



商法学专题研究书系

WANGLUO YINHANG

FALÜ WENTI YANJIU

网络银行 法律问题研究

周忠海等 编著

知识产权出版社

民

商法学专题研究书系

WANGLUO YINHANG

FALU WENTI YANJIU

网络银行 法律问题研究

知识产权出版社

内容提要

本书是一部国家社科基金资助的研究成果。它紧密结合实际,紧密结合金融体制改革过程中的银行改革发展的现实与趋势,围绕网上银行业务实践中出现与出现的法律问题,结合国内外已有的研究成果和研究成果,分析归纳,解决问题,对银行、客户、国家及企业之间的法律关系,作较为深入的研究,对法律后果之承担作了深入探讨,并提出了相应的法律对策,既为理论界提供参考,也系统的为实务部门法律风险防控提供指导。

责任编辑:彭小华

责任校对:董志英

特约编辑:王丽莉

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

网络银行法律问题研究/周忠海等编著. —北京:知识产权出版社,2008.9

ISBN 978-7-80247-369-0

I. ①网… II. 周… III. ①互联网络—应用—银行业务—银行法—研究 IV. ①D612.284.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第167650号

网络银行法律问题研究

周忠海等编著

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村二号

邮 编:100088

网 址: <http://www.ip.cn>

邮 箱: lib@cnipr.com

发行电话:010-82606869/82606860(转810)

传 真:010-82606860

责编电话:010-82606869/82606860(转810)

责编邮箱: pengxiaohua@cnipr.com

印 刷:北京尚佳印刷厂

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880mm×1230mm(1/32)

印 张:11.5

版 次:2008年9月第一版

次:2008年9月第一次印刷

字 数:338千字

定 价:36.00元

ISBN 978-7-80247-369-0/D·682(2119)

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

序 言

计算机网络及电子信息技术为金融业业务创新提供了新的手段。金融电子化、网络化使传统银行业的服务方式和服务内容发生了革命性的变化,改变了银行业原有的竞争方式和竞争格局。电子银行,尤其是网络银行,已成为近 20 年来各国中央银行和商业银行发展的一个方向。

但是,我们不得不看到,与领导国际金融业的发展趋势、处在潮流前沿的美、日、欧,尤其是美国的金融业相比,我国的金融业创新仍处于分业经营阶段,服务手段落后,金融产品单一,金融业电子化基础薄弱,远远不能适应国际金融业的发展趋势。我国加入 WTO 五年后,外资银行被允许全面开展人民币业务,同我国银行展开全方位的竞争。届时,竞争的主要领域将不再是本地银行占优势的传统业务领域,而是会更多地发生在外资银行具有管理和技术优势的电子银行领域。因此,大力发展电子银行和网络银行将是我国银行业迎接入世挑战、提高自身竞争力的重中之重。

同时,伴随电子银行业务的发展,网络安全及相应的法律风险日益成为亟待解决的两个重大课题。据报道,发展迅猛的深圳某商业银行在网上银行业务中的损失额已达上千万人民币,其中一个重要原因就是没有充分预防电子资金划拨的法律风险。考虑到我国电子银行的发展趋势,预防电子银行业务的法律风险就成为我国当前及未来的一个重大课题。

我们通过密切关注国内外电子银行相关立法及相关法律问题的研究成果,发现国内在此方面尚未有系统化的研究成果;立法方面,除人民银行关于信用卡的业务规程和《网上银行业务管理

暂行办法》(以下简称《暂行办法》)以及信息产业部对计算机国际互联网安全方面的规定外,几乎是空白。而国外及我国港澳台地区对电子银行法律问题的研究及相应立法相比之下要成熟得多。而且,我国 2001 年加入 WTO,《WTO 金融服务贸易协议》规定,成员方应允许在其境内的其他成员方的金融服务提供者提供任何新的金融服务。网络银行(INTERNET BANK OR CYBER-BANKING)极有可能成为 21 世纪金融服务的主流品种。因此,为确保我国金融业创新的顺利进行,为了给我国加入 WTO 以后电子银行业务的发展和监管提供坚实的理论和实践依据,对电子银行法律问题进行系统的研究已势在必行。

