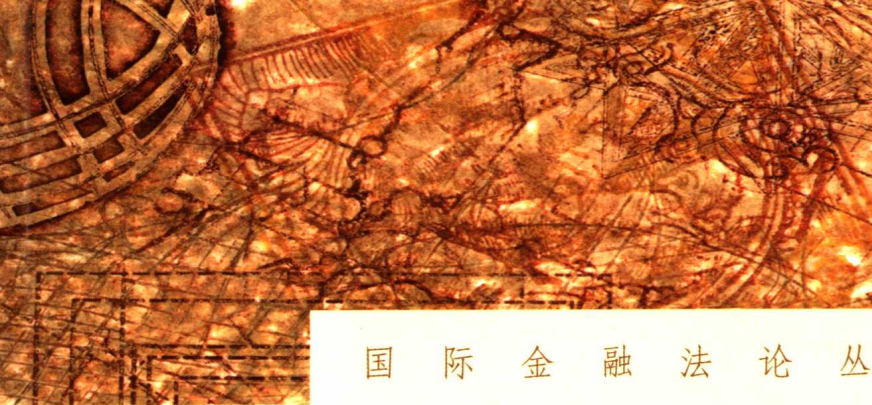




国际金融法论丛



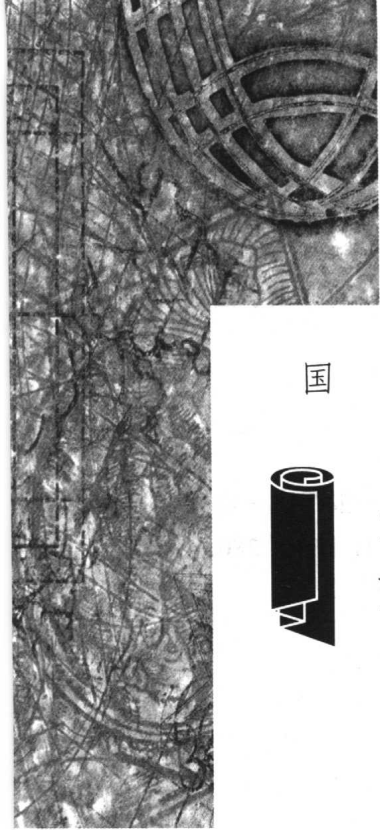
外资银行风险控制 法律问题研究

On Legal Issues of Risk Control
for Foreign-founded Banks

曾文革 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



国际金融法论丛



外资银行风险控制 法律问题研究

On Legal Issues of Risk Control
for Foreign-founded Banks

曾文革 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

外资银行风险控制法律问题研究/曾文革著. —北京:北京大学出版社, 2007. 2

(国际金融法论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 11546 - 6

I. 外… II. 曾… III. ①外资公司 - 商业银行 - 银行法 - 研究
②外资公司 - 商业银行 - 风险管理 - 研究 IV. ①D912. 280. 4
②F830. 33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 005465 号

书 名: 外资银行风险控制法律问题研究

著作责任者: 曾文革 著

责任编辑: 张 维

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 11546 - 6/D · 1676

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 17 印张 228 千字

2007 年 2 月第 1 版 2007 年 2 月第 1 次印刷

定 价: 26.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

总 序

一、法律方法与经济问题

本套专著有一个共同的特点,就是作者们不约而同地采用法律方法研究经济问题。过去我们在二十多年的时间内,多看到用经济学的方法分析法律问题。特别是国外法学界开展的轰轰烈烈的“法律的经济分析”,已有若干部专著翻译成为中文。而现在,在中国的大学和研究机构里,法律研究工作者开始进入经济学、公共管理学和工商管理学的领域,用法律的方法来研究这些边缘领域的问题。

在社会科学几个相近的领域,例如经济学、公共管理学、工商管理学和社会学等领域,都有法律研究的论文和著作,这种跨学科的研究成果,也越来越多了。在中国政府将“依法治国”定为基本国策之后,采用法律的思维与方法分析目前的经济改革问题也非常有意义。其意义就在于,我们所说的“依法治国”,不仅仅是表现在一个宏观的口号上,而是要将“依法治国”作为可以实际操作的、用来实际分析经济问题的、作为经济政策设计基础的法律方法。

