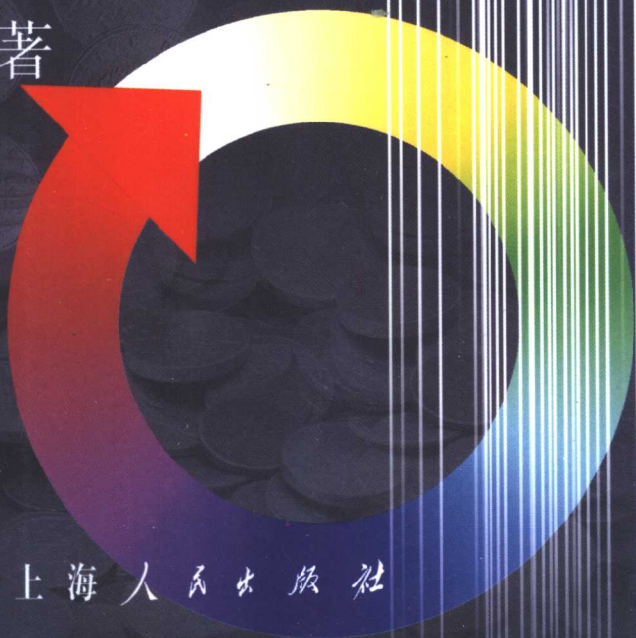


国际 金融法 新论

龚柏华◎著

上海人民出版社



国际 金融法 新论

龚柏华◎著

上海人民出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

国际金融法新论/龚柏华著.

—上海: 上海人民出版社, 2002

ISBN 7-208-04454-6

I. 国... II. 龚... III. 国际法: 金融法—研究

IV. D996.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 096799 号

责任编辑 陈敬山

封面装帧 杨德鸿

国际金融法新论

龚柏华 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版、发行

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.com)

新华书店上海发行所经销 常熟新华印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 15.25 插页 4 字数 352,000

2002 年 12 月第 1 版 2002 年 12 月第 1 次印刷

印数 1-3,000

ISBN 7-208-04454-6/T·954

定价 31.00 元

前 言

《国际金融法新论》是作者在多年从事国际金融法教学和科研的基础上形成的成果。国际金融法涉及领域纷繁复杂,蕴含学问博大精深,作者无意也无力全面系统论述国际金融法所涉及的各个领域,只是以专题的形式对所涉领域作一系统梳理,并力求在资料上最新化,反映出我国加入世界贸易组织后,相关法律、法规的调整和实践中可能出现的问题。

本书试图从微观专题(如外汇管制、信用证融资、国际保理、国际商业贷款、国际银团贷款、国际项目融资、抵押贷款比较、国际商业融资担保、国际证券的法律问题)着手,渐渐向宏观专题(如国际金融机构的贷款、跨国银行业务和国际监管、WTO金融服务贸易协议)过渡,内容更偏重国际金融法的“私法”方面。

本书得以完稿得到了多方面的支持和帮助。复旦大学法学院为本书的出版提供了资助;上海 WTO 事务咨询中心为本书的写作提供了便利;我的导师、国际金融法的前辈董世忠教授,始终关心着本书的写作;我的学长张乃根教授鼓励鞭策,终使我摆脱惰性,完成书稿;上海人民出版社陈敬山编辑为本书最终付梓做了大量工作。此外,还有我的家人、学友乃至学生都以各种方式给予支持或鼓励,在此无法一一列举,谨此一并感谢。

作者深信,国际金融法律在我国深化改革、进一步对外开放中,将扮演越来越重要的角色。由于本人水平有限,在此恳请专

家、读者惠予指正。

电子邮件联系地址: baihuagong@yahoo.com

龚柏华

2002 年 11 月

于复旦园

目 录

前 言	1
导 言	1
一、国际金融法概述	1
二、国际金融法回顾和展望	3
第一章 外汇管制法律制度	9
第一节 外汇管制概述	9
第二节 我国外汇管理的法律制度	13
第三节 国际货币基金组织与外汇管制	24
第四节 外汇管制法的域外效力	31
第二章 信用证贸易融资的法律问题	36
第一节 信用证概述	36
第二节 信用证的种类和单据	57
第三节 与信用证有关的贸易融资	64
第四节 信用证欺诈的法律问题	73
第三章 国际保理的法律问题	86
第一节 国际保理概述	87
第二节 国际保理的法律问题	92

