华南农业大学学报(社会科学版)
2002年第2期 JOURNAL OF SOUTH CHINA AGRICULTURAL UNIVERSITY No.2 2002
(总第2期) (SOCIAL SCIENCE EDITION) (Vol.1)

期货经纪商法律制度研究

刘 勇[1], 赖作卿[2]

(1. 华南农业大学 人文学院; 2. 华南农业大学 经贸学院, 广东 广州 510642)

摘 要: 期货经纪商是期货市场的基本要素, 也是各国期货法规范的重点之一。各国期货立法对"期货经纪商"的规定各异。英美法系的期货经纪商的性质是代理商, 大陆法系的经纪商则是行纪商。我国对"经纪"一词未有明确的法律规定, 因此我国期货立法中不宜使用"经纪"一词。依我国现行法律的规定, 我国期货经纪商应为行纪商, 即期货行纪公司。

关键词: 期货; 代理; 行纪

中图分类号: F713.35; DF052 文献标识码: A 文章编号: 1672-0202(2002)02-0069-06

一、期货经纪商的法律内涵

期货经纪商是各国期货法规范的重点之一。各国期货立法对"期货经纪商"的规定因政治经济环境的不同而各异。美国的期货经纪商包括期货佣金商(Futures Commission Merchant, 简称FCM)和场内经纪人(Floor Brokers, 简称FB)。《美国期货交易法》第2条a(定义)(12)款规定:"期货佣金商是指根据合同市场规则招揽或收受商品的期货买卖订单; 根据该招揽和收受的订单, 接受作为交易或合同的或由于交易和合同所需的保证金、担保和保证的资金、证券或财产(或能替代资金、证券和财产的信誉)的个人、社团、合伙企业、公司或信托行。"依此规定, 美国期货佣金商的特征是:(1)承接期货交易订单; (2)接受作为担保的现金或其他资产。同时,《美国期货交易法》第2条a(8)款还规定:"场内经纪人, 是指在同行人能面议的交易池、交易厅、交易站或在合同市场提供的地方或其周围, 依据合同市场的规则为其他人买卖期货合同的人"。场内经纪人有两种: 一种是会员期货经纪商的职员; 另一种是享有期货交易所会员资格的个人, 他不受雇于任何组织而独立营业。由此可见, 当美国的场内经纪人是独立的个人时, 他实际上就是期货经纪商。因此, 美国的期货经纪商既有法人期货经纪商, 也有个人期货经纪商。

《新加坡期货交易所法》则将期货经纪商称为期货经纪人, 该法的第2条规定:"期货经纪人(Futures Brokers): 指委托或代理, 从事征购或接受任何交易所或期货市场的期货合同买卖订单的人, 接受金钱、有价证券或财产(或为替代它给予信贷)以为由订单产生的或可能产生的交易或合同作保证或担保。"该法关于期货经纪商的规定与美国期货交易法的规定有着相似之处。但根据该法第12条(3)(a)款规定: 期货经纪人执照只能授予股份公司, 即只授予法人, 自然人不能成为期货经纪商。

我国《期货交易管理暂行条例》第24条规定:"期货经纪公司接受客户的委托, 以自己的名义为客户进行期货交易, 交易结果由客户承担。"由此可见, 我国期货经纪商具有如下特点:(1)必须是公司法人, 自然人不能成为期货经纪商; (2)以自己的名义为客户进行期货交易; (3)交易结果由

收稿日期: 2002-09-14

作者简介: 刘 勇(1966-), 男(汉族), 经济法学硕士, 华南农业大学人文学院副教授.

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

客户承担。

我国台湾《国外期货交易法》第4条规定,期货经纪商是指"受期货交易人委托向境外期货交易所为期货交易的行纪或居间者。"由此可见,台湾的期货经纪商具有如下特点:(1)必须是受期货交易人的委托;(2)必须向境外期货交易所为期货交易,这是因为台湾岛内尚未成立期货交易所;(3)必须是从事行纪或居间活动。

综上所述,可见期货经纪商具有如下特征:(1)期货经纪商须依法设立;(2)期货经纪商须以自己的名义为委托人从事期货交易;(3)期货经纪商必须在期货交易所内从事期货交易。这里的期货交易所是境内期货交易所,也有的是境外期货交易所;(4)期货经纪商是企业(公司)法人,也有的是个人。

