

# 论信义法的基本范畴及其在我国民法典中的引入

朱 圆

**内容提要:**信义法是普通法系国家法律体系中极为重要的组成部分。在普通法系,信义法主要适用于委托人将自己享有重要利益的事务委托给受托人,受托人因此享有对受托事项较为宽泛的自由裁量权的法律关系。信义法律关系广泛存在于监护关系、专家服务以及机构(组织)的管理中。信义义务和信义救济制度的规则设计均充分体现了立法者对信义法律关系中委托人和受托人实力、信息不对等的基本状况的考虑,同时此两类规则的制度设计亦使得信义法从根本上区别于合同法。我国民法典总则编中所涉及的监护和代理制度在一定程度上符合信义法律关系的某些特征,在传统理论之上,可适当细化制定相关主体的信义义务规则。

**关键词:**信义法 信义法律关系 信义义务 信义救济

朱圆,福州大学法学院副教授。

## 一 引 言

在以专业分工日益细化为基本特征的当代社会,诸如董事、理财师、会计师、律师等各类专家服务在人们生活中发挥着日益突出的重要作用。推动专家服务的发展有助于减少社会个体学习专业知识的负担和成本,进而降低社会整体运行成本,符合国家根本经济利益。但是,人们在将自己享有核心利益的事务委托专家处理的同时,亦产生了对专家可能滥用受托权而损害委托人利益的顾虑。因而,如何对专家提供专业服务的行为进行有效监管,以推动专家服务业的健康发展,已经成为亟待各国立法者解决的重要课题。

在普通法系国家,已经有300多年发展历史的信义义务制度被广泛运用于对专家施以法律义务的核心制度,在一定程度上,信义法以专家服务为主要内容,但其覆盖范围并不仅限于专家服务。在信义法律关系中,为确保受托人能够履行受托职责,需要向其授予权力或财产,但这种授权也为受托人带来滥用权钱的巨大诱惑。以信义义务为核心的信义法的存在价值就在于对受托人履行受托职责的行为进行监管,以弥补委托人凭借自身

力量不足以有效监督受托人的缺憾。

信义法的诞生可以追溯至数百年前,但在近年受到学界更广泛的重视,有学者甚至主张赋予信义法以独立法律部门地位,因而可以说它是普通法系国家古老而又新兴的法律分支。信义法虽然历史悠久,但相关研究非常薄弱。法官和学者们对信义法的一些核心法律问题,如信义法律关系的存在范围、信义义务的基本结构、信义法的理论基础等系列问题既达成一般共识,也存在诸多争议,以至于学界公认“信义法是普通法系私法中最为重要但研究最为薄弱的领域之一”,<sup>[1]</sup>正是由于信义法在法律体系中地位的重要性及相关研究的滞后性,近年以加拿大和美国为代表的西方学界掀起了研究信义法的热潮。

了解西方学界对信义法的研究成果对于开拓信义法在我国运用空间以及完善我国法律体系具有重要意义。本文致力于实现的基本目的包括两个方面:一方面,从信义法的基本范畴(即信义法律关系、信义义务、信义救济制度)、信义法与合同法的区别、信义法在普通法系国家的晚近勃兴三个层面向我国学界推介信义法这一在近年受普通法学界广泛关注且具有巨大发展潜力的法律问题;另一方面,探究信义法律制度为我国更多法律领域所纳入的必要性,特别是分析民法典总则编中的监护制度和代理制度纳入信义法律规则的必要性及路径。

## 二 信义法律关系

信义法起源于普通法系衡平法调整信托委托人、受托人和受益人之间关系的法律制度,经过一段时间的演变,这些规则的适用范围扩展至其他法律领域。<sup>[2]</sup>判定是否存在信义法律关系是开启和适用信义法的第一步,然而学者和法官还在为寻求该问题的答案而展开激烈争辩。多年以来,他们尝试对信义法律关系的基本概念和要素进行梳理,并力求准确回答以下问题:什么是信义法律关系?它具有哪些基本要素?信义法律关系存在于哪些法律领域?如何认定信义法律关系?

### (一) 信义法律关系的基本要素

一些学者和法官尝试界定信义法律关系存在的法律环境及其构成要素,但至今还没有出现对于信义法律关系的人们普遍认可和接受的定义。在弗兰科(Tamar Frankel)教授看来,信义法律关系的三个要素是:财产或权力的委托、委托人对受托人的信任和委托人承受风险。<sup>[3]</sup>她还认为,信义法律关系有四大基本特征:其一,受托人提供的是服务;其二,因履行职责所需,受托人必须被授予权力或财产;其三,这种授权行为对委托人带来的风险是受托人可能滥用受托权力而损害委托人的利益;其四,由于委托人在信义关系中自我保护能力不足,抑或市场机制未能对委托人提供足够充分的保护,需要法律介入到信义

[1] 参见2013年在美国德保罗大学举办的信义法国际研讨会上主办方对参会者和公众的致辞,网址:<http://law.depaul.edu/about/news/Pages/legal-scholars-to-address-philosophical-issues-raised-by-fiduciary-law.aspx>,访问时间:2016年3月9日。

[2] Sarah Worthington, *Equity*, Oxford University Press, 2003, p. 129.

[3] Tamar Frankel, *Fiduciary law*, Oxford University Press, 2011, p. 5.

关系中。<sup>[4]</sup>

米勒(Paul B. Miller)教授主要从受托人在信义法律关系中的裁量权的角度来阐释信义法律关系,他提出只要受托人能够对涉及委托人重要利益的事务行使自由裁量权(信义权力),就可以认为委托人与受托人之间存在信义法律关系。<sup>[5]</sup> 另一个被广泛援引的案例将信义法律关系的基本要素诠释为:受托人享有一定的自由裁量权、受托人可以单方面行使自由裁量权并由此对受益人的法律利益或实际利益产生影响;受益人的利益易受受托人履行受托职责行为的影响或侵犯。<sup>[6]</sup> 在一些学者和法官看来,一方享有对另一方核心利益的“自由裁量权”是构成信义法律关系的必要条件。一个案件中,迪克森(Dickson)法官指出:“自由裁量权是构成任何信义法律关系的首要因素”,他强调,“虽然对信义法律关系的构成要件存在多种不同的观点和争议,但人们对‘受托人享有自由裁量的权力’作为信义法律关系的要素已经形成共识。”<sup>[7]</sup>

尽管学者们尝试归纳了信义法律关系的若干要素,但它们对于司法实践中信义法律关系的认定只具有一定的参考意义。事实上,在司法实践中认定信义法律关系具有相当的难度也存在大量争议。

