

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

亨利·马瑟 著

Henry Mather

合同法与道德

Contract Law and Morality

戴孟勇 贾林娟 译

中国政法大学出版社

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

合同法与道德

Contract Law and Morality

亨利·马瑟 著

Henry Mather

戴孟勇 贾林娟 译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

合同法与道德 / (美) 马瑟著; 戴孟勇, 贾林娟译. —北京: 中国政法大学出版社, 2005

(美国法律文库)

ISBN 7-5620-2851-6

I. 合... II. ①马...②戴...③贾... III. 合同法-研究-美国

IV. D971.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 001509 号

书 名 合同法与道德

出 版 人 李传敦

经 销 全国各地新华书店

出版发行 中国政法大学出版社

承 印 固安华明印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 8.625

字 数 205 千字

印 数 0 001-5 000

版 本 2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2851-6/D·2811

定 价 20.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

58908285(总编室) 58908334(邮购部)

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

合同法与道德

Contract Law and Morality

Copyright © 1999 by Henry Mather

All rights reserved

绿林出版集团通过 The Susie Adams Rights Agency, UK. 授权中国政法大学出版社出版。

本书的任何部分都不得以任何形式或各种电子的、化学的或机械的手段（包括影印、各种信息存储、无特许证或未经版权所有人其它书面授权引入检索系统）进行复制或传播。

This Edition published under license from Greenwood Publishing Group Inc. via The Susie Adams Rights Agency, UK.

No part of this book may be reproduced or transmitted in any form or by any means electronic, chemical or mechanical, including photocopying, any information storage or retrieval system without a license or other permission in writing from the copyright owners

本书的翻译出版由美国驻华大使馆新闻文化处资助
中文版版权属中国政法大学出版社，2004 年
版权登记号： 图字：01-2004-2123 号

纪念巴迪 (Bud)

和

阿黛尔·马瑟 (Adele Mather)

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在1997年10月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative),由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准,计划书目约上百种,既包括经典法学教科书,也包括经典法学专著。他山之石,可以攻玉,相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流,亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001年3月

前 言

这不是一本时髦之作。我在书中提出了研究合同法的道德方法，但却回避了当前备受伦理学家和法律学者青睐的各种理论手段。我提出的方法在理论上并不精致，也没有试图将所有的问题简化为一条简单的原则。相反，我试图从一般人的理解和一些有关行为准则及公平竞争的理念出发，给出些建议。因此，有些读者可能会觉得我的论证既杂乱又乏味。

从另外一个角度来看，这本书也不是时髦之作。很难说它与什么政治纲领有关。它既不保守，也不自由，更谈不上激进（尽管有些人可能将其视为反动）。

本书的第一部分是纯理论部分。第一章是对缔约的社会实践所作的介绍性分析。本章确定了缔约的两个基本目的：促进有益信赖和推动互惠合作。由于这些目的必须在正义的范围内实现，所以问题就产生了：在缔约的过程中，正义有何要求？

在第二章，我评价了有关合同正义的三个理论：合同自由、财富最大化、平等主义的分配正义。以上每种理论在法律界都有相当多的支持者，然而我排除了它们的适用。虽然我也赞成要求更大的经济平等，但我们的合同法必须在资本主义市场经济中发挥作用，

II 前 言

因此无法做更多的事情来推动平等。

在第三章，也是本书的核心，我提出了一种自然法方法，在这种方法中，合同法追求的是亚里士多德式的矫正正义（但是也超越了矫正正义）。在讨论了道德的复杂性之后，我提出了七项公共道德原则和十一项司法回应原则，作为探询正义的指导方针。公共道德原则用来规制缔约双方的行为，而司法回应原则涉及的则是合同纠纷的法律解决方法。

