

· 当代民商法学研究 ·

# 论私人自治的限制理论

耿 林

(清华大学 法学院, 北京 100084)

**摘 要:** 私人自治是民法的基石,但在现代社会受到越来越多的限制。全面认识与理解这些限制,对正确理解私人自治,准确把握私法的本质,从而更好地理解与协调私法与公法之间的关系,具有重要的理论与实践意义。在限制的必要性上,须考虑保障每个人都能享有自治以及他人自治是自己自治的条件。限制的目的类型,根据保护对象的不同,须分别考虑对受限制人自身利益的保护、对相对人利益的保护、对第三人利益的保护、对法律交往的保护、对公共利益的保护以及对前述复合利益的保护。就限制的法律手段而言,有宪法层面的基础性限制、订立审查限制、信息要求限制、形式审查限制、强行法的特定审查限制以及一般内容审查限制。

**关键词:** 私人自治; 意思自治; 私法自治; 实质正义

私人或当事人自治,从私法的特征来说,它是私法的首要原则。<sup>①</sup>《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)像以往的《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)一样,一如既往地确立了我国民法的私人自治原则。这既体现在其基本原则部分的第4条的平等原则与第5条的自愿原则中,也体现在法人制度的第76条、第87条、第90条等规定中,尤其体现在其第六章民事法律行为的绝大部分规定中。

但是,任何自由都是有限度的。《民法总则》同时也对私人自治的限制做出了很多具体规定,例如第6-8条、第19-22条、第143条、第144条、第146-151条、第153-154条等。本文结合《民法总则》的规定,围绕私人自治的限制原理,力图对私人自治的限制理论进行初步研究。就理论体系而言,对私人自治的限制可以从不同角度加以描述。其中一个角度是主体—内容—形式—后果。<sup>②</sup>为了确保意思自治能够公正实施与实现,一定的主体限制是必要的。其中,关于自然人主体的限制更多地要考虑对未成年人利益保护,同时兼顾交易安全利益的维护。对法人主体的限制需要考虑的利益关系则非常复杂,既有为促进与鼓励私人投资与创造的驱动利益,也有筹集社会资金的功能,同时法人主体制度设计中还须平衡投资人与债权人、大股东与小股东、股东与公司、公司与社会利益等各种利益关系,即既需要平衡公司的交易安全利益,也需要调节好公司内部利益关系。这些利益关系的调整,对私主体在私人自治方面的行为及其效力必然会发生影响。内容限制是法律对私主体基于私人自治所形成的意思表示的内容进行审查,例如内容

<sup>①</sup> 参见 Hans Merz, *Privatautonomie heute-Grundsatz und Rechtswirklichkeit*, KarlsruheVerlag Mueller, 1970, S.1.

<sup>②</sup> 德国学者吕德斯和施塔德勒将限制的类型区分为四类: 1. 不正当竞争法上的限制; 2. 订立自由、强制缔约(包括私法上的反歧视)与订立禁止; 3. 形成自由与内容控制(一般原则控制、格式条款控制、示范文本控制); 4. 形式自由与形式义务(参见 Ruethers & Stadler, *AT des BGB*, 14. Aufl., Muenchen: Beck, 2006, S.28-40)。

是否符合公平原则。形式限制则是对私主体所要表达的内容在外在形式上的要求,以体现对不同利益关系保护或控制的作用。后果限制是法律对私人自治行为的法律后果配置,对法律允许的自治行为赋予当事人所期望的后果,即肯定性后果,而对违反限制的行为则配之以不同程度的否定性后果。所有这些限制,最终可以归结到一定的限制目的。例如,限制的目的可能是为了对当事人之间的重大利益予以调整、特定行为人利益保护、特定第三人利益保护、维护社会公共利益或是它们的结合。因此,私人自治的限制实际上是对作为私法主体的人的行为与意志(意思)自由所施加的必要拘束,是私人自治原则的例外。

在学理上,我国从积极的一面对私人自治所做的研究已经较多<sup>①</sup>,从消极、限制的一面进行的研究则较为薄弱<sup>②</sup>。本文主要从私人自治的必要性、目的类型与法律手段三方面,对私人自治的限制理论做一初步梳理,以期建立对私人自治理论完整的理解。

## 一、导 言

私人自治(Privatautonomie; private autonomy; individual autonomy),也称私法自治、意思自治或者个人自治<sup>③</sup>,是指作为私主体的个人有权自己决定(形成或创设)自己的法律关系,并对自己的决定承担责任。这一原则堪称是私法的第一基本原则<sup>④</sup>,是整个私法的基石<sup>⑤</sup>,舍此则无私法可言。正如海因利克斯(Heinrichs)教授所言,私人自治原则是民法的源头,它赋予个人在法律制度框架内通过法律行为形成其自我负责的生活关系。<sup>⑥</sup>

人的自由是私人自治的前提,因此,私人自治是人的自由的一部分,是人的自由原则在私法即民法领域的体现,是私人一般自觉原则的一部分。但私法中的自由与法律上的个人自治仍有一些区别。因为,“自治”中的“治”来源于希腊语的词根 νομος(nomos)<sup>⑦</sup>,含有习惯与法律的意思,意为自我的“管理与决定”。它赋予个人对权利和义务加以设定、变更或者放弃的自由,因此,又比一般的自由权含义要丰富。<sup>⑧</sup>

私人自治的历史由来已久。公元前5世纪古罗马的《十二表法》即有包含私人自治思想的具体规定。其第六表第1条规定:若就自己的一项财产通过口头声明或协议缔结一项法律义务,或将其出售,它将具有法律效力与效果。<sup>⑨</sup>《十二表法》在特定场合下甚至对强制规范与任意规范之间的适用关系做出了明确规定。如第四表第4条规定,在债权人或债务人死亡时,其继承人仅可对该继承人在遗产中相应的份额起诉或被诉;并且,任何请求或剩余财产应以同样比例在继

① 参见江平、张礼洪《市场经济与意思自治》,《法学研究》1993年第6期;李建华、许中缘《论私法自治与我国民法典》,《法制与社会发展》2003年第3期;易军《私人自治与法律行为》,《现代法学》2005年第3期;迟颖《法律行为之精髓——私法自治》,《河北法学》2011年第1期;朱庆育《私法自治与民法规范》,《中外法学》2012年第3期。

② 参见王利明《负面清单管理模式与私法自治》,《中国法学》2014年第5期。

③ 关于“私人自治”的概念表述,我国习惯使用方法为“私法自治”,但是,考虑到该表述并未能直接表达出自治的主体,加之该概念在德文中对应概念的字面意思系“私人自治”,故改用后者。

④ 曾世雄教授称之为“龙头”(参见曾世雄《民法总论之现在与未来》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第19页);李建华、许中缘称之为“私法的最高原则”(参见李建华、许中缘《论私法自治与我国民法典》,《法制与社会发展》2003年第3期)。

⑤ 参见易军《私人自治与私法品性》,《法学研究》2012年第3期。

⑥ 参见Palandt/Heinrichs, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 64. Aufl., München: Beck, 2005, Ueberlick vor § 104, Rn.1.

⑦ 参见Wikipedia The Free Encyclopedia, “autonomy”词条, <http://en.wikipedia.org/wiki/Autonomy>, 2018年4月1日访问。

⑧ 参见Palandt/Heinrichs, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Ueberlick vor § 104, Rn.1.

⑨ 此段英文为THE LAWS OF THE TWELVE TABLES VI: When anyone contracts a legal obligation with reference to his property, or sells it, by making a verbal statement or agreement concerning the same, this shall have the force and effect of law.

