

民法理念与信赖保护

Civil law philosophy and principle of reliance protection

丁 南◎著

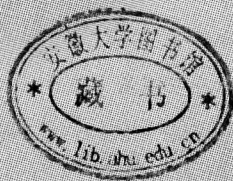


中国政法大学出版社

民法理念与信赖保护

Civil law philosophy and principle of reliance protection

丁南◎著



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

民法理念与信赖保护 / 丁南著. -- 北京 : 中国政法大学出版社,
2013.6

ISBN 978-7-5620-4862-6

I. ①民… II. ①丁… III. ①民法—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第141382号

- 书 名 民法理念与信赖保护 MINFALINIAN YU XINLAIBAOHU
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 9.75印张 225千字
- 版 本 2013年7月第1版 2013年7月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4862-6/D·4822
- 定 价 32.00元
- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。



深圳大学学术著作出版基金资助

Subsidized by Shenzhen University Foundation for the Production of Scholarly Monographs

从私法自治到信赖保护

——信赖保护成为民法学范式的可能性
(代序)

私法自治，是传统民法的核心理念，以其为原则而形成的一套原理与方法、制度与规则，塑造了民法学研究的经典范式（本书称之为私法自治范式）。私法自治，包含了事实陈述与价值判断两个方面：作为一种事实陈述，私法自治以自由意志为根本，以自主决定和自己责任为内容，以法律行为制度为依托，成为民法区别于其他部门法的本质特征；作为一种价值判断，私法自治则宣誓了私人的自由意志在民法上的正当性，并体现为在不违反效力性强制性规范时的合意之有效性，以及与以过错责任为基础的归责原则。

私法自治，至今仍是民法上的重要理念。然而，随着民法在国人社会生活和商业交往中地位日益举足轻重，人们发现，私法自治却始终没有获得普遍的社会认同感——那些被法学家认为是基于私法自治而形成的民法规则，不过是一套应对纠纷而不得不用“命令”罢了。这或许有两方面原因：其一，来自比较法的经验说明，随着现代民商事关系日趋多样性、复杂性，私法自治在社会伦理因素方面表现为明显的匮乏性；其二，源远流长的，虽以各样名目出现，却又共同体现为公权力无所不在的同质性文化传统，令私法自治在华夏文明中亦难以汲取

养分。基于这种对私法理念的反思，中国民法学研究范式似乎应当有意识地从独依“私法自治”到与“信赖保护”并重。

一、“范式”的语义及其在民法学上的学术功能

“范式”(paradigm)概念为科学哲学家托马斯·库恩(Thomas S. Kuhn, 1922~1996)首倡。库恩从科学史出发,发展出一种关于科学活动的视角——“正在接受检验的假说,构成了一整套预设的一部分,在很大程度上这些预设是隐含的(默会的)。科学家在他们学习某学科的过程中获得的研究能力也包含在这些隐含的预设中。被教以某门学科的过程中获得的研究能力也是一个被社会化入一个感知和思想的共同体的问题——一个获取研究的概念和规范的问题。为了表明明确的和隐含的假说和猜想构成了更大一套预设的一部分,库恩引入了‘范式’的概念来指这一整套的预设”。〔1〕

范式理论因其在哲学层面上阐释了科学的整体性的观点和方法,因此它得到法哲学界的广泛认同。如果我们期待对一门法学理论作出总体性分析,“最为妥适的、最具分析效力的概念工具依旧是派生自托马斯·库恩科学哲学的‘范式’(paradigm)概念”。〔2〕“今天‘范式’的概念早已超出了库恩赋予给范式的原义,被广泛地用来表征或描述一种理论模型,一种框架,一种思维方式,一种理解现实的体系,其理论应用越来越多地呈现出多领域性(例如,实践领域与理论研究领域)、多层次性(例如,法哲学层次与部门法学层次)和多元性的特

