

张 炜◎主 编
刘泽华 李金泽 刘传会◎副主编

银行法律 实务热点 报告

YIN HANG FALU
SHI WU REDIAN
BAOGAO
YIN HANG FALU
SHI WU REDIAN
BAOGAO



中国金融出版社

银行法律 实务热点 报告

YINHANG FALU
SHIWU REDIAN
BAOGAO
YINHANG FALU
SHIWU REDIAN
BAOGAO

张 炜◎主 编

刘泽华 李金泽 刘传会◎副主编



中国金融出版社

责任编辑：戴 硕

责任校对：潘 洁

责任印制：尹小平

图书在版编目 (CIP) 数据

银行法律实务热点报告/张炜主编. —北京：中国金融出版社，2004.8

ISBN 7 - 5049 - 3470 - 4

I. 银… II. 张… III. 银行法—研究—中国
IV. D922.281.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 078259 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)63286832 (010)63287107 (传真)

网上书店 <http://www.chinafph.com> (010)63365686

读者服务部 (010)66070833 (010)82672183

邮编 100055

经销 新华书店

印刷 保利达印务有限公司

尺寸 170 毫米 × 240 毫米

印张 26

字数 522 千

版次 2004 年 9 月第 1 版

印次 2004 年 9 月第 1 次印刷

印数 1—3590

定价 39.00 元

如出现印装错误本社负责调换

本书编委会

主 编：张 炜

副主编：刘泽华 李金泽 刘传会

编 委：张 炜 刘湘玲 刘泽华

李金泽 刘传会 尤瀛东

樊 荣 董建军 陈 云

前 言

随着我国市场经济发展和加入世界贸易组织,近年来金融体制、金融市场改革开放步伐明显加快,金融立法、司法和监管制度逐步加强和改善。在市场环境、法律环境和监管环境不断变革的驱动与压力之下,商业银行面向市场和客户提供的金融服务及各项业务呈现快速发展创新的态势;与此同时,银行经营管理体制、法人治理结构、风险管理和内部控制等也正在发生全面而深刻的变革。十六届三中全会《决定》提出的把银行建成“资本充足、内控严密、运营安全、服务和效益良好的现代金融企业”,已经成为各商业银行特别是国有商业银行加快自身改革发展所追求的目标。

银行作为一个商业机构和企业法人,其经营行为、交易行为和管理行为始终会涉及诸多的法律关系与法律问题。特别是当前银行的外部环境和内部改革迅速发展变化的情况下,银行在经营管理中遇到的各种法律问题纷繁复杂,热点、难点问题层出不穷。对银行来说,这些法律问题是不可忽视的,否则,将会导致法律风险,给银行造成财务损失和信誉损失。因此,如何正确妥善地处理银行经营管理中面对的法律问题,有效识别和控制法律风险,运用法律手段维护银行的合法权益,保障银行在创新与改革中持续、稳健地发展,这些已经成为我国银行业法律工作者面临的重要课题。

本书正是基于上述形势与需要,针对银行法律实务中诸多热点、难点问题所做的专题研究,内容涉及银行法制变革、治理结构改造、新型担保方式、中间业务、住房金融服务、国际业务、诉讼管理等领域的法律问题。本书具有以下几个特点:

第一,选题侧重当前银行经营管理中的重要法律问题。鉴于银行业务的多样性和法律问题的复杂性,本书侧重提炼概括银行业务中具有普遍性的法律问题和法律风险,着力探讨具有普遍和重大影响的法律问题与法律风险,同时,有选择地对银行业务的疑难法律问题与法律风险进行剖析。

第二，注重结合案例分析总结经验教训。本书以近年来一些典型或新型的银行业务案件为素材，采取案例剖析、业务操作与法律分析相结合的方法，深入分析问题，提出解决问题的思路 and 方案，具有较强的实务操作性。

