

■ 国际法

美国资本主义经济发展中的契约自由与合同法

韩德培¹, 韩 铁²

(1. 武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072; 2. 南开大学 历史系, 天津 300071)

[作者简介] 韩德培(1911-), 男, 江苏如皋人, 武汉大学法学院教授, 博士生导师, 主要从事国际私法学、环境法学研究; 韩 铁(1948-), 男, 湖北武汉人, 美国威斯康星大学美国史哲学博士, 南开大学历史系教授, 博士生导师, 主要从事美国史、美国法律史研究。

[摘 要] 合同法是美国法律体系中最重要柱石之一, 契约自由是美国资本主义社会的一个重要标志。但美国合同法走过的历史道路也许不能简单地概括为从意愿论的胜利到合同的死亡。20 世纪的美国合同法面临重重挑战: 立法入侵、行政机构权力的扩大、大公司的发展、经济的复杂化和不确定性、社会各阶层对公平的要求。为了应对这些挑战, 美国合同法进行了重大调整。这些调整最重要的目标就是使合同法具有适应社会经济变化的更大的灵活性和更高的公平标准。

[关键词] 美国; 发展; 契约自由; 合同法

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1671-8828(2003)06-0729-09

合同法(law of contract)与财产法一样, 是美国法律体系中最重要柱石。契约自由(freedom of contract)更是西方国家从封建社会转变为资本主义社会的一个重要标志。

传统观点认为, 现代合同法的发展早在 16 世纪的英国就完成了。美国哈佛大学教授莫顿·霍尔维茨在 1970 年代对此表示异议。他认为现代合同的意愿论(the will theory)直到 18 世纪末和 19 世纪初才出现, 并取代了过去的财产权论(the title theory)和公平交换观(equitable conceptions of exchange), 使现代合同法的诞生成为可能。因此, 他把 19 世纪资本主义市场经济扩展下现代合同法的兴起, 看作是意愿论的凯旋。这种契约自由的理念与合同法的形成有利于个人创造性能量的释放, 推动了美国资本主义经济在 19 世纪的迅速发展。然而, 随着市场经济引发了种种社会经济问题, 国家干预在自 19 世纪后期以来逐步加强, 立法和行政部门愈来愈多地介入合同法这个本在它们管辖权之外的私法领域, 公平观的地位又上升了。目睹最初以意愿论为基础尔后又走向形式主义顶峰的合同法的历史性退缩, 先后在耶鲁大学和芝加哥大学法学院任教的格兰特·吉尔默教授在他 20 世纪 70 年代初的系列讲座中语出惊人地宣告了“合同之死”^[1](P.917-956)。

美国合同法走过的历史道路也许不能简单地概括为从意愿论的胜利到合同的死亡。霍尔维茨和吉尔默两人的观点及论证也存在一些问题, 并因此受到了学者们的批评^[2](P.533-601)。不过, 他们挑战传统的开拓性研究曾使美国法律史学界为之震动, 至今仍有很大的影响。本文试图参照霍尔维茨和吉尔默的看法, 并综合其他法律史学家的有关研究, 对美国资本主义经济成长过程中合同法的历史发展作一点初步探讨。

—

霍尔维茨认为,现代合同法基本上是 19 世纪的产物。它在英美两国的形成,不仅摆脱了对财产法的从属地位,而且对实体正义(substantive justice)的中世纪传统有所批判。这种传统在 18 世纪的大西洋两岸尤其是英属北美殖民地的法律思想中仍然居于主导地位。以内在于正义和交换的公平作为合同义务基础的理念直到 19 世纪才被摒弃,定约各方在意愿上的统一终于成为合同义务的根本。因此,霍尔维茨认为,美国现代合同法是对殖民地合同法的拒绝而不是继承,包括合同法在内的私法在这一时期应该说发生了根本性的转变。

合同的历史虽然很长,但直到 18 世纪主要还是被视为财产所有权转移的一种手段。合同法对财产法的这种从属地位在当时英国法官威廉·布莱克斯通的四卷本巨著《英国法释义》中看得非常清楚。在这部对英属北美殖民地法律界产生极大影响的著作中,有关合同的论述首先出现在完全讨论财产法的第二卷中,后来又出现在有关“个人财产损害”的章节中,前后总共只有 40 页。这种合同法上的财产权论是和当时市场经济不够发达相适应的。因为很多交换都是当面进行,立即成交,不涉及未来的货币回报,所以法院在合同中只看到具体货物的财产利益,很少承认预期损害,也不执行所谓待履行合同。

