

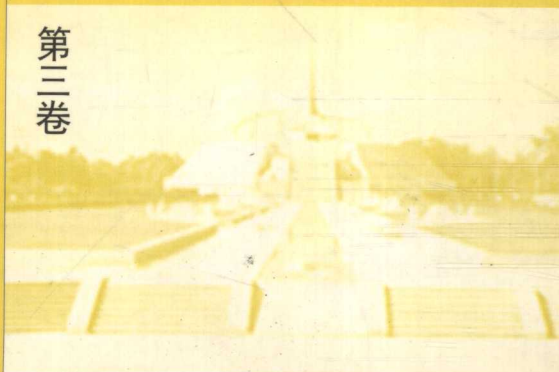


北京市律师协会

- ◎展示律师专业水平
- ◎探索法律前沿课题
- ◎关注立法修改动向
- ◎评说司法热点难点
- ◎切磋执业技巧经验
- ◎奉献依法治国方略

首都律师论坛

第三卷



金融与国际贸易法 律师业务理论与实务

法

律

出

版

社

首都律师论坛 第三卷

法
律
出
版
社

金融与国际贸易法 律师业务理论与实务



图书在版编目(CIP)数据

首都律师论坛. 第3卷, 金融、国际贸易法律师理论与实务 /
北京市律师协会编. —北京: 法律出版社, 2002. 12

ISBN 7-5036-3666-1

I. 首… II. 北… III. ①法律—中国—文集②金融法—中
国—文集③贸易法—文集 IV. D92-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 095268 号

编辑委员会

主 任：张涌涛

副主任：庞正中 巩 沙 唐金龙

委 员：(按姓氏笔划为序)

尹 飞 王雪华 许兰亭 张小平

张晓森 李晓斌 李静冰 陈 文

金海军 康 伟 管仁林

出版说明

《首都律师论坛》共分四卷,是近年来首都律师在工作实践中,对律师业务理论和实践探讨,所做的各专业论文的合集。

第一卷包括公法领域的论文,主要涉及宪法与人权、未成年人保护法、行政法、诉讼法、刑法、证据学、劳动法、基本建设等方面律师业务理论与实践的论文。

第二卷主要包括公司法和证券期货方面律师业务理论与实践的论文。

第三卷包括银行法、保险法、税法、破产法、国际贸易与投资、WTO、反倾销反垄断、环境保护等方面律师业务理论与实践的论文。

第四卷包括民法、物权法、担保法、知识产权、合同法、电子商务、海商海事、房地产与建筑工程、婚姻家庭、消费者权益保护、医疗纠纷等方面律师业务理论与实践的论文。

2002年11月

导 言

2002年12月7—8日,由北京市律师协会主办,在北京会议中心召开的“2002首届北京律师论坛”,将隆重推出《首都律师论坛》这一品牌!

创设《首都律师论坛》的构想,肇始于我们对时代脉搏的总体把握和对中国律师使命的深刻省察。

律师制度的恢复与发展,得益于改革开放的催生和民主法制建设的召唤。改革开放二十三年来,包括首都律师在内的整个律师职业群体通过为社会提供法律服务的方式,代表当事人表达自己的利益要求以协调解决社会矛盾,规范市场经济主体的行为以促进经济建设和社会进步,保障公民和法人财产安全以促进财富流转增益社会福祉,推动依法行政司法公正以实现社会公平正义,维护社会稳定提升全社会的法律意识水平。律师已经成为政府之襄理,企业经营之智囊,当事人维护自身合法权益之代言,社会交易活动顺畅达成之中介。中国律师是“三个代表”重要思想的坚定拥护者、实现者和捍卫者,是依法治国进程中一支不可或缺、不断壮大、生机勃勃的重要力量。

北京乃政治之首都,经济之中心,交通之枢纽,学术之重镇。立法动态,顷刻指掌;案源充裕,比肩东南;枢机之侧,尽得地利之便;人文荟萃,每开风气之先。首都律师拥有得天独厚的资源优势 and 公平有序的执业环境,应能以其独特的地缘优势、较高的业务水平、良好的服务意识、卓越的创新精神对周边乃至全国的法律服务行业产生持续性的重大影响。

