

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2018.02.010

欢迎按以下格式引用:刘乃梁.权利变迁视角下中国银行业反垄断的基本逻辑[J].重庆大学学报(社会科学版),2018(2):108-118.

Citation Format: LIU Nailiang. The basic logic of Chinese banking antitrust in the context of right transition[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2018(2):108-118.

权利变迁视角下中国银行业 反垄断的基本逻辑

刘乃梁

(重庆大学法学院,重庆 400044)

摘要:中国银行业垄断的法学归因在于市场主体的权利异化。银行业的权力干预在客观上形成市场壁垒,并促成市场主体权利的权力化倾向。在金融市场化进程中,银行业面临纵向与横向两个维度的权利冲突,竞争者和消费者的权利均因垄断面临着不同程度的挤压。银行业的市场化发展应当立足于市场主体金融发展权利的重塑,在竞争者市场和消费者市场的二元结构之下,针对既有权利冲突探索“权利型”反垄断规制供给。与此同时,权利语境下规制目标的“实体”与“聚焦”也有利于反垄断规制有效介入银行业市场化进程,缓和权力冲突。

关键词:银行业垄断;金融市场化;反垄断规制;权利;权力

中图分类号:D922.281

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2018)02-0108-11

一、缘起:回归权利本质的银行业反垄断

后危机时代,对“大到不能倒”问题的处置引发国内外学界对银行业反垄断规制尺度的广泛热议,“商业银行的‘大到不能倒’不仅扰乱正常市场竞争秩序,并且易引发系统性金融风险”^[1]。然而,区别于国外商业银行高度市场化后的结构型垄断,中国银行业从垄断走向竞争过程中的主体垄断行为更加值得关注。“就目前中国情况来看,中国金融监管的主要目标有两个,一个是针对系统性风险对金融机构进行的审慎监管,另一个是针对金融市场存在的不公平竞争、欺诈行为,保护投资者和金融消费者权益的市场行为监管”^[2]。近年来,有关银行业“乱收费”、商业银行“暴利”,以

修回日期:2017-12-26

基金项目:重庆市社会科学规划项目“我国银行业竞争倡导制度研究”(2016BS042);国家社会科学基金重大项目“开放经济条件下我国虚拟经济运行安全法律保障研究”(14ZDB148);重庆大学前沿交叉学科研究项目“竞争性农村金融体系的法律促进机制研究”(2017CDJSK08XK12)

作者简介:刘乃梁(1988—),男,天津东丽人,重庆大学法学院讲师,法学博士,主要从事竞争法学与金融法学研究。

及“四大行”协同行为的舆论争议此起彼伏,伴随《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)的实施,社会民众对银行业垄断的感性认知急需得到反垄断规制的理性反馈。笔者曾在另文中指出,“反垄断法适用于银行业的障碍伴随市场化进程的推进而逐渐消弭”^[3],但既有反垄断规制无法有效介入银行业市场的重要原因在于缺乏明确的规制导向。《反垄断法》确立的市场竞争、消费者福利和社会公共利益的宏观规制导向并未赋予银行业反垄断规制充分的独立性和权威性,反而因其与金融监管的目标重合而造成介入空间的挤压与排斥。明确规制运作的微观导向是银行业反垄断规制开展的必要条件。

依照法权理论的核心观点,“权利与权力的矛盾是社会法律生活中的基本矛盾”^[4],二者从冲突走向互动主导着法律现象的发展和法律问题的解决。反垄断法与反垄断规制素以市场竞争机制维护为己任,推崇市场竞争效果的经济学分析。反垄断规制在本质上是一种权力运作,其法律属性不应过多让步于经济学分析,应当如同消费者权益保护、反不正当竞争、产品质量等市场秩序规制手段一般,逐渐树立权利的规制导向。从竞争秩序到主体权利,反垄断规制目标的落地有利于行业规制实践,尤其是垄断行业规制实践的开展。“当大量的个体有权创立组织来开展广泛的经济、政治和社会活动时,一个权利开放秩序才算确立”^[5]。银行业主体因其特有的行业性质先天地享有具有权力内嵌的经营权利,垄断地位的形成抑或银行业垄断问题的出现很大程度上源于既有金融机构权利的权力化塑造。在社会转型过程中,银行业市场面临着来自“社会基层”和“弱势领域”极为明显的权利冲击。在巨大的主体权利诉求面前,作为市场竞争秩序规制权力代表的反垄断规制如何回应成为一个较为关键性的问题。

二、溯源:银行业主体的权利预设与垄断演化

不同于一般行业市场主体权利的普遍性,银行业市场主体因其行业的管制属性而具有较为特殊的权利表征。在中国银行业发展初期,金融管制与金融监管的双重作用为国有商业银行增添权力内涵,确立市场垄断地位。

