

诚实信用原则与漏洞补充

梁慧星

一、诚实信用原则概说

所谓诚实信用,是市场经济活动中形成的道德规则。它要求人们在市场活动中讲究信用,恪守诺言,诚实不欺,在不损害他人利益和社会利益的前提下追求自己的利益。诚实信用原则为一切市场参加者树立了一个“诚实商人”的道德标准,隐约地反映了市场经济客观规律的要求。在历史上,诚实信用这一道德规则,曾长期以商业习惯的形式存在,作为成文法的补充而对民法关系起着某种调整作用。到了十九世纪末,毫无限制的契约自由和自由放任主义已经造成种种弊端,以致各种社会矛盾空前激化,经济危机更加频繁和深重,社会经济生活动荡不堪。为了协调各种社会矛盾和冲突,立法者开始注重道德规范的调整作用,将诚实信用等道德规范引入法典,成为近现代民法的重要原则。

法律之吸收道德观念,始于罗马法。在罗马法上,诚实信用观念体现在一般恶意抗辩诉权中。学者认为,诚实信用原则与一般恶意抗辩同出一源,具有同一意义。法国民法的制定,正值自由资本主义时期,资本主义生产关系的发展,要求不受任何约束地、毫无限制地榨取剩余价值。所谓自由放任主义政策正是这一要求的体现。因此,法国民法典未采用罗马法一般恶意抗辩诉权,仅在第1134条规定,“契约应以善意履行之”。此所谓“善意”,即诚实信用。但在自由放任主义思想支配之下,上述条文只是当事人意思自治的补充,在法律实践上难有实际意义。1863年的撒克逊民法典第858条规定,契约之履行,除依特约、法规外,应遵守诚实信用,依诚实人之所应为者为之。但依该法,当事人可依约定排除诚实信用原则之适用。可见,仍未越出契约自由的范围。至十九世纪后期,由于社会经济生活之剧变,促成法律思想的变迁,即从所谓个人本位的法律思想,转变为社会本位的法律思想。^①

所谓社会本位的法律思想,在于谋求协调资产阶级内部大垄断集团与中小资本家之间的利害冲突,调和资本家与劳动者之间的利害冲突,调节被经济危机和社会动乱搞得混乱不堪的经济关系。这也正好是德国、瑞士等制定民法典时立法者所面临的任務。为此,立法者不得不更加注重道德规范的调节功能。罗马法和法国民法典关于一般恶意抗辩和善意的零星补充性规定,已经不能满足需要。立法者需要规定伸缩性更大因而适应性更强的原则条款,以便使法官拥有较大的自由裁量权,可以更好地协调各种矛盾和调节社会经济关系。为此,德国民法典明文规定诚实信用为履行债的基本原则。这就是著名的第242条:债务人须依诚实与信用,并

^① 梁慧星:《民法》,四川人民出版社1988年版,第320页。

照顾交易惯例,履行其给付。瑞士民法典进一步将诚实信用原则的适用范围扩大到一切权利的行使和一切义务的履行。其第2条规定:无论何人行使权利履行义务,均应依诚实信用为之。我国国民政府时期制定中国民法,参酌德、瑞上述条文,而予以折衷,将诚实信用原则规定在债之效力一节,作为行使债权、履行债务的基本原则。该法典第219条规定:行使债权,履行债务,应依诚实及信用方法。

尤其值得注意的是,二战以后,随着经济的恢复和发展,科学技术突飞猛进,各发达国家进入现代化市场经济时期,社会关系更为复杂,各种新型案件层出不穷,使立法者穷于应付,不得不更加倚重法官的能动性。其结果是诚实信用原则的地位一再提高。日本于战后修订民法典,于总则编第1条2款,明定诚实信用原则为民法之基本原则。我国台湾于八十年代初修订民法总则,鉴于最高法院态度保守,过分拘泥文义,误认诚实信用原则仅适用于债之关系,致妨碍法律进步,故于总则第148条增设第2款:行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法。确立诚实信用原则系属帝王条款,君临全法域之基本原则。^①学者称之为“世界最新之立法例”。^②

