

2016 年 第 2 辑

法律與新金融

LAW AND NEW FINANCE

彭 冰 主编

本期推荐

卷首语

吴志攀

灰色白条

孙天驰

相互保险组织的发展历史与运作概述

缪若冰

网络互助的性质定位与监管对策

金雪儿

媒体、言论与证券市场

张 彬

股灾中杠杆机制的法律分析

刘 燕 夏戴乐

2016年 第2辑

法律與新金融

LAW AND NEW FINANCE

彭 冰 主编

图书在版编目(CIP)数据

法律与新金融. 2016年. 第2辑 / 彭冰主编. — 北京 : 法律出版社, 2018
ISBN 978-7-5197-2224-1

I. ①法… II. ①彭… III. ①金融法—研究—中国
IV. ①D922.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 090719 号

法律与新金融 2016年第2辑
FALÜ YU XINJINRONG 2016 NIAN DI-2 JI

彭冰 主编

策划编辑 高山
责任编辑 汤子君
装帧设计 贾丹丹

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 三河市龙大印装有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 16.75
字数 246千
版本 2018年4月第1版
印次 2018年4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)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-63939781/9782

西安分公司 / 029-85330678

重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636

深圳分公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-2224-1

定价: 59.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

彭 冰 北京大学法学院教授，法学博士，
北京大学金融法研究中心副主任，主要研究领
域包括金融法、证券法和公司法。

卷首语

“小而美”和“大而强”

吴志攀

(北京大学金融法研究中心)

《互联网金融与法律》要改版，彭冰老师嘱我写个卷首语。具体的出版思路以及未来的计划等，完全交给彭冰他们去考虑，我压根儿没想过去操这个心。我也相信，在这样一个互联网的时代、创新创业的时代，年轻人一定会比我们强。王国维在《宋元戏曲考》中曾经有一论断：“凡一代有一代之文学：楚之骚，汉之赋，六代之骈语，唐之诗，宋之词，元之曲，皆所谓一代之文学，而后世莫能继焉者也。”那么，在法学领域，也是一代有一代之学问，潮流不断在变化。我读博士的时候，研究香港地区的银行法，就是新得不得了题目了，而今则必须要研究互联网金融，必须要有“互联网思维”，否则，大概是跟不上时代了。

借写卷首语的机会，我谈一点点自己最近的感想。这两年互联网金融火爆，为避免被淘汰，我也投入其中，在校友和学生们的帮助下，做了一点调研工作。有那么一段时间，我带着研究生，每周都去现场访问一家互联网企业，其中也有几家做餐饮的企业，但他们均自称不仅仅是做餐饮，其“本质上”是互联网企业。看了这些，我就在想一个问题，金融资本怎样进入传统中餐馆？注意，这个问题和“互联网思维”“互联网经济”有关。

曾经在投行工作多年的台湾地区的钟先生告诉我，外国的金融资本对快餐行业是很感兴趣的，比如美国的那几家连锁快餐，表面上人家卖炸鸡薯条，背后实际上有强大的金融的力量，经营的模式和发展链条很清楚。餐品简单，不讲究口味和食材，可复制、标准化、流水线生产，形成规模效益，质量可控，

遍地开花之后,很快就可以做上市。

但是,对于讲究“色香味形”的传统中餐,就不好办了。菜品质量和效益依赖大厨、依赖食材,甚至依赖气候和风水。一家店开成功了,很好,但不太可能大量复制,而且受到地域限制,广州的馆子再火,到了东北,也会水土不服。金融资本不会青睐这样的发展模式,投行的精英当然喜欢吃高水平的中餐,越小众越好,可要是谁说能让一家私房菜馆做到上市,恐怕就是在忽悠了。

如何在“小而美”和“大而强”之间寻找结合点呢?