## (二) 已经被认定为信义关系的法律关系类型

信义法律关系在普通法系中普遍存在,信义义务早已经成为确保许多重要的社会关系以及机构和组织健康运行的重要制度。加拿大法院对信义法律案件的审理和相关法律规则的把握能力处于世界领先地位。在具体的案件审理中,加拿大法官通过两种途径来辨别是否存在信义法律关系。第一种辨别方法是“基于状态(Status-Based)”辨别法,这种认定方式已经被长期使用,且运用最为广泛。在这种模式下,法官依据法律关系的具体类型来认定是否存在信义法律关系。法院在认定特定类型的法律关系为信义法律关系的基础上,将涉案法律关系进行归类(例如,归类为债权人与债务人、受托人与委托人或律师与当事人之间的关系),进而判定其应否被视为信义法律关系。第二种辨别信义法律关系的方法是“基于事实(Fact-Based)”辨别法,在这种模式中,法官考察涉案当事双方之间法律关系所具有的基本特征,并比照信义法律关系的一般特征来判别涉案法律关系是否属于信义法律关系。运用该模式最大的难点在于如何确定信义法律关系所具有的一般特征。<sup>[8]</sup> 由于法官对信义法律关系的核心特征和要素尚未达成共识,“基于事实”模式在司法实践中的运用具有模糊性。事实上,在多个著名的信义法相关案件中,赞同和反对将某种法律关系界定为信义法律关系的审判法官数量旗鼓相当。<sup>[9]</sup> 信义法律关系在司法实践中的认定困惑由此可见一斑。

需要指出的是,在运用“基于状态”模式来辨别是否存在信义法律关系时,法官还需

[4] Tamar Frankel, *Fiduciary law*, Oxford University Press, 2011, p. 6.

[5] Paul B. Miller, *Justifying fiduciary duties*, 58 *McGill L. J.* 969, 1015(2012-2013).

[6] *Frame v. Smith*, [1987] 2 SCR 99, 42 dlr(4<sup>th</sup>) 81, 136.

[7] 2009 SCC 48, [2009]SCR 247[Galambos] paras 83-84.

[8] Paul B. Miller, *A Theory of Fiduciary Liability*, 56 *McGill L. J.* 235, 243(2011).

[9] Peter Birks, *Equity in the Modern Law: An Exercise in Taxonomy*, 26 *UWAL REV* 1, 17-18(1996).

要结合案件的具体情形,即考察当事方发生法律纠纷的情形,辨别在那个情形下当事双方的法律关系是否应界定为信义关系。<sup>[10]</sup>换言之,法庭不是根据当事人之间法律关系的类型直接认定信义法律关系的存在与否,而是结合涉案法律关系的实质内容进行考察。因而,可以说“基于事实”辨别模式是对“基于状态”辨别模式的必要补充。正因为如此,信义法律关系是开放而非封闭的法律关系,除已经确认为信义法律关系的那些法律类型外,其他法律关系可能在审判中经法官认定而被纳入到信义法律关系的范畴。另一方面,鉴于信义义务对受托人履行职责的行为标准提出了较为严苛的要求,法院在考虑是否增添新类型法律关系至信义法律关系群时极为慎重,以避免信义法律关系范围的不当扩张给当事人带来不必要的法律负担。

### (三)信义法的适用边界

在认同信义法在维护社会公共秩序,即人与人之间基于互相信任而形成的专业分工所发挥的重要作用的同时,学者也认识到并非所有的人与人之间的互相依赖关系都可以被界定为信义法律关系。在认定信义法律关系是否存在时,法官主要考察的内容是在相关法律关系中委托人或受益人对另一方的“依赖”和“利益受影响”的程度、法律关系的性质和实质,以及法律关系对整个社会的价值和重要性。<sup>[11]</sup>

对于委托人或受益人对受托人何种程度的依赖能够引发信义法律关系,在 *Hodgkinson v. Simms* 案中,法官提出了非常重要的观点:“在判断应否认定为信义法律关系时,应以受益人对受托人利益的依赖程度为主要考查依据。在不同的情形下,一方对另一方的依赖区间可以包括从完全依赖到完全独立。迄今为止,加拿大法院仅在一方对另一方完全依赖的情况下,才认定当事方的法律关系为信义法律关系。”<sup>[12]</sup>

多年来,法庭在案件审理中不断对信义法律关系的外延进行扩容,而学者也纷纷撰文对何种类型的法律关系可以添加到信义法律关系群体中进行探讨。<sup>[13]</sup> 其中一个非常耐人寻味的法律问题是——亲密朋友之间的法律关系能否界定为信义法律关系。在多年的亲密交往所形成的挚友关系中,一方可能基于对另一方的信任而将非常重要的消息向另一方透露,此消息可能涉及数额巨大的经济利益。如果获得消息的朋友有意泄露该消息而使另一方遭受经济损失,那么利益受损方能否基于信义法要求泄露信息者承担违反信义义务的法律责任? 对于此问题,人们看法各异。有法官反对将朋友关系纳入信义法律关系的范畴,主张“人与人之间温暖的友情、信任和情感是相互和双向的,但每个主体又都是自给自足,各有行为能力和互相独立的。这种友情关系中的幸福感普遍存在,但它不

[10] Leonard I. Rotman, *Fiduciary Doctrine: A Concept In Need of Understanding*, 34 *Alta. L. Rev.* 821, 829 (1995 - 1996).

[11] Leonard I. Rotman, *Fiduciary Law's Holy Grail: Reconciling Theory and Practice in Fiduciary Jurisprudence*, 91 *B. U. L. Rev.* 921, 957 (2011).

[12] *Hodgkinson v. Simms*, [1994] SCR 377, 117 dlr(4<sup>th</sup>) 161, 467 - 468.

[13] 相关论文如 Harold Brown, *Franchising: A Fiduciary Relationship*, 49 *Tex. L. Rev.* 650 (1971); Paul B. Miller & Charles Weijer, *Fiduciary Obligation in Clinical Research*, 34 *J. L. Med. & Ethics* 424 (2006); Brett G. Scharffs & John W. Welch, *An Analytic Framework for Understanding and Evaluating the Fiduciary Duties of Educators*, 2005 *BYU Educ. & L. J.* 159 等。

是法律意义上的信任关系。友情本身并不足以构成信义法律关系”<sup>[14]</sup>但也有学者和法官认为亲密朋友的事实可能引发其相对方的脆弱性,况且在朋友关系中,对相对方的行为监管是极为困难的,由此易滋生投机行为。<sup>[15]</sup>莱布(Ethan J. Leib)教授认为,“一方面,在友情的法律情境下,信任的背弃可能带来高昂成本。另一方面,为营造友情,构建彼此间和谐的亲密关系,朋友之间应互相信赖。如果没有充分的信息沟通、真诚的交流,就无法获得友情。因而信义法塑造友情法律环境下的行为标准是有必要的。”<sup>[16]</sup>莱布教授进而提出,如果我们能慎重接受“朋友关系是信义关系”模式,我们就能在友情关系的培育中获得道义指引。<sup>[17]</sup>

### 三 信义义务与信义救济

#### (一) 信义义务的基本内容和框架

信义义务虽然在多个法律领域广泛应用,但人们对它的认识总体而言还很模糊。法兰克福(Frank Ford)法官在半个多世纪前对信义义务提出的观点直至今今天仍被广为引用:“认定一个人是信义义务的受托人只不过开启了分析的过程;它为进一步的分析指明了方向。这个人是谁承担信义义务?其作为受托人应承担怎样的义务?在何种情形下受托人可被指控未履行这些义务?受托人没有履行这些义务会导致怎样的后果?”<sup>[18]</sup>对信义义务法律制度认识的模糊性使得这一系列问题至今尚未找到令人满意的答案。

