

中青年法学文库



民法基本原则解释

——成文法局限性之克服

(增订本)

徐国栋 著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

民法学基本原则解释:增补本/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

责任编辑 何 力
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 军事科学院印刷厂

开本:850×1168 1/32 14.5 印张 376 千字
2001 年 9 月第一版 2001 年 9 月第 1 次印刷
ISBN 7-5620-2111-2/D·2071
印数:0 001-4 000 册 定价:26.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号
邮编:100088
电话:62229563(发行部)62229278(总编室)
声明:1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装,由本社负责退换。

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终于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助和严谨扎实的工作。“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

国的民法理论一方面讲民法基本原则必须贯穿民法始终，同时又把只分别在物权法、合同法和侵权行为法领域发挥作用的所有权绝对、契约自由和过错责任确定为西方民法的三大原则，这岂不是自相矛盾？对法学领域中的基本原则泛滥现象和自相矛盾现象的不满使我认为，必须确立一种一般的、普遍的基本原则理论，才能清除上述混乱。为达到这一目标，就必须把基本原则问题上升到法哲学的高度，法哲学方法的运用因而必不可免。由于民法一直是法哲学的重要观念的发祥地，又由于民法在各部门法之林中的带头羊角色，民法学者在完成这一工作时处于较为有利的地位。一旦确立了较为科学的民法基本原则理论，即可望它能影响其他部门法乃至于法哲学中的法的基本原则理论，这将是一个类推的和由具体到一般的过程。

因此，1986年民法通则颁布后，我便开始研究其中规定的诚信原则，在中国政法大学研究生院的内部刊物《研究生法学》上发表了《诚实信用原则初探》一文，该文与嗣后发表的研究诚信原则的论文立意颇不一致，对一些民法论著产生了一定影响。我是从一般条款说立意，以大陆法系立法技术、法律思想的演变为背景考察诚信原则的，而当时的许多论著，仍从语义出发对诚信原则加以解释。在此我无意证明自己高明，我不过是将作为大陆法系常识的诚信原则理论，加上自己的些微创见引入我国而已。在写作此文的过程中，我感到诚信原则是许多线索的交叉点，对它的说明，真是一言难尽，很难一针见血，无怪乎在许多国家和地区中都有学者以专著研究这一原则。在日本，有常盘敏太教授的《信义诚实之原则》；在我国台湾地区，有何孝元先生的《诚实信用原则与衡平法》；在德国，有韦伯教授的《德国民法典注释》，其中关于诚信原则的部分，达1000页之多。因此，许多问题需要进一步展开。1986年至1987年我在江平师的指导下写作硕士论文时，便仍以诚信原则为题。这篇不成熟的东西竟然获得了答辩委员们的好评。后来它的主

要部分经过一番周折后，发表在《法学研究》1989年第4期上。

1987年进入中国社会科学院研究生院师从王家福师攻读博士学位后，我仍保持着对诚信原则的理论兴趣，而且深切地感到，诚信原则在功能上与民法的其他基本原则有共同之处，因而研究的范围便扩大到民法基本原则整体。由此，我写了《严格规则与自由裁量的双重变奏——法律局限性的处理模式分析》，《评何孝元先生的〈诚实信用原则与衡平法〉》、《优士丁尼及其立法事业——兼论法典法的弊端及其补救》等一系列文章，探讨这一方面，并为《涉外民法实用小百科全书》撰写了民法基本原则部分的辞条。在考虑博士学位论文选题时，我提出以《民法基本原则解释》为题，得到了王家福师的首肯。

二

1990年元旦过后开始写作本书时，我陷入了难以下笔的困境。我对民法基本原则问题保持理论兴趣已有5年之久，因此在观念上，对这一问题的复杂性并非无思想准备。民法基本原则问题，夫而言之，涉及到如何确定正确的法律概念、法律是手段抑或目的、自然法与实在法的关系、人治与法治的关系、人的认识能力的非至上性、统一的法治如何可能等等法哲学的重大问题；小而言之，它涉及到如何确定规范的概念、法典法的利弊分析、诚信原则与公平原则的关系等较为具体的问题。然而，下笔的过程，也就是一个认识深化和表述缜密化的艰难过程。如果说发现问题已属不易，那么解决问题便难于发现问题十倍乃至百倍，我时常感到自己选择了一个力所不逮，可能是吃力不讨好的题目，但是换题已不可能，也来不及，我只得在这一前提下于有限的时间内苦熬。我并不讳言这一任务的完成与否与我未来的人生目标有极大的关系，因此，我必须

