

个人主义方法论与私法

易 军*

内容提要:在如何处理个人与社会的关系问题上存在着个人主义与整体主义两种不同的思想体系,而它们各自又呈现为价值论的与方法论的两种不同的形态。仅就法学而言,个人主义方法在私法中处于基础地位,是私法研究无可替代的方法,而整体主义方法在私法中只存在着非常有限的适用空间。个人主义方法论在私法中具体表现为私人主体、私人利益、私人自治、自己责任、权利本位、形式平等、交换正义、程序正义与主观价值论等范畴。虽然现在学界已自觉不自觉地在私法领域中运用个人主义方法论,但由于整体主义的影响无处不在,提倡、张扬个人主义方法论仍具有相当的必要性。

关键词:个人主义 个体 方法论 私法

“道德科学、社会科学或政治科学之本质特征是它的方法”,^[1]作为社会科学重要组成部分的法学当然也不例外。然而,长期以来,我国民法学处于研究方法相对薄弱的状态,学界一直缺乏对方法论的关注,这导致了民法学研究方法的单调和薄弱。建国后相当长时期内所使用的阶级分析方法固然业已被学界主流所抛弃,但目前广泛运用的“规范研究方法”亦存在着痼疾——造成我们对诸多民法制度知其然却难以知其所以然。民法学研究要向纵深发展,在研究内容不存在着较大增长空间的情况下,惟有诉诸研究方法的更新与多元化之一途。为此,一个基本的努力方向就是实现民法学与其他学科的沟通与融合。

由社会分工肇致的专业分工使得各学科之间的楚河汉界泾渭分明,隔膜极深,形成了麦金太尔教授感叹的那种“零散的知识碎片”。以民法研究为志者亦无法摆脱此种夙命,他们所获得的知识只是关于这个世界的部分图像而已,因此,在民法与民法外的学科,特别是与那些堪称其知识根基的学科之间建立起沟通与交流的平台至关重要。在现阶段,中国法学研究仍然缺乏深厚的法学理论基础和哲学、伦理学、社会学基础。我国民法学的研究要进一步深化,就不能固步自封,而要放眼域外,在立足民法的前提下,诉诸在人类知识体系中居于基础地位的哲学、伦理学、经济学、社会学等学科门类,通过这些基础性学科门类所提供的知识、原理、分析工具来开展民法的研究。我国有学者指出,中国大陆民法学正从以参考史尚宽、郑玉波等人的民法著述为标志的体系的年代,走向以参考王泽鉴、黄茂荣等人的法学方法论著述为标志的方法论的年代,但作为民法学的自觉与反思的哲学时代的到来

* 中南财经政法大学法学院副教授。

[1] [英]詹姆斯·布赖斯:《法学的方法》,杨贝译, <http://www.law-thinker.com.cn>.

则仍有待时日。^{〔2〕}民法哲学时代——这里所说的民法哲学时代,还可包括民法的伦理学、经济学、社会学等时代——的到来,意味着民法的研究工具箱中从此又增添了哲学分析、伦理学分析、经济学分析、社会学分析等行之有效的工具,这也就是民法学研究方法的更新与多元化目标实现之时,此种方法论上的进步“对于打破学科内和学科间的壁垒,深化研究以及推进学术同行的交流与评估具有关键性的作用。”^{〔3〕}这离中国民法学研究的真正自足与成熟或许就为期不远了。

所以本文的主旨就在于对民法学研究方法做出思考。不过,与诸如形而上学、分析、历史、比较方法之类的从内容上确定的方法不同,本文阐释的“个人主义方法”,是一种从研究立场的角度确定的方法。在个体与群合中,我们究竟应选取何种范畴作为研究的基点?由于个人与社会的关系问题首先是一个至关重要的哲学问题,因此,这实际上就是一种哲学分析的方法,而本文的努力也正是为民法哲学时代临世的期盼。

一、什么是个人主义方法论

(一)什么是个人主义

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,哲学家罗素一直在思考“如何才能把进步所需要的个人创造力与生存所必需的社会内聚力结合在一起”。^{〔4〕}在如何认识和处理两者的关系上,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原则。罗素指出,自古以来的哲学家们“可以区分为希望加强社会约束的人和希望放松社会约束的人”,^{〔5〕}此话很精辟地指出了人们因立场不同而分属个人主义和整体主义两个阵营。那么,何谓个体主义?何谓整体主义?用法国学者迪蒙的话来说,重视个体价值、忽视社会总体或使之处于从属地位的意识形态为个体主义意识形态;重视社会总体性的价值、忽视个体人或使之处于从属地位的意识形态是整体主义意识形态。^{〔6〕}质言之,个人主义是指“个人被抽象地勾划为已经被给予的一个项目,它们已拥有一些兴趣、要求、目的及需要等。而社会及国家则被视为一组实际的或可能的社会机制,它或多或少地对于个人的需要做出回应”。^{〔7〕}“这种对个人作为其目标的最终决断者的承认,对个人应尽可能以自己的意图去支配自己的行动的信念,构成了个人主义立场的实质。”^{〔8〕}

我国多数学者认为,个人主义的概念最早出现于19世纪上半期,实际上,1798年康德在自己出版的最后一部著作《实用人类学》中,就首先使用了个人主义的概念。^{〔9〕}而整体主义一词最早出现在1826年南非政治家史穆茨出版的《整体主义与进化》一书中,后经哈耶克、波普尔等人的使用,被广泛传播开来并进入了社会科学领域。^{〔10〕}

个人主义是哲学上唯名论的必然结论。^{〔11〕}中世纪唯名论与唯实论争论的基本问题是:个别先于一般还是一般先于个别。唯实论强调理念的共相性,把理念看成是先于个别存在的“总体”抽象形式。

〔2〕 见徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第3卷,中国法制出版社2002年版,第281页,王建源译。

〔3〕 [美]埃里克·A·波斯纳:《法律与社会规范》,沈明译,中国政法大学出版社2004年版,译者序第14页。

〔4〕 [英]罗素:《权威与个人》,肖巍译,中国社会科学出版社1990年版,第1页。

〔5〕 [英]罗素:《西方哲学史》上卷,何兆武,李约瑟译,商务印书馆1963年版,第22页。

〔6〕 参见[法]路易·迪蒙:《论个体主义——对现代意识形态的人类学观点》,谷方译,上海人民出版社2003年版,第243页。

〔7〕 Steven Lukes, *Individualism*, Oxford: Basil Blackwell Publisher Limited, 1973, p. 73.

〔8〕 [英]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62页。

〔9〕 [德]康德:《实用人类学》,邓晓芒译,重庆出版社1987年版,第4页。

〔10〕 史穆茨指出,整体主义出自希腊文“whole”这个词,用来表示世界的整体性特征。参见景天魁、杨音莱:《社会学方法论与马克思》,人民出版社1993年版,第92页。

〔11〕 [英]哈耶克:《个人主义与经济秩序》,贾湛等译,北京经济学院出版社1989年版,第6页。

唯名论则强调唯有个别事物才是真实存在的,共相在理智之外实际上并不存在,但共相也非纯粹的想象物,它作为一种概念产生于个别事物中的某种“共同性”。唯名论提供了一个重要的观点:个别先于一般而存在,“个别”是一切分析方法的初始点,因此,人们的眼光应从虚幻的彼岸世界,转向活生生的现实世界,重视个人对现世幸福的追求。唯名论的分析方法在霍布斯那里得到了更明确的表述。霍布斯认为,在我们能够认识整个复合物之前,我们必须先认识那些被复合的东西,因为只有通过它的组成要素,才能更好地了解每一件事物。而作为社会复合体的组成要素,正是他的哲学理论中所说的人。^[12]在唯名论看来,“人”这个概念若不落实于活生生的个人,便是空洞的概念,故强调个人就是最高目的,“在启蒙运动之后,唯名论的精神取得了胜利,它改变了传统的秩序观念,这种胜利的表现之一是经验科学的认识方法支配了欧洲的思想界。”^[13]

