



中国金融出版社

YINHANGYE FA GUOJI BIJIAO

YINHANGYE FA GUOJI BIJIAO

YINHANGYE FA GUOJI BIJIAO

YINHANGYE FA GUOJI BIJIAO

YINHANGYE FA GUOJI BIJIAO

YINHANGYE FA GUOJI BIJIAO



银行业法

Y 国际比较

YINHANGYE FA GUOJI BIJIAO

李金泽◎著

中国金融出版社

责任编辑：李 融
责任校对：张志文
责任印制：尹小平

图书在版编目 (CIP) 数据

银行业法国际比较 (Yinhangye Fa Guoji Bijiao) / 李金泽著. —北京: 中国金融出版社, 2008. 11

ISBN 978 - 7 - 5049 - 4831 - 1

I. 银… II. 李… III. 银行法—对比研究—中国、外国
IV. D922. 281. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 150480 号

出版
发行

中国金融出版社

社址 北京市广安门外小红庙南里 3 号

市场开发部 (010)63272190, 66070804 (传真)

网上书店 [http: //www. chinafph. com](http://www.chinafph.com)

(010)63286832, 63365686 (传真)

读者服务部 (010)66070833, 82672183

邮编 100055

经销 新华书店

印刷 利兴印刷有限公司

尺寸 169 毫米×239 毫米

印张 24. 25

字数 389 千

版次 2008 年 11 月第 1 版

印次 2008 年 11 月第 1 次印刷

定价 52. 00 元

ISBN 978 - 7 - 5049 - 4831 - 1/F. 4391

如出现印装错误本社负责调换 联系电话 (010)63263947

前 言

在我国商业银行市场化、国际化发展的趋势下，金融创新日益受到各家商业银行的高度重视，银行的经营活动远远超越了传统的以存贷业务、结算业务占据绝对优势的经营结构，以复杂、多样化特征的各种中间业务得到了前所未有的发展。金融市场的结构与要素的变化直接影响着金融法律的定位和基本内容。我国现行《商业银行法》是在市场经济发展的初期出台的，经过多年的改革和发展，金融市场的诸多重大变化未能在《商业银行法》中得到体现，《商业银行法》面临金融市场结构与要素变革的诸多新挑战，这主要表现在以下几方面。

其一，从事商业银行主流业务的金融机构与日俱增，但是《商业银行法》缺乏配套的适应机制。从金融市场中从事商业银行主流业务的主体间关系来看，虽然《商业银行法》试图规范城市信用合作社、农村信用合作社、邮政储蓄银行等机构从事商业银行核心业务——存款、贷款、结算业务，但是其规范过于简单和原则化，该法第九十三条、第九十四条分别规定：“城市信用合作社、农村信用合作社办理存款、贷款和结算等业务，适用本法有关规定。”“邮政企业办理商业银行的有关业务，适用本法有关规定。”但是这种规范显然无法适应商业银行之外的其他金融机构从事此类业务，而且事实上商业银行之外的其他银行业金融机构已经普遍从事了商业银行的大多数业务，且已经不限于这三类主流业务。为此，从市场主体平等原则的角度来看，《商