我们已经看到,诚实信用原则的适用范围逐步扩大,不仅适用于契约的订立、履行和解释,而且最终扩及于一切权利的行使和一切义务的履行,成为民法之基本原则。其性质亦由补充当事人意思的任意性规范,转变为当事人不能以约定排除其适用,甚至不待当事人援引法院可直接依职权适用的强行性规定。究其本质,诚实信用原则,由于将道德规范与法律规范合为一体,兼有法律调节和道德调节的双重功能,使法律条文具有极大的弹性,法院因而享有较大的裁量权,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。因此,诚实信用原则,被奉为现代民法的最高指导原则,学者谓之“帝王条款”。^③

应予说明的是,我国大陆于八十年代中期制定民法通则,反映改革开放和发展社会主义市场经济的要求,并参考市场经济发达国家和我国台湾地区的经验,将诚实信用原则确立为民法之基本原则,其适用范围及于整个民事领域,凡一切民事主体,从事一切民事活动,均应遵循。与现代民法发展潮流,颇为相合。

二、诚实信用原则的本质和功能

(一)诚实信用原则的本质

1. 诚实信用为市场经济活动的道德准则

关于诚实信用原则之本质,学者间有不同认识。其一,以诚实信用原则之本质为社会理想,如Stammeler称之为人类社会之最高理想,Manik称之为道德理想,Huber谓之为法律伦理;其二,认为诚实信用原则本质上为市场交易中,人人可得期待的交易道德之基础,如Dernburg及Endmann均采此说;其三,认为诚实信用原则之本质,在于当事人利益之平衡,如Schneider解为当事人双方利益之公平较量,Egger称为公正估量双方之利益以谋求利益之调和。我国学者史尚宽先生指出,第一及第二说,均未免过于抽象,适用困难。第三说较为具体,便于适用。唯限于当事人双方利益之较量,尚嫌不足。除当事人利益外,社会一般公共利益,亦应在考虑之

① 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第5册,台大法学丛书1991年6版,第29页。

② 杨仁寿:《法学方法论》,1987年修订版,第171页。

③ 梁慧星:《民法》,第323页。

内。^①

我认为,第三说与第二说并不相悖,应将两说结合考虑,方能准确把握诚实信用原则之本质。唯在市场经济条件下,方才发生交易双方利益冲突及双方与社会一般公共利益冲突的问题。诚实信用原则,旨在谋求利益之公平,而所谓公平亦即市场交易中的道德。

诚如史尚宽先生所言,不可将诚实信用原则局限于当事人双方利益之较量。诚实信用原则涉及两重利益关系,即当事人之间的利益关系和当事人与社会之间的利益关系。诚实信用原则的目标,是要在这两重利益关系中实现平衡。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,以对待自己事务之注意对待他人事务,保证法律关系的当事人都能得到自己应得的利益,不得损人利己。当发生特殊情况使当事人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活动损害第三人和社会的利益,必须以符合其社会经济目的的方式行使自己的权利。^②在现代化市场经济条件下,诚实信用已成为一切市场参加者所应遵循的道德准则。它要求市场参加者符合于“诚实商人”的道德标准,在不损害其他竞争者,不损害社会公益和市场道德秩序的前提下,去追求自己的利益。

在此有必要涉及诚实信用与善良风俗的界限问题。法国民法典将善良风俗与公共秩序并提,德国民法典只规定了善良风俗,而未规定公共秩序,而日本民法典和我国台湾民法典系仿法国法,即将公共秩序与善良风俗并列,且在学说判例中不予区分,合称公序良俗。何谓良俗?学者均解为某一特定社会应有的道德准则。我认为,虽然诚实信用与善良风俗均属于一种道德准则,但二者存在和发生作用的领域不同。诚实信用系市场交易中的道德准则,而善良风俗系家族关系中的道德准则,亦即性道德和家庭道德。因此,只要把握诚实信用原则为市场经济活动中的道德准则,便不至于与公序良俗原则发生混淆。^③

