



FOUNDATION PRESS

THOMSON
WEST

FOUNDATIONS OF Contract Law

【影印本】

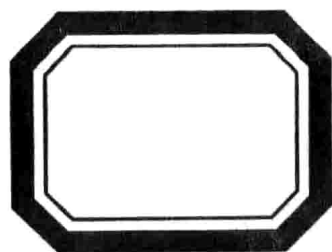
合同法基础

Richard Craswell and Alan Schwartz

理查德·克拉斯韦尔 / 艾伦·施瓦茨



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



FOUNDATION PRESS

THOMSON
WEST

FOUNDATIONS OF Contract Law

【影印本】

合同法基础

Richard Craswell and Alan Schwartz

理查德·克拉斯韦尔 / 艾伦·施瓦茨



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

合同法基础 = Foundations of Contract Law / (美) 克拉斯韦尔, (美) 施瓦茨著. — 影印本. — 北京: 法律出版社, 2005. 1

(法律基础影印系列)

ISBN 7-5036-5291-8

I. 合… II. ①克… ②施… III. 合同法—英文

IV. D912-29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 140498 号

COPYRIGHT©1998 By FOUNDATION PRESS

Reproduced under the license from the Thomson Corporation Hong Kong Limited trading as Sweet & Maxwell Asia.

本书由汤姆森(香港)有限公司(以 Sweet & Maxwell Asia 之名营业)授权影印。

著作权合同登记号

图字:01-2004-5258 号

©法律出版社·中国

责任编辑/郭 亮

装帧设计/温 波

出版/法律出版社

编辑/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/22.75

版本/2005 年 1 月第 1 版

印次/2005 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

对外合作出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/guoliang@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939703

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071200/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5291-8/D·5008

定价:46.00 元

COPYRIGHT©1994 By FOUNDATION PRESS

Reproduced under the license from the Thomson Corporation Hong Kong Limited trading as Sweet & Maxwell Asia.

本书由汤姆森（香港）有限公司（以Sweet & Maxwell Asia之名营业）授权影印。

Licensed for sale in The People's Republic of China only, excluding the Hong Kong Special Administrative Region and Macau Special Administrative Region: not for export.

本书被授权在中华人民共和国（不包含香港特别行政区和澳门特别行政区）销售，不供出口。

序

何美欢¹

法律出版社独具慧眼,将包括《合同法基础》在内的一套书以影印形式原文出版,对法学研究与教学都是一件大事、喜事。

应邀撰文后,原意是写一篇导读,但久久未能下笔,一则是因为本书已经载有多篇导读,恐有续貂之嫌,再者,本书节录了超过 50 篇论文,涵盖范围极广,一篇导读难以概括本书内容。因此,打消了写导读的主意,本文只希望对本书所反映的美国法学哲学、法学研究、法学教学的若干特征略作介绍。

首先,得先介绍本书的内容与结构。读者可能会被书名误导,以为本书是一本美国合同法的入门书,从中可以得知美国合同法的主要内容。这样的读者会大失所望。本书对法律内容没有多少论述,对美国合同法认识不深的读者应该先备置一本教科书在旁,必要时翻翻了解美国法律的规定。本书书名中的“基础”应该是指理论基础,更确切的书名是“合同法理论论文节选集”,合同法的不同理论就是本书的主要内容。

组织结构方面,本书沿用了美国判例汇编的体裁,即每章每节先载有编者的导言,然后是节选的材料,之后就是编者的“眉批”。一般的判例汇编编收判例与论文,也载有对法律内容的较详细的论述。本书不同之处在于它只收论文,对法律内容的叙述则一句起两句止。

全书分五章,分别关于“价值基础”、违约的补救、履行义务的界定、合同的形成、有违良心及其他答辩五个课题。每章分两到四节,每节收录了一到三篇论文节选部分。每章每节前端都载有导读,眉批更载有相关的重点论文的目录。

1. 清华大学法学院教授,圣心学院文学学士,加州大学伯克利分校文学硕士,多伦多大学法学博士,剑桥大学法学硕士,研究方向是民商法学和比较法学,著有《交易所的所有权归属与治理:非互助化》、《香港合同法》等专著。

