



南开大学法学院
学术文存

行政法诚实 信用原则研究

Xingzhengfa Chengshi
Xinyong Yuanze Yanjiu

阎尔宝◇著



人民大学出版社



南开大学法学院
学术文存

行政法诚实 信用原则研究

阎尔宝◇著



人民大学出版社

责任编辑:姜冬红

版式设计:程凤琴

责任校对:吕 飞

图书在版编目(CIP)数据

行政法诚实信用原则研究/阎尔宝 著. —北京:人民出版社,2008.4
ISBN 978-7-01-006942-5

I. 行… II. 阎… III. 行政法—研究—中国 IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 031415 号

行政法诚实信用原则研究

XINGZHENGFA CHENGSHI XINYONG YUANZE YANJIU

阎尔宝 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京龙之冉印务有限公司印刷 新华书店经销

2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:9.625

字数:220 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-006942-5 定价:20.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

序

行政科学作为社会科学的重要组成部分,随着改革开放逐渐恢复并不断深化,特别是近二十年,我国行政科学学者,越来越多地从精神层面研究行政文化。从最广义认为,行政文化是行政组织人员集体创造并公认的独特文化样式,是行政物质文化、行政制度文化和行政精神文化有机组合的整体;或从广义认为,行政文化是主观意识领域的,由行政意识、行政制度和行政心理基本要素构成,它影响甚至决定行政参与者行为的一系列行政思想、行政意识、行政理念、行政习惯、行政规则等,构成特定的行政体制文化、行政决策文化、行政法治文化、行政道德文化;抑或狭义的行政文化认为,即其本质体现为一种精神现象,由行政意志、行政价值与行政心理的内在逻辑规定性进行的整体组合。也有学者移植西方伦理问题的入口处和关节点,主要从行政科学理论层面探索政府职业道德,或从整体上界定行政主体的道德规范。理论探索是艰辛的,学理研究是困难的,尽管至今在诸多方面存在不足,然而突破传统,为影响、推动改革中的行政管理的努力,可圈可点,应当肯定。

在行政科学的法治化研究中,闫尔宝博士五年前关于行政法诚实信用原则的研究,与行政文化研究相呼应,是我国公法领域难能可贵的开拓性探索之作。传统法学诚实信用原则长久以来只在

私法领域中适用,面对日益复杂的行政管理、不断增多的行政争议和难于应对社会经济变革的行政立法,闫博士认为,作为自然法最低要求的诚信,应当为公法吸收;也是以实践、实质、法治为宗旨的行政法基本原则对行政事务调整中应有之内涵。现代社会中,对行政法律关系主体提出善意真诚、恪守信用以及利益分配公平合理的规范要求,即以诚信原则对行政法律关系的调整已经成为事实。因此,研究行政法诚实信用原则,在我国转型期具有十分重要的意义。

闫博士行政法诚实信用原则研究的理论意义在于:首先,探索发现诚信原则在法律领域是遵循从私法向公法扩展、从部门法原则向宪法原则提升、从案例法向成文法演进的发展轨迹。其次,厘清了古典自然法学派、实证法学派与新自然法学派尊崇诚信从基本道德规范向一般法律原则演变曲折的历史沿革。第三,落实了诚信原则对行政法律关系双方当事人的法律化道德规范的具体要求和基本内容。第四,结合传统行政法行政行为分类理论,研究了诚信原则的适用以及法律行为、准法律行为与事实行为适用中诸多法律技术的处理问题。

得知南开大学法学院慧眼识珠,将行政法诚信原则列为重要课题项目,令人钦佩;又闻人民出版社将予以出版,更添欣喜。付梓之际,闫博士让我这个熟悉他艰辛探索历程的老人写几句话,正值新春来临前夕,却仍是寒风凛冽之季,欣然命笔,是为序。

国务院参事 朱维究

丁亥年腊月二十二日

目 录

序	(1)
绪论	(1)
一、诚信原则的语源	(1)
二、道德诚信与法律诚信的关系	(3)
三、超越公、私法领域的诚信原则	(13)
四、研究意义、内容与方法	(17)
第一章 帝王条款引入行政法	(23)
第一节 诚信原则的发展历程	(23)
一、罗马法时期	(23)
二、中世纪时期	(31)
三、近代民法时期	(33)
四、现代民法时期	(36)
第二节 私法原则引入公法	(45)
一、学理的推动	(45)
二、判例的肯定	(49)
三、立法的规定	(56)
第二章 行政法诚信原则的含义	(63)

