

诚信法初论

张路 著

诚信法丛书



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013055651

D90
454

诚信法丛书

诚信法初论

张路 著



教育部人文社会科学研究规划基金项目（批准号：13YJA820069）的阶段性成果之一

D90
454



北航

C1661788



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

诚信法初论 / 张路著. —北京: 法律出版社,

2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4865 - 9

I. ①诚… II. ①张… III. ①法律—研究

IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 079874 号

诚信法初论

张 路 著

责任编辑 黄琳佳

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 12.75 字数 306 千

印次 2013 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4865 - 9

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1661788

纪念沈达明先生,并感谢塔玛·弗兰科尔
(Tamar Frankel)教授

总序

笔者此前出版过几部作品,涉及的都是金融证券法。这次主持撰写《诚信法丛书》,实乃前期系列研究成果的自然延伸。

笔者的博士毕业论文是《投资银行诚信责任比较研究》(2004)。《诚信法丛书》可以说源于该论文。在博士毕业论文开题报告和答辩时,笔者曾多次与导师余劲松先生探讨过英美法中 fiduciary 作为形容词的译法,对此国内学术界和业界一直有不同观点,如“信义的”、“信赖的”、“忠信的”、“信托的”等不一而足。当时笔者将 fiduciary 翻译为“诚信(的)”,导师建议不要将外国法律中的关键术语尤其是与法律原则相关的术语翻译成中国法律文本中不存在的生僻术语,关键是如何对相关术语进行界定。现在,中国学者逐渐在朝此方向靠拢。

博士毕业以来,笔者一直关注国内外与诚信法律相关的最新研究成果。依据丰富的实务和教学经验,笔者从沈达明先生的《衡平法初论》(1997)获得支持,并从波士顿大学法学院塔玛·弗兰科尔

(Tamar Frankel)教授1983年以来的诚信法(fiduciary law)研究成果充实灵感。在此基础之上,笔者从中国法学界有关诚信原则研究的分裂成果和中国立法实践的复杂表象中,抽象总结出诚信法的概念,并将其拓展成一套完整的法学分支体系。诚信法的提出,既有理论创新,又有重大实践价值。

Tamar Frankel 教授认为,“正如诚信法是私权力的宪法一样,宪法是公权力的诚信法。”笔者将 Tamar Frankel 教授在私权力领域的诚信法研究路径拓展至公权力领域,并开创性地将诚信义务理论应用于中国当前的党风廉政建设和反腐败斗争。

《诚信法丛书》涵盖诚信法基本理论(见张路的《诚信法初论》)、政务诚信(主要是反腐倡廉和领导问责问题)、商务诚信、社会诚信和司法公信四大诚信建设在法律维度的内容,包容性强,可渗透到其他相关非法学学科,值得期待。笔者的“资本市场诚信法律制度研究”选题获得2013年教育部人文社会科学研究规划基金立项(批准号:13YJA820069),对《诚信法丛书》是一种精神安慰和激励。为丰富诚信法研究成果,笔者利用在墨尔本从事研究的机会,寻求与澳洲诚信法大师、前大法官 Paul Finn 教授交流。

这套丛书出版后可能会引起争议。诚信法研究所面临的挑战,是如何在中西方法律语境中协调、统一“诚信”、“善意”(good faith)和“信赖”(reliance)等相互关联的法律原则和制度规则。就中国法学研究和法治建设而言,如何将西方有益的法学理论和法律文明成果“本土化”,推进中国的法治实践,是本套丛书的价值所在。

本来想请导师为这套《诚信法丛书》作总序,导师认为,笔者自己写总序更为合适。遵从师命,笔者就自作总序。

在与导师探讨这套丛书的总序时,余老师指出:“你主持编写的《诚信法丛书》很有意义,因为诚信对于中国而言的确十分重要。从法律上

自序

本书是笔者主持撰写的“诚信法丛书”中的第一部,整套丛书的思路源于笔者的博士毕业论文《投资银行诚信责任比较研究》(2004)。

博士毕业以来,笔者一直关注国内外诚信法律相关的最新研究成果。反复研读沈达明先生的《衡平法初论》(1997)中的“被信任者法”部分,感到提出“诚信法”并不孤单;这一灵感从波士顿大学法学院塔玛·弗兰科尔(Tamar Frankel)教授1983年以来的诚信法(fiduciary law)研究成果得到增强,尤其是她2011年出版了单行本《诚信法》作品。

研究诚信法,自然离不开探讨法律语境中的诚信原则。我国法学界对诚信原则的研究一直存在分裂,而我国立法实践除对诚信原则本身的含义存在分歧外,2007年的《物权法》又开始在立法文本中正式启用“善意”原则。此外,我国法律语境中还有“信赖原则”一说。诚信法的提出,旨在厘清中国上述法学和法律中存在的含混之处,既想借鉴西方有益的法学理论和法律成果实现理论创新,又谋求推进中国的法治建设。

