

**Financial
Law
Forum**

金融 法苑

2001·4

总 第 四 十 二 期

北京大学
金融法研究中心 编



- 我国上市公司退市制度的法律变迁
- 美国证券市场退市的法律
- 独立董事——神话与现实（上）
- 电子资金划拨的安全程序
- 投资型保险及法律问题

法律出版社

LAW PRESS CHINA

金 融 法 苑

2001 年第 4 期 总第 42 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. 2001 年. 第 4 期. 总 42 期/北京大学金融法
研究中心编. - 北京: 法律出版社, 2001. 6

ISBN 7-5036-3327-1

I. 金… II. 北… III. 金融-财政法-中国-丛刊
IV. D922.28-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 041209 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李 跃

印刷/铁道部十八局一处涿州印刷厂

开本/A5

印张/5 字数/127 千

版本/2001 年 9 月第 1 版

2001 年 9 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/<http://www.lawpresschina.com>

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3327-1/D·3045

全年定价: 121.00 元 本期定价: 11.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

让我欢喜让我忧

这一阵子的股票市场，可谓“让我欢喜让我忧”。那边厢，纳斯达克持续低迷，几支中国概念股一泻千里，几有沦为垃圾股之虞；这边厢，中国股市却是红火依旧，并未“环球同此凉热”。2月19日，证监会一纸通知，对中国境内居民有条件开放B股市场，更是立竿见影，令股市连续走高。

牛市当然是好事，但切忌为它硕大的光环所眩惑。清醒的看一眼，中国股市还远未迎来太平盛世。一个成熟的、能够真正成为国民经济发动机和晴雨表的股票市场，必定有一整套与之相适应的完善且规范的操作规则和监控体制，换言之，成功的比赛需要良好的游戏规则。投机与炒作固然能够带来短期的泡沫繁荣，却无法实现持续的良性发展。就此而言，我们要走的路还很长。

所幸的是，种种征兆表明，我们正在朝着正确的方向举步。吸引了众多学者参与的股市大辩论，在一定意义上为规则的改革与完善作了理论准备；积重难返的PT水仙被勒令退市，打破了中国股市“只升不降”的怪圈；公司上市由审批制改为核准制，为国内公司提供了更多的机会，同时也将有助于从程序的角度加强监控。

幕已开启，大戏即将上演。让我欢喜让我忧的中国股市，期待你“报喜不报忧”的那一天。

（本期执行编辑：张怡）

独立与公正

民众和政府之间实际上是经济学家所指的委托和代理关系。有什么理由相信代理人就一定会按照委托人的要求来行事？怎样控制他们不会为某个利益集团或者是个人的私利而行动？当官员们形成了一种官僚阶层之后，就更有动力去追求自己利益的最大化。因此，就需要司法机构甚至纪委来监督吏治。此外，让独立的专家进入行政决策机构也是遏制腐败、保证公正的一种途径。因为，独立，就我看来，意味着公正的较大可能性。

独立的专家，他们往往来自于学术机构或者是社会团体，其身份不是官员，自然无需担心自己的决策对仕途有什么影响，也不必担心这是否损害本部门的利益，不用考虑部门之间利益平衡。他们将会更客观地考虑事实层面的东西，就此发表自己的观点并且参与投票。制度上的一些设计，比如事先隐去专家姓名，实行专家的届时遴选制，都会较好地防止权力寻租的产生。

在国人诟病甚多的股票发行领域，《证券法》确立了以发行审核委员会来决定股票发行的制度，发行审核委员会吸收了一定数量的专家学者，以保证在证券发行领域“三公”原则能够得以贯彻。

但是独立专家参与决策并非意味着无懈可击。在以行政首长负责制为基本制度的行政机关里，专家参与决策究竟能发挥多大程度的作用？怎样保证专家不会受到行政官员的左右？这些都值得揣摩。而专家们又基于什么动力去从事这种工作？如果仅仅是出于公益心，那么就违背了人的本性。如果让专家们享有一定的权力，那么他们必然也需要承担相应的责任。

附《证券法》第14条第2款：发行审核委员会由国务院证券监督管理机构的专业人员和所聘请的该机构外的有关专家组成，以投票方式对股票发行申请进行表决，提出审核意见。

（西楚）

目 录

读者论坛

专论

- 制度设计缺陷的代价 吴志攀(6)