业银行法》应该从更高的定位比较系统地规范具有商业银行相同性质的银行业金融机构，况且这些机构与商业银行有多大程度的区别已经不是监管机构能很好界定的了。

其二，银行核心业务——存贷业务的地位在动摇，《商业银行法》以存贷业务为根本的立法定位面临挑战。虽然银行存贷业务仍然占据优势地位，但是随着我国证券市场和保险市场在金融市场中的地位日益提升，商业银行传统存贷业务的绝对优势地位受到了冲击。《商业银行法》正是在传统存贷业务占据绝对优势的背景下诞生的，《商业银行法》的条文结构也充分反映了这种特点。《商业银行法》第三章和第四章分别规范了“对存款人的保护”、“贷款和其他业务的基本规则”，其中有关存款和贷款的规则占据了绝对的比例，而新兴业务问题则呈现空白状态。这种架构无法适应银保合作、银证合作、银信合作的发展需要。新兴业务的发展，也是《商业银行法》出台时始料未及的现象。在银行传统业务核心地位动摇的趋势中，中间业务得到了迅猛发展。近年来，银行中间业务的地位日益提升，尤其是伴随国内资本市场的发展，以各种理财业务为代表的中间业务发展尤为迅猛，银行银保合作、银证合作、银信（信托）合作的方式和领域得到了前所未有的发展，跨行业的合作和交流，不仅给商业银行带来了收入的新渠道，也为银行资金向其他金融领域的渗透创造了条件。在这跨行业的合作活动中，也不可避免地滋生了新的法律问题，尤其是具有直接或间接特点的混业经营法律问题的发生冲击着传统《商业银行法》所建立的“防火墙”。间接的跨行业经营业务的发展也呼唤新的监管标准和监管机制，尤其是在不同行业监管机构之间以及银行监管机构不同金融领域监管之间的协调问题需要在《商业银行法》中得到反映。尤其是一些富有综合化色彩或者混业经营特征的银行经营产品或工具，需要相应的跨行业监管标准和机制的生成。

其三，作为银行核心业务之一的融资业务内在结构也在发生重大

变化，融资主体、融资用途和融资程序有了较大的变化，《商业银行法》未能及时反映这些变化。在传统的融资体系中，企业法人作为融资主体占据了绝对的地位，个人或者各种新兴的市场主体的融资需求和相关法律问题未能在《商业银行法》中受到重视，尤其是港澳台和外国人作为融资主体地位问题也未能得到顾及；在融资用途上，《商业银行法》有着较为机械和僵硬的色彩，例如该法规定：禁止利用拆入资金发放固定资产贷款或者用于投资、商业银行根据国民经济和社会发展的需要，在国家产业政策指导下开展贷款业务，前者规定过于机械，后者则更以法律的形式确立此种原则与市场经济中市场主体自主原则不协调；在融资程序上，《商业银行法》中一些强制性规则未能充分尊重银行作为市场主体的自愿选择，也不符合现实的银行实践。该法第三十六条规定：“商业银行贷款，借款人应当提供担保。商业银行应当对保证人的偿还能力，抵押物、质物的权属和价值以及实现抵押权、质权的可行性进行严格审查。经商业银行审查、评估，确认借款人资信良好，确能偿还贷款的，可以不提供担保。”这种规则明显带有计划经济时代国有银行风险控制色彩。

其四，银行对外直接投资限制的适度放宽，商业银行集团化发展或金融控股集团公司的兴起直接冲击着现行《商业银行法》、《证券法》、《保险法》建立的分业经营基本框架。以光大集团、中信集团、平安集团为代表的事实上的金融控股公司已经确立了集团旗下的商业银行、证券公司、保险公司、信托公司、基金公司集团化发展的架构；而以中国工商银行、中国银行、中国建设银行为代表的巨型商业银行的集团化发展中，也分别在境内和境外以股权投资的方式直接或间接地把金融租赁公司、证券公司、保险公司、基金公司、信托公司等纳入集团化的商业银行旗下。以商业银行为核心的集团化或控股化的跨行业经营体系直接冲击着现行《商业银行法》立足严格分业经营的监管取向。现行《商业银行法》既没有关注集团化或金融控股化背景

中，股东可能给商业银行与其他金融机构交融、合作设置必要的跨行业监管风险的标准和机制，也没有为银行监管机构与其他监管机构的协调与合作创造必要的沟通机制；同样，跨行业关联人之间的频繁交易，也可能带来不同于传统单一商业银行业务的风险和问题，《商业银行法》面临这些新问题、新风险的挑战。这种状况势必妨碍事实上的综合化经营潮流给银行风险防控、监管机构监管商业银行的有效落实带来困难。

