



# 银行法律实务

YINGHANG FALU SHIWU

编著 / 刘军 樊爱华 吴斌 梁文永 何益群



法律出版社

楼宇按揭业务的法律问题  
汽车按揭业务的法律问题  
信贷、储蓄业务的法律问题  
贷款担保的法律问题  
票据业务的法律问题  
投资银行业务的法律问题  
电子化银行的法律问题  
存单融资纠纷中的法律问题  
依法治行与商业银行法律顾问制度



# 银行法律实务

YINGHANG FALU SHIWU

顾问/张志伟 凌世顺

编著/刘 军 樊爱华 吴 斌 梁文永 何益群



法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

银行法律实务/刘军等编著. —北京:法律出版社,  
1999.6

ISBN 7-5036-2839-1

I. 银… II. 刘… III. 银行法-研究-中国  
IV. D922.234

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 18887 号

---

出版·发行/法律出版社      经销/新华书店  
责任印制/李跃              责任校对/何萍  
印刷/北京朝阳北苑印刷厂  
开本/850×1168 毫米 1/32 印张/10 字数/210 千

---

版本/1999 年 6 月第 1 版 1999 年 6 月第 1 次印刷  
印数/0,001—5,000

---

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)  
电话/63266794 63266883(发行部) 63266796(总编室)  
出版声明/版权所有,侵权必究。

---

书号:ISBN 7-5036-2839-1/D·2550  
定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

## 序

1993年12月,国务院发布了《关于金融体制改革的决定》,确定了我国金融体制改革的目标之一是要建立以国有商业银行为主体的商业银行组织体系,明确了我国专业银行的商业化改革方向。1995年5月10日,八届全国人大常委会第十三次会议通过了《中华人民共和国商业银行法》,以立法的形式确认了我国金融体制改革的成果和银行体制改革的目标取向,将商业银行的效益性、安全性和流动性经营原则写进了法律。自此,我国专业银行开始向国有商业银行全面转轨,各国有银行在保障安全性的前提下,努力追求效益的最大化。

在此背景下,随着金融体制改革的进一步深化,国有商业银行逐步放弃了传统计划经济体制下的经营观念,按照现代商业银行运作的基本要求,自担风险,自负盈亏。因此,各国有商业银行遵循市场经济客观规律的要求,努力探求市场经济条件下银行自身经营风险的防范。而国际上接二连三的金融风暴给我国金融业尤其是银行业的启示是相当深刻的,影响是十分深远的。如此看来,如何防范和化解金融领域的经营风险,确保银行业的安全、稳健运作,这不仅是我国银行业,而且也是国际金融界面临的重大课题。

无疑,在众多防范和化解银行业经营风险的手段当中,法律手段的独特作用和效果,是不容忽视的。这不仅为国际金融领域的实践所确认,而且也为我国银行业的探索所证实。近几年来,我国各国有银行都十分重视法律在银行经营中的重要作用,纷纷加大了银行法规工作的力度,力求按照法律的内在要求,规范管理、稳健经营,在社会上树立了良好形象。

建设银行广州市分行作为一家地处改革开放前沿阵地的大型国有银行,在向商业银行转轨的过程中,提出并坚持了依法治行的经营方针,在实践中收到了明显成效。从1995年开始,建设银行广州市分行即逐渐把银行法规工作摆到了银行经营工作的一个重要位置,并逐渐增设了机构,充实了人员。到目前为止,已组建了一支包括计算机、财经等专业人员在内的近50人的法规工作队伍。这支年轻的法规队伍,在完成全行所有日常法律服务和管理工作的基础上,注重调查研究,积极探索银行业务中的法律问题,尤其重视银行新业务中法律问题的探讨和研究。近几年来,他们在工作之余,结合自己实际工作中的体会,撰写了50多篇论文、调研报告等,出版了《银行风险的法律防范》(中国经济出版社1997年10月第一版)一书,举办了全国首届楼宇按揭法律问题研讨会和'98广州金融风险法律防范研讨会,对我国银行业中的法律问题和运用法律手段防范金融风险进行了比较深入的探讨,取得了较好的效果。前者“成为楼宇按揭市场走向法制化、规范化的一种信号”,<sup>①</sup>后者为金融业经营决策者重视运用法律手段防范和化解金融风险提供了较为重要

