

“十三五”国家重点图书出版规划项目

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  
Financial & Internatinal Financial Law

# 金融法与国际金融法前沿问题

韩龙 著

清华大学出版社

“十三五”国家重点图书出版规划项目

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  
Financial & Internatinal Financial Law

# 金融法与国际金融法前沿问题

韩龙 著



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

金融法与国际金融法前沿问题/韩龙著. —北京:清华大学出版社,2018  
(中国法学前沿. 研究生教学参考书)  
ISBN 978-7-302-51007-9

I. ①金… 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(2018)第 191901 号

责任编辑:李文彬  
封面设计:傅瑞学  
责任校对:赵丽敏  
责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 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](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质量反馈:010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto: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:170mm×240mm 印 张:27 插 页:2 字 数:513千字

版 次:2018年10月第1版

印 次:2018年10月第1次印刷

定 价:98.00元

---

产品编号:073933-01

## 前 言

金融是现代经济的核心,国际金融是世界经济的核心。在日趋昌明的现代社会,金融和国际金融应在法律的轨道上运行,也只有在得到强有力的法制保障的条件下才能有效运行。因此,金融法和国际金融法是各国(地区)经济和世界经济健康发展的重要保障。

我们处于一个快速发展和变化的时代,金融法与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。导致这些发展变化及其所生法律问题的原因是多方面的,主要有:第一,随着数字经济,特别是信息技术的飞速发展及其在金融业的运用,金融业态正在或已经发生改变。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运行和加速创新,这使得金融不但获得了其他经济领域无法比拟的发展速度,而且也带来了其他经济领域无法比拟的复杂和奥妙。金融和国际金融活动固然应在法律的轨道上运行,但面对复杂多变的国内和国际金融活动,金融法和国际金融法一方面要适时地进行适应性变革,另一方面又难免滞后于实践,出现法律上的罅漏。金融创新与金融法律规制的博弈仍将不断上演。第二,金融机构及其活动受利益驱动不分疆界地寻求着发展空间,因而造就了当今的金融全球化和一体化,但对全球化金融活动的规制和治理仍以各主权国家作为基本构成单元。在这样的格局下,一方面各国金融法需要协调甚至统一以满足金融全球化发展的需要,另一方面,金融活动全球化与法律规制国别化之间的矛盾日益突出。金融活动全球化与法律规制国别化之间的矛盾仍将持续不断。总之,金融法和国际金融法在传统金融业态受到冲击和世界由分割走向协调统一的剧烈碰撞中发生着蜕变。

由于以上原因所致,金融法与国际金融法日渐融合。一方面,解决金融全球化出现的问题需要在国际间进行规则的协调或统一,其成果通常体现为国际金融硬法或软法,而贯彻执行之则通常需要各国将其转化为国内立法。另一方面,各国特别是一些大国顺应金融发展趋势所创制的立法,也常为国际准则制定机构吸收而发展成为国际准则。有鉴于此,本著定名为《金融法与国际金融法前沿问题》,旨在更好地捕捉和反映金融全球化条件下金融法与国际金融法在日渐融合的发展变化

中孕育出的重大发展和重大问题。在金融全球化时代的许多情形下,抛弃国际视野来审视国内金融法问题,或者抛弃国内视野来审视国际金融法问题,都是行不通的。

需要说明的是,金融法与国际金融法的重大发展变化及其派生的问题浩如沧海,远不是一部著作能够承载的。因此,本著更多的是撷取和例示性的,即主要撷取与金融法、国际金融法的重大发展与重要问题进行阐发,并按照金融法和国际金融法的体系进行排列组合,形成一个具有学理和逻辑序次的机体。具体来说,本著涵盖的内容可以归纳概括为以下八个方面:

