



金融法前沿书系

# 银行法

## 前沿问题案例研究

■ 总主编 强力 韩良 □ 主编 韩良

所谓前沿问题

就是我国金融法制领域存在的具有改革与完善意义上的

现实性与前瞻性的问题，

以及具有理论与实践意义上的

疑难性和广泛争议性的问题。



中国经济出版社



金融法前沿书系

# 银行法

## 前沿问题案例研究

主编 韩·良

副主编 王津成 王超男

撰稿人 韩·良 王津成 王超男

丁广宇 卓·越 李明熹

程国川 陈瑞华 谢·军

中国经济出版社

**图书在版编目(CIP)数据**

银行法前沿问题案例研究/韩良主编. —北京:中国  
经济出版社, 2001. 6  
(金融法前沿书系)  
ISBN 7-5017-5255-9

I. 银… II. 韩… III. 银行法—案例—研究—中国  
IV. D922.281.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 034270 号

---

**书 名:** 银行法前沿问题案例研究

**主 编:** 韩 良

**责任编辑:** 刘建生

---

**出版发行:** 中国经济出版社

**社 址:** 北京市西城区百万庄北街 3 号 邮政编码: 100037

**经 销:** 新华书店

**印 刷:** 北京时事印刷厂

**印 次:** 2001 年 8 月第 1 版 2001 年第 1 次印刷

**开 本:** 850×1168 毫米 1/32

**印 张:** 9.50

**字 数:** 215 千字

**印 数:** 10 000

**书 号:** ISBN7-5017-5255-9/D·406

---

**定 价:** 21.00 元

## 前 言

---

“多少事,从来急,天地转,光阴迫”,以此来形容我国金融界面临巨大的人世压力、建立现代的金融法律制度的迫切性是再贴切不过了。经过 20 世纪最后十年对我国金融体制卓有成效的改革,一个从立法形式到内容上均与西方发达国家相类似的金融法律体系在我国已初步形成,然而仅凭表面上的相像就以为我国的金融法制建设已经告竣,并且已迈入现代化的行列则未免过于乐观和自信了。

我们知道,西方发达国家的现代金融法律制度,是以信用为基础建立起来的。我们姑且不论其根植于两千多年基督教文明的金融法律制度是否适合同样具有两千多年儒教传统的中国土壤,也不论在长期的计划经济的金融体制下所形成的制度和观念是否与渗透着法治精神的现代金融体制相包容。单就金融法律制度本身而言,则无论从法律、法规制定的技术水平,还是从法律、法规本身反映金融法律实践的要求看,尚与西方发达国家存在着不小的差距。其表现如下:

第一、金融立法缺乏前瞻性。由于长期实行计划经济的金融体制的原因,要建立一个现代的金融法律制度殊非易事,我们的金融立法落后于世界上其他发达国家是十分正常的。当我们刚刚以证券法的方式确立我国的分业经营、分业监管的金融格局时,大洋彼岸的美国就传来斯蒂格尔防火墙坍塌,金融业走向混业经营的消息;也正当我们的票据立法与研究开展得如火如荼之际,西方发达国家正在制定对无纸化的金融支付工具进行调整的法律。

第二、某些金融立法尚存在空白点。由于法律天生的弱点,法律的制定总是落后于其调整对象的发展。一方面,过去十年由于我国金融体制改革大大快于其他经济领域的体制改革,金融制度创新层出不穷;另一方面也由于人们天生的趋利性更是导致金融领域的技术与业务创新明显快于其他领域。我们金融法律规范制定的速度大大落后于金融制度与业务创新的发展已是不争的事实。大量的法律规范空白的存在,不仅使许多金融不法行为得不到有效的制裁,也使得正常、合理的金融创新行为得不到法律的保护。

第三、许多金融法律、法规存在广泛的争议性。由于我国的十年金融立法走过的是一条从无到有的艰辛之路,而现代西方发达国家的金融法律制度是几百年金融实践和立法经验积淀的结果,我们的金融立法很大程度上是金融体制改革试

