

American Contract Law

Cases, Rules and Value Norms



美国合同法

判例、规则和价值规范

张利宾 著

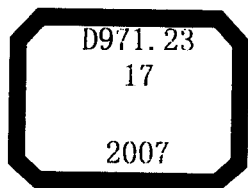
ZHANG LiBin

2



法律出版社

LAW PRESS · CHINA



美国判例法丛书
American Case Law Series

American Contract Law
Cases, Rules and Value Norms

美国合同法

判例、规则和价值规范

张利宾 著

ZHANG LiBin



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

美国合同法:判例、规则和价值规范/张利宾著.
—北京:法律出版社,2007.1
ISBN 978-7-5036-6905-7

I. 美… II. 张… III. 合同法—审判—案例—
分析—美国 IV. D971.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 144089 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王 坚

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/对外合作出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2007 年 3 月第 1 版

印张/36.25 字数/620 千
印次/2007 年 3 月第 1 次印刷

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-6905-7

定价:80.00 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



张利宾 对外经济贸易大学经济学学士，美国德克萨斯州大学奥斯汀法学院法律博士（J.D.），持有美国纽约州注册律师执照，具有中华人民共和国律师执业资格。

曾在美国 Paul Weiss 律师事务所、White & Case 律师事务所、ABB（中国）有限公司律师担任律师或法律顾问。现为美国 Baker Botts 律师事务所合伙人，吉林大学法学院法律与经济研究所客座研究员。

主要从事跨国投资、贸易和金融、企业并购和重组、大型设备供应和工程项目、技术开发和转让等律师业务；代理多家世界著名的欧美公司在中国的投资项目以及中国公司在海外的业务；并为中国的一些艺术家和非营利性机构提供义务法律服务。

主要学术成果包括：《法理学、普通法传统和中国法律改革》（在中国法学会比较法学研究会 2006 年年会的发言）；在《人民法院报》撰写专栏文章《霍金斯诉麦吉——基于期待利益的损害赔偿》、《沙利文诉奥康纳——基于信赖利益的损害赔偿》、《美国广播公司诉沃尔夫案——美国合同法中的实际履行救济》、《合同因政策原因而被宣布无效——关于婴儿 M 的案件》、《奥布德诉施莱麦尔案——买卖合同中的信息不披露是否构成欺诈》等，并发表于《正来学堂》网站 <http://dzt.legaltheory.com.cn>。

个人电子信箱：zlb_ly@hotmail.com。欢迎读者对本书的错误和不足之处给予指正。

序 言

美国合同法源于英国的合同普通法,其经过几百年的发展,不论是法律规则还是合同法理论,已经非常发达和成熟。相比之下,中国的合同法却走了一条弯曲的路。新中国成立之初废除了中华民国的六法全书,^{〔1〕}从而中断了中国的法统(包括合同法的法律传统),而多年的计划经济体制以及生产和生活资料的国有化使得合同和合同法在中国人的民事和商事活动中变得不再重要或必要。

随着改革开放的进行,中国社会的发展和市场经济的转型使得合同法有了存在和发育的土壤。在改革初期,国内经济的发展和市场经济的逐步建立使得中国有必要制定一部适用于国内经济实体之间的合同法,以规范自己的经济活动,于是1981年我国制定了《经济合同法》。中国对外经济交往的需要促使中国在1985年制定了《涉外经济合同法》。随后中国科技事业的发展使得中国制定了有关技术方面的合同立法,即1987年的《技术合同法》。在1999年,中国又将三部合同法统一为一部更为健全的《合同法》。这样,中国合同法的真正发展从1979年的改革和对外开放一直到今天,总的说来也只有二十几年的历史。

