

初论金融合同的几个法律问题

张学安

(武汉大学法学院,湖北武汉 430072)

作者简介 张学安(1953-),男,河南开封人,武汉大学法学院法律学系博士生,从事经济法学研究。

内容提要 在当今高度发达的金融市场上,合同制度是保证金融市场得以顺利运行的链条。金融合同与民事合同及其他种类合同相比较,具有自己的法律特征。为适应国际金融市场,我国金融合同法须进行改革。

关键词 金融 合同 协议 法律

中图分类号 D 91229 **文章标识码** A **文章编号** 1000-5374(1999)04-0023-04

一、金融合同的概念及种类

在当今高度发达的金融市场上,合同制度是保证金融市场得以顺利运行的链条,没有合同,整个金融市场将停止运转。

金融合同是指平等主体之间以金融资产及其衍生品为对象,明确相互权利义务关系的协议。据美国1995年《联邦规章典集》(Code of Federal Regulations),金融合同(Financial Contract)包括即期外汇合同、外汇远期合同、外汇期权合同以及互换合同、回购合同、证券合同以及类似合同。加拿大1992年《破产及支付不能法》中规范抵销问题时规定了可以用于抵销的“合格的金融合同”。该法列举的合格金融合同主要包括:货币及利率互换协议;基础互换协议;外汇即期、远期、期货及其他外汇协议;利率上限、下限、上下限交易;商品互换;远期利率协议;回购或再回购协议;商品的现货、期货、远期合同及其他商品合同;购买、出售、借入、借出证券的协议;清算或结算证券交易的协议或证券保管协议;与前述协议、合同相关或类似的任何衍生品、结合品和期权;与前述协议或合同相关的总协议(master agreement);对前述合同或协议的责任之担保等^①。

金融合同的范围大致可分为:1.借款合同;2.外汇合同;3.证券类交易合同;4.金融衍生品交易合同;5.为前列交易提供必不可少的服务的合同,如清算合同等。

二、金融合同的法律特征

与民事合同及其他种类合同相比较,金融合同从总体上看,具有自己的特征。

1. 主体方面——必须具有特定资格

从国外许多国家的法律来看,金融合同大致是商事合同的一种,我国也应将金融合同区别于普通民事合同。商事合同的主体,应具有商人资格。我国现有法律法规尚无“商人”的定义和规定,但从具有商事内容的法律规定来看,金融合同的当事人应具有合法从事金融资产及其衍生品交易及相关活动的资格,也可以称为商人。应该承认,尽管法律不称其为商事合同,商事合同仍不失为学理上的概念。

区分民事合同和商事合同,分别适用不同的法律,即以主体确定适用的法律,在国外也很普遍。如按照《法国民法典》第1341条之规定,5 000法郎以上的合同必须用书证,不能用证言或推定证明。但如系商事行为,不论债务金额多大,一律不要求书证。法院采纳一切证据方法,如商事簿册、通信、证言和

推定。^②我国金融合同的主体资格,也有别于普通民事合同主体,这也符合国际上的通行做法。

2. 内容方面——表面上当事人有许多合同自由权利,实质上存在更多的法律强制性义务

金融合同涉及的对象,如货币、证券及金融衍生品等具有特殊性,合同内容注重规定数量,几乎不涉及质量。尤其是金融衍生品交易,如利率衍生品,名义本金大得惊人,实际结算量远远小于本金,股票指数期货更是根本无法交付。金融合同履行结果,主要表现为当事人帐面上货币数量的增减,很少表现为实物交付。因此,当事人约定的内容独具特色。

出于金融直接涉及国家的经济命脉,各国立法都对此有很多强制性规定。在我国的借贷及债券合同中,对利率、证券发行的管制以及承销人的资格,都有强制性法律要求。涉外金融合同涉及的法律风险更大,有关国家的外汇管制、禁运、延期支付、通过立法减少利息、必须向当地监护人以当地货币归还,以及其他方面,都存在对合同的干预。许多国家的博赌法、抵销法、破产法等强制性规定,对金融合同,尤其是以衍生品为交易对象的金融合同影响更大。因而,金融合同虽表现为当事人之间的自由约定,实际而在内容上受到法律多方面的强制性约束。

