

国际金融法论丛

金融法路径

主 编：吴志攀 白建军
执行主编：罗培新



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

金融法路径

主 编：吴志攀 白建军

执行主编：罗培新



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

金融法路径/吴志攀,白建军主编. —北京:北京大学出版社,2004.12
(国际金融法论丛·7)
ISBN 7-301-08245-2

I. 金… II. ①吴… ②白… III. 国际法;金融法—文集 IV. D996.2-53
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 118471 号

书 名: 金融法路径

著作责任者: 吴志攀 白建军 主编 罗培新 执行主编

责任编辑: 毛玲玲 李霞

标准书号: ISBN 7-301-08245-2/D·1020

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 44 印张 743 千字

2004 年 12 月第 1 版 2004 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 66.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

人 在 路 上

吴志攀

十年，一晃就过去了。

为了纪念，中心同仁在外面举行了聚会。

聚会是人类从古至今保存社会资本的传统仪式。五周年和十周年时，一定要有这种文化仪式。

中心同仁各自写了得意之作，每个人的代表作。

大家以学术，铭记成长。

要出版文集，编辑要一个序文。

如果可以用毛笔蘸满浓墨，用中国书法来写序的话，就写比真人还高的两个大字：

“感谢”！

十年来，我们共同拍摄过《金融欺诈》的教学录像带，出版了近 60 期《金融法苑》，为中国农业银行编写出版了 10 本小册子《金融法制》，研究生们出版了两本《金融法案例分析》和翻译了两本厚书，出版了一本《金融法小词典》。

我们有了自己的网站，自己的数据库，有了一个小资料室和会议室。大家都还记得，晚上在 5566 会议室里讨论稿件，忘记了时间，结果被法学楼值班员锁在铁门里。中心会议室的名字“5566”，不知道是哪位学生起的？像解放前地下工作者的“暗号”。学生是上世纪 80 年代后出生的，不知旧事。

“55”代表楼层，“66”表示“大顺”，还是我老了？

中心的老师们写了各自的学术专著，几乎所有的博士论文都出版了。出版社编辑对我们的出版物表示满意：我们的书没有赔钱；我们也满意，作者都有稿费；国家税务部门也满意：我们给国家税收作了贡献。

十年来，有无数的人帮助过我们，举办论坛，为我们开办讲座，参加博士硕士研究生论文答辩。帮我们作报告的名人，不但不要讲课报酬，还请学生

们吃饭。

当我们的学生到外地出差调研时,许多企业和事业单位,帮我们提供食宿便利和当地资料。当我们的同学到香港和海外学习时,更有许多海外友人提供了无私帮助。

我们接受的帮助太多,有精神的,也有物质的;有语言的,也有心理的;有来自本地的,也有外省的;有国内的,也有国际的;有中文的,也有外语的。

我们难以用文字来表达心中的感激,还是用今后的行动来回报吧!

今后的十年,二十年,三十年,五十年,一百年,我们继续做下去。

日出而作,日落而息;不问收获,努力耕耘;不求贤达,安居乐业。

十年树木,百年树人;千年教育,万年星辰。

路还长,我们正走着。

学问不仅在书上,也在路上。

目 录

法 与 金 融

论现实与法律文本的差异

- 以公、私财产保护的差异为视角 吴志攀 (3)

法与金融学:寻求金融法变革的理论基础 张建伟 (22)

金融控股公司的“超有限责任”:经济逻辑与法理基础

- 一个动态博弈模型及其法律经济学分析 邵东亚 (39)

寻找金融监管的制度逻辑

- 对孙大午案件的一个点评 刘 燕 (57)

两类地下金融的刑事政策观察 白建军 (71)

不确定性与中国转型经济的潜在危机

- 对仰融案的思考 程金华 (79)

公 司 治 理

现行公司资本制度的实现机制研究 彭 冰 (95)

两合公司中的民法关系 蒋雪雁 (110)

试论审计委员会在公司治理结构中的运作 霍 伟 (120)

浅议股票市场股权分置下类别股东表决制度的运用 杨正洪 (138)

公司治理与中国传统的商业行号 杨自然 (143)

公司社会责任:新兴经济体的奢侈品 伏 军 (158)

论上市公司重整制度

- 以郑百文重组案为视角 杨 亮 (167)

试论我国企业并购中限制竞争的法律规制之完善 刘景明 (180)

论独立董事制度

- 以香港经验为视角 苏合成 (190)

