

当代德国法学名著
Repräsentative Deutsche Rechtsliteratur der Gegenwart

欧洲合同法

(上卷)

Europäisches
Vertragsrecht

I

[德] 海因·克茨/著

Hein Kötz

周忠海 李居迁 宫立云/译

周忠海/校

法律出版社

Europäisches Vertragsrecht
Hein Kötz/Axel Flessner
Europäisches Vertragsrecht I
Hein Kötz

本书根据 J. C. B. 摩尔出版社(J. C. B. Mohr, Tübingen)
1996 年版译出

经著作权人授权,法律出版社享有本图书中文简体本
专有使用权

著作权合同登记:

图字:01—2000—2647

图书在版编目(CIP)数据

欧洲合同法. 上卷/(德)克茨著;周忠海,李居迁,宫立云译.
—北京:法律出版社,2001.3

(当代德国法学名著)

ISBN 7-5036-3342-5

I. 欧… II. ①克…②周…③李…④宫… III. 合同法-欧洲
IV. D950.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 05732 号

出版·发行/法律出版社
责任印制/陶松
印刷/北京四季青印刷厂
开本/850×1168 毫米

经销/新华书店
责任校对/何萍

1/32 印张/14.25 字数/340 千

版本/2001 年 4 月第 1 版 2001 年 4 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/www.lawpresschina.com

电子信箱/pholaw @ public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934 读者服务部

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3342-5/D·3060

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

第一编

合同的订立、效力和内容

第一章 合同法的理论和实践

一、概述

二、合同与经济秩序

三、合同理论

四、合同与福利国家

五、合同法的实践

一、概述

每个人都知道,在他出租房屋、销售冰箱、雇佣员工或借给某人钱时,都会签订合同。即使如此,给“合同”定义也并非易事——这倒不是因为在实践中合同有如此大的差别,以致人们很难给它下定义。虽然人们总是能对合同定义或概念进行争论,但我们仍然要对此稍加考虑,因为它为合同法的基本问题提供了简要的说明。

波蒂埃在他 1761 年《合同之债(续)》一书中将合同定义为“由双方当事人互相承诺或由双方之一的一方当事人自行允诺给予对方某物品或允诺做或不做某事的一种契约”。^{〔1〕} 他的

〔1〕 参见布涅编(Bugnet (ed.)):《波蒂埃文集》(Oeuvres de Pothier)(1848 年)第 2 卷,第 3 页;《法国民法典》第 1101 条,该条使用了几乎相同的语句。

这一定义即使在今天仍然是确认适用的。该定义强调的重点是,合同义务必须在当事方自由订立合同时才产生,就是说合同不是由法律直接强加给当事人的,而是在受约束的当事人之间的协议中产生的,或更慎重地说是法律上视为签订“协议”的行为产生的。

波蒂埃将仅规定一方当事人允诺为他人做某事的协议与当事人作出互惠的允诺、规定以对方的履行为前提、互相交换履行义务的协议作了区别,第一类协议不如第二类协议普遍。在对方既没有给予也没有允诺给予任何东西作为回报的情况下,为什么某人就必须允诺付款、转让土地、提供咨询或提供代理呢?所有法律制度,特别是普通法,是很怀疑只约束一方的协议的。在这种情况下,经常需要有某种特殊情形,法院必须相信:允诺者在认为该单方协议具有约束力和可履行之前,必须有确实意图使自己受该协议的约束。一般说来,合同是双方的,每一方都要为另一方做事。

尽管波蒂埃的定义对签订合同的后果没有多大意义,但一般来说,一个协议作为合同是“可履行的”或“可起诉的”,则在某种条件下,合同一方可以向另一方求偿并可得到法院判决,如有必要,国家将协助执行。通常求偿是为履行合同,或因一方不履行合同而提出的损害赔偿。卖方主张约定价格、雇员主张约定工资或地主主张约定租金,这些都是主张履行合同。一方也可以请求卖方履行其交货的允诺,请求船东履行其提供船舶的允诺或者请求木匠履行其进行某项修理的允诺,但是,更经常更实际的是对由于未能履约而造成的损失,主张损害赔偿。无辜的一方并不总是需要诉诸法律手段,自救也是可行的。因此,如果合同一方当事人未能正常履行合同,另一方可有权推迟自己一方的履行期;如果合同一方严重违约,另一方甚至有权宣布解除合同,并结束其本身的合同义务。

