

意思自治的 法哲学研究

胡 伟/著



中国社会科学出版社

意思自治的 法哲学研究



胡 伟/著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

意思自治的法哲学研究 / 胡伟著. —北京: 中国社会科学出版社, 2012. 5

ISBN 978 - 7 - 5161 - 0770 - 6

I. ①意… II. ①胡… III. ①法哲学—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 075303 号

意思自治的法哲学研究 胡伟著

出版人 赵剑英

责任编辑 陈 彪

特约编辑 华 敏

责任校对 张玉霞

封面设计 回归线视觉传达

技术编辑 戴 宽

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 64040843 (编辑) 64058741 (宣传) 64070619 (网站)
010 - 64030272 (批发) 64046282 (团购) 84029450 (零售)

网 址 <http://www.csspw.cn> (中文域名: 中国社科网)

经 销 新华书店

印 刷 北京金瀑印刷有限公司 装 订 廊坊市广阳区广增装订厂

版 次 2012 年 5 月第 1 版 印 次 2012 年 5 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 9.625

字 数 242 千字

定 价 38.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

目 录

第一章 导论	(1)
一 问题的提出	(1)
二 研究的范围和路径	(8)
三 研究方法	(16)
第二章 意思自治的概念	(17)
一 意思自治的概念分析	(17)
二 意思自治的含义	(31)
三 意思自治的属性	(46)
第三章 意思自治的生成	(57)
一 意思自治的产生	(57)
二 意思自治的发展	(86)
三 意思自治的变迁	(97)
第四章 意思自治的基础	(113)
一 意思自治的社会基础	(113)
二 意思自治的经济基础	(123)
三 意思自治的伦理基础	(129)

四	意思自治的自然法基础	(137)
第五章	意思自治主体	(143)
一	意思自治主体的主体性	(143)
二	意思自治主体与自由意志	(155)
三	意思自治与人性	(162)
四	人的需要与意思自治	(178)
第六章	意思自治的价值	(188)
一	意思自治的自由价值	(188)
二	意思自治的权利本位价值	(195)
三	意思自治的正义价值	(202)
四	意思自治的人的全面发展价值	(212)
第七章	意思自治的界限	(222)
一	意思自治的相对性	(223)
二	意思自治的界标	(229)
三	意思自治中的国家公权介入	(244)
第八章	意思自治的实现	(254)
一	意思自治实现的动力	(254)
二	意思自治实现的方式	(267)
三	意思自治实现的条件	(274)
主要参考文献		(292)
后记		(303)

第一章

导 论

一 问题的提出

意思自治，也称私法自治，是指在私法范畴内，当事人依自己的意志独立创设、变更或消灭民事法律关系，不受国家和他人的非法干预。诚如法国学者卡尔波尼埃所指出的，意思自治是以契约自由原则为核心，并在事实上已成为了近代民法的基本原则，^① 而其实质上赋予了当事人的自由意志以相当的法律效力。^② 因此，德国学者弗卢梅认为，私法自治就是指私法主体根据自己的意志自主形成法律关系的原则。^③ 我国学者王泽鉴也有类似的观点，他认为：“私法自治就是当事人得自主决定其私法上的权利义务。”^④

