

FINANCIAL LAW REVIEW

第一卷

金融法律评论

◎ 吴 弘 主 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

第一卷

金融法律评论

◎ 吴 弘 主 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

金融法律评论. 第1卷/吴弘主编. —北京: 中国法制出版社, 2010. 11

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2308 - 3

I. ①金… II. ①吴… III. ①金融法 - 中国 - 文集
IV. ①D922. 280. 4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 206319 号

策划编辑 舒丹 (bjb2bjb2@163.com)

责任编辑 邱小芳

封面设计 杨泽江

金融法律评论：第一卷

JINRONG FALV PINGLUN; DI YI JUAN

主编/吴弘

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2010 年 12 月第 1 版

印张/23.75 字数/409 千

2010 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2308 - 3

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66078158

邮购部电话: 66033288

目 录

Contents

金融法研究

国际金融中心建设的金融法基础	周仲飞 杨文云 (3)
银行业反垄断法适用问题研究	赵园园 (14)

投资基金法的修订

投资基金的法理基础	吴 弘 徐 振 (39)
我国公司型基金的法律构建	江翔宇 (51)
中国私募股权投资基金的权利保护的法律空间	贾希凌 周天林 (72)

金融衍生品监管法制

金融衍生产品风险传导机制与金融服务贸易监管	汪其昌 (91)
股指期货投资者保护法律完善	李明良 姜朝晖 (105)
金融互换及监管机制	张国炎 (114)
从美国 CDS 场内化监管改革看中国之应对	唐 波 王莹琨 (120)

资产证券化法律问题再研究

从次贷危机看资产证券化中受托人的谨慎义务	张 敏 (133)
论受益证券的法律性质	伍治良 (143)
我国信托型资产证券化税收立法问题探析	徐志青 (153)
亚洲资产证券化市场法律环境比较分析	王 健 (178)
德国资产证券化的法制实践	沈恒亮 (205)

域外金融法制

法国对现代信托制度的引进与调整	黄朝为 (219)
韩国的证券集体诉讼及对滥诉的防范	金钟顺 (227)

金融司法实践

论存款被冒领案件中存储双方的民事责任	王建平 (235)
信用卡的债权保护与风险防范	金民珍 陈 红 (248)
我国保险法不可抗辩规则的不足及其完善	李伟群 邱华睿 (257)

案例评析

朱奇诉某外资银行上海分行股份期权纠纷案	张凤翔 (269)
基金分红维权案的思考	宋一欣 (276)

金融法制年度报告

2009 年中国银行市场法制报告	何 颖 (285)
2009 年中国保险市场法制研究报告	孙宏涛 (306)
2009 年中国信托市场法制报告	贾希凌 张 敏等 (329)
2009 年证券市场投资者保护年度报告	吴 弘等 (362)
2009 年上海国际金融中心法治环境建设年报	吴 弘等 (370)
编后记	(376)

金融法研究

国际金融中心建设的金融法基础

周仲飞 杨文云*

金融中心建设的法律涉及金融法、公司法、税法、移民法等各个方面,金融法律相比较其他法律而言,对于金融中心的建设具有更加重要的作用,因为金融法律本身就是金融产品和服务内在的不可分割的组成部分。理论和经验性的研究证明,金融法律对金融中心竞争力有着重要影响,例如美国 2002 年《萨班斯-奥克斯利法》的出台,就是导致此后外国公司在美国上市数量减少的直接原因之一。^① 纽约市政府 2007 年的一份报告则将公平和可预见的法律环境、政府和监管机构对经营机构需求的反应、有吸引力的监管环境分别作为影响金融中心竞争力的第二、三、四位因素。^② Z/Yen 集团 2009 年 3 月为伦敦市提供的《全球金融中心指数》研究报告列举了影响金融中心竞争力的 14 项指标,监管环境、政府回应以及公司税制、个人税制分别名列指标排序第 2、7、8、14 位。^③ 本文通过对金融法律在国际金融中心历史发展中的作用,以及美国、英国、香港、迪拜等现有国际金融中心的金融法律环境的考察,对中国建设上海国际金融中心的金融法律基础提出建议,旨在突出金融法律在建设国际金融中心不可取代的作用。

