



4
1999

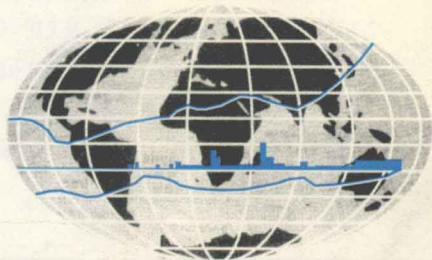
Financial
Law
Forum

金融法苑

总 第 十 六 期

北 京 大 学 金 融 法 研 究 中 心 编

- 《证券法》、政府与证券市场互动
- 证券公司诉股民股票交易
透支纠纷案
- 网上银行的支付
- 对商业银行的现场检查



法 律 出 版 社
PUBLISHING HOUSE OF LAW

金 融 法 苑

1999 年第 3 期 总第 16 期

北京大学金融法研究中心 编

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

金融法苑 总第 16 期/北京大学金融法研究中心编.
—北京:法律出版社,1999.3
ISBN 7-5036-2752-2

I. 金… II. 北… III. 金融—财政法—中国—普及读物
IV. D922.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 05542 号

出版·发行/法律出版社 经销/新华书店
责任印制/李跃 责任校对/何平
印刷/铁道部第十八局一处涿州印刷厂
开本/850×1168 毫米 1/32 印张/2 字数/50 千

版本/1999 年 3 月第 1 版 1999 年 3 月第 1 次印刷
印数/00,001—15,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)
电话/63266794 63266883(发行部) 63266796(总编室)
出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2752-2/D·2458

定价:3.20 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

苹果的故事

有一天，两个朋友各扛着一箱苹果去旅行。途中饥渴难忍，二人不约而同想到苹果的香甜可口。可是一看，由于天热潮湿，苹果已经烂了一大半。一个人认为烂苹果扔了可惜，就先挑烂苹果吃。另外一个人则先挑好苹果吃。到达目的地时，挑烂苹果的人吃了一路的烂苹果，挑好苹果的人则吃了一路的好苹果。

商业银行的不良资产就有点像烂了的苹果，成为银行背上沉重的包袱，压得银行喘不过气来，整天担心哪一天气候不好，潮湿闷热，也感染上金融危机的病毒，就像像日本、韩国那样伤筋动骨，被折腾得死去活来。银行的危机感油然而生，寻找出路也就成为当务之急。

于是债权变股权，由政府设立“企业银行重建基金”，财政核销模式，破产清偿与债权拍卖，不良资产证券化，仁者见仁，智者见智，几欲求尽天下良方，只盼药到病除。只是古语说：“病来如山倒，病去如抽丝”，有时欲速则不达。

如果我们能转换一下思维方式，在想尽良方的同时，将重点转移一部分，以整个资产的优良运行为银行的经营目标，有舍弃烂透了的大苹果的大智大勇；一边采取防范措施，以防其他苹果腐烂，一边努力开拓新业务，加快信贷资产的流动性，在好苹果上多做文章。将来有一天，银行的整个资产增加了几十倍时，再回头看，原来的不良资产就不那么可怕了。这就是苹果的故事里揭示的道理。

金融法律的功效

据说,许多国有企业亏损的原因就在于企业领导人。他们缺乏经营企业的才能,把国有资产挥霍殆尽之后,他们可以去另一家企业。然而,按照《商业银行法》第27条的规定,这种情况决不会在银行经营中出现。该条规定,那些担任因经营不善破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理,并对该公司、企业的破产负有个人责任的人,不能担任商业银行的高级管理人员。类似的规定也可以参见我国《公司法》第57条。

在我国的企业法中却没有类似的规定。以前,国有企业的领导人还由企业主管机关任命,在这种制度之下,法律没有必要规定企业领导人的资格。因为主管机关在任命时自然会把关。但是,从实践的结果来看,主管机关任命的制度效果不佳,因为主管机关没有一套很好地监督企业领导人的机制,还是市场的检验更加符合实际,效果也更好。所以我国在《公司法》中规定,股东选择企业领导人,并以其出资对自己的选择承担责任。

