

上海政法学院学术文库
经济法学系列

E C O N O M I C L A W S E R I E S

丛书总主编 倪振峰

银行业反垄断法 适用问题研究

——以银行业结构规制为视角

赵园园 著

E C O N O M I C
L A W S E R I E S

 复旦大学出版社

上海政法学院学术文库
经济法学系列

丛书总主编 倪振峰

银行业反垄断法 适用问题研究

——以银行业结构规制为视角

赵园园 著

图书在版编目(CIP)数据

银行业反垄断法适用问题研究——以银行业结构规制为视角/赵园园著.

—上海:复旦大学出版社,2012.1

(上海政法学院学术文库·经济法学系列)

ISBN 978-7-309-08636-2

I. 银… II. 赵… III. 银行业-反垄断法-法律适用-研究-中国 IV. D922.294.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 257994 号

银行业反垄断法适用问题研究——以银行业结构规制为视角

赵园园 著

责任编辑/张 炼

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路 579 号 邮编:200433

网址:fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

门市零售:86-21-65642857 团体订购:86-21-65118853

外埠邮购:86-21-65109143

江苏省句容市排印厂

开本 787×960 1/16 印张 11.75 字数 183 千

2012 年 1 月第 1 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-309-08636-2/D·547

定价:28.00 元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社有限公司发行部调换。

版权所有 侵权必究

目 录

导言	1
第一章 银行业结构规制的重要性	4
第一节 《反垄断法》是银行业结构规制的法律基础	4
第二节 对银行业结构规制的必要性和重要性	10
第二章 银行业结构规制的基本理论	18
第一节 全球金融危机对银行业结构规制的影响	18
第二节 竞争政策与银行产业政策的冲突与协调	23
第三节 我国银行业有效竞争格局的建立	31
第三章 银行业结构规制的基本原则	51
第一节 银行业安全原则	51
第二节 银行业稳定原则	54
第三节 审慎的全面开放原则	57
第四节 在规制原则上应以合理原则为主	60
第四章 银行业结构规制的完善措施	63
第一节 如何界定银行业相关市场	63
第二节 市场结构规制	73
第三节 进入壁垒规制	80
第四节 退出规制	89



第五章 对银行业结构规制的发展——银行业综合经营的反垄断	
规制	101
第一节 商业银行主导金融业综合经营的走向	103
第二节 银行业综合经营对反垄断结构规制的挑战	108
第三节 金融控股公司模式：我国银行业从分业经营迈向综合经营的现实选择	115
第四节 国外与地区立法对金融控股公司反垄断规制的借鉴	129
第五节 对我国金融控股公司的反垄断规制	137
第六章 反垄断法实施与银行业监管的冲突与协调	148
第一节 对银行业的反垄断执法应是反垄断执法机构与银行业监管机构共同完成的	148
第二节 国外反垄断执法经验借鉴	153
第三节 我国银行业监管与反垄断执法的协调	158
参考文献	166
后记	184



导 言

金融体系的稳定是一国金融体系安全的最后一道屏障。而金融体系的稳定性存在着这样的逻辑顺序：金融市场尤其是股票市场容易率先遭到外部冲击，金融体系尤其是银行体系的抗冲击能力最终将决定外部冲击的深度、广度和持续性。^① 金融机构的健康又是金融稳定的微观基础。在我国的金融机构中，银行类金融机构占有重要地位，金融体系能否促进经济发展，取决于金融机构尤其是银行机构所提供的金融服务的质量、数量和效率，银行机构的质量及效率对于金融体系的功能具有决定性的影响。银行机构要想健康发展，离不开完善的竞争机制与有序的竞争环境。