论金融控股公司法制的变革	阮品嘉(200)
我国非流通股流通方案的法律解析	罗培新(209)
小议有限公司股东的退出机制	汪红飞(226)
试论股权分置情形下上市公司大股东侵害小股东利益的法律救济	
——以招商银行发行百亿可转债事件为例	许克显(234)

证 券 法 制

回望 1990 年的证券执法救济法案	陈 舜(243)
证券市场监管的权力分配	
——关于法律不完备理论及对我国《证券法》	
修改的意义	陆忠行(255)
证券市场呼唤私人诉讼	于绪刚(267)
对中国第一起“股票盗卖盗买案”的评析	张 华 杨光琰(275)
要约收购过程风险套利的行为金融学分析	王苏生(284)
慎思勇决、疑定志坚	
——美国联邦最高法院 Ralston Purina 案溯读	郭 雳(310)
保荐人制度的效力辨析	
——以《证券发行上市保荐制度暂行办法》为中心	吴 飞(319)
论我国股票发行制度的完善	
——从发审委改革说起	丁道勤(335)
试论我国证券交易信息法律保护的若干问题	张政燕(344)
论信息披露应该慎行	廖志敏(357)
阳光下的新型收购	
——浅论法律对管理层收购中信息披露的规范	刘 丹(369)
试论证券投资咨询的言论自由及其边界	陈亚丽(385)
论我国证券交易所的定位问题	秦芳华 杨正洪(393)
建立多层次证券交易市场:回顾与前瞻	廖 凡(405)
了无新意:《证券投资基金法》述评	魏君贤(419)
试论开放式基金发行的律师实务	朱小辉(422)

改亦不改, 皆应有据

- 写在《证券法》修改之际 陈炜恒(436)
- QDII 的市场影响和政策考量 董华春(441)
- QDII 利弊分析与制度设计初探 黄永庆(459)
- 奥林匹克饭店拍卖案启示录
- 银行不动产抵押贷款风险法律防范与处理 洪艳蓉(467)
- 从华融“信托分层”方案看中国资产证券化的发展 龚英姿(476)

银行监管

- 国有商业银行的公司治理 王斯曼(485)
- 德国金融行业发展与监管的历史
- 自由与监督的组合 丁 宁(503)
- 鄞州农村合作银行法人治理结构问题探讨 卫新江(512)
- 中国银行并购中独立董事制度检视 罗 英(524)

金融犯罪

- 试论我国证券发行中的欺诈犯罪 任扬帆(539)
- 金融凭证诈骗罪刍议 张莉鑫(550)
- 票据诈骗犯罪初探 谢晓雪(558)
- 小议贷款诈骗罪 岳 霞(571)
- 分离与重构: 非法集资犯罪初论 赵兴洪(578)

其他问题

论金融仲裁

- 兼述评 CIETAC 的《金融争议仲裁规则》..... 顾军锋(589)
- 投资者与发行人之间的纠纷适用证券仲裁的妥当性分析 普丽芬(598)
- 我国证券仲裁制度研究之总结与反思 张 锐(607)

论我国保险资金运用的“三重门”

——新旧法律环境下的市场与监管 马伯寅(627)

关于票据挂失止付的几个问题 周 尔(635)

对我国彩票立法的几点考察

——以实证分析为视角 俞和明(643)

论我国金融信用体系构建的基础条件 卢 亮(652)

论中国关于“信用证欺诈例外原则”的法律渊源 台 冰(662)

人民币汇率和 WTO 规则关系的法律分析 纪文华 姜丽勇(675)

