



陈夏红·主编

中国民法

多重视角下的中国民法：
文化传统、现行规范与跨域比较



分卷主编·葛江虬 译者·余小伟 廖文卿 等

中国大百科全书出版社



远观译丛

陈夏红·主编

中国民法

多重视角下的中国民法：
文化传统、现行规范与跨域比较

主编·葛江虬 译者·余小伟 廖文卿 等

 中国大百科全书出版社

图书在版编目 (CIP 数据)

中国民法/陈夏红主编;葛江虬编. --北京:中国大百科全书出版社, 2018. 8

(远观译丛)

ISBN 978 - 7 - 5000 - 9591 - 0

I. ①中… II. ①陈… ②葛… III. ①民法 - 研究 - 中国
IV. ①D920. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 161217 号

策 划 人 郭银星

责任编辑 李海艳 程广媛

责任印制 魏 婷

封面设计 乔智炜

出版发行 中国大百科全书出版社

地 址 北京阜成门北大街 17 号 邮政编码 100037

电 话 010 - 88390093

网 址 <http://www.eepph.com.cn>

印 刷 北京君升印刷有限公司

开 本 787 毫米 × 1092 毫米

印 张 20.5

字 数 248 千字

印 次 2018 年 8 月第 1 版 2018 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5000 - 9591 - 0

定 价 69.00 元



本书如有印装质量问题, 可与出版社联系调换。

总 序

大洋彼岸的回声

想编这样一套丛书的想法由来已久。自多年前到荷兰游学，出于研究需要，查阅了大量英文写成的有关中国法律的文献。阅读的过程，失望与希望并存。说失望，是发现，由于语言、文化等因素，有一些用英文写成的有关中国法律的文献，或流于浅层次的泛泛介绍，或充满西方式的傲慢与偏见，并不尽如我们在惯性思维里对西方学者的预期与推崇。而说希望，是发现，亦有为数不少的文献，选题新颖，论证严密，评析问题入木三分，既顾及中国的传统与现实，亦能够用最现代化的法治标准，去衡量中国法治发展的成败得失；既有理性的批评与建议，亦有客观的褒扬与赞许。尽管现在国人的英文水平较之以往有提高，文献检索能力也随之进步，数据库技术的发展消除了获取这些原文的障碍，但从传播效果最优化的角度，我觉得这些佳作，依然有翻译成中文并在国内出版的必要。

这个想法，首先得到中国大百科全书出版社社科学分社社长郭银星女士的鼎力支持。2013年初，我回国探亲，忙里偷闲与郭银星聚餐，聊及这个选题，双方一拍即合，并在各自的领域内，做了最大的努力。

我与郭银星相识已有十多年，在出版领域算是挚友，此前我们已有一些合作。比如在我的建议下，中国大百科全书出版社重版曹汝霖的回忆录《曹汝霖一生之回忆》；《高宗武回忆

录》出版过程中，我亦参与校阅；我们更大规模的合作，便是辛亥革命 100 周年之际，由我与杨天石教授编辑的《辛亥革命实绩史料汇编》四卷本。这套丛书出版过程延宕甚久；出版之际，辛亥革命百年纪念已经落幕。但这套书出版后，依然获得一些好评，尤其是很荣幸地获得“2011 凤凰网年度十大好书”的称号。而这套远观译丛，则是我们最新的合作成果。

