

市场经济和意思自治

江 平 张 礼 洪

众所周知,市场和计划作为一对矛盾的两个方面在经济机制中同时存在。市场和计划的关系问题解决的好坏决定了现代国家经济建设的兴衰成败。政府作为国家的管理者,如何处理好这一难度大且重要性非同小可的问题呢?私法所奉行的意思自治对个人才智的激发,人类文明的演进所起的积极作用,市场经济国家经济建设和法制建设所取得的成功经验,清楚地告诉我们:实行市场经济机制、强化以意思自治为核心的私法系统,是政府正确解决市场与计划的关系,在经济政策和法律制度中的两个必然选择。因此,研究意思自治与市场经济的本质联系及互动关系;认清意思自治的实施现状与市场经济所要求的实施程度之差距;探求扩张意思自治的合理途径以促进市场经济的发展,控制意思自治实施的度,以防个人主义的泛滥,这是现代经济发展摆在每一个法律学者面前亟待研讨和解决的重大课题。我国自1978年起围绕计划与市场问题进行十四年之久的卓有成效的改革后,1992年顺应时代的要求,明确了建立健全市场经济作为当前改革的主攻方向,故而研究市场经济与意思自治的上述相关问题,显得尤为迫切和具有现实意义。其研究成果将为我国尽快建立一个保障和促进市场经济的法律系统提供坚实的理论依据。

有鉴于市场经济与意思自治的本质联系,中外法律学者已做过充分的论证,本文对此不再赘述,而将研讨的重点放于我国对意思自治之贯彻及其改进。

市场经济的实质就是商品经济,是以市场为资源配置中心的经济,它是开放式的经济,法治的经济。市场经济要求市场主体地位平等,竞争机会平等,均享有广泛的权利,以契约为纽带构筑彼此之间的社会关系;市场经济利用价值规律自发调控经济运行,激发市场主体之间的有效竞争。市场经济的上述属性决定了意思自治是市场经济在法律上的必然选择。因为:意思自治以主体地位平等、机会平等为其确立的前提;以竭力保障权利、救济权利的权利本位观为其基础。以契约自由为其核心内容,以维持有效竞争为其主要功能。由此可见,市场经济是意思自治的经济,意思自治的功能空间就是市场的生存空间,意思自治的实施是保障和促进市场经济发展的有效手段,意思自治是市场经济法律活的灵魂。

那么,到底什么是意思自治呢?通过对传统法学理论的研究,我们至少可以概括出意思自治在三个层面上的内涵:1.从法哲学、法律社会学层面理解,意思自治是个人主义、自由主义哲学思潮的直接产物,可大致定义为:每一社会成员依自己的理性判断,管理自己的事务,自主选择、自主参与、自主行为、自主负责。2.从公法、私法划分层面上理解,意思自治指私法自治,又称私权自治,基本含义是:私法主体有权自主实施私法行为,他人不得非法干预;私法主体仅对基于自由表达的真实意思而实施的私法行为负责;在不违反强行法的前提下,私法主体自愿达成的协议优先于私法之适用,即私人协议可变通私法。私法自治是罗马法时期公法、私法划分

理论的直接产物,它以承认民法是私法为理论前提,成为民法之精髓。随着现代民法的发展,私法自治分演为所有权绝对、契约自由、过失责任三大民法基本原则。³从冲突法层面上理解,意思自治指当事人有协商选择处理纠纷所适用之准据法的权利。冲突法为不同法域的私法冲突,故此层面上的意思自治似应理解为私法自治的反映。随着近现代私法、公法相互交融渗透,公法对私法自治给以了充分的肯定和保护,私法自治,在公法领域进行了卓有成效的渗透。民事诉讼法上的选择主义与处分权主义就是私法自治在公法领域的直接延伸,它是意思自治在第四个层面上的含义,是法律现代化所赋予的新的时代内涵。后三个层面上的内涵是意思自治在实证法之反映,故本文所指的意思自治仅就后三个层面的含义而言。我们认为,准确、全面地把握意思自治的内涵,还应明确以下五点内容:1.意思自治不是具体法规的具体指导原则。而是贯串整个私法的灵魂和红线,是自由精神在法律领域最高层次的反映。2.意思自治是为调和国家利益与个人利益的现实冲突而产生,它反映了作为政治主权者的国家对非政治主权实体的行为自由和经济利益给以多大程度的承认和保护;3.意思自治的演绎空间是市场主体自由行为而不受国家权力干预的现实空间。4.意思自治仅就民法主体行使私权而言,公法主体行使公权不存在意思自治之说。5.意思自治鲜明地体现了现代法治的一大基本原则——对非政治主权实体而言,法律不禁止即为自由。

