

国外^①银行监管者保护制度初探

汪鑫, 刘巍

(广西大学法学院, 南宁, 530004)

摘要: 注重保护银行监管者是新的国际银行立法趋势, 其核心是有条件地部分免除银行监管者的法律责任, 包括对监管行为相对人和利害关系人的侵权赔偿责任。构建银行监管者保护制度, 既要避免银行监管者责任负担过重, 也要为其保留一定的责任风险, 以刺激其审慎行事的动机, 并兼顾受害者的利益。因此, 银行监管者不仅应就恶意行为承担责任, 亦应就虽属善意但有重大过失的行为承担责任; 此外, 在判断银行监管者是否承担责任时, 应遵循合理性原则。

关键词: 银行监管者; 保护; 监管行为免责

中图分类号: D922.29

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2005)05-0606-05

1997年9月, 巴塞尔银行监管委员会发布《银行业有效监管核心原则》。其中有为银行监管者提供法律保护的规定, 即“在法律上保护个人或机构不对履行监管职责过程中善意实施的监管行为承担责任”, 被列为银行业有效监管的先决条件之一。因此, 本文所探讨的实为国外的银行监管者职务行为免责制度。

一、国外银行监管者保护制度概况

近些年来, 在某些国家, 银行监管者遭监管行为相对人或利害关系人控告职务侵权的案件明显上升。面对瞬息万变的金融市场、层出不穷的金融创新、频繁发生的危急事件、错综复杂的利益冲突, 银行监管者凭借相对短缺的监管资源, 要保证所有决策无误、所有措施适当、所有行为合法, 极其困难。如果任由银行监管者暴露于巨大的责任风险之下, 银行监管必然举步维艰。为此, 越来越多的国家引入了银行监管者职务行为免责制度。当然, 这在很大程度上也得益于有关国际组织特别是巴塞尔银行监管委员会的大力倡导。

由国际货币基金组织和世界银行专家2002年9月共同完成的一项研究考察了60个国家遵守《银行业有效监管核心原则》的情况。其中, 关于银行监管者法律保护的结论如下: 46%遵守(全面遵守或距

基本标准仅存在些微不足); 13%基本遵守(虽有缺陷但尚不致怀疑当局实施该原则的能力); 17%基本未遵守(存在缺陷且致当局实施该原则的能力受到怀疑, 但已有实质性改进); 22%未遵守(在评估者看来, 在遵守原则方面未取得实质性进展); 2%无可适用的法律^{①(12)}。

以下分几个角度对国外银行监管者保护制度作简要介绍和分析, 借此勾勒该项制度的基本轮廓。

(一) 法律渊源

从法理上讲, 银行监管者保护的法律渊源, 可以是制定法, 也可以是判例和习惯。虽然《银行业有效监管核心原则》倡导制定法方式, 且此种方式为绝大多数国家所实际采用, 但并不排除某些国家以判例或习惯为基础对银行监管者实施保护。在相当多的国家, 制定法与判例法同为银行监管者保护的法律渊源。

进而言之, 制定法作为银行监管者保护的法律渊源, 又可分为两种情况。一种是普通制定法(如民法典或侵权法典), 对所有政府雇员和政府机构提供保护, 银行监管者被纳入其中; 另一种是特别制定法(如银行法或中央银行法), 专门针对银行监管者提供保护。1999年, 国际货币基金组织的 Ross S. Delston 研究了20个国家(地区)保护银行监管者的制定法。其中, 在丹麦、德国、日本、挪威、西班牙、瑞

收稿日期: 2005-06-27

作者简介: 汪鑫(1963-), 男, 武汉人, 广西大学教授, 博士, 主要研究方向: 经济法。

① 国外应指境外 中国学术期刊(光盘版)电子杂志社编者注

典、瑞士、美国等8个国家,银行监管者依普通制定法享受保护;在澳大利亚、加拿大、厄瓜多尔、中国香港特别行政区、印度、爱尔兰、马来西亚、新西兰、新加坡、南非、英国等11个国家(地区),银行监管者依特别制定法享受保护;而在菲律宾,银行监管者则享受普通制定法和特别制定法的双重保护^[2]。具体到特别制定法,从特别规范的出处上,又可分为三种类型:仅见于银行法;仅见于有关监管机构的专门立法;同时见于银行法和有关监管机构的专门立法。

