

辽宁大学法学学术文库

国家“211工程”三期立项重点课题资助

商业银行 公司治理法律问题研究

姚旭/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

辽宁大学法学学术文库

国家“211工程”三期立项重点课题资助

商业银行 公司治理法律问题研究

姚旭/著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商业银行公司治理法律问题研究 / 姚旭著. —北京:
法律出版社, 2011. 9

(辽宁大学法学学术文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2488 - 2

I. ①商… II. ①姚… III. ①商业银行法—研究—中
国 IV. ①D922.281.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 182853 号

辽宁大学
法学学术文库

商业银行公司治理
法律问题研究

姚旭著

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 7.625 字数 198 千

版本 2011 年 10 月第 1 版

印次 2011 年 10 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2488 - 2

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《辽宁大学法学学术文库》编委会

编委会主任：杨 松 佟连发

编委会成员：(按姓氏笔划排序)

于 虹	任 际	张锐智
郑 莹	郝建设	赵丙贵
郭 洁	路 军	

辽宁大学法学学术文库总序

新中国成立以来,社会主义法制与法学经历了 60 年的发展,特别是改革开放新时期的变革创新,中国特色社会主义法学理论体系趋向成熟、社会主义法治理念得以确立、中国特色社会主义法律体系基本形成。这些深刻变化和辉煌成绩,充分印证了中国法学对法治文明和社会进步的贡献。如今,法治已经成为我国社会最主要的话题之一,法治的理念开始深入人心,法学已经在向中国的“自主性”及法学的中国范式与中国体系发展。

进入 21 世纪,当我们置身于全球化的背景中,深入思考法治及法学问题时,我们发现越来越多的影响因子是上个世纪所没有直面的、至少是没有成为影响法治基本内涵与构建的主要因素,比如环境问题、科技发展、公共卫生、金融危机、外汇储备、裁军与反恐,等等,而今已成为决定法治进程的重要因素。适应鲜活的社会现实、回应大千世界的变化,法律在行动,法律在前进,于是出现了全球治理结构与法治文明演进、国际规范与价值的重塑、非政府组织对法律规制的介入、基于国际义务的国内法修复,等等。在中国社会进程中长期形成的法治理念、法律制度、法制实践路径均遇到来自新世纪社会问题的挑战。它使法学研究始终面临变革和机遇。它使我们这些法学研究者不能总是停留在对传统法律体系的传承上,不能总是纠结在对眼前法律运行的零星观察与思

考中,不能总是沉湎在对西方法律学说和制度的引进与评价上,我们需要突破、需要创新,需要自主,需要在 21 世纪的今天、在中国社会科学贡献于中国乃至世界发展的成果中,体现法学的话语体系,树立法学的不可替代的地位。所以,探索从来就不是终结的,它始终是在新的起点上。那么,我们的使命是什么?什么是我们的贡献?

21 世纪的今天,从事法学研究是幸运的,这不仅仅在于中国的社会主义市场经济和民主政治的制度与实践愈益完善,为我们提供了深厚的实践源泉和进步的社会思潮;同时也在于我们今天所处的世界与历史上的世界、甚至十年前的世界是那么不同,多元化、趋同化、分层化的发展,特别是金融危机的蔓延与深化,使中国及其他新兴经济体成为世界秩序重构的重要力量,提升了我们在国际经济秩序、政治秩序和法律秩序中的发言权和决策权,从而也为我们的法学研究提供了广阔的平台和开放的视野。法治实践的深化呼唤法学研究的繁荣,它赋予我们当代法学人与与时俱进的时代使命和不断创新的学术责任。这已经成为法学学术共同体的共识。从日益雄厚的学术积累和不断更新的学术成果就可以看出法学人的不懈努力和追求。辽宁大学法学院教学研究人员的系列成果就是其中的一份。

我与辽宁大学相识已久,交往甚深。他们的经济学、管理学、文学、哲学一直是国内公认的优势学科,他们的法学学科则是经过跨越式发展而后来居上、脱颖而出,已经在法学界拥有显赫之地。特别是 2005 年成功获得经济法学博士学位授权点,突破了发展的“瓶颈”,跃上了新的台阶。辽宁大学法学院是改革开放后国内最早创立的全日制法学本科教育基地之一,在老一辈法学专家的奠基与创建后,经过多年的建设和发展,已经成为我国法学研究和法律人才培养的重镇之一。辽宁大学法学院汇集了一批优秀的中青年骨干教师。他们不慕虚名、敬业尚学、勤奋笃实,辛勤耕耘出一片学术沃土,为国家和地方的民主法制建设和现代化事业提供了理论成果和智力支撑。去年他们的实验室被批准为教育部国家级法学实验教学示范中心,再一次反映出辽宁大学法学学科在学

