

金融法苑

7

2000

总 第 三 十 六 期

北京大学金融法研究中心/编

- 格拉斯——斯蒂格尔墙的坍塌及对中国银行法的潜在冲击(下)
- 西方国家的信用卡犯罪防治
- 如何留住人才?
——上市公司员工认股计划
- 中国数字金融法之先声
- ST、PT……BT——监管者无法承受之轻
- 信托业的发展和法制完善
- 网络金融交易的法律管辖问题



法 律 出 版 社
LAW PRESS · CHINA

Financial Law Forum

金 融 法 苑

2000 年第 7 期 总第 36 期

北京大学金融法研究中心 编

图书在版编目(CIP)数据

金融法苑 总第 36 期/北京大学金融法研究中心.

—北京:法律出版社,2000.7

ISBN 7-5036-2911-8

I. 金 II. 北… III. 金融-财政法-基本知识-中国

IV. D922.23

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 34496 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任编辑/李 跃

印刷/铁道部十八局一处涿州印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/3.5 字数/100 千

版本/2000 年 7 月第 1 版

2000 年 7 月第 1 次印刷

印数/00,001—16,000

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

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

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

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2911-8/D·2622

定价:6.50 元(全年定价:78.00 元)

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

BtoC, BtoB, 或者 “BtoG” ?

全新的时刻即将来临! 自由的市场, 激烈的竞争, 相信没有谁在感受WTO兴奋的同时不感受到无形的压力。

电子商务的热潮, 尽管历经了股市上的顿挫波折, 依然喧嚣尘上。关于经营模式的争议虽各说各话, 毕竟都还是有点想法的。BtoB (商家对商家) 也好, BtoC (商家对顾客) 也好, 更有甚者, 已经开始要做政府的生意了, 提出了BtoG/A (Business-to-Government/Administration, 商家对行政部门) 的概念。

面对这股热潮, 银行怎么办? 有一点很清楚, 互联网业务的发展形成了对银行现有业务的空前威胁。美国纽约联储主席William McDonough就说: 如果银行还固守于顾客仍会直接光顾他们用砖瓦砌成的分支网点的观念, 而忽略了互联网的话, 那么他们将会冒着犯悲剧性错误的危险。过去的日子已一逝不复返, 未来银行业要发展就得寻找新的盈利点。

很多人都已逐渐明白重点之所在: 高科技和更广泛的消费者。那么, 接下来的就是个方向的问题了, 网上银行、手机银行、电子商务、消费信贷、住房按揭、教育贷款、零售贷款, 以及等等的其他。如何使用信息技术和互联网服务来创造和赢得广阔的市场, 还将是世界每个角落里的银行所共同面临的难题。

当然, 这中间还是会有BtoB或者BtoC之间的重点差异选择。但可以清楚预见, 仍然依靠政府的供给来过活的陈旧的“BtoG” (Banking-to-Government, 银行—政府) 的计划经济模式必将为竞争的大潮所淘汰。

在很多时刻, 断然的勇气决定着生存的方式。这个时刻, 没有人可以不进行选择。要么革新, 要么死亡!

(本期执行编辑 李清池)

君子乎 小人乎

签订合同是周瑜打黄盖的事情：一个愿打一个愿挨。因此，按照“君子一言，驷马难追”的道理，当事人在合同成立之后不能反悔。除非法律特别规定或者合同中有特别约定，一方不能未经另一方同意，随意解除合同。否则，缔约对方可以请求法律强制违约方实际履行，或者要求违约方赔偿损失。

保险合同也应当服从民事合同的一般原理，但是，保险合同又有其特殊的地方：它是射幸合同。射幸合同是指合同的约定事项是基于某种当事人无法控制的事实的发生，而这种事实是否发生却非常不确定。最典型的射幸合同当然是赌博，例如香港盛行的赛马就是以跑马为赌注的。中国大陆禁止赌博。但从某种程度上来说，保险合同其实也具有一定的赌博性质：如果保险事故没有发生，保险公司就赢得了保费；如果保险事故发生，投保人就获得了比保费高得多的保险赔付。只是因为保险有利于社会，才得到了法律的特许。