在调研中我发现,“小而美”的传统中餐馆,要突破各种限制,做成“大而强”的连锁店,既要保持菜品口味,又要规模效益,那就必须想办法克服“人的因素”,也就是要变农业、手工业的生产为工业生产。

类似的成功例子已经有过,有的中式餐饮企业就成功上市了。但也有问题,走高档餐饮路线,遇到政策变化,迅速就现出了原形,日子难过。

因此,能够走流水线、标准化生产路子的中餐馆,一定要大众化。而互联网信息技术为这类餐馆提供了快速扩张的可能。举个例子,“上海小南国”这个公司上市了,它在内地有90多家分店,在香港和澳门也开了好几家分店,而且仍在继续扩张。小南国董事长杨慧敏女士告诉我,内地的中餐厅要在香港开一家门店其实很不容易,因为地价高、人工贵,港澳客人口味“刁”,质量控制的难度也大。她的公司很早就采用了香港开发的一款餐厅管理系统,实现了从“食材采购”到“顾客点菜”的电子信息化整合。后来,她的公司又采用系统集成度更高的北京奥琦玮公司开发的互联网管理系统,建立了自己的中央厨房。此后,公司的所有管理行为都建立在互联网平台上。此举不但提高了效率,还进一步降低了从采购员到大厨等所有“人为因素”对菜品质量的影响。

我又去了北京奥琦玮公司,董事长孔令博先生告诉我,采用互联网技术重新打造餐饮业的供应链,最近几年非常流行。现在由奥琦玮公司提供的“餐行健”互联网管理平台,已经被数千家餐饮企业所采用。如果客人在采用“餐行健”系统的中餐厅点菜,相关数据信息同时会传递到该餐饮集团管理总部的终端,高管们可实时监控最新的数据。这样能够监控从采购环节到中央厨房再

到店面日常管理的全过程。

此外，中餐的复杂程度高、种类繁多、口味也多，这是很麻烦的事情。而美国快餐店主要就5种食品，汉堡、薯条、炸鸡、沙拉和可乐就是大头，没多少口味变化。现在中餐馆，特别是那些立志做大做强の中餐馆，这种趋势也开始显现了。原来我特别喜欢去西贝莜面村，它过去走的是粗犷西北菜路线，现在它把更多的店开到了大商场里，店铺越来越精致，而且菜品越来越少，只保留了那些最叫座、最有代表性的菜。我推断西贝莜面村的经营者就是在动这个脑筋。

我和学生们还访问了位于燕郊的福成五丰食品有限公司，这是一家上市公司，也是北京餐饮业最大的“中央厨房”。总经理王晓阳告诉我，他们不仅为快餐业提供成品或半成品，也为传统中餐厅提供菜品。随着用餐观念的改变，依靠“大厨”的中餐馆，会越来越贵，门店也越来越少，而选择中央厨房加工的中餐馆会越来越便宜，规模也越来越大。我们通过布满电视屏幕的总监控室观看了中央厨房的生产工作情况：依靠电脑程序控制的现代化大型厨房设备，正在将食品源源不断地传送到包装车间，然后速冻，最后装车发运。

我很感慨，传统中餐也许会受到巨大的冲击，情调会越来越少，可工业化的力量太大了，这是人类经济社会发展的必然结果，我们只有面对。

好几位从事风险投资的校友认为，现在风投很喜欢餐饮业，很喜欢跟那些流行的中餐馆老板打交道。不用再说“海底捞”这样的明星企业了，类似的品脾层出不穷，中国这么大，民以食为天，将来有几百家餐饮类上市企业不算什么稀奇事。

是什么造成了这样的变化？当然，原因很多很多。社会在急剧变化，生活节奏在加快，吃饭的模式当然也会变。但实现这种变化的是互联网技术与互联网思维，而加速这种变化的是金融资本的力量。资本的力量太大了。

我也想到马克思早就论述过的一个道理，划分社会阶段的不是看生产什么，而是怎样生产。我们所处的时代，确实是一个全新的时代，生产方式、生产工具在变，将来也一定会带动生产关系的变化。

我就将上述一点粗浅的体会与大家分享，并以此为卷首语，祝愿本书改版成功，祝愿新时代的年轻学者们青出于蓝而胜于蓝！

目 录 | Contents

第一部分

卷首语 “小而美”和“大而强”	吴志攀	001
金融新实践		001
浅析保证金质押的设立	赖梦茵	003
灰色白条	孙天驰	019
人民币跨境结算风险与法律规制	杨文尧天	030

第二部分

相互保险		049
相互保险组织的发展历史与运作概述	缪若冰	051
相互保险组织的治理介绍	李 敏	064
没有股东权益的相互保险组织如何实现权益融资	王志宇	078
网络互助的性质定位与监管对策		
——以e互助为例	金雪儿	093
相互保险组织与社会保障	欧 宇	112
美国相互保险公司的非相互化	葛向孜	129

