

论中国入世后银行业 开放的法律原则

贺小勇

摘要: 尽管世界各国对银行业开放的原则不尽相同,但是WTO要求各国银行业要逐步开放。中国加入WTO意味着中国银行业开放要向国民待遇原则过渡。21世纪中国银行业开放具有被动性、制度性、外力推动型等特点。中国改革开放的实践证明,越是开放竞争的产业发展越好,因此,我们对中国银行业的开放应有足够的信心,与此同时,我们必须加强对外资银行的监管;在5年过渡期内全面提升国有独资商业银行的竞争力。

关键词: 银行开放;国民待遇;银行监管

中图分类号: F832 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-1894(2002)04-0037-07

一、各国银行业开放原则的选择

银行业对外开放原则是指东道国对外国金融机构进入本国银行业市场所持的立场在法
略,通过加快西部地区开发,逐步加快西部工业化和城镇化的进程,促进西部地区经济的全面发展和繁荣,因此,西部大开发战略是区域经济协调发展的必然抉择。

六、符合社会主义市场经济发展的一般规律

从发达市场经济国家的经验看,在市场力量的自发作用下,往往会产生一种区域累积循环因果效应,导致资金、技术、人才等生产要素从增长缓慢的落后地区流向经济发达、增长迅速的繁荣地区。这就是说,市场自发的力量不是缩小而是扩大地区间发展差距。为了平衡地区经济发展,从20世纪30年代以来,各国政府大多采取逆市场调节的方式,在财政、税收、信贷、技术和信息服务等方面,积极支持落后地区的经济发展。近年来,随着我国各项经济体制改革的逐步推进,社会主义市场经济体制的基本建立,经济生活中市场调节的比重也大大提高。据有关研究表明,目前,我国经济的市场化程度大体在50%左右,预计2010年将达到65%,届时中国将成为准市场经济国家或接近于相对成熟的市场经济国家。这种情况下,中央改变过去所采取的那种顺市场调节的做法,进行逆市场调节,把政策支持的重点转移到经济文化比较落后的西部地区,实施西部大开发,这既符合市场经济发展的一般规律,也是社会主义市场经济发展的必然要求。

(作者单位:潍坊学院)

律指导思想上的反映。基于各国经济金融业发展战略、金融业的现状、引进外国银行的目的不同,各国银行业开放原则不尽相同。根据各国实践并结合 GATS 的相关规定来看,各国有关银行业开放的法律原则主要有:

1. 保护主义原则 所谓保护主义原则,就是在银行业的开放过程中,立法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。绝对保护主义原则在 80 年代以前为许多发展中国家甚至少数发达国家所奉行,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,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 GATS 生效后,作为 WTO 成员方将承担允许其他成员方金融机构进入本国市场的义务,所以持绝对保护主义的国家目前大多采取务实的态度,有限度地开放本国金融市场,但辅之以较为严格的管制措施,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,但实施如下限制:(1) 外国银行只能以设立附属公司的形式开展业务;(2) 在外资银行公司治理结构中,一半以上的董事必须在其任期内为加拿大公民;(3) 所有外资银行在加拿大资产不得超过国内银行总资产的 12%,以确保外国银行在本地金融市场既建立自己的地位又不过分依赖海外的资金。^①

2. 对等互惠原则 在银行业的开放中,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;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。对等互惠原则又可以分为两种:一是全面对等互惠原则,即在对外资银行的进入数量、组织形式、地域限制及业务经营等各方面都一律采取严格的对等条件;二是进入对等互惠原则,即只要求申请行所在国愿意或已准许本国银行在其境内开设机构,则该国银行就被许可进入本国市场,至于银行机构数量、地域范围以及业务范围等则不作为对等条件。进入对等互惠原则常为一些国家采用,如瑞士银行法规定,在瑞士设立分支机构的外国银行母国,必须准许瑞士银行在该国设置机构,并且允许那些禁止银行从事证券业务的国家设在瑞士的外资银行经营证券业务。