第三节	国际保理公约和惯例准则	96
第四节	我国有关国际保理的法律和实践	98
第四章	国际商业定期贷款合同	105
第一节	国际商业定期贷款合同概述	105
第二节	国际商业定期贷款合同基本条款	109
第三节	保护性条款和法务性条款	117
第四节	我国关于借用国际商业贷款的管理规定	130
第五章	国际商业银团贷款	134
第一节	国际商业银团贷款组团方式	134
第二节	国际商业银团贷款组团程序中的主要 法律问题	140
第三节	国际商业银团贷款法律意见书	142
第四节	国际商业银团贷款的证券化	151
第五节	我国有关国际商业银团贷款的法律	154
第六章	抵押贷款法律比较	159
第一节	抵押法律概述	159
第二节	违约与实现抵押权	172
第三节	个人住房抵押贷款原理	198
第四节	个人住房抵押贷款证券化	214
第五节	我国个人住房抵押贷款法律	228
第七章	国际商业贷款的担保	248
第一节	国际商业贷款担保概述	248
第二节	保证	249

第三节	安慰信·····	260
第四节	备用信用证·····	263
第五节	我国融资对外担保法律制度·····	281
第八章	国际项目融资的法律问题·····	287
第一节	国际项目融资概述·····	287
第二节	国际项目融资的主要法律文件·····	296
第三节	BOT 项目融资 ·····	298
第四节	我国有关项目融资和 BOT 的法律与实践 ·····	308
第九章	国际金融机构贷款·····	317
第一节	世界银行集团贷款·····	317
第二节	国际货币基金组织贷款·····	331
第三节	亚洲开发银行贷款·····	343
第十章	国际证券法律问题·····	355
第一节	国际证券法概述·····	355
第二节	国际证券发行的法律问题·····	366
第三节	国际证券交易的法律制度·····	373
第四节	国际证券监管·····	380
第五节	我国有关涉外证券的立法和实践·····	384
第十一章	银行跨国经营和国际监管的法律·····	393
第一节	跨国银行的概念及组织结构·····	393
第二节	银行分业经营与混业经营的法律问题·····	402
第三节	离岸银行业务和监管的法律问题·····	408
第四节	巴塞尔协议体系对银行跨国经营	

的国际监管·····	415
第五节 我国对外资金融机构的监管·····	438
第十二章 WTO 金融服务贸易协议和中国“入世”金融	
服务贸易承诺·····	449
第一节 WTO 金融服务贸易法律框架 ·····	449
第二节 中国“入世”金融服务贸易的承诺·····	457
主要参考资料·····	477

导 言

一、国际金融法概述

金融是资金融通的简称,通常被解释为与货币流通和银行信用有关的一切活动。金融法律是有关货币发行管理、资金借贷和筹措的法律规范的总和。国际金融是相对国内金融而言的一种跨越国界的金融活动,是国际间一切与货币信用有关业务活动的总称。国际金融法是调整国际间货币关系与资金融通活动规范的总称。

近年来,随着全球经济一体化的发展和金融自由化浪潮的兴起,许多国际的金融机构及金融业务跨国发展,大量金融资产跨国界、跨币种、跨银行而流动,国家间的经济关系日益深入地表现为国际金融关系。国际金融作为一种跨越国境的货币资金运动,已经渗透到现代经济生活的各个层面,并与国际贸易、国际投资及其他国际经济交易紧密地交织在一起,由此引出的一系列法律问题,为各国政府、国际组织以及金融实务界人士所普遍关注,同时也是现代法学研究领域的一个重要课题。

从国际金融法的功能来看,国际金融法有三大功能:(1)建立和维护国际金融秩序,包括国际金融的交易秩序和国际金融

的权力运行秩序;(2)提供保障国际金融安全的手段;(3)促进国际金融发展的手段。^①

国际金融法是国际经济法的一个重要分支。国际金融法涉及国际公法领域和国际私法(商法)领域。前者主要研究各国政府之间、国际组织与各国政府之间金融交往关系中遇到的法律问题,涉及汇率、外汇收支平衡等基本问题。例如,国际货币基金组织与某一国家的关系。后者主要研究跨国公司、国际商业银行、国际保险公司、国际证券公司、各国国际金融中介机构的跨国金融关系中所遇到的法律问题。例如,从事跨国的商业贷款,跨越国境发行债券和股票,跨越国境进行项目融资。

国际金融法渊源包括国际法渊源和国内法渊源两个方面。国际金融法的国际法渊源包括国际金融条约和国际金融惯例。国际金融条约是国际法主体之间依国际法所缔结的、确定其金融关系的权利和义务的书面协定。国际金融条约对缔约国具有法律约束力。由于金融涉及国家经济主权,因此,国家之间达成的国际金融条约为数并不多。目前主要涉及金融的国际条约有:国际货币基金协定(1944年);国际复兴开发银行协定(1944年);国际金融公司协定(1956年);国际开发协会协定(1960年);联合国国际汇票与国际本票公约(1988年);国际融资租赁公约(1988年);国际保付代理公约(1988年);独立担保和备用信用证公约(1995年);全球金融服务协定(1997年)。除多边协定外,还有大量的双边协定,如货币协定、贷款协定、支付协定、清算协定。国际金融惯例是国际金融交往实践中逐渐形成的相关做法或通例。国际金融惯例涉及内容广泛。目前在世界范围

