

# 我国银行业反垄断执法难题

On The Antimonopolistic Law Enforcement Problems In China's Banking

席月民

(中国社会科学院法学研究所 北京 100720)

**内容提要:**我国银行业的市场化改革肩负着反垄断的神圣使命,《反垄断法》的出台为银行业反垄断提供了重要的法律依据和可靠的法律保障。本文首先结合实例,就当前我国银行业垄断行为的表现及其危害进行了客观剖析,然后探究了银行业垄断行为产生的原因,最后就银行业反垄断执法难题及其化解展开了重点论证,并提出了自己的执法建议。

**关键词:**银行业 反垄断法 执法

## 一、当前我国银行业垄断行为的表现及其危害

我国银行业的竞争已经出现区别于过去以国家垄断形式为主要特征的新型垄断行为,这些垄断行为给金融市场和消费者所带来的巨大危害不能不引起我们的重视。具体表现在:

(一)相互串通收费,形成价格联盟。以银行卡跨行收费事件为例,2006年6月1日,跨行查询收费正式开始实施。但几乎与此同时,包括新华社在内的多家媒体对这一收费提出了“究竟是‘国际惯例’还是‘垄断行为’”的质疑。透视该收费标准的制定过程,我们发现,银行卡跨行收费实际上是中国银联与大银行协议一致的结果,其事先并未征得广大客户的同意,而属于此类收费的还有小额账户管理费、借记卡年费、跨行取款费等。应该说,价格竞争本身是市场竞争的基本方式,但价格联盟在反垄断法中却是一种本身违法的卡特尔类型。

(二)滥用市场支配地位,损害小企业和消费者利益。在我国,小公司<sup>①</sup>在银行开户难的问题十分突出。一般来说,小公司注册登记后,商业银行对小公司开户往往设置资本金、存款余额等限制,即开立企业基本存款账户的最低标准是50万元或100万元,并保证在账户中维持3万元到50万元不等的存款余额。难怪有人评论说,商业银

行通过提高开户门槛的作法,将小公司拒之门外,这直接促成了为小公司办理开户手续一条龙服务的中介公司的火爆。<sup>②</sup>然而,商业银行设置开户门槛并不符合有关规定,属于歧视政策。<sup>③</sup>应该看到,拒绝交易只是当前我国一些银行滥用市场支配地位的一种表现,捆绑式搭售、强制交易、价格歧视等其他行为也有不同程度的存在。即使市场主体拥有的不是市场支配地位而是相对经济优势地位,这种经济优势仍然有可能被滥用,而传统的民商法在交易自由与自愿精神的指导下很难对这种滥用行为进行规制。<sup>④</sup>

(三)并购重组使银行集中加剧。自20世纪90年代中期开始,外资并购逐渐成为我国吸引外资的重要方式,我国商业银行改革也把引进境外战略投资者作为有助于巩固银行的资本基础、促使中资银行股权结构多样化、提升银行业的公司治理和全面管理水平的重要举措。在我国,外资银行的参股和并购战略有以下几个变化值得关注:一是被参股银行的规模和地域性不断扩大,逐渐从沿海省市、发达地区向内地扩展;二是参股的对象由商业银行向其他金融机构扩展,如保险公司和基金公司;三是参股的途径趋于多元化,合格境外投资者(QFII)机制的实施以及中国商业银行上市进程的加速,为外资银行通过

**作者简介:**席月民(1969—),男,汉族,河南灵宝人,中国社会科学院法学研究所副教授。

① 《商业银行提高开户门槛 向小企业强加风险》,资料来源: [http://finance.sina.com.cn/g/20060708/16082716238\\_shtm](http://finance.sina.com.cn/g/20060708/16082716238_shtm) 2006年7月8日。

② 《拒绝存款人的开户请求 商业银行涉嫌违法》,资料来源: [http://finance.sina.com.cn/g/20060708/16252716252\\_shtm](http://finance.sina.com.cn/g/20060708/16252716252_shtm) 2006年7月8日。

③ 孟雁北:《滥用相对经济优势地位行为的反垄断法研究》,载《法学家》2004年第6期。

证券市场进行并购提供了可能。<sup>④</sup>我们必须看到,金融机构跨国并购,很大程度上是为了迅速获取市场上的相对垄断地位,以获得定价权或提供领先服务的竞争优势,因此加强对银行业并购的反垄断审查和管理日显重要。

