

面对金融危机： 经济法理论与实务研究

MIANDUI JINRONG WEIJI
JINGJIFA LILUN YU
SHIWU YANJIU

主编 张卫华



中国人民公安大学出版社

齐鲁法学文库 2010·6

面对金融危机：经济法理论与 实务研究

主 编 张卫华

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

面对金融危机: 经济法理论与实务研究/张卫华主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010. 10

(齐鲁法学文库/姚成林主编)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0206 - 0

I. ①面… II. ①张… III. ①经济法—研究—中国

IV. ①D922. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 190964 号

齐鲁法学文库 2010 · 6

面对金融危机: 经济法理论与实务研究

MIANDUI JINRONG WEIJI JINGJIFA LILUN YU SHIWU YANJIU

主 编 张卫华

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: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2010 年 10 月第 1 版

印 次: 2010 年 10 月第 1 次

印 张: 21.5

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 420 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0206 - 0/D · 0154

定 价: 56.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: (010) 83903254

读者服务部电话 (门市): (010) 83903257

警官读者俱乐部 (网购、邮购): (010) 83903253

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905745

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像与数字出版分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

前 言

由美国次贷危机引发的全球性金融危机,在经济全球化的背景下迅速波及世界所有发达国家和新兴市场国家,不仅造成一些银行的倒闭,也引发了全球性的经济衰退。尽管此次危机有别于以往周期性爆发的因生产相对过剩而引发的经济危机,但由于其波及范围广、影响程度深、导致经济衰退严重,仍被认为是自1929年以来最严重的世界经济危机。

学者们对现实社会出现的重大问题的敏感度和责任感是相似的,自经济危机爆发以来,国内外各个研究领域的各类学术研讨活动,都离不开与“经济危机”或“金融危机”相关联的话题,一时间,热议如潮,此起彼伏。对于经济危机发生的原因,不同研究领域分别从不同角度提出了诸多观点,归纳起来,既有人性方面的,也有制度方面的。人性的贪婪、无信、骄奢以及缺乏德性是引发危机的根本原因,正如温家宝总理所言,“道德缺失是导致这次金融危机的深层次原因。一些人见利忘义,损害公众利益,丧失了道德底线”。同时,金融监管制度的缺失(特别是针对金融衍生工具的监管缺失)是导致危机的重要原因。美国自1999年通过了《金融服务现代化法案》以后,就结束了银行、证券、保险分业经营的格局,开始全面推行金融自由化,放松金融监管,金融秩序与金融发展、金融创新严重失衡,最终引发金融危机。

从法律层面上看,金融危机发生的根源在于政府对金融市场的放任和过度的金融创新,大量衍生金融产品得以产生并不断交易,在监管缺位的状态下形成了巨大风险。这里所谓的监管缺位指的是对过度创新的金融工具的监管存在监管机构和监管制度规则的缺位,并不否定现行金融法律法规的作用。现行的金融法律制度主要是以实体经济为基础制定的,对于传统金融产业尚能够发挥监管作用,但对于过度金融创新所产生的衍生金融工具则不具有针对性,也无法发生监管效力。由此可见,政府放松监管和金融法律制度滞后是经济危机发生的制度性原因,要消除危机所带来的损害,维护金融秩序的安全和稳定,必须加强和完善相关法律制度和行为规则建设,建立起新的与金融发展和创新相匹配的金融监管制度,实现对金融产业的有效监管。

与其他法学学科相比,经济法学对此次经济危机给予了更多的关注和研究,这是因为经济法在促进和保障国民经济正常运行方面具有不同于与其他部门法

的重要价值功能。作为一个独立的法律部门,经济法是从整个国民经济的协调发展和社会整体利益出发,调整市场主体、宏观调控、市场规制、社会保障等具体的经济关系,平衡社会利益,以政府的“有形之手”,克服市场调节的盲目性和局限性,弥补市场“无形之手”之不足,保障国家经济的安全运行和持续发展。因此,运用经济法的理念、方法以及制度规则来分析和解决经济危机所带来的各种问题,就具有极为重要的理论意义与实践意义。

