



论文精粹

[法学理论](#)[部门法哲学](#)[学术书评](#)[法苑随笔](#)[您的位置>>首页>> 论文精粹 > 部门法哲学 > 阅读正文](#)

> 论文精粹

刘承晔：契约法理论的历史嬗迭与现代发展——以英美契约法为核心的考察

发表于： 2011-12-19 22:08 点击： 351

【摘要】近代以来的契约法依次经历了以下三个紧密相连的理论阶段：古典契约法理论、新古典契约法理论和现代契约法理论。古典契约法理论是西方契约理论的建构期，首次型塑了契约法的完整体系结构和契约自由的精神理念；新古典契约法理论是旨在移除古典契约法弊端的契约理论改良阶段，它以《统一商法典》第二编和《第二次合同法重述》为经典文本代表，是西方现今主流的契约法理论；关系契约理论是契约法社会化浪潮的理论成果，是古典契约法“死亡”后有关市场交换之法理建构中最有前途的理论选择。西方契约法理论的历史和现实可为中国契约法治现代化提供了有益的借鉴和参考，对于中国契约法治现代化建设有着极其重要的理念价值和制度价值。

【关键词】古典契约法理论；新古典契约法理论；关系契约理论；中国契约法治现代化

近代以来的契约法理论可以划分为古典契约法理论、新古典契约法理论和关系契约理论三个阶段，{1}每个阶段契约理论的内涵、取向和规则设置都有很大的不同。包含在《法国民法典》和《德国民法典》中的大陆契约法是古典契约法理论的开创名篇，此种由“法国民法典之父”波蒂埃和德国“近代民法学之父”萨维尼等大师合奏的民法理论交响也代表着古典契约法理论的最高峰。古典契约法理论建构了近代契约法的体系结构和精神特质，为现代契约法的发展起到了奠基的作用；其后，古典契约法规则和理论逐渐丧失了对不断变化的社会经济的应对能力，社会要求对契约法进行调整与改良，美国《统一商法典》第二编和《第二次合同法重述》即其著例；再后来，随着法律社会化浪潮的出现，以外在视角观察研读契约法的方法兴起。关系性契约难题和契约法社会化浪潮因此引发了更多的全新契约理论创造，其中关系契约理论被认为是关于市场交换法理建构中最有前途的理论选择。

值得关注和思考的是，作为大陆法系精髓的法典编纂模式却意味着法律发展的结束，{2}或者至少是法律理论繁荣的终结。在古典契约法阶段之后，在欧洲大陆已经很难觅见像当年萨维尼、普赫塔、蒂堡和威尔克尔等法学家所进行的热烈而宏大的理论讨论。民法法典化导致了大陆契约法的自我封闭和反理论倾向(anti-theoretical nature)，相关学术研究止步于对法典条文的注释与解读，采取相对纯粹的概念法学或法律形式主义的研究方法，较少参考借鉴哲学、经济学等其他学科的理论资源，因此在现代合同法重大理论(grand theories)的创造发展以及对国际契约规则的贡献方面，英美法似乎要比大陆法更具优势，这一点甚至连欧洲大陆的学者也深受困扰{3}。

反观英美契约法，虽然其契约法系统形成较晚，但由于英美契约法(理论)始终秉持开放性倾向和多元化思维(尤其是美国契约法)，致力于规范与实证、法学与哲学、经济学、社会学等学科的理论统合，{4}从而在古典契约法阶段之后奉献出了诸多重大的契约法理论创新，并因此开创了古典契约法和现代契约法两个契约法理论阶段的新纪元，带来了契约法理论的勃兴，其中尤以梅因的“从身份到契约”、富勒的“信赖利益”、吉尔默的“契约的死亡”、阿蒂亚的“合同自由的兴衰”和麦克尼尔的“关系契约”等诸学派理论最为著名。所以，本文将主要以英美法的视角来观察和分析契约法理论的历史变迁和现代动向。{5}

中国民事法治尚处于建构期，契约法治相对成熟，但由于民事统一法典未定，关于契约法的历史阶段、精神特质、民商品格等诸方面都还有待探讨。契约法理论三个历史阶段的划分，不仅可以为我们展现契约法的发展历程和演化规律，还可以为中国契约法治的系统建构和未来发展提供参照标尺和模范样本。本文将依次解析古典契约法理论、新古典

契约理论和关系契约理论的形成和发展，分别阐述契约法历史嬗变的不同阶段、理论内涵及内在关联，追踪评论契约法理论在现代社会中的最新发展动态和未来发展趋势，在借鉴西方法治经验的同时，研究中国契约法治的困境并试图为中国契约法治现代化寻找出路。当然，在分析和借鉴西方契约法理论演化阶段的过程中，我们尚需不断提醒自己，各个契约法理论阶段虽有内涵取向等差异，但非完全对立，而是在相互承接和包容叠加中实现不断完善的渐进式发展的。

一、古典契约法理论：契约理论的形成与建构

18、19世纪的资本主义社会在思想解放和经济发展的双重作用之下逐步进化出了一般的契约法原则、理论和规则，形成了统一、抽象而合逻辑的稳定契约法秩序、体系和理念，这便是所谓的古典或传统契约法。在契约法的发展史上，古典契约法的形成是其最为重大的历史事件，因为它开创了契约法发展的全新局面。由于现代契约法在根本上仍然生存在古典契约法的基本模式和理论之下，因此如果没有一些关于古典契约法背景和渊源的知识，我们几乎不可能理解现代契约法。{6}

（一）古典契约法理论的形成：英国法的视角

在古典合同法形成之前，英国关于合同的制度、理论都是散乱而不统一的，合同法尚未成为普通法中一块独立的领地，它在很大程度上隶属于财产法和侵权法，例如英国法之父布莱克斯通卷帙浩繁的《英国法评论》中有关合同的论述只有区区40页。虽然合同法后来逐步摆脱侵权法和财产法的束缚，但仍没有形成一个逻辑一致和体系讲究的合同法律系统，更没有一个像样的体系化合同理论。然而，英国社会在最早开始资本主义的经济社会发展之后，急需一种韦伯所谓的高度“形式理性化”的合同法律制度，以便为从事工商业活动的资本家商人们提供一种可以预期行为后果并高度确定的合同法律规则。在这样的现实需求促动之下，英国契约法开始了自己的体系化和一般化之路。

首先，借鉴大陆法的立法思路和法学理论。由于制度缺失和理论积累的落后，早期英美契约法缔造者们把目光直接投向已经有着成熟契约法制度和思想的大陆法系。一方面，法学家边沁等人力主通过借鉴大陆法系的法典化立法全面改造杂乱无章的判例法，整编英国契约法。尽管未获成功，但在法典化立法思潮的影响之下，19世纪的英国还是在特定商业领域实现了法典化，{7}并在相当程度上帮助家庭法、继承法、合同法和侵权法等多个私法领域实现了对确定性和体系化的追求。对于古典契约法来说，这无疑是一种重大进展。另一方面，通过吸收波蒂埃等著名法学家的法学理论来为英国契约法体系化做好思想准备。波蒂埃被公认为近代债法理论的先驱，被后人尊为“法国民法典之父”，《法国民法典》契约制度的全部内容，几乎都来自波蒂埃的理论。{8}其契约理论的核心内容是提出了契约的合意理论并建立了契约法相对完整的体系，英国法律界通过借鉴波蒂埃的债法理论来整编法律和裁断案件，不仅接受了自然法的洗礼，也由此发展出了一套相对确定和一般化的契约法律规则，为英国契约法体系化的最终实现做好了充分的理论和思想准备，这是英国法律系统外部力量的结果。

其次，以普遍合同法观念统一合同法。从内部视角来，英国古典契约法系统化工程是在两位理论巨人威廉·安森爵士（Sir William Anson）和弗里德里克·波洛克爵士（Sir Frederick Pollock）的设计和创造之下最终完成的。他们首先提出了一种普遍合同法的观念，从而取消了各类不同合同的当事人之间的差别。因为在17世纪末18世纪初，英国合同法仍是关于各种“类型”合同的法律。人们签订的合同可以分为保管合同、租赁合同、保险合同、附条件买卖合同、运输合同、出售土地合同和个人服务合同等等许多具体类型，且只受到仅适用于该类合同的规则之约束。{9}因此，安森与波洛克取消各类合同差别、建立普遍合同法的观念非常重要，它确立了这样一种思想：合同法对所有人都是中立的，每个人都受到法律的平等保护。如果法律取消了商业合同与消费合同的差异，取消了贷款合同、雇佣合同、租赁合同之间的差别，取消了婚约和合伙合同之间的差别，那么那种只偏袒一方而反对另一方的家长式干预就很难站得住脚了。当然，这也是亚当·斯密之后的政治经济学家们一直鼓吹的观念。他们强调合同法应当一视同仁，所有的合同都建立在经济欲望—进行自由交换和价值增值交换—的基础上，所有的合同都应得到同等的支持和对待。{10}