自 2001 年 12 月加入世贸组织以来，我国银行体系与银行机构的发展非常迅速，银行机构无论是资产质量还是经营能力、盈利能力都得到了不断提高，银行机构的各种金融创新业务也不断发展。加上当今国内外面临着非常复杂的经济形势，银行体系的安全性越来越受到关注，银行业市场结构与金融稳定的关系开始得到人们的普遍关注。^② 银行机构是经营货币的特殊企业，要保证银行机构的安全稳健经营，需要保持适当的经营规模，来分散固定成本和经营成本。有学者把经济学中传统的产业组织理论运用于银行业的反垄断研究，试图探寻银行业组织形式的变化与银行业市场竞争态势、银行产业的集中度以及银行业绩效变化的关系，但目前仍没有统一的结论。银行业的监管机构与政府对银行业监管与规制的最终目标是既要获得由银行业产生的绩效，又要有符合社会理想的安全水平。要获得银行业产生的效率需要促进银行机构的充分竞争，有效发挥银行业市场的优胜劣汰机制的作用；既要达到社会理想的安全水平，又要加强对银行业的监管，平

^① 陈雨露、马勇：《现代金融体系下的中国金融业混业经营：路径、风险与监管体系》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 232 页。

^② 蔡丛露：《银行业市场结构、产权结构与金融稳定研究》，厦门大学博士学位论文，2007 年 10 月，第 120 页。



衡好银行业监管与促进银行机构竞争的关系。

全球金融业在经历了 20 世纪的分业经营走向综合经营,尤其是经历过美国次贷金融危机后,一方面监管机构对金融业综合经营设定了更高的标准,尤其是加大了对具有系统重要性大型综合经营机构的监管;另一方面,银行也开始回归本业,更加强调为实体经济服务和加强风险管理。金融控股公司是未来金融业实现综合经营的主要模式。从世界各国的经验来看,合适的控股公司模式是综合经营取得成功的基础,完善的法律框架是开展综合经营的前提,全面有效的监管是综合经营持续深入推进的保障。我国要以“银行为核心的经营性控股公司”为主要模式,建立适合我国国情的监管体系,避免监管缺位,切实防范风险。这一发展趋势必然需要得到反垄断立法与执法的回应。

对银行业反垄断法适用和反垄断执法问题的探讨,是因为反垄断法的适用远比其自身的内容更为复杂。《反垄断法》作为规制银行业垄断的重要核心法律,涉及整个市场的发展与宏观运行,其制定的条款具有极强的原则性和抽象性。具体针对银行业如何有效执法与这些弹性问题的最终解决则依赖于有效的适用机制。许多发达国家如美国,其反垄断执法的目的在于维持已经存在的竞争态势,当出现市场失灵等情况时通过法律调整与具体的执法使其恢复到正常有序的状态。而我国长期以来缺乏竞争的传统,需要预设市场竞争应当达到的理想状态,根据这样的目标,对于初露端倪的有效竞争状态应该予以鼓励,对于不符合竞争机制发展的做法必须给予纠正。不同国家对银行业的竞争机制的发挥有一个相同的底线,即维护金融安全。与其他领域的反垄断法规制不同,对银行业反垄断执法的审慎态度本质上是各国兼具的,只是在程度上有所不同。有效的银行业反垄断执法不仅有利于建立有序的银行业竞争机制,还关系到产业安全、公众利益和国家利益,因此,要构建科学有效的银行业反垄断法律体系,不可能由一部反垄断法来完成。美国的做法非常值得我们借鉴,其建立了银行业反垄断的完整法律体系,全面地对银行业集中进行审查和监管,而针对银行机构的滥用市场支配地位和订立垄断协议等垄断行为并没有单独立法,而是适用一般反垄断立法,由联邦贸易委员会和美国司法部进行调查和执法。^①

^① 宗良、张剑光、王敏:《美欧银行业并购中的反垄断比较研究及对我国的借鉴》,载《国际金融研究》2009 年第 3 期,第 26 页。

科学的银行业反垄断法适用和有效的银行业反垄断执法是维护银行业竞争环境的重要条件。因此分析结构主义规制原则对银行业的影响以及在银行业中的适用至关重要。构建银行业有效的市场竞争结构是保证银行业健康发展的前提。与达成垄断协议、滥用市场支配地位等垄断行为相比,银行业中的经营者集中行为即银行机构的集中所产生的垄断对金融市场的危害更大,因为银行机构的集中行为一旦产生垄断状态,就很难恢复到以前的状态,采取补救措施的成本也非常高。欧美国家对银行机构的集中行为都投入了更多的资源进行调查与事前预防,对银行机构的集中行为进行单独立法与有效的执法。我国在构建银行业反垄断的立法与执法过程中,更应加强对银行机构集中的有效的事先审查机制,提高反垄断执法的效率,保证我国银行业的稳健经营和安全发展。