二、英美法系与大陆法系的期货经纪商法律性质比较分析

关于期货经纪商的性质在国外,也有不同规定,而不同规定源于两大法系代理制度的差异。英美法系代理制度构筑于"等同说"的基础上,即将通过他人所为的行为视为自己所为的行为[1]。英美法系关心的并非代理人究竟以代理的身份还是以本人的名义与第三人为民事法律行为这一表面形式,它所关心的是最终由谁来承担代理人与第三人所为民事法律行为之后果这一实质内容。从第三人的角度看,英美法系的代理有三种:(1)代理人在交易中既公开本人的存在,又公开其姓名的显名代理;(2)代理人在交易中公开本人的存在,但不公开其姓名的隐名代理;(3)不公开本人身份的代理,代理人在交易中不公开本人的存在,以自己名义为民事法律行为。因此,英美法系国家采用广义代理概念,即代理人不论是以被代理人名义,还是以代理人本人名义代被代理人为法律行为,不论其法律行为效果直接归属被代理人,还是间接归属被代理人,均为代理。故英美法系国家的居间人、行纪人都具有代理人地位。

而大陆法系的代理制度则构筑于"区别论"的基础上,即严格区分委任与授权[2]。委任是指本人与代理人之间的合同,调整本人与代理人之间的关系。授权则指代理人代表本人与第三人为法律行为之权利,调整本人和代理人与第三人之间的外部关系。本人对代理人在其授权范围内所为民事法律行为的后果负责。因此代理人以本人的名义为民事法律行为是大大陆法系代理制度的本质特征。此种代理与英美法系的显名代理相类似。故大陆法系国家,采用狭义代理概念。其所称代理仅指代理人以被代理人的名义为法律行为,法律行为后果直接归属被代理人。如,《日本民法典》第99、100条规定:"代理人于其权限内明示为本人而进行的意思表示,直接对本人发生效力。","代理人未明示为本人而进行的意思表示,视为为自己所为。"我国《民法通则》承袭大陆法系传统,采用狭义代理说。至于英美法系的后两种代理,大陆法系则设行纪制度调整,如《德国民法典》第383条规定:"行纪商是指以自己的名义为他人(委托人)购买或销售货物、有价证券,并以其作为职业性经营的人。"《日本商法》第551条规定:"所称行纪人,指以自己的名义为他人出卖或买入物品为业的人。"

比较两大法系代理制度可知,英美法系代理制度包括直接代理和间接代理。而大陆法系代理制度规定的只有直接代理,又称显名代理,而不包括间接代理,对此代理,大陆法系设行纪制度调整。而行纪制度具有与代理制度不同的特点[3]:(1)行为名义不同。行纪是行纪人以自己名义,在委托人指示的权限范围内,从事活动。代理的受托人是以委托人的名义,从事民事活动。(2)行纪人与代理人的身份不同。行纪人为特定行为能力的经济组织。如,证券公司,均须具有特定商号身份。代理人为一般民事主体,无须特定身份。(3)行纪行为系有偿法律行为,行纪人为委托人经

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

办行纪业务，需收取一定佣金或报酬。代理可有偿，也可无偿。(4)行纪行为的法律范围不同。行纪人基于法律授权或者限制，从事法律允许经营的业务。如，德国法的行纪限于为商品或有价证券的买卖行为。代理范围无具体法律限制。(5)行纪与代理的法律行为结果，转移给委托人的方式不同。行纪人为委托人利益为法律行为，其行为结果直接归属于行纪人，间接归属于委托人。代理人的行为结果直接归属于本人。此为行纪与代理的根本区别。