我国民法学界长期受计划经济的束缚,直到近期多数学者才接受了公法、私法划分理论,故意思自治在现有法律中未能一目了然的反映,但是在权利本位观之树立,自愿原则之确立,任意法之扩张,选择主义和处分权主义在民法之贯彻等四个方面上,比较鲜明地贯彻了意思自治,同时这四个方面的内容也反映了我国法学界对意思自治的理解。

一、权利本位是意思自治之基础

权利是当事人在法律制约下的行为自由,是当事人获得合法利益的可能性。权利的核心是利益,权利的本质是自由,故尊重权利、保障权利是市场经济有序运行的前提,权利的存储空间就是意思自治的功能空间。权利本位的法律就是指在权利与义务这一矛盾体中,承认并贯彻权利是主导,权利是核心,义务围绕权利而设定,就是指承认法律是权利的科学,力求围绕权利的保障和救济构筑立法体系,健全司法制度。权利本位是意思自治的基础,不尊重权利,不竭力保障权利,不竭力救济权利,就根本谈不上实行意思自治,此为自明之公理。1804年法国民法典对权利本位观给予了最充分的贯彻。受近代垄断经济的冲击,私法公法化的勃兴,权利本位观已逐渐为社会本位观所替代,这“亦惟权利本位法律之调整,绝非义务本位法律之复活也”^①。

我国现行民事立法对权利本位观给以相当程度之贯彻。市场经济基本法——民法通则就是以权利本位贯穿始终的法律。该法不仅将“公民、法人的合法的民事权益受法律保护,任何组织和个人均不得侵犯”规定为基本原则,而且还专门设立了“民事权利”一章,该章中分别以财产所有权和与财产所有权有关的财产权、债权、知识产权、人身权为标题——单独设节,对上述民事权利系统地进行了规定,此外,该法还设立“民事责任”一章,详细列举了民事救济措施。尽管如此,建立在计划经济体制之上的权力为本位,管理为本位的观念仍占有一席之地,这一点从法规名称的定夺上便可见一斑。如本应作为物权法之核心的土地法,在大陆却以行政管理法规形式制定,并命名为“土地管理法”。在大陆,法学界始终存在权利本位、义务本位、权利义务

^① 王伯琦:《民法总则》,正中书局,第33页。

并重的观念之争。这种争论不仅反映在学理上,也反映在立法过程中。如在民法通则和著作权法制定当中,曾有人反对章节名称只写“民事权利”与“著作权人及其权利”,主张同时写上权利和义务;在商标法制定中,也曾有人主张定名为“商标管理法”。所幸的是,上述主张均未被立法机关采纳。应加以强调的是,大陆有关权利本位之争,不是台湾及其他国家和地区的有关权利本位与社会本位之争,而是计划经济体制下的义务本位、行政权力本位与市场经济权利本位之争。

