

跨境网上银行风险监管的巴塞尔体制及启示

郭玉军, 胡秀娟

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 郭玉军(1964-), 女, 河北唐山人, 武汉大学国际法研究所教授, 博士生导师, 主要从事国际私法、比较法和艺术法研究; 胡秀娟(1974-), 女, 湖北浠水人, 武汉大学国际法研究所博士生, 武汉理工大学文法学院教师, 主要从事国际私法、比较法研究。

[摘 要] 巴塞尔委员会对跨境网上银行业务进行了界定, 要求监管者和银行自身对该项业务都进行监管。同时指出在监管理念上应当有所创新; 监管模式上应当强调母国与东道国的合作; 具体的监管方式上强调内部监管和外部监管的结合; 扩充监管的内容以及在监管中注重信息披露。我国对跨境网上银行业务的监管应当吸取巴塞尔体制的经验, 转变监管理念, 积极与国际社会接轨, 完善我国现行的银行退出市场机制, 并注重“软件”和“硬件”的建设。

[关键词] 跨境网上银行; 巴塞尔委员会; 风险监管; 金融外包

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)01-0064-05

随着网络技术的发展, 网络技术同银行业务相结合, 出现了网上银行, 这对金融监管提出了新的要求。为适应这种发展, 自 20 世纪末期, 最具影响力的国际金融合作组织巴塞尔委员会就开始对网上银行的监管问题提出建议和意见。巴塞尔委员会有关跨境网上银行的监管的文件主要有: (1) 第一次就电子银行问题进行综合性评述的 2000 年 10 月的《电子银行集团行动与白皮书》。其中, 《银行监管者的跨境电子银行问题》部分就跨境网上银行的风险监管进行了讨论。(2) 2003 年的《跨境电子银行业务的管理与监督》, 该文件是 2003 年《电子银行业务风险管理原则》的补充。(3) 由于网上银行的迅速发展, 金融外包(financial outsourcing)的风险越来越突出, 2005 年由巴塞尔委员会、国际证券委员会组织以及国际保险监管协会组成的联合论坛发布了题为《金融服务的外包》的指导性文件, 这对跨境网上银行风险管理也有一定的指导作用。(4) 跨境电子银行业务作为电子银行业务的一部分, 也受到巴塞尔委员会发布的有关电子银行业务文件的规制, 其中最重要的是 2001 年提出, 2003 年发布的《电子银行风险管理原则》。巴塞尔委员会发布的其他针对银行监管的一些文件对跨境网上银行业务当然也有指导作用。

一、跨境网上银行监管巴塞尔体制的基本经验

首先, 在监管理念上, 监管和鼓励创新并重, 强调保护消费者的利益。巴塞尔委员会出台的这些文件在强调对跨境电子银行业务进行监管的同时, 多次指出监管不能过分, 不能使监管成为金融创新的阻碍, 即提倡适度监管。监管本身并不是目的, 金融监管的目的应该是避免金融风险, 使金融体系能够顺利运行, 从而保护消费者的利益, 维护各国经济的发展。因此, 对跨境网上银行进行监管只能是适当的, 不能阻碍金融创新, 不能阻碍银行利用网络渠道提供服务满足消费者的需要。为此, 巴塞尔文件不仅多次提及这种监管理念, 而且对母国和东道国提出了一些要求。对于母国而言, 要求监管者确保从事跨境网上银行业务的银行适当谨慎、进行充分的风险管理、信息披露; 对于东道国而言, 在采取监管措施之前, 应该考虑跨境电子银行业务对境内居民影响以及母国监管的有效性。对于一些对境内居民影响不大的跨境电

子银行业务,东道国可以不进行监管。在母国采取有效措施进行监管的情况下,东道国的监管责任主要限于其境内。只有在母国不能或者没有进行有效监管的情况下,东道国的监管责任才加重。银行如果违反东道国的法律,在东道国境内进行跨境电子银行业务,东道国可以将该违反法律的情况通知外国银行以及外国银行的母国监管者;公开向公众警告或者采取适当的强制措施。巴塞尔委员会还特别强调对客户利益的保护。巴塞尔委员会出台的这些文件中,无论是要求监管者进行有效监管,还是要求银行本身进行有效的内部控制,都会间接地保护客户利益。同时,巴塞尔文件中的一些条文还直接涉及到对客户利益的保护。如《电子银行风险管理原则》中的第12项原则规定:“银行应采取适当措施,以确保其电子银行产品与服务接受地所适用的有关客户隐私权保护的法律法规要求得到遵守。”

