

Financial  
Law  
Forum

# 金融 法苑

2000·11

总 第 三 十 七 期

北京大学  
金融法研究中心 编



- WTO的方法与观念转变
- 处理有问题的金融机构
- 信托投资公司清盘作业
  - 谁在为经营者期权付费
- 开放式基金及其法律问题

法律出版社

LAW PRESS CHINA

# 金 融 法 苑

2000 年第 11 期 总第 37 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. 2000年. 第11期. 总第37期/北京大学法学院金融法研究中心主编. —北京: 法律出版社, 2001. 1  
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 01805 号

---

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任编辑/陶松

印刷/铁道部十八局一处涿州印刷厂

开本/A5

印张/5 字数/131千

---

版本/2000年12月第1版

2000年12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/[www.lawpresschina.com](http://www.lawpresschina.com)

电子信箱/[pholaw@public.bta.net.cn](mailto: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

定价:11.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

## 北京大学金融法研究中心简介

北京大学金融法研究中心成立于1993年9月，是一个以金融法律为主要研究方向的学术研究机构。中心主任由吴志攀教授(博士生导师、北京大学法学院院长)担任，白建军教授任副主任。中心还聘请银行、证券公司、保险公司等国内外金融机构及相关政府部门的高级管理人员兼任研究人员。

中心主要从事国内外的银行法、证券法、保险法、货币市场监管和金融机构监管等法律问题研究，同时还为国内外金融机构高级管理人员提供有关的金融法律培训和咨询。中心曾与上海证券交易所、国土资源部、建设银行大连分行等合作完成了各类金融法律的项目课题。

中心每年与国内外金融机构和学术机构共同举办各类金融法律学术研讨会。中心曾出版发行过《金融欺诈及预防》学术专著与录像带，在金融界起到了非常好的宣传作用。

自1998年起，中心与法律出版社合作出版《金融法苑》定期图书。该书每月出版一期，在金融学术界有着广泛的影响力。中心同时以该书为媒介开展“北京大学金融法律培训课程”，受到银行界的欢迎。现已有农业银行、工商银行等国有商业银行参与该培训活动。

此外，中心出版的书籍还包括《金融法典型案例选编》(中国金融出版社，每年一辑)、《公司、金融市场与法律丛书》(中国政法大学出版社，已出两本)。

中心在国际法专业国际金融法方向、经济法专业金融法方向以及犯罪学专业上招收硕士研究生和博士研究生，现有在读博士20人，硕士15人。

## 商业银行的不正当竞争

我国1995年颁布的《商业银行法》第9条规定：“商业银行开展业务，应当遵守公平竞争的原则，不得从事不正当竞争”。竞争主要表现在价格与质量两个方面。目前，人民币的存贷款利率都由中国人民银行统一制定，因此，商业银行之间的竞争应当只能在提供更全面和便捷的服务上了。

服务方面的竞争虽然激烈，效果毕竟不如降价来得快，君不见家电行业掀起的一轮又一轮价格大战？因此，商业银行私下提高存款利率、高息揽存的行为也就频繁出现。对于这种《商业银行法》禁止的不正当竞争行为，中国人民银行这几年发布了多道禁令。

按理说，商业银行是自负盈亏的独立法人，通过提高存款利率增加资金成本，只要是其自愿选择，中央银行不应当干预。但与一般企业不同，商业银行运用的资金大部分来自存款人，是“别人的钱”。从理论上说，商业银行会倾向于承担较大的风险以获取更多的利益，因为冒险失败的成本最终会由存款人承担。所以，监管机构应当避免银行从事风险过高的业务。

有趣的是，在商务印书馆1936年出版的一本书（吴士宏著：《银行法务论》）中，作者也谈到了当时银行吸储的不正当竞争。作者称：“吸收存款方法中不正当者，莫过于暗息。暗息者，银行予存款人之经手人利益也，换言之，银行所纳贿赂也”。当时中国没有法定的统一利率，商业银行可以自由提高利率吸收存款，因此这里所指的暗息当是指给经手单位存款的财务人员的回扣。这种现象在六十年后中国的实践中仍然大量存在，可见禁止之难了。

