

射幸合同合法性问题研究

陈传法 冯晓光

【提要】自由是合同法的核心价值,限制自由要有充分的理由。在射幸合同问题上,限制其自由的理由主要是:不得严重损害他人和社会公共利益,不得严重损害当事人自身的利益。这既是有限的柔性家长主义的需要,也是尊重习俗和习惯法的需要。具体来说,对于对抗风险型射幸合同与激励型射幸合同,要尽量保护;对于经营性射幸合同,要严加控制,实行特许经营;对于其他类射幸合同,要在考虑习俗和习惯法之后,区别对待。

【关键词】射幸合同 合法性 自由 法律家长主义 习惯法

〔中图分类号〕D923.6 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1000-2952(2010)03-0098-06

射幸合同是当事人之间签订的、包含不确定给付内容的风险性协议,该不确定给付内容仅取决于合同约定的偶然事件是否发生。对于有些射幸合同,各国立法均承认其合法性,如保险合同;而另有一些射幸行为,大多数国家立法都明令予以禁止,如赌博;还有一些射幸行为,到底合不合法,各国规定不尽一致,有的干脆不做规定。在我国,存在很多立法上没有明确规定的射幸行为,这些行为的合法性怎样,法律效果如何,学者们少有关切,司法实践各行其是。有鉴于此,系统研究射幸合同的合法性问题,特别是探寻射幸合同合法与否的学理依据,确立射幸合同合法与否的判断标准,对于提高立法质量、解决实践难题,均有重要意义。

一、“合法性问题”:本文分析的逻辑起点

所谓“合法性问题”,最初是指政府、统治、权力乃至法律本身能否被认同的问题。^①正

如德国哲学家哈贝马斯所指出的,“合法性危机是一种直接的认同危机”。^②法国政治学家迪韦尔热更明确指出,合法性指的是“一个集体的大多数人以为一种权力、一种权威和一种等级制是合理的,即符合价值体系的”。^③因为一个国家的宪法和法律是由政府自己颁布的,所以在实定法的框架内不可能解决合法性问题。换言之,“合法性”不等于“合法律性”。这种与统治相关的合法性问题,与本文所要论述的行为合法性问题既有区别,又有联系。在一般人的眼中,行为合法性问题首先总是一个“合法律性”的问题,也就是依照实定法认定某一行为是否与之相符。然而,针对某一行为,当法律缺位、自相矛盾、法律不符合程序正义的要

① 因此有所谓法律的“合法性”问题,如解放战争时期宣布废除国民党“伪法统”即是。

② [德]哈贝马斯:《合法化危机》,刘北城、曹卫东译,上海人民出版社2000年版,第65页。

③ [法]莫里斯·迪韦尔热:《政治社会学——政治学要素》,杨祖功、王大东译,华夏出版社1987年版,第92页。

求或法律本身丧失合法性基础之时，或者需要审视现有立法或为立法做准备之时，行为的合法性问题与统治的合法性问题、法律的合法性问题就会发生一定程度的重合。本文所要讨论的射幸合同合法性问题，正是这样一个问题。

质言之，射幸合同的合法性问题，可以从以下三个不同的层面予以讨论：其一，关于射幸合同的法律规定，能否通过合法性检验、能否被普通民众所认同？其二，关于射幸合同的法律规定，能否通过富勒所谓的“程序的自然法”的检验，是否符合程序正义的要求？这涉及形式合理性问题（有人称之为“形式的合法性”问题，认为它主要包括形式渊源或立法权取得的形式合法性问题、立法机关所立之法是否超越权限问题、立法程序是否合法问题、立法内容是否与高位阶法律抵触问题）。^①其三，如何确立有关射幸合同的实质法律标准？这涉及实质合理性问题。严格说来，后两个问题尚不能简单等同于合法性，正如迪韦尔热所言，“一种被公认的力量，一种良好的力量，一种得体的力量，一种正当的力量都不一定是合法的力量”。^②但由于合理性能为民众提供辨识依据，因而往往成为合法性的前提。特别是实质合理性问题，不仅仅构成对立法者及其他法律人的约束，而且还直接为立法提供建设性意见，因而尤其重要。这三种合法性问题与合法律性之间的关系，不同学者有不同看法。按照马克斯·韦伯的观点，内在于法律形式本身的合理性，即可为以法律形式行使的统治创造合法性。^③这就意味着，在法理型统治之下，合法性与合法律性是一回事，不仅无须考虑上列后两者合理性问题，甚至合法性问题本身也不再成为一个问题。这显然是罔顾事实。^④哈贝马斯认为，“合法律性只有从一种具有道德内容的程序合理性出发才能取得它的合法性。”^⑤哈贝马斯的观点回避了自然法、理性法观念难以克服的难题，对于宏观的整个法制体系而言，具有实践意义上的恰当性，但它对于立法几乎没有任何建设性作用。我们认为，就微观的具体行为而言，哈贝马斯的观点未免过于保守。因此，本文将以实质合理性问题为中心，考察射幸合

