

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

 使用大字体察看本文
阅读次数: 1469

金融欺诈对商事立法的挑战

王卫国

前言

简单地讲,金融欺诈就是利用欺诈手段非法侵占金融财产的行为。所谓金融财产,就是以货币、有价证券或其他金融工具表现的非实物形态的财产。金融欺诈所侵害的对象,一是金融机构,二是社会公众。在当今,金融财产在社会经济生活中的重要性越来越显著,对金融财产的侵占以及由此造成的社会危害也越来越引人注目。

大体上说,金融欺诈属于刑事法律问题。但是,金融欺诈对商法的运行和发展有着重要的影响。一方面,在当今社会中,大量的金融欺诈是利用商事组织和商事交易的合法形式进行的,因此,商事立法应当在防范金融欺诈中发挥重要作用。另一方面,由于金融欺诈严重地干扰着商事交易的正常秩序,防范金融欺诈对于贯彻保障交易安全的商法原则也具有重要意义。[1]毫无疑问,商事立法应该对社会的金融安全和金融稳定负有责任,商事法学的研究也不能不面对日益令人忧虑的金融欺诈问题,就自身改革和完善进行思考和探索。

长期以来,商事法已经习惯了那片自由交易的朗朗晴空。今天,金融欺诈的大量出现,似乎已经成为笼罩在商法之上的浓浓阴云。于是,人们不免对商事法历来的契约自由原则产生怀疑和动摇,从而提出这样的问题:在同金融欺诈的较量中,商事法是否应当抛弃自由原则而步入强化管制的轨道?另一方面,无论是否强化管制,都需要从操作层面上解决防范金融欺诈的具体对策和措施问题。在这方面,现行的商事立法总是受到人们的批评。诚然,我们可以说,商事立法在这方面有大量的工作要做,而且这些工作不可能一劳永逸。但是这种说法不应该成为一种托词。人们也许有理由提出这样的问题:现行的商事立法是否已经做到了它们在预防和控制金融欺诈方面所应该和能够做到的一切?它们能不能更加地有所作为?

本文试图从商事立法的基本原则、结构体系和技术支持三个方面,就这些问题提出一些初步的看法。

一、面对金融欺诈,商法立法应当如何把握它的基本原则?

一般的理论推测是,在自由交易的环境下,金融欺诈有更广阔的活动空间;而且,法律规范越是宽松,不法之徒就越是有机可乘。因此,面对金融欺诈危害日益严重的形势,商事立法应该强化管制,给政府更多的干预权,给交易者较少的自由。

这里至少有两个问题值得考虑。

第一,我们是不是应该为了避免金融欺诈带来的损失,而不惜付出牺牲社会经济效率的代价?

我们知道,商事立法的基本价值目标是经济效率,它的重要性丝毫不亚于交易安全的价值目标。一个存在着一定风险但是富有活力的经济社会,比起一个风险较小但是缺乏活力的经济社会来,更符合人类的

福利需求。长期以来的经济发展经验已经证明，在自由宽松的制度环境下最有可能实现以较小的交易成本获取较大的财富增长。而在严格管制的环境下，尽管有可能减少不法行为的得逞率，但与此同时也减少了合法交易的成功率，并且增加了它们的成本。在我国的计划经济时代，金融欺诈确实很少发生。但是，那不是真正的商法秩序。商法秩序是通过市场配置资源的交易秩序，而不是通过计划分配资源的行政秩序。所谓市场管制，就是运用政府权力干预、限制交易行为，例如种种审批制度、配额制度、许可证制度等等。政府管制延长了交易的过程，增加了交易的成本和难度，减少了交易成功的机率。过度的管制，可能使它带来的在交易安全方面的益处远远低于它所因导致交易成本增加和效益降低而造成的损失。这种情况，可以被称作因噎废食。

