

第3卷

银行法律与业务

主编 李金泽

- ◎专家点评
- ◎业务指导
- ◎解难答疑
- ◎案例解析
- ◎热点问题
- ◎法规速递



中信出版社
CITIC PUBLISHING HOUSE

银行法律与业务

主编 李金泽



中信出版社
CITIC PUBLISHING HOUSE

http://www.citicph.com
E-mail: zhongxin@citicph.com
citicph@vip.sina.com

图书在版编目 (CIP) 数据

银行法律与业务.第3卷/李金泽编.—北京:中信出版社,2006.1

ISBN 7-5086-0505-5

I.银… II.李… III.银行法-基本知识-中国 IV.D922.281

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 131245 号

银行法律与业务 (第3卷)

李金泽 编著

银行法律与业务 (第3卷)

YINHANG FALÜ YU YEWU (3)

编 者: 李金泽

责任编辑: 张 芳

出版发行: 中信出版社 (北京市朝阳区东外大街亮马河南路 14 号塔园外交办公大楼 邮编 100600)

经 销 者: 中信联合发行有限责任公司

承 印 者: 廊坊市长虹印刷有限公司

开 本: 787mm×1092mm 1/16 印 张: 11.75 字 数: 220 千字

版 次: 2006 年 1 月第 1 版 印 次: 2006 年 1 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-5086-0505-5/D·215

定 价: 29.80 元

版权所有·侵权必究

凡购本社图书, 如有缺页、倒页、脱页, 由发行公司负责退换。

<http://www.publish.citic.com>

E-mail:sales@citicpub.com

author@citicpub.com

服务热线: 010-85322521

010-85322522

目
录

专家点评

- 1 金融资产证券化法制的尝试：突破与局限性并存
——评《信贷资产证券化试点管理办法》 戴玉果 李金泽
- 7 混业经营有突破 跨行业监管亟待加强
——评《商业银行设立基金管理公司试点管理办法》 殷国丰
- 11 规范银行外部营销 保护消费者合法权益
——评《商业银行外部营销业务指导意见》 刘 楠
- 15 银行控制融资风险：必须规范国有土地使用权抵押
有关手续
——评《最高人民法院关于审理涉及国有土地
使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》 尹 恒
- 19 规范冻结账户法律手续 防范各方当事人执法风险
——评《最高人民法院关于证券监督管理机构申请人民
法院冻结资金账户、证券账户的若干规定》 刘泽华
- 21 强化抵债资产管理 防范资产流失和金融风险
——评《银行抵债资产管理办法》 刘 楠

业务指导

- 24 银行防范存单挂失风险的注意事项
- 28 银行接受各种收费权质押面临的主要问题及对策
- 31 银行代理保险五大风险提示
- 34 银行应如何把握《国际备用证惯例 1998》的适用范围
- 35 银行“有奖促销”防范违反竞争法规风险的注意事项
- 38 开证银行防范信用证修改的风险应注意的问题
- 40 发放汽车消费贷款的主要风险点及其对策

解 难 答 疑

- 42 对无法偿还的、不能强制执行的个人住房按揭贷款，
银行应该采取的对策 刘泽华 董建军
- 45 银行贷款接受保证时，对保证期间需注意的问题 刘 楠
- 47 银行作为债权人应如何行使代位权 王 智
- 49 银行在维护债权过程中发生诉讼时效
丧失时的补救措施 王 智
- 51 票据签章存在瑕疵的法律责任的认定 尹 恒
- 53 银行接受公司为股东担保是否存在
“担保无效”的法律风险 刘 楠

案 例 解 析

- 55 银行与客户谁该承担银行卡资金被盗的损失责任 李沅璋
- 58 商业银行信用保险融资并非“绝对保险”
——一起信保融资纠纷引发的启示 李金泽

热 点 问 题

- 62 我国商业银行业务审批面临的若干法律问题 李金泽

法 规 速 递

- 全国人大及其常委会
- 73 中华人民共和国刑法修正案（五）
- 75 全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定
- 中国银行业监督管理委员会
- 78 银行开展小企业贷款业务指导意见
- 82 商业银行外部营销业务指导意见
- 85 关于对中资银行衍生产品交易业务进行风险提示的通知
- 87 关于加大防范操作风险工作力度的通知
- 90 关于在华外资银行从事保险公司股票资产托管
业务市场准入程序的公告