2009年11月底,山东省法学会经济法学研究会组织部分经济法学者在临沂市举办了主题为“面对经济危机:经济法理论与实践的省思和探索”的学术研讨会,与会学者以经济危机为视角对经济法理论与实践中的诸多问题进行了反思、分析和探索,对经济危机发生的法律原因、政府的宏观经济调控与市场监管、消费者(主要是金融消费者)的权益保护等诸多问题进行了多维思考和探讨。本书是以本次会议期间取得的研究成果为基础,精选部分文章汇编而成的论文集,其中既有对经济危机发生原因的法律分析,也有对经济发展过程中所面临难题的探讨;既有对历史教训的客观总结,也有对前沿问题的理性探索;既涉及国家宏观战略思考,又有对具体问题的剖析,提出了许多独到见解。但是,从会议所收到的论文和研讨过程中能够看出,在经济法研究中,基本理论问题的研究和探讨仍是薄弱环节,在防范和应对经济危机方面,依然存在着严重的理论储备不足的现象,这是在今后的研究过程中需要逐步加以改善的问题。本书共分四部分,分别为:宏观调控问题研究、市场规制问题研究、劳动与社会保障问题研究、经济法基本理论与相关问题研究。

由于我们水平有限,加之经济危机涉及内容广泛、经济法本身又深奥和庞杂,使本书在研究深度、广度以及观点成熟度等方面还存在很多不足之处,请广大同行不吝赐教!

编者

二〇一〇年八月

宏观调控问题研究

浅析金融危机下我国金融监管体制的改革	汲 雷(3)
中国金融监管模式的选择	马国泉(10)
金融监管法律制度初探	栾元铎(20)
虚拟经济法与金融危机的防范	徐永涛(28)
试论我国商业银行退出机制的完善	
——以 2008 年金融危机为视角	唐 倩(34)
法国银行和保险业监管体制之历史与现状管窥	柴瑞娟(39)
增强企业自主创新的税收制度研究	孔令敏(48)
法律角度下的社会保障费改税	杨志超(59)
论我国环境税制的构建	贾晓燕(64)
论司法会计理论与舞弊审计理论的分野	
——兼述“法务会计”的误解与误导	于 朝(73)
我国房地产市场宏观调控的困惑与对策浅思考	张旻昊 李文博(83)
我国逆向物流法律制度的构建	王立武(90)
我国风能开发利用资金支持制度研究	楚道文(97)
政府采购电子化法律问题研究	刘万啸(110)
我国当前土地承包经营权流转问题的制度破解	唐 妍 牛振平(119)
我国矿产资源利用管理制度缺陷与完善建议	牛志忠 左 媛(126)

市场规制问题研究

瑕疵股权转让中的民事责任	郝 红(135)
破产和解法律适用问题研究	汤 璇(142)
论破产管理人的监督机制	刘 蕴(147)
建立公司在非破产终止中的特别清算制度	李岚红(154)
论我国反垄断法对行政垄断的规制	王 玲(163)
美国知识产权滥用的反垄断控制及借鉴意义	李浩成(168)
加拿大竞争局的设置、权限及执法特点	王玉花(174)
论法经济学视角下的产品责任归责原则含义	刘 芳 冯志军(180)

从“三鹿奶粉事件”看我国产品侵权责任归责原则的立法完善

.....	刘 嫔(189)
试议网络消费者主体资格界定	姜 琳(194)
以比较视角看我国的食品安全监管体制	吕爱珍(199)
涉外 OEM 商标侵权认定与风险防范	张 敏(205)
探索我国国内企业商业秘密保护的思路	姜美燕(210)
浅议商业秘密保护	李宗茂(216)
角色商品化的著作权法保护	姜海洋(220)
要约收购:一个合同法视角的分析	李亚楼 高 平(229)
合同法司法解释(二)亮点解析	张玉东(238)
论和谐物业服务的构建	王小波(242)

劳动与社会保障问题研究

谈农民工社会保障制度的建立与完善	周 丽(253)
完善我国劳动基准实施机制的探讨	黄 娟(261)
无固定期限劳动合同制度探讨	闫 丽(269)
无固定期限劳动合同制度的立法缺憾与完善	王 勇(278)
妇女平等就业权的立法现状与完善	王永刚(284)