进一步强化权利本位,彻底抛弃义务本位观,应着重解决好下列三方面的问题。1. 完善民事权利立法体系。当前,因民法通则过于抽象,致使私权的保障和救济往往不能充分落实。劳动法、商法更不健全,劳动权、股东权、票据权利、信托权利等民事特别法上的权利未能得到现行法的保障。因此,建立以民法典为核心,公司法、票据法、证券法、信托法等民事特别法为补充的民事立法体系势在必行。立法体系的科学化,方可保证民事权利设定的合理化,民事权利保障的彻底化。2. 完善土地立法,建立内容完善,功能健全的物权法。土地是万物之母,是人类文明进步的永恒物质基石,是一切资源的核心,土地权利是物权的核心,故旨在实现社会资源最佳配置的市场经济,必然要求土地得到高效益的利用,要求建立一个以土地权利为核心,讲求权利高效利用的物权法体系。1982年宪法规定“任何组织或者个人不得侵占、买卖或以其他形式非法转让土地”。因此,长期以来大陆土地上一切权利几乎全归于国家,土地的转让、处分均表现为国家的行政权力,而不是民事主体的民事权利,土地价值未能得到充分体现,对土地权利的研究也成为法学的禁区。土地权利的虚空直接导致了大陆物权制度内容简单、结构混乱,这不仅表现在缺乏地上权、地役权等重要物权种类,限制物权内容单薄,更表现在大陆至今仍未采用物权这一概念。1988年通过的宪法修正案,规定土地使用权可依法转让,这激发了大陆开发利用的热潮,但至今批租转让仍是大陆管理土地转让的行政手段,权力本位、管理本位的观念仍是土地法律的主导观念,这已经不能适应市场经济条件下土地开发利用的实践需要。因此,加强土地民事立法,确立广泛的土地权利,建立科学的物权制度已成为大陆进一步贯彻权利本位的突破口。3. 彻底抛除权力本位、官本位观念,把立法思想由管理与限制为核心转变为自由和放开为核心。“长官意志决定一切”、“权大于法”、“法律是管理人、约束人的工具”,这种观念在民众中尚有很大市场。我国法律以约束性管理性法规占绝对优势的现状,明显地反映出管理与限制的总体立法思想。这些思想观念是权利本位观的大致,是意思自治贯彻实施的拦路虎。为此,强化法律规范的引导功能,树立自主与放开为核心的立法思想,将国家权力还原为市场主体自由权利,势在必行。

二、自愿原则是意思自治的基本内容

民法通则第4条规定“民事活动应遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”。从而将自愿原则确立为民法的基本原则。对自愿原则的内涵,民法学界存有理解上的差异。有的认为该原则主要指当事人意志自由问题;有的认为该原则主要指当事人进行民事活动应以自愿为前提;有的认为该原则强调当事人只对自由表达的真实意愿实施的行为负责;有的认为该原则就是意思自治原则。^①大多数民法学者均认为:自愿原则是指是否进行和如何进行民事活动应由当事人自主决定,不受他人意志的非法干预;自愿原则体现在当事人意志自愿,行为自主两个

^① 见《新中国民法学研究综述》,《法学研究》编辑部编,中国社会科学出版社,第46页。

方面,它就是私法自治所指的当事人自主为私法行为的自由。自愿原则是权利自由的表现,它贯彻了意思自治所要求的自由观念,但并不等同于意思自治原则。因为意思自治所包括民法上的选择主义与处分权主义,以及私人协议优先于法律的内容,并不能为民法上的自愿原则所包含。

自愿原则在民事立法中已得到很大程度的贯彻。经济合同法、涉外经济合同法、技术合同法三大合同法及其他民事单行法规中均规定自愿原则或内容与其相近的原则为指导原则。自愿原则主要反映在合同法规中,三大合同法对合同当事人的缔约自由,选择对方当事人的自由及决定合同内容和形式的自由均进行了规定。通过自愿原则在合同法中的贯彻,意思自治的核心——契约自由在一定程度上已在大陆得到贯彻。但也应当看到自愿原则和契约自由贯彻的不足:现行经济合同法受计划影响很强,不仅合同法中存在大量有关计划合同的条款,将合同作为实现国家计划的工具来看待,而且还沿用“经济合同”这一带有明显计划经济烙印的名称,缺乏要约承诺制度。对合同效力,单方解除权之行使,现行合同法均未规定,契约自由无从获得有效之法律保障。