① 尹田：《法国合同法》，法律出版社 1995 年版，第 14—15 页。

② 杜宴林：《法律的人文主义解释》，人民法院出版社 2005 年版，第 253 页。

③ [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 142 页。

④ 王泽鉴：《民法学说与判例研究》第 7 册，中国政法大学出版社 1998 年版，第 21 页。

从渊源上看,意思自治滥觞于基督教思想,其中“自由意志理论”影响颇深。正如英国学者梅因所认为的:“‘自由意志’问题在它成为哲学问题之前,是一个神学上的问题,如果它的名词曾受到法律学的影响,这是由于法律学早已渗入了神学的缘故。”^①在法学上,意思自治萌芽于罗马法,16世纪由法国学者杜摩林在冲突法领域中正式提出这一理论,经过百余年的发展,意思自治从一种理论主张演变为一项法律原则,于18、19世纪被大陆法系国家和英美法系国家在立法和实践中逐渐采用,此原则带有浓厚的个人主义和自由主义色彩。^②应该说,意思自治原则深深扎根于大陆法系国家的私法领域中,诚如我国学者董安生所认为的:“这一原则不仅体现在各国民法(主要是指大陆法系各国民法)有关合同行为、遗嘱行为和身份行为的规则中,构成了实质意义上的法律行为制度的主线;而且更以民法基本观念的形式对各国法制实践产生着深刻的影响”。^③在英美法系国家中,虽然意思自治原则渗入“私法”领域远没有大陆法系国家那样深入,但仍出现了“罗马法学者的契约观念成为最流行的法律思想,契约成了法律范畴中最为急需的”的现象。^④似乎这时契约自由的主张得到极力的推崇,从而导致了19世纪英美法中个人主义的极端化。因此,美国学者施瓦茨在评论19世纪美国法的特征时指出:“最能表现19世纪美国法特征的,是它对个人主义和自力更生(意思自治的当然要义)的强调。‘换句话说,它认为,每一个成年人都必须自己照料自己。他不需要指望

① [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第200页。

② 杜宴林:《法律的人文主义解释》,人民法院出版社2005年版,第254页。

③ 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社1994年版,第58页。

④ [美]庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,法律出版社2001年版,第19页。

法律上家长式的庇护来保全自己。……当他行动的时候，他被认为是意识到了自己行为的风险，他必须承担预期的后果。’”^①到了20世纪，资本主义社会处于垄断阶段，其社会价值观念发生了根本性的改变，由原来强调个人意志和个人本位向强调社会福利和社会本位方面转变，所以，20世纪以来，一个显著的变化是：建立在个人主义和自由主义基础之上的竞争法则被集团性的私法现象所取代，以个人主观能动性为基础的非定型交易被没有个性且定型化的大量交易所取代。同时，在这个过程中，抽象性的法律人格的概念被具体的法律人格概念所取代，自由竞争的秩序被受管理的竞争秩序所取代，^②也不再过分强调契约自由了，因此，意思自治原则在很大程度上被修正，私法体系中原有建立起来的概念、价值、方法也随之发生了动摇，以至于意思自治全面走向危机和衰落。^③于是，有学者就惊呼意思自治死亡了，^④最为典型的是法国学者狄骥于20世纪初就宣告意思自治原则的崩溃。^⑤他首先将“意思独立学说”概括为：

（一）凡属法权的主体必须是意思的主体。

（二）每个法权主体的各种意思行为，同样地受到社会的保护。

（三）但他受到保护，以具有合法的目的为条件。

（四）凡属法律地位都是两个法权主体中间的关系，其中一

① [美] 施瓦茨：《美国法律史》，王军译，中国政法大学出版社1990年版，第67—68页。

② [日] 北川善太郎：《日本民法体系》，李毅多等译，北京科学出版社1995年版，第28页。

③ 杜宴林：《法律的人文主义解释》，人民法院出版社2005年版，第255页。

④ Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus, 1977, p. 4.

