

金融法治前沿

2010 年卷

金融创新与司法审查

HERALD OF RULE OF LAW
ON FINANCE

主 编 应 勇

副主编 张海棠 顾功耘 徐 明



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

金融法治前沿

2010 年卷

金融创新与司法审查

主 编 应 勇

副主编 张海棠 顾功耘 徐 明



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

金融法治前沿. 2010 年卷 / 应勇主编. —北京:
法律出版社, 2010. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0824 - 0

I. ①金… II. ①应… III. ①金融法—研究—中国
IV. ①D922. 280. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 096078 号

金融法治前沿. 2010 年卷
主编 应 勇

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 韦钦平
责任编辑 韦钦平
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 787 × 960 毫米 1/16
印张 52. 75
字数 878 千
版本 2010 年 6 月第 1 版
印次 2010 年 6 月第 1 次印刷

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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www. lawpress. com. cn

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

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0824 - 0

定价: 118. 00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

2010年对于上海来讲,是一个不寻常的年份。世博盛会,四海云集,浦江两岸,璀璨生辉,一个全新的国际金融中心正在崛起。

金融是国民经济的命脉,现代市场经济的核心,金融中心作为一个国家或地区金融活动的集聚地,是一个国家经济发展的制高点和参与全球经济金融竞争的重要依托。早在上世纪90年代初,党中央、国务院就提出了建立上海国际金融中心的战略构想,并先后出台了一系列重大政策,上海国际金融中心建设在十几年间取得了显著进展。2009年4月,国务院发布了《关于推进上海加快发展现代服务业和先进制造业、建设国际金融中心和国际航运中心的意见》,正式确立了“在2020年将上海建设成为国际金融中心”的国家战略决策。

金融市场的活跃与发展,离不开良好的金融法治环境的维护和保障,金融法治在促进国际金融中心形成并健康发展中起着举足轻重的作用,而金融法治环境的营造,不仅需要有立法上的制度完善、执法上的依法管理,更离不开司法的引领和规制。上海法院紧紧围绕国际金融中心建设,以金融市场体系建设为核心,以金融创新先行先试、优化金融发展环境为重点,依法保护合法金融债权,制裁金融违法行为,惩治各类金融犯罪,维护金融市场秩序,为维护有序竞争、规范开发的金融软环境发挥了应有的职能作用。

金融纠纷案件的高度专业化和日益复杂化,迫切要求实现专业化、集约化审理机制。从2008年下半年至今,上海已在高、中院及部分基层法院成立了专业的金融审判庭,上海三级法院金融专项审判机制正式运转,同时还对高、中院及其他区、县法院的金融审判合

议庭人员实施优化配置,充分发挥金融审判专业人员的骨干作用,加大了培养高层次理论研究人才的力度。

金融法治环境的构建,是一项系统工程,政府相关部门、公检法机关与金融监管部门之间需要增强双向、良性的互动,上海高院与上海市金融办、上海银监局、上海证监局、上海保监局等金融监管部门以及主要金融机构建立了良好合作交流机制,法院及时向金融监管部门、金融机构提供金融案件的审判动态,及时了解金融行业的司法需求,加强对经济运行领域及金融危机应对措施中可能涉及法律问题的调查研究。上海法院于2009年建立金融审判“白皮书”制度,通过翔实的数据统计和案例分析,向金融监管部门、金融机构通报年度金融审判信息,提出有针对性的风险提示和司法建议,倡导金融市场主体合规经营、防范风险,提高金融服务水平,这一做法得到了最高法院和上海市委、市府领导的高度评价。

上海法院注重打造理论研究平台,推进实务部门与学术界的优势互补。2009年3月,最高法院和中国法学会审判理论研究会依托上海高院设立金融审判理论专业委员会,旨在更好地汇聚和整合全国金融审判理论研究资源,进一步推动金融审判理论发展,服务金融审判工作。成立一年多来,法院与金融监管部门、高校及研究机构的互动更加频繁而深入,基本形成了资源共享、成果共享、互惠互利、合作共赢的良好局面。

