

金融法专题研究

王利军 郝平 李彦军 席逢遥 著

SPECIAL STUDIES
ON FINANCIAL LAW

河北人民出版社

河北省教育厅学术出版基金资助出版

金融法专题研究

王利军 郝 平 李彦军 席逢遥 著

河北人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

金融法专题研究/王利军,郝平,李彦军,席逢遥著.-石家庄:河北人民出版社,2005.11

ISBN 7-202-04073-5

I.金… II.王… III.金融法-研究-中国

IV.D922.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 108989 号

书 名	金融法专题研究
著 者	王利军 郝 平 李彦军 席逢遥
责任编辑	甄 洁
美术编辑	李 欣
责任校对	张三铁
出版发行	河北人民出版社(石家庄市友谊北大街 330 号)
印 刷	石家庄市乡音印刷厂
开 本	850×1168 毫米 1/32
印 张	13.25
字 数	320000
版 次	2005 年 11 月第 1 版 2005 年 11 月第 1 次印刷
印 数	1-1000
书 名	ISBN7-202-04073-5/D·411
定 价	26.00 元
版权所有	翻印必究

内容提要

金融是市场经济的核心。金融法是市场经济法律制度中的一个重要组成部分。尤其是加入 WTO 以后,我国的金融法律制度发生了重大变化,本书选取了金融法中的重要理论问题和实践问题进行了专题研究。

本书共分四个专题:

第一题是“金融法理论重构”。本专题从四个方面进行了论述:首先是金融法的体系。一般而言,金融法律体系由银行法、货币法、证券法、期货法、信托法、保险法、票据法、担保法等不同行业的法律部门组成。随着金融创新的发展,这种法律体系已经不再符合金融法发展的实际情况,金融创新打破了这种人为的隔离。应通过金融法的重构解决金融体制的结构性问题。作者认为:金融法结构可分为三部分,即金融调控法、金融监管法、金融业务法。其次是金融法的地位。作者认为,金融法是公法与私法的融合法,是社会本位法,因此,从总体上说,金融法是经济法中的重要部分,但金融法中也存在着大量的民商法规范。再次是 WTO 与我国的金融法律体系重构。重构我国的金融法律体系是加入 WTO 的必然要求,重构我国的金融法治,应以推动金融服务现代化为根本任务,采用综合性法典式的金融立法新模式。应遵循的原则包括增加透明度原则、国际化原则。最后介绍了金融创新理论、金融共生理论、法经济学等相关理论。

第二题是“金融监管法律制度研究”。本专题从五个方面进行了论述:首先是金融监管法总论。作者指出金融监管的理论基础是金融市场的不完全性。“市场失灵理论”和“信息经济学”的发展为金融监管奠定了理论基础。金融监管法的基本原则包括依法监

管原则、适度监管原则、效率原则、协调原则。其次是 WTO 与金融监管法。论述了目前国际金融监管立法概况及国际金融监管立法的特点。再次是我国金融监管法与 WTO 要求的协调。本部分论述了我国的金融监管法律结构,并指出尽管大部分金融类法律与 WTO 规则不冲突,但与 WTO 对我国金融立法的要求还是有一定的距离。接着对我国商业银行监管法律制度进行了研究。本部分主要从以下方面进行了阐述:我国银行业的市场准入监管法律制度,我国银行经营风险监管法律制度,商业银行内部风险测试模型研究,存款保险法律制度的必要性及法律构建。最后论述了证券监管法律制度。作者指出加入 WTO 后,树立正确的监管理念是我国证券市场健康发展首要条件,我国证券监督管理体制、证券信息披露监管制度、证券法中民事责任制度亟须完善。

