

蒋大平 / 著



法律出版社

金融法治保障研究

Research on Security of Financial Law

金融法治保障研究

Research on Security of Financial Law

蒋大平 / 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

序

新中国成立 60 多年来,中国金融业取得了举世瞩目的伟大成就。回顾中国金融业发展的光辉历程,不难发现,社会主义市场经济体制与法治是其发展的基石。尤其是在国际金融危机的背景下,金融法治建设对于维护金融安全、促进金融稳定起到了至关重要的作用。

首先,初步形成了以《中国人民银行法》、《银行业监督管理法》、《商业银行法》、《证券法》、《保险法》等法律为支柱,众多金融类、行政法规和地方性法规等规范性文件为补充的中国金融法律体系。其次,已经初步建立起与我国金融业现阶段发展相适应的金融监管体制和机制。实践表明,面对国际国内纷繁复杂的金融形势,我国金融监管的能力和水平不断提高,在国际金融舞台上的表现力和话语权越来越强。再次,在政府倡导与全社会关注民主与社会责任的大背景下,我国正在逐步建设金融消费者和投资者的保护机制,消费者和投资者的权利意识越来越强,他们可以通过诉讼、仲裁等多种法律救济手段来维护自己的权利。最后,我国已经基本建立了一支庞大的具有竞争力的金融经营者团队。通过股份制改革,国有商业银行已经成为产权明晰、自主经营、自负盈亏的具有全球影响力的现代金融企业。

面对中国金融法治 60 年的发展历程和取得的伟大成就,我们应当清醒地认识到,相对于成熟的市场经济国家,中国金融法治还面临一系列的挑战:金融法律体系框架虽已搭建,但仍有很大金融立法需要完善,如存款保险制度、金融机构破产制度、金融消费者保护制度、私募基金、政策性银行制度和资产证券化等新的制度等均亟待立法;金融消费者、投

投资者的利益保护机制需要大力加强;金融市场运行中的行政权力干预,需要通过法律加以规范;司法体制在维护金融消费者、投资者利益方面的作用还不够突出。所以,在全球金融危机背景下,我国金融法治化的重点在于:一要夯实金融法律基础,促进金融法制现代化;二是要坚持金融安全理念,正确处理金融安全与金融效率的关系;三要处理好货币政策与财政政策等其他经济政策的关系;四要理性对待金融创新,鼓励创新,重点加强金融衍生品监管;五要进一步推进利率市场化和人民币汇率改革,完善我国货币制度和汇率制度;六是要依法维护金融业的自由、公平竞争,确保金融市场秩序安全稳定。

金融法领域的青年学者、淮阴师范学院的蒋大平同志,经过多年的潜心研究,推出的《金融监管法治化研究》这一专著,对我国金融法治化理论和实践问题进行了研究:一是中国金融法治化的历史进程,进而提出进一步推动我国金融业依法监管和法治建设向纵深发展的建议和对策;二是金融监管法律制度的具体内容,分别从宏观和微观两个方面论述了银行业、证券业、保险业、金融衍生工具以及新型金融组织等方面的监管法律制度;三是发达国家金融监管改革立法动向及对我国的启示与借鉴,介绍了美国、英国和欧盟等国家金融危机前后金融监管改革立法动向、经验教训及对我国的启示与借鉴,着重阐述了后金融危机时代我国金融消费者权益保护、我国金融业反洗钱法治建设、国际金融监管合作等方面的理论和实践;四是对未来我国金融监管法治化前景进行了展望。

这部著作内容全面、资料翔实、逻辑性强、层次鲜明,重视实证研究,强调实践中问题对思考和理论研究的重要性。作者提出解决问题的建议之论证是充分的,其中一些理论观点富有创新,对构建具有中国特色的金融监管法律制度有借鉴意义。当然,作者在对某些金融法的热点、难点理论问题还需深入研究,其结构体系方面还有待于进一步的完善。