由于对等互惠原则只是在双方国家间实现待遇的平衡,而在与第三国的关系中又会产生不稳定和差别。所以,为了协调这种多国间的不平衡,国家间通常通过条约中的最惠国条款来消除不同国家间的差别。目前在金融服务领域,最惠国待遇原则已经逐渐取代了互惠待遇原则。

3. 国民待遇原则 国民待遇原则是指一国依据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内国民待遇的国家,多为社会稳定、经济开放、金融体系发达、金融监管机制健全以及外国金融机构能有发展余地或潜力的国家和地区,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,如对申请设立机构的外国金融机构的资产状况、资本结构、组织形式、经营历史、管理素质、所在国的金融管理水平等方面要求较当地申请者严格,而在具体的经营方式、经营范围及受到的监管上内外金融机构则是同等的。随着乌拉圭回合的结束和 WTO 成立,在外资银行监管领域中,GATS 与《全球金融服务贸易协定》中各成员方承诺的国民待遇及其实施的条件与限制构成了 WTO 各成员方开放银行业并实行国民待遇的基本标准。应当指出的是,银行业对外开放中的国民待遇并不绝对,即使该国的金融法或相关政策中承诺实施国民待遇。这里国民待遇必须受到两点限制:第一,

各成员方在其金融服务领域开放承诺表中关于国民待遇实施限制的条件,比如中国入世承诺中有关外资银行经营人民币地域和客户范围逐步取消的条件;第二,各国基于维护金融安全与稳定而实施的审慎措施。

4. 单方优惠原则 单方优惠原则是指东道国对进入其境内的外资银行提供单方面的优惠待遇,允许其从事某些国内银行不能从事的业务或在监督管理上放宽条件。如英国对外资银行在单一客户贷款限额、存款保证金等方面的限制较国内银行少;发展中国家多在税收方面给予外资银行单方优惠。

大多数国家在银行业的对外开放过程中,并不把上述4种法律原则截然分开,而往往采取介乎两者之间的原则,以一种法律原则为主要取向,辅以其他原则,并根据国内金融与经济发展变化而采取相应的调整。纵观美国金融监管历史,美国对外国银行进入美国市场的法律原则就是朝着逐渐加强监管的方向演变的。其经历了首先给外资银行单方优惠待遇,其次给予国民待遇,再次给予有限制的国民待遇的过程。战后许多年,美国联邦政府未曾颁布过有关外资银行管理的法律。因此在美国的外资银行没有受到联邦立法的监管,它们在同美国当地银行的竞争中占有明显的有利条件,诸如外资银行可以跨州开设分支机构,可以经营非银行业务如证券业务,可以实行更低的资本充足率标准,可以不缴纳存款准备金等;而美国内资银行则不能享受上述优惠待遇。^②70年代以后,由于美国经济、金融实力大为减弱,本国银行竞争力下降,而外资银行却有了飞速发展,构成了对美国银行业的巨大威胁。面对这种情况,1978年10月美国国会通过了《国际银行法》,该法的目的是为了消除某些不平等竞争的因素。它第一次将外资银行置于联邦储备委员会的统一管制下,规定给其以国民待遇。尽管如此,仍然没有阻止外资银行在美国的迅速发展,同时也没能使美国银行国际竞争力得到提高。到1990年外资银行占美国商业和工业贷款的比重上升到38.7%,而美国银行所占的份额相应下降。这种情况使美国不得不再次对外资银行采取更加严格的限制性政策,这主要体现在美国1991年的《外国银行监管改进法案》。东南亚国家对外资银行的监管政策则日益由严向宽。亚洲金融危机后,为吸引外资参与重振国内金融业,泰国于1997年10月将外国投资者拥有银行业股份的比例从25%提高到50%以上,允许外国投资者购买全国91家金融机构和15家商业银行50%以上的股份。印度尼西亚国会修改银行法,允许外国投资者拥有100%的股份。菲律宾国会也于1999年初讨论修改银行法,准备允许外国投资者购买本国资不抵债银行的100%的股份。^③