同的合法性问题。

二、射幸合同合法性的考量因素之一：自由及其限制

充分尊重民事主体的自由是整个私法的核心价值，而合同领域又是私法自治的核心领域，所以，自愿原则构成合同法的核心原则。依法成立的合同，在合同当事人间具有相当于法律的效力。此种自由本身就是正义的一部分，作为原则，无须提供另外的证明；而限制当事人的合同自由，则必须要有充足的内在理由。这就意味着，原则上，如果没有充足的反对理由，射幸合同应该作为合法行为对待。正如 A·L·科宾教授所言，“射幸允诺是指其履行按照它自己的条款受制于不确定的偶然事件的发生，或者取决于某些也是不确定和不肯定的事实的存在或已经发生。这种被允诺的给付可能始终无法提供，但是此种不履行可能并不构成违反允诺。这种允诺的双方当事人正在遭遇着危险或者正在碰运气；而危险是当事人非常自觉地遭遇的，如果机会不利于他，双方当事人都没有理由对此抱怨。若交换了这样的射幸允诺，两个当事人中的一个只取不予的状况并不违反通行的正义观念。这是因为他自己作了类似的投机并可能被迫只予不取。”^⑥

限制当事人自由的理由必须外化为法律规范——最好是具体法律规则，至少也应该是某种法律原则，以体现私法“法不禁止即允许”

① 参见严存生《法的合法性问题研究》，《法律科学》2002年第3期。

② [英] 罗德里克·马丁著《权力社会学》，丰子义、张宁译，三联书店1992年版，第81页。

③ Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft*, Köln 1964, Kap. III, 2, 160ff. 转引自 [德] 哈贝马斯《在事实与规范之间》，童世骏译，三联书店2003年版，第557、558页。

④ 因而，这个命题激起了热烈的讨论（见前引哈贝马斯书，第558页）。

⑤ [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，三联书店2003年版，第559页。

⑥ 参见 [美] A·L·科宾《科宾论合同》第1卷（下册），王卫国等译，中国大百科全书出版社1998年版，第129、131页。

的要求。理由的法律化可以借助规范的普遍性而获得法律面前的“平等”，通过保护当事人的合理预期而获得一种法律所支持的“秩序”（在这一意义上，法律本身成为自由的条件与限度），当然，其必要的前提是该理由要“充足”。那么，从理论上讲，限制自由的理由有哪些呢？

我们认为，迄今为止，以下两个理由最没有争议：其一，自由可以因为自由的缘故而受限制，这是普遍法则或正义的要求。康德认为，“你的意志的自由行使，根据一条普遍法则，能够和其他所有人的自由同时并存”。^① 罗尔斯“正义论”的第一个原则是“每一个人都有平等的权利享有和其他所有人的同样自由体系相容的最广泛的基本自由体系”。^② 这意味着，一个人的自由不仅不得用于侵害或妨碍他人的自由，而且，从社会整体的角度看，还要维护人与人之间基本自由体系的平等性和相容性。其二，不得损害他人利益与社会公共利益。对此，密尔在他的名作《论自由》中做了充分的阐述。^③ 此种限制的私法表达就是侵权法规和公序良俗原则。一般情况下，射幸合同的订立不会侵害或妨碍他人的自由，也不会直接损害他人的利益，但是，有些射幸合同可能会间接损害他人的利益或者可能损害社会公共利益。需要说明的是，第二个理由虽然没有争议，但仍不能视为充足理由，因为如果损害十分轻微，就不应该限制自由。所以理由充足与否还应该视具体情境具体分析。

在现实生活中，人们还有可能根据以下理由限制自由：其一，为防止自我损害（合法的家长主义）；其二，为防止或惩罚罪恶，即“对道德本身的实施”（合法的道德主义）；其三，为使自我受益（极端的家长式统治）；其四，为使他人受益（福利原则）。^④ 无疑，这些理由的重要性与必要性依次递减，因而不能得到所有人的赞同，有一些甚至争论相当激烈。幸运的是，射幸合同仅仅与合法的家长主义有关，因而本文不必评述后面的三个理由。我们的民法并没有将合法的家长主义确立为一项法律原则，因此要以家长主义理由限制射幸行为，需要具体的法律规范。