〔1〕〔挪〕G. 希尔贝克、N. 伊耶:《西方哲学史——从古希腊到二十世纪》,童世骏等译,上海译文出版社2004年版,第583页。

〔2〕邓正来:《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆2006年版,第39页。

点”。〔1〕

范式理论在民法上的立法及学术功能至少体现在如下方面：

其一，自《拿破仑法典》以来，以“私法自治”作为民法理论一整套的预设（范式），为民法学确立了重要的研究标准。私法自治作为传统民法理论的原点，有效避免了“范式”状态下滋生的法律规则的杂乱无章和民法研究的繁而不荣，民法因此得以形成其体系和传统，得以发展出范式理论下的所谓“常规阶段”。

其二，然而，我们在民法研究过程中，感到有必要对“私法自治”这一整套预设的某些方面加以反思，或许有所改变，当这样的反思和检验开始时，我们就进入了一个“革命阶段”。“这种革命化的实质是新范式代替旧范式的过程……之所以把旧范式的消失、新范式的形成看作科学的革命，乃是因为范式的更替意味着基石范畴、理论体系、理论背景、研究方法的全方位更新或跨越时空的创新，意味着破旧立新，推陈出新”。〔2〕信赖保护范式是基于这种“革命化”意义上的对民法的反思。

其三，法理学界不否认这样一种观点，即“与自然科学不同，我们在人文社会科学领域中不赞同只有一种涵括所有理论或模式的‘范式’，因为这样做既不可能，也不可欲……‘范式’多元的可能性在人文社会科学领域中虽说会使人文社会科学的研究缺乏某种同质性和一致性，但是它却为多种不同视角去探究我们生活世界的知识类型开放出了某种可能性”。〔3〕民

〔1〕 张文显：《法哲学通论》，辽宁人民出版社2009年版，第54页。

〔2〕 张文显：《法哲学范畴研究》（修订版），中国政法大学出版社2001年版，第372页。

〔3〕 [美] 阿里夫·德里克：“革命之后的史学：中国近代史研究中的当代危机”，载《中国社会科学季刊》（香港）1995年总第10期，第138~140页。

法范式的二元化，即私法自治与信赖保护的融合，将相得益彰，共同演绎中国民法的现代化与本土化。

二、私法自治范式下的民法体系

私法自治的灵魂是自由意志，康德有关自由意志的政治哲学奠定了传统民法学坚实的思想基础。传统民法学的典范是《拿破仑法典》和《德国民法典》。“康德的学说对《德国民法》制定者的精神世界产生了深刻的影响，”〔1〕据此而形成的对于人的权利与责任的法律观，“似乎是16到19世纪占支配地位的社会秩序的最终理想形式：使个人得到最大限度张扬的理想是法律秩序存在的目的”。〔2〕

自由意志理论直接体现于自主决定，而基于“责任是自由行为的必要性”的判断，自主决定与自己负责成为该理论的两大根本原则。〔3〕根据康德关于权利的普遍原则“外在地要这样去行动：你的意志的自由行使，根据一条普遍法则，能够和其他人的自由并存”，所以，自己责任不过是自主决定的当然界限和保障。“法律制度赋予并确保每个人都具有在一定的范围内，通过法律行为特别是合同来调整相互之间关系的可能性。人们把这种可能性称作‘私法自治’”。〔4〕但是，不要以为私法自治就是契约自由，事实上，私法自治广泛遍布于私法全域，

〔1〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第46页。

〔2〕〔美〕E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第77页。

〔3〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版公司1997年版，第391页。

〔4〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第54页。

因为民法通过“私法自治给个人提供一种受法律保护的自由，使个人获得自主决定的可能性。”〔1〕同样地，作为自己责任的过错责任，也绝不仅是侵权责任法上的归责原则。

私法自治往往被民法学者奉为支配整个私法的最高原则，民法的基础，私法根本价值之所在。“私法自治始终还是支撑现代民法的基础，它的经济意义可以上溯到亚当·史密斯的国富论，伦理内涵又源于康德理性哲学中的自由意志。”〔2〕

