

银监会之再定位探析 ——基于行政组织理论的反思¹

杨明勋、李晴

摘要：银监会作为负责银行业监督管理机构，具有高度的独立性和专业性。然而，现有立法将银监会界定为“国务院直属事业单位”，使得银监会被深深打上了级别制和首长负责制等行政化烙印，其独立性和专业性难以实现。本文认为目前学界在现有制度基础上独立性的改良和“第四部门”的设计都无法标本兼治。本文通过借鉴域外行政组织理论，重新改革域内行政组织理论。在此基础上，将银监会重新定位为“行政法人”，欲以此制度化设计实现银监会的独立性和专业性。

关键词：银监会；独立性；专业性；行政组织理论；行政法人

作者：杨明勋，清华大学法学院博士研究生、法学博士候选人资格、香港中文大学访问学者、国立台湾大学法学硕士、国立政治大学法学学士、陈守仁孙学研究中心助理研究员、河南省社会科学院兼职研究员、澳门与海上丝绸之路特约研究员、台湾劳动智库委员。主要研究领域是中国宪法、孙中山宪法理论、两岸关系、台湾宪政发展。邮箱：yangmx17@mails.tsinghua.edu.cn；李晴，南京大学法学院助理研究员、清华大学法学博士、南京师范大学法学硕士、北京航空航天大学法学学士。主要研究领域为两岸行政法比较、警察法、人权法、德国公法。

1 国家社会科学基金重大项目“中国宪法学文献整理与研究”（编号：17ZDA125）、国家社科基特别委托项目“中国特色社会主义国家监察制度研究”（17@ZH020）。

Title: Analysis of CBRC's Relocation - on the Basis of Introspection on Theories of Bureaucracy

Abstract: As a banking supervision and management agency, the CBRC possess a high degree of independence and professionalism. However, the current legislation defines the CBRC as a "public institution directly under the State Council", which leaves the CBRC with deep bureaucratic traits such as rigid hierarchy and a top-down system of governance, and undermining its independence and professionalism. This article believes that the current improvement of the academia's independence base on existing system and the "Fourth Department" design should not be symptomatic and permanent. Drawing on the theory of extra-territorial administrative organization and reforming the theory of intra-regional administrative organization, this paper will argue that for the CBRC to be repositioned as an "administrative legal person", and by so doing institutionalize the independence and professionalism of the CBRC.

Keywords: CBRC, independence, professionalism, administrative organization theory, administrative legal person

Authors: Mansion, Yang, is a candidate D. Phil. in Law (Law School of Tsinghua University), Master of laws (National Taiwan University), LL.B. (National Chengchi University). He currently holds a Visiting Scholar at The Chinese University of Hong Kong; the assistant research fellow in Dr. Sun Yat Sen Research Center; the adjunct research fellow in Henan Academy of Social Sciences; the contract research fellow in Macao Maritime Silk Road Studies Centre; the invited researcher in Hong Kong City Think Tank; the senior adviser in Taiwan Labor Think Tank. His research interests are: Chinese constitution, Dr. Sun Yat-Sen's constitutional theory, the relationship between the both sides of the Taiwan Strait and constitutional change and political development in Taiwan. Email: yangmx17@mails.tsinghua.edu.cn.com; Li Qing, is the assistant research fellow in the Law School of Nanjing University; D. Phil. in Law (Law School of Tsinghua University), Master of laws (Nanjing Normal University), LL.B. (Beihang University). Her research interests are: comparison of administrative law across the Taiwan Strait, police law, human rights law, Germany public law. Email: liqinglaw@hotmail.com

一、介绍：银监会的法律地位与不足

法律地位是指法律主体享有权利和承担义务的资格。笔者将从银监会的法律性质和法定职权来界定银监会的法律地位，并以此逻辑起点，判断银监会的特有属性，反思现有法律地位的不足。

（一）银监会的法律性质和法定职权

1. 银监会的法律性质

中国银行业监督管理委员会，简称银监会，是负责银行业监督管理的机构。银监会与保监会、证监会并称为中国三大专业监管机构。2003年《国务院机构改革方案》²提出设立银监会，银监会国务院直属的正部级事业单位。随后，2003年《国务院关于机构设置的通知》明确将银监会设定为国务院直属事业单位。根据该界定，银监会的法律性质具有以下几层含义：第一，银监会是事业单位，而非行政机关；第二，银监会由国务院直属，银监会不受部委制度的限制，而由国务院的直接领导；第三，银监会虽非部委，但享有正部级的权威。

