

金融 法苑

2001·7

总第四十五期

北京大学
金融法研究中心 编



- 只要银行表面无过错，损失归于无辜客户
- 关于电子合同的法律效力
- E-commerce的“围墙”
- 中国反倾销，任重而道远（上）
- 上市公司关联交易中银行债权的保护（上）

法律出版社

LAW PRESS CHINA

金 融 法 苑

2001 年第 7 期 总第 45 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. 2001 年第 7 期(总第 45 期)/北京大学
金融研究中心编. - 北京: 法律出版社, 2002. 2
ISBN 7-5036-3327-1

I. 金… II. 北… III. 金融法-研究-丛刊
IV. D912.280.4-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 009446 号

出版/法律出版社
印刷/铁道部十八局一处涿州印刷厂
责任印制/陶松

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店

开本/A5
版本/2002 年 4 月第 1 版

印张/5 字数/125 千
2002 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室)

(010)88414128(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)
(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)
(021)62071679(上海公司)
商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。
书号:ISBN 7-5036-3327-1/D·3045
全年定价:121.00 元 本期定价:11.00
(如有缺页或倒装,本社负责退换)

给市场以时间

经过多年改革，我国经济的市场化转型趋势已经不可逆转。然而，时下我们的一些观念和做法，却不时地显露出对逝去时代的眷恋——或者是路径依赖性使然——譬如说：“公司治理结构”这一西方市场经济极为熟稔的概念，在我国却遗憾地被蒙上了一层神秘的色彩。我们总希望能够通过一些政府行为，影响或者改善状况不佳的公司治理机构，甚至藉此实现在计划经济时代经常可以预期的目标。但结果却往往事非所愿。“公司治理结构”这一市场适应性极强、在世界各国甚至在一国之内也没有一体通用的模式，在相当意义上竟又染上了行政干预的色彩，被引入了可以一朝数易的行政变数。近年来，我国证监会、证券交易所以及各级地方政府部门，纷纷颁布规则，要求上市公司在几个月前必须引入多少比例的独立董事，否则将面临不利的局面。

在西方关于公司治理的研究中，流行着一种达尔文式的（Darwinian）见解：即经过激烈的市场竞争的洗礼，留存下来的公司结构和制度，才最富有效率；不断地应对挑战，这是其效率的源泉。然而，我国政府却从未给公司治理模式的市场优化选择留下足够的时间。相反，他们马不停蹄地制定措施来鼓励或者要求公司以及其他商业组织建立内控系统。也许，在他们看来，在这些系统或程序的作用下，企业能够做出理想的商业判断。正如我国司空见惯的其他情形一样，建立独立董事制度，在本质上，还只是行政性的要求。只有到了企业的运营者自身自觉地需要独立董事的时候，真正意义上的独立董事才会大显身手。而到了那个时候，要求建立独立董事制度的行政规范，将如同其他不合时宜的行政性规范一样，随风而逝。

（本期执行编辑：罗培新）

《金融法苑》征稿启事

《金融法苑》一向密切关注金融法律实务界的发展，但是限于能力与精力，当然还存在许多不如意的地方。因此，我们希望读者们能够给我们来信指出。此外，如果您在工作中遇到了金融法律方面的新问题，欢迎您提醒我们关注。

当然，您也可以把您的心得写成文章，我们欢迎赐稿，稿酬从优，文章字数限于5000字以下。

来信请寄：100871 北京大学法学院金融法研究中心
《金融法苑》编辑部
E-mail: jrfy@263.net

《金融法律评论》征稿启事

北京大学金融法研究中心将在《金融法苑》的基础上创办新的学术性刊物，主要研讨金融与法律交叉中出现的新问题，内容涵盖证券、银行、保险，以及公司法等领域出现的金融和法律问题。

欢迎从事实务工作和学术研究的读者赐稿，字数不限。

来稿请寄：100871 北京大学金融法研究中心 《金融法律评论》编辑部
E-mail: jrfpl@263.net
pengbing@law.pku.edu.cn

