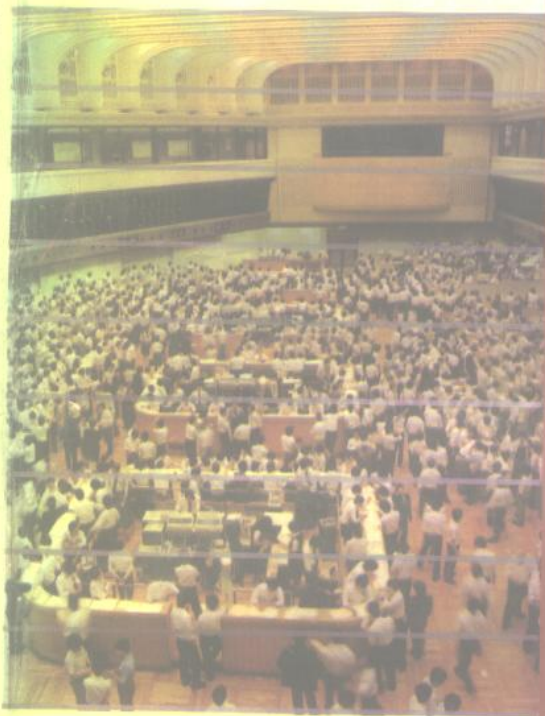


○文海兴/著

法律出版社



期货交易法律关系研究

QHJYFLGXYJ

0920.23

386435

VV 63

期货交易法律关系研究

文海兴 著



法律出版社

386435



期货交易法律关系研究

文海兴 著

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/宏伟印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/11.75 字数/310 千

版本/1995 年 12 月第 1 版 1995 年 12 月第 1 次印刷

印数/0,001—3,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/3266781 3266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-1760-8/D·1401

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序(一)

江 平

迄今为止,有关期货交易的经济著作较多,而法学方面的著述则甚少,这不能不说是一个缺憾。期货交易的法律问题可以归纳为两个方面:一方面是期货交易当事人作为平等主体在交易中形成的法律关系,这就是私法关系,或者说是民事关系;另一方面是国家对期货交易市场的管理行为所形成的法律关系,这就是公法关系,或者说是行政关系。今天《期货交易法》的起草和制订就是要完善这两方面的法律制度。这两方面的法律关系和法律制度不能混为一谈,而二者又是缺一不可的。文海兴博士的这部著作就是就第一方面的期货交易法律关系所作的具有开拓性的研究和论述,在现今期货交易法律著述甚少,的情况下,这部著作的出版,可以说是填补了这方面的空白。

这部著作是文海兴的博士论文略加改造而成的。在博士生学习期间,他参加了我国《期货交易法》的起草工作,成为《期货交易法》起草小组成员,具体参与了该法的条文起草,对我国期货交易中存在的一些问题和立法难点都有深刻的体会和了解。在起草过程中,他又作为起草组成员到美国、英国、香港等期货交易发达国家和地区进行了考察,针对我国立法实际问题进行比较研究,因此,他对世界一些主要国家和地区、不同法系的期货交易法律制度也有较深的了解,加之他有十年法学本科、硕士、博士的学习经历,法学功底扎实、深厚。这三者结合起来使得这部著作有血有肉,既有理论深度,又有实践针对性,具有开拓性,可以说这是第一部期货交易法律研究的力作。

我第一次认识文海兴博士是在1990年4月于北京举行的第十四届世界法律大会上,当时他作为中国代表团正式成员参加了这次全世界法律界的盛会,在会上文海兴博士给我留下了深刻的印象。他于1986年毕业于郑州大学法律系,在法院从事实际工作多年,其间曾被中华人民共和国最高人民法院派到成都科技大学出国留学人员培训部培训。1990年,以总分第一名的优异成绩考入中国政法大学攻读民商法硕士学位,成为我的硕士生。1992年,因其学习成绩优异、科研成果丰硕,德、智、体、美等全面发展,被中国政法大学研究生院各有关部门推荐提前攻读博士学位,以总分第一名的成绩成为我的博士生攻读商法。文海兴博士在郑州大学读法律本科期间,在中国政法大学研究生院攻读硕士、博士学位期间,所有学位课程全部优秀,年年被评为三好优秀生、优秀学生干部、优秀学生,在博士生学习期间,他成为博士生优秀奖学金唯一获得者。他尊敬师长、团结同学,热心公益事业,不计个人得失,长期担任学生干部从事学生工作,深得师生盛赞。在三年博士生学习期间,他善于思考,勤于笔耕,勇于探索,学有所成,著述颇丰。文海兴博士的这篇论文经过多位同行专家的认真评议,经过具有高度权威性的答辩委员会和中国政法大学校学位委员会的认真研究,他的这篇博士论文获全票通过,并得到各位专家的一致好评。在他的这部著作付梓之际,很高兴将它推荐于读者。