其次,在监管模式上,强调母国和东道国的合作。从20世纪70、80年代开始,巴塞尔委员会出台的一系列文件,都强调在跨境银行业务中母国和东道国在监管方面的合作。母国对银行业务在并表基础上进行总体监管,东道国对其境内的银行业务进行监管。在对跨境电子银行业务的监管方面,巴塞尔委员会在模式上也未超出原来规定的范围。但巴塞尔委员会深刻认识到,在跨境网上业务下,对银行监管者而言,监管难度明显加强,这主要有三个原因:第一,银行可以通过网络非常容易和迅速地向其没有得到许可或者没有受到监管的地方的客户提供服务;第二,银行有通过网络提供服务并且躲避监管的能力;第三,如果没有和母国监管者进行合作,东道国监管者对跨境电子银行业务进行监管面临实际困难。因此,在跨境电子银行业务情况下,巴塞尔文件更强调国际合作。同时,由于跨境电子银行业务的主要风险之一——法律风险产生的一个重要原因就是各国法律、法规的不一致。各国通过合作,在法律规则上更能达成一致或逐渐接近一致,这可以消除或减少跨境电子银行业务的法律风险。这也是巴塞尔文件强调国际合作的原因。

再次,在具体的监管方式上强调内部监管和外部监管的结合。这在巴塞尔2003年出台的《电子银行业务风险管理原则》中体现明显,该文件分为三大部分:第一部分涉及到的就是银行董事会与管理层监控方面。《跨境电子银行的管理与监督》也再次强调了银行高层管理人员的责任,其增加的第1项原则明确提出,在进行跨境电子银行业务之前,银行机构应当进行适当的风险评估和采取适当的谨慎态度,并且为这些活动建立有效的风险管理计划。这是因为电子银行的高技术性,相对于传统银行业务的高风险性,要求银行内部采取合理的措施进行监控;第二部分提出了银行应采取的安全控制;第三部分则是银行对法律和信誉风险的管理原则。这三部分内容都是银行进行电子银行业务时,应当采取的风险管理措施。这说明在电子银行业务风险管理上,除了外部监管外,巴塞尔文件非常强调内部监管的重要性。

再有,在监管内容上的扩充。由于网上银行,特别是跨境网上银行是高科技与银行业务相结合的产物。因此,相对于传统的银行监管,对网上银行监管的内容有所扩充。其重要表现之一是对外包过程中可能产生的风险的监管。应该说,银行外包关系过去也存在,但是,在现代网络环境下,银行外包无论在规模上还是在复杂程度上都有所增加。网上银行业务所使用的技术,有一部分是外包给其他的合作者和第三方服务供应商的,银行对第三方的依赖日增,这降低了银行内部的直接控制,加剧了银行风险的产生。为了降低风险,《金融服务的外包》的指导性文件强调将技术外包、包括分包纳入监管的内容。

最后,强调跨境电子银行业务中的信息披露。《跨境电子银行的管理与监督》列出了跨境电子银行业务的第2项原则(该原则是《电子银行的风险与管理》中第11项原则的补充),即:意图进行跨境电子活动的银行机构应当在其网页上进行充分的披露,以使其潜在的客户判定银行的身份、母国以及执照。同时强调,如果所在国有其自己的法律、规则和商业习惯,银行的披露就应该按照这些法律、规则、商业习惯进行。除了《电子银行业务风险管理条例》中规定应该进行披露的信息外,该文件希望从事跨境电子银行业务的银行披露其母行的名称,母行监管者的身份。银行在进行信息披露时,还可以声明指出其欲向哪些国家和地区提供跨境服务,以及不向哪些国家和地区提供跨境服务。强调银行在跨境电子银行业务中进行信息披露,一方面使潜在的客户了解银行的一些情况从而决定是否接受该银行提供的服务,将银行置于市场的控制之下。另一方面,银行进行这些信息披露可能会减少银行进行跨境电子业务时的风险。虽然这种声明的法律效力并不明确,但从某种程度上可以减轻跨境电子银行业务的法律风险。

二、我国跨境网上银行监管的现状

自1997年4月,招商银行正式建立了自己的网站,成为国内第一家上网的银行^[1](第16页),至今,几乎我国所有大中型银行都开展了网上银行业务,我国对网上银行业务包括跨境网上银行业务的监管也有所发展。

2001年7月中国人民银行发布了《网络银行业务管理暂行办法》^[2](第188页),该办法第4条对跨境网上银行业务也进行了规定。从该条的内容来看,原则上既允许外国或港澳台地区的银行通过因特网向大陆居民提供网上银行业务,也允许中国境内的机构通过因特网向境外居民提供网上银行业务。但在提供此项业务之前,应事先向中国人民银行申