我国《反垄断法》如何有效、有针对性地适用于银行业,在对银行业进行结构规制过程中有哪些需要考虑的特殊因素,以建立有效银行业的市场结构,保障银行业乃至金融业的健康、稳健发展,这些是我们亟须探讨的问题。对此问题,理论界与实务界已经进行了一些有益探讨,但关于有针对性地对银行业进行结构规制的理论成果很少,都局限于对银行业并购的反垄断规制,且大都属于经济学的研究,相关法学研究尚属空白。因此本书选取了较新的研究视角,以有效银行业的市场结构、金融安全、金融稳定与银行业市场结构的关系为研究的切入点,以对银行业的结构规制为主线,系统探讨对银行业反垄断执法需要考虑的特殊因素。同时侧重于对银行业竞争格局的考察与分析、对银行业竞争结构与银行业稳定性关系的考察与分析,以及对反垄断法如何适用于银行业进行系统梳理与分析。对于我国必然要到来的金融业的综合经营,探讨反垄断法如何有效地规制此阶段金融业的垄断。

本书运用多种论证及研究方法,如比较分析的方法、经济分析的方法、历史分析的方法、案例实证分析的方法、归纳与演绎的方法,多角度、宽视野地对银行业反垄断法律制度进行了分析探讨,打破了传统意义上单一考察论证的思维模式,从而使我国银行业反垄断法律制度的构建和具体设计有了强有力的理论基石和现实依据,突破了传统部门法的界限和束缚,使研究内容具有研究广度,加上以金融学的相关理论和我国银行业的发展实践作为研究基础,在具体制度的研究上也更具理论深度和实践意义。



第一章 银行业结构规制的重要性

第一节 《反垄断法》是银行业结构规制的法律基础

一、反垄断法是银行业竞争执法的法律依据

我国的反垄断法颁布实施的时间较短,最缺乏的就是执法实践。各国的国情民情虽然各有不同,反垄断制度和执法体制也各有特色,但反垄断法作为国际一致化程度较高的法律,其他国家的执法实践对我国而言仍有一定的借鉴意义。竞争作为调节市场的机制,是市场经济活力的源泉,但市场经济国家的经验表明,市场本身并不具备维护公平自由竞争的机制,而且处于竞争中的企业总是会尽可能减少竞争的压力和逃避风险,通过某种手段谋求垄断地位和限制竞争。被许多学者视为经济宪法的《中华人民共和国反垄断法》于2008年8月1日起施行,该部法律第1条明确指出:“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法。”这部法律第55、56条规定农业和依法行使知识产权的行为可以得到适用除外,这意味着银行业将与其他行业一起平等纳入反垄断执法之下,对于破坏市场竞争秩序的行为或者可能影响市场竞争结构的合并或集中等,都将受到监管审查。

在反垄断法的立法过程中,银行、电力、电信等实施监管的行业以及石油、烟草等具有独占地位的行业一再要求能够豁免适用反垄断法。针对该问题,反垄断法草案曾几易其稿,甚至一度完全排除了反垄断执法机构对这些行业的反垄断执法权,反垄断法面临着被肢解和架空的风险。最后在有关专家学者的强烈呼吁之下,这些法律条文最终被删除。目前最终出台的



