

金融调控法与金融监管法关系论

刘志云, 卢炯星

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

摘要: 根据法理学有关法律部门调整对象单一性的理论, 金融法并不是一个独立的法律部门, 而是由金融调控法、金融监管法以及金融交易法等三部分组成。但长期以来, 经济法学研究忽略了这一点, 尤其是在宏观调控法的研究上, 即表现为随意把与金融调控法性质迥异的金融监管法或金融交易法划入宏观调控法体系。当然, 如果说金融交易法与金融调控法的区别还是比较明显的话, 金融监管法与金融调控法之间则确实存在着让人容易混淆的地方; 为此, 我们必须从调整对象、法律行为以及法律渊源三方面入手, 对金融监管法与金融调控法的差异作出区分与比较, 以求对金融法与宏观调控法的理论研究有所裨益。

关键词: 金融监管法; 金融调控法; 法律关系; 法律行为; 法律渊源

中图分类号: DF 438 **文献标识码:** A

无论是 2003 年底全国人大常委会新颁布的《银行业监督管理法》及对《中国人民银行法》的修改, 还是与中国人民银行的职责有明确分工的银监会的成立, 都已表明在实践中人们已把金融监管与金融调控, 以及金融监管法与金融调控法不同特征与属性分开。但在经济法学的理论研究, 尤其是对宏观调控法体系的研究中, 却仍然处于混乱状态; 因此, 在理论上尽快澄清金融监管法与金融调控法之间的关系, 已是势在必行之事。

一、晚近宏观调控法体系研究中产生的问题

一般来讲, 金融法是调整金融关系的法律规范的总称, 而金融关系复杂多样, 根据它们的不同性质大致可列为三类, 即民事主体之间的金融交易活动所产生的金融交易关系、国家有关机构对金融市场及金融

市场主体进行监管而产生的金融监管关系、国家有关机构的金融调控行为而产生的金融调控关系。可见, 金融法是以金融交易关系、金融监管关系和金融调控关系为调整对象的各种法律规范的集合。根据法理学有关同一法律部门必须符合调整对象即社会关系单一性之理论, 我们可推知金融法并不是独立的法律分支, 而是一个由民商法规范、经济法规范, 甚至还有一些行政法规规范、刑法规范等构成的复杂组合。具体地讲, 调整金融交易关系的金融交易法应属民商法范畴; 金融监管关系与金融调控关系皆是国家动用公权力对金融市场的管理或干预而产生, 调整这两种关系的金融监管法和金融调控法显属经济法范畴。根据它们的属性, 前者具备市场规制法的属性, 而后者属于宏观调控法的范畴。

由于金融交易关系、金融监管关系以及金融调控关系的迥异性质, 决定了金融交易法、金融监管法以及金融调控法的分野, 但遗憾的是许多学者忽略这一点。如晚近对宏观调控法的研究开展得如火如荼, 众多宏观调控法体系纷纷提出, 其中不乏有见仁见智的观点, 但混淆金融交易法、金融调控法以及金融监管法性质的现象却司空见惯。以下试举例说明。

“广义的金融调控法”说 这种观点认为, “金融法作为经济法体系中的一个法律部门, 兼有宏观调控法规范和市场规制法规范, 就其主要内容和基本职能

收稿日期: 2004-08-19

基金项目: 本文系国家社会科学基金项目(01BFX020)“21世纪中国宏观经济法理论及宏观经济调控立法研究”成果之一。

作者简介: 刘志云(1974-), 男, 江西瑞金人, 厦门大学法学院讲师, 法学博士; 卢炯星(1955-), 男, 福建莆田人, 厦门大学法学院教授。

而言,应当是宏观调控法,而不属于市场规制法”;“所以,在金融体制的国家干预职能中,宏观调控的职能是直接实现国家货币政策目标的职能,市场规制职能服务于宏观调控职能。与此相应,宏观调控法具金融法的基本属性。”^[1]而这种“宏观调控法属性”的金融法体系可以庞大到包括中央银行法、商业银行法、政策性银行法、货币法、票据法、证券法、保险法等等。当然对于这个庞大的金融法群,不同学者所持观点仍存有细微差异,如有学者并未将信托法包括进去^[2];有学者强调银行法(包括中央银行法、商业银行法、政策性银行法等)为“广义金融调控法”之核心^[3]。

