

第一部分 保護私有財產

第一章

市場經濟和意思自治

* 本文原載江平、張禮洪，〈法學研究〉，1993 年第 6 期。

眾所周知，市場和計劃作為一對矛盾的兩個方面在經濟機制中同時存在。市場和計劃的關係問題解決的好壞決定了現代國家經濟建設的興衰成敗。政府作為國家的管理者，如何處理好這一難度大且重要的問題呢？私法所奉行的意思自治對個人才智的激發，人類文明的演進所起的積極作用，市場經濟國家經濟建設和法制建設所取得的成功經驗，清楚地告訴我們：實行市場經濟機制、強化以意思自治為核心的私法系統，是政府正確解決市場與計劃的關係，在經濟政策和法律制度中的兩個必然選擇。因此，研究意思自治與市場經濟的本質聯繫及互動關係；認清意思自治的實施現狀與市場經濟所要求的實施程度之差距；探求擴張意思自治的合理途徑以促進市場經濟的發展，控制意思自治實施的度，以防個人主義的泛濫，這是現代經濟發展擺在每一個法律學者面前亟待研討和解決的重大課題，中國自1978年起圍繞計劃與市場問題進行十四年之久的卓有成效的改革後，1992年順應時代的要求，明確了建立健全市場經濟作為當前改革的主攻方向，故而研究市場經濟與意思自治的上述相關問題，顯得尤為迫切和具有現實意義。其研究成果將為中國儘快建立一個保障和促進市場經濟的法律系統提供堅實的理論依據。

有鑒於市場經濟與意思自治的本質聯繫，中外法律學者已做過充分的論證，本文對此不再贅述，而是把研討的重點放在中國對意思自治的貫徹及其改進。

市場經濟的實質就是商品經濟，是以市場為資源配置中心的經濟，它是開放式的經濟，法治的經濟。市場經濟要求市場主體地位平等，競爭機會平等，均享有廣泛的權利，以契約為紐帶構築彼此之間的社會關係；市場經濟利用價值規律自發調控經濟運行，激發市場主體之間的有效競爭。市場經濟的上述屬性決定了意思自治是市場經濟在法律上的必然選擇。因為：意思自治以主體地位平等、機會平等為其確立的前提；以竭力保障權利、救濟權利的權利本位觀為其基礎。以契約自由為其核心內容，以維持有效競爭為其主要功能。由此可見，市場經濟是

意思自治的經濟，意思自治的功能空間就是市場的生存空間，意思自治的實施是保障和促進市場經濟發展的有效手段，意思自治是市場經濟法律活的靈魂。

那麼，到底什麼是意思自治呢？通過對傳統法學理論的研究，我們至少可以概括出意思自治在三個層面上的內涵：第一，從法哲學、法律社會學層面理解，意思自治是個人主義、自由主義哲學思潮的直接產物，可大致定義為：每一社會成員依自己的理性判斷，管理自己的事務，自主選擇、自主參與、自主行為、自主負責。第二，從公法、私法劃分層面上理解，意思自治指私法自治，又稱私權自治，基本含義是：私法主體有權自主實施私法行為，他人不得非法干預；私法主體僅對基於自由表達的真實意思而實施的私法行為負責；在不違反強行法的前提下，私法主體自願達成的協議優先於私法之適用，即私人協議可變通私法。私法自治是羅馬法時期公法、私法劃分理論的直接產物，它以承認民法是私法為理論前提，成為民法之精髓。隨着現代民法的發展，私法自治分演為所有權絕對、契約自由和過失責任三大民法基本原則。第三，從衝突法層面上理解，意思自治指當事人有協商選擇處理糾紛所適用之准據法的權利。衝突法為不同法域的私法衝突，故此層面上的意思自治似應理解為私法自治的反映。隨着近現代私法、公法相互交融滲透，公法對私法自治給以了充分的肯定和保護，私法自治，在公法領域進行了卓有成效的滲透。民事訴訟法上的選擇主義與處分權主義就是私法自治在公法領域的直接延伸，它是意思自治在第四個層面上的含義，是法律現代化所賦予的新的時代內涵。後三個層面上的內涵是意思自治在實證法之反映，故本文所指的意思自治僅就後三個層面的含義而言。我們認為，準確、全面地把握意思自治的內涵，還應明確以下五點內容：第一，意思自治不是具體法規的具體指導原則，而是貫穿整個私法的靈魂和紅線，是自由精神在法律領域最高層次的反映。第二，意思自治是為調和國家利益與個人利益的現實衝突而產生的，它反映了作為政治主權者的國家對非政治主權實體的行為自由和經濟利益給以多大程度的承認和保護。第三，意思自治的演繹空間是市場主體自由行為而不受國家權力干預的現實空間。第四，意思自治僅就民法主體行使私權而言，公法主體行使公權不存在意思自治之說。第五，意思自治鮮明地體現了現代法治的一大基本原則——對非政治主權實體而言，法律不禁止即為自由。

