



英美契约法的变迁与发展

The Transformation and Development of
Anglo-American Contract Law

刘承魁 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



英美契约法的变迁与发展

The Transformation and Development of
Anglo-American Contract Law

刘承魁 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

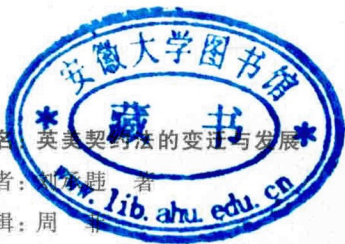
图书在版编目(CIP)数据

英美契约法的变迁与发展/刘承魁著. —北京:北京大学出版社,2014.11
(国家社科基金后期资助项目)

ISBN 978-7-301-25039-6

I. ①英… II. ①刘… III. ①契约法-研究-英国 ②契约法-研究-美国 IV. ①D956.13 ②D971.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 246813 号



书 名 英美契约法的变迁与发展

著作责任者: 刘承魁 著

责任编辑: 周 菲

标准书号: ISBN 978-7-301-25039-6/D·3705

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×1020 毫米 16 开本 17 印张 297 千字

2014 年 11 月第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

目 录 | Contents

引言:英美契约法为何值得关注? / 1

- 1 一、欧陆契约法的反理论性和封闭性
- 2 二、英美契约法的开放性和多元化
- 3 三、英美契约法的高度国际化和广泛影响力
- 5 四、中国法的英美化

第一章 英国契约法的形成与建构 / 7

- 7 一、普通法形成的三要素:王室法庭、陪审制度与令状制度
- 8 二、令状诉讼:普通合同法形成的核心要素
- 10 三、违诺赔偿之诉(Assumpsit):英国一般契约法进化之工具
- 13 四、违诺赔偿之诉的历史功绩:现代英美合同法模式之型塑
- 16 五、法学家在契约法体系形成中的关键作用

第二章 美国契约法的形成与建构 / 20

- 20 一、法律形式主义的大本营:哈佛法学院
- 21 二、兰代尔的法律科学化观念
- 23 三、霍姆斯的“形式主义契约法”和威灵斯顿的“统一合同法”
- 24 四、ALI 与《美国第一次合同法重述》:美国古典契约法形成的标志

第三章 古典契约法核心原则的起源与流变:对价原则 / 34

- 35 | 一、对价原则的概念起源
- 53 | 二、对价原则理论模型的变迁
- 82 | 三、对价原则的功能变迁

第四章 古典契约法核心原则的形成与流变:合同相对性原则 / 109

- 109 | 一、所谓合同相对性
- 111 | 二、大陆法系合同相对性的缘起与解释论的演变
- 117 | 三、英美法合同相对性原则的确立——内部作用还是外力影响?
- 124 | 四、合同相对性原则的未来

第五章 古典契约法的构造与特质 / 128

- 128 | 一、契约自由:古典契约法的核心理念
- 130 | 二、古典契约法的哲学倾向:契约法的客观性与标准化
- 131 | 三、古典契约法的心理学假设:抽象平等的理性人
- 132 | 四、古典契约法的法学品性:不证自明和演绎性质
- 134 | 五、古典契约的个别性、不连续性与静态性
- 135 | 六、古典契约的即时性与现时性
- 135 | 七、古典契约法理论的固有缺陷

第六章 新古典契约法:英美契约法的调整与改良 / 137

- 137 | 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
- 139 | 二、新古典契约法的代表人物及其思想
- 148 | 三、新古典契约法的经典文本:《统一商法典》与《第二次合同法重述》
- 157 | 四、新古典契约法的理念与内容
- 172 | 五、新古典契约法的特质
- 174 | 六、新古典契约法的经典制度:保护信赖利益的允诺禁反言原则

第七章 契约法社会化浪潮与现代契约法的发展 / 190

- 191 | 一、契约社会化与“关系性契约”难题
- 193 | 二、社会化的契约法理论方案的兴起
- 201 | 三、关系契约理论:契约法社会化运动的最强音
- 210 | 四、关系契约理论的困境

第八章 英国契约法与美国契约法之比较 / 227

- 227 | 一、法律体系的差别:英国法的形式性 vs 美国法的实质性
- 228 | 二、法律传统的差别:英国法的保守 vs 美国法的开放
- 229 | 三、核心法律制度的差别
- 231 | 四、法律渊源形式的差别

第九章 中国契约法治现代化的思考 / 234

- 234 | 一、英美契约法变迁阶段的启示:以共时性发展完成历时性任务
- 235 | 二、新古典契约法对于中国民法典编纂的意义
- 237 | 三、关系契约理论的启示与反思
- 239 | 四、英美契约法精神的启示:合同法是市场交易基本法
- 243 | 五、英美现代契约法的规范意义:微观制度价值

结语 / 248**参考文献 / 249****后记 / 265**

引言 英美契约法为何值得关注?

