

巴塞尔协议

与

塞
尔
协
议

*Basel Agreement
&
The Law of
International
Finance*

国
际
金
融

刘丰名 著

武汉测绘科技大学出版社

与

国际金融法

巴 塞 尔 协 议 与 国 际 金 融 法

刘丰名 著

武汉测绘科技大学出版社

(鄂)新登字 14 号

责任编辑:张立福

封面设计:冯娟

巴塞尔协议与国际金融法

刘丰名 著

*

武汉测绘科技大学出版社出版发行
武汉测绘科技大学出版社印刷厂印刷

*

开本:787×1092 1/32 印张:9.1875 字数:197千字

1994年2月第一版 1994年2月第1次印刷

印数:0001~1000册

ISBN 7-81030-306-6/D·22 定价:5.80元

内 容 提 要

本书除绪论外,分国际投资金融法、国际贸易金融法、国际货币金融法三篇,体系完整,内容充实,援引资料至1993年下半年,覆盖国际与国内外有关法律、惯例、判例、学说,辐射国际金融法领域各个方面的法律与实务问题,厚积薄发,简明扼要,既具学术性又具应用性,是高校法科与涉外专业的优选教材和各界人士,特别是法律实务工作者感兴趣的经济法律知识读物。

从《决定》谈到加强国际金融法研究

(代 序)

十四届三中全会 1993 年 11 月 14 日通过《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》(简称《决定》), 提出:“在本世纪末初步建立起新的经济体制,是全党和全国各族人民在新时期的伟大任务。”新的经济体制,即十四大明确提出的建立社会主义市场经济体制。发展金融市场是当前培育市场经济体系的一个重点或重点之一。金融市场体系则是由资本市场、债券市场、货币市场、外汇市场、保险市场和期货市场等综合形成的一个整体。使金融市场形成一个“统一、开放、竞争、有序的大市场”,除深化改革、培育和发展市场体系,还得加快对外开放步伐,“依照我国国情和国际经济活动的一般准则,规范对外经济活动,正确处理对外关系,不断提高国际竞争能力”,“必须有完备的体制来规范和保障”,“做到改革开放与法制建设的统一,学会运用法律手段管理经济”。为实现“本世纪末初步建立适应社会主义市场经济的法律体系”,就得“从中国国情出发,借鉴世界各国包括发达资本主义国家的一切反映社会化生产和市场经济一般规律的经验。”我们需要加强国际金融法研究,可以不言而喻。

就法律实务工作者而言,在国际金融活动中,律师即为一个不可缺少的人物。在国际借贷中,借款人提交有关国家律师

出具的律师意见书,是国际借款合同得以生效的先决条件之一。在海外证券发行中,证券交易所和投资银行均以发行人提交有关国家律师出具的律师意见书,作为准予挂牌上市或作柜台交易的先决条件之一。律师意见书的作用,不仅限于说明借贷合同或证券的准据法、说明有关法律,还要说明依据有关法律,当事人是否具有足够的法律保护,并认定所达成的该项借贷交易或证券交易的法律效力。

律师意见书要说明的法律包括:借款人国法、贷款人国法、订约地法、履约地法、设定担保地法、发行人国法、发行地和经销地国法、法院地法等。律师提供的法律意见,公限于对其本国法,而非对外国法表示意见。贷款人并非仅凭借款人国律师提供的意见书作出决断,还要求借款人委托所有有关国家律师分别就其本国法表示意见。证券交易所和投资银行也并非仅凭发行人国律师提供的意见书作决断,还要求发行人委托发行地、经销地律师分别就其本国法表示意见。但借款人和发行人本国律师的意见书,则是最受贷款人和投资者重视的。因此,作为中国律师,除要熟悉中国法,对有关外国法也得有所了解,否则,制作的意见书即不可能做到与外国相沟通和衔接。

借款人律师和发行人律师通称当地律师,当地律师出具的意见书即称当地律师意见书。当地律师意见要说明借款人和发行人的法律地位、资格、权限,订约和履约的授权情况,合同或证券的法律效力,官方批准情况,当地有关准据法适用与担保的规定,合同和证券交易与当地法律和借款人、发行人公司企业的章程无冲突,借款人和发行人无诉讼、仲裁纠纷或威胁存在,以及当地的税费征收、合同与证券的登记、诉讼程序

