



金融新视点
NEW VISION ON FINANCE

黄毅 / 著

银行监管与金融创新

BANKING REGULATION AND FINANCIAL INNOVATION

历经两次国际金融危机的冲击，我们如何认识中国金融改革所处的环境？如何认识我国金融体制的变迁？又如何考量我国的银行业发展、监管与金融创新？如何应对未来银行业监管的挑战？本书从开放的视角，以坦诚的情怀提出了有关金融发展的主张，对中国银行业立法、金融改革与开放、金融服务与创新、产融结合等相关问题有独到的判断，对于我们正确处理经济金融发展问题以及应对经济全球化有一定的参考价值。



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



金融新视点
NEW VISION ON FINANCE

银行监管与金融创新

BANKING REGULATION AND FINANCIAL INNOVATION

黄毅 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

银行监管与金融创新 / 黄毅著. —北京:法律出版社,
2009.8

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9860 - 6

I. 银… II. 黄… III. ①银行监督—研究—中国②金融
创新—研究—中国 IV. F832

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 152730 号

银行监管与金融创新

黄毅著

责任编辑 王 扬

装帧设计 魅力天华

© 法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2009 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 20.75 字数 285 千

印次 2009 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939659

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9860 - 6

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

三十年来,中国金融业历了国外金融体制变化的冲击,也经受了国际金融市场动荡的影响,承受了来自方方面面的压力和挑战。在这个过程中,对于中国金融发展问题尤其是重大问题,无论是政府抑或市场,还是其他社会群体,对同一问题的不同的发展理念和不同利益诉求总是长期存在。但是,三十年时间,我们形成了一个可以公开讨论问题的环境和气氛,我们在不断实践或者试验的过程中,确实正确处理和解决了一些当时难以定论的问题。当前,我们正在经受美国金融危机引发全球经济全面衰退的考验,诸如中国银行业务的战略转型问题,外汇与人民币的自由兑换问题,人民币利率的市场化、股票、债券和期货的发展、金融监管或者银行监管等重大问题,我们仍然需要足够时间广泛的讨论,更需要在实践中反复不断地自我纠错。

作为一个银行监管者,或者银行监管规则和政策制订参与者和实践者,经历了1997年亚洲金融危机和2008年全球金融危机,我们对金融业或者主要是银行业的公信力问题,保护存款人利益,或者金融消费者利益问题等有了愈来愈多体味。我们认为,一个机构甚至一个系统是否稳健,监管基本规则,以及有效执行规则的政策措施和程序当然是十分重要,娴熟的监管经验和管理技术也同样不可或缺。更为重要的是长期保持清醒的认识,要有足够的忧患意识,这是我们正确地处理好问题的出发点和落脚点。

近二十年来,我们借鉴了国际金融业运行的一些先进法律制度,结合我国法治发展的实践,形成了具有中国特色的金融法律规制体系,这是我们在比较和探索国际间银行法的基础上不断积累的成果,也是中国金融

融入全球化的一个重要标志。尽管有关借鉴和引进一些金融监管的规制同样存在不同的议论,但是,大家都集体不自觉地达成了一种共识,就是全球化的时代,不管主观意愿如何,只要你与别人交往,你就不可避免地接受外部世界已形成的规则,或现实迫使你学习和借鉴别国成熟的法律制度。譬如,如何处理监管规制与金融业务创新关系上,我们不仅要考虑创新的市场环境、法律支持环境等,更重要的是其收益与成本,不能简单地认为规制影响创新。当然,借鉴来的东西是不是简单地拿来就用,需要认真研究。即使拿来就可以用,也同样需要认真研究借鉴的实践价值,是否符合我国的法律变迁的传统,尤其是是否符合我国金融改革与发展的实践。在这点上,我们在银行业监管立法实践中有很深的体会,今后,也还需要花时间、下工夫去学习和讨论。

