新外资银行市场准入标准与中国入世承诺的比较研究

——以WTO“审慎性措施”为分析视角

贺小勇

摘　要：中国新的外资银行市场准入标准是否符合中国入世承诺是当前国外金融界、政府和学者普遍关注的重大法律问题。本文以WTO“审慎性措施”为视角对此进行比较研究，提出审慎性措施的判断标准；并以此对新外资银行市场准入标准进行分类；对于一些与WTO规则不符的标准，视不同情况选择不同的解决方案；解决方案设计以维护国家金融安全为根本出发点。

关键词：外资银行；市场准入；WTO

中图分类号：F 833　**文献标识码**：A　**文章编号**：1006-1894（2004）05-0030-07

随着我国加入WTO，我国银行业开放进一步加快，截至2003年10月，共有19个国家和地区的62家外资银行在华设立了191家营业性机构，其中84家已经获准经营人民币业务。2003年12月1日中国正式实施进一步开放银行业的措施：允许外资银行经营人民币的地域扩大到济南、福州、成都、重庆，使开放人民币业务的城市增加到13个；允许符合法定条件的外资银行在这13个已开放人民币业务的地域向中国企业提供人民币服务；同意单个外资金融机构入股中国银行业金融机构的比例由原来规定的15%提高到20%。尽管中国银行开放领域不断扩大，但是关于国务院于2001年12月10日颁布的新《外资金融机构管理条例》和央行于2002年1月颁布实施细则（以下称条例与实施细则）中规定的外资银行市场准入标准是否符合中国入世承诺，一直存有争议。本文以WTO“审慎性措施”为分析视角讨论我国新外资银行市场准入条件与中国入世承诺之间的关系，以期抛砖引玉。

一、关于中国入世对外资银行市场准入的承诺

根据中国加入WTO议定书附件9《服务贸易具体承诺减让表》，中国对于外资银行市场准入承诺条件如下：(1)自中国正式加入WTO之日起，取消外资银行办理外汇业务的地区和客户限制；(2)加入后5年，逐步取消所有的外资银行经营人民币业务的地域限制和客户限制；(3)发放经营许可证只能坚持审慎原则(取消经济需求测试和经营数量限制)，加入后5年，

① 本文系WTO上海研究中心欧盟中国司法合作项目“中国外贸法与WTO规则融合”课题子课题的一部分。

取消所有现存的对外资银行所有权、经营和设立形式，包括对分支机构和许可证发放进行限制的非审慎性措施。(4) 提出申请前1年年末总资产超过100亿美元的外国金融机构可申请设立外商独资银行和合资银行；提出申请前1年年末总资产超过200亿美元的外国金融机构可申请设立外国银行分行；从事本币业务的外国金融机构的资格如下：在中国营业3年，且在申请前连续2年盈利，其他无限制。(5) 在国民待遇方面，除在市场准入中关于本币业务的地域和客户限制外，没有限制。

根据入世承诺的规定，除了在中国入世承诺减让表中列出的外资银行市场准入的特别条件外，外资银行市场准入条件应与中资银行市场条件待遇相同。

二、关于新外资银行市场准入标准与入世承诺相符性的质疑

一些专家学者将条例与实施细则规定的外资银行市场准入、《商业银行法》关于中资银行市场准入以及中国入世承诺中规定的外资银行市场准入标准进行对比研究后提出了质疑，这些质疑主要体现在中国入世承诺表中没有列明的、且与中资银行市场准入不同的以下限制性条件：

1．关于资本的要求　根据条例及实施细则规定，外资银行的注册资本和营运资金的币种必须是自由兑换货币，无论其是从事人民币业务还是从事外币业务。但是，中资银行的注册资本和营运资金的币种只要求人民币，尽管这些机构有可能从事外币业务。

