

THE JUDICIAL PRACTICE AND FRONTIERS OF
FOREIGN OWNED
BANKS



· 浦法精萃 ·



涉外资银行
审判实务与前沿

主 编 丁寿兴
副主编 陈 萌



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

THE JUDICIAL PRACTICE AND FRONTIERS OF
FOREIGN OWNED
BANKS



· 浦法精萃 ·



**涉外资银行
审判实务与前沿**

主 编 丁寿兴
副主编 陈 萌



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

涉外资银行审判实务与前沿 / 丁寿兴主编. —北京:
法律出版社, 2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2431 - 8

I. ①涉… II. ①丁… III. ①外资公司—商业银行—
银行法—研究—中国 IV. ①D922. 281. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 167052 号

涉外资银行审判实务与前沿
主编 丁寿兴

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 薛 晗
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 19.5
字数 349 千
版本 2011 年 9 月第 1 版
印次 2011 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2431 - 8

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《浦法精萃》编委会

主 任：丁寿兴

副主任：陈 萌

委 员（按姓氏笔画排名）：

马超杰	卫世平	王志根	陆文德
陈惠珍	汤建华	张克俭	杨泉宝
段守亮	荚振坤	姚秀权	曹 洁
傅玉明			

本书执行编委：

王 鑫 林晓君 顾 权 孔燕萍 吴智永

总 序

转型时期的中国,矛盾纠纷日益复杂多样,社会公众对于公平正义的诉求也越来越高。司法不仅肩负着维护社会公平正义的重大责任,而且还承载着构建法治社会、实现“规则之治”的法治理想。其中,人民法院功能与作用的发挥至关重要。法官既是法律的践行者,也是法律的守护者,我们通过将法律规则运用到一个个具体案件的过程,维护着社会的那一座天平。

拥有一千二百多平方公里热土的浦东新区,勇立于中国改革开放的潮头,承载着上海“两个中心”建设核心功能区的国家重大发展战略。经济交易发达、改革创新活跃、重大项目聚集的社会现实对司法环境提出了更高的要求,也为司法实践带来了重大挑战。近年来,浦东新区人民法院收案数量一直以超过 10% 的比例逐年递增,南汇划入浦东新区后,2010 年收案数量更是突破 76000 件,知识产权、金融等新类型案件不断涌现,民事、商事、刑事等疑难复杂案件层出不穷。面对繁重的审判任务,全体法官与工作人员在“公平、正义、无私、无畏”的院风引领下,齐心协力,取得了全国模范法院、全国司法公开示范法院等骄人荣誉,涌现出多名全国优秀法官。

《浦法精萃》正是浦东新区人民法院多年来审判经验积淀、职业知识汇聚的结晶,凝结着全体浦东人民法院法官的智慧与心血;它是在总结审判经验的基础上,推出的涉及刑事、民事、商事、知产、金融、行政、执行等各个领域,涵括专题调研、优秀文书、典型案例、学术论文等多项内容的系列丛书;它以发生在审判实践中的真实个案为素材,通过法律文书的说理论证、典型案例的阐释剖析、疑难问题的调查研究,充分展示我院法官在法律适用过程中的探索与思考。我衷心期待这套丛书能够为社会公众理解法律、认识法院提供直观资料,为法律实务工作者运用法律、司法工作人员适用法律提供可资借鉴的经验。



序

随着我国金融业的逐步全面开放,外资银行已成为我国金融业市场主体的重要组成部分,对我国金融业的发展起到了重要促进作用。对于上海国际金融中心建设,市委书记俞正声同志曾强调提出:“上海要全力营造有利于金融发展的法治环境,认真开展金融领域先试先行,努力使上海成为我国金融改革开放和创新发展的先行区和实验区。”在上海国际金融中心建设不断推进、浦东新区金融市场体系不断完善的进程中,进驻浦东新区的各类外资银行不断增多。目前,浦东新区共有 17 家外资法人银行,57 家外资银行分支机构,58 家外资银行代表处。众多知名外资银行相继在浦东设立机构,不仅增强了浦东新区金融发展的集聚效应,也带动了金融行业的整体发展水平,为金融创新注入了新鲜血液。但同时,涉外资银行纠纷也不断涌现,新型金融案件、新型法律问题成了我院金融审判中一道独特的风景线。因此,在为上海国际金融中心建设创造良好的法制环境上,浦东新区人民法院责无旁贷,也有条件、有责任为上海乃至全国的金融司法积累经验。

