



民商法前沿研究系列丛书



# 契约法诚实信用原则研究

陈玉梅 贺银花 著

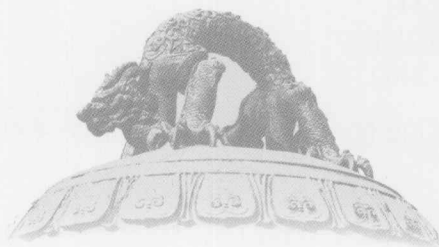
中国社会科学出版社

013054185

D923.64  
165



民商法前沿研究系列丛书



# 契约法诚实信用原则研究



陈玉梅 贺银花 著



北航

C1662546

D 923.64  
165

中国社会科学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

契约法诚实信用原则研究 / 陈玉梅, 贺银花著. —北京: 中国社会科学出版社, 2012. 11

(民商法前沿研究系统丛书)

ISBN 978 - 7 - 5161 - 2180 - 1

I. ①契… II. ①陈…②贺… III. ①契约法 - 研究 - 中国  
IV. ①D923. 64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 044649 号

---

出 版 人 赵剑英  
责任编辑 宫京蕾  
责任校对 王兰馨  
责任印制 李 建

---

出 版 中国社会科学出版社  
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)  
网 址 [http: //www. csspw. cn](http://www.csspw.cn)  
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619  
发 行 部 010 - 84083685  
门 市 部 010 - 84029450  
经 销 新华书店及其他书店

---

印 刷 北京奥隆印刷厂  
装 订 北京市兴怀印刷厂  
版 次 2012 年 11 月第 1 版  
印 次 2012 年 11 月第 1 次印刷

---

开 本 710 × 1000 1/16  
印 张 11. 5  
插 页 2  
字 数 210 千字  
定 价 35. 00 元

---

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换

电话: 010 - 64009791

版权所有 侵权必究

## 丛书编委会

本丛书由以下编委组成（以姓氏笔画为序）：

李建生 陈玉梅 邵泽春 周剑云

胡甲庆 陶钟灵 曹务坤 覃远春

# 民商法前沿系列丛书总序

学科是对社会实践的理论回应或前瞻性研究，起着对人类社会各领域知识进行分门别类研究、归纳、整理、传播和创新的重要功能。学术研究是大学的本质属性，其核心在于知识创新。从这个意义上讲，重视学科建设和发展乃是向大学本质的回归。学科建设和发展还决定着知识创新的能力和水平，从而很大程度上决定着高校人才培养和社会服务的质量。

贵州财经大学虽地处僻壤，但同样肩负着为经济社会特别是当地经济社会发展培养人才、提供科研服务和从事具有地方性知识特色学术研究的使命。为推进学科发展，贵州财经大学已连续开展了四期重点学科建设工程。民商法学也位列其中。为及时总结近年来民商法学建设的初步成果，贵州财经大学法学院与中国社会科学出版社共同推出“民商法学前沿系列丛书”。

本丛书的人选标准有二：一是突出民商法学科的最新研究成果；二是突出具有地方性知识特色并有利于当地法治建设的研究成果。

本丛书的问世，得益于中国社会科学出版社的鼓励、指导和支持。该社倡导学术繁荣，实令丛书作者和编委会同仁感佩。谨在此致以崇高的敬意！此外，还要感谢入编本丛书的各位作者，正是他们所倾注的心血，才使得本丛书得以成行。

