

# 论我国商业银行市场准入的法律调控

○蒋 鹏 杨伟卿

**我国商业银行市场准入的法律调控明显滞后于世界发展趋势，应积极加快专业银行向国有商业银行转化的步伐；从法律上放宽金融机构市场准入限制，积极培育、发展非银行金融机构。**

90年代以来，随着商业银行国际化进程的加快，商业银行面临着一些棘手的法律问题，市场准入当属银行商业化进程的重头戏。我国正在加紧建立自己的商业银行制度。这不仅是国内诸多经济要素发展的必然要求，也是面对国际竞争与国际惯例所作出的必然应对。要规范本国金融业务，打入国际市场，首先就必须依法对商业银行市场准入进行控制。

## 一、市场准入对商业银行的适用

“市场准入”(Market Access)。原意是指一国产品进入另一国市场，所应遵循的东道国对其的规定。随着国际贸易往来的增加，贸易对象远远超出一般意义上的某国或地区的产品，这中间也就包含着金融服务。<sup>①</sup>

乌拉圭回合多边贸易谈判首次把包括银行业在内的服务贸易作为谈判议题，并达成《服务贸易总协议》(GATS)。该协议对金融服务所作的规范中，就把市场准入问题作为第一项，而市场准入的最重要内容又是国外金融服务商的开业权问题，即商业介入问题，是指每一参加方应给予其他参加方金融服务供应者在其境内设立机构和商业介入，扩展商业性介入的权利。<sup>②</sup>这样，“市场准入”也就带进了银行业。

我国作为发展中国家，银行业走向国际化是必然

趋势。随着乌拉圭回合银行服务领域的减让谈判进一步展开，我国银行业的对外开放将面临更大的压力。但是，商业银行过去那种垄断经营权利的丧失并不意味着经营优越的丧失。因为，在某种意义上说，过分的保护政策会对商业银行带来一种“偏安”。

机遇与挑战是并存的。中国的商业银行制度因诸多的体制遗留问题，是否能按时满足协议的要求尚是有待努力的事情。这一不确定的事实说明我国的商业银行若受到歧视性待遇（由于与别国或地区的市场准入要求不符）也不失为一件自然的事情。因此，我国商业银行必须首先在国内规范自身的各项机制，进而达到进军国际市场的目的。我们将对我国商业银行与其他金融机构的业务市场竞争现状及其相关政策、法规的主要不足进行剖析，对其进一步的充实和完善提出建议。

## 二、商业银行经营体制选择的关键

### ——市场准入的调控

近年来，我国金融运行远没真正地走上依法经营、健康有序发展的轨道。特别是各类金融机构，相当一部分还没有办出自身的特点，发挥各自应有的作用，混业经营相当普遍。据我们调查，银行办信托、证券、保险业

务, 保险公司直接搞信用放款和证券买卖, 信托投资公司吸收存款发放贷款, 证券公司搞存贷款业务等情况相当突出。这就表明, 银行业与其他金融机构在市场准入问题上没有得到有效的法律调控。显然, 这也与国务院关于金融体制改革决定中有关金融业应划清银行业、信托业、保险业、证券业的业务界限的要求不相符。在此, 学者们对混业经营和分业经营选择的观点也莫衷一是, 有所谓的“综合说”、“分业说”、“折衷说”种种。究竟这两种模式孰优孰劣, 这要从本国整体经济制度各要素之间的协同配合效应来进行评价。纵观各国的做法, 对市场准入的调控是商业银行与其他金融机构经营体制选择的关键。