为进一步提升金融审判水平,凸显金融司法在推动上海国际金融中心建设中的能动作用,2008 年 11 月 13 日,我院成立了全国首家金融审判庭,建立了金融案件专项审判平台,至今共受理涉外资银行的金融案件 296 件,涉及外资银行主体 20 家,案件标的额高达 5.2 亿余元。

实践中,我院审理的不少外资银行纠纷中反映的法律问题具有新颖性、疑难性,理论研究不足、实践经验缺乏,尤其是法律适用不明给审判实务带来了难题,需要进一步研究和探讨。为此,适逢金融庭成立两周年之际,我院于 2010 年 10 月 13 日组织召开了主题为“鼓励、引导、规范、保障”的“建设上海国际金融中心视野下外资银行法律实务研讨会”,来自最高人民法院、上海高级人民法院、广东高级人民法院,以及上海市金融办、浦东新区金融服务局、中国人民银行上海总部、上海市银行同业公会,北京大学、华东政法大学、上海金融学院、中欧陆家嘴国际金融研究院的领导、专家以及花旗、渣打、汇丰、恒生、星展等 22 家外资银行的代表和媒体界的朋友们参加了此次研讨会。

与会嘉宾围绕“外资银行理财合同法律问题”、“外资银行适用国际惯例法律问题”及“外资银行金融衍生产品法律问题”等议题畅所欲言,展开了激烈、充分的专题研讨。研讨会后,嘉宾们纷纷表示,此次研讨会实务性强、互动性多、社会反响好,既是对金融审判“鼓励、引导、规范、保障”价值追求的有益尝试,也为法学理论界、金融实务界提供了信息交流的平台,对我国金融法律制度的完善、金融市场的发展和创新、审判实践的推进与深化均产生了积极影响。

为了让“鼓励金融创新、引导市场发展、规范市场秩序、保障合法权益”的研讨内容成果化,凸显金融司法在外资银行领域的能动效应,我院在会后积极筹备,拟将这次会议提交的优秀论文结集出版,将研讨会中涉及的相关法律问题,邀请与会专家学者、外资银行实务者针对外资银行业务方面的法律问题撰文讨论,并将本院法官在审理外资银行过程中的反思与探讨论文一并收录。本书共有文章20篇,其中专家学者提供论文3篇,外资银行提供论文5篇,法院提供论文12篇,其中我院的《新时期金融审判新模式之探索》以及花旗、汇丰、恒生、星展四家银行提交的论文同时提交了英文版本。这些文章从不同角度对外资银行业务相关的法律问题进行了理论探讨和实务反思,代表了该领域最新的研究成果与前沿探讨,我们寄希望于本书的出版能够拓展我院金融司法实践的借鉴途径,使得先进的司法理念得以传承和发展,也希望借此机会为上海国际金融中心建设建言献策。

本书在出版过程中,一如既往地得到了最高人民法院民二庭、上海市高级人民法院、上海市第一中级人民法院的领导们,北京大学、华东政法大学的专家学者们,以及花旗、渣打、汇丰、恒生、星展等外资银行的大力支持,在此予以一并感谢。诚然,随着金融创新的不断推进,实践中外资银行法律问题将会愈加复杂,也非一文一言得以述尽,本书的探讨也只是冰山一角、浩瀚一渺,如观点有争议或者不妥,敬请斧正。



目 录

■理念探索篇

- 新时期金融审判新模式之探索 丁寿兴/3
- 营造良好金融司法环境 服务浦东金融集聚战略
——浦东法院金融审判调研报告 丁寿兴/27
- 鼓励金融创新 规范市场秩序 保障合法权益
——建设上海国际金融中心视野下外资银行法律
实务研讨会述评 王保林/38

■国际惯例篇

- 国际化视野下掉期纠纷司法审查路径探寻 陈 萌 林晓君 孔燕萍/45
- 国际惯例在外资银行业务中的可适用性探析 曹 洁 陆剑平 黄宗琴/57
- 净额结算条款国际规则的可强制执行性分析 莫振坤 黄 婧/68
- 论 ISDA 主协议中的终止净额结算制度 林晓君 石志杰/82

■金融衍生品篇

- 金融衍生交易法律问题的五个层次
——以衍生品合约为中心的分析框架 刘 燕 楼建波/91
- 衍生产品交易在中国法律下的思考 吴 弘 曹辉国/110
- 金融衍生产品在我国法律环境下的困境 黄超伟/138
- 场外金融衍生品交易的终止净额结算条款之
法律效力及其司法判断 罗培新 俞 磊/157
- 形式主义抑或实质主义:论信托型资产证券化
案件的司法审查标准 顾 权/169

