



教育部人文社会科学研究一般项目资助
(编号01JABZ0015) :

金融全球化
——中国金融安全的法律保障



高晋康 唐清利◎著

金融全球化条件下 中国金融安全的法律保障 商业银行运行中的法律漏洞及其弥补



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



教育部人文社会科学研究一般项目资助
(编号01JABZ0015) :

金融全球化
——中国金融安全的法律保障

高晋康 唐清利◎著

金融全球化条件下 中国金融安全的法律保障

商业银行运行中的法律漏洞及其弥补



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

金融全球化条件下中国金融安全的法律保障:商业银行运行中的法律漏洞及其弥补 / 高晋康,唐清利著. —北京:法律出版社,2008.3

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8835 - 5

I. 金… II. ①高…②唐… III. 商业银行法—研究—中国 IV. D922.281.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第150188号

© 法律出版社·中国

金融全球化条件下中国金融安全的
法律保障:商业银行运行中的法律
漏洞及其弥补
高晋康、唐清利 / 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 郑 导
责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

开本 A5

总发行 中国法律图书有限公司

印张 8

经销 新华书店

字数 183 千

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

版本 2008 年 3 月第 1 版

责任印制 陶 松

印次 2008 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

网址 / www.lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456

西安分公司 / 029 - 85388843

上海公司 / 021 - 62071010/1636

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

深圳公司 / 0755 - 83072995

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8835 - 5 定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

本书是作者主持的教育部人文社科项目“金融全球化——中国金融安全的法律保障”(01JYBZ0015)的最终成果。金融全球化在给我们带来巨大的金融发展机遇的同时,也带来了空前的挑战,检视和完善中国金融安全法律保障框架与各项制度已成为刻不容缓的事情。根据加入 WTO 协议的议定书,我国已从 2006 年底全面开放国内银行业市场,我国境内商业银行将直接面对国外银行的竞争,我国的金融安全问题也受到了国家高度重视。为此,我国在借鉴发达国家成功经验的基础上已颁布了不少法律去规范竞争秩序和保障金融安全。但在“稳定压倒一切”的政治语境中,金融安全的立法价值取向在相关金融执法行动中事实上被具体化为金融稳定的维护。可是,在动态的金融运行环境中,金融稳定只是个相对的概念,不稳定才是常态。比如,东南亚金融危机、美国次贷风波、人民币升值压力、中国股市巨幅震荡、银行跨国并购带来的金融主权之争等,都对我国“维稳”的金融法制取向构成了巨大冲击。事实上,如何有效地维护我国金融安全和国家的金融主权才是问题的根本所在,因而,维护金融稳定应该让位于维护金融安全,成为我国进行金融制度设计、评价与完善的圭臬。尽管明确将起点定位于金融安全,并围绕金融运行过程的动态研究还不算十分深入,但是,很多学者已在我国金融制度设计、评价和完善方面做出了大量卓有成效地研究,并对推动我国金融法律框架的价值取向由“维稳”转向“保障安全”产生了巨大影响。

近年来金融全球化带来的国际金融竞争压力激发了金融创新的动力,然而,金融创新却给保障金融安全带来了新的压力。20世纪90年代以来,全球几乎每一场金融风暴都与金融创新有关。墨西哥金融危机、美国奥兰治事件、巴林银行倒闭、东南亚金融危机、美国两房事件等事件已经反复证明这点。这些教训启示理论界不仅要思考保障金融安全的必要性,而且要思考恰当运用相关法律应对金融风险的可行性。这种诱致性需求很快转化为各种理论成果,这体现在:一些学者基于本土视角对中国金融安全保障框架进行了宏观性的、抑或全景式的反思与评估;一些学者运用国际视野对我国金融安全制度提出了建构性思考、抑或完善性建议;一些学者从实务操作的角度展开了对某项制度的具体性评价,等等。尽管,这种诱致性的理论需求产生的回应型理论在很大程度上解决了理论储备不足的困境,却可能诱使研究起点发生改变——由保障金融安全转向应对金融创新。虽然,回应型理论依然在很大程度上为保障金融安全作出了贡献,但是,理论动机的改变有可能导致制度稳定性的削弱(因为,金融创新带来的安全挑战都是金融安全本身的约束条件,而约束条件本身是易变的,由此可能导致对策的易变),进而削弱现有制度的有效性。因而,既有研究可能也需要反思,即使在金融创新层出不穷的当下也应保障金融安全作为制度构建的基础。