当前,我国经济结构正处于转型时期。在我国金融市场蓬勃发展,金融创新产品日新月异,金融服务体系日益完备的情况下,金融法治不仅应在依法维护金融市场秩序、平等保护金融市场主体权益与惩治金融犯罪等基础性功能领域中继续发挥重要作用,随着金融市场的发展不断拓展自身职能,我们更应主动介入优良金融生态环境的营造。尤其是国际金融全球化的步伐不断加快,金融市场对优良金融法治环境的需求日益迫切,引发了金融监管部门、金融行业、金融司法界的强烈关注,成为当前金融市场的热点议题。希望此书的出版能对理论界和实务界起到一定的参考和借鉴作用。

徐孟洲*

2011年12月28日

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师,中国银行法学研究会副会长。

第一编 我国改革开放以来金融法治化的历史进程

第一章 银行业法治化进程	3
第一节 银行业监管法治的理论基础	3
第二节 银行业依法监管和法治建设的成就	20
第三节 我国银行业监管法治建设的经验与主要问题	27
第四节 全面推进我国银行业监管法治建设	32
第二章 证券与期货业法治化进程	35
第一节 萌芽时期的证券业法治建设(1978 ~ 1992 年)	36
第二节 起步时期的证券期货业法治建设(1993 ~ 1998 年)	40
第三节 巩固调整时期的证券期货业法治化进程(1999 ~ 2004 年)	45
第四节 加速发展时期的证券期货业法治化进程(2005 年以来)	51
第三章 保险业法治化进程	60
第一节 我国的保险业立法	60
第二节 我国的保险监管与保险执法	65
第三节 改革开放以来我国的保险司法	69
第四节 我国保险业法治化存在的问题与不足	69
第五节 对我国保险业法治化的展望	70

第四章 信托业法治化进程	73
第一节 信托业的法治化进程	73
第二节 信托业法治化存在的主要问题	79
第三节 推进信托法治建设的政策建议	81

第五章 外汇管理法治化进程	84
第一节 外汇管理法治进程的主要阶段	84
第二节 外汇管理法治的成就	87
第三节 外汇管理法治化存在的不足之处	92
第四节 外汇管理法治经验总结	93

第二编 金融监管法律制度研究

第六章 全球金融危机与金融监管	97
第一节 金融危机、金融创新与金融监管	97
第二节 金融监管法的概念与体系	99
第三节 金融监管体制	101

第七章 金融监管法基本原则	107
第一节 基本原则概述	107
第二节 我国金融监管法的基本原则	108

第八章 商业银行监管制度研究	110
第一节 商业银行监管概述	110
第二节 商业银行市场准入监管	114
第三节 对商业银行的持续性监管	118
第四节 商业银行退市监管	128
第五节 我国银行业监管法制构想	135

第九章 证券业监管制度研究	141
第一节 证券业监管概述	141
第二节 证券监管制度分析	143

第三节 我国证券监管法制的完善	150
第十章 保险业监管制度研究	157
第一节 保险监管概述	157
第二节 我国保险监管法律规定	160
第三节 我国保险监管法制的完善	170
第十一章 金融衍生工具及新型金融组织监管制度研究	173
第一节 金融衍生工具监管法制研究	173
第二节 新型金融组织监管法制研究	185
第三节 民间借贷若干问题法律研究	198
 第三编 发达国家金融监管改革立法动向及对我国的借鉴	
第十二章 英美金融监管改革立法动向及对我国的借鉴	209
第一节 美国金融监管改革及立法动态	209
第二节 英国金融监管改革立法及动态	211
第三节 英美金融监管改革立法对我国的借鉴	214
第十三章 后金融危机背景下欧盟金融监管改革立法动向及对 我国的借鉴	219
第一节 金融危机前欧盟金融监管与欧盟统一市场的形成	219
第二节 后危机时代的欧盟金融监管改革	224
第三节 欧盟金融监管改革的评析和启示	230
第十四章 后金融危机背景下我国金融消费者权益的法律保护	232
第一节 完善我国金融消费者权益法律保护机制的必要性	233
第二节 我国金融消费者权益法律保护机制的缺陷	236
第三节 完善我国金融消费者权益法律保护的路径	239
第十五章 我国金融业反洗钱法治建设的完善	244
第一节 我国金融业反洗钱法治的现状和不足	244
第二节 完善我国金融业反洗钱法治建设的对策和建议	246