■ 金融理财篇

银行代客境外理财产品案件裁判路径

- 探析 丁寿兴 王 鑫 顾 权 孔燕萍/181
- 信托是金融理财的最佳法律途径 吴 弘/191
- 银行代客境外理财的信托法律性质辨析
- 兼论银行代客境外理财监管规则的完善 陈 萌 孔燕萍/199
- 我国理财产品质押的效力、法律障碍及解决
- 路径探讨 王 鑫 尹 伟/213
- 外资银行代客境外理财投资者适当性制度研究
- 以结构性理财产品为视角 包 蕾 张 炜/221
- 商业银行理财业务法律性质分析 周成杰/235
- 外资银行理财合同法律问题探讨 王咏梅/260
- 商业银行个人理财业务相关法律问题之探讨 周莉莉 蔡硕频/277

contents

■ Theses on Exploring Finance Concepts

Explorations on the New Mode of Financial Trial in the New Period	12
Construct a Good Financial Judicial Environment and Give Service to Financial Agglomeration Strategy in Pudong New Area —An Investigation and Study Report on Financial Trial from Pudong New Area People's Court	27
Encourage Financial Innovation, Standardizing the Market Order and Guarantees Lawful Rights —A Summary of the Seminar on Foreign Banks' Legal Practice Under the Background of Construction of Shanghai International Financial Center's	38

■ Theses on International Practice

Explore New Approaches to Swap Cases' Judicial Review While maintaining an international perspective	45
Analysis on Applicability on International Practice of Foreign Invested Banks	57
An Analysis on the Enforceability of Netting Settlement in Financial Derivative Product Transaction	68
A Study on the Close-out Netting Settlement System in ISDA Master Agreement	82

■ Theses on Financial Derivatives

Five Hierarchies of Legal Issues in Financial Derivative Transactions	
—Analytical Framework with Derivative Contract as the	
Central Content	91
Derivatives under the PRC Legal Regime	122
Financial Derivative Products' Difficult Position under the	
Chinese Law System	138
Legal Validity of Close-out Netting Settlement Term in Over-the-counter	
Financial Derivative Product Transaction and Its Judicial Judgment	157
Formalism or Substantialism: A Discussion on the Judicial Review	
Standard of Trust-oriented Asset Securitization Cases	169

■ Theses on Financial Services

Explorations and Analyses on Judicial Principles of Cases Concerning	
Banks' Agency-based Overseas Financial Products	181
Trust is the Best Legal Means for Financial Management	191
Differentiations and Analyses on the Legal Natures of Banks' Trust Service	
Concerning Agency-based Overseas Financial Management	
—And the Improvement of Supervision Regulations over	
Banks' Agency-based Overseas Financial Product Services	199
Explorations and Discussions on the Validity,	
Legal Impediment and Solution of Financial Product	
Pledge in China	213
Research on Investors' Appropriateness System in Banks' Agency-based	
Overseas Financial Product Services	
— With Structured Financial Products as the Angle of View	221
Analysis of the Legal Nature of Wealth Management Services of	
Commercial Banks	245
Analysis on Legal Issues on Wealth Management Contracts of	
Foreign Invested Banks	267
Discussion on Legal Issues Involved in Commercial Banks' Personal	
Wealth Management Business	287

理念探索篇

新时期金融审判新模式之探索

丁寿兴*

在现代市场经济的宏大背景下,金融市场规模庞大,金融交易高度专业、纷繁复杂,金融创新层出不穷,金融风险暗流涌动,除了需要建立一套健全而又不失前瞻性、灵活性的成熟金融法律制度基础外,更需要一个公正、高效、专业、权威的金融审判体系来保障和执行各种具体金融法律制度。本文试从我国金融市场的客观现状出发,环比考察、鉴析世界其他国家和地区的成功金融审判实践经验,从安全与风险维度提出金融审判积极应对金融风险的基本路径,从自由和管制维度阐明金融创新发展和金融审判理念的辩证关系,从而完整、动态、长效地从价值取向、立场本位、目的功能、制度设计等维度全方位构筑、运行起服务、保障于我国金融市场稳定、健康发展的金融审判新模式。

一、引论

随着社会主义市场经济体制和新的金融体系的建立,中国的金融市场在不断探索中发展。目前,一个初具规模、分工明确的金融市场体系已经基本形成,成为社会主义市场经济体系的重要组成部分。这些年,我国建立了较为完善的货币市场,资本市场在规范中逐渐发展,股票、债券市场发展迅速,保险市场的深度和广度不断扩大,外汇市场也在不断发展。为满足金融市场参与主体的多元化需求,进一步增强市场交易的活跃程度,各项金融创新工具也在不断推出,不断吸引各类投资者参与其中,推动了整体金融市场的不断发展。新时期我国金融市场的基本现状对我们金融审判提出了新的要求。美国著名的法官本杰明·卡多佐认为,法官“在法律运用中的推理过程(思维模式),很大程度上是以含有各种专门性质的理念和规则为基础的。正因为有这样一种独特的理念引导,在很多也许是大多数需要法律分析的案件中,所应适用的规则能够很轻易地被识