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制建设。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现代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一门学科向一门科学的转变。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,本著专设两章分别构筑现代金融法和国际金融法的基本理论。其中,第一章在考察金融法历史品性和当今样态的基础上,提出金融规制论,认为现代金融法的突出品性在于金融规制,而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。以此为基础,第二章探究了金融规制论对国际金融法的适用性,但同时也指出国际金融法具有的不同于国内金融法的使命及构造,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,国际金融服务市场的准入与营商制度。1999年生效的WTO金融服务的《第五议定书》与此前生效的《服务贸易总协定》相结合,在近乎全球意义上建立了统一的金融服务市场的准入及营商制度。此外,国际金融服务市场准入制度是国际金融法体系中其他内容的重要逻辑起点,特别是在这一制度鲜被涉猎的情况下,对其进行考察就显得尤为重要。鉴此,本著第三章对国际金融服务市场的准入与营商制度进行阐发,在对这一制度的构造进行考察的基础上,重点考察了这一制度的运行机制,并对我国入世的金融服务承诺,特别是所引起的国际争端进行了法律解析。

第三,人民币汇率的国际货币法问题。现行的国际货币制度——牙买加体系自诞生至今近半个世纪,但是,国内外对此研究仍然薄弱,其中的许多问题至今未解。不至于此,2007年和2012年IMF执行董事会对汇率监督制度加以明确并发展,法学界对此研究甚少。在国际社会聚焦人民币汇率法律问题以及国际货币战争之声喧嚣不止的背景下,本著设两章探讨人民币汇率的国际货币法问题。其中,

第四章“西方对人民币汇率的法律指控和拟采取的行动”，阐述了人民币汇率遭受的国际货币法的指控和国际贸易法的指控，提炼了西方对人民币汇率拟采取的国内行动与国际行动，并对西方指控人民币汇率的新动向进行了追踪和展望，最后对西方指控和拟采取行动折射出的国际法问题进行了揭示。第五章“国际汇率制度与对西方指控人民币汇率的评析”，首先对牙买加体系中的汇率制度，从 IMF 会员国权利、义务和 IMF 对汇率的监督三个方面进行发掘和提取，然后重点对西方指控我国操纵人民币汇率和人民币汇率存在汇率严重偏差，进行国际货币法的评析。

第四，以《巴塞尔Ⅲ》为代表的国际银行监管制度。2008 年爆发的全球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。对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。本著设第六章“国际银行监管”，在对国际银行监管概述的基础上，考察国际银行监管的资本标准、流动性标准和国际银行监管的国际合作制度，特别是《巴塞尔Ⅲ》对前二者的最新发展。

第五，国际证券发行与交易制度。随着跨境证券发行和交易的勃兴，特别是我国企业到境外直接和间接上市的日益增多，国际证券发行与交易这一原不明朗、鲜有发掘的制度的价值日益彰显。鉴此，本著增设第七章“国际证券发行与交易制度”，在对国际证券发行与交易的基础性法律制度进行阐述的基础上，以跨境证券发行采取的模式和样态为主线，以服务于跨境证券发行和交易实践及其研究为目标，分门别类地对跨境直接发行模式、存托凭证模式、协议控制模式和反向收购模式中的法律制度和法律问题进行阐述和剖析，并揭示各种模式潜伏的风险及应对之策。

第六，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，本著第八章“IOSCO 的证券监管规则”，在对 IOSCO 证券监管规则体系进行阐述的基础上，对 IOSCO 两项最为重要的文件——《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》的主要规则进行阐释，对 2008 年美国金融危机之后 IOSCO 规则的发展变化进行挖掘和提炼，并对 IOSCO 证券监管规则的性质进行探讨。

第七，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。同时，随着人民币国际化进程

的加速,我国境外人民币离岸市场如雨后春笋般涌现,其法律问题日显重要。因此,离岸金融的法律问题是国际金融法亟须加强研究的领域。为此,本著设第九章“离岸金融的法律问题”,重点阐发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,特别是以香港人民币离岸市场为代表的人民币离岸市场的法律问题。

