

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research
Reference Books for Postgraduates



The Frontiers of International Financial Law

国际金融法前沿问题

韩 龙 著

清华大学出版社

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research
Reference Books for Postgraduates



The Frontiers of International Financial Law

国际金融法前沿问题

清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

国际金融法前沿问题/韩龙著. —北京:清华大学出版社, 2010.10

(中国法学前沿·研究生教学参考书)

ISBN 978-7-302-23894-2

I. ①国… II. ①韩… III. ①国际法:金融法—研究生—教学参考资料

IV. ①D996.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 185451 号

责任编辑:李文彬

责任校对:王荣静

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170×240 印 张:23 插 页:2 字 数:437 千字

版 次:2010 年 10 月第 1 版

印 次:2010 年 10 月第 1 次印刷

印 数:1~4000

定 价:42.00 元

产品编号:037265-01

序

金融是现代经济的核心,国际金融是世界经济的核心,在现代文明社会,金融和国际金融都要在法律的轨道上运行,因此,金融法和国际金融法与日俱增的重要性自不待言。

我们的时代是一个快速变幻的时代,国际金融法的发展变化尤为迅猛,并常常陷入矛盾和困境之中。导致这些发展变化、问题的原因是多方面的,其中主要有:第一,随着包括信息技术在内的科学技术的飞跃发展及其在金融业的充分运用,金融不仅服务于实体经济,而且还以脱离实体经济的纯虚拟经济的形式进行日新月异的创新,这就使得金融不但获得了其他经济领域无法比拟的发展速度,而且还具有其他经济领域无法比拟的抽象、复杂和奥妙。金融和国际金融活动固然要在法律的轨道上运行,但面对复杂多变的金融和国际金融活动,金融法和国际金融法一方面要不断进行适应性变革;另一方面,难免也会滞后于实践,导致法律的空隙或隔膜后,金融创新与金融法律规制的博弈十分激烈。第二,金融活动在利益的巨大推动下在不分国界和疆域地寻求着自身的发展,然而当今世界虽然已经高度一体化,但仍以众多主权国家作为基本的构成和划分单位。在这样的格局下,一方面,国际金融法需要快速发展以满足调整国际金融关系的需要;另一方面,金融活动全球化与法律规制国别本土化之间的矛盾日益突出。全球化需要一定的统一,但在世界没有统一之前,金融活动全球化与法律规制国别本土化之间的矛盾及其所推动的国际金融法的发展变化不会停息。例如,G20为处置这次全球金融危机多次召开首脑会议,并通过赋予金融稳定理事会以新使命等方式,大力地推动着国际金融法的发展。但G20又是什么呢?以笔者所见,它极似春秋战国时诸侯国的会盟,会盟有协调和促进的作用,但显然不能从根本上解决问题,国际金融法在世界由分割走向统一的剧烈碰撞的进程中发生剧烈变化,是时势所造。

由于上述原因和其他原因,国际金融法的发展变化及其中的问题十分突出。密切追踪研究这些发展变化及问题的价值不言自明。有鉴于此,应清华大学出版社之约,特撰写一部反映国际金融法的重要发展变化和问题的著作,以尽力满足理论研究和实践的需要。需要说明的是,国际金融法的发展变化及问题浩如烟海,远不是一部著作能够承载的,因此,本书更多的是撷英和例示,即主要撷取国际金融法的重大发

展变化与问题进行阐发,并按照国际金融法体系进行排列组合,形成一个具有逻辑和学理联系的机体。

具体来说,本书涵盖的内容可以归纳为以下方面:

