

二十世纪合同法的几个里程碑

〔英〕冈特·特雷特尔／著

杨帆／译 易继明／校

Some Landmarks of
Twentieth Century Contract Law

法译馆·讲演集



二十世纪合同法的几个里程碑

〔英〕冈特·特雷特尔／著

杨帆／译 易继明／校

Some Landmarks of
Twentieth Century Contract Law



北京大学出版社



著作权登记号: 01-2006-7527

图书在版编目(CIP)数据

二十世纪合同法的几个里程碑/(英)特雷特尔著;杨帆译;易继明校. —北京:北京大学出版社,2009.9

(法译馆·讲演集)

ISBN 978-7-301-15854-8

I. 二… II. ①特… ②杨… ③易… III. 合同法-研究-英国
IV. D956.13-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 167650 号

书 名: 二十世纪合同法的几个里程碑

著作责任者: [英]冈特·特雷特尔 著 杨帆译 易继明校

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978-7-301-15854-8/D·2425

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://www.pup.cn>

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672

编辑部 62752027 出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 5.5 印张 143 千字

2009 年 9 月第 1 版 2009 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 15.00 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,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

《法译馆·讲演集》编委会

主 编 易继明

编委会成员 (按照拼音顺序排列):

常鹏翱 陈绪纲 杜 颖

李海 梁 婧 涂永前

许德鑫 易继明 邹记东

导 读

本书作者为英国著名法学家冈特·特雷特尔爵士(Sir Guenter Treitel)。特雷特尔出生于德国,幼年时来到英格兰,父亲是柏林的著名律师。特雷特尔是民法博士(DCL),英国社会科学院院士(FBA),英国王室法律顾问(QC)。^[1]他于1997年退休。由于对法学领域所做的突出贡献,他被封为爵士。特雷特尔爵士自1979年起就成为牛津万灵学院的成员^[2],并且在1954年至1979年之间为莫德林学院^[3]的成员。

特雷特尔爵士被斯泰恩法官誉为“英语世界合同法领域最杰出的学者”,并且他一直被认为是英国合同法领域的权威,其主要著作有《合同法》等。本书根据特雷特尔爵士在牛津大学克拉伦敦法学演讲上所作的三场演说整理而成。克拉伦敦演讲是牛津大学的一个传统活动,此系列讲座的目标是邀请牛津大学访问学者就某一特定领域做三次演讲,法学领域的演说也是克拉伦敦演讲内容的重要组成部分。特雷特尔爵士于2001年在牛津大学作了三场关于合同法问题的演讲,后经整理成为现在的文稿。

[1] DCL, Doctor of Civil Law; FBA, Fellow of British Academy; QC, Queen's Counsel.

[2] 牛津万灵学院属于牛津大学联盟中的一所学院,是为了祭奠百年战争中烈士们的英灵而建立的。与其他牛津学院的不同之处在于,它没有自己的学生。每一年,万灵学院都会补充新成员,即邀请牛津大学中最优秀的学生参加由万灵学院组织的一场考试,其中最出色的两名学生将会成为万灵学院的新成员。能够成为万灵学院的成员,在英国被认为是一种最高的荣誉。今天,万灵学院主要是一个学术研究机构。

[3] 莫德林学院以人类学为主要研究领域,在牛津大学城的一隅,坐落在柴威尔河畔,后方是宽广的鹿园,环境清幽舒适。

很显然,特雷特尔爵士在这三场演讲中选取了英国合同法中最重要的三个领域。它们分别是:“变更合同的协议”、“关于合同相对性原则的论战”以及“合同条款的种类”。用特雷特尔爵士给本书所取的标题来描述,演说的内容是英国合同法在 20 世纪的三个里程碑。正是通过这三个方面的发展,英国合同法日趋复杂与成熟。当然,这些理论也是伴随着英国判例法的发展而发展起来的。

在演说的开始,特雷特尔爵士就定下了这三场演讲的基调、范围和方式。他以案例为引子和基础,通过对冗繁复杂案例的梳理,分析在不同时期不同情形下法官们对案例的态度、原则和方式。同时,通过立法者对此所作出的反应,归纳出合同法领域那些里程碑式内容的发展。由此,特雷特尔爵士提出了他自己对英国合同法发展方式的见解。他认为,适合英国合同法发展的路径和模式以司法实践和判例发展为基础,辅之以适当的立法;那种试图通过法典编纂形式对合同法进行改革的设想,并不适合英国的法律文化和法制土壤。