(四)行政权力限制市场竞争。行政性垄断是一种制度性的、具有取消竞争功能的垄断情形,在中国不仅种类多、范围广,而且危害大。<sup>⑤</sup>以房贷强制保险为例,消费者要获得所需购房贷款,必须对整个房屋(按房款算)进行全额保险,并将保单交给银行。一些商业银行依据中国人民银行于1998年5月9日颁布的《个人住房贷款管理办法》,在其本行个人住房贷款管理办法中作出了上述规定。2005年2月22日,浙江省消费者协会、浙江省律师协会、浙江大学法学院联合向央行发出建议书并抄送银监会,要求重新审查中国人民银行《个人住房贷款管理办法》中有关不适当的内容,提出无论从合法性还是必要性角度,作为部门规章的《办法》都不应将购买房贷险作为办理房地产抵押贷款的强制性条件。<sup>⑥</sup>尽管中国人民银行于同年4月4日进行了复函,并表示对该问题非常关注,但至今仍未与银监会对该办法进行修改。笔者认为,该办法的规定直接限制了房贷市场和保险市场的公平竞争和自由竞争,已然构成了行政垄断行为。

上述垄断行为的存在直接损害了广大消费者的利益,限制了市场竞争,使金融市场的供给严重不足,加剧了资金供应的紧张程度,为“地下金融”提供了机会,从而严重扰乱了金融秩序,影响了金融稳定。<sup>⑦</sup>事实表明,加强我国银行业的反垄断执法工作已经刻不容缓。

## 二、银行业垄断行为产生的原因剖析

(一)理论认识仍有误区。目前在理论界和实务界仍有部分认识误区,即认为银行业垄断经营是社会主义公有制发展的需要,是保障国家金融安全的需要,不应受到反垄断法的追究。如有人提出,银行业应该是反垄断法适用豁免的对象,其主要依据是公共利益要求和垄断的经济效益性。<sup>⑧</sup>当把银行业垄断与金融安全、经济安全乃至国家安全联系在一起时,商业银行的重要性即被凸现出来,银行业垄断的合理性似乎在这里找到了最好的注脚。但问题是,公有制与银行业的垄断经营有没有必然联系,不能只从计划经济的传统体制中去找答案。适合理想社会主义的国家垄断信用并不适合现实中的中国,20多年的改革开放实践对此给出了有力证明。必须看到,放松管制已经是全球金融业发展的大趋势,把银行业整个行业纳入反垄断法的适用除外并不妥当,对金融安全并无

益处。多年来,银行业垄断不但未能减少国有银行的不良资产,反而成为其巨额不良资产产生的重要原因;不但未能给金融市场带来稳定,反而使“地下金融”愈演愈烈,使金融市场更为混乱。行政权力对商业银行业务经营活动的直接干预,不但限制了市场竞争,而且扭曲了市场行为,结果是政府对市场的干预越深、干预的时间越长,反而越加大了金融风险。因此,不能把银行业垄断与国家金融安全划等号。

(二)社会责任意识不强。公司社会责任是公司法理论发展的产物。过去,人们往往认为公司是由股东、债权人和公司本身三者构成的利益平衡体,现在,公司社会责任理论突破了这一狭隘的看法,引入了更多的利益相关主体,承认了公司经营对于众多利益相关者的影响,要求公司承担更广泛的责任。我国现行《公司法》顺应了这一趋势,在追求股东利益最大化的同时,强化了公司的社会责任。<sup>⑨</sup>由于《公司法》同样构成银行法的重要法源,因此,无论是《公司法》总则第5条的规定,还是其后分则中第45条、第52条、第68条、第71条、第109条以及第118条等规定,对银行设立、治理、运营、重组等各个环节都应有约束力,银行应予以严格执行,并注重弘扬社会责任精神。但从目前的实践看,利润和股东收益仍是商业银行经营的主要目标,银行业垄断行为的出现与《商业银行法》等专门金融机构立法对银行社会责任的规定缺位不无关系,与商业银行及其高管人员的社会责任意识不强更有着直接联系。

(三)反垄断法制不够完善。反垄断法是保护市场竞争,防止和制止垄断行为,维护市场秩序的重要法律制度。但在《反垄断法》出台以前,有关银行业反垄断的相关法律规范却主要散见于一些法律、行政法规和部委规章中。这些法律、法规的特点是:部委规章居多,立法的权威性不够;立法形式散乱,不统一甚至冲突;立法内容存在疏漏;禁止性规范多于制裁性规范,导致责任追究不足。如《商业银行法》第9条规定,商业银行开展业务,应当遵守公平竞争的原则,不得从事不正当竞争。这样的规定只是表明了商业银行的业务经营活动同样适用竞争规则,但在反垄断领域明显缺乏具体的可操作性。一些商业银行之所以明目张胆地实施拒绝交易等垄断行为,无视广大消费者和小企业的利益,显然与我国银行业反垄断方面经济法制的不够完善有关,司法介入乏力的状况从一个侧面反映了我国银行业反垄断法制的尴尬。