信义义务的核心内容是忠实义务,它要求受托人在履行受托职责的过程中以委托人或受益人利益为一切决策的出发点,不得从事任何与受益人利益相背的行为。忠实义务是信义法律关系所特有的义务,它不存在于其他类型的法律关系中。受托人的忠实义务被喻为“不可分割”的义务,<sup>[19]</sup>其行为标准高于市场自由交易主体的行为标准。<sup>[20]</sup>忠实义务包含几个层面:受托人应善意行事,不得将自己或第三人的利益置于委托人或受益人利益之上;不得将自己置于个人利益与信义责任相冲突的境地;非经委托人明示同意,不得在处理受托事务的过程中为自己或第三人利益行事,等等。有学者把忠实义务归纳为两类禁止受托人从事利益冲突行为的法律规则:<sup>[21]</sup>“利益冲突”规则禁止受托人从事将其个人与受益人的利益置于实际或存在潜在冲突可能的行为,由此禁止受托人追求一己之私的行为;“义务冲突”规则禁止受托人同时对两个利益互相冲突的主体服务,即便这其中不包含受托人的自私自利行为。也就是说,义务冲突规则要求受托人在履行受托职责

[14] Wilson v. Zorb, 59 P.2d 594, 596(Cal. Dist. Ct. App. 1936).

[15] Ethan J. Leib, Friends as Fiduciaries, 86 Wash. U. L. Rev. 665, 691-692 (2009).

[16] Ethan J. Leib, Friends as Fiduciaries, 86 Wash. U. L. Rev. 665, 691-692 (2009).

[17] Ethan J. Leib, Friends as Fiduciaries, 86 Wash. U. L. Rev. 665, 699 (2009).

[18] Robert B. Millner, What Does it Mean for Directors of Financially Troubled Corporations to have Fiduciary Duties to Creditors? 9 J. Bankr. L. & Prac. 201, 201(2000).

[19] Sandro Goubran, Conflicts of Duty: The Perennial Lawyer's Tale — A Comparative Study of the Law in England and Australia, 30 Melbourne U. L. R. 88, 104(2006).

[20] Meinhard v. Salmon, 164 N. E. 545, 576(N. Y. 1928).

[21] Paul B. Miller, Justifying fiduciary duties, 58 McGill L. J. 969, 977(2012-2013).

中避免第三人利益与受益人利益互相冲突的情形发生。在不同的法律环境下信义义务内涵各异,利己或利他行为在某些情形下如经向受益人清楚披露内容并得到其许可,或该行为属于已经被广泛接受的一般做法,或得到法院或法律的同意则可以实施。虽然学者们对信义义务应包括哪些具体类型持不同观点,但总体而言,学者对于将忠实义务视为信义义务的核心内容已经形成共识,同时多数学者认可注意义务应为信义义务的另一重要分支。此外,一些学者主张受托人对委托人所提供信息的保密义务以及向委托人进行充分信息披露的义务也应纳入其中。

在划定信义义务的外延时,应考虑信义法的立法宗旨。如果将防止受托人的自利行为视为信义法的主要立法目的,那么注意义务当然不必纳入信义义务的范畴。但如果把信义法视为承载维护社会公共利益,促进专家服务业健康发展,推动社会专业化分工发展进程的重要使命的法律,则信义义务理应涵盖注意义务的范畴。

在信义法律关系中,一方当事人对另一方的合理期待所厘定的信任和忠实的价值构成了普通法系法院所设计的信义标准的基础。因此,信义义务是开放性的,人们甚至认为这种开放式的标准太模糊从而无法为受托人提供有价值的行动指导,但这种开放式标准有助于从两个方面为人们使用信义服务注入信心。一方面,开放式的标准更容易适应变幻的社会需求;另一方面,模糊的标准有助于促使受托人谨慎地以更高的行为标准提供服务,以避免承担法律责任。<sup>[22]</sup>

## (二) 受托人承担信义义务的逻辑依据

与其他法律规则一样,信义义务的设定是基于对人性和对人类先前行为的了解而产生的综合假定——受托人在履行受托职责的过程中趋于为维护自己的利益而侵害他人利益。<sup>[23]</sup> 信义义务植根于信义法律关系。在 *Blueberry River Indian Band v. Canada* 案中,法官指出,“当一方当事人被授予对另一方当事人利益的控制权,而另一方当事人相应地失去对自己利益的控制权,或当另一方当事人的利益易受到来自受托方的侵害,那么受托人作为权利拥有者应承担为另一方当事人的最佳利益而行使权利的义务。”<sup>[24]</sup> 在信义法律关系中,委托人并不能事先与受托人就受托人履行受托职责的细节进行具体约定,受托人享有的对委托人利益的控制权因而包含相当程度的自由裁量成分。此外,信义法律关系通常涉及委托人拥有较重要利益的情形。由此看来,法官们认为向受托人施以信义义务的根本理由是受托人对委托人的重要利益享有较广泛的自由裁量权,而委托人的利益则处于易受侵害的状态。

米勒教授用信义权力来阐述信义义务的法律依据,他认为,受托人承担信义义务的法律根源在于其所享有的对受委托事项的信义权力,信义权力并非来源于受托人的自有权力,而是派生于原本归属于委托人或受益人的权力。鉴于信义权力源于受益人的固有权

[22] Edward J. Waitzer and Douglas Sarro, *The Public Fiduciary: Emerging Themes in Canadian Fiduciary Law for Pension Trustees*, Comparative Research in Law & Political Economy, Research Paper No. 24/2013, p. 177. 网址: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/271>, 访问时间:2016年3月10日。

[23] Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, Oxford Press, 2011, p. 101.

[24] [1995] 4 SCR 344 at para 115, 130 DLR(4<sup>th</sup>) 193.

力,在行使信义权力的过程中必须以受益人的利益为基本出发点,而信义义务的存在价值就在于确保信义权力能够以有利于其设计目的的方式行使,确保受托人行使信义权力能够在法律的框架内进行。<sup>[25]</sup>

### (三) 信义救济

在普通法系国家,受托人如违反信义义务,其相对人可以有如下几种救济手段:如果受托人已经开始运作违反信义义务的新交易,受益人可以要求中止交易;如果受托人从违反信义义务的交易中获利,受益人可以要求受托人将其在交易中获得的不当得利归于信托财产;如果受托人在交易中获得了财产(如不动产),则在该财产上成立以原信义法律关系中的受益人为受益人、以受托人在信义关系中不当获得的财产为信托财产的法定信托。<sup>[26]</sup>

在信义救济制度下,受托人被要求将其在违反信义义务过程中获得的所有收益归于委托人或受益人。这种救济方式的特性突出表现在它的适用不受任何限制:无论受益人的利益是否因受托人违反信义义务而蒙受实质性损失,无论受托人是否在此中表现出明显的窃取个人利益的故意,受托人所获得的利益均需全部剥离。即便受托人的行为以维护受益人的核心利益为目的,只要受托人在此过程中获得了除薪酬外的个人利益,受托人便不能保留此利益。<sup>[27]</sup>

信义救济制度的设计应考虑信义法律关系为委托方带来的风险程度以及防范此类风险的其他法律保障;应着眼于对利益受侵害者提供补偿,并对违法者进行惩戒。信义救济制度设立的基本法理是一个人不得从其违法行为中获利,从更广泛的角度来看,是禁止不当得利。就信义法律制度自身而言,受托人所享有的信义权力源自委托人或受益人,受托人被视为代表委托人或受益人而行使信义权力的主体。<sup>[28]</sup> 受托人的代表者资格决定了受托人本人不能在行使信义权力的过程中为自己谋取不正当的利益。信义救济制度的规则设计还源自信义义务的特殊性质,亦即不得当剥夺相对方对于忠实服务的合理期待。此外,由于信义法律制度自身承载着服务于社会公共利益的重要任务,严厉的惩戒措施无疑对信义服务行业的整体质量提升有明显的推动作用。<sup>[29]</sup>

## 四 信义法与合同法的区别

信义法与合同法的关系问题是信义法学者关注的焦点问题之一,但也是难点之所在。在过去的数十年里,普通法系国家学者和实务工作者对于信义法律规则的地位提出了不

[25] Paul B. Miller, *Justifying Fiduciary Duties*, (2013) 58:4 *McGill LJ* 969, 1020 - 2021.