第一,现代金融法与国际金融法基本理论。迄今,国内外对金融法和国际金融法基本理论问题的研究不多,影响到对金融法和国际金融法及其具体制度的科学认识,妨碍着金融法和国际金融法建设。金融法在法学体系中处在一个尴尬的境地,其中重要原因之一就在于缺乏根据金融法实践并结合金融法的发展变化对金融法基本理论进行提炼和建构。欠缺理论的支撑和担纲,金融法就无法完成从金融法学科向金融法学的转变。因此,科学地构建金融法和国际金融法理论成为金融法学和国际金融法学所面临的一项既基础又前沿的重大课题。为此本书设专章考察了金融法品性的历史演变,提出现代金融法的品性在于金融规制,金融规制有机地包含了监管性规范和注入规制因素的交易性规范,现代金融法的目标和任务在于防范系统风险,保护投资者、存款人、被保险人等,并考察分析了金融规制的社会经济根源,着力理顺金融法的内容体系。在此基础上,探讨了一般金融法理论对国际金融法的适用性,同时也指出国际金融法具有不同于国内金融法的使命,继而阐发了国际金融法的主体、调整对象、渊源、范围与体系等。

第二,国际货币制度与人民币汇率的法律问题。现行的国际货币制度——牙买加体系自诞生至今已逾 30 年,但是,国内外对此研究薄弱,可以说其中的许多问题至今没有破解。2007 年 6 月 IMF 执行董事会对双边汇率监督框架做出了 30 年来首次重大修改,法学界对此次修改及其影响依然研究甚少。在当今人民币汇率的国际货币法问题成为国际争论焦点的情况下,破解牙买加体系汇率制度及其最新发展,对于明辨中西方在人民币汇率上的纷争,恰当地运用当今的国际汇率制度维护我国的合法权益,意义重大。为此本书设专章对国际货币制度的核心——牙买加体系汇率制度及其晚近发展进行考察,具体从牙买加体系下会员国的汇率权利、义务和 IMF 对汇率的监督三个方面阐发和展现。

人民币汇率的法律问题是当今国际货币法中最令人瞩目的焦点之一,为此本书分两章——“西方对人民币汇率的法律指控和拟采取的行动”和“根据《IMF 协定》对人民币汇率安排的衡量”。“西方对人民币汇率的法律指控和拟采取的行动”一章描述了西方对人民币汇率的国际货币法的指控:汇率操纵和货币或汇率严重偏差;西方对人民币汇率的国际贸易法的指控:人民币汇率低估妨碍 GATT 规定的意图的实现,人民币汇率构成对中国产品的出口补贴或造成中国出口产品的倾销。该章还以美国为代表,对西方在人民币汇率指控上的变化、西方对人民币汇率拟采取的行动及其重心、西方指控人民币汇率的新动向进行了揭示并进行了展望,最后对西方的指控和拟

采取的行动折射出的国际法问题进行了揭示。“根据《IMF 协定》对人民币汇率安排的衡量”一章,首先根据牙买加体系从 IMF 会员国权利、义务和汇率监督三个方面对人民币汇率安排的合法性进行考察,随后直指西方对人民币汇率指控的阿喀琉斯之踵——国际社会包括 IMF 没有建立起被国际社会各成员普遍接受的币值或汇率确定理论、标准和方法。

第三,国际金融市场的准入及经营制度。1999 年生效的 WTO 金融服务的《第五议定书》和此前生效的《服务贸易总协定》,在近乎全球意义上建立起了统一的金融市场的准入及经营制度,多哈回合对金融服务贸易的规则进行了谈判,预示着此领域的发展态势。这一制度的内容、状况及其发展态势对我国影响极大,需要给予高度关注。本书设“国际金融市场的准入及经营制度与发展态势”一章对此进行阐发,内容主要包括国际金融市场准入与经营制度的构成、WTO 有关金融市场准入与经营制度、多哈回合金融服务谈判的新进展、我国金融市场对外准入与经营的管理制度等。

第四,以新《巴塞尔协议》及其修改为代表的国际银行监管制度。这场美国金融危机对世界各国的影响再次凸现了国际金融监管,特别是国际银行监管重要性。国际银行由哪个国家对其行使监管?按照什么标准进行监管?国家间需要什么样的监管合作机制以确保银行业的安全和稳健?这些都是国际银行监管所需要解决的重要问题。由于巴塞尔银行监管委员会多年来致力推动的结果,国际银行监管制度框架显现。本书设“国际银行监管”一章,在对国际银行监管概述的基础上,考察了国际银行监管责任的分配及其在巴塞尔体系中嬗变与并表监管,阐述了老《巴塞尔资本协议》与新《巴塞尔协议》的主要内容,并对巴塞尔委员会规则的性质问题进行了分析和探讨。但金融危机于新《巴塞尔协议》在少数经济体适用伊始,在大多数经济体尚未实施时爆发,暴露出新《巴塞尔协议》的诸多缺陷,国际社会正在对其进行修改完善,但这一部分内容出于更密切联系的考虑放到了最后一章即“国际货币金融制度改革”。