《反垄断法》第7条技术性地表达了反垄断法对这些受监管行业、具有独占地位的行业的管辖权。^①《反垄断法》第7条规定：国有经济中占控制地位的、关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业，国家对其经营者的合法经营活动予以保护，并对经营者的经营行为及其商品和服务的价格依法实施监管和调控，以维护消费者利益，促进技术进步。对于这样的法律规定许多人仍然不解，认为《反垄断法》的规定实际上是对一些自然垄断行业或涉及国家安全的行业的豁免。目前关于这条规定达成的广泛共识是：“国有经济占控制地位的、关系国民经济命脉和国家安全的行业”包括自然垄断行业和公用行业。该条第1款和第2款的设计在强调国家对这些行业保护的同时也明确了这种保护并非反垄断法的豁免或适用除外，国家经营的经济事业也是反垄断法所规制的对象。^②与日本相比，我国从一开始就明确了国家经营的经济行业也是反垄断法所规制的对象，这是非常难得的。该条文的规定是对这些特殊行业适用反垄断法的强调与重申，以引起人们的关注与思考，促进这些重要行业的有序竞争与健康发展。

我国反垄断法在对这些特殊行业的法律适用规定了明确的理念外，还对这些行业规模经济的发展规定了主要的执法方向。通过反垄断法的相关法律规定，可以看出反垄断法在制止相关经营者滥用市场支配地位损害消费者利益的同时，鼓励关系国民经济命脉和国家安全的重要行业和关键领域的相关市场主体的规模增大，从而增强国际竞争力，这些规定充分体现了我国相关的产业政策与竞争政策的协调。^③我国反垄断法在肯定受监管和具有独占地位的行业现有地位的合法性之外，又圈定了其合法经营的界限，即规定这些行业不得利用其控制地位损害消费者利益。但具体如何对这些行业进行反垄断监管仍然不明确，这个立法上的空白也意味着在配套法规的制定及未来的执法实践中，对这一问题的争议以及部门之间的博弈仍将继续。^④我国台湾地区的立法规定对此很有借鉴意义，台湾地区的《公平交易法》第46条规定：事业关于竞争之行为，另有其他法律规定者，与不抵触本法立法意旨之范围内，优先适用该其他法律之规定。这样的规定表面上

① 李慧颖：《中国反垄断法的妥协、冲突与协调》，载《中国法律》2009年第2期，第41页。

② 全国人大常委会法制工作委员会经济法室编：《中华人民共和国反垄断法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2007年版，第33—34页。

③ 王晓晔：《经济体制改革与我国反垄断法》，载《东方法学》2009年第3期，第78页。

④ 李慧颖：《中国反垄断法的妥协、冲突与协调》，载《中国法律》2009年第2期，第41页。



看是特别法优先一般法,但涵盖的主旨却体现了特别法不得违反《公平交易法》的立法宗旨。这就巧妙地将反垄断法确立为市场经济的基本法,而不是普通的一般法。只有这样才能真正体现反垄断法是经济宪法这一基本理念,才符合反垄断法的基本精神。

从一些国家或地区的立法与执法来看,反垄断法对规制领域的豁免具有动态性,没有一个恒定的规则或依据将规制领域与非规制领域的界限清晰划开,而是随时代变迁、技术进步以及各国产业结构和市场竞争能力状况而不断发展变化。通过简单的适用除外或豁免条款将政府规制领域全部排除出反垄断法的适用,或将反垄断法统一适用于所有被规制产业都是不合时宜的。^① 虽然我国反垄断法并未将银行业认定为管辖除外对象,但对银行业的反垄断执法仍然要考虑到一些特殊因素。对于银行业来说,无论是过度竞争还是垄断,都无法实现资源的最优配置。银行业具有与其他行业不同的游戏规则,在某些特殊情况下银行业的统一行动是必须的,这是维护金融稳定的举措。因此要使银行业的竞争机制正常有效地发挥作用,防止垄断给银行业带来的危害,关键是要实现有效竞争。而有效竞争实际上是一种防止垄断弊害的竞争状态,是既有利于维护竞争又有利于发挥规模经济作用的竞争格局。因此,立法部门和监管当局只有细致梳理现行的银行监管法律规范,在银行监管中融入反垄断规制的理念,才能确保银行业合法、高效、科学地竞争,最大限度地推进银行业可持续发展。^②

