



开放中的

金融法变革

刘定华 主编

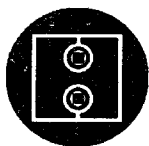
KAIFANGZHONG DE

JINRONGFA
BIANGE

KAIFANGZHONG
DE
JINRONGFA
BIANGE



HUNAN RENMIN CHUBANSHE
湖南人民出版社



开放中的 金融法变革

刘定华 主编

KAIFANGZHONG
DE
JINRONGFA
BIANGE

HUNAN RENMIN CHUBANSHE
湖南人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

开放中的金融法变革 / 刘定华主编. —长沙: 湖南人民出版社, 2008. 6

ISBN 978 - 7 - 5438 - 5305 - 8

I. 开... II. 刘... III. 金融法 - 改革 - 研究 - 中国
IV. D922.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 097636 号

开放中的金融法变革

主 编: 刘定华

出 版 人: 李建国

· 责任编辑: 马明明

装 帧 设 计: 杨丁丁

出版、发行: 湖南人民出版社

网 址: <http://www.hnppp.com>

地 址: 长沙市营盘东路 3 号

邮 编: 410005

经 销: 湖南省新华书店

印 刷: 湖南贝特印务有限公司

印 次: 2008 年 6 月第 1 版第 1 次印刷

开 本: 850 × 1168 1 / 32

印 张: 14

字 数: 332000

书 号: ISBN 978 - 7 - 5438 - 5305 - 8

定 价: 28.00 元

营销电话: 0731 - 2226732

(如发现印装质量问题请与承印厂调换)

前 言

1978年，党的十一届三中全会开启了改革开放的新时期。从此，从农村到城市，从经济领域到其他领域开始了有计划的改革。30年后的今天，可以说，我国基本完成了从高度集中的计划经济体制向充满活力的社会主义市场经济体制的转变，由封闭、半封闭社会进入全方位开放的历史时期。金融作为现代经济的核心和国家对外开放整体战略的重要组成部分，遵循改革与开放并举，以开放促改革，以开放促发展的方针，于2006年12月实现加入WTO的承诺全面开放，这一进程有力地推动了并继续推动着金融业的改革、发展和综合竞争力的提高。

金融入世，意味着金融法入世。WTO统一规则本身就是一个庞大的法律、贸易体系，是不同法域下法律理念、价值、规则的融合。金融入世，金融法先行。金融开放带来的金融组织体制、业务创新、监管制度的变革必须先有金融法对其加以引导、规范和保障，而处于由计划经济向市场经济转轨时期产生的我国金融法则与WTO规则有明显的差异，这就需要我国的金融法在立法理念、立法过程、制度设计等方面进行变革。变革所涉之范围既包括银行法、保险法、证券法、信托法等金融行业法，也包括金融监管法和金融调控法，同时也包括与贸易结算直接有关的

外汇法、票据法等。

我们可喜地看到，在入世后金融开放的准备期和全开放后的一年时间内，我国高度重视金融法制工作，完成了与世贸组织规则相冲突不协调的法律条文和法规的废改，创制了一大批金融法规和规章，它们正有效地调整开放的金融关系。但也应当看到，不同金融领域的法律变革是不平衡的，如有的起步较早，变革全面且深刻，如包括商业银行法、中央银行法和银行业监督管理法组成的银行法；有的虽起步较晚，但变革幅度较大，如保险法、证券法、外汇法；有的变革范围较小，但已初具成效，如信托法；有的却还在酝酿变革之中，如票据法。面对国际金融市场和新的开放领域，有的法律具有一定的超前性，但也有的法律存在缺陷或欠周全，有待观念上的更新和内容上的完善，随着金融综合经营的出现和金融控股集团的产生，我国还面临着创制新法的任务。

如同金融开放一样，金融法的变革也是一个过程，而且是一个能动的积极的过程，它要及时反映金融开放中金融关系对法律的需求，用不断完善的金融法律引导我国金融业在 WTO 规则下健康有序地发展；用体现现代法治精神的金融法指导金融业的深层次改革，以增强我国金融企业的核心竞争力；用统一的体现国民待遇原则的金融法吸引外资金融机构进入我国，鼓励中资金融机构走出国门，以扩大金融开放的绩效。这既是中国金融法变革的动力，也是中国金融法变革的目标，同时也是广大金融法学者和法律工作者面临的一项长期任务。

正是基于这一考虑，我们曾以《加入 WTO 后中国金融法制的缺陷及其完善》为题进行了研究，并获得了国家社科基金项目的资助，其研究成果已上报有关部门。鉴于入世后准备期和完全开放后一年内，我国金融法数量、质量的深刻变化和金融法理