王泽鉴先生说过,英美法的精髓在于其契约法和侵权行为法。^① 但在中国法学界看来,由于存在“大陆法重视理论与逻辑,英国法重视实践与经验”^②的法律传统界分,再加之英美契约法成形较晚,所以一般认为,大陆法系契约法理论似乎肯定要比英美契约法理论丰富、高深和发达许多,大陆契约法在中国似乎也比英美契约法更为主流。可令人疑惑不已的是,在现代合同法重大理论的创造发展以及对国际契约法规则(商务游戏规则)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 尤其是最近几十年来,大陆契约法表现出自我封闭、死气沉沉的保守倾向,相反,英美契约法则堪称后起之秀,理论创新兴旺蓬勃、层出不穷,并呈现出“青出于蓝而胜于蓝”的强劲发展势头。更为重要的是,在这样一个有点“泛商”主义的时代,英美契约法比欧洲大陆契约法更能与市场经济规则和自由企业制度相契合,也更符合商业社会对制度和规则的需要,英美契约法已经在相当程度上代表着现代契约法的发展潮流。因此,相较于大陆法来说,英美契约法越来越成为值得中国法学界认真关注和对待的法律系统,其具体原因主要有以下四点:

一、欧陆契约法的反理论性和封闭性

法典编纂是大陆法系的精髓,但正如欧洲法学家自己所说,法典编纂模式意味着法律发展的结束^④,或者至少是法律理论繁荣的终结。在法国和德国民法典逐渐形成的古典契约法阶段之后,在欧洲大陆已经很难觅见像当年

① 参见王泽鉴教授为杨桢《英美契约法》一书(北京大学出版社2003年第3版)所做的序言。

② [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,第5页。

③ 比如, 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 Andreas A. Gazes, Reflections on the Heyday of Law and Legal Science, 2.1 *Kritike Epitheorese* 13, 1995, 20.

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) 的创造发展等方面, 大陆法系近代以来贡献甚微。^① 此种过分形式主义的法律传统还造就了德国学界“立法者修改半个字, 半壁图书馆俱成废纸”的说法, 这是注释法学和法教义学的必然后果。与此同时, 契约法在欧洲大陆民法典的模式下是其债法的一部分, 不仅其契约法, 就连债法也是非常封闭的法律系统, 契约法甚至不是学者单独研究的领域, 而只能作为债法或民法典的附属部分, 此种法律体系和法律制度上的附属性和封闭性, 也最终导致了欧洲大陆契约法的自我封闭特质, 合同法与市场、社会 and 人的生活隔绝孤立, 失去了现实的依靠和现实的观照。

二、英美契约法的开放性和多元化

在英美法世界中, 法律就是经验, 法律就是生活。面对生活, 法律一直采取开放的姿态, 它绝不仅仅是法律逻辑的演绎, 而是活生生的社会生活的展现, 用霍姆斯的话说, “法律的生命在于经验”, “法律显示了国家几个世纪以来发展的故事, 它不能被视为仅仅是数学课本中的定律及推算方式”。法学前贤也已区别了“书本上的法”和“生活中的法”。“书本上的法”内容明确、逻辑一致, 却缺乏应有的灵活, 甚至僵化停滞。只有调之以“生活中的法”, “书本上的法”才能赋有其应有的活力和热度。^② 具体在契约法领域, 英美国家的契约法是独立的法律部门, 是市场经济体系和自由企业制度的基石, 是张扬个人自由和私法自治精神的法律制度, 是促进、保护和鼓励市场交易的规则, 而非大陆法系所定位的“欠债”的问题, 小到地铁票的买卖, 大到金融衍生品的交易, 一切皆为合同, 它扩张着人的行为, 联结着人的关系, 提升着经济的效率, 建构着社会的秩序。

即使从法学研究和法律学科的角度来看, 英美法也保持了此种高度的开放性和多元化。因为英美法律人深知, 在现代学科知识体系中, 任何一门学

^① See 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.