只是在协议对双方都具有“约束力”时,才允许请求履行合同或请求对不履行合同所造成的损害予以赔偿——这是波蒂埃对合

同定义中的另一点遗漏。与善良风俗或法律规定相冲突的合同,不管各当事方如何认为,都不具有拘束力。如果合同当事人在签订合同时不具备法律行为能力,或者他犯有根本性错误,或被欺骗,或被合同另一方误导,该方当事人不受合同拘束。实际上,确定哪些协议具有拘束力、哪些合同没有拘束力,这些构成合同法的绝大部分内容。

二、合同与经济秩序

一个人远离仁爱,孤芳自赏,或竭尽全力用自己的资源来满足本身的极端欲望,这不是不可能,但绝不普遍,即使在原始社会,人们都是通过货物和服务的交换来获取他们所需要的东西。但是,长期以来,权利和义务基本上产生于一个人作为家庭、亲族或部落成员的地位,他出生在这种群体中,并在其中度过他的一生。所以,现代意义上的合同是不需要的。臣子当然要为君主服务,平民要向贵族负责,农奴服役于农奴主,他们可以期望得到某些利益作为回报,但这些权利和义务都不是任何合同性约定的结果,它们直接产生于当时的社会结构中的典型地位关系。即使在地位关系外部发生了交换关系,也不需要复杂的合同法:花布换成铜钱,铜钱换成盐,或盐换成毛织品,这些货物都是即时交换,交换双方可以很方便地得到他们想得到的东西。

只有当人们开始意识到可以从劳动分工中获取巨大利益时,对于合同的法律认可才成为必要。专门分工的人们,如农民生产粮食,商贩推销货物,裁缝制作衣服,或如搬运工、放债人、建筑工人、教师、医生和其他提供特殊服务的人,都必须以他们的产品或服务换成钱,然后用挣来或换来的钱去换取他们生活必需的货物和服务,他们必须订立合同。正像劳动分工原则遍及整个社会一样,个人之间的关系不是他们生来就有的地位形成的,而是他们选择订立的合同所构成。因此,亨利·梅因先生的话经常被引用,“进

步社会的运动一直是合同形态的运动”。〔2〕

封建主义的束缚、政治和宗教为 18 世纪和 19 世纪的自由主义所打破,因为自由主义者们给予个人自治以极高的评价:每个人都必须自由地去选择他所希望的生活条件,追求他所选择的目标,但以其在行使自由权利时不侵害他人同样的自由为限。国家必须相应地尊重这种自由,保证其公民的信仰自由、言论自由、贸易自由和择业自由等。其中也包括订立合同的自由,因为公民必须自由决定其是否订立合同;如果要订立合同,订立什么样的合同条款。

自由主义于 19 世纪在所有西欧国家取得胜利,合同法得以创立且最大限度地满足了自由主义的要件。合同自由自然要受到某些限制。尤其是,合同对于在订立合同时没有法律行为能力的当事方或其同意是在受欺诈或胁迫下表达的人不具有拘束力。而且,如果合同违反“公共政策”或公共秩序,则合同无效。但是,这些约束要保持在最低限度,法院认为,任意扩大那些违反公共秩序的合同无效的规则是错误的。如果有比公共政策所要求的更重要的事情的话,那便是成年人和具有完全的理解能力的人应有订立合同的最大自由,而且,如果他们是自由的并自愿地订立合同,则应信守而且应由法院执行。〔3〕有人将这种观点归因于这样的信仰,即每个人都有一自由空间,在此空间内他可以作出决定,而不需要对国家或任何其他他人负责。但是,功利主义可能会说,自由约定的货物和服务交换合同取得全面胜利,其原因是合同是一种能够使人们在资源匮乏的世界上最大限度地满足其需求的最好方