承人之间分配。<sup>①</sup> 乌尔比安在《茱莉亚与帕皮亚法》第二卷中写道:人们不会错误地说,在通过遗嘱指定继承人时该人即享有继承权,因为在《十二表法》中遗嘱继承已经被确认。<sup>②</sup> 乌尔比安的话被解读成,法定继承在顺位上劣后于根据自治所安排的继承顺位。<sup>③</sup>

我国学者通常认为,16世纪法国法学家查理·杜摩林正式提出了“当事人自治说”(The Theory of Autonomy of the Parties)<sup>④</sup>完整表达了现代私人自治的基本思想。但就整个合同自由制度的发展历史来看,更多的资料显示,12世纪罗马法复兴以来,理论与实务对该制度的形成与发展始终也没有停止过努力。其中,既有注释法学派的贡献,也有评注法学派的贡献;既有中世纪晚期至近代早期的地方法律(Partikularrechte)以及现代运用(Usus modernus)的贡献,也有近代自然法学的贡献。然而,实质性地扫除了以往所有对合同形式与内容的种种限制的新学说体系,应当归功于以胡果、普芬道夫、托马修斯以及克里斯蒂安·沃尔夫等为代表的近代自然法学家。<sup>⑤</sup>

私人自治就其自治对象与行使方式,可以分成事实行为自治与设权行为自治。广义上它们都可以称作私人自治。因此,私人自治的主要表现形式有合同自由、结社自由、遗嘱自由以及所有权自由。<sup>⑥</sup>其中狭义的私人自治,其范围对应的是各种法律行为,即合同自由、遗嘱自由、私法上组织设立自由以及亲属法上的身份关系方面的自由。广义的私人自治还包括事实行为自治,亦即权利行使自由,指对各种权利的事实享有与行使,包括安排自我生活的自由、所有权自由、人格发展的自由等。本文的研究侧重于狭义的私人自治。

私人自治与个人主义、市场经济<sup>⑦</sup>、伦理人格密不可分。正因为如此,高扬个人主义与自由市场经济的19世纪才成为私人自治的顶峰。此时,一般的伦理人格也备受推崇。20世纪以来,随着各种具体人格的出现,人的差异性被日益尊重,弱者成为法律制度日益关注与保护的主体。私人自治的限制范围也随之不断扩大。这既有自治充分张扬之后的个人自由滥用的影响,也有福利国家对社会普惠关怀的考虑。对此,人们不断从父爱主义、市场经济、社会国家、实质正义等方面去寻求原因,去做基本原理上的探究,以期更全面、准确、深刻地认识私人自治的限制。

## 二、私人自治限制的必要性

私人自治作为自由的一种形式,如同自由一样,无不受到限制。在法律领域,可以说,20世纪以前整个私人自治的历史就是不断对私人自治限制加以缓和的历史。<sup>⑧</sup>此后,随着工业化与高度社会化的出现,缓和的步伐开始停滞并出现逆转。<sup>⑨</sup>但是,总体而言,私人自治仍然是法律社会的基础。本文所要检讨的主要是现阶段私人自治限制的必要性、表现与手段、正当性及其原理。

① 此段英文为 THE LAWS OF THE TWELVE TABLES IV4: When a creditor or a debtor dies, his heirs can only sue, or be sued, in proportion to their shares in the estate; and any claims, or remaining property, shall be divided among them in the same proportion.

② 参见 D.50.16.130.

③ 参见 Heinrich, Christian, *Formale Freiheit und material Gerechtigkeit*, Tuebingen: Mohr Siebeck, 2000, S.19.

④ 转引自刘凯湘《论民法的性质与理念》,《法学论坛》2000年第1期。

⑤ 参见 Heinrich, Christian, *Formale Freiheit und material Gerechtigkeit*, S.26.

⑥ 参见 Palandt/Heinrichs, *Buergerliches Gesetzbuch*, Ueberlick vor § 104, Rn.1.

⑦ 参见江平、张礼洪《市场经济与意思自治》,《法学研究》1993年第6期。

⑧ 关于私人自治的历史发展的中文资料,请参见韩伟《私法自治的历史演变与民法体系的完善》,2009年9月,复旦大学博士学位论文。

⑨ 也有学者揭示了不同的私人自治发展历史,即从限制到局部扩展的过程(参见徐涤宇、潘泊《私法自治的变迁与民法中“人”的深化》,《华东政法学院学报》2004年第6期)。

在哲学上,自由的限制存在各种学说,主要有:伤害说、法律父爱主义说、法律道德主义说、冒犯说<sup>①</sup>和客观规律说<sup>②</sup>。伤害说(harm theory)主张,只有为了阻止对别人和公共的伤害,法律对社会成员的限制才是合理的。干涉自由的唯一目的是防止对他人的伤害。<sup>③</sup>这也称之为“密尔原则”或“伤害原则”(harm principle)。我国《民法总则》第154条关于恶意串通损害他人利益行为的禁止,充分体现了这一思想。法律父爱主义说(paternalism theory)认为,法律为了增进行为人自身的利益,需要以家长式的强制来禁止自我伤害,因为自愿行为并非总是自由行为,当一个人的行为会使自己丧失重大利益时,法律即可出于关爱的目的来限制行为人的行为。比如,法律对无行为能力人行为的限制、对显失公平行为的法律矫正,即体现了法律的父爱关怀。法律道德主义说(legal moral theory)主张,公认的社会道德对社会是必需的,社会有权基于社会道德考虑用法律手段来限制人的自由。因此,《民法总则》第153条第2款关于公序良俗的规定,无疑包含有浓重的道德色彩。冒犯说(offense theory)强调,法律禁止那些虽不伤害别人但却冒犯别人的行为。冒犯行为是指使人愤怒、羞耻或惊恐的淫荡行为或放肆行为,如在公共场所的性行为。这种行为公然侮辱公众的道德信念、道德感情和社会风尚,因此必须被法律禁止。对冒犯的判断,既要考虑被冒犯者所受滋扰的程度与自我意愿等,也要考虑行为人对社会的效用、可替换性、行为的动机的恶性与场所等。<sup>④</sup>这一广义上的道德冒犯限制,既是公序良俗原则的调整任务,也可能是诚实信用原则的适用领域。客观规律说,是马克思主义关于自由限制的学说。马克思和恩格斯第一次揭示了自由与限制的客观基础,指出自由与限制的真正内在基础——生产力。<sup>⑤</sup>该学说强调,自由的实质限制或称深层限制,是由生产方式所决定的社会客观规律。自由属于上层建筑,其规范与实现程度取决于它所依赖的社会基础。正如马克思所说,“权利决不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化发展”<sup>⑥</sup>。因此,不同程度的社会经济结构与生产力水平,要求对自由做不同程度的限制,越高的生产力水平,要求对自由的限制就越少。这种思想,对直到今天的我国实践仍然有一定意义。在法律适用中应综合考虑本国的国情因素,应该是对马克思主义这一客观规律最好的诠释。<sup>⑦</sup>不过,决定自由限制的因素很多,生产力仅是其中的一个方面。

另外,就私人自治而言,其受限制的必要性 with 正当性可以从以下两个方面加以说明。

#### (一) 保障每个人均能享受自治

这是一种事实上对私人自治的限制。私人自治是一种法律许可的自我决定,是法律制度下的一项基本原则。为了确保每一个人都能有适当的自我行为空间,有必要从积极角度保障对个人自由空间的平等赋予。<sup>⑧</sup>然而,实际情况却是社会现实对人人平等享有自治空间总是带来障碍。消除这些障碍是法律的基本任务之一,而消除的手段则是对一些人的自治范围予以限制。以下从两方面来描述妨碍人人均等享有自治权的限制情形。

##### 1. 基于个人行为空间的事实限制

财产、劳动力、人格等个人资源是人类生活中必不可少的生存要素。为了私人自治行为,每

① 参见付子棠《关于自由的法哲学探讨》,《中国法学》2000年第2期。

② 参见邹列强、刘春《对自由与限制的法哲学思考》,《法学家》1993年第4期。

③ 参见约翰·密尔《论自由》,北京:商务印书馆,1959年,第13页。

④ 参见Joel Feinberg, *Offense to others*, London: Oxford University Press, 1985, p.198.

