

私法的社会学启蒙： 对谈当代著名法学家托依布纳^{*}

[德]贡塔·托依布纳^{**}

顾祝轩^{***}

高薇^{****} 译

目次

- 一、市民社会与民法的关系：社会功能领域区分替代“公/私”区分
- 二、私法必须阻止经济理性破坏职业标准
- 三、法律合同的文化优势
- 四、相互竞争的“契约的世界”：合同的三种维度
- 五、法律刺激：关于法律继受的“结构耦合论”
- 六、网络契约理论：从双务合同到合同结合
- 七、作为社会制度的鉴定：第三人的契约内部化
- 八、私法的社会学启蒙：是“思想实验”还是一场“革命”

关键词 市民社会 社会系统 自省法

一、市民社会与民法的关系： 社会功能领域区分替代“公/私”区分

顾祝轩 我们知道，关于市民社会的论述，在卢曼之前，无论是亚里士多德、黑格尔还是哈贝

* 本文是2012年9月20日于上海交通大学凯原法学院贡塔·托依布纳教授与顾祝轩副教授的对谈录音整理记录。该记录的德文整理版及中译版分别经过了托依布纳教授与顾祝轩副教授的确认和修订。本次对谈得到了季卫东教授、朱芒教授、李学尧副教授、高薇博士的协助，在此一并感谢。

** 德国法兰克福歌德大学(Goethe Universität Frankfurt)私法和法律社会学教授。

*** 上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。

**** 上海交通大学凯原法学院讲师、法学博士。

马斯,他们对于市民社会的理解存在一个共同的认识基础,这个基础就是“整体/部分”观察框架。与之不同,卢曼认为,在现代功能分化的社会中,作为价值中心的市民社会并不存在,存在的是诸个既相互独立又发生着结构耦合的社会子系统。现代社会的整合机制,不再是以市民社会为基础的社会整合,而是各个系统在保持独立中的“系统整合”。换言之,卢曼采用“系统/环境”批判了“整体/部分”的知识观。卢曼对市民社会的以上论述,对知识界产生很大刺激。市民社会已经“非中心化”,分化为政治、经济、法律、宗教、艺术、教育等等社会子系统。沿着这条进路,市民法将演化出各种社会子系统的法律。但是,现代市民社会在秩序建构过程中,却出现了“法律融合”现象。民法与行政法、经济法等其他实体法相互融合,突破了传统的公私二元模式。这是否意味着将出现一部覆盖所有社会领域的民法?今天,法律人应当如何思考现代市民社会与民法的关系呢?

托依布纳 如果你今天询问一位法学家,市民社会和民法的关系是什么?他会回答,民法是经济的法律,合同是一种经济交易,团体法是经济企业的法律,等等。今天,人们认为私法与经济过程存在紧密的联系。但以前却并非如此。当人们回顾拿破仑时代时,那时,民法典不是法国经济的法律,而是整个市民社会的宪章。一方面,法国大革命产生了国家的宪法,另一方面,法国民法典产生了社会的宪法。当然,民法典涉及经济关系但又超越了这一范围,不仅涉及家庭法、继承法、合同法及侵权法,还涉及作为处理非经济的社会关系的法律。

私法曾经是市民社会的法律,它并非被看成整个社会的法律,而是基于一种现代意义上的国家与社会之区分。国家由宪法进行规范,而社会由民法典进行规范。但是,这一针对私法的一般理解随着时间的流逝已逐渐消亡,并转向了越来越被增强的私法经济化。私法被过度狭窄地理解了,以至于今天民法仅仅被理解为是关于经济的法律。

我们必须重新吸收拿破仑的思想,不再将民法仅仅理解为关于经济的法律,而是作为整个市民社会的法律。今天,市民社会不再被理解为市民关系的全体,而是根据功能分化作为不同的社会子系统的法律。经济的法律当然属于其中之一,除此以外还包括健康的法律、大众媒体的法律、文化的法律等等。

当公法制约政治程序时,私法必须被理解为社会的法律(*gesellschaftliche Recht*),作为市民社会各种不同领域的法律。与此同时,私法必须将这些不同社会领域内在的规范性进行内化和反思。

顾祝轩 众所周知,法国民法典的规范对象具有双重性,即既调整个人间的关系也调整个人与国家之间的关系,这一点可以从法国民法典序论(*Préliminaire*)条文中看出。*Droits civils*(一般译为“私权”)既是针对个人的也是针对国家的权利。所以,中国人看法国民法典“人法”编规定国籍条款会感到不可思议。相反,德国民法典是在政治国家(*Politischer Staat*)和去政治化的经济“市民社会”(*Bürgerliche Gesellschaft*)这样的二元秩序中诞生的,因此,德国民法典是一部被纯化的私法。中华法系强调“诸法合一”,并没有出现真正意义上的“公/私”区分。在中国实施计划经济时代,因实行公有制,长期否定公法与私法的划分。今天,当中国步入市场经济后,重新承认公法与私法的区分,很多人认为公法是调整公共领域的法,私法是调整私人领域的法,尤其是关于调整市场经济的法。私法与公法一般不直接发生关系,强调公私二元论。从此种意义上讲,在中国,“公法私法二元论”与德国的“国家与市民社会”二元思考之间存在某种亲近性。

我想追问的是,首先,根据社会系统理论,在社会系统功能分化的现代社会,传统“公/私”领域划分是否仍具有现实意义?又或者有无其他的替代装置?其次,现代社会“去中心化”即强调“系统整合”对私法意味着什么?民法典还能保持“私法”的纯洁性吗?与之相关联,今天,法律人如何理解私法的公共性或公共功能?

托依布纳 关于私法与公法的关系，如果说在现代社会应当进行公与私的划分，我认为这是错误的。这是一种陈旧的已不再发生作用的对国家和社会的区分方法，如果它真的曾经发生过作用的话。我们必须把这种过于简单化的区分通过一种在社会不同领域间进行区分的方式进行替代，不是通过公共领域和私人领域的区分，而是对许多不同领域进行区分，如经济领域、科学领域、教育领域、文化领域、健康领域、媒体领域等等。同时，法律应当发展各个领域的规范性，而不仅仅是发展公共利益和私人利益的规范性。换句话说，首先应当破除公与私之间的区别，并将其溶解于不同的领域。最具决定性意义的是，必须将“公/私”这种区分在每一个领域中重新建立起来，但应包含不同的含义。这是因为，在这些领域中每一个“私人的”或者更确切地表述为“社会的”规范，始终同时具有私和公的维度。在私的维度上，涉及私人之间的关系以及在各自领域内如何平衡私人间利益。与之相对，在公的维度上，认识私人规范的整体社会功能并相应地通过法律对其进行规制。

比如以企业法为例，它不是单纯的有关企业的私法，当涉及如何平衡股东之间的关系时，它具有私的一面；当涉及企业和股东之间的关系时，它具有公的一面。例如，关于国民养老金，关于对股东未来的关照或环境保护。也就是说，企业社会责任是私法的一项真正任务。在合同法中同样如此。合同原本只是不同私人个体之间的利益交换，但与此同时，合同还具有公共功能，例如，协调不同的经济理性、法律理性、政治理性以及各种不同的生产体制。相应地，私法具有公的关系，但并非由公法规制，而是自发地产生于社会领域内部并且必须通过私法进行规范。

公私之间的决定性区别应当如下表述。在传统上，人们所理解的“公”领域与私法的关系是，公法中的公共利益根据制度化的政治行为得以表述，并从外部进入私法内部发生作用。政治定义了何谓合同的公共功能和企业的公共功能。在我的概念中，不应由制度化的政治来定义其他社会领域中的公共功能，公共功能应通过在社会领域内部——完全在与政治行为相互辩论中的——自我争论沟通并必须在那里被予以定义。比如企业的公共责任并不是由政府施加的，而是必须在社会领域内部在与其环境的对决中演化出来。

