



# 银行危机处置程序中的问责制研究

## ——以银行监管治理为视角

李安安

**摘要：**银行监管机构的问责制包括履职问责与机构问责，其制度构造由角色担当、说明回应和违法责任组成。建构我国的银行监管机构问责制，需要填补履职问责的法律空白、充实机构问责的法律内涵和优化银行监管权力的配置，设置司法审查和公众参与的法律程序，并将银行监管治理的理念嵌入到银行危机处置的体制内核。

**关键词：**银行危机处置程序；问责制；银行监管治理

鉴于商业银行在国民经济发展中的特殊作用，发达国家普遍性地确立了救助、接管、破产与存款保险等制度安排，以确保问题银行市场退出的有序进行。相比之下，我国对问题银行的公共资金救助尚未形成体系，接管制度止步于行政规章，专门针对商业银行破产和存款保险的法律制度更是处于空白状态。更为严重的是，我国目前的银行危机处置程序对银行监管机构的权力缺乏必要的问责机制，缺乏透明度和有效的公众参与，呈现出单向度的行政管制倾向。因此，有必要对现行银行危机处置模式的权力配置进行反思，引入银行监管治理的理念与制度，就银行监管机构的问责制展开深入研究。

### 一、银行监管治理：银行危机处置程序亟须正视的论题

银行监管素以刚性的面目出现，银行监管法体现出法规范的国家性、法逻辑的对抗性和法秩序的强制性，银行监管机构与全能政府联姻形成了以法控制社会的管理法，与夜警国家联姻产生了以法控制国家的控权法<sup>①</sup>。作为具有典型政府干预色彩的行政程序，银行危机处置程序充分映射出银行监管法的传统面相。客观而言，由于银行危机具有突发性和典型的负外部性特征，赋予银行监管机构足够大的处置权力并辅之以强制性的实现机制，是维护金融稳定、保护存款者利益和防止问题银行道德风险的应然之举，这也是发达国家的普遍做法。例如，2009年修订的英国银行法进一步强化了FSA在银行破产中的权力，FSA不仅可以将银行资产转给私人买家、转移到“搭桥银行”或临时国有化，而且享有行使这些权力的自由裁量权<sup>②</sup>。在美国，银行监管机构可以根据银行资本的弱化程度，对其施加严格的监管干预措施，而且享有不受约束的自由裁量权。这种“迅速干预制度”使得监管机构成为问题银行命运的主宰，也是引发美国银行破产率居高不下的关键诱因。为了确保银行监管机构不受司法程序的羁绊，英美法甚至对监管者采取了绝对司法豁免规则<sup>③</sup>。

然而，随着社会时代变迁与规制理念的更新，单向度行政管制模式的正当性受到了越来越多的质疑与批判。如经济学上的“规制俘虏理论”(Capture Theory of Regulation)认为，规制者存在寻求经济利益或政治利益的动机，相关利益集团在决策过程中会积极活动以形成对自己有利的决定，由此可能出现规制者被利益集团俘虏的现象，于是，“谁来规制规制者”成为亟待解决的现实问题<sup>④</sup>。近年来，随着软法

① 罗豪才、宋功德：《软法亦法——公共治理呼唤软法之治》，北京：法律出版社2009年版，第15~31页。

② 杨松：《银行法律制度改革与完善研究》，北京大学出版社2011年，第72页。

③ 苏洁澈：《论银行监管机构的侵权责任——以银行破产和英美法为例》，载《法学家》2011年第1期，第168~174页。

④ Thomas W. Joo. Who Watches the Watchers? Southern California Law Review, May, 1999.

