

信义义务的传统逻辑与现代建构

王莹莹

(西北政法大学 经济法学院, 陕西西安 710063)

摘要: 信义义务在我国司法实践中的适用一直是近乎沉默的,直接原因是信义义务这一法律概念在法律适用中被规避,根本原因是信义义务在成文法的中国仍然停留在英美法系那种松散的“义务束”状态,缺乏内在的逻辑主线,内涵、轮廓不清晰,导致信义义务概念的实质难以生根落地,人们对信义观念的认同也缺乏内生的动力。我国传统社会生活中蕴藏着朴素的信义关系,传统优秀文化中更是蕴含着道德层面的信义义务逻辑结构。“义”是内在的道德规范,“信”是外在的行为标准。可以将此逻辑结构进行现代解释,并赋予其新时代精神后引入我国民商事法律制度体系中,在民法典中规定一般信义义务,并在此基础上对民商事具体信义义务制度进行体系化构建。

关键词: 信义义务; 传统逻辑; 法律重构; 诚实信用原则

中图分类号: D913

文献标志码: A

文章编号: 1009-8003(2019)06-0027-10

信义关系中受信人所负的义务被称之为信义义务。我国法律中的信义义务确立于《信托法》,发展于公司法中董事高管的忠实、注意义务,然而多年来经泛化使用,其概念俨然已与诚信义务、信托责任、信用等概念浑然一体。在学术界,对“fiduciary duties”的不同译法如诚信义务、忠实义务或受信责任、信义义务等即反映了这一现状。当然,即使在其发源地,信义义务也只是一个由数千件判例组成的模糊的义务集合,^①被认为是最难以捉摸的概念之一。

一、信义义务在我国司法实践中的沉默及其内部逻辑结构的缺失

信义关系一个典型的载体是信托制度。我国《信托法》用列举的方式规定了受托人的一系列信义义务,^②学者们将第25条视为积极的忠实义务,第26、27、28条作为消极的忠实义务,第29、30、33、34、58条归入注意义务的范围。^③虽然学理上信义义务被认为在《信托法》得到确认,但在司法实践中常常被法官避而不用。2013-2018年间中国裁判文书网总计发布与信义义务有关的裁判67例,其中,以《信托法》作为裁判依据的仅18例;以《合同法》《民法通则》或者《民法总则》作为裁判依据的57例;以诚实信用原则作为裁判依据的9例。

收稿日期: 2019-09-16

基金项目: 本文系西北政法大学青年学术创新团队《地方不良资产管理法律问题研究》的阶段性研究成果。

作者简介: 王莹莹(1979-),女,山东济南人,法学博士,西北政法大学经济法学院副教授、副院长,硕士生导师,主要研究方向: 商法、经济法。

①参见 Deborah A. DeMott, “Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation”, Duke Law Journal 879, 1988, p.978.

②如《信托法》第25条: 受托人应当遵守信托文件的规定,为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托财产,必须恪尽职守,履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。《信托法》第26条禁止利用信托财产为自己牟利。《信托法》第27条不得将信托财产转为固有财产和《信托法》第28条自我交易禁止。《信托法》第29条分别管理义务。《信托法》第30条亲自管理义务。《信托法》第33条记录报告和保密义务。《信托法》第34条支付信托利益的义务和《信托法》第58条清算义务。

③参见周小明《信托制度: 法理与实务》,中国法制出版社2016版,第277页。

在学理上,我国《公司法》第147-149条规定的董事、监事、高管的忠实注意义务(或忠实勤勉义务^①)也被普遍认为是信义义务在法律中的体现。在与董事、监事、高管忠实注意义务有关的107例纠纷中,适用《公司法》进行裁判的有97例,适用《合同法》《民法通则》或《民法总则》作为裁判依据的有10例。大体来看,在受托人信义义务的认定纠纷中,法官常常使用《合同法》《民法总则》的具体制度或者诚信原则来评判当事人权利义务,或者用忠实注意义务替代信义义务,信义义务较少被作为规范术语和法律依据使用。信义义务法律制度在规制信义关系纠纷时被其他一些制度如代理、诚实信用原则或者忠实注意义务等所代劳,也有一些学者认为信义义务在中国可有可无,^②这是信义义务在实践中沉默的直接原因。

信义义务在我国司法实践中被诚信义务、忠实注意义务等相似制度所替代,也有信义义务法律制度自身的原因。从《信托法》关于信义义务以及公司关于董事、监事、高管忠实注意义务条款的行文可见各项义务间并无主次之分,法律性质也不明确,忠实义务与注意义务相互平行互不干涉。这样一个缺乏内在逻辑关系的法律概念导致信义义务自身内涵和轮廓的模糊不清,技术上也很容易被肢解成依附于诚信义务、代理人义务等类似制度的片面概念,导致其无法与类似法律制度区分开来,也就很难形成一套有别于诚信义务等法律概念的符合信义法律关系内涵的规制机理,造成信义义务概念难以在实践中得到广泛应用。因此实务界更倾向于使用已有的明确的法律概念或制度替代信义义务,像许多学者认为的那样,信义关系的规制可以由其他法律制度如诚实信用原则等来代劳。

产生这些问题的深层次原因是信义义务在被引入我国法律的过程中与我国传统社会观念的断裂,没有形成现代中国法律文化体系所能广泛接受的内核。“现代性法治并没有与中国社会及法治实践融为一体,更缺乏一种内在的文化心理结构的支撑,现代性法治在中国依然处在风雨飘摇中,并没有将自身的根基植入中国文化传统,于是就出现了传统与现代性法治的紧张关系。”^③

二、我国传统信义关系中的信义义务逻辑结构

在信托法立法过程中,有一种观点认为信托活动在我国现实生活中很少发生,而且信托法律理念与我国的法律传统也不一致。^④甚至许多学者认为中国传统社会中根本没有信托活动,也没有信义观念。这样的认知忽略了中国历史上曾经存在过很多信义关系的事实,混淆了现代信托法律制度和信义观念的区别。比如学者对“fiduciary duties”的不同译法和理解众说纷纭,但最终仍然趋向于“信义义务”一词,除了肯定概念本身在不同领域的适用和法系间差异及语言文字本身的模糊性外,是不是至少也要承认传统文化在统驭人们思想、刻画法律逻辑方面潜移默化的力量?

