

FINANCIAL LAW REVIEW

第六卷

金融法律评论

◎ 吴 弘 主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

FINANCIAL LAW REVIEW

第六卷

金融法律评论

◎ 吴 弘 主 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

金融法律评论. 第6卷/吴弘主编. —北京: 中国法制出版社, 2016. 1

ISBN 978-7-5093-7148-0

I. ①金… II. ①吴… III. ①金融法-中国-文集
IV. ①D922. 280. 4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 008302 号

策划编辑 舒丹

责任编辑 林林

封面设计 杨泽江

金融法律评论：第六卷

JINRONG FALÜ PINGLUN; DILIUJUAN

主编/吴弘

经销/新华书店

印刷/人民日报印刷厂

开本/730 毫米×1030 毫米 16

版次/2016 年 4 月第 1 版

印张/21 字数/423 千

2016 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7148-0

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66067369

邮购部电话: 66033288

上海市第三期重点学科——经济法学（S30902）

金融法律评论

第六卷

《金融法律评论》编委会

顾问：顾功耘 周仲飞 徐明

编委：吴弘 季立刚 陈剑平 张国炎
郑少华 方乐华 唐波 陈岱松

目 录

Contents

自贸区金融法制创新

上海自贸区金融法治建设的评估与展望	贺小勇 (3)
自贸区金融制度创新与分层监管体制构建	吴弘 等 (16)

金融纠纷多元化解决机制

金融纠纷多元解决机制的理论基础	吴弘 罗慧明 (37)
现代商人法在国际金融商事仲裁中的适用	金鑫 (46)
金融调解制度创新探索	罗慧明 (56)

新金融的法律制度建设

新金融机构监管的法理思考	俞燕 (71)
金融创新背景下我国票据中介机构的法制建设	张黛林 (87)
我国商业保理业务监管法制探析	王婷 (103)

证券法修订研究

论违反信息披露义务之证券交易行为的效力	宋晓燕 (117)
融资融券强制平仓规则研究	杨宏芹 张岑 王裕佳 (125)

保险法律实务研究

保险利益原则适用疑难问题研究	方乐华 (135)
网络销售模式下保险人合同条款交付义务的认定	周士钧 叶聪颖 (146)

证券投资者保护与董事责任保险制度	宋一欣 (151)
------------------------	-----------

域外金融法制

受托人合理注意义务在美国判例法中的变迁	张敏 (175)
大陆与台湾地区金融消费者保护之协调研究	贾平 马国媛 (183)

金融司法

保险机构实现代位求偿权的专业路径探析	王鑫 孔燕萍 (197)
汇率掉期交易违约责任司法审查路径探微	顾权 顾天翔 (205)

金融法制年度报告

2014 年银行市场法制报告	何颖 郑博 (217)
2014 年票据市场法制报告	伍坚 黄入凌 魏雅莹 杨郭雯 (234)
2014 年证券市场投资者保护报告	吴弘 李斐然 何莲莲 (250)
2014 年基金市场法制报告	张敏 白洁 (266)
2014 年期货市场法制报告	唐波 黄鹓 (279)
2014 年信托市场法制报告	贾希凌 任愿达 等 (290)
2014 年互联网金融市场法制报告	曾大鹏 陈国红 计春颖 张钰 (308)
2014 年上海国际金融中心法治环境建设报告	吴弘 千晓艳 黄婷婷 (326)

编后记	(333)
-----------	-------

自贸区金融法制 创新

上海自贸区金融法治建设的评估与展望

贺小勇*

“加快金融制度创新、增强金融服务功能”是国务院《关于印发中国（上海）自由贸易试验区总体方案的通知》（以下简称《总体方案》）中规定的5项“主要任务和措施”之一，是中国（上海）自由贸易试验区（以下简称“上海自贸区”）制度改革中的核心。上海自贸区颁布了哪些金融开放创新措施？如何评估这些措施？上海自贸区金融开放创新的推进还需要哪些法治的改革与保障？