科建设和人才培养等方面的不懈探索。

此次设立的“辽宁大学法学学术文库”,是辽宁大学法学院在学术研究上又一可喜尝试。辽宁大学作为国家重点建设的“211”学校,在其三期建设规划中,把法学学科作为独立立项建设单位,以“和谐社会的法律规制与创新”为主题,整合学术团队进行学术研究,先后在法治理念、经济法制、国际化问题、司法保障等领域取得了一系列成果。本文库是为了集中展示辽宁大学法学研究成果和整体水平,重点资助在“211”工程三期建设中立项的专著类成果而设立的。在即将出版的成果中,多数是在作者主持完成的国家社科基金课题、司法部部级重点课题、教育部人文社科基金课题的结项成果以及部分教师的博士学位论文的基础上,经过修改、完善而成的。首批出版的几部专著,内容涉及法理学、经济法学、诉讼法学、刑法学、行政法学等。本文库以后还会有第二批、第三批专著陆续出版,这些研究成果不但反映了作者们对国家法治问题的深切关注,而且也显示了他们对国家法治发展的理论贡献。这些凝聚着心血的成果让我们看到了辽宁大学青年学者在法学研究上的探索和努力。

我们相信,也期待着辽宁大学法学院的教师会不断贡献新的研究成果,更加成为中国法治建设行列中的重要力量!正是有这样一批又一批年轻后生,中国的法治建设与法学事业才真正富有希望!