第五,IOSCO 的证券监管规则。如果说我国对以巴塞尔体系为代表的国际银行监管制度还有所研究的话,对国际证券监管制度几乎没有深度涉猎。IOSCO 是证券监管领域最重要的国际组织,其最为突出的贡献——IOSCO 证券监管规则体系,越来越受到国际社会的重视。为此本书设“IOSCO 的证券监管规则”一章,在对 IOSCO 证券监管规则体系概貌进行阐述的基础上,以《IOSCO 证券监管的目标与原则》和《关于磋商、合作和信息交流多边谅解备忘录》为代表对 IOSCO 重要规范性文件的主要规则和主要内容进行考察,对 IOSCO 证券监管规则的性质进行探讨,并对我国证券监管双边合作的内容及主要问题提出了思考。

第六,离岸金融与离岸人民币的法律问题。离岸金融是典型意义上的国际金融,

是现代金融市场的重要组成部分。离岸金融无论是对整个国际货币金融体系,还是对于我国投融资体系都具有极为重要的影响。加勒比海的离岸中心构成引发亚洲金融危机的国际游资的来源和去处,美国金融危机中国际社会要求加强对离岸中心的税收监管合作,就是明证。因此,离岸金融的法律问题是国际金融法亟需研究的重大课题。此外,随着人民币国际化进程的加速,香港已经成为人民币的离岸市场,如何对其规范和调整也是摆在我们面前亟待解决的重大问题。为此,本书设“离岸金融的法律问题”一章,在对金融市场发展演变、离岸金融及其特征进行考察的基础上,阐发了离岸金融法的主要内容,包括离岸货币市场的法律问题、离岸资本市场的法律问题、离岸金融市场的规制与监管问题,探讨了离岸金融法律问题的特殊性,考察了离岸金融与我国的关系,特别是在香港建立人民币离岸市场问题。

第七,国际货币金融制度改革。国际货币金融制度及其改革事关国际货币金融体系和国际经济交往的稳定与繁荣,也关系到金融风险 and 危机的防范和处置,因而是国际社会长期关注和致力解决的一个重要问题。亚洲金融危机爆发后,国际社会就曾围绕危机爆发的原因提出过多种改革的行动方案。这场金融危机爆发后,国际货币金融制度改革问题更加凸现。目前改革国际货币金融制度,已成为国际社会的强烈愿望和呼声。故本书设专章,将国际货币金融制度的改革分为两个方面:国际货币制度的改革和国际金融监管制度的改革。对于前者,主要考察了国际货币制度现存主要问题和国际货币制度改革的主要路径。对于后者,分主要经济体、重要国际机构和 G20 峰会三个层面,考察了危机后国际社会出台的主要金融改革方案与主要共同特征,重点展现了国际金融监管制度改革与问题,包括加强和健全国际金融监管的规则和标准,扩大并加强对金融市场的监管,健全国际监管责任的划分,建立国际金融监管机构问题等。

概括来讲,全书的特色体现在以下方面:第一,强调前沿重大问题,但辅之以必要的基础知识和背景材料。本书瞄准的是国际金融法的前沿重大问题,但考虑到国际金融法的深奥和复杂,为便于读者把握,作者补充了基础知识和背景材料,并尽可能深入浅出,力求通俗易懂。第二,着力建构金融法和国际金融法的科学理论,对此前面已做阐述,故不赘述。第三,理论与实际、实务相结合。金融法和国际金融法是一门实践性强的学科,必须坚持理论与实际、实务相结合,这种结合不仅体现在对具体重大问题的考察上,而且也体现在笔者根据现代金融法制实践和实际对国际金融法理论的建构上。第四,法学与金融学、经济学研究有机结合。对国际金融法问题的研究,离不开对金融学和经济学研究成果和方法的借鉴,但不能与金融学和经济学研究相混同或沦为其随从,法学研究有自己的使命和方法,在法学研究中金融学和经济学研究成果只能为法学研究提供支撑和服务。这正是本书所致力做到的。