为进一步贯彻自愿原则,确保完全意义上的契约自由的实现,以下几方面的改进显得尤为迫切和重要:1. 摆脱计划合同的影响,制定统一合同法。针对现有经济合同法过于简略,作为计划经济体制的产物已明显不适应建立健全市场经济机制的需要的现状,立法机关已经制定了经济合同法修改草案,对经济合同法进行修改。在经济合同法的修改上始终存在两种不同的意见。一种意见主张对现有经济合同法中不适应现实部分进行修改,仅摒弃经济合同法中反映计划体制要求的条款,扩大经济合同法适用的主体范围,不作根本性的体系变动;另一种意见是制定统一合同法,结束现有合同法三足鼎立的现状,做到一步到位,反对仅修改经济合同法,实行过渡性修改的做法,只有尽快制定统一合同法,实行国内合同与涉外合同适用法律的统一,确立依行为性质制定合同法的模式,才能为市场经济的发展提供科学统一的运作规则,自愿原则才能得到进一步的贯彻。2. 制定要约,承诺制度。要约和承诺是订立合同的必经程序,是合同当事人意思自治的充分体现,但现行合同法中对此未进行任何规定,这是意思自治贯彻中的空白。规定要约、承诺的效力,弥补契约自由在现行法律的贯彻所存在的这一断层,市场经济所要求的交易安全和良好秩序才能实现。3. 加强国内、国际市场规范的统一,国内市场规范应尽快向国际市场规范靠拢。国际市场规范是国际经济交往中,当事人自愿形成的,在商事活动中多次反复使用并被证明为行之有效的市场规则,是意思自治的产物。国内市场规范对国际市场规范的吸收和运用程度如何,从一个侧面反映了该国市场经济规则的完善程度。目前的涉外经济合同法较充分地采纳了国际市场规范,而经济合同法对国际市场规范的吸收却较为欠缺,如有关违约金制度,依经济合同法的规定,经济合同的违约金数额由法律规定,实行法定违约金制,而依涉外经济合同法的规定,涉外经济合同的违约金数额由当事人自行协商约定,实行约定违约金。尽快结束这种国内涉外两套合同法规的现状,结束国内市场规范与国际市场规范脱轨的局面,自愿原则才能在更广阔的范围内得到贯彻。

三、任意法是意思自治的灵魂

尽可能地赋予当事人的行为自由是市场经济和意思自治的共同要求,为此,意思自治发出了“私人简约可以变通法律”的呐喊,它鲜明地体现了意思自治极力推行任意性规范,以无限多样的契约触及丰富多彩的社会生活,克服强行法无法周延所有社会关系的局限性。以强行法划

定违法行为及不法行为的界限,以任意法调整此范围之外的一些行为,这是意思自治的根本要求,因此,我们说,任意法是意思自治的灵魂。困束任意法,强化强行法,处处规定当事人应该干什么,不应该干什么,只会束缚市场主体的手脚,实行意思自治,发展市场经济只能成为一句空话。

罗马法学家曾深刻指出,私人协议可变通私法是意思自治的根本特征,之后,现代民法对此加以了鲜明的继受。1804年法国民法典第1134条规定:“依法成立的契约在缔约当事人间有相当于法律的效力。”第一次在立法上把任意扩张到私法的大部范围。长期以来,我国法学界以契约非由国家机关制定,不具有国家强制力为由对此条款大加鞭挞。今天要建立市场经济,宏扬意思自治,有必要重新认识“契约就是法律”的含义。应该说,这一论断并不含有契约由立法机关制定,自身具有国家强制力之意,它只是深刻地指出:当事人在不违反强行法前提下自愿达成的契约,受法律保护,其履行受国家强制力的保障。在我国立法原则中,任意法就是“约定优先于法定”,强行法就是“法定优先于约定”。这个认识是正确的。依此认识来考察任意法的实施状况,我们可以看到任意法在法律规范体系中的扩张已经进行。如1992年12月通过的海商法中,第6章(船舶租用合同)第127条规定:“本章关于出租人和承租人之间权利、义务的规定,仅在船舶租用合同没有约定或没有不同约定时适用。”又如著作权法第27条在通过前追加进第2款:“合同另有约定的也可按照合同支付报酬”。民法通则中也存有一些任意性规范。但另一方面,我们应看到任意法在现行法中的存在范围仍极为狭窄。

