

# 金融监管措施是一种新的行政行为类型吗？

邢会强<sup>\*</sup>

---

**摘要** 金融监管措施是金融法的概念,难以作为行政法的概念。金融监管措施与具体行政行为类型属于不同的逻辑和话语体系。试图将金融监管措施与行政法上任何一种定型化的行为类型相提并论的所有尝试都难以成功。我们至多只能将其解析为某几种主要的定型化的行政行为类型。但由于现实世界的丰富性和多样性,总会有一些行为逃逸于现有的行为类型之外。因此,金融监管措施不能被视为一种新的行政行为类型。金融监管措施并非不受任何约束的权力,我国应从正当程序方面对金融监管措施施加限制。金融监管措施应符合行政法上的比例原则。金融监管措施应遵守法律的正当程序,给予当事人听证的机会,但情况紧急或所涉相对人的权益较小的情形除外。

**关键词** 金融监管措施 及时矫正措施 正当法律程序 行政行为

---

## 引言:两则近似案例引发的问题

2001年12月,中国人民银行向全国各金融机构下发文件(银发[2001]403号),取消时任华夏银行广州分行珠江支行行长唐智勇的金融机构高级管理人员任职资格5年。2002年1月11日,华夏银行广州分行根据该文件精神通知他办理了离职手续。唐智勇及其律师认为,取消金融机构高级管理人员任职资格属于行政处罚,中国人民银行作出该行政处罚未听取唐智勇的陈述和辩解,未告知其作出行政处罚的理据,未向其送达行政处罚决定书,违反了《行政处罚法》的规定。2002年1月15日,唐智勇向中国人民银行提起行政复议申请。中国人民银

---

<sup>\*</sup> 中央财经大学法学院副教授。本文系国家社科基金后期资助项目《走向规则的经济法原理》(批准号13FFX009)的阶段性的成果。

行就此作出的《行政复议决定书》(银)复决字(2002)第5号)维持原处罚决定。2002年3月25日,唐智勇向北京市第一中级人民法院递交了行政起诉状,诉请法院撤销中国人民银行的行政处罚并责成其赔偿100万元。该案的争议焦点是:取消金融机构高级管理人员任职资格是否属于行政处罚?中国人民银行的前述《行政复议决定书》称“取消金融机构高级管理人员任职资格”仅是一项“金融监管措施”,不是行政处罚。但原告方认为,“取消金融机构高级管理人员任职资格”属于行政处罚。中国人民银行最后请国务院法制办公室作“立法解释”。《国务院法制办公室对中国人民银行给予〈金融违法行为处罚办法〉有关问题的请示的复函》(国法函〔2002〕145号)称“由中国人民银行决定在一定期限内直至终身不得在任何金融机构担任高级管理职务或者与职务相当的职务,不属于行政处罚”。法院采纳了该意见,判决唐智勇败诉。此后,唐智勇提起上诉,法院终审维持原判(以下简称“唐智勇案”)。

不独有偶,在我国台湾地区也发生过类似案例。2010年6月,我国台湾地区“金融监督管理委员会”(以下简称“金管会”)以金鼎综合证券股份有限公司(以下简称“金鼎证券”)违反“证券商管理规则”及“证券商负责人及业务人员管理规则”的规定为由,依“证券交易法”第66条第2款规定,以“裁处书”的形式命令金鼎证券解除责任人房冠宝的经理人职务(以下简称“原处分”)。房冠宝不服,提起行政诉讼,请求判决撤销原处分。其最主要的理由是,解除职务系属“裁罚性不利处分”之行政处罚(相当于我国大陆的“行政处罚”),应适用行政处罚3年时效的规定,金管会认定的违法行为发生于2005年间,但金管会却于2010年6月始作成原处分,超出了行政处罚3年的时效。我国台湾地区“最高行政法院”审理认为,“证券交易法”第66条第2款规定:“证券商违反本法或依本法所发布之命令者,除依本法处罚外,主管机关并得视情节之轻重,命令该证券商解除其董事、监察人或经理人职务。”其立法目的系为增强对证券商之管理,防止违规与不法情事之发生,而赋予主管机关于证券商违反法令时,除依该法处罚外,并得视其情节之轻重,采取适当之措施或处分。核其性质,乃为实现健全证券交易秩序,并保障投资之行政目的所为之行政管制措施,属于“管制性之不利处分”,此与“行政处罚法”第2条所称之“裁罚性不利处分”不同,〔1〕不属于“行政处罚法”所指之行政处罚,自无“行政处罚法”裁处时效3年规定之适用,因此判决房冠宝败诉(以下简称“房冠宝案”)。〔2〕

这两则案例说明,金融法上独特的“制裁措施”不属于“行政处罚”,中国人民银行称其为金融监管措施。那么,何谓金融监管措施?它是一种新的行政行为类型吗?其性质与法律地位为何?金融监管措施之采行是否要遵循法律正当程序(due process of law)?是否要听证?这

〔1〕我国台湾地区“行政处罚法”第2条规定:“本法所称其他种类行政罚,指下列裁罚性之不利处分:①限制或禁止行为之处分:限制或停止营业、吊扣证照、命令停工或停止使用、禁止行驶、禁止出入港口、机场或特定场所、禁止制造、贩卖、输出入、禁止申请或其他限制或禁止为一定行为之处分。②剥夺或消灭资格、权利之处分:命令歇业、命令解散、撤销或废止许可或登记、吊销证照、强制拆除或其他剥夺或消灭一定资格或权利之处分。③影响名誉之处分:公布姓名或名称、公布照片或其他相类似之处分。④警告性处分:警告、告诫、记点、记次、讲习、辅导教育或其他相类似之处分。”

〔2〕我国台湾地区“最高行政法院”2012年度判字第165号判决。

些问题甚有深入研讨之必要。我们唯有打通、跨越金融法和行政法这两门学科,方能解开这道法律谜题。

## 一、金融监管措施的溯源及中国引进

我国金融法上的监管措施起源于美国的非正式监管措施和及时矫正措施。

### (一)美国法上的金融监管措施

#### 1.非正式监管措施

美国《1978年金融机构管制和利率控制法》要求成立联邦金融机构审查理事会(FFIEC),统一对几乎所有金融机构进行审查,为在联邦投保的存款机构建立一个统一的监管和检查政策,建立一个统一的银行评级体系。《1989年金融机构改革、恢复和加强法》(FIRREA)在联邦金融机构审查理事会下建立了评估委员会。FFIEC首先对银行的运作作出评估,然后根据运作评估作出综合评级,对银行作出等级确定。<sup>〔3〕</sup>对于问题银行,监管机构可采取非正式的和正式的整改措施。正式的措施带有法律的制裁措施,但是通常没有必要采取这种方式。非正式的监管行动包括:道义劝告,监管机构要求提供银行董事会决议、银行承诺书、谅解备忘录和其他形式的银行与货币监理署之间的旨在促进银行稳健经营的书面交流文件。虽然非正式监管行动没有法律效力,但不遵守非正式监管要求的行为,通常被认为是需要采取正式行动的强有力证据。<sup>〔4〕</sup>

