

金融法系列教材

商业银行法务

吴志攀 著



中国金融出版社



金融法系列教材

商业银行法务

吴志攀 著



中国金融出版社

责任编辑：刘 钊 毛春明

责任校对：张京文

责任印制：丁淮宾

图书在版编目 (CIP) 数据

商业银行法务 (Shangye Yinhang Fawu) / 吴志攀著 .

—北京：中国金融出版社，2005.6

金融法系列教材

ISBN 7 - 5049 - 3755 - X

I . 商… II . 吴… III . 商业银行法—研究—中国
—教材 IV . D922.281.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 071138 号

出版 **中国金融出版社**

发行

社址 北京市广安门外小红庙南里 3 号

市场开发部 (010) 63272190 (010) 66070804 (传真)

网上书店 <http://www.chinafph.com>

(010) 63286832 (010) 63365686 (传真)

读者服务部 (010) 66070833 (010) 82672183

邮编 100055

经销 新华书店

印刷 保利达印务有限责任公司

尺寸 140 毫米 × 203 毫米

印张 8.5

字数 216 千

版次 2005 年 11 月第 1 版

印次 2005 年 11 月第 1 次印刷

印数 1—5090

定价 15.00 元

如出现印装错误本社负责调换

前 言

一、十年磨剑

2005 年是《中华人民共和国商业银行法》（以下简称《商业银行法》）颁布十周年。经过十年的发展，我国商业银行已经走过了无法可依的历史阶段，开始了银行业的“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究”的新时期。在过去十年中，银行业在普法宣传、学习培训、执法检查和完善银行公司治理等法制建设方面，都取得很多成果。今天，银行与客户的关系已经与十年前大不相同，银行工作人员在服务中的说话办事，已比十年前更加具有法律意识，服务行为也更为谨慎。商业银行参与的法院诉讼，绝大多数案件是借款人不能按期还本付息和其他银行为维护债权的原告案件。参与诉讼也让商业银行学习了更多的法律知识，从真实的案件中获得了法律实务经验。

有法与无法大不一样，加入世界贸易组织前与加入世界贸易组织以后也大不一样。最大的不同应该是法律成为商业银行日常经营的底线，法律成为商业银行发展的制度基础。如果今天商业银行的行为还没有法律指引，法院没有《商业银行法》作为办案依据，银行与客户之间的关系，依然不是合同关系，而是行政关系，那么今天我们依然没有商业银行，只有政府行政化的金融机构，我国的经济的增长，一定不会发展到今天令世界如此瞩目的地步，我国社会的繁荣，也一定不会发展到今天如此强盛的程度，我国经济和社会在国际舞台上的地位，也决不会有今天这样受到如此的尊敬。这一切成就的取得，离不开金融的支持，而金

融支持离不开法律的支持。如果没有法律制度，没有程序规范，没有法制观念和法律意识，今天的一切成就都是不可能的。在今天的市场经济中，合法是商业行为最基本的起点。在今天的金融市场中，信守合同是金融行为最起码的诚信要求。这些都是法律制度建立使然。今天，《商业银行法》已经有了，而且已经经过了十年，现在看起来，好像事情本来就应该是这样的。假如今天没有这部法律，情况将会变成怎样？无法无天的市场，有人敢进入吗？假如今天我们没有任何遵守合同的观念，有人会将钱存在银行里吗？外资还敢进入中国市场吗？假币说不定比真币还多！那时，任何消费者都会抱怨政府官员没有执政能力，老百姓的不满情绪，将转变成铺天盖地的批评，抱怨声汹涌得如同海啸，直接影响立法机关、执法机关和司法机关在民众中的威信。

二、回顾与理解

回顾在 1995 年前，我有幸参加中国人民银行条法司“银行法”起草小组，担任顾问的工作，当时参与工作的情景，就好像发生在昨天。当年领导我参与起草工作的老同志，现在大多已经退休离休，也有些老领导已过世。光阴似箭，当时被人民银行总行条法司的老同志叫作“小吴”的我，如今也年过半百了。

过去十年里，我在北大法学院里一直从事“金融法概论”的教学。其中的“商业银行法”内容，我自认为是讲得最熟悉的章节。在过去十年教学过程中，我指导了许多将金融法作为研究方向的博士和硕士研究生。在我指导的博士和硕士研究生当中，只有少数学生的论文内容与商业银行法有关，其他大多数学生的论文都与证券法有关。银行法与证券法论文数量相比应该是二八开。这个比例令我产生了一些疑问：在过去十年中，银行法的普及程度也许不如只有六年历史的《证券法》更高？或者，对于研