其五，以高科技手段为载体的电子化、网络化发展，促成了银行经营活动的电子化，电子化经营有着其相对独特的风险，现行《商业银行法》立足传统纸质和面对面经营的交易机制、风险防控体系以及监管标准将呈现一定的不适应性。金融电子化与信息化将对我国传统金融业形成另一冲击。银行业电子化与信息化，正改变着银行机构外在的形式和内在的内容，银行营业门市数量正在减少，取而代之的是自动提款机，甚至是安装在笔记本电脑中的网络银行服务系统。这种电子化与信息科技在金融市场中运用，将银行的金融服务转化为金融信息数据处理，未来的银行机构将演变成为金融数据信息处理与服务公司。以电子化为基础的银行服务发展势必产生各种新的法律问题，由于我国《商业银行法》所依赖的是“有纸化”和“有场化”交易与监管基础。《商业银行法》所建立的一些传统的风险防控标准和机制一方面可能妨碍电子化交易的迅猛发展；另一方面，在新的交易方式和机制中，不少风险电子化风险因素无法在《商业银行法》中得到有效体现。实际上，境外一些银行法法典就为银行经营活动电子化问题做了适当考虑，例如中国香港《银行业条例》在其定义部分将“交易服务”（dealing service）界定为“指不论是亲身或藉电子方式或其他方式提供予某人的服务，而该人藉该服务具有能力出价投标或提出价格或汇率……”实际上，我国现行《商业银行法》对商业银行电子化经营中非常概念和问题均没有予以规范，例如银行卡、网上银行业务

有关密钥等事宜。

其六，商业银行对金融工具的复杂化运用，以及衍生化金融产品和服务在商业银行经营活动中的地位日益凸显，《商业银行法》尚未对金融工具复杂化问题给予适当关注。在国内利率和汇率管制相对灵活化的趋势下，以及各类国际金融衍生工具和产品日益受到国内商业银行青睐的背景中，各种衍生产品得到迅速发展，尤其是以证券化和衍生交易为代表的新兴金融工具和产品得到了监管当局认可，金融创新的空间越来越广阔。然而《商业银行法》却没有对这些问题和现象作出任何规范，这不仅为未来这些领域的法律纠纷解决带来一定的不确定性，也为监管当局的监管和商业银行有效防控相关风险带来不便。

本书正是基于我国《商业银行法》的种种现实局限性，在比较和借鉴国际银行法经验的基础上，立足我国现行商业法制现状，全面反思我国商业银行法律制度，尤其是《商业银行法》存在的不足和问题，最终为《商业银行法》的完善提出较为系统的建议。

本书的研究意义主要体现在以下几方面：第一，对于完善我国《商业银行法》有现实意义。我国《商业银行法》虽在2003年底作了修改，但是该次修改比较简单。本书从比较法的角度系统地分析了我国现行《商业银行法》存在的问题，并提出了结合本国国情和借鉴国际经验的完善建议，有助于我国商业银行基本法律制度的完善。本书的成果之一是提出一个系统的修改《商业银行法》的《商业银行法（修订建议稿）》。第二，本书立足商业银行基本法律制度分析的同时，对商业银行其他法律制度的整体架构及其现有制度的局限性也作了探讨，尤其是金融监管制度的体系以及重要规则的局限性作了分析，结合国际银行法制的经验和制度成果，提出诸多完善的对策，有助于基本银行法律制度之外的相关制度的完善。第三，本书是国内从比较法角度系统研究各国商业银行法的专题性研究，系统介绍了国外当代商业银行法典发展的最新情况和最新规则，有助于国内立法机构、监管

机构借鉴有关经验。第四，本书中的诸多子书反映了国际银行法制在商业银行监管和治理方面的最新成果，有助于商业银行实务界了解国际商业银行游戏规则的发展态势，更好地优化自身的交易规则和治理文化。第五，通过比较法的研究方法，系统研究商业银行法律制度，有助于国内银行法理论界把握国际银行法制发展的最新态势，有助于国内银行法研究与国际接轨。

本书的主要内容包括以下几方面：首先对我国商业银行法律制度及银行业法典的整体情况作一分析，回顾了我国商业银行法律法规和规章制度在近年来发展的情况，并就存在的问题和未来完善做了思考；在银行法法典的研究问题上，比较了境外典型银行业法立法的基本架构，并对我国《商业银行法》的定位及其局限性作了分析。其次，从市场准入、资本充足与流动性监管、授信风险管理、对外投资、境外经营活动监管、外国银行规制、财务会计、审计与信息披露、市场退出等视角对国际银行业法典的相关规则进行比较分析，在此基础上，对我国《商业银行法》相关规制存在的问题进行剖析，并提出具体的完善建议。