⑤ 徐涤宇：《原因理论研究——关于合同（法律行为）效力正当性的一种说明模式》，中国政法大学出版社2005年版，第6页。

一个是主动的主体，另一个是被动的主体。

然后，狄骥对上述观点逐一进行驳斥。一开始他通过对法人本质学说的批判来证明意思的主体绝非可能；随后他认为法律行为“须具有一个相当的目的，而这个目的须为社会联立上的目的，且为具有社会的价值，而符合特定国家之客观法的目的。这种情形亦是法律社会化的一个结果”，并且对法律行为的效力的判断应基于社会的目的，“因为当意思尚未在外部表示的时候，他纯粹是个人的，而只能在外部表示时，才能变为社会的行为。”所以，狄骥认为意思独立学说是“一个深切的变迁”，而“这个变迁总是为社会主义的同一意义，总是和社会职务的同一事实，以及总是和社会目的的同一意念相关联的”。于是，他对以“迷恋玄想的个人主义”为基础的法律制度进行了批评，认为“在一个特定的时候，这个制度有它的存在的理由。他可以适配如罗马社会及十九世纪初时之纯粹个人主义色彩的欧美社会。但是他和现代之社会主义与社会主义的趋势绝对地处于相反地位。但是仍有不少法学家依旧迷恋玄想的个人主义，认为其中有不可接触的信德存在，而复用了许多无谓的努力，竭力使近代世界的复杂事实列入于这种陈旧的范围之内。”^① 20世纪前中叶在德国也出现了“私法自治”死亡的呼声，对“私法自治”理念强烈的怀疑，“人民共同利益绝对优先于个人利益和个人意思”的观念占据了统治地位。^②

在现代社会中，意思自治真的死亡了吗？它的价值依然持存吗？它存在的正当性何在？它取得的效果是否具有社会公正性？

① [法] 莱昂·狄骥：《〈拿破仑法典〉以来私法的普通变迁》，徐砥平译，中国政法大学出版社2003年版，第53—55、91、83、106页。

② 徐涤宇：《原因理论研究——关于合同（法律行为）效力正当性的一种说明模式》，中国政法大学出版社2005年版，第6—7页。

这些问题必须从深层次上给予回答，这决定着意思自治的命运和未来。

在批评论者看来，意思自治没有死亡，它的价值依然持存，其存在具有正当性。他们认为：“私法自治作为私法的基本原则在当今社会仍然需要保留，古诺以后的论著都把私法自治作为契约法或者民法整体的支配性概念。尽管应予否定个人主义哲学中的意思主权说，但这种哲学的最基本的部分——个人的福祉是法的目的、社会是为了人而存在的，这是所有法思考的出发点，它不会因为私法自治的原则受到批判而动摇。”^①事实上，20世纪初对于意思自治的批判本身是基于当时的经济和社会的现实而作出的。否定论者认为，私法自治原则只顾及形式上的人人平等的自由，而没有顾及实际上并非人人平等的事实，造成了社会的不正义。因此，应对私法自治进行重大的限制。^②然而，一个值得深思的问题是，对于私法自治的重大限制是否能必然地实现社会正义？对于这个问题，有一点是可以肯定的，因为正是“市场机制的运行，才促成了总收入的增加，而且还使得人们有可能在市场以外为那些没有能力挣得足够生活费用的人提供救济”。这就要求我们在对社会正义进行追求时，并不能使我们的这种追求成为以市场机制为基础的意思自治的障碍，更不能因对意思自治的限制而成为特殊利益群体要求特权的口实。^③这实际上就告诉我们，即使在这种背景下，意思自治仍然是必要的，这是源于市场机制的需

① [日] 北村一郎：《私法上的契约与意思自治的原则》，载《岩波讲座·华本法学4》，岩波书店株式会社1983年版，第193页。

② [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第143—146页。

③ 李军：《法律行为理论研究》，山东大学2005届博士学位论文，第77页。

求。同时，对意思自治的限制不应产生新的特权。然而现实却是：“在自由人组成的社会中，人们乃是为了各自的利益而彼此提供服务的，而且也没有人向他们分派任务或分配利益。”“那种力图按照‘社会正义’的方向‘纠正’市场结果的做法，却可能产生了更为严重的不正义现象，且对缓解贫困者的不幸命运无甚作为；这是因为这种做法不仅滋生了种种新的特权，而且还阻碍了人们在社会地位方面的上下流动，更是挫败了人作出的种种努力。”“尽管人们最初是为了相对贫困者和处境不幸者的利益而诉诸‘社会正义’这个观念的，而且也正是出于这种考虑才使得那些偏向于这些人的差别待遇在当时被认为是相当正当的，但是需要强调指出的是，这种差别待遇却开了一个坏头，进而摧毁了法律面前人人平等的原则。”^①显然，这是一个不争的事实，也是在我们现代社会中可能会发生的问题。