第三题是“金融主体法律制度研究”。本专题从五个方面进行了论述:首先对国有商业银行法律制度进行了研究。作者从国有独资商业银行产权改革问题入手,重点对商业银行的治理结构进行了研究。论述了我国国有独资商业银行的公司治理机制的构建与完善。并且分析了我国国有商业银行与分支机构的关系。其次研究了证券交易所的公司化改造法律问题。传统证券交易所的会员制互助性组织形式及治理结构已经不适应迅速变化的市场环境,交易所公司化改造有很多优点,同时也带来一些问题,其中最重要的问题就是对自律监管带来影响,但也可以通过自律制度改良来加以解决。再次是金融控股公司法律制度研究。作者指出在不改变分业经营的情况下,发展金融控股公司,增强我国金融企业的实力,具有十分重要的必要性。多种类型的金融控股公司在我国都存在,我国目前有关金融控股公司的规定立法层次比较低,有些规定不明确,不同的规章有相互矛盾的地方,制定《金融控股公司法》已十分必要。接着对金融资产管理公司法律制度进行了研究。作者指出金融资产管理公司应是一种非银行金融机构,要理

顺金融资产管理公司与国有商业银行、债转股企业的法律关系。应借鉴国外资产管理公司的成功做法,加快不良资产的回收速度,提高公司的运转效率。在实践中,资产管理公司这类新型诉讼面临较多问题,需要法律做出明确的规定,金融资产管理公司的未来走向是发展成投资银行。最后论述了农村合作金融法律制度。作者指出了我国农村信用合作社存在的问题,提出对现有的农村合作金融组织体系进行改革、完善,完善农村金融机构的法律体系和监管体制。

第四题是“金融业务法律制度研究”。本专题从四个方面进行了论述:首先是金融混业经营法律制度研究。我国实行混业经营是国有商业银行改革发展、提高我国金融业国际竞争力、证券市场全面发展、加入 WTO 的需要,具有必然性。作者认为:我国不宜采用直接结合模式和德国式的全能银行模式,发展金融控股公司是我国混业经营的现实选择。其次是资产证券化法律问题研究。本部分对不良资产证券化、住房信贷资产证券化、基础设施证券化及其相关问题进行了分类研究。再次是金融担保法律制度研究。对保证担保,作者主要分析了保证人资格、贷款保证期间与诉讼时效的关系、同一债权既有保证又有物的担保的法律适用、独立保证制度等问题。对抵押担保,主要论述了抵押合同的效力、抵押权实现的条件、抵押权实现的方式、财团抵押法律制度、浮动抵押法律制度。对质押担保,主要论述了动产质押法律问题、权利质押法律问题、质权人的权利和义务,并具体分析了保单质押、股票质押、不动产收益权质押、公益性事业单位收费权质押等法律制度中的热点问题。最后是信用消费法律问题研究。目前我国信用消费发展速度还十分缓慢,原因主要是因为存在制约因素。要想快速发展信用消费,必须加强宏观调控改善信用消费环境,建立和完善个人信用制度,实现信用消费与担保、保险有机结合,以及建立和完善信用消费的法律、政策环境。

目 录

第一题 金融法理论重构

一、金融法的体系	(3)
(一)金融调控法	(4)
(二)金融监管法	(5)
(三)金融业务法	(6)
二、金融法的地位	(6)
(一)金融法是公法与私法的融合法	(6)
(二)金融法是社会本位法	(12)
(三)金融法是经济法	(13)
三、WTO 与我国的金融法律体系重构	(15)
(一)我国金融法治重构的必要性	(15)
(二)关于重构金融法治的建议	(20)
四、金融法相关理论研究	(27)
(一)金融创新理论	(27)
(二)金融共生理论	(30)
(三)法经济学理论	(32)

第二题 金融监管法律制度研究

一、金融监管法总论	(41)
(一)金融监管的理论基础	(41)
(二)金融监管法的基本原则	(45)