毋庸讳言,制定政策与法律是基于历史的经验总结,但也需要前瞻性地学习。面对未来,任何人都不是天才的预言家,但社会需要我们面向未来思考。正像丘吉尔所说的那样,“向前看总是明智的,但要做到高瞻远瞩并非易事”。虽然经验总是面向历史的,但不敢面向未来,却也只能表明不是以发展的眼光来看待问题。一个理想的政策、一部良好的法规,不仅可以体现制订者的责任理性和远见卓识,而且能够使各种利益关系达到动态平衡。特别是处在转型时期的中国社会,各种问题和矛盾只有在改革与发展中才能不断得到解决。然而在解决问题的过程中,又会不断出现新的更加复杂、更加技术化的难题,需要我们去面对。同样,在金融市场全面发展的今天,我们需要有足够的勇气和智识,去坦诚面对我们的困难,也应有更加宽广的胸怀,去破除我们认识上的误区。事实上,我们已经接受或者正在接受来自国内外各种各样的考验和压力。当然,也正是这些困难,促使我们不断地以更加开放的眼光去比较,去重新审视我们已经走过的路,去思考、擘画我们还将面临的复杂局面。在我国银行业的改革与发展进程中,我们要关注的是如何发现问题,找到解决问题的最优办法与方案。这种办法和方案可能不止一种,也许是很多种。对于这些办法和方案,有的人看出来也正在做,但没有人说出来,也有的是看出来

没有在做,但也没有说出来。我是幸运者,我得到一个为国家出力的机会,我必须用心去做好事,用心去珍惜,无怨无悔地面对矛盾和问题,以足够的社会责任感去思考,去研究,而且将想法和观点表达出来,向大家求教,供大家讨论。我也知道,成长在这个伟大的时代,个人有机会将自己的命运与银行业的监管和发展连在一起,能够为银行业发展贡献绵薄之力,是许多仁人志士的梦想。

呈现在大家面前的小册子是我多年的一些思考,也有思考中的一些困惑,现在我把它心平气和地说出来。作为一个历史记录,期望能够引起有兴趣的来者有所注意。在这本小册子中,有些是经过准备在正式场合的讲稿,有些是即兴讲话整理而成的,也有一些做好准备未按稿子讲的,而且有的是在国外讲的,有的是在国内讲的;也有自己在工作之余撰写的一些文章。不管是整理出来的讲话,还是发表的文章,都是我近年来从事银行监管法律工作的体味。当然,所有的想法和想法的表达既没有正确与错误之说辞,也没有好坏与善恶之辨别,判断是历史条件下的现实判断,能否引发未来人的思考基本上是一厢情愿的事。我想无论什么情况,把有关自己对一些问题想法说出来,对我们正确处理经济金融发展与创新问题,以及应对经济全球化的冲击都是十分重要的。我相信,人的思考是开放的,我的一些想法对与不对,姑且不论,在这里只能说是经过我独立思考下的言论,期望让大家听得懂,盼望有一些共识。

最后,需要向大家说明的是,本书保留了原来的观点和数据,仅对少量文字作了整理。同时,本书收入了两篇非金融类的文稿作为附录。这两篇文稿从题目上看与金融法律或金融业发展关系不大,但从内容上看却关系到我国金融生态环境的重大问题。另外,本书还收入一篇已经发表的联合署名文章和附录序言,在收入时已经征得作者的同意。

