【专论】

格拉斯－斯蒂格尔墙的坍塌及对中国银行法的潜在冲击(下)

□郭 雳

三、比较研究—— 欧盟和日本

1957 年罗马公约签署，欧盟承诺对其金融服务市场放松监管和加强协调。因此，在提及中国的问题之前，有必要对欧盟的结构加以详尽的分析。随后将对日本的情况加以简要介绍。

1. 欧盟(以德国为例)——全能型银行

A. 银行业第二指引之前的模式及德国的情况

在银行业第二指引正式执行之前，欧盟存在三种金融服务模式：(1)全能银行模式，指取得执照的商业银行可以参与证券业务以及一揽子的广泛的金融服务业务，见于德国、意大利、瑞典和荷兰；(2)混合模式，指单个银行的商业银行业务和证券业务被中国墙所分隔开，见于英国、法国和希腊；(3)比利时模式，它严格限制银行从事证券业务。

在德国模式下，全能银行“可以开展种类宽泛的金融服务业务，包括吸收存款，发放贷款，证券的承销，贵金属和货币的交易，及房地产经纪业务，这样的银行对 19 世纪晚期德国迅速而成功地完成工业化劳苦功高”，William L. Horton, Jr. 归纳了德国银行业体制的 4 个特点：(1)与实业的紧密联结；(2)独立决策；(3)胜任的中央银行和主动的监管；(4)功能专门化。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

B. 欧盟的银行业第二指引

对比美国的银行业制度,银行业第二指引要求欧盟的银行、证券公司和大部分的进入同一市场(single market)的外国机构,应组建(engage in)有资格的"全能银行",从而可以在一个公司实体内从事商业银行性和投资银行性的交易。

为建立一个"平等的竞技场",银行业第二指引确立了3个原则:(1)相互承认(Mutual Recognition),要求如果在欧盟的一个国家某种服务业务可以在一定条件下合法地开展,那么在另一个欧盟国家该业务不应在同等条件下被禁止。(2)银行统一许可证制(Single Banking License),即一旦一个银行被本国的相应机构授予许可证从事某些业务,那么根据统一许可证制,该银行勿需经过东道国许可即可在欧盟任一成员国开展这些业务。(3)一致同意的银行业务清单(An agreed - upon list of banking activities),银行业第二指引第18条(1)规定欧盟国家必须允许指引附件中所列业务及被本国授权开展的业务,在其领域内开展。这些特别列明的业务不仅包括传统的银行服务如吸收存款和放贷,还包括投资银行所从事的典型业务的绝大部分,如证券交易和承销,资产管理,公司理财及并购业务。

此三原则的适用导致了成员国监管部门之间竞相放松其监管。因为一国银行可以在银行业第二指引的允许下向某国国内客户提供金融服务产品,而该国国内银行在没有被放松监管的情况下可能被禁止从事该业务,这样该国国内银行将因此失去竞争优势。于是,所有的欧盟国家将有非常强烈的动机向最少限制的德国全能银行模式靠近。

银行业第二指引体现了欧盟和美国之间关于银行法的一些基本性的观念差异。首先,欧盟认为通过涉足证券业,银行业务的多样化可以增加商业银行的业务深度和资产的流动性。第二,欧盟设想当常规银行业务发生利润下降时,银行的证券业务可以有助于维持总收益额。第三,欧盟视灵活的全能银行为参与全球金融

市场竞争的利器。因此，美国的防火墙概念和控股公司模式没有在欧盟的银行制度中出现。

2.日本

日本银行体系是被高度地专业化和分隔的，不同的金融机构分别专营特定的产品。原来，日本是作为最主要的效仿美国分隔监管模式的发达国家而闻名的。由于美国在战后占领日本期间的强烈要求，日本颁布了日本证券交易法的第 65 条，模仿格拉斯—— 斯蒂格尔法，在商业银行业和证券业之间设立了严格的隔离。然而，在 1993 年,日本下定决心采取措施回复到 20 世纪前半期所采用的以全能银行制为特色的银行体制。 1993 年的金融体系改革法允许银行业和证券业通过功能性分离的全资子公司形式互相进入。自此至今，沿着这个轨迹还采取了进一步的改革措施。