历史赋予我们机遇和荣耀,同时亦赋予我们使命与责任。当时代

列车驶入二十一世纪的时候,中华民族的现代化进程也进入一个全新的阶段。当全面建设小康社会的宏伟蓝图顺次展开、渐成现实之际,社会对法律服务提出了更高的要求。作为首都律师,我们面临着努力完善行业自律,全面提高队伍素质,维护律师合法权益,优化律师执业环境,维护律师行业社会公信力,拓展服务领域,提升服务水平的艰巨任务。这就要求我们努力实现服务手段的现代化、道德文明的现代化、知识结构的现代化和服务意识、经营理念的现代化,并用优质、高效的法律服务为首都的经济繁荣和社会发展服务。

我们深刻意识到,建设社会主义法治国家,有赖于立法、司法、法律研究、法律服务和社会公众诸方面的频繁沟通与良性互动,有赖于各种意见和观点的交流、融合与撞击。律师作为法律人、法律实施者、文明使者和公平正义的捍卫者,对于完善社会主义民主、健全社会主义法制,建设物质文明、精神文明和政治文明,有着自身独特的思考和不应被忽视的真知灼见。在这个过程中,首都律师能够和将要发挥应有的和独特的作用。

鉴于上述,北京市律师协会理事会决定创设《首都律师论坛》,这一行动得到了北京市司法局领导的大力赞赏和支持,得到了7000名首都律师同行的响应,得到了社会各界的鼎力襄助。

我们希望《首都律师论坛》能做成律师业中的高层次的交流平台。首都律师、外地律师、港澳台律师、外国律师能藉此研讨业务难题、展示律师专业水平、探索法律前沿课题、关注立法修改动向、评说司法热点难点、切磋执业技巧经验、奉献依法治国方略。

我们希望《首都律师论坛》能成为一个窗口。立法、司法、行政各部门,学术教育界、实业界、商界、各种中介机构、各种媒体等等都能够通过这个窗口了解律师,了解作为非独立利益集团的律师群体能为国家、社会作出的特殊贡献,进一步加深律师与社会各界的交流与合作。

我们希望《首都律师论坛》能成为一个舞台,首都律师和其他律师同行能够在此展示自己的风采,成名成家,同时提升律师业的整体形象 and 水平。

我们希望《首都律师论坛》能成为一套知名的律师实务丛书。“2002首届北京律师论坛”乘着中国共产党十六大的东风召开,论坛将

集聚北京的、外省市的、港澳台的和外国的律师上千人共同研讨交流，并邀请了法律界的领导和知名学者作为嘉宾或者点评人。我们将北京律师的论文 300 余篇了编辑成《首都律师论坛》第一至四卷，即：第一卷 公法律师业务理论与实务；第二卷 公司证券律师业务理论与实务；第三卷 金融与国际贸易律师业务理论与实务；第四卷 民商律师业务理论与实务。只要我们不懈努力，把《首都律师论坛》一届届办下去，就可以推出这套丛书的第五卷、第六卷……第 N 卷，这一本本书必将丰富我国律师执业实务与理论文库，并将架设一座首都律师冲出国门并迈向世界的桥梁！

展望新世纪首都律师业的发展，我们深信，创设《首都律师论坛》的举措必将成为促进首都律师业发展的创新机制和动力之源。我们由此出发，共同奔向充满希望的光辉未来！

北京律师协会
业务指导与继续教育委员会
2002 年 11 月 26 日

目 录

银行法

论司法对于票据制度之影响	刘红宇/3
汽车消费贷款的风险控制	张涌涛/8
商业银行的国内保理业务	宋国锋/19
论自然人能否从事资金信托活动	赵伟光/29
银行自动柜员机非正常交易的法律性质浅析	李 刚/38
政策性银行项目贷款前期风险因素分析及其防范	望开雄 赵怀亮 赵 红/45

保险法

关于保险合同中的告知义务的法律性质分析	管晓峰/65
保险业、法律服务业和 WTO	赵小鲁/73
在中国行政指导是否构成不可抗力	安念念/78
我国现行非水险条款存在的若干问题的探讨	左 权/84
保险合同法律制度刍议	张志军/88
分期付款购车保险法律问题浅议	乐沸涛 吴晓琦/91
律师应当参与机动车消费贷款的资信审查	康成玉/116
从一起保险合同纠纷案看“分饼原则”在我国 法律中的体现和适用	金 忠/119
保险人解除保险合同的权利应如何行使?	何建华/124
可保险利益的法律概念及其意义	戴宏坤/129