<sup>①</sup> 引自1998年6月28日《人民日报》(华南新闻)的报道。

的理论依据。

在调研和研讨的基础上,刘军等几位银行法规工作者利用业余时间,撰写了《银行法律实务》这本书,对当前我国商业银行中的主要业务和新兴银行业务中的最新法律问题进行了分析、探讨,并提出了相应的对策,特别是对银行法律顾问工作的方法论问题,也作了可资借鉴的有益探索,可喜可贺。

建设银行广州市分行这群年轻的法规工作者在繁忙的工作之余,仍致力于艰辛、枯燥的理论探讨,看似寻常,实为不易,他们并将自己的心得体会编著成书,供法规工作者和金融工作者学习、借鉴,甚为有益。我衷心地希望本书的出版对于当前防范和化解金融风险、维护金融秩序的安全与稳定,促进我国金融业的可持续健康发展有所贡献。

有感于斯,我乐意为之作序。

张志清

一九九九年五月

## 目 录

<b>第一章 楼宇按揭业务的法律问题</b> .....	1
第一节 楼宇按揭业务与按揭法学 .....	1
第二节 楼宇按揭借款人主体资格的确认 .....	15
第三节 保险业介入楼宇按揭市场的法律研究 .....	22
第四节 楼宇按揭中银行风险的法律防范和救济 机制 .....	37
第五节 香港律师行在楼宇按揭业务中的作用及其对 内地的借鉴与启示 .....	53
<b>第二章 汽车按揭业务的法律问题</b> .....	61
第一节 汽车按揭概述 .....	61
第二节 汽车按揭的基本法律关系 .....	64
第三节 汽车按揭的风险防范 .....	74
第四节 汽车按揭中银行权益的法律救济 .....	78
<b>第三章 信贷、储蓄业务的法律问题</b> .....	83
第一节 借款合同法律问题 .....	83

第二节	当前信贷业务中存在的问题及借款合同 纠纷的法律处理 .....	89
第三节	建立商业银行信贷风险法律防范的 内外部机制 .....	95
第四节	储蓄合同及其纠纷的处理 .....	104
第五节	探寻法律与储蓄业务风险防范的结合点 .....	114
<b>第四章</b>	<b>贷款担保的法律问题 .....</b>	<b>121</b>
第一节	权益质押的法律思考 .....	121
第二节	房地产抵押登记操作中存在的问 题及对策 .....	127
第三节	房地产抵押贷款中的几个问题 .....	138
第四节	银行在房地产抵押贷款中的风险以 及防范、补救措施 .....	144
<b>第五章</b>	<b>票据业务的法律问题 .....</b>	<b>151</b>
第一节	票据的法律特征 .....	151
第二节	票据丧失的权利补救 .....	153
第三节	票据纠纷的形式及处理 .....	166
第四节	公示催告与银行业务 .....	176
<b>第六章</b>	<b>投资银行业务的法律问题 .....</b>	<b>185</b>
第一节	投资银行业务的法律特征 .....	185
第二节	按揭证券化的法律分析 .....	192
第三节	企业并购的法律问题与投资银行业务 .....	199



第四节	企业改制过程中银行债权的风险防范·····	205
<b>第七章</b>	<b>电子化银行的法律问题</b> ·····	214
第一节	电子化银行的法律研究·····	214
第二节	电话银行风险法律防范探讨·····	222
第三节	银行业计算机 2000 年问题中的法律问题·····	226
<b>第八章</b>	<b>存单融资纠纷中的法律问题</b> ·····	232
第一节	存单融资纠纷概述及其法律特征·····	232
第二节	人民法院对存单融资纠纷案件的审理·····	238
第三节	银行处理存单融资纠纷的诉讼策略·····	241
第四节	银行在办理利用存单进行犯罪案件中的 对策·····	244
<b>第九章</b>	<b>依法治行与商业银行法律顾问制度</b> ·····	252
第一节	商业银行依法治行概述·····	252
第二节	商业银行法律顾问制度概论·····	259
第三节	商业银行的法律性文件审查工作·····	278
第四节	商业银行诉讼案件的种类与管理·····	286
第五节	商业银行机构网点撤并工作中应注意 的法律问题·····	299
<b>后 记</b>	·····	309