第一部分从著名的 *Stilk v. Myrick* 案引出英国合同法中的“约因”理论。约因理论在英国合同法中有着悠久的历史,并在 19 世纪成熟和定型,即“获益—受损约因论”(benefit-detriment consideration)。英国合同法中最独特的地方在于合同构成要件上对“约因”的要求,即一个有拘束力的合同不仅需要要有要约和承诺,还需要约因。约因在本质上是交易的基本要素,是与要约和承诺并列的构成交易的不可分离的组成部分。^[4]正如前文所提到的,英国合同法理论的发展是由很多重要案例来推动的,约因理论的发展也不例外,最经典的案例即特雷特尔在开篇时就提到的 *Stilk v. Myrick* 案。此案确立了一项法则,即受允诺人履行

[4] C. J. Hamson, “The Reform of Consideration”, 54 L. Q. R. 233 (1938), p. 234.

已经存在的义务不能成为新的允诺的约因。随后提到的 *Williams v. Roffey Bros & Nicholls (Contractor) Ltd.* 案涉及合同的变更,也是合同法发展史上一个不能不提的案例。参与审判的几位法官从不同的角度提出对该原则的质疑,并提出了“经济胁迫”(economic duress)的概念。这与传统的 *Stilk v. Myrick* 案所确立的原则迥然不同。当决定是否实施一个允诺时,法院首先考虑的不应是约因的技术性要求,而应该考察协议是否建立在公平合理的基础之上,由此导致“胁迫论”对“约因论”的挑战。此外,特雷特尔爵士还提到 *D&C Builders Ltd v. Rees* 案和 *Foakes v. Beer* 案。这两起案件的判决结果都一样,即判决给予原告方追索余款的权利。

特雷特尔爵士在第一部分所提及的案例,都无一例外地想告诉我们一个基本观点:“胁迫”的理论重点在于讨论合同是否是当事人真实意思的体现以及合同当事人的交易能力是否平等,即追求实质的公平正义。这与古典契约理论中固守的客观主义和形式主义则完全不同。虽然学界对“经济胁迫论”与传统的“约因论”的关系还没有定论。但“胁迫论”与后来的“禁止反言”,都是对传统“约因”理论的重大挑战。

特雷特尔爵士演讲的第二部分是有关合同相对性原则的论战。合同相对性原则是英国普通法上历史悠久的制度^[5],哈尔

[5] 合同相对性原则作为英国的判例规则最早起源于1861年著名的 *Tweddle v. Atkinson* 案。在该案中,原告要娶被告的女儿为妻,被告答应原告的父亲说会给原告一笔200英镑的嫁妆,并约定原告有权在普通法院或衡平法院提出诉讼,追讨承诺的款项。后来,原告特威得尔控告被告阿特金斯,法院裁定原告败诉,认为“现代的案件推翻了旧的判例,约因必须由有权就合同提出诉讼的人提供”,原告不是合同当事人,无权要求履行被告与其父亲的合同。

在1915年的 *Dunlop v. Selfridge* 案中,合同相对性原则被英国上诉法院确认为一项基本原则。原告作为车轮胎的制造商,将其轮胎出售给批发商。合同中要求批发商不得低于某价格转售,并要求批发商以原告代理身份从买方取得书面承诺,同意维持原告的标价。被告从其批发商购入一批货物,签署了承诺。原告就被告违反承诺、以低于指定价格出售货物为由提出诉讼。法院判决原告败诉,因为原告与被告之间并无合同关系,原告对被告的行为没有提供约因,所以无权对被告提出请求。

