

国际金融法论丛



北京市社会科学理论著作出版基金资助

中国银行业创新与发展的法律思考

郭 雳 ○ 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

C.B.J.J

北京市社会科学理论著作出版基金资助

中国银行业创新与发展的法律思考

郭 雳 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市社会科学理论著作出版基金资助

图书在版编目(CIP)数据

中国银行业创新与发展的法律思考/郭雳著. —北京:北京大学出版社,
2006.7

(国际金融法论丛)

ISBN 7-301-10187-2

I. 中… II. 郭… III. 银行-经济发展-研究-中国 IV. F832

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第136826号

书 名: 中国银行业创新与发展的法律思考

著作责任者: 郭 雳 著

责任编辑: 明 辉 王 晶

标准书号: ISBN 7-301-10187-2/D·1364

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 13.25印张 201千字

2006年7月第1版 2006年7月第1次印刷

定 价: 20.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

本书是北京大学光华管理学院曹凤岐教授所主持课题
——WTO 与中国商业银行的改革与创新——
的部分成果，
研究获国家自然科学基金资助(项目批准号:70373012)

总 序

一、法律方法与经济问题

本套专著有一个共同的特点,就是作者们不约而同地采用法律方法研究经济问题。过去我们在二十多年的时间内,多看到用经济学的方法分析法律问题。特别是国外法学界开展的轰轰烈烈的“法律的经济分析”,已有若干部专著翻译成为中文。而现在,在中国的大学和研究机构里,法律研究工作者开始进入经济学、公共管理学和工商管理学的领域,用法律的方法来研究这些边缘领域的问题。

在社会科学几个相近的领域,例如经济学、公共管理学、工商管理学和社会学等领域,都有法律研究的论文和著作,这种跨学科的研究成果,也越来越多了。在中国政府将“依法治国”定为基本国策之后,采用法律的思维与方法分析目前的经济改革问题也非常有意义。其意义就在于,我们所说的“依法治国”,不仅仅是表现在一个宏观的口号上,而是要将“依法治国”作为可以实际操作的、用来实际分析经济问题的、作为经济政策设计基础的法律方法。

全国人大常委和全国人大财经委员会委员、北大前校长吴树青老师曾经问我,依照《宪法》,“债转股”是否应该提交全国人大财经委讨论?我说需要研究一下法律,才能回答。此后,国务院关于《国有股减持与成立社保基金》的办法出台,又有人问我,这么大的财政支付转移,是否应该经过全国人大财经委开会讨论?我回答说,需要研究法律。直到我在写这个序的时候,相关的法律研究工作还在进行。我希望从法律制度变迁的角度和我国财经法制程序演进的过程中找出符合法律的答案。

不断遇到类似问题,使我开始研究与思考经济学家们提出的问题:“全国人大财经委员会的职权范围究竟是什么?”“全国人大财经委员会

对于国家重大财政支付转移是否有权审议?”从法律学的角度来研究这些经济学问题,本身就构成了一个重要的法律制度程序化和司法化的法学课题。

二、经济学家敏感,法学家稳重

还记得有一次,一位金融业界人士对我说:“改革十多年来,讨论经济改革的问题,几乎都是经济学者的声音,这不奇怪。目前,讨论《证券法》或公司治理的问题,也几乎都是经济学者的声音,这也不奇怪。奇怪的是,所有这些问题的讨论中,几乎听不到法学家的声音!”说到这里,这位朋友几乎用质问的口气对我说,“你们法学家们关心什么?为什么听不到声音?你们都干什么去了?”

我一下子被他的语气盖住了!当时我想不出用什么简单办法向他来解释。尽管我不完全同意他的看法,因为这里可能有他个人信息渠道的问题,也可能有社交媒体关注的偏好问题,但还有可能是更深层的问题,例如,在改革过程中,许多法律制度和程序都尚未定型,如果采用法律的方法,可能会增加改革的成本,特别是时间方面的成本等。

本套专著的作者们都是研究法律的,他们也可以称为年轻的“法学家”了,因为,他们已经发表了相当一批研究成果,从事法学专业研究的时间几乎都在10年以上。他们长期研究的成果,似乎可以部分地回答前面那位朋友的问题了。法学家可能没有经济学家那样敏感,但是,法学家多数比较稳重。法学家的发言将影响经济政策与制度的设计,也影响经济操作与运行。经济发展要考虑效率,但是不能仅仅考虑效率,还要考虑到多数人的公平与程序的正义。我们的政府和社会可能都需要一段时间接受和适应法学家的分析方法和论证方法。

