

诚实信用原则二题

徐国栋*

内容提要:诚信可分解为客观诚信与主观诚信。客观诚信是一种课加给主体的行为义务,该义务具有明显的道德内容;主观诚信是主体对其行为符合法律或具有合道德内容的个人确信。二者可以统一于一般诚信。主观诚信与客观诚信的分离是随着社会的发展,通过把规制对象从第一占有人转换到第二占有人而逐渐完成的。我国把诚信局限于客观诚信的理论存在缺陷,应吸收先进的研究成果再造。

关键词:客观诚信 主观诚信 恶信 取得时效

一、域内外诚信原则理论之整理

自1986年民法通则确立诚信原则以来至2001年,我国民法学界就如何理解诚信原则形成了“语义说”和“一般条款说”两种观点。“语义说”认为:诚信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。^[1]实际上,“语义说”只看到了诚信原则指导当事人进行民事活动的意义,并且把诚信原则这方面的指导功能限制得较窄:“守信不欺”。“一般条款说”认为诚信原则是不确定但具有强制性效力的一般条款,除了指导当事人正确进行民事活动外,还具有授予法官自由裁量权填补法律漏洞、引导法律与时俱进的作用。^[2]随着时间的流逝和认识的进步,“一般条款说”已成为通说被写进多数民法教材中。^[3]

在“一般条款说”的框架下,我国形成了以下的诚信原则理论:诚信原则被定义为立法者对

* 厦门大学法学院罗马法研究所教授。

我在1989年第4期的《法学研究》上发表了“论诚实信用原则的概念和历史沿革”一文,展现了我对这一“帝王条款”的初步研究。12年后,我对诚信原则的认识有了很大增长,发现了客观诚信与主观诚信在我国发生的不合理的分裂问题。为此,我撰写了“客观诚信与主观诚信的对立统一问题”一文,发表于《中国社会科学》2001年第6期。此文发表不久,正在意大利比萨大学留学的薛军受我的委托为我复印了路易吉·伦巴尔迪教授的《从“信”到“诚信”》一书,由比萨大学的阿尔多·贝特鲁奇教授利用他访问厦门大学的会带给我。该书证明了2001年初我凭借有限资料得出的关于主观诚信从客观诚信中分裂出来的过程的基本思路是正确的,同时也使我对这些思路涉及的问题有更具体的认识,故我撰写此文,向同仁们报告我对诚信原则的新知。

[1] 马原主编:《中国民法讲义》,全国法院干部业余大学教材,第21页。

[2] 参见徐国栋:《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2001年增订版,第3章。

[3] 例如王全弟主编的《民法总论》,复旦大学出版社1998年版;彭万林主编的《民法学》修订本,中国政法大学出版社1999年版;刘士国主编的《民法总论》,上海人民出版社2001年版。

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,履行义务,法官根据公平正义进行创造性的司法活动。由此,诚信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,诚信原则被认为具有实现这两个利益关系之平衡的目的。在当事人间的利益关系中,诚信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,诚信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它们。因此,诚信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”这样的语词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,诚信原则意味着承认司法活动的创造性与能动性。^[4]

在“语义说”与“一般条款说”的论战尘埃落定之后,由于我国与拉丁语族国家法学交流的加强,2001年,我国又产生了关于诚信原则的第三种理论:“两种诚信说”。该说认为,诚信原则是适用于全部民事关系的民法基本原则,它又分化为客观诚信和主观诚信两个分支,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。^[5]该第三种理论把我国的诚信原则理论研究的考察视野从单纯的德国法族国家推及到拉丁法族国家,揭示了我国民法学界普遍存在的这样的理论矛盾:一方面,承认诚信原则是统帅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,导致诚信原则处在虽被尊为基本原则,实际上不过是具体原则的尴尬境地。“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。

以上是我国民法学界对诚信原则的研究状况。相较于这一状况,域外学界对这一原则的研究更加丰富多彩。

在域外,诚信是文艺复兴以来大陆法系学术史上的热门话题,为此出版了众多的专著。在德国,有韦伯教授的《德国民法典注释》,其关于第242条(诚信条款)的部分,达1000页之多。^[6]比它更早且侧重研究物权法中的诚信的还有威希特(W. v. Chert)的《论诚信,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);具有同样属性的作品还有布农斯(C. G. Bruns)的《时效取得中的诚信行为》(1872年柏林Puttkammer & M. ühlbrecht版)。在意大利,有伦巴尔迪的《从“信”到“诚信”》(1961年米兰Guffrè版)。在西班牙,有何塞·莫佐斯(José Mozo)的《诚信原则——它在西班牙民法中的实际适用》(1965年巴塞罗那Bosch出版社版)以及鲁比奥·弗雷伊拉(Rubio Ferreira)的《诚信》(1984年马德里Montecorvo公司

[4] 前引[2],徐国栋书,第79页以下。

[5] 参见徐国栋:《客观诚信与主观诚信的对立统一问题》,《中国社会科学》2001年第6期。

[6] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》第1册,台湾大学法学丛书1975年版,第330页。

版)。在葡萄牙,有梅内泽斯·科尔兑伊罗(Menezes Cordeiro)的《论民法中的诚信》(1984年科英布拉 Almedina 书店版)。在日本,有常盘敏太教授的《信义诚实之原则》。^[7]在我国台湾,有何孝元的《诚实信用原则与衡平法》。在这些论著中,学者们研究了一般的诚信、诚信与法律中的其他道德因素的关系、诚信与恶信或恶意诈欺的对反关系、客观诚信、主观诚信、两种诚信的关系、统一的诚信概念是否可能、诚信与司法能动性的关系等问题。这些著作我都以直接或间接的方式有所了解,兹评介其要点。

(一)一般的诚信

费雷伊拉(Ferreira)是少有的力图作出涵盖两种诚信之诚信定义的作者。他认为,诚信是被吸收到法中的人类生活关系要素,但法并非在不赋予其术语的精确性的情况下吸收它,而是把它转化为一个法律概念。换言之,诚信并非立法者的创造,它有先定的内容。立法者不过把这一内在于人类行为的原则扩张于全部人类行为的最广泛的领域。把它确定为规则是为了使其具有法律效力。这时,先前的自然的诚信就被转化为法定的(Civile)的诚信。^[8]简言之,费雷伊拉认为诚信是道德的法律化。在这一问题上,早于他的德国学者施塔姆勒(Stammler)和邓伯格(Dernburg)持同样见解。前者认为:法律的标准应是社会的理想——爱人如己的人类最高理想,行为符合这种理想即符合诚信原则;^[9]后者认为诚信原则的作用在于使人们在交易场上可以得到交易上道德的保障。法国学者希贝尔(Ripert)也认为,“诚信是立法者和法院用来将道德规则贯穿于实在法的手段之一”。^[10]

