



国际私法的强制性 规则适用制度研究

On the Application of Mandatory Rules of
Law in Private International Law

王立武 著



国际私法的强制性 规则适用制度研究

On the Application of Mandatory Rules of
Law in Private International Law

王立武 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

国际私法的强制性规则适用制度研究/王立武著. —北京: 中国人民大学出版社, 2015. 10

国家社科基金后期资助项目

ISBN 978-7-300-21932-5

I. ①国… II. ①王… III. ①国际私法-研究 IV. ①D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 219626 号

国家社科基金后期资助项目

国际私法的强制性规则适用制度研究

王立武 著

Guoji Sifa de Qiangzhixing Guize Shiyong Zhidu Yanjiu

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州市星河印刷有限公司

规 格 165 mm×238 mm 16 开本

版 次 2015 年 10 月第 1 版

印 张 23.75 插页 2

印 次 2015 年 10 月第 1 次印刷

字 数 402 000

定 价 59.80 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

本书也是教育部人文社科规划项目（编号：09YJA820046）的研究成果，同时，又是山东省“十二五”经济法学重点学科建设项目的资助成果。

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

前 言

本书是我承担的国家社科基金后期资助项目《国际私法的强制性规则适用制度研究》(编号: 13FFX038)的结题成果。

对国际私法强制性规则适用的研究在国外学术界由来已久。2006—2009年我在武汉大学师从韩德培先生攻读国际私法博士学位期间,经常去外文图书馆翻阅馆藏的海牙国际法演讲集,发现在英语文献的专题研究中,早在1970年德国裔学者曼恩(F. A. Mann)就以《冲突法与公法》(*Conflict of Laws and Public Law*)为题、1973年瑞典学者伊科(Hilding Eek)就以《强制性规范与国际私法》(*Peremptory Norms and Private International Law*)为题对强制性规则的适用进行了比较深入的研究。在国外的教科书中,无论是英国学者戴西与莫里斯的《冲突法》(第14版)、切希尔与诺斯的《国际私法》(第13版),还是美国学者彼特·海等的《冲突法》(第5版)、法国学者奥狄的《国际私法》(第5版),均把强制性规则的适用作为一个重要问题单独讲解。但是,国内的同题研究比较少,绝大多数的成果是沿用了希腊裔法国学者弗朗西斯卡基的用语“直接适用的法”进行相关研究。这种表述与我国立法的传统表达和相近学科的术语使用差别比较大。对此,我产生了浓厚的兴趣,想在前辈学者的研究基础上梳理相关研究,并提出自己的一些看法。2009年我以此为题申请了教育部人文社科规划项目(编号: 09YJA820046),得到了学界同仁的认可和鞭策。在我进行研究期间,恰逢《涉外民事关系法律适用法》颁布实施,我就对原来的研究计划进行了适当调整,扩大了比较研究的广度和深度,力求增强研究内容的针对性和现实性。随着研究的深入,我越发感到,作为一种制度设计,强制性规则的适用在涉外民商事关系调整中的重要性。在教育部的研究项目完成后,我又进一步搜集、补充资料,完善研究成果,申报了国家社科基金后期资助项目,以期对该专题形成一个更为系统、深入的认识。然而,由于自身学识有限,在对法国、德

国立法和理论的比较研究中,不得不借助于英语的转述了解大陆法系国家的立法和司法实践,从而使课题研究内容的精准度略显不足,但我已经尽己所能把有关参考文献列入文中,相信读者和同仁能够慧眼识珠,提出宝贵建议,以完善本课题的后续研究。不过,我感到高兴的是,目前国际私法学界和民商法学界对强制性规则适用的研究已经成果颇丰,能够为此添砖加瓦,我倍感幸甚。

