

金融监管负面清单：涵义、内容与建立路径^{*}

全先银

[摘要]在全面深化改革,发挥“市场在资源配置中起决定性作用”的背景下,金融领域如何通过建立金融监管“负面清单”制度,以厘清市场与金融监管的边界,值得我们深入思考。本文在阐释金融监管负面清单涵义的基础上,分析金融监管负面清单的内容以及建立负面清单的效应,并对中国建立负面清单管理制度的路径提出建议。

关键词:金融监管 负面清单 建立路径

JEL 分类号:G38 K29 O16

党的十八大以后,在全面深化改革背景下,“负面清单”一词开始在党和政府文件与文献中被广泛使用。在国务院于2013年9月18日批准的《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》中提出“探索建立负面清单管理模式。借鉴国际通行规则,对外商投资试行准入前国民待遇,研究制订试验区外商投资与国民待遇等不符的负面清单,改革外商投资管理模式”。此后,十八届三中全会作出的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确指出:“建立公平开放透明的市场规则。实行统一的市场准入制度,在制定负面清单基础上,各类市场主体可依法平等进入清单之外领域”。

随后,相关政府部门相继在经济、社会管理等领域提出或推行“负面清单”管理模式。例如,针对外资准入,上海自贸区于2013年和2014年推出《中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)》。在环保领域,深圳罗湖区对散见于各个法律法规的环保准入禁止性规定进行集中梳理汇编,结合罗湖的主要产业做出分类指引,形成了《罗湖区建设项目环保审批准入特别管理措施(负面清单)》。安徽省宿州市下发《关于在农业财政专项资金管理领域建立失信违规负面清单制度的通知》,对农业财政专项资金管理实行负面清单管理。被纳入失信、违规清单管理的单位和个人,在相关部门依法依规处理的基础上,区分不同责任主体,采取相关惩戒措施。在金融领域,中国证监会也拟在在证券公司资产证券化基础资产问题上推行负面清单管理,即只要基础资产不属于负面清单之列,均可以通过备案发行,而不再需要经过繁杂的审批过程^①。

在全面深化改革,发挥“市场在资源配置中起决定性作用”的背景下,金融领域应当如何通过构建金融监管“负面清单”制度厘清市场与金融监管的边界值得我们深入思考。本文拟在清晰阐释金融监管负面清单涵义的基础上,分析金融监管负面清单的内容以及建立负面清单的效应,并对中国建立负面清单管理制度的路径提出建议。

一、金融监管负面清单的涵义

要把握金融监管的负面清单,首先需要弄清负面清单的来龙去脉,鉴此,我们由此入手研讨金

^{*} 全先银,中国社会科学院金融研究所,副研究员,博士。

^① 在这一时期的财经媒体上,我们可以看到大量此类报道。

融监管的负面清单。

(一)负面清单的概念及历史沿革

“负面清单”一词是英文 Negative listings 的直译,一般在国际贸易和投资领域使用。通常认为(任青,2013),它是指在国际投资协定中,缔约方在承担若干义务的同时,以列表形式将与这些义务不符的特定措施列入其中,从而可以维持这些不符措施,或者以列表形式列出某些行业,保留在将来采取不符措施的权力。

在国际法上,是否允许外国资本进入以及如何进入属于东道国主权范围内的事项。对于东道国来说,外国资本的进入可以增加本国就业税收,促进本国经济增长,所以为了吸引外国资本,东道国会给予其国民待遇。但是,外国资本进入东道国后不仅同本国资本展开竞争、与本国资本争利,而且还有可能损害东道国公共秩序。为了避免外国资本对本国公共秩序的冲击,东道国通常在赋予外国资本国民待遇的同时,还会对其活动的范围通过正面清单形式加以限制以趋利避害。对于资本母国来说,保护本国投资者在外国的合法权益是其义务。东道国和母国对外国资本的不同态度需要通过国际投资协定来协调。在很长一段时间内,乃至当今的大部分国际投资协定基本上关注的是外国资本进入东道国后的国民待遇问题,即外国资本进入东道国后能否享有本国资本同等待遇问题。

近三十年来,随着经济全球化进程的加快,资本全球化和投资自由化快速发展。投资自由化对国民待遇原则提出了更高要求,资本不再满足于进入东道国以后才能获得国民待遇,从而要求在进入前即享有国民待遇,即准入前国民待遇。在吸引投资的国际竞争加剧的背景下,也开始有越来越多国家愿意给予外国资本准入前国民待遇。

然而,东道国市场向外国资本的全面彻底开放也会给东道国带来问题,比如国防安全问题、幼稚产业保护问题等等。因此,在国际双边或多边投资协定中,允许东道国对特定行业、特定事项等进行保留,并允许对外国资本施加同国民待遇原则不符的特别措施。这些特别措施以列表的形式表现出来,即“负面清单”。这种管理模式,一方面限制了东道国政府在主权在外资管理上的任意性,增加了政府透明度,另一方面赋予了外国资本在东道国市场准入上的更大自由,扩大了其市场空间,从而更有利于市场竞争。