验的肯定和总结,因此其必然带有很深的时代的烙印,对于一些不成熟的业务领域及部门,只能进行一些原则上的规定,缺乏详细的具有可操作性的实施细则。这肯定会给金融法律实践带来疑惑,出现争议,甚至也为某些不正当的金融行政干预打开了方便之门。

有感于我国金融法制领域存在以上诸多法律问题,我们编写了《金融法前沿书系》丛书。所谓前沿问题就是上述我国金融法制领域存在的具有改革与完善意义上的现实性与前瞻性的问题,以及具有理论与实践意义上的疑难性和广泛争议性的问题。该套丛书注意吸收最新的理论研究成果及最新的法律解释与规定,如最高人民法院刚刚公布的《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国担保法》的司法解释;该套丛书所选案例很多是来源于金融实务和司法审判中最近刚刚处理的案件。

该套丛书共六种,计有《银行法前沿问题案例研究》、《贷款担保法前沿问题案例研究》、《证券法前沿问题案例研究》、《期货法前沿问题案例研究》、《票据法前沿问题案例研究》、《保险法前沿问题案例研究》。每种书均精选该领域中具有代表性的前沿问题几十个。对每个问题均采取以下方法加以研究:第一,提出问题。文章开始用简洁的语言概括出该问题产生的原因,以及对该问题进行研究的重要性。第二,结合相关

案例。通过能准确说明该前沿问题的典型案例对该问题进行研究是本书的一个特色,也增强了该书的趣味性与可读性。第三,法理研究。即对某一特定问题进行剖析,一般从我国对此问题的立法现状、立法得失、国外相关立法状况、作者对此问题的见解或观点等角度进行全面的探讨。第四,结语。此部分是本文的升华,主要是作者对本问题的立法建议和感悟,并对读者提出带有启发性的问题。

本套丛书的作者以高等院校从事金融法教学与研究工作的教师为主体,并吸收从事金融法律实务工作的法官、律师、金融机构的法律工作者参加,组成基本的写作阵容。该套丛书在编写中努力做到理论与实务紧密结合,可供从事金融法律理论与实务工作的人员使用。

由于我们水平有限,加之金融法律本身的深奥与庞杂,本套丛书在研究的深度、广度及观点等方面还会存在很多不足,望广大同行不吝赐教!

编者

2001年7月

## 【总主编】

### 强力

一九六一年十月生，陕西省彬县人。一九八三年毕业于西北政法学院。现任西北政法学院教授，金融法研究中心主任，经济法学硕士研究生导师，西安金融法研究会副会长。

主要著作：《金融法》（专著）、《中国经济法》（主编）、《金融法教程》（主编）、《保险法原理》（合著）、《经济监督法律制度》（合著）。发表具有一定学术价值的论文二十余篇。科研主攻方向为金融法、经济法。

### 韩良

一九六六年五月生，河北省乐亭县人。一九八九年毕业于中国政法大学。现任南开大学政法学院讲师，金融工程学在职博士生。

主要著作：《合同法》（合著）、《国际贸易法理论与实务》（合著）、《国际经济法》（合著）。于国家重要期刊发表论文十余篇。主要研究方向：金融工程学、经济法学、商法学。

# 目 录

---

|     |                               |
|-----|-------------------------------|
| 1   | 外资金融机构的进入对我国分业经营、分业管理金融体制的影响  |
| 15  | 完善中央银行对外资银行有效监管的法律制度          |
| 30  | 关于设立金融机构市场退出法的立法设想            |
| 43  | 金融机构同业拆借市场面临的问题及改进措施          |
| 56  | 个人储蓄存款实名制的法律问题                |
| 65  | 存单纠纷案件中银行应承担的民事责任研究           |
| 81  | 存单纠纷案件中银行的举证责任                |
| 93  | 存单纠纷案件审判过程中的诉讼中止              |
| 105 | 委托贷款、信托贷款和以存单为表现形式的借贷纠纷的区别    |
| 117 | 贷款五级分类制对防范不良贷款形成的法律意义         |
| 126 | 关于房地产开发商在按揭贷款中所承担的“回购责任”的法律分析 |