（冰之）

## 目 录

## 读者论坛

## 专论

WTO的方法与观念转变 ..... 吴志攀(4)

## 热点透视

处理有问题金融机构亟待解决的几个法律问题 ... 周小明(15)

信托投资公司清盘作业中的法律问题 ..... 商文江(25)

## 金融法庭

合同未生效,保险人无权追索保险费 ..... 张政燕(31)

金融凭证诈骗案评析 ..... 许克显(38)

## 海外金融法

赢利就是美 ..... 陈炜恒(45)

保险监管原则(上) ..... 国际保险监督官协会(50)

## 公司法透视

不合理的“少数暴力”规则 ..... 罗培新(56)

## 税、财会与法律

谁在为经营者期权付费 ..... 刘 燕(61)

## 安全顾问

天牛与橡树 ..... 程金华(67)

## 金融电子化与法律

金融电子化交易呼唤游戏规则 ..... 郑顺炎(71)

## 金融创新

开放式基金及其法律问题(上) ..... 迅 捷(76)

## 经典案例

你正在发行证券 ..... 李 牧(81)

### 专题研究

市场约束与存款保险制度改革 ..... 张忠军(85)

### 每月看法

权力与黑幕 ..... 冰 之(93)

## 金融法培训课程

### WTO 与法律

第一讲 PNTR, 美国人心中永远的痛吗 ..... 新 子(98)

### 资本市场与法律

第一讲 股东投票委托书的“争夺战” ..... 李清池(104)

### 银行与客户的法律关系

第一讲 谁能代表银行 ..... 彭 冰(109)

### 金融债权的保护与法律

第一讲 商业银行借款合同的签订 ..... 姜丽勇(114)

### 金融衍生工具与法律

第一讲 天使与魔鬼 ..... 董华春(119)

### 票据法与银行业务

第一讲 形式重于实质吗 ..... 郭 雳(125)

### 金融犯罪

第一讲 罪刑法定原则的理解与适用 ..... 张小台(130)

### 诉讼法

第一讲 金融纠纷的诉讼管辖 ..... 张 怡(135)

### 保险法

第一讲 减少风险还是增加风险 ..... 辛 君(140)

### 观点

二板市场 ..... (146)

## 【读者论坛】

**编者手记:**本栏目将从读者给我们寄来的信件中摘抄出部分有价值的内容予以发表。希望通过这个栏目加强《金融法苑》与广大读者之间的交流。如果没有各位读者朋友的关注与支持,《金融法苑》是不可能由一粒种子成长起来的。我们相信“编读相长”,以本栏目作为桥梁,通过作者与读者间思想的交流、探讨、质疑、问难,从而使《金融法苑》办得更好。各位读者给予我们的反馈与意见就如粒粒珍珠,在这里攒成珠串,必将使《金融法苑》更加熠熠生辉。

《金融法苑》一向密切关注金融法律实务的发展,但是限于能力与精力,当然还存在许多不如意的地方,我们希望读者们能够给我们来信指出。此外,如果您在工作中遇到了金融法律方面的新问题,欢迎您提醒我们关注;当然,您也可以把您的心得写成文章,我们也将择优全文发表。欢迎赐稿,稿酬从优。

来信、来稿请寄:100871 北京大学法学院金融法研究中心

E-mail: [pkujrfy@263.net](mailto:pkujrfy@263.net), [jrfy@hotmail.com](mailto:jrfy@hotmail.com) (为了保证您的函件安全到达,请同时向这两个信箱发电子邮件)

### 我国法律对有关国家机关查、扣、划单位及个人银行存款的权力规定

《金融法苑》总第22期姜丽勇文《保管箱的法律问题》中提到“我国法院规定有六个部门可

以查询、冻结、划扣储蓄账户,即法院、检察院、公安局、海关和税务局”,我认为该文对哪些部门有权查询、冻结、扣划存款人银行存款的说法是不够全面的,我愿将目前有关这方面的规定介绍如下:

