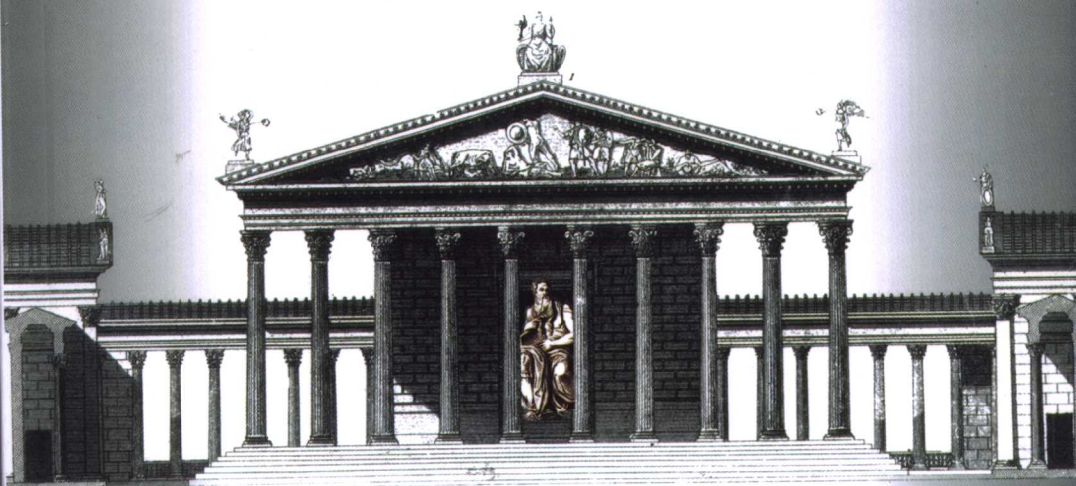


武汉大学国际法博士文库

金融企业集团法律监管研究

黎四奇 / 著



Series of Doctoral Thesis on
International Law
of Wuhan University



Wuhan University Press
武汉大学出版社

武汉大学国际法博士文库

Series of Doctoral Thesis on
International Law
of Wuhan University

金融企业集团法律监管研究

Legal Study on Financial Conglomerates

黎四奇 / 著



Wuhan University Press
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

金融企业集团法律监管研究/黎四奇著. —武汉:武汉大学出版社, 2005. 7

武汉大学国际法博士文库

ISBN 7-307-04610-5

I. 金… II. 黎… III. ①金融法—研究—中国 ②金融机构—企业集团—监督管理—研究—中国 IV. D922. 280. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 057826 号

责任编辑:张 琼 责任校对:黄添生 版式设计:支 笛

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:wdp1@whu.edu.cn 网址:www.wdp.com.cn)

印刷:湖北恒泰印务有限公司

开本:880×1230 1/32 印张:12.75 字数:351千字 插页:1

版次:2005年7月第1版 2005年7月第1次印刷

ISBN 7-307-04610-5/D·638 定价:20.00元

版权所有,不得翻印;凡购买我社的图书,如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

序

金融企业集团是现代金融自由化的产物,也是金融跨国化的一种较高级的组织形态。这种经济组织结构在实现整个集团利益多元化、资产规模扩大化及集团内部优势互补的同时,也带来了巨大的金融风险,且这种金融风险具有极大的变异性,其不仅涵盖了原有的风险,而且是原来风险的组合与创新。因此,金融企业集团比较优势的实现必须基于良好的金融监管法律制度。这就要求一国在构建与完善其内国的金融监管法律制度时,其还必须确立金融监管的国际合作与协调的理念。在金融法治化进程中,有效的金融企业集团监管法律框架必须能达到以下两个目标:其一是金融监管必须是充分的;其二是任何金融机构都不能逃避应有的监管。正是基于这种思路,本书对金融企业集团的有效监管问题进行了深刻的检讨与反思。本书的理论价值、内容的创新及对实践的指导意义主要表现在以下几个方面:

其一是对金融企业集团的界定。金融企业集团是从企业集团而衍生来的一个概念,但是对于何谓金融企业集团及其与全能银行、金融控股公司及银行控股公司等概念之间的异同,目前学者们并无系统性的解释与说明。本书正好填补了这一空白,本书从比较与分析的角度厘清了金融企业集团这一概念。毋庸置疑,这解决了对金融企业集团进行研究的一个前沿性问题。可以说,在某种程度上,这也是作者对金融监管法进行理论研究的一个创造性贡献。

其二是对金融监管权配置历史演进及理论分析。金融监管权的配置是一个国家构建其内国金融法律体系中一个先决性问题。目前的金融监管体制模式大体可划分为两种,即机构型监管模式与功能

型监管模式。在系统研究的基础上,作者得出了这样一个结论:金融监管体制模式的选择并非一个非此即彼的问题。实际上,一种理想的、行之有效的模式是一种“你中有我,我中有你”模式。就金融企业集团体制模式而言,其应是一种“以功能型监管框架为主、机构型监管框架为辅”的模式。延续这种理论,作者进而认为巴塞尔银行监管委员会及在其倡导下成立的“联合论坛”所发布的诸多建议性文件在监管权配置上便承载了这种监管新思维。

其三是对法定型监管与自律型监管的客观认识。自律与他律一直是金融法的研究者们所苦苦思索的问题。公正而言,这种监管理念各有千秋,如他律更加具有权威性、可预测性、严肃性等特点,其缺点是监管具有外在性、事后性与被动性。在充分论证的基础上,作者提出了内部控制制度优先化与法治化的观点。同时,其又对内部控制制度进行了客观认知,认为制度法本是人所制定的,但人认识客观规律的程度又是有限的,所以制度法总是存在不尽如人意之处。这一点对于内控制度而言同样如此。因此,内控制度优先化必须以良好的金融监管法为基础,自律必须是法律要求范围内的自律。

其四是对资本充足率法律监管的探讨。对于该问题,已有学者进行了一定的探索,但研究得并不全面。本书对资本充足率的监管进行了比较广泛的讨论,既有相关国家关于资本充足率监管的立法沿革,又有区域性组织对资本充足监管的实践。同时,也对巴塞尔新资本协议进行了比较系统的分析。

其五是信息监管概念的提出与分析。一般而言,金融监管是指金融监管机关在法律的授权范围内依法定的程序对被监管的机构进行监督与管理。然而,有效的金融监管必须依赖于充分、及时并有效的金融监管信息。而且,客观而言,法律体系本身就是一个信息系统,法律规则的形成过程就是一个信息的收集、分析、归类与处理的流程。因此,本书提出了一种金融监管理念,即有效的金融监管必须消除金融监管者与被监管者之间的信息不对称现象,有效的金融监管必须基于有效的金融监管信息。这种思想无疑为金融监管法发展中的一种新思维。

其六是对我国的立法建议。研究西方金融发达国家的金融监管立法的走向及巴塞尔银行监管委员会所阐发的新理念并非作者写本书的本意,其真实意图在于期望比较研究的成果能给我国金融监管立法的改革提供相关的立法建议。作者认为我国在金融企业集团监管立法方面应采取以下举措:一是应确立“分业为主、合业为辅”的金融业经营模式;二是应从务实的角度对资本充足率监管法则进行重构,以防止同一笔资本在金融控股公司或集团之间进行重复计算;三是应对中国目前的金融监管权的配置进行务实性的思维,并进行相应的矫正。

其七是在研究方法上,作者采用了比较分析、历史分析等多种方法,但是本书突出的一点是:作者认为任何法律制度的借鉴与移植必须考虑到法律资源的本土化。尽管我国大多的金融监管法则都是洋为中用的,但是所引进的法律规则必须能反映中国的金融法治化的内在需求。尽管巴塞尔银行监管委员会确立了8%的资本充足率,并一致推崇金融机构内部治理的理念,但是在我国银行业产权集中化、金融机构多元化的现状下,8%的指标是否能公正地反映我国银行业内在监管的需求及公司内部治理是否能实现应有的功能都需要法律本土化资源的支撑。