三、射幸合同合法性的考量 因素之二：柔性家长主义及其限度

防止个人自我损害，我们称之为柔性家长主义。对具体的个人而言，自由与心智健全既互相证成、又互相依赖。没有一个父母，会听任幼儿去实施自己的奇思异想；这种管束，不会引起任何人的非议。推而广之，且不说生理成熟与心智成熟并不完全同步，即使是一个心智成熟的成年人，也有可能在某些事情上或某些情境中作出不理智的选择，当这种选择可能对自己造成某种伤害时，就为国家或法律扮演善良家父的角色提供了机会。这里面的哲学逻辑是一个修正了的“自由”观念，即自由不仅仅意味着外在强制的排除，而且意味着自我决定的能力。当国家认为个人欠缺此种自我决断力的时候，为了维护自由的纯洁性，不承认其拥有“真正”自由，从而要限制其“表面”上的自由，代其决断。这里面的法理逻辑是一种对法律的自信，即相信法律体现了众人的智慧，其中的理性不仅排除了非理性，而且比单个人更有理性，比单个人更能准确判断其个人利益之所在并预测其损害的发生。

然而，这之中的理论逻辑并非无懈可击：其一，如果国家或法律总是扮演监护人的角色，就会在国家和个人之间形成某种不正常的依赖关系，从而影响个人心智的发展，最终损害个人的独立性和自由。其二，正常的自由竞争不一定总是出现双赢的局面，相反，经常会有人因为经验不足、判断失误而遭受损害。换言之，每一个人的决断能力几乎都有缺陷，如果国家都要干预，国家的

① [德] 康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第42页。

② 参见 [美] 罗尔斯《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，第56页（译文经笔者重译）。

③ 参见 [英] 密尔《论自由》，程崇华译，商务印书馆1959年版。

④ [美] 范伯格：《自由、权利和社会正义——现代社会哲学》，王守昌、戴桐译，贵州人民出版社1998年版，第46页。

手无疑伸得太长了。其三，非理性并不等于有害性。情感本身可以构成一种个人利益。其四，关于个人利益及可能发生的损害，国家的判断有时并不比个人更准确。因为：法律的抽象性注定了要忽略具体的生活情境，从而立法者也有可能忽略本应关注的一些利益；而且，对于个人利益而言，较之直接掌握相关信息的个人，国家的信息搜集成本也过于高昂。其五，过度的国家干预将产生暴政；国家干预权的执掌者也有可能滥用权力。因此，即使是柔性家长主义，也要注意不要超过一定的限度。

射幸合同是一种自甘冒险的行为，属于典型的风险行为。然而，几乎人类的一切行为都带有一定程度的危险性，如果仅仅以危险性的存在而限制其行为显然不可取，因为许多情况下，风险与收益成正比。射幸合同毕竟不同于那些直接伤害自身的行为，对于后者，家长主义毫无疑问具有充分的合理性；而对于射幸合同，家长主义要慎重行事。这里的关键，是要区分合理的风险与不合理的风险。在考察风险的合理性时，应当考虑以下因素：其一，射幸合同履行后果造成自身损害的可能性程度；其二，可能造成的损害的严重性程度；其三，射幸合同可能带来的风险利益有多大，其重要性程度如何；其四，风险和收益之间的关联度有多大，即冒险在多大比率上可以带来收益；其五，冒险的必要性，即对于同样的收益，有没有可供选择的、风险较小的其他方案。值得注意的是，这里收益的大小和重要性程度都具有极强的主观性，局外人很难加以判断。^①

四、射幸合同合法性的考量因素之三：习俗与习惯法

习俗即习惯风俗。它是“许多个人习惯的相似点”，“习俗作为一种自发社会秩序，一旦生成，它就能作为人们社会活动与事务中的一种常规性，固化习俗本身所覆盖的团体、社群或社会中成员的现象型行为，从而它本身也就作为一种事态，一种情形像一种社会规则那样对成员的各自行为有自我强制性的规约”。^②

米尔恩认为习俗既是描述性的，又是规定性的。^③ 习俗虽然没有法律的强制力那么强，但仍具有软约束作用。个人要想打破习俗需要付出一定的、有时甚至是高昂的代价。习惯法即社会上惯行成习、且人们奉之为法的惯例。