但一旦道德的诚信转化为法律的诚信,两者就表现出不同。前者建立在对命令我们做好人和纯粹的人之戒条的服从上;后者建立在对未违反法律规范行事、未实施不义行为的确信上。^[11]显然,这不过是说法律的诚信要求低于道德的。就这一问题,斯波达(Spota)补充道,在德国法中,过错的概念以未做到一个诚实的、尽职的商人应做到的为基础,这就是说,要以诚信、忠诚和诚实行事。而这样的商人不是一个崇高的人,而是一个中等的人。^[12]换言之,他认为诚信原则尽管是道德的体现,但不过是中人道德的体现。这就产生了一个困难的问题,正因为普通的法律规范对主体的行为要求过低,才有必要引入对人的行为要求较高的诚信于法律中。我们知道,普通法律规范贯彻了经济人假说——这是最大化地追求自己利益的人、中人。如果诚信体现的也是中人的行为标准,我们引入它又有何益?因此,还是以说道德的诚信进入法律后,仍保持其原来的行为要求为妙。在我看来,普通的法律规范往往体现了“毋害他人”的要求,而诚信原则体现了“爱你的邻人”的要求。^[13]两者的区别在于,在法律就当事人的义务保持沉默的情况下,前者意味的是消极义务,后者课加的是积极义务。

尽管其理论有上述小小的缺陷,费雷伊拉的观点是唯一能同时涵盖客观诚信和主观诚信的。其他学者也对一般的诚信作了自己的界说,但其说明都偏向某一种诚信。他们遵循两种路径。一种是从消极方面界定这一法律现象,把它描绘为法律主体缺少某种不良的内在因素

[7] 何孝元:《诚实信用原则与衡平法》,台湾三民书局1977年版,第28页注16。

[8] Véase Manual Dela Puente y Lavall, El contrato en general, El fondo para publicacion del PUC del Peru, 1996, p. 24.

[9] 史尚宽:《债法总论》,台湾荣泰印书馆1978年版,第320页。

[10] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 24.

[11] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., pp. 28s.

[12] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., pp. 31s.

[13] 参见徐国栋:《论市民法中的市民》,《天津社会科学》1994年第6期。

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”。另一种是从积极方面进行界定,把它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况。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)和希贝尔则认为它是“像一个诚实和自觉的人那样行为的义务”。^[14]如此众多的定义反映了被认知的事实本身的复杂性。

(二) 诚信与法律中的其他道德因素的关系

既然诚信是道德的法律化,那么,在法律中有许多的道德来源的规定,它们与诚信是何关系呢?

1. 与善良风俗。拉伦兹(Larenz)认为,相较于诚信原则,善良风俗只涉及到来自人的社会条件的最低要求,并且只要求在某种情境下遵守这一要求。秘鲁学者德拉普恩德(De La Puente)认为,善良风俗只涉及特定时空的道德;而诚信原则的要求高于这一标准,确切地说,它以专门的约束为前提,并确定了行为的参与者之间的信赖。因此,并非所有违反诚信的行为都违反善良风俗,而不道德的行为却总是违反诚信原则的。^[15]

2. 与公平。莫塞(Mosset)认为诚信与公平是合流的概念,两者相互补充,可以说它们是双胞胎。但莫佐斯(Mozos)认为,公平不是一种具有自己性质的道德化的法律制度,而是法制本身中一种必要的社会正义的观点。^[16]确实,公平只是法律的一种价值取向;而诚信是一整套制度安排,但它也服务于公平的目的。

3. 与公共秩序。莫佐斯认为,公共秩序是适用诚信原则的外在界限。在适用公共秩序规范的时候,就不得适用诚信原则。拉伦兹认为,并非所有的公共利益都应得到优越于对团体生活如此重要的诚信原则的地位,只有专门关系到法律交易的安全的公共利益以及关系到司法的公共利益时才有理由不受诚信原则的修正。^[17]至于何谓公共秩序,王泽鉴先生认为它指国家社会之一般利益。^[18]换言之,公共秩序原则就是对民事活动当事人尊重国家社会之一般利益的要求,从内容上看,它主要涉及对国家的保护,与财产和劳务的交换无直接的联系,后来发展为国家从外部维护经济秩序的工具。根据学者对这一原则的适用情况所做的类型化研究,公序良俗原则处理危害国家的行为、射幸行为、违反人格和人格尊重的行为、限制经济自由的行为、违反公平竞争的行为、违反对消费者、劳动者之保护的行为、暴利行为等。^[19]显然,这一原则往往从法律关系外部矫正其内容,与诚信原则往往从法律关系内部对之进行调整不同。

(三) 诚信与恶信或恶意诈欺的对反关系

诚信的反义词是 Malus fides,这一个通常被翻译成“恶信”的概念,为了与对 Bona Fides 的翻译相协调,我宁愿把它翻译成“恶信”。它是一个完全消极的概念,指“诚信的阙如”。^[20]通常

[14] Véase Manual Dela Puente y Lavall, op. cit. , p. 24.

[15] Véase Manual Dela Puente y Lavalle , op. cit. , p. 35 ,p. 46.

[16] Véase Manual Dela Puente y Lavalle , op. cit. , p. 46.

[17] Véase Manual Dela Puente y Lavalle , op. cit. , p. 47.

[18] 郑玉波:《民商法问题研究》第1册,台湾大学法学丛书1976年自刊本,第33页。

[19] 梁慧星:《市场经济与公序良俗原则》,载《民商法论丛》第1卷,法律出版社1994年版,第43页以下。

[20] Véase Manual Dela Puente y Lavalle , op. cit. , p. 41.

