

中国人民大学金融法研究所 主办 中国银河证券有限责任公司 协办 郭锋 主编

SECURITIES LAW REVIEW

Finance Law Research Center
of Ren Min University of China Sponsor

Guo Feng Chief Editor

2002.10
Volume 2

2002年10月 总第2期

证 券 法 律 评 论

法 律 出 版 社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

证券法律评论. 总第2期/郭锋主编. —北京: 法律出版社, 2002. 11

(证券法律评论丛书)

ISBN 7-5036-1196-0

I. 证… II. 郭… III. ①证券市场—研究—中国
②证券法—研究—中国 IV. D922.287.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 084668 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律应用出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	
开本/A5	印张/16.5 字数/438 千
版本/2002 年 12 月第 1 版	印次/2002 年 12 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
法律应用出版中心/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn	
读者热线/010-88414135 88414142	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
传真/010-88414897 88414899	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414900
书号: ISBN 7-5036-1196-0/D·3710	定价: 33.00 元

特聘学术顾问（按姓氏笔划为序）

芳进 刚明
流乃 晓
方陈 姚奚
英玖 军平
益从 育京
王朱 张贾
洲利 涛庆国
连 联西志
王朱 沈高韩
明平 时耘邦
利 适功定
王江 李顾梁
长武 洁平绍
生耀 丽庆光
王下 陈聂屠

编辑委员会（按姓氏笔划为序）

彬斌 欣铮
艳
王齐 汤姚
萍萍 贤彬
莉 世
王白 张赵
新超 龙驹芳
欣远 燕
王伍 肖赵戚
博泉 华银洲
文春 万汝孟
王卢 杜胡徐
坚捷 兴生锋
文广 世
王牛 张汤郭

目 录

学术专论

- 1 建立中国证券市场诚信机制论纲·郭 锋
26 国有商业银行改制上市的有关问题·侯媛媛
75 证券登记与托管的国际经验与中国实践
·涂 建 毛国权
138 股份回购和库存股制度研究·张训苏、金晓斌、张后奇
194 创业企业股票期权制度探讨·姚 铮、陈菲莲
226 论异议股东股份回购请求权·王 伟
247 证券民事赔偿制度及其形式初探·宣伟华、宋一欣

案例探讨

- 269 证券集体诉讼在美国的应用·[美]陈志武

分析与评论

- 295 我国创业板市场若干法律制度评析·陈振宁
329 证券市场与会计准则国际化·卢春泉
338 商业银行合并的有关法律问题·文海兴

比较研究

- 350 中美证券承销制度比较分析·习龙生、朱晓磊

371	美国证券投资信托公司及投资顾问的规范与 启示·刘连煜
	境外法苑
401	美国的证券民事诉讼制度 ——Rule 10b—5 研究·张明远
470	日本股份公司的机构及其职能·[日]鸟山恭一
	相邻学科
486	我国资产证券化的运作方案与政策设计 ·姚 锋、傅锦彬、王 伟
	其 他
518	学术简讯

Content

Academic Forum

- A Research on the Establishment of Good Faith
 - Principle in Chinese Securities Market *Guo Feng* (1)
- Several Issues Relating to Restructuring of
 - State Owned Commercial Banks *Hou Yuanyuan* (26)
- International Experience and China Practice
 - on Securities Registration and Depository
 - Based on the Securities Ownership
 - *Tu Jian , Mao Guoquan* (75)
- A Research on the Regime in Respect of Stocks
 - Buy-Back and Treasury Stocks
 - *Zhang Xunsu , Jin Xiaobin , Zhang Houqi* (138)
- Approach to the Regime of Stock Options for
 - Starting Enterprises *Yao Zheng , Chen Feilian* (194)
- The Right of Claim for Stock Buy-Back Held by
 - Dissent Shareholders *Wang Wei* (226)
- Civil Compensation and its Forms in Securities
 - Law *Xuan Weihua , Song Yixin* (247)

Case Study

- Securities Class Action Suits in the United
 - States [US] *Cheng Zhiwu* (269)