然而,金融框架本身是一个“大口袋”,它囊括了银行、证券、保险等门类众多的领域、行业和行为,在现阶段,也许不必、当然我们也无力拉个“大口袋”对号入座地反思金融安全保障制度和理论。但是,这并不妨碍我们反思:为什么金融法制的建构难以实现金融安全与金融创新的协调?为什么保障金融安全的法律常常在实际运行中转变成维护金融稳定的工具?这些问题可以有很多解释,而我们更倾向于通过对实际运行中的制度的检测去寻找其作用发生变异的原因和克服的对策。因为,一方面发

现理论和制度的漏洞比建构天衣无缝的理论和制度要容易和现实;另一方面,理论的增量往往来自于对同一问题的不同视角的挑剔,既有理论已经在制度建构和制度宏观研究方面取得了相当大的成就,我们围绕制度在运行中的漏洞展开的具体研究或许正好弥补了某些欠缺。由于,中国的资本市场不如国外发达,而银行是中国金融的基石,因此,本书选择了商业银行运行中的法律漏洞作为分析对象,并试图通过动态研究找到弥补缺陷的“药方”,最终目的在于力求找到动态的金融市场环境中相对稳定的安全保障法律制度。

基于上述思考,本书一共分为九章:第一章由高晋康、唐清利、黄贤福撰写,第二章由高晋康、唐清利、黄贤福撰写,第三章由高晋康、廖振中撰写,第四章由黄贤福撰写,第五章由高晋康、廖振中撰写,第六、七章由李金泽撰写,第八章由李西臣撰写,第九章由李曙光(第3节)、刘为民(第1、2节)撰写,结语由李金泽撰写。全书的结构设计、体例安排、统稿和定稿由高晋康、唐清利负责;王伦刚、童列春、刘为民三位博士对本书写作承担了大量的辅助性工作。全书从初始安排到全书的完成历时三年多,在此期间,本书部分章节曾在《法商研究》、《比较法研究》、《法学家》、《政治与法律》、《中国金融》等国内刊物上发表,对此特别感谢!感谢教育部人文社科项目的资助!

高晋康

2008年1月

目 录

前言	/ 1
第一章 外资准入条件下中国商业银行内部风险的法律控制	/ 1
第一节 问题的提出和相关文献的梳理	/ 1
第二节 我国商业银行内部风险控制体系的现状及不足	/ 2
一、我国商业银行内部风险控制体系的现状	/ 2
二、我国商业银行内部风险控制体系存在的问题	/ 6
第三节 我国商业银行内部风险控制法律制度的建构	/ 11
一、风险控制理念的创新	/ 11
二、我国商业银行内部风险控制的制度设计	/ 12
第二章 金融全球化条件下商业银行合并中反垄断规则的重构	/ 17
第一节 银行合并的发展趋势	/ 18
一、金融全球化下银行业集中的趋势	/ 18
二、金融全球化趋势下的银行并购	/ 19
第二节 银行合并与反垄断法律制度	/ 20
一、企业合并与反垄断法的演进	/ 21

二、银行并购与反垄断法的发展	/ 22
三、银行合并中的反垄断法律制度	/ 24
四、反垄断法对银行业的除外规定	/ 27
五、美国对跨国银行并购的特殊控制	/ 28
第三节 金融全球化趋势下银行合并的反垄断法趋势	/ 29
一、合并管制日趋放松	/ 29
二、反垄断政策从严格到宽松	/ 32
第四节 新金融安全观对银行合并的反垄断价值取向	/ 34
一、反垄断法价值取向的演进	/ 34
二、反垄断法价值目标的变化	/ 37
三、金融全球化趋势下的价值取向与新自由主义基础	/ 39
四、新金融安全观下的反垄断法价值取向	/ 42
第五节 新金融安全观下的银行合并反垄断法制度构建	/ 45
一、反垄断法的对象和标准	/ 45
二、充分利用除外规定,加速发展我国银行业	/ 47
三、银行业行政垄断的正确认识	/ 48
四、保护和促进国内垄断性金融集团的竞争力	/ 49
五、反垄断法应具有域外适用的效力	/ 50
第三章 商业银行关联交易的法律控制	/ 53
第一节 美国银行关联交易的法律规定与实践	/ 55
一、《联邦储备法》第 23 条的简介和历史演化	/ 55
二、《联邦储备法》第 23 条对有关“银行关联交易”的三个重要要素的规定	/ 57
三、《联邦储备法》第 23 条的执行	/ 60
第二节 《联邦储备法》第 23 条的历史背景和理论基础	/ 63

