

The Richness of Contract Law:
An Analysis and Critique of
Contemporary Theories of Contract Law

合同法的丰富性： 当代合同法理论的分析与批判

〔美〕罗伯特·A. 希尔曼 著
郑云瑞 译

23

09



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

The Richness of Contract Law:
An Analysis and Critique of
Contemporary Theories of Contract Law

合同法的丰富性:
当代合同法理论的分析与批判

[美] 罗伯特·A. 希尔曼 著
郑云瑞 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号:图字 01-2002-4755 号

图书在版编目(CIP)数据

合同法的丰富性:当代合同法理论的分析与批判/[美]罗伯特·A. 希尔曼
著;郑云瑞译. —北京:北京大学出版社,2005.12

ISBN 7-301-06389-X

I. 合… II. ①希… ②郑… III. 合同法-法的理论-研究-美国
IV. D971.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 072534 号

Copyright © Kluwer Academic Published,
1997 covering material copyrighted by the Licenser.

书 名: 合同法的丰富性:当代合同法理论的分析与批判

The Richness of Contract Law: An Analysis and Critique of
Contemporary Theories of Contact Law

著作责任者:[美]罗伯特·A. 希尔曼 著 郑云瑞 译

责任编辑:孙战营

标准书号:ISBN 7-301-06389-X/D·0753

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱:pl@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者:北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者:三河新世纪印务有限公司

经 销 者:新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 18.5 印张 269 千字

2005 年 12 月第 1 版 2006 年 11 月第 2 次印刷

定 价:29.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

作者简介

罗伯特·希尔曼教授 (Robert A. Hillman) 康奈尔大学法学院的Edwin H. Woodruff 教席教授，对合同法与合同法理论及《统一商法典》有广泛、深入的研究并有丰厚的著述。1972年在康奈尔大学法学院毕业之后，希尔曼先生先后担任美国联邦地区法官Hon. Edward C. McLean 和Hon. Robert J. Ward的助手。1982年，希尔曼先生开始了康奈尔大学法学院的执教生涯，在1990年到1997年期间担任法学院副院长。



译者简介

郑云瑞 1965年12月生，江西上饶人，1990年考入北京大学法学院，于1993年和1998年分别获得法学硕士学位和法学博士学位。曾在海南机场股份有限公司、中国乡镇企业投资开发有限公司和上海市人民政府法制办工作，现为华东政法学院民商法学副教授、上海市杨浦区检察院副检察长。主要著译：《民法总论》（专著）、《财产保险法》（专著）、《再保险法》（专著）、《保险法理论与实务》（主编）、《21世纪保险法专题丛书》（主编）以及《法理学——从古希腊到后现代》（译著）；代表性论文：《西方契约理论的起源》、《古典契约理论的法哲学基础》、《论物权契约》以及《政府采购制度若干立法问题研究》等。

责任编辑：孙战营

中文版序

我非常高兴《合同法的丰富性》一书已经译成中文,并由北京大学出版社出版,希望中国的学者、律师和学生对本书所讨论的美国合同法理论感兴趣,还希望广大中国读者能够同意我的观点——合同法是一个非常丰富的领域。

罗伯特·A. 希尔曼

2003年4月23日

I am honored that my work, "The Richness of Contract Law" has been translated into Chinese and published by the Peking University Press. I hope that Chinese scholars, lawyers, and students will be interested in the theories of American contract law discussed in the book. I also hope that readers in China agree with me that contract law is a very rich field.

Robert A. Hillman

23, April 2003

序 言

1987年,我写了一篇题为《现代合同理论的危机》的论文,分析并批评了现代美国合同法理论。这些仍然繁荣的合同理论,加深了人们对现代合同法的性质和功能理解,并激励人们对合同法理论进行反思。然而,对我来说,许多理论似乎过于苛求,或过于刚性,或过于狭隘。为回应这些理论,我提出了一种观点,即强调合同的丰富性和重要性,并对过分抽象的一元化理论的效用提出质疑。从各方的反应来看,文章引起了美国和其他国家的律师、法官和学者的关注。

本书极大地扩展并更新了在《现代合同理论的危机》中的理论研究,分析并评价了许多其他合同法理论。本书还阐述了本人关于合同法的观点,提供了大量的参考文献。除了文章之外,本书强调并放大了在各种理论中有价值的东西。

我希望本书将引起广泛的关注——对法学教授、法学院学生、执业律师以及其他对法学理论感兴趣的人——不仅在美国,而且在我们日益“缩小”的世界里的其他国家。理论家可能会对合同法理论的比较以及对抽象的一元化理论批评的论著特别感兴趣;律师能够将本书作为研究工具,或者作为了解美国合同法理论的一般读物;法学院学生将会发现,本书对他们在课堂中所遇到的理论作出了非常有用的论述和解释,理论的探讨应当有助于学生正确地理解他们所研究的案例;对法律感兴趣的一般读者,可能发现本书所展示的合同理论具有启发性。