然而,随着市场经济在大西洋两岸的发展,特别是美国革命后政府证券交易剧增和 1815 年以后美国国内市场的扩张,法院必须面对预期回报,也要处理愈来愈多的预期损害问题。待履行合同作为有关期货的协定,在经济体系中逐渐占据中心地位。根据霍尔维茨的研究,英美两国法院是在 1790 年以后第一次承认了预期损害。这不仅标志着现代合同法的出现,也意味着合同法开始与财产法分离。因为预期损害和待履行合同所着眼的不是既得利益的占有,而是未来的打算,不是具体财产权的转移,而是预期回报的创造,不是静态的财产,而是动态的市场。1810 年纽约州的桑德斯诉泰勒案清楚地展现了现代合同法与传统合同法财产权论的明显差别。案中买方在收到部分小麦后拒绝接受剩下的根据合同购买的小麦。按照传统的财产权论,卖方只有将小麦保留直到收到买方付款为止,因为所有权已经转移。可是,此案中的卖方没有这样做,而是把剩余小麦立即出手,然后状告买方,要求赔偿出手市场价和合同价格之间的差价造成的损失,即预期损害。法院判卖方胜诉,认为卖方为避免更大损失有必要作为买方的信托人采取行动。

现代合同法的兴起不仅拒绝了财产权论的主导地位,而且与实体正义的公平观念渐行渐远。19 世纪以前的这种公平观常常导致以交换是否公平为由限制甚至否认合同义务。其最直接的表现就是衡平法院在认定对价不适当时可以拒不执行任何合同。陪审团也可以起类似的作用。1785 年,宾夕法尼亚州首席法官麦金在沃顿诉莫里斯案中就明确指出,在没有衡平法院的情况下法院有义务转向陪审团寻求“对协定的公平和有良心的解释”。事实上,当时大部分法官都把损害赔偿问题交给陪审团来作决定。直至 1804 年,最高法院大法官华盛顿还发现,巡回法院的陪审团不理睬他有关原告有权获得全额赔偿的指示。不过,他拒绝重新审判,因为“损害问题……非陪审团莫属,以致他不能允许自己介入他们的领域。”另外,英属北美殖民地和美国的法院在 18 世纪还奉行“好价格保证好商品”的原则。当卖价超过所谓客观价值时,法院会执行买方要求的暗含质量保证。这种客观价值是合同公平观的基础。

显然,惟公平观的合同法使商业交易具有太多的不确定因素,难以符合市场经济发展的需要。因此,当时的从商者只要有可能都私下了结纠纷,否则就诉诸仲裁或求助于商法(law merchant),以回避以普通法处理合同问题。另外,他们还采用免受公平观干涉的法律形式进行交易,主要就是印章契约(the penal bonds or sealed instruments)。这种加盖印章的契约对不履行合同作了明确的赔偿规定,因此排除了依照普通法检查对价是否适当的问题。19 世纪以前北美大陆的大部分重大交易都是以这种方式进行的。进入 19 世纪以后,印章契约日见减少,它的统治地位逐渐为履行合同所取代。这一来是因为法官加强了对衡量损害规则和陪审团的控制,二来是因为印章契约中的损害赔偿规定愈来愈无法预测市场的波动。不过,更重要的是,法律观念因为资本主义市场经济的扩张而发生了极其深刻的变化。

在一个不是立即付货而要有待将来的日益扩大的市场里,人们很难想象在交易中收和付可以完全等价。预期价值是会浮动的。作为公平论基础的客观价值看来并不存在,价值应该说是主观的。因此,合同的作用不是保证协定的公平,而是执行合同各方认为对他们都有好处的交易,即他们达成的共同意愿。可以说,现代合同法的崛起就是这种意愿论的胜利。意愿论在逐渐取代公平观的过程中,否认了客观价值,不承认有衡量平等的实质标准,把不平等仅仅看做是虚幻之感而已。现代合同法就是以这种方式宣告了市场交换上的人人平等。古里安·维普兰克在1825年的《合同精义》中写道:严格地说就没有什么“价格适当[或者]赔偿的平等或不平等”,因为“从事物的本质来看,价格只是取决于各方的协定,是由它一手创造的。”法律保证的只是交易的每一方都“充分了解所有的事实”。除了维普兰克以外,当时撰文对公平观展开抨击的还有丹尼尔·齐普曼、奈森·戴恩和最高法院大法官约瑟夫·斯托里。1844年,斯托里的儿子威廉发表了他的合同法论文,标志着意愿论在美国终于大获全胜。