2 行政法诚实信用原则研究

第一节 诚信原则界定的模糊	(63)
一、私法诚信原则的界定	(63)
二、行政法诚信原则的界定	(68)
第二节 行政法诚信原则的内涵	(70)
一、民法诚信原则的基本要求	(70)
二、行政法诚信原则的内涵分析	(82)
第三章 诚信原则适用于行政法的根据	(102)
第一节 公法与私法:实证主义的视角	(102)
一、公、私法区分带来的障碍	(102)
二、诚信原则适用于行政法的根据	(108)
第二节 道德与法律:最低限度的自然法	(117)
一、诚信在道德谱系中的位置	(118)
二、诚信道德义务入法的根据	(119)
第三节 契约的隐喻:社会契约的分析进路	(129)
一、契约要素与诚信原则的生成	(130)
二、社会契约与诚信原则适用于公法	(133)
第四章 行政法诚信原则的定位	(142)
第一节 诚信原则的法源地位	(143)
一、现有法源地位的否定	(143)
二、域外理论与实务的肯定	(146)
三、行政法不成文法源的确立理由	(148)
四、诚信原则作为法源的两个面相	(153)
第二节 行政法诚信原则的定位	(154)
一、诚信原则与依法行政原则	(154)
二、诚信原则与信赖保护原则	(165)

三、诚信原则与比例原则	(182)
第五章 行政法诚信原则的适用	(196)
第一节 法律行为与诚信原则	(197)
一、行政制规行为与诚信原则	(197)
二、行政决定与诚信原则	(201)
三、行政契约与诚信原则	(206)
四、行政允诺与诚信原则	(212)
五、行政计划与诚信原则	(218)
第二节 准法律行为与诚信原则	(223)
一、教示行为含义之辨	(223)
二、教示行为与诚信原则	(227)
第三节 事实行为与诚信原则	(232)
一、行政强制与诚信原则	(232)
二、行政指导与诚信原则	(234)
三、行政公开与诚信原则	(238)
第六章 诚信原则与中国行政法治	(244)
第一节 法源地位的确立	(244)
一、不成文法源地位的肯定	(245)
二、成文法源地位的确立	(247)
第二节 诚信原则与公益判定	(249)
一、公益内涵的模糊	(250)
二、公益的判定标准	(253)
三、公益与私益的衡量	(258)
第三节 相关制度的完善与建立	(263)
一、司法地位的提升	(263)

4 行政法诚实信用原则研究

二、行政判例制度的建立	(266)
三、责任承担机制问题	(269)
主要参考文献	(279)
告别理想(代后记)	(297)

绪 论

对中国法律界而言,作为法律原则的诚实信用是一个地地道道的舶来品,其内涵和要求并不能从该语词本身所反映的直观意义求得。因此,在对行政法诚信原则进行系统研究之前,需要对一些背景知识作出说明,以为本论题的进一步展开提供铺垫。

一、诚信原则的语源

法律原则意义的诚实信用源于罗马法。在罗马法中,诚信的拉丁文符号是 *bona fides*。*Fides* 来自动词 *fieri*,为“已经做成”之义,后来转为“信”的意思。西塞罗将 *fides* 解释为“行其所言谓之信”,^①意思是对于自己先前作出的承诺予以兑现。*bona* 一词是“好”的意思,起强化 *fides* 的作用,两者结合构成“良信”,人们习惯译为“诚信”。

在罗马法中,诚信(*bona fides*)出现于两个领域:一是诉讼法领域,如诚信诉讼(*iudicia bonae fidei*),以与严法诉讼(*iudicia stricti iuris*)相区别;二是物权法领域,如诚信占有(*bonae fidei possesso*)、诚信买受人(*bonae fidei emptor*)等。前一领域的诚信称为

^① [古罗马]西塞罗:《论义务》,王焕生译,中国政法大学出版社1999年版,第22—23页。

“裁判诚信”,由此衍生出的外在行为规范称为“客观诚信”;后一领域的诚信称为“主观诚信”,体现着行为主体的一种善意心态。主观诚信与客观诚信虽然分别表现为内心状态和外部行为,分属于两个世界,但均以 *bona fides* 表示。^①