三、研究成果的意义

邀我写序的这套专著的作者们,经过三年多时间的专门研究,又经过一段时间的修改,才拿出这样厚重的成果来。我看到这些成果时,就像看

到美国最高法院门前的铜铸灯柱底下基座的铜龟,给人以一种稳重、缓慢、深思熟虑的感觉。中国古代在比美国更早几千年的时候,政法合一的朝廷大殿,就有汉白玉雕刻的石龟。龟背上驮着记录历史的石碑,同样给人以庄严、持久、正义的印象。中外司法与法学研究在历史上流传至今,给人的形象方面的印象和感觉是非常类似的,这种感觉在今天还有。

在不太讲究政治经济学基本理念的时光中,又是在变动未定型的过渡时期,经济学家关于对策性的看法是敏捷和回应迅速的。在回应中有许多是充满了智慧的解决方案和温和的中庸选择。相比之下,法学领域的回应还显得少些,也慢一些。有一个可能的答案,也是从本套研究性专著中解读到的:经济学家们谈论的是“物”(商品与交易),法学家谈论的是“人”(权利与义务)。

现实情况也是如此。市场中的“物”,无论是动产,还是不动产,几乎都成为商品,早已流通。现在,更加上升了一个台阶,市场将作为商品的物,进化到了证券化的虚拟资产的形态了。但是,法学这边的情况呢?《物权法》还在起草过程之中,该法案能否在年内通过,目前还是一个未知数。但是,立法的稳重并不影响市场的发展,法学家们在实务性工作方面,特别在市场中的交易契约设计方面,已经在研究具体的问题,在这方面的成果,也已相当可观。

经济学家对问题的讨论,观点可以是多元化的,也有争论。但是,总的方法还是建立在一个统一的理论框架下和一致的假设前提下的。但是,法律则不同。法律天生就是对抗性的,生来就有正方与反方。抗辩是法律运作的方式,法律的逻辑和理念就是在这种对抗之中发展的。对抗性的法学,本身也导致了它的成果在外界人士看起来充满矛盾性和冲突性。甚至让他们感到,这群人搞的不是科学,而是一种抗辩的技术。

四、国际与国内金融法的融合

如果有人要我用一句话来表达什么是国际金融法,我就会说,它是一张没有国界,只有金融中心与边缘关系的地图。如果说,国内金融法与国

际金融法还有什么区别的话,只是时间上的区别了,我国加入 WTO 后,区别将越来越缩小。

如果我们承认一美元在美国和在亚洲都等于一美元的话,国际金融的国界就越来越失去意义。而美元市场上中心与边缘的流通关系,就变得越来越有意义。任何国家国界之内的法律制度如果符合金融流通与发展规律的话,这个国家的经济与社会发展就会顺利,否则就曲折。荷兰的人口是俄罗斯人口的 10%,但是,荷兰的金融规模超过俄罗斯的规模。英国人口 6000 万,是印度人口的 6%,但是,伦敦金融市场的规模比印度大若干倍。这就是金融中心与边缘之间的关系之一。所以,区别国内与国际金融市场,在法律规则方面已经不如以往那样重要,重要的是发展中国家中的大国,如何抵御西方金融中心的垄断,将以美元为基础的金融中心从一极化发展为多极化。

具体到我国,研究国际金融法与国内金融法是不可分的,而且这个领域范围之广袤,课题之宏大,数据之丰富,关系之复杂,都是非常吸引人的。特别是年轻人。这个天文般宏伟的领域,特别适合青年人研究与学习。因为,在这个领域比其他法学领域出新成果的机会要更大,创新成果也相对较多。这套专著的出版,就是一个例证。

本来这套专著的作者们要我写个小序,他们的书稿引发了上面一些话语,我感到有些喧宾夺主了。我感谢作者们以加速折旧的生活方式,写出了这样多的研究成果。学者们的生活,分为两个阶段,在学习的时候,取之于社会;而做研究的时间,特别是出成果的时候,是学者用之于社会和回馈于人民。

愿这些专业研究对金融业内人士有所帮助,对金融体制改革有所贡献。

吴志攀 谨志

2004 年 6 月 28 日

序

曹凤岐

郭雳同志在北京大学法学院获得博士学位后进入光华管理学院博士后流动站工作,我是他的合作指导老师。在站期间,他参与我所主持的国家自然科学基金研究项目“WTO 与中国商业银行的改革与创新”(项目批准号:70373012),完成了一篇很好的出站报告,并在此基础上撰写了《中国银行业创新与发展的法律思考》一书。他邀请我为这本书作序,我欣然同意。