霍尔维茨认为,现代合同法与19世纪之前相比发生了根本变化的上述观点遭到了辛普森的质疑。后者以其对英国和英属北美殖民地法律的精深研究而著称。他发现预期损害和待履行合同这些所谓现代合同法的观念与实践在19世纪之前的英国和英属北美殖民地早已存在。不过,正如另一位研究英美普通法历史的专家凯文·蒂温所言,待履行合同和预期损害赔偿在19世纪之前固然不乏其例,但当时的市场力量不像后来那样强大,一般来说合同至少是部分履行了,要法院执行待履行合同及预期损害赔偿的情况并不多。诚然,霍尔维茨也许低估了英属北美殖民地资本主义市场经济到18世纪中叶的发展程度,但我们也不要小看了前资本主义传统在当时的影响。过去几十年美国社会史学家对殖民地时代所做的研究表明,这种影响不仅有,而且相当持久。史学界在这个问题上虽然还有争议,但它至少说明霍尔维茨的法律转变观无论是从当时的市场经济还是从社会发展角度上来讲都不能说是完全没有历史依据。不过,由于美国殖民地时代法律史研究在原始资料上的欠缺,对霍尔维茨的观点进行充分考证并加以适当的修正恐怕还有待时日。

二

1800—1875年是美国自由资本主义经济的上升时期,也是美国法律史学界泰斗J·威拉德·赫斯特所说的“我们法律的合同年代”。契约自由在这个时期成了美国社会最重要的组织原则之一。现代合同法不仅崛起,而且扩展到了很多其他的法律领域。对美国合同法历史深有研究的劳伦斯·弗里德曼认为,这是一个很自然的发展过程。在他看来,合同法关注的核心就是市场,即作为美国经济体系基础的不受其他管制的私人交易关系。因此,合同法的发展与自由市场经济的起落大体平行:它在19世纪上半期自由资本主义迅速发展的过程中经历了自己的“黄金时代”,其重要性到19世纪后期由于管理资本主义的兴起和国家权力的扩大而开始走下坡路。这个和自由市场经济相联系的黄金时代,在学术界常常被称为美国现代合同法的“古典时期”。在这个所谓的古典时期,以意愿论为基础的合同法原则的形成、判定合同双方意愿的主观标准和客观标准的演变、以及针对普通法而来的法典化改革运动,都是为了服务于这个目标,即尽量减少市场供求以外的不确定性,保证资本主义市场经济的发展。

意愿论可以追根溯源到自然法和民法思想,它和亚当·斯密的自由主义古典经济学一道,为19世纪英美普通法中合同法基本原则的形成奠定了基础,使合同法在抽象化的过程中成为有利于资本主义市场经济活动的一般法则。自由主义经济学认为,在供求决定价格的自由市场上由享有契约自由的私人进行公开竞争,可以解决所有的市场问题,有利于经济发展。在意愿论影响下形成的19世纪的合同法就体现了自由主义经济学所希望的这种契约自由,把合同看做是双方志愿建立的相互之间的义务。有关要约(offer)和承诺(acceptance)的规则在这个时期的出现,就是因为市场的扩大使交易沟通在时间和空间上被分隔,需要这方面的规则来确保双方意愿的一致。“合意”成了所有合同的指导原则。在要约和承诺的过程中当然要有对价,但法院无权就对价的适当性进行干预,因为它是双方合意的产物。“货物出手皆不退换”的原则在19世纪初由于新的合同法精神也重新得到肯定。显然,当法院给了人们在

合同协定上的这种自主权时,他们的创业精神和能量才会因为不害怕外来干预的不确定性而得到充分发挥。可以说,这就是 19 世纪合同法的宗旨所在。

为了排除外来干预的不确定性,美国合同法在当时具有比英国合同法更强的抽象化趋势,因为合同涉及的主题如果个别化或者说具体化都会受到有关的限制和干预,例如密西西比河的使用权不能成为合同买卖的对象,未成年儿童不允许签约。由于合同法的一般原则不理睬涉及的对象是什么,也不管合同双方是什么人,因此,在 19 世纪上半期它被广泛地应用于土地法、商法、无形资产和保险等等方面,成为保证各种商业交易顺利进行的重要工具。

合同法执法的关键是损害赔偿问题。如果它没有一点确定性可言,以合同方式展开经济活动的有关方面都会望而却步。美国合同法在 19 世纪上半期形成的有关实际履行、提早毁约、数量限制的原则就是为了解决这一问题。当时很多建筑合同在规格要求上十分详尽,建筑商稍有一点不符合合同要求就会前功尽弃。这对于 1815 年后迅速成长中的美国经济只会起阻碍作用。1828 年,马萨诸塞州最高法院在海伍德诉伦纳德案中作出裁决,如果合同履行了,但无意中在个别细节上有偏差,建筑商可按量获得付款。只要有“遵守合同的诚意和实际履行”,法院就不会判处违约金。不过,这种有利于建筑商的实际履行规则对劳工却不适用。受雇者如果提前离职,就会失去全部工资。无论是有利于建筑商的实际履行规则还是对劳工的阶级偏见,其实都是为了使从事资本主义市场经济活动的人有一种安全感,从而大胆释放自身的能量。关于提早毁约和数量限制的规则也起了相同的作用。前者使提早毁约的受害者能马上解除合同义务和要求赔偿,从而减少了提前毁约的可能性,并使受害者尽快转向新的经济活动。后者则是以可预见性为标准使所谓后果性损害赔偿得到数量上的控制。

