

银行监管机构独立性的 法律保障机制

周仲飞*

内容提要：银行监管机构独立对于有效银行监管和银行业稳定的重要性在经历了众多金融危机后逐渐被人们认识，恰当的法律制度安排是保障监管机构独立性的前提。一国立法可以从履职独立性、人事独立性、财务独立性和监管责任豁免构建银行监管机构独立性的法律保障机制。

关键词：银行法 银行监管机构 银监会 独立性

在过去二十年发生的银行危机中，银行监管机构缺乏独立性被认为是危机发生的原因之一。政府、利益集团对监管过程的干预导致了监管容忍，延误了监管机构对问题银行的及时处理，妨碍了监管机构对危机的有效干预。Carl-Johan Lindgren 等人在研究 1997—1998 年亚洲金融危机的原因时指出，在遭受亚洲金融危机的国家中，一个共同的原因是这些国家的银行监管机构缺乏独立性，易于遭受政治和行业的压力。^{〔1〕}Morris Goldstein 和 Philip Turner 认为新兴市场经济体制国家银行危机的一个原因是，这些国家的政治和法律体制促使银行监管机构推迟关闭问题银行或者推迟对问题银行实施改进措施。由于政府与银行业关系密切，这些国家银行监管机构承受的监管容忍的压力远大于发达国家的相应机构。^{〔2〕}

监管机构缺乏独立性会对银行监管产生消极影响，并不意味着监管机构具有独立性就足以保障有效的银行监管。但是，监管机构具有独立性可以保证监管活动免受不当干预、维持监管活动的稳定和一致、提高对金融业发展的适应能力、加强监管政策的专业化。为此，巴塞尔银行监管委员会（以下简称巴塞尔委员会）《有效银行监管核心原则》（2006 年 10 月修订）（以下简称《核心原则》）要求银行监管机构必须享有从事监管活动的独立性。^{〔3〕}银行监管机构独立对于稳健安全的银行体制相当重要，这就要求一国为此提供系统的立法保障，尽管独立性取决于包括一国的政治体制、文

* 上海财经大学法学院教授。

〔1〕 参见 Carl-Johan Lindgren *et al.*, *Financial Sector Crisis and Restructuring: Lessons from Asia*, IMF Occasional Paper 188, 1999, p. 14.

〔2〕 参见 Morris Goldstein & Philip Turner, *Banking Crisis in Emerging Economies: Origins and Policy Options*, BIS Economic Papers, No. 46, October 1996, p. 30.

〔3〕 Basel committee on Banking Supervision, *Core Principles on Effective Banking Supervision*, October 2006, <http://www.bis.org/publ/bcbs129.htm>. 国际证券监管组织和国际保险监管协会对证券监管机构和保险监管机构也有类似的要求，参见国际证券监管组织：《证券监管的目的和原则》，第 6.1（2）节；国际保险监管机构协会：《保险核心原则》，“原则一”。

化传统、法律制度、政治家对监管机构独立性的承诺等等在内的多种因素。巴塞尔委员会《核心原则评估方法》(2006年10月修订)把一国法律是否明确规定监管机构的独立性作为评价该国是否遵守《核心原则》的必要标准。^[4]

与对中央银行独立性的研究相比,对银行监管机构独立性的研究几乎是空白。^[5]研究滞后的结果是,关于银行监管机构独立对于金融安全和稳定的重要性,人们还只停留在感性认识层面;对于保障银行监管机构独立性的法律制度,立法者也漠视和有意或无意地拒绝。可以发现,国内外银行立法对银行监管机构独立性的法律安排是零散的、缺漏的、无意识的。本文将首先探讨银行监管机构独立性的含义,然后分别阐述银行监管机构独立性的要素,即履职独立性、人事独立性、财务独立性和监管责任豁免,并提出这些要素所要求的立法内容。

一、银行监管机构独立性的含义

银行监管机构的独立性包含两方面的意思:一是独立于政府(尤其是指中央政府),监管不受政府的干预和束缚;二是独立于利益集团,防止“监管俘获”的发生。就监管机构独立于政府而言,这个命题及如何建立其法律保障机制与监管机构的设置有密切关系。如果银行监管职能由财政部内的一个部门行使,监管机构就无法独立于政府。在中央银行行使银行监管职能(如美联储)、银行监管机构设立于政府之外(如英国的金融服务监管署)或作为政府内一个独立部门(如美国的货币监理署)时,才可能涉及监管机构的独立性问题。在第一种情形下,监管机构的独立性通常因为法律赋予中央银行以独立地位而获得保障,因此,监管机构的独立性往往是针对监管机构独立于政府或作为政府内一个独立部门而言的。

就政府而言,一方面它希望金融体系能够稳健安全地运行,致力于制定一系列稳定并具有可信度的监管法规;另一方面它又会被短期的政治目标左右,为获得选举的胜利不希望在其任期内有较大规模的银行倒闭案发生,常常会对监管机构处理问题银行横加干预,阻止监管机构实施关闭措施。美国20世纪80年代存贷机构危机被认为是政治干预导致监管失败的典型例子。政治势力对监管政策的歪曲使国会和存贷机构的监管机构——联邦住宅贷款银行委员会——无法抵御政治对存贷业的影响,监管机构不得不采取监管容忍的态度,让这些行将倒闭的银行继续生存下去。

我国银监会作为国务院直属的事业单位,负责对我国银行业金融机构及其业务活动进行监督管理,从这个意义上说,银监会作为国务院的一个部门,代表国务院履行职责,不具有独立性。^[6]显然,从这种行政内部授权(分权)方式的角度认识银监会的性质,是无法解释和满足银监会独立这一要求的。事实上,银监会的监管职责是通过民主授权或称立法授权的方式获得的。全国人民代表大会代表人民通过立法的方式(如银行业监督管理法和商业银行法)把关乎人民切身利益的银行

[4] Basel Committee on Banking Supervision, *Core Principles Methodology*, October 2006, <http://www.bis.org/publ/bcbs130.htm>, p. 7.

