

我国中央银行职权行为的法律规范的研究

郭雪

(西南财经大学中国金融研究中心, 成都, 610074)

摘要: 中央银行权限的权力性和非权力性划分不仅体现了中央银行作为发行的银行、国家的银行和银行的银行的职能性质, 而且也表明了中央银行作为行政机关和一般银行的双重性。本文在对中央银行权限进行权力性和非权力性分类的基础上, 提出中央银行的职权行为亦可分为“权力性行政行为”和“非权力性行政行为”, 并根据这一分类探讨各自法律规范的具体问题。

关键词: 中央银行 职权行为 权力性 非权力性

中央银行作为发行的银行、国家的银行和银行的银行, 为履行其职能, 法律赋予其相应各种权限, 但是中央银行的职能和权限只是一种潜在功能, 如欲将其转化为现实作用, 必须通过一个个具体的职权行为加以实现。应该说, 中央银行的各种职权在经济学中多有讨论, 这些领域法学极少涉及, 因此对中央银行的各种职权的研究似乎已成为经济学的专利。经济学研究中央银行的各种职权主要是从中央银行实施货币政策和维护金融稳定出发, 探讨中央银行需要哪些职权行为, 这些行为如何实施等方面, 但对于中央银行各种行为运作的法律规范现状和存在的问题以及各种行为规范的分类、行为的法律性质、行为的程序、救济途径等问题较少关注, 存在理论空白。

一、中央银行职权行为的内涵

中央银行职权行为, 是指中央银行在行使法定职权过程中作出的各类行为。它们是中央银行履行法定职责的各种行政活动。作为代表国家行使金融管理的行政机关, 人民银行所履行的实施宏观调控、维护金融稳定、服务金融发展等职责的行为, 从法律性质上讲, 是一种行政行为, 因此必须依法行使行政管理职责。从党的十五大开始, 国家把依法治国确立为党领导人民治理国家的基本方略。之后, 为全面推进依法行政, 建设法治政府, 国务院印发了《全面推进依法行政实施纲要》。依法行政是依法治国的重要内容。对于人民银行来说, 就是要切实增强法制意识, 做到依法行政、规范管理, 要求人民银行在履行金融行政管理职责时一定要做到行政行为主体合法、行政管理权限合法、行政行为内容合法和行政行为程序合法, 在行政相对人不服行政行为时可以依法寻求行政救济。

规范中央银行职权行为的法律规范可以有广义和狭义两个范畴。狭义的是指《中国人民银行法》本身, 包括该法的全部条文。广义的是指我国有关中央银行组织与管理的法律法规的总称。从形式方面讲, 广义的中央银行法的概念包括以下五个层次。第一个层次是指国家立法机关制定的专门法律, 如《中国人民银行法》。第二个层次是指国家其他法律和法规中有关中央银行金融管理的规定。例如, 《中华人民共和国刑法》中关于禁止伪造、非法贩运伪造货币、禁止破坏国家经济秩序的规定等。第三个层次, 是指国务院发布的关于中国人民银行实施金融业管理的单行行政法规。例如《金融资产管理公司条例》、《人民币管理条例》、《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》、《金融违法行为处罚办法》、《个人存款账户实名制规定》等法规。第四个层次, 是指中央银行自己颁布的金融业监管的具体操作规定。这类规定的数量很多, 如《金融机构反洗钱规定》、《人民币银行结算账户管理办法》、《外币代兑机构管理暂行办法》、《关于进一步加强房地产信贷业务管理的通知》等金融规章、办法和通知。第五个层次, 是指法院等司法机关发布的有关金融业监管法律法规的司法解释、答复及批复。例如最高人民法院颁布的《关于银行票据结算合同纠纷上诉案的答复》等。

二、中央银行职权行为的现状及问题

即使有上述层次不同的法律规范约束中央银行的各种活动,形成各种运作规范,但中央银行运作规范在实际运作中仍存在不少问题,主要包括:一是人民银行履行宏观调控职责的一系列制度设计中,“目标性”条文多,但缺乏可操作性规定。比如,建立金融监管协调机制和监管信息共享机制被明确写入《中国人民银行法》中,但是它只是作为“目标性”条文,对人民银行提出这项任务,并没有具体的操作措施,致使至今包括信息共享在内的协调机制都一直未真正建立起来。针对这一漏洞,金融监管部门存在主动规避现有法律的倾向。2004年6月,银监会、证监会、保监会在中国人民银行未参加的情况下,起草了《三方在金融监管方面分工合作的备忘录》,建立监管联席会议机制,具体规定了三家机构分工合作的指导原则、职责分工、信息收集与交流机制等,并于当年9月18日召开了第一次监管联席会议。但此后几年联席会议鲜有召开,人民银行等其他部委也从未参与。这种独自建立的单一层次的监管联席制度,效果不尽如人意。由于监管机构在法律上主体平等,不存在从属关系,在没有法律有效约束的情况下,在监管活动中协调协调起来难度较大,人民银行法中对该协调机制的规定也只能停留在纸面上,难以得到有效实施。¹二是中央银行行为的作用对象不明。比如,在具体的法律制度设计上未廓清“金融业”的概念和范围,影响了人民银行全面、正确履行职能。现行《人民银行法》有多达43处涉及“金融”、“金融业”的规定,如在第4条规定,中国人民银行负责金融业统计、调查、分析和预测;第6条规定,中国人民银行负责向全国人大常委会提出金融业运行情况的工作报告等。不论是防范和化解金融风险、维护金融稳定,还是金融业统计和报告,在执行中,人民银行首先需要厘清“金融业”的概念。按照《百度百科》中对金融业的定义,现代金融业除了包括传统的银行、保险、证券外,还应该包括融资租赁业、信托业、典当业、金银业和资信评估业等。而现行的《中国人民银行法》根本没有为人民银行设定全面、明确的对这些机构进行调统、分析和预测的手段和方式。²另外,该法规定一般情况下人民银行不得向政府及其部门、非银行金融机构、其他单位和个人提供贷款,但国务院决定可以向特定的非银行金融机构提供贷款的除外。什么是“特定的非银行金融机构”?该法没有规定,全国人大常委会就此也没有作出规范解释。这样的规定在实践中难以被有效执行。³三是中央银行行为的某些作用的主体不明。《人民银行法》规定“任何单位和个人不得印制、发售代币券,以代替人民币在市场上流通”,以此保障人民银行拥有统一的货币发行权。但是随着电子商务的不断发展,一些大城市商场普遍接受由某些银行发行的购物卡、这些购物卡并没有按照信用卡管理,而是代替货币作为支付工具,并在商品退货的情况下,还可以兑换现金。这种情况严重影响了人民银行的货币发行权的统一性。但是,很长时间全国人大常委会和中国人民银行没有对这种支付工具进行过立法解释和行政解释,法院也没有对此做出过任何司法解释和裁判。该规定是否可以适用于购物卡有待于法律上进一步明确。⁴