虽然迄今难以弄清“负面清单”作为术语是在何种文献中首先出现的,但作为一种投资管理模式,负面清单制度的历史并不短。1834年普鲁士在同其他17个德意志邦国建立的德意志关税同盟,就采用了负面清单模式。德意志关税同盟的贸易条约同意在同盟范围内开放所有进口市场、取消所有进口限制,除非列明不开放和不取消的。

二战后,负面清单制度的应用同美国的推动有着直接关系。1953年美国与日本签订的友好通商航海条约中列举了造船、公用事业等行业不适用国民待遇,即为国民待遇原则的“负面清单”(李亚,2014)。1994年美国主导的《北美自由贸易协定》全面采用了负面清单模式。该协定对这一模式在全球范围内的推广起着重要的示范作用。此后,以美国为代表的发达国家在《服务贸易总协定》等国际投资和贸易谈判过程中都提出适用负面清单制度的主张。

目前,世界上至少有77个国家采用了这一模式,更重要的是,在美国主导推动的“跨太平洋战略经济伙伴协定(TPP)”、“跨大西洋贸易和投资伙伴协议(TTIP)”等新自由贸易协定下,以“准入前国民待遇+负面清单管理”为核心的第三代国际投资规范正在重塑世界投资和贸易格局(连平等,2013)。

(二)金融监管负面清单的概念及意义

负面清单作为术语一般在国际贸易投资领域使用,实质在于通过限制东道国主权任意性的方

式，厘清政府外资准入管理权力与外资市场准入权利之间的关系。同建立在主权自由裁量权基础上的正面清单模式相比，负面清单模式扩大了外资市场准入自由和权利，即政府无权对不在负面清单上的行业采取市场准入禁止或限制措施，也无权采取负面清单列明措施之外其他有违国民待遇原则的特别措施，换言之，在外资市场准入问题上，负面清单制度即为采取“法无禁止则允许”原则。

从各国金融监管制度上看，在金融市场准入问题上，很少见到金融法律或金融监管规则直接以“负面清单”为名或以列表形式划定主体、业务或产品与服务金融市场准入范围^①，即在形式上，通常不存在类似于国际投资协定中以列表形式明确的负面清单。但是，金融监管中形式上负面清单的不多见，并不意味着在金融领域不存在负面清单制度的适用空间。在金融领域，始终存在法律或监管权力是否允许某个市场主体、某项金融业务或者某种金融产品或服务进入金融市场的问题。法律或监管权力允许的方式可以采用正面清单模式——未经明确许可的不得准入，也可以采用负面清单模式——未明确禁止或限制的即可准入。本文把后一种模式称为金融监管负面清单制度，把实质上而非形式上存在的禁止或限制市场准入清单为金融监管负面清单。

借鉴国际贸易投资领域负面清单的概念，本文把金融监管负面清单定义为：金融法律、法规或金融监管当局部门规章明确规定的金融市场主体、金融业务或金融产品与服务的市场准入条件。符合上述准入条件的主体、业务或产品与服务有权进入金融市场而无须获得监管部门事先审批。

与国际投资协定中的负面清单相比，金融监管负面清单具有以下特征：

(1)从适用对象上看，金融监管负面清单一般适用于本国主体。国际投资协定中的负面清单适用对象是外国资本，即使一国主动推行的负面清单制度，比如上海自由贸易试验区推行的负面清单其适用对象也是外资。本文所定义的金融监管负面清单适用对象一般是本国主体的金融市场准入，不包括外国资本的金融市场准入^②。

(2)从约束对象上看，金融监管负面清单约束的是本国金融监管权力的任意性。国际投资协定中负面清单约束的是东道国经济主权^③，属于国际法范畴。金融监管负面清单针对的约束对象是本国金融监管权，属于国内法范畴。

(3)从表现形式上看，金融监管负面清单更多是实质清单而非形式清单。国际投资协定中的负面清单通常以列表形式出现。金融监管负面清单则更多体现在金融法律法规条文中。

(4)从约束方式上看，金融监管负面清单具有层次性。国际投资协定中的负面清单具有单一性，即国际投资协定会对负面清单做出详细规定，不会再授权相关国际组织或政府部门再做规定。由于金融市场的复杂性、灵活性以及法律的不完备性（卡特琳娜·皮斯托、许成钢，2002a，2002b），金融法律往往无法对金融市场准入条件做出无遗漏、全覆盖的详细规定，而不得不在某些准入条件上授权金融监管部门制定细则，比如美国2010年颁布的《多德弗兰克法案》中授权相关金融监管部门制定243项规则，以适应金融机构、金融产品、金融业务和金融市场的发展（李扬，2010）。因此，金融监管负面清单就有了层次之分，包括金融法律规定的负面清单和被授权部门制定的负面清单。

