

法学研究文集

司法部部级科研项目

对外资金融机构的法律监管

邹立刚 张桂红/著

230.4

法律出版社

法学研究文集

中国政法大学图书馆藏

对外资金融机构的法律监管

张其成 张其成/著



32

D922.280.4
Z94

法学研究文集(1997)——司法部部级科研项目

对外资金融机构的法律监管

邹立刚 张桂红 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

对外金融机构的法律监管/邹立刚,张桂红著.
—北京:法律出版社,2001.7
(法学研究文集)
ISBN 7-5036-3452-9

I. 对… II. ①邹…②张… III. 外国投资—金融
机构—金融法—研究—中国—文集
IV. D922.280.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 038478 号

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/陶松	责任校对/杜进
印刷/北京朝阳北苑印刷厂	
开本/850×1168 毫米 1/32	印张/9 字数/200 千

版本/2001 年 11 月第 1 版	2001 年 11 月第 1 次印刷
---------------------	--------------------

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
网址/http://www.lawpresschina.com
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)
88414933 88414934(读者服务部)
出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3452-9/D·3169
定价:19.00 元
(如有缺页或倒装,本社负责退换)

目 录

引 言	(1)
第一章 对外资金融机构的监管及其法律规范	(2)
第一节 外资金融机构及其监管的含义	(2)
一、外资金融机构的含义	(2)
二、外资金融机构监管的含义	(3)
第二节 对外资金融机构监管的法律	(3)
一、对外资金融机构监管的法律规范	(3)
二、对外资金融机构监管的法律规范的性质	(5)
第二章 对外资金融机构监管的理论与实践	(12)
第一节 对外资金融机构监管的根据	(12)
一、金融业监管的学理根据	(12)
二、金融风险的主要表现形式	(16)
三、金融业监管的国家实践	(21)
四、对外资金融机构监管的必要性及其局限性	(27)
五、东南亚金融危机的启示	(32)
第二节 对外资金融机构监管的价值、原则和目标	(37)
一、对外资金融机构监管的价值	(37)
二、对外资金融机构监管的原则	(43)
三、对外资金融机构监管的目标	(48)
第三节 对外资金融机构监管的体制	(53)
一、金融监管体制的涵义	(53)

二、美国金融监管体制的评析	(54)
三、日本金融监管体制的评析	(57)
四、金融监管体制的发展趋势	(59)
五、我国外资金融机构监管体制的完善	(64)
第三章 对外资金融机构监管的方式	(68)
第一节 各国金融监管方式的比较	(68)
一、监管方式的演变	(68)
二、行业监督与内部控制	(70)
三、监管手段的现代化	(71)
四、市场约束或市场惩戒 (the Market Discipline) 作用	(71)
五、我国外资金融机构监管的方法选择	(73)
第二节 对外资金融机构的金融稽核	(80)
一、金融稽核的理论	(80)
二、金融稽核体系	(83)
三、金融稽核的模式和技术	(84)
第三节 对外资金融机构的金融稽核——现场稽核	(88)
一、现场稽核的依据与内容	(88)
二、有代表性国家对外资金融机构的现场稽核	(90)
三、我国对外资金融机构的现场稽核	(94)
第四节 对外资金融机构的金融稽核——非现场稽核	(99)
一、非现场稽核的概念	(99)
二、有代表性国家对外资金融机构的非现场稽核	(100)
三、我国现阶段的非现场稽核	(103)
第五节 对外资金融机构内部控制机制的监管	(106)
一、外资金融机构的内部控制制度	(107)
二、内部控制制度与金融稽核的关系	(107)