习俗、习惯法与国家法之间，既有可能相互补充、相辅相成，又有可能互相冲突。当相互冲突时，国家法并不一定稳居上风，因为正如前文所述，法律还须接受合法性的评判。当通行全国的习俗与习惯法，都与国家法不一致之时，极有可能是国家法面临合法性危机。此时，即便习俗与习惯法的内容并非良风美俗，国家法也可能过于超前了，或者可能超出了国家法能动作用的范围。我们认为，实定法虽然在一定程度上可以发挥移风易俗的作用，但此种作用在大多数情况下十分微小。一方面，风俗的形成，虽有偶然性因素，但也具有一定的必然性；另一方面，风俗的改变，有其自身的规律或轨迹，有时候捉摸不定，非人力所能控制，至少，引导的效果比围追堵截或打压的效果要好。同时，国家法如果不能迅速改变此种习俗与习惯法，受损害的是国家法自身的权威。

在射幸合同中，的确存在一些习俗或习惯法，算不上善良风俗，国家法要如何对待，应十分慎重。我们认为，国家法对于不违反善良风俗的射幸合同，仍应肯定其合法性，对于轻微违反善良风俗的射幸合同，国家法虽不鼓励，但也没有必要径行禁止，只有严重违反善良风俗的合同，才有必要明文规定予以禁止。

五、射幸合同合法性的抽象标准与具体射幸合同的合法性探究

（一）判定射幸合同合法性的抽象标准

根据上文的分析，我们可以为射幸合同的

^① 这五大因素参考 Henry T. Terry 的《过失》，《哈佛法律评论》第 29 期，第 40~50 页及其后诸页。转引自前引范伯格书，第 66 页。

^② 韦森：《社会秩序的经济分析导论》，三联书店 2001 年版，第 165、181 页。

^③ 参见 [英] 米尔恩《人的权利与人的多样性》，夏勇、张志铭译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 134 页。

合法性判断确立一个抽象的标准：只有当某一射幸合同严重违反公序良俗原则，从而严重损害他人利益或社会公共利益，或者所冒风险与可能收益之间极不相称、从而严重损害当事人一方的利益时，法律才有必要确定其为违法行为。某种习俗或习惯法的存在可以推定其社会危害性较轻。

一般而言，射幸合同存在以下风险：其一，射幸风险。即当事人一方所期待发生的偶然事件没有发生。在许多射幸合同中，当事人作为权利实现前提的事件都是小概率事件，不容易发生，从而权利无从实现，但当事人一方可能已经或将要为之付出代价。其二，合同法律风险。射幸合同存在某些远多于实定合同的固有风险。如：受损一方当事人以戏谑为由主张射幸合同无效；当事人否认合同的存在、拒绝履行；获益方由于缺乏法律依据、举证困难等原因，权利较难得到维护等。这些天然劣势在射幸合同达成那一刻起即存在，阻碍着射幸合同目的的正常实现。其三，陷溺风险。即有些射幸行为的初始设计，会刺激人的投机侥幸心理和“赌博”欲望。许多人嗜赌成瘾，沉溺其中，无法自拔：有人为中大奖而疯狂购买彩票，败尽家财，从而间接损害家庭其他成员的利益；更有个别贪官污吏嗜赌成瘾，为筹资买码，不惜贪污受贿、挪用公款，最终使自己身陷囹圄。^①

射幸合同可能在以下方面违背公序良俗原则：其一，使个人滋生侥幸心理，养成好逸恶劳恶习，进而败坏社会风气。个别人一夜暴富，经过相关行业经营者有意的大肆宣扬和媒体无意的推波助澜，诱使一些年轻人和意志薄弱的人不思进取、不愿奋斗，幻想依靠投机取巧致富。其二，进一步，经济活动中如果冒险投机行为过分泛滥，可能会损害正常合理的竞争秩序、危害经济安全，从而损害社会公共利益。其三，签订及履行射幸合同的过程中，容易派生其他违法犯罪行为。如彩票摇奖机构工作人员为获得奖金而舞弊，商场职员在有奖促销活动中弄虚作假而侵吞奖金，足球从业人员参与赌球而操纵

比赛、非法牟利，投保人为了骗取保险金而伪造损失、虚假报损。

如果射幸合同在一定程度上可以增进社会公共利益，那么在判断合法性之前，应实行损益相抵。

（二）不同类型射幸合同的合法性判断及法律效果

射幸合同种类繁多。不同的射幸合同，合法性判断应不相同。

《德国民法典》曾规定了赌博与打赌，摸彩合同和抽奖合同，但未明确界定其概念。德国学者认为：打赌系指为着重强调某一项判断而有所投入，而赌博更多涉及的是娱乐，特别还可以以测量体力和灵巧性的方式进行。^②我们认为，为更好判断射幸合同的合法性问题，可以做如下分类：