二、关于我国银行业开放法律原则的变迁

1. 中国入世前银行业开放法律原则——混合主义阶段 在金融开放与金融安全的问题上,我国长期以来在认识上存在着两种截然不同的倾向。一种倾向认为外资银行尤其是实力雄厚的跨国银行进入我国市场将造成众多的负效应,危及我国的金融安全,因此,必须对外国银行实施严格的准入条件,实行严格的法律管制。另一种倾向则认为金融全球化是当今国际金融市场的大势所趋,跨国银行机构的进入对我国金融体制改革具有积极的促进作用,因此,应当加快金融业的对外开放步伐。由于这种认识上的分歧,相应地我国银行业对外开放一直缺乏明确的目标和法律原则,导致我国很长一段时期内对外国银行进入中国市场采取了单方优惠原则、保护主义原则和国民待遇原则相结合的混合政策:

(1) 单方优惠待遇主要体现于外资银行市场准入、外债管理与税收政策方面。首先,根据1994年国务院《外资金融机构管理条例》的规定:外资银行、合资银行的最低注册资本金为3亿元人民币等值的自由兑换货币;其实收资本不得低于其注册资本的50%。而根据《商业银行法》的规定,中资商业银行注册资本最低限额为10亿元人民币,并且注册资本应当是实缴资本。其次,中资银行从境外拆借资金被视为外债,由国家统一归口管理,对资金的期限、利率水平和资金流向都有严格的管理;而外资银行可以从国外市场自行筹集低利率资金在国内市场运作。最后,在税收管理方面,外资银行在开放城市建行开业前3年免征所得税,从第4年起两年减半征收所得税,从第6年起在经济特区的银行按15%征所得税,其他地区按30%征收所得税。而国内银行的所得税均为33%。中国人民银行对在浦东经营人民币业务的外资银行按33%征收所得税,而对外币资产业务收入部份所征税率仍是15%。

(2) 保护性原则主要体现在:禁止外资银行办理人民币业务(仅上海与深圳两地外资银行可以从事一定限度内的人民币业务);外资银行的固定资产不得超过其实收资本加储备金之和的40%;外资银行从我国境内吸收的存款不得超过总资产的40%。

(3) 国民待遇原则主要表现在:我国《商业银行法》第88条规定:“外资商业银行、中外合资商业银行、外国商业银行分行适用本法规定,法律、行政法规另有规定,适用其规定。”

由此可见,上述我国银行业开放的法律原则比较明显地表现为“限制与优惠”相结合。这种法律原则实际表明我国一方面希望吸引更多的外国银行进入中国,同时又不希望这种开放对国内中资银行造成过大冲击。这种折衷的法律原则在引进外国银行的初期,对其金融业务限制较严,同时辅之以税收等方面的优惠,使其与国内银行机构形成大致公平的竞争环境,应该说有其合理性。但是,随着国内、国际经济金融形势的变化,特别是中国入世后的情势变化,这种开放法律原则存在着明显缺陷;第一,与中国人世所要履行的国际义务不符。可以认为,现行银行开放原则主要立足于国内改革开放目标,而没有考虑中国人世作出的承诺。根据中国人世承诺,中国人世后5年内必须给予外资银行国民待遇,对外资银行予以优惠待遇,自不与GATS规定的国民待遇原则相抵触;但是对外资银行在业务范围内的限制措施却明显与中国承诺相冲突。第二,实践证明,我们这种开放模式积极效果并不明显。我国现行外资银行引进的目标在于吸引外资,在于学习外国银行先进的监管经验和监管技术。因此,在市场准入与税收方面提供优惠待遇。一般而言,税收优惠对欧美国家银行吸引力较少,欧美国家银行更为关注的是东道国公平竞争方面的法律环境。比如在1999年6月中国引进的165家外资银行分行中就有97家来自日本和东南亚等国家和地区,占总数的63%,亚洲在华金融机构的资产总额为197亿美元,占在华全部资产总额的62%;而欧洲银行资产总额为91.53亿美元,占28.9%;北美洲银行资产总额为25.95亿美元,占8.1%。很显然,外资银行来源不够均衡,来自欧美国家的银行数量少,业务规模小,来自亚洲国家和地区的外资银行比重过高。^④这一结构不仅使得中国外资银行极易受到局部经济变化的影响,而且,亚洲国家银行业在管理与资产方面有着与中国银行业极其相似的状况,这明显不利于中国银行学习先进的金融管理经验和技巧。