与公共治理的兴起,现代法治应当寻求更多协商、可以运用更少强制、能够实现更高自由的观念日益深入人心,世界各国都在考虑如何运用诱导的方式,促使监管对象能够自发地在竞争发展中注意风险的预防和化解,这促使了柔性监管手段的兴起和运用,其不但契合了新一轮放松监管的要求,也体现了政府权力的收缩,使政府更像一个教练“coaches”,而不是执法者“enforcers”<sup>①</sup>。在此背景下,银行监管的“国家—控制”法范式日益显示出自身局限性并频频遭遇治理危机,那种过度强调银行监管机构权力而忽视其责任的银行危机处置模式已经被认为是一种过于僵化和不合时宜的产物,而注重银行监管治理的“新治理”监管机制受到越来越多的认可。这种“新治理”监管机制是以监管者的角色为中心,其注重的是监管的社会控制与影响效果,而不是监管权力的来源,具有横跨公私部门划分的特性<sup>②</sup>。“监管治理”(regulatory governance)这一概念的出现始于20世纪90年代中期Levy和Spiller对电力和公共服务等领域监管的研究,其是指建立一种结构和机制,使监管机构更好地进行监管决策,从而履行好委托人赋予的监管职责<sup>③</sup>。2002年,国际货币基金组织的Udaibir S. Das和Marc Quintyn将监管治理的思想引入银行领域,银行监管治理的理念便滥觞开来<sup>④</sup>。同年,国际货币基金组织发布了两份关于良好银行监管治理机制标准的研究报告:《监管的独立性和金融稳定》和《危机防范和危机管理:监管治理的角色》。这两份报告提出了良好银行监管治理的四个标准:监管机构的独立性、问责性、透明性、监管操守。独立性意味着银行监管机构享有充分的自主权,能够摆脱利益集团的牵制而做出客观和理性的判断;问责性意味着银行监管机构不仅要政府对政府和立法机构负责,还要对被监管机构和公众负责,其隐含着“协商民主”等柔性监管的意蕴;透明性意味着杜绝暗箱操作与监管寻租,使决策阳光化,确保公众对监管信息的可获得性;监管操守意味着监管人员保持良好的职业道德,确保其执行善治的制度目标而不是向他们的自利行为妥协<sup>⑤</sup>。将银行监管治理的理念引入到银行危机的处置程序,意味着将“实质合理性”或“社会妥当性”注入了银行监管体制的内核,更预示着银行监管机构将开启善治(good governance)的法律之门。

## 二、银行危机处置程序中监管机构问责制的规范分析

在经济法语境下,问责制(Accountability)是一种超越“违法责任”的责任机制,代表着现代社会经济条件下“责任”作为一种系统性的制度结构所具有的整合与调节功能,其要义在于每一个扮演一定角色的社会成员都承担相应的义务和权责,并加以常规化的督促,若有违背或落空则必当追究,不允许“脱法”<sup>⑥</sup>。银行危机处置程序中的问责制,既包括对问题银行的问责,也包括对银行监管机构的问责。实践中针对问题银行问责的案例不时见诸报端,但针对银行监管机构的问责仍尚付阙如。在塑造“责任政府”和弘扬“问责制”的当下,有必要深入探究银行危机处置程序中银行监管机构问责制的制度机理。

### (一) 银行监管机构问责制的类型化解释

银行监管机构的问责制,是指银行监管机构必须依法向社会公众和特定的公共机构陈述其政策与行为,并论证其合理性,其包含两层意思:一是对监管机构的不当行为进行责任追究;二是监管机构作为责任人向问责人就其履行职责作出解释<sup>⑦</sup>。将银行监管机构的问责制镶嵌于银行危机处置程序中,意味着监管机构必须审慎地行使对问题银行的处置权力,对社会公共利益负责,自觉接受公共机构和社会公众的监督。从类型化的角度看,银行监管机构的问责制主要包括履职问责与机构问责。

#### 1. 履职问责

履职问责是指问责人对银行监管机构是否勤勉、审慎地履行其职责进行问责,关注的是银行的履职行为能否实现法定的监管目标。银行危机的处置手段是多元化的,各种处置手段所欲达致的法定监管目标在表述上可能略有差异,如美国《联邦存款保险公司法》第13条c款第1项规定:“为防止参保存款银行不能清偿债务,为使不能清偿债务的被保险银行恢复正常营业,联邦存款保险公司有权对存在被关闭危险或已经被关闭的参保银行给予援助、借款、购买其资产或在其处存款。”欧盟《存款保险方案指令》的法定监管目标是建立欧盟内部统一的银行市场,增强银行系统的稳定性并保护存款者的利益。但是,透视上述银行危机处置的立法旨向,无不以“维护金融稳定、保护存款者利益、防止问题银行道德

①王连昌:《行政法学》,中国政法大学出版社1997年,第322页。

②Robert F. Weber. New Governance, Financial Regulation, and Challenges to Legitimacy, 62 Admin. Law Review (2010), pp. 783~838.

