



比较法文丛

主编/何勤华

6

解读约因 英美合同之效力基石

陈 融 著

约因原则不仅是普通法传统中合同生效的独特要件，也是英美法律传统的标志性符号。本书通过对其经典案例解析以及对相关学说与立法的阐述，梳理约因原则的起源与变迁，剖析约因原则在司法实践中的运行规则，并深入探讨了该原则的价值。本书注重理论探讨与实践分析的结合；注重法学与历史学、部门法学与法史学的结合，是一部以“约因”为交汇点的比较法著作，为我国民法及外国法制史的教学和研究增补了丰富资料，也是一部以“约因”为线索的英美合同法史，为我们领略英美法文化提供了新视角。



法律出版社

上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设项目
国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目
上海市教委高水平建设项目·国际法与比较法研究



主编/何勤华

6

解读约因 英美合同之效力基石

陈 融 著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

解读约因:英美合同之效力基石 / 陈融著. —北京:法律出版社, 2011
(比较法文丛)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1661 - 0

I. ①解… II. ①陈… III. ①合同法—对比研究—英国、美国 IV. ①D956.103②D971.203

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 260745 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/杨红飞

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16

印张/19.5 字数/360千

版本/2010年12月第1版

印次/2010年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1661 - 0

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

自 1978 年改革开放以来,我国在外国法或西方法的研究方面取得了重大成就。这方面的系列丛书可谓琳琅满目,其中,影响较大的有:商务印书馆的“汉译世界学术名著丛书”(法学部分,1981 年)及“法学译丛”(2004 年)、中国大百科全书出版社的“外国法律文库”(1991 年)、中国政法大学出版社的“当代法学名著译丛”(1990 年)及“美国法律文库”(2001 年)、北京大学出版社的“比较法学丛书”(1998 年)、中国法制出版社的“西方法哲学文库”(2001 年)、清华大学出版社的“比较法学丛书”(2001 年)、上海人民出版社的“世界法学名著译丛”(2001 年)、北京大学出版社的“外国法与比较法文库”(2008 年),等等。

然而,在上述众多的系列丛书中,真正冠以“比较法”字样的丛书还不是很多。的确,在 20 世纪 80 年代到 90 年代期间,我国也先后出版了诸如:茨威格特和克茨的《比较法总论》(贵州人民出版社 1992 年版)、勒内·达维德的《当代主要法律体系》(上海译文出版社 1984 年版)、梅利曼的《大陆法系》(知识出版社 1984 年版)、大木雅夫的《比较法》(法律出版社 1999 年版)等比较法方面的经典。但是,出版这些著作大多都是当时一种零星的、偶尔的出版行为,并非系统策划的比较法系列丛书。

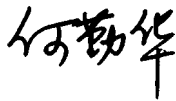
众所周知,21 世纪的中国已步入法治建设的攻坚阶段。今后,对于外国法的吸收、借鉴和移植将是我国一项大量的、经常性的任务。要顺利完成这一任务,离不开发达的比较法研究。而当下我国比较法著作缺乏出版途径的现状已严重制约了比较法研究的繁荣和发展。因此,加强比较法方面的

研究和出版,成为我国学界和出版界一项刻不容缓的工作。

鉴于此,法律出版社高瞻远瞩,勇挑重担,与华东政法大学共同策划、出版一套《比较法文丛》,以期为我国比较法的研究和出版开辟一个新的途径。本文丛以扶植中青年学者,尤其是法学博士、博士后,为这些法学新秀提供一个出版的平台为目的。为此,特选择一批国内最新且富有特色的比较法著作进行出版,同时,也可容纳部分纯粹的外国法方面的译著、专著。

本文丛的主要原则和特色是:在百花齐放、百家争鸣的前提下,坚持质量第一,宁缺毋滥,不定期出版的原则。具体将体现为以下三点特色:第一,本文丛的著作,应属国内学术界没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特色;第二,本文丛的著作,应是国内学术界都很感兴趣,但还没有系统研究或未及时挖掘的课题;第三,本文丛的著作,应具有比较高的文献史料价值,能为学术界进一步研究提供基础性的资料。我相信,《比较法文丛》的出版,一定会为我国比较法研究的进步与发展作出新的贡献。