回顾中国合同法走过的路是必要的,可以使我们历史地审视中国合同法的发展过程并且思考现在和未来的问题。同时,与美国合同法进行横向的比较研究也是必

〔1〕 蔡定剑、高埏:“对新中国摧毁旧法制的历史反思”,载郭道晖、李步云、郝铁川主编:《中国当代法学争鸣实录》,湖南人民出版社1998年版,第3页。

要的,可以使我们认识到中国合同法的不足,通过学习和借鉴美国合同法,从而使中国合同法更加成熟。这一点是我写作本书的初衷。

美国是当今世界第一强国,其经济水平非常发达。作为规范市场经济的最重要的法律,美国的合同法对美国资本主义的发展起到了必不可少的作用,为美国经济中的各种不同交易主体自由地获取财富提供了至为重要的市场规则。美国合同法的发展实际上伴随着美国资本主义的发展,其合同法规则和背后的哲学也体现了历史发展的痕迹,从自由资本主义时期人民对契约自由的崇尚,到国家干预的资本主义时期或罗斯福新政时期政府出于公共政策对合同的干预,都体现了美国不同历史时期的历史发展和哲学思想的变化。中国的改革使我们从计划经济走向市场经济,而市场经济必然需要我们建立各种市场的规则,包括合同法这样一部重要的法律规则。因此,为了顺应中国经济的发展,为了在较短时间内建立并发展中国的合同法,借鉴外国的合同法,尤其是美国合同法,以完善中国的合同法就成为一项至关重要的工作。

一、美国合同法的法律形式:判例法和制定法的统一

从法律形式上看,美国的合同法,除了美国《统一商法典》外,一般表现为各州的普通法,即判例法。即使是对于美国《统一商法典》,美国法院也在这个适用于商事合同的制定法的基础上,发展了大量的判例来解释《统一商法典》的规定,以弥补制定法的不足。与制定法相比,判例法的优点在于其不受某个制定法在立法时立法者的“有限理性”的局限。制定法的立法者即使非常优秀,但是由于时空的局限,不可避免地对现实和未来情形以及与其相适应的法律规则及其各种例外无法预见到各种可能性。相比之下,判例法在其发展的历史长河中,在法院的司法实践中积累了大量宝贵的司法资源,即凝聚着一代代法官、律师和法学家们的智慧和心血。这些为判例规则乃至制定法的发展提供了任何个人或若干精英的努力所无法替代的实证研究资料。

我们强调判例法的作用,并不意味着忽视制定法。大陆法中的制定法在法律的逻辑自恰性和结构性上是非常值得学习的。从美国法的发展来看,它也是在不断地吸收和学习大陆法的优点。美国《统一商法典》就是一个成功的典范,它体现了一代法学家试图将各州散落的不统一的合同法判例规则通过一种法典化的形式总结和固定下来。当然,《统一商法典》与大陆法的法典(如《德国民法典》或《拿破仑民法典》)从结构上相比,前者的结构是开放式的,这样就可以使未来新的合同法案例不断被法典化。因此,这种开放式的结构仍然体现了普通法的传统和精神,使其不同

于僵化的大陆法体系的法典。当我们学习《统一商法典》的时候,我们不是仅仅面对一本制定法形式的法典,我们面对的是法典中的法条以及针对这些法条进行解释的生动的合同法判例。

我们没有必要完全抛弃中国的制定法而完全采纳英美普通法体系。这样做也是不现实的,因为中国已经历史地选择了以一个制定法为基础的法律制度。中国目前的制定法,主要由立法官员和专家学者们起草。尽管立法者在更大范围内公开征求意见,但基于人类认识能力有限这一事实,人大的立法者制定出来的制定法法律不可能预见到未来的各种事实和情形,而这一点难免导致今天制定出的制定法无法预见到并且不能很好地适用于未来社会的各种新的事实和情形。制定法毕竟是立法者有限理性的产物。对于中国这样一个处于转型期的社会,合同法中的规则难以触及市场经济中涉及合同的所有问题,这就难免使得中国的合同法沦为一种滞后的法律。

为克服上述缺点,笔者认为,中国合同法制度可以考虑采纳一种以制定法为基础而以判例法作为补充的“混合型”法律制度。我们可以考虑在中国合同法(即一种制定法)的基础上,建立一整套合同法的司法解释和判例补充,使得判例在制定法的基础上具有次级的法律效力。这样,通过判例可以弥补制定法的不足(包括其漏洞和滞后性)。通过中国法院将司法实践中的典型判例搜集、整理并进行司法解释和判例补充有两个方面的好处:一个好处是为合同法的制定法的发展提供案例的实证研究,并考虑将司法解释和判例补充中阐释的新的合同法规则“法典化”地吸收到制定法中;另一个好处是在制定法没有吸纳这些判例规则之前,通过司法解释和判例补充的形式作为合同制定法的补充,使得法官在判案时可以做到有“法”可依。