破产法

- 由“七千万债权转瞬蒸发”所引发的思考 战崇文/135
- 公司瑕疵设立制度研究 尹 艳/140
- 当前我国“破产逃债”现象的分析与对策 郑文旭/185
- 试论对利用破产程序恶意逃废债务的法律防范 于德魁/192
- 浅析现行破产法中有关清算组工作程序的一些
缺陷、问题和对策 左增信/199
- 浅议我国破产法中几个问题 吴建平/206
- 清算组的法律地位与职权 毛成林/214
- 试论别除权 汪家强/218
- 试论破产重整程序与和解程序、破产清算程序
间的关系 黄侦武/224
- 浅谈揭开公司面纱原则对我国公司改制的意义 田锐华/233
- 我国破产企业债权人利益保护问题 杨 军/238

国际贸易与投资

- 律师在反倾销案件应诉中的作用 金莲淑/247
- 律师在外国企业保障措施应诉中的作用
..... 金莲淑 王宾容/263
- 从《外商投资产业目录》的修订看中国加入 WTO
对外商投资的积极影响 肖树伟/273
- 关于中国反倾销制度发展探讨 张 静/278

小议律师提供反倾销法律服务的工作方式	姚惠娟/289
关于中外合作风险勘探非油气矿产资源合作 机制的探讨	钱学凯/295
WTO 框架下外资并购重组我国上市公司若干 法律问题研究	孙延生/303
印度针对中国产品反倾销实践及评述	胡志强 鹿玉峰/311
试论国际货物买卖合同一方违约的损害赔偿责任	蔡春生/316
略论保障措施调查中的若干法律问题	彭学军/321

WTO

从反倾销到保障措施及其衍生工具特别

保障措施	李静冰 /331
中国政府采购法和 WTO 政府采购协定	童新朝/346
浅谈保障措施调查中的“因果关系”	宁宣风/352
WTO 中的知识产权保护机制	柴志伟/362
英国金融服务监管及其对我国的借鉴	李敬伟/369
检讨 WTO 法在中国间接适用论	郑 斌 余德和/377

反倾销、反垄断

申请反倾销调查应注意的问题	王雪华/385
世界贸易组织保障措施的立法与实践	任 勇/422
面对倾销,该如何应对	杨黎明 王宏波/432

一次不成功的行政复议	田柏承/437
世贸组织反倾销协议及其对阳光制造公司的影响	李储华/441
奥运法律事务	
奥林匹克标志的法律保护	李京生/451
试论奥运标志的特许经营	康春杨 宋 梅/464

银行法

论司法对于票据制度之影响

北京市同达律师事务所 刘红宇

支付结算业务是商业银行的第一大中间业务,也是目前各商业银行竞争以及外资银行觊觎中国金融市场的主要领域。从《商业银行中间业务暂行规定》控制代理类和担保类业务而推动结算类业务的立法宗旨,以及各商业银行公布的经营业绩表上,即可明显看出大力发展支付结算业务既是金融监管的重心,也是市场的导向。票据是最基本的结算工具,票据制度是支付结算制度的核心内容,但我国票据领域里一直存在诸多的、甚至于像票据无因性等基础理论层面的争论。1996年《票据法》生效后,许多争论反而更加激烈,与此同时,在票据业务上央行监管标准与司法评判标准不一、立法严重滞后于市场需求等现象也十分突出,这些问题是银行票据业务的掣肘因素,本文仅就司法对于票据制度的影响作一探讨,以期有助于票据业务乃至银行中间业务的发展。

一、司法冲击失票救济体系

法律和金融规章所设定的失票救济手段有三种:挂失止付、申请公示催告和诉讼。但如果仅从票据是无因证券的角度,银行对于持票人的付款义务是无条件的,而挂失止付则意味着银行可以不对已挂失的票据付款,使结算人卷入失票人与持票人的纠纷中去,所以挂失止付作为一种救济手段只能是暂时的,起不到复权的救济效果。公示催告只适用于可转让的票据,因为不可转让的票据丧失后,后手取得人是无法获得票据权利的,对于不可转让的票据,失票当事人通过诉讼手段解决。