一、金融法对国际金融中心发展的作用:21 世纪前

国际金融中心被认为是一定数量金融服务在给定城市空间的集合,是中介机构协调金融交易,安排支付清算的地方。对金融中心而言,真正重要的是市场的流动性和有效性、金融业务的多样性和互补性、专业服务(法律和会计)、技术专家、

* 周仲飞,上海财经大学教授、博士生导师;杨文云,上海财经大学研究生。

① See The City of New York Office of the Mayor New York and United States Senate, Sustaining New York's and the US' Global Financial Services Leadership, 2007, p. 12.

② See id. pp. 16-17.

③ 其它指标分别是训练有素的专业人员(第1项)、进入国际金融市场的容易度(第3项)、基础设施(第4项)、客户的可获得性(第5项)、公平公正的商业环境(第6项)、运营成本(第9项)、专业服务供应商的获取(第10项)、生活质量(第11项)、文化和语言(第12项)、商业楼宇的质量及供应(第13项)。See Mark Yeandle and Jeremy Horne et al., The Global Financial Centres Index (5th), City of London, 2009.

劳工技能 (workforce skills) 以及获得高质量信息的容易程度等。^① 金融法律对金融中心的上述诸多方面具有重要影响, 20 世纪以前、20 世纪之始至 20 世纪 80 年代, 20 世纪 80 年代以来国际金融中心变迁的三个不同历史时期, 金融法律对国际金融中心的作用提供了较好的例证。

20 世纪以前在国际金融中心形成伊始, 商业需求和地理位置是自然形成国际金融中心的主导因素。对于自然形成的国际金融中心而言, 20 世纪以前并没有专门的法律促使这些金融中心的建成。但金融法律在不同方面的规定或不规定 (不禁止) 有助于金融中心的发展。如 1833 年英国法律允许银行在伦敦建立股份制银行, 虽然一开始它们的业务受到英格兰银行和私人银行的抵制, 但它的优势不在于业务范围, 而在于其法律地位、充足的资本金和广泛的分支机构网络。1844 年世界上第一部中央银行法——《英格兰银行条例》由英国国会通过, 条例规定: 英格兰银行作为发行银行, 享有英镑的垄断发行权; 作为银行的银行, 统一保管各普通银行的存款准备金, 充当各金融机构的票据清算中心, 担当“最后贷款人”的角色; 作为政府的银行, 接受政府存款、经理国库。《英格兰银行条例》理顺了英国银行业体系, 为英国成为国际金融中心奠定了基础。在 1848 年法国银行停止铸币支付后, 作为大部分票据的发行地英国伦敦逐渐成为国际金融中心。^② 事实上, 十九世纪中叶欧洲大陆出现全能银行, 为欧洲一些城市, 如柏林成为国际金融中心奠定了基础。而美国 1863 年和 1864 年《国民银行法》要求银行把存款准备金存放到城市银行的规定则极大地促成了纽约作为金融中心的崛起。^③

20 世纪以后的两次世界大战, 虽然伦敦、巴黎仍是十分重要的国际金融中心, 但伦敦已将头号国际金融中心的地位让位给纽约, 而柏林则从国际金融中心的版图中消失。虽然战争对金融中心新格局的形成起了决定性的作用, 但金融法律在变迁中仍起到了重要作用。例如, 在一战期间, 伦敦证券交易所在 1914 年 7 月 30 日至 1915 年 1 月 4 日停止交易; 而 1914 年 8 月 2 日英格兰银行、商业银行和政府之间达成债务延迟偿付协议, 避免了英国整个信贷市场的崩溃。^④ 同时期, 美国于 1913 年

① See Youssef Cassis, *Capitals of Capital: A History of International Financial Centres, 1780 - 2005*, New York: Cambridge University Press, 2006, p. 2.

② 对此有不同的看法。如 W. F. Crick 和 J. E. Wadsworth 认为是 1848 年法国银行停止铸币支付后, 英国成为国际事务中心; 而 Bagehot 则认为 1870 年之前巴黎和伦敦都是中心, 但在 1870 年法国银行停止铸币支付后, 伦敦成为唯一中心。See Charles P. Kindleberger, *The Formation of Financial Centers*, in Charles P. Kindleberger (ed.), *Comparative Political Economy: A Retrospective*, Cambridge, Mass.: MIT Press, 2000, pp. 291 - 292.

