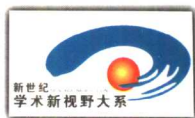
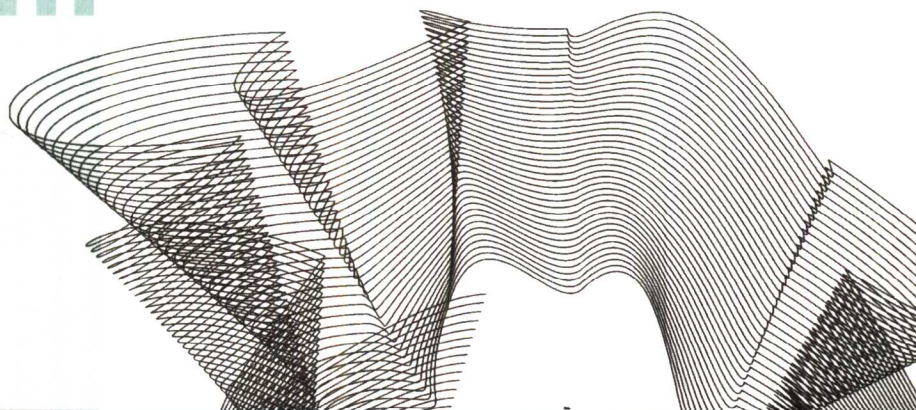


厦门大学
国际经济法
文库



主编 / 陈 安



跨国银行监管的 主要法律问题研究

蔡 奕 著

0.4



厦门大学出版社
www.xmupress.com

International Economic Law Library of Xiamen University

厦门大学国际经济法文库

跨国银行监管的 主要法律问题研究

蔡 奕 著

厦
门
大
学
出
版
社

图书在版编目(CIP)数据

跨国银行监管的主要法律问题研究/蔡奕著. —厦门:厦门大学出版社, 2004. 10

(厦门大学国际经济法文库/陈安主编)

ISBN 7-5615-2170-7

I. 跨… II. 蔡… III. 跨国银行-银行监督-银行法-研究 IV. D912.28

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 005105 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

[xmup @ public. xm. fj. cn](mailto:xmup@public.xm.fj.cn)

福建二新华印刷有限公司印刷

2004 年 10 月第 1 版 2004 年 10 月第 1 次印刷

开本:890×1240 1/32 印张:9.5 插页:2

字数:252 千字 印数:1-3 000 册

定价:24.00 元

本书如有印装质量问题请寄承印厂调换

文库序言

国际经济法是发展中的边缘性法学学科。在世界范围,国际经济法作为独立的法学学科,已有近 60 年的发展史。在中国,经过 20 多年的发展,国际经济法已成为法学各学科中理论研究最活跃、实践性最强的学科之一。当前,在经济全球化和中国加入世界贸易组织的新形势下,国际经济法更呈现其鲜明的时代性和蓬勃的生命力。

得改革开放风气之先,厦门大学在我国较早开展国际经济法的教学和研究。经原国家教委批准,1981、1985 年在全国率先招收国际经济法专业硕士生和本科生,1986 年开始招收国际经济法专业(1997 年后调整扩大为国际法专业)博士生。1987 年成立厦门大学国际经济法研究所。1995 年,厦门大学“国际经济法及台港澳法研究”学科点被列为全国高校“211”工程重点建设项目。2002 年,厦门大学国际法专业由教育部批准为国家重点学科。长期以来,厦门大学国际法专业学术群体秉承“自强不息,止于至善”的校训,囊萤映雪,开展了一系列国家急需的国际经济法理论和实务研究工作,为我国的法治建设和学科发展作出了应有的贡献。同时,经过不断探索,本专业逐渐形成“出人才”和“创成果”相互促进、相辅相成的研究生培养模式,培养了大批“懂法律、懂经济、懂外语”的国际经济法专门人才。

