

Anglo-American Law of Contracts

英美契约法论

(第三版)

杨 桢 著

(作者简介：台湾东吴大学法学学士、澳洲国立蒙纳西大学法学硕士、澳洲庞德大学法学博士、美国哈佛大学法学院访问学者。现任台湾东吴大学法学院专任教授兼院长、北京大学法学院兼任教授)

北京大学出版社
北 京

图书在版编目(CIP)数据

英美契约法论/杨桢著. —3 版. —北京:北京大学出版社,2003.2

(21 世纪法学系列教材. 民商法系列)

ISBN 7-301-06166-8

I. 英… II. 杨… III. ①契约法-英国-高等学校-教材 ②契约法-美国-高等学校-教材 IV. ①D956.13 ②D971.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 009737 号

著作权合同登记: 图字 01-97-0491 号

书 名: 英美契约法论(第三版)

著作责任者: 杨 桢 著

责任编辑: 冯益娜 李昭时

标准书号: ISBN 7-301-06166-8/D·0717

出版者: 北京大学出版社

地址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排版者: 高新特激光照排中心

印刷者:

发行者: 北京大学出版社

经销者: 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 26.125 印张 500 千字

2003 年 2 月第 3 版 2003 年 2 月第 1 次印刷

定 价: 33.00 元

“A man has but one youth, and considering the consequences of employing that well, he has reason to think himself very rich, for that gone, all the wealth in the world will not purchase another.”

Sir R. North, *On the Study of the Laws*.

出版说明

英美法系又称普通法系,与大陆法系并列为西方两大法系。契约法是英美法系中最富特色的精髓部分之一。在我们的法学教育与研究中,尤其是改革开放的今日,深入了解英美契约法的重要意义是不言而喻的。

台湾东吴大学法学院教授、澳大利亚墨尔本大学亚洲法学研究中心客座研究员杨桢先生的《英美契约法论》,是作者数十年潜心研究的结晶。这部著作论述详尽,见解精辟,材料丰富,1995年在台湾面世后即受到学术界的好评和读者们的欢迎。承杨桢教授授权,北京大学出版社欣然推出这一力作的简体字本,在祖国大陆地区发行,以飨读者。对于杨桢教授的盛情,我们表示衷心的感谢。

由于海峡两岸的具体情况不尽相同,为方便祖国大陆读者,我们在排版时对原书的某些文字形式作了少量技术性处理。至于原书内容,我们遵从著者的意愿,未作任何改动。需要特别说明的是:书中有些地方提及“司法院”、“国家长期发展科学委员会”等,系指我国台湾地区之机构,为保持行文顺畅,我们未在它们出现时一一加注,而在这里一并申明,敬请读者注意。

北京大学出版社

1997年5月

内 容 简 介

英美国家法学基础教育中,英美契约法(Contracts)及侵权行为法(Torts)为二基本科目,凡修习法律学之学子,所必修习之。本书即对英美契约法之起源、发展以及今日吾人所见英美契约法之态样及日后之去向,均作有系统之介绍。特别是英美契约法中之“约因”(Consideration)为英美契约法之重点及特色,乃大陆法中无之,本书对其起源及十九世纪发展出之禁反言(Estoppel)理论及其最新判例,均有详细之介绍及讨论。第三版中特别以电子商务与契约法设立专章讨论。英美契约法中之其他主要内容如要约与承诺,防止诈欺条例,意思表示瑕疵如错误、虚伪意思表示、强暴胁迫及不当影响,口头证据法则,当事人行为能力,契约内容之解释,不法约定及契约违约之救济等均列有专章介绍,讨论时并附有最新判例详细论述。附录中特增列原文式样英美一般通用之契约样本。

王泽鉴教授序

杨桢教授 30 年前与吕晓光老师合著英美法契约概论,是当时法学界的一件盛事。本书增订新版对我们的比较法教学研究必将有卓著的贡献。杨教授留学澳洲 Monash 大学,多年来任教东吴大学法学院,兼任澳洲墨尔本大学亚洲法学中心客座研究员,融会贯通理论与实务。为本书的出版,杨教授曾专程赴美国哈佛大学从事研究,使资料更为完备,内容更见充实,理论更臻精微。多年前,余初读本书,甚受启迪,今日重温,获益尤多。读其书,知其人,深为敬佩。