虽说本书的内容是合同法理论,但是希望对合同法理论得到一个完整详尽的解释的读者也许会感到失望。首先,所收的论文都是论文节选,没有一篇是完整的,因此,入选的各论文的完整论证还得另外再找。此外,书中所收的论文不是全面的。如编者坦言(第 iii 页),本书所收的论文反映了他们本人的偏好,大部分是法经济学的论文,但法经济学当中又剔除了以数学模型为基础的论文,也剔除了合同法概括理论的论文,收的都是关于个别课题的理论的论文。以其他学科、角度探索合同法理论的论文,如历史分析、心理学分析等,也没有收入。

那么,这样的一本书对读者有什么用处呢?学者可以如何使用这种书呢?研究具体课题的研究者,很快就会发现这种书的好处,首先编者都是精英法学院(斯坦福和耶鲁)的知名教授,合同法的专家,他们对合同法的观点都是不容忽略的观点,他们所选的论文必有可取之处,这种书可说是一个思想宝库。第二,美国学术出版旺盛,论文无数,找出在相关课题上见解精辟独特的论文,从来都是一件费时的的工作,现在由两位编者在每章每节指出该课题中的重点论文及出处,对研究工作帮助很大。

但是最大的好处还不是这种具体好处,最大的好处还是可以从中窥豹美国的法律文化、法学哲学。美国法学论文既多且长,分布于多份期刊,外来人读到一两篇论文,很难判断某种观点是否仅仅是一家之言,很难掌握到美国法学思想的趋势。像本书一样的编集,将各论文的篇幅大幅减少,将同一领域的论文聚集一起,读者较容易地读出图案来,这个图案可能是全图,也可能是全图的一角,但总能让人看到美国法律文化的一部分。

本书展示了什么哲学、文化呢?可以从“理论”一词讲起,因为也需要提醒读者这个理论不是那个理论。本书所指的理论不是“纯”理论。“纯”理论视法律为一系统自给自足的原则、规则,而理论就是从其内在逻辑解释这一系统中的原则、规则的分类、结构的原理。本书所指的理论都是从外部审视法律,以法律以外的准则解释法律的原理。本书编者及作者对理论的理解是如此理所当然的,甚至没有讨论或否定以法律内容的固有规律去解释法律的方法。对理论的理解所展示的是自霍姆斯、庞德、卢埃林(作为现实主义法学家的代表人物)启发的,到理查德·波斯纳一代成熟的法学哲学的彻底胜利。

霍姆斯处于形式主义盛行的年代,其本人以形式主义的方法运用法律游刃有余,但是以法官身份外发言时,他总是强调寻找法律以外的事实来指导法律。他以惊人的智能于 1897 年预言:“对法学的理性研究来说,今天称雄的人是熟识法条的人,但明天称雄的将会是能驾驭统计学、经济学的人。”¹

1. Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law: dedication address*, 10 HARV. L. REV. 957, 969 (1897)。

继霍姆斯之后,领导哈佛法学院多年的庞德院长提出一种社会学法理学的思想。依照庞德的学说,法学家从事研究必须坚持以下六点:1)必须对法律机构设置及法学学说造成的实际社会后果加以研究;2)制定成文法时,必须综合考察社会学及法学的内容;3)必须对致使法律规定得到有效执行的方法加以研究;4)一种方法就是历史分析。但这不是指仅仅研究法学学说的演变过程,而是指研究过去的法律学说曾产生了什么样的社会后果,及这种后果是如何造成的;5)与此同时,应该顾及个别案件的合理公平解决;6)最后,上述只是手段,其目的是为能够更有效地达到法律目的。¹

霍姆斯和庞德是先驱者,他们本身卓越的地位,掷地有声的言论对后代影响深远,但改变不了当时的主流思想——形式主义。形式主义要等到现实主义法学的出现才受到冲击。现实主义法学运动是个松散的运动,它反对形式主义,强调法律的不确定性,主张实证研究。虽然这一派的学者的实证研究成果很少,但是他们的思想渗透了美国法学哲学。如今,无人不是现实主义法学人,而在研究方面他们的任务由嫡系法经济学接了过去,并加以发扬光大。

