

李有星 著

银行风险防治的 法律研究



浙江大學出版社

银行风险防治的法律研究

李有星 著

浙江大學出版社

图书在版编目(CIP)数据

银行风险防治的法律研究 / 李有星著. —杭州: 浙江大学出版社, 2002. 9

ISBN 7-308-03149-7

I. 银... II. 李... III. 银行—风险管理—法律—研究 IV. D912.28

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 072939 号

责任编辑 傅百荣

出版发行 浙江大学出版社

(杭州浙大路 38 号 邮政编码 310027)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

(E-mail: zupress@mail.hz.zj.cn)

排 版 者 浙江大学出版社电脑排版中心

印 刷 杭州杭新印务有限公司

开 本 850mm×1168mm 1/32

印 张 13

字 数 338 千

版 印 次 2002 年 9 月第 1 版 2002 年 9 月第 1 次印刷

印 数 0001—2000

书 号 ISBN 7-308-03149-7/D·150

定 价 25.00 元

自序

多年来,我一直想撰写有关银行风险防治法律方面的专著,但由于水平和时间的限制,一直没有能够付诸实践。1999年,向浙江省哲学社会科学规划办公室申报“银行风险防治的法律研究”课题,得以批准,从此,我便集中精力投入到这一领域的研究与写作。

我之所以想在银行与法律结合的领域写作一点东西,主要是基于几方面原因:一是本人对金融法律的兴趣。二是自己长期来从事金融法及相关课程的教学研究工作,有一定的知识和资料积累,在浙江大学先后执教《金融法》、《票据法》、《国际金融法》、《国际贸易法》、《国际经济法》等课程,进行了《金融法律实务》、《国际经济法》、《经济法》、《票据法》等书的写作实践,先后发表了一些金融法、票据法方面的文章。三是担任多家银行的法律顾问,有机会接触和处理银行实务中的法律问题,积累了一定的实务资料和实践经验。四是1986年就涉足律师实务工作,在办理众多的金融案件中,加深了对金融法律的认识,也积累了一些实务案例。

银行风险防治是永恒的命题,防治的途径和措施有多种多样,但法律防治是任何其他措施所不可替代的。银行风险防治的法律研究,就是着重研究银行设立、营运和退出关系,用法律去规制这些行为,从而有效地防范、控制和化解银行风险。为使银行风险防治研究更为全面,本书从总论篇和分论篇两个层面进行研究。总论篇研究的是银行风险及防治的一般法律问题,即银行风险防治宏观层面上的法律问题,分论篇研究的是微观层面的银行业务中的风险及防治的法律问题。

本书的总论篇对银行风险及法律防治的一般理论进行阐述,在考察银行风险防治的民商法制度和刑法制度后,着重对银行的市场准入风险防治、银行营运风险防治和银行市场退出风险防治的法律

问题进行了探究。法律之所以能够在银行风险防治方面有所作为,其原因在于法律具有调整现存的经济金融关系(含银行金融关系),维护经济金融秩序(银行秩序)的功能;在于法律制度可赋予经济主体有效使用稀缺资源的动机,也赋予经济主体解决利害冲突、确定权利、义务、责任的救济措施和途径;还在于银行风险的可控性。尽管银行业是一个特殊的高风险产业,由于存在宏观的经济形势变化和经济情况的不确定因素而带来风险,但就微观意义上的银行机构而言,毕竟银行的行为是一种商业性经营活动。银行作为储蓄存款的收集者、金融资源的分配者、流动性和支付服务的提供者,不论其从事传统的吸收存款、发放贷款和支付结算等业务,还是从事银行创新的衍生品种业务中,完全可以在现行法律框架内,选择不同的交易对象,实施不同的交易行为,采取可靠的交易担保方式,合理地采取债权保全与处置措施等来防范、控制和化解风险。事实证明,各国银行危机及金融危机的发生,都与该国的金融法律制度的缺陷有关,而危机过后,各国首先采用的是进行大张旗鼓的立法活动,通过运用法律手段防范银行或金融风险,以立法推动金融改革。我认为,银行风险法律防治的核心在于要有较为完善的银行金融法律体系,通过强化立法和修改完善现有的金融法律使银行风险防治有法可依;银行在业务营运中应严格按法律制度办事,做到有法必依。严格按法律规则运作虽不能完全消灭风险,但却是防治风险的好办法。另外,银行业作为特殊的经营货币的企业,天生具有高风险的特点,为有效防治风险,应对银行违法行为进行严厉制裁,对针对银行、利用银行或银行参与的违法犯罪行为予以严惩,从而防范、控制和化解银行风险。