论研究的进一步深入，出版时我们不得不对原有的研究成果再次进行梳理，进一步充实内容，增加了“信托法”和“票据法”两章，使读者能对入世前、入世后开放准备期和完全开放后金融法的变化、革新情况有一个较全面的了解，对我国金融法的走向亦能有一定洞察。该课题由刘定华提出总体构思设计，主持组织研究，参加课题研究和本书撰写的有李金泽（第一章，第二章的第一、二、三节）、卢劲松（第三章）、曾辉（第五章）、李啸川（第六章）、张靖（第七章）、张倩（第二章第五节，第四章第一、二节）、刘定华（第二章第四节、第四章第三节）。该课题由刘定华主持，全书由刘定华主编、总纂。由于水平所限，我们的初衷不一定能够到达，书中不当之处，欢迎读者批评指正。

作者

2008年元月

目 录

第一章 WTO 对我国金融法的影响	(1)
第一节 影响我国金融法的 WTO 法律框架概览	(1)
第二节 影响我国金融法的 WTO 法律框架中的主要 制度	(4)
结 语	(12)
第二章 银行法	(14)
第一节 银行法在当代的发展趋势	(14)
第二节 入世后中国银行法的局限性及其克服	(33)
第三节 我国银行市场准入、退出制度的革新	(51)
第四节 我国银行业监管体制的变革和审慎监管的 新法律规范	(135)
第五节 对修改《商业银行法》和完善监管制度的思考	(200)
第三章 外汇法	(219)
第一节 我国外汇法的历史沿革	(219)
第二节 WTO 规则与我国外汇法制的缺陷	(227)
第三节 遵循 WTO 规则, 有步骤地完善我国外汇法律 制度	(241)
第四章 信托法	(254)
第一节 金融开放对信托法的基本要求	(254)
第二节 对我国入世前信托立法的审视	(257)

2

第一章 WTO 对我国金融法的影响

我国已经加入世贸组织，世贸组织是以其法律体系为基础构建起来的全球性国际组织。该组织的基本原则贯穿于世界交易组织的各个协定和协议中，构成了多边贸易体制的基础。这些基本原则是非歧视原则、透明度原则、自由贸易原则和公平竞争原则。其中，非歧视原则包括最惠国待遇原则和国民待遇原则。我国加入该组织后，将按照我国的承诺接受 WTO 法律框架基本原则的约束。WTO 法律框架及基本原则针对金融领域的制度在其整个体系中占据了极为重要的地位。《服务贸易总协定》及《金融服务协议》等更是直接构建了 WTO 体系中的金融服务领域的一体化游戏规则，各国在加入世贸组织时都必须按照统一的要求作出自己的承诺。我国在入世时已经做出比较明确的承诺。加入该组织后，这些承诺不同程度地影响着我国的金融法制。

第一节 影响我国金融法的 WTO 法律框架概览

从 WTO 法律框架的整体来看，直接或间接对我国金融法产生影响的法律制度主要体现在 WTO 主协定的附属文件中。

WTO 协定的主文件共有 16 个条文,就世贸组织的结构、组织的决策程序、成员资格、接受加入和生效等组织程序问题作了原则性的规定,这些规定并未直接涉及国际贸易的具体规则,而是为其组织及组织执行其他规则奠定基础。值得注意的是,该主文件确立的机构中常务理事会有服务贸易理事会,专门理事会中有服务贸易理事会,负责专门处理有关国际服务贸易的谈判、协调和争端解决,专门委员会中有服务贸易委员会所辖的金融服务贸易委员会。这些组织的设立无疑会推动 WTO 法律制度的发展及其在各成员国的实施。

WTO 的附属协议共有 4 个附属文件,包括 21 项。这些附属文件规范了 WTO 体制的实体规则和具体的程序规则。4 个附属文件直接或间接影响金融领域的文件有:《关于 1994 年关税贸易总协定》、《服务贸易总协定》(及其附录)、《关于争端处理管理规则和程序的谅解》、《贸易政策评审机构》等。由于这些文件属于“多边贸易协议”,成员国只能一揽子参加,因此其普遍性和强制性的法律意义是极为显然的。

1. 《关于 1994 年关税贸易总协定》。该文件所确立的若干基本原则构成了 WTO 法律框架的基础。尤其是如下原则:最惠国待遇原则、非歧视性原则、关税保护原则、公平贸易原则、透明度原则、协商一致原则等。这些原则贯穿于 WTO 的各类法律文件。