人们都知道公共道德原则，但却经常漠视各种道德准则。我们生活在一个新的“黑暗时代”，^[1] 一个道德危机的时代——道德和法律遭到越来越多的蔑视；^[2] 一个自私自利、享乐主义、虚伪而缺乏对他人关心的时代。在 1987 年，美国人花在毒品上的钱几乎和投入到公立学校中的钱一样多。^[3] 最近的一项民意调查显示，53% 的雅皮士因为找不到愿意按照他们的意愿进行欺诈的会计师，而自己填写所得税申报表。^[4] 如果我们要重建一个正派的、文明的社会，那么我们的法律制度就必须弘扬并执行某些基本的道德原则。合同法因此必须承担道德教育的功能。从这方面以及从许多其他方面来说，我提出的合同法方法借鉴了亚里士多德（Aristotle）、圣托马斯·阿奎那（Saint Thomas Aquinas）以及其他古代自然法传

[1] See ALASDAIR MACINTYRE, *AFTER VIRTUE* 263 (2d ed. 1984).

[2] See HAROLD J. BERMAN, *LAW AND REVOLUTION* 39, 40 (1983).

[3] See JAMES LINCOLN COLLIER, *THE RISE OF SELFISHNESS IN AMERICA* 184 (1991).

[4] See *id.* at 259. 科利尔 (Collier) 认为，20 世纪 70 年代见证了利己主义的急剧攀升 (see *id.* at 184)；而在 20 世纪 80 年代，美国政府则将利己主义作为自己的官方政策 (see *id.* at 238)。

统下的思想家的思想。

我提出的方法只能在一个更宽泛甚至有些不精确的意义上方可称为自然法方法。虽然我作出的许多有关法律和道德的基本假设都源于自然法传统，但是我提出的具体内容却没有效仿亚里士多德、阿奎那或者其他自然法思想家。大多数伟大的自然法理论家所处的社会、经济以及与我们所处的时代差别很大。他们也不像我们更为精通缔约经济学。因此，如果有时我在细节问题上偏离了这些思想家的观点，也在意料之中。倘若这种偏离偶尔可以修正他们的理论观点中的瑕疵，也不是我骄傲的理由。“我们是站在巨人肩膀上的矮子。因此，我们比他们看得更多更远，不是因为我们的视力更好或者长得更高，而是因为我们被举起并且置于（原文如此）他们巨大的身体上面。”〔5〕

在第四章到第七章中，我将第一章和第三章所提出的理论方法运用到几个特定的合同法问题上。对每一个问题，我都先概述现行的法律规定，然后作出评价。有时我赞同现行的法律立场，有时我建议加以改变。第四章涉及的是法律应当强制执行哪些允诺的问题。第五章讲的是救济问题。第六章分析了要约和承诺的问题。第七章可说是尝试性地、也不够完善地试图解决欺诈性未披露的问题。

最后一章，即第八章，作了一些总结，试图证明对合同采用自然法方法的正当性。读者也许会感到疑惑，为什么不把这些理由放

〔5〕 据说是 Bernard of Chartres 所写，被 JACQUES LE GOFF 引用于 INTELLECTUALS IN THE MIDDLE AGES 12 (Teresa Lavender Fagan trans., 1993)。

IV 前 言

在接近本书开篇的地方，放在我详尽地阐述自己的自然法方法之前？我的想法是，如果被证明具有正当性的方法已经获得充分的展示和运用，那么读者应该能够更好地评价我提出的理由。一个人不可能在了解某种合同法方法如何在适用中推导出确定的结论前，对其作出明智的评价。这类智力之旅的最终目的，就是证明出发点的正当性。

感谢南希·谢利（Nancy Shealy）和多丽丝·库珀（Doris Cooper）辛苦地打印手稿。感谢丹尼斯·诺兰（Dennis Nolan）对初稿的评论。与其他很多人的讨论都让我受益匪浅，但我并不想将他们一一列出，因为生怕遗漏了某位。希望他们可以原谅我。

/ 目录 /

I	前言
1	第一章 允诺的目的
20	第二章 三种有缺陷的正义理论
62	第三章 研究合同法的自然法方法
142	第四章 可强制执行的允诺
159	第五章 救济
195	第六章 合意：要约与承诺
215	第七章 控制订约过程：未披露
242	第八章 为什么是自然法？
250	索引



