



世界法学译丛

公司法 和商法 的法理基础

主编：〔美〕乔迪·S. 克劳斯 & 史蒂文·D. 沃特
译者：金海军



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

世界法学译丛

公司法和商法 的法理基础

The Jurisprudential Foundations of
Corporate and Commercial Law

主编：〔美〕乔迪·S.克劳斯

史蒂文·D.沃特

译者：金海军



北京大学出版社

北京·2005年

北京市版权局登记号图字:01-2003-0183号

图书在版编目(CIP)数据

公司法和商法的法理基础/(美)克劳斯等主编. —北京:北京大学出版社,2005.1

(世界法学译丛)

ISBN 7-301-08385-8

I.公… II.克… III.①公司法-研究-英文 ②商法-研究-英文 IV.①D912.290.4 ②D913.990.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第128031号

书 名:公司法和商法的法理基础

著作责任者:[美]乔迪·S.克劳斯 史蒂文·D.沃特 主编 金海军 译

责任编辑:贺维彤

标准书号:ISBN 7-301-08385-8/D·1046

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区中关村 北京大学校内 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 51736661

印 刷 者:三河新世纪印务有限公司

经 销 者:新华书店

650mm×980mm 16开本 20.75印张 297千字

2005年1月第1版 2005年1月第1次印刷

定 价:32.00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

目 录

导 读	1
第 1 章 卡尔·卢埃林与合同理论的起源	
阿伦·施瓦茨 (Alan Schwartz)	15
一、导 言	15
二、理 论	18
(一) 实体方面	19
(二) 制度方面	22
(三) 批 评	22
三、规范、规则与制度	23
(一) 规范与基本方法	23
(二) 习惯的相关性	26
(三) 法律规则的本质、功能与创设	28
四、描述性的实体法观点	34
(一) 对法律的表述	34
(二) 批评与变革	36
五、合同自由	41
(一) 实体性显失公平及其救济	42
(二) 程序性显失公平	46
六、结 语	51
第 2 章 经济效率和事前视角	
丹尼尔·A. 法贝尔 (Daniel A. Farber)	71

2 公司法和商法的法理基础

一、导 言	71
二、有关财富最大化的争论	75
(一) 波斯纳的主张	77
(二) 事前视角的三大批判者	80
(三) 争论的要点	83
三、假设的谈判与实际的公平	84
(一) 效率是一种价值吗?	84
(二) 为什么是罗尔斯?	88
(三) 对谈判情形的限定	90
(四) 选择一项裁判规则	92
(五) 解析事前视角	97
四、司法裁判中的事前视角	100
(一) 司法能力与合法性	101
(二) 经济效率以及商法的界限	104
第 3 章 约束性最优化:公司法与社会福利的最大化	
刘易斯·A. 科恩霍瑟(Lewis A. Kornhauser)	113
一、导 言	113
二、对效率的定义	115
(一) 相对于决定集合(the class of decisions) 的效率	116
(二) 规则的效率,而不是决定的效率	117
(三) 受制于行为人约束的效率	119
(四) 法院与政策制定者知道些什么?	125
三、财富最大化抑或效率	127
(一) 作为一种福利主义标准的财富最大化	128
(二) 公司法与商法中的财富最大化	143
四、结束语	145
第 4 章 行业习惯存在吗?	
理查德·克拉斯韦尔(Richard Craswell)	153
一、导 言	153
二、某些当前的突出问题	154
三、作为行为模式的习惯	157

四、作为主观信念的习惯	162
(一) 以模糊标准的形式所表现的信念	163
(二) 以界线分明的规则形式所表现的信念	164
(三) 与语言的一个类比	167
五、作为直觉判断的习惯	175
(一) 直觉的抑或明确的规范性判断	177
(二) 统一性的重要意义	177
(三) 直觉判断的演变	179
(四) 判例法中的习惯	180
六、结 语	184
第 5 章 反思商法中的统一规范	
——普通法与《法典》在方法论上的一个比较分析	
罗伯特·E. 斯科特 (Robert E. Scott)	193
一、导 言	193
二、各州在统一调整不完整合同中的作用	196
(一) 统一性的效率价值	197
(二) 商法的统一化运动	199
(三) 实体统一的两难困境	202
(四) 统一性两难问题的理论解决方案	206
三、《法典》与普通法中实体统一之评价	210
(一) 普通法与《法典》: 形式主义抑或功能主义?	210
(二) 《法典》第 2 篇中的实体统一	212
(三) 现代普通法中的实体统一	216
四、法典化统一的失败原因与结果	220
(一) 为什么《法典》未能产生实体统一	220
(二) 一个“非统一的”统一法典所带来的结果	223
五、结束语	226
第 6 章 为结合策略辩护	
乔迪·S. 克劳斯 & 斯蒂文·D. 沃特	
(Jody S. Kraus, Steven D. Walt)	249
一、导 言	249
二、结合策略争论的结构	250