⑤ 参见邹列强、刘春《对自由与限制的法哲学思考》,《法学家》1993年第4期。

⑥ 《马克思恩格斯选集》第3卷,北京:人民出版社,2012年,第303页。

⑦ 参见耿林《强制规范与合同效力》,北京:中国民主法制出版社,2009年,第170页以下。

⑧ 参见v. Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrecht*, Berlin: Verlag von Julius Springer, 1889 (Neudruck 1948), S.22.

个人都必须拥有这些资源。或者,人们必须通过私人自治行为来满足个人需求。然而,匮乏的资源或急迫的需求会导致个人地位严重恶化。其中,信息时代里的信息即属于匮乏的资源或急迫的需求当中的一种。这既有关于市场状况的信息以及有关各种法律行为或事实行为的信息,也包括由供给与需求关系等所产生的市场结构方面的信息。它们都会对私人自治产生限制性影响。这些限制直接妨碍着人们行使自治。法律努力通过限制某些人的私人自治,来解放另一些人来自生活环境的事实限制。比如,为解放处于弱势地位的劳动者,法律限制用人单位的自治范围,对劳动保护、劳动工资、劳动福利等做出一系列的限制性规定,以平衡与保障劳动者的自治空间。<sup>①</sup>

## 2. 基于市场结构的事实限制

自然的、充分的市场无须他人干预,供给与需求自身会合理配置资源。供给与需求自己会决定,谁能够找到自己市场的大门以及以什么条件进行交换。因此,原则上,供给者或者需求者可独自来决定谁将进入自己的市场以及以什么条件进入。这是自由主义的理性模式,它只有在充分市场情况下才可以正常发挥作用,因为此时有无数的供给者与需求者。显然,这种没有任何限制的私人自治太容易被滥用。那些更优越地支配着更好信息或法律知识的人,或者拥有经济上或其他方面优势的人,就会把超出社会妥当性的不利因素强加给其他人。<sup>②</sup>市场的失灵或无边界的私人自治的滥用,都会破坏市场秩序。因此,需要对私人自治予以限制。例如,法律出于对消费者知情权的考虑,在格式条款中要求必须就格式条款做出足以让消费者能够知晓其内容的提示,甚至说明,以作为订入合同的条件。<sup>③</sup>

显然,基于市场结构对私人自治的限制在一定程度上也与信息相关,但与纯粹的信息不同的是,这里存在着市场的交换正义前提。

### (二) 他人自治是自己自治的限制条件

私人自治最重要的界限,是他人的自治。这是对他人自治的保障,是从消极方面对个人自治的限定。“他人”在此处须做广义使用,并不限于特定之第三人。因此,凡是行为人以外的所有人,无论是特定他人或不特定他人、个别他人或群体他人(集体与社会公众)均在考虑之列。故举凡此类限制大致有三种:

#### 1. 缔约之同意: 特定他人

订立合同须经对方之同意方可能发生拘束力。这有伦理道德方面的原因,其中古老的意志理论是最好的说明<sup>④</sup>。尽管意志理论也受到很多的质疑与挑战<sup>⑤</sup>,但是,缔约之同意也可从私人自治的限制角度来认识。一方之意思表示,应受到来自对方(他方)意思的制约,彼此一致方能均衡。<sup>⑥</sup>正如戈德雷所说的那样,“信守诺言是一种德性,而慷慨与交换正义也是一种德性”<sup>⑦</sup>。

#### 2. 为第三人设立负担的禁止: 不特定他人

个人自治非经委托授权或征得他人同意,或者有其他法定事由,不得为第三人设定负担,否则将逾越自治的界限。故此,《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第65条规定,约

① 参见 Paulus/Zenker, “Grenzen der Privatautonomie,” *JuS* 2001, 1 S.2.

② 德国宪法法院将此称之为“结构性弱小”(strukturelle Unterlegenheit)(参见 *BVerfGE* 89, *BVerfGE* Jahr 89 S.214)。

③ 参见《中华人民共和国合同法》第39条、《中华人民共和国消费者权益保护法》(2013年修订)第26条第1款。

④ 参见詹姆斯·戈德雷《现代合同理论的哲学起源》北京:法律出版社2006年,第285页。

⑤ 参见徐涤宇《原因理论研究》北京:中国政法大学出版社2005年,第2页以下。

⑥ 参见 Paulus/Zenker, “Grenzen der Privatautonomie,” S.3.

⑦ 詹姆斯·戈德雷《现代合同理论的哲学起源》,第295页。

定由第三人向债权人履行债务,第三人未履行债务或者履行债务不符合约定,债务人应当向债权人承担违约责任。此条明确划定了私人自治的自我界限。同理,即便向第三人给予利益,原则上也在限制之列。故赠予常采用合同形式,例外主要体现在向无自我表达意思能力的无行为能力人或限制行为能力人的赠予<sup>①</sup>。

### 3. 禁止订立某些违反法律强制规定或社会公共利益之合同(群体他人)

法律强制性规定保护的对象范围广泛。它虽然也常常指向特定之他人,而保护社会公共利益的法律规定总是指向群体之他人,自不待言。此外,有关权利行使类型的自治行为,也存在基于他人或社会公共利益的自治限制。比如,《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)第7条就明确规定,物权的取得和行使应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益。可见,出于对他人自治考虑而对私人自治所做出的限制,其目的主要在于防止对自治的滥用,以致妨碍或损害他人利益与社会利益。总之,私人自治的限制有其必要性。不受限制的自治必然会使社会陷入混乱。<sup>②</sup>

## 三、私人自治限制的目的类型

上述概括描述无法具体展现私人自治限制在具体法律制度中的各种形态。本文以下试图从限制的目的角度,对限制的类型进行分类。但是,这种分类不是周延的逻辑分类,而是尽可能地列举一些典型情形,以丰富对该问题的认识。<sup>③</sup>

### (一) 对受限制人自身利益的保护

有时,私人自治受到限制正是为了保护所受限制者的自身利益。这主要指上述第一类限制情形,即保护每一个行为人的自身利益。

#### 1. 保护自治主体未来之自治

禁止用法律行为方式对处分一项可让与权利做出限制,即属于此类限制目的的事例。《德国民法典》第137条第1句明确规定了此种限制。我国法上虽然没有具体、明确的规定,但从《民法总则》第13条所规定的权利能力的一般特征,即不可抛弃性,并结合《民法总则》第8条及《合同法》第52条第4项关于社会公德和社会公共利益,可以作出类似解释结论。比如,夫妻离婚时,为了子女未来利益,双方约定,一方(通常为享有登记名义与事实占有一方)不得处分在自己名下的不动产,以留待子女成年后转移给子女。对一个人在法律上所享有的权利(不动产登记在其名下)有权做出未来处分来说,这种限制妨碍了权利人自身对物的处分权。禁止这种限制,是为了保护权利人未来有机会对该权利自由做出处分。不过,此例中,法律更多保护的还是物的处分秩序,而对行为人之间约定的债的效力并不当然发生影响。

此外,《德国民法典》上的此类限制规定还有很多,比如第2302条规定,通过合同使某人负有义务对设立或者不设立一项死因处分加以取消或者不得取消,该合同无效。

#### 2. 保护自治之事实基础

此类限制的目的,是使其免受通过法律行为处于无限制的长期拘束之中。<sup>④</sup>对此,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第69条规定,禁止债务人串通将全

<sup>①</sup> 参见最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第6条《中华人民共和国合同法》第47条第1款后分句。

<sup>②</sup> 参见付子堂《关于自由的法哲学探讨》,《中国法学》2000年第2期。

<sup>③</sup> 参见 Paulus/Zenker, "Grenzen der Privatautonomie," S.2-4.