罗马法中两种类型的诚信传入现代民法后,在符号表现上出现了德语国家与拉丁语国家、英美法国家的区别。后者延续了 *bona fides* 的基本符号表现,如法国以 *bonne foi* 表征诚信,在英美国家,诚信的拉丁文表示依然是 *bona fides*,英文符号则为 *good faith*。德语世界在继受罗马法诚信原则的过程中存在两种不同的做法:一是消解诚信的语词表达,而用具体的立法文句体现诚信在不同场合的适用,如奥地利民法典以不同的条文对客观诚信在意思表示、遗嘱、不当得利以及时效等制度中的要求进行了规定,对主观诚信则用 *redlich*(正直的、正派的、诚实可靠的)加以表达;^②二是用不同的文字符号表达两种意义的诚信,如德国民法典以 *treu und glauben* 表示客观意义上的诚信,^③而对于占有中的诚信(主观

① 徐国栋:《客观诚信与主观诚信的对立统一问题——以罗马法为中心》,《中国社会科学》2001年第6期。

② 取消诚信直接语词表达而以法律条文具体化的做法为概括诚信原则的适用范围增加了困难。鉴于诚信原则的极端抽象特征,对于一个法律条文是否属于诚信原则的适用体现,不同学者会得出不同的结论,由此打开了诚信原则适用争议的“潘多拉之盒”。当然,从另一方面也可以认为,正是由于该原则在条文规定方面的开放性特征,从而为扩展该原则的适用提供了基础和前提。——笔者注

③ 该术语来自德国商人为担保交易安全而做的誓词。在古代德国,通常以 *In True*(于诚实)、*Mit Treu*(于诚实)、*Bei Treu*(依诚实)或 *Unter true*(在诚实名义下)来强制交易对方作誓。随后为了更加可靠,于诚实之后加 *Glauben*(信用)一词,并以“于诚实信用”为誓词,起确保履行契约义务的作用。后来,该誓词被转用为表示民法中的诚实信用原则。参见蔡章麟:《债权契约与诚实信用原则》,载刁荣华主编:《中国法学论集》,汉林出版社1976年版,第415页。

诚信),则以 *guter glaube* 表示,该语词是对拉丁文 *bona fides* 的直译。^① 因与德国使用同一语言的缘故,瑞士民法也采用了相同的表述方式。

基于法律移植的渊源原因,日本民法典主要参考了德国的经验,在该国民法典中,诚实信用被表述为“信义诚实”。我国近代法律移植过程中,经由日本的中介而受到了德国影响,汉语中的诚实信用一词为德语指称的直接移译。

二、道德诚信与法律诚信的关系

本部分内容涉及两个内容:一是提出一个基本判断,即法律上的诚信原则是道德规范法律化的体现,是伦理规则入法的产物;二是指出,由于东西方道德诚信在某些基本性质上存在差异,所以,对于诚信法律原则的理解在很大程度上应以西方社会的道德诚信作为参照,中国传统的道德诚信难以为法律意义的诚信原则提供充足的智识支持。

(一) 诚信原则是道德规范的法律化

诚信原则是现代各国公认的调整法律关系尤其是民事法律关系的一项基本原则,其本质特征之一是伦理规范的诚信在法律中的运用,是法律规范吸收伦理规范的突出例证。“诚实信用原则虽以社会伦理观念为基础,唯其并非道德,而是将道德法律技

^① 徐国栋:《客观诚信与主观诚信的对立统一问题——以罗马法为中心》,《中国社会科学》2001年第6期。

术化。”^①

法律吸收道德规范是法律演进过程中的一个常见现象,其根本原因在于法律和道德具有相似的功能——调整人类行为、促进社会和谐,“二者的目的都在保障群众生活,维持社会秩序,使人类能和谐相处,社会更繁荣进步。”^②人属于社会性动物,需要经常和他人进行交往,发生联系。鉴于某些行为对社会存续所具有的基础性作用,道德和法律都将对其提出要求,由此,针对社会成员的同一种行为,法律和道德均可以进行调整,这就为道德规范法律化提供了基础。比如,“不准杀人”、“不准偷盗”等规范要求,既是一种道德训诫,也为各国制定法所肯认,构成法律规范的基本内容。