由于FIRREA要求银行监管部门将所有行政命令、对这些命令的修改或者终止都公诸于众,因此,银行宁愿监管部门选择非正式的监管行动,以避免引起负面效应。如果银行出现的问题不是致命的,而且银行的管理层能够采取合作的态度积极迅速地解决问题,监管部门也愿意采取非正式行动。如果银行不愿合作,监管人员可能采取下列正式行动:吊销营业执照、中止银行保险、发布书面协议、停止和终止程序、民事罚款等。正式的行动可以通过联邦法庭执行,拒不执行者可能会受处罚。

#### 2.及时矫正措施

及时矫正措施(PCA)是指根据金融机构自有资本比率的实际状况,将金融机构进行评级、分类,并采取相应的矫正措施,敦促其达到规定的自有资本金比率的一种监管方法。美国《1991年联邦存款保险公司改进法》(FDICIA)依据资本充足率将银行划分为五个等级,并授权联邦银行监管部门(以下简称“监管部门”)对不同级别的银行采取差异化监管。<sup>〔5〕</sup>具体而言,处于前两级的银行只接受常规检查;当某银行的资本水平降至第三级时,监管机构便会加

〔3〕 参见陈小敏、王晓秋、彭海燕:《美国银行法》,法律出版社2000年版,页96。

〔4〕 (美)哈威尔·E.杰克逊、小爱德华·L.西蒙斯:《金融监管》,吴志攀等译,中国政法大学出版社2003年版,页316。

〔5〕 联邦银行监管机构包括美联储(FRB)、美国联邦存款保险公司(FDIC)和货币监理署(OCC)。

强监管强度,要求其减少或停止红利、股息和管理费的支付,限制其资产的增长,如其建立分支机构、合并以及从事新的业务则必须获得监管机构的批准;当某银行的资本水平降至第四级时,监管机构除了采取对第三级银行的监管行动外,还要限制支付给高级管理人员的补助,限制银行的存款利率水平,要求其立即增加资本或被兼并等;当某银行的资本水平降至最后一级时,监管机构除了采取上述对第三、四级银行的监管行动外,还会要求其停止支付次级债务的利息,甚至可能会接管、出售或强制其与其他银行合并等。<sup>〔6〕</sup>继美国之后,不少国家或地区以美国 FDICIA 为蓝本,建立了自己的及时矫正制度。

### 3. 金融监管措施在美国行政法中的定位

“因为语言和法律的紧密联系,语言是法律中极为决定性的智能力量。”<sup>〔7〕</sup>美国法没有采用“金融监管措施”这一用语,而是采用了“正式的行动”、“非正式的行动”等称谓,其逻辑定位与在我国大陆法系行政法中的定位显著不同。美国行政机构采用各种法定的或非法定的、正式的或非正式的程序所作出的所有行政决定,在美国联邦行政程序法上被称为“裁决令”(order),作出“裁决令”的过程被称为“裁决”或“裁判”(adjudication)。<sup>〔8〕</sup>在实践中,行政机构的大多数决定都是通过非正式裁判程序作出的;依正式裁判程序(或称“审判式听证程序”)所作出的行政决定只是行政机构所作决定中的一小部分,但这一小部分行政决定涉及的均是直接和严重影响相对人权益的事项。<sup>〔9〕</sup>在我国大陆法系语境中的行政处罚如吊销许可证等,在美国法中大多需要经由正式裁判程序,在行政法官的主持下,以两造对抗(行政机构为一造,相对人为另一造)、言辞辩论、公开审理等方式作出裁决,反对单方面接触和偏见。通过正式裁判程序所作出的“裁决令”仅为初步裁决或建议性裁决,只有当当事人不上诉、行政首长不加复议的情况下才能成为终局裁决。<sup>〔10〕</sup>因此,FIRREA 所规定的“非正式监管措施”都是通过非正式裁判程序作出的,FDICIA 所规定的“及时矫正措施”大都可归入“非正式监管措施”之中。主要规定及时矫正措施的《1950 年联邦存款保险公司法》(FDIA)第 38 条被 FDICIA 修改之初很少规定程序问题,因此,及时的矫正措施在当时几乎不受正当法律程序的限制。

### (二)我国金融法中监管措施的引进与发展

语言是历史的产物。我国在引入美国金融法上的非正式措施时,为了遵从历史习惯,无法采取美国法上的“非正式行动”、“非正式监管措施”等用语,也没有采取“及时矫正措施”的用语,而是进行了“词汇创造”。我国 1995 年制定的《商业银行法》规定了既不同于行政处罚,也不同于限制人身自由、查封、扣押、冻结等行政强制措施监管措施,中国人民银行称之为“金融监管措施”,不过其数量很少,仅有责令改正、责令停业整顿、接管和撤销等。2003 年 12 月

〔6〕 SEC. 38 of *Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act of 1991*.

〔7〕 (德)伯恩哈德·格罗斯菲尔德:《比较法的力量与弱点》,孙世彦、姚建宗译,清华大学出版社 2002 年版,页 158。

〔8〕 SEC. 551 of *Administrative Procedure Act*.

〔9〕 姜明安主编:《外国行政法教程》,法律出版社 1993 年版,页 264。

〔10〕 同上注,页 267。

制定的《银行业监督管理法》则大幅度地增加了这类措施。<sup>〔11〕</sup> 1995年制定的《保险法》规定了责令提取或者结转各项准备金、责令办理再保险等十余项监管措施。<sup>〔12〕</sup> 2002年修订的《保险法》在监管措施方面增加了“限制业务范围”。2009年修订的《保险法》更是大幅度地增加了12项监管措施。<sup>〔13〕</sup> 1998年制定的《证券法》中的监管措施也很少,但2005年修订的《证券法》大幅度地增加了监管措施。<sup>〔14〕</sup> 此外,在证券规章和证券监管实践中,监管机构也引进和发展了不少监管措施。<sup>〔15〕</sup>

法律是在语言中并通过语言而生存的。当它从一种语言移植到另一种语言时,由于不同语言系统的结构体系、思维定式不尽一致,要想找到一种完全对等的表达是异常困难甚至是不可能的。<sup>〔16〕</sup> 美国的“非正式行动”、“及时矫正措施”在我国被称为“金融监管措施”,证实了这一观点。但问题随之而来:这些监管措施在我国行政法中属于何种行政行为?处于何种地位?遵循何种程序呢?唐智勇案使这一问题得以凸显。

