

“十二五”国家重点图书出版规划

法学译丛·规制、竞争与公共商事系列

Regulating Contracts



规制合同

[英] 休·柯林斯 (Hugh Collins) 著

郭小莉 译

 中国人民大学出版社



“十二五”国家重点图书出版

法学译丛·规制、竞争与公共商事系列

规制合同

[英] 休·柯林斯 (Hugh Collins) 著

郭小莉 译

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

规制合同/[英]柯林斯(Collins, H.)著;郭小莉译. —北京:中国人民大学出版社, 2014. 9

(法学译丛·规制、竞争与公共商事系列)

ISBN 978-7-300-19922-1

I. ①规… II. ①柯…②郭… III. ①合同法-研究 IV. ①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 202946 号

“十二五”国家重点图书出版规划
法学译丛·规制、竞争与公共商事系列
规制合同

[英] 休·柯林斯 (Hugh Collins) 著

郭小莉 译

Guizhi Hetong

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京鑫丰华彩印有限公司

规 格 155 mm×235 mm 16 开本

版 次 2014 年 9 月第 1 版

印 张 27 插页 2

印 次 2014 年 9 月第 1 次印刷

字 数 349 000

定 价 78.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

Regulating Contracts



译丛序

翻译不仅仅是获得新知的方式，还是一个塑造世界范围内共识的途径。即便是日常交往之中的书信、对话的翻译，也对我们的观念世界的改变、沟通乃至联合有着至为重要的价值。^①不用说，翻译经典、良好撰写的专著，是藉以迅速地了解思想者对知识的系统思考的重要途径。之于中国，翻译更是学术研究的一个重要知识来源，自魏源以降，至严复为倡，藉由翻译所获得的新知，其对中国的影响，人人皆悉。

中国法律和法学，对于翻译，相比其他学科，可能尤为依赖。今天我们的法律传承，系移植之物。自清末变法承受至今，不过一百多年。从概念到推理，莫不舶来，即便是共和时代，也无非是藉由苏联而学习的大陆法系变种。虽然随着全国性的外语教学，以及开放国门和更多的直接交流，对翻译的依赖程度有所下降，不过严整、系统地将已有的学术成果翻译为中文，其之于学术发展的重要性程度仍然不可小视。其实，各大文明莫不重视翻译，以英美法学为例，其对非英语的，尤其大陆法系，包括拉丁、法德文献的翻译，从古至今，从经典到时令，在全面、完整、准确方面，完全超过我们。今天我们可以非常简单地在英语世界中找到几乎能够想到的任何经典法律文本，甚至包括我们中国的古代典籍。直接交流能力的提高并不能，也不会替代翻译的必要。

一个学科的活力和发展，尽管取决于多种因素——社会、政治、时代，以及不可或缺的人的努力，但作为一种思想产品，没有植根于人类的普遍经验，没有与之共鸣、呼应的知识积累，很

^① See Pascale Casanova, *The World Republic of Letters*, translated by M. B. Debevoise, Harvard University Press, 2004.

难持续。经济法学在 20 世纪 80 年代有过诸多的翻译,从苏联到日本,不断地有学术作品进入,给经济法的发展平添了思想的动力和理论争议上的活力。而之后,除了勇于探索的自我努力之外,仅有零零碎碎的文章、短文翻译进入中国,并无太多的系统知识引入,这在一定程度上成为了学科发展的瓶颈。

这套丛书的翻译,首先是基于这样的考量而组织的。我们将其设定为经济法的核心领域:规制 (regulation),尤其是经济规制,以及与之相关的竞争 (antitrust) 和公共商事 (public business)。在这些领域中近三十年来的学术文献,构成了本套丛书的选择范围。

国际法学界对规制的研究,20 世纪 70 年代是一个重要的分水岭,这当然受到了政治行动、社会思潮的影响。1950—1970 年是规制,尤其是社会规制大幅度增长的年代,其研究成果因此而不断增加;而 20 世纪 80 年代开始的私有化和放松规制,直接影响到了学界的学术兴趣转移。但不可否认的是,70 年代在理论上以规制过失 (regulatory negligence)^① 的提出为前沿研究的代表,以及以形成教科书为代表的系统化研究^②,其高度至今仍然未能达到或超越。90 年代之后由国有企业私有化带来的政府职能社会化、市场化,又被称为“新公共管理”(NPM, New Public Management),其间出现的研究大多集中在管理学、行政学等领域,不过主流经济学界反倒是因为法国规制学派的崛起,并且和政治学不断融合,出现了大量的规范和实证分析,成为一个转型。而法学界仍然受制于自身的传统和时代,并未对这些命题作出过多的回应。这间接导致了整体对于规制的研究趋向于薄弱。而最近十多年来重新兴起的研究,尤其是一系列关于规制的学术期刊的

① See Bruce L. R. Smith and D. C. Hague, eds., *The Dilemma of Accountability in Modern Government: Independence versus Control*, New York: St. Martin's Press, 1971.