中央银行运作规范在实际运作中不仅在总体上存在问题,而且由于未对中央银行职权行为作出科学合理的分类,并根据不同种类的中央银行职权行为作出分门别类地规范,导致中央银行的具体运作规范也存在这样或者那样的问题。本文在对中央银行权限进行权力性和非权力性分类的基础上,提出中央银行的职权行为亦可分为“权力性行政行为”和“非权力性行政行为”,并根据这一分类探讨各自规范的异同和各自行为规范存在的问题。

三、中央银行权力性行为与非权力性行为

(一) 中央银行权力性行为与非权力性行为的内涵

¹ 徐廷尊、李井明:《权利博弈、观念差异与滞后效应——基于中国人民银行法运行实践的研究》,《内蒙古金融研究》2010年第11期,第39页。

² 徐廷尊、李井明:《权利博弈、观念差异与滞后效应——基于中国人民银行法运行实践的研究》,《内蒙古金融研究》2010年第11期,第39页。

³ 孙应敏:《当前金融形势下进一步完善《中国人民银行法》体系的思考》,《海南金融》2000年11期,第41页。

⁴ 同上第40页。

“权力性行政行为”和“非权力性行政行为”是行政学中的一对概念，它们是行政机关行使权力性权限和非权力性权限分别作出的职权行为。“权力性行政行为”是公权力的行为，它是以强制力为保证的权力行使。它意味着行政机关能根据自己的意志影响行政相对人的行为，如行政相对人不服从，可以采取强制力，保证预期的效果或影响的实现。而“非权力性行政行为”虽也是公权力的行为，但是它是需要行政相对人同意，否则行政机关无法单方面动用强制力实现预期的效果或影响。

在我国，依据《中国人民银行法》规定，中央银行的职权行为也可分为“权力性行政行为”和“非权力性行政行为”。《中国人民银行法》第 23 条⁵规定人民银行在执行货币政策时可以运用的货币政策工具，包括存款准备金、基准利率、再贷款率、再贴现率、公开市场操作以及国务院确定的其他货币政策工具等。《中国人民银行法》第 29 条⁶规定了人民银行特殊贷款职能等。我们认为，以上这些货币政策工具从法律性质上看可以分为四类：一是一般行政行为，如要求银行业金融机构按照规定的比例交存存款准备金、确定中央银行基准利率以及确定再贴现率等；二是行政私法行为，如在中国人民银行开立账户的银行业金融机构办理再贴现和在公开市场上买卖国债、其他政府债券和金融债券及外汇；三是作为银行的银行向商业银行提供贷款及不得违法财政透支、贷款、担保。四是实践中中央银行为了实施货币政策，往往会通过示范、倡导、咨询、建议、训导、辅导、协助、劝告、建议等行政指导行为加强对银行业的管理。这四类行为，除一般行政行为是权力性行政行为外，其他三类均为非权力性行政行为。

《中国人民银行法》第 32 条规定了人民银行的监管职能，具体的监管范围和职能已在第四章权力性行政行为中有论述，这里再来分析《中国人民银行法》第 46 条⁷对于行为的罚则规定，该条具体规定了人民银行在行使监管职能时可以采取的行政强制措施、行政处罚等行为。对于该条规定的人民银行的行政强制措施和行政处罚行为，应该归为典型的权力性行政行为。《中国人民银行法》第 36 条⁸规定了人民银行的政府信息公开，人民银行的该职权行为由于没有强制性应当归入非权力性行政行为。

综上，在中央银行的职权行为中，一般行政行为、行政强制措施和行政处罚等属于权力性行政行为，而行政私法行为、行政指导行为、关于金融的政府信息公开行为以及作为银行的银行向商业银行提供贷款和不得违法财政透支、贷款、担保等行为属于非权力性行政行为。

（二）中央银行权力性行为的规范

在中央银行的职权行为中，一般行政行为、行政强制措施和行政处罚属于权力性行政行为。以下对这些行为的规范分别进行探讨。

1. 中央银行一般行政行为及法律规范

货币政策是国家调节宏观金融的一种非常重要的政策，有力地保障经济健康平稳发展。

⁵ 《中国人民银行法》（2003 年）第 23 条：中国人民银行为执行货币政策，可以运用下列货币政策工具：（一）要求银行业金融机构按照规定的比例交存存款准备金；（二）确定中央银行基准利率；（三）为在中国人民银行开立账户的银行业金融机构办理再贴现；（四）向商业银行提供贷款；（五）在公开市场上买卖国债、其他政府债券和金融债券及外汇；（六）国务院确定的其他货币政策工具。中国人民银行为执行货币政策，运用前款所列货币政策工具时，可以规定具体的条件和程序。

⁶ 《中国人民银行法》（2003 年）第 29 条：中国人民银行不得对政府财政透支，不得直接认购、包销国债和其他政府债券。中国人民银行不得向地方政府、各级政府部门提供贷款，不得向非银行金融机构以及其他单位和个人提供贷款，但国务院决定中国人民银行可以向特定的非银行金融机构提供贷款的除外。

⁷ 《中国人民银行法》（2003 年）第 46 条：本法第三十二条所列行为违反有关规定，有关法律、行政法规有处罚规定的，依照其规定给予处罚；有关法律、行政法规未作处罚规定的，由中国人民银行区别不同情形给予警告，没收违法所得，违法所得五十万元以上的，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足五十万元的，处五十万元以上二百万元以下罚款；对负有直接责任的董事、高级管理人员和其他直接责任人员给予警告，处五万元以上五十万元以下罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