2. 银监会的法定职权

2003年《国务院机构改革方案》中提出，银监会将根据授权，统一监督管理银行、资产管理公司、信托投资公司及其他存款类金融机构，行使拟定有关银行业监管的政策法规，负责市场准入和运行监督，依法查处违法违规行为等职责。2003年制定并于2006年修改的《中华人民共和国银行业监督管理法》（以下简称《银行业监管法》）对银监会的职权进行了明确规定。该法第2条第1款规定“国务院银行业监督管理机构负责对全国银行业金融机构及其业务活动监督管理的工作。”根据该法，银监会的监管对象包括中华人民共和国境内设立的商业银行、城市信用合作社、农村信用合作社等吸收公众存款的金融机构以及政策性银行，中华人民共和国境内设立的金融资产管理公司、信托投资公司、财务公司、

2 2003年《国务院机构改革方案》于2003年3月10日经第十届全国人民代表大会第一次会议通过。

金融租赁公司以及经国务院银行业监督管理机构批准设立的其他金融机构，经银监会依法批准在境外设立的金融机构。根据该法，银监会具有多重性质的职权。第一类规则制定权，即依照法律、行政法规制定并发布对银行业金融机构及其业务活动监督管理的规章、规则；依照法律、行政法规规定制定银行业金融机构的审慎经营规则（包括风险管理、内部控制、资本充足率、资产质量、损失准备金、风险集中、关联交易、资产流动性等内容）；制定现场检查程序，规范现场检查行为。第二类审查权，即依照法律、行政法规规定的条件和程序，审查批准银行业金融机构的设立、变更、终止以及业务范围；对银行业金融机构设立或变更时股东的资金来源、财务状况、资本补充能力和诚信状况进行审查；对银行业金融机构业务范围内的业务品种进行审查批准或备案；对银行业金融机构的董事和高级管理人员实行任职资格管理。第三类检查权，即对银行业金融机构后的业务活动及其风险状况进行现场检查；对银行金融机构实行并表监督管理。第四类指导权，即建立银行业金融机构监督管理评级体系和风险预警机制，根据银行业金融机构的评级情况和风险状况，确定对其现场检查的频率、范围和需要采取的其他措施；对银行业自律组织的活动进行指导和监督。第五类，突发事件处置权，即建立银行业突发事件的发现报告岗位责任制度；会同中国人民银行、国务院财政部门等有关部门建立银行业突发事件处置制度。

（二）银监会现有法律地位的反思

1. 银监会的独立性和专业性

国家权力机关法律地位的设计往往根据国家权力机关的职权。根据孟德斯鸠三权分立的思想，国家权力分为立法权、行政权和司法权。立法权为人民意志的体现，因此立法权应当由人民或者人民的代议制机关行使；行政权执行法律，因此行政权往往由立法机关产生的行政机关行使；司法权主要用于惩罚犯罪或裁决私人讼争，裁判的正当性要求司法权一定的独立性，因此司法权往往独立产生或者独立行使。银行业金融机构涉及银行业相关规则的制定，银行相关状况的审查和银行风险规避制度的建立，既涉及立法，又涉及执法，还是涉及裁断，因此有必要赋予银监会独立性。

银监会的监督管理也具有高度的专业性。一是监管对象的专业性，即银监会监管对象涉及银行业金融机构商业银行、城市信用合作社、农村信用合作社等吸收公众存款的金融机构以及政策性银行，中华人民共和国境内设立的金融资产管理公司、信托投资公司、财务公司、金融租赁公司等极具专业性的金融机构。二是监管方式的专业性，即银监会依照法律、行政法规规定制定银行业金融机构的风险管理、内部控制、资本充足率、资产质量、损失准备金、风险集中、关联交易、资产流动性等方面的审慎规则；审查银行业金融机构的资金来源、财务状况、资本补充能力和诚信状况以及业务品种、业务范围；建立银行业金融机构监督管理评级体系和风险预警机制；建立银行业突发事件的发现报告岗位责任制度和银行业突发事件处置制度。因此，银监会必须具备组织的专业性、程序的专业性、决策的专业性和救济的专业性。组织的专业性要求组织人员具有相应的专业素质。程序组织的专业性是实现程序的专业性、决策的专业性和救济的专业性的基本前提。决策的专业性则要求具有专业素质的人依据银行业规则独立进行裁断。救济的专业性要求救济主体、救济程序和救济规则的专业性。

