



5
1998

Financial
Law
Forum

金融法

总 第 五

北京大学金融法研究中心编

- 市场经济法律制度的指导原则
以及核心要求
- 评一起虚假存单质押兑付纠纷案
- 证券化的融资方式及其法律构架



法 律 出 版 社
PUBLISHING HOUSE OF LAW

金 融 法 苑

1998 年第 5 期 总第 5 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5期/北京大学金融法研究中心编. - 北京:
法律出版社, 1998

ISBN 7-5036-2606-2

I. 金… II. 北… III. 金融-财政法-基本知识-中国
IV. D922.234

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 28568 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/2 字数/50 千

版本/1998 年 10 月第 1 版 1998 年 10 月第 1 次印刷

印数/00,001-10,100

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂内干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2606-2/D·2216

定价:3.20 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

港府入市

从8月14日开始,在香港这个国际化的金融市场上,国际投资者与香港特别行政区政府之间进行了一场惊心动魄的“肉搏”战。以索罗斯为首的被称为“大鳄”的国际投资者对香港股市、汇市和期货市场进行了疯狂攻击。港府积极入市,动用了上千亿港元的外汇储备。8月28日,双方决战,港府艰难地将恒指维持在7800点左右。港府取得阶段性胜利。

联系汇率是香港经济稳定的基础,这次港府为了打击国际炒家,动用了七分之一的外汇储备,将其放在稳定性较弱的股市上,是有一定风险的——削弱了港府维护港币的实力。但是,如果不这样的话,炒家每次打击联系汇率,即使不成功也会从股市和期货市场获利,结果就是每打一次,炒家的实力就增加一些,从而在港府实力不变的情况下,双方的实力对比也会发生变化。港府现在采取的步骤,主要目的在于减弱炒家的实力,如果在接下来的斗争中,港府能再接再厉,更下一城,使炒家们再无力量对港币进行攻击,也不失为釜底抽薪之法。

政府干预经济一直是大家讨论的中心话题。港府此次入市的深度和广度出乎大家的意料。就目前来看,效果也还不错。但在香港经济不太景气的时候,政府的这种干预是否会损害市场机制,还需要时间的检验。

(本期执行编辑 彭冰)

海峡两岸金融法律学术交流

北京大学金融法研究中心自成立以来一直致力于推动海峡两岸金融法律界的交流与合作。北京大学金融法研究中心与台湾东吴大学法学院金融法研究中心建立了长期合作关系，每年定期在北京和台北轮流举办邀请两岸金融法律实务界和学术界的知名人士参加的研讨会，就双方共同关心的国际、国内金融法律问题探讨研究。北大金融法研究中心与东吴金融法研究中心还建立了人员交流计划，按期互派研究人员进行访问、讲学和研究。

今年正值北京大学一百周年校庆，北大金融法研究中心与东吴金融法研究中心于4月在北大举办了“海峡两岸银行实务与法律学术研讨会”。会议就两岸银行实务操作方面的法律技术问题、东南亚金融危机以及风险防范、金融电子化等高科技发展对传统金融法律原则提出的挑战等问题，进行了广泛的讨论并取得了一定成果。与会者有两岸银行界的高层官员、学术界的知名学者以及法律实务界人士，北大金融法研究中心已经把与会者提交研讨会的论文编辑成集，近期将由法律出版社出版发行。

(车耳)

目 录

专论

- 市场经济法律制度的指导原则以及核心要求
..... 约翰·沃克尔 (1)

金融法庭

- 评一起虚假存单质押兑付纠纷案 关 东 (8)

海外金融法透视

- 证券化的融资方式及其法律构架 思 远 (16)

金融法律名著评介

- 菲利普·伍德:国际金融的法律与实务丛书
..... 彭 冰 (21)

- 知识库 恒 方 (24)

北京大学金融法培训课程

资产业务与法律

- 银行有没有权利扣划欠款? 唐应茂 (28)

