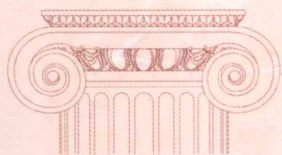


Researches on Legal Risks and the Countermeasures
in the Intermediate Business of Commercial Banks



商业银行中间业务的 法律风险及对策研究

主 编◎王卫国 李化常
副主编◎武靖人 张雪峰



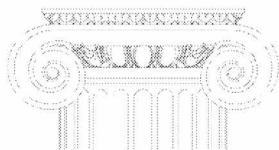
中国政法大学出版社

013029571

Researches on Legal Risks and the Countermeasures
in the Intermediate Business of Commercial Banks

D922.281.4

11



商业银行中间业务的 法律风险及对策研究

主 编◎王卫国 李化常

副主编◎武靖人 张雪峰



D922.281.4
11



中国政法大学出版社



北航

C1635413

图书在版编目(CIP)数据

商业银行中间业务的法律风险及对策研究/王卫国,李化常主编. -- 北京:
中国政法大学出版社, 2012. 7

ISBN 978-7-5620-4391-1

I. ①商… II. ①王… ②李… III. ①商业银行—银行业务—银行法—研究—中国 IV. ①D922. 282. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第148704号

- 书 名 商业银行中间业务的法律风险及对策研究
Shangye Yinhang Zhongjian Yewu de Falü Fengxian ji Duice Yanjiu
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
010-58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 720mm×960mm 16开本 27印张 420千字
- 版 本 2012年12月第1版 2012年12月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4391-1/D·4351
- 定 价 56.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由我社负责退换。

编辑委员会名单

主 编：王卫国 李化常

副主编：武靖人 张雪峰

撰稿人：（按撰写章节顺序排列）

彭图曦 朱 磊 丁绪瑞

薛文彪 李国华 刘 柱

盛 沪 杨 艳 李若愚

方 兴 林 林

前 言

随着金融全球化和混业经营趋势的发展，金融业的竞争日趋激烈。而 20 世纪 80 年代以来，各国在放松外汇、利率等金融管制的同时，又普遍加强了对商业银行资本的要求。

竞争的加剧，外部监管环境的变化，促进了各国商业银行开展中间业务的创新与发展。近年来，许多西方国家商业银行的中间业务收入不仅成为其经营收入的主要来源，而且大有赶超利息收入之势，其中间业务呈现出“经营范围广泛、品种繁多”、“业务规模日趋扩大，收入水平不断上升”、“服务手段先进，科技化程度高”的特点。^{〔1〕}相比西方发达国家，我国商业银行中间业务起步较晚，还处于以扩大市场份额、增强服务功能为主要目标的初级阶段。^{〔2〕}我国商业银行中间业务在经营范围、种类、收费定价、总体收益、科技技术含量、服务手段等方面均与西方发达国家银行存在较大差距，仍然有待进一步开拓，存在巨大的发展盈利空间。从 20 世纪 90 年代开始，一些发达国家银行非利息收入快速增长，对银行总收入的贡献多在 30% 以上，有的超过了 50%，甚至 70% 以上，如花旗银行中间业务收入占比达 70%，英国巴克莱银行更达 73% 左右。与此相比较，2004 年，在中国四大银行中，中间业务占经营净收入的比重只有中国银行达到 14%，其他三家银行均在 10% 以下。一些新兴股份制商业银行由于资产规模较小，中间业务收入占比可能稍高一点，但总体来说，仍然比

〔1〕 李彩虹：“国际银行业中间业务的发展特点及趋势”，载《经济研究参考》2003 年第 47 期。

〔2〕 刘宝龙：“国内外商业银行中间业务的比较和策略研究”，载《商业经济》2011 年第 1 期。

较低。^{〔1〕}

可喜的是,近年来,我国商业银行的中间业务出现了强劲发展的势头。例如,2011年,在中国四大银行中,工商银行的中间业务占经营净收入的比重最高达到了22.9%^{〔2〕},建设银行为21.9%,中国银行为21.3%,农业银行最低,占比为18.2%。值得关注的是,在上市银行的巨额利润中,中间业务收入增速普遍在40%以上。可以说,商业银行的中间业务是商业银行今后一段时间需要重点发展和提升的业务。

