

法学名篇小文丛

契约的死亡

[美] 格兰特·吉尔莫 著



中国法制出版社

D913.04
11

D913.04
73

法学名篇小文丛

谢 明 著

契约的死亡

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

契约的死亡/[美] 格兰特·吉尔莫著 曹士兵
姚建宗 吴巍 译. —北京: 中国法制出版社,
2005.1 ISBN 7-80182-385-0

I. 契… II. ①格…②曹…③姚…④吴…
III. 契约-死亡 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 105543 号

法学名篇小文丛

契约的死亡

QIYUE DE SIWANG

著者/[美] 格兰特·吉尔莫

译者/曹士兵 姚建宗 吴巍

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850×1168 毫米 32

印张/4.5 字数/90 千

版次/2005 年 1 月第 1 版

2005 年 1 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-385-0/D·1351

定价: 9.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

网 址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66012216

编辑部电话: 66032924

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

前 言

本书根据本人 1970 年 4 月在俄亥俄州立大学法学院所作的系列演讲整理而成。在修订、扩充成书过程中，我把那些起初看起来适于听而不宜阅读的资料性的非正式文体保留了下来。结果，在整理成书时，讲演这种格式给我带来了未曾预料的麻烦。首先，讲演者出于对听众的考虑，自然要试图使自己的陈述尽可能简单，而不是复杂化。他要避免使用修饰、精炼的语句，以及附加阐发。尽管这些加工可能很切题而且会增加内容的趣味性，却可能给听众造成极大地混乱。其次，讲演者也受到时间的限制。不管他想要表达的内容实际需要多少小时，他也要每次必须在 50 分钟内讲完。因此，当讲演稿印行出版时，那些未纳入讲稿的材料没有理由不被重新采用。

在为成书而努力之时，我发现原稿不再适合我所预计要增加的众多补充。由于不愿纠缠于已有的内容材料并决定从头做起，我找到了一个不知是否确切的权宜之计，即把那些不适于纳入书稿的东西，放在松散而自由的注释之中。我一贯认为，作者应该在正文中阐发他的思想，而注释只能用来容纳证明材料。然而，由于上述原因，我已不幸地不时违背了这条有价值的常规。但对

法学名篇小文丛

本书的简单骨架感到满意的读者，仍会发现其自身的完美性，即这些注释已不时被运用作为填充骨架的肌肉了。

感谢法学院及院长先生在我滞留哥伦布期间为我提供讲坛，并给予热情而慷慨的款待。

耶鲁大学法学院

终身教授

格兰特·吉尔莫

目 录

绪 论	(1)
第一章 契约理论的起源	(4)
第二章 契约理论的发展	(47)
第三章 契约理论的衰落	(75)
第四章 结论与思索	(117)

绪 论

有人对我们说，契约和上帝一样，已经死了，的确如此，这决无任何争论的必要。契约死亡运动的倡导者们接着说，契约既已死亡，自然也就不再是一个合适的、有价值的研究课题，法学院的学生们也不应再去完成有关契约理论的那些古怪的作业了。死亡事实既已确定，法学家就应当把注意力转向其他方面。据说，他们应该观察当前的景况，并记下自己的观察所得；他们应致力于社会学的分析，而不是历史的或哲学的综合。^①

① 我所引用并作过不适当评论的这种观点，其最为全面的陈述之一，可参见《契约相关理论专题论文集》，载于 1968 WISC. L. REV. 303 et Seq. 该“论文集”包括由 Malcolm sharp 教授所写的导言，以及一系列论文。这些论文都在美国法学院协会 1966 年年会的小组讨论会上宣读，它们是：Friedman 和 Macaulay 的“契约法与契约教学：过去、现在和未来”；Speidel 的“契约法：对商业背景和审判程序的某些反映”；Mueller 的“商业事实与法律幻想”。

“论文集”主要论文的合作者之一 Stuart Macaulay 教授毫无疑问属于倡导契约死亡派别的显赫人物。在过去的大约 10 年里，他发表了一系列与传统契约理论毫无关系的非常有趣的论文，参见其《商业中的非契约关系：一项初步研究》，载于 28 Am. Sociological Rev. 55 (1963)。

“论文集”主要论文的另一位合作者 Lawrence Friedmam 教授已在 1965 年出版的《美国契约法》中对业已出现的契约理论的发展作了若干创造性的、最有思想深度的分析。对这本书的进一步引证可见注⑥。

