

北京市重点建设学科项目系列丛书

Jinrong Falv Zhidu Chuangxin

金融法律制度创新

王亦平 著

本丛书为北京市属高等学校科学技术
与研究生教育创新工程与北京市重点
建设学科民商法学项目建设成果

Jinrong Falv Zhidu Chuangxin

金融法律制度创新

王亦平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

金融法律制度创新 / 王亦平著. —北京: 法律出版社, 2012

(北京市重点建设学科项目系列丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2802 - 6

I. ①金… II. ①王… III. ①金融法—研究—中国
IV. ①D922.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 237203 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/彭 雨

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/7.75 字数/174 千

版本/2012 年 2 月第 1 版

印次/2012 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2802 - 6

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

内 容 简 介

2008 年,由美国“次债”引发的危机重创了全球经济,这其中的重要原因是美国及欧盟各国金融监管当局对金融业监管不力。我国的经济目前亦面临严重困境,这既有国际经济大环境的影响,也有自身经济结构不合理和金融监管体制缺陷的原因。因此,有必要对此次经济危机进行全面、深刻的反思,并推动我国金融体制的进一步改革。从金融领域来讲,主要是金融企业运营机制和金融衍生产品创新及监管的改革。本书通过对我国金融业现状及相关法律制度问题的分析,在银行股权结构、经营机制、信贷及担保风险控制、农村金融机构的改制、金融衍生产品的监管等方面提出了改革建议,对金融法律制度的相关理论和业务实践进行了必要的探讨和研究

序 言

我国现阶段金融法律制度的创新主要体现在两个方面:一是因金融市场化改革而带来的金融企业产权结构和运行机制方面的创新;二是因新型金融产品的推出而带来的金融业务运行规则方面的制度创新。

金融企业制度创新的核心点是金融企业产权结构的调整,这是促使作为经济运行微观主体的金融企业内部利益机制的有效生成和外部利益关系更趋符合市场经济内在法则的前提条件。现代法治国家的逻辑起点是社会契约,这个社会契约不仅反映在国家政治、法律生活层面上,而且也反映在社会经济生活中。以契约为基础的市场经济的前提条件是商品生产和交换主体对相关财产拥有终极的所有权,缺乏这个前提条件,商品生产和创新的动能就会弱化,公平竞争的机制就无法形成,经济发展的战略规划就会成为“水中之月”。在国有资产大量充斥于竞争性行业的情况下,政府不可避免地会充当国有企业的代言人,甚至直接冲向前台,协助国有企业参与市场的竞争,其结果必然导致社会财富的分配不公,非国有经济的活力受到压制,社会整体经济效率低下,权贵资本大行其道。

那么,国有资本退出竞争性行业是否意味着对社会主义公有制经济基础的排斥和否定呢?当然不是。从公民对社会资产利用的效率和财富的实际享有来讲,社会主义公有制的本质,不是国家或者政府所有制,而是全民所有制。从企业的形态讲,全民所有制既可以以

个体经济的形式体现,也可以以合伙制的形式体现,还可以以股份制的形式体现。因为全民所有制只能通过对社会财产具有实际支配效果的“藏富于民”的储备方式才能实现,社会主义公有制的社会优越性最终必须体现在全体国民对社会经济发展成果的公平享有上,做不到这一点,任何天花乱坠的理论都将毫无意义。而社会资本在产权权属上的完全到位,是每一个个体公民公平、实际享有社会经济成果的先决条件。可见,产权改革,是当下竞争性领域国有企业改革的核心问题。对于金融企业来说,尤为如此。国有资本退出金融企业,本质上是切断经营性资本与政府间的利益纽带,是限制政府的不当权力,避免其将国有企业作为谋取政府财政收入甚或少数权力阶层个人私利的工具和载体。

