

论我国商业银行兼营证券业的法律监管

付卓婧

(上海财经大学法学院, 上海 200433)

[作者简介] 付卓婧(1980-), 女, 辽宁大连人, 上海财经大学法学院教师, 主要从事经济法研究。

[摘 要] 我国商业银行兼营证券业是大势所趋, 混业经营所引发的利益冲突将带来一系列的问题, 这必将给我国金融监管主体带来新的挑战。与此同时, 我国现行金融监管的一些制度缺陷也将呈现出来。对此, 从加强银行内部控制和提高外部监管两个方面提出对策, 以防范和化解金融风险。

[关键词] 银行; 证券业; 利益冲突; 内部交易

[中图分类号] D922 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1672-7320(2006)03-0331-05

我国加入世界贸易组织 5 年后, 外资银行办理人民币业务不再有地域和客户限制, 享受国民待遇, 到那时国内金融业将直面综合性的全能型的外资金融机构的竞争。面对挑战, 我国必须充分利用入世后 5 年保护期, 积极塑造和培育全能型金融集团, 营造金融混业经营的良好条件。2001 年 6 月, 人民银行发布《商业银行中间业务暂行规定》, 明确商业银行在经过人民银行批准以后, 可开办代理证券业务、金融衍生业务、投资基金托管、财务顾问等投资银行业务以及代理保险业务。2005 年 2 月, 中国人民银行、中国银监会和中国证监会联合发布了《商业银行设立基金管理公司试点管理办法》, 主要规定了商业银行可直接投资建立基金管理公司。这些政策措施的出台, 为金融业分业框架下实践混业经营提供了政策依据, 货币市场与资本市场长期隔离的状态被打破。

一、银证合作监管存在的原因

银行兼营证券业, 虽然有利于银行实施全能化和多样化经营, 但同时也使银行的风险来源增多, 风险的预测力和评估效果下降, 风险的破坏力增加, 而且, 银行参与证券业将引发利益冲突问题。利益冲突是指某个人或某些人同时对于不同的某些个人、某些集团或组织以及某种事物在忠诚度和利害关系上发生矛盾的现象。这种现象在很大程度上是由于信息不对称造成的。银行有较强的资源优势, 掌握着金融服务和客户的大量信息, 而客户所获得的信息则全部来源于银行。因此, 银行很容易在利益的驱使下, 滥用内幕信息, 例如推荐客户使用在该行有存款的证券公司的服务。另外, 银行有可能为了牟取暴利而规避监管, 隐瞒或虚报信息资料, 使得银行业务不能透明化, 监管机构形同虚设。具体说来, 由此引发的问题主要有以下几点:

(一) 银证合作容易引发内部交易

银行进入证券业所带来的利益冲突首先是引发内部交易。银行为了降低经营成本, 增加利润, 必然会与其投资的基金管理公司进行一系列内部交易。(1) 当基金管理公司承销或持有的证券价格下跌时, 商业银行可以大量购买该证券或对发行公司提供不当贷款;(2) 基金管理公司因证券市场上的原因出现

资金短缺时,商业银行有可能直接向其提供贷款;(3)商业银行可能利用自己的客户来扩大基金管理公司的客户范围,比如介绍客户购买基金管理公司投资的债券。如果没有规范的限制性的规定来进行约束,很容易损害社会公众的利益,导致风险传播和风险集聚。