但是单纯市场的调解并没有办法来对企业的领导人资格进行限制,而如果没有这种限制,建立市场信任就需要经过许多磨合。例如,并不是对经营不善的企业负有责任的人就一定信用不好,或不会管理银行。但是,西方的实践发现,禁止这种人担任银行管理人员,可以减少银行经营失败的可能,同时也是对这些人的一种预先警戒。因此,《商业银行法》27条规定了一个竞争的底线,从而减少了信用建立的成本。这正是法律的功效:将实践中已经总结出的经验通过法律规定下来,减少市场磨合的成本,提高制度运行的效益。

■

(冰之)

目 录

专论

- 《证券法》、政府与证券市场的互动(三)
..... 吴志攀 (1)

金融法庭

- 证券公司诉股民股票交易透支纠纷案 于绪刚 (9)

热点说法

- 外汇犯罪刍议 程金华 许克显 (17)

北京大学金融法培训课程

国际业务与法律

- 第七讲 国际项目融资(三) 陈炜恒 (24)

中间业务与法律

- 第七讲 融资租赁与借款合同的区别
——融资租赁的法律问题(二) 姜丽勇 (32)

金融电子化与法律

- 第七讲 网上银行的支付(二)
——电子支票的法律问题 唐应茂 (40)

金融监管与法律

第七讲 对商业银行的现场检查	郭 雳 (47)
金融与法律资讯文摘	曾 经 (54)
走走看看——调研动态	小 唐 (56)
要闻回顾	志 高 (58)

【专论】

《证券法》、政府与证券市场的互动(三)

□ 吴志攀

一、我国证券市场的三组调节模式

我国证券市场的发展,与前面介绍过的西方学者所归纳出的模式不同,我国不像西方学者描述的那样,“四个构件”和“两条轴线”的组合模式。笔者认为,我国证券市场调节模式由“三个构件”与“两条轴线”组成。所谓“三个构件”是指:“政府”,“市场”和“法律”。所谓两条轴线是指:“法律程序化”和“非程序化”。如果将“三种构件”和“两种调节”组合起来,在我国证券市场上并存着三组调节模式:

第一种是“政府主导的调节”,分别存在两种调节方式:1.法律程序化的政府调节;2.非程序化的政府调节。

第二种是“市场主导的调节”,分别存在两种调节方式:1.法律程序化的市场调节;2.非程序化的市场调节。

第三种是“法律主导的调节”,分别存在两种调节方式:1.法律程序化的法律调节;2.非程序化的法律调节。

二、非程序化的行政调节“甲”型

在 90 年代初,国内沪深两个证券交易所刚刚建立时,属于“非程序化的政府调节”阶段。大家都还记得,当时证券市场的管理规定都是由中国人民银行上海和深圳分行制定的,证券产业统一由人民银行当地分行主管。上市规模,俗称“盘子”,由政府计划部门来决定。企业申请上市要向政府体改部门申请上市“指标”。全国每年有多少上市规模已经由国家计划规定,分配给各个地方。由地方政府推荐本地的公司上市。但是,由于证券市场情况时好时差,所以上市的计划赶不上证券市场的变化,已经得到上市指标的公司也不一定能够在当年上市。

国家选定到海外上市的企业也要经过政府主管部门的层层批准,这些都是我们所熟悉的上市“流水线”,带有明显的计划经济的色彩。这是我国市场调节模式的第一个阶段,尽管这个阶段的历史痕迹正在消退,但在相当长一段时间内,人们仍然可以看到这种痕迹。

1993 年国务院成立了证券管理办公室和证券监督管理委员会,原来中国人民银行对证券市场的管理职能转移到政府专门成立的主管部门手中。权力转移的意义很大,在对市场的调节方式上,虽然没有完全脱离“政府主导”的痕迹,但是在市场监管方面权力比原来集中,避免“政出多门”的现象,政府部门之间在上市方面的利益冲突也容易消减。