本丛书的出版难免有不足甚至错误，在此，我们恳请学界同仁不吝赐教，提出批评和意见。

丛书编委会

2012年12月

# 目 录

|                                |      |
|--------------------------------|------|
| 第一章 契约法诚实信用原则概述 .....          | (1)  |
| 第一节 引言 .....                   | (1)  |
| 一 问题的缘起 .....                  | (1)  |
| 二 本书的研究范围和方法 .....             | (2)  |
| 第二节 契约法诚实信用原则 .....            | (4)  |
| 一 语义说 .....                    | (5)  |
| 二 一般条款说 .....                  | (5)  |
| 三 双重功能说 .....                  | (6)  |
| 四 衡平说 .....                    | (6)  |
| 五 利益平衡说 .....                  | (7)  |
| 第三节 契约法诚实信用原则研究现状 .....        | (10) |
| 一 国外关于契约法诚实信用原则的研究现状 .....     | (10) |
| 二 我国大陆地区关于契约法诚实信用原则的研究现状 ..... | (12) |
| 第二章 契约法诚实信用原则的历史沿革 .....       | (16) |
| 第一节 罗马法与古典法诚实信用原则 .....        | (16) |
| 一 诚实信用原则在罗马法契约制度中产生的原因 .....   | (16) |
| 二 诚实信用原则在罗马法中的种类 .....         | (23) |
| 第二节 中世纪诚实信用原则 .....            | (30) |
| 一 一般的诚信 .....                  | (30) |
| 二 合同诚信 .....                   | (31) |
| 三 占有诚信 .....                   | (32) |
| 第三节 近代契约法诚实信用原则 .....          | (33) |
| 一 近代契约法诚实信用原则处于衰落期的表现 .....    | (34) |
| 二 近代契约法诚实信用原则处于衰落期的原因 .....    | (37) |

|                                                          |       |
|----------------------------------------------------------|-------|
| 第四节 现代契约法诚实信用原则 .....                                    | (42)  |
| 一 现代契约法诚实信用原则的形成 .....                                   | (42)  |
| 二 契约法诚实信用原则在各主要国家的确立 .....                               | (44)  |
| 三 契约法诚实信用原则在 20 世纪得以蓬勃发展的原因 .....                        | (48)  |
| 第三章 契约法诚实信用原则的适用研究 .....                                 | (53)  |
| 第一节 诚实信用原则在契约法中的适用 .....                                 | (53)  |
| 一 诚实信用原则所确立的两个下位原则 .....                                 | (53)  |
| 二 诚实信用原则所确立的新的契约责任制度 .....                               | (69)  |
| 三 确立限制不公平契约条款的规则 .....                                   | (98)  |
| 第二节 契约法诚实信用原则的适用条件 .....                                 | (105) |
| 一 契约法诚实信用原则适用的基本前提 .....                                 | (105) |
| 二 契约法诚实信用原则适用的具体前提 .....                                 | (107) |
| 三 适用结果正义 .....                                           | (111) |
| 四 契约法诚实信用原则的适用规则 .....                                   | (111) |
| 第三节 契约法诚实信用原则的适用程序 .....                                 | (118) |
| 一 由无过错方援引或由裁判者直接援引 .....                                 | (119) |
| 二 法官的自由裁量权应当受到限制 .....                                   | (121) |
| 三 对民事判决书进行合理性论证 .....                                    | (125) |
| 第四节 契约法诚实信用原则与其他原则的冲突及协调 .....                           | (126) |
| 一 诚实信用原则与公序良俗原则 .....                                    | (127) |
| 二 诚实信用原则与意思自治原则 .....                                    | (138) |
| 三 诚实信用原则与契约自由原则 .....                                    | (142) |
| 四 诚实信用原则与信赖原则 .....                                      | (145) |
| 第五节 诚实信用原则在现代中国及世界贸易民商事契约法律<br>关系中的体现及对我国商事信用缺乏的反思 ..... | (151) |
| 一 诚实信用原则在我国现代及世界民商事契约中的体现<br>及作用 .....                   | (152) |
| 二 对我国商事信用缺乏的反思 .....                                     | (159) |
| 参考文献 .....                                               | (163) |

## 第一章

# 契约法诚实信用原则概述

### 第一节 引言

#### 一 问题的缘起

中国自近代以来属于大陆法系，以成文法作为裁判案件的主要依据。因此，法官在裁判案件时，在查明案件事实真相的基础上，首先考虑的是现有的法律法规中有没有可以作为直接裁判依据的具体的法律法规来援引。如果法律规定模糊从而存在法律漏洞，或者法律规则本身就有冲突，或者法律规则因时过境迁存在“合法”与“合理”的矛盾时，法官往往就只能根据法律原则、政策、公共道德、观念、习惯以及时代的一切精神来权衡它们的价值优劣，从而予以援引并用于司法裁判。由此可见，诉诸法律原则进行司法裁判不失为一条可行之路。其中，素有“帝王条款”<sup>①</sup>美誉的诚实信用原则因其内涵丰富和司法价值极高而备受法官们的青睐。