4	公司法和商法的法理基础	
	三、结合策略之批评	258
	(一) 存在性批评	259
	(二) 非正式规范批判	267
	(三) 僵化批评	279
	(四) 小 结	281
	四、实行一种合理的结合策略	282
	五、结 语	289
索 引		305

在当代公司法与商法理论中,效率是一个主导性理论范式。从而,公司法与商法的法理学基础,也就是以效率分析为基础。它们所呈现的是融历史问题、道德问题与方法论问题以及制度设计问题等为一体的混合物。在合同法、买卖法与公司法中进行效率分析的历史根源是什么?在这些领域中,道德理论与效率分析是否具有相关性?如果道德理论是相关的,那么,道德与效率是可兼容的吗?即使在公司法与商法中,效率作为一种规范目标是合理的,但是,效率的复杂性能够使它在司法裁判过程中得到实际应用吗?在公司法与商法中,追求效率的最优方式是什么?本书各篇对其中的一个或多个法理学问题进行了具体阐述。

效率分析的历史根源

在第1章“卡尔·卢埃林与合同理论的起源”中,阿伦·施瓦茨主张,卢埃林是用现代的法和经济学方法调整合同的一位重要倡导者。有关卢埃林的通行观点,是把他描绘成一个规则怀疑主义者,因为他有时主张通过标准,而不是经济效率,来对买卖合同进行调整。施瓦茨依据其对卢埃林写于1925年至1940年间有关买卖法文章所进行的批判性评析,否定了这种通行观点。卢埃林的提议,以及他为法律改革所付出的努力,都假定了有关调整买卖合同的法律规则的存在与功效,只不过想用更好的规则来替代不好的规则。根据施瓦茨的看法,卢埃林主张国家应当减少缔约成本,创设默认规则,并且要运用经济性因素来理解当事人的缔约行为。卢埃林只是在进行效率分析的过程中出了错,而他所提议的规则恰恰又是以此为基础的。施瓦茨表明,这些错误是由于卢

埃林时代的经济学发展不足所致,而非因其信念在于促进效率以外的价值。在卢埃林所推荐的规则中,有些已经过时了,因为他所处时代的经济学过于原始,不可能对政策分析提供太多的帮助。在设计有关调整合同的规则时,今天的分析者就可以利用在信息经济学、财政理论和交易成本经济学领域的进步。而对于本世纪*头 50 年具有效率头脑的合同理论家们来说,则不可能得出这些结果。

施瓦茨对通行观点的否定别具新意,而且昭示了希望。它允许在下述两端之间的范围内,对卢埃林重新作出广泛的评估,其一端为规则怀疑主义,另一端则是对于建立在效率基础上的法律改革提议所抱有的一种敌意。例如,施瓦茨对卢埃林立场的描述,就是对许多可能性的其中一个描述。对卢埃林的不足之处进行判断的另一个立场,就只是他未使用当时的研究技巧和成果。这是因为,卢埃林所提议的某些规则,即使按照卢埃林所可获得的标准和知识来衡量,也是不适当的。卢埃林对于用以确定承诺何时生效的邮箱规则(mailbox rule),以及实体性显失公平概念的辩护,都以当事人的合理期待为依赖。但正如施瓦茨所评注的那样,这种辩护所依据的是一个循环论证。法律的当前状态,部分地以其合理的期待为根据。因此,想要通过这些期待而对法律作出正当性解释,其前提条件就是,存在着由这些期待所给出正当性解释的法律。这是分析过程中一个确定无疑的失败,很显然,它与大卫·休谟的恪守允诺(promise-keeping)具有某种相似的语境,并且应当为卢埃林所熟悉。为了向他表明这种循环,甚至都不需要进行理论考察。在这些文章中,卢埃林也没有遵守为其同时代人所知的研究和抽样技巧。卢埃林与其他有些法律现实主义者,以对上訴案件的判例法进行非系统抽样为基础,制定了其所提议的规则。把调查限定于判例法,就表明其所选择的是由诉讼案件所展示出来的效果,而进一步限定于上訴案件,则加剧了这种效果。卢埃林在

