

经济法新视野研究丛书

我国银行法律制度改革 与完善研究

黎四奇 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

经济法新视野研究丛书

国家社会科学基金资助项目（课题号：04CFX008）

教育部“新世纪优秀人才支持计划”阶段成果

我国银行法律制度改革 与完善研究

黎四奇 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

我国银行法律制度改革与完善研究/黎四奇著. —武汉: 武汉大学出版社, 2013. 7

经济法新视野研究丛书

ISBN 978-7-307-10682-6

I. 我… II. 黎… III. 银行法—法律制度—研究—中国
IV. D922. 281. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 070136 号

责任编辑:田红恩 责任校对:刘 欣 版式设计:马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 28.5 字数: 407 千字 插页: 1

版次: 2013 年 7 月第 1 版 2013 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-10682-6 定价: 49.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

作者简介

黎四奇（1972— ），男，湖北咸宁人，法学博士，湖南大学法学院教授，博士生导师，入选教育部“新世纪优秀人才支持计划”与“湖南省新世纪人才 121 人才工程”，湖南省学科带头人培养对象；主要研究方向为金融法、法理学，已于《中国法学》、《法律科学》、《法学评论》、《法商研究》、《现代法学》、《政治与法律》、《法学》、《国际金融研究》、《上海金融》、《财经理论与实践》、《国际经济法学刊》、《经济法论丛》及 International Banking Law and Regulation 等法学类及经济类学术期刊上发表专业论文 80 余篇，并承担了国家社会科学基金课题 2 项，中国司法部课题 1 项，著有专著《金融企业集团法律监管研究》与《金融监管法研究——以银行法为中心的分析》。

序 言

书写完、校正完，付梓之前，一般少不了要为本书写点序言什么的。写点什么呢？老套的做法无非是介绍一下本书的篇章结构，或再阐述一下写作本书的原因什么的。其实，话说回来，我本人认为在序言一而再、再而三地叙述作品写作的动机与目的什么的有多此一举的感觉。其原因何在呢？这是因为作品的基本框架及所涉的主要内容在书中目录部分是已见分晓的，所以无必要再在同一问题上着墨啰嗦。那么，在序言部分谈些什么呢？我想还是来谈一下自己的忧虑。尽管作为本书的作者，我怀有一种不加思辨的“文章是自己的好”的天然珍惜与爱护，但是让我担心的是，惟恐读者在购得此书后，回家正襟危坐翻上几页而后狠狠地关上书，大骂一声骗子。坦诚而言，花点钱事小，受骗上当事大，因此我对拙作的期盼是当读者读完或浏览后，能从内心里真诚地不时道上一声“文笔不俗嘛”，或“言之有理哟”，或尖酸刻薄地来上句“简直一派胡言，应该是这样的嘛”，或心怀城府地说“此种观点有失偏颇，值得进一步参考印证”。一言蔽之，若本书能点燃或激发读者对本书中所论述的某些观点（当然笔者不敢奢望全部的观点）的争鸣感、讨论欲、批判欲或争辩情……，那么这林林总总的或好的或坏的或中立的评判都是对作者笔耕辛劳的难能之慰藉、鼓励与鞭策，也证明了自己的努力没有白费。

作为大学里的老师，我经常苦口婆心地劝诫自己的弟子一定要做好毕业论文，而且对于论文的形式与实体的要求都比较严格，因此有些不理解的学生可能私下里对我颇有微词。对此，曾经有学生就直接诘问我：老师，这论文写得再好，又有什么用呢？左批判，右批判，左反思，右反思，但是中国的立法改革又不以我的建议为

转移。这是一个一直以来困扰我的问题，我也时常问自己，多年以来，自己也写了不少文章，而且诸多标题中载有“检讨与反思”类的措辞。可是，这种作为的意义究竟何在？有时，我甚至极端地否定自己，罢了罢了，少写点，写多了也不利于环保。在某种程度上评价，若你的观点与思想在社会中不能激起点点涟漪，那么这就是对社会资源的一种变相浪费、一种对其他劳动者的不公。若得出的是这样一种结论，那么作为所谓的读书人，我们对社会的贡献还不如一个种庄稼的农民。这个看起来似乎是很弱智的问题在很长一段时间内一直与我相伴相随，让我欲罢不能。某天，我突然有种开窍的感觉，其实，做学问、写文章，是社会分工的结果。作为大学教师，其职责并非纯粹地扮演一个知识传承的教书匠角色，也许更重要的是批判、监督及思想的探索与拓新。如果在中国转型期，每个国人都能在其位、谋其职、尽其责的话，何愁我中华民族不会民富国强呢？另外，我收获的是一种为人、为事、为学的态度。人生最怕认真二字，若我们时时刻刻怀揣“一屋不扫，何以扫天下”的态度来对待工作、生活中的每一件事，并将之变成一种潜移默化的习惯，那么幸福、成功与你也是咫尺之遥。自我解惑之后，我就理直气壮地对我的学生说：的确，你的所言不会对中国的法律进程产生什么影响，或者说它根本就不会有任何影响，但是你收获了做人做事做学生的本分，你学会了认真的生活态度。这种本分与态度就是我在写作本书时所收获的硕果。