请。这份文件的规定过于原则,操作性不强,许多应该规定的内容付之阙如。随着电子银行业务在中国的发展,2005 年银监会颁布了《电子银行业务管理办法》,该办法对前述《暂行办法》的内容进行了扩充和具体化。就跨境网上银行业务而言,不仅第 4 条原则上允许跨境网上银行业务,而且,第六章专门就在我国的金融机构利用电子银行系统向境外提供跨境电子银行服务进行了规定。第六章规定了四条,对电子银行的跨境业务活动进行了界定,要求跨境业务活动必须遵守中国以及客户所在国(或地区)的法律法规,要求跨境电子银行业务的提供者在进行跨境电子银行业务申请时必须额外提供文件资料,以及规定跨境电子银行业务提供者应与客户签订服务协议。此外,一些并非专门针对电子银行的法律法规如《中华人民共和国银行业监督管理法》、《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国外资金融机构管理条例》、《外资银行并表监管管理办法》等对电子银行业务当然也有规制作用。

2005 年《管理办法》相对于 2001 年的《暂行办法》,不仅在条文上进行了扩充,而且吸收了巴塞尔体制的先进经验,丰富了跨境电子银行业务的监管内容。

首先,《管理办法》和巴塞尔文件一样,重视电子银行的内部控制制度。在总则第 6 条中,明确金融机构应根据电子银行业务特征,建立健全电子银行业务风险管理体系和内部控制体系。电子银行业务的申请条件之一就是建立了较为完善的风险管理体系和内部控制制度。电子银行业务的风险管理部分也规定金融机构的电子银行风险管理体系和内部控制体系应当具有清晰的管理架构、完善的规章制度和严格的内部授权控制机制,同时规定了金融机构的董事会和高级管理层在风险管理中的责任,以及电子银行管理关键岗位和关键人员,应适应轮岗和强制性休假制度,这也是内部控制制度的重要组成部分。

其次,在监管内容上,首次将金融外包风险纳入到电子银行风险管理中。《管理办法》第五章以九个条文规定了业务外包的管理,这填补了 2001 年《暂行办法》的不足。《管理办法》规定金融机构应当将业务外包风险纳入到其总体安全策略中。规定金融机构在进行业务外包、选择服务商时应当审慎。外包合同必须采取书面形式以及合同中应当明确服务商的保密义务。金融机构必须建立完整的业务外包风险评估与监测程序、审慎管理业务外包风险。必须保证外包风险管理符合金融机构的风险管理标准,外包必须建立危机情况下的应急计划、应急措施。同时规定重要的业务外包,应经过金融机构董事会或者法人批准,向中国银监会报告。这些规定吸收了《金融服务的外包》中的一些指导原则。

此外,我国在网上银行监管的跨境合作上也有所发展。一是扩大了跨境监管合作范围。先后与美国、英国等 16 个国家和地区金融监管当局签订了监管合作谅解备忘录,并起草了跨境机构监管合作指导意见。二是加强了对中资银行境外机构的现场检查,建立了对中资银行境外机构及东道国(或地区)监管机构的访问制度;制定并实施了与境外监管当局的信息交流机制;定期向境外监管当局通报外资银行市场准入信息;加强了对东道国(或地区)监管当局监管能力的评估。三是积极配合境外银行监管当局对在华外资银行的监管工作,先后支持配合美国、新加坡、日本等国家监管当局来我国境内开展对相关外资银行的现场检查。

但是,相对于巴塞尔文件,2005 年的《管理办法》也有一些较大的差异和不足。首先,对跨境电子银行业务定义,二者存在区别。《管理办法》规定电子银行的跨境业务活动是指开办电子银行业务的金融机构利用境内的电子银行系统,向境外居民或企业提供的电子银行服务活动。这一规定与巴塞尔的规定类似,但比巴塞尔的规定更为宽泛。巴塞尔文件明确规定跨境电子银行业务仅限于交易型的。而我国规定只要是电子银行服务都属于该范围。其次,《管理办法》没有规定跨境电子银行业务的信息披露。但在巴塞尔体制下信息披露非常重要,而从我国现行规定来看,没有强调银行从事跨境电子银行业务时的信息披露。另外,从我国银行监管的实践来看,内控制度在实践中并未得到有效的执行也是我国银行监管中存在的较大问题。这也是我国金融大案频繁发生的一个很重要的原因。