如同政府与市场是一对矛盾统一体一样，金融监管权力与金融市场权利也是一对矛盾统一

^① 瑞士联邦金融市场监管局（FINMA）列出了从事未获监管部门许可金融业务的公司或个人名单，提醒投资者注意，FINMA将该名单称为负面清单。在文献可及范围内，这是不多见存在形式负面清单的国家或地区。参见：<http://www.finma.ch/e/sanktionen/unbewilligte-institute/Pages/default.aspx>。

^② 事实上，即使在采用负面清单制度的现行国际双边或多边投资协定中，金融市场外资准入也属于东道国保留事项。

^③ 东道国主动采取的负面清单管理模式，比如上海自贸区所推行的负面清单，也是对本国经济主权的自我限制。

体。由金融监管权力,还是由金融市场权利主导金融市场发展,对金融市场发展有着不同影响。

当金融市场发展由金融监管权力主导时,通常会采用正面清单模式。在这种模式下,市场主体、金融业务和金融产品与服务只能在金融监管权力明确许可范围内发展,超出正面清单允许范围的市场主体或金融业务、产品创新则存在合法性问题。因此,由金融市场权利主导的金融创新在这种模式中受到抑制。

当采用金融监管负面清单时,金融市场发展由金融市场权利主导,金融监管部门对金融市场的监管权限受到法律严格限制。金融市场主体根据自身情况以及金融市场需求状况,不仅可以自主决定负面清单保留事项之外的市场准入,而且可以在符合负面清单列明条件时自主决定是否进入清单保留市场。因此,建立金融监管负面清单的核心意义在于一方面为基于市场需求的金融创新打开空间,另一方面,为市场主体平等进入金融市场奠定制度基础。

二、金融监管负面清单的内容

所谓金融监管负面清单的内容,是指金融法律法规或金融监管部门规章所设定的金融市场准入条件。由于这些准入条件通常需要金融监管部门负责事先审查或事中事后监督,因此,金融监管负面清单的内容也表现为金融监管部门在市场准入中的权力。

不同国家在不同历史阶段对金融监管部门在金融市场准入中权限的规定有所不同。总结在市场准入问题上国际金融组织相关指引和金融发达国家相关法律规定,金融监管负面清单主要有以下内容:

(一)金融市场主体准入

金融市场主体,是指进入金融市场、参与市场交易的自然人或企业,包括金融机构、作为融资者的企业或自然人、作为投资者的自然人或机构等。

第一,金融机构。金融机构,尤其是存款类金融机构,是金融监管负面清单的主要限制对象。对金融机构市场准入的限制主要包括:

准入资本金要求。对银行、证券公司等传统金融机构,各国都有明确的资本金要求。例如,英国对银行的最低资本金要求为500万欧元;美国按照《国民银行法》规定设立国民银行的最低资本金要求为10万美元,并且允许随地理位置和社区人口差异而浮动。在实践中,美国货币监理署对最低注册资本额的要求为100万美元(辛子波、张鹏,2006)。《有效银行监管核心原则》3中对银行最低资本要求也有相似规定。美国对证券公司的最低资本额要求的规定与对银行的要求不同,其通过规定净资本与对外负债的比率而非最低绝对额来实现。

资本金来源和缴付形式。美国对金融机构的资本金来源要求较为宽松,允许金融机构股东借入资金缴付出资。在资本缴付形式上,有的仅允许以现金出资,有的允许以高流动性金融资产如政府债券进行出资。

金融机构所有权结构限制。金融机构所有权结构限制包括单一股东持股限制、关联股东持股限制、非金融机构持股限制等等。以英美为代表的金融发达国家,除美国对非金融机构对银行持股有要求,以避免产业资本过分控制银行导致垄断和不公平竞争外,总体来说对金融机构所有权结构限制并不严格。

内部组织结构和内部控制要求。《有效银行监管核心原则》3将银行的经营计划、内部组织结构和内部控制要求作为向银行颁发牌照许可的条件。

高级管理人员准入要求。金融机构的经营在很大程度上依赖高级管理人员的管理能力,因此,

金融发达国家通常对银行、证券公司等金融机构的高级管理人员的适当与适合性、董事国籍等做出一定要求。

第二，融资者。融资者是指向贷款类金融机构借款的自然人或企业，在金融市场发行债券或股票等金融产品的企业。金融发达国家对融资者的金融市场准入通常不作限制。无论何种类型的企业或自然人都有获得融资的权利，至于是否能获得融资则是另外一回事。