2. 《关于争端解决规则和程序的谅解》。该文件虽然在总协定的第 22、23 条就争端的解决确立了协商的基本方法,但是这对于保障 WTO 法律框架的落实是远远不够的。正因为如此,最终形成了《关于争端解决的规则和程序的谅解》。该谅解书共 27 条,另有 4 个附件。谅解书及其附件就世贸组织争端解决机制的适用与范围、管理与运作、一般原则、基本程序、建议与裁决的

实施和监督、补偿与减让的中止、涉及最不发达成员国的特殊程序、专家组的工作程序、专家复审等作了较为系统的规定。这些规定对于确保 WTO 法律体系的具体实施具有极为重要的意义，这些规定也是促成 WTO 法律框架影响各成员国相关法律的重要因素。特别值得一提的是，新型争端解决机制将是国内金融法制和金融执法作出回应性变革的重要保障机制。

3. 《服务贸易总协定》及其附录。《服务贸易总协定》及其附录是直接规制金融领域最为核心的 WTO 法律制度。该协定的正文可分为 6 个部分，共 29 条。其主要内容包括：其一，适用于 WTO 所有成员的规则和纪律（general obligations and disciplines）。这些规则和纪律是针对服务贸易领域各成员方在处理多边贸易关系、制定国内贸易政策以及处理贸易争端时所必须遵循的实质性义务和原则，构成缔约方在服务贸易中各项权利与义务的基础。其二，具体承诺（specific commitments），这是协定的核心内容，涉及“市场准入”（market access）和“国民待遇”（national treatment）两个方面。其三，逐步自由化（progressive liberalization），主要规定服务贸易自由化的进程安排和具体承诺表的制定标准。其四，组织条款（institutional provisions），含纳了协商机制、争端解决与执行、服务贸易理事会、技术合作以及与其他国际组织的关系等。

《服务贸易总协定》的附录中有两个直接涉及金融服务领域：一个是对金融服务的范围和定义、有关金融服务的国内法规、认可以及争端解决等实质性内容作了规定，一个主要针对金融服务贸易谈判的时间安排。

4. 《金融服务承诺的谅解协议》及《金融服务协议》。《金融服务承诺的谅解协议》是乌拉圭回合一揽子协议的组成部分，它是为使金融服务的具体承诺与自由化的最低限制相符而制定的

协议。它对跨境提供开业权和扩大商业存在规定了最低的承诺水平，要求参加国允许外国银行在其境内提供新的在国外已获得的金融服务，并要求参加国在其承诺表中详细说明现有的垄断经营权，成员国应努力消除这些垄断或缩小其范围。此外，还要求成员方就专业人员的临时进入作出承诺。承诺表的制定依据是本国在该服务贸易领域的发展状况和水平，它决定着各成员方国内服务市场允许进入的范围、条件及程度。

1997 年 12 月 13 日达成的《金融服务协议》是对成员方国内金融法影响最为直接而深入的制度。该协议是由《关于服务贸易总协定的第五议定书》及其成员方的具体承诺、最惠国待遇豁免清单等组成。该协议的生效，表明 WTO 的大部分成员方已就关于跨境贸易与金融服务的市场准入的法律框架及争端解决机制达成一致。尤其是各成员方的承诺清单将成为推进国内金融法变革的重要力量。

第二节 影响我国金融法的 WTO 法律框架中的主要制度

影响我国金融法的 WTO 法律框架中的主要制度有：

1. 国际服务贸易的一般责任与纪律。《服务贸易总协定》从如下几方面规定了国际服务贸易的责任与纪律：最惠国待遇、透明度、增进发展中国家经济一体化、国内规章、学历与履历承认、垄断与排他的服务供应者、紧急保障措施与收支平衡保障的限制、一般例外与安全例外、政府采购与补贴等。

最惠国待遇原则是影响国内金融法的一项重要原则。该原则指与服务贸易有关的任何国内立法和措施（即第一条规定的服务贸易措施）所规定的优惠和待遇，在由一成员方给予另一成

员方的服务或服务供给者时，也必须立即地、无条件地、完全地给予其他任何成员方的服务或服务提供者。该项原则的例外是：符合《关于免除第二条义务的附录》所规定的条件和程序；为发展边境贸易而采取的措施。这项原则意味着我国通过个别协定赋予特定国家的金融机构入境或优惠待遇的做法将面临冲击和挑战，除非该原则允许的例外情形。

