴，法官在适用中要结合诸多事实因素进行考量。立法中“标准”的增加意味着规范根据个案情况不同将会被灵活地适用；而关系契约论的适用存在“情景化”的特点，适用时要考虑合同的背景因素，其裁判结果必然会存在较大弹性。据此他认为，契约法中“标准”的增加现象与关系契约论的兴起有着内在关联。“标准”的适用要求法官在裁判中必须考虑多种个案因素，契合了关系契约论的基本立场，这同时也意味着在实践中带来纠纷解决结果不可预测的困难；“标准”的扩张就意味着法官作为法律的适用者必须值得被充分信任，而民众对法官的信任本身也是推动契约法演化的因素之一。

（二）我国合同法中的“标准”举隅

我国合同法也同样是“规则”和“标准”相混合的立法。例如，无行为能力人签订的合同无效（《民法典》第144条）、租赁期限最长不得超过20年（《民法典》第705条）等属于较为典型的“规则”，法官适用时只须审查法定要件即可作出裁判。合同法也有大量的“标准”，法院适用“标准”时需要进行复杂的司法裁量。例如，违约金过高时的司法酌减（《民法典》第585条第2款）为典型的“标准”，其中的“过分高于”为典型的不确定概念，如何认定“过分高于”，根据最高人民法院的司法解释，法院应当以可得利益的损失为基础，“兼顾合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人的过错程度、履约背景等因素，遵循公平原则和诚信原则进行衡量”。^{〔61〕}实践中，情事变更的认定与合同违法无效的法律后果也属于“标准”范畴，下文结合实践适用的两种典型情形分别进行说明。

1. 价格变动与情事变更的认定

《民法典》第533条将“情事变更”规定为“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化”，至于哪些情形属于合同基础条件的“重大变化”，则须法官在个案中加以识别。合同履行中的价格大幅变动是否构成情事变更，目前司法裁判中似乎尚未形成统一的认定标准。在华光小原光学材料（襄阳）有限公司与上海铭业国际贸易有限公司确认合同解除纠纷案^{〔62〕}中，案涉标的在短短一个多月时间内由25万元/吨跌至9万元/吨（诉讼时更是跌至4万元/吨），法院并未认定该价格变动属于情事变更；雷诺斯国际货运代理（上海）有限公司诉迅达（中国）电梯有限公司海上运输服务案^{〔63〕}中，案涉集装箱运费单价自2020年3月至同年9月期间上涨至原价格的四倍多，法院也不认为该变动构成情事变更。而武汉市煤气公司诉重庆检测仪表厂煤气表装配线技术转让合同、煤气表散件购销合同纠纷案中，合同履行期间，生产煤

〔61〕《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），第65条。

〔62〕最高人民法院民事裁定书，（2015）民申字第2048号。

〔63〕上海市高级人民法院民事判决书，（2022）沪民终525号。

气表散件的主要原材料价格的国家定价上调了约四倍，相关铝外壳的价格也出现大幅度上涨。法院认为，此变动涉及政府定价的变动，构成情事变更。⁽⁶⁴⁾ 在王某先与如皋市下原镇人民政府土地租赁合同纠纷案⁽⁶⁵⁾中，10年间土地年租金从最初200元/亩到800~1000斤大米/亩，法院认为构成情事变更，原因是“土地租金市价变动受到国家取消农业税费并实行农业补贴等政策的影响”。在华亭鹏祥商贸有限责任公司诉华亭煤业集团有限责任公司买卖合同纠纷案⁽⁶⁶⁾中，合同履行期间煤炭价格短期内涨幅超过300%，受其影响，以煤电为主要成本的水泥价格在短期内（三周）上涨了约60%。法院认为，此价格变动受到国家环保、去产能等政策影响，构成情事变更。

由上述案例可以发现，我国法院并不单纯以价格变动幅度大小作为认定情事变更的唯一标准，在个案中法官很大程度上会考虑价格的变动是仅因市场因素，还是受到了相关政府行为的影响；只有价格的重大变动具备不可预见的政府行为因素时，才可能构成情事变更。而《民法典》第533条关于“情事变更”的条文中并未提及此要件。在实践中法官为了识别情事变更与市场风险等因素，在个案中归纳出了情事变更认定的这一要件。笔者认为，在我国，由于政府行为对市场的影响较为频繁，法官将其作为情事变更适用的“潜在要件”有其正当性。