第二，实行高度管制的商法秩序是不是真的有利于防范金融欺诈？

对此我们很难作出十分肯定的回答。因为，实践证明，高强度的管制，往往给金融欺诈造成新的机会。一个较为常见的情况就是钱权交易。例如，花钱买批文，然后用批文套取贷款。在政府有高度的干预权甚至对资源分配有决定权的情况下，金融机构自主决策的权利就会削弱。这样，不法分子就可以通过其收买的政府官员，强迫金融机构提供资金。同时，过度的管制也会导致金融机构自身责任约束的软化，因为，在发生损失的时候，金融机构可以把“不得不服从政府命令”作为其推卸责任的理由。

另一个较为常见的情况是，过份僵硬的规定由于缺乏广泛的社会认同，往往导致普遍的违规行为和违法不究现象，从而给金融欺诈者以更大的可乘之机。例如，我国公司法规定公司注册时必须缴足全部注册资本，并进行验资。实际上，许多公司在开办初期并不需要使用那么多的资金。因此，大量的公司在注册之后纷纷抽走其用于验资注册的资本金。由于这种现象比较普遍，又往往“情有可原”，执法部门很难查禁甚至不予查禁。这种状况被一些人利用，他们在抽走资本金以后，以虚假的注册资本骗取金融机构信任，进行金融欺诈。应当看到，行为人是有着各自利益和独立意志的主体，他们对法律的遵守不是被动的。过份强硬的立法规定，如果缺乏经济上的说服力和道德上的感召力，就难以为人们自觉遵守。在这种情况下，只能借助政府职能部门的强制管束。可是，政府职能部门的管束能力不是无限的。人们常常看到某些规避行为大量发生，而政府却管而不制，劳而无功。对这种现象，我们有时候需要从规则自身寻找原因。

总之，现代市场经济秩序的基本要求是交易自由、交易公平和交易安全。为了满足这些要求，法律的强行规范和政府的适度干预是必要的。所谓“适度”，一是“合理”，二是“可行”。一般说来，从商事组织法的角度看，总的趋势是严格化；而从商事交易法的角度看，总的趋势还是宽松化。就我国的金融立法而言，在金融组织法方面，应该以强化金融机构的组织规范和内部管理规范为首要目标，而在金融交易法方面，则应该首先强调保障当事人的契约自由，其次才是通过必要的监督管理措施规范交易行为和维护交易秩序。

二、面对金融欺诈，商事立法应当如何完善它的结构体系？

传统商法的体系是在长期历史发展基础上形成的。一些主要的商事法律，如公司法、合伙法、破产法、票据法、保险法，至少可以追溯到工业革命初期，甚至可以从古代法追根溯源。随着时代的变迁，今天的商事法，已经发生了很大的变化。首先，一些传统的商法部门正在经历重大的制度变革，例如，破产法的立法模式由过去的以清算型债务清理为重心转变为以再建型债务清理为重心。其次，出现了一些新的商事法律，特别是金融领域的商事法律，如银行法、证券法。第三，就是以国家干预为主要特征的经济法对商事法的影响和渗透。由于这些发展变化，今天商事立法比以往任何时候都更需要加强各种法律之间的协同和配合，使之成为一个具有内在联系的整体。现代商法的这种整体化趋势，主要地不是体现为形式上的整合（例如编纂体系完美、逻辑严谨的商法典），而是实现不同的法律部门、制度在思想、原则、政策、结构和功能方面的衔接、沟通与融合。所以，围绕金融欺诈问题所展开的立法活动，涉及到的绝不是某一个法律部门或者一个法律部门的某一部分。立法者在制定一项商事法律时，必须虑及可能发生的金融欺诈，并且要考虑为了防止金融欺诈如何与其他法律相配合的问题。例如，在银行借贷债权的保护问题上，就需要有合同法、担保法、商事登记法、公司法、破产法等多种法律的配合。我们可以围绕防止金融欺诈、保护金融安全这一重大立法课题，制定涉及多种法律部门的系统性立法方案。实际上，防范金融欺诈只是金融安全的法律保护这个大题目下的一个子题目。尽管目前还没有人提出建立专门的“金融安全保护法”的立法建议，为保护金融安全设计纲领性的立法方案仍不失为值得考虑的设想。这种方案将有助于各种商事立法的制定工作能够更好地与保护金融安全这一政策性目标相适应。