3. 形式方面——格式合同为主

金融合同在形式方面,格式合同较为突出。各银行的放款,货币市场上的交易,多存在标准合同。当然,其他形式的合同,如电子邮件、电子数据交换等也同时采用。

三、金融合同与中国的法律环境

1. 借款合同与中国的法律环境

借款合同,在我国合同法中有专门规定。1981年《经济合同法》规定了借款合同,国务院还专门颁布了《借款合同条例》,《商业银行法》也涉及到商业银行的贷款行为,中国人民银行1995年7月27日发布了《贷款通则》,1997年10月公布了《银团贷款暂行办法》对借款合同的内容、程序作了规定。我国借款合同的立法,未遵循传统民法中借贷合同为实践性合同的理论,除公民之间的借款合同外,贷款合同依法订立,尽管未交付货币,任何一方违约均应承担违约责任。

利率在借款合同中占有突出地位。我国借款合同的利率特点是:利率多由法律规定,基本上是固定利率或只允许在法定范围内浮动,与市场供求联系不紧密,和现在国际上贷款多采用浮动利率的做法

有差别。

借款合同中有一种银团贷款,又称辛迪加贷款,已为我国法规所认可。银团贷款即由牵头行征集多家银行临时组成一个“银团”,按合同约定共同向借款人放款。银团贷款可分为直接贷款和间接贷款。在直接贷款中,各参加行单独或委托代理行直接与借款人签订借贷协议,按协议规定将款贷给借款人,委托一家或数家银行负责日常管理工作,各贷款银行与借款人均直接发生法律关系。

间接贷款是由牵头行直接向借款人放款,然后出牵头行将参加贷款权即贷款份额分别转售给其他银行,参加行不与借款人直接发生法律关系。依据我国现行法律,发放贷款的主体只限于银行和其他经过批准的金融机构,企业之间的借贷仍不合法。在银团贷款中,以间接方式放款,尤其是向国外单位放款,按国际上通行做法,牵头行之外的发放贷款的银行一般无权直接请求借款人还款,只有借款人还了款,发放贷款的银行方可通过牵头行收回贷款。借款人违约,发放贷款的银行既无法向借款人索赔,也不能向牵头行索赔,因而承担双重风险。我国《银团贷款暂行办法》未规定间接贷款。对于国有银行或集体性质的银行,间接发放贷款是否允许这样做,法律规定尚不明确。

2. 证券类合同与中国的法律环境

证券类合同,并非仅指以严格意义上受证券法规管理的以证券为交易对象的合同,还包括以类似证券而并非证券,如贷款参加证等为对象的交易所订立的合同。

中国现行证券类合同主要是股票、债券及可转让大额存单的交易合同。债券主要是国库券、金融债券、重点建设债券等,还有附认股权的债券。在股票与债券的发行时,还涉及承销、包销合同。

在国际市场上,首先贷款证券化问题。随着国际市场上竞争加剧,风险加大,在《巴塞尔协议》约束下,西方商业银行为紧缩放贷规模,或调整放贷的利率结构和期限结构等,在贷款方式上不断创新,改变了过“贷款——到期收回本息”的模式,先后创造出可转让贷款证(TLC)、可转让参加证(TPC)、可转让贷款票据(TLI)等。到1992年,仅伦敦贷款转让市场的年交易量已超过1000亿英镑^③。在贷款融资方面,还有商业票据(CP)、票据发行便利(NIFs)等。上述交易,都用金融合同明确双方权利和义务。

假如在我国发行可转让贷款证书,涉及合同更新,而我国有关合同更新和立法欠缺。如果原贷款合

同有担保,将引起一系列法律关系的变更或消灭。在涉外贷款中,合同更新可能导致政府批文的失效。可转让贷款证书与《贷款通则》第24条中“将债权转让给第三者,应当取得借款人同意”所采取的限制转让的政策取向似乎是不协调的。可转让贷款票据是由借款人签发的载明借款人到期,按载明余额向登记持有人付款承诺的一种债务凭据,类似于本票,也更类似债券。这与我国《票据法》未规定非银行本票,其他法律要求发行债券须经审批的政策取向不协调,因而这种合同目前不适于中国市场。