<sup>④</sup> 参见 etwa BGH, NJW 1999, NJW Jahr 1999, S.2584.

部财产抵押,否则其他债权人可撤销该抵押行为。<sup>①</sup>这里虽然规定了串通要件,但如非串通情形而使抵押人未来生活或者经营处于长期的拘束与不确定状态,是否仍有禁止之必要,值得深入研究。禁止串通情形,惩罚的是对自治权利的滥用;若对非串通情形也予以禁止,保护的将是处分义务人,即保障其未来的生活基础。

我国法院早期判例对商事实践中对赌协议的否定判决<sup>②</sup>,从某种意义上看,即具有保护当事人自治之事实基础的目的。

在德国法上,对担保约定中的长期概括担保,因其具有某种赌博性质而会被按无效处理,而在有些情形下,为保障行为人的自治基础,法律会对其义务的额度予以限定,比如其《破产法》第286条以下的剩余债务清偿,或者《德国民法典》第1629a条对未成年人责任限制。在这两种情形下,法律通过限定行为人私人自治的义务范围,从而否定了当事人的最初意思。同样,在长期债的关系中,终身拘束或长期拘束也会被限制。<sup>③</sup>这些规定,都体现出法律对私人自治的事实基础予以保护。

### 3. 概括的财产保护

对无行为能力或者限制行为能力人的行为能力限制,体现了对其概括财产的保护功能。显然,根据民法基本原理,对未成年人实施法律行为的能力限制,正是为了一般性地保护未成年人的财产安全,这从我国《民法总则》第19条、第145条以及我国《合同法》第47条第1款后半句的但书规定<sup>④</sup>即可看出。而《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第6条也体现了同样的思想。

#### (二) 对相对人利益的保护

这类保护情形特别表现在形成权的行使上,如解除权、抵销权、撤销权等。形成权作为私人自治的手段,虽然系依一方当事人的意思即可发生法律效力,但其也有相对人,属于需要受领的意思表示。也正是因为其单方意思表示即发生效力的特征,其相对人利益尤其需要慎重保护。因此,对形成权人行使形成权的各种限制,即是为了保护其相对人利益,比如形成权的行使不得附条件等。相反,如果相对人利益并无受到损害的情形,即无保护必要。《民法总则》第147条以下的撤销权设置即是通过赋予撤销权人一方对自身利益的决定权,来对该方当事人予以保护。当然,有时形成权限制是为了其他目的,比如对故意侵权债权的主动债权抵销禁止,即系为了预防目的。

#### (三) 对第三人利益的保护

##### 1. 防止第三人对合理期待的失望

对此,法律制度并非总是需要直接对私人自治做出限制,如一物二卖,对已经出卖的标的物的处分行为原则上可以是有效的。法律制度对第三人利益做出保护,可通过赋予第一买受人以损害赔偿请求权来实现,或者在标的物均未交付时赋予第一买受人以优先履行请求权。<sup>⑤</sup>对于不动产来说,预告登记也是此时保护第一买受人的法律技术。因为,对第一买受人来说,相对出

① 参见最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第69条。

② “苏州工业园区海富投资有限公司与甘肃世恒有色资源再利用有限公司、香港迪亚有限公司、陆波增资纠纷案”[《最高人民法院(2012)民提字第11号民事判决书》]在公报案例中的【判决摘要】认为,“投资者与目标公司本身之间的补偿条款如果使投资者可以取得相对固定的收益,则该收益会脱离目标公司的经营业绩,直接或间接地损害公司利益和公司债权人利益,故应认定无效”(参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2014年第8期,第34-39页)。

③ 参见Paulus/Zenker, “Grenzen der Privatautonomie,” S.3.

④ 该但书的表述是:但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同,不必经法定代理人追认。

⑤ 参见《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第9条。

卖人与后买受人,其处于第三人地位。此时,为保护第一买受人的合理期待,法律所采取的技术并非直接否定出卖人与后买受人之间的合同效力,而是通过预告登记技术赋予第一买受人不可被对抗的合同权利。

## 2. 为保护特定第三人利益而对当事人处分权的限制

这里以《德国民法典》第135条和第136条为例。这两条是以保护特定人为目的而使处分权受到法律或者司法限制的情形。它不同于《德国民法典》第137条。第137条是为保护当事人一方的处分权,而限制当事人对处分权作出限制约定,因此它属于对私人自治的限制。<sup>①</sup> 须注意的是,第135条和第136条是法定的或司法与行政机关做出的对当事人让与权利或者处分权的相对禁止,目的在于保护特定人的利益,这两条本身已经明确规定。不同于保护一般第三人或者社会公共利益时对让与的禁止,因为该两条的适用规范是第134条关于法律禁止的一般规定,其法律效果是原则上合同无效,而非相对无效。预告登记也有为保护第三人利益而限制处分权的功能(《德国民法典》第883条第2款第1句),即在预告登记之后,只要对请求权有损害或者妨害,权利人对其标的物的处分就无效。只不过,此时的第三人,是预告登记权利人,即设立预告登记关系的买受人,处分权受到限制的是此时的出卖人。对出卖人与后买受人来说,原买受人为第三人。诉讼程序中的查封、扣押等临时处分,也有此种功能(《德国民法典》第883条第2款第2句)。我国《物权法》第20条规定的预告登记也有类似功能。<sup>②</sup>

## 3. 对作为“债权人”的第三人保护

在债权人撤销权制度中,债权人对他人合同在满足一定条件下的介入,是一类重要的为保护第三人而限制他人私人自治的制度。债权人享有撤销权,因此防止了债务人不当减少其责任财产,使其债务人清偿风险大大降低。与保护自治事实基础的目的不同,此时注重的是对一方当事人相对关系之外的“债权人”予以保护,而保护的财产不是使该“债权人”自身财产受到不当拘束,而是避免赖以保障其债权实现的他人财产的不当减少。

## 4. 对共同生活关系的保护

这是指共同生活关系的当事人一方与第三人实施处分等法律行为时对其共同生活关系利益的保护,主要是对家庭关系与家庭经济基础的保护。在《德国民法典》中,这种精神主要体现在其第1364条,即“配偶任何一方独立管理其财产;但其在管理自己财产时应受下列条款限制”。这些限制条款主要来自第1365条以下的规定,尤其是受到第1365条(夫妻全部财产处分)与第1369条(一方所有的家庭财产处分)的限制。<sup>③</sup> 须注意的是,这些限制是以德国法定夫妻财产权(第四卷家庭法第一编民事婚姻第六目婚姻财产权)下的增益共有(Zugewinnngemeinschaft)为背景的。此外,《德国民法典》第1364条的规定也有此功能,其内容为“处于夫或妻占有之下的动产,对于各自债权人来说,可善意信赖其为夫或妻所有。”我国现行法中主要涉及夫妻一方以单方名义处分本应属于夫妻双方的房产问题。然而,我国的实务做法与理论认识过多地偏向保护交易相对人,而忽视对夫妻共同生活关系中夫妻共同体利益的保护。<sup>④</sup>

## (四) 对法律交往的保护

前述讨论,均为基于个别利益保护而对私人自治做出限制。对法律交往保护涉及的是对一

<sup>①</sup> 参见 etwa Palandt/Heinrichs, § 135, 136 Rn.6f.; Paulus, *Richterliches Verfügungsverbot und Vormerkung im Konkurs*, Berlin: Duncker & Humblot, 1981, S.33ff..

<sup>②</sup> 参见崔建远《物权:规范与学说》上册,北京:清华大学出版社,2011年,第190-195页。

<sup>③</sup> 参见 Säcker/Rixecker/Koch, *Muenchener Kommentar*, 6. Aufl., München: Beck, 2012, § 1364, Rn.4.