法学名篇小文丛

在这一点上，我并不反对他们的目标，也并非对他们的所作所为完全不感兴趣。

描述你听见的一切无疑是很有用的练习。它能练就你敏锐的观察能力和精辟的分析能力，并使你的叙述明畅而清晰。因为并非任何一个律师都能准备、完满地把一桩复杂的案件陈述清楚。而当你做到了细心观察和描述事物时，你自会获得一系列的材料。然而，“独木不成林”，它们本身若不和其他材料发生联系，就毫无意义。这些材料所反映的事物，或消灭、或重组成或向其他相反的方向蜕变，总之，永远处于变化状态之中。而且，这些变化不易觉察。处理这些材料，律师和我们一样感到棘手。经济学家可以套用固定的模式来解决问题，法学家则不行。既然眼前的一切会很快成为过去，而未来又难以捉摸，那么在设计我们的行动路线时，最好的向导当然应该是我们亲自体验的那些知识。但只有将现在的知识和以前的知识相比较，穿越时间的迷雾，那些有关最新材料现时状态的最有活力又最全面的知识，才会对我们有意义。当然，最乐观地看我们对过去并无全面的了解。

在今天的博物馆里，不管我们可以收集、陈列多少种仿古制品，我们却没有谁会用罗马时代的律师、中世纪的陪审员或 19 世纪的实证主义者的思维方式来思考问题。可以肯定，我们今天的观点，必定会对我们所经历的事情产生曲解。因为我们不是科学家，甚至还算不上社会科学家。但对此我们却不必要过分沮丧，倒应积极地予以思考。

契约的死亡

如果说在 19 世纪契约的存在和发展确是事实，而在此后的 50 年里又渐趋死亡并已奄奄一息的话，那么我们所面临的迫切问题便是：约因理论究竟发生了什么样的变化？该问题的所有情形以及与此相关的各种问题，我都将在这里提出并予以讨论。

第一章 契约理论的起源

4

契约理论的发展已经历了百年历程。正是在 100 年前，克里斯多佛·哥伦布·兰代尔（Christopher Columbus Langdall）象他那 400 年前的同名者一样，“首航”于那未探明的“海域”，并无意中发现了“新大陆”。^② 虽然西方文明顺利地向前发展了数千年，但并无人知道欧亚大陆间还有两个未被发现的大陆。500 年前的哥伦布若不是因为一连串稀奇古怪的错误计算而导致新大陆的发现，^③ 也许我们生活得更富足、舒适一些。与此类似，普通法向前发展了几个世纪，也没有人认识到存在一个契约法的领域。然而，契约法的存在一经确认，在法律思想的发展中就不能没有它的地位，如同新大陆的发现，西欧居民不可避免地纠纷做着开发美洲的梦。

因循自然或天性所做的行为，如呼吸或朗读散文，与我们在做同样的行为而自觉地意识到我们正在做什么，两者之间有很大的区别。比如一旦意识到自己正在读着的确实是散文，我们马上就会想到语言方面的理论

^② 此处指兰代尔于 1871 年出版的《契约案例》一书。对该书注①还要涉及。

^③ 关于“稀奇古怪的错误计算”，可参见 Morison, Admiral of the Ocean Sea, A Life of Christopher Columbus (1942) .

知识，诸如语法、文法，以及分辨其用法的妥当与否等。法院自其诞生之日起，就审判契约诉案，但直到兰代尔碰巧发现为止，作为与普通法或普通法理论相提并论的契约法或契约法理论，却一直没有出现在法律思想中。当然，这个伟大的发现还有待兰代尔的继承者去发展，去整理其要点，勾勒其轮廓。在美国，霍姆斯（Holmes）和威灵斯顿（Williston）是两个伟大的继承者。前者在其 1881 年出版的《普通法》一书中，对契约作了一系列惊人的论述。后者在其权威性论文集里也有相似论述。^④ 而在科宾（Corbin）更为伟大的论集里，^⑤ 契约理论衰落和分裂的趋势已十分明显了。

显然，在动手揭示契约死亡之谜前，我们必须花上一段时间来研究它的诞生之谜。在最近面世的一书中，劳伦斯·弗里德曼（Lawrence Friedman）教授提出了一些新颖的观点，它们涉及到被其称作“纯粹”的或“古典”的契约理论的性质。在这里，所谓“纯粹”的或“古典”的契约理论指的是在 19 世纪发展起来的契约理论。下面我将引用弗里德曼教授书中的一段论述：

“‘纯粹’的契约法基本上属于我们称作抽象关系的领域；‘纯粹’契约学说并不指导契约中具体的人和事的细节。它不会要求谁买谁卖，也不能告诉你买什么与

④ 《威灵斯顿论契约》初版于 1920 年，1936 年出第二版，现行第三版由 Walter Jaeger 教授修订于 1957 年出版。

⑤ 《科宾论契约》于 1950 年出版。科宾教授一直没有中断对该书的修订工作，直到本世纪 60 年代因健康状况欠佳使其不能继续从事这项工作为止。最先出版的几卷已作过全面修订且在其后再版过。