我国金融企业产权现状在运行过程中所产生的弊害越来越多,表现在:第一,基于国有股权的绝对控制地位,企业内部股东之间难以形成有效的制衡;在制衡缺失的情况下,无法建立稳定的治理结构。第二,金融企业经营性资产的运用附加了越来越浓厚的行政化色彩,利率、汇率的市场化改革受到了巨大的牵制,企业的营运效率从综合因素考虑处于下滑趋势。第三,金融企业内部的收入分配严重不公,国有(控股)金融企业高管的薪酬分配方式完全采用了华尔街的模式,阉割了国有企业全民所有的本质。第四,金融企业国有股东的特殊身份和政府背景,在金融企业走向海外市场的国际化过程中,由于无法得到西方国家的身份认同,受到了重重障碍和阻力,付出了巨大的代价。第五,国有资本在金融企业中的绝对权重导致政府不得不对金融业进行过度的管制,其结果是民间金融长期受到压制,中小企业融资日益艰难,地下高利贷市场风起云涌,经济风险越来越大。

金融企业浓厚的国有化色彩是造成金融特权、催生金融垄断、引发金融过度管制、产生业内灰色和黑色收入的主要根源。国有资本

占有的比重越大,经济的市场化程度就越低,审批的项目就越多,监管的难度和权力寻租的空间就越大。按照现代国家清廉政府的理论,政府是不能拥有庞大的经营性资产的,更不能将营利性资产作为获取财政收入的主要来源渠道,否则,社会经济就会被政府完全垄断,公平交易的市场法则将荡然无存。而若国有企业同其他非国有企业一样,只向国家缴纳税收,而不缴红利,国有企业又岂不成了少数人的私有财产?从1993年至2007年,国有企业没有向财政上缴一分钱的红利。2008年以后,政策虽然进行了调整,但变化不大,以财政部提供的数据为例,2010年国有企业赢利19870.6亿元,上缴红利区区440亿元,占比2.2%。其他剩余利润留作企业的发展基金吗?如是,在国企高收入、高福利的语境下,必然导致国企全民性质的彻底改变。因此,国有资本逐步退出竞争性领域,是未来我国市场经济健康发展的必然选择。而在金融企业产权改革和完善内部治理结构过程中,也为规范金融机构主体方面的法律制度的进一步完善提供了广阔的空间。

金融产品创新是金融创新的另一个重要场域。只有市场充分化的条件下,金融产品的创新才会成为可能。金融产品创新的本质,是金融业融资方式和融资安全的变革。在这个过程中,金融监管显得尤为重要。国际金融业的金融创新产品多为金融衍生产品,典型的如资产证券化,这种产品的基本特点是利用资金杠杆的效应,不断挖掘资金的可用潜力。但由此,现代金融产品的结构越来越复杂,牵扯的法律关系主体也越来越多,在金融监管水平和能力未能跟上的情况下,新型金融产品所面临的风险越来越大。2008年美国发生的“次债”危机,即是此种风险的一次大爆发。由此得出的教训是:金融产品的创新应当基于信用创造的基础规模,杠杆效应不可能无限放大;在金融产品创新过程中,必须对其推出后的安全性、效率性、持续性进行全面、严格、详细的论证;作为政府的金融监管机构,必须对相

关产品的性质、运作过程、可能的风险结点进行全面的考察和了解,只有在熟悉其运作模式的情况下,才有条件对其实施有效的监管。而创新性金融产品的使用规则,为金融业务运作法律制度的创新提供了现实的基础和条件。

金融业的制度改革与创新,必然会引发相关主体各方利益的博弈。在这种博弈中,作为改革主导者的政府不可避免地会陷入各种利益的纠结和冲突之中,改革的难点或者阻力来自于体制内部,但是,现有的利益格局不打破,催生效率和公平的金融市场化机制就不可能形成,金融业所面临的风险就会不断集聚增加,其中所蕴涵的巨大经济危机及社会危机就极有可能在未来某一时刻瞬间爆发。因此,以金融企业产权改革为核心的金融创新就成为我们必须面对,且必须拿出有效方案切实加以实施的一项重大工程。