一、上海自贸区金融开放创新的规则框架

《总体方案》公布后，为支持上海自贸区金融开放创新，银监会、证监会、保监会与人民银行在2013年相继出台了《关于中国（上海）自由贸易试验区银行业监管有关问题的通知》（以下简称《银监会通知》）、《资本市场支持促进中国（上海）自由贸易试验区若干政策措施》、《中国保险监督管理委员会支持中国（上海）自由贸易试验区建设的通知》和《关于金融支持中国（上海）自由贸易试验区建设的意见》。这些政策文件分别从金融机构市场准入、金融机构业务范围、资本项目可兑换、利率市场化等方面构建了上海自贸区金融开放创新的蓝图。随后，中国人民银行上海总部2014年发布《关于支持中国（上海）自由贸易试验区扩大人民币跨境使用的通知》、《中国（上海）自由贸易试验区分账核算业务实施细则（试行）》和《中国（上海）自由贸易试验区分账核算业务风险审慎管理细则（试行）》；国家外汇管理局上海市分局发布了《关于支持中国（上海）自由贸易试验区建设外汇管理实施细则》。2015年中国人民银行上海总部发布了《中国（上海）自由贸易试验区分账核算业务境外融资与跨境资金流动宏观审慎管理实施细则（试行）》。笔者根据上述政策文件，以列表方式对上海自贸区金融开放创新的规则框架作一简要解读：

* 作者系华东政法大学国际经济法教授，博导，中国自贸区法律研究院常务副院长。本文系国家社科基金重大攻关项目“法治引领推动自贸试验区建设的难点与路径研究”（14ZDC016）的阶段性成果。

(一) 关于金融机构的市场准入

	上海自贸区政策	现有政策	简要解读
外资银行	允许符合条件的外资金融机构设立外资银行并适当缩短区内外资银行代表处升格为分行的年限要求	设立分行的外国金融机构，须在境内已经设立代表处 2 年以上	监管部门仍然持有相对谨慎的监管态度，并未明确将大幅放宽外资银行的市场准入
民营银行	支持符合条件的民营资本在区内设立自担风险的民营银行、金融租赁公司和消费金融公司等金融机构	国务院、银监会已经发布多项政策鼓励和引导民间投资进入金融领域	“符合条件”的“条件”还需要进一步细化
有限牌照银行	适时在上海自贸区内试点设立有限牌照银行	中国政府首次在大陆地区提出实行有限牌照银行制度	监管部门尚需时间制定有限牌照银行市场准入及监管规则
其他金融机构	支持金融租赁公司在区内设立专业子公司； 上期所筹建上海国际能源交易中心股份有限公司等		交银租赁专业子公司年内设立；“上海国际能源交易中心”成立，注册资本 50 亿元

(二) 关于金融机构的业务范围

	上海自贸区政策	现有政策	简要解读
中资银行离岸业务	允许上海自贸区内符合条件的中资银行开办离岸业务	虽允许境内中资银行申请经营离岸业务，但只有交行、招行、浦发和平安等四家银行持有离岸金融牌照	预计将有更多的中资银行获得离岸业务牌照，不仅包括离岸外汇业务，还将包括离岸人民币业务，以推动人民币跨境使用
外资银行人民币业务	研究适当缩短区内外资银行分行从事人民币业务的年限要求	外资银行经营人民币业务应满足“境内开业 3 年以上”及“2 年连续盈利”的年限要求	外资银行在上海自贸区内能够更加快速地获得人民币业务牌照
融资租赁公司的保理业务	允许融资租赁公司兼营与主营业务有关的商业保理业务	商务部规定商业保理应当遵守独立经营、不得混业的原则	保理业务资质条件将放松，商业保理与金融保理将打通

(三) 关于资本项目可兑换

上海自贸区政策	现有政策	简要解读
创建了 FT 账户系统；区内企业在办理跨境直接投资项下涉及的跨境收付、汇兑业务，取消前置核准，直接由银行办理；探索建立宏观审慎框架下外债管理新模式，赋予企业更多跨境融资自主选择；跨境投融资主体扩大到包括企业、非银行金融机构、个体工商户、自然人等主体；人民币跨境资金流动更加自由，区内金融机构和企业可根据实际需要从事除投资境外借入人民币资金，从事除投资有价证券、衍生产品以及委托贷款之外的投资	1996 年实现经常项目可兑换，资本项目可兑换的进程逐步推进，已经逐步放开对跨境直接投资项下用途合规的资本兑换。允许通过 QFII 及 QDII 等方式实现限额内的证券投资；外商投资企业的外汇资本金及外债资金的结汇仍受到用途限制；人民币对外投资、举借人民币外债等诸多方面仍未完全放开；境外人民币合格投资者（RQFII）受限于年度的投资额度限制 ^①	上海自贸区内可能进一步改革外债管理方式，区内企业在举借外债领域获得更大的自由度及灵活性；人民币回流管制将进一步放松。因涉及外汇管理方式的重大改革，尚待观察外汇管理部门的具体细则

