

# 禁止权利滥用 原则研究

JINZHIQUANLILANYONG  
YUANZERYANJIU

孙天全/著

吉林大学出版社

# 禁止权利滥用原则研究

孙天全 著

吉林大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

禁止权利滥用原则研究/孙天全著.—长春:吉林大学出版社,2004.12

ISBN 7-5601-3167-0

I.禁… II.孙… III.权利-研究 IV.D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 141647 号

---

禁止权利滥用原则研究

孙天全 著

---

责任编辑,责任校对:陈颂琴

封面设计:创意广告

---

吉林大学出版社出版  
(长春市明德路 421 号)

吉林大学出版社发行  
长春市日升印业有限公司印刷

---

开本:850×1168 毫米 1/32

2004 年 12 月第 1 版

印张:7.875

2004 年 12 月第 1 次印刷

字数:182 千字

印数:1-1000 册

---

ISBN 7-5601-3167-0

定价:16.00 元

## 目 录

绪论	1
第一章 禁止权利滥用原则概述	4
一、权利滥用概念的界定	5
(一)权利滥用的概念	6
(二)权利滥用与相关概念的关系	11
(三)权利滥用 in 部门法中的表现	17
二、禁止权利滥用原则的历史发展	26
(一)罗马法中的禁止权利滥用思想	26
(二)禁止权利滥用原则在大陆法系国家的确立	29
(三)禁止权利滥用原则在英美法中的体现	43
(四)禁止权利滥用原则在近现代的发展趋势	45
三、禁止权利滥用原则的性质和功能	47
第二章 禁止权利滥用原则适用的前提	57
一、权利滥用的判断标准	57
(一)关于权利滥用判断标准的不同学说	58
(二)主观与客观标准的综合衡量	64
二、权利滥用的构成要件	67
(一)行使权利的行为	68

(二)加害的意思 .....	68
(三)行为具有不正当性 .....	70
三、权利滥用的主要类型 .....	73
(一)行使失效的权利 .....	74
(二)作出与其先期行为不一致的行为 .....	77
(三)行使权利的效益过低 .....	78
(四)权利行使妨碍日常生活 .....	81
(五)权利行使违反善良风俗 .....	83
第三章 禁止权利滥用原则与利益 .....	85
一、权利与利益的相关性 .....	86
二、权利与公共利益的衡量 .....	93
(一)权利的优先性 .....	94
(二)当代自由主义与社群主义的论争 .....	97
(三)我国权利与利益冲突的实践 .....	101
(四)权利与公共利益的平衡 .....	102
三、权利与利益冲突的经济伦理学分析 .....	105
(一)古典经济学对利己心的肯定 .....	105
(二)经济秩序与道德规范的共建 .....	111
四、我国的法律传统以及权利与利益的衡量 .....	118
五、几点分析与结论 .....	123
第四章 禁止权利滥用原则与自由 .....	130
一、自由及其实现 .....	130
(一)什么是自由 .....	130
(二)自由的不同状态 .....	133
(三)自由的实现 .....	135
二、权利与自由的关系 .....	137
三、自由与限制自由的冲突 .....	140

---

四、自由主义理论的假设 .....	147
(一)性善论与性恶论 .....	147
(二)自由主义目标的矛盾 .....	152
第五章 禁止权利滥用原则的经济分析 .....	154
一、禁止权利滥用原则的制度价值 .....	156
(一)制度与法律制度 .....	156
(二)禁止权利滥用原则对当事人行为的引导 .....	162
(三)禁止权利滥用原则有利于协调 权利行使中的冲突 .....	167
二、禁止权利滥用原则与权利行使的效率 .....	169
(一)权利的初始界定是实现效益的前提 .....	170
(二)外部性问题:权利人及权利行使人的界定 .....	172
(三)禁止权利滥用原则有效降低排他成本 .....	175
(四)禁止权利滥用的效率分析 .....	176
(五)禁止权利滥用的道德可行性 .....	185
(六)均衡目标的实现 .....	190
三、适用禁止权利滥用原则的结果 .....	192
第六章 禁止权利滥用原则在我国的实践 .....	202
一、我国确立禁止权利滥用原则的必要性 .....	202
(一)我国传统权利观念的特质 及其在近现代的转型 .....	203
(二)权利滥用现象存在的客观可能性及其危害 .....	208
(三)禁止权利滥用原则在我国法律体系 中的地位 .....	222
二、禁止权利滥用原则的适用 .....	225
(一)防止对禁止权利滥用原则的滥用 .....	225
(二)社会公共利益诉讼主体的欠缺 .....	227

