

DF438.14
38



金融新视点
NEW VISION ON FINANCE

截至目前，中国基本上形成了银行业监管法律规则体系，初步规范了银行业监管权力，银行业的执法效能和水准有了一定提升，行业整体意义上的法治观念有所增强。但是，中国银行业法治仍面临法律形式主义、规则质量较低、有效执法机制不健全等突出问题，并反映在立法理念、立法技术和规则适用诸多层面。处理和解决这些问题，就其艰难性而言，足以对那些试图贡献才识的人们构成重大挑战。

银行监管法律研究

LEGAL THOUGHTS ON BANKING REGULATION

黄毅 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

銀行信用擴張研究

THE EFFECTS OF BANK CREDIT EXPANSION ON THE ECONOMY

[10]

作者/譯

出版/年



银行监管法律研究

LEGAL THOUGHTS ON BANKING REGULATION

黄毅 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

银行监管法律研究 / 黄毅著. —北京:法律出版社,
2009.7

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9700 - 5

I. 银… II. 黄… III. 银行监督—银行法—研究 IV.
D912.28

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 112089 号

银行监管法律研究

黄毅 著

编辑统筹 独立项目策划部

策划编辑 王 扬

责任编辑 王 扬

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 张宇东

开本 787×960 毫米 1/16

印张 21

字数 269 千

版本 2009 年 8 月第 1 版

印次 2009 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@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(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9700 - 5

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)

序

前两日,黄毅博士跟我说,想出一个集子,让我为他写个序,这是我第二次为他的著作写序了。第一次是在2000年,那时他在《美国金融服务现代化法》刚刚颁布即翻译出版中译本。至今,可谓光阴荏苒,一晃几近十年。又想起我与他同为北大法律人,也适合为他的作品写序。于是我欣然应承下来。

翻开他递来的书稿,我照例看到了近乎浩繁的文字。这几十万字的著述,反映出他这些年一直正视现实,追求法治,用心甚苦,用功甚勤。字里行间,似乎可以识知他的“眉头心上”。对于公务缠身的人而言,要想潜心做点研究,是不容易的事,这一点我深有感触。

作为一位研究金融法律的学者,多年以来,我试图保留一切法律学人应有的学术敏感。我热切关注金融法治问题,并愿意在这一领域做出一些有益的思考和判断。现在看来,我与黄毅博士做朋友,应该算得上别有因缘了。古话说,志同为朋,道合为友,我与他研究金融法律、法治的“同道中人”,是艰难险峻的求知路上的好朋友。

金融是现代经济的核心所在,法治是人类文明进步的标志;金融法治的寓意深远,且魅力光华。金融法治既是法治之于金融领域的具体化,也是法治之于金融实践的真实映照。用宽阔的视野看,不同的民族,不同的国家,在不同背景下感受金融法治价值,追求共同的金融法治目标,寻求着不同的金融法治发展道路。我国金融法治无疑属于国家法治的固有范畴,它随着国家法治进程而发展;同时又包含了行业法治等类别,它能够形成金融法治的特殊归集——银行监管法治。

何谓银行监管?它是政府运用公共权力,制定规则 and 标准,规制银行

及其从业人员活动的总称。如同一切政府法治的要害在于规制公权一样,银行监管法治的核心在于:实行依法监管,规约监管权力,实现监管权力与被监管者权利的动态平衡,真实保障金融消费者和社会成员的一切合法权益。这当然是一种理想的理论诠释。但正如 Robert S. Summers 所言,“任何理想在社会中是否能够实现,取决于其在概念化时的忠实程度……”由此衍生出两个命题:一是银行监管法治的理想与现实是有差别的;二是这种差别的消除,很大程度上取决于人们的实践总结与理论探索。黄毅博士的这部文稿,分明反映出他对这两个命题的解答;反映出他正视现实问题,追求法治理想,基于真诚而做出的不懈努力。