同美国相比,美国监管证券发行权力是一个非常特殊的机关,是集立法司法于一身的证券管理委员会。这种模式在我国只能参考,不能照搬。我国人口众多,从古至今有“一家千口,主事一人”的观念,所以“政府主导”型的证券产业不是最理想的发展模式,但是在目前发展阶段还是一种较为节约社会成本的方式。

在我国《证券法》颁布前,我国的证监会先后制定了许多行政法规,据统计有各种行政规章 250 多个。在行政规章的基础上,证券市场管理方式从以“非程序化”转变为以“程序化”的政府主导型调节。行政规章虽然不是严格意义上的法律,但是行政规章已经是一种程序化的操作规程,比经济计划或行政政策更加具有操作性和规范性。

三、非程序化的行政调节“乙”型

我国证券市场还存在另一种调节方式,这是带有东方文化特色的“非程序化政府调节“乙型”,或者称为“非程序化”政府官员个人调节。该调节方式虽然不是主流,但是对市场的影响力并不小。在现实中主要表现为“首长批条子”现象。正式政府主导调节方式是应该通过官方“红头文件”层层下达,盖有政府公章以示行政效力。但是,“首长批条子”是个别领导人将“指示”写在便条上的,没有公章,只有领导人签名。这种“条子”在政府部门也不会层层公开传达,而是专门写给主管负责人看的。“首长批的条子”属于领导人的个

人意志表示,并不能代表政府的意思。“条子”的批出没有程序,是随机性的。而政府政策文件应该按照行政程序,经过一定会议讨论通过后颁布的。“条子”的效力基于领导人个人的魅力,与行政程序关系不大。

“首长批条子”有正面意义,可以通过简易方法,迅速解决下面的问题。但是,它也有负面问题。负面影响就是“非程序”,而“非程序”,是“人治”,而非法治。特别在处理证券市场违章操作案件时,“条子”可能导致处理同类案件的畸轻畸重,没有透明度和可预见性。部分违规操作的业内人士被处罚,他们并不认为是因为违法才被处罚,而是推导出一个扭曲的公式:领导人“批示”的案子就是“赶上了”,结果等于“该着倒霉”。还有许多同样的情况,领导人没有说要查办,他们该着“命好”。如果市场不受“条子”的影响,依照法律规定的程序来处理问题,就不会导出这样的不合理的公式。

另外,证券市场上还存在着另一种“非程序化人际关系调节”。这种调节主要表现在个别上市公司和个别证券市场业内人士的关系调节。1996年出现的“327国债期货事件”,1998年早期的“琼民源案件”和同年后期出现的“四川红光公司案件”等,分别反映了上市公司故意作假包装,会计师参与作假帐,律师参与作假文件。明知是“假”,明知作假违法,还要假包装上市,欺骗广大股民。这种调节的基础既非“行政计划”,亦非“行政规章”,更非“法律程序”,基础就是“人际关系”。为了人际关系,不惜牺牲

原则；为了金钱利益，可以欺骗百姓。

在商业化和程序化的市场中，会计师和律师以专业和操守获得市场尊敬。但在非商业和非程序化市场中，会计师和律师弄虚作假并不感到脸红，因为他们依靠“关系”获得定单和客户，并非依靠专业与操守。在行政计划分配上市指标的环境下，“关系”调节还导致了个别政府官员的腐败和犯罪。

四、我国距离完善的市场还有多远？

我国证券市场发展要遵守客观科学规律，也要依靠前人经验。所谓遵守客观科学规律，就是市场要按照市场内在的规律来发展，不可以违反规律；所谓依靠前人的经验，就是市场只能按照现实“可能”的条件来发展。我国证券市场比较外国市场的历史发展，才刚刚起步。我国的市场发展还不能算是符合客观科学规律，也谈不到符合前人的经验。但是，幸运的是我国的发展还是比较平稳的。