对电子银行法律问题进行系统化的研究在我国尚属首次,本课题中的一些研究领域在我国尚无人论及。本课题将为我国电子银行方面的立法提供坚实的理论和实践依据,极大地填补我国在电子银行法律问题的研究领域的空白。同时,本课题还将产生巨大的经济效益和社会效益:一方面,它将为我国银行业拓展和规范电子银行业务提供理论依据和规范的协议文本,预防和减少业务中的法律风险,指导业务发展的方向,使我国银行在同外资银行在电子银行领域的竞争中至少在法律上立于不败之地;另一方面,它将指导广大电子银行企业及个人客户运用法律武器保护自己的合法权益。

本课题坚持理论联系实际的原则,紧密结合当前我国及国外电子银行业务的现状及未来发展趋势,紧扣电子银行业务实践中当前及未来体现的法律问题,借鉴国外已有的研究成果和相关立法,分析问题,解决问题,并将其上升到理论高度,提出适应我国国情的、系统化的电子银行法律问题整体解决方案。一方面,我们将紧密结合中国建设银行深圳市分行在电子银行业务方面的实际工作情况,并针对电子银行部提交的业务中的法律难点展开研究,同时结合我国立法和电子银行业务发展现状制定建行与客户之间的 B2C 及 B2B 网上银行服务协议;另一方面,我们将从

电子银行业务的整体出发,结合国外电子银行业务的现状和发展趋势,对信用卡、ATM机、电话银行、电子钱包、电子支票、其他形式的电子货币(MONDEX, DIGITAL CASH, E-COIN等)、小额及大额电子资金划拨、银行电子连线作业、网上银行(包括网上账户查询、理财建议、网上购买保险、网上证券交易、在线购物、订购机票、办理小额个人消费贷款、楼宇按揭、企业网上申报贷款资料等)等业务中银行、客户、商家及企业之间的法律关系及其相互之间的法律权利与义务、相应后果之承担等作系统研究。其中每一项目或阶段的研究成果均可以论文的形式体现,最后,我们把这些研究成果汇编成本书,作为本课题的成果,提交建行深圳市分行。

周忠海

2008.5

目 录

第一章 引论	(1)
一、网络银行之发展与现况	(1)
二、安全与便利之两难——安控基准之检讨	(2)
三、消费者权利保护——定型化契约之检讨	(3)
四、安全技术与消费者保护之迷	(4)
五、美国经验可以借鉴	(5)
六、网络银行发展建言	(6)
第二章 网上银行的概念和基本构成	(9)
第一节 网上银行的概念	(9)
一、网上银行的含义	(9)
二、网上银行的发展背景和动因	(10)
三、网上银行与传统银行的差异	(11)
四、网上银行的现状与发展	(13)
五、网上银行发展中存在的问题	(13)
第二节 网上银行所提供的服务	(14)
一、传统银行所提供的服务	(14)
二、网上银行所提供的服务	(15)
三、国际网络银行系统	(19)
四、FEDI (金融电子数据交换)	(20)
第三节 网上银行的基本构成和技术	(21)
一、网上银行的系统构成	(21)
二、网上银行的技术构成	(21)
三、网上银行基本构成和技术的议题	(22)
第三章 网络银行的管理与风险防范	(23)

第一节 前言	(23)
一、董事会与管理部门的监督	(24)
二、安全控制	(25)
三、法律与商誉的风险管理	(26)
第二节 电子银行风险管理原则	(26)
一、风险管理挑战	(27)
二、管理原则	(27)
三、电子银行风险管理之 14 项原则	(28)
第三节 董事会与管理部门的监督原则	(29)
一、安全控制	(29)
二、法律与商誉风险管理	(32)
第四节 电子银行认证	(33)
一、建立认证系统的必要	(34)
二、认证方法	(35)
三、多边认证方法	(35)
第五节 风险评估	(36)
一、风险评估的划分	(36)
二、商业考量	(36)
三、认证的功能	(37)
第六节 账户与确认消费者	(37)
一、可信赖的方法	(38)
二、个人资料的辨认	(38)
三、委由第三人认证	(38)
第七节 开始交易及建立消费者认证	(39)
一、密码与个人识别码 (Personal Identification Numbers, PINs)	(39)
二、数字证书用于公钥建设 (Public Key Infra- structure, PKI)	(41)
三、有效的公钥政策和控制	(43)