	中国人民银行（含国家外汇管理局）	
91	关于完善人民币汇率形成机制改革的公告	
92	资产支持证券在银行间债券市场的登记、托管、 交易和结算等有关事项的公告	
93	资产支持证券信息披露规则	
96	短期融资券承销规程	
102	短期融资券管理办法	
107	全国银行间债券市场债券远期交易管理规定	
110	全国银行间债券市场金融债券发行管理办法	
116	信贷资产证券化试点管理办法	
125	中国人民银行 银监会关于加快落实国家助学 贷款新政策有关事宜的通知	
127	商业银行设立基金管理公司试点管理办法	
130	国际开发机构人民币债券发行管理暂行办法	
133	国家外汇管理局关于印发 《国家外汇管理局行政许可项目表》的通知	
135	国家外汇管理局关于扩大境外投资 外汇管理改革试点有关问题的通知	
136	国家外汇管理局关于现阶段完善出口预收货款和 转口贸易收汇管理有关问题的通知	
139	国家外汇管理局关于印发修订后的《金融机构大额和 可疑外汇资金交易报告管理办法》报表的通知	
144	国家外汇管理局关于境内居民个人境外投资登记及 外资并购外汇登记有关问题的通知	
146	国家外汇管理局关于外汇担保项下 人民币贷款有关问题的补充通知	
149	国家外汇管理局关于调整经常项目外汇账户 限额管理办法的通知	
150	国家外汇管理局关于境外上市外汇管理有关问题的通知	
	最高人民法院	
152	最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权 合同纠纷案件适用法律问题的解释	
156	最高人民法院关于金融资产管理公司收购、 处置银行不良资产有关问题的补充通知	

157	最高人民法院	关于证券监督管理机构申请人民法院冻结资金账户、证券账户的若干规定	法释〔2004〕12号
	其他部委		
159	上市公司与投资者关系工作指引	中国证监会	证监发〔2005〕41号
163	上市公司回购社会公众股份管理办法（试行）	中国证监会	证监发〔2005〕51号
168	银行抵债资产管理办法	银监会	银监发〔2005〕55号
175	信贷资产证券化试点会计处理规定	财政部	财会〔2006〕6号
180	关于上市公司股权分置改革试点有关问题的通知	国务院	国办发〔2005〕178号

金融资产证券化法制的尝试：突破与局限性并存

——评《信贷资产证券化试点管理办法》

李金泽

导读：中国人民银行、中国银行业监督管理委员会于2005年4月20日联合发布了《信贷资产证券化试点管理办法》（以下简称《试点办法》）。《试点办法》是适应规范信贷资产证券化试点工作、保护投资人及相关当事人的合法权益、提高信贷资产流动性、丰富证券品种等需要而出台的。《试点办法》共分9章，61个条文，对信贷资产证券化的基本当事人和遵循的原则、信贷资产证券化发起机构与特定目的信托、特定目的信托受托机构、贷款服务机构、资金保管机构、资产支持证券发行与交易、信息披露、资产支持证券持有人权利及其行使等问题作了规范。《试点办法》对于我国资产证券化法制的完善有着非常重要的现实意义，当然，它也有其局限性。

一、《试点办法》出台的背景

信贷资产证券化就是以证券形式出售信贷资产的结构性融资活动。资产证券化法制问题近年来得到了我国各界的关注，一些准资产证券化或者所谓的证券化案例在不同领域出现。中国工商银行宁波分行2004年尝试的准证券化案例可谓信贷资产准证券化的典型案例。《信贷资产证券化试点管理办法》（以下简称《试点办法》）在证券化结构、基本规则的确立等方面都在不同程度上考虑了该案例的经验。当然，我国台湾地区“金融资产证券化条例”中有关特殊目的信托运作证券化的制度建设，则对中国人民银行、中国银行业监督管理委员会推出《信贷资产证券化试点管理办法》的规则设计有着很大的借鉴意义。

虽然在《试点办法》出台以前社会各界对证券化法制建设问题作了很多有益的探讨,对证券化面临的现实法制障碍也给予了深层次的分析,并且提出了许多证券化法制完善的立法方案和具体建议。《试点办法》以其务实的立法形式大大加快了我国证券化法制建设的步伐,克服了证券化法制建设中的诸多难题。这对于促进中国证券化法制的进一步完善,信贷资产证券化对我国金融市场的发展、稳定和繁荣有着极为重要的现实意义。

