

金融安全视角下的外资银行监管

刘东平

(山东大学 经济学院,山东 济南 250100)

[摘要] 金融稳定和金融安全是一国经济持续稳定发展的重要前提。外资银行监管的法律制度主要涉及国别监管、国际监管和内部监管三个方面的内容。在审慎原则的指导下,我国对于外资银行的监管,制定了一系列的法规措施,主要包括资本充足率、风险管理、内部控制、跨国监管和特别措施等。

[关键词] 金融安全; 外资银行; 法律监管

[中图分类号] F830 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1003—4145[2010]08—0146—03

随着 WTO 过渡期的结束,外资银行全面进入中国境内,这给我国金融安全带来了严重挑战。加强国家层面的对外资银行的有效监管,从制度源头上为金融安全构筑防火墙,目的在于趋利避害,发挥外资银行在我国社会经济发展中的积极作用。本文拟从金融安全角度探讨对外资银行的法律监管。

一、金融安全理论

金融稳定和金融安全是一国经济持续稳定发展的重要前提,金融安全已经成为一国经济安全的核心。金融安全是指一国货币资金的融通安全,凡是与货币流通及信用直接相关的经济活动都属于金融安全的范畴。金融安全的主要领域,包括金融资产的安全、信用安全和金融体系的安全等。在现代金融工具不断创新、金融市场不断发展和信息技术不断进步的背景下,金融业集中反映了经济运行中的风险,是一个具有高度风险性的特殊行业,一旦金融业出现风险和危机,就会造成经济动荡并严重影响经济的发展,危及国家经济安全,甚至引发一国的经济和政治危机。

在学术研究和实务中,一般将金融安全理论放在国家安全战略和国家经济安全的背景下进行研究和探讨。亚洲金融危机对一国经济乃至国家安全战略带来的巨大影响,促使我国学者开始关注金融安全理论的研究。从金融的实质角度看,金融安全是基于信息完全和对称及其反馈机制良好的运行基础上的动态平衡,安全状态的获得是在不断调整中实现的。沈明高认为,金融安全是一个相对的概念,采取封闭保护并不能杜绝风险,而开放也未必就一定有风险。金融安全实际上与监管部门的金融风险监管能力紧密相关,金融部

门关注的是金融系统性风险,而不是单个金融机构的风险。巴曙松认为,不能简单说封闭更安全还是开放更安全。通过竞争、开放,然后学习到好的风险管理经验,改善整个运行机制,使资金配置更有效率,那么这种开放就是有价值的。所以,WTO过渡期结束后,在金融服务贸易自由化背景下,外资银行是否影响到国家金融安全,关键在于评估能否通过引进外资银行,提高投资效率,促进资源合理配置,提升风险管理水平。吴敬琏认为,增量资本产出率是反映投资效率的指标,也就是需要投资多少单位资金,国民生产总值才能增加一个单位。如果投资效率低下,非常容易引起金融风险甚至经济危机。美国经济学家克鲁格曼就是利用增量资本产出率相关指标准确预测到1994年亚洲金融危机。因此,在国内金融市场全面开放的条件下,必须高度重视外资银行进入后的作用和影响,切实加强金融监管措施,确保国家金融安全。

二、外资银行监管的法学原理

在 WTO 背景下一国基于国家金融安全的考虑,对外资银行进行监管时,如果不能从理论上加以阐释有些不同于内资银行的监管措施,往往会被认为含有歧视性规定,而被认定为违背世贸组织关于金融服务贸易基本原则。外资银行监管的法律制度主要涉及国别监管、国际监管和内部监管三个方面的内容。在运用这些监管法律制度时,掌握相关的法律监管原理至关重要。例如,东道国、母国、国际组织对外资银行进行法律监管的理论基础是什么,外资银行进行内部监管的法理基础又是什么,基于哪些法律原则构建法律监管体系等等。