经济法基本理论与相关问题研究

经济法本质的反思与体系建构

——以金融危机为背景	隋洪明(293)
经济法价值实现的矫正机制	穆 虹(299)
浅析惩罚性赔偿制度在经济法领域的确定	林金香(308)
经济法之公益诉讼探析	陈爱英(313)
股东侵占公司财产是否构成犯罪	王义松(320)
WTO 体制下中国出口管制的法律协调问题研究	
——以中国稀有金属出口限制引发争议为视角	王志华(325)
《鹿特丹规则》带来的国际货物运输规则的变化及影响	胡 枫(331)

宏观调控问题研究

浅析金融危机下我国金融监管体制的改革

汲 雷*

引 言

2008年8月27日,国家审计署年度审计报告披露:在2007年中国股票市场及房地产市场双线飘红之时,国家开发银行总行和19家分行共计有58.41亿元贷款违规进入股票市场、房地产市场等领域。在此事件中,银监会和证监会对如此巨额的资金违规流入股市负有不可推卸的监管责任,但是,银监会可以管钱流出银行,但对钱流到哪里去,用在何处,难以顾及;同样,证监会对从银行流入股市的资金也无合法性审查的权力。此事件突出反映了面对金融企业的混业经营,我国金融监管的缺失和金融监管机构面临的挑战。

金融监管是一国金融监管当局为实现宏观经济和金融目标,依据法律法规对全国银行和其他金融机构及其金融活动实施监督管理的总称。它作为政府提供了一种纠正市场失灵现象的金融制度安排,目的是最大限度地提高金融体系的效率和稳定性。一国的金融监管体制从根本上是由本国的政治经济体制和金融发展状况所决定的,判断一国金融监管体制有效与否,关键在于它能否保证该国金融体系的安全运行和能否适应该国金融业的发展水平。

一、国内外金融监管现状

(一)国外金融监管现状

1. 美国的金融监管现状。在国际国内金融自由化浪潮的推动下,1999年11月美国国会通过了《金融服务现代化法案》,建立了具有鲜明美国特色的现代金融监管体制,学界称之为“伞形监管模式”。在这种模式下,金融控股公司的各子公司根据业务的不同,接受不同行业监管机构的监管,而联邦储备理事会为金融控股公司伞状监管者,负责评估和监控混业经营的金融控股公司整体资本充足性、风险管理的内控措施以及集团风险对存款子公司潜在影响等。另外,美国的州政府在银行业、保险业和证券业方面也具有一定的监管权限,尤其是对保险机构享有全面的监管权。然而,这次美国金融危机的爆发说明,在金融业高度混业经营并快速发展的背景下,这种监管制度的安排无法有效地监管金融市场,甚至有可能因为其内部的

* 汲雷,济南大学法学院讲师。

协调和分工不明确而延误化解金融风险的有利时机,致使金融体系风险进一步累加而形成系统性风险,最终导致系统性风险以危机的形式爆发。

2. 英国的金融监管现状。1986年开始的“大爆炸”式的金融改革,推动了英国的金融自由化,金融领域中出现的混业经营趋势,不断冲击着当时的分业监管体制。特别是20世纪90年代以后,出现了很多综合经营的金融机构,其业务覆盖了银行、信托、保险、证券等各个领域,更是对分业监管体制提出了挑战。1997年5月成立了金融服务局(Financial Service Authority),简称(FSA),取代了若干个独立的监管机构,统一行使对银行业、保险业、证券业的监管职能。2000年6月,英国通过了金融服务与市场法,从法律上确认了金融监管服务局的地位。另外,英格兰银行、FSA和财政部通过备忘录方式明确了各自的职责:英格兰银行负责制定和执行货币政策,维持金融体系的稳定,并保留最后的贷款人职能;FSA负责对金融机构和金融市场的监管;财政部负责制定金融监管的结构框架和立法。英国这种高度集中统一的全新的金融监管体制,引起了世界上许多国家的关注。