选择与中国大百科全书出版社合作，完全是基于该社在法学学术出版领域卓越的声誉和口碑。据我所知，中国大百科全书出版社在法学领域最早期的成果，是 20 世纪 80 年代初期的《中国大百科全书·法学》。百科全书作为国家学术思想的门户，其重要性毋庸置疑，尤其是中国经过多年“文革”浩劫，亟待重建知识体系的情况下。中国大百科全书出版社由此创建，而亦以此成名。《中国大百科全书·法学》编撰过程中，当时国内老中青三代法学家尽数参与其中，济济一堂；这本书出版后，一时洛阳纸贵，也成为当时法学院师生不可或缺的参考书。而 90 年代中后期，中国大百科全书出版社与福特基金会合作，由江平先生出任主编，隆重推出“外国法律文库”，将德沃金的《法律帝国》《认真对待权利》、伯尔曼的《法律与革命》、哈耶克的《法律、立法与自由》、贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》、哈特的《法律的概念》、戴西与莫里斯的《论冲突法》、奥本海的《奥本海国际法》、凯尔森的《论法律与国家的一般理论》、拉德布鲁赫的《法学导论》等西方学界脍炙人口的法学名著，悉数译介到国内。这些书籍的出版，对于当时的法学界来说，其意义自不待言。如今随着法学出版格局的进化，译介甚至原版影印的作品越来越多，但中国大百科全书出版社在法学领域的这些贡献和创举，至今散发着绵延不绝的影响力。

远观译丛想法的产生，不能不提及一些同类作品。最为著

名的当然是刘东主持编辑的海外汉学丛书。这套书从文史的角度，将海外学人研究中国的佳作“一网打尽”。而在法律领域，除了早年王健编辑的《西法东渐：外国人与中国法的近代变革》，尚有高道蕴、高鸿钧以及贺卫方等编辑的《美国学者论中国法律传统》。除了译作，后来也出现一些研究外国学者论中国法的作品，这里面最重要的一本当属徐爱国教授的《无害的偏见——西方学者论中国法律传统》。我之所以有想法编译这套远观译丛，无疑是受到以上作品的启迪，理当在这里表达敬意与谢意。

但是，上述译作大都局限在比较法或中国法律传统的框架内，重理论而轻实务，重理念而轻实践，文史气息浓郁，对具体的部门法则涉及不多。这或许是远观译丛与前述作品的最大区别。在我看来，中国法律传统固然值得盘点，但在中国大转型的节骨眼上，更为重要的则是对我们现行法制建设的成败得失作出理性的分析评判。正应了那句老话：“兼听则明。”我们有必要将域外学者对中国法律制度的具体评述译介到国内，为法治的现代化更上一层楼，增加必要的参考资料。这些中国法治事业在大洋彼岸的回声，势必会给读者带来耳目一新的感觉。这么说，并不是说前述对中国法律传统的盘点不重要，而是希冀在这些工作的基础上更进一步。

说到中国法治的现代化，这无疑是一个更长久的历史过程。清末开启中国法治现代化进程，绵延至今已有一个多世纪。大约115年前，即1902年，刚从义和团运动及八国联军侵华之后回过神来的晚清政府，在与西方列强修订商约过程中，被迫启动修律新政，为挽救这个摇摇欲坠的王朝，不得不服下一剂废弃祖宗成法的猛药。此举一下子将畅行中华帝国千余年的传统律法体系几乎连根拔起，亦将中国带上了法律现代化的不归路。正所谓“开弓没有回头箭”，中国在法律现代化

的道路上，因应国际政治形势的演变，先学欧美，再学苏联，复归欧美，一波三折，大方向却始终如一。在这个过程中，中国的法律体系可以说是一个“全盘西化”的过程。这个“西”既包括日本、德国、法国，也包括英国、美国，当然更不能漏掉苏联。周大伟先生尝言，中国现代化的过程便是三院诞生的过程。这里的三院便是医院、法院、法学院，此言颇得我心。现在是对持续近百年的法治“全盘西化”作一盘点的时候。在盘点之前，我们有必要听听域外学者对我们现有的法律成果作何评说。师夷长技以自强也好，师夷长技以制夷也罢，中国法治现代化的伟业，我们只能一步一个脚印，筚路蓝缕，群策群力，以愚公移山的精神艰苦奋斗下去。