基于保险合同的这种射幸成分，法律对当事人也有一定的保护。《保险法》第14条作出了有利于投保人的规定，“除本法另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除合同”，而保险人则没有这个权利。这是因为在潜在的风险发生之前，投保人必须单方面地承担缴纳费用的义务。

法律赋予当事人自愿缔结的契约以法律效力，当事人不得随意解除合同。而保险法却特别赋予了投保人解约的权利，却是为了保护投保人处理财产的自由。无论是要求合同当事人做一个堂堂正正的君子，还是特许投保人做个尔尔尔的小人，法律，都是在寻求自己的终极目的——公正。

(辛君)

目 录

专论

- 格拉斯——斯蒂格尔墙的坍塌及对中国银行法的
潜在冲击(下) 郭 雳 (1)

金融法庭

- 期货交易委托代理纠纷案 张政燕 (8)

安全顾问

- 西方国家的信用卡犯罪防治 许克显 (15)

金融律师

- 如何留住人才? ——上市公司员工认股权计划
..... 郑 琰 (19)

每月看法

- 上市公司学雷锋 冰 之 (24)

热点透视

- 中国数字金融法之先声 朱绵茂 (29)

证券法前沿

- ST、PT……BT——监管者无法承受之轻 正 岩 (34)

保险法漫谈

- 桥 辛 君 (37)

海外金融法

- 处理国际债务危机的几种金融交易方式 卫新江 (41)

港澳传真

- 老有所养:香港的强制性公积金计划 龚英姿 (47)

北京大学金融法培训课程**资产业务与法律**

- 第二十二讲 银行业务的创新 闵 晋 (55)

负债业务与法律

- 第二十二讲 存款的安全问题 李清池 (61)

中间业务与法律

- 第二十二讲 信托业的发展和法制完善 姜丽勇 (67)

国际业务与法律

- 第二十二讲 国际借贷合同的法律适用问题 ... 董华春 (73)

金融刑法

- 第二十二讲 保险诈骗罪的刑法问题 赵建军 (79)

金融监管与法律

- 第二十二讲 监管金融监管者(二)..... 董 炯 (85)

金融电子化与法律

- 第二十二讲 网络金融交易的法律管辖问题 ... 郑顺炎 (91)

资本市场与法律

- 第二十二讲 证券市场中的公司治理问题 黄永庆 (97)

观点

- 分业? 混业? 张 怡 (104)

【专论】

格拉斯-斯蒂格尔墙的坍塌及 对中国银行法的潜在冲击(下)

□ 郭 雳

三、比较研究——欧盟和日本

1957年罗马公约签署,欧盟承诺对其金融服务市场放松监管和加强协调。因此,在提及中国的问题之前,有必要对欧盟的结构加以详尽的分析。随后将对日本的情况加以简要介绍。

1. 欧盟(以德国为例)——全能型银行

A. 银行业第二指引之前的模式及德国的情况

在银行业第二指引正式执行之前,欧盟存在三种金融服务模式:(1)全能银行模式,指取得执照的商业银行可以参与证券业务以及一揽子的广泛的金融服务业务,见于德国、意大利、瑞典和荷兰;(2)混合模式,指单个银行的商业银行业务和证券业务被中国墙所分隔开,见于英国、法国和希腊;(3)比利时模式,它严格限制银行从事证券业务。

在德国模式下,全能银行“可以开展种类宽泛的金融服务业,包括吸收存款,发放贷款,证券的承销,贵金属和货币的交易,及房地产经纪业务,这样的银行对19世纪晚期德国迅速而成功地完成工业化劳苦功高”,William L. Horton, Jr. 归纳了德国银行业体制的4个特点:(1)与实业的紧密联结;(2)独立决策;(3)胜任的中央银行和主动的监管;(4)功能专门化。

B. 欧盟的银行业第二指引

对比美国的银行业制度,银行业第二指引要求欧盟的银行、证券公司和大部分的进入同一市场(single market)的外国机构,应组建(engage in)有资格的“全能银行”,从而可以在一个公司实体内从事商业银行性和投资银行性的交易。