关于“系统整合”问题，在我看来，这是私法的一项任务。但是，系统整合是针对高度社会分化的一种反应，也就是说，子系统高度自律并相应地在各子系统之间相互演化。问题在于，在这一过程中社会子系统如何相互分化？必要的系统整合又是如何成立的？最为关键的是，系统整合并非通过一个居于中心地位的机构，例如由政治系统完成，而是“去中心化”。这必须在个别系统内发生反省过程，反思某个单一系统对整个社会的功能是什么。例如，企业社会责任意味着作为个体的企业必须反思其自身对于公共福利的贡献是什么。可以说私法为此种反思成为可能提供了一个框架。

具体可以通过企业共同决定权事例进一步明确这一点。有关职工共同决定权的法律规定，企业的监事会不仅仅由股东组成，而是半数以上由员工或工会会员组成。这是私法的一项公共功能。在此，私法提供了一个框架，即企业内部谈判程序在劳资双方进行。在这一过程中，企业的公共功能得到了反思和决定。在此种意义上，私法为如下规定提供了框架且企业的公共功能在该框架内被定义：应当产生多少利润？利润应当如何在雇员和股东之间分配？利润的多少应当用于再投资？这些都是在政策上非常重要的决定，不再只是由股东予以决定——这可能是传统的私人自治，而是发生在雇佣者和受雇者间的分配过程。在这一过程中，有关什么是组成企业的公共功能这一问题被讨论并得到决定。

顾祝轩 在中国，有人说市民社会应以民法为根本法。这像是要回归法国大革命之前的民法典。但是，自近代社会以后，各国以人权保护为内容的宪法成为社会基本法，于是今天又有人说社会应以宪法作为中心形成全部法律体系，即从民法一元论过渡到宪法中心论。社会系统理论一贯

主张“去中心化”，强调“系统/环境”相互耦合。从这个角度，您认为民法和宪法、行政法、经济法等其他实体法之间是高度分化的独立关系还是在结构上的相互耦合关系，抑或是在位阶上以宪法为顶端的垂直统合关系？

托依布纳 实际上，我想说，民法是法律中比较古老的部门，在欧洲亦然。民法是在罗马法基础上发展起来的。而狭义的公法在欧洲自近代社会才发展起来。宪法也是如此。这与社会功能分化过程具有联系。与政治领域的社会分化平行进行，经济、科学、教育、医疗、媒体领域分别演化出不同的规制各自领域的法律。民法发展出各种关于市民社会的法律形式，国家法和公法发展了政治系统的法律形式。

关于您所提出的这些社会领域之间是何种关系的问题，人们总是在这样一种意义上谈论私法的宪法化，即国家宪法的价值同样对民法适用，相应的民法也同样担负了公共功能，通过宪法进入了民法领域进行统治。这首先是正确的，事实上，私法只不过是国家的法律，适用于私人关系并且应当由公共的宪法价值予以统治。使其变得更为复杂的是，与之相关，现在在社会领域中演化出了“部门宪法”(Teilverfassungen)——经济的宪法、科学的宪法、媒体的宪法。因此，“国家宪法”(Staatsverfassung)就完全不能被看作是整个社会的宪法，而只能视为政治系统自身的宪法，仅仅作为整体中的一个部门宪法与其他诸多社会领域相互并存，而各个社会领域演化出各自的宪法。

从历史上看，人们在启蒙运动时期，那是欧洲旧有的封建主义被替代的时代，现代仅仅被理解为这一意义上的旧有的封建主义关系的个别化(Individualisierung)，正如在国家以外存在着仅仅由个人集合而成的社会。它当然不需要宪法，因为它只涉及个人之间达成的合约。这也是康德所设想的，但黑格尔已经觉察到，市民社会不仅是个人私人自治的行动，而且其本身演化出自治的部分规则。如此一来，在市民社会中就形成了家庭的部分规则、经济的部分规则、科学的、法律的、文化的以及其他的部分规则。这些部分规则在各自领域内又形成了内部的宪法。在德国，人们因此谈论经济宪法、文化宪法或者媒体宪法。这不仅仅是在一种比喻意义上的，认为这些规范无论如何具有某种独立的自我价值，而是应当从严格的法律意义上来理解，即认为在国家宪法之外还存在着其他的社会宪法(Gesellschaftsverfassungen)，我称其为社会宪法主义(gesellschaftlichen Konstitutionalismus)。

顾祝轩 也就是说，国家宪法的诸概念无法直接移植进入其他诸社会子系统领域，单一的宪法秩序已经终结，世界正在步入多元自律的社会子系统的宪法化过程。但是，这种“宪法的分立化”仅仅是一种理论观察还是一种经验观察似乎还有待进一步深入探讨。即便如此，像经济、科学、媒体等这样的社会子系统能否具备“宪法化”的能力即各自演化出所谓“部门宪法”也是值得我们思考的。

托依布纳 关于私法和行政法或者私法和国家宪法的关系，虽然都涉及各自闭合的部分法律规则，但它们相互之间具有紧密的联系。闭合的私法领域接受来自其他部门的价值，它在概念上进行独立重构并将其他部门的价值在自我责任中予以塑造。例如，作为公法的环境法在私人侵权责任法中占有一席之地。在规制相邻关系的相邻法中，相邻法不仅由双方的私人利益构成，同时还加入了公法上的内容即环境法内容。但对我而言，具有决定性意义的是，这只能发生在一种翻译过程中，在这一过程中，具有公共性质的环境法价值通过私法的语言被再造。

由此，我必须就您的问题做一个回答，私法如何与其他的法律部门相互耦合。这不仅是一种设想，通过行政法、宪法等私法与国家的法律互相接触，而是意味着，单独由私法组织起来的部分领域演化自己的宪法以及它自己的公共功能。

顾祝轩 如此看来，近代以来的“宪法/民法”二元体制需要重新思考，“宪法是国家的基本法，民法是社会的基本法”这一命题同样需要重新被解读。

二、私法必须阻止经济理性破坏职业标准

顾祝轩 在中国,作为一种法律版“完全竞争市场”模型的法经济学正在获得话语权。其核心观点是:由于法律支撑着实施资源分配的市场,因此法律必须考量作为资源分配标准的经济效率。近年来,在中国法学界,法经济学式的外部观察在忙于借用经济学理论和概念来分析法律问题的同时,却时刻存在着放弃法律的自律性的可能。卢曼曾特别提醒人们,必须谨慎法经济学所提倡的效率性直接“杀人”法律系统内部。如果轻易地导入类似法经济学那样的“目的程式”,将会产生一定风险。那么,如何才能在既保持法律自律性的同时,又能应对法律外部的诸多不确定性因素呢?对此,您认为法律系统理论对传统私法学的贡献是什么?

托依布纳 当我们谈论私法时,它当然是国家颁布的法律,并且适用于规范私人的法律行为。但是,当私法成为“自省法”(Reflexives Recht)时,不是根据“如果 A,那么 B”模式或者“命令和控制”予以构造。私法不是如下意义上的,即国家对行为进行规定,对是否遵守行为进行控制并在必要时实施制裁。私法是在国家提供的框架内使自我规制成为可能。私法的核心就是一个规制“自我规制”的法律。这与在公法上不同,在公法中,国家设定目标并且为了实现目标而制定了规范。

如果说系统理论对私法理论有什么贡献的话,应当进行如下表述:在中国,人们正在谈论在经历中央计划经济阶段后(那时,原则上所有的法律都是公法),现在必须发展自律的且与公法相分离的私法。这种观点在一方面是正确的,但在另一方面缺乏特殊性。根据此种观点,私法仅仅被定位于满足经济需要,也就是说所有行为均以经济的视角被观察,整个私法仅仅指向经济。这里缺乏一种对于非经济性价值的保护。对“自我规制”的规制必须同时保护那些非经济性价值。

这里可以给出一个例子,比如有关律师、医生、药剂师等职业。在这些职业中,存在着一种倾向,就是将律师这种自由职业的价值逐渐降低到其经济功能上面。而私法像是要保护这种功能。与之相对,私法之所以存在还在于,律师还必须在其他的情境中有所行动:作为司法辅助人员的一部分。法律不应将律师的身份降低为一种经济活动者,而是必须通过规范形成义务,对律师行为的其他职业价值予以保护。这同样适用于医师法,在这里同样存在一种趋势即医生变成了经营者,根据经济学原则经营工作,出售健康产品并追求利益最大化。相反,私法及其规范方针必须坚持维持卫生事业的完整性(Integrität)并维护医师职业的职业标准。私法必须阻止职业标准被经济理性所破坏。