美国学者富勒有关“两种形式的道德的区分理论”对道德规范与法律规范存在的相似性以及道德规范向法律规范的转化可能提供了很好的证明。富勒认为,道德有两种存在形式:一种是愿望的道德(morality of aspiration),该种道德只对社会成员的行为提出一种希望,需要社会成员付出一定的努力才能达到其要求;另一种是义务的道德(morality of duty),该种道德表现为一个有序的社会所不可或缺的一些基本原则,诸如不许杀人、不许奸淫、不许偷盗等。违反了该种道德的要求,将对整个社会的维系构成威胁。富勒认为,义务的道德与法律极为类似,对于同一种违反道德的行为(如赌博行为),道德家也可成为法律的创立者。^③据此,作为一项基本的道德规范,诚实信用属于义务道德的范畴,具有为法律规定的必要与可能。

① 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第138页。

② 施启扬:《法律与道德之分合问题》,收于刁荣华主编:《中西法律思想论集》,汉林出版社1984年版,第233页。

③ 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第54—56页。

由于道德规范之间存在着差别,不同道德规范所具有的内容也不相同。一般的道德规范如不准偷盗等直接具有规范指令的作用,在为法律规范吸收后,其在国家适用和当事人遵守方面都不存在问题。但对于一些具有高度抽象含义的道德规范而言,因其本身具有极为丰富的内涵,不能简单概括列举,故需在具体情境中借助解释才能发挥调整作用。这些道德规范转化为法律规范后,需要法律适用者根据不同案件的具体情况,于个案中确定其具体适用。诚实信用即属于后一种情况,该原则在民法学家那里被称为一般原则,作为规范民事活动的一种指导性准则,其规范的抽象性极强。但即使如此,仍然不能改变诚信原则道德规范法律化的特性。

(二) 中西道德诚信之比较

诚实信用原则是西方法律移植我国的产物,其概念的生成是我国学者以传统上固有的对应概念——“诚信”对西方法律发达国家相应语汇进行逐译的结果。鉴于历史文化背景和法律观念的差异,在语词本身所承载的内容及其体现的性质方面,东西方诚信之间存在着较大差异。由此印证了一个基本事实:翻译本身只能表现为一种接近,并不能实现语义的完全重合。东方的诚信不能完全等同于西方的诚信。明确此种差别,是我们分析和把握法律上的诚信原则的一个认知前提。

1. 东西方道德诚信含义辨析

(1) *fides* 与 *bona fides*

在西方,诚信的文字符号最早出现于古罗马,其拉丁语词是 *fides* 及 *bona fides*。对于 *fides* 的汉语译法,主要有以下几种:“信”,如徐国栋教授指出,*Fides* 一词来自拉丁语动词 *fieri*,是“已

经做成”的意思,后来转义为“信”;①“信用”,如学者沈叔平在翻译西塞罗所著《国家篇 法律篇》时,将 *fides* 译为信用,是指对先前所做承诺的兑现和遵守;②“信义”,如学者黄风将罗马法学家用来指称投诚和相信他人会给自己以保护或保障的 *fides* 译为信义。③ 从上述翻译可以看出,*fides* 的原始含义为兑现诺言,此外还有一些延伸的词义,如对于他人行为的信任或信赖。

在英语世界,*fides* 一词具有多种对应词,如 *faith*、*confidence*、*trust*、*honesty* 等都与 *fides* 意思基本一致或者相近。④ *Faith* 一词的基本含义为:信任;信仰,信念;保证,诺言,约定;忠于信仰,守信。⑤ *Confidence* 一词的基本含义是信任,信赖;自信,信心,确信。⑥ *Trust* 一词的基本含义是:相信,信任;委托;信托;照管;责任,职责。⑦ *Honesty* 的基本含义是:诚实;老实。⑧ 此外,*fides* 还有一些衍生词语,如 *fiduciary*、*fiduciary or fiduciary confidential relation* 等。*Fiduciary* 来源于罗马法,中心意思是指一个人具有受托人品格中所包含或要求的关于信任、信赖和谨慎善意、坦诚的品

① 徐国栋:《客观诚信与主观诚信的对立统一问题——以罗马法为中心》,《中国社会科学》2001年第6期。

② “在我看来,信用这个词之所以获得其名是出于这样的事实:履行了所作的允诺……”引自西塞罗:《国家篇 法律篇》,沈叔平、苏力译,商务印书馆1999年版,第116页。