究工作者来说，证券法领域的热点问题多于银行法？证券法被关心的程度高于银行法？证券法信息在公共媒体上出现的频率高于银行法？但是，如果我们检索 2003 年和 2004 年国内媒体曝光的金融领域的案件，情况就刚好相反，涉及银行的案例数量比证券案例数量多得多。为什么涉及银行的案件多，涉及证券业的案件少，而研究这两个领域法律问题的论文，却是证券法论文多于银行法论文呢？这种情况也许有三个原因可以解释：一是，法院不容易受理证券案件，容易受理银行案件；二是，媒体报道证券法信息多于银行法信息；三是，证券法问题的透明度高于银行法问题的透明度。也许还有其他原因。

但是，上述三个原因已经可以说明一些问题：有关银行的问题，可以通过诉讼处理，不像证券市场那样透明经营，受外部监督如大众媒体监督较少，所以媒体的报道也较少。银行界的案件，小案不断，大案惊天。这就是在过去十年来，商业银行外部表现出来的问题。商业银行内部也存在一些问题：如商业银行公司治理方面的问题、商业银行经营自主权方面的问题、商业银行从高级到基层管理人员法律意识方面的问题、商业银行金融生态方面的问题、商业银行关闭退出市场的问题、商业银行兼并方面的问题、商业银行混业经营方面的问题、金融集团风险控制问题等。

三、“中国式”的思考

《商业银行法》于 1995 年颁布，经过八年实行后，于 2003 年底进行了修改。在《商业银行法》颁布十周年的时候，重新学习和研究这部法律，结合十年来的经验和教训，我们可以说：经过了，才有体验；有了体验，才真正懂得。现在，我重写商业银行法教材，理解比十年前更加深刻，对一些问题的看法和体会也

更加全面，特别是对解决问题的方案和表达方法，也更加符合我国的实际情况，更加“中国式”。

十年来，我对“中国式”这三个字的理解，更加深刻了。2004年在我国众多电视剧中，有一部给观众留下比较深刻的印象，即改编自同名小说的《中国式离婚》。作者王海鸰可能是较早使用“中国式”这个关键词的人。当代文学家的观察敏锐和表达形象都让“王海鸰们”领先了，而法学家、政治家以及社会学家们被文学家们所超越。因为社会大众使用文学家创造的表达范式来表达，而法学家、政治家和社会学家们经常使用的表达范式，不但没有被大众采用，有时还成为大众私下场合的谈资。脱离了“中国式”的文字和语言的表达范式，就可能被中国老百姓在私下场合谈笑。而反映中国本土经验和特点的表达，就会在社会上流行起来，广泛使用。能够被世界上人口五分之一的大众引用，就不仅是一件本地小事，也是世界大事了。

修改后的《商业银行法》的表达范式是更加国际化，还是更加中国化呢？修改后的法律会在社会中有什么反响？我个人的看法将在本书中逐步表达，并希望我的表达也是“中国式”的。过去十年，需要总结；未来十年，更加关键。我以此书作为对过去十年《商业银行法》成长的纪念，以及对这部法律在第二个十年的发展的期待。

吴志攀

2005年6月

目 录

第一章 商业银行法律制度概述	1
一、《商业银行法》的制定与立法目的	1
二、商业银行定义及法律地位.....	6
三、商业银行的业务范围	10
四、商业银行的经营原则	17
五、商业银行的经营方针	20
六、银行与客户关系的原则	27
七、存款准备金	35
八、保护性条款	36
第二章 商业银行的设立	38
一、银行业的特许经营	38
二、申请设立银行的条件	41
三、申请资料及审批程序	52
第三章 商业银行的组织	55
一、银行的组织形式与《公司法》规定	55
二、银行分支机构设立	59
三、银行变更	63
四、银行高级管理人员的任职条件	65
第四章 银行与客户关系及对存款人的保护	68
一、银行与客户关系的法律性质	68
二、银行与客户关系的始与终	75

