

民商法

论丛

第7卷

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 7

■ 梁慧星 / 主编

法律出版社

民 商 法 论 丛

第 7 卷

(1997 年第 1 号)

梁慧星 主编

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛 第7卷/梁慧星主编. -北京:法律出版社,1997.7.
ISBN 7-5036-2154-0

I. 民… II. 梁… III. ①民法-文集②商法-文集
IV. D913-53

中国版本图书馆CIP数据核字(97)第08720号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/外文印刷厂

排版/秦能照排中心

开本/850×1168毫米 1/32 印张/23.125 字数/578千

版本/1997年7月第1版 1998年3月第2次印刷
印数/5,001—8,000

社址/北京市广外六里桥北里甲1号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2154-0/D·1784

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

卷 首 语

本卷为 1997 年第 1 号,即第 7 卷。

在专题研究栏编入 6 篇论文。即刘颖先生的《电子资金划拨及其法律问题》,汤欣先生的《降低公司法上的代理成本》,沈厚富先生的《证券交易市场操纵行为的法律分析》,赵德铭先生的《提单作为权利凭证的物权属性》,张学军先生的《离婚诉讼中的调解研究》,叶自强先生的《举证责任及其分配标准》。

本卷选编两篇硕士学位论文,其一是黑龙江大学民法硕士孙毅先生的《物权法公示与公信原则研究》,其二是中南政法学院民法硕士胡开忠先生的《著作权的限制与反限制研究》。本卷还刊载了厦门大学国际经济法博士单文华先生的学位论文《国际贸易惯例基本理论问题研究》。

在法学名著栏刊载日本环境法学者原田尚彦先生的《日本环境法》,和美国法理学者富勒的著名论文《合同损害赔偿中的信赖利益》。原田尚彦先生是一桥大学法学部教授、日本著名的环境法学者,《日本环境法》一书被公认为最富于理论性和体系性的著作,对我国环境法立法、司法和理论有参考价值,特请于敏先生译出,分两次连载。L. L. 富勒先生是美国著名的法理学家,战后新自然法学的主要代表,50 年代发生在富勒先生与另一位著名法理学家哈特先生之间的著名论战,是西方法理学界一大盛事,并为富勒先生赢得显赫的名声。富勒先生不仅是著名的法理学家,在合同法领域亦负有盛名。本文是他与学生的合著,被称为普通法世界最有影响的合同法论文,由民法博士生韩世远翻译。

在法学思潮栏刊载编者的《从近代民法到现代民法——20世纪民法回顾》一文,是根据编者在北京大学法律学系的一次讲演的记录稿整理而成,其中关于民法的近代模式和现代模式及现代民法所面临的难题等,主要参考日本著名学者北川善太郎教授的著作。

在资料栏刊载的《关于中国统一合同法草案第三稿》一文,是今年1月在北京召开的《中日合同法现代化学术研讨会》上,编者的发言稿。日方学者的若干论文将刊载在第8卷,请读者留意。

1月在北京人民大会堂召开了纪念民法通则实施10周年座谈会。座谈会上所有的发言者,包括全国人大常委会副委员长王汉斌先生和最高人民法院院长任建新先生,充分肯定民法通则的实施,对于促进我国社会主义市场经济的建立,保护公民法人的合法权益,发展社会主义民主和法制,发挥了十分重要的作用。并一致指出,随着我国经济体制改革的不断深化和对外开放的进一步扩大,出现了许多新情况、新问题,民法通则已经不能适应这种变化的需要,为此有必要在民法通则的基础上,进一步完善我国的民事法律体系,加快制定统一合同法、物权法、婚姻家庭法即亲属法,并在这些法律基础上起草一部完整的民法典。这次会议表明,我国立法机关、司法机关、行政机关和法学理论界已经达成共识:制定一部现代化的、完善的民法典的时机已经成熟!编纂一部完善的、现代化的中国民法典,不是抛开民法通则和现行各单行法、另起炉灶,而是以民法通则和现行各单行法为基础进行民法典编纂。

当务之急是尽快颁布统一的合同法,以实现合同法的统一;立即着手制定物权法,即在民法通则关于物权的原则规定和担保法关于担保物权的规定及其他有关不动产物权的零星规定基础上,制定一部统一的物权法即民法典的物权编;以现行婚姻法和收养法为基础,进行修改、增补、完善,制定一部统一的亲属法即民法典的亲属编;以现行继承法为基础,进行修改、增补、完善,并作为民

法典的继承编重新公布;在统一合同法和民法通则关于侵权行为责任的规定基础上,进行修改、增补、完善,制定一部统一的债权法即民法典的债权编;对民法通则进行修订,剔除其中属于物权、债权、亲属、继承各编的内容及属于单行法如专利、商标和著作权法的内容,保留其中属于民法总则性规定的内容,并进行修改、增补、完善,作为中国民法典的总则编公布。这就是中华人民共和国民法典!这就是一切民法学人和民事立法、实务工作者孜孜以求、久久期盼的现代化的中国民法典!!这就是将成为高度发达的社会主义市场经济、高度发达的社会主义人权、高度发达的社会主义民主和高度发达的法治国奠基石的中国民法典!!!