再次，为合同法创设出新的结构和形式。古典契约法形成之前，不仅合同观念和 content 毫不统一，其结构形式也庞杂散乱。安森与波洛克的贡献就在于以理性的视角来观察和解释合同法。他们一改律师们对合同的实用主义的认识，以书面方式解读合同与合同法，将纷繁复杂的日常生活归结为若干种理想类型的交易活动，然后对这些不同类型的活动予以分析，并将其法律后果予以系统化处理，从而归纳总结出一般合同法的普遍原理。{11}当我们今天说起合同法的普遍形式的时候，我们都会很自然地想起一些术语。比如，说到合同订立时，就会想起要约与承诺、对价理论、建立法律关系的意图；说到影响合同效力的因素时，就会想到过错、虚假陈述、欺诈以及不当影响；看到合同条款、条件、保证等术语时，就会想到合同的终止、履行、合同目的落空或违约。所有这些都来自于安森和波洛克的贡献。今天，不仅英国学者在以这种方式思考，英国的律师和法官们亦是如此，他们最终还是放弃了原先那种缺乏形式和理性基础的传统，尽管在现代法律体系确立后他们仍然固守了很长时间。{12}自此之后，英国契约法完成了其体系化和一般化的过程，古典契约法理论得以最终确立。

从理论脉络上说，英美法中的古典契约法理论是在英国的安森（Anson）、波洛克（Pollock），美国的兰代尔（Langdell）、霍姆斯（Holmes）和威灵斯顿（Williston）等人逐代接续发展和演化中最终得以确立的，古典的一般化契约法理论以美国《第一次合同法重述》的出台为其最高潮，因此美国古典契约理论的演化和形成也具有重大历史意义。

首先，在哈佛大学法学院首任院长兰代尔的法律科学化和概念主义法学思想影响之下，美国合同法也开始了向古典契约法和契约理论迈进的过程，并逐步理论化、体系化和法典化。作为契约法新大陆的发现者，兰代尔在1871年出版了《合同法要论》一书，对合同理论作了系统的论述。书中的具体内容包括：对要约的承诺、拍卖竞投、同时履行的条件、停止条件、解除条件、对价、债务、请求、独立及非独立的契据和允诺、同意、通知、要约、条件的成就、要约的撤回、单边及双边的合同等等，第一次使得美国合同理论初步成为一个有自身逻辑关系的体系。{13}

其后，霍姆斯于1881年出版了《普通法》一书，其中也对合同法的一般原理进行了较为详细和系统的论述。霍姆斯是一位典型的实证法学家，主张客观地看待法律事物；同时他还是典型的实用主义者。因此，他一方面采用了奥斯丁的分析法学方法，并继承发扬兰代尔的理论体系；另一方面，他还从梅因的《古代法》中汲取了历史进化的思想，反对像兰代尔那样完全按照古代罗马法的模式改造英美法，主张从普通法本身寻找进化的因素。于是，霍姆斯就在普通法的基础上，运用科学分析的方法，总结出了美国合同法的基本原理。霍姆斯契约理论的最大特点就是强调契约的外在性，即契约必须具备一定的形式要件，按照一定的方式缔结才能产生法律的效力，否则就没有契约的存在，也更谈不上契约的责任。{14}其中最核心的外部性理论就是对价交易理论。

最后，兰代尔的另一位重要继任者是威灵斯顿，也正是通过威灵斯顿之手，美国古典契约法和古典契约理论最终得以形成。1895-1938年这段时间应该是威灵斯顿对于美国契约理论贡献最多的时间。就是在这段时间里，他担任哈佛大学法学院教授；努力起草国家统一的商业法律；出版了传世经典《合同法》多卷本；担任《第一次合同法重述》的报告人。正是通过这一系列的起草制定法、梳理合同理论和体系、重述契约法规则的工作，威灵斯顿也在继承兰代尔和霍姆斯契约理论的基础上最终确立了美国的古典契约理论。

当然，美国古典契约理论的最终成形应当以1932年《第一次合同法重述》的出台为其标志。美国重述的产生是为了实现法律的确信性和既有判例法灵活性的有机结合。因为根据当时的法律报告，美国法存在着不确定性

（uncertainty）与复杂性（complexity）两大痼疾，而导致此种缺陷的原因则主要有三个：法律人在普通法的基本原理上缺乏一致意见；缺乏对普通法的系统发展；缺乏对法律术语的精确使用。{15}在美国法学会看来，克服美国法上述固有缺陷、逐步提高美国法律的水平（确定性与简洁性）的方法就在于通过法律的重述来“澄清和简化法律”。澄清和简化法律是一个写进美国法学会章程的目标，并在1932年《合同法重述》诞生时再次得到休斯和威灵斯顿的强调。{16}总之，美国法学会旨在通过法律重述的形式来减少判例法的庞杂性，形成一套容易接受的规则体。{17}从而在保留判例法灵活性优良传统的基础上，追求法律的形式理性化和确定性，并实现社会正义。

就其内容而言，重述首先分章，每章又分节（topic），节下为基本条文（section），基本条文后有评论和举例（comments&illustrations）、报告者注解（reporters notes）、案例援引（case citations）等对条文的详细解释和说明，内容丰富浩繁，阐释详尽，实乃古典契约理论集大成之作。{18}重述体系严谨、逻辑清晰、理论深厚，完全展现了古典契约理论的魅力，并且重述还代表了美国契约法学界对大陆式的法典化与英美式的判例化模式的一种成熟的认知态度和取中调和的做法。

（三）古典契约法理论的构造与特质

1. 古典契约法理论的核心理念：契约自由

所有权绝对、过错责任和契约自由为近代私法的三大原则，而契约自由又是私法自治的核心内容。{19}古典契约法属近代私法重要分支，也秉承古典私法自治和契约自由原则，将契约自由视为古典契约法的核心理念。于是，契约自由原则的发展变化基本上就代表了古典契约法理论的演化脉络。正因为如此，英国法学家阿蒂亚所著《契约自由的兴衰》{20}一书才会引起两大法系契约法学者的共同兴趣和热烈讨论。大陆法学者所理解的契约自由通常包括是否缔约、与谁缔约、决定契约内容、选择契约形式、变更和解除契约的自由等诸项内容。而在古典契约理论形成时期的19世纪的英国，尤其是1830年以后，自由主义的理念确实也对合同法的发展产生了重大的影响。18世纪法官的家长主义主张在很大程度上被其19世纪的继任者批判和取缔。尽管我们今天不能确切地说出19世纪法官在使用“契约自由”这一概念时的真正含义是什么，但契约自由的思想至少包括如下两个紧密相连且并非截然不同的方面：第一，它强调合同基于双方合意；第二，它强调合同的产生是自由选择的结果，没有外部障碍，如政府或立法的干预。{21}尽管与大陆法的视角不同，但在契约自由内涵的理解上，似并无本质差异。

此外，作为古典契约法核心理念的契约自由并非绝对自由和不受限制的自由，这一点值得强调，以澄清诸多对于古典契约法和契约自由绝对性的误解。例如，早在古典契约法形成之时的19世纪之英国，契约自由就受到了一定的限制。首先，如果合同内容无视公共利益，法院会以其违反公共政策为由宣布合同无效。再者，立法在干预合同自由方面一直起着很大的作用，英国1831年的《实物交易法》和1845年的《博彩法》对合同自由的限制便是这方面的代表。

2. 古典契约法的哲学倾向：契约法的客观性与标准化 (objectivity and standardization)

古典契约法理论倾向于使法律的方法与科学的方法相吻合，存在一种明显的将法律等同于可见、可知和可验证的客观科学的哲学倾向，{22} 这便直接造就了古典契约法的客观性和标准化倾向。通常说来，如果一个契约法原则的适用直接依靠对客观世界状况的观察，那它就属于“客观的”契约法理论；而如果其适用依靠当事人不可观察的主观精神状态，那它就属于“主观的”契约法理论。标准化和个别化 (individualization) 是契约法理论的另一分类。如果契约法原则的适用依靠于一个抽象变量—而这个变量又与当事人意图或者特定的交易情况没有联系—那么就可以把这种契约法原则归入“标准化”的行列；而如果契约法原则的适用依靠与当事人意图和特定交易环境相联系的具体情形变量，那就可以将其归入“个别化”的范畴。{23} 英美古典契约法向来强调“契约法的正式性和外在性是契约法的全部特征”，对价交易理论、口头证据规则和合同解释的客观理论都是古典契约法客观性和标准化哲学倾向的明证。大法官霍姆斯在经典案件 *Raffles v. Wichelhaus* {24} 的评论中对契约客观理论做了详细的阐述，他说，一般认为本案中的契约是无效的，因为当事人对标的物的认识存在双方错误，他们对同一事情并没有达成合意。我认为，这可能是一种误导。法律与当事人实际的主观意志状态无关，主观意志通过外部行为表现出来，我们只能通过当事人的行为来判断他们的想法。{25}