具体一些讲，防范金融欺诈所涉及的商事立法主要包括以下几个领域：（1）金融机构的资质和内部行为规制。在我国，目前特别要注意对非法设立金融机构、非法集资以及金融机构分支机构违规操作的防范和制裁。

(2) 贷款合同和其他融资合同的条款、订立程序、担保和履行监督。在这方面，要重点防范各种贷款欺诈行为，如虚假的项目可行性报告、虚假保证、虚假抵押等，以及违反用途使用贷款、抽逃贷款资金和逃避银行监督的行为。

(3) 确保公司的资本确定、资本充实。在这方面，一是要防范公司成立或增资时的出资不到位，二是要防止出资以后的非法抽回或转移出资的行为，三是要防止各种非法减少公司实际资产的行为（如贱卖、私分公司财产等）。与此同时，应当对僵硬的现行出资规定加以改革（如，采用授权资本制），使之更具有经济合理性和可行性。

(4) 公司合并、分立时的债权人保护。要防止债务人利用公司合并或分立转移财产、逃避责任，侵害债权人的利益。

(5) 规范企业破产的程序和对违规者的制裁。要强化对破产财产的保全措施，规范破产清算，实现公平清偿，防止损害债权人特别是金融机构债权人的行为（如，不法减少破产财产、个别清偿、虚报债权、不正当地否认或歧视金融机构的债权在破产程序和清算分配中的权利）。[2]

(6) 规范票据交易。尤其是要防范和制裁伪造、变造票据的行为，以及签发无可靠资金来源的汇票、本票骗取资金的行为。

(7) 结算规范，包括对运用电子手段、网络技术进行的结算、兑付等行为的规范。在当代，利用计算机进行金融欺诈的现象日趋严重，需要认真研究，制定防范措施。[3]

(8) 保险合同的订立程序和保险理赔规则。在这方面，一是要防止投保人虚报、瞒报，骗取保险合同，二是要防止被保险人或者受益人通过谎称保险事故、故意制造保险事故、虚报损失等手段骗取保险赔偿金。

(9) 证券发行和证券交易的规则。这些规则更多地涉及到对证券市场的广大投资者的保护。主要的问题，一是对证券发行者信息披露的真实性、充分性的保证，二是对证券发行和交易中的内幕交易、操纵市场、欺诈客户、虚假陈述等行为的防范。[4]

三、面对金融欺诈，商事立法需要哪些方面的技术支持？

当今社会中的金融欺诈，已经远远超出了商业道德的范畴；它在很大程度上已经不单单是商人的经营方法或营利手段问题。实际上，金融欺诈已经成为一种与走私、贩毒并驾齐驱的犯罪性职业。而且，与走私、贩毒相比较，金融欺诈这种犯罪性职业具有更高的知识性和技术性。因此，防范金融欺诈的法律问题，不仅有政策问题，而且有技术问题。这里所说的技术问题，包括两个方面，一是法律技术，二是与法律实施相配套的科学技术。

从法律技术方面看，简单地运用传统的“假定——处理”模式，即列举或概括不法行为的态样，同时规定相应的制裁措施，已经不能适应当前和今后防范金融欺诈的需要。因为，实践证明，法律条文的假定性描述存在着很大的局限：如果它太具体，则缺乏概括性，这样，规则对行为的覆盖面就很小，违法者便可以绕开这些“禁止性路标”昂首前行；反之，如果它太笼统，则缺乏明确性，这样就可能有多种不同的解释，从而使执法者无所适从，并且使违法者和枉法者有机可乘。

克服这种局限的方法有两种。一是设立“禁止性路标”的外围规定，堵住违法者规避的口子。这种外围性规定可以直接由原法律设定，也可以由补充或配套的立法文件以及一定条件下的行政规章加以设定。二是运用法律解释，使较为笼统的法律条文能够有效地适用于错综复杂和千变万化的社会生活。[5]