是为序。

1995年9月28日于北京

序(二)

董辅初

文海兴博士的这篇博士论文——《期货交易法律关系研究》，作为一篇研究期货的博士论文而言，不是第一篇，但作为一篇研究期货法律关系的博士论文来说，则是第一篇。

文海兴很幸运，他能成为我国著名法学家，特别是民商法专家江平教授的硕士生、博士生，虽不能说名师一定出高徒，但在名师的教诲下，通过学生自己的刻苦努力，则可以成为名师的高徒。文海兴是很刻苦钻研的，科研成果颇丰，因此，他成为江平教授门下的高徒。江平教授不仅教他学问，而且教他做人。如果学法律者人品低下，可能象懂武者没有武德，法律只是用于对付他人，而不用以约束自己，法律甚至可能被滥用。司法者，执法者自己违法最为可怕。古人把道德与文章联在一起很有道理。江平教授的为人已是有口皆碑，深受其学生、同行的敬重。文海兴第一次出国，和我们一道到美国考察期货立法，他生活拮据，江平教授为他准备行装，还给他一笔美元作零用钱。而文海兴每言及此，对其恩师感恩戴德溢于言表，尊师重道的优良传统在他身上得到体现。

文海兴很幸运，他正好赶上我国期货立法的机遇。1993年，全国人大财经委员会着手起草《期货交易法》，需要物色一些懂法律、懂经济者参加起草组的工作。我请江平教授推荐，他推荐了文海兴。那时，文海兴粗懂期货，也粗懂期货法律，但他是法律专业科班出身，又随江平教授学民商法多年，他有法学的深厚功底，自然是合适的人选。这真是一个难得的机遇。他与起草组的其他成员一起到全国各地广

泛调查,收集资料,前后两次去美国、香港、英国考察期货市场和期货立法,多次参加有国内外期货和期货法律专家参加的国际研讨会,获得了大量海外的期货市场和期货法律的资料。在起草组内,他参加《期货交易法》框架的设计、立法思想的构思、各种法律关系的界定,具体撰写法律条文。这一切都为他研究期货交易的法律关系提供了异常难得的条件,使他由粗懂期货和期货法律到成为这方面有较多研究成果的专家。当然,这种机遇只不过是一种必要的客观条件,能抓住机遇,用好机遇,还得主观努力。文海兴把握了机遇,他勤奋好学,在积极参加《期货交易法》起草的同时,写作他的博士论文,做到了两者的妥善结合,在《期货交易法》(草案)基本完成时,他的博士论文早已经完成了。他付出的辛劳是可想而知的。

我不懂法律,虽然我也学过一点法律,但那已是将近五十年前念大学时的事了,脑子里只留下一些起码的知识。平素我也不喜欢法律,看到那些法律条文就感到枯燥,了无兴趣。因此,至今还是法律方面的门外汉。这些年参与全国人大常委会和全国人大财经委员会的立法工作,在法律方面稍稍有点长进。我知道法律很重要,在市场经济中法律尤为重要,而对于具有高风险性、高投机性的期货市场来说法律则更是特别重要。文海兴的这篇博士论文对于研究和规范我国的期货交易中的法律关系是很有意义的。其中有许多是在《期货交易法》起草中遇到的问题和争论,论文吸收了大家的一些看法,但同时,他自己大量发表了自己的看法。我无力评述。

期货交易比现货交易复杂得多,涉及的法律关系也复杂得多。把这些关系理清楚,并从法律上给予规范、调整更不是容易的事。从起草《期货交易法》的实践来看,有些情况下,法律关系是清楚的,甚至应该怎样规范和调整在法理上也是清楚的,但在制定法律时却又是难之又难的。因为,立法既要有超前性,又不能脱离现实状况太远。立法不超前,把现实的状况都作为合理的、合法的,法律就会成为期货市场规范化发展的桎梏;立法如脱离现实状况太远,法律又不具有可操作性,而法律如果不具可操作性,就只能束之高阁,失去了立法的