3. 日本的金融监管现状。20世纪90年代,日本经济衰退,从1994年起,日本的兵库银行、北海道拓殖银行,有百年历史的山一证券公司先后倒闭破产。危机暴露了日本金融监管体制的落后性。1997年,日本政府进行了日本版的金融大爆炸式的改革,取消银行、证券、信托子公司的业务限制,允许设立金融控股公司进行混业经营。成立金融监督厅,专司金融监管职能,证券委也从大藏省划归金融监督厅管辖。1998年末成立金融再生委员会,与大藏省平级,金融监督厅直属于金融再生委,大藏省的监管权力大大削弱。2001年,大藏省改名为财务省,金融行政管理和金融监管的职能也分别归属于财务省与金融厅。改革将过去由大藏省行政独断一切的旧监管体制变成能适应金融自由化、国际化潮流的新监管体制,这是日本在金融监管体制方面实施的一场较彻底的改革,日本形成了单一化混业金融监管体制。

(二)我国的金融监管现状

目前,我国形成了由银监会、证监会、保监会分别负责监管银行业、证券业、保险业的分业监管体制,即“一行三会”的局面。在这一体制中,中国人民银行的主要职责是制定和执行货币政策,从宏观上维护金融稳定,但也保留了在法定条件下,对金融机构及其单位、个人的检查监督权。而金融机构在银行、保险、证券领域的活动分别由银监会、保监会、证监会进行监管。考虑到金融创新和混业经营趋势的影响,可能使实际工作中出现不同监管主体之间存在监管职责交叉或空白监管领域,法律规定由国务院建立金融监督管理的协调机制,在中国人民银行、银监会、保监会、证监会以及财政部之间及时沟通信息、协商问题和协调政策措施。

然而,在当前我国金融体系由分业经营向混业经营的推进过程中,美国金融危机爆发并影响到全球经济,此次美国金融危机中美国金融机构混业经营以及美国监管体系所暴露出来的问题,无疑为我们再次敲响了金融风险的警钟。从目前来看,

我国金融体系受到的影响相对较小,一方面得益于监管部门的有效监管,另一方面是因为我国金融机构创新能力不足,无法更加深入地参与国际金融市场的竞争,从而侥幸躲过一劫。然而,当前我国多家大型公司所陆续披露出来的由于金融衍生产品投资失误而导致巨额亏损的惨痛事实,再一次说明了金融市场发展相对滞后所付出的沉重代价。因此,在我国金融体系改革的进程中,我们决不能因噎废食,只有继续深化金融体系改革,推动分业经营向混业经营的发展,这样才能不断提高我国金融市场的广度和深度,也只有如此,我国的经济增长才能得到更有力的支持。但是,鉴于当前美国金融危机所带来的严峻现实,在推进金融体系改革深化的过程中,我们尤其要注意吸收此次金融危机的经验和教训,稳步推进金融监管体系的改革,使其更好地适应金融业改革和发展的需要。

二、我国现行金融监管体制存在的问题与不足

(一)金融监管的法律法规仍然不够健全,执行起来欠规范

目前,我国金融监管的法律体系中,部分法律法规尚未建立与之配套的实施细则,在实际业务中难免存在很多无法解释的地方,在处理具体问题时定性难、执行难;一些管理制度滞后于实践,给违规者带来可乘之机;有法不依、执法不严现象较为普遍。我国仍未严格按照世界贸易组织基本法律原则的要求和我国日益完善的金融市场的需要来着手建立和完善新的金融法律制度,而且目前法律尚未对我国三大金融监管机构之间进行协同监管,为从组织体系上形成合力制造条件。

(二)分业监管的业务基础面临严峻挑战

从现行制度上看,我国实行的分业经营制度并不是绝对的分离,而是有限的分离,即我国允许金融机构依据具体情况在某些领域以某种方式进行适当的交叉。这主要表现在:商业银行可经营部分证券业务,但限于买卖政府证券;商业银行可经营部分信托业务,但限于代理客户收付款项、政府部门及其他金融机构委托代理的业务,包括政府委托代理的政策性住房信贷业务、国家政策性银行委托的代理业务等;商业银行可经营保险代理业务;法律并不禁止商业银行在中华人民共和国境外从事信托投资和股票业务。我国确立的有限分离制度是对我国业已形成的金融机构业务交叉经营事实的部分认同。另一方面,信息技术的发展和金融创新的大量涌现推动了银行业、证券业、保险业的进一步融合,在利润最大化的原始驱动力和生存压力的迫使下,金融业务的综合化是适应竞争的必然手段,这些变化将使分业监管的业务基础产生动摇。

