

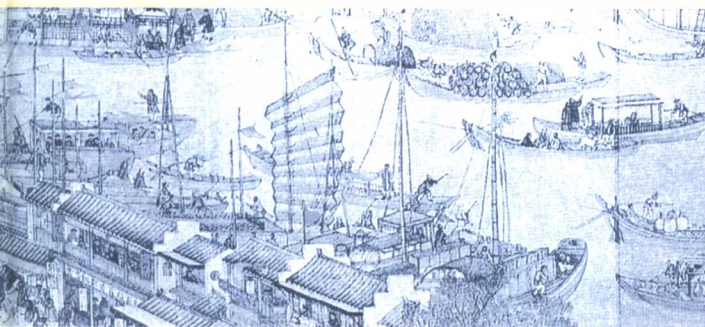


中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

英美法对价原则研究： 解读英美合同法王国中的 “理论与规则之王”

刘承蒞 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

英美法对价原则研究： 解读英美合同法王国中的 “理论与规则之王”

刘承晔 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

英美法对价原则研究:解读英美合同法王国中的“理论与规则之王”/刘承晔著.

—北京:法律出版社,2006

(中国民商法专题研究丛书)

ISBN 7-5036-6709-5

I. 英... II. 刘... III. ①合同法—研究—英国②合同法—研究—美国

IV. ①D956.13②D971.23

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第118526号

© 法律出版社·中国

**中国民商法专题
研究丛书**

**英美法对价原则研究:
解读英美合同法
王国中的“理论与
规则之王”**

刘承晔 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2006年12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 12.25 字数 304千

印次 2006年12月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

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 7-5036-6709-5/D·6426

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



作者简介：

刘承韪（曾用名刘成伟），男，山东潍坊人，1977年10月生。1999年，获湖南大学法学院法学学士学位（提前一年毕业）。2002年，获西北政法大学法学硕士学位。2005年，获中国社会科学院法学所法学博士学位，师从梁慧星教授。现为中国政法大学中美法学院讲师、美国哥伦比亚大学法学院访问学者。主要研究方向为（英美）合同法、比较法、法社会学。在《中外法学》、《比较法研究》、《民商法论丛》、《清华法学》、《北大法律评论》、《法制日报》、《检察日报》等刊物发表文章十余篇。与他人合著《找法与造法：法官适用法律的方法》（福特基金会项目，法律出版社2005年版）等两部著作。



中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

近期推出

- 57 **国际海运承运人责任制度研究** 李章军 / 著
- 58 **对外贸易中的技术性贸易措施
法律问题研究** 何 鹰 / 著
- 59 **英美法对价原则研究**
——解读英美合同法王国中的
“理论与规则之王” 刘承勰 / 著
- 60 **德国新、旧债法比较研究**
——观念的转变和立法技术的提升 齐晓琨 / 著
- 61 **人工生殖法律问题研究** 张燕玲 / 著
- 62 **现代法国侵权责任制度研究** (第二版) 张民安 / 著
- 63 **商标法的符号学分析** 彭学龙 / 著
- 64 **现代英美董事法律地位研究** (第二版) 张民安 / 著

封面绘画：(清)徐扬《姑苏繁华图》

江南城郭，熙熙攘攘中，民商古风尽显。

英美法对价原则研究：

解读英美合同法王国中的
“理论与规则之王”

献给恩师梁慧星先生

《中国民商法专题研究丛书》总序

我于1988年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值90年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版100部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为唯一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名，其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域，而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始，迄今已有十余年了，已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益，决定自第51部著作始，重新设计、增大开本、改变装帧、更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨，作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

序

很多英美法学者都喜欢夸大其研究主题的复杂性和重要性。最有名的也许是科洛姆维尔 (Oliver Cromewell) 对 17 世纪英国土地法的评价：“让人难以忍受的混乱”。赫伯特 (A. P Herbert) 在其揶揄十足的《不普通的法》(*Uncommon Law*) 中指出，调整博彩和赌博的法律“是一个迷宫，而国会和法院可能以此为荣！”阿狄亚 (Atiyah) 说，一个人不对错误制度做点研究，是不配称合同法教师的。就连合同法巨擘科宾也感叹，界定违法合同中“违法”并非简单的事情。