② See David Boies and Paul R. Verkuil, *Public Control of Business: Cases, Notes, and Questions*, Little, Brown and Company, 1977.

出现，极大地扩充了知识库。但是，反垄断的研究则因为芝加哥学派的影响而呈现出一枝独秀的局面，尽管其中并没有根本的范式突破。而我们的中文学术界则基于社会、政治等原因，仍然停留在这之前的种种思潮之中。这样的学术背景，尤其凸显了这套丛书的意义。

不过，即便大多数学者容易随时代而变动，受制于流行，也仍然存在诸多冷静、客观的学者所从事的独立分析和讨论，并和自己的研究进路相结合。这样，或基于固有理论而延伸，或基于现实变化而应对，研究规制有不同的进路。本套丛书的选择原则则是优先基于第一种情形而进行的，即时间跨越幅度较大，但倾向于独立视角的理论研究。可以说，本套丛书都是规制、竞争和公共商事领域的世界级的学术名著，对理论发展具有重要影响力，并且是研究这一问题不可或缺的标志性的参照书。这包括有基于关系型契约理论而提出的《规制合同》(Regulating Contract)；有基于公私划分而探讨当代社会最重要问题的《公共价值与公私之分》(Common Value and the Public-Private Divide)；有对规制最核心命题的理论探讨——《规制中的公共利益》(The Public Interest in Regulation)；有一般框架式的公认权威总结——《理解规制：理论、战略和实践》(Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice)；分别从不同的视角作出的，对公共商事合同的讨论——《新公共合同：规制、回应性及理性》(The New Public Contracting: Regulation, Responsiveness, Rationality)和《社会责任：合同治理的公法探析》(Accountability: A Public Law Analysis of Government by Contract)；从历史视角探讨规制和政治运动和思想之间关系的名著——《规制政治的转轨》(Regulatory Politics in Transition)，以及让我们感到非常兴奋的险些被阴差阳错漏掉的反垄断法名著——《反垄断法悖论：自我交战的政策》(The Antitrust Paradox: A Policy with Itself)。

译事之难，自不待言，尽管追求“信、达、雅”的目标在今日中国似乎是自讨苦吃，不过我们还是在选择译者上设定了标准，

以确保翻译的水准。北京大学法律经济学研究中心在组织本套丛书的翻译中，深知法律语言和概念的鸿沟，故此要求译者必须有双重的背景：第一，取得过至少一个法学学位，无论中外；第二，至少在英语国家或地区学习过一年以上法律或者相关学科。当然，这仅仅是译者的门槛，但令我们兴奋的是，诸多的青年英才，无论从事实务或者研究，均保持了对理论的高度热爱，令我们的翻译阵容非常耀眼。既有如我的同事杨明教授等加盟，也有已完成诸多翻译工作的新生代襄赞，在翻译工作已经成为“公益”事业的时下，不由得令人对“爱智者”的传统增加了若干信心。

这套丛书从开始筹划，到最终杀青，期间延宕颇长。对我们所造成的延误心存愧疚，尤其是对原作者、版权商以及译书的出版人——中国人民大学出版社，唯愿翻译的文本质量，以及学界的抬爱，能够补偿些许。同时，感谢北京大学法治研究中心，作为我们长期的合作伙伴，加入了对本丛书翻译的支持。

是为序。

邓峰

北京大学法律经济学研究中心

北京大学法治研究中心

前言

在一年或更早以前，我开始着手写一篇文章来回答一个让我作为一个对合同法感兴趣的法律人着迷的问题。我想知道，法律人从合同实践的实证研究所提供的洞见中可能学到什么东西。我怀疑法律人能不能学到任何有用的东西，因为合同法传统上总是更多地忙着跟随那个时代占统治地位的政治理论给自己定位。然而，随着对这个问题的持续探索，我变得相信法律人可以从这些实证研究中受惠。当我试图道出这些含义，尤其是通过探讨一个洞见，那就是法律看待合同关系的方式有别于合同当事人他们自己用以理解彼此之间的关系的框架，这篇文章的篇幅变长了。

随着这篇文章的发展，显然事实上我在试图将三种不一致的学术话语聚集到一起——经济学、社会学和法学——它们中的每一种都包含着其关于合同行为和市场构建的独特洞见和错误理解。这篇文章的野心变得更加具有挑战性，当我尝试着构建一条真正的交叉学科进路，并在这条进路上将所有的社会科学都融入关于规制合同关系的主题中。这条进路需要提出如下问题，每一个学科能够从其他学科中学到什么东西。它并不是一条从社会科学通向法学的单行道，而是变成了社会学、经济学和法学之间的三方对话。每一个学科教导并批评其他的学科。当对这个对话的探索一直持续到我的想象力和出版商的耐心的极限的时候，这篇文章已经变成了现在这本书。