四、现实的分析——中国,何去何从？

1.中国的立场

为了给有效益的、安全而具流动性的商业银行的发展确立基本的指导方针,中国在 1995 年颁布了商业银行法。其中第 43 条规定“：商业银行在中华人民共和国境内不得从事信托投资和股票业务，不得投资于非自用不动产。

商业银行在中华人民共和国境内不得向非银行金融机构和企业投资。本法施行前，商业银行已向非银行金融机构和企业投资的,由国务院另行规定实施办法。”

在后来的证券法中也重申了这样的规定：

“证券业和银行业、信托业、保险业分业经营、分业管理。证券公司与银行、信托、保险业务机构分别设立。”(第 6 条)

“国有企业和国有资产控股的企业，不得炒作上市交易的股票。”(第 76 条)

“设立证券公司，必须经国务院证券监督管理机构审查批准。未经国务院证券监督管理机构批准，不得经营证券业务。”(第 117 条

“禁止银行资金违规流入股市。证券公司的自营业务必须使用自有资金和依法筹集的资金。”(第 133 条)

2.法律的目的

毋庸质疑，中国在立法时参照了国外的经验和银行体系模式。出于类似格拉斯－斯蒂格尔法的目的，上述这些条款禁止商业银行资金流入股市，特别是禁止国有银行进入中国的刚刚出现的证券市场。

A. 发展很初步的证券市场

中国两个证券交易所先后在 1990 年和 1991 年设立,正式标志着中国证券业务全面重建。还处在初期的中国证券市场的市场规模相对较小,全部市值仅为年 GDP 的 30%,而美国和日本的这一比值分别为 252%和 144%。可以想见，股票价格经常很不稳定。此外,国有公司构成了上市公司中的绝大部分,从而造成了中国证券市场一些独有的特点。

B. 游资”

与东南亚不同的是,在中国股票市场中兴风作浪的‘游资’不是来自于国外的投资组合，因为中国还没有打开其资本项下的货币自由兑换的大门。实际上，这些投机性资金的主要来源还是要归咎到商业银行贷款上。

随着经济的发展,家庭储蓄和企业存款增长很快,但由于外部监管和内部的风险控制，银行被禁止或不愿意再向其原来的主要客户——国有企业提供贷款。面对超出贷款额的存款，商业银行有强烈的动机为一些资金寻找投机性的出路，以取得更大的收益。

而且,银行经常把其资金转移给其关联的投资公司,这些投资公司可以直接从事证券业务或把资本再投资于证券公司。因此，商业银行能够逃避针对其自身的有效的信贷控制。

在中国现今金融体系中,商业银行扮演着主要的角色,而其中起着支配性地位的又是 4 个国有专业银行。利用来自这些银行的资金所进行的操纵证券的行为对中国股票市场造成巨大破坏，并

可能摧毁银行本身,甚至最终摧毁整体经济。出于这些考虑,中国决定在商业银行业和非银行业之间建立隔离，并强制要求银行关闭其直接下属的信托投资公司。

3. 预测和原理

“有中国特色的社会主义市场经济”避免了中国简单地模仿国外做法,而且这个论断也符合中国的国情。

A 德国模式(全能银行制)对中国可能不适用

显然，一个初步发展的证券市场是中国和德国的共同点。正如鸡和蛋的关系一样，一个发展不足的证券市场和全能银行业之间也是一个自我强化的过程，这支持了中国更适合于采取全能银行制。

在银行的集中规模和程度上，德国的银行体系比美国更与中国近似。特别是在 William L. Horton, Jr. 谈到的四个特征方面，其中“与实业的紧密联系”和“功能专业化”两点对两国来说是一样的。

