

中国金融法律规则供给机制混乱状态的反思

黎四奇

(湖南大学法学院,湖南长沙,410082)

摘要:“一事一法”“先粗后细”及“应急式”的规则供给模式造成了我国金融法则体系的混乱状态,从而导致中国的金融法则供给机制违背了规则供给原理中的基本哲学,产生了上位法不若下位法、后法不若前法及同位法相互排斥等奇怪现象。金融法治化是我们追求的目标,但是金融法则供给的混乱正在侵蚀我们的理想家园。因此,正视这种现象,注重我国社会的客观情况,注重金融立法的国际化趋势,是我国金融立法走向坦途的关键。

关键词:金融法治;规则混乱;实用主义

中图分类号:D912.28

文献标识码:A

文章编号:1672-3104(2006)04-0404-09

金融是经济的核心决定了金融法治在一个国家法律制度建设中的地位是举足轻重的。虽说在金融法则供给的过程中,我国也经历了类似于英、美等国的金融法律大爆炸,但是若从规则供给学的角度来研讨中国目前的金融法则体系的规范性,我们就不会表现得那么轻松。金融法治进路中,时代需要我们向后与向前看地来评判与反思一下我们的金融文本法治。

一、中国金融法律规则供给机制的混乱现状

从学理上考察,法律规则的供给应具有连贯性、一致性、条理性、稳定性及前瞻性。同时,也必须顺应规则之间的逻辑性,如恪守上位法优于下位法、后法优于前法及同位法之间相协调之原理。然而,若严格依据法学理论来探讨中国目前的金融法律规则供给制度,我们不难发现,我国的金融法则实质上有许多是与法理学中的法则供给哲学背道而驰的,经受不了法学逻辑的敲打,表现为一种鱼龙混杂之无严格体系状态。

自1995年以来,我国已出台了許多调整金融关系的法律文件,如《中国人民银行法》《商业银行法》《担保法》《票据法》《证券法》《保险法》《信托法》及《银行业监督管理法》等。可以说,该时段内的金融

法律大爆炸确在一定程度上解决了我国金融业发展中所出现的“无法可依”之尴尬,在金融法治中起到了一定的指引、评价、预测之功能,但是若系统地来梳理这些金融基本法,我们发现这些基本法的立法技术与手段是比较低的,规则的包容性太强而导致空洞的法律应对不了现实的金融问题。由此而衍生的第二代层出不穷的部门规章不仅滋生了架空法律的风险,而且也引发了法律规则之间的矛盾丛生。

(一)《中国人民银行法》立法的缺陷

在一定意义上而言,《中国人民银行法》是我国金融法律体系中的核心。若从规则供给学上对该法作一个公正性的评价,笔者认为原1995年《中国人民银行法》作为我国金融法治及发挥我国货币政策功能的大法,实是一大败笔。这不仅表现于该法立法理念的宜粗不宜细,而且也表现于该法与其他法的对接问题。可以说这种立法上的败笔几乎贯穿了该法的全部条文,如关于市场退出制度的规定、金融监督管理职权方面的协调、金融机构管理人员任职资格管理方面的规定、非法金融取缔问题、及网络银行业务问题等。比如,该法于第31条规定了“中国人民银行按照规定审批金融机构的设立、变更、终止及其他业务范围”,但是依什么规定、什么程序、对这种权力的行使是否存在监督及可能存在的申诉权等问题该法就没有下文了。因此,最后为了解决这一难题,我国出台了《金融机构撤销条例》及人民银行

基金项目:国家社会科学基金(04CFX008)

收稿日期:2006-02-17

作者简介:黎四奇(1972-),男,湖北咸宁人,湖南大学副教授,法学博士,主要研究方向:金融法。

自己另行出台了部门规章,以解燃眉之急。此外,关于金融机构高级管理人员任职资格问题,该法亦无规定。《商业银行法》也仅仅是在第24条规定:商业银行更换董事(行长)、总经理时,应当报送中国人民银行审查其任职条件^①。随后出台的1999年《金融违法行为处罚办法》及2000年《金融机构高级管理人员任职资格管理办法》等所规定的任职管理条件远远超出了《中国人民银行法》与《商业银行法》的规定。此种法律规定的不明确无疑阻滞了金融法治的发展,因为它不仅使当事人丧失了对其行为应有的法律预期与自我评价,而且规则的修修补补也极大地削弱与破坏了法律的权威性,从而催生了人们对金融法则的信仰危机。

