

跨国银行境外机构的母国监管责任

杨 松

摘 要 美国次贷危机之所以迅速在全球蔓延,其直接原因表现在美国及其他国家的母国监管责任的缺失。巴塞尔协议确立的“跨国银行母国并表监管下的联合责任”始终是各国奉行的主导规则,但 WTO 金融服务“审慎监管例外”制度赋予东道国监管的灵活权限提升了东道国的作用,并影响了巴塞尔协议中母国责任规定的实施。欧盟指令作为区域性合作的代表在母国责任规定上更为完善。中国银行业监管应进一步加强并表原则的法定性,加强并表原则的实质适用,关注境外子行和境外分行不同的监管权限、标准和范畴,才能适应我国银行业国际化和抵御金融危机的要求。

关键词 巴塞尔协议 并表监管 母国责任 审慎例外 WTO 金融服务协议

作者杨松,辽宁大学法学院教授。

跨国银行无疑是 20 世纪末以来金融全球化和自由化浪潮的积极推动者和最大受益者。银行业务的国际化在高收益和高回报率的同时,亦引发银行风险的跨国传染以及国际金融市场的系统风险。发端于美国次贷市场的金融危机之所以能够迅速在全球蔓延并影响其它国家,其直接原因表现在美国及其他国家的母国监管责任的缺失,即母国对跨国银行有效监管落后于其跨国经营。母国监管可以为跨国银行业务规避风险提供最为有效的屏障。中国的跨国银行海外分支业务拓展迅速,据中国银行业监督管理委员会 2009 年 6 月公布的数据,截至 2009 年初,5 家大型商业银行共有 78 家境外营业性机

构,共收购(或参股)5 家境外机构,涉及收购金额约合 71.3 亿美元,它们分布在亚洲、欧洲、美洲、非洲和大洋洲,业务范围涵盖商业银行、投资银行、保险等多种金融服务领域,中小商业银行和政策性银行的海外布局也正在形成。^①中国银行业资本规模大量输出,使中国已经直接面临国际金融市场风险。母国的监管责任对中国金融安全的维护开始变得非常重要。深入研究国际法领域关于跨国银行监管中母国责任问题的内容,及时把握跨国银行监管制度的特点及其变化,完善中国跨国银行境外机构监管制度,已经成为中国金融法治的核心内容之一。

一、跨国银行境外机构母国监管责任的特殊性

跨国银行设立境外机构是一国经济主体进行跨国经济行为的典型表现,要分别受到东道国和母国

* 本文系作者主持国家社科基金课题《银行法律制度的改革与完善研究》(04CFX009)、辽宁省创新团队立项《金融市场秩序法律保障研究》(2007T060)成果。

① 参见《中国银行业监督管理委员会 2008 年报》(2009 年 6 月公布),第 45 页,载中国银监会官方网站 <http://www.cbrc.gov.cn/chinese/home/jsp/docView.jsp?docID=200906016A540A030280DDDCFF4762FBD0BA4F00>,2009 年 8 月 9 日访问。

的国别管辖。按照国际法传统的管辖权分配理论,属地管辖权与属人管辖权^②发生冲突需要协调时,一般应以属地管辖权为优先,兼顾属人管辖权的适用。英国学者斯塔克进一步丰富了国际法管辖权理论,认为国家管辖权应该包括领土管辖、对人管辖、保护性管辖和普遍管辖,^③保护性管辖和普遍管辖是领土管辖和对人管辖的补充。国际法承认“国家对其领土内的财产、人或发生的行为与事件行使管辖权”^④具有优先性。在国际经济交往中,各国均承认国际投资和国际贸易首先要遵守东道国的相关立法,而在投资主体或贸易主体资格认定、投资或贸易风险分担等问题适用属人管辖,即母国的法律。但是,对于分支机构不断扩张的跨国银行,虽然承认东道国监管和母国监管并行,多年的行业惯例更多认可母国监管为主、东道国监管为辅的做法,并由此出现了被各国广泛采用的并表监管原则。

跨国银行监管的法律依据来自三个层面,分别是东道国或母国的国内立法、双边或区域性的条约和协定、国际性条约和惯例。母国和东道国监管责任划分的依据主要来自后两个立法层面,无论是国际性协议层面的巴塞尔协议,还是具有代表性意义的欧盟“第二号银行指令”,都坚持母国的并表监管为主的原则。这是对国际法中属地优先原则的重要突破,跨国银行领域监管制度的这种特殊性反映了国际经济领域法律发展的多元性。

跨国银行监管责任划分的特殊性,首先来源于其业务的特殊性。与传统的国际贸易和国际投资业相比,跨国银行的境外机构是典型的金融国际化的表现,就其法律关系的客体而言,它是金融资产,

