



主编 游劝荣

金融法比较研究

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

金融法比较研究/游劝荣主编. —北京:人民法院出版社, 2008. 6
ISBN 978 - 7 - 80217 - 668 - 3

I. 金… II. 游… III. 金融法 - 对比研究 - 中国 IV. D922. 280. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 064925 号

金融法比较研究

主编 游劝荣

责任编辑 胡玉莹

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)85250565(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中华美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 780 千字

印 张 33.75

版 次 2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 668 - 3

定 价 75.00 元

版权所有 侵权必究

编委会名单

顾	问	李清林	游德馨	王建双
		陈营官	宋峻	
编委会委员		尹宝虎	徐平	元义成
		陈勇	屈广清	廖益新
		庄仲希	洪波	林旭霞
主	编	游劝荣		
副	主 编	钟家晨	陈明添	陈荣文
		肖仁辉	陈超平	柯元伟
		杜力夫	范良春	
编	辑	黄勤文	王晓杰	郑凌燕
		陈新雨	郑清贤	

序

2007年8月18日至19日,由中国法学会主办,福建省文化经济交流中心、福建省台湾法研究中心等11家法学研究机构和法律团体共同承办的第五届“海峡法学论坛”在福州隆重召开。本届论坛的主题为“现代金融法制:理论与实践”,来自大陆与台湾、香港、澳门地区的专家学者近200人出席研讨会,就现代金融法制及其发展趋势、金融风险的防范、金融行业的监管、金融产品和证券市场法律制度研究、强化对台湾同胞投资企业金融服务、加强两岸金融合作、建立海峡西岸金融合作试验区等问题,进行了坦诚而深入的探讨与交流。本届论坛共收到论文80余篇,内容广泛,涉及金融法制理论与实践的众多方面,阐述了现代金融法制的种种问题,论证了解决思路 and 对策,提出了许多新的观点和见解,推动了相关金融法学理论的创新与发展,为促进两岸金融合作和金融法制建设建言献策。为期两天的研讨会紧张有序、气氛热烈、与会代表畅所欲言、各抒己见。可以说,这是一次成功的学术研讨会,是两岸四地法学界及金融实务界的一次盛会。

“海峡法学论坛”从创办至今已走过了五个年头,召开了五次大型研讨会,本届论坛是中国法学会接手主办的第二年。经过多年的努力,“海峡法学论坛”在两岸四地逐渐形成了较大的影响和品牌特色。现在,“海峡法学论坛”以其联系两岸四地的广泛性、代表性和学术性,受到了越来越多的关注和重视。与往届相比,本届论坛有以下几个突出的特点:一是金融理论研究、法学研究和金融实务的结合更加紧密。关注社会、贴近社会,把学术研究与社会的热点、难点紧密结合,突出论坛的时代性,是“海峡法学论坛”的一贯立场。本届论坛从最初的选题到整个会议的安排,都力求突出这个特点。与会代表不仅有金融法学界和金融学界的知名专家学者,还有众多

金融实务界的权威人士,学术界和实务界相互交流、相互切磋,保证了论坛的学术水平和实务风格。二是论坛的规格和水平更高了。随着两岸金融交流与合作进一步密切和区域经济合作的呼声不断高涨,相关的法律问题愈发受到关注。参加本次会议的,不仅有来自大陆的,还有来自台湾、香港、澳门地区的;不仅有专家学者和政府官员,还有金融机构的代表,其中许多与会人士是两岸四地金融法研究领域的著名学者和中央金融机构的代表。与会的代表均有备而来,大多数提交了高水准的论文,无论在研究的深度和广度上,都有了新的拓展和提升。三是论坛的影响力和受关注度不断提高。本届论坛引起了两岸四地法学界和金融界的广泛重视和积极参与。国务院台湾事务办公室、中国人民银行、银监会、证监会、保监会等中央机构、福建省有关部门和中央驻闽金融机构都十分重视,均派人参加了本次会议,使论坛更加引人注目。台湾地区组织了一个团组参会,参会人员中既有台湾地区的知名人士,也有台湾地区高等院校的知名专家学者,还有台湾金融实务界人士等。本届论坛还引起了新闻媒体的广泛关注,各大新闻媒体和门户网站也报道了论坛的盛况,介绍了论坛的研讨情况和部分专家学者的观点。

本届论坛能够取得圆满成功,与 11 家承办单位的努力是分不开的,它们分别是:福建省文化经济交流中心、福建省台湾法研究中心、厦门大学法学院、福建省法学会、福建省律师协会、福建省政法管理干部学院、福建社会科学院法学研究所、中国文化大学法学院、华冈法学基金会、香港律师会、福建师范大学法学院。我们相信在社会各界的大力支持和帮助下,在各承办单位的共同努力下,“海峡法学论坛”将越办越好,使论坛成为两岸四地法学界研究问题、交流思想的平台,成为增进友谊、累积共识、相互促进的桥梁。