第三部分

资本市场新发展		137
细数东海恒信三宗“罪”	王志宇	139
媒体、言论与证券市场		
——从“标题党”现象谈起	张 彬	152
二重生死录		
——对我国退市制度改革的反思	张桐源	166

第四部分	场外配资		187
	伞形信托的原罪与救赎	孙天驰	189
	股灾中杠杆机制的法律分析		
	——系统性风险的视角	刘 燕 夏戴乐	210
	论场外配资行为的监管		
	——以美国 U 规则为借鉴	张 彬	242

第一部分

金融新实践

浅析保证金质押的设立

赖梦茵*

摘 要

保证金作为一种担保方式,在债务人到期不能清偿债务时,质权人可以以保证金优先受偿,而无须受到流质条款的约束。本文结合最高人民法院指导案例“中国农业发展银行安徽省分行诉张某标、安徽长江融资担保集团有限公司保证金质权确认之诉案”,首先结合现行法律中动产性质的“金钱”质押生效需要签订书面合同、金钱特定化以及转移交付三个要件,讨论了本案的金钱质押是否能够成立,并且从最高额质押角度分析了特定化问题;其次尝试从权利质押的角度探讨了本案的金钱质押是否能够成立。目前我国关于金钱质押成立要件的规定还十分模糊,需要更加具体的规定出台以保证质权人利益的实现。

关键词

金钱质押 保证金 动产质押 最高额质押 权利质押

中小企业的发展往往面临融资难、融资贵的问题,但是又具有一定的发展潜力,可以解决地方就业问题,促进经济发展。因此,各地政府都在采取多种措施破解民营企业融资问题,其中一个重要举措就是成立融资性担保公司,鼓励担保公司与商业银行开展中小企业贷款担保业务合作,由担保公司为中小

* 作者单位:北京大学金融法研究中心。

企业贷款提供担保,从银行贷款获取资金。^{〔1〕}一般而言,银行会要求担保公司在银行开立保证金账户,按照一定比例存入保证金,在担保贷款到期无法清偿时,银行可以直接从账户中划走款项。随着这一业务的开展,在实践中产生了大量针对法院执行融资性担保公司在合作银行开立的保证金账户而产生的执行异议之诉,本文选取了最高人民法院指导案例第54号“中国农业发展银行安徽省分行诉张某标、安徽长江融资担保集团有限公司保证金质权确认之诉案”,主要讨论金钱质押的成立要件,并结合本案的案情讨论本案中金钱质押是否已经成立,质权人是否可以取得优先受偿的权利,尝试运用最高额质押的理论对特定化问题进行解释;同时也尝试从权利质押的角度出发,探讨金钱质押是否能够满足权利质押的要件。

一、案例介绍^{〔2〕}

(一)基本案情

2009年4月7日,为合作开展面向中小企业担保贷款业务,原告农发行安徽分行与第三人长江担保公司签订一份《贷款担保业务合作协议》。其中第3条“担保方式及担保责任”约定:甲方(长江担保公司)向乙方(农发行安徽分行)提供的保证担保为连带责任保证;保证担保的范围包括主债权及利息、罚息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。第4条“担保保证金”(担保存款)约定:甲方在乙方开立担保保证金专户,担保保证金专户行为农发行安徽分行营业部,账号为2033×××××××××××××××9511;甲方须将具体担保业务约定的保证金在保证合同签订前存入担保保证金专户,甲方须缴存的保证金不低于贷款额度的10%;未经乙方同意,甲方不得动用担保保证金专户内的资金。第8条“违约责任”约定:甲方在乙方处开立的担保专户的余额无论因何原因而小于约定的额度时,甲方应在接到乙方通知后三个工作

〔1〕 参见霍楠:《保证金账户质押生效则不能成为另案执行标的》,载《人民司法》2014年第4期。

〔2〕 对于案件的描述参见《中国农业发展银行安徽省分行诉张某标、安徽长江融资担保集团有限公司保证金质权确认之诉案判决书》,载《最高人民法院公报》2015年第1期(总第219期)。