[5] 据笔者收集,研究金融监管机构独立性的成果,国外用英文发表的具有代表性的文章有 Marc Quintyn & Michael W. Taylor, *Regulatory and Supervisory Independence and Financial Stability*, IMF Working Paper WP/02/46, March 2002; Marc Quintyn, Silvia Ramirez & Michael W. Taylor, *The Fear of Freedom: Politicians and the Independence and Accountability of Financial Sector Supervisors*, IMF Working Paper WP/07/25, February 2007; Eilis Ferran & Charles A. E. Goodhart (ed.), *Regulating Financial Services and Markets in the 21st Century*, Oxford: Hart Publishing Co., 2001. 国内也有少数论文涉及这个问题,但基本上是介绍上述两篇国际货币基金组织的工作报告。

[6] 有学者认为,在我国,国务院作为中央人民政府有独立的地位,其他行政机关没有独立的地位。虽然行政机关在法定权限内有对外管理的权利,但这仅是一种代理权,并不意味着其有独立的地位,是独立的主体。参见薛刚凌:《行政主体之再思考》,《中国法学》2001年第2期。

监管职能授予了银监会，为银监会以自己的名义独立行使职权提供了合法依据。按照我国银行业监督管理法第5条的规定，银监会在履行监管职责时，地方政府、各级政府部门、社会团体和个人不得干涉。但是，立法并没有解决如何保障银监会在履行职责时免受中央政府和其他政府部门不当干预的问题，因而在处理银监会与中央政府的关系上存在着缺失。

监管机构独立的第二层涵义是监管机构独立于利益集团的控制。利益集团理论认为，经济管制并不是政府对公共需要有效和仁慈的反应，而是利益集团利用政府权力为自己谋取利益的结果。^{〔7〕}乔治·斯蒂格勒在其1971年发表的《经济监管理论》一文中指出，官僚机构常常不顾政治指令或公共利益而按照利益集团的愿望履行职责：在制定规则时，更多考虑的是如何减少利益集团的成本；在实施规则时，往往以个案方式为某个利益集团适用监管豁免。^{〔8〕}在监管机构相对独立的情况下，由于对监管机构的政治约束弱化，监管机构被利益集团俘获的风险加大。的确，银行存在着很大的优势影响银行监管机构：银行业在经济体制中的重要性、政府作出的保护公众利益的承诺、银行有财力承担监管俘获所需要的成本，等等。尤其是金融全球化、金融创新和金融集团的出现使金融监管比以前更加复杂和更富有技术性，普通公众无法理解金融监管的具体细节，这就为金钱和利益集团影响监管政策及其实施提供了可乘之机。有学者指出，厄瓜多尔1996年银行危机时存在的监管俘获问题是未能有效解决银行危机的主要约束因素：许多政策的制订屈服于银行业的具体情形；金融集团拥有巨大的政治权力，阻碍了重组方案的实施；在很多情况下，利益集团通过游说政府利用政治干预来左右监管机构。

二、履职独立性

履职独立性是指银行监管机构能够独立地履行法定职责。监管机构是否具有履职独立性，取决于立法是否对监管机构的监管目标、监管地位、监管职权作出明确的规定。

（一）监管目标的法定性

监管目标的法定性使银行监管机构有权拒绝一切来自政府和利益集团的与法定目标相违背的干预和要求。各国立法对监管目标这个术语的表述并不相同，有的称之为立法目的，有的称之为监管机构的目的，有的称之为监管目的，还有的分别规定了这几个目的。无论使用何种称谓，监管目标通常包括保障银行体系的稳定和安全以及保护存款人和其他银行客户的利益。英国金融服务与市场法第一部分第2（1）和（2）节规定了金融监管署的监管目标是维护公众对金融体系的信心、促进公众对金融体系的了解、保护消费者的利益、减少金融犯罪，该节并要求金融监管署在履行监管职责时必须尽可能以符合监管目标的方式和其认为最适合实现监管目标的方式行事。我国银行业监督管理法第2条规定银行监管的目标是促进银行业的合法、稳健运行，维护公众对银行业的信心。

银行监管机构的监管目标通常也是政府管理国家所要实现的目标。但是，由于政府尤其是西方多党制下的政府有很强的实现短期经济增长和短期金融稳定的动机，因而，所谓“银行业的稳健运行”往往被理解或实施为在政府任期内保护单个银行机构免于破产倒闭。在这种情况下，政府对银行监管机构的干预就难以避免。而当某个银行的倒闭被认为是监管机构无能和监管失败时，监管机

〔7〕 关于我国金融制度变迁中利益集团的作用，可参见纪玉山、张跃文：《中国金融制度变迁滞后性中的利益集团因素》，《新经济》2005年第2期。

〔8〕 有学者认为，利益集团对监管机构的监管俘获并不是在所有情况下都产生消极作用。银行和金融机构通过监管俘获影响监管机构制定的监管规则有可能有助于金融稳定的实现，从而与促进社会整体福祉和效率相一致。当然，这可能以牺牲竞争为代价。参见 Daniel C. Hardy, *Regulatory Capture in Banking*, IMF Working Paper WP/06/34, Januray 2006, p. 21.