一、《联邦储备法》第 23 条的发展背景:从“状态限制”到“行为限制”	/ 63
二、《联邦储备法》第 23 条的理论基础	/ 66
第三节 我国建构银行关联交易监管制度存在的问题与对策	/ 69
一、我国银行业对外关联关系产生的背景	/ 69
二、我国银行关联交易监管法律制度的现状和反思	/ 70
三、完善我国银行关联交易监管法律制度的建议	/ 73
第四章 商业银行的股权比例与关联贷款的法律规制	/ 79
第一节 银行股权比例的观点	/ 81
一、股权集中观点	/ 81
二、股权分散观点	/ 83
三、股权适度集中的观点	/ 85
第二节 股权比例与关联贷款关系的质疑	/ 86
第三节 经验的证明:从数量标准到适格股东	/ 88
一、股权比例与关联授信关系的国际经验	/ 88
二、台湾地区的法律实践:严格限制到放松限制	/ 90
第四节 各国(地区)法定股权比例的比较研究	/ 92
一、单个股东出资比例的限制	/ 93
二、关联人出资比例的限制	/ 94
第五节 结论	/ 95
一、资本是症状而非原因	/ 95
二、从数量标准到“适格股东”标准	/ 96
三、银行股权比例限制的政策考虑	/ 97
第五章 商业银行次级债务的法律调控	/ 98
第一节 商业银行发行次级债立法对我国金融改革的现实意义	/ 98

一、拓宽了我国商业银行补充资本金的渠道	/ 99
二、有助于我国银行业的全面改革和重组	/ 100
三、降低资本市场的冲击,提供安全的投资方式	/ 101
四、有助于银行债权初期市场的形成	/ 102
第二节 商业银行发行次级债补充资本金的局限性	/ 103
一、次级债不可能代替银行的自有资金	/ 104
二、次级债抵御银行经营风险的能力并不强	/ 105
三、次级债会带来投资者一定的投资风险	/ 105
第三节 国外研究和立法进展:次级债的市场约束和协助监管功能	/ 107
一、国外商业银行次级债发行理论研究和立法进展回顾	/ 107
二、次级债市场约束和协助官方监管功能的理论分析	/ 109
三、强制性次级债券(MSD)的背景——金融现代化对金融 监管的挑战	/ 113
第四节 我国次级债立法目标:在金融混业背景下加强市场约束	/ 114
第六章 商业银行授信的法律规制	/ 119
第一节 境外银行法有关授信规制的比较法考察	/ 119
一、对单一主体的授信限制	/ 119
二、对大额贷款的授信限制	/ 123
三、对关联人等的授信限制	/ 124
四、对特殊担保、特定行业或交易的授信限制	/ 129
五、明确禁止的贷款业务	/ 131
六、对监管机构在授信限制方面的一般性授权	/ 132
第二节 《商业银行法》有关授信规制的现状及问题	/ 133
一、《商业银行法》有关授信的规定	/ 133
二、《商业银行法》有关规定的局限性	/ 135

第三节 《商业银行法》有关授信规定的完善	/ 140
第七章 商业银行信托贷款类理财业务风险的法律防范	/ 143
第一节 理财产品涉及的资金信托结构蕴涵的合规性风险	/ 143
一、“委托人”是否合格	/ 144
二、集合信托资金的用途是否合规	/ 145
三、集合资金信托涉及的受益人大会运作的合规问题	/ 145
第二节 基础资产中贷款项目存在违法违规问题引发的风险	/ 146
一、保本类理财产品蕴涵的投资本金(收益)的担保风险	/ 147
二、信托贷款保管服务中的违约风险	/ 148
三、理财产品提前终止有关安排可能面临的风险	/ 149
四、投资收益与银行收费面临投资者质疑的风险	/ 150
五、理财资金投向银行所发放贷款的利益冲突潜伏的风险	/ 152
六、风险揭示的充分性瑕疵可能引发的风险	/ 154
第三节 银行防范信托贷款类理财产品风险的建议	/ 155
一、银行应会同信托公司努力推进资金信托有关监管规章 的修改	/ 155
二、银行应认真审核信托资金所投向的贷款及其担保的合 法合规问题	/ 156
三、银行应主动限制将信托资金用于购买自己发放的贷款	/ 156
四、银行应客观充分地披露相关信息	/ 156
五、银行应全面列举提前终止的事由以及有关损失承受问题	/ 156
六、对于理财产品的保本或保本保收益安排应该立足对基 础贷款资产及其担保的质量评估	/ 157
七、银行应该在理财产品及信托有关法律文件中明确地约 定各种费用和收益分配机制	/ 157

