



世界法学译丛

# 合同法理论

The Theory of Contract Law

主编：〔加拿大〕 Peter Benson

译者：易继明

律



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

世界法学译丛

# 合同法理论

The Theory of Contract Law

主编：〔加拿大〕 Peter Benson

译者：易继明

北京大学出版社

北京·2004年

著作权合同登记号:图字 01-2003-0187

图书在版编目(CIP)数据

合同法理论/(加)本森(Benson, P.)主编;易继明译. —北京:北京大学出版社, 2004. 9

(世界法学译丛)

ISBN 7-301-07661-4

I. 合… II. ①本… ②易… III. 合同法-法的理论-文集  
IV. D912.290.1-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 071287 号

书 名: 合同法理论

著作责任者: (加)Peter Benson 主编 易继明 译

责任编辑: 贺维彤

标准书号: ISBN 7-301-07661-4/D·0937

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](mailto: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: 三河新世纪印刷厂

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开 24.25 印张 346 千字

2004 年 9 月第 1 版 2004 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 43.00 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

谨以此书献给我的父母

## 收录文章作者简介

Peter Benson

多伦多大学法学院法学教授,曾任教于麦克吉尔大学法学院。

Richard Craswell

斯坦福大学法学教授,曾任教于芝加哥大学和南加利福尼亚大学法学院,与 Alan Schwartz 共同编辑了《合同法的基础 (*Foundations of Contract Law*)》(牛津大学出版社,1994 年)。

Melvin A. Eisenberg

加州大学伯克利分校 Koret 讲座教授,哥伦比亚大学法学院访问教授。著有《普通法的性质 (*The Nature of the Common Law*)》(哈佛大学出版社,1988 年);《公司结构 (*The Structure of the Corporation*)》(Little, Brown & Co., 1976)。与 Lon L. Fuller 共同编辑了《基础合同法 (*Basic Contract Law*)》6<sup>th</sup> Ed. (1996); 与 W. Cary 共同编辑了《公司及其他商业组织案例及材料 (*Cases and Materials on Corporations and Other Business Organizations*)》8<sup>th</sup> Ed. (2000)。他还是美国科学院 (American Academy of Arts and Sciences) 院士。

Steven Elliott

牛津大学圣凯瑟琳学院 (St. Catherine's College) 讲师。

James Gordley

加州大学伯克利分校 Shannon Cecil Turner 讲座法理学教授。著有《现代合同原理的哲学起源 (*The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*)》(克拉伦敦法学论丛 (Clarendon Law Series), 牛津大学出版社, 1991 年)、《民法体系: 比较法研究导论 (*The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law*)》(与 Arthur von Mehren 合著; Little, Brown & Co., 1977)。他还是美国科学院 (American Academy of Arts and Sciences) 院士。

T. M. Scanlon

哈佛大学自然宗教(Natural Religion)、道德哲学、市民政府 Alford 讲座教授。著有《我们彼此相欠什么(What We Owe to Each Other)》(哈佛大学出版社,1999年)。

Michael J. Trebilcock

多伦多大学法学院法学与经济学教授,从1976年开始任多伦多大学法与经济学研究项目的主任。著有《合同自由的限制(The Limits of Freedom of Contract)》(哈佛大学出版社,1993年)、《贸易限制的普通法:一个法和经济学的分析研究(The Common Law of Restraint of Trade: A Legal and Economic Analysis)》(Carswell,1986年)、《意外事故法的边界:认真对待事实(Exploring the Domain of Accident Law: Taking Facts Seriously)》(与Deweese和Duff合著;牛津大学出版社,1996年)、《国际贸易立法(International Trade Regulation)(第2版)》(与R. Howse合著;Routledge, London, 1999)、《摩西法的制定:加拿大移民政策史(The Making of the Mosaic: A History of Canadian Immigration Policy)》(与M. Kelley合著;多伦多大学出版社,1998年)。1999年,因他对加拿大人文和社会科学的贡献而被授予摩尔森奖(Molson Prize)。