〔2〕 参见梅因著:《古代法》(Maine, Ancient Law),1864 年,第 165 页。

〔3〕 印刷和数据公司诉桑普森(Printing and Numerical registering Co. v. Sampson)案,1875 年,案例报告(LR)第 19 卷,第 462、465 页。作者乔治·杰塞尔(Sir George Jessel)爵士。

法,在这方面它比任何按照个人的地位或国家计划机关的命令(如目前社会主义计划经济所做的那样)去分配物品和服务的制度都更有效。

合同当事人只有在他们双方都坚持要获取利益时才订立合同。某人提出要购买货物,因为他赋予货物较金钱以更高的价值,卖方同意做这笔交易,因为他更愿意得到金钱而不愿拥有货物。一旦合同被履行,合同双方都比以前境况更好:双方都更富有,没有一方会更穷。每天都有成千上万的这种交换发生,所有参与者都获得利益,因此,社会的优越性得到全面发展。在有限的货物和服务的供应与人类无限需求之间,没有比订立合同和促进交换活动更好的调节方式。订立合同和促进交换能保证有限的货物和服务资源进入那些最需要它们的人的手中。这些交换的动作发生在“市场”,一种尊重合同自由原则的“市场经济”中。

为了分析这种市场的运作情况,经济学家们已开发出精确的概念和研究方式。^{〔4〕}但是,某些想法只能通过将一种简单的日用品,如一件家具,送往市场去销售,需要订立多少合同且在进行思考之后获得。订立合同需要有将树木加工为家具,将木板送往锯木厂并在那里进行加工的整体认识。另外,买到木板后,木匠必须雇用劳动力,租赁厂房,购置机械和油漆。他要到银行去借贷他所需要的钱,并要购买其工场火灾风险的保险单。他要聘用设计人员设计家具,聘用一位代理人说服零售商来购买这些家具。这些零售商也要租用店铺,雇用职员,印制结货目录清单,并要购买包

〔4〕 参见克罗曼和波斯纳(Kronman and Posner (eds.)):《合同法的经济学研究》(The Economics of Contract Law) (1979年)第1页以下。库特和乌兰(Cooter and Ulen):《法和经济学》(Law and Economics) (1996年),第160页以下。塞费尔/奥特(Schäfer/Ott):《民法的经济学分析教科书》(Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts)1995年第二版,第321页以下。另见格斯汀(Ghestin)著:《合同的订立》(Traite de droit civil, La formation du contrat),1993年第3版,第196页以下。

装材料。最后,这些家具才可上市销售。因此,这是一种垂直的流程,一种合同的流程,在每一合同订立时,合同当事人都在关注着促进其本身的利益。其最后结果是,珍贵的资源以一种最能满足个人需求的方式得以开发,因此,增加了商品总量。

同样的理由可以解释为什么法律制度能使相应的合同具有拘束力,允许合同双方请求履行或损害赔偿:如果双方都能在将来的履行中拘束自己,那么合同能改善双方共同的福利。在上述例证中,木材的老板和木匠可以约定提前支付或开出信用证后交货,所以,此合同的履行和对待履行发生在不同时间。这里总是有一种危险,即已得到对方履行的一方在他履行时可能拒绝履行,甚至在市场发生变化或第三方提供较高的价位,或履行要付出较其期望的更大的代价时,很容易拒绝进一步履行合同。即使履行和对待履行是同时进行的,类似的情势也会发生,因为它需要时间和延期使用来确定货物的交付是否符合标准和没有瑕疵。为了保护一方的期待,即另一方将很好地履行合同,必须从法律制度上设立各种规则。在某些情况下,将来还要做生意的愿望可以成为完全履行合同的一种有效的原因,因为不信守诺言会毁掉商业信誉。另外,合同的一方在违约的情况下,采用发誓或从另一方得到某种保证来避免自己失去信誉的情况也是经常发生的。如果一方不得不在准备履行合同时进行不可撤销的投资,那么这时就要产生不同类型的“保证”,因为那时他不希望违约;实际上,令人忧虑的倒是另一方,在他注意到这种情况时,他会以终止合同相威胁,企图得到不公正的利益。但是,这些都是例外的情形,在没有定期的顾客或长期牢靠的生意关系的情况下,商业信誉是无法存在的。所以,为了鼓励人们订立关于将来履行义务的信用合同以促进公益事业,我们必须建立法律秩序、制定规则,以保护当事人这样的期待:义务的履行是及时的和充分的。要做到这一点便需允许无辜的一方享有要求履行合同的、法律上可执行的请求权,甚至更重要的是,