(二)个人主义价值论与个人主义方法论

个体主义还是整体主义均可在不同意义上使用,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研究方法价值原则。就个人主义而言,它既可呈现为价值论的个人主义,也可呈现为方法论的个人主义。其中,前者是强调个人的自由和权利,主张以个人为价值本位的思想体系,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。“个人主义的基本特征,就是把个人当作人来尊重;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。”^[14]而后者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。^[15]详言之,方法论上的个人主义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。

不可否认,价值论上的个人主义与方法论上的个人主义有别,仅就概念的起源而言,继康德提出哲学意义上的个人主义概念、梅斯特尔提出政治学意义上的个人主义概念、李斯特提出经济学意义上的个人主义概念后,经济学家熊彼特最早于1908年提出了方法论个人主义的概念。“他还是第一个把方法论的个人主义和政治的个人主义区分开来的人,前者描述的是经济分析的模式,这种分析总是从个人的行为开始,而后者表达的是政治的纲领,在这种纲领中对个人自由的保留成为检验政府活动的试金石。”^[16]不过,笔者以为,除了概念以及观察视角的不同外,方法论个人主义与价值论个人主义应是密不可分的。如布坎南认为个人主义可以分为两类:第一类是建立在作为分析基本单位的个人选择之上的方法论个人主义,第二类则是把价值的最终源泉唯一地归结到个人身上的假定,但“没有第二个假定,第一个假定对于由个人偏好导出宪法结构的分析,相对来说是没有什么意义的”。^[17]也就是说,虽然方法论个人主义只是对分析单位的逻辑选择,并不涉及价值判断问题,但既然它在分析或研究问题的立场上选择以个人为单元而不是以整体为单元,就势必与价值论个人主义具有不可割舍的关系。“只有强调人文精神和遵循人文传统,将个人而不是集体作为社会价值的最终源泉,方法论上的个人主义才具有实际意义”。^[18]同样,整体主义价值观与整体主义方法论之间的关系也可作如是观。

(三)个人主义方法论与社会科学

Hamlin认为,方法论个人主义包括三项基本命题:第一,人之个体乃是社会、政治和经济生活中唯一积极主动的参与者;第二,个人在进行决策的时候将为了自己的利益行事,除非受到强制;第三,

[12] 张雄:《对经济个人主义的哲学分析》,《中国社会科学》1999年第2期。

[13] 左大培:《弗莱堡经济学派研究》,湖南教育出版社1988年版,第38页。

[14] 前引[8],哈耶克书,第21页。

[15] 张斌:《西方主流经济学的哲学基础与方法论特征》,《经济科学》1998年第5期。

[16] [英]布劳格:《经济学方法论》,黎明星等译,北京大学出版社1990年版,第56页。

[17] [美]詹姆斯·M·布坎南:《宪法经济学》,载刘军宁等编:《市场社会与公共秩序》,三联书店1996年版,第339页。

[18] 胡玉鸿:《法学方法论》,山东人民出版社2002年版,第319页。

没有人能够像利益者个人那样了解他自身的利益。^[19]而在马尔科姆·卢瑟福看来,方法论个人主义具有如下特征:①只有个人才有目标和利益;②社会系统及其变迁产生于个人的行为;③所有大规模的社会学现象最终都应该只考虑个人,考虑他们的气质、信念、资源以及相互关系的理论而加以解释。^[20]照此看来,虽然个人主义方法论所指涉的内容甚多,但可以肯定的是,在本体论意义上,其以个人的本体状态为真正的实在,而否认由个体组成的社会整体的实在性;在方法论意义上,其将个人作为理论分析的基本单元。

近代以降,个人主义方法论在经济学、政治学、社会学、伦理学和法学等社会学科中得到了相当广泛的运用。

经济学的个人主义方法论是最引人注目的,经济学古典主义学派和新古典主义学派、公共选择学派、经济分析法学派等都十分倚重于此。“经济个人主义是古典经济学传统乃至新古典经济学的一个十分重要的轴心”,^[21]他们将个体经济单位作为研究的出发点,从分析单个消费者、生产者的经济行为开始,在此基础上再分析单个市场的价格是如何形成的,进而分析所有单个市场又是如何同时形成的。西方主流经济学还试图把这种原则扩展到整个经济学。在各种经济学流派中,又以自由主义大师哈耶克所属的奥地利学派在个人主义方法论运用上最为彻底。

在政治史上,采用个人主义方法论对政治问题进行研究,可说是自霍布斯以来的研究传统。霍布斯是系统运用个人主义方法论研究政治、法学原理的第一人,正是在该方法论之下,霍布斯完成了其政治学说上“‘人’(确切的说是‘自然人’)→自然权利→自然状态→社会契约→国家、法律”的推演。功利主义者也采用了个人主义方法论,如功利主义的鼻祖边沁就认为,“共同体是个虚构体,由那些被认为可以说构成其成员的个人组成。那么,共同体的利益是什么呢?是组成共同体的若干成员的利益总和”;“不理解什么是个人利益,谈论共同体的利益便毫无意义。”^[22]密尔也指出,“国家的价值,从长远来看,归根结底还在组成它的全体个人的价值。”^[23]正是通过功利主义者边沁、密尔等人,当然还包括后继的洛克、孟德斯鸠等人的努力,启蒙运动完成了自由的思想与制度上的建构,自由的理想得以实现。

在社会学中,韦伯坚持个体主义方法论,十分突出个体社会行动分析的价值意义。他认为,个人及其有意味的行动是社会中唯一真实的实在,国家、民族、阶级、文化之类只不过是“单个个人的现实的或可能的社会行动的某种发展”而已。^[24]“解释性社会学把个人及其行动看作基本单位,看作‘原子’……个人是……有目的行动的最高限度和唯一载体……诸如‘国家’、‘社团’、‘封建制度’等等概念指的是人类相互作用的某些范畴。所以社会学的任务就是把这些概念一律简化为‘可理解的’行动,简化为参与者个人的行动。”^[25]韦伯用以解释社会的“理想类型”的建构,如将个体社会行为划分为目的理性行为、价值理性行为、习惯行为和感情行为四种类型,本身就是以个人主义方法论作为基础的。对此,英国社会学家斯温杰伍德指出,韦伯认为社会形态和大规模的组织只是标志出人类交往

[19] A. P. Hamlin, "Procedural Individualism and Outcome Liberalism", in F. A. Hayek, *Critical Assessments*, edited by J. C. Wood and R. N. Woods, Routledge, 1991, Vol. IV, p. 19. 转引自前引[11], 哈耶克书, 第6页。金凯·哈罗德将方法论个人主义的本体论命题概括为:“(1)社会是由个人组成的,不存在超越个人之上的社会;(2)社会过程完全由包含个人的过程所决定;(3)所有个人的经济或社会的相关性质都是单子性质的,即其他人或社会实体,比如组织或机构都不介入这一性质之中。”See Harold Kincaid, "Methodological Individualism / Atom", *The Handbook of Economic Methodology*, edited by John B. Davis, D. Wade Hands and Uskali Maki, printed and bound in Great Britain by MPG Book Ltd, Bodmin, Cornwall, 1998, p. 295.