(三)分业监管造成了重复监管、监管主体缺位等监管效率低下的问题

混业经营使金融机构既涉及传统的商业银行业务,又涉足现代的投资银行业务、保险自营及经纪业务,如果按现行的分业监管模式进行监管,必然造成多个监管主体对开展某项交叉性业务公司的重复监管。例如,在保险方面,新的险种不断涌

现,诸如投资连结保险、养老金分红保险等,这些保险业务,既具投资功能,又具储蓄功能,对于这些业务,可能导致监管重复的问题。另一方面,尤其是当有的监管主体侧重实现金融稳定,而有的监管主体则侧重于保护投资者利益,对于这些交叉性业务,分业监管容易造成因监管主体目标冲突而产生的都管都不管、想管管不了等实质上监管主体缺位的问题。这些问题的存在,将不利于监管效率的提高。例如,像CDO(债务担保证券)、CDS(信用违约掉期)这样的金融衍生产品,到目前为止仍然没有一个监管机构宣称对其进行监管。最后多头监管的存在,使得没有任何一个机构能得到足够的法律授权来负责整个金融市场和金融体系的风险监控。

(四)对风险的重视程度不够,防控力度不到位

长期以来,特别是1995年以前,中国金融监管的重心主要放在了市场准入管理即金融机构设立的审批上,而没有放在对金融机构经营风险的监控和防范上。由于审批管理不严,致使一些不合格的金融机构进入了市场。进入市场后,对金融风险的内部控制与外部监管又没有相应跟上,使金融机构的经营行为得不到有效的规范与监督,风险得不到及时的控制和化解,致使金融领域内部矛盾重重。突出表现为信贷资金流向失控,信贷资产质量低下,金融运行风险加剧。随着金融业对外开放和金融体制改革的深化和金融创新的发展,所面临的市场风险会逐渐扩大。

(五)货币政策与金融监督管理存在利益冲突

我国将银行监管职能从人民银行分离并成立银监会的理由之一便是中央银行在执行货币政策和实施银行监督管理时的双重角色冲突。但是,成立银监会并不意味着两者之间的冲突得到彻底的消除,而只是将这种冲突外部化了。银监会成立后,中央银行虽然享有充分的货币政策信息,但不再享有完备的银行监管信息,而这些微观的银行监管方面的信息是有助于中央银行深入地了解金融机构的情况,并借此更好地制定和实施货币政策的。而分离后,一方面,部分有用的微观银行监管信息将不可避免的流失,势必影响货币政策宏观政策的制定和实施;另一方面,分立后的银监会将享有充分的银行监管信息和不完备的货币政策信息,这也使得银行监管缺乏以往所拥有的央行宏观面的金融信息,缺乏中央银行在货币政策和支付系统方面的信息和经验等作为监管决策参考。两者的利益冲突必然会影响我国金融业的健康发展

(六)在监管方式上,我国主要依靠现场检查,特别是突击性的“大检查”,这些都属于事后稽核,带有明显的滞后性,相关立法也明显滞后于我国金融衍生品的发展

目前,我国还没制定一部专门的金融衍生交易法,而且今年新修订的人民银行法、公司法、破产法和证券法等法律也没有给予其应有的关注。在金融衍生品可能对金融业的发展产生重大影响的今天,在立法的过程中没有引起重视,反映了立法观念的滞后性。现行金融衍生品立法体系的漏洞也是随处可见的,否则就不会发生

像2004年“中航油”和2005年的“国储铜”等风险事件。这也是我国自改革开放以来引进的多种金融衍生品大部分中途夭折的重要原因。因此,鉴于美国次级债危机中所暴露出来的衍生工具风险问题,在立法上应该加以重视。尤其是对商业银行和投资银行业务的监管上,应该在立法上对二者业务的交叉性有所考虑。