金融审判水平的提升离不开一支高素质的专业化法官,人才是提升金融法治软环境的关键要素。上海法院不断研究设置符合金融审判需要的专业培训课程,提高法官正确适用金融法律的水平,促进裁判标准的统一。同时,金融实务部门丰富的人才资源也为上海法院人才高地建设提供了有力支持,2009年成立的上海法院金融审判专家咨询库成为了上海法院服务国际金融中心建设的重要智力资源。去年9月,上海法院依托中欧陆家嘴国际金融研究院开展中欧金融法律高级培训项目,首期30名金融审判法官接受了金融专业知识和金融形势政策等方面的专项系统性培训并结业,成为金融审判和理论研究的中坚力量。

金融审判理论专业委员会自成立以来,始终坚持“三个至上”的指导思想和“为大局服务、为人民司法”的工作主题,深入推进社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法三项重点工作,不断推进金融审判理论发展,服务于金融审判工作。一年一度的学术研讨会是展示研究交流成果的重要平台,今年的学术研讨会以“金融创新发展与司法审查”为主题,汇聚金融理论研究、金融实务和金融审判领域的专家、学者,从不同的角度共同探讨金融发展问题,集中展示了对法学理论的思考、对司法实践的观察、对审判经验的总结,具有很强的现实指导性。

感谢华东政法大学、上海证券交易所一以贯之的努力和支持,才有这本论文集的顺利出版。

是为序。

上海市高级人民法院院长



二〇一〇年六月

前 言

中国法学会审判理论研究会金融审判理论专业委员会第二届学术研讨会于2010年6月28日在上海举行。本届学术研讨会由中国法学会审判理论研究会金融审判理论专业委员会和上海市高级人民法院主办,上海证券交易所、华东政法大学协办。

学术研讨会是中国法学会审判理论研究会金融审判理论专业委员会定期举办的一项重要活动,其旨在利用金融审判理论专业委员会的平台优势,发挥上海作为国际金融中心的区域优势,汇集和整合金融实务领域和研究领域的人才和智慧,立足金融审判实践,总结金融审判经验,提炼金融审判规则,探索金融审判发展规律,进一步推进金融审判的理论研究,为规范金融秩序提供示范指引,为促进金融市场科学发展提供司法建议,为完善金融法律规范提供先导效应。学术研讨会是人民法院与金融领域、法学领域广大专家、学者进一步加强沟通、交流与合作的桥梁和纽带。

本届学术研讨会以“金融创新与司法审查”为主题,体现了人民法院和金融机构等通过发挥金融审判和监管职能,规制金融行为和揭示市场风险,以司法保障和引导金融创新,维护金融秩序稳定,保障金融体系安全,促进金融产业健康、规范发展的重要意义。本届学术研讨会设六个专题:(一)金融创新的制度设计与司法审查;(二)金融纠纷司法介入的价值取向与功能定位;(三)金融审判与金融机构的合规经营;(四)资本市场国际化的法制保障;(五)保险纠纷案件审理中法律适用问题;(六)金融消费者和投资者的权益保护。

学术研讨会受到了广泛关注,各级法院、金融监管机构、金融机构、高等院校及相关单位的法官、专家、学者积极投稿,共征集到来自各方面的论文109篇。这些文章深入金融发展创新的前沿,紧贴

金融审判实践,畅述和剖析当前金融发展、创新、金融审判中存在的问题,提出了富有实际意义的应对措施和建议,具有较强的前瞻性、针对性和实践指导意义。文章内容基本上代表了我国金融实务领域的最新研究成果,总体反映了金融发展的趋势和规律,对金融工作的开展具有很好的推动作用。鉴于篇幅所限,本书通过评审,从征集的文稿中选编了部分主题相符、理论水平较高、有一定见解的论文70篇,汇集成册,以飨读者。

衷心希望本书能为有关部门在研究我国金融发展的战略和政策,以及增强金融政策制定的预见性和针对性方面起到一定的参考作用;同时也为广大读者研究和了解我国金融市场动向和金融审判工作拓宽视野,提供一份精神食粮。

谨对在本书编印工作中付出辛勤劳动的所有人员表示衷心的感谢!