[20] 参见[英]马尔科姆·卢瑟福:《经济学中的制度》,陈建波等译,中国社会科学出版社1999年版,第33页以下。

[21] 前引[12], 张雄文。

[22] [英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第58页。

[23] [英]密尔:《论自由》,程崇华译,商务印书馆1959年版,第125页。

[24] Max Weber, *Economy and Society — an Outline of Interpretive Sociology*, Bedminster Press, New York, 1968, p. 14.

[25] [美]刘易斯·A·科瑟:《社会学思想名家》,石人译,中国社会科学出版社1990年版,第241页以下。

的各种范畴,社会学的作用就是把这些概念还原为可理解的行动,还原为参与的个人的行动,所以,“韦伯强调意义是主体间的,而不像马克思说的那样是系统性的,即社会整体授予个人行动以历史意义。”〔26〕

二、个人主义方法论在私法中居于基础地位

(一)为什么私法必须选取个人主义方法论

个人与社会的关系问题,不仅是一个哲学问题,也不仅是伦理学、政治学、经济学问题,更是一个至关重要的法学问题,在两者的关系上秉持何种立场是衡量一个社会法律价值取向的重要指示器。“是个人高于社会,还是社会高于个人,抑或其它?对这个问题回答的差别,构成了不同法律文化系统中法律精神的基本特点。”〔27〕换言之,因对该问题的不同回答,法律的精神或价值基础呈现出个人主义的或整体主义的不同面貌。

就私法而言,无论是古代私法还是近现代私法,辨识其价值基础或精神风貌并非一件难事。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”,〔28〕Samuel更是明确地指出,“在意识形态和认识论上,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归还。”〔29〕对现代法,维莱指出,自由是现代法思想的本体,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。〔30〕这一论断显然是可适用于近现代私法的。

一如前述,个人与社会的关系问题不仅可甄别出不同的价值观,亦可区分出不同的方法论。如果说私法的价值基础是一种个人主义,那么,此种“个人主义的价值基础决定了私法的研究方法必然也是一种个人主义的方法”。〔31〕不过,我国学界很少有人明确意识到这一点。私法上既往所言的方法论主要是指法律适用中有关法律解释、推理、论证的方法,尤其是法官在形成判决过程中运用的法律解释与适用方法,现在虽然已经有部分学者开始关注私法的研究方法,呼吁通过引入经济分析、比较法等方法提升私法的研究水平和深度,但在笔者见闻所及范围内,尚未发现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,以致于它常常被忽视。不过,一如后述,明晰私法的这一方法论特质实际上具有极端的重要性,个人主义价值观发挥着捍卫私法的生存空间与存续领地的作用。因此,如果不能体认并自觉运用个人主义方法论,当异质的整体主义思想的阴霾有意或无意笼罩私域时,私法必将逐渐失却存在的余地。

(二)整体主义方法论在私法中运用的限度

不可否认,私法也不能忽视整体主义方法论一定限度的影响。秉持整体主义方法论的社会学大师涂尔干认为,社会是一个有机体,社会的集体意识使人们连接在一起,形成社会连带关系,这就是法律和一切规则的真正基础。〔32〕在这种思想的支配下,对最能体现传统私法精神的契约法,涂尔干认为,“我们最好要记住,契约所具有的维系力量,倒是社会交给它的……所以一切契约都假定,社会存

〔26〕 [英] 艾伦·斯温杰伍德:《社会学思想简史》,陈玮等译,社会科学文献出版社 1988 年版,第 150 页。

〔27〕 公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 233 页。

〔28〕 [意] 布鲁诺·莱奥尼等:《自由与法律》,秋风译,吉林人民出版社 2004 年版,第 214 页。

〔29〕 Geoffrey Samuel, “English Private Law in the Context of the Code”, see *The Harmonization of European Private Law*, edited by Mark Van Hoecke and Francoisost, Hart Publishing 2000, p. 53.

〔30〕 转引自黎晓平:《法之批评——论维莱》,载郑永流主编《法哲学与法社会学论丛》第 5 册,中国政法大学出版社 2002 年版,第 493 页。

〔31〕 前引〔18〕,胡玉鸿书,第 263 页。

〔32〕 [法] 涂尔干:《社会分工论》,渠东译,商务印书馆 2000 年版,第 73 页以下。

在于当事人双方的背后,社会不仅时时刻刻准备着介入这一事务,而且能够为契约本身赢得尊重。”“契约法不再是人们之间缔结契约的有效补充,而实际上成了契约的根本形式。它把一种传统的经验权威强加在我们身上,并以此构成了契约关系的真实基础。”〔33〕此种通过使当事人意思外的社会因素介入契约以弥补契约之不足或修正契约之不正的观点,具有相当的合理性。在同样的思想进路之下,麦克尼尔亦将许多原本不被认为是契约的社会关系纳入契约的视野中。他一反传统英美法系中建立在自由意志基础之上、视契约为具有法律强制执行力的一个或一组“允诺”的观念,将契约定义为“有关规划将来交换的过程的当事人之间的各种关系”。〔34〕在他看来,在所有社会中,习俗、身份、习惯及其他为人所内化的东西都可以规划未来的交换。对非契约因素的涉足无疑克服了传统意思主义模式的僵化,拓展了契约的生存空间。对此,内田贵评价道,他把从社会中孤立和抽象出来的契约再次拉回到了社会之中,从而为契约的再生提供了一条新的出路。〔35〕

不过,我认为,整体主义不能作为私法上主导的方法论。在法学研究中适用整体主义方法论只有在不得已的情况下才能进行,这一方面是由于法学是关于人的科学,必须重视以个人为单位的分析,整体的分析应建立在部分分析的基础上;另一方面,整体主义不会给个人独立行动的机会,其没有公域和私域的划分,不允许个人的利益在政治以外得到满足,所以不会给个人自由留有余地。〔36〕整体主义方法论的过度渗透必然导致私法的终结。

狄骥继承了涂尔干“社会团结”的思想而缔造了社会连带主义法学。他反对近代以来将法学理论和法律制度建立在个人主义观念之上的做法,认为“人是处于某一种社会集团之中,这个集团的存在就意味着有在集团成员的相互关系中规定出的行为规则,这些规则当然是规定出一些作为和不作为。由此就给集团的一切成员创造出一定的地位”。〔37〕既然社会是个人的决定因素,社会通过法律把特定的社会功能或者职务强制性地施加在个人身上,那么在法律上个人也只不过是特定的法律命令和义务的执行者,这样,个人的意思自治就丧失了大部分的存活空间。对私法上最重要的制度之一——法律行为,狄骥认为,在法律行为中造成法律效果之力量是表示,而非意志。法律效果并非由行为人之意思表示所产生,而仅是意思表示所发动之客观法的直接效果。

在整体主义思想的影响下,纳粹时代的德国法学家豪普特(Haupt)提出了事实契约理论——与行为人意无关的事实行为足以导致契约成立,并类型化出基于社会接触而成立的事实契约、基于团体关系而成立的事实契约、基于社会给付义务而成立的事实契约三种形态。该理论甫一提出,即引起激烈的争论,反对者与赞同者均属有之。在我看来,姑且不论该理论的提出是否真正有助于解决实践问题,它呈现出强烈的整体主义倾向则是毫无疑问的。在纳粹理论的左右下,“私人自治”理念受到强烈怀疑,“人们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。事实契约理论藉否认意思表示在契约成立过程中的作用以建立一种“超越个人,而由社会来决定的”法律关系,这显然压缩了个体意思自决的空间,僭越、戕害了人类社会赖以安生立命的私人自治。

三、个人主义方法论在私法中的呈现

内部规则(亦即私法规则——引者注)的方法论基础是个体主义的分析范式。〔38〕此种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、私人利益、私权、私人自治、自己责任等的强调,