(二)银证合作加大了银行自身的经营风险

首先,银行出资建立基金管理公司有可能导致资本重复计算。在现行监管体制之下,各类金融机构分别受相应监管部门的限制,必须达到相应的资本充足率的要求。但是,对于商业银行以及基金管理公司而言,即使二者都能够满足各自监管部门对资本充足状况的要求,也难以保证二者的资本充足率符合监管要求。为了实现资金利用效率的最大化,银行和基金管理公司有可能使用同一笔资本,资本重复计算会导致银行的实际偿付能力下降,增加银行的经营风险。其次,银行与基金管理公司为了实现协同效应,二者之间必然发生资产和负债的问题,这样无疑加剧了金融风险的传递,如基金管理公司陷入财务困难时,银行动用资金来救急,结果有可能使银行也出现经营困难,丧失偿付能力,最后导致银行和基金管理公司共同陷入危机,这一过程就是风险传递。由于公众是将二者作为一个整体来看待,那么由此还可能导致社会对银行的信心下降,银行的声誉和信用能力受损,最终结果是银行的偿付能力下降,进而殃及整个信用体系。

(三)银证合作增加了证券市场的风险

商业银行与客户的利益冲突,无形中增加了证券市场的风险。商业银行为了基金管理公司的收益,往往利用优惠的融资条件(如发放低息贷款)吸引投资者从事证券交易。从基金管理公司自身投资证券的利益出发,商业银行可能会怂恿自己的客户购买此种债券或者推销基金管理公司手中的证券。另外,商业银行也有机会将客户储蓄资金拆入证券买卖中,这样一方面造成了资金的不安全运用,不能保证商业银行的稳健运行,另一方面,一旦储户得知了这一风险,极有可能引发挤兑风潮,进而造成证券市场的动荡,极大的增加了证券市场的风险。

二、完善商业银行自身的风险管理和内部控制制度

1999年12月,巴塞尔银行监管委员会、证券委员会国际组织和保险监管国际协会联合发布了《多元化金融集团监管的最终文件》。这一文件指出多元化金融集团的内部交易表现为以下各种形式:交叉持股;集团内部一个公司代表另一个子公司进行交易;在多元化金融集团内部短期流动性的集中化管理;向集团内部其他的子公司提供或者从其他子公司获得担保、贷款或承诺;管理和其他服务安排;主要股东的风险(包括贷款和承诺、担保等表外风险);在集团内部配置客户资产的风险;子公司之间资产的买卖;通过再保险的风险传递;因其与第三方有关的风险在集团不同子公司之间进行传递的交易。在《巴塞尔新资本协议》中,监管机构对于银行所提出的风险管理的要求主要涉及其支柱二——监督检查中的有关规定,在这一部分中对于风险管理体系设置了四个基调,首先,董事会对风险管理负最终责任,董事会和最高管理层必须认识范围广泛的各类风险;其次,风险管理必须由对经营业务负全部责任的有关人员自上而下地推动;再次,要发挥支持和控制功能,如中台和后台、内部稽核、信息技术和人力资源等都需要成为整体风险管理机制的一个不可分的组成部分;最后,风险管理的目标和政策必须是整体经营战略的一个关键的驱动器,而且必须通过辅助的操作程序和控制予以实施。这成为各国银行在完善风险管理体系中的参照系。

(一)制定恰当的商业银行风险管理体系

一套健全的风险管理程序是有效评估银行资本充足率的基础。风险管理是认定和计量风险的过程,以有效地监督和控制风险。尽管巴塞尔委员会对不同的风险管理规定了不同的具体内容,但健全的风险管理的基本要件是相同的,即包括董事会和高级管理层的监控、适当的管理政策和方法,恰当的风险认定,监督和管理信息系统,广泛的控制制度。就我国目前情况来说,第一,我国商业银行现有的风险

管理架构相对分散,而且规定过于笼统;第二,主要还是侧重于对信用风险的考核,对于市场风险的考核目前还没有明确的规定;第三,在当前的运作中,没有建立有效的风险的信息的采取与处理,业务部门缺少风险管理的架构,故不能及时与风险管理部门沟通,使得风险管理部门不能充分掌握交易活动的信息,使得风险管理在很大程度上存在事后性,造成本来可控的损失加大,削弱了风险管理的效率。