(一) 银行业发展定位及其主体设定

银行业鲜明的行业特征在于高度的金融管制与全方位的金融监管。金融业对社会发展的支柱作用使得作为金融业核心的银行业成为支柱中的支柱,其基础性作用不言而喻。一般而言,从垄断角度来看国家对行业进行全面管制的动机包括两个方面:一是自然垄断行业属性;二是关系国家经济发展命脉的关键行业。早期银行业的发展具备了一定的自然垄断特征,但是伴随经济全球化与金融市场化进程的推进,银行业已经远远摆脱了“自然垄断”的束缚。因此,银行业金融市场的基础地位以及对国民经济发展的影响使国家管制成为一种必然。除此之外,风险是银行业发展中不可回避的关键性问题。金融行业与金融体系的脆弱性加之银行业运转过程中可能出现的诸如信用、流动性、经营管理等多层面的风险,使得金融监管成为银行业发展之必需。金融危机之后,“由金融创新演化、扩散而致的复杂性助长了系统性风险……需要新型监管工具应对系统性风险来源”^[6]。由此看来,银行业主体的发展务必在一定的政府框架之下,其行为本身无时不受到市场监管主体的管理与控制。

中国银行业市场主体变迁也呈现出政府主导的路径依赖,中国银行业主体的发展定位与设定集中体现在关于商业银行的历次改革之中。改革开放之后,中国逐渐由计划经济时代高度集中的

中央银行体制向二级银行体制过渡,工、农、中、建四大行从央行分离出工商信贷储蓄、农业金融业务、外汇业务和固定资产贷款中长期投资业务。四大行较为详细的业务划分使得相互之间并不存在实质上的竞争,虽然发展中经历了自主经营权的加强,但是改革开放初期四大行仍然可以视为代理央行行使某一领域的管理职能。1993年以来,伴随《国务院关于金融体制改革的决定》和《中华人民共和国商业银行法》的出台,逐步明确了四大行由业务分立的专设银行过渡到拥有充分自主权的国有独资商业银行,并且明确提出了国有银行改革的基本方向。在此阶段,对商业银行概念的正确把握是有效推进银行业市场主体改革的一大关键要素。值得一提的是,1997年亚洲金融危机使“国有企业大面积陷入经营困境,致使国有商业银行不良资产剧增,银行脆弱的资产质量甚至影响到国家经济和金融体系的安全”^[7]，“银行业不良贷款大幅上升与宏观经济结构失衡、产能过剩、增速下滑的基本面密切相关,而银行业风控漏洞、过度授信、民间借贷也起了助推作用”^[8]。商业银行不良资产剥离以及相关资本金、资产质量和监督制度变革为后续的市场化改革奠定了基础。从制度经济学角度看,“2003年以前,商业银行分工的淡化以及资产质量的变革重点在于技术型生产边界的扩展,而股份制改革才是寻求结构性生产边界的移动”^[9]。2002年中央金融工作会议明确了国有商业银行发展的现代企业思路。在国有商业银行股份制改造之前,通过三家政策性银行的设立剥离了国有商业银行的政策性业务。2003年底,中国银行和中国建设银行率先进行股份制试点,随后中国工商银行和中国农业银行陆续进行股份制改造。2009年伴随着中国农业银行挂牌,中国国有商业银行股份制改革宣告完成。

从制度变迁看,产权制度的明晰、公司内部治理机制的建构,以及相关财务制度的变革使原有的国有商业银行逐渐摆脱“国家干预”特征,成为独立的、自主经营的银行业市场主体,并且相互之间存在的有效竞争意味着银行业市场初步建立。商业银行整体的发展态势逐渐由政府主导过渡到市场主导,市场化发展原则在实践中得到确认。另外,除去国有商业银行改革之外,政府也意识到市场主体多元化塑造的重要性。城市商业银行的兴建、农村金融机构改革的不断推进,以及民营银行准入的放开都证成了银行业整体发展的市场化态势。但是,在良好的发展势头面前,我们必须保持充分的冷静,因为银行业市场主体的权利并未从根本上得到实现。具体而言,首先,银行业的市场化运作意味着银行业金融管制的放松,放松管制是逐步减少权力对主体准入和权利实现的干涉,为市场新主体的出现和市场基本权利的享有提供足够的自由空间。其次,在目前强监管导向下的银行业市场,市场主体的权利仍然在很大程度上受到权力的影响。市场主体权利享有的区域、范围和程度都必须在权力的既定框架之内,并且权力主体仍然拥有赋予、限制和终止主体权利的话语权。最后,在市场竞争中,垄断行为的出现会使主体参与市场竞争的权利名存实亡,权力的缺位使主体权利不能得到充分的实现。

(二) 银行业主体权利的垄断演化

1. 银行业主体的权利属性

银行业主体权利“先天”地具备了权力内涵,具体表现在:第一,银行业的国有属性使其承担了一定的政策性职能,这种政策职能具备权力内涵。从“大一统”到“二级制”,银行业体制变化初期,四大国有银行形成的动机正是在于央行业务的剥离以及对应领域投融资职能的分离。在股份制改造、三大政策性银行分离四大国有银行政策性职能之前,四大国有银行在某种程度上等价于银行业