近年来,我国金融体制改革不断深化,银行客户需求不断升级,金融产品更新换代,金融竞争日益激烈。形势的变化迫使商业银行不断加快产品、服务和技术创新,增强综合服务能力,以稳定和创新吸引客户。商业银行经营环境的变化,导致银行传统的间接融资市场更趋缩小,资产业务占全行业务总量的比例不断下降,从另一方面也刺激了银行扩充业务范围、进入其他业务领域、主动随着金融环境变化调整业务内涵和侧重点的愿望,促进了中间业务等新兴业务的发展以及利润来源的多样化。在此过程中,识别和防范中间业务存在的法律风险是一个亟待解决的制度性前提。

中间业务法律问题是一个涉及到金融、管理、法律等多领域的,具有多学科交叉性的综合性问题,具有较强的综合性、实践性、挑战性,需要采用实证分析、历史分析、比较分析和经济分析等多种分析方法,综合运用金融学、制度经济学、法学、管理学的相关理论,比较国内外商业银行中间业务法律风险防范制度,进行实证研究,梳理和总结商业银行不同类型中间业务的特点以及发展中面临的法律风险,提出完善商业银行中间业务法律风险防范的建议。同时结合案例分析,说明中间业务风险防范的关键点;结合银行中间业务的具体操作过程,以期通过对操作环节加以控制来防范风险,使法律风险得到有效的防范。这是一个既具开拓性,又有挑

〔1〕 唐双宁:“商业银行应加大中间业务比重”,载《上海证券报》2005年9月13日。

〔2〕 见2011年工商银行年报。中间业务收入的数值采纳“佣金和手续费”的收入。

战性的研究领域。

随着商业化改制转型的不断推进，国家开发银行（以下简称“开发银行”或“开行”）“投、贷、债、租、证”协同发展，中间业务也取得了长足发展。然而，与商业银行传统存贷业务相比，商业银行中间业务在交易关系、内部控制与外部监管等方面更为复杂，面临的法律风险也更为多样，但理论和实务界对商业银行中间业务法律风险问题的研究还不够深入，相关的风险控制措施还有待完善。为此，国家开发银行和中国政法大学于2010年9月成立联合课题组，立足我国商业银行尤其是国家开发银行的实践，对商业银行中间业务的法律风险及其防范对策进行研究。课题组以开发银行中间业务的法律风险防范问题为切入点，在分析传统商业银行中间业务内涵与外延的基础上，结合开行中间业务的特殊性，将开行中间业务分为投行类、担保类、贸易融资类、代理类、支付结算类五大中间业务进行法律风险的分析并提出相应的防范措施。课题报告于2011年9月完成并通过验收。

为了推动商业银行中间业务法律问题的经验交流和深入研究，现将课题报告修改出版，供业内人士和研究者参考，并欢迎来自各方的交流切磋和批评指正。

目 录

前 言	(1)
第一章 总 论	(1)
第一节 商业银行中间业务概述	(2)
一、国外商业银行中间业务的发展概况	(2)
二、国内商业银行中间业务的发展概况	(7)
三、我国商业银行中间业务的法律环境	(10)
第二节 商业银行中间业务概念和分类	(12)
一、商业银行中间业务的概念	(12)
二、商业银行中间业务的分类	(14)
第三节 商业银行中间业务法律风险和基本应对策略	(17)
一、商业银行中间业务法律风险的内涵	(17)
二、商业银行中间业务法律风险的防范原则	(24)
第二章 银团贷款业务的法律风险及防范	(26)
第一节 银团贷款概述	(27)
一、银团贷款的发展概况	(27)
二、银团贷款的制度功能	(29)
三、银团贷款的概念与分类	(30)
四、银团贷款中的法律关系	(35)
五、我国银团贷款的法律环境	(39)
第二节 银团贷款业务的法律风险	(40)
一、直接银团贷款的法律风险	(40)
二、间接银团贷款的法律风险	(49)