## 编者鸣谢

这里,我首先感谢剑桥哲学与法律文库的前总编 Jules Coleman 先生,是他邀请我做本书的编辑,并对该书的成型及最终完成提供了非常关键的指导和帮助。我从始至终都努力遵循着他为文库设定的目标理念和定位。还要感谢现任总编 Gerald Postema 先生,他对本书的完成提供了帮助和建议。还要把我的谢意献给剑桥大学出版社人文部的执行编辑 Terence Moore、编辑助理 Alexis Ruda、副编辑 Gwen Seznec、助理编辑 Robyn Wainner,感谢他们从开始准备到最后完成的整个过程中始终如一的热情而悉心的指导。

这个项目的初步准备工作是我在麦克吉尔大学(McGill University)法学院任教时完成的,我对这个曾经工作过的地方致以真诚的感谢。具体操作和成书是我在多伦多大学任教时完成的,谨向该机构致以最深挚的谢意。我还要特别感谢我的同事,让我在调动过程中体会到的是温暖和愉快;感谢主任 Ronald Daniels,他不断的鼓励、支持以及对法学院前景的憧憬造就了一个利于学术研究长远发展和不断探索的思想以及道德环境。感谢我的研究助手 Daniel Batista 在编辑所有文章和索引时提供的有益帮助。感谢 Katie Sykes 进行了校对并对整部作品做了最后编辑。感谢 May Seto 娴熟而热心的文秘工作。

对我的妻 Ann 的感谢是无以言表的。最后,把这本书献给我的父母 Norma Betty 和 Robert Benson:为他们无私的爱、为他们给我提供的所有机会以及他们对人的个性的尊重。

## 译者序

在 Peter Benson 教授已经为本书作了一个精炼又不失全面的序言之后,作为中文译者的我再来作序置喙,确有画蛇添足,甚乎狗尾续貂之嫌。但在整个翻译的过程中,一种不吐不快的冲动始终都在震撼着我。

翻译是件苦差事,自不必言说。但震撼我内心的,却是一种感觉——惭愧和惶恐。我深深感到了国内外合同法研究差距的存在,一种身形背后被“压榨”出来的使命感,以及褪尽浮华安心做事的踏实感。

本书是思想和艺术的结集。师者风范,纵横捭阖;精雕细刻,巧夺天工。风范来自于广博的理论把握,作者们在经济学、哲学、历史学以及法学等理论领域纵横驰骋,游刃有余;雕琢来自于爱心和耐心,法学家们一种对人类生活无微不至地关怀的情结。

我们总是武断地说,大陆法精于理论抽象,而英美法注重实践应用。可是,本书会改变这种认识与判断,让人们更客观地看待英美法的理论研究成果,让我们这些“大陆法家族”的人也为此而感到汗颜。当然,让我们羞愧的还不止于此!如果说,过去我们的合同法研究还可以停留在就事论事的层次,那么,今天我们就必须张开怀抱,去吸纳经济学、社会学和哲学等相关学科的研究成果,做一种跨学科的研究。可是,在这一点上,相较而论,我们今天的合同法学及其相关研究依然相去甚远。

至于对实践的关怀,那就更不可同日而语了。我们的研究者总是习惯于将自己的“灵魂”置于高处。的确,法律是需要职业群体来从事的事业,在法律诞生的那一刻起是这样,在法律发展到今天依然如此。可是,法律存在的意义,不是为一部分人区别于其他人做符号标识;法学研究更不是一种做思维游戏的奢侈品。它们都离不开生生不息创造世界的普通大众。英美法研究中一贯采用的方法是值得我们深省的。法律如何契合生活?合同法怎样才



能勾画出一个有秩序、有人情味的交易世界？这才是合同法研究的出发点和归宿。我不认为“洋”一定能为“中”用，可是，让合同法研究摆脱书生意气，直面多姿多彩的市民生活，这不会错！也许，在这方面，本书的内容会给我们以很多启示。

市民社会生活有共性。市民社会结构相通，市民社会的活动规则一样是可比的。从这一点就可以推断出，在合同法领域，英美法和大陆法的研究应该没有无法跨越的沟壑。本书的很多论述又再次印证了这一点。的确，如果我们不是简单地将目光局限在约因理论，而是更多地关注一下显失公平、权利移转逻辑等等，对此就应该深信不疑。