[26] John D. McCamus, *The Evolving Role of Fiduciary Obligation*, in *Meredith Lectures 1998 - 1999, The Continued Relevance of the Law of Obligations: Back to Basics*, Les Editions Yvon Blais, 2000, p. 177. 另外,法定信托是一种救济方式,它并不是真正意义上的信托,受托人并不承担实质意义上的信义义务,而仅承担将利益返还受益人的义务。*United States v. Fontana*, 528 F. Supp. 137, 143 (S. D. N. Y. 1981).

[27] Paul B Miller, *Justifying Fiduciary Remedies*, 63 *U. Toronto L. J.* 570, 571 (2013).

[28] Paul B Miller, *Justifying Fiduciary Remedies*, 63 *U. Toronto L. J.* 570, 572 (2013).

[29] Paul B Miller, *Justifying Fiduciary Remedies*, 63 *U. Toronto L. J.* 570, 622 (2013).

同的观点,集中表现为对信义法律规则是否应归属于合同规则的不同看法。多数学者主张信义法律规则显著区别于合同规则,但少数法官和学者提出了相反意见。<sup>[30]</sup>而在信义法学者看来,那些主张信义法等同于合同法的学者和实践工作者对信义法缺乏足够的了解。此外,尽管信义法异于合同法在普通法学界已经赢得普遍共识,但大陆法系国家大多用合同法来取代信义法。当前,我国的专家服务主要由合同法调整,因此了解信义法与合同法的区别,对于我国立法应否以及在多大程度上引入信义法律制度的决策具有重要意义。

### (一)信义法与合同法区别的理论之维

在以专家服务业为主体的信义法律关系中,受托方拥有专业技能或力量的优势,而委托人则受囿于知识、时间和监督能力,与受托人存在实力不对等的情况。信义义务和信义救济制度的规则设计正是基于当事双方实力不对等所做出的选择。相反,当合同法从“身份法”中剥离时,它脱离了某些人性的基本特性(如脆弱性),而采纳了这样一种假设观点——如果合同是自愿达成的,合同条款是当事人的实力而非弱势的表现。<sup>[31]</sup>换言之,合同法律规则的设计不考虑当事双方外部条件的差异,而假定合同条款建立在当事方对等谈判的基础上。基于这种假定,法官在审理案件时充分尊重并主要依赖当事方所拟定的合同条款。

合同主体对当事方在合同框架下的权利义务安排与信义法律关系主体对彼此权利义务的约定模式正好相反。在合同关系里,交易双方遵照约定履行彼此的权利义务(事前模式)。而在信义法律关系里,由于受托人履行职责的期限长,内容复杂,无法事先约定受托人履行职责的具体细节。受托人对自身如何履行职责及是否违反义务的判断是以职责履行的后果对受益人利益的影响为依据(事后模式)。在事先无法通过协议的方式明确约定相对方的法律义务细节的情形下,只能概括规定对受托人履行职责的要求。因此,应对受托人施以更严苛的行为标准和惩戒机制。<sup>[32]</sup>

### (二)信义法与合同法区别的规则之维

#### 1. 信义义务与合同义务

信义义务与合同义务的行为标准存在质的差异,这一方面体现为受托人/合同当事人是否承担为相对方利益行事的义务,另一方面体现为注意义务和信息披露义务的差异。信义法对受托人所施加的信义义务的“利他主义”行为标准已经超出了合同法对合同当事人履行合同义务的道德标准。合同各主体可以为自己的利益行事,合同主体的行为标准是市场交易的一般道德标准。在合同关系中,追求自我利益是一种常态,对合同一方当事人追逐自我利益的限制只能由另一方当事人在合同条款中予以施加。<sup>[33]</sup>相反,信义关系中的受托人承担忠实义务,其在履行受托职责的过程中有义务将委托人利益置于自身

[30] Gatz Props., LLC v Auriga Capital Corp., 59 A.3d 1206, 1213, 1216 (Del. 2012).

[31] Rafael Chodos, Fiduciary law, Why now? Amending the Law School Curriculum, 91 B. U. L. Rev. 837, 843(2011).

[32] Daniel Markovits, Sharing Ex Ante and Sharing Ex Post-The Non-Contractual Basis of Fiduciary Relations, in Andrew S Gold and Paul B Miller, *Philosophical Foundation of Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2014, p. 210.

[33] Tamar Frankel, Fiduciary Law, 71 Calif. L. Rev. 795, 830-832(1983).



利益之上。受托人违反信义义务除承担相应的法律责任外,还受到强烈的社会道德谴责。

在普通法系国家,合同法中的注意义务仅限于消极的不对另一方当事人带来合理可预见侵害的义务,而信义法中的注意义务则指积极的、以合理谨慎决定是否以及如何运用信义权力行事的义务。此外,信义法中的注意义务还包括要求受托人谨慎运用其所掌握的专业技能行事的义务。<sup>[34]</sup>

多数学者认为,信义义务还包括信息披露义务,受托人有义务向委托人披露其在受托交易中的利益冲突情况,而无论委托人是否提出相关要求。<sup>[35]</sup> 在合同关系中,除非一方提出信息披露的要求为另一方当事人所接受或合同中含有此类条款,合同当事人并无披露信息的义务。

## 2. 损害赔偿制度

合同法中违约方对相对方的赔偿责任总体而言是填补相对方所受到的损失,也即给予相对方相当于合同实际履行同样的价值;同时,如果违约行为为违约方带来比实际履行合同更大的利益,则违约方可以保留该利益,这种责任承担方式事实上鼓励了违约行为,并被法经济学家称为“有效益的”违约行为。“有效益的”违约行为并不违反合同主体的善意义务,因为合同当事人本就享有合同赋予的利用其中的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。事实上,合同法对合同当事人“善意”履行合同义务的要求从未禁止合同当事人寻求合同之外能带来更大经济利益的机会。<sup>[36]</sup>

此外,违反合同义务的救济方式通常体现为金钱赔偿,且仅要求违约方向另一方赔偿损失致其恢复原状。而违反信义义务的救济方式更多体现为实际履行;在运用货币救济方式时,委托人不仅有权要求受托人赔偿其损失,且要求受托人在自利交易中获得的所有收益均应归于受益人。这种严苛的惩罚方式能够有力地抑制受托人违反信义义务。可见,就救济制度规则的设计而言,信义法对受益人提供了更强的保护力度。<sup>[37]</sup>