③Levy B. and Spiller P. T. The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative, Journal of Law, Economics and Organization, 10 (2), 1994, pp. 33~34.

④Chenard K. Does Regulatory Governance Matter for Financial System Stability? An Empirical Analysis, IMF Working Paper, No. 89, 2004, pp. 4~22.

⑤赵峰、高明华:《金融监管治理的指标体系:因应国际经验》,载《改革》2010年第9期,第49~50页。

⑥史际春、冯辉:《“问责制”研究——兼论问责制在中国经济法中的地位》,载《政治与法律》2009年第1期,第2页。

⑦周仲飞:《银行监管机构问责性的法律保障机制》,载《法学》2007年第7期,第81页。

风险”为规范目的。如果银行监管机构的处置行为明显偏离了这一法定监管目标,可以对其启动履职问责,勤勉义务与审慎义务则为银行监管机构的履职行为提供了正当性评判尺度。

勤勉义务要求银行监管机构在履行处置问题银行职责的过程中,须以一个合理、审慎的人在相似的情形下所应表现的注意和技能履行其职责,如果银行监管机构履行职责时没有尽到合理的注意,则要承担相应的赔偿责任<sup>①</sup>。实践中已经出现多起存款人起诉银行监管机构违反勤勉义务的案件,这些案件虽然因为法院采取银行监管机构豁免的立场而未能达到履职问责的效果,但丝毫不能掩盖这些案件的制度标杆意义。审慎义务则要求银行监管机构在履行处置问题银行职责的过程中,通过制定一系列问题银行必须遵守的周密而谨慎的经营规则,客观评价问题银行的风险状况,并及时进行风险监测、预警和控制。根据巴塞尔委员会1997年制定的《银行业有效监管核心原则》(Core Principles for Effective Banking Supervision),监管当局应制定和实施资本充足率、风险管理、内部控制、资产质量、损失准备、风险集中、关联交易、流动性管理等方面的审慎监管法规<sup>②</sup>,这也构成了银行监管机构履行审慎义务的具体衡量指标。在刚刚过去的金融风暴中,银行监管机构在处置问题银行的过程中就未能很好地履行审慎职责,而是遭遇了前所未有的“监管捕获”魔咒,所以在后金融危机时代强化监管机构的审慎义务尤其是“宏观审慎监管”义务有着极强的现实意义<sup>③</sup>。

## 2. 机构问责

机构问责是指由谁对银行监管机构进行问责,即银行监管机构对谁负责。一般认为,有权对银行监管机构问责的主体包括:(1)立法机关。立法机关对银行监管机构的问责既可以是事前问责,也可以是事后问责,前者如通过立法决定银行监管机构在银行危机处置程序中的权力与责任,后者如对严重失职的银行监管机构予以解散。一些国家还规定,银行监管机构必须定期向立法机关提交书面报告,并接受质询。如美国1978年的《充分就业与平衡增长法》规定,美联储每年必须分别向国会参众两院作两次单独的书面报告。美联储的高级官员需要就国会关心的重大经济和金融问题陈述情况,发表意见,解释政策<sup>④</sup>。(2)政府。政府对银行监管机构的问责通常包括四种形式:要求银行监管机构定期提供信息、直接向银行监管机构派驻代表、对银行监管机构负责人进行人事任免、颁布法规要求银行监管机构遵守执行。在银行监管机构具有独立性的国家,政府对银行监管机构的问责一般较为规范,而在银行监管机构隶属于政府的国家,这种问责往往演变为政府干预,反过来会削弱问责效果。(3)司法机关。当立法机关问责与政府问责均难以奏效时,司法机关通过自己的权威性、专业性、公开性和独立性来实施对银行监管机构的问责,可能会起到事半功倍之效。将银行监管机构处置问题银行的行为纳入到司法审查的轨道,能够运用“正当程序”督促银行监管机构决策与行为的合法性。(4)被处置问题银行。在个别国家,银行监管机构的运作经费全部或部分来自被监管机构缴纳的监管费,出于权责相对应的法理,处置这些被监管机构时理应倾听其意见,甚至让其参与处置活动。(5)社会公众。银行具有外部性特征,银行危机处置无疑会影响社会公众的利益,这就要求银行监管机构在处置问题银行时,尽量提高透明度,通过网络平台、出版发行物、新闻发布会等形式向公众解释处置政策的合理性,并征求公众意见。