在外文资料的搜集中,中国政法大学的宋连斌老师、华东政法大学的杨玲博士给予了宝贵的支持,从而丰富了课题比较研究的内容。山东大学的黄世席教授、许庆坤教授,武汉大学的甘勇副教授为我使用外文数据库提供了帮助。邹国勇译注的《外国国际私法立法精选》为我提供了许多外国立法的借鉴。国家社科基金后期资助项目评审的专家提出了非常中肯的修改意见。在此向诸位老师、同仁表示衷心的感谢。在课题的研究过程中,吉林省高级人民法院的吕岩峰老师、中南财经政法大学的刘仁山老师惠赐了宝贵的研究资料 and 心得,给我的研究增添了更多的支持,对此我深表谢意。山东政法学院各级领导对课题研究的关注和关心也使我难以忘怀。

最后,特别地,向中国人民大学出版社表示谢意。中国人民大学是我就读硕士研究生的母校,能够在母校出版社出版我的成果是我的荣幸;出版社的各位编辑同志为本书的出版做出了辛勤的努力,这是我珍藏的一份情谊!

谨以此书的出版纪念我的恩师韩德培先生!

由于学术水平所限,错误和纰漏在所难免,自己也感到许多地方“研”犹未尽,诚恳地请同仁、读者批评指正!谨以此勉励自己在学术的道路上向前行走。无以回报,唯有更加努力!

王立武

2015年9月20日于泉城济南

目 录

第一章 强制性规则的基本理论	1
第一节 强制性规则的概念及渊源	1
第二节 强制性规则与相关概念的比较	10
第三节 强制性规则的类型	15
第二章 国际私法强制性规则的特征与范围	19
第一节 国际私法强制性规则的界定	19
第二节 国际私法强制性规则的特征	22
第三节 国际私法强制性规则的范围	26
第三章 大陆法系国家强制性规则的立法和司法实践	29
第一节 法国强制性规则的立法和司法实践	29
第二节 德国强制性规则的立法和司法实践	45
第三节 其他主要大陆法系国家强制性规则的立法和司法实践	74
小 结	81
第四章 英美法系国家强制性规则的立法和司法实践	83
第一节 英国强制性规则的立法和司法实践	83
第二节 美国强制性规则的立法和司法实践	106
第三节 其他主要英美法系国家强制性规则的立法和司法实践	137
小 结	141
第五章 国际法视角的强制性规则适用研究	143
第一节 《联合国国际货物销售合同公约》对强制性规则 适用的立法和实践	144
第二节 欧盟/欧共同体强制性规则适用的立法和司法实践	154
第三节 WTO 和 IMF 强制性规则适用的立法和实践	177
第四节 国际习惯对强制性规则适用的影响	187

第六章 经济法强制性规则的域外适用问题研究	
——以竞争法为例·····	191
第一节 欧盟竞争法域外效力的冲突法问题·····	192
第二节 美国反垄断法域外效力的冲突法问题·····	210
第三节 经济法强制性效力冲突的解决途径·····	237
第七章 强制性规则对涉外民商事管辖权和外国法院判决	
承认与执行的影响·····	247
第一节 强制性规则对涉外民商事管辖权的影响·····	247
第二节 强制性规则对外国法院判决承认与执行的影响·····	257
第三节 对外国法院反垄断判决承认与执行的实证分析·····	265
第八章 国际商事仲裁的强制性规则适用研究 ·····	280
第一节 强制性规则对国际商事仲裁管辖的影响·····	280
第二节 国际商事仲裁实体问题强制性规则的适用·····	290
第三节 强制性规则对国际商事仲裁裁决承认与执行的影响·····	298
第九章 强制性规则适用制度的价值分析及发展趋势 ·····	307
第一节 强制性规则与公共秩序/政策的比较 ·····	307
第二节 强制性规则与法律规避的制度比较·····	317
第三节 强制性规则的识明问题·····	326
第四节 强制性规则适用制度的发展趋势·····	336
第十章 我国国际私法强制性规则适用制度的完善 ·····	343
第一节 国际私法强制性规则适用制度的研究现状·····	343
第二节 我国强制性规则的立法与司法实践评析·····	348
第三节 我国强制性规则适用制度的完善·····	356
尾 论 ·····	370

