



International Swaps and Derivatives Association, Inc.
Suite 1502, Wheelock House, 20 Pedder Street
Central, Hong Kong
Telephone: 852 22005900
Facsimile: 852 2840 0105
email: isdahk@isda.org
website: www.isda.org

以传真和电邮同时发送

致：徐立军处长及陈胜律师
中国银行业监督管理委员会政策法规部
中国北京市西城区金融大街甲 15 号
邮编：100800

事由：净额计算条款(close-out netting)起草建议

尊敬的徐处长及陈律师，

感谢您在九月拨冗与我们见面，和我们就净额计算的有关问题交换意见，我们从会议中受益良多。我们了解到银监会正在考虑于《银行业金融机构破产条例（草案）》中包括净额计算条款，我们非常荣幸能在此代表所有 ISDA 成员提出以下条款建议供您参考。

我们起草的条文以 ISDA 的《净额计算法范本》(ISDA Model Netting Act)为基础（该范本已被许多国家所采纳），但在起草的同时我们也兼顾了中国的立法体例，将《净额计算法范本》大大简化，同时也做了不少调整，并主要以中文起草（而非将英文本翻成中文），以更好地与《中华人民共和国企业破产法》、《银行业金融机构破产条例（草案）》（2008/09/01 稿）及其他法律、法规相衔接。此外，我们还就条文建议广泛地征求了成员的意见。

我们在此想就建议条文做简要说明：

1 以下的条款建议并非对《中华人民共和国企业破产法》的修改（我们理解就法律效力而言，《中华人民共和国企业破产法》的效力高于《银行业金融机构破产条例》），我们认为净额计算和中国法下的抵销是不同的¹，所以我们建议的条文并非修改破产法下有关抵销的规定，而是指出净额计算和抵销的不同，从而明确破产法下的抵销规定不适用于“合格金融交易”主协议下的净额计算。当然，双方之间如除该主协议外，还有其他债务关系，那么执行净额计算条款后得到的一个净债务和其他债务的抵销，应当受到破产法下关于抵销的限制。

2 净额计算条款的有效性和合同/交易本身的有效性是两个问题，所以认可净额计算条款的效力并非认可所有主协议下“合格金融交易”的有效性或主协议其他条款的有效性，也不会影

¹ 按《中华人民共和国合同法》第 99 及 100 条的规定，如双方之间互付两个（或两个以上的）到期债务，则可将互付的债务加以抵销。我们认为净额计算不构成抵销，因为在净额计算时，并没有两个（或两个以上）到期的合同债务，只有在净额计算之后，才产生一个单向到期应付的债务。许多国家的法律都认可净额计算和抵销是两个不同的法律概念。

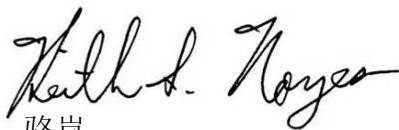
响破产法和其他法律法规下关于交易本身的有效性的规定。例如，下列建议条款第 5 条（无效和可撤销合同）只是规定进行净额计算这一行为本身不够成无效或可撤销行为，不影响破产管理人和法院对主协议下的某一交易按破产法第三十一至三十三条进行审查。

3 如果您认为我们建议的条文需做进一步缩减，您可以考虑删除第 3 及第 5 条，并非因为这两条不重要²，而是因为我们认为这两条的结论，即使没有第 3 及第 5 条的明确规定，在中国目前的法律框架下也应得到支持。所以这两条主要是避免疑虑的条文（for avoidance of doubt）。

ISDA 非常感谢银监会就净额结算条款征询我们的意见，如您或您的同事有任何问题，请随时致电 ISDA 法律部的古静律师（电话号码：(852) 2200 5908）或用首页的传真号码发函给我们。

谨致敬意！

国际掉期及衍生工具协会



骆岚

亚太区董事

二零零八年十一月十日

²在所有 ISDA 净额计算的法律意见书里，在分析净额计算的可执行性时，都需要考虑单一协议约定的有效性，及当地破产法下关于无效或可撤销行为的规定是否会影响净额计算等问题。