

现代合同理论的哲学起源

James Gordley

[美] 詹姆斯·戈德雷 著

张家勇 译

The Philosophical Origins
of Modern Contract Doctrine



法学学术经典之民商法译丛

【博古稽今 察鉴域外
砥砺民商学人】



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

现代合同理论的哲学起源

[美] James Gordley
詹姆斯·戈德雷 著

张家勇 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

现代合同理论的哲学起源 / (美)戈德雷(Gordly, J.)著. 张家勇译. —北京:

法律出版社, 2005

(法学学术经典之民商法译丛)

ISBN 7-5036-6027-9

I. 现… II. ①戈…②张… III. 合同法—法哲学—研究 IV. D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第158749号

© 法律出版社·中国

法学学术经典之
民商法译丛

现代合同理论的哲学起源
The Philosophical Origins of
Modern Contract Doctrine

詹姆斯·戈德雷
James Gordly 著
张家勇 译

责任编辑 徐雨衡
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2006年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11 字数 261千

印次 2006年6月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 7-5036-6027-9/D·5744

定价: 26.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

“民商法经典译丛”总序

20世纪80年代以降,法学界译译了诸多国外法学著作。如“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”、“宪政译丛”、“美国法文库”、“德国法学名著译丛”、“比较法学丛书”等,此仅为其葦葦大端而已。其中不凡卷帙繁浩、气象蔚然者。这些译丛大多以法理学、法哲学为主,民商法经典的译丛尚付阙如,似与民商法的法学显学地位颇不相称。近年来民商法学界虽译介了部分经典,但在体系性方面,尚有很大的发展空间。

域外民商法著作所涉制度与规则,大多与历史的和现实的语境唇齿相依。将其转换为汉语,并非易事,或比思想性著作的译译难度更大,尤以民商法律史作品最甚。译者除熟稔专业知识外,尚需掌握作品“字里行间”(利奥·施特劳斯对经典作品的解读意义上的)的背景知识。是故,著译珠联璧合、相互辉映的境界确属吾人尚需努力的目标。本译丛不敢妄称“信、达、雅”。

唯无论直译与意译,均要求中文与所译文字在功能上大致相当,而不致乖僻拗口,行而不远,以促进读者与文本的有效交流。

以下就对本“经典译丛”的选题,胥陈一二。

人类对权威的敬畏之一,即体现为对经典的渴慕。而任何名为“经典”的译丛,首先都面临经典的遴选。汉语文化中,“经”与“典”地位煌煌,为历代顶礼膜拜。它们确定了国家和民族的文化心理和文化传统,乃至潜移默化到日常生活,一定程度上决定了民众的生活方式。经典中还有经中之经、典中之典。在浩瀚的书海中,真正的经与典,或如偶尔泛起的浪花而已。不同学科对待经典的方式也可能迥异。自然科学界可能不会再阐释欧几里德几何和牛顿力学,而直接将其尊奉为学科的基本原则甚或真理。社科界和人文界却从不同角度,不厌其烦地诠释柏拉图。

但社会科学和人文科学领域的经典,众口一词、众望所归的,可能还是极少。学科意义上的法学源自近代,其渊源远不如人文学科久远。传统既不深不厚,确定经典更属不易。如果以原创性、奠基性为尺度来确定民商法经典,谓之凤毛麟角当不为过。原因之一或许是,民商法规律的是民众日常生活中的重要内容,它们构成了一个民族赖以生活的物质基础。法学家所做的,大抵是总结、表述、抽象和阐释生活规则而已——在近代,这些规则就是实定法。法学家既不能创造生活规则,推动之功也有限,经典之诞生委实不易。但创造空间依然存在,总有法学家发现了为当时或后世所接受的新规则,如萨维尼、耶林一类的天才。称柏拉图以后的哲学,均为柏氏哲学的注脚,实过分厚古薄今了。

大部分经典,诞生于学科初创之际,如潘德克顿派及布莱克斯通氏之鸿篇巨制。它们几乎奠定了学科的范围、基本术语甚至论证模式。从学科的意义上说,它们都属于西方。源头意义上的经典作品,从内容上大致可以分为两类:其一关乎民商法律史,如萨维尼的罗马法史、基尔克的日耳曼民族法律史、布莱克斯通的普通法等。

其二关乎全部或局部民商法体系和制度,如温德夏德和普赫达的民法体系,萨维尼和耶林的“论占有”。在学科其后的发展中,总结现实生活的新规则进而阐幽发微的作品层出不穷;民法与其他学科的交叉研究,也诞生了诸多优秀作品。前者如吉尔默“语不惊人誓不休”的合同的死亡与再生、我妻荣之近代债法的优越性;后者如胡贝尔(E. Huber)微言大义的论权利、拉伦茨堂奥精微的法学方法论。但这些作品,能否成为经典,还留待时日。似可以“小经典”称之。

