

中青年法学文库

民法基本原则解释

——以诚实信用原则的法理分析为中心

(增删本)

徐国栋 著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

民法基本原则解释

——以诚实信用原则的法理分析为中心
(增删本)



徐国栋 著



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法基本原则解释:增删本/徐国栋著. —北京:中国政法大学出版社, 2001.7

ISBN 7-5620-2111-2

I. 民… II. 徐… III. 民法-原则-研究-中国 IV. D923-1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 052504 号

- 书 名 民法基本原则解释
——以诚实信用原则的法理分析为中心
- 出 版 人 李传敢
- 经 销 全国各地新华书店
- 出版发行 中国政法大学出版社
- 承 印 固安华明印刷厂
- 开 本 880×1230 1/32
- 印 张 14.125
- 字 数 365 千字
- 版 本 2004 年 9 月增删本 2004 年 9 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 7-5620-2111-2/D·2071
- 定 价 29.00 元
- 社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
- 电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
- 电子信箱 zf5620@263.net
- 网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所



作者小传

徐国栋，别号武汉蛮人、三十亩地园主，又号东海闲人。1961年出生于湖南省益阳市。从1978年至今，历任西南政法学院学士、中国政法大学硕士、中国社会科学院研究生院博士、意大利罗马第二大学访问学者、江西大学法律系助教、中南政法学院讲师、副教授、教授、民商法典研究所所长、厦门大学法学院教授、罗马法研究所所长、民商法博士生导师、哥伦比亚大学访问学者。经历丰富、兴趣广泛，喜四季海泳、晨昏散步。

中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史始终使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年“文化大革命”期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

20世纪70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书，这无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅

仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题做出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推动和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

第五版序言

这是本书的第五版，它是一个增删版。所谓的“增”，主要包括以下内容：丰富了关于诚信原则的学术观点综述的内容；极大地补充了中世纪学者对于诚信原则的说明；增加了对英语世界的诚信理论的说明；最后，在附录中增加了“关于诚信原则的西文著作概览”，旨在向读者介绍西语中存在的关于诚信原则的专著。一句话，“增”的都是关于诚信原则的内容。为了这些“增”，我一要感谢正在意大利罗马第二大学法律系攻读博士学位的薛军，他为我提供了极为丰富的意大利关于诚信和相当于客观诚信的“端方”的辞书资料，这次“增”的中世纪学者关于诚信的观点部分就极大地得益于它们；二要感谢美国国务院，它安排我在2002年9月到2003年6月的期间在纽约的哥伦比亚大学当福布莱特访问学者，使我能流连于该大学以藏书丰富著称的法律图书馆，广泛收罗欧美的诚信原则文献于吾囊，并初步把对它们的研究反映在本次增补中。由于本次“增”对诚信原则内容的扩充，我决定把本书的副题改为“以诚实信用原则的法理分析为中心”。通过本书以前的4版，大家都已知道诚信原则是克服成文法局限性的工具了，对于一个众所周知的事实，没有必要强调。“法理分析”四字还包含着我的一点野心：在这种分析之外，利用俺的囊中之物写对这一原则的技术分析，以不辜负这一题目。当然，这是要在“运动后期”解决的问题了。

所谓的“删”指向三种对象：第一，已经过时的内容，例如，把关于“等价有偿”的文字都删掉了。我在1993年发表的《公平与价格——价值理论》一文中就批判了这一原则，如果在2004年的修改中还把它保存在书中，我将因为想多得几千字稿费的想法而看不起自己；第二，通过本书的前4版已成为常识的内容，例如“成文法局限性之克服”的原副标题；第三，不适合新一代读者的内容。本书1992年初版，现在是2004年，过去了12年，以15年一代人计，现在这一版面对的是差不多新一代的读者，必须考虑他们的知识背景和兴趣点。为此，我删掉了旧版中差不多所有对经济学的业余水平说明，那些“商品经济”的陈芝麻烂谷子至少对我已随风而去（gone with wind!），删掉它们也符合我的“虚其腹”（不谈或少谈民法问题的经济方面）、“实其心”（多谈此等问题的哲学和历史方面）的时下理论偏好。我还删掉了旧版中的“序言”、“后记”等，那里面讲的本书的产生过程以及生产中的酸甜苦辣已被我在前4版几万册里说了12年，现在该说点别的了。对这些故事有兴趣的读者，尽可以去看已经沉积在图书馆或私人藏书里的前4版。另外删掉了“主要参考文献目录”，一方面因为对它们的援引都已经体现在注释中，另一方面因为已有更新的资料替代它们。这样删的结果是去掉了4万多字。为了避免第四版删节中已引起的他人牢骚，我从自己删起，并且让自己承担稿费的损失。