在本书的结构中,我寻求便于展示各种理论以及我的回应的方法。每一章包含一组对比明显的理论,来论述合同法观点的范围,确认一种注重实效的中间立场。此外,在具体问题的语境下,

2 合同法的丰富性

我通过分析各种理论,避免了有时困扰学术著作的大规模的、高度抽象的概括。本书所提出的问题表现了合同法的重要问题,但这些问题却都不是太法律化的问题。

我喜欢阅读和研究本书所讨论的理论,在把这些资料转化成书本的形式过程中,本人也获益匪浅。希望读者也同意我的观点:合同法及其理论的丰富性!

目 录

绪论	(1)
第一章 合同理论:允诺和非允诺原理	(8)
一、作为允诺的合同	(9)
二、非允诺原理	(14)
结论	(22)
第二章 信守允诺理论:信赖与允诺	(45)
一、信赖理论	(48)
二、允诺理论	(55)
结论	(64)
第三章 合同主义者及其批评者的理论:婚姻与公司	(78)
一、婚姻	(80)
二、公司	(85)
结论	(89)
第四章 语境主义与新形式主义的理论	(123)
一、语境主义的理论	(125)
二、新形式主义的合同法	(142)
结论	(146)
第五章 “主流”合同理论和批判法学	(169)
一、“主流”合同理论	(170)

2 合同法的丰富性

二、批判法学的合同理论	(179)
结论	(187)
第六章 合同法的经济分析理论及其评判	(208)
一、有效违约理论	(210)
二、漏洞填补的经济理论	(215)
结论	(223)
第七章 经验主义与关系主义的理论	(238)
一、合同法是不相关的吗?	(238)
二、合同法是不合适的吗?	(244)
结论	(249)
第八章 现代合同法与合同理论的局限性	(266)
一、现代合同法的性质是什么?	(266)
二、合同法在现代社会中的作用是什么?	(269)
索引	(274)
后记	(286)
后记——续	(288)

绪 论

1

从一般概念上,对合同法在现代社会中的性质和作用进行论述,如雨后春笋般地涌现。^[1]这些理论著作,充满了真知灼见,加深了读者对允诺和协议法律的理解,并激励人们对合同法理论产生反省以及促进新假设的提出。为了称颂这种著作的实用性和重要性,本书对现代合同法理论丰富的资源进行了考察、分析、批评以及综合。

在相当程度上,在此所讨论的一些理论被认为与某个学者的著述相同,如弗里德、吉尔摩或者麦克尼尔。另外一些理论则是一群有影响学者的成果,这些学者的著作具有一个共同的主题,例如批判法学、法经济学、关系主义、经验主义的理论。虽然学者将这些理论联系在一起,而其他法学运动却常常并不赞同这种观点,但我一直试图接受挑战,去准确地把握特定合同法理论的本质以及其中最出色、最令人关注之处。

同时,我也对现代合同法提出了自己的观点。我希望说服读者接受合同法的许多方面,即相对客观性、适当性和有效性——合同法的丰富性。这一尝试与本书讨论的一些理论有冲突,例如,批判法学学者总的观点是宣称合同法具有不确定性——合同规则在一个案件中并没有指明任何具体结果,并且合同法在运作中有“正统化”的,或者支持被破坏的现状的趋势。比较而言,有些学者关

注当事人的允诺或者效率目标,贬低竞争原则的重要性。这些学者主张合同法的完整性。一些经验主义者和关系主义者则主张,对于现代社会来说,合同法是不重要的或者不适宜的。

2 通过强调合同法的相对可预见性和重要性,我对这些观点进行了回应,同时,我也认识到了合同法内在的缺陷和矛盾。我利用各种理论的深刻见解以及自己对案例和成文法的分析,来证明合同法是由一系列复杂的而且通常是相互矛盾的规则、原则和政策构成的体系,它们调整着千变万化的交易行为,并由形形色色的法官适用到具体的案件之中。^[2]然而,总的说来,我还是认为合同法促进了私人交易的形成和强制履行,并确保了交易过程中某种程度的公平性。此外,合同法的成功,在很大程度上,是由于合同法是法律制度对相互冲突的价值和利益进行合理、务实地妥协的产物。

虽然我将坚持我的观点,即没有一种单一的理论能够充分涵盖整个合同法领域,但是,我的中心思想不是“对反理论的反击”^[3],而是对概念和具体的合同法理论进行注重实效的综合。我不仅承认理论在诠释社会现象时的重要性,而且还注意到理论刻板的分类和“过分的抽象性”。^[4]