对商业银行市场准入的调控, 美、德两国规定较为典型, 这里不妨将其与中国的规定作一比较。

从准许进入的业务经营领域来看, 各国银行业体制可划分为两大类, 即以美国为代表的分业经营银行体制和以德国为代表的综合经营银行体制。美国银行分业经营原则的法律基础是 1933 年银行法的四个条款(即第 16、20、21 和 32 条)构成的格拉斯—斯蒂格尔法案(Glass-Steagall Act), 其总精神是, 禁止商业银行从事投资银行业务, 特别是证券承销和自营买卖证券业务<sup>③</sup>。可是自 80 年代以来, 在美国引发了关于是否应该废除这一立法的广泛争论。事实上由该法案所设立的、将商业银行传统业务和投资银行业务以及其他非银行业务严格隔离的法律“防火墙”早已千疮百孔。美国的商业银行早已通过各种途径介入了原被严格禁止的业务领域。据悉, 该法案将在美国下一届国会上得以废除<sup>④</sup>。德国银行法则允许将商业银行与投资银行的职能合并, 并且银行业和证券业也不实行分业经营的制度, 可见德国对商业银行市场准入的规定是采取业务兼并的形式。另外, 世界其余采用分业经营银行体制的国家, 如日本、英国、加拿大等, 近年来也日益放松了对商业银行业务经营权限的严格管制。

相形之下, 我国在商业银行市场准入的法律调控上, 明显滞后于世界发展趋势。国务院近期关于金融体制改革的规定及相关立法倾向, 就表述为, 银行不得投资于非金融企业或者非自用不动产, 不得自营或者代理股票交易, 业务范围以外的其他领域也不允许涉及。但是, 如果结合中国的国情, 这样的规定就显得美中不足。其一, 我国是一个严格的成文法国家, 将来无

法象美国那样通过司法判例来演绎、补充成文法规的不足。我国经过了这么多年的尝试和总结立法的超前性在此应予以重视。其二, 现有的政策、法规对于市场准入的调控, 具有浓厚的紧缩色彩, 其中一些要求“银行业体系与资本市场分离”的法则是不明智的, 在通货膨胀、新竞争者及技术革新等这些外界金融环境变化面前, 这些规定却有灵活性不足之嫌。

众所周知, 当前我国各类存贷款业务 80% 以上由国家专业银行垄断, 其它金融行业, 如证券业、保险业都程度不同地存在类似情况, 这些国有金融机构由于存在一些多年积累的问题, 要重塑真正的市场主体尚需一段时间。我们认为, 目前, 一方面应积极加快专业银行向国有商业银行转化的步伐, 深化其内部改革; 另一方面则从法律上放宽金融机构市场准入限制, 同时又对证券业、保险业、信托业执行“约法三章”, 积极培育、发展非银行金融机构, 逐步解决金融机构之间竞争不足的问题。

### 三、商业银行海外发展的法律调整

在法律上, 多数发达国家对本国银行的境外拓展奉行不禁止原则, 只要履行一定的条件就行, 而发展中国家在这方面却有比较严格的法律规范。

从世界范围来看, 对本国银行进入境外市场的法律规定, 主要有两类法律结构: (一) 多数国家是在普通银行法中对本国银行的境外发展问题加以规定, 如《德国普通银行法》第 9 条, 《新加坡规定银行业务之执照核发乃规章条例》第 12 条等。<sup>⑤</sup> (二) 一些国家为管制本国银行的境外发展, 颁发了一系列专门性法律, 如日本的《日本国外汇银行法》。其相关内容主要有以下三方面: 1. 关于银行设立或拥有境外分支机构的法律规定; 2. 关于银行境外分支机构日常活动的法律规范; 3. 对境外分支机构其他活动的法律管制。

我国对银行海外分支机构进入别国市场也制定了相应的调控措施: (一) 1987 年 1 月 7 日国务院发布的《银行管理暂行条例》第 16 条, 它奠定了我国银行在海外拓展机构的基本原则。(二) 1990 年 4 月, 中国人民银行发布了《境外金融机构管理办法》从以下几方面, 对我国银行发展海外机构中的若干问题作了规定: (1) 国内银行在国外设立分支机构, 或者收购国外银行机构, 必须具备的条件。(2) 在海外的中资银行如果需要