中国合同法的另一个缺点是法律条文简单化、原则化,由于缺少判例制度对制定法给予补充,中国的合同法往往缺乏可操作性,同时也增加了法律的不确定性。笔者建议中国的合同法应订立得越细越好。作为“补缺”规则而适用的合同法应该尽可能地详尽,使得当事人的交易有章可循。这样可以增加交易规则的确定性。

二、如何学习美国合同法:合同法的研究方法

我们要问的下一个问题是:如何学习和研究美国的合同法?在诸多中国学者有关美国合同法的论文和著述中,大多是介绍美国合同法中判例所确定的法律原则和结论以及制定法中的法律条文。这些学术著作的目的往往是将美国和其他国家的合同法在同一相关问题上进行同一基准上的比较研究(benchmark comparison studies)。这项工作丰富了对世界主要国家合同法的“知识数据库”的积累,并

对我们国家合同法的立法工作提供了一些参考。但是,这项工作的作用基于下述原因是非常有限的。

我们应该认识到,对于外国合同法(尤其是美国合同法)的研究如果仅限于对合同法的法条和法官判例的结论的了解,那是很肤浅的。首先,这些法条和结论是基于判例中的具体事实以及所处历史和社会时代的道德和价值观而得出的。我们不能将这些法条和结论与它们所处的历史和社会背景脱离开,而当做一种抽象的规则和概念去理解。我们不能漠视外国合同法(包括美国合同法)中某一法律规则所处的历史和社会背景和具体事实情形,不能把某个法律规则“拿来主义”式地搬来并机械地用于中国。这是一种非常不负责任的学习和研究态度。我们研究美国的合同法规则一定要了解美国合同法某个判例规则所处的历史和社会背景,辨别它们与中国的相同和不同之处。若有些法律规则所倚赖的社会背景和情形中的基本假定不存在,则对相应法律规则借鉴要持谨慎态度。保持对法律的这样一种历史法学和社会法学观点是非常重要的。

毋庸置疑,由于世界经济一体化的发展,中国人现在和未来所面临的处境和问题肯定会有与美国相同或类似之处。作为生活在地球上的其中一个民族和人群,我们所面临的许多经济和社会问题,如对资源和环境的维护、对经济可持续性发展的需要、对现代工业效率的追求和对传统文化的保持、对社会弱势群体的福利保障以及对于劳资冲突的解决等,基本上都是类似或相同的。因此,美国法律(包括合同法)中许多规则和价值规范也同样适用于中国。

美国的法律源于英国法,亦遵循一些英国的古老判例,在思考这些英国古老的判例规则时,美国法官亦采取了历史和社会的态度。美国法官对于英国判例不是持僵化的态度照搬,而是根据美国的历史和社会情况,基于美国不同于英国的事实情形,在英国的古老判例基础上进行修改和发展,从而制定出适合美国的新的判例规则。这一点在本书中的许多判例中反映了出来。这种态度体现了美国法律中实证主义和法律现实主义的精神。

美国的合同法传统上是在各州法律的范围内发展起来的一种普通法,即判例法。属于判例法的美国合同法是由一个个判例组成的。许多关于美国合同法的规则分散在各个有关合同法的判例中。抽象的合同法规则首先是基于某种案件的具体事实情形。在审理案件时,法官必须以该案件的事实为基础,按照普通法的“遵循先例”原则,寻找与这个案件类似的司法先例(precedents)。如果正在审理的案件的事实与先例的事实情形不相同,而这种不相同影响到先例规则适用的合理性,法官有可能拒绝适用该先例规则,因为该先例规则的事实基础是不一样的。这种辨异分

析体现了普通法的实证主义态度。总的来说,大部分案件都能找到与之相同的先例,而由于法律的稳定性的需要,一般来说,遵循先例是一个一般的规则。法官不会轻易推翻一个经由大部分法院所采纳的、较为确定的先例规则。

但是,遵循先例规则是有例外的。如果法官发现遵循先例会导致不公平的结果,他就可以依据衡平原则,基于政策和价值考量,推翻或修改先前的判例规则,并创立一个新的判例规则。在这个过程中,价值的分析、评价和选择起到决定性的作用。值得注意的是,关于价值观念等层面的政策分析和考量也是基于某种社会现实和案件的具体事实情形进行讨论的,这种价值分析不同于我们中国的法学家脱离实际进行有关价值的抽象讨论。价值绝对不是脱离具体事实情形而存在的一种实体,它一定是存在于现实当中。当一个合同法的规则既体现实际的事实情形,又经过价值观念合理性的论证,那么这样的法律规则才是一种完美的法律。可以说,普通法中的遵循先例原则与衡平法的结合是实证主义与价值哲学的完美结合,是判例法的最优美之处。

