

. [The meaning and historical development of contractual loyalty]

Fu, J.

Published in:
Civil and Commercial Law Review

Document version:
Peer reviewed version

Publication date:
2010

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Fu, J. (2010). . [The meaning and historical development of contractual loyalty]. *Civil and Commercial Law Review*, 47(4), 283-301.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

论合同忠诚的内涵及历史沿革

付俊伟 *

作者按：忠诚虽以社会伦理道德观念为基础，但它并不仅限于“道德”的范畴。现代合同法将忠诚纳入到合同法发展的领域，客观上要求合同当事人都忠实的履行自己的义务，成为合同法发展的最高指导原则。“合同忠诚”可以概括的理解为合同法中所要求的“诚实信用”与“衡平”原则的深化和发展，它是基于传统与近代合同法所要求的“诚实信用”原则之上，对合同当事人提出的更高道德准则，符合现代经济和商业发展的道德标准。

目录

一、古罗马法与中世纪早期的诚实信用原则

二、中世纪时期的诚实信用原则

三、法国法中的诚实信用原则

四、德国法中的诚实信用原则

五、普通法中的衡平原则

六、现代合同法中的合同忠诚

小结

近年来,有学者将“合同忠诚”列为合同法所追求的三大核心目标之一。¹ 根据法国亨利·卡

* 付俊伟，荷兰蒂尔堡大学法学院助理教授(Assistant Professor).

¹ Association Henry Capitant, Principes directeurs du droit europeen du contrat, 2008, Munich。该规则将合同自由(contractual freedom)、合同忠诚(contractual loyalty)及合同安全(contractual security)列为合同法所追求的三大核心目标。

比当协会所论述的观点，“合同忠诚”包含了契约关系中的诚实信用（good faith）、公平（fairness）及协作（co-operation）原则。² “合同忠诚”被认为是维护合同安全（contractual security）、正义（justice）和社会团结（social solidarity）的主要保障。³ 然而，现代合同法通常将诚实信用和公平原则相互结合，很多学者往往将这两个概念视为同一原则，认为诚实信用与公平相附相承，互为前提。⁴ 甚至有学者指出诚实信用指主观公正，公平（fair dealing）则为客观公正，⁵ 二者相互补充，所达到的目标则是主客观公平的相互结合统一。⁶ 《欧盟合同法原则》（The Principles of European Contract Law）即是如此，将“诚实信用”与“公平”归纳为合同双方当事人所遵循的根本原则之一。⁷ 而合同双方当事人的“协作”义务则通常被论述为“诚实信用”在合同履行中的具体表现形式。⁸ “合同忠诚”这一现代商业社会对合同双方主体的更高道德要求已逐渐被欧洲各国所认可。2008 年底提交欧盟讨论的《欧盟民法共同参照框架》（Draft Common Frame of Reference），也就是学界所谓的“欧盟民法典草案”，充分意识到这一现代商业社会所需求的核心价值观，明确表示“合同忠诚”为草案合同法部分所遵循的至高准则。⁹ 然而，对于“合同忠诚”的内涵和外延草案并未进行进一步诠释和阐述，而是将该原则并入为整部草案所遵循的“正义”价值理念当中。纵观世界两大法系，本文作者认为：现代合同法意义上的“合同忠诚”可以概括的理解为大陆法系国家所追求的“诚实信用”与普通法国家所倡导的“衡平”（Equity）原则相互结合的价值理念，承载着现代经济社会所要求的忠实履行义务和照顾他方利益的最高商业道德准则与核心价值观的历史使命。本文作者将从罗马契约法蕴育的“诚实信用”原则出发，以法、德两国合同法对“诚实信用”原则与英国

² *Id.*

³ *Id.*, p. 14.

⁴ Richard Stone, *The Modern Law of Contract*, Routledge Cavendish, 2005, p. 258.

⁵ Ole Lando, *Principles of European Contract Law: Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000, pp. 113-119.

⁶ Roger Brownsword, *Contract Law: Themes for the twenty-first century*, Oxford University Press, 2006, p. 111-114.

⁷ Ole Lando, Hugh Beale, *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, pp. 65-98.

⁸ Vanessa Sims, Good Faith in English Contract Law: Of Triggers and Concentric Circles, *Ankara Law Review*, Vol. 1, 2004, pp. 216.

⁹ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full edition, European Law Publishers, 2009, pp. 6-8.

法中“衡平”原则的不同理解为蓝本进行分析，旨在诠释现代合同法所倡导的“合同忠诚”的历史演变及真实内涵。

一、古罗马法与中世纪早期的诚实信用原则

众所周知，“诚实信用”在现代大陆法系国家通常被称为民法中的“帝王”规则。该原则起源于古罗马法中的“诚信诉讼”(bonae fidei)，与之相对应的则是“严法诉讼”(iudicia stricti iuris)。¹⁰ 在后者当中，法官必须按照严格的程式(formula)对案件进行审判，对合同的解释也必须严格按照合同的字面表述进行；而在前者当中，法官则被赋予了衡平裁量(equitabile discretion)的权力对案件进行判决，其审判的标准则是为了达到公平及合理的目的。¹¹ 古罗马法中的“要式口约”(stipulation)属于“严法诉讼”，“诺成合同”(consensual contracts)则属于“诚信诉讼”。是否需要严格的按照法律“程式”则是严法诉讼与诚信诉讼的重要区分点。¹² 古罗马法学家西塞罗(Cicero)将监护(tutelis)、合伙(societatibus)、信托(fiduciis)、委托(mandatis)、买卖合同(emptio venditio)、租赁合同(mutuum)等民事关系归纳到“诚信诉讼”的范畴。¹³ 此种归纳的种类，直到后来的盖尤斯(Gaius)及优士大帝(Justinian)的国法大全也未能超出其范围。¹⁴