法律出版社征稿启事

近年来,伴随着国家法治建设的进程,法律出版社作为我国历史最悠久的国家级法律专业出版社,取得了长足发展。法律出版社的成长离不开多年来关怀着我们的读者,更离不开对我们大力支持,诚心提携的作者。

在此,我们真诚希望关心、相信我们的作者,把那些治国安邦的行为准则,指导系统工作的“金科玉律”,传道、授业、解惑的“四书五经”,特别是那些穷天人之际,通古今之变,成一家之言,足以开启民智,领潮头之先的传世之作,放心大胆地交给我们出版。

我们庄严地承诺:将以最好的编辑和装帧质量,最广泛有效的发行渠道,最丰厚诱人的润笔稿酬和合作条件,使您的大作风行于世,继“立功”、“立德”之后,助您完成“立言”这不朽之业。

征稿范围:

立法司法行政执法部门工作用书,法律职业人员工作用书,法律院校教材及教辅用书,各类资格、学历考试法学参考用书,法学学术著作,法学译著,法律知识读物,法律实务及案例读物,法律工具书。

投稿地址:北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层

邮 编:100037

总 编 室:010-88414121 010-88414122

策划编辑:010-88414134 010-88414135

编 辑 室:010-88414127 010-68710321

传 真:010-88414115

电子信箱:pholaw@public.bta.net.cn

目 录

专论

“只要银行表面无过错,损失归于无辜客户”——

法律应该是这样的吗? 苏合成(1)

热点透视

关于电子合同的法律效力 黄永庆(8)

E-commerce 的“围墙” 陈炜恒(21)

金融法庭

一起证券回购引起的不当得利返还纠纷案 伏 军(26)

李某等集资诈骗案 张 怡(33)

海外金融法

美国证券交易法第 10 条(b)款下的民事诉权的

确立 黄永庆(40)

公司法前沿

股东会召集制度 罗培新(50)

书评

金融危机史上的《一千零一夜》 董华春(55)

安全顾问

银行被害资金的事后救济 陈 浩(60)

金融电子化与法律

证券电子交易的法律特性(一) 陶丽琴(66)

金融创新

CDR:股票“出口转内销”? 郭 雳 蒋国良(74)

金融律师

股东注资不实的法律后果..... 邱远良(80)

金融史话

美国银行业史话(三)..... 冷 静(85)

金融法律培训课程**WTO 与法律**

第九讲 中国反倾销,任重而道远(上)
..... 新 子 邴梦成(89)

资本市场与法律

第九讲 重启企业债券市场(上)..... 赵伊江(94)

银行与客户法律关系的

第九讲 论银行电子化业务法律风险的防范与
化解(上)..... 余保福(100)

金融债权的保护与法律

第九讲 上市公司关联交易中银行债权的保护
(上)..... 王 瑛(105)

金融衍生工具与法律

第九讲 兵临城下:期货“异常情况”风险控制
机制..... 罗 英(110)

票据法与银行业务

第九讲 票据的质押和留置..... 郭 霓(117)

金融犯罪

第九讲 罪数形态的若干问题探讨..... 丁道勤(123)

诉讼法

第九讲 蚂蚁与大象的较量..... 廖志敏(129)

保险法

第九讲 劫富济贫?说说保险法中的“侠义”

目 录	3
-----	---

精神	陈亚丽(136)
----	----------

观点

QFII 制度	崔 磊(142)
---------	----------

【专论】

“只要银行表面无过错, 损失归于无辜客户”

——法律应该是这样的吗?

□ 苏合成

笔者拜读了吴志攀教授在《金融法苑》2001年第4期(总第42期)上以《制度设计缺陷的代价》为题的专论文章。文章对两宗法院判决结果全然不同的存款被挂失冒领案件作了分析研究,指出由于我国银行存款制度设计的不完善,造成了由无过失客户承担制度设计缺陷的后果。笔者作为香港主要处理银行及商业法律事务的律师,也藉此对上述两宗案件提出一些看法及补充意见。