三、银行与客户的权利义务	78
四、银行错误付款的责任承担	90
第五章 商业银行贷款管理法律制度	95
一、国家产业政策对银行贷款的指导	95
二、贷款与经营的基本规则	100
第六章 商业银行的其他业务规则	115
一、国务院对国有商业银行的特别贷款业务补偿	115
二、抵押物处分期限	115
三、银行经营的分业限制	117
四、商业银行的结算业务	121
五、金融债券和境外发行管理	122
六、商业银行的同业拆借管理	124
七、政府部门对商业银行的指导	125
八、公平竞争	125
九、银行开户限制	127
十、银行的营业时间	129
十一、服务收费	131
十二、银行员工纪律	133
第七章 商业银行财务会计与监督管理	134
一、商业银行财务会计管理概述	134
二、银行财务管理制度	135
三、银行会计管理制度	138
四、银行呆账管理规定	140
五、银行会计年度	141

第八章 商业银行的监督管理	142
一、中国银监会对商业银行的监督.....	142
二、银行内部的稽核监督.....	146
三、中央银行对商业银行的监督.....	147
四、国家审计部门对商业银行的审计监督.....	148
五、国家审计部门对银行的财务审计.....	149
六、审计部门对银行的合规性审计.....	149
 第九章 商业银行的接管与终止	151
一、银行的接管.....	151
二、银行的终止与清算.....	152
 第十章 外资金融机构管理法律制度	155
一、外资金融机构管理概述.....	155
二、外资金融机构管理法.....	158
 附录一：贷款管理法律制度	188
一、《贷款通则》概述.....	188
二、贷款合同的当事人.....	194
三、贷款程序与监管.....	198
四、贷款责任制及债权保全.....	202
 附录二：储蓄管理法律制度	207
一、存款的概念和发展.....	207
二、存款的种类和程序.....	210
三、存款相关法律规定.....	216
四、《储蓄管理条例》.....	223

附录三：中华人民共和国商业银行法·····	226
附录四：修改前的《中华人民共和国商业银行法》·····	244
后 记·····	260

第一章 商业银行法律制度概述

一、《商业银行法》的制定与立法目的

(一) 立法简史

我国的“银行法”从1979年开始起草，经过16年的起草工作，中间改过几个较大的版本，名称也叫过类似“金融机构法”的名字。在1988年再次讨论草案时，有人提出直接叫《商业银行法》，^①但是，当时，在场的人没有呼应。因为在当时，还没有人敢公开使用“商业银行”这个带有“资本主义”意味的概念，尽管这个名字是最合适不过的了。后来，人们开始认识到除了“商业银行法”，再没有其他名称比这更好。后来提交全国人大常委会的草案使用了这个名称。在1978年，香港中银集团的姊妹银行之一南洋商业银行在深圳特区开办了办事处，开了境外银行在内地开业的先河。随后，1979年在邓小平访问美国和中美互派大使之后，西方工业发达国家与我国的经济贸易交流迅速增加。这一年日本一家银行在中国内地开设办事处，越来越多的外资银行进入我国沿海城市开办办事处或分行。原来适用于全资国有的专业银行管理方法不适用于外资银行。

《商业银行法》草案经过三次全国人大常委会审议，1995年5月10日，八届全国人大常委会第十三次会议通过。在《商业银行法》通过之初，社会上曾有过一种“有了法律，一切问题就会迎刃而解了”的说法。从这十年来的执法经历看，有了法律只

^① 1988年，中信实业银行董事雷平一先生，在广州珠海召开的讨论银行法草案会议上提出使用《商业银行法》的名称。

是有了一个基本规则，如何遵守和执行规则是一项复杂的工程，完善规则本身也是一项复杂的工程。这一切都需要时间、经验和实践。自觉遵守和严格执行法律也需要一个过程。从 1949 年以来，我国长期实行计划经济，政府对金融活动实行直接指令性领导，只有国有的专业银行，而没有商业银行。所以，长期以来没有进行金融市场化的经验和体会，指引国有专业银行的规则，主要是政府的政策和行政指令。国有专业银行的人事管理，主要靠组织管干部的做法。专业银行是政府的附属机构，与客户的关系是落实政府的指示，而不是平等的契约关系。1979 年恢复的中国农业银行和中国人民建设银行（后改称中国建设银行）开始从事专业以外的普通商业银行业务，我国金融业开始从计划经济向市场经济体制转变，金融机构的管理与经营也开始逐步市场化。1984 年，中国人民银行专门行使中央银行的职能，成立了中国工商银行，接收原来中国人民银行的储蓄与贷款业务。1987 年，国务院颁布了《中华人民共和国银行管理暂行条例》，从此始有用行政法规调整金融活动，金融业有了第一个行政规章。随着金融业的迅速发展，外资金融机构来我国的数量增多，原来的法规已显过时，制定一部全面的“银行法”的呼声很高。1995 年《商业银行法》的公布实施，标志着我国的金融体制改革与管理进入了法制化的新时期。我国的《商业银行法》颁布较晚，但这并不表明我们从来就没有规则约束银行。