实质意义上,笔者的感觉是《中国人民银行法》造就的是一座宽大的房子,而在房子的各个房间里并无实质性的摆设。因此,为了增加房间的可适用性,使用人就不得不借用“办法”“通知”及“试行”等形式来对各个房间进行规则的充实。尽管2003年该法经过了修正,但是新法并没有与旧法的抽象性挥手告别,其只是将原对银行机构等的金融监管权进行了剥离,并相应地进行了词语逻辑上的清理。如新法第2条规定:“中国人民银行是中华人民共和国的中央银行。中国人民银行在国务院领导下,制定和执行货币政策,防范和化解金融风险,维护金融稳定。”尽管在随后的第五章“金融监督与管理”中的第30~41条对央行保有的监管职能作出了一些规定,但是深究条文内容,不难发现在央行与中国银监会职责分工问题上,该法要么是语焉不详,要么是出于条文的晦涩而给上述两家机构未来权力的纷争埋下了不应有的伏笔。事实上,新法给人的印象是不仅承受了旧法立法理念上的劣性,而且带来了新的问题。

(二) 《证券法》《商业银行法》及《保险法》与部门规章的冲突

关于金融业的分与合问题,我国的金融基本法有明确的规定,如1995年《商业银行法》第43条明确规定“商业银行在中国境内不得从事信托投资和股票业务,不得投资于非自用不动产”(修订后的《商业银行法》也只是在该条增加了但书部分,即国务院另有规定的除外),原《证券法》第6条规定“证券业和银行业、信托业、保险业分业经营、分业管理;证券公司与银行、信托、保险业务机构分别设立”(修订后的《证券法》增加了但书“国家另有规定的除外”),原《保险法》第104条规定“保险公司的资金运用,限于

在银行存款、买卖政府债券、金融债券和国务院规定的其它资金运用形式”(新法将该条修改为第105条第3款“保险公司的资金不得用于设立证券经营机构,不得用于设立保险业以外的企业”)。这就说明,在原则上我国实行的是大分而小合的金融业经营模式,但是在2003年《商业银行法》修订前,严格的金融业分野已受到了下位规则的挑战。如中国人民银行在1999年8月颁布了《证券公司进入银行间同业市场管理规定》和《基金管理公司进行银行间同业市场管理规定》,允许符合条件的券商和基金管理公司进入银行间同业拆借市场,从事同业拆借和证券回购业务;中国证监会和保监会在1999年10月又一致同意保险基金进入股票市场;央行和证监会2000年2月联合发布了《证券公司股票质押贷款管理办法》,允许符合条件的证券公司以自营的股票和证券投资基金作为质押,向商业银行贷款;《开放式证券投资基金试点办法》也规定,商业银行可以买卖开放式基金,开放式基金管理公司也可以向商业银行申请短期贷款。这些表明国内分业经营体制已受到挑战。

对于上述现状,若单从法律规则学供给的原理考察是有悖于逻辑的,因为证监会、央行及保监会所发布的关于金融业的文件为部门规章,属于下位法的范畴,当其与上位法,即《商业银行法》及《保险法》等发生碰撞时,无疑上位法优先。然而,银行法与证券法等修订前的法律规则运行实践表明,下位法已凌驾于上位法之上。毋庸置疑,这是对我国法律制度构建中的系统性的严重挑战。即使后来我们可以凭借修正后的《商业银行法》等的但书部分来对部门规章的效力进行确认,但是这也不能轻易抹去一个长达数年的“违法经营”时期,且《商业银行法》第43条但书部分规定的是“国务院另有规定的除外”,而并非是“中国人民银行、证监会及保监会另有规定的除外”。另外,法律之间的对接性差,如新《商业银行法》在第43条但书中规定的是“国务院另有规定的除外”,而《证券法》第6条但书部分规定的却是“国家另有规定的除外”。那么笔者就想问一个这样的问题,即国务院与国家是否是同等的概念?这几乎是一个孩童都可不假思索回答的问题。这种规则供给的逻辑确实让人匪夷所思。

(三) 《票据法》与《担保法》的冲突

关于背书,《票据法》要求票据质押必须作出背书,否则质押不成立。与此相反,《担保法》对票据质押是否需要背书并无规定,只要求当事人签订合约

并及时交付作为质押物的票据即可。另外,《最高人民法院关于适用〈担保法〉若干问题的司法解释》第98条规定,未制作质押背书的,不得以票据出质对抗善意的第三人。因此,不仅两基本法之间存有冲突,而且最高人民法院在此问题上的定性亦不同^②。

(四) 国内金融法则与国际金融法则接轨中的问题

伴随着金融的国际化与自由化,及在以WTO及巴塞尔银行监管委员会的影响与压力下,一国金融法律制度构建的定位不仅应是内向性的,同时也是外向性的。即其不仅要考虑到该国国内金融关系、历史文化传统、法律意识与修养等的特殊性、民族性,同时也必须从该国所承载的国际法上的义务及国内金融安全与国际金融安全的关联性出发来整合与修正本国的金融法律制度。若从这一思维出发,我国在外资银行的监管法则的供给上还存有明显的缺陷。