“狭义金融调控法”说 其主要是将证券法、票据法、保险法等显属民商法性质的金融交易法剔除出宏观调控法体系。与“广义金融调控法”说相比,“狭义金融调控法”说较好地划清了民商法性质的金融交易法与经济法性质的金融监管法与金融调控法之界限。但遗憾的是有的学者仍把“狭义金融调控法”体系范围定之过宽,即把少数金融交易法纳入其中,表现在将商业银行法、非银行金融机构法等以金融调控法定性;¹而有的学者却又把这个体系“狭”之过窄,往往把一些主要调整金融调控关系的法律,或把政策性银行法,或把货币法,或把外汇管理法,排斥在金融调控法体系之外。^④

总而言之,上述学说皆违背了法律部门传统划分方法——调整对象单一性原则,忽视金融调控法自成体系之立足点,不仅未能使其同金融交易法、金融监管法划清界限,而且跟宏观经济调控法的基本理论也自相矛盾,难以自圆其说;因此,区分三者性质是至关重要的。考虑到金融交易法与金融调控法、金融监管法的性质差别明显,学界多在后两者之间混淆视听,故此本文侧重从法律关系、法律行为以及法律渊源三方面对后两者的差异进行分析。

二、从法律关系层面分析金融调控法与金融监管法

学界把金融调控法与金融监管法的性质混淆的重要原因是在调整方法上有相似一面,如有学者将金融调控主体诸如直接下达指令等直接调控行为视为与金融监管相似^[4];也有学者将货币控制视为金融监管的一种等等^[5]。法理学把调整方法视为划分法律部门的独立调整对象之标准的重要补充本无可厚非,但调整对象有虚拟和空泛的特性,而调整方法却是清晰和实在的。一旦把这两个标准结合之后,第一个标准不知不觉被第二个标准吸收和异化,从而产生把首要的独立调整对象之标准变成依附于次要的调整方法标准的风险,甚至得出“要形成一个法律部门,此种社会关系必须达到需要特殊的法律调整方法”^[6]的结论。事实上这种逻辑难以获取支持,因为纯粹从法律层面上讲,调整方法只有民事、行政、刑事

等三种,当代法律实践尚未催生出不同于这三类方法外的其他调整方法。而正因为调整对象标准的抽象性与层次性,我们可以按“平等性”与“国家干预”的特征划分出民商法与经济法两大领域,并可按“宏观调控关系”、“市场规制关系”、“社会保障关系”将经济法进一步细分为宏观调控法、市场规制法与社会保障法等法律部门;所以,单从调整方法上分析金融调控法与金融监管法的属性注定徒劳无功,我们必须主要立足于它们的独立调整对象,即金融调控关系与金融监管关系。

在国家干预经济过程中一般会产生两种内涵迥异的经济关系,即宏观调控关系和市场规制关系。显然,金融调控关系是金融主管机关运用各种金融杠杆调节货币供给总量和结构,在全社会配置货币资金,进而影响非货币形态的经济资源之配置和市场主体的经济行为等金融调控行为而产生,显然属宏观调控关系性质;而金融监管关系是金融主管机关在对金融机构等市场主体的金融业务的监督与管理中所产生,显然属于市场规制关系性质。具体地讲,金融调控关系不仅具备国家经济管理关系的一般特征,还应蕴涵宏观经济调控关系的特殊表象,即“其一是它的宏观性和总体性。它着眼点和目的是社会经济的宏观结构和总体运行,所实行的措施影响到社会经济的全局,而不仅仅触及某些局部和个体。……其二是宏观调控措施的促导性。……它所采用的方式重在对社会经济活动予以引导和促进”^[7]。而金融监管关系属于市场规制关系的性质,必然具备有异于金融调控关系的某种特征。具体地讲,金融监管关系与金融监管关系相比,无论是主体,还是客体,或是内容方面,都存在重大差异。

(一)金融调控关系与金融监管关系主体上的差异

金融调控关系主体一方具有恒定性,另一方具有广泛性。前者作为调控主体,专指国家或代表国家行使金融调控权的职能部门,我国2003年新修订的《中国人民银行法》将此权限授予中国人民银行;而后者作为受控主体,在范围上明显广于金融监管关系主体,任何机关、团体、社会组织、公民个人都可能成为金融调控关系的受控主体。金融调控机关是最重要的主体,它们是金融调控关系的必要方,并占据主导

¹ 将“狭义金融调控法”范围仍然定位过宽的主要是赵康等学者的经济法学著作。(赵康,谭玲. 经济法新论[M]. 北京:法律出版社,2003;黄月华. 经济法通论[M]. 北京:法律出版社,2003;邱本. 宏观调控法[M]. 北京:中国工商出版社,2002;潘静成,刘文华. 中国经济法教程[M]. 北京:中国人民大学出版社,1999.等等)