在我心目中，这套书预期的读者，将不仅仅是法科学生，而更多的是各个部门法领域的专家、学者及研究人员，还有实务部门的实践者和决策者。我之所以这么说，完全是由这套丛书的格局与气象决定的。在阅读译稿的过程中，我常常惊讶于原文作者直面中国法律实践的学术敏感，以及他们发现问题、归纳问题、提出问题以及解决问题的能力。这里面给我冲击最大的，既有《中国知识产权法》中，从中国传统文化角度解读“山寨”现象的新观点，亦有《中国破产法》中，对1906年《大清破产律》的比较研究。我不敢说每部入选图书都是佳作，但这样的列举势必挂一漏万，因为这样的闪光点实在是比比皆是。

这套丛书能够以现在这个样子呈现在读者面前，不能不归功于一个优秀的翻译团队。这个团队年轻而富有朝气，大部分成员为“八〇后”，基本都在中国、日本、德国、荷兰、奥地利等国内外法学院，受过完备的法律教育及扎实的学术训练。这也是为什么我们首辑包括《中国民法》《中国刑法》《中国刑事司法》《中国公司法》《中国知识产权法》以及《中国破

产法》中，能够收录包括日语、德语、英语在内的重要文献。这既保证我们能有国际化的视野，也保证我们可以尽最大的能力，使得这些优秀的作品能够以尽可能完美的方式，呈现在读者面前。

毫无疑问，对于我们这个年轻而朝气蓬勃的翻译团队来说，无论是在专业素养上，还是在人格养成方面，翻译并出版这套丛书，都是一个极为宝贵的锻炼机会。在这个协作的过程中，我们逐渐学会有效沟通、制定规则、执行规则、维护权利、履行义务、践行诺言、承受压力等。在这个组稿、翻译、定稿的过程中，我们既完整地展示出各自的能力，亦发现自身颇多值得完善的地方。对于每个参与者来说，这套丛书出版的意义，绝不仅是署有自己名字的译作出版，而更多的意义在出版物之外。我希望这套丛书的出版，对于所有参与者来说，不是我们这些参与者学术人格训练和养成的终结，而只是开始。

坦率地说，翻译本身不仅仅挑战译者的外语能力，更考验译者的中文水平。就翻译三目标“信、达、雅”而论，能够“信”而“达”已属不易，“雅”更是一个值得恒久努力的目标。什么是美好的汉语？这个问题仁者见仁、智者见智，但能够做到清楚、通顺已经很不容易。只有在翻译的过程中，我们才能真切地看到自身的汉语水平。这套丛书译稿不断更新的过程，也是我们对自己的母语水平不断审视并提高的过程。但即便如此，用一句俗套但绝非客套的话来说，恐怕翻译的讹误之处在所难免，还请读者们不吝赐教。

第一辑七本分册的出版，只是远观译丛的起步。这套丛书将保持开放性、持续性，会通过各种方式继续进行下去。下一步，我们除了继续围绕不同学科或者特定主题选译优秀论文外，亦将会引进合适的专著，目前这方面的工作已经起步。此外，我们诚挚地期待并邀请更多的同行加入这个团队，将更多

的佳作介绍给国内的读者。

作为这套丛书的主编，在这里，请允许我诚挚地感谢中国大百科全书出版社尤其是社科学术分社社长郭银星女士；感谢本丛书所收论文的作者或原出版机构等版权持有方的慷慨授权；感谢本丛书各位分卷主编耐心细致的组织工作；感谢各位译者认真负责地翻译；当然，最后更要感谢并期待来自各位读者的意见和建议。

是为序。

陈夏红

2015 年于荷兰马斯特里赫特大学

2017 年定稿于京郊昌平慕风斋

序 言

本书为陈夏红先生主编远观译丛之民法卷。内容主要涉及外国学者对我国多个民法部门中立法、制度与规则的介绍，他们的理解，以及发表的一些评论。他们使用的研究方法，多为规范分析与描述性研究——而在描述性研究中，又以比较法最为常见。作者中既有学界权威，也有实务界精英，故问题意识的产生与论述的切入角度亦各不相同。而相同点则在于，每一篇文章都能为我国内的研究者提供一个独到的视角，使我们对中华文明圈之外的法律学人如何看待我们的法律运行产生全新的认识。正所谓“他山之石，可以攻玉”，这些视角与观点对于我们增长知识、检讨自身、查遗补缺、寻求提高，都极有裨益。