2．关于股东资格　实施细则第4、5条规定，外资银行的唯一股东或控股股东必须是商业银行；而中资银行股东没有相应限制。

3．关于经营人民币业务的条件　实施细则第38条规定，外资银行经营人民币业务必须在提出申请前在拟开办或扩大人民币业务的城市所设机构开业3年以上且申请前2年连续盈利。而根据中国加入WTO议定书附件9《服务贸易具体承诺减让表》规定，“从事人民币业务的外国金融机构的资格是在中国营业3年，且在申请前连续2年盈利，其他没有限制”。因此，实施细则中关于城市的规定是新增的限制条件。

4．关于扩大业务范围的条件　实施细则第32条至第36条根据外资银行业务范围的不同规定了不同的资本要求，这就意味着每一次外资银行扩大业务范围，就需要变更资本并通过相应的行政审批程序。而在另一方面，对中资银行并无如此规定。

5．关于市场退出的规定　条例第48条规定，外资金融机构违反资本充足率规定，情节严重的，人民银行可以吊销其经营金融业务许可证。而根据《商业银行法》第75条规定，至多处以违法所得1倍以上3倍以下的罚款，并没有违规退市的处罚。

6．关于对外国申请者的救济程序　如果外国申请人对审批机关拒绝其市场准入的决定不服，没有相应的申诉救济程序。这是因为，根据2001年1月施行的《中国人民银行行政复议办法》所规定的申请行政复议的金融机构只限于在我国境内设立的金融机构和经人民银行批准的其他从事金融业务的机构，而不包括外资金融机构在境外的申请人。

三、关于以WTO审慎性措施考察新外资银行市场准入标准与入世承诺的关系

根据WTO下《服务贸易总协定》(GATS) 规则，对于中国入世后外资银行市场准入

条件，如果在具体承诺表的市场准入和国民待遇限制部分没有列明，除非与中资银行在市场准入条件方面待遇相同，否则构成与WTO规则不符的初步证据。但是，如果这些条件与限制构成WTO规定的审慎性措施，尽管在承诺表中未予列明，尽管与中资银行市场准入条件不同，仍然符合WTO的规则。因此，回应中国外资银行市场准入是否符合WTO规则必须从分析WTO审慎性措施入手。

（一）关于WTO审慎性措施的含义

根据GATS第16条、第17条规定，WTO成员方凡是在承诺开放的服务贸易领域的市场准入和国民待遇中未列明限制和条件的，不得规定与给予国内相同服务或服务提供者待遇较低的服务贸易措施。但是金融服务贸易例外。金融服务附件一第2条第1款规定，GATS任何条款均“不得妨碍成员方以审慎理由而采取的措施，包括为保护投资人、存款人、投保人或者金融服务提供者对之负有托管责任的人，或者保证金融系统的完善和稳定而采取的措施。这些措施凡不符合GATS者，则不得用作逃避GATS项下成员方承诺的义务”。审慎性措施不必列在成员方具体承诺表中，因为它们没有被当作市场准入与国民待遇的限制。这是金融服务贸易规则中一条非常重要规定，它实际上确立了如何处理金融服务贸易开放与保持足以防范金融危机和金融风险的措施这一对主要矛盾的指导原则。这是因为人们认识到，金融全球化既是一种历史必然趋势，同时也带来或增加了金融风险。要防止发生国际间金融危机，防范由金融自由化和国际化带来的巨大风险，就要求各国建立起对金融的有效监管法律制度。换言之，金融审慎政策目标虽有与自由化进程相冲突的一面，但是GATS承认各成员方拥有为维护金融稳定与安全而采取必要的防范措施的权利。

（二）关于审慎性措施的判断标准

GATS和其金融服务附件1没有明确列出属于审慎性措施范围，即哪些措施是出于审慎目的而无须列入承诺表的国民待遇限制中；哪些措施不是出于审慎目的从而需要作为国民待遇和市场准入的限制措施列入承诺表中，没有规定普遍接受的规则。本文拟从WTO有关判例提出审慎性措施的判断标准。