(一) 传统文化中的“义”与“信”的逻辑关系

1. “义”是“道德方面底(的)应该”。以庞朴为代表的学者以殷甲考据等为凭,认为“宜(义)之本义为杀,为杀牲而祭之礼。”^⑤黄伟合等学者把义解释为“仪”。^⑥这些观点中均不包含过多的道德因素,“道德观念在卜辞中没有痕迹”。^⑦在周人的眼里,正是这一因素的缺乏,导致了殷商政权的垮台。基于此认识,周人“将殷商宗教中的祭祀仪式从天上拉回了人间,为氏族生活的有序化和统治的稳定性服务”从而发展出一套完整的礼仪制度,^⑧包含着社会生活方方面面的“义”。这时候的“义”,除了包含对殷商“礼”的改造成果,业已加入了道德的因素。

①基于法条使用的术语,对于《公司法》第147条规定的注意义务,司法实践和学说理论也称之为“勤勉义务”。《公司法》第147条“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务。”

②参见徐化耿《论私法中的信任机制——基于信义义务与诚实信用的例证分析》,载《法学家》2017年第4期。

③武建敏《传统与现代性法治的纠结与整合——兼及法治思维的实践转向》,载《浙江大学学报》2015年第4期。

④参见周小明《信托制度:法理与实务》(第四版),中国法制出版社2016版,第26页。

⑤庞朴《儒家辩证法研究》,中华书局2000年版,第20页以下。

⑥参见黄伟合、赵海琦《善的冲突——中国历史上的义利之辨》,安徽人民出版社1992版,第21页。

⑦侯外庐、赵纪彬、杜国庠《中国思想通史》(第1卷),人民出版社1957年版,第64页。

⑧参见杨冬《儒家“义”观念的三重理论维度》,载《东岳论丛》2017年第6期。

至春秋后期以降,“义”的观念逐步定型“义者,宜也”。^①散见于《诗经》《尚书》中的“义”主要表现善美、贤良如“秉义类”;^②“鸱义奸宄”;^③道理、义理如“惟德惟义”;^④规范、准则,如“以义制事”。^⑤这时,“义”在道德范畴之外,已兼具了法律的内涵。

“义”的具体概念难以框定,只能在延续数千年的“义利之辨”中循其踪迹。这方面的文献多如牛毛,并非本文重点,在此以冯友兰先生的理解作结“义是道德方面底应该。这种应该是无条件底。无条件底应该,就是所谓‘当然而然,无所为而然’。因其是无条件底,所以也是绝对底。”^⑥

2.“信是用力”。一般认为,“信”的起源与“义”相似,都与生产力低下阶段人类对鬼神存有的敬畏心理有关。“所谓道,忠于民而信于神也。”^⑦至春秋时期,群雄争霸战乱纷纷,为各自利益着想,结盟缔约便成常有之事,“盟,信之要也。”^⑧时也,势也,这时候,“信”就由神及人,多了一层信人、信于人的意思。从社会发展的角度看,“信”是人类社会“功利主义”下创造的道德概念,对神是,对人更是。杨伯峻《论语译注》统计“信”在《论语》共出现了38次,大致可以分为三类:一为修身养性之基,“人而无信,不知其可也。”^⑨二为交友处世之本,“信则人任焉。”^⑩为知行合一的有机统一,“始吾于人也,听其言而信其行,今吾于人也,听其言而观其行。”^⑪三为治国为政之道,“道千乘之国,敬事而信。”^⑫陈淳在《北溪字义》中将“信”与“诚”的关系进行了总结“诚是自然,信是用力;诚是理,信是心;诚是天道,信是人道。”^⑬

3.我国传统信义关系中“信”与“义”的对应关系“义为本,而信次之”。从“义”与“信”概念的产生发展脉络里可见,“义”较早于“信”在传统文化中得到确认,代表着一种更为基础、广泛的社会需求,它的含义随其赖以生存的社会形态的发展极为灵活地呈现出丰富多彩的内涵。而“信”虽然在道德理念上来看似乎更为稳定、普适,但在社会实践中这种理念却从没脱离过当时特定社会环境下“义”的背景。“亲亲得相守匿”中“相守匿”的“非信”因为符合忠孝之“义”而得贯彻。在一种社会中,某种事有某种道德的本然办法,但在另外一种社会中,这种事可以有另外一种道德本然的办法,这些办法虽然各不相同,但对于其社会中之人,俱是义。^⑭同样,在同一种社会中的不同具体情况下,同一件事在不同情况下其道德本然的办法也是不同的,但只要“道德本然”地把事情处理得恰到好处,其办法就是符合“义”的。也就是说这种“信于”具体情况的“恰到好处的办法”就是“义”,“义”其实是包含着“信”的道德因素的。事实上,儒家“仁、义、礼、智、信”本来就是一个相互包容、相辅相成的有机整体。

①参见《礼记·中庸》第31卷第20章,原文为“义者宜也,尊贤为大。”其意为“所谓义,就是适宜,适宜之中,以尊敬贤人最重要。”

②参见周振甫《诗经译注》,中华书局2002年版,第437页。

③参见李民、王健《尚书译注》,上海古籍出版社2004年版,第399页。

④参见李民、王健《尚书译注》,上海古籍出版社2004年版,第387页。

⑤参见李民、王健《尚书译注》,上海古籍出版社2004年版,第113页。

⑥冯友兰《三松堂全集》,河南人民出版社2001年版,第11页。

⑦参见《左传·桓公六年》。该句出自《季梁谏追楚师》,其意为“什么是道呢?就是忠于人民,取信于鬼神。”两千多年前的春秋时代,盛行迷信之风,祭神与练兵打仗是国家的头等大事。《左传》多次提出民本思想,如季梁将忠民与鬼神并提。

