

# 论我国外资银行法律制度的构建与完善

□凌江红

## 一、金融自由化、国际化趋势中的我国外资银行之现状

1979年日本输出入银行在北京设立第一家代表处,可谓我国引进外资银行之发端,其后有1982年深圳引进的第一家外资银行——南洋商业银行。80年代始于美国的世界金融革命在当今全球各国掀起了金融自由化、国际化的潮流,影响极为深远,成为推动世界经济一体化进程的最活跃因素。顺应这一趋势,我国金融业也逐步走向世界,近年金融业进一步扩大开放,金融国际化向纵深发展。90年代外资银行猛增,近年更是“蜂涌而入”,<sup>①</sup>至1995年底,外资金融机构所设各种机构共519家,<sup>②</sup>其中137家为营业性外资金融机构,外资银行占127家(分行117家、合资银行5家、独资银行5家);<sup>③</sup>90%集中在沿海地区,其中,上海外资金融机构38家、代表处119家,福建外资、合资金融机构23家(其中15家为经营性分行或总行),<sup>④</sup>深圳外资金融机构52家,分行与办事处各半。<sup>⑤</sup>外资银行来华势头正猛,主要呈现以下几个特点:(1)各类金融机构数目众多,尤以外资银行为最,占137家的127家,其中又以分行形式为主;(2)地域集中于沿海的沪、深两地,又呈向内地扩展之态势。除13个沿海、沿江城市继续开放外,1995年又批准北京、成都、昆明、苏州等11个内地城市可设营业性外资金融机构;<sup>⑥</sup>(3)业务经营规模逐渐扩大,至1995年11月底,外资金融机构总资产达183.2亿美元,贷款余额120.5亿美元,存款余额70亿美元,税后利润达1.5亿美元,且大多能守法、稳健经营;<sup>⑦</sup>(4)外资银行以沪、深两地最为活跃。深圳毗连香港,优势独特,步子迈得早且发展稳健,许多“试验”出来的经验值得总结和推广,而上海起步略晚但借开发浦东之风却发展迅猛,前景喜人,因此二者成为倍受外资银行青睐的两个热点;(5)引进的外资银行大多为实力雄厚、资产资本总额位居世界前列的国际大银行,如日本第一劝业、美国花旗银行、法国里昂银行,且大多成绩骄人。

## 二、对现行外资银行国际国内法制的基本评析

### 1. 国际法制:《服务贸易总协定》与《巴塞尔协议》

1993年12月15日乌拉圭回合达成了包括《服务贸易总协定》(简称GATS)的一揽子协议。GATS的法律地位是与关贸总协定(GATT)平行的独立多边贸易国际协定。我国是该协定的谈判国,即将随“复关”成功而成为其缔约国,因此我国受GATS之国际法约束,依协定之要求对外开放金融服务贸易是一项自愿承诺的国际义务。GATS参加方应承担的义务主要有:市场准入、国民待遇、透明度、最惠国待遇。依第三部分具体承诺中市场准入之条款,缔约方应开放金融市场,给予他方金融服务者在其境内设立机构并扩展商业性介入的权利(即“商业性介入权”),并确保其购买本国公共机构金融服务的权利。故而开放本国金融市场、允许外资银行进入我国即为GATS对我国的最直接和最主要的法律影响。一方面,我国应当遵循和恪守

对 GATS 的承诺,允许外国银行进入国内设立营业性金融机构,逐步实现国民待遇;满足透明度之要求,及时,充分地公布有关银行诸方面的法律、法规、行政命令和决定,以及有法律意义的规则与惯例。另一方面,GATS 关于发展中国家更多参与的原则规定、关于发展中国家的特殊待遇安排,则正是我国适度保护国内银行业、有条件有步骤地引进外资银行的国际法依据。

1988 年的巴塞尔协议是国际金融业关于银行国际监管的一项重要的重要的有很强约束力的国际金融惯例。从国际条约的标准来考察该协议,它尚不具有确定的国际法性质,因而尚不能说它是国际条约或协定。但从该协议出台后世界各国的反响来看,又有着很强的约束性,逐渐成为国际银行业平等竞争的自律性规范。未达到协议规定的资本充足标准,则该银行的安全性、流动性与盈利性就会受到来自客户和官方的双重怀疑,业务拓展就会大打折扣,这正是世界各大银行自觉遵守协议要求的根本原因。同时,该协议确立了银行监管国际合作与协调的原则与标准,从而成为各国政府防范金融风险、确保国际银行业稳定与安全的监管惯例。美国于 1991 年通过了体现《巴塞尔协议》基本精神的《1991 年联邦存款保险公司改进法》,加强了银行的资本管制。欧共体 1989 年通过了第二号银行指令以及“自有资金指令”与“清偿力比率指令”,皆以协议宗旨为根据,并赋予了明确的法律强制力。日本亦在 1988 年发布了执行协议的大藏省通告修正案。●世界上 100 多个国家皆已实施《巴塞尔协议》,故笔者认为:如果说该协议在产生之初尚是一份建议性质的文件,那么时至今日,协议已为世界银行业广泛接受和遵循,并为许多国家的政府以法律的形式加以采纳吸收,已发展成为一项约束力明确的国际金融惯例。遵循国际惯例在国际金融领域实践意义尤为重大,如果不接受与遵循这种为国际社会普遍承认的国际惯例,我国银行业就会因其资本普遍不足而受到国际金融市场的不公平待遇;不按 8% 的资本充足标准监管进入国内的外资银行,既冲击了国内金融业,又不适当地为外国银行转移和传递国际金融风险提供了场所。《商业银行法》第 39 条(一)款即规定:“资本充足率不得低于百分之八”,此国际惯例之核心内容已被我国法律正式吸收了。

