

博士文丛

BOSHI WENCONG

陈天本 / 著

行政法对金融规制的调控

XINGZHENGFA DUI JINRONG GUIZHI
DE TIAOKONG

——以银行规制为主要
考察对象



中国人民公安大学出版社

行政法对金融规制的调控

——以银行规制为主要考察对象

陈天本 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法对金融规制的调控/陈天本著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2007.1

ISBN 978 - 7 - 81109 - 583 - 8

I. 行… II. 陈… III. 金融—行政管理—研究—中国
IV. D922.284

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 154248 号

行政法对金融规制的调控

XINGZHENGFA DUI JINRONG GUIZHI DE TIAOKONG

陈天本 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2007 年 1 月第 1 版

印 次: 2007 年 1 月第 1 次印刷

印 张: 13.25

开 本: 850 毫米 × 1168 毫米 1/32

字 数: 332 千字

ISBN 978 - 7 - 81109 - 583 - 8/D · 553

定 价: 30.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.jgclub.com.cn



作者简介

陈天本，男，1972年6月出生，安徽庐江人。2004年博士毕业于北京大学法学院，获法学博士学位。现任教于中国人民公安大学。研究领域主要包括：社会规制法、警察行政法。主要作品有：副主编《行政法与行政诉讼法》（中国人民公安大学出版社，2002）；参编《行政法学》（中央党校出版社，2002）；合著《现代行政法的发展趋势》（法律出版社，2004）；参编《警察行政法》（中国人民公安大学出版社，2005）。另在《中国人民大学学报》、《行政法论丛》、《行政法学研究》、《中国人民公安大学学报》、《国家行政学院学报》等刊物上发表论文20余篇。

序

政府规制与行政法有着极为密切的联系：首先，政府规制是行政法产生、发展和演进的原因、理由和根据。市场经济需要政府规制，没有政府规制，市场的秩序就无法保障，市场就可能“失灵”，甚至必然“失灵”。然而，政府规制需要行政法调控，没有行政法调控，政府调控的权力就会滥用，政府就可能“失灵”，甚至必然“失灵”。正是政府在对市场经济进行规制的过程中不断产生和出现的种种问题、矛盾和冲突，每日每时地生长和形成对行政法立法、执法、司法的源源不断的需求。其次，行政法是政府规制正常、良性和有序运作的依据和保障。政府规制，尤其是政府对金融、证券、投资、保险、通信等行业的规制，其正常、良性和有序运作一方面有赖于行政法为之提供和确立科学、严密的规则与制度，以调整各种利益关系，防止和消除各种可能的风险；另一方面有赖于行政法为之提供和确立一套严格、有效的监督和救济机制，以保证规制者正当行使公权力，保证被规制者的合法权益不被侵犯。

我国目前正在推进社会主义市场经济建设。社会主义市场经济较之一般市场经济，更强调政府规制，从而也更需要加强和完善行政法对政府规制的调控。这是两个轮子，必须同时推进。但是，我们过去对此缺乏深刻的认识，理论界对此的研究非常薄弱。几年前，天本同志选择这个课题作为他的博士论文选题，经过几年时间的潜心研究，在完成其博士论文答辩并对

之进一步修改加工的基础上，推出了今天这个成果，应该说，无论在理论上，还是在实践上，天本同志的这个成果都是相当有价值和有意义的。

1993 年第八届全国人民代表大会第一次会议通过的宪法修正案第 7 条规定“国家实行社会主义市场经济”，从而以根本法的形式确立了我国经济体制改革的方向和目标为建立社会主义市场经济体制。十多年来的实践表明，社会主义市场经济同样要遵循一般市场经济的规律，同样不能避免市场经济的垄断性、外部性、公共产品短缺性、信息的不完全与不对称性等根本缺陷。为克服上述市场经济的缺陷，我国同样也需要像西方一般市场经济国家那样，大量地通过法律、法规和行政规章等各种手段，按照市场经济的客观要求，实行政府规制。

政府规制无疑在很大程度上纠正了市场的缺陷，但是政府规制在实施过程中也暴露出各种矛盾和问题。因为规制的决策者和实施者与市场行为的参与者一样，同样是有理性、有自身利益追求的人。他们实施规制，不可避免地会从他们自身所处的地位和角度看待和处理问题，受相应政府、政府部门及规制者个人自身知识、经验和利益的影响。长期以来，我国由于缺少市场经济及政府对市场经济规制的运作经验，相应的法律、法规很不健全，因而较普遍地存在着规制缺位、错位和越位的现象，即应该规制的领域缺乏规制，不应该规制的领域政府却横加干预，应该放松规制的领域政府却在强化规制。

