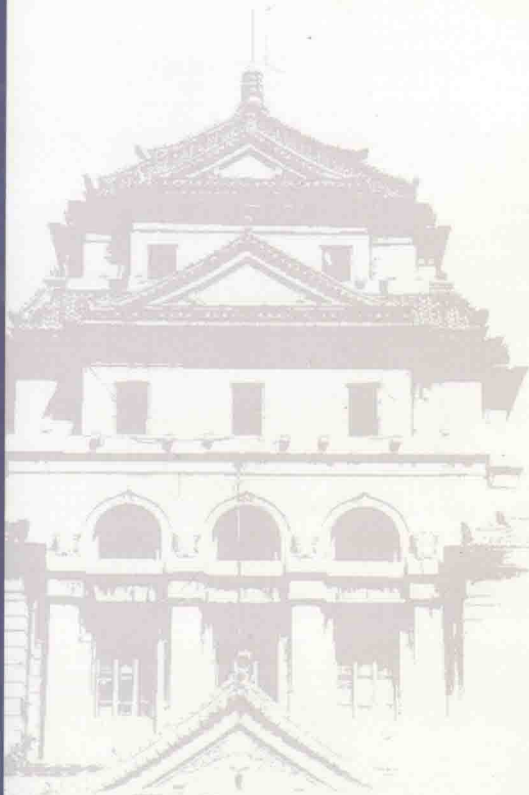




吉林大学理论法学研究中心学术文库

合同法中预期 与信赖保护研究

孙良国 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

合同法中预期与信赖保护研究/孙良国著. —北京:
法律出版社, 2016. 6

(吉林大学理论法学研究中心学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9518 - 9

I. ①合… II. ①孙… III. ①合同法—研究—中国
IV. ①D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 105311 号

吉林大学理论法学
研究中心学术文库

合同法中预期与信赖保护研究

孙良国 著

责任编辑 李峰云
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2016年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 7.875 字数 192 千

印次 2016年6月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9518 - 9

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

张文显

时代的伟大实践需要与之相适应的理论,而真正适合时代需求的理论又的确将会引导时代的社会实践。可以说,自1978年党的十一届三中全会以来,拥有较为悠久历史的吉林大学法学理论学科,始终是在跟随着中国改革开放和社会主义现代化建设的伟大实践而不断发展成熟的;可以说,在改革开放的三十年间,吉林大学的法学理论学科积极地发起、推动和参与了一系列对于我国整个法学的基础理论发展和社会主义法治建设实践都具有非常重大指导意义和实践价值的法学的观念变革、方法更新和理论进步的重大活动;可以说,吉林大学法学理论学科的发展本身就是我国改革开放和社会主义现代化建设理论需求和理论发展的一个缩影,也是理论关注实践、参与实践、推动实践、指导实践的一个例证。

在历史进入 21 世纪初的 2000 年,以吉林大学法学理论学科为核心所组建的吉林大学理论法学研究中心经过严格的评审被教育部批准为教育部人文社会科学重点研究基地。随后,吉林大学法学理论学科于 2001 年经教育部批准成为国家重点学科,被纳入“211”工程重点学科建设计划。在 2004 年,以法学理论学科为依托,吉林大学理论法学研究中心在整合了政治学、国际政治学、国际经济学等学科的基础上组成的吉林大学法律与经济全球化研究所被批准为国家“985”哲学社会科学创新基地。2007 年,在这样的三大平台基础上,以吉林大学法学理论学科的教师为主体的教学团队被教育部确定为首批国家级教学团队。所有这一切都是我们的党和国家以及我国法学理论界和法学教育界对于吉林大学法学理论学科在我国新时期的理论创新和对于我国社会主义法治建设所做出的重大贡献的高度认可的体现。

