

契约抑或身份？^{*}

——劳动法在20世纪美国的兴起与衰落

■ 田 雷

[内容提要]以“契约”和“身份”作为理解美国劳动法的基础概念和认知框架,美国劳动法在20世纪呈现出“一个世纪,两段进程”的发展结构。通过罗斯福新政时期的政治斗争,以工人集体谈判权为核心机制的劳动法得以确立,大法官发现了现代工业体制内劳资权力的不平等,否定了此前坚守的契约自由学说,这是一段“从契约到身份”的过程。劳动法在世纪末的衰落,或者说由集体劳动法到个人就业法的转变,也在于保守派学者以法经济学为武器,主张工会集体谈判造成了工人工资的溢价,提出了回归基于合同的私法治理,因此是一段重新契约化的历史过程。

[关键词]从契约到身份 集体劳动法 个人就业法 劳资关系 法经济学

1861年,英国法史巨匠梅因(Henry Sumner Maine)爵士在其名著《古代法》中做如是宣告:“所有进步社会的运动,到此处为止,是一个‘从身份到契约’的运动。”^①一个半世纪后,作为一位法律史专家,梅因仍频频出现在法学的大众视野内,皆要拜这个“从身份到契约”的论断所赐。可以说,这个论断早已超出梅因在《古代法》中为其设定的语境,成为一个有关法律现代性的普遍命题。严格说来,法律史作品并不承担为法理学输

送基本概念的功能。作为一种学科意义上的常规研究,法律史旨在展示法律的多面向以及法律在演化过程中的偶然和开放,就此而言,严肃的法律史作品反而会扮演理论破坏者的角色。^②也正因此,梅因命题自提出后就呈现出一种悖谬的学术命运:太成功,终至于失败。“从身份到契约”的成功不言而喻,梅因优雅地完成了对原本纷繁复杂的法律史的去粗取精,自此后,“从身份到契约”就成为一个政治民族告别传统、迈向现代的

田雷:华东师范大学法学院(Tian Lei, Law School, East China Normal University)

*本文是为中国人民大学法学院历史与社会高等研究所召集的“历史社会法学与民法典编纂”(Historical-Social Study of Law and the Compilation of the Civil Code)学术会议(2017年5月20—21日)撰写的论文。会议文章分别发表于本刊和《法学家》。感谢黄宗智教授在本文写作和修改过程中的帮助,感谢乔仕彤、阎天、韩旭、柯振兴等友人在本文修改过程中的指点。

法律进步运动,法律的演化也因此有了目的论的方向乃至可终结的历史。但问题在于,历史法学的命题从来都有其语境,是基于对一时一地之法律演化的观察而做出的论断,法律史的叙事一旦被“上升”为一种有关法律本质的理论,难免陷入概念延伸的误区。

就以“从身份到契约”为例,法史命题一旦被法理化,成为我们观察和想象法律和生活秩序的立足点,那就一揽子遮蔽了太多的问题。到底什么是“身份”,什么是“契约”?传统法中就没有“契约”,现代法中就没有“身份”了吗?进而言之,“从身份到契约”的整个过程,能否一蹴而就,还是必定会曲折迂回?再者,“到契约”之后,法律的历史是不是就此终结了?也就是说,社会关系的全面契约化就是法律和社会发展的最高阶段吗?这些并不是梅因的问题,但却是我们引用梅因来自我表达时必须自省的问题。本文从梅因命题开始讲起,但并不围绕着梅因命题而展开。之所以选择从梅因开始,是因为在思考美国劳动法在20世纪的变革时,“从身份到契约”的命题为我们提供了进入这百年外法史的基础概念和认知框架。必须承认,没有先在的概念框架,外国法律的历史对于我们来说往往就是剪不断、理还乱的一团乱麻。在一篇文章的篇幅以内,我们所能做到的,就是在先入为主的框架内尽量保持叙事的开放性。就此而言,本文是同梅因一起思考,而不是思考梅因。

在梅因的启发下,我们发现,在一个可称之为“短20世纪”的时段内,美国的劳动法呈现出了“一个世纪,两段进程”的发展结构。第一段进程从20世纪初直至二战后的民权时代,在这前半段的故事中,罗斯福新政是历史的分水岭。1937年,最高法院放弃了坚守长达30年的以契约自由为核心的洛克纳路线,转而全面支持罗斯福新政的改革立法,自此后,以《全国劳资关系法》为代

表的劳动法成为美国宪法秩序的关键部分。在本文看来,这段法律发展的进程恰恰是梅因命题的反向运动,是一种重新发现身份的过程。如果说第一段历史的关键在于确立新政的劳动法体制为正统,那么第二段历史则是反新政之道而行之,是一段由集体劳动法退到个人就业法的返回。这场复辟以契约的再生为理论导向,关键推手是来自法学院的保守派。他们为法律经济学披上科学的外衣,在上世纪80年代集中火力清理新政的劳动法遗产,用就业合同法取代了以工会集体谈判为核心机制的劳动法体制,通过这场“从身份到契约”的复辟,完成了对世纪初洛克纳主义的返回。

本文分为四个部分。第一部分将重温1905年的洛克纳诉纽约州案,梳理在新政前居于神坛的契约自由学说。第二部分聚焦于1937年的西滨旅社诉帕里什案,最高法院在这个里程碑式的判例中改弦更张,判词中表达出一种对现代工业劳资关系的新认识。没有这种对社会变迁的感知,新政劳动立法就不可能获得宪法正当性。第三部分将解析80年代由保守派学者所发起的“书斋里的革命”,他们高举法经济学的科学大旗,主张普通法重新归来以取代低效的集体谈判法。第四部分进一步思考美国劳动法在20世纪的变革故事对我们的启示。