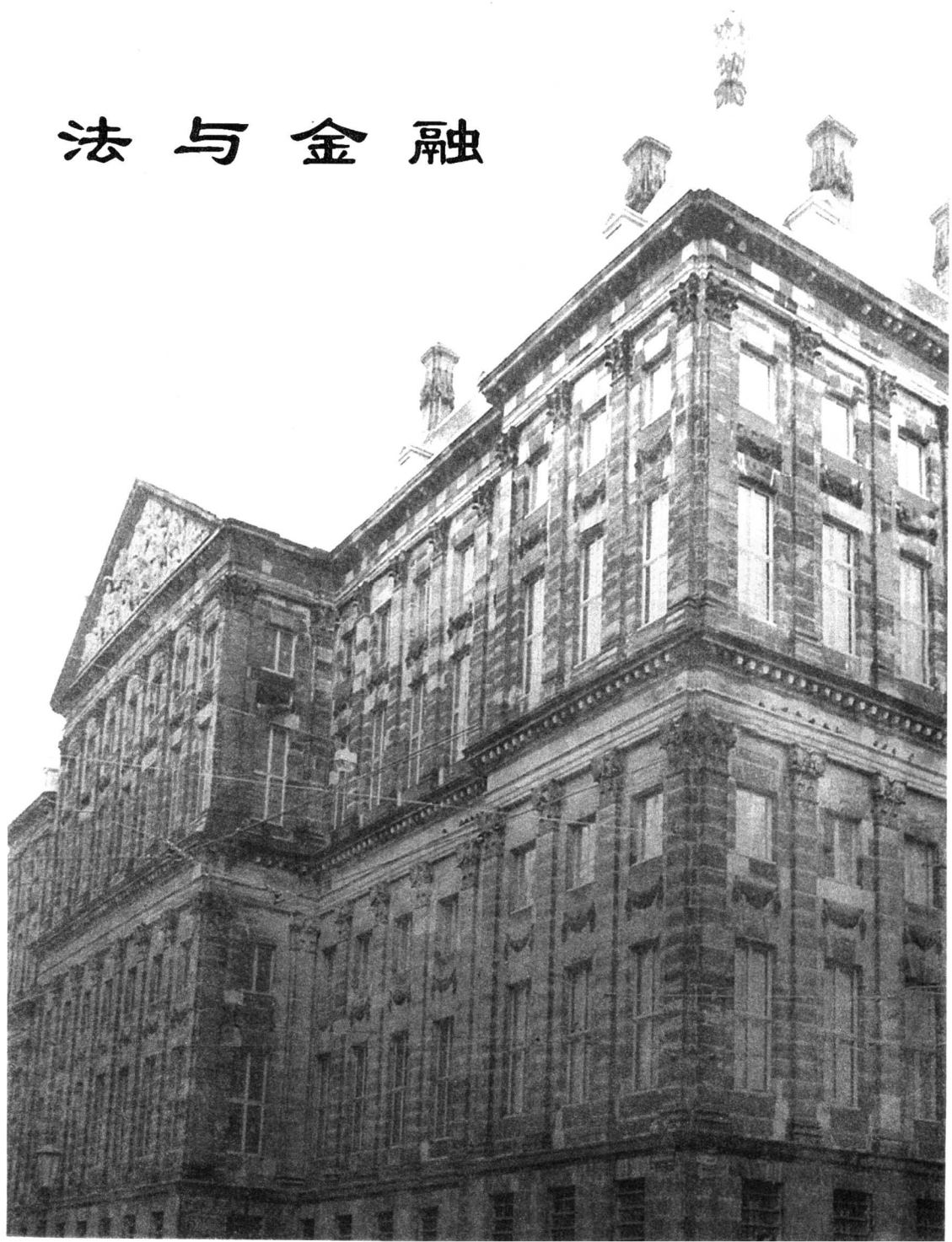
没有悬念的裁决

——评 ETS 诉“新东方”侵权案 陈 洁 郑顺炎(686)

纪念,以学术的名义

——代后记 (697)

法与金融



论现实与法律文本的差异

——以公、私财产保护的差异为视角

北京大学金融法研究中心主任 吴志攀*

一、引子：币有两面

对我国市场经济领域中的一些法律文本对照现实情况加以研究,就不难发现一些值得关注的现象:法律规定与现实情况存在差异,有时差异还相当大。这种现象正如一枚硬币的两个侧面,尽管同属一枚硬币,但它两侧图案完全不同。如果研究工作者仅关注其中的一个侧面,并沿着这个侧面的图景走下去,就可能完全忽视另一个侧面的图景而进入“相反面的境地”。以这个侧面的图景为基础做出的研究结论,将极不完整,有时甚至是扭曲或错误的。反之如此,如果研究工作者仅关注相反的另一侧面,看到的又将是一幅完全不同的图画,如果以此为基础展开研究,结论依然难逃片面之诟病。

如果我们的实际工作在上述两种理论研究工作者的指导下进行,其结果不仅难以达到预期的愿望,就连农村不识字的老人家也难免会对此表示不解。因而,这不是纯粹的知识和文化的问题,而是理论与生活如何结合的问题。不识字的农村老大娘也懂得生活,她也可以指出理论脱离生活的差异来。^①