编 者

1997年3月10日

目 录

卷首语

专题研究

- | | | |
|-----|---------------------------------|-----|
| 1 | 电子资金划拨及其法律问题 | 刘 颖 |
| 26 | 降低公司法上的代理成本
—— 监督机构法比较研究 | 汤 欣 |
| 76 | 证券交易市场操纵行为的法律分析 | 沈厚富 |
| 108 | 提单作为权利凭证的物权属性
—— 关于中英法律的比较研究 | 赵德铭 |
| 137 | 离婚诉讼中的调解研究 | 张学军 |
| 168 | 举证责任及其分配标准 | 叶自强 |

法学思潮

- | | | |
|-----|----------------------------|-----|
| 228 | 从近代民法到现代民法
—— 20 世纪民法回顾 | 梁慧星 |
|-----|----------------------------|-----|

外国法

- 255 德国、法国以及日本法中的
物权法定主义 段 匡
- 279 荷兰财产法结构的演进
〔荷〕雅各 H. 毕克惠斯 张晓军译

法学名著

- 309 日本环境法 〔日〕原田尚彦著 于 敏译
- 410 合同损害赔偿中的信赖利益
〔美〕L. L. 富勒 小威廉 R. 帕迪尤 韩世远译

硕士学位论文

- 462 物权法公示与公信原则研究 孙 毅
- 511 著作权的限制与反限制研究 胡开忠

博士学位论文

- 583 国际贸易惯例基本理论问题研究 单文华

资料

- 717 关于中国统一合同法草案第三稿 梁慧星

专题研究

电子资金划拨及其法律问题

刘 颖

目 次

- 一、概述
- 二、贷记划拨与借记划拨
- 三、小额电子资金划拨系统
- 四、调整小额电子资金划拨的法律规则
- 五、大额电子资金划拨系统
- 六、调整大额电子资金划拨的法律规则
- 七、总结

一、概 述

计算机是本世纪最重大的发明。进入 80 年代以后,计算机技术引发的信息革命以不可阻挡之势席卷了人类社会生活的各个方面。人类正从工业社会迈向信息社会,计算机已经成为科技、政治、社会、经济活动中不可缺少的新工具。为了迎接信息革命的挑战,

各国银行界正厉行革新化与电子化,以降低成本,提高效率,加强竞争能力。随着计算机在银行中的应用,银行在一定程度上已能将现钞、票据等实物表示的资金转变成由计算机中存储的数据(data)表示的资金;将现金流动、票据流动转变成计算机网络中的数据流动。这种以数据形式存储在计算机中并能通过计算机网络而使用的资金被形象地称为电子货币,其赖以生存的银行计算机网络系统被称为电子资金划拨系统。在美国,现在80%以上的美元支付是通过电子方式进行的。每天大约有2万亿美元通过联储电划系统(Fedwire)及清算所银行间支付系统(CNIPS)划拨。^①中国工商银行在1995年下半年刚开通的电子汇兑系统,现在已经达到每天平均办理的业务量7万笔、资金流量100亿元的规模。^②中国人民银行正在组织建设中国的电子资金划拨系统——中国国家现代化支付系统(CNAPS)。人们预计,正像纸币取代黄金、票据取代纸币一样,电子货币将取代纸币和票据而成为未来货币。

电子资金划拨的出现,引起了人们关于传统的调整纸质流通工具(negotiable instrument in paper form)法律制度的适用范围的争论。例如,美国《统一商法典》第4编——银行存款与收款调整的是票证收款(Collection of Items)与跟单汇票收款(Collection of Documentary Drafts)。根据第4编,票证(item)包括一切支付货币用的工具(instrument),即使是非流通的工具,但不包括货币。^③有人主张电传电文或在计算机中记录的电磁信息可以作为票证。因此,第4编能适用于电子资金划拨。佐治亚州与佛罗里达州还专门为此对其第4编的文本进行了修订。^④也有人认为,根据《统一商

① Bruce J. Summers: The Payment System, IMF, P54, 1994.