⑧参见《国语卷五·鲁语(下)》。该句出自《子服惠伯说服晋卿》。昭公十三年(前529年)八月,晋国于卫国召集诸侯会盟,晋昭公因听信邾国与莒国谗言,而不让鲁国参加会盟。鲁国大夫子服惠伯与上卿季平子朝拜晋国却被扣押,在设法会见晋国大夫荀吴与国卿韩起时说“会盟,是信义的结合。晋国作为盟主,表明贵国能够主持信义。如果贵国抛弃他的盟国,也就是抛弃信义。我担心这样抛弃信义,会对稳定贵国的盟主地位不利啊!”韩起对子服惠伯的一席话心悦诚服,随即向晋昭公奏报。于是,晋昭公下令将子服惠伯和季平子放回鲁国,恢复同鲁国的盟好。

⑨《论语·为政》,杨伯峻译注,中华书局2006年版,第22页。其意为“人要是失去了信用或不讲信用,不知道他还可以做什么。”在《论语》中,孔子多次谈到“信”。《说文解字》中的解释是“信,诚也”。信,即守承诺、讲信用。信的基本含义是守诺、践约、无欺。

⑩《论语·阳货》,杨伯峻译注,中华书局2006年版,第206页。子张问仁于孔子,孔子曰“能行五者于天下为仁矣”“请问之。”曰“恭、宽、信、敏、惠。恭则不侮,宽则得众,信则人任焉,敏则有功,惠则足以使人。”“信”即“诚信就能得到别人的任用。”

⑪《论语·公冶长》,杨伯峻译注,中华书局2006年版,第50页。其意为“起初我对于人,是听了他说的话便相信了他的行为;现在我对于人,听了他讲的话还要观察他的行为。”孔子在这里提出了判断一个人的正确方法,即听其言而观其行。

⑫《论语·学而篇》,杨伯峻译注,中华书局2006年版,第4页。其意为“领导一个能出千乘兵车的大国,临事该谨慎专一,又要能守信。”

⑬陈淳《北溪字义》,中华书局1983年版,第34页。

⑭参见冯友兰《三松堂全集》,河南人民出版社2001年版,第85页。

传统文化在“义”与“信”的关系中,“义为本,而信次之。”^①“义”是内在的道德规范,是“信”之所倚。“义,人之正路也。”^②也是衡量是非的标准,“夫义者,所以限禁人之为恶与奸考也。”^③而“信”是外在的行为标准,是“义”之所现。“在整体性和连续性上,信不能没有仁和义的引导,故信之为信就是仁和义在人的实际行动中的表现和效应了。”^④因而,“信”须依“义”而施,顺“义”而为,“信近于义,言可复也”。^⑤

从以上论述可得到下面的传统信义关系中“义”与“信”的逻辑关系“信”——能力、状态、人道、用力—保护性规则“义”——道德、品性、天道、自然——防范性规则。

(二) 传统文化中的信义义务逻辑结构

现代信托制度虽然发端于英国,但信托思想却被认为是与古罗马的遗嘱、继承等活动密切相关。^⑥中国历史中很多托孤典故中也存在这样的遗嘱和继承活动,如周武王托成王于周公、汉武帝托少子弗陵于霍光,清咸丰托载淳于顾命八大臣等。我们从其中取出一个成功案例即“白帝城托孤”,来解读我国传统文化中曾经存在过的信义关系,进而展示其在道德层面的信义义务内容。

1. “白帝城托孤”中的“恭顺型”信义关系。刘备在与东吴的大战失败后,在白帝城病危,将诸葛亮招到白帝城,将儿子刘禅托付给诸葛亮“君才十倍曹丕,必能安国,终定大事。若嗣子可辅,辅之;如其不才,君可自取。”^⑦

这符合 D. Gordon Smith 提出的信义关系构成要件学说。他认为信义关系中包含三层相互关联的意思:一是基于信任关系,二是受信人享有某种程度的裁量权,三是受信人被授权处理受益人的财产性事务。^⑧ Robert Flannigan 根据受信人对委托人的态度,将信义关系区分为“恭顺型”信义关系 (deferential fiduciary relationship) 和“警惕型”信义关系 (vigilant fiduciary relationship)。^⑨ 诸葛亮与刘备的信义关系即是恭顺型信义关系。(1) 基于信任,一是对诸葛亮才能的信任,“才十倍曹丕”。二是对其忠贞的信任,陈寿对此评价说刘备“举国托孤于诸葛亮,心神无贰”。^⑩ 在封建王权思想的语境下考察,这样的信任,唯一“忠”字可道其间深意。(2) 施于诸葛亮很大的裁量权,“如其不才,君可自取。”对这一句“君可自取”学者历来不认可罗贯中理解的“自立为成都之主”,^⑪而认为是要诸葛亮在其余子嗣或追随者中择贤良而立。^⑫ (3) 授权诸葛亮处理蜀国事务,“举国托孤于诸葛亮”^⑬要求刘禅“事之如父”,大小事由丞相把握处理。其实,一国之君的废立在中国古代乃根本的政治问题,能得此授权,其余自然毋庸多言。

2. 诸葛亮的信义义务逻辑结构。上面的三个要件构成了“白帝城托孤”的信义关系,刘备或者说刘备所代表的利益集团为委托人,诸葛亮为受托人,刘禅或刘禅所代表的利益集团则是受益人。这样的信

①《荀子·强国》,张觉译注,上海古籍出版社1995年版,第343页。其意为“道义是最根本的,其次是守信。”荀子认为用强力治国是行不通的,国家强盛的关键是施行礼义法规,礼义是国家的命脉。

②《孟子·离娄上》,杨伯峻译注,中华书局1988年版,第172页。其意为“义,是人最正确的道路。”

③《荀子·强国》,张觉译注,上海古籍出版社1995年版,第343页。其意为“道义,就是限制人们作恶和行奸的。”荀子认为“义”是防止人们为奸为恶的手段,是治理天下的法宝。君主应做到慎礼仪,务忠信。这样国家才会强大。

④樊浩《中国伦理精神的历史构建》,江苏人民出版社1992年版,第2页。

⑤《论语·学而》,杨伯峻译注,中华书局2006年版,第9页。学者对本句译义分歧较多,主要体现为对“复”的不同理解。朱熹《论语集注》:“复,践言也。”钱穆《论语新解》:“与人有约而求能信,当求所约之近于义,俾可践守。”本文按程树德“复,犹覆也”的理解,其意为:只要符合“义”,即使言行与先前约定的不一致也可以看作是守信的。

⑥参见王莹莹《论罗马法的遗产信托》,载《西部法律评论》2007年第2卷。

⑦陈寿《三国志》,卷三十五。

⑧参见 D. Gordon Smith, “The Critical Resource Theory Of Fiduciary Duty”, Vanderbilt Law Review, Vanderbilt University Law School, 2002, p. 34.