⁸ 《中国人民银行法》（2003 年）第 36 条：中国人民银行负责统一编制全国金融统计数据、报表，并按照国家有关规定予以公布。

然而,除了在中央银行法中简单涉及货币政策以外,几乎没有专门的法律规范货币政策本身,这种情况甚至在法律的权威无所不在的发达国家法治社会也没有明显改观。其实关于规范货币政策行为的倾向早在19世纪20年代英国的货币论战中就有端倪,当时论战的双方,通货学派和银行学派虽然都赞成一国具有一个权威的中央银行对于经济的健康发展是必要的,通货学派坚持要求有一个受规则约束的权威机构,银行学派则主张建立一个不受规则约束的权威机构。事实上,因为中央银行职权的特殊性和专业性,要求中央银行按规则行事是一件十分困难的事,恰恰相反,“施行中央银行任务依靠聪明人的直觉胜于依靠精确的分析”。中央银行在实行货币政策时一直拥有巨大的自由裁量权。尤其是,主要的货币政策工具,如存款准备金率、再贴现率、公开市场操作等行为都具有一定的市场行为性质,有较大的个案特性,很难就这些货币政策工具本身制定固定的规则,当然有中央银行法对货币政策目标、货币政策工具等内容有所规定,但对施行货币政策的具体行为仍然少有规定,这就更增加了货币政策行为的自由裁量性。对此,各国中央银行法所能做的只有通过组织法的规范来约束中央银行的自由裁量权,如很多国家中央银行法规定货币政策委员会制度,以内部权力制衡的理事会制来保障中央银行制定和执行货币政策的专业性、独立性,进而确保货币政策的科学制定和执行。我国现有的人民银行似乎还有差距,我国规定了货币政策委员会负责货币政策的决策,但是名义上的货币政策委员会并没有执行完整意义上的理事会制度,其独立性和专业性也不够完善。对于中央银行制定货币政策的行为,各国中央银行法大都从决策主体的角度加以控制,但对于制定货币政策本身行为没有明确的法律规定,其结果是中央银行法是货币政策实施的组织机制,而不是其行为制度,从法律和中央银行实际操作角度来看,这都是缺憾的。⁹因此,有必要加强中央银行实施货币政策行为规范,特别是行为法律性质及救济途径的研究。

中央银行在货币政策领域的权力性行政行为有以下三个方面,其性质以及救济途径论述如下:

第一,再贴现率政策的相关职权行为。众所周知,再贴现率政策是传统的货币政策工具之一。所谓再贴现是指金融机构为补充法定准备的不足或获取扩张信用所需资金,以其对于顾客贴现所得的票据,向中央银行请求给予再融通(再贴现)。中央银行对银行所持票据予以再贴现而预扣的利息占再贴现金额的比率,就称为再贴现率。再贴现率政策的目的在于希望通过调整再贴现率,从而控制银行融通资金的成本,管制其信用创造能力及成本,甚至通过宣示效果间接影响其信用创造的意愿。中央银行再贴现率政策的施行包括三项步骤:规定具有再贴现资格之票据;再贴现率的决定及调整;订定融通最高限额。中央银行再贴现率政策的上述三项行为有以下特点:第一项是中央银行依据法律规定,基于执行货币政策目的所为的行为;第二项是中央银行行使公权力且为单方面决定的行为;第三项是具有对外发生的法律效果,例如是否能够成为再贴现的对象可能影响票据流通的能力。因此上述三项行为应属于中央银行公法上的法律行为,¹⁰也是本文所称的“权力性行政行为”。

第二,存款准备率政策的相关职权行为。法定存款准备率政策最初始于18世纪英国的中央银行。存款准备率政策是指中央银行根据法律授权在审查经济金融情势发展的需要后,在法定范围内提高或降低存款准备率以增加或减少存款货币机构经由放款与投资创造银行信用的潜在能力,达到最终使得货币供给量得到控制,实现宏观调控的目标。中央银行在确定不同存款种类的存款准备率时,有以下特点:一是该行为是在行使中央银行的货币政策权限;二是该行为与公开市场操作不同,中央银行对于金融机构应提拨的存款准备金并非基于其与金融机构间的合意或金融机构的请求,而是中央银行基于法律规定,单方面决定赋予金融机构法律上的义务;三是中央银行对存款准备率的调整具有法律上的强制力,一经变动会

⁹ 陆泽峰:中央银行法律问题研究,《现代法学》1999年04期,第27—29页。

¹⁰ 萧文生著:《中央银行与金融监管——从法律观点论起》,元照出版公司2000年4月初版,第84—86页。

立即促使金融体系进行资产结构的调整,从而对于货币供给额、利率及信用等造成全面性的影响,且其效果直接迅速而且十分显著。综上,理论上对于中央银行区别不同存款种类订定不同的存款准备率的行为,属于行政公法上的法律行为和权力性行政行为是没有争议的。

第三,选择性信用管制政策的相关职权行为。中央银行可以采用各种不同的选择性信用管制措施,中央银行如想对银行的信用创造活动加以直接干涉与控制时,可以采取各类信用规定最高贷放额等直接信用管制的方法。但是,直接信用管制往往不加区分,会对整个货币政策造成不可挽回的影响。所以,中央银行为达到调整货币政策的目标又不过度调整,一般会采用选择性信用管制。所谓的选择性信用管制是指中央银行对于金融机构某些业务的经营采取限制或干预措施以达成一定的经济金融目标,选择性信用管制并不直接影响金融体系内的准备部门,而通过在银行的信用市场对银行放款业务量的限制,抑制银行信用不当扩张,防止社会大众对于银行资金的投机需求,匡正银行授受信用品质,以稳定经济金融。¹¹选择性信用管制有以下几种:不动产信用管制、消费者信用管制、调整保证金比率等。中央银行上述选择性信用管制措施是中央银行单方面的决定,是中央银行基于货币政策考量为完成中央银行法定职责和任务所为的表现一定意思表示的行使公权力的公法行为,该行为法律性质应当是权力性行政行为。

中央银行在货币政策领域的上述三种行政行为属于公法行为或者权力性行政行为的观点一般不会有太大的争议。比较有争议的是,其究竟属于何种公法行为或者权力性行政行为。抽象行政行为?具体行政行为?还是一般行政行为?