1. 根据合同作用于风险的目的分为对抗风险型射幸合同与顺应（滋生）风险型射幸合同。

如保险合同、期货合同及某些金融衍生工具合同就是为对抗或分散风险而存在的。当然，如果不妥善控制，对抗风险的结果也有可能放大风险。而其他合同多为顺应（滋生）风险合同。

2. 根据合同作用于主体的目的分为激励型射幸合同和非激励型射幸合同。

激励型射幸合同更接近于实定合同中的买卖，双方在一定程度上存在双赢的可能性，合同的设立目的也是约束并激励一方当事人实现另一方当事人所期待的偶然性事件发生之缔约目的。典型的激励型射幸合同有：按业绩提成的劳务合同、律师风险代理合同、估值调整协议等。

非激励型射幸合同往往不存在这种双赢性特征，双方当事人缔约时所期待发生的偶然性事件是截然对立的。典型的非激励型射幸合同有：彩票合同、打赌合同、终身年金合同等。

^① 此类案例不胜枚举。参见颜玉强等《中国向赌博说不》，中国青年出版社2005年版，第62~86页。

^② [德]梅迪库斯，《德国债法分论》，杜景林等译，法律出版社2007年版，第408页。

3. 根据合同性质不同分为经营性射幸合同和非经营性射幸合同。

经营性射幸合同的一方主体以从事该种经营行为为业并将其作为营利的一种手段，这种经营具有暴利性、日常性、群体性特征，这种合同往往为附合性合同，法律对其规定较完善，典型如保险合同、彩票合同、赌场赌博合同等。而非经营性射幸合同则具有非经常性、非群体性、目标多样性等特征，典型的如打赌合同、终身年金合同、一般赌博合同等。

我们认为，根据这些分类，结合上述标准，可以初步作出如下合法性判断，并赋予其不同的法律效果：

1. 原则上，对抗风险型射幸合同与激励型射幸合同应受法律保护。法律无规定的，可参照适用类似的典型合同的相关规定。但其中经营性的合同，应依法取得特许经营执照；未取得经营资格的，不受法律保护，合同无效。

2. 原则上，经营性的顺应（滋生）风险型射幸合同与非激励型射幸合同，不受法律保护，合同无效；但法律特许经营（如博彩）的除外。

3. 其他非经营性的射幸合同，如为习俗或习惯法所认可，或者未严重损害当事人自身利益、他人利益及社会公共利益的，国家不予干预也不予保护，所生债务属自然债务；除此之外，合同无效。

违法的射幸合同，情节严重的，还可以定罪科刑。

六、结语

近年来，经济发展使射幸合同新类型涌现的速度越来越快，这给立法带来很大挑战。如果法律对每种类型的射幸合同都通过单独立法的方式进行规制会非常繁琐，且法之滞后性会带来单行法颁布前无法可依的问题。因此，在我国未来民法典的合同编中对射幸合同进行统一规定十分必要。

对不同类型的射幸合同应当区分对待：应当鼓励者，可立法明确保护；不应鼓励但不至危害社会者，可以立法明确不予保护，但允许产生自然债务；危及社会稳定、扰乱社会秩序者，当明令禁止。通过一定标准划定其合法与非法的界限，表明法律的态度，有助于司法实践中更好地处理射幸合同合法性难题，更好地约束不当行为，鼓励有益于社会经济发展繁荣的射幸契约的缔结。

本文作者：陈传法是北京化工大学文法学院副教授，中南财经政法大学博士研究生；冯晓光是北京化工大学文法学院硕士研究生

责任编辑：赵俊

Study on Legality of Aleatory Contract

Chen Chuanfa Feng Xiaoguang

Abstract: The restraint of contract freedom needs good reasons as it is the core value of contract law. As to aleatory contract, the main reason to limit the freedom is that aleatory contract can not damage the interests of others or public interests, or even the interests of the party seriously. This not only is the requirement of limited paternalism, but also is essential to respect the customary law. Specifically, the anti-risk aleatory contract and inspirational aleatory contract should be protected; the aleatory contract for profit should be controlled strictly, the franchising system should be introduced; and other types of aleatory contract should be treated differently based on the customs and customary law.

Key words: aleatory contract; legality; freedom; legal paternalism; customary law