针对我国商业银行法律制度体系存在的问题，笔者对有关完善提出以下注意事项：第一，完善商业银行基本法律。尤其要克服基本法律之间的不协调或存在疏漏的局限性。第二，要加强基本法律法规与监管制度的协调。我国银行业监管规章制度应该从适当补救商业银行基本法律制度的局限性角度出发，不断发展和完善相关规则。在具体制定监管规章制度上，应该注意协调与商业银行基本法律法规的关系，并且应该结合监管法规的发展，及时修改和清理监管规章制度。第三，要重视促成监管规章制度的系统化和最优化发展。为此，应该注意以下几点：做好监管规章和规章以外的规范性文件的有序化工作；注意规章制度的横向关系；进一步强化银行机构谨慎监管相关制度建设；明确规章以外的规范性文件的约束力；加强规章制度的透明化；关注

规章制度传播的国际化问题；加强规章制度清理、整理和修订的及时性；妥善处理监管部门之间在创制规章制度的关系；监管规章制度的制定要合理确定适用范围；跟踪国际银行监管发展态势，关注新兴产品和工具的风险监管。第四，健全外资银行法律制度。体现国际监管合作和全球并表监管精神的规则有必要及时反映到商业银行法律制度中来，尤其是在基本的商业银行法律法规中应得到适当的体现。第五，加强银行监管的制度化约束。有必要将重要的程序性约束规则反映到《银行业监督管理法》或《商业银行法》中去，并且应体现执法的透明度和效益化取向，合理平衡监管机构和被执法对象之间的权责；有必要进一步强化或补充对市场准入、稽核检查、调查统计、谨慎性要求等监管手段的法律规制。第六，通过法制来健全银行业自律机制。虽然现行监管架构给同业自律给予适当关注，并已组建了全国性的银行业协会，但是其地位和作用尚未在较为权威的法律层面上予以规范，有待立法进一步规范。

为了克服现行《商业银行法》的局限性，促成我国银行业法制的科学化构建，笔者对今后《商业银行法》的完善提出以下意见：

第一，我国最理想的银行法立法模式是在借鉴国际立法惯例的基础上，适时推出我国银行法法典——“中华人民共和国银行法”（以下简称“银行业法”）；如果立法者认为创制统一的“银行业法”时机尚不成熟，则只好选择修改现有的《商业银行法》。“银行业法”在适用对象范围上应该包括了商业银行在内的各种类型的银行业金融机构，可参照《银行业监督管理法》所界定的“银行业金融机构”。考虑到推出“银行业法”尚需较长的时间和论证，故而本书的重点还是立足完善现行的《商业银行法》。

第二，有必要对银行法涉及的重要概念作出明确界定。在我国立法的习惯上，少有将重要概念进行集中规制，但因银行法涉及的概念较多，且专业性强，集中规制有明显的优点；如果实在不能接受集中

规制，则有必要分散性地补充完善相关重要概念的定义。尽可能将重要概念进行明确，既有助于一般当事人遵守，也有助于监管机构和司法机关执法。

第三，在有关监管机构及其银行业监督管理问题上，笔者倾向于将有关监督管理的规则集中于银行业法的专章，废除现行《商业银行法》和《银行业监督管理法》分立的体制。但如果选择修订《商业银行法》的路径，则无法将《银行业监督管理法》的重要规定纳入到修订后的《商业银行法》。《商业银行法》中有关监督管理的具体规则还是有必要进一步完善，适当突出监管机构的权责、监管措施以及监管相关的法律责任，既要规范银行业金融机构的行为，也要约束监管机构的监管行为，防止监管当局滥用权力侵蚀银行业金融机构的权利。