^④ 将“狭义金融调控法”体系定位过窄的主要有戴凤歧等学者的经济法学著作。(戴凤歧,李新. 经济法[M]. 北京:首都经济贸易大学,2003;刘定华,肖海军等. 宏观调控法律制度研究[M]. 北京:人民法院出版社,2002;杨紫烜,徐杰. 经济法[M]. 北京:北京大学出版社,1997)

地位, 具有不可替代和不可选择性, 并享有单方面设立、变更和废除金融调控关系之特权。其可凭借国家强制力使受控主体接受和服从自己的意志; 也可采取多种形式激励、诱导、刺激、抑制受控主体的金融活动, 以求调控目标之实现。

与此不同的是, 金融监管主体, 无论是监管机构还是受监管的主体, 具有多样性、交叉性和重叠性。国家机关作为金融监管机构无疑是最强大有力, 但行业自律、金融机构内部监管也举足轻重, 缺乏它们的配合国家机关的金融监管将无效率运转; 所以, 金融监管主体不具备调控主体的恒定性特征, 多样性以及交叉或重叠特征明显。如对于商业银行自身, 它们不仅是国家机关监管与行业监管的被监管者, 也是内部监管的实施者。不过, 由于国家金融监管机关所实施的金融监管是具有法律的强制效力的, 受监管机构对此只有遵守和执行, 否则将遭受法定惩罚; 所以, 通常意义的金融监管关系, 是指国家金融监管机关所实施的金融监管行为所产生的金融监管关系, 这也是本文论述的重点。¹ 当然, 在国家金融监管机关中, 一般都是多头监管的模式, 也具有多样性特点。另外, 与金融受控主体不同的是, 非金融领域的任何机关、团体、社会组织以及公民个人, 即使不是绝对不可能成为受监管主体, 但可能性也是渺小或偶然的, 这与金融受控主体的广泛性特征区别明显。

(二) 金融调控关系与金融监管关系客体上的差异

由于金融调控法主要调整具备国家宏观调控性质的金融关系, 并主要通过制定和实施货币政策来实现, 这就决定金融调控行为是金融调控关系中最重要和最经常的客体, 包括调控主体的调控行为和受控主体的遵守执行之行为。前者既可表现为具有权力因素的宏观调控行为, 如中央银行升降存款准备金比例, 实施再贴现政策等; 也可表现为具有财产因素的行为, 如为达到某种调控目标, 中央银行参与市场公开业务。后者主要受控主体对这种调控政策的遵守或执行。另外, 作为金融调控关系客体的经济资源具备强烈的整体性特征, 与具有强烈物质利益性的金融交易关系之物或财产不同, 经济要素或资源的整体效益应放在第一位, 即金融调控法不能也不应该以具体的物为客体, 而应着眼于对经济资源优化配置、经济结构调整和改善等目标。

金融监管行为与遵守监管的行为是金融监管关系的唯一客体, 财物一般来讲没有成为金融监管客体的可能, 这是由监管的目标和特殊性质所决定的。因为金融监管是为保证金融市场的良性竞争、效率、一体化和稳定; 而实施包括检查受监管主体的金融业务的安全与稳健以及对相关法律、规章的遵守和执行等在内的监管行为, 必然需要包括审批、命令、禁止、准

许、倡导、协调、奖励和制裁等在内的各种监管手段的运用。虽然进行这种微观经济管理过程中也会涉及到货币、账本、数据、凭证以及一些具体财物等, 但它们只是作为实施监管行为的某种凭托或帮助, 并不在于它们本身的存在意义。

(三) 金融调控关系与金融监管关系内容上的差异

金融调控关系与金融监管关系内容的基本特征非常相似, 都表现为主体双方的权利与义务不对称的状态。金融调控机关与官方金融监管机关的“权利”实际为“权力”, 是法律赋予的, 为它们实现国家宏观调控或金融监管职能所必需的。具体地讲, 它们是运用各种国家机器及物质设施使社会服从自己意志的各种方法、手段和强制力量的总称。当然, 法律所赋予金融调控机关与官方金融监管机关这种“权力”, 也是它们必须履行的义务或职责。而受控主体或受监管主体的权利是指它们在法律框架下实现自己利益的意志力量, 包括经营自主权、经营管理权、保障、申诉、控告权等。而它们的义务是必须接受和协助当局的调控和监管行为, 如有违反, 将可能遭到法律的制裁。