一、有关的两宗案件

第一宗案件,是关于一位向

荣女士约5 000元的存款被人挂失冒领,由于银行拒绝向她赔偿被冒领的款项,向荣女士便向北京市一基层人民法院提起诉讼。结果,一审法院认为银行在审查假冒者挂失冒领存款时并无审查疏忽行为(虽然向荣女士认为银行审查不严格),故此判向荣女士败诉,银行不需要负赔偿责任。其后向荣女士向北京市第一中级人民法院上诉,但第一中级人民法院维持原判。

第二宗案件涉及一位王阿珠女士的50万元款项同样被人假冒挂失取走,银行也拒绝作出赔偿,当事人王阿珠女士便向北京市另一基层法院对银行

提出起诉。一审法院在该案中认为由于银行在审查挂失冒领事件时有疏忽过失,从而造成假冒挂失得手及客户存款损失,因此判决王阿珠女士胜诉,银行需要承担责任,向王阿珠女士赔偿 50 万元,另加利息。银行不服上诉,但二审法院也维持原判。

虽然上述两件案件案情事实大致相近,但法院对银行赔偿责任作出不同判决,更在第一宗向荣女士案中判决存款被挂失冒领,损失由无过错的客户承担,造成非常不合情理及显失公平现象。笔者没有机会详细了解上述两宗案件的法院判决书内容,但吴志攀教授已在他的专论中明确指出根据我国现在法律与银行挂失手续的规定,两个法院的有关判决都有法律依据,可以说在我国现行法律制度下,都是依法判决的,并没有程序上的不公正。吴教授更在他的专论对整个问题的,根据我国过去及现在的有关银行存款及身份证等制度,作出了深入探讨并提出了非常正确及积极的改善意见。

二、从普通法角度看这两宗判决

笔者试从普通法角度来看上述两宗案件的判决,也即是从香港、英国及其他普通法系国家及地区的法律角度来看,这两宗案件的判决有基本错误,以下就是笔者对这两案判决的分析:

首先,银行与客户之间的关系主要是根据合同建立的。但是,银行与客户关系的合同条款,除了一部分是书面形式订立之外,很多都是隐含或默示于银行业惯例中。在这方面,法院(尤其是英国的法院)在过去的案例中曾多次对银行与客户关系的本质作出分析,这些法院案例就构成普通法,成为现在香港、英国、美国、加拿大、澳洲、新加坡等很多普通法系国家地方的法律。其中在这方面较重要的一个案例是 1848 年英国的 *Foley v. Hill* 案([1848] 2HL Cas 28),该案法院裁定银行与存户的关系是债务人与债权人关系。存款一经存入银行,就不

再是存户的款项,该存款即为银行所有,而银行有责任于存户要求时归还其存于银行的等值款项。在另外 1921 年 *Joachimson v. Swiss Bank Corporation* 案 ([1921]3 KB 110), 法院更进一步指出客户的存款相当于存户贷款给银行, 因此, 银行可以自由处置客户存入的款项, 直至收到存户的提款要求或指示时, 银行才需要将存款交还客户。在后来 1955 年的 *China Mutual Trading Co. Ltd. v. Banque Belge Pour L' Etranger (Extreme - Orient) S. A.* 案 ([1955]39 HKLR 144), 法院总结了银行与客户间的法律关系是银行与客户间在正常处理金钱业务时, 只属简单的债务人与债权人关系。倘若客户存入款项, 他就成为债权人, 而通过追诉贷款(即要求提款)的形式, 其存入的款项可获归还, 因为该存款产生了普通法上的债务。存入的款项不再是客户的, 而是属于银行所有, 银行可以自行决定如何运用。但是, 银行有责任归还客户相等于其存入数额的款项。

从上述案例可以看到, 当客户将款项存入银行户口之后, 在法律上存款便成为银行的金钱。银行可以将客户存款自由处理, 包括将款项用作投资, 并保留这些投资所赚取的利润, 无须向存户交代。若银行利用客户存款投资失败, 银行要承担这些投资损失, 不能将损失转嫁于客户。银行对存户的承诺和责任只是在接到存户的提款要求或指示时, 将存款及议定的利息付与存户。