热点透视

- 我国上市公司退市制度的法律变迁 姜丽勇(15)
美国证券市场退市的法律 江 枫(26)

金融法庭

- 记载“不得转让”字样汇票质押效力案 霍 伟(33)
国有银行工作人员受贿、玩忽职守案 黄 锐(39)

海外金融法

- 英国《2000 年金融服务与市场法》评介(三)
..... 郭洪俊 张 昕(45)

公司法前沿

- 独立董事——神话与现实(上) 罗培新(51)

书评

- 浮华背后 迅 捷(56)

安全顾问

- 电子现金的安全问题(下) 陈 浩(60)

金融电子化与法律

- 电子资金划拨的安全程序 郑顺炎(64)

金融创新

- 投资型保险及其法律问题 郭 雳(71)

经典案例

谁是内幕人.....李清池(77)

大活金融法

伤逝——悼我国国债期“327事件”.....听雨(86)

金融法律培训课程**WTO与法律**

第六讲 香蕉、香蕉,美欧为此“大打出手”(上)
.....新子(97)

资本市场与法律

第六讲 派生诉讼概述.....张为一(102)

银行与客户的法律关系

第六讲 银行业务中的诉讼时效.....彭冰(108)

金融债权的保护与法律

第六讲 破产程序中银行担保利益的保护.....王瑛(115)

金融衍生工具与法律

第六讲 春天花会开——浅谈我国国债期货发展
及法律问题.....董华春(121)

票据法与银行业务

第六讲 票据涂销之法律当议.....以美(127)

金融犯罪

第六讲 单位会犯罪吗.....杜开林(132)

诉讼法

第六讲 在话语与事实之间.....廖志敏(137)

保险法

第六讲 保单解释原则.....董炯(142)

目 录	3
-----	---

观点

B 股开放	陈亚丽(147)
-------	----------

【读者论坛】

非法占有是信用证诈骗罪的犯罪构成要件之一吗

信用证诈骗是一种常见且危害较大的金融犯罪,1997年刑法将之规定为破坏社会主义市场经济秩序罪之金融诈骗罪中的一个独立罪名,无疑将对现实中此种犯罪的发生起到明显的遏制作用。但是,由于目前对刑法有关条文理解上存在一些分歧,导致司法实践中出现一种令人担忧的趋向,即将信用证诈骗罪的构成要件作扩大化理解,从而使该罪名在过于宽泛的范围内被适用。比如有观点认为,刑法第195条没有明确规定信用证诈骗是以非法占有为目的,因此应当认为立法者没有把“非法占有”作为信用证诈骗的构成要件;更有甚者,论者还抬出罪刑法定原则,认为既然刑法没有明文规定,如果“人为地”把非法占有目的作为构成要件,就不符合罪刑法定的基本刑法原则。还有作者撰文认为,现实中存在许多利用信用证变相借贷的不法行为,这些行为都应当作为信用证诈骗罪处理。(此类观点引自《人民司法》2000年第2期王晨文《信用证诈骗罪的认定》以及2000年10期尤冰宁文《利用信用证变相借贷构成信用证诈骗罪》。两文皆提到,在反对把非法占有目的作为信用证诈骗罪构成要件的观点中,一个重要理由就是罪刑法定。)

笔者认为,信用证诈骗罪必须是以非法占有为其犯罪目的,这是其犯罪构成的一个主观要件。行为人在实施刑法第195条所列举之四种信用证欺诈行为时,必须同时具有非法占有银行或其他信用证当事人的财物的主观故意。理由是:

第一,信用证诈骗罪既然是金融诈骗之一种,就应当符合诈骗罪

之基本特征,即必须是以非法占有公私财物作为犯罪目的。如果行为人不以非法侵占银行财产为目的,而仅仅是企图利用信用证方式变相借贷,那么就很难说他具有诈骗的犯罪故意,否则,无异于将民事领域的欺诈行为与刑法学意义上的诈骗罪混为一谈了。

