

211

西南财经大学“十五”“211工程”建设项目

高晋康 谈李荣 主编

开放条件下的 中国金融法制建设

KAIFANG TIAOJIAN XIA DE
ZHONGGUO JINRONG FAZHI JIANSHE

西南财经大学出版社

211

西南财经大学“十五”“211工程”建设项目

高晋康 谈李荣 主编

开放条件下的 中国金融法制建设

KAIFANG TIAOJIAN XIA DE
ZHONGGUO JINRONG FAZHI JIANSHE

西南财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

开放条件下的中国金融法制建设/高晋康,谈李荣主编.
—成都:西南财经大学出版社,2006.6

ISBN 7-81088-517-0

I. 开... II. ①高...②谈... III. 金融法—研究—中国 IV. D922.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 046087 号

开放条件下的中国金融法制建设

高晋康 谈李荣 主编

责任印制:杨斌

责任编辑:汪涌波

封面设计:杨红鹰

出版发行:	西南财经大学出版社(四川省成都市光华村街 55 号)
网 址:	http://www.xcpress.net
电子邮件:	xcpress@mail.sc.cninfo.net
邮政编码:	610074
电 话:	028-87353785 87352368
印 刷:	四川森林印务有限责任公司
成品尺寸:	148mm×210mm
印 张:	20
字 数:	500 千字
版 次:	2006 年 6 月第 1 版
印 次:	2006 年 6 月第 1 次印刷
印 数:	1—2000 册
书 号:	ISBN 7-81088-517-D/F·447
定 价:	36.00 元

1. 如有印刷、装订等差错,可向本社营销部调换。
2. 版权所有,翻印必究。

前 言

加入 WTO 后中国金融市场的开放进程大大加快,金融创新成为金融市场演变和发展的核心要素,金融领域面临不同层次的多元化趋势,面临多元性与统一性的结构性矛盾,中国金融业面临大整合格局。在经济与金融全球化以及中国加入 WTO 的背景下,中国的金融法领域有许多新的法律问题需要深入研究和探索。金融法学的研究,对中国的金融创新和金融法律的成熟构建意义尤为深远。

“开放条件下的中国金融法制建设”作为西南财经大学“211 工程”建设项目,希望借此契机,加强法和金融学的融合研究,探索法学研究之范式,为践行我国的金融法治做出理论贡献。

“开放条件下的中国金融法制建设”这一议题得到金融实务界与学术界的高度关注和积极回应。2006 年初春伊始,由西南财经大学法学院、西南财经大学金融法研究所共同主办的“开放条件下的中国金融法制建设”研讨会在西南财经大学隆重召开。来自中国人民银行总行、中国银行业监督管理委员会、中国人民大学、华东政法学院、西北政法学院、西南政法学院、四川省社会科学院等金融实务界与学术界的专家学者出席了此次研讨会。会议就金融监管、金融控股公司、银行关联交易、银行信贷公平、金融隐私权、金融衍生工具、信用体系、信托制度本土化、金融刑事立法等进行了深入研讨。本书系研讨会论文的汇编,是西南财经大学“211 工程”建设项目“开放条件下的中国金融法制建设”的理论研究成果。

“开放条件下的中国金融法制建设”将金融法研究置于经济与金融全球化的大背景中,以多元的研究视角和研究范式,深入系统地探讨金融领域所面临的新的重大的法律问题。尤其重视结合中

国本土背景,关注法律实践,提出建立与完善中国金融领域所面临的新的重大的法律问题的建议。

中国金融体制改革及金融法律制度建设正在走向深入,也面临严峻考验。“开放条件下的中国金融法制建设”的研究殷切推动我国金融法学的深入研究,完善中国金融创新和金融法律的成熟构建。