最后，还是要发自内心地说几句大家总是唠叨的程式化的话。翻译力求信达雅，可本书的理论深度和研究跨度对这一目标提出了挑战。腹内空间的局促和手中时间的紧迫，又让我对自己译就的东西始终感到惴惴然而不安。只好借朋友讷语向读者诸君道一声，“但愿不要误人子弟！”不过，这种惴惴不安的心情，丝毫不会降低，相反却是增加了我的如下感激之情：本书中文译本的出版，感谢学友陈绪刚博士力邀，感谢北京大学出版社副总编杨立范先生和政法事业部主任李霞和金娟萍的热心合作，感谢责任编辑贺维彤先生多方联络、奔走和耐心细致的编校。

易继明谨识

2003年12月13日

# 目 录

序 言	1
Peter Benson	
<b>1 强制执行许诺的两个经济学理论</b>	<b>21</b>
Richard Craswell	
I. 预备问题	22
II. 作为履行的强制执行	24
III. 作为激励的强制执行	29
IV. 区别的暗示	39
V. 结 论	49
<b>2 法律父权主义的范围和局限:家庭财产交易中的利他与胁迫</b>	<b>51</b>
Michael J. Trebilcock and Steven Elliott	
I. 导 论	51
II. 私的规制和家庭财产安排	58
III. 家庭场景中的合同失败	62
IV. 中立的咨询意见的功能和效率	73
V. 确定贷款人的守门者义务	77
VI. 结论:父权主义的范围和局限	93
<b>3 许诺与合同</b>	<b>98</b>
T. M. Scanlon	
I. 导 论	98
II. 不当利用以及对预期的思考	100
III. 忠诚与保证的价值	105
IV. 合同与强制执行力	112
V. 自 愿	126

2	合同法理论	
	VI. 结 论	132
4	合同法的统一	134
	Peter Benson	
	I. 导 论	134
	II. 所有权移转逻辑	145
	III. 普通法的合同概念	156
	IV. 结 论	223
5	合同理论	228
	Melvin A. Eisenberg	
	I. 导 论	228
	II. 合同理论的四个概念	230
	III. 两种类型的单一价值规范理论	247
	IV. 合同的多元价值理论	266
6	亚里士多德学派的合同法	293
	James Gordley	
	I. 导 论	293
	II. 强制执行许诺的原因	297
	III. 合同义务的内容: 赠与和交换	332
	IV. 违反许诺的责任	368
	V. 结 论	375

# 序 言

Peter Benson

尽管这里收录的六篇文章分析问题的视角大相异趣,但它们的字里行间都激荡着这样一种共同的信念:建构一种横贯始终又具有规范性质的合同法理论是可能的,也是重要的。可以把它们视为对这种理论所做的一种发展中的阐释。所有的文章都是经过精心雕琢的,也是第一次付梓。遵循着剑桥法律与哲学文库的宗旨,所有的作者都为此踊跃地阐发自己的思想,并尽可能地做到尽述其详。每一篇文章都可以被视为是从合同法律的一个特定视角对一个全新的理论观点的探索做出的不懈努力。在介绍每篇文章的具体内容之前,我先谈一下它们赖以成文的思想背景。下面的论述也就必然是简要和有选择的。

可以这样说,是一篇经典之作拉开了 20 世纪合同理论著述的序幕,它就是 Lon L. Fuller(*The Reliance Interest in Contract Damages*)1936 年的文章“合同损害赔偿中的信赖利益”。<sup>[1]</sup>即使我们说,其后的理论探索要么继承并充分阐释了该文提出的论点的脉络,要么就是试图从另外的视角回应该文,那也只是言过其实了一点点而已。公开发表后,它就以不同的方式主宰着理论探讨的全

---

[1] (1936) 46 Yale L. J. 52. 尽管这篇文章的署名是 Fuller 和他的研究助手 William Perdue,但是,我和其他人都认为该文实际上出自 Fuller 之手,尤其是理论部分。分析该文的新作有: T. Rakoff, “Fuller and Perdue’s *The Reliance Interest* as a Work of Legal Scholarship” (1991) Wis. L. Rev. 203; D. Friedmann, “The Performance Interest in Contract Damages” (1995) 111 Law Q. R. 628; P. Benson, “Contract” in *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. D. Patterson (Oxford: Blackwell); and R. Craswell, “Against Fuller and Perdue” (2000) 67 Univ. Chic. L. Rev. 99.