二、结构规制与行为规制的选择

(一) 规制的概念与探讨

政府经济学或微观规制经济学是 20 世纪 60 年代以来,在政府采取法制、行政、规章等各种手段,按照市场经济原则和微观经济理论,对公用事业或其垄断行为实行制约和管制,纠正社会经济弊端的进程中发展起来的。所谓规制(regulation),专指政府利用法规对市场进行的管束和制约,又分为经济规制和社会规制。^③ 联合国贸易和发展会议《竞争法范本》(Model Law on Competition)以及 OECD(Organisation for Economic Co-operation and

① 肖竹:《竞争政策与政府规制——关系、协调及竞争法的制度构建》,中国法制出版社 2009 年版,第 142—143 页。

② 张继红:《银行并购中的反垄断问题》,载《经济导刊》2008 年第 1 期,第 86 页。

③ 冯玉军著:《法经济学范式》,清华大学出版社 2009 年版,第 439 页。

Development)的文件中,规制被分为经济性规制(Economic Regulation)、社会性规制(Social Regulation)和行政性规制(Administrative Regulation)三种。还有学者认为政府对经济行为的规制应分为三类:竞争政策或反托拉斯政策、经济规制和社会规制。^①

经济规制包括直接干预市场决策的政府规定,着眼于国家对市场进出、价格和竞争秩序等经济决策的规范,指政府通过价格、产量、进入和退出等方面对企业决策实施的各种强制性制约。日本学者植草益认为经济性规制主要是在自然垄断和存在信息偏在的领域,防止发生资源配置低效率和确保利用者的公平,政府机关可用法律权限,通过许可和认可等手段,对企业的进入和退出、价格、服务的数量和质量、投资、财务、会计等行为加以规制。我国学者王俊豪同样认为,经济性规制的主要领域包括自然垄断领域,如有线通信、电力、铁路运输、自来水和煤气供应等产业,以及存在信息不对称的领域,如银行、证券、保险等金融业和航空运输等。^② 其中,之所以要对银行、证券、保险等金融业进行规制是因为在这些行业中,消费者对于选择何种服务及价格不能保证得到充分信息,为保证消费者公平利用以及防止由于企业破产而引起的消费者损害,实行进入规制和价格规制。而社会规制是一种较新的规制形式,来源于对社会公众和消费者健康和安全的保护,如产品责任、环保责任、药品安全、消费者保护、损害赔偿以及对企业垄断的规制。可见,对银行业的规制就是政府机构在一定程度上对银行业的经济规制,主要就是市场进入与退出规制和价格规制。

(二) 结构主义规制与行为主义规制的概念、作用

传统反垄断法存在两种制度模式,即结构主义规制模式与行为主义规制模式。结构主义规制以美国《克莱顿法》特别是哈佛学派的反垄断政策主张为理论基础,认为结构性进入壁垒会导致高度市场集中度,而高集中度又往往会导致垄断或合谋,破坏自由竞争体制,带来市场运行的低绩效。因此法律通过控制行业集中度或规范行业集中状态,以维护竞争性市场结构。在结构主义规制下,反垄断法除外制度的适用范围被极大地缩小。行为主义规制模式指法律通过规范拥有市场支配地位企业的行为,以排除或减少滥用市场支配地位行为对竞争的危害。行为主义反垄断政策以美国《谢尔

^① 肖竹:《竞争政策与政府规制——关系、协调及竞争法的制度构建》,中国法制出版社 2009 年版,第 15 页。

^② 同上书,第 20 页。

曼法》、《罗宾逊—帕特曼法》，特别是芝加哥学派为理论基础，强调对垄断行为的个案考察。^①

结构主义规制和行为主义规制是反垄断法维护有效竞争的两种基本方法。其中，前者通过对市场结构的调整，为自由竞争创造环境和条件，又被称为结构修正；后者通过对竞争行为的规范，排除各种反竞争行为对自由竞争的危害，又被称为行为修正。选择何种理论作为反垄断理论的依据，对银行业中的反垄断法执行具有非常重要的影响，这也是我国反垄断理论与实践难以回避的一个话题。纵观全球实行反垄断管制的国家，在选取反垄断规范时，主要有三种法律模式，一是注重对垄断状态判断的结构主义的规制制度，如日本的私人垄断法；二是注重对限制竞争行为规范的行为主义的规制制度，如欧洲各国和欧共体的反垄断法；三是准结构主义的规制制度，如美国的反垄断法。