## 3. 信义法律关系与合同债务关系

在合同法项下,一方为另一方管理财产的行为往往被视为金钱债务行为。然而,在信义法律框架下,管理被授权资产的行为与合同债务的实质精神相悖。在合同关系里,债务人可以自主决定合同标的物的管理和运作方法,合同对债务人使用财产的限制不能严苛到限制债务人为自己利益使用财产的程度。此外,在债务合同中,债务人有义务按合同约定的金额偿还债务或特定财产,而不论财产是否在合同履行过程中遭受意外损失。换言

[34] Edward J. Waitzer and Douglas Sarro, *The Public Fiduciary: Emerging Themes in Canadian Fiduciary Law for Pension Trustees*, *Comparative Research in Law & Political Economy*, Research Paper No. 24/2013, p. 179, 网址: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/271>, 访问时间: 2016年3月15日。

[35] Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, Oxford Press, 2011, p. 236.

[36] Daniel Markovits, *Sharing Ex Ante and Sharing Ex Post-The Non-Contractual Basis of Fiduciary Relations*, in Andrew S. Gold and Paul B. Miller, *Philosophical Foundation of Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2014, p. 216.

[37] Daniel Markovits, *Sharing Ex Ante and Sharing Ex Post-The Non-Contractual Basis of Fiduciary Relations*, in Andrew S. Gold and Paul B. Miller, *Philosophical Foundation of Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2014, p. 213.

之,合同标的物意外灭失的风险由债务人承担。而在信义法律关系中,即便信义财产由受托人持有,财产的实质所有权归属于委托人或受益人,信义财产升值或灭失的风险亦由委托人或受益人承担。

### (三)信义法与合同法区别的性质及价值之维

多年致力于信义法研究的美国学者型律师乔多斯(Rafael Chodos)认为合同法属于“交易法”,而信义法可以归类于“关系法”。换言之,信义法调整的是人与人之间的“关系”,而合同法调整的是人与人之间的“交易”。<sup>[38]</sup>在合同履行过程中,当事人可以追逐自己的利益。而“关系”是在长期的过程中逐步形成的,比如夫妻之间、老师与学生之间、律师和客户之间的关系;在“关系”的构建中,需要当事方彼此之间的合作,而这种合作是“交易”中所不存在的。<sup>[39]</sup>此外,就性质而言,合同法可以界定为“对人法”,主要涉及合同主体对相对方的权利义务。而信义法兼具“对人法”和“对物法”的属性。这是因为在信义法律关系中,受托人除承担对受益人的信义义务外,还被赋予为委托人的利益而管理受托财产或行使受托权力的权利,而受托财产和受托权力均可以视为“物”的一种类型。

信义法的一个基本立法宗旨是提升公众对信义服务的信心,进而促进这些服务所带来的经济和社会效益的实现。信义法为构建人与人之间互相依赖,彼此信赖的社会和经济关系,要求受托人在履行职责时遵守较高的行为标准,从而将受托人的个人利益置于具有更广泛重要性的社会和经济目标之后;<sup>[40]</sup>而合同法总体而言允许并鼓励当事人在合同履行过程中寻求自己的最佳利益。就制度设计而言,信义法让合同法、侵权法和不当得利法所特别维护的个人利益屈从于宏观的社会和经济目标,<sup>[41]</sup>从这个角度来看,信义法的诞生源起于对社会公共利益的维护,并以保护对整个社会具有重要价值和作用的法律关系为宗旨。

### (四)信义法与合同法律规则合体情境之辩

在主张合同法与信义法为不同类型法律制度的同时,需要特别指出的是,合同关系的存在并不意味着对信义法律关系的排除,相反,许多合同关系的创建可能同时引发信义法律关系,比如代理合同就是一个典型的例子。在合同当事双方存在信义法所保护的特殊范畴,即双方力量显著不对等,一方对另一方重要利益事项享有自由裁量权,一方当事人的利益具有脆弱性的特殊合同关系之中,当事双方的法律关系存在合同关系和信义关系的部分重叠。而当涉诉关系为信义法律关系与合同法律关系重叠时,原告在起诉时可以选择以信义法律关系或合同法律关系或二者结合为基础向法院提起诉讼。

当合同中蕴含信义义务规则时,一些学者基于信义法律关系的创建基于当事人的合

[38] Rafael Chodos, Fiduciary law, Why now? Amending the Law School Curriculum, 91 *B. U. L. Rev.* 837, 845(2011).

[39] Rafael Chodos, Fiduciary law, Why now? Amending the Law School Curriculum, 91 *B. U. L. Rev.* 837, 845(2011). 需要指出的是,基于对信义法主要是“关系法”的理解,乔多斯律师提出以“委托人对受托人的授权”来定义信义法律关系的形成似有不妥,因“授权行为”含有交易的元素。

[40] Leonard I. Rotman, Fiduciary law's holy grail, Reconciling theory and practice in Fiduciary Jurisprudence, 91 *B. U. L. Rev.* 921,923(2011).

[41] Leonard I. Rotman, Fiduciary law's holy grail, Reconciling theory and practice in Fiduciary Jurisprudence, 91 *B. U. L. Rev.* 921,933 - 934(2011).

意而主张信义法律规则在此情形下就是合同规则,因此不必区分信义法与合同法。具体而言,首先,信义义务一般滋生于合同法律关系,或受托人自愿设立的其他法律关系。其次,信义义务对合同项下其他义务的履行往往产生直接的制约作用。第三,信义义务在特定法律关系中的适用范围,或违反信义义务的责任范围,可以由双方当事人协商决定。信义义务的此类特性表明它具有合同的属性。<sup>[42]</sup>

信义契约论的典型代表——伊斯特布鲁克(Frank H. Easterbrook)和费希尔(Daniel R. Fischel)教授认为,信义义务条款对受托人创设了与其他合同条款同类的义务,信义义务条款可以视为合同中的默示条款。两位教授主张,信义义务条款是专家为非专家雇用所形成的关系合同的默示条款,此类合同的基本特征是履行期限长,受托人的责任复杂,委托人无法对受托人履行职责的行为进行量化的细致评估。在此类合同中,双方明确约定受托人履行职责的具体内容和细节是不明智的,对受托人施以信义义务的目的在于减少合同履行的代理成本。<sup>[43]</sup> 针对学者提出的信义法律关系区别于一般合同关系的核心特征是委托人与受托人之间的实力不对等以及委托人的利益易为受托人所侵害的观点,利佰斯坦(Larry E. Ribstein)教授指出,尽管信义关系中存在委托人与受托人之间的信息和专业技能不对称问题,但这并不意味着受托人在双方力量的较量中必然处于劣势,因为委托人享有选择受托人的决定权,其在确定受托人的人选之前可以基于受托人的声誉和先前的市场行为来考察受托人履行职责的可信度,而受托人亦愿意向委托人提供其声誉及相关信息以便委托人对购买何种信义服务进行抉择。利佰斯坦教授进而主张通过立法对当事人拟定合同条款的法律环境设定条件,以此平衡合同签订的特殊环境,特别是委托人与受托人在知识和阅历方面的差异,例如,法官和立法者可以规定受托人信息披露的内容,或要求受托人对合同条款的修改需征得委托人的明示同意,或规定受托人所承担的最低责任标准和赔偿范围等。<sup>[44]</sup>