此外，建立面向国际投资者的金融资产、黄金、能源等交易平台的规则为自贸区建立金融等要素交易市场奠定了制度基础。

二、对上海自贸区现有金融开放创新制度的评估

上海自贸区《总体方案》公布后，对于金融开放创新能否落到实处，业界看法不一。持消极看法者认为^②：（1）金融开放创新的措施比较抽象、原则，不具体。例如，在有关人民币资本项目可兑换、金融市场利率市场化、人民币跨境使用等方面，《总体方案》的用词是“创造条件进行先行先试”；在有关设立民营银行方面，《总体方案》的用词是“推动金融服务业对符合条件的民营资本全面开放”。（2）与原有政策相比，突破性不大。例如关于民间资本进入银行业的提法，其实早在 2005 年就提出，后来国务院、银监会也多次提出，措辞类似或相同。^③ 这次设立

^① Qualified Foreign Institutional Investors，以下简称 QFII。Qualified Domestic Institutional Investors，以下简称 QDII。RMB Qualified Foreign Institutional Investors，以下简称 RQFII。

^② 比较尖锐的评论“上海自贸区金融开放创新究竟能落地多少”，http://finance.ifeng.com/a/20130927/10770782_0.shtml。访问日期：2013 年 11 月 3 日。

^③ 如 2005 年国务院发布《关于鼓励支持和引导个体私营等非公有制经济发展的若干意见》（国发〔2005〕3 号）就已提出；2010 年国务院《关于鼓励和引导民间投资健康发展的若干意见》（国发〔2010〕13 号）进一步提出“鼓励民营资本发起或参与设立村镇银行”；2012 年银监会《关于鼓励和引导民间资本进入银行业的实施意见》（银监发〔2012〕27 号）明确规定，支持民间资本与其他资本按同等条件进入银行业，民营企业可通过发起设立、认购新股、受让股权、并购重组等多种方式投资银行业金融机构；2013 年国务院办公厅《关于金融支持经济结构调整和转型升级的指导意见》（国办发〔2013〕67 号）提出“尝试由民间资本发起设立自担风险的民营银行、金融租赁公司和消费金融公司等金融机构。”

上海自贸区,《银监会通知》中规定“支持符合条件的民营资本在区内设立自担风险的民营银行、金融租赁公司和消费金融公司等金融机构”,等于旧事重提,并没有真正突破。以前有政策但没有做成的事,现在能否在上海自贸区内破壁,尚存疑问。

金融开放创新是上海自贸区建设的点睛之笔,笔者对此则比较乐观:

第一,国家金融战略的需要。中国金融战略将发生很大变化,即由金融储蓄大国将转向投资大国。中国外汇储备 3.5 万亿美元,其中美元资产占四分之三左右,估计 2.5 万亿美元左右。这 2.5 万亿美元主要来源于货物贸易的顺差。这就意味着央行需发出 15 万亿人民币收购这 2.5 万亿美元形成外汇储备,外汇储备投资美国国债,类似储蓄。这样在中国国内,多出了 15 万亿元的人民币而少 15 万亿元人民币的商品,面临通胀风险。李克强总理曾多次指出巨额外汇储备是中国经济发展的沉重负担。^①造成中国外汇储备剧增的一个重要原因就是我国的法律制度不支持国内企业、个人对外投资,外汇管理对跨境投融资管制较严。国家若试图从储蓄大国转向投资大国,就要考虑给过于严格的外汇管制松绑。但是,从国际经验看,一方面,实施资本项目兑换的新兴经济体,都发生过金融危机或金融风险,资本项目可兑换有风险众所周知;另一方面,要成为真正的经济强国,货币必须能够自由兑换。在此情况下,国家战略应是风险可控的情况下加快推进人民币可兑换。因此,选择上海自贸区作为风险可控的资本项目可兑换的试点,应该是金融战略需要的重要支点。