在增删的过程中，我利用自己知识水平的提高改正了一些错误，例如，借助于在纽约购得的英文版的《罗马戏剧全编》[George E. Duckworth (edited by), The Complete Roman Drama, Random House, New York, 1942]纠正了对普劳图斯《俘虏》一剧中涉及 Bonan fide 的对白的部分误译；根据起草《绿色民法典草案》获得的新知纠正了把诚信关系中的“代销”说成是“行纪”的错

误……每发现一处错误，我都庆幸不已，并对总是要求我“修修”再出新版的李社长传敢先生心存感激。每次的“修”都刺激了我开拓新领域，至少这一次，就把诚信原则开拓得走出大陆法系了。

做完这些，我有一种在长城上贴了瓷砖的感觉。这是一种生活选择，不喜欢此等选择的人尽可以去看沉积在图书馆和私人藏书中的本书前几版。看着自己的头生子的“百衲”模样，我的心情复杂，我在琢磨自己是如何从“维护古城风貌派”变成“与时俱进派”的，这是一个幸运的人的问题，它只属于一本有十几年寿命的书的作者，君不见多少民法博士论文一版即绝！基于我的如上增删，俺的这个头生子再活个十来年，该是可以指望的吧！原来，李社长传敢先生打来的在我的日程表里“夹塞”的“修修”的电话，是见证本书之生命力的福音啰！当然，这只是忙完以后才有的感觉，在此之前，可是把这样的电话恨得牙痒痒的哟，嗬嗬！

徐国栋

2004年2月20日于胡里山炮台之侧

第四版序言

从去年12月12日开始校对本书以便出新版，原以为很快可以完成，不料工作越做越细，工程也越来越大，花了近3个月才完成。结果，“校对”变成了“修订”，又变成了“增订”。

增订工作分为3个方面：其一，更新；其二，改错；其三，“补白”。

更新，是把受时代局限产生的一些认识调整到与现今的时代精神相符合。这是一本在1991年5月1日完成的书，到今天已快10年。重读它，有沧海桑田之感。10年来，我和同代人对如下问题的看法发生了变化：

第一，商品经济与民法的关系问题。本书第8页^[1]有民法基本原则“是对作为民法主要调整对象的商品关系的本质的……集中反映……”的表达，第58页及以次有类似的表达，它们使我意识到自己曾是一个现在我不时激烈批判的商品经济的民法观的主张者。丹皮尔说得很好：“一个人不管愿意不愿意，总是当代思想界大军的一分子”，^[2]在我写作本书的时代，商品经济思潮就是其主旋律。记得我和我的同学们都极为关注经济学的动态，甚至订了几种