人们把它理解为“知情”。按照这种理解,恶信只是主观诚信的对反概念,因为这种诚信的基本含义就是“不知”。明知某事有害他人而仍为之,构成故意,故莫佐斯则认为故意或过失的状态就是恶信,秘鲁民法典也采用这种见解。^[21]如此,适用过错概念最多的违约领域和侵权行为领域当是最缺乏诚信的领域,过错的概念由此与诚信的概念联系起来。

但中世纪教会法学者理解的“诚信”的对反概念是“恶意诈欺”(Dolus malus),这可能与对诚信原则的来源的理解有关。许多学者认为罗马法中的一般的恶意诈欺抗辩是现代的诚信原则的来源。^[22]此种抗辩本是罗马法中保护被告的一种诉讼手段。原告在起诉时以任何方式不公平地行事,即构成这种诈欺。因此,以现代的眼光来看,它属于所谓的显失公平的抗辩。按照尤里安的说法(D. 30. 84, 5),诚信诉讼中本身就包括了一般的诈欺抗辩。^[23]因此,描述一类不当行为的恶意诈欺的概念更适合充当客观诚信的对反概念。我们看到,在罗马法的原来形态中,恶意诈欺的抗辩本用于对抗原告的不当诉讼行为,而中世纪的教会法学者将这一概念移植于物权法领域,并赋予其新的含义。认为构成此等恶意诈欺,明知物为他人的(Scientia rei alienae)还不够,还必须具有“干扰他人之物的意识”(Consentia remordens rei alieni)。^[24]显然,教会法把诚信问题道德化,以之对人的行为提出了更高的要求,因此与道德要求较低的世俗法强烈冲突。故阿库尔修说:“除非行善,不足以免恶”。^[25]例如,按世俗法对取得时效制度的规定,占有人在取得占有之初为诚信即为已足,后来知道了财产属于他人不影响诚信之构成,但教会法却要求他“在任何时候都不知道他所占有的财产属于他人”。^[26]

与主观诚信和客观诚信的对立相适应,也有主观恶信与客观恶信的对立。为了自己的利益影响条件成就的行为;无行为能力人隐瞒自己的这种状态缔结法律行为的行为;双方在明知不适格的官员面前缔结婚姻的行为;明知物为他人的仍实施占有的行为;接受明知不应接受的偿付的行为等,都是主观恶信的行为。^[27]那么,什么是客观恶信的行为,我认为,客观恶信行为就是滥用权利行为。正因如此,各国民法典多把权利滥用作为诚信的反面规定。^[28]在德语世界,就以 Schikane(刁难、捉弄)作为诚信的对反概念。

那么,在诚信与恶信之间,有无一片灰色区域,在这一区域中的行为,既非诚信,亦非恶信?多数学者持否定说。但秘鲁学者德拉普恩德认为,在主观诚信领域,可能发生这样的中间地带,其间,一个不以故意过失行事的人,可能就其权利的有效性发生疑问,但又未达到认为它不存在的程度。此时该人既非诚信,因为他并不确信自己享有权利,但他亦非恶信,因为他也不知道自己不享有权利。^[29]此言有理,可堪采纳。

(四) 客观诚信

[21] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 42.

[22] 例如德国学者肖尔梅叶(Schollmeyer)就如此主张。参见前引[9],史尚宽书,第319页。晚近的德国学者的著作仍认为:“诚信和诈欺的抗辩,转化成了现代民法中的诚信”。Véase Hans Hattenhauer, Conceptos fundamentales del derecho civil, tra. espa. di Pablo Salvador Coderch, Editorial Ariel, Barcelona, 1987, p. 91.

[23] Cfr. Matteo Marrone, Istituzioni di diritto romano, Palumbo, Palermo, 1994, p. 157.

[24] Véase Jos éCarlos Moreira, Alve A Boa - f èobjetiva no sistema contratual brasileiro, In Sandro Schipani (a cura di), Roma e America, Diritto romano comune, Vol. VII, Mucchi Editore, Modena, 1999, p. 187.

[25] Cfr. Francesco Calasso, Medioevo del diritto, Guffr è, Milano, 1954, p. 472.

[26] [美]哈罗德·伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第296页。

[27] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 41.

[28] 如韩国民法典第1条;西班牙民法典序章新第7条等。

[29] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 41.

尽管诚信是如此复杂,人们仍大致将其分为客观诚信与主观诚信两个类型。

关于客观诚信,费雷伊拉认为,正直的诚信表现在以正直和忠诚行动、行事,不试图欺骗或损害任何人,也不要求以极端或不必要的方式行使权利或权能中。^[30]这里,费雷伊拉指出了客观诚信是在正直和忠诚的观念指导下的正当的行为,此为关于客观诚信的“行为说”,是最流行的学说。值得注意的是费雷伊拉还提出了客观诚信指不过分地行使权利的观点。在“行为说”的基础上,意大利学者提出了“端方(Correttezza)说”,括号里的这个从字面上看意为“正确”的词在意大利文中是“不偏不倚、恰到好处”的意思,与孔子说的“行为不逾规矩”相仿佛。特拉布基(Trabucchi)和贝蒂(Betti)就持这种观点。按前者的说法,“端方是一种道德风格,它涉及到忠诚的精神、坚定不移的丈夫气概、表里一致、行为一贯、忠诚和尊重根据一般的意识应在法律-社会关系中遵从的义务”。^[31]这是一个相当文学化的描述,似乎更加符合慷慨悲歌的燕赵之士的道德观念。而贝蒂主张,“端方”仅是消极的诚信的表现,它课加尊重和保存他人利益的消极义务,而严格意义上的诚信则课加合作的积极义务。^[32]

梅西内奥(Messineo)对客观诚信的观察角度介乎当事人的行为与此等行为的客观效果之间。他说:“合同当事人(债权人和债务人)遵守客观诚信意味着债权人在行使其债权的过程中不应要求得更多;债务人在履行其义务的过程中也不得要求作少些的履行。”^[33]如此,当事人间的利益关系得到平衡。正是在这一意义上,希赖德(Schneider)说:诚信原则的作用,是使当事人双方的利益达到平衡,换言之,公正实现双方利益,以达到利益的调和。^[34]

罗易和特西多勒(Loi y Tessitore)对客观诚信的分析进一步偏向于当事人行为的效果。他们认为,诚信缓和了法律经常以很大的精确性加以标明的权利义务的界限。^[35]此可谓“模糊说”。它宣扬权利不得过度主张,义务不得严苛化,是支撑调解的争议解决方式的理论。

总结各位学者关于客观诚信的上述论述,人们认为它具有以下要点:(1)它是一种课加给主体的行为义务,该义务具有明显的道德内容;(2)这种行为义务的内容为:除了为保护自己的合法利益的必要外不得损害他人之利益;(3)为了评价主体的行为,要抛弃当事人自己的尺度而使用一个客观的标准;(4)但这种客观性不排除对主体之故意和过失等主观因素的考虑。以故意或过失行事者不得因客观诚信而免责;(5)这种客观标准由主体行为与法律标准或典型的中等的社会行为的对比构成;(6)应考虑主体实施行为的社会背景寻求可适用的法律标准。^[36]

(五)主观诚信

中世纪的注释法学家如阿库尔修(Acursio)、阿佐(Azo)、罗杰里奥(Rogero)和后注释法学家如巴图鲁斯(Bartolus)和巴尔都斯(Baldus),都以罗马法的文本为依据对占有中的诚信进行了研究。他们分为“确信说”和“不知说”两派,前者把诚信理解为行为人之未损害他人的确信,阿佐、罗杰里奥、巴图鲁斯和巴尔都等持此说;后者把诚信理解为行为人对损害他人权利的不知,阿

[30] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 30.