本文丛的出版,得到了法律出版社沈小英社长的全力支持和帮助,也得到了华东政法大学外国法与比较法研究院的建设经费资助。在此,特表示诚挚的谢意。



于华政人可居

2010年9月19日

目 录

导 论	1
第一章 约因要求的起源与初步发展	15
第一节 英格兰中世纪合同诉讼形式及其演进	16
一、盎格鲁—撒克逊时期的合同实践	16
二、从诺曼征服(1066 年)到 14 世纪中期:多种诉讼形式并存	18
三、14 世纪中期到 16 世纪末:承诺之诉的兴起与成长	22
第二节 约因要求在合同诉讼中的孕育与形成	30
一、观点之一:约因要求起源于“债务之诉”而完善于“承诺之诉”	31
二、观点之二:约因要求完全衍生于“承诺之诉”	34
三、观点之三:约因渊源于盎格鲁—撒克逊时期的担保合同	37
四、约因原则的理论源泉	41
第三节 约因学理在十六七世纪的成长	46
一、对约因充分性规则的探讨	46
二、对约因的表现形式的认识	47
三、针对约因的抗辩理由	49
第四节 约因原则在 18 世纪与传统轨迹的偏离	53
一、霍尔特对约因要求的保守变革	54
二、布莱克斯通对约因的阐述	56
三、曼斯菲尔德对约因理论的攻击	59

第二章 约因原则的古典革命与鼎盛	69
第一节 约因成长的摇篮:合同法的飞跃	69
一、合同自由思想的极盛及合同法地位的上升	70
二、合同法在 19 世纪的成长	72
第二节 约因理论的古典转型	78
一、清除约因中的非允诺性要素	79
二、定位合同法的核心:允诺—约因	83
第三节 “获益—受损约因论”及其现代变革	86
一、“获益—受损约因论”的历史基础:合同诉讼形式	86
二、“获益—受损约因论”的内涵及其运行分析	87
三、“获益—受损约因论”的现代变革	89
第四节 “交易约因论”的形成及其对合同法的影响	91
一、“交易约因论”的内涵及历史合理性	91
二、威利斯顿对“交易约因论”的扩张解释	96
三、以“交易约因论”为核心的古典合同法	100
第三章 约因原则的衰落与变革	107
第一节 古典约因原则遭遇现实困境与理论质疑	108
一、福利国家运动:私法公法化	108
二、法哲学思潮的转向	109
三、合同法理论界对古典约因论的批评	112
第二节 约因原则的内在变革	117
一、司法活动对约因内涵的灵活解释	117
二、成文法对约因论的限制和修正	121
第三节 “约因”作为合同责任的基石地位的动摇	126
一、合同责任的免除:“合同落空”	126
二、有约因支持的合同可以被撤销:胁迫论	128
第四节 合同救济的新依据:允诺禁反言原则与准合同理论	132
一、允诺禁反言原则的生成及其内涵	133
二、允诺禁反言原则的确立与发展	138
三、“准合同”理论的起源与发展	150
第四章 约因的认定规则解析	154
第一节 约因必须充分	155