在银行风险的防治的宏观层面上,我认为:第一,银行风险的防治有赖于民商法规范的完善。商业银行作为民商法人主体,其行为受到民商法制度的调整,因此,从基础看,民商法制度对银行风险产生的多与少、大与小,以及防治程度的高与低,有效与无效都有十分密切的关系。银行作为最典型的债权人,如果国家民商法没

有一种有效保护债权人利益的制度,显然,银行的债权风险就无法防治。为保障自身利益,银行最常用的手段就是在业务营运中,设置各种各样的担保,尤其是抵押、质押。但是,如果没有民商法中物权及担保物权的完备和银行种种担保物权的有效设置的规则,同样难以真正防范、控制和化解风险。另外,公司、票据和破产法律制度,则更直接影响到银行业务安全和贷款债权安全。这些年,由于公司、破产法律制度的不完善,银行的债权风险因企业改制、破产等而显得十分巨大。没有法律的改进和完备,仅靠银行自身努力要有效防范和化解类似上述风险是十分困难的。再如票据法律制度设置的是否恰当和合理,也使银行所面临的风险大小不一样。从这个意义上看,民商法规则的如何设定,直接影响或决定着银行风险的程度,以及是否能够真正有效地防范和化解。第二,刑法规范对银行风险有巨大作用。本书在探究民商法对银行风险防治的作用之时,特别注意到了银行风险防治的刑法规范问题。通常,银行犯罪分三类:一是针对银行的犯罪,以银行作为犯罪目标,例如抢劫银行;二是利用银行资源进行犯罪,将银行作为工具或通道实施犯罪;三是银行自身犯罪。任何与银行相联系的犯罪,都会影响或增大银行的总体风险。研究表明,银行的关闭、破产似乎都与银行犯罪有关。因为有犯罪事件发生,存款人和债权人就会对银行失去信心,从而引发存款人非正常提款,进而引发银行挤兑等严重事件,如果银行不能过挤兑关就只有关闭。为使存款人和债权人对银行信用机构有足够的信心,很重要的一点就是要防范、控制和化解银行性犯罪行为。刑法介入银行业的目的,除惩治银行犯罪外,更重要的是让人们不触犯刑律,使银行犯罪风险降到最低。本书在探究与银行相关的犯罪规则的同时,着重就如何防治银行犯罪方面作了有新意的理论探究。第三,强调银行市场准入法律制度对防治银行风险的作用。一国银行市场准入法律制度关系到银行风险发生源。一国的银行市场准入制度越科学、越合理、越严密、越有效,一国银行主体在运作中就越健康,银行自身风险产生系数就可大

大降低。所以,毫无例外地,各国银行监管当局都十分注意银行市场准入法律制度的制定并利用市场准入法律规则进行有效的监管。银行市场准入法律制度涉及银行市场准入的原则,采取什么样的方式让银行设立。在考虑对内资银行的准入条件和外资银行金融机构准入条件差异性的基础上,法律应重点就商业银行的组织形式、商业银行的股东、商业银行的注册资本(即银行资本充足标准)、商业银行内部治理结构、银行高级管理人员以及银行分支机构设立等问题作出有效率的规定。银行监管机关应严格按市场准入的法律规则予以监管。第四,强调银行营运风险防治中的法律作用。银行依法设立后,其风险主要来自经营、营运活动中,为了解决银行业务营运中的风险问题,应在业务营运范围、分业与混业体制以及银行资本充足率、银行内部控制和银行市场约束——信息透明度等方面设定有效的法律规则,使银行自律与金融监管部门的其他律有机结合,防范、控制和化解银行业务营运的风险。第五,强调市场退出法律制度对银行风险防治的作用。完善我国银行市场退出的法律制度是银行风险防治的一种有效法律措施。现代社会都不会轻率地、不负责任地让银行机构退出市场。通常,为保护银行存款人的利益和维护社会金融体系的安全和稳定,国家会对有问题银行进行各种施救。例如,采取存款保险和贷款救助,采取合并、收购重组等方式,让有问题的银行继续生存或平稳退出。我国在市场退出的法律制度建设方面是不够的。我国既没有存款保险法律制度,也无救助制度;商业银行法规定的接管制度也很原则,银行的撤销、解散、关闭、破产等方面都还存在大量的法律问题。银行风险的防治也有赖于这方面法律的完善和有效的施行。