^② 付子堂:《法之理在法外》,载《法制日报》2013年10月25日。

科都不能拒绝其他学科的成果,法律更是如此。如果过分专注于法律本身,我们可能会迷失其中而“不识庐山真面目”。正若要认识故乡,就必须离开故乡,到更广阔的天地中去;要认识地球,必须离开地球,到更浩瀚的宇宙空间中去。认识法律,研究法律也是这样。只有容纳并认真汲取其他学科的新成果,我们才能找到认识法律的新视角,发现进入法律的新路径。这就是所谓的“法之理在法外”的道理。^①

因此,尽管英美契约法系统形成较晚,但其致力于规范与实证、法学与哲学、经济学、社会学等学科的理论统合,善于运用其他学科的知识资源来分析法律和发展法律的优势,大大促进了其创新性发展,这一点在美国契约法中体现最为明显。此种开放式和多元化的综合发展进路也极大压缩了概念法学和形式主义契约法的发展空间,比如,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。^②也大大提升了英美契约法的生命力和创造力,英美法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”、吉尔莫的“契约的死亡”、阿蒂亚的“合同自由的兴衰”、波斯纳等人的“契约之经济分析”、麦考利的“契约之经验研究”、肯尼迪等人的“私法之批判”和麦克尼尔的“关系契约”等诸学派理论最为著名。尤其是吉尔莫与麦考利的契约死亡学派、麦克尼尔的关系契约等现代契约法理论创造明显是受到了社会学、经济学等多元交叉学科方法或理论的重大影响。

三、英美契约法的高度国际化和广泛影响力

由于英国曾经的“日不落帝国”的国际影响力和英语为世界第一大语言等诸方面的关系,英国契约法在当今世界范围内得到大范围的应用和选择适用。再加之“英国契约法注重商业情趣,是商人的法律,而不是农民的法律”^③,高度市场化的品格使得其更容易国际化。因此,其国际化程度要比大陆法国家的契约法高出很多,所以香港学者杨良宜教授才将英国契约法称作

① 付子堂:《法之理在法外》,载《法制日报》2013年10月25日。

② See 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.

③ [德]海因·科茨:《欧洲合同法》(上),周忠海等译,法律出版社2001年版,第83页。

“国际商务游戏规则”。^①

英国契约法的此种国际化和影响力更因为 20 世纪以来美国的全球政治和经济领导地位的确立和发展而得到不断的强化。尤其是在法律全球化过程中,美国法的全球化表现突出,势头强劲,以致有人认为法律全球化实质上是全球法律的美国化。^② 这种判断虽然有些绝对,却可从一个侧面反映出美国法在法律全球化过程中的重要地位和广泛影响。中国学者何美欢教授也通过列举四个事实来向我们证明,法律全球化等于美国化:其一,美国律师事务所遍布全球,这不仅表现在美国律所的势力范围已经侵入了欧洲大部分地区及亚洲的一些重点城市,更重要的是,包括大型跨国公司在内的这些重要客户对美国律师的法律服务极为信赖;其二,美国法学教育传播到世界各重要地点,在今天的欧洲、拉丁美洲和亚洲的各主要商业城市里年满 40 岁以下的律师几乎全部在美国接受过至少一年的法学教育;其三,美国式法律文件及做法的传播,鉴于美国的经济实力及在国际贸易中的主导作用,美式法律文件及做法的对外传播几乎成了一种必然;其四,美国法律的传播,美国商法、公司法、证券法及银行法、民事侵权法、产品责任法、医疗失误法等法律对其他国家相关法律的生成都产生了重大影响。^③ 上述事实说服力强劲,笔者也基本赞同她的观点。