综上，独立性和专业性是保障银监会得以有效实施其银行业金融机构监督管理权的必要条件。

2. 银监会现有法律地位与银监会独立性和专业性的冲突

银监会作为“事业单位”与银监会的独立性和专业性有所冲突。根据2011年发布的《中共中央、国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》，事业单位是经济社会发展中提供公益服务的主要载体。按照社会功能，现有事业单位划分为承担行政职能、从事生产经营活动和从事公益服务三个类别。对于承担行政职能的，逐步将其行政职能划归行政机构或转为行政机构；对从事生产经营活动的，逐步将其转化为企业；对从事公益服务的，继续将其保留在事业单位序列、强化其公益属性。银监会行使的银行业的监管职能，属于行政职能，因此银监会属于承担行政职能的事业单位。根据该指导意见，作为承担行政职能的事业单位，银监会应当被逐步转化为行政机构。行政机构的首长负责制和集中负责制，无疑将严重影响到银监会的独立性和专业性。因此，银监会“事业单位”的定位有待改进。

银监会作为“国务院直属的事业单位”与银监会的独立性和专业性也有所冲突。所谓“国务院直属”是指不受国务院其他部委的干涉，由国务院直接领导。在一定程度上，国务院直属机构具有一定的独立性，但是其履职独立性、人事独立性、财务独立性都会受到国务院相关部门的影响，进而影响专业判断。因此将银监会定位为“国务院直属的事业单位”有待斟酌。

银监会作为“正部级的国务院直属事业单位”与银监会的独立性和专业性也存在冲突。正部级是行政级别划分中的一种，级别越高，权威越大。最初，将银监会设为正部级，是为了赋予银监会较大的权威。但是在实践中，行政级别化更易导致领导的“拍脑门”决定，从而导致机构的决策的专业性和独立性大大降低。因此将银监会定位为“正部级的国务院直属事业单位”存在疑问。

综上，银监会独立性的职权要求和行政化的法律地位存在龃龉。银监会独立性的存在是出于经济社会发展的需要，大势所趋。而银监会行政化的法律地位却是人为。因此，有必要重新设定银监会的法律地位，以符合银监会独立性的要求。

二、文献综述：学理中银监会再定位的路径选择

目前，学界对于银监会的法律地位也提出了质疑，同时提出了两种不同的改革方案。一种是延续银监会事业单位性质，加强独立性；另一种将银监会定位为第四部门。

（一）“独立性”的加强

周仲飞教授强调银行监管机构的独立性，但是并未试图重新定位银监会，而是通过建立银行监管机构独立性的法律保障机制来保障银价监管机构。第一，建立履职独立性保障机制，设定法定的监管目标，法定的监管地位和法定的监管职权。第二，建立人事独立性保障机制，完善任职与免职的适用条件和适用程序，制定多元化的任命程序，减少利益冲突。第三，建立财务独立性保障机制，赋予银监会独立的预算权，防止政府和被监管机构通过资金供给削弱监管机构的独立性。第四，建立监管责任豁免机制，在符合法定要件的情况下，免除监管机构和监管人员在从事监管活动中所发生的

侵权赔偿责任。³

（二）“第四部门”的定位

古典分权学说，建立在传统自由放任理念下，行政权的范围非常有限，政府不能直接乃至间接干预市场主体的私人行为。陈云良教授认为必须超越古典分权学说，接受政府管理市场这种新职能对传统权力体系的解构，承认在立法 / 行政 / 司法之外出现了第四种权力机构的事实。政府管理市场的权力具体包括市场规制权，宏观调控权和公共投资管理权，这三种权力统称为国家调节权，行使这三种权力的机构统称为国家调制机构。银行监管属于市场规制权的范畴。银行监管部门可以归为国家经济调制机构。

陈云良教授提出两个具有可操作性的方案：第一，对行政单位进行进一步分类改革，将国家调制机构独立成为一类，作为“独立的调制机构”或“相对独立的调制机构”；第二，在事业单位改革完成后，进一步改革，把国家调制机构从行政体系中完全独立出来。⁴

笔者认为，如果仍然将银监会作为事业单位，仅仅构建银监会独立性的法律保障机制，只是治标不治本之策，现实中仍然难免政府对银监会的干预，因此并不能彻底地保障银监会独立于政府。而“第四部门”的建立，无疑是在几百年甚至几千年以来的权力分立理论彻底打破，打破和重构的进程都将是艰难而漫长的，对于迫在眉睫的银监会独立性需求，只是远水救不了近火。因此，无论是在现有事业单位体制下的独立性改革，还是第四部门的权力分立理论的革命，都无法真正实现银监会的独立性