第一章 强制性规则的基本理论

在涉外民商事关系的法律适用中，某些法律规则对于制定该规则的国家来说具有特别重要的意义，以至于不论根据一般冲突规范何种法律适用于该涉外民商事关系，该国的这些法律规则均直接适用于该涉外民商事关系，这些法律规则就是国际私法的强制性规则^①，这种制度称为国际私法的强制性规则适用制度。强制性规则的适用不仅是一种法律选择适用的方法，而且也是法律适用的一种理念——因为在许多情况下，它更多体现的是国家为了某种政策或利益需要而对当事人法律选择的一种干预。正是基于这种便利性考虑，晚近许多国家和地区在国际私法基本制度的立法中逐渐确认了强制性规则适用的地位，从而使当今国际私法在涉外民商事关系的调整上更趋于功能化和实体化。

第一节 强制性规则的概念及渊源

强制性规则是法学的一个基本概念，从国际私法的角度认识它则是这个概念在国际私法学研究领域的具体化。因此，国际私法强制性规则适用研究的起点应当是以法理学对强制性规则的认识为基础。

一、强制性规则的用语辨析

在法理学上，对法律构成的主要元素——法律规则有一个重要的分类方法，即根据法律规则的强制性程度分为两种类型：强制性规则和任意性规则，前者在内容上对权利义务的规定采用绝对肯定或否定的形式，不允

^① 这种界定主要是从冲突法的本体——法律选择的角度进行的；若从广义的国际私法角度认识，强制性规则的范围不限于此。参见下文相关论述。

许当事人合意或者单方意志予以变更,如不得杀人、照章纳税等法定义务,而后者对权利义务的规定则采用相对肯定的形式,允许当事人合意或者单方意志予以变更,如有关取得继承权的规则,继承人既可以按照法律规则取得和行使继承权,也可以按照自己的意志放弃继承权,除非法律规定的特别情形。^①采用这种分类方式,可以使人们清楚认识法律规则对行为的预期影响,以决定作为还是不作为,以及作为的限度。目前,这是一种比较普遍的对法律规则的类型化认识方法,但是在用语的选择上却存在许多不同的观点。

第一种比较普遍却容易达成共识的不同用语是“强制”与“强行”、“规范”与“规则”及“规定”。“强制”和“强行”在汉语的含义表达上存在差异。根据《现代汉语词典》的解释,强制是用法律或政治、经济力量强迫实施某种行为,如强制执行,它更多地表现为一种客观外力的影响;强行则是用强制的方式进行某种行为,如强行通过,它更多地表现为一种主观追求或者意旨。^②法律实际上就是一种对人的行为施加影响的外力,但同时它也表达了自身的一种主观诉求,虽然这种主观的诉求或者价值是人——法的制定者赋予它的,所以从广义的外延上来说,两者表达的主旨是相似的。两相比较,法律更强调它的客观性,因此,在立法规定上,使用最多的是“强制”,如《合同法》第52条第5项的规定。^③学者在论述或者使用法律规则的分类上,一般也是在通用的意义上把两者等同或者交替使用,不作区分。例如,张文显主编的《法理学》就认为,“强行性规则又叫强制性规则”^④。崔建远教授和董安生教授在其著作中均交替使用了“强制性规定”、“强行性规范”和“强制性规范”(黑体为本书笔者所加)。^⑤不过,在我国台湾地区,民法上常常用“强行”作为上位概念,把强行性规定区分为强制性规定和禁止性规定两种,其主要目的是为了在狭义上区分强制和禁止。笔者以为,这是没有必要的,因为“强制”一词本身就应当包含禁止的含义:作为和不作为好比硬币的两面,两者是对立统一关系。