“诚信诉讼”是推动古罗马合同法发展的重要元素，其蕴育的“诚实信用”原则成为中世纪以来合同法发展最重要的原则之一。¹⁵ 然而，古罗马法学家往往只注重法律条文的完善，而忽视了理论的发展。¹⁶ “诚实信用”原则一直仅限于道德上的衡量，直到公元前二世纪该原

¹⁰ Simon Whittaker & Reinhard Zimmermann, Good faith in European contract law: surveying the legal landscape, Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 16.

¹¹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, pp. 778-788.

¹² Martin Josef chermaier, Bona Fides in Roman Contract Law, Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 71-77.

¹³ Cicero, *De officiis* 3, 70.

¹⁴ Guis, *Institutiones* 4, 62.

¹⁵ Ernest Metzger, *Litigation in Roman Law*, Oxford University Press, 2005, pp. 8-43.

¹⁶ James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, 1991, pp.30-69.

则才开始运用于具体的司法实践，主要体现于西塞罗的论述当中。¹⁷ 西塞罗通过对案件的具体解释将该原则阐述为：卖方应当将知道产品的所有瑕疵如实的告知买方，如果卖方隐瞒该瑕疵的话，则需要承担买方因该瑕疵而造成的所有损害。¹⁸ 该阐述被历史法学家们认为是古罗马时期“诚实信用”原则主导案件的一个典型论述，客观上证明了该原则在古罗马司法实践中的认可。然而，西塞罗并未只停留于该论述中，他更进一步明确的将“诚实信用”视为“衡平”原则的另一种表述，认为该原则的目的是矫正严法所带来的不公正。¹⁹ 因此说，现代私法中所认同的“诚实信用”与“衡平”原则在古罗马时期就已形成基本雏形。

中世纪的法学家对法律的社会伦理道德更加注重，主要体现于教会法 (canon law) 将法律与神权及道德的结合当中。他们将“诚实信用”与“衡平”及“万民法”(ius gentium) 更多的联系起来。²⁰“衡平”被认为是“诚实信用”广义上的理解，是与“严法”相互对立或者相互补充的一个概念，存在于“万民法”当中。²¹ “诚实信用”与“衡平”原则成为中世纪和早期“现代商人法”(lex mercatoria) 中调整商人关系的一个主要原则。该原则对促进国际间商人贸易的发展有着一定的推动作用。然而，与古罗马法学家一样，中世纪法学学者并未对“诚实信用”和“衡平”作出具体的定义，甚至优士大帝在国法大全当中也未明确解释“诚实信用”的真实内涵，而只是在一些诉讼当中赋予了法官自由裁量的权力。²² 在巴尔都斯 (Baldus) 以前，古罗马与中世纪法学家将“诚实信用”笼统的分成以下三种类型：²³

(一) 有约必守

¹⁷ Martin Josef chermaier, Bona Fides in Roman Contract Law, Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 74.

¹⁸ Marcus Tullius Cicero, *De Officiis*, Methuen & Co. 1879, p. 112. “Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor.”

¹⁹ Cicero, *De officiis* 3, 67.

²⁰ Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, 1999, pp. 98-132.

²¹ James Mackintosh, *Roman Law in Modern Practice*, Littleton, 1995, pp. 125-141.

²² Martin Josef chermaier, Bona Fides in Roman Contract Law, Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 71.

²³ James Gordley, Good faith in contract law in the medieval ius commune, Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 94.

古罗马法学家乌尔比安(Ulpian)将“有约必守”所体现的“诚实信用”与“自然衡平”(*aequitas naturalis*) 相结合。²⁴ 他认为罗马执政官颁布的法令应当依据“自然衡平”的原则来执行一些特定的合同，而“自然衡平”则是以人类的忠实 (*human faith*) 为准则，来遵循相互间达成的承诺。²⁵ 中世纪早期的法学家们认为“万民法”中的“诺成合同”仅仅依据双方当事人的“合意”而缔结，所产生的则是“自然债务”(*natural obligations*)。²⁶ 然而，古罗马法中诸如父子之间所签订的合同、对人身有伤害的交易合同等等在法律上并非能够得到执行，而古罗马与中世纪早期的法学家都不能更好的解释“自然债务”不能得到执行的原因。唯一的解释则是基于“衡平”及“诚实信用”原则。²⁷ 可见，中世纪早期的法学家们更多的将“诚实信用”与“衡平”和“万民法”的概念相互等同。基于诚实信用、衡平和万民法的精神，他们认为人们应当遵守所作出的承诺。

随后发展的教会法 (*canon law*) 也依然传承着罗马法的思想脉络，与罗马法不同的是教会法对罗马法中能够得到执行合同的种类有所扩展，他们相信上帝并未将誓言和表述相互区分。²⁸ 人们所说出的话与对上帝的誓言相互等同，应当得到同样的执行。

(二) 利益均衡

“诚实信用”原则在古罗马法及中世纪早期的另一层含义体现于双方当事人的利益均衡之中，也就是说任何一方都不得欺诈对方或者乘他人之危而获得利益。古罗马法就有“正当价格”(*just price*) 之规定，也就是说卖方的财产如果只获得“正当价格”一半以下的时候，可以请求法律给予救济。²⁹ 中世纪的法学家将“正当价格”的救济同样也扩展到了买方。³⁰ 同时，

²⁴ Tony Honore, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, Oxford University Press, 2002, pp. 92-97.