目 录

前言 / 1

银行监管立法问题 / 1

依法监管认识问题 / 8

银行业依法监管的基本内涵 / 15

专业监管和一般行政管理的区别 / 21

金融监管边界与监管法律改革 / 26

谈中国银行业合规风险管理 / 43

汇率变动与银行业风险管理 / 48

汇率制度改革和银行业风险管理 / 52

中国外汇风险管理实践的十大问题 / 59

中国商业银行公司治理经验与路径 / 65

中国银行业风险管理的现状与未来 / 72

中小企业融资与金融业务发展 / 86

中小企业的金融服务问题 / 97

对话尤努斯:小额信贷在中国尚需精准筹划 / 108

哈佛归来谈小额信贷 / 119

中国的农村金融服务体系 / 129

西部大开发与金融服务 / 137

美国金融控股公司的监管 / 145

银行业务转型与发展的变化趋势 / 151

资产证券化:银行监管者的视角 / 157

银行转型与知识产权质押融资 /	163
商业方法专利的研究价值与主要内容 /	168
养老金监管与银行业务创新 /	176
企业年金管理与银行业务发展 /	180
日本产融结合问题研究 /	185
大型国有企业投资金融机构问题研究 /	194
中国银行业市场化改革中的几个问题 /	203
中国银行业开放与金融创新 /	210
中国银行业市场开放的法律问题 /	217
中国银行业依法监管的环境、结构和路径选择 /	225
改革开放三十年银行业依法监管回顾 /	247
中国银行业法治建设的过去与未来 /	257
论诚信机制与信用体系建设 /	263
谈政府法治方略 /	267
谈国家法治建设 /	271
附录 /	277
精英群体履行社会责任问题 /	277
原罪莫须有 法律归去来	
——民营经济原罪问题的法律思考 /	296
《银行业监督管理法讲座》序言 /	312
《监管的艺术》序言 /	316
《银行业监管法律法规文件汇编》(代序) /	318
《反思银行监管》译者前言 /	322

银行监管立法问题*

我和大家一样,都是崇尚法治的人,而且一直躬身于我国金融法治事业,亲身经历了金融法治艰难而可贵的发展历程。多年来,我们高兴地看到了金融法治来之不易的辉煌成就,我想每一个人也都会为法治建设的任何有意义的举措而欢欣鼓舞。为此,我想借此机会,真诚地为《中国金融法治 2005》的出版道喜!

我是一个金融法律工作者,准确地说目前是一位银行业监管的法律工作者,因为平时参与立法活动比较频繁,而且与学术界交流交往较多,因此有幸经常听到大家对政府金融法治的诸多评价。对积极的评价,我们当然是心向往之且备感欣慰,但我们不可能只听到积极评价;我们同时也听到了很多批评,不少批评对我们改进工作发挥了积极作用。我可以向大家坦言,对这种批评,我们有过失落甚至是惶惑,但现在愈发变得乐于接受与善于反思了。所以,我也借今天这个机会,将银行业法治建设中的一些有价值的建议、意见和批评集中提出来,再分解成五个方面来检讨。在座诸位大多是从事金融或金融法律研究的专业人士,我希望大家对这五个问题能有所关注。

问题一:如何确定金融法律体系的规则层级?根据我国现行的立法体制,金融法律规则从层级上讲,除最上面的宪法关于经济金融的规范外,首先一个就是法律,其次是国务院的行政法规,再次是政府部门的行政规章,最低一个层次即规章以下的规范性文件。法律、行政法规、行政