美国与日本的反垄断法所确立的垄断规制制度，虽同属于结构主义规制的范畴，但却有重要区别：日本反垄断法的垄断规制制度从立法目的、规制要件到具体制裁措施，都具有调节产业结构的意义，是纯结构主义垄断规制制度，这也与日本特定的经济发展阶段有着重要关系；美国反垄断法中的垄断规制制度，在立法目的及规制要件上与产业结构调整无关，只是制裁措施具有调整产业结构的功效，是准结构主义的垄断规制制度。^② 在反垄断法实践中，美国曾是结构主义规制的典型实践者，自 1911 年“美国标准石油公司案”开始，依据其反托拉斯法所确立的结构主义规制原则，先后解散了一系列控制美国市场的巨型垄断企业，形成了美国结构规制的经典判例和法律原则。

（三）我国银行业中结构规制、行为规制的选择

科学的银行业反垄断法适用和有效的银行业反垄断执法是维护银行业竞争环境的重要条件。许多发达国家，或有很长时间反垄断执法传统的国家都十分重视有效的银行业反垄断执法。或在竞争法中规定相关内容，或制定专门的银行业反垄断法律法规进行系统规范。而根据银行业的不断发展变化，银行业反垄断立法与执法的突出特点是各国都会根据经济形势的变化，根据反垄断现实的需要，随时进行调整以提高银行市场运行的效率和公平性。^③

① 王自力：《垄断行业中的〈反垄断法〉实施问题》，载《上海政法学院学报》2010年第1期，第7页。

② 吕明瑜：《知识经济引发的反垄断法新问题探析》，载《亚洲竞争法论坛（2009）》，第32页。

③ 郭利华：《中国农村金融市场反垄断管制问题研究》，知识产权出版社2008年版，第125页。

为了科学的银行业反垄断法适用和有效的银行业反垄断执法,首先要考虑结构主义规制原则对银行业的影响和分析结构规制原则在银行业中的适用。因为构建银行业有效的市场竞争结构是保证银行业健康发展的前提。与垄断协议、滥用市场支配地位等垄断行为相比,银行业中的经营者集中行为即银行机构的集中所产生的垄断对金融市场的危害更大,因为银行机构的集中行为一旦产生垄断状态,就很难恢复到以前的状态,采取补救措施的成本也非常高。欧美等国家对银行机构的集中行为都投入了更多的资源进行调查与事前预防,对银行机构的集中行为进行单独立法与有效执法。我国在构建银行业反垄断的立法与执法过程中,更应加强对银行机构及其他金融机构集中的有效的事先审查机制,提高反垄断执法的效率,提前预防可能产生垄断的状态与行为,保证我国银行业的稳健经营和安全发展。

要有效地规制银行机构的经营者集中,科学合理的适用结构主义规制原则最为重要。这涉及银行业的市场集中度的问题。银行业的集中和竞争看似矛盾实则却是统一的,因为银行业的集中既可能促进金融稳定,也可能破坏金融稳定。对此问题许多学者的一般观点是,无论是银行业市场过于集中或过于分散、竞争过度或毫无竞争都会破坏银行业的稳定,只有适度的集中和竞争才会促进银行业的稳定。^①

虽然当今各主要国家的反垄断执法中都是从结构主义规制原则向行为主义规制原则发展,即结构主义规制原则在反垄断执法中的适用越来越少,主要理念是不反对垄断状态的存在,主要反对的是垄断行为。但因为银行业的特殊性,为了保持银行业适度的市场集中度,除了需要银行业监管机构在监管时适度考虑到该因素,还需要在反垄断执法时灵活运用结构规制与行为规制的原则。结构规制是行为规制的前提与基础,也是对银行业中具体垄断行为规制的前提。结构主义规制方法在控制垄断中具有不可替代的作用,尤其是在银行业的垄断规制中。要保持银行业适度的市场集中度,促进金融稳定,关键是在银行业的反垄断执法中灵活运用结构主义规制原则。但行为规制也不能忽视,对银行业进行反垄断规制与执法时,应做到结构主义规制与行为主义规制相结合,在涉及银行机构的并购、银行机构设立等影响银行产业结构的行为时,主要考虑结构主义,而对银行机构的具体垄断行