WTO法律体系中直接关联到银行领域的法律文件主要有《服务贸易总协定》及其附件、《金融服务协议》及《有关金融服务承诺的谅解协议》。这些文件通过以下几个方面来影响着成员国银行法律制度的构建:一是以法律原则的形式对银行法律的基本原则、创制及执行的要求及具体的内容产生影响;二是以一般性的纪律或规则形式来影响着银行法制的发展与执行^[1];三是以具体的制度或规则形式出现,要求成员国对其现行的银行法进行相应的矫正或革新。我国是WTO成员国之一,上述的法律文件必然会对我国国内银行法的构建产生影响。就目前来看,我国银行法律与WTO中的相关银行的规则还有一些不相协调之处。这主要表现在:

(1) 银行立法价值取向上。纵观我国的银行监管法律体系,不难发现其价值取向立足于两个方面:即强调金融市场的安全性及其秩序性,而相反在一定层面上淡化银行作为一种经营金融产品的特殊企业所本应具有的效益追求性。此种立法价值的定位显然与WTO的规则不协调,笔者认为WTO法律体系本身就是经济全球化与自由化的产物,因而其在很大程度上便反映出私权与放松管制的法治理念。虽然我国已对以前的银行法律制度进行了相应的废弃与修正,但是其并没有进行一些实质性的修改,相反只是更多地增加添补了一些弹性的措辞。

(2) 中外资银行法律适用上的差异性。国民待遇是WTO法律体系中的一项重要原则,然而我国

银行法的实践却可能与此相背,因为我国在具体的法律适用上采用的是内外资银行分流的做法,对于这一点我们可以从《商业银行法》第92条得到考证。该条规定,外资商业银行、中外合资商业银行、外国商业银行分行适用本法规定,法律行政法规另有规定的,适用其规定。这样,在实践中,根据特别法优于一般法的原则,对于外资银行大多适用的是《外资银行监管条例》及《实施细则》和《外国金融机构驻华代表机构管理办法》等。尽管我国立法的初衷并非在于营造一种内外有别的效果,但是这种立法模式却给人一种嫌疑。

(3) 透明度问题。透明原则是WTO法律体系中为各成员国的贸易法律、规章、政策、决定与裁决规定的一项基本准则。依此原则,各缔约国应将其有效实施的与贸易相关的法律、规章、决定、司法判决和行政裁决,以及对外缔结的影响国际贸易政策的现行协定和条约,予以对外迅速公布;各缔约国采取的任何新的、更严格的规定或普遍适用的限制性或禁止性措施,非经正式公布,不得实施²⁾⁽⁶⁵⁵⁾。虽然我国银行法律的透明性已有了一定程度的提高,但是仍缺乏严格的执行与监督程序。再者,专门用来查询银行法律法规的机构也未得到法律的明确认可。此外,由于我国粗线条式的立法,在实践中银行监管当局发布了大量的解释性文件,毫无疑问,这在一定层面上使法律法规的透明性难以落到实处。

(五) 金融机构的行政职能问题

金融机构应面向市场,成为实质性的民事主体,从而实现政策性金融机构与商业性金融机构的脱离。然而,目前仍存有某些金融法则定位不当的现象,如央行发布的1994年的《违反银行结算制度处罚的规定》即赋予了银行一定的行政职能,该规章规定办理结算业务的银行有权依照本规定,对违反银行结算制度的单位和个人进行处罚。同时,其规定银行未按照规定对违反结算制度的单位、个人进行经济处罚的,人民银行或上级管理部门对其应作同额的处罚。具体的处罚措施有计扣赔偿金或赔款、罚息、罚款、没收违法所得、警告、通报批评、停止办理部分直到全部业务等。

实际上,央行所发布的这些规章是经不起法理上的推敲及我国行政处罚法的检查的。从法理上而言,商业银行与其客户是平等的民事主体。在民事活动中两者具有平等的法律地位,而平等者之间是无管辖权的,所以也就无从解读我国商业银行对其客户所采取的行政处罚性措施的合理与合法性了。

另外,我国1996年的《行政处罚法》规定:“行政处罚由具有行政处罚权的行政机关在法定职权范围内实施。”对于行政处罚权之授权则规定:“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权内实施行政处罚。”很明显,我国的商业银行是属于民事法律主体,不具有管理公共事务的职能。即使我们认定其为公共事业组织,央行以行政规章的授权方式也与我国《行政处罚法》的规定不相符。在以授权方式理解我国商业银行所具有的管理职能不能自圆其说时,能否借用委托说呢?即认为商业银行的此项权能来自央行的委托。这种思路亦不是畅通的,因为《行政处罚法》明文规定:“行政机关依照法律、法规或者规章的规定,可以在其法定权限内委托符合本法第19条规定条件的组织实施行政处罚。”而第19条规定受委托的组织必须符合以下条件:依法成立的管理公共事务的事业组织;具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工作人员;对违法行为需要进行技术检查或者技术鉴定的,应当有条件组织进行相应的技术检查或者技术鉴定。依这些条件来考核,我国商业银行是不符合受委托的条件,因为商业银行为企业法人,不具有公共事务管理的职能。