第三，论文素材来源真实，具有较强的现实意义。本书的题材和资料来自于目前商业银行的工作实际和业务前沿，作者均来自银行法律工作的一线，他们掌握银行法律业务的第一手材料。研究报告体现了银行一线法律工作者对我国商业银行金融业务与法律风险控制的认识和思考，无论对银行内部业务人员、管理人员还是银行外部的读者，都具有借鉴意义。

第四，本书的作者长期从事商业银行内部法律工作，熟悉银行金融业务与法律实务，其中部分作者具有硕士、博士学位和高级专业技术职称，法律理论扎实，经验丰富。在对业务操作规则和法律问题的阐释方面，兼顾银行管理人员、业务人员和法律专业人员的知识结构和实际需求，以通俗易懂的语言和方式表达商业银行与法律风险的内在关系和问题实质，以期获得不同层面读者的共鸣。

当前，金融业务市场竞争日益加剧，某些银行管理人员和业务人员面对市场竞争的压力，往往忽视合法、合规问题，甚至以违法、违规的方式来追求业务目标，这无疑加大了银行法律风险的比重。法律风险的识别与控制已经成为商业银行在激烈的市场竞争中规避风险、维护权益、稳健发展所不可回避的重要问题。在这一背景下，本书的出版可以说正逢其时，探讨热点、剖析难题、总结经验、指导实践，既对商业银行法律风险的识别与控制经验进行概括和总结，也对商业银行依法合规经营和稳健运行进行积极探索，为商业银行改革与发展提供具有建设性的法律支持与理论指导。可以说，本书是求真务实、探索创新的成果，希望它能给读者带来有益的思考和启发。

张炜
2004年8月

目 录

第一篇 银行改革与法制变革	1
关于商业银行合规机构及其职能的调研报告.....	3
我国商业银行拓展资本市场业务的主要法制障碍.....	11
可持续发展与我国银行法制的完善.....	15
国有商业银行改制上市需要关注的若干法律问题.....	33
完善我国金融机构反洗钱制度研究.....	38
试论现代商业银行法律风险控制系统的战略构建.....	50
贷款利率市场化对商业银行权益之法律影响.....	56
第二篇 新型贷款担保方式	65
公司为股东担保的法律效力分析及银行对策.....	67
仓单质押的法律问题浅析.....	76
收费权质押贷款的法律思考.....	82
关于地方政府担保贷款的调查.....	87
论最高额保证合同中的保证期间.....	90
保险单质押贷款法律问题浅析.....	95
对质押担保贷款业务有关问题的探讨.....	101
美国中小企业动产担保融资程序及其可借鉴之处.....	116
第三篇 中间业务	123
关于资产托管的若干法律问题思考.....	125
商业银行中间业务法律风险的防范.....	145
论银行在票据结算中的审查责任.....	153
当前牡丹卡业务风险的法律分析与法律建议.....	163
商业银行国内保理业务相关法律问题分析.....	175
第四篇 个人金融业务	181
汽车消费信贷业务的法律风险与防范.....	183

论合同履行保证保险和银行个人消费信贷业务的 风险防范	194
论存款合同当事人的权利与义务	201
析存款被冒领储蓄机构的法律责任	208
第五篇 住房金融业务	223
个人住房按揭中物保与人保并存时的法律适用分析	225
个人住房“假按揭”贷款若干法律问题探讨	231
房地产抵押若干疑难法律问题探讨	246
论房地产抵押权的实现	267
浅析工程价款优先权及银行风险防范对策	277
论商品房按揭合同纠纷	283
第六篇 国际业务	289
可转让信用证的操作与法律风险防范	291
国际旅行支票的操作与法律风险防范	306
远期结售汇业务的操作及法律风险防范	323
第七篇 商业银行债权	331
国外商业银行清收不良贷款的经验与启示	333
从我国公司法定资本制的角度论银行公司贷款法律风险 防范之对策	337
对企业法人被吊销营业执照后民事主体资格的确认和民事 责任承担的几点思考	341
关于企业逃废银行债务的调研报告	346
商业银行对企业集团的信用控制和法律风险防范	352
法人人格否认理论与银行债权保全实践	360
证券市场虚假陈述引发的信贷法律风险的防范	364
以物抵贷过程中的法律风险分析	368
逾期贷款催收法律问题浅析	373
完善公司法人治理结构 加强银行债权保护力度	377

