

论诚信原则向公法部门的扩张

徐国栋*

内容摘要:从20世纪初开始,诚信原则逐步被吸收为公法的基本原则,具体的公法部门有宪法、行政法、刑法、税法、刑事诉讼法、民事诉讼法、国际公法等。在这些公法部门中,既有客观诚信,也有主观诚信。许多公法部门采用诚信原则的理论基础是社会契约论。当然,一些公法内容本身就是保护诚信的。诚信原则成为公法的原则表明了统治关系的民主化。

关键词:诚信原则 公法 社会契约论 纵向的诚信

一、序 言

诚信原则产生于债法,最初是调整债务人行为的准则,后来被1907年的《瑞士民法典》提升为整个私法的基本原则,诚信原则由此达到了其在民法中的最高位。它维持了这个位置不到20年,就走上了法的一般原则的更高地位,逐渐向公法和私法的其他部门扩张,成为它们的基本原则。这是一个私法原则渗透于公法现象,富有意味,值得研究。所以,在西方世界诞生两部研究公法中的诚信原则的专著,就不是什么奇怪的事情了。它们是瑞士学者Marcel Baumann的《公法中的诚信的概念——最高法律原则学说之研究》和法国学者Francois Picot的《公法中的诚信》。前者的出版时间也可见证作为整体的公法^[1]中的诚信原则在西方得到承认的时间,那就是20世纪50年代,其时,公私法之间的鸿沟开始被用诚信原则的桥梁连结起来。

以下分述诚信原则向宪法、行政法、刑法、税法、刑事诉讼法、民事诉讼法、国际公法的扩张。

二、诚信原则向宪法的扩张

20世纪30年代开始,诚信原则开始向公法扩张,对此有如下判决、立法和学说可证。德国行政法院1926年6月14日的判决认为:“国家作为立法者以及法的监督者,若课以国民特别义务,于国民私法关系,相互遵守诚实信用乃正当的要求;且国家对于个别国民在国家公法关系上,该诚实信用原则亦

*厦门大学法学院罗马法研究所教授,法学博士。

[1]这么说是因为民事诉讼法中的诚信原则确立得更早,1903年就产生了研究这一主题的德文专著。详见后文。

是妥当的。”〔2〕德国帝国法院在一个1931年的判决中还说：“诚实信用的原则，对于一切法律界，且包含公法在内，皆得适用之。”〔3〕我国台湾地区“行政法院”1963年判字第345号判决认为：“私法规定表现为一般法理者，应亦可适用于公法关系。依本院最近之见解，私法中之诚信公平原则，在公法上应有其类推适用。”〔4〕该“行政法院”1981年判字第975号判决更进一步，认为“私法中之诚信公平原则，在公法上当亦有其适用”。〔5〕相比于1963年的判决，这一判决抛弃了适用诚信原则于行政法的类推依据。公法学者拉邦德亦谓：“诚实信用原则，一如其在私法之领域，可以支配公法之领域。苟无诚实与善意，立宪制度似难推行。诚实与善意，为行使一切行政权（司法权、立法权亦同）之准则，同时亦为其界限。”〔6〕这里，拉邦德把诚信原则向公法的扩张具体化到对宪法的扩张了。最后，1991年的《哥伦比亚宪法》第83条规定：“个人和公共当局的活动都必须符合诚信准则，前者在后者面前实施的一切行为，被推定为包含诚信。”〔7〕此条不仅把个人，而且把政府部门当做诚信主体，而且推定个人在政府面前的一切活动皆为诚信，试图调和政府与人民的关系。由此，诚信原则终于被写进宪法，不仅约束个人，而且约束政府部门。意大利尽管没有把诚信原则写入宪法，但把诚信原则解释成宪法第2条规定的社会团结原则〔8〕的内容。〔9〕

就诚信原则向宪法的扩张，我国学者和外国学者皆有论说，容分述之。

就我国学者而言，论者认为宪法中的诚信原则意味着确立行使国家权力的道德，以此制约和规范国家权力的行使。出于对人的尊严和人权的尊重，国家在其权力运作过程中必须诚实信用地对待每一个公民。为此，要求国家权力遵守法的安定性原则，不能朝令夕改，由此保证老百姓的信赖利益。〔10〕还有论者认为，宪法上的诚信原则意味着政府与人民之间的协同关系，双方皆须遵守诚信原则，任何一方背信都要承担责任。这种观念打破了主权者不可为非的教条，意味着政府亦可为非。所以，宪法上的诚信原则之确立必将导致有限政府理论、政府与人民平等论。〔11〕更有学者指出了诚信原则在宪法上的如下表现：“1.立法必须公布才能生效；2.法律一般不得溯及既往；3.基于公共利益的需要修改或废止法律时，要对因此遭受损害的人进行赔偿。”〔12〕不难看出，宪法诚信原则以政府与人民权利义务的相互性为基础，是公民时代的产物，只有在这样的时代，人民才不仅仅承担义务，不享有权利，而政府只享有权利，不承担义务，那是臣民时代的情况。