在国外设立或者收购分支机构,必须符合的条件。(3)有关违法制裁的规定。

尽管如此,我国的涉外法规乃其配套措施还很不完善,国内有些金融机构正是抓住这一点,盲目跨国经营,擅自设立分支机构,借此逃避税收管制。

因此,为了完善我国商业银行的市场准入制度,在原有的基础上,应进一步做出相应的举措:(一)银行发展海外业务要克服一些认识上的偏差。银行发展海外经营,会将我国的一部分资金分散出去,一些人则认为我国是资金短缺国家,银行大规模发展海外业务的时机并不成熟。对此,我们持否定态度。应该看到,资本是以追求较高的利益为原则的,绝不能单纯考虑输出还是输入的问题。(二)今后,我国银行业开拓海外市场的主要障碍仍将来自那些严格执行对等原则和一些金融市场不发达、至今仍未对外开放市场的发展中国家。对此,我们应积极参加《服务贸易总协议》多边国家和地区金融服务贸易谈判,在承担相应义务的条件下,要求对方作出市场准入减让承诺。(三)尽快出台中国的《金融跨国经营法》和《境外金融企业管理法》,为银行海外经营提供法律保障。(四)成立中国海外投资保险公司。把它作为我国商业银行打入对方市场的后盾,如果目前成立的条件尚未成熟,可以考虑在中国人民保险公司设立海外投资保障基金,与其它业务分帐管理,承担各商业银行海外分支机构的保险业务。

#### 四、引进外资银行和商业银行国际合作

据报道,截止1993年末,中国主管部门已批准设立外国金融机构驻华代表处302个,营业性机构98家,金融机构驻华代表处中有银行分支机构208家。<sup>⑤</sup>外资银行在深圳、上海、广州、厦门、北京已成“一定气候”。

外资金融机构能有如此业绩,这与我国的各项政策和优惠措施分不开。但这些优惠或多或少也产生了一些副作用,为一些不法外资银行机构留下了许多可钻空子。这里仅分析与市场准入有关的问题:

其一,税收优惠。客观上,这种优惠成了外资银行加紧进入中国市场的一条诱因,反过来它又给我国银行以过多压力。如上海规定征收外资银行3%的工商统一税,深圳则免征此税。

其二,开业审批。从金融管理当局角度看,外国资本渗入最安全的形式是代表处,最危险的形式是分

行。原因在于分行可以经营为东道国金融管理机构的监督最少,无法加以控制。然而,在我国外资金融机构的总数中,分行占了相当大的比重。

其三,监督检查。外资银行上报的报表水份很大,不能完全反映其经营活动的真实情况。它们普遍存在着违反有关规定的行为。如(1)多存少贷,将国内外汇资金大量调往国外。(2)利用各种手段,巧妙转移利润,逃避税收。

其四,业务范围。国际结算在外资银行业务中所占比重过大,融资授信业务却较少受它们垂青,几乎所有的外资银行都将业务主攻方向盯在风险小、利润高、成本低的中间业务上,抢占国内银行原有的地盘与业务。

鉴于以上分析,我们认为,首先,制定统一的外资金融机构的各项政策法规,并根据各地的实际情况制订监管实施细则。其次,税收优惠只能作为过渡期的诱因,各地的优惠措施要协调一致,逐步缩小优惠等级。这种既有鼓励又有控制的政策,照常可以为外资银行提供一个基本平等的竞争机会。最后,防止其垄断倾向。由于外国银行的母行,一般都具有规模大、资金充足、信誉高等特征,若我国的金融监管不力,很容易使它们形成一定范围内的垄断。在外资银行市场准入时,很多国家和地区都对其设立分行数目作出限制,如韩国、台湾等。如果经营中发觉外方有垄断性倾向,应采取相应措施。

随着技术创新的飞速发展,商业银行竞争加剧是现实,但竞争中可以合作,合作中可以竞争。乌拉圭回合达成的包括银行业在内的《服务贸易总协议》以及《巴塞尔协议》正是为各国银行业的合作奠定了坚实的基础。很难想象,某一国脱离国际合作,而其本国的银行业能成“一枝独秀”。

进行国际合作,各国首先要考虑的是如何协调各自对商业银行市场准入原则的规定。目前,很多国家和地区对此给予了高度的重视,在一国进行商业银行市场准入的立法的,参照、借鉴别国的相关规定迹象特别明显。追求国际间的合作已成为必然趋势。我国有关的涉外金融立法也有这样的规定,“中华人民共和国政府与外国政府所订立的有关金融业的协定同本法有不同规定的,依照协定的规定办理。”这就为我国金融立法的进一步完善,尤其是加强国际合作留下了适当的空间。

