

法学名篇小文丛

契约的再生

[日] 内田贵 著



中国法制出版社

D913.04

52

D913.04
73

法学名篇小文丛

契约的再生

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

契约的再生/ [日] 内田贵著 胡宝海译. —北京:
中国法制出版社, 2005.1

ISBN 7-80182-385-0

I. 契… II. ①内…②胡… III. 契约-再生
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 105543 号

法学名篇小文丛

契约的再生

QIYUE DE ZAISHENG

著者/ [日] 内田贵

译者/胡宝海

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850×1168 毫米 32

版次/2005 年 1 月第 1 版

印张/ 6.375 字数/ 125 千

2005 年 1 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-385-0/D·1351

定价: 12.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

网

址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66012216

编辑部电话: 66032924

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

目 录

第一章 “契约之死”	(1)
第二章 “契约之死” 的病因	(16)
第三章 作为社会现象的契约之死	(31)
一、作为社会现象的现代契约	(31)
二、古典契约曾存在否	(37)
三、契约法曾作用否	(43)
四、作为现象的“古典契约” 模式	(47)
第四章 作为原理的契约之死	(50)
一、古典的契约法原理之死	(50)
二、效率性	(52)
三、约定	(79)
四、信赖	(89)
五、社会关系	(110)
第五章 契约法与意识形态	(140)
一、批判法学	(140)
二、批判法学与邓肯·肯尼迪	(142)
三、法意识的结构分析	(147)
四、现代契约法的结构分析	(157)
五、批判法学之后及其界限	(165)
六、批判法学的意义	(171)

第六章 关系契约理论与日本民法	(173)
一、序	(173)
二、继续的保证与诚信原则	(178)
三、承包与关系契约	(187)
四、委任与关系契约	(190)
五、法解释学的意义	(193)
第七章 契约的再生	(195)

第一章 “契约之死”

契约法的现状

最近，人们经常论及契约的“衰落”、“危机”，例如，在法国和德国，一直统率契约法的私法自治（Privatautonomie）、意思自治（autonomiede la volonte）的理论遭到批判，于是产生了契约的“衰落”“崩溃”，“危机”这样的说法。^①而且，更具有煽动性的是在美国题名为《契约之死》一书的出版（Gilmore—1974）。代表美国私法学的泰斗吉尔默的这本书也被翻译介绍到日本，引起广泛关注。^②该书在美国成为哗然法学界的大论战的导火索。具有讽刺意味的是，尽管契约被宣告“死亡”却带来了契约法学的文艺复兴。有学者幽默地谈论关于契约法学复兴的原因说，这也许是契约虽死亡，但契约法的教授还活着的缘故（Komhauser—1982，n.4）。

然而，人们频频谈及的契约的“衰落”、“崩溃”、

① 星野1983，249；北村1983，186-；山口1983，249-关于意思自治和私法自治的关系，参照星野1983；又，关于日本对其理解的变迁，参照星野1984。

② 森、三和、今上合译《契约之死》（1979；曾野1978；森岛1977；通口1979）等。

“危机”乃至“死亡”，到底意味着什么呢？在欧洲被称为“契约的衰落”等等，和在美国谈到的“契约之死”是意义相同，还是另有歧义？另外，日本的契约就平安无事吗？这些疑问都与现代契约及契约法现状之根本性质相联系。

在契约法学上经常使用“古典契约法”或“古典的契约法理论”这样的概念。正象这些概念所暗示的那样，19世纪确立的“古典的”契约概念、契约法在现代正发生着重大变革（星野 1966）。前面介绍的“衰落”和“死亡”这些标语不过是这一重大变革潮流的表现。但是，究竟何为“古典的”，这与契约的现状密切相关，笼统地讲，在欧洲大陆和英美各不相同（当然即使同为欧洲大陆，德国和法国也存在差异；另外英国与美国亦存在一些差异）。日本的契约法学由于民法典从欧洲承袭而来，所以一直以迄今的德国、法国理论为指南，确认自己的位置。但是，在美国表现为与德国、法国略微不同的形式，宣告“契约之死”，并围绕这个中心展开了意义深远的争论。并且这一点对于属不同法系的日本也十分值得探讨。本书作为尝试追寻我们迄今尚未十分消化的英美（特别是美国）契约法学的最新发展轨迹，并以此给日本固有的理论投下新的光芒。同时，探索今后契约法学必然的发展方向。

