

海峡两岸 金融法制建设 问题研究

公丕祥 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

海峡两岸 金融法制建设 问题研究

公丕祥 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

海峡两岸金融法制建设问题研究 / 公丕祥主编. —
北京: 法律出版社, 2011. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2210 - 9

I. ①海… II. ①公… III. ①金融法—研究—中国②
金融法—研究—台湾省 IV. ①D922. 28②D927. 582. 28

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 108583 号

海峡两岸金融法制建设问题研究
主编 公丕祥

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 韦钦平 林 喆
责任编辑 韦钦平 林 喆
装帧设计 李 瞻

© 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 沙 磊

开本 720 × 960 毫米 1/16

印张 51.5

字数 886 千

版本 2011 年 7 月第 1 版

印次 2011 年 7 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 2210 - 9

定价: 106.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

为促进海峡两岸金融交流与合作,推动两岸金融市场稳定发展,便利两岸经贸往来,2009年4月26日,海峡两岸关系协会(海协会)与财团法人海峡交流基金会(海基会)在南京签署《海峡两岸金融合作协议》,建立了两岸金融合作的基本框架。同年11月16日,为具体落实上述协议,两岸金融监管机构又签署了《海峡两岸证券及期货监督管理合作谅解备忘录》、《海峡两岸银行业监督管理合作谅解备忘录》、《海峡两岸保险业监督管理合作谅解备忘录》(英文简称MOU),为进一步深化两岸金融业交流与合作创造了积极条件,预示着两岸金融合作将进入实质性阶段。2010年6月29日,海协会与海基会签订了《海峡两岸经济合作框架协议》(英文简称ECFA),为两岸进一步深化金融领域的合作创造了更为有利的条件。

为了增进两岸立法、司法和金融界对两岸金融制度的了解,促进司法机关妥善处理两岸金融合作过程中产生的各类金融纠纷案件,依法保护两岸金融业者的合法权益,为两岸金融合作提供有效的司法保障,2010年11月16日至17日,由江苏省法学会、江苏省法官协会、台湾财团法人两岸交流发展基金会、东吴大学法学院共同主办,江苏省法官协会具体承办的“海峡两岸金融法制建设研讨会”在南京隆重召开,中央电视台新闻联播对本次会议进行了报道。本次会议到会代表144人。其中,大陆代表108人,来自全国人大财经委、全国人大常委会法工委等立法部门、最高人民法院、上海高院、广东高院、福建高院、江苏高院等司法机关、中国人民银行总行、中国银行业监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、中国保险监督管理委员会等金融监管部门及金融法学界、国际私法学界、金融企业等;台湾地区代表36人,来自台湾地区高等法院、台湾地区

高等法院检察署等司法机构,台湾地区金融监管机构和部分金融企业,台湾司法警政消防协会、台湾律师全联会、台湾律师公会联合会、台湾中华仲裁协会、中华法律风险管理学会、中华比较法学会、中华学术文教基金会、东吴大学法学院、亚洲大学法学院、铭传大学法学院、玄奘大学法律系、政治大学、辅仁大学等社会团体和学术机构。会议共收到论文 87 篇,充分体现出海峡两岸各相关方面对本次会议的重视,也使得本次研讨会规格较高,成果丰富。

最高人民法院奚晓明副院长,国台办法规局周宁局长,中国法学会副会长、北京大学吴志攀常务副校长,中共江苏省委常委、省委政法委林祥国书记,江苏省法学会孙安华会长,财团法人两岸交流发展基金会潘维大副董事长等领导和专家出席会议并发表了热情洋溢的致辞。在会议研讨中,与会代表通过主旨演讲、主题发言、自由发言和专家点评等方式围绕海峡两岸金融法制建设中的诸多前沿法律问题展开了深入探讨,分为两岸金融法制建设的现状和展望、两岸金融监管与金融风险防范机制建设、两岸司法互助和交流机制建设以及两岸金融案件审理中的法律问题四个部分,尤其对两岸共同关心的公司治理、民间金融、司法互助、争议解决等与金融法制建设相关的问题进行了充分交流和研讨,涉及银行、合同、担保、证券、保险、期货等金融法领域和商法、行政法、刑法、诉讼法等不同法律部类。两岸各界代表的探讨从多个方面展示了两岸金融法制建设宏观与微观的图景,揭示了两岸金融合作过程中已经存在或者即将面对的各种具体问题。