《商业银行法》对国家机关



查询、冻结、扣划个人及单位银行存款有不同的规定,根据第 30 条的规定,只有法律、行政法规规定许可,国家有关部门才有权要求银行协助查询单位存款;只有法律规定许可,国家有关部门才有权要求银行协助冻结、扣划单位存款。但根据该法第 29 条的规定,只有法律规定许可,国家有关部门才能要求银行协助查询、冻结和扣划个人储蓄存款。从以上规定可看出,我国法律对国家有关部门查询、冻结和扣划个人存款的权力限制比对单位的存款更为严格,其目的在于突出保护公民个人合法财产权不受非法侵犯。

具体而言,现行法律、行政法规规定我国有权查询单位存款的部门有:公安机关、检察院、人民法院、国家安全机关、监察机关、税务机关、审计机关、工商行政管理机关、价格主管部门、军队保卫部门、军队审计部门、中国证监会、国务院稽查特派员、海关总署走私犯罪侦查机关。

现行法律规定我国有权冻结单位存款的部门有公安机关、检察机关、法院、国家安全机关、

军队(武警)保卫部门、海关总署走私犯罪侦查机关;上述机关同样有权查询、冻结个人存款。

只有三个部门有权划扣单位及个人存款,即法院、海关和税务机关,其他任何机关不得扣划。

(刘泽华,中国工商银行陕西省分行法律事务室)

## 法律部门在银行中的作用

法律事务工作在银行工作中处在管理、指导和参谋、服务的双重地位,是相对独立的专业职能部门。其在银行中的作用主要有三方面:(一)防范风险,预防纠纷,减少诉讼;(二)解决纠纷,避免或减小损失,维护银行的合法权益;(三)规范银行经营管理行为,促进银行依法经营。

其内容包括预防法务、治疗法务及管理法务。预防法务包括传授法律知识,解答法律咨询;审查、修改、起草各类法律文书;为银行业务工作中存在的法律漏洞和法律问题提出解决和防范意见;参加银行的重大决策活动,为银行重大决策提供法律

意见和法律依据;接待、处理司法部门的查、冻、划和调查取证。而治疗法务则指处理各种非讼及诉讼业务;管理法务包括管理及规范法律事务工作制订各项规章制度等。

(姜雅杰 中国银行湖南省分行)

## 加入 WTO 后的中国国有商业银行合法合规经营浅谈

目前商业银行在合法合规

经营工作中的主要问题是金融法律法规不健全,法律事务机构不健全,外部执法环境较差,银行往往打得赢官司要不回钱,同时银行违章操作严重,防骗识骗能力差,金融内部犯罪剧增,不良资产过高等。解决问题的途径应从完善金融立法,加强内部控制制度建设入手,同时与国际惯例接轨,以增强我国商业银行在加入 WTO 后的竞争能力。

(白忠林 中国银行湖南省分行)

## 【专论】

# WTO 的方法与观念转变

□ 吴志攀

## 一、全球化的适应性

因世界银行和国际货币基金组织的领导人永远由美国或欧洲人担任的缘故，WTO 领导人主要由欧美以外国家的人担任。现任 WTO 秘书长是新西兰人墨尔。墨尔先生个子不高，身体健壮并略微发胖。他眼镜后面的大眼睛永远带着微笑。总干事没有什么官架子，与同事保持密切关系。当他与同事谈话时，会拍拍年轻同事的肩膀，好像长者给青年人的鼓励。当他遇到难以回答的问题时，就将手放在宽大、聪明，但头发不多的圆圆的脑袋上，这时他总能想出最好的答案。

WTO 总干事任期四年，但

是，考虑到亚洲的关系，墨尔先生任期只有两年，其余两年任期由亚洲的泰国人担任。墨尔先生任内被认为有两大政绩：第一，他巩固了 WTO 的“管辖”范围，因为 WTO 的范围已经扩大到世界经济的各个领域，除国际劳工领域外，WTO 几乎都涉及了。第二，最大的发展中国家中国将在他的任内加入 WTO。