任何研究都是有条件的,任何分析也都有语境。现代西方一位著名学者认为,法治的分析语境(analytical context)出自思想和实践这两个不同的来源,他指的是传统意义上的理论与实践;非但如此,法治的分析语境也来自现代意义上的国别甚或层级之间,即指地域性与行业化等具体层面的研究背景。能够横跨理论与实践、行业与地域之界别的,也许就是今天人所共知的学者型官员,或者说官员中的学者了。黄毅博士在银行监管机构任职,长期从事政策法规工作,无疑具备良好的研究条件。这种条件并非是物质性的,而是机遇性的。他能够聚焦银行监管法治建设,能够获取他人难以获取的研究信息与素材,发现法治实践中的问题,提炼法治精华,树立法治理想,推动确立我国银行监管法治的理念、原则与制度,并具备良好的能动性 with 回应性。因而,在我看来,这种背景下的理论研究 with 实证分析,应该是有效的、权威的,也是难能可贵的。

从黄毅博士的这一本著述中,我们可以读出他的如下观点倾向:

第一,重视银行监管法治建设的政府宏观环境。正如人们所意识到的,每一种行政法律理论背后,皆蕴藏着一种国家理论;而透过银行监管法治理论,亦可以洞悉其赖以生成发展的国家与政府理论。近现代以来,研究者愈发认识到,行政法治包括银行监管法治,均深深地根植于它存在其中的政治、经济、社会和历史背景中。黄毅博士坚持了这样一种认识方法,他着力讨论了政府监管的公法规范,以及银行业依法监管的政府环境

等问题。他这样做,可以确保银行监管法治研究工作牢牢扎根于我们时代的现实之中——毕竟,“寻求在社会发展宏观背景中表述和阐明公法问题,是一种历史悠久的人类智识活动”。

第二,重视银行监管法治理论的同时重视实证。银行监管法治既是一个理论问题,又是一个实践问题,因而需要理论与实证并重。过去,我也看到过不少金融监管、银行监管、监管法治等方面的文章,但偏重理论的居多,而且理论也不见得深刻。黄毅博士在理论上用了不少心思,书稿中理论部分占了不少篇幅。他的理论探讨尤使人印象深刻。同时看得出来,他很注重对银行监管法治的实践估价。可能是身处公门,他系统介绍了银行监管法治的建设成就,总结了银行监管法治的实践经验。但同样难得的是,他也直陈了银行监管法治建设的问题、局限,并希望能够得到解决或改进。

第三,重视国别比较研究和域外法治经验借鉴。透过书稿可见,其中大量运用了国别比较研究方法。作者的目的很明确,就是要藉此借鉴国际银行监管先进立法例、先进法治经验。其中一篇文章,用以介绍世界发达国家金融监管体制改革及其经验,较为系统和完整。初看起来,似乎不是在讲金融监管法治,但熟知金融理论的研究者应该知道,各国金融体制改革,往往是通过金融法律变革来完成的;几乎每一次金融体制变迁,都伴随着金融法律的制定、修改或废止,因而,体制改革问题,实质上也包含着法律问题和法治命题。

银行监管法治建设是我们时代的宏大课题,也是我们孜孜以求的崇高事业。近三十年来,随着我国银行业改革开放的深化,随着国家法治、政府法治建设的推进,经过理论界与实务界的共同努力,我国银行监管法治建设风雨兼程,快速发展。当前,我国已确立了银行业赖以持续发展的法治理念、原则,建立了较为完备的银行监管规则体系,初步规范了最难以驾驭的银行监管权力,大大提升了银行监管者的执法水平和执法效能。但毋庸讳言,由于历史短暂和经验有限,由于银行改革开放力度大且速度快,我国银行业法治建设中还存在许多问题。这些问题主要反映在立法

理念的取舍、立法技术的高下、监管权能的规约、法律规则的适用等层面。需要特别注意的是,我们现在正经历着一场历史性的世界经济金融危机。为有效应对危机,可能需要调整政府与市场的法律边界,可能需要调整监管者、被监管者的权力与权利关系等,这就需要研究金融危机中的法律建树、法治建设等问题。如何提炼这些问题?如何看待这些问题?又如何解决或改进这些问题?这需要更多的研究者参与进来,也需要业已参与进来的研究者付出更多的心智、辛劳和汗水!