就外国学者而言，智利学者Jose Antonio Ramirez Arrayas认为，诚信原则首先是宪法解释原则，它要求按照平等、大多数人的精神和物资共同福利之实现的要求来解释宪法；其次是一个行政原则，它要求在正义的框架内行政，而这样的正义就是共同福利、机会平等和政府行为透明；最后，它是一个国家活动的原则，它要求以国家机关的决定保护人们既得的权利。〔13〕阿根廷学者German J. Bidart Campos认为，在联邦制条件下，有联邦忠诚原则与联邦诚信原则之设，它首先要求联邦国家、联邦成员以及其他主体都在行使自己的职权时诚信行事；其次要求立法机关不得朝令夕改，损害法律的可

〔2〕参见闫尔宝《行政法诚实信用原则研究》，中国政法大学2005年博士学位论文，第17页。

〔3〕〔6〕参见何孝元《诚实信用原则与衡平法》，台湾三民书局1977年版，第8页。

〔4〕参见前引〔2〕，闫尔宝文，第40页。

〔5〕参见同上文，第41页。

〔7〕See Constitution of Columbia, 载http://confinder.richmond.edu/admin/docs/colombia_const2.pdf 2011年10月4日。

〔8〕其辞曰：“共和国无论对于个人还是对表现其个性的社团成员，均承认并保障其人权之不可侵犯，并要求履行政治经济和社会团结方面的不可违背的义务”。参见姜士林、陈玮主编《世界宪法大全》（上卷），中国广播电视出版社1989年版，第1111页。

〔9〕Véase Ferro Carolina, Il principio di buona fede nell'azione amministrativa, 载<http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/27307.html>, 2011年10月7日。

〔10〕参见张慧平《诚实信用原则与法治的契合——作为宪法原则的诚实信用》《河北法学》2004年第7期。

〔11〕参见荆向丽《诚实信用原则之宪政思维》《郑州航空工业管理学院学报》（社会科学版）2006年第10期。

〔12〕参见赵小芹《行政法诚实信用原则研究》，吉林大学2008年博士学位论文，第89页。

〔13〕Véase Jose Antonio Ramirez Arrayas, Interpretacion Constitucional y Principio de la Buena Fe, En Marcos M. Cordoba (Director), Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2004, pag.49ss.

预见性和安全性。^[14]确实,联邦有如婚姻,如果参与方无诚信,则无宁日,必致崩溃。

三、诚信原则向行政法的扩张

诚信原则发源于契约关系,既然如此,凡有契约存在的地方,即有诚信原则之适用。按社会契约论的观点,公民与政府之间存在契约关系。因此,行政关系当然应适用诚信原则。^[15]基于这一原则,应构筑诚信政府,官民互信。而且,行政法像民法一样是以有限的规则应对无限的社会现实,确立诚信原则对于处理法无明文的社会现实极为必要。^[16]由此,一些国家和地区的行政法把诚信原则规定为自己的原则,例如1996年韩国《行政程序法》第4条第1款规定:“行政机关执行职务时,应本于诚实信用为之。”葡萄牙1996年《行政程序法》第6条第1款规定:“在行政活动中以及行政活动的所有手续和阶段,公共行政当局与私人应依照诚信规则行事并建立关系。”我国台湾地区2001年的“行政程序法”第8条规定:“行政行为,当以诚实信用之方法为之,并应保护人民正当合理之信赖。”^[17]此条与《德国民法典》第242条何其相似乃尔!可见台湾地区的这个行政法规定是从民法的类似规定中借用过来的。

以这些立法为基础,国外关于行政法中的诚信原则的研究专著也不少,它们有墨西哥学者Jesús González Pérez的《行政法中的诚信一般原则》、意大利学者Francesco Manganaro的《诚信原则与公共行政活动》、巴西学者José Guilherme Giacomuzzi的《行政道德与公共行政中的诚信——行政道德的教义学内容》。