[31] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 31.

[32] [巴西]何塞·卡洛斯·莫雷拉·阿尔维斯:《巴西合同制度中的客观诚信》,徐国栋译,载徐国栋主编:《罗马法与现代民法》第2卷,中国法制出版社2001年版,第278页。

[33] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 31.

[34] 前引[9],史尚宽书,第320页。

[35] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 38.

[36] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., pp. 33s.

尔贝里科·德罗塞塔(Alberico de Rosate)、巴尔博(Balbo)和瓦斯圭斯(Vasquez)持此说。^[37]

在现代学者中,格斯当(Ghestin)是一个“确信”论者,他认为主观诚信是“一种心理状态,一种确信,或反过来说,是对事实的认知。”^[38]而莫雷约(Morello)对这样的心理状态加上了法律效果。他认为,主观诚信是“一种心理状态,它是一个对确定持有这种状态的主体的待遇有用的法律范畴,为此人们将确定当事人的有效确信或意图的类型。”^[39]威希特(Wichter)和布农斯(Bruno)根据自己对罗马法的研究把主观诚信涉及的“心理状态”界定为一种错误,后者更将错误的轻重作了区分,只允许可以原谅的错误构成诚信。^[40]所谓可以原谅的错误,是人们在尽通常注意的情况下避免不了的错误。对错误的这种以注意程度为基础的二分,蕴含着过错的概念,因为过错无非是对注意义务的违反。因此,尽了注意义务发生的错误可称之为“合法的错误”,构成诚信。

那么,上述类型的错误的对象为何?在通常情况下,人们认识错误的对象是自己的情状,例如,本来不享有某种权利而认为自己享有。但莫佐斯的研究把这种错误的对象扩展到了对他人的情状,例如他人不是代理人却使自己有代理人的外观的情况,不知实质而相信了这种外观的状况,亦谓之诚信。^[41]这样,主观诚信就与现代民法中的表见制度或外观主义联系起来

了。

但舒伊尔(Scheurl)对错误说提出了异议,他在《关于诚信的性质与罗马取得时效学说中的权源》一书中指出,在罗马法原始文献中,诚信并不总是以错误为前提,而是相反,有时它可以排除错误。他似乎指出了诚信在这些情况中的实质是一种单纯的道德状况。^[42]

由于主观诚信是一种当事人确信自己未侵害他人权利的心理状态,它又被称为“确信的诚信”。

总结如上观点,可把主观诚信的要点概括如下:(1)它是主体对其行为符合法律或具有合道德内容的个人确信;(2)这种确信尽管是主观的,但从主体产生它的过程来看,它是诚实的和合理的;(3)主体在形成这种确信时尽到了注意义务,未发生故意和过失;(4)主体的这种确信可就其自己的情状发生,也可就与他有关的人的情状发生;(5)这种形成的确信决定了主体的行为,他的这种心理状况与其行为绝对有对应关系;(6)法律因为主体的这种确信赋予其行为以有利的待遇。^[43]

尽管诚信通常被分为客观的和主观的,但也存在对繁杂的诚信现象进行的其他分类。例如,迭斯卡佐(Diezpicazo)把诚信分为“诚信的观念”与“诚信的一般原则”。图尔分为“对转让人权利的信”、“债务人对债权人权利的信”、“对相对人法律地位的信”、“对法律行为效力的信”、“对自己权利的信”。贝蒂将之分为“对损害他人受法律保护的权利的不知”、“对一种适格的关系的外观的确信”、“缔约活动中的忠诚以及一旦缔结合同后行为的端方”(消极诚信)、“为了他人的利益积极合作”(积极诚信)。^[44]如果仔细分析它们,可发现这些更细致的分类大致脱

[37] 前引[32],何塞·卡洛斯·莫雷拉·阿尔维斯文,第262页。

[38] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 27.

[39] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 27.

[40] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 27.

[41] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 29.

[42] 参见前引[32],何塞·卡洛斯·莫雷拉·阿尔维斯文,第266页。

[43] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 30.

[44] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 25.

不了客观诚信与主观诚信的两分法。

(六) 两种诚信的关系

两种诚信的关系如何?莫塞提到了它们的区别: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;而客观诚信以义务的课加为特征,法律以诚信的名义要求当事人这样做那样做,如果做了,没有任何奖励性的安排。^[45]

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,在特定情境中行为入是否达到了主观诚信,要依个案为判断。^[46]

然而两种诚信又有密切联系。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。^[47]从功能来看,两种诚信是统一的,由此罗易和特西多勒认为,不论是客观诚信还是主观诚信,都起到了赋予法典的僵硬结构以弹性的作用,它导致规范能更好地适应法典旨在调整的不断变化的新现实。^[48]

(七) 统一的诚信概念是否可能

对这一问题有“悲观说”和“乐观说”两种观点。瑞士民法典将客观诚信和主观诚信平行提升为基本原则的做法,不过是“悲观说”的立法体现。前文已述,在学说上,德拉普恩德认为客观诚信和主观诚信不是具有同样实质的两种成分的一个制度,而是两种性质不同的、寻求保护不同的利益、在不同的体系中使用的制度,^[49]故不可能统一。乐观派的学者有伦巴尔迪(Luigi Lombardi),他通过知识考古学研究证明了两种诚信本来就统一于客观诚信。我也是乐观论者,我以我的研究证明了两种诚信可以统一在社会契约论的基础上。^[50]

(八) 诚信与司法能动性的关系

无论哪种诚信,都涉及到对当事人行为的评判。在主观诚信的场合,是要评判当事人是否基于诚实的确信而行为;在客观诚信的场合,是要判断当事人是否已按照诚实要求做他应该做的,做这样的评判只能是法官。

正是在这种意义上,史尚宽注重诚信原则的司法意义。他认为:一切法律关系都应根据它们的具体情况按照正义衡平的原则进行调整,从而达到它们具体的社会公正。法律关系的内容及实现的方法,根据当事人间具体情况的不同而不同,法律、合同当事人很难一一预见它们从而加以规定或订定,因此,对方当事人有可能基于自私利用这些漏洞,牺牲他方利益以实现自己的利益,在这种情况下,决断案情不应是形式的或机械的,而应从道义衡平原则出发,站在立法者的角度决定这些关系,这就是诚信原则的要求。^[51]概括言之,史尚宽把诚信原则看作掌握在法官手中的衡平法。

[45] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 33.