这些说法多少有点王婆卖瓜，但确实反映了英美法的特点。由于英美合同法主要是普通法，英美法的法官常常审时度势，不断调整普通法以适应社会变迁，结果导致普通法中单一的原则和诸多的例外并存；加之普通法并不是统一的整体，这些都使英美合同法像个遍布歧路的迷宫。研究者常常刚为获得某个结论而欢欣时，甫又陷入诸多不确定性的烦扰中。对习惯了法律规范的等级制与逻辑结

构的大陆法系学者而言，情形尤其如此。大陆法系上很清晰的制度，在英美法上却可能会扑朔迷离，难识庐山真面目。把奥斯汀（John Austin）的话反过来说，大陆法的学者研究英美法应该是“从光明走向黑暗”。

对价理论无疑是英美合同法这座迷宫中的迷宫。尽管国内法学界对它并不陌生，但相关的研究却只停留在一般性的介绍上。承睫以此为博士论文选题，从汗牛充栋的英美文献中爬梳出对价的各种信息，这确实需要耐心、勇气和坚持，更需要疏通知远的气魄。他为我们提供的是有关对价的漫长画卷：历史的钩沉与现实的关怀辉映，精微的白描与磅礴的写意相间，为我们提供了一条进入这座迷宫的道路。

承睫的理论关怀是探究英美法传统中合同效力的来源。他一开始就指出，对价的理论内核其实是全部合同法最重要的问题：契约为什么应履行？这是切中肯綮的。因为从根本上看，对价的目的有二：一是决定哪些允诺是可以进入法律领域；二是决定哪些允诺不能被强制执行。英美合同法的原点就在这里，它对合同的定义也体现了这一点：与大陆法系相比，英美对合同的定义更强调允诺能否被强制执行以及违约时能否获得救济，而大陆法则用意思表示这一本质要素来建构合同概念。

在今天看来，探讨这一问题似乎完全是形而上的玄思，因为以自由主义的意识为基础的意志论已经大获全胜。但问题并没有如此简单。事实上，整个中世纪法学的重点之一，就是结合罗马法、亚里士多德的德性思想（守信、正义和慷慨）和神学教义，重新构造合同拘束力的理论（以原因理论为核心）。在今天看来，这些理论努力好像是大炮打麻雀，甚至全部是理论游戏，但其出发点却是实实在在的合同执行问题。现在探究合同的效力来源之所以还是重要的，是因为意志论并没有完全解决合同法发展带来的问题，诸如合同法中各种客观义务的兴起、意志的衰落等；而寻求合同的最终效力来源，使合同获得正当性，是使合同法重新获得安身立命之所的重要途径，这不仅是理论的，也是实践的。

很多学者认为对价与原因完全不搭界，是独立发展起来的两种制度。但从功能上说，两者确实有很多共同之处，具有维特根斯坦所说的

“家族相似性”。承蒧指出了理论上阐释对价产生的三个观点：哲学精神的感召、商业经济的必然要求及大陆法系原因理论的外部影响。从对价的实际功能看，对价与原因都与中世纪的实质公正原则以及其派生出来的各种理论（如交换正义与慷慨行为、公正价格等）相关。

但承蒧在考察大量的历史素材后认为，对价实质上起源于清偿债务之诉（debt）中的“相等补偿”（quid pro quo）；现代意义的对价原则成熟于违诺赔偿之诉。对价源于诉讼形式，它和普通法的诉讼程序纠缠在一起。承蒧还有限地接受了霍姆斯的观点，认为对价不可能是由于公共政策而出现的，而是与一种古怪的程序联系在一起。我相信对价是起源于某种诉讼程式的，这与英美法的本质相契合。但我还为，这两种看起来对立的观点其实并不矛盾：霍氏的观点只是表明了对价的形式起源（这可能与他一贯强调的法律中的“外在性”有关），而功能主义的解释则表明了对价制度何以会出现在这类诉讼中。