死者为何

在美国所谓“契约之死”到底指的是什么？吉尔默宣告契约的“死亡”时，在此被认定死亡的“契约”，具体而言是美国的“古典的”契约概念。一般所谓的交

易理论即是，那么，何为交易理论呢？^③

英美的契约法以普通法（判例法）的形式存在，并不存在民法典那样的规范体系。换言之，只存在为解决各别案件而积累的判例。在英美很早就存在这样的信念，即作为判例积累的普通法是比较少数的原则（道德原则）的具体适用。例如，肖（Shaw）法官的古典的意见如下：

“普通法的伟大长处、卓越之点就在于，为适合于各个判例的个别的具体条件而制定成文法的一系列实际规则，一旦作为适用对象的交易实务发生变化或消失，便很快落后于时代，而达不到目的。普通法却相反，它是以理性和自然正义及深谋远虑的公共政策（enlightened public policy）为基础的，由少数的具有广泛的适用范围的概括性原则而构成，并不断修正，以适合于作为适用对象的各个案件的所有条件。”（Norway Plains Co. V. Bosten & Main Railroad., 67 Mass. (1 Gray) 263, 267 (1854)）

因为普通法由概括性原则构成这一信念支配英美法学，自然而然地无论从使普通法规范的体系化学术关心的角度，还是从维护判例的整合性的实践关心的角度，发现这一概括性原则，就成了法学的重要目标。特别是19世纪后叶以后，在美国对契约法的一般理论的指向愈

^③ 指出这个意义上“契约之死”现象的当然不是吉尔默为最先。契约之死的征兆早在1933年由默利斯·克思在其论文中明确地指出，并在论文中阐述了通过信赖责任将契约法统合于以侵权行为法为基础的更广阔的架构中的可能性。Cohen - 1933, 578 - 。

法学名篇小文从

加强烈。作为其背景，由于 1880 年代开始的美利坚合众国判例体系的完备，产生了从各州创造出来的大量判例的泛滥现象，与后来的重述运动具有共同的原因。所以，可以说所谓交易理论是指出于这一关心而提倡的美国契约法的正当化原理之一。^④ 下面对其内容略加详细探讨。

约定和契约

在英美（尤其是美国），契约被分解为各个当事人所进行的约定来说明。^⑤ 例如，买卖契约就是由卖主出卖标的物的约定，和买主以多少价金买入这一反对约定构成。并且，所谓契约具有拘束力就意味着双方当事人受自己的约定的拘束。这一点与日本（以及德国）略有不同，日本（德国）民法把买卖契约定义为由卖主和买主的两个意思表示构成的一个“法律行为”，并由此在当事人间产生债权债务，在这里作为债务发生原因的契约有其自身的存在，换言之，已经实体化了。一般地讲这是由于英美法未有原原本本地承袭罗马法的契约法，即在大陆法上，尽管意思自治原则居支配地位，由于罗马法基础被原封未动地维持着，契约依据法律规定的类型加以分类、理解，并依据其类型由法律规定其本质要素和当事人的权利和义务。因此，契约上的权利义务与其说发生于当事人的合意本身，毋宁说发生于构成法定契约类型的法律规范 [Nicholas—1974]。契约之义并非

^④ 在英国交易理论并未达到在美国那样的地位 (Atiyah—1986, 69)。

^⑤ 不过，在英国作为契约的定义，一般而言，不用“约定”而使用“合意 (AGREEMENT)”的观念 (Atiyah—1986, 280)。

当事人的约定所能穷尽，应作为买卖、租赁这一法定契约类型之一（包含无名契约）之实体化加以把握。

这种说明的差异带来把作为事实的法现象提升到法世界时，思想框架的差异。例如买卖的标的品质恶劣时，卖主根据情况要负责任，这种情形在日本民法被解释成由契约而生债务不履行（或者作为由法特别规定的责任），相反在英美，卖主责任的根据只能是卖主自身的约定，因而不得不解释为归根结底卖主对品质有一定约定，在此采用默示的保证约定的构成。因此，担保责任和保证约定的差异，并不仅是法律构成上的差异，而是缘于理解契约这一现象的思想框架本身的差异。