(三)适用禁止权利滥用原则的结果 .....	229
三、禁止权利滥用原则与法治目标的实现 .....	229
结论 .....	233
参考文献 .....	235
后记 .....	243

## 绪 论

权利理念在自由主义的充分浸润下，在资本主义进入垄断时代之后，经历了社会化的洗礼。在此过程中，权利在资产阶级的革命号角中被弘扬，而完全不可侵犯的权利与私人利益之间以及与社会公共利益之间的矛盾日益尖锐。为了解决这一问题，大陆法系国家相继在法律制度中确立了禁止权利滥用原则。禁止权利滥用原则的确立是私权神圣与法律社会化协调的产物。

禁止权利滥用原则发端于民法，并逐渐确立为民法的一项基本原则。它的含义是权利的行使不得超过正当界限，否则视为权利滥用，为法律所禁止。纵观大陆法系和英美法系的发展史，我们可以看出，禁止权利滥用思想在罗马法中就初现端倪，19世纪以来已经从所有权领域扩展到债权乃至民法的所有领域。20世纪上半期，该原则在大陆法系得以确立，禁止权利滥用学说也得以充分发展。英美法系的法律制度中也体现了禁止权利滥用的思想。

禁止权利滥用原则在近现代以来的发展趋势表明，权利行使的限度并不是仅存在于民事活动的领域，而是贯穿于整个权利制度之中。权利的行使是有限度的，这不仅是指民事权利的行使，而且包括所有权利的行使。禁止权利滥用原则不仅是民法的基本原则，而且是整个法律制度的基本原则。

禁止权利滥用原则是现代民主法治和宪政的基本原则之

一。权利是公民必需的生存条件之一，权利滥用不仅存在于市民社会中，也存在于政治社会中。权利滥用违背权利存在的目的，严重损害他人利益或者社会公共利益，虽然具有权利行使的外观而仍应被禁止。

禁止权利滥用不仅是法律理念，而且在法律制度层面上有相应体现。宪法是根本大法，我国宪法第 51 条规定：“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。”这是禁止权利滥用原则在宪法上的体现，是所有权利的行使都必须遵循的基本原则。

以宪法为依据，在基本法的层面上，禁止权利滥用原则指导着各种性质的具体权利如何行使。例如，《民法通则》第七条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。”这是对民事权利行使限度的规定，是维护社会公共利益和保护他人正当经济利益的需要。与此相呼应的是，《合同法》第七条规定：“当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规、尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。”又如，在诉讼法实务中，诉讼权利的滥用目前比较突出。许多国家的立法、判例都禁止滥用诉权。这些都是禁止权利滥用原则在具体法律制度中的贯彻。禁止权利滥用原则在国际公法以及国际经济法上也有所体现。

但是，目前我国对禁止权利滥用原则的研究是远远不够的。学界对于把禁止权利滥用原则作为民法的基本原则并没有达成一致，而且对于是否存在权利滥用这个概念也存在异议。进入 21 世纪，随着我国制定统一民法典的呼声越来越高，民法的研究也进入了更加深入和广泛的境界，但是对于禁止权利

滥用原则的研究却始终没有实质进展。随着我国民主法治进程的加快,权利观念日益深入人心,实务中存在的权利滥用问题越来越突出,需要从理论上对禁止权利滥用原则深入探讨。

在法理学领域,权利问题是一个基本问题,国内学者对其论述颇丰,但是从禁止权利滥用角度研究的还不够。因此,需要加强对禁止权利滥用原则的法理学研究。

以此为出发点,作者围绕禁止权利滥用原则展开论述,从法学、伦理学、经济学等角度探讨权利滥用的相关问题。作者的基本观点是权利不得滥用,同时,正当的权利行使应当予以保障。