经过进入新世纪以来的近十年建设,吉林大学法学理论学科在科学研究、学科队伍建设、人才培养、国际和国内学术交流、信息与咨询服务、学科发展等方面,均取得了长足进展。在这期间和在这之前,吉林大学法学理论学科专著型学术研究成果展示的基本渠道都是各个老师和研究人员自行联系出版。此种方式当然也可以反映吉林大学法学理论学科科学研究的状况,但无疑只是片段性或片面性的,无法全面而整体性地展示吉林大学法学理论学科科学研究的全貌。随着吉林大学法学理论学科作为国家重点学科、教育部重点研究基地、国家创新基地、国家级教学团队的研究成果的积累,吉林大学法学理论学科的学科建设及其学术研究,都需要一个具有持续能力的成果展示平台,以不断总结和展示本学科在博士研究生培养方面的成就,激励理论法学研究中心年轻教师积极从事科学研究,并使其成果得到有学术影响力的集中展示。为此,吉林大学理论法学研究中心决定把多年来一直在设想之中的出版中心学术文库的工作付诸实施。

吉林大学理论法学研究中心学术文库为连续性的系列出版物。首先以吉林大学法学理论专业通过答辩的优秀博士学位论文为主要选题来源,其次是吉林大学理论法学研究中心各位教师和研究人员的专著及学术文集,最后就是在条件成熟的时候逐步吸收全国法学理论领域年轻学者的学术专著或者各个高校法学理论专业的博士研究生的优秀博士学位论文。

法律出版社给予了我们吉林大学理论法学研究中心法学文库的出版极大的支持。吉林大学理论法学研究中心将与法律出版社建立长期的合作关系,共同推进中心学术文库的出版工作。这套学术文库的出版会以每年5~10本学术著作的规模推进。

借此,我们衷心地感谢我国各个高校和科研机构的法学理论学科对于吉林大学法学理论学科工作的大力支持!我们也希望吉林大学理论法学研究中心学术文库的出版,将为推进我国法学理论学科的学科建设、科学研究、人才培养、学术交流等做出重大贡献!

目 录

引 言	1
第一章 预期与信赖的基础：民事主体的 分化	14
一、民事主体分化的根源：劳动分工的 精细化	15
二、民事主体分化的具体体现	19
（一）自然人的分化	19
（二）法人的分化	23
三、合同法的一般化与特殊化	28
四、预期与信赖：合同法的基本范畴	30
第二章 预期与信赖的界定	33
一、预期的界定	34
（一）预期的特征	34
（二）预期与相关概念	38

(三) 预期的意义	42
二、信赖的界定	46
(一) 信赖与信赖	49
(二) 信赖在合同法中的意义	52
(三) 何种表述或行为能够引致信赖	53
(四) 何种信赖才是合理信赖	54
三、预期与信赖的关系	58
第三章 预期与信赖保护的体现(一): 合同成立	64
一、缔约场景的转换: 从分立性缔约到关系缔约	65
(一) 分立性缔约	65
(二) 关系缔约	67
二、诚信协商与信息披露	75
(一) 诚信协商与信息披露关系	75
(二) 一些国家对信息义务的态度	76
(三) 信息披露义务不能作为一般性的信息披露 义务	77
三、合同成立过程中的前合同责任	82
(一) 合同成立过程中判断是否承担责任的基本 观念	83
(二) 商事习惯排除债务责任——以平行谈判为 例的分析	84
(三) 前合同协议、缔约意图与前合同责任—— 以公司并购为例的分析	87
第四章 预期与信赖保护的体现(二): 合同内容的 生成	91
一、合同内容: 合同条款的订入与内容控制机制	92
(一) 合同条款订入的机制	92
(二) 合同条款内容的控制机制	101

二、合同文本与合同实践的关系	109
第五章 预期与信赖保护的实现机制(一):违约救济	115
一、合同法中的预期:实际履行	115
二、替代交易	123
(一)替代交易的功能	123
(二)替代交易的构成	127
(三)替代交易适用的问题	132
(四)替代交易与我国《合同法》	136
三、期望损害赔偿及其实现	139
(一)期望损害赔偿如何正当	139
(二)期望损害赔偿的理想——无差异原则及其 限制	144
(三)柳暗花明——实现方式的更新	148
四、“效率违约”理论及其评判	159
(一)效率违约理论的基本命题	160
(二)效率违约理论的预设及其问题	162
(三)效率违约理论的适用范围	166
(四)效率违约理论批判之一:效率批判	169
(五)效率违约理论的批判之二:自治与信任批判	172
第六章 预期与信赖保护的实现机制(二):国家法与 民间法	180
一、国家法与民间法:合同治理方式的二元区分	181
(一)支撑合同的多种制度	181
(二)国家法与民间法的二重规范	184
二、行业自治与合同治理	189
(一)准入机制	190
(二)仲裁功能	192
(三)声誉机制	194

