

中国金融法的国际接轨问题

张学安*

目 录

- I 引言
- II 中国金融法与国际接轨的动因
- III 中国金融法与国际接轨的现状
- IV 中国金融法的国际化距离
- V 结束语

I 引言

中国的社会主义市场经济正在逐步成熟。与此同时，金融对经济发展的促进作用明显增强，金融服务、金融危机也成为人们耳熟能详的词语，金融法律规范的作用显得比以往任何时候都重要。

经济全球化背景下，金融步入了全球化、自由化、电子化的时代。金融活动不断地在全球范围内扩展和深化，各国在金融市场、金融业务和金融法律方面跨越国界，相互依赖、相互影响，逐步融合。从世界范围看，21世纪国际金融法受经济全球化的影响，无论是从立法结构、立法内容还是法律的价值取向方面，都正在发生巨大的变化而这种变化，这种变化又反过来对经济全球化施加影响。

综观全球金融法的发展轨迹，一方面，为适应金融全球化的发展，各国积极参与各个层次、各种类型的金融合作，推动了金融法的统一化；各国进而又依据国际金融统一法修订相关国内法，从而推动了各国金融法的趋同化；另一方面，国际金融条约和惯例的起草和修订也越来越注意平衡不同国家的利益需求，其内容与国内金融法规范的关联度不断提高、协调性不断增强。

* 중국서북법정대학교교수.

脱胎于计划经济环境的当今中国金融法律制度，一开始就受到经济全球化和金融一体化的洗礼，这就决定了从其诞生之日，就不能忽视与国际金融法律制度接轨。当然，中国从计划经济到有计划的商品经济再到社会主义市场经济的改革轨迹，决定了中国金融法律制度与国际接轨的进程也经历了“摸着石头过河”的阶段。2001年12月，中国经过长达15年的复关和入世努力，终于成为世界贸易组织的成员。中国对金融服务贸易自由化做出了具体承诺，与此相伴的是对金融服务领域里的法律规范进行大规模的立、改、废活动，加快了与国际接轨的步伐。中国是一个负责任的大国，严格地履行了其入世时的承诺。在入世过渡期结束之际，外资本土化、内资国际化已是无法回避的现实，这要求中国金融法律制度必须具有本土化和国际化兼容的特征。2006年12月11日，外资银行在中国的准入和业务范围，除了出于审慎监管方面的原因之外，开始享受国民待遇。至此，中国的金融更进一步融入全球化浪潮，金融立法更具有国际化特征。但由于中国社会转型期和特有的社会制度以及独特的法律文化，与国际法律制度接轨的同时又难免会表现出一定程度的差异，加之金融服务贸易在国际法律规范中的要求是“逐步自由化”，这同时决定了中国金融法与国际接轨是一个渐进的过程。中国金融法在与国际接轨的进程中，有些差异具有合理性和合法性，有些差异仅具有过渡性。对中国金融法与国际接轨的现状进行评估，实际上也是对中国金融法国际化程度的评估，这既有利于中国的金融机构认清竞争环境，把握走向国际的时机，也有利于中国政府科学地进行金融立法，还有利于外国的金融服务和金融服务提供者在中国参与竞争。

II 中国金融法与国际接轨的动因

毋庸置疑，经过二十多年的改革开放和加入世界贸易组织的催化，许多中国金融法律制度已经与国际金融法律接轨。在全球化背景下，中国的金融法与国际接轨，既有主动的愿望，也有被动的适应。具体可归纳为以下动因：

1 金融全球化要求中国金融法与国际接轨

经济全球化使国家间的经济依存度空前加大，经济交往空前紧密。相应地，各国的法律制度也必须尽量使用“通用语言”，以减少制度差异带来的交易成本。中国当然也不能例外，尤其是在金融自由化和金融电子化的推动下，改革开放背景下孕育出的中国金融法律制度，从诞生之日就无法忽视与国际接轨。以中国的股票市场为例，股票具体分为流通股和非流通股，还可分为A股、B股、国家股、法人股，内部职工股等，这种金融法律制度，实际上

是一种落后的制度，与国际通行法律制度差异很大。这种历史遗留的制度性缺陷，扭曲了证券市场定价机制，制约了上市公司的并购重组，制约着资本市场国际化进程和产品创新，不利于形成稳定的市场预期。为了适应全球化要求，提高中国金融业的竞争力，国家启动了股权分置改革，先后颁布了一系列法规。'股权分置改革使中国的证券法律制度进一步靠近了国际通行的法律制度。