(二) 保护对象

银行监管者是一个统称,事实上各国保护的对象并不完全一致。1) 所有国家都对银行监管人员提供保护。其中绝大多数国家涵盖所有银行监管人员,少数国家如厄瓜多尔只保护某些特定官员。2) 有些国家不仅保护银行监管人员,也保护银行监管机构,澳大利亚、加拿大、印度、爱尔兰、马来西亚、菲律宾、南非、英国属于这种类型。有些国家只保护银行监管人员,不保护银行监管机构。在以普通制定法为保护渊源的国家,一般都只保护政府雇员而不保护政府机构,丹麦、日本、挪威、瑞典、瑞士、美国等属于这种类型;在以特别制定法为保护渊源的国家也存在类似情形,如厄瓜多尔、新西兰、新加坡等,就只对银行监管人员提供特殊保护,而未涉及银行监管机构。3) 代理人。这里所说的代理人,包括受银行监管机构雇用、履行特定职责之人,如审计师;按银行监管机构首脑指令行事之人;基于其他原因有权以银行监管机构或其官员的名义行事之人。如巴基斯坦、印度尼西亚、印度、丹麦、厄瓜多尔、新西兰、挪威、菲律宾、南非、瑞典、英国等不对代理人提供法律保护,而澳大利亚、加拿大、德国、爱尔兰、日本、肯尼亚、马来西亚、新加坡、西班牙、瑞士、美国等则将代理人列为受保护对象。加拿大《金融机构监管局法》第24条规定的保护对象包括了“根据金融机构监管局局长的指示行事的任何人”。根据肯尼亚《中央银行法》第33M条,法律保护则延伸到了“任何由中央银行任命之人”。4) 其他相关机构和个人。在有些国家的银行监管架构中,除银行监管机构及其监管人员外,还有其他机构和个人依银行法或有关银行监管机构的专门立法负有权责,通常他们也被作为法律保护的主体,如巴基斯坦的联邦政府和各省政府。

(三) 保护条件

法律保护银行监管者,并非免除银行监管者所有行为的责任。首先,在所有国家,只有保护对象行

使权力、履行职责的职务行为能够享受法律保护。权力和职责可以是法定的,也可以是依法授予的。至于行为,既包括作为,也包括不作为。进而言之,免责还必须符合法定的主观心理标准。大多数国家对善意监管行为免除责任,除非证明存在恶意,行为人即使有一般过失甚至重大过失,也无需承担责任。少数国家要求银行监管者对有重大过失的行为承担责任,个别国家则要求银行监管者就一般过失承担责任,即使行为出于善意或者没有恶意。

(四) 保护方式

各国保护银行监管者所采用的立法技术并不完全相同,通常有以下3种方式:1) 直接免责。即从实体法的角度直接免除符合法定条件的银行监管者的职务行为的责任。多数国家采用这种方式,如爱尔兰2003年《中央银行及金融监管局法》第33AJ条规定:“中央银行及其理事会成员和职员、金融监管局成员等,不对履行职责和行使权力过程中的作为或不作为所生之任何损害承担责任,除非证明其出于恶意。”2) 诉讼阻却。即从程序法的角度禁止任何人针对银行监管者符合法定条件的职务行为提起诉讼或其他法律程序,以间接免除银行监管者的责任。如印度《银行监管法》第54条规定:“不得对中央政府、储备银行或任何官员依本法以善意实施或意图实施的任何行为提起任何诉讼或其他法律程序”。虽然在理论上,诉讼阻却更有利于银行监管者摆脱讼累,但现实中银行监管者的行为是否符合免责的法定条件,往往是争议焦点所在,且只能通过诉讼程序得到澄清。因此从司法实践的角度看,诉讼阻却难以达到预期效果。3) 责任补偿(indemnity)。它既不直接免除银行监管者职务行为的责任,也不剥夺或限制受损害的监管行为相对人或利害关系人起诉银行监管者的能力,而是规定由法定的资金来源承担本应由败诉的银行监管者承担的损害赔偿赔偿责任,弥补银行监管者的应诉费用损失。菲律宾、新西兰等少数国家采用这种做法。

一些国家还借助其他辅助立法技术,进一步限制银行监管者可能承担的责任,特别是职务侵权责任。其中有两种方式较为典型:一种是适用相对性规则(relativity rule),以德国为代表。德国民法典第839条规定公务人员应对违反职业义务给第三人造成的损害承担责任,但根据德国的普通侵权法,原告必须证明义务的设定不仅保护公共利益而且保护自己的个别利益,否则不具有就该义务的违反请求损害赔偿的资格。在传统上,德国的判例法一直持