²⁵ Ulpian D.2, 14, 1. “Huius edicti aequitas naturalis est, quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?”

²⁶ David Johnston, *Roman Law in Context*, Cambridge University Press, 1999, pp. 12-24.

²⁷ James Hadley, *Introductin to Roman Law: In Twelve Academical Lectures*, D. Appleton and Company, 1893, pp. 255-265.

²⁸ R.H. Helmholz, *The Spirit of Classical Canon Law*, University of Georgia Press, 1996, pp. 264-283.

²⁹ University of British Columbia Committee for Medieval Studies, *Studies in Medieval and Renaissance History*,

教会法也借鉴了这些原则而作出了相似的规定。然而，罗马时期与中世纪早期的法学家都未明确解释法律为什么应当给予获得“正当价格”一半以下救济的原因，惟一概括性解释同样则是基于“诚实信用”与“衡平”。

利益均衡原理是“诚实信用”的一个重要表现形式，该原理不仅体现于“正当价格”之中，在古罗马法上的“欺诈”也是如此。古罗马法赋予了利益被损害方的救济途径，中世纪法学家对此规定也进行了重新确认。而这些原则所依据的都是“诚实信用”的一般理念。

(三) 默示义务

“诚实信用”在古罗马法与中世纪早期的最后一层含义则是双方当事人应当按照一个诚实人的身份来遵循合同间的默示义务。早于古罗马法的《学说汇纂》(Digest)中就曾出现过：若双方当事人之前未达成协议，则应当按照诚实信用来履行义务。³¹ 该义务被现代法学家称之为“默示义务”。教会法也借鉴了罗马法的规定，将此规定与神学相结合，认为即使没有明确的文字表述，合同双方当事人之间应当依据上帝所要求的“信念”而受到“自然合同”之约束。³²

综上所述，“合同忠诚”在古罗马法中就已经形成基本的雏形，主要体现于“诚信诉讼”当中，“合同欺诈”及“正当价格”之救济则是其具体表现形式。中世纪早期法学家对“诚实信用”原则进行了进一步阐述，将万民法及“衡平”原则融入了具体的法律实践当中。“有约必守”“利益均衡”及“默示义务”则是对“诚实信用”的概括。然而，古罗马与中世纪早期的法学家都未曾更多的对“诚实信用”和“衡平”进行更加深入的解释和学理论述。

二、中世纪时期的诚实信用原则

AMS Press, 1969, pp. 30-35.

³⁰ *Id.*

³¹ Digesta 19, 1, 11.

³² James A. Coriden, *An Introduction to Canon Law*, Paulist Press, 2004, pp. 33-38.

由于缺乏学术理论的支撑，古罗马和中世纪早期的法学家们并未对“诚实信用”和“衡平”原则更好的进行诠释，很多实体法中的规则并未得到完整的学理阐述。³³ 直到 12 世纪末亚里士多德 (Aristotle) 的著作被翻译后，合同法的这些概念才得到更好的学理论证。³⁴

13 世纪托马斯·阿奎那 (Thomas Aquinas) 将亚里士多德理论与古罗马法相结合，开始筑造一套系统的法哲学理论。³⁵ 他认为亚里士多德将“信守承诺”视为一种美德 (virtue)。而承诺则是通过两种方式进行：一种是平等价值的交换，所体现的即是“交换正义”(commutative justice)；另一种则是康慨论 (liberty)，即无偿的捐赠。³⁶ 亚里士多德将信守承诺、交换正义及康慨都视为一种美德，而在伦理学 (Ethics) 当中，则将“正义”分为“交换正义”和“分配正义”。交换正义体现于等值的交换当中；分配正义即是城邦按公民的等级所进行的财富和荣誉的分配。³⁷ 对亚里士多德而言，每个人得到他所应得的即是符合正义。不仅如此，亚里士多德还对康慨论进行了描述，即在合适的时间给予合适的人合适的数量。阿奎那在对古罗马法中的“正当价格”解释时则从亚里士多德的“交换正义”论述出发，认为商业中符合相同价值的交换即是正义。³⁸

中世纪另一位集大成者巴尔都斯将“诚实信用”定性为“衡平”和“良心”(conscience)。³⁹ 他认为法官所遵循的“诚实信用”应符合两个目的：第一是了解合同是否具有约束力；第二则是了解双方当事人的债务是否能够得到履行。⁴⁰ 而第二个目的又包含了两层意思：第一层是为了防止欺诈的发生；第二层则是依据自然衡平和神授法为准则，遵循当事人的承诺。⁴¹ 对

³³ James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, 1991, pp. 33-48.