给予无辜的一方因对方不履行合同而遭受损害的赔偿请求权。

如果双方当事人自己可以在合同中确定在每一未完全履行的案件中他们的权利是什么,那么上述规则便是不必要的;那么惟一需要的规则可能是约定必须遵守。但是,当一方当事人谈判订立合同时,他要付出相当高的成本以应付一切想像不到的情况。如果双方当事人能够依靠法律规定来弥补关于固有风险分摊的规则所造成的不足,并提供完全履行合同的充分的激励措施,这种成本是完全可以避免的,谈判也可限于最基本的问题。通过方便合同的订立,这种“默示条款”(关于让与、代理,见第7章第五部分)有利于合同双方当事人,也有利于整个社会。

三、合同理论

为什么合同具有约束力?为什么合同会引起关于强制履行合同的请求或因不履行合同而给予损害赔偿的请求?对此已经有多种解释。根据其中某些来源于19世纪古典合同法的理论,某些规则和制度来自自由主义的基本教义,即个人有权确定其自由决定的未来行为,他在这方面的自治必须受到该国法院的尊重。萨维尼认为合同债务必须予以认可和执行,因为它们是要约人意思的产物。这一“意思理论”的许多外在条件现在已被抛弃;尤其是,今天我们承认,如果一个人的意思表示——其“陈述”——必须得到认可,则真正有约束力的不是他的意思而是他的表述,他不是在欲表达的意思的意义上受约束,而是在其所表达的内容的意义上受约束,对方会很正常地根据其表述的内容而这样理解。但是,这种对意志理论的基本思想的反驳并不那么苛刻:自治并不必然意味着某人可以不顾其他人的利益或拒绝接受按照所述的内容而正当进口的货物。

一些现代法学家,如德国的维尔纳·弗卢梅^[5]和美国的查尔斯·弗里德,^[6]提出同类的理论。弗里德提出合同具有约束力的性质源于“诺言原则”：“个人从道义上必须信守其诺言,因为他已有意识地援引了一个惯例,这一惯例提供了另一方当事人对所允诺的履行的期待的依据——道德上的依据。”^[7]弗里德承认,他不认为所有合同法的实际规则源于“诺言原则”。他不得不作出相当大的让步。例如,他承认“诺言原则”不能够解释,为什么如果要约人在作出允诺时犯有根本错误,诺言便没有约束力;也不能够解释为什么如果履行成为不可能或毫无意义,诺言可能没有约束力。像这样的“不足”必须用其他原则,诸如公平合理原则、信誉的保护或风险的合理分担等原则,加以弥补。

这也说明,以任何一个单一的“原则”,来编织构成合同法的各种规则的复杂网络都是不可能的。^[8]只要看一看近来的学术研究,特别是美国的,当然还有英国和德国的,问题就清楚了。学者们一直在忙于合同理论问题的研究,他们提出了完全不同的建议。

[5] 参见弗卢梅(Flume):《法律行为论》(Das Rechtsgeschäft),1975年第二版,合同概念是指以合意的方式订立的合同具有法律效力,因为根据意思自治原则,当事人已通过协议确立了他们的权利和义务。

[6] 弗里德(Fried):《作为允诺的合同,合同之债的理论》(Contract as Promise, A theory of Contractual Obligations)(1981),克罗曼(Kronman)评述,《耶鲁法律杂志》(Yale LJ)(1981),第91卷,第404页;阿蒂亚(Atiyah)评述,《哈佛法律杂志》(Harv. LR)(1981),第95卷,第509页。参见阿蒂亚(Atiyah)《合同法论集》(Essays on Contract)(1990),第121页以下。