笔者不赞同信义法律关系等同于合同法律关系的观点。一方面,合同中包含信义义务条款,这是信义法律关系与合同法律关系的重叠,而非合同法律关系对信义法律关系的取代。在信义法律关系与合同法律关系重合的情形下,信义义务滋生于信义法律关系而非合同法律关系。尽管当事人可以约定信义义务的具体范围,但其中要求受托人善意履行义务的内容作为信义义务的底限,不能随意修改。<sup>[45]</sup> 另一方面,尽管委托人可以对受托人进行选择,但一旦选择完成,受托人相对于委托人所享有的知识、信息、实力和自由裁量权的优势就无法改变,委托人自此处于利益易受侵害的脆弱状态,因而需要法律提供区别于合同法的更有力的保护。最后,需要特别强调的是,除非合同救济机制可以等同于信义救济机制,否则主张合同关系等同于信义法律关系毫无意义。

[42] Paul B. Miller, *Justifying Fiduciary Duties*, (2013) 58:4 *McGill LJ* 969, 980.

[43] Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, "Contract and Fiduciary Duty", 36 *J. L. & Econ.* 425, 427(1993).

[44] Larry E. Ribstein, *Fencing Fiduciary Duties*, 91 *B. U. L. REV.* 899, 907(2011).

[45] 关于将善意义务作为信义义务的底限的观点的详细阐述,请见 John Langbein, *Mandatory Rules in the Law of Trusts*, 98 *Nw. U. L. Rev.* 1105, 1124 - 1125(2004).

## 五 信义法在普通法系国家的晚近勃兴

在过去的二三十年中,为了回应知识分工与专家服务等社会变化对法制变革的要求,信义法在普通法系国家迅猛发展,因而可谓是普通法系国家古老而又新兴的法律分支。在此意义而言,信义法实为普通法系与知识经济时代专家服务型社会充分对接的产物,它表征的是普通法系与时俱进的品性。

### (一) 信义法在专家服务领域和公法领域的扩张适用

#### 1. 专家服务领域

尽管信义法律关系涵盖多个法律领域,但仔细审视信义法律关系存在的诸领域,可以看到除家庭监护及其他家庭成员之间的法律关系外,目前已经被明确定位为信义法律关系的受托人大多是各个行业的专家。比如,本人之所以选择代理人为其代理从事某行为是基于代理人所具有的专业技能;医院、大学、公司的管理层也具有经营管理的相关技能;信托受托人、合伙人亦然。鉴于此,弗兰科教授指出,在当代社会,专家服务关系是信义法律关系的核心组成部分。<sup>[46]</sup>

在信义法律关系中,委托人在将自己的事务委托给专家处理而节约个人时间成本的同时,也为自己带来了专家滥用受托权的风险。一方面,委托人必须赋予专家足够的自由裁量权,以确保专家能够在权限范围内履行受托职责,这是因为,对受托人履行职责的细节进行严密监控,不但无益于反而有损受托人提供服务的质量和效果。另一方面,由于专业知识的匮乏,委托人既无法对专家行使受托权的过程进行有效监督,亦无法在事后进行科学评估。而假若每个人都要学习专业知识力求成为各行业的“专家”以规避专家服务,那么势必造成大量的社会资源浪费。信义法的基本立法目的是维护信义服务质量,最终实现鼓励人们利用专家服务,促进社会专业化分工和节约社会资源的目的。

#### 2. 公法领域

近年来一些学者主张将信义法适用于分析行政人员和法官等主体所承担的法律义务。学者们提出,政府机关是一个公共信托,在管理政府机关的过程中应对行政人员施以信义义务。

政府以市民受托人的身份来行使权利的说法可以追溯至亚里士多德和西塞罗时代。在17世纪到18世纪英国宪法运动期间,该论点已经成为自由政府行为的主要标准,而相关思想可以在英国哲学家库克的《社会契约论》中找到根源。库克认为,社会契约条款指的是市民向政府赋予特定权力(可让渡的权利),由此市民可以更充分地享有其所保留的权力(不可让渡的权利),而政府对授予其管理的财产承担信义义务。在美国建国时期,这一观点在英国和美国得到普遍认同,美国宪法也正是在这个哲学氛围中制定的。<sup>[47]</sup> 将

[46] Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 6-7.

[47] Robert G. Natelson, *Judicial Review of Special Interest Spending: The General Welfare Clause and The Fiduciary Law Of the Founders*, 11 *Tex. Rev. L. & Pol.* 239, 245-246 (2007).

政府和政府机构视为信义关系中的受托人的观点建立在主权国家被视为在公共信托中掌控公共利益,市民利益易受政府滥用自由裁量权侵害的脆弱性以及市民需要对政府和公共机构寄予信任的假定的基础上。法律赋予政府及其机构广泛的行政管理自主权,从而使公众处于其利益可能为政府滥用行政权所侵害的脆弱状态。换言之,国家在立法和执法中的自由裁量权,以及由此给公众带来的脆弱性,引发了信义法律关系。<sup>[48]</sup> 而主权国家与市民之间关系的信义性质为国家的权力及其对所服务的对象承担的义务提供了正当性理由。

如果把政府官员和政府当局视为受托人,他们自身形成了一种独立的信义法律关系类型。与个人受托人比较,政府受托人具有如下独特的特征:受益人群体范围不明确;对信义关系的建立目的以及如何实现这些目的存在争议;忠实义务和注意义务的具体内容和范围无法确定等。基于这些理由,一些主张把公法纳入到信义法中的学者提出将信义公法视为独立的法律分支。<sup>[49]</sup> 然而,对于信义法应否扩展至公法领域,学界尚未达成完全共识。

## (二) 信义法的独立法律部门地位受到西方学界日益广泛的认同

弗兰科教授在普通法学界率先提出应赋予信义法以独立法律部门地位,她认为信义法应被视为法律体系中至关重要且具有强大生命力的独立法律部门。<sup>[50]</sup> 弗兰科的前述主张一方面是基于她个人对信义法的理解而提出的创见,另一方面也是顺应普通法学界多年在信义法领域研究进展之产物。自20世纪以来,普通法系国家已经涌现出十余本以信义法或信义义务为主题的论著,相关论文数量繁多,学界对信义法的研究已经初具规模。

弗兰科教授撰文专门阐述了需要将信义法作为独立部门法加以研究的理由。她指出,虽然可能有学者主张信义法与其生存的法律环境具有如此紧密的关系,声称若将信义法从其他部门法中剥离出来作为独立的法律部门进行研究,需要极强的概括能力,却可能于实践无益;况且,不同法律环境中的信义义务法律规则差异如此之大,如果强行构建信义法的综合理论可能把所有的受托人引入一个理论桎梏,而牺牲了信义法律制度的灵活性。<sup>[51]</sup> 然而,基于以下两个理由,她认为将信义法的基本规则和理论进行单独研究是有必要的:第一,信义法在当代社会环境中的地位日益凸显,法官、立法者和行政机构越来越多地指向信义法来回应社会变化所带来的新问题,换言之,信义法的适用范围不断扩大,进而使得信义法的地位日益重要。第二,把信义法散落于各个部门法之中进行研究和分析,而不是将其作为一个整体进行综合性研究,无法取得好的研究效果。<sup>[52]</sup> 法律应当反映社会结构的变迁。她认为,我们的社会曾经历从“身份”到“契约”的变革,这种变革反映了人与人之间关系的变化。而在今天,随着社会专业分工的日益细化,我们在生活中经常需要依赖专家提供的服务,我们生活的社会因而正逐步进入到以信义法律关系为主要

[48] Seth Davis, The False Promise of Fiduciary Government, 89 *Notre Dame L. Rev.* 1145, 1156(2014).