2 WTO 加速了中国金融法与国际接轨

WTO 作为中国经济市场化和国际化的催化剂，加速了中国建立起与市场经济和全球化相适应的金融法律制度。加入 WTO 意味着必须遵守其相关协定规定的国际义务，履行承诺，而只有采用国际通行的规则才能最大限度地降低守法成本。在经济金融化时代，对金融法的国际化程度要求更高。中国入世之际，对金融服务市场的开放和外国金融服务和服务提供者的待遇做出了较高等度的承诺。比如在市场准入方面，对于保险服务，以商业存在方式设立的非寿险保险服务机构的准入，中国加入 WTO 后 5 年内，在企业形式方面允许设立外资独资子公司（对于其他经纪服务，没有作出承诺）。中国加入 WTO 后 3 年内，取消寿险和非寿险公司以及保险经纪公司的开业地域限制。对于银行服务，以商业存在方式提供金融服务的，中国加入 WTO 后 5 年内，一，取消所有地域限制，并允许外国金融机构向所有中国客户提供服务营业许可；二，中国金融服务部门进行经营的批准标准仅为审慎性的（即不含经济需求测试或营业许可的数量限制）。三，取消现在的限制所有权、经营及外国金融机构法律形式的任何非审慎性措施，包括关于内部分支机构和营业许可的措施。对于证券服务，中国加入后 3 年内，允许外资股权增加至 49%；允许外国证券公司设立合资公司，但是外资拥有不超过 1/3 的少数股权，并且合资公司可从事（不通过中方中介）A 股的承销、B 股和 H 股及政府和公司债券的承销和交易、基金的发起。¹¹为了履行承诺，中国对包括金融法在内的法律进行了大规模的修改，并且在入世后，又相继完善和颁布了一系列适应全球化要求的法律法规。

3 金融创新促使大量借鉴国际规则

随着外资对中国金融市场的参与程度逐渐加深，以及中国金融机构境外上市和展业，国内外金融市场之间的联系日益增强，国际金融市场上的许多金融产品相继登陆中国。中国先后出现的金融创新产品种类繁多。这些金融创新产品的市场准入，要求法律规范先行。为适应金融创新，中国在大量借鉴国际金融规则的基础上，已经出台了大量的法律规范。¹²这些法律规范的一个突出特点就是移植国际通行规则，实现了国际金融法和国内金融法的最大

限度的融合（至少从立法理念上看是如此）。

金融全球化又反过来促进中国金融产品的创新，同时加快中国相关金融立法的速度。如新加坡交易所（SGX）以中国 A 股为标底的指数期货的推出，无疑加速了中国的金融期货的诞生以及中国金融期货交易所的成立，因为如果没有自己的金融期货市场，借鉴 SGX 推出日本等指数期货的教训，一旦外国的股指期货成为主导产品，将会对中国的金融体系产生不利影响。中国的股指期货是在法律准备不足的情况下诞生的，它反过来又促进《期货管理条例》的修订和完善。

4 巴塞尔协议为中国金融法与国际接轨既提出了要求，又提供了标准

1988 年的《巴塞尔协议》对国际银行监管提出了具体标准。2004 年修订后的《巴塞尔新资本协议》，摒弃了以往一刀切式的资本监管方式，除了 8% 的最低资本充足率之外，还提出了监管部门监督检查和信息披露两方面要求，被成为三大支柱，使银行监管水平和科学化进一步提高。尽管《巴塞尔协议》对中国没有直接法律约束力，但由于其事实上已经成为国际上公认的公开的统一的国际银行监管标准，中国的《商业银行法》和《外资金融机构管理条例》等相关法律法规，已在许多方面满足了该协议的要求，《商业银行资本充足率管理办法》，更将第二支柱和第三支柱的内容（即：监督检查和信息披露）纳入其中。^{iv}

III 中国金融法与国际接轨的现状

伴随着中国入世的进程，中国金融法在外部压力和内部主动适应中加快了与国际接轨的步伐。尤其是随着入世承诺中的过渡期满，中国金融业的开放程度已经相当高，近年来发布的法律规范基本上能够适应改革开放的要求。