3 本书的结构有利于展示我所讨论的主题。每一章提供了两种对比明显的理论,有利于读者认识合同法的核心问题,了解合同法的各种观点。此外,在具体的事实背景的语境下,我对各种理论展开了分析,涉及到假设的电视剧制作和协议的履行。我们将遇到MDM公司、XYZ电视网以及形形色色男女演员。我希望通过对具体问题的介绍,来避免有时困扰理论性著作的大规模的、高度的抽象概括。我选择了电视行业,是由于电视行业更为有趣,与其他合同相比,少一些陈旧的分析工具。^[5]尽管如此,本书中对问题的分析以及论点的提出,大体上是正确的。

第一章首先考察查尔斯·弗里德最重要的允诺理论,该理论强调当事人的允诺作为合同法基础的首要地位。然后,与主张“契

约死亡”的格兰特·吉尔摩的理论进行比较,后者认为公平原理已经“吞噬”了整个合同法。我认为,上述任何一种理论都没有充分掌握合同法的真谛,因为每一种理论都是以牺牲其他原则为代价而片面地强调某些原则的重要性。实际上,允诺原理与公平以及其他一些规则,在实际和灵活地调整私人关系方面,平分秋色,共同构成了合同法理论。^[6]

从1926年开始的著名的威利斯顿-库代尔(Williston-Coudert)论战^[7],是围绕信守允诺理论展开。在是允诺还是信赖构成信守允诺真正的核心问题以及损害赔偿是基于承诺人的期待损害还是实际损害问题上,威利斯顿和库代尔发生分歧。近年来,学术界又重新研究这些问题,这些内容构成第二章的主题。我认为,对信守允诺的困惑是理论界产生争论的原因所在,这反映了对第一章所讨论合同义务性质的一般性争论。我还认为,在信守允诺案件中允诺和信赖享有同等的重要性,且对当事人的救济应当反映具体案件的性质。 4

第三章考察学者如何将合同法理论适用于特殊关系中,也就是说,婚姻和公司。一些学者认为,私人合同或者一组合同构成这些关系的核心。尽管如此,婚姻合同主义认为一种合同的视角可以促进婚姻的平等,而公司合同主义则宣称这一视角证明了股东对经理层的广泛授权的正当性。本章所考察的问题涉及面非常广泛,合同主义提出了这些问题并在二分法中进行了论述。本章还考察了对合同模式持怀疑态度的婚姻法和公司法学者的理论。这些学者主张,合同模式没有清楚说明特殊关系而仅仅强调合同法的复杂性。我认为,合同主义者与批评者之间的争论,是第一章中关于合同法运作中意思自治原则与公平原则的作用在具体语境下对话的再现。在本章的结尾,基于现代价值观,我提出了改革婚姻法和公司法的一些切实可行建议以及在这些关系中需要在更大程度上促进平等和公平。

第四章集中讨论合同法准则和规则的相对价值在理论上的争

论。本章首先研究语境主义者,他们在审理合同案件时倾向于适用诸如诚实信用和显失公平之类的弹性准则,并形成了适用这些准则的框架。接着讨论了女性主义学者,他们开始在合同法上提出了一种全新的视角,一个著名的女性主义观点强调公平性与灵活性在合同法中的重要性。最后,对新形式主义进行比较,新形式主义强调确定性与透明性在合同法中的重要性,因此,他们认为清晰明确的规则优于标准。我认为,以上观点是建立在这样的事实基础上的,即法官即使在适用广义标准时,仍试图继续解释法律;即使在适用狭义规则时,仍继续行使裁量权。

5 第五章将批判法学与“主流”合同法学者的理论进行比较,而这些“主流”学者是根据批判法学自己的定义来确定,他们持有合同法“主流”观点。尽管合同法规则、原则和目标具有广泛性,但主流学者认为合同法既是正式的,也是确定的。即使在疑难案件中,当各种原则发生冲突时,合同法仍确立了一个可选择的范围和一些基本原理,以指导并限制法院的判决。再者,合同法具有相当的灵活性,这有助于促进合同缔结过程中的公平和平等。另一方面,批判法学的学者主张,合同法原则的标准太多,且缺乏系统性,从而允许法官根据其所选择的标准来审理案件。法律判决通常具有可预见性,然而,由于法典隐含了合同法的不确定性,从而默认了维持社会现状的结果。这个程序耗尽了通过其他方法可以改进合同法的社会资源,尽管主流理论与批判法学理论之间存在明显差异,但至少从他们的理论发展来看,他们具有共同的基础。就合同法的可预见性与社会的作用问题而言,这是真实的。我在该章的结尾阐述了这个问题。

第六章讨论了法经济学的合同法理论。人们形成交易关系,是由于人们认为他们所得到东西的价值高于所放弃的,一个重要的法经济学学派认为,缔约自由使货物和服务流向“高价值的使用”。法经济学反对把合同法作为强制执行私人间的优先选择的目标,因而获得“分配效率”的称谓。经济分析家也主张,通过经济