第十六章 金融监管国际合作	250
第一节 国际金融监管现状分析	250
第二节 加强国际金融监管合作	253
结束语：法治视野下的中国金融发展	257
参考文献	264
后 记	272

第一编 我国改革开放以来金融 法治化的历史进程

第一章 银行业法治化进程

人类法治的普遍性规律是法治观念先行,而后才是法治的规则安排和制度构建。银行业监管由法制与规则运作转向法治与法治运行,如何从纷繁复杂的法治语义中提炼合乎现代金融监管的法治理念,如何将这种理念根植于银行业监管的诸环节与全过程,如何通过法治建设而最终实现良好的银行业监管和监管治理,是一系列重大的现实问题。2011年是我国“十二五”规划的开局之年,时处历史性阶段,描绘银行业监管法治的理论图谱,回顾银行业监管法治的建设进程,评价基于银行业依法监管的法治成就,总结银行业监管法治的建设经验,对于进一步推动我国银行业依法监管和法治建设向纵深发展,无疑具有突出的理论价值和实践意义。

第一节 银行业监管法治的理论基础

法治既是一个价值性概念,又是一个具有可操作性的范畴;它既在理论争鸣中不断演进和完善,又在现实的客观运动中得到检验和发展,因此,人们不但要从规范意义上描绘法治的理论图谱,而且要在实证视域内揭示法治的当代含义。^①这种不拘层次或范围的包含主观的价值判断,连同一定层次或范围的根植于客观的实践估量,即构成了当代法治与银行业监管法治的现实愿景。

一、回归法律属性的法治图景

法治探索过程中,不同地域的不同论者提出了不同的法

^① 黄毅著:《银行监管法律研究》,法律出版社2009年版,第78页。

治理论。传统上,法治特别是政治法治(或曰宪政)理论深深地打上了政治哲学的烙印。随着时间的推移,这种政治哲学的印迹逐渐消隐。进入近现代社会,法治理论则主要由法学家来推动演进,其独立的法律属性终得以回归和明晰。

(一) 中西方回归法律属性的法治理论概说

就偏重法律属性的法治理论而言,19世纪的英国法学家戴雪(A. V. Dicey)通常被视为近代西方法治理论的奠基人。他第一次比较全面地阐述了法治概念,在《宪法性法律研究导言》一书中,他专门论述到,所谓法治有三层含义:一是法律至上与专横武断的政府权力相对立,法治排斥政府专擅、特权乃至宽泛的自由裁量权;二是社会成员在法律面前人人平等,法治意味着一切阶层或群体均受到普通法律和法院管辖;三是个人权利乃是法律之来源(主要通过权利案件的司法判决)而非法律之结果,而宪法则为法治的体现或反映。

我国学者在研究法治理论时,无一例外的,在对西方法治理论追本溯源的同时,针对国情创新性地提出了本土法治理论,其中部分观点和见解不失为真知灼见。有学者认为,法治国家有两种不同含义:一是专指法治之国。此义源于德国法治国(rechtsstaat)概念,在欧陆成文法传统和实证主义思潮的背景下,重心偏向行政法治和实质意义上的立法者统治。二是泛指法治主义国家。此称谓意指法治理念的制度化,经由英美与欧陆两大法治主义的相互影响与融合,构造于政治、经济、法律三者相对分离所带来的国家与社会制度深刻变迁的基础之上。在世界各国的法治发展中,出现了相对成熟与不成熟两类法治建设国家,应注意区分这两类国家所包含的法治要素。在现代成熟的法治国家中,法治通常涵盖如下内容:法律之治、人民主权、有限政府、社会自治、程序正义。发展中国家正步入现代化过程,不能笼统地将成熟法治秩序下的要素预设为目标与标准,应该着力于如下十大要素(或曰机制):社会应主要经由法律来治理;社会整合应通过法律实施或实现;立法政策和法律必须经由民主程序制定;法律必须建立在尊重和保障人权的基础之上;法律必须具有极大的权威性;法律必须具有稳定性;法律必须具有连续性和一致性;法律必须以平等保护和促进一切正当利益为价值目标;法律应能有效地制约国家权力,防止其失控与异变;法律应力求社会价值的衡平与互补。