③ 由于纽约在美国经济中的地位, 这一规定导致许多银行将准备金存放在纽约的银行, 从而使得纽约成为资本运转的场所。

④ Youssef Cassis, *Capitals of Capital: A History of International Financial Centres, 1780 - 2005*, New York: Cambridge University Press, 2006, p. 146.

建立联邦储备系统，建立较为完善的中央银行体系。一战后，美国于1919年颁布实施《爱治法》（Edge Act），允许国民银行在海外设立分支机构，进一步扩大了美国银行在世界范围内的影响。1933年美国通过《证券法》和《银行法》则在进一步规范美国金融市场的情况下，促成美国金融市场地位的提升。如《银行法》确立了证券和银行业务分离，为当时情况下金融市场的健康发展提供了保障，而建立存款保险制度，则在危机时期为金融市场的有效运转提供了信心。1934年的美国《证券法》建立证券交易委员会，则为现代证券市场的规范提供了基础。这些金融法律不仅成为各国规范发展金融市场的榜样，而且进一步促成了纽约国际金融中心的崛起。但在此时期，美国《Q条例》对银行支付存款利息最高限额的规定则不但减损了银行对存款的吸收，造成了美国金融市场的脱媒，而且催生了欧洲美元市场，影响美国金融市场的发展。

二战以后，伴随着西方国家对经济的政府干预，金融领域的政府干预也逐渐加强。这些金融干预表现为多种形式，既有政府直接从事发放贷款等活动，也有通过法规改善金融市场活动，还有采用国有化的方式。这些措施（与战争因素一起）对国际金融中心的变迁产生了影响。比如在汇率控制方面，西方主要国家，除美国和瑞士外，直到70年代末才实现货币自由兑换。汇率控制致使货币不能自由兑换，影响了欧洲国家的国际金融活动，从而促成了美国纽约地位的提升。并且，美国联邦储备银行体系的完善，尤其是纽约联邦储备银行作为美国中央银行和政府在美国的代理行，对纽约国际金融中心的形成发挥了重要作用。而日本在70年代之前对资本流出入、外国居民股票交易、外国债券在日本发行等采取了严厉的控制措施，使东京尚未成为有影响力的国际金融中心。70年代后日本采取了金融市场自由化的改革措施，如1980修改外汇法，确定了外汇交易自由的政策；1981年通过的新《银行法》满足了银行业的要求，允许其从1983年4月开始从事国债交易业务。这些措施使日本开始在国际金融中心的版图中占有一席之地。但是，另一方面，尽管纽约已经取代伦敦成为头号国际金融中心，但纽约当时对国际金融体系的影响力不及伦敦在世纪初的影响力，其原因在于美国法律规定的分业经营制度、《Q条例》等。事实上，美国《Q条例》是导致美元流向英国的原因之一，再加上欧洲国家如法国、瑞士、意大利和德国不鼓励外国存款的进入和英国重建国际金融中心的决心，促使50年代欧洲美元和欧洲债券市场在伦敦首先出现，从而使伦敦再次成为最具影响力的国际金融中心。^①

20世纪80年代后，一系列放松金融监管措施对金融中心的发展产生了显著影响。首先，20世纪80年代后，大多数国家取消了汇率控制，从而使各国货币能够

^① See Youssef Cassis, *Capitals of Capital: A History of International Financial Centres, 1780 – 2005*, New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 223 – 224.