从上述描述我们可以看到,美国的合同法所蕴涵的方法论首先是以现实的实证主义态度为基础考量相关法律规则,同时又从实证的观察和分析提升到价值层次考量这些法律规则在价值规范上的合理性。这种从实证研究上升到理性分析的方法论就是美国合同法乃至整个普通法的方法论。这种方法论是普通法的精髓,是我们搞懂普通法的一把钥匙。我们学习美国合同法不是照搬通过美国合同法判例而抽象概括出来的法律规则和结论。相反,对于美国诸多判例表现出来的合同法,我们应该利用这种“从实证到理性”的态度,去分析美国合同法中各种法律规则在中国是否可以适用。这种分析主要体现在基于中国的社会和历史现实,将美国合同法的判例规则置于中国的情境下,进行与中国相关的价值考量,从而总结出适合于中国的合同法规则。

将上述从实证到理性的法律方法论运用于对中国合同法的研究,就要求我们首先关注中国社会发展的现实。当前中国正处于市场经济发展初期,不同经济实体并存。从历史上看,我们正处于从计划经济向市场经济过渡的转型期。中国已经加入WTO,大量的涉外交易每天都在发生。在这个过程中,我们接触到许多有关的国际惯例和外国法律规则。我国的合同法经过最初的《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》的实施和司法解释及案例的积累,已经获得大量的合同法方面的法律实践。另外,在广大的中国农村,有关合同的民俗习惯也大量存在。丰富多彩和不断变化的社会现实使得我们的合同法必须是发展的,并且是基于社会现实的。我们的实证主义态度要求中国的合同法应该首先与中国的社会现实相呼应,并

且这些规则不应该是一成不变的。因此,我们的合同法不应是静态的。电子商务和电子合同的出现要求合同法对那些由于高科技而产生的新的社会现实及时作出反应,制定相应的合同法规则。

通过实证的方法对社会现实进行关注和研究只是“从实证到理性”的法律方法论的开始部分。作为一个完整的方法论,在研究社会现实的同时,我们会不可避免地对合同法的各种规则进行价值规范的分析 and 评判。这些价值包括效率、自由和公平等价值规范。从实证到理性的分析过程在出发点上是归纳分析。它始于对具有类似或相同的事实情形的先例的归纳分析,从诸多可能适用的先例规则中理出头绪,基于所面对的具体事实情形并对其进行理性价值分析,最终确定应该适用的法律规则(这种规则很可能是对先例的肯定也可能是对先例的修改甚至推翻)。一旦确定了最终适用的法律规则后,这个规则适用于事实的分析过程是一个演绎推理过程。这个过程有些类似于直接将制定法中的法条运用于案件的过程。相比之下,普通法所蕴涵的一种典型方法论是将归纳推理和演绎推理综合起来进行分析论证。

在美国合同法的发展过程中,有一种分析理论称为“演绎理论”(deductive theories)。“演绎理论”学派认为,合同法是一系列根本法律原则,它们的证明基于它们是自明的,而第二系列规则的证明是根据它们可以从根本规则中推断出。^[2]演绎理论是古典合同法中一个不可或缺的部分,现在对合同法仍有一定影响。^[3]但是这种合同法理论的局限是明显的。与普通法实际蕴涵的上述方法论相比,“演绎理论”的分析过程仅是演绎推理。从分析顺序上看,普通法所蕴涵的上述方法论是先归纳后演绎的推理过程,即从具体到一般然后从一般再到具体的推理过程。“演绎理论”所进行的推理则仅是从一般到具体的推理过程,它的出发点是抽象的原则而不是具有相同或类似事实情形的诸多先例。

对合同法的价值分析中所涉及的价值规范是多元的。法学家们对这个问题的认识是有一个过程的。早在1936年美国教授朗·富勒(Lon L. Fuller)所写的著名文章“合同损害赔偿中的信赖利益”^[4]中,作者就提出这样一个关乎价值的合同法理论规范,即违约救济通常是根据分配正义做出的,只有依据分配正义才能理解合同法的整体,包括核心的“合意”概念。而克罗曼(A. Kronman)和波斯纳(R.