2. 21世纪中国银行业开放将逐步过渡到国民待遇 随着中国于2001年12月11日正式成为WTO成员方,根据中国人世的承诺,国务院新公布的《中华人民共和国外资金融机构管理条例》(以下简称《外资金融机构管理条例》)于2002年2月1日起施行,1994年2月25日发布的《中华人民共和国外资金融机构管理条例》同时废止。该条例紧紧围绕加入

WTO 所作的承诺和国际银行监管惯例,同时汲取中国银行监管工作中的实际经验,在 1994 年《外资金融机构管理条例》的基础上修订而成。从开放法律原则上分析,笔者认为此次修改是在遵守入世承诺和不违背国际银行审慎监管原则的前提下使外资银行与中资银行监管政策相衔接,即体现中国银行业开放最终走向国民待遇的趋势。这主要表现在:

(1) 取消 1994 年《外资金融机构管理条例》“设立外资金融机构的地区,由国务院确定”的规定,外资银行在满足审慎性市场准入条件前提下,可以在中国任何一个城市申请设立营业性机构,即地域上实行国民待遇。

(2) 在业务范围准入方面,外资银行在华提供外汇服务,没有服务对象限制。取消现行人民币业务市场准入对外资银行设定的业务规模数量指标,即取消《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》规定的“申请前一年,外国银行分行境内外汇贷款月末平均余额在 1.5 亿美元以上,独资银行、合资银行境内外汇贷款月末平均余额在 1 亿美元以上”的要求,只规定申请经营人民币业务的外资银行满足 3 个基本条件:在华开业满 3 年、连续 2 年盈利和中国人民银行规定的审慎性条件。特别值得注意的是,1994 年《外资金融机构管理条例》对外资银行业务范围绝大部分限定于外汇业务,而且范围较我国入世承诺要窄。新《外资金融机构管理条例》对外资银行业务范围进行了较大的调整,与原条例相比,业务范围扩大主要表现为:允许吸收本外币公众存款,发放本外币短期、中期和长期贷款,票据承兑,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,提供信用证服务业务,同业拆借和银行卡业务范围等,这意味着对外资银行经营外币、本币业务上实行国民待遇。

(3) 增加外资银行经营人民币业务的地域范围和服务对象范围,由中国人民银行根据具体情况和随着中国入世承诺的进程,逐步扩大开放人民币业务的地域和客户服务范围。根据中国在服务贸易方面的承诺表,中国从 2001 年 12 月 11 日起就要逐步取消外资银行经营人民币业务的地域限制,加入 WTO 后 5 年内,取消所有地域限制;逐步取消外资银行人民币业务服务对象限制,2 年内,允许外资银行向中资企业办理人民币业务,5 年内,允许外资银行可从事零售人民币业务。

三、21 世纪中国银行业开放的法律特点及对策

与 20 世纪入世前相比,入世后中国银行业的开放具有如下特点:

1. 我国银行在 21 世纪的开放是从主动利用的开放转变到履行协议、兑现承诺的开放

如果说中国入世之前在银行领域的开放进程是根据中国改革开放进程、中国自身承受能力大小自主作出决定,那么入世后,中国在银行领域的开放带有很大的被动性,即开放进程必须和中国入世承诺相一致。换言之,中国在银行领域的开放承担了国际法上的义务,比如中国必须在加入 WTO 后 5 年内根据承诺表中的承诺逐步取消外资银行经营人民币业务的地域限制和客户限制。

