

论文提要

诚信概念是极端抽象的公平观念在合同法中的反映。本文着重考察如何将诚信所反映的公平要求转化为更为具体的诚信机制以增强诚信原则在实践中的可操作性和可预见性,彰显诚信原则的功能。

诚信制度的发展不是一个孤立的法律技术性表现,它不仅是交易活动的内在需要,而且反映了社会多元、协调、平衡发展的要求,有深刻的历史、文化和经济内涵,是社会发展的必然选择。诚信机制有助于实现社会公平与意思自治的平衡,法律安定与个别正义的平衡,在均衡利益冲突中实现正义。

诚信机制无论在大陆法还是英美法都十分发达。两大法系在诚信问题上具有实质相通性。合同法上的新近发展都可以看成是解决与诚信有关的法律问题的一种制度设计。

完善合同法上的诚信机制对中国社会的发展具有十分重大的意义。作者认为,中国合同法上的诚信机制应该是在“显失公平标准、合作交易标准和被信任者标准”这一复合诚信标准的指导下,以诚信缔约义务制度、诚信附随义务制度、情势变更制度、诚信救济制度等诚信制度为依托,并与判例机制等创新机制相结合而形成的一个通达而高效的机制。这一机制的形成将使我国的合同法在新的历史时期实现迅捷而富有活力的跨越。

ABSTRACT

The concept of Bona Fides is the reflection of the abstract notion of Fairness in Contract Law. The focus of this thesis is how to turn the notion represented by Bona Fides into a more concrete mechanism so as to make it more operatable and foreseeable in practice, thereby accentuate the function of the Principle of Good Faith.

The development of Bona Fides rules has not been one only in the techniques of law. It is not only the intrinsic demand of transactions but also the natural choice of social developments, which ask for variances, harmony and equilibrium. It has incorporated profound contents in history, culture and economy. Bona Fides mechanism helps realize the balance between social fairness and freedom of contract, law uniformity and individual justice. It is by coordinating conflicts of different interests that justice is achieved.

Rules of good faith have been well developed either in Continental Law or in Common Law. On this point the two systems of law share material common ground. Most recent developments in Contract Law can all be regarded as "system design" that resolve legal issues relating to Bona Fides.

It is significant for the social evolution of China to improve the Bona Fides mechanism in Contract Law. The author holds that, Bona Fides mechanism in Chinese Contract Law should be guided by multiplex standards including the standard of evident unfairness (unconscionable conduct), cooperative transaction (fair dealing, reasonable expectation) and the fiduciary relationship. It should be a smooth and efficient mechanism based on the rules of pre-contract obligation to negotiate, secondary obligations, the doctrine of change of circumstances and the rules of remedy for breach of contract in good faith, as well as innovative method of case law. Establishment of the good faith mechanism will help to achieve a swift and dynamic leap forward of China's Contract Law in a new historic period.

引言

一、选题的背景和研究现状

合同法的丰富、深邃和精彩是世所公认的，它吸引着一代又一代法律精英投身其中，流连忘返。这些大师们各种天才般的论述给我们带来的不仅是学术上的启迪，更有精神上的享受。且不说“契约自由”等合同法的经典表达在初始时的强大冲击力和其长久的生命力，仅仅是“契约”一词所蕴涵的丰富文化信息就足以令人心驰神飞，浮想联翩。

但历史从未停留它的脚步，合同法也以常变常新的方式继续向我们展现着它动人的魅力。今天，如果仍然需要跨越国界地在合同法中找到一个共同因素或者公认的法则，我想没有比“诚信”更合适的表达了。不同的法律制度以自己独特的方式发展是毫不足怪的，但令人惊奇和兴奋的是，在跨越新千年的过程中，各国合同法的发展又在“诚信”这一概念上发出了共鸣。关于诚信的讨论从来没有像今天这样显得迫切和热烈，在欧洲，这一点表现得尤其突出。欧洲的关于消费者合同的不公平条款指令（The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts）包含有诚信的要求，而欧洲合同法和国际商事合同法都规定了诚信。¹可以说，诚信已成为欧洲私法上的一个核心概念。

“诚信”这一概念所能传递的海量般的文化信息令人叹为观止，它决非仅作用于合同法、民法以至法律的领域，更反映和影响了哲学、道德等文化的基本层面，可以说它实际上代表了某种信仰和某种精神。因此，在法律层面，对“诚信”理念的推崇和强调设立“诚信”法律机制其实是一个必然的选择。而正是“诚信”的这一跨学科、跨文化的特点使其在不同的法律制度中获得了广泛的承认而产生了许多值得深入研究的共性，使比较法的研究更为精进和富于趣味。

保持对合同法的思考是笔者长久的兴趣，当“诚信”和合同法“相遇”时，我就像发现了一个蕴藏丰富的大矿藏一样激动不已，这并不是仅仅因为这一课题的学理判例如汗牛充栋，更重要的是“诚信”所传递的文化信息表明了法律理想和道德理想、经济学理想的一致性，就合同法而言，它完全可能既是有效率的，又是正义的；形式是世俗的，精神却是高尚的。这一“发现”激发了我将渗透在合同法中的诚信观念和诚信机制加以系统研究的兴趣。

目前，在我国法律研究中对“诚信”进行专门的研究已经不是一个新鲜的课题，特别是徐国栋先生有关诚信原则的专著和系列文章值得称道。在《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）颁布后，针对《合同法》的诚信原则和诚信条款进行探讨的文章不胜枚举，更出现了如郑强先生《合同法诚实信用原则研究——帝王条款的法律阐释》这样的对合同法中的诚信原则作专门研究的、有分量的专著，²甚至可以夸张地说，“言必称诚信”已经成为一种民法以至法律领域的研究风尚。

¹ 欧盟以其整体性的形象在国际舞台上正扮演着重要角色，而欧洲各国的法律制度（特别是私法）也反映着这一变化而体现出其独特性，如欧盟委员会所颁发的指令已经对成员国的核心法律制度产生了重大影响，European Court of Justice 所发展的一些跨国性规则正构成欧洲统一合同法和侵权法的雏形。兰多（Lando）委员会发表了《欧洲合同法重述（第一部分）》。（正在进行第二部分及其他部分的发表工作。参见 Ole Lando, Hugh Beale (eds.), Principles of European Contract Law, Part I (1995).) 一些国际性学术组织正在起草欧洲侵权法和信托法大纲。欧洲议会已经再三发出了制定欧洲统一私法（特别是统一合同法）的呼声。

² 郑强：《合同法诚实信用原则研究——帝王条款的法律阐释》法律出版社，2000年。

这些研究成果给了我很大的启发的同时,也让我深刻地认识到自己选题所遭遇的困难——由于《合同法》的颁布,大多数现有论文都将“诚信”论题集中到合同法的领域,因而笔者的研究将不可避免地论述对象上与之重复,让人有“老生常谈”之感。但因为笔者深信“诚信”在合同法中体现得最为深刻和充分,所以仍然坚持了这一选题,力图从不同的角度来提出自己对这一问题的看法,选择诚信在合同法上的整体实现机制作为论文的切入点。正如徐国栋先生所说:“每一种解释都不是绝对真理,但每一种解释,都从某一个角度接近了对象的本质。将许多解释综合起来,就有可能达到对对象的全面认识”³,因此,笔者对本选题的研究更多的是希望从自己思考的角度对这一选题提出自己的“解释”,丰富对这一重大课题的研究。

二、 本文的研究目的

我国的《合同法》堪称面向 21 世纪的一部先进的合同法,但其实践的效果却常常让笔者感到困惑,似乎体现了较为先进理念和负载了较先进制度的《合同法》条文并未给我国合同法实践带来实质性的改观,现实生活中合同的约束力不强,合同常常难以自愿达成,合同履行不尽如人意,合同纠纷层出不穷,合同纠纷比比皆是,有关合同诚信问题的司法实践进展缓慢等等问题仍然非常突出。当然,由于社会问题固有的复杂性,笔者也清醒地认识到这些问题本身就绝不可能通过一部《合同法》的颁布就一蹴而就地得以解决。笔者更清楚地认识到,笔者的困惑其实关系到法的普遍性、抽象性与正义的具体、个别性的固有冲突,这是一个在短期内无法克服的困难。但是,通过对各国合同法的比较研究和历史研究,笔者发现,两大法系都有这样一个有趣的法律现象,即从最初严格地、形式化地适用法律走向使用更为自由和灵活的方式适用法律并不断地超越法律实证主义的架构。这主要表现为两种情形:一种是在一些具体概念上进行修正,许多概念在新的形势下被赋予一些新的含义;另一种是新的法律原则对旧原则的更替以适应社会的变迁和法律的目的。罗马法第一次展示了在衡平观念下法律制度的变迁,随后的典型例子是英国衡平法的发展和德国将德国民法典 242 条作为一般条款所作的发展。这些不断发展而形成的机制构成了发达国家合同法运行良好的核心因素,它大大缓解了法律的普遍性与个别正义之间的矛盾,而始终支撑这一发展的核心概念就是“诚信”。因此,抛开其他的因素不论,笔者认为,我国合同法上的种种问题还与我国合同法大量存在的制度性缺陷有关,特别是合同法的诚信机制尚有许多值得开展深入探讨的方面。

因此,笔者认识到,《合同法》的颁布仅仅是我国合同法制走向完善的一个起点,更重要的是如何将这一纸面上的法(law in book)转化为活法(law in action),将法律规范所体现的抽象正义转换为适用法律所带来的具体正义。为此目的,我国合同法必须以诚信概念为基础形成合理的诚信机制。本文即希望在考察诚信概念和对各国合同法的诚信机制和相关判例进行比较研究的基础上,探讨、归纳和建立关于诚信的在合同法中的一个内部系统(inner system),为大量需要通过诚信机制审理和判决的案件提供理论支持和机制保障。所以,本文从性质上讲并非纯法理性质的研究,而是合同法领域内的应用性研究。主要探索如何将高度抽象的诚信概念进一步具体化,增强其可操作性和可认知性。笔者在文中不仅要探讨一个具体可行的诚信行为标准和审判标准,也将要研究与一系列与诚信标准相制

³ 徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社,1992年。该书的最新版为2004年第5版。

度配合的诚信制度，使之成为一个完整的诚信机制，推动和指导司法实践。

三、本文的研究范围

事实上，由于本选题的可论述域接近于无穷大，我既不可能、也没有必要对诚信这一特殊的文化现象作全面的描述和考察，而只能对其基本特征加以把握，就像人们用几个具有特征的点来描述一幅图画一样。首先，尽管社会科学都起源于对人类社会的关注，但对法律现象的研究对象却是法学的特殊研究对象，因此，本文只在具有法律意义的范围内讨论诚信，并不讨论其他学科意义的诚信，如道德意义上的诚信以及法律上诚信与道德上诚信的关系等等，尽管所有的诚信概念之间都具有千丝万缕的联系并且在论述中将无可避免地涉及非法律意义的诚信，但笔者仍强调本文将主要从法律意义着眼去看待诚信这一文化现象。

其次，本文将主要在合同法领域中考察诚信。诚信这一概念已经成为法律上广泛接受的概念，不仅在私法领域频繁使用，在公法上也并不少见——在行政法、税法、诉讼法等公法中的作用已日趋重要，可以说，诚信已成为抽象的公平观念在法律上的另一个代名词，演变为法律上的基本概念。⁴鉴于公法的诚信概念实际上源于私法，私法中诚信概念在合同法中体现得最为充分，因此笔者希望能在合同法的范围内深入把握诚信的本质特征并就合同法的诚信机制作为样本研究。当然，本文的论述事实上不可能脱离于私法特别是民法的框架和理论，也不可能避开私法公法化趋势下公法对诚信的影响，笔者所强调的合同法范围只是一个相对确定的范围。

再次，本文将从合同法的一般意义上对诚信进行考察。合同的形式是多样化的，不同的合同对诚信的具体要求实际上是不同的。在诚信发展的历史上，买卖合同、雇用合同、保险合同、承揽合同、担保合同等具体的合同具有特殊的重要意义，在论述中，笔者将对某些合同作更进一步的考察，但就总体而言，笔者并非探讨某一个具体合同类型中的诚信问题，而是在具体合同类型之上作更一般性的考察，希望就此而得出的结论能更广泛地适用于各种合同。

最后，本文将立足于合同法原理而非合同法的实际法律规范进行研究。从当今合同法的发展现状看，合同法（包括单行的立法和作为民法典组成部分的合同法）已不再是一个自足的体系，许多其他的立法都对合同法产生了深刻的影响，如关于医患关系、劳动关系、消费者保护等专门问题的立法已经在具体适用中在很大程度上取代了一般意义上的合同法。而关于不公平条款和格式合同的专门立法，也同样超出了本文设定的在一般合同法领域进行探讨的范围。在笔者看来，上述的专门立法尽管都是在诚信观念的影响下对合同法的发展，但应被视为从普通合同法中分离出去的成熟而独立的制度，不应在诚信的标题下进行讨论。此外，在国际法层面，许多国际条约也同样对现实中的合同问题产生影响，如《联合国国际货物买卖合同公约》即明确提到了国际贸易中的诚信义务，⁵但鉴于国际贸易的特殊和复杂，本文将不在这一层面上展开过多讨论。

四、本文的研究方法

人的理性是有限的，这决定了人们必须尊重传统和重视历史。传统是人们在长期的互动和交往中形成的，凝结着经过实践检验的人类智慧和经验，因而任何社会科学的研究都应以传统为出发点，任何社会变革都应以尊重传统为前提而不

⁴ 在我国目前的立法中，诚实信用一词已经出现在200个以上的法律法规中。

⁵ 参见联合国国际货物买卖合同公约第7条。

是靠所谓理性的设计来实施能够产生“突变”的“社会工程”，因此，本文首先将以历史的方法来考察合同法的诚信传统，探求诚信遗留给合同法的历史信息。

尊重历史传统实际上包含了对不同传统、不同文明的尊重，这实际上是开展比较法的起点。对此，有论述认为，“在法学上，……，只有超越本国现实法律规范之上的研究才能够称为科学”。⁶尽管这一说法过于绝对，但比较法的方法无疑是进行法学研究的基本方法，这一方法贯穿了本文的始终。

近年来，新制度经济学恐怕能够称得上社会科学上最重要的发展之一，它实际上给我们观察社会提供了一个新的“罗盘”——制度观（institutional approach），由此产生的经济分析法学也方兴未艾。而制度的重要性和效果实际上是通过制度变迁和不同制度的考察而体现的，这就意味着在进行历史考察和比较研究时实际上不可能不运用经济分析方法。因此，经济分析法也是本文研究的方法之一，但有时是直接的（如就具体交易成本进行的分析），有时是间接的（如对合同法某些制度更迭进行的讨论）。

此外，由于本文更注重合同法的应用研究，因此，本文也采用了理论与实践相结合的实证方法，特别是案例分析法对一些具体制度开展研究。

五、本文的基本结构和主要结论

遵循上述的研究范围和研究方法，本文的主体共分为四部分。第一章将以历史和比较的方法探讨合同法上诚信概念的形成和发展。第二章将着重从法理的角度探讨诚信对合同法的意义以及二者间的内在联系。第三章将就合同法上的各种诚信制度进行探讨，辩明其功能和机制。第四章将结合中国的实际情况就中国合同法上的诚信制度进行分析，并结合第三章的结论提出完善我国合同法诚信机制的建议。第三章和第四章是本文的重点。论文的最后是结语，总结全文并提出最终结论。

本文研究得到的主要结论是：诚信的发展不是一个孤立的法律技术性表现，而有着深刻的历史、文化和经济内涵。合同法强调诚信（诚信概念、诚信原则与诚信机制）的过程实际上是当事人之间、当事人自治和社会公平之间、法律的确定性（抽象公平）和个体公正之间寻找平衡或正义的过程。两大法系在诚信问题上具有实质相通性，在合同法上的新近发展都可以看成是解决与诚信有关的法律问题的一种设计或机制。

就中国合同法而言，有必要对具体可行的诚信标准进行讨论并以此为指导建立和完善我国的诚信制度，形成一个通达而严密的合同诚信机制，彰显诚信的功能。具体地说，这一标准应该是由“显失公平标准、合作交易标准和被信任者标准”所构成的一个复合标准，灵活运用于诚信缔约义务制度、诚信附随义务制度、情势变更制度、诚信救济制度等诚信制度，由此形成一套良好的运行机制。当然，我国诚信机制的完善离不开相关制度的创新，如有关判例制度以及法官解释法律制度的创新。良好的诚信机制将对我国合同法的实践产生重大而深远的影响。

⁶（德）K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，第6页，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年。

第一章 诚信概念的形成和发展

第一节 诚信的语源和概念

一、 汉语中的“诚信”

我国的文化传统恢弘而深邃。也许直到今天，我们也未能解读中国文化对现代文明所具有的深远意义。尽管现代法制是西方文明的创造物，法学上的诚信之说也源于西方，但单单是拉丁文“Bona Fides”在汉语上被传神地翻译成“诚信”，就说明了中国文化巨大的文化包容性及其能与万物相通的自然秩序文化观。

有学者认为，既然中国法律上所用的“诚信”一词实际上是对外来法律用语的直译，因而从传统的“语义”上去探讨“诚信”的内容是不妥的，“诚信”这一提法仅仅是一个历史的偶然事件而已，完全有可能因为偶然的其他因素导致以其他的中文词汇表达西方的“诚信”。⁷但笔者认为，这只是问题的一个方面，从法律移植和文化交流的角度看，“诚信”在汉语的源流具有较强的符号学上的意义，传统意义上的“诚信”概念在思想上所具有的先进性和其巨大的文化包容性对建立中国的法律诚信机制将起到重要的推动作用。换句话说，我国传统的“诚信”概念完全可以在法律这个领域中焕发新的生命力。在法律本土化的过程中，我们不必拘泥于所谓“诚信”的非原生性而忽略了传统诚信概念的价值。

（一）诚信的语源

从语源的角度看，“诚”、“信”及“诚信”在古代典籍早有论述。“诚”与“信”两个字均有多解。“诚”可解为真心，不欺，认真，的确等等，“信”可解为真心、有信用、真实、相信、知晓、应验、信物凭证、音讯、盟约、的确（果然）等等。⁸最令人注目的是，“诚”与“信”可以互解，从而为合成词“诚信”的出现奠定了基础。《说文·言部》说，“诚，信也，从言成声”，而《说文·人部》又说，“信，诚也，从人从言”，使用了循环定义。而《白虎通·性情》也说：“信者，诚也。专一不移也”。《汉书》说：“信者诚，诚者直，故为绳也”。《字汇·人部》进一步解释：“信，不差爽也”。《广韵·震韵》：“信，验也”，即通常所说的“言必有验曰信，诚也”。

但是，也有典籍认为尽管二者相近，仍应有所不同。《礼记·中庸》说“诚者，天之道也；诚之者，人之道也”，朱熹据此对诚、信的不同作了辨析，认为：“诚是自然底实，信是人做底实。故曰：‘诚者，天之道。’这是圣人信。若众人之信，只可唤做信，未可唤做诚。诚是自然无妄之谓”；“诚是一个自然之实，信是个人所为之实。中庸说‘诚者，天之道也’，便是诚。若‘诚之者，人之道也’，

⁷ 徐国栋，同前注3，75页。

⁸ 真心：“信誓旦旦，不思其反”。《诗经·卫风·氓》。“信，言合于意也”。《墨子》：“有诸已之谓信”。《孟子》：“期果言当谓之信”。《贾子道术》。“定身以行事谓之信”。《国语·晋语》：有信用：“已诺不则兵弱”。《荀子·富国》。“此四君者，皆明智而忠信”。贾谊《过秦论》。“信义著于四海”（晋）陈寿《三国志·诸葛亮传》：真实：“谓为信然”。《三国志·诸葛亮传》：相信：“亲之信之”。诸葛亮《出师表》：知晓：“早信此生终不遇，当年悔草《长杨赋》”。陆游《蝶恋花》：应验：“其精甚真，其中有信”。《老子》：信物凭证：“行而无信”。《战国策·燕策》：音讯：“不见眼中人，天长音信断”。李白《大堤曲》：盟约：“以继好结信”。《左传·襄公元年》：的确：“烟涛微茫信难求”。唐·李白《梦游天姥吟留别》。“信造化之尤物”。宋·陆游《过小孤山大孤山》。

便是信”。“诚者自然，信是用力，诚是理，信是心，诚是天道，信是人道，诚是以命言，信是以性言，诚是以道言，信是以德言”。⁹综合上述的论述中可以看出，“诚”和“信”在本质上是相通的，但“诚”更侧重从单纯自然的心理状态考察，即真心为“诚”，这是自然的本质特征之一；“信”似乎更注重这种心理状态下言与行的一种完全契合的关系，即主观状态与客观效果的统一，由此而形成人们对其有信用（誉）、有信仰的评价，这是人们遵从自然本质的行动。

“诚”“信”二字连用为“诚信”的情形在古代典籍中并不少见。早在《管子·枢言》即有表述：“先王贵诚信。诚信者，天下之结也”，另外，《商君书·靳令》将“诚信”作为六虱之一，即“曰礼、乐；曰《诗》、《书》；曰修善，曰孝弟；曰诚信，曰贞廉；曰仁、义；曰非兵，曰羞战。国有十二者，上无使农战，必贫至削”。《三国演义》第59回提到：“务以诚信为主，不许欺诈”。《新唐书·刑法志》提到，“（贞观）六年，亲录囚徒，阅死罪者三百九十人，纵之还家，期以明年秋即刑；及期，囚皆诣朝堂，无后者，太宗嘉其诚信，悉原之”。在这些表述中，并未就诚信进行更多的解释，可见，诚信一词乃取“诚”与“信”的通义，即内心的诚实与外在表现出的守信用，这一表达后来演变为更直白的说法——“诚实信用”。

（二）中国历史上的诚信文化价值观

在中国传统文化的话语系统中，诚信是一个非常重要的核心观念，它既有本体论上的意义，也有道德论、认识论上的意义。

在儒家学说中，首先强调“诚”是做人的基本要求，是主体修养中最重要的内容之一。从先秦的《中庸》、孟子、荀子等，经唐之李翱，到宋明理学各大家，均强调“诚”对修身养性的积极作用，甚至把其作用夸大到无以复加的地步。

荀子曾说“君子养心莫善於诚，致诚则无它事矣”。¹⁰儒家的“格物、致知、正心、诚意、修身、齐家、治国、平天下”之说中，¹¹“正心”与“诚意”均可归入“诚”的概念，是以“德治”实现“治国平天下”的重要步骤。“所谓诚其意者：毋自欺也，如恶恶臭，如好好色，此之谓自谦，故君子必慎其独也！……此谓诚于中，形于外，故君子必慎其独也”，¹²可见，君子是通过“诚于中（不自欺），形于外”来正本养心，安身立命，达到人格的完善。

古代的典籍还阐明了坚持诚信的认识论意义，认为坚持“诚”的修养，对于认识天地万物有着密切的关系。《中庸》说“自诚明，谓之性；自明诚，谓之教。诚则明矣，明则诚矣”。自诚明，指由诚而明白事理；自明诚，指明白事理必能达到诚信境界；“唯天下至诚，为能尽其性；能尽其性，则能尽人之性；能尽人之性，则能尽物之性。能尽物之性，则可以赞天地之化育；可以赞天地之化育，则可以与天地参矣”。同时，坚持诚信，便能成己成物，即：“诚者，物之终始，不诚无物。是故君子诚之为贵。诚者，非自成己而已也，所以成物也”。¹³这里，“诚”被夸大为贯穿于万物的始终，如果不诚，则万物根本无法创造出来。这些话对宋明理学有很大影响，周敦颐《通书》因此说“圣，诚而已矣。诚，五常之本，百行之源也”。“诚者，圣人之本。‘大哉乾元，万物资始’，诚之源也。‘乾

⁹ 《朱子语类》

¹⁰ 《荀子·不苟》

¹¹ “古之欲明明德于天下者，先治其国；欲治其国者，先齐其家；欲齐其家者，先修其身；欲修其身者，先正其心；欲正其心者，先诚其意；欲诚其意者，先致其知；致知在格物。物格而后知至，知至而后意诚，意诚而后心正，心正而后身修，身修而后家齐，家齐而后国治，国治而后天下平”。《大学》

¹² 同上。

¹³ 《中庸》

道变化，各正性命，诚斯立焉。纯粹至善者也”。¹⁴可见，“诚”不仅要完成自我品德修养，更要使万物都能按其本性得到自由的发展，“诚”既是认识世界的出发点，也是客观世界本身。如荀子所说：“天行有常”，“夫此有常以至此诚者也”。¹⁵有常而诚，意味着自然有着内在的规律，人们可以认识并验证。可见，在古代认识论意义上的“诚”，实际上是人与自然主客观互动的统一，而董仲舒的名言：“天覆育万物，既化而生之，有养而成之”正是这一思想的确切表达。¹⁶

这不仅于此，古代典籍更进一步指出了坚持诚信所能发挥的社会功能，《中庸》指出：“唯天下至诚，为能经纶天下之大经，立天下之大本，如天地之化育”。“诚则形，形则著，著则明，明则动，动则变，变则化。惟天下至诚为能化”，可见，坚持诚信就能使人明白事理，必然会表现于自己的所有实践活动，从而推动社会的发展变化，将恶转化为善，即所谓“精诚所至，金石为开”——程颐在诠释《易经·坎卦》时便指出：“至诚可以通金石，蹈水火。何险难之不可亨也”？

从“信”这方面考察，其意义与“诚”相仿：在儒家学说中，“信”是儒家伦理核心“五常”的重要内容，与“仁、义、礼、智”并列。“信”首先内含与“诚”相同的做人要求和行为准则——“人无信不立”¹⁷，“人而无信，不知其可也”，¹⁸《吕氏春秋·履信》说，“信者，行之基；行者，人之本。人非行无以成，行非信无以立。故信之于人，譬济之须舟也；信之于行，犹舟之待楫也。将涉大川，非舟何以济之？欲泛方舟，非楫何以行之？今人虽欲为善，而不知立行，犹无舟而济川也；虽欲之行，而不知立信，犹无楫而行舟也”。同时，“信”也具有相当大的社会作用，孔子在《礼记·礼运》中谈到了信是理想社会的一个要素——“大道之行也，天下为公，选贤与能，讲信修睦，……。是谓大同”。在《论语·卫灵公》中说：“言忠信，行笃敬，虽蛮貊之邦，行矣”。《春秋左氏传》说，“信，国之宝也，民之所庇也”。《礼记·大学》说：“君子有大道，必忠信以得之，骄泰以失之”。可见，如果说“诚”是自然的本质特征，那么努力达到诚的境界，就需要靠立“信”，而立信的过程就是人们认识世界并推动社会发展的过程。如果这个过程或结果是不差爽而可验的，那么社会发展就是有“信”（信用、信仰）的，“信”一方面是人们以“诚”来认识世界的结果，另一方面它又代表着符合自然本质的社会秩序，推动社会的发展。

总之，中国古代文化中的诚信内涵丰富，意义深远，它并非仅仅具有个人修养等伦理道德方面的内容，还包含了让人深思的自然哲学思想，其一，古代的诚信坚持“自然之实”，“不自欺”，尊重客观实际；其二，坚持“人做底实”，求真务实，不欺人，以“信”立德、治世。可以说，古代的这种“诚信观”与当今合同法上的诚信观在哲学基础上是大体相当的，在中国社会得到较高的认同，这对于建立我国现代合同法的诚信观念及诚信机制相当有利。

（三）中国历史上的合同与诚信

中国古代没有发达的商品经济，但这并不意味着中国历史上没有出现合同关系或合同制度，早在《诗经》就有“氓之蚩蚩，抱布贸丝”的诗句。¹⁹《周礼》所记载的“听称责以傅别”，“听取予以书契”，“听买卖以质剂”，“大市以质，

¹⁴ “五常，仁、义、礼、智、信，五行之性也。百行，孝、弟、忠、信之属，万物之象也”，《周子通书》。

¹⁵ 《荀子·不苟》。

¹⁶ 《春秋繁露·王道通》

¹⁷ 《新唐书》

¹⁸ 《论语·为政》

¹⁹ 《诗经·卫风·氓》

小市以剂”反映出我国很早就出现了契约制度。²⁰《周礼》对不信守合同者，将“刑之”，或“墨”或“杀”，以刑罚保证合同的履行。²¹

《淮南子·泰族训》曾提到了诚信与合同的关系：“信可使守约，作事可法，出言可道者，人之豪也”，但这是从伦理意义上而言的。在制度上，唐律、明律均有对欺诈行为的处罚，如“诸造器用之物及绢布之属，有行滥短狭而买卖者，各杖六十”，“凡造器用之物，不牢固、真实，及绢布之属纸薄、短狭而卖者，各笞五十，其物入官”；明律、清律均有对高利贷的限制，如“凡私放钱债及典当财物，每月取利并不得过三分，年月虽多，不过一本一利。违者笞四十……”。另外，明律、清律对于使用不正当手段进行交易的行为也有规定，如《明律》规定“凡买卖诸物，两不和同，而把持行市，专取其利，及贩鬻之徒，通同牙行，共为奸计，卖物以贱为贵，买物以贵为贱者，杖八十”（清律规定相近）。

尽管我国历史上关于契约的史料丰富，但不能因此而得出我国自古就有诚信契约制度的结论。²²守约与不欺诈是契约制度的基本特征，但并非诚信制度的主旨。²³传统的中国社会从结构特点上讲是以家族血缘关系为纽带的宗法社会，宗法家族或家庭是物质生产和人们生活的基本单位或基本组织；从经济特点上讲是以农业生产为主的自给自足式的自然经济。由此人们对诚信的重视侧重反映在文化上、情感上、伦理意义上而非经济上、（合同）制度上，诚信与合同制度由于交易的不发达而未能融合。基本的结论是，中国历史上并不缺少诚信的观念，而是缺少诚信的（经济、法律）制度。强调了诚信的主观心理状态，但未发展出作为行为准则的客观诚信标准。

二、 西方语言上的“诚信”

（一）诚信的语源

在英语中，integrity, sincerity, faith, loyalty 等词均可表示“诚信”，而与诚信有关的形容词也有如真诚的（sincere），诚实的（honest），忠实的（faithful, loyal），真实的（real, true authentic），信得过的（trustworthy），可靠的（reliable, dependable）等等，尽管这些词在语义上和汉语的“诚信”并无不同，但较少在法律的意义上使用。在法律意义上使用的“诚信”语源公认为来自于拉丁语的 *Bona Fides*。据考证，*Bona* 的原义为“好”，与 *Fides* 连用时转为“确实、有效”的意思，起强化 *Fides* 的作用。而 *Fides* 则来自动词 *Fieri*，为“已经做成”的意思，后经西塞罗（Cicero）及斯多亚（Stoa）利用其词源学意义，把 *Fides* 解释为“行其所言谓之信”（*Fiat quod dictum est, appellatam fidem*），相当于中文中的“言必信，信必果”。从本义讲，*Bona Fides* 可直译为“良信”，但习惯上翻译为“诚信”，在文学和法律文献中大量使用。²⁴

受拉丁语的影响，拉丁语族诸语言均出现了对应的词，如 *Buona fide*（意大利语），*Buena fe*（西班牙语），*Bonne foi*（法语），而英语将 *Bona Fides* 直译为 *Good Faith*。德语稍有不同，在继受罗马法的过程中，注意将拉丁词汇民族化，一方面，

²⁰ 这里的“傅剂”是借贷契约，“书契”是赠予或转让契约，“质剂”是买卖契约。本文将在相同的意义上使用“合同”与“契约”。

²¹ 郑强，同前注2，61页。

²² 参见郑强，“我国历史上的诚实信用与合同经历了漫长的发展时期，由萌芽状态的道德戒律而成长为枝繁叶茂的制度规定”。同注2，62页。

²³ 如果仅以守约或不欺诈作为衡量合同诚信制度的标准，那么可以说人类社会所有的合同制度都是诚信的合同制度，这就使本文对“诚信”的探讨失去意义。

²⁴ 此段文字参见徐国栋：《诚实信用原则研究》，6—7页，中国人民大学出版社2002年版。关于从“信”到“诚信”的转化，详见第二节。

《德国民法典》932条（动产的善意取得）使用了 *guter Glaube*，可以看成是对 *Bona Fides* 直译，²⁵另一方面，著名的242条（债的履行原则）使用了 *Treu und Glaube* 这一术语，其本义为忠诚（诚实、忠实、可靠）和信用（信义、信任、信赖、相信），但实际上等同于 *Bona Fides*，连用为不可分的“诚信”一词，这是因为“*Treu*”可溯源于封建时代仆人对主人的“忠诚”义务，但在此义上单用时的写法应该是“*Treue*”，因此，可以认为“*Treu und Glaube*”实际上是德国人为对应 *Bona Fides* 的本义另造的一个术语。另外一种说法是，在古代德国，常常以 *In Treu*（于诚实）、*Mit Treu*（于诚实）、*Bei Treu*（依诚实）、*Unter Treu*（在诚实名义下）强制交易对方作誓。后来为了求得更加可靠，在诚实外加 *Glaube*（信用）二字，而以“于诚实信用”为誓词，起确保履行契约义务的作用。²⁶

从上述的论述可以看出，从语义上讲，西方的“诚信”一词与中国传统上的“诚信”一词并无明显的区别，汉语“诚信”来表达“*Bona Fides*”具有某种内在的合理性，是十分贴切而传神的翻译，但二者的文化内涵却有所差异：和汉语“诚信”一词所具有的多重意义相比，*Bona Fides* 实际上大多在法律领域内使用并且具有较为特殊的法律意义，象德国等国还专门创造了专门的术语来表达法律上的“诚信”一语，因此，在探讨法律上的诚信概念或诚信制度时，应从西方的文化源开始，而不能因为我国历史上有“诚信”的表达而望文生义。

（二）诚信的基本含义

说到“*Bona Fides*”或英语的“*Good Faith*”一词，大部分大陆法的律师都会自然地联想到本国法上的诚信原则，如果本国没有明确的诚信原则，则可能会联想到罗马法或者著名的德国民法典第242条，而德国法的法律工作者除了242条外，还可能想到 *Staudinger* 的大部头——*Kommentar*，其中有500多页专门论述了诚信。对英美法的研究者或律师来说，这个术语大概能激发数十种联想，英国人可能会想到默示条款法、不正当影响、禁止翻供原则、行使法律权利的合理原则、保险法上的最大诚信原则等等，而美国人最有可能的联想是美国统一商法典1-203条或美国合同法第二次重述第205条以及虚假陈述规则（*misrepresentation rule*）或信赖（*reliance*）、期待（*expectation*）等概念。

同样，学者们对“诚信”的表述也是见仁见智的，一些学者偏重从积极的方面对诚信进行界定：将诚信描述为法律主体具有某种好的内在因素的状况或承担某种义务的状态。例如，温德沙伊德（*Windscheid*）就将之描绘为“诚实的确信”；图尔（*Tuhr*）将之描绘为“正直”；哥尔菲（*Gorphe*）则说它是“诚挚的、忠诚的和如实的愿望”。科尔鲁（*Cornu*）说它是“协助、协作、合作、相互帮助、一定范围内的友谊、博爱的义务”。普兰尼奥尔（*Planiol*）和希贝尔（*Ripert*）则认为它是“像一个诚实和自觉的人那样行为的义务”。另一些学者偏重从消极方面界定诚信，认为它是法律主体缺少某种不良的内在因素的状况。例如，彭梵得（*Bonfante*）就把诚信界定为“诈欺或恶信的阙如”。米丘（*Miccio*）则将之界定为“不存在后来要对相对人隐瞒并且对之有害的目的”。²⁷萨默斯（*Robert S. Summers*）将之界定为“没有特定的自身含义，用来排除各形各色的恶信”。²⁸这

²⁵ 即“良信”，中文的翻译为“善意”。徐国栋认为其实际上指主观上的诚信，同上注，21页。

²⁶ 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》，415页，汉林出版社1976年版。转引自徐国栋：《民法基本原则解释》，同前注3，75页。

²⁷ *Vé ase Manual Dela Puente y Lavalle*, op. cit., p24. 转引自徐国栋：《诚实信用原则研究》，同注24，30-31页。

²⁸ R. S. Summers, "Good Faith" in *General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code* (1968) 54 Va L Rev 195, 196.

说明, 尽管西方世界用专门的术语来表达“诚信”, 但诚信的内涵却是很不确定的。对此, 有的学者非常清楚地得出结论说, 对于诚信这一开放性概念而言, 无论怎么进行定义都对解决具体案件没有多大帮助, 这可谓一语道破了天机。²⁹

尽管如此, 然而对诚信作一个基本的分类仍是可行的, 不管是大陆法还是英美法, 诚信都可以分为主观上的诚信与客观上的诚信(有时也被称为诚信的双重含义), 前者是主观心理上的善意(innocent state of mind, bona fides), 后者是对特定行为是否符合公平、道义、尊严等进行判断的标准。³⁰对此, 德国在立法上作了明确的区分, 即 Good Faith in the sense of *guter Glaube* (如德国民法典 932 条) 和 Good Faith in the sense of *Treu und Glaube* (如德国民法典 242 条), 因此, *guter Glaube* 又被称为 subjective good faith (主观诚信), 而 242 条的 *Treu und Glaube* 一语, 通常被称为 objective good faith (客观诚信)。³¹对于这两种诚信的区别, 有学者认为主观诚信通常都转化为权利的授予, 这是因为这种诚信是法律诱导的一种心理状态, 当事人如果达到了它, 将得到一定的优惠待遇; 而客观诚信以义务科加作为特征, 法律以诚信的名义要求当事人积极行为, 但对行为并无任何奖励性的安排。³²秘鲁学者德拉普恩德认为, 客观诚信是非个人性的关于行为之正当性的规则, 因此, 客观诚信的标准不论对于何人, 都是统一的; 而主观诚信具有个人性, 换言之, 在特定情境中行为人是否达到了主观诚信, 要依个案为判断。它们不但性质不同、保护的利益不同, 存在的体系也不相同。³³学者们的精彩论述实际上表明, 即使使用同一概念, 其所指和侧重点都可能是不同的。

针对上述学者所持的两种诚信不可能进行统一的“悲观说”, 有的学者提出了“乐观说”, 即认为两种诚信是可以统一的, 一方当事人的主观诚信来自他方当事人的客观诚信。因此, 主观诚信不过是客观诚信的另一面。³⁴有的学者还举出了《韩国民法典》和《西班牙民法典》使用了统一诚信概念作为“乐观说”的佐证:《韩国民法典》第 2 条第 1 款规定:“权利的行使和义务的履行应以诚信并根据信任的原则”。《西班牙民法典》序章新第 7 条第 1 款也规定:“权利必须根据诚信的要求行使”。³⁵

笔者于此并不准备对“悲观说”或“乐观说”作出评论, 因为讨论两种诚信是否可以统一的问题已经偏离了本文的主题。本文只是藉此说明, 西方的诚信概念实际上包括主观诚信与客观诚信两个方面, 不管用何种理论对两种诚信的统一作出说明, 其内在差异都是存在的。对此, 德国法专门使用 *Treu und Glaube* 一语代表客观诚信以明确所指, 本文也将遵循这一思路, 将讨论的重点放在客观诚信方面, 这正是合同法精彩纷呈的核心因素之一。那么, 客观诚信到底有哪些要素或内容呢, 下面将通过历史性的考察来澄清这一问题。

²⁹ See Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann: Good faith in European contract law, p30, Cambridge University Press, 2000.

³⁰ Allan Farnsworth, 'Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code' (1963) 30 U Chi LR 666, 671-2.

³¹ 除德国和瑞士外, 其他国家均使用相同的术语表达两种意义上的诚信。我国实际上以“善意”来表达主观的诚信, 而以“诚信”来表达客观上的诚信, 遵循的是德国法模式。

³² Vé ase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p33, 莫塞之语, 转引自徐国栋:《诚实信用原则研究》, 同注 24, 第 46 页。

³³ 同上, p26, p36. 徐书, 46-48 页。

³⁴ 同上, p37. 徐书, 47 页。

³⁵ 同上, p32. 徐书, 21 页。

第二节 罗马法上的诚信

一、从法定诉讼到诚信诉讼

罗马法上的诚信概念最初体现在其法律诉讼中，这是因为罗马法的发展实际上是程序法先于实体法，我们今天所理解的合同法中的诚信都是由裁判上的诚信发展而来的，而这一发展过程实际上代表了罗马人对社会理想的追求历程。

现知最早的罗马法诉讼程序是法定诉讼 (*legis actio*)，它有两方面的含义，一是所有的诉讼都必须依照已有的立法提起，即十二表法和后来的平民会决议 (*plebiscita*)。二是诉讼必须依照一定的程式 (*formulae*) 向承审员提起。这两方面是密切相关的，因为程式是由立法所规定的。在履行了正确的程式 (口述一定的言词，手为一定的动作) 及争讼程序 (*litis contestatio*) 之后，³⁶ 承审员方能评判证据、查看法律是否对原告的损害提供了补救并作出判决。承审员只能依现行法律的规定进行审理，无权创设新的诉讼。这些诉讼被称为法律上可执行的主观权利，和一些习惯法规则一起构成了旧的市民法。

大约在公元前 3 世纪，大量涌入的外国商人使只在罗马人之间使用的法定诉讼已不适应形势的发展，因而新出现的程式诉讼取代了法定诉讼。³⁷ 当事人不再需要像法定诉讼一样履行特定形式，可以自由陈述案件事实并遵守裁判官发布的程序程式，包括诉讼程序和承审员的任命。承审员必须对记载于程式上的事实 (又称为请求原因，*demonstratio*) 进行审理并就原告的请求 (*intentio*) 作出判决。如果原告的主张被证明是正确的，程式上还将包括判决要旨 (*condemnatio*)。程式诉讼取代对人的宣誓决斗的标志是被告被诉请的履行被称为负债 (*dare oportere*)，³⁸ 即负有法律上的义务。以偿还特定数目的金钱之诉为例，其格式是“任命盖尤斯作为承审员，³⁹ 如果证明被告应付给原告 10000 赛斯特斯，⁴⁰ 那么承审员就判决被告支付原告 10000 赛斯特斯；如果查明并非如此，则开释被告”。由于原告需要证明被告负有支付 10000 赛斯特斯的义务，因此尽管程式上未曾要求证明被告负义务的原因 (*causa*)，原告也必须加以证明。这样，这个程式就可普遍适用于所有要求支付一定金额的诉讼。如果诉讼理由不在市民法的规定中，那么就不能使用这个诉讼程式提起请求，譬如不得根据不规范的买卖合同提起诉讼。由于每年的新裁判官都要公布所有的程式，所以人们可以利用这个机会根据需要不断地增加新的程式。

诚信诉讼是在程式诉讼的基础上发展而来的。⁴¹ 由于西塞罗时代之前的法律发展情况无资料可考，因而诚信诉讼从何时开始建立也无从知晓，⁴² 但从西塞罗

³⁶ 也有学者认为应该是“证讼”，见周树：《罗马法原论》，866 页，商务印书馆 1994 年版。

³⁷ 由于具体的年代无从查考，所以学术界并无统一的意见。周树认为程式诉讼的出现应在公元前 2 世纪，见周树：《罗马法原论》，同上注，857 页。

³⁸ 对物的宣誓决斗已经已有这一因素。

³⁹ 盖尤斯仅为列举，实际上是空白，在裁判官交承审员审理时填写该承审员姓名。

⁴⁰ 罗马货币单位。

⁴¹ 即使在制定法没有规定的情况下，根据诚信提出的主张也可以通过程式诉讼得到执行。因此，程式诉讼是诚信审判的一个实质性的前提条件，但不能等同。另外，根据万民法所产生的债本身平等地适用于罗马人和外国人，所以不能得出结论说诚信诉讼是与外国人相关的诉讼，是由于外国人与罗马人的交往而出现的。

⁴² 有关于诚信诉讼的出现时间有几种说法，即公元前 3 世纪 (程式诉讼出现的时间)，公元前 2 世纪后期，

的著作中可以看出共和国后期市民法和荣誉法的区别还是非常明显的。⁴³大约从公元前2世纪开始,诚信概念不再停留在道德标准的层面上,而是开始渗透到裁判官法(荣誉法)中,形成了诚信诉讼,但这一过程仍然具有争论。有学者认为诚信诉讼得名于对诚信关系进行审理的诉讼,早在西塞罗的著作中就列出了六种诚信关系(见后述);⁴⁴另有学者认为诚信诉讼实际上得名于程式书状中的“依诚信”字样,凡程式书状上附注“依诚信”字样的均为诚信诉讼,反之则为严法诉讼。⁴⁵

对于诚信诉讼中“诚信”一词的作用法学家们至今仍无法取得共识。争论的焦点是诚信到底是一种新的诉因还是仅仅是作为市民法的补充(一个评判义务履行标准的工具)?如果裁判官仅仅是通过一定的诉讼程式将某些市民法上基于诚信提出的请求义务具体化,那么就并不意味着诉讼请求的革新。如果程式将市民法上原告的义务称为负债(*dare facere oportere*),就可认为裁判官将诚信视为了一个新的独立诉因,这就与原来严格的市民法诉讼分开了,承审员将按公平正义的标准对当事人在特定法律关系中应为之行为进行自由裁量,确定具体的权利义务。从诚信诉讼对后来实体法发展的影响看,很可能这是一个渐进的过程。

西塞罗在其著作中所描写的案例就形象地说明了诚信诉讼较严法诉讼所具有的优势:大约在公元前100年左右,罗马的占卜官在进行占卜时,发现 T. Claudius Centumalus 在西莲山上的房屋的高度妨碍了占卜,于是命令 Claudius 拆除房屋过高的部分。Claudius 公告出卖该房屋并由 P. Calpurnius Lanarius 买得,而占卜官对他作了同样的要求,他照办了。但当 Calpurnius 发现 Claudius 是在故意隐瞒了占卜官的要求的情况下出售房屋时,他提起了诉讼。根据当时的市民法规则,土地的出卖人只对明示的担保负责,即只应对他所明确表示否定但却实际存在的瑕疵承担责任。十二表法也规定出卖人只对他所明确作出的担保(*nuncupationes*)承担责任。根据西塞罗的解释,这一担保包括所有对出卖物事实上和法律状态的担保。但对本案而言,买受人要求出卖人作出房屋不会被命令部分拆除的担保是难以想象的,除非他事先知道了占卜官的命令。因此,本案的买受人实际上是在不知占卜官的命令的情况下,以通常的价格买下了这个房屋,而根据旧的市民法⁴⁶Calpurnius 不能得到任何赔偿。

因此,Calpurnius 提起了诚信诉讼,使用了购买者之诉(*actio empti*)的程式,要求承审人按照“诚信的要求”(quidquid sibi dare facere oportet ex fide bona)确定 Claudius 作为出卖人应承担的义务。西塞罗所描写的程式是:“任命盖尤斯为承审员。本案是买卖纠纷,原告从被告处买受作为本案标的物的房屋,承审员要判决被告依诚信应该对原告给予或做的任何事情,如果查明并非如此,则开释被告”。西塞罗对此解释说,“诚信”要求出卖人将所知的有关出卖物的所有瑕疵都告诉买受人。如果出卖人隐瞒了他所知的瑕疵,那么他就应赔偿诚信买受人由此遭受的所有损害。M. Porcius Cato 作为仲裁人(*arbiter*)审理了此案,判决 Claudius 赔偿因其沉默而给 Calpurnius 带来的损失,肯定了出卖人对买受人负有告知出卖物瑕疵的先契约义务,这是“诚信”的要求。

可见,尽管这一诉讼是支付特定金钱之诉,但承审员并不受原告主张的限制,

公元前1世纪(西塞罗时期),但均无确切的证据。参见 Franz Wieacker, 'Zum Ursprung der bonae fidei iudicia', ZSS 80 (1963) 1 ff.; Luigi Lombardi, Dalla fides alla bona fides (1961) 179 ff.

⁴³ Cicero, *De officiis* 3, 66.

⁴⁴ See Martin Josef Schermaier, *Bona fides in Roman contract law*, included in Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann: *Good faith in European contract law*, p70, Cambridge University Press, 2000.

⁴⁵ 徐国栋, 同注 24, 54 页。

⁴⁶ 后来诚信诉讼也都成为市民法的一部分, 所以称之前的市民法为旧市民法。

也可以不受在先规则的影响,而可以根据诚信原则自由评判诉讼主张。通过这一方式,承审员就从仅仅是进行事实审理并将程式上的条件适用于这些事实的情形扩展到对案件进行全面的法律评判。尽管承审员还是要受裁判官发布的程式的约束,但他可以根据诚信原则进行实体上的审理和革新。这样,诚信审判就可能软化和减少严格的形式主义,以公平为导向来取得公正的结果,实现理想中的正义。

二、从“信”到“诚信”——罗马的诚信文化观

新的程式诉讼并没有给司法带来不确定或遭遇武断的指责应该归因于罗马社会对信和诚信概念在认识上的一致性。这构成了诚信诉讼的核心,它根植于罗马人和外国人均认同的、构成罗马社会伦理的基于信和诚信而产生的广泛的义务,但这些义务是如何从信层面发展到诚信的层面目前仍不很清楚。

信在罗马被广泛理解为遵守诺言(keep one's word),而诚信就被理解为遵守合同的约定。守诺是进行一切法律交往的前提,西塞罗称之为基础性的正义。但是,“信”在“遵守诺言”的意义上并没有特定的法律含义,违反了诺言也没有相应的制裁措施,所以很难说诚信诉讼就是根据这一基本含义发展起来的。但也需注意,“守诺”这种“信”尽管没有直接对合同履行提出要求,但它通过要求行为诚实行为影响到合同的履行。

除“守诺”这一基本含义外,信在罗马社会还有多重含义。在国际关系上,它的意义是“投诚”(deditio in fidem)。在国际条约和外交关系中,它的意义是言出必行。(国际条约均被供奉在信义女神(goddess Fides)庙中,在忠实之神(Dius Fidius)庙侧)。对罗马征服者保护的人而言,信是“受保护,有保障”之义。从表面上看,“保护和关照自己的属从”很难与“守诺”在文义上统一起来,所以有学者认为实际上两者在时间上有前后之别,⁴⁷而有的学者认为“信”本身就有两方面的含义:信诺和值得信赖,从积极意义上讲,就是守诺。从消极意义上讲,就是对自己所保护的人给予关照,这两者是统一的。⁴⁸

其实,在罗马法中,“信”隐含关照和保护含义的情形并不少见,如主人和被解放的奴隶的关系,这种被信任者关系(fiduciary relationship)后来均可以根据诚信诉讼进行审理,包括监护、信托、委任和合伙。在这些关系中,所强调的并不是守信和重诺的方面,而是合同方应该如何相互对待的特定要求。如监护人必须像管理自己的事务一样管理被监护人的事务。委任关系中的受托人必须诚实地完成自己的受托事务。信托关系中的受托人尽管取得了财产的所有权,但必须按照信托合同的约定经营和归还该信托财产。合伙人对于影响所有合伙人利益的行为必须保持高度的忠实。在西塞罗的著作中,共提到了6类诚信关系,即监护(tutela)、合伙(societas)、信托(fiducia)、委任(mandatum)、买卖(emptio venditio)和租赁(locatio conduction)。⁴⁹如果违背了这些义务,将受到“破廉耻”的处罚。⁵⁰因此,更具说服力的看法是,之所以在“信”的基础上进一步强调“诚信”(良信)是因为这里注重的是行为准则的实体性具体要求,它根植于罗马的

⁴⁷ Luigi Lombardi, *Dalla fides alla bona fides* (1961)

⁴⁸ Dieter Nörr, *Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronzetafel von Alcantara* (1989)150. Cite from Martin Josef Schermaier, *Bona fides in Roman contract law*, included in Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann: *Good faith in European contract law*, p30, Cambridge University Press, 2000.

⁴⁹ Cicero, *De officiis* 3, 66. 诚信诉讼的种类最终被扩展到15种。罗马法上的租赁实际上包括物的租赁、劳务的租赁(现在的雇用关系)和工作的租赁(现在的承揽关系)。参见徐国栋,《诚实信用原则研究》,同前注24, 67页。

⁵⁰ 周树:《罗马法原论》,同前注36, 116页。

社会道德观念：诚信意味着罗马市民谨慎小心并尊重合同对方利益的行为方式。因此，作为定语的“好”（良好，bonus）实际上决定着有约束力的信诺的内容。

在信托诉讼中，诉讼程式上要求受托人必须依“信任关系”（bene agree）行事，这是和“诚信”的要求一致的，因此可以认为实际上信托诉讼就是诚信诉讼的先驱。早期，arbitrium boni viri 被看成仲裁员的独立判决，因为它对双方利益进行衡量。这表明诚信诉讼意图在于提供对双方利益进行衡量的机会来评判诉讼请求。

尽管如今仍无法完整地解释诚信诉讼如何成为了裁判官法的基础和核心，但诚信的三个基本的要素：对信任者关系进行实体性的考察、赋予不具备形式要件的信诺以法律效力、要求承审员对双方当事人的利益进行衡量构成了诚信诉讼的特点。裁判官有意识地将诚信诉讼适用于数种诚信关系之上表明它们是裁判官在政策利益上的深思。承审员在诉讼中对双方利益进行衡量的职责即来自这些历史的因素。

三、罗马合同法上的诚信——从诚信诉讼到诚信制度

共和国后期及整个古典时期，是罗马合同法发展的黄金时代，对案件进行全面考察的司法裁量权得到扩展。非诚信诉讼中，承审员限制在考虑诉讼请求是否存在于程式之上，而加入了诚信条款后，承审员就可以在考虑所有相关因素（发生、结果、双方关系的性质等）的基础上对案件作出判决。这样，一般的价值体系开始建立，繁杂的诉讼程式开始消退。而由此形成的实体法制度开始形成我们今天所理解的法律。⁵¹

诚信诉讼与严法诉讼的区别首先表现在程式的写法上。严法诉讼中，被告必须向裁判官提出预审听证并将自己的抗辩写入程式。如果被告因为疏忽而没有将有利于自己的抗辩写入程式，那么承审员将不考虑这一抗辩。而诚信诉讼完全不同，程式上“依诚信”的用语实际上使承审员可以根据“诚信”的要求全面考察双方的关系（包括非正式的合同），自由决定被告应履行的行为以及采纳被告提出的任何抗辩。以利息请求为例，在严法诉讼中，所请求的利息必须是明确约定的，而诚信诉讼中利息是自动认定的，但有诚信的限制，如在债务人未迟延的情形下就请求利息被认为是违背诚信的。另外，诚信诉讼允许被告抵消，而严法诉讼的被告只能另行起诉（后来根据 Marcus Aurelius 的命令，被告可以据此提出诈欺抗辩）。⁵²

买卖合同中隐含的瑕疵担保责任制度的发展无疑深受诚信观念的影响，卖方不仅要对明示的担保，而且要对故意隐瞒的瑕疵承担责任。而基于诚信关系的买卖程式（actio empti）进一步发展为不知情的卖方也应承担退货或减价的责任，即使卖方不知道瑕疵的存在，仍将责任归因于卖方所承担的担保。对权利担保而言，卖方的责任也逐渐加重，如果卖方是在知晓对出卖物没有所有权的情况下出售，那么买方可以提出在买卖过程中的利息损失。

诚信诉讼主要用来防止欺诈行为。诚信的标准（bene agere）有两个程序上的后果，任何欺诈行为，不论是合同上的还是程序上的，均导致对欺诈者不利的

⁵¹ 在罗马法，合同作为一个专门的法律用语出现的时间很晚，直到公元1世纪的法学家拉贝奥才把“合同”作为一个法律术语使用。直到公元6世纪，罗马法中合同的含义才与其现代的对应物一致起来。See Gy. Diodati, *Contract in Roman Law, from the Twelve Tables to the Glossators*, Akademiai Kiado, Budapest, 1981, p.81; p.95. 转引自徐国栋：《诚实信用原则研究》，同前注24，52页，注1。

⁵² 关于诚信诉讼与严法诉讼的更多区别，参见徐国栋：《诚实信用原则研究》，同前注24，55—59页。

判决。而到了后古典时期，即使合同是自始不能的，也可以提起合同上的欺诈之诉。欺诈方不能在合同诉讼中胜诉。诈欺抗辩内生于诚信诉讼，⁵³因此承审员总是自动考虑原告请求或提出的诉讼是否有欺诈。这种做法甚至发展到严法诉讼也引入了诈欺抗辩。

作为欺诈行为的对立概念，诚信的道德层面表现得非常清楚。罗马的法学家尽量将诚信概念在诚信诉讼的范围内使用。当市民法需要纠正时，常使用正义、善良公正等等价概念，有时也与善良风俗（boni mores）联系在一起。而公平（正义）也同样包含“信”的双重含义：守诺和特定行为准则。

大量以“诚信”为基础的判决逐渐凝结成实体性的一般规则并为现代法所接受。这些规则通过各国的立法成为了一般条款，继续影响着对公平的探求。但即使是在古典时期，诚信也是从多种概念的融合中发展的。这些原则或概念均要求“公平交易”（fair dealing）。

从古典时期末期开始，诚信逐渐失去了作为自然正义（naturalis aequitas）的基础，这是因为诚信的命运是和古典程式诉讼制度紧密联系的。随着程式诉讼的消亡，人们更愿意使用如正义、人道（humanitas）、善行（benignitas）等更灵活、适用面更广的用语，不局限在诚信所强调的忠实及公平交易的合同关系。但诚信作为一种文化传统，构成了现代法制的基础。诚信诉讼所保护的诚信关系转化为诚信合同和其他人法或物法上的关系。诚信诉讼逐渐转化为实体法上的诚信。

罗马法能够跨越数千年而仍然能焕发出勃勃生机，不能不让人惊叹罗马人的智慧，而诚信在今天的“复兴”，除了现代社会也同样面临着罗马时期的种种法律问题外，更多的却是因为罗马法在诚信的名义下所做的对公平和正义所进行的意义深远的探索。这些探索在今天的合同法中都能找到对应的观念或制度。

西塞罗在著作中除了提到了前文的例子外，他还进一步举例说明从诚信概念中引伸出来的规定如果不坚持诚信的标准进行考察仍将变得呆板和不正义：Marius Gratidianus 将几年前从 C. Sergius Orata 买来的房屋回售给他，但在订合同时 Marius 并没有披露房屋实际上负有地役权下的义务，而 Sergius 其实也知道这一情况，因为这个房屋所负的义务早在他第一次卖给 Marius 的时候就是存在的。尽管如此，Sergius 还是为此提起了诉讼。罗马当时最著名的两个演说家 Licinius Crassus 和 M. Antonius 分别代表原告展开了法庭辩论。Crassus 提出的理由是，在订约时未披露已知的瑕疵违反了诚信，而 Antonius 回应该说被告作这样的披露是不必要的，因为原告并不会因被告的沉默而受到任何欺骗和影响。西塞罗未对双方的论辩进行评价，但他对 Crassus 在法庭中郑重提出其形式主义的主张感到惊讶：尽管披露义务是在从诚信产生的买卖规则的条文之内，但此处已经脱离了诚信的实质意义。西塞罗强调诚信不能被缩减为具体的程式和具有具体规则和范围的法律制度，而是能统领所有因具体真实生活情形而产生的义务的一个原则，是衡平（正义）的法律表达，始终是为了纠正适用严格法而可能带来的非正义结果。

西塞罗提到的例三是：有个人与他人约定替他人保管一把宝剑，并约定在他提出请求时将剑归还给此人。当这个人提出归还宝剑时，他已经明显地神智不清了。西塞罗绕开了这个人是否能够进行意思表示这个技术问题，而是直接讨论保管人的契约义务与防止该人用宝剑伤害众人之间的冲突。信的本义当然是要求守诺（将宝剑按约定归还），但西塞罗认为这一契约义务在此种情形下应让位于更优先的（公共）义务：防止任何人受到伤害的社会公共利益。环境条

⁵³ Exceptio doli，也被称为恶意抗辩。

件的改变，当然带来义务的改变。这个例子其实揭示了现代的情势变更原则在萌芽期的情况。在德国民法典 242 条框架内对此问题的讨论已经由西塞罗作了阐明：义务人的履行对权利人无益，或义务人履行义务所带来的损失超过了权利人所获得的利益，则义务人解除原来所承担的合同义务，西塞罗清楚地展示了诚信诉讼中承审员对双方利益进行衡平考虑的做法。在他的著作中，还可以找到如买卖法上善意卖方是否需对买方因标的物瑕疵所带来的损失作利益衡量的例子。

西塞罗的例四是关于缔约披露义务的。有商人从亚历山大港运了一船玉米到正遭受饥荒的罗得岛。他知道还有其他几个玉米商人也正满载玉米驶向罗得岛，但岛上的居民却一无所知。那么这个商人应该是应该告诉岛上的居民这个情况呢还是可以保持沉默以尽可能地卖出高价。西塞罗坚定地支持前一种主张，认为按照诚信的要求这个商人当然应该披露，而且这和应该披露出卖物的瑕疵是同样的道理。西塞罗的这些主张在现在看来都是非常激进的，这说明当时对诚信的看法并不过时。

第四个例子与第三个例子相似，从积极方面说明了诚信的义务。法学家昆图斯·穆丘斯·谢沃拉想买一块土地，请求出卖人迅速地报出确定的价格。出卖人这样做了。谢沃拉说，他对该土地的估计比出卖人的要高，因此在后者的开价上加了 10 万赛斯特斯。这个案例说明诚信要求利益的承受人人为之付出充足的代价，不得利用对方的疏忽或无经验牟利。⁵⁴

如今，各国的合同法对上述问题都有更深入的探讨，譬如将信息优势与交换平等、与社会经济的优越地位等因素联系在一起加以考虑等等，而不容置疑的是，罗马法将“诚信”作为实现社会理想（公平、正义等）的基本手段（作为法律上的一般条款）的做法从此奠定了法律必须保持与时俱进以维护衡平为要旨的发展方向，通过诚信机制来不断修正制定法以适应变换的社会价值观构成了罗马法活力的源泉，是罗马法留给今人的弥足珍贵的历史文化遗产。

第三节 中世纪合同法上的诚信

一、早期的诚信概念

和现在的情况一样，中世纪的法学家们也同样面临定义“诚信”概念的困难，法学家只能就适用诚信的一些情形加以列举，而这些情形是多样化的，无法从中得出统一的结论。

在合同法领域，诚信作为一个不特定的概念多少让人有些出乎意料，因为人们通常希望教会法所强调的道德因素会帮助其明确诚信的定义，至少会说明诚信的要求是什么。事实上，教会法学者有时用良心(*good conscience*)来定义诚信，⁵⁵教会法也并没有明确合同方必须遵守哪些诚信的要求，而只是原则性地要求合同方应该遵从诚信和正义，这或许是因为这样做的结果在世俗法的领域已经引起了

⁵⁴ Cfr. Cierone, *Dei Doveri*, op. cit., p. 253, 转引自徐国栋：《诚实信用原则研究》，同前注 24，75 页，注 3。

⁵⁵ *Hostiensis, In Decretalium Commentaria*(1581) to X 2,26, 17 no.11. Cite from James Gordley, *Good Faith in contract law in the medieval ius commune*, included in Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann: *Good faith in European contract law*, p94, supra note 29.