^① 详见李仁真主编:《国际金融法》,武汉大学出版社,1999年12月版,第25页。

内具有重要影响的国际金融惯例文件主要有:合同担保统一规则(1978年);巴塞尔资本协议(1988年);ACE 惯例规则(1988年);见索即付担保统一规则(1991年);跟单信用证统一惯例(1993年);托收统一规则(1995年);国际保付代理通则(1997年)。国际金融法的国内法渊源主要是各国调整涉外金融关系的国内立法和判例法。如英国 1986 年金融服务法;^① 美国 1933 年证券法,1934 年证券交易法,1978 年国际银行法,1991 年加强外国银行监管法。

二、国际金融法回顾和展望

罗马帝国万民法中有关借贷和担保的规定,可以算是最早的涉外金融法律规范。^② 但国际金融法的形成,则是在具有现代意义的资本主义银行信用制度确立以后的事。20 世纪二三十年代国际社会相继推出了一些系统的国际金融惯例,并通过了多项货币金融的条约和协议,形成了国际货币金融法。

布雷顿森林协定标志着现代国际金融法的诞生。在第二次世界大战行将结束时,世界上许多国家认识到进行广泛国际金融合作的必要性。在这种背景下,联合国货币金融会议经美、英的积极筹划,于 1944 年 7 月在美国新罕布什州的布雷顿森林(Bretton Woods)举行,与会的 44 个国家的代表就建立战后国际

① 有关英国金融服务管制法律,参阅 George P. Gilligan 著:《Regulating the financial services Sector》,Kluwer Law International 1999 年版。James Perry 主编:《The financial Services and Markets Act: A Practical Legal Guide》,Sweet & Maxwell 出版社 2001 年版。

② 转引自董世忠主编:《国际金融法》,法律出版社 1989 年版,第 1-2 页。

货币金融制度的若干重大问题达成共识,签署了《国际货币基金协定》和《国际复兴开发银行协定》,统称《布雷顿森林协定》。该协定第一次以普遍性国际公约的形式确立了战后国际货币法律制度,创建了国际货币基金组织(International Monetary Fund, IMF)和世界银行等世界性国际金融组织。国际货币基金协定确立了国际收支平衡法律制度、国际储备法律制度、汇率的国际安排制度、外汇管制规则等四大经济制度及对它们的监管合作机制。国际货币基金协定的签订标志着国际货币法的创立。自布雷顿森林协定以后,国际社会进入以多边国际条约调整重大国际金融关系的重要阶段。

第二次世界大战后,国际金融法得到大力发展。第三世界的崛起,拓展了国际金融法的范围和内容。发展中国家制定的涉外金融法规、参加缔结的国际金融条约,大大丰富了国际金融法的内容。发展中国家又为旧的国际金融秩序的改造做了积极推进。随着战后和平的持续,跨国金融交易空前活跃,各类金融合作在国际上得到广泛开展,国际金融合作促进了国际金融统一法的发展,国际社会进入多边国际条约调整国际金融关系的重要阶段。全球性和区域性金融组织纷纷出现,使得国际金融合作制度化。

20 世纪 70 年代出现的国际金融创新,推动了国际金融法的变革。创新(innovation)^① 是指将新的产品、工艺、方法或制度引用到经济中去的第一次尝试。20 世纪 50 年代技术创新成为一个流行概念。70 年代以来,金融领域发生了革命性变化。人们将金融领域的这些新变化称为金融创新。

① 创新(innovation)这一概念是 20 世纪初美籍奥地利经济学家约瑟夫·熊彼特(Joseph Schumpeter)首次提出的。

金融创新首要的是金融工具的创新,又称“金融衍生工具”(financial derivatives instrument)。金融衍生从法律角度来看是一种关于权利义务的合约或协议,是在现时对金融基础工具未来可能发生的结果进行交易,其交易在现时即已达成,但结果却要到未来某一约定的时刻才能产生,是一种诺成合同。合同交易的对象是虚拟的。由于金融衍生工具的产生和发展只是近20年的事,又处于不断创新发展中,故很难下定义。据统计,现在各种金融创新工具已发展到一千多种。^①布雷顿森林体系在1973年正式瓦解,由牙买加协定所确立的浮动汇率制成为世界各国的新兴汇率制度。这一世界金融史上前所未有的大动荡,使得金融机构、企业和个人面临汇率变动造成损失的风险。为规避风险、实现保值或盈利的目的,最初的金融衍生工具——外汇期货应运而生。在这一时期,西方国家推行金融自由化(deregulation)措施,对金融创新起到了推波助澜的作用。西方国家纷纷放松对利率、汇率、证券等金融工具的管制,使得利率、汇率、股票等市场波动更加频繁,市场参与者规避风险的要求进一步扩大,客观上形成了对改善资产结构、增加资产流动性、转移信用风险的强烈要求。这就使得作为新风险管理手段的各类金融衍生工具应运而生并得到蓬勃发展。这些新兴金融工具能将传统金融市场上的风险进行有效分离,并集中在特定市场上进行风险的重新分配转移,使投资者能以低廉的代价将风险有效转移出去,也给投资者提供了以承担风险来获得高收益的市场。另外,逃避金融管制也是金融衍生工具产生和发展的重要原因。为了规避巴塞尔协议对资本充足率的要求,商业银行减