[1] 此序所用者，都是1998年第5次印刷版的页码。

[2] 丹皮尔著，李珩译：《科学史》，商务印书馆1975年版，第147页。

这方面的刊物。在与经济法的论战中，商品经济的改革模式为民法提供了生存空间，它对抗着把民法计划经济化的消极力量，我们当然喜欢它，于是我乃至我们都常在自己的作品中高唱商品经济咏叹调，它至少回荡在本书第二章中。随着视野的开阔，随着市场经济的确立，我明白了商品经济是一个独特的中国表达，是特定时期的中国学者在“上头”还不能接受市场经济的情况下，暗渡陈仓地用以指称当时被与资本主义联系在一起的这种经济的一个词。当市场经济的认识障碍得到克服后，这一表达就应寿终正寝了。奇怪的是，许多学者和学生对这一概念恋恋不舍，弄得我在批改作业时要手不停挥地把他们的“商品经济”改成“市场经济”，而且加上“尔等为何不与中央保持一致”的批语。实际上，即使以市场经济来解释民法，也远远不够，因为严格说来，民法是地中海上的两个半岛——希腊半岛和亚平宁半岛独特文化的产物。这两个半岛在实现工业化之前就实现了城市化，每城都是一个小小的邦国，各邦都有自己的法，形成许多法律共同体并存的局面。这样的法律共同体也被称为市民社会。其中的正式成员，被称为市民。这种身份具有两方面的含义：（1）从内部的角度言，并非所有共同体的居民都是市民，从属阶级乃是事实的存在，因此，市民实际上就是一定意义上的贵族，他们必须拥有这个共同体的不动产才能具有这种身份；（2）就对外的角度言，市民身份意味着一个共同体的成员身份与另一个共同体的成员身份的区分，各自的好处不能由对方获得。所以，市民法是在多个城邦并存的条件下为解决身份问题而发生的，适用市民法是市民身份之拥有者的特权，外邦人不被适用市民法。这样的市民法首先解决一个共同体的成员资格问题，这方面的规则被称为“人法”，其次才以物法解决市民间的财产关系。这样的市民法与所谓的“商品经济”没有什么必然的联系，毋宁说它是

市民社会的宪章。

商品经济的民法观为证明自己的正当性要把其起源上推到古代，因此已被整体删除的本书第 60 页和第 81 页分别有“古希腊商品经济的土壤”、“罗马帝国发达的商品经济”的提法。这些观点在几十年前就遭到了伟大的历史学家摩西·芬利的质疑。他分析了几个希腊城邦如厄比丹奴、厄吉那、塔索斯的经济，完全否认古希腊有商业国家存在。他于 1973 年推出的《古代经济》一书全面阐述他对古代经济的看法。他认为古代城市主要依赖政治地位或自然资源而非工商业繁荣，城市大多是寄生性而非生产性的。由于社会、政治和经济条件的限制，社会经济始终处于低水平，工商业发展水平很低，且大多控制在外邦人手中。^{〔1〕}这一观点也应该适用于罗马。因此，在这次增订中，我完全修改了这两页涉及的事项，吸收了芬利的观点，更加侧重从哲学、宗教的角度取代经济的角度说明有关民法现象。

在商品经济的民法观看来，合同是这种经济的运作形式，因此本书第 112 页有“合同是商品交换的法律工具”的提法。在我后来写作的“从身份到契约，从契约到身份”一文（未刊稿）中，我对这种观点作了深刻的批判。我的新研究证明，从词源来看，契约仅仅是一种形式，指人际允诺关系的一种形式。根据人际允诺关系中执行之自由度的不同，可将这种关系分为宽松的和紧缩的两类。在紧缩的人际允诺关系中，人们要被强制履行其允诺，否则要付出代价。契约属于紧缩的人际允诺关系的一种。它不过是一个自由人以自由的方式选择了一种不自由的状态。契约意味着一种双方当事人之间的约束，这种约束服务于什么目的，换言之，契约的内容是什

〔1〕 晏绍祥：“20 世纪的古代希腊经济史研究”，载《史学理论研究》1998 年第 4 期。

么,“契约”一语本身并未揭明,这意味着契约可以包括无限丰富的实体内容,它由此成为组织社会的一种工具,被组织的社会,是陌生人的社会。把契约的运用范围仅仅限定为“商品交换”,无疑错误地限缩了其领域。

如果合同是商品交换的法律工具,那么其中必定存在价格规则。本书第9页、第65页及以次曾把等价有偿当作这样的规则,这是客观价值论(劳动价值论是其典型形式)的表现,它体现在1981年的《经济合同法》第5条中;1986年的《民法通则》第4条中。但引人注目地不体现在1985年的涉外经济合同法中;1993年9月4日颁布的经济合同法修正案则取消了它过去曾规定的等价有偿原则。1999年3月15日颁布的统一合同法当然未规定这一原则。立法的上述变化反映了我国奉行的价值论的变化,有足够的证据表明,我国现在已实行主观价值论,即承认价值的主观性和个人性,由效用和稀缺性确定价值的理论。按照客观价值论,交换物与被交换物必须价值相等才算公平;而按照主观价值论,只有在交换物与被交换物的价值不等的情况下才能发生交换,如果两个物价值相等,说明参加交换的两个物对两个所有人都是必需品,而非剩余产品,不会产生交换的动机,因此,正常交换成立的前提都是交换参加者对拟让渡之物的估价小于对所获之物的估价。在这样的理论背景下,等价有偿原则没有必要存在了。^{〔1〕}