自由兑换,各国国际金融的活动日益紧密,使得各国金融活动集中地的国际金融中心日益受到重视。其次,各国一系列金融法规的颁布促使各国国际金融中心的地位得到提升。如英国1986年10月27日的“大爆炸”(big bang),取消了“stockjobbers”和“stockbrokers”之间的区别,允许stockjobbers和stockbrokers均可进入伦敦证券交易所从事股票买卖。1997年英国成立单一金融监管机构,而其奉行的“以原则为基础的监管”降低了监管成本,提高了金融效率,促使伦敦国际金融中心的地位进一步提升。美国1994年颁布了Riegle-Neal Interstate Banking and Branching Efficiency Act,允许美国银行跨州设立分支机构;1999年的Gramm-Leach-Bliley Act废除分业经营。日本则于1994年10月实现了除结算账户存款以外的所有活期存款利率的自由化。1992年《金融制度改革法》确定银行、证券、信托三种金融机构可以通过设立子公司的形式实现业务的兼营化。1998年3月《金融控股公司法》规定,在日本可以组建金融控股公司。1998年4月的新《外汇法》实行内外资本交易自由化。

从上述国际金融中心发展的历史看,我们可以看到金融法律对国际金融中心建设至少有下列三个方面的意义:首先,自然形成的国际金融中心并无专门的国际金融中心法律,某部单个法律也不可能对金融中心发展起着决定性作用,但顺应时势、不断完善法律对国际金融中心的发展是不可缺少的。其次,金融中心的生命力在于其竞争力,法律环境是决定竞争力的一个因素,对金融市场的监管与放松监管都对金融中心竞争力有正反影响。再次,在经济全球化中,在无统一适用的国际标准的情况下,一个国家或金融中心的法律、监管制度,深深地影响着其他国家的金融中心竞争力。

二、金融法对国际金融中心发展的作用:21世纪后

21世纪以来,最大国际金融中心在美、英两国的变迁以及新兴市场国家对国际金融中心建设的关注和实践,进一步促进了金融法律对国际金融中心建设发展的作用。

(一) 美国与英国金融法律对其国际金融中心地位的影响

21世纪以来,纽约最大国际金融中心地位让位于伦敦,其中原因之一是美国与英国金融法律和监管环境差异。纽约政府的调查表明,纽约法律体系已远远落后于伦敦。^①美国多重监管的弊端、监管方法的不足以及美国的诉讼文化对纽约国际金融中心竞争力形成了不利影响。

美国是联邦制国家,各州享有宪法保证的一系列权利。在金融领域,美国建立

^① The City of New York Office of the Mayor New York and United States Senate, Sustaining New York's and the US' Global Financial Services Leadership, 2007, p. 73.

了双重银行体制，以及与此相适应的多重的联邦和州监管体制。以银行监管领域为例，根据银行取得执照的来源以及存款保险的机构，银行金融机构需要分别接受不同监管机构的监管。美国多重监管机构尽管在一定程度上能带来监管的相互竞争，有利于创造良好的监管环境，但多重监管机构也带来众多明显的问题：其一，多重监管机构致使监管重复和冲突，从而不仅浪费了有限的监管资源，而且增加了金融机构的合规成本；其二，多重监管机构在监管的权限和范围方面难以清晰界定，导致监管漏洞，影响对金融机构的有效监管；其三，多重监管机构不可避免的产生监管法律法规的复杂性，从而增加了法律风险的不可预见性；其四，多重金融监管机构也致使金融监管对金融创新和危机反应缓慢，从而由于未能有效应对金融创新，维护金融稳定，影响了本国金融市场对金融机构的吸引力。

与英国采用“以原则为基础的监管”方法不同，美国一直采用“以规则为基础的监管”方法，其结果是监管规则（无论是立法机构还是监管机构制定的规则）越来越详细、繁杂，规则的废除和失效永远赶不上规则立改的速度，规则汇编越来越厚。自1989年以来，美国各监管机构制定了800多个条例适用于银行和其他吸收存款的机构，^①各个不同的监管机构按照各自的法定职责颁布了各种条例和规则，这些条例和规则在很多方面互相冲突，多年未作修订，逐渐落后于金融市场的发展。金融机构遵守这些监管规定的成本不断上升，如证券公司每个交易日需平均回复一次监管查询，大型证券公司则超过三次；证券公司合规成本在2002年为130亿美元，而在2005年迅速上升为250亿美元。这些合规成本的支出很大一部分来自监管机构的检查、监管行动、监管规则之间的不一致等。^②