三、外资金融机构内部控制系统要素	(108)
四、对内部控制系统的稽核	(110)
第四章 对外资金融机构监管的主要内容	(112)
第一节 对外资金融机构市场准入的监管	(112)
一、市场准入的立法原则	(112)
二、市场准入的监管制度	(115)
三、中国对外资金融机构的市场准入监管	(126)
第二节 对外资金融机构的资本充足率监管	(131)
一、资本充足率的作用	(131)
二、资本充足率的演变	(133)
三、资本的构成	(139)
四、资本充足率的衡量标准	(140)
五、我国对外资金融机构资本充足率的监管	(144)
第三节 对外资金融机构的风险损失准备金的 监管	(146)
一、风险损失准备金	(146)
二、资本充足率与准备金问题的国际考察	(148)
三、我国对外资金融机构的风险损失准备金的监管	(150)
第四节 对外资金融机构资产流动性的监管	(150)
一、流动性及其有关理论	(150)
二、流动性风险	(153)
三、流动性衡量的国际比较	(157)
四、我国对外资金融机构的流动性监管	(162)
第五节 对外资金融机构的贷款集中监管	(164)
一、对贷款集中监管的实质	(164)
二、贷款集中监管的内容	(165)
三、我国对外资金融机构的贷款集中监管	(169)
第六节 对外资金融机构业务的监管	(170)

一、关于金融机构业务范围的国际比较	(170)
二、我国对外资金融机构业务的分业监管	(175)
第七节 对外资金融机构金融创新的监管	(180)
一、金融创新的涵义	(180)
二、金融创新的成因	(182)
三、金融创新与金融监管	(186)
第五章 对外资金融机构监管的危机处理	(190)
第一节 对外资金融机构的紧急救助	(190)
一、金融业危机处理的必要性	(190)
二、中央银行的紧急救助	(191)
三、对外资金融机构的紧急救助问题的探讨	(194)
四、对紧急救助的评价	(196)
第二节 外资金融机构监管与存款保险制度	(197)
一、存款保险制度的沿革	(197)
二、存款保险制度运作机制	(199)
三、对存款保险制度的评价	(203)
四、建立我国的金融机构存款保险制度	(207)
第六章 对外资金融机构的监管与金融自由化	(210)
第一节 对外资金融机构的监管与巴塞尔协议	(210)
一、巴塞尔委员会(Basel Commission)与巴塞尔协议 (Basel Concordat)	(210)
二、《对银行的国外机构的监管原则》	(211)
三、《统一国际银行资本衡量和资本标准的协议》	(216)
四、《巴塞尔建议》	(221)
五、《资本协议的市场风险补充规定》	(223)
六、《有效银行监管的核心原则》	(227)
第二节 对外资金融机构的监管与 WTO 的有关 协议	(235)

一、金融服务业的地位	(236)
二、金融服务贸易壁垒与金融开放	(236)
三、WTO 的金融服务贸易规则	(238)
四、我国的金融开放与立法对策	(241)
第七章 我国外资金融机构法律体系的重构	(246)
第一节 我国引进外资金金融机构的现状分析	(246)
一、中国引进外资金金融机构的现状	(246)
二、中国引进外资金金融机构的利弊分析	(247)
三、中国监管外资金金融机构的必要性	(249)
第二节 我国外资金金融机构监管法规的主要内容	(251)
一、我国金融监管的立法沿革	(251)
二、我国外资金金融机构监管的主要内容	(254)
三、我国外资金金融机构监管中存在的问题	(260)
四、完善我国外资金金融机构监管制度的几点提议	(262)
第三节 我国外资金金融机构法律体系的重构	(265)
一、中国外资金金融机构法律体系的现状	(265)
二、中国外资金金融机构法律体系存在的问题	(270)
三、我国外资金金融机构法律体系重构的基本思路——实 行国民待遇	(272)
四、中国外资金金融机构法律体系重构的主要步骤	(275)

■ 引 言

按照国民待遇的精神,对外资金融机构的监管不应该是一个专门的议题。然而事实上,相对于任何其他行业和产业而言,几乎任何一个国家或地区对本国金融机构和外资金融机构都难以“一视同仁”(除开香港和某些国际避税港等极少数国家和地区)。

各国或地区金融监管当局的态度虽然不尽相同,但其基本目的还是共同的,即处理好国内金融机构与外资金融机构的竞争关系,使国内金融机构与外资金融机构在一个市场中逐步吻合,以达到公平竞争、共同繁荣、健康运行,促进经济发展的目的。