可见, 由于金融调控主体或金融监管主体的双方并非居于同一层面的平等主体, 因而不能像民商法律关系的主体之间具有的对等权利与义务。从表面看, 金融调控法或金融监管法赋予金融调控当局与金融监管当局的权利要多于加之其上的义务; 而赋予受控主体与受监管主体的权利则少于义务。法律之所以这样规定, 一方面为方便调控或监管当局能够享有充分的权力, 以保证对金融市场的有效调控或监管, 而这些调控与监管的目的是使整个金融行业乃至国民经济产生收益, 所以从某种意义上讲这又是受控或受监管主体的权利或利益。而且, 金融调控当局与金融监管当局这种履行调控或监管职能的权力, 也是它们必须执行的职责; 另一方面, 受控或受监管主体的基本权利在金融交易法或其他法律、法规中多已作详细的规定, 因此在金融调控法与金融监管法中主要强调其应有的资格条件限制以及在金融调控与监管活动中的义务等。比较而言, 在这些法律中受控主体与受监管主体的义务规范便显得多一些。而从整个市场法律体系的角度考虑, 它们的权利(力)与义务是一致的或对称的。

当然, 金融调控关系与金融监管关系的内容在基本特征上相似并不意味着它们在具体内涵上等同。如对于金融调控当局, 其权责是制定和实施货币政策;

¹ 若无特别说明, 本文所提到的“金融监管关系”即指官方金融监管机构实施的监管行为所产生的金融关系; 同样, 本文所提到的“金融监管”或“金融监管行为”若无特别说明, 即是专指官方金融机构所实施的金融监管行为。

对于金融监管当局,其权责是依照法律和规章,对受监管主体的市场准入与退出,业务的安全与健全管理和控制。前者着眼于总量控制,后者立足在微观管理,因此有着本质差别;同样,受控主体与受监管主体的权利和义务的不同之处也在于此。

三、从法律行为的层面分析金融调控法与金融监管法

法理学认为:法律关系并不是一成不变,而是处于一个持续不断的生成、变更和消灭的运动过程中。导致这种变化的根本动力是法律事实,而在法律事实中行为占据主要地位,这在金融调控关系与金融监管关系的变化中表现尤为明显,即金融调控行为与金融监管行为是促使它们变化的最主要力量;因而,探究金融调控行为与金融监管行为(以下简称金融调控与金融监管)的异同也是分析金融调控法与金融监管法关系的极为重要的一面。

目前,金融调控与金融监管同为许多国家中央银行的两大基本职能,在2003年银监会成立以前也是我国中国人民银行的两大职能,因而两者之间有着紧密联系是不言而喻之事;不过,金融调控与金融监管之间的紧密联系并不意味着可以成为诸如某些学者断言货币控制也是金融监管的目标之一的立论根据,缘由两者立足的经济学基础、具体内涵、实施主体以及实施手段皆存有迥异之别。

(一)金融调控与金融监管的迥异经济学基础及根源

萨缪尔森今天可以断言:“一切经济学派在今天都同意,对于宏观经济学来说,货币供给的变动是重要的。”^[8]但过去的传统自由经济学理论却不这样认为,占据主流的观点——无论是“萨伊定律”,还是“看不见手理论”,皆认为有货币支付能力的需求将自发的与社会有效供给相平衡。如萨伊定律认为:供给会创造它自己的需求,任何供给都总是首先用自己的商品去购买货币,然后再用货币去购买别人的商品。这样有支付能力的需求与供给总相等,只会在局部上由于生产结构的失衡导致货币供需均衡打乱。但这种局部失衡并不要紧,因为“看不见的手”会通过价格的作用自动的对其加以调节,使之恢复平衡^[9]。事实上,这种理论如果要在实践中成立必须立足于完全竞争市场之基础,而完全竞争市场只是经济学家的乌托邦。如果说在资本主义自由竞争时代的市场与完全竞争市场尚有点接近,而随工业革命带来生产力飞速发展并导致垄断横行,资本主义市场则进入垄断阶段,市场缺陷也逐渐暴露无遗。这时,凯恩斯的“国家干预理论”便堂皇登场。该理论与“萨伊定律”的看法相反,即认为由于“边际消费倾向递减规律”、“边际利润率递减规律”和“货币灵活偏好”的作用,有货币支付能力的需求总是小于有效供给,市场经济不可能自

动达到均衡,而需要国家通过调节货币供给量来促使有货币支付能力的需求和有效供给之间的平衡。自此,金融调控获得并披上合法外衣登上经济舞台,并逐渐成为与财政措施并驾齐驱的宏观经济调控手段之一。