黄毅博士长期在国家金融管理部门工作。多年以前,他在中国人民银行供职。如今,他是我国银行监管机构政策法规部门的主要负责人,是有突出贡献、享受特殊津贴的专家,还是中央联系的高级专家。在银行监管领域,为监管法治的推行与建设,做了大量有价值的工作。特别是在银行监管机构任职期间,我所知晓的重要工作就有好几例:一是组织起草并推动颁行了我国现行的银行业监督管理法,为银行监管打造了基础性法律框架,现今的银行监管规则体系即据此而形成;二是组织制定了我国银行监管法律工作规则,使银行监管者率先于国家部委序列中,建立了立法规划、法律审查、规章制定、法律评价、法律咨询、法律培训、专家咨询等法律工作机制;三是能够挤出时间,潜心研究,勤勉著述。他发表了多篇学术论文,形成了不少研究成果;他研究视域所及,既有金融政策问题,又有金融法治建设问题——他还是我国第一位就金融知识产权问题出版著述的学者。

学术研究“恰如春草,更行更远还生”。我想和广大读者朋友一道,热忱希望黄毅博士不舍追求,勇走艰难的研究与探索之路!

是为序。

吴志攀

二〇〇九年五月十二日

目 录

序 / 1

第一篇 当代中国政府监管的公法规范

——政府改革中突出的法律问题 / 1

一、政府体制改革与政府监管的兴起 / 2

- (一) 监管涵义与政府职能的契合 / 2
- (二) 监管机构的创设与政府监管定型 / 4
- (三) 政府监管的趋势及其中国意义 / 5

二、现代政府监管的公法逻辑 / 7

- (一) 监管机构的独立性与专业化 / 7
- (二) 监管权能的来源及其特殊性 / 9
- (三) 政府监管的价值与功能 / 10

三、当前我国政府监管的法律分析 / 12

- (一) 政府监管的法治取向 / 12
- (二) 政府监管的公法失范 / 14
- (三) 监管失范的缘由与负影响 / 16

四、中国政府监管规范化的公法路径 / 18

- (一) 为政府监管发展预留宪法空间 / 18
- (二) 制定反垄断法以健全市场监管 / 19
- (三) 通过立法促使监管制度协调统一 / 20

(四) 制定监督法以实现监管再监管 / 21

第二篇 金融监管机构的法律地位 / 23

一、监管机构与监管模式 / 24

(一) 金融监管机构的界定 / 24

(二) 金融监管机构的设置 / 30

(三) 监管机构决定监管模式 / 38

二、金融监管机构的法律定位 / 47

(一) 监管机构的性质 / 47

(二) 监管机构的规格 / 49

(三) 监管机构的组织、人事与经费 / 50

三、独立性与问责性：监管者的法律特征 / 54

(一) 独立性的法律意含 / 54

(二) 问责性的监管意义 / 61

(三) 独立性与问责性并重 / 64

第三篇 世界主要国家金融监管体制改革及基本经验 / 73

一、主要发达国家金融监管体制改革 / 73

(一) 美国金融监管体制改革 / 73

(二) 英国金融监管体制改革 / 79

(三) 日本金融监管体制改革 / 84

(四) 澳大利亚金融监管体制改革 / 89

二、世界发达国家金融监管体制改革的基本经验 / 92

(一) 契合金融发展规律 / 92

(二) 根植宏观政府环境 / 95

- (三) 借重政策法律条件 / 98
- (四) 聚焦机构、职能和运行机制 / 101

第四篇 中国银行监管规则名称问题研究

——基于现行立法的文本分析 / 107

一、银行监管规则名称的基本法理 / 107

- (一) 名称与银行监管规则名称释义 / 108
- (二) 规则名称的法理地位 / 109
- (三) 规则名称的实践意义 / 111

二、银行监管规则名称问题的突出表现 / 112

- (一) 规则名称多且混杂 / 112
- (二) 规则名称与效力等级不一致 / 113
- (三) 规则名称与规范内容相背离 / 114
- (四) 现行规则名称过长或过短 / 115