为建立一个“平等的竞技场”,银行业第二指引确立了3个原则:(1)相互承认(Mutual Recognition),要求如果在欧盟的一个国家某种服务业务可以在一定条件下合法地开展,那么在另一个欧盟国家该业务不应在同等条件下被禁止。(2)银行统一许可证制(Single Banking License),即一旦一个银行被本国的相应机构授予许可证从事某些业务,那么根据统一许可证制,该银行勿需经过东道国许可即可在欧盟任一成员国开展这些业务。(3)一致同意的银行业务清单(An agreed-upon list of banking activities),银行业第二指引第18条(1)规定欧盟国家必须允许指引附件中所列业务及被本国授权开展的业务,在其领域内开展。这些特别列明的业务不仅包括传统的银行服务如吸收存款和放贷,还包括投资银行所从事的典型业务的绝大部分,如证券交易和承销,资产管理,公司理财及并购业务。

此三原则的适用导致了成员国监管部门之间竞相放松其监管。因为一国银行可以在银行业第二指引的允许下向某国国内客户提供金融服务产品,而该国国内银行在没有被放松监管的情况下可能被禁止从事该业务,这样该国国内银行将因此失去竞争优势。于是,所有的欧盟国家将有非常强烈的动机向最少限制的德国全能银行模式靠近。

银行业第二指引体现了欧盟和美国之间关于银行法的一些基本性的观念差异。首先,欧盟认为通过涉足证券业,银行业务的多样化可以增加商业银行的业务深度和资产的流动性。第二,欧盟设想当常规银行业务发生利润下降时,银行的证券业务可以有助于维持总收益额。第三,欧盟视灵活的全能银行为参与全球金融

市场竞争的利器。因此,美国的防火墙概念和控股公司模式没有在欧盟的银行制度中出现。

2. 日本

日本银行体系是被高度地专业化和分隔的,不同的金融机构分别专营特定的产品。原来,日本是作为最主要的效仿美国分隔监管模式的发达国家而闻名的。由于美国在战后占领日本期间的强烈要求,日本颁布了日本证券交易法的第 65 条,模仿格拉斯——斯蒂格尔法,在商业银行业和证券业之间设立了严格的隔离。然而,在 1993 年,日本下定决心采取措施回复到 20 世纪前半期所采用的以全能银行制为特色的银行体制。1993 年的金融体系改革法允许银行业和证券业通过功能性分离的全资子公司形式互相进入。自此至今,沿着这个轨迹还采取了进一步的改革措施。

四、现实的分析——中国,何去何从?

1. 中国的立场

为了给有效益的、安全而具流动性的商业银行的发展确立基本的指导方针,中国在 1995 年颁布了商业银行法。其中第 43 条规定:“商业银行在中华人民共和国境内不得从事信托投资和股票业务,不得投资于非自用不动产。”

商业银行在中华人民共和国境内不得向非银行金融机构和企业投资。本法施行前,商业银行已向非银行金融机构和企业投资的,由国务院另行规定实施办法。”

在后来的证券法中也重申了这样的规定:

“证券业和银行业、信托业、保险业分业经营、分业管理。证券公司与银行、信托、保险业务机构分别设立。”(第 6 条)

“国有企业和国有资产控股的企业,不得炒作上市交易的股票。”(第 76 条)

“设立证券公司,必须经国务院证券监督管理机构审查批准。未经国务院证券监督管理机构批准,不得经营证券业务。”(第 117 条)

“禁止银行资金违规流入股市。证券公司的自营业务必须使用自有资金和依法筹集的资金。”(第133条)

2. 法律的目的

毋庸置疑,中国在立法时参照了国外的经验和银行体系模式。出于类似格拉斯-斯蒂格尔法的目的,上述这些条款禁止商业银行资金流入股市,特别是禁止国有银行进入中国的刚刚出现的证券市场。