一些学者则走得更远,其研究从行政法哲学的角度出发,提出行政法律应当具备三大价值目标:一是作为初级目标的行政法律秩序;二是作为中级目标的行政法治;三是作为终极目标的公民自由。研究认为,就法治的认识角度而言,(行政)法治是一个由逻辑与时间构成的多维概念。其中,(行政)法治的逻辑结构包括如下两个层次:一是规则创制、实施、适用三者之间和谐一致;二是规则与原则之间、程序与实体之间合乎逻辑。(行政)法治的时间维度包括演变与突变:演变是指法治沿着自身的逻辑作出有序的改变其内涵与外延的平缓运动;而突变是指法治基于自身原发或

外界诱发原因而表现出来的结构调整或重构。在(行政)法治建设过程中,要害在于处理好时间维度的内部关系,并以和谐的逻辑结构表现出来。

上述中外研究表明,世界范围内的法治主义与法治理论是一部渐进的发展史。因为法律传统、文化背景、政治体制诸方面不同,不同国家不同时期的法治理论也展示出不同的法治内涵。然而,所有的法治理论均可一分为二,区分为实质法治与形式法治,而且,总体趋势是,从法治的初步长成到法治形式化,再到实质法治的理性回归,最后到现时的形式法治与实质法治并重且融合发展。^①

(二) 可作形式与实质意义区分的法治内涵

西方法治主义与法治理论经由戴雪及其门徒的奠基与推进,于19世纪初步形成。当时的法治理论基于自由主义理想,强调法律之治而非权力之治,推崇四域之内平等地适用法律,主张个人权利保障主要系于司法审判。这种法治理论的中心在于自由、平等和人权,展示了法律所追求且希冀实现的特定价值目标,因而现时人们论及实质法治时,常常将其引证并视为实质法治的最初长成。然而,由于同时代欧洲主流意识形态的深刻作用,特别是“由于那种关于政府不仅应当推行形式正义(formal justice),而且还应当实施实质正义(substantive justice,即分配正义或社会正义)的要求”自法国大革命后盛行欧洲,在社会正义的光艳旗帜之下,发生了哈耶克所称的四大知识运动。在这些知识运动特别是各种法律实证主义理论的巨大作用面前,使人满怀希望的社会正义之树,却令人意外地结出了形式法治的青涩之果;法治的所谓理想最早在德国被抽掉了实质内容,变成一个空洞之词,实质性的法治观念为一种纯粹形式的观念所替代……进入当代社会,中外法学家的法治理论发生了深刻变化,在各种法治理论研究中,人们不但重视实质法治的回归,也重视法治的形式合理性;由重视形式法治,开始转向重视实质法治;由传统的单一的形式法治与实质法治的偏好,转向形式法治与实质法治并重。例如,富勒与菲尼斯的法治理论中所列的法治诸要素,即是注重法治的形式合理性;莱兹和巴里·海格的法治理论中的法治含义即是注重法治的实质内容,而其所提到的法治原则或条件即是强调形式法治。又如,我国诸学者的法治学说中,既包括了法律主治、规范公权、保障民权等实质法治内容,又涵盖了法律的普遍性、至上性、可操作性、可遵循性等形式法治内容。特别是近年来,我国还有学者直接提出了法治价值论,认为当代法治价值包括了合理规制权力、法律下的自由、权利义务法治化等法治实体价值,以及普遍性原则、至上性原则、可操作性原则等法治形式价值,其所述实际上已作出了法治的形式与实质之区分。