⑨Robert Flannigan 认为 deferential fiduciary relationship 是指这样的信义关系:委托人因某种原因全身心相信另一方时,只能“恭顺”地依赖受托人的能力来处理事务。这个理论认为监护人与未成年人之间即是典型的信义关系。刘备病危的情势下,与诸葛亮也符合这样的信义关系。参见 Robert Flannigan, The fiduciary Obligation, Oxford Journal of Legal Studies Vol.9, No.3 (1989)。

⑩陈寿《三国志·先主传》,第32卷。

⑪参见罗贯中《三国演义》,第八十五回。

⑫参见易中天《易中天品三国》,上海文艺出版社2006年版,第291页。

⑬参见陈寿《三国志·先主传》,第32卷。评曰“先主之弘毅宽厚,知人待士,盖有高祖之风,英雄之器焉。及其举国托孤于诸葛亮,而心神无贰,诚君臣之至公,古今之盛轨也。”

义关系形成后,诸葛亮身上便负上了“效忠贞之节”和“竭股肱之力”的信义义务。诸葛亮背负的“效忠贞之节”,即三国时期的道德底蕴,是托孤这一件事在三国这一特定时期“道德本然的办法”,而“竭股肱之力”则是其“义”的行为表现,是为“信”。即构成如下关系:诸葛亮竭股肱之力-行人道-用力-“信”;效忠贞之节-遵天道-自然-“义”。

刘备在遗嘱中隐晦地提示刘禅的身份地位与曹丕一样,均为帝王,为整个托孤事件定下了基调,^①这形成该信义关系的防范性规则,也是诸葛亮的“义”之法理上的原因所在,即自然、天道:为臣者自当效忠皇帝,天道如此不可违。这一防范性规则运行的机理除开这样君君臣臣的政治伦理,还包含着在当时不言自明的社会伦理,即“天下”对“天道”的共同认可和对“大义”的自觉维护。再反观诸葛亮,他本身就是忠义之臣,“效忠贞之节”就是他对人主的忠诚态度,遵天道本来就是他的政治哲学。假设诸葛亮并不像历史书中那样忠贤,照样还要受“义”为他创设的义务的束缚,促使他尽自己的忠实义务。

在那样的时代和情势之下,刘备不可能为诸葛亮设定律法的要求,但为了发挥诸葛亮的才能,他也做了拴心留人的精心安排,这是诸葛亮得以“用力”实施信的基础,也是该信义关系得以有效实现的保护性规则。一是如上文所引,广泛授权,在不违反“义”的原则即君位不变的情况下,君权交与诸葛,这是留其人;二是要求刘禅“事丞相如父”,这是拴其心。从诸葛亮的角度看,他需要以他的“信”的努力来达到“义”的目标,哪怕那个目标显得那么遥不可及。事实上,有了前述忠贞之心,即使没有这些潜台词,恐怕他也不会仅以“普通自然人”的标准要求自己,而是要尽“鞠躬尽瘁,死而后已”的义务了。^②

3.从传统文化对“义”、“信”履行后果的评判看信义义务的逻辑结构。我们通过“白帝城托孤”案中“义”、“信”履行后果的差异,可以看出信义义务之“义”和“信”并非平行关系,而是逻辑层次分明。(1)“义”与“信”皆被遵守:假设受托人诸葛亮在无故意或过失的情况下,按照先主遗嘱的要求遵天道忠贞不二,行人道竭尽所能却仍然未能达到遗嘱的预设目标,后世是不会对他的“守义重信”怀疑的,最多一句生不逢时的遗憾性评价罢了。(2)“义”之违背:假设受托人诸葛亮违反“义”的义务,代幼主而自立或者另立他姓王,则触犯了传统文化中的大忌,违反“义”之义务自不必说,至于其“信”之义务的履行情况如何,这时候已经没有意义了。(3)“信”之违背:假设受托人诸葛亮忠贞不二地履行着他的“义”,但因不当履行注意义务而造成蜀国损失。在这种情况下,诸葛亮违反注意义务以过错为要件,如果是决策错误或重大过失则应承担相应范围内的责任,在传统文化的角度看便是志大才疏等一些对能力、态度的负面评价;如果认为他仅为一般过失且不超出当时局势下一个“谨慎的”决策者的认识标准,则是谋事在人,成事在天,人们不会苛责他,相反会认为他并未违反信义义务。

“白帝城托孤”中“义为本,而信次之”的信义义务虽是道德层面的义务,但其逻辑结构关系与现代信义义务法理是相通的。

三、从传统到现代:传统信义义务逻辑结构对现代信义义务的启示

(一)在信义传统文化基础上建立现代信义义务内生根基的必要性

制度是文化的载体,文化是制度的根脉。“文明秩序的进步不仅在于法律数量的增加与法律体系构建的完成,更在于已有的法律须获得社会成员的普遍服从与遵守。”^③事实上,这种“普遍服从与遵守”已然体现了当时社会的文化现象。

Tamar Frankel 认为“文化决定了信任和忠诚的定义,以及对信任滥用和忠诚滥用的限制。”^④“义”是遵天道,是目标和宗旨“信”是用人力,是方法和态度“义”规定“信”,“信”因“义”而设“信”辅佐

①参见方北辰《刘备遗嘱问题再考察》,载《成都大学学报(社科版)》,2008年第6期。方北辰在《刘备遗嘱问题再考察》中为了回答刘备遗嘱中为什么要提起曹丕这个问题时挖掘了遗嘱背后有趣的潜台词“刘备的遗嘱,正是要在安定国家、完成大业的全局考虑之下,解决诸葛亮具备治国之才而不具备治国之位,刘禅具备治国之位而不具备治国之才的难题。解决的特殊办法,是君位与君权的暂时分离,君位归刘禅继承,君权归诸葛亮暂时代为执掌,从而发挥诸葛亮才能的优势,而与君位与君权均由自己占有的曹丕相抗衡。”

②参见三国·蜀·诸葛亮《后出师表》:“臣鞠躬尽瘁,死而后已。”

③范进学《论我国法治进程中法律与道德问题》,载《法治研究》2011年第7期。

④参见 Tamar Frankel, “Trust and Honest: America’s Business Cultrue at a Crossroad”, Oxford University Press, 2008, p.189.