Analysis and Comments

- Analyses on Several Legal Issues relating to China
 Second Board Stock Market *Cheng Zhenning* (295)
 Chinese Securities Market and Internationalization
 of Accounting Rules *Lu Chunquan* (329)
 Relevant Legal Issues on Merge of Commercial
 Banks *Wen Haixing* (338)

Comparative Study

- Comparative Study on Stock Underwriting System
 in China and the U. S.
 *Xi Longsheng, Zhu Xiaolei* (350)
 A Study of the Investment Company Act and the
 Investment Adviser Act of the United States
 *Liu Lianyu* (371)

Foreign Law

- A Study on private Litigation under Rule 10b—5
 *Zhang Mingyuan* (401)
 Organization and its Functions of Corporation
 limited by Shares in Japan
 [*Japan*] *Toriyama Kyoichi* (470)

Adjoining Subjects

- Operation Scheme and Policy Design working on
 Securitization in China
 *Yao Zheng, Fu Jinbin, Wang Wei* (486)

Others

- Academic News(Ten) (518)

建立中国证券市场诚信机制论纲^①

郭 锋(中国人民大学法学院)

内容提要 诚信作为商业关系中一种最基本的道德标准和规范要素,它不仅是一种商业规则,而且是一种法律规范和法律原则。在商业贸易关系中发展起来的契约制度是西方诚信产生和发展的最高形式。中国诚信在儒家文化中是一种超越于“利”之上的规范人与人之间关系和修身养性的道德准则。无论是当今西方还是中国,诚信已构成商业和契约关系中的道德义务和法律义务。

中国证券市场诚信缺失、欺诈泛滥,主要归因于证券市场定位及结构缺陷、市场信用未建立、集团利益、契约关系不发达、欺诈者收益高于成本、公司治理结构缺陷等。建立证券市场诚信机制,有赖于证券市场的市场化、国际化,建立现代契约制度,承认和保护私人财产权,公平、透明地制定法律和实施监管,保障信息的充分对称,完善法律责任体系,以诚信断案,并树立适合本土文化的诚信观。诚信作为一种精神或文化,应当成为人们心中的“宪法”。

关键词 诚实 信用 契约 欺诈 证券市场

^① 本文系根据作者2001年下半年在中国人民银行研究生部、清华大学、对外经济贸易大学所作的报告整理加工而成。

法的准则是:诚实生活,不犯他人,各得其所。

——(古罗马)乌尔比安

诚者,天之道也;思诚者,人之道也。

——孟 子

诚信缺失,欺诈泛滥,这一资本主义原始积累时期比比皆是的社会现象,不但在经济高度发达、法制高度健全的西方世界故态复萌,沉痾重现,而且在素有数千年文明传统美称的中华大地也愈演愈烈,根治无方。美国出现了世界通讯、安然等惊天大案,中国则有银广夏、中科创业等令无数投资者痛心疾首的恶性事件。欺诈引发市场秩序的混乱,损害投资者的权益,打击公众的信心,摧毁公正的理念。由欺诈所引发的诚信话题,已引起东西方商界、政界、社会公众的普遍关注。在这一背景下,分析和探究如何建立中国证券市场的诚信机制,显得尤为必要和迫切。

一、诚信的语义辨析

诚信在中文中为“诚实信用”的简称。“诚”即“真心实意”,指人的一种主观心理状态。孟子曰:“诚者,天之道也;思诚者,人之道也”,^①将“诚”誉为自然界和社会的最高道德范畴。唐李翱将“诚”视为“圣人之性”。

“诚实”指“言行与内心一致,不虚假”。^②诚实意味着一个人善良的心理与其外在行为的一致性。

“信”意为“诚实,不欺,中国儒家道德规范”。^③《国语·周语上》曰:“礼所以观忠、信、仁、义也……信所以守也”;《论语·学而》曰:“与

^① 《孟子·离娄上》。

^② 《辞海》,上海辞书出版社1979年版(下同),第445页。

^③ 《辞海》,第279页。

朋友交而不信乎”？孔子曰：“人而无信，不知其可也。”^① 孔子把信作为“仁”的重要内容；孟子把自身具有善德称为“信”。“信用”指“以诚信任用人，信任使用；遵守诺言，实践成约”。^②