过程。

这篇文章的理论贡献主要是什么, 让我们可以理直气壮地说, 它是否拉开了 20 世纪合同理论著述的序幕? 也许有人会认为, 是因为 Fuller 对期待(expectation)、信赖(reliance)和恢复原状(restitution)这三种利益进行了经典定位, 他认为这三种利益构成了合同损害赔偿救济所要达成的三个主要目标; 原因不在此!<sup>[2]</sup> 也不是因为他努力求证了法院通常以人们认识不到或不为人们所知的方式保护了信赖利益。虽然, 这些方面也使得该文产生了很广泛的影响, 特别是在法学研究中; 但它们还没有超越通常的法学区分类和分析, 它们本身还没有设定一个触及合同义务根基的纯概念性(intelligibility)问题。该文的理论贡献在别处。

在文章的第一页, Fuller 提出了合同法的基本(也许是最基本的)原则: 作为对违约进行的补偿, 原告有权获得他或她被许诺的价值, 而通过给予这种损害赔偿, 法律旨在保护“期待利益(expectation interest)”, 也就是将原告置于被告如若履行了许诺他应该所处的位置。Fuller 在此处援引了 Samuel Williston 对这个原则的表述不是偶然的。Williston 的《合同法论》(*A Treatise on the Law of Contracts*)是对几代普通法大师大范围复杂的工作努力提炼出来的法律观点所做的最系统、最精妙的表述。这些大师包括 Pollock, Holmes, Langdell, Ames, Holdsworth, Salmond 和 Leake, 他们努力的方向都是达成合同法的有序性以及内在一致。<sup>[3]</sup> 这些学者, 特别是 Williston 成功地达到了目的。即便是这样, 他们的作品依然是非理论性的(untheoretical): 他们只是简单地预先设定了期待救济是一种补偿这样一个前提, 而没有探讨它的规范基础; 他们设定了期待原则和合同缔结的基本原理之间存在着深层的联系, 而没有解释其必然性。

---

[2] 与 Fuller 同时代的研究者也提到了这种划分。See, for example, G. Gardner, "An Inquiry into the Principles of the Law of Contract" (1932) 46 Harv. L. Rev. 1.

[3] 这些著述都被收录在一个耀眼的集子里《合同法精粹》(*Selected Readings on the Law of Contracts*) (The Association of American Law Schools, ed. New York: The Macmillan Company, 1931)。在现在学者的眼里, 这个长达 1300 多页的标志性集子是已发表的关于普通法合同法文章的最重要的集录。

为什么说 20 世纪的理论肇始于 Fuller 的文章,恰恰是因为,与上述这些其他学者的著述相比,Fuller 没有简单地把期待原则作为补偿的基本原则,而是明确而又深入地地质疑它。这样,Fuller 就从一个直刺要害的点来挑战合同的内在关联。合同研究者必须在一个根本维度上追问什么才是合同的规范基础,这在 20 世纪还是头一回。<sup>[4]</sup>

详言之,Fuller 认为,期待救济“表面上就是一种可疑的补偿”<sup>[5]</sup>,因为它给受约人没有失去的东西。如果说,一个待履行的合同没有剥夺受约人任何东西,则很明显,受约人也就首先不会失去什么。换句话说,待履行的合同根本没有给受约人针对许诺人而言任何可以视为法律上保护的利益之类的东西。这就是 Fuller 的根本前提。然而,私法的补偿理念预先设定的只是被告损害了原告相对于被告来说享有专属权的东西。根据 Fuller 的观点,期待救济不能是补偿的形式,因为合同不是获得这样一种权利的模式。这反映了 Fuller 在最深的维度上提出了理论质疑。