我国《民法通则》第4条明确规定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用原则。”这个规定是诚实信用原则在我国现行法中最早的表现形式。至此，诚实信用原则即成为调整我国民事法律关系的一项基本原则。作为一项基本原则，其具有立法准则、行为准则、审判准则和授权司法机关进行创造性司法活动的功能，在社会生活中发挥着重要的作用。同时，因诚实信用原则又具有道德准则的属性，使道德法律技术化，对市场交易中人们提出的要求比一般法律规则提出的要求更高，其所

---

<sup>①</sup> “帝王条款”的称谓，在我国学者中最早可追溯至王泽鉴先生的《民法学说与判例研究》，他的“帝王条款”称谓来自德语。参见王泽鉴《民法学说与判例研究》（第1册），中国政法大学出版社1998年版，第305页。

具有的伸缩性在补救简单规则涵盖力不足的缺陷上意义重大。<sup>①</sup>“诚实信用原则虽以社会伦理观念为基础，惟其并非‘道德’，而是将道德法律技术化，盖道德之本质为‘自律的’，而诚实信用原则则具‘他律’之性质，基于法律与道德之相互作用关系，而成为法律之最高指导原则。且诚实信用原则的内容几为概括抽象，乃属一白纸规定，其虽为客观的强行规范，但内容却可因社会变迁而赋予新的意义。其较诸其他法律原则，具有上位的概念。”<sup>②</sup>

我国1999年颁布的《合同法》在总则第6条中也规定：“当事人行使权利，履行义务应当遵循诚实信用原则。”这就将诚实信用原则确立为合同法的一项基本原则。作为一项基本原则，诚实信用原则常常体现着立法的精神和价值取向。《合同法》作为民法的特别法，应该遵循《民法通则》第4条的规定，但《合同法》为何不惜以形式上的重复为代价，而在总则篇中极为郑重地对诚实信用原则再次加以规定？诚实信用原则本是一项道德准则，它何以成为民法，尤其是契约法领域中的一项基本原则？它赖以确立的基础是什么？也就是说，它是在什么条件下上升为法律的？契约法是调整平等主体的当事人之间交换关系的重要法律规范，诚实信用原则在其中起着什么样的作用？法律是历史发展的结果，是时代精神的产物，在契约法的不同历史发展阶段，诚实信用原则与它的关系怎样？郑强博士说，对契约法诚实信用原则的理论研究，有助于深化我们对人和人性的理性认识，<sup>③</sup>那么，诚实信用原则在契约法中的推进与不同的社会对人、人性以及人格的认识又有什么关系呢？在道德日益沦丧、信用严重缺失的当今社会，在人们日益呼吁诚实信用的今天，在契约法领域作为诚实信用原则大展魅力的主要阵地，诚实信用原则对契约法的影响到底有多大？……

所有这些，都引起了本书作者浓厚的兴趣与思考，笔者不揣浅陋，愿与大家一道探讨契约法的诚实信用原则，其不足、错误之处，不吝赐教。

## 二 本书的研究范围和方法

在收集和分析资料的过程中，笔者深深感到诚实信用原则内涵的丰富

① 彭万林：《民法学》（修订本），中国政法大学出版社1999年版，第37页。

② 杨仁寿：《法学方法论》，台湾三民书局出版社1995年版，第171页。

③ 郑强：《合同法诚实信用原则研究》，法律出版社2000年版，第2页。

与外延的广阔,以笔者的能力尚不能窥其万一。江平先生曾说:“学问是来不得半点虚假的,有就是有,没有就是没有;深就是深,浅就是浅,不能装腔作势。”<sup>①</sup>理论研究永远只能从某些侧面揭示研究对象的某些特性。有人认为,理论是灰色的而生活之树常青。然而,一个没有理论思维的民族是永远无法站在时代高峰的。理论研究作为思想体系之一部分,追求真理便成为自身最高的价值。<sup>②</sup>我们在追求真理的过程中不敢怀一劳永逸的奢望,只愿做脚踏实地的努力。

