

金融行业协会自律的政策定位与制度因应

——基于金融中心建设的考量

●曹兴权*

【内容摘要】 金融中心建设应关注金融行业协会自律对于优化制度环境的积极意义。应理性对待金融市场自律的公权化现象,坚持朝行业协会倾斜的原则在国家与行业协会之间分配金融市场监管权。应遵循组织机理与政策机理相区分的逻辑,完善金融监管法对行业协会法律地位的界定。主管机关对协会自律的监管应遵从双向互动合作型关系,尊重协会的市场自律活动,以确保金融行业协会自律向自治本质的回归。应利用地方立法机制,基于对不同类型协会采取不同政策的区分逻辑,推动发展法定型协会之外的区域性、次级专业性的市场型行业协会、创新金融领域的行业协会,促成开展有效市场自律活动。

【关键词】 金融中心 金融监管 市场自律 地方立法 金融行业协会

一、问题的提出

商业环境是金融中心竞争力的决定性指标,而监管的效率和水平是商业环境指标中的重要构成因素,因此应当将监管环境的优化作为建设国际金融中心的一个重要政策出发点。^[1]北京、上海、深圳等地诸多金融发展规划专门规定监管法治的建设目标和任务,《上海市推进国际金融中心建设条例》也以“金融风险防范与法治环境建设”的专章规定监管法律制度。法律金融理论的代表人物 La Porta、Lopez-de-Silanes、Shleifer 和 Vishny 提出,以司法监管为中心的普通法系比大陆法系能更有效地保护投资者,是具有普通法系传统的国家拥有发达资本市场的重要原因。^[2]虽然我们难以认同普通法系传统比大陆法系传统更加优越的论断,但不得不重视该理论背后的一个隐喻,不同制度之间具有功能替代的效果,如果能够找到具有灵活性和有效性优势的其他替代性监管机制,即使司法和行政监管水平尚未那般如意,金融中心监管环境可能也具有竞争性。属于自治组织的行业协会具有倡导集体行动的目标导向,诸如劝说政府制定有利于本行业的政策、制定对整个利益集团有约束力的行为规则及行业标准。^[3]开展行业自律是行业协会的内在职能,相较于国家监管,行业自律具有专业性、信息充分性、及时性和内在性

* 作者单位:西南政法大学。本文系国家社科基金项目《商事法制实践对商事习惯的回应机制研究》(项目编号:10BFX085)的研究成果。

[1] IFCD 和 GFCI 指数是目前关于金融中心评价的两个代表性评价体系。虽然要素和权重并不相同,但这两个指数都包括监管因子并强调包括监管在内的环境因素的重要性。参见蔡真:《国际金融中心评价方法论研究:以 IFCD 和 GFCI 指数为例》,《金融评论》2015 年第 5 期;王伟、王金杰、马宝鹏:《GFCI 指数与我国四个金融中心的排名分析》,《经济研究参考》2009 年第 46 期。

[2] 参见张建伟:《法律、投资者保护与金融发展——兼论中国证券法变革》,《当代法学》2005 年第 5 期。

[3] 参见张婕、徐林清:《商会治理与市场经济——经济转型期中国产业中间组织研究》,经济科学出版社 2010 年版,第 34 页、第 39 页。

的特征,正是在功能上有效替代国家监管的一种机制。从某种意义上讲,金融市场越发达,金融行业协会的数量就越多。如何推进金融行业协会建设、提高其自律监管水平,对于各地金融中心建设的意义自不待言。《上海市推进国际金融中心建设条例》甚至不惜拔高金融行业协会的价值,将其作为金融市场体系建设的内容对待,要求市政府及其有关部门支持金融行业协会发挥规范、协调、服务、自律等作用。

我国金融市场中存在很多肩负行业特殊使命的行业协会,并且在市场自律方面已经开展了大量工作,对于规范金融市场服务行为、维护市场公平竞争起到了积极作用,中国基金业协会在私募基金市场对基金管理人及基金的备案登记即是典型例证。但是,金融行业协会自律还存在诸多局限,比如,虽然定位于自律的各类金融行业协会已经很多,但并未开展有效的自律活动,金融市场的自律秩序也没有得以形成。影响金融行业协会发挥自律职能的因素有很多,如金融监管中行业自律与国家监管之间关系的定位是否合理、协会自身的治理是否完善、自律机制本身是否有效以及文化环境是否匹配等。故此,本文基于行业自律之于金融中心建设中具有重大意义的社会共识以及行业协会改革与市场信用治理中强调行业协会介入的政策契机,聚焦行业自律与国家监管之间关系的政策定位问题,考察我国在国家与行业协会之间分配金融市场监管权的政策立场,并在此基础上从法律如何表达行业协会自律属性、如何确保金融行业协会的自律坚守自治本质、如何推动设立行业协会等方面为金融中心城市发展金融行业自律机制提出具体建议。