③ [意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,中国政法大学出版社1994年版,第233—234页。

④ 江平、程合红:《论信用——从古罗马法到现代社会》,《东吴法学》2000年特刊。

⑤ 《英汉法律词典》,法律出版社1985年版,第323页。

⑥ 《英汉法律词典》,法律出版社1985年版,第177页。

⑦ 《英汉法律词典》,法律出版社1985年版,第868页。

⑧ 《牛津现代高级英汉双解词典》,商务印书馆、牛津大学出版社1995年版,第549页。

格。fiduciary confidential relation 含义较广泛,既包括专门性的信任关系(如信托),也包括那些存在于一个相信或赖靠于另一人中的非正式的信任关系。这种关系建立于一人把自己的信任或信赖寄托在他人的正直和忠实之上,它广泛存在于律师与当事人、监护人与被监护人、本人与代理人、受托人与信托受益人、不动产所有人与承租人以及买卖双方当事人之间。^①从上述与 fides 意义相近的英语词汇的介绍可以看出,fides 的含义在英语世界有一定的拓展:除作为其核心内涵的守信之外,还涉及行为主体之间的相互信任以及以“信”为基础的各种关系。

Bona fides 是在 fides 一词的基础上加上一个形容词 bona (“好”的意思),学者译为“诚信”。在英语世界,以 good faith 作为 bona fides 的对应词,其含义是:是或怀有善意;诚实地、公开地和忠实地;没有欺骗或欺诈。真实地;实际地;没有假装或伪装。清白无辜地;持信任和信赖的态度;没有注意到欺诈等(bona fides)。一种没有专门意思和法律定义的捉摸不透的抽象的品质,在其他情事当中,包括诚实的信、不存在恶意、没有欺骗和追求不合理利益的目的。在普通法中,此一词语一般被用来描述目的诚实和不欺诈的内心状态,概言之,即忠实于自己的义务和责任(good faith)。^②

从以上对于 fides 及 bona fides 的词语分析可以看出,作为一种伦理规范的诚信(bona fides)含义十分丰富,需要根据不同的语境进行解释。但其强调的主要内容是“信”,即守信不欺以及当事人之间

① 江平、程合红:《论信用——从古罗马法到现代社会》,《东吴法学》2000年特刊。

② 《Black's Law Dictionary》,by Henry Campbell Black,M. A. fifth edition. West publish co. 1979. p. 160、pp. 623—624.

的一种信任关系,而主体的“诚实”则处于较为次要的地位。

(2) 中国传统的道德诚信

在东方的中国,作为一种道德规范,诚信是传统伦理思想的重要组成部分。在文字组成上,诚信由“诚”和“信”两字组成。就其文字含义而言,许慎的《说文解字》将“诚”、“信”两字互训:“诚,信也,从言成声”;“信,诚也,从人言”,诚即信,信即诚,二者之间具有大致相当的含义。但与西方的 *bona fides* 相比,在中国的“诚信”二字中,“诚”具有更为根本的意义:“诚”为“信”之本,“信”为“诚”之用。

中国古代的“诚”具有两个层次上的意义。一为本体特性之义,一为德性之义。第一种意义的“诚”是一个表述宇宙本体特性的哲学范畴,体现了古人对世界本质的思考。儒家认为,宇宙自然是实际存在的不以人的主观意志为转移的客观存在,是一种实有、实在,该种特性可以用“诚”来表示。《中庸》云:“诚者,天之道也。”朱熹注曰:“诚者,真实无妄之谓,天理之本然也。”程颢说:“至诚者,天之道也。天之化育万物,生生不穷,各正性命,及无妄也。”由此可知,诚就是实际有、实际存在、真实无妄的意思。此外,儒家认为,诚是万物的本源,《中庸》云:“诚者,物之始终。”按其说法,万物的本源只有一个,就是诚,从这个角度,《中庸》认为:“不诚无物”。^①

除表征宇宙实在属性的哲学含义外,“诚”还是一个表述人的基本德性和精神状态道德范畴。儒家认为,天人之间存在着直接贯通的关系,天所秉持的特性也应为人所持有,诚不仅是宇宙的

^① 马华山:《传统“诚信”思想及其启示》,《中国政法大学人文论坛》,中国社会科学出版社2004年第1辑,第361页。