传统行政法学认为,行政行为可以分为抽象行政行为和具体行政行为。相应地,中央银行行使职权的行为作为行政行为的一种,也可以分为抽象行政行为和具体行政行为。按照最高人民法院《若干解释》第三条规定,抽象行政行为是指行政机关作出抽象行政行为针对的对象是不特定的,制定出的规范性文件是可以反复适用的。它包括国务院在内的行政机关制定的行政法规、规章和其他规范性文件(又称红头文件),但不包括全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律。而具体行政行为是指,行政机关或法律法规规章授权组织就行政管理上的具体事件所作出的对外直接发生法律效力但不能反复适用的单方行政行为。具体行政行为是行政机关或法律法规、规章授权有权行使行政管理职能的组织经常使用的管理和服务工具。一般认为,抽象行政行为和具体行政行为存在根本不同:前者针对的对象是不特定的且能反复适用;而后者针对的对象是特定的且不能反复适用。

但是,有些行政机关职权行为针对的对象并不像具体行政行为那样特定,但其往往又不能反复适用。这种特殊的行政职权行为,在德国和台湾地区它们被称为“一般命令”或者“一般处分”。“一般命令”或者“一般处分”的相对人是具有一定范围的,但其个体不得确定。一般处分概念的提出在说明特殊类型的行政行为,其虽有一般的性质,但已经较一般的抽象法规具有更多个别化的倾向。如所有受到国家行为规制的当事人要借由其与某项具体事实之关系被突显出来时,则其所涉及的就是具有较强个别化意义的一般处分。一般处分与抽象行政行为的区别即在于该相对人范围涉及某种具体事实。一般处分因涉及具体事实,故其为一般具体规定,而抽象行政行为则为一般抽象规定。¹²因此,德国和台湾地区的《行政程序法》因其发挥的功能与具体行政行为相同,而将其视为具体行政行为,准用具体行政行为的法律规定。本文也将这些“一般处分”或“一般命令”视为具体行政行为。但鉴于其与具体行政行为和抽象行政行为还是有些差别的,为示区别,故称其为“一般行政行为”。

现在多数人的看法是,中央银行上述三种权力性行政行为规制的是一项具体的事实,是中央银行针对一定的货币情势做出的反应,中央银行希望通过此项货币政策措施对于具体情势施以规制。是否采用货币政策措施是依据对具体货币政策情势作个案判断的结果,也就是

¹¹ 萧文生著:《中央银行与金融监管——从法律观点论起》,元照出版公司2000年4月初版,第98页。

¹² 萧文生著:《中央银行与金融监管——从法律观点论起》,元照出版公司2000年4月初版,第88—90页。

说,它是针对具体个案事实所为的决定,且作出决定时义务人的范围属于按照一般性特征可确定的范围,故而,此项决定为一般行政行为。¹³

值得注意的是,中央银行在货币政策领域中实施再贴现率政策、存款准备率政策及选择性信用管制等,而采取一般行政行为时,行政相对人(包括金融机构)对这些一般行政行为如何寻求救济?我国现行《行政复议法》、《行政诉讼法》均规定,只有对具体行政行为不服才可以提起行政复议或者向法院提起行政诉讼,抽象行政行为不属于受案范围。也就是说,在我国,中央银行在货币政策领域中实施的再贴现率政策、存款准备率政策及选择性信用管制政策时作出的一般行政行为,行政相对人(包括金融机构)不服是否可以提起行政诉讼在法律上并没有明确规定。但是在德国和我国台湾地区,由于这些一般行政行为发挥的功能与具体行政行为相同,而将其视为具体行政行为,准用行政法律关于具体行政行为的规定寻求救济。因此,我们认为,借鉴德国和我国台湾地区的行政法,中央银行的一般行政行为应当准用《行政复议法》、《行政诉讼法》寻求救济。另外由于一般行政行为与具体行政行为还是有些差别的,其有一定的抽象性特征,故而对中央银行货币政策措施的审查有一定的特殊之处。一方面,货币政策考量因素十分复杂,法院或上级机关根本没有足够的专业知识、人力与物力来对中央银行的措施加以审查;另一方面,货币政策措施具有高度预测性并且其影响必须经过一段期间后才能显现出效果,中央银行就此领域所拥有的裁量及预估权限相当广泛,因此法院或上级机关对此采取相当保留的态度。那么,法院行政诉讼的审查标准为何?基于上述两个理由,法院事后无法直接以现行措施并未达成其应有的目的而推论出当时的决定一定是违法或不当,关键在于判断作成决定时,中央银行是否已经全面考量当时可能影响货币政策决定的因素以及对于决定的影响作出正确适当的评估。只要在当时情境下认为该措施是必要且合法时,事后错误或不合期待的发展并不会溯及地使该措施成为不当或违法,因此法院基本上应当充分尊重中央银行的判断空间,除非中央银行在行使其裁量及预估权时,违背了法律授权的目的或范围,法院才会介入。¹⁴

2. 中央银行金融监督检查的行政强制措施及法律规范

我国有关行政强制措施的法律适用主要包括 1989 年《行政诉讼法》,1990 年的《行政复议条例》、1999 年的《行政复议法》、1994 年的《国家赔偿法》等法律、行政法规,分别明确规定了行政强制措施可以申请行政机关复议和行政赔偿,特别是 2011 年《行政强制法》对行政强制措施作出了专门规定。这样,行政强制措施作为法律规定的概念被确定下来。

我国《行政强制法》明确规定,行政强制措施是一种对行政相对人的人身自由实施暂时性限制,或对其财产实施暂时性控制的行政措施,一般用于在违法行为正在发生或者危害结果正在发生时,为避免违法行为的发生或控制危险扩大、防止发生证据损毁事项等情形时。¹⁵在我国大陆地区,行政强制措施的种类包括:限制公民人身自由,扣押财物,冻结存款、汇款,查封场所、设施或者财物,以及其他行政强制措施等。¹⁶