加入 WTO 以来,中国银行业的改革和创新日新月异,同时又不可避免地遇到许多新问题。这当中,如何防范风险是非常重要的问题,借此机会我谈谈对此问题的认识。

现代商业银行面临诸多风险,包括信用风险、市场风险、操作风险、利率风险等。从另一个角度看,存在着系统性风险和非系统性风险。应该说,在国有商业银行体制没有完全转变的情况下,中国商业银行的风险集中于体制风险和管理风险,主要表现为其不能按市场化进行操作而产生的风险。众所周知,中国银行业的信用风险(履约风险)非常大。信用风险大主要是由体制因素造成的。在中国信用体系不完备或者说还没有建立起适应市场经济的信用体系情况下,国有企业贷款实际上存在一个不还款的激励,因此形成了大量不良贷款。与此同时,管理风险其实往往也是由体制因素造成的。在银行体制没有转变的情况下,激励和约束不充分:银行工作人员干多干少一样、干好干坏一样;贷款损失不损失,与他关系不太大,多创造收益也不能够多得。这种局面下当然很难实现科学管理,此外对于现代化的管理,许多银行工作人员还不是很熟悉,因此这种风险也是相当大的。

如何防范和化解中国商业银行的风险呢?

(一) 最重要的是中国商业银行必须进行改革与创新

目前正在进行的国有商业银行改革是非常重要的改革,四大国有银行现在已经不能适应市场的需要。加入 WTO 后,面临国外银行的竞争,四大国有银行从盈利能力、资本充足率到管理等各方面都是落后的。不仅如此,实际上国内一些市场化的股份制商业银行,包括地方商业银行,对国有银行也已经形成了冲击。四大行现在受计划行政影响仍然很大,还难称得上是真正的公司,在面临内外竞争压力的情况下,必须进行改革。

首先,产权制度改革是国有商业银行最核心的问题。通过产权制度改革把国有银行变为真正适应市场化的金融企业,而要把它改造成一个公司制企业,可以先变成国家控股、多元化融资的公司。

其次,要建立真正的法人治理结构。中国的资本市场出了很多问题,主要原因就在于中国的公司不是真正的公司,股权分置,内部没有形成法人治理结构,董事会不能发挥作用。所以国有银行改革也要在解决法人治理结构问题的基础上,建立内控机制、风险防范机制,这样才能真正发挥出银行的作用,实现自我约束、自我发展。其中最关键的是建立有利于激励和约束的商业银行管理体制。我国商业银行现行管理体制存在严重缺陷,妨碍自我约束也妨碍自我激励。例如,国有商业银行的薪酬制度,既不能激励优秀的员工,又不能使员工的权利和责任相匹配,导致银行职员滥用自己的权力去获得贷款人给予的好处,从而造成我国商业银行管理人员的道德风险严重。因此我国的商业银行必须尽快建立合理的激励和约束机制,对于业绩突出的员工予以奖励,对于造成银行损失的员工予以处罚,以明确责任。

第三,要采用金融控股集团公司模式解决银行管理体制问题。今后银行面临的两个问题,一个是业务从分业经营向混业经营过渡,二是要上市。总体上改革可以采用建立金融控股公司的模式。金融控股公司的模

式实际上已经存在,最典型的是光大集团和中信集团。光大集团和中信集团作为集团总公司来说是一个金融控股公司,它的总体业务是多元化的,但实际上又是分业经营的,资金、业务、人员、账户都是分离的,管理也是分离的,这样可以给我们提供一个参照。光大和中信是一个混合型金融控股集团,四大国有银行完全可以搞成单一型控股集团。打个比方说,将来可能会出现中国工商银行集团公司,整体来说是一个银行,下面可以按照公司去分。比如按地域分,北京市可设一个分行,实际上是它的一个分公司或者子公司,另外还可以按业务分,分成结算公司、信用卡公司,等等。它还可以通过资产重组和并购,去购买保险公司、证券公司、基金公司。这样的话,以银行业务为主涵盖综合业务,既不违反目前的分业经营,也适合今后混业经营的发展方向。从整个体制改革来说,国家控制总行这一级,或者国家委托进行管理,对下面的公司,不要过多地去干涉。要把国有独资银行变成一个混合型的控股公司,需要允许民营资本进入,允许国外资本进入,可以采取资产重组的办法,把它变成一个多元化的公司。建立控股公司以后,为了更多地扩展业务,可以收购国内外的公司,譬如中国工商银行已经收购了香港友联银行。通过资产重组来解决公司改造的问题,解决多种经营的问题,解决国外和国内资本运作的问题。