二、WTO 与国际金融监管法	(48)
(一)目前国际金融监管立法概况	(48)
(二)目前国际金融监管立法的特点	(50)
三、我国金融监管法与 WTO 要求的协调	(59)
(一)我国的金融监管法律架构	(59)
(二)我国金融监管法与 WTO 要求的协调	(60)
四、我国商业银行监管法律制度研究	(62)
(一)加入 WTO 后中资金融机构面临的挑战	(62)
(二)我国银行业的市场准入监管法律制度研究	(64)
(三)我国银行经营风险监管法律制度研究	(74)
(四)存款保险法律制度研究	(92)
五、证券监管法律制度研究	(96)
(一)WTO 与证券监管理念的转变	(96)
(二)证券监管的适度性分析	(104)
(三)我国证券监督管理体制的完善	(117)
(四)证券法中民事责任制度的完善	(139)

第三题 金融主体法律制度研究

一、国有商业银行法律制度研究	(151)
(一)国有独资商业银行产权改革问题研究	(151)
(二)商业银行治理结构的中外比较	(155)
(三)我国国有商业银行法人治理结构的构建	(161)
(四)国有商业银行与分支机构的关系研究	(188)
二、证券交易所的公司化改造法律问题研究	(195)
(一)传统证券交易所的组织形式及局限性	(196)
(二)证券交易所公司化改造的意义	(198)
(三)证券交易所公司化改造对自律监管的影响	(199)
(四)我国证券交易所的公司化改造	(202)

三、金融控股公司法律制度研究	(206)
(一)金融控股公司的优点分析	(207)
(二)我国金融控股公司的实践发展	(208)
(三)我国金融控股公司立法的必要性	(211)
(四)我国金融控股公司的立法建议	(213)
四、金融资产管理公司法律制度研究	(219)
(一)金融资产管理公司的法律地位	(220)
(二)金融资产管理公司与相关主体的关系	(223)
(三)中外金融资产管理公司的比较与借鉴	(233)
(四)金融资产管理公司的诉讼问题研究	(242)
(五)“债转股”后资产管理公司的股权退出机制	(248)
(六)金融资产管理公司的未来走向	(250)
五、农村合作金融法律制度研究	(255)
(一)农村信用合作社存在的问题	(255)
(二)完善农村信用合作金融机构的组织体系	(257)
(三)完善农村合作金融机构的法律体系	(263)
(四)完善农村合作金融机构的监管体系	(266)
 第四题 金融业务法律制度研究	
一、金融混业经营法律制度研究	(285)
(一)我国金融业实行混业经营的必然性	(286)
(二)我国实行金融混业经营的尝试	(289)
(三)我国金融业混业经营的模式选择	(291)
(四)我国金融业混业经营的法律建构	(300)
二、资产证券化法律问题研究	(302)
(一)资产证券化概述	(302)
(二)银行不良资产证券化法律问题研究	(306)
(三)住房信贷资产证券化法律问题研究	(316)

(四)基础设施项目贷款证券化法律问题研究	(327)
三、金融担保热点法律问题研究	(333)
(一)保证担保热点法律问题研究	(333)
(二)抵押担保热点法律问题研究	(362)
(三)质押担保热点法律问题研究	(374)
四、信用消费法律问题研究	(398)
(一)我国发展信用消费存在的制约因素	(398)
(二)发展信用消费的对策思考	(403)
主要参考书目	(409)
后记	(413)