第二,有的人认为,犯罪目的作为信用证诈骗要件是违反罪刑法定原则,这实际上恰恰是对罪刑法定的误解。

罪刑法定原则内容为“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”,其自产生之初,即以限制刑罚权之滥用、保障人权为其不变之宗旨。罪刑法定当然意味着必须严格依据刑法规定来定罪处刑,但如果说罪刑法定仅仅是严格执法的意思的话,无异是断章取义、把罪刑法定作庸俗化理解了。罪刑法定的根本内涵是防止刑罚权的滥用,因此,限制刑罚权就是罪刑法定及其所有派生制度的基本价值取向。相反,有些观点貌似严格依法办事,实际上反而会导致刑罚权的扩张的结果,那么这就不但不符合罪刑法定原则,反而与其背道而驰。一些人认为,刑法条文在对信用证诈骗罪的描述中没有明文规定“以非法占有为目的”的字样,因此非法占有就不是该罪的构成要件,如果此说成立,则凡在信用证法律关系中使用了欺诈手段的人,都要被定为信用证诈骗,这将使该罪的适用范围大大扩张。这怎么能说是符合罪刑法定的要求呢?

第三,在刑法金融犯罪一章中,非法集资罪、贷款诈骗罪条文上写明有“以非法占有”为目的,但是信用证诈骗罪、金融票据诈骗罪、信用卡诈骗罪等罪状描述中却没有该字样,但这并不意味着这些罪名就不以非法占有为其构成要件了。相反,由于这些诈骗罪名本质上的相似性,以及逻辑上一以贯之的要求,只能认为法律将该要件视为不言而喻、因而未有明示之必要。否则,我们无法解释为什么同属金融诈骗,有的要以非法占有为要件而有的却相反,这不符合法律的公平性原则。

总之,我们必须正视这样的现实,即由于法律用语的不一致和疏漏,可能会导致一些误解,但这是立法技术上的问题。要为这些疑点

非法占有是信用证诈骗罪的犯罪构成要件之一吗	3
-----------------------------	---

找到合理的解释,我们的推理和结论就必须符合社会生活基本常识,符合立法者的立法意旨,符合刑法的基本原则,符合法律的公平正义观念。

(西安读者:王力宏)

哪些情况可以通过行使 撤销权来保全债权

如何保全自己的债权,防止债务人通过各种手段逃废债务,一向是银行等负债经营的金融机构最为关心的事。对于债务人恶意转移财产逃避债务的行为,法律赋予债权人以撤销权,可使债务人的行为归于无效,并且请求第三人返还财产,对此各国法律均有涉及。1999年我国颁布的《中华人民共和国合同法》第74条规定:“因债务人放弃到期债权或者无偿转让财产,对债权人造成损害的,债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产,对债权人造成损害的,并且受让人知道该情形的,债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。”从此正式授予了债权人一柄追债的宝剑,但该规定仅列举了三种可撤销的债务人行为,剑锋未免失之过短。因此学者们认为应在实践中做目的性扩大解释,任何债务人的行为,只要实质上造成债务人财产的减少,并且达到危害债权的地步,债权人都有权申请法院予以撤销。

可撤销的行为可以是法律行为,也可以是准法律行为,诉讼行为如果能带来实体权利的变化,也可以申请撤销。而事实行为、非以财产为标的的行为、以不得扣押财产为标的的行为、以及拒绝利益的行为,或者无法实际撤销,或者属于债务人自由行使的权利,都不宜使用撤销权。

以下几种行为是金融机构债务人经常可能发生的行为,但学术界对其是否可以撤销还存在争议,笔者在此提出自己的观点:

1. 设定担保。对新债务提供的担保是有相应对价的行为,并非

不正当的处分财产。但对原有债务提供的担保,由于担保权人并未就此提供新的对价,属于无偿处分财产的行为,除非债务人能证明该担保的提供能带来某种收益,则当然可以撤销。需注意的是,留置不是债务人主动的行为,因此不在可撤销的范围。债务人对非债权人无偿提供担保或保证的行为,当然可以撤销,但如果是收费行为,则有不同意见。笔者认为,即使按照一般担保业务收费标准,一旦担保责任成立,要清偿的债务肯定远远大于收费,如果债务人已经处于财力不足状态,却仍从事这种业务,而没有谨慎的考虑债权人的利益,应该允许债权人申请撤销该行为。