负债业务与法律

- 银行对客户的保密义务 阮品嘉 (34)

金融电子化与法律

- 银行自动柜员机非正常交易的法律 responsibility 分析 郑顺炎 (41)

金融刑法

金融刑法的犯罪构成(上) 赵建军 (48)

【金融与法律资讯文摘】 闻 达 (55)

【要闻回顾】 文 杰 (58)

【专论】

市场经济法律制度的指导 原则以及核心要求

□ 约翰·沃克尔

市场经济经济活动的基础,就是每一个市场参与者努力运用其资本“使其产生最大价值。他只期待达到自己的目标而非公共利益……他将为‘看不见的手’所引导而完成了原非其本意欲达到的目的。”(引自亚当·斯密《国民财富的性质和原因的研究》)。市场经济的根基及其法律制度都是基于这样一个假设:在依据供求约束配置有限经济资源的市场上,公共利益源于个人决策。与此相反,中央计划经济基于的假设是:个人利益源于公共权力机构的决策,而公共权力机构将根据其对于公共利益的理解配置有限的经济资源。

市场经济与计划经济的法律制度有一些共同要素,例如,对刑法的需要,以及通过警察、法院公正地执行刑事法律。然而,市场经济具有令人敬畏的复杂性和运行机制,它需要建立在公开与透明基础之上的法律、规则以及准据,促进并且便利经济交易。同时,考虑到市场参与者也都是可能会犯错误、决非完美的人,所以对“自由”的市场进行一定程度的政府干预是必要的。

随着1989年柏林墙的倒下,西方国家的市场参与者开始在一个更加广泛、全面的基础上检视市场经济的基础制度结构。这种在西方随着市场经济自身发展起来的基础结构原先被认为是理所当然的。一般认为,市场经济的“硬件”包括:(1)稳定的交易媒介;(2)有能胜任的货币管理机构;(3)有效率的支付系统,也就是 Ger-

ald Corrigan 所指的“三位一体”。市场经济的“软件”包括：承认并保护经明确界定的私人财产权利（不动产、私人动产以及知识产权）以及也许可以被当作“意识形态”的基本人权。

“银行文化”(culture of banking)的重要性已经得到过渡型市场的公认。同样地，法治必须伴随且根植于法律文化(culture of law)，这是市场经济所必不可缺的。所谓的法律文化是指一种能够支持法治、反对腐败的文化，一种由有诚信的机构执行法律，从而使公众保持对法律的信心和尊敬的文化。构筑于“法律公平正义”的原则之上的法治，将有助于培养这种法律文化。如果缺乏这种文化，市场经济就不能有效地运作。

全球经济一体化使得政策制定者和市场参与者正在强化对法治这一焦点问题的认识。一个社会的法治必须反映其独有的文化、历史和人文地理。虽然法治存在某些普遍的价值观念，法治改革却不能被强加于一个社会，而且改革的意愿必须来自于这个社会的内部。任何外力所强加的、被认为是普遍的价值观念只能导致怨愤的产生。

法治必须承认并保护所有市场参与者的权利。这些权利使得市场参与者的价值判断能够通过法律保护的市场机制转化为商品价格、服务和金融工具。为了使市场机制能有效地运作，法治必须包括能够支持并促进及时、准确地向公众提供信息，以便调整市场价格的法律、规则和准则。由市场来决定价格，这将有效地促进市场结算，并且替代中央计划经济下公共权利机关的决策。正是被法治“软件”支持的市场机制“硬件”，把市场参与者的价值变化转化为指导经济行为的市场信号（例如价格）。若没有法治这一“软件”，市场机制这一“硬件”也就不能工作；市场机制如不能运作，政府对经济的干预将缺乏必要的约束，因而也就很可能是武断专制和不公的。

在市场经济中，金融体制可以称得上是“中枢神经”，市场机制要通过它来进行运作。金融体制的基础构造必须得到一个综合性的法律管制框架的支持，这一框架将提供稳定的交易媒介、值得信