鼓起勇气在放弃写作与继续写下去的念头之间、在自信崩溃与重建自信之间，经常地确保后者的胜利。

之所以出现上述情况，乃因为“眼高”与“手低”的矛盾。在近12年法学学院生涯中，我一直不满意就法论法的研究，如同多数台湾学者常常所做的那样。我们大陆学者，通过学习马克思主义继承了德国思辨哲学的财富，在探讨法律现象时，往往不限于对之进行分析法学派式的解释，而倾向于问一个乃至多个“为什么”？穷追不舍，挖掘出法律背后的经济、政治、社会文化和意识形态等方面的原因，这就使我们的研究更为深刻，构成我们的优势。在1987年之前，我一直生活在专门性的法律院校中，呼吸着法律的学术空气。进入中国社会科学院研究生院后，由于该校的综合性质，我有幸能呼吸到综合性的学术空气，通过各种学术讲座以及同学之间的互相交流，我更多地接触到了法律以外的其他学科的学术思潮。因此，在学习我的专业——民法学之余，我经常保持着对法哲学、继而是对哲学的兴趣，而历史则是我一贯的兴趣。然而兴趣并不等于精湛的学术修养，两者分处在“度”的各一边。当我运用我从兴趣出发得来的知识研究手中的问题时，我感到无比的吃力。但是，这是达到“深刻”的惟一途径，如果就法论法，以民法基本原则作为博士论文选题，岂非愚不可及？至少就篇幅而言，它不宜作为十几万字议论的对象。因此，由于哲学、法哲学修养的不足，我自以为可达到深刻的途径，对我个人而言，可能是一条不成功的途径，但我将勉力为之。如果说，我对哲学的兴趣是出于它是人生智慧的认识，那么，我对题目的哲学研究方法的运用，乃出于哲学是时代精神的集中体现的认识。任何社会现象都是哲学认识的对象，而一个时代的哲学，又不可避免地要对它们产生或迟或快的影响，法律自不例外，我当然有理由探讨法律现象的哲学原因和其他原因。

我将学位论文的题目定名为《民法基本原则解释》，这“解释”

三

经过漫长的等待和焦虑，1991年5月17日，以《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》为题的本书终于获得了答辩的机会。在答辩过程中，各位委员们持异议最多的问题是我在本书中否定西方民法中存在所有权绝对、契约自由、过错责任三大原则，而只存在诚信原则和公序良俗原则的主张理由不充分。老实说，在当时的情况下这是事实，我因此而自责，这促使我在答辩后进一步思考到底什么是西方民法的基本原则这一问题。经查阅资料，似乎找到了答案。原则是什么呢？台湾学者把 Principle of Law 或 Legal principle 译作“法理”（见《云五社会科学大辞典·法律学》第144页“法理”条，又见潘维和：《中国民法史》第17页），他们认为，Principle of Law 或“法理”，乃指法律之原理而言，即适应时代环境需要、合乎正义之道，而一般信为通常事理之谓，所以补成文法或习惯法之不足是也。他们又说，“法理”在日本被称为“条理”。至于何为“条理”，日本学者末川博主编的《全订法学辞典》（日本评论社1971年版，第529页“条理”条）将其西文形式标注为 Nature des Chose（法文，事理之性质）、Natur der Sache（德文，事理之性质）、Naturalis ratio（拉丁文，自然理性），这些西语词皆意为事理，台湾学者以它们界定“法理”的。《全订法学辞典》又继续解释道：“条理为事情的道理，以社会通念、公序良俗、信义诚实之原则等言词表现，最终存在于社会生活的根本理念中，通常作为补充法的欠缺的工具”。由此可见，至少在台湾地区和日本，Principle of Law 就是“法理”或“条理”，与“事理”同义，皆指要借助于法官发现和补充到制定法之中的于立法之时尚不确定的客观法规则，它们又以诚信原则和公序良俗原则为表现形式，是克服法律局限性的工