第三，投资者。投资者是金融市场中的资金提供者。金融发达国家对机构投资者在金融市场中购买金融产品进行投资基本无限制性规定^①。对个人投资者则根据其风险承受能力，建立起金融产品适格投资者制度，金融产品风险越高对投资者风险承受能力要求越高。

（二）金融业务准入

金融业务准入包括三类：一是金融机构进入其他金融业务领域，如银行进入证券、保险业务领域。二是非金融机构或金融机构未经允许从事需要获得许可的金融业务。三是非金融机构或金融机构从事法律或监管规则未做出规定的新金融业务。

第一种情形，在德国全能银行体制下一般不会受到限制，在美国则一般需要附属子公司形式来实现。第二种情形通常会受到法律和监管部门的严格制约，而且可能还会受到监管部门处罚。但在有些国家，这种行为并不意味着违法，比如瑞士^②。第三种情形，在金融监管部门权力受到严格限制的负面清单体制下，属于市场主体的权利。但政府有权通过制定法律或规则对其进行规范和限制。

（三）金融产品和服务准入

金融产品和服务包括两类：非标准化产品和标准化证券产品及其衍生品。非标准化产品包括未证券化的存款和贷款产品。标准化证券产品及其衍生品则包括股票、债券、基金、资产证券化产品及其衍生品等等。

从金融发达国家金融产品和服务准入规定来看，对非标准化产品的市场准入限制主要目的在于保护金融消费者利益，使其避免受到掠夺性信贷及其他掠夺性金融服务的侵害^③。对标准化证券产品及其衍生品的市场准入限制则主要体现在证券发行及交易的注册登记和信息公开披露上。在负面清单管理体制下，发行证券是证券发行人的权利。只要履行了注册登记和信息披露义务，任何市场主体都可以按照证券法规定发行证券及其衍生品。

对于中国来说，发达国家金融监管负面清单的具体规定固然对我们具有借鉴意义，但更具有借鉴意义的是其将金融监管权力严格限制和约束的理念。

三、中国金融监管权力的现状、特征及问题

在讨论中国如何构建金融监管负面清单制度之前，我们有必要对中国金融监管权力的现状、特征以及存在的问题进行分析和总结。

（一）中国金融监管权力的现状

中国现代金融市场体系的发展始于改革开放。自1978年以来，在改革开放背景下，通过政府放权，金融机构逐步成长为参与市场竞争的独立私法主体（胡滨和全先银，2009）。三十多年来，中

^① 基于审慎性原则对银行等金融机构投资的限制性规定除外。

^② 参见 Unauthorised institutions (negative list), <http://www.finma.ch/e/sanktionen/unbewilligte-institute/Pages/default.aspx>。

^③ 按照《多德弗兰克法案》规定，美国金融消费者保护局有权监管抵押贷款、信用卡以及地产租赁、代理租赁、金融咨询服务等。

国金融市场的发育过程,不仅是各类金融机构,逐步由作为政府部门一部分或者政府部门工具转变为具有相对经营自主权现代企业的过程,以及企业逐步参与金融市场的过程,而且是中国金融监管权力依据日趋完善的金融法律体系实现对正规金融体系全面控制的过程。

1.金融监管权力对正规金融体系的全面控制

三十多年来,随着中国金融法治化进程的逐步深入,借助于金融法律法规对金融监管部门的赋权,实现了金融监管权力对正规金融体系的全面控制。

中国已经初步形成了以银行三法、证券、保险、信托基本法为核心,行政法规和部门规章为主体金融法律体系。具体来说,中国目前的金融法律体系包括以下几个方面:

全国人大及其常委会通过金融法律。主要有《中国人民银行法》、《银行业监督管理法》、《商业银行法》、《证券法》、《保险法》、《票据法》、《信托法》、《证券投资基金法》等。国务院制定的涉及金融业的行政法规。主要有:《中华人民共和国人民币管理条例》、《中国人民银行货币政策委员会条例》、《外汇管理条例》、《证券公司监督管理条例》、《国有重点金融机构监事会暂行条例》、《金融资产管理公司条例》、《外资金融机构管理条例》、《外资保险公司管理条例》、《外资银行管理条例》、《期货交易管理暂行条例》、《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》、《机动车交通事故责任强制保险条例》、《金融机构撤销条例》、《金融违法行为处罚办法》等。中国人民银行、中国银监会、中国证监会、中国保监会和国务院相关部委依据法律、行政法规,制定有大量的关于金融领域的规章和其他规范性文件。

上述法律法规和部门规章的主要内容是帮助金融监管权力实现对正规金融体系——银行、证券、保险、基金、信托等金融部门的监管和控制。按照上述金融法律体系的规定,无论是金融主体的市场准入,还是金融业务和金融产品与服务的市场准入都依赖于金融监管部门的审核和批准。

