



当代法学名著译丛

新社会契约论

原著：麦克尼尔

翻译：雷喜宁 潘 勤

中国政法大学出版社



当代法学名著译丛

新社会契约论

——关于现代契约关系的探讨

原著

麦克尼尔

中国政法大学出版社

1994·北京

(京)新登字 185 号

新社会契约论

Xin Shehui Qiyue Lun

原 著 麦克尼尔
翻 译 雷喜宁 潘勤
出 版 中国政法大学出版社
(北京学院路 41 号 * 100088)
责任编辑 丁小宣 张志铭
承 印 北京海淀军科印刷厂
经 销 全国各地新华书店
规 格 850×1168 毫米 32 开本
字 数 100 千字
版 次 1994 年 12 月第 1 版
印 次 1994 年 12 月第 1 次印刷
印 张 6
印 数 3000 册
定 价 7.50 元

ISBN 7-5620-1367-5/D · 1327

Translation of: THE NEW SOCIAL
CONTRACT

by Ian R. Macneil

Translated by Lei Xining & Pan Qin

Published by China University of Politics
and Law Press

41 Xue Yuan Road, Beijing 100088, P. R.
China

Copyright ©1980 by Yale University.

All rights reserved.

*Library of Congress Cataloging in
Publication Data*

Macneil, Ian R.

The new social contract.

Includes bibliographical references and
index.

1. Contracts. 2. Social contract. I. Title.

K840. M3 346'.02 80-5395

ISBN 0-300-02542-4

本译本的翻译和出版已获许可

中文版权属当代法学名著译丛编委会

“当代法学名著译丛”

总 序

现代法制的建设能否成功，不仅取决于政治的力量，也有赖于学术的质量。因为无论是总结本国的实践经验把它抽象为普遍适用的规范，还是借鉴外国的成功方法以缩短摸索的过程或减少失误的代价，都需要能保证择优决策的见地，从而也就需要在法律、制度及其社会效果研究上的理论造诣。

那么，怎样才能提高法律学术的质量呢？主要途径不外乎三条：弘扬文化遗产、进行知识创新以及输入海外学说。而在中国，要实现法学的创造性发展，首先必须大力采撷世界上先进的研究成果，咀嚼其章句，玩味其技巧，消化其原理。

众所周知，中国法家的传统是“法无二解”、“以吏为师”，法解释的技术和法现象的学说因而不得昌明。尽管在两汉时代民间曾有过律学之盛，魏晋以降国家也设了律博士之制，但是，随着德治精神浸润整个社会，律学日渐式微。依法治国的制度构思，在宋朝中叶一度回光返照之后，便无以为继，终成绝响。从那时起直至近世，在中国士大夫的普遍心态以及传统学术的整体格局上，律学的地位可以说是无足轻重。这与文艺复兴后西欧知识界崇尚法学的风气适成对照。由于历史文化传统的这种缺陷，要振兴中国的法律学术，不得不特别致力于译译和钻研西方典籍。

外国法学名著的汉译，可以追溯到 1839 年，当时，林则徐出

于办理外交、周旋列强的需要，约请美国医生伯驾（Peter Parker）翻译了瑞士法学家滑达尔（E. de Vattel）的名著《万国律例》（Le Droit des Gens）的有关章节。美国传教士丁韪良（William A. P. Martin）翻译的《万国公法》于1864年问世，该书以及此后其他若干法律译著的陆续出版，极大地促进了西方法律知识在中国乃至日本的传播。

但是，中国学者自身有意识地精选海外法学不朽之作翻译出版的努力，却是在百日维新失败之后，以严复翻译孟德斯鸠的《法意》为典型。这时，邻邦日本早已后来居上，对荷兰、英国、法国和德国的法规和理论进行了较系统的研究，并据此确立了制度建设的方针措施。从1877年起，翻译和研读西方法律文献的热潮席卷东瀛列岛，不过十余年便有一批法律俊才脱颖而出。清末立宪期间修订法律馆编译的《法学名著》就包括了不少日本法学家的论述。沈家本为该书作序，其中对比中日两国研究西方法学的不同态度、不同结果，感慨万端，跃然纸上，直到20世纪即将结束的今天，他那沉重的叹息声仍在撞击着我们的的心灵，引发着我们的反省。