众所周知，私法自治的优越性在于“给个人提供了一种受法律保护的自由，使个人获得自主决定的可能性”。^②正如德国学者 Claus - Wilhelm Canaris 所指出的：“确保私法自治与契约自由最重要的目的在于成就个人的自我决定”。^③此原则有助于最大限度地发挥个人的积极性、主动性与创造性。此外，经济发展的历史告诉我们一个经验法则：“自主决定是一种调节经济的高效手段”。尤其是在竞争性经济中，自主决定能够将劳动和资本

① [英] 哈耶克：《法律、立法与自由》第二卷、第三卷，邓正来等译，中国大百科全书出版社 2000 年版，第 241—243 页。

② [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 143 页。

③ [德] Claus - Wilhelm Canaris：《民事法的发展及立法——德国契约法的基本理念及发展》，林美惠译，载《台大法学论丛》1999 年第 3 期。

进行最为有效的配置。^① 因此,英国学者阿狄亚认为:“合同自由是经济效益的一个主要工具。许可消费者选择自由意味着供应者不得不生产消费者想要的;而且经济效益的主要方面是社会应当生产消费者想要的。因此,法律,诸如常用于限制消费者信用卡的可用性和兑换管理的法律,对于政府不再是可接受的,因为它们歪曲了自由市场规则。因此,这些法律被废除,而合同自由的领域则相应地得到扩大。”^② 德国学者拉伦茨也指出:“私法自治……依然是每个人发展其人格的必不可少的前提。在当今的这种社会状况下,正因为个人越来越严重地依赖于社会而没有人能够逃避这种关系,因此,维护私法自治原则并不断扩大其范围,也是社会政策方面的一项重大的任务。”^③ 在诸多学者中,德国学者夫拉尔教授对于私法自治现状的评述是最具代表性的。他认为:“即便现在,私法自治作为原则也具有价值。私法自治的复兴并不意味着所有的法律和所有的立法对私人自治空间的干预都是令人怀疑的,而是强调私法自治尽管已经不再是绝对的,它作为原则仍然存在。”^④ 可见,意思自治在现代学说中仍以新的形式被承认和肯定。

综上所述,我们可以认为,在现代社会中,意思自治仍然没有死亡,它的价值依然持存,它的存在具有正当性,并取得越来越良好的社会公正效果,表现出更加旺盛的生命力。

① [德] 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 143 页。

② [英] P. S. 阿狄亚:《合同法导论》,赵旭东等译,法律出版社 2003 年版,第 26—28 页。

③ [德] 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社 2003 年版,第 71 页。

④ [日] 北村一郎:《私法上的契约与意思自治的原则》,载《岩波讲座·华本法学 4》,岩波书店株式会社 1983 年版,第 188 页。

二 研究的范围和路径

（一）研究的范围

从上述意思自治的定义可以看出，本书中研究的意思自治是私法上的意思自治，而不是国际私法上的意思自治。国际私法上的意思自治有着较为宽泛的范围，它既包括当事人对法律的选择，也包括当事人对解决争议的法院（仲裁机构）的选择。从本质上看，国际私法上的意思自治就是“当事人选择法律或法院（仲裁机构）的自由与限制的统一体”。它从产生之始就与限制共存，只是在不同的历史时期、不同的国家对当事人意思自治的限制有所不同而已。因此，我们所认识的国际私法上的意思自治“应是‘意思自治和限制意思自治’的统一体”。^①