其次,证券市场上的存股证问题。国际上有美国存股证(ADRs)、欧洲存股证(EDRs)、香港存股证(HKDRs)及全球存股证(GDRs),涉及发行人、存券银行和保管行之间的存券合同。我国还未允许外国发行的股票以存股证形式在国内转让。

3. 外汇及金融衍生品合同与中国的法律环境

外汇合同包括外汇即期买卖合同与远期外汇买卖合同。目前,我国仍旧实行外汇管制,外汇交易的币种和形式仍由国务院外汇管理部门规定和调整。现阶段我国的外汇交易合同主要是即期外汇合同。

金融衍生品是金融创新的结果,品种繁多,且新品种不断出现。汇率衍生品主要有:外汇期货、外汇期权、杠杆式外汇交易、外汇基金票据、货币互换、分期支付货币互换等;利率衍生品主要有:利率期货、利率期权、利率互换、远期利率协议等;证券衍生品主要有:长、中、短期国库券期货,欧洲美元定期存单期货、商业票据期货、股票期货等;以及信用衍生品和金融工具的结合,如期货期权^①。

金融合同随金融衍生品发展而发展,而中国的金融衍生品发展才刚刚起步,国内金融机构只能在符合外汇管理有关规定并经国家外汇管理局批准的前提下,方可适当进行避险性境外衍生工具交易。

四、国际外汇市场上的总协议

金融衍生品交易存在许多风险,主要有信用风险、市场风险、流动性风险、操作风险、信誉风险、系统风险及法律风险。仅法律风险又包括破产法冲突、文件起草漏洞、当事人的权利和授权瑕疵及交易合同的合法性及强制执行力等风险。外汇市场的参与者,每日不断进行交易,不同交易常使当事人之间互负债务,这种状况不仅使逐笔结算增加费用,而且可能带来更大的风险。如A、B之间有三笔交易,前两笔B将盈利1500,后笔B将亏损600。如果同日结算,则A只须交付B900。但如果在结算日前A破

产,便可能产生以下情况:1. A、B之间相互债权轧差后,B以900的债权参加破产;2. A的破产管理人可以宣告前两笔交易取消,主张履行第三笔交易,即B向A交付600,A不向B支付,因为三笔交易是三个独立合同。有些国家允许为保护无担保的破产债权人利益,破产管理人可以履行对破产人有益的合同,拒绝履行对破产人不利的合同,这就是择利履行(cherry-picking)。3. A、B之间的相互不准抵销,B必须向A支付600,而且可以1500的破产债权参加破产分配,(如分得10%),后两种情况对B都有很大风险。假定A、B之间的交易既有总部之间的交易,也有通过分支机构之间的交易,而分支机构又位于不同的国家,那么,在一方违约或破产时,情况则更加复杂。事实上,外汇市场上进行交易的许多都是跨国公司,这种现象并不少见。

为了防止一方违约时将相同当事人间的不同交易按数笔交易分别对待,需将相同当事人间的不同笔数的交易置于一个合同关系之下,便产生了总协议,以支配当事人间的一系列交易,包括分支机构进行在全球范围之内的交易。有代表性的总协议有:

1993年,由纽约联邦储备银行和英国银行家协会倡导的外汇委员会发布的国际外汇总协议(IFEMA),1992年国际互换商协会发布的国际互换商协会总协议,还有全球外汇轧差与结束交易协议(TXNET协议),国际货币期权市场(ICOM)的外汇期权总协议等。这些总协议的目的都是将当事人间的多次交易关系纳入一个总的合同关系之下。

上述总协议规范了当事人的权利和义务,减少了市场交易的风险,以IFEMA为例,可以说实现了六大目标:1. 明确了即期和远期外汇交易当事人的权利和义务;2. 可以支配附表中所指定的当事人间的所有外汇合同;3. 当发生信用风险或赫斯塔风险^②使一方支付不能时,减少了择利履行的可能性;4. 书面形式有助于解决由防欺诈法而产生的强制执行问题;5. 它是单一的整体化的协议,有助于避免口头证据规则产生的不协调;6. 确定了在确认书与总协议不一致时,以总协议为准^③。