英美法(Common Law)是与大陆法(Civil Law)并立的主要法系。英美法的精髓在于契约法和侵权行为法。英美契约法历经数百年的变迁,发展出许多重要的原理原则。本书阐释英美契约法的理念,分析基本概念,建立理论体系,对 Consideration 与 Estoppel 的论述,特为深入,有其独特见解,奠定了我们对英美法研究的基础。

台湾现行法制继受欧陆法律,近年来则渐受英美法的影响。在立法方面,如动产担保交易法、公平交易法及消费者保护法(尤其是商品责任)采取美国立法例。在金融、保险、证券交易等方面引进美国的实务。在契约方面,Leasing 及 Franchising 已成为国民经济生活的部分。英美法的研究,有助于了解一个伟大法系的成长、发展和各种制度的作用,在立法和实务上颇具实益。杨教授的巨著为我们的法学开拓了新的领域,启发吾人努力的方向。英美契约法论的新版刊行,确有深远的意义。

王 泽 鉴
1995 年 5 月

自序

岁月匆匆，前与吕师晓光先生合著之《英美契约法概论》一书已三十年矣，此后，英美契约法方面不断有新理论、新案例相继问世，当年所撰者，已不敷时代之要求。吕师在生前与章校长孝慈先生曾多次提及，将前书能再增补修正，无奈作者寄身商旅，琐事羁身，实心余而力拙。

多年来，虽杂务冗琐，但秉教学相长之意，仍坚持在母校担任法律系授课工作，未敢懈怠，虽不敢说略有心得，仅希望在教学工作上留一雪泥鸿爪，乃重新考虑吕老师及诸先进前辈们之建议，可痛吕师已故，乃独立将多年教学资料，重新撰写成章，保留对英美契约法研究的精神，撷取最新资料及判例，汇集成册，名为“英美契约法论”。冀对多年教学工作留一纪念，并请研究英美契约法之各方同好指教与批评。

着手为文期间，因工作关系，家庭因素，时写时停，使成书时间愈益延后，甚感惭愧。去岁得一机缘，赴美国哈佛大学法学院为访问学者，在美进修期间，摒除杂务，不问世事，将初稿在哈佛图书馆内，重加定夺，利用其馆内丰富之藏书，珍贵之资料，增修部分内容，使书稿初成。返国后，原拟早日付印，但一再重复订正，发现仍有误谬，重加考证，多方润饰，希望能将误谬减至最低，期不负各先进，好友们之鼓励。

本书共有十三章，约三十余万字，英美契约法中之重要部分，均包括在内，如要约与承诺、约因、防止诈欺条例、意思表示瑕疵中之错误、虚伪意思表示、强暴胁迫及不当影响、口头证据法则、当事人行为能力、契约内容之解释、不法约定及契约违约之救济等等。尤值一提者，乃“约因”(Consideration)为英美契约法之重点及特色，大陆法中无之，故文中对其起源及19世纪发展出之禁反言(Estoppel)理论及其最新判例，均详加介绍及讨论。英美契约法之形成及其形成之历史过程，亦在书中予以专章讨论。本书中之若干专题论著，曾先后于《中兴法学》发表，亦重新整理并入本书，以收统一之效。书后并附有英中法律名词对照表，仅供读者查阅参考。本书并经东吴大学法学院法律系同意列为法学丛书出版，并编为第一号，至感荣幸，实为抛砖引玉之意也。

撰写期间因材料繁复，取舍难定，颇费周章，若非多人之协助与鼓励不能完成此书。如有任何参考实用价值，实为诸位好友及先进前辈们之鼓励及提供宝贵意见并鞭策协助之结果，特此向所有协助鼓励我的同学、好友、家人致谢。本书并承王泽鉴教授厚爱，于百忙之中特予赐序，深致感谢。家兄杨栋先生之鼓励支持，内人张铁梅女士负责一切校对工作及小儿杨自然从旁提供意见及催促，亦