[46] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 26.

[47] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 37.

[48] Véase Manual Dela Puente y Lavalle, op. cit., p. 38.

[49] Véase Manual Dela Puente y Lavall, op. cit., p. 36.

[50] 参见前引[5],徐国栋文。

[51] 前引[9],史尚宽书,第319页。

蔡章麟也认为,诚信原则是概括的、抽象的、没有色彩、无色透明。它所包括的范围极大,远远超过其他一般条款的范围。诚信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。^[52]

综上所述,诚信是来源于道德的法律制度,它分为客观诚信和主观诚信两个方面。这两种诚信标准的模糊性导致它们成为授予法官自由裁量权的工具,因此,无论是客观还是主观诚信,最终都转化为裁判诚信。如此,一个诚信原则就分解为三种诚信了。

二、主观诚信从客观诚信的脱离时间和环节

主观诚信在我国通常被称为“善意”,是一个非常缺乏研究的领域。事实上,主观诚信是在取得时效制度中发展起来的。公元前450年的十二表法第6表第3a条规定:使用土地的,其取得时效为2年,其他物件为1年。这是罗马法最早关于取得时效的规定。当时这一制度的适用肯定不成熟,因为今人熟知的罗马法中完成取得时效的5大要件:标的适格(Res habilis)、名义(Titulus)或原因(Causa)、诚信(主观的)、占有、一定期间的经过,都出自中世纪法学家的概括,^[53]换言之,后人才把罗马人的取得时效实践系统化为比较完善的理论。这5个要件的形成时间亦前后不一,主观诚信的要件在十二表法的时代并不存在。^[54]意大利著名罗马法学者塔拉曼卡(Talamanca)证实,在十二表法原先规定的取得时效中,并不要求什么主观诚信,在“作为继承人的时效取得”(即占有无人继承的遗产以时效取得之)中,在“收回时效”(即债务人在履行债务后通过时效收回自己“信托”于债权人的物)中,从主观上看,占有人都是恶信的,因为他们知道物在法律上属于他人,但这种恶信无碍于时效的完成。^[55]此外,取得时效制度最初为解决未以要式买卖或拟诉弃权而只以交付转让要式转移物情况下的受让人不能取得市民法上的所有权问题而设,^[56]占有这种标的物的人肯定是“恶信”的,他进行这种占有本身就是实施脱法行为。所以,主观诚信要求的阙如构成取得时效制度的“胎记”,它不断地重现于这一制度的后世变迁中。公元193年,珀尔提那克斯(Pertinax)皇帝颁布了一个给阿拉伯和叙利亚省的诏书,允许耕种弃田的人在两年后取得土地的所有权,但以原所有人从未抗议过为条件。^[57]显然,这种弃田的耕种者在主观上是恶信的,却能通过两年的时效取得土地的所有权。再往后的君士坦丁一世(285-337)规定,凡所有人放弃其占有达40年的,不论是动产还是不动产,法律即不再保护其所有权,占有人即使出于恶意、盗窃或暴力,也可拒绝所有人的诉追。^[58]这就是所谓的最长时效,在这种制度中,为了使社会财富得到充分的利用,不仅不要求主观诚信,就连客观诚信都不要了,盗窃和暴力亦不妨碍时效的完成。

由于上述背景,在早于十二表法6年的公元前456年的“关于把亚文丁山上的公地授予平

[52] 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》,台湾汉林出版社1976年版,第416页。

[53] Alberto Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, UTET, Torino, 1993, p. 310.

[54] 参见周枏:《罗马法原论》下册,商务印书馆1994年版,第323页。

[55] Cf. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 424.

[56] 参见[古罗马]盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第90页。

[57] 参见[美]汤普逊:《中世纪经济社会史》上册,耿淡如译,商务印书馆1961年版,第63页。

[58] 参见前引[54],周枏书,上册,第332页。

民建房的法律”中,“诚信”是占有手段合法的意思,而不是不知或错误的意思。以暴力和欺瞒方式(即盗窃,罗马法学家曾相信土地可被盗窃)占有公地者,为恶信占有人;以和平、公开方式为此等占有者,为诚信占有人。^[59] 6年后颁布的十二表法尽管未明示地使用“诚信”一语,但其第8表第17条规定了“盗窃物不能以时效取得”,我认为这实际上是该法关于“诚信”的间接规定,它并非对占有人确信自己未侵犯他人的权利的状态的要求,而是对他遵守了不以“盗窃”占有他人财产的方式义务的要求。需要注意的是,罗马古时盗窃与抢劫不分,公然抢劫他人之物也属盗窃。因此,该条是对“关于把亚文丁山上的公地授予平民建房的法律”中张扬的客观诚信的维护。^[60] 它的规制对象很可能是盗贼本人(第一占有人),而非盗贼的后手占有人(第二占有人),目的在于阻止前者以时效取得他盗窃的物,以免该制度成为对违反客观诚信之行为的鼓励。^[61] 因此,第6表第3a条与第8表第17条两者原始的位置值得探讨,前人将它们理解为分处在两个表中的规定,而我宁愿认为,从逻辑上看,第8表第17条应该是紧接着第6表第3a条之后的规定,这两个条文应该处在一个表中。

当然,从纯粹的理论可能性来看,第8表第17条也有解释成从盗贼购得赃物者不能以时效取得它的余地。但我们必须记住,当时的罗马是个小规模的、在交易上实行严格的形式主义的社会,铜衡式交易的严格程式使明显不合法的财产的给付人难以进行交易,买受人很少可能在明知物的法律上的缺陷的基础上取得物,故买受人方面的诚信当时尚不构成一个问题。^[62] 这里要提出的问题是,在十二表法的时代,立法为何对占有人不提出主观诚信的要求?此乃因为在罗马公地的私有化完成前,罗马处在“一兔走,百人逐之”的时代,土地权属关系不稳定,公地的免费“蛋糕”引诱得广大罗马市民为之争斗得头破血流,十二表法顾不上规定主观诚信,立法者的注意力集中在强制第一占有人遵守客观诚信上。

申言之,共和前期罗马的取得时效制度与公地向私人土地的转化过程密切相联。^[63] 按照通说,远古时期的罗马曾实行土地公有制,土地由氏族集体所有(氏族土地)或全体罗马人民公有(公地),第一任王罗慕鲁斯授予每个家父两尤格(5000平方米)可由其后代继承的土地,此为私人土地所有权之始。后来它不断扩张,把土地公有权压缩在一个狭小的范围内,成为土地所有权的主要形式。其过程是这样的:在埃特鲁斯君主制时期,氏族土地实现了私有化;而公地的私有化过程比较复杂。共和前期的宪法赋予罗马贵族以无限制的占有公地权,这种占有

[59] 公元前456年,“关于把亚文丁山上的公地授予平民建房的法律”的适用提供了这样使用“恶信”和“诚信”两个术语的例子。当时,这座山上的土地已被人占有,罗马国家剥夺了他们的占有,对恶信占有人的耕作费用不予赔偿;对诚信占有人的此等费用则赔偿之。Cfr. Aldo Petrucci, *Un Breve Quadro del Regime Giuridico della Terra dalle Origini di Roma alla fine della Repubblica*, Manoscritto inedito.