很多麻烦——一般条款与罗马法上的具体诚信规则常常出现冲突。

归纳而言，教会法所使用的“诚信”概念实际上包含缔约方所预想的三种类型的行为：首先，任何一方都应该严守信诺（keep one's word）；其次，双方应诚实不欺，不能在缔约时有误导或其他导致缔约不公平的行为。第三，在遇到合同未明示的情形，任何一方都应该像一个诚实的人那样承担义务。

（一）守诺

就严守信诺（守约）的含义而言，乌尔比安认为这是一种“自然正义”，⁵⁶而 Triphoninus 将诚信与正义及万民法联系在一起，认为合同法中的诚信就是要求最大程度的正义。但这一正义是只按照万民法来衡量还是应该考虑市民法及荣誉法并不清楚，如一个被判死刑并被没收财产的人在甲处有存款，那么按万民法，这笔钱应该归甲，而按市民法，这笔钱应该交给国家。⁵⁷因此，实际上法学家们常在合同法的具体问题上不能自圆其说。另外，他们认为万民法上的诚信意味着言出必行（契约必守）的观点实际上也是与罗马法的实践相冲突的，因为罗马法上只有诺成契约是具有拘束力的，而要物契约（如消费借贷、质押、存款）仅仅具有相互同意还不够，而另外有些契约是因为完成了某种形式而具有拘束力的。教会法为了强调契约必守的原则，只好宣称教会法不会像罗马法那样区分诺成契约与要物契约，有名契约与无名契约。但教会法总的来说并不关心契约是否具有拘束力，而是关心违约是否是一种罪过。⁵⁸在 14 世纪后期，巴图斯（Baldus）主张教会法也同样区分诺成契约与要物契约，这是万民法的内在区分。⁵⁹

（二）不欺

注释法学家认为诚信在合同法中也意味着不欺，如在缔约中披露应该披露的信息（如买卖法上的瑕疵），“在合同中考虑诚信是符合正义的”，⁶⁰而受欺诈的受害方应该获得救济。

中世纪法学家没有对欺诈作出定义，而在处理欺诈的具体制度上也并没有直接和诚信相联系。注释法学派将欺诈分为“因果性”（causal）的和“附带性”（incidental）的，前者可能导致合同整体无效，如出卖人对买受人撒谎说买受人的马死了而诱使买受人从他这里另买了一匹马，而后者只是让受害方获得了要求减价等公平交易权，如出卖人虚报了马的年龄而得到了高价，那么买受人可以要求与马真实年龄相当的价格。

这一做法实际上和罗马法是不一致的。罗马法分诚信诉讼和严法诉讼。在严法诉讼中，如果受害方提出了欺诈的抗辩，那么他的主张就能得到支持。而诚信诉讼中，存在欺诈因素的合同是当然无效的，不管这种欺诈是什么性质的欺诈。

此外，教会法进一步扩展了欺诈制度的应用范围，对极为不利的合同价格也给予受欺诈的救济。如出卖人并没有受到蓄意的欺诈，但订立的合同价格还不到通常价格的一半，在法律上他可以要求按通常的价格履行合同或由对方决定是否撤销合同。法学家们并没有提出相应的理论来解释为什么会有这样的制度，他们认为这是诚信的总的要求。可见，中世纪的法学家只是在观念上借用了罗马法所宣称的诚信是欺诈的对立面的观点，认为诚信意味着不欺诈或不过分获得利益（overreaching），但并没有将诚信这一一般原则在具体制度上自觉地加以贯彻。

⁵⁶ Ulp. D. 2,14,1.

⁵⁷ D. 16.3.31.

⁵⁸ *Glossa ordinaria to Decretum Gratiani*(1595) *Causa 12, Quaestio 2*, c.66 to *promiserint*. Cite from James Gordley, *Good Faith in contract law in the medieval ius commune*, included in Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann: *Good faith in European contract law*, p99, Note 29.

⁵⁹ Baldus de Ubaldis, *Commentaria in Corpus iuris civilis*(1577) to C.2,3,27.

⁶⁰ C.4, 10,4: "Bonam fidem in contractibus considerari aequum est."

(三) 承担默示义务

诚信同时也意味着应像一个诚实之人那样进行交易。罗马法对此的表述是“遵达成成的协议即为诚信。如果未曾有协议,则应该根据承审员的决定就自然应包括或达成的协议行事”,⁶¹而中世纪的法学家们认为这是诚信、正义和万民法的要求,这些默示义务自然地包括在合同中是因为“它们由万民法的自然的原由所引发”。⁶²因此,诚信并不仅包括不欺的含义,还包括遵守交易时并未想到的默示条款。但是,中世纪法学家们在这里所偏爱用的词是“性质”(nature)、“实质”(substance)等,但并未清楚说明为什么诚信应有此义以及自然、实质与诚信的关系。

根据注释法学家的论述,自然、实质的条款实际上是使合同能够成立以及决定合同性质的条款,如买卖合同的标的和价格。与之相对的是“附属”(accident)条款,这些条款需要明示才能生效。因为每个合同都有特质条款,因此遵守这些条款就成了“诚信、正义和万民法”的要求。

和前述的情形一样,罗马法分为严法诉讼和诚信诉讼,尽管诚信诉讼中遵守这些默示条款是当然的,但严法诉讼却并非如此。所以中世纪法学家的这些论述仍然无法与罗马法的具体规则相一致,也不能说明一般条款与具体规则的关系。

教会法强调了遵守默示条款是诚信的要求,但并未说明教会法是否有诚信合同与严法合同的区别。最终,巴图斯宣称教会法上的所有合同都是诚信合同,但他小心翼翼地表明这只是他个人的观点。⁶³

总之,教会法尽管肯定了罗马法以来的诚信原则,但却未能在法律技术及制度上一以贯之,而即使主张教会法应该忽略罗马法对有名合同无名合同、诚信合同严法合同进行分类的律师们也不认为世俗法上应有同样的做法。这表明,这一时期人们在诚信问题上的理论是不完整的,也没有注意将其具体化。

二、巴图斯的诚信观

巴图斯(Baldus)和其他法学家一样,力图解读和注释罗马法,他借助亚里斯多德和阿奎那(Aquinas)的哲学思想较为成功地对诚信作了较为系统连贯的解释,具有较大的影响。

在12世纪晚期到13世纪早期,亚里斯多德关于哲学、物理学、政治学和伦理学的著作第一次在西方被发现,引发了一场文化革命,而托马斯·阿奎那受其影响建立了系统的道德哲学,许多观点都涉及到合同法。

在《伦理学》一书中,亚里斯多德将交易作为交换正义的一种形式。分配正义保证了每个公民都公平地得到了一份社会的财富和荣誉,而交换正义保持着这一份额,交易的双方应付出相等的价值进行交换。同时,该书还论述了自由的价值,认为自由就意味着明智地处分自己的财产,“在恰当的时间给予合适的人以恰当的金额”。同时,该书还谈到了守诺的价值。⁶⁴

阿奎那将亚里斯多德的思想加以综合得出了自己的观点,他认为守诺首先是信的表现,而守诺表现于两种情况:即要求交换的正义的情形和自由行动的情形。就此阿奎那将合同分为体现交换正义的合同和体现自由行动的合同,前者如买卖

⁶¹ D.19,1,11: 'nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, hunc ea praestabuntur quae naturaliter insunt huius iudici potestate.'

⁶² Odofredus, *Lectura super Codicem* (1552) to D.19, 1, 11: 'naturaliter insunt, id est, naturali ratione iure gentium introducta'.

⁶³ Baldus de Ubaldis, *In Decretalium volumen commentaria* (1595) to X.2, 11, 1 no. 12: 'ego puto quod de equitate canonica omnes contractus mundi sit bonae fidei'.

⁶⁴ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, V. ii; IV. i 1119a-1120a; IV. vii 1127a-1127b.

合同，后者的典型表现为赠与合同。就此，阿奎那以交换公平的理论解释了为什么罗马法会对价格不公提供救济以及为什么出卖人应对标的物的瑕疵负责。

巴图斯和其他法学家不同的是，他注重诚信在法律上的体现而不是抽象地谈论诚信。他认为诚信的基本要求就是不能以牺牲他人利益为代价为自己谋利，这和亚里斯多德及阿奎那对交换公平的思考如出一辙，巴图斯称之为“所有良心规则的至上规则”，“自然正义”。⁶⁵

巴图斯认为“正义”有双重含义，即特定的正义和普遍的正义（*aequitas in specie and aequitas in genere*），特定的正义意味着当环境条件改变而与立法者的意图相反时，应停止制定法的适用。普遍的正义是考虑实质和环境的基础上得到的合理的结果，是建立在不损害他人的基础上。因此，巴图斯区分了诚信的不同形式，他认为法官在合同法上考虑诚信有两个目的：第一，考察合同是否具有拘束力。第二，确定双方的义务并确认是否得到履行。就第二个目的而言，诚信又有两层含义，一是不欺，二是根据自然正义和法律确定双方的义务。当合同约定明确时应根据法律，约定不明确时应遵从自然正义。在这里，巴图斯将自然正义作为诚信的一种表现形式并将其与守诺及不欺相区分，自然正义决定了合同方的默示义务，而自然正义其实就是任何人不能以牺牲他人利益为自己谋利，遭受不公价格的一方应获得救济。因此，巴图斯的结论实际上是和亚里斯多德及阿奎那对正义的理论是一致的。

巴图斯对于默示义务的解释也与阿奎那相似，巴图斯认为默示义务是合同的自然性质使然，而合同的解释必须遵从诚信的基本要求，这其实和前面提到的合同的交换特质致使其必须遵从公平正义（交换正义）的要求没有区别。

巴图斯也谈到了“性质”、“特性”及“附属”等词，但他显然是在亚里斯多德的意义上加以论述的。他认为合同的实质性条款是合同的最初的基础，而附属条款就是可以任意增减而不会对合同性质产生实质性影响的条款。尽管当事人可以任意就合同内容达成一致，但必须遵守不改变合同实质的限度，否则是无效的，譬如不能约定当事人不对其欺诈行为负责。

根据亚里斯多德关于交换公平和自由的论述以及阿奎那关于财产转移要么是交换行为要么是自由行动的分类，巴图斯提出了著名的约因（*causa*）原则，即任何合同都有原因，取得财产要么是自由行动的原因，要么是等价交换的原因，如果合同没有原因，那么就无法对该合同用正义的标准进行判断（是否一方受损而另一方不公平地得益）。公平交换意味着等价交换，而自由行动尽管不等价，却是合理明智的行为，并不仅仅是财产的移转。如果是轻率或无经验的行动，那就仅仅是一个错误而非自由行动，有错误的一方应该获得救济。同时，巴图斯也主张在教会法中没有原因的合同是不能强制执行的，这为教会法的律师们广泛接受。

总之，在亚里斯多德和阿奎那的影响下，巴图斯对诚信和正义的论述超越了他的前辈，此前的学说尽管提到了诚信包含着守信、不欺及承担默示义务的内涵，但没有提出可行的判断标准，而巴图斯提出了诚信意味着不能以牺牲他人的利益为自己谋利的准则作为普遍适用的标准。同时，巴图斯提出的原因学说对守信提出了合理的界限：只有在等价交换和自由行动的前提下守信才是重要的，这也为其前辈所提出的不言自明的欺诈（*dolus ex re ipsa*，指价格畸高畸低）提供救济

⁶⁵ Baldus de Ubaldis, In Decretalium volumen commentaria(1595) to X 2, 8 no. 1: 'Regula regularum in via conscientie est. Non locupletari cum aliena iactura.'

作出了理论说明（因为交换不公不能构成合法的合同原因）。另外，原因学说也是当事人为什么应该承担默示义务的基础。

三、对现代诚信研究的意义

在巴图斯之后，在 16 世纪及 17 世纪早期兴起的后注释法学派已经开始自觉地在亚里斯多德和阿奎那学说的基础上开始综合研究罗马法。这些研究极大地影响了在 17 世纪和 18 世纪由格老秀斯(Hugo Grotius)和普芬多夫(Samuel Pufendorf)建立的自然法学派，也使自然法学派的追随者法国法学家 Jean Domat 和 Robert Pothier 受到影响。

对 Domat 而言，正义意味着交换的公平，他认为，当事人间达成某种合同并不仅仅承担了明示的义务，而且承担了由合同性质以及公平、制定法和习惯所要求承担的那些义务。当事人尽管可以根据自己的需要对合同作出明确的约定，但这些约定不能违反法律、善良风俗及公平的要求。以买卖合同为例，如果买方支付了无瑕疵货物的价金，那么卖方就必须承担瑕疵担保责任。如果双方约定卖方不承担这一义务，那么价金就应该减少到公平的程度。⁶⁶ Domat 的这一主张体现为后来的法国民法典 1135 条：“契约不仅依其明示发生义务，并按照契约的性质，发生公平原则、习惯或法律所赋予的义务”。但到了 19 世纪，亚里斯多德的交换公平概念不再流行，法国民法典的注释者们将合同定义为当事人的合意。Laurent 将默示条款解释为当事人的本意，法律只是将体现了当事人的意思。法官应避免不以公平为名干涉当事人的自由决定。当事人的意思是所有义务之源，并无一个高于当事人意思的标准对其作修改或补充。

19 世纪的德国法学家同样将合同解释为意思自治的表现，和法国法学家一样，他们也认为默示义务来源于当事人自己的意思。因此，当德国民法典 242 条诚信条款最初出现时，并没有引起多大的反响，因为在观念上，诚信已经不再意味着当事人必须承担实质性的公平义务。连立法委员会也认为：诚信的用语并非在于强调履行合同的义务而在于作为一般解释规则。⁶⁷

诚信到底只是一个菜单，还是更接近于普遍的原则？巴图斯倾向于后者而其他的注释法学家致力于前者。当前，诚信正面临着一场复兴——不仅仅是菜单，而是用诚信概念替代更通常提到的公平概念。

第四节 诚信在现代合同法上的发展

一、概述——从古典的合同法到现代的合同法

习惯上，20 世纪早期之前（特别是 19 世纪）的合同法被称为“古典”（或经典）的合同法，它伴随工业革命的历史条件而形成并反映着当时的社会经济状况，其特点是强调以个人为本位的合同自由，个人意思的创造力及限制法庭及国家对合同的干涉。尽管现代对古典合同法的研究发现其并非如此的简单并对其作

⁶⁶ Jean Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* (1713) I. i. iii. 1.

⁶⁷ Cite from James Gordley, *Good Faith in contract law in the medieval ius commune*, included in Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann: *Good faith in European contract law*, p116, supra note 29.

了更加深入的说明，⁶⁶但总体上讲，这个结论是具有普遍性的。

古典合同法的一个重要特征是希望建立一个一般性的合同制度，适用于所有类型的合同而不考虑某些合同的特殊性。事实上，像海运合同、保险合同等特殊合同在合同法的发展过程中就具有很不一般的影响和特点。但希望建立统一而普遍适用合同法的观点无疑是流行的趋势，其依据的基本理论就是意思自治。

意思自治有双重的含义，从积极层面讲，它意味着合同当事人是私人立法者，依据自己的意思创建权利并承担义务。从消极层面讲，它意味着除非当事人同意并体现在合同中，否则当事人不承担任何义务，这一点也被称为“无合同无义务”。消极层面的含义曾被用来限制法定义务的范围，如侵权责任与不当得利的适用。在侵权法领域，由合同产生的责任被限定在特定的合同当事人之间，以至得到了“谬误的合同关系论”（the *privity of contract fallacy*）的称谓。⁶⁹对不当得利，英国的博文（Bowen）法官的名言是“不能在背地里对人施加责任”。⁷⁰在实践中，较窄的“默示合同”规则实际上取代了曼斯菲尔德（Mansfield）法官所主张的广义的不当得利规则。

契约自由的原则在古典时期发展到合同几乎不受任何监督的程度。合同的内容完全取决于当事人的协定，不会因为“不合理”或“不公平”这样的理由而被宣布无效。此时的契约正义就意味着充分尊重当事人自己的意思，原来的一些可能影响合同的法律手段，如公共政策，此时已经被限制在非常狭窄的范围内，合同几乎不可能因为条款苛刻或内容非常不公而违反公共政策。对价理论尽管也有防止合同不公的作用，但这是非常有限的。然而，如果合同内容过于不公，如合同条款只对一方有利而有损于另一方，法院还是会推定有欺诈的情况存在，要求受益方提出证据证明交易的公正性，而此前的法官一般会将这样的合同作为存在欺诈的间接证据，所以也有学者认为实际上古典时期的法官作用比其前辈更消极，而另一些学者认为就衡平法而言并非如此。⁷¹

意思自治的要求导致了默示合同规则的严格适用，除非当事人明确地约定，不能因为某条款是公平的或合理的就默认为合同的内容。在实践中，连一向被认为是默示条款的贸易惯例，也必须经过严格的证明，只有连续使用、在习惯上遵循的行为规范并且表明当事人意图让其影响所涉及的权利义务的惯例方可成为合同的内容。后来发展到合同法上的错误理论以及合同受挫的理论也依据当事人的意思来解释。

古典合同法的另一个突出的特点是强调合同最大限度的稳定性和可预测性以保证当事人对合同效力的依赖。这也导致司法裁量权在合同法上无立锥之地，特别是关于合同的订立以及效力方面。而衡平法的自由裁量救济以及如口头证据规则这样的对普通法加以改变的规则并未受到重视。

在古典合同法中，对当事人意思主义的强调和对合同确定性的追求构成了一对矛盾。意思自治的至上性意味着合同将因错误、误解及胁迫等原因而无效，而

⁶⁶ 参见[美]理查德·波斯纳：《法律的经济分析》，第4章，蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版。[美]罗伯特·考特，托马斯·尤伦：《法和经济学》，第6章，张军等译，上海三联书店，上海人民出版社1994年版。

⁶⁹ 对于过失虚假陈述（*negligent misrepresentation*）所引起的纯粹经济上的损失，英国法一般在合同法中考虑而不认为应承担侵权责任。

⁷⁰ “Liabilities are not to be forced upon people behind their backs”, *Falcke v. Scottish Imperial Insurance Co.* (1886) 34 Ch 234, at 248.

⁷¹ See Jack Beatson and Daniel Friedmann, *From 'Classical' to Modern Contract Law*, p9, in Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, 1995. 就当时的衡平法而言，有被边缘化的倾向。

合同的确性和可靠性要求对合同无效的理由进行限制。在 *Bell v. Lever Bros Ltd* 一案中，⁷²这一潜在冲突终于爆发，而法院最终确认未反映当事人真意的合同有效，限制了错误及胁迫等规则的适用范围，这导致“客观说”（objective theory）在英国法上开始流行，其含义是不管当事人的真意如何，只要其行为导致了对方合理地相信他已经同意了合同的条款，那么他就应该受到该合同的约束。很明显，客观说承认当事人有可能承担表面上看起来同意（但并不真正同意）承担的义务，是与意思自治的原则相冲突的。

古典合同法体现的特点还包括对强势、经验优势方及信息优势方的倾斜保护以及要求无经验和不小心一方自担风险。由于合同几乎不受外部监督，所以商人通常按自己的喜好起草合同，为自己各种机会主义的行为制造机会。

当然，不可忽视的是，衡平性的规则尽管常常处于补充和边缘的状态，但确实对严格的古典模式起到了修正的作用。如无辜的虚假陈述也同样会导致合同无效的做法，而不正当影响规则极大地避免了可能出现的不公平合同。

现代合同法的标志首先是扩展了承担合同责任的领域。高树（High Trees）案是这方面的先驱和代表。⁷³为满足合同确定性的要求和避免合同的不公平的结果，一些新的方法和理论开始形成，如关于违约和合同落空的方法和理论，它们强调法律事实所引起的后果而不像以前那样关心当事人的意思。这些发展尽管很缓慢而且曲折，但现在回头看看却发现这些变化是清楚的，譬如用了 100 多年的时间在处理合同受挫时才接受了默示合同的学说，对胁迫而言，这一进程差不多为 10 年。

现代合同法的变化表现在合同体制开始受到控制。这一方面是对订约过程的一般性监督，另一方面是对具体合同内容的干涉。对订约过程的控制在美国法上被称为对“程序不公平”（procedural unconscionability）的控制，主要是对“买者当心”的做法进行限制并确保缔约过程没有受到损害当事人意思的因素的干扰。这些发展主要是通过判例法进行的，法院可以自由地行使裁量权，因为这和契约自由的宗旨并不冲突，典型的例子是法院对合同中免责条款和不公平条款的监督，这些条款必须醒目或加以说明。丹宁（Denning）法官曾有名言道：“只有在合同正面上用红色印制并用红色的指示指出的条款才可以被认为是作了充分的提示”。⁷⁴

现代合同法大大扩展了因为没有真正的合意而致使合同无效或可撤销的原因。如经济性的胁迫已经被肯定为损害意思自治的因素；无辜的虚假陈述可以让对方当事人获得合同的撤销权；在保证关系中，贷款人负有义务确保保证人在贷款人对保证人有决定性影响的情形下没有因为受到借款人的不正当影响而签订保证合同。如果这样的影响存在而使保证人遭受不利，那么保证人可以减轻责任甚至完全不负责任。另外，立法创制了法定的“不正当影响”，⁷⁵它使得消费者可以在某些案件中主张受到某种压力而请求撤销合同，而这些理由根据传统的普通法是无法得到支持的。

和对订约过程进行控制不同，以不公平为理由对合同的条款进行干涉直接与传统的意思自治的原则相冲突，但这一控制可以通过使用传统上的一些法律技术来实现，从而从表面上减缓冲突。譬如传统上的公共秩序规则和禁止惩罚和没收

⁷² (1932) AC 161.

⁷³ *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd* (1947) KB130.

⁷⁴ *J Spurling Ltd v. Bradshaw* (1956) 1 WLR 461, at 466. 与这个判例形成鲜明对照的是在古典时期所判决的 *Thompson v. LM & S Ry Co* (1930) 1 KB 41. 一案。

⁷⁵ 如英国的消费者信贷法（Consumer Credit Act, 1974）第 67—68 条。

的衡平规则都可以对缔约的条款进行干涉。公共秩序规则可以适用于各种合同上,如破坏婚姻制度(如有害于一夫一妻制)合同、不道德的有关性关系的合同以及限制竞争的合同等等,但经济上的不道德——合同内容的极端不公,不属于公共秩序的审查范围。事实上,古典合同法理论将公共秩序规则视为契约自由的威胁,竭力限制其使用,⁷⁶甚至称其为“不羁的野马”。⁷⁷另外,古典时期,法院更多地从公共秩序的积极意义上,即倾向于认定合同有效的意义上使用公共秩序规则。

诚信原则是对合同内容进行控制的另一个重要工具,近年来逐渐为许多英美法系国家所承认。英国法尽管并没有接受一般性的诚信原则,但实际上只是变通地采用了更具体的一些方法来应对合同不公平的问题。欧共体发布的消费合同不公平条款法中,明确提到了诚信义务。而在此之前,就有迹象表明实际上欧洲国际间的法律影响日益加强,诚信原则以及与之平行的各种具体的解决均得到认可。

许多国家都通过制定法确认一般原则(如诚信原则)的方式来对实质性的不公平合同进行直接的控制。这是现代合同法的重要特点之一。英国于1974年通过的消费者信贷法(Consumer Credit Act)、1977年通过的反不公平合同条款法(Unfair Contract Terms Act)和1986年通过的金融服务法(Financial Services Act)就是在这方面的努力。当然,合同法的变迁并不是孤立的,它和其他领域的发展是同步的。

在古典合同法中,判定成立合同的临界点是十分重要的,不成立合同则无所谓合同责任,合同成立后则按合同法规则执行。但因为侵权法和返还法的发展,这个界限已经变得模糊多了。

在理论层面上,将合同法的大多数制度都归结于当事人意思的理论已经式微了,尽管在很大的程度上当事人仍可自由地进行约定,但理论上已经公开承认合同法的实质性内容都来自于法律的规定。由于强调实质公平并且法定规则在不断增多,各色合同的差异性开始受到重视,如消费合同与商业合同开始分离,格式合同受到特别规定的审查,而劳动合同,信贷合同等合同有了专门的立法。在英国,对契约正义的强调和对合同体制的干涉导致了合同法的分散化趋势,出现了许多新的分支。

法律对合同的干涉还涉及情势变更这一问题。古典合同法发展了合同落空的规则,但其适用十分严格。根据该规则,如果合同情势变化剧烈,则可以解除合同义务。如果情势变化并未达到落空的程度,则合同义务不受影响。但实际上,这种“非此即彼”的解决方式可能并不恰当,特别是对于一些长期合同而言,折衷的办法效果可能更好。

在合同救济制度方面的发展令人瞩目,因为这是普通法的传统领域。即使是古典时期,救济方法也受司法裁量权的控制,所以这部分的变化并没有其他方面那么大,但制定法的影响仍是明显的,这突出地表现在实际履行方法的广泛使用以及减缓了对合同形式上的要求。合同救济制度已变成了热门话题,经济分析更是找到了用武之地。

二、德国法上的诚信发展——一般条款理论

⁷⁶ 如建议法院不要再“发展新的公共秩序的类型”(invent a new head of public policy),参见 Janson v. Driefoutein Consolidated Mines Ltd(1902) AC 484, at 491 per Lord Halsbury LC.

⁷⁷ “unruly horse”, Richardson v. Mellish (1824) 2 Big 229, at 252; 130 ER 294, at 303.

如前所述,德国法专门使用本土化的 *Treu und Glaube* 一语代表诚信(客观诚信),体现在民法典 242 条:债务人应依诚实信用,并参照交易上的习惯,履行给付。同时,第 157 条也规定,合同的解释,应遵守诚实信用原则,并考虑交易上的习惯。在民法典颁布的很长的一段时间里,242 条并未引起重视,对其进行的解释也相当狭窄,只与履行义务的方式相关。有关合同内容的决定由 157 条处理,而 157 条又被仅仅被看成合同的解释。事实上,人们并不清楚民法典的起草者是否真的是希望将诚信原则限制在这个狭小的领域。在草案第一稿中,这一条款的覆盖面是相当广泛的:当事人必须遵守合同约定的义务及根据法律、习惯及参照诚信而产生的合同义务。这一表述很接近于潘德克顿著作中对一般欺诈抗辩的表述和 19 世纪法院的实践。很显然,使用欺诈抗辩一语只是为了表达上的便利而不具有罗马程式诉讼上的意义,这一用语其实和诚信是完全等价的,只不过欺诈抗辩是就被告的角度而言的。

民法典颁布后,学者们就欺诈抗辩是否仍然适用以及其是否构成 242 条的基础展开了辩论。⁷⁸而法院的实践却一如既往,特别是帝国法院鲜明地反对滥用法律权利的行为,并不把司法干涉局限在以损害他人行为为目的而行使权利这一极端的情形。因此,242 条成为了 20 世纪早期有关方法论的大辩论的争论焦点(如实证主义、自由法运动、利益法学等不同派别)。一方面,诚信的规定被指责为“以险恶的方式吞噬法律文化内核的灾难的源泉”,⁷⁹另一方面,诚信被誉为“帝王规则”(queen of rules),是用来克服现行法律局限性的工具。⁸⁰

对诚信规定的这些激赏或担心最初并没有对主流的理论和实践产生影响,但法院与议会间潜在的内在冲突却终究要爆发。在 1923 年 11 月 28 日,帝国法院宣布放弃马克的名义价值原则。此时的通货膨胀已经到了难以想象的地步:一个金马克竟然可以兑换 5220 亿纸币马克。帝国最高法院的法官联合会提交并公开了关于解决恶性通货膨胀的立法草案,但帝国议会仍保持沉默。在这种情况下,法院拒绝了债务人用纸币马克偿还一战以前以抵押形式所负担的债务的请求,同时认为债权人不负有在抵押登记处除去抵押权的义务。更重要的是,法院认为自己有权决定一个新的转换率。很显然,法官在这种情形下面临很大的道德困境:一方面立法的沉默无可忍受,已经极大地损害了法律和正义的基本方面。另一方面,法官只能试图以 242 条为手段来掩饰根本性的冲突(立法与司法的冲突)。法院认为,现行的以货币名义主义为原则的立法,已经与未曾预想到的恶性通货膨胀发生了冲突,这一冲突的解决应以诚信为指导。因为 242 条是适用于所有交易的,所以必须放弃现行立法所主张的货币名义主义以与诚信规则相一致。

法院的这一判决在当时不啻是一枚重磅炸弹,这次法院首次超越现行法而作出了判决。即使是在一般欺诈抗辩的最广义上讲,法院也无权确定新的转换率。如果一般条款隐含了这样的司法审查权,那么什么司法干涉都可能发生,这将使国家和法律面临极大的危险。这一忧虑在 1933 年后变成了现实,一般条款理论成为了在法律制度中灌输“新的国家法律意识形态”的最方便的工具,这段历史表明了在某意识形态下和先入概念的基础上,这一方法论工具可能表现出的可怕的“弹性”,“无限制的解释”(unlimited interpretation)成为了颠覆原有传统法律制度的根本手段。

今天,要在法律解释和司法发展之间划出一条清晰的界限仍然是不可能的事

⁷⁸ 参见 Wendt, AcP 100 (1906) 1 ff.;

⁷⁹ Rudolf Henle, *Treu und Glauben im Rechtsverkehr* (1912) 30 f.

⁸⁰ 参见 Justus Wilhelm Hedemann, *Die Flucht in die Generalklausel: Eine Gefahr fuer Recht und Staat* (1933) 10 f.

情，而后者实际上已经是不可避免且必要的，尽管立法机构的立法权并没有受到实质性的影响。德国法在现代的发展表现为两个突出的方面。一是基本法的制定。基本法第1、2条宣布了对人的尊严和个人自由的尊重。这些规定构成了含义广泛的人权宣言，不仅仅是个人抵御国家不当行为的依据，也作为一个整体构成了统辖整个法律制度的价值观，因此，整个私法都必须根据基本权利的精神进行解释，特别是民法典的一般条款作为有弹性的法律工具在使用上应与之一致。这导致了私法宪法化的便利并且提供了良好的机制。

第二个方面表现为判例数量的大量增加。自民法典颁布后，依据242条作出的判决不计其数。依赖于法学家的努力，这些判决依据242条所发挥的不同作用和适用的领域作了分类并形成了判例集（Fallgruppen）。

现在，242条被普遍认为起补充诉讼理由的作用，从而相当于补充立法。首先，它具体化了合同履行的方式并成为附随义务的源泉或补充。告知、披露、注意、保护、合作等附随义务既可出现在履行中，也同样产生于缔约阶段和合同履行后的阶段。其次，它给合同权利的行使设定了界限，防止权利的滥用。如不允许以自己的在先行行为相抵触的方式行使权利、行使以欺骗手段得到的权利、在合同履行中过于忽略对方的合理的利益或者对某种情形作出过度反应。这些情形实际上以前的欺诈抗辩所适用的主要情形，而在242条的名义下这些法律规则继续发挥着自己的作用。最后，也是争论最激烈的一个方面，242条被用作介入当事人的合同关系避免严重不公后果的手段。德国法上的情势变更原则就是从242条的这个对不公起矫正作用的功能上发展而来的。很显然，法院在宣称自己有权调整合同的基础上，进而对民法典也试图作出改变，这一角色和罗马的裁判官相似，是在不断地修正民法。

情势变更原则目前已经是一个较为成熟而独立的制度，但为方便起见，现在仍然在242条之下进行讨论。二战所造成的影响以及德国重新统一所带来的问题都使之有了很大的用武之地。但该原则并不仅仅与战争、通货膨胀、政治制度的改变等特殊的、灾难性的情势有关，不曾料想的环境改变常常导致此种案件的发生。尽管法院仍然将情势变更原则的适用限定在一些异常的情形，但情形已发生了很大的变化。另外一个与情势变更密切相关的问题是因重大原因终止长期合同时无需遵守通知期的问题，这是从242条中衍生出来的一个一般规则，而具体的体现涉及住房租赁合同（民法典554条），服务合同（民法典626条），合伙合同（民法典723条）。司法上发展起来的积极违约规则有时也需要借助于242条。事实上，诚信规则只涉及附随义务的范围以及违反附随义务将导致的赔偿责任，而最初处理附随义务的条款是276条。缔约过失责任将附随义务延伸到了缔约前阶段。缔约过失的最初基础是拟制的缔约前合同，后来类推适用122、179、307和309条作为基础。从理论上讲，缔约过失也是从242条衍生出来的规则，因为合同的协商方的关系密切，应该根据诚信承担特别的责任。

40年来，在242条基础上所作的最重要和最广泛的发展是司法对格式合同条款的公开审查。在1976年的格式合同条款法颁布之前，法院就已经发展了大量的判例法规则应对格式合同问题。而指导法院发展这些判例的准则由格式合同条款法第9条作了表述：任何与诚信规则相抵触使另一方遭受不合理的利不利格式合同条款都是无效的。德国法院对这种并不能反映当事人意思的合同的介入被称为法律发展上的“光荣的一页”。⁸¹在格式合同条款法颁布后，联邦最高法院仍然对特定类型的合同进行司法审查以保证其实质上的公平，特别是经

⁸¹ Ludwig Raiser, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935.

公证的不动产买卖合同以及合伙合同。引人注目的是法院对“关联交易”性质的消费信贷合同的介入。在这种合同中，消费者向第三方融资购买消费品，并以所购买的消费品为担保。法院在这种案件中支持了消费者根据买卖合同提出的对银行退还贷款请求的抗辩。这些发展体现在1990年颁布的消费者信贷法中。

诚信在德国合同法上的广泛影响同样有赖于民法典157条。该条同样要求合同应根据诚信的要求进行解释。在实践中，根据诚信作出的判决，有时很难说是根据了157条还是242条，而它们的实际作用也相差无几。如果民法典并没有设定242条，法院也许会更广泛而经常地适用157条，特别是针对典型的诚信解释之外的灰色区域进行补充性解释，如最高法院一再强调合同负有保护第三人的效力实际上是补充性解释，但多数意见仍将这些进步看成是基于242条的司法发展。

另外，近年来许多重要的发展是根据民法典138条第1款而不是242条进行的。138条第1款（违反善良风俗的法律行为无效）是另一个著名的一般条款并具有历史渊源。但在适用上，其条件比242条更严格，而法律效果也缺少弹性。善良风俗条款实际上设定了私法自治的最大限度。这一条款曾被引用以宣布利率过高的分期付款信用交易无效，近来更被用以宣布因与主债务人的密切关系而设定的保证合同无效。令人深思的是，这些问题都曾有建议按照242条加以处理，但法院并没有接受这些建议。

德国法理并未对客观诚信的内涵作过多论述，因为这对解决具体问题并无多大的帮助。诚信只是一系列当事人所应该遵循的行为标准并且可以用来加以裁判。尽管如此，诚信的“开放性”仍可以从人们抽象的价值观中加以考察：诚实、忠诚和周到构成了这些行为标准的主要方面，同时，兼顾交易对方的利益并以此保护交易中的合理信赖构成了判断一个具体行为是否符合上述标准的总的指导思想。因此，诚信不可能是具体的规则，也无法以抽象的形式存在，只能就具体的情形加以考察。这就是为什么德国只是将现实中的诚信看成一套判例系统的原因。在第242条基础上形成的判例系统，实际上是对诚信的类型化，并对将来的案件提供指导性意见。

许多从第242条发展起来的法律制度现在已经独立，不再于242条的背景下展开讨论，相关的判例也不构成对242条的注释，如对格式合同条款的干预现在由单行的格式合同条款法来承担。类似的例子还有前述消费信贷法对消费信贷合同的干预。此外，附保护第三人效力的合同、积极侵害债权、缔约过失现在也不在242条之下进行讨论，尽管它们均与242条有密切的联系。情势变更原则现在仍属242条的范围，但这在很大程度上是出于便利的考虑，在实践中，这一原则已经发展了自己的要件并已经做到了自足。曾有学者提出从242条所发展出的所有规则都应纳入其在合同法中所属的专门部分，对原有的内容进行限制、补充、改变或者修订，如有关失权的规则可以放在消灭时效法中，而有关长期合同中可以因“重大原因”而不经通知而终止合同的规则归入合同的一般风险等等。⁸²尽管从现在来看这一设想难度很大，不太具有可操作性，但在某些方面确实有向这一方向发展的趋势，这也就解释了为什么对242条的注释现在可以用相对较为克制的539页来取代前一版的1500多页。⁸³在很多时候，242条的诚信规则只是作为一个新规则的临时借用品，当这个新规则逐渐发展成熟而独立可行以后，诚信

⁸² Juergen Schmidt, in: Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (13th edn, 1995) §242, nn.236ff.

⁸³ 所指的前一版是: Wilhelm Weber, in: Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (11th edn, 1961) §242.

规则便隐退了。克茨曾比喻到“这就如同即使将 242 条这个制定法的基础抽掉而并不会影响由司法建立起来的大厦一样”。⁸⁴总之，德国法上的诚信（客观诚信）既不是曾被敌视的“灾难的源泉”，也并非如“帝王规则”般神圣，而只是法院根据时代的需要对法律进行补充、修改或者具体化的一个出发点，这是法院已经在做并将继续长久做下去的工作。

三、 法国合同法上的诚信——权利不得滥用理论

众所周知，法国民法典中有关合同的条文主要是受两位自然法学派的罗马法学家 Domat 和 Pothier 的影响。Domat 通过研究罗马法注意到了诚信的问题以及诚信合同与严法合同的区分。他提出“根据法律的性质和我们的传统，所有的合同都是诚信合同，因为将诚实和正直（integrity）浸透在合同的每一个层面是出于正义的要求”。⁸⁵同时，Domat 论述了出卖人的各种义务和责任，包括应对出卖物的潜在瑕疵承担责任以及对缔约前的欺诈承担赔偿责任。

法国民法典将欺诈与胁迫、错误规定在一起，作为承担合同责任的理由。⁸⁶而缔约方故意不履行合同的有可能构成“欺诈”，承担更大的赔偿责任。⁸⁷关于欺诈的另一种表达则是 1134 条第 3 款的规定：“合同应依诚信履行”。第 1135 条规定：“缔约方不仅承担明示的约定义务，并且应承担公平、习惯及法律按照合同的性质而附加的义务”。

尽管如此，但在 19 世纪，法国民法典关于“诚信”和“公平”的规定极少被使用，此时流行的还是“意思自治”的观念。这使法国民法典在适用上只是单纯地强调合同的效力（源于罗马法的严守信诺），⁸⁸因此，除个别情况外，合同不能因谈判地位实质的不平等而被宣告无效。只有出现不可抗力导致履行不能时才能免除债务人的履行义务。缔约前和嗣后的严重不平等均不能影响到合同的拘束力。任何情况均按当事人自己的意思来加以解释的做法实际上使诚信发挥不了其在合同法上的广泛作用。此时法院对合同的干预主要表现为对“同意是否具有瑕疵”进行审查以及对“错误”进行较广泛的解释。总之，法院坚持认为所谓的依诚信履行实际上就是当事人必须守约，如果出现疑义，应按缔约方的真实意思而非他们所使用的言词来进行解释。诚信和公平不应该对合同构成任何限制，合同的存在就证明合同是合理的。

在 19 世纪末和 20 世纪初，情况发生了变化。这个变化首先表现在法学理论上的两个重大发展。一是出现了建议“禁止权利滥用”的一般性理论的呼声。德国民法典和瑞士债法颁布后，法国学者对德国民法典 226 条和瑞士债法第 2 条第 2 款禁止权利滥用的规定十分欣赏，认为法国也应该认同这一理论。在当时，由于法国并没有相关的司法先例，因而对权利滥用的定义形成了两种意见：一种意见认为以损害他人目的而行使权利就是权利滥用（狭义观点）。另一种意见认为以背离经济或社会的目的而行使权利将构成权利滥用（广义观点）。广义观点在法国发展成为主流观点，尽管这一观点实际上已经触及到个人权利（法定自由）的核心层面并且将赋予法院自由裁量权，增加了司法的不确定性。法院尽管

⁸⁴ Hein Koetz, "Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith", in: Peter Cane, Jane Stapleton (eds.), *The Law of Obligations: Essays in Celebration of John Fleming* (1998), 250.

⁸⁵ *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Liv. I, Tit. I, Sect. III, §XIV, at 26. 英文翻译为 William Strahan, *The Civil Law in its Natural Order: Together with the Public Law*, vol. I (London, 1722) 45.

⁸⁶ 法国民法典 1109—1117 条。

⁸⁷ 法国民法典 1150—1151 条。

⁸⁸ 法国民法典 1134 条第 1 款：“依法成立的契约，在缔约当事人间有相当于法律的效力”。

在表面上一直拒绝任何禁止权利滥用的理论，但在实质上使用这一理论，只不过在不同的情形下赋予其不同的称谓。这样，禁止权利滥用的观念很快得到了广泛认同，而第 1134 条第 3 款关于诚信规定被看成是这一理论的基础。除合同权利的滥用被禁止外，其他与合同有关的权利（尽管并非基于合同产生）也在禁止滥用之列，譬如拒绝缔约的权利。如果经过了长时间的磋商而突然武断地拒绝订立合同将被认定为滥用权利。如果被认定为滥用权利，法国法院将根据民法典 1382 和 1383 条关于侵权行为的规定判决承担损害赔偿义务。在现代法国民法中，禁止权利滥用和合同诚信的观念实际上是纠缠在一起的，什么情况下使用其中某个观点完全成了一个技术问题，而在缔约前阶段，更加上了侵权行为法的因素。

第二个重大发展是 19 世纪末合同法领域的扩大。法国学者试图让受工伤的受害者依据合同法得到赔偿而不必去证明侵权法所要求的过错。为此目的，他们要求确认合同上有严格的保护义务（安全保障义务）。在法律技术上，他们常常依据默示合同理论，而更具一般性和说服力的基础是民法典的 1135 条，即因公平而产生附加义务。尽管法院最终并未采纳学者们对工伤事故的处理意见，但却将学者们的建议运用在旅游合同中以及其他一些情形。在当时，这些建议也引起了争论，反对者认为这是强迫合同法去做应该由侵权法所做的事，而现在，合同上的保护义务已经是不争的法律观点，法院可以根据合同法或者侵权法灵活处理，反映了法国法上诚信和公平对合同履行的影响。

法国法与诚信有关的进一步发展是逐步对合同中披露义务（通知义务）的确认，这一义务在买卖合同中表现得最为典型也最先得到确认。尽管法国民法典并没有规定披露义务，但通说认为法国法要求合同必须按诚信的要求履行，这一观点足以确认买卖合同中的披露义务。最初，披露义务所要解决的问题是在什么情形下缔约谈判的一方需要向对方披露将影响对方决策的信息，而现在的应用则十分广泛，譬如如果不对产品的危险性作说明或提醒，将因违反这一义务而承担损害赔偿的责任。目前，披露义务实际上已经从诚信概念中独立出来，特别是在有关消费合同的立法中正式确认了信息披露义务的独立性。

另外，法国学者和法国法院对免责条款和不公平合同条款的滥用表现出极大的敌视，他们称不公平条款散发着“恶信的气息”（redolent of bad faith），使用了各种办法使其无效或者降低其效力。⁸⁹对于违约金条款，1975 年法对民法典作了修改，允许法院根据具体情形对其予以增加或者减少。此外，1978 年法赋予相关行政机关在特定情形下发布命令的权力（但不包括执法权），以禁止消费合同中的一些典型的不公平条款⁹⁰。针对执法不力的情况，法国最高法院于 1991 年突破性地宣称法院在同样的条件下也有权发布命令并使这些不公平条款无效。1993 年欧盟“关于消费合同不公平条款的指令”及时地给最高法院的命令提供了法律根据，使分权的格局仍得以完好保持。

现在，诚信原则的运用主要在两个领域，即缔约磋商阶段和合同履行中。尽管民法典的措辞较为狭窄（只限于履行），但将诚信原则延伸至缔约前阶段已无异议。学者们对于诚信原则作为法院解释忠实义务和合作义务的重要基础这一点也达成了共识。⁹¹但就 1134 条第 3 款的一般性，学者们有分歧。较为极端的一

⁸⁹ 这些办法包括引用民法典第 6 条（公共秩序）；主张基于故意或者重大过失不能免除合同责任；引用民法典 1643 条（瑕疵担保责任）。

⁹⁰ 1978 年 1 月 10 日 78-23 号法，35-38 条。

⁹¹ 按照法国法，忠实义务是一个一般性的合同义务，即守约而不致使对方无法获得合同利益。合作义务是根据特定合同的性质而产生的义务，如劳动合同常发生这一义务。

些学者认为 1134 条第 3 款的规定纯粹是一个法律技术性规范，并不具有任何实质性内容。如果试图赋予其实质性内容将危害法的安定性，而根据 1135 条赋予法院补充当事人合同的权力也是毫无意义的。⁹²处于另一极端学者强调合同的合作性质，提出合同缔约方实际上缔造了一个微观世界，合同各方就应像合伙关系一样合作实现由各自所追求的目的加总而形成的共同（合同）目的。⁹³自然，多数学者处于温和的中间立场，他们赞同诚信的观念但并不赞同诚信意味着绝对的利他主义甚至可以忽略自己的利益。总的来说，通说认为诚信在法国法上是一个模糊的概念，只有在与具体的法律制度相联系时才具有明确的法律效果。这一特点是大陆法这一概念化体系结构所固有的，诚信在实践中仍具有很强的道德化色彩。但是，即使认为诚信只是一个法律技术性规定，其对解决许多实际问题仍富于启示，这一特性完全可以让其上升并胜任一般原则的功用。当然，对诚信是否构成一般原则的争论还正在继续。

就法国法院而言，它们有时引用诚信履行的条文，有时借助于合同权利不得滥用的要求，有时甚至同时使用。但和德国法院广泛使用诚信条款相比，法国的实践显得较为保守，但其影响力也日益增加。

四、英国合同法上的诚信——具体规则的集合

英国法并不认为在合同磋商或者履行阶段有一个基于诚信的一般性义务。事实上，在司法判决中，这个固执的看法反映了合同过程的真实情况。有判决说：“在合同磋商过程中负有诚信义务是与谈判中当事人的对立地位不一致的。只要不作虚假陈述（misrepresentation），当事人当然有权追求他自己的利益。磋商中负有诚信义务是不可行的，这与当事人的谈判地位不相符。”⁹⁴

对履行合同而言，当事人也同样有权自由行使合同权利或者选择任何理由违约。最近的一个判决就不认为当事人蓄意终止合同的动机在判断其合法性上构成任何影响。“英国合同法并不包含诚信原则，原告在不违反合同条款的情况下完全可以自由行动”。⁹⁵当事人行使权利的动机与其行为的有效性无关的极端例子是上诉法院关于 *Chapman v. Honig* 一案的判决：本案的房东按照合同规定的通知程序驱逐了房客（即终止租房合同），其原因是该房客在房东与另一房客的纠纷中提供了对房东不利的证据。按英国法，在这种情形下，房东驱逐该房客的行为已经构成了藐视法庭罪。但即使如此，上诉法院仍然认为房东驱逐房客的行为应得到支持，因为“一个人有权行使合同上的权利，不管出于好的理由、坏的理由还是根本就没有理由，他都应该能有效地行使自己的权利”。⁹⁶这一案例除了说明了英国法并不认同合同履行中的一般诚信要求外，也从总体上否认了权利滥用理论的适用。这一观点实际上反映了英国在传统上对自由的尊崇，并牢不可破地坚持权利概念的核心即自由。

在违约这一问题上，除了“预期违约”这一特殊情形外，违约方的主观故意与法律后果是无关的。有学者认为英国法的这一态度实际上反映了英国合同法是在大规模的独立商人交易基础上形成的。⁹⁷

事实上，英国商法（Law Merchant）很早就使用诚信或者商业期待这样当今

⁹² Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, *Les obligations, L'acte juridique*(6th edn, 1994) 289-90.

⁹³ Rene Demogue, *Traite des obligations en general*, t. VI(1931) 9.

⁹⁴ *Walford v. Miles* (1992), 2 AC 128, 138.

⁹⁵ *James Spencer & Co. Ltd v. Tame Valley Padding Co. Ltd* (Court of Appeal, 8 April 1998, unreported) (1963) 3 WLR 19 (Peason L.J delivered the opinion, Lord Denning M.R. dissenting).

⁹⁷ Hein Koetz, in, *Essays Fleming*, 256. supra note 84.

在西欧很流行的一般性概念。⁹⁸商法的主要内容是商业实践的各种做法,同时也吸收了民法和教会法的一些做法和观念(如信守诺言)。从17世纪中叶开始,商法融合到了普通法之中。和欧洲其他国家划分法律部门不同,英国的商法及海商法都不形成单独的法律部门,而是统一在普通法与衡平法的机制和框架下发展起来的,但这并不影响早期商法的实体内容。在1766年的 *Carter v. Boehm* 一案中,曼斯菲尔德(Mansfield)法官表述道:“诚信这一原则适用于所有的合同和交易,它禁止任何一方隐瞒只有他才知道的信息而诱使对方进行合同交易,使对方在对这些信息(事实)一无所知或居于与事实相反的确信状态下与之签约”。⁹⁹这番话的上下文是确认保险合同的“最大诚信原则”(uberrimae fidei),但我们可以发现这确实反映了英国商事合同法中的诚信因素。后来19世纪的影响较大的教科书¹⁰⁰尽管均没有提到诚信,但却并不能否则其早期的影响。

另外,在19世纪初期,合同一方的恶信将成为合同无效的理由,这在 Joseph Chitty 1824年出版的有关商事合同法的代表著作中有明确的论述。¹⁰¹Chitty 在论述合同无效的原因时,提到无论根据普通法还是衡平法,欺诈将解除对方的履约义务。欺诈不仅包括虚假的陈述,也包括隐瞒。对于后者,Chitty 举了一个例子来说明:一幅画的销售代理人知道买家对该画有一个错误的认识,而这一错误已经实质性地影响到对交易作出判断,代理人在没有提醒买家这一错误就与之订立了合同,在法律上,这个合同应该被认定无效。¹⁰²

不仅如此,Chitty 更对欺诈作了进一步的论述,他认为欺诈甚至可以因缔约磋商的不同性质和目的而产生,“尽管只有过低的价格这一单一证据通常并不能让法院判断存在欺诈,但如果能结合其他的旁证,完全可以证明存在着衡平法上的欺诈。就算没有旁证,如果这一对价的十分不充分,过分地偏离正常值以致一般人都认为不值一提,那么衡平法院将考虑将其作为构成欺诈的充分证据。”¹⁰³另外,理解力的孱弱,尽管并不等同于精神错乱,如果能与其他的旁证相结合,譬如不公平的合同交易(unconscientious bargain),施加了不正当影响,缺乏充分的理由等等,也可以构成衡平法上合同无效的理由。¹⁰⁴可以由 Chitty 的上述论述中得出的结论是:欺诈这一概念在当时覆盖的范围是相当大的,法院不仅可以以欺诈为理由干预在积极的虚假陈述合同,而且还延伸干预到权利义务过度失衡的合同。在当时影响极大的 *Smith v. Hughes* 一案(关于缔约前披露义务)就体现了上述思想。¹⁰⁵

就衡平法的地位而言,正统的英国法并不赋予其一般性的作用,而是就其所发展的具体规则进行适用,如不正当影响理论,禁反言规则以及实际履行和禁令等救济措施。就合同法而言,衡平法尽管通过上述规则对合同法产生了重大影响,但仍不是作为克服合同形式苛严以及按通常的公平观念来平衡当事人间权利义务的一般性原则来发挥作用的。但是,英国法也并不是铁板一块,它只是不从一般性条款来着手解决因合同而带来的不公平结果,而是针对不同的问题求助于更

⁹⁸ Roy Goode, *The concept of "Good Faith" in English Law* (1992) 7.

⁹⁹ (1766) 3 Burr 1905, at 1910. Mansfield 继续说:“在不知的情况下任何一方均可保持沉默,在对双方都平等的基础上独立作出自己的判断”。

¹⁰⁰ 如 W.R. Anson, *Principles of the English Law of Contract* (1st ed., 1879) 和 Sir Frederick Pollock, *Principles of Contract at Law and in Equity* (1st ed., 1876).

¹⁰¹ *A Treatise on the Laws of Commerce and Manufactures and the Contracts relating thereto*, vol III, *A Treatise on Commercial Law* (1824).

¹⁰² *Hill v. Gray* (1816) 1 Stark 435; 同上注, 157, 155.

¹⁰³ 同上注, p158.

¹⁰⁴ 同上注, p159.

¹⁰⁵ (1871) LR 6 QB 597.

具体的方法，这些方法主要从4个方面表现出来。

首先，英国律师长久以来都通过解释当事人的真实意思来实现各种规范性的法律效果。当然，这并不是指法院不尊重当事人的明确或者默示的约定而另辟蹊径地解释合同。而是说法院其实是在当事人的真实意思和法律直接的规范性后果之间寻求平衡。这就如同在确定天平滑标的定位一样，一端是当事人的真意，另一端是法律需要实现的效果。在这一过程中，法院需要考虑各种合同的不同性质，当事人的意图和对合同结果的期待。事实上，这一做法和某些大陆法国家（如德国）通过诚信机制实现的法律效果是一致的，只不过后者习惯上将法院的考察角度称为“按诚信的要求”。有的英国法官就指出，“其实诚信的客观要求（大陆法）和当事人的合理期待（reasonable expectation, 英国法）都是同一回事”。¹⁰⁶

其次，很多具体的合同法早已开始运用诚信的观念。在具体的保险合同、担保合同、合伙合同等合同中，即明确根据诚信设定了合同义务，另一些合同则引用默示条款设定了诚信义务，如劳动合同。此外，英国法中有大量涉及的“被信任者”（fiduciaries）的合同。尽管给“被信任者”下一个令人满意的定义几乎不可能，但其中心意思就是作为被信任的人需要为增进他人的利益承担积极的义务，甚至自己负担费用。除了受托人，被信任者还包括律师和各种形式的代理人（含经纪人、从事金融服务的中介人）。当合同中涉及被信任者关系时，被信任者将承担因诚信而产生的广泛的合同义务。

再次，越来越多的制定法体现了诚信的要求，影响到了英国传统的合同法。如制定法专门对遭受不公平解雇的雇员和遭受不公平对待的承租人提供了保护，可以看成是在具体合同法中对自由行使合同权利的干预。在总的合同法规则上，1977年颁布的不公平合同条款法对消费合同和商业格式合同中使用的免责条款的有效性加以限定，这些免责条款要求被直接认定无效，要么需要根据合理原则进行评断。

最后，英国法院发展了各种法律原则来对缔结合同的行为进行控制并对合同权利与合同义务的绝对性加以限制。譬如英国法院已经接受了经济上胁迫的理论，其中一个要件就是施加了不恰当或者不合法的压力。而在19世纪由司法所发展的合同落空理论则是合同义务的绝对性得到缓和的例子。最初法院希望借助于默示条款理论，但后来形成了独立的规则。

总之，英国总体上是以分散的、更具体的规则来实现诚信的要求。现在，英国的法官和学者对英国是否应保持现状形成了分歧。尽管学者们对诚信概念并不反感，但多数人都认为建立统一的诚信规则并不必要，特别是英国法已经根据英国实证的法律传统发展了像“当事人合理期待”这样的判断标准，完全可以起到与诚信规则相同的作用。另一派学者公开呼吁建立“诚信规则”（rule of good faith）并在此基础上发展更多的具体处理办法。他们认为，诚信规则这一名称本身就能反映时代的变迁；现代合同更多的表现为合作进取的形式而非自由资本主义时期那样成为个人主义和自由主义的代名词。

五、美国合同法上的诚信——实证主义的解决方案

（一）概述

美国的合同法主要是州法，这意味着各州合同法主要是由该州最高法院在普通法上的法律意见所构成。现在，各州都通过立法采纳了美国统一商法典，这也

¹⁰⁶ Johan Steyn, "Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men" (1997) 113 LQR 446, 450.

构成了各州合同法的重要组成部分。当然，各州也有自己针对合同法的总的或专门方面的单行立法，而有的联邦立法也涉及合同法的某些问题。

在 60 年代以前，美国法上并没有诚信的概念和运用，威利斯頓 (Samuel Williston) 合同法和柯宾 (Aulter L. Corbin) 合同法这两本主要的合同法著作均未提及美国合同法存在任何诚信义务。这一情况在 60 年代有了改变，方斯沃斯 (E. Allan Farnsworth) 开始探讨美国法上的诚信问题。¹⁰⁷萨默斯在 1968 年发表论文认为从一些重要的判例中完全可以推论出美国合同法也存在一般性的诚信义务，这并非通常意义上的诚信观念，而是具有法律意义的。¹⁰⁸持这一观点的学者开始增多。

这一改变的直接原因是美国统一商法典的出现以及被多州采纳。统一商法典第 1-203 规定：“本法范围内的合同在履行时应承担诚信义务”，这在当时无疑是石破天惊的一个条款。¹⁰⁹但尽管有这样的规定，在《第二次合同法重述》(以下简称《重述》)颁布以前，¹¹⁰美国合同法上存在广泛的诚信义务这一观点并没有得到任何正式承认。《重述》第 205 条以“诚信及公平交易的义务”为标题规定：“任何合同的交易方均对合同履行负有诚信义务”。《重述》作为一种非常特殊的“法律”，对美国法院一直产生实质性的影响。因此，许多州法院均根据《重述》明确肯定了合同关系上存在一般性的诚信义务，而统一商法典的前述规定也被所有的州采纳。根据统计，在 1980 年以前，约有 350 个案件是根据诚信义务来解释推理的。而在 1980—1992 年间，就有超过 600 个案件的处理涉及诚信义务。¹¹¹

(二) 关于诚信概念和标准的讨论

1、美国统一商法典

美国统一商法典 1-201 (19) 对诚信有一个定义，即“在行为上和交易中保持诚实”，方斯沃斯认为这一定义过于狭窄，削弱了 1-203 的力度。¹¹²统一商法典的 2-103 (1) (b) 另有一个适用于商法典第二章货物销售的宽泛一些的定义，即“除非本章另有规定，……对商人而言的诚信意指诚实并遵守特定交易中有关公平交易的合理商业标准”。一般而言，可以将 1-203 的定义理解为主观标准，将 2-103 的定义理解为诚信的客观标准。对 2-103 (1) (b) 定义的另一解读是此定义只是针对第二章使用了“诚信”一语的具体条文而设。如果真是如此，那么此定义就十分狭窄了，因为第二章只有 13 个条文用到了诚信。另外，该定义还特别提到这个定义只是适用于商人之间。

就算从广义上来理解 2-103 (1) (b)，目前仍有许多麻烦。主要的问题是很难确定交易的性质(即什么是此处的特定交易)以及该特定交易根本就无合理商业标准可言，这时就不得不求助于狭义的定义了(即 1-203)。但是，狭义的定义无法覆盖各种形式的疏忽、鲁莽，公开滥用强势地位、公开不当占对方便宜等等行为。目前，根据统一商法典的诚信条款已经积累了大量的案例。

1994 年，统一商法典的永久编委会补充了对 1-203 的正式评论：申明这一

¹⁰⁷ E. Allan Farnsworth, "Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code", (1963) 30 University of Chicago Law Review 666 ff.

¹⁰⁸ R. S. Summers, *supra* note 28.

¹⁰⁹ 这一规定主要适用于买卖合同、信用证和担保合同，并不一般性地适用于所有合同，如土地买卖合同、建筑合同、保险合同等均不适用。

¹¹⁰ 1979 年发布，于 1981 年正式发布。

¹¹¹ Steven J. Burton, Eric G. Andersen, *Contractual Good Faith - Formation, Performance, Breach, and Enforcement* (1995) 20 ff.

¹¹² Farnsworth, *supra* note 107, 674 ff.