就法律行为而言,跨国银行的外部效应^⑤尤为突出,因为跨国银行将对全球各地分散存款人的流动性债务转化为对借款人的非流动性债权,从而具有较高的负债比率,银行业严重依赖外部资金来源和公共信任,是一个外部效应和信息不对称均十分突出的公共行业。^⑥其次,跨国银行还是一个高风险的行业,它所面临的诸如信用风险、利率风险、外汇风险、经营风险、法律风险等会伴随其业务的全球化而在全球扩散。基于对其全球性业务和风险的监管协调需求,只有母国有能力对其进行全方位的监管,而且很多国家已经把母国监管是否到位作为外资银行准入的必要条件。

母国对跨国银行监管责任的范围、功能、效力不能一概而论,以其境外机构设置模式的不同,存在较大差异。跨国银行可以采用代表处、分行、子行等形式设立境外分支机构,它们不同的法律地位决定了其对母国监管的要求不同。分行是跨国银行总行在境外的派出机构,它仅仅是跨国银行总行在东道国的延伸,在东道国不具有独立的法人资格,仍然是外国法人,母国监管机构对其承担主要监管责任。相反,子行是独立于跨国银行母行之外的东道国法人,主要受东道国的法律调整,东道国的监管机构对子行行使主要监管权。分行、子行法律地位的差异给东道国和母国的监管当局带来了不同的监管激励。跨国银行无论采用什么样的机构模式,其本地监管机构都直接掌握即时信息,如果东道国和母国在监管中缺乏整体协调,就容易引起资本充足率要求高的国家向资本充足率要求低的国家发生利益溢出效应,这种利益的不一致阻碍了有效监管的实施。^⑦

二、巴塞尔协议关于母国监管责任规定的分析

在国际层面规范跨国银行母国监管责任的,主要体现在巴塞尔协议中,同时以WTO金融服务协

议及各种双边监管合作谅解备忘录作为辅助。巴塞尔协议虽然仅仅是个银行业惯例,但已经得到多个

② [日] 寺泽一、山本草二主编:《国际法基础》,朱奇武等译,中国人民大学出版社1983年版,第153—156页。

③ [英] J.G. 斯塔克:《国际法导论》,赵维田译,法律出版社1984年版,第198—222页。

④ 同注③,第198页。

⑤ 所谓外部效应,是指一项经济活动或交易行为对行为者以外的经济主体所造成的成本与收益。

⑥ 吴燕:《浅论西方银行监管理论》,载《中国金融》1999年第1期。

⑦ V. Acharya, “Is the International Convergence of Capital Adequacy Regulation Desirable?”, 6 *Journal of Finance* (2003), pp.2745—2781.

国家银行业的遵守。巴塞尔委员会自 1975 年至今制定和颁布了上百份跨国银行原则、标准和建议,被广泛采纳,其权威性逐步得到各国银行界普遍公认。1983 年《巴塞尔协议》(全称为《银行国外机构监管的原则》),明确提出跨国银行的东道国分支机构由投资母国实行并表监管,东道国负有一定监管责任。这一基本原则,为跨国银行的母国监管责任确定了基调。2001 年《巴塞尔协议 II》之后,进入母国监管责任制度的发展时期,其中,2004 年《巴塞尔新资本协议》、2006 年 6 月《有效实施新资本协议:母国与东道国信息共享》(简称《有效实施新资本协议》)、2006 年 10 月《有效银行监管核心原则》(简称《巴塞尔核心原则》)在规范跨国银行监管上具有代表性。

(一) 跨国银行监管主要责任——母国并表监管

巴塞尔委员会始终坚持它一贯奉行的母国并表监管责任为主要责任的立场。在 2006 年《有效实施新资本协议》的附录《跨境实施新协议的高级原则》中明确指出“母国监管当局负责监督银行集团在并表基础上实施新协议”,^⑧“实施新协议时,……母国监管当局应牵头负责协议与各东道国监管当局之间的合作”,^⑨“母国监管当局对银行集团并表实施新协议负有法律责任”^⑩……这非常明确地肯定了母国在跨国银行监管中的地位——牵头负责,即由母国制定监管计划、实施方案,与各东道国协商进行监管分工。并表监管是强调对跨国银行在合并报表基础上的总体监管,它是跨国银行由机构监管向功能监管转变的必然要求。功能监管关注金融产品基本功能的实现和总体风险的控制,倾向实施跨产品、跨机构、跨市场的整体管制,其监管的有效性在于全面持续监管、总体风险(系统性风

险)监管,它有效解决了混业经营条件下金融创新产品的监管归属问题。随着银行业务和机构上的多元化与国际化,特别是银行控股集团的发展,功能监管日益显示出其优越性,而并表监管实质是功能监管的基本方式,并表监管亦成为判断一国监管当局监管水平和效力的重要标准。