全国人大常委会和全国人大财经委员会委员、北大前校长吴树青老师曾经问我,依照《宪法》,“债转股”是否应该提交全国人大财经委讨论?我说需要研究一下法律,才能回答。此后,国务院关于《国有股减持与成立社保基金》的办法出台,又有人问我,这么大的财政支付转移,是否应该经过全国人大财经委开会讨论?我回答说,需要研究法律。直到我在写这个序的时候,相关的法律研究工作还在进行。我希望从法律制度变迁的角度和我国财经法制程序演进的过程中找出符合法律的答案。

不断遇到类似问题,使我开始研究与思考经济学家们提出的问题:“全国人大财经委员会的职权范围究竟是什么?”“全国人大财经委员会对于国家重大财政支付转移是否有权审议?”从法律学的角度

来研究这些经济学问题,本身就构成了一个重要的法律制度程序化和司法化的法学课题。

二、经济学家敏感,法学家稳重

还记得有一次,一位金融业界人士对我说:“改革十多年来,讨论经济改革的问题,几乎都是经济学者的声音,这不奇怪。目前,讨论《证券法》或公司治理的问题,也几乎都是经济学者的声音,这也不奇怪。奇怪的是,所有这些问题的讨论中,几乎听不到法学家的声音!”说到这里,这位朋友几乎用质问的口气对我说,“你们法学家们关心什么?为什么听不到声音?你们都干什么去了?”

我一下子被他的语气盖住了!当时我想不出用什么简单办法来向他解释。尽管我不完全同意他的看法,因为这里可能有他个人信息渠道的问题,也可能有社会媒体关注的偏好问题,但还有可能是更深层的问题。例如,在改革过程中,许多法律制度和程序都尚未定型,如果采用法律的方法,可能会增加改革的成本,特别是时间方面的成本等。

本套专著的作者们都是研究法律的,他们也可以称为年轻的“法学家”了,因为,他们已经发表了相当一批研究成果,从事法学专业研究的时间几乎都在十年以上。他们长期研究的成果,似乎可以部分地回答前面那位朋友的问题了。法学家可能没有经济学家那样敏感,但是,法学家多数比较稳重。法学家的发言将影响经济政策与制度的设计,也影响经济操作与运行。经济发展要考虑效率,但是不能仅仅考虑效率,还要考虑到多数人的公平与程序的正义。我们的政府和社会可能都需要一段时间接受和适应法学家的分析方法和论证方法。

三、研究成果的意义

邀我写序的这套专著的作者们,经过三年多时间的专门研究,又经过一段时间的修改,才拿出这样厚重的成果来。我看到这些成果时,就像看到美国最高法院门前的铜铸灯柱底下基座的铜龟,给人以

一种稳重、缓慢、深思熟虑的感觉。中国古代在比美国更早几千年的时候,政法合一的朝廷大殿,就有汉白玉雕刻的石龟。龟背上驮着记录历史的石碑,同样给人以庄严、持久、正义的印象。中外司法与法学研究在历史上流传至今,给人的形象方面的印象和感觉是非常类似的,这种感觉在今天还有。

在不太讲究政治经济学基本理念的时光中,又是在变动未定型的过渡时期,经济学家关于对策性的看法是敏捷和回应迅速的。在回应中有许多是充满了智慧的解决方案和温和的中庸选择。相比之下,法学领域的回应还显得少些,也慢一些。有一个可能的答案,也是从本套研究性专著中解读到的:经济学家们谈论的是“物”(商品与交易),法学家谈论的是“人”(权利与义务)。