³⁴ *Id.*

³⁵ James Gordley, *The Enforceability of Promise in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2001, pp. 7-11.

³⁶ James Gordley, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*, Cambridge University Press, 2006, pp. 8-21.

³⁷ *Id.*

³⁸ John Henry Merryman, David S. Clark, John O. Haley, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia*, Charlottesville, 1994, pp. 76-132.

³⁹ G.R.Evans, *Law and Theory in the Middle Ages*, Routledge, 2002, pp. 22-53.

⁴⁰ Peter Benson, *The Theory of Contract Law*, Cambridge University Press, 2001, p. 306.

⁴¹ Darien Shanske, Four Theses: Preliminary to an Appeal to Equity, *Stanford Law Review*, vol. 57, 2005, pp. 2053-2078.

于“自然衡平”，巴尔都斯认为这是与信守承诺和防止欺诈相分离的一种“诚信”的表现形式，当合同和法律对某个特定事项出现空白时，“自然衡平”可以决定双方的权利和义务。⁴²同时，他也给“诚实信用”和“衡平”增加了特定标准，即不能在他人损失的基础上获利。巴尔都斯认为合同将“诚实信用”原则纳入到双方当事人所考虑的范畴即是符合“衡平”理念。他将“衡平”解释为两层含义，即“特别衡平”(specific equity)与“普通衡平”(generic equity)。⁴³“特别衡平”即指特定条件需要的时候背离法律，“普通衡平”则指达到一个公正的结果，进一步说则是不能在他人损失的基础上获利。

可见，古罗马与中世纪的法学家都将“诚实信用”概括的体现为信守承诺、防止欺诈和默示义务的遵循。⁴⁴中世纪的法学家在此基础上更进一步的认为“衡平”和“诚实信用”应当理解为：不得在他人损失的基础上获利。值得一提的是，由“诚实信用”和“衡平”所引申出的“有约必守”(pacta sunt servanda)原则在中世纪的教会法中成为道德要求的最高准则。它要求所有人的话一旦说出，即受道德之约束。⁴⁵该意义从神学角度得到了阐述，在后期自然法学家的认可和诠释后，逐渐上升为现代民法其中的一个重要规则。

三、法国法中的诚实信用原则

18世纪末开始的法国民法典的制定深受自然法学派思想的影响，多马 (Domat) 和波蒂埃 (Pothier) 两位学者的理论思想对法国民法典合同法部分影响深远。⁴⁶多马在对“诚实信用”论述时候，援引古罗马法中的“诚信诉讼”和“严法诉讼”之区别。他指出，根据“衡平”理念，“诚实”和“正直”应当存在于所有的合同之中。因此在自然法和习惯法之下，所有的合同都应

⁴² *Id.*

⁴³ James Gordley, Good faith in contract law in the medieval ius commune, Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 107-109.

⁴⁴ Amanda Perreau-Saussine, James Bernard Murphy, *The Nature of Customary Law*, Cambridge University Press, 2007, pp. 53-66.

⁴⁵ Denis Tallon, Introduction, Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kotz, Denis Tallon, *Casebooks on the Common Law of Europe: Contract Law*, Hart Publishing, 2002, pp. 88.

⁴⁶ Alan Watson, *Roman Law and Comparative Law*, University of Georgia Press, 1991, p. 211.

符合“诚实信用”。⁴⁷ 多马进一步认为卖方应当将所知产品的瑕疵如实告知买方是“诚实信用”原则的要求，同时包括合同缔结前因欺诈行为对他人造成的损害也是对该原则的违背。

在多马和波蒂埃思想的影响下，法国民法典第 1134 条规定合同应当按照“诚实信用”原则来履行，同样第 1135 条也规定的合同应当受到自然法中衡平原则之约束也是对该原则的进一步深化。可见，“诚实信用”和“衡平”在《法国民法典》已经被明确提出。然而，法国民法典受“意思自治”(party autonomy) 原则影响较深。他们认为当事人在合同缔结和履行过程中都有权利追求自己利益的最大化，而不应当受到更多的限制。同时在各方当事人努力寻求利益最大化的过程中，社会财富也在不断的增长。⁴⁸ 因此，在自由主义浪潮中，虽然“诚实信用”写进了法国民法典，但直到十九世纪晚期，“诚实信用”和“衡平”在合同法中的地位都未曾得到更多的论述。⁴⁹ 法国合同法中占据统治地位的主导思想则是当事人的“意思”(consent)，而于“诚实信用”的解释则仅限于当事人的严守契约。

19 世纪末、20 世纪初以来，在德国民法的影响下，法国民法对于“诚实信用”和“衡平”有了进一步的阐述和论证，法国学者认为“诚实信用”包括三层含义：

(一) 防止权利滥用

法国民法中对防止权利的滥用 (abuse of rights) 这一论述是由民法典第 1134 条中的“诚实信用”原则发展而来。他们认为权利的使用应当受到二个因素的制约，即不得伤害他人和不得与社会经济目标相互抵触。⁵⁰ 现代法国民法已将诚实信用原则与权利滥用的制约相互融合起来，缔约过失责任的形成客观上要求民事主体在签订合同之前应当尊重他人，不得滥

⁴⁷ Martijn Willem Hesselink, *The New European Private Law: Essays on the future of Private Law in Europe*, Kluwer Law International, 2002, pp. 195-213.