## (二) 银行监管机构问责制的制度构造

正如前文所言,问责制是一种超越“违法责任”的责任机制,代表着现代社会经济条件下“责任”作为一种系统性的制度结构所具有的整合与调节功能,其要义在于每一个扮演一定角色的社会成员都承担相应的义务和权责,并加以常规化的督促。有学者认为,经济法语境下问责制的制度结构是由角色担当、说明回应和违法责任组成的“三段式”<sup>⑤</sup>,银行监管机构问责制的制度构造同样可以从这三个制度要素中得到诠释。

### 1. 角色承担

在经济法的主体结构中,市场主体、经济行政主体和社会团体的角色不同,身份和地位各异,行为目标和宗旨有别,所需承担的责任自然不同,从而形成不同的“角色责任”<sup>⑥</sup>。在不同的国家,银行监管机构的角色定位可能大相径庭,有的是纯粹的行政机关,有的是事业单位,有的则是独立规制机构<sup>⑦</sup>。但是,不管银行监管机构承担何种角色,均要求其忠实、勤勉和适当地履行该特定角色所蕴含的义务和要求,这就要求法律法规对监管机构在问题银行处置程序中的权力、义务和责任作出明确的规定,确保银行监管机构不出现错位、越位和缺位现象。

① 范健、王建文:《公司法》,法律出版社2011年,第415页。

② 韩龙:《国际金融法》,法律出版社2007年,第325页。

③ Lawrence G. Baxter, “Capture” in Financial Regulation, Cornell Journal of Law & Public Policy, Fall 2011.

④ 汪鑫:《中央银行制度发展的新主题:完善问责制》,载《武汉金融》2005年第6期,第26页。

⑤ 史际春、冯辉:《“问责制”研究——兼论问责制在中国经济法中的地位》,载《政治与法律》2009年第1期,第6页。

⑥ 冯果:《经济法——制度·学说·案例》,武汉大学出版社2012年,第110页。

⑦ 1887年,美国国际贸易委员会(ICC)的诞生标志着独立规制机构作为一种新型的政府组织进入了历史舞台。独立规制机构,又称独立监管机构、独立管制机构,其典型代表是美国的独立规制委员会(Independent Regulatory Commission),其具体内容可参阅Marshall J. Breger, Gary J. Edles, Established by Practice: the Theory and Operation of Independent Federal Agencies, Administrative Law Review, Fall, 2000.

## 2. 说明回应

面对立法机关、政府、司法机关、被处置问题银行以及社会公众的质询,银行监管机构应当就银行危机处置行为作出合理性解释。为了增强说明回应的公信力,银行监管机构对问题银行的处置应遵循公平、公正和公开的原则进行,进行充分的信息披露,防止监管寻租,杜绝“神秘执法”与“选择性执法”<sup>①</sup>。与此同时,银行危机处置程序还应尽量提升公众参与的程度,激活社会公众对参与式民主实践和公共领域制度变迁的想象力,促进公共权力与公民个人权利的良性互动。

## 3. 违法责任

在银行危机处置程序中,银行监管机构若有懈怠、滥权等不法行为时,理应承担相应的不利后果。由于银行监管机构的本质角色是公法人,权利与义务来源于宪法性的组织法,其违法责任主要是一种公法性质的责任,甚至是违宪责任。例如,银行监管机构负责人的“引咎辞职”不仅属于政治责任,而且也是法律责任,是与懈怠和不作为之间存在“非直接因果关系”的一种新型责任<sup>②</sup>。伴随着近年来新公共管理运动的蓬勃发展,新的公共责任机制不断显现,作为公共规制机构的银行监管机构的违法责任内涵也呈现出新的动向与前景。

# 三、我国银行监管机构问责制建构的路径选择

银行监管治理的理念虽然已传入我国多年并被普遍接受,但在制度实践层面,监管机构的独立性、问责性、透明性和监管操守均存在较多问题,以至于如何优化银行监管机构的自身治理成为一个紧迫任务<sup>③</sup>。一般来说,实施严格意义上的问责制需要一整套制度和措施的支持,包括:立法和执行上的监督、严格的程序要求、公众参与、独立的司法审查等,这些配套制度在我国的实现尚需时日。但基于未雨绸缪之考量,笔者认为可以从以下两个方面逐渐建构起适合我国国情、与银行危机处置程序和谐共生的银行监管机构问责制。