现实情况也是如此。市场中的“物”,无论是动产,还是不动产,几乎都成为商品,早已流通。现在,更加上升了一个台阶,市场将作为商品的物,进化到了证券化的虚拟资产的形态了。但是,法学这边的情况呢?《物权法》还在起草过程之中,该法案能否在年内通过,目前还是一个未知数。但是,立法的稳重并不影响市场的发展,法学家们在实务性工作方面,特别在市场中的交易契约设计方面,已经在研究具体的问题,在这方面的成果,也已相当可观。

经济学家对问题的讨论,观点可以是多元化的,也有争论。但是,总的方法还是建立在一个统一的理论框架下和一致的假设前提下的。但是,法律则不同。法律天生就是对抗性的,生来就有正方与反方。抗辩是法律运作的方式,法律的逻辑和理念就是在这种对抗之中发展的。对抗性的法学,本身也导致了它的成果在外界人士看起来充满矛盾性和冲突性。甚至让他们感到,这群人搞的不是科学,而是一种抗辩的技术。

四、国际与国内金融法的融合

如果有人要我用一句话来表达什么是国际金融法,我就会说,它是一张没有国界,只有金融中心与边缘关系的地图。如果说,国内金融法与国际金融法还有什么区别的话,只是时间上的区别了,我国加

入 WTO 后,区别将越来越缩小。

如果我们承认一美元在美国和在亚洲都等于一美元的话,国际金融的国界就越来越失去意义。而美元市场上中心与边缘的流通关系,就变得越来越有意义。任何国家国界之内的法律制度如果符合金融流通与发展规律的话,这个国家的经济与社会发展就会顺利,否则就曲折。荷兰的人口是俄罗斯人口的 10%,但是,荷兰的金融规模超过俄罗斯的规模。英国人口 6000 万,是印度人口的 6%,但是,伦敦金融市场的规模比印度大若干倍。这就是金融中心与边缘之间的关系之一。所以,区别国内与国际金融市场,在法律规则方面已经不如以往那样重要,重要的是发展中国家中的大国,如何抵御西方金融中心的垄断,将以美元为基础的金融中心从一极化发展为多极化。

具体到我国,研究国际金融法与国内金融法是不可分的,而且这个领域范围之广袤,课题之宏大,数据之丰富,关系之复杂,都是非常吸引人的。特别是年轻人。这个天文般宏伟的领域,特别适合青年人研究与学习。因为,在这个领域比其他法学领域出新成果的机会要更大,创新成果也相对较多。这套专著的出版,就是一个例证。

本来这套专著的作者们要我写个小序,他们的书稿引发了上面一些话语,我感到有些喧宾夺主了。我感谢作者们以加速折旧的生活方式,写出了这样多的研究成果。学者们的生活,分为两个阶段,在学习的时候,取之于社会;而做研究的时间,特别是出成果的时候,是学者用之于社会和回馈于人民。

愿这些专业研究对金融业内人士有所帮助,对金融体制改革有所贡献。

吴志攀 谨志

2004 年 6 月 28 日

序

20 世纪 90 年代以后,世界经济的联系日趋紧密并出现经济全球化趋势。在经济全球化的大趋势下,金融的全球化 and 自由化不断加强,外资银行作为跨国金融机构对各国金融业和世界经 济的影响日益加强。外资银行作为母国对东道国的一种资本输出和金融业拓展,有利于发展东道国的生产和贸易,促进银行业之间的竞争,提高银行业的经营水平和服务质量,从而促进东道国金融和经济的发展。但是,外资银行的引入也会给东道国带来一定的消极影响。对于发达国家来说,由于金融体系较为完善,金融监管制度比较健全,金融监管能力较强,外资银行的进入给发达国家造成的消极影响并不十分明显。而对于发展中国家来说,金融业的发展水平不高,金融体系不够完备,与实力强大且具有丰富经营经验的外资银行相比,内资银行的竞争力相对较弱。再加上金融监管和宏观调控能力不强,外资银行对发展中国家的消极影响十分明显。外资银行的进入加剧了发展中国家的银行之间的竞争;外资银行作为国际资金流动的传导中介,也可能使国际金融风潮甚至金融危机传递到东道国,对当地金融市场造成冲击,给东道国带来金融风险,引发金融危机。与此同时,东道国的金融危机还可能波及外资银行母国以及其他国家和地区,引起国际金融市场的动荡,危及国际金融体系的稳定,对世界经济的稳定和健康发展构成威胁。