第四，为银行的公司治理和内部控制问题设立专章。针对我国银行业金融机构公司治理和内部控制存在的诸多缺憾，尤其是从国有独资金融机构转换成股份公司或者有限责任公司的银行机构，其公司治理和内部控制存在诸多历史性的局限，《商业银行法》适当借鉴加拿大《银行法》的经验强化公司治理规范，对于促成银行业金融机构的规范化发展有着引导和监督的作用。适当规范股东大会中控股股东的权利运作，合理保护中小股东权利，确保银行董事会及高管人员任职及权利运作的规范，有必要借助专门的公司治理规则来保障。

第五，修改对存款人利益保护的专章。存款业务可以因其特殊性和对商业银行的重要性，可以为其设立专章，但是没有必要从存款人利益特殊保护来定位。存款人利益的保护问题适当借助公司治理规范来补救，例如为客户保密的义务和责任不能仅仅强加给作为法人的组织，更有必要将其赋予商业银行的董事、高级管理人员及普通职员。取款自由和存款有息的原则没有必要作为基本原则来倡导，建议在银行法典中删除。建议适当明确构建存款保险制度，并可授权国务院及监管机构具体制定相关专门法规和规章。

第六，在商业银行市场准入法制体系的建构上，必须重整现有的法律文件体系。针对现有法律文件的缺陷，一方面要适当强化、细化《商业银行法》有关市场准入的规则，另一方面监管当局必须全面系统地整理现有准入规章，监管规章不得随意突破《商业银行法》的规定。在机构准入制度上要注意强化规则的严密性和系统性；要适当完善商业银行及其分支机构的设立标准规则；加强和完善人员准入制度建设。

第七，银行法法典有必要为补充并完善现有资本充足率和流动性有关规定。有必要将《商业银行资本充足率管理办法》的核心内容反映到银行法法典中去；合理定位银行监管机构在资本充足率监管方面的权限，对违反资本充足率有关规定的法律责任追究应该在银行法法典中得到体现，并且应该克服目前的《商业银行资本充足率管理办法》疏忽对董事和高级管理人员个人责任追究的缺憾；适当规范流动性紧张及其应对机制。

第八，完善授信有关规定。删除有关贷款业务适应经济和社会发展的基本原则以及有关办理贷款业务的内部管理规则和外部关系规定；采用广义的贷款概念来规制授信风险的控制问题；完善单一授信和关系人授信限制规则；禁止银行间主要人员或主要股东交叉性授信；适当完善有关房地产及证券行业相关的授信限制；构建董事会成员以及高级管理人员对违反各种授信限制规定的法律责任机制；给监管机构在执行有关授信限制规定时适当的裁量权以及相关的检查权等。

第九，加强对外投资的有关规定，选择比较详尽的体例来完善对外投资规则；适当规范可允许投资实体的范围，并可在概括性的基础上列举；合理处理立法限制性规则的适用范围问题；限制投资的例外机制必须谨慎、明确。

第十，系统构建以《商业银行法》为核心的境外机构监管法制体系。为了提高银行境外业务与机构经营监管法制的权威性，《商业银行

法》的修订文本应该将有关问题作出原则性规定。至少应该将境外设立分行、收购或设立子机构的基本问题——设立应遵循的基本原则、监管的基本要求等设置必要的规则。

第十一，为外国银行及代表处设立专章，重点规范外国银行问题。有必要将外资银行市场准入基本制度进行系统化整理后，纳入《商业银行法》中。对外国银行分行的市场退出问题有必要作出特别规范。

第十二，完善会计报表编制规则，规范财务信息的公布机制；赋予银行业监管机构从银行机构获取信息的权利及相关义务；明确审计师的聘任程序与职责；适当规范并表情形下的银行信息提供机制。

第十三，适当健全业务退出机制。业务退出机制的健全可从业务的暂停及退出两个层次来规范；进一步完善接管相关规定，明确接管事由、接管组织的职责、适当规范银行有关当事人配合接管人的义务、规范接管终止的程序；解散和清算程序也有必要进一步完善，并应妥善协调《商业银行法》和《企业破产法》的关系。