笔者来到中南财经政法大学法学院工作近半年了。不知情的人或以为短时间内在新的工作单位出版两部个人独著(另一本是《人民币汇率的国际法问题》)颇为高产,但须知冰冻三尺,非一日之寒。这两部著作都是笔者多年研究心血的积累,热忱欢迎专家学者和广大读者垂阅和批评指正。在长期研究本书所含问题过程中,作者获得了来自多方面的宝贵资助和帮助,其中包括国家社科基金项目、教育部项目和司法部项目的资助。本书也是作者主持的2008年国家社会科学基金重点项目“防范和化解国际金融风险和危机的制度建构研究”(批准号:08AJY013,重大项目转立)和中华人民共和国司法部2007年国家法治和法学理论研究项目“金融风险防范法律制度研究——以我国金融业对外开放为重心”(批准号:07SFB2046)的成果。在本书的撰写过程中,西北大学法学院彭秀坤老师提供了宝贵的协助,特表感谢。本书的出版还要感谢清华大学出版社,特别是本书责任编辑的垂青和支持。

最后,鉴于时下剽窃和学术不端成风,笔者想借助本序提示剽窃家戒行。之所以这么做,实乃不得不为。这些年,笔者出版的著作、发表的论文,屡屡被剽窃,或原装地或稍加改装地发表或出版,有些剽窃者不仅抄袭了笔者的原作正文,而且也剽窃了引注,有些剽窃到了滑稽的地步。学术评价有时良莠不辨甚至高下倒置,一些剽窃之作的引用率超过了笔者的原作。笔者很忙,但不会永远坐视不问。

韩 龙

2010年8月31日于中南财经政法大学法学院

目 录

第一章 现代金融法与国际金融法基本理论	1
第一节 现代金融法的品性与任务	1
一、现代金融法品性的历史考察	1
二、金融规制的社会经济根源	12
三、金融规制的目标	27
四、与金融规制相关的其他问题	35
第二节 金融法的概念、主体、调整对象和渊源	38
一、金融法的概念	38
二、金融法的主体	39
三、金融法的调整对象	40
四、金融法的渊源	43
第三节 金融法理论对国际金融法适用与否问题	44
一、一般金融法理论对国际金融法的适用性	45
二、国际金融法具有不同于国内金融法的使命	47
第四节 国际金融法概念、主体、调整对象、渊源、范围和体系	49
一、国际金融法的概念及其特征	50
二、国际金融法的主体、调整对象和渊源	54
三、国际金融法的范围与体系	64
第二章 西方对人民币汇率的法律指控和拟采取的行动	71
第一节 西方对人民币汇率的指控	71
一、国际货币法的指控	71
二、国际贸易法的指控	73
三、西方对人民币汇率指控上的变化——以美国为代表	75
第二节 西方对人民币汇率拟采取的行动	78
一、国内行动渠道	78

二、国际行动渠道	79
三、西方拟采取行动的重心	80
第三节 西方指控人民币汇率的新动向与展望	81
一、西方指控人民币汇率的肇始与发展	82
二、2008—2009 年上半年西方对人民币汇率指控的缓和	87
三、2009 年下半年以来西方对人民币汇率指控的新动向 ——以美国为代表	88
四、对中西方在人民币汇率问题上争执的展望	91
第四节 西方的指控和拟采取的行动折射出的国际法问题	93
一、国家货币主权及其限制问题	93
二、IMF 与 WTO 在人民币汇率问题上的管辖归属和衡量依据	94
三、依据《IMF 协定》或/和 WTO 相关协定对人民币汇率进行审视	95
四、西方对人民币汇率径直采取国内法解决办法的合法性问题	95
五、我国的法律对策	95
第三章 牙买加体系的汇率制度与晚近发展	97
第一节 牙买加体系下会员国的汇率权利	97
一、“外汇安排”究竟何意?	98
二、IMF 会员国的权利	99
三、牙买加体系的汇率制度根植的理念	100
第二节 牙买加体系下会员国的汇率义务	102
一、一般合作义务	102
二、具体义务	106
第三节 牙买加体系下的汇率监督	113
一、汇率监督概述	113
二、《新决议》的主要修改	115
三、汇率监督的种类	125
第四章 根据《IMF 协定》对人民币汇率安排的衡量	129
第一节 根据牙买加体系对人民币汇率安排的考察	129
一、从会员国权利进行的考察	129
二、从会员国义务进行的考察	130
三、从汇率监督进行的考察	132
四、实证未显示人民币汇率违背了国际义务	138

