



金融法前沿论丛
高晋康 主编


鲁篱 黄亮 程乐明 / 著

金融公会 法律制度研究

JINRONG GONGHUI
FALÜ ZHIDU YANJIU



中国金融出版社


 金融法前沿论丛
高晋康 主编

西南财经大学中国金融研究中心课题
中国法学会课题

西南财经大学“211”课题
本书获西南财经大学学术专著出版补贴基金资助

鲁 篱 黄 亮 程乐明 / 著

金融公会 法律制度研究

 中国金融出版社



“金融法前沿论丛”

总序言

加入世界贸易组织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。

金融法律是现代金融社会的重要制度构成。在经济与金融全球化以及中国加入世界贸易组织的背景下，中国的金融法领域有许多新的问题需要深入研究和探索。制度是影响人类的经济行为、资源配置的最基本的变量。法律作为现代社会的重要制度构成，可以改变参与人的选择空间与博弈的均衡结果。不同的法律制度改变着参与人的收益与行为模式。法律的发展，从制度的角度看，应该有它的最佳模式和形态。法律的发展与一国、一民族的文明相对应，向两个维度演进：一是世界经济的一体化要求各国的国内法与国际惯例接轨，二是法律在本质上呈现出本土化的特质。由此，金融法的发展面临价值选择的冲突和矛盾，如金融法的“全球化”与“本土化”、金融法的“统一性”



与“多样性”、金融法的“平衡发展”与“非平衡发展”，等等。金融法律的无限丰富性亦正是由它内在矛盾的丰富性表现出来的。每一阶段的现实发展决定法的价值取向，决定法的制度安排和功能设计。金融法律应该体现出与每一阶段法律目标的最大可能的一致，不断促使更好的利益格局形成。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。

法学研究之深入，端赖范式转换。金融法学，是法学与金融的融合，它研究金融法律制度的形成、演变、结构和影响，关注法律这一制度性因素对金融主体行为及金融运行的影响，以法律的制定和执行有利于资源配置的效益并促使其最大化为价值取向。法和金融学有两大研究方向：一是结合法律制度来研究金融学问题，二是利用金融学的研究方法来研究法学问题。多元的研究视角和研究方法为理解法律是如何影响人们的行为提供洞察力，为观察熟悉的问题提供新的视角，提供一种思考法律规则的新方法。

“金融法前沿论丛”将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法律问题。尤其重视结合中国本土背景，并借鉴国外及国际的立法和实践，提出建立与完善中国金融领域所面临的新的重大法律问题的建议。

“金融法前沿论丛”力求反映出这样的特色：

第一，选取金融法前沿问题，针对我国金融实践中面临的诸多重大法律问题，进行深入系统的研究和论述，深



入探讨制约和影响金融法律的演进和发展的显性制度（法律规则及运行）和隐性制度（价值取向与理念），从理论上进行分析和研究，推动金融法前沿领域的专题研究。

第二，采取比较研究、判例研究、多学科交叉研究等综合的研究方法，针对我国面临的新问题，联系国外法律制度以及国际性立法，面对各种法律文化既相互碰撞、冲突，又相互融合的趋势，继承传统和合理吸收、借鉴域外法律制度，引进介绍成熟市场的先进学说与经验，参考国际惯例或通行的做法，推动金融法律体系结构和具体金融法律制度及原则的合理构建，力求为完善我国的金融法律制度提出有价值的建议。

第三，立足于中国实际，注意致力于植根中国本土、面向当代中国实际的金融法学研究，构建这一领域的基础理论框架，提出符合中国实际的解决问题的建议和对策。

“金融法前沿论丛”系西南财经大学“211”工程重点学科子项目“开放条件下的中国金融法制建设”分子项目的最终成果。希望以此加强法和金融学的融合研究，探索法学研究之范式，推动金融法学的发展，为推进我国的金融法治做出理论贡献。完善中国金融创新和推动金融法律的成熟，正是“金融法前沿论丛”编著的意旨。