与判决执行的情况,等等。

律师对合同或证券的准据法,需说明依当地法对当事人选择法律适用的自由有无限制,如有限制,并具体说明其限制情况。中国律师在说明这一问题时,即需综合《涉外经济合同法》第5-6条和《民法通则》第142、145、150条的规定,加以说明;合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。当事人没有选择,适用与合同有最密切的联系的国家的法律。但在中国境内履行的合资企业合同、合作企业合同、合作开发合同,只能适用中国法。中国缔结或参加的与合同有关的国际条约同中国法有不同规定的,适用该国际条约的规定,但中国声明保留的条款除外。中国法和中国缔结或参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。合同适用外国法或国际惯例的,不得违背中国的社会公共利益。

律师应只对其本国法表示意见,而且应只对现行法表示意见。律师需要说明,现行法的哪些规定是确定的、哪些方面尚不确定,以及可能出现的后果。例如,房地产抵押,中国律师即需说明:1988年4月22日七届全国人大一次会议已对《宪法》中不准出租土地条款作了修改,规定,“土地的使用权可以依照法律的规定转让。”从而,在中国房地产已可用作抵押。按照《武汉市房地产抵押管理办法》,用房地产作抵押要签订抵押合同,向市房地产管理局办理他项权利登记;未经登记的抵押合同无效。抵押权因债务清偿或其它原因消灭,应办理注销抵押登记手段。抵押人不能按期还款时,抵押权人有权依照中国法律和合同规定处置抵押物。当事人在履行抵押合同中的争议,应协商解决;协商不能解决的,当事人可向当地房产仲裁委员会申请仲裁,也可向抵押物所在地人民法院起诉。

对同一法律问题,如在法律领域中有不同主张,执笔律师即应指明其分歧,并表示哪种看法或主张较为可取。例如,抵押的法律适用问题,中国律师即需表明自己的独立见解。因此,律师应当具有较高的法学修养,不仅要熟悉中国法,而且要了解外国法与国际法,多读国内外法学专著。法律实务工作者首先需要读一些立足中国、面向世界和未来的法学著作,以提高业务水平。为适应这一需要,作者近年除撰写有这本《巴塞尔协议与国际金融法》专著外,还主编有一套“中国外资法系列丛书”,共四册,均可供阅读参考。该丛书包括:《中国外资法》(同济大学出版社,1988年)、《中外合作经营企业法概论》(武汉大学出版社,1992年)、《外资企业法概论》(武汉测绘科技大学出版社,1993年),以及待出版的《中外股份有限公司与合资企业法》。

《巴塞尔协议与国际金融法》是以作者多年来在武汉大学国际法学系担任本科生必修课和国际经济法专业硕士生学位课的讲稿基础上,加上近年指导国际金融法研究方向博士生的最新科研成果撰写而成。内部教材《国际货币法讲义》曾获武汉大学1987年优秀教材奖。

由于主观视野和掌握信息的局限,对于本书中存在的疏漏与谬误,尚望海内外读者不吝赐教!

刘丰名

1993年11月22日

于武大法学院

目 录

- (1) 第一章 绪论
- (1) 第一节 国际金融法概念和本质
- (6) 第二节 国际金融法的研究方法和研究意义

上篇 国际投资金融法

- (13) 第二章 国际银行与巴塞尔协议
- (13) 第一节 跨国银行与离岸金融市场
- (15) 第二节 集团银行
- (17) 第三节 国际清算银行与巴塞尔委员会
- (23) 第四节 巴塞尔协议与中国
- (32) 第五节 世界银行集团
- (43) 第三章 各国银行制度
- (43) 第一节 外国的银行体制
- (57) 第二节 银行与客户的法律关系
- (61) 第三节 中国的银行体制

- (68) 第四章 国际借贷与担保
 - (68) 第一节 国际借贷
 - (77) 第二节 借贷担保
 - (86) 第三节 金融租赁
 - (89) 第四节 出口信贷
 - (92) 第五节 中国对涉外商业贷款与外汇担保的管理
- (100) 第五章 各国证券制度与 ACE 惯例规则
 - (100) 第一节 证券、证券市场与证券法
 - (108) 第二节 外国的证券制度与 ACE 惯例规则
 - (128) 第三节 中国的证券制度