集体主义的立场,即认定银行监管仅服务于公共利益。鉴于德国高等法院1979年的两份判决表现出个人主义倾向,认为银行监管具有保护银行单个债权人的宗旨,加大了银行监管者的责任风险,德国国会1984年在对《银行法》进行修订时,在第6条增设了一段内容,明确规定“银行监管者只为一般公众利益履行法定职责”。由此,德国银行监管者几无职务侵权责任可言,从而获得了深度保护^{[3](9~11)}。比利时2002年8月的《监管体制改革法》也有类似规定。

另一种方式是由立法排除监管行为的担保意义,以爱尔兰为代表。爱尔兰2003年《中央银行及金融监管局法》明确表述:中央银行依其职权发放或撤销银行牌照或者管理银行活动的事实,并不构成中央银行对该银行偿付能力或经营状况的保证;国家和中央银行均不对因该银行丧失偿付能力、违约或经营不善导致的损失承担责任。

二、银行监管者保护制度的存在价值

豁免国家及其公务员职务行为责任的合理性与必要性,国内外多有论及^[4,5]。那些更广视角的理论阐释,原则上适用于银行监管者,本文不予赘述。但在相当多的国家,银行监管者享受的是“特殊”保护。因而,探讨银行监管者保护制度的存在价值,还必须从银行监管和银行监管者的特性出发。

(1)适当法律保护的缺失,有损银行监管者的主观动机和监管的客观效果。担心监管行为引发责任,常常是银行监管者消极处事的重要原因;如审判效率低下,沉重的应诉压力势必牵扯其精力,消耗其资源,影响监管效能。这非但损及相关的个别利益,也威胁到公共利益。这在银行危机的处理上尤为突出。需要银行监管者果断采取措施的紧急关头,恰是较多引发监管责任的特别时期,倘若银行监管者得不到有效保护,危机的牵制与化解就可能延误,危机的恶化与蔓延将难以避免^{[6](17~18)}。巴塞尔银行监管委员会倡导保护银行监管者,即主要出于上述考虑。东南亚金融危机以后,国际货币基金组织对成员国实施一项“金融系统稳定性评估计划”,其中将保护银行监管者不力视为有损金融系统稳定的制度缺陷。捷克、冰岛、吉尔吉斯斯坦、韩国、立陶宛等,均被认为在此方面存在不足。

(2)银行的审慎经营,主要取决于银行的内部管理。不容否认,几乎所有的银行失败或多或少都与

外部监管不力有关,但如果放任银行债权人就所受损害向银行监管者追索,无异于变相让外部监管者承担主要责任。这种扭曲的、“不成比例”的责任分配机制,不仅对银行监管者显失公平,也会助长银行和银行债权人的道德风险倾向,破坏市场约束机制。这样的制度安排,与政府公共安全网如存款保险等,可以说有异曲同工之“劣”。债权人慎重选择和制约银行的动机将会因此削减,银行也将因不再有遭潜在债权人摒弃之虞,而敢于承受更高的风险。比利时根特大学金融法研究所的 Michel TISON 指出:“让监管当局暴露于巨大的责任风险之下,事实上很大程度向国家转嫁了银行失败的成本。这背离了市场经济审慎监管的确切目的:审慎监管的最终目的并非不惜代价避免银行的失败,而是要将银行失败的主要风险留给失败银行的股东和债权人。审慎监管只是以金融稳定和金融机构健全为目的的特定外在监督机制,它基本上不修正银行失败风险的分配。”^{[3](4,5)}

(3)法律为银行监管者配置的监管资源,并不足以使之具备对所有银行在所有时点的所有活动进行实时监控的能力。这虽然是基于市场自由和成本收益理念的刻意选择,但客观上导致了监管资源的相对短缺。监管资源不仅包括人、财、物,而且包括权力、技术手段和信息渠道。在持续性监管方面,银行监管者通常只能借助报表稽核获取信息,继而针对异常情况有重点地实施现场检查;在银行问题或危机的处理上,银行监管者又常常不得不在事态不明、权力遭受诸多掣肘的情况下快速作出反应。在某种意义上讲,正是监管资源的短缺,注定了银行监管疏漏的存在。显然,要求银行监管者杜绝银行问题的发生,并无限制地就已经发生的银行问题承担责任,既不现实也不合理。20世纪80年代后期,英国枢密院曾审理一桩涉及香港银行法的案件。该案原告是一家破产银行的债权人,指控香港银行监管当局在向这家破产银行发放并允许其继续持有银行牌照上存在过失。最终,枢密院以“有限的监管手段不允许对银行的日常管理进行持续性监控”为理由,驳回了原告的诉讼请求^{[3](11,12)}。