* 在 2005 年 6 月 15 日北京中国社会科学院“《中国金融法治 2005》首发暨理论研讨会”上的讲话。

规章和规范性文件之下的决定或者牌照之类,就不属于法律规则体系了。与西方法律体系比较,无论大陆法系,还是普通法系,他们的法律规则层级是法律、规则、命令和牌照,他们的监管部门仅需依据法律制定出监管规则,再根据规则发布命令和发放牌照。美国、英国制定一个银行法律,其系统性、规范性和可操作性极强。我们的法律规则体系将规则分为四个层次,即法律、法规、规章和规范性文件,与西方各国对照,我国金融监管的规则制定难度系数较大。我们要将规则分成四个或者是三个层次来描述,这四个或者是三个层级之间如何相互协调和发挥效力,是一个难题。结果正如一些人说到的,我们的“法律不如法规,法规不如规章,规章不如批示”。虽然这种说法有失偏颇,但说出了我们法治建设中的缺陷,需要我们反思和应对。其实对这种现象,我们的学术界也进行了研究,还确定了一个术语,叫“法律规则效力倒置”。我认为,造成法律规则效力倒置的原因是复杂的,其中主要是国情、背景等客观、实践问题,例如政策治国的痕迹、官僚主义的遗风和事实上的有法不依等,但我还是有理由认为,我们的规则体系设计有问题,我们的法律规则层级有问题。我们需要对这些问题予以反思和检讨。至于这些问题的解决,我想这在根本上可能涉及一些更宏观的制度,例如国家立法权限制度等,短期内解决这些问题显然不够现实,我们宜从现有条件出发,做一些制度和机制上的改进,可能于事有补。第一位的恐怕还是改进我们的法律规则运行机制,例如加大法律规则审查力度等;第二是提升我们的法律规则本身质量,重点是加强法律规则的系统性等;第三是切实在全社会尤其是法治建设的专业力量中树立法治意识,主要是法律至上、法律保留和法律优位等意识。也许大家还有更多更好的办法,解决这样的问题也确实需要集思广益。当然,我们法律规则建设有很多成功的地方,这就不属于批评检讨的范围了。

问题二:当今我国金融立法的理念是什么?不少人曾问我,金融监管中我们到底秉持什么样的立法理念?我的理解是,至少应该从三个方面来考虑问题。首先是政府理念的深重影响。新中国建立以来,我们的政

府理念经历了由管制到管理再到治理的变迁过程,当今可基本确定为治理与善治。治理和善治是最重视多元主体博弈和公共利益的最大化的。早在半个世纪前,英国的马丁·洛克林就提出过“政治是一切公法呈现价值之峰的地图”、“公法不过是复杂的政治话语形态”等命题。来自OECD国家质量监管研究者的一份重要报告,也为我们提供了这样一个判断:所有监管政策和立法,都是基于政府模式、政府原则和政府理念的综合。所有这些结论,都说明了政府理念对金融立法的作用和影响。其次是法治本质的必然要求。按照亚里士多德所作的经典阐述,法治应包括两重涵义:“已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该是本身制定得良好的法律。”我们今天讲法治,大抵都能说出些头头道道,可能有些不同理解,但可达成共识的是,法治本质上应包涵四个要素:一是法律必须是“良法”;二是“良法”必须能真实运行;三是社会成员崇尚并服从法律;四是一切偏离目的的公权行为均有救济。可以设想,在我国法治已到达的百年一问“良法何在”的历史时期,“良法”的这一法治要求,必然深刻影响到我国金融立法理念的形成。最后,也即最重要的是全球金融立法理念的磅礴激荡。我们学金融的人,一定是先学货币银行学,再学金融学、金融工程学等,就像学金融一样,全球金融立法的理念也经历了一个变迁的过程。金融立法的早期阶段以规范作为基本理念,将规范货币交易、扩大交易行为作为制度安排的目的。在20世纪初,特别是全球经济大危机和金融震荡以后,大家认识到金融领域一旦出问题,对社会和经济的危害将非常重大。为了防止出现重大的震荡,需要对金融业、银行业实行严格的管制,所以从1933年、1935年美国出台两个银行法以后,金融立法进入了一个以管制和安全作为基本理念的阶段。70年代以后,随着金融全球化、经济一体化和金融创新的加剧,全球经济金融环境发生了重大变化,金融立法的理念随之变化。1999年美国颁布了《金融服务现代化法》,把效率和竞争的理念用法律制度固定下来,从此全球金融立法理念扩大了,由规范、管制银行扩大到要依法促进金融机构的效率,促进金融机构参与国际市场之间的竞争。这种立法理念带动金融法

律制度也发生了一些变化,最典型的是很多国家立法允许金融控股公司这种模式。从上面讲的三个方面,我们可以得出这样一个结论:我国金融立法理念的形成,深受诸多复杂的国内外情势影响,也经历了一个逐步演变的发展过程。当前的金融立法,不但需要包含安全、稳定和促进行业发展等现代金融监管的固有理念,而且需要蕴涵“良法”、透明度和公共利益等现代制度构建的共性理念。