意义。如何处理好这一问题,这是立法中最困难的。此外,在立法中也还有这样的情况:这样规范、调整或那样规范、调整都可以,且各有利弊,但利弊的权衡却并不那样容易。在期货市场的现实中,各国的做法各不相同,甚至一国中同时并存各种作法的事例比比皆是。如何抉择,这也是期货立法中很费思考的。我国的实践少,判断起来更难。文海兴博士的论文中涉及到上述难题,他能提出自己的看法,这很不容易。

我国的期货立法还在进行中,《期货交易法》何时能被全国人大常委会审议通过,何时能实施尚难臆测,而且在审议后《期货交易法》(草案)会作出怎样的修改也不知道,因此,《期货交易法》在实施中会遇到哪些具体问题也难预料。经济法律往往涉及当事人之间的利害关系,法律规范的实际形成往往是各方面当事人之间的利害关系的妥协结果,而这种妥协则会给市场的运作带来非理想的后果。《期货交易法》也不会例外。因此,从法理上对期货交易中法律关系的研究与实际生活中形成的对这些法律关系的具体规范与调整会有距离。但这不应成为研究的障碍。因为,立法要有超前性,同时,研究也非一次性行动,而应随实践的发展、法理的深化而反复进行。因此,文海兴在博士论文中作出的研究,不论将来《期货交易法》会是怎样的,在实施中会遇到怎样的问题,它作为前一段的研究成果仍是有开创性意义的。凡事开头难,没有第一步,也不会有第二步。应该说,文海兴迈出的第一步是很可贵的,这并不妨碍他迈出第二步,何况有了坚实的第一步,迈第二步就容易得多了。

文海兴这篇博士论文涉及期货市场、期货交易的多个方面,包括的范围很广,涉及的内容很多,对于研究和处理期货交易中的法律关系者固然有用,对于实际从事期货交易者也有用,因为,不论将来实施的《期货交易法》会是怎样的,其中一些基本的法律关系的规范、调整应是不能改变的,需要弄清楚的。即使是论文中的某些论述与实际实施的《期货交易法》有不同,也可进一步使人们思考,因为法律本身也需逐步完善。

再说一遍,我对法律是门外汉,对文海兴博士的论文中对期货交易中的法律关系的法理论述,我无从置喙。但我很高兴这篇论文得以出版。我国期货交易的规范化有很长的路要走,我国期货市场的发展和完善更会历尽坎坷,需要人们从各方面作出努力去推进。文海兴作出了自己的努力和贡献,理应受到赞扬。或许人们对论文的某些论述有不同的看法,甚至提出批评,我想那也是对文海兴博士的积极鼓励,希望他再迈出第二步,为我国期货立法作出进一步的贡献。

信手写来,权充作序。

1995年10月6日

内 容 摘 要

I. 本文既从宏观上对期货交易的生成与演变的历史考证、对期货交易与相关交易横向的比较研究,又从微观上对各具体的期货交易法律关系的剖析,阐明了期货交易各主体及其与相关主体的各种法律关系,揭开了披在期货交易外壳上的神秘面纱,还期货交易以本来面目。进而理顺了林林总总的期货交易中之法律关系,给期货交易中之各主体以定位。本文指出了有关期货交易之现行政策、法规之漏洞及所用方法之弥补;指出了研究期货交易法律关系之理论价值与实践意义。本文综合地利用了比较法学、法经济学、历史学等多学科的比较方法。全文共分六章,约 30 万言。

II. 第一章旨在揭示期货交易之沿革,而给人以其发展之脉络;为期货交易界定,而给其以正名;揭示期货交易法律关系的内涵、样态、特征及要素,而给其以定性;比较期货交易与相关交易之异同,而为其及其法律关系以定位。因此从宏观上,立体展现了期货交易及其法律关系之概貌,明示期货交易及其法律关系之构造。本章的重点是从理论上力排众议,提出了期货交易之我见。

III. 第二章研究了期货交易主体的特征、样态、范围;期货交易主体与各相关主体的基本内涵;期货交易主体与相似主体的关系。从宏观上构画出期货交易主体之全貌,绘出期货交易各主体之“族谱图”,展现期货交易主体样态在比较法上的各自定位;展示了期货交易主体与各相关主体之间的“姻缘关系图”及其“社会关系图”。本章指出期货交易主体是期货交易得以形成和发展的原动力,期货交易主体是期货交易行为的发出者和期货交易行为结果的承受者。期货交易主体是期货交易存在的原因和前提,又是其目的与归宿。在本章中,笔者着重揭示了期货交易人的内涵与外延,期货交易直接主体与间接主体的内涵与外延。从而揭示了期货交易主体及相关主体参与期货交易活动及各相关活动的动机和目的。期货交易人参与期货交易的