《证券法》颁布后，标志着试验市场的阶段已经结束，“摸着石头过河”的时代已经结束。我国证券市场在1990年只有10家公司上市时，好比过小溪小河。现在有700多家公司上市，总市值超过万亿，已经发展成为大江大河了。小溪小河，可以“摸着石头”过去。现在在我们面前是长江黄河了。要在长江黄河上建大桥，不能靠“摸着石头”，而要依靠科学作基础了。

按照科学规律发展市场，就要让市场调节发挥作

用。首先,市场基于大众的信任。我国深圳证券市场上市公司刚刚发行股票时,股民对发行的股票不信任。当时深圳政府动用了其行政号召力,要求政府公务员带头购买股票。广大股民看到政府的官员们买了,基于对政府的信任,才购买股票。

当大众对市场的信用建立起来后,这种信任的保障就不应该再是政府了,而应该是法律。现在政府公务员“带头示范”不但再也没有使用过,一定级别以上的公务员还被禁止购买股票。如今股民们已经比当年成熟多了,对市场的信任也已经建立起来。目前少数上市公司“弄虚作假”包装上市的现象对大众信任的伤害非常严重,政府监督机关对此也是严厉查处。

其次,市场自我调节还要依靠游戏规则的正性、公开性和公平性。证券市场严禁“内幕交易”,这种交易会严重损害市场游戏规则的公正、公开与公平。各国市场监管机关无不以最严厉的处罚禁止内幕交易。

再其次,市场调节的效率性,也是实现理想市场的重要条件。一个有效的市场要有高素质的人才,要采用先进设备和高科技通讯手段。广大股民在市场上要自己承担风险,但是他们不能容许市场的效率低下,更无法理解市场上的时间被浪费。

法律与证券市场依赖的信任、公平、公开、公正和效率可以不直接发生关系,市场也可以通过政府行政计划,或依赖社会人际文化以及人际关系,来实现这样

的联系。但是,考虑到社会成本太大,谈判时间浪费太多,只有建立在法律基础上才是最节约社会成本的。证券市场中的“游戏规则”一方面依靠法律规范来维护,另一方面,合理的“游戏规则”的本质就是法律规范内容之一。当市场具备了一套被股民所信任的,被认为是公平、公开、公正和有效率的证券交易“游戏规则”,我国的证券市场才能发挥自我调节的作用。我国最理想的模式就是政府完全不直接干预市场,完全由市场自我调节的模式。

在我国目前阶段,无论是在计划基础上政府主导调节,还是在人际基础上的政府主导的调节,还是在行政规章基础上的政府主导调节,都是以政府主导调节为主要特征的。政府主导型调节不尽善尽美之处在于给市场留下了严重的后遗症。例如:不能流通的法人股,同股不同价的 B 股,地方政府推荐本地企业上市的行政干预痕迹,弄虚作假包装上市的问题等。尽管如此,我国市场中的政府主导型调节还是主流模式。

五、市场在《证券法》出台转型中的契机

1998 年 12 月 29 日,我国的《证券法》在九届人大第三次常会获得通过,证券领域具有严格意义的法律终于出台。它标志着证券市场“无法有天”试点阶段的结束,预示着“有法有天”的阶段的开始。《证券法》的出台还标志着一种新的转型开始,从非程序化的政府调节向程序化的政府调节转型,最终再向“有法无天”

的程序化的法律调节转型。在“程序化的政府调节”阶段,我国的“行政规章”将逐步让位于真正的法律,使行政对市场的直接干预,将转变为间接调节。我国的《证券法》必然逐步代替原有的 250 多种行政规章。在代替的过程中,政府的非程序领导行为将越来越少,程序化领导行为将越来越多。