[49] Ethan J. Leib et al., Translating Fiduciary Principles into Public Law, 126 *Harv. L. Rev. F.* 91, 94(2013).

[50] Tamar Frankel, Fiduciary Law in the Twenty-First Century, 91 *B. U. L. Rev.* 1289, 1290(2011).

[51] Tamar Frankel, Fiduciary Law, 71 *Calif. L. Rev.* 795,797(1983).

[52] Tamar Frankel, Fiduciary Law, 71 *Calif. L. Rev.* 795,797(1983).

基础的时代,信义法应当反映这种社会变迁的需要并做出相应的调整。<sup>[53]</sup> 与身份社会和合同社会不同,信义社会强调的不是人与人之间的互相冲突或一方受他方的控制,而是人与人之间的相互信任和合作。

弗兰科教授所提出的赋予信义法以独立法律部门地位的观点得到戈尔德、米勒及许多其他学者的支持。戈尔德和米勒指出,无论从信义法律关系的特殊性质、当事人权利和义务的内容抑或救济方式来看,信义法都可以视为独立的法律部门。<sup>[54]</sup> 乔多斯律师建议变革美国法学院已经沿用百余年的课程体系,增设“信义法”课程并将该课程置于与合同法、侵权法和财产法课程同等重要的地位。<sup>[55]</sup> 值得注意的是,在加拿大高校中排名第一的阿尔伯特大学法学院自1992年以来长达二十年坚持开设“信义义务”课程,且该课程极受学生欢迎。

弗兰科教授及其他信义法学者提出的将信义法作为独立法律部门进行研究的观点与信义法在司法实践中日益凸显的重要性形成合力,有力推动了近数十年来普通法学界对信义法的研究。总体而言,从信义法的研究成果和司法实践来看,加拿大学者占据世界鳌头,而美国紧跟其后。近年美国和加拿大还数次举办高级别的信义法国际研讨会。尽管如此,学界对信义法的研究整体还只能算刚刚起步,正如有学者所形容,“信义法是活跃的、令人兴奋的法律分支,其潜力才刚刚开始为人们所挖掘。”<sup>[56]</sup>

## 六 信义法律规则在我国民法典中的引入

笔者认为,包括我国在内的许多大陆法系国家赖以调整社会生活的诚实信用原则并不能代替信义法所发挥的作用,基于信义法律制度自身的存在价值,其应为我多个法律领域所吸收。我国民法典应纳入信义法律制度。

### (一) 信义法律规则是对诚实信用原则的必要补充

多年以来,大陆法系国家主要依赖诚实信用原则作为对民事法律具体规定的补充,以获得公平正义的审理效果。诚实信用原则的内涵非常宽泛,史尚宽教授把诚信原则看作掌握在法官手中的衡平法,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。<sup>[57]</sup>

综观近数百年来大陆法系国家和普通法系国家民事立法的沿革,可以看到两个法律体系沿着不同的方向来塑造诚信体系。大陆法系国家更多地依赖诚实信用原则,而普通法系国家则在衡平法中归纳和形成了具有更确定性内容和更明晰适用对象的信义法律规则。那么,在奉诚信原则为民法基本原则的我国,是否有必要引入信义法律规则呢? 作为

[53] Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, 71 *Calif. L. Rev.* 795, 798 (1983).

[54] Andrew S. Gold and Paul B. Miller, *Philosophical Foundation of Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2014, p. 1.

[55] Rafael Chodos, *The Nature of Fiduciary Law and Its Relationship to Other Legal Doctrines and Categories*, 91 *B. U. L. Rev.* 837 (2011).

[56] Leonard Rotman, *Fiduciary Law*, Thomson Press, 2005, p. 3.

[57] 参见史尚宽著:《债法总论》,荣泰印书馆1978年版,第319页,转引自徐国栋著:《民法基本原则解释:诚实信用原则的历史、实务、法理研究》(再造版),北京大学出版社2013年版,第42页。

具体的适用规则,信义法律规则的优势在于具有更明晰的内容和更确切的行为指引。虽然诚实信用原则作为合同法的帝王条款已经得到我国法学界和司法界的广泛认同,但在合同履行过程中“诚实信用”的具体适用标准存在不明晰等情况。诚信原则对当事人的要求,如某法官所指出“在每个合同中含有一个默示的要求,即任何人不得从事任何有可能破坏或伤害另一方当事人收获合同果实的权利的行为”。<sup>[58]</sup>而就实质内容而言,信义义务要求受托人在履行职责过程中以受益人最佳利益为行动出发点,这种行为标准超越了公正和诚实的要求。<sup>[59]</sup>因而,诚实信用原则对当事人在履行合同过程中提出的道德标准要求低于信义义务的行为标准。

笔者认为,诚实信用原则与信义法律规则可以并存于我国法律体系之中,并各自发挥应有的作用。正如徐国栋教授所指出,“民法基本原则是我国民法灵活价值的负载者,在民法的其他成分内中,仍有强调确定性以给当事人带来安全价值的必要。不确定的原则与具体缜密的规定各有其用处,并行不悖。”<sup>[60]</sup>信义法律规则可以作为诚实信用原则的必要补充,与诚实信用原则共同担负塑造良好的社会道德风气的庄严使命。

## (二)引入信义法律规则有助于优化我国多个法律领域的制度设计

信义法律规则早在多年以前就已经为我国部门法所吸纳,例如我国公司法规定了董事对公司承担忠实义务和注意义务。<sup>[61]</sup>不过,在人们普遍认为存在信义法律关系的其他法律领域,如信托法、合伙企业法中,法律只是列举了受托人所承担的法律义务和禁止性行为;而律师法亦只是粗略规定了律师所承担的法律义务,此三部立法均未明确相关主体所承担的法律义务的基本属性。<sup>[62]</sup>

当前,我国许多民事法律关系的性质认定还比较模糊,如监护人与被监护人、律师与当事人、医生与患者之间的法律关系等。由于缺乏明确的性质界定,相关主体应承担怎样的法律义务缺乏有效的理论依据,当事人之间应如何划分责任区间亦不明朗。笔者认为,我国相关法律条文如果只是笼统规定当事主体的权利义务而不仔细探究其应有的法律分类和属性,则无法站在一定高度来思考和审视法律规则的理论依据以及制度设计,更难以对法律规则的内容和理念进行优化设计,进而影响其在司法实践中发挥功效。就整体而言,还将削弱我国法律制度和法律体系的科学性和权威性。将受托人所承担的法律义务用信义义务概括,其实施效果显著优于具体列举受托人所承担的法律义务的具体内容。

[58] Daniel Markovits, *Sharing Ex Ante and Sharing Ex Post—The Non-Contractual Basis of Fiduciary Relations*, in Andrew S Gold and Paul B Miller, *Philosophical Foundation of Fiduciary Law*, Oxford University Press, 2014, p. 213.