第八篇 诉讼管理	385
商业银行协助执行工作面临的主要问题及对策思考	387
浅析民事诉讼证据新规定对银行法律工作的影响	392
对银行经济纠纷案件管理中诉讼风险的认识和思考	395
一宗国债质押贷款纠纷案对商业银行的启示	402

第一篇

银行改革与法制变革

关于商业银行合规机构 及其职能的调研报告

张 炜 李金泽 梅明华

鉴于合规机构及其职能在商业银行治理结构、治理机制中起着极为重要的作用，国内外商业银行越来越重视该机构及其职能的设置。国际商业银行对合规机构及其职能安排的实践虽然存在一定差异，但是在基本架构以及职能设计上还是有诸多的共性。我们在收集整理国内外商业银行合规机构的设置及其职能有关资料基础上，结合巴塞尔委员会咨询文件，对商业银行合规机构及其职能的共性作了概括、分析，并对国内商业银行健全合规机构及其职能问题提出一些建议。

一、合规及合规风险的含义

（一）合规的概念

关于合规（compliance）的定义有一些分歧，但是综观多数国家的立法以及国际银行业的实践，合规是指遵守国家法律、法规及监管部门各项规定之行为的总称。^①银行合规则可定义为：银行在其经营过程中通过制定相关标准、规章制度及管理程序确保银行各机构（包括银行分支机构、附属机构及其全资或控股机构等）及其员工（雇员）遵守有关国家的法律、法规、监管部门的要求及相关惯例等规定之行为的总称。

值得注意的是，不能将合规误解为“使银行遵循自己的内部规章制度，或者指确保银行分行之机构按照总行指定的各种规章制度来经营运作”。

（二）银行合规风险及银行合规机构的概念

银行合规风险（compliance risks）是指银行在发展业务中因违反法律或监管要求而受到制裁的风险，或者因银行未能遵守所有适用法律、法规、规章及相关惯例而给银行信誉带来的损失等方面的风险。例如，银行在经营业务过程中违反有关国家反洗钱、防止恐怖分子进行融资活动的相关规定而受到监管部门的处罚；银行违反消费者隐私保护、侵犯消费者利益等方面的规定而影响银行与消费者关系；银行因未能遵守国家劳动就业方面的法律法规或者税收管理方面的要求

^① <http://www.commerce-database.com/compliance-definition.htm>.

而受到处罚并影响其声誉等。

（三）合规风险与操作风险的关系

操作风险（operational risks）是因内部人员、系统或外部因素方面的操作不足或失当而导致损失的风险。1998年9月，巴塞尔银行监管委员会首次发布了《操作风险管理》的文件，并将操作风险正式纳入新巴塞尔协议的三大风险之中。

从风险的界定范围看，操作风险是指因交易或管理系统操作不当或缺乏必要的后台技术支持而引致的财务损失，具体包括：（1）操作交易风险，指由于定价、交易指令、结算和交易能力等方面的问题而导致的损失；（2）技术风险，指由于技术局限或硬件方面的问题，使公司不能有效、准确地搜集、处理和传输信息所导致的损失；（3）公司内部失控风险，指由于超过风险限额而未被觉察、越权交易、交易部门或后台部门的欺诈、职员业务操作技能的不熟练以及不稳定并易于进入的电脑系统等原因而造成的风险。