三、我国跨境电子银行业务监管的完善

(一)转变监管理念

对作为金融创新的跨境网上银行业务,巴塞尔委员会采取的是监管和鼓励创新并重,进行适度监管。我国也应该转变监管理念,放松监管和加强监管相结合。就跨境网上银行业务而言,银行机构不需要增加新的实体网点,就可以开展这项业务,大大降低了经营成本,促进了银行机构的效率。特别是随着我国加入 WTO,中国的金融同世界金融市场进一步融合,出于竞争的目的,如果我国对跨境金融业务监管过多,很可能阻碍我国银行的竞争力。因此,我国应该转变监管理念,鼓励金融创新,鼓励开展跨境银行业务。另一方面,如果不进行有效监管,有可能会给国家带来毁灭性的打击。因此,加强对跨境网上银行业务的监管,控制风险,当然也是我们金融理念的一部分。

转变监管理念意味着有所为,有所不为。有所为的表现之一就是在跨境网上银行业务中注重消费者权益的保护。网

上银行业务在给消费者带来便利的同时,也给消费者带来了许多风险。在网络环境下,消费者的资金相对于传统的业务方式,可能更容易丢失。另一方面,消费者的隐私权也可能受到侵害。正因为如此,如今网上银行业务并没有像人们预先想象的一样进展顺利,人们对网络的担心致使跨境网上银行业务发展缓慢。因此,无论是从消费者处于弱势还是从保护消费者的利益可以促进跨境网上银行业务的发展来看,加强监管都意味着在消费者权益保护方面发挥更为积极的作用。2005年《管理办法》第39、89、90、91条均体现了保护消费者利益。但这些规定,有些用语含糊,对消费者的利益保护明显不足。如第39条虽然提到金融机构在电子银行服务协议中,应向客户充分揭示利用电子银行进行交易可能面临的风险,金融机构已经采取的风险控制措施和客户应采取的风险控制措施,以及相关风险的责任承担。但是,在法律责任部分并未明确,金融机构如果没有履行这一义务,将承担何种责任。而且金融机构在实际营销过程中,很少会提到自己在风险控制措施上的不足。因跨境电子银行业务具有高技术性特点,普通的客户对其存在的风险可能无法深入了解。这些都可能导致第39条对客户利益的保护流于形式。再如第89条提到金融机构在提供电子银行服务时,因电子银行系统存在安全隐患、金融机构内部违规操作和其他非客户原因等造成损失的,金融机构应当承担相应责任。该条对金融机构应当承担的责任用了“相应”二字,但未解释相应二字应如何理解。如果对比第90条的用语,可以确定“相应”应该指的是部分责任。这就意味着即使是非客户原因造成客户损失,客户可能得到的赔偿只可能是“部分”,该条规定对客户利益的保护明显不足。正如前所述,对“客户”利益保护不足,使得跨境电子银行业务裹足不前,也不符合现代对弱者权益进行保护的人文精神。因此,在跨境电子银行业务中加强对客户利益的保护应该是我国今后立法应该完善的重要部分。

“有所不为”应主要体现在对一些领域应该放松监管。首先,对跨境电子银行业务的监管应当仅限于“交易型”业务,而对于一些只是在网页上发布信息的业务,不需要进行监管。一方面这种业务不会给所在国带来实质的影响,另一方面,如果这种业务也纳入监管的范围,那么只要银行进行网络业务,因为网络的开放性,就可能受制于所有国家的监管之下。这对银行开展网上业务而言,是一个沉重的负担。其次,放松监管还应该体现在我国应该为纯虚拟银行的出现提供一定的空间。网上银行可以分为两种,一种是纯网上银行(Internet-Only Bank),指没有或只有极少的分支机构和自动柜员机,仅利用网络进行金融服务的银行机构;另一种是复合网上银行,即鼠标加水泥式的网上银行(Click-And-Mortar Bank),是指拥有实体分支机构,由传统银行发起的网上银行^[3](第55页)。从我国的规定来看,虽然没有否定纯虚拟网上银行的地位,但在实践中没有允许纯虚拟网上银行的存在,现存的网上银行主要是“水泥+鼠标”的形式。从允许金融创新多样化的角度出发,笔者认为应该允许纯虚拟网上银行的出现。