第二,与发达市场经济国家建自贸区相比,我国有其特殊性。贸易自由化、投资自由化、金融自由化在大多数发达市场经济国家都是其基本经济制度,本身就具备较好的制度基础。这些国家在建设自贸区时,只需在原有制度基础上实现更加特殊的制度安排和法律保障就可以了。^②这与我国在现有条件下设立上海自贸区是不同的。我国现有的金融体制,是以管制为基本特征的,不管是内资外资,都需审批。这样,在我国设立上海自贸区需要更大力度的开放创新和系统的制度改革。因此,金融领域的制度创新充满了复杂性和艰巨性。尽管如此,在没有国际义务的压力下,上海自贸区在金融方面做出了比“入世”承诺程度更高的自主开放。例如,在外资银行经营人民币条件方面,缩短了“入世”承诺的年限。特别是,国务院对上海自贸区金融开放创新不仅提出了目标要求,而且还规定了时限要求。《总体方案》提出,经过两至三年的改革试验,“力争建设成为具有国际水准的投资贸易便利、货币兑换自由、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区”。由此可见,上海创建的是具有国际水准的自贸区;时限的要求是自 2013 年 10 月 1 日至

^① 李克强:“中国巨额外汇储备是一个沉重负担”,http://news.ifeng.com/a/20140510/40240306_0.shtml。访问日期:2015 年 9 月 12 日。

^② 肖林:“自贸区‘国际水准’全对标(一)”,载《国际金融报》2013 年 9 月 30 日。

2016年10月1日。

第三,目前我国涉及金融开放创新方面的管制主要是以部门规章为主,例如:涉及外债管理的是《外债管理暂行办法》(发改委、财政部、外管局);涉及境外外汇投资的是《境内机构境外直接投资外汇管理规定》(外汇管理局);涉及境内外资本市场投资的是证监会有关QFII、QDII和RQFII等的额度管制等;涉及银行设立审批的是银监会有关中外资《商业银行行政许可事项实施办法》等。相比较于法律的修改或废除,这些管制的部门规章的修改或废止程序相对容易。例如1994年的外汇体制改革就是明显例证:1993年12月25日国务院下发《关于进一步改革外汇管理体制的通知》,1993年12月28日中国人民银行就发布《关于进一步改革外汇管理体制的公告》,要求1994年1月1日1日实行汇率并轨、取消外汇留成与上缴。自此,中国汇率并轨、市场统一,实现经常项目下可自由兑换。鉴于此,笔者认为上海自贸区金融开放创新能否开花结果主要看领导者的决心,而领导层决心坚定。2013年7月初,国务院通过《总体方案》;8月26日,第十二届全国人大常委会第四次会议举行第一次全体会议,听取了《关于授权国务院在中国(上海)自由贸易试验区等国务院决定的试验区内暂时停止实施有关法律规定的决定(草案)》的提请审议报告;8月27日,中共中央政治局听取了上海自贸区筹备工作汇报;8月30日,第十二届全国人大常委会第四次会议作出决定,授权国务院在上海自贸区暂时调整有关法律规定的行政审批。短短一个月时间,国务院、人大常委会、中央政治局先后对上海自贸区的筹建工作给予批准、指示与支持,力度之大、效率之高,实属罕见;11月12日闭幕的十八届三中全会发表公报提出:“加快自由贸易区建设”。这既充分表明了上海自贸区在新一轮改革中所承载的使命,又向世人昭示了国家领导人改革的政治勇气和决心。

从目前实践来看,上海自贸区金融改革创新在以下方面取得了明显进展:

一是建成自由贸易账户系统,提供本外币一体化的自由贸易账户金融服务。2015年4月,正式启动了自由贸易账户外币服务功能,自由贸易账户既可以提供各类人民币服务,也可以提供经常项下和直接投资项下的外币服务。截至2015年8月月底,共28家金融机构通过分账核算系统验收,开立2.2万个自由贸易账户。^①