本译丛遴选的作品,大致都属于上述经典或小经典。唯编者受制于一己之知识结构,偏颇难免。译丛旨在博古稽今、察鉴域外、砥砺学人,自不会囿于井蛙之见,画地为牢,而欲开放心态,纳入诸种重要作品。译丛也不愿囿于“经典”之名,忽视对我有用的作品。域外经典的选译——“兹事体大”,尚祈学界诸公,共襄此业。

中国近代孜孜以求的法律化治理过程,庶几奉西方法律为主臬。至今,民商法学的传统也依然是德国的,在某种程度上甚至成了本已繁复无比的潘德克顿体系的脚注。国人或慷慨激昂,欲追耶林之宏愿——超越概念法学。倘不知概念法学之究底,“超越”则因失去基础,而大抵留于美丽的口号。

民商法学经典,探究的或为某国的法律。即便如此,也是世界共同的法律学术资源。法学先贤祠的衮衮诸公,相互分享思想资源的,亦不在少数,如萨维尼与耶林、霍姆斯与卡多佐。但选译他国作品,并非为探求全球化语境下的普世规则,以全球化之名取代对本土社会的考察和思考;毋宁是通过他国作品,感知他国法律的道路,进而琢磨本国法,激发吾人运思。唯此,民商法学才可不对外国法亦步亦趋。法学的民族信心,或可在这一反思过程中被确立和强化。果如此,则幸莫大焉。

是为序。

中文版序

从传统上看,中国文化与西方文化都受益于对典籍研究训练有素的学者。在中国,数世纪来,学术研究的基础是其他学者(如孟子)对孔子教义的重述和诠释。在西方,数世纪来,法学研究的基本典籍是《民法大全》(*Corpus iuris civilis*),它是罗马皇帝优士丁尼在6世纪组织编撰的罗马法律文本合集。哲学研究的基础则是与孟子同时代的亚里士多德的作品。

这些古代的作者虽然各有千秋,但有一点是相同的:他们都关注道德上是正当的行为。孔子希望人们有德;亚里士多德则试图从哲学上理解德性,承认对德性的知与行迥异;罗马法学家则讨论,一个人何时可以获得法律上的救济。他们认为,他们得出的法律结论的基础是道德(虽然他们没有解释为什么),即法律是“善良和公正的艺术。”(D.1.1.1)

在中世纪,西方的大学同时讲授罗马法和亚里士多德的哲学,没有想过把他们整合在一起。随后,到了16世纪,一群被称为“后期经院哲学家”(late scholastics)的学者尝试通过亚里士多德的哲学原则来解释罗马法。本书描绘了他们是如何依据亚里士多德的德性(尤其是慷慨与正义)来解释罗马合同法的。在这一过程中,他们首次建立了一个体系化的罗马合同法的理论结构。

在本书中,我们会看到,19世纪西方法学家改变了那一理论,因为他们认为合同法不能再依靠德性思想了。他们认为,合同仅仅是当事人意思的表示。他们的观点带来了一些难题,西方法学家至今还为此争论不休。

从某种意义上说,后期经院哲学家的教义更接近于孔子的教义,而不是其后的西方法学家的观点。后期经院哲学家与孔子一样,都关注德性,但其后的法学家则非如此。虽然本书论述的是西方合同法,但它关涉的问题,在中国同样很容易被提出来:德性像孔子所说的那样重要吗?还是微不足道?

实际上,这个问题在中国也存在。法家认为,法律与德性无关;他们把所有的法律看成是实现国家目的的一种手段。从某种意义上说,他们的观点与19世纪的法学家看法相似,因为后者也认为,法律取决于意志,独立于任何规范意志的道德标准。他们的区别在于,对于法家而言,国家意志起决定作用,而对于19世纪的法学家而言,个人意志起决定作用。

那么,什么应当起决定作用?是意志呢,还是被德性引导的意志?即使在合同法中,我们也会认为,应当起决定作用的是被德性引导的意志。一旦西方法学家放弃了这种观念,他们甚至不能解释