<sup>④</sup> 参见龙俊《夫妻共同财产的潜在共有》,《法学研究》2017年第4期。



般利益(Gemeininteressen)的保护,即每一个人利益的保护,比如法律安定、法律明晰以及法律交往的简洁与顺畅。法律交往(Rechtsverkehr)更多考虑的是静态法律制度本身的安定性与有效性。作为行为规则的制度,来自强权之外的、其本身的权威性所保障的制度效力,是法制实现的基本条件。对此,法律规则会加以尽力维护。它虽然可以从广义上看作是社会公共利益或者国家利益的一种,但与直接具体的社会公共利益或国家利益还是有所不同的。属于法律交往保护的主要制度有:物权法定、公司类型法定、家庭财产制、继承的方式以及时效制度等。以物权法定制度为例,其法律交往的保护价值在于,物权的绝对性、对世性效力所带来的对抽象物权相对人的保护需求。法律制度通过特定物权种类与典型内容的设计,使他人可以获得一个从外部便于查知或察知的识别物权存在及权利范围的方式,这就为权利人的绝对保护制订了一个外部必要条件。只有这种制度设计得到维持,整个物权交往的法律环境才能具备,具体物权的取得、流转与保护才可能在物权制度的轨道上正常运行。此外,也并非保护法律交往的制度都体现出对私人自治的限制。比如善意取得制度,它也是基于法律交往安全考虑而设计的,但它却最大限度地保护了当事人之间的自治,牺牲的则是原权利人事实上的所有权自治,因为此时原权利人已不再能够按照自己的意愿支配自己的所有物。<sup>①</sup>

#### (五) 对公共利益的保护

对公共利益的保护涉及对社会利益及其他公共利益的保护。基于这类利益的保护,需要对私人自治予以限制。公共利益在这里不同于前述法律交往保护中的一般利益。虽然后者也可能在广义上被看成是公共利益,但其更多地表现为法律制度本身的秩序利益,属于更为间接的社会公共利益。较为直接的公共利益,或者表现为基于一定的社会标准或伦理观念对人们行为的要求或限制,比如劳工与消费者保护、弱势群体利益的保护、对人的保护、社会主流道德观念的维护等,或者直接表现为大多数人或者国家的共同利益,例如,将稀缺或者重要资源设置为公共资源所做的保护、国家基本经济或政治制度的保护等。这方面的限制,在法律形式上主要表现为一些法律的基本制度精神或法律基本原则、一般条款等。<sup>②</sup>这些限制规则通常都带有一定的抽象性,甚至不同层次的抽象性。规则之间也常常互相补充、交叉、重叠、甚至冲突。它们涉及的事项范围也极其广泛,从私法到公法,无所不包。因此,这也是法律适用中最为复杂困难的一种情形。在民法内部所涉及的基本原则主要有:禁止性法律、公序良俗违反的禁止以及诚信的要求。在民法内部的部门规范中,限制性原则也很多,比如婚姻法中的禁止重婚、禁止近亲结婚等等。

#### (六) 对复合利益的保护

并非只有社会公共利益具有复杂的一面,所有以上各种保护目的并不是各自独立实现的,而是完全有可能叠加在一起。这是由社会利益复杂性所决定的,它也给法律制度的设计与法律目的的判断带来困难。比如禁止限制处分权的规则。在个人利益与社会公共利益都需要保护时,相互冲突的利益在特定场合下所需要保护的强弱与程度,即是利益衡量的难题。此时,需要结合立法目的,根据裁判当时的法政策,并运用论题术与评价法学方法来加以综合判断。<sup>③</sup>

## 四、私人自治限制的法律手段

### (一) 宪法层面的限制基础

① 参见耿林《不动产善意取得制度的法政策研究》,《清华法学》2017年第6期;耿林《我国不动产善意取得的制度构建》,《华东政法大学学报》2017年第5期。

② 参见Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts*, 9 Aufl., Muenchen: Beck, 2004, § 41, Rn.4ff..

③ 参见卡尔·恩吉施《法律思维导论》,北京:法律出版社,2004年,第241-247页。

在我国,《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)虽然设专章(第二章)规定了公民的基本权利和义务,但并未设置统一的概括条款,以对私人权利予以保护。第一章总纲中没有,第二章中也没有。第二章从第33条到第50条主要是对选举、言论与出版、宗教信仰、人身自由、人格尊严等做出的列举性规定。第二章中类似概括规定的条文是第33条第4款“任何公民享有宪法和法律规定的权利。”这种表述又显得过于抽象,以致很难从中解读出更具体的内容。同样,关于私人自治的概括规定,在第二章中也没有其任何位置。能够解读出私人自治宪法基础的条款,是第二章中的第33条第3款,即“国家尊重和保障人权”。如果对“人权”不做狭义的政治层面理解,则可包含“人的自由发展”权利。与此相对照的是,我国《宪法》则清晰地规定了自由与权利的限制:中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利(第51条)。从对该条的解释中,似乎也可以得出私人享有法律限制以外的一切“自由”,如果我们不去过多计较“合法”的限定的话。因为如果只把第二章所列举的具体权利才看作“合法”,则反对的结论就不能成立。对比前述《宪法》未从正面完整规定人的自由权利,可以认为,我国《宪法》在权利义务的规定方面属于偏重义务型,而在权利规定方面则偏重财产类权利。后者的例证是总纲中与“社会主义市场经济”一同宣示的是私有财产权和继承权(第13条)。宪法规定对私法的作用,历来有直接效力与间接效力的学说争议。<sup>①</sup>从公私法区分及不同任务角度看,间接效力说更具合理性。因为,毕竟作为公法的宪法,其法律的受众是国家,私法才是私人。调整国家与私人之间关系的法律规范,其对私人关系发生影响的一般逻辑关系,当然是通过私法规范的中介,这样会更符合规范上的逻辑性。不过,就其实际效果而言,几乎没有差别。宪法对自由限制的思想都会对私法发挥作用,对私法都具有解释与补充的功能,都构成私人自治限制的最高效力法律规范。

## (二) 订立审查

### 1. 积极的订立审查: 强制缔约

私人自治的主体是私人。私人自治限制自然首先会考虑对私主体予以限制,即限制私人主体的部分合同订立自由。正如合同自由常常首先被理解是否为是否订立以及与谁订立的自由一样,这是基于合同主体自由决定以及对对方主体选择的自由。因此,强制缔约限制也可看作是对合同订立主体的审查<sup>②</sup>。强制缔约是通过法律强制性规范对当事人缔约自由的干预,它要求当事人在特定条件下必须与另一方当事人缔结合同,即负有缔约义务(Abschlusspflicht)。因此,它是一种法定义务(obligation ex lege)<sup>③</sup>。理论上这一法定义务的来源存在一定争议。通常,这种法定义务都是在民法之外的特别法中予以明确规定的,此种法律来源无争议。有争议的是,是否存在一般性地缔约强制。学理上通常是予以承认的<sup>④</sup>。缔约义务,或者可以通过法律的直接规定得出,或者通过对法律原则的解释或法律规定的类推适用等而间接得出<sup>⑤</sup>。学理上,将前者称作

<sup>①</sup> 参见 Canaris, “Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Privatrecht,” *AcP* 192 (1992) S.43.

<sup>②</sup> 本文所用“审查”一词,来源于德文的 Kontrolle。该词有检查、检验、控制、监督等含义。国内学者常译为“控制”。本文以为,法律制度中检验某一行为是否符合某项法律规定要求,“审查”一词更为通俗、贴切。

<sup>③</sup> Säcker/Rixecker/Bunsche, *Muenchener Kommentar*, Vor § 145, Rn.12.

<sup>④</sup> 参见 Karl Larenz/Wolf, *AT*, § 34, Rn.31.