以“契约法诚实信用原则研究”为题,笔者的确思索了很久。不管是诚实信用原则还是契约法,它们的内容是何等丰富,更何况本书论述的是契约法诚实信用原则,以笔者的学识,又怎能将其论述得尽如吾意。但既已决定,就应尽我所能。因此,笔者的研究如果能唤起理论界对契约法诚实信用原则的关注,能使更多的人在从事契约行为时更多地认同诚实信用原则的精神,能为司法实践更好地适用诚实信用原则提供可借鉴的参考意见,那么笔者为自己的研究而感到万分荣幸。笔者尝试从多角度系统地研究契约法领域的诚实信用原则,以得出若干新的结论。在历史沿革考察中,诚实信用原则在契约法中大致经历了四个主要阶段:(1)罗马法时代大放光芒;(2)中世纪时期是诚实信用原则进化的重要阶段;(3)从古罗马帝国衰落到19世纪自由资本主义时期,诚实信用原则处于衰落期;(4)从帝国主义时代至今,由于社会现实的变化,诚实信用原则重又被奉为“帝王条款”。笔者从这四个阶段入手,详细论述了诚实信用原则在契约法中的推进进程,并着重指出了诚实信用原则在不同阶段之所以如此的原因;笔者着重研究了契约法诚实信用原则的适用,分析了适用的条件和程序;将诚实信用原则与公序良俗原则、意思自治原则、契约自由原则、信赖原则进行比较,并通过具体的案例和事例对其进行分析,以更好地在实践中适用契约法诚实信用原则;最后分析了诚实信用原则在现代中国及世界贸易民商事契约法律关系中的体现及对我国商事信用缺乏的反思。

<sup>①</sup> 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),中国政法大学出版社1998年版,江平先生为本书所作的序。

<sup>②</sup> [美] 罗尔斯著:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第1页。

## 第二节 契约法诚实信用原则

研究一项法律制度，首先必须了解它的概念及内涵。诚实信用原则的概念在理论上也是众说纷纭，莫衷一是。据《布莱克法律词典》的解释，诚实信用即是或怀有善意；诚实地，公开地，和忠实地；没有欺骗或欺诈。真实地；实际地；没有假装或伪装。清白无辜地；持信任和信赖的态度；没有注意到欺诈，等等。真正的，实际的，真实的和不假装的。而善意，是一种没有专门意思和成文定义的不可触摸的抽象的优良品质，与其他事物相伴随，它包括诚实的信念、不存恶意、没有骗取或追求不合理好处的目的。在普通用法中这一词语一般用来描述目的诚实和不欺诈的内心状态，概言之，即忠实于自己的义务或责任。<sup>①</sup>

在我国，诚实信用原则作为法律术语，正如“债”是个外来词一样，最早来源于罗马法。从法律原始文献来看，作为专门法律术语的“诚信”曾在优士丁尼的《法学阶梯》、《法典》和《学说汇纂》等文献中频繁出现，被大量使用，成为当时调整社会经济关系的重要原则。<sup>②</sup> 诚实信用，在拉丁语中的符号表现为 *Bona Fides*，*Bona* 是“好”的意思，*Fides* 来自动词 *Fieri*，为“已经做成”之义，后来它转义为“信”的意思。西塞罗利用其词源学意义，把 *Fides* 解释为“行其所言谓之信”（*Fiat quod dictum est, appellatam fidem*）。<sup>③</sup> 以法文表达为 *Bonne Foi*，以英语表达为 *Good Faith*（直译均为“善意”），在德文中表述为 *Treu und Glauben*（忠诚和相信），在日语中表达为“信义诚实”。由于我国近代继受了大陆法系的法文化传统，且以日本为中介，因此受到德国法的很大影响，汉语中诚实信用原则一词是德文指称的直接移译。德文中 *In True*（于诚实）、*Mit Treu*（于诚实）、*Bei treu*（依诚实）或 *Unter Treu*（在诚实名义下）来强制交易对方作誓。随后为了更加可靠，在诚实之后加上 *Glauben*（信用）一词，并以“诚实信用”为誓词，起确保履行契约义务的作用。后来，诚

