

中文摘要

随着我国于 2001 年 12 月 11 日正式加入世界贸易组织,进一步开放金融市场已成为必然。外资银行大量涌入在带来积极作用的同时,也给我国货币政策实施、国际收支平衡以及金融风险等方面产生负面影响。另外,外资银行本身具有与国际金融市场联系紧密,服务多元化、技术手段先进以及金融创新能力等与国内银行不同的特点。因此,如何依据我国国情,在对外资银行逐步实行国民待遇原则的背景下,如何对其实施有效监管,防范与化解金融危机,是一个具有重大理论与实践意义的课题。

本文首先通过对外资银行监管含义、理由、价值取向以及原则等方面的论述,得出了外资银行监管不同于内资银行监管的结论,此为第一部分——概论。

对外资银行要特别监管,那么监管主体是谁?监管体制如何?论文第二部分通过对美、日、英等国的监管体制的比较分析评价,得出当今世界外资银行监管体制的发展趋势——混业监管,并由此提出了完善我国外资银行监管体制的对策。

监管主体对外资银行要监管什么?接着文章第三部分给了答案:市场准入,业务运营以及市场退出。

全球经济一体化、金融服务自由化是当今世界发展不可逆转的潮流。在此背景下如何在放松管制(deregulation)与加强监督之间找到适当的平衡点,这是论文第四部分要考虑的问题。另外,即将于 2005 年正式出台的新巴塞尔资本协议将会对世界银行业产生巨大影响。外资银行监管如何应对,文中有前瞻性论述,做到未雨绸缪。

学术研究的生命在于为实践提供相应对策。最后,文章第五部分在论述上述问题的基础上,对完善我国外资银行监管法制提出了若干应对措施,包括:按逐步实行国民待遇的思路完善我国外资银行立法体系以及具体法律法规,明确我国外资银行监管目标、原则,完善与母国监管合作以及综合监管制度,完善信息披露制度与存款保险制度等。

关键词: 外资银行 监管法制 对策

Abstract

With China's access to WTO on December 11th, 2001, it is inevitable to open further the financial markets to the world. Foreign banks' rushing into China brings active effects. At the same time, it brings negative effects on some aspects, such as carrying out China's currency policy, the balance of international revenue and expenditure and financial risk and so on. Besides, foreign banks have such characteristics as its' close connections with international financial markets, pluralization services, advanced technology and measures and financial innovation abilities, which are different from domestic banks' characteristics. So how to supervise effectively foreign banks and how to be on guard to and dissolve financial crisis under the background of carrying out national treatment principle to foreign banks progressively according to China's realistic situation, is a question for study with great theoretic and practical significance.

This thesis draws a conclusion that the supervision of foreign banks is different from the supervision of domestic banks by discussing the definition, the cause, the value orientation and the principle of foreign banks' supervision. This is the introduction part.

Who is the subject of supervision and what is the supervision system? By analyzing America, Japan and England's banking supervision systems, the thesis draws a conclusion that the development trend of the supervision of foreign banks is mixed supervision. Then countermeasures on how to perfect China's system of the supervision of foreign banks are advanced in this thesis.

What do supervision subjects supervise? The thesis gives an answer: market access, business operation and market withdrawal.

The integration of global economy and the liberalization of financial services is the trend of today's world development. How to find a balance point between deregulation and strengthening supervision under that background is the topic this thesis can not avoid. Besides, the New Basel Capital Accord which is going to be enacted in 2005 will have great effects on world's banking industry. How to counter, as for the supervision of foreign banks, is discussed in this thesis in order to prepare for what will happen in future.

The life of academy research lies in giving countermeasures for practice. On the basis of expounding above issues, the thesis puts forward several countermeasures on perfecting the legal situations of China's foreign bank supervision at last, which include: perfecting the legal system of China's foreign bank supervision and concrete laws and regulations according to the thinking of carrying out national treatment to foreign banks progressively, perfecting the system of cooperation with foreign banks' motherland and the system of consolidate supervision and perfecting the system of information disclosure and the system of deposit insurance and so on.

Key words: foreign bank, supervision legal system, countermeasures

引 言

经济全球化，金融全球已是世界经济发展趋势，中国作为一个经济大国自然不能脱离这股潮流。引进外资银行是我国实行对外开放的重要措施，也是我国实现金融业国际化的重要步骤。1979年日本东京银行在北京设立了第一家代表处，这是我国引进外资银行的开端。1982年深圳引进了我国第一家外资银行——香港南洋商业银行，随后外资银行的数量不断增加；20世纪90年代外资银行猛增，近年更是蜂涌而入。截止2001年6月底，中国境内设立营业性外资金融机构190家，其中外资银行分行158家，在华总资产达414.4亿美元，外汇贷款余额143.2亿美元。^①这充分说明，外资银行正是我国银行业中一支不容忽视的重要力量。

随着我国于2001年12月11日正式加入世界贸易组织后，进一步开放金融市场已成为必然。根据中国入世承诺，在入世2年内，外资银行可以与中国企业进行人民币业务来往；在入世5年内，外资银行可以与中国居民进行人民币业务往来；在加入5年内，地域限制全部取消，也即大约2005年中国商业银行市场将完全向世界敞开。

中国银行业对外开放具有双层效应，其积极效应主要表现在以下几方面：（1）增加外国资金的融资渠道。这有利于增强国内市场的实力，为我国境内企业，特别是外资企业增建新的融资渠道，在一定程度上促进我国经济增大。（2）有利于改善我国投资环境。外资银行可较好适应本国跨国公司的需要，满足他们的融资需求。（3）对我国金融业的发展具有促进作用。其消极效应具体表现为以下几方面：（1）外资银行的涌入国内银行业的在已开放的业务领域的市场份额明显下降，从而加剧了国内银行间的竞争。（2）外资银行采用相对于国内银行业的高薪制度和提供海外培训机会等条件来吸引国内银行的员工，导致金融人才大量流失。（3）外资银行往往把

^① 参见戴相龙：《金融将更深度参与全球化进程》<http://finance.sina.com.cn>.2001-09-19.转引自贺小勇著：《金融全球化趋势下金融监管的法律问题》，法律出版社，2002年，第95页。

资金只投入在能带来高额回报的产业，这在一定程度上影响了我国产业结构的调整与平衡。^①（4）由于全球金融一体化，母国银行的倒闭往往具有连锁效应，不仅其分行、子行受其影响，东道国银行也受其影响。最近几年，东南亚金融风暴、日本金融危机以及阿根廷金融危机无不是这样。因此，世界各国都认为有必要采取措施，加强对外资银行监管。

按照国民待遇的精神，对外资银行的监管原本不应该是一个专门的话题。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银行与外资银行都难以“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）。^②并且，WTO《服务贸易总协定》（GATS）将国民待遇规定为具体承诺的内容，以谈判的结果为基础。另外，GATS《金融服务附件一》也规定应尊重各成员国出于审慎目的而采取的立法措施。况且，我国是以发展中国家身份加入世界贸易组织的，因而享有WTO中的一些特殊的优惠待遇。再者，为减弱“入世”对我国银行业的冲击，现阶段我们应充分利用WTO有关原则和条款，按照放宽业务范围与严格监管相结合的策略，对本国银行业实施适度保护政策。^③因此，对外资银行业的监管应与对本国银行的监管有所不同，至少在过渡期内是这样。

国内从法学角度对外资金融机构的监管研究已有专著，（如邹立刚、张桂红著《对外资金融机构的法律监管》），但主要是对银行、保险、证券金融三大块的综合性论述，且是入世前的文章。而专门论述外资银行监管的专著极少。有关这方面的论文主要是就某个侧面论述，因而论述就显得不全面、不系统、不深刻。因此本文以加入WTO为背景，以巴塞尔协议、新巴塞尔资本协议为指导，对外资银行监管作专门研究，应时性强，具有一定的理论与实践意义。

^① 下红玲：《我国外资银行法律监管的现状与完善》，《河北法学》，2000年，第4期，第10-11页。

^② 邹立刚、张桂林著：《对外资金融机构的法律监管》，法律出版社，2001年，第001页。

^③ 陈洁：《外资银行进入我国金融市场的策略引导》，《金融法苑》，2000年，第3期，第52-54页。

1 外资银行监管概述

1.1 外资银行监管的概念

1.1.1 外资银行的含义

在我国，依据 2002 年 2 月 1 日起开始实施的《中华人民共和国外资金融机构管理条例》的规定，外资银行一般是指：（1）总行在中国境内的外国资本的银行（简称独资银行）；（2）外国银行在中国境内的分行（简称外国银行分行）；（3）外国的金融机构同中国的公司、企业在中国境内合资经营的银行（简称合资银行）。简而言之，外资银行是指含独资银行、外国银行分行及合资银行的总称。

1.1.2 外资银行监管的概念

“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。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”的一般意义上来理解“监管”一词的含义。^②因此，外资银行监管是指中央银行或其他银行监管机构为了维护社会公众利益，依据银行法律、法规，运用行政手段和法律手段对外资银行及其业务进行监管的总和。

1.2 外资银行监管的理由

市场经济国家的实践表明，政府对经济的管制是多方面的，涉

^① 邹立刚、张桂红著：《对外资金融机构的法律监管》，法律出版社，2001年，第002页。

^② 邹立刚、张桂红著：《对外资金融机构的法律监管》，法律出版社，2001年，第003页。

及诸多产业部门如电信、航空、能源等，而金融业不管是在发达国家或发展中国家都是受监管最严厉的行业。^①

1.2.1 外资银行监管的经济理论基础——市场缺陷

市场缺陷主要体现在垄断、外部效应及信息偏差三方面。(1) 垄断。市场本身存在一个悖论：竞争是市场机制发挥作用的前提，但市场竞争往往导致积累和集中，形成垄断，从而抑制竞争，妨碍效率的提高。^②由于规模经济的效益同样存在于外资银行，因此在市场竞争机制的作用下，外资银行迟早会出现垄断，而垄断必然会导致金融商品及其服务的价格上涨和金融资源优化配置的扭曲，也就意味着金融交易效率的下降。(2) 外部效应。这是指某些经济主体在其生产消费过程中不以市场为媒介对其他经济主体所产生的附加效应。^③这种效应可以是正的，即经济主体在市场上无需支付代价而受益，如河流上游植树造林给下游居民带来好处等；也可能是负的，即外部其他人受损却得不到补偿，它意味着“某一经济主体不支付代价而提高另一经济主体的支出”。^④如环境污染等。金融外部负效应特别表现为外资银行破产导致的“多米诺骨牌”效应 (Domino Effect)，引起整个金融业的恐慌和社会信用秩序的破坏，其所付出的社会成本无疑是巨大的；(3) 信息偏差。在完全竞争的市场机制下，所有的信息都可以凝聚在价格中，但实际上，信息不完全与信息不对称的情况是大量存在的。信息不完全，既有可能是信息供应不充分，也有可能是有人故意隐瞒事实真相、掩盖事实信息甚至提供虚假的信息造成的。^⑤外资银行的信息偏差主要存在于其财务信息的非公开性，特别是由于外国法的制约而产生的财务信息和其他信息的非公开性，不利于客户估价其资信。此外，即使是公开的金融信息，对其进行评估不仅需要成本，也需要专业知识。这就需要政府通过监管降低乃至消除信息不对称可能导致的消极

^① Millard Long, Dimitri Vittas, *Financial Regulation: Changing the Rules of the Game*, EDI Development Studies, P61(1992)。转引自张忠军著：《金融监管法论》，法律出版社，1998年，第59页。

^② 吴敬琏：《市场经济的培育和运作》，中国发展出版社，1993年，第212页。

^③ 斯坦利·费希尔、鲁迪格·唐布什：《经济学》(上册)，第394页。转引自张忠军著《金融监管法论》，法律出版社，1998年，第61页。

^④ 植草益：《微观规则经济学》第11页。转引自同上第72页。

^⑤ 同上，第12页。转引自同上第81页。

影响。因此，为维护金融业的稳健，保护存款人、投资者和其他社会公众利益，对外资银行监管是必要的。

1.2.2 对外资银行监管是由其内在的本质及特殊性决定的

(1) 银行经营的特点决定了银行破产风险的客观存在。外资银行也不例外。由于外资银行经营的是一种特殊商品——货币，这就决定了外资银行必须进行负债经营，而且是高负债经营。银行业本质上是一个风险较高的行业，其面临的主要风险有：信用风险、流动性风险、利率风险、汇率风险、国家风险等，而外资银行在市场机制的制约下，具有向“高风险、高收益”产业扩张的内在动机。而一旦这些风险爆发，支付危机及其连锁反应直接危及金融业安全。金融业的这种高风险和内在不稳定性及其连锁反应，客观上需要通过金融监管使外资银行依法运作，保护稳健经营，以保护存款人、投资者和其他社会公众的利益。(2) 金融业是一种具有“公共性”、“社会性”的产业。金融机构是社会支付系统和信用系统的载体，对于国民经济具有广泛的渗透性和扩散性功能，它与社会各阶层、国民经济各部门具有千丝万缕的联系，因此金融体系是整个国民经济的神经中枢。^①外资银行尽管不是我国社会支付系统和信用系统的主要载体，但对我国国民经济的作用是多方面的，影响着我国的投资环境和国民经济的发展速度。因此，外资银行具有的这种“公共性”、“社会性”的特点，使它不同于一般工商企业，从而特别需要监管。(3) 外资银行由于各种因素而具有更大的脱离东道国经济金融发展目标的倾向，比如其资本具有外来性，金融业务和经营战略具有国际性，资金运用具有跨国性，经营人员的国籍具有多国性，利润需要汇出，在资金、人事、经营方略、业务等方面要受到其母行的控制，也要受到其母国的政治、经济和金融政策等方面的影响，甚至要受到其母国和东道国的政治、经济、外交关系的掣肘，^②因此，加强对其监管尤为必要。

另外，我国引入的外资银行大多数是国际上著名银行，如美国

^① 列宁曾说，银行是“现代经济生活的中心，是全部资本主义国民经济体系的神经中枢。”见《列宁选集》第三卷，第136页。

^② 邹立刚、张桂红：《对外资金融机构的法律监管》，法律出版社，2001年，第029页。

花旗、日本三菱等，这些大银行为了追求自身利润的最大化，其经营政策必然会与我国的金融政策有不相一致的地方，会对我国金融政策的实施带来负面影响。

1.2.3 对外资银行监管的局限性

(1) “监管越紧，代价越高”。^①监管成本主要有以下几方面：执法成本、守法成本以及道德风险的存在。(2) 监管失灵的问题。由于存在着市场信息偏差，以及监管者也是经济人等原因，监管行为并非是万能的。(3) 对外资银行不适当的监管所导致的负面效应。如涉及到东道国与外商母国的关系问题，东道国的海外分支机构在该外商母国能否得到互惠待遇的问题。

由上我们不难看出，外资银行由于其本身特殊原因以及市场缺陷的制约需要加强监管，虽然监管本身也存在局限性，但我们不能因此而放弃监管，不能因噎废食，而应该在加强对外资银行监管的同时，尽量减少监管成本，提高监管的准确度，尽量与外资银行母国沟通，提高监管效率，最终找到监管代价与效益的最佳平衡点，实现有效监管。

1.3 外资银行监管的价值取向

一般来说，对银行监管的价值取向有三：即秩序、公平和效益。秩序是指稳定的金融秩序，即依法建立和维护银行交易与监管秩序，维护银行体系的稳定安全，促进银行业的健康发展。而公平往往被人们看着是法律的同义词，是法律所应当始终奉行的一种价值观。效益则是指有限资源的有效配置与使用。外资银行监管作为银行，肯定具有这三种价值取向，但除此之外，外资银行监管还有其独特的地方：

1.3.1 秩序

由于外资银行本身的特点以及其倒闭引起的多米诺骨牌效应，容易引起金融恐慌，引发金融危机。因而更加需要加强监管以维护

^① The Governor of Bank of England: Some Thoughts on Financial Regulation. Vol 36, NO.2, May 1996.

稳定的国内、国际金融秩序。

1.3.2 公平

除了对外资银行权利和利益分配公平（如明确规定外资银行市场准入的条件与资格，对所有市场进入者应依法一视同仁，进入市场的外资银行应在同样的法律环境下生存竞争的发展）以外，根据银行业和国民经济发展的长远目标的需要，在必要的情况下或特定的历史阶段对外资银行给予不平等待遇，也是一种公平的表现。^①这有3种情况：（1）在特定情况下根据需求和可能对条件不利者给予优惠，如对少数民族、经济贫困的落后地区，外资银行的设立、审批时相对宽松。（2）对具有某种优势的地区采取优惠的不平等对待的金融政策，如在经济特区和沿海开放城市金融业对外开放的优惠措施。（3）由于外资银行在资金、人才、技术和管理经验等方面的优势，在某些方面对外资银行适用更严格的标准也是实现公平竞争的保障措施。

1.3.3 效益

主要有以下途径提高效益：（1）建立完备的、以保证资源优化配置为主要目标的外资银行法律制度。这就要求外资银行法律体系完善，具有科学性和现实性，既能深刻反映国际国内金融实践的现状，又能着眼于未来的发展。（2）对外资银行监管职权的行使必须遵循效益原则，充分利用市场机制的积极作用，同时努力弥补市场机制的不足。^②

由上，我们可以把外资银行监管的价值取向概括为：稳定秩序，公平竞争与提高效益。

1.4 外资银行监管的原则

一般而言，外资银行的监管原则是指东道国处理外资银行监管事务所依据的基本指导思想。由于外资银行监管属于银行监管的范畴，所以银行监管的一般原则，如依法监管、合理监管、适度监管

^① 郭宇昭主编：《社会主义法的基本理论》，中国人民大学出版社，1993年，第106页。

^② 邹立刚，张桂红著：《对外资金融机构的法律监管》法律出版社，2001年第041页。

和高效监管等原则也适用于外资银行的监管。但这里只探讨外资银行监管所独有的原则。根据各国实践和《1994年关税与贸易总协定》及其《服务贸易总协定》的相关规定来看，有关外资银行的法律监管主要遵循如下原则：

1.4.1 保护主义原则

所谓保护主义原则，就是在对外资银行的法律管制中，将重点放在保护本国金融业免受外来干扰的控制上。在遵循这一原则的国家中，最极端的做法是对外国金融机构持排斥态度，完全禁止它们的进入。但随着世界经济的发展，各离岸金融中心的建立，国内金融市场与国际金融市场逐渐融为一体。因此，完全禁止外国金融机构进入的做法已逐渐为这些国家所放弃。特别是在《服务贸易总协定》生效后，作为世界贸易组织（WTO，以下简称世贸组织）的成员国将承担允许其它成员国的金融机构进入本国市场的国际义务。所以，持这一立场的国家目前大多是采取务实的态度，实施有限度的保护主义政策，即仍以保护主义为主体，但有限度地开放本国金融市场，辅之以相应的管制措施，保护本国的金融业及金融市场的稳定。如加拿大政府虽允许外国金融机构进入本国金融市场，但实施了如下限制措施：外国银行只能以设立附属公司的形式开展业务；限制外国银行的附属公司的业务量，每一家附属公司拥有的国内资产不得超过其法定资本的20倍；所有外国银行附属公司持有的国内资产不得超过加拿大所有银行国内资产总额的16%；外国银行附属公司用外币负债支持的加拿大资产不能超过5%，以确保外国银行在本国金融市场既建立自己的地位又不过分依赖海外的资金。^①

1.4.2 对等互惠原则

对等互惠原则是国际上国家间处理对外关系时通常采用的一项国际法原则。简而言之，所谓对等互惠一般是指一方国家或其国民在受到另一方国家所给予的一定待遇时，也给予另一方国家或其

^① 张庆麟：《外资银行监管若干问题研究》，《法学评论》，1999年，第2期，第10-13页。

国民以同等待遇，双方从对方得到的待遇处于平衡状态。在外资银行监管领域，对等互惠原则的核心内容是：只对准许本国国民进入其金融市场设置外资银行的国家的国民开放本国金融市场并准许其设置外资银行；外国金融机构进入本国金融市场的条件、经营范围等以其母国如何对待本国国民为参照。对等互惠原则在具体问题的处理上，有形式上的对等原则与实质上的对等原则之分。前者表现为，在考虑外国金融机构进入本国金融市场时，只要他国愿意或已经允许本国的金融机构在其境内设立分支机构，不论采用何种组织形式，则该国的金融机构便可以被允许进入本国的金融市场，至于外国金融机构设立的数量、设置的地域范围、业务范围等不作完全对等的限制。例如，瑞士银行法规定，在瑞士设立分支机构的外国银行母国必须对瑞士的银行提供对等互惠原则，但瑞士允许那些禁止银行从事证券业务的国家的银行在本国境内的分支机构同瑞士银行一样经营业务。后者则表现为，对外国金融机构的进入数量、组织形式、地域限制及业务范围等各方面一律采取严格的对等条件。其最为典型的事例当推巴西银行曾以这种互惠为由拒绝美国在巴西开设新的分行。

1.4.3 最惠国待遇原则

最惠国待遇原则是国家所承担的条约义务，它要求缔约国一方将在自己领域内给予或将给予第三国及其国民的一切优惠也给予缔约国另一方及其国民。外资银行法律管制领域中的最惠国待遇首推《服务贸易总协定》中所确立的最惠国待遇原则。《服务贸易总协定》第二条明确规定了世贸组织成员国在服务贸易领域应无条件地相互给予最惠国待遇。在实践中也有一些国家不愿意承担这种无条件最惠国待遇原则。另外，最惠国待遇也存在着例外规定。如相邻国家间为便利边境毗邻地区而交换当地生产和消费服务所提供或赋予的利益，可不遵守最惠国待遇的规定。

1.4.4 国民待遇原则

国民待遇是国家依条约或国内法而承担的给予外国人以本国国民同等待遇的义务。给予外国金融机构一定范围国民待遇的国

家，多为社会政治稳定、经济开放、金融体系发达、金融管理机制健全以及外国金融机构有发展潜力的国家和地区，特别是具有国际金融中心地位的国家和地区。它们除了在市场准入方面对待外国金融机构同当地金融机构有所差别外，在具体的经营方式、经营范围及受到的监督与管理上内外金融机构则是同等的。成员国所给予其它成员国金融服务提供者及其服务的国民待遇，《服务贸易总协定》允许成员国之间以对待互惠为条件。所以《服务贸易总协定》及其关于金融服务的两个附件以及《金融服务承诺谅解》所确立的关于外资银行法律管制的国民待遇原则是一种有条件的国民待遇原则，其所涉及的范围也是有限的。

我国有关外资银行监管的现行立法中对外资银行监管的原则没有给予明确规定，这对我国外资银行监管体系与制度的调整与完善不利，使其缺乏明确的指导思想。笔者认为，根据《服务贸易总协定》及其关于金融服务的两个附件以及《金融服务承诺谅解》和国际通行做法，结合我国金融市场与外资银行的具体发展状况和进程，我国宜采取对等的有限国民待遇原则，并辅之以最惠国待遇原则作为我国的外资银行监管原则。

2 外资银行监管的体制

体制是指“被某些有规律的相互作用或相互依赖的形式所联合起来的客体、观念或行为”的集合。^①它涉及到两方面内容：一是被组织起来的是什么；二是这些组成部分如何相互发生关系。银行监管体制则是指为实现特定的社会经济目标而对金融活动施加影响的一整套机制和组织结构的总和。在监管体制上，我国银行与外资银行应该说没有什么区别的，现阶段还是由中央银行统一监管。因此，在这一章中对金融监管体制的研究也反映了对外资银行监管体制的研究，只是为了与全文保持在行文上的一致，仍采用“外资银行监管体制”一词。由于当今世界金融体制改革的浪潮兴起，即由以前的“分业经营，分业监管”逐渐向“混业经营，混业监管”的模式转变，我国对外资银行监管的体制也应纳入到这一世界潮流中去，以便跟上时代的步伐，与世界金融监管体制改革保持一致。

2.1 外资银行监管体制的含义

金融监管体制是指各种金融监管机构为实现金融监管的目标，按照规定的职能相互发生作用，对金融主体及其活动进行监管的一整套机制的总和，其核心是金融监管机构的设置、职能的确定、监管的主要程序和方式等。

按照马克思主义的基本理论，一定范畴的体制只是特定历史阶段整体社会环境的一部分。因此，由于各国政治、经济、法律、历史传统、社会文化、自然地理环境的差异，其金融监管体制也会有所不同。

根据行使监管职权的主体来划分，各国金融监管体制可分为三类，即由中央银行、财政部或相对独立的专门机构行使监管职能。目前大多数国家采用前两种做法，其中由中央银行行使监管职能者居多，只有少数国家设立有专门的监管机构，如卢森堡货币协会。

根据行使监管职权的主体有几家，各国的金融监管体制可分为

^① 张忠军著：《金融监管法论——以银行法为中心的研究》，法律出版社，1998年，第103页。

两类，即一元化的独家监管和多元化的多家监管。独家监管是集中统一的监管体制，部分发达国家和大多数发展中国家都属此体制。多家监管是指两家或两家以上的金融监管机构分工负责共同进行金融监管，其中又可分为中央多元监管体制和中央、地方多元监管体制。前者是指在中央一级有多家监管机构行使金融监管职能，如日本的大藏省和日本银行，德国的联邦银行监督局和德意志联邦银行，法国的财政经济部和法兰西银行。^①后者主要是联邦制国家，如美国、加拿大等国家实行的监管体制。^②

2.2 对美、日、英等国外资银行监管体制评析

2.2.1 美国

(1) 美国的金融监管机构及其职能

美国银行实行双轨监管制度。联邦主要金融监管机构包括财政部通货监理署、联邦储备系统和联邦存款保险公司；在州一级，各州都有各自的金融法规和金融监管机构。

通货监理署（the Office of Comptroller of the Currency）依据1863年的《国民通货法》（后修改为《国民银行法》）成立，隶属于财政部，但保持相当大的独立性，直接对国会报告，其总监由总统任命，参议院批准，任期5年。其总部设在华盛顿特区，分别负责本地区的金融监管事宜，主要负责对国民银行的监管。^③