|     |                       |
|-----|-----------------------|
| 136 | 汽车按揭贷款中商业银行面临的风险法律防范  |
| 147 | 商业银行在借贷合同的履行过程中代位权的行使 |
| 156 | 商业银行如何在借贷合同履行过程中行使撤销权 |
| 164 | 抵销权在银行借贷活动中的行使及其意义    |
| 172 | 借新还旧的法律效力问题           |
| 179 | 商业银行开展应收款保理业务的法律风险及防范 |
| 190 | 信用证打包贷款存在的风险及防范       |
| 201 | 冒用他人银行卡行为的定罪分析        |
| 211 | 信用卡恶意透支行为的法律界定        |
| 221 | 信用卡挂失后的风险责任承担         |
| 232 | 自助银行的民事责任             |
| 241 | 网络银行的法律问题探索           |
| 252 | 企业改制中银行债权落空的风险法律防范    |
| 262 | 信贷资产证券化的法律问题          |
| 284 | 债转股面临的法律障碍及其立法规制      |

## 外资金融机构的进入对我国分业经营、分业管理金融体制的影响

从 20 世纪 80 年代开始, 中国的金融业逐步对外开放, 外资金融机构纷纷进入中国市场, 并取得了不同程度的发展。我国加入 WTO 之后, 外资金融机构进入我国的速度、规模和深度将极大地提高和加深, 将更有力地促进我国金融市场的发展。但是问题在于加入 WTO 之后, 中国金融机构面临的竞争对手主要来自实行金融业混业经营或将要实行混业经营的国家, 如: 美、日、德、英等。虽然按照国民待遇原则, 各外资金融机构在华分支机构必须按我国分业经营的要求开展业务, 但由于其母公司实行混业经营方式, 所以在资金调度、风险分散、业务信息和综合服务方面、外资机构具有明显的竞争优势。金融百货公司式的外资金融机构将对我国金融机构以及金融体系提出严峻的挑战。本文将结合案例分析、探讨外资金融机构的进入对我国分业经营、分业管理金融格局的影响。

### 【相关案例】

1998 年美国最大银行花旗银行的控股公司——花旗公司与美国第二大投资银行旅行者集团宣布合并, 组建花旗集团。合并后的花旗集团总资产达到 7 000 亿美元, 营业收入

750 亿美元，净收入 500 亿美元，股东权益 440 多亿美元，股票市值超过 1 400 亿美元，业务遍及 100 多个国家的 1 亿多客户，雇员 16 万人，成为世界上规模最大的全能金融集团之一。花旗集团集银行、证券、保险、信托、基金、租赁等全方位金融业务于一身，提供全方位、一条龙式的金融服务。此前花旗银行早已在华设立分行，并已获准经营人民币业务。可以预计在我国加入 WTO 之后，花旗集团旗下的保险公司、证券公司肯定会陆续进入中国市场。花旗集团将以一种“金融巨无霸”的姿态参与我国金融市场的竞争，这种前所未有的复杂局面和严峻形势，不仅对中资金融机构产生了极大的竞争压力，也对我国金融监管体制提出了挑战。

### 【法理研究】

面对我国加入世贸组织以后，类似花旗集团这样的“金融巨无霸”进入我国的金融市场给我国现行的分业经营、分业管理的金融体制带来的影响，我国金融业内人士有以下三种观点：

第一种观点认为，由于花旗集团这样的金融机构其母公司所在国实行的是混业经营模式，其在资金的调度、风险分散、业务信息和综合服务方面的竞争优势明显优于我国实行分业经营、分业管理机制下的金融机构。为了取得竞争上的公平地位，我国应该立即实行混业经营体制。以上看法被称为“骤变论”。