一、充分约因的分类:“已履行的约因”和“待履行的约因”	155
二、充分约因的有价性和确切性	159
第二节 约因无须等价	165
一、约因无须等价规则的理论背景	165
二、约因无须等价规则的实践运行	168
三、“名义约因”与“虚假约因陈述”	170
第三节 “过去约因”规则	174
一、十六七世纪关于“过去约因”的探讨	174
二、“过去约因”规则在英国法中的现代发展	177
三、“过去约因”规则在美国法中的突破:道德约因的效力	179
第四节 约因的相对性:约因必须由受诺人提供	181
一、在普通法中的萌芽与弹性	182
二、在近现代英国法中的确立与变革	183
三、在美国法中的创新	185
第五节 履行已存义务的约因效力规则	187
一、对法定义务的履行不是约因	187
二、对既存合同义务的履行	189
三、对合同第三方的既存义务的履行	192
四、司法实践对传统法则的修正	195
第六节 债务和解协议的效力认定	196
一、中世纪“债务之诉”中的债务和解协议效力问题	197
二、债务和解协议的效力在十六七世纪的不稳定状态	198
三、近现代合同法对“平内尔”规则的继受与变革	200
 第五章 对约因原则之比较研究	 204
第一节 禁反言与约因——替代还是补充	204
一、允诺禁反言与约因在内涵上的相通与交融	206
二、允诺禁反言与约因在法律价值上的对立与统一	209
三、对吉尔摩的“合同死亡论”的评析	215
第二节 约因与形式:功能的相通与超越	220
一、合同形式要求在普通法中的起源与发展	221
二、约因与形式在功能上的相通性	224
三、约因的实体价值及其受到的限制	227
第三节 约因与民法法系的“原因”:跨文化的回应	231

一、原因理论的起源、形成与发展	231
二、原因论与约因论差异	236
三、约因论与原因论的沟通	244
第四节 约因与普通法传统：起源、成长与未来	247
一、约因原则的产生缘于独特的普通法背景	247
二、约因依赖判例法传统得以保存和发展	252
三、约因原则的形式主义和技术化是普通法的烙印	254
四、约因原则在普通法中的存废之争	256
 参考文献	 274
 附录 1：主要案例的名称及其判决要旨（以发生年代为序）	 283
 附录 2：本书关键专业术语中英文对译表	 294
 附录 3：本书所引主要成文法的中外文对译	 297
 附录 4：本书所含部分重要法律人物姓名在本书中的中外文对照表	 299
 后记	 302

导 论

一、人类对合同效力基石的持续探索

合同是自发产生于人类生产生活中的法律行为,而关于合同的记载和探讨无疑是人类文明的重要组成部分。在欧洲大陆,后经院哲学家利用亚里士多德和托马斯哲学中的概念对罗马法条文进行解读,原因理论得以形成。于是,合同法在16世纪第一次得到系统的归纳,法学先辈们为合同效力寻找到了哲理源泉。

十七八世纪被称为理性法的时代,霍布斯(Hobbes)、洛克(Locke)、普芬道夫(Pufendorf)和巴比拉克(Barbeyrac)等近代自然法学家基于理性自明的信念,对后经院学派借助亚里士多德及阿奎那哲学构建的理论发起攻击。法律原则的重构发生于19世纪,在合同法领域的成就就是“意志合同论”(will theory of contract)的提出。该种理论认为,合同的达成就是对当事人意志的表达,而不是对德性的践行,当事人的义务表明他对自身意志的服从,而不是源自合同的实质。

“意志合同论”成为合同效力依据的古典解释模式,与19世纪自由放任的政治经济哲学相辅相成。抽象的合同自由促进了法律一般原则的形成以便为商业活动提供确定而有预期的指导,有助于合同法实现对其他私法部门的吞并,并上升为19世纪私法的核心。然而,作为近代自然法观念的产物,“意志合同论”不可避免地烙上了先验哲学的印记。它的理论前提是:所有的人都是“理性经济人”,都有充分自由和平等的签约能力。19世纪末20世纪初以来,市场扩张和大工业生产带来的种种社会矛盾已使人们清醒地意识到,

抽象合同自由只是神话传说,“意志合同论”的危机日益显现。从此,关于合同效力基础的理论此消彼长、各抒己见。

“交易合同论”(bargain theory)是普通法世界在19世纪以来的主导合同理论。“交易合同论”体现了自由主义、个人主义的价值取向以及对交易的促进。该理论由英国法学家波洛克(Pollock)和美国法学家霍姆斯(Holmes)共同创立,其中心思想是:允诺不因允诺人的严肃意向而对允诺人产生约束力,允诺人必须从受诺人那里要求某种东西作为允诺的交换或代价。合同关系当事人必须遭受“法律受损”或得到“法律获益”作为支撑合同的约因(consideration),但约因与允诺的交换关系是合同效力的基础。^①“交易约因论”符合当时的社会共同体观念(community standards)、市场经济背景和“合意论”等思想。^②