2. 合同违法无效后的多元效果

就合同违法无效，《民法典》第157条规定了“相互返还”和“损害赔偿”的法律效果。但这种处理方案过于“刚性”，可能会激励当事人从事背信行为。⁽⁶⁷⁾ 为了规避其负面效果，法官在实践中发展出了多元的处理方案。以农村宅基地使用权非法转让无效的案型为例，为了保证农村宅基地的使用目的，法院一般都将非法转让宅基地使用权合同认定为无效，依《民法典》第157条的规定，受让方自当返还房屋及宅基地使用权。但实践中，法官并非一概判决双方返还，而是根据宅基地上房屋是否具备返还条件区别对待，原因在于，基于“房地一体”的土地制度，返还宅基地使用权意味着应当一并交付地上房屋，这就意味着受让方可能将居无定所。法官在判决时会考虑买方腾退的执行可能，以及腾退前赔偿情况等客观因素，再综合作出是否判令腾退的决定。⁽⁶⁸⁾ 如有的判决虽然认定宅基地上建造房屋的买卖合同无效，但仍以房屋现为被告及其家人唯一住房为由，驳回原告要求被告腾退房屋的诉讼请求⁽⁶⁹⁾；还有法院虽然判令双方互相返还房屋与购房款，但仍令出让方向受让方赔偿一定的“信赖利益损失”。⁽⁷⁰⁾ 在早期较具代表性的李某兰与马某涛房

(64) 《最高人民法院公报》1996年第2期。

(65) 江苏省南通市中级人民法院民事判决书，(2013)通中民终字第0684号。

(66) 甘肃省平凉市中级人民法院民事判决书，(2022)甘08民终1238号。

(67) 许德风：《论合同违法无效后的获益返还——兼议背信行为的法律规制》，载《清华法学》2016年第2期，第92页。

(68) 宋健：《论合同无效——以合同履行为解释进路》，中国社会科学院大学（研究生院）2020年博士学位论文，第103页。

(69) 北京市通州区人民法院民事判决书，(2018)京0112民初5406号。

(70) 北京市房山区人民法院民事判决书，(2017)京0111民初10895号。该案中，法院认为，出让方的行为违反了诚实信用原则，因此其对合同无效所造成的损失应当承担70%责任，受让方承担30%责任。双方达成的《房屋买卖协议》已被确认无效，故受让人应将宅院及房屋返还给出让方，出让人应给付受让人房屋、附属物重置成新价值148149元，并赔偿其信赖利益损失123588.5元。

屋买卖合同纠纷案^{〔71〕}中，法院在计算信赖利益赔偿时即采用“房屋差价计算法”，即用房屋的现有价值（264 700 元）减去缔约时的合同价格（45 000 元），同时综合考虑买方本身的过失，得出所失利益为 185 290 元。这种计算方法得出的赔偿额虽被冠名以“信赖利益”，但在本质上已相当于在合同因违反法律、行政法规的强制性规定“必须无效”时，变相要求背信方（一般是出让人）承担一定的违约赔偿责任。

综上，我国合同司法实践中，广泛的“标准”适用现象意味着法官在判决中须收集个案背景相关信息（如价格变动是否因政府调整行为引发、农村宅基地使用权出让人是否背信、受让人是否还有其他住房等），才能进一步决定判决结果的最终走向。这些隐藏在判决背后的思维活动，按照内田贵教授的标准，都是关系契约论思想的具体体现：共同体所共有的契约规范……不属于基于观察才能被发现的存在，而是要基于对构成共同体成员的种种“表现”进行“解释”才能得出，也就是说借由“了解”之后的“适用”而形成。^{〔72〕}