我希望这个结果会让来自宽泛的社会科学领域的读者们受益。经济学家可能发现令人信服的证据，表明合同行为不能仅仅根据自利的物质主义的（materialistic）行为而得到充分的解释。社会学家可能会意识到，对理性行为的精妙的经济解释，也许能够解释比他们所预期的多得多的市场构建中的行为。法律人可以向两

者学习，但是也解释道，规制的设计既是一个复杂的任务，也是一个对于合同行为有着隐含意义的任务。

尽管如此，我原先对于法律人可以从（其他的）社会科学中学到什么的兴趣仍然是每一章的主要组成部分。法律规制被视为一种工具性的行为（instrumental activity），在追求特定目标的过程中创造规则、标准和执行机制。法律人可以从社会科学中学到，哪些目标是法律规制可以富有成效地追寻的，以及那些目标如何得以最佳地实现。或者，从相反的方向阐述这一点，法律人可以学到法律规制是怎样轻易地变成适得其反、无效和无效率的。合同法律人在过去并没有太多地受到这些问题的困扰，反而心满意足地试图描述以政治和道德理论为基础的善行（good conducts）的原则，然后假设具有这些目标的规则会达到所希望的效果。我希望这本书有助于重新定向合同法律人看待他们所处理的问题的方式。

我要感谢很多曾经和我一起讨论过这本书的主题的朋友和同事，他们中的一些还对早先起草的章节给予了评价。我特别感谢 Tim Murphy 关于社会理论的讨论，感谢 Julia Black 对规制、金融市场和公法的洞见，也要感谢 Colin Scott 在消费者法（consumer law）和规制方面的帮助。Simon Roberts 教会我很多关于争议和解的知识，并且鼓励我对律师在这方面的作用持怀疑态度。我还受益于和 Christian Joerges 关于私法的一般主题，尤其是欧洲的发展的讨论。Eric Schanze 帮助我理解制度经济学和法律准则这两种话语以什么方式也许能富有成效地结合。当我的考察突然跑到意料之外的方向，Anna Edwards 提供了耐心的研究协助。

伦敦经济学院的两位同事在更为一般的意义上对我帮助尤其大。Nicola Lacey 提供了重要的支持，使我相信这个研究计划是有价值的。最重要的是，Gunther Teubner 始终是一位耐心的老师，并且在无数的时刻使我备受鼓舞。

休·柯林斯（H. C.）

伦敦经济学院

1999 年 1 月

目 录

第一部分 介 绍

第一章 规制合同的任务	3
第二章 合同的内涵	14

第二部分 新规制

第三章 法律规制的话语	35
第四章 私法的能力	62

第三部分 市场构建中的规制

第五章 市场的构建	105
第六章 合同行为的理性	139
第七章 规划与合作	163
第八章 形式主义和效率	190
第九章 合同作为事物	221

第四部分 规制的分配目标

第十章 权力与治理	247
-----------------	-----

第十一章 不公平的合同	281
第十二章 质 量	315
第十三章 通过合同的治理	332
第十四章 争议和解	351
第十五章 结 论	390
参考资料	396
索引	413

第一部分 介 绍

第一章

规制合同的任务

缔结合同是一种司空见惯的行为。我们在商店里选购商品，3
买票乘坐公共汽车，在银行里兑现支票，或者接受一份工作。这些日常行为的发生没有经过太多深思熟虑或者小心掂量。如果每次缔结合同的时候，我们都要琢磨和考察风险，生活将会变得近乎毫无可能。但是，背叛和失望的风险几乎总是存在的。我从商店里购买一本书。我冒着失望的风险：这本书可能枯燥无味，或者还有些地方缺页了，拼写也可能糟糕透顶。店主冒着背叛的风险：我支付的可能是伪钞，或者我写的支票可能被银行拒付并退回。虽然潜在的风险为数不少，但是，交易进行得颇为顺利，只需要些微谨慎来防止背叛或者失望。我并没有坚持先看过这本书再决定买不买。店主也没有坚持非等到他的银行账户收到不可撤销的信用证时，才交付这本书。相对于其他交易，比如说，一份雇佣合同或者一项几百万美元的投资，上面这个简单的买卖可能不需要大赌运气，但风险几乎总是存在的。

