

论文题目:

(中文)

法律行为制度研究

——以私人自治为中心

(外文)

Research on the System of Juristic Act

——Focusing on Private Autonomy

作者姓名:

易 军

所在单位:

法学院

专业名称:

民商法学

研究方向:

民法总则

导师姓名:

王利明 教授

论文提交时期:

2004 年 4 月

论文主题词: 私人自治 法律行为 主观价值 形式主义
(3~5个)

中文摘要

法律行为的概念在德国法系的民事立法与民法理论中居于极为重要的地位。法律行为制度之所以能够产生,有两个不可或缺的基本的条件,其一是私人自治的原则化,其二是概念法学思想。由于考虑到我国理论上与实践中对法律行为的私人自治思想基础的接受存在种种不足,本论文旨在对私人自治进行揭示与研究。在研究的方法上,我主要诉诸目前还不为我国私法学界所熟悉的个人主义方法论。个人主义方法论是相对于整体主义方法论而言的。这是一种从分析立场的角度对研究方法所作的分类。它是以个人作为学科分析的基点和基本研究单位,通过对单个人行为的分析,展开该学科的一般原理以及规律性问题。个人主义方法论在私法中的运用应是至为显然的,私法对私人、私权、私人自治、私人利益等的强调,都是方法论个人主义的直接要求。与个人主义方法论相适应,私法旨在实现的正义是一种交换正义与程序正义,而不是分配正义与结果正义。并且,由个人主义方法论所致,在交换正义上,私法用以评判交换行为之间正义性的标准乃是一种主观价值标准,而不是客观价值标准。

私人自治,依 Flume 的有名定义,是指个人得依自己意思形成法律关系的原则。此项原则有助于最大限度的发挥个人的积极性、主动性与创造性,对于促进近代社会经济的发展居功甚伟。私人自治使个人获得自主决定的可能性,据此,个人可以依凭自己的意思创设私法上的权利义务关系。私人自治与法律行为具有唇齿相依的关系,法律行为乃是实现私人自治的工具。由于对私人自治体认未深,我国现行法关于法律行为概念的界定存在着重大瑕疵。学理上或实践中频频使用“行政法律行为”或“经济法律行为”的现象表明我国对法律行为的私人自治思想基础的接受存在先天不足。私人自治古即有之,但法律行为的概念却只是在现代社会才产生。这固然是由于人类思维只是在现代才达到在抽离合同、遗嘱等各种具体设权行为共性的基础上建立一般概念的高度,但私人自治在现代社会的制度化,亦即私人自治成为现代社会的一个根本组织原则的事实却也是另一项不可或缺的根本因素。私人自治的制度化与现代性的凸显、主体性的产生是同步的。正是在个人主体从古代社会的整体性的藩篱中脱离出来的过程中,现代性才得以凸显,私人自治也才得以成为建制。私人自治成为现代社会一个文化建制的现象,为法律行为的概念与制度在后世的德国的闪亮登场作好了铺垫。

法律行为制度欲发挥规范效力,必须具备伦理上的正当性,也就是说,必须符合正义性的要求。在理论上,正义可区分为交换正义、分配正义、归属正义、程序正义、结果正义等不同的类型,而与法律行为有关的正义,亦即法律行为所能实现的正义只是一种交换正义与程序正义。在判断交易主体所实施的法律行为是否正义时,亦即一方的给付与另一方的对待给付是否具有等值性时,原则上应当采纳主观价值论,而非劳动价值论这一客观价值论。

主观价值论滥觞于19世纪70年代的边际革命，它的核心观点是把商品的价值看作是人们对商品效用的感觉和评估，也就是说看作是人们的主观评价，而不是象劳动价值论那样把商品的价值看作是客观的凝聚在商品中的无差别的人类劳动。正是在双方交易主体基于自由意思彼此同意对方就商品所作的主观价值判断的前提下，交易才能达成，给付与对待给付之间的均衡才能实现，交易中的正义也才能产生。通过主观价值标准来判断法律行为是否正义，其实也是将自主与自愿作为判断法律行为是否正义的标准，自愿性基本上能够满足法律行为伦理性的要求。从原则上来说，一项基于双方当事人的自愿而达成的交易就是公正的交易，国家不对之再作出干预。虽然本章的研究是以有偿契约这一典型的双方民事法律行为为对象，但其结论同样也可适用于诸如赠与、借用之类的无偿合同以及单方法律行为与多方法律行为，罗马法古谚“对心甘情愿者不存在不公正”就很好的说明了这一问题。我国现行立法在显失公平制度上仅提出了“给付与对待给付之间明显失衡”的客观要求，这与法国、奥地利等国家几乎同出一辙。至于德国、瑞士等国家在相应制度上所规定的“乘他方急迫、轻率或缺经验”的主观要件，在我国则基本上被作为一项独立的要件而构成另一项法律行为效力瑕疵制度——乘人之危制度的核心范畴。也就是说，德国、瑞士等国家或地区的暴利行为制度在我国其实是被分解成了显失公平与乘人之危两项制度。这样，我国法院以交易有失公正为由而干预当事人的私人自治、否定法律行为的效力显然更为宽松。为保障私人自治计，我国立法实有必要借鉴德国、瑞士、我国台湾地区民法的规定，在显失公平的构成上也建立起主客观相结合的双重要件体系。