① 参见张文显主编:《法理学》,3版,119~120页,北京,法律出版社,2007。

② 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,6版,1042页,北京,商务印书馆,2012。

③ 该条规定,有下列情形之一的,合同无效:违反法律、行政法规的强制性规定。

④ 张文显主编:《法理学》,3版,119页。

⑤ 参见崔建远主编:《合同法》,3版,74页,北京,法律出版社,2003;董安生:《民事法律行为》,185~186页,北京,中国人民大学出版社,2002。

一般认为“规范”来自英语的 norm,“规则”来自 rule。按照《元照英美法词典》的解释,norm 是指为团体成员所普遍接受的行为规则,它较之价值或理想来说更为具体,但较之法律规则来说更为抽象化。规范本质上具有社会性,在社会中产生,并表明社会对某种行为的认可或谴责,它可以由个人自愿接受,由外在强制力保障实施。^① rule 是指有权机关制定的,可导致确定的法律后果的行为规则或者指导性规则,通常用于较具体的事项。^② 可见,“规范”的范围比“规则”的范围大,前者比后者更抽象和一般,但是在法律意义上使用两者的含义是一样的。我国学者一般倾向于把规则和规范看作同一概念。^③ “规定”与“规范”和“规则”相比较,就显得更具体了,它一般是在具体的法律条文意义上使用。

综上,笔者以为,无论是“强制性规范”和“强行性规范”,还是“强制性规则”和“强行性规则”,目前我国法学界,主流的观点应当是在同一概念意义上使用它们,并没有明显的分歧。

第二种用语是把“强制性规则”、“强行性规则”或者“强制性规范”、“强行性规范”中的“性”字去掉,直接称为“强制规则”、“强行规则”或者“强制规范”、“强行规范”。^④ 不过,这种变化在意义上变动不大,因为“性”一字仅仅是对“强制”或者“强行”性质的一种强调,不改变原词的含义。而我国立法条文中的习惯表达方式是“强制性”,因此,“强制性规则”一词就显得更为恰当了,并且符合立法习惯。所以在本书的论述中,除非特别说明或者出于行文通顺之便利考虑,均采用“强制性规则”的表达方式。

二、强制性规则的概念

对于强制性规则的一般界定,主要出现在法理学教材中。

张文显主编的《法理学》教材认为,强制性规则就是指“要求行为主体必须作为或者不作为的规则”^⑤。根据作者的观点,强制性规则包括命令式规则和禁止式规则。命令式规则要求人们必须作出某种行为,例如

① 参见薛波主编:《元照英美法词典》,979页,北京,法律出版社,2003。

② 参见上书,1211页。

③ 参见张文显主编:《法理学》,4版,69页,北京,高等教育出版社、北京大学出版社,2011。

④ 参见苏永钦:《私法自治中的国家强制》,见苏永钦等主编:《民法七十年之回顾与展望纪念论文集(一)》,35页,台北,元照出版公司,2000。

⑤ 张文显主编:《法理学》,4版,72页。

《刑事诉讼法》第6条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须依靠群众，必须以事实为根据，以法律为准绳。”禁止式规则是禁止或严禁作出某种行为^①，例如《宪法》第37条规定：“禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。”又如《婚姻法》第6条规定：“结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。”这些规则的特点是，它们所规定的行为方式明确而肯定，不允许任何法律主体随意变更或者违反。

其他学者也基本上是在此意义上对强制性规则进行界定的，虽然具体表述略有差异，但其主要内涵是相同的。例如，王利明教授和崔建远教授认为，强制性规则是指必须由当事人遵守，不得通过其协商加以改变^②；尹田教授认为，强制性规则是不依当事人的意志或选择左右而必须适用的规定^③；董安生教授也认为，强制性规则是指不依赖于当事人意志，而必须无条件适用的法律规范，它的特征就在于法律所规定的法律关系的内容，无须依当事人的意思而变更^④。

在德国民法学界，拉伦茨教授的《德国民法通论》对强制性规则的认识与我国学界的认识也差异不大。他认为，德国民法典的规范可以分为强制性规范和任意性规范，强制性规范就是指其适用不依当事人的意志为转移的规范，即当事人不可以通过约定予以排除或者变更的规范。^⑤