“义”，“义”因“信”而成。只有信义义务背后蕴含着的丰富的信义文化作为一个社会符号逐渐固化在承担信义义务的人的价值观中时，信义义务观念方得深入人心。信义法律制度及信义义务在中国引入、发展、演变的各个环节都体现着中外文化的碰撞与融合。譬如信义义务的“异化”问题就是衡平法的信义义务结合中国法治现状、经济体制、社会实际等客观因素的发展结果，宏观上即为不同文化在实践中相互结合的产物。而这种碰撞的动力和融合的过程则蕴含着我们对待民族传统文化的态度。发掘传统文化中的信义文化，将其融入新时代社会主义核心价值观中去，有助于在全社会普及信义文化、推广信义观念、实施信义法律制度，这是法治框架下信义义务强根固本的必要条件。

(二) 现代信义义务在传统信义观念中的根基

我国《信托法》的适用经验显示出舶来信义观念在成文法的中国生根落地之艰难，根本原因在于人们对信义观念的认同缺乏内生的动力。通过对传统信义观念的发掘释义，建立其与现代信义观念的有机联系，从而形成现代信义观念的传统文化基础，是建立和传播现代信义文化的可行之路。

“一切有关法律制度和法律概念的特征的问题都需要与产生法律的社会条件相联系来加以领会。”^①在现代法治社会中，信义义务这一概念天然地包含着法治与道德的关系。信义不仅指法律规定的义务，还有受信人道德上应尽的义务，履行道德义务是他内心的法律（准则），^②这是“义”的方面；法律义务是他明知要履行的道德底线，这是“信”的方面。当代信义义务的“义”应包含在社会主义核心价值观中，包含在法治中国背景下全社会所追求的价值目标之中。具体地说，“义”是受信人内化于心的价值观中那些与忠实义务有关的部分，如敬业、诚信等。这些价值观外化于行时，便由他的工作能力和工作状态体现出其对注意义务的履行，是为“信”。概言之，“‘义’是要在自我与他人、个人与群体的生命价值和利益发生矛盾冲突时，维系一个适宜的行为选择的限度。”^③“信”则以新时代之诚，承担对“义”之道德理念的真实不欺和对“义”之法律实践的言行一致。

(三) 现代信义义务的逻辑结构缺陷

按照信义关系具体内容不同，信义义务的内涵有不同侧重，目前较为通行的认为现代信义义务包含忠实义务和注意义务，两个层次的“二分法”均能涵盖其义，也不违反《布莱克法律辞典》和《元照英美法辞典》中的解释。^④前者基于一个人的品德和道德情操，对应着传统信义义务之“义”的方面，包括了禁止自我交易、竞业禁止、利益冲突、利益归入等内容。^⑤后者基于一个人的能力和工作态度，可以看作是传统信义义务之“信”的方面，即在履行义务时“应当具有一个正直的、有责任心的业务领导人的细心”。^⑥

现行法律中忠实义务与注意义务平行地组成了信义义务的主要内容。这种结构不能涵盖信义义务的所有内容，譬如在受托人没有谋私，又不属于无能的情形下，委托人因受托人这样的行为受损后，忠实义务和注意义务便无力对受托人进行约束。“既然这种中间地带的行为不能不问责，而忠实和注意路径又对其无能为力，另辟蹊径也就成为必然的选择。”^⑦这也是为什么美国司法实践中会出现要用诚信义务来规范这一中间地带，即认为信义义务包括忠实、注意与诚信义务的三元化构成要素的判例。美国特拉华州最高法院在1993年的Cede II案的司法意见中曾提出“三元”信义义务的观点，即对于董事被指控违反了三大信义义务的任意一个——忠实、注意或者诚信的义务时，原告负有举证责任。^⑧考

① [英] 科特威尔《法律社会学导论》，潘大松等译，华夏出版社1989年版，第88页。

② 2016年12月9日习近平在中共中央政治局第三十七次集体学习上的原话是：法律是成文的道德，道德是内心的法律。

③ 徐克谦《“仁义礼智信”的现代表达》，载《科学导报》2013年6月3日。

④ 《布莱克法律辞典》中fiduciary duty指受信人对信义人承担的，因为受益人的最佳利益而承担的最高程度的诚实和忠实义务，是一种最高层次的信任、信赖和坦诚义务（duty of utmost good faith, trust, confidence, and candor），参见Black's Law Dictionary, Bryan A. Garner, West, 2004, 8th, P.545.以及《元照英美法辞典》中fiduciary duty指为他人利益办事时，必须使自己的个人利益服从于他人的利益。参见《元照英美法辞典》，薛波主编，潘汉典总审订，法律出版社2003年版，第550页。

⑤ 参见Tamar Frankel, "Fiduciary Law", 71 California Law Review 795, 1983, p.801.

⑥ 参见德国股份公司法规定的董事注意义务内容（《德国股份公司法——外国公司法译丛》，贾红梅、郑冲译，法律出版社1999年版，第93条）。

⑦ 朱羿锟《论董事问责标准的三元化》，载《商事法论集》2012年第1期。

⑧ 参见Cede & Co. v. Technicolor, 634 A. 2d 345, 361, Del. 1993.