^① 江娅:《城市商业银行并购与金融稳定》,载《中共中央党校学报》2009年第4期,第59—60页。

为执法时采取行为主义。单独使用一种原则不符合银行业竞争的实际,不利于灵活的金融创新实践的开展与行业整体效率的提高。

第二节 对银行业结构规制的必要性和重要性

一、对银行业进行结构规制的必要性

(一) 银行业有区别于一般行业的特殊性

对银行机构来说,充分的自由竞争并不必然导致效率的提高,相反,自由竞争和稳定之间存在着明显的替代性。正是由于银行机构既不能过度竞争,也不能排斥竞争而导致垄断,因此需要一个外部力量为银行业创造一个适度竞争的环境,从而维持银行业的公平、高效、稳定,这就是普遍认为的银行机构存在的自由竞争悖论。

1. 银行业有别于一般行业的特殊性

银行业的发展以及银行机构的经营运作不同于一般行业,被誉为现代经济的“血液循环系统”,为各行各业提供资金融通,为国民经济发展提供资金保障,银行业若出现瘫痪,会对整个国民经济造成不可估量的损失。银行业相较于普通行业的特殊性在于以下方面。

第一,银行业具有高风险性和脆弱性,在国家经济体系中具有重要地位。银行体系具有脆弱性,其中一个因素是银行体系的结构问题。如果银行体系过于单一,银行机构和银行业市场的种类和数量有限,而银行机构提供产品和服务的种类也有限,那么银行体系就会具有较大的脆弱性。这是因为在经济情况发生变化时,经济主体很难在银行体系中寻找其他的融资途径,没有应对变化的备选方案。由于银行体系结构单一,不利的变化在银行体系中传递的速度就更快,一旦银行机构或银行业产品的交易遭到破坏,就意味着整个银行体系遭到了破坏。银行体系脆弱性的表现之一就是传染性的强弱。一个银行机构的问题可能传染到其他银行机构,一个市场的问题可能传染到其他的银行业市场。

第二,银行业的外部性。所谓外部性是指经济主体的活动对其他主体和整个社会的影响,又称溢出效应。银行业的外部性主要表现在:由于某个银行主体在市场上的活动,引起市场的剧烈反应,导致银行体系出现紊



乱;某个银行主体陷入困境或违约,引起恐慌,导致其他银行业主体受到冲击,影响整个银行体系的稳定。外部性不仅表现在一个国家内部的企业、个人与银行机构之间,而且在国际银行业市场上还表现在不同的国家之间。一个国家的银行业出现问题,往往会引起其他国家的银行业出现问题。典型案例就是2008年美国的金融危机,导致世界上很多国家的金融体系都受到了严重影响。外部性是银行业市场缺陷的重要的表现,凡是外部性存在的地方都需要通过非市场的手段加以校正。

第三,银行业具有较强的政府管制性。银行业是准入制度较为严格、限制过度竞争的行业,银行业的过度竞争将会形成金融风险;银行业中倾向于组建大型的银行企业,以增强其抗击金融风险的能力。由于银行机构经营的特点,其手头不可能有足够资金支付所有存款人同时提取存款,一旦存款人集体行动进行挤兑,银行将面临倒闭的风险,有偿付能力的银行也会因集体挤兑而倒闭,这也是主张对银行特别管制的理由所在。^① 由于银行业在经济中的重要性、银行资产和行为的不透明性,政府对银行设置了一整套的管制措施。一些国际组织如国际清算银行(Bank for International Settlements, BIS)、国际货币基金组织(International Monetary Fund, IMF)和世界银行(World Bank)都发布了大量国际标准确保政府对银行业的干预。^②