承担这些风险的意愿可以称之为信任。高度的信任使得我们基本上可以完全无视这些风险，乐此不疲地缔结合同。这种信任是社会交往的一个广泛存在并被看做理所当然的特征，在这种意义上，它在现代社会中变得习以为常。虽然现代社会风行个人主义或者原子主义（atomism），我们被一种由信任在其中促使无数的合同关系得以发生从而完成复杂的劳动力分工的社会团结（social solidarity）维系在一起。现代社会有赖于陌生人之间的信任从可能变成现实。社会理论的主要谜团之一，就是这种信任度如何得以实现，也就是说，信任如何变成了惯例。

对促成现代社会构建的社会纽带（social bonds）的研究一直

是社会科学的重要主题。可执行合同的概念是自由主义政治理论及其被称为社会契约 (Social Contract) 的政治联合 (political association) 方案的核心。合同关系的重要性, 在包括马克思、迪尔凯姆 (又译为“涂尔干”) 和韦伯等最具影响力的社会理论家的著作中, 同样是一个首要的关注点。这些理论家倾向于将法律看作是对现代社会中的社会关系本质的一个直接反映。他们认为法律对于社会和经济纽带的构建是不可或缺的。治理合同的法律在法律人的知识分子话语 (intellectual discourses) 中地位显赫, 据信这是与社会关系的真正本质以及合同在维持社会纽带中的重要性相一致的。比如, 迪尔凯姆在比较传统社会“机械的团结” (mechanical solidarity) 和对现代社会的社会秩序至关重要的“有机的团结” (organic solidarity) 的讨论中, 总结说道:

我们知道这两种类型的社会团结以什么外部形式作为象征, 也就是说, 与它们相对应的那部分司法规则分别是什么。从而, 要辨别它们在一个给定的社会类型中各自的重要性, 只要比较表达它们的两类法律各自的范围就足够了, 因为法律总是随着它所支配的社会关系而变化。^①

政治经济学也使用合同的概念描述劳动力分工和市场关系的特征。在政治经济学中, 正是以国家制裁为后盾的法律上可执行的合同, 勾勒出社会秩序并使其存续下去, 尽管日益见增的劳动力分工要求社会联系 (social ties) 被不断地瓦解。

在所有这些著作里, 解释承托着市场经济的那些信任纽带是如何生成时, 有一种反复出现和占据主导的观点, 将法律视为一个关键的因素。这种解释认为, 防止背叛和失望的法律的存在, 它们由武装着强有力的国家制裁的法院执行, 使信任变得广泛蔓延。人们之所以承担合同关系中的风险, 是因为他们总是可以依赖由国家制裁形成的针对违约者的潜在的惩罚威胁。这样看来,

^① Durkheim, E., *The Division of Labor in Society* (New York: Free Press, 1933) (初版于 1893) 131-2.

使得陌生人之间发生交易的倒不见得是信任，反而是一个能够强加于破坏游戏规则者身上的大范围制裁系统。信任建立在保障的基础上。

在这种对现代社会构建的一般解说中，法律扮演着关键的角色。法院作为国家机构对合同行为进行的规制提供了规则和制裁的系统，这使得陌生人之间必要的信任度得以生成。因此，缺乏这种系统地运用法治（Rule of Law）以辅助经济关系的法律系统的那些社会，就必然缺乏实现复杂的劳动力分工的核心要件。法律的缺失，在竞相实现繁荣和社会秩序的建立中，构成了一个根本障碍。这种关于法律重要性的富于影响力的观点引导着，例如，世界银行对发展中经济体提供支持的条件。^② 5

社会科学的经典著作对合同概念的分析主要停留在理论思辨和随意观察（casual observation）的层面上。然而，近些年来，学者们开始对合同行为、市场的历史和社会起源，以及法律规制合同的社会效果进行细致的实证研究。这些研究所提出的主要疑问关系到一个显而易见的矛盾。一方面，大多数政治、经济和社会理论认为，在市场经济中，合同法是社会秩序的一个基础机制。法律人也一样，强调合同法在法律体系中的基础地位，认为这种法律规制提供了关键的黏合剂以维持社会系统。另一方面，来自对合同行为实证研究的证据却揭示了合同法边缘的并且有时是瓦解社会的作用。购买了缺陷商品的消费者，几乎永远不可能走上法庭维护自己的权利。如果我不满意我买下的那本书，我不会诉诸法院，而是会折回书店，提出抗议，并且尽一切可能另换一本书或者拿回我的钱。商人们似乎并不关心他们的交易在法律上的有效性，不会百般坚持他们的法律权利，而当一个争端需要裁决，他们像躲避瘟疫一样绕开一般法院（ordinary court）。如果书店的店主没有收到我购买那本书的全额付款，也许是因为我的支票被

② World Bank, *World Development Report 1997: The State in a Changing World* (Oxford: Oxford University Press, 1997).