[60] 彭梵得强调,早期的人们为了不使取得时效成为对霸占的奖赏和鼓励,只要求占有不以损害他人的方式实现,以真正唯物主义方式理解的这一标准,就是要求不用偷来或抢来的方式破坏他人的占有而为自己的占有。只是到了古典时期,占有中的毋害他人的标准才分化为主观和客观两个方面。参见[意]彭梵得,《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第218页。关于罗马古时盗窃与抢劫不分的说明,参见前引[54],周枏书,下册,第786页。

[61] Cfr. Volterra, *Istituzione del diritto privato romano*, Roma, 1960, pp. 402s. cfr. Talamanca, *op. cit.*, p. 422.

[62] Cfr. Talamanca, *op. cit.*, pp. 424s.

[63] 周枏先生正确地指出:“时效制度最初是在公有制过渡到私有制时,为了调节财产所有人与需要人间的矛盾,平衡有余与不足,鼓励人们使用他人废置之物,以使物尽其用”。前引[54],周枏书,上册,第319页。

具有与所有权基本相同的内容,只是占有人和他周围的人都知道这种土地的公共性质,他不能取得被占有土地的市民法所有权,因此不能以要求返还之诉保护自己的利益。但由于对公地的争夺激烈,裁判官为了定份止争,遂发布令状保护现实的占有。时间长了,“事实产生权利”,这种占有就变成了所有。通过这种方式,公地逐渐地转化为私地,大约在公元前1世纪的共和晚期基本完成了这一过程。^[64]历史记载告诉我们,这是一个充满了暴力和血腥的过程。在萨维尼的《占有论》中,我们看到了罗马农民彼此间常因疆界、引水等问题发生纠纷,引起暴力行动的报道。^[65]战争,包括布匿战争和同盟者战争,造成土地关系中的暴力因素的事例不绝于书。^[66]法律原始文献中也充满了对以暴力占夺他人土地现象的讨论。^[67]这些林林总总的资料为我们复原了一个不安定的社会和时代,给我们那时的罗马人粗蛮好武、动辄来粗的印象。这是一个需要铁腕的时代,不会是一个需要雅致的心灵的时代。

共和晚期,罗马公地的私有化完成,“兔子”的归属已定,土地权属关系清晰化。也就是在这个时候,法律才把占有区分为适法占有和违法占有,^[68]两者的区别在于是否遵守了客观诚信。罗马历史上的商业时代也发生于这一时期,社会安定,交易频繁。罗马法的重心由物权法向契约法转移,法律制度由以农业社会的要求为基础改为以商业社会的要求为基础,意思主义日渐取代形式主义。由此,取得时效法进入了一个比较文明的时代,即主观诚信时代。当然,以盗窃和暴力取得对他人之物的占有的第一占有人肯定也是违反主观诚信的,但只有在权属关系的明晰化抑制住了暴力冲动后,主观诚信才会成为一个单独的问题,换言之,主观诚信必定是一个安定的时代、文明的民族的产物。

然而,正是在这个时候,公元前150年的关于盗窃物的阿提尼亚法(Lex Atinia de rebus subreptis)却重申了盗窃物不能以时效取得的禁令;随着盗窃与抢劫在概念上得到界分,在100多年后,公元前78-63年的普劳提亚法还确立了以暴力占有之物不能以时效取得的禁令;直到公元前17年,恺撒或奥古斯都还颁布了一个关于暴力的优利亚法重申这一禁令,^[69]对这些重复性的立法有两种可能的解释:第一,十二表法第8表第17条的规定长期以来都形同虚设,因而共和晚期需要制定3个法律重申十二表法的禁令,如此,则十二表法的威信也太低了。但我们知道,十二表法在罗马人的心目中具有崇高的地位,被奉为一切公法和私法的源头受到尊重。甚至到了公元6世纪的优士丁尼时代,立法者还把《法典》分为12卷以纪念这一最早的法典,因此,“重申说”的根据不足。第二,共和晚期的这3个法律尽管也规定了盗窃物和抢劫物不能以时效取得的问题,但它们涉及的主体已经发生了改变,因此,它们不是重复立法,而是对十二表法的规定作出变通处理。我持这种“主体改变说”,所幸的是,遵循这一思路的不止我一人。英国罗马法学者约洛维奇(H. F. Jolowicz)就认为,阿提尼亚不可能是对既有法律的重述,最为可能的是对十二表法第8表第17条可能的双重含义的解释,十二表法的这一条文原先仅适用于窃贼本人的时效取得,现在阿提尼亚法将之扩展适用于第三人的时效取得,^[70]换言之,

[64] Cfr. Aldo Petrucci, op. cit., See H. F. Jolowicz and Barry Nicholas, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (Third Edition), Cambridge University Press, Cambridge, 1972, p. 261.

[65] 参见前引[54],周枏书,上册,第421页。

[66] 参见前引[54],周枏书,上册,第424页,第426页。

[67] 例如 D. 2. 9pr.; D. 47. 2. 25, I. D. 43. 16. 1, 3; D. 43. 16. 1, 4.

[68] 参见前引[54],周枏书,上册,第409页;第423页。

[69] Cfr. Volterra, op. cit., p. 402.

[70] See H. F. Jolowicz and Barry Nicholas, op. cit., p. 153.