美国诉讼文化形成的好讼特征，也影响到美国国际金融中心的竞争力。2005年美国证券市场的赔偿额高达35亿美元，比2004年和2003年分别高出15%和70%。^③好讼增加了经营者的法律成本和风险，因证券纠纷而引发的诉讼导致公司倒闭或者清算在美国数不胜数。2002年《萨班斯-奥克斯利法》第302节规定公司高管对公司财务报告准确性的个人责任，强化了个人对公司行为承担责任。一系列法律法规过度严厉的惩罚规定尽管对违法违规行为有威慑作用，也使合法的经营者的望而却步，影响了美国国际金融中心的吸引力。

与美国不同，英国在金融法律和监管环境方面的持续改善为英国伦敦国际金融中心竞争力的提高创造了比较优势，从而也成为促使伦敦在本世纪初再登世界头号国际金融中心的影响因素之一。首先，1997年10月英国成立单一金融监管机构：金融监管署（FSA）。FSA作为单一监管机构使得监管具有简明性、一致性，有效降

① See id., p. 83.

② See id.

③ See id. p. 74.

低了多重监管机构造成的监管重复、冲突，能迅速对金融创新做出反应。其次，FSA 在监管实践中注重监管方法的创新，强调以原则为基础的监管，极大地减少了金融机构的合规成本。第三，英国注重通过一系列金融法律法规维护资本市场高标准的信息披露和透明度，增强了海外机构到伦敦的上市的吸引力。例如，2005 年到 2008 年，在伦敦证券交易所前 20 位的 IPO 中有 14 个来自外国公司，而纽约证券交易所这个数字为 4 个。^①

然而，英国在金融法律和监管环境方面也存在不利于国际金融中心建设的种种困难。首先，作为欧盟成员，英国要遵守欧盟的规定，但欧盟规定很少考虑如何保证伦敦作为国际金融中心的地位，从而影响英国伦敦作为国际金融中心的吸引力。事实上，历史上曾经帮助伦敦建立国际金融中心的法律法规逐渐被非以此目的的其他法律法规取代。^② 其次，在 2009 年以前，英国对问题金融机构的处置适用普通破产法，缺乏专门适用问题金融机构危机处理的法律法规，这是国际金融机构落户伦敦所遇到的一个难题。^③ 其三，单一监管机构通常注重单个机构的风险，而忽视系统性风险。一旦单一机构没有发现金融机构存在的问题，就没有其他机构可以填补这个空缺。

（二）其他国家和地区金融法律对国际金融中心建设的影响

日本、香港、新加坡等国家和地区在金融法律及监管环境上的持续改善对其国际金融中心建设发展起到了重要影响。在 2009 年 3 月 Z/Yen 集团世界国际金融中心排名中，东京、香港、新加坡分别位列 15、4、3 位。事实上，这些国家和地区所颁布的一些法律中就明确提到建设或维持国际金融中心，如香港、新加坡等，而日本则颁布了一些重要的金融法律，改善了金融法律和监管环境。

2006 年，日本进行了最重要的证券法改革，即通过了《金融工具和交易法》。该法为保护投资者，对所有的投资工具进行跨业监管。该法部分内容被称为日本版的《萨班斯-奥克斯利法》，要求日本的上市公司加强内部控制以确保财务信息披露的全面性和准确性；要求对冲基金在日本金融监管厅注册；不同流动性的上市有价证券适用不同信息披露制度；根据投资者的性质，对从业者适用不同规则。尽管日本《金融工具和交易法》增加了金融机构的监管负担，短期对于东京的竞争力可能有负面影响，但是，其中许多为提高市场效率的灵活性监管措施会产生长期效益。并且，由于日本金融监管厅和金融业界已经达成 14 项原则，采用以原则为基础的监

① See Bob Wigley, London: Winning in a Changing World: The Review of the Competitiveness of London's Financial Centre, Dec. 2008, p. 13.

② See Bob Wigley, London: Winning in a Changing World: The Review of the Competitiveness of London's Financial Centre, Dec. 2008, p. 17.