## 2. 国内法制:以《中华人民共和国外资金融机构管理条例》为核心

关于引进与管理外资银行的法律规范,我国先有经济特区与上海的外资银行《管理条例》、《暂行规定》,1994 年 4 月 1 日起,上述《管理条例》、《暂行规定》为国务院颁布的《中华人民共和国外资金融机构管理条例》(以下简称《条例》)所取代。《条例》与 1996 年初中国人民银行发布的《在华外资银行设立分支机构暂行管理规定》构成现行有效的外资银行的专门法律规范。毫无疑问,《商业银行法》、《外汇管理条例》(国务院新颁,1996 年 4 月 1 日起施行)、《公司法》等法律亦适用外资银行。应当说,我国外资银行法律制度的基本框架是搭起来了,问题是:(1)《条例》为国务院行政法规,地位过低,作为过渡性法规尚可,随着形势变化,宜由全国人大以基本法律的形式确定为妥;(2)《条例》立法宗旨不明,导致监管目标模糊;(3)《条例》涵盖外资银行与财务公司,针对性欠强,有人为揉合色彩;(4)《条例》规定的内容欠详,可操作性差,且过于简单,立法空白点多。不难看出,《条例》的过渡性是很明显的,已远不能适应近年外资银行迅猛发展的现实。笔者主张应有一个与《商业银行法》平行的基本法律——《外资银行法》作为《商业银行法》之特别法,以取代上述《条例》。下面笔者试提出完善外资银行法律制度的基本构想。

### 三、构建与完善我国外资银行法律制度的原则性思考

#### 1. 外资银行法律制度安排中的利益选择

利益选择是指对多元的客观利益进行判断、评价、权衡、比较,从而选择一定的利益并予以

法律调整。<sup>⑧</sup>外资银行法律制度的选择与安排就是对外资银行引进、监管、运作等一系列利益关系进行选择的结果。依据科思的“制度选择思想”，选择的依据是成本与收益的对比。笔者认为引进外资银行的利弊分析就是一个利益的权衡与选择过程，正如台湾学者冯美珍指出的那样：“随着金融服务业的国际化，各国在开放市场时宜衡量自由化利益与开放成本间差距及自身产业适应能力。<sup>⑨</sup>引进外资银行利在吸收外资流入，获取国际金融信息，带来先进经验、技术与人才，给内资银行以竞争压力等，要实现金融国际化，引进是必然选择。然而引进外资银行又会影响货币政策实施效果、国际收支平衡、冲击民族金融业、传导国际金融风险。利弊皆有，所谓把握好“度”的问题，就是利益的恰当判断与权衡。反映到法律制度上，既要准许外资银行进入，又只能逐步放开业务范围、地域范围，让国内银行有外来竞争之压力，又不致于因其过于软弱而受毁灭性冲击；既要逐渐放开人民币业务，此乃培育国际金融中心所必需，又要稳妥试点铺开，以防突破信贷规模造成通胀压力。凡此种种，莫不是利益选择的结果，只有收益最大的法律制度，才是有效率的制度。银行业有它的自身特点，利益得失影响较之其他领域更广泛、更深远，外资银行进入涉及各方的利益冲突与协调，此种法律制度的设计与安排中利益选择处理得当，就能产生极大的杠杆效应，反之，也就可能带来难以弥补的损失。明确这一点，对于国内统一的金融市场尚未形成、银行业国际化程度较低、金融抑制仍较严重但又急需外资、急需开放金融市场的中国而言尤为重要。

## 2. 外资银行法律制度的立法宗旨与原则

第一，关于立法宗旨问题。《条例》的最大缺陷是立法宗旨不明、监管目标未加明确。以什么内容作为外资银行的监管目标，既离不开对一般银行监管目标的讨论，又不可忽视外资银行监管的特殊性。有人将金融监管的理论基础归结为金融市场参与者的不完全信息<sup>⑩</sup>，依此则监管目标是要消除此种信息的不安全导致的系统风险以及低效率，故而导出监管的两个目标：安全与效率。也有人将金融监管的目标划分为三个层次，并将安全与稳定当作金融监管的首要目标。<sup>⑪</sup>诚然，监管目标划分层次在理论上是必要的，而立法上则不宜采用。笔者的观点是，稳健可概括安全、稳定的涵义。银行稳健经营就意味着银行体系的安全与稳定，银行体系安全、稳定，则银行运转的公众存款就有保障，实现了稳健的目标就是最大地保护存款人利益。这是第一个目标。第二个目标则是效益。存款人利益得到保护，金融体系稳定安全，社会信用良好，这就为金融促进经济发展准备了条件，最终能促进社会经济的健康发展和社会福利的不断增加，这就是效益。发展中国的政府更多地担负着推进社会经济发展的直接责任，通过恰当的银行制度安排是提高国民经济整体效益的有效途径之一。当今世界各国的实践也表明了银行监管的目标是为了避免银行破产的社会成本高于个别成本，是为了保护和促进社会利益。考虑到外资银行的特点，再补充第三个目标：公平。即公平竞争，以正确处理保护国内银行业与促进内、外资银行平等竞争的关系。无条件地给予外资银行“国民待遇”，貌似公平，实则不公平。