不同的法律原则必将使得奠基其上的法律体系呈现出不同的面貌和特征。在我看来，以私人自治为价值基石的私法必然是形式主义的，从而呈现出一种形式理性的品格。形式主义主要是指法律体系的内在自给自足（亦称为法律的自治性或法律自治）、依据高度抽象的法律概念和命题进行形式逻辑推理等内容。其中，法律自治堪称为法律形式的核心要素。法律自治主张法律的终极合法性源于其自身，反对在法律之外寻求合法性根据，反对将法律的合法性终极源泉等同于法律背后的道义原则、道德权利以及民众的正义感。简言之，法律自治就是指法律与政治、宗教或伦理道德等实质性价值相分离，亦即法律是脱离于宗教、道德等而独立存在的。私人自治是与私法的独立性密切相关的，更确切的说，由实行私人自治的原则所致，私法必然呈现出自治性这种形式主义的品格，其原因在于：第一，要确保私人自治，原则上必须禁止宗教、伦理等实体性价值以及政治力量对私法进行渗透。第二，私人自治总是以某种程度的形式平等、抽象人格的设定为前提的，而形式平等与抽象人格都是形式性的。第三，法律行为制度所设定的“不得干涉他人的私人自治”的义务可以通过康德的可普遍化原则的检验，而符合可普遍化原则的行为准则或者义务，即普遍性的准则或义务不仅是公正的，而且也是形式性的。第四，法律行为在性质上是工具理性行为。总之，私人自治

与私法形式主义具有内在的一致性，实行私法自治的民法必然是工具理性、形式主义的，或者说，与消极性的私人自治相契合的民法必然是具有工具理性或形式主义特征的法律。

我国既往的民法理论与立法并不区分法律行为的成立与有效，不过，经由学界的不懈努力，迄今，法律行为成立与生效要件的概念与区别，早已根深蒂固，成为法律人自明之理。在阐释两者的区别时，我国学者往往将法律行为的成立归结为事实判断问题，而将法律行为的有效归结为价值判断问题。法律行为的成立属于事实判断的观点显然已成为我国民法学界在对法律行为的成立进行定性时的通说。不过，我认为，我国学界在这一问题上犯了矫枉过正的错误。法律行为的成立，无论是从立法者为判断法律行为是否成立而设置法律行为的成立要件来看，还是从裁判者依据法定的成立要件判断社会中某一或某些行为是否构成法律行为来看，都不属于事实判断。将法律行为的成立归结为事实判断问题也违反了价值哲学的基本原理。法律行为的成立并非“成不成立”或“是不是”法律行为的问题，而是“应不应成立”或“应不应是”法律行为的问题，因此，与法律行为的有效类似，法律行为的成立同样也是一种价值判断，并且更具体的说，属于价值判断中的规范判断。

在私人自治原则之下，当事人得藉法律行为自主地从事交易活动，不过，基于维护公共利益或当事人利益或其他正当理由的考量，法律也设置规范对私人自治予以一定的限制。在这些限制措施中，最一般的莫过于法律行为有效要件中的适法要件与公序良俗要件，也就是说，法律行为的内容不仅应适法而且应妥当。适法要件与公序良俗要件是沟通私法与公法、整个外部法秩序以及伦理价值的重要管线，使私法能够在社会巨大变迁之下岿然不动但又伸缩自如。