当今,金融国际化、全球化的趋势不断发展,资本的全球化自由流动趋势继续加强,金融业国际化的迅猛发展对世界经济、贸易和金融的发展产生了巨大的积极作用,但另一方面,国际金融业的巨大风险往往会对东道国的政治、经济产生不容忽视的消极影响。对外资金融机构的监管,仍然是由于金融业本身的特点所决定的,如金融机构倒闭的连锁效应,并且外资金融机构具有更多的逃避监管的动因和监管具有更大的难度。为此,世界各国都认识到有必要采取一些措施,来加强对外资金融机构的监管。

■ 第一章 对外资金融机构的 监管及其法律规范

第一节 外资金融机构及其监管的含义

一、外资金融机构的含义

对于“外资金融机构”的含义,一般存在着狭义和广义两种理解。狭义的“外资金融机构”一般仅指总行设在东道国境内的外国资本的金融机构。广义的“外资金融机构”则不仅包括狭义的外资金融机构,通常还包括外国金融机构在东道国的分支机构,以及外国资本的金融机构与东道国资本的金融机构在东道国境内联合设立的合资金融机构,有时还包括外国金融机构在东道国设立的代表机构。

在我国,依据1994年2月国务院发布的《中华人民共和国外资金融机构管理条例》的规定,外资金融机构一般是指:(1)总行在中国境内的外国资本的银行(简称外资独资银行);(2)外国银行在中国境内的外国资本的分行(简称外国银行分行);(3)外国的金融机构同中国的金融机构在中国境内合资经营的银行(简称合资银行);(4)外国资本的银行在中国境内设立的常驻代表机构(简称代表处);(5)总公司在中国境内的外国资本的财务公司(简称外资财务公司);(6)外国的金融机构同中国的金融机构在中国境内合资经营的财务公司(简称合资财务公司)。由此可知,我国法上的外资金融机构仅包括银行类和财务公司类外

资金融机构,这是因为当时我国不允许在保险业、证券业、信托业设立外资金融机构。因此,我国法上的外资金融机构的含义是比较狭窄的。

由于银行在金融机构及其活动中地位重要,因此,金融监管主要是对银行的监管。本书对外资金融机构监管的研究,主要是以外资银行监管为中心的研究,所称“外资银行”主要包括外资独资银行、外国银行分行、本国资本与外国资本合资的银行等。因此本研究的主要范围,也是以银行业务为主题的研究。

二、外资金融机构监管的含义

“监管”是监督和管理的复合词,在英文中分别是“Supervise”和“Regulate”。依《布莱克法律字典》的解释,“监督”指一般性照看、主管或检查。^[1]“管理”指决定、确定或控制;依一定规则、方法或确立的模式进行调整;依规则或限制进行指导;受管理性原则或法律的管辖。^[2]在英文中,“金融机构监督”(Financial Institution Supervision)是指监督金融机构的运行状况和要求金融机构必须持续不断地按照法规和政策经营;而“金融业管理”(Banking Regulation)则是指制约金融机构运作的法律、规则的框架。但这都只是从严格意义上说的,事实上,在大多数情况下,这两个词是通用的。本文也是从“监督”和“管理”的这种一般意义上来理解“监管”一词含义的。

第二节 对外资金融机构监管的法律

一、对外资金融机构监管的法律规范

尽管金融监管的研究在我国取得了一定的成果,相继有一

{ 1 } Blank' Law Dictionary, p. 1156.

{ 2 } Blank' Law Dictionary, p. 1290.

些著述问世,但主要是从经济学的角度出发的,而从法学和经济学相结合的角度出发来进行研究的成果似乎并不多见。另一方面,国外关于金融监管的研究成果虽处于领先地位,但其研究仍多偏重于实践性和技术性分析,而对于外资金融机构的金融监管问题的专题研究,就更加少了。作者认为,对外资金融机构的监管,既是金融学问题,也是法学问题;既是国内法问题,也是国际法问题。这一现象具有深刻的国际国内的政治、经济和社会原因,背景复杂,因而对外资金融机构金融监管的研究具有理论意义和实践价值。

(一)金融监管的概念

金融监管是金融监督和金融管理之合称,它是指金融监管当局及其执行机关或某些特定机构根据法定授权和法定程序对金融机构及其活动实施规制和约束,促使其依法稳健运行的一系列行为的总称。对外资金融机构的监管则是从东道国的角度出发的,指东道国金融监管当局及其执行机关或某些特定机构,根据法定授权和法定程序对外资金融机构及其活动实施规制和约束,促使其依法稳健运行的一系列行为的总称。