<sup>⑤</sup> 参见耿林《中国民法典中法律行为解释规则的构建》,《云南社会科学》2018年第1期。

直接强制,后者称作间接强制。<sup>①</sup>就合同订立的审查而言,直接强制也被称之为直接的积极订立审查,间接强制被称之为间接的积极订立审查。<sup>②</sup>强制缔约的理由主要是对有市场控制力的潜在合同缔结一方可能破坏正常市场竞争环境的矫正。该缔约义务是基于同等对待原则的考虑。<sup>③</sup>在市场因素之外,对水电气等生活供应领域,考虑到民生需求,也常常实行强制缔约。在德国,这被认为是基于社会国家或者福利国家的思想。<sup>④</sup>强制缔约可分为一方强制与双方强制。通常的强制均指对一方的强制,即法律要求一方当事人负有在对方要求缔约的时候必须与其订立合同的义务,即强制承诺。但是,在某些特定情形下,法律也不排除规定双方都有缔约义务。比如我国《机动车交通事故责任强制保险条例》中机动车所有人与保险公司就交通事故责任订立的保险合同,即属于对双方的强制。<sup>⑤</sup>但是,预约条件下根据预约对缔结本约的强制,由于该本约的订立是基于当事人约定的履行结果,故并非真正强制,而系不真正强制。

## 2. 消极的订立审查

消极的订立审查不同于积极的订立审查,它是对订立特定交易类型合同的排除,也可以再分为直接与间接两类。直接的消极审查排除了合同的拘束力,间接的消极审查则是允许解除已订立的合同。<sup>⑥</sup>直接的消极订立审查的典型情形是禁止童工与打黑工。它们分别是从事禁止与实行禁止角度对合同订立予以的否定。间接的消极订立审查的典型情形是消费者保护中的撤回权或者反悔权<sup>⑦</sup>。这种情形下,法律对合同订立的审查不是事先就对合同订立予以否定,而是事后否定,且不是法律当然否定,而是取决于合同当事人的意思,因此具有间接性。属于间接消极订立审查的另一类情形是可撤销合同。这主要是针对当事人意思表示在形成过程中由于非出于自己真实意思但在表示上并无瑕疵的情形,比如欺诈与胁迫。但无论是哪一种情形,间接消极的合同订立所要审查的都是当事人之间的利益关系,这不同于直接消极订立中的利益考量。后者主要涉及第三人利益或者社会公共利益,因此,在对后者关系做出判断时,我国《合同法》第52条第5项也是经常要适用的规范。

### (三) 信息要求: 订立前的对等性审查

信息义务是缔约一方当事人在订立合同前对另一方当事人的信息披露义务,是对一般情形下当事人交易形式对等性的形式保障。这是从纯粹市场角度考虑对当事人之间非对称信息的矫正,是从形式上保证对纯粹市场回归的措施。信息要求既有对一般民商事主体的要求,也有对特定的弱势主体的要求,后者比如消费者。一般情形下的信息要求可能是对所有对方当事人合理期待的信息要求,缺乏该信息,将违背良好的交易习惯。然而,对与消费者的交易,商家则不得提

① 参见崔建远《合同法》北京:北京大学出版社,2012年,第48-49页;王泽鉴《债法原理》北京:北京大学出版社,2009年,第60-62页;Bamberger/Roth/Eckert, *Beck'scher Online-Kommentar*, 31 ed. 2014, § 145, Rn.14, 15; Paulus/Zenker, "Grenzen der Privatautonomie," S.5。易军、宁红丽认为,直接强制与间接强制的区分标准是违反缔约义务的后果,即前者系违反要约人得诉请公权力介入,可以强制义务人为意思表示的情形,后者则相反,仅可要求侵权法上的损害赔偿(参见易军、宁红丽《强制缔约制度研究——兼论近代民法的嬗变与革新》,《法学家》2003年第3期)。

② 参见 Heinrich, *Formale Freiheit und material Gerechtigkeit*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, S.225 ff..

③ 参见 Karl Larenz/Wolf, *AT*, § 34, Rn.36.

④ 参见 Karl Larenz/Wolf, *AT*, § 34, Rn.31.

⑤ 该条例第2条第1款和第10条第1款分别规定了相当于强制要约与强制承诺的要求。第2条第1款规定:在中华人民共和国境内道路上行驶的机动车的所有人或者管理人,应当依照《中华人民共和国道路交通安全法》的规定投保机动车交通事故责任强制保险。第10条第1款规定:投保人在投保时应当选择具备从事机动车交通事故责任强制保险业务资格的保险公司,被选择的保险公司不得拒绝或者拖延承保。

⑥ 参见 Heinrich, *Formale Freiheit und material Gerechtigkeit*, S.266.

⑦ 参见《中华人民共和国消费者权益保护法》(2013年修订)第24条。

供任何可能误导消费者的信息;且不同情形下的信息提供义务的具体要求与后果也不同。在性质上,对消费者的信息义务具有强制性。<sup>①</sup>

#### (四) 形式审查: 形式要求

##### 1. 形式要求的目的

形式要求首先表现出来的问题是,何处对形式提出了要求,即哪些法律条款对形式提出了要求,哪些当事人意思要求必须具备特定形式,以及它们都提出了什么样的要求,是书面形式,还是公证、登记等。形式问题除了形式的渊源与形式的表现形式之外,还有形式要求的目的。对此,我国立法及理论过去重视不够。<sup>②</sup>形式要求的保护目的在法律政策上具有多样性,这些目的主要有<sup>③</sup>:(1) 警示保护与草率保护之目的。它要求应给当事人一次深思熟虑的机会,使当事人了解其法律行为的意义及利害关系,避免做出草率的决定。(2) 证据与内容明确之目的。当事人仅口头上达成合意,日后难免对合同内容发生争执,若合意以书面形式作成,有助于确定法律行为的内容及是否成立,大量减少此类争执发生。(3) 信息与公示(公开性)目的。出于保护消费者之类的弱者,尤其是就合同中的关键事项,某些意思表示必须用明确的文字表示出来,并就交易内容作成书面形式交付给消费者,使消费者等弱者知悉交易内容。此外,一定的形式可确保一定法律关系的公开性,尤其是关于不动产交易,使合同具有对外公示的作用。(4) 咨询与教育目的。比如要求公证或者在政府机关实施的法律行为,相关人员即可提供法律后果与法律意义上的咨询与指导。婚姻登记即为此种情形。(5) 行政审查的便利。比如商法上的会计账目的要求等。<sup>④</sup>(6) 促进一定债券(如有价证券)的流通性。<sup>⑤</sup>也有主张形式的区隔功能,亦即区分并辨识不同类型的交易,比如合同交涉与合同缔结之间的形式差异。<sup>⑥</sup>但这主要是强调从形式上对不同意思阶段的可能区分,是当事人意思拘束力判断的辅助性标准,而非法律规定的形式本身。

##### 2. 对私人自治的影响

形式要求的根本问题是形式对私人自治的影响问题,亦即对当事人意思效力的影响问题。不符合形式要求的意思表示,其效力后果如何?虽然法律对违反形式要求的法律行为效力都有一般规定,但并非所有不符合形式要求的都一律同等对待。在形式要求与效果规定之间,还存在一种重要的价值判断因素,那就是形式要求的目的,不同的目的会要求不同的法律效果。对法定形式而言,法律正是通过对形式的不同目的要求,来表达对意思自治的干预程度与限制程度。比如,证据作用的形式要求,原则上对合同效力并不发生影响,只要当事人能够用其他形式证明意思的内容。咨询与教育、行政审查的便利等目的,与当事人意思自治的效力通常就没有必然联系。但是,会计账目这类事实行为的要求,在违反时,也会发生行政法上的制裁后果。

##### 3. 特殊的形式审查: 格式合同之订入审查

格式合同审查存在一种特殊的形式要求,即格式条款是否被订入合同之中。这种审查的理由在于,合同通常经过要约与承诺、由双方意思表示一致而成立。格式条款作为合同内容的一部分也不例外。如果合同当事人一方使用了格式条款,则应确保另一方至少在形式上知晓或能够

<sup>①</sup> 参见 DCFR II.-3: 101 和 DCFR II.-3: 102-109。

<sup>②</sup> 近些年,我国学者也陆续开始关注形式的目的与功能。具体讨论可参见韩世远《试论合同的形式》,《杭州师范学院学报(社会科学版)》2002年第2期;王洪《合同形式欠缺与履行治愈论——兼评〈合同法〉第36条之规定》,《现代法学》2005年第3期;朱广新《论违背形式强制的法律后果》,《华东政法大学学报》2009年第5期。

<sup>③</sup> 参见王泽鉴《民法总则》,北京:北京大学出版社,2009年,第242页。

<sup>④</sup> 参见 Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., München: Beck, 2004, § 27, Rn. 4-20.