“海峡两岸金融法制建设研讨会”的召开加深了对两岸金融合作与法制建设的整体认知,增进了对两岸金融法制建设状况的彼此了解,形成了共同加强两岸金融监管与金融风险防范机制建设的共识,提出了加速两岸金融合作与金融监管法制建设的诸多具体建议,对两岸司法互助和交流机制的建设具有重要借鉴作用。在研讨会上,与会代表就落实《海峡两岸经济合作框架协议》、《海峡两岸金融合作协议》、三个谅解备忘录以及《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》、《海峡两岸知识产权保护合作协议》等诸项协议提出

了很多建设性的机制构想与具体措施。这些建议需要在今后的司法实务、金融监管实务和金融业务中不断探索与实践,从每一个具体法律问题的解决做起,持续不断地加以推进,共同为增进两岸人民的福祉做出切实的贡献。

我们将此次研讨会的部分优秀论文编印出版,方便从事金融法制建设相关问题研究的同行交流与沟通。本书的编辑与出版,得到了江苏省法学会、江苏省法官协会、财团法人两岸交流基金会和东吴大学法学院的大力支持。江苏省高级人民法院民事审判第二庭的部分同志为本书的稿件筛选、编辑、校对等工作,付出了辛勤劳动。在此,谨向他们表示衷心的感谢!由于时间原因和水平有限,本书难免有不妥之处,敬请各界读者批评指正。

编者

2011年5月

目 录

两岸金融法制建设的现状和展望

海峡两岸金融合作的司法保障	公丕祥	3
台湾司法软性改造工程之实践与展望	施茂林	11
两岸经济合作协议签署后金融业务往来与投资法制规范之探讨	郭土木	36
两岸金融监督管理合作之若干法律问题	陈玉珍	59
两岸银行业交流新机遇下的海峡两岸银行业法制建设与合作	黄建忠 林 青	72
新形势下两岸银行业合作的法律思考	周小祺	77
MOU 与 ECFA 框架下的海峡两岸证券业合作	徐法良	84
两岸期货法制建设的现状与展望	王 轶	94
论两岸证券法律制度之异同	柏 鸣	99
海峡两岸金融服务贸易自由化展望及法律规制之调整	陈秋荣	105
诉讼信息备案制与信用体系完善	杨 毅	121
证券投资者保护基金		
——大陆与台湾的差异及其可能产生的实践难题	季社建 王 蓓	131
中小企业民间融资困境及解决路径探析	蒋馨叶	140
浅议海峡两岸金融法制建设的现状、问题及完善	谭曙光	151
典当业之困境及其立法完善	金 飏 牛兆祥	158

两岸金融监管与金融风险防范机制建设

两岸金融监理制度之探讨与建议	廖四郎	169
两岸金融监理制度简介	陈信莹	178
两岸金融期货市场风险控制制度比较与借鉴	李明良 孙 帆	188
金融控股公司之监理与两岸监理新面向	胡峰宾	204
浅论内线交易防制机制	林则熹	212
金融监管相关法律制度	萧苍泽	224

大陆当前金融创新及金融消费者保护中的法律问题

——从银行的视角展开讨论	柳 洪	230
居间人可能给期货公司带来的法律问题与风险防范	贾国荣	244
浅议保险公司合规风险防范	闵卫东	251
海峡两岸内幕交易立法比较与监管合作	步国旬 校 坚	259
金融监管行为及其司法审查问题探讨	鲍 蕊	267
海峡两岸金融控股公司监管的比较法研究	陶剑涵	274
论期货经纪人监管体系的构建	赵伯陵	282
论海峡两岸民间借贷的司法监管机制构建	曹 洋	294
大陆金融控股公司风险监管法律制度不足及完善	韩若铭 师永义	301
银行信贷担保的风险与对策	胡 斌	312
论大陆股指期货交易若干法律问题	蒋江华	319
浅析大陆银行保理业务的法律风险及控制	张 熠	330
海峡两岸保险监管制度比较略论	葛 翎	342
后金融危机背景下金融风险防范机制之构建	谢新竹	351
法治政府建设与金融风险防范		
——从司法审查视角中的集体土地征收谈起	朱 嵘	359
商业银行涉诉纠纷的成因及对策	李 玲	365
信用卡风险防范法律规制		
——以海峡两岸信用卡制度为视角	贺晓梅	373
台湾银行在大陆投资的法律风险及其司法应对	徐清宇 周永军	382
小额信贷组织的法律地位现状及合法性分析	孔 浜	390