这本论文集共收录论文近 80 篇,是此次研讨会主要成果的结晶。内容涉及金融法的方方面面,既有现代金融法制研究的最新成果,也包括了

大陆和香港、澳门和台湾地区具体的经验与做法。汇编出版这本论文集是希望对我国金融法制建设和理论研究有所促进,也希望引发更多的讨论与关注。

中国法学会副会长 李清林

二〇〇八年三月

目 录

大陆金融监管之现状与发展

——分业经营、分业监管到混业经营的监管走向	朱慈蕴 (1)
论防范金融风险的法律对策	杨兴培 曹吴清 (14)
海峡两岸期货交易法律制度若干问题之比较	宋锡祥 (19)
金融控股公司法律监管探析	符启林 司徒志梁 (27)
金融控股公司监理之原则:金融与商业分离	刘连煜 (33)
澳门金融业中保险法律评述	范剑虹 (41)
论金融控股公司之董监事、经理人公司治理机制	林宜男 (62)
试论金融风险管理	罗德慧 (96)
两岸信用合作社法律制度比较研究	马跃进 郝伟明 (101)
由实务面谈台湾金融发展与改革(1997~2007)	陈建成 (110)
金融机构即时矫正制度研究	汪 鑫 (119)
金融业治理商业贿赂长效机制的基本问题研究	张忠军 (126)
自由贸易协定(FTA)模式下金融自由化的若干思考	
——以银行服务和资本项目自由化为中心	李国安 (140)
论加强两岸金融合作促进两岸经贸关系深化发展	杨德明 (148)
论金融开放对我国的金融法制的影响	杨树明 南海燕 (155)
基于“功能”视角的农村金融体系构建思考	祝 健 (163)
《联合国国际应收款转让公约》对国际债权转让中债务	
人权利的保护	杜力夫 戴 晨 (169)
浅析台湾“农业金融法”	詹云燕 (174)
防范金融风险与现代金融法制	
——以金融监管独立性的视角研究	李爱君 (180)
金融监管法的价值:自由竞争与金融安全	周海林 (188)
论 IMF 协定下的汇兑安排义务与我国的人民币汇率制度和汇率政策	
——兼评 IMF 执行董事会《会员国政策双边监督》决定	闫卫军 (198)
论防范金融风险的若干刑法措施	林忠志 (209)
美国对冲基金的登记监管及其豁免	陈楚钟 朱羿锟 (212)
私募基金的监管:行业自律下的维度分析	王 兰 (226)
金融隐私权保护制度立法研究	徐 华 (229)
国际法视野下人民币汇率合法性的探讨	刘 冰 (234)
从立法角度透视我国银行存款保险制度之建构	颜梅林 陈 亮 (239)
我国台湾地区金融控股公司立法与借鉴	陈丽娟 郑光辉 (243)
金融业混业经营模式下的监管对策	林丽敏 (247)

论我国金融监管制度之完善·····	刘 诚 (251)
金融控股公司结构与监管浅析·····	邓淑梅 (254)
海峡两岸金融法律制度相关问题比较研究·····	吴传凯 (258)
金融犯罪新趋势及其法律规制·····	景亚南 (263)
试论公司并购问题与法律对策·····	丁 夏 丁学军 (268)
未观测金融秩序供给的缺陷及其调整 ——论未观测金融的法律规制·····	李道进 (272)
冲击与回应 ——对我国金融监管与金融安全的若干思考·····	邱格磊 (276)
我国住房金融风险及其防范措施研究·····	郭碧娥 (279)
外资银行开放后客户风险的法律分析·····	刘少军 张宇锋 (284)
网络银行发展的主要法律问题与对策·····	郭懿美 (291)
论巴塞尔银行监理委员会对跨国银行相关协议的演进·····	林恒志 (300)
论我国银行破产法律制度的构建·····	边志良 李彦浩 (311)
我国银行监管存在的问题及法律对策·····	李 英 (316)
银行开征小额账户管理费的争议及检讨·····	江钦辉 关今华 (321)
银行债权实现的法律思考·····	林少东 (326)
发展我国银行保险业的法律思考·····	饶 勇 (329)
商业银行次级债与金融风险防范·····	蒋 进 黄丽红 (332)
论外资银行的法律监管·····	王晓杰 (337)
入世后中国银行法面临的机遇与挑战·····	陈新雨 (345)
两岸证券市场规制内幕交易的法制实践比较·····	吴 弘 (351)
论公司债券法律制度的完善·····	胡宝海 (359)
权证交易的法律规制·····	史振郭 (365)
比较大陆与台湾的 QFII 制度 ·····	官本仁 (372)
资产证券化风险防范的法律问题·····	彭思彬 (379)
略论证券交易印花税调整制度及其优化·····	陈慰星 林琛 (382)
规范证券投资咨询活动的若干法律思考·····	张 韩 王碧英 (386)
我国住房抵押贷款证券化的探讨·····	王木海 李文长 (389)
论我国证券投资基金风险及防范·····	郑学平 梁素 (393)
证券法域外效力冲突的国际私法解决途径·····	曾丽凌 (397)
对我国证券监管体制的若干法律思考·····	谢黎伟 (401)
两岸票据保证之比较研究·····	林 娟 (405)
票据质押若干问题探讨·····	陈崇铎 (409)
中国的反洗钱法律和区域合作·····	沈仲平 徐福桑 (412)
我国大陆与香港反洗钱监管比较·····	陈业业 (417)
论海峡西岸区域资本市场建设·····	陈明森 林 红 (423)
论闽台金融合作·····	李仁杰 (430)