* 指 20 世纪。——译者

方法论上的错误,即便通过其所处时代的分析标准或者抽样技巧,也是可以避免的。当然,卢埃林的某些提议,可能因为未能考虑其当时的知识而有所失色,同时,另一些提议则可能因为其时原始的经济理论状况而有失水准。

效率与道德

丹尼尔·法贝尔假定,商业交易就意味着道德,并且主张,道德是支持在商法中应用效率原则的。在第2章“经济效率和事前视角”中,他发现,效率原则之适用于商法,可以从一种道德理论中演绎出来。法贝尔利用罗尔斯的假设性同意,把一个适当限制的帕累托效率原则,解释为一项司法裁判原则。他的分析依赖于针对法定的经济分析的规范性基础所发生的经典争论的结论。按照法贝尔的观点,该争论解释了下述四种主张:(1)经济效率不可能成为惟一的正义原则;(2)只有在不存在风险回避的情况下,事前视角才能产生一项经济效率的规则;(3)面向将来的立法,能够在选择规则时适当地采用事前视角;(4)经济效率要求就资源的初始配置作出一个先行的决定。法贝尔追随罗尔斯,就在于他假定把罗尔斯的正义原则适用于社会的基本结构,而不是制度设计的具体问题。他承认,与所有非基本制度设计的原则一样,司法裁判原则从属于正义原则。受此限制之约束,法贝尔提出,原初状态可以被当作一种手段,用于选择一项中立的司法裁判原则。 3

法贝尔采纳了罗尔斯的意见,即理想的正义立法,是理想的立法者在一层薄薄的无知之幕后所一致同意的立法,这样的无知之幕允许他们知道关于其特定社会的一般事实。他主张,可以将罗尔斯调查的“第二阶段”加以修正,以解释一项司法裁判原则的正当性。按照法贝尔的观点,理想的立法者,如果他们不回避风险,或者并不大幅度转换其偏好以致构成其个人身份的改变,那么,他们就会同意将一项受到限制的效率原则适用于司法裁判。法贝尔得出结论认为,这样一项原则,既对诉讼当事人公平,而且至少在有限的范围内,可以被法官合理地执行。说它公平,是因为普通法的进程中就深植有这样的惯例,从过去的案件中发现新的

原则,比如效率原则。说一项效率原则可以被法官执行,是因为法官有时可以凭借已经得到证实的经济学理论来裁判案件,并且只将该原则限定适用于默认规则,以减轻因裁判错误所带来的影响。

法贝尔的主张提出了一个更大的问题,涉及道德在商业性交易中的可适用性。简单地说,道德是否适用于商业语境,以限制那些调整商业交易中私人次序(private ordering)的原则?在道德与商业语境的关系上,可能采取三种观点:(1)道德的某些方面,比如分配正义,不可适用于商业交易以及调整商业交易的规则;^[1](2)分配正义可适用于该种交易与规则,但其作为一种分配的道德对象而用于评估这些交易与规则,则是错误的;(3)分配正义可适用于商业交易与规则,但其本身也允许其他原则被用来评估这些交易与规则。观点(1)似乎不合情理。分配正义在商业环境下看来也在适用。毕竟,无论它涉及到什么,分配正义总是关乎个人的利益与负担的分配。^[2]当然,它要求具备什么条件,则是另一回事。道德是否要求商业交易受到分配正义原则的检验,这是一个实体性道德真理(substantive moral truth)的问题。在商业语境中适用分配正义,并不保证道德给予分配正义以优先权,可以先于所有其他的道德性价值。因此,尽管观点(1),亦即“不可适用”论是不合理理的,但它仍使得观点(2)与(3)可能成立。虽然对这些观点的具体细节进行讨论,超出了这篇导读的范围,但法贝尔关于效率原则的道德可容许性(moral permissibility of efficiency principles)的观点,还是说明了对这两者之中的任一种提出一个令人信服的主张,都是困难的。

4 法贝尔赞同罗尔斯的假定,即分配正义只适用于罗尔斯所称的基本结构,而不适用于在其中所发生的商业交易。该假定是观点(1)的一种版本。但实际上,法贝尔主张在司法裁判中适用一项效率原则,可以被理解为是根据观点(1)或者观点(3)而提出来的。按照法贝尔的观点,在一变形的无知之幕后当事人,就将偏好于由法院选择用于调整日常合同交易的法律规则,而该规则将使合同双方当事人共同的满意度最大化。他们之所以会这样做,是