第八,宏观审慎监管制度。宏观审慎监管制度是2008年全球金融危机发生后在国际社会广泛兴起的、构成审慎监管最新发展的一项制度。虽然金融法和国际金融法的分支,如货币法、银行法、证券法等,都有监管制度的内容,但宏观审慎监管所瞄准的系统性风险,通常并不限于这些单一的金融领域,而是涵盖整个金融体系,乃至实体经济。不止于此,在金融全球化条件下,由于各国经济周期不同步,或系统性重要性金融机构能够规避一国采取的监管行动,因此,有效的宏观审慎监管离不开国际监管合作。故本著新设第十章对宏观审慎监管制度进行探讨。从本著体系来看,以防范系统性风险和维持全球金融稳定为使命的宏观审慎监管制度,也适宜作为本著的终点。

纵观全著,其特色主要体现如下:第一,强调前沿重大问题,但辅之以必要的基础制度和背景材料。本著以金融法和国际金融法的前沿重大问题为取舍和目标,但考虑到金融法和国际金融法的深奥和复杂,为便于读者理解,笔者补充了必要的基础制度和背景材料,尽可能做到深入浅出,通俗易懂。第二,着力建构金融法和国际金融法的科学理论,对其前面已做阐述,故不赘述。第三,理论与实践相结合。金融法和国际金融法实践性强,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。对金融法和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的吸收和借鉴,但不能与其混为一团或沦为其随从。法学研究有自己的使命和方法。法学为本,其余为用,正是本著所致力于实现的目标。

本著在其前身《国际金融法前沿问题》的基础上,获得“十三五”国家重点出版规划项目的立项,要感谢清华大学出版社,特别是李文彬女士的垂青和支持。为了不辜负这一盛名,笔者撰写和修改书稿历经数载,几易其稿,花费了大量的心血,故希望此著能够得到专家学者和广大读者的垂爱和赐教。在本著的撰写和修改过程中,笔者得到了来自国家社科基金等多方面的宝贵资助,本著也是笔者担任首席专家的国家社科重大项目“人民币国际化的法律问题研究”(批准号:13&ZD180)的研究成果之一。在本著的撰写和修改过程中,西北大学法学院彭秀坤教授为第八章提供了宝贵的支持,在此特表感谢。

最后,鉴于时下剽窃和学术不端成风,我想借助本序提示剽家戒行。之所以这么做,实乃不得不为。这些年,我发表的论文、出版的著作,屡遭剽窃,或原装地或稍加改装地被剽窃发表或出版。有些人不仅抄袭了我的原作正文,而且也剽窃了引注。还有些人借助剽窃本人研究成果发表了“高端”论文并谋取了至高的头衔。法治不彰,且我很忙,但不会永远坐视不问。

韩 龙

2018年2月于中南财经政法大学法学院



# 目 录

第一章 现代金融法理论探寻与建构——金融规制论 .....	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、金融规制的界定 .....	15
三、金融规制根据之探 .....	19
四、金融规制的目标 .....	30
五、金融法与民商法、行政法的关系 .....	37
第二节 金融法的概念、主体、调整对象和渊源 .....	41
一、金融法的概念 .....	41
二、金融法的主体 .....	43
三、金融法的调整对象 .....	44
四、金融法的渊源 .....	46
第二章 金融规制论与国际金融法 .....	48
第一节 金融规制论对国际金融法适用与否的问题 .....	48
一、金融规制论对国际金融法适用的一面 .....	49
二、金融规制论不适应的一面——国际金融法的不同使命与构造 .....	51
第二节 国际金融法概念、主体、调整对象、渊源、范围和体系 .....	55
一、国际金融法的概念及其特征 .....	55
二、国际金融法的主体、调整对象和渊源 .....	60
三、国际金融法的范围与体系 .....	72
第三章 国际金融服务市场的准入与营商制度 .....	78
第一节 国际金融服务市场的准入与营商制度：概念与构造 .....	78