对合同的定义，承蒧接受了制度经济学的功能主义观点：合同是一种当事人规划未来行为的自治方法。这在方法论上可能有一定的危险，即以现代的合同观念去剪裁对价萌芽时的合同观念，导致考察对价的起源和功用时出现偏差。

从法制史上看，至少一些早期的法律有这样的特征：合同法首先是从侵权法中发展出来的。霍维茨还指出，18世纪合同法最明显的特征是它很大程度上隶属于财产法。如布莱克斯通卷帙浩繁的《英国法评论》中有关合同的论述只有区区40页。在他看来，合同是移转特定物的所有权的若干种方式中的一种，与继承并没有大的区别。出现这种状况的原因能在于侵权行为以及财产的公开性，而合同不具有这种公开性（当然，按照J. L. 奥斯汀的理论，合同是“以言行事”的一种，因为当事人都会说“I promise”；所以有学者认为违约是一种通过语言的侵权方式）；但更可靠的理由是，在人类社会初期，根本不存在保护合同权利的必要。合同法的完善是与大规模的市场联系在一起的，只有在大规模的市场经济条件下，合同成为当事人意思自治的交易工具时，才可能出现信

用问题和摆脱法律管制问题。

现代合同法兴起的历史，是一部不断克服合同法中的实质公正观念的历史。对价从其诞生时起到现代，它经历了各种实质性变革，如从“获益受损”规则到交易理论的转变。这些变革的目的是要适应现代交易。从这个意义上看，对价的存废，关键就取决于它是否能够与个体自由相协调；即使它依然存在，但和其最初的形态相比，也会面目全非；这或许是对霍姆斯有关法律发展中的“旧瓶装新酒”说法的一个绝好注脚。

研究外国法最大的难点是，揭示研究对象赖以产生的历史、社会、政治、经济和文化诸要素，以及这一研究对象与其他相关对象的各种联系。承昶尽量从历史的维度和社会—经济的维度解释了对价制度的成因；除研究对价外，还研究了对价与要约—承诺制度、违约责任、合同相对性的关联。这样的研究成果还能在法律移植提供有说服力的证据；也有助于我们理解单一的制度与相关制度乃至法律整体的结构关系。我想补充的一点是，英美法为了扩张对合同当事人的救济，将相等补偿与“合理金额”（*quantum meruit*）处理为单纯的合同之诉，在很大程度上也导致了其返还法（*restitution*）的晚出——它可能是英美法理论长期没有建构债的体系的原因之一。这或许是对价理论带来的一个“非意图后果”。

承昶君是我的博士同门师弟，沉敏通达，天志向学。其博士论文付梓之际，嘱我写序。盛情难却，遂以这篇短小的读书心得，作为微薄的贺礼。

谢鸿飞

二〇〇六年九月十日

对价之于合同法如同猫王(Elvis)之于摇滚乐,前者都是后者的国王(King)。

——James D. Gordon III

对价原则仍然统治着我们,并且不是在坟墓中而是在现实中统治着我们。

——Edwin W. Patterson

摘 要

文章关于“对价原则”的选题源自笔者长期以来对英美法和比较法的浓厚兴趣。我国的法律传统隶属大陆法系,强化对作为大陆法典型代表的德国法和法国法的精研、吸收和借鉴自是题中应有之义,但由于英美文化在现代世界的强势,即使是大陆法系国家也不能对英美各国的法律制度熟视无睹,了解甚至模仿英美法制已成为一种不得不为的选择,因此,在这种情势之下,身为“法治后进国”的中国似乎就不应当采取只针对大陆法的单一继受路线,对人类文明(包括法治文明)保持一种开放的姿态或许会更加有助于中国法律秩序的建构和社会的治理。

当然,英美法所具有的、与大陆法迥异的法律传统和制度设置的诞生和形成,也有赖于英美各国的特定社会历史条件,这或许在一定程度上为部分国人主张拒斥英美法提供了借口。但笔者始终认为,英美各国在为当代世界创造普适性规则方面是有着突出贡献的,尤其是在各国具有最小差异的合