五、对我国合同法研究的启示

自 1999 年《合同法》颁布至 2020 年《合同法》编纂入典，统一合同法制度在我国已经实践了二十余载，这期间学者的研究汗牛充栋，法院也积累了海量裁决；步入民法典时代后，我国合同法学研究的重心也从“立法论”转向“解释论”，未来合同法的理论研究还会有哪些新的可能走向呢？笔者认为，内田贵教授在此书中通过整理日本判例对立法回应，呈现了关系性契约在日本从萌芽到发展的整体图景，我们或许可以此图景作为参照，重新审视中国合同法的立法、理论与实践的演变。

（一）合同法研究方法的启示

20 世纪美国兴起的法律现实主义运动有一个基础提问，即法学院传授的契约法规则是否被实际应用，以及怎样被改变并有效利用的？^{〔73〕}内田贵教授的研究在一定程度上回应了这一问题。他学习了麦考利教授的研究方法，在 1993—1996 年期间与日美学者一起展开了以日美继续性国内贸易为对象从事以访谈为中心的实证研究。该研究通过对 130 家日本企业和 20 余家美国企业的访谈调查，破除了继续性交易规则的“地方性”断言，认为在特定行业存在着属于“日本特有”的交易习惯的说法属于“人为地夸大”。此外，在诸多制度的适用观察中，如不安抗辩权的行使、继续履行、任意解除权等，内田贵教授也为法律现实主义的前述提问提供了来自日本的答案：《日本民法典》的许多实定规范都在司法适用中得到了修正。回看内田贵教授在《契约的再生》中提出的关系性契约研究的目标，即关系性契约规范的体系化问题，由于此书囿于论文结集的形式，各个章节仍体现出相对的独立性，未能在形式上呈现出体系化的效果，但在内容上和核心立场上又

〔71〕北京市第二中级人民法院民事判决书，（2009）二中民终字第 00769 号。

〔72〕〔日〕内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆 2023 年版，第 147 页。

〔73〕〔美〕斯图尔特·麦考利、范愉：《新老法律现实主义：“今非昔比”》，载《政法论坛》2006 年第 4 期，第 65 页。

是高度成体系的，而且各个章节因其内容独立又极具启发性。《契约的时代》中修正了作者在《契约的再生》中提到的关系契约论解释论的目标关注的并非具体个案解决结果的妥当性，在解释学上“引入并建构一种能够获得解决方案的原理”。⁽⁷⁴⁾此书着眼于契约法在日本的适用这一视角，在介绍了日本司法和实践对移植规则的改造之后，基于本地信息得出了普适的结论。

在我国大规模民事立法肇始之时，法社会学者苏力就曾指出过，忽视本国国情，盲目搬用域外法律，把法律视为一种“非背景化”的普适制度的做法，可能会导致立法的低效或无效。⁽⁷⁵⁾我国合同法立法移植从1999年至今已二十余载，契约法规范在中国现实生活中运行的状态如何？我国的法院在具体裁判过程中是否也有修正立法的现象呢？要想回应这个问题，首先就要从契约法研究方法的革新着手。自从最高人民法院公开裁判文书以来，我国学者也着手对合同法制度展开实证研究。⁽⁷⁶⁾相关研究发现了一些制度在法律适用中的“真相”，如前文提到的可撤销合同的变更问题、价款变动中的情事变更适用以及合同无效后的多元处理方案等，均呈现出了与“书本上的法”不同而更为灵活务实的做法。但欲了解合同法的适用在整体上与实定法有何出入，仍有待未来进一步的系统研究给出答案。

（二）合同法研究的宏观视角

内田贵教授在书中呈现出的观察契约法世界的“宏观横断视角”，十分富有启发性。他着眼于一些制度的特定共通性，发现了契约法的新的发展朝向，意图在于创设“后现代的契约法理论”。⁽⁷⁷⁾《契约的时代》一书摆脱了法解释学惯常擅长的从“上帝视角”推演纸面规则如何在真空中抽象逻辑运转，而是化身旁观者观察契约各方参与者的具体行动，向读者描述了参与者如何以“书本上的法”为剧本，完成了法律规则“再造”的过程。