## 第一章 楼宇按揭业务的法律问题

伴随着住房分配制度货币化改革步伐的推进,商业银行楼宇按揭业务迅速从沿海发展起来,并逐步向内地扩展。但楼宇按揭作为一个新生事物在发展过程中由于缺乏规范和法制理论的指导而存在种种问题。这些问题都会反映到法律上并形成一定的法律问题,因此楼宇按揭市场急待规范化、法制化。按揭市场实践向法律工作者提出了迫切的理论需求,要求我们的法律工作者就楼宇按揭市场问题进行系统的科学的法律研究,并形成按揭市场保驾护航的相应的法律保障体系。同时,为保证和规范楼宇按揭的健康发展,有必要对楼宇按揭市场发展过程中所暴露出来的诸种法律问题进行研究。本章即在此背景下,对楼宇按揭市场的法理学研究及相关法律问题作了初步探讨。

### 第一节 楼宇按揭业务与按揭法学

一、楼宇按揭市场的发展现状提出了创立按揭法学的必要性  
众所周知,房地产业已经成为我国经济发展的新的增长点,

并将由此启动新一轮经济发展周期的到来。去年以来,我国政府陆续推出了包括住房制度在内的多项社会经济改革措施,引起了社会各个层面的广泛关注。与此同时,楼宇按揭业务以前所未有的程度一跃而为社会各界共同关心的热点问题。目前工、农、中、建等各大商业银行已相继出台一系列开展个人住房担保贷款业务的金融服务措施,为促进住房制度改革、活跃住房市场交易提供了充足的金融环境。

住房改革的深化和住房金融业务的不断拓展,楼宇按揭比以往任何时候都更需要规范的市场秩序。如果说按揭市场存在的问题过去只在小范围内给社会带来消极影响,那么不规范的按揭市场行为今天将变成社会、经济改革进程的一大掣肘。

据广东省消费者委员会披露的统计数据,截止今年一季度,作为消费者的购房人投诉事件有增无减,已占了投诉总量的八成以上比重,工程烂尾、货不对板、面积缩水、诈骗楼款及虚假按揭等现象时有发生,在侵犯购房人利益的同时,也给按揭银行埋下了潜在的风险。对银行而言,一向被认为是超低风险度的楼宇按揭业务,如今再也没有人敢对此掉以轻心。

楼宇按揭市场中的不规范操作现象,乃至违法犯罪行为严重影响了市场经济原则在房地产领域的确立,并在一定程度上给社会带来了不稳定因素,迫切需要加以研究和解决。

任何社会问题都可以反映到法律上并形成一定的法律问题,按揭市场也不例外。所有按揭市场问题的产生概莫与此无关:或是立法滞后,法制不健全导致按揭业务实践无法可依,无规可循,从而导致市场秩序的混乱;或是有法不依,有章不循,在违法利益的驱动下,不惜以身试法,恶意侵犯其他按揭相关主体

的合法权益,有意扰乱按揭市场秩序;再者,部分有权部门执法不严,督法不力,也在客观上助长了按揭市场违规行为的产生。总之,解决按揭市场问题,归根到底,必须解决按揭市场的法律问题,必须从法律上研究和探索、引导和规范按揭市场行为的有效措施,建立和健全防范购房人、按揭银行及发展商等各方主体市场风险的法律保全机制和预防系统,真正依法规范操作,保证楼宇按揭市场的安全、平稳和有效运作。

楼宇按揭的市场实践向法律工作者提出了非常迫切的理论需求,要求我们的法学面向社会经济生活、面向未来经济发展、面向市场经济实践,运用法律的专门方法,就楼宇按揭的市场问题进行系统的科学的法律研究,并形成按揭市场保驾护航的相应的法律保障体系。

正是基于这样的考虑,我们在此倡议创立按揭法学。那么,按揭法学是一门什么样的法律学科呢?