* 丁寿兴,上海市浦东新区人民法院院长。

别出来,而且也不会与其他规则发生冲突”。^[1] 所以,当我们以建设发展稳定、健康的金融市场为目标时,必须首先从价值取向、立场本位、目的功能等多维度层面来定位我们新时期金融审判的新模式,因为这是各项金融审判工作的理念基础,其不仅可以弥补金融立法的制度缺漏,而且对于规范动态性的各项金融活动,提升和检验金融审判效能都具有非常重要的意义。

二、价值维度:维护金融稳定,防范金融风险

由于金融是现代市场经济的核心,金融市场是我们整个国民经济体系的动脉,是市场配置关系的主要形式,金融在社会经济发展中处于特别重要的位置,有着不可替代的作用,因此安全、高效、稳健的金融市场对经济全局的稳定和发展至关重要。一旦金融市场出现危机,很容易在整个国家经济体系中引起连锁恶性反应,引发全局性、系统性的金融风暴,其影响范围将远远超出金融市场自身,而后会殃及整个经济生活,导致社会经济秩序的混乱,甚至引发整个国家的政治经济危机。多年前的亚洲金融危机就足显金融市场的安全和稳定对整个国民经济的重要性。对于发展中国家来说,这种金融危机的破坏性影响更大。^[2]

“法律无法以一种完美无缺的公平方法适用于一切情况”,^[3] 金融法律的制定和司法适用,最根本的价值取向就是坚持有利于促进和维护国家整体金融利益这一核心目标,不得有损于国家的整体金融利益。当国家整体金融利益和部分行业、地域的金融利益发生冲突时,后者必须服从于前者,因为正是国家整体金融的稳定和良性发展构成了地方和行业金融稳定和发展的前提。

总地来看,金融风险的产生主要可能基于以下原因:首先,金融市场自身的系统性风险。作为整体系统来看,金融市场有着其自身发展的规律,也伴有风险的发生,如有些银行资产质量恶化,不良贷款比率升高,房地产企业的流动资金过分依赖银行贷款,当房地产市场不景气时导致银行贷款债权难以落实,这样就潜伏着很大风险。其次,整体社会经济周期性衰落的影响,这既有国内因素也有国际因素。市场经济供需互动的特性决定了经济的周期性运行,此外实体经济由于政治、自然灾害等不可预见因素也会对金融市场产生负面影响。再次,金融市场中的违规、违法行为。例如,某些金融机构不正当竞争、逃避监管、数字造假、掩盖真实经营情况,一些国有企业和金融机构逃避监管、违规进行金融交易。

[1] Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1980, p. 164.

[2] 曹荣湘:《经济安全:发展中国家的开放与风险》,社会科学文献出版社 2006 年版,第 108 页。

[3] [英]彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社 1989 年版,第 115 页。

第四,现阶段社会诚信机制的缺失。由于我们处于社会转型时期,部分市场主体丧失诚信底线,同时又缺乏成熟完善的诚信法律约束机制,而健康有序的金融活动的重要基础之一就是社会诚信机制的建立,因此也就引发了大量相关的金融违约纠纷。第五,中国逐渐融入国际金融市场的风险。根据加入 WTO 的承诺,中国金融服务市场应逐渐对 WTO 成员全面开放,随着我国逐渐融入国际金融市场,在享受国际金融资源和服务,充分参与国际金融竞争的同时,相关金融风险也随之伴生。最后,金融市场建设过程中试验性举措的风险。因为在构建成熟金融市场的路径选择上,我国更多的是采取政府主导推进型模式,并非市场的自发成长,所以在这个过程中各项先行先试措施自然有不成熟和不完善的地方,也会对金融市场产生负面的影响。正是诸如以上各种原因引发了如借款、证券、信用卡、担保、抵押、保证、融资租赁、储蓄等一大批金融纠纷。