主编 高晋康

2004年于成都光华园



前 言

市场经济中自律规则的存在是市场经济规则体系的一个明显特征。自律规则与法律规则共同构成了市场经济的规则体系，是法治社会中不可缺少的一个重要组成部分。随着市场经济的发展，市场自律也日益受到重视。市场秩序的建立，除了法制秩序外，市场的自我管理、自我约束的因素也是不可缺少的，自律是其中的一个重要组成部分。因此，在我国逐步完善社会主义法制的过程中，自律体系也应当不断扩展并得到深化。本书站在充分肯定金融业自律管理的立场上，对金融业自律管理的合理性、必要性以及可行性进行了论证；提出了自律是稳定和发展金融业最本质和最基础的结构条件，而国家立法机关和政府监管机关必须充分尊重金融业自律组织的规章制度制定权、非法律惩罚权、监管权和争端解决权等诸项自律管理权力。为了平衡金融业自律组织所代表的行业自身利益与社会利益的冲突，保证金融业社会功能的发挥，国家和社会应当对金融业自律组织的活动进行谨慎而又必要的干预。为此，应当通过国家、社会和文化三方面的认同，强化自律组织对自身形象的塑造，对可能出现的有损于金融业健康运行的行为进行适当的规制。具体而言，本书主要包括以下几个方面的内容：

一、金融业自律机制是市场主治和社会多元化下金融业发展的应有之义

当今多元化的、以市场主治为导向的新的社会运作中，自律是金融监管不可或缺的组成部分，同时也是金融业有效运作的必然构成，这是因为我们所欲构建的是一种有规则的、有秩序的市场经济，而不是强调片面自由的杂乱无章的市场。正如艾哈德所说，市场经济应当是自由与秩序的和谐体，“没有固定秩序的自由就有陷入混乱的危险，而没有自由的秩序又很容易导致残酷的压迫。”这种规则与秩序的体现之一就是市场的自律管理。我们认为，在金融市场中倡导金融公会的自治具有如下功效：（1）有助于防御国家对金融业的不当干预；（2）金融公会的制度安排可以作为市场失灵和政府失败后的第三条道路选择；（3）金融公会可以满足金融业和金融企业特殊的市场需求；（4）金融公会是在市场经济中倡导经济民主的制度回应。

自律管理在金融业发展中的合理性具体体现在：（1）自律管理是金融业主体道德理性的体现和保障；（2）自律管理是提高管理效率、降低金融业交易成本的有效选择；（3）自律管理有助于防范市场经济中存在的道德风险，从而保障市场机制的顺利运作；（4）金融业自律管理符合多元化社会和谐发展的需要。

借助经济学和社会学的视角，本课题对金融业自律的合理性做了较为概括的论证。自律对自利行为的这种无形制约，就是市场经济中的一只“看不见的手”。它的秩序功能就在于“修正最大化行为”，以保证社会或团体的成员自觉地约束私欲



的无限膨胀。

二、金融公会自治权的内容包括规章制定权、监管权、非法律惩罚权、纠纷解决权以及起诉权

在本部分中，我们首先分析了金融公会自治（自律）权的性质，我们认为自治（自律）权在本质上是一种公权和私权结合的权力，其权力来源主要有三个方面：一是通过契约而享有，二是通过法律的直接规定而享有，三是通过行政授权而享有。而其中我们认为通过契约而享有的自治权应当成为我们主要发展和研究的对象，虽然我们也认识到其并不是我国当前金融公会的主导模式。

对于金融公会的规章制定权，我们认为这是金融公会进行制度创新的主要工具。金融公会制定的规章可以成为正式法律制度的渊源，并且可以在正式法律制度无法调控或者秩序紊乱的时候提供救济性的秩序控制，同时其还可以对正式法律制度起到有效的补充作用，因而我们应当大力提倡和支持金融公会规章制定权的行使；而对于金融公会的监管权，我们认为其主要包括许可批准权、日常管理权以及标准制定和实施权；对于非法律惩罚权，我们在分析了金融公会享有非法律惩罚权的功能优势以后，着重对几种常见且争议较大的非法律惩罚权给予了具体的研究并探讨了各自的适用范围；最后我们对金融公会的争端解决权和起诉权也进行了功能分析和比较。