三、理论框架与分析：银监会再定位 ——国外行政组织理论的借鉴

“它山之石，可以攻玉”。笔者认为银监会的定位须将其置于整个行政组织体系中。目前中国的行政组织体系混乱不堪，踌躇不

3 参见周仲飞：《银行监管机构独立性的法律保障机制》，《法学研究》，2008年第1期，第40-50页。

4 参照陈云良、陈婷：《银监会法律性质研究》，《法律科学（西北政法大学学报）》，2012年第1期，第74-83页。

前，错位纷乱，因此需要借助域外先进理论和立法，反思域内现有立法的不足。在重新梳理和阐释域内行政组织理论和立法之后，再定位银监会，将水到渠成。

（一）域外行政组织理论的内涵和外延

1. 德国公法人理论

在德国学者毛雷尔教授看来，公法人主要包括团体，公法基金会和公法设施。团体是指“通过国家主权行为设立，具有权利能力，以社员形式组织起来的公法组织，在国家的监督下执行公共任务”，即为社员形式的公法组织。公法基金会是指“由投资人为实现特定目的而投资（资金或者财物）成立的、具有权利能力的行政组织，关键是为造福特定种类的人而交付的大量财产”，即为资产形式的公法组织。公法设施是指“一种客观上与人员类似的物质手段为公共行政主体所掌握并用于实现特定的公共目的”，即为人与物相配合的公法组织。此外，毛雷尔教授也将国家（包括联邦和州）也纳入公法人的范围之内。⁵

2. 日本公共团体理论

在日本学者南博方教授看来，行政主体是行政权的归属者，包括国家或公共团体。公共团体是指“出于国家并由国家规定其存在目的的法人”。公共团体分为地方公共团体，公共组合和行政法人。地方公共团体是指“直接依据宪法享有自治权、独立于国家的地域性统治团体”。公共组合是指“由一定组合成员组成的公共性社团法人”，与社员形式的公法组织或者德国的团体有一定的相似性。行政法人是指“由国家或地方公共团体出资等设立的法人，具有公共财团法人的性质”，并列举了国营公司、公团、公库、金库、基金、事业团等，业务内容涉及交通事业的经营，住宅建设、城市整治、道路建设等大规模公共事业的实施和金融、债务保证及资金开发等。⁶南博方教授罗列的地方公共团体与公共组合的范畴

5 参见【德】哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，北京：法律出版社，2000年版，第572、577、581页。

6 参见【日】南博方：《日本行政法》，杨建顺译，北京：中国人民大学出版社，1988年版，第13-14页。

与毛雷尔教授罗列的团体的范畴大体相当。而南博方教授罗列的行政法人的范畴与毛雷尔教授罗列的公法基金会和公法设施的范畴大体相当。但是南博方教授主张的“公共团体”的概念不包含国家，相对于毛雷尔教授主张的“公法人”概念范畴较小。

3. 台湾行政主体理论

台湾学者陈敏教授看来，公法人包括国家和其他公法人，前者为国家法人，原始之行政主体，后者为衍生之行政主体。其他公法人包括公法社团、公法财团、行政法人和公营造物。公法社团，又称公法团体，是指“国家所创设，由成员构成，具有权利能力，但不受成员变动影响之高权行政主体”，公法社团包括地域团体、身份团体和联合团体。公法财团，是指“为达成特定之公共目的，以公法之财产捐助行为所设立，具有权利能力之公法上财团法人”。行政法人，在“中央行政机关组织基准法”第37条有规定，“为执行特定公共事务，于国家及地方自治团体以外，得设具公法性质之行政法人，其设立、组织、营运、职能、监督、人员适用……等，应另以法律定之”，“行政法人法”第2条第1项明文规定，“本法所称行政法人，指国家及地方自治团体以外，由中央目的事业主管机关，为执行特定公共任务，依法律设立之公法人”，第2条第2项规定“前项特定事务须符合下列规定：一、具有专业需求或须强化成本效益及经营效能者。二、不适合由政府机关推动，亦不宜交由民间办理者。三、所涉公权力行使程度较低者。”公营造物是指“行政主体为持续达成特定之公目的，集合人及物之手段，在公法上所设置之行政机构。”⁷陈敏教授所主张的公法人与德国毛雷尔教授主张的公法人的内涵和外延大致相同。但是陈敏教授提出“行政法人”并没有呈现在毛雷尔教授的观点中。