④ 苗燕:《外资银行并购倾向于中小银行》,载《上海证券报》2007年1月10日。

⑤ 曹士兵:《论中国反垄断立法》,载《法制与社会发展》1996年第3期。

⑥ 参见《住房贷款强制保险政策有望调整》,载《法制日报》2005年4月12日。

⑦ 参见《中国地下金融规模近万亿》,载《华西都市报》2005年1月21日。

⑧ 参见游国城、郑赛花:《论反垄断法适用豁免制度》,载《重庆工商大学学报》(社会科学版)2006年第4期。

⑨ 《中华人民共和国公司法》第5条第1款规定:“公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,接受政府和社会公众的监督,承担社会责任。”

### 三、我国银行业反垄断执法难题及其化解

《反垄断法》的出台,为我国银行业的反垄断执法和司法提供了重要的法律依据和可靠的法律保障。重视并有效化解银行业反垄断中的执法难题,是今后贯彻执行《反垄断法》,完善银行业反垄断法制的关键。

(一)反垄断执法机构与银监会的管辖分工和协调。与美国的司法模式不同,我国的反垄断执法借鉴了欧共体的作法,采取了行政模式。早在《反垄断法》的起草过程中,反垄断执法机构和行业监管机构之间的管辖问题即受到了学界的高度关注,现在,解决这个问题变得更为实际和迫切。银监会作为我国银行业的行业监管机构,旨在促进银行业的合法、稳健运行,维护公众对银行业的信心,保护银行业的公平竞争,提高银行业的竞争能力,因此,银监会对银行业的反垄断案件理应有一定的管辖权。就银行业反垄断执法而言,问题直接表现为国务院反垄断执法机构与银监会的案件管辖权所面临的冲突与化解。有学者提出,行业监管机构主要处理市场准入和与互联互通相关的案件,而在企业并购、垄断协议以及一般的滥用行为等方面,管辖权则应交给反垄断执法机构。<sup>⑩</sup>笔者对这一观点深表赞同。笔者认为,为减少摩擦和节约执法成本,两个机构应就银行业反垄断案件的管辖权进行合理划分,避免越俎代庖,禁止随意扩大或缩小管辖范围。在这一问题上,有赖于将来国务院制定《反垄断法实施细则》予以明确。笔者建议,凡涉及银行的设立、变更、终止以及业务范围的审批,涉及对“问题银行”的接管或者促成机构重组,涉及对违法经营、经营管理不善等银行的撤销,以及涉及对擅自设立银行或非法从事银行业务活动的取缔等案件,应由银监会予以管辖;而涉及银行并购、垄断协议以及滥用市场支配地位等案件,则由反垄断执法机构管辖。二者之间是特殊管辖权与一般管辖权的关系,其中银监会的管辖权属于特殊管辖权。特殊管辖权确定的意义在于限制行业监管部门依据特别法排除反垄断机构管辖权的可能,从而明确反垄断法对行业竞争事项上的一般适用原则和只在特定事项不予适用的例外原则。<sup>⑪</sup>另外,根据《反垄断法》第31条规定,对银行业中的外资并购等经营者集中行为,如果涉及国家安全则必须进行双重审查,即反垄断审查和国家安全审查,此类案件的双重管辖权并非上述排斥关系,而是一种并列关系,因其审查的目的不同不能相互替代,因此还应加强反垄断执法机构和银监会之间的深层对话,创建双方的反垄断协调机制。