因此,根据 Fuller 的观点,与信赖利益和恢复利益相比,期待利益是正义要求私法干预的一个相对较弱的主张。而后两种利益的

---

[4] 在《契约的死亡(*The Death of Contract*)》一书中,Grant Gilmore 把 Fuller、Corbin 和其他人的著述,视为从法学家 Pollock, Holmes, Langdell, Williston 发展起来的“合同一般理论”向“不成功”的倒退,见 G. Gilmore, *The Death of Contract* (Columbus: Ohio State University Press, 1974), p. 102. 但我认为,这个评价至少在两方面是错误的。首先,他把一个合同一般理论的发展归功于那些学者是不对的,正如我在前文提到的,在通过厘清合同原则和原理,探究它们隐含的东西以及它们之间的概念内在关联,以衍生出代表法律视角分析的系统化的理论方面,这些法学家没有做出那么大的贡献。其次,Fuller 等人的努力非但不是不成功的,反而是至今为止,把法律视角的分析整合到一个圈子里的最成功且最见功底的努力。当然,他们的作品问世后,合同法又向着一定的方向发展了——这里,我想到了显失公平原则——,他们的阐述也不得不做出修正。并不是因为 Fuller 的质疑要求对合同概念做一个全面阐释和立论就损伤了他们的努力,我们当前缺少的恰恰是这方面的理论尝试。关于 Gilmore 就合同学者功绩的评价的一个指导性的详细讨论,见 J. Gordley, *Review of Grant Gilmore The Death of Contract*, in (1975) 89 Harv. L. Rev. 452, esp. pp. 457ff.

[5] *Supra* note 1 at p. 53.

保护则恢复一个被打乱的平衡,代表矫正正义,前者的实现“带来的是一种新的格局”〔6〕,代表着分配正义的实现。从矫正正义的角度出发,Fuller 论争说,“为什么一个尚未被信赖的许诺应该被强制执行”还根本不明了。〔7〕这样,从私法的视角来看,期待救济作为所谓的违约正常救济措施就是不规范的。然而,就是因为针对违反完全待履行合同也可以进行期待救济,这一点构成了合同法的独特特征。

尽管 Fuller 认为,期待原则“事实上很难解释”,“给我们的整个主题都罩上了阴影”,〔8〕他认为自己必须为这个确定了的法律规则提供一个令人满意的解释。Fuller 的回答就是,如果把违反未被信赖的合同视为对原告没有造成任何损害,且期待救济被定格为实现分配正义,那期待损害赔偿就不仅会修正、防止信赖损失,而且还会促成对于商业交易的普遍信赖,这一点似乎是惟一可能获得的根据。基于这个原因,信赖就成为理解合同责任的阿基米德点(Archimedian point),而合同和效率之间的手段关系则成为关注的焦点。

Fuller 之后的第一次理论化浪潮发生在 20 世纪 70 年代和 80 年代,这时候的学者无一例外地要么对他回答的一个或几个方面做出阐释,要么就是试图通过以另外的视角审视合同来回答他的质疑。Patrick Atiyah 在他的著作中,以精巧的手法和丰富的内容发展了这样一种理念:信赖利益和恢复利益的保护为合同责任提供了一个更安全的规范基础。〔9〕Anthony Kronman 则和其他人一起认真思考 Fuller 的另一个观点,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,包括核心的同意

---

〔6〕 Ibid.

〔7〕 Ibid., at p.57.

〔8〕 Ibid.

〔9〕 他的重头理论著述是论文“合同、许诺以及债务法(Contracts, Promises, and the Law of Obligations)”(1978) 94 Law Q. R. 193. 后来又进行了修正和补充,见 P. Atiyah, *Essays on Contract* (Oxford: Clarendon Press, 1986), pp. 10—56, and P. Atiyah, *Promises, Morals, and Law* (Oxford: Clarendon Press, 1981).

概念。Kronman 指出,如果合同规则要具有什么道德接受性(moral acceptability),那构架合同就必须达成在市民之间公平地分配财富和权利。<sup>[10]</sup> 早在这第一次浪潮发生之时,最深入细致而又综合的理论分析就已经是合同的经济学理论了。1979年,伴随着 A. Kronman and R. Posner 编辑的一本已发表论文的集子《合同法的经济分析(*The Economics of Contract Law*)》的问世,<sup>[11]</sup> 经济分析选取了 Fuller 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,这表明这种带有复杂性的分析可以在前所未有的广泛范围内阐明合同法领域的实体问题,从而获得自身的升华和发展。除了极个别的例子外,这个时期的经济分析都专注于实现协议的许诺的效率问题。合同法则是根据自愿交易是将资源向着最有价值的用途上移动这一原则来判别的。<sup>[12]</sup>