一、“契约自由”的法理学

关于1905年的洛克纳诉纽约州案,曾有学者这样写道:“如果你想在法官或法学者聚会时吸引众人目光,不妨试着表扬一下最高法院在1905年的这个判决。”^③这句话道出了关于洛克纳案的一个基本事实:在主流法学界,洛克纳案的判决是作为一种“邪恶教义”(anti-canon)^④而存在的。换言之,最高法院在洛克纳案中做出了错误

的判决,这是已经由历史形成的结论,是我们理解美国20世纪宪法史的一个基本前提。

案子的意义虽然重大,但案情并不复杂。原告洛克纳是纽约州一家面包坊的工场主,因违反纽约州议会在1897年制定的一部劳动法而受到处罚。按照纽约州的立法,面包坊工人每天工作不得超过10小时,每周工作不得超过60小时。对于违法的事实,洛克纳供认不讳,但他认为这种设定最高工时的立法本身即是违宪的,违反了在1866年写入宪法的第十四修正案:“未经法律的正当程序,各州不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”洛克纳一路上诉,将官司打到了最高法院。最高法院最终以五比四的判决支持了洛克纳的诉求,判定纽约州调控最高工时的立法条款是对宪法保护的契约自由的恣意干预,是违宪无效的,由此开启了一个长达30年的洛克纳时代。^⑤

时年67岁的佩克汉姆执笔了代表五位大法官的多数意见,今天重读这篇高头讲章,我们不应因人因事而废言,而应当从佩克汉姆的字里行间里概括出一种以契约自由为时代精神的劳动法哲学,当然也包括法律人对劳资关系的认知和想象。意见书开篇,佩克汉姆明确了两个基本的前提:第一,自由订立劳动合同的权利,包括对工作时间的约定,属于第十四修正案保护的自由,因此纽约州的劳动立法构成了一种“干预”;第二,在普通法秩序内,各州拥有所谓的“治安权”(police powers),可以基于公共的安全、健康、道德以及公序良俗而对个人的自由加以限制,这在地方政治的层面构成了非常广泛的管制。问题于是出现:一方面,契约自由固然神圣,但并不绝对,是可以基于治安权的正当行使而加以限制的;另一方面,治安权虽然是由各州主权所保留的,但也并不是无边际的。治安权的边际在哪里,也就是对自由的限制是否超出了某种适当的

限度,本身即是一个宪法问题。说到底,纽约州的最高工时法是否合宪,是一个在契约自由和治安权之间平衡的问题。佩克汉姆大法官这样写道:“问题必定会出现:纽约州的立法到底是一种对治安权的公正、合理和适宜的行使,还是一种对个体自由权利的不合理、非必要且任性专断的干预?”^⑥

纽约州主张,最高工时立法首先意在保护工人健康,因此是一部劳动法(labor law),其次可以保证产品质量并由此保护公众的食品安全,因此也构成一部健康法(health law),既然有了正当的公益目标,那么最高工时法作为一种推进目标的适当手段就是合宪的。但纽约州的立法到底是否越权,佩克汉姆在判词中讲得很清楚,是一个“必须由最高法院来回答”^⑦的问题。根据佩克汉姆的意见,纽约州的辩护理由是否能采信,也即一州是否有权去管制面包工人的工作时间,取决于面包工人是否是一种危险职业。在这个问题上,佩克汉姆立场坚定:“可以稳妥地下结论,几乎所有的职业都会影响健康,区别只在于程度大小而已”,“诚然,面包工人这行业看起来不及一些行业健康,但它比另一些行业却不知道健康到哪里去了”。^⑧换言之,任何工作都会在某种程度上“影响”健康,面包坊并不是一种特别危险的工作环境,如果连面包工人都被划入危险职业,那么所有的职业也都是危险的,这就意味着立法权可以进入各行各业,成为佩克汉姆所讲的一种“无所不在的权力”(all-pervading power)。^⑨而大法官作为宪法的守护者以及社会正义的最后防线,就是要在合法的和非法的之间做出判断,如果大法官不能坚守立场,那么“我们所有人岂不是要听凭立法多数派的摆布?”^⑩

因此,“危险职业”构成了一个狭小的封闭范畴,只有在这一领域内,州才能通过行使治安权来调控劳动过程和条件,限定劳动合同的自由订

立,一旦超越了这个领域,劳动合约就是私人自治的事务,完全取决于劳资双方的平等协商。佩克汉姆之所以给出这样的判决,归根到底还在于他认为雇工和雇主是平等的,这里的平等就体现在双方都是“精致的成年人”(grown and intelligent men)。^①成年工人有能力判断自身利益之所在,也可以适当地主张自身权利,他们“在任何意义上都不是国家的被监护人”,^②因此契约自由就是对劳资双方权益的最佳保障。反过来说,公权力的干预,或者说政府的“保护臂膀”,纯属“对个人权利的多管闲事式的干预”(meddlesome interference)。^③只有在可认定的危险职业内,公权力才能承担起监护人之职。一旦超出这一领域,干预立法往往就是多数派系凭借人数的优势将自我私利写入法律,也就是我们常挂在嘴边的多数人暴政,这种阶级立法是大法官在司法审查时要严防死守的。如前所言,立法是否合宪,应由解释宪法的司法机关说了算。