据此推论，期货经纪商接受投资者委托，以其名义入市交易，在英美法系国家，其法律性质是代理商，而在大陆法系国家，其法律性质则是行纪商。

三、我国期货经纪商的法律性质分析

“经纪”一词，在我国现有法律、法规中尚找不出一个明确的定义。关于期货经纪商的法律性质，我国期货界、法学界因受英美国家的影响，普遍认为是代理关系。江平著《西方国家民商法概要》中认为：“经纪商与顾客之间的法律关系是代理人和委托人的关系。”[4] 我国期货界、政府的政策、行政法规中大多采用代理说，如“经纪公司就是指专门从事接受非期货交易所会员(客户)的委托进行期货交易并收取佣金的居间公司。……经纪公司……通过它的经纪活动代理广大客户参加期货交易。”[5]“经纪公司就是专门代理非交易所会员进行期货交易并收取佣金的公司。”[6]“经纪行是买卖双方的代理机构。”[7]《上海期货市场管理规定》第 31 条规定：“会员可以从事期货交易代理业务。”第 38 条规定：“非会员的期货经纪机构……办妥有关手续后方可从事期货交易代理业务。”第 35 条规定：“期货经纪机构是以营利为目的，接受客户的委托，从事期货交易代理业务的企业法人。”《广东联交所交易规则》第 49 条规定：“代理交易是指会员单位经证监会和交易所的批准，受理其他单位(客户)的委托并指派其出市代表在场内进行交易的行为。”《郑州商品交易所交易交易规则》第 7 章 7.1 规定：“经纪业务是交易所会员在交易所指定的交易场所为客户代理交易活动。”《上海金属交易所管理规定》《苏州商品交易所交易规则》等均采用了代理说。《期货经纪公司登记管理暂行办法》和《国债期货交易管理暂行办法》未对期货经纪商的性质予以规定。

我国的期货经纪商的法律性质是否为代理商？我国《期货交易管理暂行条例》第 22 条规定：“设立期货经纪公司，必须经中国证监会批准，取得中国证监会颁发的期货经纪业务许可证，并在国家工商行政管理局登记注册。”第 24 条规定：“期货经纪公司接受客户的委托，以自己的名义为客户进行期货交易，交易结果由客户承担。”从以上规定可见：(1)我国期货经纪公司的设立，需中国证监会批准，其身份为特定行为能力的经济组织。(2)期货经纪公司代客交易的事务属特定事务，仅限于买卖期货的活动，不包括事实行为。(3)经纪公司是以自己的名义而不是以客户的名义代为交易的，在期货交易所记录中反映出的买者和卖者，是经纪公司而不是客户，交易所和第三人并不知道客户的姓名或名称。(4)经纪公司代客交易的法律后果首先是由经纪公司承担，然后经纪公司再按与客户订立的“委托买卖协议书”的规定转移给客户，第三人不得以任何理由向客户主张权利。(5)经纪公司代客交易，收取佣金，不存在无偿的情况。从以上分析可以看出，我国期货经纪商不符合代理的一般条件，因而其法律性质不是代理。可是如果我们将其法律特征与行纪相比较，就可以发现期货经纪商与行纪十分相似。另外，《中华人民共和国合同法》第 414 条也规定：“行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。”据此，在我国期货立法中应将期货经纪商的法律性质定性为行纪，而非代理。

将我国期货经纪商定性为行纪的重要意义在于：一是期货交易委托人只能与期货经纪商发生直接关系，不涉及该交易之对方(第三人)，即使发生交易纠纷或交易事故，其本人无权超越期货经

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.

纪商，直接向第三人求偿，也即纠纷发生时，本人不能将第三人列为被告；反之亦然。二是在期货交易中，被委托人低于委托人指定的价格卖出或高于指定的价格买入时，如果将期货经纪商定性为行纪人，则“行纪人补偿其差额的，该买卖对委托人发生效力。”[8]如果将期货经纪商定性为代理人，如发生上述情况，按我国《民法通则》规定，这属于超越代理权的无效代理，委托人可以向被委托人请求赔偿损失。同一事实因行纪制度与代理制度的不同，则会产生不同法律效果。