(六) 政策性银行立法的缺位

客观而言,政策性金融是一个国家金融体系中不可缺少的组成部分。因此,调整政策性金融关系的法律规则毫无疑问也应在一国的金融法律体系中占有一席之地。遗憾的是,虽然我国于1994年成立了国家开发银行、中国进出口银行及中国农业发展银行,均为企业法人,直属国务院领导,在业务上接受中国人民银行的指导与监督(这一职能现已转让给银监会),但是对政策性银行的调整目前仍处于一种无法可依的状态。

实际上,在金融发达国家都存在调整政策性金融的法律规范,如日本的《开发银行法》及《输出入银行法》就与其《普通银行法》相对应。笔者认为,既然政策性金融作为国家金融体系中不可或缺的组成部分,那么就有必要将其纳入金融法治化的范围之中。如此,则不仅可以明确政策金融机构的功能、法律地位及业务范围,同时也可以增加其运行的透明性、规范性与程序性。

(七) 商业银行破产法律问题

我国的商业银行破产法律制度主要由《商业银行法》《企业破产法》《民事诉讼法》及相关的行政法规、部门规章及司法解释组成。纵观我国商业银行破产的法律体系,我们不难发现除了《商业银行法》

第71条规定,商业银行破产清算时,在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后,应当优先支付个人储蓄存款的本金和利息外,我国商业银行在破产的法律规则处理上与一般企业的破产并无实质上的差异。这意味着,在商业银行破产时,除适用上述第71条外,一般均适用《企业破产法》与《民事诉讼法》第19章“破产还债程序”的规定。

笔者认为,这样的一种定位是值得深思的。从《商业银行法》第71条的内容及已有的破产案件的实践看,商业银行破产的风险最终全部由国家承担。实质上,在商业银行破产时,存款人的法律地位与破产银行的其他债权人并无差别,在无优先受偿权的情况下,其只能就所余的破产财产依其所持有的债权比例进行平等的受偿。在国人金融风险意识本就低下的情况下,目前的法律规则无疑不利于我国民众应有的金融风险意识的培育及强化市场行为对商业银行的监督作用。实际上,我国的商业银行破产法律制度已远滞后于银行破产法律理念的演变,这种理念已历经了两次创新性的发展:第一次规则创新的价值理念表现为从一般破产到对存款人的特殊保护;第二次规则创新的理念表现为从对存款人的特殊规则保护到破产预防。

二、对我国金融法则现状的总体评价与分析

(一) 供给机制的实用主义

我国金融法则供给体位不高。在目前的法律体系下其体现为“部门规章为主、法律规则为辅”之格局。可以说,这也是笔者写作该论题时一直避免使用金融立法的表述,而使用法则供给之根本原因。我国《立法法》第7条对立法权限作出了明确的规定,该条规定:“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。全国人民代表大会制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。全国人民代表大会常务委员会制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律;在全国人民代表大会闭会期间,对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改,但是不得同该法律的基本原则相抵触。”因此,从目前我国金融法体系来看,称得上法律的只有《商业银行法》《中国人民银行法》《证券法》《保险法》及《银行业监督管理法》等。

对于此种规则供给模式的效应,笔者认为应该从两个方面进行评价:

一是积极方面的效应。若对于我国金融法则的创新启动严格的“法律”之立法程序,则一方面不仅会人为地增加规则供给的成本,在另一方面由于我国正处于一个经济法律制度整合、创新与转型的时期,经济社会关系的发展较快,规则的供给明显存有滞后性,所以若采用严格意义的立法程序,则不能快速适应我国经济关系发展的内在需求。尽管有的学者对于我国的这种规则供给模式提出了质疑,因为从立法原则上分析,立法应具有统一性,即法律体系内部要坚守和谐统一的原则。它要求法律体系内部各法律部门之间、各项法律、法规之间以及法律规范之间要相互衔接、相互协调。这是一国法律体系充分发挥作用的内在因素^{[3](301)},但是客观而言,对于一个经济快速发展而又急需与之相配备的法律平台作为支撑的国家,这种“应急式”的规则供给模式还是比较现实可行的,因为机动的规则供给模式可以迅速解决规则的一时之需。