耿林博士专门研究了强制性规范问题，在其专著《强制规范与合同效力——以合同法第52条第5项为中心》中专门就强制性规则的含义进行了比较研究，也提出了自己的观点：“强制性规则是指直接规范人们的意思表示行为或者事实行为，不允许人们依自己的意思对其加以变更或者排除其适用，否则将受到法律制裁的法律规范。”^⑥

综上，笔者以为，中外各种定义方式大同小异，均突出了强制性规则

① 参见张文显：《法哲学范畴研究》，修订版，50页，北京，中国政法大学出版社，2001。

② 参见王利明、崔建远主编：《合同法新论·总则》，194页，北京，中国政法大学出版社，1996。

③ 参见尹田：《民事法律行为与代理制度研究》，88页，重庆，重庆大学出版社，1993。

④ 参见董安生：《民事法律行为》，185页。

⑤ 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，41页，北京，法律出版社，2003。

⑥ 耿林：《强制规范与合同效力——以合同法第52条第5项为中心》，63页，北京，中国民主法制出版社，2009。

的“强制性”特征，只是在具体表述的程度上略有不同而已。例如，耿林博士的界定就比较具体、全面，进一步区分了当事人行为的类型。但张文显教授的界定方式更有特色，明确包含了禁止性规则，因为禁止性规则本身就体现了“强制性”的特征，实无把它排除在外之理，而且正如前文所说，这种界定恰恰包含了法律规则对法律主体要求作为和不作为的两种对立统一方式。总起来说，强制性规则可以理解为，那些不允许当事人以自己的意志变更或排除法律关系内容的法律规则。

三、强制性规则的历史与理论渊源

如果从工具理性的角度理解法，可以把法的整体理解为一种社会管理和国家治理的机制，这种机制运作的坚强后盾是国家机器——警察、军队、法院等，借此，法获得了权威，具有了强制性，社会和国家在法的机制的运作下具备了良好的发展秩序。当然，法的背后或者说法的本质是统治阶级意志的体现。这种属性称为法律规范的强制性，是所有法律规范的应有之意，是其根本属性之一，即使是由当事人任意变更和排除的任意性规范，从法律后果来讲，也是具有强制力的。正如凯尔森的观点：一个法律秩序的所有法律规范都是强制规范，都是规定制裁的规范，但在这些规范中，有些是其实效并不由其他强制规范所保证的规范。在此，凯尔森的强制规范，就是指规范的强制力问题。^①但在具体的规则意义上，强制性规则的强制性或者强制力则是指其内容不得由当事人任意地变更和排除。法的运行并不总是通过强制的方式实现的。在此，笔者借鉴“国家—社会（或政治国家—市民社会）”理论作为分析框架^②，探讨强制性规则在国家和社会层面的具体表现以及两者的互动。

在近代以前，国家缺乏强大、集中的政治权威，也不存在明确的私人领域。在古希腊时期，政治生活是人们生活的全部，根本不存在任何现代意义上的个人自由。“所有私人行动均受到严厉监视。个人相对于舆论、劳动、宗教的独立性未得到丝毫重视。我们今天视为弥足珍贵的个人选择宗教派别的自由在古代人看来简直是犯罪与亵渎。……而且，公共权威还干预大多数家庭内部关系。……法律规制习俗，由于习俗涉及所有事物，

① 参见张强：《商法强制性规范的历史流变》，载《烟台大学学报》（哲学社会科学版），2011（1）。

② 关于该理论的具体评述，参见金自宁：《公法/私法二元区分的反思》，24～28页，北京，北京大学出版社，2007。

因此,几乎没有哪一个领域不受法律的规制。”^①在这种制度背景下,法的权威性无以复加,强制性规则几乎遍布生活的各个领域,谈不上从相对的角度分析强制性规则的正当性问题。