值得欣喜的是，我国近年来，一大批翻译、介绍和研究西方法学经典的颇有份量的出版物纷纷问世，透露出“春江水暖”的消息；由几位广受尊敬的前辈法学家指导和推行的“外国法律文库”的编译工作，还显示出了“极高明而道中庸”的恢弘气象。

为承继前贤鸿图，我们，一群分布在国内和海外的法律学徒也集结起来，愿以绵薄之力，推动沟通东西学术、接轨国际法制的时代大业。在中国政法出版社的热忱支持下，我们创办了“当代法学名著译丛”。

这套翻译丛书拟分为三辑：（1）有代表性的理论流派的主要著述，（2）有典型性的政法制度的精辟评介，以及（3）有实用性

的法庭技术的学理研究。我们根据学术价值和现实需要、并兼顾与国内已有译著的互补性设定了本项目的选题基准，空间范围是西欧、北美和东亚的发达国家，时间范围是1970年以后，质量范围是原著有广泛的影响和公认的重要性（基本上按照在学术文献中引用的频度来衡量），不拘泥于经典作品。有必要说明，之所以拿1970年作翻译对象的底线，是因为从那时起开始发生全球性的社会结构大变动，西方各国的法律体系和法学体系也相应地进行了反思和改组；与此串连的新趋势、新思潮，既是当今中国与世界对话的语义背景，也必将关系到今后中国制度建设的走向。如果我们不想在法律领域中扮演堂·吉珂德式的角色，那就必须对正在形成的世界性社会秩序的本质进行有深度、更系统的理解和把握。

译事不容易。与其他学科相比，法理文献的翻译尤其困难。因为法律是文化现象的一部分，与整个社会结构有着千丝万缕的对位联系；其可视性、即物性又较弱，属于用抽象概念构筑的符号性体系。从德国和日本大规模输入国外法学成果的历史过程可以认识到，生造词汇和误解原文的现象在一定阶段是难以避免的；即使译者通过研读，对原著已达到了融汇贯通的境界，在表述上仍然可能使人感到艰涩。尽管如此，我们还是要竭力防止误译，并在完全忠实于作者本意的前提下，争取行文的流畅隽永。值得庆幸的是，在编辑“当代法学名著译丛”过程中共襄苦差的朋友们都学有专攻、娴于外语，对所从事的事业又情有独钟，相信这些条件可以保证翻译和出版的效率与质量。

有人说过，在理解原著、推敲精义方面，从译事中获益最大的是译者本人。这是治学的经验之谈，也表现了一份“只管耕耘、不问收获”的淡泊。当然，如果我们的工作不以“著文以自娱”为限，还能够进一步为改革和建设新制度而丰富思路，为识别和批

判谬误而提供利器，那么为之欣庆者就远远不止是这一些有心回馈祖国的书生了。

“当代法学名著译丛”编辑委员会 谨识

关系契约论的启示（代译序）

季卫东

在美国契约法学界有两个苏格兰出身的风云人物，一个宣告了现代的正统契约法的“死刑”，而另一个则为契约法死里逃生指出了“走关系的后门”。前者叫麦考莱（Stewart Macaulay），是威斯康辛大学法学院的教授，1963年因发表《企业中的非契约性关系的初步研究》一文而名声大震。他从经验素材中发现在1950年代美国的实业活动的60—75%是基于非契约性关系，而契约书的详细规定对于市场经济秩序并没有实质性影响。至1974年，吉尔默（Grant Gilmore）出版了《契约的死亡》，这本书的标题具有耸动视听的效果，契约法在当代社会中的困境从此成为学术界的一个焦点问题。后面那个试图为契约法起死回生的人叫麦克尼尔（Ian R. Macneil），先后在弗吉尼亚、康乃尔和西北等大学执契约法讲座的教鞭，现在移居英国爱丁堡，颇有优游林泉的隐士风度。不过，由于他的学说近来日益受到注意，他能否真正置褒贬于不闻不问之间，还很难说。