我们在选择文本时，资源一方面来自于译者与原作者的学术往来，故得应允授予版权；另一方面来自于对网上多个数据库（其中主要是 Westlaw 和 Heinonline）的检索。在挑选文章时，我们主要的考量既包括“作者的知名度、期刊的质量”这些客观因素——毕竟这决定了文章的影响力，对质量也是一重保障——也涉及“在观点、方法论上是否有创新”这些实质性的标准。

从内容上看，本书一共包括十篇文章，其梗概与我们的推荐理由如下：

第一篇文章是西蒙娜·诺瓦雷蒂女士的《一般条款及其

实践：诚实信用原则于中国法院的适用》。该文对“诚实信用原则”的概念做了细致的分析，并探讨了中国法院使用该概念的基本路径。就对“诚实信用原则”的语义分析而言，作者深厚的中文功底得到了极好的体现，词源学的视角及其对法学概念内涵塑成的影响探讨，亦颇为新颖。

第二篇文章是玛丽娜·蒂莫泰奥教授的《中国合同法中的模糊概念：以“合理”为例》，该文以对模糊概念——“合理”——的分析为切入点，同样兼顾了传统文化对中国法律概念形成与发展的影响，以及当代中国司法实践对于此类模糊概念的应用。无论是我国博大精深的文化渊源，还是现今由立法到实践的大略与细节，该文均有涉及，且把握准确、理解深刻。

第三篇文章是纪尧姆·鲁吉耶-布里埃先生的《中国合同磋商与实践之特性》。作者以其丰富的实务经验，从旁观者的角度对中国的合同磋商与实践进行了精确而独到的描述——文章不仅介绍了《合同法》中有关磋商的规则，并将其与国际模范法、法国法进行了一番比较，而且还针对传统文化对合同订立过程的影响与其表现形式作了一番阐述。这不仅具有学术价值，对于我国实务界人士了解涉外合同中的相对方如何看待与我方订立合同，亦有借鉴。

第四篇文章是妮科尔·科尔内特女士的《中国缔约制度：有关合同自由、合同成立、格式之争以及标准合同的比较研究》。该文主要是以中国《合同法》相关规范为出发点，将之与一些国际模范法、欧盟指令，以及欧盟成员国国内法进行一番比较研究，就合同缔结过程中的若干问题，如合同自由原则、要约与承诺的认定、格式条款、格式之争等，展开了分析，并指出中国《合同法》在整体上具有进步性，但在一些细节上仍有待提高之处。其中对西方一些固有误解的澄清令人

称道，对现行中国合同法的理解入木三分。

第五篇文章是叶玛莉女士的《修订后的〈合同法〉及其对中国消费者权益保护的影响》。西方学者往往认为合同非为消费者权益保护的实用工具，受此启发，该文仔细评核了修订后的中国《合同法》在消费者权益保护领域的角色。在详查修订后的《合同法》在中国消费者权益保护方面的细节之前，本文大致勾勒了该法的修订历程，并着重揭示了该法的显著特征。

第六篇文章是亚当·朱利亚诺先生的《中美货物销售中的货物不相符性：中国〈合同法〉、美国〈统一商法典〉与〈联合国国际货物销售合同公约〉》。该文作者从中美贸易的飞速发展切入，提供了一篇典型的比较分析报告。作者针对合同履行中的相符性问题，就相符性的判断、风险移转、当事人的补救、货物的检验、质量的判断与通知等多个相关问题，对《合同法》、《统一商法典》以及《联合国国际货物销售合同公约》做了细致考察。