因为假定基本制度满足了罗尔斯原则,而日常交易并不影响个人的权利或者被批准的财产分配。法贝尔因此提议,分配正义并不会宣告不宜将效率原则用于评估商业交易。该提议并不通过分配正义原则来评估日常交易。

现在,该提议面临着如下两难问题:它或者是将分配正义限制在基本制度上,或者不能保证当事人选择使其满意度最大化的规则。因为对于该主张来说,当事人在选择原则时的顺序是至关重要的,并且必须有正当理由。法贝尔假设,当事人首先选择正义原则,用于调整基本制度,而后选择用于调整日常合同交易的原则。如果分配正义被限定在基本制度的范围内,那么这种选择方法的顺序就是正当的。既然那样,分配正义对日常交易就没有任何发言权了,因为它不得适用于此。考虑到这种合理性解释,法贝尔的主张就应当支持观点(1),而不是观点(3)。但是,如果单独地看,由于分配正义对于商业环境具有表面的可适用性,这又使得观点(1),即“不可适用性”变得不合情理了。

或者,分配正义既适用于基本制度,也适用于日常交易。那么,接下来的任务就是选择在这两种环境下均可以调整的原则。既然那样,法贝尔所偏好的选择顺序——首先选择用来调整基本结构的正义原则,而后选择用于调整在其中所发生的日常交易的原则——就不是不可避免的了。另一种选择原则的顺序,可能导致选择不同的原则。例如,根据一种“基本结构优先”方法,就可能为基本结构选择原则P,而为日常交易选择原则P'。但是,根据一种同时选择原则的方法,则可能选择原则R,同时适用于这两种对象。或者可能选择不同的原则R与R',分别适用于不同的对象。并且,根据分配正义而不是因为偏好的满足,R(以及R')也可能被剔除。无论罗尔斯还是法贝尔,他们都没有提供理由,说明应当偏好于其中一种方法,而不是另一种。因此,当事人可能根据一种分配性视角,选择用于评估日常交易的规则。^[3]

关于在规则选择过程中顺序的重要性,举例说明就很管用。破产法中大量存在的规则,是对债务人财务困境的成本进行配置。

5

假定规则的选择,部分地是一个正义问题,而该正义表现为在适度具体的条件下相关当事人的假设性选择,那么,被选定的规则将取决于其他有效的规则。如果已经有效的其他规则保证让债务人、债权人或者第三人拥有某种水平的福利,例如,他们可能选择使其预期效用最大化的破产规则。没有这种保证,他们可能就会回避风险,并且选择一项确保他们拥有一个最低层次福利的规则。⁽⁴⁾例如,当事人在该情况下,可能偏好于一项破产免债的规则(bankruptcy discharge),因为它确保他们能够控制其人力资本在破产申请后的回报(postpetition returns)。考虑到破产免债,相关当事人可能是风险中立的,并且选择那些使预期财富最大化的公司破产规则。对一项破产规则的选择,关键是对待与每一规则相联系的风险的态度,因此,该态度可以随着其他有效的规则而变化。用以选择规则的顺序,也就不是不可避免的了。在规则的选择上施加某个特定的顺序——例如,先假定基本结构满足了某些原则,而后才考查对某一项破产规则的选择——这种做法仍需要辩护。

以效率为基础进行司法裁判的复杂性

对于效率原则在司法裁判中的用途,刘易斯·科恩霍瑟比法贝尔更加不乐观。效率概念的复杂性是其适用的一大障碍。科恩霍瑟假定效率问题在公司法与商法中占据主导地位,在该法律领域内,具有相当信息的、追求利润最大化的当事人,通常从事着互不受对方控制的交易。但是,按照科恩霍瑟在第3章“约束性最优化:公司法与社会福利的最大化”中的观点,对效率的追求,远比那些在法和经济学文献中通常所承认的更为复杂。首先,科恩霍瑟说明,法律规则如何影响着公司与商业行为人所作的大量决定,即使在某一决定中是最好的规则,未必对另一决定来说也是最好的。制订并且分流那些对于每一个决定都有效率的规则,是一件多么困难的事。因为法院和商业行为人所拥有的信息,可能既不充分,且不对称,所以,只可能得到次优的、次次优的法律规则。科恩霍瑟进一步主张,由于不确定性,具体说明一项恰当的最大化目标,也许是不可能的。如果在不知道满足了所有与决定相关的因素的