4. 法国公务法人理论

由于第一手资料的缺失，对于法国的行政主体及相关概念的理解，只得援引王名扬教授《法国行政法》中对于法国行政主体的描述。在法国，法律承认的行政主体包括国家、地方团体和公务法人。国家的概念并不陌生，故不赘述。地方团体是指“在法律规定

7 参见陈敏：《行政法总论》，2011年版，第972、978、980、981、996页。

的范围内，对地方性的行政职务也具有决定权力，并负担由此而产生的权利、义务和责任”的行政主体。国家和地方团体是以地域为基础的行政主体，具有广泛的行政职能。公务法人是指“法律规定某种公务脱离一般行政组织，具有独立的管理机构和法律人格，能够享权利、负义务”的公务组织。公务法人的特点是其管理机构具有一定的独立性。⁸王名扬教授所描述的法国的“公务法人”的外延是相对广的，其可能包含上文中提到的社员形式的公法人、资产形式的公法人和人与物相配合的公法人，但相对来说，法国的公务法人又十分强调独立性。

（二）域内行政组织的现状与不足

中国立法中的行政组织主要包含行政机关和法律法规授权的组织。行政机关的范围包括中央行政机关和地方行政机关。中央行政机关包括国务院和国务院各部委。地方行政机关包括地方人民政府和地方人民政府工作部门。因此行政机关的内涵外延与毛雷尔教授、南博方教授和陈敏教授提及的“国家”，法国的“国家”和“地方团体”内涵外延大体一致。而法律法规授权的组织则与毛雷尔教授和陈敏教授提及的“其他公法人”，南博方教授提及的“公共团体”，法国行政法中的“公务法人”范围大体一致。中国行政法中法律法规授权的组织有两种：一是授权行政机构，二是授权非政府组织⁹。对于行政机构，主要是内设机构和派出机构。内设机构管理整个行政区域内被授权的事项，主要包括司、处、科、室；派出机构是对管辖的区域进行细分后派出的机构，主要包括派出所、工商所和税务所。对于非授权政府组织，主要包括企业、事业单位、社会团体和基层群众自治组织。这里的企业主要是国有企业，其并不以营利为唯一目的或者主要目的，组织和职能具有明显的行政化色彩；事业单位，是指没有生产收入，经费由国家开支，不实行经济核算，提供非物质生产和劳务服务的社会组织，主要包括科学、教育、文化、卫生和体育等部门和单位。根据《关于分类推进事业单位改革的指导意见》现有的事业单位包括承担行政职能

8 参见王名扬：《法国行政法》，北京：北京大学出版社，2007年版，第32、100页。

9 王锴：《行政组织法上若干概念之辨析》，载《河南省政法管理干部学院学报》，2010年第4期，第31页。

的事业单位、从事生产经营活动的事业单位和从事公益服务的事业单位。社会团体是指由公民或单位自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织。社会团体包括公法性质的社会团体和私法性质的社会团体，公法性质的社会团体包括公法社团和公法财团。基层群众自治组织主要是指村委会和居委会。

相较于域外，域内行政组织理论和立法浅薄且混乱。一方面，行政机关涉及范围极广，而所涉内容错综复杂，行政机关内部缺乏明确的界限，行政相对人更难以清晰界定行政机关的职能。另一方面，法律法规授权的组织范围广泛，相互之间难免交叉，企业与从事生产经营活动的事业单位难以区分，社会团体与从事公益服务的事业单位难以识别，承担行政职能的事业单位与行政机关关系暧昧。因此有必要对域内行政组织理论和立法进行反省和改革。

（三）域内行政组织改革路径：域外行政组织理论的引入

无论是德国、日本、台湾还是法国，其行政组织理论具有以下特点：第一，将公权力组织严格区分为国家公权力组织和非国家公权力组织，如此可以明确国家公权力和社会公权力的界限；第二，将国家和地方明确作为权利能力的承担者，便于相对人对于职权的识别；第三，将非国家公权力组织（公务法人）进行合理划分，大多划分为公法社团（团体、公共组合）、公法财团（公法基金会）和公营造物，公法社团是以社员为核心的公法组织，公法财团是以资产为核心的公法组织，公营造物是以人与物相结合提供公共服务的公法组织；第四，强调非国家公权力组织的独立性。