③ 2009 年 2 月，英国通过了《银行业法》，其中第二部分规定了对问题金融机构的处置程序。

管方法,从另一方面减缓了金融机构的监管压力。再者,日本金融监管厅加强监管行动的透明度和可预见性从长期来看也有利于提升东京作为国际金融中心的竞争力。

尽管香港国际金融中心地位的形成有其历史原因,但香港透明、公开的金融法律制度,以及对外国机构从事金融业务的开放措施,是其成为有竞争力的国际金融中心的重要因素。《香港特别行政区基本法》第109条规定:特别行政区政府提供适当的经济和法律环境,以保持香港的国际金融中心地位。2003年香港成立“跨市场监管委员会”,加强不同监管机构之间的市场信息交流,制定应急监管措施,促进对金融集团的监管。针对分业监管造成的问题,如对银行的证券业务,香港证监会作为证券业的牵头监管机构(lead regulator),香港金融管理局作为银行从事证券业务的主监管机构(main supervisor)。但香港也存在影响香港国际金融中心地位的监管法律,如证券业务和存款业务混同,从事普通商业银行业务的人和从事投资银行业务的人混同,以及产品的信息披露对于一般投资者而言无法理解等不足,均会对香港作为国际金融中心的竞争力产生消极影响。

《新加坡金融管理局法》第4条规定,新加坡金融监管局主要目的之一即为“培育稳健的和声誉显著的金融中心”,职责之一则为“将新加坡发展为国际金融中心”。新加坡金融监管环境被世行描述为世界上对金融机构经营最友好型的监管。新加坡也建立了单一监管机构,降低监管的重复和冲突,并从单一的机构监管导向转向系统性风险导向,为降低合规成本同时维护稳健的金融环境提供了良好基础。对所有金融机构,新加坡监管当局均施以风险为基础的监管。同样,新加坡以规则为基础的监管方法可能损害新加坡的竞争优势,对金融创新反应不足,如2001年通过的《证券和期货法》已经作了6次修改,仍不能适应金融市场的发展。而信息披露的规则过于复杂,披露的信息缺乏意义,则增加了购买证券的成本。

尽管迪拜、卡塔尔在世界国际金融中心版图中并未处于较高的位置,^①但其专门通过金融法律促成国际金融中心从无到有的做法显然值得借鉴。2004年1月,阿联酋修改了《宪法》第121条,将建立金融自由区的命令、方式和范围,以及在该范围内可以免除适用联邦法律的权限赋予了阿联酋国联邦立法机构。联邦立法机构据此在2004年3月27日颁布了只有10个条文的《金融自由区法》,允许阿联酋国联邦下面的任何一个酋长国建立金融自由区,同时豁免了金融自由区和在金融自由区从事的金融活动适用联邦民商事法律,但联邦刑事法律和其他法律仍适用于金融自由区。2004年联邦第35号法令做出决定,在迪拜酋长国建立面积为110英亩的国际金融中心,迪拜国际金融中心有权制定所有民商事领域的法律,建立独立的金融监管体制。

2004年迪拜酋长国颁布了《迪拜国际金融中心法》,建立了包括迪拜国际金融

^① 迪拜、卡塔尔在2009年3月Z/Yen集团世界国际金融中心排名中分别位列第23、46位。

中心管理局、迪拜金融服务局和迪拜国际金融中心法庭在内的迪拜国际金融中心组织架构。国际金融中心管理局拥有独立的立法权，负责起草金融中心的法律和条例，由迪拜酋长颁布；金融服务局，对金融中心管理局总裁负责，负责监管中心的金融活动，有权颁布监管条例和规则；迪拜国际金融中心法庭分初审法庭和上诉法庭，审理与金融中心本身、在金融中心设立的机构和在金融中心从事的交易有关的法律纠纷。根据《迪拜国际金融中心法》的规定，迪拜国际金融中心已经颁布了《监管法》、《合同法》、《破产法》等9部法律。