高晋康

2006 年初春于成都光华园

目 录

金融监管

- 金融监管方式发展变化的特点 吴 弘 1
- 冲击与回应:全球化中的金融监管法律制度 盛学军 15
- 论我国银行关联交易监管法律制度之完善
——美国《联邦储备法》第 23 条的启示 高晋康 廖振中 30
- 确保金融安全关键在于以法治促进金融体制和金融运行机制的
改革与完善 朱大旗 55
- 金融监管治理与中国金融安全 黄贤福 71
- 我国证券市场综合监管体制探讨 周友苏 郑 鈇 93
- 论金融监管处罚权及其合理规制 余保福 余保才 106

资本市场

- 法律制度的完善与创新:中国资本市场形成和发展的基础
保障 赵 磊 赵万一 118
- 中国证券化实践的弱私法特征及其变革路径 朱焕强 135
- 内幕交易之本质透视
——对“内幕交易无损害假说”的另一种批判 胡光志 172
- 自治如何形成
——对我国证券交易所法律地位的历史比较 鲁 篱 188

- 证券违规与法律应对 冯亚东 张丽 206
试论我国证券民事诉讼形式之完善路径 钟志勇 222
上市公司信息披露体系改革研究 刘文 祝函 248

银行业务与金融创新

- 银行对客户金融隐私权保护制度研究 谈李荣 张德 280
我国银行次级债立法:现状和展望 高晋康 廖振中 299
论信贷公平 刘定华 冯辉 320
银行业关联交易:利益冲突及其平衡 余保福 331
金融衍生产品的法律规制 喻敏 379
中国国有商业银行制度变迁的法律问题研究
——以中国国有商业银行公司治理为例 杨春禧 427

金融控股公司

- 金融控股公司竞争行为的识别及其监管
——以银行持股公司为中心的研究 岳彩申 455
我国金融控股公司的模式选择和法律规制 李明良 孙尉钧
艾敏 472

信托法律

- 我国受托人权力制度之思考 胡启忠 491
英国信托制度的起源、发展及其对我国信托制度本土化的启示
姜玉梅 吴治繁 512
论我国信用体系建设及其法律保障 强力 程丽玥 533

- 法治视角中的社会信用构建刍议 辜明安 549
论我国个人信用制度的构建 汤火箭 樊建梅 565

金融犯罪

- 反金融犯罪法制建设研究
——以金融刑事立法为中心 胡启忠 581

金融监管方式发展变化的特点

吴 弘^①

内容摘要:监管方式是监管实施的具体化,也是实现监管目标的途径,通常是指监管措施群,就政府监管部门而言就是具体行政行为,就其他监管主体而言就是监管或自律的手段。在金融不断创新的今天,世界各国的金融监管方式有了很大的变化。除了传统常见的审批、核准、登记、检查、处罚、接管等管理方法以外,一些特有的监管方式,如信息披露、监管报告、会计审计监督、与高管人员谈话或质询、监管评级以及特别监管措施、监管强制措施、软性监管措施等,纷纷付诸实践。我国在金融改革开放和市场深化的过程中,金融监管方式也加快了与国际接轨的步伐,我国《银行业监督管理法》、新修改的《证券法》以及监管实践都已反映出金融监管方式正在发展变化,其发展变化产生了新的特点。

关键词:信息披露 监管方式 软性监管 监管强制措施

一、信息披露的核心作用日益突出

信息披露是金融监管的核心,是金融监管公开、公平、公正原则的体现,也是现代市场交易公开化、透明度的要求。信息披露对于医治信息不对称的市场痼疾是一剂良药,对于公平利用信息和提高市场效率、维护市场主体积极性和方便监管都十分有利。向公众公开信息,有利于舆论、投资者或金融消费者的社会监督。

金融机构应当按照法规规定或根据监管机构要求,如实向监管

^① 吴弘,华东政法学院经济法系教授。

机构报告并向社会公众披露经营活动、财务会计报告、风险管理状况以及高级管理人员人事变动等重大事项的信息,并以一定方式使社会公众方便获悉。信息披露是金融机构的基本义务,实行强制性披露与自愿性披露相结合的办法。最低限度的信息披露的原则、范围、内容、程序均由法律规定,金融机构完全可根据需要及自身的实际公开更多信息。