与金融调控不同的是,即使在自由主义经济理论横行的年代,金融监管也受到经济学家的青睐。虽然亚当·斯密对政府干预深恶痛绝,但对于为禁止低面额银行券的发行和确保所有银行券能到期偿付而对银行实行管制的做法却赞赏有加^[10]。实际上,即使在自由经济时代,美国各州也需要银行遵循资本充足的要求,并对州银行的运行情况进行定期或不定期的检查。从历史看,“社会利益论”、“特殊利益论”、“多元利益论”、“社会选择论”等经济理论,在不同时期或不同侧面对金融监管的发展产生了很大的影响。如“社会利益论”认为:纯粹的市场经济并不存在,完全自由竞争的市场机制并不能带来资源的最优配置,却易造成资源的浪费和社会福利的损失,而管制可纠正或消除市场缺陷,从而有利于整个社会,它的成本却只由社会的极小部分成员承担。该理论立足于20世纪30年代资本主义经济大危机时,迫切需要政府通过金融监管来改善金融市场,并恢复公众对存款机构和货币的信心的历史背景,因而对市场经济国家的政府金融监管职能的确立和加强起到关键性作用。

实际上,金融监管会比金融调控较早获取理论与实践的重视的根源在于金融市场除存在诸如外部效应、垄断和信息偏差等一般性市场缺陷外,还存在一些特殊层面上的理由。具体包括:第一,金融业本身存在高风险和内在不确定性,客观上需要金融监管,以保证存款人、投资者和其他社会公众的利益;第二,金融业具有发生支付危机的连锁效应,容易导致系统性的金融危机,需要金融监管保证金融机构的安全和稳健;第三,金融体系是整个国民经济的神经中枢、社会经济的调节机构,在整个国民经济中具有牵一发而动全身的举足轻重地位,具备公共性与社会性特点,需要特殊监管^[11]。而这些特殊的理由在资本主义自由竞争时代就已具备,这就是当时已需要金融监管却不存在金融调控的原因所在。换句话说,金融监管的产生最初是金融市场本身的要求,而金融调控的产生却是整个市场经济失灵时的要求。这样,金融监管与金融市场是相伴而来,具有远远早于金融调控的历史。

(二)金融调控与金融监管的不同内涵

金融调控是指金融调控当局(一般是指各国中央银行)根据确定的经济发展目标,运用货币政策工具对货币供应量和信贷总量、结构的调节和控制,以保证整个经济从宏观上实现总供给与总需求的平衡。金融调控实质是货币政策的制定和实施。而货币政

策包括金融调控当局为实现特定目标调节和控制货币供应量及处理货币事务的路线、方针、规范和措施等,它是一种宏观性、长期性、调节社会总需求的间接性经济措施^[12]。当然,货币政策本身并不是严格意义上的法律,但制定和实施必须在法律框架下运作,这个法律框架就是金融调控法。而各国金融调控法律所规定货币政策的工具,通常既包括存款准备金政策、再贴现政策、公开市场操作等一般性货币政策工具,也包括直接信用管理、间接信用管理、消费信用管理、证券市场信用管理等特殊货币政策工具。对于实施货币政策目标,各国法律多作出“稳定物价”、“维持充分就业”、“促进经济增长”以及“保证国际收支平衡”等规定。

金融监管即金融监督与金融管理。前者是指国家金融监管当局或其他监管主体通过对金融机构全面的、经常性检查以促使它们依法稳健经营,及安全、可靠和健康发展;而后者是指国家金融监管当局根据相关法律,授权有关部门制定和颁布有关金融业的组织机构和业务活动的特殊规定和条例,这些法令和规定之目的在于使金融业务活动纳入正轨,建立一个安全和健全的金融体系^[13]。总的说来,金融监管着眼于维护金融体系的安全与稳定,限制金融业的过度竞争和不正当竞争,保护存款人、投资者和社会公众的利益,从而促进金融体系公平、有效竞争,以达到维护金融业的合法、稳健、高效运行之目标。从实施手段看,金融监管一般是通过通过对金融机构的审批、检查、稽核;对金融机构和金融市场的统计管理;对金融机构的财务会计管理;对金融市场主体的强制处罚等形式来实现。其中对金融经营的资本充足性、流动性与贷款集中度的监管尤为重要。

比较而言,金融调控着眼于金融总量,金融监管着眼于金融机构运行。前者属于国家宏观管理措施之一,作用于宏观经济领域;而后者属于外部市场管理行为,实施或发生在微观经济领域。