(四) 驱逐机制	196
第七章 预期与信赖保护的立法分析与检讨	200
一、《统一商法典》第二条的分析与评判	201
(一)《统一商法典》第二条与卡尔·卢埃林的现实 主义思想	201
(二)经验主义和形式主义的反对	205
(三)一个必要的评论:《统一商法典》第二条过时 了吗?	208
二、《国际商事合同通则》中预期与信赖的保护	210
三、对我国《合同法》的一点评论	218
结 论	220
致 谢	222
参考文献	223

引 言

格兰特·吉尔莫的《契约的死亡》^①(The Death of Contract)一书引起了合同法学界波澜壮阔的争论。这本书只有166页,然而针对该书的书评至少有14个以上,如果加上延伸性讨论不下于20多个。可以说,这本小册子激发了普通法世界中几乎所有合同法精英对合同法的兴趣,激发了那个时代学者的创造力和批判力,在那个时代最为知名也最为权威的哈佛大学法学院的莫顿·霍维茨(Morton Horwitz,霍维茨)、英国牛津大学的P. S. 阿蒂亚(P. S. Atiyah,阿蒂亚)、美国西北大学的理查德·斯巴戴尔(Richard Speidel,斯巴戴尔)、加州大学伯克利校区的詹姆斯·高德利(James Gordley,高德利)都加入到对该著作的讨论中。该著作在20世纪90年代被

^① 需要说明的是,本书并不区分契约与合同。只是在与我国学者翻译的《契约的死亡》一书相关的著作和文章中笔者才使用契约。

翻译为中文后,在我国也引起了较大的反响,陈永苗的《关于契约的生或死》、张瑞萍教授的《没有死亡的再生》等不同的书评问世。大陆众多杰出的学者也不断引用“契约的死亡”或“契约之死”作为论文或著作的原始出发点和自身理论的评判对象。^① 其实,基于笔者的阅读范围,《契约的死亡》这本著作的应有含义没有得到认真的研究和把握。因此“契约之死”除了成为时髦的修饰语之外,我们并没有准确把握其学术价值和意义。那么在逻辑上如何认真评价该书,就成为我们分析问题的一个起点。

在这里,我们首先有必要澄清一些基本概念,以使我们引用材料时更加具有针对性和准确性。

“Contract”是指契约法。“Contract”在普通法中的意义与我国的契约不同。在普通法的背景下,“Contract”可以指当事人之间达成的协议,可以指设定这个协议的书面形式,可以指法律执行的允诺,可以指广义的不是由侵权法施加的法律义务,可以指合同的条款,可以指买卖,也可以指规范协议和交换的法律部门。^② 所以,《契约的死亡》中的“契约”不是指协议,也不是指书面协议等,其应当且只能是指“契约法”(the Law of Contracts)。因此,《契约的死亡》其实应当是《契约法的死亡》。曹士兵、姚建宗、吴巍所翻译的《契约的死亡》没有从标题上体现出契约的准确含义,且他们所翻译的主体内容部分却把“契约”翻译成“契约原理”,^③我们不能认为该译本较为准确地把握了“契约”在该书语境下的准确内涵。霍维茨在其书评中开宗明义地指出:“吉尔莫教授用这本极佳的小书集中论述 19 世

① 王利明:《合同法研究(第一卷)》(修订版),中国人民大学出版社 2011 年版,修订版序言。

② Bryan A. Garner (editor-in-chief), *Black Law Dictionary (Ninth Edition)*, A Thomson Reuters Business, 2009, pp. 365-366.

③ [美] 格朗特·吉尔莫:《契约的死亡》,曹士兵、姚建宗、吴巍译,中国法制出版社 2005 年版。

纪合同法的兴起与衰落”。^① 笔者认为,霍维茨的书评则更为准确地把握了吉尔莫本人的观点。不同国家对“契约”的表达习惯有差异。美国学者比较习惯于“Contracts”的表达,^②我国则更习惯于合同法(contract law),而且我国学术界在术语上严格区分合同与合同法。^③ 我们在使用合同时,其更多的是指书面或者口头协议尤其是侧重指合同文本,但无论如何不等同于合同法。有些学者引用“契约的死亡”时,往往没有明确区分两者或者将两者相混淆,这是应当着力避免的。