第一题

金融法理论重构

一、金融法的体系

目前,我们在两种意义上使用金融这一概念。第一,广义金融。认为金融包括货币、银行、资本市场。世界贸易组织的《服务贸易总协定》对金融服务有精确定义:“金融服务是指一成员方金融服务提供者所提供的任何有关在资金融通方面的服务。金融服务提供者是一成员方希望提供或正在提供金融服务的任何自然人和法人,但成员方政府、中央银行、货币发行机构以及由政府所有、控制的主要执行政府的或为政府的意图而活动的其他机构则不包括在内。”^① 金融服务包括所有保险以及与保险有关的服务和所有的银行和其他金融服务,这就是从广义上使用金融。第二,狭义金融。认为金融仅指资本市场的活动。如《新帕尔格雷夫经济学大辞典》认为:“所谓金融市场包括股票、债券、选择权和保险合同等金融证券市场。”^② 这种狭义金融概念在英美法系国家广泛采用。但是,随着金融一体化的发展,更多国家采用广义金融的概念,在国际上也是多采用广义概念,因此,本书也使用广义金融概念。在明确了金融的概念后,我们来分析一下金融法的概念。一般认为,金融法是调整金融关系的各种法律规范的集合。^③ 金融法的渊源极其复杂,包括制定法、判例法、法律解释、自律性规范、国际条约和国际惯例。其中对自律性规范的效力认识不一致。由于金融业是一个高度专业化的行业,大量的规范是以自律性规范的形式出现的。对此,我们认为要突破将法理解为国家权力机关利用强制力限制人们行为的命令体系的传统观念。正如有学者指

① 《服务贸易总协定》,《金融服务附录一》第5条。

② 《新帕尔格雷夫经济学大辞典》第二卷,第374页,经济科学出版社,1992。

③ 汪鑫主编:《金融法学》(修订本),第11页,中国政法大学出版社,1999。

出的:法律体系存在的最初理由是一定社会中的人们调整行为、形成合意、实现秩序提供可预见的指针和自由的尺度,国家强制力只是为这种行为的调整和合意的形成提供间接的、外在的保障而已。^① 因此,应承认自律性规范是金融法律渊源之一。

一般而言,金融法律体系由中央银行法、货币法、商业银行法、证券法、期货法、信托法、保险法、票据法、担保法等不同行业的法律部门组成。这种分类和金融市场的相互分割是密切联系的。但随着金融创新的发展,这种法律体系已经不再符合金融法发展的实际情况,金融创新打破了这种人为的隔离。如:金融中介工具和金融产品之间的差别仅在于后者是标准化的合同;货币市场和资本市场之间的差别仅在于期限不同;金融机构的差异仅在于功能不同,上述三个方面通过金融工具创新可以达到相互转换,轻而易举地打破法律的界限。同时,整个金融市场的一体化发展使原来的法律结构难以适应客观环境的变化。实践表明,仅对金融法的个别部分如银行法、证券法、保险法等进行改革已不能解决问题,如 20 世纪 80 年代各国进行的金融立法改革由于没有解决金融法存在的结构性问题,因而成效不大,而且酿成了一系列金融危机。20 世纪 90 年代以来,各国进行了新一轮金融改革,其目的是要通过金融法的重构解决金融体制的结构性问题。因此,有必要研究金融法的结构,我们认为,金融法的结构可分为以下三部分:

(一)金融调控法

金融调控法调整国家运用金融政策和金融工具调控社会经济过程中所发生的各种社会关系。^② 金融调控法主要包括两个部分:

^① 季卫东:《法治秩序的建构》,第 340 页,中国政法大学出版社,1999。

^② 漆多俊主编:《宏观调控法研究》,第 276 页,中国方正出版社,2002。

1. 中央银行法。

中央银行宏观调控是指中央银行利用各种货币政策工具调节、控制货币和信用,从而实现既定的货币政策目标并促进国民经济协调、稳定和持续发展。各国中央银行被立法者赋予了宏观调控的法定地位,在实践中经历着宏观调控终极目标的冲突和选择,并交替使用了各种宏观调控的法定手段,对社会的总供给和总需求发挥调节作用。规范中央银行宏观调控的法律是非常重要的宏观调控法。

2. 政策性银行法。

政策性银行是指那些由政府创立、参股或保证的,不以盈利为目的,专门为贯彻、配合政府社会经济政策或经济意图,在特定的业务领域内,直接或间接地从事政策性融资活动,充当政府发展经济、促进社会进步、进行宏观管理工具的金融机构。^① 政策性银行的宏观调控职能体现为其从社会公共利益出发,按照政府的经济政策意图从事投融资活动,充当政府贯彻产业和区域政策等经济政策的工具,它的投融资活动发挥着补充和完善以商业性金融机构为主体的金融体系的职能。政策性银行法属于金融调控法。