合同法,一个意志似乎发挥着最重要作用的法律领域。

这个问题在西方存在,在中国也同样存在。

詹姆斯·戈德雷
(James Gordley)
徐雨衡译
2006年5月

目 录

- 第一章 导论 /1
- 第二章 亚里士多德和托马斯·阿奎那 /12
- 第三章 罗马法和中世纪法学家 /37
- 第四章 综合 /87
- 第五章 自然法传统中的断裂 /140
- 第六章 盎格鲁——美利坚的接纳 168/
- 第七章 19 世纪的重构 /201
- 第八章 自由主义和 19 世纪合同法 /265
- 第九章 结论 /285
- 参考文献 /307
- 索引 /318
- 译后记 /329

第一章 导 论

随着中国《民法典》^①的颁行,形成于西方的私法制度几乎完成了对整个世界的统治。而且,西方法律制度基本相似。像英国和美国等国家的“普通法”制度,以及像法国、意大利和德国等国家的“民法”制度,都有着建立在共同法律概念基础上的相似理论结构。它们把私法分为某些较大的领域,如财产法、侵权法和合同法,并以类似的方式分析这些领域。财产法问题从区分所有和占有开始。侵权责任的讨论要区分过错和严格责任,并要求被告的行为是原告损害的近因或充分原因。合同的成立则使用错误、欺诈、胁迫以及要约和承诺的学说加以分析。合同当事人的义务,通过使用一般解释标准来确定,而在当事人订立买卖、租赁或任何其他类型的合同

^① 指1929年5月23日和1930年12月26日先后公布并于1929年10月10日和1931年5月5日先后生效的《中华民国民法典》。

时,也使他们受有关此等合同的法律所规定的一系列“默示条款”的约束。此外,合同是否可强制执行,尤其(*inter alia*)要通过区分赠与和交换来判定。即使具体的规则有所不同,但法律的组成和较大的法律观念仍是相似的。相应的,对于一个幼童是否要对伤害其玩伴的行为承担责任,或者卖方是否应对其商品瑕疵承担责任的问题,尽管答案可能不同,但在汉堡、蒙特佩尔、曼彻斯特和图森几乎都以相同的方式加以分析,在新德里、特拉维夫、东京和雅加达也同样如此。

目前,这一共同理论结构的起源还神秘未解。据称,普通法是通过英国法庭的判决发展起来的,民法则建立在优士丁尼皇帝的《民法大全》罗马法文本之上。在18、19世纪,欧洲大陆几乎所有地方都制定了民法典,而在此之前,优士丁尼《民法大全》仍施行于大部分地区。然而,人们不可能在19世纪之前的英国法庭判决或罗马法文本中发现前述理论结构。19世纪以前,英国法并没有以财产法、侵权法和合同法的一般概念加以组织,而是以侵害行为(*trespass*)、违约赔偿(*assumpsit*)^①之类的“诉讼形式”组成。罗马法《民法大全》包含很多具体规则和一些一般性的格言(*maxims*),但几乎没有任何系统性的学说。

当一个人头脑中已经有了现代的学说结构时,他确实会以其中的术语去描述19世纪以前的英国法庭规则或古罗马法。然而,英国

① 《牛津法律大辞典》把它翻译为“违反口头合同的赔偿之诉”。按照《布莱克法律词典》(第八版)的解释,“*assumpsit*”有两个义项:一是指非密封形式的明示或默示允诺,一方当事人负有实施某行为或向他人偿付某物的义务(如偿还债务的允诺);二是违反这种允诺或违反合同所引起的普通法诉讼(如违约赔偿之诉)。考虑到这一诉讼形式的出现远远早于英美19世纪合同理论体系化之后所称的“合同”概念,以及英美法合同和允诺之间的区分,将其译为“非密封形式的允诺”和“违反允诺的赔偿之诉”可能较为准确一些,但显得过于冗长。故本书仍然采纳杨栢所著《英美契约法论》的用法,译为“违约赔偿之诉”(请读者留意这个概念的历史性),但也根据情况译为“非密封允诺”。特此说明。

法庭和罗马法学家自己并不是这样做的。例如,今天全世界的法律人就都围绕合同因同意而成立的原则组织他们关于合同法的大部分讨论。诚然,当事人是否同意,对英国法官和罗马法学家常常具有重要意义。在英国法中,违反诺言的人在违约赔偿诉讼中要承担责任。在罗马法中,对标的和价格的同意构成一项买卖合同。一个人因此可以把英国违约赔偿规则和罗马法买卖规则看成是当事人必须同意接受合同约束这一原则的例子。但是,英国人和罗马人自己并不用这种一般术语来表述他们的法律。与之相似,当合同当事人存在错误或者受到欺诈、强制时,今天的法庭会适用有关错误、欺诈和胁迫的一般理论对其给予法律救济。19世纪以前的英国法官和罗马法学家在类似情形也会给予法律救济,但他们并不构造一般性的理论。