市场的行政机构,其更多代替央行既进行市场运作,又负有监督管理的义务。由此看来,政策性职能的早期赋予是对银行业主体的一种权力配置。放眼社会经济发展的宏观环境,银行业的特征在于金融业的基础性,而在具体银行业金融机构与相对人的个别交易中则更多表现为信贷资源配给的优势地位。在发展早期,国有商业银行从特征上更像是一种代替央行履行某一领域管理职能的行政机构,支撑起进行基础信贷活动的是国家信用。在商业银行的模式得到认可之后,国有商业银行虽然具备了一定程度的独立性,但是这种先天的信贷资源优势依然得到了充分的发挥,个体交易中的信贷审批与配给的话语权和主动权使银行业金融机构在资金融通并不发达的时期占据了优势地位。从整体上看,个体优势的集聚也使银行业成为市场信贷发展中的关键一环,并且是掌握信贷审批权力的强势一端。第二,银行业市场较为严格的准入制度造就了主体权利的稀缺性。“四大国有商业银行控制着整个市场,产品差异化小和政策壁垒仍是银行业发展的障碍”^[10],严格的准入制度的设计确保了银行业市场秩序的稳定,而与这种稳定相对应的代价在于市场的高度封闭。市场的封闭对于既有市场内的经营者无疑是一个利好的消息,当银行牌照成为一种稀缺性资源,传统银行业金融机构客观上就形成了对市场的整体独占与分享。权利稀缺与社会巨大金融体量相比,“卖方市场”的形成客观上同样造就了银行金融机构交易的优势地位,银行业金融机构不再拥有单纯的市场主体权利,其权利作用体现在之于相对人不平等的“权力”效应。第三,信贷审批中的自由裁量成为银行业金融机构市场运行中的权力源泉。信贷配给是银行业金融机构的主要金融功能,也是其主要业务之一。信贷条件的设置首先源于行业法规的基础性设置,其次源于银行业金融机构的具体把握。虽然银行业信贷审批的标准是客观的,但是在具体实施的过程中具有很大程度的主观性,从客观条件到主观评价,银行业金融机构实际上是将信贷审批这种银行业经营者的市场主体权利衍生为一种相对于交易人的权力。综上所述,银行业的主体权利因国有属性、行业管制和信贷审批而具备了不同程度的权力倾向。

2. 垄断语境下银行业主体权利的权力导向

市场垄断地位的形成以及垄断行为本身体现出一般权利的权力化倾向。在市场经济中,每个市场个体都具有自由、平等发展自身的权利。然而,市场竞争意味着优胜劣汰,个别主体因其生产效率、技术研发等方面的优势获得了市场的垄断地位,或者因行政授权而先天地享有市场垄断地位。此时,原有普遍的、平等的权利伴随主体市场价格与市场运转话语权的享有而表现出极强的权力倾向。实际上,诸多垄断行为得以实施的本身在于利益的驱动,而从法律角度看,无论是滥用市场支配地位、垄断协议还是经营者集中,社会忌惮的实际上是权力化的权利——垄断地位的获得使其具备了操纵市场发展与排挤、限制竞争的权利。除此之外,这种权力化倾向不仅体现在横向与纵向的市场竞争关系之中,还会表现在纵向管理关系之中,即权力化的权利会对市场规制权产生有利于自己的影响,最终造成规制失灵与规制俘获,权利控制了权力。

垄断的形成可以从权利与权力的博弈关系中寻求解读,银行业垄断本身也不例外。首先,权利的集聚是银行业垄断形成的关键要素。银行业主体市场权利类型和权利数量的叠加都会对市场主体垄断地位的形成产生至关重要的影响。银行业主体权利类型的丰富有助于市场话语权的形成,最终形成市场支配地位,而权利数量的叠加表现在垄断协议的权利一致排外以及经营者集中过程中权利合一。无论权利集聚的方式为何,最后的效果都体现在银行业经营者对于市场的控制能力。

其次,银行业市场的长时间垄断促成了银行业利益集团的形成,规制俘获可能性的增加使得主体权利与规制权力不断“融合”。最后,商业银行股份制改革之后,银行业经营者独立性的增强并未减弱权利的权力化倾向。虽然股份制改造之后,产权的明晰使得形式上政府干预与银行发展相分离,但是国有控股属性以及四大行居于中国银行业市场的重要地位使得政府与其之间仍保持着千丝万缕的联系。如果说政策性职能是一种权力配置,那么政策性职能的剥离并没有伴随权力同步剔除,究其原因根本原因在于银行业市场竞争机制的缺位。从权利结构看,一方面市场主体的稀缺造成的竞争匮乏,根本上权力与权利之间没有形成良性的冲突和制约;另一方面,规制权力本身也没有对新主体权利的实质享有提供有效的制度空间。传统市场权力与权利对新市场主体的双重排斥使得银行业市场竞争机制未从根本上建立。