联邦储备系统（Federal Reserve System）是根据1913年《联邦储备法》建立的，由联邦储备理事会、联邦公开市场委员会、联邦储备银行、会员银行、顾问和咨询委员会组成。联邦储备理事会是最高决策机构，由7名理事组成，理事由总统任命，参议院批准，任期4年。联邦储备理事会具有制定货币政策和实行金融监管的双重职能，其金融监管职能分两个层次：对储备银行、会员银行的监管及整个银行业的监管。^④

^① 盛慕杰主编：《中央银行学》，中国金融出版社，1989年，第307页。

^② 徐子光：《法国金融机构管理之借鉴》，《台湾经济研究月刊》，1995年，第4期，第10-14页。

^③ 万红著：《美国金融管理制度和银行法》，中国金融出版社，1987年，第28页。

^④ 陈元主编：《中央银行职能——美国联邦储备体系的经验》，中国金融出版社，1995年，第130-133页。

联邦存款保险公司（Federal Deposit Insurance Corporation）依据 1933 年《银行法》而成立，主要经营商业银行的存款保险业务，对所有参加存款保险的银行都具有监管的权力。根据 1989 年《金融机构改革、复兴与实施法》，联邦存款保险公司还要通过储蓄协会保险基金，对储蓄存款机构实施存款保险并对其监管。

此外，美国各州都有州级银行监管机构，负责监管州立银行和其他类型的金融机构。

美国的各金融机构互有分工，有各自的管辖范围和重点，但各机构的职能又有交叉重叠之处。^①为协调各金融监管部门的工作，1978 年的《金融机构管制和利率管理法》授权成立联邦检查委员会，其成员由各监管机构的代表组成，其主要职责是：统一全国金融监管原则、监督方法和检查标准；对金融监管中出现的彼此不协调问题提出解决办法；培训监管人员；开发高效率的金融检查工具和方法等。

（2）监管体制评析

美国的金融监管体制有其独特的优势：第一，一个金融机构同时受两个或两个以上金融监管机构的监管，能从不同角度和方面发现金融机构在经营中存在的问题，及时采取相应的措施予以改正。第二，金融监管机构之间形成了一种互相制约又互相竞争的微妙关系，使任何一个监管机构都很难由于接受贿赂或受政治权势的左右而滥用权力或无原则地放松监管。^②第三，多元的管理机构培养了创新与灵活性。银行经常能够而且的确利用一家管理机构反对另一家。例如，如果某家管理机构不允许银行参与一定的营业活动，有时其它监管机构则允许。^③

但美国的金融监管体制也存在一些弊端：第一，由于监管者之间各为获得更多会员而进行的相互竞争，必要时它们会忽略银行安全这个共同目标。也就是说，在过去，监管者为了吸引存款机构有时会提供不很繁重的管理——实际上，监管者是在进行非严格意义

^① 这种金融监管职权重叠交叉，可参见：[美]D·B 格拉迪等：《商业银行经营管理》，中国金融出版社，1991 年，第 64 页。

^② 万红著：《美国金融管理制度和银行法》，中国金融出版社，1987 年第 59 页。

^③ （美）艾伦·加特：《管制、放松与重新管制》，经济科学出版社，1999 年第 109 页。

上的竞争。第二，多元的管理机构体系和多重的司法权导致了混乱和资源浪费，因为联邦和州的条款经常相互仿照。另外，联邦监管者没有充分协调好它们的规定和决议。^①第三，美国银行监管多重机构的结构存在职责重叠、职能交叉、工作重复、效率低下的弊病。三个联邦级的金融监管机构和 50 个州级的金融监管机构各自依据不同的法律，彼此间权力之争始终不休。

2.2.2 日本

(1) 日本的金融监管机构及其职能

日本大藏省作为金融行政主管机构，在金融机构的审批、监管方面拥有极大的权力。日本 1981 年银行法规定，任何一家信用机构的开业、经营、合并、歇业及解散等，都必须得到大藏大臣许可，大藏大臣有权要求金融机构提交有关业务或财务状况的报告，并对其进行监督检查，大藏大臣认为必要时，可命令金融机构停止其全部或部分业务，对于违反法律严重者可撤销其经营许可证。^②大藏省的监管对象是所有在日本登记注册的金融机构，既包括国内民间金融机构、政府金融机构，也包括国内金融机构在国外设立的分行、办事处以及外国金融机构在日本的分行、办事处等。

日本银行作为货币政策的执行者，并不对所有的金融机构进行监管，而只对在日本银行开设往来账户或需要在日本银行取得贷款的金融机构实施监管，截至 1992 年 6 月，日本各种金融机构约有 6558 家，而受日本银行监管的为 651 家，^③日本银行金融监管权的取得在很大程度上是由日本银行与其客户金融机构签订协议的形式确定的，以便执行日本银行法有关“扶植信用制度”等条款的规定。

因此，大藏省和日本银行的监管地位和监管侧重点不同：第一，大藏省是金融主管机构，对所有金融机构实施监管，而日本银行在行政上要接受大藏省的领导，对部分金融机构有监管权，配合大藏

^① (美) 艾伦·加特·《管制、放松与重新管制》，经济科学出版社，1999 年第 110 页。

^② Maximilian J B Hall, *Banking Regulation and Supervision: A Comparative Study of the UK, USA and Japan*, Edward Elgar Publishing Company (1993) P149.

^③ 陈小平、杨俊川著：《日本银行的监督检查与评价》，中国金融出版社，1994 年，第 40 页。

省实施监管；第二，大藏省监管侧重点是从行政层面，依法对金融机构的合规性进行监管；而日本银行监管的侧重点是从业务经营角度，对金融机构的资产质量和风险状况进行监管。大藏省与日本银行在金融监管中建立了密切合作关系，如共同使用一些监管资料，对有问题的金融机构处理采取一致行为，对金融机构的现场检查轮流交叉进行，既保证每一金融机构每年都得到检查，又避免不必要的重复，从而提高监管效率。

日本金融监管中的行政指导（Administrative Guidance）值得借鉴。所谓行政指导主要是指通过告诫、建议、恳谈会、审议会、指导性计划、道义劝说等非强制手段，引导私人经济活动。^①

（2）监管体制评析。日本的金融监管权集中于中央一级，是与日本的政治经济环境相适应的，但日本银行在金融监管中的地位较弱，而大藏省职能过多，监管不力，导致金融危机。所以 1996 年底，日本开始金融体制改革，准备单独设立监管部门。

值得一提的是，为了解决金融监管体制长期滞后和进入 20 世纪 90 年代后泡沫经济崩溃出现的金融危机问题，日本认识到传统的保驾护航式的金融行政体制已经过时，必须确立新的面向市场的新型金融监管体系，并于 1998 年 6 月，将对民间金融机构检查和监督的职能从大藏省分离出来，设立金融监督厅；2000 年 7 月又将金融行政的计划和立案权限从大藏省分离出来，更名为金融厅。金融厅是总理府的一个外部局，设长官一人，下设总务企划局、检查局和监督局。总务企划局主要负责金融厅的一些综合性事务、金融制度的建立以及金融行政的计划和立案等工作。检查局和监督局是具体实施金融事务的部门。检查局负责日常对金融机构的业务内容进行检查，监督局负责金融机构营业许可证的发放、撤销、发布停止命令等业务。此外，原来由大藏省管辖的证券交易监督委员会也转交金融厅管理。为确保金融厅在金融检查和监督方面的独立性，日本规定金融厅长官由首相直接任命，金融厅内部人事权由金融厅长官直接掌握和负责。目前金融厅人员编制已从最初的 430 人增加到 3000 人。

^① 莫于川：《市场经济国家的行政指导简考》，《外国法学研究》，1995 年，第 4 期，第 52-54 页。

金融厅的主要职能是对民间金融机构进行严格检查和有效监管；根据法律直接参与处理金融机构破产案件；准确把握金融实情和动向，维护信用秩序；以及金融制度的建立和金融行政的计划和立案等工作。同时金融厅还负责与农林水产省、劳动省等其他厅协调，共同做好对农协系统金融机构、劳动金库和非银行金融机构的检查和监管。

日本金融厅自成立以来，逐步建立了一套行之有效的金融监管制度和行政管理手段。通过对各金融机构资产和负债的检查，摸清了各金融机构的家底；先后完成了日本大型银行、地方银行和第二地方银行等共计 143 家银行的金融检查，对一些自有资本比率较低的小银行，以早期修正措施等手段令其进行了调整；协助和促进金融机构处理不良债权，与金融再生委员会等合作，在 1999 年 3 月完成对 15 家大银行的财政注资后，又对部分地方银行注入财政资金，使日本银行业资本不足问题基本得到解决。

但后来又出现的金融倒闭案，使日本金融厅认识到，单纯以自有资本比率衡量一家银行的经营是否稳健是不够的，如长期信用银行倒闭时其自有资本比率已经达到 10% 以上。因此，金融厅认为强化金融监管，随时掌握银行的经营风险，加强市场纪律，建立有效的内部程序，才能保证银行以及整个金融体系的稳定性。^①

2.2.3 英国

(1) 监管机构及其职能

英国《金融服务与市场法》(Financial Services and Markets Bill, FSMB) 草案是于 1999 年 7 月提出的，于 2000 年初由英国的议会表决通过。这一法案对英国长期以来所遵循的金融市场自律管理模式是一个具有重大意义的变革。法案所创设的“金融服务局”(Financial Services Agency, FSA) 将取代原先的证券与投资委员会 (Securities and Investments Board, SIB)，并将继承三个自律组织 (Self-Regulation Organizations, SROs) 及九个被承认的职业团体 (Recognized Professional Bodies, RPBs) 的一系列管理职能；同时，

^① 张大荣：《日本金融厅及其金融监管现状》，《国际金融研究》，2001 年，第 5 期，第 61-64 页。

它还将取得英国央行的检查及监管部门对银行业的监管职能，与财政部保险司对保险业的监管职能等一系列功能。因此，这一新法案将对英国的金融市场监管模式以及监管效率的提高都将产生深远的影响。^①

FSA 在 1986 年金融服务法中就已确立，即原先的“证券与投资委员会”（SIB）的继续。政府认为新的金融监管机制将建立在旧体制的基础上，并加以合理化。从这个意义上讲，新的金融法案仅仅是 1986 年法案的演进，而非实质性的突破。^②因此，要知道 FSA 的性质，必然要弄清其母体 SIB 的性质。SIB 在其建立之初（1985 年）是一个受保证约束的私人公司。让一个私营企业承担如此广泛的规范监督职能，这不能不说是英国宪法上的一个创新。因此，为了约束 SIB 在涉及公众利益等问题上的监管权力，1986 年法设计了一种“授权模式”，即由财政部将监管权力授予一个“指定代理机构”，即 SIB，但仍由其对监管行为负首要责任。这样，一旦出现问题，财政部仍可收回或撤销该项授权。这一模式在理论上使政府保留了执行监管功能的自由裁量权，并使之对议会负有一定程度的责任。

新法案完全摒弃了这一“授权模式”，而将全面的监管权力都直接赋予 FSA。这样政府就与日常金融监管活动脱离，因而不用承担监管失误的责任，也降低了政治风险。因此，在新法案中 FSA 的地位被提到了一个相当的高度，并由其直接承担了在监管中出现的主要责任和风险。

正如 FSA 主席所称，这一新的机构“将成为世界上监管范围最广泛的金融管理者”^③这一广泛性可以从几个方面加以证实。首先，它是真正跨行业监管，几乎囊括了所有金融领域：银行业、保险业、投资业；其次，它将同时监管行业内部的行为（prudential conduct）和外部事务处理（conduct of business）；再次，它的权力包括授权、立法（包括制定规则和制裁措施）监督，调查和管理。

^① 宋海鹰：《〈金融服务与市场法〉对英国金融监管的改革》，《国际金融研究》，2001 年，第 5 期，第 23-25 页。

^② See: Financial Services and Markets Bill, Part I “Overview of Financial Regulatory Reform”, chapter 2.

^③ Eva Lomnicka, Financial Services, British Business Law, Sep. 1999

(2) 监管体制评析

由单一监管机构进行监管意味着有可能避免以上种种尴尬局面从而建立起一个合理、连贯的监管系统。这种单一监管机构的优点表现为以下几点：首先，基于一套基础结构设置的监管可带来规模经济效益。其次，单一监管机构可以减少被监管企业的服从开支（compliance costs），即所谓的“间接监管费用”（indirect regulatory costs），从而降低企业的成本。最后，单一监管机构的监管功能在一个统一的、协调一致的基础上更能得到有效发挥。因为它能达到监管信息资源共享，妥善协调各种监管反馈意见，使之利于监管功能的发挥。除了以上显著意见，集中统一监管还有另外一些好处。例如，这个单一体制利于监管经验集中，提高监管手段；同时，无形之中它也提高了监管机构的地位，反过来又促进了该组织在国内、国外的有效性和影响力。这种单一监管体系还强化了监管责任，更促使 FSA 对国会直接负责，预防了多头监管体制下各监管机构相互推诿的情况，弥补了由于不同监管机构管辖范围不同所形成的监管空白。^①

尽管这种单一监管模式有很多优点，但不可否认其也存在着明显的监管风险。由于这一监管机构的巨大庞杂，并且处于绝对的监管垄断地位，因而必然会产生一些管理上的繁文缛节难以解决；由于其管辖范围广泛，使之对所监管的对象很难协调；由于它处于监管的垄断地位，使得这一单一机构监管缺乏竞争和创新机制；更重要的是在处理公共利益的问题上，这一庞然大物还必须要有一个制约机制，使之对被监管企业及其消费者的利益负责。

正如美国著名的大法官 Brandeis 先生所说的：“阳光是最好的防腐剂，灯光是最有效的警察。”对于如此庞大而又权力集中的 FSA，为防止其滥用权力，阻碍正常的竞争，破坏金融市场的稳定，一个具有多重监管机制的外部监管体系是不可缺少的。基于此，新的《金融服务与市场法》中规定了四项监管目标以确保 FSA 操作的“透明性和可归责性”。这四项监管目标分别为：市场信任、信

^① 宋海鹰：《〈金融服务与市场法〉对英国金融监管的变革》，《国际金融研究》，2001年，第5期，第13-15页。

息公开、消费者保护和犯罪预防。^①显然，这几个目标由于措词过于宽泛而使 FSA 在操作中无具体遵循的规范，加之这些目标的达到与否的判断标准也较为主观——任由 FSA 按其自身认为最可选择方式来做。为了解决这一问题，FSM 法案中规定了一系列监督机制以真正规范 FSA 的行为，以实现 FSMB 的监管目标。第一，财政部和议会的监督。首先，财政部继续有权指定或撤销 FSA 董事会成员及其主席的人选^②；同时，它也有权指定董事会下属的非执行委员会（nonexclusive committee）的主席人选。当然，在 FSMB 第三部分中，政府声明该种指定行为应遵循“Nolan”原则。^③其次，FSA 仍需每年向财政部提交“年度报告”，说明其如何执行职能，以便于财政部向议会提交。^④在新法中又新增加了一些具体的条款，规定每年度报告“年度报告”的内容及其附带的文件，同时赋予财政部对年度报告具体的规定和要求的权力。再次，新法还赋予了财政部两项具体权力以确保其在某些情况下可对 FSA 的行为发动调查。第一项权力极其广泛，即只要在涉及公共利益的情况下，财政部就可以对某些金融行业的严重监管失误发动独立的调查。第二项是财政部有权对 FSA 的操作隔一段时间进行调查并发布独立的审查报告（或称审议书），并将此交给议会。第二，内部监督机制。新法中为了形成对 FSA 机构完整的制约机制，还创新地模仿了两项上市公司所采用的管理监督机制来达到监视目的。第三，公众监督机制。FSA 监管活动的一个重要的部分是关注金融经济活动的参与者和金融产品消费者的意见。事实上，早在 1997 年 10 月 FSA 就已为此目的设立了“消费者小组”和“金融参与者论坛”。在新法中也要求 FSA 建立和维护这些小组和论坛，由 FSA 指定小组成员。当然指定程序必须遵守 FSMB 中所订的规则，并使用“Nolan 原则”。这些机构主席的任免还必须经过财政部的认可。第四，其它监督机制。第一类是司法审查机制，FSA 应当受司法的审查与监督。FSMB 承袭 FSA1986 的做法规定设立一个独立的法院——金

^① See: Financial Services and Markets Bill, cl 2(2), cll 3-6

^② See: Financial Services and Markets Bill, cl 2(2), cll 3-6

^③ 即应根据人们的经验以及个人的资历来指定人选，而不受某一利益集团的影响。

^④ See: Financial Services and Markets Bill, cl 2(2), cll 3-6

融服务与市场法院——以审查 FSA 在纪律决定和授权决定中所引起的个人控诉。这类法院审查权针对个案，审查结果可以由法院来做出自己的裁决，并可撤销 FSA 的决定。对于法院判决中的法律问题还可向上诉法院提起上诉。第二类是设立独立的意见调查机构以调查 FSA 在职能行使中所造成的一些意见。以上几种监督制约机制从外部、内部对监管机构进行了全面的监督，还从司法、行政和社会的角度对 FSA 的职能行使作出了全面的规定，构成了一个疏而不漏的监督网。其中有些属于传统的监督方式，如司法和社会监督；有些属于新的尝试，如在 FSAB 中对监督目标进行总体把握，还将上市公司中对管理层的监督机制进行套用，新旧结合的监督的方案将 FSA 这一集多权于一身的“金融监管者”的一举一动都洞察得一清二楚。^①

2.3 外资银行监管体制的发展趋势

2.3.1 混业经营和混业监管是当代国际金融的发展方向

分业经营制度以美国为代表。在 20 世纪 30 年代，因许多经济学家将资本主义世界爆发的那场经济金融大危机归咎于混业经营制度，美国 1933 年通过了著名的《格拉斯——斯蒂格尔法》，确立了分业经营的原则。此后，英国、日本也纷纷效法，实行了分业经营制度。进入 20 世纪 90 年代以来，全球经济趋于一体化，电子化技术飞速发展，现代金融产品极大丰富，金融管理日臻完善，英国、日本等相继废止了分业经营制度，美国也于 1999 年通过了《金融现代化法案》，正式迈入混业经营时代。

与经营制度的调整相适应，金融监管制度也经历了从统一——分散——集中的历程。20 世纪初，金融监管的主体是各国中央银行，随着战后中央银行制定实施货币政策的客观调控职能加强，以及新兴金融市场的不断涌现，中央银行开始专司对银行类金融机构的监管，而对证券、期货市场、保险业等则由政府专门机构监管。近年来，随着综合化经营的超级金融机构出现，又专门建立了针对这类

^① 宋海鹰：《〈金融服务与市场法〉对英国金融监管的变革》，《国际金融研究》，2001 年，第 5 期，第 15-18 页。

机构的监管部门，金融监管主体又趋于集中，但已经不再集中于中央银行。如1997年英国成立了“金融服务管理局”，全面对金融领域实行监管。日本则成立了“金融厅”对金融机构严格检查和有效监督。美国联邦储备系统最近也进行了机构调整，成立了几个小组，集中负责对特大型银行的监督工作。可见，混业监管已成为金融监管的发展趋势。

混业经营的内在合理性和优越性已为实践所证明，表现为：通过多样化、综合化的业务经营，优化资产结构，最大限度分散风险；可以实现客户资源共享，降低信息搜集成本和金融交易成本，增强盈利能力；通过全面服务，沟通货币市场和资本市场的联系，创造利润调节优势。混业经营的主要弱点在于：在商业银行自身内控不健全和金融监管力量跟不上时，易于增大金融风险，影响金融体系稳定。^①

2.3.2 金融业同业组织的自律机制得到加强

金融同业组织（如银行同业公会）的行业自律管理，已成为许多国家或地区金融监管体系的重要组成部分。自律的一般性的含义是：由同一行业的从业组织或人员组织起来，共同制订规则，以此约束自己的行为，实现行业内部的自我监管，保护自己的利益。金融业同业行会在各国金融监管体制中的地位和作用是不一样的。如在香港，银行业的同业组织是银行公会，其在一定程度上保证金融业的健康与稳定发展，而法国金融业同业组织在金融监管中具有重要作用。美国与日本的银行公会在其内部设立不同的委员会，在不同层次上协调业务问题，并在业务教育与培训方面发挥了突出的作用。

金融业自律具有政府监管所不可替代的优势：自律组织具有丰富的专业知识和实践经验；对监管漏洞有更敏锐的洞察力，可弥补政府监管的不足；作为市场的直接参与者，对市场的变化敏感，可增强预防效果；自律组织的道德规范能弥补政府刚性监管指标体系的

^① 雷永健、张含鹏：《对当前金融监管体系的几点思考——兼谈金融混业经营发展的趋势》，《金融与保险》，2001年，第11期，第25-28页。

不足。^①

2.3.3 发挥金融机构的内部控制作用

巴林银行和大和银行危机的发生，其主因就是内控机制不健全。比较健全的内控系统至少包括以下三方面：管理层的内控制度，风险监控制度以及操作程序的监控。

2.3.4 监管方式的制度化与灵活性

美国金融监管素来以“法律化”和“规范化”著称。英国 80 年代以来不断强调监管的法制化、规范化。日本也颁布了一系列金融监管法规。金融监管要依法而行，这是法治社会的要求。但依法监管，也并不意味着“法律万能”，或意味着已制订的法律能应对所有瞬息万变的金融市场情况。因此，监管机构监管应具有一定的灵活性，这也是金融监管体制的发展趋势之一。

2.4 完善我国外资银行监管体制的对策

2.4.1 现行金融监管体制障碍

现行中央银行金融监管体系不仅内部体制有待进一步理顺，而且与证监会、保监会的协调沟通也存在一定问题：

(1) 金融监管成本偏高，效率较低。一是费用支出增加。大区分行设立后，因监管地域大，监管对象多，使辖区内金融监管工作的各项费用大幅增加。突出表现为文件传输、电讯、交通和会议等费用支出。二是监管的有效性及时性受到一定影响。目前，由于大区行尚未建立辖区监管信息电子网络系统，因此，在搜集、整理有关监管信息和数据时，只能依靠传统的邮寄方式，从而导致在途时间长，信息收集有一定滞后性，而且对各地上报资料和情况的真实性、准确性的核查也有一定困难。

(2) 金融监管职责不清，划分不明。首先，从人行体系内部看，金融监管职责不清主要体现为：一是分行与省会城市中心支行之间权责划分不明。根据有关规定，各大区行是监管国有商业银行

^① 邹立刚、张桂红著：《对外资金融机构的法律监管》，法律出版社，2001年，第063页。

省级分行的监管第一责任人，但在实际工作中，区行只对所在省会城市的各商业银行省级分行实施监管，而对辖区其他商业银行省级分行监管，因条件限制一般都依赖各省会城市中心支行进行日常监管。省会城市中心支行在进行日常监管时又因无相应权力和级别，无法很好履行职责；二是省会中支与监管办之间职责不明。在不设区行的省会城市，同时存在着省会中支和金融监管办两个人民银行机构，从二者的职责分工看，由于监管办的现场检查与省会中支按属地原则开展的现场检查关系不明，因此不可避免存在多头监管和重复劳动，因检查标准不一，往往造成对监管对象的结论认定困难。在发生重大金融事件时，也易因职责不落实而产生相互推诿，风险处置不及时等问题。其次，从整个金融体系监管看，随着商业银行中间业务拓展，银行、证券、保险三家监管机构间的协调沟通问题接踵而来。然而目前保险、证券两个监管机构是按行政区划设置，并在地、市和县一级也无相应机构，中央银行与他们间的协调沟通只能在省级以上机构间实现。

(3) 我国央行对在华外资银行的监管，无论是监管法规还是监管实践，强调和重视的是单一分支机构的监管。这种监管模式曾在合规性监管方面发挥了重要的作用，但现在显然还不能适应银行业对外开放新格局下的有效监管的要求：一是不利于在华设有多家分支机构的外资银行对其在华业务的经营管理。这又表现在三方面：第一，央行侧重于外资银行单一分支机构合规性指标的考核规定，往往诱使外资银行在分支机构之间的资产负债摆布上做文章。而这类资产摆布纯粹是为了满足央行的规定。此种做法无益于外资银行的稳定，而且还影响央行对单一分支机构的客观评价。第二，在单一机构监管模式下，人民银行分支各管一块，相互间的信息交流又很不充分，由于监管水平的差异，银行经营管理风险的认识和判断不一致，监管人员针对同一外资银行的同一性质问题所提出监管纠正措施有时“差之毫厘，失之千里”，使外资银行无所适从。第三，在单一机构监管模式下，人民银行分支行的监管职责分工没有层次，在监管层面上缺少与外资银行中国业务管辖行之间沟通与交流的渠道。二是不利于对外资银行在华业务总体经营风险的监

控。三是不利于央行与外资银行母行及其母国监管当局之间的监管信息交流与监管合作。

(4) 金融监管标准不一，无法统一协调。现行体制下，分支行按金融监管对象设置相应的监管职能处室，对不同监管对象，由各监管处室分别制定监管标准，这不仅使金融监管标准难以统一协调，影响公平竞争，还使央行内部监管部门林立，各自为政。

(5) 现行多头监管体系又不能适应加入 WTO 的新形势需要。加入 WTO 后，大批的外资银行、保险公司、证券公司将会以合资或独资的方式介入我国金融领域，与我国现有金融机构争夺市场份额，这些公司大多属于“金融百货公司”，其业务领域涉及银行、保险、证券及信托投资等多个方面，其金融产品可以说是无所不包。对这些全能型外资金融机构如何有效监管，将是摆在现行多头监管体系面前的一个迫切需要研究的问题。

(6) 防范金融风险的有关社会配套体系尚待建立。比如国际通行的与监管配套的存款保险制度尚未建立，信用评估中介机构的行为也有待进一步规范，行业自律的金融同业公会作用还待充分发挥等。