本书以禁止权利滥用原则为主线,运用历史研究和比较分析的方法考察了禁止权利滥用原则的历史发展,在此基础上分析了禁止权利滥用原则的性质和功能。其后,从民事权利乃至所有权利的角度研究禁止权利滥用原则适用的前提问题,即如何认定权利滥用的问题,在此贯穿案例分析法和归纳法,对权利滥用进行实证研究。权利滥用通常表现为权利与利益(他人利益或社会公共利益)的冲突。对权利与利益之间的冲突予以平衡是禁止权利滥用原则的适用在法理学层面上需要解决的问题。禁止权利滥用与自由的关系是本书涉及的话题之一。本书运用经济学方法分析了禁止权利滥用原则与效率的关系。最后,本书探讨了禁止权利滥用原则在我国实践中的一些问题,期待进一步完善我国的权利制度。

## 第一章

### 禁止权利滥用原则概述

19世纪末20世纪初，随着社会化浪潮席卷全球，法律制度与实践发生了深刻的变化，法律社会化成为一种趋势。在这种趋势下，作为法律制度重要组成的权利制度，其基本原则和内容也发生了更新。在权利的行使这个领域，出现了禁止权利滥用原则。

为了协调权利行使过程中与利益发生的冲突，各国法律制度中都禁止权利的滥用。禁止权利滥用原则在大陆法系国家的确立表明，该原则具有协调权利与利益冲突的独特功能。同时，仅仅以法律规则的形式来限制权利行使的方式是不够的，应该将其上升为一项法律原则。禁止权利滥用原则的法律地位尤其是它与诚实信用原则的关系是学者争论的焦点之一。

禁止权利滥用原则发端于民法，最初是为了规定所有权的行使限度而产生的，随后逐渐确立为民法的基本原则。禁止权利滥用原则是指超出正当界限的权利行使为法律所禁止。其中，所谓超出正当界限的权利行使即权利的滥用。

由此我们可以看出，在禁止权利滥用原则概念的界定中，什么是权利滥用是其核心，是正确理解和适用禁止权利滥用原则的前提和关键所在。因此，我们界定禁止权利滥用原则的概

念首先要界定什么是权利滥用。

## 一、权利滥用概念的界定

权利滥用问题在各国学术界是有一定争论的，尽管一些国家的立法上使用了“权利滥用”这一概念。在西方学者中有肯定说和否定说两派观点。有学者提出，“权利滥用的用语，其自身即属矛盾，因为我们行使我们的权利，则我们的行为不能不说是适法，假若认为违法时，则必然是逾越了权利的范围，而属于无权利的行为。权利滥用伊始，即同时失去其权利的性质”。<sup>①</sup>这基本上代表了否认权利滥用概念存在的学者的观点。这种观点是与罗马法关于“凡行使权利者，无论于何人皆非不法”的规定相一致的。但大陆法系以约瑟朗为代表的大多数学者持肯定的态度。约瑟朗认为：“权利存在于将要实现其作用的范围内。超出这一范围，权利享有人便超出或滥用了这些权利。滥用权利的行为是一种与国家制度和精神不相符合的行为。”<sup>②</sup>

我认为，如果对权利滥用进行语义分析，“滥用”的“用”字是个关键，“用”即表示对权利の利用、行使。正当的权利被确认并不代表权利就一定会被正确的行使。也就是说，权利自身的界限是明晰的，而权利的行使是有限度的。确立权利滥用的概念需要把权利的存在和权利的行使这两个问题区分开。我认为，权利滥用的概念是可以成立的。

① 郑玉波：《民法总则》，台北三民书局1979年版，第407页。

② 王利明：《民法总则》，中国人民大学出版社2003年版，第241页。

同时，权利滥用这一概念与权利的界限、权利冲突、侵权行为等概念需要加以区别。

### （一）权利滥用的概念

“权利滥用”这个概念起源于罗马法，但最初只是作为一种观念而存在，并没有明确的、系统的表述，法律上也仅局限在相邻关系中才反映出这种观念。立法上最先明确提出权利不得滥用的是1907年的瑞士民法典。瑞士民法典虽然正式使用了“权利滥用”的概念，但并没有作出任何界定。该法典第2条规定：“行使自己的权利，履行自己的义务，应依诚实信用为之；权利滥用者不受法律保护。”