母国并表监管作为跨国银行监管责任基础已经得到了各国金融监管部门高度认可,并被广泛采纳。母国的这种并表监管能力实施得是否充分,至少取决于两个因素,一是行之有效的监管方法,二是充分及时准确的监管信息以保证适当监管权的实现。对于行之有效的监管方法的判定,应有一个参照系,即母国的监管方法和水平至少不低于东道国的监管水平。对此,巴塞尔委员会提出了“双重许可”的监管合作模式,母国的并表监管与东道国的属地监管并行,如果东道国认为母国监管机构不能满足巴塞尔“最低标准”,可以取代母国独自对在其境内的母国外资银行实施监管。^⑪GATS 中的“审慎例外”规定也为东道国提供了审查母国监管措施的依据。对于监管信息的获得,需要东道国的配合与支持。由此可见,母国并表监管权的行使是一个附条件的权利,它的实现需要以东道国的履约为前提。如果东道国在履行信息提供义务时没有相应的制约机制,母国的并表监管权就得不到充分实现。2006 年《巴塞尔核心原则》特别强调,监管者要有能力在并表基础上进行监管,包括审查银行组织直接或间接(通过附属公司或关联公司)从事的各项银行和非银行业务,以及其国外机构从事的业务。显然,母国监管者必须具备必要的监管能力才能实现监管目标。^⑫

由于各国法律存在差异,跨国银行境外机构形式复杂多样,母国身份的认定在不同的国家也存在

⑧ 2006 年《有效实施新资本协议》之附录《跨境实施新协议的高级原则》,原则 2。

⑨ 同注⑧,原则 6。

⑩ 同注⑧,原则 23。

⑪ 巴塞尔委员会《监管国际银行集团及其跨境机构的最低标准》(1992 年 7 月),第 1、2、3 段。

⑫ 美国联邦储备管理委员会的一项研究提出,母国监管应有如下保障:母国管理层必须有充足的程序和手段以控制银行的全球性业务活动。无论是自行检查得出的报告,还是通过审计报告或其他当事人的报告,监管机关必须掌握足够的资讯,做到能胸有成竹地评估跨国银行的总体动作情况。银行的财务报告必须在并表基础上提供,或者最低限度,允许银行或银行集团对其业务在合并的、全球性的基础上进行分析后提交。母国监管者同时必须有能力自行查证从银行管理层中获得的信息,或者将上述信息交由他方证实,监管者可拥有对银行国外分支机构实施现场检查的能力,或通过独立审计员代表它们实施上述检查。这些检查不仅要查证大量的资料,而且应对银行现存的制度安排进行评估,以确保银行保持充足的会计及其它记录和设有充分的内部控制制度。参见迈克尔·马丁逊:《跨国银行活动的并表监管:兼论北美自由贸易组织的原则与实践》,蔡奕译,载《国际金融研究》2000 年第 11 期。

较大分歧。其实,当跨国银行或银行集团具有多重组织结构或所有权结构时,可能导致其母国监管当局的多重化形式:银行集团的总行所在地国的监管当局、集团所拥有或控制的主银行的母国监管当局、银行集团中最大持股银行的母国监管当局等。^⑬ 这些都会影响母国监管责任的实施。

(二) 跨国银行监管规范与协调责任——东道国境内监管

巴塞尔委员会在坚持母国并表监管责任时,也强化了东道国的自我规范与协调责任。巴塞尔委员会明确规定:“新协议并不改变各国监管当局负责监管其国内的银行的法律责任”,^⑭ 还设有专条指出“东道国监管当局(特别是外资银行子行所在地的东道国监管当局)所提出的各项要求,应该得到理解和认可”,^⑮ “东道国对境内银行的经营负有法定监管责任”,^⑯ “母国监管当局应当主动与东道国监管当局加强协调”。^⑰ 虽然在协议中重申“实施新协议不会改变母国和东道国监管当局现行的监管责任”,^⑱ 但是,这些协议仍然强调了东道国在跨国银行监管中的作用。在以往巴塞尔诸协议里过多强调母国并表监管下的联合监管,即母国监管机构对跨国银行整体经营安全的责任和东道国监管机构对其境内的分支机构的监管责任,这是母国监管为主、东道国监管为辅的做法。母国监管的法律依据是国际法上的属人管辖权,而东道国监管的法律依据则是属地管辖权。在传统国际法领域,当这两种管辖权发生冲突或重叠时,以属地管辖为主,辅之以属人管辖权的适用。但是这种“属地管辖权的优先适用”没有充分体现在跨国银行监管中,跨国银行监管中的“母国监管为主”即为属人管辖权为主。而母国监管为主已经得到各国在监管跨国银行时广泛认可,从而成为国际法中确定管辖权的一个