二是消极方面的影响。我国目前的这种规则供给模式固然可以暂时性地满足现实的要求,但是也犯了立法原理中的大忌,因为这种规则供给的方程式可以归结为:发现规则漏洞→出台新的规则进行矫正→再发现漏洞→再供给新的规则进行填补。这种“头痛医头、脚痛医脚”的规则供给范式无疑与立法学原理中的稳定性与统一性原则相悖。其直接结果是导致法律规则的指引、评价与预测功能的丧失及规则之间的诸多重叠。如中国人民银行所制定的许多规则不仅仅是对我国原商业银行基本法的重述,而且部门规章之间的相互拷贝现象更是严重,如1997年12月实施的《支付结算办法》之主体内容差不多是《票据法》与《票据管理办法》的翻版。除此之外,规则之间的冲突也是一个值得关注的问题,如在信用卡问题上,并行适用的有《支付结算办法》与《信用卡业务管理办法》。前法第132条规定商业银行(包括外资银行、合资银行)、非银行金融机制未经中国人民银行批准不得发行信用卡,而后法则规定,商业银行未经中国人民银行批准不得发行信用卡,非金融机构、非银行金融机构、境外金融机构的驻华代表机构不得经营信用卡业务。显然,该两文件之间在经营信用卡业务主体上的规定不一致。实质上,这种范式的弊端已在美国的金融法治化进程中得到印证,这种突发性的、应急式的方程式反映了美国金融监管体制的建立缺乏整体综合考虑,更无长远合

理规划,而只是为应付危机、解决问题、弥补漏洞而采取的应急举措,因而不可避免地解决一些问题的同时又遗留一些问题,甚至在解决旧问题的同时又引发新问题^{[4](115)}。其实,对于我国来说,这种规则供给模式的后果又何尝不是如此呢?随后涌现的大量“通知”与“细则”便是较好的说明。另外,这种部门规章占我国金融法律体系主体的事实还有一个不可忽视的现象,即部门或集团利益的强化或以金融监管权为边际的势力范围的形成与巩固。事实上,这种现象已成为人们对部门规则供给模式进行非议与责难的一个焦点,因为高度部门化使统一的管理政策无法制订,并使部门之间发生矛盾。同时对于性质类似的金融机构给予人为的不同待遇^{[5](136)}。

那么,在目前的这种范式下,对于我国金融法规规则供给机制的上述两种观点应如何进行评判呢?笔者认为,由于我国本就欠缺法治的本土资源,金融法治更是处于一个“摸着石头过河”的探索时期,所以在规则供给的实践中有必要确立“有用即真理”的实用主义哲学。其实,实用主义的方法,不是什么特别的结果,只不过是一种确立方向的态度。这个态度不是去看最先的事物、原则、范畴和假定是必须的东西,而是去看最后的结果、收获、效果和真实^{[6](26)}。如此而言,美国法律制度的演进已向我们揭示了这样一种事实:实用主义的规则供给范式比较符合经济快速发展的内在需求。如美国人在其法律制度的构建中,尽管沿用了英国式的遵循先例的理念,但实践证明美国人青出于蓝而胜于蓝。美国实用主义法学派的代表人物霍姆斯的信条是:法的生命在于经验,而不在于逻辑。他认为“经验”是指法官在遵循先例的前提下,充分根据变化中的社会生活,给予先例以新的生命。同时,他亦认为法在不断演进着,从未达到一致。它永远从生活中汲取新的原则,并总是从历史中保留那些未被删除或未被汲取的东西。只有当法停止发展,它才会达到完全一致^{[7](32)}。

实际上,美国的这种实用主义的法律思维是值得金融法治心切的我们尊重的,因为我国金融法律制度的构建在很大程度上直接或间接地受到美国的影响与诱导。如1933年美国银行法确立了银行业与证券业分野的格局,随后我国1995年的商业银行法便也对银行业与证券业等的界限进行了严格的设定。随着美国国内金融业的发展及国际金融竞争的需要,美国1999年的《金融服务现代化法》废除了原来的分业模式,这引起我国亦对自己的金融法进行

了相应反思与整改,如2003年《商业银行法》第43条针对小范围合业的需要增加的但书部分。法谚云:两利相权取其重,两害相权取其轻。相比较之下,目前采取实用主义的规则供给范式还是比较符合我国市场经济发展中法治化需求的,但是其违背规则供给哲学的实践应引起我们的反省与检讨。

(二) 规则供给主体的多元化

从我国金融法的规则供给主体来看,有国务院、中国人民银行、中国银监会、中国证监会、中国保监会、财政部、国家外汇管理局、最高人民法院及国家税务总局等。因此,我国金融法规供给的主体具有多元性。这一方面说明,我国金融法的发展正处于一个转型期,需要多方利益的妥协与平衡。然而,从另一个层面考察,笔者认为这种多元化的现象并不利于金融法的整合与完善,因为这种政出多门的现象极易导致规则的不统一,而最后为了对这种规则中的灰色地带进行弥补就不得不出台大量的“通知类”与“解释类”的规范性文件,从而在实质上有益于规则本应有的逻辑性与稳定性。

另外,有一点也应明确的是,尽管主体多元化,但是从历史与作用考察在金融法则供给体系中占主导地位的是中国人民银行、中国证监会、中国保监会及中国银监会。笔者认为,在这之中,有一个事实是值得我们深思的,即自2003年中国银监会成立后如何审视中国人民银行出台的规章?如何建立金融监管协调机制?这些都是在新形势下我们必须深思熟虑的问题。