⁴⁸ A.J. van den Berg, *The Politics of European Codification: A History of the Unification of Law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands*, Europa Law Publishing, 2005, pp. 125-144.

⁴⁹ Hein Kotz, *Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith*, John G. Fleming, Peter Cane, Jane Stapleton, *The Law of Obligations*, Oxford University Press, 1998, pp. 242-248.

⁵⁰ Elspeth Reid, *The Doctrine of Abuse of Rights: Perspective from a Mixed Jurisdiction*, *Journal of Comparative Law*, vol. 8.3, 2004, pp. 6-15.

用合同自由磋商的权利。该责任体现的其实就是诚实信用原则对权利滥用的一个重要制约因素，或者说是诚实信用与权利的滥用相互融合的一个具体表现。⁵¹

(二) 附随义务

“诚实信用”在法国法中的另一体现则是“附随义务”的认可。⁵² 法国民法典并未规定合同买卖中卖方的告知义务 (obligations to inform)。然而近代法国民法逐渐承认了合同中卖方应当告知产品瑕疵和危害性的义务，若该义务未履行时，卖方应当承担商品瑕疵或危害而给他人造成的损失。⁵³ 值得一提的是，合同法中的“附随义务”也是由第 1134 条所规定的“诚实信用”原则发展而来。在现代法国民法中，“附随义务”得到更广阔的发展，并且也已形成一个单独的理论，在消费法当中体现尤为深刻。

(三) 不平等条款

1975 年法国民法典作出过修改，允许法官在合同出现明显不公平的情况下增加或者减少合同的惩罚性条款。⁵⁴ 1978 年法国立法通过行政机关可以颁布关于商人与消费者之间的“滥用条款”(clauses abusives) 的命令以保护消费者之平等利益。法国民法中的这两项修改实质上都是根据“诚实信用”和“衡平”原则所作出的对不平等条款的一个介入。值得一提的是，不平等条款在现代法国合同法中得到更全面的阐述，如同“附随义务”，也已形成合同法一个单独的系统，是现代合同法区别于古典契约法的一个重要区分点。

值得一提的是，近年来，随着合同法对“弱势群体”保护的呼声日益壮大，合同正义得

⁵¹ F.H.Lawson, Negligence in the Civil Law, *The Modern Law Review*, 1952, pp. 255-258.

⁵² Simon Whittaker & Reinhard Zimmermann, Good faith in European contract law: surveying the legal landscape, Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 36.

⁵³ Jean Calais-Auloy, The duty to inform consumers under French Law, *Journal of Consumer Policy*, vol. 2, 2004, pp. 217-224.

⁵⁴ Hugh Beale, Danis Tllon, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, 2002, pp.519-520.

到进一步发展，法国民法对于“诚实信用”原则已经上升为合同法的一个至高原则。其中对“诚实信用”的内涵也逐渐有所扩大，已普遍被认为是对“意思自治”的一种限制，所达到的目的则是对人的终极关怀。这种发展趋势符合现代社会商事交易的道德要求，也符合现代文明社会的行为准则。

四、德国法中的诚实信用原则

19 世纪概念法学 (Begriffsjurisprudenz) 的发展阻碍了“诚实信用”原则在德国法中的演进。概念法学认为，法律科学的功能是从既存法则中推演出原因概念，精确下定义，或者是运用术语来解释这些概念，再通过它们建造一个完整的、能够产生新的法律规则的体系。⁵⁵它对德国法学的科学化和体系化起到了巨大的推动作用，但同时也否认了法律的社会伦理价值，这就客观上排斥了“诚实信用”在德国民法中的地位。⁵⁶

然而，20 世纪初的德国民法典依然从社会生活出发，将社会伦理道德与法典相互融合。德国民法典第 242 条就规定了债务人应当根据“诚实信用”原则来履行自己的义务，第 157 条也确立了“诚实信用”是法官对合同进行解释时所应当考虑的因素之一。

随着近代民法的发展，“合同忠诚”成为德国民法中一个至关重要的原则。德国法学家将“诚实信用”的功能归纳为三点：⁵⁷

(一) 义务的填补

由于人意识的局限性，立法者和合同缔结者都不可能预计到所有的风险，并且法律随着时间和社会发展的变化也在不断的改变。这些因素致使现行法律和当事人之间缔结的合同不

⁵⁵ Clarence J. Mann, *The Function of Judicial Decision in European Economic Integration*, Martinus Nijhoff, 1972, pp. 94-95.

⁵⁶ James E. Herget, *Contemporary German Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, 1996, pp. 110-112.

⁵⁷ Werner F. Ebke, Bettina M Steinhauer, *Good faith in German Contract Law*, Jack Beatson, Daniel Friedmann, *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford University Press, 1997, pp. 171-172.