众所周知,强势的法经济学主张实施市场自治,将政府功能最小化,但是他们的法学哲学不是自由主义,而是与马克思主义更接近的,与霍姆斯、庞德、卢埃林一脉相承的,秉承杜威思想的工具主义。1987年,作为法经济学的开荒者,波斯纳断言,“法律现在公认是控制社会的工具。”²这种工具是要用来为人民谋幸福的,³而法学研究的任务就是改良这种工具。

工具主义学者的哲学是功利主义。他所倡议的法律价值基础是社会利益的最大化。在研究具体法律内容时,他关注的不是法律的抽象内容,而是法律实施的具体后果,例如,某一规定的再分配后果(见Craswell,第29、44页),对当事人造成的诱因,是否能够诱使当事人在该案采取提高整体效率(Goetz & Scott,第54页)、降低交易成本(Ayres & Gertner,第21页)的行为,是否能够诱使当事人日后采取符合效率的行为(Epstein,第65页),最终导致社会资源的最优配置(Cooter & Ulen,第40页)。仅制定了依上述准则属内容合适的法律并不能完成工具主义的任务,如庞德所说的,学者应该对法律的有效执行加以研究。因此,本书的作者、编者关注法律的可操作性(编者,第65页)及执行成本(Kronman,第159页)。

1. Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 25 HARV. L. REV. 489, 512—515 (1912)。

2. Richard A. Posner, *Essays Commemorating the One Hundredth Anniversary of the Harvard Law Review: The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962—1987*, 100 HARV. L. REV. 761, 763 (1987)。

3. Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 466 (1897)。

工具主义学者自始至终关注的是庞德所说的,法律造成的实际社会后果。“理论”就是以对社会造成的实际后果为准则解释及审视法律内容。具体法律规定是其实质性好坏评论的。这不是说法律内部逻辑不重要,而是说法律制定的顺序是先以实质性好坏为准则制定内容,再以逻辑将它合理化。当然,法律的内部与外部审查必须结合成一体。¹但是,一般来说,一篇分析性的论文很难兼顾两者,这是法学研究工作的分工问题。我们可以说美国整体法学学者忽视了或过于轻视逻辑问题,但是我们不能以本书所收的论文没有处理法律内部逻辑的问题而批评它,只能期待着多一种综合性论文将现有的丰富法经济学研究成果与概念研究结合起来。

从法经济学研究角度看来,有一点是可以批评的,就是实证研究的缺位。依照杜威学说,工具主义学者立论的基础应该是经科学鉴定的事实,因此工具主义学者的一种研究应该是实证研究。遗憾的是,本书没有编收实证研究论文。编者们在前言里已经说明,他们选录论文的准则是对法律应有内容立论的文章,对法律实况作分析的论文一概拒诸门外。当然,这是编者的自主权,然而没有实证支撑的应然理论是否仅属于大胆假设呢?是否是法律改革的良好依据呢?再者,即使编者决定不将实证研究论文收入文集,在提供进一步参考文献时,将该等文献加入,这不是会使文集更完善吗?

编者的困难在于,可能没有多少实证研究的论文可供参考。2003年,埃里克·波斯纳教授写了一篇文章全面批判法经济学未能为改革合同法提供指导,其中一个原因就是学者提供的众多理论取决于一些无法观察、衡量或估计的变量。²对这种批评,耶鲁法学院的艾尔斯教授作出了响应,认为波斯纳教授过于悲观,纵使法经济学未能正面树立一套合同法理论,但它旧日的功劳是不能抹杀的。它指出了当前法律不足之处,且认定了影响法律成本—效益的因素,这些贡献是有份量的。但是,即使艾尔斯教授也不得不承认,法经济学的花可能已经开到荼蘼,对合同法的理论研究,可能已经到了边际效用递减的阶段了。下一步应该做的就是实证研究。³