黎四奇是我指导的第一届国际金融法的博士。对他我是比较了解的,他学习刻苦,治学严谨,具有非常好的研究能力与潜能。他一毕业就能主持一项关于我国银行法律制度改革与完善的国家课题,及经常在法学核心期刊上表明自己的学术观点就是一个比较好的证明。本书是在他博士论文的基础上修改而成的,也是他的第一本学术专著,该书搜集了大量的前沿性的资料。可以说,它反映了目前关于金融企业集团监管的先进成果,在一定程度上揭示了国内与国外对金融企业集团监管研究的第一手资料。客观而言,本书的出版对于我国目前的金融监管法的整合及对金融集团监管理念的重塑具有重要的指导意义。

毕竟黎四奇博士还比较年轻,而且由于金融企业集团监管的研究是一个非常前沿性的问题,它不仅涉及法律问题,而且广泛牵涉到

经济、政治、历史等学科,可谓牵一发而动全身。因此,该论题无疑具有极大的挑战性。基于此,错误与疏漏在所难免,还恳请法学界的同仁与广大读者批评指正。

目 录

导 言	1
一、研究的思路	1
二、立法走向与研究的现状	2
三、研究的现实性与必要性	5
四、研究的方法	6
五、研究的范围	7
 第一章 导论：金融企业集团界定及监管必要性之辩证分析 ...	11
第一节 金融企业集团之界定	11
一、集团的界定	12
二、企业集团	14
三、金融企业集团之界定	15
四、小结	20
第二节 金融企业集团控制因素分析与类别	23
一、投资性的参股	23
二、直接与间接参股的比较	27
三、所有者权益与控制的法律分析	28
四、金融企业集团的表现形式	30
第三节 相关概念辨析	33
一、同质性金融企业集团与异质性金融企业集团	33
二、混合业务集团与金融企业集团	35
三、银行控股公司与金融控股公司	36
四、全能银行	41

第四节 金融企业集团监管成因分析	43
一、新金融风险：监管的根本原因	43
二、金融监管：金融创新理论的内在要求	49
第二章 金融监管法律体制之选择：金融企业集团有效监管的基础	62
第一节 金融企业集团对传统监管体制的冲击	62
一、金融监管体制之界定	62
二、机构型监管体制所面临的冲击	64
三、小结	71
第二节 功能性法律监管：金融体制变革的国别研究	72
一、英国监管法律制度的变迁：从行业监管到跨行业监管	72
二、美国金融监管法律制度的演变	86
三、日本金融监管法律制度的发展	92
四、综述	98
第三节 功能性监管体制下的监管理念创新分析	102
一、法定性的全面风险管理	103
二、自律性监管的规范化与法律化	105
三、内部控制制度优先的监管思维	108
四、强调监管法定程序的规范化与全程化	114
五、金融法律监管的国际化	117
六、评述	119
第三章 金融企业集团的资本充足法律监管	122
第一节 资本界定及资本充足法律监管的必要性分析	122
一、资本的界定	122
二、资本充足监管的必要性与有效性分析	127
三、小结	130
第二节 并表监管：集团资本充足监管的实际效应分析	132
一、并表监管的概念及特征	132