2. 诚实信用原则为道德准则的法律化

诚实信用虽说是市场经济活动中形成的道德准则,但在被立法者规定为民法典的一个法律条文之后,已经不再是单纯的道德规则,而成为一项法律规范。但与一般法律规范亦有不同,它是以道德为内容的法律规范。正如杨仁寿先生所言,诚实信用原则虽以社会伦理观念为基础,唯其并非道德,而是将道德法律技术化。^④换言之,诚实信用原则,是将道德规则与法律规则合为一体,因而同时具有法律调节和道德调节的双重功能,使法律获得更大的弹性,法官因而享有较大的公平裁量权,能够排除当事人意思自治而直接调整当事人之间的权利义务关系。^⑤

3. 诚实信用原则的实质在授予法院以自由裁量权

诚实信用原则的内容极为概括抽象,乃属一白纸规定。^⑥诚实信用原则之特征在于其内涵和外延的不确定性。它是概括的、抽象的、无色透明的。它所涵盖的范围极大,远远超过其他一

① 史尚宽:《债法总论》,1978年台北五刷,第319页。

② 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1992年版,第78页。

③ 梁慧星:《市场经济与公序良俗原则》,载《中国社会科学院研究生院学报》,1993年第6期。

④ 杨仁寿:《法学方法论》,第171页。

⑤ 梁慧星:《民法》,第323页。

⑥ 杨仁寿:《法学方法论》,第171页。

般条款。诚实信用原则是未形成的法规,是白纸规定。换言之,是给法官的空白委任状。^①立法者正是通过这种空白委任状,授予法官以自由裁量权,使之能够应付各种新情况和新问题。徐国栋先生指出,诚实信用这样的词语从规范意义上看极为模糊,在法律意义上没有确定的内涵和外延,其适用范围几乎没有限制。这种模糊规定或不确定规定,导源于这样的事实: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,诚实信用原则意味着承认司法活动的创造性与能动性。^②

(二)诚实信用原则的功能

我们已经看到,诚实信用原则怎样从仅适用于债之关系的原则,上升为涵盖整个私法领域的基本原则,由补充性规定上升为强行性规定。又由于其内容极抽象,虽为客观的强行性规范,却可因社会变迁而赋予新的意义。德国学者 Hedemann 指出,诚实信用原则之作用力,世罕其匹,为一般条款之首位。^③

诚实信用原则具有以下三项功能:

其一,指导当事人行使权利履行义务的功能

如瑞士民法典第 2 条规定,无论何人行使权利履行义务,均应依诚实信用为之。按照我国民法通则第 4 条的规定,凡一切民事主体,从事民事活动,均应遵循诚实信用原则。即要求当事人在行使权利履行义务时,应兼顾对方当事人利益和社会一般利益,使自己的行为符合于诚实商人的标准,只在不损害他人利益和社会利益的前提下,追求自己的利益。凡行使权利履行义务有背于诚实信用原则,应构成违法。

其二,解释、评价和补充法律行为的功能

如德国民法典第 157 条规定,契约之解释应斟酌交易上习惯,依诚实信用原则为之。杨仁寿先生指出,诚实信用原则为解释、补充或评价法律行为的准则。^④诚实信用原则适用之结果,可创造、变更、消灭、扩张、限制约定之权利义务,亦可发生履行拒绝权、解除权及请求返还之拒绝权,更得以之为撤销法律行为或增减给付之依据,或成立一般恶意之抗辩。^⑤