一、国际金融服务市场的准入与营商制度:概念解析 .....	78
二、国际金融服务市场准入与营商制度的构造 .....	80
第二节 WTO 金融服务市场准入与营商制度 .....	82
一、WTO 将成员方影响金融服务提供的措施纳入其约束范围 .....	83
二、WTO 有关金融服务市场准入及国民待遇的制度 .....	86
三、GATS 的其他约束 .....	95
四、金融服务贸易与金融审慎监管的关系 .....	101
五、对 WTO 金融服务市场准入与营商制度的评价 .....	104
第三节 我国入世金融服务承诺与遭受的异议 .....	107
一、我国入世金融服务承诺与实践 .....	108
二、我国入世后遭受的金融服务异议 .....	115
第四章 西方对人民币汇率的法律指控和拟采取的行动 .....	127
第一节 西方对人民币汇率的指控 .....	127
一、国际货币法的指控 .....	127
二、国际贸易法的指控 .....	130
三、西方对人民币汇率指控上的变化——以美国为代表 .....	133
第二节 西方对人民币汇率拟采取的行动 .....	136
一、国内行动渠道 .....	136
二、国际行动渠道 .....	136
三、西方拟采取行动的重心 .....	137
第三节 西方指控人民币汇率的新动向与展望 .....	138
一、西方指控人民币汇率的肇始与发展 .....	139
二、2008—2009 年上半年西方对人民币汇率指控的缓和 .....	141
三、2009 年下半年危机企稳后对人民币汇率指控的升温 .....	142
四、人民币兑美元升值到“6.4”后西方对人民币汇率指控的再度 降温 .....	145
五、特朗普上台后对人民币汇率的反复无常与前景待察 .....	146
第四节 西方的指控和拟采取的行动折射出的国际法问题 .....	147
一、国家货币主权及其限制问题 .....	147
二、IMF 与 WTO 在人民币汇率问题上的辖制归属和衡量依据 .....	147
三、依据《IMF 协定》或/和 WTO 相关协定对人民币汇率进行 审视 .....	148

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 .....	148
五、我国的法律对策 .....	149
<b>第五章 国际汇率制度与对西方指控人民币汇率的评析 .....</b>	<b>150</b>
<b>第一节 牙买加体系下成员国的汇率权利 .....</b>	<b>151</b>
一、“外汇安排”究竟何意? .....	151
二、IMF 成员国的权利 .....	152
三、牙买加体系的汇率制度根植的理念 .....	153
<b>第二节 牙买加体系下成员国的汇率义务 .....</b>	<b>155</b>
一、一般合作义务 .....	155
二、具体义务 .....	159
<b>第三节 牙买加体系下的汇率监督 .....</b>	<b>166</b>
一、汇率监督概述 .....	166
二、《1977 年决议》 .....	167
三、《2007 年决议》的主要修改 .....	168
四、《2012 年决议》 .....	175
<b>第四节 对西方指控人民币汇率的评析 .....</b>	<b>185</b>
一、中国操纵人民币汇率的指控能够成立吗? .....	186
二、人民币汇率严重偏差的指控能够成立吗? .....	198
<b>第六章 国际银行监管制度 .....</b>	<b>204</b>
<b>第一节 国际银行监管概述 .....</b>	<b>204</b>
一、国际银行监管的概念与面临的主要任务 .....	204
二、巴塞尔体系与《有效银行监管的核心原则》 .....	205
<b>第二节 监管资本标准 .....</b>	<b>210</b>
一、《巴塞尔 I》 .....	212
二、《巴塞尔 II》 .....	217
三、《巴塞尔 III》 .....	230
<b>第三节 流动性标准 .....</b>	<b>238</b>
一、短期流动性监管国际指标——流动性覆盖率 .....	239
二、长期流动性监管国际指标——净稳定资金比率 .....	244
三、流动性监管的监测工具 .....	248
<b>第四节 国际银行监管合作 .....</b>	<b>251</b>