金融企业产权制度的创新与金融产品的创新是相辅相成的。本书在提出我国金融企业产权架构制度改革立法建议的基础上,对我国当前货币政策工具的运用,信贷资金风险的控制,新型担保方式的操作模式,合法民间借贷行为的认定标准,信贷资产证券化金融衍生产品的安全性等法律制度及操作规范等相关问题进行了探讨。当然,由于金融法律体系所涉及的经济学、金融学知识较为艰深,因此,笔者在一些制度性理论的阐述上难免存在不到位、不透彻甚或有争议的问题,在此,也希望学界同人给予批评指教。

王亦平
2011年8月

目 录

序 言	1
-----	---

第一章 我国商业银行产权结构及运行机制的再构造	1
-------------------------	---

一、国有商业银行营运体制现状及制度缺陷	1
二、国有商业银行改制的目标模式选择	11
三、国有商业银行改制面临的难点问题	16
四、国有商业银行过渡阶段运行体制的法律构架	21

第二章 我国货币政策法律制度的完善	37
-------------------	----

一、货币政策法律制度概述	37
二、我国货币政策法律运行机制存在的问题	44
三、完善我国货币政策法律制度的构想	51

第三章 信用合作社体制改革中企业形态的法律调整	59
-------------------------	----

一、我国信用合作社现行运行体制的法律分析	59
二、美国信用合作社的特点及管理体制	69

三、我国信用合作社改制中的企业法律形态的选择	72
四、信用合作社改制中面临的具体法律问题	82

第四章 “农村资金互助社”法律规范缺失分析 94

一、对“农村资金互助社”的效能质疑	94
二、封闭性融资规范难以满足社员的借贷需求	96
三、注册资本无法保证互助社的正常运转	100
四、股权结构和营运方式的规则设计不合理	101

第五章 我国金融业混业经营法律模式的选择 106

一、分业经营与混业经营法律制度概述	106
二、西方国家金融业混业经营现状及法律制度	116
三、我国金融业混业经营面临的法律问题	124
四、我国金融业混业经营的制度构想	128

第六章 我国商业银行贷款风险的法律控制 135

一、国有商业银行不良贷款现状	135
二、国有商业银行不良贷款成因	137
三、国有商业银行贷款风险的法律控制	147

第七章 贷款担保风险防范的法律规制 157

一、浮动抵押贷款的风险控制	157
二、应收账款质押贷款的风险控制	162

三、股票质押贷款的风险控制	166
---------------	-----

第八章 民间借贷法律效力的认定标准 175

一、民间借贷概述	175
二、企业以借款名义为集资行为的性质认定	180
三、对企业之间借款合同效力的分析	183
四、对有组织的民间借贷行为的认定及处理	186

第九章 “以贷还贷”借款合同效力辨析 190

一、“以贷还贷”借款合同效力问题的缘起	190
二、对“以贷还贷”借款合同效力认识上的两种不同观点	192
三、“以贷还贷”的效应分析	196
四、对央行相关批复的质疑	199

第十章 我国商业银行信贷资产证券化法律问题研究 202

一、资产证券化制度概述	202
二、资产证券化的基本交易程序	208
三、我国推行资产证券化面临的法律问题	215
四、商业银行住房抵押贷款证券化	218

第十一章 美国“次债”危机对完善我国信贷资产 证券化制度的启示 225

一、美国“次债”危机发生的缘由	225
-----------------	-----

二、美国“次债”危机发生的原因分析	227
三、我国信贷资产证券化制度的完善	229
后 记	235

第一章 我国商业银行产权结构及运行机制的再构造

国有商业银行(未来应当是指国家股权与非国家股权结构均衡的商业银行)是我国金融业中最为重要的微观运行主体。我国金融业的改革主要有两个方面:一是金融管理体制的改革,二是金融企业内部的改革。而金融企业内部的体制改革则是基础性的改革,金融企业不进行根本性的改革,金融管理体制的改革就不可能收到成效。金融企业中最重要的是商业银行的改革。如果国有商业银行的改革再没有实质性的突破和进展,那么,我国就不可能建立起真正的现代金融制度。国有商业银行改革的核心是内部产权结构和运行机制的重新构架。改革成功的标志不仅仅在于其是否实行了股份制,而是在于其产权改革是否到位。如果产权改革未充分到位,那么就不可能在其内部建立起完善的法人治理结构,就不可能理顺银行与政府之间的关系,就不可能建立起有效的内外部监管机制,商业银行在国民经济中的重大作用就不可能充分发挥。目前,研究国有商业银行改革的主要问题,是要将其产权改革的底线标示出来,将其完善的法人治理结构的外在标准制定出来,将其改革的阶段性和复杂性展示出来,将其过渡性阶段的运行轨迹或基本法律框架勾画出来。