在英美，契约被认为是给予约定以法律拘束力，与日本民法不同的是，作为契约并不必需两个相对立的约定，单独约定亦可成为契约。例如，买主约定“送我苹果四箱，送货后两周内汇货款 10 万日元”，卖主并未重新做出发货的“约定”而发出苹果，契约虽然由卖主发货这一行为作为对要约的承诺而成立（这里涉及到的约因问题后文再述）。这里只有一个约定，这一构成，假定苹果品质恶劣，在说明卖主负担的责任时，需要若干技巧。因为卖主没有约定，乍看并不发生任何责任。与此相反，在日本无论是双务契约还是单务契约，契约要成立就必须有相对立的意思表示的一致，商品的发货多数被看作“默示承诺”的意思表示，另外，假使将此理解为由意思实现导致的契约成立，无论如何这与契约对卖主产生怎样的债务的问题完全是另外的问题。

从前例中可知，认定由单独的约定构成的契约类型（unilateral contract）（单方的契约）在理论构成上只会导

致混乱，最近也遭到批判^⑥（Farnsworth—1982，110）。

约因

那么，约定要获得法律拘束力，成为契约，必需具备哪些条件呢？在此出现了英美法上的特有概念“约因”（consideration），即原则上约定只有满足称为“约因”的要件方可成为契约。那么约因是什么呢？围绕这一问题，自古以来争论不休。集合起来，也要一卷书。在此仅提出如下内容：约定在各种各样情况之下，有诸多种类，并不是所有的情形都适合于给予法的拘束力，在普通法区别出适于给予法的拘束力的约定和不适于者。而对后者以“无约因”这表现来否定其拘束力。因此，约因是对约定加以政策判断的历史结晶。在此存在着约因作为法的判断基准如何定型化的问题。依吉尔默的见解，所谓交易理论无非是出现在19世纪末美国的这一定型化的尝试，并成为其后压倒一切的支配美国契约法学的理论。

被认为首次主张交易理论的霍姆斯这样谈到：“所谓约因的本质不过是根据合意的内容，作为该约定的动机和诱因而赋予其约因或被接受之。反过来，作为引起提供约因的一般的动机和诱因来约定，其根本在于，在习惯上彼此对他方而言处于互为诱因的关系。”^⑦（Holmes—1881，293—4）

⑥ 日本有关“单方契约”的比较法研究，参照北川1970。

⑦ 该文章在吉尔默的《契约之死》中也被引用（Gilmore—1974，20），在那里译出的文章中由于在原文有两行错印，所以翻译的时候按原样翻译，语义不通顺了。

这一思想以前的理论将约因定义为“被约定人给予约定人的利益或被约定人的不利益”相比之下，在将与约定之间的惯例的诱因关系拿到前面来这点上，具有重要意义。（吉尔默甚至称之为“革命的”），^⑧ 所谓约定和约因惯例上处于诱因关系，客观地来看，换句话说两者构成交换交易。这一思想以更加明确的形式被采用到重述之中。

“相对于约定的约因指（a）约定以外的行为（b）不作为（c）法律关系的设定、变更、解除以及（d）反对约定，与该约定相交易（bargained for），交换地给予之物。”（第一次契约法重述 75 条）

这个定义基本上在第二次重述中也维持原样。

作为说明理论的说服力

以上就是作为约因的说明理论的交易理论，作为普通法的说明，正象吉尔默自己指出的那样未及成功，（Gilmore—1974，55；Atiyah—1986，127.207）即支配这一理论的判例的选择是恣意的，缺乏说服力。尽管如此，至少在美国它得以维持压倒一切的力量。因为霍姆斯及其理论的继承人维里斯顿的权威关系而增强了力量。这个理论不但作为说明理论，更大的的是基于一定政策的规范理论，并且作为规范理论一面适合当时时代的要求，因此，下面就看一下作为规范理论的交易理论的内容。