赖的金融机构、公正可靠的资本市场,以及有效的支付、清算和结算系统。

经验、教育和科技导致生产力与经济投入价值不断地发生相对变化,结果就是像经济学家熊彼特(Joseph Schumpeter)所说的“创造性破坏”。市场机制必须允许这些调整以及投入再配置的发生;尽管它们对市场参与者来说有时是痛苦的,并且将导致市场参与者之间的财产权利移转。创造性破坏的悖论就在于它导致市场经济的革新,使其具有一定的弹性和强度从而适应变化。这种市场经济的革新的基础是创新、承受风险以及竞争,而所有这些都不能缺少法治的支持与激励。法律和政府法规的干预如果出手过重将会窒息创新;而如果过轻将会使私人财产权利受到侵害。只有在法治的条件下,才能够维系市场经济运行所需的合作与信心。

由于其不近人情的本性和令人惊叹的扩张速度,那些全球性市场巨头们不可能再长期地为各国政府所控制。这将对一些国家的政治、经济结构产生巨大的影响:印度尼西亚的苏哈托先生并没有因那些丛林中的颠覆分子而下台,而是被击中印尼体制内在弊端的全局市场的外部力量推下了台。腐败、专制独裁的政府不可能适应全球市场的需求。市场经济需要的是那些能够遵守法律并且在法治下充分负起责任的政府。那种独裁体制创造稳定并且促进经济增长的时代,就像创造“亚洲奇迹”的国家曾经发生的那样,已经随着全球市场力量的发展而走到了尽头。那种秩序高于自由的体制从长远来看将不会成功。因此,就必须需要法治来平衡人们对自由和秩序两者的基本愿望。

然而,应该承认,向这种平衡的法治过渡在某些国家必须是一个渐进的过程,因为考虑到这些国家的文化、历史(例如,由于“文化大革命”,中国人对于那种无序的大混乱状态感到恐惧)、人文地理(例如,中国有 12 亿人口)等因素。否则,由于急剧变化造成的混乱会威胁到现存的政治秩序,不利于社会稳定,进而损害市场经济的发展。但从长远看,法治是混乱的天然解毒剂。在从中央计划经济向市场经济的过渡中,不可避免会有一些牺牲,这可能导致

一些人在过渡期内寻求专制纪律。如果没有人民的投入、信任和一致同意,过渡终不能获得成功。梦想和有感召力的领导对于过渡期是很重要的,但如果没有法治的约束,这种领导十有八九最终将被证明不是近视就是专制。在最初几年,从中央计划经济向市场经济的过渡很可能伴随着令人沮丧的结果,而且在公众热情逐渐消散后,过渡的成功与否主要就依靠于法治的可接受性、弹性和活力。法律是一个政治概念而非经济概念。但经济改革应该以法制改革为基础,政治改革应该随经济改革而进行。政治改革的指导原则又必须以法治为根基。

市场经济在某种意义上就是一种牵制与平衡(checks and balance)的体系。在市场经济中平衡自由与秩序的法治也必须对其本身进行牵制与平衡。在中央计划经济的经济互动或政府结构中不存在牵制与平衡的机制。而一个好的政府,出于其基本职责,应该服从于牵制与平衡的机制。这样的政府是市场经济制度的核心要求。

如果新兴市场国家和过渡经济国家想要参与全球市场,它们就必须采取措施进行法治改革,特别是对法人行为进行监督的法人管理制度。这些国家必须建立一个综合性的法律管理框架以支持尚在发展中的金融体制。法治改革必须鼓励精英治国而非任人唯亲、偏袒偏爱。法治改革必须支持基于依公平交易确定的市场价格(不是被腐败、任人唯亲所歪曲的市场价格)而进行的非集权化的经济决策。法治改革必须要求市场参与者和政府权力机构的透明度并且明确他们的责任义务。