目的或以获取期货价格差价收入为目的,或以套期保值为目的,而各相关主体则分别以获取各种费用如佣金、手续费、结算费、设备使用费等为目的。本章亦揭示了各相关主体的构成、样态及其特征等。

Ⅳ. 第三章探讨了期货经纪商的内涵、样态、性质与功能,从而为期货经纪商在法律上予以定位;指出了期货经纪商在中国发展的必要性、发展现状及其面临的问题,给其以对策;阐明了期货经纪商与期货经纪人的资格要件及实践中对其认定标准,以利于甄别真假期货经纪商与期货经纪人,亦利于我国的司法实践。本章论述了期货经纪商与期货经纪人、客户、期货经纪商、期货介绍商、期货交易所、期货结算机构之间的法律关系。着重指出了我国不益有独立的期货经纪人的存在,期货经纪人是期货经纪商的从业人员;期货经纪商与客户的关系在不同法系中存在着差异,在大陆法中,二者为行纪关系,而在英美法中二者为代理关系,阐明了在我国确立行纪制度的价值。进而得出了在大陆法国家中,期货经纪商是期货交易关系的直接当事人的结论,指出了在我国理论上和实践中对二者关系存在的认识上的误区。

Ⅴ. 第四章论述了作为期货交易人的客户的资格要件,指出了并非任何公民、法人或其他经济组织均能参与期货交易,阐明了目前我国实践中存在的问题及对策。对作为期货交易人的期货投机者和套期保值者存在的必要性、功能、现状和二者的关系进行了研究,提出了我国期货业应大力开展套期保值业务的必要性,投机交易在期货交易中的必然性,并给期货投机以正名,指出了期货投机行为与投机倒把行为本质区别。本章亦对期货交易人与期货交易相关主体之间的法律关系进行探讨,指出了期货交易人与期货交易人、期货经纪商、场内经纪人、期货介绍商、期货顾问商、期货交易所、结算机构之间的法律关系。

Ⅵ. 第五章研究了国家作为市场主体的确立和体现,国家作为市场主体的特点,从而揭示了国家作为市场主体之法律地位;探讨了国家作为期货交易主体的行为目的、行为方式、行为后果等方面的特

征,说明了国家作为期货交易主体的可能性及与其他期货交易主体的区别。

Ⅶ.第六章通过期货交易法律关系客体及有关客体的期货说、期货合同说、权利说和保证金说进行的论证,提出了期货交易的客体是期货,而非期货合同或权利或保证金的观点,并对有关学说进行了述评。笔者亦在本章中指出期货的法律特征,期货合同的特征及其与期货合约的关系。笔者不赞成期货合约不是合同这一现今流行的观点。

Ⅷ.第七章着重揭示了期货交易主体之间即客户与期货经纪商之间在合同方面的权利义务关系,以及二者在非合同方面的权利义务关系,从而使期货交易主体明确了哪些行为是必为的,哪些行为是可为的,哪些行为是不为的。本章对期货经纪人等的权利义务关系加以研究,指出期货经纪人的诚信义务,一般作为义务和不作为义务。本章指出了科学界定期货交易权利义务关系是研究期货交易法律关系的目的一,同时,既是立法的目标之一,也是司法和实践的需要。权利的享有是期货交易主体从事期货交易的目的与归宿,义务的履行是权利得以实现的手段与保障。

A Research on the Legal Relations of Futures Trading

Abstract

I . Not only does this thesis do textual research historically of the forming, evolving of futures trading and comparative study about futures trading with related tradings in macroscopic respect, but also studies each concrete legal relation of futures trading in microcosmic respect, it clarifies all kinds of legal relations between the subject of futures trading with the relative subject, so the mysterious veils covered with futures trading are uncovered and something is revealed in its true colours. Thus the legal relations of futures trading are clear and give every subject of futures trading in its fixed position. This thesis points out the loopholes of present policies, of laws and regulations of futures trading and its methods; and it points out theoretical values and practical significance about studying the legal relations of futures trading. This thesis comprehensively utilizes comparative methods of many branches of learning, such as comparative jurisprudence, laws and economics, and history, etc. This thesis includes seven chapters with about three hundred thousand words.