二、有效并表监管的条件	136
三、欧盟对并表监管的立法	142
四、小结	145
第三节 资本充足监管的个案分析	147
一、美国资本充足监管的立法与实践	147
二、英国资本充足监管的实践	155
三、日本资本充足监管的实践	159
四、小结	162
第四节 集团资本充足监管的国际协调	165
一、欧盟对金融企业集团的资本充足监管	165
二、对巴塞尔资本协议的分析	178
三、联合论坛对集团资本充足监管的建议	185
第四章 对集团内部交易与风险集中的法律监管	196
第一节 内部交易与风险集中的界定及法律 监管一般原理分析	197
一、内部交易的界定与监管分析	197
二、风险集中的界定与监管分析	204
三、综述	211
第二节 集团内部交易与风险集中法律监管的实证研究： 金融防火墙法律制度的构建	213
一、金融防火墙法律制度的构建必要性分析	213
二、理论上的挑战与防火墙法律制度的确立	218
三、金融防火墙法律制度的具体构建	224
四、金融防火墙法律制度的例外原则	226
五、综述	228
第三节 对集团风险集中法律监管的务实性思考	229
一、对风险集中法律监管的国别分析	229
二、对同一借款人的界定	233
三、大额风险限制的例外原则	235

四、风险集中监管的难点	236
五、结论	238
第四节 内部控制：集团内部交易与风险集中有效监管	
的重要保证	239
一、金融企业集团内控文化的构建	240
二、风险的识别与评价	242
三、内部控制措施的构建	243
四、信息流通机制	244
五、对内控制度的监管	246
六、综述	247
第五章 集团协调员监管法律制度与适宜性监管法律制度	249
第一节 金融企业集团的协调员监管法律制度	249
一、问题的提出	249
二、协调员监管法律制度的指导性原则	250
三、协调员确定的具体标准	254
四、协调员的职责	257
五、影响协调员监管法律制度的因素	261
六、综述	263
第二节 对集团的适宜性监管法律制度	264
一、引言	264
二、《有效银行监管核心原则》中相关适宜性监管的规定	267
三、欧盟与适宜性监管	269
四、联合论坛所确定的指导性原则	271
五、综述	273
第六章 对集团信息性法律监管的设想	278
第一节 信息与金融监管法之关联	278
一、金融监管法上的信息界定	279
二、信息与金融监管法的关联分析	283

三、评述	285
第二节 欧盟对集团的信息收集法律监管	286
一、问题的提出	286
二、信息交流障碍的清除	287
三、评价	289
第三节 巴塞尔银行监管委员会与信息性监管	290
一、《巴塞尔补充协定》所确立的信息监管机制	291
二、巴塞尔委员会与 IOSCO 技术委员会在信息披露上的成果	296
三、《有效银行监管核心原则》与信息要求	301
四、《巴塞尔新资本文件》对信息披露的要求	302
五、《多方工作小组关于提高信息披露的最终报告》 与信息要求	303
六、综述	304
第四节 联合论坛《信息共享监管框架文件》	307
一、文件出台前的调查及结果	307
二、目标	308
三、集团分类及信息框架	309
四、特定情况下的信息交流	313
五、综述	316
第五节 联合论坛《信息监管分享原则文件》	317
一、引言	317
二、两信息共享原则文件的比较分析	318
三、评价	321
第七章 对我国的若干启示	325
第一节 对我国金融分业法律制度的实证分析	325
一、观点性分析	325
二、务实性的思考	327
三、结论	331
第二节 对我国金融监管法律框架构建的思考	332

一、我国机构型监管法律体制的确立及评价	332
二、我国金融监管法律体制创新的原因	335
三、我国金融监管法律体制的选择	341
四、综述	343
第三节 对我国资本充足法律监管的反思与建议	344
一、对我国金融机构资本充足监管法则的回顾	345
二、对我国资本充足监管法则的评析	349
三、以银行资本充足监管为视角的完善之建议	356
四、结论	361
第四节 对我国信息披露法律问题的思考	361
一、我国信息披露的法律规定	361
二、分析	366
三、完善之建议	373
主要参考文献	377
后记	391