我国现行法规定“法律行为违反法律、行政法规的强制性规定无效”，与过去的立法相比，这一规定已经使得私人主体所享有的自治空间得到相当大的扩张。不过，这一规定仍然存在过度限制私人自治的弊端。首先，本来就为数不多的私法强制性规定中的绝大部分属于权限规范，这些规范主要规定当事人处分权的界限，并不属于该条所拟规制的“强制性规定”。权限规范自身就提供了判断法律行为有效与否的要件，违反权限规范的法律行为无须也不能外假适法要件进行判断。其次，在大多数人看来，法律行为违反法律与行政法规中的强制性规定都是无效的。这种观点实际上是在“市民社会不独立于政治国家”的意识下，完全将私法当成了贯彻执行公法强制性规定的工具，只注意到了适法要件所具有的引致规范的功能。其实，市民社会与政治国家是相对独立的，私法与公法也是相对独立的。由于不同的公法强制性规定的功能各不相同，因此法律行为违反公法强制性规定并不一概无效，这就需要法官解释该强制性规定的立法目的，判断在立法目的的达成上，是否有必要否定该法律行为的效力，也就是说，法官需要针对各条公法强制性规范是否否认其违反行为的私法效力进行法益权衡。为此，需要重新认识适法要

件的功能，也就是说，适法要件并不是一个单纯的引致规范，而是一个授权法官进行自由裁量的概括条款。为了使适法要件能实现这种功能转换，这首先就要求在立法上在我国关于适法要件“不得违反法律或行政法规的强制性规定”的条文中设置类如《德国民法》第134条或我国“台湾地区民法”第71条后段但书“但该规定并不以之为无效者除外”的规定，从而为裁判者自主地决定公法强制性规范究竟能产生多少以及何种私法效力提供基本依据。总体说来，绝大多数的强制性规范，其主要目的在于实现刑法上或行政法上的目的，而不是在规整当事人之间的私法生活关系，若无强有力的理由，法官不宜轻易判定一个违反强制性规定的法律行为为无效。

各国立法都毫无例外的以一定的表征公共利益或社会公德等内容的范畴对当事人所实施的法律行为加以检视，只有在不违背这些范畴的情况下，才允许法律行为发生当事人所预期的效果，这就是“法律行为不得违反公序良俗”的要件。鉴于公序良俗在对法律行为的控制中，可能蜕变为以维护道德之名而滥用公众授予的权力，立法上所保障的个人自由可能在司法的层面被公权力的销蚀而化为乌有，因此，我主张，法官在运用公序良俗要件否定法律行为的效力之时，切切慎之又慎。

ABSTRACT

The conception of juristic act play an important role in the civil legislation and research in the system of German law. There are two preconditions that are the musts to the establishment of the institution on juristic act. One is the principle of private autonomy, the other is the theory of concept jurisprudence. Considering the lack of acceptance of the private autonomy opinion in the juristic act, this paper is to make the research in the private autonomy. The research method which I mainly use is the methodological individualism which is compare to the methodological holism. The method classification is based on the standpoint classification. It regards the individual as the research unit. Through the analysis on the individual behavior, we discover the principal in this field. It is very evident that to use the methodological individualism in the private law, such as the stress on the private, private power, private autonomy, private interests. Suited with the methodological individualism, the private law aim at to implement the commutative justice and the procedural justice, but not the distributive justice and the result justice. Moreover, as a result of the methodological individualism, the criterion which is used to judge the exchange in the private law is a subjective value judgment not an objective judgment.

The principle of private autonomy, according to the famous expert Flume' s opinion, means everyone can form a legal relationship on his own will. If this principle is put down in the civil law, man will be motivated and become novative. The principle of private autonomy had played an important role in the development of the world in the last several centuries. Private autonomy makes the person has the possibility to make a decision of himself, so the individual can set up the power and obligation relationship with his own opinion. Private autonomy and juristic act have relation as dependent on each other as lips and teeth, the juristic act is the tool which realizes private autonomy. Because know darkly to private autonomy, of our country current law there are great flaws about juristic act definition of concept. Study the science and get on or use the phenomena of "administrative juristic act" or "economic juristic act" to show the private autonomy thought base to the juristic act of our country again and again in practice, There is inadequate natural endowment in the acceptance of the plinth. Private autonomy has it anciently

promptly, but the concept of the juristic act is just produced in the modern society. (This just modern to is it release contract of leaving to reach because of human thinking no doubt, testament various kinds of concrete to set up right behavior foundation of generality set up general height of concept, but it is institutionalized that private autonomy is in modern society, namely private autonomy become modern one basic fact of organizational principle of society also another indispensable basic factor.) The moving ahead simultaneously with the formulation of the prominent, entity of modernity institutionalizedly of private autonomy. It is exactly while that the personal subject breaks away from the constraint of the globality of the ancient society, modernity just be prominent, private autonomy must just be in order to become organizational system too. Private autonomy becomes modern a phenomenon of cultural organizational system of society, come on stage with glittering appearance foreshadowing of finishing for concept and system Germany in later age of juristic act.