其三,解释和补充法律的功能

一般而言,法律条文均极为抽象,适用于具体案件时,必须加以解释。进行法律解释时,必须受诚实信用原则的支配,始能维持公平正义。此系诚实信用原则在法律解释上的功能。此外,在法律有欠缺或不完备,而为漏洞补充时,亦须以诚实信用原则为最高准则予以补充,其造法始不致发生偏差。^⑥本文即注重说明诚实信用原则在漏洞补充上的功能

三、依诚实信用原则为漏洞补充

1. 对白纸地规定型漏洞的补充

法解释学上所谓白纸地规定型漏洞,指立法者有意识地任由法官对法律规定予以判断决定的法律漏洞,即不确定概念和一般条款。不确定概念如恶意、重大事由、合理期间等,其可能的文义不足以约束其外延,在适用到具体案件时,须由法官评价地予以补充,加以具体化。至于一

① 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》,汉林出版社 1976 年版,第 416 页。

② 徐国栋:《民法基本原则解释》,第 79 页。

③ ①⑤⑥ 杨仁寿:《法学方法论》,第 171—172 页。

般条款,甚至连可能的文义都没有,只是为法官指出一个方向,在这个方面上可以走多远,须由法官自己做出判断。

依诚实信用原则补充白地规定型漏洞,指直接以诚实信用原则作为决定其用语的意义内容的手段。

例如,台民法第254条规定:契约当事人一方迟延给付者,他方当事人得定相当期限催告其履行,如于期限内不履行时,得解除契约。其中“相当期限”一语,即为白地规定型漏洞。

对此,有台最高法院1980年台上字第1590号判例:民法第254条所定契约解除权,并非以债权人定相当期限催告为发生要件,而系以债务人于催告期限内不履行为发生要件,故债权人所定催告期限虽不相当,或未定期限催告,但若自催告后经过相当期限债务人仍不履行者,基于诚实信用原则,应认债权人已酌留相当期限,以待债务人履行,而难谓不发生该条所定契约解除权。本件判例即系以诚实信用原则作为决定“相当期限”意义内容的根据。

2. 对预想外型漏洞的补充

所谓预想外型漏洞,指某种事件超出了立法者的预见,因而未有法律规定。多数属于因社会经济生活的发展变化所致。依诚实信用原则补充预想外型漏洞,是指以诚实信用原则作为排除乍看起来应予适用的法律规定之手段。

例如,日本最判昭30.11.22(民集9卷1781页):

本案事实:关于赁借权在擅自让渡经过7年6个月后,赁借人要求依民法第612条行使解除权。

判旨:权利行使须依诚信原则,不得滥用。有解除权人,久不行使其权利,对方有正当理由信赖其不行使,其后要求行使,应认为反于诚信原则,因而应解为不许行使。

在本案中,法院以诚实信用原则作为排除乍看起来应予适用之规定的手段。^①

再如,台最高法院1979年台上字第1838号判例:

裁判要旨:按行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法为之。本件上诉人明知被上诉人就讼争土地之买卖,不得对抗该土地承租人之上诉人,上诉人依法得请求优先承买该土地,而长期沉默不为行动……似此行为显已引起被上诉人之正当信任,以为上诉人已不欲行使其优先承买权。而今忽贯彻其优先承买权之行使,致令被上诉人陷于困境,其有违诚实信用之原则,不得更行行使其权利,至为明显。

本件判例,诚实信用原则被用作排除关于优先承买权规定的手段。

3. 对明显漏洞的补充

所谓明显漏洞,指对于某种事件,依法律所使用词语之意义及立法者和准立法者意思,均不能涵盖的法律漏洞。对于明显漏洞,可以诚实信用原则作为补充手段。

例如,日本法上有所谓“法人格否认”之法理,亦即其他国家所谓“揭开公司的面纱”。此为立法当时所未预见,在现行法上任何规定均难适用,属于明显漏洞。

日本最判昭48.10.26(民集27卷1240页):