二、金融行业协会自律的政策定位

(一)金融行业自律管理中的公权化现象

有学者提出,我国证券业自律管理出现“公权化”的趋势,并且认为这是证券业自律管理不足的症结所在。^[4]其实,行业协会自律监管的公权化趋势还可能存在另外一种貌相,如在英国和美国,金融监管就出现了弱化自律监管、强化国家监管的现象。

英国对金融市场的监管长期采取金融机构自律管理为主、英格兰银行监管为辅的体制,伦敦金融市场主要由行业自律被认为是英国金融市场监管体制的显著特征。但是,自1970年之后发生的一系列银行危机事件迫使政府改变了这一切。1985年引入非政府组织属性的证券投资委员会(Securities and Investments Board,以下简称SIB),并将分担交易所监管职能的法定监管权赋予其上,由此直接动摇了英国金融市场金融业自律管理体制。1986年的《金融服务法》在交易所之外单独成立证券协会(The Securities Association,以下简称TSA),交易所和TSA各自享有法定的自律监管职权,进一步限制了伦敦金融城特别是交易所的自治性自律。1997年成立金融服务局(Financial Service Authority,以下简称FSA),进一步加强了政府对金融市场的国家监管。2000年出台的《金融市场与服务法》在统一金融业监管标准的基础上进一步以立法方式明确规定了FSA的监管职权、责任与义务。FSA这种独立的非政府组织代表政府对金融市场行使全面监管职责,与此同时交易所等机构的自律管理较此前被显著地弱化。

单就美国证券市场的监管而言,弱化行业自律、强化行政监管的趋势由来已久。在1934年美国证监会(SEC)的成立本身即意味着国家强制对此前证券市场监管主要依靠交易所自律的监管机制的某种取代。1975年修订后的《证券交易法》授权SEC获得监督管理各类交易所以及美国证券商协会(NASD)的更多权力。2002年再次修改的《证券交易法》进一步扩大了SEC对证券行业自律组织的监管权限。2007年成立的金融业管理局(Financial Industry Regulatory Agency,以下简称FINRA)承担了原本由纽约证券交易所和NASD承担的对其会员和相关人员的管理功能。当然,这背后存在交易所公司制改革后交易所自律与投资者保护之间利益冲突的担忧,毕竟公司制的交易所在开展自律时可能因经济利益追

[4] 参见楼晓:《证券业自律管理“公权化”研究》,武汉大学2013年博士学位论文。

求而让步。在交易所公司化后,的确有必要整合证券业的自律管理体制。虽然将 FINRA 定位为行使自律管理职能的非政府的、非营利性组织,但法律同时明确规定了 SEC 对其享有严格的监管权。此种以弱化组织自主性为显著特征的监管改革也引发了社会对 FINRA 行业自律管理主体属性的质疑。^[5]美国金融监管体制改革中对行业自律的弱化,在《多德—弗兰克法案》中体现得最为显著,作为一部堪与罗斯福新政比肩的金融改革法案,该法根本没有涉及金融市场危机中自律监管的作用。^[6]

(二)对自律监管公权化现象的反思

虽然各国金融监管体制的选择将受到政治、经济、文化等多种因素的影响,但在经济全球化特别是金融中心必须面临国际化发展任务的当下,我国的改革不得不考虑国外的发展动态。因此,在定位金融行业协会自律机制时,我们必须理性地对待国外那些自律监管中的公权化现象,特定金融市场的监管者及金融中心城市的建设者更应如此。