此外，本书研究的意思自治更不是伦理意义上的意思自治，伦理意义上的意思自治是指意志自律，是自己为自己的行为规定法则。^②

（二）研究的路径

本书的研究路径是一种法哲学的研究路径。

1. 法哲学研究路径下本书的基本任务

“法哲学”一词最初源于1887年由黑斯蒂翻译的德国古典

① 许军珂：《国际私法上的意思自治》，法律出版社2006年版，第7—10页。

② 苗力田、李毓章：《西方哲学史新编》，人民出版社2005年版，第551页。

哲学家康德于1796年发表《法哲学》一书中。但黑斯蒂是从抽象的法学角度使用的。^① 德国学者阿图尔·考夫曼和温弗里德·哈斯默尔认为：“法哲学是哲学一个分支，而不是法学的子学科。但人们也不可将法哲学视为（一般）哲学的一个特殊种类。”“法哲学与哲学的其他分支相区别，不在于其有什么特殊性，重点是，它以哲学的方式去反映、讨论法的原理、法的基本问题，并尽可能给出答案。通俗地说，法哲学是法学家提问，哲学家回答。”^② 而美国学者弗里德里克认为：“任何法哲学都是哲学理论的一部分，因为它提供了各种建立一般法基础上的哲学思考。这种思考要么直接来源于现有的哲学观点，要么或许倾向于这种哲学观点。哲学家的思考是第一种类型，法学家则是第二种类型，这就是法哲学史的特点。”^③ 我国学者张宏生认为：“法律哲学是介于法学与哲学之间的一门边缘学科，它把哲学基本原理应用于法学，研究法律的一般原理与方法。”^④ 我们认为，法哲学不仅指称思想体系，而且指称一个学术领域。从思想体系的意义上看，“法哲学是关于法律制度 and 法律实践的价值、信仰、认知和评价等观念的系统”，是整个社会意识形态的组成部分。从学术领域或学术概念意义上看，法哲学既为法学体系中最具抽象性的理论，又为一门应用哲学。^⑤

本书中之所以对意思自治进行法哲学研究，其原因在于意思

① 张乃根：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社2002年版，第1—2页。

② [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第3页。

③ Carl Joachim Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, The University of Chicago Press, 2nd1963, p. 3.

④ 张宏生：《西方法律思想史》，北京大学出版社1983年版，第7页。

⑤ 张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社1996年版，第1—2页。

自治问题本身就是一个法哲学问题，它的生成、存在以及价值均深深根植于人性，根植于个人主义和自由主义，具有广泛的法哲学基础。

英国学者沃克认为，法哲学的研究对象和范围是：“从哲学的观点，或通过把哲学适用于法律问题，来研究法的。其论题包括：法律的性质和定义，法律和道德的关系，法律和社会、国家的关系，法律要达到的目的，法律的遵守，法律的概念和词语分析，法律推理的性质和效力，等等。法哲学必然同社会哲学、道德哲学、政治哲学相联系和部分重合。”^① 由此，既然本书将意思自治作为法哲学研究的一个个案进行，所以，意思自治研究中所涉及的问题是：意思自治的定义和性质是什么；意思自治与道德的关系；意思自治与国家的关系；意思自治与社会的关系；意思自治的价值目标以及意思自治的实现，等等。显然，对这些问题作出回答，构成了本书的基本任务。

2. 本书具体路径的展开

基于意思自治研究的任务，本书的具体路径将以马克思主义法哲学原理为指导，以马克思主义法哲学体系为根据，选择由本书研究范围所限定的内容具体展开。从宏观上看，意思自治研究的基本路径是沿着意思自治本体论、意思自治认识论和意思自治实践论这样的体系脉络展示其内涵的。这和马克思主义的一般法哲学体系构建相一致。

在意思自治本体论部分，主要回答意思自治是什么，解决意思自治的定性问题。本书第二章从意思自治的概念入手，揭示了意思自治的语义、含义以及属性。迄今为止，国内对意思自治的研究似乎仅仅停留在一个专事描述与说明的实然层面，没能给予

^① *The Oxford Companion to Law*, Oxford University Press, 1980, p. 746.