从“私法自治”范式的“视窗”审视传统民法，我们发现民法的各种制度几乎都围绕“私法自治”展开：

首先，私法自治的前提是对人的主体性的承认。人的活动并非出于超自然力量的安排，亦非由其自身的生物性（例如，生理反应）或他人指令，人的行为乃是基于人的自主的理性判断与选择，这是民法对人的理论预设，由此建构了民事主体制度。民法的权利能力制度，一言以蔽之，就是在于确立人的尊严和其主体性。而非随着出生的完成，人就当然地具有理性判断的能力，所以民法上形成行为能力制度。此外，基于人格（权利能力）利益的考虑，民法遂有监护人制度和法定代理制度。而为避免因片面强调自主决定而带来的事必躬亲的诸多不便，民法又确立了委托代理制度。

其次，私法自治集中反映在法律行为制度。法律行为包括处分行为和负担行为，王泽鉴将二者形象地比喻为“贯穿整部民法的任督二脉”——通过负担行为，法律行为与债权制度形成关联；通过处分行为，法律行为与物权变动以及其他诸如债

〔1〕 [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第143页。

〔2〕 苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版，第3页。

权、股权等权利的得丧变更相关联。法律行为是指“私人的、旨在引起某种法律效果的意思表示。此种效果之所以得依法产生，皆因行为人希望其发生。法律行为之本质，在于旨在引起法律效果的实现，在于法律制度以承认该意思方式而于法律世界中实现行为人欲然的法律判断。”〔1〕“私人自治不仅构成了法律行为的价值基础，而且在绝大多数情况下也奠定了其伦理基础，为其提供了伦理上的正当性。”〔2〕

最后，有学者认为，私法自治仅仅与法律行为制度相联系，在这一范围之外，无其适用余地。〔3〕但如上所述，如果我们承认私法自治与自主决定之间存在的本质联系，就应当承认私法自治与侵权行为之间的内在联系。行为人选择了存在致害后果的侵权行为，对自己的选择（自主决定），就要承担责任（自己责任）。选择并实施侵权行为，意味行为人存在过错，有过错则有责任，这是传统民法在自由意志理论下的必然结论。而从“财产权是自由意志度定在”〔4〕，亦足以揭示出物权与自由意志的关联。即使如上寥寥数语，人们也足以发现，在私法自治范式下的民法体系具有何等的恢宏、精妙、错综复杂。

三、信赖保护范式在民法上的意义

私法自治对于主体性的强调，反映了民法在“尊重人”方

〔1〕《立法理由书》第1卷，第126页，参见穆格丹（Mugdan）编：《德国民法典资料总会》，1899年/1900年，第1卷，第421页，转引自：〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第143页。

〔2〕易军：“法律行为制度的伦理基础”，载《中国社会科学》2004年第6期。

〔3〕董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社2002年版，第43页。

〔4〕〔德〕黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1982年版，第48页。

面的积极意义。然而，试图仅凭私法自治去建构民法制度，或冀望私法自治能够完成对全部民法问题的诠释，则是困境重重。不断累积的法律实践表明，信赖保护与私法自治相辅相成。至于信赖保护的法理地位如何，我们通过对私法自治范式的检讨，发现它似乎可以促成民法范式的二元化。

拉伦茨说：“伦理学上的人格主义以每个人都具有自主决定以及自己承担责任的能力为出发点，将尊重每个人的尊严上升为最高的道德命令。不过，仅凭借这种人格主义，而不另外加入社会伦理方面的因素也是不够的。《德国民法典》中的这一社会伦理因素就是信赖保护原则……信赖原则同相互尊重原则、自决原则（其私法形式即私法自治）、自我约束的原则（在约定行为，特别是在合同中）一样，是一项正当法的原则。”〔1〕