仅仅是在20世纪,这些较宽泛的理论和概念与罗马法文本或英国判例法之间存在的差别才被认识到。只是在1900年之后,在罗马法随着《德国民法典》的颁行而不再有效时,大陆法史学家才具有这种认识。在此之前,学者们似乎并没有意识到,声称罗马法可以被引用来解释某个具体理论和声称古代罗马人自己就已经形成了该理论,这两种说法之间存在差异。英国法史学家梅特兰则看出了这一差异。他认识到,创造了英国诉讼形式的法官们头脑中显然没有“所有权、占有、合同、侵权及类似的基本概念”。他的结论是,这些概念由于某种原因是从英国的诉讼形式中逐渐发展起来的,尽管他承认,它们究竟是如何发展起来的历史并无文字记载。^① 查理斯·多纳胡(Charles Donahue)认为:“比起梅特兰所处的时代,今天我们知道的已经相当多了。……但是,我们的所知仍然是让人费解的。”

^① F. W. Maitland, "Why the History of English Law is not written", in *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, ed. H. A. L. Fisher (1911; repr. Buffalo, 1981), i. 480 at 484.

和所有权、占有、侵权和合同一样,相对来说,几乎没有什么处理‘最基本概念’的诉讼形式的历史。”^①由此产生了一个问题:

不论是在英国法律中还是在作出某些限定后的大陆法中,毫无疑问存在最基本的概念,并且,如果它们的演化只能在诉讼形式中的某个部分,或许是很小部分中找到,那么,其演化史究竟在哪儿能找到呢?^②

本研究将提供一个答案,尽管这不是一个很容易与许多法律史的流行观念合拍的答案。在16世纪和17世纪早期,一小群聚集在西班牙的神学家和法学家,自觉地试图以托马斯·阿奎那的道德神学综合罗马法文本。我们所熟悉的私法基本观念和学说就是他们所作综合的简化。本书将表明这就是当今合同法理论的起源,我也相信现代财产法和侵权法也可以作类似推断。

托马斯·阿奎那是13世纪圣多明我会的托钵修士。在他出生前不久,亚里士多德的形而上学、物理学、政治学和伦理学著作在西方才第一次可资利用。它们引起一阵风潮,就像牛顿或达尔文的工作对我们的影响一样。如通常所说,托马斯为亚里士多德作了“施洗”。他在亚里士多德所代表的希腊哲学传统和基督教神学传统之间作出了综合。

优士丁尼《民法大全》在托马斯出生前200年就已经被重新发现,并成为学术研究的对象。罗马法的这一复兴几乎影响了中世纪宗教和政治生活的方方面面。从智识方面讲,它为托马斯著作对法律的明显关注作出了贡献。然而,直到中世纪末期,罗马法和托马斯或亚里士多德的哲学之间并不存在真正的综合。

在16世纪和17世纪早期,一群被历史学家称为“后期经院学

^① Charles Donahue, “Why the History of Canon Law is not written”, Selden Society Lecture Delivered in the Old Hall of Lincoln’s Inn, 3 July 1984, London, 1986, 6.

^② Ibid. 6.

派”或“西班牙自然法学派”的神学家和法学家最终完成了这一综合。该学派最伟大的代表人物是维托利亚(Francesco de Vitoria)、卡法卢维阿斯(Diego de Covarruvias)、索托(Domingo de Soto)、莫里纳(Luis de Molina)以及勒西乌斯(Leonard Lessius)。他们以托马斯和亚里士多德理论为基础方案,主要以罗马法为素材建立了一个学说体系。于是,他们对罗马法进行了此前所缺乏的系统理论组织。在莫里纳和勒西乌斯的著作中,这一综合如此彻底,以致既可以把这些著作准确地描述为用亚里士多德和托马斯的道德哲学注释罗马法的文献,也可以看成是把罗马法具体规则加以组织并用以阐释托马斯和亚里士多德原理的文献。^①

在17世纪和18世纪,北部自然法学派的成员如格老秀斯(Hugo Grotius)、普芬道夫(Samuel Pufendorf)以及巴贝拉克(Jean Barbeyrac)等人的学说取代了后期经院哲学家的学说并得以流行。通过这些入或者受其影响的人如多马(Jean Domat)和波蒂埃(Robert Pothier)的著作中,这些学说进入到现代普通法和民法之中。在19世纪,普通法学者首次想要有一个系统的学说。他们通过广泛借鉴格老秀斯、普芬道夫、巴贝拉克、多马和波蒂埃而创造了这样一个学说。然后,他们引用英国判例阐释他们借鉴来的学说。可以肯定,法庭在判决这些案件时肯定没有想到这些学说。法国民法典的起草者借鉴了这些文献中几乎2/3的内容,以及多马和波蒂埃著作中近乎所有的有关合同的规定。这些条文随后被宣称是“立法者的意志”,19世纪的法国法学家几乎全力投入对它们的解释。19世纪的德国法学家倾其精力建构尽可能完美的学说体系。他们通过改造他们前