纵观域外行政组织理论的特点，反思上文提到的域内行政组织理论和立法的不足，可以发现域外行政组织理论的引入正好可以弥补域内行政组织理论的不足。因此，笔者认为有必要及时引入域外行政组织理论，对中国内行政组织立法加以改革。第一，以行政主体概念作为最大概念范畴，用来指称行政权的归属者。第二，将行政主体划分为公法人和经授权的私法人。第三，将公法人划分为国家公法人和非国家公法人。第四，将国家公法人划分为中央人民政府和地方人民政府，中央人民政府即国务院，地方人民政府即省、市、县、乡镇人民政府。第五，赋予非国家公法人独立性，将非国家公法人主要划分为公法社团、公法财团、公营造物。公法社团即

以社员为核心而组成的，管理特定地区或者特定领域的，享有权利能力的公法组织，如妇女联合会、红十字会等；公法财团即以资产为核心，通过公法捐助行为形成，为特定群体提供资助的，享有权利能力的公法组织，如道路交通事故社会救助基金、扶贫基金、法律援助基金、灾难救助基金；公营造物即由人与物配合而形成的，为社会提供公共服务的，享有权利能力的公法组织，如中国铁路总公司。此外，还可以借鉴台湾地区的经验，设立行政法人，负责监管高度专业性和高度独立性的领域。第六，取消事业单位。第七，在公法人组织中设置必要的机关，用于具体的运行，但无需享有独立的权利能力。具体如图 1：

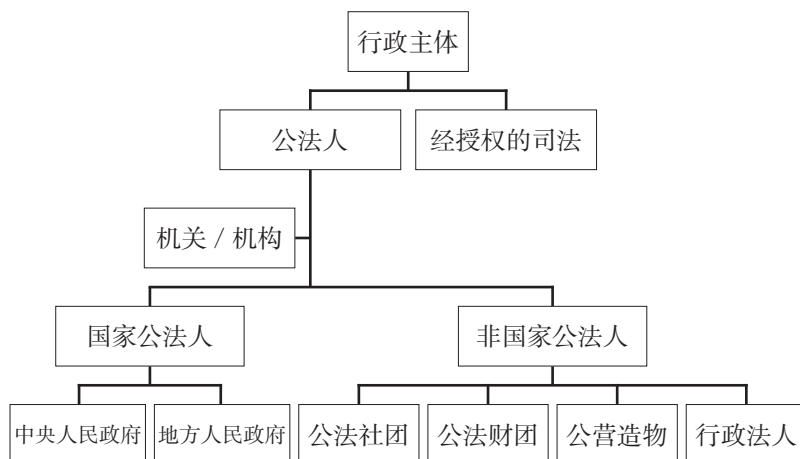


图 1：改革示意图

四、结论：银监会再定位

社会公权力的快速发展，国家公权力的日益衰微，是市场经济发展的必然。然而，如若理论与立法难以伴随历史的车轮而发展，则将成为历史的绊脚石。随着公权力的分散，中国政府简政放权，社会自治范围不断扩大，社会公权力组织蓬勃发展。然而，立法与理论对该现象并没有及时响应，更没有积极引导。银监会法律地位的争议并是该问题的冰山一角。通过借鉴域外行政组织理论，厘清

行政组织现状，我们可以对银监会的法律地位轻松作出回答。由于银监会的高度专业性和高度独立性的诉求，笔者认为正好符合“行政法人”的特点。因此，笔者认为应当在中国进行行政组织理论改革的基础上，将银监会界定为行政法人。只有通过引入与目前中国社会权力配置相适应的公法人理论和行政法人等概念，才能从根本上改变银监会法律地位目前的窘境。

参考文献

1. 陈敏：《行政法总论》，台北：新学林出版股份有限公司，2011年。
2. 陈云良、陈婷：《银监会法律性质研究》，《法律科学（西北政法大学学报）》，2012年第1期。
3. 【德】哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，北京：法律出版社，2000年。
4. 【日】南博方：《日本行政法》，杨建顺译，北京：中国人民大学出版社，1988年。
5. 王锴：《行政组织法上若干概念之辨析》，载《河南省政法管理干部学院学报》，2010年第4期。
6. 王名扬：《法国行政法》，北京：北京大学出版社，2007年。
7. 周仲飞：《银行监管机构独立性的法律保障机制》，《法学研究》，2008年第1期。