四、许可证 (Tokens)	(44)
五、智能卡 (Smart Card)	(44)
六、许可证的使用	(44)
七、生物测定学 (Biometrics)	(45)
第八节 监督与报告	(46)
一、监督	(46)
二、报告	(46)
第九节 小结	(47)
第四章 网络银行法律问题概述	(48)
一、引言	(48)
二、电子商务法与网络银行	(48)
三、网络银行的创新及其法律规范的发展	(51)
四、网络银行之法律规范	(53)
五、网络银行的法律风险及其防范	(54)
第五章 世界各国现行法律法规之比较研究	(55)
第一节 欧洲	(55)
一、前言	(55)
二、远程金融服务之定义	(56)
三、远程金融服务合同应有之规范	(56)
四、相关名词定义	(57)
五、金融服务提供者信息的披露	(58)
六、应披露信息的内容	(58)
七、合同条款的提供及传递方式	(59)
八、合同之撤销权	(59)
九、小结	(61)
第二节 澳洲	(63)
一、澳洲《电子资金移转行为条例》 (Electronic Funds Transfer Code of Conduct, EFT Code) 概述	(63)

二、新修正的《电子资金移转行为条例》所提供的保障	(64)
三、规范使用者与账户机构 (Account institutions) 涉及电子存取账户之规则与程序	(65)
四、规范消费者储值设备 (stored value facilities) 与储值资金移转 (stored value transactions) ...	(73)
五、隐私保障	(78)
第六章 我国网络银行之相关法律法规研究	(80)
第一节 我国网络银行发展及其立法状况	(80)
一、概述	(80)
二、我国银行卡发展状况及问题	(84)
三、问题的解决方法	(89)
第二节 我国银行卡法律制度之检讨	(95)
一、现有法制	(95)
二、银行卡业务的市场准入监管	(96)
三、对银行卡账户及交易的一般管理规范	(97)
四、银行卡交易当事人之间的权利与义务	(98)
五、银行卡业务的风险管理	(109)
六、检讨	(111)
第三节 我国网上银行业务及法制现状	(117)
一、业务发展现状	(117)
二、市场准入的程序:	(124)
三、网上银行业务的风险管理能力	(126)
四、业务运行应急计划和连续性计划	(130)
五、内部审计人员	(130)
六、重大事项报告制度	(130)
七、安全性评估报告	(130)
第七章 网上银行法律问题及风险防范	(136)
第一节 网上资金划拨的法律特征	(137)

一、网上资金划拨的当事人·····	(137)
二、网上资金划拨的法律特征·····	(138)
第二节 网上资金划拨涉及的法律问题·····	(138)
一、电子合同的法律效力问题·····	(139)
二、支付指令的接收及认证问题·····	(140)
三、网上资金划拨的终结性问题·····	(143)
四、支付指令有误时的责任承担问题·····	(145)
五、退款保证与间接损失·····	(146)
第三节 网上银行法律风险的防范·····	(148)
一、建立严格的市场准入机制·····	(148)
二、完善契约约束机制·····	(149)
三、建立公平、高效的纠纷解决机制·····	(150)
第八章 网上支付的安全风险责任划分·····	(152)
第一节 封闭系统下的支付风险责任划分·····	(152)
一、支付的各方关系人、支付工具·····	(152)
二、封闭系统下客户为消费者的电子支付中的风险 责任确定·····	(156)
三、封闭系统下客户为法人组织的电子支付中的风 险责任确定·····	(166)
第二节 开放系统下的互联网上电子支付的风险责任 划分·····	(171)
一、客户为自然人的开放系统下的互联网上电子支 付的风险责任划分·····	(171)
二、客户为企业的开放系统下的互联网上电子支付 的风险责任划分·····	(176)
三、网络环境下的举证责任·····	(177)
第三节 跨国电子支付的风险责任划分·····	(184)
一、《国际贷记划拨示范法》的适用范围·····	(185)
二、《国际贷记划拨示范法》中各方当事人的义务·····	(185)