为了尽可能消除商品经济的民法观在本书中的残留,我基本重写了第二章中的平等自愿原则,注意把论述的角度从经济掉换到意识形态。这是增补版所作的最大修改之一。

第二,对企业超越经营范围经营的看法问题。本书第115页曾

〔1〕 徐国栋:“公平与价格—价值理论——比较法研究报告”,载《中国社会科学》1993年第6期。

有“企业一经设立，须在经核准登记的经营范围內活动（《民法通则》第42条），不得超越经营范围，以免造成经济秩序的混乱，保障国家产业政策自始至终地得到贯彻。这是对企业经营范围的限制”一语，现已删去。此语反映了我对《民法通则》第42条的片面理解，因为该条除了保障国家产业政策得到贯彻的意义外，还具有保障企业投资者利益的作用。投资者之所以决定投资于特定的企业法人，原因之一是认为其法人章程所公示的经营范围是可导致赢利的，不按章程规定的经营范围经营将损害投资者之投资的安全性。法人的此等行为谓之越权合同。市场经济的变化莫测要求法人进行灵活机动的经营活动，越权合同难免发生，只要它们未损害投资者利益，法律不妨承认其效力。我国司法实践也是如此处理的。

第三，奴隶社会是否普遍存在的问题。本书第4页曾有“人类有民法的历史自奴隶社会延续之当代”一语，表明当时我相信奴隶社会曾普遍存在过。19世纪60年代，伟大的历史学家摩西·芬利及其他学者以自己雄辩的研究否定了奴隶制普遍存在说，确认历史上只有5个真正的奴隶制社会，即古代的希腊和罗马、近代的美国南方、加勒比岛屿和南美的巴西。^{〔1〕}在这5个地方之外的地方，例如我国，不存在奴隶制，因此，不能说“人类……有奴隶社会……”只能说“有的民族有奴隶社会”。这种观点已为我国历史学界的学者广泛接受。^{〔2〕}

第四，“统治阶级”的提法问题。本书第327页在谈到法与法律的关系时，曾有这样的文字：“法是内容，指统治阶级所处的物质生活条件，称为客观法；法律是形式，指渗透着统治阶级利益的

〔1〕 徐国栋：“家庭、国家和方法论：现代学者对摩尔根、恩格斯——对《古代社会》、《家庭、私有制和国家的起源》之批评百年综述”，未刊稿。

〔2〕 田昌武：“社会形态与历史规律”，载《中国社会科学文摘》2000年第3期。

反映其物质生活条件的意志形式，称为主观法”。由于阶级斗争在我国已消灭，上述文字已不适合现时形势，故在这个增订版中，将其中的两处“统治阶级”都改成了“立法者”。

第五，各国立法之寿命的自然增长问题。本书第 328 页在考察一些法律的适用寿命时，确定的时间基准是 1991 年，现在已过去 10 年，因此，在这一增订版中，我都以 2001 年为计算基准修改了有关数字。

改错，是把当年发生的一些认识和知识错误改过来。主要改正了如下重大错误：

1. 一般的诈欺抗辩与诚信原则的关系问题。本书第 77 页提到了肖尔梅叶关于诚信原则与罗马法上的一般的诈欺之抗辩是一个意思的观点，10 年前我对此作了批驳。按我当时的理解，一般的诈欺抗辩“是当事人在民事活动中有受诈欺等情事时，有权就因诈欺成立的法律关系提出撤销。一般的诈欺抗辩是受害当事人的特权，可由其自由选择是否行使……”。通过留学意大利学习罗马法，我现在搞清楚了对一般的诈欺抗辩不能望文生义地理解，实际上，以现代的术语说对，它就是所谓的显失公平的抗辩。因此，在这一增订本中，我认可肖尔梅叶的观点有一定道理。