在金融监管实践中,围绕信息披露这一核心有了一些新的发展。

一是监管报告。监管机构根据履行监管职责需要,有权要求被监管者报送与监管事项有关的文件资料,包括有权随时要求被监管者报送有关业务和财务状况的报告和资料。市场主体在市场活动各环节,都应按法律法规及有关规章的要求,将其经营活动及财务状况定期或不定期的报告监管机关或其他监管主体。被监管主体发生电脑系统严重故障、财产被抢劫或诈骗、高级管理人员涉及刑事案件或严重违纪、重大机构变动、股权交易或者经营风险等重大事项时,应立即采取应急措施并及时向监管机构报告。

向监管机构报告,便于监管当局分析比较、掌握趋势,及时发现和纠正问题。报告制也是非现场监管的基础。

二是会计审计监督。被监管者应执行相关的财务会计制度,对经济活动进行会计核算与会计监督。除了被监管者内部审计和国家审计之外,应建立定期外部审计制度,聘请具有合法资格的中介机构的注册会计师、审计师,对经营财务活动的合法性、真实性等进行审计监督,并应在规定的期限内,将经法定代表人签名确认的审计报告报送监管机构。监管机构可以委托社会会计审计中介机构代行检查。《证券公司管理办法》第四十一条规定“证券公司必须按照中国证监会的规定,聘请具有证券相关业务资格的会计师事务所对其财务报告进行审计”。第四十六条规定“中国证监会可要求证券公司聘请具有证券相关业务资格的会计师事务所,对证券公司进

行专项审计或稽核,有关费用由证券公司支付;中国证监会也可以聘请具有证券相关业务资格的会计师事务所,对证券公司进行专项审计或稽核,有关费用由中国证监会支付”。

三是监管评级。监管机构可根据监管需要设定评级制,即依据一定标准,在统计资料、专项评估的基础上,对被监管者及其财产进行监管评级。如中国人民银行曾发出通知,要求自2002年起在我国各类银行全面施行贷款质量五级分类管理,各银行可根据《贷款风险分类指导原则》,结合本行不良贷款的种类和特征,制定贷款质量五级分类的具体标准,一方面加强内部管理,分类操作、有效监督,提取贷款损失准备金;另一方面要按期报送贷款质量五级分类结果,并附分析报告,并将相关信息做到完整、真实、准确地披露。

监管评级的实质就是对被监管者的守法情况、信用记录、经营能力、资产质量、管理水平、风险程度等所作的评价、测定、揭示,有利于监管者掌握实际情况、针对不同对象采取不同监管方法,也有利于市场其他主体了解被监管主体信用度、可靠性,合理规避交易风险。

四是特别监管措施。在被监管者违背审慎监管原则、措施,出现影响稳健经营情况时,监管机构可依据法律法规规定,对被监管者采取不同一般的监管措施。这是在正常监管的基础上加强监管的方式。我国《外资金融机构管理条例》及其实施细则就规定,外资金融机构有未分配利润与本年度纯损益之和为负数、月内累计资金流出境外量大于流入境内量等不审慎经营行为的,银行业监管机构有权对外资金融机构采取特别监管措施。

特别监管措施通常包括要求被监管者就有关问题提交专题书面报告、缩短定期提交监管报告的期限;要求被监管者出具保证书;对有关风险监管指标提出特别要求;对被监管者资金出入境采取限制性措施以及向被监管者派驻特别监管人员,对其日常经营管理进行监督指导。

