

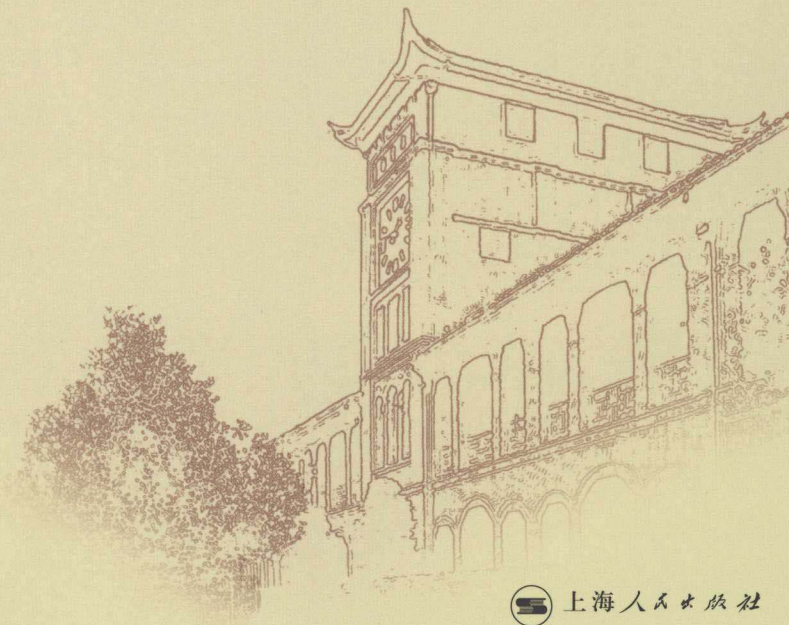


华东政法大学
科学研究院社科文库
第二辑



19 世纪英美契约法的历史发展

李彤 著



上海人民出版社



华东政法大学
科学研究院社科文库
第二辑



历史发展

李彤 著



上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

19 世纪英美契约法的历史发展/李彤著. —上海:
上海人民出版社, 2011
(华东政法大学科学研究院社科文库. 第 2 辑)
ISBN 978 - 7 - 208 - 10284 - 2

I. ①1… II. ①李… III. ①契约法—研究—英国—
19 世纪②契约法—研究—美国—19 世纪
IV. ①D956.13②D971.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 198868 号

责任编辑 解 锟

华东政法大学科学研究院社科文库 第二辑 ·

19 世纪英美契约法的历史发展

李 彤 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 890 × 1240 1/32 印张 11.75 插页 4 字数 282,000

2011 年 11 月第 1 版 2011 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 208 - 10284 - 2/D · 1976

定价 28.00 元

编委会名单

主 任：杜志淳 何勤华

副主任：刘晓红 何 敏

委 员：丁建顺 傅守祥 陈婉玲

张 勇 王红曼 叶慧娟

马金芳 钟 刚 练育强

秘 书：洪颖滔 郑 菲

前 言

岁月无痕,转眼又闻到了华政校园的丹桂飘香。金秋是收获的季节。继去年出版第一辑社科文库后,华东政法大学科学研究院又隆重推出了第二辑十种学术专著。这辑文丛体现出科学研究院发挥跨学科研究的多元优势,通过不同学科之间的学术交流与深化研究,使科研人员迸发出了科研创新的思想火花。收获的成果有目共睹,但播种的辛苦唯有自知。就这一点而言,科学研究院全体研究者都付出了各自的努力。

2008年9月,我校通过引进优秀人才并抽调各院系精兵强将成立了科学研究院,旨在整合科研资源,营造良好的科研氛围,促进以法学为主,多学科共同发展的格局。在不断推出丰硕的科研成果的同时,也寄希望以科学研究院为平台,进一步提高我校科研实力,储备优秀人才,以实现综合实力的跨越式发展。通过这三年的实践,这个目标已基本实现。

科学研究院成立以来,每周必举行一次学术讲座,邀请国内外各研究领域的高端专家就各类热点问题进行探讨,同时也安排年轻的研究人员进行专题演讲,与同仁进行现场互动,以促进和提高他们的综合学术水平和表达能力。这已经形成了一个良好的学术传统。

其二是编辑印制《社科通讯》,以内容摘要和全文转载的形式收集与传达国内外最新的学术动态,为全体科研人员扩大学术信息的获取提供便利。

其三即是编辑出版《社科文库》。从这一辑的文丛目录上可以感知,研究者中有资深教授、副教授,也有刚走上研究岗位的年轻博士。有精深的法学基础理论和应用实践研究成果,也有文史哲方面的最新研究成果……科学研究所获得的科研成果呈百花齐放之态,这与我校定位为以法学为主的综合性文科大学的发展方向是相吻合的。