各国中央银行根据监管金融机构所处的经济情况,金融监管方面的强制措施可以区分为预防性措施及保护性措施。从各国的情况看,预防性行政强制措施大致可以分为检查性行政强制措施(非现场监管、现场监管等)、报备及信息披露性行政强制措施,保全性行政强制措施(查询、冻结)以及预警性行政强制措施等等。保护性措施主要在银行面临具体破产危险时或存款人面临银行破产而存款将遭受损失时提供保护,例如勒令停业、限期清理或存款保险制度等。预防性金融监管措施的目的在于控制银行风险,使危机的出现成为不可能并减少银行破产的可能性,大多数的金融监管措施都属于这种性质。保护性措施包括限制性行政

¹³ 萧文生著:《中央银行与金融监管——从法律观点论起》,元照出版公司 2000 年 4 月初版,第 97、101—102 页。

¹⁴ 萧文生著:《中央银行与金融监管——从法律观点论起》,元照出版公司 2000 年 4 月出版,第 91—92 页。

¹⁵ 见《中华人民共和国行政强制法》第 2 条。

¹⁶ 见《中华人民共和国行政强制法》第 9 条。

强制措施、援助和抢救性行政强制措施、接管与重组性行政强制措施以及撤销性行政强制措施。从这两种金融监管措施看，预防性措施不但是主要的金融监管方式，也是较佳的方式，因为在负债形成后，对于银行挤兑风潮采取保护性的任何措施，成效都相当有限；此外预防性措施的费用相对较低，而保护性措施所付出的社会成本，有时无法估计。¹⁷

按照《行政强制法》第3条第三款的规定，金融监管措施应当主要适用《中国人民银行法》、《商业银行法》及《银行业监督管理法》。2003年《中国人民银行法》将人民银行对银行业金融机构的设立审批、业务审批、高级管理人员任职资格审查和日常监督管理等直接的金融监督职能移交给银监会，但第五章仍然保留“金融监督管理”的章名，保留了为履行维护金融稳定和制定、执行货币政策职责所必需的检查监督权力，包括中央银行对金融机构以及其他单位和个人九项直接监督检查权、一项建议监管权、特定情况下的全面监管权以及行政处罚权。从《中国人民银行法》规定看，人民银行的上述三项监督检查权均属于预防性措施，而保护性措施依据《银行业监督管理法》相关规定，由国务院银行业监督管理机构行使，因此，本文仅介绍人民银行的三项预防性监督检查权，而不涉及国务院银行业监督管理机构行使的保护性措施。

根据《中国人民银行法》规定，中国人民银行的监督检查权体现在三个层面：一是直接检查权。根据《中国人民银行法》第32条规定，¹⁸人民银行有权对与其制定和执行货币政策、开展相关业务、从事金融服务等职能直接相关的金融机构、其他单位和个人的9种行为直接进行监督检查。

二是建议检查权。《中国人民银行法》第33条明确规定中国人民银行具有建议检查权¹⁹，但是该条规定局限性较大，难以满足金融稳定和货币政策职能履行的要求。虽然银监会对检查监督建议有回复的法定义务，但是《中国人民银行法》和《银行业监督管理法》都没有规定不按期回复的法律责任保障，至于拒绝上述建议的理由限制、错误拒绝导致风险后果的责任承担以及错误拒绝的救济机制等更是无从谈起。也就是说，法律并没有规定中央银行对银监会建议检查监督权的回复有权提出异议或者采取反制措施，这种法律漏洞使其履行中央银行职责的效果大打折扣。因此，我们认为，法律上应当对上述内容予以明确规定，才能理顺中国人民银行因建议检查权与银监会职权的关系。

三是全面检查权。《中国人民银行法》第34条规定了人民银行对金融机构的全面检查权²⁰，但是细细品味《中国人民银行法》的这几项规定，正如有人所说的确有“用人疑人”之嫌，除上述直接检查权属于完整的权限外，建议检查权和全面检查权两项要么仅为建议权，要么须经国务院批准，其效果恐怕不会太理想。在现有法律规定的情况下，我们仅探讨如何适用《中国人民银行法》的第34条规定。依据《中国人民银行法》第34条规定，中国人民银行经国务院批准，有权对银行业金融机构进行全面检查监督，应当理解为“经国务院批准，中国人民银行在符合《中国人民银行法》第34条规定的条件下可以代替国务院银行业监督管理机构行使相应监督检查权”。这样的规定也是为了让中央银行在一定的条件下有效地行使金融监管职能。那么，中国人民银行依据《中国人民银行法》第34条规定行使相应监督

¹⁷ 萧文生著：《中央银行与金融监管——从法律观点论起》，元照出版公司2000年4月初版，第147—148页。

¹⁸ 《中国人民银行法》（2003年）第32条：中国人民银行有权对金融机构以及其他单位和个人的下列行为进行检查监督：（一）执行有关存款准备金管理规定的行为；（二）与中国人民银行特种贷款有关的行为；（三）执行有关人民币管理规定的行为；（四）执行有关银行间同业拆借市场、银行间债券市场管理规定的行为；（五）执行有关外汇管理规定的行为；（六）执行有关黄金管理规定的行为；（七）代理中国人民银行经理国库的行为；（八）执行有关清算管理规定的行为；（九）执行有关反洗钱规定的行为。

¹⁹ 《中国人民银行法》（2003年）第33条：中国人民银行根据执行货币政策和维护金融稳定的需要，可以建议国务院银行业监督管理机构对银行业金融机构进行检查监督。国务院银行业监督管理机构应当自收到建议之日起三十日内予以回复。

²⁰ 《中国人民银行法》（2003年）第34条：当银行业金融机构出现支付困难，可能引发金融风险时，为了维护金融稳定，中国人民银行经国务院批准，有权对银行业金融机构进行全面检查监督。