透明度原则将是我国金融法革新的有力约束机制。它要求所有成员方必须及时地将可能影响其他成员方依据《服务贸易总协定》应有的权利和义务的任何国内法的修订和颁布的情况，通报给其他成员方，以使这些成员方能及时地了解有关变化。通报的内容包括新法律、法规和行政法规的制定，也包括现有法律、法规和行政法规的修订。通报的时间必须符合时限的规定：新规范的制定，必须在其生效以前予以公布；法规的修订应立即或至少每半年通报一次。通报应提交贸易理事会。任何成员方认为其他成员方所制定的政策、措施和法规将影响协议的实施的，有权向贸易理事会报告。在保障机制上，要求成员方应及时根据有关成员的要求提供资料，成员方应建立一个或更多的咨询机构，以便能及时、全面地履行通告和资料查询与提供义务。通告的内容不包括有碍法律实施和商业秘密保护的内容。

透明度原则将对我国金融法的制定、修改和废止提出更高的要求。这种要求主要体现在以下几个方面：其一，在制定、修改和废止的程序上，给有权机关提出了更高的要求。有权机关必须能及时地通告、提供查询服务，并能对其内容的选择作出合理的解释。其二，在实体内容上受到有关成员方的监督。因为成员方可针对我国金融法的制定和修改中存在违背 WTO 法律制度要求的内容通过适当的机制提出抗辩，我国将不得不接受相应的有约束力的修正要求。这意味着我国金融法的创制者必须熟悉 WTO

法律制度的相关要求及我国所作出的具体承诺，而且应能在充分维护和保障国内属民利益的同时将 WTO 法律制度的要求在国内法中得到贯彻和落实。其三，执法者的执法行为同样也受到了 WTO 法律框架的制约，尤其是具有立法意义的最高法院的相关司法解释及中国人民银行总行、银监会、证监会、保监会等监管机构的个案处理或对立法的个别解释将受到 WTO 透明度原则及其他相关机制的约束^①。因此执法机关的工作人员不仅要具有更高的法和相关业务水平，而且应更为谨慎地履行职责。其四，整理、废止和修改法律法规的任务将大大增加，尤其是行政法规和规章的整理工作将极为艰巨。因为我国不少的法规、规章在不同程度上都与法律或 WTO 法律制度的要求相抵触，这种状况在法制公开，并接受外来监督者监督时，则会促成创制者必须进行全面彻底的整理。

在国内规章及其认可的义务上更进一步加重了我国金融法变革的任务。因为该项义务要求各成员方在公平、客观、公正、公开和促进贸易自由化进程的基础上制定本国的国内法律法规和规章：对于已承诺开放的金融服务部门，相关的规章必须遵循合理、客观和公正的原则；为保障其他成员方在我国已承诺的金融服务部门中的权益，我国应及时建立与承诺有关的司法、仲裁和行政程序，以保证客观公正地解决国内立法可能给其他成员方造成的损害；对于需经政府批准程序的外国服务的进入，政府当局应及时、全面地提供批准申请所需的条件，并对任何申请进行毫无迟延的审查以便作出及时的答复；在有关服务供给者的资格认

^① 在我国加入 WTO 时，我国的金融监管机构分别为中国人民银行、证监会和保监会。2003 年 月，根据监管的需要，新设银监会为监管机构，中国人民银行仍有部分监管职能。

定的条件、程序等不得构成对贸易的壁垒（在资格认定的标准方面应有客观而明确的标准、资格和能力的要求不能超过为确保服务质量而必须具备的合理标准、批准的程序应具有透明性）；对服务供给者的学历、专业资格和许可证方面，鼓励各国合作以形成统一的国际性标准。

当然，《金融服务附录》对金融服务的特殊性给予了肯定。首先是在政策透明度方面，允许各国可以不公开有关消费者个人和账户方面的资料，公共机构所掌握的具有机密性质或与财产有关的资料都属于不公开的范围；其次，成员方还可以通过国内法规来保护投资者、存款者、投保者和与金融服务供给者有信托关系的人。为保护金融体系的完整和稳定，这些法规可以与《服务贸易总协定》有所不符。根据有关金融服务承诺的谅解协议的规定，成员方可以在符合以下要求时采取与《服务贸易总协定》不同的承诺方式：不与《服务贸易总协定》相抵触；不损害其他成员方依据《服务贸易总协定》第三部分“特定承诺”的规定安排具体承诺时间表的权利；应在最惠国待遇原则基础上作出特定的承诺；不对任一成员方依据《服务贸易总协定》的规定所作的具体承诺的程度作出规定，成员方有按照协议自由承诺的权利。