根据以上的讨论分析,下面列出市场经济法律制度的指导原则:

市场经济法律制度的 10 项指导原则

1、法律制度应该基于这样一个假设:在一个依据供求约束配置有限经济资源的市场上,公共利益源于个人决策。

2、法治应该承认并保护经明确界定的私人财产权利(不动产、

私人动产以及知识产权)以及基本人权。

3、法治应该平衡人们对于自由和秩序的基本欲望。

4、基于透明性和公开性的法律、规则和准则应该支持并且便利经济交易。

5、法治应该考虑到,在“自由”市场上,一定程度的政府干预是必要的。法律和政府法规的干预如果出手过重将会窒息创新;而如果出手过轻将会使私人财产权利受到侵害。政府对市场的干预需要牵制与平衡的机制,以明确必要的责任并且防止专制不公的行为。政府应该遵守法律并且在法治下充分负起责任。

6、应该在社会中培养那种支持法治并反对腐败的法律文化。执行法律也应该鼓励公众对法律的信心以及对法律目的的尊敬。

7、法治应该反映一个社会独一无二的文化、历史和人文地理。法治改革的愿望应该来自这个社会的内部。

8、法治改革必须鼓励精英治国,并且必须支持基于依公平交易确定的市场价格(不是被腐败、任人唯亲所歪曲的市场价格)而进行的非集权化的经济决策。市场参与者的价值判断通过市场机制转化为货物与服务的价格以及金融工具,而市场机制必须得到法治的支持。法律、规则和准则应该支持并促进及时、准确地向公众提供信息,以便市场价格进行调整。

9、市场经济的金融体制必须得到一个综合性的法律管制框架的支持,这一框架将提供稳定的交易媒介、值得信赖的金融机构、公正可靠的资本市场,以及有效的支付、清算和结算系统。

10、法治应该支持财产权利在市场参与者间的移转,这种移转产生于市场经济所固有的“创造性破坏”。法治应该支持并鼓励创新、承担风险和竞争,并且维系合作和信心。

同时,为了推动市场经济的发展并促进其有效运转,除了上述的10项指导原则以外,还有下面的15项核心要求也是为市场经济法律制度所必需的:

市场经济法律制度的15项核心要求

1、需要明确界定并保护私人财产权利(不动产、私人动产以及

知识产权)的法律。

2、需要明确界定并保护基本人权的法律。

3、需要行政法以防止政府机构的专制不公行为。

4、需要公司法以设定法人管理标准并保护股东的权利。必须从法律上对董事、经理和股东的角色、权利和责任进行界定。

5、需要合同法以保护当事人(包括借方与贷方)的权利并且强制其执行义务。需要担保法通过设定抵押财产(包括不动产)以保护借款人的权利。

6、需要反对欺诈性和不公平的贸易做法、保护公平交易的法律。

7、需要能够胜任的、适应国情的、独立于政治的司法制度。这一司法制度必须得到足够数量的、经过适当法律训练的律师以及诚实可信的执法机构的支持。

8、需要破产法令以申明对不履行义务以及重组的处理。

9、作为法治一部分的政府管理和监督必须有助于创造一个当事人能够在其中有效地估量交易风险的环境。

10、金融体制中风险管理责任不能单单由私人机构来承担。需要一部中央银行法以建立一家在政治上独立的、但能负起责任的中央银行。中央银行应被要求担负起维持价格稳定的责任和“最后贷款人”的角色。

11、需要法律和规则以便为金融机构创造一个综合性的法律框架,这些法律应该明确那些金融机构的权力,金融机构必须达到的最低安全和稳定标准,以及在统一基础上的管理监督。这些法律必须允许监管者设定预防性规则和规章以控制风险(包括那些资本充足率、贷款损失储备、资产集中、流动性方面的风险管理和内部控制),执行法律、法规和规则,并且对金融机构发生的问题做出处理(包括宣告破产)。