三、衍生:银行业市场的权利冲突与垄断归责

在社会变迁和权利诉求面前,“金融监管往往是被动的”^[11]。“中国转型秩序的形成不仅仅是制度供给问题,同样是国家在转型时期的特殊角色和职能界定问题”^[12]。银行业的改革与发展正是对经济转型的有力支撑以及对社会转型理念的回应,并且从根本上对政治转型提出了一定的变革需求。“如果缺乏普遍性法律和与生俱来的权利这一类概念,多元利益集团没有必要产生用法治解决社会秩序问题的愿望”^[13]。在转型与银行业发展的联动变化中,权利作为法律制度的重要一环,构成了既有银行业市场发展冲击的主要元素。

(一) 社会转型下的银行业市场

社会转型无论其解读路径为何,具体作用范围为何,从制度角度来看都意味着一定范围内制度的自我调整与自我完善。社会转型需要社会治理和社会文化的制度化构建,经济转型同样需要市场化和法治化的制度衔接。对于处在社会转型期的银行业而言,银行业市场化是其最为关键同样也是最为明确的历史任务,而银行业市场化本身可以理解为是对社会转型理念的一种吸收和融合。“现代金融理念的变革对于我们如何形成对金融市场和机构的监管产生深远的影响”^[14]。开放、民主和法治社会转型赋予中国社会制度调试的指导理念,在此理念下,金融业尤其是银行业的开放、民主和法治建设都彰显其历史和现实的特殊性。开放是社会转型期银行业市场化的一种表象要求,开放意味着市场准入的降低,更多的主体可以参与到原有封闭市场的发展之中。市场参与性的增强有利于丰富市场主体结构,促进市场竞争机制的完善。民主之于银行业既表现在主体多元化后市场主体发展机会的同等享有,又表现在社会基层金融需求的一体满足。垄断结构与垄断行为意味着发展权利和发展机会的不平等,无疑是金融民主的对立面。因此,银行业民主需要建立在市场垄断行为规制的基础之上。而对垄断行为的规制,对于银行业开放与民主保障的应有之义具有金融的法治化意义。无论是反垄断规制还是行业规制,它们都是法治化框架下对银行业市场竞争机制调节与维护的规制工具。综上所述,社会转型下的银行业市场需要通过法治化手段的运用,不断促进市场的开放与民主。

进一步讲,社会转型对银行业发展的影响不仅仅停留于理念的输送,还表现在微观的发展表达,我们认为这一表达集中体现于市场主体的权利诉求。有学者研究指出,发达国家社会转型的共性在于“从私法到公法的法治发展重心的转移、国家辅助角色的认可、国家权力格局的均衡以及公

共服务行政导向确立等四个方面”^[15]。从中我们不难发现,权力的调整构成了社会转型制度调整的核心内容,而无论是国家角色辅助还是公共行政服务导向,权力变化的维度在于对市场发展规律的尊重以及对主体权利的保护。权利与权力之间的关系处理构成了转型期制度变化的主旋律,银行业也不例外。转型期银行业市场权利与权力的博弈体现在既有市场主体的权利完善、新进市场主体的权利保护,以及权力自身的完善与调试方面。毋庸置疑,银行业的稳定与发展离不开权力的有效规制,转型期多元主体的多元权利诉求为银行业规制权力设定了完善的目标向度。从市场主体到市场权利,从市场权利到市场规制,市场主体多元权利的实现程度决定了转型期银行业市场的发展态势。

(二) 银行业市场纵向权利冲突及其归责

纵向与横向一般而言是作为反垄断法行为类型之一的垄断协议的行为细分,它是根据垄断行为作用力范围的不同进行的划分。银行业作为提供金融产品和服务的市场同样存在纵横之分,其中纵向指代的是垂直关系下作为交易双方的银行业金融机构与作为交易相对人的金融消费者之间的关系链接。从银行业市场的发展看,银行业金融机构作为市场的中坚力量,其金融中介、信贷供给作用得到了发挥,并且银行业市场形成了一种金融机构导向下的监管模式与发展模式的构建。毫不夸张地讲,银行业金融机构是规制者出于稳定监管思路唯一在乎的,同样也是作为规制实践靶心的市场主体。如此一来就意味着作为市场交易人,乃至市场福利最终买单人的金融消费者成为被遗忘的主体角色。在此,我们需要对纵向权利冲突意义下的金融消费者进行广义的理解:一方面它是指狭义上的金融消费者,即作为金融商品与服务交易相对人的消费者主体;另一方面,也可以表示既有金融排斥下弱势金融领域未能得到平等金融服务的小微金融需求群体。无论是否处于具体的金融交易之中,他们都因市场垄断行为与市场垄断结构的存在而受到了权力的排挤。