深化海峡两岸金融合作的基本思路·····	张文棋 郑境辉 (435)
关于组建海峡银行的基本构想与建议·····	兰益江 (442)
论银行的社会责任·····	华 兵 (446)
两岸中小企业政策性融资制度比较研究	
——以借贷资本融资为中心兼及海峡西岸经济区的制度创新·····	陈荣文 (452)
组建海峡产业投资基金及推进闽台金融合作的几点设想·····	郑航滨 (463)
WTO 框架下两岸银行业合作现状与趋势及对策探析 ·····	王建文 何福平 (471)
海峡两岸农业合作社建设的法律思考·····	陈凤仙 (477)
共同金融市场模式	
——海峡两岸金融合作的最优选择·····	刘晓宝 (480)
两岸金融服务合作探讨·····	陈 敬 (484)
加快海西经济建设 组建福建金融控股公司·····	唐 琳 (488)
两岸金融合作的问题研究·····	郑凌燕 (492)
信用卡表见授权使用研究·····	陈 健 (499)
对台湾同胞投资企业服务的政策选择	
——以台资企业在大陆使用之集体土地为视角·····	吕群蓉 (510)
域内外纳税担保制度之比较分析·····	郑丽清 (516)
运用税收杠杆规范证券市场	
——兼谈资本利得税的开征·····	陈小慧 (520)
私人股权投资(PE)组织形式研究 ·····	李 凡 (524)
后记 ·····	(529)

大陆金融监管之现状与发展

——分业经营、分业监管到混业经营的监管走向

朱慈蕴

● 清华大学法学院教授

一、回顾：金融分业监管体制确立过程中混业经营并未消失

(一) 金融监管主体的确立和监管体制的改革

我国目前的分业监管体系是从1993年左右开始形成的。1993年11月4日《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》中提出：“银行业与证券业实行分业管理”；1993年12月15日，国务院发布了《关于金融体制改革的决定》，明确了“国有商业银行不得对非金融企业投资”，“对保险业、证券业、信托业和银行业实行分业经营”，“国有商业银行在人、财、物等方面要与保险业、信托业和证券业脱钩，实行分业经营”。1995年颁布的《中华人民共和国商业银行法》（简称《商业银行法（1995）》）和《中华人民共和国保险法》（简称《保险法（1995）》）明确规定了商业银行不得在中华人民共和国境内从事信托投资和股票业务、不得投资于非自用不动产，不得向非银行金融机构和企业投资；保险公司的资金不得用于设立证券经营机构和向企业投资。1998年《中华人民共和国证券法》（简称《证券法（1998）》）更明确写入：“证券业和银行业、信托业、保险业分业经营、分业管理。证券公司与银行、信托、保险业务机构分别设立。”

1998年11月，中国保险业监督管理委员会（简称“保监会”）成立，负责全国保险业的监督管理。1998年4月，国务院证券委员会与中国证券业监督管理委员会合并组成国务院直属正部级事业单位，以下统称为“证监会”，履行对证券期货市场的监管职责和对证券经营机构的监管职责。与证券业和保险业监管职责的确立有所不同，银行业的监管经历了较长时间的探索。银监会、证监会、保监会三大金融监管机构并立的模式是以2003年银监会的成立为标志的。

2003年3月第十届全国人民代表大会第一次会议批准了国务院机构改革方案和《国务院关于机构设置的通知》（国发〔2003〕8号），中国银行业监督管理委员会（简称“银监会”）设立。2003年4月25日国务院办公厅发布《国务院办公厅关于印发中国银行业监督管理委员会主要职责内设机构和人员编制规定的通知》，对中国银监会主要职责内设机构和人员编制做出了规定。2003年4月26日第十届全国人民代表大