Tamar Frankel 教授认为,“正如诚信法是私权力的宪法一样,宪法是公权力的诚信法。”笔者将 Tamar Frankel 教授在私权力领域的诚信法研究思路延伸到公权力领域,将诚信义务理论应用于中国当前的党风廉政建设和反腐败斗争是笔者的又一创新。借此,笔者将自己的研究领域从法学领域拓展到公共管理、政治学和社会学等多学科领域。

《诚信法初论》是诚信法相关研究的开篇,我国政治话语中的四个诚信建设,包括政务诚信(主要是反腐倡廉和领导问责问题)、商务诚信、社会诚信和司法公信建设,自然是诚信法丛书要研究的重大领域,为此笔者曾尝试就 2012 年度国家社科基金第一批重大项目(文化类)公布的招标课题“推进政务诚信、商务诚信、社会诚信和司法公信建设研究”进行投标,后来笔者又就 2013 年国家社会科学基金重大项目(第一批)公布的招标题目“全面加强惩治和预防腐败体系建设研究”和教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“建构立体形式反腐败体系研究”进行投标。这三次投标经历,对笔者个人来说,有一种满足感。

笔者的“资本市场诚信法律制度研究”选题获得 2013 年教育部人文社会科学研究规划基金立项(批准号:13YJA820069),对笔者是一种精神安慰和激励。

《诚信法初论》创建了两个中文术语,一个是“诚信法”,另一个是“受信人”,后者是英美法中英文 fiduciary 这一术语作为名词的中文翻译。

一路走来,我并不孤单;有柴松霞、任晓兰、张凝、赵金龙、朱宝玲、冯博、邓世豹、朱涛、王霄艳等青年才俊博士团队与我同行,《诚信法丛书》将枝繁叶茂。

张路

2013 年 6 月 1 日于墨尔本

看,诚信可能有广义和狭义之分。例如,合同法领域的诚信原则,通常指的是 bona fide;而在信托法、公司法领域的 fiduciary duty 则通常指的是特定关系人之间存在的一种特殊的信赖关系……一般来说, bona fide 与 fiduciary 二者间是有区别的,或者说程度是不同的,前者比较宽泛,后者则特有所指。因此,建议你考虑两者应如何翻译,在书中把这两者基本的概念先说清楚,并且对这两者所涉的法律领域及法律问题分别进行论述,以便让读者对此有所了解。”

相关概念是否说清楚了,还请读者甄别赐教。

张路

2013 年 6 月 1 日于墨尔本

目 录

第一篇 引 论

第一章 概述 003

第一节 诚信原则的分裂与诚信法的勃兴 005

第二节 诚信法概述 028

第三节 诚信法的特性和运行逻辑 040

第二篇 私权力领域的诚信法

——论塔玛·弗兰科尔教授的诚信法思想

第二章 诚信关系的性质 051

第一节 引言 051

第二节 诚信关系的常见要件 055

第三节 对诚信关系定义的建议 057

第四节 诚信关系举例及其边界 073

第五节 法院如何确认诚信关系 091

第六节 诚信关系的消极面 098

第七节 争论 100

第三章 诚信法的历史溯源 102

第一节 引言 102

第二节 溯源 104

第三节 争论 114

第四章 受信人的义务 117

第一节 引言 117

第二节 基本原理 120

第三节 受信人的主要义务 123

第四节 忠实义务 124

第五节 注意义务 170

第六节 其他义务 175

第七节 诚信义务的分类之争 177

第八节 立法中的诚信义务 187

第五章 诚信法中的默认规则 195

第一节 引言——默认诚信规则和强制性诚信规则的性质和依据 195

第二节 免除受信人诚信义务的程序 199

第三节 同意的性质和代位同意人 201

第四节 默认规则与合同 203

第五节 争论 206

第六章 诚信法被视为独立法学分支的原因 208

第一节 引言 208

- 第二节 分类的重要性 209
- 第三节 诚信法是否应视为独立的法学分支 212
- 第四节 争论 215

第七章 法院对受信人的监管、救济和程序 220

- 第一节 引言 220
- 第二节 法院的司法自由裁量权 221
- 第三节 违反诚信义务的救济 222
- 第四节 衡平法救济 226
- 第五节 惩罚性赔偿 227
- 第六节 解散公司和刑事处罚 227
- 第七节 诉讼资格和程序问题:普通法与衡平法 228
- 第八节 其他救济 231
- 第九节 结论 232

第三篇 公权力领域的诚信法

第八章 公权力领域诚信法的几个重大问题 235

- 第一节 公权力与私权力领域诚信法之间的关系 235
- 第二节 为人民服务的诚信法理依据 241
- 第三节 权力滥用 250
- 第四节 政务诚信 256
- 第五节 司法公信 288