(三)金融调控与金融监管的权力主体

金融调控的权力主体在各国几乎都局限于中央银行。虽然在实行多元制中央银行的国家,存在依法独立的联邦中央机构与联邦局部区域机构等两个级别,但随时代的演进,区域性中央银行正逐渐沦为中央机构的分支机构,它们的独立性越来越小,权力日益集中在中央机构的手中。中央银行在各国职能与地位颇有差异,但作为货币的发行者和货币供应量的最终调节者,通过对货币及运行的调节,实现对宏观经济的强有力调控,进而使之成为宏观调控的主要机构的特征却是一样的。而金融监管的官方监管主要有两种模式,即中央银行的监管或政府专门机构的监管。而后者模式又分几种,包括:(1)单层多头监管模式,即在中央一级设立两个以上的金融监管机构共同

监管;(2)双层多头监管模式,即由中央和地方数家金融监管机构进行监管。如在美国,联邦和州都有权对银行发照注册并进行监管。在银监会成立之前,我国的官方金融监管机构主要是中国人民银行。之后则主要由银监会承担此职能。不过根据新修改的《中国人民银行法》第4条规定,中国人民银行仍然肩负着监督管理银行间同业拆借市场和银行间债券市场,及负责反洗钱的资金监测等职能;所以,我国新建立的金融监管体制仍然属于单层多头监管模式。

从全球范围看,虽然目前金融调控与金融监管职能集中于中央银行一身的模式仍然存在,但分离趋势已明显。因为金融调控与金融监管虽然联系紧密,但性质迥异,存有冲突,不宜由中央银行兼有。货币政策的运用应当是中立的、持续的,不应受非经济规律因素干扰,因而必须让一个相对独立于政府的中央银行来行使。而中央银行一旦独立于政府,属于政府行政权限的金融监管依然由中央银行行使必与政府不相容。况且中央银行要是染上行政色彩,其调控货币供给的经济职能不免有陷入屈从政府指令的危险。实际上,两大职能集中于中央银行一身,实质上就使中央银行不得不承担银行机构的监护人和“保姆”角色。在金融机构危机或倒闭时,央行得以最后贷款人身份进行资金救助,而资金来源可能是央行增发的货币,从而影响货币政策的正常决策和实施,使两项职能相互掣肘^[14]。凡此种种,不仅表明中央银行同时作为金融调控与金融监管的权力主体的现象已不合时宜,而且,央行独立于政府的趋势也将更加明显。

四、从法律渊源的层面分析金融调控法与金融监管法

法理学认为:法律渊源是指那些具有法的效力作用和意义的法的外在表现形式,因此,法的渊源也叫法的形式,即是侧重于法的外在形式意义上把握法的各种表现形式。每个部门法都有自己的法律渊源,不同的法律渊源也是区分法律部门的有用要素;因此,要明晰金融调控法与金融监管法的关系,探讨它们的法律渊源的差异也是有必要和有用的。

(一)金融调控法的法律渊源

金融调控是中央银行的基本职能,因而规定金融调控机构的性质、地位、职责、调控方法、工具以及法律责任等无疑是中央银行法的重大任务。事实上,中央银行法是金融调控法的最主要法律渊源,是其核心和基础,并指导整个金融调控法体系的建构。在我国,《中国人民银行法》无论是在修改之前,还是修改之后,都具有此种属性与地位。而政策性银行的功能是直接从事政策性融资业务,充当政府发展经济、调整产业结构、进行宏观经济调控的手段和工具;所以,政策银行的性质和宗旨之特殊性决定它们与客户之间业务关系并非简单的平等、自愿、公平、等价有

偿性质的金融交易关系,更重要的是体现了国家宏观经济目标和产业政策的金融调控关系性质,因而调整此种关系的政策性银行法从本质上已属金融调控法范畴。货币法是调整在货币发行、货币流通和管理活动中所发生的社会关系的法律规范总称。制定货币法的目的在于加强国家对货币的管理,调节货币的流通,以保证货币的统一与币值的稳定。因此,货币法应属金融调控法的法律渊源。与货币法一样,外汇管理法也是金融调控法的重要法律渊源。