A. 发展很初步的证券市场

中国两个证券交易所先后在1990年和1991年设立,正式标志着中国证券业务全面重建。还处在初期的中国证券市场的市场规模相对较小,全部市值仅为年GDP的30%,而美国和日本的这一比值分别为252%和144%。可以想见,股票价格经常很不稳定。此外,国有公司构成了上市公司中的绝大部分,从而造成了中国证券市场一些独有的特点。

B. “游资”

与东南亚不同的是,在中国股票市场中兴风作浪的“游资”不是来自于国外的投资组合,因为中国还没有打开其资本项下的货币自由兑换的大门。实际上,这些投机性资金的主要来源还是要归咎到商业银行贷款上。

随着经济的发展,家庭储蓄和企业存款增长很快;但由于外部监管和内部的风险控制,银行被禁止或不愿意再向其原来的主要客户——国有企业提供贷款。面对超贷款额的存款,商业银行有强烈的动机为一些资金寻找投机性的出路,以取得更大的收益。

而且,银行经常把其资金转移给其关联的投资公司,这些投资公司可以直接从事证券业务或把资本再投资于证券公司。因此,商业银行能够逃避针对其自身的有效的信贷控制。

在中国现今金融体系中,商业银行扮演着主要的角色,而其中起着支配性地位的又是4个国有专业银行。利用来自这些银行的资金所进行的操纵证券的行为对中国股票市场造成巨大破坏,并

可能摧毁银行本身,甚至最终摧毁整体经济。出于这些考虑,中国决定在商业银行业和非银行业之间建立隔离,并强制要求银行关闭其直接下属的信托投资公司。

3. 预测和原理

“有中国特色的社会主义市场经济”避免了中国简单地模仿国外做法,而且这个论断也符合中国的国情。

A. 德国模式(全能银行制)对中国可能不适用

显然,一个初步发展的证券市场是中国和德国的共同点。正如鸡和蛋的关系一样,一个发展不足的证券市场 and 全能银行业之间也是一个自我强化的过程,这支持了中国更适合于采取全能银行制。

在银行的集中规模和程度上,德国的银行体系比美国更与中国近似。特别是在 William L. Horton, Jr. 谈到的四个特征方面,其中“与实业的紧密联系”和“功能专业化”两点对两国来说是一样的。

然而,另两个方面的差异使人们怀疑德国采取的全能银行制是否很好地适合于中国。

德国银行在建立之初就属于私人企业,是脱离政府及其代理人的控制的。尽管银行与其客户建立了紧密联系,但我们不认为银行在发放贷款时就不去问那些尖锐的问题。加之,德国银行家在长期实践中培养了进行有效率的投资决策的能力。进行现实的对比会发现中国银行缺乏这样的自主和能力。

德国全能银行制的建立得益于拥有一个积极而胜任的中央银行来确保整个体系的稳定。考虑到中国中央银行不足 20 年的历史,可见中国人民银行在这方面还有很长的路要走。

最后但并非最不重要的是,人们非常担心全能银行制可能会将中国拖回到计划经济的老路上来。

B. 美国模式(金融控股公司体制)在中国的潜在的不适应

通过给予处境不利的商业银行以途径去同势力不相上下的投

资银行相竞争,1999年美国金融现代化法意图建立一个公平角逐的竞技场并强化金融服务行业的竞争性。

在中国,情况是极端不同的。这里没有高盛、美林、摩根等如此老练的投资银行。在1995年隔离之前,中国最大的证券公司也是由国有专业银行扶持的。甚至今日,天平的指针也严重地向商业银行倾斜。因此,可以证明废除中国的格拉斯——斯蒂格尔墙可能会再一次导致“游资”的猖獗横行,结果是在所有金融领域国有专业银行实质上支配了一切,这显然同中国金融改革的目标背道而驰。换言之,在中国立即取消隔离可能会招致竞争性下降等不良效果,而恰恰不是相反。

更近一步,即使中国决定进行这样的改革,那么金融控股公司未必会被认为是最好的模式。如上所述,构建控股公司体系是为了绕过格拉斯—斯蒂格尔法所设下的障碍,并根据不同时期的需要不断地调整自身。而且人们相信它减轻了州与州之间及联邦与州之间的刚性,因此也只是对联邦制的美国是最有效的。