Juristic act system is it give play to effect of standardizing to want, must possess ethics getting proper, that is to say, must accord with the demands for justice. In theory, justice can divide justice of exchanging into, assign justice, belong to justice, procedure justice, fruit justice, etc. different type, and the justice related to juristic act, namely justice that the juristic act can be realized is only a kind of exchange justice and procedure justice. In judge trade subject when implemented juristic act justice, namely one party is it pay to is it pay while having equivalence nature to treat another party to give, should adopt the subjective value theory, but not this objective value theory of labor value theory in principle. The key view of the subjective value theory is to regard the value of the goods as people's feeling and assessment to commodity effectiveness, that is to say to regard as people's subjective appraisal, but not like the labor value theory regards the value of the goods as human labor condensed in the goods like that. Agree the other side on subjective prerequisite of value judgment goods make in of both sides each other, subject of trade, just, trade could reach, is it pay treat between paying balanced to could realize to give, the justice in the trade could be produced too. Is it judge through subjective value standard juristic act justice, act on one's own with voluntary as judge juristic act standard of justice too in fact to come, voluntary can meet the ethics

request of the juristic act basically. Come from principle and say, one is the just trade on the basis of voluntary trade that reach of both parties, what the country does not reply is intervened again. Though the research of a chapter is to regard paid agreement, this typical civil juristic act of both sides, as the target, but conclusion its can suitable for too such as gift, free contract and folk prescription juristic act and juristic act in many ways of person who use, Rome law old saw "volenti non fit iniuria" is on the question of very good explanation this. Our country's current legislation of obviously unfair system propose objective request of "it is obviously out-of-balance between paying and repaying" only, the countries, such as this and France, Austria, etc. are nearly of an identical nature. As for Germany, Switzerland country subjective important document that "ride other party urgent rash deficient experiencing" stipulated at corresponding system, formed another juristic act and rendered a service the flaw system as an independent important document basically in our country -- Take advantage of precarious position the key category of the system. That is to say, Germany, Switzerland country or sudden huge profits behavior of area system to resolve into apparent to lose fair and take advantage of precarious position two systems actually in our country. In this way, the court of our country intervenes the party's private autonomy, denies rendering a service obviously looser of juristic act on the grounds that the trade is lost just. For ensure private autonomy count, it is real to draw lessons from Germany, Switzerland, of our country Taiwan regulation of civil law while being necessary for our country to legislate, in apparent to lose fair composition set up subjective and objective combine together double to take a system too.

Different legal principles will is it lay a foundation its legal system that demonstrate different appearance and characteristic to make. In my view, the private law taking private autonomy as foundation stone of value must be formalism, thus demonstrate a kind of character with rational form. Formalism mean law autonomy mainly, basis abstract legal concept and proposition carry on form reasoning from logic, etc. content highly. Among them, law autonomy bears the key element called law formalism. Law autonomy maintains that the ultimate legitimacy of the law comes from his oneself, object to equating the ultimate source of the legitimacy of the law with morality and justice principle,

ethical right and people's sense of justice behind the law. In brief, law autonomy is to mean that substantive value, such as law and politics, religion or ethics, etc. are separated, namely the law is breaking away from religion, morals, etc. and existing independently. Private autonomy is closely related to independent character of the private law, the more precise one says, due to abiding by the principle of private autonomy, private law must demonstrate autonomy character of formalism this, its reason lies in: First, is it guarantee private autonomy to want, must forbid religion, ethics entity value and political strength permeate to the private law in principle. Second, private autonomy is always taking settlement of the equal, abstract personality of form of a certain degree as prerequisite, and equal and abstract personality of form is all forms. Third, legal obligation that "everyone can't interfere private autonomy of others" that system establish can through to can generalize principle examine Kant, but accord with the code of conduct or obligation of the generalization principle, namely the criterion or obligation of universality are not merely just, and the form. Fourth, the juristic act is a rational behavior of form on nature. In a word, private autonomy and private law formalism have inherent consistency, the civil law of implementing private law autonomy must be reason of the tool, formalism, in other words, the civil law in conformity with private autonomy of the passivity must be a law with formalism characteristic.

Our country's past civil law theory, with legislating and not distinguishing the establishment and effective of the juristic act, however, via the efforts of the educational circles, so far, juristic act establish and come into force concept and difference of important document, become self-evident reason, people of law, already. While explaining the difference between them, of our country scholar sum up in establishment of juristic act fact judge the issue often, and the summing up in the value judgment question effectively of juristic act. It is universally admitted that formation of juristic act is a problem of factual judgment in China theoretically. This article considers that whether in legislation, in judicature or judged by value philosophy, the formation of juristic act is not a problem factual judgment. This question couldn't be simplified a problem about "to be or not to be" as that most of our scholars have done, rather a problem about "ought to be or ought not to be". The error arises

primarily from that criterion governing the formation of juristic act belongs to norms judges comply to, lingual expression of value judgment is excessive complicated and there is distinction in function between the system of formation and the system of validity of a juristic act. Formation of juristic act is the problem about value judgment as well as the validity of juristic act does, and it belongs to judgment concerning norm of value judgment.