三、国际银团贷款的法律风险	(51)
第三节 银团贷款法律风险的防范	(60)
一、直接银团贷款法律风险的防范	(60)
二、间接银团贷款法律风险的防范	(64)
三、国际银团贷款法律风险的防范	(65)
第三章 银行理财业务的法律风险及防范	(67)
第一节 银行理财业务概述	(68)
一、银行理财业务的发展	(68)
二、银行理财业务的概念	(70)
三、银行理财业务的商业功能	(71)
四、银行理财业务的分类	(72)
五、银行理财业务的法律关系分析	(73)
第二节 银行理财业务的法律风险	(75)
一、银行与客户间关系的法律风险	(75)
二、银行与信托公司之间信托关系的法律风险	(82)
三、信贷类银行理财业务的法律风险	(83)
第三节 银行理财业务法律风险的防范	(87)
一、行业监管中的法律风险防范对策	(87)
二、内部控制中的法律风险防范对策	(88)
三、市场关系中的法律风险防范对策	(88)
第四节 银信合作理财最新监管文件分析	(90)
一、2009 年以来监管情况概述	(90)
二、监管文件详释	(92)
第四章 资产证券化业务的法律风险及防范	(98)
第一节 资产证券化概述	(99)
一、美国资产证券化的发展历史	(99)
二、中国资产证券化的发展历史	(100)
三、资产证券化的制度功能	(106)
四、资产证券化业务的概念与分类	(107)

目 录

第二节 资产证券化涉及的法律关系分析	(110)
一、概述	(110)
二、资产支持证券的法律属性	(113)
三、SPV 的法律属性	(115)
四、我国资产证券化与信托的关系	(117)
五、租赁资产证券化	(124)
第三节 资产证券化业务的法律风险	(126)
一、概述	(126)
二、资产池组建过程中的法律风险	(126)
三、证券化项目存续过程中的法律风险	(128)
四、资产证券化成败关键——“真实出售”标准的法律风险	(130)
第四节 资产证券化业务法律风险的防范	(138)
一、行业监管中的法律风险防范对策	(138)
二、内部控制中的法律风险防范对策	(139)
三、市场关系中的法律风险防范对策	(140)
第五章 保函业务的法律风险及防范	(141)
第一节 保函业务概述	(142)
一、保函业务的发展现状	(142)
二、保函业务的法律环境	(144)
三、保函业务的分类分析	(145)
第二节 国内保函的法律风险及防范	(153)
一、国内保函概述	(153)
二、国内保函的法律风险	(154)
三、国内保函法律风险的防范对策	(158)
第三节 涉外保函的法律风险及防范	(160)
一、涉外保函概述	(160)
二、涉外保函业务的法律风险	(161)
三、涉外保函法律风险的防范对策	(166)

第六章 保理业务的法律风险及防范	(174)
第一节 保理业务概述	(175)
一、国内外商业银行保理业务的发展状况	(175)
二、国内外商业银行保理业务法律和监管环境	(178)
三、保理业务的定义及类型	(180)
四、保理业务性质的法律解析	(185)
第二节 保理业务的法律风险	(193)
一、国内单保理业务的法律风险	(193)
二、国际双保理业务的法律风险	(196)
第三节 保理业务的法律风险防范	(203)
一、国内单保理业务的法律风险防范	(203)
二、国际双保理业务的法律风险防范	(206)
第七章 代客衍生交易业务的法律风险及防范	(211)
第一节 代客衍生交易的业务概况	(212)
一、国内外商业银行代客衍生交易的发展概况	(212)
二、国内银行代客衍生交易的法律环境	(215)
第二节 代客衍生交易的法律风险	(220)
一、衍生产品交易自身的风险	(220)
二、代客衍生品交易的法律风险	(224)
第三节 代客衍生交易法律风险的防范	(226)
一、完善代客衍生交易法律文件	(226)
二、完善信息披露制度	(228)
三、加强内部控制	(228)
第八章 保险代理业务的法律风险及防范	(230)
第一节 国内外代理保险的发展状况	(231)
一、国外代理保险的发展状况	(231)
二、国内代理保险的发展状况	(233)
第二节 我国银行代理保险业务的法律性质与法律环境	(235)
一、我国银行代理保险的法律性质	(235)
二、我国银行代理保险的法律环境	(236)