然而，另两个方面的差异使人们怀疑德国采取的全能银行制是否很好地适合于中国。

德国银行在建立之初就属于私人企业，是脱离政府及其代理人的控制的。尽管银行与其客户建立了紧密联系，但我们不认为银行在发放贷款时就不去问那些尖锐的问题。加之，德国银行家在长期实践中培养了进行有效率的投资决策的能力。进行现实的对比会发现中国银行缺乏这样的自主和能力。

德国全能银行制的建立得益于拥有一个积极而胜任的中央银行来确保整个体系的稳定。考虑到中国中央银行不足 20 年的历史，可见中国人民银行在这方面还有很长的路要走。

最后但并非最不重要的是，人们非常担心全能银行制可能会将中国拖回到计划经济的老路上来。

B.美国模式(金融控股公司体制)在中国的潜在的不适应

通过给予处境不利的商业银行以途径去同势力不相上下的投

需要全本请访问 www.ertongbook.com

资银行相竞争,1999 年美国金融现代化法意图建立一个公平角逐的竞技场并强化金融服务行业的竞争性。

在中国,情况是极端不同的。这里没有高盛、美林、摩根等如此老练的投资银行。在 1995 年隔离之前,中国最大的证券公司也是由国有专业银行扶持的。甚至今日,天平的指针也严重地向商业银行倾斜。因此,可以证明废除中国的格拉斯——斯蒂格尔墙可能会再一次导致'游资'的猖獗横行,结果是在所有金融领域国有专业银行实质上支配了一切,这显然同中国金融改革的目标背道而驰。换言之,在中国立即取消隔离可能会招致竞争性下降等不良效果,而恰恰不是相反。

更近一步,即使中国决定进行这样的改革,那么金融控股公司未必会被认为是最好的模式。如上所述,构建控股公司体系是为了绕过格拉斯–斯蒂格尔法所设下的障碍,并根据不同时期的需要不断地调整自身。而且人们相信它减轻了州与州之间及联邦与州之间的刚性,因此也只是对联邦制的美国是最有效的。

该体制能否在中国也发挥同样的功能呢?一些重大的疑问是存在的,比如,防火墙的有效性问题。在中国,国有专业银行在一定程度上被政府资助和扶持,既然其收益将被整体提交,而损失又会由政府部分地承担,那么它们就必然萌发进行投机性赌博的强烈念头。可以确信,如此强烈的利益驱动将对防火墙的有效性造成挑战,而美国不存在这方面的问题,因此也从来没有进行这方面的严格考察。

另外,欧洲国家一直对金融控股公司的敏感性和效率性提出质疑,即使在美国,这样的争论也在进行,莫衷一是。

4 一个致关重要的变量——WTO 和 GATS

正在进行当中的中国加入 WTO 和 GATS 的谈判使得对这个问题的预测变得更加困难和难以确信。在作出保持还是抛弃现存隔离制的终局决定之前,有一个问题显然需要着重加以考虑:如何应对入世及保护国内金融业?加入 WTO 给正反两方面都提供了

可能,这使问题变得更加复杂。人世谈判最终完成的时间、方式以及内容将对中国的格拉斯－斯蒂格尔墙问题产生关键的影响。

5. 确定之处和不确定之处

实现现代化是中国的雄心，因此对中国的情况有一些事情是可以肯定的,如 坚持改革开放、鼓励私有经济、发展股票市场、培育国有专业银行的竞争者……同样，放松监管和取消隔离代表了全球趋势，原因部分地来自于这更好地满足了客户对全面而快捷的金融服务的要求。这样看来,格拉斯－斯蒂格尔墙从长远角度会不可避免地被拆除。

然而，断定中国将立即跟随美国的做法还为时尚早。实际上，考虑到它可能带来的不良效果,考虑到中美之间的基本差异,考虑到难以预料的 WTO 谈判，中国是有理由等待和观望的。美国在对格拉斯－斯蒂格尔墙动手之前经历了近 10 年的激烈争论,那么时间上是允许中国不必立即作出决定，或者至少可以先作一些准备工作。