行政法中的诚信原则有何表现呢?就其涉及行政机关的方面而言,它表现为以下要求:(1)行政职权的运用须以维护公共利益作为基本出发点和最终归宿;(2)行政职权的运用须顾及相对人权益;(3)行政机关应保证意思表示的真实、准确、全面;(4)行政机关应恪守信用,保证相对人的正当信赖;(5)行政机关应及时行使行政职权,超过合理期限行使职权将构成违法;(6)行政机关行使职权应注意平衡公益和私益,保证行政决定的公平合理。^[18]不难看出,这些行政诚信行为的特点是客观诚信多,主观诚信少,但还是有,例如,行政机关超期不行使职权的,而后不得再行使的规则就是为了保护行政行为相对人的主观诚信:我误以为你不行使了,现在你突然行使,破坏了我的信赖,由此你不得再行使。

那么,行政法中的诚信原则与民法中的诚信原则有何不同呢?论者认为有以下不同:(1)道德基础不同。民法中的诚信原则体现的是个人道德,行政法中的诚信原则体现的是政治伦理;(2)主观诚信在行政法中的地位更重要,而民法中的诚信原则是主观诚信与客观诚信双峰并举;(3)民法中的诚信原则建立在平等者之间的关系基础上,行政法中的诚信原则建立在不平等者之间的关系上;(4)行政法中的诚信原则采用公共利益取向,民法中的诚信原则采用私人利益取向;(5)民法中的诚信原则是立法机关授权司法机关立法,而行政法中的诚信原则不存在这样的授权关系,确立这一原则的机关与适用这一原则的机关一致。^[19]作这样的比较是可贵的,但比较的结果是错误众多的。例如,这里的论者对主观诚信的理解就不是错误,而是一种勤勤恳恳的心理状态。又如,这里的论者把民法想象为平等者之间的法,并不符合事实,例如,民法日常调整的父母与未成年子女间的关系就不平等。^[20]

[14] Véase German J. Bidart Campos, Una Mirada Constitucional al Principio de la Buena Fe, En Marcos M. Cordoba (Director), Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2004, pag. 44ss.

[15] 参见前引[2], 闫尔宝文, 第20页。

[16] 参见同上文, 第21页。

[17] 参见同上文, 第44页。

[18] 参见同上文, 第61页及以次。

[19] 参见前引[12], 赵小芹文, 第42页及以次。

[20] 参见徐国栋:《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》,《中国法学》2011年第5期。

又如,民法中的诚信原则并非完全采用私人利益取向,它还有协调个人利益和社会利益的使命。^[21]这些误读反映公法领域的诚信原则研究者对民法中的诚信原则并没有完全理解。

以上为中国学者对行政法中的诚信原则的认识,下面介绍墨西哥学者佩雷斯(Jesús González Pérez)对同一问题的有所不同的认识。公共行政由管理者与被管理者两个世界组成,前者为命令,后者服从,两者之间存在一道屏障。他认为,诚信原则可让管理者与被管理者之间的关系人道化,是一个重建两者之间的信任的有效工具。它不仅要求管理者,而且要求被管理者诚信行事。由此,诚信原则的适用会让被管理者重新信任行政,这一原则对于他们来说,不仅是可以对抗行政当局的不诚实行为的工具,而且是要运用这个原则取得有利于自己的解决。^[22]

佩雷斯还认为,诚信原则与比例原则相切。所谓比例原则,是关于国家权力的范围与人民自由之间关系的原则,它关注的是限制公民权利的法律是否有必要的问题。^[23]如果不超出必要限度以行政手段限制人民权利,当然是诚信的,否则是恶信的。诚信原则要求政府机关在限制公民的权利时从必要性出发,因此它与比例原则并非互不相干。^[24]

佩雷斯最后认为,适用诚信原则要符合两个要件。其一,必须适用于在法律上为重要的行为。其二,此等行为违反了诚信原则的要求。第一个要件限制了诚信原则的适用范围,他并不主张这一范围过宽。在他看来,符合要求的行为有如下类型:(1)被管理者向行政机关请愿的行为;(2)诉讼中的程序行为;(3)确定的行政行为;(4)改正先前行为的(5)程序行为。第二个要件有如下表现:(1)言行不一;(2)恶意延误行为;(3)滥用因为形式原因的宣告无效权;(4)部分履行并更改合同期限的行为,等等。对于违反诚信原则的行为,有的要宣告它们无效,有的可保留行为的效力,但加以改正,有的则允许相对人提出抗辩。^[25]