第七篇文章是汉斯-乔治·博威格、诺曼·多考夫、尼尔斯·杨森三位先生的《中国的新侵权责任法》。该文由中国侵权法制订过程中的法政策背景、咨询建议情况与内容概览入手，对我国新侵权法作了一番精到描述，并基于德国法视角与观点做了若干评论，认为这部法律在许多关键点上表现出了先进性，并敏锐地发现其中仍存在不少冲突。

第八篇文章是苏里亚·德瓦先生的《〈侵权责任法〉：前进了一大步？》。该文同样批判性地审视了《侵权责任法》中一些重要条文。在进行一番细致分析后，作者认为，尽管这些条文使人们乐观地认为《侵权责任法》能够保护公民的权利，但由于一些客观原因，《侵权责任法》能起到的作用也是有限的。

第九篇文章是文森特·约翰逊教授的《法治与中国侵权法的实施》。在研究方法上，该文基于文化差异性视角的进路，以美国联邦最高法院判例所发展起来的有关法治的原则与标准为参照物，来评判中国的新《侵权责任法》，并考察其是否符合法治的要求。作者认为，侵权法虽然提供了一个充分的法教义学框架，但其实施仍面临许多有待克服的困难。

第十篇文章是埃伦·布勃利克教授的《实施中的侵权法：合理注意的预期》。该文作者首先阐释了中国侵权法与美国侵权法上诸多规则的异同，并对一项美国侵权法上核心原则的规则进行了评论，即构建侵权法体系的核心功能在于鼓励人们对他人安全给予合理注意。在文章最后，作者还对中国侵权法值得借鉴的内容做了介绍。

本书限于学识与语言能力上的不足，讹误难免。读者有任何意见与建议，都可以向我们提出，您的批评指正将是我们进步的最大动力。

葛江虬

2015年1月28日于荷兰马斯特里赫特大学

目 录

总序 大洋彼岸的回声	1
序言	1
一般条款及其实践：诚实信用原则于中国法院的适用	1
中国合同法中的模糊概念：以“合理”为例	38
中国合同磋商与实践之特性	55
中国缔约制度：有关合同自由、合同成立、格式之争 以及标准合同的比较研究	75
修订后的《合同法》及其对中国消费者权益保护的影响	125
中美货物销售中的货物不相符性：中国《合同法》、 美国《统一商法典》与《联合国国际货物销售合 同公约》	147
中国的新侵权责任法	181
《侵权责任法》：前进了一大步？	213
法治与中国侵权法的实施	230
实施中的侵权法：合理注意的预期	289
译后记	310

一般条款及其实践：诚实信用 原则于中国法院的适用^{*}

西蒙娜·诺瓦雷蒂^{**} 文

葛江虬^{***} 译

简目

一、引言

二、中文语境下“诚实信用”的翻译

三、中国成文法中的诚实信用原则：由民法典第 219 条至当代合同法

（一）诚实信用概念的引进：《中华民法典》第 219 条

（二）当下的法律策略：《民法通则》与《合同法》中的诚实信用原则

（三）《合同法》中的诚实信用原则

四、判例中对于诚实信用原则的适用（1999—2006）

^{*} Simona Novaretti, “General Clauses and Practice: The Use of the Principle Of Good Faith in Decisions of Chinese Courts”, *European Review of Private Law*, Vol. 18 (2010), Issue 5, pp. 953–981. 本文的翻译与出版已获得作者授权。

^{**} 西蒙娜·诺瓦雷蒂，威尼斯斯卡弗斯卡利大学东方语言文学学士、都灵大学法学学士、米兰大学博士，现任都灵大学中国法助理教授。

^{***} 葛江虬，荷兰马斯特里赫特大学法学博士，复旦大学法学院讲师。

(一) 诚实信用原则在具体案件中的适用：缔约过失责任
(《合同法》第42条)

(二) 诚实信用原则在具体案件中的适用：《合同法》第60条与第125条

(三) 诚实信用原则在具体案件中的适用：后合同义务
(《合同法》第92条)