在合同理论化的第一次浪潮中最重要、当然也是受到最广泛讨论的一个作品就是 Charles Fried 的《许诺与合同(*Contract as Promise*)》。<sup>[13]</sup> 它是惟一以书的形式演绎合同理论,系统探究合同的规范基础,并试图在一个统一的道德基础上解释主要合同原则的作品。Fried 挑战以前所有的分析讨论,因为它们都没有为合同

---

[10] See A. Kronman, "Contract Law and Distributive Justice" (1980) Yale Law J. 472 and A. Kronman, "Paternalism and the Law of Contracts" (1983) 92 Yale Law J. 763.

[11] A. Kronman and R. Posner, eds. *The Economics of Contract Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1979). 这里,我应该补充一点,在合同理论的两度浪潮中,甚至即使是现在,合同的经济分析都占据了理论分析的主流,而经济学著述是至今为止最为丰富的,尽管大多数的著述都属于“一般科学(normal science)”,而没有带着自觉意识去探究和重新塑造理论前提和经济分析主张。这里,我甚至不想不厌其烦地列一个特别具有理论意义的著述的单子。除了我在文中提到的经济学著述外,最近的两个集子需要提一下,它们是: *Foundations of Contract Law*, R. Craswell and A. Schwartz, eds. (Oxford: Oxford University Press, 1994) and *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, F. H. Buckley, ed. (Durham and London: Duke University Press, 1999).

[12] *Ibid.*, pp. 1—2.

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



提供一个道德上可接受并带来统一化的规范基础。通过引入善与恶的区别, Fried 认为, 如果像通常假定的那样, 合同义务既是自我施加(self-imposed), 也是法律上可得强制执行的, 那就不必施加一个善的概念, 因为这会侵犯个人自治。相反, 受康德哲学的启发, Fried 提出了“许诺原则(promise principle)”作为合同义务的道德基础。他同时强调说, 尽管合同法的核心原则和主要构成都可以据此进行理解, 但还存在着其他一些原则和构成, 也许它们需要一些另外的不同的原则, 这些也许因与许诺原则存在紧张关系而必须放弃。例如, 根据 Fried 的观点, 默认条款和条件原则就不能仅仅通过许诺原则来解释, 还需要其他原则, 不论是公平、风险分配还是习惯。直至今日, 《许诺与合同》仍然是根据康德的道德自治概念解释合同的一个体系化的尝试。

合同理论的第二次浪潮开始于 20 世纪 80 年代, 肇始于且建立在对第一次浪潮的主要理论的批判上。批判认为, 自治基础上的分析也好, 经济分析也罢, 本身都不能提供一个综合性的合同理论。

Richard Craswell 的力作“Contract, Default Rules, and the Philosophy of Promising”<sup>[14]</sup> 问世后, 第二次浪潮就确立了自己的地位。该文提出, 自治基础上的理论, 特别是 Fried 的理论, 不能解释当事人合同义务的实质内容。尽管守诺的道德义务在决定什么是 Craswell 所称的“协议规则(agreement rules)”时是相关的, 如定义

---

[14] (1989) 88 Mich. L. Rev. 489. 还应该提一下与第二次浪潮的开始相关的两篇更早的文章。第一篇就是 Roberto Unger, “The Critical Legal Studies Movement”(1983) 96 Harv. L. Rev. 561, 616—648. Unger, 它向第一次浪潮的理论家(自治论者、信赖论者和分配正义论者)的所有主张提出了质疑, 认为如果每一个原则都在合同法里发挥着作用, 那么任何一个都不能解释全部。相反, 该文作者认为, 合同法就是原则与反原则不断变化着的结合。第二篇是 Randy Barnett, “A Consent Theory of Contract”(1986) 86 Col. L. Rev. 269. 这篇文章可以被视为第二次浪潮的一个部分, 特别是事实上它预见到了作为第二次浪潮特征的对自治和财富分析的批判。Barnett 提出了一个与 Fried 不同的以自治为基础的分析, 不是把合同义务建立在守诺的道德义务的基础上, 而是建立在把合同作为权利自愿转移的权利基础的分析之上。