第二节 西方对人民币汇率指控的阿喀琉斯之踵	142
一、对人民币均衡汇率的代表性测算暴露出的问题	142
二、IMF 没有建立起被各会员国普遍接受的标准或模型	149
第五章 国际金融市场的准入及经营制度与发展态势	151
第一节 国际金融市场准入与经营制度的构成	151
一、国际金融市场准入与经营制度的构成	151
二、国际金融市场的准入与经营制度各构成部分的关系	152
第二节 WTO 有关金融市场准入与经营制度	153
一、WTO 约束和规制成员方措施的范围	154
二、市场准入和国民待遇制度	157
三、有关约束	165
四、金融服务贸易中的审慎监管问题	171
五、对 WTO 金融服务市场准入与经营制度的评价	175
第三节 多哈回合金融服务谈判的新进展	178
一、发达国家与发展中国家在谈判中提出的问题	178
二、市场开放、金融稳定和国际资本流动	179
三、电子银行	180
四、审慎措施	180
五、分类和统计	182
六、法律、法规	183
七、全球政策协调	183
第四节 我国金融市场对外准入与经营的管理制度	184
一、我国有关外资银行准入与经营的制度	184
二、我国证券市场对外准入与经营的制度与实践	189
第六章 国际银行监管	193
第一节 国际银行监管概述	193
一、巴塞尔委员会	193
二、巴塞尔体系的两条主线与《有效银行监管的核心原则》	194
第二节 国际银行监管责任的分配	199
一、巴塞尔委员会有关国际银行监管责任分配的规定	199
二、并表监管	205
第三节 老《巴塞尔协议》与资本充足率	208

一、资本充足率概述	208
二、老《巴塞尔协议》与 8% 的资本充足率	210
第四节 新《巴塞尔协议》	217
一、新《巴塞尔协议》出台的原因与三大创新	217
二、新《巴塞尔协议》的架构与主要内容	220
第五节 巴塞尔委员会的规则的性质问题	235
一、对巴塞尔委员会的规则的性质不同见解	235
二、巴塞尔委员会规则的性质	236
第七章 IOSCO 的证券监管规则	241
第一节 IOSCO 证券监管规则体系概貌	241
一、IOSCO 的宗旨、主要活动和法律性质	241
二、IOSCO 证券监管规则体系的形成	247
三、IOSCO 证券监管规则体系的范围和主要内容	248
四、IOSCO 规则体系的实施及对全球证券市场的作用和影响	252
第二节 IOSCO 重要规范性文件的主要内容	254
一、《证券监管的目标与原则》	254
二、《关于磋商、合作和信息交流多边谅解备忘录》	260
第三节 IOSCO 证券监管规则的性质	263
一、“国际软法”概念的出现与发展	264
二、IOSCO 证券监管规则符合“国际软法”的基本特征	264
三、IOSCO 证券监管规则可以由软法转变为硬法	268
第四节 我国证券监管双边合作的内容及主要问题	269
一、我国证券监管双边合作的主要内容	270
二、我国证券监管双边合作的问题与建议	272
第八章 离岸金融的法律问题	275
第一节 金融市场的拓展与离岸金融	275
一、金融市场的拓展	275
二、离岸金融及其特征	276
第二节 离岸金融法的主要内容	279
一、离岸货币市场的法律问题	279
二、离岸资本市场的法律问题	286
三、离岸金融市场的规制与监管问题	293