自 20 世纪七八十年代后，国际上推行行政改革，放松政府规制成为各国行政改革的发展趋势，西方国家，如美国、日本、英国等，对传统上实行政府规制的自然垄断产业，如电信、运输、金融、能源等产业，先后都实行了放松规制的改革。我国的情况与西方国家的情况有所不同，20 世纪 90 年代

刚刚实行社会主义市场经济，相应的，政府规制那时也才刚刚起步。在这种情况下，我们是不是也要同西方国家一样放松政府规制呢？一些学者主张应该如此，认为政府规制是我国市场经济中出现的信用危机、商业道德堕落的罪魁祸首。对此，天本同志在他的这本专著中提出了不同的观点。他认为，我国正建立的市场经济属政府推进型的市场经济，故对政府规制有更多的需求，在目前的情况下应适当加强而不是取消或过分地放松规制。当然，政府规制的范围不宜太宽，要适度。但适度的“度”在哪里呢？在我国应建立一个怎样的政府规制制度才是科学的呢？对此，需要经济学、行政学和行政法学等学科共同研究并探求答案。经济学和行政学的任务主要是解决政府规制的范围、方式、手段以及政府与市场之间的界限问题；而行政法学的任务主要是解决政府规制的权限、程序、监控机制以及如何具体划分政府与市场的界限、并保证政府不越出其界限、如越出其界限应当如何处理等问题，即法律如何调控政府规制（亦即对规制的规制）的问题。

金融业关系到国民经济的命脉，关系到国家的经济安全，实行金融规制更具有特殊的意义。当今世界各国政府无不对金融业实行一定程度的规制，没有一个国家对金融业实行完全的自由化经营。近 20 多年来，尽管一些国家在采取一些措施推进放松金融规制，促其一定程度自由化的改革，但实质上只是对金融规制进行适度调整，而不是从根本上取消金融规制。就我国的情况而言，金融市场还远没有发育成熟，市场机制本身对金融业的自我调节、自我约束作用还非常有限，因而政府在金融业中更应当有所作为。在我国现时的条件下，建立一套科学的行政法律制度对政府的金融规制活动进行规范，更有必要。我国在加入 WTO 以后，金融业自 2005 年对世界其他国家

开放，现行金融规制法律制度尚有诸多不适应或不完全适应WTO规则要求之处，这些更迫切需要我们对其之进行认真研究，以为尽快健全和完善我国金融规制的法律机制提供理论指导。

天本同志的这本专著，从行政法治的角度，对金融领域的政府规制及其行政法调控进行了较为系统、全面和深入的探讨。其研究主要涉及行政法的三大知识板块：其一，行政主体知识，包括行政主体职权的产生、权限范围等；其二，行政行为知识，包括行政行为的种类、行政行为的程序等；其三，行政法制监督与行政法律救济，包括行政法制监督和行政法律救济的途径、方法等。这一研究成果对于目前我国正进行的金融规制改革和金融法制建设（包括金融规制的立法、执法和法制监督等）均具有一定的指导或参考价值。

在本书即将面世之际，我特写以上文字向读者予以推荐，希望读者喜欢天本同志的这本著作，并在读过之后能对金融规制，及至其他政府规制，及至行政法对政府规制的调控诸问题感兴趣。倘若读者在感兴趣之余能进一步参与对这些问题的研究，推动这一研究的进一步深化，则更是笔者之所愿，我相信，这一定也是本书作者——天本同志之所愿。

是为序。

姜明安

2006年10月30日于北京八里庄

内 容 摘 要

金融规制与金融市场一样存在着失灵的地方，如何发挥金融规制的功能、尽量减少金融规制失灵的负面影响是政治学、经济学、法学共同研究的重大课题。在法学中，行政法学对之尤为重视，因为行政法对金融规制的调控作用，是其他任何法律都无法替代的。