三、未完成的贷记划拨，错误或迟延的贷记划拨的结果·····	(185)
四、支付命令的认证与安全风险的责任划分·····	(186)
五、《国际贷记划拨示范法》的局限及相关修改建议·····	(187)
第九章 网上支付风险责任划分之研究·····	(189)
第一节 网上支付及其衍生的风险责任·····	(189)
一、网上支付的种类·····	(189)
二、网络支付业务的迅速发展·····	(190)
第二节 网上支付衍生的风险责任·····	(193)
一、风险概说·····	(193)
二、风险的特征·····	(196)
三、网络银行业务的风险·····	(197)
第三节 网上支付的安全现状·····	(200)
一、网上支付安全问题的产生·····	(200)
二、盗买银广厦股票事件引发的思考·····	(202)
第四节 网上支付的风险责任划分·····	(205)
第五节 电子支付中风险责任划分与风险管理的结合·····	(210)
一、风险管理的当前实践·····	(210)
二、网上支付的安全风险的承担的可能性分析·····	(212)
三、网上支付的安全风险的银行自留与保险基金的建立·····	(213)
第六节 小结·····	(214)
第十章 网络证券法律问题研究·····	(218)
第一节 概述·····	(218)
一、传统证券的法律概念、特征及其他法律定义的讨论·····	(218)
二、传统证券法的调整对象研究·····	(230)
三、电子商务对传统证券的冲击·····	(250)

四、探讨网络证券电子合同的问题·····	(262)
五、探讨网络证券电子签章及电子认证的法律 问题·····	(277)
六、有关网络证券交易及电子签章的重要法律 介绍·····	(296)
第二节 分析网络证券交易系统安全问题·····	(303)
一、可能影响网络证券交易系统安全的情况·····	(303)
二、监管网络证券商的意见·····	(317)
三、网络证券交易保险法律及经济效益的问题·····	(331)
第三节 讨论网络证券管辖权的冲突问题·····	(335)
一、研究传统证券确定管辖权的原则和网络证券 管辖权的问题·····	(335)
二、国际间有关管辖权的立法对网络证券交易纠纷 的影响·····	(341)
三、美国及我国的管辖法律的探讨·····	(347)
四、解决网络证券交易管辖权冲突问题的意见·····	(354)
第四节 网络证券信息披露法律制度研究·····	(360)
一、网络证券信息披露法律制度的特性及作用的 问题·····	(360)
二、网络证券发行的信息披露的法律问题·····	(372)
三、研究持续阶段的信息披露法律制度·····	(389)
第五节 研究网络证券的内幕交易及其他犯罪行为·····	(405)
一、研究网络证券的犯罪行为的产生原因及特性·····	(405)
二、网络证券内幕交易的探讨·····	(408)
三、网络证券市场操控行为的研究·····	(421)
四、网络证券商欺诈客户的法律问题·····	(426)
五、讨论网络证券交易系统的其他犯罪行为·····	(430)
六、研究防治网络证券犯罪行为的方法·····	(431)
第六节 结论·····	(433)

一、完善网络证券法监管政策·····	(434)
二、制定其他相关电子商务法律，以配合网络证券 的发展·····	(435)
三、加强网络证券交易国际协调的必要性·····	(436)
四、对网络证券投资者的教育·····	(436)
五、签订有关国际协议，解决网络证券交易管辖权 的冲突问题·····	(437)

附录：

附录一 中国建设银行深圳市分行与中国政法大学 国际法研究中心电子银行法律问题研究 项目的第一阶段成果报告·····	(438)
附录二 对建行深圳市分行网站增加相关内容的建议 ···	(444)
附录三 关于电子银行合同制定、修改的说明·····	(446)

第一章 引 论

一、网络银行之发展与现况

美国国会 GAO 办公室 2002 年 8 月发表的研究报告中指出,美国自 1995 年开始,可在网络上提供网络交易服务的银行网站,已从 1 家发展至 1999 年 6 月的 2100 家以上,同时过去 5 年内,美国家庭 PC Banking 业务也增长了 5 倍 (Dataquest 研究报告)。1995 年第一家网络银行 SFNB 的正式上线,无疑向银行宣示着另一网络新时代的来临。这几年来,随着网络人口的增加,加上消费者需求的改变,通过网络来使用金融理财服务之人口也呈快速增长趋势,也有越来越多的银行开始通过网络提供服务,网络银行之发展俨然已成不可阻挡之潮流。自我国台湾地区“财政部”公布“个人计算机银行业务及网络银行业务服务契约模板”(以下简称服务契约模板)后,过去禁止银行于网络上对消费者提供资金移转服务之限制已形同虚设,已有十多家银行向“财政部”提出开办网络银行业务之申请,积极进行网络银行的建置工作,未来银行开办网络银行业务除须遵循“财政部”公布之“金融机构办理电子银行业务安全控管作业基准”(以下简称安控基准)中所规定的安全要求之外,还要以服务契约模板作为规范银行及客户间权利义务关系的依据。但自我国台湾地区“财政部”解除对银行的限制以来,至 2002 年底仍无银行通过财政部的审查,从而可以在网络上提供包含转账交易在内的金融服务。国内各银行自招商银行始,亦纷纷开通网上银行之服务。对银行而言,网络银行的发展无异于提供给客户另一与银行接触之传输途径,过去,客户想要与银行进行交易必须亲至银行临柜办理,随