也有人主张操作风险中包含部分合规风险。例如，巴塞尔银行监管委员会2003年2月颁布的《操作风险管理和监管稳健做法》^①中即规定了关于操作风险管理的一系列原则，其中部分操作风险亦可纳入合规风险范畴：（1）内部欺诈（internal fraud），例如银行雇员的故意误报、监守自盗及内幕交易等；（2）雇员活动和工作场所的安全问题（Employment practices and workplace safety），如违反关于银行雇员健康与安全的有关规定等；（3）客户、产品和业务活动的安全问题（clients, products and business practices），如洗钱、滥用客户保密信息、不当交易以及从事未经授权经营的业务等。

（四）合规风险与法律风险的关系

法律风险（law risk, legal risks）来自交易一方不能对另一方履行合约的可能性，是指因不能执行的合约或因合约一方超越法定权限的行为而导致损失的风险。法律风险包括合约潜在的非法性以及对方无权签订合约的可能性。法律风险与合规风险在不少情况下是重合的。例如，在银行有关业务因违反国家有关法律法规（如违规经营）而遭受处罚时，银行既面临合规风险，同时也承担法律风险，与该业务相关的有关交易合约因此可能被认定无效，银行须承担由此产生的损失和责任。尽管如此，银行对法律风险与合规风险的管理模式存在一定差异：（1）合规风险包括商誉风险，而法律风险则不涉及商誉风险；（2）法律部门主要负责向管理人员提供法律法规及监管要求方面的建议咨询以及为工作人员制定相关工作指引等工作，同时负责银行业务相关协议的合法性和有效性审查等；而合规机构则负责监控银行内部有关制度和流程的合规性，并就有关合规问题向管理人员报告。

但需要指出的是，在一些大银行中，法律部门与合规机构的职责界限比较模

^① The Basel Committee 2003 Report on Sound Practices for the Management and Supervision of Operational Risks.

糊。据美国银行协会的统计,银行规模越大,其越希望由银行法律部门履行银行合规职责。^①

二、巴塞尔银行监管委员会《银行内部合规机构》咨询性文件的有关规定

2003年10月,巴塞尔银行监管委员会发布《银行内部合规机构》的咨询性文件(Basel Committee on Banking Supervision Consultative Document: the Compliance Function in Banks)(以下简称《合规机构咨询性文件》),征求各方的意见,并引起各方广泛关注。该咨询性文件的主要内容包括:

(一) 合规机构在银行内部的地位

银行内设的合规机构应当在银行内部享有正式地位。为此,银行应在经其董事会批准的宪章性文件(章程)或其他正式文件中对合规机构的地位、职权及独立性进行明确规定。

(二) 银行董事会对银行合规风险的管理职责

银行董事会有责任指导(oversee)银行合规风险的管理工作。董事会应当审核银行有关合规方面的制度,如章程或者其他规定设立银行合规机构的正式文件。董事会应当每年至少一次对银行合规方面的制度及其实施情况进行审核,从而对银行有效管理合规风险的程度进行评估。

(三) 高级管理人员在银行合规管理方面的职责

银行高级管理人员应负责建立合规方面的规章制度,并确保这些规章制度得以贯彻实施,并将有关实施情况向董事会报告。高级管理人员还应负责对有关合规方面的规章制度进行可行性评估。

(四) 银行确保合规机构的独立性

银行合规机构应当独立于银行经营业务。《合规机构咨询性文件》提出以下建议:

1. 合规机构应有能力主动对所有可能存在合规风险的银行部门履行合规风险管理的职责。合规机构还应有权随时就其调查发现的任何违规或可能的违法行为向高级管理人员及董事会(或董事委员会)报告,银行应确保合规机构不因实施上述行为而遭受管理人员或其他任何工作人员的打击报复或冷遇。