二是推进“分类别、有管理”的资本项目可兑换,建立了资本项目可兑换的操作模式。所谓“分类别”,就是只对实体经济有迫切需要的部分实行可兑换;所谓“有管理”,就是对于可兑换的部分资本项目,也不搞放任自由,而是继续实施必要的宏观和微观审慎管理。从2014年2月开始,自贸区企业可以从境外融入人民币资金;2015年2月,在自贸区建立了以资本约束机制为核心的宏观审慎和本外币一体

^① 新华网:“28家银行在上海自贸区开设分账单元自由贸易账户数达2.2万”,http://news.xinhuanet.com/fortune/2015-08/31/c_1116426362.htm。访问日期:2015年9月13日。

化的境外融资制度，上调了经济主体从境外融资的杠杆率，企业和金融机构可以在宏观审慎框架下自主从境外借入人民币或外币资金。

三是深化外汇管理体制改革，促进贸易投资便利化。放宽对外债权债务管理，改进跨国公司外汇资金集中运营管理，完善结售汇管理，便利银行开展大宗交易衍生品的柜台交易。这些措施极大地便利了对外贸易投资。至2015年3月月底，已有59家自贸区企业开展了跨国公司总部外汇资金集中运营管理试点备案；办理外汇资本金意愿结汇业务804笔、金额12.6亿美元；银行直接办理直接投资项下外汇登记业务73.8亿美元、境外直接投资项下外汇登记业务110.6亿元；9家银行开办面向区内客户的大宗商品衍生品柜台交易业务，核定年结售汇规模13.5亿美元。^①

四是面向国际的金融交易平台稳步推进。除黄金国际板平稳运行以外，上海期货交易所设立的国际能源交易中心、原油期货已获批，上海证券交易所的国际金融资产交易平台也已获证监会原则同意。中国金融期货交易所等金融要素市场也在研究设立面向国际的金融交易平台，或开展面向国际的金融交易业务。

五是建立防范金融风险的机制。人民银行上海总部探索适应自贸试验区开放形势的风险防控体系，借鉴美国 International Brand Federation（以下简称 IBF）经验，创建了 FT 账户系统，实质上等于建立一个全新的“虚拟银行”单元，在 FT 账户的基础上建立了金融宏观审慎政策框架和本外币一体化监管模式，建立“反洗钱、反恐怖融资、反逃税”的机制，建立异常资金流动的监测预警与应急体系。

然而，从落实《总体方案》与市场的需求来看，上海自贸区金融开放创新还有待完善与提速：

一是需要加大全面推动银行、证券和保险业对内对外开放的力度。目前区内只有一家民营银行（上海华瑞银行股份有限公司）挂牌成立，支持符合条件的民营资本在区内设立自担风险的金融机构。放宽外资进入金融服务业的投资限制，逐步扩大外资持股比例。

二是加大资本项目可兑换的速度。人民币加入国际货币基金组织（International Monetary Fund, IMF）的特别提款权（Special Drawing Right, SDR）货币篮子，前提条件之一就是货币自由兑换。因此，加快实现人民币资本项目可兑换既是国内改革的需要，也是加快对外开放的需要。按照国际货币基金组织的分类，资本项目包括7大类40个子项，除了4项以外，中国实现了完全或部分的可兑换。^② 争取在上海率先实现资本项目可兑换，将大部分不可兑换项目和部分可兑换项目特别是有关资本货币市场与个人有关的项目转换为可兑换项目。对风险较大的项目，应尝试开展

^① 张新：“深化上海自贸区金融改革”，<http://xianhuo.hexun.com/2015-05-04/175503450.html>。访问日期：2015年9月1日。

^② 周小川解读“年内资本项目可兑换”，http://jjckb.xinhuanet.com/2015-03/23/content_541811.htm。访问日期：2015年9月4日。

限额内可兑换试点。

三是尽快开展境内外个人跨境投资业务的试点。目前,我国的住户存款高达 54 万亿元左右,居民个人在全球配置资产的愿望与需求非常强烈。国内居民到海外投资证券或其他金融产品,目前要实行事前审批制度;而外国投资者投资中国金融市场,主要通过 QFII 渠道,这些制度的方便程度和灵活程度都不够,无法满足更高的自由程度,在上海自贸区开展境内外个人跨境投资业务试点,可以满足这一需求。