[7] 同上引书,第16页。

[8] 合理的怀疑主义,韦尔(Weir):《罗马和英格兰的合同》(Contracts in Rome and England),载《图兰法律评论》(Tul.LR)(1992年)第66卷,第1615页、1647页,“但是,许多综合理论都似乎在假设方面有点颠三倒四,是由成千上万不同动机的人的各种贡献所形成的社会现象——对简明的解释是敏感的,且‘合同’必须有其本质,是意思或同意或允诺或信任或任何被认为是最适合于掘取其丰富宝藏,并将其用一种简单的可同化的顺序无条件地摆放出来的多音节词”。

与弗里德的意见相反,据说普通法中的主导原则是磋商(bargain principle)原则。事实上,在普通法中允诺被视为不具有约束力,因为要约人真正的意思是约束其本人:他必须要求受约人回报或作出某种相应的允诺作为反馈,某种为双方当事人视为允诺“价格”的东西。这便是对价学说(见下文第4章)。弗里德的回答是,法院不再特别注意对价学说或基于对价学说的“磋商”原则:它们都已成为过去。实际上对此可以找出某种证据。在某种情况下,特别是在美国,即使没有对待履行,允诺也被视为具有约束力。特别是当要约人肯定已意识到合同另一方当事人可能认为他的允诺有约束力并相应地做出对其不利的安排时,更是如此。如果合同另一方当事人有理由信任且实际真的信任这种允诺,那么,应防止要约人(禁止反言)硬说他的允诺因缺少对价而无效。^[9]阿蒂亚是最支持信赖原则的,而且他强调当合理的信赖已被背离,普通法越来越多地准许请求损害赔偿,一般认为这不是针对“履行利益”而是针对“信赖利益”的。^[10]因此,法院有时也认为,即使在合同订立之前,一方当事人也必须对另一方当事人的利益予以注意,而

[9] 常用的词汇是“允诺的禁止反言”,在涉及土地权利的案件中,英国律师也使用这样的词汇“财产所有权禁止反言”,见后面第5章。

[10] 参见阿蒂亚(Atiyah):《合同、允诺与债法》(Contract, Promise and the Law of Obligations),《法律评论季刊》(LQR)(1978年)第94卷,第193页。同时见《合同论文集》(Essays on Contract)(1990年)第10页。阿蒂亚(Atiyah)的观点产生于对普通法中合同法历史的全面分析。参见阿蒂亚(Atiyah),《合同自由的兴衰》(1979年)。阿蒂亚(Atiyah)区别了合同责任的三个基础,即违约;正当信赖是虚设的;协议解除合同,但受领人必须返还,因为合同已终止。不论这三种情况是否真实,合同责任的现状还是很有问题的。在德国和法国,甚至在英国,人们可以认为责任是基于这样的事实,受货人不当得利,因为如果合同终止,保有利益的理由不复存在,合同无效或从未生效的事实,不能把返还义务变为合同责任。关于这一点,见克茨/茨威格特(Kötz/Zweigert)著:《比较法导论》(Einführung in die Rechtsvergleichung),1996年第3版,第557页。这种争论可能纯粹是一种文字游戏。

且要对违反这种义务所造成的损害赔偿负责。^[11]实际上,在一本可读性很强的小书中,格兰特·吉摩尔坚持认为,“信赖原则”,与包括如在侵权行为中的信赖利益在内的损害赔偿主张一起,其进展如此之快,以至于它已敲响了合同的丧钟。^[12]

大陆法系国家学者对这些意见或看法并不感到惊奇。早在1861年鲁道夫·冯·耶林提出缔约过失责任,德国法院便一直在讨论,被告在与原告谈判时未能尽到考虑原告利益的义务,如未能及时告知原告他明知是很重要的事实,所引起的损害赔偿主张问题。^[13]而在法国,这种行为可以构成一种过失,并根据民法典第1382条而提起侵权行为损害赔偿的请求,要求对已造成的经济上的损害进行赔偿。在德国,尽管缔约过失责任之诉被认为是契约性的,但是,没有人认为它是基于对明示或默示诺言的违背而产生的:一般来说,不管合同各方当事人的意思如何,谈判的开始便产生一种信赖的法律关系,即每一方当事人都可以希望另一方当事人以一种合理的方式考虑他的利益。在德国关于这种责任是否应该视为契约性的或侵权行为的论辩,已更多地进入一种理论性的思考,甚至对彻底修订债法提出建议。许多学者将信赖责任视作