二、传统监管方式在内容上更新

在长期的金融监管实践中,一些行之有效的监管方式有必要予以坚持,但更有必要根据时代的需要在内容上加以更新。

首先,监管机构把更多的精力放在了制定和实施规章制度上。监管机构应依照法律、行政法规的规定,制定发布并组织实施对相关市场主体及其活动进行监管的规章、制度、规则。如我国《银监法》规定:“银行业金融机构的审慎经营规则,由法律、行政法规规定,也可以由国务院银行业监督管理机构依照法律、行政法规制定。前款规定的审慎经营规则,包括风险管理、内部控制、资本充足率、资产质量、损失准备金、风险集中、关联交易、资产流动性等内容。”

监管机构还应对自律组织上报备案的章程、自律规则等进行指导、监督,对其中明显不符合法律、法规的,应要求自律组织依法修订。

其次,对一些过于行政化的措施进行市场化的改造。如存款保险制度和公共资金重组危机企业的做法,曾经被金融监管当局用来作为减轻市场风险打击力度,减小损害波及面,防止灾难性的恐慌的最后安全网,但是,多年来的实施情况表明,这两种制度的特征都是过度保护,都在事实上反向激励企业不顾风险累积的继续冒险,产生着巨大的道德风险(Moral Hazard)。以存款保险制度为例,它在四个方面存在潜在的道德风险,一是存款者在选择存款机构时可能会不那么审慎,甚至会有意识地投资于高风险的金融机构;二是金融机构会因为存款者已得到保护而愿意承担更大风险,导致整个国家的金融体系过度借贷;三是由于存款保险,存款者在存款利率上没有要求金融机构提供相应的风险溢酬,在这个意义上,存款保险为金融机构的风险定价提供了补贴;四是存款保险的存在还可能引致金融机构降低资本比例。这些问题在欧美金融体系中都明显的存在着,西方学者就认为对银行实行监管的主要原因就是要抑

制和抵消政府强制实施的存款保险所产生的负外部效应。^①此外,存款保险制度的成本与收益还与一国的市场发达程度有关,发达国家金融监管体系比较发达,因而容易发挥存款保险中的积极作用,而发展中国家则不同,监管的不成熟增加了存款保险基金的系统性风险。^②针对这种情况,一些国家开始通过诸如实行根据风险大小变动浮动强制存款比例的途径,试图修正该制度的缺陷。

公共资金挽救危机金融企业的做法,实际上是政府为企业提供的隐性担保,也会产生与存款保险制度类似的道德风险。日本是在这方面措施运用较多的国家,但是在日本国内也一直有反对的声音,曾迫使日本监管当局拒绝用公共资金购买金融机构的不良贷款。国外的这些变化对于我国正在建设的类似制度有很大的借鉴意义。

再次,监督检查被赋予更大的责任。现在监督检查已成为各国金融监管中最常见的监管方式。

现场的与非现场的监督检查。监管机构往往会派出检查小组,以事先通知或突击的方式,深入被监管者经营场所,通过询问被监管方的工作人员,查阅、复制有关的文件、资料,检查实物或电脑记录等,对被监管者的安全、合法、风险抵御能力等进行全面评估,现场解决或纠正问题。我国《银监法》第27条中规定:国务院银行业监督管理机构应当“根据银行业金融机构的评级情况和风险状况,确定对其现场检查的频率、范围和需要采取的其他措施”。非现场的监督检查通过对市场主体的报表、报告、数据等检查、认定、比较,判断其资产质量、管理水平和风险状况。通过现场的与非现场的监督检查,对被监管者的法人治理结构、内部控制制度、风险管理体系及各项风险控制指标等进行全面考核。

事中的与事后的监督检查。事中的监督检查通常是指实时监

① 郑振龙,张雯.各国衍生金融市场监管比较研究.北京:中国金融出版社,2003

② 何光辉.存款保险制度研究.北京:中国金融出版社,2003.244

控,在金融市场中常用,是对市场持续的、全过程的监管。一般通过电子信息网络对市场交易系统、结算系统等进行同步、动态、全面、连续的监督,收集市场主体资产变化、资金流动、损益状况等信息,特别是对异常现象及时分析,便于及时发现问题与制止违法违规。事后的监督检查通常定期或在某活动项目完成后,对某一阶段、一项任务的经营财务情况、统计资料进行统计分析,从中发现现实的或潜在的风险;也有的是针对事件、事故的发生所进行的专项检查,查明原因与责任。