诚实信用在拉丁文中为“Fides bona”，它是具有约束力的商业道德和行为规范，以信义(Fides)为要素，是对欺诈(fraudatio)的否定。译为英文通常为“Good Faith”，但在英文中，还存在 Honesty(诚实)、fiduciary(信任)、Credit(信用)等概念。英文中的诚实概念与中文含意并无本质区别，但英文中的信用在商业上是一种约期付款或借贷行为。《牛津法律大辞典》诠释为：“在得到或提供货物或服务后不立即付款而是允诺在将来时间付款”，“在现代社会和商业活动中信用是非常重要的”。^③ 信用卡(credit card)和各种商业票据(bill or check)即是建立在信用基础上的支付或结算工具。在法学上，信用本质上体现为一种契约关系，需由缔约当事人信守。^④

二、西方诚信源流

诚信发端并体现于人类社会的多种关系中，比如背叛(投诚)、隶属、血亲、姻亲、结义(信仰)均可产生诚信。但在商业贸易关系中发展起来的契约制度是诚信产生和发展的最高形式。可以说，诚信与契约，是一而二，二而一的关系，脱离诚信而论契约，或离开契约而谈诚信，均不明其要旨。正如一位现代罗马法学家所说：一系列契约法

① 《论语·为政》。

② 《辞海》，第280页。

③ 《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年版，第225页。

④ 不过，国内民商法学者通常是将信用理解为对民事主体经济能力或偿债能力的信赖和评价，如吴汉东认为：法律上的信用是指民事主体所具有的偿付债务的能力而在社会上获得相应的信赖和评价(参见吴汉东：《论信用权》，《法学》2001年第1期)。

律关系,都是通过诚信标准对社会现实进行直接的法律写照。^① 现代契约制度已经有了2500年的漫长历史,它起始于公元450年罗马帝国时的《十二铜表法》,经过中世纪教会法的渗透,直至18世纪启蒙运动时代,在边沁功利主义、英国工业革命及马克思经济学说的影响下,以欧美为中心,逐渐发展壮大成一种世界性的经济制度和法律制度。契约制度之所以具有如此久远而旺盛的生命力,关键在于诚信已在事实上构成契约制度的基石,或者说它一直是培植契约这一千年古树的沃土。

契约产生于双方的信任,以及一方对另一方遵守诺言的合理期望。考察罗马契约史,契约产生于这样一种典型形式:一方问:你愿意承诺吗?另一方答:我承诺。契约即告成立。这是罗马法中的宣式口头契约(stipulatio)。为了对缔约履行过程中的不诚信进行防范,历史上发明了宣誓、人证、书面、担保等制度,比如,只有证人在场证明前述口头契约程序方可拘束承诺人。契约的这一特点表明:信任是缔结契约的基本依据,但同时又需借助其他机制来确保诚信得

^① [意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,中国政法大学出版社1994年版(下同),第238页。

到遵守。现代契约法中的“允诺禁反言规则”(promissory Estoppel Rule),^①即意味着承诺人对已做出的承诺心须信守,不得反悔。

以诚信为基石的契约制度从近代开始在法律形态上还采取了合伙和公司形式,正是它们共同推进了近代工业革命及现代经济与技术的发展。瓦特所发明的蒸汽机从研究、发明向实用和经营的成功转化,就是借助于以人的信用为基础的合伙契约来完成的。^②

诚信作为商业关系中一种最基本的道德标准和规范要素,从一开始就不仅是一种主观理念,一种商业规则,而是一种法律规范和法律原则。罗马法学家认为,作为一种商业道德的诚信,是商业世界的