还有一点是我在此处不得不一吐为快的，那就是我在写作中所遭遇的一个困惑。坦诚来说，在我打开电脑，打开文档，平心静气地准备写“我国银行法律制度的改革与完善”这一论题时，我最初对于写作还是比较乐观与自信的。当然，这不排除本人的懒惰、自私及交差应付的学术量化研究的不纯动机。因此，在最初的写作中，心情是轻松愉快，没有什么学术压力的。然而，随着写作的深入及自己阅读的拓展，特别是对法学理论知识的进一步提升，一个学术的困惑就像平地而起的乌云一样黑压压地堆积在我的心坎上，让我痛苦，让我难受，让我深深地质疑自己写作该书的理论意义与实践效果，质疑我们部门法学的研究范式（或者说是法学的研究

范式)，并进而深深地怀疑我们这些“手无缚鸡之力”的书生们究竟对社会做了什么贡献。客观上，法学研究的影响力是潜移默化型的，不可能立竿见影，这就说明作为研究者，其必须面临一个痛苦的宿命，即他们或含辛茹苦或交差晋级型的研究多是纸上谈兵，多一个不多少一个不少。在特定的背景下，现实社会可能并不会因为他们的研究而有所推动与前进。这种研究的实践效果的缺失是一个学者必须面对，但是又会倍感尴尬的问题。再说回来，这种八股文式的自说自语的研究又能有什么影响呢？实体法的研究范式一般是所谓的比较研究，比如说在金融业的分与合问题上，我们的研究思维一般都跳不出这样一个已格式化的框框，即美国是如何如何的，英国是如何如何的→美英等国家代表了国际上新的金融法创新理念→中国也应该如何如何。

客观而言，鹦鹉学舌式或依葫芦画瓢式的研究是一种让人痛之也深恨之的古板研究，因为从目前来看，中国法治建设基础的一穷二白迫使我们不得不采取“拿来主义”的做法。成本低廉的立法技术上的借鉴与移植更是抬高与刺激了这种格式化的法学研究范式。推心置腹地说，单是这种八股式的法学研究范式也罢，可偏偏这种研究范式所隐含的一个推论就是我前面所说的让本人欲罢不能的困惑。在研究中，我们之所以言必称英美等是源于崇尚一个学术的命题，即相信只要凭借立法者理性的法律规则设计与对比，我们似乎就找到了开启目前中国银行法所要调整的法律问题的万能钥匙，若将话题扯得更远一些，就似乎是找到了能解决中国所有社会问题的灵丹妙药。果真如此吗？“万能”的法律在中国的场景中能满足我们立法者预期的诉求吗？随着我对银行法律制度改革与完善写作的深入，我还真的发现我们的问题并不是这样或那样的法律设计，而是如何解决有法必信、有法必依与违法必究的问题。

当西方的某些法律规则与思想漂洋过海来到中国时，法律这种工具并没有发挥应有的效果。当然，在此，我并非说这种工具是一无是处的，只是这种工具功能的发挥总是给人一种五味俱全的感觉，总有点“政治晚礼服”的色彩。错的不在法律，而在于给我们的法律供给营养的文化土壤、由此而生的惯性思维及堪忧的国民