从11、12世纪开始,欧洲大陆作为贸易中心的城市逐渐出现。在此后近五个世纪里,商品经济的发展冲破了建立在世袭和分封基础上的封建身份关系:一种新的社会关系主体即市民走上了历史舞台。为了突破封建制度的严密控制以获得发展的空间,他们进行了艰苦的长期斗争。在此过程中,他们自愿联合起来,向皇帝、教皇或领主申请特许令,以向国王纳税为代价换取自治权力^②,使每个城市可以依照选举产生的最高行政官的意志而不是按照封建领主的意志进行治理。虽然这种思想的萌芽在历史长河的发展中历经专制主义的压抑,但它却催生了近代宪政思想的萌芽。近代宪政理论先驱者们认为,政治国家的权力源于人民的同意,以个人自由和权利的名义限制国家权力的运作。^③在18世纪,作为经济的、私人的领域,市民社会在事实上与政治国家已经分离,而宪政理论论证了这种分离的“正当性”。正是在这种论证过程中,宪政理论为市民社会中的私人提供了“权利”的话语以对抗国家。在这种话语体系下,政治国家是垄断强制权力的公共权威,它的秩序是人为的、等级制的和公共性的,而市民社会是生产和交换的私人场所,它的秩序是自发的、平等的和私人的。因此,市民社会的秩序是自治的,而政治国家的秩序则是强制的,两者具有不同的质的规定性:市民社会的所有活动追求的是以个人私欲为目的的特殊利益,是人们依凭契约性规则进行活动的私域,个人于此间的身份乃是市民;国家关心的则是公共的普遍利益,是人们依凭法律进行活动的公域,个人于此间的身份是公民。^④两者各自按照不同的规则组织和运作时,私法就可以被界定为市民社会的法,即市民社会运行秩序的体现,它以追求个人利益的最大化为目的;公法则可以界定为政治国家的法,即政治国家运作秩序的规则,它以追求国家秩序的稳定为最大利益,由此公法

① [美]萨托利:《民主新论》,冯克利、阎克文译,288~289页,北京,东方出版社,1993。

② Charles Tilly ed., *The Formation of National State in Western Europe*, Princeton University Press (1975), p. 20.

③ 参见金自宁:《公法/私法二元区分的反思》,52页。

④ 参见邓正来:《市民社会与国家——学理上的分野与两种架构》,见邓正来、[美]J. C. 亚历山大主编:《国家与市民社会——一种社会理论的研究路径》,86页,北京,中央编译出版社,1999。

和私法的法律特征在此就凸显了其区分性：公法意味着统治权力须服从法治原则，无法律即无行政，它体现的是强制和服从；而私法意味着对自由的尊重，法不禁止便自由，它体现的是指导和尊重。^①虽然早在古罗马的乌尔比安时代就已经提出了公法和私法划分的概念，但直到此时，公法和私法概念区分的法律意义才得以强调和重视，特别是公法相对于私法表现出来的强制性特征。

虽然公法和私法为分析政治国家和市民社会的运行规则提供了一个制度平台，然而在国家与社会的管理中，政治国家和市民社会却不是截然分开的，其中既包括认识层面的原因，也缘于社会发展的必然需求。在认识层面上，公法与私法的划分本身是人们认识法律现象的一种产物，人们对客观现象的认识总是处在一种无限和有限的矛盾之中，此时它可能是一个恰当的认识工具，但彼时它可能就是一种达成正确认识的阻碍。在政治国家介入市民社会的“私域”和市民社会参与政治国家运作的“公域”，两者互相渗透的情形下，人们难以用公法与私法两分的工具解释新型社会关系，例如劳动法、消费者保护法、社会保障法。不可否认，在这些领域，对私法调整的劳动雇佣关系、商品买卖关系等施加了公法的干预，用工工资有了下限，借贷利息有了上限，消费者作为弱者受到法律的特别照顾，对养老保险和失业保险予以强制要求，投资设厂有义务治理污染……种种限制使得这些领域中的“意思自治”不再纯粹，从而使这些原本属于私法调整范围内的关系不再是“纯粹”的私法关系。^②