契约法是指古典契约法。如果我们把吉尔莫书中的契约法理解为现代契约法,那么“契约的死亡”就是“现代契约法的死亡”了,然而我们从《契约的死亡》这本书中明显发现,吉尔莫并不这么理解。对吉尔莫“契约的死亡”的把握,我们需要了解美国合同法理论中的合同法发展的分期。在美国法上,契约法可以分为古典合同法时期、现代合同法时期。^④ 前者主要存在于19世纪中期到20世纪20年代,后者则是指20世纪20年代以后的契约法。第一次合同法重述一般被认为是古典契约法发展的顶峰,而《统一商法典》第2条以

① Morton J. Horwitz, Review, *University of Chicago Law Review*, Summer 1975, p. 787.

② 如美国的主流合同法教科书或著作很少是“The Law of Contract”,更多的是用“Contracts”,如 E. Allan Farnsworth, *Contracts (Third Edition)*, Aspen Publisher, 2004; Randy E. Barnett, *Contracts: Cases and Materials (4 Edition)*, Aspen Publishers, 2008.

③ 崔建远:《合同法总论(上卷)》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第1~4页;韩世远:《合同法总论》(第三版),法律出版社2011年版,第1~21页。

④ Melvin A. Eisenberg, The Emergence of Dynamic Contract Law, *California Law Review*, December 2000, p. 1749; Jack Beatson & Daniel Friedman, *Introduction: From ‘Classical’ to Modern Contract Law*, in Jack Beatson & Daniel Friedman (editor), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Clarendon Press, 1995, pp. 1-7. 如果按照关系契约理论的观点,合同法可以分为古典合同法时期、新古典合同法时期和关系合同法时期。See Ian R. Macneil, *Contracts; Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, *Northwest University Law Review*, January 1977, pp. 854-905.

及第二次合同法重述被认为是现代合同法的阶段。从《契约的死亡》的论述脉络来看,契约法是指古典合同法,而非现代合同法。现代合同法其实是作为对古典契约法的反对或改进。因此《契约的死亡》中的“契约”是特指而非泛指。吉尔莫更多从古典合同法的精神基础进行分析的,这个精神基础与霍维茨的论述有相似之处,霍维茨也认为形式主义是古典合同法的基本特征。如果没有这个精神基础,那么“契约的死亡”的命题就无的放矢。而且,我们对“契约的死亡”命题的使用和引用也就可能出现偏差。因此,动辄“契约”死亡甚或契约法死亡了就意味着作者对《契约的死亡》语境的误读。吉尔莫从来没有认为,现代合同法没有意义或死亡了。

如上两点是对《契约的死亡》理解所必须具有的基本背景知识,但我们还绝不能仅局限于此。下面经由对《契约的死亡》的评析来展现契约法持续生命力的渊源,笔者主要从以下两个方面入手阐释:一是审视《契约的死亡》的论证脉络;二是观察学术界对其论述脉络的评价。

吉尔莫认为,古典契约法在如下两个方面都发生了实质变化,这些变化意味着古典契约法的解体。古典契约法的解体主要体现为以下两点:

第一,作为允诺具有执行性的一元论的约因理论^①的丧失。在过去的19世纪到20世纪初的发展过程中,约因理论曾经是契约具有执行力的唯一来源。“协商被作为执行允诺的唯一基础,而且协

^① Consideration 在我国有两种翻译方法,一个是约因,另一个是对价。不同学者对其使用有不同偏好。参见刘承勰:《英美法对价原则研究:解读英美合同法王国中的“理论与规则之王”》,法律出版社2006年版;陈融:《解读约因:英美合同之效力基石》,法律出版社2010年版。笔者认为,就两个概念对既有的规则和原理的概括而言,对价则有其劣势,一是对价在我国语境下意味着对等付出,核心在于客观性,而事实上对价具有相当强的主观性;二是对价的核心在于使允诺具有可执行性,而 consideration 的核心已经是使允诺具有执行性格的任何要素,与所谓的“对价”关联不大。