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，李昕译：《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，暗度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。这样的法律的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，外邦人不能被适用市民法。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现在本书中的残留，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，我国民事立法的条文数目问题。本书第363页引用了发表在《中外法学》1989年第4期的佐罗斯基对中国立法状况的评论，他认为中国的法院和社会遵从的主要民事立法仅有230个条文。10余年过去了，这种状况得到了极大的改变。凡278条的海商法在1992年首创条文数目之记录，它表明了我国立法者采用相对严格规则主义的立法模式的决心。我感到自豪的是，本书提出的权力量守恒定律和对“宜粗不宜细”的立法模式的深刻批评或许对这种改变起了推动作用。从此以后，中国的立法者似乎未刻意控制过某个法律的条文数目。所以，中国民事立法的条文数目已比10年前大幅增长，姑不提其他民事立法条文数目的增长，统一合同法就有428条，相较于1981年经济合同法的59条，条文数目增长近10倍。与10年前相比，我国民事立法条文数目增长的总规模大概也是这个倍数。

第四，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〕}

第五，“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”。

第六，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

〔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。

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》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

〔1〕 See Peter M. Blau, *Exchange and Power in Social Life*, Ithaca Wiley & Sons Inc., New York, US, 1964, pp. 93-96

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，我把这三个立法者“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，对国民实行军事教育，并且允许离婚自由，据说其法律在后来的600年内维持不变。^[1]他的名气很大，其名字几乎在每一部古典作品中都被提到。

卡恩达斯(Charondas，译作卡隆达斯更合适，王焕生先生就是这么译的)的名气也很大，西塞罗在《论法律》中有3处提到他。通过西塞罗的阐述和王焕生先生的注释，我们知道他生活在公元前7世纪至公元前6世纪，是西西里的卡塔那城传说的立法者。^[2]西

1) 何勤华主编：《外国法制史》，法律出版社1997年版，第74页及以次。泰·德萨米著，黄建华、姜亚洲译：《公有法典》，商务印书馆1982年版，第121页。

2) 按亚里士多德的说法，他是自己的本邦卡塔那的立法者，又曾为意大利和西西里的若干卡尔基殖民城市制定法律。参见亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1965年版，第106页。

塞罗说他为了国家的利益而非出于热情和快乐为自己的公民制定法律。^{〔1〕}其立法的内容是，公民不仅要服从、听命于官员，而且要尊重、热爱他们。^{〔2〕}亚里士多德提到他是制定伪证刑法的第一人，其法律以精审见称。^{〔3〕}

作为立法者的米利克斯不知其西文形式如何？这个名字除出现在我引述的陈盛清主编的《外国法制史》1987年修订本中外，还出现在林榕年主编的《外国法律制度史》（1992年中国人民公安大学出版社1992年版）第48页中，在其他版本的外国法制史教材中不见这个名字。我遍查各种有可能涉及古希腊立法史的西文著作的索引，希望找到一个其姓名以M打头的立法家，未见其人。看来，要么是我接触的资料有限，未找到关于此人的说明，要么就是因为此人未曾存在，我国作者出于笔误写了这个名字。

3. 瑞士民法典作者欧根·胡贝尔的思想背景问题。本书第294页及以次有这方面的说明，当时资料极少，只能根据蛛丝马迹性的资料推测胡贝尔是个自由裁量主义者。10年后，经友人帮助，我得到了这方面的专门资料，得以实质性地改写这一部分并证实了当年的推论。

4. 优士丁尼完成其法典编纂后的举措问题。本书第194页曾有对优士丁尼在完成其法典编纂后命令焚毁未被收录的法学家著作、禁止对他的法典作任何评注、相信他的法典能解决任何问题的描述，它们都是以英语作家的著作作为依据写的，当年我也无条件参考罗马法这方面的原始文献。现在Tanta敕令已被译成中文，通过

〔1〕 西塞罗著，王焕生译：《论共和国·论法律》，中国政法大学出版社1997年版，第221页。

〔2〕 西塞罗：《论共和国·论法律》，中国政法大学出版社1997年版，第256页。

〔3〕 亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1997年版，第107页。