一并表示谢意。

学海无涯，若取材有未尽周详或挂漏之处，敬请海内外高明谅解并赐予指正，则甚幸焉。

杨 桢

1995 年 5 月于台北

王铁崖教授序

台湾东吴大学杨桢教授的《英美契约法论》在北京出版,对于中国大陆法学界,是一件可喜的事情。

杨桢教授是一位法学家,对于普通法有很深的造诣。他早年在澳大利亚蒙纳西大学法学院深造。其后多年执教于东吴大学法学院,教授普通法课程,期间还曾到美国哈佛大学法学院从事研究。《英美契约法论》是他十几年来教学和研究的成果。本书从理论上深入分析了普通法的核心部分——契约法,并且引证许多案例,使全书内容丰富、充实。

东吴大学法学院素以教授普通法而闻名于国内外。现在,在台北的东吴大学法学院坚持这一传统,使普通法教学得以延续下去。杨桢教授这本书被列为《东吴大学法学丛书》第一号,足见东吴大学法学院对普通法的重视。

普通法起源于英国,后扩展至美国、加拿大、澳大利亚、新西兰及原英联邦成员的其他国家,是当今世界主要法系之一。中华法系作为世界主要法系之一,与普通法系不同,但二者无论在立法或在司法方面均可相互借鉴。这一点对于1997年7月1日香港回归祖国以后的中国法制建设与发展具有特别的现实意义。香港现行的基本法律制度是普通法。一国之内有两个不同的法律制度,如何处理两种法律制度之间的关系,解决因法律制度不同而产生的问题是一个新的课题。因此,加强对普通法的研究和认识,对于中国大陆法学界来说,是很必要的。

近年来,我曾两度访问台湾,参加会议和讲学,因而有机会与杨桢教授相识,十分钦佩他在普通法方面的学识。在我的建议下,北京大学法律系主任吴志攀教授正式邀请杨桢教授来校开设英美契约法一课,并商请北京大学出版社将《英美契约法论》一书在北京出版,作为该课的主要教材。该课深得听课学生们的热情赞赏。听课的学生既有本科生,又有研究生,既有法律系的学生,又有外系的学生,人数之多,出乎意料。此举为北京大学法律系今后正式开设普通法课程作了有益的尝试。

两岸法学界应该加强交流。东吴大学前校长章孝慈教授曾为此做了很多工作,尽了巨大的努力。近年来,这种交流还在进行中。像杨桢教授这样在北京大学法律系正式开课,并将其著作作为教材在北京出版还是第一次,堪称两岸法学界交流的硕果。对于杨桢教授所作的贡献,我表示钦佩和衷心感谢。

王铁崖

1997年4月28日
于北大中关村寓所

吴志攀教授序

杨桢教授的《英美契约法论》简体字版本，是他在今年春天来北京大学法律学系讲学的教材，现由北京大学出版社出版。回忆杨桢教授在北大法律学系为学生讲课，每堂课都爆满。学生们非常喜欢听他的课。学生们同我讲，杨老师的课方法新，内容丰富。为什么杨教授的课这样受学生的喜爱？据我的了解，他对英美契约法的内容研究相当精深，语言表达透彻明了，活泼幽默，更重要的是他在讲课时对教学倾注了全部心血，向学生们传达的不仅仅是知识，还有他对学生们的热爱。

为了讲好这门课，杨桢教授特别与北大出版社商议，将他在台湾出版的《英美契约法论》由北大出版社出版简体字版，并同意用普通纸印刷，以便降低成本，适合于大学生们购买。对于北大法律学系的同学他更是无偿赠书。

《英美契约法论》简体字版的出版是一件方便千万青年读者的好事。我这样说有以下四个理由：

第一，从英文到中文准确的转达。英美契约法是普通法体系中的一个重要基础。要了解普通法必须懂得契约法。但是，普通法是用英文来表达的，用中文准确地表达非常不容易。杨桢教授是一位精通英文的法学教授，加上他的中文好，所以，他用法律专业的中文表达是最好不过了。