1 与国际接轨的金融法律框架已经建立

中国已在改革开放的进程中构建起基本适应市场经济要求的金融法律框架，主要包括入世时修订的法律，如《人民银行法》《商业银行法》《保险法》和《证券法》和《外资金融机构管理条例》等，以及入世后颁布的法律如《银行业监督管理法》《证券投资基金法》《行政许可法》《外资保险公司管理条例》《反洗钱法》以及《农民专业合作社法》等。这些法律规范既反映了中国入世的承诺，又大量借鉴了国际上通行的相关法律制度。总体而言，中国的金融立法已经涵盖了银行、证券、保险、信托、外汇和其他金融业务。

2 适应金融创新的法规大量出台

金融创新在当今金融业发展中扮演着重要角色。金融法在维持金融秩序的同时，也要为金融创新提供宽松的法律环境，以增强金融业的国际竞争力。最近中国金融市场上的创新产品大量涌现(尽管许多金融产品在国际上已经是成熟的品种，考虑到中国金融市场的发育程度，这些金融业务仍可称为金融创新)，比如债券类由金融债券，资产支持证券，国际开发机构人民币债券，短期融资券，次级债券、证券回购等；基金类包括货币市场基金、投资基金、交易所交易基金、稳健增值基金、保本基金等；金融衍生产品包括期货、远期外汇交易，期货，期权和掉期（互换），债券远期交易、权证产品等；保险类产品如责任保险，农业保险等，新的国际投资方式如 QFII，QDII 等，以及黄金延期交收品种等。为了适应金融创新的需要，金融法主要是金融规章大量出台。^v

3 金融法规的内容更注重国际通用性

外资金金融机构进入中国，以及中资金融机构开展跨国经营，实际上都要受“母国监管原则”的约束，这客观上要求中国的金融法律规范与国际接轨。在中国的外资金融立法中，强调申请在我国设立各种外资金金融机构的申请者，其所在国家或地区要有完善的金融监督管理制度，实际上是借鉴了美国《加强外国银行监督法》的有关内容。又如《巴塞尔资本协议》对跨国银行的监管提出了要求，《中华人民共和国商业银行法》第 39 条明确采纳了巴塞尔资本充足性原则和信用风险管理原则；《巴塞尔资本协议》从有效银行监管的先决条件、发照与结构、审慎法规与要求、持续性银行监管手段、信息要求、正式的监管权力、跨国银行业等 7 个方面系统阐述了有效银行监管体系所必须的 25 项基本原则，为世界各国的银行监管当局提供了一个基本的参考标准，中国的金融法规中，有许多都贯彻了上述原则。中国出台的一些金融法律规范，尤其是技术性规范，很大程度上体现了国际通用性。在金融创新产品的相关规范中，也同样注重国际通用性。如在信贷资产证券化的规范中，“国际通用性”成为确定资信评级机构对信贷资产证券化交易的评级是否可以作为确定风险权重的原则。^{vi}

4 国际惯例的采用提高了与国际接轨的水平

国际惯例是国际金融法的重要组成部分,采用国际惯例就是直接与国际接轨。国际贸易和融资领域中的诸如跟单信用证、见索即付保函、备用信用证等许多国际惯例,在中国的涉外法律关系中得到认可。全国银行间外汇市场人民币外汇远期及掉期交易主协议等,就是移植了国际交易惯例。^{vii}

IV 中国金融法的国际化距离

特殊的历史阶段形成的特殊制度,是产生这种差距的一个重要原因。在制度层面上,这种特殊制度主要包括以下几个方面:

1 特定的历史阶段形成特殊制度

第一,转型期的特殊法律制度。从计划经济向市场经济转轨,中国一开始就采取了内外有别的两套制度,比较有代表性的如外商投资企业法相对独立于《公司法》,《外资金融机构管理条例》和《外资保险公司管理条例》成为《商业银行法》和《保险法》的特别法(尽管不是同一法律层次)。国际惯例在涉外审判得到法律的认可,而在纯国内事务中,其地位尚未确立。

第二,市场经济不成熟而产生的过渡性法律制度。许多金融法律规范带有明显的过渡性特点,形成了中国特定历史阶段内特有的法律现象,如股票分为A股和B股、流通股和非流通股,票据法不认可商业本票等。