以上分析实际上归结为两个焦点:效率与公平。不过,这种分析却是以一个基本假定为前提的,即银行监管者总是勤勉和克尽职守。然在现实之中,银行监管者惰怠、低能乃至恶意行使职权,并不鲜见。法律所应当保护的,无疑只能是前者,绝不能是后者。因此,保护银行监管者,不能理解为对其职务行

为无条件地全面免责;相反,仍有理由让银行监管者保留适当的责任风险。其一,虽然过度的责任风险抑制银行监管者的审慎监管动机,但绝不意味着毫无风险就能起到动机激励的积极功效。保护力度与监管动机之间的关系,实际上是一条抛物线:在一定的区间内,监管动机随保护力度的加大而增强;但保护过度,监管动机反而减弱。在一定程度上,潜在的责任风险,能够有力地激发银行监管者更加科学地进行决策,更加努力和更为负责地履行职责。其二,银行监管者保护之加强,某种意义上亦即相对人或利害关系人保护之减弱,在制度构建中不能不顾及利益的适当平衡。其三,银行监管作为公共商品,同样存在质量标准。如果银行监管者拒绝提供公共商品,或者提供的公共商品存在明显瑕疵,没有理由排除由他们就此承担责任的可能。

综上所述,保护银行监管者只能是对其职务行为有条件地部分免责,而不能是无条件地全面免责。在国外,曾有学者质疑巴塞尔银行监管委员会倡导保护银行监管者的动机,称该委员会由12国金融当局高级官员组成,片面强调银行监管者的利益,有失偏颇^{[3](7)}。其实,巴塞尔银行监管委员会并未主张无条件全面免除银行监管者职务行为的责任。

三、银行监管者保护制度的两个核心问题

银行监管者保护制度的构建与实施,有许多问题值得深入研究。以下,就我们认为最核心的两个问题作进一步讨论。

(一) 关于免责的主观要件

对于银行监管者的职务行为,在追究责任与免除责任之间,必须有一个明确的界限。从各国现有制度来看,这个界限实际上是由主观心理标准来决定的。主观心理标准的界定,直接关系保护银行监管者的力度,也涉及到银行监管者与相对人和利害关系人之间的利益取舍和平衡。

在以制定法保护银行监管者的国家,多以监管行为“出于善意”或者“没有恶意”作为免责的主观要件。善意(拉丁语为 *bona fides*, 英语为 *good faith*)是极为抽象的一个法律概念,它存在于人们的理念之中,一般具有“信用”“诚实”“真诚”“公开”“无欺骗和伪装”之意^{[7](160)}。善意一词在法律上虽被广泛使用,却缺乏具体的判别标准,在银行监管者保护

上亦复如是。对此,印度尼西亚作了有益的尝试。《印度尼西亚银行法》第45条规定:“印度尼西亚银行总裁、高级副总裁、副总裁或者官员不得因履行本法规定的任务和职权时所作的任何决定或政策而受处罚,但决定或政策之作出必须基于善意。”为便于《印度尼西亚银行法》的实施,印度尼西亚众议院曾专门发布一项解释性法律文件,其中对第45条解释如下:“决策必须具备下列特征才能被认为是基于善意作出的:(1)行事不具有为本人、本人的家庭、本人所在团体谋取利益的故意,或者行为不具有腐败、共谋、重用亲属的特征;(2)行事基于深入研究并具有积极意义;(3)行事采取了预防措施,一旦决策不当可供采用;(4)决策是通过一种监督制约机制完成的。”

按照善意标准,银行监管者履行职务只要是出于善意,即使有一般过失甚至重大过失,也不必承担责任。但有些国家,如法国、卢森堡,则要求银行监管者对有重大过失的监管行为承担责任。更有甚者,少数国家要求银行监管者对一般过失也承担责任。这就意味着,即使是善意的银行监管者,也应对有重大过失或一般过失的行为承担责任。所谓重大过失(*gross negligence*)是指“犯了即使是一个非专业的糟糕透顶的人也不会犯的错误”;而一般过失(*normal negligence*)则是指“犯了一个普通监管者在同样情形下不会犯的错误”^{[3](16)}。需要指出的是,有的国家如比利时,原来要求银行监管者对一般过失承担责任,现已改行重大过失标准。

我们认为,尽管巴塞尔银行监管委员会提倡对善意行为免责,且为多数国家采用,但要求银行监管者仅对恶意行为承担责任,单纯强调行为人的主观取向,而完全忽略对行为本身的优劣判断,未免失之过宽。重大过失标准抑或一般过失标准,虽然也属于主观心理范畴,但它们的认定借助了客观参照标准,实际上对行为本身进行了甄别。不过,要求银行监管者就一般过失承担责任,失之过严;而要求银行监管者就恶意和重大过失承担责任,则相对比较适中。