2.4.2 完善我国外资银行监管体制的对策

与混业经营的趋势相适应，金融监管体系也应加快改革进程，并最终确立金融混业监管体制。金融改革是一个复杂、长期的过程，必须遵循循序渐进、稳步推进、分步骤进行的原则。针对现在的体制障碍，具体改革步骤为：

第一、深化人民银行内部体制改革，明确权责。主要思路是彻底分离人民银行执行货币政策和金融监管的职能，设立独立的国家银监会，^①其地位与证监会、保监会相同。职能分离后，中央银行将从具体的监管事务中脱身而出，集中精力研究金融全局问题，而专门的银行监管机构，不仅可有效改变目前金融风险处置过分依赖再贷款，造成过多无效基础货币投放，影响货币政策机制传导的状况，而且有利于与证券、保险监管机构形成三足鼎立，为将来混业

^① 设立银监会的提案在十届人大一次会议上已通过，参见《人大公报》2003年第3期，第40页。

经营下监管机构的合并打下基础。^①

第二、对外资银行实施并表监管模式。^②这既能有效弥补单一分支机构监管的种种缺陷，同时并表监管又符合1997年9月巴塞尔委员会《有效银行监管的核心原则》有关跨境银行国际监管交流和合作的原则要求。此外，电子信息技术的迅速发展和广泛应用，为央行采用并表监管模式和分析在华外资银行的财务统计数据提供了技术保障。并表监管模式应涵盖以下几个方面：一是确立外资银行中国业务管辖行所在地的人民银行作为监管行的地位，修改现有人民监管分工和监管责任制度考核办法，使其能充分体现主监管行与人民银行其他分支行的职责分工。二是相应修改在华外资银行合规性考核指标，使之与并表监管的总体要求相一致。三是外资银行的市场准入要综合考虑其在中国业务经营管理的总体表现，以体现鼓励合法、稳健经营，惩处违法违规的监管意图。四是完善央行并表监管的手段和方法。五是引导外资银行在华分支机构的组织架构的设置与并表监管的要求相吻合。^③

第三、建立银、证、保三家监管机构的定期协调制度、对话制度，定期不定期地就监管中的一些重大问题进行协调，研究对策。必要时，可由银、证、保三方抽调人员组成专门工作小组对混业经营机构实施现场检查。^④

第四、确立分业监管体制下银监会的主导监管地位。随着金融控股公司的普遍设立^⑤，有必要确立银监会的主导监管地位，使其

^① 雷永健、张含鹏：《对当前金融监管体系的几点思考——兼谈金融混业经营发展的趋势》，《金融与保险》，2001年，第11期，第27-31页。

^② 并表监管是相对于单一监管而言，是指对一银行或银行集团所面临的风险，无论其机构注册于何地，应在合并帐表的基础上从银行或银行集团的整体予以综合考虑的一种监管方法。见李仁真主编：《欧盟银行法研究》，武汉大学出版社，2002年，第100页。

^③ 蒋明康：《在华外资银行监管模式探讨》，《上海金融》，2000年，第10期，第21-25页。

^④ 雷永健、张含鹏：《对当前金融监管体系的几点思考——兼谈金融混业经营发展的趋势》，《金融与保险》，2001年，第11期，第27-31页。

^⑤ 金融控股公司是指这样的一些公司，它们的特别之处在于其股权控制下的子公司主要是受法律监管的金融机构，比如：存款机构（商业银行）、保险公司、证券公司等。根据各国法律的不同规定，金融控股公司自身可以是某一类金融机构，也可能是普通的商业性公司，或者只是一个持股的“壳”公司。金融控股公司旗下也可能还拥有不属于金融监管对象的其他类型公司，比如旅行社、电脑公司等。参见张为一、董华春：《金融控股公司的监管》，《金融法苑》，2000年，第3期第56页。我国第一家金融类控股公司——中信控股有限责任公司已于2002年12月成立。中信控股通过投资和接受中国中信集团公司委托，管理集团所属金融类企业。中信控股是经国务院同意、中国人民银行批准、由中国中信集团公司出资设立的国有独资有限责任公司。公司接受中国中信集团的委托，对中信旗下的金融类子公司行使股东权力。这些子公司包括：中信实业银行、中信证券股份有限公司、中信信托投资有限责任公司、信诚人寿保险有限公司、中信资产管理有限公司、中信期货经纪有限责任公司以及在香港的中信国际金融控股有限公司。参见2002年元月25日《南方日报》。

成为金融控股公司的主要监管责任人，并负责与其他监管部门间的组织协调。对金融控股公司各个不同的业务领域，由银监会按业务的具体功能，确定相应的监管部门，明确职责，避免监管真空和重复监管。^①

第五、将银监会、保监会、证监会合并，进行混业监管。随着商业银行改革的完善，监管能力的进一步提高，市场机制的进一步健全，混业经营程序和深度的提高，在适当时候，可将银监会、保监会、证监会合并，成立国家金融管理局，对整个金融体系进行混业监管。

^① 雷永健、张含鹏：《对当前金融监管体系的几点思考——兼谈金融混业经营发展的趋势》，《金融与保险》，2001年，第11期，第27-29页。

3 外资银行监管的具体内容

健全的金融监管内容体系是市场准入监管、业务运营监管及市场退出监管的有机综合。金融机构的市场准入是有效监管的首要环节，使金融机构的数量、结构、规模、分布符合国家经济、金融发展目标；业务运营监管是对金融监管的持续性监管，通过对其业务经营的合规性、资本充足率、流动性、清偿性以及贷款集中性等的监管，确保其稳健经营；市场退出监管则是在金融机构不能满足当局的审慎要求时，监管当局根据问题采取适当干预。三者共同服务于维护金融稳定和保护存款人及投资者利益的目的。

3.1 外资银行市场准入监管

各国对外资银行的监管，都是从市场准入监管开始的。市场准入监管意味着金融监管机构要从法律上对外资银行的经营资格、经营能力等情况进行审查或确认，赋予其相应的权利能力和行为能力。由于外资银行的组织结构与布局、发展数量与质量、资本经营的能力与水平以及具体业务变动等，都会不同程度地对东道国的金融业乃至国民经济的稳定与发展产生影响，因此，把好市场准入关，就可以将那些条件较差，有可能对存款人利益或东道国金融业的安全与稳定造成危害的外资银行拒之门外。同时，也可以把那些东道国真正需要的符合东道国引进目的外资银行引进来。

各国鉴于自身经济金融特点及发展状况，结合外资银行引进目的的不同，对于外资银行市场准入方面往往采取不同的立法原则。这些原则大致有四种，即保护主义原则、对等互惠原则、最惠国待遇原则以及国民待遇原则，各种不同原则对外资银行市场准入要求不同。^①

3.1.1 市场准入的认可制度

关于市场准入的认可制度，现代各国通行的做法是许可主义或

^① 详见本文 1.4 “外资银行监管的原则”，这里就不再赘述。

审批制，即指金融机构成立除了应具备法律所规定的条件之外，还需要报请金融监管机关审核批准，方能申请登记成立。

现代国家对外资银行的市场准入实行许可制是一个通例，但同时保护申请人的利益也是必要的，因此，对许可制也应有相应的制约机制。如：审批机关必须在法定期间内作出批准与否的决定，如英国规定，英格兰银行通常在收到申请后6个月内决定，最长不超过1年。审批机关如果拒绝给予批准，则必须给予申请者书面通知，并告知拒批的理由，应给予申请者申请审批机关复议乃至司法救济的权利。如德国规定，银行监管局对符合法定条件的申请者拒不发给执照，则申请者可依法向法院起诉，要求法院强制监督局发给执照。^①

3.1.2 组织形式

外资银行采取何种组织形式进入东道国，直接关系到其它东道国的法律地位、权利能力和行为能力的范围以及接受监管的程度等。根据1983年5月巴塞尔委员会公布的《巴塞尔协定修订本：银行海外机构的监管原则》的有关规定，外资银行的组织形式可分为三类，即分行、子公司、合资或联合银行。除此之外，代表处也是外资银行进入东道国的一种重要形式。代表处（Representative Office）是外国银行在东道国设立的办事机构，其作用是多方面的，如：代表总行与东道国商界或政界联系，以便利派遣银行与当地客户之间的交易活动。根据大多数东道国的法律，代表处不被视为一类独立的分支机构形式，不得从事任何直接营利的经营活动，而只能开展非直接营利的服务性的辅助性工作，作为派出行在东道国设立营业机构的先导。当东道国法律禁止或限制外资银行的进入时，代表处的作用就更为重要。一些银行通过设立代表处，管理该行的若干海外分支机构。外国银行分行（Branch）是我国银行在东道国设立的一种营业性分支机构，它是母行的组成部分，不具有独立法律人格，它在东道国境内可以依法经营全部商业银行业务。母行对其海外分行享有完全的控制权，借助于各地分行间的人事调度，可

^① 宫著铭、刘小林著：《联邦德国金融管理体制与法规》，中国金融出版社，1989年，第76页。

以培养精通国际金融业务的高级管理人才。分行的主要缺陷在于母行必须为分行的行为承担最终的法律责任。对于东道国来说，由于分行受其母行控制太深，又不具备东道国法人地位，使东道国很难对其实施有效的监管。外国银行分行依其性质，要受东道国及母国两套法律制度的约束。^①银行子公司（Subsidiary）是根据东道国法律注册成立，由一家外国银行拥有全部或多数股权的独立法律实体。它既可以是新设立的机构，也可以是对东道国现存银行进行兼并后设立的机构。子银行有独立于其母行的资本金，独立承担经营风险，东道国金融监管当局能对其行使完全、有效的监管措施。另外，与子公司的独立法律地位有关，母行不会因子公司而卷入过多的诉讼事务，其因子公司而蒙受的损失限于对子公司的投资。不过，当母行不是拥有子公司股权的全部时，母行的控制权会受到少数股东利益的影响。合资或联合银行（Joint Venture or Consortium）一般是指由两家或两家以上不同国籍的银行拥有的独立注册的银行。

3.1.3 开业条件

美国于1991年12月9日通过了《对外国银行加强监督法》之后，加强了对外资金融机构的开业的监管。其中一重要规定是：除非外国金融机构在其母国受到统一基础上的全面监管，且承诺依美国金融监管当局之要求提供有关信息和资料，否则该金融机构不得在美国境内营业。

英国1987年颁布新银行法，加强了英格兰银行对外资金融机构的监管权力，规定外资金融机构可以以代表处、分行和子公司三种形式进入英国金融市场，并规定了不同的开业条件：若设代表处，虽然无需得到英格兰银行批准，但该外资金融机构有通知的义务和提交要求的资料的义务；若开设分行，则分两种情况对待：欧盟其他成员的银行可以根据“单一银行执照”制度在英国设立分行，其他的则必须经过英格兰银行的批准。其审查标准除法定最低标准外，还包括审查其是否至少有两名业务主管，是否有足够的最低净资产额，以及其业务计划、流动性管理措施、内部管理制度、人事

^① 邹立刚，张桂红著：《对外资金融机构的法律监管》，法律出版社，2001年，第118页。

制度和会计制度是否健全；^①若设立子公司，则必须符合最低法定标准，取得英格兰银行的许可，并依公司法办理注册成立手续。

在日本，外资银行要设立代表处和分行，必须经过大藏大臣批准。大藏大臣主要审查下列条件：一是出具书面证明保证遵守日本银行法令有关法律，服从大藏省和日本银行的指导，严禁扰乱金融秩序的行为。二是必须拥有足够资产，以便健全而有效地开展业务，并持有申请设立分行的一定数额的已发行股票。三是在日本应有能够经营金融业务的人员，平时要雇用精通日本银行法及有关法令的日本人参与管理，以便保证同当局能用日语直接联系。^②

3.1.4 中国对外资银行市场准入的监管

中国现行综合性的外资金金融机构管理法规是 2002 年 2 月 1 日起施行的《中华人民共和国外资金金融机构管理条例》(以下简称《外资条例》)及其实施细则，其他还有中国人民银行《关于外资金金融机构在中国设立常驻代表机构的管理办法》、《中外合资投资银行类机构管理暂行办法》等。^③中国目前对外资银行的市场准入监管主要也体现在审批制度、组织形式以及开业条件等几方面。第一，在审批制度方面，设立独资银行、外国银行分行以及合资银行，它们应分别向中国人民银行提出书面申请，并提交下列资料：名称、注册资本额、业务种类、可行性研究报告、章程、外资银行所在国家或地区有关主管当局核发的营业执照(副本)及对其申请的意见书、申请者最近 3 年的年报、中国人民银行要求提供的其他资料。^④中国人民银行应当对设立外资金金融机构的申请进行初步审查，自收到完整的申请文件之日起 6 个月内做出受理或不受理的决定，申请人应当自接到正式申请表之日起 6 个月内完成筹建工作。完成筹建工作后，申请人应当将填写好的申请表连同下列文件报中国人民银行审批：拟设外资金金融机构主要负责人名单及简历；对主要负责人的授权书、验资证明、安全防范措施和与业务有关的其他设施的资料等。

^① 李仁真著：《国际金融法专论》，湖北人民出版社，1995 年，第 73 页。

^② 王华庆著：《中国银行业监管制度研究》，中国金融出版社，1996 年，第 228 页。

^③ 邹立刚、张桂红著：《对外资金融机构的法律监管》，法律出版社，2001 年，第 121 页。

^④ 参见《中华人民共和国外资金金融机构管理条例》第 9、10、11 条。

中国人民银行应当自收到设立外资金融机构完整的正式申请文件之日起2个月内，做出批准或者不批准的决定。经批准设立外资金融机构的，申请人凭经营金融业务许可证向工商行政管理机关办理登记，领取营业执照。^①第二，在组织形式方面，则允许外资银行可以以独资银行、外国银行分行、合资银行以及驻华代表机构等形式进驻我国。^②其中尤以外资银行分行最为突出。这主要是因为中国对外资银行监管体系和法律制度不够完善，而分行这种形式易于监管，可要求其母行承担主要监管责任。第三，在开业条件方面，则要求申请人为金融机构，在中国境内已经设立代表机构2年以上，申请人提出设立申请前1年年末总资产不少于一定数额，申请人所在国家或地区有完善的金融监督管理制度，并且申请人受到所在国家或地区有关主管当局的有效监管，申请人所在国家或者地区有关主管当局同意其申请，以及中国人民银行规定的其他审慎性条件等。^③

3.2. 外资银行业务运营监管

3.2.1 业务经营范围管理

(1) 业务经营管理是东道国对外资银行监管的主要部分，各国根据自身的目的和要求，对外资银行业务经营进行不同程度的管理，其内容比较复杂。比如：美国严格实行外钞管制，所有外资银行禁止外钞在境内流通；严格限制银行为客户开设外钞账户，不鼓励开设外汇账户；境内绝大多数银行都不经营外汇业务。凡是1991年以后才获准进入美国的外国银行，其银行业务必须受到四个方面的严格限制：第一，明令禁止外国银行在境内吸收美国居民存款；第二，明令禁止外国银加入美国联邦存款保险系统；第三，不支持外国银行在美国当地扩充业务网络，经营零售业务；第四，不支持外国银行收购兼并或控股美国银行。^④英国、加拿大、澳大利亚、

^① 参见《中华人民共和国外资金融机构管理条例》第13、14、15、16条。

^② 参见同上第2条及附则。

^③ 参见同上第6、7、8条。

^④ 赵江：《美国开放式金融保护主义政策——兼论开放式保护主义》，《国际经济评论》，2002年第5期第6页。正如赵江在文中指出：“一旦套上这四条紧箍咒，有幸挤入美国市场的外国银行还没开始运气，就先被废了一半武功。就算最后能够进行美国市场，也无法与美国银行展开全面竞争。不幸的是，这些苛刻的限制性规定并没有引起多数人的注意。”

德国、日本、韩国对外资银行经营业务也有一定限制。

(2) 中国在业务经营管理方面, 独资银行、外国银行分行、合资银行按照中国人民银行批准的业务范围, 可以部分或者全部依法经营下列种类的业务: 吸收公众存款; 发放短期、中期和长期贷款; 办理票据承兑与贴现; 买卖政府债券、金融债券, 买卖股票以外的其他外币有价证券; 提供信用证服务及担保; 办理国内外结算; 买卖、代理买卖外汇; 从事外币兑换; 从事同业拆借; 从事银行卡业务; 提供保管箱服务; 提供资信调查和咨询服务; 经中国人民银行批准的其他业务。^①同时又规定: 外资金融机构经营人民币业务的地域范围和服务对象由中国人民银行按照有关规定核定。^②根据入世承诺, 中国将于入世 5 年内取消外资银行人民币业务的服务对象限制, 5 年内取消地域范围限制。

3.2.2 对外资银行的资本充足率的监管

(1) 资本充足率的作用

资本充足率, 亦称资本充足条件(Capital Adequacy Requirements), 是指金融机构的资本应保持既能经受坏帐损失的风险, 又能正常营运, 达到盈利的水平。^③其作用主要可归纳为 4 种: 一是营运作用。即通过提供必要设备使金融机构得以营运, 如金融机构为购置房屋、设备与其他营业所需的非盈利性资产提供资金。二是缓冲作用。金融机构经营有风险, 若发生损失, 就需要用日常收益进行抵付, 不足抵付时则需用自我资本进行补偿, 否则就只有破产。因此, 资本越多, 金融机构发生无偿付能力风险的可能性就越小。三是信誉作用。金融机构资本向公众表明了该金融机构用自我资金来承担风险的意愿。四是约束作用。金融监管当局通过规定金融机构的资本充足率, 限制金融机构以债务融资所取得的新资产的数量, 从而减少风险。如当金融机构想要扩大贷款或获得其他资产时, 就必须增加其自有资本。尽管对金融机构资本有多方面的作用, 但从本质上来讲, 其主要的的作用是吸收经营中的意外损失, 为存款人和其他债

^① 参见同上第 17 条。

^② 参见同上第 19 条。

^③ 潘金生等著:《比较银行法》, 中国金融出版社, 1991 年, 第 182 页。

权人的利益提供保护，维护社会大众对银行业的信心，保持金融业稳定发展。

(2) 资本的构成

根据巴塞尔委员会 1988 年通过的《关于统一国际银行资本衡量和资本标准的协议》(International Convergence of Capital Measurement And Capital Stands,简称《巴塞尔资本协议》), 银行资本分成两类, 即核心资本(Core Capital), 又称第一级资本(Tier1), 和附属资本(Supplementary Capital), 又称第二级资本(Tier 2)。巴塞尔委员会认为, 核心资本是银行资本中最重要的组成部分, 具有以下几个特点: 资本的价值相对比较稳定; 对各国银行来说是惟一相同的成分; 在公开发表的帐目中完全可见; 是市场判断资本充足率的基础, 并对银行的盈利差和竞争能力关系极大。^①附属资本与核心资本之比为 1: 1, 但其被列举的几个组成部分要计入资本基础须符合一系列特定条件。^②各国监管当局可根据各自的会计准则和监管规定, 自行决定是否将每一成分都包括在内。

(3) 资本充足率的衡量标准

抽象地说, 金融机构的资本充足与否, 主要看其是否具有应付金融风险的足够资本金。由于金融机构业务的多样性以及金融风险的无常性, 要把抽象的衡量标准转化为实际的量化监管标准困难重重。巴塞尔委员会针对这种情况, 在总结和协商的基础上, 在《巴塞尔资本协议》中提出了关于衡量资本充足率的统一标准, 即“风险加权制”(Risk Weighed System)。它具有将金融机构合格资本对资产负债表上不同种类资产以及表外项目, 根据其广泛的相对风险进行加权汇总而计算出来的风险加权资产的比率, 作为评估金融机构资本充足率的主要尺度, 而将其他常用衡量方法作为补充形式。^③

《巴塞尔协议》根据银行资产的性质以及业务对象的不同, 划分了如下 5 个级别的风险权数: 一是风险权数为 0% 的资产, 包括现金和在本国中央银行的存款; 以本币面值对本国中央政府和中央

^① 参见巴塞尔委员会《关于统一国际银行资本衡量和资本标准的协议》。

^② 国际上对资本要素所应具备的主要条件已经取得了基本一致, 如: 它们必须能够长期用来弥补损失, 不得因为所有者的要求而赎回等。

^③ 邹立刚、张桂红著:《对外资金融机构的法律监管》, 法律出版社, 2001 年, 第 121 页。

银行的债权；对经合组织(OECD)国家的中央政府和中央银行的债权；OECD 国家中央政府证券或由 OECD 国家中央政府担保的债权。二是风险权数 10%的资产，包括对国内政府、公共部门的债权或由这些部门提供担保的贷款。三是风险权数为 20%的资产，包括：对多边发展银行(国家复兴开发银行、泛美开发银行、亚洲开发银行、非洲开发银行、欧洲投资银行)的债权，以及由这些银行提供担保或发行债券做抵押的债权；对在 OECD 国家注册银行的债权或由这些银行提供担保的贷款；对在 OECD 国家以外注册的银行余期在 1 年之内的债权；对非本国的 OECD 国家公共部门的债权人(不包括中央政府债权)，以及由这些部门提供担保的贷款；托收中的现金。四是风险权数为 50%的资产，主要包括以居住用途的房产做抵押的贷款，这些房产为借款人所占有、使用或出租。五是风险权数为 100%的资产，包括：对私人机构的债权；对非本国的 OECD 国家之外的中央政府的债权；对公共部门所属的商业公司的债权；办公楼、厂房、设备或其他固定资产；不动产和其他投资；其他银行发行的资本工具，所有其他资产。^①

对于资产负债表外项目，《巴塞尔资本协议》通过信用转换系数将其转换为资产负债表内的对应项目，并根据这一对应项目所属的资产类别及其风险，对原来的项目进行加权。资产负债表外项目分为 4 个风险级别，对应的风险权数分别为 0%、20%、50%、100%。

《巴塞尔资本协议》按风险权数来衡量一定银行的资本是否充足，为各国金融监管当局提供了一个客观的参考系数。“资本/风险加权资产”的最低目标标准比率是 8%，其中核心资本成分至少为 4%。这一规定有助于各国商业银行的在公平基础上的竞争，也起到了稳定银行的作用。

(4) 中国对外资银行资本充足率的有关规定以及不足之处。

《中华人民共和国外资金融机构管理条例》中规定设立外国银行分行，其母行资本充足率不低于 8%，^②独资银行、合资银行的资

^① 参见《巴塞尔资本协议》附录 2：《资产负债表内的风险权重》。

^② 参见《中华人民共和国外资金融机构管理条例》(2002 年 2 月 1 日起施行)。

本充足率不得低于 8%。^①这些规定遵循了《巴塞尔资本协议》的要求，对外资银行资产负债管理，具有重要意义。但该条例存在如下不足之处：第一，在风险加权方面，对外资银行表外项目的监管没有涉及，而外资银行为逃避金融监管进行金融创新的动机与能力尤为明显。因此，我国应运用《巴塞尔资本协议》的信用转换系数对外资银行表外项目业务进行监管。第二，对外资银行资本充足率监管考虑较多的是信用风险，而较少考虑利率风险、汇率风险、操作风险等其他风险，而外资银行更多地涉足国际业务，潜伏着更大的汇率风险和利率风险。因此，应规定其他风险的监管指标。第三，在资本充足率的预警系统方面，可参照美国做法，根据外资银行资本充足状况分为若干级，对不同级别的外资银行分别施行不同措施，以防患于未然。^②

3.2.3 对外资银行的风险损失准备的监管

(1) 风险损失准备金与资本充足率

金融机构的资本充足率与准备金之间具有内在的联系，两者都是增强金融机构的手段，相互补充，但两者同时又分别扮演不同角色。准备金主要是防止和弥补已经发现的或潜在的因业务状况恶化而造成的损失；而资本充足率则是支持一个金融机构整体业务运行的基本资金来源。

(2) 准备金的分类

依据准备金具体作用不同，可将其可分为 2 类：一是专项准备金或特殊准备金；二是普通准备金或一般准备金。专项准备金或特殊准备金的主要作用是弥补因业务状况恶化而造成的损失，是与当前或未来可确认的负债相对应的，尽管损失的精确数量一时还不能确定。它表明对某种具体资产价值减少的一种承认。专项准备金一般不作为资本的组成部分，在大多数国家，专项准备金是可以免税的，因此都有明确的法律限制。如果金融机构需提取专项准备金，

^① 参见《中华人民共和国外资金融机构管理条例》(2002 年 2 月 1 日起施行)。

^② 邹立刚、张桂红：《外外资金融机构的法律监管》，法律出版社 2001 年，第 145 页。

须经注册审计师和金融监管机构核实认可。普通准备金或一般准备金的提取是为了弥补那些潜在的,而且事先无法归于具体资产的风险损失。因为普通准备金具有资本的某些特征,所以通常被包括在资本基础之中。普通准备金的计算方法一般是以历史上若干年的损失平均数为基础的,但是,目前由于风险的增大和现实经济、金融环境的不确定性十分突出,较为一致的看法是相应提高准备金的水平。^①

(3) 准备金的提取

监管当局应在充分考虑谨慎经营和真实评价业务质量的前提下,要求金融机构按照认真与节俭的原则提取准备金,同时还必须受到注册审计师的监督和检查。准备金水平的高低会直接影响每个金融机构利润的多少,因此金融机构必须在一种理想的准备金水平和适当的盈利数之间寻找一个微妙的平衡点。

(4) 我国外资银行风险损失准备金的监管

我国《外资金融机构管理条例》及其《实施细则》规定,外资金融机构经营存款业务,应当向所在地区的中国人民银行分支机构缴存存款准备金,其比率由中国人民银行制定,并根据需要进行调整。外国银行分行的营运资金的30%应当以中国人民银行指定的生息资产形式存在,包括在中国人民银行指定的银行的存款等。外资金融机构应当按照规定计提呆帐(坏帐)准备金。^②