条款并不构成进行独立诚信诉讼的根据，但没有遵循诚信的要求而履行特定的合同义务，将构成违约或者在特定情形下将失去获得救济的权利。这个补充说明清楚地表明诚信原则只是指导法院在商业的背景下解释缔结、履行合同，而不是另行创造一个单独的公平合理义务。

2、合同法第二次重述

《重述》205条的正式评论a, d, e对诚信作了进一步的解释。对“诚信”的定义是“用于多种场合，其含义随具体情形而定”。对于合同履行，诚信强调（1）忠实于所合同协商的共同目的；（2）符合合同对方的合理期望。（3）排除形形色色的有损于商业社会体面、公平或合理性的恶信行为。

正因为常以自己确信自己的行为正当而为违反诚信的行为开脱，所以诚信义务不仅禁止公开的恶信，也包括不公开的恶信，而公平交易的要求更不仅仅只要求主观上的诚实。尽管列出一个完整的构成恶信的行为类型不太可能，但司法上已经确认下述情形构成恶信：逃避交易的实质内容，不勤勉或消极懈怠，故意不适当履行合同，滥用强势地位给对方施加不公平条款，干扰或者对对方的履行不予合作。

诚信义务也体现在权利行使、和解以及诉讼请求和抗辩上。这方面违反诚信义务的表现是提出虚假的争端；提出自己都知道不能成立的解释；歪曲事实；在无合理商业理由的情况下，利用对方的困境逼迫对方修改合同；提出折磨人的不必要的担保；不说明理由地拒绝对方的履行；故意放任损失的扩大；滥用强势地位来决定是遵守还是终止合同。

可以看出，违反诚信的这些类型与诚信的前述要求都是不相符的，而违反诚信的救济也同样需要根据具体情形而定。值得注意的是，《重述》205条的规定并不适用于缔约磋商阶段。

3、萨默斯的“排除器”理论

1968年，萨默斯以“论一般合同法和统一商法典买卖一章中的‘诚信’”为题发表了关于诚信的重要论文。在该文中，萨默斯持实证的观点，认为对诚信的理解实际上是从其反面，即什么构成了“恶信”（bad faith）而开始的。在实践中，当律师遇到所谓“诚信”的问题而需要进一步确认时，通常不会去探究诚信到底是指什么，而是希望知道在何种情形下法官会使用这一术语认定当事人的行为具有不当性，构成恶信。一旦不当行为被确认，律师自然就能从反面去推知什么是诚信了。譬如法官断言：“招标人必须依诚信而进行招标”，这实际上是说：被告的行为构成了恶信因为招标不过是其将合同授予其所希望的特定投标人的一个幌子。这样，我们就可以得出结论，此处“依诚信的招标”就是指事前没有通谋也没有任何倾向性的招标。

萨默斯进一步论述道，诚信并无自身的特定意义或者一般意义，所以对诚信的理解只能依其反面。在合同法中，诚信就相当于一个“排除器”，用来禁止各色各样的恶信。只有与恶信行为相对照，才可能把握具体情形下的诚信含义。从语义学上说，亚里斯多德最早发现了这一现象，即有的概念并非其特质的提炼，而是用以对照其反面事务，如“自愿”一词就是如此。后来，牛津大学的奥斯丁（J.L. Austin）教授对语义上的“排除器”也作了专门研究，他对“真实”一词的探讨也具有启发性，他说当断言某个东西是真实的，实际上让人想到的是什么是不真实的，这是通常的让人理解的方式。如果说“一只真实的鸭子”，那么和“一只鸭子”的区别就在于前面的说法排除了各种不真实的鸭子——如玩具鸭子、图画上的鸭子、虚构的鸭子等等，只有用这种排除的方法人

们才可以查知在特定的情形下什么是说话人心中所想的“真实的鸭子”，而任何希望用归纳一般特点的方式来定义此处的“真实”都将是徒劳的。“真实”在此处的作用不是积极地说明其特质，而是排除所有不真实的情况。

萨默斯认为，法院当然也不是仅仅因为诚信的“排除器”性质才将案件的处理聚焦于排除的方面，而是因为这样做更符合司法的实际——法院使用诚信这一术语主要是为了排除特定的行为，而由此建立起一个正面的诚信的标准是排在第二位的。

萨默斯还探讨了“诚实”（honesty）与“诚信”（good faith）的关系。他认为诚实是一个主观标准，注重的是当事人的心里状态。而诚信是一个客观标准，体现了商业上的合理做法。因此，这两个术语并不等同，诚实并不意味着诚信，而不诚信也并不仅仅限于不诚实。一般而言，不诚实具有道德上的可谴责性，而不诚信并不以此为必要条件。即使退一步，假定不诚信需要以不道德作为必要条件，这也推不出不诚信即意味着不诚实。譬如在一个买卖合同中，买方因为货物的非常细小的瑕疵而拒绝收货，依据是合同约定的标准是货物完好，但承认其拒收货物是因为市场价格下跌而希望以更低的价格买进。买方的这个行为可以说是诚实的，但很难说是道德的，更是不符合商业上诚信的标准的。所以诚信不能以诚实与否来加以定义。事实上，法院的许多判决所认定的不诚信行为是无法根据“诚实”标准加以认定的。

总之，萨默斯认为，探求诚信的一般定义将是徒劳无功的，应该将考察重点放在恶信的表现形式上，这样才能理解法官对这一术语的运用。法官也总是将诚信作为排除器，更关注其禁止的方面而并不关心其内涵。

4、方斯沃斯的诚信观

方斯沃斯早在1963年即关注到诚信的问题，在其合同法专著中，又提到，“近年来，诚信的概念已经成为美国合同法的特有基石之一”。¹¹³但他在著作中并没有试图将诚信概念化，只是说“实际上诚信在今天的适用并没有超越传统上各种法律解释技术以及填补漏洞的方法”。¹¹⁴对于《重述》205条，方斯沃斯的评论是：诚信义务是基于公平这样的基础性观念而产生的，其范围需根据合同性质而定。诚信不仅用来禁止不当行为，也包括要求履行积极义务。因此合同方不仅有义务不阻碍对方履行合同，禁止自己逃避合同义务，还有义务采取积极行为来合作完成合同目标。¹¹⁵

5、伯顿（Steven Burdon）的“新诚信标准”

伯顿在哈佛法律评论上发表了“违约及普通法上的诚信履行义务”一文，对萨默斯和方斯沃斯的观点均不赞同，认为他们的观点没有准确地抓住诚实信用原则真正的内涵。伯顿相信一般性的诚信义务是存在的，需要解决的问题是怎么让其更具操作性。但他也并不着力探求诚信的内涵，而是注重分析构成恶信的各种理由。他认为诚信履行义务发生在特定的情形下：如果一个合同给了一方比较大的自由的决定权，就需要根据对方对合同的合理期待来客观地解释自由决定权的行使。即由于合同给了一方可以决定另外一方的利益的权利，在这种一方处在优势地位的情况下，就要防止他为了自己的利益来剥夺对方的利益，而判别是否剥夺了对方利益的标准是考察对方的“合理期待”和履行方的主观想法。伯顿强调，单纯地客观考察对方的“合理期待”还不够，还必须考察行为方的心理状态，而

¹¹³ E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, vol. II (1990) 328 ff.

¹¹⁴ 同上注。

¹¹⁵ 同上注，311 ff.

这一点是至关重要的。

伯顿总结的大多数是一些案例的情况，譬如他举例说假如房屋出租人和承租人的合同中约定以承租人在此处的营业收入的一个比例作为租金，而承租人在本地另有一个营业场所（自己拥有房屋产权）。为了少交租金，承租人时不时地向另一处营业转移顾客以减少收入，于是出租人以转移顾客构成恶信为由到法院起诉承租人。此时法院的考察结果将是：（1）出租人的合理期望将是租金，而承租人不会以转移行为来的影响租金的数额。（2）承租人具有剥夺出租人预期利益的主观故意。

伯顿另外举了一个实际的案例，一个供货商和买方签订了产出合同。因当时市场低迷，买方处于好心就和供货商约定按一个固定价格购买五年之内供货商生产的所有产品。合同签订后，市场价格暴涨，供货商就不愿继续履行原合同，于是另外成立了一家新公司。新的公司开始购进同样的生产线，生产同样的产品与买方交易，但原公司却逐渐减少产量直至停产，从而不用继续履行原合同。这一案例的就在于合同中供货商拥有生产上的决定权，尽管不生产也在表面上符合合同的约定，但这就让合同只剩下了形式而没有了灵魂，是故意地以自己的行为剥夺了对方的合理期待，构成恶信。

伯顿自己认为自己提出的方法让诚信履行问题更具操作性（manageable），是全新的和有实际作用的“观点和政策框架”（*perspective and policy framework*）。而事实上，尽管伯顿的观点具有启发性，但因其方法局限在一方拥有较大自由裁量权的情形，所以并不具有适用上的一般性，很多实际中处理的案件均不具有这一特征。另外，主观因素十分难以考察，很难具有独立性的重要性，而《重述》205条并没有提到主观要件，司法实践也不支持伯顿将考察主观因素作为重要标准的观点。

（三）有关诚信的其他问题

现在，美国法对于诚信所适用的范围还有争论。《重述》和统一商法典都仅将诚信限定在履行阶段，而判例和商法典的2-209（1）明确了合同的修改和变更也应遵循诚信的要求。对于诚信义务是否延伸到缔约阶段则有较大争议。美国合同法教科书常谈到一个有名的例子——“守口如瓶的谈判人”：一个潜在的买家知道了一块地的地下埋藏着丰富的矿藏，但土地的所有人并不知道。买家在未披露矿藏这一事实的基础上与所有人签订了合同，所有人是否可以提出买家的行为构成恶信？方斯沃斯的看法是：“至少根据《重述》161条，不披露有可能构成虚假陈述，除非保持沉默符合诚信或者公平交易的合理标准”¹¹⁶。萨默斯认为诚信义务当然应适用于缔约阶段，这样才是一个完整的诚信义务体系。

对于合同解释是否可以完全取代诚信义务也仍有争论，但主流意见认为，按美国现在通行的解释方法，无法取代诚信的作用。一是因为范围不同，合同解释通常不延展到缔约阶段；二是因为解释有死角，有的情形因合同过于模糊，无法对当事人的真意进行探究，而有的情况当事人根本未进行约定，无法进行解释。

对于普通法中的具体规则与诚信义务到底是什么关系也是近年来的一个讨论热点。这些具体规则从本质上说也都是诚信的体现，如反欺诈规则，尊重交易习惯规则，默示条款理论，合同解释规则等，是否可以认为诚信就是指这些具体的规则而并不存在一个一般性的诚信规则（义务）？有法官认为诚信原则是单独

¹¹⁶ E. Allan Farnsworth, "Comment on Michael Bridge's: Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?," (1984) 9 *Canadian Business Law Journal* 426 ff., 427-8 ff.

存在的，特别是当“合同没有作出规定时，需要诚信原则填补漏洞”。¹¹⁷现在法院在实际处理案件时通常使用两步分析法（two-step analysis），即当具体规则不能解决问题时，就求助于一般诚信义务。当然，这样做应该是有充足的理由（good affirmative reasons）。

六、其他国家合同法上的诚信

（一）希腊

希腊的私法忠实地继承了德国法的方法。希腊民法典（1940年）的288条几乎是对德国民法典242条的逐字翻译并在德国民法典使用“诚信”的地方一一反映。对应于德国民法典的157条，希腊民法典设定了第200条——依诚信解释合同。但是，作为对应德国民法典226条（禁止权利滥用）的希腊民法典281条却有着更宽泛的规定。它并不限于“损害他人”这一情形，而是规定“不允许以违背诚信、善良风俗以及权利的社会经济目的而行使权利”。这一规定实际上将权利滥用这一概念法定化，似乎是受到了法国关于这一问题的理论的影响。另外，希腊民法典有关于情势变更的特别规定。总之，由于民法典对诚信作了若干规定，希腊法院可以根据诚信标准进行广泛的法律适用。

（二）奥地利

奥地利法一般被划归德国法系，但其民法典颁布的时间远早于德国民法典。奥地利民法典没有类似德国民法典242条的规定，而用“诚实商业惯例”来处理两种情形：一是合同的订立（第863条第2款）；二是合同的解释（第914条）。奥地利最高法院认为，“诚实商业惯例”就如德国民法典第242条所规定的诚信（Treu und Glauben）一样，是道德性的准则，具有一般条款的效力和广泛的适用性，即使立法没有规定，在具体的案例中也同样能够适用。这样，一般性的诚信原则实际上已体现在奥地利法律中。另外，奥地利民法典第7条还有一个引人注目的规定：“当无法根据本法的文字或释义适用或类推适用时，法官可根据法理（principles of natural law，又译为自然法）处理案件”。这个授权性规定很少被法官引用，但这只是一个表面现象，因为通常法官更愿意表明自己是在借助传统的法律解释技术处理案件而不愿承认自己是在公开造法。

（三）瑞士

瑞士民法典也同样属于德国法系，其有关诚信的规定备受关注是因为有关诚信的规定安排在民法典第2条第1款——任何人都必须依诚信的方式行使权利和履行义务。这一安排上的变动说明了对诚信问题的认识进一步深化。但它与第2条第2款（“显系滥用权利时，不受法律保护”）的关系引起了不小的争论，学者对这两款到底是两个原则还是一个原则的两个方面发生了分歧。目前的主流意见认为从同规定于第2条的安排来看，应该将它们作为一个整体来对待。无论是第2条的功能，还是其对实际案件的处理方式，都与德国民法典242条非常接近。

（四）西班牙

西班牙属法国法系，其民法典明确了诚信的地位。民法典第1258条规定，合同义务不仅包括合同的约定义务，也包括根据合同性质而产生的义务，并应符合诚信、习惯和法律。1975年民法典修订后增加了第7条规定：（1）权利必须根据诚信的要求行使”。（2）法律不允许以滥用或者反社会的方式行使权利。这一原则性规定实际上把由法院所发展的权利不得滥用的规则法定化了。

¹¹⁷ “When the contract is silent, principle of good faith... fill the gap”. *Kham & Nate's Shoes No 2 v. First Bank* 908 F 2d 1351, at 1357 (7th Cir 1990) by Judge Frank Easterbrook.

(五) 荷兰

荷兰曾被认为是属于法国法系，但这一看法现在已经改变。荷兰旧民法典的 1374 条与法国民法典的 1134 条相近，也如法国法一样，该条长期未引起重视。但从一战结束时开始，法院和学界的看法发生了巨大变化，差不多将 1374 条视为民法典中最重要的条文之一，与德国民法典 242 条的地位相当。在 1992 年的新民法典中，设定了两个关于合同法律效果的规则：(1) 合同不仅因当事人的明确约定而发生法律效果，而且也根据合同的性质、法律、惯例及诚信 (*redelijkheid en billijkheid*) 要求¹¹⁸而发生法律效果。(2) 当事人间的约定如果在特定情形下与诚信相抵触，该约定无效。¹¹⁹另外，新民法典对情势变更设定了专门的条文并同样以诚信为基础。¹²⁰最后，新民法典在债编的起始处规定：(1) 债权人和债务人应依诚信的要求行事；(2) 法律、惯例的规定或者当事人的约定如果在特定情形下与诚信相抵触，该规定或约定不适用。可以看出，荷兰新民法典关于诚信的这些规定较之以前及其他民法典在立法水平上都有较大的进步。但因为其生效的时间还不够长，所以暂时还无法评估其实际效果。

(六) 北欧法

由于较为独特的历史和法律传统，北欧法通常被看成是一个独立的法系（相对于德国法系和法国法系而言）。就合同法而言，对北欧四国的研究是无法独立进行的，因为四国共同适用同一部合同法——北欧统一合同法。该法第 33 条规定了一般性的忠诚和诚实义务，被称为“小一般条款”，¹²¹而第 36 条规定，合同可因不公平而予以撤销或变更，被称为“大一般条款”，都体现了诚信的要求。另外，法院常用合理性原则对合同进行解释，其效果和适用 36 条的效果非常相近。

尽管北欧法的具有相似性，但各国之间在适用上仍有差别，如挪威的法院和学理将诚信视为合同关系的核心而其他国家仅将其置于补充地位。挪威法院在司法实践中，常积极地运用诚信等手段以避免不合理的法律结果，特别是不赞同将合同义务绝对化。较为经典的例子是法院对货物买卖法中涉及商业买卖的规定的解释。根据具体规定，买方在卖方延迟交货时有权解除合同，因为交货时间是交易中非常重要的因素。在延迟交货对买方影响不大而解除合同将给卖方带来重大损失的情况下，挪威最高法院就解释说当事人实际上并无适用这一规定的主观意思，从而排除了这一条款的适用。

(七) 加拿大

诚信原则在加拿大已开始引起重视，1983 年多伦多的律师 BJ Reiter 发表文章称诚信是“合同法的核心概念”，认为诚信观念在合同法领域的渗透与合同法的理论、法律与社会的关系、法律的日常运作均有重要的关联性。¹²²而 1979 年安大略省法律改革委员会在关于货物买卖法的报告中建议将诚信作为履行合同的的标准，将诚信定义为“诚实并遵守公平交易的合理标准”。¹²³该委员会在 1987 年关于合同法修订的报告中建议在立法上将诚信作为合同履行的原则，诚信义务

¹¹⁸ 诚信 (*redelijkheid en billijkheid*) 要求需要根据“普遍接受的法理，现行法律和特定案件所涉及的社会或个人利益”进行综合考虑 (art. 3: 12 B.W.)。

¹¹⁹ art. 6:248, *Burgerlijk Wetboek* (B.W.), of 1992.

¹²⁰ art. 6:258, B.W.

¹²¹ 条文的英文是：A legal act which would otherwise be deemed valid may not be relied upon where the circumstances in which it arose were such that, having knowledge of such circumstances, it would be inequitable to enforce the legal act, and where the party in respect of whom such legal act was performed must be presumed to have had such knowledge. —supplied by the Swedish Government Chancery.

¹²² BJ Reiter, “Good Faith in Contract”(1983) 17 *Val UL Rev* 705,706-707.

¹²³ Ontario Law Reform Commission, Report on Sale of Goods(1979), vol. I, pp163-71.

的性质为不得事先予以排除的法定义务,采用美国合同法第二次重述第 205 条的形式。¹²⁴

(八) 澳大利亚

作为受英国法影响很深的判例法国家,澳大利亚目前还没有像美国那样将诚信明确为履行的一般原则,但判例早已肯定合同双方当事人负有尽一切合理必要的努力保证合同履行的默示义务。¹²⁵事实上,正是一批活跃的法官主张在普通法中发展不同形式的诚信义务,其代表人物是新南威尔士法院的 Priestley 法官。他在 1989 年的文章中认为诚信原则是美国合同法的重要特征并主张通过确定默示条款的方式达到诚信在美国合同法中的作用。¹²⁶在 1992 年的 *Renard* 一案中, Priestley 法官发表了判决意见,进一步表明了自己的主张。该案争论的焦点是政府终止建筑合同的条件。合同约定当违约的建筑承包商并不能提出“令人满意”的合同不应终止的理由,则政府可以终止合同。Priestley 法官在考察了美国及其他普通法国家的诚信问题后得出结论:尽管诚信目前在澳大利亚还未能得到广泛的接受,但像欧洲或者美国那样在法律上得以明确的时间不会太远。事实上,不合理条款、恶信及不公平 (unconscionability) 非常接近,这其实表明人们早已习惯接受的法院适用于合同的公平标准是与在合同中广泛存在的当事人所负担的诚信及公平交易的义务完全一致的。¹²⁷

七、小结

通过对各国合同法上诚信制度以及其法律实践的考察可以发现,有的国家倾向于从正面来阐释诚信,通常表述为“按诚信的要求”;有的国家则更习惯于从反面来理解诚信,通常的衡量标准为“是否构成了禁止的恶信”。在将诚信这一抽象标准具体化的过程中,人们往往在多重意义上使用“诚信”(或对应于诚信的其他词汇)一词,造成了不同的法系之间,同法系的不同国家之间甚至在一国之中使用诚信时实际上都具有不同的含义。而诚信这些不同的含义,均发展起来了相应的诚信制度。概括而言,诚信在现代具有如下五个方面的含义:

第一,在所有的制度中,诚信均要求“诚实不欺”,不诚实将构成“恶信”。这一点在肯定了诚信原则的国家是不言自明的,特别是缔约时作虚假陈述的情形。而在英美法中,恶信与欺诈作了进一步的区分:尽管欺诈肯定是一种不诚实的行为,但在法律后果上与恶信并不相同,如英美法所特有的虚假陈述规则 (misrepresentation rule) 就包含了欺诈在内的诸多情形,产生不同的法律后果。而构成恶信的不诚实行为通常与披露义务有关,特别是缔约时未向对方披露关键事实将可能构成恶信,但其后果与欺诈不同。如英国保险合同强调了缔约披露义务,违反这一特别义务并不构成欺诈。

第二,诚信意味着守信 (keep one's word)。这是诚信的本义及古老的含义,在合同法中就是强调“契约必须遵守”,这一点构成了合同效力的基石。在现代合同法中强调这一观念仍然非常必要,特别是如果合同对方因此而形成了合理的信赖或期待,则应该基于诚信对其予以保护。诚信的这一要求主要适用在长期合同中,如雇用合同、代理合同、合伙合同等等。这种合同中,当事人一方往往出于对对方的信任而支出了较大的费用或付出了较大的机会成本,他方有义务信守

¹²⁴ Ontario Law Reform Commission, Report on Amendment of the Law of Contract(1987), ch 9.

¹²⁵ Secured Income Real Estate(Australia) Ltd v. St. Martins Investments Pty Ltd (1979) 144 CLR 596.

¹²⁶ The Rt Hon Mr Justice LJ Priestley, "A Guide to a Comparison of Australian and United States Contract Law"(1989) 12 UNSWLJ 4,23.

¹²⁷ *Renard Construccions(ME) Pty Ltd v. Minister for Public Works*(1992) 26 NSWLE 234 at 263-271.

自己的承诺，否则即应承担责任。对于诚信的这一内容，英美法形成了允诺禁反言规则（promissory estoppel rule），如果一方当事人出于对某个允诺的信任而改变了自己的处境，即使这一允诺并无相应的对价支持，法院也将根据公平的一般观念，赋予其法律约束力（可请求进行强制执行）。

第三，诚信意味着合理而有节制地行使自己的权利，不使对方遭受不合理损害。诚信的这一含义实际上也是禁止权利滥用原则在合同法上的反映，如在缔约过程中，当事人应遵循合理的方式并尊重交易惯例，照顾对方的利益。如果谈判已经进入实质阶段或者最后阶段，但一方武断地终止谈判（无正当理由），让谈判“突然死亡”，将构成恶信，应赔偿对方的损失。

第四，诚信意味着保持弹性和宽容，在尊重合同的前提下不苛严或过分地要求义务的履行，而是让权利与义务相对应（成比例），如德国法上的情势变更原则，英国法上的合同落空理论。在这个意义上，诚信的含义与人们一般所理解的公正含义非常接近，所以这一意义上的诚信也常成为合同解释的规则之一，如果债务人已经尽其所能作了符合一般交易观念的履行，债权人应予接受。譬如聘请他人为自己画一幅让自己“满意”的画像，如果所完成的画像在一般人看来已经足够称得上“满意”并与其约定获得的报酬相当，那么就不能坚持以自己对这一画像不够“满意”而拒绝对方的履行。

第五，诚信意味着忠实与互助，积极承担与合同目的相关的义务。合同关系是一种既对立又合作的关系（目的对立而以合作为手段），当事人一方所追求的目的得以实现离不开对方的合作，因此，合同当事人均承担了合作实现合同目的的义务。也就是说，除去合同的明示义务外，诚信还要求当事人为实现合同目的而根据合同性质或交易状况承担附随义务或者默示义务。这个义务群包括注意、通知、保护、保密、协助、勤勉、不作为等等义务。

此外，在一些国家，如法国，西班牙，故意违约构成恶信，要承担相应的责任。但这种恶信和上面所提到的恶信有较大的区别，实际上是对当事人主观心理状态的要求（主观诚信），而前述的诚信种种内涵均是对当事人与合同有关的行为进行判断的标准（客观诚信）。

由此可见，无论是大陆法，还是英美法，都包含着诚信这一基本观念，它的多重含义让它所覆盖的范围十分广泛。就大陆法而言，诚信观念涉及到缔约过失、信息披露义务、权利不得滥用、意思表示规则、疏忽、合同合法性规则、失权规则、善良风俗、情势变更、附随义务、不可抗力、恶意抗辩、共同错误、瑕疵担保责任等等规则或制度。其中有的制度正在诚信的标题下快速成长起来，构成诚信的新的内容，如法国法上的信息披露义务，德国法上的失权规则。而有的制度尽管在诚信的形成过程中具有重要历史意义，但现在已经“出巢独行”，构成单独的诉讼基础，如瑕疵担保责任。

就英美法而言，诚信涉及到默示条款规则、禁反言规则、衡平法的部分履行规则、权利因合理性而受限规则、¹²⁸衡平法反没收救济、¹²⁹根本性错误规则、不能从错误行为中获利的规则、合同解释规则以及不过分行使合同权利的规则等等，这些规则要么是诚信在具体情形下或具体合同中的要求（多在英国法中），如禁反言规则，要么直接以诚信作为适用的基础和指导（多在美国法中），如默示条款规则和合同解释规则。可见，从功能上看，普通法的诚信也并非人们原先所想象的那样和大陆法格格不入，难以调和。

¹²⁸ "qualifications of legal rights by reference to the notion of reasonableness"

¹²⁹ "relief against forfeiture in equity"

诚信的多重含义以及在合同法上具有如此广泛的内容是不难理解的，因为无论是缔结合同还是履行合同，立法或者司法实践都不可能抛开诚信（大陆法常用）或者合理期待（英美法常用）这样的基本理念来制定规则或者进行司法解释。即使真有与诚信相违的规则或制度，也不可能具有长久的生命力，迟早将被淘汰。实际上，无论是大陆法所指的诚信，还是英美法常用的合理期待，都与亚里斯多德所称的“交换正义”（commutative justice）如出一辙，因此，可以说诚信正是人们长久以来希望法律能够给他们带来完全正义这一美好愿望的恰当的法律表达，是合同法历史经验的总结，是现代合同法实践的结晶！

第二章 诚信的理论基础

第一节 诚信的经济学分析

一、交易成本、商品交换与诚信观念

经济学的基本方法，就是成本—收益分析法。用经济学的视角和方法观察分析法律制度，就是探求如何用最小的成本（法律制度运行成本）取得最大程度的收益（社会总福利），这种观点被称为效益观。在林林总总的经济学理论中，影响最大的理论当首推交易成本理论，这一理论的提出，就如同给法律的经济分析法提供了工具和罗盘，让人们对法律制度有了新的认识。

交易成本理论（transaction cost theory）是由美国芝加哥大学法学院教授科斯（Ronald Coase）首先提出来的，用通俗的话讲，交易成本就是人与人在交往中所发生的费用总和（信息费用、讨价还价的费用、纠纷解决费用等），就如同物理学中的“摩擦力”。由于在现实的社会交往中，交易成本是客观存在的，所以交易成本理论的核心观点是，不同的制度安排，因交易成本相异，将会带来不同的资源配置，制度由此而变得至关重要，人们不仅可以通过对交易成本的考察来把握各种制度的运行情况，而且还可以进行以降低交易成本为目的的制度创新（制度改进）。这种用交易成本理论对制度进行研究的方法也被称为制度分析法（institutional approach，又称新制度经济学¹³⁰），是当今方兴未艾的学科。由于法律也是一种制度安排，不同的法律也同样会产生不同的经济效果，影响到社会的总收益，因此在制度分析法的基础上发展起来了经济分析法学，即用交易成本理论分析法律制度。

对于法律制度的经济分析，首先是对制度变迁的研究（这种方法被称为历史制度分析法，Historical Institutional Analysis），这实际上强调了对法律史的研究。本文第一章即对西方诚信制度的发展作了考察。基本的结论是，西方早在罗马时代就发展了与诚信有关的制度（诚信诉讼、反欺诈规则、诚信的一般性要求等），这说明诚信观念、诚信制度和商品交换有着必然的、内在的联系，是罗马人在长期的社会交往和商品交换过程中的理性选择，能够有效地降低交易成本。同理，随着欧洲走入“黑暗时代”，庄园制（农奴制）盛行，商品交换受到阻碍，自给自足的自然经济占统治地位，诚信制度没有得到进一步的发展，甚至出现了倒退。这也同样可以解释当10—12世纪西欧城市和商业开始复兴时，为什么人们在“发现”了罗马法（当然也包括其中的诚信制度）后会欣喜若狂。

英国法发展的历史尽管和大陆法相比有所不同，但其有关商事的普通法主要是通过吸收早期（约从13世纪开始）的商人法（the law merchant）而形成的（约在18世纪中叶），而商人法是从事国际贸易的商人之间自发形成的一种习惯法

¹³⁰ 这里指新制度经济学(new institutional economics)，不包括制度经济学(institutional economics——以康芒斯和凡勃伦为代表)和后制度经济学(neo-institutional economics——以加尔布雷克斯和熊比特为代表)，在新制度经济学的论述中，制度就是人与人互动所形成并遵循的规则。

(但深受罗马法的影响),¹³¹它强调了交易中的诚信原则(见第一章第四节之四)。¹³²至于为什么后来的英国法中缺少诚信这个一般性原则,确实是一个很令人奇怪的现象,有学者在研究了历史的一些文件和当时法院审判的记录后发现这一不合常理的结果竟然是因某些偶然因素造成的:当商人法融入普通法时,普通法的法官并不懂商人法,因此依靠商人对商人法的规则作证,而一些不良商人就乘机的用“买者当心”(Caveat Emptor)这一规则替换了诚信原则。¹³³如果这一考证无误,那么同样支持了诚信观念与商品交换密不可分(没有诚信就不可能有效地进行交换),建立诚信制度是商事交易的共通性要求这一结论。之所以这一时期的贸易能够得到迅速的发展,不能不归功于交易制度的发达(建立了有效节约交易成本的机制)。

通过上述的分析,还可以得出一个令人“意外”的结论:西方的经济发展史同时也是法律制度演进的历史,这说明西方社会在近代的发达也同时要归功于法律制度的变迁而并不是仅仅是原来所固守的结论——技术(生产力)的发展决定了社会的发展,西方社会的发达得益于其技术的先进。实际上,在工业革命以前,西方社会的技术发展并不突出,其发达与贸易有密切的联系。

二、市场经济、信息不对称与制度创新

西方在工业革命之后,奉行的是自由市场制度,而诚信制度的重要性则伴随着市场经济的发展而日益凸现出来。

西方最初对市场经济的认识是理想化的,人们相信市场机制能够完善地引导着经济运行,每个人追求自己的利益,最后将达到全社会最优——经济学称之为“帕雷托”最优(帕雷托佳境),也就是边沁所说的“最大多数人的最大福利”。对此,亚当·斯密在《国富论》中作了经典的表述:人的自利本能导致每个人追求自己的最大利益,它会导致社会的繁荣。《国富论》的基本结论是:合作好于不合作,交易带来好处,合作赖以实现的经济社会制度的形成和演进,不是靠人的设计,而是自然秩序的力量。

对于交易发生的基础和原因,大卫·李嘉图用相对优势理论作了完美的解释:交易立足于社会分工,由于生产所付出的生产成本或者机会成本是不一样的,所以每个人都有自己的相对优势,交易将实现双赢。换成通俗的表述就是:自愿达成的交易是最有效率的,交易不需要其他人的干预——子非鱼,安知鱼之乐。

因此,自由市场经济条件下的法律规则是以保证自愿的交易为核心的,平等和自由成为法律所追求的首要目标。由于交易过程是一个利益分配过程,所以交易必须以平等(享受非歧视待遇)为基础,这样才使平等谈判成为可能,使意思自治成为可能。而自由至少包括了市场进出自由和缔约自由。此时的诚信规则实际上是反欺诈规则和合同必须信守的规则——欺诈破坏自愿交易,不守约破坏预期,导致交易的减少,增大交易成本。在这一阶段,由于对意思自治的过分推崇及过于强调法律的技术化,诚信总体上还停留在观念上而未能形成在制度上作进一步发展,甚至未能超过罗马法及商人法的水平。也就是说,这一阶段的诚信主要是强调主观诚信,并未形成统一的客观诚信标准。

¹³¹ 诚信到底发端于罗马法还是中世纪的商人法是一个引起争论的问题,从商人法与罗马法的渊源考察,作者倾向于前一种观点。

¹³² 商人法不仅有诚信原则,还有许多与诚信有关的组织制度,这也是当时交易非常发达的原因。可参见 Avner Greif (1989, 1994) 关于犹太人成立商业联盟(coalition)来解决诚信问题的论述。转引自张维迎:《产权、政府与信誉》,三联书店,60页,2001年版。

¹³³ Walton H. Hamilton, "The Ancient Maxim Caveat Emptor", 50 Yale L.J. 133 (1931).

但随着市场经济的发展,人们逐渐认识到市场经济制度并不是完美的,斯密早先所推崇的市场经济制度实际上是建立在若干假设的基础上,如“完善信息”、“交易费用为零”、“无外部性”、“完全竞争”等,但这并不是我们所处的真实的世界。如19世纪开始频频发生的经济危机以及寡头垄断市场的形成都表明市场有可能“失灵”,市场失灵的主要原因有三个:外部性、垄断行为和信息不对称。

(一) 外部性

外部性通常指一个人可以不通过谈判,即不经他人同意的情况下将自己行为所引起的后果直接加于他人,从而将应该由自己承担的成本转嫁给他人,使他人承担损失或丧失收益。典型的外部性问题包括产权的保护、秩序的维持、纠纷的解决以及信息、环境、贫困、周期等问题,它所引起的后果是导致人们采取不合作的态度,使得本来可以达成的合作不能达成。在这种无法合作情况下,市场制度不能导致资源的最佳配置。外部性问题的产生既强化了政府的传统职能,如防止抢劫、诈骗等保护财产权及维持公共秩序的职能,又拓宽了政府职能的范围,如增加了宏观调控、社会保障、环境治理等职能。政府一是通过直接的管制,二是通过制度创新(间接调控)来履行职能,克服外部性。前者如惩罚破坏财产权的行为,后者如预收养老保险金、征收排污费等方式将成本内化。总体目标是实现市场与政府的均衡。

(二) 垄断

垄断行为将引起反竞争的效果,扭曲市场。一是市场参与者相互勾结进行合谋以限制竞争、操纵市场的行为(联合行为, collaboration act);二是市场的独占者运用自己的市场势力(market power)排挤竞争对手的行为(排斥竞争行为, exclusionary act),即奉行“战国规则”——通过努力损害别人而不努力改进自己来取胜,绝对降低自己的福利也降低社会的整体福利。不论是何种垄断形式,都会引起配置无效率(allocative inefficiency)和生产无效率(production inefficiency),破坏市场机制。解决由垄断引起的市场扭曲的任何通常是由反垄断法或者公平交易法来承担的。

(三) 信息不对称

信息不对称指的是交易双方当事人都有一些只有自己知道的私人信息。这些私人信息可以分为两类:一类称为隐藏知识(hidden knowledge;也称逆向选择, adverse selection),是指外生的信息,非由当事人的行为造成。譬如,买卖双方进行交易,卖方知道产品的成本、质量,但不知道买方愿意支付的价格,而买方正相反。这类信息一般出现在合同签订之前,与缔约有密切联系。另一类称为隐藏行动(hidden action;也称为道德风险, moral hazard)。这实际上是一种内生的信息,取决于当事人行为本身。譬如,劳动合同签订后,受雇人到底是勤奋工作还是偷奸耍滑构成了受雇人的私人信息,因为通常监督的成本很高。这两类信息不对称都可能导致市场无法实现资源的有效配置,甚至市场的消失。如Akerlof针对旧车市场发表文章:在旧车市场上,如果卖车的人知道车的质量而买车的人不知道,那么买车的人就只愿意按照预期的平均质量支付价款,但卖好车的人就会受到损失,从而放弃买卖。这样在市场上将只剩下卖坏车的人在卖车,而买方也知道市场上出卖的车都是坏车,从而放弃从旧车市场买车。因此,信息不对称的结果就将导致旧车市场的消失,让全社会都受损失。¹³⁴另外也可以举出家族企业的例子来说明,通常家族企业的规模较小,这是因为在没有建立有效

¹³⁴ Akerlof,1970。转引自张维迎,同注132,65页。

监督模式或者职业经理人没有建立职业信誉之前，企业所有人不愿意交出经营管理权，导致企业控制权不能交易，因而企业通常并不是由最有能力的人来进行经营管理，导致企业的发展受到限制，从而在整体上降低了社会福利。

对于信息不对称而导致的市场阻碍及效率损失，博弈论（game theory，或 theory of rational choices under interactions，人与人在互动中进行理性选择的理论）用经典的“囚徒困境”的例子作了说明。这一例子是说在信息不对称及信任无法建立的前提下，出卖对方而不是忠诚于对方是当事人理性的选择，否则如果对方出卖了自己而自己保持忠诚就会让自己更为不利。要想让自己的损失可能最小化，理性的选择是出卖，尽管保持忠诚能让双方的利益都最大化。从“囚徒困境”中得出的结论是悲观的：个人决策的理性，可能导致博弈决策（人与人互动）的非理性，现实中达成的均衡实际上是这样的不合作均衡（“纳什均衡，Nash equilibrium”）。通俗地说，就是在信息不对称的情况下，人与人之间相互拆台比相互合作可能性更大，在当事人自己看来不合作更符合自己的利益。“囚徒困境”所证明的现实——“纳什均衡”有着广泛而深刻的意义，它对亚当·斯密的“看不见的手”的原理提出了挑战，个人理性并非集体理性的充分条件，各人追求利己行为而导致的最终结局只能是一个“纳什均衡”，并非利益最大化的结局。这一研究结果实际上解答了长久以来人们心中的困惑：为什么在现实交易中自利的行为（个人利益最大化的理性选择）并不能产生亚当·斯密所设想的理想状态（帕累托佳境），为什么采取诚信的对策常常不如采取投机的对策。事实上，亚当·斯密有关合作是有利的“利己策略”这一观点是建立在信息对称的假定之上：博弈各方均按同一规则行事——相互保持诚信。而在信息不对称以及缺乏有效的重复博弈机制的现实条件约束下，我们通常只选择对自己最有利的策略，而不考虑社会福利或任何其他对手的利益，因而在大多数情况下也只能得到“纳什均衡”。也就是说，个人的理性选择将只能达到次优（second-best）的结果，而无法达到最优的结果。

既然信息不对称导致了交易效率的损失，引起了利益的冲突，就产生了制度创新解决信息不对称的需要。解决不同的信息不对称问题所需要的制度是不一样的，¹³⁵有的情况可以靠市场解决，如价格机制；有的情况则需要靠其他制度安排解决，如企业制度等。博弈论进一步的研究发现，如果能将单次博弈的情形转化为重复博弈，人们就倾向于选择合作，建立信任，实现双赢。这就是说，如果同一人群需要多次作相同的交易，那么投机行为就会减少，而诚信行为会增多，这是因为利用信息不对称投机牟利的次数是有限的，交易相对人被骗后就不会与同一个恶信交易人再进行交易，也就是通过“用脚投票”的方式对恶信交易人进行制裁。恶信交易人失去信誉的结果是丧失了继续交易可能性。为了保证自己的生存，原先的恶信交易人在交易可能多次发生的情况下也会改变原来的策略，树立自己的信誉，逐步变为诚信交易人。这一结论表明，建立信用是克服信息不对称的有效策略，如果我们通过法律制度支持和保证重复博弈机制，便于当事人建立信用，就可能促进交易，实现市场的功能。事实上，合同法上的诚信机制正是有关在非对称信息下当事人之间的缔约规则以及对当事人行为的规范的制度创新，是市场重复博弈的内在需要。可以说，是现实交易的需要将观念中的诚信催生为制度上的诚信。没有信息不对称，就没有改变传统规则、造成制度变迁的必要。换句话说，诚信机制是为了克服信息不对称避免效率损失的一种现实的制度选择。

¹³⁵ 技术的发展本身也可以在一定程度上解决信息不对称的问题，如通讯技术。但此处的着眼点是制度。

法律是由第三方来强制实施的规范。对于法律的作用，一种说法是法律可以改变博弈，改变当事人的选择空间，从而改变博弈结果，对其他制度变迁产生积极的影响。但另有观点认为法律不改变博弈本身，但改变博弈的均衡结果，这是通过改变个人行动的预期来实现的，预期的改变将导致结果的改变。¹³⁶这两种观点均有道理，只不过强调了法律的不同功能，前者强调了法律的评价强制功能（事后强制）而后者强调了法律的引导预测功能（事前建立行为预期）。诚信机制的建立就是通过建立诚信标准和诚信规则使当事人产生行为后果的确定预期，从而引导当事人的行为选择，并确保当事人会在法律强制力这样一种“法律阴影”下对法律予以遵循。如果没有法律的惩罚机制，没有人为自己的投机行为负责，必然导致人人都进行投机。典型的例子是黑市。如在美国禁酒时期，人们从黑市中买来的酒，多是伪劣品。所以黑市不仅指其性质为非法，更因为其缺少法律保障机制，所以欺诈丛生，非常“黑”。没有法律（强制力）保证的交易和市场，其结果总是恶信流行，“劣币驱逐良币”，最终导致市场的萎缩及交易的减少，甚至是市场的消失，而这将是社会整体福利的净损失。这一研究实际上为法律的制度创新——如诚信制度的创设找到了理论支持，由于法律制度的独特功能，法律的不同安排将产生不同的博弈结果，我们不仅可以通过风险分担和义务分配将单次博弈转化为重复博弈，而且也可以通过强化重复博弈条件下的制裁机制引导诚信行为规范的建立，促进合作交易的达成，在一定程度上消除因信息不对称而带来的市场扭曲。

从交易成本的角度对诚信制度进行观察也可以得出相同的结论——诚信制度一方面增加了恶信交易人的违法成本（法律的制裁，坏名声的迅速传递），另一方面降低了信息不对称条件下所有交易人高昂的防范成本（包括审查、挑剔、保险、保障、信息发现、私力救济等成本），加快共同预期的形成，由此而促进了交易。譬如诚信制度所强调的“诚实披露规则”促进了信息的传播，节约了当事人发现信息的成本（调查成本）。“附随义务规则”则增加了交易的确定性，减少了讨价还价的几率，降低了磋商和监督的成本。而以诚信为基础的违约救济机制则增加了恶信交易人违法的风险，减少了其进行“逆向选择”以及发生“道德风险”的可能性。因此，诚信制度实际上是用法律的方式建立起来的一种低成本交易机制，因为有法律的保障，人们得以建立长期预期，避免短期投机行为。

三、不完全合同理论

现代经济学中，契约理论的研究是一个十分活跃的领域。其中的不完全合同理论实际上探讨的就是是否可能在合同法的领域内进行机制设计解决因合同不完备而带来的效率问题。这又给我们观察诚信制度带来了新的视角。

1985年，威廉姆森（Oliver Williamson）在其经典名著《资本主义的经济制度》中就指出，由于契约的不完备性所带来的交易成本，是导致资源配置效率低下的重要原因之一。根据不完全合同理论，契约是一组承诺的集合，¹³⁷这些承诺是签约方在签约时作出的，并且预期在未来（契约到期日）能够被兑现。完全契约是指，这些承诺的集合完全包括了双方在未来预期的事件发生时所有的权利和义务。但在现实中，契约都是不完全的（即时清结的合同除外），这一方面是由于人们掌握信息能力的有限性，签约方在事前对未来所作的预期仅仅是基于双方的主观评估，未来所面临的不确定性在本质上是不可预期的，特别是长期合同。

¹³⁶ Basu, 1998. 转引自张维迎，同注 132，51 页。

¹³⁷ 这一理论实际上是以英美法作为研究的蓝本的，对合同的定义即取自英美法。

也就是说,信息不完全、认识能力的有限性以及市场经济所内含的不确定的特点导致合同不可能是完善的。另一方面,即使当事人愿意花高昂的代价订立非常详细、“完备”的合同,在实施上也会遇到困难,一是事件的不可观察性(unobservability),二是第三方的无法确认性(unverifiability,法律或规章无法界定)。也就是说因为监督成本的高昂和监督手段的有限性,导致道德风险不可避免。合同总是不完全合同这一现实给机会主义行为可乘之机,因此而常常造成资源配置的帕雷托无效,效率受损。

首创不完全合同理论的格罗斯曼和哈特(S.Grossman and O.Hart,1986)在其经典论文提出解决不完全合同的办法是将契约转化为产权制度安排(控制权),特别是通过剩余索取权的合理配置来消除不完全契约造成的高昂交易成本,即用企业内部交易代替市场交易,这一学派被称为产权理论学派。后来,哈特和摩尔(Hart & Moore, 1999)又进一步提出了“不可能定理”:当不确定性下的自然状态足够复杂时,从本质上不存在一个可行的机制来实现帕累托有效的资源配置,因而只有通过合理地配置产权等制度安排来恢复资源配置的效率。

但随着人们对不完全契约本质的深入揭示以及机制设计理论的迅速发展,以梯若尔(Tirole)和马斯金(Maskin)为代表的机制设计学派认为,通过设计一些激励相容(incentive compatibility)的机制,¹³⁸可以消除不完全契约的交易成本,从而可以在契约理论的框架内解决这一经典难题。在《不可预见的偶然性与不完全契约》这篇论文中,马斯金和梯若尔 Maskin-Tirole (1999)提出并证明了“可能定理”,他们运用机制设计理论设计出一个激励相容的机制来解决不可预见的偶然性所造成的契约的不完全性,实现帕累托有效的配置。1999年,梯若尔在 *Econometrica* 发表了《不完全契约理论:我们究竟该站在什么立场上》,产生了重大影响,他认为,产权配置作为一种强制性的制度安排,所带来的交易成本往往非常高昂,而契约机制的交易成本显然要低得多。

尽管有关不完全合同理论的机制设计十分复杂,但却可以给我们很大的启发:由于现实的合同注定只能是一个不完全的合同,所以现实交易常常需要找一个“权威”(authority)来填补合同空白,否则在合同空白处的许多交易就无法进行或者引起矛盾。而这个“权威”在现代法治国家,当然是由法律来充当。可惜的是,合同法(也包括所有的制定法)也同样是不完美的,其原因和合同不可能是完美的一样,立法者的信息有限性、认识的局限性和高昂的成本都造成法律的空白(漏洞),所以人们常说有100条法律,就有101条法律的空子。因此,诚信机制的设计一方面是为了提供一个实际的契约机制来补充不完全的合同,另一方面也是为了满足人们对权威的现实需要,目的是为了降低交易成本。这一权威非诚信莫属——它是反映交易总要求的基本立法原则(general principles)。反过来,正因为诚信原则的权威性,人们由此而形成了确定的诚信行事的预期,预先防范成本大为减少(如为降低成本故意留下许多合同空白交给诚信机制处理),缔结合同和履行合同的成本可以大大减少。但不可否认的事实是,通过诚信来解决问题的方式与传统的提供具体法律规则来解决问题的方式是大不相同的。

¹³⁸ 这里所说的激励相容约束,是指交易人交易目的的实现取决于对方所受到的激励。譬如代理关系中,代理人总是选择自己期望效用最大化的行为,任何委托人希望代理人采取的行动都只能是通过代理人的效用最大化的行为来实现。根据不完全契约理论,契约的达成是各产权主体平等博弈的结果,而激励约束的

第二节 诚信的文化社会基础

一、后现代背景下的法律变迁

诚信概念和诚信机制在现代法律上的复兴并非仅仅具有经济学上的理由,而是随着社会的发展,人们对客观世界的认识不断深化在法律上的反映。如果不具备文化上的基础,共同的预期不能形成,经济制度是难以发生变迁的。实际上,通过理解文化现象,可以解释整体社会体系的信息。

在文化领域,当今的一个重要思潮是后现代主义,这一思想广泛地反映在艺术、建筑、音乐、电影、文学、社会学、技术以及时尚等多方面,人们在20世纪80年代中期开始注意到后现代主义的兴起。

后现代主义是从现代主义中衍生的,其名称即反映了其与现代主义的关系。观察现代主义与后现代主义的关系有两个视角,一个视角是从社会发展阶段着眼,另一个视角是从文艺发展的进程进行观察。从前一个视角看,西方的资本主义主要经历了三个阶段,18世纪到19世纪后期的自由市场阶段(技术上主要以蒸汽和水力作为动力)、19世纪后期到20世界中期(二战)的垄断资本主义阶段(技术上主要以电和内燃机为动力)和二战后至今的跨国资本主义或消费者主权(福利)的资本主义阶段(技术上以核能和电子信息技术为标志,强调消费而非生产)。前面两个阶段实际上都是现代化的过程(高低有别),而第三个阶段是后现代化的阶段。从后一个视角看,上述三个阶段实际上对应了现实主义(初期现代主义,对维多利亚时代的反叛)、现代主义(高级现代主义)和后现代主义。

由于现代主义通常指第二个视角下的20世纪的美学运动,所以从社会和历史的角度对现代主义与后现代主义进行的考察习惯上称为现代性(modernity)与后现代性(postmodernity)。

现代性最初是从“现代”与“古代”相区别这一含义而言的,¹³⁹现代性是建立在若干观念和假定的基础之上的,这些观念和假定是和人文主义相一致的,包括:存在一个恒定、可知的本我,不仅有意识,而且富于理性、自治,具备普遍性。本我通过逻辑推理和理性来认识自己和世界,而理性是意识活动的最高形式,也是唯一的客观形式。具备客观理性的本我进行的认知模式被称为“科学”,科学所创造的知识是关于世界的普遍性真理,而且是客观的、中立的、永恒的。科学的知识总会带来进步和完善。人类的所有制度和实践都可以经过科学理性的分析并得以改善。理性是真善美的最终判断者,真就意味着善就意味着美,三者之间不会出现矛盾和冲突。自由就意味着遵守由理性所发现的规律。与理性相对应的语言是清楚明白的,在语言文字和指代物之间的关系是客观清晰的(建构主义)。这些观念及假定实际上被用来证明和解释社会制度和结构,包括法律、民主(政治)、科学、伦理以及美学。

现代性追求的最高价值实际上是秩序——理性统治下的合理秩序,更多的理性就意味着更稳定的秩序,更稳定的秩序就意味着社会就会更有效率。正因为现代性总在追求更稳定的秩序,所以反对任何对秩序(order)构成威胁的“无序”

相容性,是维护契约均衡的一个必要条件。

¹³⁹ 学者对“现代”的起点一直在争论。一般以西欧的启蒙时代(European Enlightenment, 18世纪中叶)作为起点。

(disorder)。由于客观世界中存在许多无法被理性解读的灰色区域，这些区域统统被划入了“无序”。现代主义始终坚持秩序就是好和理性。而无序就是坏和混乱。现代主义的艺术所表现的也是相同的价值观——尽管现代主义看到了现代生活的种种问题（如非理性、荒谬、异化等），但认为具有统一性、连贯性和有确切意义的艺术作品可以弥补现代生活的失落，艺术甚至可以弥补其他各种制度的不足。

现代性对秩序的强调实际上也是对稳定的追求，而稳定性(stability)与整体性(totality)差不多可以画上等号。表现在法律制度上，现代性追求的是法律的完美(wholeness or completeness of a legal system)、精确和缜密，不承认存在法律规范体系外的社会现实。由理性发现的法律不仅意味着真理，而且也代表着善和美。由于整体性代表着秩序，超出法律设定空间的事件代表着无序，所以保持法律整体公平和稳定的价值当然大于个案实现公平的价值。

后现代性代表着与现代性不同的一种观察世界的角度或者认识世界的态度。后现代性“后”的含义可以从两个方面来理解，一方面是指时间上其在现代性主张之后出现，另一方面是指其反对现代性的立场。由于现代性与后现代性在当今世界是共存的，所以人们通常强调后现代的第二层含义，即后现代与现代性不同的立场和观点。

现代性对社会的基本立场是建构主义和统一主义的，后现代性所持的基本立场是解构主义和分散主义。尽管它们都发现了社会和知识的片断性、临时性、情景性、相对性、非连贯性、荒谬性（自相矛盾）、非意义性，但前者认为用统一的方式（理性的方式）可以对其加以认识并提供解决方案，而后者认为这些现象都是事物的本质，是无法用建构或统一的办法来认识和解决的。在对待知识的态度上，后现代性将所有的知识都看成非普遍性的（地方性，local）、有限的以及不完整的（partial），尽管有可能在实践中是非常有效的。后现代的这种分散主义立场改变了传统上用真善美（理性主义）对知识加以评判的标准，因为后现代认为知识只是个体的体验而非整体的经验并具有普遍性。这样，后现代社会所遇到的真正问题是应该由谁来决定什么是知识以及由谁来决定什么是应该加以决定的，这实际上揭示了后现代社会知识问题的实质是话语权问题。在对待社会的态度上，现代性观点从社会是由许多人构成的整体这个意义上得出结论说社会比个人更重要，进而将社会与个人对立起来，以致认为为了整体利益，可以不惜损害个人价值，忽略边缘群体的利益。后现代用解构主义去发现社会的自身逻辑矛盾或自我拆解因素，从而摧毁人们心目中社会与个人关系的传统建构，强调基本权利的不可剥夺性，人自身的重要性并不依赖于社会，主张尊重以分散的、多元化为基础的自发社会秩序，“社会才比个人更伟大”这一命题只在个别情形下才具有意义。

在当今社会已经进入后现代社会这一背景之下，法律不断发生着变迁。这个变迁并不仅是指法律的废立变更以及制定法越来越多的现实，而且更指对待法律制度的整体观念的改变；譬如放弃了以理性主义的态度建构法律制度的现代性（非此即彼的一元论）观点，承认认识的有限性和法律制度的非万能性，非普适性，非完全性，非封闭性。认为法律不仅不可能对未来作出完全预测，而且也不可能穷尽现时的各种情形。而即使法律对某种情形作出了规定和预设，这些规定也可能因其情景性、临时性、相对性等原因而出现不合规范目的的情况。“在很大程度上，法律过去是、现在是、将来永远是模糊和多样化的。……法律处理的是人类关系中最复杂的方面。它面临的是整个令人迷惑、变化

不定的社会生活，在我们这个万花筒般的时代，更是如此。即便在相对静止的社会里，人们也未曾能够制定出一整套包罗万象，解决未来可能出现的所有争端的规则”。¹⁴⁰因此，任何法律在建构的同时也经历着解构，需要在具体的场景中适用法律，在强调秩序价值之外，更增加了效率的观点和具体公平的观点。同时，人们也开始以多元论的后现代观点来设计法律——承认在具体的法律规则之外始终存在着丰富的未被预设和假定的区域，这一区域的存在反映出客观世界的原貌，“法律的许多不确定性并非不幸的偶然事件：不确定性本身具有重大的社会价值”¹⁴¹。针对不确定性所提供的指导性规则不同于传统规则，不可能像传统规则一样具有规范性从而具有较强的准确性及可预测性，只能在具体的场景中实现诸如确定预期等法律功能，以及克服既定规范在特定场景下的不合规范目的的问题。在对法律的美学标准上，逐渐从形式主义的逻辑体系化以及雅致这样的标准过渡到实用主义的功能实现标准。

在合同法领域，人们对待合同法规则的态度实际上是和上述的社会发展脉络一致的。在早期，合同法奉行市场个人主义（market-individualism）模式，强调的是绝对的“意思自治”的原则，这个原则实际上是以理性主义为基础的。认为作为绝对理性的个人不仅可以对自己和世界进行完全的认知，而且其理性的实践结果总是带来社会的进步。但这种假象很快就被垄断资本主义的残酷现实打破，市场参与者事实上的不平等以及认知能力的有限性（信息不对称）常常导致交易严重不公，效率受损。20世纪开始流行的现代性观点主张加强管制以维护合同的秩序，如颁布有关合同形式、合同具体条款的限制性或禁止性规则，期望能够制度更确定、更具体的规则。进入后现代社会后，由于生产技术的发展，经济的重心发生了转移，由传统的生产为中心变为消费为中心，这导致了市场力量的加强，对手型的交易模式开始转向合作型的交易模式，合同法模式也转变为消费者福利主义（consumer-welfarism）。这一模式的特征是以增进交易为目的而放松管制，尊重消费者的偏好，承认认识的有限性以及各种体制外事件和不确定事件的合理性。不以合同法的设定来替代现实的市场，而只是发挥自己的独特功能来维护市场本身的机制，合同法由此发生了确定性规则与不确定性规则并存的情形。诚信作为交易的内在要求，逐步演变为合同法上具有不确定性质的基础性规则。同时，为尽量避免大而空洞的规定，发展了一系列诚信机制。这种制度安排代表着人们对于合同法制度以至整个法律制度在观念上的重大转变，是社会演变和文化积累的结果，蕴涵着丰富的文化信息。

二、交易道德理论——合作交易说

（一）法律与道德的互动

法律与道德的关系，一直是法学家和哲学家热衷讨论并争论不休的问题。从规范的品质看，二者主要的区别在于法律（实证法）靠强制力来实施，而道德通常是靠社会舆论、社会习俗和人们内心的信念来维持和传播的。从社会发展的历史视角观察，法律从来都不是“纯粹”的，法律与道德有十分密切的联系。Basu曾提出了“核心定理”（the core theorem）来说明法律实施的基础：任何能够通过法律来实施的行为和结果，都可以通过社会规范来实施。推论是：任何可以通过法律实施的结果，没有法律也能实施（order without law）；而社会规范不能达

¹⁴⁰ Jerome Frank, *Law and The Modern Mind* 1930, p6, Anchor Books edition 1963.

¹⁴¹ *Ibid.*, p7.

到的结果，法律也没有办法达到（disorder with law）。¹⁴²对于这一结论，人们不禁要问，既然如此，为什么还需要法律呢？答案在于法律的独特功能，法律的强制性更容易使人们达成一致，减少冲突。同时，法律也可以加快信息的传递（如违约信息的传递，坏名声的传递），加快形成一致的预期，实现规范目的。如果看不到法律对道德的依赖性，就会造成法律的霸权主义（“法律万能论”），引发社会问题。美国法律社会学家布莱克（D. Black）就警示说，随着现代化的发展，整个社会控制体系的发展趋势变成了法律的加强和包括道德在内的其他社会控制的减弱，西方社会出现了过度依赖法律的“社会法律化”现象，人们成了法律的奴隶，失去了依靠自己的力量、依靠其他社会控制手段解决纠纷的能力。社会一方面高度法律化，一方面道德沦丧。¹⁴³

正是看到了法律与道德密不可分的特点，有法学家提出了“法律是最低限度的道德，道德是更高层次的法律”这一命题，把道德分为高低不同的两个层次，即“义务道德”和“愿望道德”。前者是社会得以维系的最基本条件，是对人们的最低要求，如勿杀人、勿偷盗等，违反这些道德将受到法律的制裁。后者则是一种道德理想，处于较高的层次，不可能要求每个人都做到，如舍己为人、博爱等等，人们没有达到这一道德时，我们只能惋惜和蔑视。¹⁴⁴这一理论有一定的说服力，但由于这个二分法过于简单而使核心问题难以轻松回答：什么才算是“最低限度”的道德，法律的边界在什么地方？诚信到底是“义务道德”还是“愿望道德”？它仅仅是道德理想还是现实生活中所需要的道德？

（二）道德的制度功能

道德是社会制度的一个重要方面。从总的历史发展来看，道德始终在社会生活中占有重要地位这一事实，说明道德是一种非常有效的制度安排，有着不可替代的作用。不论是“义务道德”还是“愿望道德”，之所以受到人们的尊崇、追求并且具有长久的生命力，并不是因为它被称为“道德”或者满足了某种说教的需要，而是因为它能实际地给人们带来好处和利益，可以提升人们的生活品质。譬如，偷、抢、骗对实施者而言实际上是最“经济”的方式，但这将带来社会的灾难，最终让实施者也深受其害，因此，人们遵守道德不偷、不抢、不骗实际上是人们对既往经验和智慧的总结，是社会行为的最佳选择。

和其他制度和规范一样，道德的内容也是与时俱进的，不可能处于绝对静止的状态。俗话说“一个时代有一个时代的道德”就是强调任何事物都离不开它所依存的具体历史社会条件。在特定的历史条件下，道德规范肯定是与当时的社会生活实际非常切合的行为规范，由此而使道德成为促进社会发展的重要力量。而偷、抢、骗之所以在任何社会任何时代都遭到道德谴责并受到法律制裁是因为不偷、不抢、不骗已经成为社会存在发展的基本条件。随着社会向前发展，道德内容不可能始终停留在一些基础性的道德标准上。道德的发展不仅产生了道德理想（愿望道德）也让道德的“最低限度”随社会变迁而发生变化。

（三）市场经济下的道德发展

合作是所有分工和交换的前提，在市场经济条件下，合同法实际上是以合作为核心的交易道德作为实施基础的。没有合同法，人们照样可以通过遵守交易道德达成交易。最典型的例子就是中世纪的跨国商事交易，这些跨国交易在没有制定法的情况下不仅得以达成，而且后来还变得十分发达，其基础在于商人间的合

¹⁴² Basu, 1997. 转引自张维迎，同前注 132，第 53—54 页。

¹⁴³ 转引自沈宗灵主编，《法理学》，217 页，高等教育出版社 1994 年版。

¹⁴⁴ 富勒，《法律的道德性》，1977 年英文版，第 7—9 页，转引自沈宗灵，同前注 143，216 页。

作和大家对信誉的珍视，而商人法（Law Merchant）也正是为了保证信用而发展起来的“法律”。¹⁴⁵这充分说明，法律（以及任何具体的制度）是在特定的社会历史条件下演变、“生长”出来的，诚信应否被吸收为合同法的内容实际上取决于诚信是否已经具备了自我实施的基础，是否能够因为“法律化”而有利于其服务目标——促进交易的实现。

前述的经济学分析证明，诚信是实现社会福利最大化的前提。实施恶信行为的一方所多获得的效益，抵偿不了诚信一方所遭受的损失。交易的过程实际上是利益分配的过程，当恶信一方可以通过非生产性活动（实施恶信行为）而获利时，生产性活动的激励就会减弱而导致资源转向追求非生产性活动（如防止恶信行为），这必然导致交易的减少，社会总财富的减少甚至市场的消失。因此，坚持诚信才是任何交易的明智选择。采取合作态度、为他人着想以及自律精神不仅是有道德的，而且是有效率的，是一项能够带来回报的投资。但由于交易的交互性（人与人之间的互动），交易一方的诚信行为必须以交易对方的诚信行为为条件才能达到交易目的，否则诚信交易人会因对方的背信而遭受损失。当一个交易人始终不计一时的得失（从短期看，见利忘义更能获利）坚持市场基本规则——诚信交易时，不能不说他是在坚持一个道德理想，是出于一种高尚的精神力量在遵循和捍卫具有更高价值的规则而不惜牺牲自己暂时的利益。

随着社会的发展，人们逐渐认识到缺乏道德等自律机制的市场经济是不可能发达和长久的。以契约为机制的市场经济，是建立在信用体系之上，市场经济、契约和信用是不可分割的三位一体。¹⁴⁶而庞德曾说：财富，在一个商业的时代，大部分是由承诺所构成。¹⁴⁷支撑市场经济的制度，既包括有形的、他律的法律制度，也包括道德、宗教等无形的、自律的制度。实际上，合作的诚意，对信用的珍视，敬业精神，以人为善的态度等潜在规则（自律规则）的存在才真正使得合同得以签订并履行。自律是人们在长期互动中进行理性选择的结果（博弈的结果），一个人最有效率的行为或对策，就是遵从道德的行为或对策，道德的力量远远超越了合同文字的详尽。我们完全可以推论，最商业化的社会，也就是最讲究交易道德的社会。交易最多的地方，也就是道德最好的地方。

当长期的多次博弈使得绝大多数交易人形成了诚信的观念时，曾经作为道德理想的“诚信”实际上已演变为“最低限度”的道德了，因为此时坚持诚信不是在坚持一个抽象的道德，而是在遵守日常交易的准则，在做对自己有利的的事情，人们在不需要遭受损害而坚持诚信就如同人们坚持不偷、不抢一样，已经完全具备了自我实施的基础（道德自律），也不再是需要特别追求的“愿望道德”了。因此，市场的发展促进了交易道德的发展，我们需要用法律的形式（因为法律的独特功能，见前述）将这一长期博弈得到的经验以及市场经济的自律基础加以肯定，防止恶信对交易和市场的损害。事实上，没有完善的法律机制就无法让恶信绝迹，这和没有合法的暴力就无法说服强盗放下屠刀一个道理。

（四）道德上的诚信与法律上的诚信

对于道德上的诚信和法律上的诚信有无区别这一问题，学者们持有不同的意

¹⁴⁵ Milgrom, North, Weingast, 1990. 转引自张维迎，同前注 132，第 60—61 页。

¹⁴⁶ Feid, *Contract As Promise, A theory of Contractual Obligation*, 1981, p.11: "A promise invoke trust in my future actions, not merely in my present sincerity."（承诺所引起的，乃对未来行为的信任，非仅在于当前的诚意）。关于市场、道德与法律的关系，可参阅 Coleman, *Markets, Morals And The Law*, 1988. 转引自王泽鉴：《债法原理》（一），71 页，中国政法大学出版社 2001 年版。

¹⁴⁷ Roscoe Pound, *Introduction to the Philosophy of Law*, 1961, p.236: "Wealth, in a commercial age, is made up largely of promises".