时至今日，民法学者已经普遍承认信赖保护是现代民法的一项重要原则。〔2〕至于这项原则能否上升到民法的范式，取决于其能否成为一种思维方式或一种理解民法的体系。新范式之所以能够出现甚至可能在未来取代私法自治的范式，需要满足三个条件：第一，通过新范式人们能够妥当理解私法自治范式下已经诠释的大部或全部问题，此为新范式的相容性；第二，新范式具有解决私法自治范式下出现的困境的能力，此为新范式的突破性；第三，新范式能向民法以外的其他部门法领域或法律全领域传播一种具有普遍意义的理念，此为新范式的渗透性。兹就信赖保护对私法自治的相容性和突破性分述如下：

信赖保护范式对私法自治范式的相容性表现在通过自己责

〔1〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第58页。

〔2〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第58页。

任反射信赖保护。

首先，相容性集中体现在对法律行为效力根源的解说。法律行为的效力根源，有所谓“意志论”，即认为“意志本身具有法律的性质，如果某人受到某项合同的约束，仅仅是因为他表达了这种意志。”〔1〕这是基于私法自治下的解释。与“意志论”不同，“信赖责任理论”则是基于信赖保护解释法律行为的效力根源。“信赖责任理论”认为，“法律行为的效力，本质上是指‘行为人受其所从事的法律行为中意思表示的约束之必要性；而这一意思表示所涉及的相对人有权要求该行为人依其意思表示承担义务或责任。’法律行为（特别是合同行为）效力的根源，在于行为人的意思表示使相对人或其他利害关系人产生某种信赖并据此作出准备或安排，进入所谓的‘法律状态’；行为人违反法律行为设定义务并给相对人造成损失或信赖损失时，应当按照诚信原则、公平正义原则或交易安全原则（理论上统称为‘信赖保护原则’）承担责任，而法律行为的效力正是指违反自己意思表示造成他人损失时应当承担责任的必要性。”〔2〕以生效的合同为例，在私法自治的范式下：在自主决定下行为人所作出的承诺（自主决定），其有义务（自己责任）履行，合同严守反射性地起到保护相对人信赖的作用。

其次，如同在私法自治范式下，对侵权行为制度的解说必须借助“自主决定”下的“自己负责”的理念，在信赖保护范式下解读侵权行为制度，是基于保护人们对制度的信赖。当自然法意义上人身权或财产权遭到侵害的时候，并非只有法律人才有能力判断其能够通过法律制度获得保障，即一个取向为

〔1〕 [英] 哈里斯等：《现代合同法》，第39页，转引自：董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社2002年版，第20页。

〔2〕 董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社2002年版，第49页。

“善”的社会，必应存在一套正当的规则予以救济。这种对制度信赖的必然回应，成为侵权行为法的基础。

总之，私法自治与信赖保护的相容性体现在：在私法自治下，行为人对其自主决定负担自己责任，在这一责任正是对相对人信赖的保障。这种保障具有反射性，即虽然信赖不是私法自治所直接关注的，但却能产生当然的信赖保护的效果。

信赖保护范式对私法自治范式的突破是确立新范式的真正意义所在。

首先，如果法律行为的“信赖责任理论”只能从一个新的角度解说“意志论”已经合理论证的领域，那么它就不具实益。然而，我们知道，自己责任的前提必定自主决定，也就是说，没有真实的意思表示，行为人自无须承担合同责任，即使这时相对人可能产生了合理信赖。此时法律行为的“信赖责任理论”则可以有效突破保护合理信赖而欠缺有效依据的困境。“信赖责任理论”区分了已向相对人表示的意思和未向相对人表示的意思，认为未经表示为媒介的纯粹意思，根本不可能自己表达自己，只有经过语言或行为等表示方式，才能表达意思，而意思只有能够被表达，才具有法律上的（而不是心理上的）意义。自行为人（表意人）方面的表示，在相对人角度看，就是对表示的识别。对于表示与识别的关注，为“信赖责任理论”突破“意志论”提供了契机。“法律行为的效力根源在于表示行为使相对人产生了观念上的信赖并可能因此遭受损失”，由此派生两个结论：其一，相对人完全不信赖该表示时，则不存在法律行为的效力问题；其二，如果表意人的意思表示导致相对人的信赖，那么即使法律行为不符合生效要件，也会产生旨在保护信赖的责任。晚近，在英美法上的禁反言（*promissory estoppel*）的确立也体现了此种理念。对于一项承诺，相对人基于合理信