如果把上述的宪法教义转化为一种简明的社会理论,那么洛克纳主义所确认的就是社会关系的全面契约化。人人生而平等,作为自主的成年人,可以根据自己的意志来处理自身事务,其中就包括付出劳动而换取报酬。这种私人自治的权利,就是由第十四修正案保护的未经正当程序不可剥夺的自由。事关劳资双方的合同关系时,除了危险行业的领域之外,皆为立法权的禁区。只要洛克纳案的判决仍维持其正统的地位,那么最好的政府就是管得最少的政府,政府对私人自治的干预往往都被推定为佩克汉姆所说的“多管闲事”。我们也都知道,在前后长达30年的洛克纳时代,最高法院正是基于这种契约自由学说来对抗作为民众声音之表达的社会经济立法,保护着这一整套以财产和契约为中心的普通法秩序。

二、来自共同体的立法保护

在今天谈洛克纳案,我们不应忘记,洛克纳的法律教义以及社会理论,在美国宪法史上是已经被翻过的一页。翻篇的时刻出现在1937年,那一年,在罗斯福总统挟民意以令司法的强大攻势下,此前一直由保守派主导的最高法院终于全盘崩溃。在这道历史分水岭之后,以新政自由主义为基础的宪法秩序得以确立。罗斯福新政之为“新”,首先就是因为它是对于以契约自由为核心的洛克纳旧学说的否定。在此意义上,美国20世纪宪法发展最关键的里程碑,究其根本就是对传统“契约自由”学说的颠覆,在此之后,洛克纳时代一去不复返了,契约自由也走下了神坛。在整个转型过程中,最具标志性的判例是西滨旅社诉帕里什案,同洛克纳案一样,西滨旅社案也是一个五比四的分裂判决。^④只不过这一次,由于一位保守派大法官的“变节”,^⑤最高法院形成了一个自由派的多数阵营,时任首席大法官的休斯执笔了此案的多数意见。

时间前移到1914年,华盛顿州议会在这一年通过了一部为女工规定最低工资的立法。如果按照洛克纳案的逻辑,为非危险行业内的工人设定最高工时是对契约自由的侵犯,那么为女工规定最低工资,这样的侵犯只能说是有过之而无不及,毕竟在常人的认知中,限制工时更能与工人健康发生较直接的关联。更何况,早在1923年的阿德金斯诉儿童医院案中,最高法院就已做出判决,裁定为妇女规定最低工资的国会立法违宪无效。^⑥若是遵循先例,那么华盛顿州的最低工资法难逃被撤销的命运。但如前所述,剧情在1937年暮春发生反转,在西滨旅社案中,由首席大法官休斯带领的多数阵营“及时转向”,判定华盛顿州的女工最低工资立法合宪。为什么从1905年的洛克纳案乃至1923年的阿德金斯案,到1937

年的西滨旅社案,最高法院会发生一百八十度的反转?大法官又是如何为他们弃守先例的变法举动做合法性论证的?读休斯的意见,我们可以发现,从契约到身份的复归可谓是其中关键的线索。大法官俯下身来,尝试着观察现代工业体制的工作条件及其劳资权力结构,不再强调抽象空洞的平等,而是将“身份”作为想象社会事实以及权力结构的方法带到宪法解释和决策的过程。

公允地讲,只看作为大前提的法律,休斯大法官同32年前的佩克汉姆并没有实质性的差异。宪法保护“自由”,第十四修正案也明文提到“自由”,因此此案如何判,关键在于理解什么是宪法保护的“自由”。人生活在社会中,从来就没有为所欲为的自由,因此自由只能是一种“受限的权利”(qualified right),“自由,所意味的只是免受恣意的约束,而并非免于因共同体利益而施加的合理规制或禁令”。^{①7}在一般意义的自由论的基础上,休斯又紧接着指出了两点:首先,宪法只提到“自由”二字,而不是具体的“契约自由”;其次,自由是受限的,而这种限定往往是由历史形成的,是基于社群公益所施加的。“什么是自由?我国宪法并没有提及契约的自由。它所讲的只是自由,只是禁止未经法律正当程序即剥夺自由。在禁止这种对自由的剥夺时,我国宪法并不承认一种绝对且不受控制的自由。自由在其每个阶段都有其历史和意涵。但是,受保护的自由是内在于社会组织的自由,它要求法律的保护,以对抗那些威胁到民众健康、安全、道德和福利的罪恶。”^{①8}仔细揣摩,这段自由论已经发生了隐微的方向性转变。同样承认自由的受限性,洛克纳案的教义是警惕公权力多管闲事式的干预,而到了西滨旅社案这里,自由的敌人变为了威胁社群公益的罪恶,因此自由恰恰“要求法律的保护”。但即便如此,作为准绳的法律仍未发生根本改变,具有决定作用的关键变动在于大法官所认识的

社会事实,用休斯的话来说,就是要判定哪些是威胁到民众福祉因此需要法律来限制的罪恶。在回顾了包括阿德金斯案在内的一系列先例之后,休斯开始了对现代工业生产体制内不平等结构的分析,他在这里的批判力透纸背,选译如下:

妇女的健康、保护妇女免受贪婪和无良雇主的剥夺,还有什么比之更迫切的公共利益吗?如果保护女工是行使政府权力的一种正当目的,那么我们当然可以认定,公正地设定最低工资,为了满足生存之必需,而要求雇主支付最低工资,就是一种为了保护女工的可允许手段。很显然,州的立法机关有权考虑雇佣女工的现实处境,事实就是:她们是收入最微薄的阶级;她们的谈判力量相对较弱;面对着那些利用她们贫穷生存处境的雇主,她们毫无反抗能力,只得逆来顺受。立法机关有权采取措施,减少这种“血汗体制”的罪恶,工人在这种体制内受到剥削,拿的那点微薄工资甚至不足以支付最起码的生存成本,正是利用她们的这种无助,雇主展开了一种最有害的竞争。立法机关因此有权认定,在执行其保护政策时,最低工资的要求是一种重要的手段……

晚近的经济经验还让我们得以洞察更进一步的迫切考量。工人阶级就谈判力量而言居于一种不平等的位置,因此面对着生存工资的失去,他们是没有谈判能力的。由是观之,剥削工人阶级,不只会危害他们的健康和福利,甚至还是对扶助他们的共同体施加的一种直接负担。这些工人在工资中失去的,就要求纳税者做出相应的支出。最基本的生存需求必须得到满足……共同体没有义务为贪婪的雇主们提供事实上的补贴。共同体可以动用其制定法律的权力,以纠正因雇主自私地罔顾公共利益而导致的权力滥用。^{①9}

休斯的这段话始终不离阶级关系、资本剥削、血汗体制、谈判权力、最低工资保障,也许会让某些对美国最高法院带有刻板印象的读者,怀疑自己读到了一篇伪作。但上述的意见不仅不假,而且是在美国20世纪宪法发展中的里程碑,其中包含着理解罗斯福新政以及更具体的劳动法制的线索。洛克纳的整个世界似乎都被颠倒过来了,在洛克纳案的教义中,无论工人还是雇主,都是“精致的成年人”,他们在劳动力市场上自由商谈,平等买卖,由此所达成的自由劳动合同是最符合双方利益的,反而是最高工时立法完全多此一举。因此,如前所述,在洛克纳的世界里,社会关系的原子化和契约化是社会秩序的金律,也是普通法“自古以来”的治理机制;只有在某些特定的危险行业内,政府才能作为监护人而存在,这种家长主义的干预因此并不是普遍的,而是非常特殊的例外。

而休斯大法官在笔下却勾勒出一个完全不同的劳资状况。首先,工人不再是一个又一个作为个体而存在的成年人,而是一种“阶级”(class)的集体存在。女工更被认为是一个特别弱势的群体:收入最低,谈判能力最弱,为生计所迫不得不接受雇主开出的低劣条件。反过来,雇主作为一个“阶级”则是“贪婪”和“无良”的,他们对工人的“剥削”让现代工厂沦为了一种“血汗体制”。回头看洛克纳案当年,佩克汉姆完全没有区分雇主和雇工,每个人都是生而平等的,无所谓劳资之别——如果非要说有别,那也是工人凭借其人头多的优势可以绑架立法,佩克汉姆溢于言表的就是最高工时立法实乃工人多数的暴政而已。但到了1937年,劳资双方的不平等已经是一个基本的社会事实,休斯也写道:“我们还要补充如下事实,双方都是成年人,有能力订约,并不必然剥夺了政府的权力,在当事方处在不平等的位置时,政府仍有权加以干预。”^②在此意义上,之所以

为女工规定最低工资的立法没有违宪,没有侵犯契约自由,就是因为女工作为最弱势的群体在同贪婪雇主谈判时是无平等可言的,无论雇主给出什么样的工资报酬,她们都不得不接受。换言之,她们只有在工作并接受最微薄的工资和拒绝工作因此毫无生活来源之间选择的“自由”。但无论如何,她们不要饿死,就只能选择由所谓自由契约所施加的残酷剥削。

在前段分析的基础上,休斯进一步提出了一个“迫切考量”,亦特别言明,这是“晚近的经济经验”所催生的思考。这里的经验,当然是指从1929年开始席卷美国乃至整个资本主义世界的大萧条。在艰难时世中,工人的契约自由早已名存实亡,只有要么接受比平时更残酷的剥削,要么就流离失所的“自由”。正是在这里,休斯给出了一个关于放任自由体制的重要判断:工人通过自由的劳动合同所拿到的工资,是低于维持基本生计的底线标准的,简单地说,完全地放任自由是无法满足工人及其家庭的生计的。在此意义上,一个没有最低工资立法的劳动体制,并不是什么自生自发的自然秩序,反而是共同体给雇主阶级的一种“补贴”,因此非但不是立法成为了“多管闲事式的干预”,反而是不立法就构成了一种坐视罪恶却放任自流的不作为。简言之,弱势群体需要法律的保护。为什么这么说?休斯认为,公正社会的基线是“最基本的生存需求必须得到满足”,但在不平等的劳资关系中,契约自由只是一种幌子,雇主让工人接受的合同工资往往是无法满足基本生存需求的。大萧条过后,“无需引用官方的统计数据,就可以确证这一个在广袤国土之上的常识”。^③

既然基本的生存需求无法通过合同工资而实现,仅凭契约自由也无法建成一个公正社会,那么大萧条期间史无前例的救济需求已经表明,共同体必须通过立法权向全体公民进行征税,以