以德国的沃纳·福卢姆(Werner Flume)及美国的查尔斯·弗里德(Charles Fried)为代表的“允诺合同论”(promise theory of contract)充分体现了合同自由的精神,并以康德哲学为基础。“允诺合同论”认为,法院不必关注约因或交易的存在,合同的生命力来自允诺本身,一个人有遵守诺言的道德义务。^③“允诺合同论”的重大贡献是唤起人们重视道德在合同理论中的重要意义。但事实上,法院强制执行所有允诺是不现实的,也是不必要的。而且,一个允诺生效后不仅对允诺人有影响,允诺不能仅仅因允诺人的履约义务就生效。

美国法学家富勒(Lon. L. Fuller)和英国著名合同法学家阿提亚(Patrick S. Atiya)是“信赖合同论”的代表。他们强调,受诺人的合理信赖损失是允诺人承担责任的前提,即便合同没有缔结。合同法应该从传统的预期利益保护转向对信赖利益的保护。信赖学说对传统“交易约因论”及古典合同法带来巨大冲击,反映了现代合同法对实质正义的关注。但是,该理论所倡导的责任基础和救济的性质都还有待争论。而且,信赖损失在实践中常常难以证明或计算。实践调查表明,信赖学说在案件审理中的影响力在持续下降,司法部门倾向于选择可预期的市场交易规则而拒绝与商业效益相悖的政策考虑。^④

以美国法学教授波斯纳(Richard A. Posner)为杰出代表的经济分析法学

① Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, with a new introduction by Tim Griffin. Transaction Publishers; New Brunswick (U. S. A.) and London (U. K.) 2004, p. 230.

② Kevin M. Teeven, *A History of the Anglo-American Common Law of Contract*, Greenwood Press, New York, 1990, p. 224.

③ Charles Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligations* (1981), 91 Yale LJ 404 (1981).

④ Robert A. Hillman, *Questioning The New Consensus On Promissory Estoppel: An Empirical and Theoretical Study*, 98 Columbia Law Review (1998), pp. 580 - 588.

(Economic Analysis of Law)是20世纪70年代初首先在美国兴起的法学思潮。该学派认为,人们自愿发生交易的原因是想谋求各自经济利益的最大化,交易使人们以放弃现有资源为条件而获得更有价值的资源回报,使资源流向更有价值的使用,从而增加分配的有效性。^①所以,合同法的价值在于保障自愿交易的实现,而合同的效力依据是交易通过追求私利而增进了社会的福利。经济分析法学派为合同法研究引入了经济学视角。但是,其以财富最大化为核心的效用观念过于狭隘,有效违约理论也不利于社会信用的建立,增加人们的交易风险和成本,有悖于合同法的根本目的。

美国学者麦克尼尔(Macneil)等人认为,上述现代合同学说并不适应现实社会的需要,只有经过对形成当事人交易基础的社会环境和大量习惯的调查才能理解合同法。社会学上的合同是为实现将来一定事态的当事人间的企划,在合同所属的社会关系中,被容许的合同内容是自然决定下来的,企图将这种事实认识提升到法世界的,便是关系合同论。^②“关系合同论”的崭新之处是,合同的拘束力的根源不只存在于当事人的合意,或信赖,还应该存在于合同背后的社会关系和共同体的社会规范。“关系合同论”强调交换的丰富价值,而不是财富的最大化。但是,关系理论所遭遇的批评也不少。第一,关系理论关注对当事人行为的描述,缺乏对当事人和法院的行为提供充分的指导。例如,它缺少一个“可预见的原则”对可强制执行的协议和不能强制执行的协议进行区分。第二,对合同效力的确认需要广泛的社会调查,这似乎超出了法院在个案中作出裁决的能力。第三,关系理论依赖于关系所产生的规范,但并未确立评价这些规范的标准。^③