商要求开始传染到合同法的全部历程中。”^①该理论贯穿于契约法的始终,表现在不可撤销的要约没有约因支持就没有约束力进而依然可随意撤销,合同的修正如果没有新约因支持没有约束力,过于不确定性的合同没有约束力,无偿的要约没有约束力,部分有约因支持不能消灭整个债务,等等。事实上,约因理论是作为公理予以适用的。更关键的问题在于约因实质上等同于合同执行力。依照世界顶尖合同法专家麦尔文·艾森博格(Melvin Eisenberg,艾森博格)教授的概括,约因是作为契约概念的特质而存在的,不合乎这个特质的实践是不被契约法所承认的。^②因此,这必然出现理论与实践关系的高度紧张,一元论成为“普罗克汝斯特斯之床”。^③但理论家或普通法法官左右不了合同实践。理论家可以在象牙塔中,而法官也可以在一定时间内遵守而非创设先例,但商业实践的需求能够冲破理论的牢笼为其开放较大的空间,睿智的法官以及适当的立法也可能以个人英雄主义创设新的先例或规则。事实上,如果法院不能较好地解决纠纷,这必然会产生或扩大私人秩序(private ordering)的生存空间,因此,如仲裁等民间解决纠纷的方式就会获得更大的比较优势。此时,我们并不需要否定私人秩序,而是要变革契约法制度。19世纪末到20世纪初的契约法正好经历了此种变革。首要的就

① Richard E. Speidel, An Essay on the Reported Death and Continued Vitality of Contract, *Stanford Law Review*, April 1975, p. 1163.

② Melvin A. Eisenberg, The Emergence of Dynamic Contract Law, *California Law Review*, December 2000, pp. 1750 - 1754.

③ 在希腊神话里,有这样一个故事,妖怪普罗克汝斯特斯利用他的床来杀死过往的旅人们。他在最初以和善之人的面目出现,邀请过往的旅人去家里休息,放松风尘仆仆、疲惫的筋骨。可是当客人们入睡后,普罗克汝斯特斯就开始折磨他们了。他要求客人与床的大小正合适。如果客人是个高个子,腿或者脚搭在床沿上的话,他就会把客人的腿或脚砍掉。如果客人不够高,占不了一张床的话,他就把客人生生拉长,直到把人折磨致死。参见百度百科, http://baike.baidu.com/link?url=60XPW_uRiQ8DRiaG8lZom9xmGqF0mazbZ9-0oqc5lYd-VGnuHEbVZb99YbuilFb1l9MQqxIV15n5ihMEY3BgyK, 2015年10月3日访问。

是,契约法承认了多样化的债务理论。按照吉尔莫的论述,契约法根据实践的需求,承认了信赖作为契约执行力的渊源。美国古典合同法的集大成者萨缪尔·威利斯顿(Samuel Williston)教授接受亚瑟·科宾(Arthur Corbin,科宾)的建议在《契约法重述》(第一次)中增加了第90条,^①本条的原理后来被称为允诺禁反言原理。允诺禁反言原理随着时间的推进获得了更大的发展空间,法官也不断援引该原理进行裁判案件。同时,不当得利的债务理论也开始兴起,并已经开始大量进入契约法。它们改变了约因原理作为合同债务唯一原理的局面。因此,作为以约因原理为根本特征的古典合同法和合同理论已经逐渐解体了(disintegration)。

第二,法律扩大了免责事由的范围。吉尔莫主要引用了霍姆斯的论述,他认为,绝对责任是霍姆斯理论的基本理念。^②当然,与此理念相配合,为了实现高度的确定性和预见性,合同法中的客观主义盛行。可以说,霍姆斯的论述不是其开天独创,而是对当时契约法实践的表述。^③20世纪,法院逐步愿意免除当事人因不能预见的事件、情势变更或因错误而不能履行的责任。法院对违约责任免责事由的自由化和软化,标志着协商理论的第二个原则的死亡,即允诺人在协商内承担绝对责任。^④因此,按照吉尔莫的论述,作为古典契约法和古典契约理论的约因理论和绝对责任理论都已经是昨日

① 《契约法重述》(第一次)第90条(合理引致作为或不作为的允诺)规定:“如果允诺人可合理期待其允诺将引致受允诺人信赖其允诺而为特定作为或不作为,相对人确实信赖该允诺而为特定作为或不作为,而且信赖已经达到确定和实质程度,在没有其他方法避免不公平结果时,该允诺具有法律上执行力。”

② Grant Gilmore, *The Death of Contract* (2d ed.), Ohio State University Press, 1995, p. 49.