两岸司法互助和交流机制建设

解决涉台民事诉讼管辖权冲突,促进两岸关系协调发展

	宋 健 王天红	405
能动化解涉台矛盾纠纷 维护台湾同胞合法权益		
——以江苏法院涉台案件多元化解纠纷解决机制为视角	夏正芳 潘军锋	415
海峡两岸民商事司法互助实践与思考		
——以涉台民商事审判实务为视角	沈 湧 张晗庆	424
ECFA 架构下两岸经贸、投资争端解决机制之建立	管安露	431
海峡两岸平行诉讼问题研究	李 荐	444

两岸民商事判决(仲裁裁决)认可与执行制度的若干问题	陈芳华	450
论涉台民事诉讼文书电子送达方式	刘博文	461
海峡两岸区际平行诉讼的法律规制	缪 凌	467

两岸金融案件审理中的法律问题

“证券交易法”第 171 条第 2 项有关“犯罪所得”之研究

——以台开案判决为例	涂春金	477
------------	-----	-----

大陆《保险法》第 16 条若干问题研究	邹海林	488
---------------------	-----	-----

浅论大陆保险人说明义务制度的完善

——兼论海峡两岸保险人说明义务法律规制的比较

周冬冬	俞水娟	495
-----	-----	-----

虚假按揭纠纷案件的实务探析	丁海湖	505
---------------	-----	-----

非法募集、销售境外基金之刑事犯罪

——以投资人保护为核心	薛进坤	513
-------------	-----	-----

美国法关于公司外部董事之义务与责任之规定	蔡宏瑜	522
----------------------	-----	-----

审理对台离岸金融纠纷案件的几个问题	刘炳荣	547
-------------------	-----	-----

浅议非法集资犯罪的司法应对

——以法律适用难题破解和机制构建完善为视角	茅仲华	陈晓钟	555
-----------------------	-----	-----	-----

非法经营外汇刑事责任的认定与辨析

——以完善金融监管为视角	周庆琳	汤咏梅	567
--------------	-----	-----	-----

试论公司对外担保合同效力认定

——以对大陆《公司法》第 16 条规范的分析为展开	刘建功	576
---------------------------	-----	-----

人身保险争议纠纷

——意外伤害事故认定问题之研究	许东敏	586
-----------------	-----	-----

关于保险免责条款效力认定中 20 个审判难题的思考	汤小夫	刘 振	606
---------------------------	-----	-----	-----

典当合同案件审理中的几个法律问题

——以大陆典当合同案件的审判实践为中心	马 杰	619
---------------------	-----	-----

远期商品购销中变相期货的认定与治理刍议	段晓娟	626
---------------------	-----	-----

论洗钱罪刑法规制中的几个突出问题	邹 钢	633
------------------	-----	-----

大陆《机动车交通事故责任强制保险条例》第 22 条之解释与检讨

——以台湾“强制汽车责任保险法”第 29 条为借鉴	郭华炜	641
---------------------------	-----	-----

保险利益原则适用若干问题探析

——兼论台湾保险利益原则之借鉴	吴红娥	650
-----------------	-----	-----

机动车责任保险若干法律问题之审视

——兼谈两岸机动车责任保险之比较法借鉴	阮俊慧	金星	667
内幕交易侵权诉讼的审查和判断	张斌	沈晓蓓	682
公序良俗介入保险格式合同条款审查的法律分析		周立	689
两岸保险法死亡给付保险被保险人同意权比较研究		赵文杰	697
雅新破产重整案中设立银行团引发的思考		钱建平	708
内幕交易民事赔偿制度的完善路径			
——以大陆与台湾相关实证比较为视野	陈静英	张志斌	716
动产抵押制度与物权制度比较分析		洪永洋	729
海峡两岸定值保险制度比较分析		张玉萍	736
论严重违法行为免责条款说明义务的标准		许晶	741
骗取贷款罪的司法困惑与破解			
——以本罪的法律适用问题为研究视角		彭辉	748
商品房买卖按揭贷款中涉保证保险问题探析		汤卫兵	757
大陆票据交付转让纠纷的司法处理及其立法完善		袁辉根	763
略论人身保险死亡原因不明案件举证责任的分配		经绎	771
海峡两岸机动车交通事故强制保险法律制度若干问题比较研究		刘海平	781
海峡两岸保险法中保险利益的比较研究		王笋	788
保护金融债权的商法网络解构			
——以商事法律的新旧衔接为手段	谢唯成	陆晓燕	796
海峡两岸惩罚性赔偿制度之比较与借鉴		陈蓉蓉	807