是为序。

教育部人文社会科学重点研究基地·吉林大学理论法学研究中心主任

吉林大学资深教授

中国法学会副会长

教育部社会科学委员会法学学部召集人

教育部法学学科教学指导委员会主任委员

张文显

目 录

引 言 /1

第一章 商业银行公司治理的基本理论问题 /11

第一节 商业银行公司治理的概念 /11

一、公司治理的概念 /11

二、商业银行公司治理的概念 /21

三、公司治理的理论基础和历史考察 /23

四、商业银行作为特殊公司之特殊性 /34

第二节 商业银行公司治理的价值目标和

国际指导原则 /39

一、商业银行公司治理的价值目标 /39

二、商业银行公司治理所遵循的国际指导原则 /50

第三节 调整商业银行公司治理的主要

法律规范 /54

一、法律 /54

二、行政法规和部门规章 /56

三、监管部门发布的其他规范性文件 /57

四、国际惯例 /58

第四节 国外商业银行公司治理的典型模式 /59

一、英美:市场导向模式 /59

二、德日:银行导向模式 /61

三、韩国与东南亚:家族导向模式 /64

四、对三种治理模式的总结和分析 /64

第二章 商业银行公司治理规则制定之理论分析 /66

第一节 法的起源和法的价值 /66

一、法的起源 /66

二、法的价值 /69

三、商法中法的价值之体现 /79

第二节 商业银行公司治理之规则制定分析 /88

一、商法规则的来源分析 /88

二、各类商事法律规则之设立目的与其内容来源分析 /97

三、商业银行公司治理规则内容之实质来源 /104

第三章 商业银行内部治理法律问题 /126

第一节 商业银行的股权结构与公司治理 /126

一、股权集中程度对银行公司治理产生的影响 /126

二、银行的产权性质对公司治理的影响 /130

三、我国银行的产权改革 /132

第二节 股东大会 /134

一、银行股东的法律地位 /134

二、银行股东大会的法律定位 /136

第三节 董事会 /137

一、银行董事的法律地位 /137

二、银行董事会的法律地位 /140

三、商业银行的独立董事制度 /143

四、经理层的法律地位和激励机制 /149

第四节 监事会 /154

一、监事会的法律地位 /154

二、监事及监事会的职责 /154

三、监事会与独立董事之间的关系 /155

四、我国商业银行的外部监事制度 /158

第五节 公司治理视角下的商业银行内部控制与关联交易 /163

一、商业银行的内部控制 /164

二、关联交易与银行公司治理 /169

第四章 商业银行外部治理法律问题 /171

第一节 银行业监管与银行公司治理 /171

一、银行监管的历史 /171

二、对银行进行监管的必要性 /173

三、银行监管规则的制定 /175

四、几类主要银行监管制度 /180

第二节 商业银行信息披露制度 /186

一、商业银行信息披露制度设立的法理基础 /186

二、商业银行信息披露制度的意义 /187

三、《巴塞尔新资本协议Ⅱ》对商业银行信息披露制度的规定 /188

四、目前我国对商业银行信息披露的规定 /190

五、我国商业银行信息披露法律制度存在的不足 /192

六、完善我国银行强制信息披露法律制度的举措 /194

第三节 市场约束机制与商业银行公司治理 /196

一、产品市场约束机制与银行公司治理 /197

二、控制权市场约束机制与银行公司治理 /197

三、经理人市场与商业银行公司治理 /198

第五章 我国商业银行的公司治理法律问题 /200

第一节 我国国有商业银行公司治理现状及现存问题 /201

一、国有股“一股独大” /201

二、董事会的独立性仍需进一步改善 /204

三、内部控制现象严重,尚未建立有效的激励约束制度 /205

四、监事会难以发挥作用 /208

五、党委会在银行公司治理中的角色定位 /209

第二节 我国股份制商业银行公司治理的现状及存在的问题 /212

一、股份制银行持股情况比较分散 /212

二、董事会和管理层仍然存在一些问题 /213

三、监事会能够较好地发挥监督作用 /214

第三节 我国城市商业银行的公司治理现状及存在的问题 /214

一、城市商业银行大多被地方财政控股 /214

二、董事会的职能不健全,难以发挥作用 /216

三、内部人控制现象较为严重,缺乏激励机制 /216

四、董事会和管理层人员安排普遍存在行政任命情况 /217

五、监事会工作流于形式 /217

第四节 改善我国商业银行公司治理之对策研究 /217

一、改善国有银行公司治理的对策 /217

二、改善股份制商业银行公司治理的对策 /222

三、改善城市商业银行公司治理的对策 /222

参考文献 /224

引 言

一、选题背景

我国商业银行的改革步伐日益加快。随着 2009 年中国农业银行股份有限公司在北京正式挂牌并在上海和香港两地上市,我国的金融业改革掀开了新的一页——至此,中国四大国有商业银行全部完成股份制改造并上市。到 2010 年 6 月为止,我国已经有 15 家商业银行获准上市,还有多家城市商业银行也在不断拓展发展空间,探索上市途径,以期进一步增强自身的竞争力。在这样的大环境下,将我国商业银行建成具有良好公司治理结构、符合现代企业特征的股份制商业银行已成为金融改革的必由之路。

经过一系列改革,目前我国商业银行的资本充足率已有了明显提高,截至 2010 年 6 月底,国内大、中、小各类银行平均资本充足率达到 11.1%,核心资本充足率达到 9%,核心资本占总资本的比例超过 80%。在财务素质明显改善的同时,我国商业银行的治理机制也发生了深刻变化,银行建立了现代

公司治理组织架构,初步建立了股东大会、董事会、监事会和高级管理层相互制衡的管理体制。为打破国有独资的单一产权结构,各大国有银行均引进了境外战略投资者,这对提高银行管理水平,提高财务信息透明度,风险控制水平等方面起到非常积极的作用。

可以说,中国的银行业改革已经取得了初步成功。但也要看到,我国商业银行的股份制改革尚处于初级阶段,银行公司治理结构、经营机制和增长方式、风险防范机制与国际先进银行相比还有很大差距。我国的各类股份制银行虽已按照国际先进银行的模式构建起股东大会、董事会、监事会和高级管理层相互制衡的管理体制,但因为我国的国情特殊,存在很多历史性问题,实践中各银行的治理结构普遍存在“形似神不似”的情况,难以实现切实的治理效果。比如我国国有股“一股独大”导致董事会决策权力不强、缺乏透明度,别具特色的党委会的存在更使得整个权力结构异常复杂;城市商业银行受控于地方财政,董事会独立性差、监事会难以发挥作用等。