从上述规定可知,外资金融机构应缴纳的存款准备金相当于前述“普通准备金”。外资金融机构提取的呆帐准备金相当于前述“专项准备金”。我国法对外资金融机构对存款准备金作了“刚性”监管指标,而对外资金融机构提取呆帐准备金作了“指导性”监管要求。仍然遗留的问题是,呆帐准备金如何存放和核实没有明确的规定。^③

3.2.4 流动性监管

^① 邹立刚、张桂红:《对外资金融机构的法律监管》,法律出版社,2001年,第147页。

^② 参见:《中华人民共和国外资金融机构管理条例》第23、24、31条。

^③ 邹立刚、张桂红:《对外资金融机构的法律监管》,法律出版社,2001年,第150页。

(1)流动性监管的一般理论

流动性是商业银行经营管理的三大原则之一，也是商业银行资产负债管理的重要内容。它是指银行人以适当的价格获取可用资金以应付提存和满足随时可能发生的资金需要的能力。^①但流动性与清偿能力是两个不同的概念。从法律上讲，清偿能力是指金融机构的资产大于负债，只要金融机构有足够的时间，就可以将资产变现，清偿所有负债。而流动性是指金融机构能随时满足所有提款或还款以及客户信用需求的能力。因此，尽管金融机构的资产大于负债，但若流动性不足，则可能被挤兑倒闭；相反，金融机构虽然资产低于负债，却因保持了流动性，仍可应付公众的提款要求。

(2)流动性衡量的几种不同标准

对金融机构流动性衡量的标准，各国做法不一，概括起来大致有如下五种：一是存量比率。这种方法是将金融机构的资产按流动性程度的不同进行适当分类，使金融机构的流动资产与资产总量或特定负债相对应，从而衡量和比较金融机构的整体流动性。这种方法简单适用，但具有静态特征，它不能对金融机构的业务活动给出一个动态的描述。二是现金流量与资产负债比例。这种方法强调金融机构资产负债的期限结构搭配，以传统的现金流量分析法为基础进行流动性测量，缺点是不仅操作比较复杂，而且也难以防止突发事态导致的流动性危机。三是潜在流动性。存量比率方法和现金流量方法都没有体现金融机构的潜在流动性。事实上，金融机构可以通过举借新债弥补流动性不足，即金融机构具有潜在流动性。但其难以量化。四是贷款与存款的比率。这种方法中，贷款相对于存款的比率越高，就预示着金融机构的流动性越差。但这一衡量指标也有缺陷。如果两家金融机构存款结构和贷款比率完全一样，而一家贷款质量高，一家贷款风险大，那么这两家金融机构的流动性就不一样。五是现金与同业存款。两者都是流动资产，但现金资产赚不到利息，所以金融机构往往把现金保持在最低限度。

综上，可见各国外资金融机构的流动性衡量标准有同又有异，

^① 张忠军著：《金融监管法论——以银行法为中心的研究》，法律出版社，1988年第235页。

这一事实本身说明流动性监管的多面性与复杂性。但各种监管方法又具有互补性，仅使用一种方法而没有其他手段的支持，就不可能对某个外资金金融机构的流动性在质与量上进行全面客观的反映。各种方法的密切结合与综合使用，能有效地监督外资金金融机构资产保持充足的流动性，实现稳健的经营与发展。

(3) 我国对外资银行的流动性监管

我国《外资金金融机构管理条例》规定，外资金金融机构应当确保其资产的流动性。流动性资产余额与流动性资产负债余额的比例不得低于 25%^①。其中流动资产是指黄金、现金、在中国人民银行的存款存放同业，到期日在 3 个月以内的国库券等。

以上监管指标是根据我国实际情况并参考国际通行做法而制定的，但同时也存在一些不足之处，如：第一，我国对外资银行流动性监管主要是通过实施硬性指标来实现的，缺乏一定的灵活性。比如有的外资银行虽然个别指标未达要求，但由于市场信誉好，融资能力强，因此潜在流动性好。第二，对外资银行的监管指标体系单一，尚未形成体系，难以符合不同类别的外资银行真实客观的流动性状况。第三，中国入世后应考虑在流动性监管方面，内外资银行实行国民待遇的问题。

3.2.5 对外资银行贷款集中的监管

(1) 贷款集中监管的目的

“不要把鸡蛋放在同一个篮子里”，这一谚语也许是对贷款集中监管的最好诠释。限制风险集中是风险监管的基本原则。贷款集中表现在一家或几家客户或某一行业，或某一地区等。实践证明，贷款集中是诱发金融风险的重要原因。因此，贷款集中监管的主要目的就是分散风险，维持金融稳定经营。

(2) 贷款集中监管的内容

各国金融监管机构对贷款集中主要监管三个方面：一是贷款集

^① 参见《外资金金融机构管理条例》第 29 条。

中比例的衡量。主要体现在对金融机构向单个客户或客户集团提供贷款的数量限制，通常是规定对单个客户的贷款不得超过金融机构资本的一定比例。二是同一借款人的认定标准。主要是从借款人之间的控股关系或财务关系来认定同一借款人。三是贷款集中限制的适用例外。限制贷款集中的主旨是分散风险，若某些贷款安全系数大，风险小，则无必要对其限制。主要包括对本国或地方政府及由其担保的贷款；具有特殊性质和法律地位的借款客户的贷款；一些具有特定的抵押品的债权，如日本对放款上限的规定不适用于以借款银行的存款、日本政府债券或出口保险等作为抵押的贷款。^①

(3) 我国对外资银行贷款集中的规定

我国《外资金融机构管理条例》规定，独资银行、合资银行、独资财务公司、合资财务公司对 1 个企业及其关联企业^②的授信余额，不得超过其资本的 25%，但是经过中国人民银行批准的除外。^③

3.3 外资银行市场退出的监管

3.3.1 金融机构市场退出的定义

关于什么是金融机构市场退出，现行国内外金融法规没有明确规定，国内外学者也无权威的定义。由于金融机构的性质所致，大多数学者对其市场退出作了与一般公司不同的解释。通常情况下，当一个公司缺乏清偿能力、资不抵债时就被认定为破产。在某些国家确定存在银行破产及清算的情况，但在另一些国家如日本、欧洲等国，出于对倒闭银行的真实或预期的系统性的关注，在战后很长一段时间里没有宣告银行破产的实践。所以政策制订者们采纳了一种广义的解释：当一家银行被清算、在政府监管下与其它银行合并或获得政府的金融资助，被认定为失败。因此，对于金融机构市场退出应该做广义的解释，即金融机构依照一定条件和程序退出市场的一种状态或行为，包括金融机构的自动解散、在政府监管下与其

^① 王贵国：《国际货币金融法》，北京大学出版社，1996年，第372页。

^② 关联企业是指具有下列关系之一的企业：一个企业持有另一个企业20%以上的股份；两个企业各有20%以上的股份同时被一个股东持有。参见《外资金融机构管理条例》实施细则。

^③ 参见《外资金融机构管理条例》第26条。

他银行合并、被政府有关部门接管、被人民法院宣告破产。其直接法律后果是金融机构原有法人资格的丧失及其民事权利和民事行为能力的终止。^①

3.3.2 建立金融机构市场退出机制的必要性

即使是在最有效的金融监管体制下，也无法完全清除金融机构陷于困境的可能性。一旦出现较严重的问题，若监管当局不采取有效措施予以及时处理，不仅给存款人和其他债权人带来损失，而且由于金融机构破产所具有的“多米诺骨牌”效应，可能会使整个金融体系的安全和稳定受到冲击，并进而危及国民经济的发展。再者，市场经济必定存在竞争，也注定存在优胜劣汰，这是市场规律。金融机构作为市场经济的重要参与者，也必须遵循市场规律。因此，建立金融机构市场退出机制也就不足为奇了。

3.3.3 金融机构市场退出程序——以美国为例

在美国银行法中，银行关闭是指银行资不抵债而被银行监管机构依照法定程序勒令停业。当银行被禁止营业，联邦主管机关将接管银行的全部财产与债务。随着接管程序结束，该银行则不复存在。在法律上，这种过程称为“托管”，这是联邦银行监督机构对无法继续健康经营的银行所采取的行政措施。^②

(1) 托管人的任命。

依据美国银行法，联邦银行必须向联邦存款保险公司投保。一旦投保银行无能力支付存款人的提款，存款保险公司应立即向银行补充现金或从其他投保银行拨款，以确保每笔存款安全。鉴于联邦存款保险公司的保险职能和责任，主管机关一般指定它作为破产银行的托管人。州银行由州银行监督机构根据州法律宣告破产。同样，加入了美国联邦存款保险公司的州银行在破产后受存款保险公司托管。^③

^① 温树英：《构建我国金融机构市场退出的监管法律体系》，《政治与法律》，2001年，第1期，第43-45页。

^② 陈小敏等著：《美国银行法》，法律出版社，2000年，第103页。

^③ 参见同上，第104页。

(2) 托管的方式和权力范围

“托管”有两种方式，一是在银行当局已决定立即关闭处于困境的银行时，托管人的职能是认定和收集该银行资产，然后将资产分配给债权人。一般在该银行及其资产很快就会卖掉的情况下，用这种方式较多；二是银行主管当局并不准备立即关闭该银行，它可全面接管银行的运作，目的是保持该银行的价值存在。^①

银行法规定的托管人的权力范围和传统普通法上的破产接管人类似。它继承所有受托银行的权利和特权，可行使所有或大部分原高层管理人员的职能。^②

(3) 银行托管的步骤

第一，公开银行资助(Open Bank Assistance)，为了维持整个银行信用制度，美国银行主管当局不会轻易关闭面临破产的银行或任其清算。因此，即使某银行已符合关闭条件，主管机关还是设法解救。这一过程无需任命托管人。如果某面临破产的银行能够通过资金注入而继续存在，主管机关将通过各种形式对其进行财务帮助。最著名的案例是联邦银行主管机关对大陆伊利诺伊国民银行和信托公司注入巨额资金(约 55 亿美元)，以避免这家芝加哥地区最大银行之一的银行倒闭。^③

第二，清算(Liquidations)，联邦存款保险公司将面临破产银行所有存户的存款付清。同时联邦存款保险公司又作为托管人认定和收集该银行资产，然后按比例和剩下债权人的优先次序偿债。最后以该银行关闭了结。这是最简单的一种托管程序。

第三，转卖及承接(Purchase and Assumptions)。银行主管机关最希望其他经营良好的银行来购买面临倒闭的银行；承接后者的全部债务债权。转卖既可采取收购方式也可采取兼并方式。在这种方式下，如果被购买企业的债务超过债权，联邦存款保险公司将补足超出部分，而且购买方可在一定时期将无用的资产还给联邦存款保险公司。后者将退还等值金额。

^① 参见同上，第 104 页。

^② 参见同上，第 105 页。

^③ 参见同上，第 106 页。

第四，临时银行和新银行(Bridge Banks and New Banks)根据联邦法律，联邦存款保险公司可以通过建立一个临时性的机构接管面临破产银行的运作，同时寻求最后的解决办法。其一是建立“新”联邦银行，全面接管受托银行的经营。该新银行由联邦存款保险公司负责业务和提供资金。然后，托管人向民间招募购股人，若招股不成，托管人必须在2年内寻求购买人或关闭该新银行。其二是在寻求最终处置途径时建立临时银行，由联邦存款保险公司提供资金收购面临破产银行的资产和债务。临时银行必须在2年内找到购买人，或通过私有化出售银行股权给私有公司，或关闭掉。^①

以上是美国银行市场退出的一般程序，在具体案件中还会有许多复杂问题，如受托资产管理和分配的问题（其中又含受托银行雇员责任险的索赔、欺诈性转移资产等），过程繁琐，代价昂贵。因此，以破产托管处置经营败坏的银行是一种不得不采取的做法。“银行太重要、倒闭不可容”。所以美国对银行经营管理不善问题以防范和整顿为主，而以市场退出为辅。

3.3.4 市场退出机制与存款保险制度

从世界主要发达国家的实践来看，金融机构市场退出机制无不与存款保险制度紧密相连，犹如一对孪生兄弟。

(1) 存款保险制度的由来

存款保险制度是指吸收存款的金融机构将其吸收的存款按一定保险费年率向存款保险机构投保，在其不能支付存款时，由存款保险机构代为支付法定数额的保险金。^②1933年，美国在经历了经济大危机后，决定建立联邦存款保险公司，这是现代意义上的存款保险制度的开始。它的建立对维护美国金融秩序起到了明显的作用。随后，绝大多数西方国家在20世纪60年代至80年代先后建立了存款保险制度。少数发展中国家也建立了存款保险制度，如1962年印度建立了存款保险及信用保证公司。^③

^① 参见同上第106页。

^② 邹立刚、张桂红著：《对外资金融机构法律监管》，法律出版社，2001年，第198页。

^③ 邹立刚、张桂红著：《对外资金融机构法律监管》，法律出版社，2001年，第198页。

（2）存款保险制度的作用

存款保险制度之所以被许多国家所采纳，源于该制度作用重大。一是保护存款人利益，这是该制度的直接目的。二是维护金融体系的安全与稳定。三是提高金融机构的运作效率和竞争能力。监管当局采取果断措施淘汰那些效益差的金融机构，对其他金融机构无疑会起警示作用。四是对金融监管起辅助和补充作用。

（3）存款保险制度的运行机制

一是组织形式。大体上有三种：官办，官方和金融界合办，以及银行同业合办^①。二是投保人大致也有三种做法，大多数国家以从属地原则为准，有的国家采取属人原则，有的国家兼采属地和属人原则。三是最高赔偿额。发生保险事故时，多数国家在限额内给予100%的赔偿，而有些国家则只给予一定比例的赔偿。

（4）存款保险制度的局限性及其完善

存款保险制度的局限性，主要体现在：一是道德风险问题，本来存款保险制度的设立是为了维护存款人以及其他债权人利益而设定的，但由于该制度解除了金融机构破产后的后顾之忧，因而有的金融机构为谋取更高利益而严重违规经营。二是在保护存款人利益方面也有局限性，如该制度保护的只是部分存款等。

为了完善该制度，很多学者提出了不少有益的建议：如：一、实行差别保险费率，对具有不同风险的存款机构实行不同的保险费率。二、加强市场调节机制，如限制存款保险的范围；实行共同保险，要求存款人也承担一定比例的损失等。

（5）建立我国存款保险制度的设想

一是关于保险人（即存款保险公司），虽然世界各国大致有三种形式创办存款保险公司，但笔者认为，如果存款保险公司隶属于中央银行，接受中央银行的监督和管理，那么，其独立性将难以实现，可能会形同虚设，在处理有关保险事故时，又可能造成两者之

^① 王华庆著：《中国银行业监管制度研究》，中国金融出版社，1996年，第279页。

间不正常的资金关系，这使中央银行为存款保险而牺牲货币政策为目标。所以，存款保险公司应以政府和银行业共同出资创办为宜。^①二是关于投保人，从长远来看，我国存款保险的对象应为所有吸收存款的银行，不论其性质、大小，只有这样，才能真正维护所有存款人利益，维护金融稳定与安全；三是关于保险限额，为了防止道德风险，要对保险赔偿额作一定限制，但今后的终极目标应是金融机构全部存款。四是关于存款保险公司资金运用，主要用于赔偿，但为了避免资金闲置，可将资金投资到无风险或低风险的政府债券和金融债券，或存放到银行。^②

3.3.5 “广东国投”世纪大案对我国金融机构市场退出制度的探索及启示

在境内外引起广泛关注的中国第一破产案——广东国投破产案在经过4年漫长而又艰辛的审理后，终于于今年2月底画上了圆满的句号。无论是从案件本身，还是从它的影响力，都可无愧被称之为“世纪大案”。它创造了十个“第一”：一是中国第一例非银行金融机构破产案；二是财产标的的第一：宣告破产时广东国投帐面总资产为人民币209.4亿元，债权申报总金额为人民币387.8亿元，为我国法院受理的破产案之最；三是涉外债权第一：境外、国外债权占80%，涉及美国、日本、瑞士等十多个国家和香港特别行政区；部分破产财产还分布在美国、澳洲、泰国、香港、澳门；四是第一个现场请境外、中介机构：聘请了毕马威华振会计师事务所负责财务会计工作、聘请了香港孖士打律师行负责境外法律事务；五是第一例中国法院关于破产的裁定在境外得到承认的破产案；香港高等法院在1999年第15651号中芝兴业财务有限公司讼案中，承认了广东国投破产程序在香港的效力。等等^③。外国对广东国投破产案评价也极高，如美国《华尔街日报》在广东国投破产之初就评论：“广东国投被宣告破产，标志着中国法制从此进入新纪元。”“当金融议程中移去道德风险之后，中国的主权信用和整个投资环境会更

^① 毛玲玲：《建立我国银行的存款保险制度（下）》，《金融法苑》，2001年，第12期，第105-109页。

^② 同上，第105-109页。

^③ 参见：《南方日报》，2003年3月1日刊。

健康。”^①该案债权清偿率也创下全国之最，对此，境内外债权人普遍满意，表示中国法院办案公道，能够平等地保护债权人利益。

在广东国投事件上，首先遇到的问题就是破与不破的问题。对此，作为省长，广东省委整顿金融五人小组的第一号人物卢瑞华在接受记者采访时，非常巧妙地回答了这个问题：“10个杯子8个盖，怎么办？打烂两个杯子。”广东国投事件就是这样，最后的解决办法就是打烂杯子——让广东国投破产，粤海集团重组。使这种在国内外有着广泛影响的金融机构“死亡”，毕竟令人感到惋惜和痛苦。但痛定思痛，我们不得不得出这样一个结论：金融企业要健康地成长壮大，就得严格按市场和法律中的“游戏规则”来办事。另外，广东国投破产案整个处理过程，贯穿了一条主线：依法，参照国际惯例。四年来，法院和清算组严格遵守我国法律和遵照国际惯例，在司法程序的每一步骤、每一环节上都体现了公正、公开、公平的原则以及法律精神。国际社会千差万别，但所有健康成熟的市场，遵守法律规章的原则是共同的。转型期的中国必须告别昨天，建立起符合市场经济法则的信用体系，建立诚信的商业文化。我们迟早要走出这重大的一步，迟不如早！^②这些都是广东国投为我国金融机构市场退出机制的建立作的有益探索。

纵观广东国投案，在市场退出机制方面，我们可以得出如下启示：一是对于那些严重资不抵债、管理混乱、问题过于严重的金融机构，一定要按市场游戏规则办事，依法破产，再也不能全由政府大包大揽，全部承担债务；^③二是按国际惯例完善市场退出机制，尽量保护债权人利益；三是政府应该有所为有所不为。如为了做好国投629名职工遣散和安置工作，省政府先后拿出474多万元资金，通过各种途径妥善安排破产企业职工重新就业，稳定了社会。

3.3.6 我国外资银行市场退出的监管

在我国的外资银行，毫无疑问，也必然存在市场退出的问题。关于外资银行市场退出监管，除了遵循以上一些普遍规律和原则

^① 参见：《南方日报》，2003年3月1日刊。

^② 参见：《南方日报》，2003年3月1日刊。

^③ 对于自然人存款，只支付本金不偿付利息。

外，由于其特殊性，还存在着一些特别规定。如：一是当外资银行出现问题时，可与外资银行母行和母国紧急磋商，要求母行提供紧急救助和母国采取必要的监管措施消除危机。二是对于破产清算的外资银行，可由中央银行组织的金融机构兼并，并给予优惠措施。三是中央银行也可行政接管一些出现清偿危机的外资银行。当然，在存款保险制度的建立方面，应该要求外资银行加入将来的存款保险公司。至于在外资银行破产制度方面，则完全可以实行国民待遇原则。

4 外资银行监管的国际协调

4.1 全球金融服务自由化下的外资银行监管

4.1.1 全球金融服务自由化问题

(1) 全球金融服务自由化的背景

以 20 世纪 50 年代末 60 年代初出现的欧洲货币市场为开端，各国金融市场相互分割的坚冰被打破，全球金融一体化开始萌芽，国际金融自由化的趋势已不可逆转。经过发展缓慢但态势明显的 70 年代，一场亘古未有的金融改革与创新浪潮自 80 年代从东到西、从南到北地席卷了整个世界。十多年来基本上朝着金融管理自由化方向发展的金融改革，至此已形成一股浩浩荡荡不可阻挡的金融自由化潮流。它既是世界经济发展变化的必然结果，又是人类历史发展的客观产物。全球性金融改革与自由化不仅对金融业自身造成前所未有的巨大冲击，而且越来越开始左右整个世界经济。

“自由化”是指“向跨境贸易开放国内市场，允许外国公司进入，并开放资本账户（放松对资本流入流出的限制）。”^①全球金融服务自由化则主要表现在资本流动自由化、经营范围自由化和交易价格条件自由化等方面。^②而真正从法律制度层面上提出全球金融服务自由化问题的是于 1997 年 12 月 13 日签署的世界贸易组织（WTO）金融服务协议（FSA）。该协议包括了 WTO 102 个成员国作出的开放市场的承诺，于 1999 年生效。对于 WTO 而言，FSA 不啻是一座里程碑，因为 WTO 的大部分成员国已就关于跨境贸易与金融服务的市场准入的法律框架以及争端解决机制达成一致。^③

(2) 全球金融服务自由化的利益

首先，是对使用者的收益方面。金融系统使用者的收益有两种

^① Wendy Dobson and Pierre Jacquet: *Financial Services Liberalization in the WTO*, Institute for International Economics, Washington, DC, June 1998, P3.

^② 参见胡炳志等编：《世纪末回顾：全球金融大震荡》，武汉大学出版社，1998 年，第 2 页。

^③ 参见世界贸易组织法律文本。

形式：通过引入更多竞争，从更有效率、更为顾客着想的金融机构中获得更好的服务，从而降低储蓄者和借款者的服务成本。储蓄者可得到更高的回报，更多的储蓄手段的选择和更容易地获得金融产品的途径。而借款者则得益于对风险更准确的评估，等待时间的减少，在更大范围内到期，通过更好的借贷方式获得多渠道的资金。

①

其次，放松对金融市场的限制和扩大竞争可减少企业和普通资金积累成本，低成本反过来又降低产品价格，提高企业在国际市场上的竞争力。

再次，使用者还可以从金融服务改革及国际化中获得质量方面的好处。增加的竞争带来了范围更广的金融服务、更多可供选择的机构、提供服务的新方法以及价格战。许多原来只能从银行获得的产品也可通过竞争媒介得到。②

最后，假设信息、监督和风险估计比较充分的话，资本的自由流动能够使储蓄在国际上有效分配并使资源利用最优化。这也是我们说金融改革、金融自由化的目的。③

(3) 对全球金融服务自由化的反对意见

那些已开始改革金融服务部门和开放市场，实现金融自由化的国家开始实现收益。不过一些国家不愿完全放开，还有一些甚至不愿意放开。其原因如下：

首先，那些放开金融市场，即向外国开放市场并放开资本账户的国家的经历各不相同。银行及金融业的危机与改革和国际化的实行或是二者发生的时机错误有关。世界范围内对银行危机的分析发现，在所研究的 25 例中，有 18 例在前 5 年实行了金融开放。④

其次，经常有人说金融比较特殊——有些人说具有战略意义——是因为它为经济的增长和发展提供关键性的重要服务。这些服务最好是由国内利益集团拥有并控制。追求不同目标的各种外商的进

① Wendy Dobson and Pierre Jacquet: *Financial Services Liberalization in the WTO*, Institute for International Economics, Washington, DC, June 1998, P18.

② 参见同上第 5 页。

③ 参见同上第 4、18、20 页。

④ 参见同上第 30 页。

入，可能会控制本国工业，从而阻碍本国目标的实现。^①

最后，改革和国际化在政治方面会遇到困难。因为尽管消费者可能会获益，其他重要的利益集团则会蒙受损失。竞争的引入威胁到当地金融工业中的重要利益，就好比政府作用的减少威胁到特定官僚利益集团的地位。^②

让我们一个一个来分析这些观点。第一个观点就是金融改革、国际化和金融危机是有内部联系的。改革国内金融体系使其与国际接轨的确会引起风险，尤其是如果政府继续像以前那样规范和监督金融体系的话。但国外金融机构的介入和外资的引进并不一定会引起金融危机。国外金融机构的介入有助于加强、深化金融体制，从而减轻该体制在经济动荡时受到的冲击。曾经有人对最近5年内所发生的25例金融改革中的18例进行研究。该研究以及其他研究提示了银行业危机背后的很多原因。其中有源于国际经济的宏观政策不稳定——表现为贸易波动、国际利率变动和实际汇率不稳。此外还有以下因素，如国内经济增长和通胀率不稳定、通货膨胀，资本流入过旺、资产和负债结构不合理、金融改革准备不足。这些研究提示了这样的事实：尽管政策放开和国际化会产生货币休克，但政府所面临最基本的挑战还是应及早在改革进程中正视金融机构自身的弱点。换句话说，与经济表现息息相关的是改革的质量和设计。^③

第二个观点是金融体系比较特殊，因此应该由本国拥有和控制。在一定程度上，这个理由有其合理之处——几乎没有哪个政府能容忍本国金融机构100%地被外国所有^④。不过，外国的加入能带来大量利益并可以对之管理。乌拉圭回合协议明确表明允许这种管理。适当监管下的外国参与不仅可以提供外国储蓄、技术转移及现代化力量，而且也能提高金融部门的竞争性、有效性和多样性。革新以及市场内联的速度使得维持现状的成本提高。无法放宽限制和开放市场，居民就无法获得更高的收益，企业的融资成本也无法降低，这就使增长放慢，竞争性减弱，房地产部门和金融之间的联系

^① 参见同上第32页

^② 参见同上第30页

^③ 参见同上第60页。

^④ 新西兰是个例外，该国18家银行只有一家归本国所有，其余全由外国所有。

可能是中心问题。解决这个问题的最佳办法是实施宏观管理。^①

第三个观点是，如何处理难度较大的金融改革和国际化的政治经济学问题。不愿意改革的国家，其政府认为贸易谈判代表也应考虑在内。如果金融监管和金融机构的职能不能加强，而且实际中的弱点削弱借款者的信誉的话，市场开放和资本账户的开放就会带来实际的经济和政治风险。不过这并不意味着结论就是停止改革和放宽限制，而是在强调金融体系衡量风险的能力的情况下，把这一进程推进下去。协商策略的含义就是外交压力应被用来强化这一过程。这就要求扩大开放的决策力量与足够的灵活性的适当搭配以保证国内政治响应那种压力，从而加强推动放宽限制的力量。^②

(4) 金融服务业自由化谈判：WTO 有关磋商的简要回顾

尽管 GATS 覆盖了所有服务贸易，但真正谈判的结束是在乌拉圭回合的最后期限。金融服务谈判延至 1995 年 6 月 1 日，谈判的最后期限虽然往后推迟，但最初的进展却并不顺利。期间金融服务的谈判推迟到 1997 年 12 月 31 日。

金融服务谈判的一个障碍是许多发展中国家都不愿意承担责任。从根本上开放其金融部门，这些国家几乎不愿意作出任何新的承诺，相比较而言大多数 OECD 国家的金融系统已经很开放了。这种差异使人们有这样一种担心，那就是发展中国家可以轻易地从一个最终形成的以最惠国待遇为基础的多边协议中得到好处，不用怎么开放自己市场就能充分享有进入其他工业国金融市场的自由。这就是为什么到现在还有许多工业国不愿意（例如美国）或只是勉强答应在金融服务贸易中给予多边最惠国待遇。所以在这些谈判中，各工业国的立场主要就表现为不容忍这种“免费乘车”行为，尤其是美国。虽然谈判各方都作了妥协、让步，如美日达成双边保险协定等，但美国仍发现新兴市场国家原做法仍然不够令人满意，美国于 1995 的 6 月宣布撤销它在金融服务方面承担的大部分义务

^① Wendy Dobson and Pierre Jacquet: Financial Services Liberalization in the WTO, Institute for International Economics, Washington, DC. June 1998, P6.