在银行风险的微观防治方面,本书着重就存款业务、贷款业务、票据业务和信用证业务风险防治的法律问题进行探究。第一,有关存款业务风险防治的法律问题。本书就吸收存款环节、存款支付环节、存单、银行印章、凭证管理不当、银行计算机应用引发风险与防治进行分析并提出对策性措施,进而就银行存款挂失的法律

问题、银行存单纠纷的法律问题及银行存款存单纠纷的举证责任等方面作了深入的论述。存款作为银行最传统的业务,仍然存在着许多值得防治的风险。我国的储蓄法律规定在许多方面已经不能适应现行银行业务实践的需要。例如,在银行存款挂失止付方面,法律对存款电子密码等法律地位没有明确规定,存款密码挂失等方面缺乏统一的法律规范。现实生活中,因密码问题而引发的纠纷不断,因密码引起的银行与客户间权利义务的分担缺乏法律界定。在存款代理挂失和代理提前支取方面,储蓄领域现在采用的代理人同时持有自己身份证明和被代理人身份证明方式来推定代理人有代理权的做法,严重违背我国民法委托代理制度,也缺乏科学性。因此,法律有必要对存款代理挂失和提前支取设立明示授权制度。银行在客户代理挂失或代理提前支取存款的情况下,要特别注意对身份证明的核实和对被代理人与代理人间授权委托关系的有效成立的确认。在存单纠纷方面,充分注意存单不同于票据,存单不具备“见票无条件付款”的无因性和“出票行为创设债权”的设权性,存单关系的认定必须坚持存单形式的真实性和存款交付关系的真实性的双真实性原则。充分认识银行存款存单纠纷中银行承担的举证责任,通过准确把握储蓄存款损失赔偿举证责任、一般存单纠纷举证责任和有关存单的借贷纠纷举证责任的法律规则,以最大努力避免银行在存款存单纠纷案件中的损失。第二,有关银行贷款业务风险防治的法律问题。本书对贷款业务风险进行一般分析和提出对策性措施后,着重就贷款业务中保证、抵押和质押中的新法律规则、运用规则的风险及防治等问题作了较深刻的论述。在保证贷款中的风险与防治中,重点阐述了保证人资格、借贷保证期间设定、最高额保证贷款法律风险及防治,以及银行借款人借新还旧业务中的风险及防治。在抵押贷款业务风险防治的重点问题上,分析了关于抵押权登记、借贷抵押权标的物范围、抵押权与其他物权的冲突风险及防治。本人结合自己的理论研究和实践,对上述几个问题作了清晰的论述。在质押贷款风险及法律防治问题上,本