## 二、金融监管措施在我国行政法中的性质与地位

### (一)金融监管措施与行政处罚

“金融监管措施”仅是学理概念而非立法语言,在我国的法律法规中还没有直接出现“金融监管措施”这一用语。其实,“金融监管措施”以及“行政处罚”均属不确定之法律概念。“在法律中,绝对确定的概念是罕见的。”<sup>〔17〕</sup> 大多数法律概念至少是部分地不确定。德国学者黑克将不确定性法律概念区分为“概念核”和“概念晕”。<sup>〔18〕</sup> “概念核”是确定的,而“概念晕”则是

---

〔11〕 即责令暂停部分业务、停止批准开办新业务;限制分配红利和其他收入;限制资产转让;责令控股股东转让股权或者限制有关股东的权利;责令调整董事、高级管理人员或者限制其权利;停止批准增设分支机构;促成机构重组等。

〔12〕 主要有责令保险公司依法提取或者结转各项准备金、责令保险公司依法办理再保险、责令保险公司纠正违法运用资金的行为、责令保险公司调整负责人及有关管理人员、停止开展新业务、停止部分业务、整顿、接管、申请破产和撤销等。

〔13〕 主要有责令增加资本金、限制向股东分红、限制其股东权利、责令股东转让所持的保险公司股权、限制固定资产购置或者经营费用规模、限制资金运用的形式和比例、限制增设分支机构、责令拍卖不良资产、责令转让保险业务、限制(董事、监事、高级管理人员的)薪酬水平、限制商业性广告、监管谈话和保险市场禁入等。

〔14〕 主要有限制业务活动,责令暂停部分业务,停止批准新业务;停止批准增设、收购营业性分支机构;限制分配红利、限制向董事、监事、高级管理人员支付报酬、提供福利;限制转让财产或者在财产上设定其他权利;责令更换董事、监事、高级管理人员或者限制其权利;责令控股股东转让股权或者限制有关股东行使股东权利;撤销有关业务许可;公开谴责;冷淡对待;撤销任职资格或从业资格等。

〔15〕 主要有监管谈话、重点关注、责令进行业务学习、出具警示函、责令公开说明、认定为不适当人选等。

〔16〕 格罗斯菲尔德,见前注〔7〕,页161。

〔17〕 (德)卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,页133。

〔18〕 同上注,页133。

不确定的。在唐智勇案中,我们发现“行政处罚”的“概念晕”是不确定的,这样就出现了争执:原告律师认为,“从理论上讲,‘监管措施’是个母概念,行政处罚只是‘监管措施’的方式之一。”<sup>[19]</sup>但根据中国人民银行当时的观点,“金融监管措施”是行政处罚之外的一种新的行为类型。

#### 1. 我国台湾地区对于金融监管措施与行政处罚关系的认识

同为我国大陆法系的我国台湾地区没有采用“金融监管措施”这一用语。其“银行法”中也引进了美国法上的及时矫正措施,不过其称谓较为模糊,采用了“处分”、“处置”等术语。例如“银行法”第 61-1 条规定,银行违反法令、章程或有碍健全经营之虞时,主管机关除得予以纠正、命其限期改善外,并得视情节之轻重,为下列处分:撤销法定会议之决议,停止银行部分业务,命令银行解除经理人或职员之职务,解除董事、监察人职务或停止其于一定期间内执行职务,以及其他必要之处置。第 62 条规定,银行因业务或财务状况显著恶化,不能支付其债务或有损及存款人利益之虞时,“中央主管机关”得勒令停业并限期清理、停止其一部业务、派员监管或接管或为其他必要之处置,并得洽请有关机关限制其负责人出境。“中央主管机关”于派员监管或接管时,得停止其股东会、董事或监察人全部或部分职权。我国台湾地区行政法中之“处分”或“行政处分”,<sup>[20]</sup>与我国大陆行政法中之“行政处分”的概念迥异,前者实际上是指“单方行政行为”。<sup>[21]</sup>“行政处分”或“单方行政行为”是“行政处罚”的上位概念,二者是种属关系。

在我国台湾地区,不少监管措施被认为是非裁罚性不利处分。我国台湾地区“‘行政罚法’倡导讲习手册”指出,判断是否属行政罚,应视处分中是否具有“裁罚性”及“不利处分”等要件。例如“证券交易法”第 59 条第 1 项规定:“证券商自受领证券业务特许证照,或其分支机构经许可并登记后,于三个月内未开始营业,或虽已开业而自行停止营业连续三个月以上时,主管机关得撤销其特许或许可。”此处的“撤销”即不属“行政罚法”规范的裁罚性不利处分。<sup>[22]</sup>与金融监管措施类似的是航空领域对身体检查不合标准的飞行员的限制、暂停或终止执业。依我国台湾地区“司法院大法官释字第 510 号”解释,为保障民航安全及公众利益,基于航空人员之工作特性,就个人职业选择自由应具备条件所为之限制,非涉“裁罚性”之处分。

我国台湾地区将上述非裁罚性不利处分称为管制性不利处分。学者认为,行政管制虽为

[19] 吴雪元:《中国律师辩护词代理词精选系列——吴雪元专辑》,法律出版社 2003 年版,页 345-346。

[20] 目前,在法律上仍使用行政处分(Verfügung oder Verwaltungsverfügung)为名称者,除我国台湾地区外,尚有瑞士。参见吴庚:《行政法之理论与实用》(增订八版),中国人民大学出版社 2005 年版,页 199。

[21] 我国台湾地区“行政程序法”第 92 条规定:“本法所称行政处分,系指行政机关就公法上具体事件所为之决定或其他公权力措施而对外直接发生法律效力之单方行政行为。前项决定或措施之相对人虽非特定,而依一般性特征可得确定其范围者,为一般处分,适用本法有关行政处分之规定。有关公物之设定、变更、废止或其一般使用者,亦同。”

[22] 佚名:《“行政罚法”倡导讲习手册》,homepage.vgghtpe.gov.tw/~ged/top2/top2\_e11.htm,最后访问日期:2014 年 3 月 31 日。

不利处分,然非“裁罚性”不利处分,而不得适用“行政罚法”之各项原理、原则。行政管制不以相对人是否具备责任能力为要件,而行政罚则须以相对人具备责任能力为要件。秩序行政之管制措施与行政处罚系对过去不法行为所施加之制裁,迥然有别。行政管制重在危害管制排除,具有“向将来性”,不以“过旧”之制裁为要,尚具有终止或除去不法结果、恢复合法状态之多面向功能。<sup>[23]</sup>