开展丰富多彩的学术活动,在日常工作中处处提倡以科学研究的核心价值观念,又有着上述三个平台持续发挥着作用,科学研究院在 2011 年所申报的国家及省部级科研项目中屡获佳绩。何敏教授的“激励创新与转化之职务发明专利制度研究”获立国家社科基金一般课题。丁建顺教授的长篇小说《挚友》获立上海市重大文艺创作项目。练育强博士的“证券行政处罚与刑事制裁衔接问题研究”获立国家社科基金青年课题。李洁博士的“大学生人生态度现状与转化研究”获立全国教育科学“十二五”规划国家青年课题。叶慧娟副研究员的“对中国转型社会犯罪控制的新研究——以网络传播为视角”获立教育部青年基金项目。饶志静博士的“雇主不当劳动行为认定基准与救济机制研究”获立青年基金项目。肇旭博士的“生物技术专利的三性判断标准实证研究”获立上海市哲学社科规划项目……今年科学研究院获立了这些科研项目,还有明年、后年及此后数年在酝酿在申报的课题,前景是相当喜人的。当这些研究项目顺利结项,当各位研究人员将研究成果形成文本交付出版,那第三

辑第四辑及此后的社科文库都有了稿源和质量上的保障。

我们所处的时代已打开了中华民族振兴的上升通道。愿科学研究的全体研究人员抓住机遇,努力实践,执着追求,多出精品,并努力将《社科文库》这一学术平台建设成为我国社会科学研究方面一个重要的学术窗口。愿我们牢记“笃行致知,明德崇法”的华东政法大学校训,以自己的“笃行”无愧于这个伟大的时代。



2011年10月

总 序

科研兴趣的形成来源于一个人青少年时代的爱好。这种爱好可能因时间的渐进和环境的改变而有所变化,但总体而言,其成因与他的经历有着密不可分的关联。一位有所成就的研究者,在三十岁时已应基本读完其专业领域的所有经典文献,然后开始自己的创新探索。所谓的“三十而立”,讲的就是这个道理。

科学研究工作是一种以探索自然客观规律与社会演进规律为目的的复杂的智力劳动,是一项艰难苦涩但富有创新价值的研究工作,研究人员必须进行系统的研习和长期的积累,并充分掌握国内外相关文献与资料,才能从事独立的、创造性的学术研究,从而在各自的学术领域取得骄人的成就。

我很欣喜地看到,我校科学研究院的研究人员潜心创作,出版了他们优秀的学术系列专著——华东政法大学科学研究院《社科文库》第二辑。这

一文库的面世一方面反映了他们勤奋努力的学术精神,同时也反映了他们所具有的坚实强劲的研发能力。

这套文库的十部著作中,既有基础性学术理论研究,有揭示社会发展规律的实践分析;既有对国内特定历史时期文化的梳理,也有对国外特定制度运行机理的析评;既有以上海为对象的针对性研究,又有对特定产业的多元化探索。

其中,何敏教授的《知识产权法总论》是一本对知识产权法律制度及其基本原理进行系统认识的著作。它全面概括了知识产权法制领域中的主要社会现象与基本规范规律,是人们深入认知知识产权法律思想体系与制度体系的前序性工具。这一著作不仅综合归纳了知识产权法各子部门法及其各子学科所共同具有的基本原理,还对各子部门法及其各子学科的特殊现象与专门问题进行了系统分析。其研究方法与认知视角既突出了理论的系统性,又强调了实践的可参性,力图从知识产权法制理论的基础性与总括性角度探讨知识产权原理与制度的规律性与特征性。

丁建顺教授的《古典书法的人文意蕴》一书以史为经,以人物、书法事件和书法作品的审美为纬,编织着中国书法史上每一个重要的节点。在叙述中,其以史载人,以人说书,以书论艺,将重点放在书家特定的时代背景和曲折的人生经历,以每一个于书法艺术作出贡献的书家和事件为切入点,纵鉴正史野史,列举悬疑,陈述观点,探幽发微,择善而从,力求全面而准确地还原出历史的风貌,并以全景式的方式展现出博大精深、绚烂多姿的中国古代书法艺术。

傅守祥研究员的《比较文学视野中的经典阐释与文化沟通》分为探索命运与关注存在、神念传统与现世精神、浪漫想象与现实投射、生命意志与绝望反抗、性别政治与隐性暴力等五章,试图从文化诗学与跨文化研究的角度对世界文学中的经典文本等作出崭新的阐释,以比较诗学的理念与文化研究的方法来对世界文学研究中的一些重要命题进行深入的探索与审视。