两岸金融法制建设的 现状和展望

海峡两岸金融合作的司法保障

公丕祥*

【摘要】两岸金融合作的范围包括金融监督管理、货币管理和其他事项(金融机构准入及开展业务、加强对双方企业金融服务等)三个方面。这三个方面所对应的民事、行政、刑事案件应当是两岸金融合作司法保障关注的重点领域。根据“法与金融”理论,公司治理是关涉金融体系模式选择的重要因素,公司治理的水平亦影响着金融体系的效能。金融司法应当将其纳入视野甚至应当予以高度关注;两岸金融合作的司法保障应当秉持保障金融合作效率、保障金融市场稳定、推进金融法制现代化的理念;司法机构应当以规范公司治理、强化债权人司法保护、完善破产程序、化解法律冲突、提升法官能力等方面作为推进两岸金融合作司法保障的路径。

【关键词】两岸金融合作 司法理念 司法保障

2009年,海峡两岸先后签署了《海峡两岸金融合作协议》以及银行业监督管理、证券及期货监督管理、保险业监督管理三个合作谅解备忘录;2010年9月12日,《海峡两岸经济合作框架协议》正式生效,此前签署的一系列有关金融合作的协议,被纳入这一框架协议的早期收获条款之中。这标志着海峡两岸金融合作进入实质性阶段,对于促进海峡两岸金融业优势互补和共同发展,具有十分重要的意义。

一般认为,金融是指以银行为中心的各种形式的信用活动以及在信用基础上组织起来的货币流通。^①金融本身是一种社会的经济活动,是经济社会发展到一定阶段的产物,而法律则是调整、规范经济社会关系的重要手段。因此,金融活动的有序运行,离不开法律的调整和规范。坚持公正高效司法,有效解决金融纠纷,这是法律调整和规范金融活动的重要内容。在两岸金融合作深入推进的背景下,认真研究两岸金融合作司法保障的领域、理念、途径等问题,无疑是两岸司法界共同面对的重要课题。在这里,我谈谈一些初步的认

* 公丕祥,法学博士,中国法学会法理学研究会副会长,中国法学会审判理论研究会副会长,国际法律哲学与社会哲学协会中国分会副主席,江苏省法官协会会长,江苏省高级人民法院院长,二级大法官。

① 参见徐孟洲:《金融法》,高等教育出版社2007年版,第6页。

识和思考。

一、两岸金融合作司法保障的领域

《海峡两岸金融合作协议》在“金融合作”一项中规定:“双方同意相互协助履行金融监督管理与货币管理职责,加强金融领域广泛合作,共同维护金融稳定。”依据这一合作协议,两岸金融合作的范围包括金融监督管理、货币管理和其他事项(金融机构准入及开展业务、加强对双方企业金融服务等)三个方面。我们认为,这三个方面应当是两岸金融合作司法保障关注的重点。从金融法理论来看,狭义的金融法一般被定义为金融监管法,但如果从金融法二元规范结构的观点来考察,金融法既包括金融监管法,也包括金融交易法和金融组织法。^①在大陆司法机构的司法审判实践中,从案件范围来看,涉及银行借款、担保、信用证、票据、证券、期货、保险、信托等领域的诉讼均可包含在金融案件之中;从案件类型来看,不仅涉及上述领域的民事纠纷案件,而且涉及金融监管具体行政行为的行政诉讼案件,以及贷款诈骗、洗钱、非法吸收公众存款、集资诈骗等刑事犯罪案件也应包含在金融案件范畴之中。

公司是金融活动的重要参与者。根据近年来形成的“法与金融”理论,^②公司治理是关涉金融体系模式选择的重要因素,公司治理的水平亦影响着金融体系的效能。从刚刚过去的国际金融危机来观察,公司治理的完善程度与金融债权保护和投资者信心紧密关联。因此,公司治理结构缺陷带来的债权人与投资者利益侵害所形成的诉讼虽不能划入金融案件范围,但金融司法应当将其纳入视野甚至应当予以高度关注。