渗透方法,用效率规范来解释现行的合同法理论,是客观的、确定的。本章也对经济分析模式的批评进行了分析,批评者反对经济分析模式“科学的”诱导,在他们看来这是不真实、不切合实际的模式。虽然在法经济学增加了他们分析模式的复杂性和混合性时,经济学方法失去了预测价值,但近来的研究成果表明,他们致力于减少交易成本,防止一方当事人滥用优势地位(“机会主义”),证明了将诸如经济学之类的社会科学引入法学分析的价值。

第七章讨论了两种理论。这两种理论认为合同法在现代社会中的作用是有限的,但是他们的原因却有所不同。本章首先讨论了合同法在很大程度上是不重要的主题,这个结论是从实际商业活动的经验研究中得出的。经验主义的研究报告表明,商人与他们的商业伙伴之间具有良好的关系,熟悉他们之间的交易对象,并希望将来做成额外的生意,相信灵活性和协商能够确保成功的商业关系,而不是诉诸于正式的法律程序。从表面价值来寻求事实,即使在这样的商业文化中,我仍然强调合同法的重要性。合同法限定了商业伙伴之间所允许行为的外在界限,从而加强他们履约期望。再者,当非正式的方法不能实现他们的目的时,当事人能够而且的确有助于合同法。实际上,近来的经验研究表明,商人之间越来越多地诉诸法律,要求强制执行他们的合同权利。 6

与合同法原则不适应现代“关系”社会的观点相比,我的结论是合同法非常重要。第七章接着讨论这个主题。关系主义者认为,大多数交易发生在持续交易的当事人之间,而且他们最多作出不完备的允诺。而不是“不连续的”或者特定的允诺,诸如合作与妥协之类的关系规范调整当事人之间的交易。关系主义者认为,合同法规则并不反映社会现实。虽然关系主义者的理论提供了许多精确的商业惯例和交易方面的观点,一些关系主义者过分强调了现代合同法的不适应性,关注诸如“协议”与“诚实信用”之类合同条款的含义,但我认为现代合同法恰好满足了我们的关系社会的需要。

第八章我对合同法的丰富性和生命力的观点进行了总结,这些观点是我研究各种合同法理论和学说的成果。在本章中,我还讨论了合同法理论的重要性与局限性。合同法是规范方法与义务理论有机的结合。合同法被划分成为许多特殊的规则,这些特殊规则用以区分不同种类的合同,而且合同法包含许多例外和反原则。尽管合同法的多元性,但合同法还是可以信赖的,即使合同法有瑕疵,但它反映了现代社会的价值。尽管一种高度抽象一元化的理论可以解释合同法,但是这并不能解释合同法的整体。

注 释

- [1] 参见罗伯特·希尔曼(Robert A. Hillman):《现代合同理论危机》(The Crisis in the Modern Contract Theory),67 TEX. L. REV. 103(1988)。同时参见杰伊·法因曼(Jay M. Feinman):《合同理论的重要性》(The Significance of Contract Theory),58 U. CIN. L. REV. 1283(1990)。
- [2] 帕特里克·阿蒂亚(Patrick Atiyah):《合同、允诺与法律义务》(Contract, Promises and the Law of Obligations),94 L. Q. Rev. 193, 199(1978)。
- [3] 法因曼,前述注1,第1284页。
- [4] 参见史蒂文·史密斯(Steven D. Smiths):《实用主义的追求》(The Pursuit of Pragmatism),100 YALE L. J. 409, 430, 433(1990)。同时参见第八章。
- [5] 例如,学者已经对长期供应合同情况做出了分析。参见罗伯特·希尔曼(Robert A. Hillman):《法院对长期合同的调整:现代合同法的分析》(Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law),1987 DUKE L. J. 1;理查德·E.斯派德尔(Richard E. Speidel):《法院强制调整长期供应合同的价格》(Court-Imposed Price Adjustments Under Long-Term Supply Contracts),76 NW. U. L. REV. 369(1981)。
- [6] 这种观点不是“新古典主义”,一些学者使用这个术语,因为它强调合同自由和其他原则的重要性,而不是强调一个原则高于另一个原则。参见,例如,第一章和第五章。在一些学者看来,“新古典”合同法承认合同自

由的局限性,“古典”合同法的基石,但从“被误导的”观点来看仅仅是部分的差异和不完善。参见法因曼,前述注 1,第 1285 页(“新古典”一词表明部分性质的适应性,说明了新古典合同法与古典合同法相差不大)。

- [7] 参见《美国法律协会公报》(American Law Institute Proceedings),98—99,103—104 app.(1926),重印于罗伯特·萨默斯、罗伯特·希尔曼(Robert S. Summers & Robert A. Hillman):《合同及其相关的义务》(Contract and Related Obligation)(1992 年第 2 版),第 294—295 页。