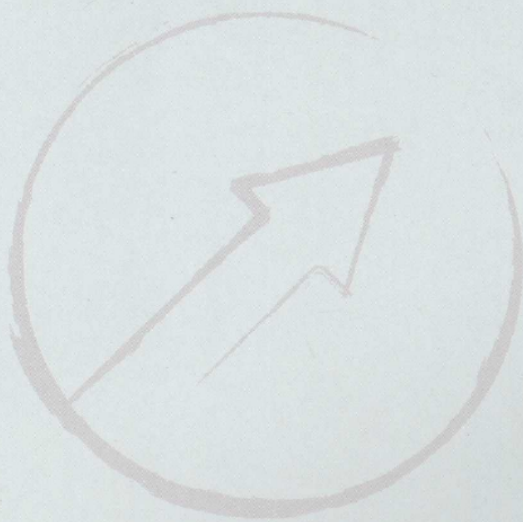


新视点法学丛书

总主编 | 张文显 王利明 |

商法上的外观主义

全先银 / 著



人民法院出版社

《新视点法学丛书》专家推荐意见

外观主义理论是商法基础理论之一，它对于完善以交易和流通为特征的市场经济体制具有重要意义，在商法学上，我国学术界对外观主义理论的系统研究尚有欠缺。基于这一状况，本书著者运用历史、分析、比较等研究方法，对这一理论的主要内容和存在的合理性及必要性等问题进行了详细地分析和探讨，它必然会对我国目前商法基础理论的完善和市场经济法律体系建设有所裨益。

推荐人 崔勤之

中国社会科学院研究生院教授、博士生导师

ISBN 978-7-80217-514-3



9 787802 175143 >

定价：26.00 元

新视点法学丛书

商法上的外观主义

全先银 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商法上的外观主义/全先银著. - 北京: 人民法院出版社, 2007. 12

(新视点法学丛书)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 514 - 3

I. 商… II. 全… III. 商法 - 研究 - 中国 IV. D923. 994

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 202300 号

商法上的外观主义

全先银 著

责任编辑 吴秀军 陈建德

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010)85250578 (责任编辑) 85250516 (出版部)

85250558 85250559 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 1/16

字 数 241 千字

印 张 13.5

版 次 2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 514 - 3

定 价 26.00 元

版权所有 侵权必究

《新视点法学丛书》编委会

编

委：(按姓氏笔划为序)

马怀德	卞建林	王利明	王振民
田平安	孙长永	朱 勇	江 平
江 伟	余劲松	吴汉东	吴合振
张文显	张明楷	张锦同	李汉昌
汪建成	沈德咏	陈光中	周叶中
罗玉珍	姜建初	姜明安	胡建森
徐显明	常 怡	黄 进	童兆洪
潘剑锋	宋随军(执行)		

丛书总主编：张文显 王利明

总主编助理：宋随军

总 序

由于众所周知的历史原因，我国的法制建设和法学研究经历了诸多曲折环节，在这段历程中，我们这一辈的人深刻感受到历史的吊诡：我国在解放前基本上实行的是西方资产阶级的法学教育，解放后则全面转向社会主义法律资源，其后是法律虚无主义，再后是法治和法学的复生、发展，直至今日，我们基本上走的是与世界接轨的法律和法学之路。这道弯转得大了，似乎隐含了经典作家所说的“否定之否定”，无论如何，我们看到历史的轨迹转向了正确的方向，与此相应，我国的法治事业和法学研究正呈现出蒸蒸日上的好气象。作为一名年长的法学教育工作者，我对此甚感欣慰。

然而，我在欣慰之余，我也有些失望。我感到，由于传统、历史和文化等原因，也由于一些学者欠缺自主意识和理性自觉意识，尽管近些年有一些振聋发聩之作品的问世，但从整体上看，与法治发达国家和地区相比，我国理论法学的研究大体上还是处于浅层次，没有在深入分析、认识和理解传统并借鉴外学的基础上自觉形成针对我国现实的问题意识，没有在深入挖掘、抽象和总结法学自身规律的同时自觉运用和借鉴其他学科的知识和方法，正是因为有这样的缺憾，能清晰阐明我们“应当怎么样”、“为何这么样”和“怎么这么样”的著述比较罕见，这不仅导致我国法学家在国际法学界基本上是集体失语，这种状况与我们泱泱大国的风范极为不符；更重要的是，这还导致实践操作上的人文式微和无力。

