

— 经 —

经济法专题研究书系 —

JINRONGFA

REDIAN WENTI YANJIU

金融法 热点问题研究

卢劲松 著

知识产权出版社

D922. 280. 4/14

2008

经

经济法专题研究书系

JINRONGFA

REDIAN WENTI YANJIU

金融法 热点问题研究

卢劲松 著

知识产权出版社

内容提要

本书紧紧把握当前金融业改革、开放和发展的时代脉搏,针对银行法、证券法、保险法、票据法、外汇法、担保法等金融法律在立法、理论研究和金融业务实践中一些重点、热点问题,进行理论与实证分析,不求面面俱到,但求深入透彻。

本书是作者长期从事金融法律理论与实务工作的成果,最大特点是结合金融一线实践,结合多年金融法律研究和金融实务工作的经验,对金融法律在金融业务实践中如何理解、适用,对其在适用中所暴露出的一些缺陷和不足之处进行探讨,并提出应对之策和对法律进行完善的途径与方法。本书所研究的内容,完全符合科学研究与生产紧密结合、科研为生产服务的指导思想,具有较好的学术价值和现实意义。

责任编辑:石红华

图书在版编目(CIP)数据

金融法热点问题研究/卢劲松著. —北京:知识产权出版社, 2008. 4

ISBN 978 - 7 - 80247 - 021 - 7

I. 金… II. 卢… III. 金融法—研究—中国
IV. D922. 280. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 008015 号

金融法热点问题研究

卢劲松 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.cnipr.com>

发行电话: 010 - 82000893 82000860 转 8101

责任编辑: 010 - 82000860 转 8130

印 刷: 北京富生印刷厂

开 本: 880mm × 1230mm 1/16

版 次: 2008 年 6 月第 1 版

字 数: 295 千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010 - 82000860 - 8325

责任编辑: shihonghua@sina.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 10.5

印 次: 2008 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 25.00 元

ISBN 978 - 7 - 80247 - 021 - 7/D · 583

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

第一编 商业银行法热点问题研究

第一章 国有商业银行公司治理结构研究	3
第一节 国有商业银行公司治理结构概述	3
第二节 我国国有商业银行公司治理结构的缺陷及其完善	8
第三节 国有商业银行的股份制改造与公开上市	23
第二章 国有商业银行不良资产管理研究	33
第一节 国有商业银行不良资产管理概述	33
第二节 国有商业银行不良资产管理的主要手段及其局限	37
第三节 积极探索国有商业银行不良资产处置的新途径	42
第三章 国家助学贷款制度研究	49
第一节 国家助学贷款制度概述	49
第二节 国家助学贷款的主体及其权利义务关系	56
第三节 国外助学贷款的经验与借鉴	63
第四节 加强我国国家助学贷款的法律制度建设	71
第四章 一些特殊银行业务中的法律风险及其控制	84
第一节 委托贷款业务的法律风险及控制	84

第二节	个人汽车消费贷款保险中的法律风险及其控制	86
第三节	银行催收信用卡透支款的法律风险及控制	89
第四节	存单挂失的法律风险及其控制	92
第五节	银行办理储蓄存款继承时的法律风险及其控制	99
第五章	银行在票据业务中的相关法律问题	103
第一节	票据法概述	104
第二节	票据法在金融实践中的主要问题及其解决办法	107
第三节	银行在票据业务中的主要法律风险及其控制	114

第二编 保险法热点问题研究

第六章	责任保险制度研究	125
第一节	责任保险制度概述	125
第二节	社会公众责任保险制度	130
第七章	保险资金运用监管法律制度研究	139
第一节	保险资金运用监管制度概述	139
第二节	国外的保险资金运用监管法律制度及其评价	140
第三节	我国保险资金运用监管的法律制度及其完善	146

第三编 证券法热点问题研究

第八章	证券市场操纵行为及其法律规制	155
第一节	证券市场操纵行为概述	156
第二节	我国证券操纵行为之法律规制现状	158
第三节	证券操纵行为的法律规制的缺陷及其对策	161
第九章	上市公司并购法律问题研究	170