由此可见,当代法治理论中,实质法治与形式法治是彼此依存、相互融合的两大

^① 黄毅著:《银行监管法律研究》,法律出版社2009年版,第118~120页。

范畴,二者是一个不可分割的统一体,共同构成当代法治的理论图景。实质法治的实现是形式法治存在的最终目的,形式法治最终要受到实质法治的制约;离开了法律追求的社会价值,形式法治将失去其自身价值。同时,形式法治作为实质法治实现的充分条件而存在;没有法律的形式合法合理性,法律所追求的价值目标也不能实现。

二、银行业监管的实质法治

当代法治理论所言的实质法治,是指法律制定、执行、适用诸过程中包含一定社会价值并外在表现为一定法律观念、原则、制度与效应的法治状态。实质法治条件下,法律所追求的社会价值大抵包括两类:一是规范意义上的元价值;二是实证意义上的派生价值。

(一) 规范意义上的法治价值

在法律学家看来,法律所蕴涵的元价值体系囊括了正义、自由与平等三大范畴。无论基于何种群体视角,人们大抵认同,欲实现正义、自由、平等诸种价值,法律必须具备如下品格:(1)整体意义上具备合道德性;(2)承认利益差别而又反映不同利益要求;(3)重视社会秩序而又尊重个人价值;(4)最大限度地实现规则之下的自由;(5)平等适用、平等对待与平等待遇。就这些范畴的关系而言,三者之间也是互为条件且相互通融的。其中,正义是自由与平等的哲学归宿,大致属于法治的天然禀赋;自由是正义与平等的道德源泉,在一定程度上可谓为法治生命力;平等是正义与自由的现实需求,平等不是简单的结果平等,还包括含义丰富的机会平等与过程平等,它强化了实现正义与自由的可能性,从而成为法治的制度重心。“正义”一词的使用由来已久,亚里士多德认为,它主要用于评判人的行为;而在近现代,这一概念日益演变成为一种评价社会制度的道德标准,被看做社会制度的首要价值。1971年,美国著名哲学家、伦理学家约翰·罗尔斯(John Rawls)出版《正义论》,论述了正义、自由与平等的复杂关系,构建了一个精致的正义论体系。在他的正义论中,正义的受体是社会的基本结构,即用来分配公民的基本权利和义务、划分由社会合作产生的利益和负担的主要制度。他认为,社会利益的选择原则是一种“词典式序列”(lexical order)中的两个正义原则:第一个原则是平等自由;第二个原则是机会的公正平等与差别的结合。他进而提出,将两个正义原则运用于制度,存在一种四个阶段的序列:(1)在原初状态中选择正义原则;(2)制定宪法;(3)制定法律;(4)规范的应用。而且,这一过程是一个逐步排除无知之幕(the veil of ignorance)的过程。^①