(四) 诚实信用原则在具体案件中的适用：举证责任

五、结论

一、引言

诚实信用原则在中国立法已经确立的一般条款中占据了显著的位置。尽管在1986年《民法通则》^①第4条首次引入该概念时，诚实信用的适用范围非常狭窄——这是由于严格的实证主义风潮是改革开放头几年中的重要特征。然而在1990年以后，诚实信用在判例和学术著作中愈发风靡——该原则在中国学者中被称为“帝王条款”。^②

如今，诚实信用原则在宣示意义上的重要性已被广泛接受——事实上几乎所有民商事相关的法律都会涉及所谓“诚

① 1986年《中华人民共和国民法通则》，以下简称《民法通则》。

② 参见梁慧星：《民法》，四川人民出版社1989年版，第323页；江平编著：《中华人民共和国合同法精解（附法律条文）》，中国政法大学出版社1999年版，第6页；邓家诚、黄志平：《论诚信原则的适用》，《广西政法干部管理学院学报》2004年第1期；夏汉明：《诚实信用原则浅析》，《武汉市经济管理干部学院学报》2003年第4期；焦富民：《论诚实信用原则与我国现代合同法的重塑》，《河北法学》2002年第4期；李茂军：《解读诚信原则：关于诚实信用原则的法律思考》，《河北法学》2002年第6期。这个概念使用得非常普遍，在许多教科书中均可发现。See e. g., the bilingual manual by Zhu Yikun, *Zhongguo Minfa - China's Civil Law*, Beijing: Falü Chubanshe, 2003, p. 8.

实信用原则”。^① 这和“诚实与信用”已经成为一句为中国领导人广泛援引的话语休戚相关，且同样是中国建立法治国家的先决前提之一。^②

与此同时，诚实信用亦有若干内涵尚未为人所熟知。譬如，该原则在司法实践中便有着相当的不确定性。对于中国法官及其他以中文为母语的使用者来说，想要识别由中文概念“诚实信用”^③ 引申出的价值观念亦非易事。

然而，若想要彻底理解中国法以及超越其表面形式之上的具体机能，进行一番深入探究必不可少。与此同时，此番探究就中国法官对诚实信用与其他模糊概念的广泛使用而言也显得正当其时。考察对模糊概念的使用，于国际上的相关人士以及中国的法学家而言都显得尤为重要——尽管可能视角不同。一般条款适用范围的不断扩张，可能会引起过于主观随意的司法意见以及产生法律的不确定性。

本文的目标，乃试图就一项仍在进行中的研究项目“中国法院如何适用诚实信用原则”作出中期结论。为此，我们将对若干具体案例展开分析——这些案例发生于1999年10月

① 比如说，除了我们将深入分析的《民法通则》第4条、1999年《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第6、42、60、92、125条之外，以下中国法律中也包括“诚实信用”的概念：1993年《消费者权益保护法》第4条、1993年《反不正当竞争法》第2条、1995年《保险法》第5条、1997年《价格法》第7条、1997年《拍卖法》第4条、1996年《担保法》第3条、2006年《合伙企业法》第5条、2005年《证券法》第4条，以及在2008年1月1日生效的《劳动合同法》第3条。2005年以来，“诚信”一词亦可见于《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》第7条。

② 参见温家宝2004年在全国人民代表大会上所作的讲话。Cited by D. Cao, *Chinese Law. A Language Perspective*, 2004, n. 52, 182. 进而言之，根据在网络上所能找到的报道，温家宝使用了“诚实守信”的表达，而非本研究所使用的“诚实信用”。“守信”是“守信用”的简略说法，意味着某人履行自己的承诺，故“诚实守信”与“诚实信用”几乎完全相同。关于诚实信用的语义，参见本文第二节。

③ 对于中文概念的标音，我们使用了汉语拼音系统；而对于日文概念，我们使用了赫伯恩（Hepburn）拼写法。另外，我们将采纳中文与日文的习惯，将姓置于名之前。