作为规范理论的交易理论

^⑧ 对于霍姆斯在交易理论上的地位也有人批判，例如道森做出了与吉尔默不同的评价（DAWSON—1980，203）。

交易理论并不是单纯作为关于约因的说明理论而孤立地存在的。毋宁说是覆盖契约整体，包括侵权行为法的私法全部的一个理论建筑物之一翼，或为担负其核心的规范理论。这个理论的建筑物无非是所谓的古典私法（契约法）理论。

依吉尔默见解，由霍姆斯确立的古典契约理论的本质特征可概括为以下三点：第一，由于约因理论的重担，使契约责任的入口变得非常狭小，第二，在契约责任成立的范围内实施绝对责任，第三，对大额的损害赔偿的限制乃至否定的态度（Cilmore—1974.65）。上述特征有其社会的、思想的背景。作为第二特征的绝对责任表明，古典契约法理论并不单是引向减轻债务人责任的政策，作为其背景吉尔默指出，在表明清教徒伦理存在的同时，与第三种态度一同表明尽量回避干预事实问题的审理（Gilmore—1974，47），这种与陪审制的情况相联系的倾向，也与作为美国古典契约法理论特征的另一思想——客观主义、形式主义相联系。

忽视内心意思的这一思想认为“契约的全部法理是形式的、外表的”（霍姆斯），强调所谓的作为恶人（badman）理论的行为规范的法，即法与道德不同，所谓法对欠缺道德考虑的“恶人”而言也不得不以之为标准，即不过为对法院如何审判的“预测”（Holmes—1881，169），^⑨普通法对契约违反，作为原则课以一定的损害赔偿责任。当事人以此为前提选择或履行债务或

^⑨ 众所周知，这一理论与规则怀疑主义结合，成为后来的现实主义法学的核心思想。参照鹤饲 1954。

不履行债务而支付损害赔偿。除此以外，债务人应当履行的道德上义务在法世界并不为关注（Holmes—1881，300—1）。后文将要探讨的“违约自由”的思想便由此而出。（Farnsworth—1982，812；通口 1983.221）

有关约因的交易理论，作为这一理论体系一环而发挥作用，并应在这个范围内加以评价。一旦步入契约，人们必须以法律规范为武器，与“恶人”作斗争，在此不能够期待有家长式的保护。同时上升到契约这一台阶的审查也严格了。在这个意义上，由交易理论支配的约因是毫不留情地斗争前的最后的家长主义。

依据这一古典理论，单纯的约定仅此并不足以产生法的拘束力，还需要交换性交易的外观。这不仅适用于契约的成立阶段，也适用于处于所有阶段的“约定”，但是，交易理论的扩张伴随着各种各样的弊害。

赠与约定

赠与约定没有约因，为此对约因无论采取任何理论都一样。换言之，约因理论可以说是为否定赠与约定的法的拘束力的法理，以此原则为前提，其处理方式在英国和美国各不相同（田中 1958）。在英国通过使用盖印证书可获得法的拘束力。所谓盖印证书（deed）曾一度要求在熔化的蜡上留有印记，今天已被极大地简略化了。据说慈善团体以赠与形式募集资金时使用这一形式的也不少见（Atiyah—1989，45）。然而，美国一半的州废除盖印证书制度，为此作为一项原则，不能给予赠与约定以法的拘束力。因此，关于约因的交易理论的问题性明显地表现出来。

过去的约因

法学名篇小文丛

首先举个典型的例子。

“B 赠与 A 价值 10 美元的一本书。其后，A 向 B 约定支付该书的价钱 10 美元，A 的约定有拘束力吗？”

这是第二次合同法重述第 71 条（规定交易理论的条文）示例 2 中的举例，若在日本，A 的支付约定作为赠与完全有效（但非书面的场合下，依日本民法 550 条可以撤回）。可是在美国法上，A 的约定缺少约因，没有作为契约的拘束力。的确，事实上 A 作为从 B 处领得该书的交换而约定支付 10 美元，B 的给付成了 A 的约定的“诱因”，双方的给付实际上有对价关系。但是，相反从 B 方来看，B 赠书是作为赠与，A 的对价支付不存在成为 B 的给付的“诱因”的关系。并且，即使 B 于赠书时在内心期待 A 付给自己对价也一样。因为缺少霍姆斯所谓的要件，即“约因和约定各自对另一方而言，习惯上处于相互的诱因的关系”。