③ [美]默顿·霍维茨:《美国法的变迁(1780—1860)》,谢鸿飞译,中国政法大学出版社2004年版,第319页。

④ Grant Gilmore, *The Death of Contract* (2d ed.), Ohio State University Press, 1995, pp. 88-92.

黄花,那么其前景也无疑就是无可奈何花落去。用比较夸张的话说就是古典契约法的死亡!

《契约的死亡》是非常重要的契约法思想史的著作,其自身的论述特殊。笔者暂时先考察其具体的展开脉络,然后评论吉尔默个人所理解的古典契约法的精神气质。

《契约的死亡》的论证脉络主要是考察近代契约法的发展史。应当说,《契约的死亡》这本书对契约法的历史描述在学术界的评价并不高,原因在于吉尔默的关键描述有的是不准确的,有的甚或是错误的。这主要反应在以下两个方面。

第一,一般合同法的产生。按照吉尔默的论述,“直到郎代尔偶然发现了一般合同法或合同理论,这个观念从来就没有进入过法律思想”。^①一般合同法以约因原理为圭臬。霍姆斯认为:“约因的实质应该是,依约定中的条款,它作为允诺的动机或诱因而被提出和接受;反过来,该允诺也必须作为提供该对价的约定性动机或诱因而被做出和接受。整个问题的根子在于,对价和允诺之间,彼此是一种互惠的、约定性的立约诱因。”^②约因原理真的就是霍姆斯的发明吗?其实,按照我们正常人的推理,果真如此,曾经的合同法^③究竟如何理解,在这之前数百年的经济史和法律史应当如何解释,经济和法律发展的工具是什么,难道不是契约吗,在这之前就没有契约法吗?斯巴戴尔教授认为,协商理论是演进性的而非革命性的,更不是霍姆斯的创造。^④事实上,合同是市场交易的工具,在18世

① Grant Gilmore, *The Death of Contract* (2d ed.), Ohio State University Press, 1995, p. 6.

② [美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《普通法》,再造、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版,第259页。

③ 在大陆法系,罗马法上的合同法已经是一般合同法了,尽管还没有完整的一般合同理论。

④ Richard E. Speidel, *An Essay on the Reported Death and Continued Vitality of Contract*, *Stanford Law Review*, April 1975, pp. 1161 - 1183.

纪之前的合同也是。约翰·巴顿(John Barton)教授经过考察后认为,在17世纪之前,协商(bargain)作为执行允诺的理念默示在发展中的普通法中。^① 吉尔莫也承认,没有任何法律制度曾经将绝对契约责任的理论付诸实践。^② 在普通法上,限制绝对契约责任的是约因。事实上,在大陆法系国家有很多技术上的设置与约因发挥的作用是相似的,如书面形式、原因理论。事实上,作为具有执行力的契约不可能是任何允诺都有约束力,这是一个常识。原则上,就允诺的执行而言,法律制度之间往往并不存在根本的不同,而更多地体现为技术上的差别。

第二,古典合同法如何衰落。吉尔莫认为,约因原理的主导地位已经解体,主要体现为以下几个方面:信赖原理逐步获得了明确地位,不当得利的适用范围也愈加广泛,它们已经在很大程度上侵蚀了约因原理支配的领域,这导致一般合同法的解体,很多特殊的部门法逐渐独立,逃逸出一般合同法的领域而另立门户,一般合同法已经有名无实了。例如,一般合同法的领域有的也已经被侵权法所不断侵蚀。

当然吉尔莫认为,在更为深刻的意义上古典合同法的崩溃是社会的变迁所致。古典合同法是一个理论建构,其与现实世界没有或几乎没有关系,它不会或不能随着现实世界的变化而改变。^③ 严格意义上说,此种一般合同理论是象牙塔式的抽象,在纯粹形式上说,

① John Barton, *The Early History of Consideration*, *Law Quarterly Review*, July 1969, p. 372.

② Grant Gilmore, *The Death of Contract* (2nd ed), Ohio State University Press, 1995, p. 49.

③ Grant Gilmore, *The Death of Contract* (2nd ed), Ohio State University Press, 1995, p. 8.