首先,需要健全和完善内部控制制度。反映在风险管理机构上,银行要建立起一套有效的风险管理机制,银行的董事会、风险管理部、各业务部门、稽查等部门都分别对风险负有明确的管理职责。为此风险管理职能部门必须独立于产生风险的各业务部门和交易领域,在涉及的每一业务部门中任命相应的负责人,他们将每日的风险信息及时和准确地向风险管理职能部门汇报情况,使风险管理部门和《巴塞尔新资本协议》每一个业务部门之间保持密切有效的联系,同时使其独立于业务部门之外。每一业务部门的风险负责人作为内控控制的一个基本的组成部分,可以积极地贯彻内部控制制度以保证各交易在符合法律和监管的规定以及内部相关政策的情况下进行。这样有利于加强风险管理职能部门的独立性和权威性。

其次,建立风险管理部门与业务部门之间清晰的报告线路,除了纵向层级之间的报告,还包括横向之间的交流,保证信息的真实准确,实现信息共享,使风险管理部门制定的风险政策能够得到良好的贯彻,为银行营造良好的风险管理文化。应该着手将与风险相关的数据转换成银行所有员工都可以理解的风险管理信息,因为一个有效的风险汇报框架应关注将信息达到不同方向的用户,使其达到各个部门操作和核算的目标和要求。就可建立一套具体的风险汇报模式,规范风险汇报的格式和传递路径。

再次,加强内部审计的独立性。内部审计是内部控制制度持续监控的一个重要部分,它对现有政策与程序是否充分以及银行是否遵循现有政策与程序所作的独立评估。银行内部审计检查以及对内部控制进行检测的频率与程度应与银行业务的性质、复杂程度和风险程度相一致。内部审计独立于银行的日常运营,作为内部控制制度监控的一部分,内部审计部门直接向董事会和高级管理层汇报,并公正地提供有关业务职责的信息。这样,董事会可以获得未被各级管理层扭曲的报表信息,为保证公司治理结构正常运作,董事会应当加强内部审计师的独立性。审计师在法律上有责任向监管机构报告重要情况,例如未能遵守发照标准、违反银行法或其他法律的情况等。当审计师真实反映情况时,法律保护其不受违反保密责任的追究。如果审计师根据掌握的信息发现了他们认为可能会影响监管机构工作的重要情况,则其在法律上有责任向监管机构报告。

(二) 建立有效的防火墙、防止风险的传递

为防止在银行进入证券业发展之后,银行与基金管理公司之间风险相互传播,金融监管当局有必要从制度安排上作出相应约束、提出相应原则、进行各种相应制度规范,以减弱金融集团混业经营的负面影响,从而隔离风险。这是金融监管防火墙的主要含义。防火墙的直接目的是保护银行(及客户)不受证券业风险的影响,因此当银行直接从事证券业务时,为了保护银行免遭风险,可以立法确定基金管理公司独自承担风险,并且对客户及时、准确的披露这一事实,使其了解银行不承担基金管理公司的偿债责任。当代银行的混业经营模式中,强调建立防火墙的大致有两种。一种是美国模式,即通过金融控股公司建立银行与证券公司之间的产权关系,进行混业经营。金融控股公司不直接参与银行、证券投资活动,只从事股权投资活动。具体业务由各子公司完成,但必须受股权控制,各子公司既受股权控制又相互按市场原则对待,在此基础上建立防火墙。美国《金融服务现代化法》明确限制金融控股内部各子公司之间的关联交易,要求各子公司之间的交易必须建立在商业运作基础之上;银行不能向总公司及子公司董事会成员贷款;对利益相关集团的贷款额度有所限制。一种是日本模式,即通过集团或银行在外部设立子公司,各子公司作为独立的法人实体从事银行、证券、保险业务,实行混业经营。银行和证券子公司、保险子公司之间建立有防火墙。虽然二者与银行间的持股与被持股的关系截然相反,但是证券业务与银行业务通过人为设置的防火墙隔离,资金、信息、技术的流动受到很大控制,这样能够较有效地将从事证券业务的经营风险限制与银行之外,而不致扩散殃及银行。该防火墙制度主要包括资金防火墙、信息交流防火墙、人员和机构防火墙。