本书第一章研究了行政法对金融规制的必要性。首先，本章概括了金融市场存在着垄断、外部性以及信息不对称等导致市场失灵的一般因素。其次，该章指出了金融市场还存在高风险性、支付危机的连锁反应性、与国家宏观经济稳定的高度关联性和公共性等一些特殊因素，需要实行政府规制。然而金融规制也会发生失灵问题，需要行政法的调控。本章最后论述了行政法对金融规制调控的必要性和正当性，即行政法是公共利益、政府部门利益与市场主体利益的协调器，是政府规制权力与市场主体权利的平衡器，是寻租、设租的防火墙，是建设法治政府的重要部门法。

第二章分析了对金融规制进行法律调控应当遵循的原则。法律对金融规制行为的调控，首先应当是规则的调控，但是法律规则在获得了确定性和普遍性价值的同时，丧失了灵活性、适应性等价值。金融规制需要遵循的一些基本原则，是行政法对金融规制进行调控的重要组成部分。金融规制不但要遵循一般的行政法原则，如合法性原则、合理性原则、比例原则、公

正原则、正当法律程序原则等；还要遵循一些特殊原则，包括促进有效竞争原则、内部自律和外部规制相结合原则两项原则。

第三章和第四章从行政实体法角度论述了行政法对金融规制的调控。第三章分两节论述了金融规制的主体，第一节考察了国外的金融规制特别是银行规制模式，包括采用“法制化、双线多头的分业规制”的美国模式与“统一规制、尊重自律”的英国模式，以及“统一规制、强调政府指导”的日本模式。笔者认为，世界上没有一个放之四海而皆准的金融规制模式，一国选择何种金融规制模式一定要符合自己的国情；法制化是金融规制共同的趋势。第二节研究了我国的金融规制主体。结论是目前加强中央银行的独立性、成立“银监会”专司银行规制，沿用分业规制的模式是适宜的。第四章分四节研究了金融规制权力问题。第一节论述了规制权的来源，认为规制权的获取应奉行“权力法定原则”、“立法优先原则”和“法律保留原则”。后三节具体考察了我国法律、法规和规章赋予金融规制主体的一些主要规制权，包括金融市场准入规制权、交易规制权、危机处理与市场退出规制权。

第五章研究了行政程序法对金融规制的调控。本章首先指出行政实体法对金融规制的调控存在不足，需要行政程序法进行调控。然后指出行政程序法具有许多内在价值和外部作用，对金融规制进行调控具有正当性。本章最后论述了金融规制应当遵循的一些程序制度，包括说明理由制度、听证制度、信息公开制度和期限制度。

第六章研究对金融规制权的纠错与救济机制。对金融规制的纠错与救济是行政法对金融规制进行调控的最后一个环节，因为对金融规制的事前、事中的权力制约还不能从根本上杜绝

权力的滥用，因此事后纠错与救济具有必要性。事后纠错与救济能够发挥作用，往往以追究权力行使者的违法责任为条件。我国行政法规定了违法行使金融规制权力需要承担一系列行政法律责任。追究法律责任、实施事后纠错与救济需要启动金融行政复议与行政诉讼程序。我国金融行政复议和行政诉讼呈现案件数量少、案件类型单一、复议申请人胜诉少的特点，因而还不能发挥应有的纠错与救济作用。最后一节“反思行政法对金融规制的调控”既是本章的最后一个问题，也可以认为是本书的结语。

Abstract

Like financial markets, financial regulation does not work sometimes. How to make financial regulation functions and reduce the negative effect of its malfunction is a significant discipline studied by politics, economics and jurisprudence. In jurisprudence, administrative law has paid more attention to the negative effect, for any other law cannot rival administrative law in adjusting and controlling financial regulation.

Chapter one studies the necessity of using administrative law to regulate financial markets. Firstly, this chapter summarizes that in financial markets there exist some common factors like the monopoly, openness and unsymmetrical information that lead to the malfunction of markets. Then, this chapter points out that in financial markets there also exist some special factors like high risk, the chain reaction of payment crisis, close relationship with the stability of China's macroeconomics and publicity. Thus financial markets need government's regulation, but financial regulation does not work sometimes, so administrative law is needed. Finally, this chapter discusses the necessity and appropriateness of using administrative law to regulate financial markets. In other words, administrative law is a coordinator of public, government's agencies' and market's main body's interests, a balancer of the power of government's regula-

ting and market's main body, a fire wall of seeking rent and setting up rent, an important branch law of establishing a law - ruling government.