第一章

允诺的目的

1

在本章中，我们将考察允诺的社会实践，并尝试确定其目的。这会为后面的内容奠定基础。

一、允诺

合同法所规范的乃是包含一个或者多个允诺的交易。允诺是一个关于在将来做或不做某事的许诺或者保证。这种许诺或者保证会引起受约人的信赖。当某人作出一个允诺时，他实际上是在告诉受约人：“你可以指望我，你可以信任我，你可以依赖我。”就像一位评论者所指出的：“作出允诺的目的在于诱使人们按照这些允诺而行事。”^{〔1〕}

允诺发生在一定的社会实践关系中，并从中获得其意义。当人们实施一项固定的行为模式，认为这是正确的行事方法时，社会实践就形成了。我们在社会实践中观察到的行为的规律性，乃是人们将实践规则予以内在化并据此来评判彼此的行为的结果。

在允诺的社会实践中，我们有一项重要的规则：“遵守诺言！”

〔1〕 P. S. ATIYAH, PROMISES, MORALS, AND LAW 144 (1981).

2 合同法与道德

社会上的大多数成员在大部分时间里都会坚持这项规则，因为他们认为这是正确的行为方式。由于允诺经常得到遵守，所以信赖一个允诺往往是合理的，允诺也经常被人们信赖。

然而，允诺的社会实践却不够健全，也不尽完善。它不像我们的数学规则、语言习惯或者棒球运动那样得到了高度的发展。我们拥有自己的基本规则，即“遵守诺言！”但是无论如何，允诺的实践都不能决定何者构成了一个允诺。人们通常都承认，为了作出一个允诺，一个人不需要说“我承诺”；不过，我们没有任何约定的标准可用以确定什么样的言辞或行动构成或者不构成一个允诺。我们的允诺实践也不包括这样一套规则，即判断何者可看作是违反允诺的行为的免责事由或正当理由。几乎没有人认为所有的允诺都绝对地具有约束力，但是那些承认免责事由的人，在哪些情况能证明违反允诺具有正当性的问题上，并没有达成一致意见。再者，我们的允诺实践缺少一个广为接受的解释允诺的方法。允诺往往是一项充满了含糊之词的语言行为，由于缺少一套规定的解释方法，导致社会实践无法确定一个模棱两可的允诺应作何解释，进而无法判定某些允诺究竟是得到了遵守还是遭到违反。最后，允诺的社会实践并没有对那些未经批准的违反允诺的行为规定惩罚或者制裁措施（除了一般的社会责难以外）。

- 2 我们的法律制度要想执行允诺，就必须超越有关为解决合同纠纷而确立的各种规则 and 标准方面的社会实践。然而，如果一项社会实践或者交易常规是现实存在的，并且与某一法律问题相关，那么我们会期待法律制度对此予以重视。例如，在《统一商法典》中，“协议”一词被界定为：不仅包括明确同意的条款，还包括被认定为商业习惯的“贸易惯例”，以及协议的双方当事人通过彼此

之间的交易而确立的任何“交易过程”或“履行过程”。^[2] 我们的法律制度由此使许多默示允诺得以生效，这些允诺从未在允诺人的言辞中表达过，但却蕴涵在交易常规之中。从法律的角度来看，一个人自愿从事一项涉及正常业务的交易，将会被视为已答应遵守交易常规，除非他明确地作出了相反表示。^[3]

默示允诺的另一项来源是法院在裁决一个允诺是否成立时所采用的客观方法。设若缺乏一种确定的社会实践来判定何者构成一项允诺，那么法院可以采用一个主观的方法，比如只要某人实际上打算承担义务，就认为她作出了一项允诺；或者法院可以采用一个客观的方法，比如倘若某人的言行能够被合理地解释为一项许诺，就认为她作出了一项允诺。鉴于人们往往不可能知道一个人的头脑里究竟在想些什么，加之有必要保护那些对看似一项允诺的言行产生