① 英国近代法律学家丹宁大法官(Lord Denning)在一宗租赁合同纠纷的判决书中指出:“如债权人对债务人已表示接受少数数目以清偿较大数目之债务,经债务人业已依约履行,纵债务人未给予债权人其他之酬劳或约因,此项约定即生效力,禁止债权人再违反先前之允诺(promissory estoppel)。”这就是著名的“允诺禁反言规则”。该案的事实为:原告于1937年将其公寓全幢租与被告,租期99年,每年租金为2500镑。在原租约下,被告再将此公寓分租出去。由于1937年爆发第二次世界大战,伦敦市民逃去一空,被告所承租之公寓大部分均闲置而无人问津,因此,在1940年原告同意被告之要求将年租金自2500镑减少一半,即1250镑,溯自契约签订时生效。二次世界大战于1945年结束,伦敦市民自乡间返回伦敦,而被告所承租之公寓亦告客满。原告因此向被告要求自1945年公寓客满后两季须补缴租金,即以每年2500英镑计算。判决结果为:原告可自1945年第二季收取每年全额之租金2500英镑,但如原告想以Pinnel' Case原则,追计被告未给因而自1939年起至1945年初之减半租金时,则法院基于衡平法之考量,适用禁反言之理论,禁止原告向前追溯之权利。换言之,本案自1945年后之租金可请求全额给付,自1939年至1945年间之少付租金之请求则不可。(参见《英美契约法论》,北京大学出版社1997年版,第126—127页。)

② 瓦特在研究发明蒸汽机的过程中,由于无法负担研究费用,曾一度放弃了研究。他不但没有财产,而且还债台高筑。为了谋生和养家糊口,他不得不去当测量员和工程师。此时,瓦特的一位好友、煤矿主罗巴克愿意参与,于是他们两人签订了一份合伙合同,约定由罗巴克负责偿还瓦特此前所欠债务1000镑,并提供研究经费;作为报偿,在利润分配上罗巴克占2/3。学者认为,正是这份合同在蒸汽史上开辟了一个时代,蒸汽正是在那时走出实验室进入工业世界。后来,罗巴克经营出现困境并破产,瓦特的另一个朋友博尔顿参与进来,罗巴克将其与瓦特的合伙合同转让给他,从而使蒸汽机得到了广泛的生产和运用。同时,他们还通过诉讼挫败了一位生产蒸汽机的竞争对手并使其破产(参见保尔·芒图:《十八世纪产业革命》,商务印书馆1997年版,第257—271页)。

支柱;而作为一种规范要素的诚信,则创造和形成一系列罗马法规则,这些规则既适用于罗马人,也适用于异邦人。^①因此,万民法即是以“诚信”为基础的法。

在西方法律文化中,作为法律规则的诚信具有如下特征:其一,诚信是所有法律原则的基础。西塞罗在《论义务》一书中就是从诚信推导出平等、公正等法律原则的。^②其二,诚信体现为契约、法律行为、代理、信托、善意第三人等制度中的具体规则,如意思表示必须真实,禁止欺诈性民事行为,对价原则等;其三,诚信是司法诉讼或仲裁中判断是非曲直的标尺。法官、仲裁员在执行、运用法律时,如契约或法律有漏洞或含意不明,应运用诚信原则的理念理解有关条文,平衡双方当事人的权利义务关系,维持公平。^③司法诉讼中的“自由心证”制度实质上即受诚信理念的支配。

不诚信在商业交往中往往构成欺诈,自古以来即导致法律后果。在古罗马的债务关系中,曾对不诚信者实施自我救济的债务奴隶制度。如罗马法中的要式契约“债务口约”(nexum)的违约后果极为严厉,只要债务人没有清偿债务或没有人代为清偿,债权人可以将其作为债务奴隶(nexus),给其带上锁链,用棍棒相揍,强迫其为自己劳动。这种严苛的债务奴隶制度引发了贵族债权人和平民债务人之间的长期斗争,形成历史动乱,因此,在公元前326年被《博埃得里亚法》废除。

罗马诉讼法中对诚信的判断最典型地反映在“誓金法律诉讼”(legis action sacramento)制度中。在该种诉讼中,当事人将争议物(比如一名奴隶)带到执法官面前,请求权人手持一根木棍,抓住物并庄重地主张其对该物的权利(我宣布:根据奎里蒂人法律,这名奴隶