此支持普通民众的生活保障。换言之,若是没有最低工资立法,任由劳资双方的自由合意来设定合同工资,那么这种看似平等的劳动体制恰恰是偏袒雇主的,是对工人的剥夺以及整个社会的负担。休斯有句话道出了问题的本质:“这些工人在工资中失去的,就要求纳税者做出相应的支出。”就此而言,在洛克纳的教义中,共同体的立法权动辄就会干预劳资双方的契约自治,因此将整个社会导向一条通往奴役的道路。到了1937年,大法官已经认为,仅有形式上的契约自由,社会公正无从谈起的。政府按照维持基本生存的水准,通过立法设定最低工资标准,正是要纠正劳动合同自由所导致的偏差,是来自共同体的立法保护。或者说,在现代工业社会内,如何保证工人阶级能做到相对体面的养家糊口,并不是劳资两造之间表面平等的契约自由,恰恰是限定自由的最低工资法。

站在新政自由主义的立场上,一个没有最低工资法的劳动秩序是不完整的。在将“阶级”作为一种身份带入后,可以发现,只讲契约自由就是对资本家的补贴,却由全社会来买单,如休斯大法官所言:“共同体没有义务为贪婪的雇主们提供事实上的补贴。”为了保护弱势的工人特别是更弱势的女工,最低工资法构成了一种来自共同体的立法保护,以对抗“血汗体制”的罪恶。

三、保守主义法学对劳动法体制的批判

在西滨旅社案宣判半个月之后,美国最高法院又一次以五比四的判决,在全国劳资关系委员会诉洛克林钢铁公司案中,维持了1935年的《全国劳资关系法》,首席大法官休斯仍是多数意见的执笔人。^②这部俗称《瓦格纳法案》的国会立法,是新政劳动法体系的核心,保障了劳工组织、集体谈判和发动罢工的权利。该法第七章

规定:“雇员应有权自我组织,有权组成、加入或协助劳工组织,有权通过选出的代表进行集体谈判,有权参与协同活动,以此实现集体谈判或者其他互助互保的目的。”^③纵观新政的劳动法体系,在这一确立工业民主的劳动基本法之下,还有为工资工时设定底线的《公平劳动基准法》以及编织社会安全网的《社会保障法》。^④

从罗斯福新政到二战后林登·约翰逊总统的伟大社会计划,集体劳动法在美国进入了它的黄金年代,从制度安排上,劳动法构成了新宪法秩序的关键组成部分。与之相应,二战前后,劳动法学者在法学界也是弄潮儿,从初期作为法律现实主义奠基人的罗伯特·黑尔、新政后的著名大法官法兰克福特,再到二战后黄金时代的代表学者,如曾担任水门事件特别检察官的阿奇博尔德·考克斯,曾出任哈佛大学校长长达20年的德雷克·博克,他们生逢劳动法制的鼎盛年代,也得以在学术上共襄盛举,因专研劳动法而成为同代人之中最杰出的法学者。^⑤但好景未必常在,进入上世纪70年代,劳动法开始走入漫长的下坡轨道,一个关键指标就是私营行业内工人加入工会的比例急剧下降。如果说后新政的劳动法将集体谈判视为实现劳资和解的必由之路,那么到了此时,劳工的组织化反而被法律界视为问题的根源所在,简言之,工会不是解决问题的组织机制,反而是问题本身。在此背景下,劳资关系的立法调控出现了集体劳动法淡出、转由个人就业法主导的趋势,新的关注点在于如何通过法律来处理雇佣过程中的就业歧视。在本文的语境内,从劳动法到就业法的转向就构成了一次“从身份到契约”的退回,在此之后,以劳工组织和集体谈判为中心的新政劳动法的衰落已成定势。也是在此背景之下,新一代劳动法研究的佼佼者也只能哀叹“劳动法的死亡”,当劳动法已经不再是美国法律斗争的焦点所在时,“劳动法学的衰落”也是情

理之中的事情。^{②6}学界对劳动法衰落的解释林林总总。有学者指出,劳动法的“长期僵化”(ossification)导致了自身的衰落。具体地说,劳动法自定型之后,长期拒绝来自民主过程的变革,也自外于地方性的制度创造和国际法的规范移植,而一种长期僵化不变的“化石”体制显然是无法回应社会现实之需求的。^{②7}

本文关注另一个关键的战线,也即围绕着劳动法教义和制度的意识形态战场,观察保守派的学者是如何清理新政的劳动立法遗产的。在这个没有硝烟的战场上,保守派学者以法经济学为武器,判定新政劳动立法是不符合经济学上的效率标准的,甚至批评整个新政是对美国建国后以有限政府为基准的宪法秩序的反叛,呼吁普通法重新归来。伴随着法经济学在美国法学界的攻城略地,劳动法的意识形态基础很快分崩离析,当我们回头检视劳动法是如何被重新契约化的时候,这场书斋里的革命是不可忽视的一场暗战。

通常认为,法经济学作为一场智识运动在美国法学界有两个发源地,一派是以耶鲁大学法学院为基地的左翼法经济学,另一派则是以芝加哥大学法学院为阵地的右翼法经济学。^{②8}执教于芝大法学院的保守派学者理查德·艾普斯坦(Richard Epstein),不仅是法经济学运动的理论旗手之一,更在批判新政劳动立法的前沿阵线上身先士卒。艾普斯坦在这方面的论述主要集中在上世纪80年代初,正逢里根总统入主白宫之际,这再一次提醒我们,理论的政治和政治的理论从来都不是泾渭分明的。事实上,即便是艾普斯坦本人也很坦诚,在1983年发表于《耶鲁法学期刊》一篇长文的开篇,他就写道:“援引普通法的方案确实反映出对有限政府以及个人自治之最大化的智识偏好。”^{②9}既然学者本人都不遮掩理论背后的意识形态,我们就更应当解放自己的思想,由表及