Of our country current law regulation "juristic act violate law, mandatory regulation of administrative statute invalid", compared with legislation in the past, this regulation has already made the private autonomy space enjoyed of subject get sizable expansion. But regulation this have excessive to limit private drawback of autonomy still. Among most idea of people, juristic act violate law and mandatory regulation of administrative statute invalid. This kind of view is under the consciousness that "citizen's society is not independent of the political country" in fact, have totally regarded the private law as the tool with mandatory and fixed public law of carrying out, the ones that have only noticed that there are the important document of the right laws have caused the normal function. In fact, citizen's society and political country are relatively independent, private law and public law are relatively independent too. Because different public law mandatory function that stipulate have nothing in common with each other, so juristic act violate public law mandatory without exception invalid regulation, this needs the judge to explain the legislative purpose that should be mandator, and fixed, It is the necessary effect of denying this juristic act to judge it in the reaching of legislative purpose, that is to say judge is it deny to every public law mandatory norm it violate private law of behavior is it go on law's benefit weigh to render a service to need. For this reason, need to re-recognize the function of the important document of the right law, that is to say, right law important document one simple norm of causing, but one authorize judge carry on freedom cut out generalization clause of quantity. In order to make the important document of the right law able to realize that this kind of function is changed, require this at first in legislating at our country about law clause where important document setting up type like << Germany civil law>>, article 134 or our country regulation "Taiwan civil law " 71st back segment " will stipulate and regard it as getting invalid

", afford to act on one's own for referee person. In general, most of the prohibitive rules in the law are set not to regulate the relationship between burghers, but to realize the purposes that are put in the criminal law and administrative law. So the juristic act should not be taken as a no-legal-effect act, if there are no very strong reasons against it.

The juristic act examed according to the commonweal and public goods or social morality in the civil law of every country. The juristic act' s legal effect will be legally recognized only if this act is not contrary to the commonweal and public goods or social morality. This rule is called "The juristic act should not be contrary to public goods ". But the forgoing public goods rules are probably misused, so that personal right of freedom is deprived by the courts. In my opinion, the judge should be very careful when he use the public goods rules.

目录

前言	1
第一章 法律行为与私人自治	7
一、什么是私人自治	7
二、法律行为是实现私人自治的工具	9
三、为什么要珍视私人自治	15
四、私人自治的制度化与法律行为的产生	18
五、本章结论	30
第二章 法律行为的正义性评价	32
一、法律制度应具备伦理上的正义性	32
二、法律行为的正义性表现为交换正义	35
三、法律行为的正义性表现为程序正义	40
四、交换的等值性与主观价值理论	44
五、自治是正义性的评价基准	52
六、本章结论——兼论我国法上的显失公平制度	54
第三章 法律行为与私法形式主义	58
一、法律价值决定法律品格	58
二、私法形式的概念厘清	59
三、私人自治与私法体系的自治性	64
四、私人自治与形式平等及抽象人格	69
五、私人自治、康德的可普遍化原则与形式正义	72
六、法律行为是工具理性行为	76
七、本章结论	78
第四章 法律行为成立要件性质的反思	83
一、我国学界的主流观点	83
二、立法层面的阐释	85
三、司法层面的阐释	90
四、价值哲学层面的阐释	93
五、定性错误的可能缘由	98
六、本章结论	102
第五章 法律行为与强制性规范	106
一、适法要件的现行立法与理论认识	106
二、私法上强制性规范的特色	110
三、适法要件的应然功能	114
四、本章结论	119
第六章 法律行为与公序良俗	121
一、公序良俗的概念厘清与功能分析	121

二、不确定概念的可能危险性	130
三、国家伦理中立与公序良俗	137
四、如何防止裁判者滥用公序良俗	149
五、本章结论	153
结语	
——兼论法律行为与中国民法典的制定	155
参考书目	161
后记	175

前言

“个人主义思想是近代以来西方文化的灵魂。”¹——贝拉

“正是因为以这个‘分解综合’的方法为前提，而不是以亚里士多德的‘创始起源’的方法为前提，个人意志的目标及性质问题，自然状态里人的意志问题，对于国家学说的具体发展，才成为决定性的。”²——斯特劳斯