构出于其政绩考虑也乐意接受政府的指示,不让该问题银行倒闭。笔者认为,促进银行业的稳健运行意味着银监会的监管要着眼于整个银行和金融体系的稳定,而不是保护单个银行机构免于破产倒闭。允许某些银行破产倒闭能够为银行业引入市场约束机制,促进银行业的稳健安全运行。由此,我国立法应该明确规定银监会的监管目标在于实现银行体系的稳定而非保护个别银行免于倒闭。

(二) 监管地位的法定性

银行监管机构独立履行监管职责的前提是获得合法的监管资格,监管资格的合法性来自于法律或法规的规定或授权。国外的银行法,尤其是监管机构立法,都对监管机构的设立作了明确的规定。2003年4月26日,第十届全国人民代表大会常务委员会第二次会议作出银监会行使原由中国人民银行行使的监督管理职权的决定;2003年12月27日通过的银行业监督管理法第2条对银监会作为监管机构的地位作了立法确认,明确规定了银监会负责对全国银行业金融机构及其业务活动监督管理的工作。^[9]

但是,如果一国的银行监管权被分配给不同监管机构掌管,即使每个监管机构都是依法设立的,各个监管机构也容易被利益集团俘获。这是因为,各个监管机构之间的监管竞争使被监管机构有机会选择监管机构,而监管机构为了保持被自己监管的“队伍”,不丧失自己的监管“领地”,不减少自己的监管费用的来源,有可能屈服于被监管机构的影响。被监管机构为了能分散监管权力,保护自己业务“领地”免受竞争对手的侵犯,也竭力维持监管权力分离的合法性。^[10]

(三) 监管职权的法定性

无论是监管目标的法定性,还是监管机构地位的法定性,它们对监管机构独立性的保障作用更多的仅具有理论上的意义。依笔者之见,对监管机构的职权范围进行明确的界定是保障监管机构独立性的具有操作性的措施。监管机构职权的法定性包括立法对监管机构独立制定监管规则的权力和独立执行监管规则的权力的确认。

Marc Quintyn 等人对 32 个国家的调查表明,有 16 个国家的银行监管机构有权制定有法律约束力的法规,而有 12 个国家的银行监管机构只能制定有一定约束力的监管准则。^[11]

根据我国银行业监督管理法,银监会可以依照法律、行政法规制定监管规则和银行的审慎经营规则。银行监管机构被立法赋予规则制定权的主要原因是银行监管的技术性和金融市场的多变性。银行监管规则尤其是审慎经营规则(如资本充足率、最大风险暴露、贷款损失准备金计提等)涉及许多银行监管的技术性内容,除了监管机构外,立法机关和政府不可能有一支专业队伍准确理解这些技术内容。同时,金融市场和产品总是不断和迅速地创新和变更,银行通过金融创新规避银行监管,而监管机构又必须尽快修改其监管规则,以规范金融创新,减少金融创新可能产生的风险。在这种“猫和老鼠的游戏”中,只有监管机构享有规则制定权,才能避免通过冗长的立法程序修改监管规则之不便,使监管规则不断更新以适应不断变化的金融市场和业务。

论证监管机构享有规则制定权的必要性是问题的一方面,更重要的是保证监管机构能够独立行使规则制定权。在有些国家,监管机构独立行使规则制定权并不容易,政府的干预司空见惯,如政府常常要求监管机构对问题借款人的贷款降低贷款分类标准,放松呆账提取要求,以便银行能向这

[9] 有学者认为,我国行政主体资格的取得有两个途径:一是法律规定的职权机关,一个职能机关依法组建时,同时取得了行政执法主体资格;二是法律、法规授权的授权机关,这类机关主体资格的取得是由法律或者法规授权的,其在授予的权限范围内履行执法职能,是该执法行为的合法主体。见关保英:《行政法的私权文化与潜能》,山东人民出版社 2003 年版,第 76 页注 1。

[10] 美国保险业由各州监管,虽然把保险业监管权限收归联邦集中行使的呼声一直持续不断,但一个公开的秘密是美国保险业自己“宁愿让 50 个猴子也不愿意让一个大猩猩来监管”。

[11] Marc Quintyn, Silvia Ramirez & Michael W. Taylor, *The Fear of Freedom: Politicians and the Independence and Accountability of Financial Sector Supervisors*, IMF Working Paper WP/07/25, February 2007, p. 23.