[11] 美国的主要案例是霍夫曼(Hoffman)诉红夜鹰商店(Red Owl Stores)案,《威斯(WIS)报告》第二版,第26卷,第683页;《西北法律报告》(NW),1965年第二版,第133卷,第267页。英国的博克斯(Box)诉中部银行(Midland Bank)案(1979年);《劳氏报告》(Lloyd's Rep.)第2卷,第391页。见下文第2章。

[12] 参见吉摩尔(Gilmore)著:《合同的消亡》(The Death of Contract)(1974年),第88页。“我们可以看到这样的事实,即合同的损害赔偿已与作为隐约反映一种本能的侵权行为的损害赔偿分不清楚,几乎是下意识地认为这两方面是人为地将其分开,会逐渐地融合在一起并成为一体。”

[13] 参见斯托尔(Stoll)著:《缔约过失责任的构成和作用》(Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo),载《克默雷尔庆贺文集》(Festschrift von Caemmerer)(1978年),第2章第四部分,第435页。

合同与侵权行为之间的“第三道路”，^[14]而其他认为合同与侵权行为之间有绝对区别的学者，则视其为“合同与不法行为问题之间的一种连续”，并尽力去找出如何确定责任的前提和范围。^[15]

许多其他原则有助于对现代合同法规则进行解释。其中之一是，在合同受到法律保护之前，履行与对待履行必须是相应对等的。^[16]确认不公正合同无效的非常损失理论(laesio enormis)受到大陆法系各国的民法典的拒绝，或仅作为个别例外情况而接受。合同的效力完全不取决于对价的“相当”，这是普通法的出发点。然而如果注意到法院所做的而不是他们所说的，我们将会立即发现，合同中处于不利地位的一方当事人如果发觉他给予的和他所得到的之间有明显的不平衡，他完全有机会将自己从此不平衡中解脱出来。如科宾恰当地指出的那样，“在欺诈、胁迫、错误陈述和不当影响……的概念中存在着足够的弹性，使法院避免强制执行一种由于伴随着其他有关因素而使对价明显不相当、显然是毫无意义的合同交易”。^[17]

[14] 参见卡纳里斯(Canaris):《保护法——交易义务——保护义务》(Schutzgesetze——Verkehrspflichten——Schutzpflichten),载《拉伦茨八十寿辰庆贺文集》(Festschrift für Larenz zum 80. Geburtstag) (1983年),第27、84页。

[15] 参见孔德根(Köndgen)著:《无契约自我约束》(Selbstbindung ohne Vertrag) (1981年),第420页;皮克尔(Picker):《契约和侵权损害责任——关于责任体系重构的几点思考》(Vertragliche und deliktische Schadenshaftung, Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme),载于1987年《法律者报》(Juristenzeitung)第1041页。

[16] 特别参见戈德雷(Gordley)历史性和比较性论述,《交换中的平等》(Equality in Exchange),《加利福尼亚法律报告》(Cal. LR) (1981年),第69卷,第1587页。参见阿蒂亚(Atiyah)《合同与公平交易》(Contract and Fair Exchange),《图兰多法律杂志》(Utor. LR) (1985年),第35卷,第1页。同时参见《合同论文集》(Essays in Contract) (1990年),第329页。

[17] 参见科宾(Corbin)著:《论合同》(On Contracts) (1963年),第551页。同时参见原书第120、130页。

四、合同与福利国家

在所提出的问题中,有些问题则更重要。在现代生活的条件下,将合同自由置于法律制度的中心仍然是正确的吗?在合同双方当事人谈判权力不平等、“合同地位”被扰乱、较弱的一方当事人需要保护的情况下,合同自由是否不应受强制规则的限制?取代合同自由或代之以“契约公正”原则是否不合时宜?