第三节 离岸金融法律问题的特殊性	297
一、离岸金融给管辖和监管带来了前所未有的挑战	298
二、传统规则适用于离岸金融的局限性	299
三、离岸交易方式的创新带来了新的法律问题	301
四、通过合同安排在各国管理体制之间进行套利非同寻常	303
第四节 离岸金融与我国的关系	305
一、我国对境外离岸市场的利用与参与	305
二、建立我国的离岸金融市场问题	307
三、在香港建立人民币离岸市场问题	313
四、境外离岸金融中心的冲击	316
第九章 国际货币金融制度改革	321
第一节 国际货币制度的改革	321
一、国际货币制度现存主要问题	322
二、国际货币制度改革的主要路径	325
第二节 国际金融监管制度改革	328
一、危机后国际社会出台的主要金融改革方案及其主要特点	328
二、国际金融监管制度改革与问题	339
参考文献	354

第一章 现代金融法与国际金融法基本理论

一门学科要成为一门科学需要有坚实的理论支撑,否则,就有可能陷入迷惘,导致内容和体系的紊乱,误导实践。近些年来,经济金融化和全球金融一体化的程度日益加深,经济活动日益表现为金融关系,金融法制建设和法律实践亟需金融法科学理论的指导。在这种情况下,科学地构建金融法和国际金融法的理论,以适应和满足调整金融关系和国际金融关系的需要,显得尤为重要。但是,我们应当看到,迄今对金融法和国际金融法基本理论问题的研究还存在很多欠缺,影响到对金融法和国际金融法及其具体制度的科学认识,妨碍着金融法和国际金融法制建设。这可以说是这场金融危机在金融法制和国际金融法制上留下的深刻教训。因此,科学地构建金融法和国际金融法理论成为金融法学和国际金融法学当前所面临的一项既基础又前沿的重大课题。国际金融法与金融法具有密切的联系,国际金融法在很大程度上可以看做是国内金融法的发展和延伸。因此,科学地建构国际金融法的基本理论宜以金融法的一般理论为基础和起点。

第一节 现代金融法的品性与任务

一、现代金融法品性的历史考察^①

(一) 问题的提出

金融法在法律体系和法学体系中日益重要的地位是随着现代金融业的发展壮大而凸现的。但金融法在法学体系中处在一个尴尬的境地,受到了种种非难,其中重要原因之一就在于人们未能历史地看待金融法的发展演变,缺乏结合金融法的发展变化对金融法基本理论进行提炼和建构,使其欠缺理论的支撑和担纲。这导致在诸如现代金融法品性等问题上缺乏科学认识和定位,并进一步影响到对金融法主旨和任务的分辨,同时导致金融法缺乏支撑其整个内容和体系的理念和思想,并进而造成其

^① 本书对古代、近代和现代界限的划分,主采史学界通说并适当考虑金融法律规范的发展演变的历史特征。据此,本书以西方近代资本主义的形成作为划分古代金融法和近代金融法的界限,以19世纪末、20世纪初作为划分近代金融法和现代金融法的界限。本书所说古代、近代和现代金融法均为上述含义。

组成部分因有机联系的迷失而似乎呈现出一种东拼西凑的“杂烩”状态。没有坚实的科学理论支撑,任何一门学科都不能成为科学,从这一意义上讲,金融法还没有完成从金融法学科向金融法学的转变。

科学地建构现代金融法理论,需要首先回答:现代金融法是什么,具有什么样的品性?这是关系到金融法的主旨、任务、目标、定位、内容体系和金融法在法律体系中是否有立足之地的大问题。对此问题,国内外虽然有一定的阐述和观点,但实际上却是缺乏深入而系统的研究的。其中,国内具有代表性的观点倾向于将金融法定性和定位为混合法,即认为金融法既调整金融调控与监管关系,具有公法特征,同时也调整平等主体之间的金融交易关系,包含大量的私法规则和制度,具有明显的私法性。金融法是典型的公法和私法相融合的法,是“一个法群”(a body of law)^①;或者认为金融法也是一个以“金融”事项为参照的“法域”,由性质不同的调整金融交易、金融组织的法律规范与调整金融监管的法律规范构成的二元结构的“法域”^②。