但是,我国台湾地区“行政罚法”第2条规定:“本法所称其他种类行政罚,指下列裁罚性之不利处分:①限制或禁止行为之处分:限制或停止营业、吊扣证照、命令停工或停止使用、禁止行驶、禁止出入港口、机场或特定场所、禁止制造、贩卖、输出入、禁止申请或其他限制或禁止为一定行为之处分。②剥夺或消灭资格、权利之处分:命令歇业、命令解散、撤销或废止许可或登记、吊销证照、强制拆除或其他剥夺或消灭一定资格或权利之处分。③影响名誉之处分:公布姓名或名称、公布照片或其他相类似之处分。④警告性处分:警告、告诫、记点、记次、讲习、辅导教育或其他相类似之处分。”据此,在我国大陆语境中的“金融监管措施”范围内的限制或停止营业、停止开展新业务、停止部分业务、整顿、命令歇业、命令解散、撤销(行政关闭)、撤销或废止许可或登记、吊销证照、公开谴责、撤销任职资格或从业资格、出具警示函、责令进行业务学习等,在我国台湾地区看来都属于行政罚。结合房冠宝案,责令解除其经理人职务不属于行政罚,但如果是取消其任职资格就属于行政罚了。

总之,在我国大陆语境中的“金融监管措施”在我国台湾地区看来有一部分属于“裁罚性不利处分”,有一部分属于“管制性不利处分”,即部分属于行政罚,部分则不属于行政罚。

## 2. 我国大陆地区关于金融监管措施与行政处罚关系的观点

在唐智勇案中,原被告双方对取消高级管理人员任职资格是否属于行政处罚各执一词。原告方认为“取消金融机构高级管理人员任职资格”属于行政处罚,理由是:其一,《中国人民银行关于对部分商业银行分支行违规办理业务有关责任人员处罚情况的通报》,主题词就有“处罚”二字。其二,中国人民银行条法司编写的《中国人民银行行政执法指南》第69至70页载明,取消金融高级管理人员任职资格属于“金融行政处罚”。其三,“取消金融机构高级管理人员任职资格”属于《金融违法行为处罚办法》设定的行政处罚种类之一。<sup>[24]</sup>当时中国人民银行认为“取消高级管理人员任职资格”不属于行政处罚,理由主要有三:其一,法律法规没有明确规定其为行政处罚。其二,高级管理人员任职资格不属于公民基本权利和民事权利,而是在特殊行业中担任领导职务的资格,取消这一资格是一种职务管理行为,具有内部管理的性质,不符合行政处罚的基本特征。其三,在制定《金融违法行为处罚办法》时,立法原意本来就没有将取消高级管理人员任职资格作为行政处罚,而是作为一个行政管理措施。<sup>[25]</sup>最后,法院采

[23] 黄启祯:“行政处分之废止”,《台湾本土法学杂志》2001年第24期。

[24] 吴雪元,见前注[19],页341。

[25] 参见彭冰:《中国证券法学》(第二版),高等教育出版社2007年版,页420-421。

纳了后一种观点，还专门给下级法院发函以统一裁判口径。<sup>〔26〕</sup>

其实，早在唐智勇案之前，根据我国金融监管部门的规章和有关规范性文件，金融监管措施与行政处罚就存在着一定的“交集”。2001年发布的《中国人民银行行政处罚程序规定》对行政处罚种类的规定基本上遵照了《行政处罚法》。根据该规定第8条、第13条，吊销经营金融业务许可证、责令停业整顿、撤销金融机构的代表等属于行政处罚。显然，它们也属于“金融监管措施”。其实，早在1999年，《中国证券监督管理委员会行政处罚听证办法》第2条就规定“暂停或取消证券、期货从业人员资格”属于行政处罚，但没有明确与此类似的“取消高级管理人员任职资格”是否属于行政处罚。同时，该办法规定的一些“行政处罚”也都可以归入“金融监管措施”之中。<sup>〔27〕</sup>

唐智勇案之后，鉴于该案的教训，2004年发布的《中国银行业监督管理委员会行政处罚办法》第7条明确规定行政处罚的种类包括责令停业整顿和取消董事、高级管理人员任职资格。第27条规定，银监会或其派出机构在作出重大行政处罚决定前，应当在《行政处罚意见告知书》中告知当事人有要求举行听证的权利。而“重大行政处罚”包括取消董事、高级管理人员任职资格5年以上直至终身。在此，取消董事、高级管理人员任职资格被定性为行政处罚，这推翻了国务院法制办公室的前述“复函”，也推翻了中国人民银行以前的看法。

《中国保险监督管理委员会行政处罚程序规定》第2条对行政处罚的种类作出了明确规定，除了《行政处罚法》明确规定的处罚种类外，还包括限制业务范围、责令停止接受新业务、责令停业整顿、吊销业务许可证、撤销外国保险机构驻华代表机构、撤销任职资格、从业资格、吊销资格证书、责令撤换外国保险机构驻华代表机构的首席代表、禁止进入保险业等。显然，它们也属于“金融监管措施”。根据该“规定”第45条，案件审理部门拟作出上述“金融监管措施”的，应当在《行政处罚事先告知书》中一并告知当事人有要求举行听证的权利。可见，保监会对行政处罚种类的扩展超过了其他金融监管机构。

从以上规定可知，中国人民银行、银监会、保监会、证监会（“一行三会”）关于行政处罚种类的规定不尽一致，同样性质的监管措施在此机构看来不属于行政处罚，而在彼机构看来却属于行政处罚；有的行政处罚或措施在此机构看来可以要求举行听证，而在彼机构看来却不可以要求举行听证。它们的监管规则极为不一致（参见下面的表1前9列）。例如，银监会规定，取消董事、高级管理人员任职资格5年以上直至终身的，才可要求举行听证。证监会和保监会则规定，凡取消董事、高级管理人员任职资格的，都可要求举行听证。此外，我国大陆的规定与我国台湾地区相比，也不尽一致（参见表1后两列）。

〔26〕 参见最高人民法院2002年5月29日发布的《最高人民法院关于参照国法函〔2002〕145号精神办理有关金融行政案件的通知》（法函〔2002〕39号）。

〔27〕 该办法第2条规定，证券监管机构对当事人依法作出下述一项或一项以上行政处罚以前，当事人要求举行听证的，应当按照本办法履行听证程序：责令停止发行证券；因重大违法行为取消其证券上市交易资格；责令停业整顿；限制、暂停证券、期货业务许可；取消证券、期货业务许可证；取缔非法从事证券、期货业务的机构和场所；暂停或取消证券、期货从业人员资格等。