① 参见《罗马法史》,第237页。

② 西塞罗:《论义务》第1卷,第23节。

③ 如《法国民法典》第1163条规定:“不论订立契约的用语如何笼统、概括,契约之标的仅包括可推知属于当事人本意立约之事项。”

在法律地位上属我所有,故我将棍子架在他身上)。被请求人可以用同样的方式提出反请求。执法官则出面干预道:“你们两人都放开奴隶”。接下来进行一套复杂的司法程序。请求权人要求被请求人(反之亦可)进行赌誓(sacramentum),由审判员决定谁的赌誓是正确的,谁的是不正确的,双方的财产争议随着这一裁定而解决。^① 这种誓金之诉中的“赌誓”反映了早期法律诉讼中浓厚的宗教色彩,因为根据宗教观念,发誓说假话的人将激起神的震怒,遭到神的惩罚。

在近、现代法律中,特别是在合同关系中,不恪守承诺,违背诚信必须承担违约金、赔偿金等强制性法律责任。商业关系中的欺诈不仅使主体丧失信誉,自断财路,而且往往导致民事赔偿、行政处罚、刑事制裁等多种法律责任。而且,诚信义务不光是向合同关系中的相对人、债权人、第三人履行,还需由生产者、销售者、管理者向消费者、投资者、社会公众履行。

三、中国诚信源流及特征

中华民族自古就是礼仪之邦,讲究言行一致,言而有信,以诚待人,鄙视奸佞,故诚信观念,可谓源远流长。然而,受儒家思想影响,中国诚信更多地是以修身养性、教化民众、厘定秩序为本演绎而来,它不直接导源于商业和契约关系。中国诚信的特征主要表现为:

(一)诚信是一种“礼”,一种“德”

中国古代儒家思想以“礼”作为行为规范,涵盖了包括民法在内的许多部门法,^② “刑民”都统帅于“礼”之下,所谓“分争、辩讼,非礼不决,君臣上下、父子兄弟,非礼不定”(《礼记·曲礼上》)。可见,权利义务、民事诉讼、人身关系均由“礼”调整。《礼记·壬制》曰:“用器不中度,不粥于市……市帛精粗不中数、幅广狭不中量,不粥于市”,这

^① 参见《罗马法史》,第122—125页。

^② 参见叶孝信主编:《中国民法史》,上海人民出版社1993年版,绪论第3页。

实为买卖关系中需遵守诚信的要求。

孔子曰：“其身正，不令而行，其身不正，虽令不从”；^①“道之以德，齐之以礼，有耻且格”。^②孟子曰：“以德服人者，中心悦而诚服也”；^③“父子有亲、君臣有义、夫妇有别、长幼有叙、朋友有信”(《孟子·滕文公上》)。孔孟认为，德教优于德政。董仲舒在此基础上进一步提出“德主刑辅”之说，“阳为德，阴为刑”，^④强调礼教的作用。南宋朱熹提出的“明刑弼教”说更将礼教的作用定位为维护三纲五常。

(二)诚信是一种“义”

《论语·学而》曰：“信近于义，言可复也”。强调信用要合符于义，才能去实现。“义，宜也，裁制事物使合于宜也”。^⑤儒家思想的重要特征是“重义轻利”。孔子曰：“君子喻于义，小人喻于利”。^⑥孟子见梁惠王，开宗明义就说：“王何必曰利，亦有仁义而已矣”。^⑦

春秋时郑国子产曾追述郑国先君桓公与商人盟誓的故事：“若我先君桓公与商人皆出自周，世有盟誓以相信也”。曰：“尔无我叛，我无强贾，毋或妄夺；尔有利市宝贿，我勿与知。特此质誓，故能相保，以至今”。^⑧可见，诸侯国君也不能违背诚信和对方意志，而强买商人货物。