适用于窃贼的后手占有人的时效取得。周枏先生在叙述关于暴力的优利亚法时也涉及这一问题。其表述为“凡以暴力占有的不动产,都不能以时效取得,即使诚信受让人也不例外”。^[71]显然,前面的规定是针对第一占有人的,“即使”以后的规定是针对第二占有人的。周先生也告诉我们,关于暴力的优利亚法开始把诚信要求的规制对象从第一占有人移转到第二占有人,尽管只是作为一个附带规定,第二占有人的诚信到底进入了法律视野。显然,这种诚信是占有人相信自己的取得行为未侵害他人的权利的意思。

毫不奇怪,在一个相对文明安定的时代,盗贼不能以时效取得被盗物已是当然之理,问题在于通过正常交易从盗贼取得物的人能否以时效取得该物?容忍赃物的恶意买受人的行为对于盗窃行为无疑是一种间接的鼓励。为了遏制原发性的犯罪行为,就必须打击派生性的犯罪行为,这是刑事政策学中的一条屡试不爽的真理。所以在我国刑法中,为了遏制盗窃,对以超乎寻常的低价买受物的人,推定为知晓其为赃物而买受之,亦使其承担刑事责任。^[72]罗马人肯定面临我们今天同样的问题并作出了同样的处理,在我看来,共和晚期的这三个立法禁止盗窃物、抢劫物的第二占有人以时效取得这些赃物,目的无非在于进一步遏制盗窃和抢劫行为。如此,诚信悄悄地从对第一占有人的外在行为的要求转变为对第二占有人的内心状态的要求。最后,到了优士丁尼时代,还经过一个为我不知的转折,这些赃物的第二占有人即使为诚信,也不能以时效取得它们,因为法律关于被盗物和抢劫物的规定,已经从关乎行为人的行为本身演变为关乎行为的对象。人们塑造了“标的适格”的取得时效完成要件,根据它,被窃物和被抢物不能被任何人以时效取得(I. 2, 6, 3),因为它们成了有污点的物,除非通过回到原所有人手中洗清污点,不能成为取得时效的标的物(I. 2, 6, 8)。

严格说来,诚信的第二占有人并非一定能以时效取得赃物,因为取得时效之完成,除了要具备主观诚信的要件外,还必须具备正当原因的要件。这是一个在古典时期才出现,晚于诚信并用来限制诚信的要件。^[73]它是允许适用时效取得的法定情形,只有7种(作为买受人、作为继承人、因赠与、对抛弃物、因遗赠、因嫁资、为自己),这种情况之所以出现,乃出于对两个考虑的折衷:第一,促进交易,反对形式主义。时效制度的最初功能是为了弥补法律行为形式上的缺陷,这7种情形多是通过时效的经过使法律行为的缺陷得到补正,使法律关于交易形式的严格规定得到缓和;第二,维护法律的威信。罗马人认识到取得时效制度是一把双刃剑,一方面它促进交易;另一方面它出于两害相权取其轻的原则容忍违法行为,为了减少对法律的破坏,必须对适用取得时效的情形实行法定主义,因此,正当原因与诚信这两个取得时效的完成要件不可或缺其一,换言之,具有正当原因的诚信占有人才能完成取得时效。

原因作为取得时效要件的确立,进一步确证了此时的罗马法已把取得时效中的诚信理解为第二占有人的主观诚信。同时它也带来了这样的问题:如果占有人就原因发生错误,即把不正当的原因当作正当的,他能否完成时效取得?由此发生所谓的假想的原因(Titolo putativo)的问题,例如,自认为已购买某物实际上并未购买的人,是否能作为买受人完成时效取得?这

[71] 前引[54],周枏书,上册,第329页。

[72] 最近媒体报道了抢劫他人婴儿出卖的犯罪行为。警方认为,不打击买受婴儿的人,就无从根本上制止盗窃、抢劫他人婴儿的行为。

[73] Cfr. Volterra, op. cit., p. 403.

一问题在罗马法学家中引起了争论。乌尔比安和保罗持否定说;内拉蒂、阿富里坎、尤里安持肯定说。^[74]尤里安认为,只要买受人对原因的认识错误有正当理由,他就可以以时效取得买受物(D. 41, 4, 11)。优士丁尼在《法学阶梯》中采用了否定说(I. 2, 6, 11),以图保持“诚信”与“正当原因”两个取得时效构成要件的并存。如果承认假想的原因,则正当原因的要件可以取消,只使用主观诚信的要件就够了。现代民法就是这样做的,如此将导致取得时效制度适用的扩张,并淡化其弥补法律行为形式缺陷的最初功能。尽管如此,罗马法学家对原因的错误的讨论,开启了关于主观诚信的错误说。

由于主观诚信的上述特殊产生过程,它表现出人为的性质。如果说客观意义的诚信在拉丁语中是来自生活用语的法律用语,则主观意义上的诚信完全是一个人造的法律概念,因为文学拉丁语中完全没有这种意义上的 *Bona Fides*,^[75]它完全是法学家们在书斋里为了完善取得时效制度而创造出来的,正犹如有限公司制度是德国法学家在书斋里创造出来的。经过法学家们的加工,诚信由过去的对第一占有人的“毋害他人”的要求,被内推为一种不对“合法占有者造成实际损害的意识”,^[76]最后用来指称占有人不知自己所处的真实情势或对之发生错误的心理状态。每转义一次,其道德评价色彩就淡化一些,这种对实际占有他人财产行为的宽容处理出于十分功利的目的:第一,让社会财富得到充分利用。按照罗马人的观念,每个财富同时有两个主人:所有人和社会,如果前者不积极行使权利,后者将取而代之。为了表达这种对充分利用社会财富行为的宽容,优士丁尼罗马法甚至只要求占有人在占有开始之时具备主观诚信即可,“后来发生的恶意不损害占有”(mala fide superveniens non nocet)。当然,这样的安排也出于对交易安全的保障。因为若受让人诚信取得占有,因尔后发现错误就必须中断时效的进行,向原所有人交还标的物,再向让与人请求赔偿,则受让人的地位过于不利,损害交易安全。^[77]

以上是我对主观诚信从客观诚信分裂出来的过程的分析,可概括为“主体改变说”,即主张罗马的取得时效法中的诚信原是对第一占有人的要求,后改变为对第二占有人的要求,由此将一个对客观行为的要求转变为一个对行为人的内心状态的要求。

在我的阅读范围内,意大利当代罗马法学者路易吉·伦巴尔迪是另一个分析了两种诚信的分裂过程的学者。这里不妨介绍一下他的观点。

在其专著《从“信”到“诚信”》中,伦巴尔迪也认为客观诚信曾是唯一的诚信,到后来才分叉为债法中的诚信和物法中的诚信两个分支。根据其分析,诚信最早确立在债法中,在公元2世纪末,诚信已广泛地渗透于这一法的分支,而此时物权关系中尚无诚信的痕迹。占有中的诚信是从买受中的诚信分化出来的。如果仔细分析买受的诚信便可获得两个分支,买受人在缔结合同中的诚信与他在执行合同中的诚信不同,前者是一种确信状态,是对未损害第三人权利之权利的意见。而后者是一种积极的行为,是一种与当事人的实际利益相对应的注意。^[78]概言之,谈判和缔约过程中的诚信具有相当程度的心理过程的性质,正是它成了客观诚信向主观诚

[74] 前引[60],彭梵得书,第225页。

[75] Cfr. Luigi Lombardi, *Dalla fides alla 'bona fides'*, Guffrè, Milano, 1961, pp. 209s.