丁法官曾说：“在英国法中，有些原则是基础性的。其中之一就是只有合同的当事人才能就该合同提起诉讼。我们的法律不知道什么因合同产生的第三人的权利。”在司法实践中，合同相对性原则表现为要求法律不过问由合同引起的第三人的权利，但毫无疑问，这种规定或要求带来了诸多不便以及不公正的后果。现代社会中，经济生活复杂多变，合同关系也不仅仅拘囿于简单的双方当事人；很多情况下，合同当事人在订立合同时存在希望使第三人获益的意图，但最后由于合同相对性原则致使非合同当事方的第三人的希望遭到破灭，第三人无法直接主张原本应归属于自己的利益。另外，合同相对性原则还有一个很明显的弊端，即可能导致有关合同当事人逃避其依合同本应履行的债务，或是绕开合同而获得本不应得之利益等不公正的后果，从而导致不公平的社会现象。

从总体上讲，英国是一个保守主义的国家。尽管出现以上的弊端和漏洞，但英国司法体系仍严格坚持合同相对性原则。不过，越来越多的司法案例也使法院逐渐意识到，应该在一定情况下对第三人利益进行保护，以避免由于严格坚持合同相对性原则所可能带来的不便与不公正。因此，英国法院通过一系列的判例建立了许多合同相对性原则的例外规则，比如特雷特尔爵士在演讲中所提到的 *Elder Dempster* 案、*Adler v. Dickson* 案、*Midland Silicones* 案以及 *Beswick v. Beswick* 案。这些例外，主要涉及代理、合同债权转让、海上货运、准合同、流通票据、信托^{〔6〕}、保险、土地等方面。

其实，英国法律界要求改革甚至取消合同相对性原则的呼声一直不断。1937 年英国法律改革委员会在一份改革约因制度的

〔6〕 通过信托来规避合同相对性原则曾是英国法院经常采取的一种方法，法院若认为应给第三人以救济，就得将以当事人订立合同的行为解释成为第三人设立信托、透过信托来赋予第三人强制执行为其利益设立的合同的权利。但现在，法官已由逐渐限制到几乎全部反对适用信托的方法。

著名报告中,就曾建议废除合同相对性原则。^[7]同时,司法界的一些著名法官对此原则也持有异议,如丹宁法官,就坚决反对合同相对性原则。在此形势下,1999年11月英国议会通过了1999年《合同法(第三方权利)》。该法案以成文立法的形式,对合同相对性原则进行了改革,明确赋予了非合同当事方的第三人在一定情况下要求强制履行相关合同条款的权利。^[8]

特雷特尔爵士在演讲的最后一部分谈到了合同条款的种类。在19世纪的英国,法院开始将合同条款按照其在合同中的性质划分为“条件”(condition)条款和“担保”(warranty)条款。“条件”条款是对事实的陈述或者一个允诺,构成了合同的基本条款。如果对事实的陈述被认为是不真实的或者允诺未被履行,那么无过错方可将此种违反作为毁约,并使他从合同的继续履行中解脱出来,即解除合同。“担保”条款作为合同中次要的和附属性的条款,当它被违反时,并不能够使无过错方以毁约的方式来处理,只能够请求损害赔偿而不能请求解除合同。

产生于19世纪的英国普通法上的合同条款分类方法在20

[7] 参见[英]A. G. 盖斯特:《英国合同法与案例》,张文镇等译,张文镇校订,中国大百科全书出版社1998年版,第391—393页。

[8] 该法案共由10个条文组成,其主要内容包括以下几个方面:

- (1) 赋予第三人要求强制履行合同条款权利的一般规定;
- (2) 合同当事人变更和解除合同的限制性规定;
- (3) 允诺人援引抗辩事由的规定;
- (4) 受允诺人强制履行权利规定及允诺人双重责任承担防止;
- (5) 赋予第三人权利的例外规定;
- (6) 仲裁条款。

当然,该法案只是部分地修正了合同相对性原则,而并未对其进行全面否定。法案的规定只涉及第三人权利的问题,即只涉及合同当事人将合同上的权益给予第三人时第三人如何实现此权益的规定,而并未改变合同相对性原则的另一方面内容:合同当事人不能将合同义务加诸合同外的第三人。而且,该法案对第三人要求强制履行合同权利的取得作了较为严格的限制。首先是对“第三人”范围的限制。其次,在法案规定的一些情形下,非合同当事方的第三人可以被视为具有合同当事人的地位,行使相关权利。但是,也只有依据这些规定,第三人才有此法律地位,而不能将此推广到其他情形。此外,第三人行使权利并非毫无限制,允诺人可以对其主张行使相应的抗辩权。