陈婉玲教授的《独立监管组织法律研究——以金融业分业监管为视角》一书认为监管权是国家经济调节权的一种具体形态,与国家的行政管理权存在质的差异。监管权具有自己独特的运行机理。监管相对于调控与规制,虽然同属于国家经济调节权范畴,但却具有不同的运行机理。所谓规制,是指规范、制约,是规定、制度的动态表现。规制的本质在于以规定来规范、以制度来制约。微观规制通过对微观市场的具体经济行为的规范和约束,克服不同主体意思表示和利益追求多元化与市场秩序的冲突,从而建立一个统一的行为规则、统一评判标准的平等、公正、开放的市场。调控本身意味着调节、控制,是一种综合化、系统化和间接化的行为方式。

张勇副研究员的《劳动刑法:侵权与自救的刑事一体化研究》一书研究了在民生保障的刑法观念基础上,确立突出保障弱势劳动者权益的价值理念,促进我国劳动领域的民生权益保障和实现劳动关系的和谐,为我国劳动领域刑事立法提供具体完善建议,对劳动侵权和自救犯罪正确地定罪量刑、执行刑罚提供具体对策。

王红曼副研究员的《中国近代货币金融史论》一书以中国近代货币金融为分析载体,围绕货币体系、金融机构、金融制度、金融市场与金融中心等各层面展开讨论,力图以各阶段货币金融结构变迁为历史主线,探索中国近代货币金融史的发展规律。

马慧玥博士的《丝绸之路与中国传统法律文化的传播》一书研究了通过丝绸之路,中国传统法律文化向中亚、西亚以及欧洲广泛传播。在中亚腹地,中国法律文化在很长一段时间里是影响中亚发展的重要因素;在东南亚地区,郑和船队以及华人移民所带去的中国法律文化与中国智慧,促进了东南亚文明化进程;在欧洲,中国传统法律文化以商人与传教士源源不断的书信为载体,对于欧洲的思想界造成了极大的震动,成为学者们“寻找社会变革所需理论与支持构建新社会制度的‘知识库’”。研究中国传统法律文化的域外影

响,对于正确认识中国传统法律文化,还原中华法系的历史地位,具有重要的意义。

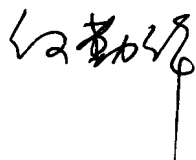
李彤博士的《19 世纪英美契约法的历史发展》一书主要从 19 世纪英美契约法发展的历史背景及动因,重要契约规则及理论基础的变化、法学家和法官在英美契约法发展中的作用等方面切入,对 19 世纪英美契约法的发展情况进行宏观阐释,力求展现英美契约法极盛时代的样貌表征,分析其规则繁盛发达背后的发展动因,以期为研究英美契约法的现行制度提供历史平台,也为我国相关法律法规的完善发展提供外国法的借鉴。

饶志静博士的《宪法理论及其实践》一书体察到基本权的基础理论,乃是各种宪法问题的核心所在。因此在研究过程中,围绕基本权利的基础理论——基本权利的运作(宪法解释方法问题)——基本权利的救济(违宪审查制度问题)这一主线展开研究,尝试摸索以比较法学的方法,介绍并比较我国与欧美等国家的相关基础理论,以期能借此厘清我国相关制度,并进而检讨问题所在。

肇旭博士的《人类胚胎干细胞研究的法律规制》通过从伦理与法理角度对人类胚胎干细胞研究、英美等国的立法管制、人类胚胎干细胞与专利保护、人兽嵌合体研究的法律规制及我国相关立法实践的系统分析,笔者认为:摧毁早期胚胎进行人类胚胎干细胞研究与我国民众的伦理观念及现行的法律规范并不冲突。但是,为了防止科学的异化,仍需对该类研究进行法律规制,理应将其限定在伦理与法律可接受的范围内。同时作者认为:我国现行的《人胚胎干细胞研究伦理指导原则》存在若干不足,因此,借鉴其他国家经验,制定我国的人类胚胎干细胞研究立法势在必行。

科研成果的获取并非易事,它需要研究人员投入全部的智慧与心血。当今社会正处于多元化的转型期,我认为科研人员应尽量排挤杂念,埋首书房,真心实意地搞点儿研究、做点儿学问。淡泊名利

潜心治学是一名学者取得成就的前提条件。正如著名科学家丘成桐所说：“好的科学家首先要坐得住。”这“坐得住”，我的理解就是要耐得住寂寞。

A handwritten signature in black ink, appearing to read '丘成桐' (Qiu Chengtong), with a long vertical line extending downwards from the end of the signature.