目前在我国要实现在“程序化的政府调节”的检验标准有两个:第一,我国颁布的《证券法》能够在现实的市场上实施。做到有法必依,执法必严,违法必究。第二个标准是政府对证券市场的行政管理体制改革。政府行政职能从根本上转变,杜绝政府中个别领导人对证券市场“批条子”现象,鼓励按照法律程序办事。证券市场是独立于政府的社会经济的客观存在,不是政府的下属部门;市场业内人士和广大股民是独立的市场参加者,不是政府的公务员。所以,政府不宜对股民和市场业者直接发号施令,依照法律和程序间接调节市场将成为今后的主流。在调节过程中,政府要依法办事,市场参加者和业内人士也要依法自律。当我国市场在较大程度上能够按照客观规律运行,公司和企业具有更完善的自主权,当法律意识真正深入公众人心,政府利用间接方式从宏观调节市场时,我国证券市场、法律与政府行政三者关系便会出现一个较为理想、较为完善的模式了。(完)

金融法庭

一、案情介绍:

1992年8月,甲以2000元资金在A证券公司开立了上海股票帐户与资金帐户。同年9月,甲将其股票帐户卡、资金帐户卡及身份证借给乙进行股票交易,由乙投资、自负盈亏。甲委托乙买进20股金杯股票以后,还于1993年6月交给乙5500元现金,委托其购进股票。1993年4月,乙将甲的三证交给

仓;委托人无条件承付此罚款。③在透支期内,B证券公司有权无需委托人委托,冻结或按市价卖出委托人的任何股票,用以平仓,委托人无条件接受卖出的股票与价格。”此后丙进入大户室,进行股票交易。帐户资金71,188.33元。

1993年6月,丙5次透支买进永生制笔股票5000股、浦

证券公司诉股民股票交易透支纠纷案

□ 于绪刚

丙并委托丙进行股票交易。甲得知后未表示异议。丙持甲的股票帐户卡、身份证到B证券公司又开立了号码为41769的资金帐户。

1993年5月10日,丙以甲代理人的身份与B证券公司签订交易规则,约定:“①委托人买股需有足够资金,严禁透支。违者必须写出保证书,限期当日平仓。②当日未平仓者,B证券公司有权从透支之日起,每日按透支金额1%的比例直接从委托人帐户中扣缴罚款,直至平

东大众 5000 股、浦东强生 4000 股、哈医药 8000 股。在此期间,丙曾卖出永生制笔 3700 股、浦东强生 4000 股,但未能平仓,使甲资金帐户透支 230,010.92 元。6 月 29 日,经 B 证券公司要求,丙以甲的名义与证券公司订立保证书。6 月 30 日,证券公司未经丙委托,卖出哈医药股票 8000 股,使透支金额降至 68,685.16 元。但丙又立即购进哈医药股票 3000 股,使透支回升到 135,245.84 元。7 月 1 日,乙之妻丁持甲的身份证于 A 证券公司卖出甲股票帐户所存的永生制笔股票 1300 股、浦东大众股票 5000 股、哈医药股票 3000 股,实得资金 179,467.03 元。7 月 2 日,甲与乙一起提走资金 17 万元,由乙拿走;次日,甲又提走 9,500 元。至此占有 B 证券公司资金 135,246.84 元。B 证券公司发现后多次索要不成,遂向所在地中级法院提起诉讼,请求判令甲、乙、丙返还占用的透支资金 135,246.84 元,并按与丙的约定支付罚款,赔偿损失。

甲辩称,其仅与乙有委托代理关系,和 B 证券公司没有任何法律关系。乙承认借用了甲的股票户头和提取了资金,但系收回自己的投资,不应承担丙进行股票交易的损失。丙辩称,其与 B 证券公司订立的交易规则违反法律,是 B 证券公司为了收取不正当收入的结果。

二、两审判决与理由:

中级法院经审理认为:原告与丙签订的交易规则,内容合法,应认定有效。甲将自己的股票帐户卡、资金帐户卡、身份证出借给乙以后,对乙自己出资并委托丙进行股票交易的行为,在知道后未提出异议,反而同乙一起将卖出的资金取走,并直接占用其中的 9,500 元,其行为已经构成侵权;应对乙以其名义进行民事活动产生的后果承担相应的责任。甲称乙、