但是对于这些金融风险产生的纠纷,以前我们更多的是固守司法的消极立场,对于相关案件都采取事后的被动应付态度,所以,以往的金融审判总是被动地跟随于金融市场的周期性波动,明显地滞后于金融风险的发生。例如,当房地产市场价格剧烈波动后,就会有大量的银行房贷案件诉至法院;当我国股市由牛市步入熊市后,就会有大量的委托理财纠纷涌入法院。结果是使更多的司法资源被用于裁处应付上述各类已经发生的纠纷,法院逐渐失去了对金融市场的规则指引和进行主动性应对的功能,同时对于金融风险的防范也未能发挥法院应有的预警作用。金融审判应如何成功地主动应对上述各种金融风险,我们认为应包括以下方面:首先,正确处理被动性司法和主动性服务的辩证关系。就法理层面而言,法院是被动、消极、中立的司法机关,主要工作是裁处诉至法院的各类金融案件,当事人举证不能或者举证不足就应当承担相应的败诉后果。但是正因为我国是政府主导型的金融市场构筑模式,同时考虑到我们人民审判的工作性质和现行的诉讼模式,法院应增强服务金融的工作意识,充分认识到维护金融市场的稳定也是法院审判职能延伸的一个重要方面,从而实现金融审判工作的法律效果和社会效果的和谐统一。其次,保持敏锐视角,加强统计监测。法院是各类纠纷的最后裁决场所。一般来讲,诉至法院的矛盾纠纷带有典型性,所以在金融审判中应密切注意各种金融案件的主体、数量、标的、类型等重要指标的动态变化。同时金融审判既要立足于金融纠纷,又要将视野放开到整个金融市场的运行状况,在此基础上对某一时期的金融案件提出预判,未雨绸缪,以便对后期金融审判工作有所指导。再次,注重典型案例判例的规则指引作用。在构建成熟开放的金融市场的过程中,会有各种以前没有出现过的新类型金融纠纷不断产生。金融市场是法制市场,只有明确的法律规则才能为各类市场主体提供确定预期,规定各类金融主体的权利和责任范围,这样金融市场才能有序和

健康地运行。所以我们应充分发挥典型案例的规则指引作用,逐渐通过典型案例来形成相关类型案件的处理模式和思路,从而预防和避免金融风险的发生。最后,加强沟通、协助,实现信息共享。健康、成熟的金融市场的形成不能仅靠法院的一己之力,需要金融立法机关、行政执法主管机关和金融审判机关的协助和努力,同时建立金融风险的信息共享机制,共同防范和克服金融风险的发生。

三、立场维度:实现范式转变,回应金融创新

世界金融业的发展历史,其实就是金融创新的发展史。自 20 世纪 70 年代以来,在金融自由化的趋势下,金融创新成为全球金融业发展的主要内在推动力,同时也成为世界实体经济发展不可缺少的助推器。但值得注意的是,金融创新引发的风险给金融市场乃至整个经济带来的危害也是不容忽视的。近些年来,巴林银行倒闭、“中航油”(新加坡)巨亏以及近期美国“次级贷”危机都不断给各国金融监管当局敲响了警钟。因此,金融审判如何既充分发挥金融创新的激励和促进机制,又有力地保障金融安全和发展,是我们必须面对的重大课题。

从某种意义上说,金融创新和金融规则是一对天生的矛盾体,金融创新的本性就是为了突破现有金融法律制度的桎梏,追求更大的利润、降低自身风险,而在金融法制框架中的金融审判是为了维护整个金融市场的良性运转。法官的“唯法是从”和法律的稳定性特质,决定了法官的保守立场;法律规则的一般性和普遍性,又决定了法官思维对社会及其发展变化具有一定的保守性。为了说明法官的保守立场,许多思想家甚至把法官比作是法律借以说话的嘴巴。^{〔1〕}虽然,金融机构在开发创新产品和服务的时候也会虑及风险因素,但是这种关于风险的考虑并不是从金融体系全局、经济发展全局出发的,而更多的是一种商业风险的抉择。金融审判则不同,审判机关必须以整个金融体系安全为着眼点而作出司法裁判。但是,如果金融司法由此原因而守成僵化,也会束缚了金融创新的深化。因为单纯固守法律的条条框框就会给金融创新领域过多设置各种机械的不科学的标准,这就为该金融创新产品的进一步成长设置了障碍,最后市场主体不得不离开金融市场,造成金融资源得不到有效的开发和利用。

因此,司法应积极回应金融创新。成文法规则特有的刚性缺陷使得我们在现行立法方面存在应对金融创新时的先天不足,所以更需要我们法官灵活、创新地运用现行法律。“法律发展关键的因素就是对社会政策的考虑,在填补法律

〔1〕 [英]哈耶克:《自由宪章》,杨玉生等译,中国社会科学出版社 1999 年版,第 246 页。