6. 结论

每个国家都努力寻找最适合自身的特定的银行体系。德国钟爱其历史地形成的全能银行模式，现在这也被整个欧盟所采用。从格拉斯－斯蒂格尔墙模式撤出,美国也以近似的模式起步,但又坚守其独特的金融控股公司的形式。成功还是失败？金融现代化法将为它国所着重关注，特别是日本和中国。

如同早于美国而进行类似变革的日本一样，中国在着手之前也有其自身的问题需要解决，而且国内和国际环境也预示了这样的变革不会立刻到来。(完)

(北大金融法研究中心黄永庆译)

金融法庭

期货交易委托代理纠纷案

口 张政燕

案情简介：

原告 王会文

被告：广东省珠海市鑫光期货经纪有限公司（以下简称鑫光公司）

鑫光公司有代理国内期货的经营范围，但不是上海商品交易所（以下简称上交所）会员。该公司通过与上交所的会员上海中期期货经纪有限公司（以下简称中期公司）签订"期货交易委托代理合同"，委托中期公司在上交所代理其经营期货交易业务。

1995 年 9 月 13 日，王会文与鑫光公司订立一份《期货业务委托代理协议书》，同时签署了开户申请风险揭示声明书、客户印鉴授权书、经纪人授权书等文件，并在当日交付了 50 万元的保证金。经过几笔交易后，至 1995 年 10 月 16 日，王会文在鑫光公司账户内的资金为 1,260,973 元 。

同年 10 月 16 日至 24 日，王会文口头指令鑫光公司以建仓形式沽出上海 95.11 胶合板 1,800 手。对此，鑫光公司以提交给王会文的《成交记录单》表示全部执行完毕，并且已经成交，成交价位和成交量 与王会文的指令一致。此时，王会文以为自己交易账户内拥有建仓 1,800 手上海胶合板。10 月 31 日，鑫光公司通知王会文，由于上交所对上海 95.11 胶合板发出限仓通知，故鑫光公司已将王会文的 1,800 手强行平仓了 1,300 手。11 月 1 日至 8 日，王会文向鑫光公司发出指令，对余下的 500手予以平仓。从鑫光公司提供的《成交记录单》上看，这两次平仓王会文共亏损 118.6 万元，鑫光公司因两次平仓收取手续费 5.4 万元。

1996 年 1 月，王会文听说进入交割月后其他一些客户仍持有上海 95.11 胶合板期货达 200 手之多，因此对鑫光公司所称的限仓通知和该公司强行平仓的真实性、合法性产生怀疑，便要求查询。鑫光公司向王会文提供了由上海外高桥保税区开发公司制作并发给鑫光公司的几份平仓合约结算盈亏表。王会文认为该表数字有改动痕迹,不能证明是其指令的结果,便又提出异议。鑫光公司此时称盈亏表有误，王会文的委托指令实际是由中期公司下单的,就又给王会文提供了几份中期公司出具的《交易结果通知单》。但王会文仍然认为这些通知单不能证明是执行其指令的结果，于是向珠海市中级人民法院提起诉讼。

王会文诉称 原告委托被告代理期货业务,被告不按原告的指示入市,私下对冲、与客户对赌,严重侵犯原告的合法权益,请求判令被告赔偿原告保证金损失 118.6 万元及利息 1 万元、佣金损失 5.4 万元。被告未予答辩。

法院的审判要旨及理由：

诉讼期间，鑫光公司向法院提交了三种证据：1. 中期公司发给鑫光公司的《交易结果通知单》7 页，此单内容均为手工填写；2. 上交所发给中期公司的《会员当日成交清单》9 页,鑫光公司指出其中一页有执行王会文指令的记录；3. 鑫光公司提供给王会文的《成交记录单》。王会文也向法院提交了由上交所制作给其他客户的三种资料：1.《会员当日成交单》,与鑫光公司提供的第 2 种证据一致；2.《持仓合约结算盈亏表》；3.《会员当日收付款结算表》。鑫光公司对王会文提交的后两种证据未能提供。经法院向中期公司取证,中期公司也未能提交。