在哈佛法学院时，麦克尼尔师承富勒（Lon L. Fuller）的契约利益（尤其是信赖利益 reliance interest）论，其后他又受到著名契约法学家海维格斯特（Harold C. Havighurst）的研究方法的影响。就问题意识而言，他和牛津大学教授阿梯雅（Patrick S. Atiyah）有十分相近的地方，但是两者的基本视角不一样。阿梯雅

强调基于利益和信赖的责任观念，基本上持契约法局内人的立场，而麦克尼尔采取一种“旁观者清”的研究战略，从社会的角度来认识和解决法律上的问题。只要参阅一下霍维茨（Morton J. Horwitz）的《美国法的变迁（1780—1860）》，就可以知道麦克尼尔学说的出现是契约法理从主观性的意思论的普及继而转到客观性理论的发展的必然结果。

本书的题目很容易使人误以为麦克尼尔要提倡一种法哲学意义上的新“社会契约论”。作者之所以采用这样的标题当然别有一番考虑，他是要告诉读者，尽管这里讨论的是契约法领域的问题，但是其结论具有重大的、革命性的意义。作者提示的契约概念在双重涵义上是社会性的：（1）所谓契约不再是法解释学中的个别的、孤立的意思表示，而是包括当事人及其协议内容的内在性社会关系的社会经济概念，并且扬弃了“活法”与“国法”的对立图式，使法律规范与社会规范在契约关系中水乳交融；（2）为了准确把握契约关系，不能囿于就法论法的概念诠释，有必要导入社会学的研究方法。

一、契约法的程序化

对于现代契约，美国《第二次契约法重述》下了一个经典性的定义：“所谓契约，是一个或一组承诺，法律对于契约的不履行给予救济或者在一定的意义上承认契约的履行为义务”。在这里，契约概念的基础是承诺——过去的意思表示行为。与此不同，麦克尼尔给出的定义则强调为了未来的交换的统筹安排。他认为，契约必然具有关于未来的合意的性质，从社会学的角度来看，所谓

契约，“不过是有关规划将来交换的过程的当事人之间的各种关系”。（p. 4）在这一定义中，最关键的词语是“交换”和“过程”——包含着时间维的扩张、当事人的相互依存性、在承诺和期待的基础上进行的规划的非一次结算性等因素。因此可以推论，仅仅通过合意这一范畴并不能适当地把握当事人之间的契约关系的整体结构。

作者强调契约的基本根源在社会之中，因而如果把单纯最大限度地追求私益的孤立的个人作为当事人的典型，就会妨碍正确认识契约的本质。除了社会之外，契约的具体根源还包括劳动的专业化与交换、自由选择的概念、对未来的认识等。他把契约现象分成两种理想的形态：“个别性契约”和“关系性契约”。个别性契约意味着“除了物品的单纯交换外当事人之间不存在关系”（p. 10），这种范式在新古典派微观经济学理论的交易行为中可以找到。但是麦克尼尔认为一次为限的个别性契约在现代社会中并不是普遍存在的，契约行为其实应该理解为从个别性交易到关系性交易的有阶段的连锁。而在社会经济实践中，处于继续伙伴关系中的当事人一般都将许多契约条款悬而不决，留待今后根据商业需要再作临机应变的调节。正如威斯康辛大学教授怀特佛德（William C. Whitford）在评论麦克尼尔对于契约法学的贡献时指出的那样，“与其将一切进行一次性处理，不如把重要的条款委诸交涉，同时容许多种方式的履行并依次达成合意更有利于当事人；这一点连经济学者也是承认的”。到今天，关于契约不是“一锤子买卖”、而是经历一段时期的过程的麦克尼尔命题在法学界也得到普遍的认同。

过程的观点势必要求对于无法事先确定的契约行为进行事后评价的标准，即与缔结契约时当事人的意志相分离的“评价规范”——它一般表现为程序要件的充足和促进交涉的规则。因此，