但是,由于这些看法在理论上进而在金融法制建设上没有解决以下问题,因而需要慎加对待:金融法为什么同时调整两类不同的关系,进而有两类不同的规范组成?难道金融法就是相关的行政法规范和民商法规范的简单累加吗?如前所述,有学者就认为金融法呈现二元规范结构,既包括金融交易、金融组织法律规范,也包括金融监管法律规范。提出金融法是以事项为参照标准的法律规范群,与作为法律部门存在的法是不同的。^③据此,金融法就是为调整金融关系,而且是两类不同规范的简单叠加和习称而已。果真如此,金融法就没有任何独特的功能和作用可以发挥,因而“可有可无”,可以纳入行政法和民商法之中,没有必要“另立门户”。如果金融法不是上述两类规范的简单叠加,那么,金融法是什么?金融法有无独有的个性、作用和独立存在的理念?如果有,这些个性、作用和理念在哪里?在所谓私法性和公法性的规范中,哪些应属于或不属于金融法的范畴?决定相关规范归属的理念、标准和界限在哪里?这些问题是金融法的重要基础问题,不回答这些问题,金融法作为一门法律科学的基石仍然是缺失的,且难以厘清和厘定金融法学的体系。若没有体系,就不能成为科学……它的内容必定是偶然性的……只能是无根据的假设或个人主观的确信。^④如何解决这些问题,从而奠定现代金融法学的基石和科学体系,宜历史地对金融法律

① 参见张学森:《金融法学》,上海,复旦大学出版社,2006;付红雷:《浅谈金融法的概念、调整对象及其地位》,中国法院网,最后访问时间:2009-01-04。

② 王保树:《金融法二元规范结构的协调与发展趋势》,载《广东社会科学》,2009(1)。

③ 同上。

④ 参见黑格尔:《小逻辑》,56页,北京,商务印书馆,1980。转引自李毅:《设立马克思主义理论一级学科要处理好的几个关系》,载《思想理论教育导刊》,2005(11)。

规范的发展演变进行考察,进而辨识现代金融法存在的理念、作用和品性。

(二) 金融法之嬗变

法发展演变的一般规律表明,法是随着经济和社会关系的发展变化和人类的文明进步而演进的,经济、社会的发展决定了法的演变。这意味着在不同历史时期处于不同发展水平的金融业和金融关系需要不同的法律规范来调整,如果金融业和金融关系发生了变化,金融法律规范迟早会发生相应的改变,以满足其发挥调整金融关系之功能的需要。因此,对金融法及其品性,需要结合其在不同历史时期需要发挥的作用来考察,而不宜一概而论。为此,以下主采史学通说并适当考虑金融法律规范发展演变的历史特征,以自由资本主义和垄断资本主义的出现为界,将金融法律规范的变迁分为古代、近代和现代三个时期,比较和辨别金融法随金融业发展而发生的变化。

1. 古代金融法

金融的原本意义是资金融通,即资金剩余者与资金需求者以信用方式进行的资金余缺调剂。这一含义本身就表明金融的产生需要具备社会产品及其体现的财富出现剩余这一条件。原始社会因缺乏这样的社会经济条件,因而没有金融。人类进入奴隶社会之后,金融作为社会经济发展到一定程度而产生的一种社会经济现象开始出现,但在自由资本主义出现前,无论奴隶社会,还是封建社会,社会经济的主导模式都是自给自足的自然经济,自我积累、丰衣足食构成社会经济发展的主力推手、主导驱动模式和形态。这不是说这一时期就没有资金融通的发生,而是说资金融通在社会经济发展中居于辅助和补充的地位。纵观之,这一时期的金融主要有以下体现和特征:第一,伴随货币的出现而派生的金融活动。在金属货币出现以后,人类社会就出现了早期的金银兑换、保管、汇兑和借贷业务,形成了早期的货币兑换商和钱庄、银号等机构,如欧洲的古希腊与古罗马就有金银保管兑换与放贷的记载。但直到漫长的中世纪结束前,这种钱庄业务一直停留在传统的形式上而没有进一步的突破,究其原因,是低下生产力水平所决定的社会经济发展主导模式的限制所致。第二,当时的金融活动主要体现为人们之间借贷关系,且这种借贷通常是直接的而不需借助金融媒介。金融在整个社会生活中弱小、简单、零散、缺乏组织性、专业性和社会性。