1. 资金防火墙。资金防火墙至少包括:银行对基金管理公司贷款的限制;银行对基金管理公司购买

证券或其他资产方面的严格限制;银行与基金管理公司间的交易在市场竞争条件下进行。《日本银行法》第二章第 16 条规定,禁止银行与特定有关者(指该银行控股的子公司)之间利用该银行的正常交易条件进行给银行带来损失的交易。^① 资金防火墙,可以确保银行、证券子公司在法律上的相对独立性,防止银行在基金管理公司遇到资金困难时,直接向其伸出援手,从而危及银行自身的经营。美国的《金融服务现代化法》规定:(1)在金融公司内部,银行对所有非银行附属机构(包括金融控股公司本身)的贷款合计不超过银行资本的 20%,对每个非银行分支机构的贷款不超过银行资本的 10%,而且非银行附属机构要提供以政府债券或现金为主的抵押或担保;(2)银行对内部非银行附属机构的贷款收取与对外部非银行机构贷款同样的利率,以保证外部非银行机构处于公平的竞争环境;(3)对银行购买内部非银行附属机构的资产进行比例限制,银行拥有的比例不能超过非银行附属机构资产的 10%;(4)银行不能对内部非银行附属机构的证券发行提供担保;(5)限制银行购买内部非银行附属机构发行的政权;(6)限制银行通过第三方对内部非银行附属机构提供资金支持。

2. 信息交流防火墙。该防火墙制度主要控制资讯运用与传播等制度,其主要目的是限制信息在银行与基金管理公司之间不正当流动。英国的《金融服务法》第 48 条规定:“(证券和投资局)可以授权或要求由被授权人将其在从事一部分业务过程中接触得以取得。并且为此目的授权或要求由一部分业务的受雇人员保留该信息,防止其他部分的受雇人员取得”。这样可以阻止不正当的信息交流,以防止利益侵占和不公平竞争。

3. 人员和机构防火墙。通过建立该防火墙,可以达到管理分离,确保银行和基金管理公司在市场运作上的相对独立性。美国在《金融服务现代化法》中规定,禁止商业银行与其关联证券公司之间建立、维持人员连锁关系。台湾的《金融控股公司法》第 42 条规定:“金融控股公司与其子公司及各子公司间业务或交易行为、共同业务推广行为、负责人及职员之兼任、资讯交互运用或共用营业设备或营业场所之方式,不得有损害其客户权益之行为。”第 43 条规定:“金融控股公司与其子公司及各子公司间业务或交易行为、共同业务推广行为、资讯交互运用或共用营业设备或营业场所之方式,应由各相关同业公会共同制定自律规范,报经主管机关核定后实施。”

三、加强外部监管,提高银行透明度

随着银行参与证券业步伐的加快,我国目前的监管模式和监管思路仍然停留在对单一金融机构的单一业务监管上,已经产生了明显的监管滞后和监管落空趋势。根据《商业银行法》和《商业银行设立基金管理公司试点管理办法》的规定,银行持股公司制是目前我国商业银行参与证券业惟一可行的模式。我国目前的监管机制属于分业监管,对于商业银行及其设立的基金管理公司来说,应当确立以银监会监管为主,同时强化证监会对基金管理公司的监管,实现银监会和证监会的协同监管。银监会和证监会应当建立有效的信息交换机制,防止某些业务无人监管现象的出现。