诚信原则在西方国家行政法中还有特别的准民法舞台,因为在我国为民法调整的国家所有权以及政府采购行为,在这些国家由行政法调整,例如法国有《国家公产法典》、意大利有《公共合同法典》,这两个领域都与民法相切。显然,民法关于这两个领域的规则都有诚信原则之设,自然,行政法调整的这两个领域也应有诚信原则之设。

四、诚信原则向刑法的扩张

按社会契约论的刑法观,刑罚权是人民让渡给政府的针对自己的生命、自由、财产的权力,政府必须按照契约诚信的要求行使此等权力。此等诚信首先表现在罪刑法定主义上,它体现了国家对于人民关于何者为罪,何者不为罪的承诺,遵守此等承诺,不以事后法、模糊规定和类推的方式执行刑法,是国家对于自己承诺的信守。其次,刑法中的诚信不限于适用于国家,对犯罪人也有其适用。例如,被假释的犯罪人就应遵循诚信的要求,遵守自己不再危害社会的承诺。再次,刑法中的一些罪名就是打击背信行为的,例如诈骗、欺诈、伪造犯罪,尤其是背信罪,按《德国刑法典》第266条第1项的规定,背信是“行为人滥用其根据法律、官方委托及信托关系负有的维护他人财产利益的义务,致委托人的财产利益遭受损害的”行为。^[26]在学说解释上,部分学者将这种犯罪的客体解释为“违背信任”,

[21]参见徐国栋《民法基本原则解释——以诚实信用原则的法理分析为中心》(增删本)中国政法大学出版社2004年版,第72页。

[22] Véase Jesús González Pérez, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, En Marcos M. Córdoba (Director), Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2004, pag.345s.

[23]参见前引[2], 闫尔宝文, 第122页。

[24] Véase Jesús González Pérez, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, En Marcos M. Córdoba (Director), Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2004, pag.343.

[25] Véase Jesús González Pérez, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, En Marcos M. Córdoba (Director), Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 2004, pag.347s.

[26]参见吴波、陈玲《德国背信罪之研究》《上海政法学院学报》2011年第2期。

也就是违背行为人与本人间的信任关系造成财产上的损害。此等信任关系包括委任关系。众所周知,这是一种传统的诚信关系。我国2006年6月29日出台的《刑法修正案(六)》已规定背信罪,分为背信损害上市公司利益罪和背信运用受托财产罪,前者是上市公司的董事、监事、高级管理人员违背对公司的忠实义务,以及上市公司的控股股东和实际控制人员指示前述人员,利用职务便利,操纵上市公司从事法定的相应行为,致使上市公司的利益遭受重大损失的行为;后者是商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或其他金融机构违背受托义务,擅自运用客户资金或其他委托、信托的财产,情节严重的行为。^[27]第四,刑法中的诚信原则规范法官对于自由裁量权的运用。^[28]最后,刑法中的诚信原则还体现在嫌疑人自首与立功时法律应言而有信上。^[29]这些论述,不论是涉及政府机关的还是涉及犯罪人的,都只涉及客观诚信。事实上,刑法中也存在主观诚信,也就是刑法中的错误问题。错误分为对于事实的错误和对于法律的错误。大多数发达国家的刑法都排除以对法律的错误为抗辩的可能,但对于事实的错误,则被承认为抗辩事由。例如,行为人在森林中打猎,误把人当做野兽杀死,这构成诚信杀人,行为人无杀人的故意,不应使他承担故意杀人罪的责任,仅应使其承担过失杀人的责任。概言之,行为人确信自己的行为具有合法性的,谓之诚信,相反的行为人确信谓之恶信。这样的恶信是故意的代名词。^[30]而故意是承担刑事责任的重要依据。由此可见,犯罪构成中的主客观相结合原则与刑法中的诚信原则相切,行为人诚信的主观状态可排除或减轻其刑事责任。当然,故意的刑法概念也包含诚信原则的因子。

五、诚信原则向税法的扩张

把诚信原则向税法的扩张排在该原则向刑法的扩张后讲十分合理,因为无论是课税还是科刑,都是政府科加不利益于人民的形式。既然这种不利益之科加不可避免,人们就希望它按合理的方式进行,于是,诚信原则就有了自己的舞台。正因为这样,瑞士税法明确规定了诚信原则。1944年3月14日的《国税及地方税法》第2条第1项规定:“本法的规定,应依诚实信用而加以适用和遵守。”1945年12月16日的州税法亦设有同一旨趣的规定。1947年的《瑞士租税基础法草案》第5条第1项规定:“租税法依诚信原则加以适用和遵守,当解释租税法时,应考虑所有瑞士国民的法律平等性。”^[31]日本在这方面保守一些,没有把诚信原则引入税法,但在判例中体现之。东京地方法院1965年5月26日的判决认为,在适用租税法定主义的税务行政领域可以适用信义诚实原则。^[32]