里地进入艾普斯坦论述的脉络——当然,不只是艾普斯坦,中文学界熟悉的波斯纳法官也在其中添砖加瓦。他在1984年的一篇文章中点出了法经济学尺度下的劳动法问题:“我的基本命题是,美国劳动法最好是被理解为一种机制,以之推进由工会所提供的劳动力供给的卡特化。”说得通俗些,波斯纳把工会理解为劳动力市场的卡特化,因为《全国劳资关系法》所确立的工会集体谈判和罢工权,入会工人经过集体谈判所拿到的工资就包含了一个高于私人自由谈判的“溢价”。^{③0}

艾普斯坦的文章写作于新政的五十周年之际,文章开篇他就点出,此时此刻所要做的不只是“庆祝”,还是进行“批判性检讨”的好时机。在艾普斯坦看来,以《全国劳资关系法》为核心的新政劳动立法,“在很大程度上是一个错误,如果可能的话,应当被废弃,以采纳一个明智的普通法体制,主要倚重侵权法和合同法”。这仍然不出右翼法经济学一以贯之的套路,用某种版本的经济法作为上位学科,检视作为下位某个领域的规制法律和制度,凡是不符合经济效率或合理性的法律制度,都应手起刀落予以裁撤。在艾普斯坦看来,传统形成的以侵权法和合同法为主体的普通法本可以更有效地处理劳资问题,不仅在私法学说上是融贯的,而且也契合功利主义的政治理论;反而是新政后生长出来的劳动立法是对社会资源的浪费,包括导致了大量的行政成本。正是基于这种经济学和政治理论的论证,艾普斯坦最后判定:“目前,废除基本的劳动立法尚没有什么希望,如要从宪法上颠覆它们,更是不现实。但是,渐进变革的可能性是始终存在的,而在对这个题目进行细致的检讨之后,大规模变法的机会甚至会随之而来。新政确立了主要的劳动法立法,但是作为一种规范和智识的工作,新政并没有终结关于劳动法之性质和功能的辩论。”^{③1}

虽然整篇文章的主基调是对新政劳动法的经济学批判,主张劳工的组织化为私营雇员带来了工资的“溢价”,但艾普斯坦也不时地解析工会的政治性,用意显然是要把劳动立法带回到新政后即已被否定的洛克纳路线上:

即便是从富人到穷人的再分配得到认可,对当下劳动法的批判仍能站得住脚:将工会成员作为财富再分配的受惠阶级加以对待,实在没有坚实的道德理由可言。让工会成员变得更富,就是让雇主变得更穷,同时也会让未加入工会的工人以及社会中的穷人变得更穷。从富人到穷人的再分配,较之于从非工会工人到经济地位大致相当的工会工人的再分配,当然有着更坚实的理由。如果真要做的话,所追求的再分配最好是通过一般性的税收来实现。派系或阶级立法的可能性也会因此降低。^⑩

这段论述看似平淡无奇,甚至还有点晦涩绕口,但却隐藏着对新政自由主义的一种颠覆。由西滨旅社案所确立的“最基本的生存需求”已经不再重要,即便艾普斯坦已经做出了一定程度的让步,承认向穷人的再分配可能是正当的,但仍要防止集体工会所导致的一种基于身份的再分配。在这一点上,艾普斯坦和波斯纳其实是所见略同的:只是波斯纳运用的是经济学的批判武器,认为工会造成了劳动力供给的卡特化,也由此形成了工人工资的“溢价”;而艾普斯坦则认为这种溢价究其实质而言就是一种“再分配”,由雇主以及社会向工会雇员的再分配。说到底,这种在法学院内部对新政体制的批判,正是美国保守派政治在学界攻城掠寨的一角而已。如果说罗尔斯(John Rawls)出版于1971年的《正义论》是对新政体制的一种学理表述,那么诺齐克(Robert Nozick)在三年后出版的《无政府、国家和乌托邦》

就是保守派的理论先声,是对放任自由体制的理论论证。归根到底,他们所呼吁的仍是一个放任自由的法律秩序,在他们看来,只有这种法制是可免于多元主义政治之污染的,新政劳动立法只不过是洛克纳教义中所讲的“阶级立法”,应予以理论上的清算和实践中的革除,最终让劳资关系回归到通过合同的私法治理。^⑪

四、余论

本文讨论了劳动法在20世纪美国兴与衰的过程。在此意义上,这是一篇时间跨度特别大的外国法律史文章,不仅处理了新政劳动立法的宪制基础,还兼顾了劳动法在世纪末衰落的意识形态根源。为了避免长时段的研讨变成漫无边际的漫谈,本文借助梅因命题提出的“契约”和“身份”这一对范畴。以上的讨论大致可以证明:美国劳动法得以确立,在于认真对待了“身份”这个概念,在最高法院的判词里都出现了阶级以及最弱势阶级这样的说法;而劳动法在半个世纪后的盛极而衰,也无法脱离保守派学者在智识上的“挖墙脚”,一旦自由市场再次成为善与恶的炼金石,那么劳动法就已经基座不稳了。我们在今天回顾这段美国的法制变革故事,论者当然怀有一种中国的问题意识——只是这种问题意识并不是把中国当病人,把美国当医生的庸俗心态。我们不能也无法否认,他山之石可以攻玉,从邻人的教训中学习,可以让我们少走弯路。比如,根据黄宗智对我国劳务派遣工的研究,我国的劳动法制也在经历着从传统的保护工人模式到新的合同治理模式的转变,在此意义上,虽然政法体制全然不同,中美两个大国在劳动法制的变革上却经历了相似的转变,在中美劳动法制之间做进一步的比较研究是大有可为的。^⑫这种新的比较法研究,不仅追求实践上的借鉴,还有法学研究