我希望新一代法学研究者在进行研究时，首先要敢于立足法学前沿问题，至少是某一突出的热点问题，敢想人之不敢想，敢言人之不敢言，敢提出有创建性的见解和建构性的思想；其次还要在熟练运用法学自身方法外，尽量运用哲学、社会学、经济学等其他学科的方法和知识，使得法学能从其他学科汲取营养。如是以来，在百花齐放、百家争鸣中，中国的法学和法治事业势将有大的作为和大的突破。

《新视点法学丛书》给新一代法学研究者提供了展示自身实力的平

台，以上寥寥数语算是我给它的寄语，希望它因入选的新一代法学研究者而扬名，也希望新一代的法学研究者因他而增辉！套用一句老话，诚可谓馨香而祝之矣！

是为序。

江 平

2005 年 8 月

编者的话

(一)

中国法制的近代转型始于清末改制。自清末改制以降，中华法系的传统法制逐步解体，西方的法学概念、法学理论以及法律制度开始在中国落地生根。迄今，中国法制近代转型的历程已逾百年。在这百年间，中国法制尽管有所中断、顿挫，但是，其基本方向却一直未变，即借鉴西方法律文明，推动中国法律制度从传统法制到现代法治。

从历史的纵向发展看，中国法制的近代转型经历了移植、磨合、融合、发展四个阶段。但是，从历史的横断面看，中国法制的近代转型在不同法域却表现出不同的发展状况。其中，在我国台湾地区，在继承清末改制的历史遗产基础上，已经能够较好地融合外来法律文化与中国传统文明，并根据自身的社会现实条件在求进一步的发展。在我国香港，在英国普通法传统的影响下，已经形成了自己较为稳定的法律制度和风格。在我国澳门，法律制度则呈现出较明显的大陆法系传统。在我国大陆地区，新中国建立后，法制建设经历了诸多顿挫与波折。其中，由于人为中断了法律制度、法律文化的历史继承，我国大陆地区现今的法律制度建设、法学发展面临着双重的问題：一方面，必须面向过去“继承”、“补课”；另一方面，又必须回应现在“创新”。就前者而言，只有将我国法制建设置于中国法制近代转型的历史视野中，才能清楚地看到我国法制建设的历史使命、发展方向以及自身的真实状况和不足；而就后者而言，通过借鉴我国其他法域的经验 and 尝试，可以减少不必要的周折和成本。

近年来，随着我国大陆地区社会经济条件的变化，尤其是基于社会主义市场经济的客观需要，法律制度正在经历着一场新的变革：社会生活对法律可预测性的要求越来越高；现代都市化生活对法律制度提出了新的需求。因此，通过对法律制度自身变革应当注意问题研究与探讨、司法实践经验的总结与体认、热点学术问题的争鸣与争锋乃至对其他法域法律制度

的研究,不仅有助于我国自身不同法域间的相互了解,为我国大陆地区法律制度的发展完善提供较为可行的借鉴方案,而且,还将在一定程度上推动我国不同法域之间的融合。

(二)

自党的十一届三中全会以来,在伟大的法治实践和时代精神的召唤下,我国法律研究工作者解放思想,推陈出新,在理论法学方面进行了广泛而有益的工作,极大地推动了我国法制实践和理论建设的前进步伐,也颇有成效地丰富和拓展了法学研究的领域和视野。

然而,由于传统及历史的原因,也由于一些学者自主意识和主体意识的匮乏和理性自觉意识的迷失,我国的理论法学研究总体来说始终停留在浅层次中:尽管理论法学的研究已逐渐成为许多人神往和关注的对象,但真正深入地剖析其理论改革和精神旨趣,从而在全面、深刻地分析、认识、理解传统并借鉴外学的基础上而能清晰地阐明我们法制现状及基础条件如何(既若何)、法制改革应当怎么样(应若何)和法制改革怎么才能这样(怎若何)的著述却甚为罕见,至于实践操作上的人文式微和无力也更是不言而喻的了。

这样说,可能有点吹毛求疵,也可能有点急于事成,法制事业的进展和法学研究的开展,不是一蹴而就的容易事,它需要几代人脚踏实地地辛勤工作。然而,“一万年太久,只争朝夕”,我们必须有正视自己弱项的勇气和视野,并尽快为弥补弱项而努力。新一代法学研究者绝不能只是在前人铺就的轨道进行简单承继和发展,而是要立足于深刻变迁的时代背景,掌握实践需求的动向,凭借理论敏感、社会良知和责任意识,借助古今中外的研究成果,运用多学科的方法技巧,走出属于自己的道路,真正践行自己的应有使命和贡献。当然,这也绝不是说打倒前人、从头再来。