日内补足,补足前乙方可以中止本协议项下业务。上述协议还就合作范围与内容、合作条件与担保程序、贷款的催收、展期及担保责任的承担等事项作出约定。2009年10月30日、2010年10月30日,农发行安徽分行与长江担保公司还分别签订与上述合作协议内容相似的两份《信贷担保业务合作协议》。

2009年4月7日《贷款担保业务合作协议》签订后,原告农发行安徽分行同第三人长江担保公司就贷款担保业务进行合作,长江担保公司在农发行安徽分行处开立担保保证金账户,账号为2033×××××××××××××××9511,并按照协议约定缴存规定比例的担保保证金。自2009年7月至2012年12月,上述账号发生一百余笔业务,有的为贷方业务,有的为借方业务。在农发行会计科目中,设置有“405保证金存款”一级科目及“40501 结算保证金、40502 企业经营风险保证金、40566 外汇保证金、40599 其他保证金”二级科目,但案涉保证金是在“40196 其他单位存款”科目项下进行核算。

2011年12月19日,安徽省合肥市中级人民法院在审理张某标诉安徽省六本食品有限责任公司、长江担保公司等民间借贷纠纷一案过程中,根据张某标的申请,对长江担保公司上述保证金账户内的资金1495.7852万元进行保全。该案判决生效后,安徽省合肥市中级人民法院将上述保证金账户内的资金1338.313257万元划至该院账户。农发行安徽分行作为案外人提出执行异议,该院于2012年11月2日裁定驳回异议,并告知农发行安徽分行有权另行提起诉讼。2012年11月,农发行安徽分行提起对张某标和长江担保公司的保证金质权确认之诉讼。

(二) 判决结果

合肥市中级人民法院一审驳回了原告的诉讼请求,理由如下:首先,第三人长江担保公司与原告农发行安徽分行签订的是合作协议,并非质押合同,且约定的保证方式为连带责任保证,整个合同行文中没有质押条款,由此表明双方并无将金钱作为质押的意思表示。其次,合作协议中虽然约定长江担保公司向约定账户存入一定数额的保证金,但没有约定农发行安徽分行就保证金在债务人不清偿到期债务时享有优先受偿权的相关内容。再次,保证金账户

是长江担保公司开立,在形式上不符合法定的“移交债权人占有”。最后,涉案保证金账户多次存有进出账的情形,账户内的资金数额不断浮动,不符合法律规定的特定化的要件。

安徽省高级人民法院二审则撤销原判,支持了原告的请求。理由如下:第一,农发行安徽分行与长江担保公司之间存在质押关系,尽管合同中没有直接的质押条款,但是从合同的担保保证金的约定来看,双方的合意符合质押合同的一般要件。第二,案涉质权已经设立。长江担保公司在农发行安徽分行开立了与合同一致的担保保证金专用账户,同时按照约定缴存保证金,该账户亦未作日常结算使用,“故符合最高人民法院《关于适用中华人民共和国担保法若干问题的解释》第八十五条规定的金钱以专户形式特定化的要求”,而“因案涉账户开立在上诉人农发行安徽分行,农发行安徽分行作为质权人,取得对该账户的控制权,实际控制和管理该账户,符合出质金钱移交债权人占有的要求”。同时,保证金以专户形式特定化并不等于固定化,尽管案涉账户在使用过程中账户内的资金根据业务发生情况处于浮动状态,但均与保证金业务相对应。

二、长江担保公司的行为是否构成动产质押

《担保法》中规定了动产质押和权利质押两种方式,但并没有对金钱质押的性质作出规定,同样地,在2007年出台的《物权法》中的“质权”一章也没有对于金钱是否可以作为质权标的进行规定,仅在第209条中进行了兜底性的规定,“法律、行政法规禁止转让的动产不得出质”。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法司法解释》)中则在动产质押之下对金钱质押作出了规定,本案中,安徽省高级人民法院所引用的也正是《担保法司法解释》的第85条,因此,首先应从动产质押的要件出发,讨论本案中的行为是否构成金钱质押。

根据《物权法》第210条、第212条对于动产质权设立规定,《担保法》第64条、第65条对于质权合同的订立以及《担保法司法解释》第85条对金钱质押的规定,金钱质押的设立需要满足以下要件:一是签订书面的质押合同;二是将金钱以专户、封金、保证金等形式特定化;三是移交债权人占有,为债权人实际控制。