方法上的启示,在此抛出三点并不成熟的初步思考。

首先,如果说20世纪美国的劳动法史告诉我们什么,最可确定的一点就是不可把“从身份到契约”的命题普遍化,不能认为梅因为我们贡献了一种有关现代法的本质论断,不应把社会关系的“契约化”预设为指导法制建设的方针和现代法制的伦理基础。现代法的多元性和复杂性,绝不是“从身份到契约”这五个字可以一言以蔽之的。从研究方法上看,我们也不应将一种法史命题直接上升为普遍的法理论断。从前文讨论可以看出,美国劳动法在20世纪恰恰经历了一个从契约到身份,然后再重返契约的折返过程。而且,这种折返路径仅仅是对劳动法领域的概括,其他领域的情形则有所不同。比如,就在身份成为美国集体劳动法的核心范畴,契约自由在社会经济领域内走下神坛不久,美国最高法院却开始在道德文化领域内复兴“实体正当程序”的学说,确立了我们所知的“私人自治权”(right of privacy),一个人据此权利可以自由地选择自己的人生和生活方式,自由地处分自己的身体,非有迫切的公共利益,立法不得干预。在此意义上,本文之“破”,要求我们在思考本土法制建设时也要驱散洛克纳的幽灵,不能认为“契约化”或“合同化”是一试就灵的万能药方,即便是在私法领域内,也不应把放任自由或无约束的自治设定为一种不容讨论的政治正确。

其次,法学研究既要关注写在文本的法条和规范,也要始终保持对社会事实的洞察力,“世事洞明皆学问”。近年来,虽然我们对外国法的研究已经取得了长足的进步,但基本上仍停留在“尽信书”的阶段:只关注写在书本上的法律,却有意忽视或无意屏蔽了那些同书本不一致的“现实中的法律”。对于美国刑事程序法的许多制度,我们的专家可以做到如数家珍,乐于主张引

入那些以保护犯罪嫌疑人为宗旨的程序性规范。但与此同时,我们却在回避——甚至可能并未意识到——美国社会在罪与罚问题上的基本事实:美国是全世界发达国家中成年人入狱率最高的国家,每31位成年人中就有一个正在服刑,在黑人社群中更是高达每11人中有1人在监狱中,这就是引发了美国法学界以及整个社会近年来热议的“大规模监禁”(mass incarceration)。^⑤奥巴马在卸任前破天荒地在《哈佛法律评论》上以总统身份发表署名文章,讨论的题目就是刑事司法改革问题。^⑥由于入狱黑人多是青年男性,“大规模监禁”的刑事政策严重破坏了黑人家庭和社区,导致了下一代的黑人儿童往往成长在没有父亲的家庭之中。当然,上述在刑事法中表达和实践的背离仅是一例,在许多领域内,这种背离并没有那么大,但无论如何,我们都要学习着以法律现实主义的态度去进入外国法,不仅听其言(逻辑),还要观其行(经验)。

最后,人和人之间的平等是一个值得奋斗的美好理想。现代宪法也都规定了法律平等保护的原则。但在平等作为一种规范的前提下,我们不能无视现实中人与人之间的差异以及由差异所导致的不平等。现代人并不是一个个原子化存在的孤立个体,在彼此之间通过意思自治来进行互动,形成各种各样的社会关系,这种自由主义对社会的想象从一开始就只能是一种思维实验而已。更准确地说,首先是我們身处的社会关系决定了我作为个体的存在,在此意义上,只要承认多元身份在法律面前的平等,现代法律并不也不应排斥“身份”。法学研究以及法律分析要承认人的多样性,作为法律上的主体,人与人之间并不是只有成年的(因此有行为能力)和未成年(因此没有行为能力)这一简单的二元分别。从最简单处说起,人与人之间还有性别之别、年龄之别、族裔和国籍之别。只有首先承认人的多

样性,我们才能在关系维度内去把握个体的存在以及权利的样态。若是不假思索地从原子化的个体出发,将契约化预设为理想的社会治理机制,那么现代法律往往就会成为破坏社会关系的一种力量:宪法被用以拆解国家,却忘记了宪法作为根本法首先是要建构国家权力的;婚姻法被用以颠覆传统的婚姻形态,既然私人可以自治,那么同性之间的婚姻就是合情并因此合法的结合。在此意义上,全盘的契约论有可能导致社会关系的碎片化,其实效是只破不立的。假如以上所言是正确的话,那么法学研究者必须摆正“契约”的位置,同时认真对待“身份”,在我们的法学图景中,需要一种可容纳自由契约的多元身份观。

注释:

- ①[英]梅因:《古代法》,沈景一译,北京:商务印书馆1996年版,第97页。
- ②参见田雷:《第二次的相逢:论外国法研究的历史转向及其中国问题意识》,载《探索与争鸣》2017年第4期。
- ③David Bernstein, *Rehabilitating Lochner: Defending Individual Rights Against Progressive Reform*, University of Chicago Press, 2011, p. 1.
- ④关于“邪恶教义”,参见Jamal Greene, “The Anticanon,” *Harvard Law Review*, Vol. 125 (2011), p. 379.
- ⑤Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
- ⑥Lochner v. New York, 198 U.S. 45, at 56 (1905).
- ⑦Lochner v. New York, 198 U.S. 45, at 57 (1905).
- ⑧Lochner v. New York, 198 U.S. 45, at 59 (1905).
- ⑨Lochner v. New York, 198 U.S. 45, at 59 (1905).
- ⑩Lochner v. New York, 198 U.S. 45, at 59 (1905).
- ⑪Lochner v. New York, 198 U.S. 45, at 61 (1905).
- ⑫Lochner v. New York, 198 U.S. 45, at 57 (1905).
- ⑬Lochner v. New York, 198 U.S. 45, at 61 (1905).