当前,缔约国的国际金融业务参与者在从事国际金融业务时,不能不考虑一些国际条约和惯例,主要有:《国际联盟日内瓦汇票和本票法》(1930年)、《国际商会托收统一规则》(1979年)、《合同担保统一规则》(1978年),等等。今后,商业银行为获准进入对方市场,进行合作的主要途径是签订双边的、多边的(区域性、世界性)协议,如《金融公平交易法》、《商业银行市场准入统一规则》等,规定各国商业银行和其他金融机构进入对方市场的条件,逐步消除国内银行业与国际银行业的界限。

### 五、结束语

综合上文的分析、论述,可以看到,商业银行市场准入的法律调控是一件极其重要,但也是难度极大的工作。就时下情况,完全放宽市场准入的限制,也是不现实的,但是,通过严密的法律规范,高效的执行机构,附之以国际间的合作,将其控制在一个人人们能够接受的范围之内则是可行的。

具体于中国的实情,我们认为,我国对商业银行市场准入进行法律调控的操作规程应该是:

(一)在我国范围内,对商业银行市场准入的调控规定。

1. 成立银行监管局。协同中央银行,对银行的经营进行监督;阻止银行系统滥用权力;拥有对银行机构的信息调查和干预的权利。2. 银行机构必须获得营业许可证方能开业。许可证取得的条件由银行监管局规定。3. 对银行业务的管理。①股本。银行必须保持足够的股本或股本资本。②流动性。银行在对自己资金进行投资安排时,必须一直保证有足够的流动性。③对投资的限制。银行在不动产、业务设备和在银行机构以及其它企业等方面的投资总额(帐面价值)不得超过自己的股本。④信贷。虽然信贷属于银行的基本业务,但任何一项大规模信贷(资金总额超过股本的15%)不得超过股本的50%。并需说明信贷条件和类型。4. 对证券存放的管理。每年要对从事证券业务或证券保管业务的银行机构进行查帐或审计。5. 规定对银行和个人的法律责任及其处罚原则。

(二)我国商业银行进入境外市场的规定。

1. 银行可以设立或拥有海外分支机构,但须向中

国人民银行提出申请。2. 在日常的经营活动中,商业银行及其分支机构要遵守以下规定:①国外有分支机构的商业银行要向中国人民银行提供与分支机构有关的经营状况资料。②商业银行须对其国外分支机构的帐目进行指导,实行独立核算,所发生的损益作为单独项目转入商业银行的总帐之中。③商业银行的分支机构不能从事商品货物的生产、分配和买卖业务。不得直接或间接地从事或参与包销、销售或分配证券业务。

(三)外国银行进入我国银行业市场的规定

1. 对外国银行所设分行的管理。①征税。它所交的税种有一次性的1%的资本投资税、0.6%不能从所得税中扣除的资本净值税、能从所得税中扣除的0.8%的年交易资本税、5%的公司所得税和大约16%的年交易税。②签发许可证。外国分行必须向银行监管局申请许可证,没有获得营业许可证开业是非法的。③对财务报表要求、汇报制度、资本要求基本上和对我国商业银行的规定相同。④对营业执照的撤消的规定。2. 对外国银行所设立的代表处的管理,①设立或改变代表处的办公地点时,须向银行监管局进行汇报。②经常向该局报告代表处的工作情况。③须向银行监管局保证不从事银行业务。④如果代表处已从事了银行业务,它必须象外国分行一样向我国交纳所得税。正常情况下,代表处不交所得税。

### 注释:

①根据服务贸易协议的定义,金融服务是由一参加方的服务供应者提供的任何金融性服务。金融服务活动主要包括保险、金融及与之有关的服务。

②参见赵毅、赵克义主编《中国商业银行业务与操作》第14页,中国世界语出版社,1994。

③" The Problems And Future of Commercial Banking", by George J. Benston. P30-32

④参见赵辰宁《美国银行分业经营与全能经营的比较》载《改革》1995.2

⑤参见《中外金融法规汇编》中国银行国际金融研究所编,1989

⑥参见《金融时报》1994年8月12日第三版

作者单位:厦门大学

责任编辑:何志强