并且,由于国际贸易规则是在经济和政治强势国家主导下构建的规则,美国作为第一经济强国,这一规则自然就融入了更多的美国风格,塑造了全球化时代的新商人法。晚近的研究表明,新商人法的发展并非是完全自发的,而是受到某种力量的影响和支配,这就是“跨国律所”或英、美律师。换言之,新商人法的“自创生”只是表面的特征,实际上暗中正在受到美国法的型塑,而美国法逐渐占领新商人法,则主要归功于有背景、有规模、有实力、有灵活机制的美国大型律所。也就是说,在全球化过程中,美国大型律所几乎包揽了跨国公司的主要法律事务,并实际上建构和塑造了新商人法。从渊源上,这种新商人法虽然得益于国际模范法典或其他国际“软法”(比如《国际商事合同通则》),但更多是出自美国律师之手。正是在这种意义上,夏皮罗才认为,跨国公司通过创制合同条款的自我立法及其纠纷解决机制,导致了

① 参见杨良宜:《国际商务游戏规则:英国合同法》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 1 页。

② 例如海德布兰德认为,法律全球化是“跨国法治的美国化”,参见[美]W. 海德布兰德:《从法律的全球化到全球化下的法律》,刘辉译,载[意]D. 奈尔肯和[英]J. 菲斯特编:《法律移植与法律文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社 2006 年版,第 157 页。

③ 何美欢:《论当代中国的普通法教育》,中国政法大学出版社 2005 年版,第 1 页。

商法的全球化,而这个领域的全球化实际上是美国化。^① 弗拉德也直截了当地指出,英国跨国律师所适用的主要是英国法;美国跨国律师所采用的是纽约州法,因为它们的总部设在纽约,根据该州的合同法,它们形成了适用于跨国公司的标准合同。^② 换言之,美国大型律所把它们在纽约形成的跨国商事合同予以全球化。如此说来,新商人法虽然是通过合同建构法律,但这种合同并非属于无(国家)法律的合同,而是以美国纽约州或英国法为基础的合同。这种法律也并非与国家法没有关联,而是与美国法(或较低程度上英国法)存有潜在的关联。美国大型律所通过其跨国商事法律实践,巧妙地主导了新商人法的内容和特征,成功地使之美国化。^③

同样不容置疑的另外一点事实是,自“第二次世界大战”之后,尤其是自20世纪末的经济全球化以来,美国法不再追随和继受欧洲法,而是大规模地反攻欧洲法,甚至使欧洲法出现了“美国化”的趋势。欧洲各国包括大陆法系的代表德国和法国也大量借鉴美国的契约法、公司法、证券法等商法规范,因为最发达的规则毫无疑问是产生于世界上最发达的经济金融中心。美国的商事规则也直接影响国际贸易形势,造就了全新国际商事规则,主导了国际贸易立法权,与美国商事贸易的增多也使得各国都需要尽可能地多了解和学习美国法,美国商事规则也促进了近些年以来各国比较私法的大幅度发展。

总之,尽管美国契约法与英国契约法有所不同,但总体上是继受了英国契约法的理论和制度,因此共同构成了与大陆法所不同的“英美契约法系统”。英美契约法也因为美国对国际商务规则制定的影响力和决定力而成为当今世界商务往来的真正游戏规则,比如《联合国国际货物销售合同公约》(以美国《统一商法典》为蓝本制定)、《国际商事合同通则》等国际契约规则的制定就主要受到了英美契约法的主导性影响。对于中国来说,要想更好地理解 and 有效参与国际商事活动,就必须对这些国际契约规则以及其背后的英美契约法有着深入的研究,因此英美契约法代表了契约法发展的潮流,值得中国法律界认真关注和研究。

四、中国法的英美化

中华人民共和国成立之初,由于复杂的社会原因,国家在政治上实行

① M. Shapiro, The Globalization of Law, *Global Legal Studies Journal*, 1993, vol. 1, 38, 39.

② J. Flood, Lawyers as Sanctifiers: The Role of Elite Law Firms in International Business Transactions, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2002, vol. 14, 48, 56.