会常务委员会第二次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于中国银行业监督管理委员会履行原由中国人民银行履行的监督管理职责的决定》。至此,中国人民银行集货币政策职能和日常性金融机构监管职能于一身的局面宣告结束,银监会、证监会、保监会分工明确、互相协作的金融分工监管体制最终得以确立。

由于银行业的监管涉及人民银行与银监会之间的分工问题,2003年12月,全国人民代表大会常务委员会对《中华人民共和国中国人民银行法》和《中华人民共和国商业银行法》进行了修改,以反映金融监管体制的变化,并制定了《中华人民共和国银行业监督管理法》,自2004年2月1日起实施。修订后的《人民银行法》第9条规定:“国务院建立金融监督管理协调机制,具体办法由国务院规定。”第35条第2款规定:“中国人民银行应当和国务院银行业监督管理机构、国务院其他金融监督管理机构建立监管管理信息共享机制。”《银行业监督管理法》第6条也规定:“国务院银行业监督管理机构应当和中国人民银行、国务院其他金融监督机构建立监督管理信息共享机制。”至此,中国金融三业“分业经营、分业管理”的格局在法律上和制度上最终得以确立。

其中《银行业监督管理法》于2006年进行了修订,强化了监管机构的监管管理程序,同时也加重了法律责任。修正后的法条从50条增加至52条,对3处进行了修改。强化了监管程序,使得监管程序更加切实可行以及实现“程序正义”,同时也强化了监管的法律责任。《保险法(1995)》、《商业银行法(1995)》和《证券法(1998)》分别于2002年、2004年和2005年进行了大幅修订,但在监管模式和结构上,并没有实质性的修改和突破。而《商业银行法(2004)》在第43条加上了但书,《证券法(2005)》在第6条所确立的“分业经营、分业管理”加上了“国家另有规定的除外”,普遍认为这种修改是为突破现有的分业经营、监管模式预留了法律上的空间。

(二) 金融分业监管下通过合作尝试混业经营

我国金融业“分业经营、分业监管”的原则经过近十年的发展,直至2003年前后才得以确立。但是法律上确立分业经营的同时,金融业的经营者一直在多元化经营模式的利益驱动下,探索着“混业经营”的模式和路径,这与金融业务本身的特点和各国特别是金融大国的实践有着密切的关系。事实上,各种形式和层次的混业经营实践都对分业的法律原则提出了挑战。

在业务层面上,以合作的形式突破行业界限的现象已经出现,比较典型的是“银保合作”,即“银行保险(bank assurance)”。2001年6月21日人民银行颁布的《商业银行中间业务暂行规定》第7条明确了商业银行经中国人民银行审批,可以从事代理保险业务。从2001年开始,出现了银行业与保险业合作的风潮,银行代售保险产品、代收保费、代付保险金、代为结算、联合发卡,乃至联合开发具有银行和保险双重特征的金融产品等。另外,根据人民银行2002年4月22日发布的《关于落实〈商业银行中间业务暂行规定〉有关问题的通知》,“代理保险业务是指商业银行接受保险公司委托代其办理保险业务。商业银行代理保险业务,可以受托代个人或法人投保各险种的保险事宜,也可以作为保险公司的代表,与保险公司签订代理协议,代保险公司承接有关

的保险业务。代理保险业务一般包括代售保单业务和代付保险金业务。”该通知实际上对银保合作的业务范围进行了明确的限制。

在资本融通层面上,人民银行和证监会发布的一些规定实际上使得银行资金可以有条件的间接进入证券市场,保险资金的融资渠道也在逐步拓宽。如1999年8月19日人民银行发布的《基金管理公司进入银行间同业市场管理规定》和《证券公司进入银行间同业市场管理规定》,允许证券公司和基金管理公司进入银行间同业拆借市场,2000年2月2日人民银行与证监会联合发布《证券公司股票质押贷款管理办法》,允许证券公司可以自营的股票和证券投资基金券作质押,向商业银行获得资金。保险公司则先后被允许投资证券投资基金、企业债券、中央银行票据、银行次级定期债务、可转换公司债券等,甚至在去年已被允许间接投资基础设施而涉足实体经济。这一部分将在后面的介绍中具体展开。

(三)金融控股公司的出现催化混业经营

从总体上看,对分业经营、分业监管原则提出最大挑战还是金融控股公司的出现。金融控股公司,在大陆学者的研究中有的称为金融(控股)集团。已经出现的金融控股公司,以其核心资产的来源为标准,大体上可以分为三类,一是银行系金融集团,二是非银行系金融集团,三是实业系金融集团。