本专业的目标是建成我国国际法领域的重要研究基地和人才培

养基地之一。“厦门大学国际经济法文库”的编辑出版,是本专业学科建设和发展的长期性工作。“文库”的宗旨是以系列学术专著的形式,集中展现国际经济法领域的专题研究成果,促进学术和社会发展。“文库”立足出版厦门大学学者、校友在国际经济法领域的研究成果,更欢迎海内外国际经济法学者惠赐佳作。“文库”坚持作品的原创性标准,崇尚严谨治学,鼓励学术创新和争鸣。在出版国际经济法专家学者力作的同时,尤其关注国际经济法学界的新人新作,包括在优秀博士学位论文基础上发展的学术专著。我们期望“文库”成为国际经济法专家学者辛勤耕耘的园地,源源不断地产出智慧之果,启迪思想,弘扬学术。同时,更希望“文库”发挥国际经济法“智库”的功能,为我国的国际经济条约实践、涉外经贸立法以及涉外经贸实务提供有益的理论指导或参考。

“厦门大学国际经济法文库”编辑委员会

2003年6月2日

目 录

导 言:国际金融一体化与金融自由化背景下的跨国银行监管	
问题	(1)
一、研究背景:金融一体化和金融自由化浪潮对跨国	
银行业的“双刃剑”效应	(2)
二、研究目的、意义及体例说明	(5)
第一章 跨国银行监管的理论基础	(7)
第一节 跨国银行监管的经济学原理	(7)
一、公共利益论(the Public Interest Theory)	(8)
二、捕获论(Capture Theory)	(10)
三、金融抑制论(Financial Restriction Theory)	(11)
四、经济管制论	(14)
五、跨国银行监管经济学诸理论的评析	(16)
第二节 跨国银行监管的法学原理	(20)
一、跨国银行国别监管的法学原理	(20)
二、跨国银行国际监管的法学原理	
——“全球合作”原则	(25)
三、跨国银行内部监管的法理基础	(28)
第三节 跨国银行监管的核心原则	(29)
一、双重许可原则	(30)
二、适度监管原则	(30)

三、并表监管原则·····	(31)
四、审慎监管原则·····	(31)
第二章 东道国对跨国银行的市场准入监管 ·····	(33)
第一节 跨国银行市场准入的待遇标准·····	(34)
一、发达国家的跨国银行市场准入待遇标准·····	(34)
二、发展中国家的跨国银行准入待遇标准·····	(44)
三、世界贸易组织关于银行准入待遇标准的 法律规范评析·····	(48)
第二节 跨国银行准入的形式与条件·····	(56)
一、跨国银行准入的形式·····	(56)
二、跨国银行的准入条件·····	(62)
第三节 跨国银行准入东道国证券业的法律问题·····	(72)
一、银行参与证券业务的动因及其绩效分析·····	(73)
二、跨国银行准入东道国证券业的利益冲突及其危害·····	(77)
三、跨国银行准入东道国证券业的组织模式·····	(80)
四、跨国银行准入证券业所产生利益冲突的法律监管·····	(89)
第四节 中国对外资银行的监管法制及其完善·····	(98)
一、中国对外资银行的准入形式及其完善·····	(98)
二、中国对外资银行的准入条件及其改进·····	(101)
三、我国对外资银行市场准入管理方式和程序的最新 调整·····	(107)
四、我国外资银行市场准入法制存在的问题及其完善·····	(108)
第三章 母国对跨国银行的并表监管 ·····	(120)
第一节 并表监管的基本理论问题·····	(120)
一、并表监管的涵义和特征·····	(121)
二、并表监管的前提条件·····	(124)
三、并表监管与长臂管辖的区别·····	(126)

第二节 母国并表监管实施的法律问题	
——兼评国际商业信贷银行的倒闭·····	(128)
一、BCCI 事件的由来·····	(129)
二、母国的确定·····	(132)
三、并表监管与金融隐秘权的冲突·····	(137)
四、并表监管过程中的现场检查和外部审计·····	(144)
第三节 欧美并表监管的立法与实践·····	(147)
一、欧盟并表监管立法及其实践·····	(147)
二、美国的并表监管实践·····	(153)
第四节 中国并表监管法制的建立与完善·····	(159)
一、我国并表监管立法与实践的现状·····	(159)
二、我国母国并表监管法制的建立与完善·····	(165)
 第四章 跨国银行国际监管的法律问题·····	 (169)
第一节 巴塞尔文件体系的法律性质辨析·····	(170)
第二节 多元化金融集团的国际监管·····	(181)
一、多元化金融集团的兴起及对传统银行监管方式 的挑战·····	(181)
二、对金融集团资本充足性的监管方式·····	(184)
三、对管理层和股东的适宜性要求·····	(187)
四、金融集团监管的信息共享和协调员制度·····	(188)
第三节 巴塞尔新旧资本协议比较·····	(191)
一、跨国银行资本充足性监管概述·····	(191)
二、巴塞尔新旧资本协议比较·····	(193)
第四节 金融集团国际监管规则和新资本协议对中国 监管实践的借鉴意义·····	(202)
一、金融集团国际监管规则对中国监管实践的启示·····	(202)
二、新资本协议与中国商业银行资本充足性监管的 完善·····	(205)