些借款人提供更多的贷款。我国立法法、银行业监督管理法对立法机关、国务院和银监会制定监管规则的权力作了分配：立法法第 56 条规定国务院可以为执行法律的规定和就宪法规定的行政管理职权制定行政法规；银行业监督管理法第 15 条和 21 条分别规定银监会依照法律、行政法规制定并发布对银行及其业务监管的规章、规则。这些原则性的规定给立法权力分配带来的困难在一定程度上影响了银监会制定监管规则的独立性，因此，政府和银监会在制定监管规则方面的适当分工是必要的。一般而言，银行监管规则可以划分为经济监管规则、审慎监管规则和信息监管规则。经济监管规则涉及银行机构的准入、退出、危机救助等规则；审慎监管规则包括资本充足率、最大风险暴露、贷款损失准备金计提、流动性比率等规则；信息监管规则是有关银行机构向公众和监管机构披露信息的规则。经济监管规则和信息监管规则多为刚性规则，修改频率不宜也不应过大，可以由立法机构和政府通过法律或行政法规加以规定。而审慎监管规则的基本内容涉及监管技术，如资本充足率中资本构成、风险资产的定义、风险权数的计算，流动性比率中的流动负债和流动资产的界定等，这些规则随着金融业务的不断创新而变化。所以，对于审慎监管规则，除了其基本标准和原则可由法律或行政法规加以规定外（如资本充足率不得低于 8%，最大风险暴露率不得高于 15% 等），监管规则的具体内容则应该由监管机构独立决定，政府没有能力也没有必要通过行政法规的形式对此作出规定。

除了制定规则的独立性外，监管机构的履职独立性还体现在执行规则的独立性上，即监管机构能够独立地实施具体监管活动，包括批准机构设立、实施现场和非现场检查、吊销经营许可、设定监管处罚等，不受政府和利益集团的干预。但是，作为日常工作，监管机构的监管活动不可能完全透明和公开以处于公众的监督之下。监管活动的这种“隐蔽性”使监管机构极易遭受政府的干预和利益集团的俘获，^[12]这就需要在立法上尽可能地建立防止监管机构被干预或俘获的措施。虽然我国银行业监督管理法第 5 条规定，银监会及其工作人员在依法履行监管职责时不受地方政府、各级政府部门、社会团体和个人的干涉，但此类原则性的规定对于保障监管机构独立履行监管职责并不具有太多的实际意义。

监管机构在执法过程中遭受政府和利益集团干预的表现形式主要是监管容忍。监管容忍是各国监管实践中普遍存在的现象，它是指监管机构迫于政治干预、利益集团的压力或是出于自身利益的考虑，对问题银行不采取监管干预措施，允许其继续存在。限制监管容忍的有效措施是通过立法规定监管机构对问题银行的立即纠正行动和早期介入措施。立即纠正行动是美国 1991 年联邦存款保险公司改进法引入的一项旨在减少监管容忍的立法措施，它依据一定的标准（通常以资本充足率为标准）将银行分成不同的类型，对不同类型的问题银行采取不同的监管措施。我国银监会 2004 年 2 月颁布的《商业银行资本充足率管理办法》（下称《资本充足率管理办法》）也采用了立即纠正行动制度，根据银行资本充足率将银行分成资本充足、资本不足和资本严重不足三类，并对这三类银行规定了不同的监管措施。但是，由于我国的立即纠正行动是以规章而不是以法律的形式加以规定的，所以，监管机构在采取具体的纠正行动时容易遭到政府各种形式包括发布行政法规的干预，纠正行动也可能因缺乏合法依据而被法院裁定为无效。如对于资本严重不足的银行（即总资本充足率低于 4% 或者核心资本充足率低于 2%），《资本充足率管理办法》规定银监会可以实行接管。而根据商业银行法第 64 条和银行业监督管理法第 38 条的规定，对银行实行接管的条件是银行已经或者可能发生信用危机，严重影响存款人和其他客户的利益。但是，没有任何一部法律明文规定（实际上银行监管理论也没有提供充分的论证）资本充足率严重不足就表明银行已经或者可能发生信用危

[12] 参见 Marc Quintyn & Michael W. Taylor, *Regulatory and Supervisory Independence and Financial Stability*, IMF Working Paper WP/02/46, March 2002, p. 17.

机，并严重影响存款人和其他客户的利益。一旦银监会对资本严重不足的银行采取接管措施，银行可以以银监会的措施缺乏法律依据为由向法院起诉，法院也有充分的理由支持银行的诉求。^{〔13〕}所以，要使我国银行法中的接管成为“立即纠正行动”中的措施之一，必须以法律的形式规定银行资本充足率严重不足就表明银行已经发生或可能发生信用危机，并严重影响存款人和其他客户的利益；或者以法律的形式直接规定监管机构对资本严重不足的银行可以实行接管。

在监管机构日常监管活动无法全部公开、透明的情况下，监管机构的自由裁量权越大，遭受政府和利益集团干预的可能性就越大，而立法技术在一定程度上影响着二者的相关性，这一点在我国银行业监督管理法规定的早期介入措施中也有体现。根据银行业监督管理法第37条的规定，银行违反审慎经营规则，逾期未改正的，或者其行为严重危及该银行的稳健运行、损害存款人和其他客户合法权益的，银监会可以采取限制业务、限制分配红利等措施。在适用早期介入措施中，何谓“严重危及”，完全取决于监管机构的解释，而监管机构往往迫于政府和利益集团的压力作出不同的解释。实际上，银行监管已经建立一套定量的考核指标，如资本充足率、风险集中度、不良贷款比例和损失准备金拨备率、“骆驼评级”等，对于是否严重危及银行稳健运行，完全可以依据这些定量的考核指标予以确定，而不需要笼统地以“严重”概而述之。^{〔14〕}

三、人事独立性

“人事独立性”不是一个非常确切的称谓，它是指法律在银行监管机构监管人员的任职与免职、任命程序、利益冲突等方面作出保障银行监管机构独立性的制度安排。法律对监管机构人事制度的安排越合理，监管机构遭受政府和利益集团不当干预的可能性就越小。