^② Wendy Dobson and Pierre Jacquet: Financial Services Liberalization in the WTO, Institute for International Economics, Washington, DC. June 1998, P6.

并在整个部门范围开始免除最惠国待遇。

谈判于 1997 年 4 月 10 日正式重新开始。到 7 月上旬为止，只有 13 个国家提出新的承诺（欧盟还是作为一个国家），其中没有一个是新兴市场的国家，而恰恰是它们的承诺被认为是更需要的。不过，谈判终于在 1997 年 12 月 13 日取得了成果。包括美国（撤销了它的主要 MFN 免除）和大部分发展中国家在内，都认为所达成的协议明显是成功的，这是一块里程碑。FAS 于 1999 年 1 月底之前批准，当年 3 月正式生效。其又提出 56 项新的承诺。FSA 正式生效时一共有 102 个国家承担 GATTs 中金融服务下的各项义务。

（5）对金融服务协议（FSA）及其附件的评价

由金融服务协议及其附件组成的规则，是平衡缔约各方权利义务的产物，对金融服务贸易具有重大影响：一是涉及全球 95% 的金融服务贸易，包括全球 18 万亿美元证券资产、38 万亿美元左右的银行贷款和 2.5 万亿美元的保险费。二是所提供的连续不断的多边谈判机制，使金融自由化迈向更高层次，有助于推动更广泛深入的国际经济合作。三是对发展中国家规定的照顾措施，使之可以比较从容地进入有关谈判；发展中国家更多参与的规定，若能得到实施，将提高其国内金融业的竞争力和效率。四是也应看到，WTO 规定的“毕业”制度，给发展中国家金融业的稳定带来较大的挑战，特别是发展中国家毕竟处于竞争的劣势地位，因此，金融服务贸易自由化的最大受益者仍然是发达国家。

4.1.2 全球金融服务自由化下的外资银行监管

（1）必要性

“金融的自由化并不意味着谨慎规定的全面消除，相反需要加强”^①，“放松管制”（deregulation）也不能错误地理解为“取消金融监管”或对金融“不加监管”，实际上，放松监管要求的是利率自

^① Wendy Dobson and Pierre Jacquet: Financial Services Liberalization in the WTO, Institute for International Economics, Washington, DC. June 1998, P4.

由化和国内金融市场的开放,在这个基础上强调的是有效监管。^①这是因为随着20世纪70年代金融自由化浪潮的兴起的世界金融体系面临着新的风险和挑战,整个90年代多种危机事件不断、金融风险增大的现实客观上要求更加有效的金融监管与之相适应,金融监管成为金融自由化稳步推进的前提条件。

第一,金融自由化会降低一国货币政策的有效性。金融业的开放使一国金融当局对货币总量、利率、汇率和其他政策指标的控制,对国际收支调节以及对外汇管理等经济行为的有效性受到干扰和削弱。例如,当国内为抑制通货膨胀而采取紧缩的货币政策,使本国的金融市场上的利率提高时,国内的银行和企业可以很方便地从欧洲货币市场获得低成本的资金来源。同时,欧洲货币市场的国际游资也会因国内的高利率而大量渗入,从而削弱了国内紧缩货币政策的有效性。^②

第二,金融自由化会加剧一国金融体系的不稳定性。金融自由化的发展使得金融全球化进一步加深,各国金融市场越来越连成一体而成为统一的全球金融体系。它主要表现为金融机构及其业务的全球一体化,金融市场的一体化以及金融创新的全球一体化,以及金融立法和交易与国际惯例趋于一致。全球金融一体化一方面提高了资本的配置效率和市场效率,一定程度上促进了世界经济的发展;另一方面,也增大了金融风险,使得国际金融业的不稳定性更加突出,金融体系的脆弱性进一步加深。美国经济学家 Kane 认为,全球金融体系是按照生物学方式有机组织和构成起来的超体系,即是一个拥有相互联系的子系统的体系,由这些子系统共同完成金融领域的特殊任务。因此,全球金融体系必定有两种系统风险:一是子系统失灵风险,即各国金融体系风险;二是崩溃风险,即全球金融系统发生崩溃的风险。并且子系统之间的风险往往会相互传染,而且还与崩溃风险有一种互为因果的关系。这就导致一国的金融体

^① Harry Mcvea, *Financial Conglomerates and the Chinese Wall*, Clarendon Press Oxford, 1993, P3. 转引自贺小勇著:《金融全球化趋势下金融监管的法律问题》,法律出版社,2002年,第17页。

^② 参见蔡则祥、卡志村:《金融自由化与金融监管趋势》,《金融与保险》,2002年,第2期,第31-35页。

系很容易受到外国因素的干扰，加强了一国金融体系的不稳定性。^①

第三，金融自由化也会对本国的金融业产生巨大的冲击。在金融自由化和国际化发展的过程中，如果金融机构的数量和所提供的金融服务超过了社会需求限度和金融市场的容纳程度，就可能造成过度竞争而对金融业造成损害。^②

由以上分析可知，随着金融自由化的进一步发展，一国金融体系越来越容易受到国际因素的干扰，金融监管，特别是对外资银行的监管非但不能削弱，反而需要加强。

(2) 如何监管

首先，应强调与母国监管合作，信息互享，互相沟通，在监管工作方面分工合作，互为补充，统一监管，防止监管漏洞。

其次，在市场准入方面，注意选择资本雄厚、信誉卓绝、经营管理完善的国际性大银行。审批时坚持审慎原则。

再者，对日常营运监管应遵守国内有关法制及《巴塞尔协议》，依法监管，严格按标准谨慎监管。

另外，在外汇监管方面，通过收集信息、统计分析、建立完善外汇收支预警监测机制，以减少外汇不平衡的风险。

最后，根据过渡期的安排，以及“发展中国家更多参与”等其他优惠措施，保护国内银行业的稳健发展。

4.2 新巴塞尔协议下外资银行监管展望

4.2.1 监管国际合作：巴塞尔协议评述

(1) 监管国际合作的理由

随着国际银行业的不断发展，跨国银行的分支机构可能同时遍布几个甚至几十个国家，任何一个跨国银行都要同时接受母国和东道国的监管，而任何一个国家监管当局的监管在时间和空间上都是极其有限的。如何在东道国与母国之间分配管辖权及监管责任，是对跨国银行实施有效监管必须解决的问题。^③

^① 同上第32页。

^② 同上第33页。

^③ 张忠军：《金融监管法论——以银行法为中心的研究》，法律出版社，1998年，第346页。

依国际法之管辖原则，一个国家对其项事物能否行使管辖权，应视该国对该事务是否有合法管辖利益存在：如果其他国家就该事物亦有合法管辖利益存在时，则应调和各国利益以决定管辖权的归属^①。比较重要的管辖原则有“国籍原则”和“领域原则”。

国籍原则（National Principle）是一项公认的国际法原则，是指一国对其国民的行为、利益或其他关系，不论发生在世界任何地方，都能行使管辖权。然而，如何认定跨国银行的国籍并非易事。而跨国银行的管辖监督因其原籍国的不易认定极易形成监管上的漏洞，谁都想行使监管权，但事实上谁也无法从总体上有效监管。

依传统之领域原则（Territorial Principle），一国可对其领域内的人、事、物和行为行使管辖权。然而，领域原则在适用跨国银行时亦将面临困难。如果外国银行总行已进入破产程序，则东道国分行的破产管理人与母行（总行）的破产管理人究竟谁有权处分这些破产财产，极易发生争执。

可见，依传统国际法管辖原则很难在母国和东道国监管当局之间划分监管责任及权限，这样对一跨国银行就可能出现要么母国和东道国监管机关都管，要么都不管，或者只一方管另一方不管。但在国际银行业监管中的盲点总是存在的，这往往形成国际商业银行中的风险集中易发点。

由于各国的社会历史、经济、政治、法律、风俗和习惯的不同，因而形成了特色各异的金融监管制度，在监管标准、监管方式等方面不尽一致。特别是为取得竞争优势而开展的放松管制的恶性竞争，使得各国和地区的金融监管更添不协调和矛盾之处，使监管的有效性大大削弱，国际银行体系的稳定性面临极大的威胁。现实要求各国金融监管当局为了各国自身的各国共同的长远利益，必须加强银行监管的国际协调与合作。^②

（2）国际合作监管的有效探索

现阶段金融监管的国际合作协调卓有成效的内容主要是巴塞

^① 王文字：《金融市场国际管辖之研究》，《台大法学论丛》，第25卷，第1期第4页。转引自张忠军著：《金融监管法论——以银行法为中心的研究》，法律出版社，1998年，第346页。

^② 张忠军著：《金融监管法论——以银行法为中心的研究》，法律出版社，1998年，第348页。

尔委员会颁行的一系列国际银行统一监管的文件，即巴塞尔协议。在 20 世纪 70 年代中期以前，国际上没有正式的监管合作组织，各国监管当局在各自国家的金融法律体系框架内进行金融监管。1974 年，西德赫斯塔德银行、美国富兰克林银行、以色列——英格银行，因外汇投机而相继倒闭，对国际银行业震动很大。1975 年 2 月，经英格兰银行倡议，在国际清算银行（Bank for International Settlements）的主持下，美、英、法、日、西德、意、加、荷、比、瑞典 10 国集团（Group of Ten）以及瑞士和卢森堡，在瑞士巴塞尔成立了“对银行进行管制监督行动委员会”（Committee on Banking Regulation and Supervisory Practices），亦称“巴塞尔银行监管委员会（简称巴塞尔委员会）”。其成员包括各国中央银行行长和监管当局、中央银行的高级代表，每季例会一次，由国际清算银行担任大会秘书。巴塞尔协议主要包括《对银行的国外机构的监管原则》、《统一国际银行资本衡量和资本标准的协议》、《巴塞尔建议》、《资本协议的市场风险补充规定》以及《有效银行监管的核心原则》。

第一，1975 年制定的《对银行国外机构的监管原则》是巴塞尔委员会的第一个文件，其宗旨是制定国际合作监管的指导原则，按股权原则确定分行、多数股权子银行、少数股权子银行的定义，对母国和东道国的监管责任进行了划分。《对银行的外国机构的监管原则》迈出了国际监管合作的第一步，被称之为“国际监管合作的一块最重要的基石”（库克语）^①但该协定没有就各国不同的监管标准协调，对母国和东道国监管责任划分不清，各国出自各利益进行不同解释，因而在监管和实践中极易出现扯皮。这样就导致了修订本的出台。1983 年修订本的主要特点是，强调充分监管和综合监管（Consolidated Supervision）原则，吸收了“并表监管法”在此基础上对母国和东道国的监管责任进行了重新划分，并促使这些监管标准扩大到巴塞尔委员会成员之外。为了保证充分监管原则的实现，协定增加了监督新内容：如果母国当局认为东道国没有对其领土上经营的外资银行进行充分的监管，它可以扩大监管范围或者限

^① 孟龙著：《市场经济国家金融监管比较》，金融出版社，1995 年，第 108 页，转引自张忠军著：《金融监管法论-以银行法为中心的研究》，法律出版社 1998 年，第 353 页。

制、终止其海外机构的经营活动；如果东道国当局认为境内外资银行的母国没有实施充分监管，可以禁止该国金融机构前来设立机构或对其业务进行限制。^①在综合监管方面，虽然强掉母国当局在监管中的主导作用，但在清偿力、流动性、外汇关寸方面对母国与东道国责任作了划分。修订本综合监管原则的确定依据两个原则：一是股权原则，即拥有股权就享有监管的权力，二是地域原则，即东道国为跨国银行经营提供场所，最直接了解当地分支机构的经营状况，跨国银行的经营对东道国亦有影响，所以东道国也应负有一定的监管责任。

修订本虽然在许多方面都有进步，但也存在不少漏洞。首先，强调母国监管责任可能会在客观上鼓励东道国放松管制以吸引外资金融机构和资本，这有悖于协定制定的初衷。其次，强调对银行整个系统的综合监管和“并表监管法”，仍可能发生漏洞。如果国际银行把大量资金从伦敦转向新加坡去投机，那么该银行在伦敦的流动性比率或外汇暴露很可能不符合当地安全标准，但从全球综合资产负债表中考察，则全无问题。再次，一些国家特别是离岸中心所在地国的银行保密法规限制信息的流动，禁止母国当局实施现场检查，使得综合监管难以充分实施。最后，新协定仍只是提出了国际监管合作的框架，对清偿能力，流动性、外汇头寸等未提出具体可行的监管标准，特别是未能界定衡量银行承担风险能力的合格资本及资本充足率，这些差异是造成国际银行不平等竞争的重要原因之一。^②为此，巴塞尔委员会经过多年努力，于1988年7月正式通过了《统一国际银行资本衡量和资本标准的协议》。（简称《巴塞尔资本协议》）。

第二，《巴塞尔资本协议》主要内容是统一银行合格资本的定义及资本充足率的最低标准，着重从资本的构成和资产的风险权重系统方面强调资本与资产的关系，促使国际银行业在规定的期限内达到资本与风险资产的最低目标比率，以增强国际银行体系的健全

^① Richard Dale, Reflections on the BCCI Affair: A United Kingdom Perspective, The International Lawyer, Vol26, No.4.P951(Winter 1992).

^② 王军、周晓鸣著：《巴塞尔协议实施后的中国金融业》，中国经济出版社，1993年，第20页，转引自张忠军著：《金融监管法论——以银行法为中心的研究》，法律出版社，1998年，第358页。

与稳定，消除国际银行业间现存不平等竞争的根源，实现各国在高度一致公平基础上的竞争。并且，它使国际银行业监管第一次有了明确具体的执行标准，在寻求消除银行不平等竞争的根源方面迈出了重要一步^①。该协议已成为国际银行监管合作的重要指导性文件。^②

第三，《巴塞尔建议》是在 1991 年发生的金融丑闻——BCCI 事件背景下签订的，主要内容是确保母国和东道国监管当局密切合作，使所有国际银行业集团及其分支机构得到最低程度的有效监管。为此，监管当局应掌握的最低监管标准是：所有国际银行或银行集体，都应接受有能力实施统一监管的母国监管机关的监管；国际银行海外分支机构的建立必须事先得到母国和东道国监管当局的同意；东道国监管当局有权向银行和银行集团母国监管当局索取有关跨国分支机构的信息。

如果东道国监管当局认为上述三项最低标准不能使其满意，从达到最低标准的谨慎考虑，它可以采取必要的限制性措施，包括禁止机构的设立。

第四，《资本协议的市场风险补充规定》于 1996 年 1 月公布，1997 年底生效。银行风险主要有六类，分别为信用风险、市场风险、操作风险、流动性风险、结算风险和法律风险。巴塞尔委员会认为，从维护银行系统稳定和适度保护投资者出发，每一类风险都必须有充足的资本来支持。信用风险的资本要求，体现在 1988 年公布的《巴塞尔资本协议》中，而《补充协议》是针对银行市场风险而提出的。对操作风险、流动性风险、结算风险及法律风险的监管要求，巴塞尔委员会仍在积极研究。

第五，《银行业有效监管核心原则》（以下简称《核心原则》）于 1997 年下半年颁布，这是巴塞尔委员会加强国际银行业监管和新的重大步骤。《核心原则》对跨国银行业务要求实施全球统一监管，其主要内容是：银行业监管人员必须实行全球统一监管，对国际性银行业机构（主要是外国银行的分支机构）的各类银行业务采取有效的监督和审慎监管标准。统一监管的一个重要组成部分是与

^① 详细内容参见 3.2.2 “对外资银行的资本充足率监管”，这里就不赘述了。

^② George A. Walker, *The Law of Financial Conglomerates: The Next Generation*, *The International Lawyer*, Vol.30.No.1 P72-73(Spring 1996).

各有关监管人员（主要是本国监管机构）建立联系并交换信息；银行业监管人员对本地外国银行运作的要求应达到对国内各机构所要求的标准，监管人员还应有权享有本国银行业监管人员贯彻统一监管时所需的信息。

鉴于东道国监管机构只能监管外资银行的部分经营活动，东道国监管机构应确认母国监管机构对商业银行的海内外经营活动实行综合监管。为了有效实施综合监管，母国监管机构与东道国监管机构应共享监管信息并对信息保密。当东道国法律有碍于信息交流时，东道国监管机构应推动法律修改。

《核心原则》使得国际性金融机构与各国金融监管机构在对银行业全方位监管方面已经趋同化，必将对国际银行的经营与监管产生重大而深远的影响。

4.2.2 新巴塞尔资本协议下外资银行监管的展望

(1) 新巴塞尔资本协议述评

为了进一步加强资本风险管理，巴塞尔银行监管委员会于2001年1月公布新资本协议草案第二稿（一般称之为新巴塞尔资本协议，简称新协议），并广泛征求各界意见。这一文件是在1999年6月公布的文件的基础上广泛吸收多方意见后形成的。并于2002年初公布新协议草案第三稿，2002年定稿，2005年实施。

其一，新资本协议出台背景。

巴塞尔委员会是1974年由西方十国集团的中央银行行长倡议建立的，其成员包括十国集团中央银行和银行监管部门的代表。80年代拉美的债务危机对西方商业银行产生了巨大冲击，促使银行监管理念发生了重大变化，传统的以资产大小为实力象征的观念受到挑战，取而代之的是“资本是上帝”的新理念，1988年巴塞尔委员会正式颁布实施的《关于统一国际银行资本衡量和资本标准的协议》便是在这种气氛下出笼的，它的核心内容是对国际化程度较小的银行提出了最低资本充足率要求，包括资本的定义、风险资产的计算及8%的最低资本充足比率要求等三方面的内容。该协议的制订与逐步推广为进行有效的银行监管提供了依据，对防范与化解银

行的风险、维护银行体系的稳定发挥了积极作用。

然而，银行业的发展和创新的步伐却从未停止过。在技术进步、金融创新、同业竞争的推动下，国际银行业不断推陈出新，业务品种不断涌现，金融衍生产品大量使用，数据模型运用得越来越广泛，复杂程度越来越高，信用风险以外的多种风险诱发了国际银行业中多起重大银行倒闭和巨额亏损事件。特别是亚洲金融危机的爆发和蔓延所引发的金融震荡，使得金融监管当局和国际银行业迫切地感到重新修订现行的国际金融监管标准已刻不容缓。^①巴塞尔委员会于1996年的修订中加入了有关市场风险的条款，1999年出台的新框架对1988年协议又进行了较为彻底的修改，2001年元月公布的草案（第二稿）在肯定1999年框架的基础上进一步对具体问题进行了补充与完善。

其二，新资本协议主要内容，

新资本协议与1988年巴塞尔协议相比，主要在以下三方面做了修改：一是建立更加合理的监管框架。除了继续规定8%的最低资本充足率外，协议强调“三个支柱”（Three Pillar）在现代监管体制中的作用，第二支柱“监管审核程序”（Supervisory Review Process）和第三支柱“市场的约束”（Market Discipline）作为第一支柱“最低资本要求”（Minimum Capital Requirements）的重要补充手段，三个支柱必须协调使用才能真正体现新协议的精神。而这也是新协议区别于1988年协议的核心所在。二是新协议对风险的认识更加全面。1988年协议内容主要是针对信用风险而言，而新协议中有关风险的定义扩大为信用风险、市场风险和操作风险的各种因素，基本上涵盖了现阶段银行业经营所面临的真实风险，以保证银行资本充足性能对银行业务发展和资产负债结构变化引起的风险程序变化有足够的敏感性。三是除标准法外，允许银行运用内部评级法来衡量和测算信用风险和操作风险，使新的监管规则有一定的灵活性，有利于吸收现代大型银行管理风险的各种先进经验。新协议较1999年6月框架性文件，更加深入，尤其是它在内部评级

^① 崔滨洲：《论新巴塞尔资本协议与国有商业银行经营管理》，《金融与保险》，2001年，第11期，第122-125页。

的方法、外部评级在标准方法中的应用、降低信用风险的技术资产证券化和操作风险的处理等方面都进行了重大调整。^①

第一支柱：最低资本要求（Minimum Capital Requirements）。在各种风险中，第一支柱集中考虑了信用风险、市场风险和操作风险。确立最低资本比例的分母是由三部分组成：信用风险的加权资产与市场风险资本和操作风险资本的各 12.5 倍之和。^②利率风险在支柱二的银行业帐簿中考虑。^③信用风险中除标准方法（Standard Approach）外，还允许银行采用内部评级法（Internal Ratings-Based Approach，“IRB”）中的初级方法和高级方法。在确定信用风险的标准方法中，对各交易对手的各种风险，如主权风险、银行风险和公司风险都是在外在信用评级机构评级的基础上确定风险权重。^④与 1999 年 6 月提出的框架相比，新协议有关规则提高了风险敏感性，如对公司风险增加了 50% 和 150% 两个风险权重。

信用风险采取按标准方法和基于内部评级基础上的方法计算风险加权资产，标准方法与 1996 年 6 月提出的标准方法原则相同，但在一些具体的规则上有些变动，如对一些颇具争议的外在信用等级及风险权重的确立原则进行了调整。如以当地货币计值和融资的银行间的短期债权可有更优惠的风险权重。^[112]在 1999 年 6 月征求意见稿中，曾提出银行和公司的风险权重不应低于主权风险权重，而新协议则修改了这一规则，对于那些较主权国家有更高信用级别的银行和公司可获得更为优惠的权重。^⑤在实际操作中，同一机构可能有多种外在信用评级，同时还有长期评级、短期评级等区别。新协议提出，在多个信用等级中，选择其中两个最高信用等级进行参考，如果这两个信用等级相同，则以这一等级确定权重，如果两个等级不同，则取评级较低的等级。降低信用风险方法包括担保、抵押、信用衍生品和净值交割安排等，这些方法在现代银行业中得到广泛应用。对此类技术，在新协议的标准方法和内部评级的基础

^① See: The New Basel Capital Accord, on Banking Supervision Consultative Document, issued for Comment by 31 May 2001, January 2001.

^② See: The New Basel Capital Accord (January, 2001)

^③ See: The New Basel Capital Accord (January, 2001)

^④ See: The New Basel Capital Accord (January, 2001)

^⑤ See: The New Basel Capital Accord (January, 2001)

方法中按照同样的方法予以处理。在内部评级的高级方法中，则更多地依赖于内部确定的信用等级及相应的处理技术。考虑到降低信用风险的方法可能引起操作风险和其他风险，巴塞尔委员会还制订了具体的操作准则。^①

内部评级方法对企业、银行和主权风险采取了同样的处理方式，并且为零售产品、项目融资和持有证券的风险提供了独立的分析架构。内部评级方法对每一类分险都考虑了三方面因素：一是风险构成因素，各银行可以使用自己的估计数或标准的监管参数；二是风险权重函数，该函数将风险构成因素转化成为银行计算风险权重资产的风险权重；三是最低资本要求，银行采取内部评级方法时需要满足的法定资本量。银行对信用风险的内部测量是根据与借贷者和交易对手过去交易记录的分析，对借贷者、交易对手的违约情况进行评定，并给予相应的评级。银行对其内部评级的每一等级估计违约概率、既定违约下的损失和违约时的风险量，内部评级方法风险权重是由这三个因素的函数决定的，这个函数将三个因素转化成监管风险权重。在标准方法中，风险权重资产是风险权重和风险计量出来的，而在内部评级方法中，风险量被定义为违约时风险量。在使用内部评级方法时，最低资本要求要考虑信用风险的划分类别、评级体系、估计违约概率、数据收集和 IT 系统、内部评级等。

除了信用风险和市场风险外，新协议对银行其他风险的资本要求主要集中于对操作风险的分析。这是在 1999 年 6 月框架征求意见后增加的内容。对于操作风险，巴塞尔委员会提出了集中方法，包括基本指数法、标准方法和内部测试方法。^②根据大多数大型银行的实际经验，它们一般保留经济资本的 20% 用于应对操作风险。

第二支柱：监管审核程序（Supervisory Review Process）。新协议确定的第二支柱是确保每家银行有合理的内部评估程序，以便银行首先对其面临的风险有正确判断，并在此基础上及时评估资本的充足状况。委员会对 1999 年 6 月征求意见稿有关监管当局监督检

^① The New Basel Capital Accord, on Banking Supervision Consultative Document, issued for Comment by 31 May 2001.