(七) 监管手段落后和惩戒机制缺位

我国的金融监管主要是对金融业的业务进行审批和经营的合法性进行监管,对日常经营过程中可能存在风险性监管尚未真正进行,更没有在监管前的提前预警机制,基本上还是重审批、轻管理,重视银行存贷业务的质量和风险、轻表外业务的质量和风险等问题。我国风险监管方式主要采取金融当局监管、金融机构自我监管以及社会外部监督。金融机构缺乏自我约束、自我管理机制,内部监管流于形式,缺少行业自律组织监管。社会监督机构对金融业检查缺乏透明度,缺乏量化指标,操作随意性大,监管效率低下。法律规定惩戒机制缺位,人们不必为自己的违法、违规行为付出任何代价,法律规定就不会有威慑力,即使有制度也是形同虚设,行为人进行各种投机交易,屡屡造成巨大损失。从2004年的“中航油”事件,到2005年的“国储铜”事件,企业遭受巨额损失,相关责任人却并未受到相应处理。因此,如果在将来银行资产证券化的过程中,因为信贷资产的质量得不到保证而又不能对相关责任人有效惩处的话,我国未来衍生金融工具所面临的风险将会被不断放大,进而殃及整个金融市场的稳定。

三、关于我国金融监管体制改革的建议设想

中国金融体制改革的整体目标是建立统一开放、有序竞争、严格管理的金融市场。金融监管模式的选择,主要取决于一国经济发展阶段、金融发展状况及政府管理体制等特点。针对目前我国金融监管组织结构中存在的问题及我国国情,可以借鉴美国伞状监管模式,即实行由中央银行牵头的伞状监管模式:牵头监管即在多重监管主体之间建立及时磋商和协调机制,特别指定一个牵头监管机构负责不同监管主体之间的协调工作,这种模式最大优势在于通过牵头监管机构的定期磋商协调,相互交换信息,降低监管成本,提高监管效率。

目前有很多学者赞同此观点,认为实行由中国人民银行牵头的金融监管组织结构既符合我国目前金融业的发展状况,又具有一定的灵活性、前瞻性。为此,笔者认为可以从以下几个方面入手:

第一,可借鉴德国的改革经验,在中国人民银行牵头的金融监管组织,即金监委下设各个专业咨询委员会或工作小组,吸收金融市场各领域的专业人士、借款人代表、消费者代表和学者及监管机构代表组成,及时反馈市场意见,为金监委提供决策咨询,并对各监管机构执行决策的状况进行评估,同时要建立金监委、财政部、国家发改委与人民银行之间的定期会商机制。

第二,从长远来看,应逐渐放弃按监管部门的职能来界定金融机构业务范围的做法,改机构监管模式为业务监管模式,即以金融业务而非金融机构来确定相应的监管机构和监管规则,即银监会监督银行业务,而不仅仅是银行。经过此种改革,监管机构就可以跨机构进行业务监督,提高监管的效率。

第三,加强金融机构“内部监管”立法。相对于“外部监管”的被动性与消极性而言,内部监管具有主动、积极、迅速、有效等优势,是由“他律遵法”向“自律守法”的转化。但在金融安全与金融效率的矛盾作用下,并不是所有的金融机构都能将外在的他律性规范转化为内在的自律性规则,少数金融机构会规避监管以牟取暴利。为此必须摒弃“金融机构公司治理和内部控制属公司自治范畴”的传统观念,加强公司立法,强化内部自控机制。学者概括公司治理有四大模式:美英模式、德日模式、亚洲家族模式、转型经济治理模式。但“好的公司治理”可以看做是适应一个国家发展,能够有效推动经济增长的公司治理,而这样的公司治理在发达经济与转轨经济里是不一样的,西方发达国家的治理经验并不能直接移植。笔者认为应结合新颁布的《中华人民共和国公司法》对公司非货币出资、公司对外担保、公司关联交易、公司法人人格否认、公司清算与破产等涉及金融业的制度作出具体规制以增强可操作性。另外,植根于金融市场的非法律金融规则因其技术性、专业性强应上升为技术规范,形成专业监管法则,并建立完善的内部风险预警控制机制,提高对金融机构的公司治理水准。同时,加强金融业行业自律性组织的建设,建立、健全银行业协会等行业性组织工作,在政府监管范围之外,通过自律行业的道德规范加以补充。在此基础上,建立全国同业协会的联系机制。