检查权应当如何与国务院银行业监督管理机构协调合作,特别是这种情况下是否排除了国务院银行业监督管理机构的相应监督检查权?有待于法律进一步明确规定。

3. 中央银行行政处罚及法律规范

在金融监管领域,中央银行通过非现场监管、现场检查等发现金融机构有违反金融法律法规的行为,通过预警、责令限期改正等仍无法消除违法行为或金融风险的,可以依法作出相应的行政处罚,以示惩罚。金融行政处罚是金融行政执法的一种表现形式,是指金融监管机构依法对违反金融法规尚未构成犯罪的金融机构和金融管理人员所给予特定法律制裁的制度。

我国《中国人民银行法》第32条²¹和第46条²²分别就人民银行对金融机构实施行政处罚的范围和具体措施等。虽然条文规定比较简单,但是由于早在1996年我国就制定了《行政处罚法》,对行政处罚行为作出比较完善的规定。因此,中央银行的金融行政处罚规定从原则、范围、实体及程序都是比较完善的。在实践中,争议最大的问题是中央银行的检查监督等行政强制措施与金融行政处罚有时在法律上难以区分。比如,《银行业监督管理法》第39条规定,银行业金融机构存在违法经营、经营管理不善等情况,且程度比较严重;不予撤销将严重危害金融秩序、损害公众利益的,由国务院银行业监督管理机构有权依法予以撤销。这种情形下,实施撤销行为的一个重要前提是金融机构存在违法经营,具有违反法律法规规定的行为,对于这样的违法行为,银行业监督管理机构实施的实际上是金融行政处罚行为。而银行业金融机构有经营管理不善,不予撤销将严重危害金融秩序、损害公众利益的,国务院银行业监督管理机构有权予以撤销。这种情形的撤销行为是基于金融机构管理不善,影响金融秩序稳定等,对此金融监管部门采取终止其经营活动,对其债权债务进行清算,最终消灭其法人主体资格的行为。这种行为在性质上是援助和抢救性行政强制措施。上述规定的两种撤销行为,在行为性质是不同的。

那么,在某一特定情况下如何判断撤销行为是行政强制措施还是行政处罚呢?区分“行政强制措施”与“行政处罚”,并非纯粹基于学理上界定概念的需要,它还涉及到在行政执法阶段中法律适用的问题。如果撤销行为属于行政处罚,那么它应该适用《行政处罚法》,《行政处罚法》从实体到程序规定了一整套严格的制度;如果是援助、抢救性行政强制措施,应当适用《行政强制法》、《银行业监督管理法》、《商业银行法》相关规定。那么,区分行政强制措施与行政处罚应当注意哪些因素呢?一般认为,有如下四个因素:(1)从限制权利的方式看,行政处罚是行政行为的最终的结果,该结果导致对行政相对人权利的最终处分;而行政强制措施是对相对人权利(尤其是财产使用权和处分权)的临时限制,当强制措施适用的条件不存在时,应该终止该行政强制措施,恢复权利状态。(2)从行政相对人是否有违法行为来看,行政处罚以行政相对人的行为违法为前提,其是一种行政制裁行为;行政强制措施是一种临时限制措施,不必然要求行政相对人的行为是违法的。(3)从是否是最终处理来看,行政强制措施是一种中间行为,它是最终行政行为作出的过程中所采取的临时性措施,并非对事件的最终处理。而行政处罚是一种最终行政行为,行政处罚一旦作出,该行政违法案件已被处理完毕。二者最终法律效果不同。(4)从在法律规定的不同部位看,行政处罚是一种罚则,一般在法律法规中被规定在“法律责任”章节中,而行政强制措施是一种监督检查的执法手段,一般被规定在“执法检查”章节中。²³当然,这些因素的作用并不是一样的。“是否以违法为前提,是否具有制裁性”是主要因素,其他仅仅是辅助因素。判断行为属于行政处罚还是行政强制措施时,应注意对这些因素的综合考量。

(三) 中央银行非权力性行为的规范

²¹ 同注释 70。

²² 同注释 56。

²³ 胡建淼著:《论中国“行政强制措施”概念的演变及定位》,《中国法学》2002年第6期,第39—40页。

在中央银行的职权行为中，行政私法行为、行政指导和发布关于金融的政府信息属于非权力性行政行为。以下对这些行为的规范分别进行探讨。

1. 中央银行行政私法行为及法律规范

在法学史上，从古罗马著名学者乌尔比安提出公法与私法概念开始，法律一直有公法与私法的区别。那么，也自然存在公法行为和私法行为之分。中央银行在行使货币政策职能时，有明显的公法行为和私法行为的区分问题。对于中央银行众多货币政策工具的法律性质存在不同的看法，有私法上的行为，也有公法上的措施。中央银行基于稳定币值的目的，操控货币数量的行为是在执行公共任务，属于行使公权力。但这并不排除中央银行以其高权行为所确定的再贴现率为基础，与银行订立借贷契约或买卖契约来贯彻其货币政策上的决定。除法律另有特别规定外，国家与其他公法人都可使用私法上的行为方式来完成其所肩负的公共任务。中央银行可以采用私法上的行为方式来完成其所肩负的公共任务，是和上文所述中央银行的法人资格有关。中央银行在进行宏观调控及实施具体市场操作的活动中，如：在公开市场业务操作中买卖政府债券、外汇；在票据再贴现中购进票据，发放和收回再贷款等都要按照合同约定来进行活动。在采取这些行为时，中央银行不可避免地要和一些经济主体发生民事法律关系，产生契约关系。这时中央银行就不能以金融行政管理者的身份出现了，而要以民事关系的主体资格进行活动，并在民事活动中独立承担民事责任。因此，中央银行执行货币政策职能时，可能采取公法性质的行为或私法性质的行为，其性质依具体的行为方式以及不同阶段所涉及的职能来加以判断。²⁴总的来说，中央银行的私法行为大致上可能发生在以下领域：一是为金融机构融资贴现；二是组织、参与、管理金融机构之间的支付清算；三是代替政府经理国库及持有、管理经营国家储备；四是外汇操作；五是公开市场操作等。