^② The Basic Indicator Approach, the Standardised Approach and the Internal Measurement Approach (IMA) See: the New Basel Capital Accord, Article 548.

查的四个概念做了进一步论述，并明确了四项基本原则：一是银行应具备与其风险状况相适应的评估总量资本的一整套程序，以及维持资本水平的战略。二是监管当局应检查和评价银行内部资本充足率的评估情况及其战略，以及银行监测和确保满足监管资本比率的能力。若对最终结果不满足，监管当局应采取适当的监管措施。三是监管当局应希望银行的资本高于最低资本监管比率，并应有能力要求银行持有高于最低标准的资本。四是监管当局应争取及早干预，从而避免银行的资本低于抵御风险所需的最低水平，如果资本得不到保护或恢复，需迅速采取补救措施。^①除了这四大原则外，巴塞尔委员会要求监管评估过程要与最低资本标准保持一致。为了确保这些内部方法、降低信用风险方法和资产证券化满足监管资本量的要求，银行要确立风险管理标准和信息披露制度，银行尤其要披露计算信用风险和操作风险的最低资本要求时所使用的内部方法。监管机构对银行的评估可采取现场、非现场检查及与银行管理部门座谈等手段来实现。^②

第三支柱：市场约束（Market Discipline）。新协议在应用范围、资本构成、风险评估和管理过程及资本充足性方面提出了定性和定量的信息披露要求。新协议强调了有关风险和资本关系的综合信息披露，监管机构要对银行的披露体系进行评估。而巴塞尔委员会则致力于推出具有统一标准的披露框架。信息披露包括核心信息和附加信息的披露两种情况。那些活跃的大型银行，每季度要进行一次信息披露，而对于市场风险，在每次重大事件发生后都要进行披露。对于一般银行，要求每半年进行一次信息披露。^③

其三，新巴塞尔资本协议的特点

第一，新巴塞尔资本协议实质上是强化风险管理的协议。新协议首次将市场风险和操作风险纳入风险管理范畴，强调它们之间的相关性，并分别提供了从简单到高级的一系列风险衡量方法，以更加合理地确定一定资本额对应的风险资产额，并将全部银行集团的

^① See: The New Basel Capital Accord, Article 592-632.

^② 崔宾洲：《论新巴塞尔资本协议与国有商业银行经营管理》，《金融与保险》，2001年，第11期，第124页。

^③ The New Basel Capital Accord, on Banking Supervision Consultative Document, issued for comment by 31 May 2001. Article: 633-674

风险都涵盖在内。^①因此，本质上是一个强化风险管理的协议。

第二，新协议是更加灵活、更加动态化的规则。新协议允许银行实行内部评级方法，使新的监管规则有一定的灵活性，有利于吸收现代大型银行管理风险的各种先进经验。新协议为了鼓励对支柱一所确立的资本要求方法进行更新，鼓励银行不断改进风险评估方法，不断发展更为精细的风险评估体系。同时，也鼓励银行在具备充分数据的条件下，采用高级的内部评级方法。新协议有利于促进现代银行业风险管理技术进步。

第三，新协议重视定性和定量结合，定量的方面更加精细化。新协议本身是定量（资本计算）和定性（对监管过程、银行管理体系的要求和利用市场的约束规则）方面的结合。众所周知，资本定量计算固然重要，但由于数据获取的困难和有些风险难以量度等原因，无法实现完全的计量化。因此，制度建设和过程控制是非常重要的补充。新规则对信息披露也同时强调定量和定性的要求。

第四，新协议突破了传统银行业限制。新协议本身考虑到控股公司下的不同机构并表问题，在产品方面，涵盖了证券化资产和银行持有证券的资本要求，同时巴塞尔委员会也着手推动与保险业监管机构合作，以进一步推动新规则的发展。新协议从机构和业务品种方面，推广了经典的最低资本比例的适用范围，这为银行业全能化发展环境下，金融业合并监管的形成确立了重要的政策基础。^②

（2）新巴塞尔资本协议下对外资银行监管的要求

虽然新巴塞尔资本协议对于银行监管提出了较以前更严格的标准，一时很难在中国执行。^③对此，中国社会科学院经济研究中心主任李杨认为，中国银行业应该有一个过渡的执行期，但时，对于资本势力强大，管理经营好的外资银行来说，执行新协议标准刚好可以弥补自身不足，加强外部监督管理，提高经济效率，稳步发

^① 全瑜铭：《浅议新巴塞尔资本协议对风险管理工作的立法影响》，《国际金融研究》，2002年，第1期，第58-63页。

^② 全瑜铭：《浅议新巴塞尔资本协议对风险管理工作的立法影响》，《国际金融研究》，2002年，第1期，第58-63页。

^③ 正如一位国际经济界资深人士所说：“若执行新的巴塞尔协议，中国将只剩下一家银行。”参见：<http://www.investforum.com.cn> 及 www.21cif.com。

展。依据新协议，加强外资银行监管可以从以下几个方面着手：

第一，强化对外资银行的风险监管意识。正如上文所说，新巴塞尔资本实际上是一个强化风险管理的协议。除了强化意识外，还应从具体制度设计方面下功夫，确保风险监管的各项任务能得以执行。

第二，对外资银行监管进一步做到定性与定量相结合，这样做的好处是，监管能落到实处，具体应做到如：内部评级方法中风险估测采用借款人的违约概率（PD）借款的特定违约损失（LGD）和违约风险暴露（EAD）等多种变量。

第三，加强外资银行的信息披露制度。信息披露制度是保证最低资本充足率的前提。只有公开披露银行资产、经营、组织与股权结构、高层管理人员等方面的信息，才有可能保证最低资本充足率的确定。并且，公开披露的信息一定做到：真实、准确、有效。

第四，进一步加强对外资银行的监督检查。按新协议的要求，监管当局应严格监察其资本充足率等风险管理。同时要保证监管的有效性与独立性以及被监督性，提高监管水平，确保金融安全。

5 我国外资银行监管立法现状及其完善

5.1 我国外资银行监管立法现状评析

5.1.1 我国外资银行监管法制现状

(1) 外资银行监管法律体系现状

从1980年到2002年,由全国人大及其常委会、国务院及中国人民银行颁布的各种金融法律、法规近千件,而中国人民银行省级分行也颁布了大量法规。这些法律法规中,有一些涉及到外资银行的监管,有一些是专门的外资银行立法。因此,我国调整外资银行的法律的等级效力,大致可分为三个层次:第一,全国人大及其常委会通过的法律,如《中国人民银行法》、《商业银行法》、《公司法》等;第二,国务院、中国人民银行等制定的行政法规,如《外资金融机构管理条例》及其《实施细则》、《中外合资投资银行类机构管理暂行规定》、《在华外资银行设立分支机构暂行管理办法》、《外资金融机构中、高级管理人员任职资格暂行规定》等;第三,中国人民银行省级分行公布的行政法规,主要是一些补充性规章制度。

中国关于外资银行的法律法规的内容涉及到方方面面,但归纳起来,还是一个对外资银行的待遇问题。我国对外资银行的待遇大致可以分为三方面:一定范围的国民待遇、优惠待遇以及差别待遇。

首先,在国民待遇方面,由于我国对外资金融机构监管有专门立法,因此在整体下外资银行不享有国民待遇。但在一些对中国国家安全与社会公共利益没有不利影响的领域,中国一般给予外资银行国民待遇。如在司法行政救济、财产保护、某类税收、外汇管理、企业组织制度、经营安全、劳动保护、环境保护等方面,依照《宪法》、《民事诉讼法》、《知识产权法》、《外汇管理条例》、《公司法》、《劳动法》、《环境保护法》等法律法规相应地给予外资银行与我国银行相同的待遇。

我国在社会主义市场经济体制完全建立前,以谨慎的态度在较少范围内给予外资银行国民待遇,这是有政治、经济、法律等诸方

面原因的：一是改革开放后较长一个时期，4大国有银行主要靠行政命令调整金融关系，银行成了行政的出纳，真正的市场机制没有建立起来。实行这种“国民待遇”，显然习惯于市场经济的外资银行难以适应。二是中国的银行由于经济成分、设立区域等因素，实际上没有统一的国内“国民待遇”，因此，外资银行也难以比照。三是我国社会经济发展水平低，同外资银行相比还有相当大的差距，而金融业是关系到国计民生的敏感部门，因此不能整体给予外资银行国民待遇，而只能随着改革开放的不断深入和综合国力的增强，逐步对外资银行实行国民待遇。

其次，在优惠待遇方面，我国除开在少数方面给予国民待遇之外，也在一些方面给予优惠待遇，如：一是外资银行的注册资本其认缴比内资银行优惠，如我国《商业银行法》第13条规定：设立商业银行的注册资本最低限额为10亿元人民币，注册资本应当是实缴资本。而《外资金融机构管理条例》第5条规定：独资银行、合资银行的注册资本最低限额为3亿元人民币等值的自由兑换货币，注册资本应当是实缴资本。二是在所得税方面，外资银行享有低税率、税收减免等优惠；在关税方面也享有优惠，如外资银行进口必要的营运设备、仪器、电器、自用交通工具、办公用品等，可以免征进口税。三是在救济方面，外资银行除了享受国民待遇外，在一定条件下还可以寻求国际救济，如国际仲裁；还有在发生非商业风险时可由本国海外投资保险机构代位求偿。四是外资银行在资本流动、外汇使用、国际业务等方面享有优惠。

在特定时期给予外资银行优惠待遇是完全有必要的。这是因为：从国际经济的环境来看，流入发展中国家的外资呈现下降趋势，发展中国家纷纷采取优惠措施，吸引外资。因此，给予外资银行优惠待遇是国际竞争的需要。从国内经济环境来看，中国需要引进外资银行来加快本国经济发展的步伐。外资银行一般具有先进的金融管理经济，雄厚的资金等，而这些都是我国所缺的，同时也引入了竞争机制。

最后，在差别待遇方面，由于外资银行的引入也存在着弊端，因此，我国对外资银行也采取了一定的限制措施。如：对外资银行

的审批比较复杂和严格，业务和经营范围受到限制，地域和数量在目前也受到限制，对高层管理人员的监管要求和当地成分要求等等。

（2）我国现行外资银行法规的主要内容

我国现行外资银行法规主要体现在《中华人民共和国外资金融机构管理条例》（简称《管理条例》）及其《实施细则》中。

第一章 总则。规定了对外资银行监管的目的：促进银行业的稳健运行。外资银行进入中国的形式：独资银行、外国银行分行以及合资银行。外资银行的主管机构：中国人民银行。（中国人民银行分支机构对本辖区内外资银行进行日常监督管理。）

第二章 设立与登记。规定了独资银行、合资银行的注册资本最低限额为3亿元人民币等值的自由兑换货币，注册资本为实缴资本。外国银行分行应当由其总行无偿拨给不少于1亿元人民币等值的自由兑换货币的营运资金。设立独资银行，申请人应当具备下列条件：一是申请人为金融机构；二是申请人在中国境内已设立代表机构2年以上；三是申请人提出设立申请前年末总资产不少于100亿美元；四是申请人所在国家或者地区有完善的金融管理制度，并且申请人受到所在国家或者地区有关主管当局的有效监管，五是申请人所在国家或者地区有关主管当局同意其申请；六是中国人民银行规定的其他审慎性条件。（如《实施细则》中所称的审慎性条件包括具有合理的法人治理结构；具有稳健的风险管理体系；具有健全的内控制度；具有有效的管理信息系统；申请人经营状况良好，无重大违法违规记录；具有有效的反洗钱措施。）设立外国银行分行，申请人应当具备的条件基本与设立独资银行的条件相同，不同之处是申请人提出申请前1年年末总资产不少于200亿美元，并且资本充足率不低于8%。设立合资银行的条件则与设立独资银行的条件基本相同。在审批制度方面，中国人民银行实行比较严格的条件，外资银行要经过初步审查和正式审查后才能营业。

第三章 业务范围。规定外资银行：一、吸收公共存款；二、发放短期、中期和长期贷款；三、办理票据承兑与贴现；四、买卖

政府债券、金融债权，买卖股票以外的其他外币有价证券；五、提供信用证服务及担保；六、办理国内外结算；七、买卖代理买卖外汇；八、从事外币兑换；九、从事银行卡业务；十、提供保管箱服务；十一、提供资信调查和咨询服务；十二、经中国人民银行批准的其他业务。外资金融机构经营人民币业务的地域范围和服务对象范围，由中国人民银行按照有关规定核定。

第四章 监督和管理。一、在利率与手续费方面，由外资银行按照中国人民银行的有关规定确定。二、在存款准备金方面，外资银行经营存款业务，应当向所在地区的中国人民银行分支机构缴存存款准备金，其比率由中国人民银行制定，并根据需要调整。外国银行分行的营运资金的 30%应当以中国人民银行指定的生息资产形式存在，包括在中国人民银行指定的银行的存款等。三、外资银行的资本充足率不得低于 8%，其计算考核办法按照中国人民银行颁布的有关规定执行。四、在贷款集中方面，外资银行对 1 个企业及其关联企业的授信余额，不得超过其资本的 25%，但是经中国人民银行批准的除外。五、在固定资产方面，外资银行的固定资产不得超过其所有者权益的 40%。六、在资本及风险资产中人民币份额方面，独资银行和合资银行资本中的人民币份额与其风险资产中的人民币的份额比例不得低于 8%；外国银行分行营运资金加准备金等之和中的人民币份额与其风险资产中的人民币份额的比例不得低于 8%。对此比例，中国人民银行应当按照有关规定逐步调整。七、在流动性方面，外资银行流动性资产余额与流动性负债余额的比例不得低于 25%。其中流动性资产余额是指现金、黄金、在中国人民银行存款、存放同业、一个月到期的拆放同业、一个月到期的其他应收款，一个月内到期的贷款，一个月内到期的债券以及其他一个月内可兑现的资产之和扣除预计不可收回的部分；流动性负债余额是指一个月内到期的存款、一个月内到期的同业拆入款、一个月内到期的应付款、境外联行往来及附属机构往来的负债方净额、其他一个月内到期的负债之和。外资银行应每日按人民币、外币分别计算并保持流动性比例。中国人民银行对独资银行及合资银行的流动性比例实施并表考核，对外国银行分行按单个机构考核。八、

外资银行从中国境内吸收的外汇存款不得超过其境内外汇总资产的70%。中国人民银行应按照规定逐步调整比例。九、外资银行应按照规定计提呆账（坏账）准备金。

5.1.2 我国外资银行监管法制中存在的问题

(1) 外资银行监管法律体系的缺陷

一是外资银行监管法律体系不健全。我国《中国人民银行法》仅51条，其中只有个别条款涉及到外资银行的监管，主要是《外资金融机构管理条例》及其《实施细则》，此外还有《上海浦东外资金融机构经营人民币业务试点暂行管理办法》等法规。

二是外资银行监管法效力层次低，主要是行政法规，且专门法规也不多，又缺乏内在一致性。并且很多他方都出现了立法空白。

三是已有规范有待修改和完善。有些法律法规的指导原则、立法精神、内容及技巧，与国际规范比较还存在不小的差距，有的法规内容陈旧，相互冲突，修改并未跟上。《外资金融机构管理条例》及其《实施细则》虽经修改，但仍有许多不完善的地方。

四是统计不规范，信息系统落后。中国的会计制度、统计制度与国际标准及惯例相比存在着不一致的地方。而信息技术手段落后，信息资料零散，缺乏系统性。

(2) 外资银行监管法规存在的问题

一是外资银行监管法规不健全，覆盖面较窄，原则性强而可操作性弱，存在许多漏洞。就专门法规而言，我国现行法律只有《外资金融机构管理条例》及其《实施细则》。但仅有的法规又只是原则性的规定，可操作性不强，且规定不全面，许多地方是立法空白，跟不上金融自由化及金融创新的步伐。

二是对外资银行监管目标和原则不明确。我国外资银行监管的实践中，长期贯彻的是“重引进、轻管理的监管方略，对外资银行的引入规定了较为严格的条件，但对引进后这些外资的实际营作缺乏有效监管。在监管原则方面，既存在次国民待遇，又存在超国民待遇，不符合国民待遇原则。如我国一方面对外资银行的市场准入

和业务限制，另一方面又给予外资银行在税收等方面的优惠政策，从而导致国内银行在竞争中处于不利局面。

三是外资银行监管体制与其经营方式不协调。混业经营、混业监管是当今世界金融发展趋势，进入我国的外资银行也基本上都是混业经营或是其母行是混业经营，而我国现行监管体制基本上还是分业监管，显然不协调。

四是对外资银行监管的方式单一。尽管近几年来，我国采用了世界普遍流行的现场稽核与非现场相结合的方法，但在非现场稽核方式方面没有真正落到实处，缺乏相应的配套措施与设施。

五是缺乏风险预警系统。金融预警系统的建立和运作，旨在使监管人员能在最短时间内以一种快速的计算分析方法找出存在经营困难问题的机构，较快地处理实际发生的金融问题，降低和消除金融隐患。鉴于金融风险相关的基本经济因素反映经济指标上，数量化的预警成为可能。经济指标出现大幅度变动，这些经济指标的临界值可以通过计算得知，一旦发现指标的变化超越临界值，政府当局或有关部门便可采取相应的化解金融风险措施，消除金融隐患，防止其衍化成金融危机。^①

六是重合规性监管，轻风险监管，金融风险监管体系不完善。新巴塞尔资本协议实质上是一个风险管理协议，而我国对外资银行的监管，特别是风险监管方面与新协议相去甚远。几乎还没有考虑新协议所涉及的市场风险及操作风险等。更是缺乏全方位监管的风险监测体系。

七是与母国监管当局的监管合作有待完善，主要体现在充分监管原则、母国监管为主原则以及并表监管等几项原则，与母国监管当局沟通、合作不够。

八是缺乏分级监管制度。实行分级银行制的好处是既可增强外资银行的自我约束能力，又可促进外资银行更好地为我国经济金融市场服务。香港在这方面经营管理的经验值得借鉴。香港对外资银行实行分级牌照制度，即根据外资银行的实力、管理素质和守法情况，对其进行不同的级别分类，并因此从事不同的经营范围，这是

^① 袁达松：《化解金融风险的法律制度》，《法学》，2000年，第11期，第67-71页。

对抵抗风险能力不同的银行进行区别监管。我国目前中外资银行都没有实行牌照制度。^①

九是在市场准入方面，对外资银行的资产总规模以及在同一个城市的网点都没有限制性规定，这不利于过渡期间中资银行与之平等竞争。

十是设立外资银行的注册资本要求过低。明显低于设立国内商业银行的资本金要求。

十一是对外资银行信贷资金的投向没有限制，许多发展中国家为了优先发展一些行业和部门，对外资银行的贷款投向作了强制性规定，例如泰国要求外资银行与本国银行一样必须将存款额的 13% 贷给农业部门。而我国没有这方面的规定。^②

十二是存款保险制度的建立尚缺。根据世界各国经验，存款保险制度对于化解金融风险，维护金融稳定有着不可替代的作用，而我国的存款保险制度却迟迟没有出台。另外，在外资银行市场退出机制方面的规定也过于笼统、粗糙。

十三是信息披露制度不完善。新巴塞尔资本协议特别强调信息披露制度对于银行资本充足率监管的作用，把信息披露作为资本充足率监管的前提。综观世界各国银行法，信息公开披露已经成为其中极为重要内容。在我国虽然银行信息披露制度的基本框架已形成，但仍存在许多局限性，需要强化信息公开披露制度。

十四是缺乏行业自律制度，内控制度不完善，全方位监管外资银行的监管体系尚待建立。法律监管不是万能的，总有些方面不能及时跟上日益创新发展的金融行业，因此，行业自律制度就有了滋生的土壤，刚好可以弥补法律监管的不足。而我国内外资银行行业自律制度都还未建立起来。内部控制制度是银行业稳健发展的内在保障，并且外部监管也要通过内部控制制度这一内因来起作用。而我国内外资银行的公司治理结构等方面的内控制度都还未真正完善起来。总之，对外资银行从内到外，从法律监管到行业自律的全方位监管制度都还没有建立起来。

^① 王继青、徐惠平：《我国外资银行监管问题研究》，《上海金融》，2000年，第2期，第20-23页。

^② 王红铃：《我国外资银行法律监管的现状及其完善》，《河北法学》，2000年，第4期，第53-55页。

5.2 完善我国外资银行监管法制的对策

第一，按照实行国民待遇的思路，重构我国外资银行法律体系。

在外资银行的经营管理活动的主要方面，内外资银行应该逐渐适用统一的法律，而对外资银行不给予国民待遇的方面，应另行专门立法。如制定《外资银行法》，(根据混业经营的发展需要，再制定《外资金融机构法》)《外资银行法》只管外资银行的定义，设立审批、资本构成、合资比例、经营范围和期限、资本转让等限制实施，以及经营管理自主权、资本及利润的汇出、征收及其补偿等保护措施。至于外资银行的设立、变更、终止、组织形式和管理等，按其责任形式分别适用《公司法》《商业银行法》等。

第二，提高外资银行监管的立法层次与效力，由全国人大常委会起草出台《外资银行法》，专门立法，同时废止法律效力偏低的《外资金融机构管理条例》。

第三，根据巴塞尔协议、新巴塞尔资本协议以及发达国家对外资程序监管的成功经验，对我国外资银行监管增加或完善一系列具体制度及措施：

(1) 明确我国外资银行监管的目标与原则。我国外资银行监管的目标可概括为稳健、效益和公平竞争。我国外资银行监管的原则是从有限的保护主义原则逐步过渡到国民待遇原则。

(2) 对外资银行监管逐渐适用混业监管模式，并采取现场与非现场稽核相结合的监管方式。

(3) 建立对外资银行金融风险预警制度，完善外资银行金融风险监管体系。

(4) 完善与母国监管当局合作制度，包括充分监管制度、有效监管制度、母国监管内主制度以及综合监管制度。

(5) 创立对外资银行分级管理制度。学习香港的三级牌照制度，对外资银行根据不同情况，分别发放 A 类(全面性业务)、B 类(有限业务)和(类(离岸业务))等三类不同牌照。

(6) 限制外资银行资本总量以及同一城市网点数量。

(7) 严格按新巴塞尔资本协议的要求来确定外资银行的资本充足率，适当提高外资银行最低注册资本要求。

(8) 建立具有我国特色的存款保险制度，完善我国外资银行市场退出机制。

(9) 完善信息披露制度，强化信息公开披露。

(10) 创设外资银行同业自律制度，完善外资银行内控制度，加强监管当局外部监管，建立全面、系统、多方位的外资银行监管体系。

结 束 语

到此，终于可以松一口气了。文章总算写完了，但留下了比以前更多的问题与思考。

首先，“金融很重要，是现代经济的核心。金融搞好，一着棋活，全盘皆活。”^①这是1991年邓小平同志视察上海时讲的一番话，正是冲着这番话的深刻涵义，我选择了外资银行监管法制问题作为我的论文选题。经济法学界有一种观点，即经济法基本上是“七份经济，三份法律”。说明要想学好经济法，必须有很好的经济学知识作基础。国际经济法则要求以国际经济学作基础。而本人经济学知识贫乏，但已经选定了题目，也只好边写边学，硬着头皮把论文写下来。因此，文中涉及到的经济学特别是金融方面知识还有待进一步学习。

其次，就金融监管本身而言，现在全球都在搞金融自由化，放松管制，减少政府干预(如：使国有商业银行私有化、股份制，放开利率，允许金融机构跨部门活动等)，同时又要加强对其监管与管理。这表面上看来，有些矛盾，实则不然，关键是如何找到两者的平衡点，实现成本与效率稳定的双赢。这是值得我们进一步深入研究的问题。

另外，论文内容的取舍方面，由于篇幅有限，对外资银行监管与国内商业银行相同的地方，尽量少写，如：内外资银行监管方式基本一致，因此文中就基本未涉及。还有的内容，如，内控制度对外资银行监管而言也很重要，甚至是太重要了，^②应另作专文对其论述，因而文中也很少涉及，只是为了顾全论文体系，象征性提了一下。

再者，由于本人知识有限，论文的写作有许多方面都是在学习前人的成果。另外，由于条件有限，缺乏对外资银行监管的实地考

^① 参见《邓小平文选》第3卷第366页，人民出版社1993年10月第1版，转引自戴相龙主编：《领导干部金融知识读本》，中国金融出版社，1997年，第1页。

^② 曾有经济学界及法学界人士这样说，内控制度是事物发展的内因，外部监管是事物发展的外因，而内因是事物发展的根本动力，外因要通过内因起作用。因此，从某种意义上来说，内控制度才是银行监管的关键。

察，肯定有许多地方不成熟、不中肯，错误疏漏也在所难免，希望大家批评指正。

总之，文章写完只是形式上的结束，对外资银行监管法制问题的研究之路还很漫长，且多坎坷，但我会以之为起点，作为契机，不畏艰难，边学习边研究，以求对外资银行监管法制问题有所作为。“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索。”这也算是我对科研的一种人生态度吧。

参考文献:

一、中文类:

1. 邹立刚、张桂红著:《对外资金融机构的法律监管》,法律出版社,2001年。
2. 张忠军著:《金融监管法论——以银行法为中心的研究》,法律出版社,1998年。
3. 周道许主编:《现代金融监管体制研究》,中国金融出版社,2000年。
4. 葛兆强著:《国有商业银行制度导论》,中国经济出版社,2000年。
5. 李早航著:《现代金融监管——市场化国际化进程的探索》,中国金融出版社,1999年。
6. 曹永刚、王萍、类成曜编著:《现代金融风险——国际金融创新的趋利避害》,中国金融出版社,2000年。
7. 戴相龙主编:《领导干部金融知识读本》,中国金融出版社,1997年。
8. 焦瑾璞著:《WTO与中国金融业未来》,中国金融出版社,2000年。
9. 江春等编著:《中国金融业成功应对WTO》,武汉大学出版社,2001年。
10. 孙南申著:《中国对外服务贸易法律制度研究》,法律出版社,2000年。
11. 陈小敏等著:《美国银行法》,法律出版社,2000年。
12. 朱大旗著:《金融法》,中国人民大学出版社,1999年。
13. 王贵国著:《国际货币金融法》(第二版),北京大学出版社,2002年。
14. 李仁真主编:《欧盟银行法研究》,武汉大学出版社,2002年。
15. 马卫华著:《WTO与中国金融监管法律制度研究》,中国人民大学出版社,2002年。
16. 黄毅、杜要忠译:《美国金融服务现代化法》,中国金融出版社,2000年。
17. 胡炳志等主编:《全球金融大震荡》,武汉大学出版社,1998年。
18. 王红玲:《我国外资银行法律监管的现状及其完善》,《河北法学》,2000年,第4期,第10-11页。
19. 陈洁:《外资银行进入我国金融市场的策略引导》,《金融法苑》,2000年,第3期,第52-54页。
20. 张庆麟:《外资银行监管若干问题研究》,《法学评论》,1999年,第2期,第10-12页。
21. 徐子光:《法国金融机构管理之借鉴》,《台湾经济研究月刊》,1995年,第4期,

第 10-13 页。

22. 莫于川:《市场经济国家的行政指导简考》,《外国法学研究》,1995 年,第 4 期,第 52-54 页。

23. 张大荣:《日本金融厅及其金融监管现状》,《国际金融研究》,2001 年,第 5 期,第 61-63 页。

24. 宋海鹰:《〈金融服务与市场法〉对英国金融监管的改革》,《国际金融研究》,2001 年,第 5 期,第 23-24 页。

25. 雷永健、张含鹏:《对当前金融监管体系的几点思考——兼谈金融混业经营发展的趋势》,《金融与保险》,2001 年,第 11 期,第 25-27 页。

26. 蒋明康:《在华外资银行监管模式探讨》,《上海金融》,2000 年,第 10 期,第 21-24 页。

27. 温树英:《构建我国金融机构市场退出的监管法律体系》,《政治与法律》,2001 年,第 1 期,第 43-46 页。

28. 毛玲玲:《建立我国银行的存款保险制度(下)》,《金融法苑》,2001 年,第 12 期,第 105-108 页。

29. 参见蔡则祥、卡志村:《金融自由化与金融监管趋势》,《金融与保险》,2002 年,第 2 期,第 31-36 页。

30. 崔滨洲:《论新巴塞尔资本协议与国有商业银行经营管理》,《金融与保险》,2001 年,第 11 期,第 122-128 页。

31. 全瑜铭:《浅议新巴塞尔资本协议对风险管理工作的立法影响》,《国际金融研究》,2002 年,第 1 期,第 59 页,第 60-64 页。

32. 袁达松:《化解金融风险的法律制度》,《法学》,2000 年,第 11 期,第 67-69 页。

33. 王继青、徐惠平:《我国外资银行监管问题研究》,《上海金融》,2000 年,第 2 期,第 20-23 页。

34. 郎煜、李耀斌:《人民银行金融监管创新思考》,《金融与保险》,2001 年,第 11 期,第 53-54 页。

35. 马丽娟:《金融市场开放过程中的监管》,《金融与保险》,2002 年,第 3 期,第 92-95 页。

36. 杨励:《金融全球化与中国金融的应对策略》,《金融与保险》,2002 年,第 1 期,第 13-16 页。

37. 蔡则祥、卡志村:《金融自由化与金融监管趋势》,《金融与保险》,2002 年,第

2期,第31-35页。

38. 王松奇:《WTO给中国金融业带来什么》,《新华文摘》,2000年,第2期,第15-18页。

39. 熊玉莲:《加入WTO与国有商业银行资产负债比例管理》,《法学论坛》,2002年,第6期,第43-46页。

40. 詹向阳、张兴胜:《巴塞尔新资本协议草案与国有商业银行风险管理》,《金融与保险》,2001年,第10期,第54-56页。

41. 王继青、徐惠平:《我国外资银行监管问题研究》,《上海金融》,2000年,第2期,第20-23页。

42. 彭玉镛:《英国金融监管制度的改革及对我国的启示》,《金融与保险》,2001年,第7期,第185-188页。

43. 牛永涛:《适应全球金融一体化趋势完善我国金融监管体系——对强化银行、证券、保险监管部门协作的几点思考》,《金融与保险》,2001年,第8期,第50-53页。

44. 李仁真、黎四奇:《论金融业务综合化下的有效监管》,《武汉大学学报》(社科版),2001年,第5期,第526-532页。

45. 赵江:《美国开放式金融保护主义政策》,《国际经济评论》,2002年,第5-6期,第13-16页。

46. 赵平:《我国金融市场监管存在的总是及对策》,《金融与保险》,2001年,第9期,第21-24页。

47. 欧阳媛、杨华柏:《日本是如何依法处理破产金融机构、回收不良债权的》,《法学家》,2000年,第6期,第107-111页。

48. 龙薇:《建立存款保险制度是“入世”过渡期的重要战略任务》,《金融与保险》,2001年,第10期,第106-109页。

49. 《外资金融机构管理条例》及其《实施细则》

二、英文类

50. Wendy Dobson and Pierre Jacquet: *Financial Services Liberalization in the WTO*, Institute for International Economics, Washington, DC. June 1998.

51. *The New Basel Capital Accord, On Banking Supervision Consultative Document*, issued for Comment by May 31, 2001.

52. William A Lovett: *Banking and Financial Institutions Law*, West Group.

53. George A. Walker, The Law of Financial Conglomerates: The Next Generation, The International Lawyer, vol. 30.

54. Millard Long, Dimitri vitas, Financial Regulation: Changing the Rules of the Game, EDI Development Studies, 1992.

55. The Governor of Bank of England: Some Thoughts on Financial Regulation, vol 36, Na 2, May 1996.

附 录

读研究生期间发表的学术论文

1. 《WTO 与我国民营经济发展的法制思考》，载《行政与法》，2002 年，第 6 期，第 63 页。
2. 《WTO<TRIPS 协议>下中国知识产权法制完善问题研究》，载《重庆邮电学院学报》，2002 年，第 1 期，第 21 页。
3. 《从坐轿子到抬轿子——从入世，大舞台上的新规则》，载《时代邮刊》，2001 年，第 12 期，第 15 页。

WTO与我国民营经济发展的法制思考

□ 王国辉

(湖南师大法学院 湖南 长沙 410081)

摘要 中国已经入世,这对民营经济来说,是一次难得的进一步发展的机会,然而中国民营经济的发展却面临着一系列的法律、制度方面的制约,而且我国的有关规定与WTO协议的某些规则是不相符的。本文试从我国有关民营经济发展的规定与WTO协议的差距的角度剖析民营经济发展的障碍,并提出了一些应对措施。

关键词 民营经济;法律制约;措施

中图分类号: D922.295

文献标识码: A

文章编号: 1007-8207(2002)06-0063-03

改革开放以来,民营经济在我国经历了一个从无到有,从小到大的发展过程。在这个过程中,它显示出蓬勃的生命力。诸多事实证明,凡是对传统公有制改革力度大,又能大胆放手发展非公有制经济的地方,其经济发展就快,整体水平就高,并呈现出一片繁荣景象;反之,则截然相反。党的十五大已明确提出:“非公有制是我国社会主义市场经济的重要组成部分”,并写入宪法予以法律保障。

民营经济,按照企业的所有制性质划分,即国有和国家经营的企业不属于民营经济,除此之外都算是民营经济。民营经济对于我国长期高速增长,对于社会主义市场经济体制的建立,与国营经济相比,具有代价最小,成本最低,时间最快,效果最好的优点。具体说来有下列好处:第一,搞好民营经济发展可以有效加快经济的增长速度;第二,搞好民营经济发展,可以明显提高经济效益;第三,搞好民营经济发展,可以大大缓解劳动就业的压力;第四,搞好民营经济发展,可以较快缩小地区的经济差距;第五,搞好民营经济发展,可以较好地促进经济机制的转变。

入世给中国经济的发展既带来了机遇,也带来了挑战。对此,我国民营经济也不例外。加入WTO,如果要使民营企业成为我国经济的“重要组成部分”,那么就必须要给民营企业良好的发展条件和广阔的发展空间,创造良好的市场环境。这是因为,理论实践都证明了:一个国家或地区选择的经济体制和制定的法律、法规和政策,对各类所有制企业的生死存亡和发展前景具有重要作用。而针对世贸规则的要求,我国民营企业的发展面临着哪些法律制约?我们又该怎样应对呢?

第一,从制度设计上看,某些方面还存在着对民营企业的歧视,这是与WTO基本原则之一的非歧视原则格格不入的。

WTO的非歧视原则(principle of nondiscrimination)是世贸组织及其法律制度的一项首要原则,也是

收稿日期:2001-11-01

作者简介:王国辉,湖南师范大学法学院国际法研究生,主要研究方向:国际经济法。

现代国际贸易关系中最重要准则。非歧视原则则表现为国民待遇和最惠国待遇两方面。国民待遇(national treatment)指在经济活动与民事权利义务等领域,一国给予其境内外国国民的待遇不低于其本国国民所享受的待遇,或应相同于本国国民所享受的待遇,它不仅适用于货物贸易领域,而且被扩展至TRIMS协定(《与贸易有关的投资措施协定》)及TRIPS协定(《与贸易有关的知识产权协定》),并在一定条件下适用于服务贸易领域。最惠国待遇指一国(给惠国)在经贸关系中给另一国(受惠国)及其国民待遇不低于现在或将来它给予第三国及其国民的待遇,其亦从货物贸易领域扩展到服务贸易总协定(GATS)贸易有关的知识产权协定(TRIPS协定),虽然无论是国民待遇还是最惠国待遇都允许有大量例外,但非歧视原则作为一项基本原则的地位都是不可动摇的。^[1]

我国关于民营企业的法律规定集中体现在《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》等法律文件上面。为了发展“三资企业”,我国颁布了《中外合资企业法》、《中外合作企业法》、《外商投资企业法》等。这些法律规范中,有许多属于任意性规定,它使企业在设立时以及成立后的日常运作活动具有极大的灵活性。而我国《公司法》第18条规定:“外商投资的有限公司适用本法,但另有规定的,适用其规定。”也就是说,在我国“三资企业”的设立必须首先适用“三资企业法”。由于《公司法》的规定比“三资企业法”的规定严格,所以民营企业与设在我国的“三资企业”之间难以进行公平的竞争。再如,为了吸引台湾同胞到祖国内地来投资,我们专门为这些商人制定了一部法律。然而,在立法的时候,我们是否考虑到内地企业家特别是民营企业家的合理要求?是否应该同样对内地企业家的财产和正常的经营活动予以保护?

另外,我国公司法中有限责任公司必须是二人

以上的法人组织。但是,《公司法》第二章又用一节的篇幅规定了“国有独资公司”。也就是说,国家授权的部门或国家授权的机构可以单独投资设立有限责任公司。我国的《外国投资公司法》也规定,外商可以在我国单独设立有限责任公司。

为什么不允许中国的公民或中国的私有企业也能设立“一人公司”呢?迄今为止,我们还没有看到立法部门合理的解释。这种制度上的缺陷,无助于社会投资需求的扩大,不利于私营经济的发展。

有些私营企业为了规避法律,将自己的资金借出,并要求借款方将借款作为投资,与自己一起申请设立公司。在公司成立后,借款返还,借款方不参与企业的经营,对企业的亏损不承担法律上的责任。但是,当公司出现巨额盈利时,借款方便要求参与利润分配。由于我国公司法严格规定投资人必须为二人以上,所以在法院审理这一案件时,一般将公司注册登记的文件作为合法有效证据,判定借款方有权参与利润分配,而真正投资者的利益往往得不到有效保护。所有这一切,都是由立法上的不合理规定造成的。对待一人公司的问题,各国的公司法已经做出了越来越宽松的规定,我国公司法修改时,也应对一人公司作同样专门的规定。^[1]

由上不难看出,不仅有民营企业与外资企业不平等待待的问题,还有民营企业与国营企业不平等待待的问题,显然是与WTO非歧视原则相矛盾的。(WTO非歧视原则是针对国与国的企业之间而言的,这里笔者将其精神实质引伸到了国内企业之间。)

市场经济是竞争的经济,更是建立在企业相互平等基础上的经济体制。可以设想,如果两位角斗士之间的竞技,其中一人的一只手被束缚着,那就是不平等的竞争。而民营企业最大的愿望之一就是市场竞争环境中争得平等的地位,因此我们应该修改原有限制甚至歧视民营经济发展的一些不合理政策,尽快做到民营经济与外资经济以及国有经济在经济发展中一视同仁。

(一)调整市场准入政策,扩大民营经济的投资领域。当前,民营经济的投资为什么启而难动?除了经济总体上市场疲软、投资缺少热点以外,最主要的是有许多经济领域,至今仍然不许或基本不允许民间资本进入。这一政策应该尽快调整,除极少数关系国家安全和必须由国家垄断经营的行业外,都应当放开,允许民营资本包括个体、私人资本投资经营;至少,应当做到内外资一视同仁,即凡是允许外资进入的,都应该允许各种民间资本进入。目前,应当鼓励民营经济尽快进入电力、水利、铁路、公路、港口、机场、公共工程、城市建设,甚至粮库、车库、公园、旅游等设施的建设。对于电讯、邮政、金融、保险、教育、卫生、医疗、文件、体育等行业,也应抓紧制定政策,降低准入条件,吸纳民间投资。这样,不仅可以加快民营经济的发展,还可以将一部分国家资金,转移去

增加其他急需发展和十分薄弱环节的投资,从而更好地促进整个社会经济的发展。

(二)拓宽民间融资渠道,解决民营经济筹资渠道少而不畅的问题。目前,民营经济所需的资金,依靠自筹的占大多数,靠银行贷款的只占极少数。由于种种原因,现在国有商业银行贷款总额中,贷给国有企业的比重一般仍占80%以上,贷给民营企业的比重很低,同民营经济在经济总量中的比重已占2/3左右的比例很不相称。从有利于整个经济的发展出发,必须适当提高国有商业银行对民营经济贷款的比重。为了减少国有商业银行贷款的风险,可以尽快组建一批民间投资的担保机构,负责为民营企业的贷款提供必要的担保,广东、江苏、云南等省开始这样做以后,已经取得较好效果。应允许一部分经营管理好、利润率较高、有较大发展前途的民营企业,经过严格的审批手续以后,向社会发行一定数量的债券,或到境内外资本市场上融资。

(三)鼓励民营经济积极参与国企改革和国有经济的战略性调整。民营经济可通过收购、兼并、参股、控股、承包、租赁和托管等多种形式参与国有企业的改革和调整,这不但有利于盘活国有资本,优化产业结构,减少破产损失,提高经济效益,而且可以大大减少职工下岗、失业的压力。到1998年为止,全国仅在个体、私营就业的职工已达7800多万人,其中当年新增的就达1032万人,相当一部分就是来自国有企业的下岗职工。说明其在国有经济的战略调整所起的作用是相当大的。^[1]

第二,在国家立法与地方立法之间,出现了一些矛盾的规定,在基本法与特别法的关系上,缺乏前后照应,这是与WTO对中国民商法律体系的总体要求(一致、统一、完备)相矛盾的。

就中国民商立法而言,WTO的总体要求是:建立与世贸组织规则一致的、统一的、完备的民商法律体系和各项民商法律制度,为市场的开放、统一和公平竞争提供有效的基础性的法律保障。

首先,中国民商法律体系和制度应尽可能与世贸组织规则保持一致。1994年《关于建立世界贸易组织的协定》第16条第4款规定,每个成员应当保证其法律、管理规定和行政程序与其根据本协定所附的有关协定规定的义务相一致;该条第5款规定,本协定的任何条款不得保留。因此,修改国内立法以达到与世界贸易组织法的一致,是世界贸易组织对成员方政府的要求和申请方加入世界贸易组织的条件之一和代价之一。从WTO法本身的贸易政策审查机制以及对WTO运行五年多的实践来看,当与WTO法发生可能发生适用的冲突时,修改的只能是成员法相应的规定,以保证WTO法能够在调整国际经济贸易关系中发挥应有的作用。但另一方面,由于各国民商立法数量巨大,要保持与世贸组织规定的完全一致实属不易,事实上现有WTO成员(包括一些贸易大国)的民商法律制度都未能与WTO规则保持

完全一致,故此“一致”并不意味着绝对一致,也有其内在灵活性。具体到我国而言,应该是总体上的一致或尽可能的一致。

其次,中国民商法律体系和制度必须具备统一性。此统一性是对中国的全部关税领土上(不包括香港、澳门、台湾三个独立关税领土)必须得到统一的实施,所以要求与WTO协定相关的民商法律体系和制度在中国全部关税领土上必须保持一致。具体而言,中央和地方、经济区和非经济区等的民商立法必须保持的一定的统一,以避免WTO协定在中国各地区的差别实施。最后,中国应尽快建立完备的民商法律体系和法律制度。法律体系的完备是一国法治水平的标志之一,而民商法律体系与制度的完备不仅标志着法治水平,而且直接影响和体现着一国市场经济的健全发展。加入WTO,一方面为了履行WTO协定,对我国没有规定或规定不全的制度应积极完善;另一方面为保障竞争日益激烈的市场经济稳定有序发展,亦有完善民商法律体系与制度的必要。可以说,中国只有有了完备的民商法律体系和制度,才能真正地融入世界经济。^[4]

总之,一致、统一、完备,是WTO对中国民商法律的总体要求,唯有如此,中国的市场才能对各成员国开放,WTO各协定才能在中国全部关税领土上统一有效执行,也才能在中国这一重要成员领域内实现最大程度上的公司竞争,而我国有关民营企业的法制很不统一、完备。

如我国公司法规定,有限责任公司的注册资本不得低于10万元,而且注册资本必须一次交纳,否则不予注册。这样的规定对我国的科技人才的创业非常不利。有些地方为了发展本地的高新技术产业,对国家的法律进行了大规模的修正。例如,北京规定今后企业拥有3万元注册资本即可登记注册公司,并且可以在两个月内分期入资。深圳也规定,在深圳设立有限责任公司可以分期交纳出资。再如,国家公司法规定,以工业产权和非专利技术作价出资的,其比例不得超过注册资本总额的20%,采用高新技术成果的,不得突破35%。而有些地方认为,这样的规定既不符合高新技术企业的特征,也不符合知识资本发展的客观规律,于是以地方立法的形式规定,如果以工业产权、非专利技术作价出资的,其作价出资的总金额占资本金的比例最高可达60%。

这种市场主体法上的割据状态将对我国民营企业的发展带来极大的负面影响。首先,各地法律制度不同,不利于民营企业公平竞争;其次,允许各地自行立法,不利于社会主义统一市场的形成;最后,法律制订的不统一也不利于国家的宏观调控。应在总结各地经验教训的基础上,抓紧修改公司法。只有这样,才能符合WTO规定对我国商法提出的总的要求。

第三,从立法的指导思想上来看,有关民营企业立法缺乏系统观念。

近年来,我们逐渐革除了计划经济的立法模式,以企业的组织形式和责任方式来制定民营企业法,这在立法的指导思想上是一大进步。但是,由于立法观念的改变并未反映出民营企业的特点,结果导致本应由法律规范特别予以保护的内容从已经颁布的法律文件中遗漏。例如,民营企业的财产权问题一直是困扰民营经济发展的头等难题。国家在立法时,应当充分注意对民营企业财产权的保护。我国《公司法》第四条明确规定“公司法的国有财产的所有权属于国家。”有些民营企业主便问:如果自己与国有企业合开一家有限责任公司,公司的国有资产所有权属于国家,民营企业投入的财产是不是应该属于民营企业主自己?如果公司的民营企业主的投资归投资者所有,为什么不在法律条文中增加规定:“公司中的私有财产所有权属于民营企业主”?应该看到,制定公司法的目的是为各类投资者创造一个公平的竞争环境,从法律条文中得不出对私有财产不予保护的结论,但是,由于法律条文设置上的偏差,造成了一定误解。

现代公司的资本构成以私有财产为一股,以国有财产为特殊,所以有必要强调对国有财产给予特殊的法律保护。实际上,作为投资者,国家及其代理人及私人投资者在法律地位上是平等的。在一般法突出对国有财产的保护,意味着对非国有财产的“冷落”。法律条文不能顾此失彼。

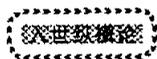
在体例上,应当做到充分体现宪法修正案所蕴涵的公平观念,全面检讨现有的基本法律,修改其中不利于民营企业发展的条文,并在此基础上制定民营企业的特别法。也就是说,关于民营企业的立法可以有三个层次:第一层应该为国家的宪法;第二层应该为市场主体的一般规则,它是所有市场主体都必须适用的规则,而不能仅仅体现对某一类投资主体的特殊法律保护;第三层是民营企业保护的专门法,它可以根据我国经济发展的形势不断进行修改。基于这样的考虑,还应当制定统一的《商业登记法》,为不同投资主体参与市场竞争提供一个统一的公平的竞争原则。^[5]

总之,随着国家的人世,民营经济的发展面临着系列的挑战,尤其是面临着系列的法律制约这一根本制度问题。我国民营经济只有在打破这些制约以积极的政策应对,顺应WTO规则的要求,建立起为民营经济发展保驾护航的法律体系,才能迎来发展的春天。

参考文献:

- [1] 熊秉真:《世界贸易组织法》[M],武汉大学出版社1996年版
- [2] 熊秉真:《民营企业需要什么样的政策》[J],载《亚太经济》(广州),2001,3,33
- [3] 熊秉真:《促进民营经济发展的对策》[J],载《工厂管理》(成都),2000,12:4-7
- [4] 温世扬:《WTO与中国公司法》[M],2001年5月
- [5] 熊秉真:《民营企业需要什么样的政策》[J],载《经济争鸣》(北京),2001,2:14

(责任编辑:王秀艳)



WTO《TRIPS 协议》下中国知识产权法制完善问题研究

◇王国辉 [湖南师范大学 法学院,湖南 长沙 410081]

摘要:中国入世,国内法律必须与 WTO 规则一致,有关知识产权方面的法律也不例外。为此,在阐述我国现行有关知识产权立法与实践及其与 TRIPS 协议的差距的基础上,全面系统地论述了我国完善知识产权法制的对策。

关键词:WTO; 知识产权; TRIPS

中图分类号: F 014.1

文献标识码: A

文章编号: 1009-1289(2001)01-0021-05

WTO 规则对成员规定的义务主要通过成员的国内立法来实施的,要求国内法律、法规、行政决定、司法裁决与 WTO 规则的要求相一致。《建立 WTO 协定》第 16 条第 4 款明确规定:“各成员应保证其法律、规章与行政程序符合附件各项协议规定的义务”。这表明 WTO 成员有义务使其国(域)内立法与 WTO 规则相一致。另外,WTO 协定是经各成员立法机构依宪法程序正式批准的国际条约,立法机构在批准这一协定时也承担了使国(域)内立法同 WTO 规则接轨的义务。

中国入世在即,知识产权立法也必须与 TRIPS 协议接轨。据 TRIPS 理事会负责人、WTO 知识产权部主任 Adrian Otlen 介绍,我国入世后知识产权方面的法律将接受评审。为了避免入世后遭到他国在知识产权方面的指控,也为了更好地保护我国的知识产权,我们应该加紧研究我国现行知识产权立法与实践及其与 TRIPS 协议的差距,完善我国知识产权法制。

一、我国知识产权的立法与实践及其与 TRIPS 协议的差距

(一) TRIPS 协议

TRIPS 协议共有 73 条,分为七大部分。第一部分,总则和基本原则。第二部分,关于知识产权的可利用性、范围及使用的标准,1、版权和相关权利;2、商标;3、地理标志;4、工业品外观设计;5、专利;6、集成电路的布图设计(拓朴图);7、对未公开信息所保护;8、协议许可中对反竞争行为的控制。第三部分,知识产权的执

行法。1、一般义务;2、民事和行政程序及救济;3、临时措施;4、与边境措施有关的特别要求;5、刑事程序。第四部分,知识产权的获得和维持及有关当事人之间的程序。第五部分,争端的防止和解决。第六部分,过渡安排。第七部分,机构安排;最后条款。

纵观 TRIPS 协议的内容,我们不难看出,其对知识产权的国际保护标准得到提升和细化,这也是 TRIPS 协议的显著特征,具体体现在如下几个方面:

1. 保护范围更加宽泛。包括商业秘密在内的几乎所有知识产权形式都被纳入其保护范围,其中计算机程序、数据库、集成电路布图设计和商业秘密在国际性文件中属首次涉及。

2. 保护期限进一步延长。规定专利的保护期不少于 20 年,包括计算机软件在内的著作权保护期内 50 年;集成电路布图设计的保护期不得少于 10 年。

3. 执法(Enforcement)程序注重可操作性。协议规定了明确而具体的执法程序,包括行政、民事、刑事以及边境与临时措施。

4. 争端解决趋于便捷、严厉。由于协议植入了原关贸总协定的争端解决机制,交叉报复成为各成员维护其权利的“尚方宝剑”,这与 WTO 管理的大多数国际公约中“提交国际法院仲裁”的争端解决途径完全不同。

5. 权利范围进一步拓展。协议强调知识产权权利人拥有专利方面的进口权和计算机软件与电影作品的出租权(Rental Rights)。此外,协议还把“知情权”(Right of information)^[1]作为被侵权的知识产权权利