表1 某一行为是否属于行政处罚及是否可听证

行为种类	我国大陆								我国台湾地区	
	人民银行		银监会		证监会		保监会		是否 属行政 处罚	是否 可听证
	是否属 行政处罚	是否可 听证	是否属 行政处罚	是否 可听证	是否属 行政处罚	是否 可听证	是否属 行政处罚	是否 可听证		
数额较大的罚款	√	√	√	√	√	√	√	√	√	√
责令停业整顿	√	√	√	√	√	√	√	√	√	√
吊销经营金融 业务许可证/取 消金融业务许 可证	√	√	√	√	√	√	√	√	√	√
限制、暂停相应 金融业务许可	×	×	×	×	×	×	√	√	√	√
限制业务范围	×	×	×	×	√	√	×	×	√	√
撤销外国驻华 金融机构	√	×	×	×	√	√	×	×	√	√
责令撤换外国 保险机构驻华 代表机构的首 席代表	×	×	×	×	√	√	×	×	×	×
责令停止发行 证券	-	-	-	-	-	-	√	√	-	-
因重大违法行 为取消其证券 上市交易资格	-	-	-	-	-	-	√	√	√	√
取缔非法从事 相应金融业务 的机构和场所	×	×	×	×	×	×	√	√	√	√
暂停或取消相 应金融从业人 员资格	×	×	√	√	√	√	√	√	√	√
责令停止接受 新业务	×	×	×	×	√	√	×	×	√	√
市场禁入	×	×	×	×	√	√	×	×	√	√

注:√表示是,×表示否,-表示不适用。

## (二) 金融监管措施与行政强制

金融监管措施与行政处罚既存在交集,又存在不同。那么,金融监管措施中是否有行政强制呢?在我国大陆的法律法规中,虽然没有直接出现“金融监管措施”的用语,但却出现了“金融业审慎监管措施”的用语。我国“官方学理解释”将“金融业审慎监管措施”等同于行政强制。

这一观点值得商榷。《行政强制法》第3条第3款规定:“行政机关采取金融业审慎监管措施、进出境货物强制性技术监控措施,依照有关法律、行政法规的规定执行。”但对于何谓“金融业审慎监管措施”,该法没有给出定义,只能依赖于学理解释。由国务院法制办公室组织编写的《行政强制法教程》认为“金融业审慎监管措施”属于特殊行政强制,这些监管措施“有很强的特殊性,难以适用《行政强制法》对一般行政强制的种类、实施程序的规定”,而是“依照有关法律、行政法规的规定执行”。〔28〕由全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编写的《中华人民共和国行政强制法释义》指出,根据《银行业监督管理法》、《证券法》、《保险法》等规定,在金融机构违反审慎经营规则,行为严重危及该金融机构的稳健,损害客户合法权益时,金融业监督管理机构可依法采取限制分红、限制资产转让、限制股东转让股权、阻止直接责任人员出境和禁止其处分财产权利等审慎监管措施,这些措施性质上属于行政强制措施。这些领域中“法律法规已经较为齐备,排除适用并不会导致滥用权力”。〔29〕与这一观点类似的观点是,有学者将证券执法过程中对责令涉嫌违法者暂停业务或工作的措施称为“即时强制”。〔30〕

的确,有关金融法律法规中规定了行政强制。例如,《银行业监督管理法》第34条第1款第3项规定的对可能被转移、隐匿或者毁损的文件、资料予以封存,以及第41条和第42条所规定的冻结账户,对可能被转移、隐匿、毁损或者伪造的文件、资料予以先行登记保存等,即属于“行政强制措施”。此外,《保险法》和《证券法》也规定了查封、冻结等行政强制措施,例如《证券法》第180条的规定。

不过,行政强制仅仅是金融监管措施中的一部分行为。此外,“即时强制”为学理概念,未为我国《行政强制法》所采纳。〔31〕《行政强制法》将学理上的“即时强制”一部分归入了“行政强制措施”,另一部分则归入了“行政强制执行”。尽管如此,学理上的“即时强制”也为行政强制。

《行政强制法》第2条第2款规定:“行政强制措施,是指行政机关在行政管理过程中,为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形,依法对公民的人身自由实施暂时性限制,或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为。”“暂停业务或工作”针对的既不是“公民的人身自由”,也不是“公民、法人或者其他组织的财物”,因此,难以归

〔28〕 袁曙宏主编:《行政强制法教程》,中国法制出版社2011年版,页13。

〔29〕 信春鹰主编:《中华人民共和国行政强制法释义》,法律出版社2011年版,页17。

〔30〕 参见杨华柏:“证券执法中的即时强制问题”,《金融法苑》2003年第8期。

〔31〕 关于行政强制的概念,我国法学界曾有两种观点:“三行为说”认为,行政强制包括行政强制执行、行政上的即时强制和行政调查中的强制三类行为;“二行为说”认为,行政强制包括行政强制执行和行政强制措施两类行为。尽管法学界对上述两种观点各有赞同者,但考虑到我国目前的法治现状和立法需求,我国行政强制法最终采取了“二行为说”。参见袁曙宏:“我国《行政强制法》的法律地位、价值取向和制度逻辑”,《中国法学》2011年第4期。

入“行政强制措施”中的“即时强制”。同样,限制业务活动、限制业务范围、停止批准新业务、停止批准增设、收购营业性分支机构、限制增设分支机构、限制有关股东行使股东权利、限制董事、监事、高级管理人员的薪酬水平、限制资金运用的形式和比例、限制经营费用规模、限制固定资产购置、限制董事、监事、高级管理人员的权利、限制商业性广告等“限制性的金融监管措施”,针对的也同样既不是“公民的人身自由”,也不是“公民、法人或者其他组织的财物”,难以归入“即时强制”。诸如责令转让保险业务、责令增加资本金、责令保险公司依法提取或者结转各项准备金等“责令性的金融监管措施”,以及诸如限制向董事、监事、高级管理人员支付报酬、提供福利、限制分配红利、限制转让财产或者在财产上设定其他权利等“限制性的金融监管措施”,尽管可以解释为针对的是“公民、法人或者其他组织的财物”,但又不属于“控制”,因此也难以归入“即时强制”。而责令更换董事、监事、高级管理人员、责令调整负责人及有关管理人员等,则一方面因针对的不是“公民的人身自由”或“公民、法人或者其他组织的财物”,另一方面因不属于“限制”或“控制”且不具有暂时性,就更不属于“即时强制”了。

总之,在我国现有的《行政强制法》框架内,绝大部分的金融监管措施都无法归入“即时强制”,除非修改《行政强制法》,扩展“行政强制措施”的定义。且即便修改《行政强制法》,也只能容纳一部分金融监管措施,而诸如监管谈话、冷淡对待、认定不适当人选之类的非即时性、非紧急性、非暂时性金融监管措施更是难以归入扩展后的“即时强制”之中的。

### (三)金融监管措施与行政检查

“行政检查”或“行政调查”系指行政机关为达成行政上之目的,依法律规定对人、处所或物件所为之访视、查询、查察或检验等行为的总称。以实力强制执行之行政调查,实际上已属强制措施之一种,因此行政调查与行政强制有重叠之处。<sup>[32]</sup>