特例。如果对“母国监管为主”做进一步剖析,就应看到,它意味着东道国对跨国银行在本国内的分支机构的监管要服从母国基于跨国银行全体利益的监管。比如:东道国的准入标准不能低于母国对本国银行设立境外机构的标准,也就是说,外资银行在东道国境内的准入标准可以不适用东道国的标准,这就会出现“低国民待遇”或“超国民待遇”的现象。在经营中,随着东道国履行向母国交换和输出信息的义务,跨国银行在东道国境内机构的业务管理也要首先考虑母国设定的标准,在境内机构出现经营不善,影响东道国金融市场稳定和安全时,东道国在采取措施时还要斟酌母国提出的合作要求,这样的逻辑推理显然是任何一个东道国都不愿意奉行的。

2006年《有效实施新资本协议》的适用,在划分母国和东道国监管责任上有了明显的变化,提升了东道国监管的法律地位和作用,首先明确了“监管当局对境内银行(包括本国银行、外国银行子行和分行)负有法定监管责任”,^⑲ “东道国可以采取直接的监管措施”;^⑳ 其次强调母国既要“理解和认可东道国特别是国外银行子行所在国监管要求”,^㉑ 还“应主动与东道国加强协调,东道国应确保与被监管银行进行有效沟通”;^㉒ 协议还提出“法律上有共同利益的监管当局应加强务实的合作,确保国际活跃银行及海外分支机构遵守有效监管协议”。^㉓ 《有效实施新资本协议》进一步明确了东道国监管的法定责任,这是对多年来跨国银行危机和倒闭现象的反省,同时,也反映了WTO(GATS)金融服务协议的适用对巴塞尔体系的影响。

(三) 跨国银行监管合作责任——母国与东道国合作

巴塞尔协议越来越强调监管中母国与东道国的

⑬ 蒋庆华、张信军:《跨国银行的合并监管及对我国的启示》,载《西南金融》2002年第9期。

⑭ 同注⑧,原则1。

⑮ 同注⑧,原则3。

⑯ 2006年《有效实施新资本协议》概要第7条。

⑰ 同注⑯,概要第8条。

⑱ 同注⑯,概要第1条。

⑲ 同注⑯,总体原则7。

⑳ 同注⑯,附录原则5。

㉑ 同注⑯,概要第1条,附录原则3。

㉒ 同注⑯,总体原则8。

㉓ 同注⑯,概要第1条,附录原则4。

合作要求,把合作作为母国和东道国的基本义务提出来。前述附录中提出“法律上有共同利益的监管当局应加强务实的合作,母国监管当局应牵头负责协调工作”。^②合作的领域和范围,《有效实施新资本协议》中明确提出“母国与东道国信息共享”的要求。而《巴塞尔核心原则》则进一步细化了合作的范围和要求,把对跨国银行利率风险、流动性风险、操作风险和信用风险的监管纳入合作范围,其中有9条核心原则论述银行的风险管理情况,占核心原则总数的30%,而在1997年的《巴塞尔核心原则》中,只有5条核心原则集中论述银行的风险管理状况,可见有关银行风险问题监管已经构成当前跨国银行监管的主体和重点内容。新核心原则在继承全面风险管理原则、大额风险暴露限额原则、关联贷款原则、国家风险或转移风险原则和风险管理原则的基础上,通过分解新确立了信用风险原则、操作风险原则、流动性风险原则和银行账户利率风险原则,丰富了银行风险监管的内容,充分

突出了巴塞尔委员会对银行风险监管问题的重视,巴塞尔委员会通过核心原则的形式,提醒各国银行监管机构重视对银行利率风险、流动性风险、操作风险和信用风险的监管,对这四种风险的高度关注已经成为跨国银行监管发展的重要标志。

2006年《巴塞尔核心原则》把公开银行及银行监管者相关信息及其透明度作为母国和东道国合作的基本要求。除了要求世界各国的银行定期公开其有关经营状况和盈利情况信息外,还要求银行的监管者将其治理机构、问责制度及独立性等情况向社会公开,这样就使银行及银行监管者更加直接而透明地置于社会公众监督之下。2006年《巴塞尔核心原则》还规定了国内银行监管机构之间,国内银行监管机构与他国银行监管机构之间建立正式或非正式合作和信息共享安排。同时,还要求两国监管当局要就监管中发现的问题进行协商和交流,这为国际银行业有效监管提供了协调与沟通机制。

三、WTO 金融服务协议 (GATS) 对跨国银行母国监管责任的影响

金融服务协议是WTO的服务贸易规则(GATS)的重要组成部分,在跨国银行业务监管问题上,WTO提供了成员方金融市场准入的共同最低标准,^③不论母国如何规定。它实质上将GATS中市场准入这一具体义务(承诺)发展为一般义务。东道国在跨国银行市场准入监管的义务(而非承诺)势必影响母国的监管责任。