〔33〕 前引〔32〕,涂尔干书,第76页,第172页。

〔34〕 [美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁等译,中国政法大学出版社1994年版,第4页以下。

〔35〕 载梁慧星主编:《为权利而斗争》,中国法制出版社2000年版,第251页。

〔36〕 秦立彦:《面对国家的个人》,泰山出版社1998年版,第45页。

〔37〕 [法]狄骥:《宪法论》,钱克星译,商务印书馆1962年版,第160页。

〔38〕 粟用湘、向景:《论新旧制度经济学方法论的融合》,《湖南省政法管理干部学院学报》2002年第1期。

都是方法论个人主义的直接要求。此外,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,私法用以评判交易主体之间交换行为正义性的标准乃是一种主观价值标准,而非客观价值标准。

(一)私人主体

在私法中运用个人主义方法论,最基本的要求就是从个体的“人”而非人的群合即集体出发展开私法的一般原理。“根据个人主义方法论的理论预设,人(个人)是法学研究的逻辑起点,只有确定了‘人’在法学研究中的前提地位,才可能真正贯彻个人主义方法论的分析原理,具体建构法律问题与法律现象。”^[39]对此,卡纳里斯明确指出,“德国民法典的世界观及政治观带有强烈的十九世纪之自由主义性格……所谓的‘人’专指作为个人的人。未有将人理解为某集团的一部分。”^[40]早此诞生的法国民法、晚此临世的瑞士民法、荷兰民法等亦复如此,并无二致。个人主义方法论在私法上的铺陈不仅以独立的“个人”为起点,而且由于千人万面,因此亦需预设一定的人的形象,由此开始设计私法的基本制度。

在民法所设定的人像中,最基本的就是“抽象人”与“理性人”。民法宛如蒙上双眼的正义女神,不考虑每个个体的具体境况与特殊情况,不分贫富贵贱,无视强弱智愚;在其视野下,每个人都是没有差别的个体,不因其身份而异其待遇。^[41]不仅如此,民法中的人还是理性人,理性人乃一寻求最大自我利益之人,此种人对他人的福利仅给予有限之关心。^[42]理性人就是经济人的代名词,早在18世纪70年代,斯密就已经对“经济人”的假设条件进行了大胆的猜想,“毫无疑问,每个人生来首先和主要关心自己,”^[43]人的经济活动是受利己心驱使的,利己心是“支配个人的一切行动、使其在某一问题上根据利害观点采取某一行动的原则”。^[44]质言之,经济人乃是自利、自私并为个人利益进行算计的个体。经济人的预设乃是民法的人性基础,民法正是以此为前提来规制市民社会活动者的行为并制定相应规则的。民法上遗失物制度中拾得人的报酬请求权与取得遗失物所有权的权利、埋藏物制度中发现人取得埋藏物所有权的权利、禁止自己代理与双方代理制度等都鲜明地体现了民事立法者将市民预设为经济人这一基本前提。

(二)私人利益

个人利益总是个人行动的动因,诚如爱尔维修所言,个人利益是个人行为价值的唯一而且普遍的鉴定者,^[45]而作为私人安生立命之术的“民法是以私人的利益为目的的”。^[46]民法将每个个体所享有的利益在法律上加以确认,遂产生了私权。民法的一切制度都是以私权为轴心建立起来的,它规定了私权主体、私权客体、私权的行使(法律行为和代理)、私权的类型、私权的保护(民事责任)、私权保护的时间限制(诉讼时效),这完全是一个以私权为中心的体系。由此所决定,民法在价值取向和精神气质上奉行权利本位的观念。

私人利益是与公共利益相对而言的范畴。近世以来的政治哲学家们将私人利益奉为圭臬,以致于完全否认了公共利益的存在。如休谟认为所谓公益就是依靠市民社会的形成而由各人得到的利益。^[47]边沁也指出,共同体是一个虚构的实体,共同体的利益是构成它的若干成员利益之和。这些

[39] 前引[18],胡玉鸿书,第320页。

[40] [德]卡纳里斯:《民事法的发展及立法》,台湾《台大法学论丛》第28卷第3期。

[41] 苏永钦认为,民法刻意抽离社会阶级、族群或任何在利益上共同的团体,而以中性的交易“角色”为其规范对象,在民法上是不分企业、劳工或消费者的。参见苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第13页。

[42] 林诚二:《民法理论与问题研究》,中国政法大学出版社2000年版,第125页。

[43] [英]斯密:《道德情操论》,蒋自强译,商务印书馆1997年版,第101页。

[44] [英]斯密:《国民财富的性质和原因的研究》下册,郭大力,王亚南译,商务印书馆1979年版,第260页。

[45] 北京大学哲学系编译:《十八世纪法国哲学》,商务印书馆1965年版,第460页。

[46] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》下册,张雁深译,商务印书馆1963年版,第191页。

[47] 转引自李非:《富与德》,天津人民出版社2001年版,第166页。

观点固然坚持了个人主义的进路,然而,完全否认公共利益的存在似乎也走向了另外一个极端。我认为,对私人利益的强调并不一定要以否认公共利益的存在为代价,在两者关系上首先应树立的一个基本观点是:私人利益与公共利益在相当大的程度上是一致的。保障私人利益并力促私人利益的实现,在相当大程度上有助于实现公共利益,甚至可以这样说,私法保障私人利益其实就是现代社会中最重大的公共利益之一。斯密早就指出,在每个人关心自己利益的同时,社会利益得以增进;在每个人保护自己利益的同时,社会利益得以维护。“每个人为改善自身境遇自然而然地、不断地所作的努力,就是一种保卫力量,能在许多方面预防并纠正在一定程度上是不公平和压抑的政治经济的不良后果。”^[48] 各个人追求自己的利益“往往使他能比在真正出于本意的情况下更有效地促进社会的利益”。^[49] 正是在此意义上,哈耶克强烈反对定位公法为规律“公”益的法律、私法为规律“私”益的法律的观点。他认为,所谓只有公法才服务于公益的观点,只是在“公”于特定狭隘的意义上被理解成那些与政府组织方面相关的利益而不被理解为“普遍利益”的同义词的时候才能成立。^[50] 因为整个私法制度并不只是为了实现个人的利益,而且亦将经由保障个人利益而增进整个社会的普遍利益。^[51]

(三)私人自治

个人主义方法论之所以选择将个人作为分析的基点,其目的是为个人营造一块能发挥其自由意志的自治空间,“自愿体现了个人主体性原则和个人权利”,^[52] 对私人自治的承认与保障是个人主义方法论所欲获致的一个必然结论。一旦个人摆脱整体的阴霾而获得独立的地位,他就不再像原来那样为扮演自己既定的社会角色,按照集体预先的规划而按图索骥地机械行动,他必须自主地规划、设计和安排自己的行为,自主决策并自我负责。当近代以降的个人主义历史洪流将个人从整体的襁褓中剥离出来,使个人成为不能再对整体有所依凭的独立主体时,个体就必然变得自主与自决。而“个人主义者一般都偏好保护自由领域和允许自发协调的规则系统,”^[53] 私人自治是维护个人独立人格与自主地位的不可或缺的一环。它有助于最大限度地发挥个人的积极性、主动性与创造性,对促进近代社会经济的发展居功甚伟。有鉴于此,私人自治不仅被视为私法的基本原则之一,而且还被认为是派生其他私法原则的母体,成为近代私法领域至高无上的指导原理。^[54] 德国学者梅施麦克更是形象地将其称为“私法体系的恒星”,意味不似彗星,它将永久地放出光芒。^[55]

(四)自己责任

个人主义方法论在私法中的要求不仅体现在私人自治之上,而且还更具体地表现在私法的自己责任原则之上。自己责任是指一个人应为自己的行为负责,“个人主义者欣赏人们对自己的行为承担责任。”^[56] 自己责任是相对于群体责任而言的,当个人还潜在群体之中隐而不障的时候,承担责任的主体自然不是个体而是该个体赖以安生立命的群体。自己责任则以主体性的凸显为前提,“尊重个人的原则意味着个人应对自己行为所造成的后果负责”,^[57] 因此自己责任也就是个人责任。不仅如此,自己责任还以私人自治的享有为前提。棚濑孝雄指出,个人主义的正义,将自由作为贯彻侵权行为法的一个最高价值,^[58] 自由的价值在侵权法中最经典的体现就是自己责任。在萨特看来,“承认

[48] 前引[44],斯密书,第361页。

[49] 同上书,第27页。

[50] Hayek, *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order (I)*, The University of Chicago Press, p. 133.