<sup>①</sup> Black's Law Dictionary, By Henery Campbell Black, M. A. Fifth Edition. West Publish Co. 1979. p. 160. pp. 623—624.

<sup>②</sup> 宋慧青：《诚实信用原则适用研究》，郑州大学硕士学位论文，2007年5月，第4页。

<sup>③</sup> [古罗马]西塞罗著：《论义务》，王焕生译，中国政法大学出版社1999年版，第22—23页。

实信用的誓词被用来表示民法中的一项基本原则。<sup>①</sup> 其实, 诚实信用一词在我国古代典籍中也早已出现。据《商君书·勒令》记载, “诚信”与“礼乐、诗书、修善、孝弟、贞廉、仁义、非兵、羞战”并称“六虱”。<sup>②</sup> 另据《唐书·刑法志》记载: “唐太宗于贞观六年亲录囚徒, 闵死罪者三百九十人, 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。”<sup>③</sup> 此两处所称的“诚信”, 都指人际关系中的诚实不欺。

我国自《民法通则》确立诚实信用原则为基本原则以来, 就如何理解诚实信用原则的概念内涵大致形成了如下观点。

### 一 语义说

该说认为, 诚实信用原则是对民事活动的参加者不进行任何诈欺、恪守信用的要求。<sup>④</sup> 该说主要流行于 20 世纪 80 年代, 是直接从“诚实信用”的语义出发给出的解释, 也比较直接地保护参与民事活动主体的权利与义务, 但是仅从字面意思对其进行解释, 主要侧重于对守法者的要求, 忽略了民法特别是契约法确立该原则的司法和社会意义。另外, 该说遗漏了诚实信用原则的价值内涵、社会行为意义乃至形式特征等更为重要的方面。因此, 该说对诚实信用原则的定义是颇为狭窄的。

### 二 一般条款说

该说认为诚实信用原则是外延具有不确定性, 但具有强制性效力的一般条款。<sup>⑤</sup> 该说敏锐地察觉到了诚实信用原则外延的不确定性, 并且指出该原则两点十分重要的形式特征: 一般条款和强制性效力。因此, 司法者可以根据它所包含的衡平精神, 限制、补充、协调其他规范的适用, 实际上它成为司法者的授权条款, 也是法官们据以追求具体社会公平、公正用

① 蔡章麟:《债权契约与诚实信用原则》, 见刁荣华主编《中国法学论集》, 汉林出版社 1976 年版, 第 415 页。

② 高亨:《商君书注译》, 中华书局 1974 年版, 第 106—107 页。转引自徐国栋《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》(增订本), 中国政法大学出版社 2001 年版, 第 75 页。

③ 《历代刑法志》, 群众出版社 1988 年版, 第 311 页。

④ 马原:《中国民法讲义》, 全国法院干部业余大学教材, 第 21 页。

⑤ 张新宝:《民事活动的基本原则》, 法律出版社 1986 年版, 第 26 页。

以解释或者补充法律依据。该说突破了大陆法系追求法律的绝对确定、否定法官自由裁量权的传统,反映了大陆法系逐渐转变其法律思想、立法技术、立法机关与司法机关的关系。但是,该说除了宣示阐释对象的部分形式特征、外延和内涵没有确定性使法官的自由裁量权具有较大的任意性以外,并未向我们提供更多该原则的内涵。