WTO金融服务协议关于金融监管审慎例外条款(Prudential Carve-Out)的规定是跨国银行监管责任的重要发展。GATS《金融服务的附件》第2条a款规定,GATS任何条款均“不得阻止一成员方以审慎理由而采取措施,包括为保护投资人、存款人、保单持有人或者金融服务提供者对之负有信托责任的人而采取的措施,或者为保证金融体系的完整和稳定而采取的措施。这些措施凡不符合GATS

者,则不得作为逃避GATS项下成员方承诺的义务”。^④这一规定可以解读为:东道国以“审慎”理由采取的措施不受母国限制。审慎例外条款的采纳,不但为东道国监管跨国银行业务提供了重要依据,而且为东道国回避母国要求提供了借口。在GATS《金融服务的附件》中,应从三个方面理解“审慎例外条款”: (1) 基于审慎目的的援引。它强调援引审慎例外而采取金融监管措施必须出于审慎目的,也就是指为保护投资者、存款人、保单持有人或金融服务提供者对其负有托管责任的人,或为了确保金融体系的统一和稳定。^⑤ (2) 自动给予标准。一成员国在决定其有关金融服务措施应如何实施时,可承认任何其他国家的审慎措施,此类承认可以依据与有关国家的协定或安排,通过协调或其

^② 同注⑧,原则4。

^③ WTO《金融服务承诺谅解》,从3个方面规定了金融市场准入的共同最低标准。但该谅解是复边贸易协定,因此只对参加方有效,而不能当然对GATS所有成员国生效。

^④ 《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》,(原)外经贸部国际经贸关系司译,法律出版社2000年版,第311页。

^⑤ GATS《金融服务附件》第2条a款。

他方式实现,也可自动给予。^② (3) 业务隐私保护原则。实施基于审慎目的的措施时,不得要求成员方披露有关个人客户的事务和帐户的信息,或公共实体拥有的任何机密或专有信息。^③ (4) 司法审查保护要求。即 GATS 其他成员方可以就某一成员方采取的审慎措施向 WTO 争端解决机构提出异议,以评价相关审慎措施是否违反了相关纪律。WTO 要求关于审慎措施争端的专家组应具备与争议中具体金融服务有关的必要专门知识。^④ 审慎性措施无需列在成员方的具体承诺表中,因为它没有被当作市场准入和国民待遇的限制。这是 WTO 金融服务贸易规则中一条非常重要的规定,通过 GATS 规定承认了各成员方(跨国银行分支机构所在的东道国)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,只要这些措施不造成歧视性影响。虽然 GATS 及其诸《金融服务附件》没有明确定义哪些属于措施范围,但它应包括而限于这些措施:资本充足率要求、母国有效监管水平要求、流动性要求、关于不良资产的界定与管理、关于禁止内幕交易的管理、风险集中度限制、透明度与信息披露要求、行业内高管人员素质、能力要求等。^⑤

审慎措施与非审慎措施之间的界分在实践中难度很大,比如,一国政府就贸易或服务采取的措施并非单纯出于或主要出于一个政策目的,而往往是数个政策目的的总和。^⑥ 在影响金融监管政策中,除审慎措施外,宏观经济政策、公共政策目标以及对国民待遇的贸易限制等等,^⑦ 都多少与审慎措施有一定的重叠。审慎例外措施在实践中的难于把握,无形中放大了东道国对跨国银行的监管权限,

它以“例外”的形式强化了东道国基于本国金融安全的监管权,这不但增加了跨国银行进入东道国的制度成本,而且使母国履行全球监管责任时面临新的协调问题——巴塞尔协议与 WTO 审慎例外的协调。审慎标准的适用,需要 WTO 与巴塞尔委员会的有效合作,比如《巴塞尔协议 II》(2004 年)和《有效银行监管核心原则》(2006 年)中列举的东道国监管指标和方法都可以适用于 WTO 成员方的监管措施中,问题是巴塞尔委员会的监管措施在 WTO 体制内是否当然有效, WTO 争端解决机制可否直接援用,还是需要转化?《有效银行监管核心原则》所规定的 25 条原则中,审慎监管原则是其中的基本和主体原则,列举在原则 6 到原则 18 中。而这 13 条原则无疑都是赋予东道国监管银行分支机构在本国境内业务的权力,而“审慎”是由东道国把握的标准和尺度,列举明确,有利于东道国执行。^⑧ 但 GATS 的规定因为没有列入具体的承诺表,只能判断出把握审慎标准的尺度有三:其一是保护存款人;其二是保证金融体系的完整和稳定;^⑨ 其三是没有成为东道国规避 GATS 承诺和义务的借口,这些问题在 WTO 体系和巴塞尔体系中均没有明确规定,实践中扩大了东道国在跨国银行监管中的实际权限,并进而提升了东道国的监管法律地位。

总之, GATS 中关于金融服务协议适用审慎监管及其例外规定,直接的效果是加强了东道国对跨国银行的监管权限,间接削弱了母国对境外机构的管辖。这应该是自 WTO 金融服务协议签订以来跨国银行母国监管制度面临的重大变化。