- ⑭West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).
- ⑮也就是宪法史上著名的“及时转变、挽救九人”,关于罗斯福与最高法院之间对抗的具体过程,可参见田雷:《一九三七:美国最高法院到了最危险的时刻》,载《读书》2017年第7期。
- ⑯Adkins v. Children’s Hospital, 261 U.S. 525 (1923).
- ⑰West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379, at 392 (1937).
- ⑱West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379, at 391 (1937).
- ⑲West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379, at 398 (1937).
- ⑳West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379, at 394 (1937).
- ㉑West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379, at 398 (1937).
- ㉒NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U.S. 1 (1937).
- ㉓The National Labor Relations of 1935(《全国劳资关系法》), 29 U.S.C. §151-169。
- ㉔关于新政劳动立法的深度介绍,可参见阎天:《美国集体劳动关系法的兴衰》,载《清华法学》2016年第2期。
- ㉕Cynthia Estlund, “Reflections on the Declining Prestige of American Labor Law Scholarship,” *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 23 (2002), p. 789.
- ㉖Cynthia Estlund, “The Death of Labor Law ?” *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 2 (2006), p. 105.
- ㉗Cynthia Estlund, “The Ossification of American Labor Law,” *Columbia Law Review*, Vol. 102 (2002), p. 1527.
- ㉘关于左右翼的基本区别,可参见Guido Calabresi, *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*, Yale University Press, 2016.
- ㉙Richard Epstein, “A Common Law for Labor Relations: A Critique of the New Deal Labor Legislation,” *Yale Law Journal*, Vol. 92 (1983), p. 1359.

⑩Richard Posner, "Some Economics of Labor Law," *University of Chicago Law Review*, Vol. 51 (1984), p. 990.

⑪Richard Epstein, "A Common Law for Labor Relations: A Critique of the New Deal Labor Legislation," *Yale Law Journal*, Vol. 92 (1983), p. 1408.

⑫Richard Epstein, "A Common Law for Labor Relations: A Critique of the New Deal Labor Legislation," *Yale Law Journal*, Vol. 92 (1983), p. 1362.

⑬艾普斯坦也有一本专著,专为洛克纳教义进行证明,参见Richard Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press,

1985。

⑭参见黄宗智:《中国的劳务派遣:从诉讼档案出发的研究(之一)》,载《开放时代》2017年第3期。

⑮这方面的新书层出不穷,比较有代表性的有Michelle Alexander, *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, The New Press, 2010。

⑯Barack Obama, "The President's Role in Advancing Criminal Justice Reform," *Harvard Law Review*, Vol. 130(2017), p. 811.

责任编辑:郑英

posing an immense challenge to the traditional theory of human and property law. With the development of artificial intelligence and other technologies, the main body of civil rights presents a diversified trend, and civil law requires a new "human law" theory to redefine the concept of legal personality and legal behavior, which will profoundly change the traditional ownership, contract and tort theory. The modern civil code movement revolves around the construction of natural person's legal personality, and promotes the development of capitalism through the construction of the scarcity. Today, since the industrial revolution, the civil law order built around the tangible things has been completely transformed in the civil law order around the information construction. For China, it is necessary to effectively integrate the non-property, especially the information property, into the scope of the civil code system, and break the legal pattern of the traditional dualistic opposition in the construction of the civil law system. The compilation of the Chinese Civil Code must also respond to the paradigm of the three legal globalization movements and deeply understand the new trends of developments of world society.

Keywords: Chinese Civil Code, the third wave of legal globalization, artificial intelligence, theory of property rights, human law theory

Contract or Identity: the Rise and Fall of the US Labor Law in the 20th Century

56

Tian Lei

Abstract: Using "contract" and "identity" as the basic concepts and cognitive framework, we find that the history of the US labor law demonstrates a two-phase development process in the 20th century. Through the political struggle of Roosevelt's New Deal period, the labor law system, with the collective bargaining power of workers as the core mechanism, was established. The Supreme Court discovered the power inequality between capital and labor in the modern industrial system and therefore rejected the doctrine of freedom of contract. This represents a process "from contract to identity." The decline of labor law at the end of the century, or the transition from the collective labor law to the individual employment law, was in part the result of the conservative scholars' intellectual efforts. They use the law and economics as a weapon and claim the collective bargaining power of the workers' unions had caused wage over-evaluation and that a return to the contract-oriented private law system was needed. This was a re-contractualizing process.

Keywords: from contract to identity, collective labor law, individual employment law, relationship between capital and labor, law and economics

"Land Contracting Rights" in China: A Maitlandian Perspective

68

Cui Zhiyuan

Abstract: The tenure system in the common law may help deepen our understanding of the "land contracting rights" in China. Under the tenure system, the "estate" is essentially a temporal division of the right bundle of