第四,在经过公司化发展改造以后,中国的商业银行可以上市,也应该上市。但是四大国有银行上市,应该具备一定的条件,要水到渠成地来做。为什么银行要上市?现在一个说法,是要解决资本充足率的问题,要增加自有资本。实际上这只是其中的一个方面,因为随着资产业务的扩大,自有资本永远都是一个变化的过程,今天够了,明天资产再扩张,资本又会不够。因此银行上市主要不是为了增加自有资本、提高资本充足率,而是使银行更加社会化、公众化,让社会来进行监督,成为真正的市场化公司,这才是上市的根本目的。

第五,要加强业务创新。中国商业银行长期专注于存贷等传统业务,已经不适应经济发展的需要,而且风险很大。要大力发展中间业务、表外业务和投资业务,创造新的金融工具,发展综合性业务。

（二）建立和完善中国商业银行风险管理体系

我国的商业银行尤其是四大国有商业银行,面临着巨大的内外部风险,所以尽快建立我国商业银行风险管理体系是十分迫切和重要的。商业银行风险管理是指商业银行从自身业务经营的角度出发,结合其自身经营环境的具体特点,对在经营过程中可能遇到的各种风险进行识别和分析,并采取适当的方法和工具以最小成本规避和减少风险,在保障安全的前提下,确保利润目标的实现。商业银行的风险管理体系主要指风险管理的机制和操作流程。

我国商业银行建立风险管理体系应该从以下方面着手:

第一,加强商业银行资本金风险管理。根据《巴塞尔协议》的要求,商业银行的资本充足率应该达到 8%。商业银行的自有资本是应付商业银行风险的最后屏障,因而必须予以保障。建立商业银行风险管理体系,首先应该加强资本金的管理,采取各种办法,扩充商业银行资本金,尽早达到《巴塞尔协议》的要求。巴塞尔委员会最近颁布了新《巴塞尔协议》,新协议试图在全面继承以 1988 年协议为代表的一系列监管原则基础上,延续以资本充足率为核心、以信用风险控制为重点的监管格局,同时着手从单一的资本充足约束,转向来自最低资本金要求、监管部门的监督检查和市场纪律约束等三个方面的共同约束。新协议进而提出了衡量资本充足率的新思路和方法,以使资本充足率和各项风险管理措施更能适应当前金融市场发展的客观要求。我国商业银行要为执行新巴塞尔协议作好充分准备。

第二,建立商业银行内部风险控制体系。建立风险预警机制,通过现代化的电子计算机技术和其他风险管理技术,尽早发现风险,以及时化解和处理。建立风险监察体系,要经常对银行业务进行稽核检查。稽查的重点应放在保证合法合规经营,对信用风险进行分析和证价。建立风险控制程序,要对信贷审批人员的权力进行制约,防止滥用权力的出现。

第三,加强贷款风险管理。

(1) 采取国际通用的五级贷款分类方法,彻底取代原有的以贷款时间为标准的逾期、呆滞、呆账的分类方法。原有分类方法不能真实反映贷款质量,因为有的贷款即使没有到期(也就谈不上逾期),也可能发生损失。同时应该增加坏账准备的计提,以反映谨慎的会计原则。

(2) 改革信贷决策机制,实行集体决策程序下的个人负责制,这有利于防止个人滥用权力,有利于防止外部行政干预,有利于明确相关人员的责任。对于大额贷款,权限应该集中于总行或者分行,有助于减少地方行政的过多干预。

(3) 由于历史性原因,我国商业银行的贷款绝大部分集中于国有企业。国有企业经营状况不好,造成银行信用风险很大,因而今后要注意放贷分散,将贷款投向民营和中小企业,分散风险。

(4) 要防止某些企业利用重组、改制等方式逃废银行债务。

第四,加强资产负债比例管理。我国商业银行应该加强资产负债比例管理,这是因为我国商业银行的资产负债管理存在着很大的缺陷和漏洞。一是贷款过度集中于国有企业,造成信用风险的扩大;二是贷款占存款比例过高;三是贷款结构不合理。因此,应该建立合理的资产负债管理指标和体系,加强资产负债比例管理。