将鑫光公司提交的证据作比较后，发现了一些问题：1. 建仓数量不符。《成交记录单》上反映被告鑫光公司代原告王会文建仓 1,800 手,而《交易结果通知单》和《会员当日成交清单》上均反映

为 1,650 手,相差 150 手。鑫光公司后来在诉讼中承认只成交 1,650 手。2. 建仓与强行平仓的客户编码不对应。 3. 价位不符。4. 仓单方向相反。

一审法院认为：原、被告签订的期货代理协议有效；由于期货业的特殊性，当客户怀疑经纪人是否按指令入市操作时，应当由经纪人负举证责任，经纪人提供不出相应的证据时，应当认定其没有入市交易。而鑫光公司提交的证据不能证明该公司已执行王会文的指令，应当推定其没有将王会文买卖的 1,650 手上海 95.11 胶合板期货入市交易。在此情况下，鑫光公司从王会文保证金账户中扣除交易亏损 118.6 万元及手续费 5.4 万元没有合法依据,鑫光公司应将这两笔款返还给王会文，并赔偿相应的利息损失。据此,一审法院于 1997 年 3 月 28 日判决被告返还原告 124 万元及利息并承担诉讼费 16,710 元。

被告不服一审判决，向广东省高级人民法院提起上诉。理由是：证据中存在的问题是目前国内绝大多数一级代理公司与二级代理公司之间为交易方便和快捷，节省保证金而通常采用的“先入先出”、混仓操作的操作方式造成的，是普遍存在的正常现象。1998 年 3 月 10 日,二审法院判决 驳回上诉、维持原判。(案件来源:《最高人民法院公报》1999 年第 1 期第 29 页～第 30 页)

评析：

通过阅读案情,我们发现纠纷产生的原因并不复杂,主要集中于当事人对作为二级期货经纪商的鑫光公司是否将客户王会文的指令发入交易所进行交易以及交易是否合法有效上。法院要解决该争议，关键是分析当事人提供的有关入市交易的文件和资料的可靠性和证明力 而对于读者来说,首先应明确的一个问题是期货交易为什么必须要入市？

(一)期货指令必须入市交易的原因

我们知道，公正是市场交易应有的、最基本的含义。期货市场应该给予投资者以公平交易的机会，入市交易作为公正的一种体现，指所有的期货交易必须在公开的期货市场上进行，严格禁止私下撮合成交，如私下对冲和对赌行为。

由于这种行为使得投资者的指令不能以公开竞价的方式成交，因此为世界各国、各地区的期货交易法严厉禁止。首先，它是一种欺诈行为,严重违反了公开、公平、公正、诚实信用原则,直接侵犯了客户的财产权益；其次，它违反了期货交易的本来含义，使得成交的价格不具有真实性，不能实际反映未来供求关系的变化，而且单子不被期货交易所和结算所承认，一旦要实物交割，根本无法进行。

我国有关期货的规定也禁止私下对冲和对赌行为。《期货经纪公司登记管理暂行办法》(以下简称《办法》)第 8 条规定"：禁止期货经纪公司从事下列行为：……(二)进行私下对冲"。1999 年 9 月 1 日开始施行的《期货交易管理暂行条例》(以下简称《条例》)的第 4 条也明确规定："期货交易必须在期货交易所内进行。禁止不通过期货交易所的场外期货交易。"这里的"场外期货交易"应该包括私下对冲、对赌的行为。当然,该条例第 25 条第 2 款已经禁止期货经纪公司从事自营业务，所以在一定程度上杜绝了对赌行为，但私下对冲行为仍然存在于实践中。

(二)谁来承担入市交易的证明责任？

在期货市场上，客户与期货经纪机构之间为间接代理关系，即经纪机构以自己的名义代理客户在期货交易所进行期货商品的买卖。经纪机构处于中间环节上，它在接受客户的指令后，是否将此指令下入交易所场内成交，客户不得而知。因为客户无法直接从交易所得到回报，而只能从经纪机构得到。因此，客户所得到的成交回单及每日的资金状况并不必然是真实、准确的。客户有理由对自己的指令执行情况产生怀疑，也有权利要求经纪机构予以证明。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