第二，将普通法系的概念与大陆法系概念的沟通。从普通法的英文翻译到中文，不可避免地要借用一些大陆法系的相同的中文概念。否则，熟悉大陆法系而不熟悉普通法的读者就可能遇到麻烦。这本书很好地解决了这种麻烦。

第三，从繁体字到简体字中文的表达。今天许多年轻的读者对繁体字竖排版有阅读困难，例如阅读的速度不快。全世界读简体字横版的读者占人口比例最多，能考虑到最多读者的阅读方便，真要感谢杨教授的一片苦心。

第四，知识传输从高成本转变为低成本。英文原版书价格昂贵，香港和台湾的书价也不便宜。对于大陆青年学生来说直接阅读英文原文或港台版的书成本太高。在大陆出版简体字版就将知识传输成本大大降低，可以让最广大的读者了解这种知识。如果是宝贵的知识，就会让全人类共同分享。我已经预见到这本书将会成为畅销的教科书，会为非常广大的读者群分享。

杨桢老师虽为资深教授，但从跟他的接触中，我深深感到他为人谦和，语言质朴，工作忘我，对学生认真。这些特点在他的书中都可以感觉到，真是文如其人。

杨桢老师讲完课就回东吴大学去了，学生们很想念他，我更是想念他。幸好

他的书留在了北大。在读他的书时,从中依然可以听到他讲课的声音,看到他的笑貌。我在心里说一句:谢谢您,杨桢教授。希望您再来北大。

北京大学法律学系
吴志攀 谨识
1997年4月28日
于北大中关园

简体字版自序

去岁，享誉国际的国际法权威王铁崖教授，莅临台北东吴大学讲学，能有机会拜见仰慕已久之法学大师，于聆听王教授教学时，获益良多。当时王教授知我所学在英美普通法方面，乃建议我有机会到北大讲授一点这方面的课程。我虽深感所学有限，但亦极希望有机会能到北大学习，就教于各位先进，并将自己一点浅见介绍给北大的同学。

去年十月到京拜访王铁崖教授，得识北大法律系系主任吴志攀教授及饶戈平教授、李兆杰教授，相谈甚欢。由于王铁崖教授的建议，北大法律系吴志攀教授正式邀请我到北大开一门英美契约法的课，并将在台湾出版的《英美契约法论》一书，由北大出版社以简体字版在大陆地区发行。

今年四月，乃摒挡一切在台湾的工作，到北大法律系担任教学工作。期间得到王铁崖教授的指导，王师母的亲切照顾，吴志攀教授及法律系诸位教授及先生们的全力支持和安排，使教学工作进行得颇为顺利。能有这个机会到北大来是我的荣幸，也特别珍惜，每次上课时于事前必认真准备，课中必尽心传授，以期不辜负王老前辈、各位教授们对我的厚爱及同学们的期望，所幸尚能不辱使命。

与此同时，北大出版社的排版工作也在积极进行，以便尽快出版。如果这本小书的发行对大陆地区有兴趣于研究此方面的年轻学生有若干助益于万一，完全要感谢王铁崖教授的鼓励，吴志攀教授的支持出版，饶戈平、李兆杰二位教授的推动。付印期间在赵亨利总编辑的精心指导，李昭时主任的悉心编审，冯益娜女士的细心作业下，才能使本书以最好的面目与大陆地区的读者见面。本书的出版得到前辈王铁崖教授与吴志攀教授于百忙之中赐序而益增光彩，特致万分感谢。

借此机会我要感谢家兄香港扬子公司集团总裁杨栋先生自我幼时给我的支持提携及对我在学术界发展的容忍。本书今年五月份与各位读者见面时，小儿杨自然亦同时毕业于法律系，特志以为纪念。当然也要感谢内子张铁梅女士再一次的辛勤检校。