情况下,行为人必须采取行动,那么,对一项法律规则的评价,将取决于对潜在结果进行一种适当的概率加权(probabilistic weighting)。概率性评估建立在行为人与政策制定者的信念基础上,它既产生了前后一致性的问题,也产生了可反对的政策规定。科恩霍瑟得出结论,无论是行为人评估的社会福利概念,还是政策制定者评估的社会福利概念,都不能完全令人满意。

科恩霍瑟的主张,支持了效率在公司法与商法中起到一种更为适度的作用。在一个复杂的商业世界中,法官不可能因为自觉地以此为目标,似乎就可以合理地获致效率或者财富最大化。科恩霍瑟因此对法院直接追求效率或者财富最大化的智慧,提出了疑问。然而,他推测道,如果只是在一个特定的法律规定范围内追求它,法官们也许能够间接地追求效率。

科恩霍瑟对效率标准的用途的怀疑是否得到了合理解释,这显然取决于使用该标准的目的。它们是被用来衡量社会福利的吗?抑或它们只是被当作社会福利的一些简单但足够可靠的代表(proxyes)呢?对前一种用途的反对意见,未必能够被用来有力地反对后一种用途。这两种用途都提出了有关道德的问题,但它们是不同的。这一点可以通过科恩霍瑟对成本/收益分析(CBA)的批评来加以说明。科恩霍瑟的问题之一是,CBA 看起来是要求不同的相关当事人对于社会状态的信念,通过加总方式而求其总量。其反对意见在于,对社会状态的个人评价进行加总,涉及到对该社会状态实现可能性的信念的加总。大体上,CBA 是根据当事人为实现某一社会状态所将支付的最大金钱额或者他们的最小需求额,而来评估该社会状态的。这些数额取决于当事人对于可能性的信念,但由于信息不完全,故当事人(与政策制定者)可能具有不同的信念。因此,通过把相关当事人所将支付与需求的数额进行加总而评价社会状态,CBA 似乎就是在加总个人之间的信念。这至少在观念上是令人奇怪的,而且,即使有可能,也几乎可以肯定它通常在道德上是不可取的。

科恩霍瑟的主张是否标志着 CBA 的失败,取决于如何理解

CBA 本身。CBA 或者可以被当作福祉总量的一个直接标准,或者被当作在其中有着潜在冲突的一个合理的决定程序。^[5]作为一个直接标准,CBA 根据某人自愿支付或者接受的金钱数量,以及取决于其关于发生最终结果可能性的信念的数量而计量福祉。通过加总金钱数额而检测福祉总量,就因此而可能要求对信念进行加总。该要求在观念上是值得怀疑的。如果彼得相信 x ,而保罗相信非 x ,把他们相互冲突的信念进行加总是不协调的。即便该加总是协调的,如果福利是被直接计量的,并且福利取决于有关社会状态可能性的信念,那么,必须要用某种方法而在这些信念之间作出选择,以解决冲突。对互有冲突的信念进行加总,并不是最吸引人的方法,在这一点上,科恩霍瑟是正确的。作为对某一社会状态中的福祉进行检测的组成部分,加总的方法太不可靠了。

但是,如果 CBA 只是被理解为一个合理的决定程序,那么,对信念的加总就并非必需了。这里不存在这样的假定,即信念必须以任何方式被合计起来。与每一社会状态相联系的金钱数额是由相关当事人所支付或者需求的,而这些数额是被加总的。(CBA 可能被人认为,该数额间接地检测了个人的主观福利)。作为个人的当事人如何获得这些数额,则与 CBA 无关,因为 CBA 并不直接检测福祉。[成本/收益]分析只是作为一种合理的方法而被提出来的,用以作出社会决定,包括在当事人之间就社会状态的可能性存在冲突性信念的情况下作出决定。因此,如果假定了冲突性信念,并且仅以支付或者受偿之自愿而评估社会状态,则 CBA 是能够被使用的。毕竟,CBA 是实行一个基于潜在的帕累托改进(Pareto improvements)的社会选择标准的一种方法,而潜在的帕累托改进并不要求所有相关当事人的福祉在事实上是不能改变或改进的。因此,CBA 无须直接检测福祉,包括以各种合计方式来解决冲突性信念。

将 CBA 理解为一个合理的决定程序,就避免了其他的一些困难。科恩霍瑟正确地评论道,如果政策制定者部分地基于相关当事人的信念,想要让社会福利最大化,那么,他们只能通过改变那