二、《试点办法》的重大突破点

《试点办法》在我国金融规章建设史上可谓突破点甚多。尽管证券化法制建设已经为社会各界期待很久,但是其迅速并且以新颖的面目出台,则是令人瞩目的。《试点办法》的突破或者创新主要表现在以下几方面:

1. 《试点办法》的出台表明了监管当局对资产证券化的重视和力推。它是资产证券化法制发展的里程碑,为未来资产证券化法制的完善奠定了基础。《试点办法》的出台使得信贷资产证券化明确得到了监管机构的认可,而且其具体规则充分借鉴了境内外证券化法制建设的经验和教训,许多规则和机制都体现了国际上资产证券化实践的一般惯例,为我国证券化法制的合理创造了条件。

2. 《试点办法》的“试点”特性反映了监管当局推出具有复杂技术特点的金融工具和产品的审慎态度,这在国内金融领域的规章建设方面可以说是一个较大的创新。尤其是针对比较重大的金融产品或者工具所设计的比较系统的监管规章,仅仅限于一两个试点银行适用,这在金融领域规范性文件的创制上可以说是一个较大的创举。这种“试点”可能基于资产证券化本身的技术含量高、证券化产品走向市场的社会影响广泛、资产证券化的背景性法制残缺,而且诸多疑难的法律问题缺乏制度规范等特点。

3. 选择了特定目的信托的形式来运作资产证券化。《试点办法》明确规定了资产证券化试点的形式,即资产支持证券由特定目的信托受托机构发行,资产支持证券代表特定目的信托的信托受益权份额。这种选择是一种相对理性的选择,因为与特定目的信托证券化并行的基本证券化形式——特定目的公司证券化在我国还缺乏很多的配套制度,诸多权威的法制,尤其是《公司法》并不支持,反而成为特定目的公司设立的重要障碍。同样,《商业银行法》也不支持商业银行发起特定目的公司,即使国务院特别批准也有明显的局限性。相反,特定目的信托运作资产证券化则有法律不禁止的明显优点。《试点办法》出台以前,一些准证券化的案例的成功尝试,都是基于特定目的信托不需要克服太多的权威法律的障碍。

4. 重视规范特定目的信托运作证券化结构中各当事人之间权责关系,有助于防范个别当事人的操作风险以及内部利益冲突问题。《试点办法》首先确立了证券化结构中不同基本当事人的角色:

(1) 特定目的信托受托机构（以下简称受托机构）。它是因承诺信托而负责管理特定目的信托财产，并发行资产支持证券的机构，由依法设立的信托投资公司或中国银监会批准的其他机构担任。

(2) 信托财产资金保管机构。《试点办法》规定受托机构必须委托商业银行或其他专业机构担任信托财产资金保管机构，依照信托合同约定分别委托其他有业务资格的机构履行贷款服务、交易管理等其他受托职责，同时，《试点办法》还进一步要求“信贷资产证券化发起机构和贷款服务机构不得担任同一交易的资金保管机构”。

(3) 贷款服务机构。是接受受托机构委托，负责管理贷款的机构，它可以是信贷资产证券化发起机构；其次，规范了各不同主体的基本权责，如第17条要求受托机构依照信托合同约定履行职责，并列举了主要职责；第23条则规定了贷款服务机构依照服务合同约定，管理作为信托财产的信贷资产，履行相应职责，并强调了“贷款服务机构应有专门的业务部门，对作为信托财产的信贷资产单独设账，单独管理”；第29条规范了资金保管机构的基本职责。

5. 突出了对投资者利益保护机制的规范。《试点办法》投资者利益保护问题给予了高度关注，这也反映了监管机构对资产证券化核心问题的准确把握。从《试点办法》的内容来看，投资者保护机制的建设主要反映在以下几个方面：

(1) 限定投资者的范围，确立成熟投资者准入机制。《试点办法》规定，只在全国银行间债券市场上发行和交易，投资者都是风险识别、管理和承受能力较强的机构投资者，这在一定程度上有助于减少投资者投资的盲目性。

(2) 强调资产支持证券的风险提示。《试点办法》对资产支持证券的风险的提示提出了要求，即“受托机构应在发行说明书的显著位置提示投资机构：资产支持证券仅代表特定目的信托受益权的相应份额，不是信贷资产证券化发起机构、特定目的信托受托机构或任何其他机构的负债，投资机构的追索权仅限于信托财产。”