至于是否要强调效率和竞争,我以为还是慎重一点为好。为什么这样说呢?我国的金融基础特殊,金融基础设施、业务交易规模、风险管理水平和金融从业人员素质存在较大差距,这与成熟的市场国家或者经济体不一样。如果强调效率和竞争理念,要把这种理念转化成我国的金融制度安排,然后据此监管金融机构,这还需要一定的现实基础。但是,我们又面临着金融全球化和 WTO 规则的挑战,在金融立法方面,我们既要研究、借鉴和学习国际上的通用规则和最佳做法,又不能搞拿来主义和照搬照抄,而是要有选择地引进一些适合我国国情的先进理念。因此我说,是否以效率和竞争作为我国金融立法的主要理念,需要慎重,需要深入研究。

问题三:我国金融立法水准和技术如何?大家都知道,国际上主要有两大法系:一是成文法系,就是欧洲大陆法系,它的代表法典是法国民法典和德国民法典;另一个是判例法系,就是以英国、美国为主的法系。我们国家呢,我们的法学家也许是从民族的自豪感出发,将我国称为中华法系。国外有人称我们是社会主义国家法系,当然这是依据了意识形态化的划分标准。不管怎样,我们这个法系跟大陆法系有一点相同,就是大陆法系是成文法国家,而我们也是成文法国家。在我们这种成文法或说是制定法国家,要评判我们的金融立法水准和技术,就要进一步考虑到以下三个子问题:一是成文法具有特殊的立法技术要求。在成文法条件下,需要对经济社会的运行规律进行高度抽象,需要运用高超的立法技术来形成相对稳定的规则体系,而我国处于后转型时期,要将后转型社会的经济金融运行纳入法制化轨道,要将不同利益协商成一个比较符合法律文明、

比较适合法律规范的文本载体,我们现有的观念和技术很难做到。就立法观念而言,无论我们现在是身处何种法系,是大陆法系还是英美法系,或是按照中华传统法系,只要我们还是处于工具价值的认识阶段,我们的金融立法水准就会有问题。二是成文法重视规则与规范的系统性。规则的系统性问题,也就是我们常说的法律协调问题。金融法律体系作为一个整体,应该保持法律、法规和规章之间的和谐,下位法不得违背上位法,具体规范不得违背立法精神,同位阶的立法之间应该衔接一致。每部新法律出台,可能要解决很多涉及法律协调的问题,至少,我们要查一遍,看跟哪些法律有冲突,有冲突的时候要用特别规则来解决。实事求是地讲,我们的规则系统性建设与法律协调问题,仍然是一个制约我们立法水准的突出因素。三是成文法条件下金融立法的专业化程度高。在我们银行监管系统,要把一些非常专业、非常技术性的东西拿进立法,有时真的很难。例如,我们在组织起草银行监管法的时候,我们说借鉴“巴塞尔银行监管核心原则”,要向立法机关作说明,我们把“巴塞尔银行监管核心原则”复印并逐条解释出来,把每个问题都说清楚。类似的专业化立法问题,用我们现在的条件应对还有限,我们的专业化立法还处在努力的过程中。

上面提到的三个子问题,有的涉及我们的立法技术,有的涉及我们的立法观念。无论是技术或是观念问题,都影响到我国金融立法的质量和水平,足以引起我们的重视和反思。纯粹的立法技术问题,国际上已有较为成功的经验,例如罗马尼亚、美国,都制定了旨在提高立法技术的规则体系。我国还没有专门的用以规范立法技术的相关规则,应该考虑作法制上的改进和完善。也可以在金融立法实践中,在规章层面先行一步,我们的银行监管系统就有了这样的考虑。至于立法观念的转变问题,那不是一朝一夕的事,只能假以时日了。

问题四:怎样看待金融立法存在的缺陷?目前,大家提得最集中的立法缺陷有三个:第一是立法滞后。很多搞金融的都知道,我们的金融法律不能与时俱进,赶不上形势,赶不上需求,出现立法滞后问题。很多老师