2.金融监管权力对非正规金融的漠视

与金融监管权力对正规金融体系全面控制相对应的是金融监管权力对非正规金融的漠视。由于对金融市场准入的严格全面控制,一方面使得大量有志于设立或并购金融机构的民间资金无法进入正轨金融体系,而不得不以参与民间融资或者设立存在巨大法律风险的民间金融机构的形式实现金融梦想,另一方面又使得大量具有融资需求的中小企业因为难以符合取得审批许可无法从正规金融体系中获得融资,而不得不求助于利率较高的民间融资。

(二)中国金融监管权力的特征

30多年来,中国金融体系在发展中形成了一整套金融监管体制机制。这个金融监管体制机制,具有如下特征:

1.金融监管权力金融市场发展过程中起主导作用

从金融市场发展主导因素上看,在世界范围内,目前大体可以分为两种模式:一是市场主导的市场化;一是金融监管权力主导的市场化。所谓市场主导的市场化,是指金融市场先于金融监管权力而存在。在市场主导的金融市场化中,金融法律规则在很大程度上是金融市场自身自然演进的结果,金融监管权力对金融市场的干预是在金融市场自身出现问题且自身无法解决的时候才出现的。西方金融发达国家的金融市场化大体属于这种模式;所谓金融监管权力主导的市场化,是指金融监管权力先于金融市场而存在,金融市场依靠金融监管权力制定的规则来得到培育和发展,金融法律规则在很大程度上并非基于金融市场的现实需要而是基于金融监管权力对市场规则的设计而存在。毫无疑问,中国的金融市场化属于这种模式。具体来说,金融监管权力在中国金融市场化进程中起主导作用表现为以下几方面:

首先,金融监管权力主导了金融市场法律规则设计。回顾三十多年来的中国金融改革,其基本

历程表现为由计划金融体制向市场金融体制的转变。在计划金融体制下不存在金融交易和金融市场,因而也不存在金融市场法律规则。改革开放以后,在向市场化转型过程中,由于此前并不存在金融市场,因而金融监管权力承担着培育市场的重任。由于市场系金融监管权力一手培育而成,因此也就没有通过市场自发演进而形成的市场法律规则,这些规则基本上全部由金融监管权力主导设计完成。

其次,金融监管权力掌控了金融市场中的“剩余权利”。所谓剩余权利,是指金融法律规则没有规定也没有禁止的权利。在市场主导市场化的国家,剩余权利通常属于金融市场主体,尤其是金融机构享有,以便于其实现金融创新。中国则与其相反,通常情况下属于金融监管权力掌控:当遇到法律没有禁止,也没有允许的情况下,金融机构并不能认为就是当事人具备可以自由选择权利,而是要通过行政系统打报告“请示上级主管部门”批准(吴志攀,2000)。

再次,金融监管权力主动或被动的承担了金融市场的纠纷解决职能。中国金融市场的纠纷,大多发生在金融机构、上市公司同投资者、金融消费者之间。在纠纷中,投资者、消费者通常处于弱势地位而经常导致利益受损。此类纠纷从性质上看属于平等民事主体之间的民事争议,应当通过仲裁或法院解决。但是,由于种种原因,投资者、消费者不愿或难以通过上述途径解决,而只能求助于金融监管权力。

2.金融监管权力仅受到弱制衡

如前所述,在金融市场中,金融监管权力和金融市场权利是一对矛盾。金融监管权力通过法律实现对金融市场权利的限制。当金融监管权力对金融市场权利限制不当时,则会被金融市场权利通过行政诉讼等方式挑战。通过限制与反限制实现了金融监管权力与金融市场权利的平衡

在中国,由于金融监管权力依据金融法律体系对金融市场实现了全面控制,使得金融市场主体只有依附于金融监管权力才能获得发展所需资源。这就削弱了金融市场主体权利对金融监管权力的制衡能力。

(三)中国金融监管存在的问题

中国金融监管尽管取得了一系列成就,但也存在诸多需要进一步从体制机制方面深化改革的问题,主要表现在:

第一,严格市场准入控制导致市场竞争扭曲。在金融监管权力通过审批制严格控制金融市场准入背景下,金融市场竞争被扭曲。这种扭曲表现在以下几个方面:

在股票发行市场中,金融监管部门对股票发行节奏的控制导致难以形成股票发行市场难以形成均衡价格,从而为股票二级交易市场炒作新股留下巨大空间。

在贷款市场中,由于国有银行体系占据垄断地位,加上银行对国有大中型企业的偏好,使得银行体系低成本资金主要流向可以有更多融资选择的国有企业,使得融资渠道较少的中小企业难以从银行获得融资而不得不转向利率更高的民间融资。