尽管《海峡两岸金融合作协议》生效时间不长,但是台商投资企业在大陆尤其是在江苏,早已深深扎根并获得蓬勃发展。企业的发展离不开金融,台资企业在大陆从事的生产与贸易规模决定了他们对两岸金融业的依赖程度。司法领域亦有大量关涉台资企业的金融类诉讼案件出现,在一些企业破产案件中甚至可以发现大中型台资企业在大陆的融资已达相当规模。^③这些案件涉

① 参见王保树:“金融法二元规范结构的协调与发展趋势”,载《广东社会科学》2009年第1期,第174页。

② 该理论由哈佛大学经济系 La Porta 教授、Shleifer 教授,哈佛大学肯尼迪政府学院 Lopez-de-Silanes 教授,芝加哥大学商学院 Vishny 教授等人提出和发展。他们的理论研究逻辑思路可以概括为:投资者保护取决于相应的法律体系和执法力度,而后者又源于不同的法源或法系,即法源决定一国的投资者保护程度,投资者保护直接影响到一个国家金融体系的模式选择,融资模式和所有权结构决定公司治理的水平,公司治理水平影响公司价值、绩效,影响经济发展。参见洪修文:《法律,投资者保护与金融发展》,武汉大学出版社2007年版,第1~3页。

③ 如,2008年8月,江苏省常熟市人民法院受理了常熟科弘材料科技有限公司破产重整案。该公司为台商投资企业,破产重整程序中申报债权达116.3亿元人民币,其中金融债权47.4亿元。

及了银行借款、担保、票据、信用证等金融领域,还不同程度地涉及了公司法人独立地位确认,董事和高管人员责任等公司治理范畴的诸多问题。从现实需求看,法院对两岸金融合作提供司法保障的视野不妨更加开阔一些,毕竟,司法产品的供给取决于经济社会的现实司法需求而不是取决于理论。

二、两岸金融合作司法保障的理念

什么样的司法理念决定了什么样的司法审判。为两岸金融合作提供司法保障,法院除了应当秉持司法一贯的公正理念之外,还应当根据《海峡两岸金融合作协议》所提出的价值目标,以及在经济全球化与后国际金融危机时代背景下金融法制现代化的要求,进一步调整司法理念。

(一)保障两岸金融合作效率的理念。金融业从诞生那一天起,它的天然使命就是使商事交易效率不断提高,空间不断扩大。金融交易自身作为典型的商事交易,亦受到商事交易效率这一核心价值理念的约束。^①正如《海峡两岸金融合作协议》关于“便利两岸经贸往来”所表述的含义,两岸金融合作同样有着效率的目标追求。在一定意义上说,两岸金融合作的议题即发端于两岸经贸往来受制于一些客观因素而带来的巨大不便。对司法机构来说,保障两岸金融合作效率的理念具体可以从两个方面进行阐述:一是纠纷处理程序的快捷。欲达致快速便捷处理争端,减轻两岸金融主体讼累,^②一方面应在主观意图上重视此类案件并快速处断,另一方面应具备快速处断案件的专业能力。金融领域的诸多争议涉及大量专业问题,法官对金融知识的掌握程度,对金融过程的理解程度,对金融行为背后所隐藏的利益的把握程度是决定程序是否快捷的主要因素。二是纠纷实体处理应遵从推动合作的价值取向。司法天然地有其保守、谨慎的一面,但是,这种保守与谨慎应体现在对程序法的严格遵循、对实体法的谨慎解释,而在最终裁判时,特别是法官在行使自由裁量权时,应秉持保障与促进金融合作的价值取向,尊重两岸在金融合作中形成的惯例,弥补各方可能存在的程序瑕疵;以此推进两岸金融合作过程中必然出现的金融创新。

(二)保障两岸金融市场稳定的理念。金融交易作为典型的商事交易,亦应遵循交易安全这一商事交易的另一核心价值。《海峡两岸金融合作协议》

^① 参见孙勇:“从金融的发展看现代商事交易的特征”,载《商事法论集》(总第17卷),法律出版社2010年版,第122页。

^② 有的经济学家通过比较106个国家的银行存贷利差和32个国家个别银行的存贷利差,考察司法效率对金融企业成本的影响,结果表明,司法效率提高一个标准误差,银行借款利差将平均提高2.3~2.6个百分点。参见洪修文:《法律,投资者保护与金融发展》,武汉大学出版社2007年版,第86~87页。