1. 弱化或者抛弃金融市场自律监管并非理性。不可否认,金融市场自律监管存在利益冲突的缺陷。2008 年国际金融危机后,公众开始反思弱化管制的金融改革,加强政府对金融市场行为的管制自然就成为基本选择,^[7]这背后是金融机构贪婪逐利的“劣迹”对金融服务业公众形象造成的极端负面影响。当社会大众戴着有色眼镜来看待银行等金融机构时,他们认为让金融业自我监管简直是冒天下之大不韪。^[8]不可否认,金融市场自律也可能是失败的。有美国学者对 2008 年至 2013 年 FINRA 针对证券投行开展的自律制裁进行了实证考察,发现自律监管未能有效地减少市场不当行为,自律成本显超收益。^[9]

但是,直接以这些理由去减弱甚至抛弃行业自律的做法并非合理。其实,对复杂的、专业的金融市场进行有效监管,行业自律具有无法比拟之优势。首先,信息优势。市场主体直接介入监管时要比政府更加充分、及时地了解市场信息。其次,尽可能地避免监管套利。提高市场信用、有效保护弱者并降低系统风险等监管目的的实现最终依赖于金融市场服务者监管标准及规范的遵守行为,而毋论此种遵守是基于自觉的还是基于被强制。在日益全球化和复杂化的金融市场面前,若单凭政府一己之力发号施令,其结果必然是监管套利。只有让整个行业都积极参与到监管中来,才可能一劳永逸。^[10]就监管成本与效益而言,自觉的遵守要比被强制的遵守的优势明显得多。最后,监管范围的全面性。金融监管包括基于交易公平维护的市场行为监管以及基于系统风险防范的审慎监管。立法、行政及司法监管均能涉及市场行为监管,但司法监管对审慎监管是无能为力的。不过,包括行业协会自律在内的自律机制对这两个方面均能涵盖,基于这些内在优势,市场自律监管是解决金融市场问题的一项长期有效的解决方案,彻底否定将行业自律作为管理手段,便是扼杀了一项有效的长期解决方案。^[11]因此,对待金融市场自律的理性做法是,正视其价值而予以保留,正视其不足而努力完善机制。^[12]

2. 弱化市场自律并不等于弱化行业协会自律。金融市场的自律有多种形式。一是交易所自律。英国伦敦证券交易所、美国纽约证券交易所以及券商协会交易系统的自律监管活动,在两国金融市场中发挥了重要监管作用,甚至可以认为是对国家监管的有效替代。有学者在研究英国司法机构及自律对投资者保护的作用后认为,就投资者保护的目标而言,虽然司法制度提供了稳定而诚实的争端解决方式,但该机制在 20 世纪前期大多数时候并没有发挥多大的作用;良好的自律监管体制发挥的作用才是显著

[5] 同前注[4],楼晓文,第78~79页。

[6] 参见[美]索勒·欧玛洛娃:《华尔街命运共同体:金融业自律之路》,宾国澍编译,《金融市场研究》2013年第6期。

[7] See Saule T. Omarova, Rethinking the Future of Self-regulation in the Financial Industry, 35 Brooklyn Journal of International Law 665 (2010).

[8] 同前注[6],索勒·欧玛洛娃文。

[9] See Andrew F. Tuch, The Self-Regulation of Investment Bankers, 83 George Washington Law Review 101 (2014).

[10] 同前注[6],索勒·欧玛洛娃文。

[11] 同上注。

[12] 同前注[9], Andrew F. Tuch 文。

的。^[13]二是授权自律组织开展的自律。英国先后出现的 SIB、TSA、FSA 以及美国的 FINRA,均为由政府根据特别法律设置并且履行法定市场自律监管职责的非政府机构。三是成员自治组织的自律。在英国和美国,由金融市场服务者自愿组成的组织大量存在,这些自治组织开展了广泛的自律管理活动。

英国和美国金融监管改革中对自律的弱化主要针对前两种,特别是针对交易所的自律。在英国, SIB 于 1985 年直接分享了交易所监管职能;在美国, SEC 于 1975 年和 2002 年获得监督管理各类交易所以及证券行业自律组织的监管权限,2007 年成立的 FINRA 直接取代纽约证券交易所和 NASD 对其会员和相关人员的管理功能。即便如此,这些法定授权自律组织的运行及自律活动也受到政府监管机构的密切监控。由于成员自治组织的自律未受影响,在英国和美国出现的金融市场自律监管的弱化并不代表对行业协会自律的弱化。北京、上海及深圳等金融中心城市均有很多包括证券交易所在内的各类交易市场,金融发展政策及相应的地方立法也应妥善处理好交易所自律与行业协会自律的关系,既不宜过度强调交易所或其他交易市场的自律,同时又应理性对待国家逐步加强的对交易所或交易市场的自律监管,不能因此而在地方层面以主管机关加强协会监管之名削弱金融行业协会的自律监管。