[2] 梅尔文·艾森伯格:“合同理论”,载彼得·本森主编:《合同法理论》,北京大学出版社2004年版,第233页。

[3] 同上。

[4] Lon L. Fuller and William Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, (1936) 46 *Yale L. J.* 52.

Posner)在其《合同法的经济分析》一书^[5]中,则选取了富勒教授提出的萌芽期的命题——可以把合同法解释为推动或支持有效率的经济关系的工具。查尔斯·弗里德(Charles Fried)则在其著名的《作为许诺的合同》(*Contract as Promise*)一书^[6]中试图通过康德的道德自治概念解释合同,提出了解释合同的“个人自治”理论。

由于自治理论和经济学理论对合同理论而言都存在明显的不足,就出现了是否存在系统的合同法规规范理论问题。特里比尔科克(Trebilcock)在其《合同自由的限制》(*The Limits of Freedom of Contract*)^[7]中得出这样一个结论,即只有合同理论的多元概念才能提供一个满意的解释——也就是考虑自治、福利和分配正义价值的多元概念。戈德雷(Gordley)在其《现代合同原理的哲学起源》(*The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*)^[8]中也提出了一种多元理论对合同法进行分析,他参考并结合了亚里士多德学派提出的多种美德,如自由、交换正义和分配正义。戈德雷认为,这些要素都是必需的,因为他们为解决上述合同理论的主要难题所需。

对合同法进行多元价值规范的研究方法被梅尔文·艾森伯格(Melvin A. Eisenberg)教授称为规范理论。他认为,“法律规则最终只能被社会命题证明,一个令人满意的法律内容的最佳理论,或者任何领域的法律,像合同,必须基于所有的相关的、有价值的政策、道德规范和经验命题,而不仅仅基于以某种方式与先前的制度决策相联系的道德价值观。那些根据所有相关的和有价值社会命题得出的法律内容的最佳理论,我会称为规范理论。”^[9]他指出,“人类道德条件的组成是,我们有很多正确的道德标准,在特定的情况下,这些价值相互冲突;人类社会条件是,许多价值是和创造美好世界相关的,在特定的情况下,这些价值也会相互冲突。合同法不能逃避这些道德和社会条件。就像在生活中一样,在合同法中,所有值得倡导的价值都必须被考虑在内,哪怕有时这些价值会发生冲突,甚至会牺牲确定性。因

[5] A. Kronman and R. Posner, eds., *The Economics of Contract Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1979).

[6] C. Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligations* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981).

[7] M. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993).

[8] J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (Oxford Clarendon Press, 1991).

[9] 梅尔文·艾森伯格:“合同理论”,载彼得·本森主编:《合同法理论》,北京大学出版社2004年版,第246页。

为否认了生活的复杂性,法律最佳内容中的单一价值的度量理论都不可避免地无法做到周延。”^{〔10〕}

艾森伯格指出,他所说的“基本的合同原则”应该确定合同法的内容。这个原则参考了各种道德和政策原则,适用于一个信息完整的立法者。立法者必须对每一个原则进行正确衡量,并在这些原则的最佳指向(best vector)上拟出一个原则。立法者必须根据合同基本原则做出各种选择。^{〔11〕}这种基本的合同原则是以价值规范为基础的,其运用和分析有一个过程,其结论是各种原则权衡的结果。合同法的这种方法论不同于以公理为衡量标准的自明理论。自明理论从19世纪中叶到20世纪前期一直占据统治地位。这个学派有这样一些公理规定:只有交易允诺才有对价;而交易是由要约和承诺组成的;违约损害赔偿的计算标准是期待利益损害赔偿;合同必须进行客观解释。这个学说最大的缺点在于把许多规则当做公理而不证自明。它完全不同于在实证的基础上进行价值分析来对规则进行重新审视并将其予以发展的方法论。

对于合同法来说,可能最重要的价值是保护合同当事人的期待利益,从而达到交易安全的目的。而这种价值的保护是在资本主义初期新兴的资产阶级为了获得财富所迫切需要的一种法律上的保护。因此对于违约者来说,他或她必须赔偿非违约方的损失,使得非违约方的经济利益处于一种假定合同没有被违反的时候所应该达到的状态。