合同的基础既然是意愿的统一,那么如何确定双方的意愿便成了合同法的一个核心问题。当时存在主观和客观两种标准。主观标准就是要找出合同双方的实际或者真正意愿。客观标准则是要看意愿的外在表现。主观标准可以说和意愿论一脉相承。它在 19 世纪上半期居于主导地位。然而,完全以意愿为基础的合同义务使法律的确定性和可预测性成了问题。因此,即便在主观标准占统治地位的 19 世纪上半期,客观标准也同时存在,例如口头证据规则被用来强调书面合同的确定性,商业惯例也被看做是合同双方意愿的证据。到 19 世纪下半期,随着美国经济逐步走向成熟,客观标准逐渐取代了主观标准在合同法中的地位。这主要是因为战后市场的扩大和一体化、交通的改良、以及物价稳定,使得人们不仅比较容易接受客观价值的概念,而且对法律的确定性也有了更高的要求。

在合同法作为普通法的重要组成部分逐步克服自身的不确定性的同时,美国 19 世纪上半叶的法律改革,即法典化运动,实际上也在朝这个方向前进。法律改革原本是针对普通法而来,但它最后并未能以制定法取代普通法,而是在保留普通法的灵活性的同时,加强了它的确定性。在 1820—1850 年法典化运动的高潮中,西奥多·塞奇威克、威廉·桑普森和大卫·达德利·菲尔德等改革者主张按照功利主义大师边沁的理念实行全盘法典化,而以大法官斯托里为主要代表的法律界人士则希望部分法典化。结果后一种理念占了上风。纽约州 1848 年通过了菲尔德起草的《民事诉讼程序法典》(Code of Civil Procedure),并为大多数州所仿效。这是法典化运动的顶峰,但也是它失去势头的开始。可以说,法律改革运动的成功主要是在程序法而不是在实体法上。各州的法典化废除了复杂的诉讼形式,使抗辩和程序简单化,还将衡平法院的案件交由一般法院统一处理。这样一来,任何商业交易都不会因为不符合过去的诉讼形式而难以采取法律行动,合同法的抽象原则得到广泛应用,于是合同双方的共同意愿只要不违法就能在法律上予以执行,契约自由乃得到进一步的保障。另外,简化程序减少了诉讼费用,加快了司法速度。所有这些进步,自然得到商界人士的支持,也有利于美国经济的发展。

法律改革运动的主旨虽然是在普通法的程序问题上,但它也有民主和人道方面的目标。已婚妇女作为合同一方在普通法上曾被视为缺乏对价,因为她没有独立于丈夫的意愿,不具备立约的能力。到 1850 年,这种情况发生了变化。大部分法院承认已婚妇女的立约能力。如果说妇女立约符合合同法不管合同双方为何许人的抽象原则,那么立法议会在这段时期通过的一些人道理由的立法则与合同法精神不相一致。从德克萨斯扩展到其他州的宅地豁免就是一例,50 英亩的宅地及其上的某些财产可依法

免受债权人追讨。另外,债务监禁到19世纪中期也被完全取消。破产法最初虽然是为了保护债权人的利益,但到19世纪中期变成了把债务人解放出来再次成为有生产能力的经营者的手段。不过,这些民主和人道的理念在19世纪合同法中的表现还是相当有限的。公平观的重新抬头要等到20世纪,尤其是30年代的大萧条和新政发生以后。20世纪曙光初现时,我们首先看到的,是内战以后兴起的法律形式主义的登峰造极。