③ 高鸿钧:《美国法全球化:基于四种典型的观察与分析》,载《中国法学》2011年第1期。

“一边倒,倒向苏联”的国策。在法律领域,全面废除旧政权长期实行的“六法全书”,直接向苏联学习,也只能向苏联学习。由于历史的原因,旧中国的法制归属大陆法系,法学教育采大陆法方式,图书资料也多是关于大陆法系的内容。

尽管如此,由于英美文化在现代世界的强势,即使是大陆法系国家也不能对英美各国的法律制度熟视无睹,了解甚至模仿英美法制已成为一种不得不为的选择,因此,在这种情势之下,身为“法治后进国”的中国似乎就不应当采取只针对大陆法的单一继受路线,对人类文明(包括法治文明)保持一种开放的姿态或许会更加有助于中国法律秩序的建构和社会的治理。比如,随着社会进步和司法实践的需要,中国司法实务界和法学界在改革开放以来,逐渐关注、借鉴英美法理论和制度体系,从司法制度设计、对抗制诉讼、法学教育改革、公司证券、商事合同等商业法律制度等多个方面借鉴英美法律制度 and 理论体系,以此推动和完善中国法治建设。

当然,英美法所具有的、与大陆法迥异的法律传统和制度设置的诞生和形成,也有赖于英美各国的特定社会历史条件,这或许在一定程度上为部分国人主张拒斥英美法提供了借口。但笔者认为,英美各国在为当代世界创造普适性规则方面是有着突出贡献的,尤其是在各国具有最小差异的合同法领域,英美国家在相对发达和开放的市场交易的基础上提供了越来越多的普适性交易规则。而且我们也应当清楚的是,现代欧洲大陆各国对美国的法律进口已经远远超过了美国对欧洲法律的进口。就像麦当劳和好莱坞大片一样,英美法正在而且将继续风靡全球。因此,对英美合同法的借鉴和吸收必然会成为一种潮流,我国1999年《合同法》的起草似乎也在一定程度上印证了这一点。中国1999年统一合同法中的要约承诺制度、合同解除制度、违约责任制度、预期违约制度等大量规则和制度内容都明显取自《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)和《国际商事合同通则》(PICC),而这两个重要合同法文本则主要是英美法经典文本《美国统一商法典》(UCC)的翻版,因此,中国合同法具有了非常浓重的英美法的色彩。要充分理解、有效改造和不断发展中国合同法治都离不开对《联合国国际货物销售合同公约》《国际商事合同通则》以及其背后的《美国统一商法典》的深入研究。

第一章 英国契约法的形成与建构

一、普通法形成的三要素:王室法庭、 陪审制度与令状制度

自公元 1066 年诺曼人征服英格兰后,英国普通法便开始了新的纪元。尽管诺曼征服之初,英国当时实行的法律还都是纷繁芜杂的地方习惯法,法律非常不统一。但诺曼征服带来了中央集权化趋势和集权体制的建立,并且由于“英国国王们首要关心的是赢得公众对其法院系统的信任,其办法就是促成那些有助于提高该系统在案件处理结果上的公平和效率的诉讼程序和实际做法”^①,这便使得王室法庭的地位逐渐突出,并进而造就了统一的英国普通法。当然,王室法庭从一开始就面临着与并存的郡法庭、庄园法庭、教会法庭等争夺某些案件的司法管辖权或“司法领地”的问题,王室法庭之所以能在这场争斗中获得胜利,是因为它采取了十分得力的两种措施:陪审制与令状制。王室法庭所采的陪审制以一种理性的举证方式取代了神裁、宣誓、决斗等原始而古老的、非理性的、诉诸上帝或其他神秘力量的查证手段^②,从而使得王室法庭较诸于其他法庭更为先进、更具竞争力、更受欢迎;令状制则不仅为王室增加了财政收入(因为令状需要购买),更重要的是,令状制大大扩张了王室法庭的司法管辖权。因此,普通法传统的形成最为重要的司法因子是王室法庭及其与之配套的令状制和陪审制三者的确立^③,是王室法庭、陪审制与令状制这三种司法要素共同作用的结果。

另外,王室法庭显赫的地位还直接影响了法律职业的特性和普通法的生成方式。在普通法形成之初,位于伦敦的英国四大律师学院而不是大学垄断了普通法,直到 15 世纪,任何人如果不是四个主要律师学院(林肯学院、内殿

① [美]卡尔文·伍德德:《威廉·布莱克斯通与英美法理学》,张志铭译,载《南京大学法律评论》1996 年秋季号。

② [英]R. C. 范·卡内冈:《英国普通法的诞生》,李红海译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 80 页。