考虑到大陆法系诚信原则已然被作为民法总则的基本原则,若将诚信义务再纳入信义义务之下作为信义义务的构成要素之一,会引起概念术语使用和体系的混乱,再加之大陆法系的诚信义务在概念内涵上与信义义务并不能等同,两者均不能相互涵盖(对此后文会有详细论述),美国司法实践采用的信义义务三分的逻辑解释结构显然并不适合在我国现行法律制度体系中推行,因此我们需要寻找其它办法来弥补现代信义义务的逻辑结构缺陷。

(四) 传统信义义务逻辑结构的启示: “义”之忠实义务为本, “信”之注意义务为表

就传统信义义务逻辑结构而言,在功能上,“义”是目标和宗旨,是信义关系的核心特征,“信”是手段和态度,是“义”的表现形式。在概念上,这一逻辑层次使得它与现代信义义务在内部逻辑上形成了一一对应的高度统一。在具体内涵上,“义为本,而信次之”的价值定位使得这一逻辑结构体现了与现代法治环境中信义义务相似的规制机理。据此忠实义务是信义义务的核心和根基,注意义务是信义义务的实现方式。传统信义义务逻辑结构启示我们,应对现代信义义务进行这样的逻辑重构: “信”-能力、状态-法律-保护性规则-注意义务, “义”-道德、品性-核心价值观-防范性规则-忠实义务。

在这个逻辑结构中,忠实义务是信义关系的核心,在信义义务中居于基础地位,为受托人标明了一个总体目标,他必须自觉地以“义”这一准则为导向,在道德、委托合同——或者也是法律调整的——范围内为受益人最大利益考虑,而不得使自身利益凌驾于其所担负义务之上。这体现忠实义务的防范性规则: 从委托人的角度看,法律和合同自不言说,公序良俗也为受托人创设了义务,以供法官在利益受到损害时加以引用;从受托人的角度看,既受人之托,则须忠人之事,“义”无反顾。注意义务是以“信”的方式实现信义关系,是对受托人忠实义务在其行为上的规定,是其为了促成“义”之目的而运用自身知识、经验等独立的自身条件为受益人之最大利益行为。相较忠实义务,注意义务较易以法律进行规制,一般以“普通谨慎的人”的标准来衡量,通过对积极作为义务的规定来体现注意义务的保护性规则。

基于这样的逻辑结构,当违反忠实义务和注意义务时,因两者在信义义务中所处位置和规制侧重的差异,法律惩处机理自然有所差异: (1) 忠实与注意义务均得以履行: 如果受托人在无故意或过失的情况下,按照法律规定忠其事尽其能,仍然使受益人权益损减,但因为受托人的“守义重信”,也应该认定受托人已履行了信义义务,正所谓“信近于义,言可复也”。(2) 违反忠实义务: 如果受托人违反忠实义务则触犯了防范性规则的“义”,涉及品性问题,通常为故意,在无抗辩理由的情况下,“无义则乱”,^①自然构成违反义务,甚至无须过问注意义务的履行情况。(3) 违反注意义务: 如果受托人仅违反注意义务则应以过错为要件,如果是过错或重大过失应承担过错或重大过失范围内的责任;如果认为一般过失不超出某种行业“谨慎的人”的行为的范围,^②则“言不必信,行不必果,惟义所在”,^③可以认定其并未违反信义义务。

四、现代信义义务的法律重构

中国法律界囿于成文法思维,对信义义务概念进行精确界定的努力一直没停止过,而对信义义务内部的逻辑关系鲜有研究,这使得信义义务的概念仍然停留在英美法系那种松散的“义务束”状态,缺乏内在的逻辑主线。在传统信义义务逻辑结构基础上对现代信义义务进行逻辑重构有助于明确信义义务的内涵和外延,从而有助于我们在法律层面对信义义务制度做出更科学的安排。以信义义务的内涵逻辑为基础,在宏观和自然法层面构建法律体系中的信义文化,在微观和实在法层面的信义制度设计中,以一般信义义务统摄实践中各种信义关系中的受托人义务,将信义义务的内在逻辑贯穿到具体信义义务制度中。从立法技术上讲,首先需要用一般性规定来统领和调整散落在合同、代理、合伙、信托以及公

^①参见《墨子·天志》,李小龙译注,中华书局2007年版,第104页。其意为“天下之事,有义的就治理,无义的就混乱。”

^②比如业务判断规则“业务判断规则是美国公司法发展出来的重要规则,它和董事的注意义务相对,在判断董事和高级管理人员的决策错误责任中,作为注意义务的判断要件,并起到免责事由的作用。”参见邓峰《业务判断规则的进化和理性》,载于《法学》2008年第2期。

^③参见《孟子·离娄上》,杨伯峻译注,中华书局1988年版,第172页。其意为“通达的人说话不一定句句守信,做事不一定非有结果不可,只要合乎道义就行”。

司等众多法律关系中存在的信义关系。

(一) 在民法典中明确信义义务基本内涵

1. 明确一般信义关系范畴。基于“义”在信义义务中的核心地位,以是否存在“义”的要素作为信义关系的判断标准,即如果要求一方将另一方的利益置于自己利益之上,另一方的利益是交易的出发点和归属点,则该两方的关系即为信义关系,而非一般的合同关系。一般信义关系的界定可设置于民法典的总则编,作为代理、信托等的上位概念加以规定。

2. 确立信义义务与诚信义务并列的法律地位。信义义务的逻辑结构使我们得以将信义义务与诚信义务区分开来。“从基本内涵来看,信义义务中的忠实、谨慎义务可以放入诚实信用的框架内,从功能的角度,后者也足以取代前者。”^①基于此许多学者以为信义关系的规制可以由其他法律制度如诚实信用原则等来代劳,以致于怀疑在诚实信用原则以外引入信义义务法律规则的必要性。然而,诚实信用原则中包含的忠实、谨慎的因素,与信义义务中的忠实和谨慎义务的目标是不一样的,前者是在勿害他人的前提下追求自我利益的最大化,后者是在利他的要求下追求委托人利益的最大化。在合同关系中,忠实与谨慎是当事人对待合同所应有的态度,并且是两个平行的概念,忠实要求当事人应善意地履行合同中双方达成的一致意思表示,谨慎是指以理性普通人的标准履约并不得损害对方当事人利益。两者都是为了促成当事人追求自我利益最大化时与整体社会秩序的平衡,是利己主义和社会公共道德之间的润滑剂。信义义务中的忠实和注意处于不同层级,忠实义务要求受托人对委托人的忠实,是核心和引领,在这个基础上,衍生出受托人对委托事项的谨慎注意义务。两者都是为了促进信义目标即委托人(或受益人)一方意愿的实现,是利他主义的催化剂。