第一节	上市公司并购概述·····	170
第二节	上市公司并购中所面临的主要法律问题·····	175
第三节	上市公司并购的法律规制·····	179
第十章	证券纠纷集团诉讼制度研究·····	193
第一节	我国的代表人诉讼制度及其在证券纠纷案件 适用中的局限性·····	194
第二节	美国的集团诉讼制度及其在证券纠纷案件运用中 的成功经验·····	198
第三节	完善我国证券纠纷集团诉讼制度的构想·····	202

第四编 担保法热点问题研究

第十一章	担保法律制度研究·····	211
第一节	担保法概述·····	211
第二节	物权法对抵押权制度的完善及其对银行业务 的影响·····	221
第三节	几种特殊形式的担保及其法律问题·····	229
第十二章	经营权担保的法律问题研究·····	241
第一节	经营权质押概述·····	241
第二节	公路收费权质押的特点及其法律分析·····	247

第五编 金融法其他热点问题研究

第十三章	金融控股公司监管的法律问题研究·····	255
第一节	金融控股公司的法律界定及潜在风险·····	256
第二节	国外发达国家和地区对金融控股公司的 法律监管·····	262

第三节	我国金融控股公司的法律监管·····	267
第十四章	金融机构协助执行问题研究·····	275
第一节	金融机构协助执行概述·····	275
第二节	金融机构协助执行的法律依据·····	277
第三节	金融机构协助执行中的相关法律问题·····	283
第十五章	WTO 规则下的中国外汇法制建设 ·····	291
第一节	我国外汇法制的历史沿革·····	291
第二节	WTO 规则与我国外汇法制的缺陷 ·····	297
第三节	遵循 WTO 规则，有步骤地完善我国外汇 法律制度·····	309
附件一	·····	320
附件二	·····	323
参考文献	·····	324
后记	·····	329

第一编

商业银行法热点问题研究

第一章 国有商业银行公司 治理结构研究

第一节 国有商业银行公司治理结构概述

商业银行作为各种市场活动中最重要的金融中介，其经营质量的好坏不但影响自身的生存和发展，而且关系到广大储户的利益和社会稳定，特别是在缺乏存款保险制度的情况下，一家银行的挤兑或破产，可能导致整个银行体系的崩溃，进而引发严重的金融危机。因此，商业银行需要一个健全的治理结构以保证其稳健经营和发展。在我国，国有商业银行的资产总额在中国金融资产中的比重较大，商业银行治理结构的改革是银行体制改革的核心内容，而国有商业银行的改革在中国整个金融体制甚至经济体制改革中扮演着举足轻重的角色，因此，国有商业银行改革要取得真正的成功，治理结构的构建无疑是最关键和最具战略地位的环节。本章在广泛参阅国内外研究成果的基础上，重点分析国有商业银行公司治理结构模式存在的一些主要问题，重点从有效性上分析国有商业银行治理结构存在的缺陷并提出针对性建议。基本思路是：理论分析—缺陷分析—提出针对性建议。首先，分析商业银行在治理结构上遵循公司治理结构的一般原则，分析商业银行治理结构的本质及内容，并对英美治理模式和德日治理模式的有效性进行比较。其次，分析我国国有商业银行公司治理的现状及其所存在的诸如所有者缺位，内部人控制问题，缺乏有效的制衡、激励和约束机制，信息披露机制不健全及缺乏足够的外部竞争环境等问题。再次，在了解我国国有商业银行治理结构现状的基础上，提出一些有针对性的建议和完善

措施，试图探索出一条可行的国有商业银行治理结构构建的路径，以推进我国商业银行体制改革的深化。

一、商业银行公司治理结构的含义

对公司治理结构的定义，当今各国较有影响的经济学家从不同角度提出了不同的看法，目前理论界尚未形成一个统一的认识。本书认为，公司治理结构是指一组联结并规范公司的各个参与者相互之间权力和利益关系的制度安排。这种制度安排的目的，在于通过一定的治理结构，使得公司的股东、董事会、经理层和其他利益相关者的权利得到有效制衡，公司的利益得到持续保护，从而使公司的剩余索取权与剩余控制权相匹配。