契约法的程序化处理也正在成为强有力的学术潮流。其中存在两种主要的倾向：一种是把契约看成组织内部或者组织之间的共同决定，因而强调国家与私人之间的中间团体的组织规范在契约关系中的意义；另一种是把契约看成一个通过中间性合意或承诺的积累逐步成熟、定型的过程，因而强调当事人不经由中间团体的媒介而直接参加契约关系的讨论规范的意义。关于动态的契约关系，麦克尼尔是从介于个人行为和社会结构之间的、从基本的契约行为方式归纳出来的“中间性规范”的层次上来分析的。在他看来，这样的中间性规范有九项，即角色保全（role integrity）、相互性的促进、计划的执行、同意的实现、弹性、作为结合各项交换的规范的契约性团结、连接规范（linking norms，包括不当得利、信赖利益和期待利益）、权力的设置和限制、与作为契约的基础的社会本体的协调等。个别性契约只不过把其中两种规范——计划的执行和同意的实现——进行了扩大的解释和适用，把将来统统转化为现在而已。与此不同，关系性契约与习惯、内部规则、社会性交换、对于将来的期待等交织在一起，形成了一条环环相扣的连锁，契约的履行和纠纷的处理都以保护这种长期性关系为原则。在长期的契约关系的调整方面还要注意“超契约性规范”，特别是分配的正义、程序性正义、自由、平等以及人的尊严。

新古典派的现代契约法尽管在理论上是以孤立的个别性的交易为基础的，但实际上在许多场合都包含了关系性因素，例如美国统一商法典第2—207条第1款和第3款等有关著名的“文书作战（Battle-of-the-Forms）”的条文就是以关系作为法理的基础的。当交易中的个别性因素与关系性因素发生矛盾时，新古典契约法本身无法采取有效的应对措施。关系主义色彩更浓的做法在劳动法、特别是仲裁和劳动协约的场合则是司空见惯，不以为奇了。在这里可以领悟到麦克尼尔的关系契约论的两个基本目标：第一，把

经典的现代契约法理论中无法容纳的或者已经排挤出去的契约形态——例如公司法、劳动法、婚姻法中的契约关系——再找回来，在动态的层次上给予统一的说明和规范；第二，把纠纷处理过程也收入实体法的视野，使契约法与契约的非契约性基础的规范在原理上通融无碍，提倡一种关系性的一揽子解决法律问题的方式。

二、关系网与关系法学的关系

麦克尼尔的新契约观，在以相互性和角色作用的团结机制为社会基础这一点上，可以明显地看到普鲁东（Pierre J. Proudhon）的平等互惠的、联合主义的政治经济学和迪尔凯姆（Emile Durkheim）的关于社会分工和团结的社会学的影响。至于处理关系的社会工程的构思的出现和流行，显然是由美国的兼有极端个人主义和自治共同体关系的法文化条件决定的。然而，过去美国法学中对于调整各种人际关系的认识只停留在把它作为当事人意思和法律规则的背景来把握的程度上。现在麦克尼尔不仅把这种背景推到“前景”的位置，而且把它作为契约的首要法源，这是十分特殊的。尤其值得注意的是，关系原理不仅被导入契约法领域，而且有向法学全面渗透的趋势。本书在最后提到了现代技术社会和后技术社会中法律原理的广泛的不同，对于构筑后现代社会的法律基础理论大有跃跃欲试的架势。格特利布（Gidon Gottlieb）则明确表示要为关系社会建立一套关系主义的法律体系，并把它的基本特点与实证主义的法律体系进行了比较分析。我们不妨把他的论述转换成如下表格的形式，以便一目了然。顺便指出，随着计算机网络的扩张和信息时代的来临，人际关系网作

为新的社会组织模型在西方的学界和实际部门引起了浓厚的兴趣，“关系资本主义”体制的设想也呼之欲出。

在中国，几乎人人都是编织关系网的行家里手，“关系学”虽然没有理论的体系，但在实用技巧的方面早已登峰造极，因此，对于关系契约论乃至关系法学，或许有人会一笑置之。饱尝“办公就得拉关系”、“打官司就是打关系”的苦头的人们甚至还会本能地拒之于千里之外。不过，也许总会有些好琢磨事理的人要追问关系法学与中国的“关系学”究竟有什么样的关系、关系契约论在西方发达国家的兴起是否关系到中国的市场经济建设和法制改革的走向等问题。尽管中国现阶段所面对的问题和改革的目标与西方社会有很大的不同，有时甚至出现逆向而动的情形，但是相互捐弃成见来进行建设性对话的必要性和可能性还是无可否认的。