见。一派学者认为诚信是道德的法律化，因此法律的诚信标准实际上低于道德诚信的标准。法律诚信“建立在对未违反法律规范行事、未实施不义行为的确信上”，而道德诚信“建立在对命令我们做好人和纯粹的人之戒条的服从上”。¹⁴⁸斯波达曾说，以诚信、忠诚和诚实行事的商人并不是一个崇高的人，而只是一个中等的人。¹⁴⁹对此，有学者持不同的意见，认为普通的法律规范就是以中人——经济人的标准来设计的，如果诚信体现的也是中人的行为标准，在法律中就没有必要引入诚信。因此，普通的法律规范往往体现了“勿害他人”的要求，而诚信原则体现了“爱你的邻人”的要求。¹⁵⁰这实际上是说法律诚信与道德诚信并无不同，体现的同样是“上人”的标准，是属于特殊的法律要求。笔者认为，如果将这里所提到的道德限定为专指“愿望道德”（道德理想），那么其诚信标准实际上就是“上人”标准，以此作为法律上的诚信标准无疑是不可行的。在法律中引入诚信，并不是现存法律规范的否定，也不是对交易人的道德水准提出了更高的要求，而是人们结合市场交易对“中人”标准在认识上的深化，与普通法律规范对人的设定并无不同。

经济学假定每个人都是经济人，在市场经济中每个经济人都追求自己的最大利益，因此经济人是不可能实施利他主义行为的。因此传统的看法是，如果需要人们作出利他主义行为，那么这一要求就超越了经济人的标准而上升为更高层次的标准（如道德标准）。但传统的这一观点是建立在市场本身完美的假设下，因而并不符合实际。当产品或者服务不能分割并且很难加以度量，任何个人都很难排他地占有并能与他人交换时，这种产品和服务就具有了外部性，让市场难以发挥作用。如果谁都对外部性问题置之不理，那么最终受害的将是所有人。因此，在外部性很强的领域施行利他主义对实现帕雷托最优是不可缺少的，这种利他并非纯粹的只有利于他人，而是为了共同的利益，甚至可能主观上是为了利己，客观上造成了利他。因此，市场经济中利他主义的存在仍然是一种经济人追求利益最大化的行为，并不一定是更高尚的行为。这表明，含有利他因素的法律诚信标准仍然是以经济人为原型的制度设计，只不过更强调交易目的和市场功能的实现罢了。

第三节 诚信对社会控制的意义

法律所具有的无限魅力在于它不是一门科学，它不是对物质世界的观察，而是对人类社会的关注，这注定了法律脱离不了特定的社会背景并服务于社会。埃利希甚至说：“……法发展的重点不在立法，不在法学，也不在司法判决，而在社会本身。”¹⁵¹

在乡村社会，正式的法律机制并不发达，而以传统的习惯和习惯法为主。这是因为乡村社会以“闲言碎语”（gossip）作为储存和传播信息的主要手段，对维

¹⁴⁸ Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., pp.28s. 转引自徐国栋，《诚实信用原则研究》，同前注24，28页。

¹⁴⁹ 同上注，pp.31s.

¹⁵⁰ 徐国栋：《诚实信用原则研究》，同前注24，29页。按圣经路加福音书中记载的“好撒马利亚人”（Good Samaritan）的故事，爱怜并救助路边受伤的好撒马利亚人的行为才是“爱邻人”的行为标准，这一标准是较高的道德标准。

¹⁵¹ Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of The Sociology of Law* 1913 (Trans by Walter L. Moll), Foreword, Harvard: University Press 1936.

持信誉机制促成交易起关键的作用，¹⁵²断绝交易是比运用正式法律更方便有效的制裁机制。市场经济的发展带来了社会面貌和社会结构的改变，现代社会变成了“匿名社会”。与乡村社会这种以人情为基础的“熟人社会”不同，通常交易的双方并不认识，从而缺少乡村社会中存在的制约关系。市场经济追求的是大范围（全国范围以及全球一体化）的要素流动，市场中人与人以利益为纽带发生关系，社会的动态性和开放性大大增强，这需要一整套便利信息传递、让人建立确定预期、具有普遍性和取代乡村社会的有效惩罚机制的市场规则，这些规则的最佳表现形式就是法律制度。因此，市场规则实际上就是法律制度的另一种说法而已。

但是，世上从来就没有完美的制度，就像市场本身不完美一样，法律也同样常常处于过度和不足的矛盾中。

一、法律的过度

法律的过度表现为法律成为管制手段，偏重惩罚性和管束性，异化为控制人们自由生活的力量。最极端例子就是法西斯主义，它试图将高度抽象的法律技术与单一的抽象价值（如秩序）联系起来，全面侵入人们的日常生活秩序，使人们形成对法律的病态崇拜与依赖。总之，法律的过度将使法律制度不堪重负，成为交易的障碍。而严重的法律过度将导致集权化的、单一国家控制市场乃至整个社会生活的局面，市民社会被国家所吞噬。

对于法律是否过度，迪尔凯姆提出了从社会联合的性质上进行考察的标准。迪尔凯姆认为，存在两种社会联合，即机械性联合和有机性联合。机械性联合以相似性为基础，具有共同的意识，通过惩罚不轨以加强团结一致。有机性联合以差异性为基础，使个人和团体相互独立，合作的法律占主导地位，人们平等行事。机械性联合产生强制性规则，是“强迫的道德”。有机性联合产生“合作的道德”，产生“合作性规则”。¹⁵³

迪尔凯姆的这一经典论述极富启发性，它说明尽管法律相对于社会目标来讲具有工具性，但并不否认它作为手段本身也体现着特定的价值理想，使用法律的最终目的是确保产权、交易合同权等方面的利益，是通过对这些利益进行界定、协调和保障从而实现社会控制。“合作性规则”强调的是法律的保护性和主动性。

在迪尔凯姆的眼中，市场经济本身就是抵御法律过度的有效手段。他认为，社会分工的重要价值，首先不在于它能够通过一种“看不见的手”，将追逐私利的行为转变为公共的福利和社会的秩序，而在于分工带来了人之间的相互依赖和团结，从而构成了作为社会秩序基础的集体良知。¹⁵⁴这一论断对市场经济条件下的社会控制理论确有基础性的意义，它表明市场经济将形成社会自身的内控力，其缺陷在于在当时的历史条件下，迪尔凯姆还预见不到由于市场本身不完善将带来的失控情形，从而更偏重强调社会而忽略了个人。而在市场经济出现危机时，就有可能偏重社会的静态稳定（机械性联合）。实际上，新古典经济学的发展就证明了这一倾向。新古典经济学是力图向自然科学看齐的经济学理论，但当它不能解释现实生活时，其政策取向就是政府管制，这具有很强的反讽意义，即强调市场的出发点最终以政府管制的方法结束。¹⁵⁵这说明，尽管法律是市场经济条件

¹⁵² Merry, 1984. 转引自张维迎，同前注 132，第 7 页。

¹⁵³ 参见埃米尔·涂尔干，《社会分工论》1893，渠东译，三联书店 2000 年版。（Emile Durkheim，又译迪尔凯姆）。

¹⁵⁴ 同上。

¹⁵⁵ 计划经济走得更远。但由于计划经济的形成较为复杂，此处不讨论。

下首要的社会控制手段，但必须尊重社会自身的内控力，以“适度”的方式发挥作用，如果希望法律能够在排除一切异质性的力量、排除所谓“危机”和“矛盾”的基础之上获得“纯粹”的发展，就会陷入“理性万能主义”。诚如哈耶克所说，坚持社会学这一“致命的自负”终将导致一条“通向奴役之路”，将人变成社会的“傀儡”。

二、法律的不足

法律的不足表现为社会法律化程度低，法律运行的机制不良，法律不但在形式意义上存在缺陷，而且未能为调整对象设定有效的机制。当法律不足时，社会就会出现外控力弱化、内聚力松软、抗震力减低的“失范失序”状态。

社会的“失范”常常在传统社会开始解体，社会结构发生变化，跨地区交易往来增加而相应的制约机制没有跟上的转型时期发生。由于市场经济所带来的多元化格局，利益代替了道义，人际关系不再以心照不宣的互助为基础，而是以基于契约关系的利益互惠为基础，社会关系陌生化。失范一方面让多数人无所适从，另一方面让一些人无所顾忌，有了空子可钻。这使社会整合（Social Integration）成为社会的核心问题。

最初，人们认为现代社会中已经很难找到像传统社会中的那种一致性的规范整合机制，价值也不再是一种共享的道德观，伦理完全退入了“私人空间”，成为与整合问题无关的私人事务，法律的抽象性让法律在过度 and 不足之间进退维谷。但帕森斯提出的结构功能主义社会观在一定程度上改变了这一看法。帕森斯认为，一般化的媒介是现代社会不可或缺的制度构件。在社会分化过程中，较“发达的”系统可以获得了更高的调适能力，而这些一般化的媒介正体现了这些系统较高的调适能力。随着系统调适能力的逐渐提高，价值模式将逐渐趋于一般化。

（Parsons, 1966）。¹⁵⁶在帕森斯的理论中，所谓一般化的媒介实际上就是文化系统，文化对于社会控制，就像灵魂对于躯干一样重要。而一个社会要达到整合的目的，必须具备这样两个不可或缺的条件：（1）有足够的社会成员作为社会行动者受到适当的鼓励并按其角色体系而行动；（2）使社会行动控制在基本秩序的维持之内，避免对社会成员作过分的要求，以免形成离异或冲突的文化模式。（Parsons, 1977）¹⁵⁷

帕森斯的观点为用法律手段解决“失范”问题提供了两点启示：一是社会能够通过自发演进形成文化变迁。如果能够尊重文化，社会整合完全可能在法律的框架内进行。二是通过法律的社会整合应建立在与社会发展相适应的文化之上。换一种更直接的说法就是：法律完全可以推进社会整合过程，但不能拔苗助长。

三、诚信对社会整合的作用

市场化社会中的实体法，特别是私法所具有的最基本的特征就是法律交易。其中契约的意义显得越来越重要。作为法律形式，契约关系的实质性变化，犹如一面明镜，形象、准确地反映了社会经济状况的深刻变革，反映了利益均衡从打破到重建的过程。

从文化的角度看，合同法并非一些相互独立的具体规则的简单集合，而是反映了特定人群对合同的基本观点以及设定合同法规则的目的。合同法的具体规则都建立在人们对合同及合同社会作用的基本观点之上。如前所述，不同的基本观

¹⁵⁶ 参见沃特斯，《现代社会学理论》，第162页，华夏出版社2000年。

¹⁵⁷ 同上，《社会体系和行动理论的演进》一文。

点实际上形成了不同的合同法模式。经过长期的市场交易，传统的“对手”（antagonistic）型模式逐渐发生边际变革（渐变），转化为“合作”（co-operation）型模式，这种变迁应该是对当事人都有利的变迁，是社会合力发生作用的结果。而这一自发的制度变迁并不排斥创造性的制度设计，诚信制度实际上就是对这一变迁进行肯定并进行系统整合的制度设计，一方面对社会失范提供规范模式，促成法律的“内化”，把提倡的群体人格转化为现实的个体人格。另一方面通过肯定和加强社会的自我调节能力，从而抵御权力对社会的侵袭，逐步达到“情寓于理，理入于法，法化为习，习养为性”的和谐境界。

从社会规范模式上考察，家庭、伦理和宗教实际上都是和法律相竞争的制度，谁的成本低，进行社会控制的效果好，谁就有竞争优势。家庭、伦理和宗教的共同特点是它们是靠“自律”来实现的制度，如前所述，在传统社会，“自律”制度运行的成本越好，效果好，人们对“他律”的法律制度的需求并不强烈。市场经济的发展实际上是伴随“他律”的法律制度而发展的，人际关系的陌生化使传统的自律机制“失效”，人们不得不求助于法律。没有他律，人们就不可能自律。因此法律成为首要的社会控制手段。但是，人们常常忽略了这一定理的另一面，即没有自律，他律的制度安排也不可能有效运作。如果人们过于依赖法律，就会造成诉讼成风，法律制度将不堪重负，人们对法律的信任度降低，人们就会转而求助于其他制度（如自发形成的习惯，超出法律之外的暴力）。因此，社会内聚力对实现社会控制同样不能缺少，“个人应当独立地发展自身，但不应当因此而失去集体主义的巨大利益”。¹⁵⁸诚信制度实际上就是充当了自律机制与他律机制的媒介。从形式上看，诚信机制是他律机制，具有法律上的强制力。但从内容上看，诚信机制是自律机制，是对交易道德的确认。所以可以说，诚信机制实际上是将自律机制外化的他律机制，既尊重和确认了市场交易的文化基础，不会造成文化离异和文化冲突，又让这一文化制度化，保证了社会成员对这一行为规范的遵守以及新成员对文化的内化，使他律机制（立法—司法—官僚机制）与自律机制（道德联盟机制）结合生成“良性互补关系”，让社会整合得以顺利进行。

对交易文化进行确认和制度化的过程，实际上也是鼓励社会成员建立信用，促使政府放松管制的过程。在社会成员的信用尚未普遍建立的阶段，社会必然呈现“失范失序”的状态，这通常成为政府加强管制的理由。但政府管制越多，越有可能增加市场的不确定性，破坏预期，从而阻碍信用的建立。¹⁵⁹因此，政府的直接管制其实是一个“费而不惠”的体制。诚信机制尽管从形式上看也是一个对市场交易进行干预的机制，但它是建立在鼓励交易、注重个人信用的市场基础之上的，它是在充分尊重市场的前提下破除不合交易本质的僵硬作法和形式主义，对只注重眼前利益的恶行进行制裁，进而引导人们做到诚信，建立长期的信誉。诚信机制不仅可以在一定程度上解决信息不对称的问题，充当信息传播机制，而且还能实质性地为受害者提供救济，提供风险分担方案。市场参与人的信誉越好，交易就会越多，社会就会发展得更充分，社会的自控能力就越强，而政府直接管制的需求就少。这样，社会就会从政府的全面直接管制过渡到社会的全面自治，实现社会的有机整合。可见，诚信机制是一种适度的强制机制，可以加快社会整合的过程，实现良好的社会控制。

¹⁵⁸ Joseph Kohler, 《法律的哲学》(Trans. by A. Albrecht), p51, New York 1921. 转引自博登海默, 《法理学—法哲学及其方法》, 邓正来等译, 134页, 华夏出版社1987年版。

¹⁵⁹ 因为政府角色的特殊性及其目标的多元性, 政府的某项管制政策是难以维持长久的, 所以无法让人建立稳定预期。这与市场经济需要建立稳定预期的需要相悖。

第三章 合同法上的诚信制度

合同法上的诚信原则并不仅仅是一个非常抽象的原则,而是可以通过一系列的制度群来具体体现并让人感知的。这个制度群形成了在合同法上独具特色的诚信制度。诚信法律制度越是完善和公正,也就越能灵活地保护诚实交易方的合理期望,实现诚信原则的目的,也就越不需要公开求助于诚信原则。诚信原则为具体的诚信制度提供支持和养分,诚信制度反过来也加强诚信原则的作用。

由于诚信原则所覆盖的范围本身是不可穷尽的,所有也同样不可能存在一个面面俱到、协调完整的诚信制度群,必须承认其内容和功能的相对性。

从各国现有的制度上考察,可以将诚信制度划分为缔约诚信制度和履约诚信制度。前者主要涉及缔约前的披露义务和因诚信而发生的缔约责任。后者主要有履约附随义务、情势变更制度和合同的诚信救济制度。

第一节 缔约披露义务

一、披露义务的发展和扩张

在传统的合同法上,当事人在缔约过程中,并不负有任何积极的信息披露义务(保险等特殊合同除外),只负有不得实施欺诈等消极义务。合同法的基本规则可以概括为契约自由和交易者自慎。这实际上反映了传统的合同法模式对缔约谈判人总是处于对抗地位的假定。随着交易的发展,合同法模式发生着变迁,缔约谈判方应该相互信赖和相互照应的观点开始萌生,由此产生了缔约阶段的诚信义务,这一义务在当代最重要的表现就是对缔约方施加披露义务,防止一方利用其未作披露的信息上的优势,恶信地缔结合同,辜负了他方的合理信赖并使对方对合同的合理期望不能实现。违反了诚信的披露义务一方将承担相应的法律责任。从功能上说,披露义务规则是对信息不对称的特殊补偿机制,它力图在拥有信息一方的披露义务和未能获得对称信息一方的补偿间找到平衡。

(一) 保险法领域内披露义务规则的变化

保险合同被称为最大诚信合同(Uberrima Fides),这是与保险合同中双方当事人的信息极度不对称的特点分不开的。投保人专有自己的信息,如果保险人要对投保人所提供的信息进行核对不仅花费巨大,而且常常非常困难甚至不可能,所以投保人负有披露义务,保险人则只能依靠投保人提供信息而订立合同。因此,在保险合同中,信息披露一直是非常重要的内容。英国早在Mansfield时代就确立了有关保险合同信息披露的原则。在Carter v. Boehm一案中,Mansfield法官认为,在订立保险合同时,信息披露的原则要求投保人从提出投保申请到保险人签发保险单的整个过程中,都应把有关合同的实质性信息向保险人披露。因为合同订立时双方占有的信息不平等,而保险人又要完全根据投保人的陈述来评估风险,决定保险费率。¹⁶⁰

正是因为传统的披露规则都从早期的海事保险发展而来,而其建立的基础则

¹⁶⁰ 97 Eng. Rep.1162, at 1165(K.B.1766)

是当时投保的船东与保险人的谈判能力与保险知识都相差无几。因此,在现代的商业保险合同中仍然使用上述披露规则对投保人是相当不利的。首先,多数投保人可能并不清楚法律的规定,也不知道有披露义务存在,对于保险的知识以及谈判的地位只相当于买卖合同中的普通的消费者。其次,信息的重要性被当成一个事实问题,投保人被假定为知道对一个谨慎的保险人而言到底哪些事实是重要的。即使投保人并不能真正意识到保险人的看法从而未披露某些事实,只要该事实对一个通情达理的、小心谨慎的保险人而言是实质性的,就可以认定投保人未尽披露义务。¹⁶¹其三,未履行披露义务将导致严重的后果,即丧失保险单上的所有利益,即使未披露的事实与损害之间并无因果关系也是如此。实际上,投保人承担的是无限披露义务,他所知道的或者应当知道的一切事实都属于披露的范围,即使损失并非未披露的事实所造成也同样丧失保险合同利益。

诚信概念的发展对保险法的上述披露规则提出了挑战。既然投保人只是一个消费者,普通的人,那么就不能苛严地要求其像专门的商人一样承担传统上的无限告知的披露义务。尽管投保人专有自己的信息的情况仍是普遍的情形,但保险人完全可以通过询问投保人来获得相关信息。因此,贯彻诚信原则的现代保险法的发展是逐渐将传统上由投保人主要承担的披露义务也适用在保险人方面,使双方的义务保持平衡,要求保险人向投保人披露并解释投保规则以及投保人所期望的合同与实际形成的合同的区别。

澳大利亚保险合同法第 37 条要求保险人对不寻常条款履行告知义务 (Notification of unusual terms)。保险人不能援引合同上的不寻常条款,除非在订立合同时以书面的形式通知了投保人。只有在履行了告知义务(向投保人解释保险单条款的含义以及限制并给投保人提出合理建议)后,该条款才成为合同的一部分。否则该条款不能约束到投保人。第 22 条规定保险人应“清楚地以书面通知投保人披露义务的一般性质和结果”。如果保险人没有这样做,则丧失了主张投保人未披露的权利,除非投保人的未披露构成了欺诈。而投保人应披露的信息所采用的实质性标准是“通情达理的人”(reasonable person)标准而非“谨慎保险人”(prudent insurer)标准,因此并不要求其披露一个谨慎保险人所认为的重要事实。因此,即使未披露的事实对该保险人非常重要而且对于一个谨慎的保险人而言也是如此,只要投保人的行为符合了“通情达理的人”的标准,保险人就不能主张因投保人未履行披露义务而使自己免责。此外,该法第 14 条(1)规定,保险合同的一方不能依据合同条款提出主张,如果这样做将有违最大诚信的要求。14 条(3)规定,在判断是否遵守诚信要求时,将考虑是否将合同条款告知投保人的情况。

英国在保险法方面的最新发展是 1994 年的 *Pan Atlantic Insurance Company v. Pine Top Insurance Co.* 一案。¹⁶²在该案中,上议院确立了未尽披露义务而撤销合同的标准:一是该信息在客观上是重要的(以谨慎的保险人的标准考察)二是正是因为对这一信息的虚假陈述或者未披露导致了合同的订立。这个标准实际上改变了传统上的披露规则(增加了因果关系的考察)。但是,5 位法官对于什么构成“重要事实”产生了分歧,两位法官认为对于一个谨慎的保险人而言,如果他知道了这一信息,他就会拒绝承保这一风险,或者以提高保险费的方式承保,那么该信息就是“重要的”。¹⁶³另三位法官不同意这一方法,认为只要根据具体

¹⁶¹ See *Horne v. Poland*, (1922) 2 K.B. 364. See also Hason, *The Doctrine of Uberrima Fides in Insurance Law* (1969) 32 M.L.R. 615.

¹⁶² (1994) 3 All ER 581.

¹⁶³ 这种检验方法被称为“decisive influence test”。

的情形，这一信息会对一个谨慎的保险人对风险的估量造成影响，该信息就是“重要的”，不需要考虑这一信息的披露是否对缔结合同产生决定性影响或者是否会提高保险费而缔结合同。

英国法对投保人披露义务的总的要求是披露他所知道的所有重要信息，并不包括他所不知道的信息。但如果投保人实际并不知道的信息是他本应该知道的或者为其代理人所知，或者他本来是可以从他已知的信息中推断出来，那么他仍负有披露义务。

美国法对于保险合同的披露义务采用的是“询问披露主义”，即投保人的披露仅限于保险人所询问的事项。保险人所询问的问题就是投保人应予充分披露的实质性信息。如果保险人没有问或者自愿接受一个模糊的回答，就意味着保险人放弃了得知真相的权利。在 *Phoenix Inc. Co.* 一案中，美国最高法院对这一规则作了阐述：“如果投保人声称，他对保险人所提问题的回答都是完整的，那么任何重大的不实陈述（misstatement）或遗漏（omission）都可使基于信任投保人的申请而签发的保险单无效。但是，如果仅从表面上就能发现投保人对某一具体问题的回答模糊而不完整，而保险人未经进一步询问就签发了保单，这表明保险人放弃了要求给予完好答复的权利，或者说他认为有关该问题的遗漏和模糊是无关紧要的”。¹⁶⁴一般而言，美国法院现在倾向于从两个方面修改传统规则：一是强调考察当事人的主观方面，看行为是否具有故意或欺诈的目的。在 *Stephens v. Guardian Life Ins. Co. of America* 一案中，投保人在回答中没有披露被保险人的健康状况。法院认为，如果保险人没有问及某一问题，投保人对此保持了沉默，只要不是出于欺诈的目的，保险合同仍然有效。¹⁶⁵二是考察未披露或虚假陈述的事实是否对缔结合同是实质性的。只有未披露或者虚假陈述的事实构成实质性的，才能撤销合同。¹⁶⁶另外，为平衡双方当事人的利益，美国在保险法上发展了所谓的“合理期待规则”（reasonable expectations），法院将根据投保人的合理期待来决定保险单所覆盖的范围，即使这一范围与保险单上的文字并不严格相符。而所谓的“合理期待”主要是从保险人的市场具体做法中衍生推断的。¹⁶⁷

以色列 1981 年的保险合同法第 6 条改变了传统的披露规则，规定当保险人以书面询问与投保相关的信息时，投保人应完全并直接地进行回答。这一条实际上首先要求保险人承担告知义务。而投保人未披露保险人没有问到的信息的，保险人不能解除责任，除非投保人的行为构成了欺诈。另外，如果保险人发现投保人未披露重要事实或者对重要事实作了错误陈述，他可以撤销保险单。如果撤销前发生了保险事故，保险人的责任应根据真实情况下双方达成的保险费率的减少，除非投保人的行为构成欺诈或者即使提高保险费，一个合理的保险人在得知真实情况后也不愿承保该风险。以色列法运用诚信原则对披露规则的改变可以通过 *Atiyah v. Ararat* 一案集中体现出来：¹⁶⁸有两位投保人希望买汽车保险。其中一位是年轻的新司机。保险材料中包括一个附加条款，规定随后所订立的保险合同可以承保所要求的全部或者部分风险。保险公司后来所签发的保险单实际上并没有承保新司机所提出的要求。后来，这位未曾投保的新司机发生了负有个人责任的车祸，向保险公司索赔。保险公司以保险单并未承保该司机的责任为由拒付。

¹⁶⁴ 120 U.S. 183, 189-190.

¹⁶⁵ 742 F.2d 1329, at 1334-5(11th Cir.1984)

¹⁶⁶ See *Davis v. John Hancock Mut. Life Ins. Co.*, 413 S.E. 2d 224, at 226(Ga. Ct. App.1991); *Enserch Corp v. Shand Morahan & Co., Inc.*, 952 F.2d 1458, at 1496-7(5th Cir. 1992). 另见张鸣飞：《美国法中的缔约前披露义务》，载《国际商法论丛》第 4 卷，277 页，法律出版社 2002 年。

¹⁶⁷ Keeton & Widiss, *Insurance Law* (2nd ed. 1988), 635.

¹⁶⁸ CA 846/70, 31 (2) PD 780.

初审法院支持了保险公司的主张，认为该司机有阅读保险单的义务。但最高法院持相反的主张，判决认为：最起码的公平（elementary fairness）要求保险公司披露并向投保人解释投保人所要求的与其实际所得到的存在差异。这既是作为最大诚信合同的保险合同的要求，也是1974年的合同法（总则）第12条的要求。¹⁶⁹判决意见进一步认为合同应按照普通消费者能够理解的程度来进行解释，并依此决定被保险人的损失。而保险人与投保人的磋商应该是“简单，真诚和合理的”。¹⁷⁰这一判决的反响十分强烈，它的创新表现在如下两个方面：（1）改变了完全依赖合同的文词来决定合同内容的传统。判决实际上为保险人附加了向投保人说明合同内容的义务，即使投保人自己能够去阅读合同。（2）诚信原则第一次被用来决定合同的内容，即合同内容应与被保险人的合理期待（legitimate expectations）相符。

可以看出，保险合同中披露规则的变化实际上是诚信原则起作用的结果，诚信原则已经成为披露义务的基础。如果投保人依诚信行事，保险人不能免责。保险人要主张自己的权利，必须自己首先履行自己的披露义务（依诚信行事）。这一变革可以被解释为在合同双方（供应者和消费者）信息不对称的现实条件下的政策取向和保护消费者的大趋势，甚至对并没有充分行使合同自由（如没有阅读或仔细阅读合同书）的消费者也给予了保护。诚信披露义务的要求实际上已经使保险合同这一传统领域焕然一新了。

（二）披露义务在普通合同法领域的扩张

1、披露义务的适用范围

在普通的合同法领域，交易者之间并不存在一般性的披露义务，这是合同自由的基本要求。但是，由于许多交易客观上存在信息不对称的情形，而交易者利用这种信息不对称来为自己牟利是极不公平的，有可能损害到整体的交易秩序，因此，在特定情形下对交易方施加披露义务成为了一项重要的法律制度，是在诚信原则的基础上的新的发展。

合同法上的披露义务规则在两个领域发展较快，一个是传统上被认为是诚信关系（如代理、合伙、监护等）的领域，法律规则更显成熟和系统化。另一个是买卖法、产品责任法、证券法、担保法等领域。后者发展较快的原因是这些领域的交易较符合前述的信息分布特点。首先，货物的卖方或者产品的生产者最清楚有关货物或者产品的信息，交易的相对方有可能对合同标的物一无所知（特别是交易相对方是消费者的情况），为了尽可能地发挥标的物的使用价值并尽量减少人身或者财产的损失，货物的卖方或者产品的生产者有义务披露其拥有的与合同标的有关的信息。譬如，卖方有告知买方机器的使用条件和使用方法的义务，而修理机器的一方通常却不负有这一义务。其次，在这些领域中，交易一方所拥有的相关信息常常是基本性的（实质性的），缔结的合同就建立在这一信息的基础上。如果对方知道了这一信息，就有可能拒绝缔结这一合同或缔结完全不同的合同。此时，需要考虑是否应该对该信息的拥有方施加披露义务。

但从总体上讲，基于诚信的披露义务所专注的主要方面并非已经由制定法所确定的披露义务，而是随特定的情形而确定的披露义务，即考虑在特定的情形下是否应该基于诚信原则向交易对方作信息披露，尽管法律并没有作明文的要求。所以诚信披露义务实际上在所有的合同法领域都有适用的空间。

¹⁶⁹ Supra note, at 782. 合同法（总则）第12条即有关缔约磋商诚信义务的规定。

¹⁷⁰ Ibid.

二、需要披露的信息

关于披露义务的讨论首先遇到的问题是什么是需要披露的信息。对这一问题笼统回答可以是应该披露与缔结合同相关的信息。但实际上，相关信息对缔结合同的影响是各不相同的，因此学者通常将信息分为缔结合同的实质信息和一般信息。前者影响到合同是否缔结，合同就建立在有或者没有这一信息的基础上。后者指只影响到合同具体内容的信息，有或者没有这一信息可能造成合同内容的变化，但通常不会对合同的达成产生影响。未披露实质信息可以成为撤销合同的理由。而未披露相关的信息，受损害方通常只能获得损害赔偿。

另一种对信息的分类是将信息分为外部信息与内部信息。外部信息是有可能影响到交易的环境信息，并非当事人所专有的信息。而内部信息则是当事人独享的信息，为当事人所专有。一般地说，外部信息通过普通的努力就可以获取，可以通过普通的观察就能公开得知，对交易双方而言，获取该信息的机会是平等的。内部信息既然为一方所专有，那么该信息对交易对方而言就是不对称的，他不得信赖信息专有方提供这一信息。因此，基于这一分类的披露规则是：当信息的性质是外部信息（公开信息）时，不必要向任何一方施加披露义务，即使交易一方知道这些信息对于交易对方是否签订合同有直接的关联，也没有必要要求一方向对方披露这些信息。而在该种情形下，一方当事人仍依赖对方所提供的信息就需要自己承担风险，没有合理的理由要求法律对其进行保护。当信息的性质为内部信息时，信息专有方应该基于诚信的要求向对方披露信息，因此而受到损害的一方应得到法律的救济。

另有学者认为应依照信息是否对缔约“有用”（usefulness）的标准来决定是否应该披露信息。对决定缔约很可能有用的信息就是应该披露的信息，而对于决定缔约无用的或不应该考虑的信息不应披露。譬如，对于一个患绝症的病人，负责治疗的医生可以自行选择披露或者不披露。而对于风险非常小的手术，负责手术的医生没有披露义务，因为病人欠缺专业知识，对于医生所披露的非常小的手术风险也十分恐惧，因而拒绝接受对其非常必要的手术。¹⁷¹此外，如果要求披露的信息尽管对一方很“有用”，但并不合法，那么就不能要求对方披露。譬如在招聘合同中，招聘者的年龄，婚姻状况，性取向可能都是雇主希望考虑的因素，但因为法律的特别保护，雇主不能要求求职者对这些信息进行披露。“有用”标准从表面上看是一个主观性很强的标准，但法院实际上尽量将自己置于一个合理的第三人的位置赋予该标准以客观性。¹⁷²

这一问题上出现种种争论观点反映了信息披露的复杂性。将上述的观点加以总结，可以认为法律上需要考虑三个问题：一是怎样合理确定需要披露的信息。二是信息披露能否形成有效规则。三是那些是不允许要求对方披露的信息。由于第三个问题涉及其他法律领域，所以以下的讨论将集中在前两个问题。

三、各国关于披露义务的实践

传统上，英国对法律上设定披露义务持消极态度。1871年的 *Smith v. Hughes* 一案确立了英国法上的“买者当心”的原则，¹⁷³意味着当事人之间没有披露信息的义务。但这一原则也有例外，其一是“最大诚信合同”，典型的是保险合同。

¹⁷¹ Muriel Fabre-Magnan: *Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis*, in Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, supra note 71, at 103.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ (1871) LR 6 QB 597.

其二是因为当事人之间的特殊关系而产生了披露义务。这种特殊关系能导致一方能对另一方施加不正当的影响,例如父母对子女、医生对病人。在商业上,这种特殊关系体现为合伙合同,代理合同,信托合同。这些关系被称为被信任者关系(Fiduciary relationship)。长期以来,人们认为英国法之所以形成“买者当心”这样的原则,主要是因为英国占主导地位的是商业文化,希望交易更直接地依赖市场力量来完成。

但是,英国法院也发现在现代社会中,“买者当心”这一规则过于严厉,所以法院实际上也在使用各种方法使之缓和。所使用的方法主要是(1)使用默示条款规则。主要适用的领域是商事买卖合同。这一规则尽管和披露义务没有直接关系,但它有助于推进当事人主动的披露。默示条款规则实际上是用商销性原则(Merchability,合理性原则)将因为不披露而造成的风险加在卖方身上,促使卖方主动对某些信息进行披露。(2)扩张使用虚假陈述规则(Misrepresentation)。传统上,当事人有不作虚假的事实陈述的义务。如果故意作了虚假的事实陈述,而该陈述影响到了一个通情达理的人的判断从而与之订立了合同,后者可以撤销合同并可以要求赔偿损失。现在,法院认为,在事后知道原先陈述的某些事实是不真实的或者已经变化的情况下,陈述方有纠正的义务,否则构成虚假陈述。这实际上也是一条以信赖为判断标准的诚信规则,它要求陈述人有特定的披露义务。另外,法院区别对事实的陈述和单纯的观点、意见的表达,以此保护消费者或者合同的弱势方。(3)披露可能的危险的义务。这是一个侵权法上的义务。如果出卖的货物可能造成他人人身或财产的损害,出卖人应披露可能造成危险的信息。在 *Barclays Bank plc v. O'Brien* 一案中,¹⁷⁴上议院的判决对这一类型的披露义务进行了扩张。判决认为一位妇女为其丈夫的债务向银行所提供的保证不具有强制执行效力,因为银行并未查对这位妇女是否认识到她所承担的保证责任。也没有设想她在没有认识到的情况下,告知其所承担的风险。(4)为保护消费者而设定制定法上的披露义务。¹⁷⁵为满足消费者的知情权,许多制定法要求生产商和销售商按一定的形式提供信息。如消费者信贷法要求信贷广告上应提到消费者能够使用的各种信贷的方式。(5)拒绝给予实际履行的救济。在1859年的一个案例中,商人购买老妇的古瓶,没有告诉她古瓶的价值远远超过她实际得到的价金。法院认定卖方认为买方曾允诺支付行家估定的价格,因此买方实际上是不公正地利用了自己的地位,法院拒绝作出实际履行的判决。¹⁷⁶(6)运用不正当影响规则(undue influence)宣布合同缺乏执行力。

在大陆法学者看来,英国法上的虚假陈述、胁迫、不当影响其实都可以在诚信的名义下进行解释,因为它们都是法律所禁止的恶信行为,只不过这并不符合英美法的思维习惯。

美国法关于披露义务的发展超过了英国法,主要从合同法和侵权行为法两个方面来发展披露义务。如果当事人主张合同并不成立或撤销合同,应该援用合同法。如果希望得到损害赔偿,应依据侵权行为法。¹⁷⁷

合同法第2次重述第161条总结判例的规则为:“不披露自己知道的某项事实的人,等于在下列情形下肯定该事实并不存在……(b)当他知道披露这一事

¹⁷⁴ (1994) 1 AC 180.

¹⁷⁵ 许多制定法上的披露义务都是为了执行欧盟的指令而形成的,特别是向消费者提供产品介绍和使用方法的义务。

¹⁷⁶ 沈达明:《英美合同法引论》,175页,对外贸易教育出版社(现对外经济贸易大学出版社)1993年。

¹⁷⁷ 在侵权法中,主要的办法是扩大解释欺诈(deceit)侵权行为构成因素的陈述,扩大解释过失(negligence)侵权行为构成因素的违反警告或披露义务。参见沈达明,《英美合同法引论》,同前注176。

实会纠正另一方在缔结合同的基本假定上的错误，并且不披露这一事实不符合诚信和公平交易的标准。……”这里所谓的“基本假定”可以以房屋买卖合同为例：在通常情况下，买方会假定所要购买的房屋是安全的。如果房屋事实上有严重的瑕疵，如地基不安全，那么买方对房屋安全的“基本假定”就出现了“错误”。在这种情况下，卖方仍保持沉默（不披露）的行为就构成了一项不存在瑕疵的肯定（保证）。至于此处的诚信标准（公平交易标准）如何确定，重述在对此条的评述中举例如下：甲从政府勘查报告中得知乙的土地下有矿藏，于是甲动员乙将该土地出售给他。此事甲知道乙并不了解矿藏的信息，但他也不告诉乙。甲这种不披露的行为并不能构成恶信，因此这种不披露的行为也不能等同于不存在矿藏的保证。但是，如果甲的信息是通过进入乙的土地，侵犯了乙的土地所有权得到的，那么甲不披露矿藏的信息就是恶信行为。¹⁷⁸

原则上，如果双方在订立合同时获取信息的机会是平等的，也就是通过通常的勤勉能够发现事实，那么任何一方都无权声称他对对方的虚假陈述产生了合理的依赖。法院对此的解释是：原告原本可以通过自己并不复杂的调查发现事实，也知道被告对一些事实的陈述不正确，但他仍然依赖被告的陈述，他不能主张被告实施了欺诈，从而得到法律的救济。¹⁷⁹但是，如果一方拥有优越性的知识而另一方通过合理的努力并不能获得这样的知识，双方的交易地位就不平等了。因此，如果原告能够证明“通过合理的调查仍不可能发现对方未披露的事实”，¹⁸⁰那么被告就负有披露义务。在 *Congress Financial Corp. v. John Morell & Co.* 案中，法院提出了此项规则的三个要件：“（1）一方占有优势知识（superior knowledge）；（2）另一方无法获得这一知识；（3）拥有此知识的一方知道对方正基于自己的误解行事”。¹⁸¹这一发展使“优势知识”规则得以形成。在另一个适用此规则的案件中，法院认为“在适用纽约州的侵权法时，一种毫无争议的趋势是法院倾向于在越来越多的，曾适用“买者当心”的案件中适用“优势知识”规则……”。¹⁸²

此外，美国法也强调因为被信任者关系而产生的披露义务。合同法第2次重述第173条b款规定，在双方存在信托关系（trust relation）的情况下，受托人必须保证签订合同时对方对于他们之间的法律上的权利以及相关事实有充分的了解。而法官对信托关系拥有相当大的解释权，并不仅限于法律意义上的受托人与委托人之间的关系（如代理关系中的代理人与被代理人），还包括事实上的形成了信任的关系。

法国合同法上当前最引人注目的变化就是多种缔约披露义务的发展。Pothier很早就指出，“诚信要求卖方不仅披露出卖物的固有缺陷，而且更一般性地要求卖方不得隐瞒任何可能导致买方不买或不以如此高的价格购买的事实”。¹⁸³法国法除了传统上在保险法中确定披露义务外，立法和判例均发展了在其他合同上的特定披露义务。如银行必须对其客户贷款的所有花费作如实告知；金融机构必须对保证人所负担的保证义务作充分说明；公开交易的证券的发行人以及与零售商签订排他性合同的分销商也负有特定的披露义务。1993年7月颁布的消费者保护法第一章就以“一般的披露义务”为标题规定了专业经销商对消费者的披露义

¹⁷⁸ 这一例子正是波斯纳在 *U.S. v. Dial* 一案中所举的例子，757 F.2d 163 (7th Cir. 1985)。

¹⁷⁹ *Ewers v. Ford Motor Co.*, 843 F.2d 1331, at 1334 (11th Cir. 1998)。See also *Grumman Allied Industries v. Rohr Industries, Inc.*, 748 F.2d 729, at 730 (2nd Cir. 1984)。

¹⁸⁰ See *Noss v. Abrams*, 787 S.W. 2d, 834, at 837 (MO.Ct., App. 1990)。

¹⁸¹ 转引自张鹏飞，同前注166，273页。

¹⁸² *Banque Arable Et Internationale D'Investissement v. Maryland Nat'l Bank*, 819 F. Supp. 1282 (S.D.N.Y. 1993)。

¹⁸³ R.J. Pothier, *A Treatise on the Contract of Sale*, translated from French by L.S. Cushing (Boston, Little & Brown, 1839), sec 237。

务。¹⁸⁴判例法以法国民法典关于错误和欺诈的规定发展了非法定的披露义务。现在, 如果知道对方有关缔约的错误但仍保持沉默也同样会构成欺诈。法国最高法院 1954 年审理一个案件时认为“当一方知道对方如果了解这些信息后就不会签订合同时仍然保持沉默, 而根据具体的情形和案件事实对方不了解这些信息是可合理预见的, 这里的沉默就构成了欺诈”。¹⁸⁵由于欺诈属于有瑕疵的合意, 因此受欺诈一方可以撤销合同, 同时可以根据民法典 1382 条关于侵权行为的规定(违反披露义务)请求损害赔偿。尽管这一判例只与合同成立有关, 但法院在实践中广泛地适用这一精神, 发展为较为连贯的合同磋商信息披露规则。

目前, 法国认为确定披露的标准是一方知道相关信息并且知道这一信息对对方是非常“有用的”。¹⁸⁶即当拥有相关信息的一方知道这个信息在对方决定是否缔约时会有影响(即“有用”), 那么他就应该进行披露。但在例外情况下, 即使一方并不知道相关信息, 法律仍然将披露义务加在其身上, 使之需要为对方寻找相关信息, 譬如专业的汽车代理人并不能以他对所售的汽车不了解为由逃避自己的披露义务。

对于已经知道相关信息的一方而言, 对方的披露是不必要的。对有合理理由而缺乏信息的一方进行披露才是必要的。法国最高法院认为因自己过于粗心大意而没有获得信息导致错误缔约的一方并不能以对方违反披露义务为由提请撤销合同。只有在一方不可能获得相关信息以及有合理理由依靠对方提供信息时, 对方才负有披露义务, 而这就是以保险合同为代表的情形。

上述规则从字面上看仍然显得非常宽泛, 而法国法院实践中总是结合证明负担规则来具体适用的, 这使得规则的实用性大为增强。譬如通常应由声称对方未尽披露义务的一方来负担举证。

北欧四国在适用统一合同法的过程中, 也积累了不少有关披露义务的判决和学术意见。如丹麦将披露义务与证券知情交易联系起来, 认为如果卖方知道某些不利于所持有的股票的内幕信息而出卖股票的行为与诚信有违, 应对其施加披露义务。而芬兰最高法院也依据诚信的规定判决知情交易无效。¹⁸⁷另外, 从芬兰最高法院所公布的案例看, 北欧统一合同法 33 条(有关诚信的小一般条款, 参见第一章第四节之六)实践中主要适用于两种情形: (1) 一方由于疾病、年老、醉酒、危险等原因而造成心智异常、孱弱的状况下订立合同。(2) 一方利用对方对相关事实缺乏了解而订立合同。前一种情形与披露义务关系不大, 但第二种情形却是较典型的有关披露义务的情形。有关此问题的判决均表明, 如果一方知道另一方对实质性影响合同订立的事实发生认识上的错误而不向对方作披露, 此行为是违反诚信的, 合同将被认定无效。此外, 北欧法也将利用对方动机错误(不向对方说明真相的行为)视为违反诚信。譬如有位男子利用一位妇女认为他们将很快结婚的错误认识从该妇女那里以极低的价格购买了不动产。¹⁸⁸一位母亲将一部分财产赠与女儿和女婿, 但这一赠与行为是在女婿的提议下进行的, 而他明知此

¹⁸⁴ Muriel Fabre-Magnan: *Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis*, in Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, supra note 71, at 100.

¹⁸⁵ *Chambre sociale de la Cour de cassation*, 1 April 1954, *Bull civ*, Section Sociale, no 223, p 171. cite from Muriel Fabre-Magnan, supra note.

¹⁸⁶ 法国法区分“披露义务”和“告知义务”(duty to inform, 通知义务), 认为前者的要求更高, 信息范围更大。See Muriel Fabre-Magnan: *Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis*, in Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, 1995.P104.

¹⁸⁷ *Supreme Court* 1985 II 58.

¹⁸⁸ *Supreme Court* 1977 II 76.

时其妻已经患有不治之症。¹⁸⁹这两个合同均被认定为无效。在1970年有关合同履行的案例中,亭子的卖方明知买方的对亭子的安装位置不正确但并未指出被认为是违反诚信的披露义务。¹⁹⁰总之,北欧法认为诚信可以理解为产生考虑交易对方合理期望的义务,是对消费者合理期待加强保护的有效工具。

以色列法院也依据披露义务解决合同的效力问题,认为在如下的案例中均存在披露义务,未尽披露义务而订立的合同无效或者可以撤销:农场的卖方未披露该农场的一部分曾是墓地的事实。出卖一个宾馆的卖方故意隐瞒市政当局已经撤销了该宾馆将相邻的市政土地用作废物处理场的许可的行为构成披露义务的违反。公司的董事有义务向一位公司股份的申请人披露由于公司近期的一个极其不利的合同可能导致公司清算的信息。1992年的一个案例中,土地出卖人未向来自乡下的买方披露当地将建无家可归者收留所的通知。

在德国,披露义务的确立主要是为了保护消费者,这一义务在金融法领域有较突出的发展,这是因为在这一领域,交易双方的地位有较大的不对等性。许多的披露义务现在都已经成文化了,如体现在投资基金法、证券法中。从判例中总结出的披露义务目前主要集中在下述的方面:

(1)在投资合同中,特别是有关退休计划的投资合同,必须向特定的消费者披露有关产品、风险和成本的信息。(2)对于复杂的、与保险、银行存款相连的理财服务产品,服务提供方的优势地位使其有义务对客户披露产品风险。(3)如果在贷款合同中银行使用了对借款人不利的计算方法,银行有义务对该方法作透明的披露。(4)金融产品的促销文件应该是真实和完全的。(5)如果银行再贷款给借款人将造成借款人的高额负债,银行有义务告知借款人。(6)如果银行对借款人欠另一家银行的高利贷借款进行融资,必须告知借款人被要求偿还的借款超过了法律所允许的限度。

四、披露义务的理论探索和经济分析

(一) 有关披露义务的学说

有关披露的探索由来已久,形成了较丰富的学说。在学理上,有关披露义务的观点可以总结为如下几种:

1、无限的披露义务观。认为买卖合同的当事人不仅有义务向对方披露涉及标的物品质的内部信息(*intrinsic facts*),而且还应向对方披露有可能影响标的物价值的市场状况、外部环境等方面的信息。这一观点实际上否认了信息的价值。¹⁹¹

2、实质性事实披露观。提出此观点的 *Verplank* 认为:在双方之间不存在信托关系的情况下,一方有理由运用其高人一筹的技能和过人的智慧来获得交易中的“公平优势”(fair superiority)。“这一优势是勤奋、大胆的交易者通过自己的努力与冒险获得的,这是一种相对于无知与漠不关心的优势,占有者当然有权利利用它”。¹⁹²但是,一方如果隐瞒或者没有主动披露关于缔约的“实质性事实”是不公平的。“实质性事实”(material facts)是指那些当人们决定商品的市价时会考虑,并且与影响合同条款的外部情况以及涉及合同标的物品质的内部情况相关的事实。

3、建立在合理标准上的披露观。提出此观点的 *Keeton* 认为:在对有关过失

¹⁸⁹ Supreme Court 1985 II 58.

¹⁹⁰ Supreme Court 1969 I 1.

¹⁹¹ 代表人物是 *Pothier*, 参见张鸣飞, 同前注 166, 281 页。

¹⁹² See *Gulian C. Verplank, Being An Inquiry How Contracts Are Affected In Law And Morals By Concealment Error, Or Inadequate Price*, 128(New York, G.&G., Carvill 1825)

(negligence)的问题进行利益衡量时,总是采纳社会上通行的道德准则,以合理的第三人为评断标准,同理,在具体问题上是否应该披露信息也应以一个具有通常道德情感(ordinary moral sensibilities)的人在相同或相似的情况下是否会进行披露来加以判断,法院在审理时应考虑:¹⁹³

(1) 交易双方在智力程度上的差异。如果一方无知而另一方却具有较高的知识水平,那么后者将承担较严格的披露义务。

(2) 双方的关系。如果双方之间存在着信托关系,或者一方对另一方承担了某种信托义务,那么他应承担比一般情况下更为严格的披露义务。

(3) 信息的获得方式。如果一方的信息是偶然获得的,或是通过非法手段获得的,那么他应该披露,但如果他是通过自己额外的努力获得的,那么他就不承担披露义务。

(4) 未被披露的事实性质。内部信息与外部信息相比更应予以披露。

(5) 交易双方属于哪一社会阶层。一项交易中商人承担的义务应大于普通消费者。

(6) 合同是何性质。对某些合同而言,如租赁合同、保险合同、担保合同,对当事人缔约前披露义务的要求较一般的买卖合同更为严格。

(7) 未被披露的事实对交易的重要性。具体分析信息对交易的影响,对于一个合同越具重要性的信息越应予以披露。

(8) 一方在缔约前不披露信息的行为会给对方带来什么样的损失。应考虑将导致人身伤害还是经济损失,如果是前者,则应要求严格的披露义务;如果是后者,其严格程度与前者相比应有所不同。

(9) 当事人的行为。如果一方曾有意识地采取了某些行动去积极地掩盖某些事实,那么他就有义务将其掩盖的事实披露给对方。

Keeton 的理论实际上是以客观的判断标准取代了以前流行的考察当事人主观心理的做法,为美国法院的审判实践所青睐,成为一种有力说。

4、合理期望的披露观。Holmes 在 Verplank 和 Keeton 主张的基础上提出了应依“诚信与公平交易”的标准对披露义务进行考察的新的观点。¹⁹⁴Holmes 认为合理第三人标准不如合理期望标准更具可操作性。在依“诚信与公平交易”标准进行判断时,考虑的是社会通行的道德准则和社会对个人行为的预期,以及对对方持有什么样的正当期望。需要披露的应该是在对方合理期望之内的信息。^{194a}“正当期望”应该是结合具体的商业背景和具体的交易中来确定,以一个国家或者某种交易中占主导的行为标准为参照。Holmes 的“合理期望”观点实际上是对“诚信与公平交易”这一用语的解释。值得注意的是,在美国法上,诚信总是与公平交易相结合的,诚信是指交易中的诚信,并非纯粹的道德要求。

上述学说的提出推进了关于披露义务的讨论,将原本并未引起重视的问题在新的合同模式下提升到较高的高度进行讨论,并将只限于保险合同、证券法领域中加以讨论的问题加以一般化,对于完善诚信制度,丰富关于诚信的实践有重大意义。诚如有学者所指出的,“更有效地促成诚实行为的方法可能是在特定情形下规定特殊的规则以使诚实成为最佳的选择”。¹⁹⁶

¹⁹³ See W. Page Keeton, *Fraud Concealment And Non-Disclosure*, 15 Tex. L. Rev. 1, at 31 (1936).

¹⁹⁴ See Erick N. Holmes, *A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good Faith Disclosure in Contract Formations*, 39 U. PITT. REV., 381, at 452(1978).

¹⁹⁵ 如 Keeton 一样, Holmes 也列出了一系列法官在决定这一问题时应予考虑的因素,这些因素基本上与 Keeton 所列出的九项标准相同。

¹⁹⁶ S.M. Waddams, *Pre-Contractual Duties of Disclosure*, in Peter Cane and Jane Stapleton(eds), *Essays for Patrick Atiyah*(Oxford, Clarendon Press, 1991)237-256, at 254.

(二) 有关披露义务的经济分析学说及评述

经济分析法学派在前述理论的基础上对披露义务作了经济分析,他们用效率的标准来考察法律规则,认为在特定的情形下,如果没有很有说服力的原因选择其他规则,那么就应该选择成本最低的规则。以此为出发点,经济分析法学派提出了一些新的考察标准,但在许多具体问题上仍存在分歧。

1、具有代表性的几种经济分析理论

克罗曼(Kronman)在Keeton理论的基础上(特别是Keeton所列举的九项因素中的第三项)发展了自己有关经济分析的观点。克罗曼首先提出,信息是一种有价值的商品,取得信息同样需要花费成本,因此只有在生产成本不超过期待得到的利益的情况下,信息才供人使用。有效率的法律制度应把提供信息的义务放在能以最低成本取得或供应信息的人的身上。

如果法律迫使一方将其投资所得到的信息披露给另外一方,那么他将来生产(投资、发现)信息的积极性就会减少;而如果允许他在缔约时利用他投资得到的信息,不需对对方作实质性的披露,那么就会激励他在将来积极投资生产信息,这将会最终给全社会带来好处。所以法律应该是鼓励这种对“全社会有益的信息”(socially useful information)的生产的最大化,让信息的生产者得到回报,让生产出来的信息成为一项财产。¹⁹⁷对这一规则最常见的说明是关于石油勘探的例子。当勘探人进行了广泛而代价不菲的勘探确定某块土地下面有石油后,没有理由在法律上对勘探人施加披露义务,让其在购买该土地时告诉土地所有人关于石油的信息,因为这样就会导致勘探石油的投资没有收益,从而没有人愿意去发现新的油田。

同时,克罗曼也指出上述分析只适用于有意投资希望获得回报的情形,如果是法律对偶然取得的信息(不需特别投资)施加披露义务就不会影响到披露义务人将来的行为。譬如房屋的出卖人知道房顶被白蚁所蚀的信息就是偶然得到的,仅仅因为他居住在这个房子里就可以得知,所以出卖人应对买受人披露关于房屋状况的信息。

克罗曼的理论得到了波斯纳(Posner)的支持。波斯纳在*U.S. v. Dial*一案中指出:“一方因未披露而承担的责任应当小于故意虚假陈述(active misrepresentation)而应承担的责任。一方的行为是否构成欺诈要看其获得信息时采取的手段”。¹⁹⁸在*FDIC v. W. R. Grace & Co.*一案中,波斯纳再次声明:一方在花费了大量的时间与金钱之后才获得了有价值的信息与经验,他在一定程度上有权利用这种优势。……但如果一方通过廉价的途径获得了对方无法获得的信息,而此信息对交易又具有实质性意义,他应当向对方披露该信息。¹⁹⁹

但是,对克罗曼的理论持批评意见的人也不在少数,主要的意见都认为以信息获得的成本来决定是否施加披露义务的标准实际上不太具有可行性。首先,没有成本而获得信息的情形极少。克罗曼自己举了一个某人在公共汽车上偶然从别人的谈话中听到一个非常有价值的信息的例子。²⁰⁰但对这个人而言,“成本”包括了多种花费,既包括直接获取信息的成本,也包括长期阅读经济新闻或上商学院以便能够使用这一信息的成本。因此,批评这一标准的人说,克罗曼的模式实际上是假定每一个人使用一块白板,上面分别写上用投资取得的信息与偶然碰巧

¹⁹⁷ See AT Kronman, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts* (1978), 7 J. Legal Stud. 1, at p33.

¹⁹⁸ 757 F.2d 163, at 168(7th Cir.1985).

¹⁹⁹ 877 F.2d 614 (7th Cir.1989).

²⁰⁰ AT Kronman, *supra* note 197, at p13.

取得的信息。²⁰¹实际上,这一标准将在绝大多数情形下排除披露义务。其次,决定信息是否是有意取得的也常常是困难的。克罗曼认为只要通过研究或者专门探求而取得信息,该信息就是有意取得的,但这一标准经不起推敲。以白蚁案为例,如果房主不是仅仅因为居住而知道了白蚁对房顶的侵蚀,而是在出卖前对房屋进行检查时发现了这一情况,那么他可否对买方隐瞒这一事实呢?另外,如果卖方是一位建筑师,知道房屋有结构上的缺陷而普通人都看不出来,那么是否应该负有披露义务呢?所以,使用这个标准可能导致主观评价和无休止的争论。第三,在特定的情形下,对同一信息,可能有的人是偶然取得的,而有的人是有意取得的,如果对前者施加披露义务而不对后者适用,那么这一规则将自相矛盾。譬如一位专家花了大量的时间和精力对将要拍卖的一幅名画作了研究,但当这位专家在拍卖场将研究结果告诉他的妻子时被第三人偶然听到了,如果第三人因此而负有披露义务显然不太实际。可以说,克罗曼所提出的标准在实践中的结果将是否定披露义务,也不能很好地说明从公共利益的角度考虑必须施加披露义务的情形。

由于将信息分为有意获得的和偶然取得的可能发生上述的种种问题,另有学者对信息提出了生产性事实(*productive facts*)和再分配性事实(*redistributive facts*)的区分方法。²⁰²生产性事实是指可增加财富的信息,例如,预防小儿麻痹症的牛痘疫苗的发明和从欧洲到中国的航路的发现都是生产性事实。如果发现者能够按照与其发现带来的财富的增加的相应比例得到补偿,那么就会形成对发现生产性事实有效率激励。再分配性事实是指产生交易优势的信息,这种优势用于再分配财富而有利于掌握信息的当事人,但并不产生新财富。例如,比公众提前一周知道哪里将修建一条新的高速公路,这在不动产市场上就形成一个很大的优势。对再分配性事实的发现者无需进行补偿,因为这并不有助于效率的提高。当然,事实上,大多数信息都是混合的(既是生产性的,又是再分配性的),而不是单纯的,因此,法律上的结论是:1、建立在一方拥有混合信息基础上的交易是应该执行的。2、建立在一方单纯拥有再分配性事实基础上的交易不应得到强制履行。²⁰³除上述两类事实外,生活中还存在第三类事实,即危害性事实(*destructive facts*),指如果不披露就可能引起他人财产或人身伤害的信息,譬如不披露药品的副作用就会损害用药者的健康。为了避免可能的损失,这类信息是应该披露的。所以第3条结论是:在交易中应该包括承担披露如果予以隐瞒则具有危害性的事实的责任。²⁰⁴

但是,上述理论的提出者自己也承认其分析的主要缺陷在于不太可能在实践中将生产性事实、再分配性事实以及危害性事实加以区分。譬如对于一幅画而言,如果购买者发现该画的价值被大大地低估了,那么这一信息到底应该是生产性事实还是再分配性事实呢?因为这幅画从未发现新的增值因素(如真实性的确认),所以应归入再分配性事实。但由于其他人在此前并未真正认识到该画的价值,所以这一发现似乎构成新的财富性的发现,应归入生产性事实。正因如此,混合性事实才被当成生产性事实一样对待,不能对信息拥有者施加披露义务,而这一做法的结果将和克罗曼的理论一样,最终导致对披露义务的否定。

²⁰¹ 沈达明,《英美合同法引论》,同前注176,178页。

²⁰² Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics*, Scott Foresman and Company, 1988. 引自张军等译:《法和经济学》,357页,上海三联书店/上海人民出版社,1994年。

²⁰³ 同上,359页。

²⁰⁴ 同上,366页。

在《法律的博弈分析》一书中，作者运用博弈论的观点来考察披露义务。²⁰⁵他们认为，调整信息披露的法律规则要考虑争议中的信息是可核实的（verifiable）还是不可核实的。法律要求披露的只能是那些披露后可核实的信息，而且仅限于法庭能确定一个参与人是否拥有相应信息的情况。法庭不能在无法判断信息真实性的情况下裁决当事人违背了信息披露义务，也不能在无法判断当事人是否拥有信息时裁决当事人未尽披露义务。这一观点的提出尽管有助于拓展人们的思考，但仍然缺乏可操作性。

总的来讲，以信息获取的成本来求解信息披露义务在实践中可行性较差，经济分析的结果又转回到 Keeton 所提出的合理标准。也就是说，目前还没有找到一种兼具操作性和说服力的经济分析方法，披露义务原则上还只能根据信息的内容和性质来进行具体考察。

2、着眼于交易的经济分析

法国的学者针对非常典型的布森画案进行了热烈讨论，这对披露义务的经济分析富有很大的启示性：²⁰⁶M 和 Mme Saint-Arroman 希望将家庭所收藏的他们认为是由布森（Nicholas Poussin，又译普桑）所画的一幅古画出卖。他们咨询了 M Rheims，一位有名的拍卖人和艺术品专家。后者让对新古典时期艺术品有专门研究的专家 M Leber 对该画进行了鉴定。这幅画在 1968 年公开拍卖，按上述专家的鉴定意见，该画在拍卖目录中被描述为卡拉奇流派的作品（the school of the Caracci），只卖得了 2200 法郎。国家博物馆联合会行使了优先权买得该画。过了一段时间，杂志上登出了一些文章介绍说卢浮宫的一个年轻的专家组发现了布森的一件重要作品，接着卢浮宫开始展出该画，并标明作者为布森。M 和 Mme Saint-Arroman 知道这一情况后，对国家博物馆联合会提起了诉讼，以错误为由要求撤销买卖合同。他们主张他们对画的基本性质发生了认识错误，将该画误认为卡拉奇流派的作品，因此买卖合意是无效的。经过了 15 年的审理，原告最终回复了该画并在新的拍卖中卖出了 740 万法郎。

这个案例中的一个争论焦点是作为出卖方是否可以因为给付方自己的错误而撤销合同。许多意见都认为给付方自己的错误在法律上是一个不可原谅的错误，合同缔结本身就预设了不存在错误的前提，因为给付方在出卖前可以尽可能地标的物进行检查评估。尽管如此，在布森画案中，法院持不同的立场，认为无论是买方的错误还是卖方的错误都构成法国法上撤销合同的理由。这一结论与前述的经济分析完全不同，经济分析是以区分自己占有的信息和对方占有的信息作为立论基础的，并以此决定是否应施加披露义务。而法国法院的这一判决实际上提出了不同的标准，将根据信息与给付方有关还是与非给付方有关来决定披露义务。

事实上，卖方对于增加标的物价值的信息，买方对于减少标的物价值的信息都无需法律作强行规定，交易方自然会披露。目前争论的关键是是否需要强制卖方披露有关标的物减值的信息以及买方有关标的物增值的信息。这方法和前述经济分析的区别是，信息自身并不自我标明是什么性质，需要根据交易来决定是否需要披露该信息。

通常对披露义务的经济分析集中于对方给付的情形，即当买方拥有信息优势时，是否应该向卖方披露这一信息。经济分析学家最常举的例子是 *Laidlaw v*

²⁰⁵ 参见道格拉斯·G·拜尔，罗伯特·H·格特纳，兰德尔·C·皮克：《法律的博弈分析》，94-101页，法律出版社1999年。

²⁰⁶ The final judgment is made by the Versailles Cour d'appel, of 7 Jan. 1987.