1．审慎性措施须具有合法性目的　金融附件1第2条第1款规定，采取审慎性措施必须出于合法目的：(1) 保护投资人、存款人、投保人或金融服务提供者对之负有托管责任的人。(2) 维护金融体系的完善和稳定。该款规定意味着各成员方维护金融系统稳定的目标优先于金融自由化目标。这是因为金融是经济的核心，单个金融机构的风险可能引发“系统风险”。这种系统风险表现为因一个或多个银行出乎意料倒闭，而在整个金融体系中乃至全社会所引发的“多米诺骨牌效应”。银行与其他行业有很大不同，包括破产的影响。一家银行的突然倒闭，可能会引起其他银行的危机。当人们普遍怀疑银行资产无力抵偿其负债能力时，便会引发挤兑。这种情况易形成银行体系性不稳定。1930年至1933年，美国有约9 000家银行倒闭；俄罗斯曾发生2 000多家银行倒闭；泰国金融危机触发了东南亚国家150多家金融机构的倒闭，都典型地反映了这种状况。一旦发生金融系统风险，金融体系运转失灵，不仅有可能在很短的时间内使自己的经济基础受到破坏，使长期积累的财富瞬间化为乌有，还会导致全社会经济秩序的混乱，甚至引发严重的政治、经济危机。因此，各国都将维护金融体系的安全与稳定作为金融监管、金融开放的首要原则。

2．审慎性措施应是“必需措施” GATS金融服务附件1第2条第1款一方面允许成员方出于合法目的而采取审慎性措施，同时又规定“这些措施凡不符合GATS者，则不得用作逃避GATS项下成员方承诺的义务”。这实际上意味着采取的审慎性措施应该是为达到合法目的所“必需”措施。从银行监管实践看，各国制定的规制银行的法律法规通常都含有审慎的成分，如果将所有包含审慎成分的措施都作为审慎性措施，那么几乎所有的金融监管措施都可以作为审慎性措施而享受GATS的例外，这样，GATS通过规制各国法规政策来推进金融自由化将是一句空话。何谓“必需”措施，WTO/GATT的相关判例对此提供了参考标准。在泰国香烟进口限制案中，专家小组对于衡量一种措施是否符合GATT第20条(b)项规定的“必需”要求提出了判断标准：“如果没有其他符合GATT的替代措施，或没有其他对GATT违反程度较小同样可以达到泰国健康目标的措施，那么泰国的进口限制措施就符合GATT第20条（b）项的必需措施。”在美国金枪鱼进口限制案中，专家小组继续使用“最小限制替代措施”判断方法，认为美国金枪鱼进口限制措施不符合GATT第20条（b）项的“必需”要求，因为美国没有证明其用尽了所有其他对GATT违反程度较小的替代措施，比如说通过与墨西哥谈判签订双边协定方式保护海豚而不必采取进口禁令的方式。WTO成立后，在美国汽油限制案中，专家小组认为其他替代措施在不可能实施的情况下是可以排除的。在欧共体石棉进口限制案中，加拿大提出，欧共体（法国）对石棉进口禁令措施不是必需措施，因为通过实施限制使用这种对GATT违反程度较低的措施也能到达保护健康的目标。专家小组和上诉机构驳回了加拿大的抗辩，上诉机构认为，法国的法令目标是消除石棉对人体健康威胁的危险，根据这个目标，任何其他仍然蕴含风险存在的措施都不能被认为是合理的替代措施，限制使用措施不能有效达到法国保护公众健康的水平。

从GATT到WTO历程中，可以看到，对GATT第20条（b）项规定的“必需”解释经过了由严到宽的过程。在WTO成立以前，GATT对第20条（b）项规定的“必需”措施解释是非常严格的，采取措施国必须证明其用尽了所有其他对GATT违反程度较小的措施而不能达其合法目的；至于其他对GATT违反程度较小的措施是否能有效达到该国合法目标则在所不问。比如，通过谈判方式保护海豚要花费时日，这种谈判措施是否是有效保护海豚的措施，GATT专家小组没有过多关注。WTO成立后，在美国汽油进口限制案中，对其他替代措施范围有所限制，即实际上不可能实施的替代措施排除在外。在石棉案中，WTO上诉机构进一步提出，判断是否为必需措施要依照采取措施国家的具体情况而定，其他对GATT违反程度较低的措施只有在能有效到达实施国合法目的者才能被视为合理的替代措施，否则，措施实施国实施的措施就符合GATT第20条（b）项规定的“必需”措施。