世纪有了新的发展。英国法官通过判例发展出一类被称为“中间条款”(intermediate terms)的合同条款,对非违约方的合同解除权进行了限制。由此就打破了19世纪过分强调条款性质的“条件”和“担保”分类,开辟出了一个更富于弹性的基于违约及其后果严重程度的检验方式。如果合同不履行并非违反“条件”条款,而是违反了“中间条款”,非违反方当事人将自己从继续履行中解脱出来的权利将取决于违约及其后果的严重程度。近年来,英国法院不断扩大“中间条款”的适用范围,除了法律或合同明文规定了为“条件”或“担保”的条款之外,几乎所有条款都可以被视为“中间条款”。因此,英国普通法经历了一个从以所违反的合同条款的性质为依据到以违约及其后果的严重程度为依据的过程,由此来判断是否构成根本违约。

诚如特雷特尔爵士所言,20世纪的案件数量远远超过19世纪,这也是英国合同法在过去100年间发展得如此迅猛的原因之一。丰富多彩的民事活动酝酿了数量巨大的民事案件;多种多样的民事案件又推动着合同法按照不同的路径和方式进行变革和发展。特雷特尔爵士的演讲,正是以翔实的案例和深入的剖析为我们展示了20世纪合同法发展的壮丽画卷。

易继明

于华中科技大学东二区401室

2009年7月20日

序 言

我于 2001 年 10 月在牛津大学有过三场克拉伦敦法学演讲^{*}，这本书根据当时的演讲内容整理而成，并保留了演讲的风格，虽然我不敢妄称能在短短的三次演讲中表达完本书的所有内容。

在这里，我得承认我的研究得益于英国司法机构，也（由此推定）间接地得益于英国律师界。没有他们的聪明才智、创造力和独创性，我将不会这么长时间一直沉湎于英国合同法的研究工作。事实就是这样的，我迷恋英国合同法领域的研究已长达 40 年之久。这也反映在我演讲中所关注的内容几乎都是合同法领域内司法发展的主要成就。当然，我偶尔斗胆表达的对这些案件推理过程的怀疑，绝对不会掩盖或减损我从英国司法机构和律师界获得的受益。

从个人感情上讲，我十分感谢英国皇家顾问彼特·伯克斯（Peter Birks）教授，不仅仅是因为他在我退休之后还盛情邀请我发表合同法领域的演讲，更是因为在我研究遇到困难，研究主题的难度也许已经或者似乎超出我的能力时，他所给予我的可靠的

^{*} 即 Clarendon Law Lectures。克拉伦敦法学演讲肇始于 1995 年。作为牛津大学出版社和牛津大学法学院的一次联合尝试，此系列讲座的目标是邀请牛津大学访问学者就某一特定的法学领域做三次演讲。为了吸引具有最高学术水准的演讲者前来讲学，牛津大学法学院把此系列讲座作为其工作的重点。活动的发起者也希望能够把学者的演讲内容传递给学校的非法学专业学生。演讲文稿由牛津大学出版社每年定期出版。

支持和不断的鼓励。另外,我十分感激这本书的出版者,他们对我十分热情,还花费很多精力把我的演讲手稿打印出来,并在其他许多方面给予我帮助和支持。

冈特·特雷特尔

2001 年 12 月于牛津

目录

Contents

153	150	140	109	53	15	1	vii	i
索引	法规表	案例表	三 合同条款的种类	二 关于合同相对性原则的论战	一 变更合同的协议	导论 讨论的范围	序言	导读



导 论

讨论的范围

五年半前我在这里发表过一次演讲。我在演讲的最后提到，¹那将是我在牛津大学发表的关于合同的最后一场演讲。毫无疑问，当时（1996年春季学期的最后一个周五上午）为数不多的几位听众听到我这么说感到非常高兴。如果那天相信了我所说的话的听众今天也在场的话，我是否能够继续做这个系列的演讲至少是有争议的；但我想，今天在座各位，要么太年轻，要么过于年长，要么具有非常的鉴别力而当时不在场。因此，今天我将遵守四年前向彼特·伯克斯作出的承诺，他建议我把这些研究成果从故纸堆中拿出来，继续这个专题的演讲。