基于金融的这种发展状况,早期的金融法萌芽于货币兑换、收支、借贷等活动中逐渐形成并被普遍遵循的各种契约和习惯,成为奴隶社会奴隶主和大商人高利借贷的习惯法。而在封建社会,金融法的最具重要意义的发展是统一货币制度的建立,并使调整有关借贷关系的不成文习惯法成文化。^① 受到当时社会经济条件和法律文明

^① 参见朱大旗:《金融法总论》, <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=19853>, 最后访问时间:2010-01-20。

的制约,调整金融关系的法律规范出现在诸法合体的法律典籍中,并体现出以下特征:第一,以现代部门法的标准和观点来看,当时的金融法律规范不仅民刑不分,而且实体法与程序不分。第二,当时对金融关系的法律调整,以当今观念看来,以强制性的公法性规范为主,并且金融违法和违约行为通常具有刑法上的效果,即对金融违法行为通常采取刑事制裁的方法。法律对金融关系的“严刑峻法”式的调整,反映了当时的法律极力保护奴隶主和封建主私有制,剥削小生产者和其他社会成员的需要,而不是将金融作为驱动经济增长的普遍的社会资源配置方式,也不是出于防范金融风险 and 金融危机对社会危害的需要。

2. 近代金融法

近代资本主义生产方式的出现,特别是工业革命的发生极大地提高了社会生产力水平,传统自给自足条件下的家庭世代积累以及具有浓厚人际色彩的偶发借贷,已无法满足资本主义大工业发展的需要。因此,资本主义生产方式对金融业产生了严重的依赖,并催化了包括银行业和证券业在内的金融业的大发展。就银行业而言,近代资本主义生产方式与工业革命推动了传统的货币经营业向近代乃至现代金融业的转变。16世纪中叶,为满足随着地中海沿岸各国工商业与贸易的发展而出现的融资需求,最早的商人银行出现了。虽然这些商人银行既办理存款与贷款业务,也从事转账结算业务,但其贷款往往带有高利贷性质,使一般工场手工业主和商人很难获得贷款,即使获得贷款也因高额利息而无利可图。这显然不能适应资本主义经济发展的需要。17世纪末至18世纪中期,在资本主义工商业发展的推动下,近现代意义上的银行逐步发展起来了。这些银行取代传统的货币经营商和高利贷商,以雄厚的资本大规模地吸收社会资金,同时以较低的利率发放贷款,逐步成为社会信用和推动经济发展的主导形式。就证券业而言,资本主义生产方式也催生了资本市场的发展。例如,工业革命后涌现出的一些高回报项目需要大量和长期的资本投入,而财富所有人通常并不愿意长期放弃对财产的支配。生产资本的长期稳定性与财富流动性之间的矛盾突显。资本市场出现后将流动性的金融工具转换成了对生产过程的非流动的长期资本投资,遂解决了这一矛盾。

伴随近代资本主义经济发展对金融业的依赖及其导致的金融业的发展,近代金融立法也有了大的发展,主要体现在以下几个方面:第一,适应资本主义对市场统一、货币统一的要求和币值稳定的需要而颁布的立法,主要体现为中央银行法律制度的建立。如1844年,英国国会通过了《英格兰银行条例》,该条例被认为是世界上第一部中央银行法。第二,规范金融市场主体及其行为的立法,主要包括银行立法和票据立法。在资本主义市场经济发展过程中,银行在有效聚积和配置社会资源中发挥着极为重要的作用,故一些国家在这一时期开始重视对银行的管理,对其组织和业务开