2. 合规机构应有权主动与任何员工进行交谈和沟通,并有权为履行职责之需获取任何记录或档案材料。

3. 为确保合规机构的独立性,银行应为合规机构提供足够的资源以保证其高效履行职责。合规机构的预算及合规机构工作人员的补偿机制应与合规机构的

^① 美国银行协会(ABA): Nationwide Bank Compliance Officer Survey, Compliance Watch 2003。

宗旨保持一致，而不应依赖于业务部门的经营状况。

4. 银行内部的合规机构可采取集中管理的模式，也可采取分散管理的模式。无论采取何种模式，合规机构都应设一位负责人（head of compliance）具体负责合规机构日常事务的管理工作，合规机构的其他工作人员应向该负责人报告工作。在合规机构采取分散式管理的情况下，如果要求合规机构工作人员向具体业务部门的管理人员报告工作，而不是向合规机构的负责人报告工作，那么，合规机构工作人员的独立性就有可能被削弱。

5. 合规机构的负责人可以是高级管理人员之一，也可以不是。如果合规机构的负责人为高级管理人员，那么他不应直接负责银行业务部门。如果合规机构的负责人不是高级管理人员，那么，他应享有直接向不负责具体业务部门的高级管理人员报告的渠道，如情况需要，他还应有权绕开通常的通报渠道，直接向董事会或董事委员会报告工作。

6. 在一些小银行，合规机构的工作人员在与其合规管理职责不发生冲突的前提下（例如，合规机构的工作人员不应承担创利工作，如交易、市场营销或客户咨询等），可以同时从事非合规机构的工作。

（五）合规机构与内部审计部门的关系

合规机构的权限和范围应根据内部审计部门的审核而定。合规风险应被纳入到内部审计部门的风险评估范围，而审计方案应与风险级别相当。

内部审计部门考核合规机构工作时，应检查合规机构为保证银行遵守相关法律、规则及标准而在银行内部实施的控制合规风险的措施。

咨询文件强调：审计部门只有与合规机构保持独立，才能保证对合规机构的工作进行独立的考核。

（六）银行合规机构的主要职责

根据《合规机构咨询性文件》，银行合规机构的职责主要是识别、评估及监控银行所面临的合规风险，并向高级管理人员及董事会建议或报告合规方面的风险。具体而言，银行的合规机构职责包括：

1. 合规机构主动识别和评估与银行经营活动相关的合规风险，这些经营活动包括：与新产品和新业务开发相关的银行业务，提议建立新业务或建立新的客户关系或者导致这种关系的性质发生重大变更等活动。

2. 就适用法律、规则及标准等向管理人员提出建议，包括及时掌握有关法律、规则及标准的最新变动情况，并就上述变动情况向管理人员提出相关建议。

3. 为正确实施有关法律、规则及标准，制定相关规章制度、流程（processes）及有关文件（如合规手册、内部行为守则及行为指引等），并为员工制定书面指引。

4. 在发现银行规章制度及流程存在缺陷时，立即对有关内部流程和方针的

可行性 (appropriateness) 进行评估;在必要时,还应对上述流程和方针提出修改建议或方案。

5. 监督银行遵守有关规章制度的情况,为此,合规机构可实施定期和全面的合规风险的评估及测试,定期向高级管理人员(必要时,向董事会或董事委员会)报告;报告应提及以下几个方面的内容:报告期间开展的关于合规风险的评估和检查工作,已发现的违法行为和/或存在的不足,以及所采取的补救措施;报告还应包括向合规机构人员及其他银行工作人员提供的培训方面的信息。

6. 履行特定的法定职责(例如,履行反洗钱职责等)。

7. 就遵守法律、规则及标准等合规要求对员工进行教育,并且在银行员工提出合规方面的问题时(进行解答),充当联络站(contact point)的角色;以及与银行外部的相关组织保持联系,这些组织包括监管当局、标准制定组织以及外部律师等。

8. 合规机构应根据合规管理方案(compliance programme)履行其职责,该方案可规定合规机构的行动方案和计划,如具体制度和流程的实施和复核、合规检查以及就合规问题对银行工作人员进行教育等。