该体制能否在中国也发挥同样的功能呢?一些重大的疑问是存在的,比如,防火墙的有效性。在中国,国有专业银行在一定程度上被政府资助和扶持,既然其收益将被整体提交,而损失又会由政府部分地承担,那么它们就必然萌发进行投机性赌博的强烈念头。可以确信,如此强烈的利益驱动将对防火墙的有效性造成挑战,而美国不存在这方面的问题,因此也从来没有进行这方面的严格考察。

另外,欧洲国家一直对金融控股公司的敏感性和效率性提出质疑,即使在美国,这样的争论也在进行,莫衷一是。

4. 一个至关重要的变量——WTO和GATS

正在进行当中的中国加入WTO和GATS的谈判使得对这个问题的预测变得更加困难和难以确信。在作出保持还是抛弃现存隔离制的终局决定之前,有一个问题显然需要着重加以考虑:如何应对入世及保护国内金融业?加入WTO给正反两方面都提供了

可能,这使问题变得更加复杂。入世谈判最终完成的时间、方式以及内容将对中国的格拉斯-斯蒂格勒墙问题产生关键的影响。

5. 确定之处和不确定之处

实现现代化是中国的雄心,因此对中国的情况有一些事情是可以肯定的,如:坚持改革开放、鼓励私有经济、发展股票市场、培育国有专业银行的竞争者……同样,放松监管和取消隔离代表了全球趋势,原因部分地来自于这更好地满足了客户对全面而快捷的金融服务的要求。这样看来,格拉斯-斯蒂格勒墙从长远角度会不可避免地被拆除。

然而,断定中国将立即跟随美国的做法还为时尚早。实际上,考虑到它可能带来的不良效果,考虑到中美之间的基本差异,考虑到难以预料的 WTO 谈判,中国是有理由等待和观望的。美国在对格拉斯-斯蒂格勒墙动手之前经历了近 10 年的激烈争论,那么时间上是允许中国不必立即作出决定,或者至少可以先作一些准备工作。

6. 结论

每个国家都努力寻找最适合自身的特定的银行体系。德国钟爱其历史地形成的全能银行模式,现在这也被整个欧盟所采用。从格拉斯-斯蒂格勒墙模式撤出,美国也以近似的模式起步,但又坚守其独特的金融控股公司的形式。成功还是失败?金融现代化法将为它国所着重关注,特别是日本和中国。

如同早于美国而进行类似变革的日本一样,中国在着手之前也有其自身的问题需要解决,而且国内和国际环境也预示了这样的变革不会立刻到来。(完)

(北大金融法研究中心 黄永庆译)

金融法庭

案情简介:

原告:王会文

被告:广东省珠海市鑫光期货经纪有限公司(以下简称鑫光公司)

鑫光公司有代理国内期货的经营范围,但不是上海商品交易所(以下简称上交所)会员。该公司通过与上交所的会员上海中

期货交易委托代理纠纷案

□ 张政燕

期期货经纪有限公司(以下简称中期公司)签订“期货交易委托代理合同”,委托中期公司在上交所代理其经营期货交易业务。

1995年9月13日,王会文与鑫光公司订立一份《期货业务委托代理协议书》,同时签署了开户申请风险揭示声明书、客户印鉴授权书、经纪人授权书等文件,并在当日交付了50万元的保证金。经过几笔交易后,至1995年10月16日,王会文在鑫光公司账户内的资金为1,260,973元。

同年10月16日至24日,王会文口头指令鑫光公司以建仓形式沽出上海95.11胶合板1,800

手。对此,鑫光公司以提交给王会文的《成交记录单》表示全部执行完毕,并且已经成交,成交价位和成交量与王会文的指令一致。此时,王会文以为自己交易账户内拥有建仓1,800手上海胶合板。10月31日,鑫光公司通知王会文,由于上交所对上海95.11胶合板发出限仓通知,故鑫光公司已将王会文的1,800手强行平仓了1,300手。11月1日至8日,王会文向鑫光公司发出指令,对余下的500手予以平仓。从鑫光公司提供的《成交记录单》上看,这两次平仓王会文共亏损118.6万元,鑫光公司因两次平仓收取手续费5.4万元。