本书拟对英美合同法中合同效力的正当性依据——约因原则进行历史追溯和现实评说。上述简短文字追溯了人类对合同效力源泉的苦苦探索,只是想为研究对象搭建更宽广的舞台,以便展示其独特魅力和本文研究的价值。考虑到已有文献对上述内容做精彩论述,而且本书正文部分对上述问题也有所涉及,于是,笔者在此只想简要地对本书的写作问题做些说明,以方便读者阅读。

二、consideration 的法律翻译及解释:“约因”或“对价”

“consideration”是一个常见的英语单词,它的意思亦很常用,如考虑、动机、原因、体贴、照顾、补偿、报偿、酬报等。consideration 作为一个合同法术语包含了上述

① [美]罗伯特·A. 希尔曼著:《合同法的丰富性:当代合同法理论的分析与批判》,郑云瑞译,北京大学出版社2005年版,第208~209页。

② [日]内田贵著:《合同的再生》,胡宝海译,中国法制出版社2005年版,第120页。

③ [美]罗伯特·A. 希尔曼著:《合同法的丰富性:当代合同法面临的分析与批判》,郑云瑞译,北京大学出版社2006年版,第245~246页。

各种意义。在合同法语境中, consideration 代表合同效力的基石。几个世纪以来, 在英美合同法中都有一个惯常的说法: No informal promise is enforceable if it is without consideration.^① 所以, consideration 是当事人能据允诺提起诉讼、获得司法救济的依据。

现在, consideration 是英美合同法的标志性元素。正如英国法学家汉姆森(C. J. Hamson)所说: “So far from being an additional and unnecessary mystery, an accidental tom-tit in an otherwise rational theory of contract, consideration in its essential nature is an aspect of the fundamental notion of bargain, other aspects of which, no less or no more important, are offer and acceptance. Consideration, offer and acceptance are an indivisible trinity facets of one identical notion which is that of bargain.”^②第二次《美国合同法重述》(以下简称《合同法重述》)第17条规定: “Except as stated in Subsection (2), the formation of a contract requires a bargain in which there is a manifestation of mutual assent to the exchange and a consideration.”^③

中文著作对于作为英美法合同效力依据的 consideration 的翻译有两种: 对价和约因。大陆的著作一般用“对价”, 我国香港特别行政区和台湾地区用“约因”的居多。本书开篇就面临着对这个关键词的翻译问题, 最终选择后者。原因如下:

第一, “对价”也广泛地用于对中国合同法的描述, 它不能体现 consideration 作为英美法独特元素的意蕴。例如, “根据当事人之间的权利义务是否存在对价关系进行的划分。当事人之间互为对价给付的, 为有偿合同。……双方当事人之间没有对价给付关系的, 为无偿合同, 如赠与合同”。^④ 第二, “对价”在汉语语义上一般被认为是“等价有偿”, 于是, 中国法学著作就此认为《合同法》第7条规定“当事人应当遵循公平原则确定双方的权利和义务”充分体现了英美法中的 consideration 原则的精神。^⑤ 事实上, 在英美合同法中, 作为有效 consideration 的“法律获益”或“法律受损”无须在经济上与相应允诺内容等价。可见, “对价”一词没能充分表达 consideration 的本义。如果用“对价”作为的对译词, 容易导致我们对 consideration 的误读。而“约因”一词内涵更加丰富和宽泛, 即当事人约定的理由, 与 consideration

① 大意是: 没有 consideration 支持的非正式允诺没有强制力。See Arthur Linton Corbin, *Corbin on Contracts*, ST. PAUL, MINN. West Publishing Co. 1952, § 110, p. 164.

② 该段文字的大意是: “consideration 对于简单合同绝不是可有可无的历史附属物, consideration 在本质上是交易的基本要素, 是与要约与承诺并列的构成交易的不可分离的组成部分。”See C. J. Hamson, “The Reform of Consideration”, 54 L. Q. R. 233 (1938) p. 234.

③ “除第二项另有规定外, 合同的成立必须具备交易, 交易包含双方当事人对交换的合意的表示和 consideration.” See American Law Institute, *Restatement, Contract (Second)* § 17(1).