法律行为（Rechtsgeschäft）的概念在德国法系的民事立法与民法理论中居于极为重要的地位。“德国民法系学说之产物，总则为其精华，以法律行为理论为其最卓越之成就。”³“意思表示与法律行为是德意志法系民法的两个基本概念。”⁴在德国，以及继受德国民法的其他大陆法系国家和地区，法律行为往往被界定为以意思表示为要素，因意思表示而发生一定私法效果的法律事实或法律要件。无须讳言，法律行为制度之所以能够产生，有两个不可或缺的基本的条件，其一是私人自治的原则化，其二是概念法学思想。可以说，“法律行为制度是意思主义与法典主义偏好的共同产儿。”⁵在不存在私人自治的社会中，法律行为的概念无由产生，对此，只需考察私人自治尚未上升为私法原则的社会的立法即可明晰。而即使私人自治业已建制化，但如果概念法学的思想尚未在该社会取得支配性的地位，那么法律行为的概念也不会产生，当今英美法系以及法国法系的国家或地区的民事立法尚未建立法律行为制度就充分说明了这一点。基于作者本人的研究兴趣以及实践生活（无论是立法实践还是司法实践）所凸显出的问题状况，本篇论文的目的旨在对法律行为背后的私人自治这一思想基础作出阐释。

私人自治是法律行为的价值内核与思想基础。作为一种最能反映私法本质的制度，法律行为与私法是共享同一思想资源的，因此，私人自治也是私法核心理念。我国理论界对私人自治已作出了一定的阐释，立法因此也获得了长足的进步，⁶但我认为，无论是理论上、还是立法中捍卫私人自治的力度是远远不够的。可能有人会把私法中的自治当成无须详论的法学常识，认为不必为之挥毫泼墨；甚至可能有人会把私法中的自治已是昨日黄花，私

¹ [美]贝拉等：《心灵的习性》，三联书店1991年版，第214页。

² [美]列奥·斯特劳斯：《霍布斯的政治哲学》，申彤译，译林出版社2001年版，第3页。

³ 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（五），中国政法大学出版社1998年版，第106页。

⁴ 沈达明、梁仁洁编著：《德意志法上的法律行为》，对外贸易教育出版社1992年版，第49页。

⁵ 董安生：《民事法律行为——合同、遗嘱和婚姻行为的一般规则》，中国人民大学出版社1994年版，第31页。

⁶ 如与曾经三足鼎立的《经济合同法》、《技术合同法》及《涉外经济合同法》，乃至现行的《民法通则》相比，《合同法》缩小了无效合同的范围，而扩大了可撤销合同与效力未定合同的范围；明确地将合同不得违反的法律规定限定在“法律、行政法规的强制性规定”等。

法需要恭迎君临全域的新“帝王”。然而，问题并非如此简单：

首先，作为一种绵亘古今、源远流长、垂范久远的制度体系，私法的这一思想基础应该是极其宏大与深邃的，不是无须论证，也不是稍加论证或简单论证就可以解释得清楚的。

其次，自治，以及以自治为精神支柱而建立的近现代私法体系不仅是法治的基石，而且也是现代社会的本质特征之一，而现代社会作为一种不同于传统社会的全新的社会形态，必然有构成其质的规定性的东西，必然有其认识论、知识论、方法论的支撑，有其哲学、伦理的基础，也必然有对社会中的主要主体即国家与个人关系的崭新看法。“现代世界的出现，在西方是一个革命性事件。它就像从一个典范转移到另一个典范一样，在文化中的每一个面向表现出来。各个面向是相互关连的。”⁷自治只不过是这一宏大的思想体系中的一个安排或表现。私法中的自治只有在这个宏大的背景中才能被真正理解。因此，要真正深切的认识自治，就必须诉诸这些使得现代社会得以凸显的基本知识结构。