在1983年发表的关于契约的内在准则和外在准则的论文中，麦克尼尔透露了他的学说与中国的现实有若干相通之处。他的儿子、中国法研究者罗德里克（Roderick W. Macneil）于1986年发表题为“中国的契约——法、实践以及解决纠纷”的论文，应用关系契约论的框架全面分析了中国契约关系的特征，提出了“第一当事人”、“第二当事人”、作为事后评价规范的“抽象利益”、“关系性纠纷处理”等新概念。该文明确指出，在以时间为轴展开契约关系这一点上，麦克尼尔的关系契约论模式与中国的契约现象很近似。另外，多尔（Ronald Dore）以及其他一些学者还指出关系性契约行为在日本也俯拾即是。东京大学教授内田贵在《契约的再生》一书中介绍了美国的关系契约论并提示了日本特殊的契约模式，他在序言中指出：“当然，因为美国法和日本法属于不同的法系，所以关于美国契约法的实证法上的议论许多并不能供我国直接参考。但是，涉及‘契约法的基础理论’的许多方面的

实证法与关系法的特点对照表

No.	实证主义法律体系类型	关系主义法律体系类型
1	国家规范指向	社会规范指向
2	国家机关制造法律	社会关系制造法律
3	法院本位的法律施行	保证连锁等二者关系本位的法律施行
4	规则的二维性 (内部、外部)	规则的三维性 (内部、外部、关系)
5	处理纠纷的个别审判方式	处理纠纷的关系调整方式
6	既有权利主张和法律政策主张的严格区别	既有权利主张和法律政策主张的圆融混合
7	诉讼利用频度高	法院外解纷频度高
8	合法与非法的区别很明确	合法与非法的区别较暧昧
9	法的重点是禁止行为和强制行为	法的重点是授权行为和课赋行为
10	提倡对抗性权利主张	提倡共识性关系维护
11	通过立法和司法程序形成法律秩序	通过交涉和承认程序形成法律秩序
12	纵向、等级型的法律体系	横向、和谐型的法律体系

出处: G. Gottlieb, "Relationism: Legal Theory for a Relational Society", *The University of Chicago Law Review* Vol. 50 (1983) pp. 611—612

议论具有共同的立足点,可以给我国法学以很大的启迪。”在结尾时他还说:“追求一种超越自由主义的契约概念的麦克尼尔的理论,在我国才能发挥其真正的价值,这就是本书的主张。……实际上,与欧美不同的、以我国独自的法文化为基础的契约法——最有代表性的是‘信赖关系破裂理论’——已经大量蕴藏在实证规范和判例之中。它们的存在有待于重新认识、它们的内容有待于根据新的观点上升到理论体系的高度……”。

要看到,中国的情况与日本有相当大的不同。自明治维新以

来，日本的契约法及其理论都是以现代西方的意思主义和个别性契约模式为基础的，而中国没有经过普遍主义的现代法的洗礼。在中国，传统社会的血缘和地缘以及计划经济体制的行政网络与经济活动中的契约关系纠缠在一起，造成了严重的病理现象（例如最近的“三角债”、“连环债”问题）。为了解开特殊主义的关系死结，在现阶段特别强调契约关系的一次性结算和意思自由的做法是完全必要的。当然更要看到，中国传统的“关系本位”与麦克尼尔们的“关系主义”其实有着根本的差异。例如关系性契约规范的核心概念“相互性”与中国社会关系规范的核心概念“报”——礼尚往来、投桃回李——非常相似，但是，前者的基础是分工体系下的角色之间的相互倚赖，后者的基础是价值共识中的相互报偿；前者以普遍主义的事功原理为媒介，后者以特殊主义的人情原理为媒介。就法的性质而言，关系契约论强调授权程序，与当事人自治的现代法原理“心有灵犀一点通”；而中国传统法以强制命令为特征，即使在与交涉和同意相结合的部分也缺乏合理性程序的媒介。何况中国的关系性契约现象大都停滞在事实状态之中，几乎见不到理论上的升华、结晶，而关系契约论的抽象化、体系化作业则洋洋大观——对照一下中国出版的各种契约案例手册和麦克尼尔编的《契约——交换业务与关系》就可以清楚这种差距。