Organ (烟草买卖案):²⁰⁷在1812年战争期间,英国封锁了新奥尔良,烟草的价格非常低迷。*Organ*是新奥尔良的一位烟草商,他在1815年得到消息说英美已经签订了结束战争的《根特条约》(*Ghent Treaty*),于是他在该消息尚未公布前与*Laidlaw*签订了烟草买卖合同。合同签订的第二日,和平条约公布,海上封锁解除,烟草的价格立即上涨了30—50%。*Laidlaw*认为*Organ*隐瞒消息签订合同的做法不公平,因而拒绝履行合同。但美国最高法院最终支持了买方,并不认为买方负有披露义务。²⁰⁸波斯纳认为,美国法院的这一判决是合理的,因为买方获取该信息的成本是不小的。如果法律不允许人们自己保有信息从而得益,那么他们获取信息的积极性就会很小或没有,最终受损失的往往是社会。²⁰⁹应该说,波斯纳的这一观点有一定的可取性:如果人们从其信息优势中获得了利益,这将激励他继续探询这样的信息。如果对买方施加了披露义务,则将对买方作反向激励,那么这些有可能增进全社会总体财富的信息就可能无人关心(譬如发现名画真实性的信息)。另外,尽管买方因信息优势获得了好处,但只要这一交易是自愿的,很难说卖方受到了损失,实际上可以认为这个交易是实现了帕雷托改进。所以,可以从中得出的基本结论是,当双方都可利用平等的手段获取相关信息时,均不负有披露义务。

法国法院的法官也意识到他们现在的立场有需要改进之处,在布森案中,买方花了不少钱来确定画的真实性,如专家费、试验费以及恢复原貌的费用,而合同无效的结果使买方只回复了所支付的画款,卖方却回复了布森的画,相当于卖方无偿地获得了买方对画所付出的代价。因此,为避免如此明显的不公平,法院在另一个较近的案件中尽管仍判决卖方可以撤销合同,但同时以不当得利为由要求卖方对买方作补偿。²¹⁰但根据法国法,这一补偿肯定是不充分的,因为不当得利的返还金额应按照费用支出或实现的收益两者中较少的那一种予以计算。在艺术品案件中,买方所能得到的只能是费用支出补偿,而艺术品因真实性的发现而产生的巨大增值则全部为卖方所独占了。

对于卖方(给付方)的披露义务,通常的经济学分析认为并不会导致经济效率的降低。²¹¹首先,卖方寻求出卖物相关信息的积极性不会降低,因为卖方会认识到违反其承担的披露义务将会产生合同责任,这会比标的物的瑕疵更糟糕。譬如投保人会有义务披露有关保险的信息(他自己的健康状况或者所投保的汽车的情况)并不会导致投保人在将来停止对这些信息的寻求。²¹²相反,他会很积极地寻找相关信息,因为如果他未能提供相关信息,他有可能失去保险带来的保障。因此,披露义务并非仅仅是将自己所知的告诉对方,而且包括应该告诉对方的信息。总之,要求一方披露与自己的状况有关的信息并不会产生克罗曼所称的负面的经济效果。

其次,卖方负有披露义务并不一定会使买方寻求相关信息的积极性降低。

²⁰⁷ 15 U.S.(2 Wheat) 178 (1987).

²⁰⁸ See A.T. Kronman, *supra* note 197, at p9. 但在另外的著作中对该案的结果及意见均有不同论述。See Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics*, Scott Foresman and Company, 1988. 张军等译,《法和经济学》,同前注202, 358页。

²⁰⁹ 理查德·A·波斯纳,《法律的经济分析》(上),同前注68, 140页。

²¹⁰ Civ. Lere 25 mai 1992, *Contract, Concurrence, Consommation*, October 1992, no 174, commentary by L. Leveneur, cite from Muriel Fabre-Magnan: *Duties of Disclosure and French Contract Law: Contribution to an Economic Analysis*, in Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, 1995. P115.

²¹¹ 这里所称的卖方或给付方是指标的物的出卖方或非金钱的给付方。

²¹² 由于保险合同的特殊性,投保人的地位类似于货物买卖的卖方或标的物给付方。同时,如前所述,保险人也有类似性质,负有一定的披露义务。

任何一个谨慎的买方都会尽可能地自己寻找信息，因为如果因对方所披露的信息不充分不可靠而让自己遭受损失，自己还要花费时间和费用来主张权利，而诉讼的不确定性更是不小的风险。

其三，对给付方施加披露义务有助于从整体上减少信息的发现成本。以房屋买卖合同为例，如果买方需要自己寻找有关房屋是否有瑕疵的信息，就需要作一番调查。这样，所有潜在的买主都付出了调查成本。而如果是卖方披露该信息，则可以大大地节省调查成本。

可见，如果肯定对披露规则进行经济分析的基本假定是应该是将披露义务加在能以最小的成本获得信息的一方，那么就可以得出结论说应该将披露义务加在进行给付的那一方。在房屋买卖合同中，卖方因居住而获得有关房屋的信息，其获取成本是最小的。更一般地说，在货物买卖和保险合同中，卖方或者是投保人总是处于获取信息最有利位置，并且最方便将信息传递给对方。因此，这样的披露规则其实是将收集信息的负担进行合理分配的规则，是符合效率原则的。而英国法将保险合同归入最大诚信合同正与上述的分析相符。德国法上相关的总的规则是，如果由债务人提供信息能够较大地便利权利的行使，并且是让权利可能得以行使的唯一手段，那么诚信原则就会要求较易得到信息的债务人向有理由对自己权利是否存在以及权利的状态并不清楚的债权人提供信息。²¹³

对给付方施加披露义务实际上否定了以信息获取成本来决定披露义务的方法。事实上，无论信息是有意还是偶然取得的，都与激励机制无关。换句话说，由于披露义务对效率的影响总是从整体上以是否能生产“对社会有用的信息”来判断的，因而对某一方施加或者不施加披露义务有可能与生产“对社会有用的信息”并无直接关联。在卖房案中，无论房主是偶然知道的还是经过一番调查才发现的，对其施加披露义务都不会对将来寻求信息的行为形成反向激励，因为房主需要卖出房子，他就会去寻找相关信息并披露给对方，最大限度地节约发现信息的成本，生产“对社会有用的信息”，这是最有效率的方式。

前述的经济分析的一个可以接受的结论是，对买方施加披露义务是无效率的，但对卖方施加披露义务是必要的。从效率角度而言，卖方披露信息的结果是买方只需对标的物的真实价值付出代价，这样可以避免浪费，促进资源的有效利用。买方原则上不负有披露义务的理由是买方通常并不占有只有自己才了解的信息（双方获得信息的机会是平等的，但保险合同是例外），如果对其施加披露义务，将减少其寻求信息的激励。

总之，经济分析方法的缺陷是它的结论始终建立在许多假设之上，但它仍可以给研究带来启示，对披露义务进行经济分析的结果至少有一点是可以肯定的：施加强制披露义务既可能产生负面影响，也可能对资源作更好的分配，减少发现信息的社会成本，符合诚信的披露规则一定是有利于降低社会成本、促进交易（促进帕雷托改进）的规则。

第二节 诚信缔约责任

²¹³ RGZ, 108, 17.

一、契约自由与缔约责任

契约自由是合同法的基本原则,就合同缔结而言,这一自由包含着积极的缔约自由和消极的不缔约的自由。传统的观点认为缔约自由隐含着—个命题,缔约方总是在合同内容的确定上展开竞争,因此只要合同没有订立,行使消极的不缔约的自由不应承担任何法律责任。即使是谈判已到最后阶段,合同文件制作已经完成,“万事皆备,只欠签字”时,一方仍然可以依据合同自由原则不受约束地退出磋商,而且并不需要提出任何合理的理由,重要的是看合同是否已经成立。但这种观点受到了前述的合作缔约观的冲击,已经不那么流行了。在合作缔约观看来,缔约是一个渐进的过程,而不是依合同签字握手为标准截然划分为无法律义务和有法律义务两个阶段,缔约的消极自由因此也有—个法律上的限度,即应以诚信为基础开展缔约谈判,考虑对方对缔约磋商所形成的合理信赖。如果一方未依诚信的标准进行谈判,应承担由此给对方所造成的损失,这一责任即因诚信而产生的缔约责任。

从20世纪60年代后期开始,德国法院连续判决了无正当理由而在谈判后期退出谈判或者导致信赖投资落空而承担法律责任的案件。典型的情形有:要求对方开始履行尚未正式订立的合同,但随后无正当理由终止与对方的关系;在有关合同内容几乎达成一致的情形下无理终止磋商;一方允诺将缔结合同并鼓励对方花费相关费用后中断谈判。²¹⁴

法国法主要用侵权法来限制消极的合同自由,认为当事人有义务依诚信进行磋商。当谈判到了后期,当事人承担了“依诚信继续谈判的合同上的义务。这一义务有时是明示的,但更多的时候是隐含在初步交易中的。随着谈判的进行,当事人的信赖在增加,它导致谈判当事人相互提供信息,要求谈判方在一个合理的时间内就是否订立正式合同作出决定,阻止一方提出对方不可能接受的条件来蓄意中断磋商或者假意严肃谈判而暗中打算与其他人进行交易”。²¹⁵

英国法对自由的强调使英国法院不愿公开承认诚信原则,也不愿在此基础上发展所谓的“缔约责任”规则,而是针对缔约过程中的不公平的交易结果采取分散的处理办法。²¹⁶

英国法关于缔约的基本规则是,即使允诺了不可撤销的要约,如果该要约没有得到对价的支持,仍是可以撤销的。但是,英国法并用合同法与侵权法来发展事实上的上的缔约责任的规则。合同法上的允诺性禁反言(promissory estoppel),附属合同(collateral contract²¹⁷)和不当得利法(也译返还法, the law of unjust enrichment or law of restitution)实际上都是发生缔约责任的根据。譬如附属合同理论就是将合同前的允诺赋予执行力,认为是主合同的前期表现。另外,投邮规则也被认为是将合同成立提前的一种尽量满足公平结果的方法。有学者认为,英国法传统上的自由规则正被风险分配规则所取代。²¹⁸同时,英国侵权法上的制度也被用来满足现代合同法的某些需要,以缓和合同法过于严厉之处。在*Box v. Midland Bank Ltd.*—案中,原告向—家银行申请贷款以开展—项业务。办理其贷

²¹⁴ A. Kuehne, *Reliance, Promissory Estoppel and Culpa in Contrahendo: A Comparative Analysis* (1990) 10 *Tel-Aviv U. Stud. in Law* 279, at 287.

²¹⁵ C. Jauffret-Spinozi, *The Domain of Contract—French Report*, in D Harris and D Tallon (eds), *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons* (1989) pp113, 131.

²¹⁶ *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd*, (1989) QB 439.

²¹⁷ 沈达明先生将该术语译为“侧面合同、附属合同”,见沈达明,《英美合同法论》,同前注176, 22、135页。

²¹⁸ 同上, 225页。

款的银行经理给原告造成的印象是银行批准这笔贷款只是一个手续问题，而实际上该经理对该贷款只有部分的批准限额。这笔贷款最终只部分获批，而原告声称只有整笔贷款获批才能开展计划中的业务。法院判决银行经理的行为构成了过失虚假陈述，承担赔偿责任原告损失的侵权责任。²¹⁹这和设定了诚信磋商义务的法律体系下对出于信赖而受损害的一方的保护是差不多的，只是后者的理由可能是违反磋商过程中的允诺或者违反磋商协议。英国过失虚假陈述规则的扩张致使有学者认为英国法实际上对磋商设定了一般性的谨慎义务（general duty of care），²²⁰但即使如此，这一义务的覆盖范围与大陆法上的诚信义务还不能相比。

1992年的 *Walford v. Miles* 一案表明了英国法院在对待缔约责任问题上的矛盾心理。²²¹一家照片冲印店的所有人（本案被告）希望卖掉冲印店，被告先拒绝了本案的第三方提出的190万英镑的报价，随后接到了本案原告提出的200万英镑的报价。他们原则上达成了一致并由被告保证原告在交易完成后的第一年中有一定数额的纯利润。在一次电话交谈中，他们还商定，如果原告能够在特定的时间内向被告提交银行的安慰信（comfort letter），被告将停止与任何第三方的关于出卖冲印店的谈判。原告按时提交了安慰信，被告确认说他们将通过一份合同来进行他们所达成的交易。但是数天后，被告终止了与原告的交易并以相同的价格将冲印店卖给了第三方。被告的理由是他们担心原告与冲印店的职员相处不好，从而影响到所保证的纯利润。同时，他们也担心由于原告对冲印没有经验，会让被告提供帮助，给自己带来麻烦。一审法院在审理中发现，尽管原告之间有一个口头协议（不与第三人进行磋商），但被告从来就未曾停止过与第三人的谈判。

该案的难点在于诉讼的理由。原告以被告违反附属合同为由提起诉讼，主张这一合同一方面让被告有积极义务依诚信与自己谈判，另一方面有消极义务不与第三人谈判，而支持这一义务的对价是原告所提供的安慰信。原告所提出的损害赔偿额为100万，即合同价格与冲印店现值的价差。

初审法官支持了原告的主张。上诉法院的多数意见认为按英国法，磋商协议不具有执行力。上议院肯定了上诉法院的意见，认为诉讼理由不能成立：因为缺乏确定性，英国法并不赋予磋商协议以执行力，而原告所主张的消极义务因为没有明确具体的时间而不能成为诉讼依据。

英国法认为就磋商而达成的协议，具有本质上的不确定性。²²²而消极义务则因内容不明确而缺乏确定性，这种不确定性一般不能靠事后进行规范的补充来补救。只有事先就具体的时间达成一致才能有效，而本案中并没有就此达成一致。“诚信的磋商义务在实践中并不具有可行性，因为这与谈判方的地位有内在的冲突……任何谈判方都有权在任何时候因为任何理由退出谈判。”²²³最后，法院认为本案无合同法上的理由，但认为可以援引侵权法。

原被告所达成的锁定谈判协议（lock-out agreement）而言，上议院的态度与对磋商协议的态度相比要温和一些，认为前者只是缺乏具体的要素，而后者则本质上无效。对于这一协议的有效性，上诉法院判决中持反对意见的 Bingham 法官认为可以通过解释来修正，即将锁定时间解释为合理时间。“被告不可以制造虚假的僵局来结束这一合理的时间，这样做将有违合理的诚信义务（reasonable

²¹⁹ (1979) 2 Lloyd's Rep. 391.

²²⁰ H. Collins, *The Law of Contract* (2nd ed 1993), p171 et seq.

²²¹ (1992) 2 AC 128.

²²² 丹宁法官在上诉法院判决的 *Courtney & Fairbairn Ltd v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd* 一案中明确了约定磋商的协议并无执行力，理由是不确定性太大以致无法评估赔偿金的多少。(1975) 1 WLR 297, at 301.

²²³ *Ibid*, at 138.

good faith) ……”。²²⁴但上议院认为 Bingham 法官的立论实际上是间接肯定了诚信谈判义务, 而英国法并无这一规则。而在此后的另一个案件中, 有明确时间约定的锁定协议得到了上诉法院的支持。²²⁵作为对比的是, 美国法院也同样对锁定协议存在分歧意见。已经有不少法院认为即使缺乏明确的时间约定, 锁定协议仍然有效。²²⁶

英国法运用不确定性规则对此案作出判决实际上是为了维护传统的意思理论 (will theory)。但学者批评说, 英国法完全拒绝承认磋商协议和锁定协议的做法可能更会损害当事人的自由意思。从促进交易的角度看, 在当事人就合同的主要部分达成一致后, 法律提供一些补充性规则 (如诚信规则) 促成合同更为有利, 这也正是现代合同法的趋势: 尽量降低合同确定性的要求, 用补充规范来填补不完全的合同。²²⁷因此, 英国法以前关于合同缔结的确定性问题现在已经逐渐转变成解释层面的问题, 增大了合同成立的可能性。如果缺少确定的时间, 倾向性的做法是根据环境条件依合理标准对合同进行补充, 合同不再被看成是不存在, 而是可以补正的。²²⁸

与英国法相比, 美国法在缔约责任上的发展要快一些, 因为美国法早已为合同的履行设定了诚信要求, 只是并未明确肯定在磋商阶段也适用诚信标准。正因如此, 法院的判决往往是相互矛盾的, 一些法院遵循英国法的方法, 不认为约定磋商的协议有拘束力; 另一些法院则倾向于赋予其拘束力。而后一种观点已经成为了主流观点。方斯沃斯教授在一篇论文中呼吁承认磋商协议的执行力并列举了构成恶信的情形: 拒绝谈判; 设定不合理的条件; 在约定进行专门谈判 (不与其他人谈判) 的情况下不披露正与他人进行平行谈判的事实; 无正当理由中断谈判等等。²²⁹随着形势的发展, 一些法院不但对明示的磋商协议赋予执行力, 也逐渐开始承认默示的磋商协议。方斯沃斯教授认为, 如果这种趋势得以持续, 最终将导致法院对谈判当事人附加一般性的公平交易义务 (诚信义务)。²³⁰事实上, 法院已经开始使用允诺性禁反言规则作为对磋商特定情形的救济, 当一方允诺将与对方配合达成合同而后又无理由退出的, 对方可以就相关花费得到赔偿。²³¹这一做法使得磋商过程中的诚信义务得到确认, 并且不再需要靠明示或默示的合同这种间接的方法来确定诚信义务, 而是考察一个将最终配合完成合同的允诺是否使对方产生了实质性的信赖。这样, 相关的缔结合同的风险将确定由允诺人承担而不是像从前一样具有随意性。

有学者注意到了司法实践的上述变化, 提出可以建立一种新的诉讼理由, 即“机会主义地违反磋商约定”。该理由适用于在磋商中, 一方明示或默示地允诺将订立合同 (完成合同只剩下形式), 另一方出于对允诺实质性的信赖而遭到损失 (如相关的花费和投资) 的情形。²³²另一位学者建议采纳一条新自动适用的规则, 谈判的任何一方在谈判过程中就达成正式合同改变看法时, 应及时向对方披

²²⁴ (1992) 2 AC 128, at 140.

²²⁵ Pitt v. PHH Asset Management Ltd, (1994) 1 WLR 327.

²²⁶ See *Chanel Home Centers Division of Grace Retail Corp. v. Grossman*, 795 F.2d 291, at 301 (3rd Cir. 1986).

²²⁷ See G.H. Treitel, *The Law of Contract* (8th ed 1991), pp50-8.

²²⁸ *Hick v. Raymond & Reid* (1893) AC 22, at 32, per Lord Watson: “When the language of a contract does not expressly, or by necessary implication, fix any time for the performance of a contractual obligation, the law implies that it shall be performed within a reasonable time”.

²²⁹ E.A. Farnsworth, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, (1987) 87 Colum L Rev 217, 265-7.

²³⁰ *Ibid*, 266.

²³¹ *Arcadian Phosphates Inc v. Arcadian Corp.*, 884 F.2d 69, at 73-4 (2nd Cir. 1989).

²³² GR Shell, *Opportunism and Trust in the Negotiation of Commercial Contracts: Toward a New Cause of Action* (1991) 44 Vanderbilt L. Rev 221, 276-7.

露。²³³可见,美国法对于明确肯定磋商过程的诚信义务可以说只有一步之遥了。主要的规范来源有三个:合同履行中的诚信义务、允诺性的禁反言规则、劳动法上的诚信谈判义务。美国法的这一发展趋势和德国、法国有关诚信的法律发展过程很相似。总之,美国法上诚信的发展已经使人们在观念上发生了变化:信赖这一要素代替了对价这一形式要求。允诺性禁反言规则改变或补充了传统的合同法规则。

其他国家合同法的发展同样反映出缔约阶段的诚信要求越来越受到重视,譬如以色列1973年通过的合同法(总则)第12条(a)规定:“缔结合同时,当事人应按习惯法和诚信行事”。第12条(b)规定:“如果未能满足(a)项要求,违反方应赔偿由此给对方在磋商和缔结合同中造成的损失”。这一规定是缔约阶段诚信义务成文化。以色列在传统上受英国法的影响很大,现在已经成为一个混合法系的国家,而正是因为有了诚信原则(第12条),以色列援引指英国法上的制度和判例的必要性就大大减少了,开始呈现混合制度的一些优势。

总之,由于合同法的一些基本观念和模式的差异,两大法系在缔约责任问题上所设定的法律规则有所不同。英美法是自由预设,只在特殊情形下承担责任。大陆法是义务预设,强调自由应受限制,缔约自由应符合诚信的要求。

如果就英国的 *Walford* 一案在承认诚信义务的制度下进行类比讨论:在假设磋商协议是有效的前提下,是否会判定被告违反了这一协议,是否会肯定被告退出谈判具有正当的理由?从被告的陈述看,被告所担心的情况在谈判的开始阶段就存在了,这就很难让人接受被告直到谈判的最后阶段提出一个谈判初期并无问题的理由以退出谈判。而违反不与第三方接触的约定更让被告难辞其咎。

事实上,约定磋商的合同与正式合同并非附属关系。约定磋商的目的旨在推进磋商过程,并不是以缔结正式合同为条件和最终目的,它独立于正式合同。磋商合同约定的是程序上的义务,任何一方完全可以以正当的、基于诚信的理由退出谈判。

由于诚信规则在磋商过程的运用,磋商和合同成立之间的界限开始变得模糊。在原来的法律规则变得不像从前那样确定的同时,却让磋商过程中负有的法律义务变得明晰起来,有对价支持的口头允诺也有可能产生执行力。

二、诚信缔约责任的类型

缔约责任可以分为意思表示的瑕疵和磋商过程中对允诺的违反。尽管两种情况下,当事人对合同的期待或信赖都遭到了破坏,但却出于不同的原因。在前一种情况下,真实的意思和合同中实际的表示有所不同,当事人希望缔结的是一个不同的合同或者根本不需要这个合同。在后一种情况下,磋商过程中的允诺未能信守,当事人期待的合同未能缔结。简单地说,一种是缔结了并非真正希望的合同,另一种是未能缔结希望缔结的合同。一种是合同已经成立但存在瑕疵,另一种是合同尚未成立时违反允诺。对前一种情形,诚信规则作用不明显;但在后一种情形中,诚信大有用武之地。²³⁴正是出于这一原因,本文将后者称为诚信缔约责任。在实践中,产生诚信缔约责任的情形是多样化的,但在总体上仍可以进行进一步的类型化研究。

缔约责任所发生的依据实际上是进行类型化研究的前提,在一般性地承认存

²³³ J.P. Kostritsky, *Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard and Sunk Costs: A Default Rule for Precontractual Negotiations* (1993) 44 *Hast L. J* 621.

²³⁴ Nili Cohen, *Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate*, in Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, *supra* note 71, p.33.

在缔约责任的国家，主要使用两种方法来确定缔约责任：

一种方法是对当事人的主观心理状态进行考察。当事人是否只希望受签字的拘束，还是即使没有签字也同样愿意受到拘束。如果是后者，那么实际上从较早的阶段当事人就已经受到约束。这种方法实际上是通过人工拟制来达到公平的结果，着重考察当事人受合同拘束的时点。

另一种方法是立足于诚信原则的客观考察方法，实际上也是一种更灵活、更直接的方法。这种方法并不单单考虑合同成立的时点，而且考察终止磋商的原因。如果并无合理的理由终止谈判，那么就应当承担赔偿责任。

依据明确了缔约诚信的以色列合同法（即采用直接的诚信考察方法），发生缔约责任的主要类型有：无缔约诚意而发动谈判或无缔约诚意而持续展开谈判；要求对方履行尚未正式缔结的合同，随后无理中断谈判；在谈判后期无理退出谈判。

（一）无缔约诚意而发动或持续缔约磋商

在 *Shikun Oudim v. Zepnik* 一案中，²³⁵一个开发商发出了卖出大约 20 套公寓的要约。具体的程序是买房申请人必须先到开发商的办公室登记并缴纳一定数额的订金，之后才正式签订合同。从开发商所设计的机制看，合同分两步，第一步是签订一个初步合同（preliminary agreement），第二步才是正式合同。很显然，接受开发商要约必须有开发商的配合，如提供登记的条件。但事实上，开发商既没有妥善地安排登记，也没有提供订金收据，只有三位申请人完成了登记。其他申请人尽管在合适的时间来到了开发商的办公室并且带来了订金，但开发商拒绝按最初的要约条件与他们缔约。其中有一人接受了开发商提出的不同的条件，与开发商订立了合同。随后他以胁迫为由起诉开发商，要求将合同内容变更为最初的条件。初审法院驳回了他的请求，但最高法院持不同意见，认为承诺无法完成是因要约人自己的过失所造成，按诚信的要求，不得主张不存在承诺。因此，即使承诺并未真正完成，但缺乏诚信已导致了该承诺的生效。这一判决使合同法 12 条有了新的含义——以恶信的方式终止磋商将赋予非合同允诺具有执行力。这一判决所依据的事实是要约人完全控制了他所设定的承诺的要件，充分地享用了合同自由。受要约人遵循了要约人指示并满足了要约人所提出的条件，但要约人让承诺变得不可能。因此，要约人认为自己仍能得到合同自由的保护只能被视为滥用这一原则，最初即无缔约的诚意。

Raviv v. Beit Yules 一案揭示了这一问题的复杂性：²³⁶一家公司为一处工程招标，招标特别列明的条件之一是招标人并不负有接受任何一项投标的义务。投标之后，招标人只与其中的一家有名的承包商进行了进一步的谈判并与之签订了合同。参与投标的一个失利的投标人对招标人提起了诉讼，主张招标人没有给他进一步谈判的机会违反了招标人所承担的诚信义务，招标这一形式就意味着所有的投标人都将平等地得到相同的机会。与其中的一位投标人进行再磋商，就应使所有的投标人得到再磋商的机会。这一推论可以从磋商阶段的诚信义务以及招标形式的默示条款中得出。

此案在最高法院经过了两次审理。第一次审理认为诚信包括了所有投标者平等的规则，但随后的审理以 3:2 的票数推翻了这一判决，认为除非另有协议，平等对待规则并非诚信义务的表现形式。招标人并无与所有参加投标的投标人再磋商的义务，他有权选择他所中意的承包商。

²³⁵ CA 829/80, 37(1) PD 579.

²³⁶ CA 207/79 37(1) PD 533.

最高法院的这一判决实际上并没有解决这个问题所处的两难境地：多数意见认为，由于招标人明确了招标条件，所有的投标人均承担了投标不成功的风险。招标人与特定投标人的进一步磋商是招标人的自由，没有任何义务在拒绝了其他投标后仍与其展开进一步的磋商。但从另一方面考虑，多数意见实际上支持了将招标形式用作谈判策略的做法。事实上，招标人只是利用招标来给其真正感兴趣的承包商施加压力，以迫使其接受一些原本不能接受的条件。招标人在根本就不打算与其他投标人缔约的情况下却进行招标的行为显然与缔约诚信义务相悖，而这个风险并非其他投标人所愿意承担的，他们所愿意承担的是其投标经过了真实和慎重的考虑之后所产生的风险。本案实际上再次表明了合同自由与诚信义务之间的界限确实非常模糊。

(二) 辜负对方信赖而无理中断磋商

*The State of Israel v. Eilat Company*²³⁷一案涉及政府和 Eliat 城的一些土地所有人因合同磋商发生的纠纷。争议的双方达成了用 Eliat 的部分土地换取 Haifa 部分土地的非正式的协议。土地换取计划有一个中间步骤，即土地所有人应先购买一些 Galilee 的土地并将其转让给政府以换取 Haifa 的土地。土地所有人履行了购买 Galilee 的部分土地并向政府要求 Haifa 的土地时，政府突然终止了交换计划。法院认为尽管初步的和不确定性的协议并不等同于一个有拘束力的合同，书面形式也未满足，但政府已经作出了允诺，原告信赖这一允诺并遭受了损失，而政府并没有合理的理由终止磋商。因此，法院判决政府赔偿原告造成的损失，即土地所有人购买 Galilee 的土地的支付价格与市场价值的价差。在传统的英国法中，履行并无约束力的允诺的一方自担风险。履行方的履行并非由于他方的虚假陈述所造成，也不会给他方带来利益，因此并不能将这一风险转移给他方，他方的退出也不会产生责任。但以色列法所采用的诚信原则对磋商的风险作了不同的分配：如果双方相互依存，则引起对方履行的一方也应承担部分责任和风险，其退出自由受到限制。引起对方履行的一方不应该利用正式规则让履行方独自承担风险。

在 *Kalmar v. Guy* 一案中，²³⁸以色列最高法院明确了书面要求应符合诚信。该案中，一位土地所有人和一位建筑师达成协议，由建筑师在该土地上建造两幢房屋，作为对价，建筑师将拥有其中一幢房屋的所有权。在法律意义上，这实际意味着他们将成为土地的共同所有人。有关合同的材料只有他们在银行所开立的共同账户和向市政当局所报送的建筑计划，在计划中，他们称自己为建筑共同体 (joint construction venture)。房屋建成后，建筑师得到了属于他的房屋。但建筑师和土地所有人之间发生了矛盾，土地所有人就以缺乏书面为由否认合同的存在。最高法院认为即使没有书面合同以及建筑师的房屋所有权并未经过登记，仍不能否认合同的存在。但最高法院对于这一结论的理由发生了分歧。少数意见认为履行本身就是对书面要求的替代，在该地建造的事实就是无可争议的存在合同的证据，不需要额外的书面证据。多数意见不同意这一说法，认为履行并不能替代书面合同，本案并未满足书面形式的要求，但根据诚信应认为合同已经生效。买方出于信赖履行了合同，而卖方在得到了合同利益后又主张合同不存在是不公平的。这一判决实际上体现了普通法规则与诚信规则之间的重叠。普通法有与书面要求相关的部分履行规则，即缺乏书面形式的合同可以因部分履行而得以补正，而本案的多数意见认为直接运用诚信原则更为妥当。

²³⁷ CA 651/82,40(2) FD 785.

²³⁸ CA 986/93 50(1) PD 185.

在 *Singer v. Kimelman* 一案中，买卖双方就一套房产的买卖达成了口头协议。支持这一协议的书面证据只有卖方签字的一张收据，确认他收到了先期付款。卖方让买方进入该房产对该房产进行了改造，买方也准备实际住下来。为了买此处房产，买方卖掉了她先前的住房。当她准备付余款时，卖方拒收并主张没有具有拘束力的合同存在。

最高法院确认作为合同实质要件的书面形式未能满足，但买方主张在此情形下可以适用允诺性禁反言规则，强制卖方履行其允诺。最高法院以一个程序上的理由（即该主张未在初审时提出来）拒绝了这一请求。但是，这个判决富于启示：即允诺性禁反言规则实际上与诚信缔约义务在本质上也是相通的，其目的是为了缓解形式要求与公平之间的冲突而提出的规则，纠正因对价规则和反欺诈法（Statute of Frauds）的书面形式要求所引起的不公平后果，让信赖非书面允诺的受损害的一方可以主张执行该允诺或者得到赔偿。

实际上，部分履行规则和允诺性禁反言规则都是为了避免机械适用书面要求而造成的违反规范目的的结果，适用在一些特殊的情形，在这一情形下，某些要素已经具备了足够的证据力，超越了书面要求就证据力和谨慎方面的考虑。在德国法中，诚信也同样作如此的考虑，法院曾判决一个在形式上有欠缺的合同有效，因为否认这一合同存在的一方的早先的行为与其否认完全不符。²³⁹

（三）在谈判后期无理退出磋商

在 *Sonnenstein v. Gabaso* 一案中，²⁴⁰当事人签署了一份备忘录，同意就分期付款达成进一步的协议。买方主张他们实际上就该事项已经达成了一致，但最后签字前卖方坚持在合同中写上比协商金额小一些的价金以便减少税款。买方拒绝了这一要求，而卖方就拒绝在合同上签字。买方要求履行和赔偿的要求被初审法院以合同并未成立为由驳回。最高法院的多数意见支持了初审法院的判决，理由是合同缔结阶段的非拘束性。在合同成立前，任何一方都没有一定要缔结合同的义务。少数意见认为，卖方在缔约阶段所提出的不法要求违反了其承担的诚信义务。符合诚信的做法应该是赋予早前的备忘录以及就分期付款所达成的口头合同执行力，取代需要签字的正式合同。

本案的争论意见具有很强的代表性。多数意见所采用的是传统的考察方法，将磋商阶段与合同的成立截然分开，而合同成立的标志是签字。在此之前，任何一方都有权退出。少数意见将合同的缔结看成一个递进的过程，当谈判进入对所有问题都达成一致的“成熟”阶段，退出的自由就受到了限制。买方对卖方不法的要求予以拒绝，并不能构成卖方终止缔约的合法理由。

事实上，本案的少数意见改变了传统上对于初步协议的二分法：有约束力的和无约束力的初步协议，增加了部分有约束力的初步协议这一新分类。这类初步协议的约束力取决于退出方退出理由的合法性。如果双方先前达成的一致是建立在一些误解或错误（如忽略了某些相关因素——利息、税收等）之上，而继续协商又无法达成一致，那么一方的退出就应该是符合诚信的。

另外，诚信缔约义务也被用来解决在某些国家由其他法律所解决的问题。如在一个未定底价的拍卖中，原告与其他可能的竞拍者密谋以非常低的出价参与竞拍，被告认为合同无效从而拒绝履行合同，法院支持了被告的主张，认为原告的这一行为悖于诚信。而通常这一问题属于反垄断法的内容。

总之，英美法系的法院审判所形成的规则和大陆法系的成文法减少了法官在

²³⁹ A. Kuehne, *supra* note 214.

²⁴⁰ CA 579/83, PD 432(2) 278.

审判中的自由裁量权，加快了审判速度，增加了确定性。但是，这种正式制度有可能造成僵硬和严厉，而缔约阶段的诚信义务正是为了减轻上述僵硬和严厉而由法律所确认的弹性制度。当正式制度已经是保护性规则——保护特定的人群（如消费者）或者特定的缔约方时，一般不能由诚信义务所替代。诚信与其他保护性规则一起，维护社会公正。需注意的是，诚信义务也给法院和当事人均带来了不确定的一面，诚信原则所产生的自由裁量权给滥用留下了空间，扩大了灰色区域，甚至有可能对不遵守规则的行为给予了激励。因此，必须让诚信义务的弹性处于一个合理的范围之内。

三、违反缔约诚信义务时的救济

对于因对方违反了缔约诚信义务而遭受损害的一方能获得什么样的救济也是一个值得重视的问题，直接关系到这一诚信制度的运作效果。

违反磋商诚信义务的主要救济方式是损害赔偿。前述的以色列合同法（总则）第12条（b）规定：“如果未能满足（a）项（指诚信义务——笔者注）要求，违反方应赔偿由此给对方在磋商和缔结合同中造成的损失”。从判例看，这里所称的损失应该是信赖利益而非期待利益。也就是说，此时应将受损害方置于如果谈判未曾发生或者有约束力的磋商协议未曾订立所处的状态，这是基于信赖的赔偿。而基于合同的赔偿才是将受损害方置于合同如果履行所处的状态，即赔偿期待利益。

信赖利益包括与谈判有关的花费，如果能够证明有合理的确定性，还包括失去的机会价值。就锁定协议而言，赔偿办法并无不同。²⁴¹但在前述的 *Sonnenstein v. Gabaso* 一案中，少数意见主张一方的恶信退出行为应赔偿对方的期待利益，但多数意见仍坚持认为救济应依照信赖利益。另外，也有美国法院判决违反诚信磋商义务的一方应赔偿对方的期待利益，如有两个投标者参加投标，发包人与并不合格的投标人订立了合同，另一个投标人可以获赔期待利益。在 *Iconco v. Jensen Construction Co.* 一案中，投标报价第二低的投标人起诉中标人并主张其工程承包收益，法院支持了其主张。认为原告已经证明了如果没有中标人的恶信行为，他本可以获得这个合同，因此没有理由否定原告的赔偿请求，²⁴²而计算赔偿的规则应当是将原告置于中标者的地位。事实上，这个案件在性质上更接近于侵权，中标人相当于合同的第三者，不正当地妨碍了发包人与投标人之间的磋商关系（譬如 *Walford* 案中的第三人知道有锁定协议仍然与卖方进行谈判）。但要求第三人赔偿期待利益会带来利益衡量上的不平衡，即为什么第三人的责任会比合同的发包人的责任更重？因此，从总体上看，信赖利益的赔偿较能平衡允诺人的自由与受允诺人的被辜负的信赖。

就英国法而言，在计算损害赔偿时，有可能采用按可能性计算赔偿的办法，即著名的 *Chaplin v. Hicks* 规则。²⁴³如损失为1万元，缔结合同的可能性为50%，则赔偿5千元。

在前述的 *Shikun Oudim v. Zepnik* 一案中，法院明确了救济的方式将是执行未曾完成的允诺，即使承诺并未真正完成，但缺乏诚信已导致了该承诺的生效。这样的救济方式实际上已经突破了以色列合同第12条赔偿信赖利益的救济方式，接近于实际履行。但是，因为合同具有较强的人身性，所以判令实际履行的可能

²⁴¹ See also: *Teachers Ins v. Tribune Co* 670 F Supp. 491 SDNY(1987); *Teachers Ins v. Butler* 626 F. Supp. 1229, SDNY (1986).

²⁴² 622 F. 2d 1291, at 1300 (1980)

²⁴³ (1911) 2 KB 786.

性不大。同理，法院也不太可能动用禁令。

此外，对于未履行披露义务的情况，救济方式与违反缔约诚信义务会稍有不同，一般是判令撤销合同或者变更合同，主要的理由是未履行披露义务实际上让相对交易方处于一个意料之外的新的交易情形。另外的一些灵活的救济方式将根据合同的性质以及具体交易的情况决定。

第三节 诚信附随义务

一、附随义务的发展

附随义务制度是由德国的法院在司法实践中发展起来的。德国合同法的一般规则是债权人以实际履行作为对债务人履行不履行合同的一种主要救济方法，而就债务人不履行合同义务而提请损害赔偿属于例外的情况。²⁴⁴只有在给付不能，给付迟延，违反瑕疵担保的情况下提起请求。²⁴⁵1902年，斯多伯（Staub）提出应承认“积极违约”（positive breach of contract）这一新的诉讼理由，为不能依据民法典所提供的上述三种理由得到救济的受害方提供保障。1907年，法院在饲料案中接受了斯多伯的理论，从而在民法典之外发展了新的诉讼理由。在该案中，原告为他养的马购买饲料，但所购买的饲料在运送过程中受到了污染，原告的两匹马在吃了该饲料后死亡，原告为此提出损害赔偿。但他发现他的请求没有合适的法律理由，因为另外交付未受污染的饲料仍然是可能的，因此不是履行不能。²⁴⁶本案的履行也并不迟延。原告也不能主张民法典463、480条的瑕疵担保责任，因为合同中并没有明确的品质保证约定，出卖人也没有故意隐瞒瑕疵。法院根据斯多伯的积极违约理论创造性地发展了合同附随义务，认为本案原告可以因被告违反合同附随义务而请求损害赔偿，其依据是根据242条诚信原则对给付迟延和给付不能进行类推适用，因此这一新的诉讼理由也同样具有制定法上的基础。

这一案件的判决结果实际上对合同义务作出了新的分类，即将合同义务分为给付义务与附随义务。在合同法上，主要的合同义务就是履行合同，传统上称为给付义务，而现在则包括了附随义务。²⁴⁷债务人如果违反附随义务，同样应承担合同法上的责任。譬如交付有瑕疵的货物尽管已经履行了其主给付义务，不构成不履行，但构成了瑕疵履行，买受人可以根据民法典采取解除合同，返还货物，回复价金的补救措施，也可以请求减价。

由于附随义务不受合同的种类、性质的限制，甚至也不受合同是否有效存在的限制。这就不但使附随义务遍布于合同履行过程中，也同样可以存在于合同缔结过程中，这样，德国法上原有的缔约过失责任就逐渐与诚实信用原则联系起来，成为违反基于诚实信用原则而生的先合同附随义务发生的责任。由此，德国

²⁴⁴ See K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (2nd ed 1992) pp492-3, 505-6. 德国民法典241条。另见冯大同主编：《国际商法》，128页，对外经济贸易大学出版社1991年版。

²⁴⁵ 见德国民法典459条—480条。

²⁴⁶ 也有学者评论认为本案可以认为是给付不能。给付在广义上也包括对货物质量的要求，因此瑕疵履行等部分履行不能，应适用于关于给付不能的条文。

²⁴⁷ 对于附随义务，德国学者有的称之为 Schutzpflicht（保护义务），有的称之为 Nebenpflicht，或称之为 weitere Verhaltenspflicht（其他行为义务）。我国台湾地区的学者，有称为附从义务，有称为附随义务，均属德国判例学说上所谓 Nebenpflicht 的翻译。王泽鉴：《债之关系的结构分析》，收于《民法学说与判例研究》第4册，99页，中国政法大学出版社1998年版。

民法上的附随义务理论就以缔约过失理论（耶林为代表）和积极侵害债权理论（斯多伯为代表）为中心逐步建立起来，所覆盖的范围也不断扩大，不仅包括履行中的附随义务以及先契约义务，而且将义务扩展到合同终止后的一段时间，即后契约义务。例如在租约终止后的一段合理时间内，出租人仍负有揭示其以前的承租人新地址的义务。²⁴⁸同样，一个向他人出卖了自己营业和商誉（good will）的并在此后十年内享有该营业股份的商人，有权要求买受人在交易后的相当一段时间内不建立与前述营业相竞争的营业。²⁴⁹此外，在附随义务的基础上，还发展了对契约第三人所负的义务。

传统上，合同的受益第三方有权向违约的债务人提起损害赔偿之诉，就如同他与债务人具有合同关系一样。²⁵⁰后来逐渐发展到如果第三人因债务人违反附随义务而遭到人身或财产上的损失，也同样可以依据违约对债务人提起损害赔偿之诉，只是解除合同的权力只能由合同方所行使。现在法院对第三方的范围也予以扩大，将与合同方或者受益第三方有密切关系的人（如配偶或者子女）也包括在内，同样赋予他们以合同上的损害赔偿请求权。²⁵¹这样做的原因是有时侵权法对受害人所提供的救济并不完善，同时还承担着举证不能的风险以及对方免责的可能性。譬如一位住户请维修商店修理住家内的燃气热水器，由于燃气装置的瑕疵，热水器爆炸造成了为住户做清洁的女工受伤。清洁女工既可以对燃气装置的生产商请求赔偿，也可以根据代负责任的原理对维修商店请求赔偿，但根据德国侵权法，雇主只要证明他在选任、培训、指导、监督受雇人时并无过失，那么他就不对受雇人的侵权行为负责。但这一条免责的理由在合同法上并不成立，合同方需要对其使用的履行辅助人的行为（包括对他方的损害）负责。²⁵²但就本案而言，清洁女工所遭遇的难题是她并非合同（其雇主与维修商店间的合同）的当事人，无法依据合同向维修商店提起诉讼。法院认为，根据诚信原则，维修商店负有注意的附随义务，不仅对于作为合同法的住户，而且也包括受伤的清洁女工。由于清洁女工与住户是雇用关系，所以可以认为清洁女工与住户有密切联系（特殊关系），从而可以依据合同就维修商店的违约行为提起损害赔偿之诉。²⁵³另一个与此有关的典型案例是1939年的晚会案：被告A将旅馆之舞台及大厅提供给B举办“德国之夜”晚会，舞台旁侧有房间，供演唱者休息，并有甬道通往花园，但其出口处比花园地面高很多，既没有放木梯，也没有设任何障碍或告示阻止通行，照明也不好。原告C欲往花园，结果跌落小树丛中，左眼受重伤。最高法院首先肯定A、B之间有合同存在，进而认为被告对于其可预见参与该晚会演出之人负有注意其安全的义务，因其过失而导致设备有瑕疵而引起损害的，应负合同责任。²⁵⁴

德国学理对依据诚信原则（242条）所提起的诉讼而总结的要件是1、不是因为履行不能、履行迟延或者违反瑕疵担保而造成的违约。2、作为或者不作为

²⁴⁸ RGZ 108, I, 7.

²⁴⁹ RGZ 117, 176, 180.

²⁵⁰ 参见德国民法典 328 条。

²⁵¹ 即“附保护第三人作用之契约”：特定契约一经成立，不但在当事人间发生权利义务关系，同时债务人对于与债权人具有特殊关系的第三人，也负有照顾、保护等义务，从而在债务人与第三人之间产生了一种以诚实信用为基础，以照顾及保护等附随义务为内容的法定债的关系。参见王泽鉴：《契约关系对第三人保护效力》，收于《民法学说与判例研究》第2册，同前注247，第34页。

²⁵² 参见德国民法典 278 条。

²⁵³ See K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (2nd ed 1992) pp492-3, 674-5.

²⁵⁴ RGZ 160, 153. 转引自参见王泽鉴：《契约关系对第三人保护效力》，收于《民法学说与判例研究》第2册，同前注247，第38页。

违反了附随义务。3、债务人有过错。4、被告的违反义务的行为导致了原告损失的发生。原则上，原告只能对被告的违约提起损害赔偿。但对双务合同而言，原告也有解除合同的权利，²⁵⁵但应限于一方根本违约以致按诚信的要求继续履行该合同是不合理的情形。²⁵⁶在长期合同的情形，受损方可以终止合同关系。

将违反附随义务而发生的责任纳入合同法处理，实际上是扩大了合同责任，将原本由侵权法所处理的很多问题也由合同法一并进行处理，这实际上反映了交易的深层次需要和现代社会对信赖和更高注意义务的强调，认为合同关系是一种由个别关系结合组成的有机体，存在于时间过程中，以完全满足债权人的给付利益为目的。²⁵⁷

二、附随义务的性质

附随义务理论出现后，合同义务就不再仅仅是当事人在合同中所约定的义务，而是从时间和空间上大大扩展，变成了义务群。但就基本性质看，合同义务群主要由债务人承担的合同义务（债务）主要包括因具体合同而产生或设定的特定义务和因诚实信用原则而产生的一般性义务组成，前者通称为给付义务，它是由合同性质或当事人的特别约定而确定的合同义务，譬如买卖合同中出卖人交付标的物并转移其所有权的义务，买受人支付价款的义务。后者通称为附随义务，即我们这里所要着重讨论的诚信义务，其特点是具有不确定性，并非像给付义务一样在合同成立之初就已确定，而是随着合同关系的进行，依具体情形要求当事人作为或不为一为的行为，以维护对方利益。

在理论上，给付义务又被进一步分为主给付义务和从给付义务。但它们和附随义务的区别还有不同的意见。相对而言，附随义务与主给付义务的区别争议不大，两者的区别主要体现在以下三个方面：（1）主给付义务自始确定，并决定合同的类型，不同类型的合同中主给付义务有本质差异；附随义务则是随具体的合同关系的发展而形成的，它在任何合同关系中均可发生，不受特定合同类型的限制。（2）主给付义务构成双务合同的对待给付，一方当事人在对方未为给付前，得拒绝自己的给付；附随义务原则上不属于对待给付，不发生同时履行抗辩权。

（3）因给付义务的不履行，债权人得解除合同；反之，不履行附随义务并引起了对方的损害，债权人原则上只能就其所受损害请求损害赔偿，例外的情况下才能解除合同。

但是，债权人是否有权要求对方实际履行附随义务在法院与学者间出现了分歧。如果双方当事人就附随义务的履行达成协议，一方的请求当然可以得到支持。如果双方没有就附随义务达成任何协议，德国学理上的通说认为不能请求附随义务的实际履行。²⁵⁸而一些学者建议，如果特定的附随义务是明确的，而违约规则所提供的补救又不充分，不应排除实际履行的方法。这一问题可以用一个房屋租赁合同加以说明，由于房顶漏雨而造成了承租人的家具受损，承租人当然可以以出租人违反了注意义务而提起损害赔偿之诉并根据德国民法典 542 条终止合

²⁵⁵ See judgment of 11 November 1953, BGHZ 11, 80, 84.

²⁵⁶ See D Medicus, *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil* (4th ed 1988) p 185. cite from Werner F. Ebke and Bettina M Steinbauer, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, supra note 71, p177.

²⁵⁷ 王泽鉴：《债之关系的结构分析》，收于《民法学说与判例研究》第4册，同前注247，第135页。

²⁵⁸ See judgment of 26 June 1984, OLG Frankfurt, JZ 1985, 337; See also J Esser and E Schmidt, *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil* (7th ed 1992) pp 110-11. Cite from Werner F. Ebke and Bettina M Steinbauer, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, supra note 71, p178.

同，但民法典并没有明确此时承租人是否可以请求实际履行，即在本案中是否可以要求出租人修理房顶——德国民法典 536 条只规定：出租人应将符合约定使用状态的租赁物交付承租人，并在租赁期间使租赁物保持此种状态。实际履行的补救措施当然可以由具体的合同条款来加以约定，承租人因此可以依据合同提出主张。但在实践中，承租人常常忽略这一点。如果终止合同可以对承租人提供充分的补偿，判令实际履行也是不必要的。而在大多数情况下，终止合同对承租人而言并非合适的选择，因此，从诚信的角度看，赋予承租人提请出租人实际履行租约修理房顶的补救措施是合理的。在另一个买卖马的案件中，双方约定在合同签订后一年后交付某一匹马，此时卖方实际上就负有在交付前喂养该马的附随义务。即使双方并未在买卖合同中明确此点，法院也会作出卖方履行这一义务的判决。而如果交付的时间只是签约后两天，那么买方只能申请预防性禁令（preliminary injunction）以保证卖方会履行交付马的主义务。

可见，尽管原则上对违反附随义务所提供的救济是损害赔偿，但并不排除在实践中根据具体情形采用实际履行、解除合同等补救措施。

对于附随义务与从给付义务的区别，则仍然是一个模糊的问题。德国学者按照能否独立诉请履行为标准，将能够独立诉请的称为从给付义务（亦有称之为独立的附随义务），不能独立诉请的为附随义务（或称之为不独立的附随义务）。²⁵⁹但这样划分让义务体系变得混乱，相当于从给付义务既是一种给付义务，又是一种附随义务，人为造成附随义务与给付义务的交叉。因此，这一划分并不符合大陆法的思考方式。另有看法认为从给付义务与附随义务是两个截然不同的概念，不应混同，二者的主要区别是：（1）划分的标准不同。从给付义务是相对于主给付义务而言，这是以义务的主从关系不同所作的分类；附随义务则是相对于给付义务而言的，这是以义务的功能不同所作的划分。（2）救济手段不同。违反从给付义务，债权人可以行使同时履行抗辩权或借助诉讼手段请求依法履行，在某些情况下还可以导致合同解除；而违反附随义务时（如通知、照顾、保护、协作等义务），其补救手段单一，除特殊情况外，不能请求强制履行而只能请求损害赔偿。（3）从给付义务主要由当事人约定，²⁶⁰而附随义务则主要出于法律的要求。但是，从这些区别只能就附随义务的特点作帮助性的说明，还无法对附随义务的本质进行揭示，譬如以法定义务还是约定义务来判定是否是附随义务的方法已经过时，从附随义务的性质上看，它既可能由制定法所规定，也可能由当事人自己约定，没有上述法定或约定的该义务时，也可能根据诚信所发生，或者法院会认定当事人在合同中已经设定了这样的默示义务。即附随义务本身也可以分为明示的和默示的，或者法定的和约定的，着眼点更倾向于义务的性质而不是义务的来源。

总的来讲，在德国法中，附随义务是在 242 条的基础上产生和发展起来的，反映了诚信原则的要求，其目的体现在两方面：一是促进附加于主给付上的其他给付利益的实现，使债权人的给付利益最大限度地满足（辅助功能）。例如瓷器的出卖人应妥为包装，使买受人得安全携回或寄送他处（对给付标的之照顾义务）；牛肉面店的出租人不得于对街再行开店从事营业竞争（不作为义务）等。²⁶¹二是维护相关方人身或财产的固有利益（保护功能），避免相关方的人身或财产

²⁵⁹ 王泽鉴：《债之关系的结构分析》，收于《民法学说与判例研究》第 4 册，同前注 247，第 100 页。

²⁶⁰ 也有不同意见认为从给付义务同样可以由诚信原则及补充解释合同产生，例如名犬的出卖人应交付其血统证明书。Esser-Schmidt, S. 39. 转引自王泽鉴：《债之关系的结构分析》，收于《民法学说与判例研究》第 4 册，同前注 247，第 98 页。

²⁶¹ 王泽鉴：《债之关系的结构分析》，收于《民法学说与判例研究》第 4 册，同前注 247，第 100 页。

受侵害。例如，雇主应注意其所提供工具的安全性，避免受雇人因此而受损害；油漆工人应注意不要污损定作人的地毯，医师于手术后应避免遗留手术刀于患者的体内。此类保护义务的性质与侵权行为法上的交易安全义务是相同的，而与给付义务的关联较为疏远。²⁶²须注意的是，附随义务有可能兼具上述两种功能，例如，高压锅的出卖人应告知其使用上应注意事项，一方面使买受人给付上的利益获得满足；一方面也是维护买受人的人身或财产上的利益不因高压锅使用不当而遭受损害。

更简单地说，附随义务制度就是保障债权人的给付利益，促进交易而以诚信为指导，更详细地指明当事人应如何参与与合同有关的债的关系的制度设计。德国学者因此而主张在缔约过失、不完全给付、附保护第三人作用契约等制度上建立“无原给付义务之法定债之关系”。²⁶³

三、附随义务的态样

如前所述，附随义务是依合同的具体情事而发生的诚信义务，事先并不确定，但这并不意味着附随义务没有具体的表现形式，从实践和判例的总结，附随义务可以归纳为特定的类型，学理上也称之为义务态样。

有意见认为，附随义务主要有注意义务、告知义务、照顾义务、说明义务、保密义务、忠实义务和不为义务等七种。²⁶⁴另有意见认为还应加上保管义务与协力义务，同时认为保密义务属于忠实义务，不为义务应该更准确地称为不为不当竞业的义务。²⁶⁵

德国学理将判例中的附随义务分为五类，即对他方当事人的人身或财产的注意义务，诚信谈判和公平交易的义务，不损害合同目的的不作为义务，履行合同的协作义务，重要信息的披露义务。²⁶⁶这一分类尽管和前述的分类有所不同，但强调给付利益的实现这一实质并无不同。同时，不同的分类也并不影响我们对如下几种重要的附随义务态样的理解：

（一）注意义务

为保障给付义务的实现，债务人在履行债务时应尽到合理的注意。由于当事人基于合同而进入一种特别结合关系，当事人的人身及财产利益处于对方当事人接触的范围，容易遭受侵害，但同时当事人凭借这种特别结合关系也产生了对对方不侵害自己合法利益的信赖，因而双方当事人均负有注意义务。在德国，注意义务的含有较广，实际上既包括了对他人人身和财产的照顾、保护、不得损害的义务，也包括了为实现合同目的而负有的勤勉义务。当事人的注意程度，因其地位、职业、判断能力及债务性质而不同。一般来说，当事人应尽到善良管理人或者如同管理自己的事务的注意，否则将认定有过失（根据当事人注意程度的要求和当事人注意义务的违反程度判定有重大过失或轻微过失）。根据德国的法理，当事人的过失构成合同不履行的责任基础。

学者们对于是否可以因为防止危险而请求对方实际履行注意义务（保护义务）还有争论。有意见认为，在避免危险的社会接触是可能且可预期时，则其他

²⁶² 同上，101页。

²⁶³ Larenz, S. 93f. 转引自王泽鉴：《债之关系的结构分析》，收于《民法学说与判例研究》第4册，同前注，第104页。

²⁶⁴ 王家福主编：《中国民法学·民法债权》，第148—149页，法律出版社1991年版。

²⁶⁵ 参见王泽鉴：《债之关系的结构分析》，收于《民法学说与判例研究》第4册，同前注247，第106页。

²⁶⁶ See Werner F. Ebke and Bettina M. Steinhauer, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, p178, in Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, supra note 71, p178.