[2] U. C. C. § 1-201 (3) (1995). “贸易惯例”规定在 § 1-205 (2), “交易过程”规定在 § 1-205 (1), “履行过程”则规定在 § 2-208 (1)。

承认默示协议或默示允诺系以交易常规为基础，并不是 20 世纪的立法者发明的一个新方法。在古罗马法中，据说那些天然地附属于一桩买卖的合同条款，不需要人们的明确同意即可具有法律约束力。See JUSTINIAN'S DIGEST 19. 1. 11. 1; HAROLD J. BERMAN, LAW AND REVOLUTION 137 (1983). 在发展于欧洲中世纪晚期的商法中，商事货物买卖本身就带有关于货物质量的默示保证。See *id.* at 349.

[3] 基于便利的原因，日常交易的处理通常采用最低限度的事先协商和明示协议来进行。每一方当事人都心照不宣地认为，对方当事人已默认遵守交易常规。最为典型的是，每一方当事人在开始履行之际，都会信赖这样一个默示的假设。如果这种默示的假设得不到法律的支持，她就有可能发现自己被卷入了一个与她合理地相信其所从事的交易大相径庭的交易之中。例如，阿奇博尔德 (Archibald) 打电话给一个比萨饼店主说：“请给我送一份大的意大利辣味香肠比萨饼，我住在安德鲁斯大街 (Andrews Street) 210 号。”店主遂送来了比萨饼。从法律的角度来看，阿奇博尔德已经通过默示的方式允诺向店主支付一份大的意大利辣味香肠比萨饼的市价。See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 4 illus. 1 (1981). 如果此一允诺不是默示地作出的，那么其法律效果就会是那位店主赠与了一份比萨饼，也即与该店主合理地相信她所从事的交易完全不同的另一个交易。为防止出现此类意外的、混乱的结果，人们就认为允诺是默示地作出的。

合理信赖的人,因而我们的法院通常会采用客观的方法。^[4]由此,即使某人从未明确地说过“我承诺”,甚至从未打算承担义务,她仍然会受到蕴涵于其言行之中的一项允诺的约束。

当我们考虑到蕴涵于商业习惯或交易常规之中的全部允诺,并且考虑到通过对言行进行合理的情境解释而揭示出来的全部允诺时,我们发现由法院强制执行的大量允诺都是默示允诺。因此,当我们说合同法所规范的是包括一项允诺的交易时,我们必须在一个广泛的意义上使用“允诺”一词,以便为大量的默示允诺留出空间。

3 二、目的

前已述及,如果我们的法律制度打算执行允诺,它就必须用另外的规则或标准来补充允诺的社会实践。当然,问题是应当采用什么样的规则或标准。像任何社会实践一样,允诺实践被用来服务于使其具有价值的确定的目标或目的。看来,在选择合同法的规则或标准时,立法者们应当考虑到允诺的目的,选择那些能够促进允诺目的的规则或标准。那么,就让我们考察一下允诺的目的。我们不应想当然地认为所有的允诺都是为了同样的目的而作出的,因此我们需要考虑不同类型的允诺。

1. 经济交换型允诺 (Economic Exchange Promises)

有一类十分常见的允诺,我将称之为“经济交换型允诺”。这种允诺的内容是向他人转让财产(例如不动产、动产或金钱)或服务以换取相应的财产或服务,其中用来交换的物品通常是在市场

[4] See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §2 and cmt. b thereto (1981); E. ALLAN FARNSWORTH, CONTRACTS §3. 6 (3d ed. 1998).