四、我国期货经纪商的法律规制

国内关于期货经纪商，因政出多门，导致称谓不一、定义各异。1993年4月，国家工商行政管理局（1993）第11号令《期货经纪公司登记管理暂行办法》第二条规定：“本办法所称期货经纪公司，是指依照国家法律、法规及本办法设定的接受客户委托，用自己的名义进行期货买卖，以获取佣金为业的公司。除已经取得期货交易所会员资格的公司，可以依照本办法的规定申请兼营期货经纪业务外，其他公司一律不得兼营期货经纪业务”。由此规定可见，期货经纪公司的特点是：（1）依法设立。该《办法》对期货经纪公司的设立采准则制，即期货经纪公司只要符合该《办法》第3条关于期货经纪公司应当具备的基本条件，即可设立期货经纪公司；（2）接受客户的委托，用自己的名义进行期货买卖并收取佣金；（3）期货经纪商为公司法人。1993年6月，国家外汇管理局下发的《外汇期货业务管理试行办法》第3条规定：“办理外汇期货交易的机构必须是经国家外汇管理局核准的具有经营代客外汇买卖业务的金融机构，或由金融机构合资设立的外汇期货经纪公司。”由此规定可见，外汇期货经纪商的特点是：（1）依法设立。该《办法》对外汇期货经纪商的设立采许可制，核准机关为国家外汇管理局；（2）代客经营外汇期货买卖业务；（3）外汇期货经纪公司必须为金融机构或与金融机构合资设立。1994年4月河南省人大常委会通过《河南省期货市场管理条例（试行）》第37条规定：“期货经纪机构是指依法成立的期货经纪公司及经过批准可以从事期货经纪业务的会员。”由此规定可见，期货经纪商的特点是：（1）期货经纪商的成立须依法设立；（2）期货经纪商可以是期货经纪公司（该《条例》对此类期货经纪商的设立采准则制，也可以是能从事期货经纪业务的交易所会员（该《条例》对此类期货经纪商的设立采许可制）。1994年12月上海市人民政府发布的《上海市期货市场管理规定》第35条规定：“期货经纪机构是以营利为目的，接受客户的委托，从事期货交易代理业务的企业法人。”该《规定》的期货经纪商具有以下特点：（1）期货经纪商是企业法人，其设立采准则制；（2）期货经纪商是以营利为目的；（3）期货经纪商是从事客户委托的期货交易代理业务。1995年2月，中国证监会和财政部联合发布《国债期货交易管理暂行办法》第12条规定：“国债期货经纪机构是指经中国证监会批准的，主要接受客户委托进行国债期货交易并提供相关服务的期货经纪公司和有证券经营权的金融机构。未经中国证券监督管理委员会批准，任何机构不得从事国债期货经纪业务。”该《办法》的期货经纪商具有以下特点：（1）国债期货经纪商须由中国证券监督管理委员会批准，由此可见，该《办法》对国债期货经纪商的设立采许可制；（2）期货经纪商的主要业务是接受客户委托进行国债期货交易，并提供与期货交易相关的服务；（3）国债期货经纪商可以是期货经纪公司，也可以是有证券经营权的金融机构。

由上述我国几个规范性文件对期货经纪商的规定可以看出，他们对期货经纪商的规定不仅定义各异而且存在相互矛盾的问题。如国家工商行政管理局发布的《期货经纪公司管理暂行办法》中明确规定：“除已取得期货交易所会员资格的公司可以依照本办法的规定申请兼营期货经纪业务外，其他公司一律不得兼营期货经纪业务。”但是国家外汇管理局下达的《外汇期货管理试行办法》第2条规定：“外汇期货交易作为一项外汇金融业务，只能由经中国人民银行批准设立、经国家

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

外汇管理局核准可以经营代客外汇买卖业务的金融机构或经批准由金融机构合资设立的外汇期货公司才可申请开办该项业务，其他机构一律不得办理。”该规定在这一点上很明确，那就是经营代客外汇买卖业务的金融机构不需是会员，只要依法被核准，也可以兼营外汇期货业务。又如，《国债期货管理暂行办法》第 12 条规定（见上）中我们也可以看出，有证券经营权的金融机构，只要经中国证监会批准，不必是期货交易所会员，也可以兼营期货业务。因此，在我国的期货立法过程中，应重视对期货经纪商的法律规制。

首先，关于期货经纪商的名称，依我国《合同法》的规定，应为行纪商，立法时应称为“期货行纪公司”。称“期货经纪公司”、“期货经纪机构”、“期货经营机构”既无法律依据，又不能完全反映期货行纪商的性质。另外，期货行纪商的名称中，应冠有“行纪”字样，以示区别期货交易的其他机构。如以前成立的“中国期货有限公司”、“广东万通期货公司”、“上海润丰商品期货有限公司”等，其实都是期货行纪公司，但因未冠“行纪”字样，实难辩出它是期货行纪公司。

其次，关于期货行纪商的设立，应统一采用许可制，即期货行纪公司的设立，必须由期货监管机构审查批准，其他任何机构不得批准设立期货行纪公司。不宜因期货品种的不同而采用不同的设立体制。