合适的保护人身及财产的手段应优先使用，请求履行注意义务只是最后的保护手段。至于避免危险的社会接触，是否可能且可预期，则必须在个案中，依具体情事加以判断。例如，受雇搬运家具的搬运工人，在雇用人指定的目的地被拆迁的房屋而具有危险性时，有权拒绝将家具送至目的地房屋，因为依诚实信用原则，搬运工人履行其搬运义务，只限于在危险的范围之外，因此其拒绝将家具送至雇用人指定的危险房屋的行为，并不构成违约。此时，因搬运工人可以预期这一危险的社会接触，因此即无须赋予他们直接的保护义务请求履行权。但如果该目的地房屋虽然属于危险房屋，但从外表看与正常房屋并无二致，要求搬运人避免危险的社会接触显然不可能，因而赋予其保护义务履行请求权就是必要的。总之，当法律对保护义务的违反已预定已足以使债权人获得圆满补偿的方式时，例如法律关系的转变或消灭（如解除权、终止权的行使），则此等方式应优先于对保护义务的请求履行。

（二）通知义务

通知义务又称为告知义务，履行中的披露义务。指合同当事人应对合同相对方利益有重大影响的事项告知对方的义务。根据学者的解释，通知义务主要包括：1、使用方法告知义务，如机器设备出卖人在交付机器时，应告知对方机器的装配、使用及维修、保养方法；2、瑕疵告知义务，如出卖或赠与有瑕疵的物品时，应将标的物的瑕疵，特别是隐藏的瑕疵告知买受人或受赠人；3、业务上的告知义务，如飞机航班发生了晚点，航空公司工作人员应及时通知旅客并将晚点的原因、对旅客的安排计划等情况告知旅客，并应对旅客的询问如实相告。4、忠实报告义务。如委托合同的受托人应向委托人报告委托事务的处理情况；雇员应如实向雇主汇报工作中的有关情况。²⁶⁷5、其他告知义务。如债权人变换了办公地点，应及时通知债务人，避免增加债务人履行上的困难。如通知对方有实际困难，也应在原地址张贴迁址通知。

有学者认为通知义务还应该包括给付不能的告知义务，如债务人因不可抗力或意外事件导致给付不能，应及时将给付不能的原因事实告知债权人。²⁶⁸本文认为这一义务的性质应该是不真正合同义务，是一种无责任的义务，仅使负担该义务一方失权或者减损利益，所以不应作为附随义务的内容。²⁶⁹

另外，危险告知义务也常列为告知义务的内容，本文认为危险告知的实质应是注意义务，所以不能因为具有告知这一形式而归入告知义务。

（三）协助义务

协助义务也常被称为协作义务或合作义务。指合同当事人应互为对方行使合同权利、履行合同义务提供照顾和方便，促使合同目的得以实现。在合同关系上，债务人所负的履行义务多数是积极的给付义务，以满足债权人利益为目的。而债权人要现实地享有合同利益，就必须以自己的行为接受债务人的履行，配合债务人完成履行行为。对许多合同而言，如果没有债权人的配合，创造必要的条件，合同将无法得到履行或不能达到履行的效果。为平衡当事人之间的利益，诚实信用原则要求债权人负协助义务，具体包括：1、指示义务。如果债务人履行合同以得到债权人的某种指示为前提，债权人应给予指示。如甲受雇于乙修建乙的私人住宅，乙应对甲具体的工作作出指示。甲因病痛请乙对其按摩，应指示乙需要按摩的部位。2、告知义务。为配合债务人的履行，债权人负有告知义务。

²⁶⁷ 王家福，《中国民法学·民法债权》，同前注264，第149页。

²⁶⁸ 同上。

²⁶⁹ 参见王泽鉴，《民法学说与判例研究》第4册，同前注247，第104-5页。

如甲公司向乙公司订购一台机器用于包装自己生产的药片，甲公司应将药片的规格成分告诉乙公司，以便乙公司进行设计和生产。3、提供义务。如甲公司与某歌舞团签订了演出合同，约定在甲公司为其职工进行演出，则甲公司负有提供演出场地的义务。修理服务的合同，债权人应将待修理之物交给修理人。4、接受义务。如债务人按合同约定将货物送到，则债权人应清理出存放货物的场地。修理人按时修好了债权人所需修理的物品，债权人应予取回。5、容忍义务。如提供服务的合同，债权人应保持静坐以便债务人为其画像或拍照。医生在为病人其诊治时，病人应遵从医生的指示。6、其他义务。根据合同的性质，债权人还负有其他一些协助义务。如房屋租赁合同中，出租人应与承租人应按规定共同到有关机关办理登记备案手续。

（四）忠实义务

合同当事人之间由于具有特别信赖关系，许多信息需要充分交流与共享，所以应保持相互忠诚。忠实义务最重要的内容之一就是保密义务，主要指当事人不得将在合同订立过程中或在合同履行中所涉及的商业秘密、技术秘密或需要保密的信息泄露、利用或者转让。

（五）不作为义务

要保证合同一方当事人的给付利益完全实现，对方当事人还有一项消极义务，即对自己的某些固有的自由加以克制，不进行任何可能有损对方合同目的的积极行为。例如，德国法院曾判决拥有两间相互毗连店铺的出租人在将其中一间店铺租给原告经营珠宝 10 多年后不得将另一间店铺租给另一个珠宝商。法院同时引用了民法典 133 条、157 条、242 条。法院并不认为租约中一般性地存在这一默示条款，“出租人将房产提供给承租人使用的法定义务并不导致其对承租人承担保证不面临竞争的义务，但就本案的具体情况而言，应认为这一条款是存在的。²⁷⁰另一个案件中，法院认为，开发商因某块地产的视野极佳而以高价将其售出，那么他就不得再在其与之邻接的其他地产上修建有可能破坏该地视野的建筑物。该案的一个重要因素是开发商因该地产的独特视野而收取了高价，这实际上在双方当事人之间形成了不得另外修建建筑物以破坏该视野的默示约定。²⁷¹

对于不作为义务，特别是像不为不当竞业的义务到底应该归入协助义务或者忠实义务还是单独成立一种义务存在争论。本文认为，从本质上讲，诚信所要求的不作为行为是为了保证合同当事人目的的实现，保持“不作为”确实可以算作一种“协作”，也可以在观念上认为构成“忠实”，但违反这种不作为义务的后果和违反“协助义务”有所不同，它不仅仅是使对方当事人的合同目的和预期不能完全地实现，还可能对对方造成其他损害（类似于加害给付）以致合同目的完全落空。因此，考虑到单独列出此种义务更能明确附随义务的表现形态，本文赞成将不作为义务作为一种独立的附随义务加以研究。

上述附随义务可以发生于合同缔结、合同履行和合同终止后的任何阶段，但在各个阶段上具有不同的特点，譬如前述的缔约披露义务，从本质上讲就是一种附随义务，而违反这种披露义务和违反合同履行中的披露义务以及违反合同终止后的告知义务的后果是不相同的。

四、比较法上的考察

²⁷⁰ 《德国最高法院民事判决汇编》(RGZ)，第 131 卷，第 274 页。转引自罗伯特·霍恩等：《德国商法导论》，151 页，楚建译，中国大百科全书出版社 1996 年版。

²⁷¹ 维努斯贝格案，《德国最高法院民事判决汇编》(RGZ)，第 161 卷，第 330 页。

附随义务制度带有很强的大陆法、特别是德国法的特征，比较其他国家在解决类似问题上的制度和做法有助于我们加深对诚信制度的理解。²⁷²

案例一有关合同履行中的告知义务：甲公司是农用肥料的生产商，乙直接从甲处购买一种肥料培育大量向市场销售的一种胡瓜。由于甲所生产的肥料含盐量太高，乙所培育的作物都枯萎了。很显然，如果乙知道在施肥时大量浇水的话，乙的损害就不会发生。根据德国法，甲应正确告知乙产品的使用方法，否则承担缔约过失或违约责任。同样的事实在法国法中将作为买卖中的信息披露问题解决，依据是诚信或者公平。而英国法运用默示条款原理加以解决，认为甲作为出卖方承担了披露使用方法的默示义务。

案例二涉及德国法上的注意义务：甲是为乙治病的医生，他为乙所开的药物会导致乙的反应力减弱从而影响其驾车的能力，但甲忘记告诉乙这些药物可能对乙造成的影响。乙在服药后驾车时因反应缓慢而发生了车祸受伤。乙要对甲提起诉讼的理由在各国法律上有所不同。和德国法相似，希腊、西班牙、意大利等均依据诚信作相同的判断。法国和比利时认为应依“公平”的方式确定医生对病人的警示义务。奥地利法认为可以用合同法上的特别注意义务来处理。而英国法认为这是一个合同解释的问题。另外，几乎所有的法律制度都认为人身伤害诉讼同样可以依据侵权行为提起，而北欧法并不严格区分侵权责任和合同责任。

案例三涉及德国法上的披露或通知义务：甲是乙银行的长期客户，某一天甲发现自己在乙银行所开设的账户上多了1万美元，他认识到这可能是乙银行的一个失误，甲是否负有对乙银行的通知义务？尽管所有的法律制度都承认甲不能因银行的错误而获得实际利益，但对于甲是否具有通知义务产生了分歧。和德国相似，希腊、比利时、西班牙和意大利法均认为进行通知是诚信的明确要求。奥地利认为是合同法上的特别注意义务。法国法认为没有通知义务，因为该案的案件事实应该适用不当得利而不是合同法。而比利时法和意大利法尽管与法国法一样认为应适用不当得利的原理，但并不排除适用合同法，也不排除根据诚信产生通知义务的可能性（尽管这两国对此问题均无成文法上的规定）。英国法认为这里所讨论的通知义务可以和缔约披露义务进行类比，而英国法在这一点上的态度并不明确。北欧法和爱尔兰法则明确甲没有通知义务。

案例四与德国法上的后契约义务有关：甲长期在乙医生处看病，但后来与乙医生起了争执，于是甲决定今后另请医生看病。于是甲请求乙移交所有的病历以及乙为甲所做过的X片等医疗资料，乙是否有义务满足甲的请求？各国法律在在移交治疗记录（至少可以允许复制）这一点上没有分歧，但依据的理由有所不同。德国法认为医生有妥善保管治疗记录合同义务，而患者有选择医生的自由，因此医生有义务将治疗记录转移给患者重新选择的医生，其依据仍然是242条所产生的诚信附随义务。类似的还有希腊、西班牙、丹麦法。爱尔兰法认为可以依据默示条款。由于此问题涉及医疗卫生，许多国家对此有制定法，有的制定法在公法（公共福利、公共服务）的框架下对此问题作出规定。

案例五涉及德国法上的不当竞业义务：甲和乙都是单独执业的医生，分别在A市和B市开业。他们达成了业务互换的协议，甲到乙所在的B市利用乙原来的诊所开业，而乙则到A市利用甲原来的诊所开业。但在互换后的一年后，甲发现他并不喜欢B市，于是他通知乙他将回到A市并在原诊所附近另开一家新的诊所。乙向法院申请禁令以禁止甲实施自己的计划。法国、英国、爱尔兰、

²⁷² 案例及分析选自 Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good faith in European contract law*, supra note 29.

北欧法均认为甲没有一般性的不为竞争的不作为义务。但法国法强调甲不能采用背信的行为 (disloyal behavior) 以及损害乙商誉 (goodwill) 的行为与乙竞争。英国法强调甲不能用拉拢其原来的患者的方式与乙展开竞争。德国、希腊、奥地利、西班牙、意大利法认为在一段合理的时间内甲没有权利这样作, 其理由是根据诚信原则对合同作补充解释, 禁令申请应该得到批准。

案例六涉及德国法上的保护义务: 甲受雇于乙的餐馆当厨师。根据劳动合同, 甲应该出于卫生原因在工作中佩戴乙为其提供的工作帽。但是, 这种工作帽中含有一种引起甲皮肤过敏的材料, 因而甲就自己买了一种其他材料的工作帽, 与乙所提供的工作帽在外观上有细小的差别。乙以保持餐馆的统一形象为理由不许甲佩戴自己买的工作帽。对此争议, 英国法主要通过合同解释方法, 结合明示和默示的条款来保护雇员。法国和比利时法认为雇主对雇员人身权利和自由的限制应该与雇员的工作性质及所设定的工作目的相适应, 不能过分。意大利法同样认为雇主不能对有关雇员决定自己生活方式 (right to his or her own life-style) 的权利加以限制, 而本案的限制值得怀疑。即使雇主并未在此点上违法, 也仍然违反了宪法所规定的必须保证劳动者健康的义务。苏格兰、瑞典等国采用的是“合理性”标准, 这与比利时所依据的不得滥用权利标准 (属诚信的下位概念), 西班牙所直接依据的诚信类似。德国法主要依据民法典 315 条的规定, 即“给付应由订立合同的一方当事人确定的, 在发生疑问时, 应按公平的方式加以确定。……依公平的方式加以确定的, 仅在该项确定符合公平原则时, 对方对另一方当事人有约束力。……”这种依“公平方式”确定当事人义务的方法, 实际上是诚信的另一种表达, 将解释的权力赋予法院。

从上述的比较可以看出, 各国实际上运用不同的法律技术和制度来解决德国法上运用附随义务理论所解决的问题, 以满足诚信的要求。其中, 有的国家直接引用诚信原则及类似原则 (如公平、合理等); 有的国家更倾向就具体案件事实求助于更具体的法律规定 (如买卖法、劳动法等), 结合合同的特定进行法律适用或类推适用; 以英国为代表的普通法则将这些问题视为合同的解释问题, 运用普通法的默示条款等规则对具体事实进行解释以达到公平的结果。事实上, 德国法院在有关附随义务的案件中, 也常常是不仅引用 242 条有关诚信原则的规定, 而且同时引用民法典 157 条有关合同解释的规定, 有时还引用 133 条有关意思表示解释的规定和 138 条有关善良风俗的规定, 而且一再强调从具体案件中所产生的规则不能脱离该案件的具体事实而一般化, 这一方法和英美法的方法已经较为接近。另外, 德国法院并不试图将有关诚信的判例进行一般性总结并加以协调, 而是保留了判例法的形式。

可以说, 由诚信而发展的附随义务理论, 在很大的程度上改变了以德国为代表的大陆法系的司法风格, 让大陆法开始出现普通法系的特征, 共同呈现的判案特点是显示出强烈的实证主义倾向, 注重实际的社会效果, 有时甚至是从结果开始分析 (result-oriented), 不同于以往以机械的方式适用传统原则和制定法。

第四节 情势变更制度

一、德国法上的情势变更制度

(一) 情势变更制度德国法上的特殊发展

诚信原则在合同法上具有多重作用,除了常见的矛(填补法律漏洞,发展新的诉讼理由)和盾(诉讼抗辩理由)这样基本的功能外,同时也能对意外风险进行合理分配,承担这一功能的主要是在诚信基础上发展起来的情势变更制度。

在合同成立之后,如果发生了某些情况阻碍了当事人一方履行合同义务,而这些事件的发生,按照订约当事人的意思不应属于当事人所应承担的风险范围内的,则应当作为例外情况来处理。如德国民法典 275 条规定:“债务关系发生后,因不可归责于债务人的事由,以致给付不能者,债务人免除给付义务”。瑞士债务法典 119 条也规定:“因不可归责于债务人的事由,致使给付不能者,视为债务消灭”。给付不能包括事实上的不能和法律上的不能。前者如特定物买卖的标的物非由于卖方的过失而灭失,后者如租船合同项下的船舶被政府长期征用或政府实行封锁禁运等。由于债务人对此并无任何过失,所以不应承担由此造成的风险,不承担违约责任。但是,如果意外事件的发生并未达到让债务人不可能履行合同的程度,而是使合同的履行发生了实质性的变化,使得合同双方原先大体平衡的权利义务变为极不相称,就产生了情势变更的问题。

情势变更制度早在阿奎那(Aquinas)的著作中有论述,也称为“情事不变条款”(clausula rebus sic stantibus)。该制度曾经明确地规定在巴伐利亚民法典(1756年)、普鲁士民法典(1794年)和萨克森民法典(1863年)之中,但并不为德国民法典所采。这很大程度上是由于德国民法典所制定的年代经济相对稳定,充满乐观主义,强调法实证主义,并未充分考虑到情势变更的问题。²⁷³但是,两次世界大战对德国造成了非常特殊的影响,特别是一战后的恶性通货膨胀完全动摇了合同履行的根基,引发了强烈的社会关注和尖锐的社会矛盾。在一战开始时,一个金马克等于 1.05 马克的购买力,战后这一数字变为 2.62。到 1922 年,上涨到了 36.7。从 1923 年起,通货膨胀恶化,2785 马克只等于 1914 年 1 马克的购买力。到该年底,这一数值上涨到惊人的 12004 亿马克等于 1914 年的 1 马克。马克与美元的兑换率竟然以十亿为单位。在这种情况下,德国法院不得不依据德国民法典 242 条的诚信规定发展了情势变更制度以解决现实问题,避免僵硬适用传统的概念和规则所造成的不合理的结果。因此,情势变更制度在德国上的发展是与德国的独特历史分不开,其产生的背景与西方世界的“经济危机”也不相同。这一制度充分表现了德国法的特点。

从判例上看,情势变更制度在德国法上主要指如下情形:1、在订约后所发生的意外事件让合同目的完全落空。2、履行已经成为不可能。3、履行尽管还有可能,但变得难以履行(impracticable)。4、关于合同基础的共同错误(不包括第 2 项所指情形)。从成文法上看,德国民法典的 275 条,279 条,321 条,323 条,610 条,779 条,519、605、775(1)实际上都涉及到情势变更的问题。²⁷⁴

这些情形,在不同的法律制度中是通过不同的法律制度来加以解决的,而德国法均在诚信或者情势变更的标题下加以讨论,其最重要的特色是针对合同当事人仍然希望继续合同的情况,由法院根据变更后的情势来调整合同义务。

(二) 德国学理关于情势变更制度的论述

1、“经济不能”理论

由于第一次世界大战造成的社会与经济的混乱,导致了大量的合同根基的动摇,德国法院首先提出了“经济不能”的理论,将所谓的“经济上不可能履行”

²⁷³ 后来的一些民法典注意到了这一问题,避免了德国民法典所遭遇的困境,如希腊民法典。

²⁷⁴ 瑞士债务法典 373 条承揽合同的设定了情势变更的条款。

解释为德国民法典第 275 条所指的给付不能，即将经济不能作为给付不能（法律不能及事实不能）处理。所谓经济不能，指因经济情势的变化，给付已经在经济上完全不同于合同的约定，给付本身虽然可能，但只有当债务人在其原来负担的义务之外再作出牺牲或者付出才能实现给付（实质上与合同原来规定的义务完全不同），这样作出的给付实际上是由债务人承担了不应由其承担的困难。因此，战争之后不应继续履行原合同，而应按给付不能处理。

试图扩大解释民法典所规定的“给付不能”将遭遇两个主要问题。其一是“经济上不能”的概念非常模糊；其二是如果法院接受了“给付不能”的诉请，其结果将是解除合同，而在许多情况下，这并非双方当事人所愿。当事人需要在保持原合同关系的情况下，就意外事件造成的给付不成比例问题进行互利的调整。

2、奥特曼的交易基础丧失理论

1921 年，德国哥廷根大学的奥特曼（Paul Oertmann）教授在《交易基础：一个新的法律概念》一书中提出了交易基础学说，对交易基础的概念进行了重新阐释，他认为，合同（交易）基础就是订约一方根据存在或将要形成的状况作出的假定，该假定在订约时为对方所明知并默许，构成了意思表示的基础。或者说，合同基础就是在特定的状况下当事人订立合同和设定合同条件的共同假定。交易基础有可能自始欠缺，即订立合同时，当事人假定其存在但实际上并不存在。也有可能事后丧失，即在合同订立后不复存在。这一理论强调构成交易基础的假定应该是在“订约”时所形成并为对方所“默许”。与以前所考察的较为抽象的当事人的“期待”相比，交易基础学说更为具体地考察情势变化对于交易的明显影响。²⁷⁵

根据上述奥特曼对交易基础所下的定义（称奥特曼公式），奥特曼认为交易基础应当具备以下特点：（1）交易基础为法律行为的客观的基础，而非任何当事人意思决定及为表示时的主观的基础，因此与动机截然不同。（2）交易基础并非法律行为的构成部分，尤其不须明示提升为影响法律行为效力的条件。（3）交易基础并非一般所称的法律行为目的。（4）交易基础概念本身的确定标准应当是主观的，是依当事人的“预想”而定的。

1923 年的里程碑案件采用了奥特曼所主张的行为基础丧失理论，²⁷⁶自此以后，这一理论成为处理情事变更问题时的主导性的观点。但是，这一学说也并非无懈可击，譬如德国学界常讨论的一个例子是，父亲为将要结婚的女儿订购了一套家具，但因意外事件使得婚礼无法举行，父亲是否可以解除这一家具买卖合同？连奥特曼本人在内，都认为因婚礼计划改变而提出交易基础丧失很牵强，卖方不应该承担这样的风险。

3、交易基础丧失理论的发展

二战之后，德国判例虽然仍以奥特曼的公式作为判断行为为基础的依据，不过更加推进了一步，认为因情势的变化而导致债务人“期待不可能”场合，即存在交易基础的丧失，强调以期待不可能作为判断标准。不过，学说上并不赞成判例的这一动向，譬如拉伦茨（Larenz）认为，判例的这一动向放弃了对交易基础之要件的具体化和类型化。为将交易基础丧失的典型事例加以类型化，拉伦茨提出

²⁷⁵ 奥特曼的交易基础理论是在修正温德豪特的“前提假设论”的基础上提出来的，两者之间的区别是，温德豪特强调的当事人的希望和期待，而在奥特曼的理论中，对于事物的未来进程的预想，单纯地由后来遭受不利的一方单方面宣称尚不充分，该方当事人须对此预想在合同的缔结过程中表露出来，而且要为对方所默许。因而，奥特曼理论强调的是变更的情势对于交易的外在效果。具体的论述可参见 Locher, "Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck" in *AcP*, 121, 1 (1923).

²⁷⁶ RGZ 103, 328

“修正交易基础说”，将“交易基础”区分为主观的基础和客观的基础。主观的基础是指缔约过程中表明了并且导致双方当事人缔约的情势。客观的基础指为了实现合同的客观目的而在逻辑上必须存在的全部情势，即使这些情势在当事人达成合同时并未存在于其头脑中。但交易基础丧失理论适用于所有的情势变更，而不论当事人在达成合同时是否在头脑中意识到了这些情势。

在拉伦茨看来，主观的交易基础是动机发生过程的构成部分，因而，对主观交易基础在法律上的把握，是与动机错误的理论以及“意思欠缺”的理论相关联的。与此相对，客观的交易基础是与合同目的以及合同双方当事人共同的意图是否实现相关联的。因此，对客观基础丧失的处理涉及主观不能、嗣后的客观不能以及目的不达的理论，而主观的交易基础丧失可能涉及共同错误（包括共同的“动机错误”）。客观的行为基础丧失，主要发生在两种场合，一是所谓“等价关系的破坏”（或称为“对价关系障碍”）场合，²⁷⁷二是“目的不达”的情形（见后述）。拉伦茨的修正交易基础说一经提出，便受到多数学者的赞同而成为德国目前的通说。但在主观基础与客观基础之划分标准上，则引起了很大争论。

80年代以来，德国学者越发认识到，情事变更原则问题乃是合同的实质公平问题，随着合同法的伦理化及形式主义合同概念的扬弃，使情事变更原则更显重要。学者主张彻底改变民法典立法精神，直接以“实质的合同概念”作为处理情事变更问题的理论依据。在方法上突破概念法学的限制，有效运用“判例拘束”方式，创设在交易基础概念之下具有操作性的裁判规范，以“对等性原则”及“期待可能性原则”为事实上的决定标准，并根据无期待可能性的程度，决定法律效果为变更合同内容或解除合同。

对于学理上有关情势变更问题的探讨，学者们都清醒地认识到，学理只能起到指导性的作用，情势变更问题和其他诚信问题一样，并无一个非常确定的标准。譬如拉伦茨认为法院在处理具体案件时，所引用的各种理论其实都如同装饰物，每一个案件都是根据其具体的事实来判决的，而各种合同所遇到的意外情况也都不同。案件的实质因素是内生于各种具体合同的风险分配问题。Treitel教授也对建立统一的理论原则持怀疑态度，认为应更关注个案分析。这一趋势实际上在二战后的司法中已经凸现。

二、对德国有关情势变更的判例的考察

（一）以法律扩大解释为主的阶段

德国法最初涉及情势变更的案例实际上是以经济上的履行不能为理论基础的，由此发展的规则可以称为“难以履行规则”，适用于发生了意外事件导致履行或预想中的履行变得艰难的情形。这些意外的事件包括火灾、成本大幅增加以及通货膨胀等等。法院认为，如果仍然要求受这些意外事件影响或损害的一方按原来的合同约定履行，将无异于恶信行为。

最初的相关案件出现在1904年，²⁷⁸被告按约定需要交付特定的货物，即按其秘方所生产的面粉。在交付前，被告的加工厂因火灾而焚毁，但准备交付给另一位客户的2000吨面粉已经生产出来。原告以被告未能给付构成违约为由请求赔偿。被告认为这构成了民法典275条所指的不可归责的给付不能。法院认为，

²⁷⁷ 等价关系的破坏；譬如一个雇工人说好一年后可以拿到工钱，但是，由于这期间的货币贬值，因此他得到的工资不可能与当初订立合同时的价值相等了，如果他拿到的钱和合同规定的相同，他就不能以合同要求补偿因货币贬值所造成的损失。双务合同中，给付与对待给付应互为等价，如果这种等价关系遭受破坏，当事人只能以公平的理由提出请求，因为在合同上没有任何规定。

²⁷⁸ RGZ, 57,116.

从严格的字面意义而言，本案确实不能构成事实上的给付不能，因为被告仍可将准备交付给其他客户的面粉交付给原告以履行合同，或者从客户或市场上购买相同的面粉来交付，因此如果机械适用根据民法典 279 条，被告应承担违约责任。但是，法院认为，根据 242 条的诚信原则，意外事件的发生已经让给付变得非常艰难以致从商事的角度而言，这种非同寻常的困难已经构成了“给付不能”，被告应免除合同责任。在另一个事实非常近似的案件中，法院认为意外事件的发生已经使被告的合同义务变得“实质不同”，而在可预见的合理时间内（尽管该工厂已经决定重建），该工厂不可能生产面粉，所以给付在事实上已经变得不可能而不是履行迟延。²⁷⁹

给付不能还适用于因为商品短缺或战争引发的制造成本的大幅度上涨，如果该成本已经大大超过了合同约定的价格，有可能被判定为履行不能，譬如坚持履行会导致债务人的破产。债务人常常进行这样的经济状况恶化抗辩（defence of ruination）。在欧宝公司案中，欧宝公司的德国南方独家经销商按 1919 年的报价签订了一批汽车买卖合同。由于战后的恶性通货膨胀，执行这些合同时成本已经大幅度增加。法院首先认为卖方应该承受涨价带来的风险，这就如同买方应该承担降价的风险一样，但就本案而言，由于供应商签订了大量的此类合同，如果按原价履行，将导致供应商的倒闭，因此可以解除合同。这一判决受到了批评，因为其确定性较差而难以对司法形成指导。在现实中，往往是管理较差的企业抗风险能力差，容易倒闭，对财务状况较为脆弱的债务人实行特殊的保护并无必要。另外，从民法典 279 条看，有关金钱的给付能力出现变化不能免责，不能构成合同基础的丧失，债务人不能以继续履行对其构成过重负担而免除合同义务。因此，在 1921 年后，此理论不再流行，主流意见认为应强调履行的同一性，即实质性的经济变化已经造成债务人的给付义务不同于合同的约定义务，所以构成履行不能，²⁸⁰ 债务人可以解除合同。但法院通常并不轻易认定涨价构成“经济上的给付不能”，即使是超过了 100% 的涨价，法院仍需要综合考虑具体的案件事实以及判决可能造成的社会影响来进行判决。²⁸¹

（二）采用以“交易基础丧失”理论为基础的新方法

尽管法院试图迂回地（如通过法律解释）减轻因战争对合同履行造成的影响，但一直明确宣称自己无权对合同内容进行调整。在 1915 年的案件中，被告是一个马戏团，在 1913 年与原告订立演出合同（原告需支付被告演出报酬），因为战争的影响，门票收入减少，原告希望终止这一合同。法院对此回答得非常肯定：根据法律“法官并没有权力来调节当事人间的合同关系以减轻战争所带来的困难。”²⁸² 五年后，法院的态度在另一个案件出现了一些变化：原告在 1915 年与被告达成了商业性租赁合同，原告同时为被告的生意提供蒸汽。到 1920 年，提供蒸汽的成本飞涨，原告就向被告提出由被告额外支付一笔钱，或者答应原告将价格提高到一个合理的水平。被告以契约必须遵守为理由拒绝支付额外的金额。法院支持了原告的主张。法院宣称：“法官首要和重要的任务就是通过判决来满足社会生活的迫切需要，并且应让自己受社会生活经验的指导”。²⁸³ 这一判词十分重要，不仅因为其放弃了在“公平”的名义下进行严格的法律分析，并且包含了

²⁷⁹ RGZ 42,114,115.

²⁸⁰ See judgement of 2 February 1921, 50 JW 833; judgment of 29 November 1921, RGZ 103,177. cite from Werner F. Ebke and Bettina M. Steinhauer, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, supra note 71 p181.

²⁸¹ 参见 RGZ 88,172. RGZ 92,322 and 95,41.

²⁸² RGZ 86, 397.

²⁸³ RGZ 100, 129.

进行方法创新的要素，即法院不仅有权终止合同关系，而且在特定条件下可以重新调节当事人的权利义务。特定条件包括：1、双方当事人都希望继续合同关系。2、对双方当事人的权利义务进行调节是可能的。3、与合同相关的“外部条件发生了非常例外的重大变化”（very exceptional transformation of circumstances）。法院此处一再强调，适用新方法的最重要的原因是双方当事人都不愿采用“履行不能”理论所提供的解除合同这一单一的救济方式。

新方法并没有立即在所有的法院都得到支持（当时只有7个法院赞同，两年后增加到13个），但其突破性是不容置疑的。其实，不管这些判例是迂回还是直截了当，都反映了法院希望将风险进行合理分配的政策性考虑：战争失败而带来的货币贬值的风险不应该由某一方来承担，而是应该由双方来承担，即由社会上的大多数人来承担。法院重新估算合同价值的判决开始增多，而1923年的恶性通货膨胀让法院的此类判决成为了全社会关注的焦点。在1923年的一个里程碑式的案件中，法院不再像以前那样使用充满感情的语言，而是直接承认了奥特曼的理论，无可争议地肯定了新的趋势。²⁸⁴该判例的事实其实并不复杂：土地的所有人（抵押人）希望用旧马克付清其借款，涂销抵押，但抵押权人不同意，认为抵押人应该付清经过重新评估的合理数额。本案遇到了以前判决所未能明确回答的两个问题：1、如何解决合同用语未能给司法干预留下任何空间的情况。2、如何处理成文法所明确的货币名义主义原则。法院面临的政策性的考虑实际上是如何在一个陷入混乱的货币市场上合理分配货币贬值造成的风险。本案的判词尽管并不强调以情动人，语调也并不激烈，但明确了此前判例所隐含的若干重要的论点，这些论点在此后一直被奉为经典。

第一个重要论点是只有在具有严重破坏性的情况下司法才能进行干预。判词认为：只有发生了非常特殊和例外的环境改变才可以要求对因此而造成的后果进行重新估价。仅仅是随后发生了没有预见到的也不可能预见到的条件的改变这一事实还不够。而货币名义主义必须废弃是因为“当1909年货币管理法通过时，并没有预见法定货币会发生如此严重的贬值，以致（这一原则）将产生与民法典242条不相容的后果”。这一论点在二战后的另一个判例中作了进一步的表述：适用交易基础丧失理论的一个条件是（司法所干预）的变化具有紧急的性质并且非常显著地影响到合同当事人的利益。并不是所有的在合同缔结时当事人没有预见到的，但后来对原先当事人的平衡关系造成的不利改变都可以成为放弃“契约必须信守”这一原则的理由。这种改变必须是相关环境条件带根本性的、急剧的变化，这一变化使得合同双方的给付变得极不相称，要求某一方当事人仍然信守合同与法律和正义不相符，从而不可容忍。²⁸⁵

第二个重要论点是所有的这些判例都并不具有推翻一般性规则的效力。法院强调“有必要根据诚信原则就每一个案件来决定货币贬值到何种程度才需要对债权人的请求进行重新估价”，“并没有一个一般性的原则来对所有类似的抵押权的请求进行重新估价，也不能为重新估价设定在某个统一的程度”。（法院的这一意见因为1925年议会的通过的重估价而改变，该法设定的统一重估标准为以金马克计价的原数额的25%）。

第三个重要论点是法院将主要通过调整合同内容而不是终止或解除合同来应对这样的危机。这实际上根植于合同法的一个基本信念：设定法律的基础是帮助合同得以履行（或者说促使合同履行是合同法的一个基本假定）。因此许多随

²⁸⁴ RGZ 103, 328.

²⁸⁵ BGH NJW 1959, 2203-4.

后的判决都强调说法院并不是在干预合同，而是帮助合同产生其本应产生的结果。²⁸⁶这一点非常重要，有助于解决别国学者的疑惑：许多学者（特别是英美法的学者）常常不理解为什么在许多情况下，法院不采用更为简单的解除合同并配合使用不当得利的原理的方法，而是不厌其烦地对合同内容进行“调整”或“干预”，认为这实际上是“不可完成的任务”。较为流行的解释即此处所提到的德国合同法的假定——既然发生了合同没有规定的偶然事件，法院就应该介入填补这一漏洞。但也有学者并不认为上述假定与德国法院的作法结论相关。

美国的 Dawson 教授对 1923 年案的评论是：法院如此大胆地判决是德国司法界勇气和充满想象力的洞见的证明。在历史上较为罕见的一段时间，法院承担着缓和极端不公平的任务——尽量保持经济崩溃中仍然起作用的秩序，最终重建未被完全摧毁的价值体系。本案突破了前述法院曾经明确宣布的规则：“根据实定法的规定，法官并无权力为减轻战争带来的不利影响而调整合同内容”。²⁸⁷肯认了诚信观念主宰着法律生活，排斥任何导致不公平的现象和行为，存在于特定的法律（实在法）的之外的观点。而从法官本身而言，作为中产阶级的成员，在恶性通货膨胀中损失惨重，因此他们也通过创新的判决来表达对社会现实的强烈不满，这也构成本案如此判决的重要原因。²⁸⁸

（三）法院进行“调整”的方式

既然德国法对合同基础因意外事件而丧失（发生情势变更）的倾向性做法是修订合同而非终止合同，因而“调整请求”成为此类诉讼的实质。初审法官审理此类案件所得到的指示是，不仅要考虑土地的增值，还要考虑案件所涉及的其他因素，譬如债务人的经济能力，土地的性质（是农地、工业用地还是城市土地），土地所负担的公共性质的费用等。通常，“调整”都表现为增加给付的数额以平衡已经履行的对待给付。因此，上述的 1923 年案件中的抵押人要想涂销抵押，就需要付比原合同所定金额更多的金钱，根据重估法，这一数额是以金马克计算的抵押总值的 25%。尽管有这一固定比例，但法院仍在实践中遇到了一些难题。第一个难题是在一个案件中，土地的出卖人（抵押人）承担了涂销土地抵押权的义务。出卖人在进行移转登记之前以旧马克还清了借款涂销了土地抵押权，但贷款人（抵押权人）以未得到充分补偿为由提请登记机关重新恢复了抵押权登记。而这一恢复的法律后果是出卖人未能履行 439 条第 2 款所规定的排除土地上所有负担的义务。因此，出卖人就需要第二次付款涂销抵押权，而且必须用金马克付款，这一数额甚至超过了土地的买卖价格。法院在此案中认为根据诚信的要求土地的出卖人有权要求土地的买受人分担涂销抵押权的费用，而分担的具体比例应由法院根据具体的情形来决定。如果买受人不愿意分担，他可以解除这一合同。第二个难题与第一个难题的情形相反。重估法实际上减轻了土地的买受人的原有负担。在土地买卖合同明确约定由买受人负责偿还了土地所负担的抵押债务的情形，重估法的这一规定就让买受人所支付的买卖价格实际上低于了其本应支付的价格，于是法院要求土地的买受人支付更多的金钱以平衡上述变化带来的不公平结果。

与上述情形相似的事实随后又发生在 1948 年夏天德国发布了一系列重要的有关经济的法令之后。1948 年 6 月通过的货币立法规定流通中的马克按 10:1 的比例换成新马克（同时解除价格管制）。这实际上便承担了付清抵押借款义务

²⁸⁶ 参见 BGH JZ 1952, 145.

²⁸⁷ RGZ 86,397,398. 在 1921 年的 RGZ 90,374,375 中引用并重申。

²⁸⁸ 33 Mich. L. Rev. 171,238; 93 Boston L. Rev. 1039, at 1049.

的买受人可以以原来 1/10 的价格来付清欠款，涂销抵押，从而获得了一笔“横财”。法院又再次通过判例确认买受人应将所“节省”的金额偿还给出卖人。法院将这一“调整”比例定为买受人所受利益的 10% 的金额。²⁸⁹

法院除了以增加金额的方式来对合同内容进行调整，也采用其他的替代方式，如降低或者按比例来减少合同履行的价值，或者改变履行的时间（如延展履行时间）等。甜菜案就是这方面的典型案例：战后东德的两个商人在苏联占领之前做甜菜生意，原告（出卖人）在自己的土地上种植甜菜，被告（买受人）在自己的土地上对甜菜进行加工提炼。在加工开始后，原告向法院提请被告支付货款，但案件还未判决，被告的土地就被苏联人没收，在这种情况下，法院认为被告已经遭受了巨大损失，不应该再支付原告的货款。但上级法院认为本案应适用诚信原则，买受人应该支付部分货款，具体的数额由原审法院来决定。²⁹⁰

用替代履行的方法来调整合同内容的情况较少，只在特殊的情形下采用。如在一个案件中，法院判决支持了用提供直流电的办法来替代履行合同约定的提供交流电的义务。²⁹¹在另一个案件中，有一位城市居民（原告）希望在乡下找一处地方居住，有一家开发商（被告）答应在某处为其建造房屋并租给他，但合同双方都出乎意料的是主管机关拒绝发给建筑许可，于是原告请求返还定金。被告提出他可以在原来计划建房的地点附近另外找一块地建房，其品质（包括风景、空气质量、环境等）与合同约定的房屋并无区别。该地尽管并不属于被告，但该地的所有人愿意以相同的租金租给原告。法院认为，如果上述事实都能被证明，那么应该判令替代履行。但是，在与此相似的一个案件中，法院却得出了相反的结论：原告签订了在一个较长的期间内供应某个煤矿生产的煤炭的合同，由于生产成本低，出卖人关闭了该煤矿，希望能以其他煤矿所生产的质量差不多的煤作替代履行，法院并没有支持这一替代办法。²⁹²

尽管法院也承认诚信在特定情况下将要求完全解除合同义务，但在实践中判令解除合同的情况很少。球员转会案就给法院提出了一个难题，法院在无法找到其他办法的情况下判令解除合同。该案涉及一个足球运动员的转会，在转会协议签订前，该运动员接受了贿赂并故意输掉了一场比赛，而合同双方对此一无所知。在 1952 年的大众公司案中，法院出人意料地判令继续履行：在二战刚开始的时候，两个原告以及 33.6 万潜在的购买者，向被告大众公司的受托人 DAF 进行了小额的支付，DAF 将预付的这些钱存在柏林银行。²⁹³战争开始后，汽车工厂用于军事目的并在此后因盟军的轰炸而大部分毁坏，而银行存款最后被前苏联占领军没收。现在原告请求交付大众车并愿意支付由法院所评估的价金。初审法院以合同基础已经因前述的事件而丧失驳回了原告的请求。上级法院不同意初审法院的看法，以前述合同应予履行的假定开始分析，要求初审法院考虑潜在的 33.6 万的购买者对合同的想法。此外，要求大众公司尽可能地多生产小汽车以保证在将来履行这些合同时并不会十分困难，并同时能够满足新客户购买汽车的要求。

（四）德国判例的类型划分和趋势

根据 242 条判决的情势变更的判例可以作多种划分，但就德国法本身的体系而言，学者倾向于将上述案例分为两类：一类是合同的支付方式与金本位相关或

²⁸⁹ BGH MDR 1959, 564.

²⁹⁰ BGH MDR 1953, 282.

²⁹¹ BGH NJW 1954, 1323.

²⁹² JZ 1972, 120.

²⁹³ DAF 是纳粹体制下替代工会的组织。潜在购买者是指购买大众公司印花票的人，当要求的金额满足后，就可以用印花票换取一辆大众车。

使用的货币与与金本位联系，这是为了解决 20 世纪 20 年代的通货膨胀问题。20 世纪 30 年代由美国所引发的大萧条导致各国放弃了金本位，造成了另一个诉讼高峰。通常是卖方要求增加支付数额以弥补通常约 20-30% 的货币贬值，这类请求通常会得到支持，由初审法官对相关事实进行调查以确定具体的数额。

另一类判例主要是有关特殊的异常情况对一方合同当事人造成困难的情形。譬如一方负有定期支付另一方金钱以保障另一方的基本生活的义务（如年金、养老金），定期金的领取人在货币大幅贬值后生活出现困难，通常要求提高支付数额。这种情况主要发生在 20 世纪 20 年代，二战后的法院在此方面的判例显然地减少了，部分原因是因为生活费的涨幅并非特别大，法院不愿意轻易介入变化并不特别显著的合同关系，更重要的原因是年金的总数额已经变得非常大，如果对某一个合同的年金数额作调整，就有可能引发连锁反应，从而导致年金总额的大幅度增加，社会无法承担。但法院在 1973 年的一个判例中，表明了“偏向虎山行”的态度，调高了年金数额以防止“不可容忍”的不公。²⁹⁴案件的事实是：原告于 1935 年开始受雇成为被告公司的董事，他从 1951 年起开始领取以他的工资为基础计算的退休金。在随后的 10 年中，生活费用的年涨幅约为 1%，但从 60 年代开始，生活费用增加很快，到 1971 年，累计生活费用增加了 54%（相当于货币贬值了 35%），原告请求调整退休年金。法院一改过去的态度，接受了原告请求，认为不仅要考虑原告参与建立了这个企业，创造了企业的利润，而且要考虑原告对企业长时间的忠诚服务所应该得到的回报，原告因此有权要求重新计算年金。联邦劳动法院还认为，“原告早年所提供的服务，是因为信赖他可以在得到允诺的生活费的基础上计划自己的退休生活。如果这一合理的期待因为货币的贬值而遭到破坏，而他又不能以谈判的方式获得金额的调整，那么这就和多数人的收入随物价的上涨而增加的通常做法背道而驰了”。

该案最终仍发给下级法院来具体决定调整的数额，但判词包含了值得注意的新动向：一是法院表明将来的案件应遵循先协商的程序，即合同当事人在求助法院之前应努力寻求以谈判方式解决问题的可能性，如果谈判不成，雇主应提出他认为合理的建议，只有在双方无法达成协议的情况下法院才接受诉讼请求，事实上，法院发现在商业上，这是非常普遍的做法。二是法院表明了决定具体数额时应当考虑的相关因素，即应以物价上涨的程度来调整年金的数额，年金享有者的财产和收入（如本案中原告原来的高收入）并非应该考虑的因素（但法定的社会保险金的增加除外）。另外，企业的营利水平和平等对待原则也是调整年金时的相关因素。

由于不断有学者对法官是否能够真正胜任“调整”任务提出置疑，²⁹⁵因此近来学界对上述案例中的做法——要求当事人根据司法规则就他们间的争议作重新磋商，只有在实在无法达成新协议的情况下下才能请求法院的介入——颇为赞同。但这一作法是否真正有效果也有待观察。

对德国判例进行考察还可看出，是否构成情势变更的“重大变化”应考虑如下因素：1、合同双方交易的等价是否被破坏，即当事人原来期待的平衡是否被打破。2、情势的变化是否可以预见，是否仍在当事人承担风险的范围之内。3、约定的给付目的是否对债权人具有重大影响。譬如养老金的给付将对受领人具有至关重要的意义。4、一方的目的是否为对方所知晓。双方都了解的目的很可能构成交易的基础。5、一方的给付能力不应被过分强调。原则上不存在给付

²⁹⁴ BGHZ 61, 31.

²⁹⁵ 如拉伦茨就曾表达过疑虑。Dawson 在 *93 Boston L. Rev.*, at 1085 中也表达过类似观点。

能力差的一方应较少分担风险的推理。6、合同是否已经履行也不具有重要意义。当交易基础遭到破坏时，即使合同已得到履行，债务人仍可以要求返还他所为的给付。

三、比较法考察

情势变更实际上覆盖了英美法中的以不同概念来指代的情形。前面的考察集中在因为环境的改变而让合同当事人的合同履行失衡的情况以及合同基础丧失的情况（集中讨论德国法所遭遇的特殊情形）。下面要从比较法的角度考察合同目的受挫（frustration）以及对交易基础的认识错误（mistake in basic assumptions）的情形。²⁹⁶Palmer教授在谈到美国的相关法律时说，“对交易基础的认识错误、给付不能和合同目的落空这几个概念之间有显著的相似性”。这实际上表明了尽管在理论上可以将这几个概念加以区分，但有可能在实践中采用哪一个概念并不重要，均有可能得出相似的结论。另外，英美法和大陆法的法律人可能对上述的概念有不同的偏爱。

（一）德国法

1、合同目的落空

通常，债务人必须承担正常的合同风险，如果在订约后发生的在其意想之外的事件让债务人无利可图（合同目的无法实现），债务人并不能因此而免除合同义务，仍应履行合同义务或者承担合同责任。德国法院的基本态度是，“在买卖合同中，卖方为某一个特定的客户而制造产品的主观意图（卖方的合同目的）并不能成为约束双方的合同交易基础。合同的确定性原理要求合同的任何一方都应该由自己来承担订约时所预想的合同目的不能实现的风险。”²⁹⁷在另一个案件中，法院也强调“不能处置（转卖）所购买货物的风险应由买方来承担”。²⁹⁸但在某种情况下，如果双方当事人是以某一特定目的而签约的，签约后发生的意外事件让合同目的无法实现，那么任何一方都不应该依据原合同寻求救济。这正是“合同目的落空”这一术语所指的情形。

在一个典型案件中，原告租用了被告的体育馆为一位著名的歌手举行特别演出，租金为门票收入的15%但最低不能少于1500马克。订约时原告即支付了被告1500马克。但因为歌手生病，演出被迫取消，原告要求被告返还这笔钱。法院支持了原告的主张，认为这并非一个简单的租赁合同，而是为一个特定目的的使用租赁，出租方也知道这一目的，因而这一目的构成了合同基础，目的无法实现即为合同落空。²⁹⁹相似的案例是某人在湖边租下了一个停靠游艇的泊位，但租约签订后不久，当局就宣布禁止在该湖水面上驾船航行，承租人可解除租约。³⁰⁰

另外一个常常提到的案件是有关特殊时期的：被告在西柏林经商，向原告定购了600个钻孔锤，原告也知道这些锤子是为了在东德的煤矿中使用。在原告接受了订单并开始生产时，柏林开始隔离封锁，于是原告要求被告付款，而被告以无法将这批锤子在东德销售为由拒绝了原告的付款要求（由于该批锤子是旧型号，在其他地方也几乎没有市场）。法院认为尽管被告的订单和原告接受均

²⁹⁶ 实际上，前述的情势变更更属于“大的情势变更”——社会的一般条件发生变化，如通货膨胀、货币变换等。而合同目的落空和共同错误常常属于“小的情势变更”——当事人个人的情形发生变化及发生了与合同有关的具体事件。

²⁹⁷ BGH MDR 1953,282-3.

²⁹⁸ BGH NJW 1984,1746-7.

²⁹⁹ OLG Bremen NJW 1953, 1393.

³⁰⁰ 联邦最高法院判决，《有价证券通报》，1971年卷1303页，转引自罗伯特·霍恩等：《德国民商法导论》，156页，楚建译，中国大百科全书出版社1996年版。

没有提到合同的有效性取决于向东德转卖的可能性，但这一可能性构成了合同的基础，因为双方在订约时共同假定转卖到东柏林是可以合理预见的。法院认为在本案中不需要探求本案属于在订约时合同基础不存在还是在合同签订后合同基础丧失，因为就合同有效这一点而言是明确的。本案的关键在于必须运用242条的诚信原则对实际情况作出处理：被告必须就已经生产的部分支付价款，即使这些货物对被告而言已经无实际的价值。同时，被告解除其他的合同义务。³⁰¹

较近的一个案件是因为海湾战争的爆发，原定的在狂欢节上的乐队演出被取消，法院直接引用了情势变更原则，没有提到合同落空或给付不能。³⁰²

啤酒案表明了运用情势变更制度处理合同目的落空问题的发展趋势：在伊朗国王被推翻（霍梅尼上台）之前，一批德国啤酒运到伊朗，但其中的部分啤酒遭到损坏，买卖双方就解决办法达成了补偿协议：1、买方（原告）以每件啤酒原价的2/3的价格支付下一批啤酒的货款。2、当买方订购下一批啤酒时，可以获得2万马克的赔偿款。但是，伊朗原教旨主义体制的确立使进一步订购啤酒的计划无法实施，协议的赔偿金也无法支付给原告。原告在试图与卖方达成新的协议的努力失败后，向法院请求卖方赔偿其最初因啤酒损坏造成的损失。法院首先表明了分析的出发点，认为“环境的改变通常并不能使合同当然解除，一般的规则是合同仍然保持原来的效力”，接着，法院认为“尽管在商业交易中买方应自己承担货物处置的风险，但本案并不涉及这一问题，真正的争议是被告如何补偿原告的损失。双方从未作出过任何表示说如果双方达成的解决协议不能实现，那么应该由原告单独承担这一风险”。因此，法院判决被告赔偿如果补偿协议能够得以实行的情况下原告本应实现的收益数额的一半。³⁰³

这一案件实际上典型地代表了德国法院目前的流行做法，即以风险共担和风险分配的指导思想来寻找最好的解决办法，而不是像以前的许多案件一样用抽象的公平为理由得出结论。这一方法是由1978年的石油危机案所确立的。³⁰⁴

1972年，作为被告的石油进口商允诺向原告以固定的价格分期供应石油，在订约时，石油价格约100马克/吨，到1973年中东10月战争爆发后，价格涨到了约600马克/吨，于是被告通知原告说此后他只能以调整后的价格向原告供应石油，原告拒绝了被告的提议，以违约为由向法院起诉，要求被告赔偿合同价格和向其他供应商处订购石油的价格之间的差额。法院认为这个双务合同最初是等价的，而合同以及相关的环境证据可以说明双方将以何种方式来划定他们各自应该承担的风险。合同所约定的固定价格实际上说明了被告愿意承受价格变动的风险。被告辩称即使是这样，他所愿意承担的也只是在“正常”范围内的价格变动而不是如此大幅度的涨价。法院未接受这一抗辩，认为当被告认识到石油涨价的趋势后，就可以通过增加石油储备等方式来抵消涨价对自己带来的不利影响，因此，从契约必须遵守这一基本的原则考虑，被告认为合同交易基础已经丧失的抗辩不能成立，因为认定丧失交易基础的情形是为了避免产生“与法律、正义相悖的、不可容忍的结果”。

在另一案件中，法院进一步阐释了“风险分配”的理论。住宅开发商在销售住宅的同时也约定由自己经营的产业向住户供暖，价格将根据社区公共供暖企业的费率标准决定。合同签订后，开发商发现公共供暖企业的所定的价格事实上并

³⁰¹ BGH MDR 1953, 282.

³⁰² NJW 1992, 3176.

³⁰³ BGH NJW 1984, 1746.

³⁰⁴ BGH JZ 1978, 235.

没有真正反映成本（没有根据涨价后的煤和石油的价格来计算供暖费率，因为该企业有其他的办法来抵消价格上涨而增加的成本），便要求解除合同。法院坚持开发商应承担合同义务，即使开发商将因此而每年亏损约 6 万马克。法院解释说，对开发商而言，这确实是一个糟糕的交易，但不能以情势变迁为由逃避合同义务，因为导致开发商损失的情势变迁的风险明确是由开发商承担的，而开发商也完全有能力来承担这一损失。³⁰⁵

但并不能因此而认定传统的“衡平”的方式已经完全过时了，³⁰⁶在许多特殊或者不寻常的案件中，法院仍求助于“衡平”理论，譬如因德国合并而发生的特别情形。因为原来的东德实行计划经济，这一经济体制的差异使得建立在市场经济基础上的风险分配理论在处理有关东德的案件时必须保持足够的灵活性。机器买卖合同就是关于这一问题的典型案例。³⁰⁷

原告（卖方）和被告（买方）都是原东德的国有企业，被告向原告订购产于奥地利的印刷机，价格为 170 万东德马克。德国于 1989 年统一，东德马克在 1990 年 7 月 1 日前按 2: 1 的比例兑换成西德马克。在这一时间之前，被告向原告支付了 40 万东德马克。现原告请求被告支付余下的 130 万东德马克（65 万西德马克）。被告辩称，这一合同实际上是为了执行五年计划而签订的，东德银行批准对这一交易给予融资支持，东德银行的融资支持实际上构成了机器买卖合同的基础，其未能提供融资造成了合同基础的丧失，被告不再负有继续付款的义务。法院拒绝了被告的理由，认为未能获得融资支持的风险应由被告自己来承担，合同仍然有效。但是，考虑到东德特殊的计划经济体制，法院认为应按风险分配理论判令双方各承担一半东德并入西德的情势变更的风险，即被告还需支付 32.5 万西德马克（(170 万 - 40 万) / 2）。从表明上看，这个结果没有问题，但事实上原告占了很大的便宜。由于以前东德马克与其他货币的比价（譬如与生产该印刷机的奥地利先令的比价）并不是真正的市场价格，所以原先约定的合同价格（170 万东德马克）就是极不合理的。以当时奥地利的价格和西德马克的兑换率计算，该价格应为 38 万西德马克。而现在的判决结果是原告不仅有权请求 32.5 万马克，而且还有权保留已经得到的 40 万东德马克（即 20 万西德马克），从交易中得到的总价款为 52.5 万西德马克，远远超过了 38 万的市场价格（毛利率约为 40%）。这就导致了要求法院重新根据 242 条诚信原则对该案结果进行“调整”的呼声，对机械适用“风险分担”理论进行改进。

应该注意的是，合同目的落空应与某些债务人不需花费努力就使合同目的得以实现的情况相区别。譬如船东甲就搁浅船舶与乙拖船公司订立拖船合同，但还未履行，船就因为涨潮而上浮脱险，这是履行不能而非合同目的落空。同时，合同目的落空也不应与其他合同目的不能实现的情况相混淆。譬如患者在预定的手术的前一天死亡，使得履行不能。如果医院要求付清手术费用，患者的继承人以什么理由拒绝？通说认为应该依履行不能而不是合同基础丧失。当然，这些界限并不十分清楚，譬如甲为乙油漆房屋，订约后房屋灭失，甲已经为履行合同购置了油漆、毛刷等必要器材，并已预约工人准备开工，但工作却无法进行。学者们对这一情况到底是履行不能还是合同目的落空发生了争论。

2、共同错误

英美法用共同错误理论来解决订约时双方对现有事实发生错误而引发的法

³⁰⁵ BGH NJW 1977, 2262.

³⁰⁶ 传统的衡平方式就是当事人直接以公平的理由提出请求（由于在合同上没有任何规定），法院直接以公平为由进行判决的方式。

³⁰⁷ NJW 1993, 259.

律问题,而德国将对这一问题的讨论放入情势变更制度中。在英国的 *Griffith v. Bryner* 一案中,³⁰⁸被告向原告租用临街房屋以观看英王爱德华七世的加冕典礼游行,双方在订约时并不知道该游行已经因爱德华七世生病而取消,双方约定的租金比平时要高。被告知道游行取消后即拒绝支付租金,原告提起了诉讼。法院认为本案实际上存在共同的错误,所以合同不具有拘束力。在德国,民法典没有对此作出规定,有关表意错误的 119、121 和 122 条均不适用于上述情况。因此,在类似情况下,德国法院只能依据 242 条主张双方共同假定的合同基础不复存在。也有学者认为可以认定为给付不能,因为事实上原告已经无法让被告观看到游行。还有学者认为可以适用民法典 537 条,认定原告所提供的租赁物有瑕疵(无法按被告的要求使用),从而应判令减少租金。

在德国的另一案件中,涉及共同错误的问题:原告于 1959 年与被告达成协议,原告将土地出售给被告,由被告在该土地上建房。这一计划需要当局的批准,但双方认为得到批准是没有困难的。但直到提起诉讼的 1967 年仍未得到批准,此后是否会得到批准也不确定。原告请求交还土地并认定合同无效。法院支持了原告的请求,认为“订约的双方事先都认识到了合同所约定的计划将面临障碍,但他们错误地认为这一障碍是可以克服的……这就发生了共同错误,但此处并不能适用民法典 306 条(客观给付不能),而是应该考虑这一交易的基础是否已经丧失(242 条)。因此有必要考察是否出于意外的迟延已经让订约双方所假定的情势发生了根本性的变化以致依据 242 条诚信原则应认定合同不再具有拘束力”。³⁰⁹

著名的足球运动员转会案也同样涉及到这一问题:所转让的足球运动员在转会之前接受了贿赂故意输掉了一场比赛,但合同双方并不知情。法院认为“并不是所有对合同基础的影响都是显著的。合同法的基本原则是契约必须遵守。只有在例外的情况下才能主张合同基础已经丧失,这一例外情形表现为迫切需要避免因此而带来的与法律和正义相悖的、不可容忍的后果”。本案所涉及的贿赂是一种非常严重的违法行为,已经摧毁了双方的共同假定,因而判定解除合同。³¹⁰

(二) 英国法

英国法上的合同落空是指合同成立以后,非由于当事人自身的过失,而是由于事后发生的意外情况而使当事人在订约时所谋求的商业目标受到挫折,当事人可以不再履行未履行的合同义务的情形。通常,意外情况的发生必须造成了外部环境的完全改变才能符合合同落空的标准,以致在一个通情达理的人看来,合同的当事人倘若事先知道会发生这种变化就不会签订合同或者签订完全不同的合同。英国著名的法官西蒙(Simon)曾指出:“一个有效的合同的当事人,在履行合同的过程中,往往面临着系列他们完全预料不到的情况变化,如极不正常的价格涨落,货币突然贬值,履行合同的意外障碍,或其它类似的事件,然而,这些事件本身都不能影响他们已经签订的合同的效力。但另一方面,如果参照订立合同时的情来考虑合同的各项条款,能够发现当事人从来没有同意过在这样一种预料不到而发生的完全不同的情况下,还要受合同的拘束,这时合同就失去拘束力了”。³¹¹

英国的合同目的落空理论是通过 1863 年的 *Taylor v. Caldwell* 案发展起来的。在该案中,原告向被告租了一个音乐厅以演出节目。在演出日到来之前,音乐厅

³⁰⁸ *Griffith v. Bryner*(1903) 19 T.L.R. 434. 也作 *Krell v. Henry*(1903) 2 KB 740

³⁰⁹ BGHZ 37, 44.

³¹⁰ BGH NJW 1976, 565.

³¹¹ 冯大同主编:《国际商法》,同前注 244, 152 页。

因意外的火灾而烧毁。原告向法院请求判令被告承担违约责任。而法院却出人意料地宣称：“在我们看来，法律的原则是，在其履行取决于特定的人或物的继续存在的合同中，存在着的一项默示条件(implied condition)，即因该人或物的不复存在而导致的履行不能应使该合同的履行得到免除。”³¹²这实际上首次提出了非因当事人的原因(过错)而造成的履行不能可以构成免除合同责任的理由。从英国的其他判例看，法律的变化、政府的征用行为等情况均可能使合同目的落空，而不能提供带有个人性质的服务也同样构成履行不能。³¹³但是，如果合同一方在订约时已经承担了发生特定情况的风险，该方不能因特定情况的发生而主张合同落空。同时，如果当事人因自己的行为导致了履行不能(主观的履行不能)，也不能主张合同落空。在1935年的一个案件中，被上诉人将渔船租给上诉人供上诉人在加拿大海域作业。双方在订约时均清楚租船进行上述作业需加拿大政府的批准。上诉人于是就5艘船进行这类作业向当局提出了申请，其中包括了租来的这艘船。当局只批准了3艘船的作业申请，这使上诉人不得不在5艘船中选择3艘船申请执照，未包括被上诉人的这艘船。法院判决上诉人无权以该船未经获准作业为由主张合同目的落空，因为该船没有用于合同目的是上诉人自己选择的结果。³¹⁴另外，当合同的履行依然可能时，法院倾向于不判定为合同目的落空。在1962年判决的*Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl GmbH*一案中，法院同样没有支持合同落空的抗辩。该案的双方当事人于1956年订立了苏丹花生买卖合同，价格条件是CIF汉堡，单价50英镑/公吨。交货时，因发生了埃及战争，苏伊士运河被封闭，不能通航。尽管卖方仍能取道好望角把货物运到汉堡，但因绕道好望角，航程要比经由苏伊士运河长3倍，运费每吨为15英镑，如经苏伊士运河只需7英镑。卖方由此拒绝装船，宣告合同终止。法院在审理后认为，在这份合同中，卖方实际承担了这样一项义务，即当习惯的航线(经苏伊士运河的航线)不能使用时，应当采取合理和切实可行的航线来运送货物，而好望角就是这样一条航线。因此，卖方应当承担不交货的违约责任。

英国法院在判定合同目的是否落空时，主要依据四种理论：1、“默示条件”说，即上述*Taylor*案中使用的理论。这实际上是法院所运用的一种合同解释方法。2、“公正和合理结果”(just and reasonable result)说，以怀特(Wright)和丹宁(Denning)勋爵为代表。认为合同目的落空理论是建立在法院实现公正和合理结果的目的之上。这一学说与英国的判例拘束原则并不相容，属于较为“激进”的观点。3、合同基础消失(disappearance of the foundation)说。此观点目前并不流行，认为合同的基础难以确定。4、“义务根本改变”(radical change in the obligation)说，这是目前英国法院普遍承认的观点。在1956年的*Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.*案中，³¹⁵上议院拉德克利夫勋爵宣称：“如果在法律上能够承认，在任何一方均无过错的情况下，由于履行的背景情况使合同的履行变得根本不同于依合同承担的履行，合同义务已变得无能力再履行，合同就落空了”。按这一理论，法官首先应参照合同的性质和合同订立背景对合同的条件进行解释，确定当事人的合同义务。接着，法官应考察在发生后来的事件后，如果要求当事人继续履行是否根本性地改变了原有义务。在*Davis*案中，上诉人计划为被上诉人建造78所别墅，总价为94424英镑，工期预计8个月。由于事前未预料

³¹² 转引自沈四宝、王军、焦津洪编著：《国际商法》，286页，对外经济贸易大学出版社2002年版。

³¹³ 譬如当个人性质的服务构成合同的标的时，提供服务的人的死亡或意外地生病造成履行的不可能。见*Robison v. Davison*案。参见沈四宝等，同上注，286页。

³¹⁴ 参见沈四宝等，同上注，288—9页。

³¹⁵ (1956) AC 696。

到的技术工人缺乏和某些建筑材料的短缺, 建筑工期拖延到 22 个月, 施工费用达 11.5 万英镑。上诉人主张合同目的落空, 对方应向自己支付实际发生的费用, 但上议院认为本案仅仅是增加了上诉人的履行负担, 并没有使该方的义务发生根本的改变, 因此拒绝了上诉人的主张。³¹⁶

(三) 美国法

美国法上并没有情势变更这样一个总的原则来解决情况变化对合同效力可能产生的影响。但在合同法重述 288 条对“落空”作了如下定义: “凡以任何一方应取得某种预定的目标或效力的假设的可能性作为双方订立合同的基础时, 如这种目标或效力已经落空或者肯定会落空, 则对于这种落空没有过失或受落空的损害的一方, 得解除其履行合同的责任。除非发现当事人另有相反的意思”。³¹⁷另外, 合同法第二次重述 261 条明确了由于发生各种意外事件, 使合同难以履行 (impracticable, 不现实) 而解除合同义务的情况。对此, 美国统一商法典第 2-615 规定: “除非存在卖方已经承担了更多的义务的情况……, 否则, 如果发生了某种意外情况, 而这种情况的不发生是订立合同时的基本假定, 按照合同的约定履行已变得不现实, 那么, 全部或部分货物的交付迟延或不交付……并不构成对依买卖合同承担的义务的违反。”

根据美国统一商法典的官方解释, 卖方如果要援引本条免除责任, 应满足本条的两个条件: 第一, 按当事人订约时的“基本假定”(basic assumption), 这一事件是不会发生的; 第二, 其后果使合同的履行变得不现实。此处的不现实不一定是指事实上和法律上的不可能(impossible), 而是强调在商业观点看来合同“实在是难以履行”(impracticable or highly impracticable)。因此, 市价的涨落、履行费用和成本的增加都是应由卖方承担的正常的交易风险, 仍需履行合同义务。只有当所发生的意外事件达到了使合同性质发生根本变化的程度, 卖方才能主张免除合同责任。

如果一定要对合同落空和难以履行加以区别, 那么可以认为合同落空理论关注的焦点不是合同履行是否可能或者艰难, 而是合同目的是否实质性落空。合同落空后, 当事人即可主张终止合同, 尽管合同仍然可以履行。

从上面的论述看, 德国法上的情势变更原则与英美法上的合同受挫 (law of frustration) 并不相同, 但与英美法的共同错误规则有重合之处。因为英美法上的合同受挫通常只产生终止合同的法律后果, 法院并无调整当事人权利义务的能力。³¹⁸丹宁曾在判决中试图作德国法院这样的努力, 但并没有得到上议院的赞同。³¹⁹美国的情况与英国相似, 只是偶尔看见与德国法院处理方法类似的案件。³²⁰

(四) 其他法律上的情势变更制度

出于历史的原因, 法国法院对以情势变更为理由要求免除履行的抗辩要求很严格, 一般不容易予以接受。³²¹遇到与情势变更相关的问题, 主要通过不可抗力的原理加以解决。法国法院的判例认为, 只有发生不可归责于债务人的、不可预

³¹⁶ 沈四宝等, 同前注 312, 288 页。

³¹⁷ 对此, 第二次合同法重述 265 条表述为: 除非有相反的情况, 如果在缔约后并非由于某一方的过错发生了某一事件让该方主要的合同目的实质性地落空, 而该事件不会发生构成了订立合同的基本假定, 那么该方可以请求解除余下的合同义务。

³¹⁸ *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn L.C.B.* (1943) AC 32 and *Frustration of Contracts Act 1943*.