2011 年 10 月

目 录

导论	1
第一章 19 世纪英美契约法之	
历史基础	15
第一节 令状制度与 19 世纪以前的	
英国契约法	16
一、令状制度:英国契约法实体规则的	
程序框架	16
二、令状制度的伸展与契约法则的	
初步发展	18
三、令状制度的局限性对契约法	
发展的不利影响	36
第二节 法院管辖权的争夺:英国契约法	
发展的直接推动力	37

一、与衡平法院争夺管辖权	39
二、王室法院内部的管辖权之争	39
第三节 独具特色的契约规则:约因制度的产生和 初步发展	40
第四节 限制契约自由维度的思想基础:18 世纪的 权利理论和衡平观念	47
一、权利理论的盛行对契约法地位及契约救济方式的限制	48
二、衡平观念对责任范围的限制与当事人的意愿对 上述限制的有限突破	50
本章小结	56
第二章 19 世纪英美契约法发展的时代背景	58
第一节 经济领域:市场经济的快速发展	59
第二节 政治领域:政治民主化运动的深入展开	61
一、英国的选举制改革对促进自由缔约的有益影响	62
二、美国的独立战争与内战对促进自由缔约的有益影响	67
第三节 思想领域:经济自由主义的兴起	73
第四节 法律领域内的两个改革运动	79
一、法典化运动	79
二、司法体制改革	86
本章小结	91
第三章 19 世纪英美契约法主要契约规则的发展	94
第一节 要约(offer)和承诺(acceptance)	97
一、要约与承诺规则在英国确立的两个标志性案例	98
二、要约与承诺规则在美国确立的两个标志性案例	107

第二节 违约救济规则的变化	110
一、预期损害赔偿(expected damages)	110
二、实质履行标准(substantial performance)	120
第三节 约因(consideration)	121
一、广泛使用的经典约因概念的出现	121
二、充分约因规则的适用受到限制	122
第四节 错误(mistake)	125
一、错误规则在英国确立的标志性案例	125
二、错误规则在美国确立的标志性案例	126
第五节 买方自慎原则(caveat emptor)	128
本章小结	130
第四章 19 世纪英美契约法领域的主导理论	
——意愿理论	132
第一节 对当事人意志的充分肯定——萨维尼的	
意愿理论和梅因的进化理论	132
第二节 意愿理论在 19 世纪居于主导地位的表现	135
一、在法官的论述和法学家的学术著作中对意愿理论的	
充分肯定	135
二、各项契约规则处于意愿理论的统摄下	135
三、私人协议可以排除现存的法律规则	
——对意愿理论的回应	138
本章小结	142
第五章 法官和法学家在 19 世纪英美契约法的	
发展中所起到的作用	144
第一节 法官在 19 世纪契约法发展中所扮演的复杂角色	145

一、对法官能动作用受制因素的一般化分析	145
二、法院在 19 世纪契约法领域内能动作用发挥情况的 具体分析	148
第二节 法学家——19 世纪英美契约法变革更新中的 主导推动力	156
一、法学家的声音:19 世纪有关契约法的法学 研究成果大量涌现	157
二、19 世纪有关契约法的法学研究成果在契约法 发展中所发挥的作用	167
本章小结	175
第六章 19 世纪英美契约法中契约自由与契约神圣的 法定限度	177
第一节 自由缔约主体范围的法定限制	178
一、女性争取选举权的努力在 19 世纪的暂时受挫	179
二、已婚妇女是无权缔约主体	181
第二节 违法契约规则对契约自由的制约及其有限性	187
一、英美法中违法契约规则对契约自由的有限制约	187
二、19 世纪涉及违法契约问题的两个案例	192
第三节 自由缔结的契约具有神圣效力的法定例外规则	193
本章小结	198
第七章 19 世纪英国契约制定法的代表作 ——1893 年《货物买卖法》.....	201
第一节 1893 年《货物买卖法》出台的历史背景	202
一、内容基础:英国契约判例法的成熟发达	202
二、形式基础:19 世纪的法典化思潮与判例集的编撰	204

三、理念基础:19 世纪契约自由原则的重要地位及其 削弱趋势	206
第二节 1893 年《货物买卖法》的内容	208
一、货物买卖法第一编——契约形式	209
二、货物买卖法第二编——契约效力	214
三、货物买卖法第三编——契约履行	218
四、货物买卖法第四编——未受清偿卖方对货物享有的 权利	221
五、货物买卖法第五编——违反契约的诉讼	225
六、货物买卖法第六编——补充条款	228
七、1893 年《货物买卖法》的内容特点	231
第三节 1893 年《货物买卖法》与现有判例法的关系界定 ..	237
一、与判例法协调共存的基本原则	238
二、与判例法协调共存的立法表现	241
第四节 1893 年《货物买卖法》的立法理念	244
一、维护当事人意愿,弘扬契约自由的立法理念	244
二、维护当事人意愿,弘扬契约自由的立法表现	247
第五节 1893 年《货物买卖法》的社会影响和后续修改	249
一、1893 年《货物买卖法》的社会影响	249
二、后续修改	260
本章小结	264
第八章 19 世纪英美契约法中的约因制度	267
第一节 约因制度的作用	268
一、约因制度是判定允诺是否具有强制执行力的标准	269
二、约因制度是判定契约是否存在标准	270