[51] 同上书,第132页。

[52] 何建华:《经济正义论》,上海人民出版社2004年版,第268页。

[53] [德]柯武刚、史漫飞:《制度经济学》,韩朝华译,商务印书馆2001年版,第187页。

[54] 詹森林:《民事法理与判决研究》,中国政法大学出版社2002年版,第5页。

[55] 转引自前引[47],李非书,第165页。

[56] 前引[53],柯武刚等书,第187页。

[57] [英]彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国法制出版社2004年版,第172页。

[58] [日]棚濑孝雄:《现代日本的法和秩序》,易平译,中国政法大学出版社2002年版,第33页。

人对自由选择的绝对性,与确立人必须对自己的行为负责或承担义务的原则有着必然的联系”。〔59〕质言之,自治原则是行为人承担法律责任的道德根据。只有当一个人拥有选择机会并对其行为具有一定程度的支配可能性、对规则的遵循不是处于强迫而是出于自愿时,才能对其加以赞赏或谴责,才能使其对其错误行动承担责任,这正是法律之所以对受规范者科以“自己责任”的道理。〔60〕

(五)形式平等

“平等表达了相同性概念……两个或更多的人或客体,只要在某些方面或所有方面处于同样的、相同的或相似的状态,那就可以说他们是平等的。”〔61〕质言之,平等乃是人们相互之间的相同性或相似性。平等分为形式平等与实质平等。形式平等强调人们居于相同的法律地位,处于相同的竞争起点,得以相同地享有社会赋予个人的机会;而实质平等则强调人们通过民事活动所获得的结果应该是相同的。与个人主义方法论相适应的平等观乃是形式的平等观。民法无视各个社会个体在智力、财产、种族、性别等方面无可改变的事实上的异殊性,无一例外地赋予其“人格”——成为民法上的“人”的资格,从而使各个个体得以毫无差别地进入市民社会从事民事活动;至于他们从事民事活动所取得的具体结果如何,民法一般并不予以置喙。对此,拉伦茨指出,“德国民法典中使用的‘人’,是形式上的人的概念。构成这一概念的必要条件只有权利能力,而不包括行为能力和过错能力……一个人的‘权利能力’,并不以他的年龄和精神发展状态为条件,也不取决于他能否亲自行使其权利、识别和履行其义务、依‘私法自治’而行为。”〔62〕由此看来,形式平等的赋予是与“抽象人格”的设置相联的。

(六)交换正义

正义是社会制度的首要价值,正如真理是思想体系的首要价值。私法制度的合理性亦奠基在一定的正义观之上。个人主义方法论使私法所追求的正义在原则上是一种交换正义,而非分配正义。“自由主义者把社会的基础放在公正原则之上,显然是由于个人主义及价值主观主义这两种哲学理论所造成的结果。”〔63〕“正义……是一种以个人主义为前提的道德观。”〔64〕此处的“公正原则”或“正义”首先是交换正义,与个人和个人之间的行为相关联的正义类型只能是交换正义,其缘由在于在当事人实施法律行为的过程中,并不存在着一个发号施令的人,更不存在着一个中央分配者(central contributor),〔65〕诚如曹刚先生所言,“私法领域的实体正义实质上是对一种自然分配正义的确认,可称其为自然正义。自然正义是指这样一种状态,即没有一个统一的分配权威和裁判者,而是在众多个体追逐利益实现的过程中自然形成的一种分配状态。”〔66〕而就分配正义而言,它必须预设一个超越于个人之上的分配主体,“与关于市民之间关系的平衡正义不同,分配正义涉及至少三方的关系。第三方(特别是国家)分配物和财产。”〔67〕在拉德布鲁赫看来,交换正义属于私法正义,是指对待不同人之间的相对平等,至少需要相互关系平等的两个人;而分配正义属于公法正义,它至少需要三个人,其

〔59〕 林剑:《人的自由的哲学思索》,中国人民大学出版社1996年版,第242页。

〔60〕 哈耶克指出,“如果一个成年人的行为,不论其善恶,乃出于命令的怂恿及强制的压力,那么所谓美德难道不是一句空话吗?受誉者难道不只是在这种怂恿和压力下的循规蹈矩吗?而所谓严肃认真、公正和节制,难道还具有丝毫意义吗?”[英]哈耶克:《自由秩序原理》上,邓正来译,三联书店1997年版,第94页。

〔61〕 [美]萨托利:《民主新论》,冯克利等译,东方出版社1993年版,第340页。艾德勒也指出,“当一事物在某一认同的方面不比另一事物多,也不比另一事物少时,我们说这两个事物是平等的。”参见[美]艾德勒:《六大观念》,郗庆华等译,三联书店1991年版,第161页。

〔62〕 参见[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57页。

〔63〕 石元康:《从中国文化到现代性:典范转移?》,三联书店2000年版,第282页。

〔64〕 张守东:《伸冤与复仇——中国传统法律文化中的“公”、“义”、“正义”》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》第5册,中国政法大学出版社2002年版,第379页。

〔65〕 R·J·Kilcullen, Robert Nozick, “Against Distributive Justice”, <http://www.sinoliberal.com>.

〔66〕 曹刚:《法律的道德批判》,江西人民出版社2001年版,第70页。

〔67〕 [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2003年版,第164页。

中一人高于其他二人之上,向他们授予利益和设定负担。^[68]其中,该第三人“只限定是社会或国家:社会或国家应将支配范围内所有事物做公平的分配”。^[69]总之,分配正义需要一个凌驾于个体之上对它们具有管制力的独立的主体,这显然不是个人主义的进路。^[70]分配正义之所以值得反对,乃是因为它本身既包含整体主义方法论的假设,又蕴含着极权国家的危险。^[71]而诉诸个人行动的交流正义则无权力被滥用之虞。

(七)程序正义

程序正义是一种注重活动过程而非活动结果正义性的正义类型,“程序正义是指……全社会人人都普遍地遵守某些程序,不必过多地考虑人们行为的结果。”^[72]“正义的真正作用……不是表现在决定人们各自的活动结果上面”,^[73]据此它也被称为过程正义。结果正义则重视各种活动结果的正义而非活动过程的正当性。结果正义往往与分配正义相联,“分配的结果正义……的着眼点在于社会利益或价值在一定范围内由谁来分、分给谁和分多少的问题。”^[74]私法所秉持的正义观是一种程序正义观,私法是对当事人实施法律行为的过程而非该行为所产生的结果进行规制的。“契约成立过程若无瑕疵,缔约过程的程序正义,就能担保契约内容的正确性。”^[75]学说上将契约之不公平区分为“程序上”的不公平与“实质上”的不公平。只有程序上的不公平,才会令契约归于无效。至于实质上的不公平,系当事人意思与市场机能运作的结果,法院原则上不予干涉。^[76]由此观之,私法只是提供一种公正的程序,让各个交易主体在市场之域各显神通,只要遵循了该程序,交易结果就被认为是公正的、可接受的。对此,卡纳里斯指出,“契约正义也明确地具有‘程序的’性格……当事人透过契约交涉达成妥协,找出一个对二者而言妥切的解决方法,这样的思想明确地又是一种‘程序的’性格之产物。”^[77]程序正义是坚持个人主义方法论的结果,它实质上是选择以个人的活动过程而非活动结果来评价该个人行为的正当性。诚如顾肃所言,“程序正义论坚持了方法论的个人主义传统,诉诸自由市场体制下个人的选择,认为从道义上评估正义和公平性的对象只能是个人的行为,而个人行为正当性的标准则在于是否符合一些普遍的原则,如保护私人财产权利,在订约时防止使用欺诈和强制手段。”^[78]