三

法律形式主义是和法律工具主义相区别的。前者坚持已经形成的法律原则,后者认为法律可以根据社会需要而变化;前者追求法律的客观性、中立性和统一性,后者强调法律的灵活性;前者是保持现状的屏风,后者是推动社会变化的工具。据霍尔维茨的研究,美国革命后的法院迅速改变了“前商业和反发展的普通法价值观”,以私法作为变革的工具,在19世纪上半叶完成了经济权力向商人和企业家团体的转移。美国法律的这一重大变化促进了自由资本主义经济的蓬勃发展。前面所说的合同法以意愿论取代财产权论和公平观,就是这一法律变化的组成部分。到内战前后,经济权力的转移已经完成,法律工具主义不再如此重要。于是,保护既得利益的需要使法律形式主义的地位开始上升,并从公法进入了私法领域。世纪之交时,法律形式主义发展到顶峰,进入所谓洛齐勒时代(the Lochner era)。在合同法方面,哈佛大学法学院院长克里斯托弗·哥伦布·兰戴尔对合同进行了“遥远、非人格化和冷酷的抽象”,最高法院大法官奥利弗·霍尔姆斯提出了关于对价的交易论(the bargain theory of consideration),后来负责编撰《合同法重述》的塞缪尔·威里斯顿发表了他的论文集。然而,以维持现状为宗旨的法律形式主义如日中天之时,也是美国经济和政治发生重大变化的年代:大公司和管理资本主义在崛起,社会问题在增加,国家的权力范围在扩大。立法部门对包括合同法在内的私法领域的“入侵”与时俱进。到新政和第二次世界大战以后,福利国家和自由主义改革的发展更是进入了一个新的历史时期。所有这些压力和挑战使美国的合同法在20世纪作出了两方面的重大调整:一是向公平观的回归,诸如有害依赖(detrimental reliance)和恢复原状(restitution)这些衡平法原则在合同法中的运用,二是对不确定性的容忍,即大量借口法的出现(the rise of excuse law)^[3](P.35—38)。这些调整显然和当年兰戴尔倡导的冷酷抽象的形式主义合同法原则不相吻合,倒是在一定程度上体现了1970年代哈佛大学教授约翰·罗尔斯提出的新自由主义哲学观,即以正义取代自由作为社会制度的“首要价值”。

1871年,在哈佛法学院首创案例教学法的形式主义大师兰戴尔出版了他的第一本案例集,即《合同案例选集》。他在选集中告诉人们,合同法是由普遍适用的绝对准则组成的,通过科学推理就可以从案例中找到合同法的“真正原则”。这种对一般性原则的强调是19世纪在普通法中寻求确定性的长期努力的继续。霍尔姆斯和威里斯顿对合同法的贡献也在于此。前者在他的《普通法》一书中提出了一个普遍适用的“真正原则”,那就是对价交易论。后者则在《合同法重述》中把对价交易论捧上了合同法原则的皇位。过去只要立约人受益或者受约人受害就足以构成执行合同的对价,合同责任相当广泛。霍尔姆斯对此不以为然。他认为,仅仅受益或受害都不一定是提供了对价,只有当受益或受害是相互讨价还价达成的交易时才构成对价,合同双方也才因此有履行合同的义务。这样一来,合同责任的范畴缩小了。例如,有害依赖的原告无论从公平观的角度看多么有理,甚至可以举证出被告因此受益,但是只要不存在相互交易,他也就缺乏对价,无权要求赔偿。霍尔姆斯的对价交易论不仅排除了纯粹的公平观,缩小了合同责任的范畴,而且要求以客观标准来决定是否存在相互交易。这样,早在19世纪就已开始的以客观标准取代主观标准统治地位的历史过程在世纪之交达到了一个新的高峰。

跟这种合同法理论上的抽象化、一般化和客观化趋势相呼应,追求法律统一性的法典化在世纪之交也有所发展。这在很大程度上是因为工业革命和交通革命带来的全国市场的一体化难以容忍各个地区在商法上的巨大差异。美国律师协会在1895年发起了统一州法专员全国会议。第2年,美国国会通过流通票据法,1906年又通过威里斯顿起草的统一销售法。销售法虽然并不是要改变普通法,但它是美

国历史上除 19 世纪中期的法典化运动以外立法部门第一次这样广泛和直接地介入合同法这个普通法领域。“货物出手皆不退换”不再是金科玉律。购货者的利益因暗含担保(implied warranty)而得到较多保障。世纪之交的这些法典化方面的努力遭到了进步主义改革者的批评,因为它不触及当时美国面临的很多其他社会经济问题。为了回应这些批评,美国法律界在 1923 年建立了美国法学会进行所谓“法律重述”,以“澄清和简化法律,使之更为确定。”与法典化相比,法律重述更符合法律界的利益,因为它不是以制定法取代普通法,而是由法律界权威人士对普通法加以提炼、升华和解释。这本来就是法律界权力的根基所在。1932 年,由威里斯顿负责起草的《合同法重述》第 1 版正式发表。尽管重述特别顾问阿瑟·科宾带来了一些新的理念,《合同法重述》第 1 版基本上还是体现了兰戴尔、霍尔姆斯和威里斯顿的形式主义合同观。对价交易论被写进了重述第 75 条。

这是和进步主义改革旨在保护弱者和穷人的所谓“社会立法”针锋相对而来的。双方的冲突在 1905 年洛齐勒诉纽约州案中成为引人注目的焦点。最高法院当时裁决,纽约州将面包房工人的工时限制在每天 10 小时的立法侵犯了受宪法第 14 条修正案保护的契约权,应宣告无效。这无疑自由市场和契约自由理念的胜利。洛齐勒案判决因此被视为法律形式主义登峰造极的标志。1890—1920 年也被称为法院将契约自由加以宪法化的“洛齐勒时代”。美国学术界长期以来曾把洛齐勒案判决解释为反对社会立法的自由放任主义和社会达尔文主义的胜利。然而,1980 年代以来有不少学者将这一判决和“中立原则”联系起来。他们认为,美国法院在洛齐勒时代并不是不分清红皂白地反对政府对经济活动的所有干预,而是反对偏向于某个团体或阶级的所谓“阶级立法”^[4](P.293-331)。