³¹⁹ See *British Movietonews v. London and District Cinemas* (1951) 1 KB 190. this case was turned down by the House of Lords in (1952) AC 166.

³²⁰ *Aluminum Co. of America v. Essex Group Inc.* 499 F.Supp. 53, 1980.

³²¹ 譬如法国最高法院 1876 年在 Canal de Craponne 案的判决中说, “在任何情况下, 法院均无权为了修改现存的合同和为了用新的条款取代那些被合同当事人自由接受的合同条款而对时间因素和环境因素加以考察, 无论这样做会使其判决显得多么公平”。转引自沈四宝等, 同前注 312, 292 页。

料的、使债务人在相当期限内不可能履行合同的障碍，才能解除债务人的履约义务。即使发生罢工、进出口限制、政府征用等意外事故，也要考虑具体的案情，只有当这些情况使债务人不可能履行合同时，法院才允许解除债务人的义务。正因实践中主张情势变更很难得到法国法院的支持，所以在两次世界大战后，法国国会鉴于战后情势与战前的巨大变化，通过成文法授权法院解除战前订立的买卖合同以及对长期租赁合同进行修改。³²²

意大利民法典规定，凡长时期之后才履行的合同或分批履行的合同，如一方提出由于发生非常的、不可预料的事件，致使履行的负担特别沉重时，法院有权宣布解除合同。但在适用这一条时有两点限制，第一，如果合同订立后所发生的履约困难是属于正常的合同风险，则不能解除合同；第二，对方当事人可以建议公平地修改合同而反对解除合同。³²³

总之，从上述论述可以看出，建立在交易基础理论和大量判例之上的情势变更制度是一项承担重要功能的诚信法律制度。德国在一战以后的司法实践证明，该制度是用来处理经济及社会情况剧变问题的有效制度，是用来排除因情事变更所发生的不公平后果的普遍准则，并成为贯彻诚信观念的重要途径。此项制度虽然形成于灾变时期，然其运用却不限于灾变时期，尤其对于社会环境瞬息万变的时代，是一项不可或缺的重要法律制度，是诚信的鲜明体现。

第五节 合同的诚信救济制度

一、合同救济制度与诚信的关系

在明确了诚信原则的法律制度中，法院对违约救济拥有足够的控制力，可以直接依据诚信原则以阻止合同权利的滥用并防止在违约的具体情形下可能产生的不公平的后果。而英美法更倾向于创造更具体的法律规则来满足诚信的要求，特别是英国法，由于并未确认诚信原则是司法的一项基本原则，所以更强调法律的技术性，发展了独特的救济制度。从历史上看，衡平法本身就是为了弥补普通法救济的不足而出现的，而英美法也一直奉行“救济先于权利”的名言。所以从效果上看，英国法的违约救济制度（remedy for breach of contract）在相当大的程度上填补了因为缺乏诚信原则而可能发生的不便，违约救济制度实际上成为了英国法体现诚信观念的主要载体。

对于诚信与违约救济制度的关系，普通人常问的一个问题是，如果当事人以恶信行事，是否应承担更重的合同责任？³²⁴由于这一问题涉及的是法律政策的问题，所以并非本文所讨论的重点。从法律制度的设计着眼，本文探讨的核心问题是，在当事人寻求法律救济时，是否应遵循诚信方面的要求？

英国法区分权利与救济，这实际上隐含了人们的一个基本观念，即“权利”一词主要在财产法上适用，而合同法上的“权利”主要取决于能够得到什么样的司法救济。因此，财产法上的“权利”往往意味着这一权利是“绝对”的，而合

³²² 冯大同主编：《国际商法》，同前注244，151页。

³²³ 同上注。

³²⁴ See PH Marshall, *Willfulness: A Crucial Factor in Choosing Remedies for Breach of Contract*, 1982, 24 *Arizona L. Rev.* 733. 在美国，故意或者恶信违约将承担惩罚性赔偿金的作法主要体现在保险法上。参见 Keeton & Widiss, *Insurance Law* (1988) p916 et seq.

同权利往往是“相对”的——取决于司法的结果。这一观念实际上避免了“契约自由”的极端主义，将契约自由限定于设定合同权利的自由，而不包括选择救济方式的自由，譬如他们并不能在合同权利受侵害时，自由地就救济形式达成协议，更不能就违约达成人身惩罚性的协议以及带有刑罚性质的协议。由于救济制度相当于法律的预设，当事人进行修改的余地并不大，这使得法院可以依托救济制度在较大的程度上贯彻诚信的要求。

二、英美法的合同救济制度

(一) 由法院所实施的救济

法院在合同救济的问题上拥有较大的决定权，特别是传统衡平法两种救济方式——实际履行和禁令一直属于法院自由裁量的范围。³²⁵即使当事人约定了守约方有权要求实际履行或禁令，这一约定也并不对法院产生具有约束力，法院将根据具体情况独立得出结论。而下文还将要论述，即使对于司法中最为常用的、典型的普通法救济方式——损害赔偿，法院也同样可以施加影响。

1、自由裁量的救济方式

英国法院灵活运用实际履行和禁令对违约的受损方进行救济。在传统上，实际履行是作为例外的救济手段而使用的，目的是为了解决特定情况下损害赔偿救济不充分的问题。而现代的发展使得实际履行运用大大加强，判定是否采用实际履行的标准也转而主要考虑采用这一方式对违约补救而言是否较为“合适”。³²⁶事实上，法院运用自由裁量的救济方法来避免或减轻因合同而发生的不是衡平法的一贯传统，主要体现在对合同缔结过程的控制上。如果一方当事人使用不正当手段缔结合同或者损害对方当事人意思，即使所造成的不公平并没有影响到合同的效力，法院也不会支持实际履行。对于对价不充分的情形，法院是否会否定实际履行尽管并无确定答案，但对于无对价的情形，法院肯定会拒绝实际履行的请求。³²⁷除了缔结合同形成的不公平将导致实际履行不被支持外，在合同履行中的不当行为也将导致相同结果。*Shell UK Ltd. v. Lostock Garages Ltd* 一案就典型地表现了救济制度与合同项下行为的相互影响。在该案中，被告与原告签约只从原告处购买经营所需的全部汽油，但后来被告违约从其他供应商那里购买汽油，原告向法院提出了发布禁令的请求。法院发现原告以较合同价低得多的价格向与被告有竞争关系的加油站出售汽油，于是认为原告的行为已经使得被告遵守合同约定从商业上讲变得不实际（commercial impracticable），对原告的禁令请求不予支持。在承认诚信原则的法律制度下，原告的行为可能会直接被判定违反了诚信义务，而英国法通常引用的是默示条款规则。但在本案中，上诉法院拒绝使用默示条款规则来禁止原告对被告所施加的造成被告损失的歧视，而是使用了其自由裁量权来驳回禁令请求。法院的推理建立在区分权利与救济的二分法的基础上，首先认为原告的合同权利并不受诚信原则的限制，原告的行为也并不影响其合同权利，但涉及救济方式时，原告的行为在事实上将导致失去一项有效的法律权利所应该得到的主要利益。³²⁸

因此，自由裁量违约救济方式是法院控制恶信行为的一项重要手段，特别是当非自由裁量救济——损害赔偿不可行或者不充分时（通常是没有损失或损失无

³²⁵ EL Sherwin, *An Essay on Private Remedies* (1993) 6 Can J of Law and Jurisprudence 89.

³²⁶ GH Treitel, *supra* note 227, p 902.

³²⁷ *Ibid.* p 908.

³²⁸ (1976) 1 WLR 1187.

法证明的情形)非常有效。“衡平救济无疑等于对合同自由的直接干预”,³²⁹在救济制度上,可以说“干预合同”是基本的规则而不是例外。

法院在对救济方式进行自由裁量时,实际上采用的是诚信的标准。英国法尽管没有诚信原则,但所使用的标准完全和诚信一致的,即认为当事人应尊重他方当事人的利益而对自己的利益作某种程度的限制,这意味着法律上的权利不能过分或以损害对方的方式行使,也不能以不符合该权利设定目的的方式行使。“过分”一般指一方行使权利的行为不成比例地损害他方的合法利益(legitimate interest)。³³⁰譬如就救助性质的行为要求超高的服务报酬在英国法上将构成恶信,只不过英国法并不直接依据诚信原则,而依赖于更为具体的制度,如“经济上的胁迫”(economic duress),³³¹法院将就当事人间的利益进行衡平考察,看救助方的合法利益(提出的报酬请求)是否与受救助方的急需需要(危难处境)构成合适的比例。当然,最终结论往往都取决于具体的案件事实,譬如行为的性质以及一方在多大的程度上依赖另一方合理行使权利。

Woollerton & Wilson Ltd. v. Richard Constain Ltd. 一案可以用来说明英国法的方法和风格。³³²被告在工地上使用塔吊施工,在工作时,塔吊臂展伸展到了原告的工厂上方,高于原告工厂约 50 英尺。尽管从客观上看,使用塔吊并没有造成原告的不便或损害,但原告仍坚持认为被告侵犯了其空间。法院支持了原告的请求,发布了不得侵入原告空间的禁令,但延期一年执行,即等塔吊施工完毕后执行。法院的推理是,首先承认财产权利是绝对的,不认同滥用权利的说法(不明确承认诚信原则),不管一方的利益是多么重大,对方所遭受的损害是多么小,都不能以侵害另一方的权利为代价来换取或取得法律的认可。但是,法院有权来决定如何对受损害方的权利给予救济,这实际上和主张权利不得滥用的理论取得了相同的效果——权利不能不顾社会 and 他人利益而“过分”地行使。

2、非自由裁量的救济方式

在考察诚信对英美法的救济制度到底有多大影响时,需要考察两个基本的问题,一是自由裁量的救济与非自由裁量的救济在效果上有多大的区别。二是非自由裁量的救济是否仍然要考虑诚信的因素。这两个问题实际上有内在的联系,只有对第二个问题作否定的回答,第一个问题才有意义,否则将认为两类救济的效果是相同的——即使法院拒绝给予禁令或实际履行的救济,受损害方仍然能够主张等效的、非自由裁量的救济。

著名的 *White & Carter (Councils) Ltd v. McGregor* 一案揭示了区分自由裁量救济和非自由裁量救济的重要性。³³³在该案中,原告约定为被告作 3 年广告,但被告在签约的当天就明确拒绝履行这一合同。尽管如此,原告仍按合同约定为被告作广告。上议院的多数意见支持原告获得合同约定的报酬。尽管获得合同约定的报酬在效果上等于实际履行,但在英国法上属于金钱债务之诉,性质上是普通法的非自由裁量救济。如果原告提出的是自由裁量救济请求,很有可能不会得到支持。但这里所强调的自由裁量和非自由裁量救济方式的重要区别是从法律技术的角度而言的,并不意味着非自由裁量不受法院的控制以及诚信的影响。事实上,实际履行和损害赔偿完全服务于相同的目的,都是为将守约方置于对方未发生违

³²⁹ SM Waddams, *Unconscionability in Contracts* (1976) 39 MLR 369, 370.

³³⁰ Daniel Friedmann, *Good Faith and Remedies for Breach of Contract*. in Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, supra note 71, p.400.

³³¹ *The Port Caledonia and the Anna* (1903) p184; B & S *Contacts and Design Ltd v. Victor Green Publications Ltd* (1984) ICR 419; *Atlas Express Ltd. v. Kafco (Importers and Distributors) Ltd* (1989) QB 833.

³³² (1970) 1WLR 411.

³³³ (1962) AC 413.

约时本应所处的地位，只不过前者是强制的而后者使用了等价的金钱赔偿方式。而之所以这一差别有时在实际效果上造成很大的不同，就在于尽管损害赔偿是非自由裁量的，但仍有很大的灵活性，常常因遵循诚信的要求而影响对赔偿金的评估方式。这些体现了诚信的规则表现为：

(1) 惩罚性赔偿金。美国的法院对某些特殊的案件判令惩罚性赔偿金，不能不说这是诚信观念的体现。

(2) 减损规则。减损规则要求合同的受害方尽力避免将由违约方来承担的损失，其理由是这样作的结果并不对受害方造成新的损害，同时使违约方受益，实现了帕雷托改进。无疑，要求一方为他方的利益行事是诚信观念的具体体现，早已有学者指出了减损规则与诚信原则的联系。³³⁴减损规则的存在对是否采用自由裁量的救济方式有较大的影响。以买卖合同为例，在卖方不能交货的情形，如果买方可能从其他渠道取得相同或近似的货物，那么法院通常不会支持实际履行，因为判令实际履行实际上是对损害的完全补偿，而法院会认为买方没有遵循减损规则，不符合诚信的要求。但当买卖标的物无法替代时，减损规则就无法起作用，这时所采取的救济方法就取决于法院的裁量了，此时无论是实际履行还是损害赔偿，其经济上的效果是完全相同的。

(3) 违约补救成本与合同价值的衡平考察规则（损益衡平规则）。当一方的履行有瑕疵时，就发生了如何评估赔偿金的问题。当补救瑕疵的成本特别高昂以致与守约方所失去的合同利益不相称时，这一问题就变得非常棘手。譬如被告为原告建造房屋，使用了一种较为便宜的水管而非合同所约定的某种品牌的水管。房屋建好后，原告发现了这一违约事实，请求更换所有的水管。³³⁵如果原告的请求得到支持，就意味着被告不得不花费巨大来弥补自己的履行瑕疵，而事实上这样大的花费并不会使原告财产的价值增加多少。如果不判令实际补救的办法，而是将这笔补救费用判给原告，有可能让原告在并不更换水管的情况下出售房屋后颇有盈余（即使假定原告的出售价格已经考虑了较便宜水管的减值因素），让原告得到了过多的赔偿。如果只判决被告赔偿两种水管之间的差价，那么被告将节省一大笔本应完全履行的支出，按英美法的看法，被告接近于有不当得利，而原告也会认为自己没有得到充分的补偿。在实际的司法活动中，法院通常依据诚信的标准对双方当事人相关因素进行考察以得出结论，譬如考察原告的主观意图、是否真正希望实际弥补这一瑕疵、是自用还是商用等，考察被告是故意还是疏忽等。³³⁶

(4) 实际赔偿规则。如果违约方因违约而获得了收益，守约方是否有权就该收益向违约方提出请求？英国法院对此作否定的回答。³³⁷而美国的一些判例得出了相反的结论。³³⁸学者的论述见仁见智。³³⁹由于正是英美法对实际履行的限制才使得“违约权”理论（right to breach a contract theory）得以发展，³⁴⁰所以法院原则上并不干涉违约方的得益，只计算守约方实际的损失。但如果这一得益是通过恶信取得的，法院将在损害赔偿的计算上作调整，有时法院也会考虑守约方的

³³⁴ See MA Eisenberg, *The Responsive Model of Contract Law* (1984) 36 Stan. L. Rev. 1107, at 1153.

³³⁵ See *Jacob & Youngs v. Kent*, 129 NE 889 (1921).

³³⁶ See PH Marshall, *Willfulness: A Crucial Factor in Choosing Remedies for Breach of Contract* (1982) 24 Arizona L. Rev. 733.

³³⁷ *Surrey County Council v. Bredero Homes Ltd.* (1993) 1 WLR 1361.

³³⁸ See, eg, *Unita Oil Refining Co. v. Leford* 244 P 2d 881 (1952).

³³⁹ See, eg., G Jones, *The Recovery of Benefits Gained From a Breach of Contract*, (1983) 99 LQR 443; EA Farnsworth, *Your Loss of My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, (1985) 94 Yale LJ 1339.

³⁴⁰ 即一方可以为追求更大的利益而选择违约，也称“效益违约”。

请求是否会构成滥用合同权利。

总之，尽管损害赔偿属于非自由裁量的救济而英国法也并不承认一般的诚信原则，但有关损害赔偿的规则实际上反映了诚信的要求，譬如损害赔偿的计算规则以及减损规则等。

（二）非司法的救济措施

英美法所称的非司法的救济不完全同于大陆法所指的私力救济，其范围更广泛。主要有两种表现形式，一种是自我实施的产生事实上效果的事实自助，不仅包括大陆法所称的“自助行为”，如自行取回被盗的财物，暂扣要逃跑的债务人等，还包括其他引起事物改变的行为。另一种称为法律自助，指实施司法程序外的、影响当事人权利、发生法律效果的事实行为和法律行为，譬如抵消债务或者撤销、解除合同等。也就是说，英美法将大陆法行使合同权利的行为统统都归入合同救济制度中。事实上，衡平救济的主要目的就在于反对形形色色的惩罚（*forfeiture*），这实际上是诚信观念在非司法救济措施方面的体现。

1、事实自助

事实自助多发生在财产法领域，在合同法上并不多见。³⁴¹以前述的塔吊案为例，如果原告并不向法院起诉，而是自行在自己的土地上竖立起一根钢柱阻挡塔吊臂越过自己的土地上方，使其无法工作，应该可以算作一种事实自助。这一做法实际上和著名的 *Bradford Corp v. Pickles* 案的情况相似。在该案中，被告对自己的土地进行发掘，因此阻止了地下水流向原告所修的蓄水池。被告自己解释自己这样做的目的是为了提炼矿石，而原告指出被告的真实意图是为了损害原告以使原告买下其土地或给予其有关地下水的补偿。上议院认为，土地所有人当然有权就通过其地下的自然水流进行处置，其动机无关紧要。另外，被告也有权坚持要求原告按其认为合理的价格购买土地或地下水。在美国的一个案件中，一个钢铁厂的所有人宁可毁损其工厂也不愿将该工厂卖给由解雇的工人所组成的工会，法院认为工会无权强行要求所有人将工厂出卖，这是工厂所有人的自由。³⁴²英美法的这些判例表明，在实践中，直接承认诚信原则和依赖较为技术化的救济制度以间接实现诚信原则的效果相比是有区别的。在前者，首先认为权利不是绝对的，无论是通过何种形式，都不能以违反权利设定的目的而滥用权利；在后者，权利是理论上讲是绝对的，如果不进入司法程序，行使权利将不受干涉。而即使进入司法程序，法院关注的是对权利的救济，对于权利行使持自由态度，除非对方的权利因一方行使权利而遭受损害，否则法院将不予干涉。

为减少因权利行使而造成的社会矛盾，美国法采纳了紧急避险规则，在急迫情况下，一方可以为保护自己人身或财产的安全，利用或损害他人的财产，尽管事后必须赔偿因此而造成的损失或返还利用他人财产而获得的利益。紧急避险不是一种法律救济，而是一种自力救济，不在法院控制之下，但其规则体现了诚信的要求，它实际上对“绝对”的财产权作出了限制，即紧急避险的情况下，财产权人不得提起自卫。

上述论述表明，法院希望在当事人实施事实自助的救济时实现诚信的效果不得不十分迂回。在塔吊案中，法院选择了变通地使用现有的救济方式，即在承认原告财产权利绝对的前提下，发布禁令以禁止被告的行为，但将禁令的执行时间推迟到一年以后，以此来平衡双方当事人的利益。

³⁴¹ 行使买卖法上的留置权 (*lien*)、停止交货权 (*stoppage in transit*) 以及取回权 (*repossess*) 可以认为是属于这一类型的自助手段。

³⁴² *United Steel Works v. United States Steel Corp.* (1980) 631 F. 2d 1264. The decision is criticized in *JW Singer, The Reliance Interest in Property* (1988) 40 *Stan. L. Rev.* 611.

2、法律自助

(1) 不当解约。英国法一再重申, 合同不能单方面解除, 无论发生了多么严重的违约也不会导致合同自行终止。同时, 合同通常也不能以默示的方式终止, 除非双方当事人确有这样的意图。一方的违约行为只是赋予了守约方解除合同或者保持合同的选择权。英国法将行使这一选择权的行为归入法律上的自助类型。在进行法律自助时, 如果守约方滥用自己所拥有的选择权, 就有可能过分地损害到违约方的利益。为此, 英国法发展了一系列与解除合同相关的规则。

在 *Boone v. Eyre* 一案中, 曼斯菲尔德提出了实质履行规则, 即如果违约的一方已经完成了实质性履行, 那么另一方不能提出解除合同, 只能提出损害赔偿。³⁴³这一规则在司法中广泛采用, 实际上让守约方解除合同的权力受到了限制, 有利于防止因解除合同而导致损益不相称的情形——解除合同可能引起对方巨大损失而守约方并未由此而增加多少得益, 譬如在设备或货物进口合同中, 如果所交付的标的物不完全符合合同的约定, 买方拒收货物将引起卖方极大的损失(如需承担高昂的运输费用和仓储费用)。从实质上讲, 实质履行规则就是通过考察违约的严重程度来间接地实现公平的效果。但在严重违约或根本违约的情况下, 违约方不得不承担解除合同的后果。

法院是否应考虑解约的动机常常是实践中的一个争议问题。如果一方对自己所签订的合同不够满意, 譬如卖方在签订合同后市场价格上涨, 那么该方通常会积极寻找另一方的违约事实以便解除合同, 譬如买方付款迟延等事实。在发生争议时, 违约方常常提出解约一方希望摆脱不满意合同的动机构成了恶信, 不应予以支持。法院通常是根据实质履行规则考察违约方的违约是否足够严重以致达到了对方可以主张解除合同的程度, 也就是说, 法院原则上并不认为通过行使解约的权利来实现更大的经济利益(如解约后将标的物以更高的价格转卖)构成恶信。

但是, 英国法上的失权规则(*forfeiture*)似乎与诚信的要求并不吻合。典型的情形是守约方在对方违约的情况下可以解除合同, 同时不必返还对方违约前的履行而给自己带来的利益, 这实际上相当于守约方没收了这些利益(违约方失权)。譬如甲约定为乙工作一年, 但只工作了6个月就擅自离开了, 乙可以解除合同且并不负有返还甲6个月工作报酬的义务。³⁴⁴与此相对, 违约方也不必返还因对方履行得到的无法返还的利益, 因为对价已经完全无效。但与此同时, 英国法不准许在返还不可能的情形下因对方误述或欺诈而撤销合同, 因为这实际上无法让受欺诈方回到合同签订前的地位, 而回复到签约前的地位是撤销合同的基本前提。这造成英国法所无法解释的一个矛盾: 为什么实施欺诈一方比违约的一方更受优待? 与英国法相比, 美国法通常准许违约方请求自己部分履行利益的返还, 但在故意违约的情形, 有可能这一请求得不到法院的支持。

目前, 英国法区分针对个人利益的失权条款和在普通商事合同下的失权条款, 认为前者无效而后者有效。但这一区分显然没有多少道理, 学者也指出确定失权条款是否有效的标准应该是传统上所使用的方法, 即考察该条款是起清算的作用(*liquidated clause*)还是单纯地进行惩罚(*penalty*), 如果是后者, 法院不应予以支持。³⁴⁵

当违约方愿意继续履行合同时, 法院有时也准许延长履行时间以避免失权效果的发生, 在这种情况下, 实际履行规则和反失权规则相结合, 确实可以防止对

³⁴³ (1779) 126 ER 160.

³⁴⁴ See *Boston Deep Sea Fishing & Ice Co. v. Ansell* (1888) 39 ChD 339; *Sumpter v. Hedges* (1898) 1 QB 673; *Bolton v. Mahadewa* (1972) 1 WLR 1009. 这一规则通常适用于服务性质的合同而非给付动产或金钱的合同。

³⁴⁵ GH Treitel, *supra* note 227, p 892.

违约方实施过分惩罚的作用。因此，违约方有时可以主动请求实际履行并赔偿因违约而造成的对方的损失。在 *Aspinalls v. Powell & Scholefield* 一案中，卖方所出卖的土地比合同所约定的土地小了约 20%，但卖方要求实际履行的请求得到批准，只是相应地减少合同约定的价金。这样，买方就无法行使解除合同的权力了。³⁴⁶

澳大利亚最高法院在 *Stern v. McArthur* 一案中的做法提供了一个英美法有关此问题的较新例证。³⁴⁷在该案中，一男一女于 1969 年以 5000 澳元的价格购买一块土地，付了 250 澳元的定金，余下的价金约定以分期付款的方式付清。买方在土地上建造了房屋自住。在 1973 年，双方关系破裂，男方离开了，但仍继续付款到 1977 年 3 月。女方开始并没有意识到男方停止付款，当她发现后，自己继续付款以满足合同的约定。但卖方以该期付款超过合同约定为由，依据合同中约定的加速条款，要求立即付清所有余下的款项。当这一要求未被满足时，卖方宣布解除合同并要求回复土地。法院的多数意见认为应准许买方所主张的实际履行，理由是合同已经存续了近十年，在这期间，土地大大地增值了，而买方已经在土地上建屋。特别是违约并非故意置卖方的权利于不顾，未付的款项与合同总价款相比非常小。法官还指出：“传统衡平法为阻止不公平行为而给予的救济遵循这样一个观念，一个人不应该针对对方特殊的弱点或不幸使用或坚持自己的法律权利让自己不当得利”。³⁴⁸

这一案件可以被看成对守约方解除合同权利依诚信标准予以限制的表现，可见澳大利亚采用了较广义的“不公平”（unconscionability）的概念并提供了比英国更为广泛的救济依据。另外，该案表达了对私人土地权益的关注，这和前述的英国法对涉及个人利益合同中的失权条款和普通商事合同的失权条款作不同的处理有相似之处。对守约方而言，在合同中使用失权条款比使用惩罚性规定（penalty provisions）更为有效，这是因为前者可以自行实施，受司法控制的程度较小。

总之，英美法对不当解除问题实际上是用英美法所惯用的法律方法来间接达到法律目的，而在直接适用诚信原则的法律制度下，对这一问题的处理可以更为灵活。

（2）不当坚持履行合同

和不当解除合同一样，守约方在对方违约时选择保持合同效力也可能造成利益的不均衡，特别是在坚持履行给违约方造成较大的不便而守约方因此而增加的得益有限的场合，这就产生了合同权利与诚信要求的冲突，而英国法仍在救济制度下解决这一问题。

在对方违约时，守约方可以主张实际履行或损害赔偿，由于实际履行是一个自由裁量的救济方式，如果守约方并非出于诚信的目的而提出，就很难得到法院的支持。在请求损害赔偿时，由于有反映了诚信要求的减损规则的存在，所以不会出现行使权利与诚信之间的矛盾。但在要求支付金钱债务的情形，矛盾就开始显现了。其原因是请求支付金钱债务在效果上相当于实际履行，但在性质上却属于普通法的救济方式（非自由裁量救济），当事人拥有确定的权利。请求支付金钱债务分两种情况，一种是需要违约方予以合作才能让合同约定的价金变成可现实请求的金钱债务，另一种是不需对方合作就能提起的请求或就已经存在的金钱

³⁴⁶ (1889) 60 LT 595. 在英国法上，实际履行并赔偿的方法只限于不动产的买卖，不适用于动产（货物）买卖。

³⁴⁷ (1988) 165 CLR 489.

³⁴⁸ *Ibid.*, at 526-7.

债务进行请求。在前一种情形，法院可以运用救济规则控制双方利益的平衡。譬如建筑商甲为乙修建自用房屋，而乙后来拒绝让甲继续修建，甲就无法完成工作并取得合同约定的报酬，此时甲如果请求支付报酬，就必须申请禁令以阻止乙拒绝自己的履行，而禁令是属于法院自由裁量的救济方式，因而法院可以对此进行控制，有可能认为解除合同而给予损害赔偿是更合适的救济方法。在后一种情形，情况有所不同，其一是法院对金钱债务的请求无自由裁量的权力，是否解除合同完全取决于守约方。其二是针对损害赔偿的减损规则此时不适用。因此，守约方坚持履行合同可能滥用。在前述的广告案中（*White & Carter (Councils) Ltd v. McGregor (1962) AC 413*），原告不顾被告明确撕毁合同的表示，继续为被告作广告并向法院提出支付合同价金的诉讼，得到了上议院多数意见的支持。这一案件引起了很大的争论。事实上，英国法在类似情况下通常会得出相反的结论。最为明显的例子是雇用合同。如果合同约定了期限，而雇主在期限到来之前拒绝让雇员继续工作，此时雇员是否有权宣称并不接受雇主的决定，坚持履行合同并请求得到约定的报酬？在19世纪，这一做法得到了法院的支持，发展了所谓“推定提供服务”规则（constructive service），³⁴⁹但现在已不流行，而广告案开始重新审视这一问题。上议院在广告案中的推理是，既然违约方的违约并不能使合同自动解除，守约方为何不能坚持履行并要求得到报酬？而既然坚持履行合同，那么其报酬就应该是合同约定的报酬而不是损害赔偿。从逻辑上讲，上议院的意见没有错误，但有可能扰乱在这一特定交易情形下人们的预期。因此，持多数意见的 Reid 法官明确表示“如果守约方对选择继续履行并无‘实质性或合理利益（legitimate interest）’，那么判决结果将会不同”。而这一表述所提出的标准实际上是和诚信的要求一致的，这说明，最终多数意见是出于衡平的考虑——需要考察守约方坚持履行是否具有“合理利益”——而得出结论的，因此，也可以认为，该案的判决结果只是一个例外而非一般规则，坚持继续履行并请求约定价金的权利也并非绝对的，同样也需要受诚信的约束，“合理利益”只不过是诚信方法的委婉表达而已。

三、德国法上的特殊救济制度——失权规则

德国法在传统上的违约救济制度之外，发展了一种较为特殊的救济——失权规则（*Verwirkung*），作为禁止权利滥用的一项具体规则。由于这一规则与前述的英美法救济制度有一定的可比性，因此需要在此处加以讨论。

失权规则指如果有悖于诚信，就不能主张合同权利以及其他法律权利的规则。譬如债权人主张过于久远的权利以致在此期间出现的特殊的情况让满足这一权利请求有可能违反诚信要求，特别是当债权人已经通过其行为让利害关系人形成了债权人不再主张其权利的合理的期待，那么这一合理期待应受到诚信的保护，而债权人“失权”。联邦最高法院对此的表述是“由于债权人在一定的时间内不行使权利，债务人在客观考察情况后，可以认为债权人不再行使其权利，并且已经采取了相应的措施，因此债权人延误行使权利违反了诚实信用原则。于此情形，权利丧失。……这些条件是否具备，应主要依据个案的具体情形认定。”³⁵⁰

这一规则实际上是法官在审理案件时最后使用的规则，如果法官发现直接适用法律所得出的结果并不符合法律的目的，而又无法通过其他办法得出其他结

³⁴⁹ *Gandall v. Pontigny* (1816) 4 Camp 375; 171 ER 119.

³⁵⁰ 《联邦最高法院，新法学周报》，1980年，第880页。转引自迪特·梅迪克斯，《德国民法总论》，邵建东译，116—117页，法律出版社2000年版。

论, 就可以引用这一规则。正因适用这一规则将意味着排除法律的直接适用, 所以其被滥用的“危险性”非常高。降低滥用可能性的办法是提出“合理期待”的标准和遵循解释当事人意思的规则。事实上, 约定不提出债权主张 (pacta de non petendum, 不行使契约权利) 一直是合同法的一个争论问题。在一个案件中, 雇员在受雇期间得到了雇主的一笔贷款, 没有约定期限。后来该雇员选择了离职, 雇主于是立即提起了返还贷款之诉, 法院认为, 在该案中, 雇员有雇主不会因其离职而提出返还贷款的主张的合理期待, 而劳动法又禁止对雇主对雇员终止劳动合同采取任何形式的报复及不利举动, 因此, 法院根据失权规则驳回了雇主的请求。³⁵¹

如果法律并未对失权的效果作出规定, 那么主张失权通常会在法庭上引起争论。德国法院曾遇到对银行提出的要求返还上世纪 80 年代早期的高利贷利息的诉讼。银行面临超过 10 亿马克的请求, 因为就返还高利贷利息提出的不当得利请求权有 30 年的时效期。银行曾向宪法法院提起了请求, 认为这一溯及既往的做法与法治原则相悖, 但未能成功。³⁵²于是银行依据诚信及失权规则请求法院限制这些请求。一些法院认为如果借款人已经在此前还清了高利贷而现在又请求不当得利的返还构成了恶信。最高法院不同意这一看法, 认为这一观点是对诚信原则明显的误用, 明确地以必须保持“法律安定”(legal peace) 为由将 30 年的时效期改为 4 年。这一做法实际上是以法院的自由裁量排除了制定法的适用。³⁵³

在实践中, 失权规则实际上是和其他禁止权利滥用的规则结合使用的, 如禁止行使以有失端方的方式取得的权利。民法典 853 条对此明确规定: “因自己实施侵权行为而对受害人取得债权的人, 即使受害人对废止该债权的请求权因超过时效而消灭, 仍可以拒绝履行债务”。曾发生过的真实案例是某些银行为避免消费者保护法的适用, 通过让借款人签发本票的方式来保证不具有法律执行力的请求。譬如在借款人无法偿还高利贷的情况下, 贷款人以扣押财产相威胁让借款人签发本票, 让债权“抽象化”。对这种“变相”的高利贷, 法院依据诚信和善良风俗明确不予支持。在借款合同本身有效的情况下, 法院认为借款人签发本票的行为相当于贷款提前终止, 借款人有权要求返还因提前终止而预先多支付的利息, 否则造成借款人的“失权”(即贷款人的行为构成“没收”)。依据诚信, 法院要求这一“失权”条款必须由借款人作出明确的意思表示才能生效。

另外, 法院也运用这一原理处理过度行使权利的情况。如果一方当事人滥用自己的权利而造成对方“失权”(遭受不合理惩罚), 法院允许失权方得到救济。譬如在借款合同中, 银行经常在借款人承担了过多的债务时行使解除的权利, 尽管借款人还未真正违约。在有关一个小企业借款的案件中, 最高法院依据诚信原则认为借款合同的双方的信任关系是经过长时间而建立的, 银行不能行使解除权。最高法院的推理是, 在签订借款合同时, 银行已经知道了借款人过度负债的情况, 因而应该继续提供贷款以保证借款人的经济基础。与借款合同相关的各种情形表明从最初起这一合同所提供的就是一个长期的贷款而提前偿还将导致经营的结束, 因此可以推论只有最后有可能无法偿还本金时双方当事人才意图解除合同。也就是说, 只有在对方违约时才能采取解除合同这一“严厉”的措施, 不提供任何理由而解除合同是不符合当事人的意思的。另外, 民法典也有与此相关的规定, 如第 320 条第 2 款, 如果债务人已经部分履行而剩余部分无关紧要的,

³⁵¹ 31.1.1989 Neue Juristische Wochenschrift—Rechtsprechungsreport 1989 p558.

³⁵² Bundesverfassungsgericht Neue Juristische Wochenschrift 1984 p. 2345.

³⁵³ 应注意的, 德国最高法院的这一做法与德国民法典 195 条所规定的 30 年的普通消灭时效期间在实践中往往显得过长有关。

债权人不能拒绝履行全部的对待给付。在债务人提供部分给付时，尽管一般情况下债权人有权根据第 266 条予以拒绝，但如果债务人的尚未给付的比例非常小，而拒绝受领会给债务人产生过度的负担（如债务人不得不收回其所作的给付），则债权人不能拒绝受领。

此外，失权规则还意味着违约方不能在自己违约的情况下主张追究对方的违约责任。譬如甲拒绝接受乙提供的符合合同约定的一批计算机，在乙并没有主张甲违约责任的情况下，甲要求乙按合同约定的总价款 5% 的金额支付违约金，甲的行为构成了权利滥用。

四、比较法的考察

各国在合同救济制度上的差别到底会对法律结论造成多大的影响？下面就以数个案例对各国的救济方式进行比较。³⁵⁴

案例一：甲向保险公司投保了人身意外伤害险，保险单载有一个失权条款，即如果发生意外伤害，甲应在两周内向保险公司报告，超过报告期将丧失保险利益。在一次意外事故中，甲受到伤害，但甲因为在医院昏迷了 4 周，所以未能及时报告。保险公司因此主张解除保险责任。

案例二：甲向保险公司投保了农业意外灾害保险。根据保险单，发生承保的灾害后，甲必须保持受灾现场 20 天以便保险理赔人员确认受灾情况。甲的农作物遭受冰雹后，政府主管人员建议其立即耕作土地以避免害虫传播传染性的疾病。甲听从了这一建议。保险公司因此而主张解除保险责任。

案例三：根据离婚协议，甲将定期付给乙生活费，直到乙再结婚为止。在经过若干年的付款后，甲发现乙早在 3 年前已经和别人同居，于是甲拒绝继续付款。

案例四：甲与房东乙达成租房协议，房租为每月 1000 马克。甲在签约后非常后悔，认为 900 马克才是合理的价格，于是甲每月只支付给房东 900 马克，而房东并没有反对。3 年后，房东要求甲支付过去 3 年中按每月欠 100 马克计算的租金（假定时效并未经过）。

案例五：甲从乙处购买机器，乙宣称该机器已经经过了全面的检测，运行良好，而实际上乙并未对机器进行检测，对运行效果也无把握。甲后来对购买行为有些后悔，尽管机器并无问题，但仍提出了撤销合同的诉讼。

这五个案例所涉及的救济都与前述讨论的失权规则或权利不得滥用的规则相关。对案例一，许多国家都有专门的立法解决这一问题。德国的保险合同法规定，只有在投保人出于重大过失或者故意的情况下不报告承保的保险事故，保险人才解除自己的赔偿义务。这一条可以看成是诚信原则的一个具体表现，即并不能因为对方轻微的违约而主张与之并不相称的救济。奥地利将根据侵权法的过错原则主张投保人因无过错而并不丧失合同上的利益。法国法与比利时法认为投保人未履行合同约定的行为属于遭遇不可抗力的特殊情况。而英国法认为（根据 statements of General Insurance Practice）投保人履行报告义务是以具有可能性为条件的，因昏迷而未能报告构成了合理的辩解理由。在没有专门立法的国家，通常根据基本的原则来进行合同解释，如荷兰法直接引用诚信原则对该条款进行解释，作出有利于投保人的结论。

对案例二，有专门立法的国家对此问题的回答与案例一相似，如德国和奥地利

³⁵⁴ 案例及分析选自 Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good faith in European contract law*, supra note 29.

利，但法国与比利时转而将这一问题看作有关诚信原则和权利滥用的问题而不是案例一涉及的不可抗力。英国法认为此问题涉及合同条款的解释规则以及默示条款规则，同时也应根据欧盟颁布的《反消费合同不公平条款指令》来处理，根据损害赔偿规则，投保人的行为并无不当。

对案例三，德国法因离婚而达成的生活费协议及解除条件已经规定在民法典1585条c和1586条，而根据民法典162条的规定，“因条件成就而受到不利的当事人，以违反诚信原则的行为阻止条件成就时，视为条件已经成就”，因此，可以认为乙与他人同居而不结婚的行为属于恶意阻止（再婚）条件成就，甲有权拒绝继续支付生活费。希腊法认为乙的行为构成了“滥用权利”。奥地利法将利用合同解释方法判定甲可以在乙同居期间暂停支付生活费。而英国法认为法院可以根据变化的情势调整离婚协议的内容，这实际上是赋予了法院对问题的自由裁量权。荷兰法及瑞典法的做法与英国法相似。出于传统，法国法认为甲仍然需要支付乙生活费，只要乙并未再婚。而爱尔兰法的观点是，未就同居的情况进行约定属于协议中的明显漏洞（实践中进行约定的情况十分普遍），甲应承担由此而带来的不利。

对案例四，德国法将依据失权规则进行考察，即是否房东不及时行使权利的行为已经让甲形成了合理的期待，而现在主张权利的行为构成了滥用权利。希腊、比利时和西班牙的做法与德国法类似，倾向于认为此案例的具体事实并不构成失权。瑞典、荷兰等国家认为如果债权人不在合理的时间内对瑕疵履行提出主张，那么这一权利就会消灭。法国法认为失权必须由双方当事人达成协议，而此案可以灵活处理为给予债务人更多的履行时间。意大利法的做法与此类似。英国法依据的是合同解释规则，对房东的主观意图进行解释，认为房东应该给予甲一个合理的通知时间以履行义务。而主导如此解释的背后规则却是衡平法观念和禁反言规则。爱尔兰法也使用英国法上的禁反言规则并将考虑当事人的“合理期待”。

对案例五，英美法与大陆法出现了分歧。英国法认为尽管乙的行为并没有对甲造成实际损失，但甲仍然可以以欺诈为由撤销合同。但在非过失误述的情况下，法院对撤销合同还是保持合同拥有自由裁量权。瑞典法的做法与英国法相似，认为撤销合同是受欺诈一方的权利。爱尔兰法与英国法不同，认为应进行衡平考虑，考察是否撤销合同是本案合适的救济方式。德国法认为行使任何合同权利都必须符合诚信原则，甲提请撤销属于滥用权利。希腊、丹麦、比利时的做法与德国法相似。法国和奥地利法认为在本案中甲缺乏提起诉讼的充足理由。而西班牙、芬兰、意大利法则认为乙的行为并不能构成欺诈。

从上述比较可以看出，尽管英美法与大陆法在救济制度上有较大的差别，但所体现的诚信观念是相通的，这主要表现为对于相同的法律事实，运用不同的法律制度分析而得到的最后结果大体上是相同的，结论不同的情况往往是出于文化差异及本国特殊的情况。就承认了诚信原则的国家而言，将诚信直接运用于救济制度较为便利，因而在救济制度方面并没有形成更多的具体规则，法院可以根据诚信原则或者禁止滥用权利的指导思想对合同加以解释，完全控制救济制度的适用效果。

在英美法上，由于由院所控制的合同救济方式以及在救济领域契约自由的有限性，违反诚信要求或滥用权利的情况同样可以得到有效的遏制。在自由裁量的救济方式上，这一点表现得很突出。即使在非自由裁量得救济方式上，诚信标准对若干具体规则也起很重要的作用，如减损规则。但在合同权利的行使方面，英国法没有对某些过分行使权利的行为进行控制的规则和方

法。例如权利人以损害他人为目的而行使权利，受害方有时得不到有效的法律救济。这可以说是因为缺乏诚信原则所带来的缺憾。近年来，英美法的一些学者提出了“效益违约”的概念，认为如果违约可以增进合同双方的效益，一方当事人有违约的权利。反对的学者认为订立合同的目的在于履行合同，救济制度就是针对违约而设的，即使守约方行使权利应符合诚信原则的要求（受到某种限制），但这也并不意味着违约方拥有所谓“违约的权利”。事实上，如果承认诚信原则，那么这一争论在诚信原则下可以得以调和，即考察守约方坚持权利以及违约方的违约是否构成滥用权利，在这一点上，即使主张“效益违约”的学者也同样承认不应支持构成滥用的违约行为。³⁵⁵

承认诚信原则除了能弥补上述的缺憾外，还可能带来其他的很多便利。譬如便于英国法与其他普通法系以及大陆法系之间的交流与沟通，便于整合救济制度以实现救济的统一性和效果上的一致性。例如守约方如果出于恶信没有遵循减损规则，这一结果就应同时在损害赔偿和实际履行这两种救济方式上体现出来。近年来，特别是英国加入了《联合国国际货物买卖合同公约》以及欧盟颁布了《反消费合同不公平条款法的指令》后，已经有不少英国学者极力呼吁在合同法上明确承认诚信原则。³⁵⁶

³⁵⁵ EA Farnsworth, *Your Loss of My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, (1985) 94 Yale LJ 1339. Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (4th ed 1992) pp117-8.

³⁵⁶ Hon Mr. Justice Steyn, *The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: A Hair-Shirt Philosophy?* (1991) Denning LJ 131, 135.

第四章 中国合同法上的诚信机制

第一节 诚信原则在中国的实施基础

放眼世界是为了立足中国,反思历史是为了认识现实,自我的不断认识是为了自我的超越。前面关于诚信的种种探讨,都是为了回答我国法治化进程中的有关诚信问题的疑问:诚信原则是否可以以及如何在我国实现其功能,解决我国实践中的种种问题,提升立法与司法的水准。前一个问题的答案取决于我国是否存在适合诚信原则生存成长的社会基础,而后一个问题则在很大程度上依赖于我们在这一问题上的研究水平和法律技术。

一、中国文化背景下的诚信观念

前面已经论述,诚信的问题,绝非一个简单的道德问题,“诚信”和“不诚信”都不是人的本性,而是人们在特定的制度下互动的结果,是一种理智的行为选择。从历史上看,中国人特别注重诚信,形成了丰富的“诚信文化”,这从前述对汉语中的“诚信”一词的考证中可以得出结论,墨子更简洁地表达了诚信的作用——“兼相爱,交相利”。事实上,这和中国历史上发达的商业是分不开的。据考证,汉语中的“商人”一词,指的是商族人,这说明在殷商时期我国的商业就已经很发达。商业是使中国成为一个统一国家的基础,商业往来统一了文化和语言。³⁵⁷在秦汉以后,中国社会实际上就进入了商业契约社会。从历史的角度看,中国的经济直到19世纪还相当成功,当时存在着一个相当成熟的产品市场和要素市场,并且存在着一个有效的习惯法体系,这正是“诚信”繁衍的土壤。因此,中国的“诚信文化”实际上已经延续了上千年,是中华文明的重要组成部分。

当今,人们普遍感觉中国社会出现了“诚信缺失”的问题,本文认为这主要应该归因于社会变迁。中国传统上的“诚信”可以称为“乡土诚信”,人们活动的范围有限,交易方均相互熟悉。当传统社会解体以及习惯法体系不再起作用而新的社会形态下的制约机制没有建立,人们就可能无法建立长期交易的预期,无所适从、无所顾忌,倾向于追求短期利益,从而从选择“诚信”到选择“不诚信”。另外,诚信是与交易密切相关的,在不鼓励交易的制度下以及没有市场的地方,诚信是无法建立的,譬如在中央计划经济的模式下,诚信没有存在发展的空间。因此,从文化角度考察中国的诚信观可以得出两点结论:1、建立在早期交易基础上的中国传统文化一直强调“诚信”并成功地延续上千年。2、当今社会出现的“诚信缺失”不是因为传统文化的原因,而是因为缺乏保证诚信文化的制度,特别是法律机制。

二、中国现实社会对诚信的需求

“理论在一个国家的实现程度,决定于理论满足于这个国家的需要程度”。³⁵⁸我国已经确定了社会主义市场经济的发展目标,这实际上是从最根本的基础上提

³⁵⁷ 在秦统一中国之前,中国社会就具有了统一的语言和文化,实际上构成了一个统一的社会整体。

³⁵⁸ 马恩选集第1卷第10页,人民出版社1972年版。

出了对诚信的需要。应当看到,实现上述目标的过程是痛苦而漫长的,这使中国社会正经历着巨变,其特点是:1、社会分层加剧,社会矛盾尖锐。2、所有制结构转变,经济生活无序。3、维系社会的纽带以及社会成员的相互关系发生了重要变化,社会控制的难度增加。

传统上,社会控制主要依靠三种力量:1、行政层序及其相互间的纵向支配与服从。2、政党层序及其相互间的纵向支配与服从。3、意识形态的统一支配作用。现在,1和2已经逐渐退出经济交易,3正经历着多元化格局,在很大程度上,利益代替了道义。随着社会关系的陌生化,人际关系不再以心照不宣德的互助为基础,而是以基于契约关系的利益互惠为基础。因此,当社会结构发生变化、跨地区交易增加、大范围一体化发展市场经济时,以统一的法律来提供保障机制,建立和维护“诚信”就显得尤为重要。如果法律出现了空白或放任恶信泛滥,社会的“失范”就在所难免。因此,诚信从表面上看是道德问题,但实际上是整体经济制度的问题,是与之相适应的法律制度的问题。法律机制如果能做到鼓励诚信,惩罚恶信,人们就会放弃不合理地进行财富流转而不增加社会财富这样的逆向选择,逐渐从接受外部强制转化为内部自律。可以预计,中国社会的目前的两重结构(个人——政府)模式将向三重结构(个人——社会——政府)模式转化,政府逐渐从对个人的直接控制转向对社会进行宏观调控以及提供社会公共服务(特别是对基本产权和基本人权的维护)。在这一模式转变的过程中,法律(包括法院)的作用十分重要。这是政府放松管制的过程,也是个人建立信用的过程。政府管制过度,必然危害市场制度。政府放松管制而法律不能填补这一空白,必然导致市场失序。因此,诚信原则作为实现社会控制的一般原则(general principle),一方面防止政府管制过度,指导政府行为和立法,减少权力的滥用;另一方面指导当事人的行为,引导当事人以建立信用来促进交易和市场繁荣,实现个人自律基础上的社会稳定。对此,法学家早有断言:“20世纪的标志是一种以法为手段来组织和改革社会的新趋势,法已不再被看作单纯的解决纷争的手段,而逐渐为公民们甚至法学家们视为可用于创造新型社会的工具”。³⁵⁹

三、建立中国特色的诚信法律机制

民族和国家的富强,取决于制度上的进步。国际间的竞争是人的竞争,是人與人之间合作程度的竞争,而合作程度依赖于制度安排,因此所有的竞争最终是制度上的竞争:看谁能够建立更有效的制度,看谁的制度更有自我更新能力。前面已经论述,制度的建立(制度变迁)并非简单地用新制度来替代旧制度,只能是渐进,而不是突变。制度是在人们之间的互动过程中,在人们的利益冲突的协调中生长起来的,它内生于人群和社会。当外部环境变化时,利益发生变化,原来的利益均衡被打破,就出现了制度变迁的需要,这正是中国目前所面临的难题——如何顺应发展的潮流、创造性地进行制度设计成功实现制度变迁,这一变迁应该是对当事人都有利的变迁——以成本更低、效率更高的制度替代成本较高而效率较低的制度,在促进交易、资源配置和财富分配等方面获得改进。³⁶⁰

法学来自西方,但其所根植的西方文化却并不具有一般性或普遍适用性,而是具有强烈的偏向性,特别是过度强调自我中心的偏向。这一偏向在国际交往中

³⁵⁹ 勒内·达维德:《当代世界主要法系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版。

³⁶⁰ 与制度观相对的观点是技术观,即技术发展决定着社会发展。但这未能解释为什么技术先进的中国最终落后于西方。另外,文化观认为文化决定社会发展的水平,这一观点同样解释不了为什么历史上往往是较为低级的文化打败了先进的文化。

表现为过分的民族主义，在社会控制上表现为过分倚重他律制度安排，强调法律的技术性。³⁶¹但正是由于文化上的缺陷和伦理实践方面的薄弱，社会欠缺价值支撑和制约，已经有空壳化倾向，这对法律制度的有效运作也产生了很大的负面影响。这就是说，企图用法律制度解决一切问题，包括无法用法律制度解决的问题，反而会降低法律制度的效率。这也正是西方开始重视并建立富于弹性的诚信机制的重要原因。

与西方的情况相比，我国传统社会的问题是过分倚重自律制度安排，法律化的强制性机制不足，一直从道德的角度强调诚信而忽略了诚信法律机制对诚信形成的重大作用。因此，建立中国的诚信法律机制的总的指导思想应该是放眼世界、立足本土（think globally, act locally），一方面借鉴国外成熟的制度设计，坚持拿来主义；另一方面要着手本地，冲破西方中心论的陈腐建构，从中国传统文化中汲取营养，不片面强调国际化或者本土化。中国传统文化实际上是对人类理性有限性的认识和对自然秩序保持敬意的直觉表达，而作为道德的自然秩序本身——道，就包含了演进与变化的内容，对构成新的外部环境的外来文明作出恰如其分的反应，在原有文明和外来文明之间找到可以兼容的生长点，找到超越不同文明的一致性。所以，中国特色的诚信机制就是渗透了中国特有文化的诚信机制，将体现中国社会对交易道德的理解，将反映现实交易中各种交易主体的利益均衡。

第二节 诚信原则与中国合同法的立法与实践

当前，诚信原则已经被确认为我国民法的基本原则之一——这一结论已经成为共识。立法上，我国《民法通则》第4条明确规定：“民事活动应当遵循……诚实信用的原则”，这与瑞士、韩国、西班牙的立法类似。³⁶²但是，由于我们还处于法制建设的初级阶段，在司法中直接适用诚信原则处理案件的实例较少，至1998年底，经最高人民法院下属的中国应用法学研究所编辑刊行的适用诚信原则的合同纠纷案共7例，此外还有3例涉及诚信原则但并未明文引用诚信原则。³⁶³可以说，我国早已有了运用诚信原则解决合同纠纷的实践，而鲜活的社会生活总是让司法机关自觉和不自觉的运用诚信原则来论证理由和结论的正当性。

1998年3月，我国颁布了合同法，该法第6条再次明确：“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则”。这实际上不但是对既有司法实践的肯定，更强调了诚信原则对于合同法的重大意义，成为建立合同诚信机制的基础性规定。具体而言，合同法总则有关诚信的条文还有：第39—41条（格式条款）、42—43条（缔约诚信义务）、45条（条件的成就与不成就）、54条（显失公平的合同）、60条（合同履行的附随义务）、61条（合同的补充与解释）、68条（不安抗辩权的行使）、71条（提前履行）、72条（部分履行）、92条（后契约义务）、94条（解

³⁶¹ 西方文化特别是宗教在其法律制度的形成中的作用需另外单独讨论。

³⁶² 对此存在疑义，因为瑞士民法典第2条和第3条均有关诚信（客观诚信与主观诚信），与我国的立法似乎仍有差别。另外，我国《民法通则》和《合同法》均规定了公平原则，这为其他各国立法所罕见。公平原则与诚信原则的关系如何，尚值研究。

³⁶³ 国家法规数据库，国家信息中心出版社1999年。转引自崔广平：《合同法诚实信用比较研究》，重庆三峡学院学报，2002年第1期。其中最具影响力的是最高人民法院函1992年第27号煤气表散件买卖合同案。

除合同)、96条(司法裁量权)、110条(实际履行)、119条(减损规则)、125条(合同的解释)。可以说,从立法的先进性上,我国并不逊色于发达国家,特别是关于合同诚信义务的规定,超越了其他国家现有的立法。

但是,由于我国法制建设的时间短,经验不足,导致了我国法制化过程中的一个独特现象:法律的供给远远快于法律执行能力的供给,法律条文的增加远远快于合格的法律人才的增加,这是中国在司法实践上有所作为的瓶颈。就诚信原则而言,尽管合同法已经作了明确规定,但在合同法的实施中还很难见到与诚信相关的具有重大影响的判决,而如何具体运用诚信原则,真正发挥诚信原则的作用也并不清楚。要解决这一问题当然不可能凭一朝一夕之功,要借助综合的体制改革(譬如提高法官的素质和提高法官的地位),但从技术上看,尽快在既有诚信立法的基础上以设计合理可行的具体诚信规则以此指导司法实践是非常必要的一步。

与单纯的理论争论不同,司法实践要求诚信原则具有较强的可操作性,特别是我国还处于初步尝试的阶段,诉讼制度不健全,很难就案件事实进行深入分析,必须借助于较为明确的规则指引。就中国的合同法而言,诚信原则的可操作性至少在下面四个方面尚不明确:1、如何确定合同法上诚信的标准。2、诚信能否成为一个独立的诉讼理由。3、诚信的要求是否可以优于合同以及法律的明确规定。4、主审法官是否有权依据诚信独立作出判决(如是否需要某一个级别的法院批准)。其中,第3方面涉及的是法院司法权的大小和对合同干预程度的问题,³⁶⁴第4方面涉及的是司法程序问题,本文将不加以讨论,而将讨论重点集中在有关建立诚信机制的第1和第2方面。

第三节 设定中国合同法的诚信标准

从本文第一章对诚信基本含义的探讨中可以看到,合同法上诚信的法律标准并非仅仅指主观上的诚实守信,而是一个客观的建立在交易基础上的行为评价标准。这一标准包括了忠实与合作、节度与宽容等内容。经得起这一标准考察的行为就是诚信行为。对于诚信标准采用的是客观标准这一点,我国合同法的规定已经十分明确,即合同上的诚信标准需要根据“合同的性质、目的和交易习惯”(第60条第2款)来确定。这一表述,实际上已经表明诚信标准是一个动态的标准,而不是一个静态的一般性的标准,是就不同的情形判断的。而本文需要探讨的是,是否可能在这一法律规定的基础上进一步形成司法上的可操作标准。

对此,我国已有学者提出了自己的看法,认为诚信标准应包括:

1、善意真诚的主观心理。指合同当事人在整个合同行为过程中所应当拥有的一种主观心理状态。包括(1)它以一定社会条件所决定的一般的诚实信用的道德要求为基础,以特定种类的地合同行为交易习惯为标准,符合具体合同的目的、约定以及利益均衡要求;(2)它要求合同当事人怀有善良的合同动机,忠实的合同心态,互利合作的合同目的;(3)它要求合同当事人不存恶意,没有欺骗的企图,排除追求不正当好处的目的。

³⁶⁴ 弹性较大的诚信原则存在极大的被滥用的风险这一点让不少人疑虑重重——纳粹时期的前车之鉴值得我们认真思考。对诚信原则是否有修正现行法律的功能有否定说与肯定说两种意见。我国有学者认为应持肯定说,但应报最高法院核准。梁慧星:《民法解释学》,312页,中国政法大学出版社,1995年。

2、守信不欺的客观行为，指合同当事人在整个合同行为过程中所应当遵循的一种客观行为为模式。包括：（1）缔约过程中诚实不欺的言行；（2）履行过程中信守约定、严格履行以及相互协力的行为；（3）合同变更何解除时的依据善意的合作行为；（4）合同关系终结后，遵守必要的附随义务的行为。

3、公平合理的利益结果。指合同当事人通过一切合同行为所应当追求和达到的利益平衡状态。包括：（1）当事人之间利益的平衡，当事人不得从其他当事人的损失中获益，也不得从当事人自己的欺诈行为中获益，交易的结果应当是符合公平原则的当事人的互利结果；（2）当事人与社会利益之间的平衡，当事人利益的获得应当以促进社会利益为价值评判标准，以不损害社会利益为最低要求，当事人利益的获得不得以牺牲社会利益为条件。³⁶⁵

本文认为，上述标准确实可以对当事人在交易中诚信行事起指导作用，但作为一个能够指导司法实践的标准仍嫌不足。笔者发现，由于英美法一直以诉讼为中心来发展法律，其司法实践中总结的若干规则对我国适用诚信原则富于启发，特别是从实践中发展的三个行事标准对建构合理的诚信标准具有很大的参考价值。

对于当事人自愿建立的合同关系，英美法使用三个标准对其进行干预，即“显失公平标准”、“善意标准”（所用英语与诚信相同，因而也译为诚信标准）和“被信任者标准”。这三个标准的共同关注点是：（1）处于某种关系中的一方当事人，应在多大程度上承认并尊重另一方当事人的利益。（2）在多大程度上，另一方的利益由于这种关系的存在而应该得到保护？波斯纳（Posner）认为：“合同法并不要求当事人以利他主义行事……或者奉行我是我兄弟的照管人这样的哲学……，这一哲学是被信任人义务的基础……”³⁶⁶因此，从显失公平标准到被信任者标准，是逐步推进的，即从自私到无私。按照显示公平标准，一方理应有在他对对方的行动中为自身利益行事。但为尊重另一方的利益起见，法律禁止他过度凭自身的利益行事。按照善意标准，虽允许一方当事人为其自身利益行事，但对此加以限制，即断然要求该当事人在他作出决定或行动时考虑到另一方的合法利益。被信任者标准责成一方为另一方的利益行事，无私地并凭专一的忠诚行事。其中，善意标准引起的争论最大，因为它包含其他两个标准具有的特征。近年来的加拿大和澳大利亚的重大被信任者案件实际上都属于善意标准的案件。³⁶⁷

（一）显失公平标准

这一标准主要运用在缔结合同的阶段，在这种关系中，每一方当然都只考虑自己的利益，但其中一方由于自己的条件或因为双方地位的比较，事实上无从保持自己的利益，他容易受另一方的剥削或被另一方操纵。法院认为在这样的交易中，一方在一定程度上有保护脆弱方的利益的义务。在英美法中，显失公平标准体现在美国《统一商法典》第2章第302条、《合同法第二次重述》208条³⁶⁸上以及英联邦各国的不公平合同条款法上。也就是说，当法院发现交易双方的地位不平等以致实质影响合同的公平时，将考虑运用显失公平标准判定合同全部或部分无效。事实上，德国法138条第2款所规定的暴利行为即属于此种情形——当

³⁶⁵ 郑强，同前注2，115页。

³⁶⁶ *Original Great American Chocolate Chip Cookie Co Inc v. River Valley Cookies Ltd* 970 F.2d 273, at 280(7th Cir 1992).