都给我打电话,问我们怎么搞的。我说不一定都是我们的问题,多数情况下是改革开放带来的问题。我们要借鉴国外的经验,要把别人的核心技术和经验学习过来,引进过来,最好的合不合我国国情是个问题,最好的拿多少是个问题,最好的拿过来也有个消化问题。而且,立法滞后特别深层次的原因,在国内大家的理解不一样,说法也不一样,我们需要辩证地看问题。第二是立法不完整。我们的银行监管规则体系,只有市场准入制度,没有市场退出制度。《人民银行法》、《商业银行法》、《银行业监督管理法》这些支撑银行业法制框架的法律,却没有解决不良资产的处置问题,没有解决商业银行市场退出的问题,没有解决银行业存款保险的问题。我们金融资产管理公司的立法,只有政策环境的规范,比如税收优惠等,却没有规定特殊的处置手段。这些问题我们已有共识,我们正在组织力量加紧研究,预计会很快填补这些立法空白。第三是不少金融立法没有相应的罚则。如果我们研究银行业规章,包括银行业以外的其他金融规章,我们就会发现,不少强制性规则没有相应法律责任,没有相应处罚措施,没有规定必要的罚则。就像规定每天上班时间是8点钟,必须8点钟来,但是8点钟不来怎么办,没有规定。我们知道,无论是行为模式加法律后果,还是假定、处理加制裁,一般法律理论都告诉了我们:这些强制性规则必须有罚则。这个问题也引起了我们的重视,我们正在构建一些工作机制,力图尽快将这一问题解决。

问题五:如何建立规范金融法律工作的长效机制?银行业法律工作经纬交错,要对其规范并形成长效机制,我们需要将其进行适当的法理分解。首先,我们需要一个基本的银行业法律框架,根据这个框架制定相应的立法规划;其次,我们的规章论证、起草和审查过程,应该具有内容、形式和技术上的要求,使得规章具有基本的质量;其三,规章执行和运行情况,我们应该有一个评价,发现执行过程中存在的问题,通过启动评价机制来改进规章。如何具体开展这些工作?我们进行了一个探索:将立法工作视同工程建设,建立一个“项目流程”,使得法律工作本身有章可循,有标准要求,有质量保障。我们探索后的实践是,制定一个法律工作规

则,从规划立项、起草论证、审查公布、解释咨询、检查评价、宣传培训、清理汇编七个方面,规定相应标准和程序,让这一系列工作形成一个通畅的流程,让一系列工作具有质量保障。考虑到银行业监管法制中,规章上承法律法规,下启规范性文件,数量众多而适用性强;规范了规章制定和运行,也就规范了银行监管法律工作的“半壁河山”,我们法律工作规则中构建的七个机制中,有四个机制是专门用来规范规章的,我们通过规章制定的事前规划机制、事中审查机制和事后评价机制,以及事后解释机制,提高规章的制定质量和运行效力。当然我们的这些机制不限于规范规章,我们的立法规划和解释咨询机制还旨在推动上位法建设;宣传培训和清理汇编机制是针对所有银行监管规则的;规范规章的规范体系同样也适用于规范性文件。我们制定这个法律工作规则,就是想建立用以规范银行监管法律工作的长效机制。

50年前,英国著名法学家戴雪曾深情地引述过这样一段文字:“世间有许多地方因气候适宜和水土腴美而得天独厚,然而以政治制度所赋予的幸福论,没有一个民族像英格兰一样让人民普遍受惠,也没有一个民族像英格兰一样如此成功地协调了财富、秩序与自由的冲突。这些政治优势绝不源于本岛的天时地利,而是归功于英格兰的法治精神。”当前,我们的民族正在全面复兴,我们的国家正在厉行法治,我愿与在座诸君一道,务实守拙,锐意创新,以民族情怀谋法治发展,共同创造金融法治的美好明天。