我国自 1978 年改革开放以来,外资银行引进的步伐不断加快,外资银行纷纷进入我国。2001 年我国加入 WTO 以后,外资银行的引进和发展进入了一个全新的时期。我国作为 WTO 的成员方按照 WTO 协议进一步扩大对外开放,积极融入到经济全球化的浪潮中。在银行业方面,我国根据入世承诺,逐步放开了对外资银行的业务范围、经营地域等多方面的限制,外资银行不断涌入,它们在机构数量和资

产方面都已经具备相当规模,对我国经济和金融市场产生巨大影响。随着我国加入 WTO 过渡期的结束,外资银行必将在我国得到更大的发展。如上所述,外资银行的进入有利于促进我国金融和经济的快速发展。但与此同时,外资银行的进入也给我国带来了诸多负面影响;如果处理不当,就会威胁到我国金融体系的稳定,威胁到我国的金融安全 and 经济安全。因此,对外资银行进行风险控制具有十分重要的意义。近年来,人们开始重视对外资银行风险控制的政策和法律制度的研究,这是可喜的现象,但总体而言还是处于起步阶段。本书对外资银行风险控制法律制度的深入研究无疑具有重要的理论价值和现实意义。

本书作者曾文革博士对此问题的研究颇感兴趣,他在攻读硕士期间就对外资银行监管法律问题十分关注。在攻读博士学位期间,他继续对其进行研究,并以“外资银行风险控制法律问题研究”作为他的博士论文题目。本书就是在他的博士论文的基础上修改而成的。纵观本书,我认为有以下特点:

一是研究方法的综合性。本书一改以往对外资银行风险控制多从经济学或者法学的角度进行单向研究的方法,而是采取了经济学、政治学、法学等多角度的综合性研究方法。作者采用经济学的分析方法,分析金融体系的内在脆弱性理论、社会利益论、追逐论、管制新论、金融深化和金融约束理论、国际金融体系缺失理论,探析外资银行风险控制的经济理论基础;作者采用政治学的分析方法,从国家安全、国家经济安全和金融安全的相互关系出发,指出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,并在此基础上指出银行业对外开放增加了东道国维护金融安全的能力,对东道国维护金融安全的能力提出更高要求,可能引发国家金融安全问题的跨国传递,由此引出外资银行风险控制对保证国家金融安全的意义;作者还采用法学的研究方法,从外资银行风险控制立法的价值追求、功能和作用出发,探讨了外资银行风险控制法制化的必然性。作者从多学科的角度对外资银行风险控制进行研究,使人们对外资银行风险控制的理论有了更深层次的认

识,体现了作者宽广的视野和深厚的理论功底。

二是注重比较研究,积极借鉴国外在外资银行风险控制方面的先进经验。作者在国际层面分析了巴塞尔体制、世界贸易组织体制、国际货币基金组织体制,对这些体制中有关外资银行监管的文件进行了详细的阐述;在国家层面,作者首先从东道国和母国这两个角度对外资银行风险控制的相关法律对策进行了探讨。接着,作者以国别为分类标准,重点对美国、日本和韩国的外资银行风险控制进行了比较研究,从东道国和母国两个方面分析这三个国家在外资银行风险控制上的对策。由于在外资银行风险控制方面,发达国家具有丰富的经验,作者选取这三个国家进行研究并进行评析,具有重要的代表意义,为我国外资银行风险控制提供了借鉴和参考。