(3) 强化信息披露的重要性，确保投资者对风险认识，并促成投资者对有关责任机构的监督。《试点办法》设了专门的第7章规范信息披露问题，规范了受托机构以及为其服务的机构的相关义务，办法规定“受托机构应保证信息披露真实、准确、完整、及时，不得有虚假记载、误导性陈述和重大遗漏。”接受受托机构委托为证券化交易提供服务的机构应按照相关法律文件约定，向受托机构提供有关信息报告，并保证所提供信息真实、准确、完整、及时。

(4) 结合投资者风险偏好划分证券类别，既满足不同投资者的需求，也便于投资者根据其特点来控制风险。

(5) 规范投资者的权利及其行使方式,构建投资者监督机制。《试点办法》设立专章第8章“资产支持证券持有人权利及其行使”规范资产支持证券持有人的权利,尤其是对于涉及投资者重大权益的事项,要求通过全体证券持有人会议来决议。如《试点办法》第53条规定:下列事项应当通过召开资产支持证券持有人大会审议决定,信托合同如已有明确约定,从其约定:更换特定目的信托受托机构;信托合同约定的其他事项。为了防止少数持有人对持有人大会的控制,《试点办法》设计了相应的约束机制:召开资产支持证券持有人大会,召集人应当至少提前30日公告资产支持证券持有人大会的召开时间、地点、会议形式、审议事项、议事程序和表决方式等事项;资产支持证券持有人大会不得就未经公告的事项进行表决;资产支持证券持有人依照信托合同约定享有表决权,资产支持证券持有人可以委托代理人出席资产支持证券持有人大会,并行使表决权;资产支持证券持有人大会决定的事项,应当报中国人民银行备案,并予以公告。

(6) 通过规范受托机构、资金保管人、贷款服务机构以及相关的中介机构的权利义务,以促成这些机构认真履行其职责,降低操作风险,有效维护投资者合法权益。

6. 《试点办法》看到了资产支持证券化是一项系统工程,对于相关监管部门职责的明确以及监管的主动性和规范性问题给予了充分关注。《试点办法》既规范了基本监管主体——中国人民银行、中国银行业监督管理委员会的基本职责,即中国人民银行依照《中华人民共和国中国人民银行法》,依法监督管理资产支持证券在全国银行间债券市场上的发行与交易活动;中国银行业监督管理委员会依照《中华人民共和国银行业监督管理法》,依法监督管理有关机构的信贷资产证券化业务活动。针对信贷资产证券化必然涉及会计、税收、投资等多方面的配套政策和配套管理问题,《试点办法》的出台过程中已经充分考虑了该问题,并组建了包括人民银行、发改委、财政部、劳动保障部、建设部、税务总局、国务院法制办、银监会、证监会、保监会10部门负责人的信贷资产证券化业务试点工作协调小组,小组由国务院直接领导,负责具体组织和协调信贷资产证券化的试点工作。

三、《试点办法》的局限性

尽管《试点办法》对于我国证券化法制的发展有着非常重要的意义,但是其局限性也是非常显明的,具体表现在:

1. 《试点办法》的效力层次太低。《试点办法》仅仅是一个由中国人民银行和中国银行业监督管理委员会出台的一个规章,而且规章的所谓“试点性”更加突出了制度设计的不稳定性,立法权威性不高。

2. 《试点办法》的试点性决定了其适用范围上的局限性。在试点阶段,暂时只有国家开发银行和中国建设银行,这两家银行可以按照《试点办法》,

申请开展信贷资产证券化。这种仅仅限于两家银行证券化的试点安排，与市场法制的普遍性和平等性原则有一定的不协调。

3. 《试点办法》规范的证券化成果——资产支持证券仅仅限于在银行间债券市场上发行和交易，有着明显的局限性。《试点办法》第3条第2款明确规定“资产支持证券在全国银行间债券市场上发行和交易”。这种安排有以下局限性：

(1) 限定了银行信贷资产信贷风险的证券化后的承受主体仍然是银行间债券市场上的投资主体，不利于信贷风险的在金融市场上的真正化解。

(2) 限定在银行间债券市场交易和发行，不利于投资者对于信贷资产支持证券的真实风险和结构的把握，甚至易于引导投资者误认为资产支持证券就是银行发行的债券。尽管《试点办法》要求受托机构披露提示该类证券风险投资的特殊性，但是市场中其他类似产品风险的普遍性，不利于投资者把握资产支持证券的风险本质。