判旨:股份公司依据商法的规定比较容易设立……设立新公司,其营业财产、商号、代表董事、营业目的、从业员等与原有公司完全相同,即使形式上进行了新公司的设立登记,而新旧两公司在实质上完全同一,乃以新公司之设立为免除旧公司债务之手段,属于公司制度之滥用。

^① 石田穰:《法解释学的方法》,青林书院新社昭55年初版3刷第116页。

因此,公司之交易对方,依诚实信用原则,可不主张新旧两公司为分别人格。应解为交易对方可对新旧两公司中的任一公司追究债务责任。

在本案,法院系以诚实信用原则作为补充明显漏洞的手段,创立了所谓“法人格否认”之法律。^①

四、诚实信用原则的界限

在现代民法上,诚实信用原则发挥着十分重要的作用,对于立法当时所未为立法者预见的案件,可以用诚实信用原则补充法律漏洞,做出妥当的裁判,使法律和裁判适应于社会发展变化。但同时也应看到,如果对诚实信用原则的运用不加限制,则可能导致诚实信用原则的滥用,以致损害法律的权威和法体系的安定。因此,有学者将诚实信用原则喻为“双刃剑”。^②法解释学应当研究在什么场合,什么条件下可以适用诚实信用原则,在什么场合,什么条件下不可以适用诚实信用原则。这就是所谓诚实信用原则的界限问题。

1. 能否以诚实信用原则修正现行法规定

关于能否以诚实信用原则修正现行法规定,学说上有不同主张。

其一,否定说。认为诚实信用原则,仅有法律漏洞补充的机能,没有修正制定法的机能。即不得以诚实信用原则排除现行法规定之适用。其理由如下:(1)为了维护法律的权威;(2)防止法官滥用诚实信用原则,借诚实信用原则之名而任意解释法律,反于依法裁判之基本原则;(3)据石田先生所说,日本迄今并未有以诚实信用原则修正制定法的判例。^③以诚实信用原则检验法律之善恶,为立法者修改法律提供依据,则为所许。

其二,肯定说。认为诚实信用原则不仅有法律漏洞补充的功能,而且有修正现行法规定的功能。如德国学者 Stammier 认为,法律之标准应为人类最高理想,诚实信用原则即此最高理想的体现。如果法律规定与最高理想不合,则应排除法律规定而适用诚实信用原则。^④我国学者谢怀栻先生亦采此说。谢先生在讨论制定我国统一合同法的立法方案时,建议规定:在现行法虽有具体规定,而适用该具体规定所获结果违反社会公正时,法院可以不适用该具体规定而直接适用诚实信用原则;但在这种情形,应报经最高法院核准。^⑤

在否定说三项理由中,前两项理由实际上可归结为一项理由,即担心诚实信用原则之滥用,损及法律的安定。但是,明知现行规定属于恶法,其适用结果将违背法律正义,即借口维护法律安定性而仍予适用,致当事人遭受不公正之效果,终难免有因噎废食之讥。按照谢怀栻先生的意见,一方面肯定诚实信用原则有修正现行法不当规定的机能,使法院可以援用诚实信用原则而回避恶法之适用,同时规定须报经最高法院核准,实际上将适用诚实信用原则以修正现行法规定之权,仅授予最高法院,可以达到防止诚实信用原则被滥用之结果。此一见解,应认为切实可行,可资赞同。至于第三项理由,因日本法院向来倾向保守,不足为否定诚实信用原则修正现行法规定的理由。且日本法院虽迄今未有适用诚实信用原则修正现行法规定的判例,不等于说将来也必定没有这样的判例。

①② 石田穰:《法解释学的方法》,第119页;第122页。

③ 石田穰:《法解释学的方法》,第120、134页;杨仁寿:《法学方法论》,第173页。

④ 参见史尚宽:《债法总论》,第319页。

⑤ 见《中华人民共和国合同法立法方案》第一章之说明。

2. 关于禁止“向一般条款的逃避”