④ 孔祥俊主编: 《合同法教程》, 中国人民公安大学出版社 1999 年版, 第 45 页。

⑤ 李玉泉主编: 《保险法》(第 2 版), 法律出版社 2004 年版, 第 98 ~ 99 页。

的本义更加契合。基于上述理由,本书选择“约因”这一术语。以约因为核心要素,术语很多,为后文论述的方便,在此略举几例。

确定将 consideration 翻译为“约因”后,那么,约因的确切定义是什么呢?事实上,英美学者关于约因原则的阐述很丰富,但至今没有确定的,或被奉为权威的关于“约因”的定义,也没有针对约因原则的正式的成文法规定。合同法本身随着时代和现实的变化而变化,“约因”只不过是集合了非正式允诺得到强制实施的种种理由,所以,对其作唯一正确的定义是不可能的。^①但是,为了论述方便,本书在此选择几例词典及学术著作关于“约因”的阐述,作为“约因”神奇世界的入口。

目前,国内权威的中文英美法律大词典《元照英美法词典》也选用“对价”中译名,它的“consideration”条不仅包含了主要理论、对价的功能,还包括对价与法国合同法的原因理论(cause,词典中将之译为约因)之比较。其中关于“对价”词义的说明是:合同成立的诱因;致使缔约方缔结合同的原因、动机、代价,或迫使性的影响力;一方当事人获得的权利、利益、利润或好处,或另一方当事人所遭受的损失或承担的义务。这是有效合同存在并对当事人有法律约束力的基本且必需的要素。对价是英美合同法的重要概念。其引入是基于以下原因:按照传统的观点,合同是一项或一组这样的允诺,它或它们一旦被违反,法律给予。而要使允诺能成为一项法律能为之提供救济的允诺,即成为有法律约束力的合同,则受诺人必须向允诺人提供某种与该诺言相对应的回报,这种回报就被认为是对价。^②

《牛津法律大辞典》将“consideration”译为“对价”,它的解释如下:对另一方的要约或者行为对等地给付,完成一定行为或暂不行使权利。在英国合同法中,要约除非以契约形式作出,否则,除了为价值重大对价外,不能通过诉讼强制执行。该规则直到18世纪末才明确建立起来。对价可能是一个做某事或不做某事的承诺,或者是依要约方的要求承受某些损失或损害。通常是支付货款、运输货物、提供服务或者放弃另一合法权利。对价不能是承诺方已经负有的履行义务,它必须是有价值的,它并不一定是具有要约相当或足够多的价值。过去的对价,即在要约前所做的对价,是不充分的。对价理论对于英美普通法是独特的,但是,它有证明合同的存在,确保不轻易履行和阻止效力可疑的交易上的功能,在其他法律系统中是通过其他方式体现出来的。^③

《布莱克法律词典》对约因的解释是最全面的,收录了数位合同法专家关于约因

① Arthur Linton Corbin, *Corbin on Contracts*, ST. PAUL, MINN. West Publishing Co. 1952, § 109, p. 162.

② 薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第289页。

③ 《牛津法律大辞典》,David M. Walker,李双元等译,法律出版社2003年版,第248~249页。

的阐述,列举了众多与约因有关的专业术语。这里仅参考它对“约因”的定义:“约因是允诺人在交易中要求,并从受诺人中接受的某物,比如,某种作为、不作为,或一个反允诺。”^①此定义包含了约因承载的交换功能以及“约因”的表现形式。

英国拉希法官(Lush J.)在1875年的Currie v. Misa案中说道:“一个在法律意义上有效的约因,可以是一方当事人得到的某种权利、利益、好处,也可以是另一方当事人遭受的损失、不得不进行的克制,或必须承担的责任。”^②该定义得到最广泛的引用。它展示了“约因”的两大要素:允诺人的法律获益或受诺人的法律受损。英国顿尼丁(Dunedin)勋爵以波洛克(Fredrick Pollock)的学说为基础,将约因概括为:“一方的作为或不作为,或者作为与不作为的允诺,是购买另一方的允诺的代价(price),由此这个被给予有价值回报的允诺是有约束力的。”^③此种定义在“获益—受损”约因论的基础上强调了“约因”与允诺的交换关系,即“约因”是受诺人为允诺付出的代价。于是,有人提出,“约因就是允诺的价格标签”。^④