同时也应该认识到，麦克尼尔的契约理论完成度并不高，关系法学还是一种发展中的、有潜力的研究领域。在目前这个阶段，关系主义的契约观能否在实证法学体系中登堂入室并进而改变西方的司法实践，还不可能立即给出明确的结论。在中国着手对关系性交易施行矫枉过正的场合，关系契约论当然也未必是对症下药的妙方。但是，站在法制建设的现实主义立场上、着眼于长远的调整契约关系的理论和实践，那么可以说关系性契约的观点是

理中国契约现象的理论框架，可以使我们通过比较美国、日本和中国的关系性契约法的异同找到传统法与现代法的最佳结合点以及改革的深层条件。

三、市场、组织和关系中的交易成本

麦克尼尔的契约法过程化、程序化的观点已经得到多数法学者的理解和接受，但是他的关系契约论中关于长期合理性和财富最大化的命题在较长时期内却没有引起广泛的重视。在麦克尼尔看来，关系契约不仅仅表现为继续性债权债务关系（例如存续期间和履行期间较长的租赁契约和雇佣契约），而是指一切契约都必须在社会关系中才有实质的意义——即使个别性契约的内容和履行过程也要受到外在的社会关系的制约，因而契约存续时间的长短固然重要，但它不是关系性契约的必不可少的因素。可以说在高速公路边的加油站给轿车补充汽油的买卖关系是极端典型的个别性契约，但是同时也具有关系性的侧面，是个别契约和关系契约的连绵不断的谱系中的一个环节。特别值得注意的是麦克尼尔把企业组织也视为关系性契约的典型这一点。根据他的主张，公司不仅是契约主体，这种组织本身就是契约关系体。在这里，我们不禁联想起柯斯（Ronald H. Coase）关于交易成本和组织成本的新制度经济学主张。关系契约论是可以与交易对象的属性、投资决定的选择机会以及企业的组织方式结合起来讨论的。

介于市场和企业之间的关系性经济活动是关系契约生长和发展的最肥沃的土壤。向有长期伙伴关系的对方当事人购买原料和设备、某一特定生产序列中的半成品的贸易、工厂的建设和成套

设备的安装施工、企业间的横向联合（企业的“一条龙”式的序列化）和纵向联合（企业的“金字塔”式的分层委托生产）、企业相互持股等等，都是关系性的交易，因而有关的各种契约的关系性很强，契约规范必须把当事人解决纠纷的行为也包括进去。既然关系契约是为了满足一定类型的交易的经济合理性需求而必然出现的法律形态，因此它是完全可以从效益上加以说明的。只是要注意：关系契约的价值判断还有超出单纯的经济合理性的深层内容，麦克尼尔是强调相互性和团结、反对彻底的利己主义行为合理性假设的。根据关系的法理，在整体经济合理性得到实现的状态下，其中各项具体的交易并不一定都是成本最低的合理行为。在这种意义上，关系契约论的思想渊源是共同体主义（communitarianism）。

共同体主义是在超越自由与平等的悖论的尝试中、在社会功利思想与个人权利思想的论争中发展起来的思潮，大有席卷北美地区之势。其目的是要解决个人原子化、社会科层化带来的各种问题。共同体主义认为，人的主体性不仅表现为选择的自由和能力，而且表现为对于选择目标的自觉和反思，以避免选择的恣意化和无力化；这种能使个人摆脱孤立和单调的主体性只有在共同营造未来的共同体中才能得到陶冶。在这里，个人的选择与公共的选择之间存在着“互换性的参与”，意思的自由只有在一定的情境之中实现。关系契约论的本质就在于此。或者可以这么说，要摆脱契约法的困境，既不必回归到身分法理——无论是属性身分还是成绩身分，也不必转向侵权法理——无论是金钱赔偿还是精神赔偿。契约法的再生仅仅意味着在作为契约的基础的选择中注入反思理性，使契约行为在自由选择方面排除恣意性，在实践承诺方面排除无力性。这，就是关系契约论的理想境界。不言而喻，在理想与现实之间还有一段距离。