(八)主观价值论

商品交换乃是私域中的普遍现象,为此必须确定商品的价值。商品的价值一直是经济学中一个重要的理论问题,对此,历来存在着主观价值与客观价值的争论。边际革命伊始,主观价值论逐渐成为经济学的主流。在主观价值论者看来,商品的价值只是经济活动者关于支配他们的财货对保持他

[68] 转引自李道军:《法的应然与实然》,山东人民出版社2001年版,第129页。

[69] 陈妙芬:《法律正义的意义》,载《当代基础法学理论》,学林文化事业有限公司2002年版,第120页。

[70] 哈耶克反对“社会正义”的概念,他认为“只有那些能够由正当行为规则加以决定的人之行动秩序的方面,才会产生有关正义的问题”;相反,“社会”所表现出的不过是一种事实或者事态,本身无所谓正义与非正义之分。这就如自然和自然现象一样,很难用正义或非正义来予以评价。参见[英]哈耶克:《法律、立法与自由》第2、3卷,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第50页。其意蕴其实有二:其一,正义只能用于指涉或评价个人行为,而不能用在诸如“社会”这样的实体之上;其二,“社会正义”其实是预设了一个凌驾于个人之上的实体来进行分配,“社会正义背后的基本思想是这样的:社会应当公正地对待个人,为此目的就应当有一个具有道德意义的分配模式以便在社会成员中进行财富分配。”参见[美]霍伊:《自由主义政治哲学》,刘锋译,三联书店1992年版,第78页。因此,哈耶克所反对的“社会正义”其实是分配正义。

[71] 前引[18],胡玉鸿书,第260页。

[72] 顾肃:《自由主义基本理念》,中央编译出版社2003年版,第493页。

[73] [美]弗里德曼:《弗里德曼文萃》,高榕、范恒山译,北京经济学院出版社1991年版,第184页。

[74] 唐娟等:《分配正义的两种理论:结果正义与程序正义》,《特区理论与实践》2003年第1期。

[75] 陈自强:《民法讲义I》,法律出版社2002年版,第127页。

[76] 陈聪富:《契约自由与定型化契约的管制》,《月旦法学杂志》第91期。

[77] 前引[40],卡纳里斯文。

[78] 前引[72],顾肃书,第503页。

们的生命和福利的意义所作的判断。简言之,商品的价值取决于每个交易个体对商品的评估。主观价值论正是个人主义方法论在价值领域运用的结果,“只有这种个人主义的社会观才能容得下主观价值论”。〔79〕米塞斯认为,经济是满足社会个体的各种需要的一种手段。任何事物都不具备内在的使用价值;只有在它对人们具有主观上的使用价值时,客观的使用价值才会具有经济意义。个体为商品所赋予的价值使商品交换成为了可能。〔80〕汪丁丁更是明确地指出,经济学强调主观价值论,是因为经济学认为每一个人都比其他任何人了解他自己,别人的体验无法代替他自己的经验和知识。〔81〕这是一种典型的诉诸个人主义方法论的思维。在私法上,对等价交换所要求的一方给付与他方对待给付之间等价性的判断有赖于妥适的价值理论,对此,只有主观价值论才能提供较强的解释力。在主观价值论之下,由于价值完全是主观的,所有交换物的价值都只能根据订约者的嗜好来衡量;因而,双方交易者都同意的那个价值就是公正的价值。“契约交换之客体,即给付与对待给付之间,价值是否相当,而具有等值性,民法采主观等值原则,只需当事人主观上具有等值性即可。”〔82〕也就是说,当事人主观上愿以此给付换取对待给付,即为已足,客观上是否相当,在所不问。法院不能扮演“监护”的角色。〔83〕从主观等价原则出发,法律的任务就仅在于制定一些规则,以使每一方当事人都能够在无错误和无强制的情况下形成自己的判断。〔84〕

四、在私法中倡导个人主义方法论的现实意义

在西方学说的语境中,私法领域的个人主义方法论问题或许并不是一个新奇的话题,个人主义方法论在私法领域的运用甚至已被推崇到极致,因此,为适应福利国家权力扩张的形势需要而自觉地限缩、抑制个人主义方法论在私法领域的运用空间,或许还真可成为推进私法变迁的积极因素。〔85〕但是,对一个尚处在从前现代到现代的过渡阶段,人格独立、私权神圣、私人自治等观念刚刚启蒙,远未内化为全民的普遍实践的国度,在当前乃至今后相当长的时期内,倡导个人主义方法论仍然具有毋庸置疑的现实意义。

第一,在整体主义思想甚嚣尘上的氛围下坚守私法的阵地,维系私法的存续。

科学史表明,一门学科有没有完整的方法论,不仅是其成熟与否的标志,而且也是它能否顺利发展的必要条件。〔86〕“一门学科如果丧失了自己在认识事物和解释事物方面的学科意识,那么无异于自己取消自己存在的根据。”〔87〕个人主义方法论奉独立于整体的个体为圭臬,承认个人的主体地位,确认私人利益,保障私人自治,要求自己责任,追逐交换正义与程序正义,由此确保了一个独立于国家

〔79〕前引〔13〕,左大培书,第46页。

〔80〕[英]安德鲁·甘布尔:《自由的铁笼》,王晓冬等译,江苏人民出版社2002年版,第79页。

〔81〕汪丁丁:《直面现象》,三联书店2000年版,第307页。

〔82〕私法之所以主要采纳主观等值原则,其原因在于,如果恣意否定给付与对待给付间存在的主观的等值性,则当事人对将来契约之履行已无预测可能性,法律安定性,交易安全受严重破坏,私法自治原则不啻于镜花水月。参见前引〔76〕,陈聪富文。

〔83〕王泽鉴:《债法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第75页。

〔84〕前引〔75〕,陈自强书,第127页。

〔85〕然而,即使是在西方学说的语境中,也存在着个人主义方法论被过度抑制的现象,这已引起了学者的忧虑。如哈耶克认为,“最能揭示我们这个时代的支配地位的趋势……即公法对私法的渗透和取代;它乃是一个多世纪以来两个占支配地位的因素所导致的结果:一方面,‘社会’正义或‘分配’正义观念日益取代正当的个人行为规则,而另一方面,日益把规定‘内部规则’的权力置于受政府之命的机构手中。在很大程度上讲,正是把这两种根本不同的任务归于同一个‘立法’机构之中,几乎完全摧毁了作为意志普遍行为规则的法律与作为指导政府在特定情势之中如何行事的命令之间的区别。”See Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Routledge & Kegan Paul, 1978, p. 81-82.