WTO关于GATT第20条（b）项“必需”措施的解释虽然是关于货物贸易的，但对于理解GATS中规定的审慎性措施的必要性非常有启示意义。对于某项措施是否是构成必需的审慎性措施，通常应考虑采取措施的国家的具体情况而认定。首先，从横向来说，各国金融市场结构、发展水平、传统等不尽相同，情况千差万别。对于一国来说是必需的审慎监管措施，而对于其他国家来说可能并不构成审慎性措施甚至是贸易保护主义的伪装，反之亦然。其次，从纵向来看，金融业在不断发展，金融创新在不断涌现，有效的审慎监管措施只能是在当时的条件下对当时的金融状况行之有效的措施，金融状况发生了变化，监管措施亦应随之改变。这说明即便是在一个国家的不同阶段也存在着监管措施的不同标准。因此，对审慎性措施的必需性只能由不同的金融制度做出不同的解释，否则，监管就很难

发挥维护金融稳定和保护存款人的作用，甚至会动摇金融自由化的基础。

3．审慎性措施须以国际标准为依据　在银行市场准入与监管领域，巴塞尔协议体系是极其重要的国际标准。尽管巴塞尔协议体系并不具有国际法的效力，但该协议自公布和实施以来，获得了世界上多数国家广泛和积极的响应，国际上公认巴塞尔协议对加强国际银行体系的安全与稳健起了相当大的作用。正是由于巴塞尔委员会发布的一系列准则的广泛影响，在一定意义上可以说，巴塞尔委员会的阶段性成果成为国际金融监管框架和审慎监管原则发展与演变的重要标志之一；既是一定时期内国际银行业风险管理经验教训的总结，同时也代表着银行业监管原则的发展趋势。根据WTO《卫生与动植物检疫措施》(SPS协议）第3.1条规定，成员方采取的卫生检疫措施必须以国际标准为依据。值得注意的是，“以国际标准为依据”并不等于要与国际标准“完全一致”。因此，基于巴塞尔协议标准的措施可以认为是以国际标准为依据而采取的审慎性措施。

4．审慎性措施强调竞争条件的平等　GATS国民待遇标准是事实上的而非形式上的，即成员方给予外国服务和服务提供者的待遇可以在形式上不同于本国相同服务或服务提供者享受的待遇，但只要实际执行效果能够达到“竞争条件”平等就可以了。这是因为服务贸易不同于货物贸易，有时虽然形式相同，竞争却不平等；有时形式不同，而实质上反而符合市场竞争、机会均等的原则。例如在银行管理方面，对于在美国开业的外国银行分行的偿付能力，若完全按照与美国国内银行分行同样的标准审核，就会有问题，因为外国银行分行的偿付能力在其母国总行，美国进行监管事实上比较困难。因此，就偿付能力而言，给予外国银行在美分行以不同于美国银行分行的待遇就成了完全无可非议的事情了。

（三）以WTO审慎性措施标准衡量中国外资银行市场准入条件

根据上述设定的审慎性措施判断标准，可以对我国外资银行市场准入条件是否符合WTO规则做出一些初步判断。

1．明显违背WTO规则的外资银行市场准入条件　比如，违规退市和拒绝外国申请者市场准入的救济程序方面的规定，这些规定与中资银行明显不同，而这些歧视性的规定与审慎监管没有必然联系，因缺乏合法性目的而不符合WTO审慎性规定。