我们可以对与之相关的理论模型做出如下表述:一般而言,我们将合同理解为双方的给付交换,一方支付金钱,另一方实施一定给付行为。这没有问题。但是却忽略了合同同时具有另外一种功能,即对社会不同的价值领域进行调和。一个单独的合同在本质上具有多种合意:(1)经济交往;(2)在生产领域关于特定给付的合意;(3)在法律上关于约束性合意。这说明合同是一项制度,对经济交往的价值、生产价值以及法律的价值进行相互协调。这里存在一个较大的危险,根据我的观察,在中国也有同样的情况。当合同法单纯被指向经济交易时,医生、律师及其他职业的生产成果仅仅从效益角度被观察,法律也单一指向经济的观察方式。相反,私法的真正任务是,虽然也考虑效益目标,但同时还要维持和提升不同的社会价值中的专业标准。在此,我看到了“自省法”与自生的经济自组织的单纯法律之间最为重要的区别。

三、法律合同的文化优势

顾祝轩 在中国实务界有句俗语叫“打了官司输了关系”,意思是指当人们遭遇商务纠纷时,

不会动辄依据合同法去打官司。在西方,也有学者曾提出“契约法被边缘化”。在持续性商事交易中,当事人更倾向于维持一种信赖关系,或者说更相信法律以外的制裁。这一点中外大致相似。这样一来,契约法就被逐步边缘化了。那么,怎么拯救契约法被边缘化的命运呢?在这里,至少有两种理论对策。一种是借助经济合理性,就是用法经济学来取代法律内部的合理性。另一种对策是从哈贝马斯的沟通理论中发展过来的所谓“商议模型”。据我所知,不同于以上两种观点,您提出了“自省法”战略,主张在法律系统内部构筑外部世界的法律模型,并利用这一模型装置去把握外部世界。为此,您提出的具体对策是什么?是否存在合同以外的替代因素?

托依布纳 这一问题涉及“非合意要素”,对此您提出的问题是,是否存在法律合同(juristischen Vertrag)之外的替代性因素,它并没有采取典型的法律模型,如因缔结合同而产生法律责任,并相应地通过产生的法律效果发挥作用,而是通过另一种方式发生作用。这里您指向了完全不同的事物,一方面指向了经济习俗,另一方面指向了哈贝马斯所描述的合意沟通的一种类型。

作为对合同的一种替代,在经济领域中存在相互协调一致的行动,它并不是建立在合同基础上,而是建立在对其他个体行为的预期判断上。我仅仅因为且当给付和对价符合个人利益时方才履行给付。这实际上是社会协调的一种可能性,仅仅服从遵循个人利益的经济目的。与之相对,法律合同带来了一种优势,当合同行为不再符合当事人的经济利益时,当事人仍然受到合同的约束,因为约束建立在约定的法律义务之上。单纯经济性协调既是正当的也非常好,但它始终是关于相对短期的约定,不能建立长期的约束。这是因为,经济性协调取决于各自评价自我优势的交互性。而法律合同的文化及经济上的优势在于使长期约束以及行为的长期可预见性成为可能。

在哈贝马斯那里又是另外一种情形即关于合意的成立,这必须基于一种理由即基于共同的确信,确信合意是合法的。这样就必须发展出以共同福利为根本的共同分享的规则,并且实际上基于对正确性的确信而发展出一种与自我利益相对立的行为。它不是关于每一个个体是否都能遵从自身利益,而是在沟通过程中交换理由并且寻找有依据的交互行为之领域。

与之相对,法律合同还具有另一个重要区别。法律合同并不是必须基于共同分享的依据,也不是必须基于对行为的正确确信,而是依附于曾经达成的合意之法律有效性这一规范性依据。我对于某种行为始终负有义务,即使我有理由认为这完全是不正确的。合同的约束力并不取决于合同当事人间共享的依据,而是取决于我做出了承诺,而这一承诺在未来对我具有约束力。换句话说,我看到了法律合同的文化方面针对其他两个方面的优势,即针对单纯个人利益指向的经济行为,也针对建立在共同确信之上的行为。

四、相互竞争的“契约的世界”:合同的三种维度

顾祝轩 当契约被视为一种“社会行为系统”,合同关系就被看作“在规范上秩序化的行为意思之关联”。的确像您所说的那样,合同关系的内部结构不仅由当事人“合意”而形成的规范(契约的合意要素)构成,而且被来自其他社会系统的诸“要求”即契约的“非合意要素”所规定。换句话说,合同关系如果将社会现实考虑进去,那么,经由当事人合意而产生的所有内容就不再是固化的,并且合同关系将体现来自其他社会系统(外部环境)的诸多要求且深受其影响。但问题是,具体到合同法领域,如何将来自其他社会系统的诸多要求(例如,经济系统)——契约的非合意要素——在契约内部做出构筑和调整,借助一般条款可以解决这些问题吗?

您曾经提出合同具有如下的三种不同维度,即(1)互动维度(Interaktionsebene),指具体的合

同当事人之间的人格关系；(2)制度维度(Institutionenebene)，指超越具体合同的市场和组织这一层面；(3)社会维度(Gesellschaftsebene)，指由政治系统、经济系统和法律系统相互作用而形成的全社会层面。合同与以上三种不同维度均发生关联，无论是源自哪一个维度的诉求，合同都必须做出适当的回应。换言之，合同必须将源自以上各个维度的诸“要求”(即契约的非合意要素)植入合同内部，并调整这些相互抵触的内容。一般条款的重要功能之一就是此种“非合意要素”注入合同内部，进行法律构筑并尽可能地调整之。这果真是作为诸系统间冲突法的一般条款(如 BGB 第 242 条)所必须担负的重要使命吗？

托依布纳 原则上，我可以在此一同讨论民法一般条款。如果仅仅将合同视为当事人间给付和对待给付之交换，那么这种理解就太狭窄了。我们必须在更多维度来理解合同。一方面合同作为人们之间的一种关系，实际上是互换关系，但又比仅仅将其理解为互换关系走得更远。因为，互换关系只涉及短期合同，而合同作为一种持续性债务关系，相互关联的合同在人与人之间创设了一种十分密切的关系。合同既是一种交换又是一种合作。这只是涉及人与人之间的合同的第一维度。

合同的第二个维度在前面我已经谈论过了。您将合同理解为是人与人之间的关系在不同制度中的嵌入。与此同时，合同从制度中获得规范性推动力，大约从组织制度、网络制度或市场制度中，各自是有所不同的。这取决于合同存在于何种语境中，它并不仅仅从合同双方相互订立的契约中，或者从彼此合作的情景中获得信息，而是同时从合同所嵌入的制度——市场或者组织或其他制度——中获得。关于确定合同类型和给付内容的合同解释，不仅可以依据合同文本中的语义或依据当事人之间的交往关系来确定，而且可依据在不同制度中嵌入的社会予以确定。

在合同的第三个维度中提出了如下问题，合同为不同的社会子系统之间分别建立了联系。这一内容我们前面也已谈论过。一方面，合同总会涉及财产问题，这是经济系统的一部分；另一方面，社会领域的根本性规范也将发生作用。在这一过程中，合同会被缔结，来自社会系统的全部评价将进入合同内部。与此同时，源自法律领域自身的，也就是对于约束性、对于权利和义务等的评价也将进入合同内部。总体上，合同必须被看作是一个复杂系统，仅仅很小的一部分表现为在双方当事人之间缔结合同。更多的是，合同由具体的双方当事人之间的交往关系所决定，由嵌入的不同制度以及不同社会子系统间的相互关系所决定。