法学名篇小文丛

卖什么。去掉具体的人和物所具有的特质时，契约法就成了在与协议有关的法律中留存下来的抽象概念。

……古典的抽象契约法是现实主义的。与当时的社会相适应，契约法没有具体细琐的规定，也不凭藉社会政策来限制个人自治或市场自由。因此，它与自由的市场大致吻合。很明显，契约法巧妙地配合了 19 世纪自由经济的发展。因为这种经济类型也是抽象而非琐细的。从两者的理论模式看——契约法和自由经济——都把其当事人当作个体经济单位看待，它们在理论上都享有完全的自主权和自由决定权。

6

……契约法关注并为无调节（自由市场）的经济行为成果提供自由的保障。契约法主要通过包容和排除手段来扩展和限制其适用范围。与其覆盖的领域相比，规则本身的变化甚微。……严格说来，契约法不会有重大变革。因为它本身就是一个残缺不全的部门，其内容主要由法律中那些影响经济行为的方面来决定。所以，不同的交易类型都曾进入和退出契约的领域。在 19 世纪早期，随着其它领域的破坏，契约法渐趋庞大。……而在现代生活中，已发生了于契约法有重大意义的最富有戏剧性的变化。这种变化不是由契约法本身的内在发展所致，而是由于公共政策对契约法对象的系统性“掠夺”所造成的……例如，劳动法、反托拉斯法、保险法、商业规则和社会福利立法等。这些特殊形态的公共政策的发展，把原本属于“契约法”（就其抽象关系意义而言）范畴的许多交易和境况，划归到自己的调整范

契约的死亡

围之中。……”^⑥

以上是弗里德曼教授的论述。尽管我们在某些观点上与他的分析并不一致，但其关于契约法一般概念的论述却是我们应当保留的。另外，弗里德教授关于“契约法内容不定”的观点也值得接受。他认为，契约法是由所有“特殊”法律规定累加而成的，这些“特殊”法律规定高度抽象化，与古典自由市场经济理论有着密切的历史渊源关系，^⑦其理论框架与现实世界并无多少联系，不会随着现实世界的变化而变化。^⑧弗里德曼教授接着论述了契约法结构上另一个有意义的方面，即尽管绝大多数与契约法密切相关的法律领域在立法干预之下都实

⑥ 弗里德曼：《美国契约法》，第20—24页（1965年）。

⑦ 我认为弗里德曼教授所说的“19世纪的自由经济”即通常所称的自由放任经济。进一步讨论可见后面注⑧关于19世纪契约理论与“自由放任哲学”之紧密关系，Atiyah在其An Introduction to The Law of Contract at 3 (2d ed.1971)中亦有阐述。作者是在英国学习过的澳大利亚国立大学法学教授。有趣的是，这两位分别接受英国教育和美国教育的理论家，都各自独立地展开研究，却得出了相同的结论。Atiyah教授的看法和我以及弗里德曼教授的看法一致，即英美契约理论是一个相对近期的创造物。他说：“尽管英国契约法有许多都可以追根溯源于中世纪，但是绝大部分有关契约的一般原则却是在18及19世纪发展或精心设计出来的。”（见Id.at 2.）而Frans Worth教授对此亦有论述，见Legal Remedies for Breach of Contract, 70 Colum.L.Rev.1145, 1216 (1970) also stresses the relationship between contract theory and “the economic philosophy of free enterprise”；观the quotation from professor Farnsworth’s article in note⑧infra.

⑧ 或许“成长”和“发展”更能贴切地表达“变化”的内涵。一个理论之不能成长与发展自然就该死亡了——这是事实。

现了法典化，但长期以来契约法本身却仍在抑制法典化。^⑨这就是对为什么我们只有《契约法重述》而没有《统一契约法》的一种解释。

若问契约法应归属于何种法律领域，我估计，大多数人会将其归于商法领域。然而，原先仅调整商品关系的契约法，却已逐步超越了商品关系的领域，进入了明显的非商业环境之中。例如，契约法也涉及到调整慈善募捐、婚约、转让家庭农场（假如孩子答应赡养老人的话）等等。但是，凭本能我们感到商法仍是其核心，而且随着需要的发展，商业规则还可以广泛适用。

8

我们是在严格限制意义上使用“商法”这一术语的。对律师来说，商法指与商品销售和货物转让有关的法律，如买卖法、运输法、航运法；以及用以扩展信用和货物销售支付的票据法；还有所有有关个人财产安全保障的法律——涉及商品交易的安全和金融信誉。总之，商法产生于工业革命之后。在18世纪后期，才有了诸如买卖法、票据法等商事法律，此时还谈不上有契约法。在此之前，确有关于买卖和票据的案件，也就是说有契约案件。然而，案件是一回事，系统而独特的法律部门是另一回事。^⑩

甫一出现即形成一个新的法律“领域”并引起人们广泛兴趣，这种事在法学中并不多见。这种现象的产

^⑨ 弗里德曼，OP. Cit. Supra note ⑥，at 24.