除了交易安全外,合同法的价值还应该包括自由,具体体现为契约自由。根据19世纪大陆法和普通法学者以及法官的一个普遍看法,合同法不仅认可当事人具有承诺和不承诺的自由——就是订立合同的自由(freedom to contract),还包括他们能够选择自己想要设定的债务内容——合同内容的自由(freedom of contract)。^{〔12〕}彼得·本森(Peter Benson)在其文章“合同法的统一”中指出,“当事人有权自由决定是否与他人进行交易,而这个自由完全独立于他们做出这个决定的原因。同样,没有谁必须对某些特定的条款做出许诺或同意。没有谁有权利让我提出或接受什么。这样理解的话,缔结合同的自由和合同内容的自由就是普通法合同概念的根本。”^{〔13〕}

〔10〕 梅尔文·艾森伯格:“合同理论”,载彼得·本森主编:《合同法理论》,北京大学出版社2004年版,第266页。

〔11〕 同上,第270页。

〔12〕 彼得·本森:“合同法的统一”,载彼得·本森主编:《合同法理论》,北京大学出版社2004年版,第219页。

〔13〕 同上。

现代的合同法越来越尊重当事人的合同自由的权利。这反映在合同法中的许多法律规范是非强制性的,而允许合同当事人自己在合同中进行自由约定。对于双方当事人来说,他们之间订立的合同条款其实就是他们之间的“法律”。正是基于这种自由的考虑,如果一方订立合同不是处于自由的意愿,而是被逼迫或胁迫或者订立合同的自由不是真实的,而是基于另一方的欺诈或不当陈述,则这种合同可以被判定是无效的。同时也是基于美国宪法所保护的人身自由,不得遭受被人奴役的命运,美国法律拒绝在个人服务合同的违约案件中给予非违约方(接受服务的一方)实际履行的救济。另外,在市场经济条件下,虽然合同当事人双方均出于自愿订立合同,但他们仍然受到合法性的制约,从而显示出合同自由和其他类别的自由一样不是绝对的。在这个问题上,合法性的基础往往是出自基于道德或其他价值观念而制定的公共政策。

如上所述,普通法中的法官在审理合同纠纷案时需要对诸如公平、自由、交易安全和效率等价值观念和政策性因素予以考量,需要对不同的甚至是相互冲突的价值观念进行评价和选择。中国目前处于社会转轨期,我们已经意识到,如果我们只是谈效率优先于公平,则可能会导致或加大社会不公平和贫富差距日益悬殊的现象。现在学术界和舆论界普遍认为,中国应该将效率优先于公平的价值指导思想改为效率与公平并重的价值指导思想。一成不变地只是偏重于某一种价值规范的法律是不妥当的。对于在某种情况下哪一种价值更妥当的问题,需要我们基于所涉及的具体事实做出判断。

亚里士多德认为,合理的道德判断并不受规则的支配;没有任何道德规则能够广泛到足以考虑尽它所适用的情形中的所有变数,因此判断必须超越于规则,并回答该情形中的具体细节,就像在医学或航海领域中那样。^[14] 亨利·马瑟(Henry Mather)认为,正确的道德判断要求我们能够识别特定情形中所有与道德相关的事实。他还指出,任何将道德规则作为一贯的、排他的决策方法来使用的行为,都假定在我们看到特定案件事实之前,我们能够预先解决道德争论(将事先制定的规则机械地适用于所有符合条件的情况)。他认为,在一个未来事件变化多端且经常无法预见的世界里,这是一个危险的假设。^[15] 这样的观点符合我们所倡导的“从实证到

[14] See Aristotle, *Nicomachean Ethics* 1104a 5-9 (Martin Ostwald trans., 1962); See also Charles E. Larmore, *Patterns of Moral Complexity* 15 (1987); J. O. Urmson, *Aristotle's Ethics* 36, 85 (1988).