三、关于进一步放松金融管制的法律建议

早在 20 世纪 70 年代,以麦京农(R. I. McKinnion)和肖(E. S. Shaw)为代表的学者提出了有关“金融深化(Financial Deepening)”理论。金融深化理论要求政府放弃对金融市场和金融体系的过分干预,放松金融机构的市场准入,使利率和汇率能够充分反映资金和外汇的供求情况,提高资金效率,促进经济发展。^①发展中国家在其经济发展需要与金融深化理论的影响下,拉丁美洲智利、乌拉圭、墨西哥、巴西和阿根廷,亚洲的新加坡、菲律宾、马来西亚、韩国、中国大陆、中国台湾、泰国,东欧、独联体等采取了各自不尽相同的金融自由化改革。^②上海自贸区金融开放创新实际上是希望在前期金融深化的基础上,进一步推动金融管制的放松。

(一) 关于放松金融领域的行政审批

1. 将一些金融业务的许可由行政审批改为备案登记。提到金融业务,人们往往认为这种业务就必须监管,而行政审批则是最严格的监管。在“中美电子支付案”中,中国提出:“入世”承诺中有关包括电子支付在内的银行业务的市场准入是有条件的,其主体必须是外国“金融机构”,尽管对外国金融机构没有定义,但只有受到监管机构监管且从事金融业务的机构才是“金融机构”。专家组不同意中国的看法,专家组认为,监管的存在、性质和程度反映了一国的政策决策,不应被视为金融机构的决定性特点。^③由此可见,即使“电子支付服务”这种属于服务贸易总协定(General Agreement on Trade in Services, GATS)金融服务中的银行业务的金融活动,也有可能不受监管,更不必说一定要行政审批了。其实金融业务的种类很多,并不是所有的金融业务都是金融机构所特有,有的金融业务跟一般的商事主体从事的商业行为没有本质差别。例如,保理业务,既有银行从事的保理业务也有其他商业机构从事的保理业务;融资租赁,既有金融机构从事的融资租赁也有其他商

^① E. R. Shaw, *Financial Deepening in Economic Development*, New York: Oxford University Press, 1973, p. 4.

^② 刘晓星、陈学彬:“金融全球化与金融监管:动因、挑战与问题——基于新兴市场经济国家的分析”,《国际经贸探索》2008 年第 3 期。

^③ Panel Report, China - Certain Measures Affecting Electronic Payment Services, WT/DS413/R, para. 7.522.

业机构从事的融资租赁；保险箱业务，既有商业银行提供的保险箱业务也有其他非金融机构提供的保险箱业务；支付转接清算（电子支付）业务，既有如由中国中央银行审批监管的中国银联提供的转接清算业务，也有如不受监管的 VISA 等机构提供的转接清算业务。对于这些类型的金融业务，在上海自贸区中进行，可以率先由审批制改为备案制，或者在金融机构增加相应业务时只需登记备案。

2. 试点不同种类银行的分类审批标准。《总体方案》中提出在上海自贸区中要设立有限牌照银行。有限牌照银行制度是英国、新加坡和中国香港等地目前采取的银行准入制度，一般包括全牌照银行、有限牌照银行（可接受机构大额存款但不能吸收公众存款）、自有资金放贷机构（如小额贷款公司）和离岸银行等，采取不同的准入和监管方式。上海自贸区有限牌照银行制度意味着根据营业范围的不同实行分类审批。根据《商业银行法》及银监会的规定，我国设立商业银行的审批条件主要是根据商业银行地域范围不同而有所不同。这次国务院《总体方案》中提出在上海自贸区中要设立有限牌照银行，意味着将根据营业范围不同而设立不同的标准。相比于地域标准，根据营业范围不同而设置不同标准更为合理。这是因为，从事一般公众存款业务与从事仅吸收大额定期存款的银行、仅仅从事贷款业务的银行与从事全能银行业务的银行、从事在岸业务与从事离岸业务的银行，对社会的影响、风险积聚的程度、危机处置的成本等，都是不一样的，审批条件应该有所区分。例如，在美国，如果金融控股公司不涉及商业银行的公众存款业务，监管的严格程度要小得多^①。巴塞尔委员会 1997 年发布的《有效银行监管的核心原则》注释 6 也明确提出，考虑到一些国家的非银行金融机构也提供与银行类似的存贷款服务，本文中的多项原则对这类非银行金融机构也同样适用。然而，要注意的是，有些非银行金融机构吸收的存款在金融体系占比较小，因此对这类机构不一定以银行监管的方式进行监管。