尤应强调指出的是,由于法原本存在于人的社会生活之中及人的观念中,立法者、法官和法学家的任务不是制造法律,而是从现实社会生活中和人的理念中去发现法律,然后运用条文的形式、判例的形式或学说的形式将其表现出来。在这个意义上,我们的历史传统、我们所处的变革时代以及众多在场和不在场的“人民群众”给了我们一个学术的“富矿”,也让我们肩负起历史的重担。因此,法学研究从本土出发,从司法实践中体认并总结其经验教训,不断地从最新、最丰富的实践中汲取营养,丰富自己、修正自己、发展自己,是这门科学发展的必然要求。可喜的是,近些年来,许多年轻学者在各自的研究领域里做出了许多有益的探索,取得了

相当的成就。

(三)

有鉴于上述不太成熟的认识,编者以《新视点法学丛书》为平台,按照如下要求选辑出版了这套书目:

论文要注重研究中国问题,能立足于我国法学研究前沿,或至少是部门法学、或是实践中的突出热点问题,有创见性见解。它们要或能显示出有利于学术发展的价值,展拓我们的视野;或能立足于现状,就制度性缺陷提出建构性思路或设想。

论文的研究要是跨学科的,特别注意不要为我们的学科所限定,应当注意交叉学科的法学研究。根据特定的研究对象,尽量从社会学、人类学、经济学、哲学等学科的不同视角来研究中国法律问题。

论文的研究是运用多种方法进行的。

在我们的设想中,这是一个致力于推动我国法学理论研究的更生与繁荣、法律制度改革与完善的开放性学术文库。

易言之,她的宗旨是:立足于深刻变迁的时代要求和实践需要,凡足以反映某一流派学术观点、某一学科的建树、某一问题新的方法以及其他足资长期参阅的作品,均拟收录之,而结论的对错本身无需立现,只要言之有理,立之有据即可,端赖于在百花齐放、百家争鸣的争辩中展示出材料、方法论乃至思维定式,以此企求能对我们这个时代的学术风气、学术习惯有些许触动,并期望广大读者能够就著述者观点展开激烈争鸣,以有益于法学学术之研讨而取便于我国社会法制改革的进步。

《新视点法学丛书》书稿依照以下方法选定:初步选题首先由各高校知名法学教授参照选辑标准从本校遴选,然后由编委会综合各方面意见,最后根据我国现阶段学术发展及司法实践需要组织相关专业知名专家匿名评审而定。

鉴于各高校知名专家难以全部详耘相关书稿的实际情况,编委会特从北京大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学、中国社会科学院法学研究所、清华大学法学院、华北电力大学等单位邀约了十余位不同学科、具有博士学位的青年学者参与初稿评审,先由他们对初定书稿详阅后就学术价值、市场前景提出审读意见供评审组专家参考。为保证书稿质量,编委会对遴选书稿实行评阅人、推荐人评语负责制,专家推荐意见署名附录相关书稿封后,供市场及广大读者检验。

《新视点法学丛书》从策划、选稿至今已经历时两年多,由于出版的

原因一直拖至今日。其间，我们也曾和有关出版社达成出版协议，但由于种种原因，原先选定的部分书稿一直未能面世，致使有的作者另转他处出版，不能不说是我们心中难以忘却的痛。当然编者因此也更加感受到人民法院出版社对我们支持的宝贵，在此，谨对人民法院出版社的领导以及责任编辑陈建德博士表示感谢。

最后，借用江平先生的鼓励作为结束语，与广大法学研究者和爱好者共勉：《新视点法学丛书》是给新一代法学研究者提供了展示自身实力的平台，希望她因入选的新一代法学研究者而扬名，也希望新一代的法学研究者因她而增辉！

编 者

2005年8月18日

目 录

总 序	(1)
编者的话	(1)
导 论	(1)
一、问题的提出和研究的意义	(1)
二、本文的研究方法及主要内容	(3)
三、国内外研究概况	(5)
第一章 概 述	(7)
第一节 外观主义的含义	(7)
一、外观主义的概念	(7)
二、外观主义的基本理念	(11)
三、外观主义法律关系类型	(14)
四、外观主义是商法的一项普遍原则	(16)
五、大陆法系的外观主义与英美法系的 禁反言法理	(21)
第二节 外观主义的历史沿革	(25)
一、大陆法系外观主义的沿革	(26)
二、英美法系禁反言法理的沿革	(35)
本章小结	(40)
第二章 外观主义的构成	(42)
第一节 概 述	(42)
一、外观主义构成的含义与意义	(42)
二、关于外观主义构成的学说	(43)
第二节 外观事实	(48)
一、外观事实的概念	(48)
二、外观事实的认定标准	(54)