中央银行的行政私法行为有以下两方面的特点：一方面，中央银行此类行为是以私法方式达成公共任务，行为的目的是指向中央银行宏观调控或管理的目的，采用的私法方式主要是民商交易（民商合同）；另一方面，中央银行此类行政私法行为同时受公法与私法拘束。中央银行采取的行政私法行为是履行中央银行法定职责的一种方式，其当然受公法（包括行政法和宪法）拘束，但是由于其采取民商交易（民商合同）的方式进行，构成公私法混合的复合的法律关系，这决定了合同法等民商事法律同样适用于此类行为。这是行政私法行为在法律性质上最大的特征。

正因为作为典型的非权力性行为的中央银行行政私法行为具有不同于权力性行政行为的以上特点，而我国法律多为权力性行政行为规范，因此，除《中国人民银行法》第23条规定，“在公开市场上买卖国债、其他政府债券和金融债券及外汇”外，只是规定“中国人民银行为执行货币政策，运用前款所列货币政策工具时，可以规定具体的条件和程序”。由于以行政程序法统一规范非权力性行政行为是现代行政程序立法的趋势，在我国现在正草拟的行政程序法中有必要设专章专节规定行政私法行为的程序，对什么情况下可以采取行政私法行为和相关程序等作出明确规定。另外，也要明确行政私法行为救济途径。中央银行从事行政私法行为如发生争议，适用民事诉讼程序加以解决。我国台湾地区行政法学者翁岳生指出，公权力行政与私经济行政两者最显著的区别在于争讼程序的差异。公权力行政以公法方式为行政行为，行政相对人如果对该行政行为有争议，应采用公法救济手段解决争议。而私经济行政是国家立于私人地位，以私法形态达成行政目的的活动，如发生争议，应由民事法院管辖。所以，按照这一理论，中央银行从事行政私法行为，应该适用民事诉讼程序加以解决。

2. 中央银行行政指导及法律规范

行政指导行为，是指行政机关在进行行政管理的过程中，所作出的具有示范、倡导、咨询、建议、训导、辅导、协助、劝告、建议或其他不具法律上强制力的行为。中央银行在行

²⁴ 萧文生著：《中央银行与金融监管——从法律观点论起》，元照出版公司2000年4月初版，第87—88页。

使货币政策职权过程中,采用行政指导的方式是道德劝说。中央银行除货币政策工具外,在操控货币数量的经验中也发展出一些非正式的货币政策工具,货币银行学上称之为间接管制,它是指中央银行以法律规定以外的方式,间接影响银行信用活动的措施,其中最主要的为道德劝说。道德劝说是指中央银行对各金融机构详细说明其希望或达成的立场,希望透过道德的影响及说服的力量,来达成管制各金融机构的目标。道德劝说是一种比较温和的方式,基本上不会发生金融机构反抗心理,但因其并无法律上的强制拘束力,因此其是否能够达成其目的并非中央银行一方单独决定,而要取决于中央银行的声望与权威、劝说对象的范围、中央银行与金融机构间的信赖关系、金融机构不接受劝说时中央银行所能运用的其他制裁措施以及道德劝说的时机与内容等。

道德劝说虽无法律上的强制力,但它毕竟属于中央银行的行为,这种行为的性质应属行政指导的范围。中央银行从事这类行政指导时,应以法律法规规定之目的为目的,不得超越授权目的行使职能。行政指导具有一定的合意性,当行政相对人明确拒绝时,中央银行不得继续行使行政指导,也不得据此对相对人作出处罚或损害。因此中央银行不得以金融机构不接受道德劝说为理由,而进行所谓的专案金融检查或约谈金融机构负责人等,但是由于中央银行具有全面检查及检查建议权,虽然道德劝说等行为本身并无法律上的拘束力,但基于事实上的拘束力,金融机构一般而言都不会违背中央银行的意见。²⁵

关于行政指导的法律属性存在较大的分歧:有的认为是事实行为,有的认为是行政行为。其中具有代表性的有以下五种观点,反映了学者对于行政指导性性质界定的不同认识:第一种观点认为,行政指导是非权力性事实行为;第二种观点认为,行政指导是非权力性行政职权相关行为;第三种观点认为,行政指导是非强制性权力性事实行为;第四种观点认为,行政指导是权力性行政行为;第五种观点认为,行政指导是非强制性行政行为。普遍被认同的观点是,行政指导是一种非权力行为。

我国目前行政指导的实践与行政法治原则存在以下冲突:一是部分行政指导缺乏组织法的依据,这与法律有限原则相冲突;二是多数行政指导缺乏行为法的规范,没有相应的法律规范约束,行为随意,有的甚至与法律原则、法律精神相悖,这与法律保留原则相冲突;三是没有法律就行政指导责任做出明确规定,行政指导缺乏救济手段,这与责任行政原则相冲突。²⁶这些问题在很大程度上是行政指导未被纳入行政法治的框架内的结果。一方面,行政指导在法律上没有效力,其做出也就不需要行为法律依据;另一方面,行政指导行为没有法律上的强制力,其违法或不当的情况就无法获得救济。本文认为,在我国现在正草拟的行政程序法在加强行政指导组织法和行为法规范的同时,有必要专门规定行政指导的目的和程序。最重要的是要畅通行政指导的救济途径。最高人民法院《若干解释》第1条第二款规定“不具有强制力的行政指导行为,公民、法人或者其他组织对其不服提起诉讼的,不属于人民法院行政诉讼的受案范围”,因此,不具有强制力的行政指导行为(如道德劝说)原则上不会影响相对方的权利义务,不得向法院提起行政诉讼。但是,实际上即使不具有强制力的行政指导行为,由于中央银行的特殊地位和指导之后可能采取权力性行政行为,在事实上也有一定的强制力,可能对指导对象的权利义务产生实质影响;即使指导对象是自愿接受的,如果行政指导是违法或者明显不当造成指导对象损失,也应当允许指导对象寻求救济的权利。因此,我们认为,法律应当规定中央银行的行政指导(不管是有强制力还是没有强制力的)都允许当事人提起行政救济。