八、合理定位银行在信托贷款有关保管服务的角色	/ 157
九、在理财产品有关文件中全面、充分地揭示投资风险	/ 158
第八章 银行抵消权	/ 159
第一节 建立银行抵消权法律制度的基本立足点	/ 159
一、国内外银行抵消权的既有理论	/ 160
二、银行与客户关系理论研究的不足	/ 162
三、银行抵消权制度应以银行与客户权利平衡为立足点	/ 166
第二节 银行抵消权的设立	/ 167
一、银行抵消权制度的嬗变	/ 168
二、设立银行抵消权制度的原因	/ 170
三、银行与客户权利平衡之上银行抵消权的设立	/ 172
第三节 银行行使抵消权的限制	/ 173
一、银行行使抵消权的条件	/ 173
二、银行行使抵消权的程序	/ 179
三、银行抵消权的限制措施	/ 182
第四节 我国银行抵消权制度的立法现状与司法实践	/ 184
一、我国银行抵消权的立法现状	/ 184
二、我国适用银行抵消权的司法实践	/ 191
第五节 我国银行抵消权制度的建构与创新	/ 195
一、我国银行抵消权制度合理构建的原则	/ 195
二、合理构建我国银行抵消权制度的机制	/ 198
三、我国银行抵消权合理建构之微观设计	/ 201
第九章 我国商业银行破产法律制度的完善	/ 207
第一节 导论	/ 207
一、问题的提出	/ 207

二、相关文献梳理	/ 211
第二节 银行破产的特殊制度价值及模式选择	/ 214
一、银行业公共利益特征及审慎监管	/ 214
二、银行破产的特殊制度价值及模式选择	/ 216
第三节 《企业破产法》与金融机构破产的制度设计	/ 217
一、金融机构破产的申请主体	/ 218
二、金融机构破产的前置程序	/ 219
三、金融机构破产管理人	/ 219
四、金融机构破产的债权申报	/ 220
五、金融机构破产的重整	/ 221
六、金融机构财产的变现	/ 222
七、金融机构破产财产分配方案的特殊性	/ 223
八、建立金融机构投资者保护基金	/ 224
参考文献	/ 225
后 记	/ 237

第一章 外资准入条件下中国商业银行内部风险的法律控制

第一节 问题的提出和相关文献的梳理

按照中国加入 WTO 的承诺,自 2006 年底我国银行业既已向外资全面开放,中资银行面临外资银行激烈竞争和金融业务综合化经营的挑战。如何保障银行的健康发展和应对开放条件下日益激烈的银行业竞争局面成为理论研究必须面对的重要议题。自 2004 年以来国有银行重大违法违规案件的暴露凸显了我国国有银行内部控制制度的严重缺陷。与规范化的股份公司特别是国际先进银行相比,我国的银行公司治理改革还处于起步阶段,多数内部管理和风险内控制度改革也还没有到位,^①我国商业银行公司治理改革的理念和作为其重要组成内控制度还存在很多问题。^②董鉴芳(2002)、张春玲(2006)、方红光(2006)等人都曾从宏观视

^① 中国银监会“公司治理改革”课题组:“完善公司治理是国有商业银行改革的核心”,载 [ww. cbrc. gov. cn](http://www.cbrc.gov.cn)。

^② 亚洲金融危机的教训也显示,银行内部治理缺陷是造成金融危机的重要原因之一。

角对此展开过研究,^①他们的研究揭示了加强商业银行内控制度建设的必要性和完善法人治理机制在其中的重要价值,并为制度研究找到了突破点。此外,张静、马黎(2003)、田玲、蔡秋杰(2003)、罗平、陈颖(2003),魏海港(2003),王森、张丽娟、邓琼(2003)、王旭东(2004)等人则主要从微观的视角入手,对商业银行操作风险展开实证研究,以求获得理论和研究方法上的突破,但其视角过于微观,且研究范式同样集中于经济学界,从法学的角度展开类似研究的文献甚少,不足之处显而易见。^②鉴于既有研究的成就与不足,本文将以法学视角展开研究,同时以避免利益冲突作为逻辑基础,通过分析我国商业银行的现实语境和营运状况,并在总结国内外先进经验的基础上提出了关于我国商业银行在外资准入条件下内控法律制度的设计构想。

第二节 我国商业银行内部风险控制体系的现状及不足

一、我国商业银行内部风险控制体系的现状

(一)中国建设银行

中国建设银行的内控体系是由董事会及董事会审计委员会、相对垂

① 董鉴芳:“健全银行业内控制度的几点建议”,载《发展研究》2002年第11期;张春玲:“对银行业基层机构内控机制的几点建议”,载《新疆金融》2006年第3期;方红光:“论国有商业银行内部控制体系建设”,载《金融与经济》2006年第1期。