2．形式与国民待遇不符实际上符合国民待遇的市场准入标准　比如，对于外资银行资本金的要求、分行人民币资本充足率的要求、外资银行业务范围扩大等市场准入条件，尽管形式上与中资银行要求不同，但是实际执行效果等同，这实际上符合GATS国民待遇的要求。笔者以外资银行扩大业务范围的准入条件为例进行分析。根据《商业银行法》第13条规定，设立中资商业银行注册资本最低限额为10亿元，中资商业银行可以从事本币与外汇业务。而根据条例规定，设立外资银行注册资本额最低为2亿元人民币的自由兑换货币，根据中国入世的承诺，外资银行经营业务与中资银行逐步国民待遇，其资本金当然要不断扩大，否则对中资银行不公平。根据实施细则第36条规定，对各类客户全面外汇业务和全面人民币业务的外资银行注册资本应不少于10亿元，与中资银行最低注册资本额相等同。

3．实质违反WTO规则的市场准入措施　对于外资银行市场准入中的股东资格、经营人民币业务的条件等，进行相关分析后才可看出这些市场准入条件不符合WTO审慎性措施要求。(1)关于外资银行的唯一股东或控股股东必须是商业银行的规定。对于像德国、瑞士等国的全能银行，既从事所谓的“商业银行业务”，也从事投资银行业务，即使商业银行

业务在其业务总量中微乎其微，它们也可以成为我国外资银行的唯一股东或最大股东。而来自其他实行分业经营国家的投资银行，由于其受其母国的分业经营限制不能从事商业银行业务，所以它就不能成为我国外资银行的唯一股东或最大股东。我们无法证明单纯从事投资银行业务的金融机构比混业经营的金融机构风险更大，因而对其采取更为严格的审慎性措施。(2) 关于外资银行经营人民币业务的新增条件，即必须在提出申请前在拟开办或扩大人民币业务的城市所设机构开业3年以上，且申请前2年连续盈利。这种限制条件即使可以看作是出于审慎目的，也难证明是必需的措施。因为一家外资银行是否存在风险，过去的经营业绩是否有良好记录，是否盈利，往往是以该银行在东道国整体表现作为判断依据，在一城市亏损可能在另一城市盈利，以开业城市的经营业绩为判断标准没有足够的依据证明这种规定是必需的。

四、关于WTO审慎性措施对完善我国外资银行市场准入的启示

1．妥善修改与WTO规则不符的外资银行市场准入标准　从理论上而言，随着中国加入WTO， WTO的有关规则成为我国应遵守的国际法义务，因此，任何违反WTO规则的市场准入条件都应予以修改使其与WTO规则一致。然而，在实践中不难发现，许多国家经贸法律并非与WTO规则完全一致，直至诉诸WTO争端解决机构，如美国1916年反倾销法、外国贸易公司免税法和境外贸易收入免税法等。因此，是否要立即修改与WTO规则不符的国内法规的一个重要参考因素，就是这种不符是否是为本国重大经济利益，以至于为这种经济利益而不惜诉诸WTO争端解决机制。具体到我国外资银行市场准入标准而言，如与中资银行不同的违规处罚、不同的救济程序，笔者认为并非出于特定目的而做出的不同规定，原因恐怕在于法律规则之间的协调问题，即《商业银行法》、《中国人民银行行政复议办法》和《外资金融管理条例》之间有关于违法处罚、申请复议的具体法规没有很好协调衔接，对于这种不符当然应该立即修改，而没有必要给人以违反WTO规则的口实。对于外资银行最大股东资格要求则在实践中增加审批的难度，而且容易人为造成外国申请者之间的歧视性待遇，宜尽快修改为好。至于外资银行经营人民币资格条件，尽管有违反WTO规则之嫌；然而，若有理由认为外资银行全面经营人民币会对中资银行造成过大冲击，而现有中资银行体系可能难以承受这种竞争，进而可能出现银行倒闭乃至金融风险，那么，即使这种措施不是必需的审慎性措施，依然可以保留。这是因为国家安全特别是金融安全是衡量利弊得失的根本标准。如WTO其他成员方提出异议或者诉至WTO争端解决机制再进行修改亦不为晚。更何况，这些规定都是中央银行以实施细则制定的规范性文件，修改程序简单易行，是否修改可视情况即时而定。