一、国有商业银行营运体制现状及制度缺陷

本章所称的“国有商业银行”,是指国家控股商业银行和地方政

府控股的商业银行。我国的国有商业银行目前分三个层级:第一层级是由中央政府、国家金融投资机构与其他投资主体出资设立的四大国家控股商业银行;第二层级是由中央政府或地方政府牵头组建并控股的全国性股份制商业银行;第三层级是在原城市信用社或农村信用社基础上由地方政府牵头组建并控股的地方性股份制城市商业银行或农村商业银行。囿于国家经济的体制结构和社会经济发展的特定历史环境,各层级的国有商业银行在营运体制上,具有同质的共同特点;在营运的效果上反映出相同的制度缺陷。

(一)国有商业银行营运体制现状

从法律角度讲,国有商业银行营运体制的特点,主要应从产权结构、内部组织机构及其权力和责任的分配、高层管理人员的任免、内在的激励机制和监督约束机制等几个方面进行观察和分析。

1. 国有商业银行的产权结构

国有商业银行的产权结构依其不同层级分为三种情况:一是主要由国家财政和中央金融投资公司出资设立的四大国有商业银行,国家处于绝对控股。二是由地方政府或者国有企业法人控股的全国性股份制商业银行,如交通银行、光大银行、招商银行、深圳发展银行、浦东发展银行、兴业银行、宁波银行等。三是由地方政府、企业法人和自然人共同出资设立(或改建)的地方性股份制商业银行(即城市商业银行和农村商业银行)。在这些地方性商业银行中,即使地方政府所持股份比例较小,但在实际运行中基于特定协议一般也处于控股地位。可以说,我国所有的商业银行在产权结构设计上都倾向于国家、地方政府或者国有企业控制的模式。

2. 国有商业银行的组织机构及权责分配

国有商业银行内部设有股东会、董事会和监事会。董事会除行使自身的法定职权外,也行使部分资产所有者赋予的权利。国有商业银行所属的各级分支机构则通过授权的方式确定自己的职权范

围。国有商业银行的监事会的职权则是对本行的信贷资产质量、资产负债比例、国有资产保值增值等情况以及高级管理人员违反法律、行政法规或者章程的行为和损害银行利益的行为进行监督。而全国性股份制商业银行和区域性股份制商业银行的组织结构则由股东大会、董事会和监事会组成,各组织机构依据《公司法》和《商业银行法》行使自己的职权。

3. 国有商业银行高层管理人员的任免

四大国有商业银行总行的董事长、行长基于股权结构的特点,实际上由国务院银行业监管机构会同中组部进行考察任命;监事会主席由国务院任命,专职监事由监事会管理机构任命。全国性股份制商业银行的董事由股东大会选举产生,董事长、副董事长由董事会选举产生;行长由董事会聘任和解聘;副行长和财务负责人则根据行长的提名,由董事会聘任或解聘。股份制商业银行中由股东代表出任的监事由股东大会选举产生,职工监事由职工代表大会选举产生。由于股份制商业银行实际为中央政府或地方政府所控制,因此,其董事长、监事会主席多由政府代表出任。

4. 国有商业银行的内在激励机制

四大国有商业银行目前在薪酬制度上在形式上实行了市场化,但高管的报酬在管理上并不规范,只与简单的几项财务指标和业绩挂钩。普通职工实行的是岗位工资,工资定额采用报批制度,工资的结构和升降过于僵化,缺少灵活性,由于银行高管与普通员工的收入差距巨大,因此,在银行内部并未形成有效的激励机制。其他股份制商业银行在薪酬制度上与四大国有商业银行相比,较为灵活,高层管理人员乃至中层管理人员和普通员工的工资定额具有一定的市场化色彩,管理人员和普通员工的工资标准可根据社会经济的发展状况和本行的发展水平进行适时的调整;在绩效工资方面能够更好地与银行自身的经营业绩结合起来,这一点在管理人员的奖金报酬上