第五章 跨国银行内部监管的法律问题	(215)
第一节 跨国银行内部监管的基本理论问题	(215)
一、内部监管的定义	(216)
二、跨国银行内部监管的目标	(217)
三、跨国银行内部监管的基本原则	(219)
四、银行内部监管与银行治理的联系与区别	(221)
五、银行内部监管的实施效果	(226)
第二节 跨国银行内部监管的制度设计	(226)
一、跨国银行业的控制失灵问题	(226)
二、管理层监督和控制文化(management supervision and the control culture)	(228)
三、风险识别与评估(risk recognition and assessment)	(232)
四、日常业务控制和业务防火墙	(233)
五、信息与交流	(236)
六、内控监督和改正机制	(238)
第三节 英美跨国银行内部监管的制度与实践及中国 商业银行内部监管制度的建立与完善	(240)
一、美国跨国银行内部监管的原则与制度	(241)
二、英国跨国银行内部监管的制度与实践	(249)
三、中国商业银行内部监管制度的建立和完善	(260)
结语:跨国银行三大监管模式的相互关系与“三位一体”的 融合趋势	(268)
一、国别监管在跨国银行监管中的基础性作用	(268)
二、国际监管对国别监管的协调和完善作用	(272)
三、跨国银行内部监管的局限性及其外部约束	(274)
四、三大监管模式的渐趋融合与我国的应对	(277)
参考文献	(282)
后记	(292)

导 言

国际金融一体化与金融自由化 背景下的跨国银行监管问题

国际金融一体化(international financial integration,以下简称金融一体化)和金融自由化(financial liberalization)是当今国际金融领域最引人瞩目的两大趋势。尽管在亚洲金融危机中曾受到一些非议,但二者作为今后国际金融领域的主流发展趋势,是得到大多数金融监管当局、银行从业者和经济学家认同的。在国际金融一体化和金融自由化浪潮中,跨国银行^①扮演了极为重要的角色;同时金融一体化、金融自由化也给跨国银行提供了前所未有的发展机遇。金融自由化放宽限制竞争的规则,充分发挥跨国银行的“觅利”功能;金融一体化则扩大了跨国银行的经营空间,使其能在全世界范围内调度资金,经营各种业务,不受国界的限制。但金融一体化、自由化是一柄“双刃剑”,在使跨国银行获得上述好处的同时,它也破坏了既有金融体系的稳定性,增加了跨国银行的经营风险,给目前的跨国银行监管体制造成了前所未有的冲击。

① 跨国银行(multinational bank)的含义理论界有争议,较为权威的是联合国跨国公司中心所下的定义:“在5个或5个以上国家设有分支机构的银行可称为跨国银行”。

一、研究背景:金融一体化和金融自由化浪潮对跨国银行业的“双刃剑”效应

跨国银行无疑是国际金融一体化与自由化浪潮的积极推动者和最大受益者。20世纪80、90年代所蓬勃兴起的金融一体化和金融自由化浪潮,很大程度归因于跨国银行业的不懈努力和强大压力。政治学家一再宣称,银行监管机构已形同虚设,沦为银行业的代言人;许多经济学家以所谓的“需求理论”来分析跨国银行监管的意义,他们认为银行监管作为制度供给方,是银行业发展需求的产物,因而银行业不断向全球各地扩展业务的需求将决定银行监管的弱化和放宽。^①乌拉圭回合谈判中达成的《服务贸易总协定》(GATS)和1997年达成的《金融服务贸易协议》均加剧了这一趋势。跨国银行因此赢得了良好的发展氛围和发展机遇,获得了巨额的利润,但在跨国银行业空前繁荣的“泡沫”下,充满危机的暗流正在悄悄地酝酿,并和诸多因素结合在一起,最终导致了20世纪末的一场金融灾难——亚洲金融危机。因此在全球经济一体化和金融自由化浪潮汹涌的背景下,跨国银行业机遇与挑战并存,利润与风险同在,具体而言,这种“双刃剑”效应主要体现在如下五大方面:

1. 金融管制的放松在一定程度上导致了跨国银行利率风险的增加。利率风险是因市场利率剧烈波动而使银行遭受损失的风险。在金融自由化盛行之前,利率风险的发生几率极小;这是因为金融监管当局几乎对所有的金融业务实行分业经营并对存款利率设置上限(ceiling),这在很大程度上扼制了利率的上涨,减少了利率风险。但进入20世纪60年代以来,金融领域放宽管制的呼声日益高涨,大多数金融监管当局不得不取消了存款利率的上限制度;同时金融分业经营的界限也被突破,银行跨营证券、保险等行业的情形比比皆是,

^① Helen A. Garten, *Why Bank Regulation Failed: Designing a Bank Regulatory Strategy for 1990s*, Quorum Books, 1991, p. 4.

金融领域内的竞争日趋白热化。^①其结果是:利率上限藩篱的撤除和金融分业经营管制的放松,使各银行间形成利率竞争,竞相以高利率吸收社会闲散资金;而为了支付高利息成本并获得高利润,银行往往将资金投入高收益的金融创新项目,但随即而来的往往是高风险,如此便形成了高成本——高收益——高风险的恶性循环。^②

2. 金融自由化使东道国的金融安全受到严重威胁,增加了爆发金融危机的风险因素。金融自由化使各国尤其是发展中国家放宽了外资金融机构的准入条件,减少了对外资银行的经营限制,固然有利于资金资源的国际配置和发展中国家金融服务水平的提高,但也使发展中国家的金融安全受到潜在的威胁。跨国银行对外扩张的动因是追逐高额利润,与发展中国家引入外资提高本国金融服务水平的目标并不总是一致的。为了谋取更高的利润,跨国银行往往凭借其资金、技术、人才、信息等方面的优势,设法逃避东道国的监管,发展法律所未规范的业务。而东道国监管当局由于监管技术落后,监管信息闭塞,难以对跨国银行实行有效监管,因而出现所谓“监管落空”的局面,这样就使发展中国家的金融安全出现了隐患,而在一定条件下,这种隐患与其他因素结合在一起,就会爆发严重的金融危机。20世纪90年代以来,拉美及东南亚等处爆发的金融危机均与跨国银行的规避活动有着密切的关系。

3. 跨国银行的金融创新活动使银行“表外业务”^③剧增,增加了跨国银行的衍生性金融风险。表外业务剧增的原因主要有两个:一是银行为了满足监管部门的资本充足率要求,必须拓展额外的财源;二是由于大量的非银行金融机构经营传统的银行业务,使金融业竞争激烈,跨国银行利润率下降。于是跨国银行为了维持其股本与资产的报酬率,必须发掘资产负债表以外的新业务,这样既可以避免资

① 伍海华:《跨国银行论》,经济科学出版社1996年版,第197页。

② 李国安主编:《国际货币金融法学》,北京大学出版社1999年版,第531页。

③ 因这些项目并不直接体现在资产负债表或损益表中,而以财务报表的脚注形式加以报告,故称之为“表外业务”。

本要求,又能获得丰厚的佣金收入。目前较为普遍的表外业务有贷款承诺、商业信用证、备用信用证和衍生性金融商品等,其中尤以衍生性金融商品的发展最为迅猛。由于衍生性金融商品具有“以小博大”的杠杆作用,即交纳小额保证金即可从事数倍于保证金数额的业务操作,收益高风险亦大,若操作不当极有可能酿成无法挽回的后果。近几年震惊世界的几起金融破产、亏损案件,如1995年巴林银行倒闭、大和银行亏损事件等,均因从事衍生性金融交易所致。