银行系金融集团的典型代表是中国银行。1998年,在香港成立的中国银行国际控股有限公司(中银国际),通过其全资子公司的外资身份,避开了分业经营的限制,迂回大陆成立了从事证券、基金、保险等业务的子公司,形成了事实上的金融控股公司格局。中国银行于2004年由中央汇金投资有限责任公司注资,改制为股份有限公司,并于2006年6月在香港上市。其他大型商业银行,如中国建设银行,早在1995年就与摩根斯坦利合作成立了中国国际金融有限公司(中金公司),从事投资银行业务。中国工商银行则于1998年与香港东亚银行合资收购了西敏证券亚洲业务,设立了工商东亚金融控股有限公司(工商东亚),从事香港和大陆的投资银行业务。

非银行系金融集团的典型有中信、光大、平安集团等。它们是以金融机构的身份同时控制着银行、证券、保险、信托等机构的金融集团。其中,中信集团模式较为典型,经营内容涵盖了多种金融业务和非金融业务,在2002年改制之后,其原有的一些实业公司和中信实业银行的不良资产得到了清理、整合,构建了中信集团控股,拥有中信银行、中信证券、信诚保险、中信信托、中信资产管理公司和中信期货经济公司等多家金融子公司的大型金融控股集团。^①

实业系金融集团是众多金融控股公司中最具争议的模式。由于法律上没有设置特别障碍,近年来,产业资本向金融业各个领域渗透成为比较普遍的现象。但是此类金融集团的发展规模远远小于前面两类金融集团,并且由于“德隆神话”的破灭,实业资本向金融业渗透过程中存在的风险成为经济、法律界人士探讨最多的话题之一。

^① 韩嫒:《关于组建金融控股公司的对策建议——基于成功案例的分析》,载《中央财经大学学报》2004年第4期,第19页;刘志宏:《中国金融控股公司:有其形无其神》,载《银行家》2005年第12期,第75页。

在上述三类金融控股公司之外,大陆还有一类特殊的国有独资金融控股公司,即中央汇金公司。中央汇金公司于2003年12月16日经国务院批准成立,主要职能是代表国家行使对重点金融企业的出资人权利和义务,支持银行落实各项改革措施,完善公司治理结构,保证国家注资的安全并获得合理的投资回报。2007年1月19日,全国金融工作会议召开,汇金公司的定位有了进一步的明确。根据媒体的公开资料显示,汇金重组改造的模式是成立一家新公司,然后将汇金原有职能放入其中,包括行使金融资产出资人职能,原有汇金公司将不复存在。在新的储备投资职能方面,该公司可能会通过分期人民币债券的方式向人民银行购买外汇,主要投资海外。按照目前的设计,这家公司可能更像是新加坡政府投资公司(GIC)与新加坡淡马锡模式的结合体。(淡马锡的主要职能是利用外汇储备投资于本国战略性产业并进行控股管理,提升新加坡企业的盈利水平和长期竞争力;另一家储备投资机构新加坡政府投资公司专司储备投资,主要负责固定收益债券、房地产和私人股票投资。)除汇金公司以外,中国建银投资有限责任公司和中国银河金融控股有限公司都是由国务院批准设立的国有独资投资性公司。特别是“银河控股”,由于在公司名称中首次被批准适用“金融控股”字样,而被称为“中国第一家名正言顺的金融控股公司”。^①可以说,金融控股公司事实的存在,预示着混业经营的趋势和发展方向。尽管这些金融控股公司的形成有着特殊的历史原因,现状也不具有真正金融集团的典型特征,但是混业经营的趋势已经相当明显,而目前金融监管立法尚缺乏统一的规范,这些集团合法经营的依据主要是银监会、证监会、保监会的一系列规定,或者是通过依据法律上预留的空间,以个案申报或者个案豁免的形式进行相关的业务操作。

二、现状:为适应混业经营的发展,金融分业监管机制不断整合

(一)银监会延伸调查权的确立,初显金融分业监管的突破

银监会成立于2003年,在三大监管机构中成立时间最晚。它的成立,标志着大陆分业监管体系的最终确立。但是,2003年前后,金融实务界中已经出现了各种混业经营的现象,金融控股公司的经营模式也初现雏形。可以说,银监会刚刚成立,就面临着监管模式创新的压力。

银监会成立初期,法律方面主要的工作集中于清理人民银行早期颁布的政策法规,起草相关立法规划,并根据银行业发展的状况及时出台监管措施。目前,已基本形成了以《银行业监督管理法》(以下简称《银监法》)为核心的银行业监管法律法规体系。2005年以后,有步骤、按计划的制定出台监管法规、继续清理监管法规中不配套、不协调、不完整的部分成为银监会法律工作的重点内容。