3. 古典契约法的心理学假设：抽象平等的理性人

假设契约主体都具有抽象的平等人格是安森和波洛克所设计的古典契约法系统工程的基本前提。古典契约法理论对于契约主体，仅作极抽象的规定和假设，即将契约主体抽象为“人”。不管契约主体的国籍、年龄、性别、职业是什么，也不管他是具体的劳动者、消费者、大企业还是中小企业等具体类型，在古典契约法理论的视野中，都统统被抽象为“人”这一平等的法律人格。正是在此意义上，弗里德曼才将合同法称作“移除契约主体与客体所有特性的抽象物”。{26} 社会生活中千差万别的契约主体，经过“纯粹合同法 (pure contract law)” {27} 的提取，便被统统抽象为人人平等的契约人格主体。此外，古典契约法的抽象人格主体是“心理学上的理性行为人模型 (a rational-actor model)” 的另一侧面。根据这一模型，在面临不确定性而做出决定时，通过将所有未来的收益和成本折算为现实价值，行为人能将其主观预期效用理性地予以最大化。古典契约法的规则都建立在这样的假设之上，即抽象平等的行为人见多识广、熟悉法律，并且理性地行为以进一步增进他们在经济上的私利。这一模型可以部分地说明阅读义务规则和自由交易规则。由于行为人是抽象平等的理性人，所以对于其所签署的所有东西，他都是已经阅读过并理解的；此外他为自己私利所从事的理性交易行为，法院不会也不应对其公平性进行检讨，在不存在欺诈、不当影响等情况时，所有的交易一定是公平的。{28}

4. 古典契约法的法学品性：不证自明 (axiomatic) 与逻辑演绎 (deductive)

从法学的内在品性来说，古典契约法是不证自明和讲究逻辑的。首先，从本质上来讲，古典契约法是不证自明的。这是因为规则性命题 (doctrinal proposition) 都建立在“自证的”基础之上。古典契约法及其规则性命题并不需要基于道德、政策、经验等社会性命题来检验其正当性。{29} 其次，古典契约法还具有演绎性质。正如霍姆斯所言，不证自明的理论常与演绎理论相伴生，因为在演绎理论看来，至少有一些学理命题可以通过演绎推理从其他一些更为基础的规则性命题中推导出来。在霍姆斯看来，法学院秉持一种启迪灵感和信守逻辑相结合的方法。人们将法律的基本原理视作理所当然的权威，而不再探究他们的内在价值，于是逻辑便成为得出法律结果的惟一工具。{30} 古典契约法正是此种不证自明理论与逻辑推演理论的结合，其内在结构为：其中的一部分是一系列不证自明的基本法律原则，另一部分则是经由演绎推理从基本法律原则中推导出来的一系列次级规则。{31} 于是，将不证自明的法理与逻辑演绎的方法加以连接的性质便是古典契约法的重要特征之一。

(四) 古典契约法理论的固有缺陷

古典契约法理论的上述构造与特质，帮助古典契约法建构起自己的规则和理论阵营体系，但它也存在诸多缺陷，具体表现在：①随着社会经济的发展以及垄断的产生，由于当事人交易能力越来越不对等，信息也越来越不对称，古典契约法中的较为绝对的契约自由很难在现实中得到实现，当事人合意的地位下降，单纯契约自由已难以解释现实交易的合理性。②古典契约法中的抽象平等的理性人格的假设也不再完全准确。现实社会中的主体人格差异又开始出现分化，契约当事人所进行的交易也不可能是完全理性的交易行为。③古典契约法不证自明和演绎逻辑的性质也开始发生动摇。尤其是在作为大前提的公理开始受到普遍质疑，以及纯粹讲究逻辑演绎的法律形式主义受到经验法学和实用主义法学家的

批判之后，古典契约法理论就不再那么牢固了。^④随着社会分工的强化、经济交往范围的扩大，古典契约法理论的静态性、个别性和现时性也越来越不能体现现代经济交往的新发展，古典契约模式的解释力和说明力也变得越来越小，契约理论朝着动态化、连续性和未来性转变。总之，古典契约法理论是契约法形成和建构期的经典理论，它同样也有自己无法克服的固有缺陷，尤其是随着经济社会的不断革新发展之后更是如此。对此，阿蒂亚一语破的：“契约法的全部结构，连同它的先入之见和19世纪的学说，还不是十分严格和稳固的，以致不能期望它能对现在经济、社会各方面的压力做出应变。”^{32}

二、新古典契约法理论：契约理论的调整与改良

正是古典契约法的僵化、不连续、静态、演绎等诸种缺陷，才诱发了对古典契约法理论加以改造的运动，新古典契约法理论由此产生。所谓新古典契约法（neo-classical contract law），是指鉴于古典契约法在应对新的社会情势方面的不足，人们以“承认例外的方式”对古典契约法理论加以调整和改造，旨在加强契约法的灵活性和社会回应性的一种契约法律系统的总称。

（一）新古典契约法的思想基础：现实主义法学与“回应型”法社会学

首先，新古典契约法理论是现实主义法学渗透于契约法领域的成果。

现实主义法学，是当代法学理论界最值得瞩目的法学学派之一。它从霍姆斯的实用主义法学发展而来，由卢埃林、弗兰克等现实主义法学家完成其理论体系建构。自20世纪20-30年代出现一直持续到60年代，70年代以后又被行为法学、经济分析法学、批判主义法学等学派所继承，影响深远。可以说，美国的现实主义法学是20世纪美国本土最重要的法理学运动。^{33}现实主义的对手是那些以哈佛法学院为大本营、以原理之逻辑为中心的传统法学流派。他们批评传统法学流派（含古典契约法理论）陷入法律形式主义的泥潭而不可自拔，只知形式自由、逻辑演绎、抽象平等、规则确定而忽略法律在社会中的真实处境和命运，主张从关注“书本上的法”转向“现实中的法”，从关注法律规则的作用转向法官的司法活动，以对法律的实证研究得出可靠的结论和有效的改革方案。具体到契约法领域，法律现实主义批评作为古典契约法理论核心理念的自由是一种过分形式化的自由，在现实社会背景中越来越演变为一种不切实际的法律理想，它根本就未曾考虑到当事人社会行为的复杂性和经济权力的不公平分配诸问题。因此，受现实主义法学影响的新古典契约法理论代言人富勒对于威灵斯顿契约法理论的批评毫不留情：说到威灵斯顿教授的法学方法，如果问他在哪一点上开始放弃了通过法律反映社会利益，我相信答案是：从头开始。在他的著作中，从来看不到合同自由的依据，对价、要约与承诺的必要性等与社会利益的关联。他忽视了，起根本作用的社会需求不可能是完全按照逻辑演绎出来的，那不过是基于法律传统所构想出来的东西而已。^{34}总之，兰代尔、威灵斯顿等人的古典契约法理论在科宾、卡多佐、卢埃林等人的法律现实主义思想批判和影响之下，开始走上新古典契约法理论的改造之路。

其次，新古典契约法理论也是美国社会探求“回应型法”的具体成果。

现实主义法学不是新古典契约法理论的唯一思想渊源，它还受到了美国20世纪中后期回应型法社会学的强烈影响。上世纪60年代后期，美国社会发生了剧变，大量的社会问题导致了国家正统性的削弱，于是产生了用“软性法治”取代“硬性法治”的要求。诺内特和塞尔兹尼克所提倡的回应型法的模型，也正是对那一时代呼声的回应。^{35}庞德曾言，法律必须稳定，但又不能静止不变。……社会生活环境的不断变化，要求法律根据其他社会利益的压力和危及安全的新形式不断做出新的调整。^{36}法律稳定的目的是为了提供安全、秩序与行为的可预期性；法律的变化则是为了应对那些潜移默化之中不断挑战既定秩序的偶然、新鲜的经验、出乎意料的事物等等。以塞尔兹尼克和诺内特为首的“伯克利学派”法律社会学研究方法的宗旨，即力求能够说明法是怎样适应社会需求、解决现实问题的，试图在法律的稳定与发展变革之间保持一种平衡。他们的学术研究有着强烈的改革动机和应用倾向，与法律现实主义相类似，回应型法的生长动力同样源于古典自治型法僵化的规则中心主义和略显保守的司法方式，^{37}以便为解决各种社会问题提供法律对策。此种强调法律回应性的法律思想深深地影响了契约法理论的发展轨迹。这是因为新古典契约法也是美国当时政治和法律意识形态的具体表达，再加之新古典契约法理论核心人物之一的埃森博格教授也是加州伯克利法学院的成员，回应型法社会学理论当然会对新古典契约法理论产生深刻影响，最突出的体现便是埃森博格在回应型法学的基础上创造并阐释了“回应型契约法（the responsive model of contract law）”^{38}这一全新的契约法理论，有效地传承和发展了新古典契约法理论。

（二）新古典契约法理论的理念与内容

新古典契约法理论是当今契约法领域的中坚力量和主流学说，^{39}学术势力强大，代表人物众多。比如著名法学家阿蒂亚（Patrick Atiyah）、科宾（Arthur Corbin）、埃森博格（Melvin Aron Eisenberg）、吉尔默（Grant Gilmore）、法恩思沃斯（E. Allan Farnsworth）、富勒（Lon Fuller）、凯斯勒（Friedrich Kessler）、克卢曼（Anthony Kronman）等都是新古典契约法理论的力主者。有如此众多的大牌法学家的齐心倡导和协力拥护，新古典