收稿日期:2010-06-19

作者简介:刘东平(1972-),男,菏泽学院副教授,山东大学经济学院应用经济学在站博士后。

王元龙:《关于金融安全的若干理论问题》,《国际金融研究》2004年第5期。

吴敬琏:《经济增长与创新》,《管理论坛》2006年第3期。

东道国对外资银行监管的法理基础在于属地管辖权和外国投资者默示同意论。一国对其领土内财产、人或发生的行为与事件进行管辖,这是国家主权的应有之义,也是国际公法明确赋予国际社会全体成员的一项重要权利。这一管辖权也得到了诸多国际性法律文件的确认。作为跨国公司的特殊表现形式,外资银行无论以何种方式进入东道国市场,都必须接受东道国政府的管辖与监督,这是东道国行使经济主权和属地管辖权的具体体现。外国投资者进入东道国境内进行投资活动,创设外资银行这一行为本身就意味着外国投资者已经对其投资成本与风险(包括可能因东道国行使属地管辖权而造成的损失)有了清醒的权衡,可以推定他们已经默示地同意东道国的法律管辖。

根据外资银行存在方式的不同,母国对外资银行的监管可大致分为母国对外资银行总行、外资银行境外分支机构、外资银行子行的监管。这三类监管分别贯彻不同的法理依据:

首先,母国对外资银行总行监管的法理依据表现为属人管辖权与属地管辖权的竞合。外资银行总行根据母国法律设立,具有母国的法人资格,具有母国国籍。因此,属人管辖权是母国对外资银行总行或母行行使监管权的基础性法理依据。由于总行或母行主营业所或管理中心均位于母国,其日常业务活动也多在母国领域内进行,因此母国也可以属地管辖权为依据对其进行监管,由此便产生了属人管辖权与属地管辖权的重叠与竞合。

其次,母国对外资银行境外分支机构的监管法理依据是属人管辖权。各国法律均认为,分支机构不具备独立的法律人格,完全隶属于总行,总行应对分行的行为直接负责。鉴于境外分支机构的非独立性及其与总行不可割裂的一体化特征,境外分支机构一般不具有东道国国籍,其国籍从属于总行,因此,尽管其驻在于东道国内,母国监管机关仍可以属人管辖权为依据对其进行必要的监管。

再次,母国对外资银行子行进行监管的法理依据是积极国籍原则和保护性管辖。积极国籍原则是指当具有本国国籍的公民与法人受到不法侵害时,一国有权对不法侵害人实行管辖。由此,引申出了保护性管辖原则,即各国可对危害其安全、完整与重大经济利益的违法犯罪行为行使管辖权。外资银行子行是依据东道国法律成立的独立法人,母国难以对其实施监管。随着金融自由化和国际金融一体化的不断发展,外资银行基于利益最大化动机,通过其全球子行与分支机构间的某种隐秘安排逃避监管的情况愈演愈烈,有些子行的金融创新和舞弊经营也给母行带来了难以预料的危机隐患。上述情况使母行乃至母国的经济安全受到了极大威胁,母国基于自身的经济安全,加强了对外资银行子行的监督与管理,这一趋势也得到了国际金融监管文件的认同。巴塞尔银行监管委员会在1992年《对国际银行集团及

其境外机构的最低监管标准》,1997年《有效银行监管的核心原则》等一系列规范性文件均确认了母国基于外资银行安全稳健经营的考虑,有权对外资银行子行实行并表监管,这便是保护性管辖在国际金融监管文件中的体现。

外资银行国际监管的法理基础主要体现为国际经济法中的全球合作原则。东道国对外资银行的属地监管与母国对外资银行的属人监管或保护性监管之间不可避免地会发生管辖权冲突,或是因监管权责不清,监管标准不一而产生监管失位问题。国别监管这一单一的监管模式已经越来越无法适应监管实践的需要,巴塞尔银行监管委员会于1975年发布《巴塞尔协议》,标志着外资银行国际监管这一新型监管模式的诞生。外资银行的国际监管主要是通过各国监管当局的协调与合作,尤其是主要代表东道国利益的发展中国家和代表母国利益的发达国家之间的合作。这就体现了国际经济法的一项基本原则——全球合作原则。具体到外资银行监管领域,指的是各国之间在银行监管实践中,互通有无,信息共享,协调监管,共谋发展。