三、外观事实的地位	(60)
第三节 本人与因	(61)
一、本人与因的含义	(61)
二、本人与因在外观主义构成中的地位及其历史演变	(63)
三、本人与因的判断标准	(70)
第四节 行为相对人的信赖	(76)
一、信赖的含义	(76)
二、信赖的基础	(81)
三、信赖的价值	(85)
四、合理信赖的判断	(86)
本章小结	(94)
第三章 外观主义的基础	(95)
第一节 外观主义的认识论基础	(95)
一、认识论的基本问题	(95)
二、外观主义在认识论问题上的依皈	(98)
第二节 外观主义的经济分析	(103)
一、经济分析的基本原理	(104)
二、外观主义的经济分析	(108)
第三节 外观主义的法律基础	(113)
一、外观主义的理论来源和制度基础	(113)
二、外观主义的法律价值取向	(119)
本章小结	(136)
第四章 外观主义的法律效果	(137)
第一节 概 述	(137)
一、外观主义法律效果的含义	(137)
二、外观主义法律效果的分类	(139)
第二节 行为有效	(140)
一、行为有效的构成要件	(140)
二、行为有效的法律效力	(161)
第三节 信赖责任	(163)
一、信赖责任的含义	(163)
二、信赖责任的构成	(164)
三、信赖责任的承担方式和责任范围	(183)

四、信赖责任的本质	(187)
本章小结	(190)
结 论	(191)
主要参考文献	(197)

导 论

一、问题的提出和研究的意义

有人才有社会，社会由个人构成，这是一条公理。但是，这并不意味着社会仅仅是单纯个人的集合体，事实上，社会的组成是以个人基于相互的分工与合作所形成的交往关系为基础的。个人为了满足自身的需求，包括精神的、物质的需求，就必须在分工与合作体系中与他人交往。在交往过程中，人与人之间的相互信赖起着重要的作用，它既是保证分工、合作与交往能够开始的前提，也是交往能够顺利进行的保障。当然，作为交往关系组成部分的交易关系，也是如此。因此，自从人类社会产生以来，如何保障人与人之间的相互信赖就成为调整社会关系的制度规范所必须考虑的问题。一般来说，在一个具体的交易关系中，信赖的保障由以下几个部分组成：一是交易主体所知道的交易中相关要素或信息必须是真实的；二是交易行为必须是有效的；三是在与交易有关的重要信息不真实或行为无效时，受损害的主体必须能够得到有效的救济。前两点是保证交易中的信赖有其基础并且能够实现，后一点是对交易主体信赖基础不存在的救济。一种公平、正义的制度规范必须促使上述问题得以实现。

法律制度，尤其是私法制度的存在，很大程度上就是为保证上述相互信赖目的公正实现。虽然把法律当做实现某种目的的手段或工具，会被认为是法律工具主义，^①但是无论如何也不能否认，从形式上看法律是达至公平正义的工具，正如庞德所言：“法律是一种社会工程，其目的在于达成公平正义。”^②因此，可以说法律承载着人们所希望的关于社会生活状态、模式的理想即公平正义。作为人的交往行为重要组成部分的交易行为，是人们满足生活需求的一种重要途径，资源的有限、人的能力的局限

① 参见谢晖：《法律信仰的理念与基础》，山东人民出版社1997年版，第462页以下。

② R. Pound, *Social Control Through Law*, Yale University Press, 1942, p64-65.

以及人的自身利益最大化的本性,使人们不得不在调整交易关系的法律中凝结着许多对公平的祈求。

在古罗马人那里,关于交易的公平来自于使用特定语言、深受宗教仪式影响的特定程序。^①不符合这种程序的交易,无论是交易行为,还是与交易有关的信息都不能产生相应的法律后果,换言之,不符合这种程序的交易关系不能受到法律的保护。在现代看来,这种严格的形式主义多少有点可笑,但是我们不应当忽视这种状况所存在的条件:由于自然条件的恶劣和生产力水平的低下,人们对来之不易的少量财产有着无比的珍视,此时法律的任务首先是保护个人对财产的所有,然后才是财产的交换和转移。虽然,迫于生活的需要人们不得不进行数量并不大的交易,但是,在神灵和代表公平正义的裁判官面前,通过严格、繁琐的形式来确认与交易有关的信息的真实性和交易行为的有效性,并以此为基础移转财产所有权还是能够令人放心的。