对中国学者来说,当务之急是使已经进口的合同法符合国情,这项工作需要学者对国情进行科学研究。既然已经存在大量的大胆假设,我们不妨走个快捷途径,对这些假设进行测试,进行实证研究,从而摸索出适合中国的法律,也对法律的功能效应制造一些无国界的新知识,于己于人都有好处。这就是本书对研究者的用处。

1. Larry Alexander, *What We Do, and Why We Do It*, 45 STAN. L. REV. 1885, 1898 (1998)。

2. Eric A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?*, 112 YALE L. J. 829, 880 (2003)。

3. Ian Ayres, *Valuing Modern Contract Scholarship*, 112 YALE L.J. 881, 900 (2003)。

对教师来说,本书展示了美国法学教育最好的一面。中国学界对美国的 J. D 教育往往存有误解,认为它是教授律师实务技能的教育,笔者已在另一篇文章加以讨论,这里不再重复。应该注意到本书编者的读者对象包括法学院一年级学生,选题和编排是为了方便教学而确定的(第 1 页)。本书就是精英美国法学院教授理论的最好证据。

如阿提耶与萨默斯两位教授指出,精英美国法学院学生学习的是法律作为政治、经济及社会政策的工具性,他学习的不是法律内容,而是衡量法律的实质性推理。¹此外,美国法学院着重培育批判技能。判例汇编的编者往往将同一课题上作出了不同裁决的判例放在一起,而教授往往引导学生对比、批评、选择合适的裁决,鼓励学生对任何判例抱怀疑态度。²这一优良传统也反映在本书里,编者选用的论文或者是对立的(Cooten & Ulen, 第 40 页, Friedmann, 第 42 页),或者是以不同角度剖析问题的(Epstein, 第 65 页, Quillen, 第 71 页, Bebchuk & Shavell, 第 75 页),没有谁获得绝对权威的待遇。法学教材本应如此。

笔者向同学们积极推荐本书。同学们可能需要一段时间来适应这种教材,但多读后能摆脱绝对真理的枷锁,活跃思想,丰富知识,这就是法学教育的目的,就是终身学习的开始。

何美欢

2004 年 12 月 11 日

1. P. S. ATIYAH & P. S. SUMMERS, FORM AND SUBSTANCE IN ANGLO-AMERICAN LAW: A COMPARATIVE STUDY OF LEGAL REASONING, LEGAL THEORY, AND LEGAL INSTITUTIONS (Oxford: Clarendon Press, 1987)。

2. 同上注,第 397 页。

前 言

本书收录的大部分论文都运用经济学方法作学理分析,也有一部分借助伦理学理论阐释观点。我们选择论文的这种侧重一定程度上反映出某种偏好(我们对此偏好颇感理直气壮)。我们注重这两种分析方法,是因为我们想通过本书达到三个目的:

其一,我们希望通过这本论文集明确表明我们对合同法价值的立场。在遴选论文的过程中,我们有意排除了专门阐释判例法当前实况的文章。然而,这种选取标准也忽视了传统上不会直接与规范法律理论对话的其他重要分析方法。比如本书中极少涉及历史学分析(克莱尔·多尔顿的文章是例外)。事实上,现代惟有经济学家和哲学家(或受上述原则影响极深的法律职业者)才最清楚表明对法学价值的立场。

其二,我们希望本书能帮助解释当事人缔结合同的动机。最近经济学家创造出丰富的理论,以解释契约行为。这类理论许多是建立在数学工具和严格的计量经济学方法之上。这类文章也被我们摒弃了。然而技术经济学理论已经深深影响了法学研究,所以这本集子也收录了一些涉及该领域的文章。

其三,我们希望这本集子阐释法学院一年级课程涉及到的具体合同法问题。我们希冀本书的系列论文能陪伴学生研习合同法的整个学期甚或学年,而不是被归于这门课程开端或收尾的“理论概要”一类。故本书鲜有讲述整个合同法体系的文章,大多数都是专题讨论,如哈德利诉哈克森德案中的间接损害的赔偿限制,霍夫曼诉雷德·奥尔案判决中的合同磋商的责任范围。事实上,我们采用了一种实用原则,即人们对规范理论的理解是通过检测具体问题如何解决来实现的,而不是光靠对该理论的抽象分析。当然,这种尺度排除了阐释合同法整体理论而不涉及具体议题的文章。