^① John Rawls, *A Theory of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

(二) 实证意义上的法治价值

法律还应具备崇尚实践意义的价值体系,经由法学家的梳理与拓展,这些价值体系或曰要素体系被集中表达为如下四项:(1)法律主治。实行法律的统治而非人的统治,是一切法治的实质或曰灵魂。这就要求:一切社会行为和社会关系,均须步入法律的轨道,接受法律的调整;凝聚公意的宪法与法律高于任何个人、政党或群体的意志,拥有至上权威与效力;一切公权力尤其是政府权力源于宪法与法律,且须合宪依法地运行运作;社会成员受法律平等保护,任何主体(包括政府)均不得享有法外特权,任何违法行为均须受到法律追究。^①(2)人民主权。尽管人民主权首先是一个备受争议的政治概念,主权最早系西方国家的政治话语。这一概念从西方专制主义国家理论中脱胎并发展起来,常用以说明国家内部关系和描绘国家之间关系。学术界一般认为,近代意义的主权观念为法国人博丹所首倡,他认为主权是“统治公民和臣民的不受法律约束的最高权力”。在博丹之后,一些重要的思想家如霍布斯、洛克、卢梭、黑格尔、戴雪、奥斯丁、狄骥等都对主权理论作出过贡献。而论及对近现代宪政产生重大影响的人民主权思想,其集大成者则非法国思想家卢梭莫属。^②其法治化过程带有较大的不确定性,但现代各国宪法大多数都直接或间接地确认了它,以满足对政治合法化的诉求和关于权力来源的终极性追问。^③其含义为:主权源于人民,任何团体、任何个人均不得行使主权所未明确授予的权力;主权属于人民,由人民在宪法法律范围内通过特定方式(如选举)交付政权部门行使;政权仰赖人民的严肃信托,其权威来自人民,其运行依靠人民,其福利由人民享受;法律是国家统治的基础,人民既是一切法律之因,也是一切法律之果,法律应对其人民性保持尊重和敏感。由于人民主权具有高度抽象概括性,各国人民除将其确定为宪法原则与规范外,一般还通过对公民权利与国家权力的法律平衡来实现其具体化与法治化。(3)政府法治。法治的要义在于,不是通过法律管治普通民众,而是通过法律遏制政府权力。这是因为,虽然政府权力正当性在于最大限度地谋求人民福祉,但实际上,它却可能冲破正当性底线而祸害人民,这在法律虚无或权力非正常膨胀时更是如此。政府实践中,符合法治要求的政治通常被称为宪政;符合法治要求的行政通常被称为行政法治。后者通常被视为狭义的政府法治,而前后两者结合则被称为广义的政府法治。无论何种意义的政府法治,其核心有三:一为权力规范,主要通过权力限制、权力控制和权力转化三种方式进行;二为官员问责,主要包括政治家和行政首长的政治责任、伦理责任和法律责任追究;三为司法审查,所有政府行为的合法性与

① Jean Bodin, *The Six Books of a Commonwealth*, Imprecise G. Bishop, 1606, p. 84.

② 何华辉著:《比较宪法学》,武汉大学出版社1988年版,第52~55页。

③ 赵宝云著:《西方五国宪法通论》,中国人民公安大学出版社1994年版,第437页。

部分政府行为的合理性能够接受司法审查并依法承担责任。(4)司法正义。司法承担了定分止争的法治功能,是实现社会正义的最后屏障。司法正义的要旨在于如下三个方面:一是司法权威。法院应当拥有适用法律的足够权威,对案件的是非曲直作出裁判,对公权主体的职权行为作出司法审查。二是司法独立。司法的唯一使命在于忠于法律,司法独立于法律之外的任何力量。除审判独立外,司法还具备法官任命、任期、薪酬和相关服务条件的要求。三是司法公正。司法公正要求必须公平地适用法律,必须公平地配置法律资源。它既是通过法律保障个人权利与自由的现实需要,也是通过法律伸张和实现社会正义的必然反映。

(三) 银行业监管的实质法治

银行业监管法治大抵属于政府行政法治的范畴,研究其实质必须还原至上述国家整体实质法治层面来理解。事实上,银行业监管的实质法治已经区别于立法与司法层域的法治要素,而深深地根植于政府行政的实质法治之中。同时,政府行政法治与监管法治的实质要求,也必须落实到具体行业包括银行业监管领域。如此而言,银行业监管的实质法治含义即可显现。

1. 良好的银行业监管规则。银行业监管法治的首要之义在于有法可依,也即拥有既定银行业监管法律规则这一现实条件。按照亚里士多德的法治名言——人们执行的法律应该本身是良好的法律。银行业监管所依据的法律规则必须具备良好的品格,这种法律规则的良好品格,既是社会道德意义上的,也是银行业监管现实意义上的,具体可作如下理解:

(1) 包含社会正义。尽管在凯尔森和韦伯等学者看来,将法律和正义等同起来的倾向是难以理喻的,法律不应该轻易涉足价值判断这样的主观性范畴,^①但今天的人们还是同意注重法律的价值取向。庞德和戈尔丁等大多数法学家就曾极力推崇法律的价值指引意义,在他们的视阈里,自由、平等、正义、权利和公民幸福等价值是现代法律所应当吸取的崇高价值。^② 银行业监管理论中,监管规则与制度必然包含了价值合理性的内涵,这种价值合理性构成了现代银行业监管法律制度存在和运行的合法性基础。虽然今天的法律形式主义运动促进了银行业监管法律规则机制于逻辑层面的确定性、连续性与完美性,但这种完备的形式机制仍然不能取代银行业监管法律规则的价值取向。这些价值取向是:银行业监管法律规则应能极大促进各方主体对自由、权利、正义和整体幸福的不懈追求;应能最大限度地协调利益、化解

① [奥]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第6页。

② [美]罗·庞德著:《通过法律的社会控制——法律的任务》,沈宗灵译,商务印书馆1984年版,第55页。

冲突和促进人民生活安宁。^①

(2)平衡监管关系。对于法律规则的平衡作用,西方法学家早已有所意识。英国著名法学家 H. 韦德就曾对行政法的平衡作用作出过评价,他认为行政法“对于决定国家权力与公民权利的平衡作出了很多贡献”。^② 在当代银行业监管中,监管者的公权与被监管者的权利是一对至为重要的范畴,二者的关系如何平衡,应该成为现代银行业监管法律规则的取向重点。人们有理由认为,监管者的公权既要受到控制,也要受到保障;被监管者的权利既要受到保护,又要受到约束;监管权与被监管者权利之间是相互制约且相互平衡的关系。银行业监管法律规则所要确立和追求的,即是这种权利的均衡价值。这种权利的平衡精神,还可以得到进一步推演:在监管者与被监管者的权利义务关系中,权利与义务在总体上应是相对平衡的。它既表现为监管者与被监管者权利的平衡,又表现为监管者与被监管者义务的平衡;既表现为监管者自身权利义务的平衡,又表现为被监管者权利义务的平衡。当然,承认权利义务的平衡关系,并不能否认特定法律关系中的权利义务不平衡现象。例如,在银行业监管实体性法律关系中,监管者可以决定被监管者的权利与义务,被监管者只能服从;但在行政诉讼关系中,被监管者却居于优势地位,其起诉的监管行为合法与否,由监管者承担举证责任。

(3)遵循监管规律。银行业监管毕竟是一项以银行业及其发展为作用对象的专门活动,其法律规则系统必然要遵循和反映银行业及其监管的发展规律。由于银行业监管讲究效率,其法律规则必须保障以最有效、最经济的方式利用有限的监管资源;由于银行业机构是独立的市场主体,其经营活动具备相当的市场自主性,银行业监管法律规则必须充分估价其监管层的角色定位,应当考虑其管理层的经营责任,促进银行业机构加强公司治理与内部控制;由于银行业发展中成本效益分析方法的公法制度化,银行业监管法律规则应当注意使被监管者的负荷与监管的预期收益相匹配;由于市场竞争是银行业活动的永恒主题,银行业监管法律规则应当尽量减少监管对竞争的不利影响,应当尽量促进银行业市场主体之间的有序竞争与良性竞争;由于金融创新为银行业发展提供了强大的驱动力,银行业监管规则应当保持足够的弹性,为金融创新预留必要的空间;由于金融全球化是不可阻挡的现实潮流,银行业监管规则应当顾及金融市场的国际性,进而增强本土银行业的国际参与力和竞争力。这些效率、安全、效益、创新、竞争与国际性等现代银行业及其监管的规律性内涵,是无论何种时空条件下的监管法律规则都必须重视的。例如,上述金融及其监管所应当重视的诸要素均已为英国《2000 年金融服务与市场法》所吸收,该法要

① [美]戈尔丁著:《法律哲学》,齐海滨译,上海三联书店 1987 年版,第 133 ~ 134 页。

② H. W. R. Wade, *Administrative Law*, Oxford University Press, 1988, p. 6.