金融危机以来,世界范围内关于金融消费者市场角色的认知促进了金融消费者权利的明晰,与此同时各国监管机构纷纷将金融消费者作为与银行业金融机构地位相同的市场主体给予必要的制度保护。“中国消费者面临的严重的信息失灵问题急需解决,这需要借助于公权的力量建立和完善相关的制度体系”^[16]。从投资者到消费者,普遍意义消费者权利的金融市场类推成为一个发展的共识。在金融消费者保护浪潮下,普惠金融秉承金融民主之理念也成为了金融消费者“为权利而斗争”的代表。普惠金融要求金融作为一种社会公共服务应当平等为社会群众所享有,普惠金融尤其重视农村金融与小微金融领域的金融需求满足,并且通过微型金融机构的实践实现对小微金融领域的特殊机构供给。我们认为,普惠金融的逻辑起点在于弱势金融领域市场对主体权利的排斥与漠视,而其极力拓展之核心在于市场主体平等金融服务权之实现。因此,对于处于社会转型期的中国而言,无论是自身发展问题应对,还是国际发展经验吸收,金融消费者保护与弱势金融需求供给都是亟待解决的问题,两者从被遗忘到被发现,对银行业市场主体角色的认可意味着需要对相关基本权利进行有效的制度保护。

在某种意义上,银行业市场一直存在着纵向交易关系,但是这种交易关系因银行业稳定的强势逻辑而没有得到行业规制机构足够的重视,行业规制重心一直在于银行业金融机构的主体资格与市场风险。转型期银行业市场纵向权利冲突表现在:第一,新主体的权利漠视符合垄断状态下银行业金融机构的效率原则。以金融消费者为代表的市场新主体权利漠视的原因包括金融排斥和规制

缺位等方面,但是一个有力的解释在于金融消费者的权利漠视是市场垄断下较为“常规”的后果表现,并且弱势领域的主体排斥符合市场主体盈利最大化的经营效率要求,而银行业市场垄断辅之信贷资源优势衍生出银行业金融机构的市场交易优势,金融机构之外主体权利的限制存在更大的可能性。第二,新主体的权利漠视与传统主体的权利充分实现无法使市场实现权利的双赢。在银行业垄断状态下,我们仍然可以在短期内实现银行业市场的稳定乃至市场效率的提升。但是就长期而言,纵向主体间的权利冲突势必会对银行业市场发展产生制约,金融消费者权益保护不足会造成金融市场风险的社会传导,弱势金融领域的照顾不周同样会引发尖锐的社会问题。第三,新主体的权利诉求无法得到满足意味着银行业市场权利结构需要调整。市场垄断为银行业市场带来了稳定的权利结构,但这种权利结构随着新主体的加入,权利的新诉求受到纵向冲击。权利的平等享有与共同实现是社会转型对银行业市场发展的一大寄托。

(三) 银行业市场横向权利冲突及其归责

银行业市场的横向权利冲突主要发生在市场平层竞争关系之中。社会转型期,银行业市场的开放与民主会在短时间内形成主体数量的堆积。但是银行业市场经营者数量的攀升并不意味着市场主体多元化的确立。以新型农村金融机构的发展为例,2006年国家开始推行新型农村金融机构政策,重点推进村镇银行、小额贷款公司,以及农村信用互助社三类新型农村金融机构。“低准入”原则下,村镇银行与小额贷款公司的数量在短时间内得到了攀升,而数量攀升除解决了一定农村金融供给问题外,也出现了诸多机构数量非理性增长引发的资源配置低下^[17]。因此,从主体数量化到主体多元化,一个关键的环节在于新旧主体间能否从权利的形式平等过渡到实质平等。市场准入管制的放开在新旧主体之间形成了市场主体进入和经营的权利平等,新主体可以自由地进入市场,参与到市场竞争之中。然而,权利的形式平等并不意味着实质平等,以市场垄断和监管失灵为代表的排斥行为阻碍着银行业经营者实质权利的享有,并最终造成权利的实质性磨灭。可以说,一定环境供给的缺乏使得权利不具备实现的条件:一方面监管执法能否在新旧主体之间保持统一,决定了权利享有的监管环境供给;另一方面垄断行为规制是否得当意味着权利享有是否具备应有的市场竞争环境。

从实践发展看,学界与银行业界关于中小银行和民营银行的发展都主张一种个性化路线,即不直接与大型银行展开业务竞争,重点开拓被大型银行忽视的领域和群体。基于此种原则,小微企业、农村金融,以及产品创新成为中小银行和民营银行发展的关键。在民营银行准入限制放开之后,新进成立的几家民营银行均宣称不会与大银行展开业务争夺,重点推进互联网领域和小微领域的信贷发展。新进银行的低姿态和对竞争的回避态度从表面上表现出银行业市场并不存在形式上的横向权利冲突,但是我们认为这种发展的回避恰恰表明了现有银行业市场横向冲突的激烈。中国商业银行从业务经营和发展角度来讲普遍具有同质化的特征,商业银行发展中的个性化不足是造成局部市场竞争过度和部分市场无人问津的主要原因。新进主体的业务回避实际上是权利作用范围的一种回避,避免因竞争与既得利益集团产生权利冲突,压缩自身在市场中的生存空间。因此,发展中的权利回避表明银行业市场竞争机制并不健全。除此之外,既有市场中的权利集聚也会对新主体的权利实现产生困境。一方面,既有权利集聚表现在基础设施占有下的排斥行为,例如中国银联对新进主体的封闭与高准入条件设置会使新主体的发展产生实质上的权利受限;另一方面,