世人对 WTO 的评价也是一分为二的，既有正面肯定：WTO 是最早适应经济全球化的国际组织，正是由于它的预见性，赢得了今天的国际地位；也有负面的看法：“WTO 能承担如此大范围全球性的经济义务吗”？

中国加入 WTO 更加强了世界经济对它的注意度，WTO

成员国也更加关注中国。现在中国加入 WTO 进程已经到了最后的阶段。但是,我们要熟悉和掌握 WTO 的方法不仅是时间问题,还需要观念转变和人才培养等长期努力。从法律角度分析,我国适应 WTO 的运作方法,特别要转变一些观念,例如“全球化与本地化的关系”、“多边化与一极化的关系”、“规则与经济的关系”、“法律家与外交家的关系”、“英语与本国语的关系”、“全球化与反全球化的关系”等。中国加入 WTO 时,要特别注意调整我们涉及经济的某些传统观念,以便为加入 WTO 做好准备。

## 二、“全球化”与“本地化”的关系

我们过去接受一种观念,说只有是“民族的,才是世界的”。这种说法主要是指文化方面而言的。但是,在经济方面,情况可能刚好相反。为什么这样说呢?因为世界各国都注意保护本地市场,开拓国际市场。所以,WTO 提出了相应政策调整

本地与国际市场的关系,例如,最惠国待遇,透明度。WTO 在适应全球化过程中,强调市场开放与自由竞争。

WTO 的方法多少有些类似国际奥林匹克体育运动。国际奥林匹克委员会如果确定某个国家的体育项目作为奥林匹克运动会国际比赛项目时,国际统一运动标准和打破世界记录,就会比本国的标准与打破本国记录更为重要。所以,参加竞赛的各国运动员更加重视在奥林匹克比赛中获得金牌,国家金牌和奖牌总数可以作为衡量一个国家总体竞技水平的标志。过去我们的乒乓“国球”的中国冠军就是世界冠军。但是,现在中国的男单全国冠军还要同瑞典人一争高下,才能确定谁站在世界冠军领奖台上。

连“国球”男单冠军争夺都如此“全球化”,其他运动项目就更全球化了。奥林匹克运动会是全球化竞赛,国内运动会是本地化竞赛。两者差别从申请举办权竞争的激烈程度上就可见一斑。

世界服务贸易领域也有同

样的情况,就拿电影来说,它是文化与商业相结合的产业。在生活内容丰富多彩的今天,一部国产电影能让本国人喜欢就已十分不错了。如果一部国产电影让本国人和全世界的都喜欢,就更加不容易。前者属于本地化的电影工业,后者是全球性电影工业。两者相比,全球性电影工业更加具有挑战性。

航空公司经营也有类似的情况。航空公司经营国内航线与经营国际航线不同,飞机制造公司生产飞国内航线的飞机与生产飞国际航线的飞机情况也不同:前者协调市场范围与飞行能力限于本国,后者的市场范围属于全球。衡量一个国家的飞机制造水平和航空公司经营能力不是以本国情况来评价的,而是在全球竞争中来评价。同样在汽车工业、医药工业、高科技产业等都是上述类似情况。这些都是全球化影响本地化的例子。

我们传统观念之一是:“只有民族性,才有世界性”。这种说法将“本土的民族性”摆在首位,将世界人类的共性放在了后

面。当时世界经济还没有今天这样高度的全球化,我们对世界经济的认识也没有像今天这样深入。在我国过去的经济与社会条件下,这样说是符合当时情况的。

但是,在今天经济全球化已经成为不以人的意志而转移的大趋势时,这种说法也就发生了变化:“只有是世界性的,才是民族性的”。就像我们今天评价一个国家电影工业或航空工业是否发达,我们不是以这个国家的电影在本国内的市场如何,也不是看国内航线经营得如何,而是看它们在国际市场上的情况如何。就像我们今天评价乒乓球男单冠军一样,一定要同瑞典选手比赛后,才能说国内的男单冠军就是世界冠军。