依法监管认识问题*

讨论依法监管实践中面临的问题,研究解决行政执法过程中的一些问题,需要建立一个有效法律工作新机制。今天,我们大家能够静下心来,分析银行业法制现状,探讨共同关注的实践问题,寻求应对复杂情势的方略,这是一个非常重要的事情。经过三年多的探索和实践,银行监管机构政策法规工作的职能定位,愈加明晰且最终确定下来,那就是围绕监管建法规,根据法规创机制,以法规建设促进依法监管和监管法治。下面我讲三个问题:

第一,怎样认识法律工作难问题。大家普遍感觉法律工作难,外部环境不理想;内部支持力度不够;工作压力大,缺人才、缺资源、缺手段等。这些反映都有一定道理,需要我们逐步解决。但是,从根本上讲,法律工作难是由现在乃至今后相当一段时间我国法律工作的性质和任务所决定的。不理解这个问题的实质,就难免怨天尤人,丧失法律工作的主观能动性,不利于我们更好地推进法治工作。我想,大家应该认识到以下几个方面的问题,才能更好地理解法律工作难的问题。

一是法律是限制政府部门权力的。法律工作难,难就难在法律是限制政府部门权力的,也就是说,法律是对公共权力(power)的约束,目的是有效保护私人权利(right)。理解这一点,就要谈到法律本质。我们时代的法律本质是什么?有人说是管理法,是专管老百姓的法;有人说是平衡法,是公权和私权动态平衡的法;而我说呢,是控权法,是或主要是控制公权的法。为什么要强调控权呢?因为历史以来,我们的公权太强大,我

* 在 2005 年 12 月 25 日于北京 2005 年全国银行系统法律工作会议结束时的讲话。

们的民权太弱小。由此可知,法律至上、权力法定和法律保留等原则,是我们法律工作者应该始终恪守的,任何时候不得违背。这就要求我们把握三条准则:一是行政权的作用,不得与法律相抵触。二是没有法律依据,不得使人民承担义务,不得侵害公民的权利。三是没有法律依据,不得免除特定人应负的义务,不得为特定人设定权利。对照上述原则和准则,联系我们法律工作的现实状况,大家可以想象做好法律工作的难度有多大。举例说,以前我们经常讲法律缺乏,讲法律空白,要求加快法律体系建设,但现在却出现了立法泛滥的迹象,甚至出现下位法违背上位法,靠规章和规范性文件给自己授权的现象。这些迹象和现象,值得我们警惕、重视和反思。

二是法律是限制领导人权力的。法律工作难,难就难在法律是限制官员和领导人权力的。在公权理论看来,讲权力,就不能不讲它的三个要素:权力主体;权力客体;权力行为人。如果说权力主体是公权部门,权力客体是权力作用对象,那么权力行为人无疑就是官员尤其是领导者。法律要控制权力,就要控制公权部门,当然也要控制官员和领导者。我们经常讲依法治国,依法治国的实质是什么?就是要求反对人治(Rule by Men),实行法治(Rule of Law)。我们讲依法治国关键是依法行政,依法行政的要害又是什么?就是要治官治权,就是要严格限制各级领导人的权力。有控制就会有反控制,而且,官员级别越高,权力越大,反控制能量就越强,大家说这些东西推进有难度么!所以,世界各国在建立依法行政法律制度的同时,它的政府也要利用政策和体制途径来推行,它推行的着力点往往在于素质、操守和责任等官员自身层面的规范。大家看看英国,1987年它的政府法制局就搞了一个政策文件,叫做《法官在你肩上——英国政府官员依法行政指南》,五万字的篇幅,写清了政府官员依法行政的主要问题和解决办法,广受欢迎且成为法治实践中迎难而上的典范!

三是法律规定的自由裁量权问题。法律工作难,还在于自由裁量权的正确运用比较难。我们基层来的同志,经常反映依法监管的手段不足,监管处罚的依据不够,实施有效监管的措施不到位。其实,权力就在大家