## 二、按揭法学——发展中的边缘法学

### (一)按揭(Mortgage)与按揭法(Mortgage law)

按揭(Mortgage)一词,源于香港法域,但香港法律并没有赋予 Mortgage 这个名词以特别的意义。对接揭的定义均见于学理解释,依香港李宗镔法官的观点,“(1)按揭(Mortgage)是属主、业主或归属主将其物业转让予按揭受益人作为还款保证的法律行为效果,经过这样的转让,按揭受益人成为属主、业主或归属主。还款后,按揭受益人将属主权、业主权或归属主权转让

予原按揭人。”<sup>①</sup> 就按揭定义的类似说法是：“根据 1899 年 Santley V. Wilde 一案，简单说，按揭 (Mortgage) 就是转让物业权益保证偿还债务。房地产按揭就是房地产按揭人把其对房地产的业权转让 (convey) 给债权人，以作为偿还债务或履行责任的保证，一旦所保证的债务或责任得到偿还或解除后，债权人应把房地产的一切权益再转让给按揭人。”<sup>②</sup>

1. 从主体上看，可以看出，香港房地产按揭分为两种类型：两方当事人的按揭和三方当事人的按揭。所谓两方当事人的按揭，即只有按揭人和债权人双方当事人，债权人贷款给债务人，债务人把自己的房地产按揭给债权人，债务人本身就是按揭人。可见此种按揭类似我们一般意义上的抵押，所不同的是，我们的抵押权人并未取得债务人的产业。而所谓三方当事人按揭，即债务人、按揭人和债权人三方当事人，债权人贷款给债务人，按揭人把房地产按揭给银行以保证债务人偿还债务，在这种情况下，按揭人就起着担保人的作用，因此按揭契约通常包括担保的内容和条款。这种按揭类似我们的第三人抵押担保情形。

2. 从客体上看，按揭情况下，债权人取得债务人产业作保障。此与抵押 (charge) 不同，抵押是房地产所有者把房地产的某些权益赋予 (vest) 债权人，以作为偿还债务或履行责任的保证，所有者没有把房地产权益转给债权人，在抵押的情况下，债权人取得房地产权益作保证。而按揭是房地产所有者把房地产

---

① 李宗德：《香港房地产法》，商务印书馆 1997 年 5 月第七版第 14 页。

② 李曙峰：《担保与抵押》，三联书店（香港）有限公司 1994 年 6 月香港第二版第 140 页。

或其权益转给债权人,当然该所有者保留赎回权(redemption),在按揭的情况下,债权人取得产业作保障。

3.从内容上看,按揭固为取得一定融资机会而为,但按揭债权人却不仅只是银行;另一方面,按揭也不仅为购置房产而设,也特指拥有房地产的人据以融通资金的一种手段。

国内按揭一词移植于香港,但相比而言,国内房地产市场对按揭一词的使用与香港大不相同,按揭一词已溶入中国法律背景而形成了具有专门的中国法律内涵的中国习惯法认可的法律术语。按国内房地产界与金融界的通俗观点,我们认为国内按揭应包括如下特点:<sup>①</sup>

1.从主体上看,按揭包括购房人、发展商及按揭银行三方主体,按揭关系是购房人、发展商(在二手按揭中为房产之业主,下同)及按揭银行三方法律关系之总称。

2.从客体上看,按揭关系包括三个基础法律关系,即:购房人与发展商之间的买卖合同关系、购房人(借款人)与按揭银行(贷款人)之间的借款合同关系及购房人(抵押人或出质人)与按揭银行(抵押权人或质权人)之间的抵押(或质押)担保法律关系。

3.从内容上看,按揭的目的是为了购置房地产。如设置房地产抵押为融入资金的目的,则不是按揭。实践中有些房地产业主将房产通过按揭方式卖给自己的配偶或兄弟,从而从按揭银

---

<sup>①</sup> 以下未特别申明时,按揭一词均指此意。如交通银行于1992年10月20日即发布《交通银行按揭(楼宇、楼花)贷款办法》及《交通银行购房按揭贷款会计核算规定》二个内部业务规章,使用了规范意义上的“按揭”一词。

行融入资金的作法,我们称之为“假按揭”。

简而言之,国内按揭是指不能或不愿一次性支付房款的购房人将其与发展商之房地产买卖合同项下的所有权益质押予按揭银行,或将其因与发展商之买卖合同而取得的房地产抵押按揭银行,按揭银行将一定数额的款项贷给购房人并以购房人名义将款项交由发展商所有的一种市场行为之总称。可见,按揭必须有银行的介入,并且按揭银行介入的目的是为了促成房地产交易的完成。<sup>①</sup>按揭最大的法律特征在于房地产买卖合同的标的与担保合同的标的物具有同一性。