[15] 亨利·马瑟:《合同法与道德》(*Contract Law and Morality*),戴孟勇、贾林娟译,中国政法大学出版社2005年版,第73—74页。

理性”的法律方法论。这种方法论要求价值理性判断必须基于事实,而非抽象的、脱离于社会现实中的某种具体事实。

判例法所显示的“从实证到理性”的法律方法论对于中国合同法的法学研究、立法和司法实践具有十分重要的意义。长期以来,中国合同法的大部分研究体现在参与立法的学者和官员对于合同法的条文的诠释,而这种诠释大部分停留在对合同法各种概念和规则的解释。由于解释者缺乏对合同法实践的研究,对于规则的合理性无法从事实情形下手进行实证分析,更无法对合同法规则所蕴涵的价值观念在事实情形中论证其合理性。这样,中国合同法的这种“诠释”研究便沦为一种备受批评的概念法学。为了走出概念法学的僵化、教条的死胡同,我们应提倡用一种新的法学方法,即“从实证到理性”的法律方法论,对中国合同法进行重新审视和改革。

三、违约行为:对中国社会诚信危机的分析以及对策

让我们回到最基本的问题,重新审视合同订立的必要性。为什么我们需要订立合同?对于一个以物换物的交易,交易双方当事人都有着各自的期待利益,而这种期待利益是他们获取财富、实现某种效率的基础。但是,交易本身从签约到实施(若不是即时交付)会有一个时间差。在这个时间过程中,各种变量(如市场上同类商品的价格)会发生变化,而这种变化会改变一方当事人的利益预期。在没有订立有约束力的书面合同的情况下,一方当事人会因其期待利益基于市场状况的改变而改变主意,不履行当初的诺言。如果没有一个有约束力的合同,双方在市场各种变量发生改变时,单纯依靠在纠纷发生时重新商议解决,将是很困难的事情。因为双方所处交易环境中各种变量的改变,双方的谈判地位已经发生了改变,很难在不影响当事人原有的期待利益的前提下重新达成一致意见,而这种艰难的谈判也是一种交易成本的增加。因此,为了使交易具有稳定性和减少交易成本,保护当事人在进行交易谈判之时的期待利益,当事人都希望订立一个有约束力的合同,以记载双方的约定。显然,合同本身就体现了一种促进交易安全的价值,并且同时也体现了减少交易风险避免增加交易成本的考虑,而这些基于风险和成本的考虑就是基于效率的价值规范考虑。

为了确保上述价值(促进安全交易的价值、规避风险和降低交易成本的价值等)的实现,借用国家司法机器对合同进行强制执行是必不可少的。如果合同的规定得不到法官的认可和强制执行的要求,那么合同无异于没有签订,我们又将回到没有订立合同的状态。在这种情况下,如果市场情况的或然性(contingency)导致一方当事人无法履行合同或履行合同遭受经济损失,该方会产生经济利益上的动机,以获取“违约的收益”。假如没有法院的介入,违约者可以获得违约的收益而不承担任何违约责任。

这对履约者是不公平的。司法的失效或无能最终会导致违约者受到鼓励,而守约者实际上受到“惩罚”。在这种情况下,违约现象会变得越来越普遍。

我们应该重新建立和维护中国合同法的价值规范体系,应提倡中国文化历来注重的“信守诺言”或“诚信”的美德。这是中国传统哲学思想中一种重要的价值观念。可惜的是,现代中国人没有很好地将这种价值观念继承下来。中国社会自改革开放以来接受了“市场经济的洗礼”。但是,与市场经济有关的法律规则还没有完全建立起来,法律规则背后体现的价值规范体系还没有得到中国人普遍的认可和接受。在中国现在的市场经济活动中,政府机关(作为交易的主体)、公民个人和实体之间的经济关系(包括民事商事法律关系)常表现出一种紧张和冲突。在中国法律滞后且混乱的情况下,价值失范和金钱至上的思想泛滥,而法律规则的不健全甚至司法功能的缺位给“违约”者提供了可乘之机,并给故意“违约”者带来巨大的商业利益。中国社会和经济中的“违约”现象更进一步加深了中国社会的“诚信危机”。这种“诚信危机”反过来大大增加了市场经济活动中的交易成本和风险,制约甚至会扼杀中国市场经济的建设和发展,从而影响到中国改革的成败。

作为合同法的一种价值,“信守诺言”或“诚信”不能只是当做交易当事人的一种道德行为去进行约束。提高中国人“信守诺言”或“诚信”的水准,仅靠道德教育和道德的自我约束是不够的。作为合同法的一种基本价值,“诚信”以及合同法的其他价值不应游离于合同法条文以外而独立地抽象地存在。这些价值应该在合同法的条文中被体现出来。作为立法者,我们必须把道德和价值规范植入合同法的条文中并使其装备上“牙齿”。道德规范只有长上“牙齿”,借助立法者的法律条文和司法者的支持才能得以实现。只有这样才能更有效地提高中国人的诚信度并减少违约的现象。