三、通过比较研究，寻求加快我国金融业自律机制建设的有效制度选择

在本部分中，我们将证券业、银行业和保险业作为研究金



融业的透视点和关注点。我们对世界各国（地区）金融公会的自律管理模式进行了考察，基本上总结和梳理出自律管理在金融业发展中的演进脉络。通过对历史的考据钩稽，我们认为：金融业自律管理是金融市场发展到一定程度后，在总结早期金融行业自律经验和教训的基础上，于西方国家中首先产生的，并伴随着世界其他国家金融业的发展而被广泛地接纳为管理金融业的一种有效的制度选择。世界主要金融业发达的国家和地区，通过建构完善的自律管理体系，并组织制定比较系统、完整的自律监管制度，对金融行业实施管理。这些先进的经验表明，自律管理是金融市场监管体系的有机组成部分，与政府监管有较强的互补性。通过这种借鉴工作和比较研究：第一，可以从理论层面上弥补这方面研究的不足，尽快形成适合我国金融业自律管理的理论体系；第二，有利于尽快融入世界经济一体化下的金融业国际化浪潮，加速和世界经济的接轨；第三，各国经济体制虽有所差异，但基于市场内在规律的相通性，通过借鉴和比较，可以做到“他山之石，可以攻玉”，使我国的金融业自律能得到更好的发展。

四、金融业自律机制的设计应考虑行业特征和部门之间的功能性差异

我们认为，金融业是高风险行业，是整个经济体系风险和一定的社会风险的聚合处和汇集点。有没有一个设计良好并能得到严格执行的金融业自律机制，直接关系到我们能否在享用金融业带来的经济和社会利益的同时，又能有效地驾驭金融业的这些风险。另一方面，金融业是典型的信用产业，金融业的运转依赖于信用关系和信誉基础。同时，由于金融业带有广泛



的大众性、社会性，所以已成为具有显著社会性的产业。金融业一旦出现问题，不但会损害金融业自身，有时还会引起难以预料的连锁反应，甚至殃及一个国家正常的经济运行。要保证金融业这一同时具备高风险性、信用性和社会性的当代经济枢纽正常发挥作用，就必须做到量体裁衣，设计出符合经济和社会发展需要的自律机制。本课题分别从证券业、银行业和保险业的自律机制入手，对这一问题进行细致的思考和分析。

在证券业部分，我们的研究对象是证券交易所和证券业协会。在证券交易所自律管理机制的建构方面，应从事前和事后两个方面着手，设计出充分体现证券业和证券交易所自身特征的自律管理模式。具体而言应从以下几个方面入手：（1）建构完善的交易所内部自律管理架构，即形成完善而独立的自律管理机构组织；（2）建构事前自律管理机制，即完善对会员的监察、检查、调查等；（3）建构事后自律管理机制，即对会员或交易参与者的听证、处分、上诉等。而证券业协会在整个证券业自律管理体系中应当充分发挥好三个方面的职能，即行业协调中枢、场外交易管理和双向服务功能。（1）证券业协会应当扮演好协调中枢的角色，即成为行业内部协调者和证券业同政府管理部门之间的协调者；（2）在场外交易方面证券业协会也有充分的功能发挥空间；（3）证券业协会应充分做好双向服务工作。在行业内部强化为会员的服务，对社会来说则应充分维护投资者的利益。

对于银行业自律机制的设计，我们认为，银行业自律功能的有效发挥需要从以下几方面入手：（1）自律主体的建构。主体建构包括内部机构设置、相关人员管理、组织经费来源和公会文化营造四个要素。（2）自律规则的制定。自律主体与自律

规则是实施银行业自律的前提。(3) 独立性机制、纠纷解决机制、责任机制是保障自律有效运作的机制，且监督机制也不可或缺。(4) 银行业协会的其他三大功能——服务功能、维权功能与中介功能都需要一些具体的机制设计才能得以更好地发挥，如维权功能的实现就需要风险防范机制、联合行动机制、双向维权机制的相互配合与共同作用；公会的中介功能则需要信息传递机制加以细化。

就保险业的自律管理而言，在自律主体完善的基础上，自律功能（机制）需要从以下方面予以细化：（1）制定自律规则；（2）推进诚信建设；（3）实施自律惩戒；（4）健全纠纷解决机制。在服务机制、维权机制与中介机制的建立健全方面，在突出保险业自身特点的同时，借鉴了银行业自律管理的相关分析。