2007年始于美国的次贷危机给我们带来了深刻的教训:缺乏治理保障的金融创新,最终导致了空前的灾难。金融机构往往在利益的驱使下,为创新而创新,由此衍生出大量“问题”资产。有学者认为,将美国金融企业公司治理的弊端归结为根本的一点,就是法人治理结构老化,已不能适应现代金融服务对风险控制的要求。一些著名的大银行,在具备其独特的竞争优势的同时,也容易固步自封,特别是在公司治理上不能做到与时俱进。全球最具规模的国际专业会计师组织 ACCA 就金融危机发表的题为《走出信贷危机》的报告也认为,信贷危机的根源是银行公司治理方面的失败,这将导致思维过于短浅,对风险视而不见。当金融机构治理风险积累到一定程度,一旦释放,将给整个行业甚至整个资本市场带来灾难性的后果。因此,很多专家认为,未来在金融机构的监管方面,进一步完善公司治理,切实防范金融机构治理风险问题将成为必然选择。

因此,为了解决目前商业银行公司治理中存在的各种问题,也为了

在防范风险的前提下提高商业银行的竞争力,我们必须有效发挥商业银行公司治理机制在银行发展中的核心地位,在股份制公司的基本治理模式基础之上结合中国具体国情继续研究探讨,以期构建出一套更适合中国商业银行创新与发展的新的商业银行公司治理制度。

二、研究问题的界定

本书探讨的是商业银行在公司治理中所涉法律问题。商业银行公司治理采广义上的概念,既包括内部治理,即银行在所有权和控制权相分离的条件下,以董事会为核心,通过股东大会、董事会和管理层之间权利、责任与利益关系的配置和划分,形成银行内部有效的控制和制衡体系,建立科学的决策机制和激励机制,在充分保护所有者权益的前提下,兼顾所有相关者的利益,追求银行价值最大化的动态过程;又包括外部治理。本书主要探讨银行监管部门的监管对银行的外部治理以及市场约束对银行的治理。

三、研究现状简述

目前,公司治理方面的研究成果较多,其中包括从法学角度对其进行研究的成果。但对于银行的公司治理问题,国内外学者大多是从经济学或者是金融学角度对其进行研究的。

(一) 国外相关研究成果

1. 在银行特殊性方面的研究

Ciancanelli 和 Gonzalez(2000)指出,基于银行监管会限制市场力量和股权约束对银行的作用,银行无法适用一般研究企业所使用的标准代理模型。^① Levine (2003) 和 Sang-Woo Nam (2004)认为,银行与一般公司相比的特殊性主要体现在两个方面:

(1) 商业银行信息不对称的程度更为严重

商业银行在信息不对称方面的复杂性主要来自于其与监管者、存款

^① Ciancanelli, Gonzalez, Corporate governance in banking: a conceptual framework, Strathclyde University working Papers, 2000.

人和贷款人的同时存在。这四组相对人之间的信息不对称问题增加了商业银行治理问题的复杂性和困难程度。虽然市场竞争能够通过接管等产权市场的竞争所带来的威胁来规范管理者行为,从而达到有效公司治理的目的,但是银行的信息透明度低可能减弱市场竞争的这种作用 (Prowse, 1997)。

(2) 商业银行受到的政府监管更为严厉

由于商业银行在国民经济中处于重要地位,其稳健经营至关重要,但其资产质量和经营活动的信息透明度却往往很低,因此各国政府部门精心设计了一系列针对商业银行的监管制度安排。然而, Caprio 和 Levine (2003), Levine (2003) 以及 Sang-Woo Nam (2004) 的研究表明,当政府过分介入商业银行的经营管理活动时,对商业银行公司的治理结构会产生不利影响。这些不利影响主要有:

① Caprio, Levine 等学者的研究表明,政府对股权集中的限制会对股东行使治理权产生一定影响,但有时这种限制却无法阻止家族掌控银行。

② Levine 等学者指出存款保险不利于存款人治理作用的发挥。存款保险制度的设立就是监管过度的例子,它改变了银行公司治理机制的运行。

③ 这些学者同时认为,过度监管也不利于市场竞争的治理机制发挥作用。许多政府过度介入商业银行的经营管理活动,限制银行业的竞争,限制银行的业务范围,这些都会减少产品市场的竞争。

2. 关于股权结构与银行公司治理的关系研究

Lopez-de-Silanes 和 Shleifer (2002) 发现,在银行体系中以国有产权安排为主的现象主要集中在欠发达、产权保护意识薄弱、政府干预强和金融体系落后的国家。Barth, Caprio, Levine 通过对世界 107 个国家银行监管的考察发现,在世界 92 个主要国家和地区中,只有新西兰、日本、香港、南非、塞浦路斯、美国、加拿大和英国几乎没有国有银行。同时,他们发现除了股东保护法力度大的国家,银行都是股权集中的,一般由家族