（二）关于审批标准的非歧视性

从人大所制定的法律层面而言，商业银行的种类，根据地域分为全国性银行、城市商业银行和农村商业银行，除了注册资本有差别外，设立条件的其他标准并没有差别^②。换言之，没有针对国有资本与民营资本设置差别待遇。但是，以民营资本偏爱的先行者村镇银行的设立为例，银监会在 2007 年颁布的《村镇银行管理暂行规定》（银监发〔2007〕5 号）规定了发起设立村镇银行的股东的资质条件，即作为主发起人的股东必须是银行业金融机构，且持股比例不得低于 20%（后降为 15%）。这就意味着民营资本，特别是某一个行业的民营实业资本，要设立独立的、

^① 王增业：“金融控股公司：成长需要空间和时间”，《金融时报》2013 年 11 月 11 日。

^② 《商业银行法》第 12 条规定了所有商业银行设立条件，第 13 条又进一步规定，设立全国性商业银行的注册资本最低限额为十亿元人民币。设立城市商业银行的注册资本最低限额为一亿元人民币，设立农村商业银行的注册资本最低限额为五千万元人民币。

真正属于自己行业的村镇银行几乎没有可能。温州 2010 年金融改革开始时轰轰烈烈，庞大的民营资本满怀希望打算设立民营银行，结果都在主发起人的资质上被卡住了，致使鼓励民营资本设立银行的政策成了“玻璃门”和“弹簧门”^①。对银监会所规定的主发起人条件，批评者认为，根据《行政许可法》第 12 条、第 16 条的规定，只有法律和行政法规能够设立许可条件，银监会作为管理机关，不能运用规章设立包括股东资质在内的新的行政许可。赞同者则提出，根据《商业银行法》第 12 条规定，设立商业银行除符合法律规定的条件外，还必须符合其他审慎条件；但何为审慎条件，法律没有规定。银监会作为执行机构，细化审慎性条件是职责所在，其中股东资质就是防范金融风险的重要条件。这次《总体方案》中对六大类服务贸易领域的开放，要求取消股东资质要求，但金融领域除外，似乎印证了赞同者的说法。笔者认为，审慎监管是金融领域中特有的一种监管类型，在 GATS 的金融附件、巴塞尔协议体系、美国 2012 投资范本（草案）中均有“审慎监管”的表述，但都没有界定其具体涵义。即使银监会有权制定审慎监管的条件，但该条件也不应违反非歧视待遇。不管是国有资本还是民营资本，在包括金融在内的商事领域，都是平等的。不能站在道德制高点，臆断民营资本风险高于国有资本。特别值得指出的是，有些审批条件表面上看是客观、中立的，但实施结果却是歧视的，这也是不允许的^②。如果在民营资本进入银行的问题上，准入条件表面上与其他资本一视同仁，但问题是目前存在的标准就是按照国有银行或股份商业银行量身定做的，表面的平等导致实质上不公平。

（三）关于审批标准的透明度

仅仅将透明度理解为指涉及影响金融服务的法律、法规、规章都需公布，不公布的不得执行，这还不够。透明度还要法律、法规、规章规定的设立条件明确、具体。业内人士称“不怕门槛高，也不怕标准多，就怕标准不具体”。如金融监管机构规定的审慎标准中最后总有一个条款——“金融监管部门规章规定的其他条件”。其他条件具体指什么？不得而知。在美欧诉“中国原材料出口限制措施”案中，美欧认为中国《出口商品配额管理办法》第 19 条规定外经贸管理部门在分配配额时，要充分考虑申请者的经营能力，但对如何判断“经营能力”的标准却没有规定，由此指控中国这种抽象兜底规定违反了透明度原则，专家组支持了欧美的观点^③。此外，透明度还要求条件或标准的设立必须具有合理性和公平性。比如，规

^① 刘艾琳：“撞不破的玻璃门：温州多项民资银行计划搁浅”，载《21 世纪经济报道》2012 年 10 月 15 日。

^② Appellate Body Report, Canada-Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS142/AB/R, para. 86.

^③ Panel Report, China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials, WT/DS398/R, para. 7. 745.