我国并没有专门的行政检查法,但在有关法律法规中却不乏行政检查的规定。例如,我国《税收征收管理法》第4章的标题即为“税务检查”。我国金融法律法规中也有不少有关行政检查的规定。例如,《银行业监督管理法》第33条、第34条规定了银行业监督管理机构进行现场检查和非现场监管时有权采取的具体措施,包括要求银行业金融机构报送相应的报表、报告和资料、进入银行业金融机构进行检查、询问有关工作人员、查阅、复制有关文件、资料,检查电子计算机管理业务数据的系统等,以及第42条规定的询问有关单位或者个人、复制有关财务会计、财产权登记等文件、资料等,即为一种“行政检查”。它们不同于我国《行政强制法》上的“行政强制措施”,更不同于《行政处罚法》上的“行政处罚”。由于《银行业监督管理法》第四章的标题是“监督管理措施”,而第33条、第34条、第42条在该章之下,因此可以认为“监督管理措施”包含行政检查。再如,《保险法》第155条也规定了一些行政检查措施。

### (四)小结

由上分析可知,在行政法的视角下,金融监管措施的一部分属于行政处罚,一部分属于行政强制,一部分属于行政检查,还有的则不属于以上任何一种类型,这就是行政法视角下金融监管措施的法律性质。换言之,金融监管措施并不是行政处罚、行政强制、行政检查等传统行

[32] 吴庚,见前注[20],页287。

政行为之外的一种新的、独立的行政行为类型。金融监管措施在我国行政法中没有独立地位。

“金融监管措施”在我国传统行政法中的性质与地位困惑是在“法律全球化”过程中不同的法律语言系统相互撞击的结果：第一个层面的撞击是我国大陆法系行政法语言系统与英美法系行政法语言系统的撞击。第二个层面的撞击是灵活多变的金融法语言系统与基本定型和格式化的行政法语言系统的撞击。撞击发生后，我们才发现它们彼此难以相容。然而，遗憾的是，人们并没有意识到这一点，而是试图在我国大陆法系行政法的语言系统中为“金融监管措施”找到一个适当的法律语言称谓以揭示其法律性质、安排其法律地位。事实上，这些寻找“巴比塔”的尝试均不成功。

“金融业审慎监管措施”这一称谓是不成功的，因为它不能包含认定不适当人选、冷淡对待等“金融(业)合规监管措施”。而将“审慎监管”做扩大解释的做法也不可取，因为这种扩大解释无异于回到了“金融监管措施”这一称谓，而“金融监管措施”则包含行政处罚和行政强制。更何况，最近国际上又在“微观审慎监管”的基础上发展出“宏观审慎监管”，这使得“金融业审慎监管措施”的外延扩大，内涵更趋复杂。用“即时强制”、“特殊行政强制”等概念也是不可取的，因为诸如监管谈话、冷淡对待、认定不适当人选之类的“金融监管措施”难以归入其中。有人提出了“非行政处罚手段/措施”的概念，但这个概念也值得商榷。其一，有的金融监管措施已经被“三会”列入行政处罚的种类之中。其二，“非行政处罚”的手段或措施很多，行政立法、行政调解、行政契约、行政指导皆属“非行政处罚手段/措施”，但却不是前文所述之“金融监管措施”。

采用我国台湾地区的“管制性不利处分”来称谓金融监管措施也不可取。这是因为，“裁罚性不利处分”与“管制性不利处分”的概念系人为赋予，我国台湾地区的官方观点强制性地将二者并列与区分，并将二者定位为互不交叉。而实际上，管制过程中的不利处分也可以有裁罚性，裁罚性不利处分之中也可以体现管制性。因此，即使是在我国台湾地区，“行政管制”尽管被司法裁判所采用，但也仅仅是学理概念而非立法概念，且难以与行政处罚等并列。至于我国大陆，行政管制的概念与我国台湾地区又有所不同，因此，我国大陆难以借鉴我国台湾地区的做法或称谓。

### 三、金融监管措施与法律正当程序

尽管“金融监管措施”在我国行政法中并不是一个新的、独立的行政行为类型，但毫无疑问，金融监管措施并不是不受任何约束的权力，其适用应具有一定的前提条件，不能由金融监管机构恣意行使，不能“无端专横、反复无常、滥用自由裁量权”。但如前所述，及时矫正行动措施在早期“几乎不受正当法律程序的限制”。那么，金融监管措施能一律排除听证程序的适用吗？唐智勇案关于金融监管措施是否是行政处罚之争，其实质在于该行政行为是否应遵守正当法律程序、是否应履行告知义务或举行听证。

#### (一)域外的理论与实践

在域外程序法的千年法制史上，有两项极为重要的程序原则始终一以贯之，即“一个

人不能做自己案件的法官”和“听取当事人的陈述”。它在英国法中为“自然正义原则”，在美国法中为“正当法律程序”原则，听证程序是其核心。在现代法治社会，程序正义的观念深入人心，并由诉讼法扩展至行政法乃至一切部门法领域。“正是程序决定了法治与任意或反复无常的人治之间的大部分差距。坚定地遵守严格的程序，是我们赖以实现人人法律面前平等享有正义的主要保证。”<sup>[33]</sup>但法律正当程序的涵义很广且存在动态变化。法律正当程序并不是不问时间、地点、情况如何，只能采取正式的听证，而是要求采取适合具体案件的听证形式；是某种形式的听证，而不是固定形式的听证。<sup>[34]</sup>然而，无论是何种形式的听证，都必须包含法律正当程序的核心内容：当事人有得到通知及提出辩护或被听取意见的权利。

现代国家已不再是古典自然法学说中的“夜警国家”、“自由国家”，而是哈贝马斯所说的“福利国家”，甚至是“预防国家”。行政机关的任务更多是面向未来并在面上铺开。某些行政行为“如此高程度的复杂性、情境依赖性和不确定性，以致它无法事先在想像中被充分认识，也无法事后在规范上加以最后确定”。<sup>[35]</sup>为了及时完成行政任务，美国行政机关在实践中发展出“非正式行动”来规避繁琐的程序性要求。但人们很快发现，“非正式的行政行动”的透明度一般较正式的行政行动要低，媒体曝光这些领域的腐败和无能的可能性极小，有效的政治监督是罕见的。<sup>[36]</sup>早在1976年 *Mathews v. Eldridge* 一案中，联邦美国最高法院就发展出是否适用法律正当程序的三个因素的判断标准：第一，受行政行为影响的私人利益；第二，私人利益因被适用的程序错误所剥夺的危险，以及如果采取增加的程序，其所保障的利益所可能带来的收益；第三，政府的利益，包括增加的或可替代的程序可能带来的财政的和行政的负担。<sup>[37]</sup>自此案之后，法院在判断行政机关的程序是否要适用法律正当程序时，一般将上述三个因素作为指导原则。这个原则的主要精神是审慎平衡各方利益，综合比较成本和收益。这暗合了法院判决对当事人的激励应有利于降低社会成本的科斯定理。因此，有的非正式行动要适用法律正当程序，要举行听证，而有的非正式行动则不需要。在1988年 *FDIC v. Mallen* 案中，美国联邦最高法院指出，被中止职务的银行职员享有的继续受雇于银行的财产利益（property interest）“毫无疑问地”受到美国宪法第五修正案法律正当程序的保护。<sup>[38]</sup>“及时矫正措施包含一系列的行为和程序。接受及时矫正措施的存款机构和个人不仅受到一系列的干预措施——从轻微的强制到实质性的‘入侵’，而且还涉及一系列的程序——从简单的、非正式的程

[33] Justice William O. Douglas's Comment in *Joint Anti-Fascist Refugee Comm. v. McGrath*. See *United States Supreme Court Reports (95 Law. Ed. Oct. 1950 Tem)*, The Lawyers Cooperative Publishing Company, 1951, p.858.