Chapter two analyzes the principles of applying law to regulate financial markets. First, the law's adjusting and controlling on financial regulation should be an adjustment on rules. But when the rules of law are stable and universe, they will lose their flexibility and adaptability. The principles of applying law to regulate financial markets are important parts of the adjustment of administrative law on financial regulation. Financial regulation should follow not only some ordinary administrative principles like legality, reasonability, proportionality, justice and proper law procedure, but also some special principles including the principle of promoting efficient competition and the principle of combining self - control and regulating.

Chapter three and chapter four expounds how administrative law regulates financial markets from administrative entity law perspective. Chapter three is divided into two sections. Section one studies financial regulation abroad, especially the regulating pattern of banks, including American pattern which adopts regulation of legality and two lines and bull with separating trades, British pattern which adopts unified regulation and respect for self - control and Japanese pattern which adopts unified regulation and emphasis on the government's guidance. In this thesis, the author thinks that there is no one universally applicable financial regulating pattern in the world. When a country chooses a financial regulating pattern, she must consider her own condition. Legalization is a common tendency of financial regulation. Section two studies the main body of

Abstract

our financial regulation. And the conclusion goes that at present it is appropriate to strengthen independence of the central bank, set up Bank Supervising Board to specially supervise the bank regulation and continue to use the pattern of separating trades regulation. Chapter four is divided into four sections to study the power of financial regulation. Section one discusses the origin of the power of financial regulation and states that to obtain the power of financial regulation, three principles should be followed: the principle of legal power, the principle of legislation priority and the principle of law reservation. The last three sections specifically study some main power of regulation entrusted by our laws and regulations to main bodies of financial regulation, including the power of allowing the entry of financial markets, the power of transacting, dealing with crisis and the power of markets' exit.

Chapter five studies how administrative procedure law regulates financial markets. Firstly, this chapter points out that there is deficiency of applying administrative entity law to regulate financial markets. Thus administrative procedure law is needed. Then this chapter points out that administrative procedure law has many internal values and external functions and appropriateness of regulating financial markets. Finally this chapter states that financial regulation should abide by some procedure systems, including the system of explaining reasons, hearing, opening information and the system of deadline.

Chapter six studies the mechanism of correction and relief to the power of financial regulation. Correction and relief to the power of financial regulation is the last link of applying administrative law

to regulate financial markets, for the restrain of power before and during financial regulation cannot stop the abuse of power completely. So correction and relief after financial regulation is necessary. Correction and relief may take effects and anyone who abuses the power must be investigated under the law. And all these need applying financial administrative reconsideration and administrative lawsuit procedure. In China's financial administrative reconsideration and administrative lawsuit procedure, there are few cases. The type of cases is single. And few people who apply for reconsideration will win the lawsuit. Thus reconsideration and lawsuit procedure cannot correct and relieve the power of financial regulation. The last section reconsiders how administrative procedure law regulates financial markets. And it is the conclusion of the whole thesis.

目 录

1	导论
第一章	一般原理
11	第一节 政府规制的理由
12	一、不充分竞争
16	二、外部性问题
17	三、内部性问题
20	四、公共物品问题
22	第二节 金融规制的成因
22	一、金融业存在市场失灵问题
26	二、金融规制的特殊理由
29	第三节 行政法对金融规制进行调控的必要性
29	一、公共利益、消费者利益与市场主体利益的协调器
42	二、政府规制权力与市场主体权利的平衡器
51	三、寻租、设租与防火墙
63	四、建设法治政府的需要
第二章	金融规制原则
72	第一节 金融规制原则与规则
72	一、“金融规制原则”之语意
76	二、规则的局限性

82	三、金融规制原则——金融规制规则局限性的克服
86	第二节 金融规制遵循行政法基本原则
86	一、依法规制原则
93	二、合理规制原则
100	三、比例原则
106	四、公正原则
112	五、正当法律程序原则
117	六、规制公开原则
122	七、参与原则
128	八、效率原则
130	第三节 金融规制的特有原则
130	一、金融规制特有原则的确立
130	二、促进有效竞争原则
135	三、内部控制与外部规制相结合原则
第三章	金融规制的实体法调控（一）
	——金融规制主体的确立
138	第一节 金融规制主体典型模式的比较研究
140	一、美国模式
143	二、英国模式
148	三、日本模式
152	四、小结
162	第二节 我国金融规制主体研究
162	一、历史路径
167	二、人民银行与银监会的职能划分与协调
175	三、小结——简评我国的金融规制体制