2. 银行开放从业务技术层面的开放转变到制度层面上的开放

前 20 年,我们的开放是业务技术层面的开放,而现在已经不是技术上的问题,而是制度上的问题,是制度的开放。WTO 中的 GATS 体系本身就是一种制度,所以我们的开放必须从制度上与 WTO 中 GATS 制度接轨。这样我们就必须全面改革现有的旧制度,银行业是服务业的一部分,开放银行业是履行 WTO 协议的一部分,这种冲击不仅仅是客户、业务种类的冲击,而是对制度

的冲击,是制度的改革问题。中国入世谈判进程中,谈判方对中国服务贸易法律体系非常关注,并在工作组报告中提出了非常具体要求,包括透明度、许可程序和条件、管理机构、合资伙伴、股权调整等方面。可以说,入世实际上意味着中国包括金融服务法律在内的服务贸易法律体系的改革与更新。因此,我们不难理解中国入世后,我国马上按照这些要求及中国在承诺表中的具体承诺重新修订并公布了《外资金融机构管理条例》,因此,入世后中国金融服务业的开放表面上看是经济领域的开放,实则是法律制度层面的开放。

3. 金融改革开放从前 20 年自上而下的内力推动转变为由外向外的外力推动下的改革开放 在全国金融业资产总量、贷款总量、存款总量 3 项指标中,四大国有独资商业银行达到 75%、76% 和 67%; 70% 居民存款和 83% 企业存款掌握在四大国有独资商业银行手里。而这种金融业的垄断并没有带来资源配置的高效率。尽管民营经济在全国经济增长中的份额已近半壁河山,但金融领域对民营经济始终存在着进入的高壁垒。在国家通过垄断金融部门控制经济剩余,获得社会巨额资金支配权的情况下,希望既得利益阶层主动放弃垄断利润、放弃国有金融部门是不太现实的;况且,金融体系变迁需要多种金融资产形式的存在,体制变迁本身就是不同产权主体进行竞争、谈判与重新界定产权边界的过程。既然我国体制内难以产生与国有金融部门对等的谈判对手,加入 WTO 无疑是我国金融体制变革引进了体制外力量。

如何看待中国银行业这种开放的特点? 客观而言,我国对银行业开放度是较大的,正如美国财政部在向美国国会参院是否给予中国永久性正常贸易待遇法案作证时所指出的:中国在银行领域的开放,可与经合组织成员相比,而高于任何一个 WTO 的发展中国家成员所作的承诺。^⑤ 笔者的观点是:

1. 对开放中的竞争我们要有信心 从中国改革开放历史看,中国目前具有抵御外来冲击能力的产业都是在激烈冲击和竞争中由弱变强而成长起来的产业。改革开放后,中国产业最早受冲击的是家用电器市场。日本品牌的洗衣机、冰箱、彩电、录像机、空调、微波炉曾以极优的品质和价格轻松地越过中国的高关税壁垒,使国内家电企业几乎无以立足。而今,一切都在发生积极、明显的变化,我国家电已经在国内市场上占有绝对优势,在国际市场也开始有一定份额。1998 年我国电冰箱、洗衣机、空调器产量约占世界同类产品的 20%。世界家电市场年销售额约为 2 000 亿美元,我国约占 7%,仅次于美国、日本,居世界第三位。^⑥ 相反,一直没有开放的电信业,却因为昂贵的费用等原因受到消费者的一致埋怨。实践证明,开放越早的产业,竞争力越强;保护越多的产业,垄断越高,竞争力越弱。有学者指出,尽管金融开放带来的挑战是严峻的,但都只是可能性。这些挑战究竟会在多大程度上、在什么时候,以及以什么方式出现,主要取决于国内银行业的进步和政府政策。一些国家的经验表明,如果国内改革严重滞后,对外开放若不能加速国内改革,危险就会增大。另一方面,如果国内机构能够对竞争的新环境做出积极反应,不利影响便可能被化解,冲击也可避免。^⑦ 而且实证研究表明,发展中国家对外国银行进入国内市场设置的壁垒越低,其银行体系受危机冲击的脆弱性越低,国内效率也越高。^⑧ 随着经济全球化、金融全球化进程的深入,越来越多的企业包括金融机构具有全球化特点;越来越多国家以法人住所地或注册地而不以股东国籍作为判断企业法人国籍的依据。我国法律明确规定,中外合资经营企业(包括中外合资银行)、中外合作经营企业、外商独资企业(包括外商独资银行)都是在中国依中国法律注册并遵守中国相关法律,其国籍为中华人民共和国。因此,从法律意义上来说,不管是外资银行