新主体的后发劣势同样不利于权利的有效实现,表现在资金链条的不稳定、公司内部治理机制的不完善,以及民间资本的体制排斥等方面。民间资本缺乏实质性地参与银行业的发展直接导致了银行业市场的金融牌照停留于“内部分享”,无法真正实现市场的广泛参与。造成民间资本信任危机的主要原因在于监管政策的尺度控制,而造成主体排斥的主要原因正是银行业市场的垄断行为。需要明确的是,市场的竞争不意味着权利冲突的必然性,而是在法定框架内权利的法定实现。权利实质平等下的权利冲突是市场竞争优胜劣汰的表现,而实质平等条件的建立需要对垄断行为与垄断问题进行有效的预防。另外我们也应当注意到,在关于银行业市场竞争与稳定的诸多考量因素中,我们应当对权利的实现程度进行充分的评估。

四、变革:银行业市场的权利重塑与垄断破解

金融市场发展和金融监管变革的整体趋势都表现出鲜明的权利导向,权利路径可以成为金融市场可持续发展的有效依托。银行业市场在纵向和横向上,竞争者市场和消费者市场具备不同的权利结构。在这两个市场之中,银行业垄断问题的破解需要不同的权利思维、不同的规制目标,以及不同的规制方法应用。

(一) 金融发展的权利导向

银行业市场的垄断问题寻求权利导向的解决路径并非空穴来风,它实际上是对金融市场发展过程中的权利导向趋势的吸收与回应。放眼全球,主要发达国家已经陆续经过金融市场化进程的改造,发展中国家同时正在接受金融市场化进程的洗礼。在金融市场化进程之中,金融法治化作为一个高层次的目标与金融市场化发展的保证越来越得到各国的重视,通过金融法治建设为金融市场化发展保驾护航成为各国政府发展的依归。金融法治化的合理内涵不仅在于金融市场宏观法律规范与法律体系的完善,更在于市场主体权利的具体实现,亦即通过市场主体权利的维护实现金融市场发展的秩序维持。从目前全球金融发展看,金融监管和普惠金融是较为集中体现金融发展权利导向的现实趋势:一方面金融监管在金融危机时面临着基于主体权利导向的调试;另一方面普惠金融也以小微金融主体市场权利的实现为基准形成了一系列针对性完善措施。

从金融监管变革中的权利导向看。“美国数十年来,政策制定者和专业人士一直鼓吹金融创新利好的毋庸置疑……当然许多金融创新在近年来也为消费者和社会带来了福利”^[18],但是金融创新的肆意和金融监管的疏忽最终导致了金融危机的爆发。金融危机之后,美国《多德-弗兰克法案》的出台可以较为集中地体现出监管措施的变革方向^[19],我们可以将扩大监管权力、设立消费者金融保护局,以及“沃克尔规则”采纳解读为“一个核心与两个方向”:首先,“一个核心”是指以金融监管权力的扩大为核心,强调金融发展过程中金融监管机构主观能动性的全面发挥。其次,“两个方向”是金融监管机构监管权力变革的主要方向,同时也是其对金融市场着力改善的方式,即金融消费者权利保护与金融机构权利限制。金融消费者权利保护主要体现在专门性金融消费者保护机构,即消费者金融保护局的设立,而金融机构的权利限制体现在针对“大到不能倒”问题解决的分拆与内部监控措施,以及“沃尔克规则”投机性交易与金融衍生品交易的严格管制。从追求的规制效果看,金融监管变革立足于金融消费者权利的保护与实现和作为市场主体的金融机构的权利限制。通过纵向关系中主体权利的平衡,实现金融市场秩序的调控。

从普惠金融发展中的权利导向看,普惠金融理念的全球实践最早源于2005年联合国关于微型信贷活动的推广,普惠金融理念的核心可以从字面上理解为金融服务的普遍惠及,即任何人都可以平等接受金融服务。因此,我们可以讲,普惠金融无论是理念还是实践,市场主体金融参与权的实现是其不变的核心。从具体时间看,普惠金融主要立足于小微个体金融服务的对口扶持,通过小额贷款活动的开展,扩大金融机构的物理覆盖以解决金融市场弱势领域与弱势群体的金融服务供给不足问题。金融危机发生之后,普惠金融理念更是伴随金融消费者保护的世界浪潮取得了前所未有的发展。从权利实现角度看,普惠金融实际上是将金融消费者的权利内容给予了充分的扩展与补充,使其不仅仅局限于既有金融市场交易中主体平等交易权能的实现,更重要的在于社会群众对于金融服务的普遍接受,尤其是小微领域与农村金融领域。进言之,普惠金融将以农民金融权和小微金融权为核心的金融参与权渗入既往以平等交易权为主的金融消费者保护之中。