书论述了质物不合格、质物未移交、权利质押未办理登记、记载手续、权利质押背书瑕疵等风险及防治,并就新型权利质押业务——公路收费权质押、退税款收益权质押等业务风险,汇票、本票、支票、债券、存款单、仓单、提单质押风险及防治,股份、股票质押风险及防治等问题作了阐述。这里,我还以亲身经办的实例特别提出了证券登记机构登记规则导致质押权人银行损失风险及防治问题。第三,有关银行票据业务风险防治的法律问题。本书系统分析了银行在票据出票环节、承兑环节、背书环节、付款环节和贴现环节的风险及防治,进而就票据受让的风险防治法律问题、票据付款的银行风险防治的法律问题以及票据伪造背书风险防治的法律问题进行了专题性的研究,提出了有新意的观点和理论。本书还特地安排了浙江省高级人民法院针对有关因代理付款银行与委托收款银行法理之争的判决,此案值得深思。我认为,银行在票据业务中充满风险,银行应有足够的重视,而银行付款是风险的重点。现行票据法律制度,事实上是不承认银行的善意付款,所以银行在付款环节应特别注重利用先进技术装备辨认伪造、变造和瑕疵票据,特别注意印鉴鉴别,谨慎地审查票据背书的连续性,严格依规则审查并支付票款。为防止伪造背书给票据流通带来的风险,我国票据法为保障票据流通的安全性、保障票据权利人的利益,不仅要求票据背书必须记名,不允许空白背书,而且还特别规定,以背书转让的汇票,后手应当对其前手的背书真实性负责。据此,在票据实践中,后手对直接前手的背书真实性负担担保责任的规则,有利于防治伪造背书签章、防止空白背书和单纯交付的出现,并使票据背书形式连续和实质连续,保障付款人的有效付款。但是,我们应当看到,即使是直接的后手也无法达到对前手伪造背书者整个过程的监督,更无有效途径防止其伪造,同时也很难辨别前手的签章是否伪造,在这种情况下,后手为保护自己,最好的办法就是拒绝接收自己无法肯定受让安全的票据,以防范和化解票据风险。例如,银行要防止贴现受让票据的盲目性。第四,银行信用证业务风险防治的法律问

题。本书对银行信用证业务中的欺诈性风险、技术性风险以及假冒信用证、软条款信用证、可转让信用证、伪造单据、预借单据提取信用证项下款项等风险与防治进行了分析,特别就银行议付环节、付款环节、信用证打包贷款的银行风险及防治的法律问题作了系统、深入的论述。最后,对信用证欺诈除外及其止付法律问题进行了论述。信用证以银行信用代替了商业信用,为买卖双方提供了有效、及时、安全的交易保障。但是,银行信用证交易规则存在导致欺诈产生的理论缺陷。银行信用证的独立抽象性原则,单单相符、单据相符的付款原则都使得银行信用证的欺诈者极其获得成功。由于信用证交易只是单据交易,而非单据项下的货物、服务或其他行为,银行在决定是否付款时只是以“单据为惟一依据”,受益人所提交的单据只要表面上和信用证要求相符,即使存在瑕疵和欺诈行为,银行也难以拒绝付款。因此,出口商常常以伪造单据,以伪造劣货或根本无货单据等欺骗手段应付买方,从银行诈取信用证项下的款项。更有甚者是买方与卖方共谋,以虚构贸易的欺骗手段骗取银行开具信用证、骗取银行款项。尽管现在世界大多数国家也确认银行信用证中的欺诈除外规则,法律赋予当事人在有证据表明确实存在信用证欺诈的情况下,可以申请保全措施,保障自己权益,即可以根据“欺诈除外”原则申请信用证止付令。但是,信用证止付是一个十分复杂的法律问题,各国法律对信用证止付令的签发都作严格的限制。通常,法院拒绝对付款信用证、承兑信用证、议付信用证和保兑行已经付款的保兑信用证签发信用证止付令。因此,在银行信用证业务中,要特别注意结算中的欺诈性风险和技术性风险,谨慎开证、核单和付款。

本书的学术贡献和理论创新就在于:全书从银行风险防治法律问题的宏观层面和微观层面进行合理的、严密的结构安排并进行论述,层次分明,重点突出。本书将法学、金融学、经济学相关知识有机结合,从法律角度着重研究法律与银行风险及防治的相互关系,肯定法律对银行风险的防治作用,并对银行市场准入、银行