同样强调“约因”交易功能的汉姆森认为,“约因”可以简单理解为被要约人作为其允诺之交换的“承诺”(acceptance),而“承诺”可以是对方给出的一个允诺或做出了某种履行。在要约人的请求下应允诺而做出的行为就是“约因”,“约因”实质上只不过是对要约方的请求的回应。但是普通法没有将要约承诺概念适用于无偿允诺。我们可以为了理解的方便将要约、承诺与“约因”分开,但事实上,它们是构成交易的自成逻辑且相互关联的必备要素。^⑤

三、“约因”是何种法律要素:原则或规则

所谓法律要素就是构成法律这一系统的基本元素,这是从法律的内在构成而不是从效力来源角度对法律进行的分析。我们在对英美法进行研究时,不得不面临着如何对其法律要素进行定位的问题,是约因原则、约因规则,还是约因制度呢?国内没有统一的称谓。

① Black' s Law Dictionary, Eighth edition, Bryan A. Garner, West, Thomson business, 2004, pp.324 - 325.

② (1875) L. R. 10 Ex 153 (U. K.) Laurence Koffman, Elizabeth Macdonald, *The Law of Contract*, 4th edition, 2001, Published by Tolley p. 45; (U. K.) J. BEATSON, *Anson' s Law of Contract*, by Oxford University Press, Inc., New York 2002, 28th ed. p. 88; (U. K.) Mary Charman, *Contract Law*, 2nd edition, published simultaneously in USA and Canada by Willian Publishing, 2002, p. 61.

③ Jill Poole, *Casebook on Contract Law*, 6th edition, Published in the United States by Oxford University Press Inc., New York, 2003, p. 103; also see Laurence Koffman, Elizabeth Macdonald, *The Law of Contract*, 4th edition, 2001, Published by Tolley, p. 46.

④ J. C. Smith, *The Law of Contract*, London, Sweet and Maxwell, 1993, 2nd edition, p. 67.

⑤ C. J. Hamson, "The Reform of Consideration", 54 L. Q. R. 233, (1938) p. 234.

英语中对“约因”的描述术语有 doctrine of consideration, theory of consideration 及 rule of consideration 等。其中最常用的是 doctrine of consideration, 而 doctrine 的含义是较多的, 这给我们的翻译带来了困难, 也就是难以从法律要素角度对“约因”进行准确的定位。国内学界一般认为法律的三要素是: 法律原则、法律规则和法律概念。

法律概念是对事物的专业性、技术性的概括, “约因”当然是一个独特的概念。Doctrine of consideration 是指以“约因”为核心的系列动态的机制, 所以, 它肯定不仅是一个法律概念。那么, 将“约因”定位为制度合适吗? 制度是针对某一特定法律关系的规范, 如善意取得制度、结婚离婚制度等。而“约因”包含了价值判断, 它在英美合同法中处于基石地位, 对合同的成立和解除发挥了决定性作用, 美国当代学者吉尔摩 (Gilmore) 将“约因”比做是合同法这部庞大机器的平衡轮。^① 所以, Doctrine of consideration 也不是一个没有价值判断的制度, 而是更高层次的法律原则或法律规则。

法律原则与法律规则有些共性, 甚至有些要素究竟属于原则还是规则是难以定位的。不过, 相比而言, 它们有以下区别: 第一, 原则的适用面较规则宽; 第二, 法律原则的稳定性较规则强; 第三, 法律原则在适用中较规则弹性和模糊。^② Doctrine of consideration 在英美合同法中无疑是历史悠久且广泛适用, 它贯穿了合同的成立与解除。Doctrine of consideration 具有价值宣告的功能, 与合同自由原则、所有权绝对原则一样。而且, 在对大量案例解读的过程中, 我们强烈感觉到“约因”内涵的不确定及其运行的灵活性。对于某种事物是不是“约因”, 或某一允诺有没有“约因”支持的判断明显地受到案件的时代背景、公共道德以及法官个人理解的影响。原则的不确定性来自它所由构成的法律概念的模糊性, 法官的自由裁量权本质上是在把社会发展的新要求以解释的形式充实于那些抽象的法律概念, 从而赋予古老法律年轻的生命。^③ “约因”的发展史恰好是这些学理的生动写照。