能够对所有的权利义务加以规定，很多时候都需要法官对合同或法律的漏洞和空白进行填补，这种填补必然会造成当事人权利义务之改变。而法官所填补合同空白时候，应当将“诚实信用”纳入到考虑的范围当中。德国法在买卖合同关系中，强加给卖方的告知义务、合同履行时所要求双方的协作义务等等，都是基于“诚实信用”原则而要求双方在履行合同时应考虑到他人的利益。可以说，“义务的填补”是诚实信用在德国法中的一个重要表现形式，其实质则是为了实现交换主体间的公平正义。

（二）权利的限制

与法国法相似，德国法对于防止“权利的滥用”也作出了许多具体的规定，其中，缔约过失责任显然就是制约当事人磋商权利滥用的一个典型。而德国法中的缔约过失责任则是从民法典第 242 条中发展而来。⁵⁸ 值得一提的是，较法国民法典意思自治而言，德国民法典更多的体现了理性主义色彩，因此，在对合同双方当事人的权利进行限制时更少的出现学理上的阻碍。而法国民法典则全然不同，它所包含的合同法部分形成的基础就是当事人的“意思”，意思自治是法国合同法最核心部分。而德国民法典理性主义更加突出，在利用“诚实信用”原则对权利进行限制的同时并未有像法国民法典那样受到更多的阻力。

（三）风险和责任的分配

德国学者所论及的“诚实信用”最后一个功能体现于对风险和责任的分配之中。合同当事人在履行合同过程中时常会出现“履行不能”或“不可抗力”等情形，例如履行中出现了艰难情形，导致合同无法继续履行。当此类情形出现时，“诚实信用”则成为分配由这些不可抗力或艰难情形所造成损失的一个重要尺度。当然时常也有学者论及，在对这些风险和责任分配的

⁵⁸ Judgment of 2 January 1920, RGZ 97, 362; judgment of 1 March 1928, RGZ 120, 351.

时候应当采用“衡平”原则。本文作者已将“合同忠诚”概括的理解为“诚实信用”和“衡平”的结合。因此，切确的说，在对不可抗力和艰难情形出现时，现代民法中的“合同忠诚”可以成为分配责任和风险的重要原则。基于忠诚的道德要求，受损方是否尽力避免不可抗力或艰难情形所带来的损害也是风险和责任分配的一个重要尺度。

虽然“诚实信用”在德国法中得到了更多的阐述，但是该原则随着时代的变化其内涵和所覆盖的范畴有着明显的不同。值得一提的是，在荷兰、意大利等国家将“合同解释”也列为“诚实信用”的功能之一，但是德国民法典第 157 条对该功能已经进行了明确的规定。⁵⁹

五、普通法中的衡平原则

英国历史上，适用于整个英格兰的法律称之为“普通法”(common law)。然而，由于普通法中法院程序极其僵硬 (rigid) 并且形式化 (formalistic) 之缺陷，⁶⁰ 普通法院只能在原告的诉讼符合范围狭窄的某种令状 (writ) 时才能赋予当事人的救济 (relief)。⁶¹ 由于法律本身的过于狭隘，导致出许多案件无法得到法院的救济，尤其是商业中的欺诈和权利滥用等案件，使得公平与正义不能得到伸张。⁶² 14、15 世纪，英国政局动荡、内战频繁，某些权势的贵族有能力对国王的权力有所抵制，使得法律的实施更为艰难。⁶³ 16 世纪都铎王朝 (the Tudors) 恢复强大的君权后，要求国王的命令必须得到遵守，从而使得这种现象有所改善。⁶⁴ 为弥补普通法院本身的不足，国王特别成立衡平法院 (the court of chancery) 以处理有关民事案件。在合同案件当中，衡平法院的主掌官 (chancellor) 可以超出普通法院的权利，使合同得到实际履行 (specific performance)。但是申诉者必须向主掌官证明如果利用普通法院

⁵⁹ Martin W. Hesselink, Good faith, A.S. Hartkamp, E.H. Hondius, *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2004, pp. 475-476.

⁶⁰ Michael H. Whincup, *Contract Law and Practice: The English System and Continental Comparisons*, Kluwer Law International, 2001, pp. 2-13.

⁶¹ *Id.*

⁶² Michael Bernard Rudden, *Contract Law and Practice: The English System, with Scottish, Commonwealth, and Continental Comparisons*, Kluwer Law International, 2006, pp. 2-7.

⁶³ Thomas Atkins Street, *The History and Theory of English Contract Law*, Beard Books, 1999, pp. 3-23.

⁶⁴ *Id.*

的判决，案件不能得到合理的救济，可以说英国法中的“衡平”其实是“公平正义”的代名词。

斗转星移，英国普通法与衡平法各自形成了自己特有的一套规则，并且相互间得到了认同，有着较大的进步意义。但是同时也存在着天然缺点，因为形成了两个独立的司法体系，原告若希望从普通法和衡平法中都获得救济的话，则需要两个不同的法庭提起两次诉讼。1875年英国的司法改革废除各自独立的体制而将两者合并，才使得问题从根本上得以解决。因此，“衡平”原则在英国法中有着悠久的历史渊源，其在合同法上，则体现为“实际履行”的补充。传统普通法中的合同制度，对于救济没有“实际履行”的先例，而金钱赔偿时常又不能达到对受损方进行充分救济的效果，这就使得在对合同损害中时常出现救济的不足。