[76] 前引[60],彭梵得书,第219页。

[77] 参见前引[54],周枏书,上册,第327页。

[78] Cfr. Luigi Lombardi, *op. cit.*, p. 220; p. 245.

信过渡的出发点。

伦巴尔迪之所以认为占有中的诚信很可能产生于对买受人必须具备诚信才能完成取得时效的要求,乃因为根据对原始文献使用“诚信”的统计,与买受相联的最多。而且,就取得时效而言,买受是一种最典型的要求诚信的行为。这一点得到优士丁尼《法学阶梯》2. 6pr. 的证明,它规定,“诚信地从非所有人、但被相信为所有人者买得物,或根据赠与或因其他正当原因收受物的人……”,^[79]可以在一定的占有期间完成后取得物的所有权。在这一片断列举的导致取得时效的3类原因(买受、赠与和其他正当原因,最后一类当包括因继承、因抛弃物、因遗赠、因嫁资、为自己等)中,买受被列在第一位,它是取得时效的最重要的原因和最古老的原因。^[80]事实上,取得时效就是为了解决以略式方法买卖要式转移物的买受人不能取得标的物的所有权问题发展起来的,在十二表法第6表中,它紧接着关于要式现金借贷或铜衡式交易的第1条得到规定。由于买受的这种地位,它很可能被作为一个范本,从其制度中提取了适用于其他取得占有之原因的规则。由于它的这种角色,经过由个别到一般,从单方行为到双方关系的过渡,买受中的诚信逐步演变为完成取得时效的一个要件。由此,买受缔结时应具备的主观倾向的诚信很平滑地演变为物权法中的诚信。

当然,从买受人的诚信到物权法中的诚信的过渡,还可从普布利奇安诉讼(Actio Publiciana)的发展中找到证据。所谓的普布利奇安诉讼,是维护依单纯的交付取得要式移转物,不能获得其市民法上的所有权的主体在以时效取得该物前对该物的占有的诉讼。如果他被剥夺这种占有,诚信占有人可根据此诉回复被剥夺的物,因为裁判官把他拟制为已完成时效。^[81]这种诉权只授予在缔约之时为诚信的买受人(裁判官说:“如果某人诚信买受了物并已受交付但尚未以时效取得,经请求,我将授予他诉权”^[82])。我们看到,在这一场合,买受人的缔约诚信又被转化为物权法中的占有诚信,并根据后一种诚信赋予买受人以时效取得的权利。^[83]这一较晚发生的平行事例有助于补强主观诚信是由客观诚信发展而来的结论。

伦巴尔迪的上述理论,可概括为“客观诚信内含主观诚信说”。由于人的行为受其意识支配,以客观诚信行事的人实际上必定具备主观诚信,一旦将此等主观诚信剥离出来并刺激其独立发展,主观诚信就形成了。尽管如此,伦巴尔迪只承认主观诚信是从买受人的好的主观状态发展而来的,不承认其他类型的客观诚信行为发展为客观诚信的可能。

评价一个罗马法的母国的学者呕心沥血得出的科学结论的真伪是一项冒险的工作,我无意进行这样的冒险。我感兴趣的是,伦巴尔迪的论证尽管与我的不同,但我们的结论相同:两种诚信曾经是统一的,后来由于某种原因、通过某些环节分裂了。我们必不得因为这一分裂而忘却了它们曾经有过的统一,以及现代重新统一它们的可能。

由上可知,相对于域外丰富多采的诚信原则理论,我国的相应理论还显得单薄,因而有必

[79] 参见优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社1999年版,第147页。

[80] Cfr. Luigi Lombardi, op. cit., p. 223.

[81] Cfr. Federico del Giudice e Sergio Beltrani, Nuovo Dizionario Giuridico Romano, Edizione Simone, Napoli, 1995, p. 31.

[82] Cfr. Luigi Lombardi, op. cit., p. 239.

[83] Cfr. Luigi Lombardi, op. cit., p. 238.

要吸收外来的营养丰富自己。^[84]尤其必须指出的是,我国的诚信理论实际上是仅关于客观诚信的理论,主观诚信的研究相当薄弱,因此出现了一些悖论。学者一方面强调诚信原则应该贯彻于民法始终,^[85]另一方面,同样的学者又在物权法中排除诚信。梁慧星教授主持的《中国物权法草案建议稿》即为其例。由于 19 世纪末经济人假说的盛行,日本民法典、泰国民商法典和我国 1929 年民法典在其关于取得时效的规定中都取消了主观诚信的要件,将之转化为对“公然、和平”的占有方式的客观诚信要求,其用意虽在使社会财富得到充分利用,却付出了降低社会道德要求的沉重代价,使人发人心不古之浩叹。令人遗憾的是,《物权法草案建议稿》第 66 条作了相似的规定。^[86]这实际上是取消主观诚信,把诚信局限于在债法领域内适用,是对诚信原则理解不完全的结果。相信本文的发表,对推动国人增进对这一原则的认识会起到些许作用。

Abstract : Bona fide (faithfulness) principle has both objective and subjective aspects. Objective faithfulness is an obligation imposed on the subject and has an obvious moral content. Whereas subjective faithfulness is the conviction of an individual of the legality or morality of his action. The separation of subjective and objective faithfulness is gradually accomplished in the process of social development through the shifting of the object of regulation from first possessor to the second possessor. The theory of faithfulness in China is defective in that it is confined to objective faithfulness and therefore, needs to be reconstructed by drawing on the lasted research results.

[84] 值得注意的是,2000 年 11 月,法律出版社出版了郑强的《合同法诚实信用原则研究——帝王条款的法理阐释》,作者作出了比较研究大陆法系的诚信原则和英美法系的诚信原则的可贵尝试。遗憾的是,其视野仍只包括客观诚信。

[85] 梁慧星:《诚信原则与漏洞补充》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第 2 卷,法律出版社 1994 年版,第 62 页。

[86] 参见梁慧星主编:《中国物权法草案建议稿》,社会科学文献出版社 2000 年版,第 228 页以下。