洛齐勒时代固然是美国法院坚持旧有传统的年代,但它也是美国经济发展和进步主义改革运动带来前所未有的历史性变化的时期。这些变化对合同法和契约自由的触动不可低估。首先,大公司的崛起和管理资本主义的发展,在企业内部关系上改变了自由资本主义时代的市场经济模式。纵向一体化使很多原本以合同方式建立的市场交换关系变成了大公司内部各部门之间的行政协调和管理。控股公司子公司之间的合同不是以子公司各自的利益而是以它们共同的利益为转移。子公司违约也不会诉诸公堂。居于少数地位的公司持股者即便不同意也要受公司合同的制约。我们在这些经济关系中很难看到过去的合同和契约自由的影子。其次,大公司不具有小企业在短期内即时应变的灵活性,在外部供求关系上倾向于长期合同。长期就意味着更大的不可测性,因此要求合同在容忍未定因素上有一定的开放性。这就需要在更大程度上依靠签约各方的合作和善意,即便出现争议也很少以诉讼方式解决。所有这些都是和建立于过去小企业之间比较单一简单的市场交易关系上的合同法不大相同的地方。最后还要提到的是标准化合同的出现。它适应了大规模交易的需要,降低了成本,但却使弱势的一方通常是消费者失去了讨价还价达成交易的机会,甚至于连合同都未看懂就成为签约方。契约自由和交易对价的原则对于处在弱势地位的人来说好像根本不存在。有人挖苦说这正好和梅因爵士 100 多年前讲的相反,是从契约“转回到身份”。

显然,在 19 世纪曾成功地组织了美国资本主义市场经济的合同法,现在遇到了市场经济本身变化所带来的问题。不仅如此,由于合同法的抽象化、非人格化和非道德化,它关注的中心是合同中的商品而不是人,所以对于世纪之交工业化和城市化引起的种种社会问题,尤其是大企业崛起突显出来的贫富不均和阶级冲突,缺乏应对之策。这样,进步主义运动中形形色色的改革派都开始寄希望于国家来解决这些经济和社会问题,促进公共利益。事实上,早在进步主义改革之前,州和联邦的立法机构已经逐步介入了合同法这个私法领域。当时涉及的主要是对周围社区具有广泛影响的私人合同,诸如公用事业公司、保险公司、铁路公司跟它们的顾客之间的合同。合同法领域最著名的“立法入侵”当然是一些中西部州的格兰奇法和美国国会 1887 年通过的州际商业法。从 1880 年代到进步主义改革,州和联邦政府通过立法介入的合同法领域愈来愈多,包括公用事业、保险、银行、铁路、食物与药品、卫生、托拉斯、劳工和社会福利等等。政府行政管理(regulation)在这些领域开始取代合同成为市场的调节者,结果使愈来愈多的经济活动部分或全部地离开了合同法原则适用的范围。正如美国合同法专家劳伦斯·弗里德曼所言,合同法具有“剩余性”(residuary)的特点,它管辖的是排除所有政府干预后剩下的范围。这个范围

在20世纪,尤其是新政和第二次世界大战以后,由于政府干预的加强和福利国家的发展而逐渐缩小。

虽然州和联邦政府自19世纪末就试图通过立法来解决合同和自由市场无法解决的社会经济问题,洛齐勒时代的美国法院却给人在这方面无所作为的印象。过去学术界一般认为,美国法院改变态度的分水岭是在新政时期,即1937年。最高法院迫于富兰克林·罗斯福总统的压力和他在1936年大选中的胜利,突然转而支持新政立法。其标志就是最高法院在1937年西岸旅馆诉帕里什案中认可华盛顿州最低工资法的判决。可是,美国弗吉尼亚大学教授巴里·库希曼在他1998年出版的专著中指出,最高法院并非突然转向。法律界人士有关法律和社会的观念自19世纪末和20世纪初以来已经发生了深刻的变化。1937年判决是这种长期变化的结果。从合同法的角度来看,美国法院确实从19世纪后期就开始作出适应社会经济变化的调整。当然,真正的进展是在20世纪取得的,主要是在两个方面,即前面已经提到的允许经济交易有更多的不确定性和从公平角度考虑合同义务。显然,法院在20世纪对合同法的解释有了日渐增大的灵活性。