这一定义中包含了下述几个要素:

1. 实施金融监管的主体,即金融监管机构。在我国,对外资金融机构进行监管的金融监管机构主要是指中国人民银行及其各地的分支机构。

2. 受监管的客体是金融机构及其活动。我国现有的金融机构包括外资金融机构可分为银行和非银行金融机构两大类,前者包括政策性银行、商业银行、城乡信用社等,后者包括信托投资公司、证券公司、财务公司、投资银行、融资中心、保险公司、投资基金管理公司、金融租赁公司、投资顾问公司、信用卡公司、证券交易所和交易中心等。而外资金融机构主要包括银行类和财务公司类,尽管也有少量的保险公司和其他金融种类的外资金

融机构。

3. 金融监管的基本程序是针对外资金融机构的具体行为制定相应的法规条例,并据以对外资金融机构实行常规的检查监督,定期或不定期的现场检查,以及对出现问题的外资金融机构进行稽核处罚等。

4. 金融监管的目的。

(二)金融监管的法律规范

金融监管的法律规范是金融法的重要组成部分。金融法调整的金融关系包括金融监管关系和金融业务关系。金融监管关系是指金融监管当局及其他机构根据法定授权和法定程序对金融机构及其活动实施监管所形成的各种关系;金融业务关系是指金融机构在法律、法规允许的范围内从事相应业务活动与其他金融主体间发生的金融关系,如存款、贷款、投资等关系。从广义上说,对外资金融机构监管的法律规范是指调整金融监管关系的有关国内法规和国际法规的总称。因此,对外资金融机构监管的法律规范并不仅指某一金融法律、法规,而是各种涉及外资金融机构监管的金融法律、法规、国际条约、国际惯例的总和。

二、对外资金融机构监管的法律规范的性质

(一)金融监管的法律规范属于经济法范畴

经济法的调整对象是国家需要干预的社会经济关系,包括市场主体调控关系、宏观经济调控关系、社会分配调控关系。采用指令性、指导性和直接介入经济等调整方法。^{〔3〕}经济法的调整对象通常包括“纵向经济关系”,这点争议不大,但经济法应否

〔3〕 李昌麒主编:《经济法学》,中国政法大学出版社1997年修订版,第34页和第59页。

调整一定范围的横向经济关系,则争议很大。〔4〕

在自由资本主义时期,欧美国家的经济交往日益频繁,但以私人主体,盛行契约自由和贸易自由原则,经济关系主要通过市场机制自动调节,国家较少干预经济活动。但当资本主义发展到垄断阶段时,经济规范的发展则与垄断资本干预经济的结果密切相连。法国、德国、日本等大陆法系国家,采用“民商分立”或“民商合一”的立法体例调整民商事活动。英美法系国家也不断采用成文法的形式调整经济关系,〔5〕由此出现了所谓经济法及其分支如公司法、反垄断法、反不正当竞争法、金融法、知识产权保护法,社会法及其分支如劳动法、消费者权益保护法、产品责任法、社会保障法、资源环境法等。

(二)金融监管的法律规范体现了社会本位法的性质

法的本位是指法的价值取向、基本理念及其出发点。人类社会的现行法律,依其基本观念的不同,可大致分为以行政法为代表的国家权力本位法,以民法为代表的个体权利本位法和以经济法为代表的社会本位法。法的社会本位是社会进步和法律文明发展的必然结果。首先积极提倡法的社会本位思想的是德国学者耶林,其在《法律目的论》一书中,特别强调所有权行使的目的不仅应为个人利益,同时亦应为社会利益,进而主张以社会的所有权代替个人的所有权。法国学者狄骥倡导社会连带说,认为“现实主义的、社会化的法律制度代替了以前抽象的、个人