### 三、“多极化”与“一极化” 的关系

WTO 将国际贸易争端的解决方式从原来的“一极化”转变为“多极化”。过去的 GATT 框架下解决国际争端的办法是依靠双边谈判,或者依靠“权威

的权力”来解决,当时的秘书长个人的权力非常大,他的个人魅力也非常大,所以,人们也愿意接受他的调停。在40年代后期和50年代,主要通过秘书长调停解决争端也可以奏效。直到今天在通过专家和律师解决争端的程序中,依然保留了秘书长调停的程序。

半个多世纪过去了,依靠“国际权威”和“个人魅力”来处理国际经济争端已经越来越不适于国际经济的全球化发展了。今天的各国如同“个人”一样,都越来越具有独立性。单纯依靠权威和个人魅力来调停越来越不容易了。特别是在“乌拉圭回合”后建立的解决国际争端机制证明,多边解决经济争端比联合国与国际法院更有效率和操作性,因而对WTO的成员国来说也更加具有吸引力。因为多边解决争端的机制更加公平,更加市场化,手续更便利,程序更透明。

多边解决争端的程序也更具有公正性:发生争端的成员国之间以及第三国之间,可以通过协商或WTO秘书长调解,还可

以通过举行专家听证会的方式,最后由专家委员会来裁定。根据裁定,双方可以采取各种贸易手段来处理,包括向对方进行贸易报复。有关争端的第三方成员国也可以参加争端双方的调解与听证的全过程,并且可以提出自己的看法。从1994年到现在将近5年的时间里,WTO的争端解决机制已经处理了200多件案件,而GATT在长达40多年的时间里才处理了150多件案件。

#### 四、“规则”与“经济”的关系

WTO规则以及规则的解释和实施对参加各方的经济利益影响越来越大。按照通常的逻辑,涉及国际贸易和投资的法律是外在形式,法律条文背后的经济利益才是内在本质。经济利益通过法律条款体现出来。但是,现在,WTO的规则条款已经反过来以“形式”影响参加各方的“本质”了。例如,在1988年和1996年,日本分别在两次与欧盟的清酒案件中败诉。而韩国却在同样的与欧盟的清

酒案件中胜诉。

欧盟对日本和韩国清酒的诉讼都是基于清酒的低价销售影响了欧洲高价位威士忌酒的销售量。日本法律专家在解释日本清酒与欧洲威士忌不是一种酒时,选择在销售市场上的比较。而韩国则以进入销售市场之前做比较。日本法律专家的解釋没有让听证委员会的欧洲和北美的专家们听出清酒与威士忌不是一回事,得出的结论两者都是“酒”。而韩国 WTO 律师的解释却能让专家们听完后认为韩国清酒不是“威士忌”。韩国胜诉而日本败诉。更加让法律人士瞩目的是:韩国的胜诉发生在日本两起案件败诉之后。现在,韩国的清酒可以低价销售而不违反欧盟的反倾销政策,而日本清酒则不能。

为什么同类产品, WTO 规则的解釋却不同呢?关键在于各参加方律师对规则的解釋最后是否会被 WTO 专家委员会认可,而专家委员会是通过投票做出决定的。专家们依据 WTO 的规则以及对规则的法律解釋做出自己的判断,而不是

依据参加国的经济利益。由于规则条款及其解釋的作用特别大,所以,为法律专家发挥作用提供了广阔的空间。

现在, WTO 规则条款的解釋和运行越来越制度化与程序化,当规则与程序发展到具有系统性、连续性和稳定性时,它们就会反过来影响参加方的经济利益了。

## 五、“法律家”与“外交家” 的关系

以往在处理国与国之间双边关系时,外交家担任主要的角色,在 WTO 框架下,处理国际商务争端机制使法律解釋和律师辩论作用变得特别重要。为什么在过去的双边贸易谈判及双边贸易争端解决途径中,政府外交谈判官员可以扮演主要角色,而在 WTO 机制中却更需要律师呢?