第三,发展进程中需要的特殊法律制度。在世界上金融业发达国家从分业经营走向混业经营的同时,中国金融业却经历了从混业经营到分业经营的变化。总体而言,这种变化是与中国的特定历史阶段相适应的。反映在立法上,就注定了其与国际上混业经营的主流法律制度的差距,以至于在法律规范中对中国的金融机构和外国金融机构分别界定概念。《巴塞尔核心原则》关于跨国银行的监管突出强调母国监管为主,要求东道国应从信息、法律等方面配合母国监管的有效实施。中国作为东道国,在监管外资银行方面所存在许多问题,包括如何统一内外资银行的监管尺度以及如何与银行母国当局分享信息。另外,由于中国现有关于银行境外分支机构的监管制度尚不健全,与国际水准还相差较大的距离,因此,实施并表监管还存在一定的障碍。有关监管合作及信息交换的双边或多边制度尚未普遍建立。

随着中国市场的完善和融入全球化程度的加深,许多特殊的金融法律制度正在转向与国际接轨。如股权分置改革完成后,中国股票市场上的流通股和非流通股的分类已经基本成为历史。分业经营的界限已经开始松动,例如,保险资金可以进入银行间同业拆借市场,有限度地进入资本市场,也可以入股商业银行和证券公司,商业银行可以开办股票质押贷款业务等。中国的金

融业由分业经营转向混业经营，只是时间问题。

2 许多低层次的法律规范缺乏基本法律的支持

综观当前中国的金融法律规范，低层次的法律规范在金融法律秩序中占据重要地位，大多数都是行政规章。这些行政规章不仅效力层次低，而且规范日的大多是加强监管，对交易者之间的基本法律关系缺乏规范（同时也无权规范）。在民法等基本法不完善甚至缺失的环境下，行政规章许可仅提供了市场准入的合法性，但是相关法律行为的基本法律关系仍然处于法律上的不确定性。另一方面，行政规章禁止某种金融产品交易，但没有法律和行政法规的禁止，就无法否定该金融交易合同的效力。比如，国际外汇掉期交易等，由于中国合同法第 52 条、民法通则第 58 条第一款第 5 项，只规定了违反法律、行政法规、公共利益，是合同无效的条件，难免使金融创新合同的效力处于不确定状态。由如在次级债方面，次级债权对抵销产生什么影响，以及其分配顺序是否与破产法的强行规定有抵触等问题，都不十分确定。根据《破产法》第 82 条和第 113 条等规定，次级债权也应该属于普通债权，当事人之间的约定可能与破产法的规定相冲突。国际金融法上的让与担保实际上是一种变相的流质契约，与中国《担保法》第 40 条禁止流质的强行规定相抵触。中国债券回购中的买断式回购实际上就是这种让与担保，金融规章的认可与担保法禁止之间的冲突后果，其效力尚未经过审判的检验。

V 结束语

2007 年 1 月 14 日，中国和东盟签署了中国—东盟自贸区《服务贸易协议》，这是在中国加入 WTO 后，继《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》和《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》之后，在服务贸易自由化方面取得的又一法律成果。根据《协议》中国将在 WTO 承诺的基础上，在建筑、环保、运输、体育和商务等 5 个服务部门向东盟国家做出新的市场开放承诺，东盟 10 国也将分别在包括金融在内的一些服务行业向中国做出市场开放承诺。并且在《协议》生效后一年内，双方还将就第二批服务部门的市场开放问题进行谈判，以进一步推进中国与东盟间的服务贸易自由化。该《协议》将在各国完成国内法律审批程序后，于 2007 年 7 月 1 日起正式生效。该协议的实施，进一步拓展了中国金融机构的经营空间；同时，根据国际上“母国监管原则”的惯例，也检验中国的金融法是否真正与国际接轨。

中国金融业进一步对外开放，必然促使中国金融法进一步与国际接轨。当前，主要国家和地区的金融立法变革集中表现出的八个方面的发展趋势：1

平衡多方利益与实现金融市场和谐；2 统筹兼顾安全与效率；3 立足规范管理与致力创新发展；4 整合政府、自律组织与社会力量,实现多元治理；5 金融管理权：明确授权与强化制约；6 金融立法的国际趋同与差异；7 金融立法的专门化与综合化；8 法律规则与非法律金融规则的和谐共存。^{viii}中国的金融立法总体上来讲完全能够紧随这一趋势。