内部的与外部的监督检查。内部的监督检查是市场主体通过其稽查、稽核、监察、纪检、审计、法务等内设监督部门以及股东会、董事会、监事会及独立董事等内部权力机构,进行内部监督检查,控制自身经营风险、维护自身安全、保障效益提高。外部的监督检查是国家监管机构或自律组织依据法律规定或自律规则,对被监管者经营财务及资产盈亏、偿付能力等情况进行强制或独立的审计、会计核算、稽查,关注其风险与安全。广义的外部监督检查还应包括国家司法、监察、审计、工商、税收、海关等部门的监督检查。

三、软性监管手段兴起

20世纪末以来,世界各国出现了反思既有监管手段的潮流,一些被广泛采用的监管手段备受质疑,同时,软性监管手段越来越受到重视,在许多方面取代了刚性监管手段的位置。软性监管手段的兴起从根本上说是体现了新一轮的放松监管的要求,体现了政府权力的收缩。原有的刚性较强的监管对于市场主体虽具有较强的和迅速的矫正功能,但是其对市场的破坏,对监管对象成本的增加也是不言而喻的。当前,世界各国都在考虑如何运用诱导的方式,促使监管对象能够自发地在竞争发展中注意风险的预防和化解。有人认为,软性监管手段使政府更像一个教练“Coaches”而不是执法者“Enforcers”。软性监管措施为人们提供了监管的新视野,使监管

措施多样化,大大改善了监管当局运用监管措施的空间。常见的软性监管手段主要有:

警示谈话或质询等行政指导。行政指导(Informal Regulation)是指行政主体在法定职权范围内,为实现特定的行政目的,遵循法律位阶原则,制定诱导性法律规则、政策;或者依据法律原则、法律规则与政策,针对特定相对方采用具体的示范、建议、劝告、警告、鼓励、指示等非强制性方式,并施以利益诱导,促使相对方为或不为某种行为之非强制性行政行为。^①日本监管当局对行政指导的运用是十分成熟的,大藏省在法律赋予的权限内,为达到一定行政目的,向管制对象进行劝诱和指导,不具有法律效力,银行也可以不接受指导。第二次世界大战后,为促进银行发展,满足产业资金需求,银行局发布了一系列通令,制定业务运作指导标准,指导银行经营管理。具体标准包括:经常收支率、不动产比率、存贷率、自有资本比率、流动性资产比率、分红率等。行政指导的前提是政府信用。政府信用对于行政指导来说是生命,因为没有强制力的行政指导实际上赋予了市场主体以选择权,较高的政府的信用更能使市场主体接受指导。维持政府信用的力量如对不服从者减少贷款发放等措施客观上起到了法律责任的效果。有学者认为,市场经济加行政指导的发展模式是日本经济成功的一个重要因素。^②日本的这一做法的优点在美国和德国得到借鉴。^③

我国近年来较多应用了谈话或质询等类似于宏观调控中的“窗口指导”措施。监管机构可以根据履行职责的需要,与被监管者的董事、经理等高级管理人员进行监督管理谈话,或进行警示谈话,或要求高级管理人员就被监管者的业务活动和风险管理的重大事项作出说明,并晓之以市场监管法律政策及重要意义的大理,动之以

① 郭润生,宋功德.论行政指导.北京:中国政法大学出版社,1999.59

② 王连昌主编.行政法学.北京:中国政法大学出版社,1997.322

③ 莫于川.市场经济国家的行政指导简考.外国法学研究,1995(4)