中國民法學界長期受計劃經濟的束縛，直到近期多數學者才接受了公法、私法劃分理論，故意思自治在現有法律中未能一目了然地反映，但是在權利本位觀之樹立，自願原則之確立，任意法之擴張，選擇主義和處分權主義在民事訴訟法之貫徹等四個方面上，比較鮮明地貫徹了意思自治，同時這四個方面的內容也反映了中國法學界對意思自治的理解。

權利本位是意思自治之基礎

權利是當事人在法律制約下的行為自由，是當事人獲得合法利益的可能性。權利的核心是利益，權利的本質是自由，故尊重權利、保障權利是市場經濟有序運行的前提，權利的存儲空間就是意思自治的功能空間。權利本位的法律就是指在權利與義務這一矛盾體中，承認並貫徹權利是主導，權利是核心，義務圍繞權利而設定，就是指承認法律是權利的科學，力求圍繞權利的保障和救濟構築立法體系，健全司法制度。權利本位是意思自治的基礎，不尊重權利，不竭力保障權利，不竭力救濟權利，就根本談不上實行意思自治，此為自明之公理。1804年《法國民法典》對權利本位觀給予了最充分的貫徹。受近代壟斷經濟的衝擊，私法公法化的勃興，權利本位觀已逐漸為社會本位觀所替代，這「亦惟權利本位法律之調整，絕非義務本位法律之復活也」。⁽¹⁾

中國現行民事立法對權利本位觀給以相當程度的貫徹。市場經濟基本法——《民法通則》就是以權利本位貫穿始終的法律。該法不僅將「公民、法人的合法的民事權益受法律保護，任何組織和個人不得侵犯」規定為基本原則，而且還專門設立了「民事權利」一章，該章中分別以財產所有權和與財產所有權有關的財產權、債權、知識產權、人身權為標題一一單獨設節，對上述民事權利系統地進行了規定，此外，該法還設立「民事責任」一章，詳細列舉了民事救濟措施。儘管如此，建立在計劃經濟體制之上的權力為本位，管理為本位的觀念仍佔有一席之地，

1. 王伯琦：《民法總則》，正中書局，1997年，第33頁。

這一點從法規名稱的定奪上便可見一斑。如本應作為物權法之核心的土地法，在中國卻以行政管理法規形式制定，並命名為「土地管理法」。在中國，法學界始終存在權利本位、義務本位、權利義務並重的觀念之爭，這種爭論不僅反映在學理上，也反映在立法過程中。如《民法通則》和《著作權法》制定當中，曾有人反對章節名稱只寫「民事權利」與「著作權人及其權利」，主張同時寫上權利和義務；在《商標法》制定中，也曾有人主張定名為「商標管理法」。所幸的是，上述主張均未被立法機關採納。應加以強調的是：中國有關權利本位之爭，不是其他國家和地區的有關權利本位與社會本位之爭，而是計劃經濟體制下的義務本位、行政權力本位與市場經濟權利本位之爭。