三、基于审慎原则的外资银行监管

(一)WTO背景下的审慎监管

审慎监管又称风险性监管、稳健性监管,指以审慎会计原则为基础,真实、客观、全面地反映银行等金融机构的资产、负债以及资本充足率等情况,并在此基础上判断、评估、监测、预警和控制金融机构风险,采取相应有效的防范和化解金融风险的措施,维护金融体系安全稳定的监管模式。最惠国待遇原则、国民待遇原则、透明度原则、自由贸易原则和公平竞争原则最大程度上代表了WTO所追求的基本价值,构成了多边贸易体制的基础,也构成了金融服务领域各国对于银行业审慎监管的前提。在服务贸易特别是金融服务贸易这些原则的实现有其特殊性,是一种以承诺为前提、以互惠为基础、以双边和多边谈判为主要方式的有限适用。所以一国基于确保金融体系的安全稳定,避免金融动荡和金融危机,保护投资者和存款人的利益,对外资银行采取审慎监管措施。在GATS及其关于金融服务贸易的附件中规定了审慎监管例外原则。GATS第19条规定,自由化应尊重国内政策目标和成员方整体与具体部门的发展水平。GATS《关于金融服务的附件》第2条a项明确规定:“尽管有本协定的任何其他规定,但是不得阻止成员为审慎原因而采取的措施,包括为保护投资人、存款人、保单持有人或金融服务提供者对其负有信托责任的人而采取的措施,或为保证金融体系完整和稳定而采取的措施。如此类措施不符合本协定的规定,则不得用作逃避该成员在本协定项下的承诺或义务的手段。尽管有少数国家要求明确列举“审慎例外”的范围,如瑞士呼吁依据巴塞尔委员会、国际保险监管者联合会、国际证券委员会组织、金融混业联合论坛所制定的标准,界

蔡奕:《跨国银行监管的主要法律问题研究》,厦门大学出版社2004年版,第22页。

H. J. Steiner and D. F. Vagts, *Transnational Legal Problems*, the Foundation Press, 1986, p. 508.

G·斯塔克:《国际法导论》,赵维田译,法律出版社1984年版,第221-223页。

陈安主编:《国际经济法总论》,法律出版社1991年版,第185-198页。

郑晖:《外资银行的审慎监管》,《华东政法学院学报》2007年第2期。

李谷硕、刘天姿:《从WTO看外资银行管理条例的审慎监管原则》,《法制与社会》2007年第5期。

定“审慎例外”监管措施的范围。关于“审慎例外”的规定是较为抽象而灵活的,WTO金融服务贸易协议并没有具体说明哪些措施属于构成“审慎例外”的监管措施。

(二) 审慎监管的法律渊源

基于国家金融安全实施的外资银行监管需要以国家强制力作为保障,这就需要建立外资银行法律监管体系。由于外资银行监管法律立法主体复杂,规范性法律文件繁多,其存在的种类和形式可以从法律渊源的角度来总结。外资银行监管的法律渊源是指外资银行监管法律规范的存在形式,它体现了外资银行监管法律规范的种类和效力级别,包括国内法和国际法。

由于金融服务贸易协议并没有明确界定基于审慎目的而采取的监管措施,国际上通常以构成国际惯例的巴塞尔协议的有关规定作为金融服务贸易协议的重要补充。巴塞尔银行监管委员会制定的《巴塞尔协定》、《巴塞尔资本协定》、《巴塞尔最低标准》、《资本协议关于市场风险的补充协定》、《有效银行监管的核心原则》等一系列文件中要求监管者有权制定和利用审慎法规控制风险。2006年以后我国金融业对外全面开放,国务院制定了《中华人民共和国外资银行管理条例》,银监会制定了《中华人民共和国外资银行管理条例实施细则》。这两个法律文件对在华外资银行的机构形式、市场准入、业务运营、市场退出以及法律责任等方面作了较为详细的规定,充分体现了巴塞尔协议所倡导的审慎监管原则。