③ 同上书,第 2 页。

学院、中殿学院和格雷学院)之一的成员,就不能“做”律师,也即不能在普通法院“出庭”和辩案。另外,普通法是最难捉摸的未经编纂的法律形式,它隐藏于法官在普通法院判决的案件中所发表的意见,只有从中才能发现它。除了律师和法官自己或者所有律师学院的成员以外,没有人知道法院已有的主张是什么以及它们的判决意味着什么。这就是说,律师学院通过其成员——从底层的学徒到中层的出庭律师、高层的主管律师学院的委员、皇室法院高级律师和法官——完全控制和把握了由王室法院颁布的“法律”,大学在其中的地位是十分尴尬的,这也说明了英国律师在传统上对于涉及法律的各种“学术的”或“哲学的”论述所表现出来的某种冷漠态度。因为英国法出现于伦敦而非牛津(大学),它是在大学之外围绕着王室法院产生的。简而言之,它是执业律师的法,而不是神职人员或者哲学家甚至教授的法,执业律师经年不断地努力以保持它这样一种存在方式。^① 因此,普通法法律规则、制度和文化的形成也主要是律师、法官等法律人行为的结晶。

可见,与大陆法对议会立法和大学传授的实质依赖不同,英国普通法传统的形成主要是司法运作的结果,于是,便有学者将普通法的这种以司法救济为出发点而设计运行的一套法律体系称为“普通法的司法中心主义”,从而与大陆法的“立法中心主义”特征相区别。^②

二、令状诉讼:普通合同法形成的核心要素

本书并非是对普通法的宏观历史解读,而只关涉英美合同法的相关内容,但对于英美国家的合同法来说,令状这一司法制度的历史无论如何都应当是我们倍加关注的核心。因为迄今为止,没有人否认这样一个事实:现代英美合同法是从普通法的令状制度(writ system)或诉讼形式(forms of ac-

① [美]卡尔文·伍达德:《威廉·布莱克斯通与英美法理学》,张志铭译,载《南京大学法律评论》1996年秋季号。

② 李红海:《司法地解读普通法》(译者序),载 R. C. 范·卡内冈:《英国普通法的诞生》,李红海译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 18 页。当然,也有论者将基于普通法生成要素上的特殊性描述为:它在很大程度上是律师学院的成员,也即在范围有限的实际诉讼中作业的出庭律师和法官们的创造。因此,它所特有的独特标志,并不具备像法典那样由一批经合理制定的规则构成的属性,而是具有逐渐创造的“法律”属性,即,它是由审判庭中的律师和法官在受制于单个案件的事实和在场的无法预测的外行陪审团的情况下,零零碎碎地创造的。因此,它形成了自己的独特风格、法律拟制以及各种使那些不懂诉讼程序和令状制度奥妙的人极难理解的东西。[美]卡尔文·伍达德:《威廉·布莱克斯通与英美法理学》,张志铭译,载《南京大学法律评论》1996年秋季号。

tion)发展而来的。^①

“令状制度”是英美法中非常独特的诉讼方式与制度,是“中古时代英国法律之最大特点”。^②自亨利一世(Henry I)在位(12世纪初),直到19世纪令状被一一废止前,令状主宰了整个英国法律,并逐步催生了我们今天看到的普通法制度与传统,包括普通合同法。令状制度对英美法影响之大,可从英国著名的法律史学家梅特兰(Maitland)的名言中略有所觉:“诉讼形式(forms of action)虽然已经消亡,但是它们仍然在坟墓中统治着我们。”^③逝去后还有这么强的威力,可见令状制度对整个英美(合同)法的巨大影响力。

通常所谓“令状”,乃一种加盖君主名衔之文书指令,指示法院之执达员(sheriff)命令被告出庭,并就原告起诉之内容提出答辩。^④但是,头一批令状是在诺曼人征服英格兰后不久签发的,原是命令王室官吏传召被告人,以便能就保有某片土地权利问题进行查问。^⑤最初的令状则只不过是国王、教皇或其他统治者便利处理日常事务的一种“行政性质”^⑥的文书工具,但在原始行政令状司法化之后,取得起始令状就成为在王室法庭起诉的一个必备条件,亦即在王室法庭,只有取得令状才有诉讼和救济的可能,而且,只有提诉之事符合某项可用令状要求的时候,诉讼才能进行。同时,“由于任何欲向王室法院获得救济之原告,须先取得此等令状之签发,各种不同形态之令状,乃应运而生,而英国之法律,即围绕着此种不同之令状而发展起来”^⑦。且由于为大批不同类别讼案提供处理办法,诉讼中类似案由便多次出现,每一案由及相应的诉讼都采用相同的程式的格式化的令状诉讼逐步确立。可以说,格式化的令状诉讼程序和制度的设置直接促进了英国普通(合同)法的统一和形成。但是,格式化诉讼形式就意味着,各种类别之诉讼有其王室法院所承认之个别令状,故欠缺令状即无法获得救济,至少无法获得王室法庭所给予之救济。在这种情况下权利之存在,取决于法院救济之存在;而法院救济