· 收稿日期:2001-11-25

作者简介:王国辉(1973-),男,湖南沅江人,湖南师大法学院国际法 2000 级研究生,主要研究方向:国际经济法。

人的一项权利加以确定。

6. 保留条款形同虚设。协议的第72条规定,未经其他成员同意,不得对本协议的任何规定以保留。其逆向含义为,协议成员如欲在其国内法中就该协议作出保留,必须征得其他成员的同意。实践中这一条款与禁止保留条款并无区别,协议的高标准与高水平由此可见一斑^[2]。

(二) 我国关于知识产权的立法与实践及其与TRIPS协议的差距

1. TRIPS协议中规定的国民待遇最惠国待遇等原则,与我国现有知识产权中的相关规定不尽协调。

国民待遇最惠国待遇原则是多边贸易中各国应遵循的基本原则,也是知识产权公约及TRIPS协议所要求的基本原则,而我国立法中对这些原则规定尚有一定出入,往往授人以柄。

第一,在专利方面。我国《专利法》对外国人采取的是有条件的国民待遇制度。其第18条规定,“在中国没有经常居所或者营业所的外国人,外国企业或者外国其他组织在中国申请专利的,依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约,或者依照互惠原则,根据本办法办理。”这表明外国人在我国申请专利享受国民待遇应当具备两个条件之一,或者该外国人所属国与我国有条约关系;或者该外国人所属国与我国有互惠关系。《专利法》第29条还对外国人优先权问题作出了规定,“申请人自发明日或者实用新型在外国第一次提出专利申请之日起12个月内,或者自外观设计在外国第一次提出专利申请之日起6个月内,又在中国就相同主题提出专利申请的,依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约,或者依照相互承认优先权的原则,可以享有优先权。这也是有条件的国民待遇的体现。

第二,在商标权方面。根据1992年7月1日起施行的《商标法》的规定,外国人或者外国企业在中国申请商标注册的,应当按其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约,或者依照对等原则办理。显然也是适用有条件的国民待遇原则。

第三,版权方面。TRIPS协议规定,计算机软件作为文学作品可自动取得版权,而我国法律却规定软件登记是取得法律保护的前提。后为国务院颁布的《实施国际著作权公约的规定》对此有所修改,^[2]却又规定自动保护仅适用于外国作品,从而又形成了外国人的“超

国民待遇”。在今后的立法和法律修订中,应使外国人享有合理的国民待遇,而不是“有条件的国民待遇”或“超国民待遇”。

另外,版权法方面还未达到TRIPS协议最惠国待遇的要求,这主要表现在对港澳台版权保护方面。

2. 知识产权的保护范围需进一步拓展

第一,在商标权方面。我国商标法在商标标识的构成要素和商标注册条件方面或无明确规定,或设置限制,使得商标权的保护范围与TRIPS协议相比有所缩小。(1)在商标标识的构成要素方面,TRIPS协议第15条第1款规定:“任何标记或标记的组合能区别开一企业和其他企业的商品或服务的,就能构成商标。这些标记,特别是单词,包括个人名字、字母、数字、图形和颜色的组合,以及任何这些标记的组合,均能作为商标进行注册”。而我国现行的商标法对商标的构成要素则无明确规定,只是从该法第7条可以推断商标的构成要素仅仅包括文字、图形及其组合,对此,在日后的修订中,关于商标标识的构成要素,我国应当增加数字、颜色、字母及其组合。(2)在商标注册方面,TRIPS协议第15条将“视觉能够识别”作为获得注册的条件之一,从而承认了“立体商标”以及随数字技术产生的“过程商标”,而我国现有主体既未承认“立体商标”和“过程商标”,实践中也拒绝为之提供保护,入世后亟待改变。(3)另外,我国还缺少对防御商标、联合商标的明确规定,这既不符合商标保护的国际通行作法,也不利于我国自身的商标管理实践。

第二,在版权方面。计算机程序、数据库、集成电路布图设计和未公开信息都是TRIPS协议保护的客体,而目前我国的著作权法对计算机程序、数据库以及集成电路布图设计尚未给予保护,对未公开信息中的商业秘密也是在反不正当竞争法中作了比较原则的规定,缺乏可操作性。TRIPS协议第11条规定了版权的出租权。而我国法律无相应规定。

另外,我国的著作权法,也缺少对网络时代如何保护版权的规定。

第三,在专利法方面。尽管经过1992年、2000年的修改,与TRIPS的差距大大缩小,但也还有需要进一步完善的地方。TRIPS第21条第13款规定,除违反公众利益或社会公德、疾病的诊断、治疗和外科手术方法等外,“所有技术领域中的任何发明,不论它是产品还是方法”,都可申请专利。微生物方法和非微生物方法不在排除范围之内,可以获得专利保护,由此看来转

基因动植新品种应该可以作为专利来保护。而我国经修改的《专利法》第 25 条仍把动植物品种放在不授予专利权之列,仅仅是补充规定,其生产方法可以获得专利权。

3. 对知识产权保护力度不够

第一,在商标权方面。① TEIPS 协议第 16 条 1 款将“不得损害已有的在先权”作为获得注册及使用商标的条件之一。而我国现行的商标法虽然规定了“在先权”,但强调侵害“在先权”的构成须以行为人“以欺骗手段或其它不正当手段取得注册”为前提,即强调侵害行为的主观状态。这一特殊规定有悖于 TEIPS 协议的规定,应当取消。② 至于注册商标的便用要求,TEIPS 协议第 19 条作了限定,因国家政策或政府行为所导致的使用注册商标的障碍不影响对保护注册商标的效力,注册商标人可以通过许可使用的方式维持注册的效力,而我国现行的商标法第 30 条没有考虑到因正当理由而没有使用不能撤销的情况,有悖于 TRIPS 协议上述规定中的要求,必须修改。③ 对于驰名商标,TRIPS 协议第 16 条第 2 款规定其认定标准:“确认某商标是否驰名,应顾及有关公众对其知晓程度,包括该成员地域内因宣传该驰名商标而使公众知晓的程度。”并且指出“巴黎公约 1967 年文本第 6 条之二,原则上适用于服务。”巴黎公约 1967 年文本第 6 条之二主要体现了对驰名商标的特殊保护。它规定,驰名商标所有人对与之相仿(包括相同或相似)的商标可在自其注册之日起至少五年内,提出取消这种“相仿商标”的注册要求;对于恶意取得注册或使用的商标,则不受时间的限制。而 TRIPS 协议第 16 条第 3 款的规定实质上扩大了对驰名商标的保护范围,它不仅保护驰名商标所核定使用权的商品或服务,而且把与驰名商标所用的商品或服务不类似的商品或服务也纳入其保护之列,因而使得驰名商标具有防御商标的功能,即驰名商标所有人无需申请该驰名商标的防御注册,即享有防御商标的特殊保护。我国《商标法实施细则》和 1996 年国家工商行政管理局发布的《驰名商标认定和管理暂行规定》都涉及到对驰名商标的保护,但其保护的范围和保护的力度都未达到巴黎公约和 TRIPS 协议的要求。④ 关于商标侵权人归责原则和损害赔偿,TRIPS 协议第 45 条规定,对已知或有充分理由应知自己从事的活动系侵权的侵权人司法当局应有权责令其向权利人支付足以弥补因侵犯知识产权而给权利持有人造成之损失的损害赔偿费。在适当场合即使侵权人不知,或无充足理

由应知自己从事的活动系侵权,成员国仍要授权司法当局责令其返还所得利润或令其支付法定赔偿额或二者并处。由此可见,对于商标侵权,TRIPS 协议原则上采取过错推定原则,但在特殊情况下则适用无过错责任原则。而根据我国商标法及其实施细则第 41 条的规定,对于商标侵权我国采用的是过错责任原则,受害人要获得赔偿,负有对侵权人的主观过错的举证责任。这显然不利于保护权利人。另外根据 TRIPS 协议,受害人不仅可以获得直接损害的赔偿(包括因商标侵权所致的利润损失、诉讼费、律师费等),还有可能获得一定的法定赔偿额——惩罚性赔偿金。而我国则将赔偿费限定在侵权人在侵权期间所获得的利润或被侵权人在侵权期间因侵权所受的损失。这对受害人的保护力度显然不够。

第二,在版权方面。现行著作权法第 22 条第一款规定了对作品“合理使用”的十二种情形,使用人可以不经著作权人许可,不向其支付报酬。其中有些规定与 TRIPS 协议有一定的差距。根据 TRIPS 协议第 13 条规定:“各成员对专有权作出的任何限制或例外规定应限于某些特殊的情况,这些情况不会与作品的正常利用相冲突,也不会损害权利持有人的合法利益。”据此,我国著作权法也应对“合理使用”作原则性限制。另外,对计算机软件和计算机程序的保护尚显不力。

第三,在专利权方面。WTO《TRIPS 协议》规定,在专利权人指控他人侵犯其制造某种产品的方法专利的诉讼案件中,司法当局有权要求被告举证获得相同产品的方法与受保护的专利方法不同,即“举证责任倒置”。如果被告方不能提出相反的证据,则任何未经专利权人同意而制造的相同产品,都将被视为是通过专利方法获得的,被告的行为即构成侵权行为。在方法专利侵权诉讼案件中,由于有了“举证责任倒置”制度,因而作为原告的专利权人无须举证,也能要求司法当局追究被告方的侵权责任,这无疑能够较好地维护专利权人的利益。而我国现行专利法中无这样的规定,有待进一步补充完善。

4. 对行政权限制失之过宽,缺乏必要的监督制约机制

TRIPS 协议第 41 条第 4 款规定,“诉讼当事方应有机会要求司法当局对行政终局决定进行审议,并在遵守一成员有关案件重要性的法律中有关司法管辖权规定的前提下,有机会要求至少司法初审判决的法律方面进行审议。然而对刑事案件中的无罪判决各成员

不应有义务提供审议机会。”即对初审的司法判决,有关当事人在一定条件下有权上诉,提请复审;对于行政部门的终局决定或裁决,有关当事人在任何情况下有权要求司法审查。我国著作权法出台较晚,受上述条款的影响,未给著作权行政机关以任何最终确权的权力,对于行政机关就侵权纠纷所作的裁决相对人也有权提起行政诉讼。而立法相对较早的专利法与商标法,规定则大相逖庭。虽然2000年对专利法的修改,基本上已符合TRIPS的要求,但商标法方面,则有待修改和完善。我国现行的商标法及商标法实施细则规定,国家工商行政管理局下设的商标评审委员会对驳回申请,不予公告;关于注册商标因使用不当而由商标局撤销的,可以做出终局决定。这显然有悖于TRIPS协议的上述规定。

5. 在权利限制方面,TRIPS协议第17条规定了商标权的限制,而中国商标法却对权利限制未置一词,这不仅表现出商标法与TRIPS的差距,也表现出与中国其他知识产权法的差距(中国专利法,版权法都规定了权利限制)^[3]。

6. 在需要单独立法的地方没有单独立法

关于地理标记的保护,TRIPS协议将其单列一节作了专门规定,其规定系统而全面。我国的有关规定则散见于产品质量法、反不正当竞争法,条款少而零乱,故为了适应TRIPS协议的要求,对其重新整合势在必行。

关于工业品外观设计,我国也应按TRIPS的作法单列一章为好。

7. 微观立法技术需要进一步改进。这主要表现在:

(1)用语不规范。如商标法禁用县级以上地名作为商标,同时规定,“地名具有其他含义的除外”。在国际商标保护中,各国通常使用“第二含义”这一术语,而不使用“其他含义。”

(2)概念不完善。表现在有的概念内涵模糊,有的概念外延不清,有的概念一语多意,如专利法中的“专利申请权”其内涵确定不清,外延解释冲突,使人容易与“专利案中的权利”相混淆。

(3)逻辑不严密。如著作权法第21条关于“即不取得许可,又不支付报酬”的“合理使用”的规定,没有对具体使用方式作限制。就是说,从逻辑上看,以任何方式从事该条款所引的活动,都不能被视为侵权^[4]。

二、完善我国知识产权法制的因应对策

(一) 依据TRIPS协议调整我国知识产权立法

我国现行的知识产权法与TRIPS协议相比,存在着许多差距,并且不少是与TRIPS协议相悖的,因而现在着手研究,依据TRIPS协议作好调整,逐步取消与TRIPS协议相悖的条款,并制定出并与之接轨的新规范,是十分必要的。

1. 按照TRIPS协议的规定,对知识产权的保护适用真正的国民待遇、最惠国待遇原则,为此应修改专利法第18、28条的相关规定及商标法与著作权法中的相关规定。

2. 拓展知识产权保护范围。按照TRIPS协议的要求,应增加对计算机程序、数据库、集成电路布图设计以及版权的出租权等新型知识产权形态立法的保护。另外,应修改商标法第7条关于商标标识的构成要素。按照TRIPS的要求增加数字、色彩、字母及其组合的构成要素。还应承认TRIPS协议中承认的“立体商标”以及随数字技术产生的“过程商标”。还应明确规定防御商标和联合商标。

3. 在知识产权领域承认“权利用尽”原则(即受特殊保护的带有知识产权的批量产品,一经权利人直接同意投放外国市场,他就失去了对这些货物知识产权方面的独占权(又称“国际穷竭”原则),因此允许平行进口(指本国带有知识产权的产品批量出口到国外后,外国人将带有该知识产权的产品进口到本国,结果将损害权利人的市场独占权)^[5]。

4. 在知识产权领域确立“即发侵权”理论(即侵权的认定不须以已经造成实际损害为条件,如此可将侵权产品制止在进入流通之前,而不是之后)与无过错责任的归责原则(即侵权的认定不以行为人主观过错为条件)。

5. 在商标权方面,应修改由行政主管部门对商标权作终局裁决的决定,改为司法终局裁决;对“在先权”概念进行细化,且侵犯在先权适用无过错责任原则;加强对驰名商标的保护并将对之的保护范围尝试扩大到部分不类似的商品及服务;增加对商标权的限制条款;注册商标侵权使用要求方面,增加因正当理由没有使用不能撤销的情况;商标侵权损害赔偿应除了直接损害赔偿以外,增加一定的法定赔偿额——惩罚性赔偿金。

6. 在专利权方面,经过1992年至2000年两次修

改已基本上无差距,但在保护范围和程序期限方面仍有待进一步完善。如增加对转基因动植物新品种的保护。

7. 在版权方面,加强对计算机软件和计算机程序的保护力度,对网络知识产权的保护做出相应规定。

8. 地理标志的保护,应重新整合有关规则,单独立法

9. 进一步改进微观立法技术

(二) 强化知识产权执法工作

1. 要加强知识产权的行政管理工作。根据我国国情,在今后相当长的时间内,进一步加强知识产权管理体制机构建设,理顺和健全知识产权管理体系,充分发挥法律赋予的行政保护职责,是加强知识产权保护的重要措施。当前,针对我国商标、专利、著作权管理的特点,应进一步加强行政管理和行政保护;同时还要着力提高行政执法人员的业务素质和执法水平,确保依法行政。

2. 要强化知识产权的司法保护和救济。大量的知识产权案件属民事侵权和民事确权民事纠纷案件,这类案件应由权利人通过诉讼由人民法院依法裁决处理;情节严重构成犯罪的由司法机关依法追究刑事责任。因此,应加强法院的知识产权审判力量,健全审判机构,提高业务水平。此外,我国审判机关应加强同国外的司法交流,以使我国对知识产权保护的执法水平达到更高的水准^[5]。

(三) 充分利用发展中国的特殊待遇

由于历史的原因,发展中国家在科技、文化教育等方面与发达国家相比差距较大,依赖西方先进技术甚殷。为了缩小差距,弥补不足,有必要利用 TRIPS 中规定的对发展中国家的优惠待遇。这主要体现在 TRIPS 协议第 65 条的过渡安排中对发展中国家适用该协定的过渡期可适当延长的优惠待遇,以及 TRIPS 协议第 67 条中规定的“发达国家成员应在发展中和最不发达

国家成员的请求下并按双方达到的条款和条件,提供有利于发展中和最不发达国家成员的技术和资金合作。”

(四) 充分利用 TRIPS 协议中规定的争端解决办法,享受解决双边贸易争端的权利

WTO《关于争端解决的规则与程序谅解》规定,WTO 成员不应采取单边行动对抗其发现的违反贸易规则的事件,而应该在多边争端解决机制下寻求救济,这一规定增强了贸易争端解决机制的法律强制性,主要表现为:其一是自动成立专家组和自动通过专家组报告,其二是规定了严格的时间限制,争端双方如在 60 天内未磋商出满意结果必须成立专家组,专家组一般应在 6 个月内拿出裁决报告,如果上诉,上诉机构应在 3 个月完成裁决;其三是增加了交叉报复概念即争端中胜诉方可以跨贸易领域对不执行裁决的败诉方进行贸易报复。

TRIPS 协议第 64 条第 1 款,规定与贸易有关知识产权方面的磋商与争端解决适用 WTO《关于争端解决的规则与程序谅解》的规定。中国人世后,应充分利用这一权利,来解决与知识产权有关的纠纷,积极主动地对抗西方发达国家在这方面的单方面制裁。

参 考 文 献

- [1] 所谓“知情权”,指被侵权人有权得到侵权人销售侵权商品的渠道的信息。
- [2] 石巍. TRIPS 效应评估与我国的因应对策[J]. 山东大学学报(哲社版),1998,18-22,93.
- [3] 郑成思. 中国知识产权制度与 WTO 的差距[N]. 法制日报,2000-01-16.
- [4] 赵生祥. WTO 对知识产权国际保护制度的继承和发展[J]. 现代法学,2000,(3).
- [5] 王传丽. 国际贸易法[M]. 北京:法律出版社,1998.

编辑 周仁贵

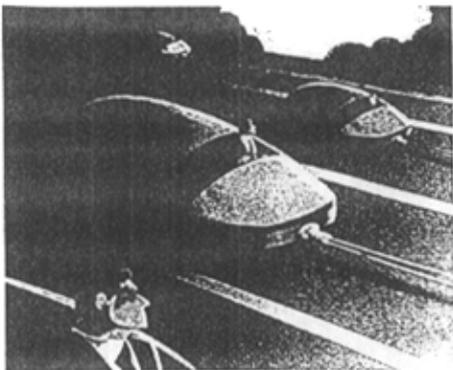
The Study of Improving China's Leagality on Interllectual Property under WTO "TRIPS"

WANG Guo-hui

(School of Law, Hunan University, Changsha, Hunan 410081, China)

Abstract: China is going to enter into WTO very soon. So domestic laws must be consistant with WTO rules. The interllectual property laws are also not exceptional. Specifically speaking, they are required to be consistant with TRIPS which is the first attached documeng of WTO agreements. This paper overally and systematically states our country's strategies of improving interllectual property leagality on the basis of analyzing the distance between our country's legislation in effect and practice on interllectual property and TRIPS.

Key words: WTO; interllectual property; TRIPS



人世对中国的冲击将是全方位的,它就像太平洋刮来的飓风,震颤着我们每一个角落。

而对人世,谈论应对之策最多的是企业。其实,受冲击最大的莫过于政府。虽然主管银行、邮电、农业、纺织业等行业的政府部门也发表过谈话,但几乎都是以产业界代言人的身份说话。而事实上,入世对于政府部门自身的影响,对于每一个正在吃“皇粮”的公职人员和准备迈进政府机关的择业者,其“冲击波”是相当大的。

WTO的所有成员都要遵守游戏规则,前提是,政府必须首先依法行政,不能有随意性,这个问题很紧迫。依法行政、依法治国,在中国仍然有相当远的距离。我们可以从日常生活的大量事例中看到,有时候政府的随意性太大,有时候一些地方政府不遵守规则。举个例子,今年股票市场的银广夏事件,最近南方的三九事件,这些都是政府核准和管理的。有些公司本来不应该上市,打通了关节就可以上市。还有南京冠生园,首先也是政府没有尽到自己的职责。中央电视台不曝光,你食品卫生管理部门干什么去了?工商行政管理部门干什么去了?

不久前,河南周口召开一次招商大

会,请几个外商发言。谁也没有想到,一位外商当场失声痛哭。原来,他按照招商答应条件早已投资到位,可一年多过去了,就是办不完没完没了的审批手续,当初看好的项目,眼看就要时过境迁,成明日黄花,他怎么不焦急痛哭。另一则老掉牙的故事是:武汉一家企业为一个危房改造扩建项目,花了2年多时间跑了市、区70多个单位,先后盖了800多个章。真是盖章“跑断腿”。

目前的审批制本质上是属于计划经济的东西。当这套制度作用于市场经济时就难免成为一种束缚,过多过滥的审批权必然成为腐败的温床。最常见的方法就是利用职权谋取私利,盖一个章收上百元,办一个证拿上千元,甚至搞买官卖官的把戏。因此从反腐败的意义上说,行政审批制度的改革是一项根本性措施。如果不改革这种行政审批制度,将会在经济活动中起着严重阻碍作用。不过,我们也看到了一些喜人的变化。有报道说,青岛向政府权力部门“开刀”,砍掉了52.116%的审批项目,原来需要“跑断腿”才能盖章通过的关口,一下子变成了“一路绿灯”。在外资企业中引起了强烈反响。今年1

至7月青岛市共有208个外资项目增资,同比增长25.6%。

政府将从管理者角色转换到服务者角色,这是现代法治文明以人为本的要求。政府治理的观念应由以政府为中心转变到以公民为中心。而中国几千年来“官”与“管”的观念比较强。公仆与官的区别是,官是让别人替他服务的,老百姓是抬轿子的,现在要官员给老百姓抬

轿子,你愿不愿意?例如,每次外国领袖访问中国,带一个庞大的企业家代表团,为企业家铺路,就是抬轿子的工作。政府的行政首脑是企业的推销员,他说服中国政府,“你买我波音公司的飞机吧”。在中国,是企业家求政府办事,只希望政府不要成为麻烦的制造者,事实上,很多官员的观念没有转变,给企业家制造了很多麻烦;政府靠税收来运作,企业不能发展,经济搞不上去,在未来的国际竞争中我们会丧失主导地位。国家的竞争力不是靠几个领导人有竞争力,要靠国家约整体实力,政府要去创造良好的环境,给企业发展创造机遇。

政务公开成为必然,WTO要求政府透明开放,政府的法律、政策都是公开的,而我国目前还没有一部完备的政府信息公开的法律、制度。政府的信息公开,要满足公民的知情权,这是公民的基本权利,现在加入WTO,不仅老百姓企业家要知道,全世界都要知道。大家要玩,就必须知道游戏规则是什么?这是平等竞争的基础。现在已经有许多地方开始行动起来,在浙江省金华市、上海市等地,已经有了“市政府办事大厅”,由所有职能部门拉拢一些人员,集中在这个“办事大厅”;这种“阳光操作”既方便了群众,更是从根本上遏制了腐败的滋生。另外还有:政府的政务印成小册子、制成VCD;每位政府人员“挂牌上班”;部门公开承诺,公布举报热线电话等等。

总之,中国加入WTO,与其说是中国的企业加入WTO,倒不如说是中国的政府加入WTO,从WTO规则来看,约束的是成员的政府,而不是企业。WTO的23个协议,492页纸,只有两个条款提到企业,其他都是规范政府行为的。正如中国人世首席谈判代表龙永图所说,“中国人世受冲击最大的不是企业而是政府”,因为以管制与审批为基本特征的管理模式,与“公开、公正、公平”的WTO精神背道而驰。因此,政府首先要适应经济全球化的挑战,进行不断的调整 and 改革,舍得放权,最终实现中国政府制度的创新。□

责编/一叶

从坐轿子到抬轿子

文/王国辉

后 记

光阴荏苒，韶华易逝。随着毕业论文的定稿，我在师大三年的求学生涯也即将结束。回首往事，不禁感慨万千。读研三年是我人生的一大转折点，如果说取得了些许成绩的话，我首先要感谢关心我、指导我、帮助我的老师、同学及亲友们。

首先，我要对我的导师李先波教授表示诚挚的感谢。李老师生活历经坎坷，对生活感悟深刻，阅历丰富，治学严谨，教学有方。对学生在学业上严格要求，在生活中又无微不至地关怀。在论文的选题、写作以及修改过程中，都倾注了大量心血。隆隆师恩，永不言忘。

其次，我要感谢李二元教授。李老先生德高望重，一言九鼎，在我国国际私法界算是泰斗级人物。在师大能亲耳聆听老先生的教诲，真是三生有幸。李老先生虽年事已高，但仍孜孜不倦，钻研学问，令晚辈我汗颜。老先生不但自己治学严谨，指导学生更是一丝不苟。想想自己满意的第一篇论文，就是在李老先生的启发和指导下写出来的，李老先生后来对我文章的肯定又使我更加充满信心。虽然和老先生单独交往的机会不多，但为数不多的几次就足以影响我的学问人生。

我还要感谢法学院蒋新苗教授、肖北庚教授、周辉斌副教授、陈汉光教授、王爱平律师以及资料室郭玉梅老师。三年来他们在生活当中的关心、学业上的指导、帮助都使学生获益颇多。周老师在我论文开题时就给予了极大的帮助，并建议我先多读有关的经济金融学方面的书，以便把问题弄懂。在论文定稿前，又在百忙之中抽出时间为我论文修改提出了宝贵意见。另外，我也还要感谢伴我三年学习的同窗好友们，和学友共同学习，探讨学问、人生，休闲娱乐，也是我生活中的组成部分。

最后，我要特别感谢我的亲人。先父“吃得苦中苦，方为人上人”的谆谆教导，母亲勤劳俭朴、无私奉献的品性，都使我受益终生。四哥一直以来对我生活学业上的关心爱护、支持、鼓励、指导、忠告以及对全家的奉献实在难以一一述及。还有其他哥姐的帮助，在此一并致谢。

湖南师范大学学位论文原创性声明

本人郑重声明:所呈交的学位论文,是本人在导师的指导下,独立进行研究工作所取得的成果。除文中已经注明引用的内容外,本论文不含任何其他个人或集体已经发表或撰写过的作品成果。对本文的研究做出重要贡献的个人和集体,均已在文中以明确方式标明。本人完全意识到本声明的法律结果由本人承担。

学位论文作者签名:王同辉

2003年 6 月 3 日