表现得更为明显。

5. 国有商业银行的监督制约机制

国有商业银行内部的监督职能由国务院派出的监事会履行。监事会由主席一人、监事若干人组成。监事分为专职监事和兼职监事：从有关部门和单位选任的监事多为专职监事；由财政部、中国人民银行、银监会、审计署派出的监事多为兼职监事。监事会根据国务院发布的《国有重点金融机构监事会暂行条例》行使下列职责：(1) 检查国有商业银行贯彻执行国家有关金融、经济的法律、行政法规和规章制度的情况；(2) 检查国有商业银行的财务，查阅其财务会计资料及与其经营管理活动有关的其他资料，验证其财务报告、资金营运报告的真实性和合法性；(3) 检查国有商业银行的经营效益、利润分配、国有资产保值增值、资金营运等情况；(4) 检查国有金融机构的董事、行长(经理)等主要负责人的经营行为，并对其经营管理业绩进行评价，提出奖惩、任免建议。国有商业银行的监事会一般每年对所在银行定期检查两次，并可以根据实际需要不定期地对所在银行进行专项检查。

监事会开展监督检查的方式为：(1) 听取所在银行主要负责人有关财务、资金状况和经营管理情况的汇报，召开有关监督检查事项的会议；(2) 查阅所在银行的财务报告、会计凭证、会计账簿等财务会计资料以及与经营管理活动有关的其他资料；(3) 核查所在行的财务、资金状况，向职工了解情况、听取意见，必要时要求所在行主要负责人作出说明；(4) 向财政、工商、税务、审计、金融监管等有关部门调查了解所在银行的财务状况和经营管理情况。监事会对所在银行进行检查后，应当及时作出检查报告，经监事会成员审核，并征求有关部门意见后，由监事会主席签署，经监事会管理机构报国务院。股份制商业银行则根据《公司法》和《商业银行法》的有关规定，由其股东大会选举产生的监事会对其信贷资产质量、资产负债比例等情况以及

高层管理人员违反法律、行政法规或者章程的行为和损害股东权益的行为进行监督。

对国有商业银行和股份制商业银行的外部监督则由银监会根据《银行业监督管理法》组织实施。

(二) 国有商业银行营运体制缺陷

无论是四大国有商业银行,还是地方政府或者国企法人控股的股份制商业银行,在运行体制上都存在着一系列的制度性缺陷,表现在:

1. 产权结构不合理。

商业银行内部产权制度的合理安排,是提高其经营效益,使其成为真正的市场主体的先决条件。多年来,我国国有商业银行数次改革之所以成效不大,关键在于这种改革只是在浅层次的经营管理上做文章,而没有涉及深层次的产权改革。四大国有商业银行均为国家独资银行,由于其产权关系存在着所有者虚化,产权边界不清和资产权责不明的弊端,因而无法以独立的法人身份走向市场。在现有的产权结构框架下,除最基层的县级支行外,总行、省、市三级银行都是既作为代理者又作为委托者的双重身份出现的,作为代理者,其利用“信息不对称”和不确定的优势,不断地与银行体外的国有股权的代表或上一级委托者在利益分配上讨价还价,甚至采用欺骗手段,通过各种方式来侵蚀国有资产;而作为委托者,则由于不能合理占有剩余索取权,因而,缺乏最大限度增加盈利的动机,不会对其代理者的行为进行积极有效的监督,甚至出现委托者和代理者在某种程度上的“合谋”而偏离或背离终极所有者——全民的利益取向,转而谋求“小集团”的利益。^①另外,政府作为国有商业银行的代表又往往在其经营中给予特殊的关照和庇护,使之在与其他金融机构的竞争中

^① 唐旭等:《金融理论前沿课题》,中国金融出版社1999年版,第276页。