第四篇 诚信德治和文化

第九章 诚信德治和文化 305

第一节 诚信德治与法治的关系 305

第二节 诚信制度建设与文化建设的关系 318

第五篇 比较法

第十章 诚信法的国际比较与发展趋势 339

第一节 大陆法系中的诚信法元素 339

第二节 《法国民法典》中引入的罗马法信托概念 340

第三节 走向统一通用的诚信原则 342

附录一 诚信法和信任在 21 世纪的作用:塔玛·弗兰科尔 作品研讨会简介 352

附录二 国家社科基金重大项目模拟投标书 359

后记 392

第一篇 引 论

（作者姓名）

在为即将接近尾声的这一金融时代撰写历史的时候,我敢断言,这个时代的错误和主要过错大多归因于不遵守一项古老的神圣法则,即“一仆不事二主”的诚信(fiduciary)原则。一个多世纪以前,衡平法很融洽地接纳了这一原则,而普通法在承认这一原则上也不甘落后。人们只要还能思考,就不会相信建立在商业基础之上的经济能够不恪守该项原则而永久持续。为了使现代商业世界能够适当履行其功能,所有权与管理权的分离以及为了使少数人控制大量不知情散户投资者的资源而出现的公司结构的发展同样迫切要求积极遵守该项原则。然而,那些名义上充当受托人但是实际上却通过各种精明的法律手段免于承担对保护对象所承担的保护义务的人,那些不经股东同意,甚至在股东不知悉的情况下利用公司资金为自己发放巨额奖金的公司高管和董事……那些利用各种无穷无尽的操作手段将受托资金所有权人的利益置于脑后的金融机构,无不昭示着我们历来多么忽视该项原则的重要性。由此对个人造成的损失和伤害,对建立在商业基础之上并依赖商业诚信的社会秩序造成的损害,根本无法计算。

——美国大法官斯通^①

^① Justice Harlan Stone, Dedication of Michigan Law School Quadrangle, 1934.

CHAPTER 01 >>

第一章

概 述

大多数人在整个人生过程中都维系着各种诚信关系(fiduciary relationships)。人们在彼此之间的关系中既可能是受信人(fiduciary),包括代理人、公司高管和董事、受托人、律师、医师等;也可能是受信人的相对方,包括本人、投资者、委托人、受益人、客户、患者等。这些关系可能体现为合同、财产转让、持股以及其他类型的日常交易。然而,迄今为止,将所有这些关系作为一个统一类型探讨的并不多见。^①

波士顿大学法学院知名教授塔玛·弗兰科尔(Tamar Frankel)是这少数人中的集大成者。早在1983年,她就明确将这些关系作为一个独立的类型来探讨,而且还专门以这种诚信关系作为调整对象,系统

^① 澳大利亚大法官 Paul Finn 教授和我国的沈达明先生就属于这些不多见的探讨者。

创建了诚信法(fiduciary law)这一新的部门法体系。^①

1997年,我国著名法学家沈达明先生也提出了诚信法的概念,并初步就诚信法展开论述。^②

为了能够在更加复杂、关联程度更高的世界繁荣发展,社会成员必须彼此依赖,通常要将财产、利益和权利相关的权力委托于他人。然而,这种委托可能会被滥用。诚信法也就应运而生。

概言之,诚信法的目的如下:鼓励人们依靠专家和其他受信任人,促进诚信关系的公平、效率,防止滥用向受信任人委托的权力,并就这种权力的滥用提供救济。与对他人的信任相关的各种问题,历史久远;而诚信关系的范围广泛,从《汉穆拉比法典》到当今的《美国职工退休收入保障法》,从中世纪的合伙规则到当今公司和银行管理层相关的规则。

由于我们将各种诚信关系放在一起考察,所以需要就各种不同受信任人的相对方给出一个统一的名称。本书统一称之为委托人(entrustor)。这一名称源于“委托”(entrustment)一词,即由受信任的相对方进行委托,向受信任人委以财产、资产和权力。而“委托人”还是“信

① 见牛津大学出版社2011年出版的塔玛·弗兰科尔教授专著《诚信法》(Fiduciary Law),该著系统论述了诚信法的对象及诚信关系的性质,诚信法的源起,受信任人的义务,诚信法中的默认规则,为何将诚信法视为一个独立的法学分支和法律范畴,法院对受信任人的监管、救济和程序,诚信法在促进委托和信任中的作用等。为表彰弗兰科尔教授在诚信法研究领域的突出成就,美国法学、经济学、哲学和历史学界的著名学者和著名律师2010年10月29日共聚波士顿大学法学院,召开了“诚信法和信任在21世纪的作用:塔玛·弗兰科尔作品研讨会”。这次研讨会突出诚信法的性质、范围及其同其他法律原则之间的关系。研讨会从经济学、历史学、心理学和哲学等学科的视角探讨诚信法,调查当前与诚信法相关的热门话题和争论,包括在决定高管薪酬中的诚信义务、联邦证券法对内幕交易的禁止以及相对不受监管的证券和抵押贷款经纪—交易商领域的诚信义务等。详见本书附录一。

② 沈先生1997年出版了《衡平法初论》,其中的第三篇题目为“被信任者法”(fiduciary law),就是本书所论的“诚信法”。该篇超过80页,初步对诚信法进行探讨。同沈先生对诚信法的论述相比,弗兰科尔教授的论述更成体系。此外,诚信法有狭义和广义两种分类;详见本书第四章第七节“诚信义务的分类之争”。