### 三 双重功能说

有学者认为,诚实信用原则将道德规范和法律规范合为一体,兼有法律调节和道德调节的功能。<sup>①</sup>这就使得法律条文具有很大的弹性,法院因而享有更多的自由裁量权,能够据以排除当事人的意思自治,而直接调整当事人之间的权利义务关系。<sup>②</sup>该说已经极为敏锐地意识到诚实信用原则内涵和外延的丰富性,将目光投向阐释对象的特征与功能。与邓伯格(Dernberg)和恩德曼(Endmann)的观点类似,都认为诚实信用原则的本质就是一种交易道德,<sup>③</sup>即让人们在交易中得到道德的保障。另外还有马尔克(Manik)的道德理想说和胡贝尔(Huber)的道德伦理说都提出了诚实信用原则的本质为道德的观点<sup>④</sup>,但是这种提法对理解该原则实际意义不大。法律的功能本身就具有将一些道德的内容法律化,使其具有强制力,因此强调诚实信用原则的法律调节和道德调节的功能似乎没有多大必要,且公平原则、平等原则、公序良俗原则和合同自由(自愿)原则均在不同程度上是道德规范与法律规范的结合体,也具有这两种功能。另外,该说完全回避了诚实信用原则的本质内涵,在揭示阐释对象的概念时,没有对其进行应有的说明和提示。

### 四 衡平说

我国台湾地区的史尚宽先生从司法程序的角度认为,诚实信用原则是掌握在法官手中的衡平法。<sup>⑤</sup>一切法律关系应该按照正义衡平的原则根据

① 梁慧星:《诚实信用原则与漏洞补充》,《法学研究》1994年第2期,第22页。

② 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第303页。

③ 史尚宽:《债法总论》,荣泰印书馆1978年版,第320页。

④ 同上书,第319页。

⑤ 刘小牛、储育明:《诚实信用原则的价值与意义:从实体法到程序法》,《安徽大学学报》(哲学社会科学版)2011年第2期,第115页。

自己的具体情况进行调整,从而实现它们具体的社会公平。法律关系的内容和实现的方法,根据当事人之间不同的具体情况,合同当事人很难预见得到从而对其加以规定或者订立。因此,对方当事人有可能因为自私利用这些漏洞而牺牲他方利益来实现自己的利益。在这种情况下,法官决断案情不应该是形式的或机械的,而应该从道义衡平的原则出发,站在立法者的角度来衡量这些关系,这就是诚实信用原则的要求。<sup>①</sup>

德国学者施塔姆勒(Stammler)认为:“诚实信用原则是人类社会的最高理想,是自然法的代名词。”施塔姆勒认为自然法是高于实在法的,自然法体现的是法的目的,而实在法不过是自然法实现自己目的的手段而已,如果实在法违反了自然法而成为恶法,则由衡平法取代自然法。诚实信用原则就是这样一种衡平法,它的本质就是作为自然法的化身对实在法起监督作用。<sup>②</sup>

笔者认为,“衡平说”的可取之处在于对实体正义的追求,把诚实信用原则作为自然法的代表而对实体法进行监督。因此,诚实信用原则应该作为现有法律的补充,在没有法律规定的情况下,强制适用该原则。但是,该原则只涉及了司法方面,却没有涉及守法和立法方面。

## 五 利益平衡说

该说又称为“立法者意志说”,认为诚实信用原则就是要求民事主体在民事活动中维持双方的利益平衡,以及当事人利益和社会利益平衡的立法者意志。也就是说,三方利益平衡是该原则实现的结果,当事人应该诚实、善意地行使权利和履行义务,法官应该根据公平正义的观念发挥其自由裁量权来进行司法活动。

利益平衡说比上述其他观点更为全面,也更为深刻。它把解释的触角指向了诚实信用原则的规范内容和司法意义,从立法目的、规范内容和司法意义三个方面对诚实信用原则的概念内涵进行了较为全面和深刻的本质特征的探索,引起了理论界应有的重视。但是,该说将该原则的本质视为“立法者的意志”未免失之片面,另外,将该原则的作用归结为“利益平衡”的观点难免以偏概全,因为法律还有补充功能、解释功能、调剂功能