② 同注⑦,第3条a款。

③ 同注⑦,第2条b款。

④ 同注⑦,第4条。

⑤ Kristin Leigh, "The Daiwan Wake-up Call: The Need for International Standard for Banking Supervision", 26 *Georgia Journal of International and Comparative Law* (1996), pp.217—220. 曹建明、贺小勇:《世界贸易组织》(第2版),法律出版社2005年版,第264页。

⑥ 参见伯纳德·霍克曼、迈克尔·考斯泰基:《世界贸易体制的政治经济学——从关贸总协定到世界贸易组织》,刘平等译,法律出版社1999年版,第16页。

⑦ WTO Council for Trade in Service, (2 Dec. 1998), Background Noted by the Secretariat, in *Financial Services*, WTO publication, 1999, p.10.

⑧ 巴塞尔委员会《有效银行监管核心原则》(2006)有关审慎监管规章制度涵盖下列内容:资本充足率、风险管理程序、信用风险、有问题资产和准备、大额风险暴露限额、对关联方的风险暴露、国家风险和转移风险、市场风险、流动性风险、操作风险、银行帐户利率风险、内部控制和审计、防止利用金融服务从事犯罪活动。

⑨ 同注⑦,第二段“国内监管”部分。

四、来自双边合作与区域安排中母国监管责任——以欧盟为例

近半个世纪以来,在跨国银行监管方面的区域和双边合作越来越多,据巴塞尔委员会统计,目前已经有近百个双边监管合作协议、意向或谅解备忘录,涉及到全球近30个国家和地区。在区域安排中,欧盟的实践被认为是相对成熟的,随着全球金融危机的加深,欧盟也更加关注银行业加强监管和监管合作的重要。2009年6月,欧盟委员会主席巴罗佐向出席欧盟正式峰会的各国首脑呼吁进一步加强银行监管。欧盟委员会决定,设立一些专门的机构负责协调各国间的合作,减轻各国主管部门间合作以及信息交换的难度,特别是加强对跨国银行监管的合作力度。另外,必要的情况下还可以检查各国提供的信息的可信性。再有就是能够帮助相应的部门获取有关重要决定的信息,以及协助执行这些决定。

在欧盟的银行服务市场一体化指令框架性体系^③中,体现母国责任的规则主要是《第二银行指令》和《关于并表基础上的信用机构监管指令》(1992年由欧共体部长会议签署)。欧盟把跨国银行监管的主要责任归于母国,并且确定了母国责任表现在并表监管方式中,欧盟的母国并表监管规则是具有法律执行力的规则,与巴塞尔协议过于宏观而含糊的规定相比,欧盟规则更具有操作性。

首先,欧盟在《第二银行指令》中就确定了银行单一执照制,规定在任意成员国内注册成立的银行可以不受限制地在其他成员国内开设分行,东道国对此不得施加附加的注册要求和营业条件。^④就这一点,欧盟就比巴塞尔协议走得更远,欧盟把本属于东道国传统的准入和经营监督权规定给了母国。同时,《第二银行指令》确立了“母国控制原则”,即对于信用机构在整个欧盟内从事的银行业

务活动,均由该机构成立地成员国的监管部门实行并表监管,而不论这些活动是通过分行还是跨境服务提供方式进行的。^⑤这就进一步强化了母国责任。

其次,1992年欧共体理事会通过了《关于并表基础上的信用机构监管的9280/EEC指令》(以下简称《并表监管指令》),明确规定了并表监管的三个基本方式,即全部并表、比例并表、酌定并表。^⑥其中比例并表是全部并表的补充,全部并表是欧盟并表监管的基础,酌定并表的内容可以由监管当局自行决定是否实施,该指令至今都作为并表监管立法的示范性规定。它一方面清晰的界定了母国并表监管的范围,同时也明确了可以由东道国监管的领域,以及双方或多方协商划分的监管领域,与巴塞尔协议体系相比,这更明确了母国和东道国的法律责任。

第三,鉴于跨国银行模式的复杂性,境外机构方式多元化,《并表监管指令》进一步明确了实施并表监管的母国的确定标准。该指令第4条对于母公司是一个信用机构、或金融持股公司、或多家信用机构有一个共同的金融持股公司等情况下如何确定母国均做出了不同的规定。这一规定深化和细化了母国标准,标志着母国监管制度的进步。

第四,跨国监管信息的获取,是保证监管效果的关键。《并表监管指令》第7条给成员国设定了一个义务,即采取必要措施以确保不存在任何法律障碍,以阻碍被纳入并表监管的企业、混合业务持股公司、及其子公司或者第3条第10款适用的那些子公司相互之间交换为实现并表监管目的所必须的任何有关信息,^⑦该条分别对监管当局交换信息