考虑到银行业的实际状况,在《票据法》和人民银行所颁发的一系列文件里,对挂失和申请公示催告都做了适用范围上的限制,即只有付款人特定的票据才能挂失和申请公示催告。但《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》(下文简称“若干问题的”)将上述救济手段作了扩大适用:1. 代理付款人不确定的银行汇票丧失后,失票人可以申请公示催告;2. 授权补记的支票一律可以申请公示催告;3. 在有些案例里,法院甚至受理了现金汇票的公示催告,而且《若干问题的》制定过程中,也曾想加入对现金票据申请公示催告的内容。司法对于失票救济制度的这种修订显然没考虑银行票据业务中大量实行代理付款的现实,事实上各商业银行之间以及本行各分支机构相互间通常都是代理付款人,对单个行的挂失申请以及法院针对单个行的止付通知根本避免不了代理付款人的付款,一旦发生付款,结算银行就要承担赔偿责任,导致公示催告成为失票人向银行转嫁风险的便捷手段。

《若干问题的》还规定了补发票据的制度,这一制度尚无得到适用的案例,但它对于银行业通常采用的退款、解除承兑关系申请签发或承兑新票据的作法同样是个冲击。

二、增加结算人的注意义务

《支付结算办法》和《票据管理实施办法》要求银行在办理结算业务时只对票据上的签章和当事人证件进行形式审查,但《若干问题的》大大提高了结算人的审查标准,将未能识别假票、假章、假证件的行为界定为票据法上的“重大过失”,银行从而要承担赔偿责任。在浙江省某法院最近判决的一宗案件中,银行汇票持有人故意将身份信息透露给他人并将票据交与他人,导致他人以伪造的证件解付了票据款项,法院最终以“将票据交与他人不意味着让他人代为取款”以及“银行未能审查出伪造的证件”为由,判决银行承担全额赔偿责任。

《若干问题的》第41条对票据上签章进行了法定化,这些规定不见得有利于法院判案,实际上也是在代行金融监管权,但这种规定使银行的审查义务进一步提高,即签章行为只要不是特定的印章,即使是出于行为人的真实意思,银行仍然不被视为尽到了足够注意。

在我国原有法律中,结算人处于交易的中介地位,对凭证的审查责任一直适用过错责任原则,对于无过错而导致的结算风险,结算人承担

的责任至多不能超过公平的份额,《若干问题》关于审查标准的规定事实上给结算人创设了无过错责任,不仅超越了司法解释的职能,也并不利于防范结算业务中的风险。

三、否定票据权利的期限性

票据权利多数是附期限的权利,这是由票据作为结算工具的特点决定的,《票据法》第17条为票据的各项权利设定了从3个月到2年不等的规定,这些期限显然是除斥期间,过期之后的当事人丧失了付款请求权或追索权,其利益由利益返还请求权来保护,当然,如果在合适的期限内行使权利而未得到满足时,权利因受侵犯而受诉讼时效限制,但票据权利期限本身是不会中断、中止的,否则,结算过程就会变得反复无常。但《若干问题》第20条将票据法的规定解释为“票据权利时效发生中断”,从而设定了一种“票据权利时效”的新时效制度,同时也彻底改变了现有结算制度中的票据失权、解除承兑或付款人付款义务、解除代理付款义务等规定,结算人必须时刻作好对尚未回收的任一票据的付款准备。

根据《若干问题》第3条和第58条的规定,当事人转让超过提示付款期的票据时,持票人仍然能够取得票据权利,转让人所承担的责任也是票据法上的责任,这一规定从实质上改变了票据法及《支付结算办法》关于过期票据严禁转让的规定,同时也使当事人在提示付款期内和期外转让票据的效果相同,提示付款期对于票据权利的意义几乎被废弃。

四、关于票据行为的独立性

《票据法》第10条肯定了票据与基础关系的联系,司法对于票据与基础交易的关系一直不确定,在最高人民法院1996年以前公布的案例里,票据关系与基础关系严格分立的观点比较明确,该院在工行呼和浩特支行与陕西宝鸡五交化公司银行票据结算纠纷案里明确指出:“票据一经签发,就产生独立的债权债务关系,并与该票据的原因相分离。”

《若干问题》在这方面显得摇摆不定:第8条规定了基础关系当事人发生诉讼时可以冻结票据,可以对未付对价的票据采取强制措施等,第10条规定持票人没有履行原因义务时,票据债务人可以以此抗辩,这些内容无疑肯定了票据与原因关系的联系。最高法院在可否因原因