(3) 在银行间债券市场交易规则的适用方面也难免无法反映资产支持证券的特质。《试点办法》规定，资产支持证券在全国银行间债券市场登记、托管、交易、结算应按照《全国银行间债券市场债券交易管理办法》等有关规定执行。很显然，《全国银行间债券市场债券交易管理办法》主要反映了债券交易的一般规律和特定，而没有考虑资产支持证券的特殊性质。

(4) 专业化证券机构参与机会少，这将制约资产支持证券进入大证券市场。正如一些证券机构的人员提出，该《试点办法》最大的特点就是，以前市场预期有证券业机构可能会参与资产证券化，但是现在看来，基本是由银行系统包办了，就是承销可能会有证券类机构参与。这种局限性一方面不利于资产支持证券的真正证券化运作，另一方面也不利于证券化运作风险的专业化控制。

4. 贷款赎回或置换机制在一定程度上冲击了资产证券化的通行惯例——破产隔离。《试点办法》第13条在规定发起机构与受托机构签订信托合同的基本内容时，要求必须载明“本办法第14条规定的赎回或置换条款”。而第14条则明确指出：“在信托合同有效期内，受托机构若发现作为信托财产的信贷资产在入库起算日不符合信托合同约定的范围、种类、标准和状况，应当要求发起机构赎回或置换。”这反映了监管当局对银行隐瞒性转移出售高风险贷款的顾虑，在一定程度上有助于对投资者进行保护。但是，这种赎回不利于破产隔离机制的建设，也不利于我国资产证券化的真正市场化和国际化发展。实际上，资产证券化作为银行信贷风险的化解机制之一，并不应该排除高风险信贷资产作为证券化的标的。而银行出售高风险信贷资产可能给投资者带来风险的问题，不是靠简单地排除来防范，而是通过良好的、健全的信息披露机制，由投资者的市场化选择机制来控制 and 排除。

5. 对信托财产收益及其投资的控制,反映了证券化结构中非市场因素的一面,不利于提升证券化市场的自主性。《试点办法》第30条规定,在向投资机构支付信托财产收益的间隔期内,资金保管机构只能按照合同约定的方式和受托机构指令,将信托财产收益投资于流动性好、变现能力强的国债、政策性金融债及中国人民银行允许投资的其他金融产品。这种安排虽然有助于信托财产收益投资风险的控制,但是不利于投资收益的最大化,尤其是报批程序大大妨碍了投资的效率。

6. 《试点办法》因其效力层次的局限,无法促成适应资产证券化效率对基本法律规则相应发展的需要。在信贷资产证券化的运作中,涉及诸多普通民事权利义务的变化问题,如信贷资产中主债权人的变更,相应的从债权应该如何变更,方能确保其法律效力?尤其是住房抵押贷款的证券化中涉及的住房抵押登记问题应该如何解决?大规模证券化结构中债权人的变更,如何才能不影响债务人履行债务的法律效果?另外,资产证券化中各种税、费成本很高,相关费用的豁免也无法解决,例如在税费的减免问题上,信贷资产支持证券化包含了转移资产的印花税、契税及营业税,以及不动产、不动产抵押权、应登记之动产及各项担保物权之变更登记有关费用等减免问题,这都不是《试点办法》所能解决的。另外,《试点办法》第12条“发起机构应在全国性媒体上发布公告,将通过设立特定目的信托转让信贷资产的事项,告知相关权利人”的规定能否产生预期的法律后果也是不确定的,因为该条规定影响了民事主体的普通民事权利义务,可能超越了监管机构的权限,司法机关可能会挑战其合法性。

混业经营有突破 跨行业监管亟待加强

——评《商业银行设立基金管理公司试点管理办法》

殷国丰

导读：2005年2月20日中国人民银行、中国银监会、中国证监会联合发布了《商业银行设立基金管理公司试点管理办法》（以下简称《管理办法》），该文件分为5章，共29条。《管理办法》重点就申请审批的程序、风险控制以及监督管理作了规范。《管理办法》在风险控制问题上，主要针对商业银行作为基金管理公司的股东有可能带来的一系列关联交易、跨市场风险等问题进行了规范，特别是对银行业务与基金业务之间的隔离机制作出了具体规定。