[34] 王名扬：《美国行政法（上）》，中国法制出版社1995年版，页410。

[35] （德）哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，三联书店2003年版，页533。

[36] （美）欧内斯特·盖尔霍恩·罗纳德·M.利文：《行政法和行政程序概要》，黄列译，中国社会科学文献出版社1996年版，页99-118。

[37] *Mathews v. Eldridge*, 424 U. S. 319(1976).

[38] *FDIC v. Mallen*, 486 U. S. 230(1988).

序到复杂的、非常正式的程序。”<sup>[39]</sup>1992年,美国对 FDICIA 第 131 条和 FDIA 第 38 条进行了修改,规定当被保险的存款机构 FDIC 确认为不安全、不稳健的机构时,应通知对方并听取其意见。后来,董事和高管作为自然人,其依据宪法第五修正案的正当程序权利又被重申,不过这仅仅是“有限的行政性正当程序听证”的权利。而非自然人的存款机构的程序性权利更加有限。例如,以书面形式采取的及时矫正措施,存款机构只能要求非正式的书面听证,而无权要求口头听证。<sup>[40]</sup>此外,还有一些行为无需听证,例如,监管官员有权自行决定接管银行而无需事先举行听证,签发临时中止令也不需要事先举行听证。

根据我国台湾地区“行政程序法”第 39 条和第 102 条的规定,行政机关作成限制或剥夺人民自由或权利之行政处分前,基于调查事实及证据之必要,得以书面通知处分相对人陈述意见,或决定举行听证,同时应给予该处分相对人陈述意见之机会。但法规另有规定者,从其规定。因此金融监管措施中的“限制或剥夺人民自由或权利之行政处分”,适用告知与听证程序,殆无异议,除非“法规另有规定”。

由此可见,非正式的行政行动、监管措施是否受法律正当程序的限制,不能一概而论。美国联邦最高法院也承认:“正当法律程序是一个因事而宜的灵活的法律程序。”<sup>[41]</sup>在实践中,一部分金融监管措施不适用法律正当程序,总结其原因,主要有二:其一,声誉担忧。基于金融机构声誉机制的重要性,非正式行政行动的私密性更加重要。银行监管者一旦发现银行存在问题和潜在的违法行为,一般都可经双方同意私下解决。这种集中但非正式的管理制度在银行界是可行的,因为银行非常关心公众对其财务可靠性的信任。“如果某一管理机关公开质疑一个银行的财务稳健性,这个银行肯定会失去生意,大概还不得不关门歇业。”<sup>[42]</sup>其二,紧急行动。行政机关为了保护公共利益而必须采取紧急行动时,可以不举行听证却不违反宪法上的法律正当程序。保护公共利益是行政机关的最高职责,必须迅速采取行动,个人的听证权利必须服从公共利益。<sup>[43]</sup>大部分的金融监管措施或及时矫正措施都是在紧急情况下采取的,如不及时采取措施,有可能导致更大的损失。“通常而言,为了尽快地处置问题银行、恢复公众信心、防止风险传递,法律赋予了监管机构广泛地干预问题银行的权力,这些权力有可能超越公司法、合同法或其他法律赋予银行董事会和股东大会经营银行的自主权。”<sup>[44]</sup>只有保证金融监管者们迅速采取行动,才可以保护储户、债权人以及社会公众的利益。因此,某些“非行政处罚”手段不必像行政处罚那样必须经过法定程度才能生效,该措施能迅速地对违规人员课以

[39] Lawrence G. Baxter, “Administrative and Judicial Review of Prompt Corrective Action Decisions by the Federal Banking Regulators”, 7 *The Administrative Law Journal*, 528(1993).

[40] 12 C.F.R. § 308.201(a)(1)(1993).

[41] *Morrissey v. Brewer*, 408 U. S. 471(1972).

[42] 盖尔霍恩等,见前注[36],页 109。

[43] 王名扬,见前注[34],页 390。

[44] 周仲飞:《银行法研究》,上海财经大学出版社 2010 年版,页 342。

处罚,使监管措施立即作用于被监管人,监管思路也能立即引导市场的发展。<sup>[45]</sup>

## (二)部分金融监管措施不适用法律正当程序的弊端

部分金融监管措施不适用法律正当程序,不可避免存在弊端。有的监管措施是秘密的,而不公开则意味着“考虑不充分的政策选择和不公正或任意武断地对待受管理者。”<sup>[46]</sup>尽管这或许有助于“维持公众对银行财务可靠性的信任”,但却不能有效警示其他金融从业者。对违法行为信息的公示能起到传统法律责任所不能起到的功效:一方面能够使获知信息的交易主体用脚投票,放弃与违法者交易;另一方面信息的广泛传播能够普遍降低社会对违法者的评价,从而使该违法者在与他人交易时有障碍,由此使该违法者主动作出合法的行为选择,从而也可以缓解公共机构的执法压力。<sup>[47]</sup>将金融监管措施对外公告,既有利于警示他人,又可接受公众监督。“一旦行政机关变得过于依赖非正式监督,它将不去开发财力和人力资源,而这些都是有效进行正式行动所必不可少的。”<sup>[48]</sup>监管措施出台的仓促可能导致行政机关的不谨慎成为惯性。尽管有事后的行政复议或行政诉讼等环节的监督,但这些监督的效果毕竟是滞后的、有限的,它无法代替在行政过程中通过相对人的参与、互动而实现的“沟通理性”。

我国在十多年前引入金融监管措施之时,由于诸方面的原因,曾一度将其视为不受司法制约的“尚方宝剑”,并对其纠正金融机构及有关责任人不当行为的功能期许过高,从而忽略了其负面影响,尤其是其对经济效率的影响。2006年,一项针对150多个国家和地区银行监管的跨国、综合、定量的实证研究表明,强调官方监管者作用而不强调市场监督、私人执法监督的国家,往往会赋予监管者更大的自由裁量权,但采取这一监管方式的国家倾向于具有:①较低的银行发展水平;②银行贷款过程中更多的腐败。<sup>[49]</sup>这一实证研究支持了银行监管的“监管俘获说”和“政府失灵说”。基于此,更应该从正当程序方面对金融监管措施施加限制。