赖而改变自己状态，则该项承诺具有强制力，即使欠缺要约、承诺或约因（consideration）。〔1〕可见，“信赖责任理论”对世界范围的法律的影响都是深远的。民法上的法律行为强制有效制度、表见代理制度、意思表示解释上的表示主义等，都是“信赖责任理论”的具体体现。

其次，秉承法律行为的“信赖责任理论”，我们更容易理解“缔约上的过失责任（Culpa in contrahendo）”理论。在私法自治范式下，如果法律行为（合同）无效、被撤销或者不成立的情况下，就不能产生合同责任。但是，开始进行缔约的当事人已经不再是毫无关系的陌路之人，法律如果仍然还是通过侵权法调整在这个阶段的行为后果，“契约交易将暴露于外，不受保护，缔约一方当事人不免成为他方疏忽或者不注意的牺牲品”，〔2〕这就是缔约上的过失责任理论被发现的契机。拉伦茨指出：“任何从事缔约行为者，其因此即跨出属于非契约关系，仅负纯粹消极义务的领域，而跨入属于契约范围的负积极义务的范围。用现代的话来说，任何开始契约磋商行为者，其因此即负担较高的义务，不仅有消极大不为侵害的义务，如依具体情事，他方得期待其为特定积极作为时，即负有此行为的义务。”〔3〕耶林在缔约过失责任理论中所借助的基本观念便是“信赖保护”。正是因为有了某种信赖关系，才使从事合同缔结的当事人，从消极义务范畴进入合同上的积极义务范畴。〔4〕

〔1〕 Claude D. Rohwer, Gordon D. Schaber, *CONTRACTS* (Fourth Edition), West Publishing co., 1997, p. 2.

〔2〕 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第1册），中国政法大学出版社1998年版，第89页。

〔3〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版公司1997年版，第330页。

〔4〕 韩世远：《合同法总论》，法律出版社2004年版，第153页。

在私法自治的范式下，学者在解说物权的绝对性的理论是间接的和复杂的。在信赖保护范式下，通过物权法上的公示与公信力原则，这一难题变得简明和直接了。动产的交付和不动产的登记作为物权公示的方法，社会信赖（公信力）基于公示而形成，这样的普遍信赖产生了物权保护的绝对性。此外，与借助信赖理论可以进一步说明，并非只有具备公信力即足以发生对一切主体的物权法上的效力，即如果特定交易中的当事人知道或应当知道公示的物权状态与实际情况相背的，对其也无特别保护的必要。

四、民法范式二元化对中国步入法治社会的意义

到此为止，我们对信赖保护范式的讨论仍旧是在超越民族的纯粹的民法语境之中。倘若停留至此，关于信赖保护范式的论述可能因缺少关注“中国法律理想图景”而“缺失法律整体发展方向”。〔1〕因此，我们不能不提到民法“信赖保护”范式与华夏文明的契合性及其对中国步入法治社会的意义。这也是新范式渗透性的体现。

在华夏传统文化中，个体常常被淡化、被漠视甚至被无谓地牺牲。如果说，语言文字在传承一个民族的文化传统中扮演着重要角色的话，那么中文里的“私”与“公”在一些成语中的意义足以说明个体在我们的传统文化中的卑微地位，例如我们熟知的“损公肥私”、“假公济私”等。此外，我们知道，私法自治的核心有两项根本原则，即自主决定和自己责任，二者在无视个体的文化传统下，也难有真正的自主决定，即使一项自主决定，也不难找出被迫性的理由（而非原因），从而为推卸