和国家控制。Altunbas, Evans 和 Molyneux (2001) 分析了 1989—1996 年的德国私营银行和公共储蓄银行、互助银行的数据,发现私营银行的效率并没有超过后两者。Cater 和 Stover (1990) 的研究结论更为明确,他们发现美国互助形式的储蓄贷款业较股份制形式的储蓄贷款业更有效率。

3. 关于银行的监管机制

监管的基础理论认为,如果小股东缺乏监督银行的途径或能力,那么政府监管将会起作用(Atkinson and Stiglitz, 1980)。但也有理论认为,政府机构会依自身的利益行事,不一定代表社会的利益(Becker 和 Stigler, 1974; Stigler, 1972, 1975)。在实证方面,Barth, Caprio 和 Levine (2004) 认为,银行发展与促进私人监管的政策正相关而与政府监管负相关,他们还进一步指出,没有证据显示权力大的监管者会促进银行的稳定。

Caprio 和 Levine (2003) 的研究表明,银行监管能部分地抑制银行内部人占用银行资源的现象。于是,银行监管能增加投资者对消除内部人占用资源的信心,有利于提升银行价值。当然,除了抑制银行内部人占用资源,银行监管还有其他存在的理由。特别是在出现存款保险的情况下,银行监管能减少银行所有人过度承担风险的行为,有利于保护存款人。在这种情形下,银行的监管实际上会减少银行的价值,因为银行监管要求银行承担的风险低于存款保险情况下股东愿意承担的风险水平。然而,Caprio 和 Levine 的研究更进一步得出这样一个结论:为了提升银行价值,授权私人监管银行相对于政府监管银行来说是更有效的治理机制。他们认为,银行的监管对银行的价值没有影响,通过监管机构授权公众部门进行监管不会影响银行价值,而且对银行资本和银行在证券市场、保险以及房地产方面的经营活动的监管并不能提升银行的价值。他们发现没有证据表明,监管通过减少银行内部人的侵占行为来增加银行价值以及监管将风险控制在股东愿意承担的水平以下而减少银行价值。

(二) 国内的相关研究成果

关于公司法中强制性规则的边界问题,邓辉(2005)认为强制性规则

的边界在于自由权利的边界。这种结论没有实际操作意义,它用来解释结论的概念本身就是模糊的,因为对于民商事法律来说,权利的边界本身就难以界定。或者采用权利的边界在于法律的禁止性规定的说法,但此时又陷入了另一个循环论证。

关于银行业股权结构对于公司治理和银行效率的影响,许多学者认为中国银行业存在高度集中和国有银行垄断低效率的问题,应该尽快放松行业准入制度,引入更多非国有银行,形成行业多元化的格局,通过市场机制形成有效的商业银行治理机制。(于良春、鞠源,1999;易纲、赵先信,2001;林毅夫、李永军,2001;李志赞,2002)还有一些学者认为,中国银行业的主要问题是国有银行产权结构单一,以行业结构为突破口的改革可能导致经济的震荡,所以要充分利用进入 WTO 后有限的过渡期,坚决进行国有商业银行的产权改革,前期目标是进行股份制改造,优化银行的股东结构,保持董事会的独立性。(张旭阳,2001;王元龙,2001;刘伟、黄桂田,2002)。但是,这些文献大多是从某一个角度进行研究得出的结论,而没有全面考虑不同因素对于银行效率的影响。

蔡鄂生(2003)从公司治理的基本理论和原则出发,在介绍国外商业银行治理模式的基础上,阐述了中国商业银行治理的沿革和环境。同时,他指出,商业银行应从外部运营环境和内部管理控制机制两个方面来优化其治理行为。

熊继洲(2004)通过运用现代公司理论,从产权、委托代理关系和组织制度三个基本层面上研究了四大国有商业银行的体制再造问题以及国际上可供借鉴的经验,并指出,四大国有商业银行的根本出路在于体制再造,而不仅仅是“技术模仿”,需要将其改造为多元产权主体的现代股份有限公司,使其具备市场化的公司治理和层级组织。

王红一(2008)基于银行公司治理的特殊性,分别对银行治理中的股东、经营者(董事)和其他利害关系人契约的特殊性及法律应对问题展开了分析,指出银行中股东控制问题更加严重,必须强化对银行控股股东的约束,加重控股股东责任;公司治理以控制管理层为核心,必须对其加