从社会发展的角度看，私法自治的理论预设基础被市场经济发展的残酷现实所颠覆。私法自治是被奉为支配整个私法的“最高原则”、“私法根本价值之所在”^③。私法自治合理性的第一个理论预设是在抽象人格基础之上的平等性和互换性。^④在民法中，人是一种抽象的存在，这种抽象舍去了其作为自然人的男女老幼、政治地位或者经济实力的差别，忽视了劳动者、消费者等社会分工的差别，也舍去了其作为法人的企业类型和大小的差别，而是把它作为市民社会有产者的理想形象，一种经济学意义上的“理性人”或者“经济人”看待。在生产和交易中，他们之间是平等的，

① 参见金自宁：《公法/私法二元区分的反思》，55～56页。

② 参见上书，64页。

③ 马俊驹、余延满：《民法原论》，3版，17页，北京，法律出版社，2007。

④ 参见钟瑞栋：《民法中的强制性规范——公法与私法“接轨”的规范配置问题》，85～87页，北京，法律出版社，2009。

无论从政治地位或者从经济地位上来说,存在的差别不大;他们作为买受人和出卖人的角色在交易中是处于不断更替之中的,即使存在细微的差距,也因主体不断互换其地位而被抵消或者得到弥补;他们是理性的,每个人具有理性的知识和计算能力,能够收集必要的信息,能够运用“成本—收益”分析方法计算出与自身相关的各种利益的损益、盈亏关系,对备选方案进行比较,以获取利润或者效用的最大化。

第二个理论预设是完全竞争的市场经济。在这种完全竞争的市场经济中,生产者的数目以及竞争的程度足够大,以至于生产者之中任何一个所占的市场份额均无法大到能够影响市场价格的程度,每一个市场主体均有可能对其决策产生影响的全部信息(信息对称)。例如,在买卖合同中,买受人和出卖人均能了解交易商品的价格、质量、性能等关于交易的所有信息。市场中存在足够数量的买方和卖方,使得交易的双方能够充分选择相对人,没有任何一方拥有价格和数量上的垄断优势。^① 这种市场竞争的完全性为法律上坚持形式平等提供了正当性的基础。

第三个理论预设是社会利益和个人利益的一致性。在自由资本主义时期,西方推崇“管得最少的政府是最好的政府”,政府被当作一种“必要的罪恶”受到严格限制,国家的任务通常仅限于国防、社会治安、税收和外交等寥寥数项。虽然市场中理性人所追求的是个人利益,但在满足个人利益的同时,他也不自觉地促进了社会利益的实现。因此,自由是实现社会利益和社会公正的最佳方法。正如亚当·斯密所言:“他追求自己的利益,往往使他能比真正出于本意的情况下更有效地促进社会的利益。”^②

然而,从19世纪末20世纪初期开始,随着资本主义的发展,市场垄断的倾向日渐显著,垄断扼杀竞争,破坏竞争秩序,损害了经营者和消费者的利益。生产的社会化和生产资料的私人占有之间的矛盾日益突出,有产者的私人利益得到极大满足的同时,公共秩序遭到破坏、公共产品被忽视、公共资源被破坏性使用、公共利益受到侵害,亚当·斯密所言的“个人财富的最大化就是社会财富的最大化”的设想已经不复可能。当事人以契约的形式、通过意思自治解决经济矛盾因其成本极高而根本不具有整体效率性,在简单商品经济条件下以市场自我调节克服市场缺陷的方法在垄

① 参见[美]格兰特·吉尔默:《契约的死亡》,曹士兵等译,见梁慧星主编:《民商法论丛》,3卷,207页,北京,法律出版社,1995。

② [英]亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(下),郭大力、王亚南译,27页,北京,商务印书馆,1974。