契约法理论想不成为主流契约法理论都难。

从法律文本上来说，新古典契约法理论的典型代表是美国《统一商法典（简称U. C. C.）》第二编和《第二次合同法重述》。{40}《统一商法典》是美国统一州法委员会和美国法学会联合组织制定的一部示范法，由卢埃林起草，1952年正式对外公布，对世界各国的民商事立法产生了深远的影响，被誉为英美法系历史上最伟大的一部成文法典，其买卖编是融合法典法与判例法、法律现实主义与法律形式主义的新古典契约法的经典文本；《第二次合同法重述》则是法学家法恩思沃斯负责起草的另外一部新古典契约法的经典法律文本。它是在《统一商法典》和普通法的影响下对作为古典契约法代表的《第一合同法重述》加以修改基础上完成的。英国法学家特莱特尔（Sir Guenter Treitel）认为，美国《第一次合同法重述》、《统一商法典》和《第二次合同法重述》对《统一商法典》的吸收是20世纪合同法三大里程碑。{41}当然，《统一商法典》和《第二次合同法重述》之所以声名显赫、功绩卓越，主要在于它们承载和代表了当今世界主流契约法理论思想：新古典契约法理论。

新古典契约法理论的具体内容如下：

第一，注重对契约信赖利益的保护。

在异常著名的《合同损害赔偿中的信赖利益》一文中，法学家富勒提出了契约领域的三大利益学说：期待利益、信赖利益和返还利益。该学说不仅建构了当代契约法合同损害赔偿的基本理论体系，也引发了世界范围内的合同立法对信赖利益的保护。同时，它也直接影响了美国《第二次合同法重述》对契约当事人信赖利益的保护模式，在第90条明确规定了承载和规制契约信赖利益理论的允诺禁反言原则。{42}允诺禁反言原则是在传统对价原则基础上发展而来，主要为补足传统对价原则在处理某些特殊案型时可能导致的与公平正义相悖的后果，其制度价值主要体现在保障公平、伸张正义、防止机会主义、维护交易安全、补充法律漏洞等方面。总之，对契约期待利益的关注和保护是古典契约法理论的核心，但随着社会的发展，信赖利益也已经成为契约当事人重大利益之所系，值得法律认真对待。志在回应社会现实、弥补古典契约法不足的新古典契约法以覆盖并突出信赖利益保护为其标志，展现出其回应性和包容性特质。

第二，对法律形式主义的批判。

新古典契约法理论源于法律现实主义的理论思潮，对于古典契约法理论所遵循的法律形式主义方法有着天然的抵制态度。新古典契约法对法律形式主义的排斥遍布于新古典合同法中。首先，在合同成立方面，承诺必须与要约相一致的规则被修正乃至规避（U. C. C. 2-207），法院可以依据合同关系的具体情况来决定当事人最初同意的条款是否显失公平（U. C. C. 2-302）。其次，在新古典契约法中，“协议”绝不再是静态的，即使没有任何对价或信赖，合同也可以通过随后的协议包括“履约过程”得以确立或变更。再次，在合同解释方面，臭名昭著的“文义规则”被阉割了（U. C. C. 2-202评论（b））。{43}新古典主义者继续着加强作为社会制度的合同的努力，他们对司法和立法中的形式主义嗤之以鼻。卢埃林的工作似乎预示着形式主义的不断衰退，但在衰退变成现实的过程中始终遇到抵制，比如当稳定交易所需要的确定性和在具体交易中确保公平结果的愿望之间变得非常紧张时，不能从制定法或先例中寻求足够指南的法院会从法学者的著作中寻求帮助，如果仍然无济于事，法院便会回到形式主义的方法加以解决。{44}这是新古典主义理论所面临的最重大的挑战之一。

第三，显失公平和诚实信用等弹性原则的出现。

随着法律现实主义思潮的兴起，契约法理论将其关注点投向社会经济生活需要，进而将当事人未约定的“社会标准”引入契约关系中来。显失公平、诚实信用以及信赖等理论原则都是此种引入社会标准以因应社会变迁的重要步骤。卢埃林觉得，法院在解决契约压迫和不公平时，仅靠传统的欺诈、胁迫规定是不够的。为此，他在《统一商法典》中规定了显失公平条款，授权法院根据社会标准适时变更合同以避免显失公平。该规定使得法院能够准确地确定当事人之间实际存在的交易，极大地改变了要约承诺的“镜像规则”。除此之外，另一个设计用来解决法律形式主义导致不公平结果的规定是“诚信原则”。显失公平原则和诚信原则可以说是新古典契约法理论的核心内容。{45}它们在《第二次合同法重述》中也都有所体现。不可否认，新古典的思想、原则和方法在当代美国的立法和法院司法中留下了明显的印记。

第四，承认商业贸易习惯和交易惯例对于契约的重要作用。

新古典契约法的另外一项重大变化是，由只认契约法规则和契约条款到承认商业贸易习惯和交易惯例对契约的作用。在新古典契约法理论看来，当事人之间的协议不仅仅通过语言文字表示出来，还通过此前的交易过程、贸易习惯、履约过程以及其他关系性情形表现出来；单一的合同法理论被解构，代之以使得法院能更好地接近当事人“真实理解”的原则和指南；“合同”是按照当事人协议的法律效果来定义，不再受到纯粹技术性的限制；不再需要确定合同成立的确切时间；即使当事人未能明确表述合同条款，这也不再是致命的，只要当事人表示出受合同约束的意图，就具备了在违约的情况下提供救济的充分基础。上述新式内容已经初步认识到了合同固有的不确定性和关系性特征。{46}

(三) 新古典契约法理论的特质

1. 新古典契约法的主观性与个别化

上文有述，几乎所有古典契约法规则都是“客观的”和“标准化的”。古典契约法所采用的交易磋商原则、口头证据规则、客观解释理论等都属于标准化和客观化规则；而古典契约法所拒绝采用的显失公平原则、诚信原则和主观解释原则等又都属于个别化规则。{47}作为新古典契约法代表人物的埃森博格所创立的“回应型契约法”其实就是新古典契约法的别称，相对于古典契约法理论而言，新古典回应型契约法开始强调契约法理论从标准化与严格客观性向个别化与主观性的转换与过渡。以对价原则的变迁为例：在过去的五十年中，对价原则开始出现从具有狭隘标准化和严格客观性特征的对价交易理论向同时反映主客观内涵的丰富的个别性原则转变。例如，古典传统契约法认为，赠与允诺不能执行，即使它得到受诺人的信赖也是如此。现在它已经被如下个别性原则所取代：因信赖某允诺而做出的行为可以使允诺得到执行，如果其行为是由该允诺引发的（主观原则），并且是合理的（客观原则）；古典传统契约法还认为，放弃起诉某人的行为可以构成对价，但只有当该诉讼请求合理（客观原则）时才可以。取代该传统规则的现代规则认为，当行为人真心认为该诉讼请求合理（主观原则）或诉讼请求在事实上存在争议（客观原则）时，不起诉对方就可构成一个有效的对价。{48}新古典契约法的主观性和个别化哲学倾向昭然若揭。

2. 新古典契约法是规则和原则的混合

规则与原则的关系是法学中的重大理论命题。通常来说，原则是规则的灵魂，是规则的根本出发点，它为规则规定了适用的目的和方向；而规则是原则的具体化、形式化和外在化，其适用就是为了实现法律所确定的价值目标。对规则与原则关系的处理将直接决定法律的性质。从美国前后两次合同法重述中，我们可以清楚地看到古典契约法和新古典契约法在对待规则和原则上的不同态度。以一次重述为代表的古典契约法是典型的规则中心主义和法律形式主义系统，判决结果通常以对规则的逻辑演绎得出，法律原则只是极少数存在的规则的例外。相反，二次合同法重述就偏向于原则这种更富灵活性的法律标准，大大增加了原则在法律制度构成和适用中的比重和分量。比如，我们所熟知的允诺禁反言原则、诚信原则、显失公平原则等，都是此种讲究弹性标准和实质推理的新古典契约法理论精神的体现。新古典契约法将契约当事人利益置于交易背景和社会价值中，强调其可能需要与外部的社会政策协调一致。{49}而原则正是此种使法律制度与社会政策的联结变得容易的最佳方式。这便促成了新古典契约法兼具规则与原则的混合性质。