一、国际银行监管职责划分原则——母国并表监管 .....	252
二、国际银行监管合作的形式及局限 .....	255
<b>第七章 国际证券发行与交易制度 .....</b>	<b>257</b>
<b>第一节 国际证券发行与交易的基础性法律制度 .....</b>	<b>257</b>
一、国际证券 .....	257
二、国际证券的基础性法律制度 .....	258
<b>第二节 跨境直接发行 .....</b>	<b>264</b>
一、跨境直接发行概述 .....	264
二、跨境直接发行的一般程序 .....	265
三、跨境直接发行及其他跨境发行模式下证券持有模式与投资者 权益保护 .....	269
<b>第三节 存托凭证 .....</b>	<b>276</b>
一、存托凭证概述 .....	276
二、存托凭证所涉主要法律关系 .....	277
三、对存托凭证的规制 .....	279
<b>第四节 协议控制模式 .....</b>	<b>281</b>
一、协议控制模式的含义与诞生背景 .....	281
二、协议控制模式中的协议构造 .....	285
三、协议控制模式潜伏的法律风险 .....	286
<b>第五节 跨境反向收购 .....</b>	<b>291</b>
一、跨境反向收购的操作 .....	292
二、对跨境反向收购的相关规制 .....	295
<b>第八章 国际证券监管合作制度 .....</b>	<b>300</b>
<b>第一节 双边证券监管合作 .....</b>	<b>301</b>
一、双边证券监管的形式 .....	301
二、我国的对外证券监管合作 .....	302
<b>第二节 IOSCO 的国际证券监管规则 .....</b>	<b>304</b>
一、IOSCO 国际证券监管规则体系概貌 .....	305
二、《IOSCO 证券监管的目标与原则》 .....	316
三、《关于磋商、合作和信息交流多边谅解备忘录》 .....	322

四、危机后 IOSCO 证券监管规则的新发展 .....	325
五、IOSCO 证券监管规则的性质 .....	333
<b>第九章 离岸金融的法律问题 .....</b>	<b>339</b>
<b>第一节 金融市场的拓展与离岸金融 .....</b>	<b>339</b>
一、金融市场的拓展 .....	339
二、离岸金融及其特征 .....	341
<b>第二节 离岸金融法的主要内容 .....</b>	<b>343</b>
一、离岸货币和信贷市场的法律问题 .....	344
二、离岸证券市场的法律问题 .....	351
三、离岸金融市场的规制与监管问题 .....	358
<b>第三节 离岸金融法律问题的特殊性 .....</b>	<b>363</b>
一、离岸金融给管辖和监管带来了前所未有的挑战 .....	363
二、传统规则适用于离岸金融的局限性 .....	365
三、离岸交易方式的创新带来了新的法律问题 .....	366
四、通过合同安排在各管理国之间进行套利非同寻常 .....	368
<b>第四节 离岸金融与我国的关系 .....</b>	<b>370</b>
一、我国对境外离岸市场的利用与参与 .....	370
二、境外人民币离岸市场的建立与发展 .....	373
<b>第十章 宏观审慎监管制度 .....</b>	<b>379</b>
<b>第一节 宏观审慎监管制度概述 .....</b>	<b>379</b>
一、宏观审慎监管的出现、发展与追因 .....	379
二、宏观审慎监管制度的含义与两大维度 .....	381
<b>第二节 宏观审慎监测制度 .....</b>	<b>382</b>
一、确定 MPIs 及其临界值 .....	383
二、监测信号获取 .....	385
三、对策转化 .....	387
<b>第三节 宏观审慎监管措施 .....</b>	<b>388</b>
一、哪些措施应构成宏观审慎监管措施 .....	389
二、怎样选择和施行宏观审慎监管措施 .....	398
<b>第四节 宏观审慎监管体制 .....</b>	<b>401</b>
一、主要经济体金融监管体制改革与启示 .....	401

二、宏观审慎监管机构的模式选择 .....	403
第五节 宏观审慎监管的国际协调与合作 .....	406
一、宏观审慎监管在国际间遭遇的挑战 .....	406
二、宏观审慎监管国际协调与合作的实践 .....	408
参考文献 .....	414