随着股份公司的出现，资本的所有权和控制权出现分离，经理人员没有对企业资本的所有权，就不应该掌握企业的剩余索取权，否则就会出现内部人控制问题，从而产生巨大的代理成本。为降低代理成本，现代公司在实践中也逐步构建了比较完善的公司内部治理机构（它包括所有者对于经营者的一套较为有效的激励、控制、监督和约束机制等）。同时，外部约束机制即市场机制（如经理市场、股票市场等）也最大限度地把代理成本限制在一定范围内，这样既维护了所有者的利益，又保证了公司的活力与绩效。[●] 商业银行与其他公司一样，以利润最大化为目标，这就意味着商业银行的治理结构应遵循公司治理结构的一般原则。但是商业银行资本金比较低，无论是股东还是经理都有较大的投资冲动，因而需要对银行经理的行为进行有效的监督和监管，减少过度投机行为。另外，银行作为经营货币的企业，其经营质量的好坏不但影响自身的生存与发展，而且关系到广大社会公众的利益，甚至还会关系到国家的经济安全与稳定。因此，商业银行需要一个健全的公司治理结构，即要有一个完善的权利制衡机制，保证经营决策的正确性，保证内控

● 闻德锋：“金融控股公司及其在我国的立法制度构想”，载《金融论坛》2004年第8期，第18页。

制度的有效实施，保证将懂理论、通业务、善管理、会经营的优秀人才选派到管理岗位，并通过有效的激励机制充分发挥其积极性，使其将自身的利益同银行的长远发展结合起来，最终保护存款人的利益，这样才能保证商业银行的稳健经营和发展。

商业银行治理结构本质上是一整套制度安排，用以支配在银行中有重大利害关系的主体——所有者（股东）、董事会、高级经营管理层之间的关系。银行治理结构包括：①在既定的产权配置下，商业银行内部治理机构应设置出一套有效的权力制衡机制，并以此有效地评价和监督银行的董事会和经营者。②设计出有效的激励和约束机制，并以此激励和约束代理人的行为。一般而言，良好的银行公司治理结构能够产生充分的绩效，整合这些不同主体的意志和行为，降低制度成本，使他们在治理结构中共享制度绩效，并实现所有者利益最大化的目标。国有商业银行中的所有者即国家并不实际参与银行运作，国家与经营者之间形成一种委托代理关系，这种委托代理关系是维系商业银行治理结构中各利益主体的纽带，而委托代理关系中存在着约束和激励的内在作用力量，通过适当的组织设定和惩罚条款来分权制衡代理人的行为，通过激励机制诱使代理人为了实现自身的利益而进行自我约束，使之符合委托者目标。因此，国有商业银行治理结构的根本目的是降低委托代理成本，保持相关利益主体的利益均衡和促使国有商业银行尽可能地提高运行效率。

二、英美模式和德日模式治理结构的有效性比较

在现代商业银行的经营管理中，法人治理结构也日益被重视，很多国家都积极采取措施以完善其商业银行的治理结构。从全球范围来看，银行的治理结构有两种典型的模式。一种是以英国和美国为代表的以市场为导向的金融体制下的银行公司治理模式；另一种是以德国和日本为代表的以银行为导向的金融体制下的银行公司治理模式。这两种治理结构在不同的国家、不同的环境下均发挥了重要作用，促进了各自国家经济的快速发展，很难简单地评价孰优孰

劣。随着经济全球化进程的进一步加强,这两种治理模式开始出现相互融合的趋势,这对我国正在进行中的银行治理结构改革具有重要的借鉴和参考价值。近年来,随着我国国有商业银行股份制改造与上市工作的稳步推进,其公司治理结构虽然从形式上进行了一些改革,但治理结构只是围绕公司的架构层面上进行,在治理的有效性上存在很大的缺陷。

由于两种模式是在不同的历史、政治、文化背景下产生的,因而在很多方面存在差异,主要表现在:英国和美国的股市比较发达,企业资产结构中股市的地位非常重要,因而英美法系的公司治理更多地依赖于公司外部市场的力量,更强调股市的流动性。公司通常拥有众多的小投资者,但小股东们对经理层的影响力较弱。这种模式比较强调保护少数股东的权益,要求公司有完善而透明的信息披露机制,严厉打击内部人交易、操纵市场的行为。以日本和德国为代表的大陆法系国家的公司治理结构则由于企业资本主要来自于占据支配地位的银行和财团,因而更多地依靠债务约束和强有力的内部监督机制即经营者的“团队精神”以及法人股东对公司的控制力,投资者(主要是银行)持有大比例的股份,这些股东可直接参与银行经营管理并对经理实施直接监督。两种典型的公司治理结构模式的比较见表1。