综上所述,无论是金融机构还是金融消费者,权利的赋予、限制与保护可以成为金融监管机构维护金融市场秩序所仰仗的规制方法。权利导向已经成为金融市场发展过程中不可逆的趋势。

(二) 银行业市场的权利结构

银行业市场的权利结构因银行业主体的特殊性以及银行业交易关系的特殊性而表现为纵向和横向不同的权利关系。从宏观看,我们可以在两个场域探讨银行业市场的权利结构:竞争者市场与消费者市场。

银行业竞争者市场的权利结构主要表现出一种横向的竞争关系,市场主体的权利多表现为银行业金融机构基本权利的享有和实现。一般而言,银行业金融机构除了具备一般公司法人属性之外,其权利内涵受到了诸多法律的限制,也就是说银行业市场主体权利的享有具有鲜明的国家干预特征。从微观看,《商业银行法》第3条规定的银行业金融机构的业务范围均可以构成其市场主体基本权利的内容;而从宏观看,这种法定权利体现在平等参与市场竞争的权利。在竞争者市场,银行业金融机构的主体权利应当被主体所平等享有,这是一种必要的法定形式享有,而在发展的过程中,权利的冲突可以表现出银行业市场优胜劣汰的规律,同样也可以表现为某些主体权利集聚后对于新主体、竞争主体权利实现的抑制行为。另外,竞争者市场权利实现的一个重要因素在于行政权力的干涉,例如小额贷款公司这类银行金融机构因行政权力设定先天地造成市场主体权利的不完善,我们暂且不讨论行政权力的实质设定是否合理,但是这种事前的审批限制行为是具有合理性的。同时,行政权力干涉的不合理行为表现在通过促进一部分主体权利的充分实现,而造成了市场主体权利实现中的不平等,也就是滥用行政权力排除和限制竞争行为。因此对于竞争者市场的权利规制而言,主要规制方向在于现有市场以及未来市场主体多元化下的权利排斥行为。

银行业消费者市场的权利结构主要表现出一种纵向的交易关系,权利结构的客体内容是金融消费者享受银行业金融机构提供的金融产品与金融服务过程中的权利表现。金融消费者是银行业市场不能被忽视的市场主体之一,作为金融商品与服务的最终接受者,处于银行业市场纵向链条末端的金融消费者同样具有一般消费者的弱势特征,并且这种弱势特征会因银行业市场的专业性而逐渐加深。如何缓解银行业市场纵向交易关系中的信息不对称成为金融市场发展的重要议题。不同于竞争者市场突出的平权属性,消费者市场多表现为权利与义务的对等性以及金融消费者权利的实现需要银行业金融机构履行相应的法定义务,除此之外更需要金融监管机构履行保护职责。

从权利表现看,消费者市场中金融消费者的权利包括了平等交易权和金融参与权两大部分:前者主要表现在消费者一般法定权利的银行业推导上,而后者则体现出在金融民主与金融市场化思潮下,弱势金融群体的权利维护。

(三) 银行业垄断问题破解的权利思维

垄断问题本身表现出极为鲜明的权利逻辑,通过权利思维思考银行业垄断问题的破解可以为银行业垄断问题的反垄断规制提供更多的思路。从权利思维看,银行业垄断问题的负外部性主要表现在竞争者市场中小银行市场主体权利的实现不充分,以及消费者市场金融消费者权利的保护不足。“金融的目的在于实现分配的公正,在此过程中不应导致经济运转滞胀,也不应产生误导性的恶性刺激因素”^[20]。银行业垄断问题破解的权利逻辑主要通过竞争者市场和消费者市场规制目标的明确,主体冲突的缓和以及个性方法的使用,为反垄断规制提供改进的方向。

从银行业竞争者市场的反垄断规制适用看。反垄断规制应当着眼于因市场主体实施垄断行为而引发的交易排斥行为上,反垄断规制的核心权利导向在于市场主体经营自由权与平等参与市场竞争的权利。竞争者市场层面的根本意义在于赋予银行业市场竞争参与者平等的法定框架下的发展权利。对于银行业竞争者市场规制中的行业规制与反垄断规制冲突,应当立足于协调机制的有效建立。竞争者市场是银行业发展的核心市场,与此同时也是银行业管制与监管措施所极力调控的市场层面,由此看来,行业规制作为一种核心规制与传统规制具有充分的规制信息与规制经验优势。因此,反垄断规制在银行业竞争者市场的适用应当着眼于对行业规制的补充与配合,可以通过反垄断规制恢复银行业竞争市场应有的权利结构,而不能通过反垄断规制的实施刻意建构新的市场权利结构。也就是说,银行业市场权利结构的变动权在于行业规制结构,而权利结构的恢复权可以适当由反垄断规制机构分享。基于该论断,银行业竞争者市场的反垄断规制应当选择较为缓和的规制方法,重在事后修补,而非全盘布控。