（一）任职与免职

银行监管机构的监管人员尤其是负责人应该具有与履行其职责相适应的专业知识、监管技能、职业道德，这是“职业独立性”的基础。职业独立性在很大程度上能保障监管机构的独立性，如果监管人员缺乏专业知识和能力，就存在着被其他个人或机构左右的可能性。但是，与中央银行法对中央银行官员的任职条件作出明确规定相反，在银行监管机构与中央银行分离的情况下，银行法对银行监管人员的任职条件作出明确规定的并不多见。我国银行业监督管理法第9、10条也笼统地规定了监管人员应当具备与其任职相适应的专业知识和业务工作经验，应当忠于职守，依法办事，公正廉洁。各国立法对银行监管人员任职资格规定的缺失表明了立法者对银行监管人员适格性之于银行监管机构独立性的重要意义尚未有充分的认识。依笔者之见，银行监管人员的任职条件尤其是监管专业技能应该是法定的必备条件。现代银行监管越来越侧重于银行风险管理，如果监管人员没有足够的知识和能力理解银行风险管理模型、方法，他屈从于被监管机构的可能性就会加大。

从某种意义上说，比起任命方式，银行监管机构负责人免受专断的、非程序化的免职对监管机

〔13〕 美国的经验可以参照。1983年，美国货币监理署对资本充足率低于7%的Bellaire第一国民银行发出了“中止业务令”（cease and desist order），要求该银行将资本充足率恢复到不低于7%。Bellaire第一国民银行向联邦第五巡回上诉法院提起诉讼，辩称当时美国的资本充足率要求只是监管机构的指导原则，不具有法律约束力，要求法院撤销货币监理署的“中止业务令”，法院支持了银行的诉求。法院认为，虽然货币监理署根据联邦存款保险法可以对不安全稳健经营的银行发布“中止业务令”，但即使货币监理署能够证明该银行的资本不充足，也不必然意味着该银行处于危险状态（即属于不安全稳健经营）。自该案判决后，货币监理署认为应该将资本充足率纳入到立法规范的层次，以便在与银行对簿公堂时，它的监管措施能够获得法院的支持。Joseph Norton, *Devising International Bank Supervisory Standards*, Graham & Trotman 1995, pp. 56-57.

〔14〕 我国商业银行法和银行业监督管理法还有许多制度，如接管、停业整顿、吊销经营许可证、撤销，都以“严重”作为适用条件。依笔者之见，用现有的定量考核指标取代所谓的“严重”作为适用这些制度的标准，可以更好地防止政府和利益集团对监管机构的不当干预。

构的独立性更为重要。为此,监管机构负责人的免职必须有法定依据,而不能由任命者自由裁量,否则任命者可以随意解除那些不遵循其指示的监管机构负责人。作为一国遵守《核心原则》的必要标准,巴塞尔委员会认为免掉在任职期间的监管机构负责人的职务必须依据法定的理由。^[15]法定的免职理由应该涉及监管机构负责人的能力、德行,而不是因为他作出或采取违背任命者意志的决定或行动。在银行监管机构与中央银行分离的情况下,只有少数国家的立法规定了监管机构负责人的免职原因,我国银行业监督管理法也没有直接规定银监会负责人的免职原因,只是规定如果符合第42条的情形,要接受行政处分或被追究刑事责任。按通常理解,如果他们的行为构成了犯罪,自然要被免职;但在受到行政处分的情况下,他们并不一定要被免职。^[16]我国和其他国家立法对监管机构负责人免职理由的忽视说明了从免职理由法定化的角度保障监管机构的独立性尚未引起各国立法者的广泛关注。

(二) 任命程序

银行监管机构负责人的独立性直接决定了银行监管机构的独立性,^[17]因而,立法要建立能够减少监管机构负责人的任命遭受政府和利益集团不当干预的有效机制,而任命程序多元化即为此种有效机制。所谓“任命程序多元化”,就是监管机构负责人的人选由一个部门提名另一个部门任命,或一个部门任命另一个部门批准。有些国家如美国、德国、匈牙利、日本,采用了多元化的任命程序,由政府、总理或总统提名,总统或议会任命;而有些国家如澳大利亚、比利时、法国、韩国,监管机构负责人的任命采用了一元制,由政府(总统、首相或财政部长)直接任命。

我国宪法对作为国务院组成人员的各部部长和委员会主任的人选规定了多元化的任命程序,即由国务院总理提名,人民代表大会或常务委员会决定,国家主席任命。而作为国务院直属事业单位的银监会,其负责人则由国务院直接任命。在我国政治体制下,是否必须采用任命程序多元化来保障银监会的独立性值得探讨。根据我国的政治实践,政府高级官员(包括银监会负责人)的任命都是通过民主评议、考察、酝酿、党委集体讨论作出决定。^[18]这样的任命程序本身就能减少银监会负责人被政府和利益集团俘获的可能性,降低了政府和利益集团利用官员任命影响银行监管政策的危险性。据此,笔者认为,我国的政治体制和实践决定了我国立法没有必要采用西方国家的任命程序多元化来保障银监会的独立性。