随着电子银行的发展,客户逐渐可以通过 ATM、电话银行与银行进行交易,但银行通过自动柜员机(Automatic Teller Machine, ATM)、电话银行可提供之服务态样仍有限制。未来,银行通过网络银行提供客户服务不但可以打破地域与时间之限制,真正做到不论何时何地、24 小时全年无休地服务外,还可大幅降低银行经营成本,通过网络银行与客户间之互动,更可为客户提供全方位的服务。本文即拟进一步探究目前国内网络银行发展的现况及难以推动之问题。笔者将结合目前我国台湾地区之网络银行安控基准及服务契约模板以及美国网络银行之发展经验,尝试对中国大陆目前之现况提出建议。

二、安全与便利之两难——安控基准之检讨

为确保银行通过电子及通讯设备与客户进行交易的安全,我国台湾地区“财政部金融局”针对此类交易,特公布安控基准,就交易面区分电子转账及交易指示类与非电子转账及交易指示类、管理面分别规定所须达到之安全需求等级,并就管理面制订一定的安全设计之标准,要求从业者遵循,以达到确保信息隐秘性、完整性、来源可辨识性、不可重复性及不可否认接收与传送等要求。

自安控基准公布以来,不少有心致力于电子商务发展之业者对此一安全要求与设计上堪称国际最高标准之安控基准对台湾未来电子商务发展是利是弊,纷纷提出质疑及不同意见。依“金融局”所公布的安控基准的规定,银行利用网络与客户进行电子转账及交易指示类之交易时,须使用加密、时戳、数字签章等机制来满足所列之安全需求,另外须使用数字签章及认证机制来满足信息不可否认传送与接收之交易面安全需求,因此,消费者欲使用网络银行所提供之服务时,须先向认证单位(CA)申请凭证。基于此项安全需求,银行向金融局申请开办此项业务时,须提供关于网络银行架构中所采行之 CA 机制,但在目前并无法令明确规范凭证机构之责任,且凭证机构之主管机关亦未厘清的状态

下,对于民间业者所提供之CA机制,银行业者普遍对其客观公正之立场存疑,虽我国台湾地区“财政部”公布未来将由财金公司、证交所、集保公司及关贸公司联合民间业者共同筹组认证公司,但在目前该公司仍处于筹划阶段、未来发展仍未定之际,业者现阶段于业务推动上仍将面临困难,且未来该认证公司是否会形成市场独占,对业者推动电子商务是否会造成不利影响仍有待思考。且更深入比较国际现况与我国台湾地区所规范之安控基准,对于数字签章技术及认证机制是否应纳入安控基准,强制要求业者采用,事实上仍存有讨论之空间。从目前技术发展来看,数字签章技术虽然被认为可为交易安全提供相当程度之安全保障的安全机制,但在要求绝对安全的同时,却也忽略了使用者便利性之考量。就使用者之立场而言,CA认证制度的确存有使用上不便的问题,例如程序复杂、登入时间过长、费用提高等障碍。但网络银行的发展动力乃在于借网络之特性为消费者提供更便利、任何时间地点使用银行服务之管道,若通过安控基准之规范提高使用者之进入障碍,将可能造成台湾网络银行发展之阻力,且将特殊技术列入条文规范,未来通过科技的不断创新与发展,如有更新的技术可应用时,将面临修改基准规则旷日费时之虑,可能使台湾业者自限于科技发展潮流之外,并与国际潮流脱节。

三、消费者权利保护——定型化契约之检讨

为规范银行与客户间通过网络传输服务进行交易时,当事人间权利义务关系及责任之划分,我国台湾地区“金融局”要求银行公会拟定“服务契约模板”送交“金融局”审核,并于1988年5月25日通过公布,作为银行拟约之规范。但参酌国外网络银行的经验审视目前所公布之服务契约模板,部分条款就银行与消费者间权责之分配仍有进一步审酌的空间。例如,依该服务契约模板规定,无论系电子信息之错误(第10条)、未经授权之移转(第11条),抑或因电子信息之迟延、遗漏或错误之损失(第14