与20世纪相比,19世纪的美国合同法是相当绝对的,尤其是在法院执行合同义务上更是如此。康涅狄格州高等法院在1857年第一校区诉多奇案判决中甚至认为“上帝的行动”也不能成为不履行合同的理由^[5](P.561-563)。在1874年斯第思诉伦纳德案中,被告由于不知情而在下有沼泽的土地上根据合同建楼,结果两次失败,乃拒绝履行合同。陪审团和明尼苏达州上诉法院都作出了不利于被告的裁决。法院认为,即便是缺乏远见的合同也要履行,因此被告应采取一切必要的行动完成工程,必要时包括将沼泽水抽干^[5](P.563-564)。当时的美国法院对于签订合同时未预见的不可能性(impossibility)一般不予通融,只有立约人死亡和法律变化导致合同非法等少数情况是例外。因为在法院看来,由享有契约自由的人签订的合同使它的义务具有不可侵犯的神圣性。

这种绝对义务观在19世纪后期开始发生变化。1890年巴特菲尔德诉拜伦案是一个转折点。拜伦按合同修建的旅馆在完工前被闪电击中焚毁,结果停工。巴特菲尔德在获得保险赔偿后状告拜伦违约。马萨诸塞州法官诺尔顿在判决中指出,修理建筑的暗含前提是建筑的继续存在,建筑在合同双方都无责任的情况下被毁使合同义务无须履行。从此,暗含前提在合同法涉及的不可能性问题上广为应用。1916年,加利福尼亚最高法院在米勒若公园土地公司诉霍华德案中,又把解除合同义务的理由从不可能扩大到不现实(impracticability),即可能履行的义务如果由于不可预见的事由变得代价高昂或特别困难时,也可因不现实而予以解除。1932年的《合同法重述》认可了不可能和不现实这两种解除合同义务的理由。除此以外,因英国1903年克里尔诉亨利案判决而在英美两国合同法中影响愈来愈大的无过失落空,更使20世纪的合同法义务得到了进一步放松。根据这一理由,合同义务的履行哪怕是可能的和现实的,但只要失去了当初订合同的目的,就是无过失落空,可以解除^[5](P.565-567)。

显然,以“不可能”作理由所依靠的“暗含条件”仍然是以合同各方的意愿为基础,即契约自由的原则,而“不现实”和“无过失落空”考虑的则是未来发生的不测事件造成的损害如何由合同各方公平合理地分担,我们在其中看到的是久违的公平论的影响。可以说,这种借口法的扩大,不仅赋予了合同义务更大的灵活性,而且引入了公平合理的原则。尽管如此,立约方一般来说还是比受约方承担了更多的外部条件变化造成的损失风险。因此,立约方倾向于签订条件不大受限制的开口合同,如产出合同、需求合同等。严格地说,这类长期开口合同违背了19世纪合同法有关义务的相互性和确定性等基本原则,但在20世纪逐渐为法院所接受。法院通过对合同的解释,并援引商业惯例和善意原则,使长期开口合同在法律上站稳了脚跟。

如果说长期开口合同主要是从商业角度出发,去改变19世纪合同法的绝对性,以适应新时代经济条件的不确定性的话,那么恢复原状和有害依赖则主要是从社会角度出发,去伸张正义和建立公平。当然,商业和社会目的常常是相互混合,难以分开的。不过,恢复原状和有害依赖原本是衡平法的原则,在19世纪中期法律改革使衡平法案件也归属法院审理后,才在普通法中作为合同法原则加以运用。严格地说,它们涉及的是在没有签约各方同意情况下由法律所界定的责任,所以实际上更接近侵权法而不是合同法。恢复原状主要是对并非违约的不当得利(unjust enrichment)的处理,尽管它有时也被用来作为

违约赔偿的一种替代方式。这种不当得利是由错误、不正当影响、胁迫、欺诈等原因造成的。恢复原状甚至适用于不具法律约束力的合同(unenforceable contracts)。1937 年,美国法学会的《恢复原状重述》为处理不当得利问题提供了清楚的一般原则,但其后这些原则的应用由于过于广泛显得有些混乱,现在法律史学家还很难归纳出一个清晰的模式。

有害依赖则是指不存在对价的单方受益合同的一方,因依赖而在违约发生时受害。这种情况最初是在慈善认捐毁约案中发生得最多。早在 1866 年,伊利诺州法院在汤普逊诉默塞郡督学委员会案中就判决被告对建造新法院楼的慈善认捐负有责任,因为他造成其他人对此承诺的依赖。当他毁约时就必然造成对他人的损害,即便是缺乏对价的单方受益合同,他也要为损害作出赔偿。这种有害依赖原则又被称为“承诺禁反言”(promissory estoppel)。它实际上是把衡平法原则引入普通法的一种技术手段。1932 年,这项原则被写进《合同法重述》第 90 条,并被加以一般化,使之可以适用于除慈善认捐外所有类似的单方受益合同或承诺。此后,这一原则又被进一步推广到了商业合同。1982 年问世的《合同法重述》第 2 版对第 90 条作了修改,把商业承诺和可预见第三者依赖都包括进来,还允许部分执行,不再要求依赖一定是实质性的。这就使有害依赖的适用范围进一步扩大。