³⁶⁷ 沈达明：《衡平法初论》，191页，对外经济贸易大学出版社，1997年。

³⁶⁸ 原文是：“Unconscionable Contract or Term: If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.”

法律行为系乘另一方穷困、没有经验、缺乏判断能力或者意志薄弱,使其为自己或第三人的给付作出有财产上的利益的约定或者担保,而此中财产上的利益与给付显然不对称时,该法律行为无效。这里所设定的标准——“给付与对待给付的显然不相称”在大陆法上广泛采用,特别是将这一标准运用在有关情势变更的案件中。从相反的方面看,如果合同并没有造成结果上的极度不公平,而只是缔约中存在瑕疵,如作了不实陈述,法院不允许主张显失公平,也不支持当事人因此行使诸如撤销合同这样的权利。

另外,英美法在有关披露义务的案件中常常使用此标准。如果一方出于对重要事实的无知而进行了交易,可能构成错误,能得到救济。但如果一方在交易中的脆弱性不是由于不了解交易的含义和效力,而是不掌握另一方事实上占有的信息,就产生了披露义务的问题。法院认为,当一方掌握的主要事实超过另一方时,未经披露信息的交易将发生内在的不公平。³⁶⁹对于显失公平的救济不包括损害赔偿。相比之下,被信任者法下对未披露重要事实的救济较为全面,即宣告合同无效与损害赔偿。

(二) 善意标准

诚信标准至少包含三个重叠的主题(1)促进关系中的各当事人之间的合作;(2)限制滥用权利。(3)要求在关系中实施“睦邻”义务(即考虑对方当事人的利益)。

Finn 认为,善意标准主要适用在两种情况下:³⁷⁰(1)一方持有的权力(power)或具有的能力可能不公平地损害另一方的利益。一方虽在他所处的关系中有权追求自己的本身利益,但他的决定或行动直接影响另一方的利益,因此公平原则要求他在某些情形下,除考虑自己的利益外,还应考虑另一方的利益。例如银行向客户提供贷款额度内、有充分担保的贷款,通常并不负有向客户继续贷款的合同项下的义务。如果银行认为终止贷款符合其利益,完全有此权利。但是如果这个客户依赖这笔贷款在较长的期间内提供他的流动资本是双方所知道的事,银行就应在采取这项措施之前把自己的意思通知该客户。客户按照情理不能期待银行给以贷款,但银行按照情理应该预期客户会期待它至少进行通知以便能通过另作安排以保护自己的利益。³⁷¹

(2)信息披露的需要。当双方关系的性质或打算进行的交易的性质,使一方期待并且当然会期待另一方由于他所处的地位,会提供与作出决定有关联的信息时,产生披露义务。保险的要约、向股东通知召开股东大会、医师向病人提出治疗建议属于这类情形的典型案件,其特点是:一方必须依赖对方提供为作出恰当地选择所必需的信息,因此对方享有不提供信息供前者选择的机会。

在交易方都能解决自己的消息需要并能作出独立的判断时,披露义务取决于是否发生了合理的“信赖”,即是否一方知情地将“信任”寄托在另一方身上。

对于判断披露义务,美国侵权行为法第2次重述使用了“合乎情理的期待”标准,合同法第二次重述直接援引“诚信和公平交易的合乎情理的标准”,这实际上构成了诚信披露义务的理论基础。

主流的意见认为,善意标准是从一系列的特定的规则中归纳出来的,有些原则来自合同法,例如默示合同规定事项、虚假陈述规则;有些规则来自侵权行为法,如过失错误陈述,欺诈。有些纯粹是衡平法上的规则。因此,提出诚信请求,

³⁶⁹ 沈达明:《衡平法初论》,同前注 367, 193 页。

³⁷⁰ P.D. Finn, *Fiduciary Obligations*, 1977, *Equity and Commercial Relations*, 1987. 转引自沈达明:《衡平法初论》,同上注, 194 页。

³⁷¹ See *KMC Co Inc v. Irving Trust Co* 757 F 2d 752 (6th Cir 1985).

必须依据上述规则。³⁷²但反对意见认为,诚信是一个独立的原则,以合乎情理的期待为依据,产生灵活的救济,才能避免对现存的原则的曲解。³⁷³

(三) 被信任者标准

被信任者标准适用于特殊的信任关系中,信任关系决定了被信任者不应该为受益人以外的利益,包括被信任者自己的利益或第三人的利益使用此类关系给予他的地位、权力或机会。也就是说,被信任者标准以“忠实”为核心,包括:(1)不滥用自己的地位;(2)避免义务与利益冲突。

英美法将“被信任者关系”分为当然的和事实上的。当然的被信任者关系是指法律认定一方当事人的目标就是为另一方的利益或他与另一方的共同利益服务,排除他自己的单独利益。如美国《代理法第二次重述》肯定“代理人就代理范围内的事项是一个被信任人。”³⁷⁴另外,医师对病人负有当然的保密义务,这也是由被信任者关系所决定的。从审判实践看,信托项下受托人与受益人之间的关系、各合伙人、本人与代理人,公司与董事,律师与客户,监护人与被监护人,遗嘱执行人、管理人与遗产受益人,破产受托人、清理人与债权人、特别顾问与咨询人之间的关系都属于当然的被信任者关系。事实上,这些关系在大陆法也同样被认为是非常特殊的关系,耶林在其名著《为法律而斗争》中就明确提到“……医生毒死病人!监护人绞杀被监护人!这是天底下最悖理之事”。³⁷⁴

某种实际情况的发生也可以产生事实上的被信任者关系,如一方取得保密信息,譬如银行取得了关于客户的保密信息。判断是否在事实上形成了被信任者关系需要考虑下列因素:(1)是否一方处于优势地位,另一方处于脆弱地位。(2)当事人之间存在信任。(3)一方对另一方有合理的依赖。譬如人们对律师的期待,通常不同于对旅行社的期待。³⁷⁵由于在现代社会中,银行是首要的公用事业机关,所以尽管银行与客户、银行与借款人、银行与保证人的关系通常不是被信任者关系,但当银行实际上是作为客户的代理人行事时,银行就向客户承担了明显的被信任者义务。

传统上,被信任者关系属于衡平法的范围,而衡平法长期以来非常关注制止滥用优势地位的问题,制定了不少法律规则,现在主要有不当影响规则和被信任者法。

英美法在实践中,通过回答下述三个问题来确定在具体案件中适用上述三个标准中的某一个标准:

- 1、当事人之间的实际关系,交易上的关系属于什么性质,具有什么样的目的、什么样的发展?由于交易关系是不断发展变化的,随着交易的进行,当事人关系是否已经由非被信任者关系逐步发展为被信任者关系。

- 2、按照关系的具体情况,一方按照情理是否有权期待另一方按照标准中的一种行事,即为他自己的利益行事、考虑前者的利益行事或者为前者的利益行事。需要说明的是,按照情理的期待不仅要考虑当事人主观上的期待,更要考虑其合理性。

- 3、公共政策是否要求管制一方的行为或者给另一方的期待作优先考虑。³⁷⁶

笔者认为,借鉴国外司法实践中所发展的三个标准来建构我国的诚信标准是

³⁷² See FEB Commentary on the UCC, Commentary on § 1-203, pp 4-5.

³⁷³ P.D. Finn, *Fiduciary Obligations*, 1977; *Equity and Commercial Relations*, 1987. 转引自沈达明:《衡平法初论》,同前注 367, 198 页。

³⁷⁴ Rudolf von Jhering, 萨孟武译,转引自王泽鉴:《民法总则》,9 页,中国政法大学出版社 2001 年。

³⁷⁵ 沈达明:《衡平法初论》,同前注 367, 206 页。

³⁷⁶ 同上注, 191-192 页。

可行的。上述的三个标准实际上是适用于不同的关系和不同的场合，这让诚信标准在具体情形下有了更强的指导性。换言之，我国的诚信标准同样应该由三个不同的层次组成：

1、显失公平标准。适用于出现严重不公平的结果或信息严重不对称的情形。事实上，这一标准早已在我国立法和合同法的实践中使用，如民法通则第59条，合同法第54条就明确使用了“显失公平”。最高人民法院关于贯彻执行《民法通则》若干问题的意见72条进一步说明：显失公平是指“一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则”。可见这一标准和德国民法典138条第2款所规定的暴利行为的判断标准很接近。笔者认为，显失公平不仅仅是一种撤销合同的原因，更构成一个判断标准，成为多个规则的基础，譬如构成认定不公平合同条款无效的基础（合同法40条，53条），构成情势变更原则的基础（给付与对待给付变得极不相称）。显失公平主要是从结果上考察的，因为权利义务的极不对等，造成了合同的实质不公，如严重侵害消费者基本权利或者让一方当事人完全丧失合同利益的情况。运用显失公平标准，法院有权对合同予以撤销或变更（相当于德国法上的“调整”，重新分配交易风险），或认定特定的条款无效。在实践中，不公平的合同通常是因为一方处于优势地位以致谈判能力悬殊造成的，特殊的情况则是因情势变更而造成的显失公平。

2、合作交易标准。即英美法所称的善意标准或诚信标准，为避免用词上的混乱，笔者将这一标准改称合作交易标准，普遍适用于现代的交易模式——“合作”（co-operation）型（与传统的“对手”（antagonistic）型交易模式相对）。这一标准的内容主要是要求当事人增强信任、加强合作、促进交易的完成和交易目标的实现（实现双方各自追求的合同利益），为此目的，应限制滥用权利以及保护对方的财产、人身安全。这一标准适用的范围非常广泛，它首先构成解释合同和填补合同漏洞（认定默示条款）的标准，譬如考虑促进交易、平衡当事人利益、考虑当事人真意等因素。其次，这一标准是发展和确定附随义务、诚信缔约义务的基础，此时将考虑实现交易目的（交易上的合理期待）、保护交易财产、人身安全等因素。对缔约而言，特别需要考虑是否形成了合理信赖，是否有必要对缔约过程中的信赖予以保护。其三，这一标准构成权利不得滥用制度的基础，此时需要考虑平等对待规则、正当程序规则、相称性规则和必要性规则。平等对待规则即通常所称的不歧视规则，在交易中当事人应给予交易相对人平等的交易机会，而不是厚此薄彼，随心所欲。正当程序规则需要当事人自身设定合理的行事程序，如不考虑不相关的因素，合理考虑相关因素，凡事均遵循程序慎重而不武断地作出决定，提出令人信服的理由。特别是在一方完全受控于另一方的情况下（*entirely at the whim or mercy of one party*），控制方应该遵循正当程序规则，防止武断。相称性规则又称比例规则，要求当事人在实现目标和使用的手段之间保持适度的比例，保持目的与手段的均衡关系。如果行使权利所得到的利益和对方因此所遭受的损害显然不相称时，应限制自己权利的行使。必要性规则也称最小侵害规则、最温和方式规则，即实现自己的合法目的和行使权利时应最大限度地尊重他人的利益或权利，最小程度地对他方利益或权利造成损害。

3、被信任者标准。这一标准适用于特别关系，即合同的目的是为了当事人的共同利益或一方当事人的利益，在这种关系中，当事人首先必须保持“忠实”（*fidelity*），其次要承担较高的注意义务和勤勉义务（*Due Care & Due Diligence*），大体相当于善良管理者这一标准。其主要内容即当事人不

能为自己的利益而损害共同利益，或者在为他人利益行事时不能滥用权力（power）或地位为自己谋利。这一标准主要适用于信托关系、代理人关系、合伙关系、劳动合同关系。当一方因交易而占有对方的保密信息时，也适用这一标准。

诚如英美法院已经注意到的问题，在具体案件中适用上述三个标准中的某一个标准需要首先考察“当事人之间的实际关系，交易上的关系属于什么性质，具有什么样的目的、什么样的发展？”。这一点和合同法 60 条所提到的“根据合同的性质、目的和交易习惯”来适用诚信标准是一致的。对此，可以借鉴美国麦考利尔（Macneil）所提出的关系契约理论：对契约关系加以动态把握（其中合意成立时所具有的意义变弱了），不但随契约关系进行而权利义务发生，而且变化，并且当纠纷发生的场合下，要考虑迄今为止契约关系的全过程来判断权利义务。导出这一判断的原理不只是当事人的意思或信赖或法律，而是存在于契约背后的社会关系和共同体规范。³⁷⁷这一观点不是将契约纠纷的解决作为单纯的规则而适用，而是理解为，对契约关系这种伴有时间经过和事态变动的情势加以评价，以发现适当的规范的过程。当初合意的目标在交易过程中发生变化的场合，也当然被考虑进去。³⁷⁸

比较而言，萨默斯（Summers）关于应如何适用美国《合同法第二次重述》205 条所确认的诚信要求的论述值得参考。³⁷⁹他认为法官在适用诚信标准时：（1）需要以 205 条的用语为出发点。（2）需要根据主要体现在评论 a 之中 205 的规范目的。而这些根据规范目的推理分析应如同对制定法进行目的性解释一样给法官提供指导。（3）在完成上述任务后，根据历史悠久的普通法系的类比推理方法来寻求指南，譬如根据 205 条评论中所作的各种例示，而不是仅仅根据过去的案例。通过对比以前的法官的论证，就可以推理得出实质性的洞见，从而解决新的案件。（4）根据 205 条的目的以及一般的推理，就相关事实进行分析，考察这些事实是否具有特殊的意义及价值，是否符合恶信行为的特征。（5）因为所涉及的问题的特殊性，排除器分析法（excluder analysis）非常实用，不仅贴近现实情况，而且本身也富于启发性。它并不是将焦点集中在假定的一些积极的和统一的被称为“诚信”的要素，而是在根据 205 条的目的和特定的案件事实来考虑引起争议的行为是否属于 205 条所谴责的恶信行为。³⁸⁰

萨默斯的论述是建立在英美法的司法制度和推理方法之上的，不能为我国司法所照搬，但其论述的将诚信标准适用于具体案件的程序仍值得借鉴，其中所提到的“排除器分析法”也不失为一种可以参考的考察问题的角度。

第四节 完善中国合同法上的诚信机制

因为诚信原则极为抽象，而立法又不可能完全预见并对将来可能出现的形

³⁷⁷ 内田贵：《契约的再生》，胡宝海译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第 4 卷 240 页，法律出版社，1995 年。

³⁷⁸ 同上，242 页。

³⁷⁹ 原文是：“Duty of Good Faith and Fair Dealing: Every contract imposes each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement.”

³⁸⁰ Robert S. Summers, *The Duty of Good Faith - Its Recognition and Conceptualization*, (1982) 67 Cornell Law Review 810 ff., 823-4 ff.

色色的恶信行为进行规定，因而必然需要通过建立具体体现诚信要求的诚信机制或规则来实现诚信原则的功能。这些规则实际上是对诚信原则所作的类型化划分，既不像诚信原则那样抽象，也不同于法律的明确规定（可以直接适用的法律规范），而是对特定类型案件或特定关系所作出的、体现诚信要求的指导性准则。相对于具体法律规范，它具有一般性。相对于诚信原则，它具有特殊性。

建立具体诚信规则首先是为了防止司法权力的滥用，增加诚信原则在适用上的确定性，从而增加法的安定性。法解释学的一条规则是禁止“向一般条款的逃避”，即关于某一案型，法律本有具体规定，而适用该具体规定与适用诚信原则均能获得同一结论时，应适用具体规定。另外，解释规则、类推适用等漏洞补充方法也优于诚信原则适用，运用这些方法处理案件时，价值判断过程清楚，是否恰当易于判断，可以防止法官的自由裁量权过大而造成滥用。³⁸¹

其次，建立具体诚信规则是为了更恰当地平衡当事人的利益。由于具体的诚信规则要件设定更为明确，判断标准更为具体，还有若干先例可以参考，能够增加司法结果的合理性和可信度。在此时，“正义与公平应该功成身退”。³⁸²

再次，具体诚信规则可以提高司法效率，增加人们对司法结果的可预期性，指导当事人在合同关系中按诚信行事。

应该说，所有的合同法的规则都直接或间接地与诚信原则相联系，而到底哪些制度能成为所谓诚信机制的一部分实际上与一个国家的传统和文化有关。在德国民法中，诚信原则一直作为一种法学方法得以延续，是对契约自由的一个客观上的“限制”工具。根据民法的注释性著作，诚信机制主要包括：（1）勤勉和注意义务。（2）披露和通知义务。（3）禁止以损害弱勢方为目的滥用权利。（4）禁止不公平地终止长期合同。（5）情势变更（因个人原因或者社会原因）。（6）失权制度。需说明的是，德国法对格式合同条款的控制已经倾向于依据透明度的要求来解释而不是直接依据诚信原则的尊严说。借助于德国法的这一类型划分，本文所要探讨的中国合同法上的诚信机制主要包括：（1）诚信缔约义务；（2）附随义务；（3）情势变更制度；（4）救济机制。笔者认为这是诚信原则表现得最为突出的几个制度。

一、诚信缔约义务

我国合同法第42条规定：“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。”第43条规定：“当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任”。这两条实际上包括了两个诚信制度——披露规则和缔约诚信责任。当然，违反披露规则的结果将是承担缔约责任，但披露规则主要涉及法律施加的积极义务，而其他缔约责任主要是从消极的方面规定的，因此笔者将它们视为两个不同的制度设计（另请参见第三章第1、2节）。

德国是经由判例学说创设了缔约上过失一般法律原则，与成文法的方式有所区别，而可资对比的立法有希腊民法典、以色列合同法 and 我国台湾“民法典”。希腊1940年民法典197条规定，“从事缔结契约磋商行为之际，当事人应负遵循

³⁸¹ 梁慧星：《民法解释学》，同前注364，314页。

³⁸² 王泽鉴：《民法债编总论》第2册，12页。转引自张广兴：《债法总论》，88页，法律出版社1997年。

诚信及交易惯例所要求的行为义务”。198条规定,“于为缔结契约磋商行为之际,因过失致相对人遭受损害时,应负损害赔偿责任。契约未能成立亦然。……”。³⁸³换言之,希腊民法典197条是对缔约诚信义务的总括性规定,198条是对缔约责任的规定,即违反缔约诚信义务将承担缔约责任。以色列1973年合同法(总则)第12条(a)规定:“缔结合同时,当事人应按习惯作法和诚信行事”。第12条(b)规定:“如果未能满足(a)项要求,违反方应赔偿由此给对方在磋商和缔结合同中造成的损失”。我国台湾“民法典”245条之一规定“契约未成立时,当事人为准备或商议订立契约而有下列情形之一者,对于非因过失而信契约能成立致受损害之他方当事人,负赔偿责任:(1)就订约有重要关系之事项,对他方之询问,恶意隐匿或为不实之说明者。(2)知悉或持有他方之秘密,经他方明示应予保密,而因故意或重大过失泄露之者。(3)其他显然违反诚实及信用方法者。……”。³⁸⁴换言之,台湾并无缔约诚信义务的总括性正面规定,而是以例举加归纳的方式从反面规定了披露义务、保密义务以及其他缔约诚信义务。

总的来看,我国的立法与台湾的立法方式接近,即并不正面总括规定缔约诚信义务,而是从反面以例举加归纳的方式进行规定。不同之处在于:一是将保密义务单独规定(43条)。二是规定了恶意磋商发生缔约责任的类型。三是并未如台湾立法那样设定信赖判断标准。四是设定的构成要件也有不同(如台湾对披露的规定加上了“经他方之询问”这一要件)。笔者认为,我国在立法上将保密义务单独规定这一创新值得肯定。因为在合同磋商过程中不可避免地会接触机密信息,对获取机密信息的一方应适用被信任者标准,这和其他缔约责任的判断标准是不同的,因而需要单独规定以便明确。而现行立法需要改进的方面包括:

(一) 直接设定诚信缔约义务

最好如希腊民法典197条及以色列合同法12条的规定一样从正面规定诚信缔约义务,并在其后规定缔约责任。先有诚信缔约义务,后有违反此义务的缔约责任更符合立法的逻辑。

(二) 设定判断缔约责任的标准

针对不同的恶信行为,实际上需要设定3个不同的判断标准。1、过错标准。如果缔约方在缔约过程中损害到对方的人身或者固有财产,需要就其所承担的注意义务或保护义务来判断是否应承担缔约责任。由于这一责任与侵权责任发生竞合,所以采用与侵权责任相同的标准——过错标准进行判断。2、信赖标准。如果某缔约方违反披露义务或其他诚信义务进行恶意磋商,而对方因对其产生信赖而遭受损失的,该方应承担缔约责任。(3)被信任者标准。对前述在缔约过程中获取保密信息的缔约方适用。

(三) 完善具体的行为类型规定

1、披露义务。从我国合同法的用语看,当事人不得“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”实际上可以转换成当事人“应该披露与订立合同有关的重要事实并不得提供虚假情况”。这一条最为关键的用语在于“重要事实”,即什么才是与合同有关的“重要事实”?这一问题上,国外已经提出了“基本假定说”、“有用说”、“优势知识说”、“合理期待说”等标准(参见第三章第1节)。笔者认为,对什么是重要事实的判断也应根据不同的情况适用前述的

³⁸³ 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第1册,同前注247,102页。

³⁸⁴ 台湾“民法典”修正案于1999年4月2日通过(其中包括增设缔约责任部分),其时间在大陆的合同法通过之后。

诚信标准：A. 双方的关系。如果双方之间存在着被信任者关系，或者一方对另一方承担了某种被信任者义务，那么他应承担比一般情况下更为严格的披露义务，即适用被信任者标准。B. 适用显失公平标准。综合考虑交易双方在智力、经验、阶层、专业、处境上的差异，譬如一项交易中商人承担的义务应大于普通消费者。另外，如果不披露信息导致人身伤害，则应负更严格的披露义务。C. 对普通的交易适用合作交易标准”，综合考虑信息的获得方式、未被披露的事实性质、合同的性质、当事人的在先行为等因素进行判断。

最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（修改稿）第67条规定：“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。”这一规定提到了合同法42条规定的两种情况——提供虚假情况和隐瞒真实情况。那么，是否可以认为42条的规定就是有关欺诈的规定呢？笔者认为尚不能将两者划等号。在缔约过程中实施欺诈而导致合同被撤销的，欺诈行为人固然应承担缔约责任，但并不能从逻辑上推断违反披露义务的情况都属于欺诈，而且欺诈导致的法律后果较为严重，违反披露义务并不一定使用如此严厉的法律补救措施。此外，要证明“故意”也并不容易。因此，笔者倾向于将违反披露义务的规定与有关欺诈的规定分开，扩大披露义务的适用范围。在认定违反披露义务时，不需要证明是否是出于“故意”，只要证明在负有披露义务的情况下没有履行披露义务即可。这样，不仅现在所规定的“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”属于违反披露义务的情形，而且也包括明知对方出于错误认识而签订合同的情形（如果对对方没有这一错误就不会签订合同或者签订不同的合同），事后知道原先陈述的某些事实是不真实或者已经变化而不作纠正的情形、应该作披露而过失没有作披露的情形（如出于过失未进行瑕疵告知）、不告知对方应遵循法定程序或形式缔约的情形（如专门的商人告知消费者某种类型的合同只有采用特定的形式才发生法律效力）等等。

正因为违反披露义务并非都构成欺诈，所以可以根据具体情况要求其承担缔约责任，不一定都导致撤销权的发生。如在保险合同中，如果投保人过失没有履行披露义务，保险人的责任可以根据真实情况下双方达成的保险费的比例减少，但不能完全解除责任。如果投保人没有履行披露义务是因为保险人未事先告知投保人负有披露义务，没有遵循询问的程序，而投保人又并非欺诈，那么发生保险事故时，保险人不得解除责任。另外，违反披露义务的，也可能只导致合同部分无效或者由法院或仲裁机构对合同予以变更（合同法54条）。

2、诚信磋商义务。《合同法》第42条所规定的“假借订立合同，恶意进行磋商”实际上是对诚信磋商义务的一种例举，借鉴的是《国际商事合同通则》的规定。在实践中，发生这一恶信行为的情况确实非常多，如广告公司经常借招聘为名让应聘者设计策划广告，而后利用应聘者的工作成果但并不真正打算与任何应聘者签订劳动合同。而除了“无缔约诚意而进行磋商或持续展开磋商”这一情形外，违反诚信磋商义务的情况至少还包括A. 要求对方履行尚未正式缔结的合同，随后无理中断谈判；B. 无理违反约定磋商的协议；C. 在谈判后期无理退出谈判。在这几种情形下，都应采纳信赖标准，考察是否已经在磋商当事人之间形成了信赖。在A这种情形，如果一方出于合理信赖已经开始着手为履行合同作准备或应一方的要求开始创造最终缔约的条件，那么对方就不能无任何理由地中断磋商。在B这种情形，相当于双方已经签订了一个附属合同，违反这一合同当然应承担缔约责任。如果双方签订的是排他性磋商协议（即任

何一方均不与第三方磋商),原则上也应认定有效。在C这种情形,磋商进入后期相当于双方经过较长的谈判形成了信赖关系,就所磋商的问题达成了初步协议或框架协议,如果没有合理的理由,任何一方都不能中断磋商。也就是说,在这种情况下,缔约自由受到一定的限制。

违反诚信磋商义务的主要救济是损害赔偿,但我国合同法并未明确损害赔偿的范围,笔者认为明确将赔偿范围确定为信赖利益较为妥当。同时,需要注意缔约责任与合同订立制度的衔接。合同法36条规定:法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。这条规定实际上意味着我国并不将出于合理信赖而履行约定义务但缺乏形式要件的情形在缔约责任制度下处理,而是直接赋予其合同约束力。这一做法相当于英美法的禁反言规则,对出于信赖而履行的一方的保护更为周全。也就是说,在某些情况下,缔约磋商的一方可以直接主张合同已经成立而不必舍近求远地主张对方的缔约责任。

3、其他违背诚信缔约义务的行为。除了披露义务、磋商义务以及43条规定的保密义务(泄漏或不正当使用在缔约过程中知悉的商业秘密)三种情况以外,合同法还将认定“其他违背诚实信用原则的行为”的权力授予了法院。这里特别提到有违诚信原则的其他行为,所以不包括法律已经规定的其他应承担缔约责任的行为,如未经被代理人追认的无权代理行为,尽管此时无权代理人应当对相对人承担缔约责任,但这一法定责任不同于此处所提到的根据诚信原则所产生的缔约责任。

笔者认为,这款规定可以进一步明确为“缔约过程中违反注意、通知、协助、不作为等诚信义务造成他方财产上损失或人身损害的其他行为”。事实上,我国实践中发生的此种情形十分普遍,如在商场、机场等场所使用电梯受伤,在宾馆滑倒、交易过程中财物受损、谈判时遭遇意外等等。对上述情形,如果不在缔约责任制度中如此明确规定,受损害方就只能请求侵权法上的赔偿,对受损方的保护难以周全。

二、诚信附随义务

债法的变迁和进步是建立在债之关系上各种义务的形成和发展。³⁸⁵现代债法的发展,在某种意义上,可以说是债之关系上义务群的发展。³⁸⁶我国合同法除规定了单独的诚信缔约义务外,还在60条及92条规定了合同附随义务,体现了我国合同法顺应法律发展方向的先进型。

合同法60条第2款规定:“当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务”(履行附随义务)。第92条规定:“合同的权利义务终止后,当事人应当遵循诚实信用原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务”(后契约义务)。合同法从证明规定附随义务的做法和缔约责任从反面规定诚信缔约义务的做法有所不同,后者设定了独立的缔约责任,这就导致前者在适用上发生若干问题,如:1、违反附随义务是否可以作为独立的诉讼理由,需要满足哪些要件?2、第三人是否可以以违反附随义务为由提起诉讼?3、违反附随义务承担何种法律责任?

第一个问题实际上涉及关于附随义务的定义和分类,即法律已经明确规定的义务是否仍然可以称为附随义务,是否可以分为法定的附随义务和诚信的附随义

³⁸⁵ 王泽鉴:《债法原理》(一),同前注146,34页。

³⁸⁶ 同上,49页。

务？譬如合同法 180 条规定，“供电人因供电设施计划检修……等原因，需中断用电时，应当……事先通知用电人。未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任”。第 259 条规定，“承揽工作需要定作人协助的，定作人有协助的义务。定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务，并可以顺延履行期限；定作人逾期不履行的，承揽人可以解除合同”。这里，通知义务或协助义务已经由法律所明定，并且对此规定了责任，那么这一义务是否仍是附随义务？如果作肯定回答，那么对附随义务的适用问题就不能一概而论。如果作否定回答，前述问题就变成了是否可以在法律没有其他规定的情况下，仅仅根据 60 条及 92 条规定的附随义务提起诉讼并要求违反该义务方承担法律责任？

笔者认为，附随义务是从义务的性质上进行判断的，是和给付义务相对应的一个概念，因此凡是不属于给付义务的合同义务都应算作附随义务，不应考虑这一义务是法定的、约定的或根据诚信原则、交易需要而产生的。对于违反法律规定或当事人约定的附随义务的行为固然可以提起诉讼并要求对方承担法律责任，基于 60 条及 92 条的规定提起诉讼也同样应该得到支持，否则就无法发挥诚信原则的巨大作用。其要件可以借鉴德国法的经验：1、当事人作为或不作为的行为违反了诚信附随义务。2、因违反这一义务而导致对方当事人发生损害或失去了履行上的利益。3、受损害方无法依据法律上的其他规定（特别是合同法上的其他规定）得到救济。

债务人对第三人同样负有因违反附随义务而发生的损害赔偿責任是德国法上附随义务理论的一项重要发展，因此，我国同样也应该承认受损害的第三人同样可以依据第 60 条的规定提起诉讼。需要满足的要件与合同当事人提起附随义务之诉的要件相当。如果如此解释，将发生侵权责任与合同责任的竞合，受害人可以根据合同法 122 条选择对自己最有利的诉讼依据。

合同法并没有对违反 60 及 92 条所规定的附随义务设定相应的法律责任。由于在性质上，违反后契约义务，产生债务不履行的责任；³⁸⁷违反履行附随义务，产生瑕疵给付的违约责任。因此，笔者认为应该适用合同法 107 条对违约责任所作的总括性规定。原则上，违反附随义务应当判令赔偿损失，特别是违反附随义务致使相对人遭受人身及财产损害的情形（传统上由侵权法加以处理）。除此之外，违反附随义务还可能影响债权人的给付利益，对此，法院可以根据具体情形灵活处理，要求违反附随义务方承担如下法律后果：1、不发生履行的效果，债务人的履行义务并不消灭，需另行履行，因此而发生迟延的，负迟延履行责任。譬如瓷器出卖人对于出卖的瓷器并未妥善包装而导致瓷器损坏的，可以判令出卖人另行更换。2、相对人可拒绝受领给付。如出卖人半夜送货到消费者家中，消费者可以拒绝受领。³⁸⁸3、转移风险。如修理人在修理好交予修理的电视机后，通知债权人取回，而债权人迟迟不取。此后，因修理人存放该电视机的库房意外失火，烧毁了电视机。由于债权人应承担迟延后的风险，所以应自己承受电视机的损失并应支付修理费用。4、停止计算利息。如果债务人的履行应是支付价款而债权人拒绝接受，则价款利息自债务人履行之日起停止计算。如借款合同中，借款人按时归还借款而贷款人迟延接受的，迟延的时间不应计算利息。5、消灭担保。

³⁸⁷ 王泽鉴：《民法学说与判例研究》第 4 册，同前注 247，103 页。

³⁸⁸ 此问题有争议，有意见认为不恰当的给付（如不在营业时间中作给付）不能构成给付；另有意见认为此种情形属于违反附随义务。笔者认为如果事先作了通知，也可能债权人愿意接受深夜给付，所以倾向于认为属于违反附随义务。

债权人拒绝接受价款，将失去其享有的担保利益。如第三人对一项债务提供保证，自债权人拒绝债务人提供价款时起，该保证即归于消灭。债权人再不能对第三人（保证人）提出请求。5、债务人有权自行消灭债务。如《合同法》第101条规定，债权人无正当理由拒绝受领债务履行的，债务人可以将标的物提存。标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

由于违反附随义务不同于违反给付义务，所以相对人一般不能单独就附随义务提出履行请求（即不能强制债权人履行此项义务），也不能解除合同，只能请求损害赔偿。但如果采用损害赔偿对受害方补偿不充分或不适当时，法院可以判令采取如下四种补救措施：1、变更合同。2、解除合同。在债权人的履行利益已经完全丧失或履行义务已经不现实的情况下，可以判令解除合同，如甲和某高校教师乙签订了翻译稿件的合同，约定3个月完成翻译工作。但因甲迟迟未能提供需翻译的稿件，乙利用暑假完成翻译工作的预想落空，即使将完成时间从甲交与书稿时起向后推迟3个月，乙已不能完成工作，因而乙可以提出解除合同。3、判令实际履行。譬如医生在手术后过失将纱布留于患者体内，可以根据情况判令医生实际履行其保护义务，取出患者体内纱布。4、判令停止侵害。如果违反不作为义务，譬如展览场馆的出租人违反不作为义务自行在相同一段时间举办与承租人相同的展览，除损害赔偿外，法院可判令其停止侵害。

就我国合同法第60条本身的规定看，对附随义务的规定还不全面，特别是只列举了通知、协助和保密三种附随义务的态样，未能较系统地就附随义务态样作出规定，远远不能概括实践中形态各异的附随义务，往往不能明确指导当事人诚信行事以及指导司法审判。因此，笔者认为立法上至少应增加已经由国外判例所反复确认的另外两项附随义务态样——注意义务与不损害合同目的的不作为义务（参见第三章第三节三）。³⁸⁹这样规定既能体现附随义务对实现债权人给付利益的辅助功能，又能表明对他方当事人及相关第三人人身和财产的保护功能。

三、情势变更制度

目前，我国学界对我国民法是否已经承认了情势变更制度仍有争论。有学者以最高人民法院法函1992年第27号煤气表购销合同案为据认为我国民法已经确认了情势变更制度——“就本案购销煤气表散件合同而言，在合同履行过程中，由于发生了当事人无法预见和防止的情势变更，即生产煤气表的主要原材料铝锭的价格，由签订合同时国家定价为每吨4400~4600元，上调到每吨16000元，铝外壳的售价也相应由每套23.085元上调到41元，如要求重庆检测仪表厂仍按原合同约定的价格供给煤气表散件，显失公平”。——“最高人民法院在本案中通过对“显失公平”概念的具体化，在我国民法中首次确认了情势变更原则，在法制发展上有其重要意义”。³⁹⁰尽管如此，我国现行立法中并无关于情势变更制度的规定，这无疑给妥善适用这一诚信机制带来了不便。通过前述对国外情势变更制度的考察可以发现，这一诚信机制的适用范围很广，承担着合理分配合同意外风险等重要功能，需要在我国合同法中发挥其应有的作用。

前面已经提到，情势变更制度在德国主要涉及合同目的落空、履行变得艰

³⁸⁹ 我国合同法只规定了保密义务而没有规定不作为义务或许是因为观念中认为不作为义务主要是指保密义务，而实际上不作为义务的外延要比保密义务广泛很多。另外，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释[2003]20号，2003.12.28）中，规定了交易中的安全保障义务，但该义务是从侵权责任这一角度规定的。

³⁹⁰ 梁慧星：《民法解释学》，同前注364，299页。

难 (impracticable)、对合同基础发生共同错误等情形。我国合同法对这些情形主要是通过撤销或者解除合同来进行处理,但所依据的标准尚不统一。同时,也常常难以满足当事人希望调整权利义务而继续保持合同关系的愿望。实际上,我国合同法 54 条已经赋予了法院或仲裁机构“变更”合同的权力,只是对如何变更缺少指导性规则。

笔者认为,根据诚信原则建立我国的情势变更规则实际上需要解决三个问题:1、采用什么诚信标准判断情势变更?2、判断是否构成情势变更需要考虑哪些因素?3、如何调整(变更)当事人的权利义务?如何分配情势变更带来的意外风险?

第一个问题相对比较简单,笔者认为应采用显失公平的标准。事实上,我国处理过的案件也提出了显失公平这一判断标准。换言之,只有发生了显失公平的情势变更才能依据情势变更制度加以处理。台湾修订民法所增设的情事变更制度,也同样采用了这一标准。在“民法典”227 条之二规定,“契约成立后,情事变更,非当时所得预料,而依其原有效果显失公平者,当事人得声请法院增、减其给付或变更其他原有之效果。前项规定,于非因契约所发生之债,准用之”(着重号为笔者所加)。前文提到,德国民法为尊重契约,未采情事变更原则,而由判例学说发展了法律行为基础理论,这一理论实质上也是采用显失公平标准,如只有发生了“非常例外的重大变化”、“显著影响到合同当事人利益并与公平不相符”才能主张认定情事变更。

要回答第二个问题,首先要区分情势变更的类型,即属于社会一般条件的重大变化(大的情势变更)还是发生了只与当事人相关的具体事件从而影响到合同的履行(小的情势变更)。如果是前者,就应该借鉴德国判例法所总结的经验,考虑如下因素:1、合同双方交易的等价是否被破坏,即当事人原来期待的平衡是否被打破(期待可能性是否已经丧失)。2、情势的变化是否可以预见,是否仍在当事人承担风险的范围之内。3、约定的给付目的是否对债权人具有重大影响。4、是否属于对方都清楚的合同目的。5、不过分强调一方的给付能力。原则上不存在给付能力差的一方应较少分担风险的推理。

台湾曾处理过因社会一般条件发生重大变化而影响合同履行的案件:在能源危机年代,钢筋市场因供应短缺而导致价格暴涨,1973 年 6 月间“政府”限价之钢筋,已达每吨 8200 元。到同年底之限价,已高涨至每吨 14500 元(据当时市场行情表)。当事人在此情况下,取得原料困难,无法继续履行合同(1980 台上字第 606 号判决)。这说明,因通货膨胀而造成的给付与对待给付之间的不均衡有可能成为我国情事变更制度适用的最主要的对象(当然并不排除其他原因引起的社会的重大变化)。对于这类案件,除了客观上不可能让交易继续的情况外(只能通过解除合同),应倾向于通过变更合同、使合同对价关系达到新的平衡来促进交易。

如果涉及“小的情势变更”,判断的标准应更接近合同目的落空(大陆法、英美法)或者英美法上的共同错误规则,具体考虑双方订约时的共同假定、合同基础是否丧失、合同继续履行的可能性、具体事件是否对原定的合同利益分配约定产生影响、当事人承受风险的能力等因素。实际上,对于我国合同法已经有零散的规定,如合同法第 94 条规定了“因不可抗力致使不能实现合同目的”的,可以解除合同。除此之外,还规定可因“法律规定的其他情形”而解除合同,比如,《合同法》第 337 条规定:“因作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开,致使技术开发合同的履行没有意义的,当事人可以解除合

同。”可见，情势变更规则在我国合同法上已经有所体现，只不过没有抽象为一般制度加以规定。在合同落空的情况，主要的处理方法为解除合同，但法律没有规定双方当事人如何分担因合同落空而发生的损失。这一问题和法院应如何来变更合同是相联系的，即前面所提出的第三个问题。

从国外的司法实践中得出的经验是，就解决具体案件所进行的“调整”或“变更”方案应限于特定的案件事实，不扩展为一般性的规则。但这一经验并不妨碍我们考察此时应该考虑的因素：一般根据“期待可能性”的程度决定是变更合同还是解除合同。在变更合同时，可以要求当事人遵循再协商程序，即要求当事人尽可能在变化后的情势下达成新的协议。³⁹¹如果实在无法达成协议，法院可遵循相似情况相似处理以及平等对待等标准分别采用设定分担比例（譬如按相应的比例增加价款），改变履行时间（如延缓履行时间），替代履行等办法。同样，这些办法也适用于解除合同时当事人共担风险的情况，将风险合理分配。如果情况比较特殊，只能是法院直接按“公平”的标准进行处理。经济学上的莫里斯—霍姆斯特模型（Mirrlees-Holmstrom Approach，即风险—激励相容模型或风险分担与激励机制模型）表明，风险分担将提高积极性，形成激励，提高交易的效率。法院的任务就是如何在风险分担与激励之间进行平衡，找到现实的折中和妥协解决办法。

总之，我国在诚信原则之下一般性地规定情势变更制度很有必要，有助于诚信机能更好地得以发挥，具有很强的现实意义。

四、诚信救济制度

我国合同法第6条已经规定“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则”，这当然意味着当事人在采取合同救济措施时应当遵循诚信的要求，不滥用自己的合同权利。同时，合同法还在若干条文体现了请求违约救济时的诚信要求，如第110条规定，“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：……（2）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（3）债权人在合理期限内未要求履行”。第111条规定：“质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任”（着重号为笔者所加）。第119条规定了减损规则：“当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿”。

另外，合同法第96条赋予了法院或仲裁机构对解除合同的效力的确认权，和第94条的规定相结合，限制了当事人恣意解除合同。第114条赋予了法院或仲裁机构按诚信标准对违约金进行增加或减少的权力：“约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少”。

可见，我国立法有关合同救济的诚信机制已经规定得比较全面，对司法实践的指导性较强。但为了更好强化诚信观念，可以在这些具体但零散规定的基础上总结出更具普遍性和可操作性的诚信救济规则，彻底贯彻合同救济问题上的诚信

³⁹¹ 可参见 UCC § 2-303: Allocation or Division of Risks: where this Article allocates a risk or a burden as between the parties “unless otherwise agreed”, the agreement may not only shift the allocation but may also divide the risk or burden.

要求。譬如可以将这一机制表达为“当事人在要求对方承担违约责任时，应遵循诚信的要求采取合理的补救措施，防止损失的扩大；不得滥用合同权利，造成违约方遭受不合理的损害”。在这一机制中，应注意三个问题：1、应采用具体哪一个诚信标准？2、怎样判断补救措施的“合理性”以及是否构成“滥用合同权利”，其后果如何？3、是否可以干预一方当事人采取合同约定的救济措施？

对于问题一，笔者认为救济方面的诚信要求和我国古代“以直抱怨”的主张是完全一致的，应该根据不同的情况适用“合作交易标准”或“显失公平标准”。在防止损失扩大和滥用权利的问题上，应适用前一标准。在防止一方执行不公平的合同惩罚条款时，应适用后一标准。

对于问题二，笔者认为主要应该考察四个因素：（1）补救措施是否与自己所遭受的损害相当。（2）补救措施是否能够将损失减少到最小。（3）行使权利是否合乎比例。（4）违约方是否有合理的理由限制守约方行使权利。

就第一个因素而言，这首先意味着赔偿的范围的限定，请求方的请求应该相当于违约所造成的损失，不能主张惩罚性赔偿金和对方的违约得益。换言之，违约方的违约动机不应该成为采取补救措施的相关因素——不论是否是出于故意。同时，如果违约方因违约取得了某种收益，应属于违约方所有，不应该剥夺其收益。其次，如果通过损害赔偿的办法能够弥补自己的损失，不应提出对违约方更苛严的要求，如实际履行。

第二个因素其实是损失最小化规则，即在发生了违约的情况下尽量减小损失，如减损规则则对非违约方所附加的减损负担。在选择补救措施时，应选择成本最低的方式。

第三个因素实际上是权利不得滥用规则。应考虑一方在多大程度上依赖另一方合理行使权利，一方行使权利的行为是否会不成比例地损害他方的合法利益（如满足自己的利益与对方过高的花费不相称），是否符合权利设定目的的方式行使。譬如实质履行规则就对解除合同的权利进行了限制，不能因为非实质性的履行瑕疵而解除合同。

第四个因素接近于德国法上有关失权规则的考虑。原则上，一方当事人应遵循诚信的程序要求主张权利（如进行合理的催告），不能主张通过不正当的手段获取的权利，不能在对方有正当抗辩理由或重大事由的情况下主张对方违约或失去合同利益（如前文冰雹案中为防止疾病传染），不能在自己违约的情况下反而追究对方的违约责任（如拒绝接受对方的恰当给付后主张约定的违约金）。如果一方不行使权利已经使对方形成了合理期待，则不能出尔反尔地要求行使权利。我国合同法 95 条关于解除权的行使以及 110 条关于实际履行需要在合理时间内提起的规定都可以看成是有关失权规则的规定。

对于问题三，我国合同法已经赋予了法院或仲裁机构对解除合同的确认权（96 条）以及对约定违约金的变更权（114 条），这表明我国合同法已经肯定当事人所约定的救济措施也应符合诚信的要求。笔者在前文已经提到，此时应采用显失公平的判断标准对合同所约定的救济进行评判。如果是以格式条款的形式进行约定的，应按合同法第 40 条的规定处理，即提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。对于非格式条款，法院或仲裁机构将综合考虑问题二所提到的四个因素就具体情况作出裁断，构成不恰当的惩罚措施的，应判定为无效或变更其约定。

五、其他的诚信机制

除了前面提到的几种主要诚信具体制度外,各国合同法还使用另外一些法律技术或法律机制来实现诚信的要求,如法律解释技术或使用公序良俗等弹性概念。譬如德国法院在司法实践中,就常常同时适用 242 条(诚信)、138 条(善良风俗)和 157 条(合同的解释)。

(一) 合同解释规则

合同的解释应遵守诚信原则,因此合同解释规则也同样是诚信的具体实现机制。合同的解释从名义上看是对当事人真意的探寻,但实际上是对法官自由裁量权的授予。法官常常以当事人最希望的期待为名对规范作扩大解释或对当事人的意思作补充解释,已经带有很大的客观成分。一般而言,合同解释越多,直接适用诚信的需要越小。换言之,当某种具体机制能够满足需要时,就不必直接引用诚信原则。当然,自由裁量权的行使必须符合合法性、程序性、技术性 etc 等要求以保证解释机制不被滥用。我国合同法 125 条规定,“当事人对合同条款的理解有争议的,应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则,确定该条款的真实意思”(着重号为笔者所加),明确了诚信原则与合同解释规则的关系,肯定了合同解释规则作为诚信机制的性质。

在英美法上,合同解释具有特殊的意义,能够在很大程度上替代大陆法上诚信原则降低交易费用,平衡当事人的利益的功能。英美法院最常用的技术是默示条款规则(包括默示的事实和默示的法律),在买卖合同、劳动合同以及其他常见合同中大量使用。默示条款规则也曾经是建立合同落空规则的基础。

但是,合同解释规则与诚信不能完全等同,特别是当当事人的意思很明确时,运用解释规则或默示条款均会受到限制。对此,美国法院突破性地将诚信作为解释合同或运用默示条款规则的标准之一——“尽管一方通过巧妙的设计并没有违反合同中的明示条款,但其行为无疑剥夺了他们非常明确的合同利益,法院认为合同中存在诚信和公平交易的默示义务以保证另一方的合同利益不被剥夺”。³⁹²从效果上看,这一做法与直接承认并在合同法中广泛运用诚信原则的国家的做法已经没有区别。

(二) 公序良俗原则

公序良俗这一概念与诚信的概念一样,均具有很大的不确定性,笔者认为诚信主要运用于交易过程,而公序良俗主要运用于除交易之外的其他社会交往。毫无疑问,这两者是相辅相成、本质相通的。我国合同法第 7 条可以看成是我国合同法有关公序良俗原则的规定——“当事人订立、履行合同,应当……尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益”。由于公序良俗原则在判断标准以及运作方式上与诚信原则并无实质区别,常常与诚信并用,因此也可以认为是合同法上的另一项特殊诚信机制。

(三) 列表方式与判例机制

近年来,为加强对消费者的保护以及减少诚信原则带来的不确定性,合同法的一项新发展就是在立法中对构成恶信的黑色条款和有可能构成恶信的灰色条款进行列举,笔者称之为列表法。譬如在欧盟的 1993 年关于消费合同不公平条款的指令附录中就有损害消费者利益的灰色条款的列举。

黑色条款是法律所明确禁止的恶信条款或恶信做法。灰色条款是根据具体情况判定是否构成恶信的条款,通常伴随举证负担的分配以及诚信程序机制。笔者认为这一做法可以视为诚信机制的新发展,对于减少诚信原则的不确定性大有助益,值得在我国的合同法以及消费者权益保护法律中推广。萨默斯就

³⁹² *Metropolitan Life Ins Co. v. RJR Nabisco Inc* 716 F Supp. 1504, at 1517(SDNY 1989).

《美国合同法第二次重述》205条（诚信规定）所作的指南性列举对于防止法官在面对205条时出现茫然无措或恣意擅断就有所帮助，尽管这一列举并不完全。

恶信行为	诚信要求
隐瞒所售货物的瑕疵	完全披露实质信息
建筑商故意不完全履行，尽管已作实质履行	按合同要求作实质履行
承包商公开滥用谈判势力获得高价合同	禁止滥用谈判势力
雇用了经纪人，但蓄意阻止其开展交易	依合作的态度和方式行事
对减少交易对方的损失不尽心	勤勉
武断或善变行使终止合同的权利	依合理的方式并提出依据
以牵强的方式解释合同用语	公平地解释合同用语
不断提出扰人而过分的履行保证责任	接受适当的履行保证

另外，判例机制似乎与诚信原则有天然的联系，大陆法系就诚信原则所做的大部分发展都是通过判例完成的（以德国为代表），反过来，大量的判例离不开诚信观念的支持，如不作为义务，竞业禁止，披露义务，破除形式主义，合理信赖等观念。在大陆法上，判例的效力正发生着质的变化，开始获得法律上的约束力。遵从判例的主要理由是：贯彻平等适用法律的原则；维护司法职业的尊严，由整个司法界分担判例的责任，节省时间，使法官可以集中精力研究没有判例的案件；符合当事人根据判例而产生的期望；有利于减少诉讼和冗长的诉讼时间；由于存在上诉制度，一般法院在判决时也必须考虑上级法院对同类案件的态度。³⁹³判例的重大发展形成了官方与民间都出版判例汇编的传统，律师在诉讼中常常引用判例，学者们也将判例列为研究的重要方面。因此，就诚信的实现机制而言，判例机制是一个非常合适的载体。我国现行法律体系中还没有确定判例的法律效力，但确认了诚信原则，就会随之运用判例机制实现诚信要求是毋庸置疑的，是我国将迟早跨出的一步，笔者坚信这一天的到来并不遥远。

³⁹³ 郑强，同前注2，75页。

结语

合同法并非一些相互独立的具体规则的简单集合,而是反映了特定人群对合同的基本观点以及设定合同法规则的目的。合同法的具体规则都建立在人们对合同及合同社会作用的基本观点之上。不同的基本观点实际上形成了不同的合同法模式。

合同法的模式实际上是在不断发展变化的。传统的以个人主义为中心的合同法模式和现代偏重消费者保护的合同法模式已经开始并行不悖,这是传统的市场个人主义 (market-individualism) 思潮向消费者福利 (consumer-welfarism) 思潮发展的结果。就商事合同而言,交易者的关系也开始由传统的“对手”(antagonistic)型向“合作”(co-operation)型发展。对手型关系注重的是各自对自己的利益的保护,而合作型关系则强调合同是交易者密切协作的表达。人们越来越将合同看成是实现合作目的的形式或者工具,而诚信原则正是对古典契约模式进行突破的锐利武器。古典契约模式的突破,使“一望无际的契约法的平原展现在我们眼前,而富有魅力的是,这个平原到处为人迹罕踏的原始森林所覆盖”。³⁹⁴

古代先哲早已断言:交易愈发达,对诚信的需求也愈强烈 (good faith is much required of those who trade most)。亚当·斯密曾说,“用得最少的强制才是最好的强制”。在现代社会,诚信观念早已成为合同能够自我实施的道德基础。失去这一基础的合同法,即使再华丽,也达不到预想的规范目的,而人会发生异化,变成法律的奴隶。诚信缺失必将带来社会整体性的利益或他人的利益损失的巨大损失,其结果是市场的萎缩和消亡。

因此,诚信原则在法律上的发展并不是一个孤立的法律技术性表现,它不仅现代商业社会要求交易富于机变(弹性)、便利、高效、非形式主义的内在需要,而且反映了社会多元、协调、平衡发展的要求,有深刻的历史、文化和经济内涵。

就像交易本身充满不确定性一样,法律的不确定性是不可避免的,而均衡只能是暂时、局部均衡。诚信原则就是通过自身的弹性保持法律与时俱进,保持动态平衡,成为渗透合同法并超越合同法的概念和方法。不仅着眼于公平地解决纠纷,更注重对交易的促进。不仅是弥补法律漏洞的有效工具,而且可以灵活地适应法律制度革新的要求。不仅对个别情况下的不公平给予救济,避免法律规范出现非目的性适用(注重纠偏),而且对不公正的法律规则予以纠正(注重发展创新)。从本质上看,诚信原则干涉的不是合同自由,而是社会效果,希望实现公平与自治的平衡,法律安定与个别正义的平衡。换言之,诚信就是在均衡利益冲突中实现正义,诚如罗尔斯所说:“当规范使各种对社会生活利益的冲突要求有一恰当时,这些制度就是正义的。”³⁹⁵

从比较法的角度看,诚信原则即使为每个国家所接受,那么也不可能具有同样的影响,更不可能在具体的适用上达成一致。从本文的论述中可发现:无论是诚信、权利滥用,还是合理原则(reasonableness),公平交易(fair dealing),衡平(equity)的理论都只是解决与诚信有关的法律问题的一种设计或机制,尽管

³⁹⁴ 内田贵,同前注377,242页。

³⁹⁵ 罗尔斯:《正义论》,第3页,中国社会科学出版社1988年。

有的国家倾向于用更具体的原则或针对更具体的合同，但无论如何，这和传统上的合同法已经有所区别，特别是传统合同法所强调的当事人意思自治原则受到了很大的冲击，只是各国在突破的步伐上有快有慢。对于大陆法而言，诚信从表面看是对罗马法的一种回归，但其实质却是一个螺旋式的上升过程。

在诚信原则的适用过程中，大陆法系（以德国为代表）开始出现普通法系的特征，判决推理过程显示出强烈的实证主义倾向，更加注重实际的社会效果。一般认为，英美法的合同法是立足于商业合同模式，而大陆法立足于私人（个人）交易模式。诚信更多的反映了社会主义（集体主义）而不是个人主义的价值观。但从考察的结果看，合同模式对诚信的适用并无明显的影响。

由于诚信是极端抽象的公平观念在合同法中的反映，本文着重考察如何将诚信所提出的公平要求转化为更为具体的诚信机制以便增强诚信原则在实践中的可操作性，使人们能够通过这些制度与自己所熟知的法律术语相联系来实现诚信原则的功能。本文通过论述发现，诚信原则实际上已经渗透到合同法的各个制度和领域中，而有许多成熟的制度已经从抽象的诚信原则中分离出来，如诚信缔约制度、情势变更制度等，尽管这并不意味着我们不需要一般条款性的诚信条款，但通过研究完善这些制度无疑可以更好地发挥诚信原则的作用。事实上，诚信机制无论在大陆法还是英美法都非常发达。即使在并未公开承认诚信原则的英国法律制度下，其特殊的制度设计（即其诚信机制——如法律推理方法，偏好，法官的地位等等）使其可以如同采用了诚信原则的国家一样实现诚信原则的功能。我国目前对诚信的要求十分迫切，完善合同法上的诚信机制对我国社会的发展具有十分重大的意义。笔者认为我国的诚信标准应该由显失公平标准、合作交易标准和被信任者标准所构成，应该建立或完善诚信缔约义务、诚信附随义务、情势变更制度、诚信救济制度等诚信机制，与判例机制等创新机制相结合，让我国合同法在新的历史时期能够实现迅捷而富有活力的跨越。

主要参考资料

(中文书目以出版年代先后排序)

- 1、冯大同主编：《国际商法》，对外经济贸易大学出版社，1991年
- 2、王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社，1991年
- 3、沈达明、梁仁洁：《德意志法上的法律行为》，对外贸易教育出版社，1989年
- 4、徐国栋：《民法基本原则解释—成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社，1992年
- 5、[德]K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社，1992年
- 6、沈达明：《英美合同法引论》，对外贸易教育出版社，1993年
- 7、沈宗灵主编：《法理学》，高等教育出版社，1994年
- 8、周枬：《罗马法原论》，商务印书馆，1994年
- 9、[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
- 10、[美]罗伯特·考特，托马斯·尤伦：《法和经济学》，张军等译，上海三联书店/上海人民出版社，1994年
- 11、梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社，1995年
- 12、尹田：《法国现代合同法》，法律出版社，1995年
- 13、[德] 罗伯特·霍恩，海因·克茨，汉斯·莱塞：《德国国民商法导论》，楚建译，中国大百科出版社，1996年
- 14、[美]理查德·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科出版社，1997年。
- 15、沈达明：《衡平法初论》，对外经济贸易大学出版社，1997年
- 16、王泽鉴：《民法学说与判例研究》，中国政法大学出版社，1998年
- 17、[德]迪特尔特·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社，2000年
- 18、张俊浩主编：《民法学原理》（第3版），中国政法大学出版社，2000年
- 19、郑强：《合同法诚实信用原则研究——帝王条款的法律阐释》，法律出版社，2000年
- 20、张维迎：《产权、政府与信誉》，三联书店，2001年
- 21、王泽鉴：《债法原理》，中国政法大学出版社，2001年
- 22、徐国栋：《诚实信用原则研究》，中国人民大学出版社，2002年
- 23、沈四宝、王军、焦津洪：《国际商法》，对外经济贸易大学出版社，2002年
- 24、沈达明：《买卖法上的货物质量担保》，对外经济贸易大学出版社，2003年
- 25、Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, *Good faith in European contract law*, Cambridge University Press, 2000.
- 26、Jack Beatson and Daniel Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, 1995.
- 27、R.S Summers, ' "Good Faith" in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code '(1968) 54 Va L Rev 195.
- 28、E. Allan Farnsworth, 'Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code '(1963) 30 U Chi LR 666
- 29、E. Allan Farnsworth, "Comment on Michael Bridge's: Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?", (1984) 9 Canadian Business Law Journal 426.
- 30、E. Allan Farnsworth, *Your Loss of My Gain? The Dilemma of the Disgorgement Principle in Breach of Contract*, (1985) 94 Yale LJ 1339
- 31、E. Allan Farnsworth, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, (1987) 87 Colum L Rev 217.
- 32、Johan Steyn, "Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest

- Men*", (1997) 113 LQR 446.
- 33、BJ Reiter, "*Good Faith in Contract*"(1983) 17 Val UL Rev 705.
 - 34、The Rt Hon Mr Justice LJ Priestley, "*A Guide to a Comparison of Australian and United States Contract Law*"(1989) 12 UNSWLJ 4.
 - 35、Walton H. Hamilton, "*The Ancient Maxim Caveat Emptor*", 50 Yale L.J. 133 (1931).
 - 36、W. Page Keeton, *Fraud Concealment And Non-Disclosure*, 15 Tex. L. Rev. 1 (1936)
 - 37、Erick N. Holmes, *A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good Faith Disclosure in Contract Formations*, 39 U. PITT.L.Rev., 381(1978)
 - 38、AT Kronman, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*(1978), 7 J.Law Stud. 1
 - 39、A. Kuehne, *Reliance, Promissory Estoppel and Culpa in Contrahendo: A Comparative Analysis* (1990) 10 Tel-Aviv U. Stud. in Law 279
 - 40、J.P. Kostritsky, *Bargaining with Uncertainty, Moral Hazard and Sunk Costs: A Default Rule for Precontractual Negotiations* (1993) 44 Hast L. J 621.
 - 41、PH Marshall, *Willfulness: A Crucial Factor in Choosing Remedies for Breach of Contract* (1982) 24 Arizona L. Rev. 733.
 - 42、Hon Mr. Justice Steyn, *The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law: A Hair-Shirt Philosophy?* (1991) Denning LJ 131

后记

往往是最简单的现象中蕴涵着最深刻的道理，从商品交换中发展起来的合同法制度，其道理之深邃、其源流之悠远、其著述之丰富，常常令我叹为观止，敬畏之情油然而生，从而深深地体会到当今世界的竞争绝不仅仅是科学技术的竞争，更是制度的竞争，法律科学的竞争。而有着悠久文明的中国，很早就出现了诸如“诚信”这样充满智慧和远见的观念，如果能够进一步在制度层面上实现中国传统文化的转换，那么在不远的将来，中国就一定能成为世界进步和发展的领跑者。正是基于这一信念，我不揣浅陋地“冒昧”选择了这个大家“耳熟能详”的论题进行研究，希望能够对中国的法制化进程作出自己的贡献。

论文的写作是一个难产的过程。在论文写作中，我不得不一面承受工作上的巨大压力，一面努力克服自己力有不济而产生的困难和彷徨，说服自己坚持到底。所以，尽管论文带着种种的缺憾，远不能达到自己最初所确定的目标，但因其凝结着我这段时间的思考和感情，我还是愿将其作为一个阶段性的研究成果提交答辩。

在我成长、求学和工作的经历中，我幸运地得到了太多人的爱护和帮助，而这里却无法将他们一一列出以表达我深深的谢意。我要特别感念我的导师沈达明教授多年来对我学习、写作和做人的指导。同时，论文的完成也离不开对外经济贸易大学法学院领导和同仁的帮助。我还要提到我的家人对我长久以来的鼓励、信任和支持——这让我这位“索取者”常常心怀不安，我希望论文的完成也算我对他们的一点“回报”，能让他们感到些许欣慰！

董灵

2004年3月