但是，这一判断基准在下面的事例中碰到困难。

“A 在从事建筑物的拆除作业中，按作业的通常程序把重 34 公斤的松木从二楼向地面扔下的瞬间，发现 B 正在下面，显然这样扔下的松木将击中 B，无疑 B 或重伤或死亡，回避这一后果的惟一方法，A 与松木一同落下来，改变落下的位置。最后，A 果真这样做了，B 得救，但 A 却身受重伤，终生残疾。于是 B 向 A 约定，B 每两周向 A 支付 15 美元，持续 A 的一生，这一约定是否具有拘束力呢？”

上述为合同法重述 86 条示例 7 中的例子，即有名的韦布诉麦克高文案（Webb v. McGowin 232 Ala.374.168 So.199 (1936)）。实际的案情是，B 事实上直到死，持

续8年支付约定的金额，但在他死后，其遗产管理人拒绝继续执行。判决认为，考虑到B从A处得到了利益，B应受到“道德上的拘束”，以回报A的善行。肯定了其约定的拘束力，但这并非由普通法原则当然导出的结论。请看下面的指导性判例。

“B的25岁的儿子在外地病倒，且无力支付医疗费。A给予经济上的援助，为此，B为报恩写信给A，约定要支付A所花费用。这个约定有拘束力吗？”

上述为合同法重述86条示例1中的采用的米尔斯诉维曼的案例（*Mills v. Wyman*, 20 Mass. (3 Pick) 207 (1825)），在此否定了其约定的拘束力，下达判决的马萨诸塞州最高法院认为，这个约定同为返还因时效而消灭的债务而为的约定一样，不同于返还还在法上产生义务的债务所为的约定，而是一个诉诸“良心法院”的问题。^⑩

在这个有争议的案例中，经常争执不休的是，“过去的约因”以及“道德义务”能否成为约因的问题。在上述案例中，看来是产生道德上的义务，但判断却各不相同，合同法重述亦原原本本地采用之。所不同的是，从产生道德义务的行为上而受益的人，或为约定者本人，或为约定者的成年儿子，这可否成为充分区别的理由则令人怀疑。不难看出实际上判定拘束力之有无的基

^⑩ 象米尔斯事件这样的案例在日本也可以作为事务管理来处理（北川1972，275）。在美国由于事务管理、不当得利所为的请求被严格地限制，因而存在发生这样问题的一面（北川1972，276），但问题是假使将事物管理置之度外的话，在独立地为这种无偿约定时，可否赋予法的拘束力。

准并不明了。为此，合同法重述采取了如下的暧昧说法“作为以前约定人从被约定人处受益的回报而做出的约定，在防御不正义的必要限度内有拘束力”。

然而，古典契约法理论的完成者维里斯顿认为，拘束力之有无必须明确加以定义，反对把道德上的义务作为约因。道德义务的判断因人而异，可以认为任何约定都有道德上的义务。“若以道德为基准，一切约定都可能具有拘束力”（Williston—1920，148）这是对古典交易理论的忠实立场。

但是所谓“在防御不正义的必要限度内”可以说不过为极其暧昧的判断基准。作为倾向确实可见这样的潮流，对以单纯道德上的义务为动机而做出的约定，肯定其具有法的拘束力（Farnsworth—1982，59）。这把交易理论引向崩溃。总而言之，值得关注的是，作为对过去受益的回报的无偿约定，即日本的赠与的典型形态之一（作为报恩的赠与），在普通法的交易理论之下未能容易地赋予拘束力。

要约的撤回

作为表明交易理论特殊性的例子，下面论述契约要约撤回的问题。在英美，契约的要约原则上在被承诺之前可自由撤回（Farnsworth—1982.148；Atiyah—1989，81）。事实上，在大陆法也曾一度如此。尤其是在法国现在还坚持这一原则，并利用前契约（avant contract）等的构成来克服其不适应性（北村1983.196注17；山口1986，81）。在德国潘德克吞法学时代为保护被要约人的利益而煞费苦心，最终废除了撤回自由原则（北川1963.199—同1968.184—；BGB145—8）。日本民法继