^① 因此,或许是应出版者的要求,莫里纳在其著作的扉页写道,它“不仅是一部神学、教会法研究的著作,也是一部在教会以及世俗两面对教师特别有益和必要的拉丁(罗马)法律著作”。(it was an “Opus non solum Studiosis, Theologis, Canonistis; verum etiam Legum Latorum Doctoribus in utroque foro, tam Ecclesiastico, quam Seculari versantibus, apprime utile et necessarium”.)

一个世纪继承来的学说体系做到了这一点。19世纪普通法和民法学家的学说经过各种修正,延续至20世纪并已传播到世界各地。

对于那些习惯于对法律变化作经济解释的人来说,本书关于现代法律学说起源的解说,在他们看来或许有些怪异。我们将要考察的那些变化中,没有一个具有较多的经济意涵。变化的只是合同法被理解的方式。

对那些读了大量法律史却没有接触过亚里士多德或托马斯·阿奎那或后期经院哲学的人来说,本书的解说可能同样使他们感到奇怪。然而,这是一项导向各种现代学者已经在从事的工作的解说。英国学者有一个赞同渐进变革、反对外来影响的传统偏见。但是,他们很久以来就已经认识到,19世纪确实发生了显著变化。在那之前,极少存在像现在这种形式的合同法或侵权法学说。1975年,辛普森(Simpson)在其题为“19世纪的合同法变革”^①的文章中表明,19世纪的普通法学者广泛借鉴了十七八世纪的自然法学家,以及受其影响的人——格老秀斯、普芬道夫、巴贝拉克、多马和波蒂埃——的学说。

大陆法史学家很久以来就认识到,19世纪的法国和德国法学家也借鉴了17、18世纪自然法学家的学说。他们最后逐渐认识到,自然法学家借鉴了后期经院哲学家。人们一度认为,系统性的学说开始于北部自然法学派的创建者胡果·格老秀斯。约瑟夫·科勒尔(Josef Kohler)1917年在“十六七世纪的西班牙自然法学派”一文中讨论后期经院哲学的重要性时,^②并没有引起什么注意。汉斯·梯

① Simpson, “Innovation in Nineteenth Century Contract Law”, *Law Quarterly Review*, 91 (1975), 247.

② Kohler, “Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. un 17. Jahrhunderts”, *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 10 (1916/17), 235.

梅尔(Hans Thieme)1953年同样主题的一篇文章^①则引起了较多关注。它激发了Malte Diesselhorst去探求(investigate)格老秀斯有关允诺观点^②的来源,并激发芬斯特拉(Robert Feenstra)去探悉他关于错误和不当得利观点^③的来源。1967年,德国历史学家维阿克尔(Franz Wieacker)在其法律史的标志性著作《近代私法史》(*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*)^④第2版中,承认后期经院学派的开创作用。1973年,Paolo Grossi在佛罗伦萨组织了一次关于后期经院学者著作的研讨会。会议首先由梯梅尔致辞。梯梅尔说,某一成就在数十年甚至数百年未被认识,在法律史中有很多例子。其中一个例子就是后期经院学者的著作。^⑤

当然,从圣·托马斯的神学大全到胡果·格老秀斯的自然法与万民法(*Jus Naturae et Gentium*)经历了很长一段路,我们并不希望否认两者之间的差异。但是,托马斯最初的经院哲学和理性主义自然法之间也有许多共同点,它们之间的媒介则是西班牙的经院哲学。^⑥

① Thieme, "Natürliches Privatrecht und Spätscholastik", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romantische Abteilung*, 70 (1953), 230.

② M. Diesselhorst, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, *Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte*, 6 (Cologne, 1959).

③ Feenstra, "L'Influence de la scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause", in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Florence, 16—19 October 1972), ed. P. Grossi (Milan, 1973), 377.

④ F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2nd. (Göttingen, 1967), 266, 270—1, 291, 293—7.

⑤ Thieme, "Qu'est-ce que nous, les juristes, devons à la seconde scolastique espagnole?", in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Florence, 16—19 October 1972), ed. P. Grossi (Milan, 1973), 7 at 20.

⑥ *Ibid.* 7, n. II.