<sup>①</sup> 康慧:《评我国法学界对诚实信用原则的研究》,《当代法学》2003年第4期,第39页。

<sup>②</sup> 史尚宽:《债法总论》,荣泰印书馆1978年版,第320页。

以及对法官自由裁量的委任功能和对当事人行为的指导、评价功能,且该说将民事活动仅仅视为“双方”当事人的活动,有理论疏忽之嫌。

上述观点虽然从不同的侧面和角度揭示了诚实信用原则概念的某些内涵,比较而言,笔者认为“语义说”虽然阐述了诚实信用原则在内容方面对当事人活动的基本要求,但仅仅是从字面上来理解诚实信用原则的含义,它忽略了诚实信用原则确立的司法和社会意义。如果我国民法受法国影响更大,汉语中极可能用“善意原则”而不是“诚实信用原则”,那么,“语义说”岂不是要作不同的解释?所以,“语义说”不可取。因而“一般条款说”被作为通说写进了民法教材。<sup>①</sup>

在“一般条款说”的影响下,我国形成了以下的诚实信用原则理论:诚实信用原则被定义为立法者对民事主体在民事活动中维持双方利益平衡,以及当事人利益与社会利益平衡的要求,目的在于保持社会稳定与和谐的发展。三方利益平衡的实现,取决于当事人以诚实的心理和行为行使权利和履行义务,法官根据公平正义进行创造性的司法活动。由此,诚实信用原则涉及当事人之间的利益关系和当事人与社会间的利益关系,诚实信用原则被认为具有实现这两个利益关系之平衡的目的。在当事人之间的利益关系中,诚实信用原则要求尊重他人利益,以对待自己事务的注意对待他人事务,不得损人利己,保证法律关系的当事人都能得到自己应得的利益。当发生特殊情况使当事人之间的利益关系失去平衡时,应进行调整,使利益平衡得以恢复,由此维持一定的社会经济秩序。在当事人与社会的利益关系中,诚实信用原则要求当事人不得通过自己的民事活动损害第三人和社会的利益,必须在权利的法定范围内以符合其社会经济目的的方式行使权利。因此,诚实信用原则在两个方面发挥着作用。首先,它是对当事人进行民事活动时必须具备诚实的内心状态的要求,对当事人进行民事活动起指导作用;其次,它是对法官自由裁量权的授予。“诚实信用”这样的词语从规范意义上看极为模糊,在法律意义上无确定的内涵和外延,其适用范围几乎无限制。这种模糊规定或不确定规定被认为来源于这样的事实:立法机关考虑到法律不能包容诸多难以预料的情况,不得不把补充和发展法律的部分权力授予司法者,以“模糊规定”或“不确定规定”的方式把相当大的自由裁量权交给了法官。因此,诚实信用原则意

<sup>①</sup> 彭万林:《民法学》(修订本),中国政法大学出版社1999年版,第47—48页。

意味着承认司法活动的创造性与能动性。<sup>①</sup>

在“语义说”与“一般条款说”的论战尘埃落定之后,由于我国与拉丁语系国家法学交流的加强,2001年我国又产生了关于诚实信用原则概念的第三种理论,即“两种诚信说”。该说认为,诚实信用原则是适用于全部民事关系的民法基本原则,它又分为客观诚信和主观诚信,前者要求人们正当地行为;后者要求人们具有尊重他人权利的意识。<sup>②</sup>第三种理论把我国的诚实信用原则理论研究的考察视野从单纯的德国法系国家推及到拉丁法系国家,揭示了我国民法学界普遍存在的理论矛盾:一方面,承认诚实信用原则是统率全部民事关系的基本原则;另一方面,又把该原则的适用从物权关系中排除,导致诚实信用原则处在理论上虽被尊为基本原则,但实际上不过是具体原则的尴尬境地<sup>③</sup>。“两种诚信说”力图以“信”的社会契约论概念为基础实现客观诚信与主观诚信的统一。<sup>④</sup>

以上是我国关于诚实信用原则概念的三种主要观点。除此之外,还有“利益平衡说(立法者意志说)”、“衡平说”、“双重功能说”等。不同的学说都从不同的侧面揭示了诚实信用原则的某些概念内涵,因此各有其理论价值,可谓仁者见仁,智者见智。