① 参见刘云龙:“试论金融衍生工具的风险及监控”,载《投资研究》1996年第2期。

少传统资产负债业务,将表内资产表外化。金融衍生交易是表外业务的重要内容。

在众多的创新金融工具中,最主要的新金融工具是:^① (1) 金融期货合约(financial futures contract):买卖双方对将来特定时间交割标准数量特定金融工具(如金融证券,股价指数)的协议,主要分为利率期货合约、外汇期货合约、股价指数期货合约。(2)金融期权(financial options contract):买卖双方取得在一定时期内,以双方事先约定的价格购买或出售某种特定金融资产之权利的协议。(3)金融远期(financial forward agreement):交易双方约定在将来某一特定日期按照事先商定的价格,以预先确定的方式买卖某种金融资产的协议,主要有远期利率协议、远期外汇合约、远期股票合约。相对金融期货合约,金融远期更多地体现当事人意思自治。(4)金融互换(financial swaps agreement):^② 两个或两个以上的当事人所签订的、按照商定的条件,在约定的时间内交换一系列支付款项的协议,主要有货币互换和利率互换两种。国际互换交易基本采用“国际互换交易商协会”(international swap dealers association, ISDA)拟定的标准文本《利率和货币互换协议》。

金融创新还包括金融服务方式的创新,即整个金融服务业为客户提供服务和技术、设备和系统的创新。金融服务创新主要体现在:(1)金融支付系统电子化:以国家为单位的网络化电脑系统,进行电子资金自动划拨和清算,并开始建立部分全球性的金融业务网络系统。电子金融支付系统包括纸面票据清算系统、联行支付清算系统、证券及外汇交易清算系统、电子资金自

^① 传统金融工具主要有货币、外汇存贷款、股票、债券。

^② 参阅谭跃、潘永红著:《金融互换》,广东经济出版社1999年9月版。

动划拨系统。(2)电脑银行的发展:电脑银行又称电子银行,是银行在零售业务方面的创新。电子银行的产品主要有电子货币和电子传送渠道。

金融创新在金融市场也有所体现,其主要体现在:(1)离岸金融市场的发展:是指在一国境外进行该国货币的存款、放款、投资、债券发行和买卖业务市场。(2)证券化抵押市场的发展:在抵押贷款证券化的基础上,出现了以抵押贷款为基础发行的证券的二级市场,即证券化抵押市场。(3)金融衍生市场的发展:金融期货、期权场内交易市场的兴起,形成了相当规模的金融衍生市场。

金融创新还带来了金融体制的创新,金融产品和服务价格自由化,金融结构变革,金融市场培养,减少信贷控制;取消外汇管制和资本流动限制,开放金融市场;各国监管组织及结构的重大变革;国际监管合作日益加强,国际金融监管协调体系逐步形成。

金融创新改变了金融监管的模式,金融监管将从分散的多层次的监管结构向统一的、综合性的监管结构过渡。从目前的国际金融法的发展趋势看,蓬勃发展的金融创新将进一步促进金融监管法的发展。巴塞尔体制对各国金融监管法律有直接的影响;国际证券监管委员会组织近年来发布的报告、决议、宣言、建议标准,对各国证券监管法律有重大影响。

区域金融合作发展和深化产生的区域金融法是国际金融法令人瞩目的发展动向。欧洲区域性货币联盟是继布雷顿森林体制后国际金融领域最为重要的制度创新。它代表着金融全球化的趋势。欧元的诞生对国际货币体系产生深远的影响。

乌拉圭回合谈判所达成的《服务贸易总协定》及其金融服务附录是金融国际化走向制度化安排的重要标志。1997年WTO

成员方达成的《全球金融服务协议》标志着国际金融法律进一步的发展。发展良好、运行平稳的金融部门以及开放的国际贸易体制是经济繁荣的两个关键组成部分。没有稳定的金融体系就没有繁荣的贸易,而没有运行良好的贸易体制,金融稳定就会受到威胁。

可以说,今天的经济生活中的每个方面都依赖于金融;而金融的健康稳定又离不开法律的保障。

借用 WTO 秘书处的一本书名《贸易走向未来》,我们完全有理由相信:金融带来未来。