如何扩张任意法的适用范围呢?我们认为首先应确立这样一个指导思想,即:市场经济法律不能过于原则,欠缺可操作性,又不能具体到均为强行法。具体应解决好三方面的问题:1. 制定详细的法律规范。过去,我国一直奉行“宜粗不宜细”,“吃不准的不规定”的原则。这不仅造成立法落后于实践,还造成许多无法可依的法律“真空”。同时,法律规范过于抽象、粗略、缺乏可操作性往往造成扩大司法自由裁量权,甚至使法律一经实施即变形走样,民法通则就是一个典型。该法尽管贯彻了权利本位观,但条款过于粗略,仅仅是权利宣言书,以致最高人民法院制定了多达二百条的司法解释加以补充,造成立法体系的畸型。2. 依需调整的社会关系重要性不同,将其确定为归任意法抑或强行法调整。规范市场经济秩序及规范市场经济中不可动摇的且必不可少的规则的法律规范均应为强行法,如权利不得滥用,诚实信用原则等。对允许市场主体自主行为,较为次要的社会关系应由任意法调整。市场经济法律规范应以任意法占较大比重。3. 确立对市场主体而言市场经济法律不禁止即自由的原则。只有维护这一原则,权力本位、管理与限制的法律观念才能被破除,任意法才能获得自由发展的广阔天地。

四、选择主义和处分权主义是意思自治的司法保障

私法与公法既对立又统一,实体法与程序法既对立又统一。作为私法精神的意思自治的最终贯彻有赖于公法的保障。私权的救济有赖于民事诉讼权利的行使。无完善的诉讼权利体系,无公正的裁判制度,无科学的公力救济制度,私权体系再科学,私法规范再合理,民事救济权再完善,也无从实现,只能成为一纸空文,因此,贯彻意思自治不仅是私法的任务,也是公法的职责。与贯彻意思自治最密切的公法是民事诉讼法,民事诉讼和仲裁制度中的选择主义和处分权主义是意思自治在公法上的延伸。所谓选择主义是指在民事诉讼中,允许当事人在不违反级别管辖、专属管辖的前提下选择管辖法院,在民事仲裁中,允许当事人协议选择仲裁机构、仲裁人员,涉外仲裁中允许当事人选择解决争议所适用的法律。处分权主义是指当事人在民事诉讼和

仲裁中,有权自主处分其诉讼权利、民事权利和仲裁权利,法院对此不能加以干涉。与选择主义和处分权主义密切相联系的是辩论主义审判方式,这也是意思自治的体现。

我国民事诉讼法于1991年4月在修正了执行9年之久的民事诉讼法(试行)的基础上通过。经改进颁布的民事诉讼法更加强调了选择主义,如该法第35条规定了合同纠纷的协议管辖制度,允许当事人自愿协商选择被告住所地、合同签订地、合同履行地、标的物所在地、原告住所地法院管辖。仲裁制度中也充分体现了选择主义。在目前全国人大及其常委会制定的法律所规定的8种仲裁中,全部实行自愿仲裁,除经济合同仲裁外均实行协议仲裁。处分权主义始终是民事诉讼法的基本原则,现行民事诉讼法第14条明确规定:“当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。”但司法审判中的地方保护主义,以纠问式为主的审判方式及许多领域中实行的行政仲裁制度成为意思自治在司法上扩张的障碍。

有鉴于此,我们认为,民事诉讼制度、仲裁制度应在以下诸方面得到改进:首先应彻底破除司法地方保护主义,坚决防治司法权力的倾斜和扭曲,牢固树立司法机关统一、独立的权威;其次,应完善审判制度,推行辩论主义的审判方式,逐步废除纠问式的审判方式,给诉讼当事人以更广泛的诉讼权利。最后,应完善仲裁制度。仲裁机构的组成,仲裁人员的选择程序均应明确化,对非自愿性仲裁应加以纠正,正在制定的仲裁法,拟将国际经济贸易和海事仲裁中的仲裁制度与国内各行政部门主管的仲裁制度合为一轨,把目前的行政仲裁变为民间仲裁,减少仲裁的行政干预,以实现意思自治在仲裁制度中的完全实现。

本文从权利本位、自愿原则、任意法规范、选择主义和处分权主义四个方面对意思自治在我国实施进行简要概括,极力促成意思自治在市场经济法律中的迅速扩张,只因我国现有的法律制度脱胎于计划经济体制,对市场经济所要求的意思自治的贯彻尤为欠缺,而非无视社会本位观更替权权利本位观的大潮,亦非无视意思自治过度膨胀的弊端,无视个人主义泛滥的恶果。我们坚信,对意思自治的合理控制极为必要。此为计划对市场宏观调控的要求,我们应本着既大胆又谨慎的态度促成意思自治在大陆法律中之扩张。

(作者单位:中国政法大学)

责任编辑:刘翠霄