② 参见张静、马黎:“商业银行操作风险的度量与管理”,载《管理现代化》2003年第5期;田玲、蔡秋杰:“中国商业银行操作风险度量模型的选择与应用”,载《中国软科学》2003年第8期;罗平、陈颖:“增强操作风险监管理念 适时纳入资本监管体系”,载《金融会计》2003年第10期;魏海港:“商业银行操作风险的测度和监管方法”,载《新金融》2002年第8期;王森、张丽娟、邓琼:“操作风险管理及监管的稳健做法(一)”,载《中国金融》2003年第11期;王旭东:“新巴塞尔资本协议与商业银行操作风险量化管理”,载《金融论坛》2004年第2期。

直的风险管理体系等构成。实行专人负责由总行覆盖全辖的风险官制度。其特点有:第一,建立垂直化风险管理体系。根据年报披露,在总行聘任首席风险官,设立风险监控部,强化风险管理的专业性,截至2006年末,在一级分行设立风险总监,二级分行风险主管到位,在部分县级支行实行专职或兼职风险经理,风险管理人员负责所辖全面风险管理工作。^①第二,强化独立性和相互制约的风险管理机制。如推行授信过程中客户经理和风险经理的平行作业机制,风险经理参与自贷前检查至贷后管理全部环节的风险管理,贷前环节风险经理与客户经理共同参与客户评价和项目评估工作,出具风险评估意见。信贷审批环节,须经过有权审批人的双签审批、会签审批或信贷审批会议等进行审批。第三,全过程的风险控制。如风险经理介入贷前环节;贷款发放前,风险经理负责审核贷款条件的落实;贷款发放后,风险经理负责风险识别和预警,并进行风险提示。

(二) 中国工商银行

中国工商银行在进行股份制改造以后,初步建立了其内部风险控制体系:主要是由董事会以风险管理委员会、审计委员会以及下属审计局,以风险管理部门、内控合规部等组成的机构。董事会下设审计委员会、风险管理委员会,设有垂直管理的内部审计局和内部审计分局,向董事会负责并报告工作。董事会审计委员直属于董事会,由5名独立董事组成,审计委员会负责对内部控制、财务信息等进行监督、检查和评价,并评估外部审计机构的独立性和工作。并建立总行垂直管理的内部审计局,下设直属分行和9家区域审计分局,分辖全国分支机构。董事会风险管理委员会由9名董事组成,并由独立非执行董事担任主席,负责全行风险管理政策和工作。总行及各级分行设立内控合规部,负责全行内控机制的组

① 中国建设银行2006年报, <http://www.ccb.com>。

织、推动和协调工作,承担风险管理、合规管理和常规审计职能。一级(直属)分行的授信审批部和信贷管理部统一履行一级(直属)分行以下机构的客户评级、授信、评估、审批以及信贷监督职能。^① 2006年,深入推进信贷业务的集约化经营管理,提高授信审批决策层次,构建独立集中的信贷业务风险控制体系。

(三) 中国银行

中国银行在股份制改造以后全面推进集团风险管理体系建设,其目标是全球的风险管理体系、全面的风险管理范围、全员的风险管理文化、全程的风险管理过程、全新的风险管理方法和全额的风险计量。中国银行的风险管理体系主要是由董事会及下属风险政策委员会,管理层下设内部控制委员会、反洗钱工作委员会、资产负债管理委员会和资产处置委员会,风险管理部、授信执行部、资产负债管理部、法律合规部等构成风险管理的组织架构。2006年完善授信集中审批制度,试点机构授信专业审批工作。一级分行信贷风险总监到位,第一批专业审批人全部聘任到位,并由总行实施对专业审批人的授权。2006年为实现内控关口前移,全面加强风险管理,实施了内控流程整合,构建了业务机构和业务部门、法律合规体系和内部稽核体系的三道内控体系防线。中行上市后其稽核体系的独立性、专业性和权威性得到增强,完成对全行稽核工作的整体评估,成立独立的稽核部门,确立了垂直的稽核管理模式。^②

(四) 深圳发展银行

2005年初深圳发展银行改革其风险管理架构。^③ 主要内容是:

① 中国工商银行 2006 年报, <http://www.icbc.com.cn>。

② 中国银行 2006 年报, <http://www.boc.cn>。

③ 参见田宇:“深发展取消副行长职位复制花旗垂直授信管理”,载《第一财经日报》2005 年 1 月 13 日。