進一步強化權利本位，徹底拋棄義務本位觀，應着重解決好下列三個方面的問題。第一，完善民事權利立法體系。當前，因《民法通則》過於抽象，致使私權的保障和救濟往往不能充分落實。勞動法、商法更不健全，勞動權、股東權、票據權利、信託權利等民事特別法上的權利未能得到現行法的保障。因此，建立以民法典為核心，公司法、票據法、證券法、信託法等民事特別法為補充的民事立法體系勢在必行。立法體系的科學化，方可保證民事權利設定的合理化，民事權利保障的徹底化。第二，完善土地立法，建立內容完善、功能健全的物權法。土地是萬物之母，是人類文明進步的永恆物質基石，是一切資源的核心，土地權利是物權的核心，故旨在實現社會資源最佳配置的市場經濟，必然要求土地得到高效益的利用，要求建立一個以土地權利為核心，講求權利高效利用的物權法體系。1982年《憲法》規定「任何組織或者個人不得侵佔、買賣或者以其他形式非法轉讓土地」。因此，長期以來中國土地上一切權利幾乎全歸於國家，土地的轉讓、處分均表現為國家的行政權力，而不是民事主體的民事權利，土地價值未能得到充分體現，對土地權利的研究也成為法學的禁區。土地權利的虛空直接導致中國物權制度內容簡單、結構混亂，這不僅表現在缺乏地上權、地役權等重要物權種類，限制物權內容單薄，更表現在中國至今仍未採用物權這一概念。1988年通過的憲法修正案，規定土地使用權可依法轉讓，這激發了開發利用的熱潮，但至今批租轉讓仍是中國管理土地轉讓的行政手段，權力本位、管理本位的觀念仍是土地法律的主導觀念，這已經不能適應市場經濟條件下土地開發利用的實踐需要。因此，加強土地民事立法，確立廣泛的土地權利，建立科學的物權制度已成為中國進一步貫徹權利

本位的突破口。第三，徹底拋除權力本位、官本位觀念，把立法思想由管理與限制為核心轉變為以自由和放開為核心。「長官意志決定一切」「權大於法」「法律是管理人、約束人的工具」，這種觀念在民眾中尚有很大市場。中國法律以約束性、管理性法規佔絕對優勢的現狀，明顯地反映出管理與限制的總體立法思想。這些思想觀念是權利本位觀的大致，是意思自治貫徹實施的攔路虎。為此，強化法律規範的引導功能，樹立以自主與放開為核心的立法思想，將國家權力還原為市場主體自由權利，勢在必行。

自願原則是意思自治的基本內容

《民法通則》第4條規定：「民事活動應當遵循自願、公平、等價有償、誠實信用的原則。」從而將自願原則確立為民法的基本原則。對自願原則的內涵，民法學界存有理解上的差異。有的認為該原則主要指當事人意志自由問題；有的認為該原則主要指當事人進行民事活動應以自願為前提；有的認為該原則強調當事人只對自由表達的真實意願實施的行為負責；有的認為該原則就是意思自治原則。⁽²⁾大多數民法學者均認為，自願原則是指是否進行和如何進行民事活動應由當事人自主決定，不受他人意志的非法干預；自願原則體現在當事人意志自願、行為自主兩個方面，它就是私法自治所指的當事人自主為私法行為的自由。自願原則是權利自由的表現，它貫徹了意思自治所要求的自由觀念，但並不同於意思自治原則。因為意思自治所包括民訴法上的選擇主義與處分權主義，以及私人協議優先於法律的內容，並不能為民法上的自願原則所包含。

自願原則在民事立法中已得到很大程度的貫徹。《經濟合同法》《涉外經濟合同法》《技術合同法》三大合同及其他民事單行法規中均規定自願原則或內容與其相近的原則為指導原則。自願原則主要反映在合同法規範中，三大合同法對合同當事人的締約自由、選擇對方當事人

2. 參見《法學研究》編輯部編：《新中國民法學研究綜述》，中國社會科學出版社，1990年，第46頁。

的自由及決定合同內容和形式的自由均進行了規定。通過自願原則在合同法中的貫徹，意思自治的核心——契約自由在一定程度上已在中國得到貫徹。但也應當看到自願原則和契約自由貫徹的不足：現行經濟合同法受計劃影響很強，不僅合同法中存在大量有關計劃合同的條款，將合同作為實現國家計劃的工具來看待，而且還沿用「經濟合同」這一帶有明顯計劃經濟烙印的名稱；缺乏要約承諾制度。對合同效力，單方解除權之行使，現行《合同法》均未規定，契約自由無從獲得有效之法律保障。