然而，从那时起，我愈来愈觉得履行这个承诺是件苦差事。第一个困难在于，在过去四年里，很多学者都发表过合同法领域的演讲，这些演说者的洞察力、智慧和学识是我无法企及的。第二个困难则是我自己施加给自己的，而且蕴藏在我的演说题目之中——20世纪合同法的几个里程碑。首先，我很清楚我会因为追溯过去的历史而受到学界的批评，因为目前学界的研究趋势是向前看。学者们肯定希望我能多谈谈21世纪合同法的发展趋势。但是，我相信我在这一点（也许是我唯一擅长的）上有坚实的研究基础。如果设想一位一百年前的律师预测在他之后的一百年里合同法领域会产生哪些变革和发展，我怀疑他甚至是否能

预见到一系列加冕案例*的判决,这些加冕案例的第一个判例几个月前还被提及。^[1]此外,在 *Chandler v. Webster*^[2] 案的判决中出现的一个错误使法院^[3]和议会^[4]花费近四十年的时间去修正,更不用说新世纪里法学领域内发生的其他重大变革和进步了。现代社会各个领域内的变化快得惊人,人们大可以在科幻小说中尽情地预测未来。

其次是案例的选择。我一想到前文中假想的那位一百年前的律师,就无法克制自己的嫉妒之情。如果他和我各自回顾自己所处时代之前一个世纪的合同法,你会发现他的题目比我的要容易得多。他肯定会谈到 *Hadley v. Baxendale*^{[5]**}案, *Taylor v.*

* 爱德华七世于1902年6月26日星期四在威斯敏斯特教堂加冕。那时本有一次从皇室在布莱克本宫的住地到威斯敏斯特教堂的加冕游行活动,接下来的第二天还会有一次贯穿整个伦敦的更长时间的游行。另外在星期六(6月28日)还有一次海军舰队的检阅活动。而游行沿途的房间、阳台和座位都被出租出去。连船只也被租用以搭载游人观看海军舰队的检阅。但是,在6月24日早上,爱德华国王得了阑尾炎,需要动手术。当天晚些时候宣布加冕典礼将延期,而海军检阅被取消。这种情况导致很多诉讼的发生,而其中最著名的是 *Krell v. Henry* 案。案件中承租人以75英镑的价格租用了游行沿途的一个房间,并且预先支付了25英镑,余下的将在6月24日支付。随着游行的延期,承租人拒绝支付余下的款项。房屋所有人起诉了承租人要求其支付余下的款项,而承租人提出了反诉,要求所有人返还其预先支付的款项。法官判决承租人胜诉,免除了他的履行义务。上诉法院驳回了所有人的上诉。——译者注

[1] 最早被报道的加冕案例是达林法官在 *Krell v. Henry* 案中所作的判决,判决于1902年8月11日作出,即在被推迟的加冕仪式两天后。See *The Times*, 12 August 1902; (1902) 18 TLR 823. 判决结果被上诉法院肯定,参见[1903] 2KB 270。那时被告反诉要求返还先前支付款项的请求被撤销。

[2] [1904] 1 KB 493.

[3] *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn, Lawson, Combe Barbour Ltd* [1943] AC32.

[4] Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, s1(2).

[5] (1854) 9 Ex 341.

** *Hadley v. Baxendale* 案中磨坊主与运输商达成协议,由后者将一断裂的机轴运给一家维修商,送达迟延了几天,磨坊主要求运输商赔偿停工期间的利润损失。磨坊主本来应该将可能发生间接损害即利润损失的情况告诉运输商并与其就全额赔偿达成协议,但是他基于谋略的原因向对方隐瞒了这些情况。此时,(多数的)磨坊主既不愿意告知风险信息(唯恐被运输商要挟),又希望能获得全额赔偿。如果法官判决运输商赔偿所有的间接损害,无异于鼓励那些可能发生巨额损害的磨坊主故意不告知相关信息,这明显有碍于合同效率的提高。为了遏制这种谋略行为,法院判决运输商只须赔偿他可以预见到的那些损害,而没有遵从“多数人所期望”这一规则。——译者注