笔者比较赞同的观点是郑强博士关于“契约法诚实信用原则”所下的定义,即认为:“契约法诚实信用原则,是有关契约行为的善意真诚、守信不欺、公平合理的心理状态、价值准则、行为规范和行为事实。”<sup>⑤</sup>该定义用价值研究、规范研究和事实研究的基本方法较全面地揭示了诚实信用原则的内涵,可以说是一个较好的定义。他指出:(1)从价值研究

<sup>①</sup> 徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》(增订本),中国政法大学出版社2001年版,第79—80页。

<sup>②</sup> 徐国栋:《客观诚信与主观诚信的对立统一问题——以罗马法为中心》,《中国社会科学》2001年第6期,第112页。

<sup>③</sup> 在我国的物权领域,对当事人行使权利的主观心理状态的要求是善意。但一些学者为了稳定既存的财产占有关系,规定只须“和平、公然、连续占有他人”的动产或不动产达到一定期限,即可取得该项财产的所有权。这一规定有其积极意义,但却是以降低社会道德要求为代价的。参见梁慧星主编《中国物权法草案建议稿》第66、67条,社会科学文献出版社2000年版,第17、228页。

<sup>④</sup> 徐国栋:《客观诚信与主观诚信的对立统一问题——以罗马法为中心》,《中国社会科学》2001年第6期,第112页。

<sup>⑤</sup> 郑强:《合同法诚实信用原则研究》,法律出版社2000年版,第11页。

的方法来看, 契约法领域的诚实信用原则表现为当事人、法官、立法者以及特定社会与契约行为有关的善意真诚、守信不欺、公平合理的心理状态和价值准则。(2) 从规范研究的方法来看, 诚实信用原则一方面表现为契约当事人、法官、立法者以及特定社会为确保善意真诚、守信不欺、公平合理地进行契约行为而确立的外在行为规范; 另一方面表现为一切契约当事人自觉认同善意真诚、守信不欺、公平合理地进行契约行为的内在行为规范。(3) 从事实研究的角度来看, 它表现为契约当事人、法官、立法者以及特定社会为维护善意真诚、守信不欺、公平合理的契约行为而实施的一切行为。

### 第三节 契约法诚实信用原则研究现状

#### 一 国外关于契约法诚实信用原则的研究现状

国外对契约法诚实信用原则的研究, 可谓硕果累累。著作方面就有 1968 年 Weber 教授在 Staudinger《民法注释》(Kommentar) 就德国民法典第 242 条(诚实信用条款)所作的注释就有 1000 多页; 在此之前, 还有威希特的《论诚实信用, 特别涉及所有权时效取得中的这一问题》(1871 年莱比锡 A. Edelmann 版); 在意大利, 有伦巴尔迪的《从“信”到“诚实信用”》(1961 年米兰 Giuffrè 版); 在西班牙, 有何塞·莫佐斯(Jose Mozos)的《诚实信用原则——它在西班牙民法中的实际适用》<sup>①</sup> 以及鲁比奥·费雷伊拉(Rubio Ferreira)的《诚实信用》<sup>②</sup>; 在葡萄牙, 有梅内泽斯·科尔兑伊罗(Menezes Cordeiro)的《论民法中诚实信用》<sup>③</sup>; 在日本, 有常盘敏太教授的《信义诚实之原则》。

大陆法系是契约法诚实信用原则的发源地, 对契约法诚实信用原则的研究自近现代以来成果较多, 如德国。在德国, 《德国民法典》具有自由资本主义时代法律思想的鲜明烙印。正如拉德布鲁赫对这部法典的评价: “与其说是 20 世纪的序曲, 毋宁说是 19 世纪的尾声。”但是, 这部总结自由资本主义时期法律成就的重要法典, 在未经实质性修改的情况下却度过

① 1965 年巴塞罗那 Bosch 出版社版。

② 1984 年马德里 Montecorvo 公司版。

③ 1984 年科英布拉 Almedina 书店版。