那么现在一般条款问题进来了。也就是说，一般条款实际上是一个什么都没有讲的空洞公式，但却具有将这三种维度关系建立起来的功能。根据众所周知的一般条款，合同应当诚实守信，除了言明合同履行无论如何应当公平外还说了哪些内容呢？直到通过一种功能分析，一般条款才被阐明：第一，它是当事人相互间道德规范的参考；第二，它是嵌入在合同中的制度参考；第三，它是社会功能系统的参考。在此之中合同得以发挥作用。正因为一般条款具有高度不确定性，合同才有可能被整合进入社会。

顾祝轩 在传统民法解释学中常常出现“默示的合意”概念。在您这里，此种“默示的合意”似乎可被理解为合同的“非合意要素”。也就是说，要想让“默示的合意”转为“明示的合意”，必须明确合同的“非合意要素”来自哪一个维度层面。在互动维度，如何利用契约规范以外的各种非正式的行为预期去补充合同是关键。在制度维度，讨论在合同与诸如市场和组织这些社会制度之间的冲突现象至为重要。在社会维度，必须使单独的“私人”契约以一种复杂方式被交织进入政治、经济、家庭、文化、宗教等其他社会系统领域。总之，在适用或解释一般条款时，不可能预先确定某种判断标准，只有在面对具体案件时，根据不同维度，选择相对而言较为具体的判断基准。

五、法律刺激：关于法律继受的“结构耦合论”

顾祝轩 法律移植不仅改变继受国原有的法律制度，而且会对继受国既有的法律与诸社会系统间的结构耦合关系产生重大影响。在人类历史上，日本明治维新时期、中华民国时期以及土耳其早期的西方法律继受，都属于在破坏原有的社会系统间结构耦合的基础上，形成新的法律系统与其他社会系统之间的结构性耦合关系。今天，在中国，为了实现社会转型，移植西方法律制度的目的在于打破传统的法律与其他社会系统之间的联系，力图形成全新的能够适应社会转型要求的法律与其他社会领域之间结构性耦合关系。在某种意义上讲，破坏型“结构耦合”的法律继受要么是社会转型变革的需要，要么是政权革命的需要。并且，在被移植进来的新的法律系统与继受国固有的其他社会系统（政治、经济、文化等）之间必须从零开始重新探索系统间相互“沟通”的方式。这就引发出一个问题，像中国这样具有悠久文化历史的国家，当一种新的法律系统被移植进来后，与其既有的社会其他系统势必会产生巨大冲撞。在这种情形下，被移植进来的法律和中国固有的社会结构二者能否进行沟通？如果答案是肯定的，二者之间以何种方式进行沟通？反之，如果答案是否定的，是否有必要重新考虑和评估中国法制建设30年历程中移植西方法律的国家战略？

托依布纳 中国正在经历转型过程。这就设定了如下问题：中国在比较法上被定位为不同于整个世界的法律规定，因其只是从其他的法律中不断地吸纳法律规范。一个国家如此将外国的法律规范移植进入自己的法律文化中，而其自身又具有超强特性的法律传统，移植会产生何种效果呢？一种观点由莱格兰德(Legrand)所代表，他认为移植外国法不能发挥作用。文化塑成了习性上的同一性，因此，法律只能自我演化而不能从其他文化中有所汲取。另一种观点的代表是沃森(Watson)。他认为法律移植不完全取决于社会情境、文化或传统，法律的高度特殊性随处可见，从一种法到另一种法可以直接进行法律移植，这非常简单。

在以上两种极端观点中间——或者说在它们的另一边——的主张是，应当寻找一种“法律刺激”(Rechtsirritationen)的理论。文化相互冲突，法律规则彼此传递，这符合我们的经验。但是，正如沃森所设想的那样，不存在直接移植，而是仅仅存在一种间接路径，通过接受外来法律的刺激并将其在自己的法律中独自重构。这意味着不仅被移植的规范完全被改变，而且移植过来的法律通过继受同样被改变。中国的情况与其他地方的情况相似，对顺利实施法律移植原则上存在两种阻力。一种阻力源自中国自身的法律文化，另一种阻力超出了法律文化的范畴，来源于中国的法律与中国社会的其他系统之间的紧密联系，也就是中国的法律与中国的经济、政治等之间的关系。

这是两个十分复杂的问题，从中能观察到关于刺激和重构的法律规范的传递过程是怎样发生的。原则上，这是一个无法预测的过程。不过，即便如此仍然可以做出一定预测，我们可以辨认出，什么是中国法律文化的特殊性或者与经济相关的中国生产体制的特殊性在哪里。据此，可以从以上两种情况中做出一定的预测。在中国的法律系统中，私法大约并没有发挥十分重要的作用，而是国家的法律在起作用，或者不如说私法趋向于调解非正式关系，而西方国家的法律建立在法与道德的严格区分之上。可以推测，中国的法律文化完全不能采纳西方法律中的这一严格区分，而是通过某种方式将这一区分转化。这可能是一种法律文化如何引起转化过程的例子。

在法律与经济系统的关系中，人们谈论生产体制(Produktionsregimes)。在中国的具体发展中形成了对西方法律规则的移植并且依附于中国生产体制中各自的具体情况，例如市场与计划相互处于何种关系，政府在多大范围内干预经济。这样一来，法律规则发生了变形并相应地根据不同的情况和领域进行了重构。

顾祝轩 您说的“生产体制”是指经济行为的制度环境吧。法律规则的演化与特定的生产体制存在密切联系。例如，西方社会存在盎格鲁—撒克逊生产体制和莱茵式生产体制的区分，它们分别对应于不同的经济文化的根基。

托依布纳 因而，负责任的分析 and 负责任的法律移植政策必须注意，在具体情况下什么是中国法律文化的特性以及它是如何改变这些法律规范的，哪些法律规范因此是特别适合被移植的。在另一方面，还提出了如下问题：中国的生产体制是怎样对被移植过来的规范产生效果以及被移植的规范又是如何反过来改变生产体制的。这是人们希望理解外来的法律如何被移植进入中国法律中时两个最主要的复杂问题。

顾祝轩 这样看来，围绕法律移植，不管是莱格兰德的语境论还是沃森的法律自律论，均采取了极端的论证方法，而您提出的“法律刺激”的理论，在承认法律与文化相结合这一点上，与语境论相一致；另一方面，在围绕法律是否为社会之“镜像”这一点上又接近于法律自律论。据我所知，为了论证法律刺激理论，您曾举出在欧洲私法统一化进程中英国法能否移植德国民法中的诚实信用原则这一事例，展开过十分详尽的分析。如何理解您提出的关于法律继受的法律刺激理论呢？

托依布纳 您提出的问题是，在法律与社会子系统之间呈现松散耦合和较强耦合的情形下，外国法移植是如何进行的。在松散耦合的情况下，两个社会系统之间存在或多或少的偶然性；它们并不是系统性地相互结合在一起。当社会系统内部发生冲突时，将会诉之于法院并在那里予以解决，之后在社会系统内部还会以其他形态再次出现冲突，这仅仅是偶然的联系。这就是系统间松散耦合。

相反，较强耦合意味着一项单独的制度在社会系统之间建立了持续性联系。合同大概可以被看作是一个典型。合同在制度上属于经济与法律之间紧密的结构耦合。合同服务于长期的经济交往，它在法律上具有约束性并使无数的来自经济的持续刺激作用于法律；反之，来自法律的刺激也作用于经济。这是一种较强的系统间结构性耦合，它并非在二者之间创设自我闭合的系统，而是保持一种具有持续性的紧密联系。这是因为，即使二者使用了相同的概念——法律、财产、合同，原则上却具有不同含义。在经济系统中，它是关于依据经济逻辑所进行的沟通。在法律系统中，它是关于依据法律逻辑的合约。并且由于二者持续性相互连接，经济逻辑不断地刺激法律逻辑，反之亦然。

我们可以看到，一种法律中的规范是怎样影响其他法律中的规范的。在系统之间松散耦合的情况下，继受其他法律的法律相对而言受到较为轻微的影响，原因在于它与其他系统的结构耦合如此松散，以至于没有产生特别的作用。如果相反，当一种法律与经济的持续性连接关系通过合同而存在，那就意味着引入外国法律不仅影响自身的法律，而且还将影响经济。这里必须经历一个变迁过程，使移植外国法能够获得成功。而这就产生了对于规范移植的阻力，在结构性耦合的情形下这种阻力会更大。