二〇一〇年六月

目 录

金融创新的制度设计与司法审查

论金融创新发展中的司法审查

——以金融商事审判为视角

杨 彪、李凌云 3

证券交易所业务规则法律效力与司法审查

徐 明、卢文道 9

试探信用卡信用风险应对机制的构建

——以浦东法院审理的 100 件恶意透支型信用卡纠纷

案例抽样分析为视角

上海市浦东新区法院民六庭课题组 19

我国期货结算法律制度分析

李明良、刘妍君 26

试析证券公司信息隔离制度在内幕交易诉讼中之责任抗辩理由 吴 斌 52

构建证券公司信息隔离墙制度的法律思考

光大证券股份有限公司法律合规部 70

完善我国上市公司退市制度的若干思考

薛 珍、闫 兵 84

证券登记结算业务中司法介入的实践与建议

牛文婕、张松涛 92

面临挑战的抉择

——美国次贷危机金融立法改革评述及其对中国金融立法的启示

翁小川 100

建设上海国际金融中心背景下股权投资基金法律制度的建立和完善

——以人民币股权投资基金为视角

顾文伯 115

全球化趋势下 REITs 监管问题探析

——美国和亚洲的经验与启示

俞 硕 126

重整制度中债权人利益保护的若干问题研究

韦健南 139

Term Loans in the Financial Crisis: A Comparative

Analysis of China and the UK

Yitong Zheng 148

金融纠纷司法介入的价值取向与功能定位

当前证券新类型纠纷的解决

宋 航 183

构建金融纠纷非诉讼解决机制之设想

谢琴铮 197

风险投资纠纷中的司法介入

许晓骁 205

委托理财案件法律适用难点辨析

- 以保底条款负外部性分析及其无效后果处理为重点 徐子良 217

我国信用卡民事责任承担实证分析

- 持卡人与发卡行民事责任承担分析 曹洁、陆剑平、赵鑫 235

- 洗钱罪司法认定相关问题探析 肖晚祥 250

- 论金融交易习惯在仲裁中的应用 倪受彬、施丹婷 257

- 中国中期期货公司股东派生诉讼案件法律分析 叶伟杰 273

金融审判与金融机构的合规经营

- 金融工作人员购买假币罪应当取消 孙建保 285

- 金融类非法经营犯罪情况分析 胡健涛、朱晋峰 297

金融犯罪实证调研与法律适用分析

- 以浦东法院 2002 ~ 2008 年统计数据为蓝本
丁寿兴、陆文德、刘娟娟 304

涉黄金期货类非法经营的行为发展与法律适用

- 结合三个案例的实证分析 孙明德、陈柱钊 332

房产交易骗贷案件中银行的救济途径及其与中介机构的
注意义务辨析

- 兼谈银行个人房贷业务合规经营 曹霞 349

金融审判中银行债权保护研究

- 以公司对外担保中银行债权保护为视角 沈璇敏、王海燕 361

信用卡诈骗案件成因透析及相关对策研究

- 闸北法院 2007 年以来信用卡诈骗案件
审理情况分析 王宗光、杨坤 373

- 金融诈骗罪法条竞合探究 朱铁军 379

- 信用卡诈骗罪之司法认定 刘鑫、万志尧 387

- 恶意透支信用卡犯罪行为的司法认定 胡健涛 396

司法能动的正当与界限

- 以上海法院金融审判实践为视角 朱奇、向婧 405

资本市场国际化的法制保障

- 国际板制度建设中的若干法律制度问题分析 徐明、秦芳华 415

- 国际金融中心的竞争与法律的角色 Douglas W. Arner(普丽芬译) 425

国际证券发行中的法律意见

——美国法律意见实践

陈已昕 442

香港资本市场业务规则的法律属性

普丽芬 452

跨国证券融资监管目标略论

——兼论境外公司在我国证券市场股票发行、上市的监管目标

蒋辉宇 465

银行代客境外理财产品(QDII)案件裁判路径探析