^③ 欧盟的银行服务市场一体化指令框架性体系包括《第一银行指令》(Directive 77/780/EEC)、《并表监管指令》(Directives 83/350/EEC)、《第二银行指令》(Directive 89/646/EEC)、《1992年并表监管指令》(92/30/EEC)、《信用机构重组和清算指令》(Directive 2001/24/EC)、《存款保险计划指令》(Directive 94/19/EC)和《银行业务综合指令》(Directive 2000/12/EC)。1983年《并表监管指令》(83/350/EEC)先是被1992年《并表监管指令》修正,又与其他执行性指令等共同被并入《银行业务综合指令》,以使欧盟银行法框架体系更为简明。后欧盟又对《银行业综合指令》作了若干次修正,并于2006年再次进行整合,形成了《2006年银行业综合指令》(2006/48/EC)。

^④ 蔡奕:《跨国银行监管的主要法律问题研究》,厦门大学出版社2004年版,第147页。

^⑤ 李仁真:《论欧共体银行法的特有原则》,载《法学评论》1999年第3期。

^⑥ 欧共体理事会《关于并表基础上的信用机构监管的9280/EEC指令》第5条。

^⑦ 张虹:《欧共体〈关于信用机构的并表监管指令〉介评》,载《河北法学》2000年第5期。

的要求、监管当局合作义务、金融隐私权问题进行了规定。突出特色在于该条第7款关于核实程序以及在核实中合作的义务的规定,金融机构所在当局在收到核实的要求后,有义务在权能内采取行动,亲自核实,或允许境外申请机构进行核实,以保证

不同监管当局之间信息及时、有效、准确传递。这一规定对于加强母国监管责任的有效性非常必要,这又是欧盟相关规定比巴塞尔协议体系更完善之处。

五、中国跨国银行母国监管立法分析

目前,并表监管已经成为跨国银行监管最为关注的制度内容,并纳入到各国监管基础设施建设重点议程,不断得到探索和完善。发达国家和地区如美国、英国、加拿大、中国香港等监管当局均已实施了较为成熟的并表监管,如欧盟《并表监管指令》、美国《金融服务现代化法案》、英国FSA审慎监管手册之《并表监管指引》、中国香港《银行业条例》及香港金管局下发的有关监管指引,发展中国家如印度、泰国等已于近年出台了并表监管的相关法律法规。母国并表监管能力已成为许多国家审批外资银行市场准入的必要条件。但是,随着金融危机的全球蔓延,跨国银行并表监管制度的实施效果受到了明显质疑。以美国银行业监管为例,业内专家普遍认为美国金融监管存在明显的空白和漏洞,监管对市场的反应滞后,没有一个联邦监管机构能够得到足够的法律授权负责监管金融市场和金融体系的整体风险,对于跨国银行带来的风险尤其不能及时监管,风险不能全部覆盖。^①在金融风险集中爆发之时,巴塞尔协议这样的多边协议不再发挥强制作用。这些都是金融危机爆发和全球蔓延的主要制度原因。我国国家外汇管理局2009年5月发布的中国国际投资头寸表显示,截至2008年末,中国(不含中国香港、澳门和台湾地区)对外金融净资产15190亿美元,同比增长31%。^②金融业国际化的态势越来越把我国卷入金融危机的大潮中。银行跨业跨境经营带来的资本计量、内部交易风险、大额风险暴露等风险以及由此引发的风险传染、风险转嫁等等都已经成为中国金融监管制度的新课题。截至2008年底,中国银监会已先后与美国、英国、德国等33个国家和地区金融监管当局

签署了监管合作谅解备忘录和监管合作协议,^③2004年12月中国银监会发布《跨境银行监管合作工作规程》,2007年,中国银监会成立了并表监管跨部门研究小组,2008年2月颁布了《银行并表监管指引(试行)》(以下简称《指引》),正在逐步完善中国针对跨国银行的监管制度。其中,《指引》实施定量和定性兼顾的并表监管方法,坚持“实质重于形式”、以控制为基础、兼顾风险相关性的原则,^④针对资本充足率、大额风险暴露、内部交易以及其他风险的并表监管做出了明确规定。该《指引》标志着我国在跨国银行监管制度上正在与国际惯例接轨。

但是,随着金融全球化和金融危机的蔓延,跨国银行监管受到各国政府高度重视,我国虽然已经有上述《指引》,但作为母国身份的监管制度仍面临一系列问题:首先,“单一机构监管”的理念在监管实践中尚未树立,无论是境内监管还是境外监管,我国一直主张属地原则,这与国际银行业的监管惯例不一致,形成监管主体的错位。我国出于金融安全的考虑,重视作为东道国身份的对境内内、外资银行的安全和流动性监管。虽然此次全球金融危机已经使我国认识到国际金融市场的风险随时可以蔓延到我国国内市场,但从法律上的规则改进暂时还没有。监管主体出现内外不相协调,使我国无法进行全面的功能性监管,也影响巴塞尔协议和WTO义务的履行。其次,从《指引》中看,并表监管仅仅是我国作为母国进行跨国监管的基本手段,还不是法定原则,这影响我国对境外金融机构监管的法律约束力。而境外金融机构经营中的风险

