

论对外资银行参股进入的法律监管

——由入世后外资银行实施参股进入想到

陈斌彬

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

摘要:我国现有的外资银行准入法制基本上都是以“新设进入”的方式为架构,而对外资银行“参股进入”的监管则非常薄弱。然而,实践表明,通过收购、参股国内商业银行进入我国市场将是入世后外资银行的首选。对此,我们不能不加以重视。文章先探讨了外资银行首选参股进入的原因及其影响,指出对外资银行的参股进入进行法律监管的必要性,然后对银监会最近颁布的《境外金融机构投资人股中资金融机构管理办法》展开评析,并在此基础上提出了完善相应法律监管的若干设想。

关键词:新设进入;参股进入;收购;法律监管

中图分类号: D922.2

文献标识码: A

文章编号: 1007-9041-2004(02)-0063-03

随着我国入世承诺的履行和相关法律制度的完善,特别是2002年新的《外商投资产业指导目录》的出台,外资收购的环境日益宽松,外资收购的触角已由一般的行业或产业开始伸展到事关国民经济命脉和国家宏观经济政策执行的金融服务领域,^①其集中表现为国内银行业掀起一股外资参股热。追踪和把握外资银行参股进入的动机和目的,探讨参股进入的利弊得失,提出加强并完善对其的法律监管,对确保我国金融安全与可持续发展具有重大意义。

一、外资银行参股进入的动机之分析

在金融服务领域的市场准入方面,“参股进入”和“新设进入”均是外资银行进入我国的合法方式。入世后两年多的实践表明,许多大外资银行对参股进入表现出比新设进入更浓厚的兴趣,参股中资银行越来越流行。例如:2001年11月29日,国际金融公司(IFC)注资2700万美元持有南京商业银行15%的股权;2002年,IFC和加拿大丰业银行在西安市商业银行增资扩股之后分别持有西安商业银行12.5%和12.4%的股份;2003年7月,汇丰银行收购了上海银行8%的权益;2003年12月17日,恒生银行、新加坡投资有限公司、IFC参股兴业银行,合计持有兴业银行共24.98%的股本,成为仅次于福建财政厅的

第二大股东。最近,花旗银行已公开表态拟收购浦东发展银行8%至10%的股权;香港恒生银行也计划买入民生银行的股份。采用参股进入比新设进入更能满足外资银行在短期内获取收益和利润并在金融市场竞争中取得良好发展的需要。这概括而言主要体现为四点:首先,参股进入可绕过信息壁垒。金融是集信息、信用、信心为一体的三信经济。在银行业,信息问题主要反映在两个方面,一是银行对客户基本信息的掌握,二是银行对信息的理解。这两个都是银行业建立客户关系、拓展市场的必备条件,需要通过长期的本土化进程方可获得。倘通过新设进入,外资银行显然难以逾越信息障碍,一时无法与土生土长的中资银行展开竞争。因此,绝大多数的外资银行都会考虑通过收购一家市场内的中资银行来绕过信息壁垒的方式进入。这样,外资银行不仅很容易得到地理位置、机构设置的优势又可以获取信息资本,克服新设进入的不足。其次,参股进入可以弥合时间的落差。再次,参股进入可培育外资银行的竞争力。通过收购股权,外资银行可直接对中资银行施加影响,并利用已有的银行销售网络 and 高级本土人才来了解中国企业的信贷文化和银行运作的制度环境,在实际中分析全面开展金融业务时可能遭遇的制度风险,增强自身的竞

收稿日期: 2003-12-15

作者简介: 陈斌彬(1977-),男,经济管理学士,法学硕士,厦门大学法学院国际经济法研究所2003级在读博士研究生。

^①新的《外商投资产业指导目录》已按入世承诺的需要进行修改,新开放银行、保险、商业等服务贸易领域,允许外商的直接投资。

争力。最后，参股进入付出的成本较低。即便参股的银行有大量的坏账，外资银行也无需承担企业的全部亏损，只要承担与自己参股份额相对应的那一部分，风险和损失进一步缩小。同时，由于股权的流动性高，参股的外资银行也可以在形势不利的情形下出售股份以及时退出。