素质。因此，西式的法律规则与法律思想在中国的文化氛围中发生了南桔北枳的变异。这是一个让立法者痛心疾首的事情，因为他们产品功能异变或退化为花瓶式的饰物，或从一颁布开始就成了“死了的文字”，这就是对他们法律修养的一种检验、一种评价、一种嘲讽与一种否定；同时，这也是一个让法学研究者蒙受不可言说的耻辱之事，因为“躲进小楼成一统，管它春夏与秋冬”的闭门造车式研究最终的结果也只是一种文字的浪费与宝贵时光的流逝。如此说来，法律与现实的断层、八股式研究范式所蕴藏的法律万能论都反映了一种法律研究的无奈与研究视角的错误。平心而论，本书的写作在某些问题的探讨上，也没有摆脱这种让人爱恨交织的研究范式，但是笔者认为作为具有极强实用性的实体法的研究范式，在中国的文化语境中，必定不是一种“言必称西洋”的从理论至理论的研究，相反，应是一种“睁开双眼，迈开双腿”的脚踏实地走完一圈后再具体问题具体分析，并以借鉴为基础的先看后做的研究。这样一个貌似浅显，实则深刻非凡的法律问题思考路径就是我完成拙作后的一大收获。

因为一本书的好与坏不是如何说，而是如何被说的，那么就让大家批评来得猛烈些吧!!!

黎四奇

2013年1月22日

目 录

第一章 问题之提出：对我国银行法整体性的评述·····	1
第一节 对我国银行法静态之思考·····	1
一、我国银行法律体系的现状考究·····	2
二、我国银行监管的难点分析·····	8
三、小结·····	14
第二节 我国银行法之发展	
——创新与金融法律创新互动关系视角的分析·····	16
一、金融创新与金融法律创新的实践与分析·····	16
二、对金融创新与金融法律创新互动关系的法理学分析·····	21
三、对中国金融法律创新实践的一己之见·····	24
四、关于法学研究方法的一点余论·····	28
第二章 银行与客户关系的实证分析及对中国的启示·····	30
第一节 银行与客户法律关系的本质分析·····	30
一、银行与客户法律关系的学理探讨·····	30
二、银行与客户契约关系的默示性分析·····	37
三、银行与客户法律关系成立问题分析·····	39
四、对我国银行与客户关系的思考·····	40
第二节 银行对客户信息披露义务法律问题分析·····	53
一、银行对客户信息保密的学理基础·····	53
二、保密义务的范围及保密期间分析·····	55
三、银行保密义务的例外性规定·····	57
四、银行保密义务外延问题分析·····	63
第三节 对我国银行信息保密义务的反思与立法建议·····	67

一、问题之提出	67
二、我国银行保密义务的法则与评价	68
三、立法建议	75
第三章 我国商业银行市场准入法律制度研究	84
第一节 我国商业银行法关于入市的规定	85
一、1994 年《金融机构管理规定》对入市的规定	85
二、《关于中资商业银行市场准入管理有关问题的通知》 之内容与述评	86
三、《商业银行法》与《银行业监督管理法》的 相关要求	88
四、《关于调整银行市场准入管理方式和程度的决定》 与评价	90
五、《外资银行管理条例》的相关内容与评价	92
第二节 对我国商业银行入市监管法律制度的评价	103
一、对我国商业银行入市监管规则体系的正面分析	103
二、银行入市监管所存在的问题	105
第三节 对我国商业银行入市监管法律制度完善的思考	112
一、宏观立法思维方面的创新	113
二、规则供给中微观视角之思考	118
三、结论	123
第四节 专论：对中国金融业招商引资所引发的问题之 思考	124
一、从外资入股我国金融业中我们收获了什么？	125
二、现实的法律规则给出了什么答案？	130
三、应有的法律态度是什么？	133
四、余论	136
第四章 金融自由化下我国金融监管法律体制的调整分析	138
第一节 英国金融监管法律制度的变迁及对我国的启示	138
一、机构性监管阶段与分析	139

二、功能性监管法律框架的确立与评判·····	142
三、功能性监管法律框架的再监管与剖析·····	145
四、后危机时代英国宏观审慎监管体制的创新·····	150
五、对我国未来金融监管体制重整的几点启示·····	152
第二节 美国金融监管法律制度的演变及启示·····	154
一、《金融服务现代化法》出台前的监管体制及评析·····	155
二、《金融服务现代化法》关于美国金融监管体制的 规定与分析·····	158
三、《多德——弗兰克法案》的相关规定与评析·····	160
四、对我国金融法创新的启示·····	174
五、结论·····	178
第三节 对我国金融监管法律体制创新的思考·····	178
一、对我国目前金融监管法律体制的分析·····	178
二、对我国金融监管法律体制完善之思考·····	185
三、结论·····	189
第四节 “中国银监会”与中国央行之间法律关系的 分析·····	189
一、独立监管基础的欠缺：中国人民银行抽空了中国 银监会独立监管的基础·····	190
二、分立理论与现实基础的薄弱性：银行业有效监管 所面临的危机·····	194
三、对策：以“中国银监会”为视角的分析·····	198
四、余论·····	201
第五章 我国银行信息监管法律制度的反思与完善·····	203
第一节 信息监管学理上的探讨·····	203
一、问题之提出·····	203
二、金融监管法上的信息界定：证券法与银行法角度 的分析·····	204
三、信息与金融监管法的关联分析·····	209
四、评述·····	211