## (三)我国金融监管措施之完善

权利和规则是可变的,而不是恒定的。唐智勇案已成过去。不断审视规则的妥当性,重新考虑权利配置,是法律在适应社会过程中所应有之品性。

在金融监管措施不适用法律正当程序的两大理由即声誉担忧和紧急行动中,只有紧急行动才是金融监管措施不适用法律正当程序(主要是不举行听证)的原因。除此之外,法律还需要权衡监管措施所涉相对人权益的大小。问题是,权益大小属于主观判断,见仁见智实属正常。为了便利执法,立法时不得不划一界线。因此,对于权益的大小,可在立法时选择一条线,线上的视为大,线下的视为小。此外,美国的实践是,当及时矫正措施针对个人(如董事、高管等)时,其程序性的权利多些;当针对的仅仅是机构时,其程序性的权利少些。这体现了金融法

[45] 参见李小宁:“加大监管力度,促进规范发展——2005年证券期货监管工作系列创新举措解读(上)”,载《上海证券报》2005年1月11日。

[46] 盖尔霍恩等,见前注[36],页109。

[47] 应飞虎、涂永前:“公共规制中的信息工具”,《中国社会科学》2010年第4期。

[48] 盖尔霍恩等,见前注[36],页109。

[49] (美)詹姆士·R.巴茨、杰瑞德·卡普里奥、罗斯·莱文:《反思银行监管》,黄毅、张晓朴译,中国金融出版社2008年版,页256-257。

程序制度的差异化。<sup>[50]</sup>这种做法也颇值借鉴。在同等条件下,我们可对个人的权益赋予比机构权益更大的权重。根据紧急与否、权益大小这两个判断维度,笔者在此权且“自由心证”,将金融监管措施分为以下6类,如表2所示。

表2 金融监管措施的分类

类别	所涉相对人权益的大小	是否具有紧急性	监管措施举例	是否听证
1	微小	√	警告、出具警示函、监管谈话	×
2		×		×
3	小	√	公开谴责、冷淡对待、限制业务活动、限制业务范围、责令暂停部分业务、停止开展新业务、停止部分业务、责令转让保险业务、责令增加资本金、停止批准新业务、停止批准增设、收购营业性分支机构、限制增设分支机构、限制有关股东行使股东权利、限制分配红利、限制向董事、监事、高级管理人员支付报酬、提供福利、限制(董事、监事、高级管理人员的)薪酬水平、限制资金运用的形式和比例、责令保险公司依法提取或者结转各项准备金、限制经营费用规模、限制转让财产或者在财产上设定其他权利、限制固定资产购置、责令更换董事、监事、高级管理人员、责令调整负责人及有关管理人员、限制董事、监事、高级管理人员的权利、限制商业性广告	×
4	中等	×	责令保险公司依法办理再保险、责令拍卖不良资产	√
5	大	√	整顿、接管、托管	×
6	大	×	取消从业资格、取消董事、高级管理人员资格、市场禁入、责令控股股东转让股权、促成机构重组、撤销、申请金融机构破产	√

注:√表示是,×表示否。有的措施,既可在紧急情况下采用,也可在非紧急情况下采用。

第1类措施针对的情况较紧急,且所涉相对人的权益微小;第2类措施针对的情况不紧急,但所涉相对人的权益微小。这两类措施无需听证即可作出。第3类措施所涉相对人的权益小且情况紧急,如举行听证可能造成拖延,因此这类措施也无需听证即可作出。第4类措施针对的情况不紧急,所涉相对人的权益中等,应该赋予相对人要求举行听证的权力。第5类措施所涉相对人的权益大,但情况紧急,如举行听证则可能造成拖延,因此这类措施也无需听证即可作出。第6类措施针对的情况不紧急(如市场禁入、取消高管任职资格等),所涉相对人的权益大,仓促处理的话可能造成较大负面影响,且后果不可挽回(如撤销、申请破产等),或者虽然针对的情况紧急,但在短时间内难以落实(如重组、责令控股股东转让股权等),这些情况下,

[50] 邢会强:“经济法程序的特色与逻辑”,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2013年第4期。



应赋予相对人要求举行听证的权利。

由表2可知,如情况紧急,则排除法律正当程序的适用。所涉相对人的权益微小,也排除法律正当程序的适用。在所涉相对人的权益中等或较大且情况并不紧急的情况下,应适用法律正当程序,给予相对人要求举行听证的权利。

尽管部分金融监管措施无需听证即可作出,“但是这并不意味着,行政机关可以滥用自由裁量权,因为专制的权力是绝不允许存在的”。<sup>[51]</sup>“监管措施不应具有随意性,必须根据均衡性和公平性原则实施所有措施”。<sup>[52]</sup>金融监管措施应符合行政法上的比例原则。欧盟第二银行指令第17条也规定,银行监管机构所采取的处罚与即时矫正措施都必须符合“均衡规则”(proportionality criterion)。

## 四、结 语

金融监管措施在域外法律中不是一种可以与行政处罚、行政强制、行政检查等相并列的独立的行政行为类型。国务院法制办公室的“国法函〔2002〕145号”复函并未出现“金融监管措施”的字眼,该复函仅仅“就事论事”地指出了“由中国人民银行决定在一定期限内直至终身不得在任何金融机构担任高级管理职务或者与职务相当的职务,不属于行政处罚”。这说明,国务院法制办公室也无意将“金融监管措施”作为一个可以与“行政处罚”并列的或相区分的法律概念。

金融监管措施(含金融业审慎监管措施等)可以作为金融法上的概念,但难以作为行政法上的概念。以行政法来解析金融监管措施,需要将其分为不同的行政行为,有的是行政处罚,有的是行政强制,有的是行政检查,有的则很难归入现有的行政行为类型之中,仍停留在未定型化的阶段。“一些新型行政现象难以划归约定俗成的行政行为图式。”<sup>[53]</sup>这不但在金融法中存在,在其他法中也同样存在,例如《税收征收管理法》第72条规定的“停售发票”就是如此。

总而言之,金融监管措施与具体的行政行为类型属于不同的逻辑和话语体系,将金融监管措施与行政法上任何一种定型化的行为类型相提并论的所有尝试都注定是难以成功的。但无论如何,金融监管措施应遵守法律上的正当程序,给予当事人听证的机会,但情况紧急或所涉相对人的权益较小的情形除外。

(责任编辑:邓 峰)

[51] (德)罗尔夫·斯特博:《德国经济行政法》,苏颖霞、陈少康译,中国政法大学出版社1999年版,页275。

[52] (瑞士)艾娃·胡普凯斯:《比较视野下的银行破产法律制度》,季立刚译,法律出版社2006年版,页52。

[53] 郑春燕:“行政任务取向的行政法学变革”,《法学研究》2012年第4期。