按揭是一种特定的经济法律现象。按揭关系是几类复杂的法律关系的有机结合,调整按揭关系的法即是按揭法(Mortgage law)。当然国内的按揭法从内涵上与香港有本质的不同。

按揭法的特征可以从如下几个方面考察:

1. 调整对象:每一个独立的法律部门,都有自己特定的调整对象,解决特定的社会矛盾,从而有别于其他的部门法。按揭法的调整对象是按揭关系,是按揭各方主体基于按揭的目的而产生的经济关系。

2. 按揭法在法律体系中的地位:

(1)按揭法是房地产法的分支,按揭是房地产转让的一种方

---

<sup>①</sup> 依香港《房地产转让物业条例》(Conveyancing and Property Ordinance)第二条规定,按揭是指以土地作为抵押金钱或相当于金钱价值的抵押,由此可见,香港法的按揭只是与土地有关的抵押,不包括机器、设备等的抵押。此说与内地习惯法对按揭的一般理解相同,但在内地,民间也有不同理解的例子,如广州市1998年成立了一个叫做“广州市汽车按揭中心”的交易机构,这表明按揭一词内涵不仅在香港,而且在内地也是不断变化的。又参见1998年6月22日《南方都市报》第15版《广州市个人分期付款购车指南》一文对“汽车按揭”的介绍。

式,按揭关系中,购房人与发展商之间的房地产买卖合同关系是其中最基础的关系,反映了按揭关系离开了房地产就无从谈起特征。香港学界有关按揭法的内容,一般均置于房地产法体例之中。<sup>①</sup>

(2)按揭法也是金融法的一个分支,从某个角度来说,按揭也专指一种银行业务,属于一种为房地产提供金融服务的金融产品。<sup>②</sup>

(3)按揭法是房地产法与金融法结合与交叉的分支,是市场经济发展到一定阶段以后出现房地产金融这一专门经济现象在法律上的体现。

### 3. 按揭法的法律渊源:

按揭法的法律渊源是指按揭法律规范借以表现的形式,它主要表现于各国家机关根据其权限范围所制定的各种规范性文件之中,包括:

- ①宪法;
- ②民事法律;
- ③国务院发布的民事法规、决议和命令;
- ④最高人民法院的指导性文件;
- ⑤国务院各委、部、局、署、办发布的命令、指示和规章,其中以中国人民银行制定的规章为主,如中国人民银行 1998 年 5 月

---

<sup>①</sup> 如李宗鐸法官著的《香港房地产法》一书中,将按揭作为该书的一个专章,从而纳入香港房地产法律体系。

<sup>②</sup> 如港人协会编著《香港法律十八讲》,商务印书馆 1997 年第十版第 369 页;该书香港银行法部分有一专节论述按揭法律问题(作者:罗荣生先生),足见香港法律学者亦将按揭内容视为银行法的组成部分。



15日发布的《个人住房贷款管理办法》在目前看来,仍为按揭法律规范之最基本法规;

⑥地方性法规,如广州市人民政府1990年6月6日颁发的《广州市房地产抵押管理办法》、1992年2月1日颁发的《广州市居民购房储蓄与购房抵押贷款试行办法》等;

⑦国家认可的民事习惯。

综上所述,随着按揭这一市场经济现象的产生,按揭法也已同时产生。按揭法的存在,是法律调整按揭关系的结果,具有一定的客观性。

## (二)按揭法学的界定及其研究对象

如前所述,我们认为有必要创立一门按揭法学,专门研究按揭法律问题,所谓按揭法学,我们认为应当是研究按揭法的一门法律科学,是研究关于按揭法律现象的观点、学说及其调整规范的产生、发展和变化规律的科学。

随着社会经济生活的不断发展,社会分工越来越细。社会实践的这一特征产生了相应的理论需求,使科学研究愈来愈走向专门化和精细化。按揭法学的产生也不例外。

毛泽东同志指出:“科学研究的区分,就是根据科学对象所具有的特殊的矛盾性。因此,对于某一现象的领域所特有的某一种矛盾的研究,就构成某一门科学的对象。”<sup>①</sup>按揭法学之所以能成为一门科学,就在于它有特定的研究对象。

这里有必要对作为按揭法研究对象的按揭法律现象作一认识:

<sup>①</sup> 《毛泽东选集》第一卷,人民出版社1968年版,第284页。