2. 公司设立。在公司设立过程中,如果债务人对外出资的行为实质上危害了债权,应该是可以撤销的,而企业的设立要以出资为要件,出资行为一旦被撤销,企业就无法成立。对公司企业的合并、分立,公司法另有规定,要求公司在合并、分立时应通知债权人或进行公告,债权人有权要求公司清偿债务或提供相应担保。但该规定仅限于公司,公司法也未明确如果公司未能清偿债务或提供担保,债权人如何行使权利。笔者认为,此时债权人可以债权人撤销权申请法院撤销公司的合并、分立行为。

3. 保证人的行为。由于保证人债务是或然债务,因此对其不当处分财产的行为如何认定,是争议较大的问题。笔者认为,如果是一般保证责任人,保证人可以以主债务人有充分财产足以清偿债务为有效抗辩,否则债权人对保证人不合理处分自己财产的行为应该可以申请撤销。在连带保证情况下,由于债权人可以要求任何连带债务人承担全部债务,则不必考虑主债务人的资产状况,一旦保证人行为导致无法清偿债务,债权人就可以申请法院撤销。

4. 债务人的不作为。如对于支付令不提出异议等。笔者认为,撤销权的设立不在于要求债务人进行积极的行为,因此如债务人不行使权利,债权人只能行使代位权,而不可行使撤销权。但如果当事人之间有约定或惯例,将不作为的行为视做积极作为可以对外发生法律效力,可以作为例外。

【专论】

制度设计缺陷的代价

□ 吴志攀

如果是汽车生产线设计的不合理,人们很快可以发现,并且,可以较快地得到改正。但是,如果金融法律制度设计不合理,首先,不容易被发现;其次,发现了也不容易被及时改正。因为,金融法律制度的设计远比汽车生产线复杂得多。金融法律制度设计,除了关乎操作技术性的问题外,还要考虑人们的习惯、历史传统、思想文化及道德、信仰等问题。由于金融制度设计的缺陷,总要有人承担由此造成的损失。

一、从两起案件谈起

前不久,北京电视媒体讨论了两个存款被挂失冒领的案件,

但是,法院判决结果全然不同。这类挂失冒领的案件,在前5—6年曾多次在南方沿海城市发生,但是,时至今日,依然在北京发生,不能不引起人们的关注。

第一个案件:向荣女士,在银行里存了大约5,000元钱,但是,当她取款时,银行告诉她:在16天前该存款已经被“向荣”挂失后取走了。向荣女士与该银行交涉不果,于是向北京市的一基层人民法院起诉该银行,要求赔偿被挂失冒领的存款。一审法院判决:银行不负赔偿责任,向荣败诉。向荣女士不服,向北京市第一中级人民法院上诉。但是,第一中级人民法院维持原判。向荣女士感到十分茫然。她对着电视摄像机愤怒地说:我

自己的钱,存在银行里,被别人取走了,银行竟然没有责任?!

第二个案例:王阿珠女士在银行里存款 50 万元,被自称“王阿珠”的人挂失取走了。王阿珠与该银行交涉不果,向北京市的另一基层法院起诉。该法院判决王阿珠胜诉。银行不服上诉,二审法院也维持了原判:银行承担赔偿责任王阿珠 50 万元人民币的责任。

简单看起来,两个案件,事实大体一样,为什么一家银行不承担赔偿责任,而另一家银行要承担赔偿责任呢?

进一步比较两起案件的细节,根据媒体的介绍,向荣案件的挂失者,也是位女士。银行还复印了挂失者的身份证。从身份证上看,彼“向荣”女士是圆形脸,而此向荣是瓜子脸。从身份证照片上看,可以肯定,两人不是同一人。而且,两张身份证的地址也不一样。于是,此向荣女士认为银行审查不严格,才造成她的存款损失,要求银行负赔偿责任。

王阿珠女士的存款挂失者,虽然填写出了账户挂失所要求

的一切内容,但是,挂失者是男士,而存款人王阿珠是女士。从身份证最后一位数字可以辨别持证人的性别。最后一位数字是“单数”的为男性,“双数”为女性。所以,王阿珠女士认为银行审查证件时有过失,应该对造成的存款损失承担赔偿责任。

法院也认定,王阿珠之所以可以获得赔偿,只是因为挂失冒领的人是男性,而他伪造的身份证号码是女性。由于银行对这一点表面要件审查疏忽,才造成假冒挂失得手,所以,银行要赔偿王阿珠 50 万元人民币,外加利息。

二、什么地方出了问题?