这本集子的组织结构体现了我们希望与一年级合同法课程同步的目的。集子的核心是第二至五章,结构上遵循了由朗·富勒提出的“倒行”或救济第一之方式。故第二章阐释了违约之法律救济——以合同有效缔结而一方没有履行行为为前提展开论述。第三章“划定履行义务之范围”仍假设合同有效缔结,并在此前

提下讨论合同要求的义务是什么。本章探讨了默示免责理由(不可行性、目的实现受阻、错误)和默示担保等专题。本章也收集了长期“关系”合同的新近理论。最后,第四和第五章讨论了合同的有效缔结这一议题。第四章讨论了对价和传统的要约—承诺问题,第五章讨论了显失公平和合同缔结的其他抗辩等论题。

显然这种分类有些随意。如撤消和恢复原状之损害赔偿金的讨论(第 115 页—第 126 页)实际上关乎一方有无“实质上”履行合同的考量和评估。这些内容其实可以放在第三章“划定履行义务之范围”中,而不是放在第二章“违约救济”里。关于“未公开”的讨论放在第三章(第 160 页—第 174 页),与“单方或双方错误”结合起来讲,其实还不如放在第五章“合同缔结的抗辩”之中。这些例子仅仅证明了法律是一张天衣无缝的网。从实用的角度,我们努力使得本书每部分“自立”(当然参考资料在相关章目间交叉使用),这样可以以任何顺序布置阅读。

这种“自立”或“组装”原则在第一章中也有反映。第一章中的文章与合同法课程的每部分内容均有潜在联系,其中讨论了三个问题:允诺的实施、违约规则的选择和合同法的分配效应。这些内容与合同缔结的紧密度和它们与违约救济的紧密度在伯仲之间,故本部分内容在合同法课程的任何阶段都能选读。我们将这些内容放在集子的开头并不当然意味着合同法的课就要从这些内容讲起(我们也从不按这个顺序授课)。本书各部分内容如此安排是为了随时满足合同法不同授课体例的需要。如果将这些内容分散到某一个法律原则的论述部分中去,我们编排上的灵活性会打折扣。

这本集子本意是用在美国法学院一年级合同法课堂上,但本书亦旨在争取更大范围的读者群。本书中的论文比较全面反映了近 15 年来具备规范思维的法律家、经济学家和哲学家的契约理论。这 15 年里契约理论得到了丰富。因此本书可于法学院的学前学术讨论会(我们已经如此尝试过了),也能在本科或研究生的法律经济学课或契约理论课上使用。

这本集子的出版得到许多人的帮助。我们特别需要感谢的是本套丛书的主编罗伯塔·罗曼诺。伊恩·艾尔斯、大卫·卡罗尔、贾森·约翰斯顿和大卫·斯劳森对本书的编写提出了有用的意见和建议。斯泰西·科尔、哈诺克·戴根和特伦斯·加拉格尔对我们的研究作了协助工作。论文删节的部分用省略号标明,但脚注和副标题的删节没有标记出来。

理查德·克拉斯韦尔
艾伦·施瓦茨
洛杉矶
纽黑文

1993 年 12 月

For Laura
and
For Leah and Seth

*

PREFACE

The selections in this book emphasize economics and, to a lesser extent, moral philosophy. Obviously, this emphasis is partly a reflection of our own biases (biases for which we make no apology). In ways that are not so obvious, however—at any rate, they were not obvious to us when we began this project—the emphasis on economics and philosophy also results from three other goals we consciously adopted from the outset.