首先,双边的文件对第三方没有约束力,而多边文件对参加各方具有普遍的约束力,所以,多边文件更具有法律意义。

其次,外交语言不像法律概

念那样需要解释,它们所依据的主要是国家实力。但是,在现在的国际多边解决贸易争端机制框架下,因为规则是统一的,而且是由文字规定下来的,所以,主要依靠律师来进行法律术语解释,依靠律师提供证据和法律意见,各国律师在此具有非常广泛的法律论证空间。法律与律师的参与使已经建立起来的全球贸易体系与争端多边解决机制更加具体化、个案化和司法化了。

具体解释全球化统一法中的关键概念和术语,是律师要面临的第一个关口。现在,全球化统一法的概念解释主要是由欧洲和美国的著名 WTO 法教授与律师制作的。这方面的专著和光盘都成为国际律师事务所收集的工具书。

在规定的程序中举证也是各国律师要完成的另一项重要工作。WTO 关于贸易与服务贸易等方面的争端举证与在国内诉讼不同。在本国国内的诉讼对许多历史与文化方面的常识性问题不需要举证。例如,在亚洲的中国、日本和韩国等房子

多朝向正南正北,鲜有朝向正东正西的。这可能是由于“风水”,也可能是由于地理气候的原因。前者是文化方面的,后者是科学方面的,亚洲的律师不需要对文化问题向法庭举证。但是,到了欧洲和北美,到了 WTO 的专家面前,他们对“风水”文化不理解,需要律师举证来说明。

另一个方面,各国律师在 WTO 中的举证程序中,是要采用数据化的,而非经验化的证据;要实证性的,而非理论性的证据,要客观存在的或数据推导出来的,而非想象中的结论,只有采用这样的方法专家才会支持提出的要求。国内的法律和诉讼还保留着相当多的人文科学的方法,还可以使用道德逻辑,而不是经验逻辑;使用“煽情”式的语言,而不是数据性的科学推论;我们甚至还保留着带有“宗教式”的真理性推论的方法来论证事实存在。但是,在 WTO 的诉讼中,更多是使用社会科学推论方法。而在社会科学方法中,又更多地借用自然科学方法来论证事实的存在。自然科学方面是依靠数据的,数



据是需要实验性科研和长期的经验积累才能获得的。

还有一个方面,在国内诉讼中推理方式难以形成对法律的解释。但是,在个案分析的推理方法中,容易形成对规则的解释。在国内诉讼中,我国多依据大陆法系的立法原则来解释法律,而在英美诉讼中多采纳判例法系的解释原则来发展法律。

在 WTO 框架下,欧洲的“成文法”与英美的“普通法系”之间的差别已经越来越模糊了。WTO 的制度框架需要专门的律师,但是各国众多的律师中能够胜任这个任务的人数非常少。我们将这种奇缺的律师称为“WTO 律师”。我国加入 WTO 后,国内目前还没有自己的 WTO 的专业律师。开始的阶段,我们将不得不聘请外国有经验的律师帮助,但是从长远角度来看,还需要培养本国的 WTO 专门律师。

## 六、“英语”与“母语”的关系

如同国内普通话与方言之间的关系,方言只能在本地区居

住的人之间,或者在外省同老乡见面时讲,在正式的场合和课堂上,都鼓励讲普通话。因为只有全国使用同一种语言时,信息交换的成本才最节约,信息交换也最有效。

在全世界,不同语言国家的人们信息交换成本较高:或者自己掌握外语,或者通过翻译才能交换信息。所以,在国际商业领域最早形成了使用英文作为国际贸易、国际金融和国际服务贸易及技术贸易的工作语言。加上从 90 年代以来的网络科技发展的推动,目前英文网络信息已经占全球网络信息总和之 98%,另外 0.1% 是中文,1.9% 是法语、西班牙语等其他语言。

一个国家的经济发展有时也会得利于英语的帮助,这也符合“坏事变好事,好事变坏事”的辩证法。例如,印度经济已经在相当大程度上依靠软件产业。而软件产业的发展得利于印度人的数学与英语。英文不是印度的民族语言,在印度宣布从殖民地状态独立于英国统治时,印度议会通过《宪法》规定继续在议会使用英文 15 年。