我国台湾学者黄巽先生认为：“所谓权利滥用是指，权利之行使非为该权利存在之目的，而是为达到其他目的。……在权利滥用情形中，在外观上仍然是权利的行使，但是该权利之行使并非为达到设立该权利之原始目的，而是为达到其他目的的，例如损害他人，是故有关之权利的行使值得非议。”<sup>①</sup>

黄巽先生的观点实际上认为每种权利都有其存在的特定目的，这个目的可以理解为设定该权利时社会公认的目的。基于此，可以把权利滥用的要件界定为两个：一是权利行使不是为了实现这个“原始”的社会公认的目的；二是权利行使有其他目的。这种界定我认为并不十分严谨。因为每种具体的权利固然都有其存在的原始目的，但是如果把权利行使的目的严格限制在这个目的范围内，则不仅权利人在行使权利之时每每要考虑是否符合这个目的，而且这个目的在实践中可能是无法确

<sup>①</sup> 黄巽：《诚信原则与禁止权利滥用原则》（下），《法务通讯》第1263期。

定的，因此对于保障权利人权利的行使是不利的。我认为，从主观方面来界定权利滥用的要件，应当把权利行使的目的限定在非法的范围之内。正如黄先生所说，如果权利行使的目的是要损害他人，则为法律所不允许。

史尚宽先生认为：“权利滥用，谓逸出权利的、社会的、经济的目的或社会所不容许的界限之权利行使。……权利之行使，应于权利者个人之利益与社会全体之利益调和之状态为之，从而权利之行使，以加害于第三人之意思目的为之者，称为恶意的权利行使。违反公序良俗或权利人方面无正当的利益，或权利人因权利之行使所得利益极小，而于他人损害莫大，不能相比者，皆为权利滥用”。<sup>①</sup> 这个概念首先概括了权利滥用的特点，然后列举了权利滥用的几种形态。我基本赞同这一观点。

权利滥用是指权利的行使违背权利设定的宗旨，恶意损害他人利益或者损害社会公共利益的情况。权利滥用是应该被禁止的。

孟德斯鸠曾经说：“自由是做法律所许可的一切事情的权利；如果一个公民能够做法律所禁止的事情，他就不再有自由了，因为其他的人也同样会有这个权利。”<sup>②</sup> 同样道理，拥有权利并不意味着可以恣意行使不受任何限制。权利的行使是有一定限度的。虽然权利的设定是为了使权利人获得为某种行为的可能性，但权利人并不是获得了可以以任何方式为该行为的可能性。任何行为都是有限度的，超出了这个限度，就是社会

<sup>①</sup> 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第713-714页。

<sup>②</sup> [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆1961年版，第154页。

所不能容许的。权利的行使不仅仅是为了权利主体个人的利益，而且要顾及到社会整体利益。

权利设定的宗旨是什么？从根本上说，权利的设定是为了避免矛盾冲突。在法律设定权利之前，每个人都可以做自己想做的事，而不受限制，这是原始的权利，不是法律权利。为了抵御外来侵略和制止相互侵害，人们只能选择转让权利。人们把自己的一部分权利放弃，组成一个社会组织，并选举了专门机关来管理这个组织。由此形成了国家。国家制定了群体的规则，这就是法律。法律的重要功能之一就是“定分止争”，法律明确地为人们设定了权利和义务，指导人们如何顺利地实现自己的利益和需求，而不给别人乃至整个群体的利益造成损害，也就是在自己获得利益和实现需求的同时，维持整个群体的安全和稳定。

正是权利和义务的合理分配才使社会处于稳定的秩序之中，合理的权利界定使人与人之间相安无事，避免了冲突，每个人都在法律所允许的范围内行使权利。行使权利的后果应该是个人获得利益以及实现需求，而且整个社会并不会因此遭受损失。因此，在保障个人行使权利的同时，应当规定权利行使的限度。个人权利行使的限度就是不能恶意行使权利，严重损害他人利益和社会公共利益，超出这一限度就构成权利滥用。权利滥用行为不会发生行为人期待的法律效力。