脱离生活的理论出现差异还是小事,但如果由此使得实际工作和制定政策出现偏差、产生误导就要出大事了。探索我国市场经济中的部分法律文本与现实生活的差异,从我们的理论方法和哲学思维去寻找根源,这不仅是一项法律研究课题,也是值得现代历史学关注的课题。黑格尔在《历史哲学》中说过的一段话,也许可以作为研究这一问题的引子:“历史是有一个决

* 作者感谢罗培新博士对本文所做的编辑和修改。

① 此种感受来自笔者与医院的护工,居民小区的小时工和一些教授家里老阿姨的访谈。

定的‘东方’，就是亚细亚。那个外界的物质的太阳便在这里升起，而在西方沉没。那个自觉的太阳也只是在(西方)这里升起……”^① 黑格尔没有来过东方，他不懂东方语言，更缺乏在东方生活的经历，所以，东方人可以不必计较他的说法。但是，当我们自己的生活和本文中出現差异、出現自然和自觉的差距时，我们东方人自己就要思考了。接下来，笔者从一些生活中常见的事情开始描述这些差距。

二、硬币的两面：法律文本与现实生活

2004年3月14日新的宪法修正案通过时，法学理论工作者对该修正案第13条“公民的合法的私有财产不受侵犯”的表述给予了很高的评价。1982宪法第13条的表述是：“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权。”事实上经过12年的发展，我国人民的现实生活发生了很大的变化。从法律文本的变化来看，最明显之处是用“公民的合法的私有财产”取代了“公民的合法收入、储蓄、房屋和其他合法财产”。再用“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”代替了1982年宪法表述的“国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权”。

部分法律学者在新宪法修正案“公民私有财产保护”的基础上，还又向前发展一步，在“私有财产”之后加上了“权”字，进行了一番研究。学者认为，这个“权”字非同小可，有了这个“权”字，就将宪法保护的“财产权利体系”中增加了一个新的内容，不仅是保护私有财产，还保护私有财产权。如果没有这个“权”字，公民的合法财产还仅仅停留在列举出来的财产范围内，并且只存在于这些有限财产的“物质”范畴的层面，而没有进入到宪法和法律权利意义上，或者到达上层建筑意义上有关财产权利体系的范畴。^② 前辈和同辈学者们对于这些法律文本表述的研究，应该说是非常细致的，也是非常严肃认真的。但是，这还只是硬币的一个侧面。从现实角度来看，也就是从硬币的另一个侧面分析，实际情况与法律文本的差异还是很大的。

改革开放以来，我国已经在政府的经济政策方面，允许生产资料由私人

^① 黑格尔：《历史哲学》，三联书店1956年版，第149页。引文中的括号是笔者加的。笔者感谢北大哲学系系主任赵敦华教授提供黑格尔文献资料的帮助。

^② 参见北京大学法学院王磊教授的报告，中国政法大学江平教授的演讲等。

所有,并且在此基础上发展起越来越大规模的私营企业,全国最大的电解铝厂就是私人企业,全国还有一些特种钢厂和最大的直燃锅炉厂,最大的家电工厂和交换机厂也都是私人企业。目前,衣食住行四大生产行业中,只有“行”中的铁路和航空还是公有企业占据了市场最大的份额。私人企业如果可以取代“非公有企业”这个提法的话,那么在解决城镇就业、提供产品和服务、以及创造利润和税收等方面,都已经超过或正在超过“公有企业”的贡献。

本来“公”与“私”是在逻辑上相对应的,如果按照两分法来划分,除了“公”的之外,都可以划为“非公”。“非公”如果允许用“私”来代替的话,都可以叫做“私”。所以,也可以说,除了“公”之外,就是“私”的。更准确一点来说,可以将现实生活中存在的“半公半私”的情况,按照是否超过 51% 的比例分别归到“公”或“私”的一边,就可以分为“公”或“私”两部分财产了。

由于“私”字在中国文化传统中带有一定程度的贬义,对“公”的道德评价要比“私”更好,特别是在 1949 年新中国成立后的高度集中的计划经济时期,“私”字更被“否定”。所以,在 1978 年开始改革开放试验的时候,最早的“私人企业”是来自境外的外资企业,还有小部分的农村乡镇个体私营企业。当时的法律文本采用“外资”或用“民营”来间接代替“私人”企业字样。生活实践从未停止其发展的脚步,而理论中概念的发展有时会超前,但是多数的时候是滞后的。因为一种观念和大众已经接受的概念的转变需要很长时间,需要经过比较复杂的过程。12 年后,经过了四次宪法修改案,终于可以在宪法文本上明确写出“保护公民合法的私有财产权”。