(一) 严格规定银行进入证券市场的准入条件

商业银行设立基金管理公司,极易将其本身的风险带入证券市场,因此,需要采取一系列法律监管措施以遏制金融风险的扩张。美国《金融服务现代化法》虽然允许银行选择转化为金融控股公司,但是由于美联储担心银行大量涌入证券场所带来的风险太大,于 2000 年出台了《金融控股公司最后修正条例》,设置了转化条件和转化程序,包括:(1)资本充足。具体判断资本充足的标准,是参照了《巴塞尔协议》中有关资本金管理的具体规定。(2)有良好的内部控制制度和完善的风险管理体系。(3)综合并表监管要求。美联储理事会要求母国监管当局必须有能力对申请银行进行综合并表监管,如果一家银行不受母国监管机关的并表监管,美联储可裁决不许其转化为金融控股公司。

(二) 对银行的资本充足水平及其波动状况进行严格监管

银行与基金管理公司是母子公司的关系,母公司与子公司容易出现资本重复计算的情况,可能会在

资本充足问题上隐藏风险。因此应当参照《巴塞尔协议》和《多元化金融集团监管的最终文件》中所推荐的度量资本充足率的方法,按照银监会颁布的《商业银行资本充足率管理办法》要求,严格监管银行的资本充足状况。

(三)建立银行及其基金管理公司的内部交易和对外交易的强制信息披露

透明度一直是国际银行业监管的重要准则,巴塞尔银行监管委员会发布的《提高银行透明度》、《披露信贷风险的最佳做法》、《新巴塞尔资本协议》,都对银行业信息披露的主要内容、质量要求和方式进行了规范,要求银行及时披露经营业绩、财务报表、资产质量、计提准备金政策、资本状况、风险管理、会计政策、主体业务和经营管理,以及公司治理结构等方面的信息。我国于2002年5月颁布了《商业银行信息披露暂行办法》,要求商业银行从保护投资者利益的角度出发,遵循真实性、准确性、完整性、及时性、公平性和可比性等原则,规范地披露有关信息。这些信息主要包括财务会计报告、各类风险管理状况、公司治理和年度重大事项等,其中特别强调了商业银行应在会计报表附注中说明本行的重要会计政策和会计估计以及它们的变更情况,并将关联方交易的总量及重大关联方交易的情况作为商业银行对外信息披露的重要组成部分。对于资本充足状况,要求披露包括风险资产总额、资本净额的数量和结构、核心资本充足率和资本充足率等重要指标。对于各类风险和风险管理情况,要求披露信用风险状况、流动性风险状况、市场风险状况、操作风险状况等内容。

[参 考 文 献]

- [1] 郭 锋. 证券法律评论:第3卷[M]. 北京:法律出版社,2002.
- [2] 李 扬,王国刚,何德旭. 中国金融理论前沿Ⅲ[M]. 北京:社会科学文献出版社,2003.
- [3] 张春子. 金融控股集团组建与运营[M]. 北京:机械工业出版社,2005.
- [4] 吴志攀,白建军. 证券市场与法律[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000.
- [5] 郑振龙. 金融前沿理论[M]. 北京:中国财政经济出版社,2004.
- [6] 周伟忠,谢 斌. 现阶段我国跨行业交叉性金融工具的监管[J]. 上海金融,2004,(8).
- [7] 曾康霖,虞群娥. 辩证地看待银行业的分业经营与混业经营[J]. 金融研究,2003,(7).

(责任编辑 车 英)

Legislative Supervision of Commercial Bank's Dealing in Negotiable Securities

FU Zhuojing

(Law School, Shanghai University of Finance & Economics, Shanghai 200433, China)

Biography: FU Zhuojing(1980-), female, Teacher, Law School, Shanghai University of Finance & Economics, majoring in economic law.

Abstract: It is an unavoidable tendency that the commercial bank deals in negotiable securities. The mixed management resulted will cause a series of troubles which make the task of financial supervision more difficult. Against the background some drawbacks in existing rules and regulations for financial supervision may increase the probability of the happening of the financial crisis. There are some devised countermeasures from both internal and outer supervision in this paper to take precautions against and reduce financial risks.

Key words: commercial bank; stockbroker; conflict of interests; internal business