契约法如同一个棱镜，从不同的角度观察能够发现不同的面貌。如果将合同成立的弹性判断、在合同履行出现障碍时鼓励进一步调整以维系存续等作为关系契约论在立法中体现的判断标准，那几乎可以认为，我国合同立法之初就体现了关系契约论的思想。因为自1999年《合同法》颁行，鼓励交易、诚实信用就一直被作为合同法的基本原则；强调缔约过程中的信赖保护，基于诚信原则的缔约过失责任（第42条）获得广泛关注；个别典型合同（如租赁）中强调合同的默示更新。之后，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号，已废止）强调合同成立的最低合意标准（第1条），并创设了情事变更制度（第26条）；《最高人民法院关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕7号，已被修改）、《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8号，

(74) [日] 内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第153页。

(75) 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第87页。

(76) 截至2024年1月23日，以“实证”+“合同”为题目检索词在中国期刊网“民商法知识库”中展开检索，检索结果为154篇论文。

(77) [日] 内田贵：《契约的时代：日本社会与契约法》，宋健译，商务印书馆2023年版，第46页。

已被修改)中创设预约制度,扩大缔约当事人的责任范围,使未诚信协商的一方须承担违反预约的违约责任。《民法典》则将上述制度照单全收,又作了大量的修改与补充,包括增设不定期继续性合同的随时终止(第563条第2款)、情事变更中的再协商义务⁽⁷⁸⁾和司法调整(第533条),将默示更新从租赁合同(第734条)扩及物业服务合同(第948条第1款)、合伙合同(第976条第1、2款)类型等。新颁布的《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)更是多处强调法官在适用具体制度时应考虑的相关交易背景、当事人具体情况等,以保持裁判结果的弹性公正。

《合同法》立法二十余年来,涌现出的研究成果可以说是浩如烟海,虽多数研究仍集中于具体制度的解释与适用,但仍有少数有关合同法中基本价值、理念立场的研究,不过这些研究仍集中在自由与强制、是贯彻交换正义还是分配正义的“路线”分歧上。如有学者仍强调私法自治的纯粹性,合同法应秉持价值中立原则,不应在意思自治之外再设置其他分配规则⁽⁷⁹⁾;德国学者依照其本国标准,认为中国《民法典》在劳动法、租赁法等生活领域尚缺乏强有力的保护性规定,同时也几乎没有涉及消费者保护,据此认为契约自由在中国《民法典》中仍占据着主导地位。⁽⁸⁰⁾也有学者指出,基于基本权保护、团体发展等理由,认为合同法要注意贯彻“分配正义”理念。⁽⁸¹⁾与学术界重视自由与强制的抽象路线分歧不同,我国法院在合同法规范的适用中经常会结合个案具体因素,实践中的合同法呈现出了更具弹性和适应力的动态图景。而我国合同法研究的未来走向,则依赖于当事人采取何种行动、法院作出何种裁决以及学术话语对这一切如何重构。

The Contemporary Style of Contract Law

—A Review of Takashi Uchida's *The Era of Contracts*

NING Hongli XIAO Peng

Abstract: Ian R. Macneil declared the death of classical contract theory through relational contract theory, but failed to translate it into concrete rules or judicial practice. Professor Takashi Uchida conducted a systematic study on the application of relational contract theory in Japanese judgments based on the specific operation of long-term contracts, presenting a reconstructed picture of judicial judgments, public choices, and social ideas in Japanese civil legislation. The

〔78〕韩世远教授认为,重新协商义务即是合同法上的继续性原则的体现。参见韩世远:《情事变更若干问题研究》,载《中外法学》2014年第3期,第666页。

〔79〕易军:《私人自治与私法品性》,载《法学研究》2012年第3期,第83页。

〔80〕〔德〕托马斯·M.J.默勒斯、李雨泽:《中国〈民法典〉买卖法中的开放式问题》,载《财经法学》2021年第3期,第94-95页。

〔81〕许德风:《合同自由与分配正义》,载《中外法学》2020年第4期,第999页。

many “standard” rules contained in the Contract Compilation of the *Civil Code* of China clearly reflect the concept of relational contract theory, but their application in China’s academic community and courts is still being explored. Professor Takashi Uchida’s research methods and perspectives provide a insightful reference for future research on Chinese contract law.

Keywords: Classical Contract Theory; Relational Contract Theory; Long-Term Contract; Rule; Standard

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)