然而，多数法学家认为英国合同法中并没有“诚实信用”这一概念，阿克纳大法官（Lord Ackner）在 *Walford v. Miles*⁶⁵ 这一案件中的论述即是如此。在其论述中，他认为当事人协商过程中所要求的诚实信用原则与协商中双方对立的位置显然不一致时，各方当事人只要在没有做出误导对方的情况下都赋予了尽最大可能实现自己利益的权利。⁶⁶ 该论述可以说是明确的展现了“诚实信用”在英国法中的阻力，即英国合同法以促进商业发展为基础，只要未出现法律所认同的欺诈等情形，合同则应得到严格履行。

与大陆法系国家不同的是，多数大陆法系国家在中世纪时期受教会法影响较深，更加强调人的“良心”、“信任”与“忠诚”，彰显出社会伦理道德对法律的渗透。自然法学派的思潮也加深了“忠诚”对合同法的进一步影响。随后的古典契约法更是如此，将当事人的“合意”视为合同缔结的基础，“诚实信用”也成为现代合同法的最高要求。然而，相比较大陆法系国家而言，英国合同法以促进商业繁荣、鼓励利益最大化、促进商业交易为基础，在一定程度上可以说抹杀或者减弱了社会伦理道德对法律的约束。因此，相比于大陆法系国家而言，英国合同法对“诚实信用”提倡较少。但是也并未完全没有“诚实信用”的踪影。中世纪时期，现代商人法

⁶⁵ *Walford v. Miles*, 1992, 2 AC 128.

⁶⁶ *Id.*

同样对英国法律有着一定的影响，一些商事规则从商人交易习惯中发展而来。而“诚实信用”原则作为中世纪规范商事交易的一项重要原则，同样在英国法中也有出现。1766年，英国王室法院首席大法官曼斯菲尔德（Lord Mansfield）在Carter v. Boehm⁶⁷ 案件中就明确提到了“诚实信用”这一概念。他说：“一些主要原则应适用于所有合同和交易，诚实信用禁止任何一方利用对方对事实的无知而隐瞒他所知道的实情而致使对方签订合同。”⁶⁸ 从该论述中可见，“诚实信用”在英国法中也具有一席之地。同样也有学者认为“衡平”在英国法中的作用很多时候已经达到了大陆法系国家“诚实信用”的效果。然而，“诚实信用”在英国法中的范围适用极小，通常多指合同双方在协商过程中不得误导和欺诈对方。⁶⁹ 在特定的合同，如保险合同当中，诚实信用原则也给卖方强加了一定的告知义务。但是与大陆法系国家而言，其适用范围仍然非常狭隘。

由衡平原则所引伸出的“禁止反言”（estoppel）则要求民事权利主体符合法律规定及道德规范，不得在损害他人利益基础上而达到自己的目的。该原则主要指一方基于对对方的信任，在双方缺乏对价（consideration）而导致合同未订立之时，依据对方所作的允诺而采取行动使自己遭受了损失，在此情况下，允诺方不得反悔。该原则要求当事人在履行民事权利与义务过程中坚持恪守诚信原则。可以说，它由衡平原则而引伸出来，也可以说是普通法国家对“诚实信用”原则的一个重要体现。

值得一提的是，继受“英国法”传统的美国法，直到20世纪60年代才对“诚实信用”原则在合同法上的一般义务进行认可。《美国统一商法典》（Uniform Commercial Code）第1-203条就规定了“诚实信用”义务。然而，该商法典仅适用于货物买卖合同、银行信用证等等，而不能适用于土地买卖、保险等其它合同领域。随后美国合同法重述（Restatement of Contracts

⁶⁷ 1766, 3 Burr 1905, p. 1910.

⁶⁸ James Oldham, *The Mansfield Manuscripts and the Growth of English Law in the Eighteenth Century*, 1992, vol. I, The University of North Carolina Press, 1992, vol. I, pp. 152-154.

⁶⁹ Alberto M. Musy, *The Good Faith Principle in Contract Law and the Pre-contractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures*, 2000, pp. 3-17.

Second)第 205 条又将当事人在履行和执行合同时的诚实信用与公平原则进行确认。可以说，“诚实信用”原则对美国合同法的影响正逐渐加深。而美国学界对诚实信用理解的主流观点则是认为不具有“恶意”(bad faith) 的便是“诚实信用”或者“善意”。⁷⁰

六、现代合同法中的合同忠诚

近年来，随着全球经济一体化的发展和欧盟“单一市场”构建的需要，《国际统一私法协会国际商事合同通则》(Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 2004)及《欧盟合同法原则》(Principles of European Contract Law) 的出台为现代合同法的发展产生巨大的推动作用。两部国际性合同法通常被视为现代合同法的重述，在一定意义上可以体现现代合同法的发展趋势和方向。“诚实信用”和“公平”原则作为现代合同法的主要指导性原则与这两部国际性合同法融为一体。《国际商事合同通则》第 1.7 条明确要求国际交易中的当事人应当遵循“诚实信用”及“公平原则”，并且第二款中又对当事人不得对该原则进行排除适用作出了明确的规定。《欧盟合同法原则》也是如此，第 1 : 201 条也作出了与《国际商事合同通则》相似的规定。值得一提的是，《欧盟合同法原则》起草小组，也就是通常所说的兰德委员会 (Lando Commission) 很大一部分成员又参与了《国际商事合同通则》的起草。因此，这两部合同法在很多规定和原则上有着相似之处。