从科学技术方面看，现有的法律规范需要更迅速地适应现代科学技术的发展，更充分地应用现代科学技术的成果。这不仅是指现行立法应当对运用技术手段的金融欺诈给予充分的认识和有效的遏制，而且，更重要的是，要运用现代科技手段充实和支持法律规范的运行。一般说来，发生欺诈事件的原因之一在于影响交易过程的信息不真实、不充分，而造成这种不真实、不充分的一个重要原因则是受害人缺乏获取必要信息的可靠、便捷的渠道和手段。因此，如何运用现代信息技术，保证交易当事人及时获取所需要的可靠信息，是现代商事法律应当认真解决的一个问题。目前，发达国家在这方面已经有一些成功经验。例如，法国商法院实行了一项制度，规定企业必须按月提交的财务报表，其中的可公开数据进入互联网络。这样，一方面，任何与企业交易的人都可以及时获悉该企业的财务情况，另一方面，商法院可以及时针对

企业可能出现的财务困境采取治理措施。可以预见，今后商法发展的一项重要任务，就是对企业的财务信息和其他重要信息实行以计算机网络支持的制度化和法律化管理，即制定严格而具体的行为规范和制裁措施，将金融机构和其他企业的财务信息纳入由执法部门管理或监督并在一定程度上向社会开放的计算机网络系统。

结 语

现代的市场经济，已经在很大程度上超出了传统意义上的“商品经济”范畴。换句话说，在当今世界的商品中，知识商品和金融商品已经占据了主导地位。据资料反映，当前国际上以货币进行的交易总额中，与实物贸易挂钩的交易额只占2%。而其余98%的非实物交易，即使除去泡沫经济的成份，其数额也是实物贸易所望尘莫及。眼前的亚洲金融危机已经显示，金融商品的供求变化对社会经济的影响力，已经远远超过了实物商品供求变化的影响力。因此，金融市场中的欺诈行为和其他金融违法行为的社会危害性，是传统的财产欺诈和其他侵犯财产权行为所无法比拟的。而且，金融违法行为所造成的危害后果，也不是传统的民事救济方法所能充分补救的。但是，我们现有的商法，在很大程度上还停留在以实物贸易为主导的商品经济阶段。现有的有关金融组织、金融交易、金融管理和金融违法的法律制度，还远远不能适应现代经济社会的需要。也许，关于金融欺诈问题的讨论，仅仅是一个开端，或者说，一个切入点。由此向前，我们将会有很多工作要做。我们期待着在这个领域中有更多的新成果问世。

（写于1998年9月，载《金融欺诈的预防和控制》，中国民主法制出版社1999年5月版）

[1] 保障交易安全是现代商法的基本原则之一，其主要精神是：减少和消除商事关系中的不确定因素，保证交易行为的法律效用和法律后果具有可预见性，以增强人们的安全感，调动人们从事交易的积极性。[2] 在我国，欺诈性破产常常与欺诈性合并或欺诈性分立联系在一起。因此，在这个问题上需要有破产法与公司法及有关企业合并、分立的其他立法之间的协同。

[3] 据报道，美国信息安全专业协会与1997年调查了249个组织之后，发现它们当年遭网上金融诈骗的损失约达2500万美元。（见，朱昌都：《网络犯罪袭扰人类社会》，载《法制日报》1998年1月3日）另据报道，一些机构曾对美国1958~1975年发生的计算机犯罪进行研究分析的结果表明：平均每件案例造成的损失高达45万美元，而传统的银行欺诈案和侵占案的平均损失只有1万9千美元，银行抢劫案的平均损失只有4900美元。（见，袁京华：《金融业，请管好计算机》，《法制日报》1997年10月9日）

[4] 关于第二类问题，可参看，管晓峰：《金融法导论》，中国金融出版社1998年5月版，第333~339页。

[5] 法律解释按主体的不同，可分为立法解释、司法解释和学理解释。法律解释的方法，有文义解释、逻辑解释、系统解释、目的解释、历史解释、比较解释、合宪解释、社会学解释等等。依其解释的结果，可分为当然解释、扩张解释和限缩解释。

来源：民商经济法律网

相关文章：

[中国破产立法中的破产责任与清偿顺序问题](#)

[论重整企业的营业授权制度](#)

[经济体制改革回顾：以《商法》为聚焦点](#)

[中国企业债务重组理论与实践](#)

[应对国外反倾销的三大原则](#)

[上善若水](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)