^⑩ 我认为这就是 Atiyah 教授的观点，见 note ⑦ Supra，即英国契约法可寻“根”于中世纪，但其“一般原则”却决不存在于18世纪之前。

生，可以看作是对社会中政治、文化和科技系统戏剧性变化的回应。这是因为，法律，就其性质来说，除了在一定程度上受文化迟滞观念影响外，它反映的既不是过去也不是将来的情形，而是社会现实。比如，如果贝壳是流通物，那我们就会有一个详尽的，包罗万象的有关贝壳串珠的法律；如果贝壳不再是流通物了，那么有关贝壳串珠的法律就会渐渐消亡，并被人们遗忘。在商品出现之后，才产生了商品买卖法；依生产和销售状况而获取钱财的票据出现之后，也才有了对票据法的需求。商品和票据与传统的财产一样，都具有储藏财富的作用。社会需要是法律产生的前提，而法律的产生又能为社会需要提供保障。

事实上，法律的产生往往异常迅速。在不到半个世纪的时间里，我们称之为商法的主要轮廓已清晰地建构起来了，与其有关的大量详尽完备的附则也制定了出来。对我们这个时代的观察者来说，这些不同寻常的事情发生，是显而易见的。1837年，美国最高法院大法官约瑟夫·斯托里（Joseph story）代表一个委员会向马萨诸塞州政府提出一份关于普通法的法典化的报告。该委员会受命考虑“制定一部成文的、系统的马萨诸塞普通法法典的可行性和适宜性”。^① 斯托里在报告中认为，一部

^① 该报告见于斯托里法官之书，Miscellaneous Writings at 698 (W.W.Story ed.1852)。对于Story报告作出贡献的是其儿子威廉·怀特姆·斯托里，正是他编辑整理了他父亲的一系列文章并消除了其间的矛盾之处。

包罗万象的法典是“绝对有害且无效果的，因而是不足取的”。^⑫但另一个方面，在实体法的一些确定领域，其法典化则既是可能的，又是必要的。斯托里称作“商事契约”的那部分法律“显然属于这种情况”：

“……上个世纪，由于众多学识渊博的法官和法学家的共同努力，普通法已达到了科学般精密、准确和清晰的水平，并无可争辩地形成一个固定的国内法学体系。至于商事契约，我们可以断言，那些对其加以规则的一般原则及其细则，在很大程度上现在是能够纳入规则秩序之中的，这在已颁行的法典原文中已有明确规定。在这些契约当中，委员会的成员们特别提议将以下内容作为法典的主题，即：代理、信托、担保、保证、汇票、期票、保险和合伙等。也许，他们同样会建议制定有关远洋、近海和内河航运契约的法律，这些法律涉及对所有人、共有人、雇主、海员、船主和乘客的权利、义务和船主权力的规定；包括对船舶抵押款、船舶包租租约、提单和其他货运契约的法律规定，在这些规定中应有关于运费、共同海损、打捞费、海员工资等内容。……”^⑬

我建议读者特别注意斯托里所称“在法典原文中明

^⑫ Id. at 712.

^⑬ Id. at 730—31，在引证的一段报告中，Story 的确首先用明晰的语言提到了“契约法”，但其真正意思明显地是指现实中存在的一系列各式各样的契约，而不是指存在一个单独的契约理论。参见 note ⑩ infra from the “Advertise ment” to the second edition of William Wetmore Story’s *Treatise on the Law of Contract*.

确规定”的一系列主题。他认为，“商事契约”的范围也包括有关商业组织的法律——即今天公司法的雏型，但代理和合伙除外。汇票和本票的单独立法也在考虑之列。另外，金融和交易安全也需要对担保、保证、委托进行法典化。最后是保险（这里斯托里明显是指海事保险）和海运、船运法。后者对有关航运事项有着详备的规定。从这里可以看到，斯托里对“买卖”法未作任何论述。但时隔不久，新一代法学家产生了。而令人惊异的是，1848年在美国发表的第一篇论述买卖关系的论文，其作者便是法官斯托里的儿子——威廉·怀特姆·斯托里（William Wetmore·Story）。在那次孝顺行为（指其继承父业）之后，小斯托里抛弃了法律，转而在意大利终生从事雕塑事业。他有关货物销售的论文确实写得非常漂亮，而据我所知，他的雕塑亦不逊色。^⑭

在斯托里所处的那个时代，还没有概括性的契约法或契约理论。当时随着工业革命的发展，规制商业交易诸方面的独特的法律领域已经逐渐显现，并在社会生活和经济交往中起着极为重要的作用。确实，斯托里在其极富有创造性的工作中，写下了许多有关这些独特法律领域的论文，^⑮可他却从未想到过要写一篇关于“契约”

⑭ 略

⑮ 略