3. 新古典契约法对社会性命题的倚赖

规则性命题和社会性命题是埃森博格在其名著《普通法的本质》中提出的与普通法判决相关的两种命题。在他看来，规则性命题是指从表述法律规则的文本性法律渊源中容易找到或推断出来的命题。社会性命题是指规则性命题之外的全部其他命题，如道德、政策、经验，普通法的基础就在于道德规范、政策和经验，并将这三者统称为“可适用的社会性命题”。现代法律和司法关注的问题主要在于如何处理规则性命题与社会性命题之间的互动，以及社会性规则必须符合什么标准才能被用于建立法律规则。埃森博格认为，所有普通法案件都依据一个统一的方法论进行判决，按照这种方法论，社会性命题在法院择定其创立的规则以及这些规则被扩张、限缩和适用方面都具有重要作用；普通法不是由规则性命题构成，而是由通过适用支配着普通法审判的制度性原则而生成的法律规则构成。{50}正因为如此，古典契约法理论模式下的契约法规则才是不证自明和演绎的，不需要借助规则性命题之外的道德、政策和经验等社会性命题来验证其正当性。而新古典契约法理论则更加正视现实，视野也更加开阔，它意识到了古典契约法及规则性命题的狭隘和偏见，主张从契约法规则外部寻求契约法的正当性，突出了契约法的开放性和对社会性命题的倚赖。

三、契约法社会化与关系契约理论

(一) 契约社会化与“关系性契约”难题

传统契约法视野中的契约关系为个别性契约，强调契约当事人数量的有限性、交易目的的单一性、意思自由与个人利益最大化、权利义务的可预期和确定性、契约关系的相对性和与第三人的无关性等特征，契约关系简单而清楚。但随着经济社会组织的大量涌现、社会化大生产的不断扩张以及经济交易的日益复杂化，原来简单清楚的契约关系因契约理念、契约主体、契约内容变动的影响而变得模糊、不确定而复杂，契约的关系性特征愈发明显，契约关系社会化了。具体体现在以下三个方面：

第一，契约理念变动引发的契约社会化。契约自由是传统契约法核心理念，它讲究契约当事人的人格独立和自由意志，不受对方当事人和第三人的影响和非法干预。但随着社会经济的发展、社会分工和交换的强化，阻碍契约自由的权力、等级和命令也大量出现，格式合同即其著例。格式合同易为当事人所滥用，从而使得“合同自由变成提供格式合同大公司的单方面特权”，最终导致我们社会正在经历一个从“契约到身份复归”的过程，{51}契约自由由此衰落。契约自由的衰落，进而使得契约关系对当事人的束缚开始加强，第三人这种本来完全隐没在契约关系背后的力量也开始走向前台，囊括契约当事人、普通第三人、社会组织乃至国家的契约关系大大复杂化了，“关系性契约”难题随即出现。

第二，契约主体变动引发的契约社会化。现代契约法在维持古典与新古典契约法抽象平等理性人格假设的同时，又从抽象的法人格中，分化出若干具体的法人格。其代表的例子是劳动法上形成劳动者的具体人格，使雇佣契约的主体成为服从团体法理的劳动法的主体。中国合同法中也注意区分经营者之间的关系、经营者与消费者之间的关系。{52}上述具体契约法人格的登场在一定程度上解构了抽象理性人格假设，将原来较为简单的契约关系通过具体社会人格或“作为关系性存在物的社会人格”{53}而复杂化了，引发了契约法适用上的关系性难题，即契约当事人的权利义务会因为主体人格的具体化而发生多大的不同？

第三，契约内容变动引发的契约社会化。现代契约关系不是当事人通过面对面的谈判而缔结的，更多的是在科层组织和官僚体系的结构中组织起来的，其背后是渗透到科层组织和官僚体系之中的众多的利益相关者。但是，组织听命于利益相关者的整体，并不听命于利益相关者个人，就每一个利益相关者来说，他既是制定契约的力量，又是契约的被迫接受者，正是这种共同参与和个别接受的矛盾关系，才使得作为契约内容的当事人权利义务关系社会化倾向明显，对于此种高度社会化的复杂契约关系，传统的民法制度也无所适从。

总之，契约关系已经不单单是当事人交易磋商的结果，合意也不再是其承担法律责任的唯一凭据，契约已经成为包括当事人合意在内的多种社会因素博弈的结果，契约关系已经高度社会化，此时的契约已经具有了承载多重社会关系的能力，传统契约问题在现代也已经转化成与契约相关的“关系性难题”。

之所以称作“难题”，是因为传统契约法规则无法有效应对契约关系社会化所带来的挑战，不管是建构期的古典契约法还是调整期的新古典契约法都无力解决契约社会化的法律问题。古典契约法自不必说。新古典契约法尽管以承认例外的方式对古典契约法做了诸多修补，并注重回应社会现实，也初步认识到了契约的关系性特征，但新古典只是古典的一个亚种，它在法律理念、体系结构和核心内容方面都没有超脱出古典契约法的理论范式。它仍然是基于个别性契约交易，不过是对关系做了许多让步，它常常能够适当地处理契约关系中更为个别性的问题。但是，当个别性和关系性原则发生冲突时，新古典契约法就缺乏任何压倒性的关系性基础，也就缺乏解决关系问题所需要的应变能力。{54}于是，新古典契约法同样不能成为解决关系性契约问题的首选。

（二）社会化的契约法理论方案的兴起

既然古典和新古典契约法都无法解决当今契约关系日趋社会化的难题，因此就需要在契约社会化的背景下寻求全新的契约法理论方案和理论模式。传统契约法理论把契约的社会背景关系全部从法的世界中驱逐，致使重多的利益裸露于法律之外，以致最终死亡，因此契约法社会化理论立足于克服古典和新古典契约法的这一病因，主张契约法应是一个开放的体系，力图把曾经被传统契约法所抛弃的社会现实背景重新纳入法的世界。{55}在契约社会化理论中，契约关系不仅仅是基于当事人允诺和书面约定而建立起来的法律权利义务关系，更是以契约约定和契约社会背景为内容的一种社会关系。自此，契约法理开始发生根本变化，从全面统治两大法系的新旧古典契约法理论转向强调契约之社会基础、社会背景和社会根源的社会化契约法理论，以为解决当今社会关系性契约难题提出具体的解决思路和方案。

1. 吉尔默的“契约死亡学派”（death of contract）

1970年4月，美国法学家格兰特·吉尔默在俄亥俄州立大学法学院作了一个讲演，题目叫做“契约的死亡”，然后将讲演稿整理出版，这就是使世界法学界震惊的《契约的死亡》一书。这本书的开头写道：“有人对我们说，契约和上帝一样，已经死亡。的确如此，这绝无任何可以怀疑的。”{56}在吉尔默看来，19世纪晚期契约一般理论迅速形成之前，侵权一直是引起民事责任的主要因素，在当时，契约之债与侵权之债呈融合趋势。而当“对价”等古典契约法的核心准则走向消亡的时候，这种融合状态就再次重现。吉尔默认为现代契约法的发展表现为契约责任为被侵权责任这一主流融合，契约法为侵权行为法吞并，或者他们二者都被一体的民事责任理论合并，有关契约关系问题的处理也将交由合并后的民事责任理论和制度。古典契约法领域中的那种纯粹规制当事人之间关系的契约概念开始土崩瓦解，并逐步走向开放。

2. 肯尼迪等人的“批判法学运动（CLS）”

批判法学的主要目标是构成市场机制的合同和财产制度将所有的法律推理都描述成神话，批判法学努力证明任何合同法的规则、原则或标准以及其他学说都可以被社会所“解构”。并且在摧毁了现存制度架构后，批判法学不愿意提出作为替代的制度设计。当然，与契约死亡学派一样，尽管批判法学在法学杂志中被千万次地提及，但在案例法中它几乎完全被忽略了。{57}但无论如何，批判法学运动的学者还是为契约法理论的创新和开放性提供了营养，开启了思路。

3. 麦考利的合同之经验理论（empirical theories）

合同经验研究学派的鼓吹者为麦考利教授。麦考利教授于1963年发表《企业中的非契约性关系的初步研究》一文，宣告了正统契约法的死刑，他从经验素材中发现，在20世纪50年代中，美国的实业活动约近3/4是基于非契约性关系的，而契约的详细规定对于市场经济秩序并没有实质影响，当事人对于契约法文本和书面契约也并非像我们想像的那样

重视，他们更重视的是长期商业关系的维系。由于上述研究发现同样具有宣判正统契约法死刑的效果和社会影响，因此麦考利被吉尔默等人戏称为“合同死亡的高级刽子手”。

总之，在解决关系性契约难题的需要下，在法律社会化的浪潮激荡之下，各种法社会学契约理论应运而生，但真正具有划时代意义的契约理论创造却是下文所说的关系契约理论。

（三）关系契约理论：契约法社会化运动的最强音

关系契约理论是美国法学家麦克尼尔的毕生杰作。麦克尼尔曾师承美国著名法学家富勒，其所创造的关系契约理论被公认为是自古典契约法“死亡”后有关市场交换之法理建构中最有前途的理论选择。{58}关系契约理论的核心意旨是从社会学的外在视角，对契约效力的正当性进行全新的解释和说明，将契约背后的社会关系推向契约效力的前台，为受到批判甚至被判死刑的古典和新古典契约法理论寻找全新的替代方案和理论模型。