表1 两种典型公司治理结构模式比较

模式 特征	市场导向 (以美国和英国为代表)	银行导向 (以德国和日本为代表)
治理目标	股东财富的最大化	注重保护各股东、银行内部员工的权益,同时强调社会责任
股权结构	多元化	相对单一

续表

模式 特征	市场导向 (以美国和英国为代表)	银行导向 (以德国和日本为代表)
委托代理问题的 解决方式	内部治理：高级管理人员的收入和福利待遇与银行绩效挂钩。激励报酬机制完全市场化 外部治理：有透明的信息披露机制、信用评级机构	内部治理：股东进入董事会并可直接参与银行经营管理和监督 外部治理：与美英相似，但在治理机制上处于从属地位
制衡机制	设立董事会，不设监事会	强有力的董事会，强调内外审计，并设监事会

由此可见，英美模式和德日模式是在不同的法律制度环境及对金融管制上的差异等因素下分别形成的，可以说是各有特点，其与本国的文化传统、法律体系和金融结构相适应。从国际经济界的动向看，在 20 世纪 80 年代，国际经济界对德日治理结构模式比较推崇，认为这种银行和企业集团控股方式有利于鼓励企业着眼于长远利益；而英美是以股市为主的资本市场则更容易导致经理层由于关注短期的市场压力而采取短期行为，可能为了眼前的投资回报损害企业的长远利益。20 世纪 90 年代以来，随着美国经济逐渐占了优势地位，于是认为美国治理结构模式更优越的观点渐渐占了上风，其重要的看法是英美体制更强调保护投资者，股市发育比较完善，能够有效地推动企业之间的重组，从而推动经济快速发展。

客观地说，上述两种治理结构在不同国家、不同的环境下均发挥了相当重要的作用，都促进了经济的快速发展。从全球范围看，国家之间的经济竞争往往表现为企业之间的竞争，而企业之间的竞争往往表现为治理结构之间的竞争。如果说在经济全球化程度不高的条件下，英美模式和德日模式可以并行存在并各自发挥效果的话，那么，随着经济全球化进程的加速，两种模式不断互动、不断融合，主要表现为这两种模式开始各自吸收对方的优点，以进一步

提高治理结构的有效性。具体来说,英美模式中,机构投资者开始成为主导性的投资者,并且更为积极地参与公司事务,监督公司管理层。同时,德日模式中来自外部的监督在逐步增强,养老基金、共同基金等机构投资者在稳步增长,交叉持股虽然不会迅速减少,但信息披露在不断增强;特别是20世纪90年代初日本和德国的经济衰退,促使人们反思交叉持股等治理结构的弱点,着力弥补德日模式的关键性缺陷——缺乏可竞争性,许多大型公司也开始公开上市,小股东也开始要求更多的权利。英美模式和德日模式的相互融合趋势,促使我们进一步探讨当前经济界所共同承认的有效的治理结构的基本特征,以作为我们分析国有商业银行治理结构有效性时的参考。但同时我们又不能简单地照搬照抄他国经验,而需要根据我国的实际情况,对两种模式中反映的客观经济规律,符合经济发展方向的部分进行兼容并蓄,进行不断探索,逐步建立起符合我国实际情况的银行公司治理模式。

第二节 我国国有商业银行公司治理结构的缺陷及其完善

一、国有商业银行公司治理的现状及存在的问题

(一) 传统产业政策下国有银行对银行体系的垄断

我国的中国工商银行、中国农业银行、中国银行、中国建设银行四大国有商业银行,到1984年均宣告成立或恢复,至1985年底,以人民银行为中央银行,四大专业银行行使专业银行职能的银行体系基本建立。在不到20年时间,随着中国经济的快速发展,四大国有商业银行在资产规模上纷纷跻身于世界超大银行之列。^①而通过股份制改造与上市,在过去两年内已经分别上市的三大国有