<sup>⑤</sup> 参见王泽鉴《民法总则》,第243页。

<sup>⑥</sup> 参见王洪《合同形式研究》,北京:法律出版社,2005年,第48页。

注意到该条款形式的存在而未表示反对。否则,该条款即视为未被订入合同,从而排除其作为合同内容的一部分。这就是著名的订入审查(Einbeziehungskontrolle)制度。<sup>①</sup>通过订入审查之后的合同,才有必要继续进行内容的审查,否则内容审查即无必要。可见,形式审查在一定程度上也是对当事人意思自治的法律调整,法律对格式条款使用方提出了比非格式条款更高的行为要求。

#### (五) 强行法的特定审查

不可以简单归入上述类型限制手段的是零散于各处的关于私人自治的强制性规定或称强行法(ius cogens)。从最广义上说,所有关于私人自治限制的规范都可称之为强制性规定,但是,这种意义上的概念在此处所做的归类分析中不具有意义。因此,这里的强行法规范排除了上述各种审查情形的限制规范,它们也是特别的强制性规定,即针对具体适用场合规定了具体适用条件与法律后果的强制性规范。法律制度中这类特别强制规范不算多,比如,《民法通则》第9条关于权利能力的规定、第12条和第13条关于行为能力的规定(结合第55条第1款)等,《合同法》第53条关于故意或重大过失免责约定禁止的规定,《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消费者权益保护法》)第55条关于欺诈或提供明知有缺陷的产品或服务的惩罚性赔偿规定;等等,皆属之。除《民法通则》关于权利能力与行为能力规定具有主体资格的一般效果以外,这些特别强制性规定多属于具体强制场合下对私人自治的限制。这些具体法律规范多从内容上对法律行为做出直接或间接命令,从而使其效力最后会发生某种程度的影响,而不允许当事人通过约定排除适用的情形。特别强行规定作为限制私人自治的规范技术手段,主要是由于此类规范作为例外规范的性质,使它具有高度灵活性的特点,可以随时用来为特定立法目的服务,便于理论构成,而不受特定理论体系的范围。比如《消费者权益保护法》中关于惩罚性赔偿的规定,即无须做特定的理论证明,无须特别在理论上协调其与传统大陆法系民法损害填补理论之间的冲突,即可作为例外规定存在,从而起到更好维护消费者利益的作用。但是,如果将其上升为一般规范,就必须证明其一般存在的合理性。

#### (六) 一般内容审查

不同于特别强制性规范的限制,法律制度还在一般意义上为私人自治的限制设置了阀门,那就是根据一般条款对自治内容所做的审查。它与特别强制规范的审查所不同的,主要是它并未对具体适用情形规定有具体的构成要件。与合同订立相关的对私人自治下合同的审查,既包括在当事人主体方面对合同订立当时的选择权限制,也包括特定内容的订入判断与订立前的信息义务限制、形式自由的限制,甚至包括对意思表示形成过程中瑕疵存在的排除限制。但这些都尚未真正涉及当事人意思表示内容本身。对意思表示内容的审查是对私人自治限制的另一重要方面。

##### 1. 公序良俗审查

公序良俗在效力审查方面主要针对的是当事人约定的内容,尽管除了内容违反公序良俗之外,其他外围情事也可能违反公序良俗,比如合同客观内容的伴随情形——目的、动机等——也可能违反公序良俗。<sup>②</sup>但是,在狭义上,私人自治的效力审查主要指对合同内容的审查。公序良俗对私人自治的其他方面限制,主要不表现在效力限制的方面。换言之,公序良俗对合同内容的审查主要不是表现在对合同内容在有效前提下的矫正,而是对内容的绝对否定。因此,内容审查

<sup>①</sup> 参见 Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts*, § 43, S.776-779.

<sup>②</sup> 参见 Soergel/Hefermehl, *Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch*, 12. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer Verlag, 1987, § 138, Rn. 27, 29.

是指对构成私人自治内容的存在力的审查,未能通过审查的内容将被否定。至于是全部否定抑或部分否定,从我国《民法总则》第156条、《合同法》第56条后句规定的字面表达看,原则上是存在部分无效的可能。但具体到公序良俗违反情形,是否一概否定,值得研究。本文认为,考虑到这里的审查已经限定在内容审查上,内容违反公序良俗通常不会发生部分无效的问题,因此以德通说<sup>①</sup>下的溯及地全部否定为原则较为妥当。《民法总则》通过之前,我国现行法上没有直接关于“公序良俗”的表述,通常认为,《合同法》第52条第4项关于社会公共利益的规定或者《民法通则》第7条关于“社会公德”与“社会公共利益”的规定,大致相当于“公序良俗”。2017年通过的《民法总则》第153条第2款第一次在我国立法中使用了“公序良俗”的概念。渊源于罗马法上 *boni mores* 的公序良俗,是道德的法律化,发展到今天则既包括法律制度的基本价值,也包括私法外部的基本原则,即主流的法律与社会道德,<sup>②</sup>因此是法律内部与外部价值标准的结合,是一个含义宽泛、变动的价值概念。公序良俗原则的目标不是积极地规范人们的行为自由,仅仅是为行为自由设定一个消极的外部界限,其核心标准是为人们留下一个广泛的意思形成空间。

## 2. 诚实信用审查

诚实信用作为民法的基本原则,不仅在我国现行法上有明确规定<sup>③</sup>,也几乎被各国法律文化所肯定。诚信原则对私人自治内容的审查体现在两方面:一方面体现在通常情形下对作为自治内容的权利的行使进行审查;另一方面是对狭义的自治内容本身进行审查,亦即所谓公平(*Angemessenheitskontrolle*, *the test of fairness*)或妥当性的审查。后者的适用领域主要是格式条款。两者的差别在于,前者是在不否定内容效力的前提下对内容的矫正,后者则表现为对内容效力的否定,即审查的结果可能宣告内容无效。<sup>④</sup>

公平审查与诚信审查也存在着密切的关联,因为毕竟公平审查也是派生于诚信原则的下位原则。公平审查注重的是当事人通过合同是否有效形成其期望的内容,诚信审查关注的则是具体场合下通过有效权利所产生的合理的行使能力。<sup>⑤</sup>二者处于如下的双层关系之中:首先,合同条款是否在抽象意义上并根据诚信的一般典型观点与法律制度相一致。如果任何一方对特定约定内容都不存在不公平的结果,则在第二个层面上须进一步根据诚信原则审查在具体案件中依约行使的情形。此层面审查的不再是权利本身的疑问,而是所约定内容在向实践转化中是否符合诚信要求。

因此,诚信审查的标准是,具体个案中的具体、特定行为是否滥用了诚信原则。对此,抽象、合法的条款是检验行使的规范基础。<sup>⑥</sup>每一个条款都有其特定的产生思想与利益状况,都服务于合同中的相关目的。这些构成了权利行使与合同履行的效力界限,越过此等界限,权利行使就

① 参见 Zimmermann, *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?*, *Die rechtliche Behandlung anstoessiger-uebermassiger Vergaete*, Berlin: Duncker & Humblot, 1979, S.80 ff.; Erman/Brox, *Handkommentar zum BGB*, zwei Baende, 9 Aufl., 1993, Koeln: Verlag Dr. Otto Schmidt, § 138 Rn.45; Mayer-Maly, in: *Muenchener Kommentar zum BGB*, § 138 Rn.133.