当然,我们不应期待有了“牙齿”的合同法一定会杜绝交易当事人的违约行为。但是,我们能确定的是,首先,合同法能够通过违约救济规则让违约者付出“违约的代价”。一方面,违约救济可以补偿违约方给非违约方带来的损失;另一方面,也可以通过提高违约方的“违约的代价”或“违约成本”间接地抑制违约行为。其次,在合同法层面上,基于胁迫、欺诈、误导或显失公平而订立的合同被法院宣布无效也是基于具有道德牙齿的法律在发生作用。最后,“违约成本”还可以表现为因合同诈骗构成刑事责任的情况下被处以刑罚。毫无疑问,通过司法手段确保“镶有牙齿的”合同法规则的有效实施是重新树立中国合同法的诚信价值规范的关键所在。

如果我们有了具约束力的合同并且假定我们有执法如山的法官,那么我们为什么还需要制定合同法(不论是以判例法的形式还是以制定法的形式)?此问题的答案可

以从以下角度去寻找。从理论上讲,当事人可以制定非常完美的合同,使得合同条款的规定如此全面和详尽,以至于可以通过合同来取代合同法的许多领域的法律规则。合同法的确尊重当事人的自治。^[16]然而单独依靠当事人的合同自治是不够的。我们可以设想交易双方当事人都是绝顶聪明而世故的,或者他们聘请了出色的律师,订立了非常详尽、清楚而复杂的合同条款以保护自己的利益。假若市场活动中每一个交易当事人都能如此,那么我们恐怕真的不需要合同法了,而仅仅需要一个有效的司法体系保证合同的执行就足矣了。然而,我们知道上述假设在现实中是不存在的。

真实的情况是,交易双方当事人因其谈判地位不同、信息不对称以及对法律知识的不了解和不具备保护自己利益的意识和技巧等因素,总是会有一方或双方都想不到的因素,这种疏忽或谈判地位的劣势等会造成双方之间订立的合同条款不完善、不完整或不公平。因此,为降低交易谈判的成本并且增加法律规则的确定性,国家立法机关制定了合同法,为当事人订立合同提供一个“补缺”作用(gap filler)。合同法中的非强制规范为合同双方在想不到的情形下或在不能达成协议的情况下,提供了一种默认规则(default rules)。梅尔文·艾森伯格指出,制定某一默认规则的法律制定者,也许被认为是考虑当事人选择的,因为他试图制定当事人遇到这样的问题都会认可的规则。^[17]

当事人对合同法的这种“补缺”的适用规则(尤其是权利和义务的设定以及违约救济的规定)的了解也给合同谈判的双方提供了一种最起码的法定权利和利益的预期,从而提高其谈判地位。立法者对于合同法中有关权利和义务以及违约责任的任何修改都会改变合同谈判双方的期待利益的计算和权衡,也会影响合同当事人合同履行的结果。当然,有了完备的合同法或者当事人订立了非常好的合同,中国还必须有一个公正廉洁的司法制度,来确保合同法的规则和价值规范得到执行和实现。否则,再好的合同法,如果不被执行或没能实现也是没有意义的。通过司法权力来确保合同法和当事人之间合同条款得到有效的执行或对合同当事人的期待利益的侵害给予充分的法律救济,对于提高中国人的履约意识和减少违约行为,乃至建立和维护社会和市场经济的稳定是至关重要的。

2006年9月2日
于北京景园大厦寓所

[16] 梅尔文·艾森伯格:“合同理论”,载彼得·本森主编:《合同法理论》,北京大学出版社2004年版,第251页。

[17] 同上,第252页。

目 录

序言	1
第一章 合同法的根本目的:违约救济	1
第一节 基于期待利益的损害赔偿	3
霍金斯诉麦吉案	4
[判例原文节选]	5
第二节 基于信赖利益的损害赔偿	12
沙利文诉奥康纳案	12
[判例原文节选]	15
第三节 实际履行的救济	24
美国广播公司诉沃尔夫案	25
[判例原文节选]	28
第二章 合同法的起点:允诺的强制执行力	41
第一节 对价	43
哈默诉西得威案	45
[判例原文节选]	46
科克西诉科克西案	54
格林案	55