瑞士的规定明确把税法诚信的主体界定为征税部门(其是“适用”这一动词的主语)和纳税者(其是“遵守”这一动词的主语)。就前者而言,其诚信应首先体现为遵守租税法定主义,不乱开新税种,不乱增税率。就后者而言,其诚信应体现为诚实纳税,该交多少就交多少,不偷税漏税。

六、诚信原则向刑事诉讼法的扩张

刑事诉讼中的诚信原则,指公安司法机关、当事人以及其他诉讼参与人在处理刑事案件和进行

[27]参见杜文俊、陈玲:《我国背信罪之探讨》《上海政法学院学报》2011年第2期。

[28]参见张中秋、冯川、毛妮、王方玉:《诚信与公法关系探讨》《江苏警官学院学报》2003年第5期,第108页及以次。

[29]参见前引[12],赵小芹文,第101页及以次。

[30] Véase Carlos J. Lascano, Buena Fe, Dolo y Comprensión de la Criminalidad en el Derecho Penal Argentino, En Marcos M. Córdoba (Director), Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2004, pag. 1040.

[31]参见严沛坚:《透视诚实信用原则适用于税法的争议——兼论其与税收法定主义的衡平》《商场现代化》2008年10月上旬刊。

[32]参见前引[2],闫尔宝文,第40页。

刑事诉讼时,必须遵循公正、诚实和善意的原则。之所以要在刑事诉讼法中确立诚信原则,一个重要的理由是我国的刑事诉讼模式发生了从职权主义到当事人主义与职权主义相结合的模式转换,给主导诉讼的当事人提供了更多的滥用诉讼的机会,须以诚信原则规范之。^[33]

由上可见,刑事诉讼诚信的主体包括公安司法机关、当事人以及其他诉讼参与人三大类,他们如何在刑事诉讼中诚信行事呢?

就公安司法机关而言,他们不得搞诱惑侦查,进而言之,要排除一切非法证据,要开示证据并恪守司法承诺。此等承诺往往发生在辩诉交易中。在美国,辩诉交易的诚信性有确实的保障,司法机关不兑现承诺的,诉讼形势可恢复原状。

就当事人而言,他们不得恶意或故意滥用诉权和诉讼权利,不得恶意轻率地请求回避,不得搞突袭举证,不得轻率地发动自诉案件,不得做假证。^[34]

其他诉讼参与人包括律师,他们不得超越代理权限实施诉讼行为、不得泄露当事人的商业秘密和个人隐私,要对嫌疑人和被告人承担勤勉义务。^[35]

学者甚至起草了可以加进刑事诉讼法中的诚信原则条文:“在刑事诉讼中,当事人及其代理人,其他诉讼参与人依照法律规定,遵循诚实信用的原则,行使诉讼权利,履行诉讼义务。”^[36]

以上只涉及刑事诉讼中的客观诚信,在这个领域也存在主观诚信。例如,按美国证据法,如果警察诚信而非故意地违法取得证据,此时不适用非法证据排除规则。这里的诚信指其“相信其行为符合现行法律,且这种相信是有合理根据的”。这一规则也为澳大利亚的证据法所采。^[37]

七、诚信原则向民事诉讼法的扩张

如所周知,诚信原则来自诚信诉讼,^[38]所以,这一原则以民事诉讼为本原,正因为这样,关于民事诉讼中的诚信原则的文献特别多。就国外而言,德国学者Konrad Schneider早在1903年就出版了《民事诉讼中的诚信与关于诉讼指挥的争论——对诉讼指挥问题的回答》的小册子。1998年,Bernhard Pfister又出版了《论关于民事诉讼诚信的新判例》的实务专著。就国内而言,我们已有两篇研究民事诉讼中的诚信原则的博士论文。^[39]而且,诚信原则在其他公法部分多体现为学说上的存在,但这一原则在民事诉讼法上体现为制定法的条文。例如,葡萄牙1961年《民事诉讼法典》第456条第2款就规定了诉讼诚信原则。^[40]1995年修订的葡萄牙《民事诉讼法典》继承这一传统,在第266条A款规定:“当事人应诚信行事并遵守前条规定的合作义务”。^[41]日本1998年的新《民事诉讼法》第2条规定:“当事人进行民事诉讼,应以诚实信用为之”。^[42]1999年的中国澳门特别行政区《民事诉讼法典》第9条也规定:“当事人应遵守诚信原则,当事人尤其不应提出违法请求,也不应陈述与真相不符之事实,声请采取纯属拖延程序进行之措施及不给予上条规定之合作。”^[43]此条首先规定一般的诚信要求,然后规定了几种有