意思自治的语义、含义以及属性以正确的解说与规定，马克思主义法哲学只是为意思自治的研究提供了总体性的方法论的指导原则，而当代学者又未能将马克思主义法哲学的历史唯物主义原则很好地运用于意思自治的研究之中。这就使得至今未见学术界对意思自治的语义、含义以及属性作出全面、深刻的揭示和科学、合理的规定。为此，就很有必要对意思自治的语义、含义以及属性进行全面而系统的探究。意思自治的含义应该是也必须是意思自治研究中的核心和基本。它是研究意思自治其他问题的前提和基础，决定着意思自治的研究方向，所以，应从广义和狭义两个方面对意思自治的含义进行剖析和界定，辐射到意思自治的属性。对意思自治属性的研究，其实质上是进一步揭示意思自治的内涵，是意思自治含义研究的延伸，它也是意思自治研究中必须回答的基本问题。意思自治的属性表现为人性和社会性、客观性和主观性以及特殊性和普通性。这些属性在一定程度上关系意思自治实践活动的成败。我们正是在对意思自治属性的追溯和探研中，找到了意思自治的特点，在对意思自治属性的不同规定和互相关系中去揭示意思自治的本质。

意思自治从来就是历史中的意思自治，历史是意思自治的前提条件。因此，必须历史地或历时态地考察意思自治，科学地揭示意思自治的产生、发展和历史变迁过程，通过对意思自治的产生、发展和变迁的溯源性考察，可以充分地把握意思自治的生成条件和发展、变迁的外在影响因素，知悉意思自治是如何被确立起来的。这也构成了本书第三章的内容。本章首先对意思自治产生的本体论条件，即基督教思想的影响原始发生的前提和意思自治产生的国家与社会分离、法律秩序的形成以及市民社会法律形式化运动等现实条件进行了考察。在完成了这种考察之后，对意思自治在不同历史时期的特殊性、理论基础和形态作了分析，然

后探讨了意思自治在现代社会已经暴露出的局限性和简要的反思，从而追思意思自治在当代发展的新趋势。

我们之所以要对意思自治的产生、发展及其变迁进行比较深入的考察，尤其是对意思自治产生的原始发生条件，现实发生条件以及意思自治的发展的考察，根本的原因是我们怀抱着要探讨意思自治存在的正当性的强烈愿望。问题在于意思自治存在的正当性何在？它的根据是什么？回答这些问题要求我们对意思自治的基础进行深入的探讨。为此，本书的第四章专门探讨了意思自治的基础，着重从意思自治的社会基础、经济基础、伦理基础以及自然法基础入手，探讨意思自治与社会、经济、伦理以及古老的自然法的关系，全面揭示了意思自治存在的正当性基础、根据和理由。但我们进一步的追问，就落实到人了。从哲学上看，意思自治是人的实践活动，离开了人谈意思自治是空的。它根源于人的社会实践本身，人的社会实践发展过程决定着意思自治的发展过程。因为，“不是人们的意识决定人们的存在，相反，是人们的社会存在决定人们的意识”。^① 由此观之，人是意思自治的本体论条件，也为意思自治存在的正当性提供了人性论基础。为此，本书第五章探讨了意思自治主体。首先考察了意思自治主体的主体性，它表现为自主性、自为性和能动性，这其实从另外一个角度揭示了意思自治存在的价值。与此同时，又从主体间的维度，对意思自治主体的主体性进行了阐释。接着就分析了意思自治主体与自由意志的关系。如果说探讨意思自治主体的主体性是为了凸显作为意思自治主体的人的特性，那么探讨意思自治主体与自由意志的关系，就是为了透析意思自治的内在机理，把握人的意思自治活动中主观与客观的关系。然后探讨了意思自治与人

① 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1972年版，第82页。