第二种观点认为，我国应该建立起具有中国特色的金融

业管理和经营体制，不能人云亦云。另外，由于中国加入世贸组织以后，还有相当长的一段缓冲期，对于花旗集团这样的外资金融机构的威胁不能夸大，外资金融机构进入我国也要遵从我国的分业经营、分业管理的要求；只要监管得力，其不足以威胁我国的金融业。这种看法被称为“特色论”。

第三种观点认为，以上两种意见皆不足取，应该既要看到花旗集团这样的外资金融机构进入我国带给我国金融管理体制和经营体制的巨大压力，同时也要看到我国金融监管水平、经营水平的低下。现行的“分业经营、分业管理”体制不变不行，但急变、骤变也不行，应该针对外资金融机构进入我国金融市场的期限、深度与广度，制定我国的金融业经营和管理的政策。这种意见被称为“渐变论”。对于以上意见的正确与否，我们将结合我国分业经营、分业管理金融体制的形成，借鉴美国对分业制及混业制的选择过程进行分析。

### 一、我国分业经营、分业管理金融体制的由来

根据传统的看法，金融业务领域大体上可以分为银行、证券、保险、信托四类。各国金融机构在从事这些金融业务上有各自不同的分工，基本上有两类模式：

1. 以德国为代表的全能型。在德国，银行被称为全能银行，可以同时经营证券和保险业务。人们称这种模式为全能型，又称混业经营模式。日本也实行这种模式。

2. 以 1999 年之前的美国为代表的分业型。在这种模式下，银行、证券、保险分别由不同的机构经营，并由不同的

监管机构进行监管。美国在不久以前还实行这种模式，国会刚通过新法案后对此模式进行了改革。英国以前也实行这种模式，但改变得较早。案例中，花旗集团合并前的花旗银行与旅行者投资银行其业务范围是截然不同的，花旗银行从事吸收客户存款、对外贷款等传统银行业务，而旅行者投资银行则从事证券的发行、买卖，企业的并购，风险投资等业务。

（一）我国在 20 世纪 80 年代关于金融业分业——混业模式选择的争论

20 世纪 80 年代中期，我国在考虑如何设定金融体系时，理论界就分业——混业模式的选择做过充分的研究工作。支持分业论的人认为：（1）分业有助于降低风险。根据委托——代理理论，银行如果参与证券业务，容易将客户的储蓄短期资金用作证券长期投资。因为银行一旦获得了高证券收益，那么其股东可以获得支付了客户存款利息后的所有剩余收入。但当证券投资失败，股东只承担有限责任，绝大部分的损失将由所有储户承担或由存款保险基金支付。银行预期的损失有限而预期的收益无限，这就会产生道德风险，使银行倾向于冒险。如果银行大量地经营高风险业务，容易造成股市暴涨暴跌，不但破坏了银行业所依赖的正常信贷关系，而且可能造成证券市场的虚假繁荣，给投资者错误的信号。当证券市场中的泡沫膨胀到一定程度时，就可能引发金融危机。（2）证券业与银行业的专业分工有助于提高效率。而且混业经营使大银行可能垄断金融业的各个方面，使中小

金融机构倒闭,数量减少,不利于竞争。支持混业经营的人认为:(1)银行参与证券市场,不一定伴随着高风险。首先,银行经营风险的高低主要取决于银行本身的管理制度和管理能力,而不在于它所参与的投资项目。从各国的实际情况看,二战以后直至20世纪80年代,德国的银行一直从事证券业务,而美国银行不允许参与证券业务,然而德国银行倒闭的数量远远少于美国银行。第二,在银行业务逐渐成熟的情况下,直接融资业务正处在迅速发展期,因而债券市场的快速扩张就成为一个必然现象,相伴而来的则是间接融资市场的日益萎缩,最终陷入困境。第三,银行介入证券业有助于银行的多元化经营,降低总的经营风险。而且由于银行与客户之间因间接融资而建立了广泛而持久的业务联系,对客户较为了解,所以参与证券业务的风险也比较低。(2)综合经营可以最大限度地利用资源,降低成本,实现规模经济。