〔86〕刘水林:《法学方法论研究》,《法学研究》2001年第3期。

〔87〕前引〔6〕,迪蒙书,丛书前言。

管制的私域的存在,从而成就了私法的生成与存续。如果放弃个人主义方法论转而诉诸整体主义方法论,势必导致私法的衰亡。改革开放以来,我国学界逐步放弃阶级分析方法,就是放弃了将整体主义方法作为包括私法在内的法学研究的主导方法,其实已经不自觉地开始向个人主义的方法靠拢。

我们或许可以断言,在我国目前及今后相当长的时期内,在民法领域,各种整体主义因素总是会时刻觊觎着私法的领地。现今整体主义的思想更普遍地表现为纳粹主义、^[88]社群主义等社会思想,实质平等、实质正义、结果正义、客观价值等欲求以及日趋泛化的诸如私法社会化、私法公法化、私法伦理化之类的私法实质化思潮。我认为,在一定的场合,通过增加整体主义的因素适当地克制私人利益、私人自治等价值以换取其他更大的法律价值,确有必要,但实质平等、实质正义等美丽的大词更具有欺骗性与隐蔽性,而公共利益、社会福利的诉求也更容易博得人们的好感和同情。“用心仁厚的清官给我们带来的危害,可能不亚于恶棍”,^[89]因此,如何将此种影响保持在合理的限度内,而使私法不致于因其过度侵蚀而领地尽失,是一个攸关私法命运的重要问题。当对一种现象存在着诸多迥然不同的理论解释时,方法论对于评价这些理论的优劣确是很有用武之地的。^[90]因此,可以毫不夸张地说,洞识并运用私法的个人主义方法论,有助于我们在面对这些形形色色背于私法本质的思想或思潮而需要做出大是大非的判断时坚守个人主义的立场,捍卫私法的阵地。数年前,新西兰曾通过立法推行了一个计划:凡行人在交通事故中受到损害的,均由国家来赔偿,行人和机动车均无须负责,以此实现更好地保护受害人、增进社会福利的目标,其立法意旨不可谓不良善,制度设计也难谓不精致,然而,这种放弃自己责任的整体主义立法实践却并未能实现立法者的初衷,交通事故反而多发,交通秩序也变得更混乱。可见,如果没有对个人主义方法论及其与私法之间的唇亡齿寒关系的深刻揭示与洞察,私法制度就缺乏方法支撑与思想根基,将如同先天不足般的婴儿弱不禁风,整体主义思想的即便是极其轻微的冲击也会使其溃不成军。

第二,在以整体主义之名限制私权、私人自治等时,保障限制措施的妥当性,避免矫枉过正。

一如前述,在一定的范围和程度内,整体确实具有独立并超越于个体的价值,“在某种情况下,不管个人如何精明地追逐个人利益,社会的理性结果也不会被自动地发现,此时此刻,只有借助于‘引导之手’(a guiding hand)或者是适当的制度安排,才能求得有效的集体结果。”^[91]此际,在保障个体价值的基础上通过对个人价值的一定限制来实现整体价值,毫无疑问是必要的。然而,对个人主义方法论缺乏一种深切的体认与由衷的珍视,不仅执掌权柄者在以整体之名对个体进行管制的过程中往往会流于轻率与随意,^[92]“因为事情往往是这样的,一旦做出了让步,对自由财产的进一步限制便不会就此罢休,人们总是不知道行动的界限。一旦人们放弃了自由财产的基本原理,在限制自由财产的改革是如此强烈的情形下,私的所有权便一步一步地退缩,最后暴露在不受保护的条件下”,^[93]而且当执掌权柄者以各种冠冕堂皇的整体主义理由对私法领域进行渗透时,我们自身也会对此种侵蚀的程度和界线缺乏基本的反思批判能力,进而表现得无动于衷,使得不少本应坚守个人主义的领地被僭越,已然开门揖盗却竟然浑然不觉。下面就以我国立法中的一些规定为例对此做出说明。

第一,乘人之危与显失公平制度。前已有述,依照个人主义方法论的要求,私法在判断交易的等

[88] 如希特勒曾说过,“个人无足轻重,集团(纳粹党)才是一切。”转引自[美]阿尔文·斯密特:《基督教对文明的影响》,汪晓丹等译,北京大学出版社2004年版,第240页。

[89] 冯克利:《尤利西斯的自缚——政治思想随笔》,江苏人民出版社2004年版,第175页。

[90] 汪浩瀚:《经济学方法论的个人主义与整体主义之争》,《经济科学》2002年第2期。马克·布劳格也认为,方法论的作用在于,它使我们在接受还是拒绝一个研究纲领,区分精华与糟粕时有章可循。

[91] 这被称为“曼瑟尔·奥尔森(Mancur Olson)第二定律”。参见杨立雄:《“个体主义”抑或“整体主义”》,《经济学家》2000年第1期。

[92] 因此,为实现整体价值而对私人利益、私人自治进行干预与限制必须慎之又慎,毕竟普遍的利益不能构成蹂躏权利的有力依据。参见李伟:《驱逐了德性,自我走向何方?》,《北京市政法管理干部学院学报》2000年第3期。

[93] 肖厚国:《所有权的兴起与衰落》,山东人民出版社2003年版,第207页。

价值性上采取主观价值论,不过,基于特殊情况下实质正义的考量,私法也例外地改采客观价值论,大陆法系立法中的暴利行为制度就是一例。暴利行为制度滥觞于罗马法上的“短少逾半规则”。德国民法第138条第2项则具体规定,“法律行为系乘他人之急迫、轻率或无经验,而为给付或为给付之约定,致其获得之财产上利益,超越其给付之价值,依其情形,财产上之利益与其给付之价值不相当者,该法律行为无效。”瑞士债务法第21条与我国台湾民法第74条的规定与之大致相同。根据这一类立法,暴利行为的构成需要两方面的要件:在客观上,给付与对待给付须显然不相当;在主观上,一方当事人须乘他方急迫、轻率或欠缺经验。舍此主观要件,受不利影响的一方当事人不得撤销法律行为或宣告其无效。这就说明,法官如欲以某种非交易主体所能确定的客观价值来置喙当事人之间交易关系的公平性,必须同时满足主观与客观两方面的要求,可见,这类立法在赋权法官偏离主观价值论,主动干预私法主体的私人自治上还是相当谨慎的。但反观我国民法通则第59条与合同法第54条的规定,它们均将当事人请求撤销法律行为(合同)的条件仅规定为“显失公平”,因此可以认为,只要具备“当事人之间的合同在订立时即存在给付与对待给付严重失衡的现象”这一客观要件,受不利影响的一方当事人就有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或撤销。至于德国、瑞士等国家所规定的“乘他方急迫、轻率或欠缺经验”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。质言之,德国、瑞士等国家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,无论是基于乘人之危的理据还是显示公平的缘由,我国法院干预当事人的私人自治都相对容易得多。但是,如果法官为维护空泛模糊的实质正义,动辄以显示公平为由来干涉交易,强制实行当事人之间的财产移转,交易秩序的崩溃其实已指日可待矣。因此,允许法官例外地在特殊情形下,就个案具体情事斟酌契约是否客观等值,由于关系到对私法主体的私人自治空间的限缩,立法者在确定干预的程度与方式上,必须仔细斟酌,以免驰离个人主义方法论的航线太甚,过度戕害私人利益与私人自治。