(三) 规则自身的质量不高

我国金融法是由“部门规章为主、法律规则为辅”组合而成的一个庞大规则群,但是考究这些法则,我们不难看出这样一个结论:规则的质量差、效率不高。如关于存款的归属权问题,1992年的《储蓄管理条例》第5条规定:“国家保护个人合法储蓄存款的所有权及其他合法权益,鼓励个人参加储蓄。”该条例第33条亦规定:“储蓄存款的所有权发生争议,涉及办理过户的,储蓄机构依据人民法院发生法律效力判决书、裁定书或调解书办理过户手续。”中国人民银行1993年发布的《关于执行储蓄管理条例的若干规定》第3条与第40条再次规定,客户拥有其存款的所有权。这种定位无疑与商业银行资产负债业务的性质不符,同时也混淆了储蓄合同与保管合同、借用合同的差别。另外,2002年通过的《商业银行信息披露暂行办法》虽然是中国商业银行信息披露法治化进程中的一个质性的飞越,但是该办

法的意义可能在很大程度上只停留于形式上,因为其并没有对违背信息披露义务的银行及直接责任人等配以严格的法律责任,同时也并没有对披露的程序进行明确的规定。如此,在程序正义欠缺的情形下,实质正义亦会大大受挫。其次是我国的金融法律文件大多被冠以“通知”“试行”与“暂行”等标志性特征,不利于金融法体系的建构。且令人不解的是,经过笔者考证人民银行于1986年4月发布的《再贴现管理暂行规定》及于1990年12月发布的《利率管理暂行规定》,从其出台的时间来看,已分别历经约19年与15年仍处于试行与暂行状态。这种规则供给的现实不能使人对法律规则产生应有的信任之感,因为“应急式”“一事一法”性的规则供给模式会使人质疑规则供给的严肃性与权威性。

(四) 规则供给理念上的滞后性

现行的金融法则实质上并没有体现国际金融立法发展的新理念。就银行监管法而言,目前国际银行监管法在理念上已有了实质性的突破。如巴塞尔银行监管委员会早在1983年就提出了“监管必须是充分的,且任何银行都不能逃避监管”的理念。这一思想在随后的《有效银行监管核心原则》等文件中得到再现,其认为跨国银行监管应至少遵循以下四项原则:双重许可原则、适度监管原则、并表监管原则及审慎监管原则^[8](30-31)]。新巴塞尔资本框架更是确立了以“最低资本要求、外部监督与检查及市场纪律”为核心的对商业银行进行系统性监管的新思维,从而实质性地将公司内部治理的思想纳入了银行监管法律体系之中。然而,这些新思维并没有在我国银行监管法整合中得到实质性的关注。如《商业银行信息披露暂行办法》便没有将巴塞尔银行监管体系中的定性与定量披露的要求进行吸纳,我国的《商业银行资本充足率管理办法》亦是以过时的1988年巴塞尔资本文件为蓝本的。此外,在银行业的私法规则领域,除了前述的对存款性质定性不准确之外,我国其它的某些法律制度在立法价值与理念上亦存有滞后性,如担保法就是一个明显的例证。我国1995年的《担保法》不仅仍然固守担保合同的从属性特征,而且该法的立法价值理念与该制度的发展相距甚远,如第53条规定:“债务履行期届满抵押人未受清偿的,可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿;协议不成的,抵押权人可以向人民法院提起诉讼。”第70条与第87条对质押物与留置物的处分亦有相类似的规定。这种规定严重地妨碍了抵押权人、质押权人与留置

权人对担保标的物的处分权,从而直接地影响了其债权的实现,阻滞了资金融通。实际上,自二战以来,随着世界经济的发展和国际融资活动的日益频繁,担保制度不断演变和发展,主要表现在:担保方式推陈出新,担保的价值取向从安全转向效益^③,担保的社会功能从保全债权走向媒介融资^{[9][174]}。若从这一角度进行分析,在金融快速突进的今天,我国目前的担保法则无疑没有满足时代发展对其提出的新要求。

此外,在该问题上,还有一种现象值得我们注意,即尽管巴塞尔银行监管委员会所倡导的金融监管理念、欧盟等区域性合作组织的成功实践及英美等金融发达国家通过国内法国际化与国际法国内化的方式所推出的金融监管思维多为我国银行法发展中的“供体”,但是对作为受体的中国而言,其对国际银行法发展走向的影响及新的金融监管理念的话语权把握是不够的。事实也表明,尽管在某些情况下,中国也被邀请参加了一些国际银行监管理念变革的研讨,如新巴塞尔资本协议草案的磋商。但是在金融实力不平衡及金融法治化程度差异性不等的情形下,我们的影响力度是极其有限的。因此,在一定程度上可以说,从国际银行监管理念的发展与中国金融法供给机制之间的关系来看,它们之间体现出的不是一种互动性的对等关系,而是一种单流向的理念供给关系。