2006年10月31日,十届全国人大常委会第二十四次会议表决通过《关于修改银行业监督管理法的决定》,增加规定了银监会的“延伸调查权”:第一,在银监会依法对

^① 李菁:《银河证券涅槃金融控股》,载《财经》,总第140期。

银行业金融机构进行检查的条件下,经银行业监督管理机构主要负责人批准,可对相关的单位和个人行使调查权。具体内容是:询问有关单位或者个人,要求其对有关情况做出说明;查阅、复制有关财务会计、财产权登记等文件、资料;对可能被转移、隐匿、毁损或者伪造的文件、资料,予以先行登记保存。同时,规定了调查对象的配合义务和法律责任。即对不予配合的单位和个人,不构成犯罪的由公安机关依法给予治安管理处罚,构成犯罪的依法追究刑事责任。^①

修改后的条款于2007年1月1日起施行。其实,银监会的延伸调查权早在2003年制定银监法时就成为草案的重要条款之一。但是,是否赋予银监会如此大的行政权力,有关行政权力机关没有能够达成一致。为了尽早出台《银监法》,这一条款就被取消了。几年来,大量的案件证明,现有的监管手段不够、覆盖面有限等瓶颈问题凸显。在一份有关银监法修正案的情况介绍中,银监会详述了延伸调查权的必要性:相当多的银行案件属于恶意串通、内外勾结,如果不对银行业以外的相关个人和单位进行调查取证,很难及时定性并予以查处,有可能扩大银行及客户的资金损失;银行风险的产生不仅来自银行的违法违规操作,同时来自于银行客户及相关者的违法违规行为;当前信用体系不够健全、银行业内控水平和治理能力还待提高,一些地区保护主义严重,导致银企串通套取银行资金,恶意逃废银行债务等现象时有发生。如果仅依靠现有监管手段,对银行业本身进行监察,很难发现和查实上述现象。

以德隆集团广泛参股、控制多家城市商业银行等金融机构为例。2003年初,德隆集团通过“代持”等多种隐秘手段,取得昆明市商业银行、南昌市商业银行、株洲市商业银行、兰州市商业银行等多家城市商业银行股权,监管当局感到束手无策。他们已经发现了诸多疑点,但既没有权力对前台股东的资金来源及其背景作更详细的调查,也没有能力去发掘这类“代持股份”的真相,因此缺乏充分理由杜绝此类入股行为。甚至明知某些银行所任命的董事、高管出自德隆集团,也没有充分理由不批准其任职资格。德隆集团最终被迫退出这些银行,一直到2004年集团垮台后才陆续完成。类似的情况,在股份制银行、城市商业银行中很普遍。^②

在这种情况下,银监法在实施仅3年后,就针对调查权进行了引人注目的修正。但是这项延伸调查权能够在实际的监管活动中起到怎样的作用,还是一个未知数,我们可以从证监会的延伸调查权略见一斑。金融监管机构获得延伸审查权是从2001年6月证监会组建稽查二局开始的。根据证监会网站披露的信息,稽查二局的职能是:

① 《中华人民共和国银行业监督管理法(2006修订)》第42条:银行业监督管理机构依法对银行业金融机构进行检查时,经设区的市一级以上银行业监督管理机构负责人批准,可以对与涉嫌违法事项有关的单位和个人采取下列措施:(1)询问有关单位或者个人,要求其对有关情况做出说明;(2)查阅、复制有关财务会计、财产权登记等文件、资料;(3)对可能被转移、隐匿、毁损或者伪造的文件、资料,予以先行登记保存。银行业监督管理机构采取前款规定措施,调查人员不得少于2人,并应当出示合法证件和调查通知书;调查人员少于2人或者未出示合法证件和调查通知书的,有关单位或者个人有权拒绝。对依法采取的措施,有关单位和个人应当配合,如实说明有关情况并提供有关文件、资料,不得拒绝、阻碍和隐瞒。第49条:阻碍银行业监督管理机构工作人员依法执行检查、调查职务的,由公安机关依法给予治安管理处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

② 历志钢、凌华薇:《银行监管装上“牙齿”》,载《财经》2006年,总第172期。

草拟证券期货交易中操纵市场、内幕交易违法违规案件的规则、实施细则;组织调查证券期货交易中操纵市场、内幕交易违法违规案件并提出处理建议。^① 2002年3月,公安部的经济犯罪侦查局成立证券犯罪侦查局,该局和证监会稽查局合署办公,涉及到刑事案件,需要查封、冻结当事人账号时,由公安部证券犯罪侦查局执行。同时,稽查二局也拥有公安部门的某些专有权力,在查封、冻结银行账户时,不再仅限于查阅交易账户和交易记录。2005年《证券法》修改以后,明确了证监会的延伸监管权,^②证监会可以独立开展前期的调查,加强对证券行业的风险监管。但是近年来的实践表明,即使获得了延伸调查权,甚至与公安部门合署办公,监管效果也没有明显的改善。究其原因,很大程度上,与大陆的行政管理体制、司法体制有着密切的联系。在调查过程中,证监会既需要最高法院、最高检察院、公安部等部门的配合,更需要协调上市公司所在的省市政府等各方面的关系。这些非法律层面的因素影响调查的彻底开展。