(三)中国的政策选择

国外所谓自律监管中公权化现象实质上是在国家与行业协会之间分配监管权时的政策选择,而中国金融市场自律监管中的公权化现象实质上是必须矫正的政策及法律执行偏差问题。我国特别是金融中心应当解决自律监管由名人实的问题,而理性认识自律监管公权化现象的不足是有效执行金融市场自律政策和制度的理念支撑。为了有效地推进金融行业自律,我们可以利用立法机制特别是金融中心的地方立法机制去关注和细化监管权的分配。当然,需要考察市场历史、商业文化、法律体制、公共利益观、公司形式、政治体制、国际化等多种因素。综合考量各种因素,中国的分配监管应适当地向行业协会倾斜,在某些特殊领域或者特殊地方甚至坚持行业协会监管优先原则,以强化甚至突出金融行业协会自律监管在金融市场信用治理中的特殊补充与替代作用。

1. 遵从中国金融监管体制的现实。关于行业自律的法律经济分析研究表明,当执行机制带有不确定性时,自律监管是有效的,采取国家强制监管的非效率性要超过采取自律监管的非效率性。^[14]在国家监管不能有效执行的场合,我们不得不认真地对待弱化自律的现象。因为执法效率本身是影响制度移植的重要因素,^[15]也是金融市场发展的一个重要变量。^[16]金融监管机关的监管效率不佳、司法机制不健全是我国不可避免的现实问题,但行业协会的行业自律既可有效替代司法监管,也能够有效替代行政监管。

特别是在互联网金融等创新性金融领域,行业协会自律的必要性更加突出。一方面,这些创新金融高度复杂与专业,国家特别是中央不便监管;另一方面,地方特别是金融中心城市是创新金融发展的推动者,因无权要求国家金融监管部门在地方的下派机构介入管理,理应承担起监管职责的地方政府内部金融管理部门却无力进行有效监管。中国人民银行联合其他中央九部委于 2015 年发布的《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》将加强互联网金融行业自律作为促进互联网金融健康发展的一大举措,要求组建中国互联网金融协会,通过制订经营管理规则和行业标准、明确自律惩戒机制以提高行业规则和标准的约束力等方式,充分发挥行业自律机制的积极作用。中国银监会会同工业和信息化部、公安部、

[13] See Brian R. Cheffins, Does Law Matter: The Separation of Ownership and Control in the United Kingdom, 30 Journal of Legal Studies 459(2001).

[14] See Peter Grajzl & Peter Murrell, Allocating Law-Making Powers: Self-Regulation vs. Government Regulation, 35 Journal of Comparative Economics 520(2007).

[15] See Daniel Berkowitz, Katharina Pistor & Jean-Francois Richard, Economic Development, Legality, and the Transplant Effect, 47 European Economic Review 165(2002).

[16] See Katharina Pistor, Martin Raiser & Stanislaw Gelfer, Law and Finance in Transition Economies, 8 The Economics of Transition 325(2000).

国家互联网信息办公室于2016年发布的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》明确要求中国互联网金融协会成立网络借贷专业委员会开展网络借贷行业自律管理。在推进金融中心建设的过程中,上海和深圳都将创新金融、互联网金融作为发力点,也都关注这些特殊领域行业协会自律机制的建设。比如,上海市政府在2014年发布的《关于促进互联网金融产业健康发展若干意见通知》中就强调,要支持开展行业自律与第三方监测评估,通过支持建立互联网金融行业协会、联盟,制定自律公约、行业标准来加强对会员企业及其从业人员的职业道德和职业纪律约束。

上海市强化金融行业自律的改革已经获得中央政策的支持。《进一步推进中国(上海)自由贸易试验区金融开放创新试点加快上海国际金融中心建设方案》的第37条规定,支持国家金融管理部门研究探索将部分贴近市场、便利产品创新的监管职能下放至在沪金融监管机构和金融市场组织机构。基于《上海市推进国际金融中心建设条例》将金融行业协会界定为市场组织的基础,金融行业协会获得了通过自律深度介入创新金融监管的职权。只要再通过其他地方立法文件予以明确,上海金融中心各类金融行业协会开展自律的空间将得到极大拓展。