值得讨论的是,货币政策能否成为金融调控法的法律渊源?货币政策,按《新帕尔雷夫经济学大词典》的定义,指“中央银行采取的,影响货币和金融条件的,以寻求实现持久的增值、产出、增长、高就业和物价稳定等广泛目标的行动”^[15]。简单的讲,金融调控本身就是中央银行制定和实施货币政策的过程。如新修订的《中国人民银行法》第2条规定:“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。”事实上,货币政策的突出特点是处理现实经济问题的灵活性和适应性,并不具备法律的确定性和稳定性特征;所以,按照法律“仅指立法机关制定的规范性文件”^[16]的最狭义的界定,它们并不构成金融调控法的法律渊源。但在法社会学或法律多元主义的广阔视野下,答案却相反。就如韦伯断言:“法只是得到强制力保证的,目的在于使人们服从或对违反它加以报复的,并为此目的而产生的特殊的工作人员执行的秩序的规范总称。”^[17]同样,根据政治学派的代表人物麦克杜格尔有关法律即权威加控制之定义,货币政策无疑就等于法律。当然,也许将政策直接定义成法律,即把它们视为金融调控法的法律渊源,在现阶段可能依然存在诸多暂时无法逾越的法理障碍;但货币政策借用法律的形式制定和实施却是毫无疑问,所以即使它们不能算是金融调控法的正式渊源,但作为非正式渊源却是合理的。¹

另外,按我国现行立法体制与实践做法,一旦我国签署或参加的国际条约在国内生效,将成为国内法的一部分;所以,在我国生效并包含金融调控内容的国际条约也是金融调控法的正式法律渊源之一。如我国是《国际货币基金组织协定》的成员国,该《协定》的第1条规定国际货币基金组织的职能包括:促进国际货币领域的合作与发展、促进汇率稳定、协助会员国调节国际收支平衡等;因此,《协定》的内容及国际货币基金组织行使的各种金融职能(尤其是有关汇率制度、贷款条件性和特别提款权等)能够对成员国的金融调控产生重大影响。如我国在1996年从“第14条成员国”转成“第8条成员国”后,就不得不将经常性外汇支付的限制取消。值得注意的是,虽然该《协定》中许多使用“促进”、“尽量”、“有义务合作”等弹性措辞的规定尚属“软法”范畴,但它们对成员国并非

“无刃之剑”,其威力来自这些软法的综合效能和基金组织的重要作用、地位以及对这些软法的解释权。所以,这些“软法”规定也属正式的法律渊源。

(二)金融监管法的法律渊源

与金融调控法相比,金融监管法的法律渊源要复杂得多,缘由金融调控机关一般局限于各国中央银行,而且金融监管主体在各国却差异颇大,除官方监管机构,还有行业监管部门、金融机构内部监管部门等。即使是官方监管机构,可能专指中央银行,也可能是政府专门监督机关,后者又可能涉及许多层次与不同部门。而对任何监管主体,都必然有对其性质、地位、机构设置、权责、手段及责任等的相关立法,这将导致金融监管法的法律渊源纷繁复杂。事实上,在绝大多数金融法律、法规中,都可能包含着调整金融监管关系的法律规范。如在我国原有的《中国人民银行法》以及《商业银行法》《票据法》等都有相关监管规定;不过,2003年12月,我国的《银行业监督管理法》的出台,成为我国金融监管领域的专门性与基础性法律,是金融监管法的最主要的法律渊源;同时,与金融调控的货币政策性质一样,金融监管当局在实施监管时,也会制定和实施许多金融监管政策,它们也可成为金融监管法的非正式渊源。

此外,在国际银行业的监管领域影响深远的巴塞尔协议能否成为金融监管法的法律渊源的问题颇具探讨价值。巴塞尔协议是巴塞尔委员会通过的一系列对全球跨国银行业监管具有极强指导意义的文件总称。按传统国际条约标准,巴塞尔协议并不符合国际条约的基本特征,因其本身并未按条约的程序予以正式签署或批准,也不具备强制实施的效力;但巴塞尔协议已成为国际惯例的事实却无可厚非,因为它已符合国际惯例的一般标准,即具有重复类似实践的物质因素和法律确信的心理因素^[18]。而一旦巴塞尔协议的国际惯例之性质确立,使其理所当然能作为金融监管法的非正式渊源;如果被吸收进国内立法,则将转化成正式渊源。事实上,在我国立法实践中,已大量吸收巴塞尔协议的相关内容。如1993年《深圳市银行业资产风险监管暂行规定》吸收了协议的银行监管标准和模式内容;1995年《商业银行法》规定商业银行贷款应遵守的最低资本充足率;^④而2003年底颁布的《银行业监督管理法》对有关审慎经营、并表监管、风险评估、风险预警机制等规定,更是直接借鉴了巴塞尔协议的相关内容。显然,这些借鉴性规定,实际上已将巴塞尔协议的有关内容从金融监管法的非正式渊源转变成正式渊源。