首先，提出了全新的契约概念。

麦克尼尔将“关系”概念引入到契约法中，给契约下了一个与古典和新古典契约法理论完全不同的定义：契约不过是有关规划将来交换过程的当事人之间的各种关系。在这一全新的概念中，契约已不仅仅是传统契约法所谓的当事人交易的协议或合意，它还包括命令、身份、社会功能、血缘关系、官僚体系、宗教义务、习惯等多种社会因素和社会关系。而“交换”也不仅仅指个别性市场交易，还包括社会学意义上的“交换”。{59}交换中多种因素的渗入使得契约成为涵括多种社会关系的一种连续性程序。因而，麦克尼尔的契约在时间轴中不再仅是一次性的交易，而是指向未来的长期合作；在空间轴中也不再是“合意”这一个点，而是发散深入至交换得以发生的各种社会关系。在麦克尼尔看来，作为古典契约核心的当事人最初的合意在关系契约中只是启动契约之车行驶的发动机而已，而之后契约之车如何行驶则要依赖于不断变化的各种社会关系这个方向盘。{60}一个动态的、以关系为核心的全新契约概念由此而生。

其次，创设了全新的契约效力范式。

传统契约法理论将合意作为契约效力的根源，但在现代社会，仅仅通过合意这一范畴已经不能适当解说契约效力的正当性，也不能有效把握当事人之间契约关系的整体结构。为了更好地诠释和把握契约约束力的正当性，麦克尼尔将契约规范分为两个不同的层次：一为契约的内在规范，一为契约的外在规范。契约的外在规范为社会对契约所规定的各种形式的措施，包括但不限于作为实证法的契约法；契约的内在规范为在契约实践中产生的规范，是契约实践中的“活法”。因而当发生契约纠纷时，裁定契约当事人权利义务的依据不再只是当事人的意思和具体的实证法，而是要到存在于契约背后的社会关系和共同体的规范中去寻求依据。{61}内部规范和外部规范的二元划分之所以重要，是因为此种划分以最为鲜明的姿态阐释了麦克尼尔契约效力理论的社会性和开放性。并且，只有将非法律的社会制裁之存在考虑进去，才有可能真正理解麦克尼尔关系契约理论和契约效力理论的功能。

再次，阐释了全新的契约理念：契约团结和权力相互性。

新古典实用主义者倾向于把契约交易理解为仅仅是增进个人效用的工具，其对社会团结毫无价值，有时还会损害社会团结。正是此种对交换的狭隘理解把契约团结和权力相互性这两个契约法中最为重要的内容当成了“不太重要的琐屑之事”。但在麦克尼尔看来，契约团结和权力相互性则是如此重要，以至于被他称作“契约中激发人性欲的领域”。{62}在麦克尼尔看来，以人利己性为基础的完全孤立、追求功利最大化的个人之间的“契约”不是契约而是战争，此种片面的契约理念不利于社会合作和社会团结的增进。但以人的利他性为基础的强调契约团结和权力相互性的关系契约理念则为人与人之间的合作、社会团结的增进和社会规范（social norm）的施行提供了可能性，也符合美国现实社会发展的需要。因为在麦克尼尔理论提出之时的美国，存在极端个人主义和自治共同体这二者相互依托的社会现实状况，麦氏的关系契约理论不仅是对古典契约法的一个冲击，也是对美国整体社会现实问题的一种回应。{63}可见，麦克尼尔的关系契约论不仅仅是一种提供不同契约法源和契约效力根源的理论，其承载着实现社会有机团结和谐发展的更高理论追求。

总之，与吉尔默的合同死亡学派、肯尼迪的批判法学派、麦考利的经验研究学派和阿蒂亚的信赖学说等学派不同，麦克尼尔的贡献不仅仅是去宣布古典契约法的死刑或揭露古典法在商业正式救济中的“无用性（non-use）”，{64}而毋宁是，他试图从外部社会的视角来解释古典法所表达哲学的不足造成了契约理论的不连贯和经验的不相关，并试图建构一个连贯的、相关的、具有革命意义的全新契约理论替代方案，这便是被季卫东先生戏称作“为陷入困境的古典契约法之起死回生而走关系的后门”的关系契约理论。

四、关系契约理论的价值：中国契约法治现代化的思考

（一）关系契约理论的宏观理念价值：共时性发展解决历时性任务

从古典契约法理论到新古典契约法理论再到关系契约理论的三阶段现代化过程，是契约法为了适应不断发展的经济、社会需要而做出的调整和改变，三个阶段并非对立或完全取代关系，古典规则、新古典规则和关系契约规则完全可

能共存于现代契约法的体系中，新古典契约理论和关系契约理论为现代社会契约纠纷的解决提供更为开阔和多元的理论基础和制度选择。当然本文集中关注的西方契约法三阶段演化之路可清楚地展现出契约法发展的宏观趋向和进化规律，有助于中国契约法治现代化方向和进路的选择。也正是由于契约法每个理论阶段的内涵、取向和规则设置有很大的差别，中国契约法治才可以从西方契约法理论的历史变迁和现代发展中吸取大量的知识营养和制度资源，其中最首要的价值是可以为中国契约法治改造提供如下有益的宏观理念：①现代契约法以一个具有建构功能的高度形式理性化的古典契约法规则为基础；②以关系契约理论为代表的契约法的社会化是现代社会的现实，我们迫切需要根据社会现实对古典契约法进行调整和适应；③古典契约法与关系契约等现代契约法理论虽有矛盾，但逻辑层次不同，因此并不是完全对立和相互排斥的。西方契约也是在不同阶段契约思想的叠加和包容中实现渐进式发展的。

因此，中国要实现契约法治的现代化就必须既要有古典契约法基础的支撑，又要紧跟时代潮流，直面社会新发生的现实问题。但需要注意的是，由于历史和现实因素的制约，中国契约法治的现代化之路必定与西方有着很大的不同。西方契约法从古典契约理论到新古典契约理论再到关系契约理论的历史发展，是一条历经一二百年的、自生自发的、常规的、循序渐进的历史进化之路，以不同的契约法理论来解决不同社会阶段的任务。而中国真正意义上的契约法治从20世纪80年代才得以开始，我们既需要从零补课，以《合同法》和《民法典》来建构古典契约法规则，打好现代契约法治的基础，又需要开拓创新，应对社会新问题并及时跟上西方契约法治的最新发展潮流。用短短三十年来完成西方一两百年完成的任务，其任务之艰、难度之大自不待言。不管是建构一个完备的古典契约法制度体系和理论观念、应对契约社会化的挑战、理顺身份与契约的现代关系，还是在民商合一的背景下有效区分商事合同与消费合同、克服契约法解释和适用中的过度商化和商化不足的固有弊病等突出问题，都在相当程度上设定了中国契约法治现代化的难度。因此，与西方诸国不同，中国契约法治现代化的出路是，以中国契约法共时性发展道路（在建构古典契约法规则的同时也注意契约法的社会化取向）来吸收和借鉴西方契约法一百多年历时性发展的所有有益成果。

（二）关系契约理论的微观制度价值

契约法理论并非只是空洞而抽象的文字游戏，它对于契约法的建构和发展有着重要的制度价值和实践意义。作为现代契约法社会化运动之重要成果的关系契约理论，同样也不例外，其制度价值和规范意义主要体现在以下几个方面：

1. 为长期关系性合同提供适用范式

个别性合同（discrete contract）与关系性合同（relational contract）是麦克尼尔对于合同的基本分类，其关系契约理论就是建立于关系性合同概念的基础之上。在麦克尼尔看来，个别性合同是指当事人之间除了单纯的物品交换外不存在任何关系的合同，是古典契约法的契约原型。比如麦克尼尔和经济学家威廉姆森都曾提到过的个别性合同的极端例子，{65}因旅游而跑到一个很偏僻地方的加油站去加油或去商店买一瓶当地烈酒的交易，都是典型的个别性合同或一锤子买卖，当事人之前没有任何关系，此后这辈子也不会再发生任何关系。个别性合同交易的特点是时间短、范围有限，当事人甚至连一句话都没说过。但现实中，这种极端案例非常少见。并且仅靠个别性合同也难以满足现代工业社会的需要。现代工业社会依赖于大规模的资本投资，既需要长远规划所提供的稳定性，也需要灵活性以处理持续不断变化的形势。其结果是，强调长期合作性、当事人关系复杂性和社会背景的嵌入性等特征的关系性合同占据了合同交易的主导地位。{66}为此，麦克尼尔特别进行了实例说明：

一个冶炼厂和煤矿签订这样的一个（关系）契约。合同约定，冶炼厂购买一年中所需的所有煤，具体价格按季度根据伸缩条款（escalator clause）进行调整。该伸缩条款是根据指定的市场确定的；除了伸缩条款外，还有一个规定：如果一方当事人对价格不满意，当事人同意商量确定一个新的价格，在达不成协议的情况下，交由X作为仲裁人确定一个公平合理的价格；双方订立的契约期限是20年而非1年；契约要求煤矿定期地向冶炼厂提供大量的各种成本信息；允许冶炼厂专家监督采煤活动；在购置新设备、改进管理方法等方面，接受来自冶炼厂的建议。煤矿和冶炼厂也可能一致同意建立一条从矿场到冶炼车间的输送带系统，平均分担成本并共同运营输送带系统。作为交易的一部分，冶炼厂提供给煤矿5年的贷款用来支付煤矿应当承担的建造输送带的部分成本，而且，为了满足其他贷款人的要求，为煤矿为了建造输送带而借的20年抵押贷款提供一半的担保；冶炼厂向煤矿的支付是换取煤矿20%的股份而不是贷款；冶炼厂被保证在煤矿的董事会中有两个席位。{67}