将“推动两岸金融市场稳定发展”作为主要目标之一加以明确,一方面是因为两岸金融体制差异无法在短时期内消融,合作过程中难免出现各种风险;另一方面也源于应对国际金融危机过程中获得的经验。司法机构虽不直接参与两岸金融监管部门加强金融监督管理、共同防范金融风险、共同抗击未来可能出现的金融危机的行动,但是,在广义的金融安全的语境下,司法机构仍然有很多工作要做。回顾江苏法院在国际金融危机期间受理的企业破产案件,相当数量的企业包括部分大中型台资企业公司内部治理的缺陷对企业的消极影响,甚至超过了因市场需求下滑给企业带来的困难。此类企业在国际金融危机时期成为经济链条中最薄弱的环节,导致大量金融贷款成为坏账,而有关金融企业事前对此毫无察觉,这暴露出金融企业风险防范能力以及金融监管机构的监管力度有待提升的。此前大陆亦有部分证券公司等非银行金融企业进入清算程序,所暴露出的问题仍然集中在金融企业的内部治理与外部监管两个方面。刚刚过去的国际金融危机对世界经济包括两岸经济发展造成的冲击犹在眼前,在“规制”与“监管”成为世界各国金融改革方案中出现频率最高的词汇,金融稳定与安全成为世界各国金融改革首要目标的背景下^①,司法机构应充分发挥其审判职能中蕴藏的规制功效,促进企业内部治理结构的科学化,并为金融监管提供必要的支持与协助。

(三)推动金融法制现代化的理念。伴随着全球化的时代进程,金融法制现代化的取向与趋势,不仅成为金融学术界研讨的重要学术领域,更成为当下金融法律发展的重要论题。两岸金融合作过程中的各种合作方式,既有全球金融体系中各种金融合作模式与机制的共性,更不可避免地存在金融合作的独特路径与制度创新,这将形成金融法制现代化道路上的独有风景。金融法制现代化要求司法机构能顺应经济社会发展需要,在两岸金融合作进入新阶段、产生新需求之际能够因时而变,改进工作机制,提升司法能力,及时提供优质高效的司法服务。

三、两岸金融合作司法保障的路径

法律决定了金融活动中有关权利人享有什么样的权利,而司法力度则决定了这种权利能够得到什么样的保护。从某种意义上说,后者在微观层面上的重要性远远大于前者。金融司法的水平在一定程度上决定了金融发展的水平,司法机构在两岸金融合作背景下所表现出的司法质量,对合作前景将起到

^① 据粗略统计,“规制”、“监管”在《美国金融改革方案》中分别出现了数百次之多,该方案将规制与监管作为防范、拯救和克服金融风险与危机的主要药方。参见韩龙:“规制与监管:美国金融改革方案对金融法品性的再证明”,载《河北法学》2009年第11期,第13~23页。

重要作用。两岸金融合作既会在合作渠道、方式上产生各种法律问题,更多的则是在相关金融主体与金融交易上产生诸多法律问题。司法机构的审判职能对金融安全的保障主要体现在对金融纠纷的救济与处理、对金融市场行为的规制和警示、对金融风险的揭示和防范等三个方面。这三个方面的作用能否充分、有效地发挥,对于金融发展稳定具有十分重要的意义。保障两岸金融合作顺利开展,司法机构主要应当做到以下几个方面:

(一)规范公司治理。对于金融企业包括进入大陆金融市场的台资金融企业而言,面对着治理机制运作良好、财务信息真实可靠、董事高管恪守职责的交易对象,其交易安全无疑将会得到更好的保障。自大陆修订后的公司法实施以来,涉及公司治理方面的诉讼案件日益成为商事纠纷案件的热点。法院需要改进司法裁判尺度,在公司治理上更加严格地执行修订后的公司法关于董事、高管人员的忠实义务与勤勉义务的强制性规范,用司法裁判宣示和要求企业按照公司章程和财务准则行事,保持公司财产和人格独立性,坚持审慎会计制度和会计准则,防范对第三方权益构成损害的关联交易,促进各类企业包括台资企业更加规范健康地运营,以增强金融业者对金融法制环境的信心。当前,有诸多问题亟待司法裁判明示尺度,包括如何查明和认定不正当关联交易,如何认定董事、监事、高管人员违反忠实勤勉义务导致经营风险与正常商业经营行为导致经营风险之间的区别,如何把握合理行使股东权与滥用股东权之间的界限,以及在修订后的公司法对公司资本制度作出重大调整并明确规定法人独立地位否认制度的情况下,对公司债权人的保护方式应当怎样调整,等等。