三、银行监管规则名称问题化过程的特点 / 116

- (一) 规则名称具有层级性特点 / 116
- (二) 规则名称具有时间性特点 / 116
- (三) 规则名称具有空间性特点 / 116

四、银行监管规则名称问题的生成原因 / 117

- (一) 观念原因 / 117
- (二) 制度原因 / 117
- (三) 技术原因 / 118

五、银行监管规则名称的改进目标 / 119

- (一) 法理目标: 规范化与科学化 / 119
- (二) 应用目标: 准确、精练与醒目 / 120
- (三) 目标实现的可行性分析 / 121

六、改进银行监管规则名称的几点思路 / 121

- (一) 实行监管质量立法 / 121
- (二) 建立规则生成机制 / 122
- (三) 提升规则制定技术 / 124

七、改进规则名称的实例分析:指引名称 / 127

- (一) 指引名称问题的由来 / 127
- (二) 指引名称的政府根源 / 128
- (三) 指引认识与应用误区 / 128
- (四) 指引名称的正确应用 / 129

第五篇 我国银行监管法的理念、内容与特征 / 130

一、银行监管法的立法背景与制定过程 / 133

- (一) 银行监管立法的国内外环境 / 133
- (二) 银行监管立法的方案比较 / 138

二、我国银行监管立法的重点问题 / 141

- (一) WTO 规则和借鉴国际先进立法例 / 142
- (二) 监管机构授权的合理性判断 / 143
- (三) 专门监管机构与中央银行的职能配置 / 144

三、银行监管法的立法宗旨 / 145

- (一) 由立法宗旨到立法目的 / 146
- (二) 明确银行监管的目标 / 147
- (三) 监管主体及其职责、权力和手段 / 148
- (四) 多方主体的权利与义务界定 / 150
- (五) 国际间的监管信息交流、国际监管协作 / 150

四、银行监管法的实质内容 / 150

- (一) 总则 / 151

(二) 监督管理机构 / 151

(三) 监督管理职责 / 151

(四) 监督管理措施 / 151

(五) 法律责任 / 152

(六) 附则 / 152

五、银行监管法的基本特征 / 152

(一) 借鉴国际先进立法经验 / 154

(二) 获得国家特别授权 / 154

(三) 规制银行监管权力 / 155

第六篇 中国银行业依法监管的理论与实践(上篇)

——银行业依法监管的新发展 / 156

一、银行业依法监管发展的宏观环境 / 157

(一) 从政府治理看监管机构的法律定位 / 158

(二) 从公法角度看银行监管与行政管理的区别 / 160

(三) 从法治精神看银行业依法监管的制度动因 / 168

二、基于依法监管的银行监管法治 / 172

(一) 法治建设以依法监管为基础 / 173

(二) 严格实行职权法定原则 / 173

(三) 规则制定服从法律规制 / 174

(四) 真实执行实体性监管规则 / 175

(五) 遵循正当程序、实现程序正义 / 175

(六) 合理使用监管自由裁量权 / 176

(七) 实现监管权责相一致 / 177

(八) 保障银行市场主体的合法权益 / 178

三、银行业依法监管的法理构造 / 178

(一) 依法监管价值层面的结构要件 / 179

(二) 依法监管实践层面的结构要件 / 181

四、银行业依法监管的现实成就 / 187

(一) 构建现代银行业监管规则体系 / 187

(二) 满足银行业监管的现实需求 / 188

(三) 拓展银行业发展的制度空间 / 189

(四) 建设银行业现代化市场主体 / 190

(五) 探索银行监管者的建设路径 / 191

(六) 加强监管的国际协调与合作 / 192

(七) 构建新型法律工作机制 / 193

(八) 提升银行业监管规则质量 / 194

(九) 开展法规清理与法规汇编 / 195

第七篇 中国银行业依法监管的理论与实践(中篇)