从大体上看，权利滥用有以下几种情况：

一是违反权利设定宗旨的权利行使。例如民事代理权的行使，如果代理人以被代理人的名义与自己签订合同；或者代理人同时代理双方当事人订立合同，都属于此种形式。因为代理制度设定的宗旨就是使不能亲自为法律行为的被代理人在代理人的帮助下完成权利的行使和义务的履行。这项宗旨要求法律

对被代理人予以帮助，也就是要求代理人谨慎地适当地履行代理义务，为保护被代理人的利益尽心竭力。而自己代理和双方代理都难以保证代理人充分考虑被代理人的利益，从而使被代理人的利益有被损害之虞，应属代理权的滥用。

二是权利的行使违反公序良俗，即公共秩序与善良风俗。什么是公序良俗？目前并没有统一的说法。关于公序，史尚宽先生认为：“公共秩序谓为国家社会之存在及其发展所必要的一般秩序。不独宪法所定之国家根本组织，而且个人之言论、出版、信仰、营业自由，乃至私有财产、继承制度，皆属于公共秩序。……何种事项属违反公共秩序及善良风俗，难以一一列举。盖以社会之一般秩序、一般道德为抽象的观念，其具体的内容，随时代而变迁，应照时代需求而个别具体决定。”<sup>①</sup>黄茂荣先生认为，所谓公共秩序指由现行法之具体规定及其基础原则、制度所构成之“规范秩序”，它强调某种起码秩序之规范性。<sup>②</sup>

法国有学者提出，公共秩序分为政治的公序和经济的公序。其中政治的公序为传统的公序，包括关于国家的公序，即国家的基本秩序，关于家族的公序以及道德的公序。经济的公序是对传统公序概念加以扩张的结果，分为指导的公序和保护公序。<sup>③</sup>这种说法把社会生活中与国家有关的全部秩序都包括在内。在这里，我们应当注意，公共秩序不同于法秩序，也

<sup>①</sup> 史尚宽：《民法总论》，第300-301页，转引自梁慧星主编：《民商法论丛》（第1卷），法律出版社1994年版，第48页、50页。

<sup>②</sup> 黄茂荣：《民法总论》，第539页，转引自梁慧星主编：《民商法论丛》（第1卷），法律出版社1994年版，第50页。

<sup>③</sup> [日] 难波让治：《法国判例法中的公序良俗》，《法律时报》65卷3号，第88页。

就是说在没有相应的法律法规时，也可以构成对公共秩序的违反。例如，1929年法国最高上诉法院对于法律未有禁止规定的行为作出违反公共秩序的判决。<sup>①</sup>因此，公共秩序比法秩序的概念外延宽。关于良俗，史尚宽先生认为，善良风俗谓为社会国家之存在及其发展所必要之一般道德。<sup>②</sup>黄茂荣先生认为，善良风俗指某一特定社会所尊重之起码的伦理要求，它强调法律或社会秩序之起码的“伦理性”，从而应将这种伦理要求补充地予以规范化，禁止逾越。<sup>③</sup>善良风俗概念的内涵以道德为核心，是道德准则的法律化。这一概念虽然与诚实信用原则同属于道德准则，但是二者应当加以区分。诚实信用原则主要调节市场交易，而善良风俗规则主要调节婚姻家庭范围内的行为关系。

按照梁慧星教授的解释，违反公序良俗的行为通常包括：危害国家公序的行为；危害家庭关系的行为；射幸行为；违反人权和人格尊重的行为；违反公平竞争的行为；违反消费者保护的行为；违反劳动者保护的行为；暴利行为等。

三是权利的行使违反社会经济利益。权利的行使虽然要保障个人经济利益的实现，但是也要兼顾他人以及社会整体的经济利益，即考虑他人利益以及社会经济利益因此受到的损失。我们可以在个人行使权利所获得的利益和为了维护个人权利的行使所造成的经济损失之间作一比较。如果个人权利实现所带

① [日]后藤卷则：《法国法上的公序良俗论及其对我国的启示》，《法律时报》65卷2号，第81页。

② 史尚宽：《民法总论》，第300页，转引自梁慧星主编：《民商法论丛》（第1卷），法律出版社1994年版，第50-51页。

③ 黄茂荣：《民法总则》，第539页，转引自梁慧星主编：《民商法论丛》（第1卷），法律出版社1994年版，第51页。