五、金融业自律管理的实现必须仰赖于自律组织架构有效的内部机制、塑造良好的社会形象以及培育自律的社会文化

从国家对金融业自律组织的认同来看，要实现自律管理就必须做到：（1）国家应当承认并保障金融业自律管理组织独立的自治地位，同时授予其相应的权力，而且这种承认和授予应当以法律的形式确定下来。国家对金融业自律管理组织的权力的让渡，是金融经济发展的必然要求。一元化的管理模式不能适应追求高效率管理的金融业的发展。（2）国家在授予金融业自律管理组织自律权力的同时，也应建立相应的制约机制，防止其管理权力膨胀而导致的行业风险以及由此引发的社会风险。（3）建立国家与金融业自律管理组织之间的沟通机制，实



现两种社会管理层面的信息交流，从而实现良性互动。

从社会认同的角度来看，金融业自律管理组织为自身打造一个良好的、获得大多数社会公众认同的社会形象对于金融业自律管理的实现非常重要。(1) 金融业自律管理机制的设计中赋予了自律组织很大的金融业管理权力，因而金融业自律管理组织必须显示并证明这些机制设计的现实合理性；(2) 由于金融业所具有的社会公共性，金融业自律管理组织的活动很有可能会产生对经济社会很大的冲击力，为了平息人们对这种冲击力的担忧，金融业自律管理组织必须向社会公众表明它的公正性和责任性；(3) 要保证金融业自律管理组织各项管理活动的高效性和独立性，就必须尽可能减少国家对金融业自律管理组织内部事务的干预，那么，金融业自律管理组织必须向公众证明其摆脱公共权力介入的必要性；(4) 金融业自律管理的实现必须依赖公众的配合和理解，因而金融业自律管理组织便不得不为自己设计一个能为公众认同和支持的社会形象。金融业自律管理组织良好的社会形象的设计，主要涉及对公正性、公开性、责任性和社会责任理念的追求并建构相应的实现机制。

从文化的视角来思考金融业自律管理的实现，就应当积极培育和塑造一种独立、自治和自律的社会文化氛围，逐步建立其对社会组织自律管理的文化支撑，摆脱对国家权力的过分依赖。要实现这种文化上的递进，需要从两个方面入手：第一，需要金融业自律管理组织及其所代表的整个金融行业，具有独立于国家的意识和品格，在整个金融业自律管理组织内部培育相同的精神和文化，从旧有的“一元化”社会管理模式中解脱出来，建立其对行业的认同感。第二，从整个社会的宏观视角而言，培养和倡导自律文化也意义重大。只有包括金融业自律



管理组织在内的整个社会培育出独立和自律的文化，才可能使各个金融业自律管理组织在强调与国家有规则可循的合作关系上保持自我的独立性，履行好自我管理的职能。

六、我国金融业自律管理的现状及其改革路径

在本部分中，我们分别通过对我国证券业、银行业和保险业自律管理发展历程的梳理、分析和论证，揭示我国金融自律管理存在的问题并对其成因给予理论解释。

从总体上讲，我国当前实行的是政府主导型金融业管理模式，这种模式的窘境和不足主要体现在以下几个方面：（1）当市场自身规律越来越多地发挥作用时，在金融监管领域，以金融监管机关为核心的政府主导的单一监管体系正日益显得力不从心，其原因在于其角色的多重性、复合性；（2）对金融业进行管理的价值定位，其中最重要的一个方面便是对“效率”的推崇，因此金融监管的有效性是建构金融业管理机制的关键性问题，而这一点恰是目前监管体系的弱点；（3）除了对效率的追求，金融业的发展还要求有高质量的管理，即所采取的管理措施能取得良好的效果，而我国目前这种过分依赖政府外部监管的金融业管理模式的运行质量却不尽如人意。需要说明的是，在本书研究中，上述几点是通过以证券业为透视点而得以具体阐释和体现的，其结论在我们看来，对银行业和保险业也同样适用。

在证券业方面，我们认为我国证券业自律管理存在以下几方面的问题：（1）我国证券业自律管理组织独立性缺失，不具有西方社会证券业自律性监管组织那样的行业自治基础，在登记管理机关和业务主管单位的双重管理下，扮演的是政府对证券业进行管理的执行者的角色。（2）我国证券业自律管理组织