导 言

从实用主义出发研究 金融企业集团之法律监管

一、研究的思路

客观而言，本选题是一道涉及经济、法律、政治、历史、社会伦理等多学科领域的牵一发而动全身的课题，是一道难以真正寻求到最终答案的难题，是社会科学领域中的哥德巴赫猜想。然而，这并不妨碍我们为了接近真理而付出我们本应付出的努力。有位学者曾言：“科学家们深一脚浅一脚地行进在一个似乎毫无系统、毫无逻辑的思想和事实的密林之中。在走出密林之时，往往是只见伤痕而不见收获。”其实本论题，无论是对金融企业集团形式下金融监管体制重塑的探讨，还是针对集团内部交易与风险集中、资本充足、适宜性等的研究，无不是为解决金融企业集团情势下金融监管的两难而作出的尝试性的探索。早在很久以前，德国法学家耶林就有段名言，他说：“法不仅仅是思想，而且是活的力量。因此，正义女神一手持有衡量权利的天平，另一手持有为主张权利而准备的宝剑，无天平的宝剑是赤裸裸的暴力，无宝剑的天平则意味着法的软弱可欺。天平与宝剑相互依存，正义女神挥舞宝剑的力量和操作天平的技巧得以均衡之处，恰恰就是健全法律状态之所在。”

实际上，上述名言同样也适用于金融监管法的功能之所在，因为金融监管法的使命之一也就是在寻求一个最佳的平衡点——安全与效益的平衡，即对金融监管权和机构自主权进行协调平衡，既要限制监管权的过度扩张以至影响甚至阻碍金融机构的发展活力，又

要对金融业实施必要的监管，以确保其稳健安全，借此促进经济金融的发展。

就金融企业集团的监管而言，尽管其是金融创新的产物，但是这种创新并非是无中生有的，它只不过是以前经济组织形式的新发展，这也意味着金融企业集团形式下的金融风险只不过是以前风险的重新组合，而非完全的变异。虽然从监管到创新再到监管是一个辩证的规律，但是对金融企业集团的法律监管也只能是以前金融监管法律制度的继承和发展。对于这一论点，欧盟的相关金融监管指令、美国的《金融服务现代化法》、英国的《金融服务和市场法》已给我们提供了良好的例证。因此，作者认为对金融企业集团的有效监管法律制度的构建或者说重塑并不意味着对以前相关法律的全部摒弃，而只能是采取兼收并蓄以及创新的方法，只能是针对金融企业集团所触发的新的法律问题在已有的法律制度上进行相关的探讨和设计，本书也正是基于这一思路。同时，由于金融的自由化与全球化，在对这一课题进行研讨时就有必要注意以下问题：其一是研究应以一国国内的金融法律关系为重点；其二是由于金融关系的涉外性，研究应立足于全球。

二、立法走向与研究的现状

金融企业集团属于金融创新的范畴，对于这种创新著名经济学家、创新理论的倡导者熊彼特则将它定义为“实现生产要素的新组合”，“创新就是函数的变动”，是“来自内部自身创造性的关于经济生活的一种变动”。对于这一理念，厉以宁教授对金融创新这一概念进行了界定，其认为金融创新就是在金融领域内建立新的生产函数，是各种金融要素的新结合，是为了追求利润机会而形成的市场改革。它泛指金融体系与金融市场上出现的一系列新事物，包括新的金融工具、新的融资方式、新的金融市场、新的支付清算手段以及新的金融组织形式与管理方法等内容。大体而言，金融创新依其表现形式可以分为以下三大类：金融制度创新、金融业务创新与金融组织结构创新。此外，根据其动因与目的又可以作以下区分：

获利性创新、避险性创新、避监管性创新与扩源性创新等。因此,从金融创新理论的角度进行探讨,金融企业集团的出现即属于金融组织结构的创新,然而这一新的经济组织形式又以追求利益、逃避法定性监管为出发点,可能在一定程度上又以其为归宿。在经济学理论中,有这样一种原理,即同样的业务、同样的风险、同样的规则,那么从另一层面而言,这一原理则蕴含着这样一种监管性的理念,即不同的业务、不同的风险、不同的规则。鉴于此,在金融企业集团这一新的组织结构出现的情况下,如何从法律的视角有针对性地对金融企业集团所触发的新的监管性法律问题进行探讨与设计已是各国立法者与金融监管的实务部门所必须深思的问题。对此,笔者认为对在这个问题上的研究成果进行一定的回顾是有意义的,因为其可以起到抛砖引玉的作用。