些信念才能达此目的。如果人们所关心的是福祉,而不是某一当事人对福祉的预期,那么,这似乎是不可取的。不过,作为一个决定程序,CBA 无须支持将信念设计为一种政策规定。一般说来,一个合理的决定程序是一回事;何时以及如何正确地应用它,又是另一回事。虽然它们都提出了道德问题,但相关的道德问题可以是不相同的。例如,即使 CBA 是一个合理的程序,但这并不意味着政策制定者能够正确地对各种事物作出安排,以影响通过信念设计而应用该程序所造成的结果。如果这样做,它所提出的道德问题,就不同于对 CBA 作为一个决定程序而作出的合理解释。当然,即使基于所有这些而言,CBA 仍可能是被人们所采用的一个不好的决定程序。

通过结合策略而实现效率

实施以效率为基础的裁判原则,其复杂性表明,即使在公司法与商法语境中,法官也可能并不适合于创设有效率的规则。但是,对于公司法或者商法中的问题,它却可能确定一个相对有效率的法律解决方案,只是不要试图去设计这样的方案。如果商业行为入遵循商业规范,而这些规范本身可能是有效率的,那么,法官只要通过把这些规范结合到实体法律规则之中,就可能创设有效率的法律规则。越来越多的文献都提出同样一个问题,商业规范可能为有效率的商业默认规则提供一种适当的渊源吗?⁽⁶⁾ 还有另外一个问题,它们是否可能为解释商业合同中的明示或者默示术语,提供一个恰当的根据。本书其余章节就是对这种情况的考察,即要么支持,要么反对通过司法解释的过程而结合商业惯例。

在第 4 章“行业习惯存在吗?”中,理查德·克拉斯韦尔考察了卢埃林在默认规则与司法解释中的结合策略。克拉斯韦尔否认了这样的观点,即行业习惯可以独立地被确认为就是意图确认该习惯的人的目标与信念。因此,合理地说,行业习惯不能被认为就是商人行为中的一种模式或者常规性,或者是行业成员以界线分明的规则形式所拥有的主观信念。因为一种行为模式可以有許多不同的解释,所以,只通过它本身是无法确定一个独特的习惯的。同 8

样,因为行业成员的主观信念是因事而异的,所以,一个行业习惯的许多不同解释都可能为它们提供理由。克拉斯韦尔运用语言哲学,提出了他的观点。与语言的意思一样,合理地说,习惯不可能被认为采用了界线分明的规则形式。正如意思是通过被哲学家所称的“语用学含义”(pragmatic implication)而由上下文的提示所确定的,习惯也具有一种随语境而特定化的(context-specific)特征,而不是一种语义学意思(semantic meaning)。因此,克拉斯韦尔主张,习惯存在于行业成员关于适当行为的逐案判断中,而这些判断所采取的形式,通常并不能约化为界线分明的规则。因为习惯呈现为判断,而不是简单的经验事实,所以,克拉斯韦尔认为,对于习惯的确定,法院、经济学专家与哲学家们的判断,都可能成为与商人的判断同样可靠的基础。在考察了一系列上诉案件的判决之后,克拉斯韦尔得出结论,认为法院在确定商业习惯的内容时,常常运用了它们自己的判断。

为了结合策略,应当提出这样的问题,即克拉斯韦尔对习惯进行刻画的意义何在?克拉斯韦尔承认,某一行业中的行为标准是存在的,即使要确认它们可能很困难,并且常常不如界线分明的规则一般稳定。与本章标题相反(但正如他所承认的),克拉斯韦尔并不否认行业习惯的存在。问题就因此而变为,是否以及如何通过习惯而来解释合同术语。对于任何行为模式,存在着无数真实的描述,要从中作出选择以确认习惯,则将困难重重。而且,对某一描述的选择,还可能涉及对该行为的规范性评价,这里就会涉及到任何一种行为。单凭这一点,倒并不能抨击利用习惯解释合同术语的做法。当然,也存在着其他实行结合策略的方法,它们与克拉斯韦尔所描述的以判断为基础的习惯概念并不一致。例如,用行为常规性简单的频率要求,并不能把纯粹的常规性与约定俗成的习惯标准区分开来。以判断为基础的习惯本质,也使得就事实认定而在法官与陪审团之间进行某种分配,较之于其他方式更为正当合理。比如,考虑到许多习惯的模糊性,把认定习惯的职责分配给一个由非专业人士组成的陪审团,其造成解释错误的风险比