第二,买卖不破租赁制度。近代以降的“买卖不破租赁”制度之所以一反债权并无对抗物权效力的私法基本原理,限制出租人的私人自治,赋予承租人以对抗租赁物新买受人所有权的效力,一个基本的考量就是视承租人为经济上弱者,^[94]因此一反原本将民事主体视作无差异的抽象主体的做法,一定要在出租人与承租人之间区分个强弱智愚出来,显然可堪称是背反个人主义方法论的典范。此种制度的合理性已得到多方论证并被各国民法普遍确立,其正当性不容质疑。然而,在我国,由于对个人主义方法论体认未深,从而对(出租人的)私人利益与私人自治珍视不足,合同法在设置该制度时其实是矫枉过正,好心办了错事。合同法第229条规定:“租赁物在租赁期间的物权变动不影响租赁合同的效力。”该条对可享有对抗第三人效力的权利主体即承租人的范围未设任何限制,据此,不论不动产承租人抑或动产承租人均可依据该条取得对租赁物买受人的对抗力。而实际上,“承租人”的概念所涵盖的社会经济活动主体的范围是极其广泛的,从住屋承租人到表演者场所的承租人,再到录影带、汽车的承租人,是否都是社会经济弱者大可怀疑。在租赁的各种情形中,不动产的租赁,至少在大多数情形,确实涉及基本生存保障问题,不论假设承租一方为社会经济弱者,或在契约订立与履行上处于交易的弱势,都还不算离谱,^[95]而认为动产的承租人是弱者或居于弱势,则无论如何都不完全符合现实。因此,各国立法关于租赁权对抗力适用条件的规定至少都以不动产租赁为限,绝少有扩及于动产的。不仅如此,世界上多数国家或地区的民法还要求出租人交付租赁物于承租人、承租人继续占有租赁物,或者更进一步规定租赁权的设定必须践行登记的公示方法,甚至规定租赁权必须预告登记,才使承租人的租赁权发生对抗效力。这些措施都表明,这些立法在限制出租人的私人自治以体恤弱者、实践实质正义,亦即偏离个人主义方法论的轨道时是极为保守与慎重的,而我国合同法仅以租

[94] 陈春山:《契约法讲义》,瑞兴图书股份有限公司1995年版,第184页。

[95] 前引[41],苏永钦书,第380页。

赁物在租期内的所有权变动作为“不破租赁”的条件,而不明确将出租人已经交付租赁物以及承租人占有租赁物等作为赋予租赁权以对抗力的条件,这种构成要件上的不圆满性表明了立法在创设个人主义方法论的例外上是十分随意与轻率的。

第三,公平责任原则。早在古罗马,为避免因格式诉讼的僵化导致法律的严格性而造成“法之极、恶之极”的情形,罗马法就发展出了衡平法的概念,使得法官能依衡平而为裁判,以适应个案之情形。此种立法技术在当今各国或各地区民法中亦有适用,如德国民法典第829条就设有未成年人或聋哑人无识别能力时应负衡平责任的规定,我国台湾民法第188条亦设有雇主选任监督受雇人已尽相当注意时应负衡平责任的规定。这些制度超越了个人主义方法论设定的仅对自己自由意思负其责任的基本要求,而斟酌当事人的财产状况,以定赔偿责任,乃分配正义的特征,^[96]令经济力较强者优先予以经济力较弱者相当的补恤,旨在实践“扶贫济弱”的集体主义思想,其正当性在这些个别的情形或可得到证明。不过,作为一种追求个案正义的法律技术,衡平终究只能局限于个别情况,不能将其概括提炼为法律适用的一般原则,否则将会极大损害法律的安定性。然而,民法通则第132条规定,“当事人对造成损害都没有过错的,可以根据实际情况,由当事人分担民事责任。”该条将原本只能扮演例外角色的衡平确立为侵权法的一项基本归责原则——公平责任原则,使得财产的有无多寡成为了判断加害人应否承担侵权责任的基本依据,这在近代以降的世界民法史上恐怕都是绝无仅有的。在西方国家,即使是在前苏联东欧国家,也仅仅只是一般性地将加害人的财产状况作为侵权责任成立后决定赔偿数额的一项因素,在判断加害人侵权责任之有无方面依然恪守“根本不考虑加害人的具体境况,一断于过失之有无”的个人主义信条。在双方当事人对造成损害均无过错的情况下,根据过错责任原则,加害人无过错本无需承担民事责任的,现根据公平责任要求加害人分担民事责任,显然违反了过错责任原则的基本要求;根据严格责任原则,加害人本应该承担全部民事责任的,现根据公平责任要求受害人予以分担,显然也违反了严格责任原则的基本要求。正是在此意义上,王泽鉴指出,(公平责任)难免会造成法院不审慎认定加害人是否具有过错,从事的作业是否具有高度危险性,而基于方便、人情或其他因素从宽适用此项条款,致过失责任和无过失责任不能发挥其应有的规范功能,软化侵权行为归责原则的体系构成。^[97]

结 语

虽然自19世纪末期以来,私法公法化、法律社会化的吁求乃至实践一直不绝于缕,但个人主义的价值观作为民法的精神基础一直未受动摇。卡纳里斯在《欧洲大陆民法的典型特征》一文中指出,就欧洲民法的核心而言,“这些基础是极其一致的,虽然这些起着决定作用的法典是在完全不同时期生效的。从一开始的1804年的法国民法典……直到1942年的意大利民法典和1992年的荷兰民法典,服务于民法的三大根本原则一直贯穿其间:平等、保护个人权利和自由。与此相关联的是民法的三大基本概念:人、主体权利和法律行为。”^[98]个人主义方法论自始即与民法的个人主义价值基础相伴随,因此,对民法而言,较诸价值分析、历史分析等其他的方法,它是不可或缺的,只是我们一直未能意识到而已,但我们不能否认其存在。就如在“无形之手”的洞见被斯密表述出来以前,我们并不能否认此前的市场就不是在“无形之手”的引导下运行的。在我看来,其实根本无须诉诸某些恢宏的誉词,只要体认到民法的方法从研究立场上而论乃是一种个人主义方法,就能为我们坚守“民法所秉持者乃个人主义价值观”的信念铺陈上厚重的地基。

[96] 王泽鉴:《侵权行为法》,中国政法大学出版社2001年版,第20页。

[97] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第6册,中国政法大学出版社1998年版,第293页。

[98] 孙宪忠主编:《制定科学的民法典——中德民法典立法研讨会文集》,法律出版社2003年版,第40页。

对当前中国而言,中国法制业已经历的苦难历程,或许会警视我们不重蹈因完全无视个体的客观实在性而否定私法的极端观念与实践的覆辙;但由于对个人主义方法论及其倡导的私法理念与价值的了解未臻深入,我们常常会发现,人们会迷惘地在确认个体利益、保障私人自治以实践形式平等、形式正义价值,还是牺牲个体利益、限制私人自治以实践实质平等、实质正义价值之间踟躇不前;更为常见的甚至是,人们怀着良好的初衷假其他实体性价值以行,而毫不犹豫地弃私人利益、私人自治如敝履,但事实却是,专制、暴虐等个体的天敌在这些正当理据的帷幕下借尸还魂。针对这种假平等、安全、公共利益之名而践踏个体价值的现象,在我国这个因传统上一直实行封建专制统治从而私人观念相对薄弱,因建国后长期实行中央集权经济体制从而市民社会从未相对独立的国度,在私法领域倡导个人主义方法论之意义已昭然矣。

Abstract: There are two ideal systems named individualism and holism in dealing with the relationship between individual and society. Both of them indicate two forms, methodological and axiological. As for jurisprudence, the fundamental role which methodological individualism plays in private law is unquestionable, while methodological holism has little scope in it. Private law places great emphasis on the individual: private right, private autonomy, private interests, commutative justice and the procedural justice etc, all of which are the requests of methodological individualism. Although the scholars have applied methodological individualism in private law intentionally or inadvertently, with the ghost of holism existing everywhere, it is still very necessary to advocate methodological individualism.

Key words: individualism, individual, methodology, private law