① 廖珉:《次贷危机下美国对金融监管的最新反思》,载《中国金融》2008年第7期。

② 姜锐、王宇:《中国对外金融资产1.5万亿美元》,载2009年5月20日《人民日报》海外版。

③ 同注①,第46页。

④ 《银行并表监管指引(试行)》第8条。

很容易蔓延回国内,需要我国基于并表监管原则的母国监管这一防线,但是从目前《指引》看,在母国的确定、母国与东道国职责协调方面没有法律层面的制约。第三,母国并表监管的丰富性没有体现出来,更谈不上母国监管的法律制度的有效建立。《指引》是目前我国母国并表监管责任的集中立法,但是母国监管的基本形式没有像欧盟那样规范,对于现场检查和非现场检查虽有规定,却不够详尽,检查的程序、公示、检查信息传递方式、效力都没有进一步的细化,并表监管的不同方式、做法、关系等也没有详细规定。一国境外金融机构是他国金融机构和跨国金融机构的经营风险进入国内的主要渠道,这也是母国遏制金融危机进入和对海外机构进行监管的主要动因。可以说,我国对境外银行监

管的法律制度尚没有有效地建立起来,这已经成为我国银行监管下一步急需改进的环节。第四,没有针对东道国的区际和国际监管合作协议,由于跨国监管各国责任划分的难度,各国在协商多边合作时对于母国、东道国责任范围和实施始终没有较为明确的规定,至于细节问题没有具体安排,无法对并表监管的实施提供国际法上的保障。上述问题表明中国尚没有形成有效的跨国银行监管体制,母国责任制度距离国际管理标准尚有一定距离。在金融市场发达国家面临严重危机而进行制度重整和转型之际,国际金融市场风险尚没有强制性的多边条约予以规制,中国金融制度的自我完善和抗风险能力就变得比以往任何时候都重要。

六、结 论

跨国银行境外机构的母国监管责任,是产生于跨国银行领域的国家责任。在全球金融危机仍在蔓延的情况下,这种国家责任的履行,关键在于母国与东道国监管责任的划分与合作上。巴塞尔体系尽管不断推出新的协议,仍一以贯之地坚持母国并表监管下的母国与东道国联合责任,但 GATS 金融服务规范却以审慎例外原则扩张了东道国监管权力和责任,形成了巴塞尔体制与 GATS 规则在母国监管权限上的冲突。跨国银行境外机构设置模式的差异,导致其具有不同的法律地位和权利来源,也形成不同的监管激励。相对而言,母国对设在境外的分行监管权力和权限更大些,对其因经营不善出现的风险承担主责任;而对设在境外的子行则需尊重东道国的准入和经营要求,母国承担辅助责任。不管母国承担什么样的责任,母国都需要与东道国进行充分及时的信息交流,以保证监管能够反映境外机构最真实状况。但东道国和母国在更多情况下利益是不一致的,对银行业的立法标准也会有差异,母国的监管效力必将受到影响。由此可见,母国的监管责任并不是单一的、独立的责任,它以东道国履约为前提,是一种附条件的权利,即东道国有义务为母国的监管行为及时提供必要的信息。但是,

在已有的巴塞尔文件中却找不到基于义务规定的制裁措施。监管失灵,是母国独自承担责任抑或是母国与东道国联合责任,这都有待进一步研究。不过,不同的分支机构模式所要求的母国责任具有差异,故应改变母国一贯的并表监管中的“牵头”^{④5}责任,在监管分行时由母国承担主要责任而在监管子行时由东道国承担主要责任,这样更为合理一些。但是,这种责任的划分和确定并没有得到国际银行业各国的普遍遵守,跨国银行经营的监管真空成为全球金融危机蔓延的主要制度原因。

中国在推进跨国银行境外机构监管法律制度建设时,要充分注意已有国际协议的内涵,顺应国际金融监管新趋势,不断提升自己的监管能力和水平。2008年2月颁布的《银行并表监管指引(试行)》标志着中国银行业并表监管体系的建立,推进了金融混业经营的进程。同时,我们必须对中国作为资本输出国(母国)投资立法的研究,完善母国监管制度,树立“单一机构监管”理念,以并表监管为基本原则,建立针对境外子行和境外分行不同的监管模式、监管权限和监管标准,加强双边监管合作,以适应中国金融开放及国际化要求。

(责任编辑:杜焕芳)

④5 2006年《有效实施新资本协议:母国与东道国的信息共享》之附录《跨境实施新协议的高级原则》,原则2,原则6。