随着人类文明的进步和社会生产力的发展,人们认识能力的不断进步,改造自然、利用自然的能力也得到了提高。而改造自然、利用自然能力的增强,则使人们可支配的财产增多,在满足了基本需求之后,可以有更多的财产用于交易,因而也使交易关系的主体、客体、内容乃至交易的地域范围都有了极大的扩展。由于认识能力的提高,人们的认识更趋于理性,使得交易行为中的意思要素在交易行为效力的判断上逐渐重要起来,交易关系的保护方法也逐渐发生了改变。尤其是到了自由资本主义时期,一方面,资本主义商品经济的发展,依赖于交易的有效进行,交易成为社会发展的重要驱动力;另一方面,人们认识能力的提高以及对自由的理性需求,使唯理主义哲学^②得到长足的发展。这种哲学与近代“思考精神觉醒,批评活跃,反抗权威和传统,反对专制主义和集权主义,要求思想、感情和行动自由”^③的时代特征相联系,强调个人自由与首创精神,为个人意志之法的理念奠定了坚实的基础。表现在法律制度上,个人的意思要素等有关交易情事是否真实,成为判断交易行为是否有效的核心依据,也就成了顺理成章的事。不可否认,如果每个人的思想都是透明的,别人无须花费太大的代价就可以知晓或者说每个人都有超人的认识能力,所有情

① 例如,罗马法上关于要式买卖的规定。参见周枏:《罗马法原论》(上册),商务印书馆2001年版,第340~341页。

② 关于唯理主义哲学可以参阅梯利:《西方哲学史》,葛力译,商务印书馆2000年版,第305~326页。

③ 梯利:《西方哲学史》,葛力译,商务印书馆2000年版,第305页。

事都可以把握了解，那么这个世界将会是多么的理想。但是，在实际生活中这并不可能。所以当把这种唯理主义的理念予以法律化时，实践中的难题自然就成为其自身的悖论：人们不得不在意思等交易行为要素之外的客观化标准中寻找真实的情事，而不是人们都能够自然而然、毫无争议地知晓什么是交易中的真实情事。这种唯理主义哲学理念如果在一个封闭的、人数较少的、生活节奏缓慢的社会，或许能够十分接近我们的理想。但是我们社会状态的发展方向却正好相反。在这种情况下，这种理念给我们带来了什么呢？一方面是经济和社会生活的高速发展对交易的极度需求，另一方面是人们纠缠于查明所谓的真实情况，阻碍了社会财富的正常流转。人们开始不满这种既不公平效率又低的交易保护方法。

到了商品经济高度发达的市场经济时期，这种反差变得更大。因为市场经济是一种以市场作为资源配置的基础性方式和主要手段的开放性经济体制，资源配置的方式就是通过市场上的交易来实现。^①在这种经济体制下，可以说，交易的存在是市场存在的目的，也是社会生产发展的主要动力。同时，交易主体、客体、地域等范围的急剧扩大以及交易时效性的增强，使查明交易中重要事项的真实情况也越来越困难。在这种情况下，如何通过对交易关系的保护，来有效地保护和促进市场中有效率的交易，是法律所必须面临的课题。

自 19 世纪末 20 世纪初以来，以调整财产流转关系为己任的商法所确立的、根据意思等交易中重要事项的、具有客观标准的外在表现形式，来确定交易行为效力的标准，即外观主义原则符合了现阶段人们关于公平正义价值的需求，因而具有合理性的依据。这一原则已经开始在西方法治国家为人们所接受并成为一种共识。

基于上述认识，鉴于外观主义理论对以交易和流通为特征的市场经济具有重要意义，以及我国目前正在进行市场经济体制建设而在法学上对外观主义法学理论的研究尚属空白的状况，需要对该理论进行详细阐释。本书论题正是对这一理论的主要内容和存在的合理性及必要性进行详细地分析和探讨，以期对我国目前商法基础理论的完善和市场经济法律体系建设有所裨益。

二、本书的研究方法及主要内容

从哲学意义上讲，方法是达至目的的一种手段。“工欲善其事，必先

① 田土城主编：《交易安全的法律保障》，河南人民出版社 1998 年版，第 9 页。