(二) 关于合理性原则的适用

20世纪90年代以来,国际上银行监管立法出现了以监管者自主权为基础,向以规则为基础的转变^[8]。但总体看来,各国仍赋予银行监管者以相当大的自由裁量空间,以便其审时度势、通权达变。在这种情况下,判定银行监管者是否需要承担责任,引入合理性原则显得十分必要。

首先,银行监管者仅承担“合理的”注意义务。例如,拥有对非法银行业务的查处权,不应理解为事实上杜绝一切非法银行业务,而只能理解为有责任合理监控可能出现的异常。只有当银行监管者知悉或应当知悉非法银行业务的迹象和线索,如报纸上登载有非法银行业务的广告,已接获消费者的相关投诉,却没有及时加以核实和追查时,才应当承担相应的责任。英国法院在 *Minories Finance Ltd 诉 Arthur Young 和 Johnson Matthey 诉 Arthur Young* 两案的判决中,都认为,如果存在一项注意义务,它的违反可能导致监管责任的话,它必须是公平和合理的^{[3][12]}。

其次,不作为并不必然导致监管者责任。一般而言,银行监管者在选择法律所提供的干预措施时,应当以与事态严重性相当的方式行事。不过,由于银行监管者在选择和使用干预措施方面享有很大的自主权,需要权衡多种因素和多方利益,仅仅银行监管者未对所发现的银行问题作出反应这一事实,并不构成其承担责任的充分条件。即使干预措施在外观上与事态严重性不相匹配,只要银行监管者恪尽职守、科学论证、审慎决策,就没有理由让它就此负责。

最后,应避免以后果反推前因。在国外,大量案件是破产银行的债权人特别是存款人指控银行监管者向银行发放牌照不当。这时,法院应当仅仅审查银行牌照发放当时申请人是否满足法定要求,是否有拒绝发放牌照和对所发牌照附加限制性条件的充分理由,而不能以后果反推前因,即以今日之银行破

产来推断当初银行牌照发放之不当。如果牌照发放当时银行符合法定条件,银行监管者就没有责任。实际上,银行的问题多出现于存续期间,不能归咎于银行监管者不当发放牌照。

参考文献:

- [1] IMF and World Bank. Implementation of the basel core principles for effective banking supervision, experiences, influences, and perspectives[DB/OL]. <http://www.imf.org/external/np/mae/bcore,2002-09-23>.
- [2] Ross S. Delston. Statutory protections for banking supervisors[DB/OL]. World bank, financial sector website paper. http://www1.worldbank.org/finance/html/statutory_protection.html,1999-03-23.
- [3] Michel TISON. Challenging the prudential supervisor: liability versus (regulatory) immunity[DB/OL]. Financial Law Institute, Ghent University (Belgium). Working Paper Series WP2003-04, 2003. <http://www.law.ugent.be/fli/WP/WP2003-pdf/WP2003-04.pdf,2003-06-12>.
- [4] 季涛.论国家侵权责任豁免的理论基础[J].杭州大学学报,1998,(4):129-132.
- [5] 罗文燕.国家赔偿责任免除之探讨[J].杭州商学院学报,2002,(6):23-27.
- [6] Marc Quintyn, Michael W. Taylor. Regulatory and supervisory independence and financial stability[J]. Munich: CESifo Economic Studies, 2003, 19(2):
- [7] Henry Campbell Black. Black's Law Dictionary(fifth edition)[Z]. St. Paul: West Publishing Co, 1979.
- [8] 汪鑫.健全我国银行监管制度的几点主张[A].漆多俊.经济法论丛(第8卷)[C].北京:中国方正出版社,2003.1-24.

On overseas regimes to protect bank supervisors

WANG Xin, LIU Wei

(Law School, Guangxi University, Nannin 530004, China)

Abstract: It is a new international trend for banking legislations to protect bank supervisors more strongly, namely, to immunize conditionally and partially them from legal liabilities, including liabilities for damages to the supervised parties and the stakeholders. To develop these regimes, though the aims should been set to reduce the burden of liabilities of bank supervisors, it is necessary to retain liability risk with them to certain extent to stimulate their motives for prudential behaviors and satisfy the interests of the victims. The authors believe that bank supervisors should be accountable to not only supervisory actions done in bad faith, but also ones done in good faith and with gross negligence. Otherwise, the principle of rationality should been observed in judging whether the bank supervisor is liable.

Key words: bank supervisors; protection; immunity from liability for supervisory actions

[编辑:苏慧]