[33]参见李文华《在刑事诉讼中确立诚实信用原则》,《青海民族学院学报》(社会科学版)2005年第1期。

[34]参见常饮冰、李梅奎《刑事诉讼中确立诚实信用原则之检讨》,《甘肃政法成人教育学院学报》2006年第3期。

[35]参见李波、宋志军《刑事辩护制度诚实信用原则初论》,《平原大学学报》2006年第2期。

[36]参见前引[34],常饮冰、李梅奎文。

[37]参见李蓉《论诚信机制在刑事诉讼制度中的确立》,载<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=39366>,2011年10月5日。

[38]参见前引[21],徐国栋书,第79页。

[39]参见陈丹《论民事诉讼诚实信用原则》,中国政法大学2009年博士学位论文;蔡咏曦《论民事诉讼中的诚实信用原则》,西南政法大学2009年博士学位论文。

[40]Ver Candida Pires, Viriato Lima, Código de Processo Civil de Macau Anotado e Comentado Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, p.67.感谢澳门大学法学院的唐晓晴教授提供这一资料。

[41]Ver Código de processo civil, 载<http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>, 2011年11月18日。

[42]参见前引[12],赵小芹文,第108页。

[43]参见中国政法大学澳门研究中心、澳门政府法律翻译办公室编《澳门民事诉讼法典》,中国政法大学出版社1999年版,第5页。

违诉讼诚信的行为,有虚有实,可谓周密。可以看出,澳门特别行政区《民事诉讼法典》关于诉讼诚信原则的规定借鉴葡萄牙的类似规定。

尽管上述4个民事诉讼诚信原则立法例明确规定诚信原则是当事人的行为准则,但论者偏偏不愿受此局限,普遍认为民事诉讼诚信分为法官诚信、当事人诚信、律师诚信3个方面。前者表现为不得滥用自由裁量权、不得突袭审判等方面;中者表现为禁止恶意制造诉讼、禁止矛盾诉讼行为(禁反言)、禁止滥用程序权利、禁止妨碍他人诉讼等方面;后者表现为律师坚守职业道德、秉持诚实善意心态。^[44]有了这三方的诚信行事,诉讼当然会更有秩序,且更有效率。

当事人应诚信诉讼是一个古老的问题,古罗马即有对这种要求的反面说明,如盖尤斯的《法学阶梯》就给滥诉下了定义:“一方借助诉讼来折腾对手,并且希望主要利用审判员的错误或不正义而不是依据事实时,构成滥诉,滥诉者承担1/10的罚金。”^[45]继罗马法之余绪,意大利《民事诉讼法典》第96条规定了这一主题,把滥诉界定为在明知自己的过犯的情况下,或为了斗气的目的,或为了拖延诉讼、或为了疲劳对方。换言之,在缺乏起码的谨慎并知道自己行为后果的情况下,以恶信或重过失起诉或应诉的行为。法律对这种行为规定了加重责任,也就是科加赔偿相对人所有因为被迫参加客观上无正当性的诉讼导致的损害的责任。^[46]在意大利,滥诉构成一种独立的侵权行为,责任者要赔偿受害人的生物学损害。《阿根廷民商诉讼法典》第45条也对此规定:“当在诉讼中全输或部分输的某人被宣告其在诉讼中的行为为鲁莽或恶意时,法官可根据案件的具体情况科加败诉当事人或为其鼓劲的律师或两者共同承担的罚金。其金额相当于诉讼标的的10-30%,或者在1万到5000比索之间。如果诉讼标的额不确定,应按有利于他方当事人的原则确定罚金额。”^[47]该条的特点是法官就案件实体问题为裁决后还要裁决诉讼当事人是否诚信,对不诚信者科加罚金,罚金额与诉讼标的额挂钩,不仅罚及当事人,而且罚及律师。惜乎我国无类似规定。

显然,到如今,诚信诉讼的含义已与古罗马的同名物迥然不同,该词于彼时的含义是自由裁量审判,其现在的含义则是受道德约束的审判,此诚信非彼诚信也,诚信诉讼含义之演变,可谓天翻地覆慨而慷。