五、结论

¹ 在法理学界,许多学者认为在当代中国还存在与正式法律渊源相区别的非正式法律渊源,包括政策、判例以及习惯等。

^④ 现为2003年12月新修改后的《商业银行法》的第39条。

从上述对金融调控法与金融监管法的调整对象、法律行为以及法律渊源的深入分析, 我们至少可以得出如下结论:

其一, 金融调控法与金融监管法的调整对象之性质迥异。前者属国家宏观调控关系, 后者属市场规制关系。两者在主体、客体以及内容上存有重大差异。

其二, 金融调控法与金融监管法所规范的客体, 即金融调控行为与金融监管行为所立足的经济学理论基础、实施主体与具体内涵等方面皆有差异。最重要区别是前者属国家宏观经济调控行为, 着眼于总量控制; 后者是市场规制行为, 作用在微观经济领域。

其三, 金融调控法与金融监管法的法律渊源的范同不同, 前者包括中央银行法、政策性银行法、货币法、外汇管理法以及有关国际条约等; 后者除专门性金融监管立法外, 还分散于不同的金融法律、法规之中, 金融监管政策与巴塞尔协议属于非正式法律渊源。

总之, 尽管金融调控法与金融监管法同属经济法范畴, 但性质迥异, 前者应归宏观调控法体系, 后者应属市场规制法体系; 不过两者紧密联系, 息息相关。金融监管法的完善是金融调控法发挥效用的前提和基础, 金融调控法的良好效应又有助于金融监管法的顺利实施。

参考文献:

[1] 漆多俊. 经济法学 [M]. 武汉: 武学大汉出版社, 1998 570- 573
 [2] 李昌麒. 经济法学 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997. 455.

[3] 漆多俊. 经济法学 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1998 570- 573
 [4] 江鑫. 金融法学 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997. 11- 12
 [5] [美]卡吉尔·加西亚. 八十年代的金融改革 [M]. 北京: 中国金融出版社, 1989. 24
 [6] 顾功耘, 刘哲昕. 论经济法的调整对象 [J]. 法学, 2001, (2): 58
 [7] 漆多俊. 经济法学 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1998 421.
 [8] [美]萨缪尔森, 诺德豪斯. 经济学 (第 12 版) [M]. 高鸿业等译. 中国发展出版社, 1992 567.
 [9] 李力. 宏观调控法律制度研究 [M]. 南京: 南京师范大学出版社, 2001 145
 [10] Jonathan R. Marcy, Geoffrey P. Miller, Banking Law and Regulation, Little, Brown and Company, 1992 p 67.
 [11] 张忠军. 金融监管论——以银行法为中心的研究 [M]. 北京: 法律出版社, 1998 114.
 [12] 陈晓. 中央银行法律制度研究 [M]. 北京: 法律出版社, 1997 319.
 [13] 张忠军. 金融监管论——以银行法为中心的研究 [M]. 北京: 法律出版社, 1998 4
 [14] 董玉明, 贾爱玲. 金融调控法与金融监管法比较研究 [J]. 山西财经大学学报, 2000, (4): 69- 72
 [15] 陈岱孙. 新帕尔格雷夫经济学大词典 [M]. 北京: 经济科学出版社, 1992 545.
 [16] 孙国华. 法理学 [M]. 北京: 法律出版社, 1995 33
 [17] Max Weber on Law in Economy and Society A Clarion book, 1954, pp 5- 7
 [18] 陈安. 国际经济法论丛第 2 卷 [M]. 北京: 法律出版社, 1999 358- 359

A Comparison Between Financial Regulation Law and Financial Supervision Law

LIU zhi-yun, LU Jiong-xing

(School of Law, Xiamen University, Xiamen 361005 China)

Abstract In accordance with the legal philosophical principle that a branch law should have only a designated regulatory target, financial law that is composed of financial regulation law, financial supervision law and financial transaction law cannot be deemed as a separate branch law. However, this has been largely ignored in the economic law studies, especially in the study of macro-control laws. That is the reason why financial supervision law and financial transaction law, distinct from financial regulation law, are incorporated into the macro-regulatory system. Apart from financial transaction law that differs drastically from financial regulation law, confusion does exist between financial regulation law and financial supervision law. This paper, from the angle of the regulatory target, juristic act and sources of law, compares financial regulation law with financial supervision law and tells their difference hoping in this way to improve the study of financial law and macro-control laws.

Key words financial regulation law; financial supervision law; legal relation; juristic act; sources of law

本文责任编辑: 汪世虎