(二)金融监管法

金融监管是指国家有关机关为保证金融业的安全与稳定,以维护公众利益和促进社会经济发展,对金融机构及其业务活动、金融市场等实施的监督管理。包括法定监管和自我监管。金融监管必须依法进行。金融监管机关的设立、职权的取得和行使都依赖于金融法律。离开了金融法律,不仅各种金融机构的行为失去了规范、约束、指引和保障,而且金融监管机关也失去了监管的标准、

① 张贵乐:《金融制度国际比较》,第462页,东北财经大学出版社,1999。

权威、手段和基本前提。因此,金融监管法也就成为金融法的一个重要重要部分。金融监督法并不仅指某一部分金融法律、法规,而且包括每部金融法律、法规中所有具有金融监管性质的法律规范。

(三)金融业务法

金融业务法是指调整社会经济成分之间因存款、贷款、同业拆借、票据贴现、银行结算、证券买卖、金融信托、金融租赁、外汇买卖、保险等发生关系的法律规范。金融业务法在金融法结构中占据重要地位,尤其是近年来,由于金融创新的不断发展,以货物商品市场和纸面票据为基础的传统民法越来越难以适应。因此,金融业务法越来越受到人们的重视。

二、金融法的地位

金融法是以金融调控关系、金融监管关系、金融业务关系为调整对象的各种法律规范的集合。其调整对象的非单一性,决定了调整方法的多样性,也决定了这个集合中元素的复杂性,金融法律规范中既有经济法规范、民法规范,也有行政法规、刑法规范及其他性质的法律规范。因此,这也导致了金融法的归属成为法学界饱受争议的问题。我们认为,金融法属于经济法的一个重要部分。

(一)金融法是公法与私法的融合法

1. 公法、私法划分的由来。

公法和私法的划分可追溯到古罗马法,据《学说汇纂》的记载:罗马法学家乌尔比安曾指出:“公法是关于罗马帝国的规定,私法

是关于个人利益的规定。”^①由此开始了公法、私法划分的学术争论,但是,在罗马法中,公法的内容非常少,而且也没有引起罗马学家的注意。很少有人研究公法,究其原因,在于公法有约束统治者、限制其权力的倾向,所以统治者并没有明显的理由去发展公法。因此可以说,罗马法上公法与私法的划分只是对法律关系进行了分类,实际上只是对私法规范的强调,而把公法抛置一边,并没有形成与私法相对的公法理论。

真正近代意义上的公法和私法的划分,是在19世纪的欧洲大陆形成的,也即现代公法得到了迅速发展。人们认识到法的领域应扩展到统治者与被统治者、政府机关与个人之间的关系。公法成为一个法律部门的标志是其立法的独立化,自美国和法国在18世纪末期首先订立了成文宪法后,到了19世纪,宪政主义和立宪主义运动席卷欧洲。同时现代行政法也得以出现和发展,使得确定公法和私法划分的界限成为必要。公法的发展还导致了在程序上需要新的司法管辖和新的程序,公法、私法的划分成了确定案件性质和管辖法院的需要,在大陆法系国家,除了一套私法方面的法院系统外,还有一套行政法院系统。另外,大陆法系的成文法典化倾向,对于法律系统分类的浓厚兴趣,也是公法、私法划分的一个重要原因。

2. 公法和私法的划分标准评析。

关于公法和私法的分类标准,主要有三种学说:①主体说。即规范国家与国家之间及国家和私人之间的法律为公法,规范私人与私人之间的法律为私法。②实质说。即规定命令服从关系的法律为公法。规定个人之间的关系的法律为私法。③目的说。即以保护公益为目的的法律为公法,以保护私益为目的的法律为私

^① 江平、米健:《罗马法基础》,第9页,中国政法大学出版社,1991。