八、诚信原则向国际公法的扩张

由于诚信原则是每个法律部门的基本原则,所以,它也是国际公法的基本原则,故任何国家的决定都必须受到诚信原则的约束。^[48]一系列国际公法文件中都明文规定了诚信原则。首先,1945年的联合国宪章第2条第2款规定:“各会员国应一秉诚信,履行其依本宪章所担负之义务,以保证全体会员国由加入本组织而发生之权益。”^[49]根据学者的研究,该条中的诚信是哥伦比亚代表团在旧金山制宪会议上要求增加的,所以它具有拉丁来源。^[50]按许光建先生的解释,此处的诚信原则的含义有二:其一,各国在解释自己承担的国际义务时,应采取客观的、实事求是的态度;其二,在适用法律原则时,各国应遵循惯例和理性对自己进行约束。^[51]就国际法诚信的主体,Marion Panizzon认为,这一原则不

[44]蔡咏曦《论民事诉讼中的诚实信用原则》,西南政法大学2009年博士学位论文,第98页。

[45]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370页,译文有改动。

[46]Cfr.Federico del Giudice, Nuovo Dizionario Giuridico, Edizione Simone, Napoli, 1998,p.738.

[47]Véase Carlos J.Colombo, Inconducta Procesal: Temeridad o Malicia, En Marcos M.Cordoba(Director), Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Tomo I, 2004, Buenos Aires, La Ley, pag.823.

[48]参见余鸿斌《论国际法中的权利滥用与诚信原则》《重庆理工大学学报》(社会科学)2011年第4期。

[49]宪章有关条文的译文有改动。该宪章来自<http://baike.baidu.com/view/64830.htm>, 2011年10月6日。

[50]王佩琼《善意原则与〈联合国宪章诠释〉》《新闻出版交流》1999年第5期。

[51]许光建《联合国宪章诠释》,山西教育出版社1998年版,第34页。

仅约束联合国各成员国,而且也约束联合国自身的各个机构。^[52]由此看来,联合国的各个机构也必须言而有信。其次,1969年的《维也纳条约法公约》第26条规定:“凡有效之条约对于其各当事国有约束力,必须由各该国诚信履行。”第31条第1款规定:“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,诚信解释之。”^[53]这两个规定的合同诚信味很浓,前者是诚信履约的要求,后者是诚信解释合同的要求的国际法化,最后,1982年《关于和平解决国际争端的马尼拉宣言》第5条规定:“各国必须本着诚信与合作精神,真诚地设法以下列方法及早期和公正地解决它们的国际争端,谈判、调查、调停、和解、仲裁、司法解决、诉诸区域安排或机构、或其他由它们自行选择的和平方法,包括斡旋。在寻求这种解决时,当事各方应就适合于它们争端的性质和情况的和平方法达成协议。”第11条规定:“各国应按国际法诚信执行它们为解决其争端而缔结的协议的一切规定。”^[54]显然,第5条规定的诚信指诚意协商,不得滥用协商程序。第11条的规定是重申条约必须信守的古老原则。按照论者的解释,保护诚信的义务,连同隐含在条约条款中的诚信的标准、对条约必须信守的习惯法规则以及禁反言的习惯法规则的强调和追随、与衡平和公正相联的诚信的概念,这些被知晓为国际公法的渊源。^[55]

国际法中的诚信不仅立法丰富,而且学说也丰富,表现在专著众多上。按年代顺序数过来,Élisabeth Zoller的《国际公法中的诚信》、J. F. O'Connor的《国际法中的诚信》、Alberto Oddenino的《条约必须信守与国际条约适用中的诚信——重建性的提示》。它们打造了国际法中的诚信原则理论。

在法国学者M.维拉利看来,诚信原则在国际法上发挥三个重要作用:第一,行为者在国际生活的范围内,总是被推定为诚信行为;第二,它提供了一个尺度来决定国家和其他国际法主体承担法律义务的范围;第三,保护合乎情理地相信另外的国家法主体的外部行为的国家。^[56]

国际公法上的著名诚信原则适用案例首推法国1974年核试验案。1966-1972年间,法国多次在南太平洋自己的殖民地土地上进行大气层核试验,而且还打算进行更多的试验。鉴于污染的威胁,1973年5月9日,澳大利亚和新西兰分别向国际法院起诉法国违反国际法。法国进行了一些程序上的抗争后终于表示不再进行大气核试验。国际法院遂于1974年12月20日宣布销案。法国受挫的重要理由是它在进行上述核试验之前曾多次宣布放弃大气层核试验,澳大利亚和新西兰依据诚信原则要求它兑现诺言,终获成功。^[57]本案中的诚信,不过是说话要算数的朴实准则。