诚实信用原则被称为民法中的“帝王条款”这一现象本身就说明了它代表着的社会一般道德标准。在合同中,一般情况下,当事人利用违约赔偿条款获得比按约履行合同更大利益时不该被认为是违反了诚实信用原则,因为平等当事人间在意思自治前提下本身就享有利用合同违约赔偿条款的权利。“相反,合同主体如坚持要求相对方实际履行合同义务,而不接受合同所约定的违约赔偿金的替代履行方式,则被视为恶意,因为其被认为试图获得在订立合同时没有期待得到,且从未支付对价的非交易利益。”^②应当注意到,虽然事实上情况各异,但这样利用违约赔偿条款的权利在程序上对各当事人是机会均等的。而这样的规制机理明显不符合信义义务的本旨。信义关系下受托人所负信义义务的目标只有一个,即保证信托目的的实现。违反忠实义务或者“普通谨慎的人”标准下的注意义务,必然违反信义义务,信义义务项下不可能存在受托人可从中获得效益的违约条款。忠实义务的严格标准要求受托人在履职时不得使第三人利益与受益人利益冲突,^③更不用说受托人自谋私利了。因此如前文提到的在英美法系国家的司法判例中还有确认信义义务包含诚信义务的观点。即信义关系中的受信人必须对委托人和受益人负有诚信(faith)、忠实(loyalty)、正直(candor)并为其最佳利益工作的义务。这些判例一方面显示出诚信义务与信义义务的不可相互替代性,另一方面显示出忠实义务与注意义务相加并不能完全涵盖信义义务本身。^④以合同诚信义务或忠实勤勉义务笼统的替代信义义务屏蔽了信义义务的本质特性,甚至会失去对个案的公正判断。

明显的,信义义务对受托人的道德要求比诚实信用原则对当事人的标准高。更重要的是诚信原则适用时具体,它着眼于具体当事人之间的法律关系,强调忠于事。而信义义务法律规则适用时抽象,体现了整体社会的道德要求和价值取向,注重忠于人。故而诚实信用原则不能取代信义义务法律规则的功能,应该在立法中确立信义义务与诚信义务并列的法律地位。

3. 以“义”之忠实义务作为统领信义义务的总括条件和主线。信义义务法律规则的主线为“义”之忠实义务,其作为信义法律规则总纲的地位应在立法中予以明确。这一总纲地位体现在四个方面:一是

①徐化耿《论私法中的信任机制——基于信义义务与诚实信用的例证分析》,载《法学家》2017年第4期。

②朱圆《论信义法的基本范畴及其在我国民法典中的引入》,载《环球法律评论》2016年第2期。

③参见 Paul B. Milles, “Justifying fiduciary duties”, 58 McGill L.J., 977(2012-1013)。

④参见 Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc., 663 A. 2d 1156, Del. 1995; Malone v. Brincat, 722 A.2d 5, tO, Del. 1998; Emerald Partners v. Berlin, 787 A. 2d 85, Del. 2001。

体现忠实义务作为信义义务总括条件的地位和管辖口径;二是对注意义务项下所有条款的统摄地位,以其统领力量总括对实现信义关系目的的支撑作用;三是统一“义”之忠实义务本身的规制口径:有别于现阶段忠实义务和注意义务平行规制的理念,只要违反义之忠实义务,必然违反信义义务,注意义务在所不问;四是在法律适用上的超前性,这一超前性体现在“义”的概念与不同时期社会整体价值追求和道德水平灵活自适应的特性,也可以缓解社会快速发展与立法相对滞后间的张力。

这种将“义”之忠实义务看作是一个“对信义的司法约束”(a juridical constraint on fiduciaries)的立法思想,^①可在成文法系统内最大限度地保留信义义务在衡平法中的特质,即开放性,有利于激发信义法律制度在成文法中的活力;也符合中国人对“义”这一道德概念中所拥有的广泛约束力的认同,有利于信义法律制度在我国的潜力发挥。

4.明确“信”之注意义务在信义义务法律规则中的过错归责性。法律不强人所难,违反与受托人能力或状态相对应的“信”之注意义务并不必然引起受托人信义义务的根本违反,正所谓“言不必信,行不必果,惟义所在”。因此对注意义务违反的认定需要过错的认定。现行信托法对违反注意义务的认定与此似乎并无二致,但是我们应当看到两者的不同进路,后者以普通民法法理为基础,而前者除此之外,也是信义法律制度本身的逻辑关系使然。立法中应因循信义本旨,从信义义务法律规则内部逻辑结构的角度体现“信”之注意义务的法律地位和规制机理。

理论界对注意义务的立法建议多集中在对其可操作性的改进上。然而在确定了注意义务与忠实义务在信义义务法律规则中的关系和地位以后,对它在另一个方向上,即对其概括性的梳理的思路也应该被树立起来。因为第一,既然在信义义务法律规则中是因“义”置“信”,则“信”理应在制度背景的适应度上最大可能地与“义”相匹配,列举式的注意义务很难做到这一点,随着时代背景有转变,以不变的“信”对应灵活的“义”难免力不从心;第二,从立法技术上说,对注意义务的概括性条文是注意义务与忠实义务的逻辑联结点。如前所述,注意义务是忠实义务的外在表现,忠实义务统摄注意义务,被列举出的各项注意义务与忠实义务在逻辑上并非一一对应的关系,这中间的逻辑过渡可以交由对注意义务的概括性条文完成;第三,在一般信义关系判断完成后,在信义义务法律规则的逻辑基础上给注意义务做一个一般性规定在理论上具有可行性,因为这个逻辑关系的存在给了它更多的上下文联结点。当然,对“信”之注意义务可操作性方面的立法努力也应同时进行,两者并不矛盾。比如“信”之注意义务的一般性规定可加入商业判断规则。英美法董事注意义务使用商业判断规则正是为了厘定履行注意义务过程中的过错及其程度而引入的概念。