现代合同法中对“诚实信用”和“公平”原则的阐述更是提升到了一个至高的要求，《欧盟民法典草案》中将“诚实信用”和“公平”提升到了“忠诚”这一高度。它不仅要求合同方在履行和执行合同时要照顾对方的利益，同样也要求当事人在合同协商及履行完毕以后也要肩负着对他方“忠诚”的义务。近年来缔约过失责任得到更多国家的认可，对当事人协商过程中的“忠诚”标准要求也有所提升，合同履行完毕也要求当事人履行保密义务等等都是“合同忠诚”要求

⁷⁰ Kevin M. Teeven, *A History of the Anglo-American Common Law of Contract*, Greenwood Publishing Group, 1990, pp. 312-314.

的具体表现形式。

对“诚实信用”和“公平”原则的理解，《欧盟民法典草案》第三条作出了具体的解释：诚实信用和公平指按照诚实、公开、照顾他人在交易或关系中利益的行为标准。⁷¹ 同样，该条第二款又将普通法系国家所倡导的“禁止反言”也列为“诚实信用”与“公平”原则的内涵。可见，该草案旨在呈现欧盟私法共有原则的同时，也力求将大陆与普通两大法系相结合之目标。值得一提的是，近二十年在对“诚实信用”进行述论时，西方多数论著中都论及“主观诚信”（subjective good faith）与“客观诚信”（objective good faith）的一个划分和互动。⁷²“主观诚信”重点发掘的是当事人内心的意思；而“客观诚信”则以一个正常人的标准来判断所做的行为是否符合“公平”原则。对于“诚实信用”的含义，现代多数学者都认为应当理解成考虑他人利益的义务，其内容则包含了协作、告知、信守承诺等。⁷³

小结：

近年来欧洲学者对“合同忠诚”的提倡和论述,充分表明了伦理道德对现代合同法的影响进一步加深。对“合同忠诚”的诠释,则可以概括的理解为“诚实信用”与“衡平”原则的结合。它的雏形产生于古罗马法的“诚信诉讼”当中,在中世纪时期得到了进一步的阐述;教会法对“有约必守”原则的确立客观上推进了“诚实信用”原则在大陆法系国家的初步确立;注释法学派对亚里士多德论述中“美德”的进一步诠释为“诚实信用”奠定了坚实的哲学基础;现代商人法对商事交易中“诚实信用”原则的提倡得到了更多国家的认同;自然法学派对“衡平”原则的深层次描绘赋予了“诚实信用”更广阔的含义。

⁷¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, p. 139.

⁷² Ole Lando, Hugh Beale, *Principles of European Contract Law: part I and II*, Kluwer Law International, 2003, pp. 23-46.

⁷³ M.W.Hesselink, G.J.P. de Vries, *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2001, pp. 54-55; Hector L. MacQueen, Good Faith in the Scots Law of Contract: An Undisclosed Principle?, Angelo D.M. Forte, *Good Faith in Contract and Property Law*, Hart Publishing, 1999, p. 24.

然而，法国法中，诚实信用原则虽列入民法典，但由于法国民法典出台的时代正值自由主义盛行，而诚实信用在一定程度上是对合同自由的一种限制。为维护“意思自治”的理念，鼓励当事人追求利益的最大化以促进社会财富的增长成为法国民法核心目标之一，而诚实信用在传统的法国民法当中并未得到更多的阐述。英国法也是如此，英国合同法形成的基础是为了促进商业交易的繁荣和保障交易的安全，作为社会道德准则的诚实信用与英国合同法对保障商业交易安全的理念格格不入。定义和范畴模糊的“诚实信用”恐及给英国商事交易带来不可预见的因素，使当事人不能准确预见交易之风险。因此，直到近年来，被大陆法系国家所倡导的“帝王条款”在英国法中始中得不到更广阔的融入。然而，英国合同法中的衡平及所引伸出的禁止反言原则在一定程度上达到了“诚实信用”的部分标准。

相比而言，“诚实信用”原则在德国法中得到更加深刻和全面的阐述，它具有义务的填补、权利的限制、责任和风险合理分配的功能。也就是从德国民法典开始，近代大陆法系国家将“诚实信用”原则逐渐视为民法中的最高道德准则。德国民法对“诚实信用”的阐述影响到了整个现代合同法的发展。《欧盟合同法原则》和《国际统一私法协会国际商事合同通则》展现了现代合同法的发展趋势，将“诚实信用”和“公平”原则融入了整部合同法之中。当然，也有学者认为，随着全球法律一体化趋势的发展，普通法系国家也将逐渐接受和融入这套与他们合同法理念格格不入的道德规则。代表着现代民法发展趋势的《欧盟民法典草案》对“诚实信用”和“公平”原则更是提升到了一个至高无尚的地位，以“合同忠诚”来切实要求当事人诚实、善良的履行自己的义务。因此，毫无疑问的说，随着现代合同法的进一步发展，“合同忠诚”将得到更加深刻的诠释和阐述，也将成为 21 世纪各国合同法发展的最核心原则与价值理念。