在世界银行史上，先有银行后有法律的例子中，最典型的应该是英国。英国的伦敦是今天世界的银行中心，英国的商业银行已经有了数百年的历史，但是，英国在 1979 年才有成文的《银行法》。在此之前，“银行与客户的关系”一直依靠法院的判例来调整。判例法对于英国人来说，就已经够用了。但是，为何在 1979 年还要制定《银行法》呢？一个原因就是，1974 年以后，欧洲连续有三家国际银行相继倒闭，其中也包括英国—以色列银

行。这引起了欧洲各国，特别是伦敦这一国际银行中心的关注。英国伦敦作为世界银行中心的地位，时刻受到美国的挑战。美国不仅有系统的判例法，而且早在 1933 年就颁布了《国际银行法》等一系列银行法。在银行法方面，美国比英国更加系统，更加透明和完善。在美国的竞争下，英国仅有判例法来调整国际银行事务就显得很不够。判例法比较复杂，不容易被非英语国家的外国人所掌握，而且英国律师服务费也是非常高的，如此高的法律成本，在促进金融发展方面不具有同美国金融界的竞争优势。英国金融监管方面的特点，也使得《银行法》在很晚的时候才颁布。在历史上，英国银行监管的机构主要是英格兰银行，而不是政府。英格兰银行同时也是商业银行。1987 年英国修改了《银行法》，加强了金融监管，但是没有改变“大商业银行监管其他商业银行”的传统。这种历史传统直到 1995 年巴林银行倒闭后，1997 年英国才将金融监管权力从英格兰银行转移给金融监管服务局。这个例子说明，不能单纯以一个国家的银行法出台早晚来评价一个国家的金融发展程度。银行法的发展只是一种金融管理传统和规则符号系统的变化，是适应市场竞争形式发展的变化。

我国的商业银行发展史并不长，《商业银行法》还只有十年历史，这并不能说此前没有银行管理的规则。以前我国的专业银行活动也是有系统规则的。同样，我们也不能认为，有了《商业银行法》，商业银行的一切就都应该会更好。回顾银行发展史和法律发展史，就不会有“法律万能论”和“法律虚无主义”这两个极端的看法。我们只能依照历史的发展规律，逐步发展更加完善的商业银行的制度化的经营环境，发展出适合我国商业银行在国际金融市场上竞争的制度生态环境。

（二）立法目的

《商业银行法》的立法目的不是单一的，而是综合的。该法的第一条就是立法目的：“为了保护商业银行、存款人和其他客

户的合法权益，规范商业银行的行为，提高信贷资产质量，加强监督管理，保障商业银行的稳健运行，维护金融秩序，促进社会主义市场经济的发展，制定本法。”《中华人民共和国银行业监督管理法》第一条规定：“为了加强对银行业的监督管理，规范监督管理行为，防范和化解银行业风险，保护存款人和其他客户的合法权益，促进银行业健康发展，制定本法。”从上述两部法律的第一条内容中可以看出两个特点：一是，在2003年中国银监会成立后，商业银行主要在银监会监督管理之下，在法律规范之下，进行银行经营活动。二是，立法的目的不仅是监管和规范商业银行，还要“促进社会主义市场经济的发展”和“促进银行业健康发展”。后一个特点只有在发展中国家和地区的银行法中，才可以看到。在发达国家的银行法中，一般没有“促进发展”的内容。特别是在我国的《商业银行法》的立法目的中，不但有发展中国家的特点，还有经济转型国家的特点。《商业银行法》立法目的中有三项主要内容：

一是，“保护商业银行、存款人和其他客户的合法利益”和“维护金融市场秩序”。这是世界各国银行法中普遍的内容，是保证存款人和债权人对银行系统保持信心的条款。“保护存款人利益”是世界各国银行法的第一目的：存款是社会公众的财富，也是政府允许的风险较小的投资产品，同时，存款的现金是中央银行发行的法定货币，存款安全及保值与否，对公众对持有货币的信心和对市场的信心都有直接关系。如果国家法律不能保障存款人的利益，商业银行的存在也就失去了根基。