这种总协议的条款能否顺利执行还受到各国立法的限制。如博赌法、破产法等,尤其是对位于不同国家的分支机构依据一个总协议进行的交易,法律是否允许相互轧差,破产时某一支机构的财产是否会和总机构的财产一起对待或是将其独立对待,这可能不是一个总协议能概括得了的。然而,尽管许多国家破产法规定破产财产接管人有权就待履行合

同接受、拒绝或转让,尚无国家允许修改合同,尤其是将轧差条款从总协议中剔除。美国破产法及《1989年金融机构改革、重新登记和强制执行法》认可了轧差,法国也承认银行、信贷、保险机构的某些请求权和债务的轧差,加拿大、比利时、德国、瑞士明确允许轧差。中国立法对此尚无明确规定。

五、金融合同的法律适用

金融合同是合同的一种,它是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议,因而,金融合同应适用《合同法》。《合同法》中无具体规定的,应适用《合同法》的基本原则,如公平、诚实信用等。

金融合同是一种特殊合同。有些传统金融合同,如借款合同,已有法律对其专门规范,但由于金融合同种类较多,并不限于借款合同,且随着我国金融市场的发展和完善,新类型的金融合同将会不断出现,金融合同中每种合同又有自己的特点,因而《合同法》不可能包揽无遗地对其逐个进行规范。这就需要法律对这种新型合同进行专门规范。因而,专门法律对金融合同有特别规定的,适用特别法的规定。

涉外金融合同当事人,除法律有特别规定外,可以选择适用外国法律。选择适用中国法律时,如果中国法律未规定,中国缔结或参加的国际条约也未规定,可以适用国际惯例。用交易习惯调整合同关系,已为我国《合同法》所承认。

笔者认为,处理涉外金融合同的有关问题时,若适用中国法律,首先应考虑适用我国缔结或参加的国际条约、专门立法及《合同法》,其中包括适用中国的交易习惯。在国际惯例与中国的交易习惯并存并

且不一致时,原则上应优先适用中国的交易习惯,因为交易习惯是中国法律的组成部分。但下列情形下除外:1 适用中国的交易习惯会导致明显不公平;2 当事人在合同中约定了适用国际惯例;3 金融合同的订立、履行都发生在国际市场上,应优先适用国际惯例。当处理不具有涉外因素的金融合同问题时,若国内无法律规定,也无交易惯例,可以参照适用国际惯例乃至某国际市场上的通常做法。

国内合同当事人选择适用国际惯例的,只要不违背我国法律的基本原则和强制性规定,该国际惯例应对当事人有约束力。

注 释:

- ① 梁慧星:《民商法论丛》(第9卷),法律出版社1998年版,第2页。
- ② 沈达明:《英法银行业务法》,中信出版社1992年版,第176页。
- ③ 刘丰名:《国际金融法》,中国政法大学出版社1997年版,第144页。
- ④ 参见刘丰名《金融创新与新世纪国际金融法》一文,载《国际经济法论丛》(第一卷),法律出版社1998年,第303页。
- ⑤ 赫斯塔风险(Herstatt risk),以发生于1974年6月16日德国赫斯塔银行倒闭事件而得名,泛指外汇交易中由于东西半球的时差,东半球银行营业闭市于西半球银行开市事前,闭市前一方交付了本币,他方银行倒闭,开市时无与之兑换的外币交付以完成结算。
- ⑥ 王东敏:《破产案件审判实务》,人民法院出版社1995年版,第130页。

(责任编辑 车 英)

Some Legal Problems on Financial Contract

Zhang Xue'an

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, China)

Author Zhang Xue'an(1953-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in business law.

Abstract In the speed developing financial maket, contract system is the chain of ensuring the market running successfully. Compared with the civil contract, financial contract has its own legal charateristics. China should reform her laws concerning financial contract for suiting international financial market.

Keywords finance; contract; agreement; law