# 第一章 现代金融法理论探寻与建构——金融规制论

一门学科要成为一门科学需要有坚实的理论支撑,否则,就会就可能陷入迷惘和误区,导致内容和体系的紊乱,并误导实践。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须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,另一方面,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仍然缺位和不足,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。这可以说是近年来屡次发生的金融危机给金融法和国际金融法留下的深刻教训。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,在当前世界由各主权国家构成且多边金融实体规范不足的格局下,国际金融法在很大程度上是国内金融法的对外发展和延伸,因此,科学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<sup>①</sup>

#### (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

---

<sup>①</sup> 以下内容根据韩龙:《现代金融法品性的历史考察》,《江淮论坛》2010年第4期)进一步研究和续写而成。

大而凸现的,但金融法在法学体系中处在一个尴尬的境地,受到了种种非议或曲解,其中重要原因之一就在于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建构,导致金融法欠缺理论的支撑和担纲。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,具有什么品性的问题。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或法群,姑且可称之为“混合说”。该说认为金融法既调整金融调控与监管关系,具有公法性特征,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,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);<sup>①</sup>或者认为“金融法”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、金融组织法律规范与调整金融监管规范构成的二元结构的“法域”。<sup>②</sup>

但是,这些看法在理论上进而在金融法制建设上由于没有解决以下问题,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叠加吗?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。<sup>③</sup>据此,金融法就是为调整金融关系而由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?金融法有无独有的品性、作用和独立存在的价值理念?如果有,这些品性、作用和理念是什么?在所谓私法性和公法性的规范中,哪些应属于或不应属于金融法的范畴?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本理论问题,不科学地回答这些问题,金融法作为一门法律科学的基石仍然是缺失的,也难以厘清和厘定金融法与其他法律分支的关系,难以科学地构筑金融法学的体系。若没有体

① 张学森《金融法学》,复旦大学出版社,2006年版;付红雷:《浅谈金融法的概念、调整对象及其地位》,中国法院网,2009年01月04日。

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

③ 同上。



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。<sup>①</sup>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<sup>②</sup>

法的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、人类的昌明而演进,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由不同的法律规范来调整。金融业和金融关系如果发生了变化,金融法律规范迟早也会发生相应的改变,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,需要历史地结合其在不同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的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着金融业的发展而发生的变化。

### 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水平后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,无论是奴隶社会,还是封建社会,社会经济的常态或主导模式是自给自足的自然经济,自我积累、自力更生构成社会经济发展的主导驱动模式和形态。相反,负债经营并不受到广泛推崇,甚至被看作是有失体面。但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的地位并不强大。

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,如古希腊与古

<sup>①</sup> 黑格尔:《小逻辑》,商务印书馆1980年版,第56页。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,《思想理论教育导刊》2005年第11期。

<sup>②</sup> 本著对古代、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,本著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。本著所说古代、近代和现代金融法,除非上下文表明另有他义,皆为上述含义。

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以前,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所致。第二,当时的金融活动主要体现为人们之间的借贷关系,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而非庞大,简单而非复杂,零散而非集中,自发而缺乏组织性、专业化和社会化。

适应这样的金融状况,早期的金融法律规范萌芽于在货币兑换、收支、借贷等活动中逐渐形成并得到普遍遵循的各种习惯以及契约。到了封建社会,金融法最具意义的发展是统一货币制度的建立和有关借贷关系不成文习惯法的成文化。<sup>①</sup>受到当时社会经济条件和法律文明的制约,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,依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,而且实体法与程序法不分。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、违约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利益的需要,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,也不主要是出于防范金融风险 and 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生产力水平,依靠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,为满足地中海沿岸各国工商业与贸易发展的融资需求,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,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难以承受。这显然不能适应资本主义经济发展的需要。在资本主义工商业发展的推动下,近现代意义上的银行在17世纪末至18世纪中期逐步发展起来了。这些银行取代传统的货币经营业和高利贷商人,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,工业革命后涌现出一些高回报

<sup>①</sup> 参见朱大旗:《金融法总论》,来自于<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=19853>,2010年1月20日登录。