2. 市场准入机制。《服务贸易总协定》在特定义务的专项规定上作了原则性要求。首先要求成员方在服务提供方式上，每一成员方给予其他成员方的服务和服务提供者的待遇应不低于其承诺表中所同意和规定的期限、限制和条件。其次，在市场准入的限制上，除非另有规定，不得作出如下规定：服务提供者数量限制；服务交易总额和资产数量的限制；服务业务总量和服务产出总量的限制；服务雇佣劳动力的总数的限制；外国资本的参股、持股比例或投资总额的限制等。这些规定都在不同程度上构成对

我国既有或将来金融法的冲击。特别是上述的限制性规定的排除，更是对我国金融法的制度选择有重大影响，因为我国现有的制度有一些内容明显地与这些要求相冲突。

另外，有关金融服务承诺的谅解协议就市场的准入问题作了进一步要求，这对于我国传统上金融领域的市场进入实施严格管制的体制有着重大的冲击。谅解协议首先在专营垄断问题上，要求各成员方在遵循《服务贸易总协定》的基础上应在金融服务承诺表中列出现存的专营垄断并应尽力减小其范围。其次，在公共机构购买的金融服务方面，尽管服务贸易总协定规定政府采购方面各成员方可以采取不符合最惠国待遇和国民待遇的政策，但谅解协议要求各成员方的公共机构在购买金融服务时，对设立在本国境内的服务供给者给予最惠国待遇和国民待遇。再次，在跨境服务方面，成员方应允许非居民金融服务供给者在提供服务时享有国民待遇：有关海运和商业性航空航天发射和运费（包括卫星）风险的保险；出于国际运输过程中货物风险的保险；再保险与再再保险以及附录中所列的有关辅助服务；除与银行及其他金融服务有关的中介服务外的金融信息、数据处理及其他辅助服务；各成员方应允许其居民购买由在其境内的其他成员方的金融服务供给者提供的金融服务。第四，在商业存在方面，成员方应允许其他成员方的服务提供者在其境内以商业存在的形式提供金融服务，设立的形式可以是收购现有的企业来扩大其服务的范围，但成员方可以对商业存在形式提供服务的条件和程序进行规制。第五，在新金融服务方面，成员方在其境内设立的服务机构可提供新的金融服务——尚未在该成员方境内提供但已在其他成员方提供的金融项目。第六，在非歧视性措施方面，各成员方应努力消除对其他成员方服务供给者的限制措施，这些措施包括：

(1) 阻碍金融服务供给者在其境内按照许可的方式提供金融服

务的非歧视性措施；（2）阻碍服务供给者在成员方境内将业务扩展至其境内全部领域的非歧视性措施；（3）一成员方对其他成员方的银行和证券服务供给者在该两个领域同时采取限制措施，另一成员方的服务供给者主要从事证券服务。（4）符合《服务贸易总协定》，但对其他成员方的金融服务供给者参与经营、竞争或进入市场的能力产生不利影响的其他措施。此外，在人员的暂时进入方面也有要求。

这些要求意味着我国金融领域的制度将从如下几方面受到影响：第一，国家为保护国内商业银行，尤其是国有独资商业银行，所设置的各种保护性机制，特别是在专营垄断项目、公共机构购买的金融服务方面的特别保护，将遇到 WTO 法律框架的制约，因为外国金融机构在我国境内设立服务供给者应受到国民待遇和最惠国待遇。当然，除非公共机构的选择是自愿的。因此那些成文的强制保护机制将不得不受到限制后废除。国内服务提供者只能通过改善服务质量来吸引公共机构的自主选择。证券和保险领域也有类似的问题。第二，在跨境服务和新金融服务方面，国家的管制及对非居民金融服务提供者及外国投资的境内金融服务机构的限制需放宽。尤其是我国的法律法规在银行、证券和保险领域都不同程度地存在对非居民金融服务提供者及境内外资金融机构的限制性规定。我国入世后，将逐步地按我国的承诺及《服务贸易总协定》、《金融服务协议》等的要求来修改的规定。第三，在非歧视措施方面，我国金融法制对外国金融机构的直接进入或外资金融机构的市场准入均有限制性的要求。我国入世后，这些规定均面临是否与 WTO 法律框架相抵触的问题。

3. 国民待遇。国民待遇原则既是 WTO 法律框架的基本原则，也是《服务贸易总协定》及《金融服务协议》的基本原则。该原则将使我国现行金融法中区分内资金融机构、外资金融机构