顾祝轩 在社会功能高度分化的今天，的确如同您所说的那样，法律同其他社会系统已经发生紧密关联。事实上，法律不仅同经济系统，而且同政治、科学、文化等系统发生密切联系。当法律与社会之间结构耦合呈现较强的情形时，法律移植不仅受到继受国法律文化的影响，而且会遭遇法律外部力量的抵抗。反之，即便在系统间结构耦合呈现微弱的情形时，法律移植也并非可以简单机械地实施。法律规范虽然独立于社会关系，但仍然受到法律文化的影响。从此种意义上讲，我认为，法律继受无法摆脱莱格兰德所说的“法律精神”即法律的推理形式、解释方式、社会一般价值观的影响。例如，在实施法律移植的国家，某一法律规定经继受国法律文化同化后，从表面上看，继受前后相应的条款规定在外在形式上没有发生变化，但实际内涵却发生了变化。这尤其

表现在对私法一般条款的继受上。

六、网络契约理论：从双务合同到合同结合

顾祝轩 现在想探讨一下德国联邦最高法院(BGH)著名的阿波罗案(Apollo-Fall, ZIP2003, 2030)。被告(Y)是全国经营眼镜销售的连锁总部公司,旗下共有150家直营分店和90多家加盟店。原告(X)为基于特许经营合同加盟进来的连锁店,平时以自己的名义对外与总部(Y)指定的货物供应商签订供销合同。为了能够从供应商那里获得更多价格优惠,总部(Y)代表所有的加盟店直接与供应商进行价格交涉并取得了最高额为52%的优惠价,但最终分给各加盟店的优惠价只有38%,其中的“差额比例”在各加盟店不知情的情况下由供应商直接支付给了总部(Y)。1999年初,X察觉到了以上情况,随后向法院提起请求加盟店总部(Y)返还以上差额比例的诉讼请求。联邦最高法院判决原告胜诉,认定总部(Y)须向原告承担关于购入利益的分配义务。

据我所知,在德国私法学界针对此案争论颇多,焦点是针对在总部与供应商之间的价格交涉中,是否承认总部对加盟店具有委托事务处理的权限,这成为评价的重要分歧点。法院判决有意回避针对特许经营合同属性的判断,借助对具体条款及格式条款的解释手法,要求总部向各加盟店承担报告义务。对此,您提出了著名的“契约网络”(Vertragsnetz)理论^[1],认为特许经营合同同时具备团体和市场的双重要素,在加盟店对总部所指定的供应商须承担购买义务的情况下,总部应当向加盟店承担购入利益的分配义务。但我们也听到在德国国内对网络契约论的一些质疑声。比如,卡纳里斯(Canaris)主张特许经营合同属于混合契约(其主要构成要素包括事物处理、雇佣及租赁契约),认为通过合同解释的方式,在传统的契约类型中就能够解决阿波罗案中的具体问题,而不需要重新发明、创设“契约网络”这个概念。^[2]如果仅仅站在传统的法律教义学立场,网络契约论必须首要解决的问题是,不存在直接合同关系的网络参与者之间的直接请求权(Direktansprüche)能否成立,也就是说超越合同关系的权利和义务能否成立,如何理解对第三人的直接请求与合同的相对性原则之间的关系,等等。

托依布纳 当涂尔干(Durkheim)谈到契约的非契约要素时,他认为,合同创造了具有约束力的契约义务,它只是部分源自当事人间的合意。具有约束力的契约义务的另外一部分来自于合同的非合意要素,因而这些非合意要素既属于国家关于合同的法律规定,也属于社会规范。社会规范存在于市场或其他社会领域并创造出额外的义务。

在网络契约中,这种非合意要素存在于双方约定嵌入在一个由不同当事人组成的关系网络中,并且这一关系网络的结成在法律上具有相关性。为了更好地理解您所提到的阿波罗案件,这里涉及的是一个连锁的眼镜销售系统。在这个系统中,特许经营的总部与各个单独的特许经营加盟者签订了双务合同。特许经营加盟者因此可以销售眼镜。双务合同本身并无特别之处。关键在于,众多平行的双务合同彼此存在内在关联性,只要这些单一的特许经营合同并不存在具有决定性意义的框架合同(Rahmenvertrag),^[3]就形成了一个整体网络,而这又产生了不同的法律上的权利和义务。

[1] Teubner, Netzwerk als Vertragsverbund (Baden-Baden: Nomos, 2004).

[2] Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., Beck, 2006.

[3] 这里所说的框架合同(Rahmenvertrag)是指总部作为加盟店的受托人为加盟店的利益对外以自己的名义而缔结的基本合同,在法律构成上类似于间接代理。——译者注

在阿波罗案中，网络总部与第三方（大宗货物供应商）签订了一个供销合同。由于总部不单独的企业，而是为整个特许经营网络采购，故成功地从第三方获取了优惠价，但总部却将这巨大优惠占为己有，特许经营加盟者仅获得少许的降价。现在的法律问题是，总部是否必须将所有的优惠——这些优惠仅仅是因为整个特许经营系统具有规模才被给予的——再分配给其他单独的特许经营加盟者享有？

联邦最高法院认为，总部必须将这些利益再分给其他的企业，因为在格式条款（AGB）中规定，总部必须一般性地援助特许经营加盟者。根据以上表述，联邦最高法院得出的结论是，总部必须将利益继续分配给加盟者。在联邦最高法院做出以上判决后不久，格式条款（AGB）被修改并据此删除了总部的援助义务（Förderpflichten）。之后，根据最新的司法判例，总部不需要再分配利益。我认为，仅仅将问题看作是合同解释是错误的，实际上涉及特许经营系统的结构性问题。在这里，并非只存在总部与其他个别特许经营加盟者之间的双务合同，而是所有特许经营参与者之间的强有力的合作关系。

以上观点是否违背了合同法？当格式条款没有规定再分配义务时，即未就再分配利益做出约定，那么也就不存在义务。对此，我的回答是，在法律领域这已不是第一次并非基于合同明确约定之上的“特殊结合”（Sonderverbindung）而创设义务。经典的例子是先合同义务即缔约过失责任。此时并不存在合同，但却存在义务即先合同义务。该义务的基础是什么呢？是基于交往关系，也就是说基于当事人之间的社会互动关系。而这样的关系已经变得如此紧密，以至于产生了法律责任，或者持续性商业联系而形成了法律制度。一种长期的商业联系而产生的法律责任并非因缔约而产生。为什么会出现这种情形呢？因为双方当事人之间的社会联系高度紧密，基于此种联系产生了一种法律义务。再譬如说第三人保护合同。其含义为虽然合同存在于缔约人双方之间，但第三人可以主张合同上的权利。其理由是，在第三人与合同之间基于社会关系建立了一个法律上的相近关系。另一个例子是财产管理人。尽管第三人不是缔约方，却因双方当事人签订的合同而被拉进了先合同责任领域。由于第三人与合同的缔约方保持了社会关系，这种紧密关系导致它具备了一种与法律相关的“合同的支配”（Vertragsherrschaft）。我们可以看到许多这样的例子，社会关系能够产生自己的合同义务而不需要缔结合同。长期以来，这种“特殊结合”是一项被承认的法律范畴。对此，我通过引入“契约网络”补充了新的“特殊结合”。我所做的并不是网络社会学，而是将我的主张建立在法律上“特殊结合”的逻辑上，其中，社会交往在当事人之间产生了如此紧密的关系，并从中产生了法律上的请求权。