丁寿兴、王鑫、顾权、孔燕萍 472

提升上海在建设国际金融中心中的法制软实力

陈冲 482

保险纠纷案件审理中的法律适用问题

试论多车事故中的保险赔付责任

董庶 493

意外伤害保险纠纷中的举证责任分配

——以消极事实举证责任为视角

陈克 502

试论财产保险合同中的近因原则

金成 512

浅谈财产保险之受益第三人

沈竹莺 520

被保险人的权利处分行为与保险人代位求偿权之关系

——兼评保险法第61条中的法律漏洞及填充

张文婷 528

保险纠纷中如实告知义务的若干问题研究

钟可慰、王晓梅 539

保险代位求偿诉讼中若干法律问题研究

钟可慰、朱颖琦 553

保险利益原则与意思自治原则的冲突及适用

荣学磊 561

保险法施行过程中的法律适用问题研究

陈萌、林晓君、沙洵、张峥 567

保险纠纷审判若干问题研究

崔剑平 583

交强险实施中存在的若干法律问题研究

——评析《机动车交通事故责任强制保险条例》

第22~23条之缺陷

张海 591

诉讼背景下人身保险行业做法解析及规制研究

陆晓峰、吕鹰一 598

离婚诉讼中的人寿保险分割问题研究

鲁君、王飞、于凯 607

保险代位求偿权的司法疑难问题分析

——以机动车交通事故责任强制责任保险为视角

苏光华、包鸿举 615

试论保险合同格式条款的“通常理解”

董庶、易俊 624

浅析保险代位求偿权若干疑难法律问题

上海市中汇律师事务所保险工作组 640

保险标的转让所致保险利益移转的立法变动及其解释方向

——兼评2009年修订后的《保险法》第12条、第49条的
理解和适用

高 宇 649

金融消费者和投资者的权益保护

金融消费者权利保护途径探究

——以直接保护与间接保护之结合为研究思路

高佳运 661

侵权责任法对证券市场投资人权益保护的适用问题研究

主力军 672

证券内幕交易民事责任构成要件探究

——以美国、我国台湾地区为比较对象

冯晓磊 682

银行理财产品风险:卖者注意抑或买者自负?

——银行风险揭示义务与投资者审慎注意义务的司法平衡

俞 巍、范黎红 695

商业银行个人综合理财服务知情权研究

——从一案例看知情权保护

朱 祺、茅建中 704

银行理财信息披露不当的司法应对

——以金融消费者保护为视角

罗健豪、沈文宏 710

信托类理财产品的投资者保护

何璐依 722

论存款的风险负担与银行的附随义务

江敏超、林庆强 732

金融产品销售中的告知义务初探

虞增鑫 740

信用卡挂失风险分配的制度缺陷和建议

姚竞燕 748

浅析冻结、扣划期货交易所会员资格费法律适用依据的完善

鲍建平、颜文俊 755

金融业混业经营趋势下期货投资者权益保护

刘智敏 761

美国建立消费者金融保护机构的实践与思考

吴伟央 768

证券市场虚假陈述中的投资者“真实行为”理论

——一个法律金融学的视角

谢之辰、张建伟 778

日本金融制度改革的新趋势:金融消费者立法保护的统一化

何 颖 793

个人理财业务中的银行义务配置

——案例实践与学理探析

郭 雳、温 馨 809

构建横向规制的投资者保护框架

——以日本金融法制改革为鉴

杨 柳 823

**金融创新的制度设计
与司法审查**

论金融创新发展中的司法审查

——以金融商事审判为视角

杨彪* 李凌云**

【摘要】金融创新作为金融发展的一种重要的内在推动力量,已成为经济发展不可缺少的助推器之一。金融创新的迅猛发展也为金融商事审判带来严峻挑战。在金融立法相对滞后的情况下,金融商事审判必须准确把握对各类金融创新矛盾纠纷的司法审查原则,在法官的合法解释与自由裁量之间寻找一种平衡,从而达到促进金融创新发展、保障金融发展安全的目的。