硬币的另一面是现实生活。实际生活的情况又是怎么样的呢?如同孩子早就出生了,过了很长时间还没有起好名字一样,因为正式的名字不容易起,就先叫一个“小名”。“私人”企业、“私人财产”如果是“大名”的话,“民营企业”、“个人财产”或者“公民财产”都可以当作这个孩子的“小名”。这个孩子早就出生了,在它自己的家里都长期生活着,并且还精心照料着。

在实际生活中,“私人财产”比各个单位和部门的“公共财产”被照看得更好。公共财产在实际操作的层面上处于“无主状态”。在这个层面上,只有具体的使用者,而所有者缺位。由于在实际生活中“公共财产”处于“无主状态”,具体使用者爱护时,公共财产就被照顾得好些,反之则浪费和消耗得快一些。从 1954 年宪法到 2004 年新的宪法修正案,50 年来,法律文本上一直都写着“社会主义的公有财产神圣不可侵犯”,但是在现实生活中,惟一可以侵犯的只有“公有财产”,因为它没有得到具体使用者的保护。私人财产

在实际生活中是不允许侵犯的,因为有主人小心地看管。公有财产不用说是不是“神圣”,也不用说“不可侵犯”,在现实中都是可以侵犯的。这是不用争辩的事实。法律文本与现实生活的差异是:在法律文本上,公有财产神圣不可侵犯,而在现实中每时每刻都在被侵犯,而且只有公有财产才可能被侵犯。在法律文本上直到 2004 年才写上国家保护公民的合法私有财产,而在现实生活中私人财产有主人看管,谁要是侵犯私人的财产,主人会豁出性命来维护。所以,真正不容许侵犯的不是公有财产,而是私人财产,这就是法律文本与现实生活之间存在的差异,而且是十分明显的差异。

三、法律文本与现实差异若干样本

(一) 样本之一:公私财产损耗

见微知著,从现实生活中的最细小例子也能说明问题:比如,同时买两部一样的汽车,一部是私人家庭买的车,另一部是公家单位买的车。私家车绝大多数情况只由车主驾驶,一般不借给别人使用,所以,车子保养状况比较好。公家车就不是一个人驾驶了,除了司机外,许多人都可以驾驶,还可以借给别人用,甚至用来供初学者练习。所以,一般情况下,公车实际折旧损耗速度就会比私家车快得多。

再从公家单位和私人家庭使用长途电话、手机、用电和用水的消耗情况看,如果是公家报销的长途电话和手机话费,公家的长途和手机花费一定会比私人家庭的长途与手机花费高。同样在私人家庭用电用水比较来看,大多数家庭中的女主人们都是非常注意节约的,因为家庭厨房或走廊里安装的水表和电表计字收费。公家单位虽然也有电表和水表,但是当没有落实到具体某个人头上交钱时,公家用水用电就比较大方了。此时,很少注意水表和电表走了多少个字。这种情况在不严格计算成本的事业单位,比要进行成本核算的企业单位更明显一些。

因为公、私观念上的差异,公家的财产就会浪费得多一些,消耗得也更快一些,有时浪费甚至达到了惊人的地步。由此可以延伸到公款请客、公款开会旅游、公款出国旅游,还可以延伸到公款支付一些单位个别素质不高的领导干部们的许多个人花销等。在大城市里假如没有公款请客,那些最昂贵、最豪华的大餐馆也许早就维持不下去了。这些还是从吃点、玩点、用点等小处来看问题的。由于能够用着公家财产的人在我国人口中还是占少数

的,所以当占人口总数的 70% 左右的农民用不上公有财产时,法律文本与现实生活的差异还不能算大。笔者再来举一些更宏观一点的例子。

(二) 样本之二:土地侵权

如果从更宏观的角度来分析这个问题,我们将发现,对公有财产的侵蚀和转移的情况更加令人吃惊。笔者在修改这篇文章的时候,2004 年 6 月 25 日的早间新闻联播,播出了全国人大常委会开始就土地问题展开讨论,对于乱批土地、乱占耕地的违法现象展开执法检查的新闻。笔者感到人大这次的工作抓到关键环节了。土地问题是中国数千年来永远让人心痛的问题。二千多年的封建社会如此,今天社会主义初级阶段依然不能、不应也不敢丝毫放松对这一问题的解决。