从上述实例可以看出，冶炼厂和煤矿之间的关系交易包含了数量和价格都不确定、时间是长期持续性、并共同建设煤炭运送系统的买卖合同，包含了冶炼厂向煤矿的贷款合同、为煤矿其他贷款提供的担保合同，包含了冶炼厂想通过对煤矿持股和获得两个董事席位的关系而控制煤矿的交易目的等。实践中大量存在此种时间很长、关系复杂、目的多元的关系性合同，合同关系的复杂化也进而影响了当事人之间的信赖、合作和责任关系。这一点与古典契约法所依托的个别性合同截然不同。

古典契约法强调合同内容和合同法规则的确定性，不管是合同的成立、合同的生效还是合同的责任都严格依照合同

约定或合同法规定进行。比如，在大陆法系的合同法中，一项要约或合同要有效，其内容必须要具体确定。通常所说的要约或合同内容的具体确定，是指要约或合同条款的确定性，这些条款通常包括标的、数量、质量、价格等核心内容。在古典契约法看来，如果一个合同中的上述条款是不确定的，那么该合同对于当事人的约束力就值得怀疑。但关系契约理论却突破了传统契约法的效力规则模式，合同数量、质量、价款、期限等传统合同核心要素和必备条款的模糊与不确定并不会导致合同效力的缺失。古典契约法不愿承认合同中开放条款的效力，对于包产出合同（output contract）、包需求合同（requirement contract）、尽最大努力条款（best effort term）、无固定期限合同（employment at will）等等高度不确定的条款，不承认其效力。而这恰恰是关系契约理论对于传统古典契约法的突破和超越，也是关系契约理论重要的规范价值和制度贡献点。关系契约理论对合同开放条款的承认，不仅丰富了合同成立与合同效力的弹性，更重要的是“为社会政策、公法规定、道德规范等社会命题进入合同关系预留了切口。”{68} 尽管中国缺乏关系契约理论的系统介绍评论，中国99年合同法鼓励交易之宗旨却也与关系契约理论的内核相暗合。毋庸置疑的是，美国的关系契约理论在上述几个方面可为中国长期关系性合同的法律适用提供一种合理的范式。

2. 为一般合同法与特殊合同法之关系提供平衡范式

关系契约理论的另一重要制度贡献在于它拓宽了合同与合同法的范围，把经典的现代合同法理论中无法容纳的或者已经排挤出去的合同形态—例如公司法、劳动法、婚姻法中的合同关系—再找回来，在动态的层次上给予统一的说明和规范，这也是麦克尼尔试图将其关系契约理论建构成一个全新的一般化合同法理论的成果。当然，关系契约理论与过分抽象、形式化的古典契约法不同，其一般化并没有丧失对特殊合同法的关注，在以关系契约统摄各领域特殊合同的同时，也非常注重对这些具体特殊合同关系的动态说明和规范。比如，对“集体谈判协议、雇佣合同、家庭经济关系、公司合同、养老金协议、区分所有权协议、建筑工程合同、电脑租赁合同、租佃合同、特许经营权协议，以及消费者合同等具体合同领域”{69}的分类和统摄，就是想通过对契约问题实行“碎片化”（或者说是发展出一般合同法的次领域（subfield），（Feinman教授语）{70}和具体化的处理方式，让相对统一的关系契约理论在合同法领域取得更有规范意义或制度意义的进展与贡献。因此，关系契约理论为一般合同法与特殊合同法关系之处理提供了一个优秀的平衡范式：即要兼顾合同法的共通原理和特殊类型的合同关系的结合应用。

当然，在一般合同法与特殊合同法现实应用关系的处理上，麦克尼尔之所以还要去建构一个一般化的关系契约理论，其原因主要在于，受实用主义哲学思想和判例法传统的影响，英美契约法并没有完全陷入过分抽象和教条主义的泥潭，契约理论的系统化和一般化工程甚至尚有不足，以至于我们经常会听到那些教授合同201（货物买卖）、合同202（票据）、合同307（债权人权利）、合同312（劳动法）、合同313（公司）以及合同319（贸易规制）课程的美国教授说：存在合同这种东西吗？回答是，不存在。他们说，有的只是货物买卖、票据、担保和破产、集体谈判、保险、不动产交易以及众多其他特殊合同种类，但不存在一般意义上的合同。{71} 因此，建构一般化的关系契约理论其实符合了美国合同法特殊形势的需要，因为其商事合同、消费合同、建筑合同、土地合同等历来都保持着自己的独有规则和制度系统。

当下中国的情况则完全不同。过分强调理性主义的立法思想和民商合一的特殊法律体例，导致中国合同法的形式化、教条化和空洞化日益严重。简单来说，中国合同法存在“抽象有余、具体不足”的严重弊端，大大影响了合同法规则和制度的应用范围和实践效果。因此，去一般化，强调特殊化、具体化和类型化似乎应当是中国合同法治现代化的首要任务。在这方面已有学者做出过富有意义的研究探索，比如张谷教授在其文章中提出过“中国统一合同法由于不区分民事合同与商事合同，存在‘过度商化和商化不足’的问题”，{72} 薛军教授也在充分研究欧洲正在经历的民事特别法兴起和“解法典化”趋势之后，提出过“企业合同”的概念。{73} 他们都主张应当对中国统一化的合同法进行特殊化、具体化和类型化的处理，以解决具体适用中的针对性和恰当性问题。受益于他们的分析，笔者主张通过如下大纲性的合同类型区分方法，实现中国统一合同法在现实适用中的特殊化和具体化：

（1）区分商事合同与消费合同（非商事合同的典型）。因为二者在主体理性程度及交易的假设、过错责任负担、格式条款解释适用、合同效力的稳定性、违约金调整、惩罚性赔偿责任等几个方面都有重大差别。

（2）区分动产交易合同与不动产交易合同。因为二者在所有权变动方式、合同有否实质履行（substantial performance）的判断以及违约责任的承担方式（比如强制履行规则能否适用）等方面都也有很大不同，需要区分适用。

（3）即使是同一类型的合同，也要区分具体情形。比如，在房屋租赁合同中，一般的民事租赁与租房从事营利活动的商事租赁，在承租人能否享有优先购买权等特殊权利保护问题上，就有很大不同，值得注意和区分；同样，在提供劳动的合同中，现代劳动合同与一般雇佣合同在雇佣方违约解除合同的赔偿标准、受雇人可否享有一些特殊权利（如要求签订无固定期限合同）、雇佣方有无义务提供最低工资标准、劳动条件和社会保障等方面，也存在根本的差别，因此

有区分的必要。

3. 为合同的司法裁判提供语境主义的方法论范式

除了上面两项实体方面的制度价值外，关系契约理论引入语境主义方法论，为现实司法裁判带来了一种实质主义的方法论，从而与古典和新古典合同法的法律形式主义方法论相区分。此种“实质主义方法论”既打破了经由设计适用于特定群体的法律规则的一般性，也挑战了强迫法院在解释法律过程中采取形式主义法律推理的封闭性”。{74}同时，也为法官们提供了解决合同法难题的全新法律价值导向。从以前单纯的法律形式主义逻辑推理到现在注重法律背后的社会事实和社会价值的语境主义和现实主义方法，并将纠纷的处理过程也纳入到了实体法的视野，这些做法和内容不仅拓宽了合同法律实务的思路，还提高了合同法的妥当性和社会适应性。

经由关系契约理论带来的语境主义方法论已经时常出现在美国合同案件的司法裁判中。比如在Foley v. Interactive Data Corp. 案中，Broussard法官就论证道：“男人或女人不只是为了金钱而雇用；工作是身份，是名誉，是一种界定自身价值和社群价值的方式……简言之，在现代工业化的经济中，雇佣对个人的存在和尊严至关重要。” Kaufman法官也指出：事实上，我想不到任何关系还有比雇主和雇员之间的关系中一方更信赖另一方、更依赖于另一方、一方更易于受到另一方滥用权利的伤害。而且，具有讽刺意味的是，随着雇佣期的延长，雇主和雇员之间经济权力的不平衡会更加严重。雇佣时雇员所具有的任何谈判力量和可交易资本随后都会减少。市场？对于被解雇了的在同一工厂工作了25年的工人或同一公司工作了25年的中年主管人员来说，哪还有什么市场存在？财政保证？任何人都不会对如下观点产生争议，即雇佣只是部分为了财政保证以及其所意味着的餐桌上的食物、遮风避雨之所、衣服、医疗照顾、孩子的教育……非常明显的是，人的工作不仅仅涉及谋生，对很多人来说，工作说明了他们的身份，他们的自尊，他们的所有。非常确定的是，不当的和恶意的破坏雇佣会产生十分严重的精神悲痛。{75}

总之，关系契约理论带来了司法方法论上的革命，法官们开始注意将语境、道德与法律的主张紧密结合在一起，抛弃了古典合同法严格根据规则和案件事实演绎推理得出结论的方法论，法律实用主义和语境主义的推理模式已经在很多法院得到应用。{76}经常陷入教条化和形式主义困境的中国民商事审判，又何尝不需要此种讲究实质推理、注重与社会现实结合的语境主义方法呢？

【参考文献】{1}See Jay M. Feinman, Relational Contract Theory in Context, 94 Nw. U. L. Rev. 738-740.