中篇 国际贸易金融法

- (141) 第六章 国际支付的票据制度
 - (141) 第一节 票据与票据行为
 - (152) 第二节 票据法
 - (155) 第三节 票据公约
 - (158) 第四节 任意性惯例
 - (169) 第五节 信用卡
- (174) 第七章 期货交易与金融期货
 - (174) 第一节 期货交易

- (179) 第二节 期货市场
(186) 第三节 金融期货

下篇 国际货币金融法

- (193) 第八章 各国的货币制度
- (193) 第一节 外国的货币制度
(199) 第二节 中国的货币制度
- (204) 第九章 外汇安排与外汇管制
- (204) 第一节 外汇安排
(217) 第二节 外汇管制
(224) 第三节 跨国支付的一般法律问题
- (231) 第十章 国际货币基金协定
- (231) 第一节 国际货币基金协定的产生
与布雷顿森林制度
(239) 第二节 牙买加制度
(244) 第三节 国际货币基金的组织活动
(249) 第四节 基金协定的法律效力
- (252) 第十一章 黄金的法律问题
- (252) 第一节 黄金的货币职能问题
(255) 第二节 各国黄金储备政策

- (258) 第十二章 跨国货币的法律问题
 - (258) 第一节 跨国货币的概念
 - (260) 第二节 各种跨国货币
- (265) 附录 巴塞尔协议摘要
- (281) 参考文献

第一章 绪 论

本章论述国际金融法的概念和国际金融法的主体、客体、渊源,以及国际金融法的研究方法和研究意义。

第一节 国际金融法的概念和本质

一 国内金融法与国际金融法

按照美国经济学家达菲(Dufey)与吉迪(Giddy)在1978年发表的《国际货币市场》一书中的观点,金融分国内金融、涉外金融与国际金融。国内金融即国内贷款人提供资金给国内借款人,涉外金融即国内贷款人提供资金给国外借款人,或国外贷款人向国内借款人融通资金;国际金融既包括涉外金融,又包括外国贷款人与外国借款人之间融通资金。

作为上层建筑的法律,既决定于经济基础又反映经济基础。在法律上,有国内金融法和国际金融法。国内金融法,即一国管理其货币资金融通的法律规范,它既是国内法,又是涉外法。当今金融发达的国家,无不有其完备的既适用于其国内货币资金融通的管理,又适用于其国民和居民(包括自然人和法人)的跨国资金融通的管理的金融法。国际金融法则是以其

所确立的法律制度为国际金融制度,而不同于确立一国金融制度的国内金融法;而一国国内金融法中适用于涉外金融部分的规范,则为国际金融法所包含。因此,可以说,金融法既是国内法又是涉外法,国际金融法则包括国际法与国内法。国际金融制度即系由各国适用于涉外金融部分的规范与有关金融方面的各种双边、多边国际协议、条约和国际惯例所确立;它包括国际投资金融、国际贸易金融、国际货币金融三个方面的法律制度。因此,中国在制定全国统一实施的金融法时,除要有透明度外,还得顾及与中国所承担的有关条约义务相衔接,并自动接受和采用有关国际惯例,与之沟通、靠拢。

二 国际金融法是国际经济法的一个组成部分

由于对国际经济法中的“国际”是仅指“国家之间”,还是也包括指“跨国”的理解不同,从而,国内外学者对于国际经济法的看法也存在分歧:有主张国际经济法是属于国际公法的一分支,是经济的国际法的;有主张国际经济法是属于一个新兴的独立法律部门而自成一类规范的。^① 作为自成一类规范或“一个法群”(a body of law)的国际金融法,是国际经济法的一个组成部分,而非国际公法的一部分。

国际经济法是范围广泛,内部结构错综复杂的一个庞大法群。对于这一个处于发展变化之中的法群,美国学者洛温菲尔德(Lowenfeld)1977年主编的一套“国际经济法丛书”与日本学者樱井雅夫1979年发表的《国际经济法研究——以海外

^① 姚梅镇,《适应深化改革开放的需要,加强国际经济法的研究》,《武汉大学学报(社会科学版)》,1991年第1期。

投资为中心》，是以研究国际直接投资的法律问题为中心，辐射国际贸易、国际货币等其他领域的法律问题研究，1989年问世的由德国学者霍恩(Horn)主编的一套“跨国经济法丛书”，已经转向以研究国际金融的法律问题为中心，辐射国际投资、国际贸易等其他领域的法律问题研究。