维护市场安全稳定利人利己的大情,责成高级管理人员及被监管者合法、规范、稳健经营,自觉防范风险、确保金融安全。监管机构对日常监管中发现的问题,可以向被监管者的董事、经理等高级管理人员提出质询,相关高管人员应如实回答质询。

《保险公司管理规定》中明确:“中国保监会根据监管职责的需要,可以对保险机构的高级管理人员进行监管谈话或者质询,要求其就保险业务经营活动和风险管理的重大事项作出说明。”《证券公司管理办法》也规定:“中国证监会对证券公司高级管理人员实行谈话提醒制度。中国证监会对证券公司在经营管理中出现的问题,可以质询证券公司的高级管理人员,并责令其限期纠正。”另外,有关监管机构也曾考虑过对相关中介机构的执业人员实行谈话制度。^①

行政合同和行政奖励。行政合同也称行政契约。它是行政主体(主要是行政机关)之间,或行政主体与行政管理相对人之间,为实现国家行政管理的某些目标,而依法签订的明确双方权利和义务的协议。监管当局与被监管者之间也可以通过缔结行政合同来实现软性监管的目标。监管领域运用行政合同有如下好处:一是扩大行政参与,实现行政民主,可以使监管的权利义务更明确,监管的内容更接近市场、更有效率;二是可以弥补立法不足,替代立法规则,具有更强的灵活性。

行政奖励。这是监管当局对符合监管标准的市场主体给予政策优惠、物质或精神鼓励的方式来肯定市场主体的行为。是一种肯定性的法律责任。行政奖励方式包括:减免税优惠、财政补贴、技术支持、贸易保护、特许投标制度、直接的物质或精神的奖励等。由于许多奖励措施超越了监管部门的权限,要和其他部门一起联合实施。

① 高西庆:证监会考虑实行证券律师谈话制度,中华财会网, www.e521.com. 2001-12-27

其他软性监管措施。这指的是不带有强制性,但对被监管者业务开展或信誉有重大影响的监管措施,常见的有公开谴责、持续信用监管和“冷淡对待”等。公开谴责即对违规行为公开通报批评;持续信用监管即建立系统对相关被监管对象长期进行信用监督、及时公布其信用记录;“冷淡对待”即对多次违规的被监管者,监管机构将对其所出具的文件采取冷淡处理的办法。这些措施的特点是看似清淡,又非制裁,而实质结果却较严厉,故较具威慑力。

境外监管机构或自律组织经常采取这些“柔性”监管措施。如2005年1月24日康师傅控股有限公司(0322, HK)因向投资银行的分析员不平等地披露可能导致股价波动的公司财务资料,两次违反《上市协议》,而遭到香港交易及结算所(下称“港交所”)公开谴责。康师傅曾分别于2000年7月及2001年3月两次向个别分析员披露若干未经公布而港交所认为可能导致股价波动的财务资料,令有关分析员处于占优的买卖地位。而该公司并没有在同一时间就有关资料发出新闻公告,违反了港交所《上市协议》有关发行人须将有关公司股价的敏感资料尽快告知港交所、发行人股东及其上市证券的其他持有人,有关资料不应泄漏予发行人以外的人士,以致任何人士处于占优的买卖地位,若对市场活动或价格可造成重大影响的资料未能继续保密,该公司应及时刊登公告披露有关资料规定。康师傅公司及其董事会主席、营运总监兼执行董事魏应州因此事受到港交所谴责。^①又如2004年9月,南海石油(0076, HK)公司主席周岭所持的1281万股被强制斩仓抛售,导致股价暴跌,且该公司当日发出两份矛盾的公告,港交所认为其行为涉嫌违反上市规则,考虑对其采取包括“冷淡对待”在内的适当行动。港交所向纪律小组委员会提交报告,要求对有关人士作出严厉谴责,甚至对南海石油发出“冷淡对待”令。“冷淡对待”令期限最长为5年,在这段

① 第一财经日报. 2005-01-25