有鉴于此, 本书试将 Doctrine of consideration 翻译为约因原则。这一看法似乎可以从国内外文献中找到一些支持。^④ 对“约因”有深入研究的美国学者马科·B. 威斯曼 (Mark B. Wessman) 将 Doctrine of consideration 界定为一种观点——只有那

① (U. S.) Grant Gilmore, *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Columbus, 1995, p. 19.

② 张文显主编:《法理学》(第3版), 高等教育出版社、北京大学出版社2007年版, 第122~123页。

③ 徐国栋著:《民法基本原则解释》, 中国政法大学出版社1992年版, 第28~30页。

④ 国内文献如《英美法对价原则研究》(刘承楚著, 法律出版社2006年版)也将 Doctrine of consideration 作为原则来研究。

些有“约因”的支持的允诺才能得到强制实施。^① 另有学者提出 Doctrine of consideration 包含了一个一般原则 (principle) 和一组具体规则 (rule), 这个一般原则就是要求允诺必须与约因形成有价值的交换, 而且交换双方需互为引诱。而那些规则是一般原则适用于具体交易时推导认定约因是否存在的惯常方法, 如先前义务不能作为约因, 虚幻允诺不能作为约因, 要约人在没有收到约因前对要约享有完全的撤销权, 等等。^② 这些规则是每一英美合同法著作的核心内容。本书将在第四章进行详细论述。

按原则的涵盖面不同, 法律原则可分为基本原则和具体原则。基本原则指那些体现法的根本价值、承担整个法律活动的指导思想和出发点的原则, 如法律面前人人平等原则。具体原则就是基本法律原则的具体化, 构成某一领域法律规则的基础和出发点。那么, 约因原则属于哪种层次的法律原则呢? 本书试将它定位为英美合同法关于合同效力的具体原则, 它体现的是合同自由与公平这一基本原则精神, 同时, 它下辖了有关交易行为中产生的各种责任的系列规则, 使约因原则具备了制度操作的功能。如果按照法律原则的内容来划分, 约因原则可界定为实体性原则, 虽然它形成之初的功能具有程序性, 即“约因”是案件适用“承诺之诉”的条件, 但它主要是调整当事人实体性的合同权利和义务。按照法律原则产生的基础, 约因原则应属于公理性的原则, 它来自于“有付出才有得到”的朴素认识。

当然, 英美法律本身重实践经验, 轻概念阐述和逻辑划分, 以上从法律要素的角度对“约因”进行定位也许本身没有意义。其实, 笔者认为, “约因”在 14 世纪开始萌芽时候只是一种程序要求, 到十六七世纪, “约因”在诉讼实践中飞速发展, 并上升为学理。直到 19 世纪, 古典法学家在规则主义的热潮中将其定型化成一种原则。但是, 行文中总得对研究主题有确切的称谓, 而国内对此一直不统一。事实上笔者有时也认为自己对“约因原则”的定位分析有些牵强附会, 所以, 本书题目避免了对“约因”套上任何头衔, 只让其素面朝天地登场。

四、本书的结构与主要内容

全书分为五大部分, 前面三章依历史顺序阐述了约因原则的起源、发展、兴盛到衰落与变革的历史轨迹。第四章对约因原则进行内在的研究, 解析法官在司法实践中形成的认定约因是否存在的规则, 包括这些规则的历史演进、引发的学术争论及相关立法等。第五章则是从比较法视角对约因原则的研究, 即约因原则与其在内涵

^① Mark B. Wessman, *Should We Fire the Gatekeeper? An Examination of the Doctrine of Consideration*, 48 U. Miami L. Rev. 45. 1993.

^② B. J. Reiter, *Courts, Consideration, and Common Sense*, 27 U. Toronto L. J. 439, 441 (1977).