(三)诚信是一种“忠”，是上对下的要求

所谓“忠”、“孝”、“忠君爱国”，反映了晚辈对长辈、位卑者对位尊者，被统治者对统治者的归顺、服从和尊重。孔子曰：“临之以庄，则

① 《论语·子路》。

② 《论语·为政》。

③ 《孟子·公孙丑上》。

④ 《汉书》卷56《董仲舒》。

⑤ 《释名·释言语》。

⑥ 《论语·里仁》。

⑦ 《孟子·梁惠王上》。

⑧ 《左传》昭公十六年。

敬;孝慈,则忠。”^①“君使臣以礼,臣事君以忠”。^②

(四)诚信是判案断狱的依据

比如,唐代司法官在审讯案件过程中,必须先以五听(辞听、色听、气听、耳听、目听)审察辞理,即通过观察当事人的言辞、表情等分析其心理状态,而后反复参验诸种证据,以判定案情。

正是由于诚信在中华文化中具有以上特点和内容,诚信在传统上并不是一项与商业或契约有关的法律规则,它并不构成约束人们行为的法定义务。而且,中国政治文化中对以暴力、偷窃为特点的扰乱社会治安、触犯统治秩序的行为持严厉惩处态度,而对玩弄权谋坑害他人这种“隐性”损人利己行为较为宽容。孟德斯鸠在考察中国人的诚信时认为,中国人虽然以礼为指南,但却是“地球上最会骗人的民族”,特别是表现在从事商业贸易之时。虽然贸易很自然地激起人们诚信的感情,但它却从未激起中国人的诚信。中国商人有三种秤:一种是买进用的重秤,一种是卖出用的轻秤,一种是供有戒心的人用的准确的秤。分析这种不诚信的根源时,他认为中国法律没有限制人们不可想象的贪利之心。为了寻求社会稳定,“一切用暴行获得的东西都是禁止的,一切用术数或狡诈取得的东西是许可的”。因此,他得出结论说,“在中国,欺骗是准许的”。^③ 在内忧外患、世风日下、贪赃枉法盛行时代,中国人的诚信更易衰败。近代资产阶级民主革命家陈天华就曾一针见血地指出:“中国的人,常常自夸为文明种族,礼义之邦。从前我祖宗的时候,原是不错。但到了今日,奸盗诈伪,无所不为。一点古风也没有了。”^④

① 《论语·为政》。

② 《论语·八佾》。

③ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),商务印书馆1997年版,第316页。

④ 陈天华:《警世钟》,见《中国读本》,国际文化出版公司1997年版,第35页。

四、中西方诚信观比较

由于中西方历史、文化和法治的差异,中西方的诚信概念、诚信观存在着较大不同,比较起来,主要表现在以下诸方面:

(一)产生的根源不同

西方诚信产生于商业贸易、表现于契约关系并通过契约关系发展完善,诚信从一开始就与商业贸易紧密相联、合为一体;中国诚信产生于“礼”、“德”、“义”,更多地体现在人与人的交往中,是一种超越“利”之上的人与人之间的信任关系。

(二)功能不同

论者认为,诚实信用具有三项功能:指导当事人行使权利、履行义务;解释、评价和补充法律行为;解释和补充法律。^①应当说西方诚信比较典型地反映了这些功能,而中国现行法中的诚信在约束当事人的权利义务和法律行为方面具有一定作用,但在解释、评价、补充法律行为和弥补法律漏洞方面其功能较为欠缺。

(三)违背诚信的后果不同

西方诚信由相互间的商业利益驱动,不诚信即意味着丧失利益,诚信最终体现为利益;中国诚信由伦理道德驱动,背信弃义往往受到的是谴责,是一种道德与舆论评价。

(四)体现的方式不同

西方诚信体现为由立法者构建的制度细节,具有充分的可执行性,诚信或是不诚信都有各自的判断标准,违背诚信亦有明确的法律制裁措施;中国诚信更多地体现为一种理念的宣扬,空泛抽象,意味深长。

(五)效力不同

西方诚信本质上是一种法律义务,当事人必须遵守,诚信是从事

① 参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第307—308页。