同法领域,英美国家在相对发达和开放的市场交易的基础上提供了越来越多的普适性交易规则。而且我们也应当清楚的是,现代欧洲大陆各国对美国的法律进口已经远远超过了美国对欧洲法律的进口。就像麦当劳和好莱坞大片一样,英美法正在而且将继续风靡全球。因此,对英美合同法的借鉴和吸收必然会成为一种潮流,我国1999年合同法的起草似乎也在一定程度上印证了这一点。

但借鉴英美合同法的前提就是要对其核心原则、理论和制度进行深入的了解和把握,本书所涉之对价原则恰好是我们了解英美合同法的一把钥匙。正如美国著名学者吉尔默(Gilmore)所说,对价是合同这架庞大机器的平衡轮。学者James D. Gordon III的表述更为形象,他说:对价之于合同法如同猫王之于摇滚乐,都是国王。单单是学者的这些表述也吊足了我对对价原则进行发掘的胃口。将对价原则视为英美合同法王国中的“理论和规则之王”也毫不过分,因为对价原则确实是英美合同法的核心理论和制度问题。正是基于对英美法以上诸种事实和价值的确信,笔者将博士论文的题目选定为《英美法对价原则研究:解读英美合同法王国中的“理论与规则之王”》,以期通过对对价原则和理论的研讨来把握英美合同法的“名与实”。

需要特别说明的是,我并不想把本书做成一个纯粹制度性的著作,因为我始终认为,英美法的制度和原则也同样有赖于长期的理论累积和深厚的思想积淀,除了理清对价原则的操作机理之外,我们更为重要的工作或许应当是揭示出对价原则的理论线索和思想脉络,尽量展现一个文化(理念)意义上的对价原则。

本书导论部分首先树立了一种关于合同的全新观念,即它是一种当事人规划未来行为的自治方法,继而在这种新观念的指导之下引出了英美合同法的核心命题及其标准——对价原则。除此之外,导论还综述了全书的研究内容、研究方法、研究难点和研究意义。

本书第一章为对价原则的历史渊源。笔者通过历史地再现对价原则的产生情境来发掘对价原则得以产生的源头及其原因。大量的笔墨

花费在对英国早期诉讼形式的研讨上,并将清偿债务之诉(debt)和违诺赔偿之诉(assumpsit)视为对价原则得以产生的形式和实质源泉。本章结尾之处,笔者还对现代学者对对价原则产生原因的误解进行了检讨,澄清了先前的歧见。

本书第二章为对价原则的理论模型的进化。对价原则的理论模型经过了一个从无到有、从英国实质的获益受损理论到美国的对价交易过程理论的长期历史进化。英国传统的获益受损理论揭开了对价理论和合同理论系统化的序幕,统一了英国长期存在的散乱的对价规则和理论,并整合了整个英国合同法,为合同法的古典革命提供了发力的杠杆。获益受损对价理论的衰落源于其自身固有的模糊不清、不易操作、注重实质等诸多缺陷,为美国对价交易理论的诞生提供了契机。对价交易理论的诞生开创了美国对价理论和合同理论的新局面。

本书第三章为对价原则的具体构成:规则本体论。笔者对对价各种规则详尽的研究是基于一种信念:即对价原则有着可以探索到的制度理性。文章通过具体研讨对价原则的积极规则、消极规则和例外规则等具体内容,展现了对价原则的这种制度理性和实践操作性。

本书第四章为对价原则的功能定位。功能是把握一种社会制度和法律制度的有力手段,这一点对于对价原则的研究来说更为重要。对对价原则功能的关注不管是在国内还是在英美法本国,都是相对薄弱的,但也已经有学者开始了这方面的尝试。笔者通过研讨对价原则的积极功能(主要是支持允诺的执行)和消极功能(主要为妨害私法自治),探究了对价原则的生变的原因和将来发展之出路。

本书第五章为对价原则的改革存废之争。对价原则的特殊性使得其在面临全球一体化的经济和法律进程时出现了困惑,人们对其褒贬之声也难尽一致。就是在这种背景之下,对价原则的改革和存废的争论便成为重要的法律课题。笔者就是在综述这种争论之后,提出了作为一个英美法的局外人的观感。

本书第六章为中国法律中的对价问题(代结语)。对他国法律制度