从1929~1933年大危机后的严格管制到20世纪70年代以来的“金融自由化”,国际金融监管经历了一个从大规模放松管制到在一定程度上监管与放松监管相对协调的过程。1986年英国的《金融服务法》、1989年欧共体的《第二银行指令》、1999年日本的《金融制度改革法》、1999年美国的《金融服务现代化法》等法规的出台及巴塞尔银行监管委员会、“三方联合论坛”所发布的大量文件更是对全球的金融业经营模式与金融监管理念产生了巨大的冲击。若说此种冲击是针对各国及全球金融监管立法与监管协调与合作的成果所调整的金融法律关系的话,那么更深刻的内涵是金融监管者对既存的金融监管立法的反思与对新的金融监管立法该何处去思考,以及国际金融监管的合作者们应以一种怎样的思维与原则来处理新的金融创新所产生的新的金融关系。无论是在金融分业制模式还是在合业制模式的国家中,对金融企业集团的监管便是其中紧要的一环,因为从全球范围来看,金融企业集团是经营交叉性金融业务的载体。即使就金融诸业务的分业经营体制而言,它也是如此,因为从其本质上来看,不存在绝对的分业问题,分业只是相对的,所以在实行分业经营体制的国家也存在以金融企业集团的形式间接地接触其他金融业务的金融实体,如美国《金融服务现代化

法》生效以前由银行控股公司主导的集团。

金融企业集团的形成及其所产生的证券业、银行业及保险业等的业务交叉已越来越受到所涉行业部门的关注，特别是来自金融领域的立法者、金融业监管部门及国际金融监管者组织或团体的关注。根据同样的业务、同样的风险、同样的规则的金融监管原理，对金融企业集团的监管进行理论上的探讨与实践上的创新已成为必然要求。然而，就各国对金融企业集团监管的法律制度来看，世界各国还仍处于一种探索阶段，还只是从宏观上对金融企业集团触发的法律进行一些粗线条式的处理，并没有完全从微观上基于跨行业监管的思维进行相应的法律设计。如尽管 1999 年美国通过了《金融服务现代化法》，从而从整体框架上确立了“金融控股公司”的法律制度，但是对于如何监管的问题，该法也只是在原有的监管体制上稍作了处理，只是从宏观上肯定了美联储作为金融控股公司总的监管者的地位，而没有从根本上触及新法出台前的金融监管权力的配置。

另外，对于欧盟、日本、韩国等国家而言，其所进行的金融制度改革也只是从宏观上解决金融业务交叉经营对传统的分业监管体制的冲击问题，并没有从深层次对金融企业集团这种经济组织形式的内在缺陷出台详细的法律规则。如就欧盟而言，虽然建立统一的金融大市场是其目标之一，为此欧盟委员会还于 1999 年 5 月发布了《金融服务行动计划》，2001 年 4 月又出台了《金融企业集团监管指令建议案》，但是欧盟由于其内部离心力的存在及其成员国在金融监管体制上的差异性，其对金融企业集团的监管远未达到具体化与一致性的要求。因此，就相对于金融企业集团的法律创新而言，其还存在着滞后性，并没有完全跟上金融关系发展的步伐。

就学术研究而言，对于金融企业集团有效监管问题的探讨大多是从经济学的角度出发，而从法学的角度全面而系统地探讨既存法律制度创新的著作与论文还是比较少。而且无论是从经济学的角度或是从法学的角度进行研究，学者们大多也只是探讨了一些宏观性的问题，如金融企业集团形式下一国金融监管体制的构建等，且往