我国最大的公共资产是土地资产,土地资产的价值大约为 25 万亿元人民币左右,随着城市化的发展,土地还会不断升值。2003 年全国有四个大城市的土地升值超过 20%,其中上海、北京等特大型城市的升值更快。我国城镇土地使用权转让是从 1994 年才开始实行公开拍卖制度的,此前,主要是由政府有关部门审批土地。拍卖是公开的,审批是不公开的,差异就在“公开”两字之间。即便是保守的估计,全国所有城镇转让土地的价值也差出了数千亿。^①

前不久媒体公布了一则消息,某城市的一块土地,当地政府批准给一个开发商使用只收回了 6000 万。后来社会大众舆论批评不透明,普遍认为明显低估了价值。在压力之下,政府撤回了原来的批文,改为公开拍卖,结果拍出了 4 个多亿。两者价值之差竟然多达 6.7 倍!

我们可以计算一下:土地开发后建造的商品房或写字楼是以每平米数千元价格出售的,仅在审批和拍卖之间的差价就高达 6 倍,如果建成出售的利润率为 50% 的话,两者相加就是 9 倍,如果按照 100% 的利润计算的话,两者相加就是 12 倍的回报。今天中国的市场上还有比这更高的暴利吗?不仅在中国市场上没有,在全球市场上包括金融市场在内,在如此短期的合法交易中也没有听说过。还有比这更容易获利的项目程序吗?政府有关部门审批就可以了,不经过公开透明的程序,也缺乏公众舆论的监督。土地开发收益的“乘数效应”使地产开发商们迅速成为社会中的首富群体。如果有人专门研究我国现代个人商业发展史,排在前 100 名的成功商人至少会有

^① 2004 年 5 月 8 日中国社会科学院陆学艺研究员在北京大学哲学论坛上的讲演。

一半与土地开发有关。过去神奇的故事就是这样频繁地发生了：卖豆浆的小伙子，20年后就成为了地产大亨。类似的故事在上海、广州、北京、深圳、大连、福州、青岛等沿海和近海城市里不断出现。听得多和见得多之后，大家也就见怪不怪了。他们迅速致富，不是因为生产方式的改进，也不是因为高新技术，媒体上说是因为抓住了“商机”，在法律层面上来看，这个商机正是因为审批程序设计的重大缺陷。

这个宏观一点的例子直接说明了“私人”对“公有”土地财产的侵蚀。但问题还不只这样简单，还存在另一个层面的问题：在一些“私人”侵蚀“公有”土地的时候，连同与公有土地相关联的其他“私人”的财产权也一同侵蚀了。只有侵犯了其他“私人”的财产，才会闹出这么大的事情来，如果只是侵犯了“公有”土地财产的话，也许就不会出任何问题了，因为在侵犯公有土地的过程中，“没有人”过问，也“无人”管理，更不会披露于媒体。

（三）样本之三：私房拆迁

2004年3月14日新宪法修正案刚通过不久，媒体已经开始报道，某城镇居民手持新宪法单行本，高举横幅标语，抗议有关部门拆迁他们的房屋。这是第一次私人用宪法作为武器保护自己的合法权益的情形。新宪法修正案不仅比以前的文本更加具有现实意义，而且也更加具有可执行性。

城镇土地是公有的，土地上的一些老房子的产权却是居住在这里的居民私人所有的。征用土地或城镇改造工程，以及现在正在进行的危房改造工程，或商业用的与居住用的置换工程，以及美化市容、拓宽街道、完善城市形象等工程，绝大多数都是以兴建各种新的公共设施或者建设新的高层商品楼房为标志的。

政府有关部门或者是房地产开发商获得批准来拆迁这些居民的房子。由于这些房子是老平房，位置靠近城镇中心，土地的价值已经变得很高，类似地区的新楼房的价格也跟着上升，但老房子的价值仍然很低。靠拆迁补偿费用不可能在原来的地段买得起同样面积的房子，原住户就只能转移到城镇郊区很偏远的地方买一个面积很小的房子，甚至就连面积很小的房子也买不起了。于是这些居民抗议拆迁他们的房子。

如果我们进一步分析，这是政府公共利益与居民私人利益的冲突吗？从表面上看好像是，但是从实际情况来看并不是如此。因为政府没有足够的财政支持兴建这些市政设施，也没有富余的钱建设商品房，甚至没有钱来建设为收入较低的城镇居民买得起的经济适用房。政府只能将城镇改造