二是，“规范商业银行的行为，提高信贷资产质量”。这项内容是在经济转型国家的银行法中才可以见到的规定。因为在经济转型过程中，银行支持处于迅速上升的经济发展，难免出现粗放化经营现象。粗放经营，难免出现不良资产，加之行政干预与人际关系影响，也会形成一些不良资产。1999年实行“债转股”时，

四大国有商业银行剥离了 1.4 万亿元不良资产, 2004 年四大国有商业银行的不良资产又积累了 1.8 万亿元。这两个数字说明, 依法“提高信贷资产质量”已经到了非常重要的地步。这些是在经济转型国家才会出现的特殊情况。在市场经济发达国家不会出现这种现象, 因此在法律中也没有“提高信贷资产质量”的规定。

三是, “促进经济发展”。这项内容体现出发展中国家制定法律来保障金融经济发展的特点。在发达国家的银行法中一般看不到类似的内容。虽然在法律文本中看不到这样的内容, 但是, 西方著名的经济学家普遍认为, 商业银行也有公益性方面的责任。例如, 美国经济学家、诺贝尔经济学奖得主斯蒂格利茨在访问中国时说, “现在要做的事是, 给银行系统重新定位, 使之更商业化。不过要记住, 即使商业化后, 社会责任不能丢。在美国, 我们要求所有的银行遵守社团投资法案。我们要求它们对弱势群体投资, 就是私营银行也不能只以商业利益为标准。在追求商业利益的同时, 不能忽视社会义务。”^①

西方经济学说也普遍认为, 商业银行经营的货币是政府发行的, 银行业的牌照也是政府特别批准的, 吸收公众存款, 不同于一般的公司。商业银行带有更多的公共利益的责任。^② 只有在类似我国的发展中国家和地区, 才能看到“促进发展”的规定。促进经济发展, 促进金融业发展, 作为法律的目的之一, 使法律的执行有了积极的方向, 使解释法律也有了积极的定位。

经过十年的时间, 再看《商业银行法》的立法目的, 更加感到立法规范金融市场和宏观经济的必要性, 也更加理解立法目的中的多元指标: 从客户利益到银行利益, 从金融业发展到国家宏观经济

① 《斯蒂格利茨: 商业银行不能只以商业利益为标准》, <http://news.stock888.net>, 2004-03-23。

② 萨缪尔森《经济学》, 第 17 版。

的发展等,要从多个角度和目的来理解,才能完整理解立法目的。

二、商业银行定义及法律地位

(一) 商业银行定义

《商业银行法》第二条,对商业银行下了一个定义:“本法所称的商业银行是指依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人。”

在经济学领域,对商业银行的定义多是从功能上来描述的,如,为公众提供零售金融服务的机构。在法学领域,商业银行的定义多是从审批程序方面定义的,如,英国 1987 年《银行法》对银行的定义是:“获得银行牌照批准的金融机构”。^① 我国香港

① PART III BANKING NAMES AND DESCRIPTIONS 67. - (1) Subject to section 68 below, no person carrying on any business in the United Kingdom shall use any name which indicates or may reasonably be understood to indicate (whether in English or any other language) that he is a bank or banker or is carrying on a banking business unless he is an authorised institution to which this section applies. (2) This section applies to an authorised institution which - (a) is a company incorporated in the United Kingdom which has - (i) an issued share capital in respect of which the amount paid up is not less than £ 5 million (or an amount of equivalent value denominated wholly or partly otherwise than in sterling); or (ii) undistributable reserves falling within paragraph (a), (b) or (d) of section 264 (3) of the Companies Act 1985 or Article 272 (3) (a), (b) or (d) of the Companies (Northern Ireland) Order 1986 of not less than that sum (or such an equivalent amount); or (iii) such undistributable reserves of an amount which together with the amount paid up in respect of its issued share capital equals not less than that sum (or such an equivalent amount); or (b) is a partnership formed under the law of any part of the United Kingdom in respect of which one or more designated fixed capital accounts are maintained to which there has been credited not less than £ 5 million (or such an equivalent amount) . (3) For the purposes of subsection (2) (a) above “share capital” does not include share capital which under the terms on which it is issued is to be, or may at the option of the shareholder be, redeemed by the company. (4) For the purposes of subsection (2) (b) above “designated fixed capital account”, in relation to a partnership, means an account - Restriction on use of banking names. (Banking Act 1987)