2. 对我国人身权立法的评价和认识问题。本书第 120 页提到人格权和身份权皆可做到法定主义，此语现在看来是错误的并与本书阐述的法律局限性理论相矛盾。当时这样说是为了帮助立法者摆脱这也规定不了、那也规定不了的心理。现在这个问题不存在了，立法者积极立法的劲头超过了法学家，因此必须回到事实的轨道上来。确实，关于人格权的立法不可能穷尽一切人格权现象，例如，我国国民法律意识广泛承认的“隐私权”（正确的表达是“私生活权”）就未见诸立法，因此，学界提出了一般人格权的概念，以补

救关于具体人格权规定之不足。

此外,第363页在分析我国立法中存在的法律空白时曾提到,我国就身份权问题的立法仍是空白状态。此语不确。传统民法中的身份就是亲属关系中的资格,如夫妻、亲子、兄弟姐妹等,这些身份所意味的权利和义务关系在我国婚姻法中已有规定。

3. 赠与是否为无偿的问题。本书第46页曾有赠与关系是无偿的说明,我已将其删掉。我根据社会学的研究成果改变了对这一问题的观点。确实,赠与从短的时间链条来看是无偿的,但从长的时间链条来看,赠与不过是赠与人回报受赠人提前给予的一个恩惠,因而也是一种交换。但在这种交换中,交换物与被交换物的价值不是经过精确计算的,因此它不同于经过这种计算的经济交换,而属于社会交换。^[1]事实上,俗语中的“人情一把锯,你一来,我一去”;“没有春风,哪来夏雨”,已很好地揭示了赠与的交换性质。

4. 对西塞罗一段描述的认识问题。本书第185页曾引用西塞罗《论国家》中的如下话:“有一种符合人的天性的真正的法律,它是不变的、永恒的。它是神的意旨,我们不能建议将它废除,也不允许逃避它。它在罗马是这样,在雅典也是这样,它今天是这样,明天也是这样。它是惟一的、永恒的、不变的,对任何国家和任何时期都是同样的。”此语描述的法律,我在该页把它归结为市民法,这显然是个错误,因为它是自然法。在这个增订版中,我已把这段引语和我的评论删除。

5. 《奥地利民法典》与《瑞士民法典》的先后问题。本书第297页曾有类似于“《奥地利民法典》是《瑞士民法典》的模仿者”的提法,这是个“张飞战岳飞”式的年代错误。《奥地利民法典》

[1] See Peter M. Blau, *Exchange and Power in Social Life*, Jhon Wiley & Sons Inc. New York, US, 1964, pp. 93~96.

颁布于1811年，早于1907年颁布的《瑞士民法典》近100年，不可能模仿后者。

6. 《瑞士民法典》的条文数目问题。本书第355页有对各国民法典条文规模的考察，《瑞士民法典》的条文数目曾被计算为977条，这是写作当时对瑞士民事立法的情况了解不够造成的错误。实际上，在这一民法典之外，瑞士还有一个共计1186条的债法典，把两个法典条文数目相加才能得出瑞士民法的条文总规模。因此，在这一增订版中，我把这一数字修改为2163条，以求实事求是。

“补白”，是利用10年来资料条件的改善对过去无法谈或只能简单谈的问题展开必要的充分论述并纠错。主要做了如下补充：

1. 诚信原则在罗马法中的产生发展问题。10年前，在本书第80页及以次中，我只能极为简单地说明罗马法中的诚信问题。10年后，由于我在意大利专攻罗马法两年的经历，我在这方面的知识得到了飞跃，因此我能极为细致地重新研究这一问题，做了一个长长的补充。我感到惭愧的是，10年前，我竟然未发现债法中的诚信与物权法中的诚信的联系，现在我解释了这种联系的基础、补充了诚信原则在中世纪的发展、德国和瑞士处理两种诚信之关系的经验，以及诚信原则与经济人假说的矛盾。这一部分是我为这一增订版耗时最多的工作。

2. 德拉古之前的古希腊立法史问题。本书第145页曾提到“来库古、米利克斯、卡恩达斯立法已不可考。只有公元前621年的德拉古立法留下了可充分证明成文法出现原因的记录”。“不可考”是限于当时的资料条件。现在的资料条件已经允许“考”。于是，我把这3个立法者“考”了一番，所得结果如下：

来库古（Lykurgus）是斯巴达的最早的君主，于公元前885年颁布了法律，确立了贵族寡头制，平均分配了土地，对国民实行军