(二) 建立具体信义关系中的信义义务规则

有学者认为在存在信任关系的场合即多少存在着信义义务,除信托关系中的受托人,公司中的董监高,还有代理关系中的代理人、合伙组织中的普通合伙人、职业经理人、控股股东、律师、医生,甚至是父母、学校对于未成年人等都有可能成为信义义务的承担者。^②这种观点背后的逻辑基础就是将“义”相较“交易安全”置于更高的位阶。以“义”为信义关系的核心判断标准,可给予信义关系及信义义务在更广阔领域的延伸和适用的可能,从而解决目前司法实践中各种非信托信义关系的法律适用混乱。信义义务法律规则应着眼信义义务内部逻辑结构与现代法治思想的吻合,因为道德的广泛性特点,入法时不能把主要精力用来穷举其项下忠实义务与注意义务的具体内容上,而是要将体现信义义务逻辑结构的规则贯穿具体法律制度之中。

目前理论界对信托法的受托人对委托人以及公司法的董监高对公司的义务属于信义义务的认识基本一致,至于合伙企业的普通合伙人对合伙、律师对委托人、监护人对被监护人以及医生对患者等等这些具有信义属性的义务的性质到底如何定性,立法和理论界都还不明确。这种不明确使得义务的具体内容和责任的归责、承担也无法清晰确定,从而使得信义关系的信义价值和功效无法实现。如果民法典能够在总则中明确界定一般信义关系和信义义务的内容,则可以此为基础涵摄具体部门法中存在的信

^①参见 Andrew S Gold & Paul B Miller, "Philosophical Foundations of Fiduciary Law", Oxford University Press(reprint),2016,pp.6.

^②参见 Andrew S Gold & Paul B Miller, "Philosophical Foundations of Fiduciary Law", Oxford University Press(reprint),2016,p.63-91.

义关系,具体部门法在明确规定某类关系适用一般信义关系和信义义务的基础上,仅就特殊信义关系的特性做出规定即可。

当然,信义义务由信托法向其它法律领域的延伸,应该防止出现“套用信托公式的危险”,^①其法理基础的研究上也还存在许多亟待解决的问题。譬如,合同关系双方当事人是平等民事关系,而信托关系中的当事人关系更为复杂。前者可否被看作后者的特例?合同义务与信义义务之间的关系如何?譬如,如果当事人通过合同条款可以消除基本的信义标记,^②则以信义义务来概括合同义务会不会陷入逻辑陷阱?涉及到法律体系时,还存在一些深层次的问题,如不同法系对财产所有权的理解和规定、信义义务与法律体系的冲突处理、协调融合等。为此有学者提出“信义义务是一种为他人最大利益使用权力或者行为的义务,它仅仅出现在一些极端的情形下,不能毫无原则地滥用。”^③

结语

现代社会,基于“经济人假设”这一前提,人们对用道德来约束的东西总是不太放心,在信义关系中对受信人的义务进行某种程度的外化限制,如设定资质、评价信用等。这种资质和信用是受信人在多次履行信义义务过程中积攒起来的“道德外衣”和“能力铭牌”。这两者给予委托人对受信人履行忠实义务和注意义务的信任,促成信义关系的形成。对比“白帝城托孤”,刘备对诸葛亮履行信义义务的信任来源于对诸葛亮长期以来忠诚和贤能的经验认识和判断,保护性规则须于事后才得启动的可能,现代社会的这种“道德外衣”和“能力铭牌”使得委托人对受信人的信任基于一种更客观和更可靠的社会评价,保护性规则与防范性规则两者所预设的功能也都能在某种程度上提前发挥作用,对稳定信义关系是有着积极作用的。因此完善包括社会征信系统在内的一系列信义义务法律规则的配套制度建设也十分重要,其作用在于以一种系统的制度力量配套信义义务的实施,或者从另一个角度来看,信义义务需要一套制度框架来支撑其生存的空间。

Subject: The Traditional Logic and Modern Construction of Fiduciary Duty

Author & unit: WANG Yingying(Northwest University of politics and Law, Xi'an Shaanxi 710063, China)

Abstract: The application of the fiduciary duties in China's judicial practice has been almost silent. The direct reason is that the legal concept of the fiduciary duties are evaded in the application of law. The fundamental reason is that the concept of the fiduciary duties in our country's legislation still stays loose in the "duty beam" state in the Anglo-American legal system. The lack of internal logic of the main line, the connotation and outline are not clear, leading to the essence of the concept of fiduciary duties is difficult to take root in the statute of China, people's agreement to the concept of the fiduciary duties also lack the internal motivation. The traditional social life of our country contains simple relationship of fiduciary, and the excellent traditional culture also contains the fiduciary duty phenomenon with logical structure. "Righteousness" is an inherent moral norm, and "faithfulness" is an external standard of conduct. This logical structure was introduced into China's legal system after modern interpretation and the spirit of the new era was given to it, the general provisions of the fiduciary obligation were stipulated in the general provisions of the Civil Code, and construct the specific fiduciary duty system of civil and commercial affairs systematically.

Key words: the fiduciary duties; the traditional logic of fiduciary duty; legal restructuring; principle of good faith

责任编辑:吴岩

①Fletcher Moulton 大法官所谓“套用信托公式的危险”是说,信义关系是一种因事制宜的救济,在所有类信义关系的情况下不加甄别地适用信托救济的做法是荒谬的。参见 Re Coomber, Coomber v Coomber(1911) 1 Ch.723。

②参见徐卫《解读信托法律关系中的信任》,载《海南大学学报》2009 年第 3 期。

③范世乾《信义义务的概念》,载《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2012 年第 1 期。