在有关是否入市交易问题上,我国采用的是过错推定原则,即经纪机构必须举证证明自己没有过错，否则推定其没有入市交易，要承担相应的法律责任。《最高人民法院关于审理期货纠纷座谈会纪要》(以下简称《纪要》)第 9 条规定:"……如果客户主张经纪公司未入市交易，经纪公司否认的，应由经纪公司负举证责任。如果经纪公司提供不出相应的证据的，就应当推定没有入市交易。"这与民事诉讼法第 64 条规定的"谁主张、谁举证"的原则不同。但该举证责任的倒置，恰恰体现了法律的公正性。

由于期货交易的特殊性，有些赖以证明交易过程的证据不是掌握在交易者手中，而是处于交易所或者经纪机构的控制之下，如果在涉及期货交易具体环节的纠纷审理中，一味适用"谁主张、谁举证"的民事诉讼原则，将会在实质上堵塞交易者寻求司法保护的途径，剥夺他们应有的权利。而且，规范期货的相关制度和惯例大都规定中介者和交易所负有保存证据的义务，自然在诉讼中也应让他们负举证责任。《办法》第 7 条之 4 规定：期货经纪公司应当"将每日记录、会计凭证及其他重要资料完整保存 5 年以上。"在《条例》的第 58 条之(七)和第 59 条之(八)中规定了期货交易所和经纪公司不按规定保存交易、结算、交割资料的,应承担罚款、停业整顿甚至吊销执照的责任。

（三）鑫光公司应承担的证明责任及其行为的法律后果

1. 鑫光公司提供的证据充分吗？

根据上文的分析，本案中，王会文作为委托人，有权对鑫光公司是否入市交易提出质疑，鑫光公司也有义务提供相应的证据加以证明。一般而言，经纪机构应提供其所接受的交易指令单及交易所的成交通知单，对照交易指令单上的执行编号及交易所成交报告单的申报编号,此两编号相同的对应的手数(总和)、价位、成交时间、方向(部位)等是否一致,据此可判定交易指令是否入市交易。

案件中,《成交记录单》虽然与王会文建仓 1,800 手的指令内

容相同,但由于它是鑫光公司提供的,而不是上交所或一级代理公司中期公司提供的，因此其真实性仍值得怀疑。中期公司和上交所提供的《交易结果通知单》、《会员当日成交清单》的内容成为验证鑫光公司行为的重要证据。通过比较，法院很容易就发现了一些漏洞，鑫光公司所提供证据内容上的严重冲突使得其无法自圆其说，一审法院关于被告没有入市交易的判定很难推翻。既然交易没有入市,当然只能是私下撮合的。

至于鑫光公司在二审中提出的“先入先出”混仓操作的操作方式是普遍存在的正常现象的上诉理由，更是不堪一击。这样的操作方式,名义上是为了节省保证金、保障交易的方便和快捷,但却是经纪机构为了自身利益而避开监管，节省开支、坐收手续费，侵害投资者应有权益的借口。

2. 鑫光公司应承担怎样的法律后果？

通过审查证据,我们可以发现,鑫光公司在代理王会文的业务时，关于建仓的指令还是发到交易所成交的，只不过成交的不是 1,800 手而是 1,650 手，所以，建仓行为并没有造成王会文的损失。但两次平仓却没有在交易所成交，而是私下撮合的。鑫光公司当然应该对由此给王会文造成的损失负赔偿责任，具体包括保证金和利息损失及鑫光公司向王会文收取的交易手续费等。

另外,鑫光公司还存在涂改期货交易资料、混码交易、向客户虚报成交价位等欺诈行为和违规行为。其中“伪造、涂改资料”及“混码交易”属于违规行为“未将客户交易指令下达到期货交易所内”属于欺诈客户的行为,对于鑫光公司的这些行为,有关机构还应对其进行适当的处罚。(见《条例》的第 60 条之五)