二、对外资银行参股进入法律监管之必要性

究其本质，参股进入和新设进入都是外资银行对外直接投资的表现方式。新设进入是外资银行在东道国设立“商业存在”，类似于“投资办厂”，即一家准入，国内银行业便新增一个竞争对手。参股进入本质上则是外资的跨国收购，其不同新设进入，而是通过已经成立的中资银行的壳进入我国银行市场，并不增加我国竞争银行的数量，也不会太大、太快地改变现有的竞争格局。因而很多人总是简单地以为外资银行参股进入远不如新设进入那样会对国内银行业带来强烈的冲击。其实，“项庄舞剑，意在沛公”，通过参股进入慢慢把自己的“基因”植入内资银行的体内仅仅是外资银行实施竞争策略的第一步。而利用自身在管理、技术和全球网络的优势，逐步掌握控制权，并在适当时机通过增资扩股实现控股，最后运用高价诱使中方进行股权转让，俟机吞噬中方的全部股份，从而慢慢地把中资银行改变成外资银行的子行或附属机构才是外资银行参股的目的所在。事实上，从已获参股进入的外资银行的行为表现就可见一斑，外资银行已不满足仅作为董事提出建议和单纯的技术援助，而是积极地参与银行的日常管理。比如，参股西安商业银行的加拿大丰业银行，除了派了一名代表进入董事会外，还派出了一位高级管理人员参与西安商业银行一线的日常经营管理。显见，外资银行的参股进入同外资在其它行业的收购进入并无不同。从20世纪90年代开始，外资在我国掀起的新一轮投资高潮就是以收购内资企业特别是国有企业为主要特征的。在收购中，外商大肆炒作我们的国有企业，炒买炒卖，从中赚取不义之财，导致我国国有资产大量流失。而且，收购的结果导致外商在我国某些行业市场上的垄断现象越来越严重，如计算机、移动电话、胶卷行业、电梯行业、小汽车等等。甚至我们老祖宗传给我们的一些需要运用祖传秘方才能生产的商品也逐渐被外商垄断，如中成药、橡胶轮胎、纸张等。因此，在

看到外资银行参股进入的种种好处的同时，更要适当加强对内资银行的保护。从现阶段来看，国内银行的发展水平普遍较低、无论是从资本、技术、管理和金融创新能力等方面都存在着与外资银行无法比拟的先天劣势，国际竞争力差。一旦我们缺乏对其必要的扶持就会使之在外资的过度冲击下殆尽市场，则参股的外资银行极易蜕变成新的市场垄断工具，威胁我国的金融安全。“前车之鉴，后世之师”，鉴于入世后外资银行参股中资银行愈演愈烈的局面，为防止银行业再度出现与上述几种行业相类似的“悲剧”场面，笔者认为把外资银行的此种特殊准入问题纳入外资银行市场准入监管法制体系已是迫在眉睫。但综观我国入世后按照入世承诺重构的既有的外资银行市场准入的法律制度来看，无论是2002年2月1日国务院新修订的《外资金机构管理条例》及其实施细则，还是中国人民银行2002年6月27日颁布的《外资金机构驻华代表机构管理办法》，其所调整涉及的内容都是以新设进入为架构，对外资银行通过收购已经取得市场准入资格的中资银行部分或全部股份的问题则没有任何规定。同时我国又缺乏统一的外资收购法，这就使得外资银行参股中资银行的市场准入在我国缺乏相应的法律依据，实践中只能通过监管当局报请国务院进行特别批准。这种个案审批的方式不仅不能满足当前金融市场发展和建设对政策确定性和稳定性越来越高的要求，而且也违背GATS的透明度原则。再者，这种立法容易导致“准入转移”（Access transferring），大量外资银行为规避法律对现有新设进入的种种限制而纷纷转投向参股进入。其结果必使得我国以新设进入为主的外资银行市场准入法的监管效应大打折扣，不能在外资银行的市场准入中起到很好的把关作用，不利于准入后的进一步审慎监管。这不能不说是与立法的初衷相背离。因此，我们不仅要注重对外资银行新设进入的监管，也要加强对其实股进入的监管。

三、完善外资银行参股进入的法律监管

前已述及，外资银行通过已经成立的中资银行进入中国银行市场将是新兴的外资银行市场准入所青睐的方式。从具体操作和各国的实践来看，对外资银行参股进入进行的监管不能简单地等同于合资银行来操作。^①因为两者存在着许多差别；其一，外资银行的参股进入主要是资本和银行技术管理经验的投资，其

^①合资银行（Joint Venture），是指由外资银行或其他金融机构和东道国国内银行及其他金融机构共同投资组建的，在东道国新注册的具有独立法人地位的银行机构等。同为中外资双方共同持股，藉此，很多人总将外资参股进入的监管简单地等同于合资银行的监管。

开始投资入股的比例极为有限,远低于外资发起设立合资银行时持有的股份。因此若在申请人主体资格上对外资参股进入仍必须满足与合资银行相同的诸如在中国境内从业一年或设立代表处的要求显然过于苛刻。其二,外资银行的参股进入不仅是外资银行的市场准入,还关系到银行因收购所带来的各种新问题,如同业竞争、是否存在垄断的嫌疑、外资的控制权对金融秩序的影响等等。因此对外资参股进入的股权比例是否应该限制及如何限制都是与合资银行不同的。其三,如前所述,参股进入能规避我国监管当局对外资银行新设进入上的审查与核准程序,因此,监管当局只能考虑另立其他的准入机制来强化对外资银行参股进入的监管。