那么, 若银行在一些伪冒存户签名的情况下将存款付与假冒者, 银行可以将款项从存户的户口扣除吗? 早在 1851 年英国法院在 *Robarts v. Tucker* 案中 ([1851]16 QB 560) 已明确指出除了依从客户的要求或指示外, 银行不能从客户户口中取得或扣除任何款项。因此, 在假冒存户签名的情况下, 银行绝对不能从无过错客户的户口中扣除款项, 原因并不是由于银行疏忽, 不能及时察觉假冒签名来停止付款, 而是由于银行没有存户真实正确的付款指示或要求。基于此理由, 在第三人假冒存户签

名的情况下,无论银行是否犯了疏忽或其他过错,或是银行已尽了合理程度的谨慎也不能察觉签名假冒,银行也不能将被骗的款项从客户户口扣除,从而将损失转嫁于客户。事实上,这样的根据可以说是普通法系国家银行法中最基本的原则。

在 1933 年 *Greenwood v. Martins Bank Ltd.* 案 ([1933] AC 51), 法院更认为若提款文件上存户的签名是假冒的,那么这文件从根本上就是无效的,并不是一真实客户授权或指示提款文件,银行因没有客户真正正确提款要求或指示,所以不能将已被骗而付出的款项从无过错客户的账户中扣除。但客户在发觉被假冒签名后,他有责任立刻通知银行,使银行可以避免将来继续蒙受损失。若客户没有这样做,便变成有过错及违反了对银行的责任,因而不能阻止银行从他的户口中扣除被骗去的款项,也不能要求银行退回已被扣除的损失。若客户有疏忽或其他过错(如串通第三人假冒其签名来欺骗银行),因而引致银行受骗蒙受损失,银行当然可以

要求客户作出赔偿。

引用上述普通法有关银行与客户关系的规定来看向荣女士及王阿珠女士这两宗挂失冒领案,笔者有以下看法:

(一) 审理案件的一审及二审法院都是以银行在审查挂失冒领事件时是否有疏忽来作为判断银行是否需要赔偿客户损失的法律依据,这是明显错误的。法院对两宗案情事实大致相近的案件作出不同判决,使法律变得不确定及明显不公平,更使得被判败诉的向荣女士感到茫然及愤怒,并提出质问:“我自己的钱,存在银行里,被别人取走了,银行竟然没有责任?”这样的审判结果不禁引起人们内心发问:“法律应该是这样的吗?”笔者认为这全都是由于法院判案时引用错误法律原则的后果。

(二) 当客户的款项存入银行户口后,在法律上,存款便成为银行金钱,银行可以自由处置和运用,因此而得到的利润或遭到的损失,全由银行独自承担,无须向客户交代。同一道理,若存在银行户口的款项被第三

人挂失冒领,或被第三人用其他手段骗去,无论银行在该事件中是否疏忽或有其他过错,银行也必须独自承担后果,而不能将任何损失转嫁于无辜的存户。银行将款项付给冒领行骗者不是由于存户的付款要求或指示所致,因此存户无须负任何责任。

(三)假如法律是“只要银行表面无过错,损失归于无辜客户”,因而产生了如向荣女士案银行存款被挂失冒领但银行无须负责的结果,那么,若是银行因为停电或电脑故障(不是由于银行疏忽或过错所致),致使银行内存户的存款纪录出错,存款被错误地转到第三人账户内被提去,在这种银行无过错的情况下,银行可以如向荣女士案一样将损失移嫁到存户身上吗?又或者,若是由于风暴或洪水的天灾而引致银行内存户及存款纪录被毁坏,使得存户的存款在银行无过错的情况下错误地付给第三人或转入第三人户口内被提走,无辜的存户应该承担这些损失吗?