卡塔尔金融中心是依据《卡塔尔金融中心法》的规定于2005年建立的，目的是在多哈提供一个金融和商业中心，以吸引国际金融服务机构和跨国公司到卡塔尔。《卡塔尔金融中心法》授予卡塔尔经济与商业部部长（也是法定的卡塔尔金融中心局主席）颁布适用于金融中心的条例。条例在金融中心具有优先适用效力，卡塔尔国家的民商法原则上不能适用于金融中心。虽然卡塔尔刑法仍适用于金融中心，但是金融中心的业务活动如果符合《卡塔尔金融中心法》和条例，将不构成犯罪或不能视为违反了刑法或其他法律。《卡塔尔金融中心法》还为卡塔尔金融中心提供了基本的组织结构，即建立卡塔尔金融中心局、卡塔尔金融中心监管局、卡塔尔金融中心民商法庭和监管法庭，他们都有权起草适用于金融中心的条例，但这些条例需提交给卡塔尔经济与商业部长颁布，涉及监管局和监管法庭职能的条例还需要经过卡塔尔部长会议同意。从2005年到2007年，卡塔尔经济与商业部长先后颁布了卡塔尔金融中心条例第1号至13号，其中包括《金融服务条例》、《公司条例》、《反洗钱条例》等。

三、借鉴与思考

国际金融中心的历史表明：法律无论是对于自然形成的还是新兴的国际金融中心的发展都将起到至关重要的作用。国务院已经明确上海国际金融中心建设的总体目标是：“到2020年，基本建成与我国经济实力以及人民币国际地位相适应的国际金融中心”。上海国际金融中心建设尽管已经初步取得了成绩，但要在2020年达成建设目标，应该充分利用金融法律进一步促进建设和发展的提速。笔者基于对历史的回顾认为，上海国际金融中心的金融法律体系建设的基本目标是既能保护投资者和金融体系稳定，又能促进金融创新；既要加强监管，又能提高国际金融中心的竞争力。

（一）赋予上海国际金融中心特别的立法权

上海国际金融中心的特别立法权是指，全国人大特别授予上海市人大制定对上海国际金融中心的机构和活动具有优先适用效力的法规和规章的权力。迪拜国际金融中心 and 卡塔尔金融中心运用国家授予的特别立法权，按照国际标准和最佳实践，制定了一系列专门适用于国际金融中心的民商法律，从而使这两个中心的金融发展远远超过五、六年前建立时的水平。在现有国家的立法体制和监管体制下，上海要

在 2020 年基本建成与我国经济实力以及人民币国际地位相适应的国际金融中心困难重重，授予上海建设国际金融中心特别立法权，是可以认真且尽快考虑的一种选择之一。

首先，此种选择在我国现实法律实践中也具有现实的基础。1992 年 7 月 1 日第七届全国人大常委会第二十六次会议通过了《关于授权深圳市人民代表大会及其常务委员会和深圳市人民政府分别制定法规和规章在深圳经济特区实施的决定》，赋予了深圳市制定经济特区法规或规章的权限。2000 年 3 月颁布的《中华人民共和国立法法》第 65 条规定：“经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定，制定法规，在经济特区范围内实施”。该法第 81 条第 2 款还规定：“经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济特区法规的规定”。尽管学术界对《立法法》的授权模式是否违反了授权明确性原则和法制统一原则有不同意见，而且在实践中也存在扩大地方立法权限的攀比现象，但是，笔者认为《立法法》的特别授权立法的规定符合我国国情，是为我国经济发展所必需的，其基本理念仍需继续坚持和遵循。对于授予上海国际金融中心特别立法权而言，《立法法》尚无可以适用的条款，而只能采取类似于 1992 年深圳的做法，由全国人大作出特别的授权决定。

其次，根据国务院的部署，上海可以按照“先行先试”的原则加强发展金融市场主体体系、金融机构体系、金融创新产品、金融对外开放、金融服务体系和金融环境。“先行先试”的一个内在逻辑是“行和试”都应该依法进行。但是，上海在发展上述六个金融领域的过程中，必然会遇到大量的与国家现有法律冲突和不协调的问题，而要等到通过国家法律的立和改来解决这些问题，可能为时已晚，也谈不上“先行先试”了。“先行先试”没有法不行，法的即时跟进是“先行先试”的内在组成部分。只有赋予上海具有解决这些法律冲突或填补法律空白的特别立法权，才能做到“先行先试”中法的即时跟进。