还是中资银行,都是中国的法人,都是中国金融体系的有机组成部分。一些学者研究表明,90 年代以来,在发展中国家银行体系中外资银行所占比例一直在上升,匈牙利、智利、波兰、捷克和委内瑞拉银行体系中的外资比例目前已超过 40%,阿根廷、墨西哥以及秘鲁等国也在快速上升。总之,对新兴经济体而言,最重要的是获得最好的金融服务,而由谁提供这种服务则是其次的。^⑨

2. 对外资银行监管标准参照国际惯例,坚持审慎原则 必须指出的是,外资银行尽管从法律上看是东道国法人,但是本质上是外来者,在东道国发生巨大经济动荡的情况下,一般没有义务对东道国的金融市场和社会稳定做出确定性的承诺,自然也不会主动地承担由投机资本冲击引起的损失。正如我们在亚洲金融危机国家所看到的,外资银行为了自身利益会选择资本外逃。尽管我国入世承诺中 5 年后给予外资银行国民待遇,但是 GATS 中允许任何成员方出于维护国内金融安全的审慎目的,加强对外资银行的监管;换言之,这种监管措施可以适当高于对内资银行的监管。如在市场准入方面、参与国内存款保险资格方面、中央银行救助方面可以基于审慎目的,对外资银行予以严格监管。

3. 在 5 年过渡期内全面提升内资银行特别是四大国有独资商业银行的竞争力 入世后,必须从制度层面对国有独资商业银行进行改革,改革措施包括:吸引战略投资者,使独资商业银行投资多元化,甚至国家不必控股,使国有商业银行真正成为符合现代企业制度的股份制银行;重点解决银行不良资产的积累机制,主要是要理顺政府与国有商业银行的关系、理顺企业与商业银行的关系;精简银行内部机构和人员,提高其经营效益;拓宽国有独资商业银行经营范围,规范和鼓励其成立金融控股公司从事混业经营;加强金融监管,维护金融安全。

(作者单位:华东政法学院)

注释:

- ① Elana K. Scoler, Foreign Bank Entry Into the U. S., Canada & Mexico: How NAFTA Alters the Banking Laws, 9SPG INLPRAC 46(1996).
- ② Or r, Reciprocity and Regulation of Entry, 1988 Ill. Lrev. 333.
- ③ 赵洪:《东盟国家金融改革向何处去?》,《国际贸易问题》1999 年第 11 期,第 52 页。
- ④ 刘文华:《WTO 与中国金融法律制度的冲突与规避》,中国城市出版社 2000 年版,第 20 页。
- ⑤ Hearing Before The Committee On Banking, Housing, And Urban Affairs United States Senate, U. S. Gov. Printing Office, 26(2000).
- ⑥ 曹建明:《加入 WTO 对中国司法工作的影响及对策》,2000 年 6 月。
- ⑦ 贺力平:《WTO 挑战与中国银行业》,《国际经济评论》2001 年第 2 期,第 31 页。
- ⑧⑨ Morris Goldstein,《新兴经济体银行危机的根源和早期预警指标》,《国际经济评论》2001 年第 3 期,第 37~38 页。