(四)若银行真的要求达到

“只要银行表面无过错,损失归于无辜客户”的效果,银行可以(1)更改客户开户合同条款来加入这些不合理及不公平条款来加强对银行的保障,或(2)要求政府用立法手段来加重存户要承担的责任。但是这是显失公平的。在现今世界很多国家都积极鼓吹加强保护消费者权益的大环境下,要求政府立法以加强保护原已是处于强势的银行来对付处于弱势并无对等议价能力地位的消费者存户,机会确实是微乎其微。相反,很多国家和地方用立法方式来加强对消费者的保护。例如,香港法例第71章的《管制免责条款条例(Control of Exemption Clauses Ordinance)》和第458章的《不合情理合约条例(Unconscionable Contracts Ordinance)》都是专为保护消费者权益而设,若银行要在客户开户合同内加入这些不合理及不公平条款来加强对其保障,这些条款定会因为是违反上述条例而被香港法院裁定为无效而拒绝强制执行。

三、结 论

吴志攀教授在他的专论已很清楚指出向荣女士及王阿珠女士两宗案件反映了我国现在银行存款制度设计的缺陷,并提出了宝贵意见。笔者也在此对这一问题作出一些补充意见:

1. 现在我国的银行存款及法律只是要求银行尽到一般审查的责任,做到之后银行就无须承担存户被冒领存款的责任和后果,这样的制度和法律在现今世界各个先进及商业发达国家和地区都是绝对不能接受的。我国已加入世贸组织,很多法律和制度急需修订以便与国际接轨。在这方面,我国的银行存款制度及有关的法律也应尽快修改。

2. 笔者非常同意吴教授的意见,绝对认为改善我国存款制度设计的问题,只能通过市场公平竞争及提高服务素质的方式,由银行自己来解决,并不能依赖政府用立法手段来对银行加以协助和保护。对于银行为了防止冒领而增加复印机及其他设

备和日常耗材,这些增加的成本是值得的,因为正如吴教授所说,在自由竞争的金融市场上,永远是信誉好及安全的银行,更加容易争取到客户的信赖和选择。

3. 事实上,从香港银行运作程序上的经验看,要防止上述向荣女士及王阿珠女士案的挂失冒领存款事件的发生也并无困难。客户在香港银行开户的手续很简单,通常银行只需要客户将个人资料填写在指定的开户合同表格上,预留当面亲笔密写签名(作为将来存户提款时核对签名之用),及将客户身份证或旅行护照复印留作纪录(也是作为将来存户提款时核对身份之用)。在此要指出,香港身份证上所登载的个人资料也很有限,主要是包括持证人照片,中英文姓名,出生日期及身份证号码,并无持证人地址或签名。在提款时,客户不一定要出示户口存款簿,银行主要是核对提款人的签名和身份证来确定他是存户本人。香港银行也容许个人客户开有支票户口,利用支票过户方式,而存户本人根本无须亲

身到银行提款,银行基本上只能靠核对客户在支票上的签名来给与提款。若在上述向荣女士及王阿珠女士案中的银行有预留客户身份证复印本或签名式样,在后来被挂失冒领时用来核

对提款人身份,这种挂失冒领就不能得逞。

(作者单位:香港邓耀雄苏合成律师行)

【热点透视】

关于电子合同的法律效力

——国际经济法的初步回应及 对我国立法的若干启示

□ 黄永庆

一、问题的提出

电子商务的迅速发展对法律提出了新的挑战。其中一个很重要的问题是电子合同的效力问题。^①传统的国际法律和国内法律对合同的订立及效力问题的回答,主要针对纸质的交易形态。电子商务是在互联网(Internet)上从事的交易行为,它脱离了纸质媒介,而是依靠电子媒介开展。那么一个很自然的问题就是,在电子媒介上订立的合同的成立、效力和可执行力是否被法律认可。

传统的法律对这个问题不能作出很好的回答,相反传统法律的一些规定还给电子商务的进行造成了阻遏。首先,传统的法律通常要求合同应该采用“书面形式”。那么电子记录能否构成法律上的“书面形式”呢?第二,传统法律还通常要求当事人“签字”合同方成立。那么在电子商务领域,什么样的技术和行为能够构成法律上的“签字”呢?第三,传统法律还经常涉及合同“原件”的问题,那么在什

^① 其他问题还包括:电子商务定义、司法管辖权、个人隐私、安全保证、税收政策、国民待遇等。