〔1〕 邓正来：《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》，商务印书馆2006年版，第32页。

自己责任而自欺欺人，例如人们常说的“官身不由己”，“人在江湖身不由己”。所以，民法以“私法自治”作为旗帜，难免会遭遇到无声、持久和强大的来自本土文化的阻力。

与此相反，在华夏文明中“信”居于重要地位。保护信赖作为自主决定与自己责任的行为规则的反射，它是从一种秩序的状态对人提出应当如何行动的要求。在我们的文化里，虽然缺乏个体意识，但是并不缺乏秩序的观念。我们的社会似乎存在着这样的一种传统理想：他人是自己行为的决定者，对他人利益的重视应当超过对自己感受的关注。因此，“他人即目的”的理念在我们的文化中并不缺乏，所以在我们的文化土壤中可以找到信赖保护的养分。

然而，近代以来，中国人的诚信状况却与尊重信赖的文化传统失和。至于为什么会出现这样的失和，一种的观点认为，由于儒家思想本身缺少宗教信仰而导致的实用理性致使信赖缺失。^{〔1〕}因此，中国传统信任观的呈现这样的特征：“有的是小圈子里的特殊信任，而缺的则是突破各种藩篱的对他人、对社会、对天下人类的普遍信任以及相应的制度条件；有的是具名的人格化的信任，而缺的则是匿名的制度化的信用。”^{〔2〕}

这样的信任观与法治社会所尊重的对于交易的信赖和制度的信赖的破坏力非常强大——在“亲亲相隐”的观念下，形成一个法律无法进入的特别属于亲者独享的硬核空间。当“亲”从基于血缘扩张到基于各种关系以后，“隐”也会自然地从仅仅是“不告密”发展到“枉法”甚至“抗法”，社会呈现出无数的以各种各样的关系生成的“亲核”，在亲者享受核内温馨的时

〔1〕 李泽厚：《论语今读》，北京三联书店2004年版，第446页。

〔2〕 季卫东：“法治与普遍信任——关于中国秩序原理重构的法社会学视角”，载《法哲学与社会学论丛》2006年第1期。

候，法律普遍失效。

正是基于这样的认识，为防止信赖保护范式被误读为“小圈子的信任”，私法自治都是不能被取代、甚至不能被弱化，它的自由意志理念将是裂变“亲核”的有效力量，从而形成法治社会真正需要的普遍信任。因此，民法范式的发展不应是以信赖保护取代私法自治，而是走向二者兼备的二元化。

需要提及的是，单纯的私法上的自由意志理论，由此及彼地向法律全领域的传播过程中，不可避免地将遵循这样的逻辑：“人们的自由和权利只能由立法机关多数人的意志加以保护。任何情况下都不能抗拒这种意志……忍受立法权的滥用是人民的义务，即使他们忍无可忍。主权者是一切法律的渊源。”〔1〕由于康德认为只有实在法才具有强制力，所以，他为实证主义法学的兴起准备了条件。康德哲学中的不可知论和作为主权意志的法律为后来法律实证主义在德国的“昌盛”提供了基本的思想养分——立法者（人民或暴君）可以篡演上帝的角色，可以根据自己的意志自行决定什么是道德和正义，由此而导致的最恶的后果是希特勒的第三帝国肆意践踏法律的正义和人类的良知。如果说私法自治范式带来的是实证主义下的法治国，则信赖保护范式可以有效纠正这样的法治国走向“极其败坏的普遍法制”（L. L. 富勒语，描述希特勒统治下的德国）的趋势，并及时回到以基本人权为基础、旨在维护人的自由和尊严的法治正轨。

诚如学者所言：“以商品经济关系为内容的民法是法治的真正基础”，“民法的原则不仅构成了其他部门法的基础，而且民

〔1〕 刘军宁：“从法治国到法治”，载《公共论丛》第3期“经济民主与经济自由”，生活·读书·新知三联书店1997年版。