银监会的延伸调查权是从2007年1月1日开始实施的,怎样实现有效监管成为核心问题。除了前述证监会在行使调查权时遇到的困难外,银行融资和投资渠道多元化也是监管者面临的重大挑战之一。乐观的看,延伸调查权的拥有,为银监会进一步了解融资方、投资对象的背景,对各类金融交易进行深度调查提供了必要的法律依据,不仅作为事后监管的重要手段,而且对那些暴露违法端倪的行为也能及时发现和制止,成为监管机构的有力“武器”。

从延伸调查权确立的过程我们可以看到,银监会的监管职能正处于完善的过程中。宏观的职能定位和权属划分已经成形,但监管措施和方式的细节却亟待完善。总的来说,监管机构的监管思路还是遵循了审慎的原则,特别是在金融业务的开放度上,不愿意在监管风险不明朗的情况下放开限制。而金融市场的全球化、交易产品的多样化也随时敲打着监管者的警钟——禁止和限制并不能避免风险的产生,反而因监管措施的不到位,给整个金融市场带来更大的风险;并且作为银行业的监管者,目光不能局限于银行业本身,银行作为整个金融市场资金运作的“集散地”、“中转站”,往往成为犯罪行为的“发生地”或者“助推器”,如果能在这个环节实现有效监管,就能更好的配合其他金融领域违法行为的查处;同时,其他领域的交易行为也会为银行业监管者提供必要的信息,加强不同监管机构之间的信息共享,将会有利于整个市场的监督和控制。

(二) 金融期货交易的放开拷问金融分业监管体制

2007年4月15日起施行《期货交易管理条例》(以下简称《期货条例》)可谓是中国期货市场的一件大事。与1999年9月1日起施行的《期货交易管理暂行规定》相比,现行《期货条例》删除了很多限制性的条款,对于确定期货的金融业地位、扫清金融期货推出的法律障碍、放开期货市场的参与主体等,都有创新和突破。

由于《期货条例》和最新修订的《期货交易所管理办法》刚刚颁布,所以很难从法

① <http://www.csre.gov.cn/n575458/n776436/n805025/n825092/index.html>, 2007年5月28日访问。

② 《中华人民共和国证券法(2005修订)》第十章。

律实施的实际情况来考量新规范的优势和特点,仅从条文的对比来看,新颁布的《期货条例》有以下几个方面的突破和创新:

第一,《期货条例》的适用范围扩大到商品、金融期货和期权合约交易。^① 业内普遍认为,这一规定意味着政策层面已经为中国即将推出的第一个金融期货——股指期货铺平了道路,也为未来的期权交易奠定了基础。

第二,期货参与主体范围扩大。考虑到金融期货推出以后,证券公司、基金管理公司、商业银行等金融机构将成为重要的市场交易者,所以《期货条例》删除了金融机构不得从事期货交易,不得为期货交易融资和提供担保等禁止性规定。同时,期货公司被定位为金融企业。

第三,明确了期货公司专营期货业务的原则。期货公司除经营境内期货经纪业务外,还可以申请经营境外期货经纪、期货投资咨询和国务院期货监督管理机构规定的其他期货业务。^②

第四,期货投资者有了一定的保障。《期货条例》第54条规定:国家根据期货市场发展的需要,设立期货投资者保障基金。期货投资者保障基金的筹集、管理和使用的具体办法,由国务院期货监督管理机构会同国务院财政部门制定。

期货交易所方面,2006年9月8日,中国金融期货交易所(简称“中金所”)在上海揭牌,成为大陆成立的售价金融衍生品交易所,现已成立的交易所均为会员制。中金所自成立以来正紧锣密鼓筹划推出以沪深300指数为标的的股指期货。在新的《期货条例》颁布以后,2007年4月30日,中金所对外公布了其草拟的《中国金融期货交易所沪深300股指期货合约》、《中国金融期货交易所交易规则》及其实施细则,包括《中国金融期货交易所交易细则》、《中国金融期货交易所结算细则》、《中国金融期货交易所结算会员结算业务细则》、《中国金融期货交易所会员管理办法》、《中国金融期货交易所风险控制管理办法》、《中国金融期货交易所信息管理办法》、《中国金融期货交易所套期保值管理办法》、《中国金融期货交易所违规违约处理办法》,开始公开征求意见。