## (一) 实体性的权责安排

### 1. 填补履职问责的法律空白

履职问责要求明确银行危机处置行为的法定监管目标,即“维护金融稳定、保护存款者利益、防止问题银行道德风险”。由于我国尚未建立存款保险制度,政府习惯于以其信用为问题银行和存款人提供隐性担保,这不仅加剧了问题银行的道德风险,使其市场退出成本居高不下,而且使问题银行和存款人的行为产生了严重扭曲。存款人因为信赖政府而不用担心银行的风险给自己带来损失,也就没有甄别与监督问题银行的激励,这往往会助长问题银行的冒险行为,甚至为了追逐利益最大化而铤而走险。对于问题银行而言,政府的救助行为使其缺乏足够的市场压力,“银行倒台、政府买单”制度惯性甚至会诱发其侥幸心理。当务之急是建立规范的存款保险制度和商业银行破产制度,完善问题银行的公共资金救助和接管制度,扫除银行监管机构履职问责的法律障碍。

### 2. 充实机构问责的法律内涵

就立法机关问责而言,应当明确:接受或要求银行监管机构履行问责义务,不仅是立法机关和人大代表的权利,也是其对选民应尽的义务。鉴于银行危机处置的专业性,现阶段可以由全国人大财经委作为立法机关的问责主体。就政府问责而言,由于中国人民银行和银监会均隶属于中央政府,缺乏应有的独立性,为了防止政府问责沦为变相的政府干预,有必要将政府问责的范围限定于要求银行监管机构提供信息并进行说明和解释。就被处置问题银行而言,银行监管机构应提高决策的透明度和交互性,即进行充分的信息披露,听取其意见。至于司法机关问责与社会公众问责,后有详细论述,在此不赘。

### 3. 优化银行监管权力的配置

银行监管权力配置的科学、合理是实施问责制的重要前提,但我国现行的银行监管权力配置却呈现出模糊和错乱的现象。在信贷管理权、反洗钱监控权、支付结算监管权、最后贷款人制度等方面,中国人民银行与银监会之间存在严重的角色冲突问题,二者更像是“分手不分家”的婆媳型关系<sup>④</sup>。优化银行监管权力的配置要做到:一是要调整目前的金融监管协调机制,消除中国人民银行与银监会之间的角色冲突,解决二者之间职责分工的明确化问题;二是强化银监会的独立性,将其角色定位从“国务院直属正部级事业单位”转变为独立规制机构,提高其银行危机处置的专业化水平;三是要优化问题银行市场退出过程中行政权与司法权的配置格局,逐步转向以市场为主导的银行危机处置模式,具体措施包括

①戴治勇:《选择性执法》,载《法学研究》2008年第4期,第28~35页。

②邓峰:《领导责任的法律分析——基于董事注意义务的视角》,载《中国社会科学》2006年第3期,第136页。

③史生丽:《商业银行公司治理与银行监管》,法律出版社2010年,第187~191页。

④黎四奇:《金融监管法律问题研究——以银行法为中心的分析》,法律出版社2007年,第106~110页。

从行政接管走向市场托管、从行政重组走向市场并购、从行政破产走向司法破产<sup>①</sup>；四是对于银行监管机构的不法行为引入侵权损害赔偿，以制约其权力的膨胀与扩张。我国现行法没有规定监管机构在银行危机处置过程中的侵权损害赔偿问题，即使监管机构存在侵权行为导致了存款人利益的损失，存款人也不能起诉监管当局。这种过于僵硬的绝对豁免方式明显有悖于公平正义，削弱了银行监管机构更审慎地履行职能的必要性。因此，建议对银行监管机构实行相对豁免规则，要求其对非善意的处置行为所带来的损害承担侵权责任，以实现分配正义与矫正正义的统一。