第四,建立金融机构的信息披露机制,加强社会公众的监督,深入开展有关市场规则、金融意识和知识的教育,增强人们的金融风险意识、社会信用观念,遏制非法金融活动的社会基础。同时,建立科学的风险识别、报警和评估方法体系,全面系统地收集各地的经济金融数据,对金融风险进行动态分析和综合评估,及早向金融机构发出风险预警信号,使金融监管成为向金融机构提供的风险管理服务,而不是管制,成为向社会公众提供的公共服务。

第五,加强金融监管国际合作立法。由于金融的“同质性”,各国对金融监管的立法呈现趋同化,国际金融组织巴塞尔委员会制定了大量的监管标准和指导原则,如《巴塞尔协议》、《有效银行监管的核心原则》等。中国已承诺实施巴塞尔核心原则,这更要求我国尽早探索出一条合适有效的监管路径,与国际监管标准接轨。对于各国能在多大程度上满足国际上的具体监管标准,应该保持现实主义的态度,某些国际标准或许过于琐碎和复杂,并不都适应新兴经济体的需要,更值得重视的是其中包含的原则。我们应将适合中国国情的国际性指导原则转化为国内法律。另外,应在维护国家主权和国家利益的前提下,与外国金融监管当局和国际证券监管委员会(IOSCO)等国际监管机构就监管信息交流和制止内幕交易、追查跨境金融犯

罪等非常事态的处理签订“谅解备忘录”。法律协助协议等法律文件,避免了国内监管法律域外适用的冲突与尴尬。

总之,我们应该把作为制度支撑的监管制度的创立当做基础设施改革整体不可或缺的一部分,而不是将其作为事后的思考。我们应不断加强研究,加强监管立法,依法保障金融业的健康发展。

中国金融监管模式的选择

马国泉*

金融监管是金融监管机构对监管对象及其活动是否符合要求所进行监督、检查、管束和处理等一系列行为的总称,以此来实现法律和政策旨在达到的目的。^①它包括金融监管的原则、目标、模式和体制的选择。一部金融法制史也是一部金融危机的应对史,也是一部金融监管模式变迁的历史。而金融监管模式选择取决于一个国家金融结构的变迁,取决于政府与市场在金融深化、金融创新与风险管理方面的动态博弈。

一、金融监管模式概述

(一)金融监管模式

监管模式一般是指监管部门划分监管对象的制度安排,主要有机构监管(institution regulation)模式与功能监管(functional regulation)模式。机构监管是按照金融机构的类型设立监管机构,不同监管机构分别管理各自的金融机构,但某一金融机构类别的监管主体无权干预其他类别金融机构的业务活动,如银行机构、证券机构、保险公司各自归属不同的监管机构,但银行的监管机构却无权干预保险公司或证券公司的银行业务活动。

所谓功能性监管是指依据金融产品所实现的基本功能(而非以金融组织机构性质为标准)为依据确定相应监管机构和监管规则,对象不再拘泥于特定种类性质的机构,而是扩展到一切从事相应金融活动的主体。由于金融产品所实现的基本功能具有较强的稳定性,使得据此设计的监管体制和监管规则更具有连续性和一致性,能够更好地适应金融业未来发展中可能出现的新情况。^②功能性监管关注的焦点是产品,而不是静态的机构的性质。^③功能性监管是在银行、证券、保险等多个主管部门之间的混业监管或者以业务为标准的监管模式的基础上进行的转化和整合,旨在能有效地解决金融业混业格局下金融创新产品的监管归属问题,避免监管“真空”和多重监管现象的出现;强调实施跨产品、跨机构、跨市场的监管,主张设立一个

* 马国泉,山东经济学院法学院讲师,中南财经大学2007级法经济学博士生。

① 韩龙:《金融法为何是规制与监管之法》,载《甘肃政法学院学报》2008年5月总第98期。

② 丁俊:《功能性金融监管:我国金融监管体制发展的新方向》,载《上海金融》2001年第1期。

③ Heidi Mandanis Schooner and Michael Taylor, "United Kingdom and United States responses to the regulatory challenges of modern financial markets", Texas International Law Journal, Vol. 38, 2003, p. 323.