营运、银行市场退出的风险及防治以及银行核心的业务中核心风险问题作出详细的分析并提出有价值的防治措施。本书从宏观层面和微观的业务层面,对银行风险防治应注重法治化的问题作了充分的论述。本书中所论述的问题既有理论意义又有实践指导意义。大量从银行实践而来问题的理论分析和解决,有利于我们修正和完善金融法律制度,制定更为完善的银行法律。本书研究的问题、研究方法和研究深度上都是有自身独特之处的,诸多问题的提出和解决都为我国银行风险防治理论的完善提供了新成分,本书也为国内银行风险防治的法律研究增添了新成果。

我在完成本书写作时深深地感到,法律对于银行风险的防治作用是巨大的,但不是银行风险防治的全部。实践反复表明,银行金融活动是不甘心于在现行法律框架内运作的,活跃的金融业,尤其是银行业总试图以创新的形态来突破现行法律的约束。中国加入WTO后,中国国内银行所表现的种种行为,如要求介入证券业、要求缩短银行营业时间,要求小额存款收费,收取提前还贷违约金、开展保付支票业务等都表明这一点。因此,银行风险的真正防治还取决于其他方面的共同努力。必须承认,法律的滞后性,决定着法律作用的局限性。由于现实经济与金融的活跃性,法律往往跟不上经济金融实践的发展,在一些创新领域,更缺少法律的有效约束和规范。因此,这些领域风险会大大地高于已有成熟的法律规则调整的金融领域。我们应该更清醒地认识到这一点。

本书历经三年的研究与写作,作为浙江省哲学与社会科学“九五”规划课题“银行风险防治的法律研究”的结题成果。我虽然花了不少心血,对银行风险防治的法律问题作了研究与探讨,但书中仍会有许多不足,甚至是错误,敬请同仁批评指正。

李有星

2002年9月16日



作者简介

李有星，1962年生，浙江缙云人，1986年起主要从事经济法、商法教研工作，现系浙江大学法与经济学研究所副所长、副教授、硕士研究生导师，浙江大学法律顾问室副主任，浙江星建律师事务所副主任、律师。主要著作有：《经济法》、《涉外经济法》、《国际商法》、《票据法》、《公司规范运作法律研究》等15部。发表《论票据禁止背书的理论与实践》、《票据伪造背书的法律问题研究》、《商业银行资本充足性监管法律研究》、《BOT项目贷款风险及防治法律研究》等文章50余篇。承担国家、省部级等各类课题多项。

2009-3

目 录

总 论 篇

第一章 银行风险法律防治导论	1
第一节 银行风险理论.....	1
第二节 银行风险防治与法律制度	13
第三节 银行风险法律防治的立法要求	24
第四节 银行风险法律防治的施行	37
第二章 银行风险防治的民商法问题	48
第一节 民商法制度与银行风险防治	48
第二节 银行与客户关系的民商法调整	56
第三节 民商法对银行风险的影响与作用	63
第四节 完善使银行营运安全的民商法规范	74
第三章 银行风险防治的刑法问题	85
第一节 银行风险与银行犯罪概述	85
第二节 银行风险防治的刑法措施	91
第三节 破坏银行管理秩序的犯罪风险及防治.....	101
第四节 银行性金融诈骗犯罪风险及防治.....	114
第四章 银行风险防治的市场准入法律问题	126
第一节 银行市场准入法律制度与银行风险防治.....	126
第二节 银行市场准入法律制度的一般考察.....	131

第三节	中国商业银行市场准入法律问题·····	136
第四节	外资银行市场准入法律问题·····	147
第五章	银行营运风险防治的法律问题·····	159
第一节	银行营运风险防治法律问题概述·····	159
第二节	银行业务营运范围的法律问题·····	163
第三节	商业银行资本充足率法律问题·····	177
第四节	商业银行内部控制法律问题·····	189
第六章	银行风险防治的市场退出法律问题·····	200
第一节	银行市场退出法与银行风险防治·····	200
第二节	商业银行的救助法律问题·····	205
第三节	商业银行的重组法律问题·····	215
第四节	商业银行的接管与终止法律问题·····	222