需要明确的一个问题是：虽然没有入市交易，但交易仍然存在,那么如何认定交易的效力？《纪要》第 7 条之(四)规定“私下对冲、与客户对赌等违规操作”的行为应认定为无效。对于此种无效行为的处理,不应适用《民法通则》关于返还财产的方法,而只

适用赔偿损失的方法。因为交易已经发生完毕，王会文的 95.11 胶合板仓已不存在，即使再建一个仓也不能恢复到原状，何况还有交易所的限仓问题。所以，对于投资者一方的损失，只能由其经纪人依照法律和双方代理合同的约定承担。

(四)启示

对于投资者而言，期货交易是我国目前“风险最大”的交易方式。在期货市场的组成中，投资者处于弱者的地位，而中介者、组织者处于强者的地位，他们保管着投资者的资金，无论投资者盈利与否，都收取手续费。在利益机制驱动下，仅靠经营者的自律来实现投资者的利益最大化简直是天方夜谭，现实则恰恰相反，投资者的资金在期货市场上经常面临着被悄悄挪用、被“合法”侵占的危险。一方面，期货交易的技术性比较强，普通的投资者很难发现问题;“外行”监督“专家”只能是班门弄斧;另一方面,我国关于期货的管理规范很不健全，存在效力层次低下、内容冲突矛盾的现象，再加之监管措施的不得力，经营者钻空子、投机取巧已是司空见惯的事情。

然而，没有期货投资者的参与，也就没有市场的存在。如果投资者的信心受到了打击，将关乎到整个市场的存亡，这绝不是耸人听闻。国债期货被勒令停止，至今仍未恢复，与当时中介者只赢不赔而投资者只赔不赚的“一边到”现象不无关系，投资者的权益受到了极大的侵害。原本由市场决定的东西夹杂了过多的人为因素,比如价格,不将客户指令打入交易所内,私下对冲、对赌行为在每个期货经纪公司都有发生。总之，笔者以为，期货法律规范的制定和监管者的实际操作都应加大对投资者合法权益的保护力度，以维护公开、公平、公正的市场基础原则，扶植我国新生的期货市场。

(作者单位 北京大学金融法研究中心)

安全顾问

西方国家的信用卡犯罪防治

□许克显

近年来,随着金融电子化和电子商务在国内如火如荼的发展,国内各大商业银行纷纷推出了自己的信用卡，如工商银行的牡丹卡、农业银行的金穗卡、建设银行的龙卡、中国银行的长城卡、交通银行的太平洋卡等。信用卡确实能够为客户的日常消费带来巨大便利，但新的业务的拓展往往也会滋生新型犯罪。事实上国内银行对于利用信用卡实施的犯罪已不陌生。犯罪分子或伪造、变造信用卡，或使用偷盗的或空白信用卡，或利用信用卡进行恶意透支，五花八门，不一而足。

有效的遏制日益猖獗的信用卡犯罪,需要包括发卡银行、特约商户、信用卡供应商以及立法机关、司法机关等信用卡关系的有关各方的共同努力。信用卡已相当普及的西方国家在防治信用卡犯罪方面已经积累了丰富的制度经验：如执法上设立了专门的信用卡犯罪调查机构和先进的鉴定组织；立法上许多国家的刑法明文规定了信用卡犯罪，加大对其打击力度，并且制定和完善了对信用卡有关设备的管理法规。

本文主要从银行和特约商户两个角度谈谈西方国家对于信用卡犯罪的防治措施：

一、银行在信用卡犯罪防治体系中的核心地位

原因有两方面：一是由于信用卡服务是由银行提供的,银行在整个信用卡关系中居于核心地位；另一方面，信用卡犯罪的大部分案件

也都是针对银行实施的,银行资产所受的威胁也最大。

(一)内部调查员制度

为了应对日益增多的信用卡犯罪，西方许多发卡银行和信用卡国际组织纷纷建立了内部调查员制度，这些调查员通常分成三类：

第一类是银行内部的“欺诈联络员”。其主要职责是负责与不同的信用卡组织、其他银行和金融机构的联络工作。同时参加有关会议，同有关当事人交换信用卡欺诈犯罪的情况，协助执法部门进行调查，为执法部门提供相关的证据，但他们不参加实际的调查和侦察等工作。