First, we wanted readings that took explicit stands on the normative question of what the law *ought* to be. In particular, we have not included any excerpts whose only aim is to describe current patterns in the case law. However, this selection criterion also led to the underrepresentation of other important disciplines that traditionally do not speak directly to normative issues. For example, there is little historical analysis in this volume (although the excerpt by Clare Dalton is an exception). For better or worse, in modern legal scholarship it is the economists and philosophers (or the lawyers most influenced by those disciplines) who have taken the most explicit normative stands.

Second, we wanted readings that help explain why parties make the contracts they do make. Economists recently have created a rich literature devoted to explaining contracting behavior. Much of this literature is quite mathematical, and the empirical work often uses rigorous econometric techniques; we have excluded those articles as well. However, the technical economic literature has already influenced legal articles, and we have included some of that work here.

Third, we wanted readings that addressed particular legal issues that arise in a first-year course in contract law. Our goal was a set of readings that could be used throughout the semester or throughout the year, rather than being relegated to a “theoretical overview” at the beginning or end of the course. Thus, there are very few readings in this volume that address the system of contract law as a whole. Most of the readings address specific legal topics—the limits on the recovery of consequential damages under *Hadley v. Baxendale*, for example, or the scope of liability during preliminary negotiations under decisions such as *Hoffman v. Red Owl*. In effect, we take the pragmatic position that normative perspectives are best understood by examining what they have to say about specific issues, rather than by trying to analyze them in the abstract. But this criterion, too, may have excluded perspectives whose principal contribution is to provide a theory of contract law as a whole without having much to say about particular contract issues.

The organization of this volume reflects our aim of integrating these readings with the first-year contract course. The core of the readings are

in Chapters 2 through 5, which are organized in the “backwards” or remedies-first manner originally introduced by Lon Fuller. Thus, Chapter 2 discusses legal remedies for breach of contract, on the assumption that a valid contract has been formed and that one party has failed to do what the contract requires (whatever that might be). Chapter 3, “Defining the Performance Obligation,” discusses how to determine what it is that the contract requires, while retaining the assumption that a valid contract has in fact been formed. This is the chapter that deals with implied excuses (impracticability, frustration, mistake) and implied warranties; it also includes the recent scholarship on long-term “relational” contracts. Finally, Chapters 4 and 5 discuss the formation of a valid contract. Chapter 4 deals with consideration and traditional offer-and-acceptance issues; Chapter 5 addresses unconscionability and other defenses to formation.

Obviously, this division is somewhat arbitrary. For example, the readings on rescission and restitution damages (*infra* at pages 115–26) also relate to the interpretation of conditions and the assessment of whether one party’s performance was “substantial,” those being two of the legal tests for rescission and restitution. These readings could therefore have been included in Chapter 3 (“Defining the Performance Obligation”) rather than in Chapter 2 (“Remedies for Breach”) where we actually put them. The readings on nondisclosure have been placed in Chapter 3 (*infra* at pages 160–74) in connection with mutual and unilateral mistake, but they could just as easily have been placed with the defenses to contract formation discussed in Chapter 5. Examples like these merely confirm the observation that the law is indeed a seamless web. Responding on a practical level, we have tried to make each section of the book self-contained (with cross-references to related sections) so that the selections can be assigned in any order.

This self-contained or “modular” principle is also reflected in Chapter 1, which contains readings potentially relevant to every part of the course. The three topics discussed in Chapter 1—the enforcement of promises, the selection of default rules, and the distributional effects of contract law—are as relevant to contract formation as they are to the remedies for breach; thus, these readings could be assigned at any point in the course. Our placement of these selections at the beginning of the book does not reflect any judgment that a first-year contract course ought to begin with these readings. (Neither of us teaches the readings in that order *ourselves*.) Instead, these selections have been placed in a separate chapter precisely so that they can be used wherever they best fit the organization of any given course. If these selections had instead been parceled out to the various parts of the reader dealing with particular legal doctrines, this flexibility would only have been hampered.

Though our organizational scheme derives from the first-year law course, this book is intended to be useful to a wider audience. The readings, taken as a whole, reflect much of the contract theory that norma-

tively minded lawyers, economists, and philosophers have produced in the last fifteen years. These have been rich years for contract theory. The book can therefore be used in advanced law school seminars (we have so used it), and it can also be part or all of the reading for an undergraduate or graduate law and economics course or a course in contract theory.