分 论 篇

第七章	银行存款业务风险防治的法律问题·····	233
第一节	银行存款业务风险法律防治概述·····	233
第二节	银行存款挂失的法律问题·····	245
第三节	银行存单纠纷的法律问题·····	252
第四节	银行存款存单纠纷的举证责任问题·····	264
第八章	银行贷款业务风险防治的法律问题·····	271
第一节	银行贷款业务风险法律防治概述·····	271
第二节	保证贷款风险防治的法律问题·····	277
第三节	抵押贷款风险防治的法律问题·····	285
第四节	质押贷款风险防治的法律问题·····	298
第九章	银行票据业务风险防治的法律问题·····	312
第一节	票据业务风险法律防治概述·····	312

第二节	票据受让的风险防治法律问题·····	328
第三节	票据付款的银行风险防治法律问题·····	336
第四节	票据伪造背书风险防治的法律问题·····	353
第十章	银行信用证业务风险防治的法律问题·····	362
第一节	银行信用证业务法律制度概述·····	362
第二节	信用证业务的一般风险法律问题·····	366
第三节	银行信用证业务风险防治的法律问题·····	372
第四节	信用证欺诈除外及其止付法律问题·····	382
参考文献	·····	393
后 记	·····	397

* 总 论 篇 *

第一章 银行风险法律防治导论

第一节 银行风险理论

一、银行风险的含义

一般而言,风险是指损失发生的不确定性。银行风险指商业银行的金融风险,是指银行在货币经营和信用活动中,由于事先无法预料的不确定因素的影响,使银行的实际收益与预期收益发生偏离,因而导致银行资金、财产或信誉损失的可能性。“风险”虽不是规则,也不是法律用语,但在金融学上能确切并强烈地起警示作用。研究银行风险,也就是探讨银行经营活动中,各种因素导致银行损失的可能性,从而在法律制度、规则上和实践中去设计防范、控制和化解这种可能性,使损失可能性不成为现实必然性。

银行风险是跟银行业的特殊性相伴的。银行业是以信用为基础,经营货币的特殊行业。而信用本身所包含的许多不确定因素决定了银行业具有内在的不稳定性。在货币经营和信用活动中,由于受各种因素随机变化的影响,银行的实际收益与预期收益很容易

产生背离,甚至使银行资产蒙受损失,产生金融风险。总的来说,现代商业银行经营的业务包括3个部分:第一是资产负债业务,商业银行首先通过负债业务,以债务人的身份吸收和借入资金,组织和筹集资金来源;然后再通过资产业务,以债权人的身份将资金投入各经济部门。商业银行作为货币资本的贷出者与借入者的中介人或代表,实现社会资本的融通,并从吸收资金的成本与发放贷款利息收入、投资收益的差额中,获取收益,形成商业银行利润。在这一资金运动中,商业银行处于中介地位和高负债经营状况,银行随时可能遭受收益与资产损失,甚至面临挤兑、破产的风险。第二是中间业务,即银行不动用自己的资金,凭自身信誉替客户办理收付,进行担保、咨询和其他委托事项,并从中收取手续费的各项业务。具体包括结算业务、信托业务、代理业务、咨询业务和其他中间业务等。由于这部分业务一般不动用自用资金,更具有纯中介性质,相对来说风险较低,但其基础仍是银行的信用,如果发生结算错误、信用证单据审核差错或担保失误等,其损失通常仍将由银行承担。因此,中间业务仍存在着操作风险或经营管理风险。第三是金融衍生业务,即银行通过金融创新,从传统金融业务中衍生的,以规避风险的套期保值和追逐风险利润的投机为内容的新型金融业务,具体包括金融期货、金融期权和金融互换业务等。这一业务因其杠杆性(以小额成本进行巨大的投机交易和买卖)、虚拟性(金融衍生产品往往独立于现实资产运动之外,导致不可预测的变化)和高投机性(暴涨暴跌,产生未预期的巨额收益或巨额损失)成为银行业务中高收益高风险的组成部分。因此,银行业由于其特殊的经营对象和业务内容,发生风险的概率和因风险可能造成损失的数额,都远远高于其他行业。

二、银行风险的常见情形

(一)银行的一般风险

1. 信用风险。信用风险主要指银行的贷款债权因交易对象