12、需要法律以便为金融市场提供一个透明、公平和有效的法制管理环境,这些法律包括:保护投资者的法律,管理证券发行、经纪人-交易商以及股票交易的法律,通过充分信息披露、会计和审

计而保证金融透明性的法律。管理共同投资工具(例如投资公司)的法律法规也是资本市场规定的重要组成部分。

13、需要管理非现金支付制度和证券交易的清算、结算制度(包括证券的受托、保管制度)的法律。

14、需要反垄断法以防止权力过份集中和共谋操纵价格。反垄断法及其执法必须有助于促进竞争和创新。

15、需要明确、公平、可预见的税法,以便为政府履行职责提供足够的财政来源和最低限度的社会安全保障。

(编者按:约翰·沃克尔(John L. Walker)先生是Simpson Thacher & Bartlett公司的执行董事,本文是作者在今年8月在美国阿斯顿“世界经济论坛”上发表的演讲。)

金融漫话二则

《周礼》中曾有“泉府”的记载,说它是官府办理向人民赊贷业务的机构,即根据人民祭祀或丧事的需要,赊贷实物或货币。这大概是历史上最早的政府信用。当时的借贷基本是“信用借贷”,因为放款人是官府和贵族地主,他们可以凭借权力对借款的农户、猎户的财产甚至人身任意处分,所以无须抵押品。

摘自石毓符著《中国货币金融史略》

《古兰经》中有多处禁止“里巴哈”(利息)的规定。虔诚的伊斯兰教徒认为利息是一种不劳而获的收入,此种收益是可耻的。伊斯兰经济学家则从理论上阐释利息只片面地有利于资本提供者,而接受资本的企业家却承担着风险,而且金融利息会提高生产成本从而提高物价。因此,伊斯兰银行界普遍通过收取手续费或参与分红等方式获取利润。

摘自张新如著《趣味金融知识》中国金融出版社

押兑付纠纷案 评一起虚假存单质

□ 关 东

近两年来,我国各地法院受理的存单纠纷案件骤然增多。据金融部门不完全统计,全国约有近300亿元存单存在纠纷隐患,而诉至法院的仅是其中的一小部分。本文就是对现实

中颇为典型的以金融机构名义出具的虚假存单质押兑付纠纷案件进行探讨,以期对司法实践和银行实务有所裨益。

案情简介

刘某租用市运输公司的老汽车站开办娱乐美食中心,市运输公司同意为刘某改造汽车站所需的贷款提供担保。双方于1994年11月21日签订了担保贷款协议。协议规定:市运输公司应刘某要求,为刘某向银行贷款30万元提供担保。为此刘某将其在市信用社某分社的一张32万元的定期存单抵押给市运输公司。双方明确约定如贷款到期刘某不归还银行贷款本息,则该存单归市运输公司所有。同年12月25日,市运输公司、刘某与市信用社某分社又签订了关于把刘某的存单用于抵押的协议书。协议书载明:(1)刘某将32万元的存单抵押给市运输公司;(2)市信用社某分社主任贾某证实刘某在该分社存款32万元,并同意其将存单抵押给市运输公司,在刘某未归还市运输公司担保的贷款本息之前,此存单不能挂失,只能凭市运输公司财务处、总务处盖章证件及存单方能领取;(3)市运输公司收到刘某32万元的存单,并签订此协议后才能为刘某30万元贷款提供担保。该协议签订后,运输公司拿到了存单。该存单载明:存入人民币32万元,期限3年,存入日期为1993年12月5日,到期日为1996年12月5日,利率按月息10.2%计算。存单上盖有市信用社某分社和经办人的印章。1995年1月至11月,市运输公司分4次为刘某在市农业银行等4家金融机构的39万元贷款提供了担保。此后