顾祝轩 在现代社会的经济交易中，仅仅依据个人间的具体合意有时候无法全面把握和理解契约的构造。尤其在像特许经营这样呈现网络状的现代经济交易形态中，网络中的行为、风险、损害及利益归属于谁？是各个加盟者、总部还是网络整体？传统民法中的混合契约理论实际上是在区分各个领域后赋予合同不同的属性，然后借助合同解释的方法解决这些问题。而您的网络契约理论则关注“合同结合”，回归对特许经营合同的结构剖析，因而在法律层面更重视特许经营系统作为网络的属性。混合契约理论因过多在意双边关系，将多方当事人间形成的法律关系视为孤立的双务合同关系，从而无法看清基于双务合同的结合而形成的“网络效果”（Netzeffekte）。根据您刚才的解释，我的理解是，在特许经营中，“网络利益”（Netzvorteile）首先归属于网络整体，然后根据公平原则在总部和各加盟者之间进行再分配。因此，特许经营合同既有契约因素也有团体因素。而这种双重结构是传统混合契约理论所缺乏的。另外，我还注意到，你在网络契约论中特别提出了一个新的概念即“网络目的”（Netzzweck），这个概念不同于合同目的（Vertragszweck）和公司目的（Gesellschaftszweck）。那么，“网络目的”的具体内涵及其功能是什么呢？

托依布纳 “网络目的”实际上是一个新的法律概念。但同时它与一种重要的角色发生联系,即长期以来“目的概念”在德国私法中所扮演的角色。我们知道合同目的、公司目的。合同目的是指当事人之间的交换目的,它与合同解释相互关联,被用作建立额外的、并非在合同中明确约定的忠实义务。在公司法中,目的概念扮演了更为重要的角色,因为公司目的不仅涉及给付交换,而且是为了形成股东之间的长期合作,这就为高度不确定性制造了空间。在这里,公司目的获得了如下含义:一方面公司关系得以建立,另一方面根据公司目的引出了极为丰富的法律上的给付义务即公司法著名的忠实义务。

“网络目的”既不是合同目的,也不是公司目的。它既非简单交换,也不是仅仅指向持续性合作,而是介于交换与合作之间。惟有在“网络目的”中,实质上相互对立的目的取向才能被制度化。在公司法中,只能依照公司目的。如果依照个体目的,这将违背公司法——除了较狭义的例外规定。反之,在合同法中,人们遵循的是合法的个体利益,交换目的只是规定了狭义的忠实义务,其方向是促使双务合同得到履行。相反,“网络目的”赋予权利和义务,团体目的和个体目的同时被遵从。在这种听起来自相矛盾中“网络目的”得以实现。并且,只要“网络目的”是一个独立的范畴,就能够从中导出单独的网络参与者的忠实义务。这一忠实义务既不同于公司内部的忠实义务,也与交换合同中的忠实义务有所不同。

顾祝轩 这么说,“网络目的”属于系统与外部环境结合的模式,其最大功能在于将外部环境所带来的要求在网络内部得到解决。“网络目的”成为基于双务合同的网络化在内部关系中形成高度的忠实义务的重要标准。较于通常的忠实义务,因双务合同的网络化从而强化了合同当事人的忠实义务。正是依据此种因网络结构带来的高度的忠实义务或结合义务(Verbundpflicht),总部应当将因网络带来的利益再分配给各个加盟者。但是,“网络目的”结果是将某种评价因素注入契约内部。既然如此,一般条款作为一个注入口,不是同样可以解决问题吗?为什么要创设“网络目的”这个概念?应当如何理解“网络目的”与一般条款的相互关系?

托依布纳 “网络目的”是一般条款的具体化。一般条款当然具有高度不确定性。正是有了这种不确定性,一般条款能够成为被准确定义的合同法强制性规范的补充。一般条款的高度不确定性和其他规定的高度确定性这一双重性将合同法标志出来。问题是,如何处置不确定性。依靠法律感觉或法官的独断?可能的其他选择是,如同在其他法律领域所做的那样,将一般条款教义化。目前在私法领域中这是一股很强的法学流派。我的看法是,这两种做法都是错误的。一般条款具有另一种功能即将社会规范整合进入法律之中。一般条款应当把社会规范整合注入合同之中。这个过程以合同的三种不同维度即互动维度、制度维度以及社会的功能系统维度展开,这一点我在前面已提及。

在“网络目的”中,一般条款指向了某种特定的社会关系,它超越了单纯的交换关系并要求多方参与者特别的共同协作。这种双边的关系同时要求单一合同广泛的合作。此处,“网络目的”作为对一般条款的具体化的法律范畴而被引入,同时,它将自身相互对立的个体性和团体性之关系赋予法律上的约束力。正如您所说的那样,因为已经有一般条款,实际上“网络目的”向我们展示了一个特殊路径,通过一种特定的方法将一般条款具体化。

我再将这个问题表述得更具体一些。在阿波罗案中,“网络目的”意味着在特许经营系统内,个体目的和团体目的都应当被顾及。这就引发了一个疑问,该具体个案应归属于团体行为领域还是个体行为领域?答案是:在总部与第三人的关系中,第三人实施供货,它应当给予对方更高的优惠价,因为总部代表了众多的询价方。该具体个案归属于网络参与者共同作用的团体领域,而不是仅仅归属于作为个体领域的总部。与此相对应,基于“网络目的”形成了总部必须将利益再分配

给特许经营加盟者的义务。通过具体的“网络目的”，一般条款本身并非变得多余，而是面对“网络目的”的社会构造使合同法的指示合法化。如果没有一般条款，合同法将难以吸纳社会规范。

顾祝轩 网络契约理论对传统民法学的冲击确实很大。基于“网络目的”能否变更合同当事人之间的权利和义务，即在特定的合同内部能否因“合同结合”(Vertragsverbindung)而变更合同内容呢？对此，在传统民法框架内首先想到的是，网络内的合同内容原则上应委之以当事人之间的合意，只有当出现“行为基础的丧失”(如德国民法典第313条)时，合同内容才能被变更。但是，网络契约论显然超越了传统民法学，主张基于“网络目的”或者依据网络参与者的平等原则，对合意的内容进行修改。我想追问的是，面对批评者提出的网络契约论缺乏法律安定性的质疑，您认为像“契约网络”这样的源自社会学的观察要想彻底被传统民法学接受还需要解决哪些问题？网络契约理论和传统的法律教义学如何保持一致性？网络契约理论是否已将法律溶解在社会学之中？

托依布纳 这样的一般条款理论并非将法律溶解在社会学之中。这种法律在法律教义学和司法上保持自治性，并在自身独立的发展轨迹中演化出自律的法律概念——在我们所举的事例中，演化出有别于合同目的和公司目的的“网络目的”。就这一点而言，它与其他的教义学完全一致。所添加的部分是，将社会性对法律隐晦的影响清晰地呈现出来，并将其暴露在批评之下，开启自觉的形态。这需要一种法律科学的方法，不仅关注法律固有的法律教义学的进化，同时将社会对法律教义学的影响清晰地呈现出来并使其在方法论上得以被控制。我称其为社会学法学(soziologische Jurisprudenz)。为此，既需要来自社会科学的实证研究成果，也需要源自社会学的认识理论。这与传统教义学并非相距甚远，而后者总是追问实证法规范的内在正当性或内在理由是什么。

顾祝轩 在阿波罗案中，按照传统民法学的观点，在各自独立的销售阶段，在供应商、总部、加盟店之间分别存在独立的双务合同，因此，总部自己通过交涉获得的优惠价是否分配给各加盟店某种程度上是其自由。因为这种双务合同模型至少从外形上并没有呈现特许经营网络特有的垂直统合的结构。请问，您所说的基于特许经营系统的多角结合而产生的“网络效果”的内在依据是什么？法院要求总部向各加盟店承担利益分配义务违背债权相对性原则吗？

托依布纳 在我们所举的事例中，超越单一合同的“特殊结合”(Sonderverbindung)的内在理由是什么？哪些情况被允许用来将单一合同视为具有“合同结合”的资格，后者是一个在法律教义学上得到承认的范畴。一般而言，合同在法律上相互独立且各自的效力被分别予以衡量，即使它们与其他合同之间具有经济上的联系。如果某些合同互相之间具有十分紧密的联系，这些联系是基于参与者间紧密合作达成的，那么法律就必须关注这种存在于合同之间的关联性。假设在—项融资买卖(finanzierten Kauf)中，汽车出售方与某家银行合作，由银行资助汽车购买人，那么原则上存在两个独立的合同即一个买卖合同和一个融资租赁合同(Finanzierungsvertrag)，根据债务关系的相对性原则，他们具有各自的命运。