第二类是信用卡犯罪的“调查员”。美国的一些银行通常设立这样的调查员。这些调查员除了履行前面“欺诈联络员”的职责之外，还亲自参加对犯罪的调查工作。根据不同国家和地区的法律规定，一些调查员甚至还可以拘捕和审问嫌疑人，使用线人等等。

第三类是信用卡组织的调查员。万事达、维萨和欧洲国际等组织都设立了自己的调查员。由于信用卡犯罪是一种国际犯罪，犯罪分子使用伪造、变造的信用卡在不同国家和地区进行欺诈，因此信用卡组织作为国际性组织，在协助各国执法机构打击信用卡犯罪方面的作用显得尤为突出。调查员可以帮助执法机构从各国收集证据，提供线索,甚至在审判犯罪分子时,提供专家证人。

(二)银行和执法机构的合作和信息共享制度

一方面是银行业内的合作。以前,由于业务竞争的关系,同业之间很少就信用卡欺诈活动进行合作。但目前，业内人士已经逐步认识到合作的重要性。各个发卡行之间开始相互交流有关的信息。也开始成立了一些包括发卡行、信用卡组织和警方等有关方面的常设组织。如美国的“国际信用卡调查员协会”,英国的“欺诈和突发事件计划小组”(其主要活动包括对信用卡的安全措施进行讲解和教育、交换有关信用卡欺诈的信息、协助调查和惩罚犯罪分子)。

另一方面是业内和警方的合作和信息共享。发卡行和信用卡组织都开始建立自己的数据库,将有关欺诈的信息录入数据库中,并使

用专家对这些情况进行分析。警方也开始建立自己的信息库。但双方的相互沟通，信息共享仍显不够。

二、防止特约商户协同实施犯罪

信用卡的特约商户在信用卡的支付过程中起着非常重要的作用，可以说，商户及其职员战斗在同犯罪分子进行较量 的第一线，因此，国外的发卡行通常都会采取一定措施对商户及其职员进行教育和培训，帮助他们了解支付工具的特点，以及反对欺诈的一些常见措施。但如果商户同犯罪分子勾结，比如帮助犯罪分子提供有关信用卡的信息，帮助犯罪分子使用空白信用卡，或者商户疏忽大意被犯罪分子利用，那么犯罪的得逞率将会高地惊人，发卡人的损失也将是难以估量的。国外在这方面采取的措施可以归纳为三个层次。

（一）事前预防。主要是防止潜在犯罪分子获得特约商户的身份。在这方面，维萨和万事达组织各自有一套类似的“黑名单”体系。比如维萨在英国建立了“全国商户警觉计划”(National Merchant Alert Scheme)，该计划划分了三种情况：高度嫌疑商户、嫌疑商户和嫌疑交易。发卡人可以通过该计划了解一名潜在的商户是否在黑名单上。万事达组织的“终止商户档案”(Terminated Merchant File)作用也是类似的。一些国家的银行也建立有类似的数据库，比如加拿大的银行合作建立了一个共享的数据库——“综合查询档案”(Consolidated Enquiry Reference File)，将所有有前科的人的名单及详细材料录入该档案，银行可以进行查询。但总的来讲，发卡银行由于比较重视推广信用卡，占领市场，在事前预防方面重视不够。

（二）事中监督。主要是监督特约商户的日常交易活动。业内人士建议，应该鼓励(甚至强制)一个特约商户只能在一个银行交单，结算信用卡账户。同时，这个银行同发卡银行也有密切的联系。如果不是手工的压卡结算单据，而是电子资金转移，那么所有的电子资金也进入这个账户。这样，收单行就可以对商户的日常交易进行监督，如果出现异常情况，比如平时商户每天只有 1,000 元的结算额，而某一天突然出现 5,000 元的数额，那么就需要引起银行的警觉，进行调

需要全本请访问 www.ertongbook.com