——银行业依法监管回眸(2006年度) / 197

一、法律层面成效 / 197

二、法规层面建树 / 200

三、构建行政许可规则体系 / 202

四、制定重要审慎经营规则 / 205

(一) 风险监管规则 / 205

(二) 衔接宏观调控规则 / 207

(三) 制定外汇风险规则 / 208

(四) 制定金融创新规则 / 209

(五) 制定信息安全规则 / 210

五、推动银行监管质量立法 / 211

六、开展银行业法规清理 / 217

七、进行银行业法规汇编 / 219

八、参与国家相关立法 / 221

第八篇 中国银行业依法监管的理论与实践(下篇)

——银行业依法监管前瞻 / 223

一、银行监管立法将愈益体现现代法品格 / 223

二、监管立法对监管关系调整将趋于谦抑 / 224

三、公众参与和透明度建设必将法治化 / 226

四、问责制将得以构建并促进监管法治 / 227

五、内部纠错与救济机制将更加灵便有效 / 228

六、规则体系将因改进、补充而更为健全 / 229

七、立法规划制度将使规则更具备前瞻性 / 230

八、法治指标与评价体系必将确立并运行 / 231

九、依法监管因全球化影响而面临新课题 / 232

十、规则制定技术将得到进一步提高 / 233

第九篇 效率与竞争的金融立法理念及其影响

——美国《金融服务现代化法》颁布实施 / 235

一、金融服务现代化法介述 / 235

二、效率与竞争的立法理念及其取舍 / 236

三、金融立法与金融改革的相互关系 / 238

四、法案影响与我国法律界认知的必要性 / 238

第十篇 银行监管者的法律风险 / 241**一、法律风险实质即是法律责任：从案例说起 / 241****二、银行监管者法律责任的基本认识 / 246**

- (一) 银行监管者法定的义务与责任 / 246
- (二) 审慎监管与监管者的法律责任 / 249
- (三) 监管者的法律保护与自由裁量权 / 250

三、当前我国银行监管者的法律风险形态 / 253

- (一) 越权立法的法律风险 / 254
- (二) 程序瑕疵导致的法律风险 / 254
- (三) 规则适用不当的法律风险 / 255
- (四) 信访投诉处理的法律风险 / 255
- (五) 信息公开不够的法律风险 / 256
- (六) 委托性现场检查的法律风险 / 256

四、银行监管者防范法律风险的两项思考 / 256

- (一) 从依法监管到监管法治 / 256
- (二) 探求法律风险防范的可行途径 / 260

第十一篇 金融知识产权：银行业竞争的战略储备 / 263**一、金融知识产权对银行业发展的重要意义 / 263**

- (一) 金融知识产权的重要性 / 263
- (二) 金融知识产权的现状 / 264
- (三) 金融知识产权的发展趋势 / 266

二、我国银行业知识产权保护工作的进展 / 268

- (一) 迎接挑战，采取措施 / 268

(二) 加强研究, 大力宣传 / 268

(三) 严抓培训, 督促改进 / 269

(四) 专利申请, 实现突破 / 269

三、当前我国银行业知识产权保护存在的问题 / 269

(一) 保护措施不够有力 / 270

(二) 保护意识尚待提高 / 270

(三) 保护机制尚待构建 / 271

(四) 标准化程度不高 / 271

四、进一步促进我国银行业知识产权保护工作 / 272

(一) 部门联动, 措施得力 / 272

(二) 从我做起, 积极应对 / 273

第十二篇 改革开放三十年银行业法治化进程

——基于银行业依法监管的理论与实践 / 275

上篇: 银行业监管法治的理论基础 / 275

一、回归法律属性的法治图景 / 276

(一) 中西方回归法律属性的法治理论概说 / 276

(二) 可作形式与实质意义区分的法治内涵 / 279

二、银行业监管的实质法治 / 281

(一) 规范意义上的法治价值 / 281

(二) 实证意义上的法治价值 / 282

(三) 银行业监管的实质法治 / 283

三、银行业监管的形式法治 / 291

(一) 银行业监管法律规则的普遍性 / 291

(二) 银行业监管法律规则的透明度 / 293

(三) 银行业监管法律规则的执行力 / 295