第二节 金融发达国家银行信息披露的立法实践与分析·····	211
一、银行披露的信息范围·····	212
二、银行信息披露的程序要求·····	215
三、银行信息披露的保障机制·····	217
四、综述·····	219
第三节 巴塞尔银行监管委员会关于信息披露的建议及 对我国的启示·····	220
一、《银行监管当局之间的信息交流》所确立的信息 监管机制·····	220
二、《有效银行监管核心原则》与信息要求·····	224
三、《增强银行透明度》对信息披露的规定·····	224
四、《巴塞尔资本文件Ⅲ》对信息披露的要求·····	225
五、对我国银行信息监管法律制度创新的启示·····	229
第四节 国内法之视角：我国银行信息披露法律制度 创新分析·····	232
一、我国关于银行信息披露之法律规定与分析·····	233
二、我国银行信息披露实践中的难点分析·····	238
三、我国信息披露法律制度完善之思考·····	244
四、余论·····	247
第六章 金融自由化下我国银行业内部治理监管法律框架 的现状分析与完善·····	249
第一节 对我国银行业内部治理法律规则的梳理·····	250
一、《公司法》的规定·····	250
二、《商业银行法》的规定·····	251
三、《上市公司治理准则》的规定·····	253
四、中国人民银行制定的诸指南·····	254
五、中国银监会关于内部控制制度的相关规定·····	255
六、对我国商业银行内部治理的综述·····	259
七、小结·····	266
第二节 从巴塞尔内控思想析我国商业银行内部控制的	

实践·····	268
一、巴塞尔银行监管体系中的内控制度要求·····	269
二、对我国商业银行内部治理实践的分析·····	276
第三节 对完善我国商业银行内部治理制度的思考·····	278
一、立法理念上的思考·····	279
二、产权重组上的思考·····	281
三、对独立董事的辩证思维与建议·····	283
四、银行公司内部治理信息系统的构建与法治化·····	287
五、商业银行内部控制信息披露要求·····	289
本章小结·····	290
 第七章 对我国商业银行资本充足率监管法律制度的检讨 与反思·····	 292
第一节 我国资本充足监管规则的演变 ——历史与当代的视角·····	 292
一、前危机时代的资本充足监管·····	292
二、后危机时代资本充足监管规则的创新·····	300
三、评析——一个辩证的视角·····	312
第二节 巴塞尔资本框架及其对中国的资本充足监管 的影响·····	 322
一、《巴塞尔资本文件Ⅱ》的主要内容及评价·····	322
二、《巴塞尔资本文件Ⅲ》的核心内容与评价·····	329
三、《巴塞尔资本文件Ⅱ》与《巴塞尔资本文件Ⅲ》 的比较·····	 338
四、《巴塞尔资本文件Ⅲ》对我国的挑战·····	341
第三节 完善我国资本充足监管的对策·····	351
一、资本充足法律监管理念上的匡正·····	351
二、我国内部信用评级的完善·····	354
三、资本结构的调整·····	357

四、第二支柱与第三支柱完善方面的思考·····	361
五、余论·····	364
第八章 对我国银行法演进中几个亟待解决的问题之思考·····	367
第一节 金融法的价值取向	
——再从“孙大午案”说起·····	367
一、“孙大午案”谁之错：实然法角度的分析·····	368
二、“孙大午案”谁之错：金融法价值取向角度的追问	
·····	370
三、我国金融法金融秩序确认的扩展：“孙大午案”	
揭示的问题·····	374
四、结论·····	379
第二节 对后危机时代最后贷款人法律制度创新的思考·····	380
一、谁最有资格担当最后贷款人	
——一个值得进一步推敲的问题·····	380
二、最后贷款人制度究竟是服务于谁	
——一个必须突破的瓶颈·····	384
三、最后贷款人制度与存款保险制度的共存	
——一个效率的问题·····	387
四、结语·····	390
第三节 我国商业银行集团客户授信风险监管之难点及	
对策分析·····	391
一、集团客户风险监管的难点分析·····	391
二、对策分析·····	397
三、余论·····	403
第四节 我国存款保险制度的构建	
——以德国自愿模式为视角的分析·····	404
一、德国的存款保险法律制度·····	405
二、实证分析·····	408
三、对构建我国存款保险制度的思考·····	411
四、结语·····	415