深望这次的发行能将书中错失减至最少，但仍然难免有误。挂漏之处，敬请各界高明谅解，并予指正，则幸甚焉。

杨 楨

1997. 4. 25

于北大燕园

修 订 版 序

1997年4月,我到北京大学法律系讲授英美契约法课程,在这段期间认识了多位可敬的师长和可爱的同学们,是我人生中一段美好的回忆。同年,在台湾出版的《英美契约法论》一书,蒙北大出版社的青睐,以简体字版在中国大陆地区发行,得到许多同好、前辈的喜爱,共发行一万册,如今即将售罄,准备再版发行。

由于英美契约法中案例及资料日新月异,乃借此机会将最新资料列入,并将于初版时误漏、劣谬之处得以修订;内容不足者,重新撰写,期以更新颖、完整之资料敬致爱好本书的读者。

电子传讯已为国际传讯的最新走向,电子邮件等将是未来最通用的商业交易使用方式。如何才能制定一最佳传讯契约形式,在第二章“要约与承诺”中特别提出初步介绍及讨论。第十一章“不法约定”,出版时流于疏陋,于再版时重加改写,并增添完整资料。此外,英美契约法除了重视理论之阐述外,在实务上之运作亦极为重要,特于附录中增列原文式样之英美一般通用契约样本,以供读者参考。

教学相长是我一向追求的理想,于从商多年后,能回大学担任专职教授的工作是一全新的尝试,这些年来孜孜不倦于公暇赴澳大利亚继续深造,并于1998年初取得澳洲庞德大学(Bond University)的法学博士(Ph. D)学位,是我生命中可兹纪念的事,于此书修订再版之时,也算给自己一个勉励及交待。此书的修订再版,希望能将误谬减到最低,但仍有漏劣之处,敬请读者们指正并谅解。

杨 楨

1999年10月于北大燕园

第三版序

《英美契约法》简体字版,在大陆地区发行销售已五年有余,并得到许多同好及学者的认同和回响,衷心甚喜。2000年时的修订版仍在持续稳定销售中,现即将售罄。由于现在全球网际网络蓬勃发展,有关电子商务契约案例有逐年增加之势,特于修订第三版时,增加一全新章节,将之加以说明、撰述,其中引进2000年最新判例以期与爱好英美契约法的读者共同研究、切磋。

回想此书能在北大出版社印行,深感人与人间奇妙的因缘,1996年有缘得识已故著名法学大家王铁崖教授,初见如故,相谈甚洽,得王老先生厚爱将拙作介绍给时任北大法律系系主任吴志攀教授,并安排本人到北大法律系讲课,以密集教学方式教授《英美契约法》,得识许多优秀的北大法律人,至今仍有同学保持联络。由于吴教授的抬爱,将拙作推介给北大出版社并予赐序,能有机缘在大陆地区以简体字版发行,与大陆地区对英美契约法有兴趣的学人、读者结缘见面。

2000年修订版出版后,蒙吴志攀教授于法学院院长工作公务繁忙之际,真诚为拙作撰写书评,并于2002年3月5日刊登于法制日报,对拙作多所鼓励及提出精辟的建议。如今此书第三版中容纳了吴教授书评中部分指教,冀使本书的内容能更完整,特再次向吴教授致深挚的谢意。

本书的第三版,也要感谢北大出版社的执事先生、女士再次地全力支持,尽心安排,配合拙作繁体字版在台北同步发行,使之能以全新的面貌与大陆地区的同好及读者见面,也是我从事教育工作历程中一个美好与长新的记忆。

杨 楨

2003年2月于北京家园

第一章 概 论

第一节 契约之意义

英美法所谓之契约因各家观点不同,而有不同之定义。通常最常被引用者,为美国法律整编契约法第二次汇编之定义:“契约乃为一个允诺或一组之允诺。违反此一允诺时,法律给与救济;或其对允诺之履行,法律在某些情况下视之为一项义务。”^①但一般所指者,乃两个以上当事人间具有法律约束力之协议(binding agreement),或由一个以上当事人所为一组具有法律拘束力之允诺。^②允诺者,乃一方当事人对于他方当事人负担行为或不行为义务之表示也。负担此义务者为“允诺人”(promisor),享有此权利者,为“受领允诺人”(promisee)。例如甲对乙说:“你愿意不愿意以 10 万元购买 1994 年出厂之福特千里马汽车?”乙回答说:“我愿意。”甲之要约经乙承诺后,即成为协议。甲为允诺人,乙为受领允诺人。在这种情况下,法律通常承认这种双方间之协议,必要时还可予以强制执行之效力。