② 刘丰名:《国际金融法》,中国政法大学出版社1996年版,第95页。

③ 美国《统一商法典》第4编第104条第(1)款(g)项。

④ 沈达明:《美国银行业务法》,对外经济贸易大学出版社1995年版,第131页。

法典》第3编,工具就是汇票、本票、支票等票据,因而应是纸质的,^①美国《统一商法典》不能适用于电子资金划拨。在Evra公司诉瑞士银行这一重要案例里,法院判定,《统一商法典》并不意图包括电子资金划拨,因此它的条款不适用。但在一些其他案例中,法院在判决中直接引用或以类推方式引用了第4编的条款。^②

在Evra公司诉瑞士银行一案中,原告是一个芝加哥商人,他通过电子资金划拨向船主支付运送货物的运费。瑞士银行是电子资金划拨的中介银行。1973年4月26日,被告因没有完成原告一项27000美元的支付命令而给原告造成了210万美元的利润损失。原告就其利润损失的金额对瑞士银行提起诉讼。此案旷日持久,直到1982年才有结果。联邦地区法院判定伊利诺斯州法律管辖该案。根据该州法律,瑞士银行有疏忽行为,因而应对因合同解除引起的210万美元的利润损失的承担损害赔偿赔偿责任。瑞士银行辩解道:它不可能预见到因它不履行义务而产生的损失数额,因而它不应根据利润损失计算的间接损失承担责任。如果说有损失的话,它只对没有按时支付27000美元这笔款项的直接损失负责。联邦地区法院坚持认为瑞士银行应对210万美元负责。因为“原告通过电子方式而不是邮寄方式划拨资金的事实足以使瑞士银行意识到交易的重要性。”但是,美国第7巡回上诉法院驳回了原告对瑞士银行的指控。上诉法院裁定:“电子资金划拨并非如此不同寻常,以致于在划拨出错时能自动通知银行不同寻常的后果。瑞士银行没有足够的信息去推断如果它丢失一张27000美元的支付命令,它将面临超过200万美元的赔偿责任。”Evra案的最终判决限制了银行的责任,得到了银行界的拥护,却引起了电子资金划拨系

① 美国《统一商法典》第3编第104条第(3)款。

② Norbert Horn, *The Law of International Trade Finance*, Kluwer Law and Taxation Publishers, P168, 1989.

统用户的不满。^①上诉法院与联邦地区法院对银行责任截然相反的判决,提出了一些有待立法解决的重大问题。

二、贷记划拨(Credit Transfer) 与借记划拨(Debit Transfer)

根据支付系统处理划拨的类型,可以将它们分为两类。一类是借记划拨系统,另一类是贷记划拨系统。因为电子资金划拨系统,特别是大额电子资金划拨系统,基本上是贷记划拨系统。以调整大额电子资金划拨为目的的美国《统一商法典》第4A编与联合国国际贸易法委员会《国际贷记划拨示范法》(UNCITRAL Model Law on International Credit Transfers)也都将其调整的对象界定为贷记划拨。可以认为,电子资金划拨与传统的以票据为基础的支付相比较,“电子计算机”与“纸质票据”这两种支付工具的区别小于“贷记划拨”与“借记划拨”这两种支付方式的区别。因此,有必要先论述贷记划拨与借记划拨。

借记划拨是债权人向银行发出支付指令,以向债务人收款的划拨。支票是借记划拨的一种常用形式。在一个典型的支票交易里,付款人(债务人)开支票并将支票移交给收款人(债权人)。当收款人因托收将支票存入其银行时,收款人向银行发出了支付指令,从而开始了划拨程序。收款人银行根据一个使支票有足够时间清算的时间表贷记收款人帐户。支票通过托收过程进行传递。这一托收过程可能涉及一个或多个中介银行,支票最后在出票人银行提示支付。这一过程的最后一步是出票人银行借记出票人帐户。支票从开出到托收完成,资金从付款人帐户划拨到收款人帐户,不

^① Norbert Horn: The Law of International Trade Finance, Kluwer Law and Taxation Publishers, P172, 1989.