再次，西方国家论证自治、个人利益以及市场体制合理性的努力已经持续了数百年的历史，仅从斯密撰写《国富论》为自由市场辩护算起，就已有三百多年，此种努力至今仍不见间断。如果说任何一个社会的构成，背后都有一组该社会构成的根本原则，而这组根本原则就是该社会的哲学基础话，那么，“自由主义是现代西方社会的根本哲学”，“自由主义哲学提供了现代西方社会组织的根本原则”。⁸毫无疑问，自由主义仍然是当今西方世界的基本特征，⁹为自由主义进行辩护依然是当今西方显学。对此，根本无庸引经据典，仅从诸如罗尔斯、诺齐克、德沃金、哈耶克、布坎南、弗里德曼之类的政治哲学或经济学方面的自由主义学术大师在当今日中天的地位就能窥其一斑。在现代社会几乎人人都耳熟能详的市场、牟利、个人自治、大社会小政府等观念在近代以前一直是被视为异端邪说的，它们要在社会中推行必然要以其合理性得到论证为基础。如为了论证私有财产权或者说私人保有利益的正当性，洛克与诺齐克都诉诸劳动理论；为了论证市场体制的合理性，斯密诉诸“无形之手”理论。在我国，要确立市场体制同样需要论证个人私有财产的合法性与神圣性、个人自决的正当性，亦即个人的拥有与自治为什么是必须的而且是正当的。囿于树立市场经济体制的目标仅十来年的光景，我国为自治所作的辩护还远远不够。而就不同的学科来说，经济学、道德哲学、政治哲学、社会哲学等领域均较致力于论证市场经济的合理性、自治的必要

⁷ 石元康：《从中国文化到现代性：典范转移？》，三联书店2000年版，第169页。

⁸ 石元康：《从中国文化到现代性：典范转移？》，三联书店2000年版，第289页、第158页。

⁹ 如我国学者袁祖社先生指出，“作为一个独立的思想体系，它最初形成于17世纪的英国，并且一直是资本主义世界中占统治地位的思想体系、核心价值观念和意识形态，扮演着资本主义制度的设计师与辩护人的角色。”参见袁祖社：“西方自由主义批判性考察”，载《山东师范大学学报》2002年第六期。

性，而法学界，特别是私法学界在此方面所作的努力还甚为薄弱。

在我看来，深刻揭示法律行为制度背后的“自治”价值的意义在于：不独对法律行为制度，对任何法律制度都一样，如果没有对该制度的价值基础予以深刻的揭示与洞察，它就缺乏思想根基，如同先天不足后天缺乏营养的婴儿，弱不禁风，经受不住任何外来的那怕是及其细微的冲击。对法律行为制度而言，没有真正的理解其思想，也就不会珍视这种制度，从而不会对无孔不入的时刻可能会侵害私人自治的因素保持应有的警惕。

有鉴于此，为了深切理解私人自治，从而自觉的捍卫私人自治，我将深入到现代性与西方自由主义传统这一广阔的背景中，¹⁰揭示出自治背后的深邃的基础性的知识背景。在完成了此种铺垫性工作以后，我将以之为基础对我国现行的法律行为制度（主要是法律行为的要件）进行批判性反思，检视在市场体制尚未确立而理论研究薄弱的情况下建立起来的现行法律行为制度的优劣。挖掘法律行为背后的自治这一思想基础，其意义还在于妥善处理自治与私法的其他价值的关系：在自由与平等、正义、安全、效率等其他价值的关系上，如何排列其顺位？它们之间的关系是否具有罗尔斯所说的那种词典式的位序？平等、自由等价值确实是美好的，在一定的场合，适当牺牲自治以换取其他的更大的法律价值确有必要（近代社会的绝对自治显然是不可取的），然而，由于对自治未能深入了解，我们常常会发现，人们会迷惘地在究竟是确认法律行为有效以维护自治还是确认法律行为无效以实践自治外的其他价值之间踟躇不前，难以作出抉择；或许更为常见的是，人们会信誓旦旦地假自治外的其他价值以行，而毫不犹豫地弃自治于不顾，但事实却是，专制、暴虐等自治的天敌在这些正当据的帷幕下借尸还魂。我所担心的正是这种假平等、安全、公共利益之名而践踏自治的现象。¹¹我想，在我国这个因传统上一直实行封建专制统治从而人格独立、私人自治、个人权利神圣等观念几乎从未发蒙，因建国后长期实行中央集权经济体制从而市民社会从未摆脱政治国家的羁绊而获得相对独立地位的国度，探讨法律行为的自治的思想基础的最主要的意义或许就在于此罢。

在研究的方法上，我主要诉诸目前还不为我国私法学界所熟悉的个人主义方法论。个人主义方法论是相对于整体主义方法论而言的。这是一种从分析立场的角度对研究方法所作的分类。个人与社会的关系是人类文化永远需要面对和解决的一个长存常新的问题，也是贯穿人类文化的一个永恒的根源性的矛盾。在如何认识和处理个体与群体、个人与社会的关系问题上，存在着个体主义（individualism）与整体主义（holism）两种不同的方法论和价值

¹⁰ 拉兹指出，自由主义传统对政治道德的具体贡献通常是指它坚持对个人自由的尊重。参见[英]约翰·凯克斯：《反对自由主义》，应奇译，江苏人民出版社2003年版，第29页。