美国契约法学者,在讨论契约之意义时,强调契约中双方当事人必须有交换(exchange)之事实,例如要约人为一允诺(promise)时,受要约人或受领允诺人必须另以允诺或其他行为为回报,方可构成一有效之协议(agreement)或约定。因此,法院之法官必须察看双方当事人间之约定有无诺言或其他事项,如履行某行为之交换,倘在约定中无法找出双方当事人约定中曾有允诺之交换时,法院即不会给予双方当事人间此一约定之执行效力。^③

早期之契约极为简单,以物易物(barter)时期,双方互以物品交换为交易,如甲以苹果换乙之水梨,丙以 10 只羊换丁之 1 头牛等,均为当时现场为之。稍后,以现金当场交易,互取所需亦极为方便、简单。因社会不停进步,原始之交易

① 其英文原文为: A contract is a promise, or set of promises, for breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty. Restatement, Second, Contracts, Section 1. 此定义中 promise 一词,美国法律整编契约法中之中文翻译为意思表示,有学者使用诺言或允诺,但 promise 一字在不同情况下有多种含义,作者在本书中以允诺称之。请见司法院、政大法律研究所合译之美国法律整编契约法(1988) at 12;何孝元,中国债法与英美契约法之比较,国家长期发展科学委员会丛书(1965) at 13~14.

② A contract is a legally binding agreement between two or more parties or a set of legal binding promises made by one party or more. See G. C. Lindsay, Contract, (3rd ed. 1992) at 6~7.

③ E. Allan Farnsworth, Contracts, (2nd ed. 1990) at 4.

形态已无法满足社会之需要及前进脚步。就整个社会之前景而言,契约法之功能(function of the law of contracts),显然在推动社会全面经济活动使有良性之发展,鼓励并引导人们从事此种有建设性之交易。就各个人自身之观点及前景方面,狭义而言,契约之功能在协助个人于规划未来事业或商业事务时,以保护其预期利益(protecting their expectations)。然而不论从何种观点而言,契约乃为提供一普遍性之基础,以有效执当事人间之允诺(enforcement of promises)不可或缺之要件,其中包括双方当事人间纯粹待履行允诺之交换(purely executory exchanges of promises)在内。此种契约法在普遍性基础上之发展,与市场经济比较利益上之发展(development of competitive markets)以及劳动力专业化(specialization of labor)间之发展,乃是相辅相成共同发生而益形壮大。例如在 1973 年美国有名之棉花诉讼案,即为待履行允诺(executory exchanges of promises)之代表。该案乃 1973 年年初,美国棉农于棉花下种后,将该批生长中之棉花,整批预售(forward)给期货商,当时市场价约每磅 30 美分,不分品质整批交易。该棉农将此预售契约拿到银行贷款,以资助生产中之棉花。当棉花到达收成期时,由于该年中美国国内雨水太多,中国内地大量采购及美元贬值等因素,致该批待收棉花突然暴涨至每磅 80 美分。于是当地农民群起违约,拒绝交付其预售棉花契约,而发生一连串诉讼案。^① 诉讼结果,所有棉农之此项诉讼案均被法院判决败诉,换言之,不论棉花价格涨跌,农民必须依约交付棉花。虽然此一预售棉花之契约为待履行之契约,即农民未交付棉花,而买者亦未支付棉价,双方当事人均未实施契约之履行。但法院判决双方当事人间有契约存在,其中一法院判决时指出:“此类案件最重要之争论,为当事人间到底有无一项有执行行之允诺,出售及允诺购买之约定? 审查结果,我们认为有的。”^② 故判决棉农之拒交为无理由,而判决其败诉。