三是研究内容上充分重视加入 WTO 对我国外资银行风险控制的影响,对 WTO 条件下我国外资银行的风险控制提出了独到的见解。作者对 WTO 协议中有关金融服务的部分进行了详细的论述,分析了《服务贸易总协定》、《服务贸易总协定》金融服务附件、《有关金融服务承诺的谅解书协议》、《金融服务贸易协议》等相关世界贸易组织文件。另外,作者还对世界贸易组织金融服务领域的最新发展进行了介绍,介绍了多哈会议和坎昆会议有关金融服务的内容。在此基础上,作者阐述了我国银行业对外开放的承诺,指出入世后我国外资银行风险控制法制建设面临着根据 WTO 的要求建立较为完备的金融法律体系、增强法律透明度、转变政府职能、完善司法体制等方面的问题。作者在对我国外资银行风险控制法律进行现实分析和完善设想时,充分重视与 WTO 相结合,并提出自己的观点。例如,作者指出我国外资银行风险控制法制的完善应充分依据 WTO 协议及我国的相关承诺,把握外资银行风险控制法制建设的发展方向,进一步完善我国的外资银行政策的配套措施,完善我国外资银行风险控制相关的金融法律制度,完善外资银行监督管理机构和监管合作机制,实行外资银行的分级制度,完善外资银行经营活动的具体立法,加强外资银行监管的国际合作等。作者还提出应建立包括金融宏观调控法律机制、外资银行风险监管的法律机制、外资银行风险监管国际合

作法律机制在内的外资银行风险控制的法律机制。作者的这些见解把 WTO 与我国的现实情况结合起来,具有较强的科学性和可操作性,对我国加入 WTO 以后的外资银行风险控制具有明显的指导意义。

当然,本书还有一些需要加强和改进之处,比如在外资银行风险控制的预警机制的建立、外资银行与中资银行竞争方面的法律问题方面还有待进一步研究。但瑕不掩瑜,作者的这本著作可谓是外资银行风险控制法学研究领域的一部力作。谨此为序。

种明钊

2006 年 12 月于西南政法大学

CONTENTS 目 录

前 言	1
第一章 外资银行风险控制概述	7
一、外资银行的历史发展及其对东道国的作用 and 影响	7
(一) 外资银行的概念及其组织形式	7
(二) 外资银行的历史演进	9
(三) 外资银行对东道国的作用 and 影响	15
二、外资银行的风险	18
(一) 外资银行风险的概念及形成机理	19
(二) 外资银行风险的表现形式	21
(三) 外资银行风险发展的新趋势	27
三、外资银行的风险控制及其主要措施	30
(一) 外资银行的风险管理和内部控制	31
(二) 外资银行的行业自律	38
(三) 外资银行的社会监督	41
(四) 外资银行的市场约束	43
(五) 外资银行的政府监管	47
第二章 外资银行风险控制的理论基础	62
一、外资银行风险控制的经济学分析	62
(一) 金融体系的内在脆弱性理论	63
(二) 社会利益论	65
(三) 追逐论或捕获论	69

CONTENTS 目 录

(四) 管制新论	70
(五) 金融深化和金融约束理论	71
(六) 国际金融体系缺失理论	75
二、外资银行风险控制的政治学分析	78
(一) 国家安全、国家经济安全与金融安全	79
(二) 银行业对外开放与金融安全	82
(三) 加强外资银行风险控制对维护国家金融安全的意义	84
第三章 外资银行风险控制的法律制度	88
一、外资银行风险控制的法制化	88
(一) 外资银行风险控制法制化的必然性	88
(二) 外资银行风险控制立法的价值追求、功能和作用	89
二、外资银行风险控制的法律渊源	95
(一) 国内立法和判例	96
(二) 国际条约、国际惯例和带约束性的建议	97
三、外资银行风险控制的国内立法	99
(一) 东道国外资银行风险控制的国内立法	100
(二) 母国对海外银行风险控制的国内立法	110
(三) 美、日、韩外资银行风险控制立法	113
四、外资银行风险控制的国际立法	127
(一) 巴塞尔体制	128
(二) 世界贸易组织体制	140