这两起案件存款的时间,都是在我国实行实名存款制实施之前,所以,存款人在填写存款便条时,只填写姓名和家庭住址。存款便条上也只有这两项内容,与存款人身份有关。其他内容都与存款人的身份无关,只与存款的内容有关了。

当时,我国银行办理存款的程序中,没有要求预留身份证的

复印件(以便挂失或取款时核对),也没有客户签名制度。于是,就出现了上述的两种判决结果。根据现有法律与银行挂失手续的规定,两个法院的判决都是有法律依据的,可以说在现行法律制度下,都是依法判决的,并没有在程序上的不公正。

两个法院对两个案件的判决正确无误,是否就意味着向荣女士的经济损失,应该由她自己承担吗?从情理上讲,似乎说不过去。客户的钱存在银行,取款的时候发现被人挂失冒领,而客户自己没有过失,损失由客户自己承担显然有失公平。究竟是什么地方出了问题了呢?

笔者认为,问题出在银行存款制度设计的不完善,才使得向荣女士受到损失,又难以依法从银行获得赔偿。但由于银行的存款制度又依赖于国家其他相关制度,例如,身份证制度,所以,又无法让银行单独承担由于国家某种制度的不完善而造成的后果。这样就出现了向荣女士虽然无过失,但是她被冒领的存款得不到赔偿的情况。同样,就会出现,法院的判决,看起来

不符合情理,但是,又合乎法律程序的现象。

三、制度设计的缺陷

上述两起案件反映了银行存款制度设计的缺陷,“向荣们”就成为这一缺陷的牺牲者,她们无过失,但却要承担制度设计缺陷的代价。

为了说明此问题,让我们先来分析银行存款制度的设计吧:银行存款制度设计中的第一要旨,就是要保障存款的安全性。银行要保障客户存款的安全,就必须在办理存款手续时,审查至少三项事物是否具有同一性:存款人(或取款人,或挂失人)、存款人的身份证件与该存款账户三者的同一性。如果银行的存款(或取款、或挂失)制度设计中,具有审查该三项事物的同一性,从逻辑上讲,该制度设计就是比较完善的。否则,就是不完善的。

银行如何才能保证这三者具有同一性呢?这不单是银行自家就可以解决的,而是要依靠国家的有关方面制度的建立。例如,身份证制度,户口本制度,

驾驶员执照制度,护照制度等。我国在 1949 年后,一直采用户口本制度来证明当事人的身份。1984 年开始广泛使用身份证制度,户口本制度退居其次。1984 年后,银行办理存款手续时,要求客户留下身份证的号码和证件上的住址。2000 年 4 月,银行开始采取实名制,要求客户用有效的身份证件办理开户与存取款手续。

我国的身份证设计与实行,已经在社会管理中发挥了很大的作用,但是,它有以下几点不适用于银行存款手续(或取款、或挂失)的特殊要求:

第一,身份证上的住址没有太多实际的意义。因为,身份证使用期为 20 年,一个人在 20 年间可能多次搬家和因工作调动而迁徙,而身份证上的地址 20 年不变。

第二,身份证上的相片,也意义不大。因为,一个人在 20 年的变化是非常大的。两个熟人 20 年不见,见了面,还不敢相认呢?更何况是陌生人之间呢?

第三,身份证的做工比较简单,容易仿制。

第四,身份证发行后,各地的身份证号码没有及时联网,不能实现计算机网上查询。所以,身份证背后所记载的更详细的资料,不能及时查询,这些资料与身份证隔离开来。身份证就像大海里的一叶孤舟,孤立无援。

第五,也是最为重要的一点,使得它不太适合用于银行存款或取款的证件:即身份证上没有持证件的人本人亲笔签名(请注意:在中华人民共和国护照和港澳通行证以及回乡证上,都有持证件人本人的亲笔签名)。

身份证上述五点因素存在的情况下,银行凭身份证办理存款(或取款、或挂失)手续时,对于客户来说,并不能完全证明上述三项事物的同一性。

假如,向荣女士存款的挂失冒领者,伪造了向荣的身份证,如果是同她熟悉的人,获取她的名字、身份证号码和性别十分容易。只要具备了这三点信息,就可以伪造身份证了。身份证上的“住址”、“照片”等项目,银行因为没有留底,所以,无法进行核对。伪造身份证的做工质量,也许完全可以同真实的身份证