1996年1月,王会文听说进入交割月后其他一些客户仍持有上海95.11胶合板期货达200手之多,因此对鑫光公司所称的限仓通知和该公司强行平仓的真实性、合法性产生怀疑,便要求查询。鑫光公司向王会文提供了由上海外高桥保税区开发公司制作并发给鑫光公司的几份平仓合约结算盈亏表。王会文认为该表数字有改动痕迹,不能证明是其指令的结果,便又提出异议。鑫光公司此时称盈亏表有误,王会文的委托指令实际是由中期公司下单的,就又给王会文提供了几份中期公司出具的《交易结果通知单》。但王会文仍然认为这些通知单不能证明是执行其指令的结果,于是向珠海市中级人民法院提起诉讼。

王会文诉称:原告委托被告代理期货业务,被告不按原告的指示入市,私下对冲、与客户对赌,严重侵犯原告的合法权益,请求判令被告赔偿原告保证金损失118.6万元及利息1万元、佣金损失5.4万元。被告未予答辩。

法院的审判要旨及理由:

诉讼期间,鑫光公司向法院提交了三种证据:1.中期公司发给鑫光公司的《交易结果通知单》7页,此单内容均为手工填写;2.上交所发给中期公司的《会员当日成交清单》9页,鑫光公司指出其中一页有执行王会文指令的记录;3.鑫光公司提供给王会文的《成交记录单》。王会文也向法院提交了由上交所制作给其他客户的三种资料:1.《会员当日成交单》,与鑫光公司提供的第2种证据一致;2.《持仓合约结算盈亏表》;3.《会员当日收付款结算表》。鑫光公司对王会文提交的后两种证据未能提供。经法院向中期公司取证,中期公司也未能提交。

将鑫光公司提交的证据作比较后,发现了一些问题:1.建仓数量不符。《成交记录单》上反映被告鑫光公司代原告王会文建仓1,800手,而《交易结果通知单》和《会员当日成交清单》上均反映

为1,650手,相差150手。鑫光公司后来在诉讼中承认只成交1,650手。2. 建仓与强行平仓的客户编码不对应。3. 价位不符。4. 仓单方向相反。

一审法院认为:原、被告签订的期货代理协议有效;由于期货业的特殊性,当客户怀疑经纪人是否按指令入市操作时,应当由经纪人负举证责任,经纪人提供不出相应的证据时,应当认定其没有入市交易。而鑫光公司提交的证据不能证明该公司已执行王会文的指令,应当推定其没有将王会文买卖的1,650手上海95.11胶合板期货入市交易。在此情况下,鑫光公司从王会文保证金账户中扣除交易亏损118.6万元及手续费5.4万元没有合法依据,鑫光公司应将这两笔款返还给王会文,并赔偿相应的利息损失。据此,一审法院于1997年3月28日判决被告返还原告124万元及利息并承担诉讼费16,710元。

被告不服一审判决,向广东省高级人民法院提起上诉。理由是:证据中存在的问题是目前国内绝大多数一级代理公司与二级代理公司之间为交易方便和快捷,节省保证金而通常采用的“先入先出”、混仓操作的操作方式造成的,是普遍存在的正常现象。1998年3月10日,二审法院判决:驳回上诉、维持原判。(案件来源:《最高人民法院公报》1999年第1期第29页~第30页)

评析:

通过阅读案情,我们发现纠纷产生的原因并不复杂,主要集中在当事人对作为二级期货经纪商的鑫光公司是否将客户王会文的指令发入交易所进行交易以及交易是否合法有效上。法院要解决该争议,关键是分析当事人提供的有关入市交易的文件和资料的可靠性和证明力;而对于读者来说,首先应明确的一个问题是期货交易为什么必须要入市?

(一) 期货指令必须入市交易的原因