第五节 对我国商业银行破产法律制度的现状之检讨与 反思.....	416
一、商业银行破产法的理论基础与变迁.....	416
二、我国商业银行破产法律制度的现状分析与评价.....	423
三、对我国商业银行破产法创新的矫正性思维.....	426
四、余论.....	428
主要参考文献.....	430
致 谢.....	440

第一章 问题之提出：对我国 银行法整体性的评述

第一节 对我国银行法静态之思考

随着我国金融业的发展，我国已形成了一套由法律、法规及部门规章所构成的银行法律规则体系，这些规则为对商业银行的监管与运营提供了应然的法律依据，对维护金融业的稳定与促进银行业的健全发展造就了一个较系统的法律平台。尽管如此，那么我们是否可以断言我国的银行法律体系已接近于完善，或者说是与金融关系发展的深度与广度相合拍了呢？固然在金融法治的进程中我国已拥有了一个庞大的银行法律规则群，但是我国的银行法仍不能与金融法治之实现对号入座。实际上，我国银行法律体系的整合与完善还是一个任重而道远的问题。如我国在银行法的立法上就存在许多问题，如银行法规则构成上的不和谐性、规则供给的“一事一法性”、规则之间欠缺衔接性等。对于这些问题，笔者拟以我国银行监管法为例展开讨论，以为后文的展开与论述起到铺垫的作用。^①

① 之所以如此是因为在调整横向性的交易性法律关系时，在无特别规定的情况下一般可以直接援用合同法、票据法等私法规则，所以与银行监管法比较，银行交易性的法律体系相对来说比较完善。实质上，鉴于银行在经济运行中的地位与作用，银行法更多地体现为对银行业的监督与管理法。尽管在许多学者的学说中在对银行法进行定性时都认为银行法是公私混合法，但是笔者认为从银行法的价值取向及银行业本身的行业特性及其与国民经济之关联度考察，再结合金融发达国家银行法律制度的发展史及其法律创新的核心内容，银行法实质上表现为监管之法。关于这一点，我们从银行法律规范的构成上也可以得出这样一个结论。其规则所指向的对象绝大部分都是银行业的监管者与银行，而非银行与其客户。

一、我国银行法律体系的现状考究

（一）现有银行法与 WTO 规则之间的差异性

WTO 法律体系中直接关联到银行领域的法律文件主要有《服务贸易总协定》及其附件、《金融服务协议》及《有关金融服务承诺的谅解协议》。这些文件通过以下几个方面来影响着成员国银行法律制度的构建：其一是以法律原则的形式对银行法律的基本原则、创制、执行的要求及具体的内容产生影响。其二是以一般性纪律或规则的形式影响银行法制的发展与执行；^① 其三是具体的制度或规则形式出现，要求成员国对其现行的银行法进行相应的矫正或革新。我国是 WTO 成员国之一，上述的法律文件必然会对我国国内银行法的构建产生影响。就目前来看，我国银行法律与 WTO 中的相关银行的规则还有一些不相协调之处。这主要表现在以下几个方面：

其一是银行立法价值取向上。纵览我国的银行监管法律体系，不难发现其价值取向立足于两个方面：即强调金融市场的安全性及其秩序性，而相反在一定层面上淡化银行作为一种经营金融产品的特殊企业所本应具有的效益追求性。此种立法价值的定位显然与 WTO 的规则不协调，笔者认为 WTO 法律体系本身就是经济全球化与自由化的产物，因而其在很大程度上便折射出私权与放松管制的法治理念。虽然我国已对以前的银行法律制度进行了相应的废、改、立，但是其并没有进行一些实质性的修改，相反，只是更多地增补了一些弹性的措辞，如《商业银行法》第 43 条被修正为：“商业银行在中华人民共和国境内不得从事信托投资和证券经营业务，不得向非自用不动产投资或向非银行金融机构与企业投资，但国家另有规定的除外。”

其二是中外资银行法律适用上的差异性。国民待遇是 WTO 法律体系中的一项重要原则。然而，我国银行法的实践却可能与此相

^① 参见李金泽：《加入 WTO 后中国银行法制的局限性及其克服》，载《法律科学》2002 年第 2 期。