^① 朱峰、朱磊:“我国国有商业银行公司治理结构改革研究”,载《华东经济管理》2003年第8期。

商业银行（中国建设银行、中国银行和中国工商银行），现在的市值均排在全球的前七名，[●] 工商银行的总市值曾一度排至世界超大银行之首。

表 2 我国四大银行 2002 年股改前在全球前 1000 位银行排名

名称	一级资本 排名	一级资本 (百万元)	资产规模 (百万元)	税前利润 (百万元)	资本利润 (%)	真实利润 增长率 (%)
中国工商银行	10	23 107	524 235	740	3.2	19.5
中国银行	11	22 085	406 150	1 319	6.7	62.6
中国农业银行	23	15 971	262 570	36	0.2	
中国建设银行	28	14 217	334 061	627	4.4	-37.7

在 SCP（结构—行为—绩效）分析范式下，企业的行为与绩效取决于市场结构。因而，高度垄断的金融体系必然会导致商业银行治理结构产生偏差，进而导致其绩效的低下。我国四大国有商业银行在银行体系中占绝对优势，国家资本以国有独资的形式垄断了绝大部分银行资源。由于国家资本在经济生活中双重职能的存在，国有银行作为政府的金融工具，承担了太多的非商业性职能，从而造成了银行体系集中了国家信用风险、财政风险、企业风险等各种风险，使国有商业银行在高度垄断金融资源的同时还垄断了风险；同时，拥有庞大的跨地区分支机构网络的国有独资银行又进一步阻碍了新兴银行数量的增长，使其很难真正融入银行体系。

（二）国有商业银行在治理结构上存在的缺陷

1. 所有者缺位与内部人控制问题

企业的产权结构决定企业的治理结构。我国国有商业银行的产权主体是一元化的，出资者是国家，可以说股权结构单一表明产权是清晰的，但由于国家并不能实际参与银行的运作，“国有”实际上不过是抽象的制度假定，最多是法律意义上的所有，最终导致国

● 《21 世纪经济报道》：“中国银行业：颠覆全球行业排名”，2007 年 4 月 28 日。

有商业银行的所有者“虚位”，即所有者缺位。其实，国有商业银行的所有权是支离破碎的，财政部、中国人民银行、审计署和中央金融工作委员会等都能代表国家行使一定的股东权利，但财政部享受收益而没有人权，金融工作委员会有人权却无收益权，而人民银行则左右商业银行的日常业务。这种多头管理存在诸多弊端，其直接后果是各利益关系人均从自身利益最大化的角度出发行使各自权力，导致国有商业银行资产大量流失，所有者目标无法实现。

在国有独资的单一产权结构下，由于国有金融资产的所有者缺位，加上激励机制不健全，使经理层容易出现内部人控制问题。这主要表现为经营层决定商业银行的发展、经营和分配等重大决策，出现个人独断专行的现象；经营行为短期化，过度扩张信贷规模；过分强调在职消费以及工资、奖金等收入的过快增长，侵蚀利润；不注重信贷资产管理，不足额提取呆坏账准备金，导致银行资产质量差，抵御风险能力差；等等。在这种情况下，很难使商业银行的经营目标与国家作为所有者的目标达到一致。

近年来我国国有商业银行公司治理结构虽然从形式上进行了一些改革，但治理结构只是围绕公司的架构上进行，在公司治理的有效性上存在很大的缺陷。入世保护期在 2006 年 12 月 11 日满后，外资银行办理人民币业务已不再有地域和客户的限制，这将从根本上打破国有商业银行的垄断地位。面对外资银行的强力挑战，国有商业银行必须提高竞争力，而建立现代商业银行治理结构是提高国有商业银行竞争力的必然选择。

2. 内部制衡与外部监管机制缺失

从内部控制方面看，四大国有商业银行缺乏有效制衡机制，虽然从 2000 年 8 月起国务院分别向四大商业银行派驻了监事会，但监事会只行使对国有资产和银行不良资产的监督职能，并未真正行使公司法中的监事会职能，从而从总体上看仍然是高度集权的管理体制，还远未建立起独立、科学、高效的决策机制。从外部制衡机制上看，四大银行面临的是多头监管，比如财政部主要是从出资人的角度对国有商业银行的财务状况、税收情况、费用情况进行审查