在债券市场中,由于市场的封闭性,使得广大居民无法直接参与债券市场交易,从而不得不将储蓄作为存款存入银行中或者在银行购买作为存款替代品的理财产品。居民将储蓄存入银行或购买作为存款替代品的理财产品,一方面由于利率不高不利于增加居民财产性收入,另一方面又因为居民储蓄通过银行进入债券市场,银行在这方面的利润推高了债券市场利率,给债券发行企业增加了利息负担。

在金融创新问题上,一方面由于金融监管部门掌握了金融创新主导权,使得金融创新与金融市场需求存在脱节的可能性,另一方面由于金融监管部门对金融风险的厌恶,使得金融机构只能在金融监管部门许可的有限范围内进行创新,从而加剧了金融机构的同质化竞争。

第二,金融投资者和消费者利益保护不足。金融机构是金融市场的中介机构,其运营的资金大多来自于投资者和金融消费者,而且由于信息不对称和投资者、金融消费者所限,导致了金融机构比其他机构存在更大的代理问题,投资者、金融消费者对金融机构如何运作他们的资金无法予以有效的监督、约束,所以,金融法律体系承担起保护客户利益的责任就成为必要。英国《2001年金融服务与市场法》明确规定监管机构的监管目的之一,是保护投资者、金融消费者的利益;国际证券监管委员会组织在其发布的《证券监管目的和原则》中阐明了保护投资人作为证券监管目的之意义和措施;国际保险监管机构协会的《保险核心原则》要求保险机构提高保护保单持有人的能力。虽然中国的相关立法也有类似的规定,《商业银行法》、《银行监督管理法》、《证券法》、《保险法》、《证券投资基金法》等都将保护投资者、金融消费者的利益作为立法目的,但是在实践中,由于各种原因导致投资者、金融消费者利益并没有得到很好的保护,金融合同中各种各样的霸王条款层出不穷,极大损害了投资者、金融消费者的利益。

四、中国金融监管负面清单的内容

在中国金融发展过程中,建立以负面清单为基础的金融监管体系,需要着力解决好如下几方面问题:

(一)着眼于市场主导型金融体系的中国金融监管负面清单

从内容范围上看,中国金融监管负面清单的范围同金融发达国家负面清单的范围相比没有本质性区别,也包括金融市场主体准入限制、金融业务准入限制和金融产品和服务准入限制三个方面。从内容细节上看,中国目前金融法律体系所构建金融市场准入细节也已同国际实践接轨。因此,中国金融监管负面清单构建的关键并不在于重新划定并厘清负面清单的内容范围和细节。要想构建着眼于市场主导型金融体系的金融监管负面清单:

首先,树立负面清单思维是重中之重。所谓负面清单思维,是指在金融市场准入问题上,如果没有法律禁止或限制准入,那么金融市场主体就可以准入,即对金融市场主体来说是“法无禁止即自由”,对于金融监管权力来说是“法无授权即禁止”。如前所述,目前中国金融市场准入权限基本掌握在金融监管部门手中,实行的是正面清单思维方式。金融监管正面清单的基本含义是,只有法律和相关制度规定准许做的事才是合法的,否则,均为不合法。这种正面清单思维方式能否转变为负面清单思维方式直接关系到金融领域使“市场发挥资源配置决定性作用”改革的成败。

其次,着眼于市场主导型金融体系的负面清单制度,需要更加关注企业、居民等实体经济部门的金融权利,而不是仅仅局限于金融机构尤其是商业银行的权利。众多金融创新的内在机理不来自于金融部门,而来自于实体经济部门,因此,必须改变“金融是金融机构专利”的理念,改变只有金融机构方才能够从事金融活动的监管意识,将票据发行、债券发行、股票发行等“金融权”归还给实体经济部门(王国刚,2013)。在金融主体市场准入方面,努力取消对企业、居民等实体经济部门的不合理限制,方便实体经济部门进入金融市场,从而更好实现金融为实体经济服务的目标。

(二)金融监管负面清单的制度体系

从法律角度看,对金融主体市场准入的禁止或限制实质上设定行政许可。按照《行政许可法》规定,只有法律可以设定行政许可。尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可。必要时,国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可。实施后,除临时性行政许可事项外,国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律,或者自行制定行政法规。尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可;尚未制定法律、行政法规和地方性法规的,因行政管理的需要,

确需立即实施行政许可的，省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。临时性的行政许可实施满一年需要继续实施的，应当提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。行政法规可以在法律设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可做出具体规定。

地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可做出具体规定。部门规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可做出具体规定。法规、规章对实施上位法设定的行政许可做出的具体规定，不得增设行政许可；对行政许可条件做出的具体规定，不得增设违反上位法的其他条件。