从银行业消费者市场的反垄断规制适用看。反垄断规制应当着眼于银行业金融机构垄断行为引发的交易排斥与利益剥夺行为,反垄断规制的核心权利导向在于金融市场的平等交易权和金融参与权。消费者保护与消费者福利的提升历来是反垄断法实施的重要目标之一,银行业市场尤其是消费者市场的反垄断规制应当树立起维护金融消费者权利的理念。金融市场消费者的弱势地位以及金融市场消费者权利实现不充分的严峻形势使得无论是反垄断规制还是行业规制,都应当及时调整规制措施,维护金融市场消费者的权利。从主体冲突看,金融危机之后金融消费者保护成为金融监管的主要变革趋势之一,这种变革说明现有银行业金融规制对金融消费者保护严重不足,因此作为一种可期待的规制方式的补充,我们可以将反垄断规制与行业规制的冲突相搁置,并且赋予反垄断规制机构充分的对因垄断行为引发的金融消费者问题的处理与规制。也就是说,在金融消费者权益保护的既定目标面前,反垄断规制与金融规制不存在传统与新型、业内与业外规制的差别,基于自身规制的专业性,在不存在重复执法的前提下,实现对金融消费者权利有效、及时的保护。由此,从规制方法看,反垄断规制应当采取强硬和传统的措施,实现对银行业市场金融消费者的保护。

参考文献:

- [1]黎四奇.后危机时代“太大而不能倒”金融机构监管法律问题研究[J].中国法学,2012(5):87-102.
- [2]于永宁.后危机时代金融监管变革之道[M].北京:法律出版社,2013:186.

- [3] 刘乃梁. 障碍与释疑: 反垄断法适用于银行业的理论澄清[J]. 北方法学, 2016(6): 107-117.
- [4] 童之伟. 法权中心主义要点及其法学应用[J]. 东方法学, 2011(1): 3-15.
- [5] 道格拉斯·C. 诺斯, 约翰·约瑟夫·瓦利斯, 巴里·R. 温格斯特. 暴力与社会秩序: 诠释有文字记载的人类历史的一个概念性框架[M]. 杭行, 王亮, 译, 上海: 上海人民出版社, 2013: 28.
- [6] JUDGE K. Fragmentation nodes: a study in financial innovation, complexity, and systemic risk[J]. *Stanford Law Review*, 2012, 64: 657-725.
- [7] 谢平. 国有商业银行改革三十年[J]. 今日财富(金融发展与监管), 2008(10): 9-12.
- [8] 联合课题组. 中国金融安全报告(2014)[M]. 上海: 上海财经大学出版社, 2014: 12.
- [9] 刘鹏, 温彬. 国有商业银行股份制改革[J]. 南开经济研究, 2007(3): 132-143.
- [10] 张芳, 李龙. 中国银行业市场结构衡量指标及分析[J]. 宏观经济研究, 2012(10): 77-83.
- [11] WHITEHEAD C K. Reframing financial regulation[J]. *Boston University Law Review*, 2010, 90: 1-50.
- [12] 何艳玲, 汪广龙. 中国转型秩序及其制度逻辑[J]. 中国社会科学, 2016(6): 47-65.
- [13] R. M. 昂格尔. 现代社会中的法律[M]. 吴玉章, 周汉华, 译, 南京: 译林出版社, 2008: 69.
- [14] AWREY D. Complexity, innovation and the regulation of modern financial markets[J]. *Harvard Business Law Review*, 2012, 2: 235-285.
- [15] 袁曙宏, 韩春晖. 社会转型期的法治发展规律研究[J]. 法治研究, 2006(4): 20-26.
- [16] 应飞虎. 信息、权利与交易安全——消费者保护研究[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008: 42.
- [17] 王煜宇, 刘乃梁. 新型农村金融机构的制度障碍与法律完善[J]. 西北农林科技大学学报(社会科学版), 2016(2): 117-125.
- [18] Carpenter Daniel, McCoy P A. Keeping tabs on financial innovation: Product identifiers in consumer financial regulation[J]. *North Carolina Banking Institute*, 2013, 18: 195-225.
- [19] PAN E J. Understanding financial regulation[J]. *Utah Law Review*, 2012, 4: 329-379.
- [20] 罗伯特·席勒. 新金融秩序: 如何应对不确定的金融风险[M]. 束宇, 译, 北京: 中信出版社, 2014: 116.

The basic logic of Chinese banking antitrust in the context of right transition

LIU Nailiang

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: In China, the legal attribution of the monopoly of banking industry lies in the alienation of the rights of the market subjects. The power intervention in the banking industry objectively forms the market barrier, and leads to the tendency of power transition of the market subject's rights. In the process of financial marketization, the banking industry faces the conflicts of rights in the vertical and horizontal dimensions. The rights of competitors and consumers face different degrees of monopoly. The marketization development of the banking industry should be based on the remodeling of market main body's financial development rights, and explore a right-type anti-monopoly regulation aiming at the existing conflict of rights under the double structure of competitor market and consumer market. The "entity" and "focus" of the regulation goal in the context of right is also conducive to promoting the marketization of the banking industry through the development of anti monopoly regulation.

Key words: banking monopoly; financial marketization; antitrust regulation; right; power