有趣的是，司法突破了相对性原则并将两个合同结合在一起，只要卖方和银行形成了经济上的共同体并产生了以下后果：如果汽车具有瑕疵，买方能够拒绝返还借贷。构成新的法律规范的“内在理由”是信用合同(Kreditvertrag)与买卖合同二者紧密结合这一社会现象。但这并不意味着法律消解在社会学之中，而是法律保持自身独立性，接受社会的影响并在法律层面实施重构。

对于专利合同要视具体情况而定。如果仅仅是将专利出售，则并不存在紧密的合作关系。但是，如果因为专利在专利让与人和专利受让人之间建立了长期联系，那么就形成了信赖关系，基于合作关系产生了高度的忠实义务。或者当专利涉及多方签订合同时，此时就与网络契约的情形十分接近了，与特许经营相类似，在此种情形下，专利合同建立了一种网络或“合同结合”。

在经济学和社会学领域中具有重要意义的“网络目的”概念不能简单地直接引入法律中,而是应谨慎地与一个独立的法律范畴即“合同结合”重构。因此,其是作为合同结合的“网络目的”。人们必须在方法上向传统法律教义学提出如下疑问:在不同的法律概念中,哪些对存在于法律之外的“网络目的”的现象最具敏感性。与契约行为的基础(Geschäftsgrundlage)、持续性合同关系、公司以及其他的法律概念相互竞争,已被承认的“合同结合”这一法律范畴具有高度规范上的敏感性,符合网络契约这一社会现象的特性。这种对社会现象的重构存在于法律自治性和法律责任之中。

顾祝轩 诸如金融、保险、建筑等现代市场经济领域或多或少存在“合同结合”现象。在阿波罗案中,“合同结合”形成了特许经营系统的网络效果,网络效果为加盟店的再分配请求权提供了法律基础。基于多方结合形成的购买力所带来的购入利益,总部有义务将其再分配给特许经营网络的每一个参与者。总之,网络化符合分化时代要求协调行动的现代经济活动的内在规律。

七、作为社会制度的鉴定:第三人的契约内部化

顾祝轩 接下来想与您探讨一下“第三人保护合同”(Drittenschutzvertrag)问题。您曾经从“制度”(Institution)理论出发对第三人的契约内部化问题进行了富有新意的剖析。我们知道,1995年德国联邦法院在“屋顶案”(Dachstuhlfall)^[4]中,扩大适用了第三人保护合同的范围。在该案中,被告建筑师在与不动产出卖人签订了关于不动产估值的鉴定合同后,按照要求出具了一份关于建筑物保存状态良好的鉴定书。原告因相信该项鉴定,遂与不动产出卖人缔结了含有免除出卖人瑕疵担保责任的买卖合同,并购买了建筑物。之后,原告又将该建筑物转卖给第三人甲。1989年3月,甲发现该建筑物的屋顶存在质量问题,于是要求原告进行赔偿。为此,双方进行了和解。之后,原告以如果该不动产评估鉴定准确的话,自己将不会购买该建筑物为由向法院提起诉讼,请求被告(建筑师)承担损害赔偿赔偿责任。对此,联邦法院判决被告对与鉴定合同毫无关联的买受人须承担合同上的全额损害赔偿义务。

众所周知,传统民法关于第三人保护合同的成立条件是在委托人与第三人之间必须存在特别的“相近关系”(Nähebeziehung)。在本案中,联邦法院通过扩展第三人保护的法律构成并将其适用于市场中匿名的交换关系,从而扩大了第三人保护合同的范围。请问,鉴定专家对第三人承担合同责任的依据何在以及其法律构成是什么?与之相关,如果将第三人责任扩展到专家的契约责任的话,这是否意味着今后像会计师、建筑师、甚至证券分析师等专门以出售知识和信息为主的专业领域将面临更大的经济上的风险呢?

托依布纳 针对司法判决将第三人拉入契约内部,我依据另外的理由进行相同论述。关于第三人保护合同,教义学和司法判决的依据在于个体性(individuell),而我的根据是制度性(institutionell)。在著名的“屋顶案”中,鉴定人与不动产出卖人签订了鉴定合同。第三人是买受人而非鉴定合同的当事人,但该鉴定合同产生的后果对他具有确定性。当鉴定人估价过高时,涉及的问题是,第三人能否依据合同向鉴定人要求损害赔偿,特别是当出卖人因某种原因出现问题时?鉴定人需要向第三人承担责任吗,即便他与第三人之间不存在任何的合同关系?

根据司法判决和教义学所采纳的个人依据,第三人利益应当得到保护。合同应以某种方式扩展到第三人,即使他不是合同的当事人。第三人的可保护性建立在他与合同的相近关系(Nähe-

[4] Dachstuhlfall, BGHZ127, 378.

Verhältnis)上,建立在针对第三人的危害性考虑的基础上。

而制度理论不局限于对第三人保护。在任何一种资讯合同(Informationsvertrag)中,每一位可能受到侵害的第三人都应得到保护。这里涉及保护某项制度即专家鉴定。一方面,鉴定人须承担基于鉴定合同所产生的责任并与出卖人发生联系,而出卖人须支付费用。鉴定人依据诚信原则须对委托人保持忠诚;另一方面,专家鉴定——这是起决定性作用的,同时与另一项制度发生联系——因与科学制度关系相近而需承担某种义务。专家必须保持中立,他不得只遵从自身利益,不得特别优待某一位顾客的利益。专家必须客观地根据科学标准行为。这里存在一个冲突,专家对合同的忠实义务与其严格的制度上的客观性和中立性的义务相互冲突。

顾祝轩 也就是说,之前法院的判决往往采用补充的契约解释对第三人利益进行保护,根据交易对合同以外的第三人所产生的风险这一“外部性”,通过损害赔偿法填补这种风险。但是,如果仅仅从双务合同的角度分析“屋顶案”中的鉴定合同的话,无论如何是无法获得专家对第三人承担责任的依据的。这样就必须将鉴定合同置于更广阔的社会关系中。“制度性”思考似乎重新回到了您一贯强调的关于合同的三种维度,尤其是制度维度。也就是说,第三人保护合同的依据从传统的须存在合同上的“相近关系”转向了“制度保护”。但是,如您所说的那样,如果我们将“鉴定”视为一项科学制度的话,独立的鉴定组织或团体须具备严格的科学水准,强调对专家集团的客观合意的尊重,并且对外部政治的、经济的利害关系进行遮蔽(独立性),以及对当事人利益保持中立性。反之,如果将“鉴定”视为一种契约制度的话,私人鉴定明显带有现实性、效率性、目的合理性以及忠实性等特征。今后,伴随着鉴定这项工作的契约化或私人化,将不可避免地出现鉴定的中立性原则(公共性)与契约的忠诚性原则之间的矛盾。如何解决此种对立我想这需要调和鉴定合同的私人(互动)维度和制度维度。当鉴定制度被私人滥用并失去其应有的科学性、公正性时,鉴定合同内在的公共性要素为法院的司法介入提供了某种正当性。

托依布纳 鉴定制度既有公法维度也有私法维度,但并不是严格意义上的诸如市场和竞争那样的经济制度,而是一项从科学中获得规范的专业性制度。

此处被正确导入的第三人责任并不完全归因于对个人利益的考量,而是与此相关,即私法保护专家鉴定制度并且保护其不受合同关系即通过私人出售资讯的腐蚀。私人责任法之所以存在不仅是为了保护私人利益,它同时还保护“制度”,在前面提到的鉴定案件中保护的就是一项社会制度。所谓制度(Institution),是指为了共同目的的一种社会期待。那么,鉴定人根据合同原则现在既对他的合同当事人同时也对第三人承担责任,如同鉴定制度所要求的那样,这将迫使鉴定人从合同当事人的位置进入到一个中立的位置。