除了股指期货之外,中金所还在积极开发国债期货,并逐步研发外汇、利率等期货品种。但是目前分业经营、分业监管的金融监管体系下,上述几类期货产品监管权力的归属成为了颇具争议的问题。理论上,国债期货应属财政部监管,外汇、利率期货是人民银行监管,股指期货主要是证监会监管。新的《期货条例》明确的监管主体是“国务院期货监督管理机构”,而非征求意见稿中所言“所有期货交易形式都由中国证监会监管”。根据大陆的立法习惯推测,近期内将会以新的法律文件明确国务院期货监督管理机构的具体所指。与监管主体不明确同样敏感的一个问题

① 《期货交易管理条例》第2条:任何单位和个人从事期货交易,包括商品和金融期货合约、期权合约交易及其相关活动,应当遵守本条例。

② 《期货交易管理条例》第15条:期货公司是依照《中华人民共和国公司法》和本条例规定设立的经营期货业务的金融机构。设立期货公司,应当经国务院期货监督管理机构批准,并在公司登记机关登记注册。未经国务院期货监督管理机构批准,任何单位或者个人不得设立或者变相设立期货公司,经营期货业务。

是中金所的定位问题。从名称上看,中金所要担当主导金融期货市场的重任,但实际上,许多期货界人士认为,中金所的理想定位与事实不符,目前的中金所难以对整个金融市场的金融衍生品进行交易和管理,现货和衍生品市场是否应该割裂仍存有争议。比如中金所正在研究的黄金期货产品,上海黄金交易所(简称“金交所”)对此啧有烦言,认为金交所从建立之初就一直在推进黄金期货交易,中金所对于推出该项产品的预期过于乐观。

从法律界的角度来看,笔者认为,人为的划分金融期货市场、武断确定单一监管机构的做法是不可取的,既然市场本身还存在不确定性,那么多一点研究和探索是非常必要的。但是,我们也不得不看到,法律的禁止性规定很可能限制了商机的获取,也就意味着利益的损失,是选择审慎保守还是积极激进的监管思路,正考验着我们的监管者。当然,一定程度上讲,这也暴露了分业监管模式的弊端,我们认为就此突破分业监管原则可能性不大,但是小范围的尝试混业监管却是可行的,或者说以期货市场的监管为突破口,逐步打破分业监管模式下各监管机构之间的壁垒是可以尝试的。

(三) 保险公司融资和投资渠道的大幅放宽预示金融分业监管的合作

从1999年到2004年,保险公司的融资渠道逐步扩宽,以下几个法律文件的出台具有代表性:1999年11月11日保监会转发《关于证券投资基金向保险公司配售有关问题的通知》,支持保险公司购买证券投资基金间接进入证券市场;2003年5月30日《中国保险监督管理委员会关于印发〈保险公司投资企业债券管理暂行办法〉的通知》,允许保险公司投资企业债券;2003年7月14日《中国保险监督管理委员会关于保险公司投资中央银行票据的通知》;2004年3月29日《中国保险监督管理委员会关于保险公司投资银行次级定期债务有关事项的通知》;2004年7月23日《中国保险监督管理委员会关于保险公司投资可转换公司债券有关事项的通知》。

从2005年开始,保险资金运用的限制大幅放开:2月17日,《保险公司股票资产托管指引(试行)》和《关于保险资金股票投资有关问题的通知》,明确了保险资金直接投资股票市场涉及的资产托管、投资比例、风险监控等有关问题。6月17日《关于保险外汇资金投资境外股票有关问题的通知》,规定允许保险外汇资金投资中国企业在境外发行的股票并给出了投资的额度限制。7月29日《保险公司投资境外保险类企业管理办法(草案)》,明确了国内保险公司不仅可以在境外设立分支机构,还可以设立、收购或参股境外保险公司,以及保险代理、经纪及公估等保险中介机构,但保险公司应当在国家外汇局核准的投资付汇额度内进行境外投资。8月11日《保险机构投资者债券投资管理暂行办法》,对保险债券投资政策进行了系统整合,重新划分了债券类别,增加了短期融资券等新投资品种,调整了具体投资比例。9月12日《保险外汇资金境外运用管理暂行办法实施细则》,明确规定保险外汇资金可以投资中国企业在境外发行的股票,外汇资金运作范围新增了股票、住房抵押贷款债券和货币市场基金三大投资品种。2005年一年内出台的法律法规,仅从数量上就等同于1999年到2004年五年时间出台的法律文件的总和。