当然,中国金融法律制度尚有许多不足。从涵盖领域来看,《期货交易法》的缺位,将制约金融创新的进程;在现行法律制度框架内,对冲基金这一为世人关注的金融产品,金融衍生市场处于初级阶段的中国是接受还是拒绝?接受后对其如何监管?从基本立法模式上来看,混业经营已经是世界上金融业发达国家的主要选择,中国金融市场进一步对外开放之后,如何保持中国金融机构的国际竞争力?中国的金融立法是否选择混业经营的模式?如果选择,其路径如何?另外,《新巴塞尔资本协议》的许多规定,无法为中国法律马上采纳。实施为了金融监管尽快与国际接轨,中国对实施新巴塞尔资本协议的态度是积极的。中国为实施该协议确定了两个原则:两步走,即循序渐进,先提高资本充足率;双轨制,只对大的商业银行实施新资本协议,对其他银行沿用现行监管办法。这也同时意味着,中国金融立法在某些领域与国际通行规则尚存距离。

在中国金融法律制度在与国际接轨的同时,国际上通行的法律制度进入中国难免受中国特有社会制度、历史文化和消费习惯等影响而发生变异。即使货真价实的“与国际接轨”,国外的一些惯例也不能够完全照搬到中国的土地上,也要考虑中国的国情。有一件事情对此具有启示意义。“慈善国宴”是一种国际通行的扶贫方式。中国扶贫基金会要举行一场“慈善国宴”,人们对此纷纷提出质疑,认为此举不符合中国国情:“慈善国宴”虽能给穷人带来福利,但这种交钱就能和高官共进晚餐,有权钱交易之嫌,一餐饭抵穷人一年粮的救济方式,必定伤害穷人的感情。最终“慈善国宴”被迫叫停。究其原因,是由于西方人通常只注重结果;而中国人则看重过程、动机和行为模式,更注重其中蕴涵的道德伦理在。银行服务收费问题上,本来应该由市场来决定,但是根据中国的法律和入世承诺,部分金融服务的收费仍然采用政府指导价。这种变异可能是由于社会制度差异或者金融市场发育未成熟的结果,也可能是中国特有法律文化催生出的中国特色。

总体上看,中国的金融法已经在很大程度上与国际接轨,中国的金融业对外开放程度已经相对较高,适应金融全球化的法律框架已经形成。但是由于市场发育程度的制约,距全面与国际接轨仍然有一定的距离,不少法律规范仍然带有过渡性特点。可以预见,中国将会在逐步完善金融法律制度的过程中,自觉保持与国际接轨。诚然,国际上通行的制度,难免受中国特有文化和制度的影响,为了防止水土不服问题,接轨并非无条件的。

Abstract

A Study on China' s Financial Law in Keeping Steps with International Practice

Xuean Zhang

Professor, Northwest University of Politics & Law

This article first analyzed the reasons for China' s financial law to keep steps with the international practice, including the drive of financial globalization, China' s accession to WTO, financial innovations, and the affection of the Basel Accord on banking industry. Then the current regulations of China' s financial law were studied: the frame of legislation on financial law keeping steps with international practice has been set up, a host of financial regulations has been promulgated recently, the financial law has accepted more and more international usages. In the last part, the distance to international practice was pointed out and reasoned, including the special legislation in the transformation era, many regulations were low-leveled, even without the support of basic law, and the consequence of localization of international practice.

Key Words: financial law, China, International practice

例如，2004年发布了《国务院关于推进资本市场改革开放和稳定发展的若干意见》，证监会发布了《关于上市公司股权分置改革试点有关问题的通知》，中国证券监督管理委员会、国务院国有资产监督管理委员会等五部委于2005年发布了《关于上市公司股权分置改革的指导意见》等。

ii 参见中国加入世界贸易组织法律文件附件9《服务贸易具体承诺减让表》。

iii 略举几例，如中国银监会2001年发布的《国有企业境外期货套期保值业务管理办法》、2005年发布的《金融机构信贷资产证券化试点监督管理办法》、2006年发布的《电子银行业务管理办法》等。

iv 见《商业银行资本充足率管理办法》第三章和第四章。

v 如《合格境外机构投资者境内证券投资管理办法》(中国证券监督管理委员会、中国人民银行、国家外汇管理局)、《金融机构衍生产品交易业务管理暂行办法》(中国银行业监督管理委员会)、《信贷资产证券化试点管理办法》(中国银行业监督管理委员会)、《上市公司回购社会公众股份管理办法(试行)》(中国证券监督管理委员会)、中国银监会发布的《金融机构衍生产品交易业务管理暂

行办法》等。

vi 见《金融机构信贷资产证券化试点监督管理办法》第61条。

vii 见国家外汇管理局汇复[2006]87号关批复的《全国银行间外汇市场人民币外汇远期及掉期交易主协议》。

viii 张忠军《金融立法的趋势与前瞻》，载《法学》2006年第10期第39页。