第二，关于外资银行的立法原则。（1）适当超前立法。这是欧美及日本等国在金融领域的通常作法，根源在于金融业的独特规律。金融市场瞬息万变，金融运行牵一动万。立法滞后不仅会纵容金融风险，破坏经济稳定，而且可能使一国失去稍纵即逝的机会。立法适当超前可以体现法律的导向作用，可使外资银行业“能够一开始就循着人们设计的一定模型，朝着特定的方向发展，减少在摸索中的不确定性和可能付出的代价。”<sup>⑫</sup>外资银行进入中国，离岸金融业务之许可，分行或子行的不同规制，从事银团贷款、借券承销、证券经营的许可及范围界定、衍生金融交易的引导与管理皆须明确，而不能老是落后于现实生活。（2）逐步自由化原则。金融自

由化、国际化是大势所趋,但各国发展水平不同,现实情况千差万别,自由化在中国更是个渐进的过程,外资银行的引进与监管更须慎重稳妥。事实上我国引进外资银行的步伐在发展中国家是快的,甚至超过许多发达国家。(3)借鉴国际惯例的原则。国际银行法律制度有很强的共通性,其他国家或地区的成熟经验尤应借鉴。引进外资银行方面新加坡与香港是相当成功的,韩国也有不少成功或失败的经验教训,美、日的作法也给人启示。应当说,制度的安排本身就包含有移植成熟规则的含义,将一些成功的作法与惯例移植到外资银行立法中是条捷径。(4)国际合作监管的原则。由于世界金融市场的一体化、跨国银行的全球扩张与渗透,使得外资银行的合作监管十分必要。就我国论,外国银行分行占绝大多数,因其为非中国法人,其资金调度、利润分配会因总行的法律规避行为损害到作为东道国的我国的利益。依据1983的第二个“巴塞尔协议”确立的综合监管原则,对跨国银行的分行、子行的监管以母国为主导,因此在市场准入的审查上应对申请者母国的法律环境、银行监管质量给予充分的重视,与母国金融当局的信息交流与监管合作应始于引进之初。此其一。其二是在业务经营管理上的合作监管。依1983年的“巴塞尔协议”,分行之清偿力监督由母国负责,流动性则由母国与东道国共负;子行的清偿力监督由东道国与母国共负,流动性则由东道国负责。因而经常性的监督合作相当必要,母国与东道国双方的“责任是互补又交错的。”<sup>⑨</sup>此外,巴林银行破产事件1995年8月日本大和银行与长期信贷银行在纽约的交易违规事件也表明:为防范衍生金融工具之风险,避免世界银行体系的动荡,母国与东道国就银行海外分支机构与境内外国银行分支机构的监管进行合作至关重要。(5)授权立法的方式。由于银行业起伏不定,金融创新活跃异常,法律难免留下空白,故宜在基本法律中规定必要的授权性规范,由国务院或中国人民银行适时制订必要的行政法规、规章、命令、决定,以适应多变的银行市场,保证法律原则性与灵活性的结合。

关于构建与完善我国外资银行的具体设想,诸如市场准入的标准,分行与子行法律地位之不同及相应的规范措施、日常监管的内容与方式、程序、银行保险、接管与最后救助措施等等,容在另文作深入探讨。

注:

①④1996年4月11日《上海金融报》。

②1996年4月8日《上海金融报》。

③其余10家中有5家合资财务公司、4家外资保险公司、1家合资投资银行。见1996年1月18日《国际金融信息报》。

⑤1996年1月11日《国际金融信息报》。

⑥⑦1996年1月18日《国际金融信息报》。

⑧江曙霞著:《银行监督管理与资本充足性管制》,中国发展出版社,1994年7月版第150、153、161页。

⑨孙国华、黄金华:《论法律上的利益选择》,载1995年第4期《法律科学》。

⑩冯美珍:《跨越国界的金融服务时代——简析全球金融服务业自由化临时协议》,载(台北)1995年第10期《台湾经济研究月刊》。

⑪戴丛:《金融监管的理论基础和金融当局的监管措施》,载1995年第11期《国际金融研究》。

⑫林志远:《我国金融监管的十大基本理论问题》,载1995年第9期《上海金融》。

⑬王喜义:《大陆金融监管的现状与发展前景》,载1995年第9期《国际金融研究》。

⑭李文泓:《论母国对银行海外分支机构的监管》,载1995年第9期《国际金融研究》。