(二)竞争政策与金融政策的有机协调。《反垄断法》的出台,使国家的相关竞争政策实现了制度化和法律化,为银行业的自由竞争和公平竞争提供了可靠的法律保

障。然而,竞争政策的推行并不是孤立的,在银行业反垄断执法中,竞争政策的执行会受到国家金融政策、财政政策、产业政策、税收政策、环境政策等经济政策的直接影响。当前我国经济发展的突出特征是不平衡,这种不平衡既表现在城乡、地区、不同产业和行业、不同利益群体、经济和社会发展之间,也表现在投资和消费、内需和外贸、民营和外资、大中型企业和小企业之间。由于相关经济政策的调整 and 变化,其相互之间能否实现有机协调,能否在磨合中实现各自的政策目标,是银行业反垄断执法将要面临的又一难题。在欧共体,竞争政策较其他政策有优先适用的地位。<sup>⑫</sup>欧共体条约强调保护欧共体市场的有效竞争,强调其成员国以及欧共体的任何活动都必须与开放和自由竞争的市场经济制度相一致,因此,欧共体竞争政策的优先适用性与其市场经济的发达和成熟状态是相适应的。我国的国情则有所不同,尽管我国已经建立社会主义市场经济体制,但目前仍处于转型过程中,各种经济变量因受变革因素的冲击而更为活跃,我国的金融市场还存在着结构性缺陷,金融控股公司还处于试点阶段,金融分业经营、分业监管的体制在短期内不可能改变,因此赋予竞争政策在银行业发展中的优先适用地位显然不合国情。笔者认为,不同的经济政策有着不同的功能,金融政策以货币政策为主,旨在维护币值稳定,并以此促进经济增长,是国家宏观调控的核心手段和工具,故在银行业反垄断执法中应较竞争政策优先适用。鉴于竞争政策与金融政策之间的互动性,笔者建议,反垄断执法机构在执行竞争政策时,应优先考虑国家金融政策的落实,这样才能避免竞争政策对金融政策的负面冲击,确保国家金融调控的有效性和宏观调控的差异性,促进社会总供给与总需求之间的平衡,以实现国家金融安全和国民经济的可持续发展。

(三)银行业垄断行为的量化标准。银行业反垄断执法中,“度”的合理把握是永远无法回避的一个难题,其直接接触及国家利益、社会利益、银行利益以及消费者利益,因此,对于该问题的分析研究,必须采取理性的态度,克服狭隘的部门利益、地方利益以及民族主义情结,将其进行必要的量化处理。从世界范围看,德国和日本在该问题上比较严格,而美国则相对比较灵活。透视我国的《反垄断法》其在垄断行为的认定和处罚上借鉴了德国和日本的经验,在第19条、第22条等一些条文中进行了一定的量化处理,规定了具体的量化标准。根据该法第27条规定,反垄断执法机构在审查经营者集中时,应主要考虑参与集中的经营者在相关市场的份额及其对市场的控制力、相关市场的市场集中度、经营者集中对市场进入和技术进步的影响、经营者集中对消费者和其他有关经营者

⑩ 王晓晔:《垄断行业改革的法律建议》,载《学习时报》2007年2月2日。

⑪ 史际春、肖竹:《〈反垄断法〉与行业立法、反垄断机构与行业监管机构的关系之比较研究及立法建议》,载《政法论丛》2005年第4期。

⑫ 王晓晔:《竞争法学》,社会科学文献出版社2007年版,第29页。

的影响以及对国民经济发展的影响等,这就要求反垄断执法机构对被指控的经营者集中行为进行结构——行为——效益的经济定量分析。这些经济定量分析的引入,对反垄断中的定性分析有着直接影响,因此银行并购是否构成垄断,对相关指标进行定量调查分析时量化标准的确定至关重要。但此时第22条的量化标准是否科学,对银行业集中是否适用,则需要采取灵活态度进一步研究确定。笔者认为,必要的技术分析需要因时、因地而做出,决不能搞一刀切,必须把限制竞争与成本优势、规模优势进行区别。有学者曾提出,反垄断法中的量化问题必须通过民主与法治的手段和途径予以解决。我国《反垄断法》的制度与条文设计包括量化问题的设计,并不是越细越好,越具体越好,更不是越严格越好。就我国来说,采取什么样的反垄断政策,何时宽松,何时严格,都应该由民主的机制适时因地而作出。<sup>⑬</sup>笔者赞同该种观点,故建议在这一问题上赋予法院以一定的自由裁量权,其在处理银行业反垄断案件时可以根据具体情况进行分析判断,不应将《反垄断法》对垄断行为认定的量化标准绝对化,应在追求法律稳定性的同时保持足够的灵活性。