[59] Deborah A. DeMott, *Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation*, 1988 *Duke L. J.* 879(1988), 882.

[60] 徐国栋著:《民法基本原则解释:诚实信用原则的历史、实务、法理研究》(再改版),北京大学出版社2013年版,第436页。

[61] 《公司法》(2005年修订后颁布)第147条规定:“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。”

[62] 值得注意的是,近年我国学界已开始关注如何推动信义法在更广泛的法律领域中得到应用,一些学者撰文探讨在养老金投资(参见倪受彬:《公共养老金投资中的受信人义务》,《法学》2014年第1期)、证券投资咨询机构(参见倪受彬、张艳蓉:《证券投资咨询机构的信义义务研究》,《社会科学》2014年第10期)、私募投资基金(参见肖宇、许可:《私募股权基金管理人信义义务研究》,《现代法学》2015年第6期)等法律领域引入信义法律制度。

因为用列举的方式难以包容多种不同的法律情境下受托人所承担的义务细目,而用信义义务来界定受托人所承担法律义务的属性,一方面能综合概括受托人的法律义务;另一方面对相关法律关系和法律义务的类型做了科学的分类和定位,进而为未来法律纠纷的审理提供了良好的理论依据。

信义法在普通法系国家被广泛应用于专家服务。而我国对专家服务提供者和接受者之间关系的法律适用主要依赖合同法。那么,我国是否可以采用拓宽和变革现行合同法规则和理念的方法来实现对信义法规则和原理的包容?笔者认为应当做出否定的回答。本文分析了普通法系国家信义法与合同法之间存在的主要差异,正是基于这些差异的存在,在普通法系国家信义法被认可成为与合同法并立的法律部门。鉴于我国合同法律规则和精神与普通法系国家合同法的相关内容基本一致,我国合同法同样无法包容信义法,我国因而需要更全面引入信义法的理念和规则,以进一步优化我国的法律体系。进而言之,在我国现有的法律框架下,如果简单地将专家服务纳入到合同法律关系的范畴,用现行合同法律规则来调整专家服务法律关系中委托人和受托人之间的法律关系,似不足以对委托人利益提供足够充分的法律保障。而如果吸纳信义法律制度对专家施加信义义务并引入相关惩戒机制,则专家服务业的整体法律保障力度能够得到明显加强。特别是,我国立法者需要考虑信义法律关系涵盖的法律领域存在当事双方在信息、专业技能、实力不对等的情况,因而法律适用应有别于传统合同法律关系。

此外,信义法还有利于培育诚信的法律环境。由于信义法在为信义法律关系保驾护航的过程中,为人与人之间互相信任关系的维系提供了法律保障,从而改良了社会秩序,改善了社会风气。

### (三) 民法典总则的监护和代理章节应引入信义法律制度

就民法典所涉民事法律关系而言,信义义务主要适用于一方以另一方的代表行事的情形,这种替代或缘于被代理方缺乏行为能力,或因为选用代理人是情势的需要。我国已经颁布的民法典总则(专家建议稿)所涉及的监护和代理法律关系缺乏对监护人和代理人所承担的法律责任的性质定位,笔者认为,这两种法律关系均可以纳入到信义法律关系的范畴。

#### 1. 监护关系

监护法律关系包括父母对未成年子女的监护、对失去能为能力人的监护和对特定类型老年人的监护。监护关系是一种特殊类型的信义关系,因为监护人不为被监护人所控制。在普通法系国家,监护人被视为法院的代理人,受法院的委托对被监护人履行监护职责。

监护概念的题中之义是监护人为被监护人的利益无私而谨慎地服务,在普通法判例和成文规则中,监护人均被视为承担信义责任的法律主体。在普通法系国家,当被监护人拥有自己名下的财产时,监护人由于对该财产享有控制权,被视为财产的受托人,承担与信托受托人同样严格的信义义务。此外,监护人在做出对被监护人的健康和生活安排有关的决定时,被视为站在被监护人所处的位置,代替被监护人做出决定,在这种情况下,监护人同样被要求承担信义义务。



## 2. 代理关系

代理关系在普通法系国家被视为信义法律关系的一种主要类型。在代理关系中,除非委托人对受托人实现完全控制(在这种情况下,受托人仅享有非常有限的自由裁量权),普通法院法官认为就被代理事项而言,代理人对委托人承担信义义务。美国《代理法第三次重述》和《代理法第二次重述》在定义代理关系时,均明确代理关系属于信义法律关系。美国《代理法第三次重述》第一条内容为:“代理是一种信义法律关系,其产生于一方当事人(本人)同意由另一方当事人(代理人)代表本人行事,并听从本人的安排,而代理人同意遵照执行的时点。”

代理法律关系涉及的问题很多,仅规定代理人“为被代理人的利益行使代理权”,则法律适用仍留下较大的模糊空间。更重要的是,对于代理关系涉及的诸多法律情境和法律问题缺乏明确的理论指引,难免为司法实践留下许多困惑。鉴于代理关系自身的性质,笔者建议在相关法律规则中进一步明确信义法律关系的属性,并引入信义义务和信义救济的具体规则。

信义法律规则纳入我国民法典总则可以有两种方式:在总则中概括规定信义义务和信义救济运用的一般规则以及在涉及的法律环境(如监护、代理)中引入。在总则中将信义法律制度独立设一个章节似乎不太可行,因为对信义法综合性法律条款的认识和归纳还需要在法律实践中探索,普通法系国家亦尚未出现可供借鉴的蓝本。如果需要在总则中体现信义法律规则,建议从信义义务和信义救济规则的一般适用着手,将相关内容归纳为若干个法律条文。此外,监护、代理等法律版块可以较具体规定当事人所承担信义义务的细则。

[本文是2015年福建省社科基金一般课题《信义法基础理论研究》(FJ2015B102)的阶段性成果。本文在写作过程中曾利用在美国访学的机会专程向当代普通法系信义法的领军人物之一,现执教于美国波士顿大学法学院且届九十高龄的塔玛·弗兰科(Tamar Frankel)教授请教,谨此向她表达崇高的敬意和感谢!]

---

[Abstract] The recent surge of fiduciary law constitutes a significant transformation in the common law system. In common law, fiduciary relationship widely exists in the legal context where there is disparity in knowledge, capability or information between the entrustor and the fiduciary, and where the trustee enjoys wide discretion in the entrusted affair. Typical examples of fiduciary relations are guardianship, expert services, and the management of institutions and organizations. The design of the rules on fiduciary duty and remedy shows that legislators' have taken into full consideration of the unequal relationship between the entrustor and the fiduciary, which also constitutes the core difference between fiduciary law and contract law. Since Chinese Civil Code will embrace the legal institution of guardianship and agency, it should also adopt fiduciary rules.

---