三、我国金融法则供给机制发展走向的思考

尽管笔者倾向于我国金融法则供给机制中所折射出的“有用即真理”的实用主义,但是有一点不能回避的是这样一种规则供给的定式已给我国金融法治造成了比较严重的体系混乱,同时也使我们的法律人与公民对本应遵循的立法原理产生了不应有的狐疑。尽管我们可以说这是借鉴美国法律实用主义所带来的副产品,但是必须知道粗线条的立法并不是美国法律的秉性,事实是,在其成文法实践中立法的逻辑性、条理性与条文的细腻性受到了应有的尊重。因此,在品尝实用主义的规则供给模式所带来的短期利好时,我们更应深入地从一法律文明国家的角度来考证一下这种模式所潜在的弊端,因为我们对法律规则的消费并非是一次性竹筷般的消

费,而是可能将其作为传家宝而进行代代相传。君不见,一个多世纪前产生的法、德两国的《民法典》虽经百余年的时光隧道,但如今仍是两国人民维护其人格尊严及财产保护的圣经。笔者认为,为了使我们的金融法也能经久耐用,也能代代传承,作为法律规则供给者的法律人就必顺在以下几点上有所为。

其一是规则供给理念上的调整。“一事一法”“成熟一部即制定一部”的应急型理念固然有一定效用,但这毕竟是一种对法律规则进行短期消费的行为,它是以“导致整个法律体系中不同法律部门之间在效力等问题上的混乱与模糊状态”为代价的。因此,在规则供给模式上,我国应洗刷目前的“以部门规章为主、法律规则为辅”的规则构成格局,从而走向“法律规则为主、部门规章为点缀”的新气象。笔者认为,这种定位有以下诸多好处:一方面,其可以促进规则供给权力的集中,容易使我国法律规则之间的一致性、衔接性、协调性及稳定性的增强,从而避免朝令夕改的局面。同时,这种处理方式也可以间接地消融原有的各监管部门依托于规则的供给权所形成的势力范围。在另一方面,也可以提高规则自身的质量。实际上,我国目前的诸多规则之所以量多质次,其无不与部门规章供给者自身的业务素质水平、专业法律知识、规则供给技术水平相关。若采取法律规则为主的模式无疑可以在很大程度上克服上述弊端,因为公开化的立法程序会使更多的专家能者参与规则供给的过程,并运用较好的立法技术。法律的真理在于立法者的修养,金融法律文本的法治就是一个验证我国立法者修行的较佳平台。

此外,法律体系应是一个相对完整的规则体系。从上文的分析,我们可以感知我国的金融法律体系是不完善的。这一点在银行法域表现得更为突出,在该法域我国还没有比较完善的破产法律制度,在内资与外资金融机构法律适用问题上实行的还是一套分流的模式。同时,政策性金融被彻底地游离于金融法治之外。这些空白的区域都有待我们审慎地进行良法的谱写。为了使我国金融法律体系实现系统性与逻辑性,笔者认为我国有必要对目前已有的金融法则进行彻底的汇编,因为汇编不仅可以使我们对自身的金融法家底有个全面客观的认识,同时也可以使我们发现漏洞,感知矛盾与不足。可以说,金融法律的汇编是我国金融法治化的有效手段。

其二是本土资源的适度考虑。法包含着一个民族历经多少世纪发展的故事,因而不能将它仅仅当做好像一本数学教科书里的定理、公式来研究。为了知道法是什么,我们必须了解它的过去以及未来趋势^{[7](5)}。萨维尼认为在人类历史的初期,便可发现与特定人民相联系的法律,这如同他们的语言、生活方式和制度安排。这些表现不是相互割裂的,而是特定人民具有的各种特点。因此,每个民族必须有其特有的法律制度^{[10](23)}。尽管笔者并不主张在中国法治进程的探索中应对中国积贫积弱的法治文化进行追根究底式的资源挖掘,但是在金融法律规则移植的过程中我国必须密切关注国外法(供体)与本国法(受体)之间的同构性与兼容性,要对受体进行必要的机理调适,以防止移植之后出现被移植的“组织”的变异^{[11](272)}。我国在2001年引进的独立董事制度的实际效果一直受到人们的责难就是一个很好的说明。

那么,在现阶段,我国金融法治应具体注意什么问题呢?笔者认为,尽管在一系列的社会运动与经济体制的剧变进程中,整个中国社会正处于一种深刻的转型与相对置换中,原有的社会模式逐渐蜕变、破裂,关系社会正在渐渐淡出^{[12](2)},但是中国社会仍然是一种基于社会关系的社会,它既不是社会本位,也不是个人本位,而是关系本位。这种社会关系本位论无疑与我们正在力求实现的公平、正义、平等目标相左。在规则供给的过程中,立法者对于这种现状必须有个公正的认识,因此在出台相关规则时既不能操之过急,也不能全部对西方的金融模式与规则进行翻版。在另一方面,我们所借鉴或移植的规则生成土壤都是比较成熟的市场经济,虽然我们自认为市场经济已全然在中国建立,但客观而言我国的市场仍是发展进化型的,市场仍如一种割裂的条块状态,如行政垄断就是最好的说明。这一客观事实亦是立法者必须权衡的问题。