〔4〕关于经济法的各种争议,可参见《法学家》1995~1997年第1期和《法学研究》1995~1997年第1期刊载的有关经济法学研究的回顾与展望的文章。

〔5〕英国自1882年以来,陆续制定了有关票据、买卖、商标和版权、保险、公司和破产等单行成文法;美国则在1896年以来分别制定了《统一票据法》、《统一买卖法》、《统一信托收据法》等7个成文法,在1955年合并修订为《统一商法典》,也颁布了1890年《谢尔曼法》、1914年《克莱顿法》、1924年《联邦贸易委员会法》。

主义性质的法律制度”。〔6〕美国学者庞德提出的社会利益理论认为社会利益高于个人利益,法律的目的主要是最大限度地满足社会需求。〔7〕在实践上,许多国家从社会利益的角度出发,制定和颁布了一系列以保护公共利益、维护社会经济的安定和繁荣为宗旨的法律。

从历史的角度看,法的社会本位思想的出现,其动因是力求协调资产阶级内部的各种矛盾,调节被经济危机和社会动乱搞得混乱的经济关系,其本质是国家从社会利益角度对整个经济生活的介入,以消除自由放任经济和极端个体权利本位对整个社会经济发展所造成的消极影响,解决个体营利性和社会公益性的矛盾,促进经济和社会的良性运行和协调发展,这是社会化大生产对法律调整的必然要求。

在现代社会中,人与人的合作性联系日益普遍,公共关系日益复杂,市场经济的竞争带来的社会风险和外部负效应也越来越多,社会化带来的新的利益内容如社会公德、群体利益(如消费者利益、劳动者利益)、自然资源与生态环境与卫生保健、城乡公共设施,社会保险与救济,社会福利与优抚安置以及社会互助等已凸现为一个独立的利益形态——社会利益。〔8〕各国关于社会利益方面的立法规定也大量增加。以宪法为例,在被调查的百多个国家的宪法中,几乎所有的国家的宪法都规定了保护“社会利益”、“公共利益”、“社会公共利益”、“一般利益”、“公共福利”、“社会福利”等内容。〔9〕但何谓社会利益?各国的立法

〔6〕 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第259页。

〔7〕 陈云生:《当代西方的权利义务价值取向》,载《外国法译评》1994年第3期。

〔8〕 孙笑侠:《论法律与社会利益》,载《中国法学》1995年第4期。

〔9〕 马尔赛文等著:《成文宪法的比较研究》,华夏出版社1989年版,第129页。

表述及学者意见不尽一致,但一般认为社会利益的主体是公众,而不是个人或集体甚至也不是国家,尽管社会利益的载体可以是个人、集体和国家。这在不同的法律部门各有侧重不同的表现,比如消费者权益保护法侧重于保护消费者的利益;商业银行法侧重维护金融秩序的稳定和保护存款人的利益;反垄断法侧重于维持公平竞争;资源环境法侧重于自然资源 and 环境的合理利用和保护等。

科学地认识社会利益,还需准确把握社会利益与国家利益的关系。马克思主义认为:“正是由于私人利益和公共利益之间的这种矛盾,公共利益才以国家的姿态而采取一种和实际利益(不论是单个的还是共同的)脱离的独立形式,也就是说采取一种虚构的共同体形式。”^[10] 因此,国家既是国家利益的主体又是社会利益的代表者,国家利益是社会利益的主要体现形式,国家许多职能的行使就是以社会利益为出发点和最终归宿的。然而,国家利益也是一种独立的利益形态,国家在特殊情况下,具有自己的特殊利益,如政治统治的利益需要。^[11] 所以,不应将社会利益等同于国家利益,否则就将造成国家权力的滥用,如我国过去片面强调“国家利益”,所造成的祸患即为明证。

金融监管的社会本位性主要体现为:(1)保护存款人、投资者和其他社会公众利益。我国《商业银行法》第1条开宗明义地把保护存款人和其他客户的合法权益表述为立法的首要目标,第三章专门规定了对存款人的保护。我国的《证券法》也有类似规定。^[12] (2)保障金融机构稳健运行,维护金融秩序的规定,其

[10] 《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社1964年版,第37~38页。

[11] 孙笑侠:《论法律与社会利益》,载《中国法学》1995年第4期。

[12] 《证券法》第一条规定:为了规范证券发行和交易行为,保护投资者的合法权益,维护社会经济秩序和社会公共利益,促进社会主义市场经济的发展制定本法。