按照上述法律规定，中国金融监管负面清单的制度体系包括以下三个部分：一是金融法律中的负面清单。二是行政法规中的负面清单，包括尚未制定法律由行政法规确定的负面清单和在法律授权范围对负面清单的具体规定。三是部门规章中的负面清单，是指在上位法许可范围内，金融监管部门对负面清单做出的具体规定。

（三）重视建立金融监管负面清单的效应

建立金融监管负面清单，有其积极效应。主要表现在：

第一，金融体系自主发展有利于推进金融深化和效率提高。在正面清单管理模式下，只有金融法律法规和部门规章明确授权时，金融主体才能进入金融市场。金融法律法规和部门规章未作规定领域，金融市场就不能进入或者必须经过金融监管部门许可才能进入。金融监管部门对市场准入的审批，即使能获得批准也增加了金融市场主体的时间成本。在负面清单管理模式下，由市场主体自主决定市场准入，有助于市场主体根据金融市场信号灵活作出反应增加或减少市场供应，从而提高了金融市场效率。同时，金融业务和产品种类和数量的增多，也深化了金融市场。

第二，发挥了市场的决定性作用，明确金融市场与金融监管的边界。在正面清单管理模式下，“清单内事项金融市场可以相对自主决定，清单外事项由金融监管权力决定”。在这种模式下，金融市场实际上由监管权力主导。在负面清单模式下，“清单内有限事项由金融监管权力决定，清单外广阔空间由金融市场决定”。金融监管权力在市场准入问题上同金融市场权利各就各位，不再有直接冲突，从而起到厘清金融市场与金融监管边界的作用。

第三，提高了金融监管的透明度和公开性，压缩了金融监管权力的寻租空间。在正面清单管理模式，对于金融法律体系没有规定领域，即正面清单范围之外属于金融监管权力自由裁量的空间。由于没有明确金融法律依据，在正面清单模式下，金融监管权力的自由裁量不可避免会出现暗箱操作现象，从而为权力寻租留下空间。在负面清单模式下，需要金融监管部门审批的领域仅限于金融法律明确列举的事项。对于负面清单未禁止或限制的领域，金融市场主体享有经济活动的自由。金融监管部门如果要在这些领域设置市场准入的限制条件，则必须有明确的法律依据，并且需要对相关限制条件的设置进行合理的说明。这就有利于推动金融监管行为的公开化、透明化。（王利明，2014）

但建立金融监管负面清单也有其负面效应。以负面清单形式对金融市场准入进行监管并非仅有好处而无弊端。金融监管由正面清单向负面清单模式的转变会给金融稳定、金融法律适应性及金融监管能力带来挑战，也会给金融消费者保护带来负面效应。

第一，金融监管负面清单外事项的自主发展给金融稳定带来挑战。金融市场主体负面清单外事项的自主决定的实质是金融自由化。金融自由化带来金融深化的同时，也给金融体系稳定性带来挑战。以美国 2008 年次贷危机为例，导致次贷危机爆发的一个重要原因就是监管真空，即金融创新导致出现了不在负面清单范围内的金融产品和金融机构。监管真空在金融产品方面突出表现为以信用衍生品为主的场外衍生品上，在金融机构方面突出表现在没有建立起监控对冲基金的监

管体制。当不受准入监管限制信用衍生品和对冲基金快速膨胀然后泡沫破灭后就会给金融稳定带来威胁。

第二,建立金融监管负面清单给金融消费者保护的带来负面效应。金融消费者利益保护是金融监管的两大核心目标之一。金融监管负面清单外金融市场主体、金融业务和产品的自主发展,尤其是金融创新的自主发展,使得监管部门在短时间内无法对创新性机构、产品和业务对消费者的利弊做出判断并采取监管措施,从而无法有效保护金融消费者利益。分析2008年美国次贷危机可以发现,严重侵害消费者利益的次贷产品都是在金融创新名义下创造出来的。

第三,建立金融监管负面清单给金融法律适应性及金融监管能力带来的挑战。金融监管负面清单建立后,对于清单外事项,由于缺乏法律依据,监管部门不能就市场准入进行限制或禁止。然而,由于不受限制或禁止的市场准入并非不存在风险,这就需要加强对金融市场主体、业务和产品市场准入后的事中和事后监管。在法治国原则下,事中和事后监管也需要法律明确授权,因此,金融法律能否快速适应准入后事中和事后监管要求就显得至关重要。与此同时,准入性监管撤消后需要金融监管部门在事中和事后监管中要及时发现风险并采取措施,这给金融监管能力也带来挑战。

五、中国建立金融监管负面清单制度的路径

中国建立金融监管负面清单制度,从程序上看,还要考虑以下两个方面的问题:

(一)中国建立金融监管负面清单制度的步骤

所谓建立金融监管负面清单制度的步骤,是指由正面清单管理模式向负面清单管理模式转变的过程。这一过程有以下四个要点:

第一,确立理念。如前所述,在市场准入监管内容的范围和细节上,中国与金融发达法治国家的差异并不大。两者关键差异在于对金融市场准入的认识上,即市场准入是“法无禁止则自由”,还是“法无授权即禁止”。中国金融市场准入管理模式的转变需要明确树立前一种理念。在改革过程中,政府部门和相关金融监管部门要广泛宣传并执行这一理念。

第二,内部变革。同国际投资协定采用形式清单模式相比,金融监管负面清单通常并不存在形式上的负面清单。关于金融监管负面清单的内容散见于各种金融法律法规和部门规章中。在通过修改立法取消或放宽金融市场准入限制之前,金融监管部门应当按照负面清单管理理念将金融市场准入条件向金融市场主体进行公示,并自承诺遵守公示的清单。

第三,外部制约。这包括一方面立法权对金融监管权力的约束。确立负面清单管理理念后,对于法律规定的某些不合时宜的金融市场准入禁止或限制措施需要通过立法或修法予以取消或放宽条件。同时明确规定金融监管部门违反法律肆意限制或禁止金融市场准入应当承担的法律责任。另一方面,司法权对金融监管权力的制衡。当金融监管部门在金融市场准入问题上违反法律规定侵害金融市场主体利益的,金融市场主体有权向法院寻求司法救济。

第四,加强准入后监管。对于负面清单外事项市场准入后,法律应当授权并要求金融监管部门加强事中和事后监管以防范金融风险保护金融消费者利益。

(二)中国建立金融监管负面清单制度的难点

在深化金融改革过程中,建立金融监管的负面清单制度存在着诸多难点,其中至少包括:

第一,由正面清单向负面清单转型过程中的金融不稳定。由正面清单向负面清单转型是金融监管理念和模式的变革。在这一转型过程中,由于金融市场主体自主决定市场准入后,有可能对进入领域的金融风险不能清晰认知而导致过度冒险引发金融不稳定,也有可能由于金融监管部门由

于能力不足而未能对金融风险扩散和蔓延采取正确监管措施导致金融不稳定。较大规模金融不稳定会给转型带来变数并导致转型不成功。

第二,金融监管权力的自利性和自我扩张性。金融监管权力作为行政权力的一种,具有行政权力先天所具有的自利性和自我扩张性。金融监管权力的上述特性可能会使其在金融法律体系之外任意设置市场准入条件,限制或禁止金融市场准入,侵害金融市场主体利益。

对于这些难点可考虑的应对之策包括:

第一,加强金融监管部门市场准入后监管。从国际经验来看,金融不稳定同市场准入限制或禁止措施取消后的金融监管不到位有密切联系,因此对金融市场强化准入后监管是转型过程中金融不稳定的有效措施。

第二,强化金融市场主体公司治理和内部控制。金融市场主体在转型过程中或转型后过度承担风险的行为,大多同公司治理不完善,内部控制不严格或者对相关主体的不恰当激励有关。因此,在转型过程中和过程后还要强化对金融市场主体的公司治理和内部控制。

第三,通过诉讼制度实现金融监管权力与市场权利之间以及市场权利间的平衡。

通过行政诉讼制度以避免金融监管权力恶意扩张,保护金融市场主体的合法权益。建立集团诉讼、代表诉讼等诉讼制度保护金融投资者和金融消费者合法利益,实现金融市场主体间权利义务的平衡。

参考文献

- 李亚(2014):《上海自贸区“负面清单”投资管理模式国际经验的借鉴》,《嘉兴学院学报》,第2期。
- 连平等(2013):《负面清单管理:国际经验与对策》,《上海证券报》,10月30日。
- 李扬(2010):《适应金融发展需要 重塑监管框架》,《金融评论》,第6期。
- 卡塔琳娜·皮斯托、许成钢(2002a):《不完备法律——一种概念性分析框架及其在金融市场监管发展中的应用(上)》,《比较》第3辑,中信出版社。
- 卡塔琳娜·皮斯托、许成钢(2002b):《不完备法律——一种概念性分析框架及其在金融市场监管发展中的应用(下)》,《比较》第4辑,中信出版社。
- 胡滨、全先银(2009):《法治视野下的中国金融发展——中国金融法治化进程、问题与展望》,《财贸经济》,第5期。
- 任青(2013):《负面清单:国际投资规则新趋势》,《中国中小企业》,第12期。
- 吴志攀(2000):《金融全球化与中国金融法》,广州出版社。
- 王国刚(2013):《将一些金融权归还实体经济》,《上海证券报》,9月17日。
- 王利明(2014):《负面清单管理模式的优越性》,《光明日报》,5月5日。
- 辛子波、张鹏(2006):《美国的银行业市场准入监管制度析》,《金融经济》,第10期。

(责任编辑:罗 滢)