因此，对特别立法权问题，如果我们一定要在现有的理论框架上找出人人信服的理论依据，也许到 2020 年还达不成共识。一定要在理论认识上达成一致才授予特别立法权，只能是贻误时机。上海要“先试先行”建设国际金融中心，不是要不要特别立法权的问题，而是如何行使特别立法权的问题。

（二）允许上海国际金融中心的金融机构综合经营

金融市场的另一个事实是金融机构的跨业综合经营（即混业经营）与分业经营相比具有更大的竞争优势。即使本次金融危机后许多人提出要继续采用美国上个世纪 30 年代《格拉斯·斯蒂格尔法》的做法，将商业银行业务和投资银行业务分开，但目前英美政府和欧盟出台的金融改革方案中都未改变金融机构综合经营的做法，而事实上美国《格拉斯·斯蒂格尔法》出台后到 1999 年《金融服务现代化法》彻底废除前者的 60 年间，商业银行从来没有被彻底禁止从事投资银行业务过，美国新

出台的《多德—弗兰克法》也没有禁止金融机构的综合经营。上海如果要成为有竞争力的国际金融中心，允许在上海注册的金融机构从事综合经营应是必然的选择。当然，金融机构从事综合经营可以采用多种形式，既可以金融机构本身直接从事其他金融行业的业务，也可以金融控股公司设立子公司的形式从事金融业务（笔者更同意采用后者，因篇幅所限，不在此赘述）。但是，无论采用何种方式从事综合经营，只要允许金融机构综合经营，上海就应该建立单一监管机构，统一监管所有在上海注册的金融机构。惟有如此，才能有效地监管金融机构跨行业风险。

（三）在上海国际金融中心设立统一的金融监管机构

尽管每个类型的监管体制都有利有弊，^①并不存在某个监管体制必然优于另外一个监管体制的情况，赞成某种监管体制的同一条理由都可以被反对者用作反对采用该监管体制的理由，因而，仅凭理论上的研究不足以确定一国应该采用何种监管体制。在笔者看来，金融监管体制的确定除了考虑一国的政治体制和政治文化、金融监管传统和能力、金融危机发生后的应对措施外，更重要的是考虑金融市场的发展。无论现在还是将来，金融市场的一个基本事实是创新金融产品和金融集团的不断涌现，而创新金融产品的跨行业性和随之而来的风险跨行业性，以及金融集团越来越成为国际国内金融市场的主导，使得以专业分工为基础的机构型监管或者功能型监管显得无所适从。换言之，在同等条件下，统一型监管体制要比机构型监管和功能型监管更能有效地监管跨行业风险。

在上海国际金融中心设立单一金融监管机构，意味着原有的国家银行、证券、保险三大监管机构在沪的派出机构将合并，其基本职能既包括制定相应的监管规则，又含审慎监管辖区内所有金融机构和跨行业风险，以及监督、评估系统性风险，在必要时采取监管行动降低系统性风险发生的可能性。次贷危机暴露监管体制上的一个主要问题是监管机构过多注重单个机构稳健的安全运行，忽视了对金融业务的跨行业风险的监管，更没有监管机构关注金融机构和金融业务产生的系统性风险。这也是建议上海单一金融监管机构具备监管跨行业风险和系统性风险职责的原因。

目前，我国金融监管实行垂直领导体制，同时在中央采用机构型监管体制；在这种情况下，继续维持现有的垂直领导体制显然变得不可能，如何协调上海单一金融监管机构和中央机构型监管体制之间的关系就成为难题。^②设立金融监管机构必

① 有关金融监管体制的论文和著作是汗牛充栋，最新而又比较全面的论述可见 G-30, The Structure of Financial Supervision: Approaches and Challenges in a Global Marketplace, October 2008。有关四种监管体制的利弊，参见同书，P33-38。

② 在阿联酋和卡塔尔，迪拜国际金融中心和卡塔尔国际金融中心均采用统一型监管体制，而在两国的其他地方则采用机构型监管体制。但是由于两国立法的金融中心拥有特别立法权，立法也赋予了国际金融中心（国际金融中心监管局）与其他监管机构（如卡塔尔的中央银行和卡塔尔金融市场管理局）同等阶位，并不存在着上下领导的垂直关系。