【关键词】金融创新 司法审查 商事审判

一、金融创新的发展现状对司法审查提出新课题

所谓金融创新,广义上理解就是指发生在金融领域的一切创新活动,包括金融产品创新、金融技术创新、金融体制创新、金融机构创新、金融管理创新、金融服务创新、金融理念创新、金融市场开拓等所有的与金融有关的创新内容,是将金融领域的各种要素进行重新组合和创造性的变革。狭义的金融创新则只包括金融产品的创新。从全球的发展实践来看,金融创新已经成为促进金融市场发育、加速金融行业发展和经济增长不可或缺的力量,成为金融体系促进实体经济运行的重要“引擎”。

我国的金融创新虽然起步较晚,但经过二十多年的发展,也已取得了显著的成绩。以金融创新产品为例,改革开放以来,创新的金融工具已达一百多种。^①再以上海地方为例,以打造国际金融中心为目标,上海的金融创新更是走在全国前列。在市场建设上,2009年上海金融市场交易总额累计达到了251万亿,比上年增长了41.7%,全市的金融机构累计超过了850家。全年的证券市场成交了39.3万亿元,比上年增长了85.1%,期货市场成交73.8万亿元,增长了1.6倍。在机构聚集上,外资和中外合资金融机构超过了400

* 上海市杨浦区人民法院法官、民二庭庭长

** 上海市杨浦区人民法院民二庭法官

① 付乐、曾宪宁:“我国金融创新的现状与发展路径探析”,载《企业经济》2007年第10期。

家,占全市金融机构的一半。落户上海的外资法人银行达到20家,占全国2/3,^①上海更引进了以风险投资为主业的硅谷银行落户杨浦,杨浦区已与硅谷银行达成“1+4”合作计划,共同组建了中早期风险投资基金、引导基金管理公司、小额科技贷款公司等,加快了与外国金融机构合作的风险投资实践。

但与日新月异的金融创新速度相比,我国与金融创新相关的立法则显滞后,并且现有的与金融有关的法律制度存在着明显的弊端:第一,我国至今尚无一部统一的金融创新法律法规,现有的金融创新规章制度以地方性法规和部门、行业规章为主,难以给司法实践提供直接的法律依据;第二,金融创新行为往往与现行有关法律制度相冲突,例如《商业银行法》、《证券法》、《保险法》及《信托法》根据分业原则对相关金融业务进行规定,而金融创新的发展已使金融业务带有明显的混业特征,一些金融业务无法在一部法律法规中寻求依据;第三,现有法律制度存在空白、模糊地带,如期货交易法、金融机构破产法、风险投资法等重要金融法律法规至今未出台,对基金是否可以融资、信托投资法律的适用性等缺乏明确规定。

金融创新在大多情况下属于一种民事法律行为,金融立法的滞后无疑为适用法律的金融商事审判带来了新课题。法院不得以法律无明文规定而拒绝裁判案件,而对法律无明确界定的新类型金融纠纷应如何加以认定,则会因个体理解的不同而可能产生不同的结论。例如,关于金融委托理财纠纷中保底条款效力的认定,司法实践中长期存在争论,即便在一些司法指导意见中也采取了审慎的保留态度。^②因此,如何准确认识金融司法审查的地位和作用,把握好金融司法审查的原则和标准,不仅是实现统一裁判标准的需要,更是金融商事审判在推动金融创新发展中必须解决的重要课题。

二、司法审查在金融创新发展中的地位和作用

所谓司法审查,即法院通过具体案件的审理,对某类金融行为或活动的合法性进行审查,从而对一项金融创新成果给予有效或无效的判定,并对各方当事人的权利义务进行评判。司法作为维护社会公平正义的最后一道防线,其已不仅仅具有解决纠纷的原初功能,更具有维护法律与规则创设、权力制约与