4. 国际金融一体化和金融自由化掀起了跨国银行的并购浪潮,对传统的银行监管方式提出了新的挑战。首先,银行业的兼并加强了跨国银行业的集中程度,银行业的集中固然一方面可以从规模和总量上提高银行的抗风险能力,但另一方面这种超级银行也容易因风险管理不当而积重难返,因为这些超级银行涉及国民经济的方方面面,一旦酿成风波,对金融体系乃至整个经济体系都将造成破坏性的影响,这就是银行业所说的“太大了以至不能破产”(too big to fail);其次,跨国银行业的兼并浪潮使全球金融竞争进入了垄断竞争阶段,经过并购后重新组合的大型银行拥有垄断优势,但其面临的来自其他大银行的竞争会更加激烈,与此同时,在大银行夹缝中求生存的中小跨国银行将面临着严重的生存危机;再次,跨国银行业的兼并在推动银行规模扩大的同时,也逐渐淡化了银行业与证券、保险等行业的界限,跨国银行兼营证券、保险业,固然有利于银行实施全能化和多样化经营,实现所谓“金融超市”(financial supermarket)的蓝图,但同时也使跨国银行的风险来源增多,风险的预测力和评估效果下降,风险的破坏力剧增,此外,由于银行业与证券、保险等行业存在着利益冲突,跨国银行跨营他业实际上也打破了证券、保险业固有的竞争秩序。

5. 金融一体化和自由化浪潮的兴起凸显了“系统性风险”的危害。国际金融一体化将全球各地的金融市场连为一体,为跨国银行节省了交易成本,加之银行业务电子化、网络化以及现代通讯手段在银行业务中的应用,使跨国银行的经营效率大大提高;但各国金融市

场的联系越密切,它们相互依赖的程度也就越深,在全球支付与清算系统中,一旦某家银行出现问题不能及时清算,必然会造成“多米诺骨牌式”的连锁反应,理论界有学者将这种波及效应称为“系统性风险”。^①近年来,美国大陆伊利诺斯银行、英国巴林银行、日本大和银行的危机都曾造成类似的连锁反应,引起跨国银行业的极大恐慌。

二、研究目的、意义及体例说明

(一)研究目的和意义

本书以跨国银行监管的基本原理研究为基础,从国别监管、国际监管、内部监管三个层面深入研讨了跨国银行监管所牵涉到的法律问题,着重探讨了国际金融一体化与金融自由化浪潮冲击下跨国银行监管所存在的缺陷与不足,并密切地关注跨国银行监管的最新发展动态。笔者希望通过本课题的研究,总结出跨国银行监管的一般规律与发展趋势,并借鉴国外及国际跨国银行监管的有益规则与先进经验,完善中国的跨国银行监管法制。

概括而言,本课题的研究意义主要有三:

1. 力求突破传统对跨国银行监管笼而统之、不加区分的研究方法,以国别监管、国际监管和内部监管为三条主线,梳理国际金融一体化和金融自由化下跨国银行监管纷繁复杂的诸多法律问题。

2. 通过对跨国银行监管既有法制的研究,剖析跨国银行监管的一般规律,并试图在此基础上总结出跨国银行监管的发展趋势。

3. 中国已加入世贸组织,世贸组织项下的《服务贸易总协定》及《金融服务贸易协议》对中国的跨国银行业发展而言,既是机遇,也是挑战,同时对中国的跨国银行监管也提出了新的更高的要求。本文试图通过对国际上和国外跨国银行监管成功经验的总结和借鉴,构建和完善我国的跨国银行监管法律体制,改进我国的跨国银行监管

^① B. E. Gup, *Bank Failures in the Major Trading Countries of the World*, Quorum Books, 1998, pp. 5~6.

思路、方式和技术,从而保障我国跨国银行业能够应对国际金融一体化和金融自由化的冲击,得以稳健、均衡、高效地发展。

(二)研究体例说明

上述“双刃剑”效应只是折射出跨国银行业的“市场失灵”现象,如果金融监管当局能因应金融一体化和自由化的浪潮,及时改弦更张,更新监管措施,以“看得见的手”调控失灵的金融市场,仍然可以实现跨国银行业的安全、稳健、高效运营。但是,由于金融监管总是滞后于被监管者的金融创新,加上金融监管当局创新监管的意识淡薄,导致对跨国银行的监管频频出现“落空”局面。一般认为,对跨国银行的监管依其监管的范围和方式可大别为三类:国别监管、国际监管和银行内部监管。鉴于跨国银行监管这一课题体系庞杂,内容繁多,若对以上三种监管模式进行全方位的制度性研究,易致篇幅冗赘,也为笔者学力所不逮。故本课题主要致力于对跨国银行监管要害和实质性问题的研究,不求面面俱到。为了体系上的完备和论述上的需要,笔者拟以国别监管、国际监管和银行内部监管这三种监管模式为主线,构建本课题的研究体例。其中,国别监管又可拆分为东道国对外资银行的准入监管与母国对跨国银行的并表监管两个相对独立的部分。