(三) 利益冲突

如果监管机构的监管人员在被监管机构从事兼职工作,利益冲突就不可避免,监管机构的人事独立性也会丧失。所以,为了防止利益冲突,许多国家银行法规定监管人员在任职期间必须全职履行法律规定的职责,不得在其他部门兼职,尤其是不得在银行担任董事、经理等职务,不得持有公司股票。我国银行业监督管理法第10条也明确规定,银监会工作人员不得利用职务便利牟取不正当的利益,不得在银行等企业兼任职务。

在少数国家的中央银行法中,利益冲突的立法禁止延展至中央银行官员离职后的行为,即立法禁止他们在离职后的一定期间就职于银行机构,其目的在于防止中央银行官员在即将离职前被其离职后所要任职的银行机构所左右。但是,很少国家对银行监管人员离职后的从业作出立法禁止。我

[15] 前引[4], Basel Committee on Banking Supervision 文件,第7页。

[16] 但是,中共中央《党政干部选拔任用工作条例》第11章规定了党政干部免职、降职、辞职的各种情况。其中,达到法定年龄和考核不称职的要免职;因严重失误、失职造成重大损失的要辞职;能力较弱的要降职。

[17] 对政府通过任命中央银行负责人影响中央银行独立性的经验性研究已屡见不鲜,不少学者运用回归模型,证明政府的这种影响。参见 Nathaniel Beck, *Presidential Influence on the Federal Reserve in the 1970's*, 21 *American Journal of Money, Credit, and Banking* 432-441 (1982); Thomas Havrilesky, *The Pressures on Monetary Policy*, 2nd ed., New York: Kluwer Academic publishers, 1995.

[18] 中共中央:《党政干部选拔任用工作条例》,第3、4、5、6章。

国银行法虽然未对监管人员在离职后一定时期的任职范围作出明确限制，但2006年1月1日施行的国家公务员法有类似的限制规定。该法第102条规定，公务员辞去公职或者退休的，原系领导成员的公务员在离职三年内，其他公务员在离职两年内，不得到与原工作业务直接相关的企业或者其他营利性组织任职，不得从事与原工作业务直接相关的营利性活动。^[19]

四、财务独立性

银行监管机构即使拥有了履职独立性和人事独立性，但如果没有财务独立性作支持，其独立性仍然不能得到充分保障，因此在评价银行监管机构的独立性时，必须分析该监管机构受制于财力的程度。^[20]财务独立性是指监管机构有权决定自己的预算规模，决定资金的分配和使用的重点。银行监管机构有两种资金来源，一是政府拨款，二是监管收费。理论上，这两种资金来源都有可能成为影响监管机构独立性的渠道：政府可以通过对监管机构预算资金的来源、规模、使用的约束对监管机构进行干预；被监管机构则可以通过是否缴纳监管费用或缴纳多少来影响监管机构的的活动。所以，法律应该为监管机构的财务独立性提供恰当的保障，防止政府和被监管机构通过资金供给削弱监管机构的独立性。通常而言，在政府提供资金的情况下，应该由监管机构自己根据监管目标和被监管市场的发展提出预算规模；而在监管收费的情况下，收费水平应该由监管机构和政府共同决定。

根据 Marc Quintyn 等人对 32 个国家的调查，有 22 个国家的监管机构的经费来自政府预算之外，6 个国家的监管机构的经费部分来自政府拨款。^[21]我国银监会的经费来源于政府财政拨款，纳入中央预算管理。根据我国预算法和《预算法实施条例》的规定，作为中央预算的一部分，银监会预算的收入和支出项目的划分由国务院规定，预算和决算的草案由银监会具体编制，报财政部审核，并经财政部汇总由国务院提请全国人大或其常务委员会审查和批准。从法律规定看，银监会对其预算并不享有决定权，而全国人大或其常务委员会的审查，包括全国人大财政经济委员会的初步审查，更多的只有程序上的意义。实际上，银监会预算规模和调整、预算项目的增减和预算资金如何使用在很大程度上取决于财政部或国务院的决定，或取决于银监会与财政部讨价还价的博弈，这就为政府利用预算决定权干预银监会对银行尤其是政府所拥有的银行的监管活动提供了机会。笔者认为，为保障银监会的财务独立性，法律应该赋予银监会独立的预算权，改变财政部或国务院决定银监会预算的现状，由银监会自己根据监管需要确定预算的规模、项目和如何使用，并直接报全国人大或者常务委员会批准。与此相对照的是人民银行的财务制度，人民银行法第 38 条规定，人民银行实行独立的财务预算管理制度；但根据《中国人民银行财务制度》的规定，人民银行的财务预算仍要报财政部审批。^[22]这说明，即使法律已经规定了人民银行独立的财务预算，其具体的预算仍要经财政部批准，银监会要获得财务预算的独立权是何等之难。

[19] 可以参考的是 2000 年 9 月发布的《中国证券监督管理委员会工作人员守则》，该《守则》第 13 条也规定，工作人员调出或者离开证监会的，在 12 个月内不得在被监管单位任职，按照干部管理权限经批准的除外。

[20] Steven A. Ramirez, *Depoliticizing Financial Regulation*, 41 William and Mary Law Review 517 (2000).