CONTENTS 目 录

(三) 国际货币基金组织体制	155
第四章 我国外资银行的风险控制	165
一、我国金融业的发展与外资银行的引进	165
(一) 我国金融业与外资银行的发展历程	165
(二) 引进外资银行对我国经济的影响和作用	172
二、我国金融监管的发展与外资银行风险控制	177
(一) 我国金融监管的发展历程及趋势	177
(二) 我国外资银行的风险控制	181
三、我国外资银行的风险控制立法	186
(一) 我国外资银行风险控制政策	186
(二) 我国外资银行风险控制的国内立法	188
(三) 我国外资银行风险控制立法的作用	193
第五章 我国外资银行风险控制法制的完善	195
一、入世后我国外资银行风险控制法制建设面临的挑战	195
(一) 我国银行业开放的承诺	195
(二) 入世后我国外资银行风险控制法制建设面临的新问题	196
二、我国外资银行风险控制法制建设存在的主要问题	199
(一) 外资银行政策的配套措施存在问题	199

CONTENTS 目 录

(二) 外资银行风险控制的相关金融法律体系 尚不完善	200
(三) 外资银行风险控制的机构设置存在问题	201
(四) 金融监管机构缺乏监管协调机制	202
(五) 监管机构的自由裁量权过大,对监管 机构缺乏有效约束	203
(六) 外资银行风险监管范围较为狭窄	203
(七) 外资银行内部控制制度有待健全	204
(八) 外资银行风险行业自律制度有待完善	205
三、我国外资银行风险控制法制的完善	205
(一) 我国外资银行风险控制法制建设的发展 方向	205
(二) 完善我国外资银行监管立法的主要政策 和法律措施	211
(三) 建立我国外资银行风险控制的法律机制	216
结语	228
附录一 主要参考文献	235
一、中文文献	235
(一) 著作	235
(二) 译著	241
(三) 论文	241

CONTENTS 目 录

二、英文文献	244
I . Works	244
II . Articles	246
附录二 外资银行风险控制法律文件索引	247
一、外国法律规范	247
(一) 美国	247
(二) 日本	247
(三) 韩国	248
二、国际法律规范	248
三、国内法律规范	249
后记	251

前 言

对外开放是我国的基本国策。随着经济全球化的发展,金融国际化也在进一步加强。外资银行作为跨国金融机构,对各国金融业乃至世界经济的影响日益显著。外资银行的引进在促进东道国经济和金融发展的同时,也给东道国带来了金融风险。外资银行的风险不仅可能造成外资银行的经营失败,也可能造成东道国金融体系的不稳定甚至引发金融危机,对东道国的经济发展和经济安全构成严重威胁。与此同时,东道国的金融危机还可能波及外资银行母国以及其他国家和地区,引起国际金融市场的动荡,危及国际金融体系的稳定,最终影响世界经济的稳定。外资银行风险控制的政策和法律制度建设已经成为外资银行引进国政府不能回避的问题,也是外资银行母国和国际社会不能回避的问题。对外资银行风险控制法律制度的研究具有重要的理论意义和现实意义。

自 1978 年对外开放以来,我国对外资银行引进的力度日益加大。根据 2005 年三季度《中国人民银行统计季报》提供的统计数据,截至 2005 年 6 月末,在中国内地的外资银行总资产已达 5833.7 亿美元,外资、合资银行已有 13 家,外国银行分行已有 165 家。^① 2006 年是实施我国“十一五”规划的开局之年,也是我国银行业入世后过渡期的最后一年。为履行我国加入世界贸易组织承诺,提高对外开放水平,银监会自 2005 年 12 月 5 日起,将外资金金融机构经营人民币业务的地域扩大到汕头、宁波。同时为鼓励外资金金融机构参与实施我国西部大开发和振兴东北老工业基地战略,经国务院批准,提前向外资金金融机构开放哈尔滨、长春、兰州、银川和南宁五个城市的人民币业务,使

^① 梅新育:《外资纷纷入股国内银行是喜是忧》, <http://www.phoenixtv.com/phoenixtv>, 2005 年 9 月 30 日访问。