(四)银行业垄断的行为豁免。《反垄断法》第15条、第28条等对垄断协议和经营者集中等垄断行为豁免作出了具体规定,这些规定构建出了我国反垄断法的适用除外制度。反垄断法的适用除外制度旨在抑制过度竞争,以免资源浪费,其并不构成市场进入壁垒,只是采取了一种避免激烈竞争的规制方法。<sup>⑭</sup>因此,该制度是反垄断法中维护国家利益和社会公共利益,协调国家产业政策等经济政策所不可或缺的制度。根据该法第28条规定,经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响,或者符合社会公共利益的,国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。当然,我国《反垄断法》直接将垄断行为的豁免决定权交给了反垄断执法机构。从银行业的反垄断执法看,银行业垄断行为的豁免同样适用上述规定。但需要强调的是,2006年8月8日商务部、国务院国有资产监督管理委员会、国家税务总局、国家工商行政管理总局、中国证券监督管理委员会以及国家外汇管理局联合发布了《关于外国投资者并购境内企业的规定》,其第54条对并购申报豁免所作出的具体规定对银行业垄断而言具有重要价值,银行业垄断的行为豁免应在《反垄断法》第28条的基础上,以该规定为蓝本进行合理构建。笔者建议,就垄断协议而言,应将登记或批准作为其豁免的形式要件,并适

用合理原则进行分析;对经营者集中而言,应严格执行申报程序规定,并以获得批准为豁免的必要条件。另外,在禁止行政垄断方面,较之于《反不正当竞争法》第7条<sup>⑮</sup>而言,《反垄断法》在第五章中增加了四种行政垄断行为,如滥用行政权力排斥或者限制外地经营者参加本地的招标投标活动、排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构、强制经营者从事规定的垄断行为以及制定含有排除、限制竞争内容的规定等,从而表现出了明显的进步和可喜的勇气。但不足之处在于,其没有规定适用除外制度。因此笔者建议,在制定《反垄断法实施细则》时应增加一条规定,即“行政机关和公共组织为保护国家利益和社会公共利益,运用行政权力排除、限制竞争的除外。”

(五)《反垄断法》的域外适用。从实际情况看,反垄断法的域外适用问题已成为目前各国反垄断法发生冲突的主要因素之一。各国反垄断法一方面允许甚至支持、鼓励本国企业对外国市场的垄断,另一方面又严格管制外国企业对本国市场的垄断。为了能够在跨国公司限制竞争的活动中保护本国消费者的利益,各国唯一可行的选择就是域外适用本国的反垄断法。<sup>⑯</sup>当前,经济全球化和金融国际化的进程不断加快,突发性、区域性和关联性已成为金融国际化背景下金融危机的重要特征,因此,反垄断法的域外适用理所当然地成为构筑我国金融安全机制中的重要一环,对我国金融业全面开放格局下的金融体制改革和金融结构调整具有重要意义。笔者认为,我国《反垄断法》第2条关于域外适用的规定十分重要,但从实际操作的可行性看,还应作出必要的限定,尽量避免片面的、极端的做法而引起不应有的法律冲突。有学者曾提出,在我国的反垄断法中,可考虑将外国企业在中国境外从事的垄断行为对境内市场竞争产生“直接的、实质性的且可以合理预见的”限制或者不利影响作为对其适用的基本要件,并确立利益衡量原则作为对该基本要件的补充。<sup>⑰</sup>该学者的观点有一定的合理性,笔者认为,反垄断法的域外适用制度必须兼顾本国与其他国家的主权和经济利益,尽量避免并着力化解各国相互之间在反垄断法域外适用中的矛盾和冲突,因此建议在银行业的反垄断执法中借鉴和吸收该观点,把外国银行等金融机构所从事的对境内市场竞争产生限制或不利的垄断行为,以“直接性”、“实质性”以及“合理预见性”作为必要条件予以限制,尽量减少与其他国家和地区间的不必要冲突,使我国金融业的发展免受国际上一些人为因素的侵蚀和恶意伤害。

⑬ 徐孟洲、侯作前:《论反垄断法中的量化问题》,载《法学杂志》,2002年第3期。

⑭ 曹士兵:《论中国反垄断立法》,载《法制与社会发展》1996年第3期。

⑮ 《反不正当竞争法》第7条规定,“政府及其所属部门不得滥用行政权力,限定他人购买其指定的经营者的商品,限制其他经营者正当的经营活动。政府及其所属部门不得滥用行政权力,限制外地商品进入本地市场,或者本地商品流向外地市场。”

⑯ 王晓晔:《美国反垄断法域外适用评析》,载《安徽大学法律评论》第2卷第1期,安徽大学出版社2002年版。

⑰ 王先林:《论我国反垄断立法中的域外适用制度》,载《法学杂志》2006年第1期。