现再以一简单例子说明待履行交换允诺(example of executory exchange of promises)之情况。甲为卖主,允诺 6 个月后,交运苹果 10 箱予买主乙。而乙亦答应于甲交付苹果时,支付价金 1 万元予甲。倘甲于 6 个月后无法交付苹果时,乙必须市场上另购 10 箱苹果以为替代品。倘乙届时购买之苹果价钱仍为 1 万元时,则买主乙在此情况下惟一之损失乃为安排替代苹果时之不方便而已。而乙对此未交运约定在经济上之重要性并不显著。倘甲、乙间在交付苹果时,苹果涨价,例如涨至 11,000 元,则乙在此时所购买之替代原约定交付之苹果为 11,000 元 10 箱。在此约定下,乙之损失为 1,000 元,而其经济重要性最起码为此一数额,即 1,000 元。倘双方正式签订契约,则乙所预期交易者即为此一市场

① Bolin Farms v. American Cotton Shippers Assn., 370 F. Supp. 1353 (W. D. La. 1974).

② J. L. McEntire & Sons v. Hart Cotton Co., 256 Ark. 937; 943, 511 S. W. 2d 179, 183 (1974).

上苹果可能上升时之涨价保障。相对地,甲出售者亦有一商品可能下跌时之预期比较之保护措施。双方当事人均可签订待履行契约而规避未来不可知之涨跌风险,以对商品作最有效及最经济方式之使用,如此可活泼社会整个经济体系。

法院及社会允许当事人间签订待履行约定之有效存在,乃为社会进步之所需,人们对未来较复杂事项,可作预先规划及掌握。例如在从事商业活动时,人们可以规划未来三年或五年所需之物品,按期或按时商定价格,以保障工厂生产进度不致中断,或价格不致发生巨幅之波动而影响生产秩序。承认这种新方式经济活动,即今日吾人所常见之投机性买卖(speculation)约定。换言之,原工厂生产者是为维持工厂生产计划或秩序,而预先签订未来交付原料商品之契约,同样可被用来在市场上,对未来商品走向趋势作赌博性之投机式买卖。^① 待履行约定之获得承认,及契约法在此方面之发展,对整个社会经济活动及繁荣有重大之贡献。

英美契约法巨擘 Corbin 氏,执教于美国耶鲁大学法学院时,于契约法课程中对于法律之看法,认为法律为不确定(uncertainty)存在之现象。

法律必随当时之社会状况及需要而改变,而他提出之人间现象无常之两种情形为:“天下有二种范围法律不确定,一种是衰败而渐至死亡,另一种是新生及逐渐生长之中。”^② 终其一生,他认为法律不会确定(certainty)不变,必须符合社会之需要及要求而改变方可。Corbin 氏对这些不断发展中,不确定及使契约法学说理论有法律上效力之态度以及对法院判决强力地不断提出评论与分析等之确信(beliefs),为 Corbin 氏在契约法领域中一生之重心所在。

契约之成立,双方间必须有协议(agreement)。协议者,双方当事人意思表示一致之谓也。要约一经承诺,双方间之协议因而成立。但并非所有当事人间之协议,均为具有法律效果之契约。也不是每一个契约均为协议。例如,甲邀请乙参加特别为乙举行之生日会,而乙也欣然接受邀请,但届时乙未出席。在此情况下,甲不能强制乙来参加,也不能要求乙赔偿他为这一生日宴会而花去之金钱。因为法律不认为甲和乙二人所订之家庭间及社交协议(domestic or social agreements),具有意图在法律上产生效力及约束力。^③ 反之,一个无偿之允诺或赠与,倘当事人按符合要求之方式(formalities)作成,亦可如契约一样,即使双

① E. Allan Farnsworth, *Contracts*, (2nd ed. 1990) at 10.

② There will always be two large fields of legal uncertainty; “the field of the obsolete and dying, and the field of the new born and growing”. See Arthur L. Corbin, *The Law and the Judges*, 3 *Yale Rev.* 234, 243 (1914).

③ 在社交协议中,有一推定(presumption),即双方当事人无意建立法律关系。所谓无意建立法律关系,亦即无意订定契约。See *Balfour v. Balfour*, (1919) 2 K. B. 571, C. A. see also J. C. Smith, *The Law of Contract*, (1989) at 101~102.