可避免地会产生一定的时滞(float)。因此,付款人使用支票付款就能享受到延迟付款的好处。在借记划拨系统里,付款时滞对付款人有利。

贷记划拨是债务人向银行发出支付指令向债权人付款的划拨。债务人银行借记其帐户,使在同一银行或另一银行中的受款人帐户得到贷记。在这个过程中,第一步是对付款人帐户的借记。如果付款人或受款人没有银行帐户,则可以在交易的任一端用现金代替。贷记划拨也可以以纸质工具传递。在英国等国,邮政服务机构或储蓄银行长期经营着称为 giro 系统的业务。使用该系统的付款人填写贷记划拨表格交给邮政服务机构或储蓄银行将款项划拨给受款人。但是,贷记划拨特别适宜用电报、电传或类似的电子通讯方式传递。贷记划拨总的发展趋势也是使用电子手段传递支付指令。大多数电子划拨系统也的确采用贷记划拨方式。不论是居家银行服务(Home Banking)、销售点终端设施(POS),还是联储电划系统、清算所银行间支付系统都采用贷记划拨方式划拨资金。以电子工具为基础的贷记划拨比以纸质流通工具的运动为基础的借记划拨更简单些。相对于传统的以纸为基础的借记划拨而言,贷记划拨既不易出错又不易出现欺诈。贷记划拨系统,尤其是小额贷记划拨系统,也可以有意设计得存在时滞。电子资金划拨既用于国内交易也用于国际交易。它们既可以用于消费者的小额交易,也可以用于金融机构间的大额划拨,尤其是当电子资金划拨运用于国际支付的时候。

三、小额电子资金划拨系统

电子资金划拨系统根据服务对象的不同与支付金额的大小分为小额电子资金划拨系统(又称零售电子资金划拨系统)与大额电子资金划拨系统(又称批发电子资金划拨系统)。小额电子资金划

拨系统的服务对象主要是广大消费者个人。这些交易活动的特点是交易发生频繁,但交易金额相对较小。根据小额交易活动的多样化要求及实现交易的便利程度设计有多种小额电子资金划拨系统。以下是常见的几种。

(一)销售点终端设备(Point of Sales 简称 POS)

POS 是一种多功能的终端,它可以与银行的计算机相联网,因而交易在银行里立即完成。POS 主要运用于把购买人银行帐户里的资金划拨到商人的银行帐户里。它们也可以履行其他功能,如向客户提供支票存款服务及记录商品的销售情况。在国外,现在在许多大型商场与零售商店中,都安装有 POS 系统。

(二)自动柜员机(Automatic Teller Machine 简称 ATM)

ATM 专门用于存入现金与提取现金。ATM 可由塑料卡(plastic card)的插入和个人识别码的输入而开始运行。可以安装于银行营业厅内外。例如,置于商业购物中心。ATM 的使用大大提高了银行的工作效率,缩短了客户办理业务的时间,也延长了银行的工作时间。

(三)居家银行服务(Home Banking)

居家银行服务为消费者提供了一个使用银行和其他服务机构服务的方便途径。通过家庭安装的普通电话或改进电话、个人计算机、电视,消费者可以在家中或其他地点直接与银行进行联系,进行各种小额银行业务活动。同时,居家银行服务也是银行为客户提供小额银行业务的一种既经济又有效的方式。目前,大约有一半以上的金融机构为客户提供不同形式的居家银行服务。在美国,目前约有 40% 的银行客户利用居家银行服务中的电话银行业务。^①

(四)自动清算所(Automated Clearing House 简称 ACH)

ACH 是银行组织的处理许多大批量小额交易的计算机设施。

^① 陈元:《中央银行职能》,中国金融出版社 1995 年版,第 304 页。

这些交易传统上是通过支票处理的。包含了许多此类交易的划拨指令的磁带或磁盘通过银行传递到该设施。信息也可直接通过有线网传递到该设施。信息可以包含贷记分录或借记分录。直接进入客户银行帐户的贷记分录包括工资、养老金和社会保险支付等。借记分录一般包括事先授权的反复发生的支付,如抵押、收取电费和保险费等。虽然自动清算所传统上只用于小额划拨,但最近已用于大额支付。现在在美国,各种地区性自动清算所通过联邦储备系统相互连接形成了全国性的网络。

四、调整小额电子资金 划拨的法律规则

在美国,虽然一些州制定了调整电子资金划拨的法律,但调整小额电子资金划拨的法律主要是联邦的《1978年电子资金划拨法》(Electronic Fund Transfer Act of 1978)及联邦储备系统颁布的实施条例。无论电子资金划拨法还是联储颁布的实施条例都不适用于金融机构间的大额电子资金划拨。两者都限于只是自然人的客户的划拨。这部法律意图作为客户保护法发挥作用并主要依靠公开原则(principle of disclosure)。因此,它要求为这类划拨提供设施的金融机构向客户公开有关其权利和义务的信息,以及他们交易文件的内容和改正错误解决纠纷的程序。它进一步规定,服务提供者的义务是根据客户的指令以正确的数额和及时的方式进行划拨,以及根据客户要求停止事先已授权划拨的支付。金融机构无理而不履行这些义务将导致其对客户的损失承担责任。在未经授权划拨的情况下,如果客户遵守了一定的要求,则其责任受到限制。例如,客户在发现其塑料卡遗失或被窃后2个工作日内通知该金融机构,则客户的责任不会超过实际损失和50美元两者之间的较小金额。后来,这个限额上升到500美元。但是,如果向客户提