的内部机制存在缺陷。银行业自律管理的问题主要有：一是政府色彩过于浓厚，凸显出“二政府”的不当定位；二是服务功能有待强化和提高；三是银行业协会功能发挥程度与效果不尽如人意。保险业的自律管理存在以下问题：一是自律主体状况欠佳，如协会内部机制问题和独立性问题；二是自律功能发挥得不够充分；三是服务和维权水平亟待提高；四是中介作用有待完善。

针对上述问题，我们对完善我国金融公会的现状提出了相应的解决思路和办法：一是大力加强市场经济体制改革，培育自治和自立的市场主体；二是国家和社会应当培育和发展自治的社会文化；三是对我国现行法律进行清理并在适当的时候以相关立法的方式对金融业的自律管理给予制度支持。



目 录

前言	(1)
导论	(1)
一、对金融公会的界定	(1)
二、对具体金融行业的界定	(5)
三、问题的提出	(9)
第一章 金融公会自律管理存在的合理性	
——法社会学和经济学分析	(12)
第一节 自律合理性的一般分析	(13)
一、历史演进下的独特价值	(13)
二、横向比较中的个体优势	(14)
第二节 金融业自律合理性的具体研判	(16)
一、国家干预或专制下企业的防御与自我保护	(17)
二、市场失灵与政府失败下的第三条道路	(19)
三、特殊市场需要的供给者	(26)
四、经济民主的回应	(29)
五、道德理性的体现和保障	(31)
六、对道德风险的防范	(32)
七、多元化社会和谐发展的需要	(33)

第二章 金融公会自治权的内容	(36)
第一节 金融公会自治权的性质	(36)
第二节 金融公会自治权的来源	(40)
一、契约之权：私权的合力	(40)
二、法定之权：公权的支撑	(41)
三、授权之权：委托的效应	(42)
第三节 金融公会自治权与国家权力的界限	(43)
第四节 金融公会自治权的具体内容	(46)
一、行业规范制定权	(46)
二、行业监管权	(52)
三、非法律惩罚权	(54)
四、业内争端（纠纷）解决权	(66)
五、起诉权	(71)
第三章 对世界主要金融业自律管理模式的比较研究 ..	(73)
第一节 对世界主要证券业自律管理模式的分析 与借鉴	(73)
一、美国证券业自律管理模式	(74)
二、英国证券业自律管理模式	(77)
三、欧陆证券业自律管理模式	(80)
四、东亚主要证券业自律管理模式	(83)
五、证券交易所自治地位的比较研究	(87)
六、小结	(113)
第二节 对世界主要银行业自律管理情况的分析 与借鉴	(115)
一、欧洲地区银行业协会简介	(117)
二、北美地区银行业协会简介	(126)
三、澳大利亚银行家协会简介	(131)



四、亚洲地区银行业协会简介·····	(133)
五、小结·····	(147)
第三节 对世界主要保险业自律管理情况的分析 与借鉴·····	(156)
一、欧美地区保险业协会简介·····	(156)
二、东南亚地区保险业协会简介·····	(165)
三、东亚地区保险业协会简介·····	(171)
四、小结·····	(179)
第四章 金融业自律管理机制设计·····	(183)
第一节 证券业自律管理机制设计·····	(183)
一、证券业自律管理机制设计基本鉴说·····	(183)
二、证券交易所自律管理机制·····	(185)
三、证券业协会协调机制·····	(212)
第二节 银行业自律管理机制设计·····	(217)
一、银行业自律管理机制设计基本鉴说·····	(217)
二、银行业协会的自律机制·····	(218)
三、银行业协会的服务机制·····	(235)
四、银行业协会的维权机制·····	(237)
五、银行业协会的中介机制·····	(240)
六、小结·····	(241)
第三节 保险业自律管理机制设计·····	(243)
一、保险业自律管理机制设计基本鉴说·····	(243)
二、保险业协会的自律机制·····	(243)
三、保险业协会的服务机制·····	(251)
四、保险业协会的维权机制·····	(252)
五、保险业协会的中介机制·····	(253)
六、小结·····	(254)