一、《管理办法》出台的意义

借着《国务院关于推进资本市场改革开放和稳定发展的若干意见》（国发〔2004〕3号）出台一年的东风，《商业银行设立基金管理公司试点管理办法》（以下简称《管理办法》）终于在2005年2月20日由三大金融监管部门——中国人民银行、中国银监会、中国证监会联合发布。这份为商业银行期盼已久的《管理办法》虽然只有短短的29条，意义却十分深远。正如以上三部委在该文件新闻发布会上所阐释的，商业银行设立基金管理公司，有利于促进资本市场长期稳定健康发展；有利于提高直接融资比重，促进直接融资与间接融资协调发展；有利于稳步推进商业银行改革，保持金融整体稳定，优化资源配置。

结合三部委所阐释的意义，联系近年来国内外金融业发展的实际，可以知道《管理办法》出台的背景：

（1）促进资本市场健康发展之需。长期以来，我国资本市场发展慢、企业融资过度依赖于银行贷款问题突出。允许商业银行设立基金管理公司发展基金业务，有助于相当一部分资金由储蓄形式通过基金转化为直接融资，使资本

市场得到更加充分的资金支持,增强资本市场机构投资者力量,促进资本市场规模的扩大和发展空间的拓展。

(2) 适应金融业混业经营潮流之需。从目前事态的发展和发达国家金融体系所走过的道路来看,国际金融业混业发展趋势明显,我国金融体系未来也有可能走上相同道路,允许商业银行设立基金公司适应潮流、发展混业经营的一个明确信号。

(3) 提高商业银行盈利能力和竞争能力之需。国有商业银行盈利渠道较为单一、竞争能力较低、对外资银行全面开放金融业等压力迫使监管当局尽快采取措施促进其发展。设立基金公司显然可以拓宽商业银行的中间业务领域,改善其资产负债结构,提高其盈利能力和竞争能力。

(4) 基金业本身发展之需。从国际经验和我国基金业6年来的发展实践看,没有商业银行的积极参与,单独的基金公司由于在资金、客户、产品创新和业务开展等方面的劣势,很难在日渐激烈的竞争中生存。由商业银行发起设立基金公司必将充分调动商业银行的积极性,推动基金业发展。

二、《管理办法》的主要内容

《管理办法》包括“总则”、“申请审批程序”、“风险控制”、“监督管理”以及“附则”,共计5章29条。一是规定了商业银行设立基金管理公司的审批程序;二是规定了银行业务与基金业务之间的风险隔离;三是规定了基金管理公司实际运行时监管部门之间的分工与协调。

(1) 在申请审批程序上,申请设立投资基金管理公司的商业银行,应按照银监会的有关规定报送材料,在试点期间应同时抄报人民银行。银监会从商业银行总体风险监管的角度,审查商业银行投资基金管理公司的资格,并依法出具监管意见。经银监会出具同意投资基金管理公司监管意见的商业银行,应按照《证券投资基金管理公司管理办法》等有关法律法规,向证监会报送申请设立基金管理公司的有关材料,证监会依法进行审批。商业银行申请设立基金管理公司的有关材料在试点期间应同时抄报人民银行。

(2) 在风险防范方面,《管理办法》主要针对商业银行作为基金管理公司的股东有可能带来的一系列关联交易、跨市场风险等问题进行规范,特别是对银行业务与基金业务之间的隔离机制作出了具体规定。如商业银行应当严格按照“法人分业”的原则,与其出资设立的基金管理公司之间建立有效的风险隔离制度,报银监会备案。商业银行仅以出资额对所设立的基金管理公司承担有限责任,并通过基金管理公司的股东会依法行使股东权利,不得越过股东会、董事会干预公司的经营管理。商业银行设立的基金管理公司的工作人员必须与商业银行脱离工资和劳动合同关系,不得相互兼职。商业银行设立的基金管理公司所管理的基金资产不得用于购买其股东发行和承销期内承销的有价证券。商业银行为基金管理公司管理的基金提供融资支持,应按照国家有关规定

执行。商业银行不得担任其设立的基金管理公司所管理的基金的托管人。商业银行可以代理销售其设立的基金管理公司发行的基金，但在代销基金时，不得歧视其他代销基金。商业银行与其设立的基金管理公司在银行间债券市场上不得以优于非关联第三方同类交易的条件进行交易。