[21] 前引 [11], Quintyn, Ramirez & Taylor 报告, 第 23 页。

[22] 参见《中国人民银行财务制度》第 41 条。相对照，美联储独立于美国国会的财政拨款程序，它自行决定成员银行应该向其交纳资金的数额。1933 年，美国国会宣布成员银行缴纳的资金不属于政府资金或财政拨款，从而如何使用这些资金基本上不受国会的监督。另外，美联储可不受政府工资等级的约束自行决定其雇员的薪金，美联储的预算不纳入整个政府预算之中，其预算不需经总统审查，也不需要每年递交预算报告给国会批准。这些将美联储与政治干预隔离的措施使得美联储成为美国在经济监管中最有权力和最独立的联邦机构。参见前引 [20], Ramirez 文, 第 525 页。

银监会经费的另一个来源是监管收费,包括机构监管费和业务监管费。根据国务院的有关规定,银监会的监管收费不是由银监会自行支配使用,而是全部上缴中央金库,按照部门预算的程序,由财政部核拨。所以,在监管收费上,银监会并不直接与被监管机构发生关系,被监管机构不可能通过缴纳监管费用影响银监会的监管活动。但银监会的监管收费纳入中央部门预算管理,政府仍然可以通过预算决定权影响银监会的活动。

五、监管责任豁免

当存款人将自己的资金存放在受监管机构监管的银行而遭受损失时,银行监管机构是否要向遭受损害的人承担赔偿责任?巴塞尔委员会的《核心原则》“原则一”提出,一国应该为监管者提供法律保护;《核心原则评估方法》评估是否遵守该原则的核心标准是,针对监管机构及其工作人员在履行职责时按照诚信原则的作为或不作为提起的诉讼,法律能否提供保护。^[23]据此,监管责任豁免就是法律免除监管机构和监管人员在从事监管活动中所发生的侵权赔偿责任。当一个国家有大量的问题银行时,监管责任豁免对于监管机构独立性的保障尤为重要。因为在这种情况下,银行监管机构一方面要对问题银行采取更多、更严厉的监管措施,另一方面也面临着更多被起诉和败诉的风险。如果银行监管机构和监管人员在履行职责时常常担心可能被起诉而要承担侵权责任,其履行职责的质量和独立性就会大打折扣。

监管责任豁免包括监管人员的责任豁免和监管机构的责任豁免。监管人员的责任豁免可以适用普通代理法,只要监管人员是善意地(in good faith)或者非恶意地履行法定职责,对给第三人造成的损失不承担赔偿责任,而由被代理人(监管机构)承担赔偿责任。而银行监管机构是否享受监管责任豁免,许多国家的法律并没有明确规定。有些国家如澳大利亚、加拿大、爱尔兰、印度、马来西亚、菲律宾、南非、英国的法律规定监管机构在善意或非恶意地履行法定职责的过程中给第三方造成损失可以免责。所以,监管机构的责任豁免同样要符合两个基本要件:一是出于善意或非恶意;二是在履行法定职责过程中。

那么,监管机构在履行职责过程中有过错,甚至是有恶意,存款人也有实际损失,如监管机构强令一家健康银行兼并另一家濒临倒闭的银行而导致前者破产,该健康银行的存款人因此遭受存款损失,他们能否起诉监管机构,要求监管机构赔偿其存款损失?或者监管机构疏于对某银行的监管,该银行最终被关闭或破产,存款人的存款不能得到全部偿还,存款人是否可以基于监管机构疏于监管的行为要求其赔偿损失?这就涉及到监管机构有过错或恶意的作为(或不作为)与存款人的损失是否存在着因果关系的问题。

一般而言,各国的银行法均规定银行监管的目的一是保护银行业的稳健安全运行,二是保护存款人的利益。各国司法对保护存款人利益的理解不尽相同,对监管不当与存款人损失是否有因果关系也有不同认识。1971年,原告向案外人H银行购买面额为5万马克的有价证券。购买之前,原告曾向德国主管机关联邦金融监管局询问,H银行是否有足够的偿债能力。两周后,联邦金融监管局通知原告,除非H银行同意,否则无可奉告。1973年底,H银行财务周转不灵而倒闭,原告以被告联邦监管局违背监管义务为由而要求国家赔偿。^[24]德国最高法院此前认为政府监管的目的在于确保银行业的健全,亦即社会大众国民经济的利益,而非保护单个存款人

[23] 前引[4],Basd Committee on Banking Supervision文件,第9页。

[24] 参见董保城:《公权与公务员怠于执行职务而生之国家赔偿责任之探讨》,台湾《东吴大学法律学报》1991年第1期,注55。

的利益。但在本案中，最高法院认为国家对金融银行业的监管，其目的不仅是促进银行健全发展，而且是保障存款人个人利益免遭损失。法院所持的理由是：银行金融业和存款人有密切关系，如果每家银行个别存款人都怀疑存放在银行的钱不安全，或者银行日后无法偿还，存款人必然不愿把钱存放在银行。^{〔25〕}银行法不但保障公共利益，而且保障存款人的个人利益。^{〔26〕}虽然原告最终没有获得赔偿，但本案使监管机构面临着承担赔偿责任的风险，为此，德国议会在1984年对银行法作出了修改，规定银行监管仅保障公众整体利益。^{〔27〕}在香港1988年Yuen Kun—Yeu诉香港存款公司监管委员会一案中，香港存款公司监管委员会根据《存款公司条例》向美国和巴拿马金融公司颁发了接受存款的执照，而《存款公司条例》特别规定该条例的目的是监管吸收存款活动，保护存款人。原告在该公司执照吊销之前将钱存入公司，随后因为该公司清盘而损失存款，原告因此起诉香港存款公司监管委员会，理由是监管委员会知道该公司用存款人的钱做投机买卖并且有欺诈行为而疏于监管。法院认为，存款公司监管委员会在履行其法定职责时，只是对公众整体利益而不是对个别存款人负有注意义务，监管委员会向该存款公司颁发营业执照并不保证每个公司是稳健而可信赖的，从而驳回了原告的起诉。^{〔28〕}从上述案例可以看出，银行法规定的保护存款人利益是指保护存款人的整体利益，而不是个别存款人的利益，所以，监管机构只对存款人整体负有注意义务，而对存款人个体不负有注意义务。这样，个别存款人的存款损失和监管机构的监管不当没有相关性，不能对监管机构的监管不当行为提起诉讼。