第三，关于我国兼营期货行纪商。我国兼营期货行纪商包括如下几类：（1）既从事期货自营业务又从事受托业务的期货行纪公司；（2）取得期货交易所会员资格的生产、加工和贸易公司，依法取得兼营期货行纪业务后，也属于兼营期货经纪商的范围；（3）有证券经营权的金融机构，经批准，既可以从事（国债）期货交易，又可以从事证券交易。今后的立法是否肯定这种现状，目前存在不同的观点。对第一类既从事期货自营业务又从事受托业务的期货行纪公司，有观点认为，“不应允许期货经纪商从事自营业务。”[9] 但笔者认为，以前我国期货行纪商从事自营业务出现的弊端，主要是因为法规不健全、管理不规范造成的。只要我们在今后的立法中，健全法规，规范管理，如实行自营帐户与客户帐户分设制度，是能够有效的解决好这些问题的。因此，没有必要严禁期货行纪公司从事自营业务。对于第二类和第三类兼营期货行纪商，存在两种不同观点：一种观点认为，对此两类期货行纪商应控制在现有的规模内，且通过更高的条件方式，逐步将其淘汰；另一种观点认为，没有理由，也没有必要淘汰此两类期货行纪商，因为从国际上看，很多期货行纪商都属于这一类，它们运作良好、管理规范。而且从中国的现实情况来看，限制这些期货行纪商，将使交易量萎缩。笔者认为，对后两类期货行纪商应具体分析。主营现货商品的生产、加工、贸易业务的公司依法取得期货交易所的会员资格后，可以依法继续让其兼营期货行纪业务，这样规定，既有利于生产商、加工商、贸易商利用期货市场套期保值，又可避免交易量的萎缩。而对金融机构兼营期货行纪业务，特别是有证券经营权的金融机构兼营期货行纪业务的情形，以前考虑到监管的难度，予以禁止。但从长远看，特别是美国在 1999 年 11 月 4 日通过《金融服务现代化法案》（Financial Service Modernization Act of 1999），取消《格拉斯－斯蒂格尔法》（Glass－Steagall Act），意味着世界金融业将迈向一个混业经营的新时代，我国已成为 WTO 的一员，金融业即将与国际接轨，禁止金融机构兼营期货行纪业务决非良策。

五、结论与讨论

期货行纪商制度对于期货市场的重要性不言而喻，中国期货行纪商制度是在借鉴和移植西方发达国家的经验基础上建立起来的。但是，根据制度经济学的观点，即制度创新是由正式规则、非正式约束和实施机制共同决定的。我们可以在很短时间通过学习西方创立崭新的法律制度，但这

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.

并不意味着我们已成功实现了制度的创新。事实上,我国期货行纪商赖以存在的经济基础远未达到西方发达国家的程度,要建立和完善中国期货行纪商制度,还需要我们付出长期和艰辛的努力。在司法实践中,期货行经商与投资人之间的纠纷,是适用我国《民法通则》关于代理的法律规定,还是适用《合同法》关于行纪的法律规定,仍存在歧议,值得学界作进一步研究。

参考文献:

[1、2] 施米托夫著. 国际贸易代理比较研究[J]. 载于《国际贸易法文选》[M](中国大百科全书出版社,1993年12月第1版). 第371,381页.
[3] 杨志华. 证券法律制度研究[M]. 中国政法大学出版社,1995年1月第1版. 第186页.
[4] 江平著. 西方国家民商法概要[M]. 法律出版社. 第222页.
[5] 田源等主编. 期货交易全书[M]. 中国大百科全书出版社,1993年第1版. 第26页.
[6] 张帮辉主编. 期货交易大辞典[M]. 中国物价出版社,1994年第1版. 第72页.
[7] 陈勋山等主编. 期货交易、组织、操作、技巧[M]. 化学工业出版社,1993年第1版,第12页.
[8] 《中华人民共和国合同法》第418条.
[9] 文海兴著. 期货交易法律关系研究[M]. 法律出版社. 第96页.

Study on the Legal System of Futures Commission Merchants

LIU Yong[1], LAI Zuo-qing[2]
(1. *College of Humanities and Social Sciences, South China Agricultural University*;
2. *College of Economics and Trade, South China Agricultural University, Guangzhou* 510642, *China*)

Abstract: This article discusses the connotations and types of the futures commission merchants. There are difference existing in the relations between the futures commission merchants and customers in different legal systems. In Anglo—American law they are agents; in continental law they are commission agents. According to the present legal provisions in China, they should be commission agents.

Key Words: futures, agent; commission agent

【责任编辑:张事业】

?1994-2016 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.