① James Oldham, Reinterpretations of 18th-Century English Contract Theory: The View From Lord Mansfield's trial Notes, *Georgetown Law Journal*, August, 1988, 1950.

② 杨桢:《英美契约法论》(第三版),北京大学出版社2003年版,第275页。

③ Maitland, *Forms of Action at Common Law*, Cup, 1948, Lecture I, p. 2.

④ 杨桢:《英美契约法论》(第三版),北京大学出版社2003年版,第275页。

⑤ [法]泰格、利维:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,刘锋校,学林出版社1996年版,第198页。

⑥ 著名法史学家T. F. T. 普拉克内特简明地指出了令状诉讼的行政性质的起源,他写道:“普通法是从御前会议发展出来的行政程序的产物……它围绕诉讼程序得以具体化、系统化……这些取代旧的法律程序的行政措施不断增加,直至最后才意识到自己的本质是真正的法律性质。”See T. F. T. Plucknett, *The Relations Between Roman Law and English common Law Down to the Sixteenth Century*, *Univ. Toronto Law Journal*, 3(1939—40), 32.

⑦ 杨桢:《英美契约法论》(第三版),北京大学出版社2003年版,第275页。

之存在,又取决于此一令状(诉讼形式)之存在。也就是说,无(合适)令状即无救济与权利。^①但相对于复杂而多变的现实生活来说,当事人对令状种类的了解和选择也必定是有限的和困难的,因此会有很多人得不到王室法庭的救济。于是,我们看到了要求原告人将其案情嵌入标准诉讼形式的僵硬规定的弊端。这样,为了缓解这种令状诉讼形式制度的苛严,律师们要么迫切要求制定新的令状——新的“诉讼形式”,要么则恣意施展诡辩术,强使案情适合某种可用格式。^②而这些做法也都在相当程度上影响了普通(合同)法的发展轨迹。因此,有学者断言,在19世纪之前,英国法之所以能有效地组织起来,并非通过财产、侵权和合同等一般性概念,而是通过诸如侵害之诉(trespass)和违诺赔偿之诉(assumpsit)等诉讼形式。^③是诉讼形式和程序搭起了早期英国普通法的结构^④,法律中充斥着对形式主义的膜拜和对实质原理与思想的隐匿倾向。

三、违诺赔偿之诉(Assumpsit):英国 一般契约法进化之工具

早期合同法的缓慢形成和独立过程主要就体现在各种古老的对人诉讼(The Personal Actions)的进化中。这些对人诉讼包括收回不法取得动产之诉(Replevin)、请求返还扣留物之诉(Detinue)、专约之诉(Covenant)、清偿债务之诉(Debt)、审查账目之诉(Account)等。与合同法发展直接相关的三种诉讼形式是对专约之诉(covenant)、清偿债务之诉(debt)和违约赔偿之诉(assumpsit)。

但专约之诉不能为允诺的执行提供一种一般性的基础,因为对于盖印书面的形式主义要求基本上与罗马法的要式口约(stipulation)没有太大的差别。^⑤其特别的盖印书面要求的形式性使其不可能成为合同诉讼的通用或一般模式。

尽管清偿债务之诉在一定程度上克服了专约之诉的弊病(如僵化书面的要求),并且曾是中世纪合同诉讼最为常用和普遍的诉讼形式,但是其弊

① A. W. B. Simpson, *The History of Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*, Clarendon Press, 1975, p. 5.

② [法]泰格、利维:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,刘锋校,学林出版社1996年版,第198页。

③ James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, 1991, p. 2.

④ D. J. Ibbertson, *A Historical Introduction to the law of Obligations*, Oxford University press, 1999, p. 11.

⑤ E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Aspen Law & Business, 1999, 3rd ed., p. 13.