第一章

跨国银行监管的理论基础

跨国银行的监管既是经济问题,又是法律问题,多年来的经济实践表明,无论是发达国家还是发展中国家,以银行为主体的金融业都是受监管最严苛的行业。^①其中,作为金融业最活跃的经济力量之一,跨国银行的监管备受理论界与实务界的关注,经济学家和法学家从不同的角度出发,对跨国银行监管的理论基础作了深入的探讨。本章拟对跨国银行监管的经济学原理和法学原理作一评介,笔者相信,理论基础的澄清将有助于其后具体监管制度的研究。

第一节 跨国银行监管的经济学原理

跨国银行的监管^②本身并不存在独立的理论体系,它是一般经济管制理论在跨国银行业这一特殊领域的体现。随着商品经济从简单商品经济向货币经济、金融经济的演进及政府职能的改进与强化,西方经济学已经形成一系列完整的与经济管制相关的理论。其中,

^① 参见张忠军:《金融监管法本质论》,载《法学家》1997年第6期。

^② 从经济学和管理学意义上看,金融领域的“监管”一词对应于西方经济学和管理学文献中的 regulation 或 supervision,亦有学者将其译为“管制”、“规制”或“监督”。为了研究上的便利及符合我国金融实践的习惯,本文对上述称谓在使用中不加区分。

较具代表性的有“公共利益论”、“捕获论”、“金融抑制论”和“经济管制论”。

一、公共利益论(the Public Interest Theory)

公共利益论,又称“市场失灵论”或“一般福利论”,它是从“市场失灵”现象本身以及市场参与者集体要求政府改善低效率的市场这一角度来阐释经济管制的理论根源的。这是较早也是影响较为深远的一种监管理论,该理论肇源于20世纪30年代美国经济大萧条时期,^①在二战后曾盛极一时。

公共利益论对此前盛行于经济学界的“自由竞争理论”^②进行了猛烈的抨击,其基本观点是:在现代市场经济若干特定条件下,自由竞争的市场机制非但不能带来资源的最佳配置,甚至可能造成资源的浪费和社会福利的损失,为此,政府基于市场参与者集体福利的考虑,应介入经济过程,以管制手段纠正或消除“市场失灵”,从而增加资源配置效率,实现“一般福利”。该理论认为,由于现实经济生活中存在以下一些因素,使得“市场失灵”难以避免,政府干预经济势在必行:

1. 跨国银行业的外部效应(externalities)。所谓外部效应,是指一项经济活动或交易行为对行为者以外的经济主体所造成的成本与

① 1929年至1933年的美国经济危机期间,人们迫切需要政府通过管制来改善自由市场的低效率和不稳定状态,并在金融领域恢复公众对存款机构和货币的信心,“公共利益论”学说也就应运而生。参见曾永艺:《理论与实践结合 改善金融监管》,载《金融理论与实践》2000年第3期,第7页。

② 自由竞争理论,又称“看不见的手”理论,其创始人之一亚当·斯密在其经典著作《国富论》中对此理论作过相当传神的阐述。他认为,追逐利益最大化的“经济人”有动力进行资本积累并且能使资源得到最佳配置,政府只需要充当“守夜人”的角色即可。但在现实的经济生活中,没有政府介入的自由经济显然并不如自由竞争理论学者们想象中那样和谐,更多的时候人们无法感知这只“神秘之手”的存在。1929年至1933年的世界性经济危机就是自由竞争理论破产的明证,为此,经济学家斯蒂格利茨笑称:“看不见的手,就像皇帝的新装,之所以看不见,是因为本来就不存在。”参见靳刚:《从政府干预理论看金融监管》,载《现代经济探讨》2000年第3期。