(七) 对境外分支机构合规风险的管理问题

跨国银行应当重视对其境外分支机构合规风险的管理。根据《合规机构咨询性文件》的规定,如果银行在其他国家或地区开展业务,那么,银行应当通过构建合理的合规机构,确保在银行合规管理的统一框架内圆满解决银行业务经营所在地的合规风险问题;银行合规机构的组织结构及其职责应与当地的法律及监管要求保持一致。

三、国内外商业银行合规机构及其职能安排的实践

加强法律合规机构的建设是解决创新与合法性之间矛盾的可行而有效途径。通过法律合规机构的建设,首先,可以有效地建立起法律、政策检索系统,方便查询;其次,可以有效地建立过往案例和创新的资料库,将个人的经验转化为集体的智慧,既避免重复劳动又有实例可循;第三,合规信息的集中,便利分析进而指导业务,达到风险关口前移的目的;第四,人员集中,便利培养资源的集中投入,收到事半功倍之效。

(一) 国内银行法律与合规机构

1. 中国银行法律与合规机构

中国银行总行于2002年将其内设的法律事务部更名为“法律与合规部”,增强了合规管理职能,着力推进反洗钱与合规管理工作。为了创造依法合规的经营环境,该部积极有效地推进其海内外分行的法律合规机构的建设。

2. 中国建设银行法律部内设合规处

中国建设银行于2003年初在总行法律事务部中设立了负责合规职能的合规处，目前有四名专职人员负责合规工作。合规处的基本职能为：反洗钱、内部制度、规程的合法合规审查等工作。

3. 民生银行法律与合规机构

民生银行在发生“2000年公司注册名称变更过程中变造股东大会决议并假冒董事签名的事件”后痛定思痛，其董事会于2004年5月21日通过决议，认为民生银行公司治理和管理控制的许多方面仍需加强，建议“进一步加强公司治理，提高管理水平，应注意的方面包括（但不限于）：完善法律与合规事务，强化内部审计，增加高级和中级管理层中合格专业人才的数量，改善管理层与董事会的沟通机制，尤其是在风险控制方面”。民生银行董事会还特别建议“设立法律与合规事务部，选聘合格的高素质专业人才，并由一位不低于副行长级的高级管理人员分管该部门。该部门负责处理行内所有法律和合规性事务，并负责与外部法律咨询机构进行协调”。^①

4. 上海浦东发展银行组建法律合规部

上海浦东发展银行总行正在组建法律合规部。该部门的具体职责为：独立负责银行的法律与合规相关的业务，确保银行的全面业务符合银监会、证监会、人民银行、外管局等监管部门的规定；负责对银行运营有影响之事务提供全面的法律咨询、意见。^②

5. 交通银行在法律事务部中组建合规处

交通银行已经决定将法律事务部改组为法律合规部，内设单独的合规处，负责合规职能。

（二）境外及香港特别行政区的银行

1. 菲律宾中央银行关于合规机构的立法建议^③

2004年5月25日，菲律宾中央银行（BSP）发表政策指引，要求各银行及非银行金融机构加快合规体系建设，以促进金融业的健康发展。

此外，菲律宾中央银行货币局（Monetary Board）发布通知，明确要求金融机构之章程及其他由董事会批准的文件中应对合规机构的职能、权力及独立性作出规定，使合规机构在金融机构的组织架构中享有应有的地位。从内容上看，菲律宾中央银行吸收了《合规机构咨询性文件》中对合规机构的职责及地位等方面的规定。根据菲律宾中央银行货币局通知的规定，所有银行和非银行金融机构应当：

^① 《中国民生银行股份有限公司第三届董事会第九次会议决议公告》，2004年5月25日发布。

^② 智联招聘网：www.zhaopin.com/jobseeker。

^③ BSP tightens banks' compliance systems, money.inq7.net/topstories。