(二)强化债权人司法保护。金融契约能否得到有效执行,不但影响到金融业者对金融市场的信心,而且直接影响金融贷款的实际利率,如果金融契约不能得到司法机构的支持和有效执行,势必迫使银行为消化成本而提高贷款利率。而有效的债权人司法保护将有助于降低银行贷款所需的风险贴水,从而扩大信贷规模,降低金融波动性。因此,司法机构应当进一步加大对债权人的司法保护力度。当前,债权人司法保护的法律难点之一在于,对公司股东滥用法人独立地位和股东有限责任损害债权人利益、逃避债务行为的追究与制裁。商事审判法官和刑事审判法官对此应有所作为,通过司法裁判宣示司法立场,明确行为导向。

(三)完善破产程序。破产程序汰弱留强、适者生存的制度功能,当前尚未得到充分发挥。在很多人看来,2008年是国际金融危机最为肆虐汹涌的一年,也是被寄予厚望的企业破产法施行的第一个完整年头。这两个条件几乎

铁定了2008年法院破产案件的受理总量要比2007年有大幅上升。但实际上,2008年全国法院破产案件立案数为2955件,比2007年减少252件,降幅达7.86%。而根据经济界的保守估计,2008年中国至少有10万家企业在国际金融危机大潮中黯然倒下。^①2008年江苏法院受理的破产案件总量仅比2007年增加了3件,2009年甚至出现了较大幅度的下降。^②2009年,江苏法院开展清理执行积案工作的相关数据显示,全省法院共清理被执行人为企业的无财产可供执行案件17万余件。而即便是从2004年算起,全省法院受理的企业破产案件总量仅仅是2140件。也就是说,大量无财产可供执行的企业并没有经过破产程序退出市场。企业破产法与公司法、合伙企业法等市场主体法以及合同法、票据法等市场交易法共同构成了市场主体准入、行为准则、退出的完整规范体系。企业破产制度功能可以概括为以下两个方面:第一,保障债权人在债务人丧失清偿能力时能够最终有序公平地实现,维护全体债权人和债务人的合法权益,避免债务清偿上的混乱无序,维护社会利益与正常经济秩序;第二,促进市场经济优胜劣汰机制的完善,利用破产的压力,促使企业改进经营管理,提高经济效益,并通过破产与重整制度优化社会资源配置与使用,调整产业与产品结构。^③这些以鞭策企业保持良好经营状态和足够现金流为目的的制度功能,对于债权人尤其是金融债权人关系重大,应当采取措施予以更加有效地发挥,以便建立规范有序的市场主体退出机制,防止2008年国际金融危机期间大面积弃企逃债现象的再度重演,增强金融债权对企业退出市场机制的信赖,净化金融市场环境。此外,要继续充分发挥破产重整法律机制的功能。企业经营有高峰,亦难免陷入低谷。对暂时处于经营困境但有挽救希望的企业应尽力使其重生,以实现债权人、企业、员工利益共赢的结果。2008年国际金融危机期间,江苏法院积极运用破产重整法律机制审理企业破产案件,帮助不少企业走出困境,恢复生机,其中不乏较大规模的台资企业。^④这些成功经验需要我们进一步发掘与推广。

(四)化解法律冲突。由于历史因素,两岸金融债权保护以及金融监管的法律法规存在相当大的差异,这不可避免地导致了同类案件不同处理结果的

① 参见《法人》2009年第5期,第23页。

② 2000—2004年,江苏法院受理的企业破产案件数量远大于现在,这并不能说明当时情形下企业市场退出机制较现在更加完善,而是政策性破产案件在此期间达到峰值所致。

③ 参见王欣新:《破产法》,中国人民大学出版社2007年版,第16~20页。

④ 自大陆《企业破产法》创设破产重整制度并于2007年6月1日实施以来,江苏法院系统受理了27件并已妥善审结(裁定批准重整计划、终结重整程序)了19件社会影响较大的破产重整案件,处理债权192亿元,安置职工10504人。