目 录

第三节 银行代理保险的法律风险	(239)
一、法律环境风险	(239)
二、代理权相关的法律风险	(239)
三、操作性法律风险	(241)
四、洗钱法律风险	(242)
第四节 商业银行保险代理业务的法律风险防范	(244)
一、加强行业监管中法律风险的防范	(244)
二、加强市场关系中法律风险的防范	(245)
三、加强内部控制中法律风险的防范	(246)
第九章 基金托管业务的法律风险及防范	(248)
第一节 商业银行基金托管业务概述	(249)
一、托管人制度及法律关系分析	(249)
二、国内外商业银行基金托管的发展状况	(252)
三、国内基金托管业务的法律环境	(255)
第二节 基金托管业务的法律风险	(257)
一、行业监管中的法律风险	(257)
二、市场关系中的法律风险	(257)
三、内部控制中的法律风险	(259)
第三节 基金托管业务法律风险的防范	(260)
一、加强监管性法律风险的防范	(260)
二、加强交易对象和交易文件的法律审查	(261)
三、加强内部控制法律风险的防范	(262)
第十章 银行票据业务的法律风险及防范	(265)
第一节 银行票据业务概述	(266)
一、国内外银行票据业务的发展现状	(266)
二、票据业务的法律环境	(268)
第二节 汇票业务	(270)
一、汇票概述	(270)
二、商业汇票法律关系分析	(271)
三、商业汇票业务的法律风险	(280)

四、商业汇票业务法律风险的防范	(287)
第三节 本票业务	(292)
一、本票概述	(292)
二、本票业务的法律风险及防范	(296)
第四节 支票业务	(297)
一、支票的概述	(297)
二、支票的法律风险及其防范	(299)
 典型案例汇编	 (301)
案例1: 华宝信托有限公司诉陈碰兴金融借款合同案	(301)
案例2: 中国远洋运输总公司与菱信租赁国际(巴拿马) 有限公司借款合同纠纷案	(304)
案例3: 代客外汇结构性远期交易责任纠纷案	(308)
案例4: 海升—摩根士丹利交易诉讼管辖权之争	(311)
案例5: 中国进出口银行诉深圳市曙光信息技术有限公司等 其他担保合同案	(314)
案例6: 招商银行天津分行诉天津华通润商贸发展有限 公司等保理合同案	(321)
案例7: 中国工商银行股份有限公司无锡分行诉江阴中马 橡胶制品有限公司等借款案	(325)
案例8: 中财国企投资有限公司与中国光大银行股份有限 公司上海嘉定支行借款合同纠纷上诉案	(329)
案例9: 中国保理第一案——云南省纺织品进出口公司诉中国银行 北京分行、中国银行云南省分行保理合同纠纷案	(332)
案例10: 交通银行中山市第七支行诉建设银行海口市第三支行票据 付款请求权纠纷案	(337)
案例11: 石狮市百汇针织服装有限公司诉中国银行武汉市阳逻开发区 支行票据损害赔偿纠纷案	(339)

目 录

附录 相关法律法规	(343)
商业银行中间业务暂行规定	(343)
银团贷款业务指引	(348)
商业银行理财产品销售管理办法	(355)
信贷资产证券化试点管理办法	(370)
境内机构对外担保管理办法	(380)
境内机构对外担保管理办法实施细则	(384)
境外外汇账户管理规定	(393)
中国银行业保理业务规范	(395)
银行业金融机构衍生产品交易业务管理暂行办法	(400)
商业汇票承兑、贴现与再贴现管理暂行办法	(411)
后 记	(417)

第一章 总 论



本章在梳理商业银行中间业务发展概况的基础上，界定了中间业务的内涵与外延，进而引出了本书研究的重点——商业银行中间业务的法律风险及防范问题。

首先，商业银行中间业务发展情况部分，本章对 20 世纪 60 年代以来西方发达国家商业银行的中间业务产品进行了列举，并以美国商业银行中间业务的发展为代表分析了西方发达国家商业银行中间业务的发展特征。在对国内商业银行最新颁布的 2011 年年报数据进行梳理的基础上，分析了国内商业银行中间业务的发展情况。