目 录

第一章 我国商业银行法律制度发展的现状与前瞻	1
第一节 国际商业银行有关法制发展态势	1
第二节 我国商业银行法律制度的发展现状	14
第三节 我国商业银行法律制度发展前瞻	28
第二章 银行法法典基本架构比较	37
第一节 银行、银行法与银行法法典定位	37
第二节 几种常见的银行法法典结构体例模式	41
第三节 我国《商业银行法》架构的局限性及其克服	58
第三章 银行法有关市场准入的规制	66
第一节 银行市场准入监管的意义	66
第二节 境外银行法有关市场准入的规制	70
第三节 我国《商业银行法》市场准入规定存在的问题与对策	107
第四章 银行法有关资本充足和流动性监管规制研究	115
第一节 资本充足与流动性监管概述	115
第二节 境外银行法有关资本充足与流动性规定述评	119
第三节 我国《商业银行法》有关资本充足与流动性 监管规制的局限性及其克服	137

第五章 银行法有关商业银行授信的法律规制	143
第一节 银行法关于授信问题规制的体例	143
第二节 有关授信规制的银行法国际比较	145
第三节 我国《商业银行法》有关授信规制的问题与完善对策	165
第六章 银行法有关商业银行对外投资的法律规制	174
第一节 商业银行对外投资的立法体例	174
第二节 银行法对外投资立法的国际比较	176
第三节 我国《商业银行法》有关对外投资的 局限性及其克服	193
第七章 银行法有关银行境外经营活动监管的规制	198
第一节 母国监管银行境外经营活动的必要性	198
第二节 银行法有关境外经营活动规制的体例比较	200
第三节 银行法有关境外经营活动监管的规制比较研究	203
第四节 我国银行法有关境外机构规制存在的问题与对策	219
第八章 银行法有关外资银行的规制	226
第一节 东道国监管外资银行概述	226
第二节 银行法有关外资银行规制的体例	228
第三节 银行法有关外国银行的规制比较	230
第四节 我国银行法规对外国银行规制存在的问题及对策	249
第九章 银行法有关会计、审计与信息披露的规制	255
第一节 银行法有关会计、审计和信息披露的立法体例	255
第二节 银行法有关会计、审计和信息披露规制的评介	257
第三节 我国《商业银行法》有关财务会计规定 存在的问题及完善	279

第十章 银行法有关市场退出的规制	286
第一节 银行法有关市场退出问题的立法体例	286
第二节 银行法有关市场退出规定的国际比较	288
第三节 我国《商业银行法》有关市场退出规制 存在的问题及对策	313
附录 中华人民共和国商业银行法（修订建议稿）	331
参考文献	364

第一章

我国商业银行法律制度发展的现状与前瞻

商业银行法律制度生成和发展的基本目标在于规范以商业银行为基本主体的银行市场秩序,保护商业银行及有关当事人的合法权益,促成银行监管当局依法履行监管职责并通过监管规章、监管政策来推进银行业法治化的发展。本章在考察国际银行业法制发展态势的基础上,对我国商业银行法制现状作一概述,并就未来发展和完善进行若干思考。

第一节 国际商业银行有关法制发展态势

为了更好地分析我国商业银行法律制度的发展状况,本章先考察国际商业银行有关法制发展的态势。

随着金融全球化的深入,银行业法律制度及其执行问题无论是在国内还是在国际社会上都已成为一个颇受关注的问题。银行机构规模化、新型金融工具不断滋生及金融机构之间竞争的激烈化,使得银行业风险日益增长,尤其是20世纪80年代以来的数次银行倒闭及其引发的金融危机,迫使各国重视对银行的监管及银行监管法律的完善。国际社会银行业法律制度体系中,较少有专门使用“商业银行法”的概念,针对商业银行及其他银行业金融机构的民法典往往称为“银行业法”或“银行法”^①,因此,下面分析国际社会商业银行法律制度的发展态势是以银行业法律制度为主线的。

具有资本主义意义的银行业法制的发展可追溯到1694年英国议会以敕令设

^① 后面有详细讨论,见第二章。