这些问题是不可回避的,因为现在的合同经常是在未对合同条款进行任何适当磋商的情况下订立的,有时是因为合同一方当事人经济实力比较强,以至于他可以操纵合同条款。在许多市场上,供方很弱,而需方很强,致使市场上没有真正的互相妥协、讨价还价的可能性;客户必须接受对方的要约。一方当事人时常是不熟悉商业、无经验或不经意的,且只能接受对方提议的没有见到过、也没有经过讨论磋商的“一般交易条件”。

现在,一般都认为允许自由增长经济实力可能会导致优势地位的产生,而不是和谐和平衡,因此需要法律上的控制和关于限制竞争的法律,以防止优势地位的滥用。许多重要的合同,如雇佣、房屋出租、保险和消费者信用协议等,现在都以强制性规则体系加以调整。这些强制性规则为较弱的一方当事人提供了某种保护,关于提供能源、交通或生活必需品的条款都在法律中有普遍规定或受公共机关的监督。但是,可以这样说,这种受“调整”的合同有一种在一般合同法律范围之外的、它们自己的存在方式。在合同法的范围内,尽管该领域由于被“调整合同”(‘regulated’ contracts)的出现和发展而逐步缩小,但我们仍可以举起合同自由的大旗。对此,有些学者甚至认为,一般合同法是 19 世纪的发明,与我们今天的现实无关。这是因为一般合同法绝不考虑合同双方当

事人的个人性或是由于他们合同的内容所造成的情况。〔18〕

实际上,法院一般有权使“不公正的”或“不平等的”条款无效,或使“在合同的权利和义务之间产生严重的和不公平的失衡”的条款无效。有时这种权力只适用于合同一方当事人所起草的合同条款和未经协商而接受或由另一方当事人变更的条款。有时,这种权力仅适用于对于“消费者”不公平的条款。〔19〕但是,不可否认,为了公平起见,对于“不受调整”的合同中的条款,(法院)也可以进行调整。人们认为,这一发展背后的动力是:人们意识到,支持合同自由——负责任的个人能意识到他的行为的后果,能够评价其行为,并且比其他任何人都清楚如何判断自己的利弊得失——的模式现在离现实的距离已经非常远。这种说法还认为,在现代福利国家中合同自由应为“契约公正”所取代(契约公正:较弱的合同一方当事人应该受到更多保护,双方当事人都有义务更多地考虑到他方的利益,而合同的概念应重新调整并转变为一种包含合作、团结和公平义务的法律关系)。〔20〕

〔18〕 参见弗里德曼(Friedman)著:《美国合同法》(Contract Law in America)(1965年);阿蒂亚(Atiyah)著:《合同自由的兴衰》(The Rise and Fall of Freedom of Contract)(1979年),第571页;霍维茨(Horwitz)著:《美国法律的变迁(1780—1860)》(The Transformation of American Law 1780—1860)(1977年);吉摩尔(Gilmore)著:《合同的消亡》(The Death of Contract)(1974年),第7页;科林斯(Collins)著:《合同法》(The Law of Contract),1993年第二版,第29页。

〔19〕 详见本书第8章第4节。

〔20〕 这类文献很多。见亚当斯(Adams)和布朗斯沃德(Brownsword):《合同法理念》(The Ideologies of Contract Law),《法律研究》(Jleg.Stud.)(1987年),第7卷,第200页;科林斯(Collins)(同上第18页);凯斯勒(Kessler):《同意合同——关于合同自由的几点想法》,《哥伦比亚法律报告》(Col. LR)(1943年),第43卷第629页。雷瑟(Raiser):《今天的合同自由》(Vertragsfreiheit Heute),《法律者报》(1958年),第1卷第36页;格斯汀(Ghestin),第223页;埃塞尔/史米特(Esser/Schmidt):《债法总论》(Schuldrecht, Allgemeiner Teil),1992年第七版,第7页;冯·梅伦(von Mehren):《国际比较法百科全书》(Int.Enc.Comp.L)第7卷第1章,第72页。