第五,完善中国商业银行不良资产处置体系。由于历史和体制性原因,我国商业银行积累了大量的不良资产。如果不尽早化解掉这些不良资产,必将影响到我国商业银行的安全。我国现在已经采取各种方式,包括债务剥离、债转股,逐年减少不良资产的比例。但是政策实施的效果不理想,也未能从根本上解决银行的不良资产问题。应该尽早建立合理的不良资产处置体系,可以采取资产证券化、引入民间资本和国外资本等方式,提高不良资产的处置效率。

第六,积极稳妥开展资产证券化工作。资产证券化(Asset Securitization)是将缺乏流动性但能够产生稳定现金流的资产,通过一定的结构安排,对资产中风险与收益进行分离组合,进而转换成可以出售和流通的证券的过程。目前国外比较成熟的品种包括资产担保证券(Asset-Based Se-

curities, ABS) 和按揭担保证券 (Mortgage-Based Securities, MBS)。资产证券化提高了资本市场的运作效率, 使原始权益人 (一般为商业银行) 能够增强放款能力, 提高自身的资本充足率, 降低融资成本。对投资者来说, 可以突破投资限制, 提高自身的资产质量, 使资产获得较大的流动性, 在降低投资风险同时获得较高的投资回报。我国商业银行可以通过资产证券化来提高资产的流动性、改善资产结构和处置部分不良资产。

(三) 完善有关商业银行的法律体系

我国已经制订和修改过《商业银行法》, 但还很不够。尤其是加入 WTO 后中国商业银行国际化的步伐加快, 国际商业银行进入中国, 引发了很多法律问题。因此应当与时俱进, 不断制订适应商业银行市场化和国际化的法律法规, 形成一套完善的法律体系, 才能保证中国商业银行的健康发展。

以上观点实际上呼应了郭雳同志在书中的论述。全书运用法学和经济学的知识, 采取历史研究、比较研究等方法, 探讨我国银行业最新的重要发展举措。书中对于次级债、混业经营、理财业务、基金业务、资产证券化、国际化、不良资产处置等问题的讨论, 视野广阔、论述缜密、富于见地。上述问题是我国商业银行改革和创新中一些较为具体的问题, 同时也是非常重要的问题。针对这些具有挑战性的问题, 作者进行了深入研究, 进一步明确了中国商业银行改革的方向, 而且就怎样实施这些改革举措、如何实现法律保护和规范, 也有冷静的思考和建设性的主张。通观全书, 既包含丰富的金融与法律理论, 又不乏实践中的可操作性, 对于理论工作者和实务部门的同志都具有相当大的参考价值。我相信读者们一定能从这本书中获取非常有益的启迪。

2005 年 10 月 1 日

于北大清华蓝旗营寓所

CONTENTS 目 录

导言	1
第一章 次级债	6
全球化视角下的我国商业银行次级债“热”	6
一、次级债与提高资本充足水平	7
二、次级债的市场约束功能	13
三、次级债券发行的相关问题	19
第二章 混业经营	24
金融控股公司还是全能银行?	
——《商业银行法》第 43 条修订之思考	24
一、中国的格拉斯—斯蒂格尔法案及其修订	25
二、美国与日本:从“格拉斯—斯蒂格尔法案”到金融服务现代化法	30
三、欧盟:一体化与互动	40
四、中国:亦步亦趋?	43
第三章 保底理财	55
金融机构保底理财服务法律问题研究	55
一、信托投资公司的“保底”理财	55

CONTENTS 目 录

二、基金管理公司的保底(本)基金	58
三、证券公司的“保底”资产管理业务	61
四、保险公司的“保底”理财性质产品	65
五、商业银行的“保本保息”代客理财业务	66
六、现实需求与法律困局	68
 第四章 基金业务	 73
银行试水基金管理谨慎为之	73
一、银行设立基金公司:规范与疑虑	73
二、美国基金业黑幕	79
三、监管改革与政策博弈	84
四、公司治理与监管主体	90
 第五章 资产证券化	 99
银行资产证券化的法律思考	99
一、资产证券化规则初定	100
二、围绕证券化的思考与疑问	106
 第六章 国际化	 118
银行国际化有关法律问题初探	118
一、境外银行机构	118
二、离岸银行业务	130
三、美国对外资银行机构的法律规制	138

CONTENTS 目 录

四、信用证业务中审单的法律和实践	147
第七章 不良资产处置	154
银行、金融资产管理公司资产处置中的 法律问题	154
一、银行在不良资产处置、债务重组中 面临的法律障碍	154
二、金融资产管理公司资产处置中面临的 法律和现实困难	163
三、法律规范调整完善的相关建议	173
四、金融资产管理公司的自律与监管	178
结语	180
参考文献	184
致谢	193