由于刘某不能如期归还贷款,1996年4月25日至同年7月25日,市运输公司先后被划款116,991.64元代偿。市运输公司在定期存单到期后请求兑付,但市信用社某分社拒绝兑付,为此发生纠纷。市运输公司诉至法院,要求被告市信用社某分社及其上级市信用社兑付存单本息。而被告辩称:原告诉称的存单和保证兑现的协议,是刘某为取得原告担保,与市信用社某分社的工作人员贾某密谋后对原告实施的欺骗行为。刘某与贾某因伪造存单骗取担保一案,已由检察机关处理。原告不能凭假存单要求兑现本息。

两审法院裁判要旨

一审法院认为:刘某伙同市信用社某分社工作人员贾某伪造有价证券一案,已经另案处理。本案要解决的是原告市运输公司与刘某和市信用社某分社三方约定将存单抵押的协议是否有效的问题。由于《担保法》于1995年10月1日施行,而该协议签订于1994年12月25日,故只可以参照《担保法》。根据《担保法》第75条的规定,该协议乃权利质押协议。鉴于出质的存单和质押协议上都盖有被告市信用社某分社的真实公章,因此应当视为被告的行为,而不能认为是被告工作人员的个人行为。此外,质押协议中约定,该存单只能凭市运输公司总务处、财务处盖章证件及现有存单方可取走,故本案的当事人是享有权利的市运输公司和承担义务的市信用社某分社。市信用社某分社在质押协议中证实了该存单的真实性,承诺了支取方式,表示愿意承担法律责任。同时,出质的存单形式要件真实,对外具有法律约束力。参照《担保法》第76、77条的规定,此协议在存单交付给市运输公司时起生效,市信用社某分社应当在存单到期时向市运输公司履行兑现义务。据此,法院判决:市信用社某分社应当兑现存单本金32万元及利息117,504元,市信用社对其分社兑现上述存款及利息负连带责任。

一审判决后,被告信用社不服判决,以一审答辩的理由提起上诉。

二审法院认为:本案涉及的存单格式及单位印章都是真实的,对外能产生法律约束力。

由于存单的形式要件完备,被上诉人市运输公司有足够的理由相信存单的真实性,市运输公司尽了合理注意的义务,是善意行为。贾某是原审被告市信用社某分社的工作人员,依照《民法通则》第43条的规定,市信用社某分社应当承担其工作人员职务行为所引起的民事责任。市运输公司持有的存单已经到期,市信用社某分社应当兑现该存单本息,某分社是上诉人信用社的分支机构,故信用社依法应当作为本案的当事人参加诉讼,并在其分社不能承担清偿责任时,直接承担债务清偿责任。信用社称刘某、贾某伪造存单已由司法机关处理,其不应承担该假存单的民事责任的上诉理由,不能成立。故判决驳回上诉,维持原判。(案例来源:参见《最高人民法院公报》1998年第2期)

评析

本案涉及到的法律关系有:首先,从总体上看,有刘某与贾某二人涉嫌诈骗的刑事法律关系以及市运输公司与信用社之间存单质押兑付纠纷的民事法律关系。其次,从民事法律关系来看,可以发现本案涉及四个不同的民事合同法律关系。一是刘某与数家金融机构的贷款合同关系;二是市运输公司为刘某的贷款提供担保的保证合同关系;三是刘某与市信用社某分社以32万元存单为形式的储蓄合同关系;四是刘某向市运输公司提供的、并为市信用社某分社所确认和同意的、以存单质押为形式的反担保合同关系。纠纷双方对前两种法律关系并无争议,本文着重对后两种法律关系的效力及其相互联系进行分析,并在此基础上对法院的判决进行评释。

(一)存单的法律性质与虚假存单的法律效力

存单是表明存款人与金融机构之间存在存款合同关系的重要单据。国内外金融界对其法律性质认识并不一致。西方金融界多认为,存单除具有合同凭证的法律性质外,还兼有票据的“见单无条件付款”的无因性和“开单行为创立债权”的设权性,以及“善意的受让人可取得优于其前手的权利”的优先性等法律特征。因此,