顾祝轩 您曾说过,制度是社会系统的部分结构或者是各种系统之间的相互耦合。例如,鉴定就属于科学系统与其他社会系统之间的相互耦合。私法不仅要衡量合同关系中的个人利益,而且必须分析被嵌入合同内部的社会制度之间的相互冲突。诸如鉴定合同这样的专家合同包含了社会的制度性内容。因此,我认为合同的制度分析的意义及功能在于,从法律解释学上明确社会自律、国家干预以及法律规范之间相互协作的关系。举例而言,今天,民法如何规范市场的竞争秩序越来越成为一项重要课题。原本受竞争法调整的竞争秩序正在进入私法领域,例如,在各国的反垄断法领域私人救济机制均得到了强化。这些都迫使我们重新思考民法内在的公共功能。

托依布纳 我们已从竞争法中认识到有关制度的论点。在竞争法领域,一个个体可以对另一个个体主张权利。但我们承认这种主张同时还具有制度维度,因为它能够保护正当的竞争行为。竞争制度通过规范的私人执行保护了竞争行为的规则。

顾祝轩 关于专家对第三人的责任,据我所知,在德国民法学界存在两种对立的理论。一种观

点坚持在传统第三人保护合同的框架内,强调委托人与专家之间的合同关系,依据契约的默示合意推导出专家对鉴定合同当事人以外的第三人的责任标准。另一种观点认为可根据缔约过失责任导出专家责任。而您的“制度思考”超越了传统民法中“补充的契约解释”、“默示条款”等概念,并将专家责任置于由多方参与的一项“工程”之中。“工程”往往隶属于技术、社会、科学、医学等各种领域,需要多方进行相互协调,属于复合的社会网络。英美法中的“网络契约”(network contract)理论以及德国法上的“契约结合”(Vertragsverbund)理论均为此提供了理论基点。在“屋顶案”中,鉴定关系既有委托人与专家之间形成的双务合同关系,也有不动产交易市场这样的经济关系,甚至有关于鉴定中立性这样的社会关系。据此,多方的参与者形成了一种“多角的关系”(multilaterale Konstellation)。这样一来,至少在“屋顶案”中,第三人保护合同将涉及鉴定、工程以及各种利害关系者。根据您的网络契约理论,“屋顶案”中的第三人保护合同能否被理解为一种“契约网络”?

托依布纳 在“屋顶案”中,问题是第三人保护合同是否呈现出网络的特征。一般而言,网络属于众多参与者的共同合作,例如工程合同、建筑合同。在一个建筑项目中,有建筑商和承包商之间的合同,而承包商又与众多分包商签订了合同,这样就形成了一个网络,其中,参与者的给予是相互依赖的。在此,必须区分在参与者之间是竞争性的市场关系还是合作关系。前一种情形仅仅涉及双务合同,每一个双务合同根据自己的归宿被衡量。或者当各参与者之间的合作关系超越此种双务合同并通过一种方式发挥主导作用时,这些多层次、相互平行的双务合同就形成了统一网络,其中,参与者的彼此合作使单一市场关系发生重叠和变形。这样一来,我们必须适用这种“合同结合”的法律。但须予以仔细审视的是,在何种范围内合同彼此之间相互影响。这归因于法律依据的相互影响,即便违背了债务关系的相对性原则。这是对契约网络(Vertragsnetzen)的一般性解释。

至于“屋顶案”中所涉及的第三人保护合同,在这种三角关系中出卖人与鉴定人而不是与第三人之间存在合作关系,从这一角度来看,该案件不同于典型的网络。第三人只是买卖合同中的当事人,原则上与鉴定人之间不存在任何关系。但是却可以建立一种“合同结合”,即鉴定合同(出卖人与鉴定人)与买卖合同之间的结合。这样,我们就可以超越已认识的对立,将鉴定人与出卖人之间的合同视为第三人保护合同,或者在出卖人与买受人之间的合同中将鉴定人看作是财产管理人。这里存在着相互竞争的双重结构,第三人责任依据第三人保护合同或依据财产管理人(Sachwalter)责任。

事实上,鉴定人与第三人之间的关系在两个合同中均被告知。这里,两个合同共同发生作用,源自两个合同内部的内在价值确定了责任的标准、尺度。从这层意义上讲,在“屋顶案”中,司法判决在两个合同中建立了一个连接,尽管被称为合同分离原则。

八、私法的社会学启蒙:是“思想实验”还是一场“革命”

顾祝轩 您开创的通过社会系统理论对包括民法、公司法、经济法等在内的法律进行研究的新视角,称得上是一种崭新的研究范式。这种新范式是对传统法律思维的“革命”还是仅仅提供了一种“思想实验”?社会系统理论作为一种社会学的描述,从社会学的观察中无法轻易地得出法律结论。卢曼曾说,社会学的描述必须包括法律理论对法律基本问题所作的阐明努力。社会学的观察如何才能进入传统法律教义学层面?欧洲私法的两种主要组织形态(市场和法人)来自团体法与契约法之双重要素渗透而形成的新的法律形态,例如网络契约,这是否预示着新的方法的到来?

托依布纳 这完全不是一种对立,革命与实验的对立。而是,这在原则上是两个层面。在一个

层面上,存在着革命与改革之间的对立。在另一个层面上,存在着思想实验(Gedankenexperiments)与改革的对立,而思想实验不产生后果也不真正改变法律。相应地,您的问题也在两个层面上予以解决了。

在第一个层面上,我赞成逐渐改变。这建立在既存教义学的组成部分之上,但又彻底地改变了它们,而不只是进行微小改变。但是,这同样不是如下意义上的革命,即彻底推翻旧事物并创造完全的新事物。在原则上,改变建立在教义学的自治基础上,并寻求在这一基础上的进一步的发展。同时改变又具有特殊性,即改变的推动力并不是源自法律教义学或司法审判,而是源于社会学和经济学领域。

第二个层面是关于思想实验。它在法律中是否产生了真正的改变,还无法预测。如前面说过的,我的一些建议已经在司法审判中被接受,可能是有关合同忠实义务、社团章程或者是关于自省法(Reflexives Recht)的文章引起了关注。

顾祝轩 德国联邦反卡特尔局(Bundeskartellamt)在2006年5月的一项决定中明确承认加盟店总部具有分配义务,即在总部要求加盟店承担购买义务的情形下,总部未向加盟店分配购入利益的行为,违反了竞争秩序。这种强调系统参与者对系统“期待”的观点明显与网络契约理论具有亲和性。但我也知道,对您的网络契约理论也存在一些尖锐的批评声音。^{〔5〕}您怎么看待别人对您的评价?

托依布纳 至于说到我关于契约网络的书籍,被一些法学家描述为“空想”(visionär),这不一定是恭维,但让我们来等待。我请您再考虑一件事情:在20世纪70年代的中国,某种将中国法律进行转型的想法完全不存在任何机会。但在2012年这已成为现实。因此,我认为,法律科学不仅仅是对教义学进行修正,也应当是一种思想实验。

顾祝轩 与您足足两个半小时的交谈,对我来说是一种精神上的享受。在中国,法律自创生系统理论对许多像我这样的学者已经产生了巨大吸引力。我相信法律自创生系统理论从之前的引介学习已经进入到一个实质性的研究阶段。但是,系统理论毕竟是一种社会学的观察角度,社会学观察要想进入传统法律教义学,在中国法学界尤其是在民法学者中确实还存在观念上的障碍,正如您所说的,这需要时间来等待。上海交通大学法社会学研究中心一贯倡导以法学为核心的跨学科交流与网络式合作,并且愿意成为社会变迁和理论创新的弄潮儿。

托依布纳 我非常惊讶也感到非常高兴,您是如此精确地阅读了这些文本,在您提出问题时,对这些问题进行了深刻理解。我认为,在核心论点上,这是在法学层面上寻求问题的解决,而不是进行社会学的分析。我使用社会学是为了在问题意识和解决问题的路径上对法律予以丰富,也就是说社会学对于法学的启蒙,但应由法学家对决策负责。我也是这样来理解上海交通大学法社会学研究中心的任务的,这里进行的是一项法学事业,它服务于法学与其他社会科学之间的关系,其目的在于创造一个更好的法学。终究,我是法学家,不是社会学家。

(责任编辑:宾 凯)

〔5〕 Grundmann, Die Dogmatik der Vertragsnetze, AcP207.