{2}Andreas A. Gazes, Reflections on the Heyday of Law and Legal Science, 2. 1 Kritike Epitheorese 13, 1995, 20.

{3}Aristides N. Hatzis, The Anti-Theoretical Nature of Civil Law Contract Scholarship and the Need for an Economic Theory, in Commentaries on Law&Economics, Vol. 2, 2002.

{4}从美国近二十年的法学杂志和法律评论中可以看出，关于纯粹合同法规则和教义的研究已经非常有限，而且即使有，也大多出现于排名非常靠后的法学杂志的“法律发展和法律概览”和法律评论学生编辑的评论与注释中。同上注。

{5}当然，这并非意味着大陆法系契约法不存在自古典向现代的历史演化过程，只是作者以为英美契约法几个阶段的演化之路更为鲜明，更具代表性，本文也因此以英美契约法为论说之中心。

{6}参见（英）P. S. 阿蒂亚：《合同法导论》，赵旭东等译，法律出版社2002年版，页7。

{7}如1890年《合伙法》、1893年《货物买卖法》和1906年《海事保险法》等。

{8}James Gordley, Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Clarendon Press, 1991, p. 4.

{9}参见（美）哈罗德·伯尔曼：“契约法一般原则的宗教渊源：一个历史的视角”，郭锐译，《清华法学》2005年第6辑。

{10}参见（英）阿蒂亚：《英国法中的实用主义与理论》，刘承魁、刘毅译，清华大学出版社2008年版，页141。

{11}A. W. B. Simpson, Innovation in Nineteenth Century Contract Law, (1975) 91 L.Q. R. 247, 251.

{12}见J. H. C. Morris所著Chitty on Contract, (1961)第22版的前言。转引自阿蒂亚，见前注{10}，页142。

{13}参见傅静坤：“论美国契约理论的历史发展”，《外国法译评》1995年第1期。

{14}同上注。

{15} American Law Institute, Report of the Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law Proposing the Establishment of an American Law Institute, 1 A. L. I. Proc. pt. 1, 8 (1923) .

- {16} James Gordley, *European Codes and American Restatement: Some Difficulties*, *Columbia Law Review*, January 1981, 145.
- {17} E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Aspen Law Business, 3rd ed., 1999, p. 27.
- {18} 参见刘承勳: “美国合同法重述: 徘徊于法典法与判例法之间”, 载《民商法论丛》2006年第36卷。
- {19} 参见(德) 罗伯特·霍恩等: 《德国国民高法导论》, 楚建译, 中国大百科全书出版社1996年版, 页90。
- {20} P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford University Press, 1979.
- {21} P. S. 阿蒂亚, 见前注{6}, 页9。
- {22} Melvin Eisenberg, *The Responsive Model of Contract Law*, 36 *Stan. L. Rev.* 1107, 1108 (1984) .
- {23} 同上注。
- {24} 即买卖双方对两艘均叫Peerless的船发生意思表示错误的经典案例。
- {25} Oliver Wendell Holmes Jr., *The Path of the Law*, 10 *Harvard Law Review*, 457 (1897) .
- {26} Lawrence Friedman, *Contract Law in America: A Social and Economic Case Study*, University of Wisconsin Press, 1965, p. 20.
- {27} 同上注。
- {28} Melvin A. Eisenberg, *Why There is No Law of Relational Contracts*, 94 *Northwestern University Law Review* (2000) , 807.
- {29} 参见(美) 埃森博格: 《普通法的本质》, 张曙光等译, 法律出版社2004年版, 页20。
- {30} Oliver Wendell Holmes, *Law in Science and Science in Law*, in *Collected Legal Papers* 210, 238 (1920) .
- {31} Melvin A. Eisenberg, 见前注{28}。
- {32} (英) 阿蒂亚: 《合同法概论》, 程正康译, 法律出版社1982年版, 页322。
- {33} Brian Leiter, *American Legal Realism*, in Golding, Martin P. and William A. Edmundson (eds), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, 2004, P. 1.
- {34} Lon L. Fuller, *Williston on Contracts*, 18 *N. C. L. Rev.* 1, 9 (1939) . 转引自(美) 斯图尔特·麦考利: “新老法律现实主义: ‘今非昔比’”, 范愉译, 《政法论坛》2006年第4期。
- {35} 参见季卫东: “社会变革的法律模式”(代译序), 页2, 载(美) 诺内特、塞尔兹尼克: 《转变中的法律与社会》, 张志铭译, 中国政法大学出版社2004年版。
- {36} 参见(美) 罗斯柯·庞德: 《法律史解释》, 曹玉堂、杨知译, 邓正来校, 华夏出版社1989年版, 页1。
- {37} 参见(美) 诺内特、塞尔兹尼克: 《转变中的法律与社会》, 见前注{35}, 页20。
- {38} Melvin Eisenberg, 见前注{22}。
- {39} Ian Macneil, *Relational Contract; What We Do and Do not Know?* 1985 *Wis. L. Rev.* 483.
- {40} See Jay M. Feinman, 见前注{1}, Pp. 737, 738.
- {41} Sir Guenter Treitel, *Some Landmarks of Twentieth Century Contract Law*, Clarendon Press, 2002, p. 3
- {42} *Restatement of Contracts*, Second, §167; 90.
- {43} John E Murray. JR., *Contract Theories and The Rise of Neoformalism*, 71 *Fordham L. Rev.* 869 (2002) .
- {44} 同上注。
- {45} 同上注。
- {46} 同上注。
- {47} Melvin A. Eisenberg, 见前注{28}。
- {48} Melvin Eisenberg, 见前注{22}。
- {49} Jay M. Feinman, 见前注{1}, Pp. 737, 738
- {50} 埃森博格, 见前注{29}, 页20。
- {51} Friedrich Kessler, *Contracts of Adhesion—Some Thoughts about Freedom of Contract*, 43 *Colum.*

{52} 参见梁慧星：“从近代民法到现代民法—20世纪民法回顾”，《中外法学》1997年第2期。

{53} 参见季卫东：“界定法社会学领域的三个标尺以及理论研究的新路径”，《法律评论报》第10期。

{54} 参见（美）麦克尼尔：《新社会契约论》，雷喜宁，潘勤译，中国政法大学出版社1994年版，页66。

{55} 马东：《从合意到关系—契约模式的演变》，西南政法大学硕士学位论文，2003年印行，页10。

{56} （美）格兰特·吉尔默：“契约的死亡”，曹士兵等译，《民商法论丛》第3卷，页199。

{57} John E Murray. JR., 见前注{43}。

{58} See David Campbell, *The Relational Theory of Contract: Selected Works of Ian Macneil*, Sweet & Maxwell, 2001, Chapter 1.

{59} 麦克尼尔，见前注{54}，页1后。

{60} 资琳：“契约的死亡与再生”，载《检察日报》2005年9月17日。

{61} 同上注。

{62} 麦克尼尔，见前注{54}，页83。

{63} 资琳，见前注{60}。

{64} David Campbell, 见前注{58}。

{65} Paul J. Gudel, *Relational Contract Theory and the Concept of Exchange*, 46 *Buffalo L. Rev.* 763, 764 (1998) .

{66} Ian Macneil, 见前注{39} , pp. 483, 485-491.

{67} Ian Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a Rich Classificatory Apparatus*, *Nw. U. L. Rev.* , 1981, 1025-1026.

{68} 孙良国：《关系契约理论导论》，吉林大学博士学位论文，2006年，页42。

{69} Ian Macneil, 见前注{39}, p. 483.

{70} Jay M. Feinman, 见前注{1}, pp. 737, 748 .

{71} Ian Macneil, *Whither Contracts?* 21 *Journal of Legal Education* 403 (1969) .

{72} 参见张谷：“商法，这只寄居蟹—兼论商法的独立性及其特点”，载高鸿钧主编：《清华法治论衡—法治与法学何处去（下）》，清华大学出版社，2005年第6辑。

{73} 参见薛军：“‘民法—宪法’关系的演变与民法的转型”，《中国法学》2010年第1期。

{74} Hugh Collins, *The Law of Contract*, LexisNexis, 2003, p. 38.

{75} Paul J. Gudel, 见前注{65}, pp-763, 791.

{76} 也参见孙良国，见前注{68}，页40。

原载于《中外法学》2011年第4期