三 国际金融法的主体、客体与渊源

国际金融法作为上层建筑，反映了货币资金超越国境而流动的国际性或跨国经济关系的性质。国际金融法的本质特点即具体体现于其主体、客体和渊源中。

(一) 国际金融法的主体

主体即发生法律关系的当事者。国际金融法的主体，既有国家、地区和国际组织，也有从事跨国经济活动和使用外汇的个人、法人或非法人单位。现汇价实行独立浮动和钉住美元的一些货币国，由其中央银行通过抛售或购进美元来调节市场汇价，参加外汇买卖的有国家和个人、法人或非法人单位。就中国而言，人民币对外币的汇价，既有国家牌价，也有外汇调剂价，参加外汇调剂活动的有个人、法人或非法人单位。现在一国政府到另一国家和地区发行公债已很寻常，西方投资者则是各国政府所发国际债券的主要客户。联合国和世界银行等国际组织也在发行国际债券，供个人、法人或非法人单位购买。

一个地区能否成为国际金融法的主体是有条件的，即需视其是否具有相对独立的货币金融制度而定。如中国香港地区，由于具有相对独立的货币金融制度，因此，无论香港是同

英国还是同中国其它地区的货币金融往来,既不被视为中国的更不能被视为英国的国内往来,而是作为国际货币金融往来对待。1997年香港将回归祖国,依照《香港特别行政区基本法》第2条规定:“全国人民代表大会授权香港特别行政区依照本法规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权。”第110条规定:“香港特别行政区的货币金融制度由法律规定。香港特别行政区政府自行制定货币金融政策,保证金融企业和金融市场的经营自由,并依法进行管理和监督。”

个人、法人或非法人单位能否成为国际金融法的主体也是有条件的,即需视其是否与外汇打交道而定,凡使用外汇的个人、法人或非法人单位,都可成为国际金融法的主体。

(二)国际金融法的客体

客体即主体的权利义务所指向的标的。国际金融法的客体即包括本国货币、外国货币和跨国运转中的货币资金。

(三)国际金融法的渊源

渊源即法律形式,指用以表示法律规范的形式。以国际金融法而言,除有《国际货币基金协定》、《国际复兴开发银行协定》等多边条约和一国对外缔结的双边货币金融协定,以及各国金融法的国际法与国内法的渊源外,大量渊源则是以下述带约束性建议、任意性惯例与合同性规定的形式出现。

1. 带约束性建议。

国际清算银行巴塞尔委员会成员国1988年7月15日签订的《统一国际银行资本衡量和资本标准》协议(《巴塞尔协议》),对于巴塞尔委员会的12个成员国属于国际协议,而对

于非成员国即属带约束性建议。《巴塞尔协议》要求各成员国银行监管机构以注释本或官方声明在国内公布,使之成为国内法,以监管本国跨国银行活动;巴塞尔委员会希望非成员国自动引进“巴塞尔体制”,以改善其银行资本状况,可以无需法定,也可以仅对某些问题加以法定;该委员会并希望世界各地从事国际金融业务的银行,在其国内制度未作实质性改变前,即为实施《巴塞尔协议》采取必要步骤,适时调整其资本构成,进而促成“巴塞尔体制”在世界上更多国家得以实施,以确立起国际金融领域的法律秩序。自1993年1月起,世界上已有100多个国家开始实施《巴塞尔协议》。^①现中国亦面临是否自动接受《巴塞尔协议》的抉择。因为,它对于像中国一类非巴塞尔委员会成员的国家,作为建议,亦非可以接受也可以不接受,其约束性即表现于它已相当于公认的国际惯例。

2. 任意性惯例。

1976年西方七国(美、英、法、德、意、日、加拿大)关于出口信贷的君子协定,由各国自愿接受、自愿遵守。国际商会《托收统一规则》(第322号出版物)、《合同担保统一规则》(第325号出版物)和《跟单信用证统一惯例》(第400号出版物)等,当事人在订立的合同中规定适用,即对当事人有约束力。国际商会自1991年以来已着手对“第400号出版物”进行修订,将称之为“国际商会第500号出版物”。国际证券商协会(AIBD)、塞德尔(Cedel)、欧洲清算组织(Euroclear)共同拟定的《ACE惯例规则》,在欧洲债券市场进行交易的各方均自动接受。

^① 《国际金融研究》,1993年第7期,第61页。