¹¹ 我国学者胡玉鸿先生即指出，“在日常生活中，我们所说的‘社会利益’、‘社会要求’等，往往也只不过是少数权势人物的利益、少数权势人物的要求而已。然而却正是这些‘大词’，可以成为要求个人作出牺牲的正当借口。”胡玉鸿：《法学方法论导论》，山东人民出版社2002年版，第198页。

原则。¹²罗素指出,自古以来的哲学家们“可以区分成为希望加强社会约束的人和希望放松社会约束的人。”¹³这句话很精辟地指出了人们因立场不同而分属个人主义或整体主义两个不同的阵营。不论是个体主义还是整体主义,都可在不同的意义上使用。“整体主义与个体主义或个人主义既具有方法论的涵义,又具有价值论的意义,分别代表了两种不同的社会研究方法和价值原则。”¹⁴就个人主义而言,它可以呈现为价值论上的个人主义,也可呈现为方法论上的个人主义。价值论上的个人主义认为,在个体与群体、个人与社会的关系上,个人或个体具有无可置疑的优先性,群体或社会只是保障个体自由和权利的手段或工具。质言之,“个人主义的基本特征,就是把个人当做人来尊重;就是在他自己的范围内承认他的看法和趣味是至高无上的。”¹⁵方法论的个人主义原则则是指一种认为社会科学最恰当或最有效的认识来源于对个体现象和过程的研究的观点。¹⁶详言之,方法论上的个人主义是以个人作为学科分析的基点和基本研究单位,通过对单个个人行为的分析,展开该学科的一般原理以及规律性问题。

个人主义与私法具有天然的亲和性。由私法的个人主义的价值基础所决定,¹⁷私法的研究方法必然也是一种个人主义的方法。不过,令人遗憾的是,我国私法学界较少有人意识到这一点。私法上所言的方法论主要是指“裁判的方法”,亦即法官如何进行司法操作的方法。虽然有部分学者开始关注私法的研究方法,但在作者本人见闻所及的范围内,尚未有从分析立场的视角来探讨其研究方法的。或许是由于私法采用个人主义方法论是如此的理所当然,

¹² 我国学者往往将“整体主义”称为“集体主义”(collectivism)。(参见邓正来:《自由主义社会理论 邓正来解读哈耶克〈自由秩序原理〉》,山东人民出版社2003年版,第237页。)当然,也有学者认为,整体主义与集体主义是两个不同的范畴。(参见刘晓虹:《中国近代群己观变革探析》,复旦大学出版社2001年版,第7页。)我采纳前一种观点,因此下文所述的“整体主义方法论”亦可称为“集体主义方法论”。

¹³ 罗素:《西方哲学史》(上卷),商务印书馆1963年版,第22页。

¹⁴ 刘晓虹:《中国近代群体观变革探析》,复旦大学出版社2001年版,第6页。

¹⁵ [英]弗里德里希·奥古斯特·哈耶克:《通往奴役之路》,王明毅、冯兴元等译,中国社会科学出版社1997年版,第21页。

¹⁶ 张斌:“西方主流经济学的哲学基础与方法论特征”,载《经济科学》1998年第五期。

¹⁷ 就私法而言,无论是古代私法还是近现代私法,辨识私法的价值基础或精神风貌并不是一件难事。Schulz认为,罗马私法之发展是“建立在自由和个人主义基础之上的。”(参见Fritz Schultz, History of Roman Legal Science, Oxford: Clarendon Press, 1946, p.84. 转引自[意]布鲁诺·莱奥尼等著:《自由与法律》,秋风译,吉林人民出版社2004年版,第214页。)Samuel更是明确地指出,“在意识形态和认识论(epistemological)上,罗马式的财产法强调个人主义的特征。这一特征的基础是,在独立于国家权力之外的私法中,个人和个体物作为社会的模范功能,私法是独立于国家权力之外的。一旦所有人证明其对于物的关系,法官就必须命令将该物(res)归还。所有权绝对观念在法国民法典第544条中得到了最为明确的表达:“所有权是对于物有绝对无限制的使用、收益以及处分的权利。”(参见Geoffrey Samuel, English Private Law in the Context of the Code, see The Harmonisation of European Private Law, edited by Mark Van Hoecke and Francois ost, Hart Publishing 2000, 53.)对现代法,维莱指出,自由是现代法思想的主体。个人主义是现代思想的主线,它在根本上导致了现代法律思想的形成。参见(黎晓平:“法之批判——论维莱”,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(五),中国政法大学出版社2002年版,第493页。)这一论断尤其是可适用于近现代私法的。