^① “上海今年主推金融创新规范地方立法势在必行”,载上海市人民政府门户网站, <http://www.shanghai.gov.cn/shanghai/node2314/node2315/node4411/userobject21ai394155.html>, 2010年4月2日访问。

^② 如北京市高级人民法院制定的《关于审理金融类委托理财合同纠纷案件若干问题的指导意见(试行)》中第4条规定:“金融类委托理财合同中的保底条款,原则上不予以保护。对于履行此类合同发生的损失,法院应当根据当事人各方的过错程度以及公平原则,确定各方当事人应当承担的责任。”“原则上”一词则意味着特定条件下仍可能存在作为有效处理的情形。

权利保证、社会控制与政策推进等衍生功能,^①因此,司法审查在推动金融创新发展中具有不可替代的作用。

(一) 司法审查是规范金融创新活动的有效途径

金融创新发展不能缺失相应的监管和规范,尤其是金融法律监管。必须承认的是,系统完善的立法是实现金融创新法律监管的核心,是保障金融创新有序发展的根本途径。然而,立法毕竟是一种有严格程序要求的活动,金融创新立法更不能过于激进。过快的立法可能会导致对新产生的金融创新把握不到位,理解不深,以致阻碍金融创新的继续进行,甚至扼杀金融创新。并且,过快的金融立法可能会导致立法粗糙、立法质量下降或者立法条文的内部自我矛盾,在无形中削弱了法律的权威性。因此,我国的金融创新法治化可以遵循先实践后立法的路径,当创新发展推进到一定阶段,需要对当前的金融创新成果进行固定的时候,再以正式立法的形式出现。而在有关立法产生以前,金融创新可能会在没有法律规制的“真空”中运行,当这种创新侵犯到相关群体利益的时候,如何进行制度规范和利益保护,就需要创造性的司法审查来补充完成。法官通过司法审查的方式来对现有法律作出扩大性解释,可以解决变动较为频繁的金融创新带来的很多问题。正如美国的卡多佐所述,“法律作为一系列规则、原则和准则,为了某个目的,在适用于新的事物组合过程中,不断地被分门别类、被挑选、被铸造、被修改。在一个不断试错的过程中,判决形成了。”^②即便法官面对并无明确法律规定的案件时,仍可以通过法律发现,发现存在于官方制定法之外的其他法源——隐含法律,包括法律原则、政策、道德及普遍接受的学说、观念等。例如,面对法无明文规定的委托理财案件时,法官则从现有的法律规定及学说中总结出“代理说”、“混合说”、“独立说”等多种理论,以期对委托理财法律关系中各种行为的效力作出合理的判定。^③

① 蒋红珍、李学尧:“论司法的原初与衍生功能”,载《法学论坛》2004年第2期。

② [美]本杰明·卡多佐:《法律的成长》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第32页。

③ “代理说”认为,委托理财业务中,个人或单位在证券公司、期货经纪公司开设资金账户,通过订立委托协议委托其他个人或投资咨询机构、资产管理机构代为炒作股票或期货,符合《民法通则》所规定的代理行为的法律关系或特征;而且由于该委托协议授予了代理人自行决定股票期货的买卖品种和方式的权利,应属全权代理。“混合说”认为,委托理财具有多种表现形式,应当区分不同受托主体、不同资金运作方式、不同的风险分担约定等具体情形,在个案中将委托理财界定为“代理”或“信托”。“独立说”认为,委托理财的内容和形式与现有法律明文规定的委托、信托、行纪、借贷、合伙等制度有一定类似性,但也存在本质的不同,无论将委托理财制度纳入上述任何一种制度中予以规范和调整,都存在法律制度设计上的障碍和当事人之间权利义务上的失衡。为此,司法实践中应将委托理财作为独立的法律关系予以规范,才能跳出现有法律关系的羁绊。参见范黎红:“论司法在金融创新中的合理定位——从委托理财案件的审理谈起”,载《法律适用》2007年第1期。