其三是金融立法的国际化问题。金融的全球化与自由化带来金融规则的趋同化,这就要求金融法治必须考虑到整个国际金融立法的走势及新的理念。如在安然事件之后,美国便出台了《索克斯法案》,强化了对披露信息真实性的要求,加强了对会计师事务所、上市公司高层人士等在信息披露方面的法律责任。同时,英国、日本等亦对各自的金融监管

体制进行了务实性的重构,如日本成立金融厅,英国成立金融服务局。在国际上,巴塞尔银行监管委员会加强了与其他国际金融监管组织的合作,其关注的重点从银行业的监管向金融集团的监管转移、从强调法定型监管步向自律与它律的结合及更加强东道国监管与并表监管的联合。这诸种变化也是我国在金融立法整合过程中所必须反复论证与考察的重点。

四、余论

有好法才会有好秩序是法治中的一个真理性命题,因为它向人们,特别是职业的立法者,昭示了一个大众性的朴素概念,即文本法治是社会法治之源。正所谓,千里之行始于足下。事实上,整体的法治是自良法开始的。若立法者产出的不是良法,它不仅会使我们的法治变成水中月镜中花,而且也会极大地挫伤公民对法律的热情与关爱。沈家本先生有句名言,有法不善与无法等。其实,若进行知识考古,我们会发现,这个命题的正确性是值得我们进一步认知的。笔者的态度是,法不善并不等无法。实质上,不善之法对社会的创伤会远胜于无法可依的状态,因为不善之法给原空白的法律区域留下的是一片片涂鸦式的污染,它败坏了人们对法律的信仰。相反,无法可依意味着空白的法律区域需要立法者展现其对法律的真知灼见,它给人们留下的是一种对法律确信的美好期盼。因此,可以说,我国金融法的混乱状态已在我们的心灵上留下了道道的法律伤疤。尽管伤痛可与时俱去,但是作为一代有使命感的中国人正期待我们的金融法之构建无论是在体系上,还是在立法理念上都进行理性的归位。

注释:

① 新《商业银行法》将该款修改为“更换董事、高级管理人员时,应当报经国务院银行业监督管理机构审查其任职资格”。

② 实际上,这样一种现象可能并不会影响司法的实践。虽然从理论上而言,在最高人民法院的解释与上述两法发生摩擦时,其解释无效,但实践告诉我们,司法实践中所可能援用的规则根据恰恰为前者,从而再次重演中国司法实践中的特有的下位规则优于上位规则的现象。

③ 现代担保的设立更注重担保物的整体社会价值的实现,避免在给

担保人提供融资便利的同时,又给其带来不利或损失,其主要表现为浮动担保、动产质押及收益让与等担保方式的采用。

参考文献:

- [1] 李金泽. 加入 WTO 后中国银行法制的局限性及其克服[J]. 法律科学, 2002, (2): 85-98.
- [2] 姚梅镇. 国际经济法概论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1999.
- [3] 李龙. 法理学[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1996.
- [4] 张忠军. 金融监管法论—以银行法为中心的研究[M]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [5] 陆泽峰. 金融创新与法律变革[M]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [6] 威廉·詹姆士. 实用主义[M]. 北京: 商务印书馆, 1979.
- [7] Oliver Wendell Holmes. The common law[M]. Boston: Harvard University Press, 1963.
- [8] 蔡奕. 跨国银行监管的主要法律问题研究[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2004.
- [9] 梁慧星. 民商法论丛(第3卷)[M]. 北京: 法律出版社, 1996.
- [10] Savigny. Of the vocation of our age for legislation & jurisprudence[M]. Arno Press, 1975.
- [11] 张文显. 法哲学范畴研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [12] 单飞跃, 杨期军. 中国民法典生成的文化障碍[J]. 比较法研究, 2005, (1): 1-9.

Thoughts on the disorder of Chinese rule provision system towards financial law & related suggestions

LI Sīqi

(School of Law, Hunan University, Changsha 410082, China)

Abstract: The present mode of legal provision has so greatly caused the disorder of the system of Chinese financial law that the mode is against the fundamental philosophy of rule-making, and that there exist the following phenomena that the upper rules are inferior to lower rules, and conflicts between rules, etc. The rule of financial law is our dream. However, this disorder is eroding this dream. Therefore, it is the crux to face the fact and provide remedies on the basis of native resources and nationality of social relationships.

Key words: rule of financial law; disorder of rules; pragmatism

[编辑: 苏慧]