2．注意金融立法中的透明度问题　透明度要求包含了对法律法规草案的评论、提出意见的程序要求。这是因为，外经贸领域的立法往往涉及到相对人的重大经济利益，允许其对法规草案的评论，有利于提高法规的合理性和可行性，增强可预见性。因此，在中国入世承诺中关于透明度的要求明确规定：中国加入WTO后，在涉及对外经贸法律、法规及其他措施实施前，应提供草案，并在合理的时间内允许提出意见。在条例及其实施细则制定过程中，如果我们充分遵循这一透明度要求，那么，我们可能不会出现法律法规如此明显的不协调；对于形式上不符合国民待遇但实质上符合国民待遇的市场准入条件，可能会

更快地为外国投资者所了解和接受。

3．注重借鉴国际银行监管经验，进一步增加外资银行市场准入的审慎性标准 对比中美两国关于外资银行市场准入条件，我们可以看到美国1991年的《外国银行监管改进法案》与修改后的K条例不仅规定了法定标准，而且还规定了大量的自由裁量标准，这些标准供美联储在决定是否给予外国银行进入美国市场时进行主观评估，主要包括：母国监管当局是否同意该外国银行进入美国金融市场；该外国银行的金融资源状况；该外国银行管理资源状况；母国金融监管机构信息共享能力；外国银行是否已向美联储提供足够担保；是否已建立了反洗钱的法律机制；申请人是否建立符合美国法律规定的足够内控程序和系统；社区需要和外国银行的运营历史及其在母国的相对规模等因素。显然美国规定的审慎性自由裁量标准比我国规定的条件广泛，在实际评估当中，美联储会利用这种自由裁量权剥夺、限制或拖延一些外国银行进入美国市场的机会。因此，我们可以借鉴美国做法，规定一些内容不很具体、原则性强的主观审慎性标准。这种原则性的主观审慎标准，一方面给予了审批机构较大的回旋余地，另一方面也符合巴塞尔委员会制定的相关规则如《银行业有效监管原则》等。但是，必须注意的是，这种审核标准的灵活性给中央银行审核人员提出了很高的素质要求。这是因为设置审核标准的本意之一在于通过“筛选”将那些与本国经济发展目标相符的外资银行纳入我国金融系统中；然而，这样做直接加大了进入者的成本，对众多的进入申请者而言如同争夺“配额”；对本国银行则可能起到保护落后、助长惰性的消极作用，并割断了本国金融市场与世界金融市场的天然联系，也减损了世界金融服务贸易自由化给各国带来的共同利益。因此，笔者建议，在规定商业银行、外资银行高级管理人员任职资格的同时，有必要规定中央银行审核部门人员的任职资格，使其学历、经验、资格等能灵活、合理掌握审查标准。

（作者单位：上海华东政法学院）

参考文献：

[1] 石广生.中国加入世界贸易组织知识读本[M]. 北京：人民出版社，2000.

[2] Roger Kampf, Liberalization of Financial Services in the GATS and Domestic Regulation, International Trade Law & Regulation, Vol.3 (5), 1997, p.159.

[3] Ross P. Buckley, A Tale of Two Crises: the Search for the Enduring Reforms of the International Financial System, 6 UCLAJILFA 14 (2001).

[4] Adopted 20 February 1990, BISD 37S/200, para. 75.

[5] Panel Report, United States-Restrictions on Imports of Tuna, 30 I.L.M. 1594 (1991), p.155

[6] Panel Report, United States - Gasoline, WT/DS2/R, paras. 6.26 and 6.28.

[7] Appellate Body Report, European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products, paras. 173 and 174.

[8] 韩龙.论WTO金融自由化中的金融监管问题[J].国外社会科学,2002,(12).

[9] Panel Report, EC Measures Concerning Meat and Meat Product (Hormones), WT/DS/R/USA, paras.8.75 and 8.76.