(三) 基于金融安全的审慎监管措施

为了维护国家金融安全,在审慎原则的指导下,我国对于外资银行的监管,制定了一系列的法规措施,主要包括资本充足率、风险管理、内部控制、跨国监管和特别措施等。

资本充足率。外商独资银行和中外合资银行的资本充足率不得低于8%,我国银行业监督管理机构可以要求风险较高、风险管理能力较弱的外商独资银行、中外合资银行提高资本充足率。外国银行分行营运资金加准备金等项之和中的人民币份额与其人民币风险资产的比例不得低于8%,我国银行业监督管理机构可以要求风险较高、风险管理能力较弱的外国银行分行提高前款规定的比例。

风险管理。外商独资银行和中外合资银行的贷款余额与存款余额的比例不得超过75%,对同一借款人的贷款余额与商业银行资本余额的比例不得超过10%。为了防范和避免流动性风险,外商独资银行和中外合资银行的流动性资产余额与流动性负债余额的比例不得低于25%。外国银行分行营运资金的30%应当以国务院银行业监督管理机构指定的生息资产形式存在,且其境内本外币资产余额不得低于境内本外币负债余额。外商独资银行、中外合资银行应当设置独立的风险管理系统。

内控机制。外资银行应当建立健全内控系统。其中外

商独资银行、中外合资银行还需要设置独立的内部控制系统,并遵守我国银行业监督管理机构有关关联交易的规定。外国银行在中华人民共和国境内设立的外商独资银行的董事长、高级管理人员和从事外汇批发业务的外国银行分行的高级管理人员不得相互兼职;外商独资银行与从事外汇批发业务的外国银行分行之间进行的交易必须符合商业原则;外商独资银行与从事外汇批发业务的外国银行分行之间的资金交易,应当提供全额担保。

跨国监管。外资银行营业性机构应当按照国务院银行业监督管理机构的有关规定,向其所在地的银行业监督管理机构报告跨境大额资金流动和资产转移情况。我国银行业监督管理机构对外国银行在中华人民共和国境内设立的分行实行合并监管。外方股东必须受到母国金融监管当局的有效监管并且就设立外资银行取得后者的同意。母国应当具有完善的金融监督管理制度,并且其金融监管当局应当已经与我国银行业监督管理机构建立良好的监督管理合作机制。

特别监管措施。根据外资银行营业性机构的风险状况,可以依法采取特别监管措施。包括:约见有关负责人进行警戒谈话;责令限期就有关问题报送书面报告;对资金流出境外采取限制性措施;责令暂停部分业务或者暂停受理经营新业务的申请;责令出具保证书;对有关风险监管指标提出特别要求;要求保持一定比例的经中国银监会认可的资产;责令限期补充资本金或者营运资金;责令限期撤换董事或者高级管理人员;暂停受理增设机构的申请;对利润分配和利润汇出境外采取限制性措施;派驻特别监管人员,对日常经营管理进行监督指导。

四、结论

国家的经济安全和金融安全对于维护国家的根本利益具有重要的意义和作用。国家金融安全的维护就是国家的重要目标和任务,特别是在当今世界经济全球化的趋势下,各个国家都更加重视其经济和金融安全。在各国的金融业对外开放过程中,引进外资银行后银行业的稳健运行成为了维护东道国金融安全的核心问题,外资银行的风险控制不仅能保证外资银行本身的稳健经营,同时对保持东道国银行业和金融体系的稳定起着至关重要的作用,对维护东道国的金融安全意义重大。因此,东道国在引进外资银行发展本国经济的同时必须对外资银行进行风险控制,以保持国家金融体系的稳定和金融安全,从而最终保证国家的经济利益和政治利益不受侵害,保证东道国经济和金融业的长期、稳定和持续发展。从这个意义上说,外资银行的风险控制具有政治学理论的有力支持。

(责任编辑:亦木)

Andrew Comfort, The WTO Negotiation on Financial Services: Current Issue and Future Direction, UNCTAD\OSG\DP\2004\6

李磊:《新外资银行管理条例解读》,《法制与社会》2008年第3期。

罗国强:《外资银行审慎监管评析》,《财经科学》2007年第3期,第48-49页。