其次，在对商业银行中间业务进行界定的基础上，将“中间业务”与人们容易混淆的“表外业务”概念进行了对比分析。

最后，重点分析了商业银行中间业务法律风险的内涵，从行业监管、内部控制和市场关系角度阐释了中间业务法律风险的内容和特点，并提出了防范法律风险的一般原则。行业监管、内部控制和市场关系中的法律风险，构成了本书分析商业银行中间业务法律风险及防范措施的逻辑主线。

第一节 商业银行中间业务概述

一、国外商业银行中间业务的发展概况

商业银行中间业务的发展崛起于 20 世纪 70 年代。在此之前,无论是以融通短期商业资金为主、经营范围比较狭窄的英美型模式,还是经营范围不受限制,以德国、瑞士为代表的欧洲大陆型模式,商业银行一直是以存贷利差为主要的利润来源。第二次世界大战后,西方银行经营的经济环境发生了巨大变化,商品经济发展对资金的需求日益多样化,对金融服务提出了新的更高要求。竞争和盈利动机的激励,以及现代科技的迅速发展,特别是 20 世纪 70 年代以来以计算机为核心的信息技术在银行经营中的运用和发展,使得商业银行经营的内容、范围及所具有的功能都在不断变化。^[1]自 20 世纪 60 年代起,西方发达国家商业银行的中间业务如火如荼地开展,各类中间业务层出不穷,具体见下表:

表 1 西方中间业务创新产品^[2]

西方中间业务创新产品	创始时间	创始国、地区或机构
金融交易卡	60 年代初	美 国
自动转账/邮政转账服务	60 年代初	英国等西欧国家
资金电子转账系统 (EET)	60 年代	美 国
支票保证卡	1965 年	美 国
银行商业票据	1969 年	美 国
流动资金承兑票据	1969 年	美 国
出售应收账款	60 年代末	美 国
房地产抵押贷款证券化	1970 年	美 国

[1] 宋瑞敏:“国外商业银行中间业务发展及其对我国的启示”,载《理论与实践》之《理论月刊》2001 年第 3 期。

[2] 吴书画:“论我国商业银行中间业务的发展——基于中外商业银行中间业务发展的比较分析”,华东师范大学 2008 年硕士学位论文。

续表

西方中间业务创新产品	创始时间	创始国、地区或机构
货币市场互助基金 (MMMF)	1971 年	美 国
电话转账服务 (TTS)	1971 年	美 国
外汇期货	1972 年	美 国
股票期权	1973 年	美 国
公债期货	1975 年	美 国
利率期货	1975 年	美 国
掉期存款	1975 年	国际金融机构
股票托管凭证	1978 年	美 国
现金管理账户	1977 年	美 国
利率互换	1980 年	美 国
票据发行融资	1981 年	国际金融机构
货币互换	1981 年	美国和世界银行
可转换债券	1981 年	英 国
股票指数合约	1982 年	欧 洲
远期利率协议	1982 年	英 国
期权互换	20 世纪 80 年代中期	欧 美
抵押担保债券	20 世纪 80 年代中期	美 国
远期互换协议	1987 年	欧 洲

1933 年,美国为应对经济危机,通过了《格拉斯 - 斯蒂格尔法》,建立了严格的分业制度以隔离风险在各行业之间的扩散,由于银行、保险、证券等行业的严格分业,美国商业银行的非利息收入持续下降,中间业务发展缓慢。20 世纪 70 年代初,伴随着非金融机构的崛起,金融市场发展迅速,银行业也在压力下开展多项金融创新活动以规避监管。20 世纪 80 年代以后,美国立法机构逐步放松了监管,商业银行开始可以从事一些投资银行业务,美国商业银行中间业务的收入占总收入的比例从 1974 年的 15% 上升到 2004 年的 50%,其中 7 家最大的银行中间业务比贷款业务多出一倍多。居美国银行业