II . Chapter I reveals the evolution of futures trading and gives its development sequence of ideas; defines futures trading and corrects its name; reveals the connotations and types and characters and the key elements of the legal relations of futures trading, and fixes the nature of them; compares the similarities and the differences between futures trading and related tradings to fix their positions and their legal relations . Therefore it gives the general picture of futures trading and its legal relations stereoscopically and shows their structure . The emphasis of the thesis is on the author's views about futures trading and excludes the opinions the-

oretically and points out the author's views.

III. Chapter I studies the characters , the types and the scopes of the subjects of futures trading , and the basic connotations of the subjects of futures trading and related subjects , and the relations between the subjects of futures trading and the similar subjects . So it draws the general picture of the subjects of futures tradings in macroscopic respect , points out "the picture of families" of the subjects of futures trading , displays them in their fixed positions in comparative law ; shows "the picture of marriage" and "the picture of social relations" of the subjects of futures trading and every related subject . This chapter points out that the subject of futures trading is a motive power of forming and developing of futures trading . It is the sender of the behaviour of futures trading and the supporter of the behaviour sequence of futures trading . The subject of futures trading is not only the cause and premise of existing futures trading , but also its goal and home . In this chapter , the author emphatically promulgates futures trader's connotation and extension , and connotations and extensions of the direct and indirect subjects of futures trading . So the motive and purpose are revealed that the subject of futures trading and related subject participate trading activities and every related activities . The goals that the futures trader participates futures trading are either to get the receipts of difference price or to hedge , while the goals of every related subject are to get expenses of every kind of costs , such as commission , service expenses , expense of settlement , expenses of the use of equipment , etc . This chapter also reveals every kind of subject's structure , types and characters and so on .

IV. Chapter III discusses futures commission merchants' (FCMs) connotation , types , characters and functions so as to fix

them in their positions in law; and it also points out their necessities of developing in China, the present situation of developing and the problems that the FCM confront with and give countermeasure to them, clarifies the FCM and the futures broker's key elements of qualifications and standards held in practice, so they do good to discriminate true FCM and futures broker from false ones to benefit juridical practice of our country. This chapter expounds the legal relations of FCMs and futures broker and customers, futures exchanges and clearing houses. It points out emphatically that the independent futures broker is unfit to exist in China at present, and the futures broker is the person of FCM who deals with futures trading. The difference exists in the relations between the FCMs and customers in different legal systems. It is commission agency in continental law system; it is an agency relationship in Anglo-American law. So it can be concluded that futures commission merchant is the direct party in the relations of futures trading and it points out the misland of understanding of the relations in theory and practice in China.

V. chapter IV expounds the key elements of qualifications customer who is treated as futures trader, points out not all citizens, legal persons or any other economy organizations can participate futures trading and clarifies problems and countermeasures which exist currently in practice in China. It studies the existing necessities, functions of futures speculators and hedgers and the relations between them, who are treated as futures traders and raises the necessity that futures profession should devote major efforts to developing of the hedger industry and the necessity that speculating trade exists in futures trading, corrects the futures speculator's name, points out the essential distinction and profiteering. This chapter

discusses the legal relations between futures trader and related subject of futures trading, points out the legal relations between futures trader and FCM, floor broker, introducing broker, commodity trading advisor and futures exchange (clearing house included).

VI. Chapter V studies the establishment and the reflection of the state as a market subject, the characters of the state as market subject, so the legal status of the state as a market subject is revealed. This chapter also studies the goal of behaviour, the type of behaviour, the sequence of behaviour, etc. In the course of futures trading, the possibility, the difference with the other subjects of futures trading of the state as a market subject are explained.

VII. Chapter VI points out the views that the object of futures trading is futures and not futures contract rights or margin and demonstrating related doctrines, through expounding the legal relations of futures trading and related theories of object such as futures, futures contract, rights and margin. In this chapter, the author also points out the legal character of futures and futures contract. The author doesn't agree on the view that the futures contract is not a contract.

VIII. Chapter VII reveals the relations emphatically among the subjects of futures trading, that is the rights and obligations in contract and non-contract between customer and FCM. And it makes the subjects of futures trading clear about what actions must be done, what actions may be done and what actions can't be done. This chapter studies the relations of rights and obligations of the futures broker, etc. points out the future broker's duty of honesty and trust, common action duty and non-action duty. This chapter points out that scientifically affirming the relation of rights and obligations of futures trading is one of the goals of studying the le-

gal relations of futures trading ,meanwhile ,it is not only one of the targets of legislation ,but also the necessity of judicature and practice . Enjoying rights is the goal and destination of the subject of futures trading doing futures trading ,the performance of obligations is the means and guaranty of the realization of the rights .