(二)监管方面的国际合作

巴塞尔文件中多次强调合作监管的重要性。从我国现行规定来看,我国只允许在我国境内开办电子银行业务的金融机构利用境内的电子银行系统,向境外居民或企业提供电子银行服务活动。我国也允许外国银行在我国进行电子银行业务,但是必须首先在我国境内设立实体机构。但这种形式不属于本文的“跨境电子银行业务”。也即,我国允许的跨境电子银行业务应该是所谓的“由内到外”型(in-out)。我国现行法律只规定开办跨境电子银行业务要遵守中国以及境外居民所在国家(地区)的法律。但对于中国的监管者和外国的监管者在对跨境电子银行业务的监管上如何进行合作,以及中国作为母国时如何将信息提供给外国监管者没有作出明确规定。虽然在实践中我国同世界各国在监管方面的合作有所加强。但是笔者认为在这方面还有加强的必要性,使合作监管成为常态。监管方面的国际观念还体现在应该积极与国际上一些金融监管组织合作,这样既可以了解其他国家和国际组织的做法,也可以让其他国家了解中国在跨境电子银行监管方面的做法。逐步减少或消除各国在监管方面的差异,使银行进行跨境电子业务时更加顺利。

(三)重视跨境电子业务中的信息披露

巴塞尔体制下,要求披露的信息主要有:1.银行名称及其总部所在地(如果有的话,还包括当地机构地址)。2.负责对银行总部实施监管的主要银行监管机构。3.遇有服务问题、投诉、怀疑账户遭到滥用等问题时,客户如何与银行客户服务中心联系。4.客户如何提起或利用消费者投诉程序。5.客户如何获取有关可利用的国家赔偿保险或存款保险及其保护水平等方面的信息(或如何与提供此类信息的网站相连接)。6.特定国家所特有的或要求的其他信息。7.提供跨境电子银行业务的银行的母国等。而我国未对跨境电子银行业务中的信息披露作出任何规定,这是一个很大的缺陷。银行在从事跨境网上银行业务时进行信息披露有百利而无一害。我国在今后的立法与实践应该吸取该有益的经验。

(四)电子银行市场退出机制的完善

完整的银行监管机制包括市场准入监管、运行监管,还包括一个很重要的方面,就是银行退出的监管。虽然我们致力于建立起完善的银行监管机制,尽量使风险在早期得以发现,避免银行陷入破产境地。但是在竞争中,不可避免有一些银行由于某些失误陷入退出的边缘。如何规范其退出机制,关系到银行客户的利益,关系到一国金融的稳定。从我国目前的法律规定来看,银行退出机制并不完善。2006年8月27日通过的《中华人民共和国企业破产法》虽然原则上适用

于金融企业,但从第 134 条可以看出金融机构的破产还需要一些特殊规定。在新的金融机构破产办法出台之前,金融机构的退出主要适用《金融机构撤销条例》来处理。该条例立法层次较低,且不能完全适应银行发展的需要。因此,从长远来看,建立起完善的银行退出机制势在必行。

(五)“硬件”和“软件”的建设

银行跨境电子业务中技术占有重要的地位,对其进行监管当然也应该遵循这一特点,提高技术装备,这就是所谓的监管“硬件”的建设。同时,加强“软件”的建设也是跨境电子银行业务监管中不可缺少的因素。对跨境电子银行业务的监管需要大批懂金融、懂计算机、懂法律的人才,可以这样说,高素质的监管队伍才是提高跨境电子银行业务监管的关键。

[参 考 文 献]

- [1] 张素华. 网络银行风险监管法律问题研究[M]. 武汉:武汉大学出版社,2004.
- [2] 李金泽. 银行业法律热点难点问题探析[M]. 北京:中国检察出版社,2004.
- [3] 朱 鹂. 网上银行与传统银行协同创新的途径[J]. 金融论坛,2005,(4).

(责任编辑 车 英)

On the Basel System of Management and Supervision over Internet Banking & Its Enlightenments

GUO Yujun, HU Xiujuan

(Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biographies: GUO Yujun(1964-), female, Doctor, Doctoral supervisor, Institute of International Law, Wuhan University, majoring in private international law, comparative law and art law, etc; HU Xiujuan (1974-), female, Doctoral candidate, Institute of International Law, Wuhan University, majoring in private international law and comparative law.

Abstract: The emerging of cross-border internet banking is challenging the supervision and management of banking risks. Therefore the Basel Committee has issued a series of papers, defining the cross-border internet banking activities and demanding both the banks and the supervisors to supervise them. Also, the Basel Committee holds that: the supervisory notions should be innovated; cooperative supervision should be emphasized; internal supervision should be integrated with external supervision; the content of supervision should be expanded; the information should be disclosed sufficiently. Based on the suggestions of the Basel Committee, this article points out that we should learn from the experiences of Basel Committee system, transform our supervisory ideas and conform to international practices, perfect the system of bank exiting the market, and pay more attention to the establishment of “software” and “hardware” in banking.

Key words: cross-border internet banking; Basel committee; supervision and management of banking risks; financial outsourcing