(二) 20世纪90年代我国对于分业经营、分业管理的金融体制的选择

### 1. 选择分业经营、分业管理金融体制的国内原因

20世纪80年代中、末期,金融改革的难点、焦点和热点是把银行办成真正的银行,即银行的企业化,打破纵向的,强制性的信贷体制,实现业务的交叉和竞争。由于证券业务刚刚开始,缺乏专营机构,金融主管部门为发展国债、企业债券等资本市场业务,不得不允许银行和其他金融机构从事证券业务。但1988年,中国人民银行开始加强对金融市场的管理,对专门经营证券业务的证券公司建立审批制,

提出“银行业和证券业分业管理”。1990年中国人民银行颁布《证券公司管理暂行办法》，明确规定证券公司是专门经营证券业务的金融机构，实际上规定了证券公司不得从事其他的金融业务。1992年的泡沫经济，导致金融秩序极度混乱迫使管理层更加审慎地考虑我国金融市场的格局。最终，我国金融决策层考虑到金融改革刚刚开始，人员素质和管理经验非常欠缺，监管机制极不完善的现实，借鉴西方国家主要是美国的经验教训，同时吸取先前的教训，自觉地选择了分业经营的模式。1993年国务院有关文件提出“分业经营、分业管理的金融业经营思路”。1995年以后，以金融法律予以规定确认，并在《商业银行法》和《证券法》中明确规定了“分业经营、分业管理”原则。《商业银行法》第43条规定：商业银行在境内不得从事信托投资和股票业务，不得向非银行金融机构和企业投资。《证券法》第6条规定：“证券业和银行业、信托业、保险业分业经营、分业管理。证券公司与银行、信托、保险业务机构分别设立。”以上法律的颁布结束了我国金融业的“分业”和“混业”之争。

## 2. 选择分业经营、分业管理体制的国际原因

毫无疑问，作为世界头号市场经济发达国家——美国的金融体制对于刚刚迈向市场经济的中国是具有重要影响的。20世纪90年代初期，美国经济风头正劲，而作为美国经济三大支柱之一的金融业也还是生机勃勃，看不出一点确立分业经营、分业管理的格拉斯——斯蒂格尔法案坍塌的趋势。另外，20世纪90年代初期中国刚刚开放金融市场，为了防

范金融风险，我们在金融服务行业的开放是非常谨慎的。外资银行进入中国无论从规模还是营业范围都受到了限制，外资金融机构对我国金融界的影响还是很微弱的。当时谁也不会想到类似花旗集团这样的全能金融百货公司的出现并进入中国。出于 20 世纪 90 年代初国际经济、金融业的外部环境，我们国家的金融业采纳了以美国为代表的分业模式。

## 二、从美国金融业发展历史观察分业、混业模式的选择

1929 年以前，银行涉足证券业在美国可谓风行一时，但是在 1929 年到 1933 年的大危机中，有一万多家银行倒闭或被兼并，金融体系几乎崩溃。当时主流思想认为金融危机的原因在于混业经营。为保护存款人利益，稳定金融秩序，美国国会通过的《格拉斯——斯蒂格尔法》和《银行法》规定：银行不得经营股票和包销公司债券，金融资本与产业资本分离，商业银行与投资银行（证券公司）经理不能兼职等。这些法律措施被形象地称为“斯蒂格尔防火墙”，从而有效地控制了商业银行与投资银行（证券公司）之间的混业问题。

然而对金融机构实行严格的分业经营体制，强调银行运营的安全性，是以限制竞争和牺牲效率为代价的。近 20 年来，在融资证券化与国际金融一体化浪潮冲击下，美国银行业的经营情况日益恶化，靠传统的业务已经难以生存，大约有 1 000 家银行被迫倒闭。主要原因之一就是业务过于单一化。30 年代大萧条时期的法律已不适应 80 年代~90 年代金