我国银行法律对银行监管机构的责任豁免未作特别规定，从保障银行监管机构独立性的角度出发，法律提供合理程度的监管责任豁免是必要的。银行监管机构责任豁免的要件首先是监管机构从事履行法定监管职责的行为。我国银行业监督管理法第三、四章规定了银监会的监管职责，包括发布监管规章制度、审批银行设立和吊销银行执照、实施现场和非现场检查、采取立即纠正措施等。这些监管行为按我国行政法学分类，有的是抽象行政行为，有的是具体行政行为。^{〔29〕}其次，监管机构善意地履行监管职责。“是否善意”涉及的是行政侵权责任的归责原则问题，笔者在此无意探讨我国行政侵权责任的归责原则是违法归责、过错违法归责、无过错归责抑或过错归责。^{〔30〕}考虑到银行监管的特殊性及对金融体系稳定与安全的重要性，笔者认为应该对银行监管机构侵权责任的承担作出限制。基于此，我国通行的违法归责原则会扩大银行监管机构承担责任的范围，而过错违法归责原则则能适当地减少监管机构承担侵权赔偿责任的范围，也就是说只有在监管机构出于故意或过失且不法地侵犯了相对人权益的情况下，监管机构才承担侵权赔偿责任，否则，就可以免责。第三，法律要确认监管机构的监管活动是针对存款人整体利益，而不是仅仅保护个别存款人的利益；批准银行设立和对银行实施监管并不意味着监管机构对存款人负有保证银行不倒闭、存款不受损失的特别注意义务。所以，如果监管机构未能尽足够的注意义务审查银行申请人的资格批准了银行设立，对有问题银行采取监管容忍政策，或者错误判断关闭了本可以继续生存的银行等等，导致

〔25〕 同上文。

〔26〕 参见 Michel Tison, *Who's Afraid of Peter Paul? The European Court of Justice to Rule on Banking Supervisory Liability*, 9 *The Financial Regulator* 63 (2004)。

〔27〕 同上文，第63页。

〔28〕 参见 Charles Proctor, *Regulatory Immunity and Legal Risk*, 7 *The Financial Regulator* 30 (2002)。

〔29〕 对于抽象行政行为是否属于行政侵权责任范围，我国学术界有不同的观点。相关讨论可参见杨小君：《国家赔偿法律问题研究》，北京大学出版社2005年版，第17页以下；王世涛：《行政侵权研究》，中国人民公安大学出版社2005年版，第168页以下。

〔30〕 对此问题的讨论可参见上引杨小君书，第3章。杨教授认为我国主流的观点是违法归责原则，即无论行为人是否有过错，只要致害行为发生，国家就应当承担赔偿责任。

了存款人的存款遭受损失，监管机构不必承担赔偿责任，除非能够证明监管机构的过错行为直接导致了存款人的存款损失，如存款人向监管机构提出了银行经营存在的问题，并要求监管机构采取措施（如采取立即纠正措施）而监管机构怠于行使，则监管机构对因此给该存款人造成的损失负有赔偿责任。

六、结 语

合理地设计银行监管机构独立性的法律保障机制并赋予它可操作性的内容仅仅是银行监管机构独立性的起点，银行监管机构要真正实现独立仍是障碍重重。首先，即使立法者合理地设计了法律保障机制，在实践中也常常难以区分独立性、政府指导与政府和利益集团不当干预之间的界限，不易把握彼此之间的关系。其次，通过确立和加强监管机构独立性从而促进金融稳定需要较长的过程，不能在短期内见到效果，而在出现金融危机时，政府需要的是立即平息金融危机，为了获得这种即时效应，政府往往会无视银行监管机构的独立性。更主要的是，政府在金融危机中采取的措施或多或少得到了法律和公众的认可，这使它对银行监管机构独立性的忽视显得合法合理。

另外，保障监管机构的独立性也会引发人们的担忧，即独立的监管机构会游离于适当的政治控制之外。对于崇尚“三权分立”的国家而言，将关乎一国金融稳定的大权完全赋予监管机构中那些未经选举的官员，会形成“政府的第四分支”，意味着它们将脱离传统“三权分立”的制衡机制。在保障监管机构独立性的同时又能保持民主制度不被破坏的手段就是建立监管机构的问责制。监管机构的独立性和问责制是相互补充而不是此消彼长的关系。一个充分独立的监管机构可能有很完善的问责制，而某个没有问责制的监管机构也可能缺乏独立性。独立性和问责制的关系取决于法律的安排，设计合理的法律制度既能保证监管机构独立履行职责、不受政府和利益集团的不当干预，又能充分实现对监管机构履行职责的问责。