## （二）程序性的法律控制

众所周知，英美国家具有重法律程序的法治传统，普通法中的自然公正原则和美国的正当法律程序理论，构成了普通法院对行政机关提出行政权合法性的程序法律要求的依据，正如有学者所言，“正当程序禁止专横的政府行为，即剥夺（或者明显损害）生命、自由或者财产——或者同等重要的东西或者必要的附属物”<sup>②</sup>，“程序不是次要的事情。随着政府权力持续不断地急剧增长，只有依靠程序公正，权力才可能变得让人能容忍”<sup>③</sup>。对于银行监管机构的处置行为而言，引入司法审查、公众参与等程序性的法律控制机制，是确保问责制正当性实现的关键一环。

### 1. 司法审查

在现代行政法理论中，行政行为接受司法审查是一个普遍的原则<sup>④</sup>。但在我国，法院无法审查银行监管机构的抽象行政行为，其处置问题银行的具体行为能否纳入行政诉讼的受案范围也存在较多争议。从理论上讲，在银行危机处置程序中，被处置问题银行、存款人以及其他利害关系人如果认为银行监管机构的具体行政行为侵犯了自己的合法权益，可以提起行政诉讼。按照行政诉讼法理，法院只审查银行监管机构具体行政行为的合法性，而不审查具体行政行为的合理性，但假如银行监管机构的处置行为超越了合法性的限度，法院可以滥用职权或者显失公正之理由予以撤销或者变更<sup>⑤</sup>。由于银行危机处置具有相当的专业性，司法审查可能陷入保障受害人合法权益和维持监管机构职能完整性的两难困境，这就要求负责司法审查的法官具有相关经验和专业知识。在英国，《金融服务与市场法》专门规定建立独立的“金融服务与市场特别法庭”，处理金融监管署和被监管机构或个人之间就金融监管署的监管决定发生的纷争。金融服务与市场特别法庭原先设计为上诉机构，后来明确为初审庭，审查每个案件的事实，并有权将自己的决定取代金融监管署作出的决定<sup>⑥</sup>。我国可以借鉴英国的经验，设立金融法庭，由专业法官负责审理案件。

### 2. 公众参与

作为协商民主的题中应有之义，公众参与已经成为中国公共生活领域的一个关键词汇。将公众参与引入到银行危机处置程序，是确保程序正义和提升制度合法性的重要保障。推进银行危机处置程序中的公众参与，可以从基础性制度、程序性制度和支持性制度三个层面展开<sup>⑦</sup>。公众参与的基础性制度主要是强化银行危机处置的透明度，通过监管机构的门户网站、特定出版物等形式披露其履职情况、对问题银行的处置措施以及监管费用等信息。公众参与的程序性制度包括搭建公众参与的平台、疏通公众参与的渠道、确立银行监管机构对社会公众评论和意见的回应机制、设定公众参与的法律责任制度。公众参与的支持性制度则包括专家咨询制度、公益诉讼制度等。这些制度设计对于改善银行监管治理颇有助益，虽然其实现任重道远，但无疑值得期许。

## 四、结 语

银行危机处置素来体现为监管机构主导下的单一治理行为，但随着公共治理的兴起，这种单向度的行政管制模式已经不合时宜，引入独立性、问责性、透明度与监管操守等银行监管治理的理念与制度成为当务之急。在银行危机处置程序中确立问责制，契合了民主法治、公平正义的价值旨趣，折射出责任政府、宪政国家的理想图景，是银行监管机构改善自身治理的有益尝试，也是银行监管机构践行协商民主和推行公共治理的积极探索。

■作者简介：李安安，武汉大学法学院博士生；湖北 武汉 430072。

■基金项目：教育部人文社会科学规划研究项目（11YJA820017）

■责任编辑：车 英

①冯 果、李安安：《问题券商市场退出法律机制之审思——在资本市场法治化的拷问之下》，载《证券法苑》（第三卷），法律出版社2010年，第460～461页。

②约翰·V. 奥尔特：《正当法律程序简史》，商务印书馆2006年，第73页。

③威廉·韦德：《行政法》，中国大百科全书出版社1997年，第94页。

④理查德·斯图尔特：《美国行政法的重构》，商务印书馆2002年，第6页。

⑤章剑生：《现代行政法基本理论》，法律出版社2008年，第517页。

⑥周仲飞：《银行监管机构问责性的法律保障机制》，载《法学》2007年第7期，第89页。

⑦王锡锌：《公众参与和行政过程——一个理念和制度分析的框架》，中国民主法制出版社2007年，第69～70页。