诚信原则适用于战争法,西塞罗早在其《论义务》中就讨论了这个问题。罗马的执政官马尔库斯·阿提里乌斯·瑞古卢斯(Marcus Atilius Regulus)被迦太基人俘虏,他发誓说服罗马元老院交还一些被俘的迦太基贵族,如果不成,自己仍返还迦太基。结果他返回迦太基,被用不许睡觉的方式折磨致死。西塞罗认为,人们也应该遵守与敌人立下的誓言。对此,有随军祭司法和许多共同法可以适用。^[58]但西塞罗把这种诚信的对象限于国家,如果针对海盗,即使曾允诺付钱赎命但未守信,不构成诈欺。^[59]在西塞罗之后,Balthasar Ayala Alberico Gentili、格劳修斯、普芬道夫等经典作家都研究过国际法中的诚信问题,对后世产生了积极影响。^[60]

[52] See Marion Panizzon, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO: The Protection of Legitimate Expectations*, Hart, 2006, p.13.

[53] 公约有关条文的译文有改动。该公约来自<http://baike.baidu.com/view/1322531.htm>, 2011年10月7日。

[54] 宣言的有关条文的译文有改动。该宣言来自<http://34567.tv/index.php/4960/2011-03-30-11-31-50/806-011997620.html>, 2011年10月6日。

[55] See J. F. O'Connor, *Good Faith in International law*, Dartmouth, Vermont, 1991, p.11.

[56] 参见[法]M.维拉利《国际法上的善意原则》,刘昕生译《国外法学》1984年第4期。

[57] 参见严安琪《浅析1974年核试验案的国际法规则》《东方企业文化·远见》2010年5月号,赵一洋《国家单方行为的性质和成立要件问题探讨》《湖北社会科学》2010年第8期。

[58] 参见[古罗马]西塞罗《论义务》,王焕生译,中国政法大学出版社1999年版,第341页及以次。

[59] See J. F. O'Connor, *Good Faith in International law*, Dartmouth, Vermont, 1991, p.48.

[60] See J. F. O'Connor, *Good Faith in International law*, Dartmouth, Vermont, 1991, p.49ss.

九、结 论

综上所述,诚信原则现在已进入宪法、行政法、刑法、税法、刑事诉讼法、民事诉讼法、国际公法等7个公法部门并成为其原则,表明了该原则的普适价值性。在以上7个法律部门中,有些国家的宪法、行政法、税法、民事诉讼法以成文的方式确立了诚信原则,诚信原则在刑法、刑事诉讼法的存在还只体现为学说或判例。在国际法领域,已有一些基本的立法文件以成文的方式确立了诚信原则,可以说,诚信原则在公法诸部门中的成文法化的比例是很高的。我们有理由相信,此等成文法化会推广到更多的公法部门。

如果说民法中的诚信主要是横向的诚信,也就是民事活动的当事人彼此之间的诚信,而公法中的诚信主要是纵向的诚信,也就是管理者或统治者与被管理者或被统治者之间的诚信,诚信原则在这种关系中的确立意味着统治关系一定程度上的平等化。换言之,在诚信原则被确立于公法前的时代,法律是不明确要求统治者诚信的,因为立法者肯认统治关系的不平等,现在的情况逐渐改变,诚信由此从一个单向的要求变成双向的要求。这是社会进步的成果,统治关系由此变得具有相互性。

我们注意到,人们屡屡以社会契约论作为证成诚信原则在宪法、行政法、刑法、税法中的应然存在的论据,这种理论恰恰是统治关系平等化的原因。按社会契约论,统治者不过是人民的代理人,而委任关系是一种平等者之间的关系,而且是一种古老的诚信关系。所以,一旦社会契约成为统治权合法性的依据,诚信原则进一步向公法推进,只是时间问题。

此外,公法学者中的诚信论说主客观诚信不均衡,关于客观诚信的多,关于主观诚信的少,这跟民法中的关于两种诚信的论说基本均衡的态势形成对照。实际上,公法中也有主观诚信,例如在刑法和行政法中。刑法中的错误问题与民法中的错误问题别无二致,所以,说主观诚信在刑法中固有,并不为过。