Many people assisted us in the preparation of this collection. Particular thanks are due to our series editor, Roberta Romano; and to Ian Ayres, David Carroll, Jason Johnston, and David Slawson for helpful comments and suggestions. We have also benefited from the research assistance of Stacey Cole, Hanoeh Dagan, and Terrence Gallagher. Deletions from the original texts are indicated by ellipses, but footnotes and subheadings have been deleted without indication.

R.C.
A.S.

Los Angeles, Calif.
New Haven, Conn.
December 1993

CONTENTS

1. Normative Underpinnings, 1

1.1 Enforcing Promises, 2

The Rise and Fall of Freedom of Contract, 2
P. S. Atiyah

Contract as Promise, 7
Charles Fried

Notes on Enforcing Promises, 13

1.2 Selecting Default Rules, 15

Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising, 15
Richard Craswell

Filling Gaps in Incomplete Contracts, 21
Ian Ayres and Robert Gertner

Notes on Selecting Default Rules, 27

1.3 Distributional Concerns, 29

Passing on the Costs of Legal Rules, 29
Richard Craswell

Notes on Distributional Concerns, 37

2. Remedies For Breach, 39

2.1 Expectation Damages, 40

Law and Economics, 40
Robert Cooter and Thomas Ulen

The Efficient Breach Fallacy, 42
Daniel Friedmann

Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach, 44
Richard Craswell

Notes on Expectation Damages, 52

2.2 Limits on the Expectation Measure, 54

2.2.1 Mitigation and Reliance by the Promisee, 54

The Mitigation Principle, 54
Charles J. Goetz and Robert E. Scott

Unity in Tort, Contract, and Property, 57
Robert Cooter

Notes on Mitigation and Reliance by the Promisee, 63

2.2.2 Consequential Damages, 65

Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract, 65
Richard A. Epstein

Contract Damages and Cross-Subsidization, 71
Gwyn D. Quillen

Information and the Scope of Liability for Breach of Contract, 75
Lucian Ayre Bebhuk and Steven Shavell

Notes on Consequential Damages, 76

2.2.3 Subjective Losses, 80

Cost of Completion or Diminution in Market Value, 80

Timothy J. Muris

Proposals for Products Liability Reform, 85

Alan Schwartz

Notes on Subjective Losses, 89

2.3 Alternatives to Expectation Damages, 92**2.3.1 Specific Performance, 92**

The Case for Specific Performance, 92

Alan Schwartz

Notes on Specific Performance, 96

2.3.2 Liquidated Damages, 99

Liquidated Damages, Penalties, and the Just Compensation Principle, 99

Charles J. Goetz and Robert E. Scott

Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages, 105

Samuel A. Rea, Jr.

Notes on Liquidated Damages, 113

2.3.3 Rescission and Restitution, 114

The Mitigation Principle, 114

Charles J. Goetz and Robert E. Scott

Good Faith in the Enforcement of Contracts, 118

Eric G. Andersen

Notes on Rescission and Restitution, 124

2.3.4 Punitive Damages, 126

Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale, 126

Bruce Chapman and Michael Trebilcock

Notes on Punitive Damages, 135

3. Defining the Performance Obligation, 137**3.1 Implied Excuses, 138****3.1.1 Impracticability, Frustration, and Mistake, 138**

Impossibility and Related Doctrines in Contract Law, 138

Richard A. Posner and Andrew M. Rosenfield

Contract as Promise, 143

Charles Fried

Mistake, Frustration, and the Windfall Principle of Contract

Remedies, 147

Andrew Kull

Relational Contracts in the Courts, 152

Alan Schwartz

Notes on Impracticability, Frustration, and Mistake, 156

3.1.2 Nondisclosure and Unilateral Mistake, 159

Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, 159

Anthony T. Kronman

Legal Secrets, 165

Kim Lane Scheppele

Notes on Nondisclosure and Unilateral Mistake, 169