上流转的物品。例如，甲允诺向乙交付一条船，乙为此船允诺向甲支付 5000 美元。有时候，经济交换型允诺所面对的并不是一个出现在规定时间内的个别的交换关系，而是在一个持续很长时间或者不确定期限的买卖关系中产生的连续交换关系。

人们为什么要作出经济交换型允诺呢？其解释必须从分工和经济交换的作用开始。任何分工都使得交换成为必需的。如果有些人只制造服装而不生产粮食，另一些人只种植粮食而不制造服装，那么就必须出现一些交换，以便使人们的基本需要得到满足。制衣商必须从农夫那里购买粮食，农夫也必须从制衣商手中购买衣服。^{〔5〕}分工使交换成为必需，不同的评价则使交换成为可能。如果某个制衣商认为一个葡萄柚的价值大于她钱包中的一块钱，而某个农夫则认为一块钱的收入在价值上要超过自己所种植的一个葡萄柚，那么制衣商与农夫可能会同意用一块钱来换取那个葡萄柚。如果制衣商与农夫自愿进行此一交换，并且如果每个当事人的评价都反映了该方当事人的真实利益，而非某种不合理的偏好，那么我们就可以认定这种交换使双方当事人都获得了改善。的确，此即为自愿的经济交换的目的：它倾向于以一种互惠互利的方式来重新分配经济资源。^{〔6〕}

但是，我们还没有谈到允诺的问题。允诺是怎样与交换产生关联的呢？许多互惠互利的交换关系无法以一种绝对的即时交易的方式来完成；一方当事人在某种程度上必须先于另一方当事人而履

〔5〕 制衣商愿意给予农夫足够的服装（作为礼物）以满足农夫对衣服的需求，农夫愿意给予制衣商足够的粮食以满足制衣商对粮食的需求，这种情况从理论上来说是可能的。考虑到人类利他主义的局限性，上述情况虽然可能发生，但极不可靠。同样可能的是，通过政府的指令也可以实现对衣服和粮食的恰当分配。然而，我还不知道在哪个社会里曾经大规模地、成功地尝试过这种方法。

〔6〕 See THOMAS AQUINAS, SUMMA THEOLOGICA part 2 of the 2d part, question 77, article 1（买卖似乎是为了双方当事人的利益而达成的）。

6 合同法与道德

行。假设某土地所有人希望以 50000 美元来聘请一位木匠为她建造一座房子，但却不愿意提前支付这一价款。木匠可能会同意先建房子，然后再领取报酬，也可能愿意在每完成一段工程时就收到相应比例的价款。无论哪一种方法，木匠都是在通过先工作、后取酬的方式向土地所有人提供信用。除非土地所有人向木匠作出一个郑重的保证或者许诺（即一个允诺），表明他将在某个规定的时间或时期内付给他 50000 美元，否则木匠就不会着手为其建造房子。这仅仅是许多互惠互利的交换关系中的一个例子，假如不是向先开始履行的当事人作出了一个允诺的话——此允诺旨在诱使该当事人先走一步并相信对方当事人届时会履行她在交易中的义务——这样的例子决不会发生。

- 4 甚至当一项经济交换可以由双方当事人同时履行时，允诺仍然适合于一个非常有益的目的：它使得双方当事人能够规划其未来事务。假设 ABC 家具公司决定在明年生产一款新产品，橡木是用来制造这一产品的主要原料。ABC 公司的董事们预计在明年 1 月他们将需要 500 呎橡木。他们可以一直等到明年 1 月，然后再赶往贮木场，以不涉及任何允诺的即时交换的方式购买 500 呎橡木。他们也可以现在就与木材制品公司签订一份合同，只要 ABC 公司答应为每板呎橡木支付 2.50 美元，该木材供应商愿意允诺在明年 1 月向其交付 500 呎橡木。这样一份合同将有利于 ABC 公司的商业规划。它不但确保 ABC 公司在明年 1 月可以得到所需的橡木，而且还保证 ABC 公司能够以每板呎不超过 2.50 美元的价格获得橡木（ABC 公司的董事们可能会担心明年 1 月橡木会匮乏或至少变得更贵）。

有了这些保证以后，ABC 公司的董事们现在就可以着手规划明年 1 月的商业活动了。由于预料到 ABC 公司将为明年 1 月的橡