為進一步貫徹自願原則，確保完全意義上的契約自由的實現，以下幾個方面的改進顯得尤為迫切和重要：第一，擺脫計劃合同的影響，制定統一合同法。針對現有《經濟合同法》過於簡略，作為計劃經濟體制的產物已明顯不適應建立健全市場經濟機制的需要的現狀，立法機關已經制定了經濟合同法修改草案，對經濟合同法進行修改。在經濟合同法的修改上始終存在兩種不同的意見。一種意見主張對現有經濟合同法中不適應現實部分進行修改，僅摒棄經濟合同法中反映計劃體制要求的條款，擴大經濟合同法適用的主體範圍，不做根本性的體系變動；另一種意見是制定統一合同法，結束現有合同法三足鼎立的現狀，做到一步到位，反對僅修改經濟合同法，實行過渡性修改的做法，只有儘快制定統一合同法，實行國內合同與涉外合同適用法律的統一，確立依行為性質制定合同法的模式，才能為市場經濟的發展提供科學統一的運作規則，自願原則才能得到進一步的貫徹。第二，制定要約、承諾制度。要約和承諾是訂立合同的必經程序，是合同當事人意思自治的充分體現，但現行合同法對此未進行任何規定，這是意思自治貫徹中的空白。規定要約、承諾的效力，彌補契約自由在現行法律的貫徹所存在的這一斷層，市場經濟所要求的交易安全和良好秩序才能實現。第三，加強國內、國際市場規範的統一，國內市場規範應儘快向國際市場規範靠攏。國際市場規範是國際經濟交往中，當事人自願形成的，在商事活動中多次反覆使用並被證明為行之有效的市場規則，是意思自治的產物。國內市場規範對國際市場規範的吸收和運用程度如何，從一個側面反映了該國市場經濟規則的完善程度。目前的涉外經濟合同法較充分地採納了國際市場規範，而經濟合同法對國際市場規範的吸收卻較為欠缺，如有關違約金制度，依《經濟合同法》的規定，經濟合同的違約金數額由法律規定，實行法定違約金制，而依《涉外經濟合同法》的規定，涉外經濟

合同的違約金數額由當事人自行協商約定，實行約定違約金。儘快結束這種國內、涉外兩套合同法規範的現狀，結束國內市場規範與國際市場規範脫軌的局面，自願原則才能在更廣闊的範圍內得到貫徹。

任意法是意思自治的靈魂

儘可能地賦予當事人行為自由是市場經濟和意思自治的共同要求，為此，意思自治發出了「私人簡約可以變通法律」的吶喊，它鮮明地體現了意思自治極力推行任意性規範，以無限多樣的契約觸及豐富多彩的社會生活，克服強行法無法周延所有社會關係的局限性。以強行法劃定違法行為及不法行為的界限，以任意法調整此範圍之外的一些行為，這是意思自治的根本要求，因此，我們說，任意法是意思自治的靈魂。困束做任意法，強化強行法，處處規定當事人應該幹什麼，不應該幹什麼，只會束縛市場主體的手腳，實行意思自治，發展市場經濟只能成為一句空話。

羅馬法學家曾深刻指出，私人協議可變通私法是意思自治的根本特徵，之後，現代民法對此加以了鮮明的繼受。1804年《法國民法典》第1134條規定：「依法成立契約在締約當事人間有相當於法律的效力。」第一次在立法上把任意擴張到私法的大部範圍。長期以來，中國法學界以契約非由國家機關制定，不具有國家強制力為由對此條款大加鞭撻。今天要建立市場經濟，宏揚意思自治，有必要重新認識「契約就是法律」的含義。應該說，這一論斷並不含有契約由立法機關制定，自身具有國家強制力之意，它只是深刻地指出：當事人在不違反強行法前提下自願達成的契約，受法律保護，其履行受國家強制力的保障。在中國立法原則中，任意法就是「約定優先於法定」，強行法就是「法定優先於約定」。這個認識是正確的。依此認識來考察任意法的實施狀況，我們可以看到任意法在法律規範體系中的擴張已經進行。如1992年11月通過的《海商法》中，第六章「船舶租用合同」第127條規定：「本章關於出租人和承租人之間權利、義務的規定，僅在船舶租用合同沒有約定或者沒有不同約定時適用。」又如《著作權法》第27條在通過前追加進第2款「合同另有約定的，也可以按照合同支付報酬」。《民法通則》