3. 中央银行发布金融信息及法律规范

及时、准确地获得银行业金融机构的经营管理信息和相关的数据资料,是中央银行是对

²⁵ 萧文生著:《中央银行与金融监管——从法律观点论起》,元照出版公司2000年4月初版,第113—115、150页。

²⁶ 王永玲:我国行政指导制度的沿革及对策研究,山东省青年管理干部学院学报,2004年5月山东省青年管理干部学院学报,2004年第3期(总第109期),第25页。

银行业金融机构实施有效监管的基础，也是中央银行履行职责的必要条件。同时，对中央银行掌握的相关信息和材料也应依法公布。在我国大陆地区，金融监管体制改革之前，中国人民银行承担着银行业金融机构的监管职责，相应地，全国银行业金融机构的统计数据和报表由中国人民银行负责汇总和编制，银行业金融机构数据信息资料的收集和发布是中国人民银行履行监管职责的一个重要方面。金融监管体制改革和银监会成立后，国务院明确规定，银监会的主要职责之一是“负责统一编制全国银行业金融机构数据、报表，抄送中国人民银行，并按照国家有关规定予以公布”²⁷，有关银行业金融机构的监管数据统计工作从人民银行划至银监会。但是，《中国人民银行法》第36条仍有规定，人民银行负责统一编制全国金融统计数据、报表，并按照国家有关规定予以公布。表明了中国人民银行仍有发布一定金融信息的职权职责。该项职权职责由于对公民、法人和其他组织没有强制力而属于非权力性行政行为。

中国人民银行公布银行业金融机构的相关数据资料属于政府信息公开。所谓政府信息公开，日本学者盐野宏认为是“国家和地方公共团体，根据私人请求，将其行政机关所管理的信息公开宣布”。政府信息公开应由《政府信息公开条例》调整。因此，中央银行发布银行业金融机构相关数据资料的行为，应当依照《中华人民共和国政府信息公开条例》进行。我国《政府信息公开条例》于2008年5月1日起正式施行，该条例明确了政府信息公开的范围、方式、程序以及监督和保障，大大强化了行政机关公开政府信息的信息。信息公开的内容包括除涉及国家秘密和依法受到保护的商业秘密、个人隐私的事项外的所有行政机关公务信息。对公开的政府信息，公众有权查阅。行政机关应当为公众查阅政府信息提供便利条件。

中国人民银行公布政府信息方面，由于有些领域缺乏规范依据，导致无法有效运作。比如《中国人民银行法》第39条第2款规定“中国人民银行的亏损由中央财政拨款弥补”。这里的“亏损”应该是指在一个会计年度内，中国人民银行的收入减除支出，并按照国务院财政部门核定的比例提取总准备金后的净亏损。既然法律将中国人民银行亏损问题规定出来，就应该规定“中国人民银行的资产负债表”和“损益表”向国家立法部门和大众公布，以便于信息公开，这样立法机关和公众才能够监督中国人民银行的亏损情况和动用财政弥补该亏损的情况。²⁸

参考文献：

1. Timothy Michelle: *The Limits of the State: Beyond Statistic Approaches and their critics*, *American Political Science Review*, Vol.85, 1991.
2. Jack DeFazio and Stuart Langton, *Citizen Participation and Technology*, Edited by Orting Renan, Thomas Weller and Peter Weidman, *Fairness and Competence in Citizen Participation*, Published by Kluge Academic Publisher, 1995.
3. John M. Sahib, John M. Sahib II, *Law and Administrative Process*, Thomson Learning, INC、2005.
4. Charles. A .Reich: 《The Law of the planned Society》, 75 *Yale L.J.* 1227 (1965-1966);
5. Waluchow, W. J: "Authority and Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism", (2000) 6 *Legal Theory*
6. Frammer, Matthew H., *In Defense Of Legal Positivism: Law without Trimmings*(Oxford: University Press, 1999)
7. 曾志耕,《国外中央银行法改革的比较及启示》,《金融改革》2005年第4期。
8. 朱大旗,《关于中国人民银行与银监会职责分工的探讨——兼评〈中国人民银行法〉的修订和〈银行业监督管理法〉的制定》,《甘肃政法学院学报》2004年4月期。

²⁷ 《国务院办公厅关于印发中国银行业监督管理委员会主要职责内设机构和人员编制规定的通知》国办发[2003]30号。

²⁸ 孙应敏：当前金融形势下进一步完善《中国人民银行法》体系的思考，海南金融2000年11期，第41页。

9. 张友刚,《全面理解把握中央银行法》,《现代金融》2004年第12期。
10. 陆泽峰,《中央银行法律问题研究》,《现代法学》1999年8月第21卷第4期。
11. 徐廷尊、李井明,《权利博弈、观念差异与滞后效应——基于中国人民银行法运行实践的研究》,《内蒙古金融研究》2010年第1期。
12. 赵宗全,《论〈中国人民银行法〉修改对央行履职的二元影响》,《金融理论与实践》,2006年第7期。
13. 任荷、马红星,《基层人民银行行政处罚行为风险分析》,《西部金融》2009年第4期。
14. 罗志敏:《试论行政指导》,《行政法学研究》,1999年第3期。
15. 杨解君,《论行政法理念的塑造——契约理念与权力理念的整合》,《法学评论》双月刊2003年第1期。
16. 彭拥军,《论权力性与非权力性影响力》,《株洲师范高等专科学校学报》,2001年第3期。
17. 陈承堂,《宏观调控的经济法表达》,《政治与法律》,2009年第9期。

Research on the legal norm of China's Central Bank Behavior

Guo Xue

(Chinese Financial Research Centre of Southwestern University of Finance and
Economics, Chengdu, 610074)

Abstract: The powers of the central bank power and non-power divided not only reflects the function of central bank as issuing bank, the national bank and the mother bank of other banks, and it also shows the dualism of the administrative organ and the general bank. Based on the classification of power, this paper puts forward that the functions and powers of the central bank behavior can be divided into "administrative power" and "non power administrative action", and discusses their respective laws according to the classification of specific issue.

Key words: The Central Bank, Powered administrative acts, Non-powered administrative acts.

收稿日期: 2012-12-27

作者简介: 郭雪, 西南财经大学中国金融研究中心金融学博士生, 研究方向: 金融理论与实践