（一）签订书面的质押合同

《担保法》第64条规定，“出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。质押合同自质物移交于债权人占有时生效”。第65条则列举了质押合同应当包括的内容，应当明确被担保的主债权种类、数额；债务人履行债务的期限；质物的名称、数量、质量、状况；质押担保的范围；质物移交的时间；当事人认为需要约定的其他事项。同时，如果质押合同不完全具备这些内容还可以进行补正。如果双方意思表示达成一致，同时符合这两条的规定，不存在合同不能成立的情形，那么这一要件就成立了。

本案中，长江担保公司与农发行安徽分行签订的是贷款担保业务合作协议，而不是签订带有“质押”字样的合同。然而，我们不能仅仅从形式上判断此合作协议不是质押合同，而应当从该合作协议的条款出发，具体判断双方是否有质押合意，从而确定该协议是否为质押合同。

根据前文所述的合同条款，长江担保公司为其担保业务所缴存的保证金设立担保保证金专户，长江担保公司向该专户按照贷款额度的一定比例向账户存入保证金。在保证金小于约定的额度时，长江担保公司须在一定时间内补足。同时，未经农发行安徽分行的同意，长江担保公司不得动用该专户内的资金。由于双方在“担保保证金”（担保存款）中约定了上述内容，可以推定双方实际存在当担保贷款到期未获清偿时，银行可以扣划该账户资金用于清偿逾期贷款的合意。

同时，双方签订的不是一个单一的质押合同而是合作协议，即就之后所发生的一系列的质押事项签订了一个总的合同，当符合条件的贷款人与农发行安徽分行签订具体的贷款协议，长江担保公司针对该笔贷款根据合作协议存入相应比例的保证金之后，针对该笔贷款的质押才会发生。质押的目的就在于，当债务人不能偿还债务时，质权人有权就质押物优先受偿。前述已提及，本案中农发行安徽分行和长江担保公司之间具有在担保贷款到期未能清偿时银行可就该资金清偿逾期贷款的合意。尽管在真正的贷款人进入时，双方就该笔贷款的质押才会真正成立，但是这并不影响双方在签订合同时就账户中的资金进行质押的合意的达成，因此双方的质押合同成立。

(二)特定化

由于金钱为特殊动产,其所有权随交付而绝对转移,在所有权转移上区别于一般动产,因此,《担保法司法解释》中第85条规定的以封金、特户、保证金等形式的实质意义在于,使特定数额金钱从出质人财产中划分出来,成立一种独立的存在,使其不与出质人其他财产相混同,同时使转移占有后的金钱也能独立于质权人的财产,避免特定数额的金钱因占有即所有的特征混同于质权人和出质人的一般财产中,也就是说,通过特定化要使得金钱能与普通动产一样能够经转移占有而不改变所有权主体。^{〔1〕}其中封金是对一定货币进行封存;而对于何为特户和保证金的形式,《担保法司法解释》并没有给出更明确的规定,《担保司法解释适用指南》编写组则指出,特户和保证金均属于金融机构或性质相当的机构为出质金钱所开的专用账户,该账户必须特定化区别于普通存款户,^{〔2〕}但是没有进一步区分特户和保证金,在实践中也并没有严格区分特户和保证金,因此在本文中也不对特户和保证金形式进行区别。

1. 特定化的具体表现

在以保证金、特户等专用账户形式的质押中,当出质人在银行等金融机构开设账户后,并将资金存进该账户,该账户有两个构成要素:一是账户本身;二是账户中的款项。是否满足特定化的要求,应当从这两方面因素进行分析。

(1) 账户特定化

账户进行特定化,需要开立的账户与一般结算账户、基本账户相区别。我们认为这种区别首先应当是从功能上来说的,即保证金账户应当具有封闭性和独立性,不能进行一般的结算业务,而只能进行对所担保的债权的相关业务。对于外观上的区别,保证金账户也应当具有区别于普通结算账户的外观,如在账户名称中明确为“保证金账户”,这是因为特定化不仅仅是对于质权人

〔1〕 参见霍楠:《保证金账户质押生效则不能成为另案执行标的》,载《人民司法》2014年第4期。

〔2〕 参见《司法解释适用指南》编写组:《担保司法解释适用指南》,中国法制出版社2006年版,第133页。