② 参见 BGHZ 80, 153, 158.

③ 《民法总则》第7条、《民法通则》第4条以及《合同法》第6条、第42条、第60条、第92条、第125条等多处均体现该原则的重要作用。

④ 参见 Heinrich, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, S.306. 与此不同的解释是,我国学者于飞教授认为,诚信审查的行为审查模式在格式条款中转化为效力审查,从而与公序良俗审查趋同。主要原因在于格式条款审查中的重大利益失衡导致,因此为了“追求结果高度均衡这一目的”,在格式条款这一特殊领域,出现了以诚实信用原则进行“内容控制”的现象(参见于飞《“内容控制”与“行使控制”:公序良俗原则与诚实信用原则的区分》,此文收录于2014年6月14日中国政法大学民法学青年教师学术创新团队研讨会论文集——《民法基本原则的过去、现在与未来》之中)。

⑤ 参见 Fastrich, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, Muenchen: Beck, 1992, S.24 ff..

⑥ 参见 Soergel/Siebert/Knopp, *Kommentar zum Buergerlichen Gesetzbuch*, 10 Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 1967, § 242 Rn.166.

超出允许范围。教学示例常常举的是在约定某地点交付某物,该约定本身无效力瑕疵,但如选择在该地点内的厕所交付约定之面包等食物,即显系行为违反诚信原则。因为此时交付行为的利益状况与合同目的,是使受领人在正常情形下实际占有面包。虽然标的物本身交付正确,地点也符合约定的范围,但具体特定化的地点不符合食品履行乃至一般标的物履行的行为要求。因此,受领人有权拒绝此时的受领。

权利行使违反诚信原则的法律后果,不会像违反公序良俗原则那样导致内容全部无效,而是权利义务关系依然存在,但未实现的请求可以重新主张。如果因此导致其他义务违反,比如迟延等,构成其他责任关系,如赔偿或者解除合同等,则是其附带的法律后果。诚信原则的内容审查与公序良俗的内容审查,一为权利的行使,一为权利的内容,故在适用范围上存在差异。因此,诚信原则的审查也被称之为广义的内容审查。公平审查与公序良俗审查虽然均系对私人自治内容的否定,但二者仍存在区别,即二者在结果程度上存在不同。在公平性审查中,尽管可能否定部分条款效力,但原则上要维持自治的整体效力,仅例外地发生整体无效;而在公序良俗审查中,原则上会导致从整体上否定自治内容。

## 五、结 语

讨论私人自治的限制,主要是在讨论自由与正义之间的紧张关系,即:一种自由与强制的关系,一种私人社会与社会国家之间的关系,一种纯粹法律世界与政治国家之间的关系。这种私人自治所受到的干预在现代社会越来越多,以至于苏黎世大学 Honsell 教授面对此情此景,不禁感叹:人们不禁要问 Gustav Boehmers 的名言“公法逝去,私法永存”(öffentliches Recht vergeht, Privatrecht besteht)在不久的将来是否会颠倒呢?<sup>①</sup>私人自治的限制是法律通过一定的技术方法,基于一定的立法目的,对私人创设自我生活关系的限制。这种限制不同于法律行为制度中的法律制度层面对意思表示行为的一般调整<sup>②</sup>,它是具体可操作的,而非制度观念层面的概念。随着社会的发展,这种具体限制在内容上已经表现得越来越丰富,在手段上表现得越来越多样,在强度上也显得越来越大。对此,我们只有更好地把握限制的目的,才能更好地领会私法的实质,也才能更好地协调私法与公法之间的关系。但无论如何,现阶段私人自治限制的加强并未从根本上改变私法的私人自治基础,私人自治仍然是整个民法的大厦基础,私人社会与国家之间的界限依旧清晰。中国民法仍将朝着不断努力培养私人自治精神的方向前进,以适应不断深化的社会主义市场经济发展的需要。自由的保护本身是符合正义要求的,就此而言,自由与正义之间的关系是协调一致的。但是,过度的自由又会引起不公正,因此需要正义来限制自由的滥用,需要用正义来为自由设定边界。在不同的民法领域,不仅自由的强度表现各异,正义的限制也存在无尽的差别。所以,原则决不可以进行纯粹地与机械地适用<sup>③</sup>。私人自治作为民法以及整个私法的基本原则,同样也有其例外,即要受到从形式正义到实质正义的限制。

(责任编辑 周亦杨)

<sup>①</sup> 参见 Honsell, “Die Zukunft des Privatrechts,” ZSR 2007, S.224.

<sup>②</sup> 关于法律行为中的“合法化”,参见薛军《法律行为“合法性”迷局之破解》,《法商研究》2008年第2期。

<sup>③</sup> 参见 DCFROutline Edition p.60.

## On the Theory of Legal Limitation of Individual Autonomy

GENG Lin

Individual autonomy is the basis of civil law , and yet getting more and more limited today. Naturally , it is of great theoretical and practical significance to correctly comprehend the limitation , so as to grasp the essence of private law and to coordinate the relations between the private and public laws. As to the necessity of the limitation , it must be taken into full consideration that every individual should enjoy the autonomy , and the autonomy by others is the prerequisite of autonomy by oneself. As to the finality of legal limitation , the considerations should be directed to such as the protections of the interests of the individual whose autonomy is limited , the relative party and the third party , and the protections of legal security , the public interests and compound interests of multiple factors above. There are many legal means to fulfill the purposes: the constitutional principles , the control of contract conclusion , requirement of information and the formality , and the control of ius cogens and public mores.

## On the Structure of Tortious Liability of Ecological Damage: With an Approach of Fictitious Clause of Damage

LI Hao

The Tort Liability Law stipulates the civil liability for environmental pollution in a special chapter with ecological destruction actually included , thus bringing into being a unified environmental liability system. Due to the involvement of both the environmental and the civil laws with different demands , there are theoretical disputes over the legal scope of the environmental liability , and whether the environmental liability law should assume the responsibility of protecting the ecological interests , in particular. The remedy of private law is good for protecting ecological interests , and yet claiming rights for ecological interests in the private law system will lead to confusion in the private rights system. A better solution is to provide a fictitious clause in The Tort Liability Law , so that the burden , as a result of ecological damage and borne by the authorities in charge , is to be taken as equivalent to the damage in The Tort Liability Law. Only in this way can the private law take on the task of protecting the ecological interests.

## Investment Mode , National Savings Rate and Labor-Factor-Market Change

ZHANG Ju-wei ZHAO Wen

This paper analyses the changing of national savings rate in China. In recent years , there appears a turning point in the supply-demand situation of labor factor market: the old growth mode of the real economy does not work so well as to lose its speed in growth , and investment goes to real estate finance. This investment mode of de-substantiation , though keeping high national savings rate in the short term , leads to internal circulation of funds in the financial assets market , making it difficult for the funds to flow into the capital pool necessary in increasing productivity. It pushes up the cost of economic operation , and leads to the decline of the long-term return on capital , the depletion of national savings sources , and the decline of national savings rate. The unreasonable pattern of national income distribution also contributes a lot to keeping low the national savings rate , and consequently the economic growth rate. The declining of the national savings rate , however , does not necessarily mean the exhaustion of investment motivation. We need to actively change the mode of economic growth , get rid of the