金融业中的证券业、保险业与银行业也是存在明显区别的。相比较于证券业、保险业来说,银行业在风险分担、信息不对称等方面具有更高的脆弱性与风险性,产生不稳定的概率也大大高于证券业和保险业,因而需要在对银行业进行反垄断立法与执法时充分考虑到这一特殊性。如存款人与投资人的诉求就存在非常明显的区别。存款人的主要诉求是稳定性和安全性,而投资人主要关注的是信息透明度和完整性。因此,银行业、证券业、保险业形成了不同的法制框架来满足不同的需要。如美国的银行法和证券交易法几乎是同时颁布的,然而采取的是完全独立的法例,这是因为银行业与证券业有明显的区别,需要适用不同的法律体系才能保证各自的稳健发展。另外如意大利的相关法律规定,银行是为储蓄者和存款者服务的,而证券公司和保险公司主要满足投资者的需要,因此对银行业的反垄断执法过程中

^① Jonathan R. Macey, Maureen O'hara, The Corporate Governance of Banks, *FRBNY Economic Policy Review*, Vol. 9, 2003.

^② Giovanni Ferri, Corporate Governance in Banking and Economic Performance: Future Options for People' Republic of China, in *ADB Institute Discussion Paper*, 2003.



其稳定的目标是优先于透明度等其他目标。^①

2. 对我国银行业结构规制的必要性

我国政府与银行业监管机构在国内银行业改革中一直有巨大的担忧,因为中国的银行体制改革,一直有呼声降低行业的进入壁垒,以增加业内竞争和带动银行机构所有制的多样化,使得规模相对小一些数量多一些的银行机构同时存在竞争,但在全球银行机构巨型化的大环境下,这样的改革措施就会导致国内银行机构很快被国际巨头兼并或控制,影响我国金融体系的稳定。尤其是国际金融危机以来国际银行业的发展出现了一些新特点。一是银行业遭遇大萧条以来最严重的冲击。受银行业利润下滑,欧美银行业金融机构资产减记和信贷损失大幅上扬等影响,众多银行业金融机构陷入流动性困境。根据英国《银行家》(The Banker)2009年统计,与2007年相比,2009年度全球1000家大银行总资产共下降约4万亿美元。二是银行业集中度进一步提高。在危机中生存下来的少数欧美大银行,竞争实力得到进一步加强,行业集中度上升。新兴市场银行业在全球市场份额有所提升。^②有了这些担忧,中国的银行改革最近十几年一直在次第推进。这在一定程度上维护了金融稳定,但另一方面,从许多角度都可以看到中国金融体制中严重的问题。中国的金融改革必须有一个前提,即只有全球金融监管机构有能力监管国际金融巨头的跨国兼并、经营行为时,才能够充分推进。

(二)《反垄断法》的规定过于抽象和原则

我国《反垄断法》的很多规定比较原则、抽象和模糊,当然这并不是我国《反垄断法》的独有问题。世界上许多国家反垄断法的规定都比较原则,在适用中,也具有较大的弹性。我国《反垄断法》只是维持市场秩序和保障竞争有序进行的法律,在诸多方面只能作原则性规定,尤其是关于滥用市场支配地位的有关法律条文,很多都是以“没有正当理由”为前提的。对此,欧盟商会驻上海法律工作小组负责人孔宏德表示:我国《反垄断法》的模糊程度不亚于罗马条约(Treaty of Rome)。目前的反垄断充其量只能算是有了一个法律框架,需要时间建立一整套规章制度和法律解释体系对其进行充实。一些学者认为这是反垄断法自身的性质决定的,反垄断执法需要大量

^① Donatella Porrina and Giovanni B. Ramello, Competition in Banking: Switching Costs and the Limits of Antitrust Enforcement, at <http://www.ssrn.com>.

^② 徐成钢:《回复金融责任性的监管》, <http://www.p5w.net/newfortune/zhuanlan/200908/t2518452.htm>, 访问时间2009年8月5日。