法解释学上所谓“向一般条款的逃避”,指关于某一案型,法律本有具体规定,而适用该具体规定与适用诚实信用原则,均能获得同一结论时,不适用该具体规定而适用诚实信用原则。此种现象应予禁止。换言之,在适用法律具体规定与适用诚实信用原则,均可获得同一结果时,应适用该具体规定,而不得适用诚实信用原则。其理由如下:

其一,诚实信用原则为民法最高指导原则,在某种意义上,现行法之规定可谓为诚实信用原则之具体化。换言之,即立法者秉持诚实信用之原则,斟酌各种典型事态做利益衡量及价值判断,厘定构成要件及法律效果,形成个别制度。基于此项法律制度在方法论上之认识,法院于处理民事案件时,应严谨遵守如下原则:先以低层次之个别制度作为出发点,须穷尽其解释及类推适用上之能事仍不足解决时,始宜诉诸“帝王条款”之诚实信用原则。^①

其二,如果在这种情形,允许直接适用诚实信用原则,而不适用法律具体规定,必将导致法律权威降低。

其三,在适用法律具体规定的情形,法官之价值判断过程清楚,依立法者意思探究,判定其结论当否容易。而在适用诚实信用原则的情形,其价值判断过程暧昧不明,其结论当否不易判断。^②

3. 类推适用等漏洞补充方法应优先适用

对于某一案型,虽无法律规定,若能依类推适用等漏洞补充方法予以补充,且所得结果与适用诚实信用原则相同时,则应依类推适用等方法补充法律漏洞,不得适用诚实信用原则。这种情形,若不依类推适用等方法补充法律漏洞,而直接适用诚实信用原则,亦属于“向一般条款的逃避”,应予禁止。其理由如下:

其一,这些法律补充方法,亦为诚实信用原则之具体化。依这些补充方法能够解决,却不采用,而直接适用诚实信用原则,将降低这些法律补充方法的权威,并进而损害与这些方法密切相关的法律的权威。

其二,运用这些方法处理案件时,其价值判断过程清楚,其当否易于判断,反之依诚实信用原则处理则其价值判断过程暧昧不明,其当否不易判断。^③

其三,禁止“向一般条款逃避”,可以防止解释者的恣意及诚实信用原则的滥用^④。

4. 关于禁止“法律的软化”

对于某一案型,虽无法律规定,但能依类推适用等补充方法予以补充时,即使其所得结果与适用诚实信用原则所获得结论相反,亦应依类推适用等方法补充法律漏洞,而不得适用诚实信用原则。这种情形,不依类推适用等方法补充法律漏洞,而直接适用诚实信用原则,法解释学上称为“法律的软化”。

法解释学上禁止“法律的软化”,同样是为了维护法律的权威,及防止解释者的恣意及诚实信用原则的滥用。^⑤

5. 诚实信用原则与判例

适用诚实信用原则与适用判例的关系,分为两种情形:

① 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第5册,第256页。

② 石田穰:《法解释学的方法》,第127页。

③④⑤ 石田穰:《法解释学的方法》,第130页;第133页;第136页。

其一,如适用诚实信用原则,与适用判例,得出同一结论,则应适用判例,而不适用诚实信用原则。其所以如此,有两点理由:(1)判例为诚实信用原则的定型化,某一案件可依判例处理,如果允许不依判例而直接适用诚实信用原则,将损害判例的权威。(2)依判例处理,其价值判断过程清楚,其当否易于判断,而依诚实信用原则处理,则相反。

其二,如适用诚实信用原则,与适用判例,得出相反的结论,则应适用诚实信用原则,而不适用判例。此种情形,应依法定程序变更原有的判例。^①

(作者单位:中国社会科学院法学研究所)

责任编辑:张广兴



^① 石田穰:《法解释学的方法》,第135页;杨仁寿:《法学方法论》,第174页。