《办法》的出台虽在一定的程度上填补了我国法律对外资银行参股进入监管的空白,但其内容仍具有不周延性。这主要体现在如下几点:

第一,《办法》虽把外资银行参股的对象分为上市和非上市的中资金融机构,但对参股两者具体程序仍未作进一步明确的区分。事实上,参股上市和非上市金融机构规则是不同的。比如,对上市中资金融机构的收购参股除了要具备《办法》中规定的要件外,显然还要满足《证券法》中的关于上市公司收购制度的规定。但是鉴于我国目前的商业银行正处于股份制改造初期,上市数量较少^①。这一点不同于美国。美国的商业银行大多数是股份制银行,且其中的绝大部分都在资本市场上上市,发达的证券市场使美国发生的并购的对象是以上市商业银行为主。因此,外资银行在资本市场上通过收购活动以参股进入的方式都必须遵守美国联邦证券法对上市公司的并购活动的规范。而反观我国外资银行收购参股的中资银行将以绝大多数的非上市的金融机构为主体。所以,为更好地保护我国非上市金融机构的合法权益,我们不能不要对外资银行投资入股非上市金融机构的程序规则作类似于上市公司收购的详尽规定。在此,笔者认为可借鉴西班牙的《信贷机构的引导与干预法》。^②在《办法》内新增进一步细化外资银行对非上市中资金融机构投资入股的程序规则的条款。比如增加外资银行收购重要持股(significant holding)事先通知的义务条款。意即当境外金融机构试图直接或间接收购达到非上市

金融机构的资本或表决权的5%,或虽未达到前述的百分比,但是拥有足以使持股的外资银行对该机构产生显著的影响(exercise notable influence)的股份,外资银行都必须将这种影响事先通报银监会,表明持股的数量、收购的条件和要求、计划交易执行所需要的最长时间。对外资银行设定这一义务,不仅能引起银监会事先的注意,为后续的进一步监管奠定基础,而且可避免因中资银行为引进外资心切而与外资银行合谋在申请时故意隐瞒对收购中一些关键事实的陈述。

第二,《办法》未能全面规定外资银行投资入股中资金融机构必须遵守的基本原则,从上面我们对外资银行参股的动机和目的分析来看,至少要在《办法》中增列或补充:遵循股权平等和自愿;不妨碍或损害中国金融市场正常竞争秩序和不损害债权人或公共利益的三个基本原则。笔者以为单凭第五条的诚实信用的原则来约束外资银行参股进入是远远不够的。^③

第三,《办法》对银监会的审查与拒绝机制的规定过于简略。《办法》第十二条规定:中国银行业监督管理委员会自接到完整的申请文件之日起3个月内作出批准或不批准的决定;决定不批准的,应当书面通知申请人并说明理由。这样规定虽符合透明度要求,但是,这里却留下一个疑问:若银监会未在规定的期限内作出受理或批准决定的,申请人(这里是指中资金融机构)有什么样的救济权,在《办法》中并无相应的规定,是否意味着如果到期未被通知不受理或不批准,即视为已被受理或已获批准。恐怕很难得出此结论。那么是否存在其他救济措施,也不明确。如果没有适当的救济方法,这种貌似严格的审批期限的承诺,对外资银行参股进入的积极性会产生一定潜在打击作用。为此,设计一种诸如司法救济,如WTO要求的独立司法审查机制,应是值得考虑的途径之一。^④

最后,《办法》对外资银行增加持股有作规定(第十六条),但对停止持股的退出或停止却未作任何规定,同时也欠缺如罚则或法律责任的规定。对损害中资金融机构平稳和谨慎管理,或严重损害其财务状况等违法收购行为如何制裁,《办法》则付之阙如。这不能不说是《办法》的一大不足。

(责任编辑:曾超仪;校对:J)

①目前在国内外上市的中资商业银行有深圳发展银行、上海浦东发展银行、中国民生银行、华夏银行、招商银行等几家,占我国商业银行总数的比例很低。

②该法对外资银行通过参股西班牙境内的非上市银行机构的进入程序作了较详尽的规定。See Discipline and Intervention of Credit Institutions, law 26/1988, of 29 July, sec. 56-22.

③《办法》第五条规定:境外金融机构向中资金融机构投资入股,应当基于诚实信用并以中长期投资为目标。

④李国安:《中国的金融服务承诺透视》,《厦门大学学报》2003年第2期。