(3) 在监管方面，人民银行、银监会、证监会通过监管协调，对商业银行设立基金管理公司进行分工监管。由银监会负责试点银行的并表监管，由证监会负责基金管理公司的监管，所募集和管理的基金在银行间市场运作由人民银行依法进行监管。同时，人民银行、银监会和证监会将共同做好试点工作的监测和组织协调工作。

《管理办法》鼓励商业银行采取股权多元化方式设立基金管理公司，商业银行收购基金管理公司参照该办法执行。人民银行、银监会和证监会共同选定试点银行，并根据试点情况和市场发展需要，共同商定试点工作安排。试点初期，商业银行设立的基金管理公司既可以募集和管理货币市场基金和债券型基金，投资固定收益类证券，也可募集和管理其他类型的基金。

三、《管理办法》的特点及其局限性

1. 特点。《管理办法》重点突出，特点鲜明。

(1) 适时性。《管理办法》紧随国务院《关于推进资本市场改革开放和稳定发展的若干意见》的出台而登场，适应了我国资本市场发展、金融业混业经营、基金业和商业银行改革发展等的需要，对我国金融业的发展可谓是一场“及时雨”，对其成长壮大必将起到积极的促进作用。

(2) 谨慎性。这表现在两个方面：一方面，为防范商业银行设立基金管理公司可能带来的跨市场风险，《管理办法》突出强调了风险防范，建立了有效的风险隔离机制。全文关于风险控制的条款达10条，占整个办法的1/3，从公司治理、人员管理、资产投资、基金销售和关联交易等方面严格规范了设立基金管理公司的商业银行和基金公司的行为，银监会和证监会还将依据《管理办法》制定详细的关联交易实施细则，可谓面面俱到，详细备至。另一方面，明确规定商业银行设立基金管理公司工作采取先试点后推广的思路，通过制定试点办法，选择试点银行，积极稳妥地推进商业银行设立基金管理公司的试点工作，及时总结经验，待条件成熟时，再适当扩大范围。非常清楚地表明了监管当局的小心谨慎态度。

(3) 创新性。这也体现在两个方面：一方面体现在监管的创新性。《管理办法》在总则中明确规定：人民银行会同银监会和证监会负责商业银行设立基金管理公司的综合协调工作。在分则和附则中就具体事宜又明确了各自的监管权限和协调运作机制，由银监会负责试点银行的并表监管，由证监会负责基金管理公司的监管，由人民银行对募集和管理的基金在银行间市场上的运作进行监管，实现了“混业经营，分业监管”。《管理办法》解决了混业经营下敏

感的监管职能划分的难题，创新了金融监管框架。另一方面体现在对原有法规的突破创新上。《管理办法》规定商业银行设立基金管理公司，既可以直接投资设立，也可以并购设立，即商业银行可以涉足基金业务，是对1999年《证券法》明文规定的分业经营原则的一个突破，这将成为中国金融业混业化进程的一个开端，是一个具有里程碑意义的金融创新之举。

2. 不足之处。《管理办法》还存在某些不足。

(1) 对可能出现的监管真空和监管重叠未作规定。《管理办法》虽然规定了监管协调机制，但在现行分业监管模式下，对于商业银行设立基金管理公司这种交叉性敏感区域来说，监管真空和监管重叠都有可能出现，也许谁都不愿看到，初期银监会和证监会主动进行监管，在多重监管下商业银行意兴阑珊；随着监管摩擦的发生，中后期监管部门你推我搡，监管真空让混业经营的风险无法得到有效控制。虽然这不过是一种不尽如人意的猜测，但历史证明，市场总是喜欢和我们开些恶意的玩笑。在“混业经营，分业监管”的模式下，如何建立更为有效、快捷的疏通机制，这一点在《管理办法》并未提及。

(2) 至于哪一家银行有资格成为首批试点、什么样的银行可以设立基金公司等问题都没有明确的标准，这就只有看主管部门如何来圈定了。由于在市场准入规则上存在不规范、不透明的地方，有可能导致资源紧缺，在机制上诱发寻租现象的产生。《管理办法》也未涉及这一点。因此，《管理办法》也有过于简单的一面。

无论如何，《管理办法》以明确的法律许可和明白的制度规范，宣布中国金融业进入了一个新时代。