除了恢复原状和有害依赖以外,20 世纪美国合同法中最能体现公平观的调整是在保护消费者方面,因为技术进步和大规模标准化生产使消费者和生产销售者在交易上处于极不平等的地位。不公正和严格责任乃成为合同法用以保护消费者的两大原则。前者是为了防止违背良心的不公正商业行为。它被写进了 1952 年公布的《统一商法典》,并在 1981 年《合同法重述》第 2 版中被认定为适用于所有合同的原则。后者在 1913 年被法院首次应用于有关不纯净食物与饮料销售的案件,到 1950 年代初扩大到体外使用的洗衣粉、肥皂和染发剂案件上。1958 年开始,所有种类的销售都有被课以严格责任的可能。具有侵权法特点的严格责任在合同法案件中愈来愈多的应用,说明传统合同法原则不再能适应社会经济现实的变化,要借助于其他的法律进行调整。这就为侵权法等其他法律的“入侵”打开了大门。

总的说来,20 世纪的美国合同法面临重重挑战:立法入侵、行政机构权力的扩大、大公司的发展、经济的复杂化和不确定性、社会各阶层对公平的要求。为了应对这些挑战,美国合同法进行了重大调整。这些调整最重要的目标就是使合同法具有适应社会经济变化的更大的灵活性和更高的公平标准。于是,和 19 世纪的合同法乃至 20 世纪初的形式主义传统相比,这些调整不仅使契约自由和交易对价这些基本原则遭到了质疑甚至于背离,而且使侵权法的民事责任在合同法内的影响愈来愈大。吉尔默教授在 20 世纪 70 年代谈到合同之死就是要唤起人们对这些重要发展趋势的高度关注。当然,合同法在美国并没有死亡,只要资本主义市场经济依然存在,它大概也不会死亡。在立法机构、公平理念和民事责任的三方入侵之下,契约自由仍然是美国法律最重要的原则之一。1994 年共和党国会选举的政治纲领的标题就是“与美国立约”(Contract with America)。吉尔默的合同之死,就像霍尔维茨的现代合同起源说一样,虽有大笔一挥不拘小节之处,但为我们勾画出了美国合同法发展的总体趋势。在美国历史研究缺乏宏观巨著的时代,这两位学者犀利的思想锋芒至少把我们引向了美国法律史广袤的空间。

[参 考 文 献]

- [1] HORWITZ, Morton J. The Historical Foundations of Modern Contract Law[J]. Harvard Law Review, 1974.
- [2] SIMPSON, A. W. B. Simpson. The Horwitz Thesis and the History of Contracts[J]. The University of Chicago Law Review, 1979, 46.
- [3] HILLMEN, Robert A. The Triumph of Gilmore's The Death of Contract[J]. Northwestern University Law Review, 1995.
- [4] BENEDICT, Michael Les. Laissez-Faire and Liberty: A Reevaluation of the Meaning and Origins of Laissez-Faire Constitutionalism[J]. Law and History Review, 1985.
- [5] SPEZIALE, Marcia J. Speziale. The Turn of the Twentieth Century as the Dawn of Contract 'Interpretation': Reflections in Theories of Impossibility[J] \ 1. Duquesne Law Review, 1978-1979.

(责任编辑 车 英)

Freedom of Contract and Law of Contract in the Development of U.S. Capitalist Economics

HAN De-pei¹, HAN Tie²

(1. Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China;

2. History Department, Nankai University, Tianjin 300071, China)

Biographies: HAN De-pei (1911-), male, Professor & Doctoral supervisor, Wuhan University Law School, majoring in private international law and environment law; HAN Tie (1948-), male, Doctor of History Department, Wisconsin University, U. S. A., Professor & Doctoral supervisor, History Department, Nankai University, majoring in American history and American legal history.

Abstract: The law of contract is one of the most important pillars in the American legal system, and the freedom of contract is an important symbol of American capitalist society. But the historical road which the American law of contract has followed perhaps cannot be simply summarized as from the victory of will theory to the death of contract. The American law of contract in the 20th century has confronted many challenges: legislative encroachment, extending of administrative powers, development of large corporations, economic complexity and uncertainty and the demand of impartiality from different social strata. In order to deal with these challenges, the American law of contract has carried out tremendous adjustments. The most important purpose of these adjustments is to enable the law of contract to have more flexibility and higher standard of impartiality to suit the social and economic changes.

Key words: America (U.S.); development; freedom of contract; law of contract