交周期报表后,客户未在 60 天内通知金融机构,则解除了未授权交易对客户责任的任何限制。

在英国,几乎没有有关电子资金划拨的成文法与判例法^①。调整电子资金划拨的法律框架建立在 19 世纪中期的商业惯例与以纸为基础的支付系统的法律之上。这些法律与惯例包括《1879 年银行簿记证据法》(Bankers Books Evidence Act 1879)、《1957 年支票法》(Cheques Act 1957)、《1968 年民事证据法》(Civil Evidence Act 1968)、《1974 年消费者信贷法》(Consumer Credit Act 1974)、《1977 年不公平合同条款法》(Unfair Contract Term Act 1977)、《1982 年货物与服务供应法》(The Supply of Goods and Services Act 1982)等法律,以及 1992 年由英国银行家协会(BBA)等民间团体共同公布的《银行业惯例守则》(Code of Banking Practice)。《银行惯例守则》虽然不是法律,但由于以下 4 点原因使《银行惯例守则》实际上具有了法律的效力:(1)各主要银行同意受《银行惯例守则》的约束;(2)银行业申诉委员会(Banking Ombudsman)以《银行惯例守则》为依据解决银行与客户的争议;(3)银行客户愿意向银行业申诉委员会而不是向法院提起对银行的申诉;(4)银行业申诉委员会可以裁定最高额为 10 万英镑的对个人的损失赔偿额,银行承认这种裁定具有约束力。^②值得注意的是,《银行惯例守则》只适用于个人客户,而不适用于公司、合伙等。

根据以上各有关法律及银行实务惯例,在 ATM 交易中银行对持卡人承担下列义务:

1. 保证 ATM 正确回应持卡人的指令。这项义务实际上是指

^① David Palfreman: Law Relating to Banking Services, Pitman Publishing, P257, 1993.

^② David Palfreman: Law Relating to Banking Services, Pitman Publishing, P258, 1993.

银行必须遵循它的客户的指令。这项义务与只要客户的帐户上有资金、没有支付的障碍并且支票是合适开立的,银行就必须支付客户的支票的义务是一致的。

2. 保证 ATM 正常工作。这项义务是银行应尽合理小心义务的当然组成部分。诚然,要银行保证所有的 ATM 在任何时间都正常运行是不合理的。在实践中,如果一台 ATM 出故障时银行出示通知指出了这种故障,那么银行就不承担违约的责任。《银行惯例守则》规定,如果银行没有在出了故障的 ATM 上作出明确的通知致使客户遭受损失的,发卡银行只对直接损失负责。

3. 保证 ATM 提供充分的信息以使持卡人的帐户能正确地记录。这是《银行惯例守则》规定的银行对帐户的责任的具体化。《银行惯例守则》规定,银行必须向客户提供向它的帐户支付与从它的帐户支出的书面记录。ATM 使用滚动计数器记录了客户帐户上所有完成的交易与未完成交易的情况。根据《1879 年银行簿记证据法》及《1968 年民事证据法》,这些记录在法律程序中能作为证据使用。

根据法律与《银行惯例守则》,持卡人必须承担的义务如下:

1. 持卡人对所有授权使用现金卡和借记卡承担责任,无论这种授权是明示的或暗示的。

2. 持卡人未授权而使用现金卡或借记卡的,持卡人的责任限制在 50 英镑以内。但是持卡人有欺诈行为或重大疏忽的除外,在这种情况下,只有当发卡银行得到塑料卡遗失或被窃或第三者知悉塑料卡的密码的通知后,持卡人的责任才受上述限制。

3. 如果持卡人存在欺诈行为或持卡人存在重大疏忽,则持卡人应对全部损失承担责任。

4. 《银行惯例守则》规定,银行规定的使用现金卡的条件(即现金卡合同的明示条款)可以免除《银行惯例守则》没有免除的、持卡人错误使用塑料卡的责任。反过来却不行。在实践中,塑料卡使用