2. 回应金融中心建设的国际化目标。市场化与国际化是金融中心评价的两个重要目标。在金融中心建设的国际化层面,行业自律的优势更加明显,它可以超然于某些利益冲突,有能够基于真实的全球化目标去监督和规范市场的能力,而不考虑什么国家边界和司法边界。^[17]深圳市人民政府金融发展服务办公室发布的《深圳市金融业“十三五”规划(前期规划稿)》明确提出,在私募金融领域要借鉴成熟市场国家监管经验,强化自律组织监管职能,通过行业协会等自律组织进行有效适度监管,以便建立基于不发生系统性金融风险原则之上的私募金融领域创新鼓励机制。

3. 契合强化行业协会介入信用治理的政策。在金融中心监管环境建设中,北京、上海与深圳的地方立法和地方政策在配置金融市场监管权时应强化特殊行业协会的自律。当然,其他地方的金融市场信用治理机制建设也应如此。其实,该种改革也高度契合中央关于创新社会治理体制的基本政策。党的十八届三中全会决议提出,创新社会治理体制,重点培育和优先发展行业协会商会类、科技类、公益慈善类、城乡社区服务类社会组织,激发社会组织活力;党的十八届四中全会决议提出推进多层次、多领域依法治理。依此,应当“发挥社会规范在社会治理中的积极作用”“发挥人民团体和社会组织在法治社会建设中的积极作用。”^[18]

三、金融行业协会地位的法律表达

(一)对现行金融法表达的初步梳理

对金融行业协会的法律地位,我国《证券法》《证券投资基金法》《保险法》对其的规定大致包括三方面:其一,授权行业协会实施自律性管理的政策定位;^[19]其二,界定行业协会的私法属性;^[20]其三,金融机构加入协会的原则,即证券公司、基金管理人、基金托管人、保险公司加入各自领域行业协会采强制原则,基金服务机构加入基金行业协会采自愿原则。

这些金融监管法在界定各自行业协会时的立场高度一致,即认为行业协会既是社会团体法人也是自律性组织,且是法定的自律组织,行业经营者必须加入。

(二)组织机理与政策机理相区分的逻辑

考察《证券法》和《证券投资基金法》,我们可以发现,立法者特别强调协会的自律功能,以至于“实行自律性管理”“自律组织”“履行自律职责”等术语在同一个法律中反复出现。

[17] 同前注[7], Saule T. Omarova 文。

[18] 汪永清:《推进多层次多领域依法治理》,《人民日报》2014年12月11日第7版。

[19] 参见《证券法》第8条、《证券投资基金法》第10条之规定。

[20] 参见《证券法》第174条、《证券投资基金法》第108条、《保险法》第182条之规定。

从相关术语看,“自律”的文本含义事实上以功能的政策定位与组织的性质定位两种面貌出现。立法和章程中同时出现了“社会团体法人”及“自律性组织”两个术语。在处理协会的自律属性时,我们的出发点是组织属性还是政策属性?行业协会到底是自治组织,还是自律组织?自治组织与自律性组织的关系是什么?为什么立法和协会章程均明确强调“自律性组织”的表达?此种表达是否符合逻辑?是否会对协会运行带来某种影响?如何看待这种影响?对于这些疑问,或许值得深究。

行业协会是一种社会组织,自治权是其运行与治理的本质要求。将行业协会界定为社会团体法人时,其自治组织属性是应有之义。《证券法》和《证券投资基金法》在总则中强调其自律的政策功能,在分则中顺应其自律的政策定位而将自律继续推演于法律属性的界定上。特定的政策功能关怀影响了法律属性关怀,不言自明的“自治组织”被法律明文界定成为“自律组织”。事实上,从语义逻辑和社会常识看,自治与自律虽然存在交集但也有明显区别。“自治的层次高于自律,适用范围比自律广。但是,自律也有其特定的适用范围,并不能完全被自治所取代。”^[21]自治主要是针对协会内部的组织治理,相较于外在强制、政府管制而存在;自律主要是针对具体职能,强调协会自身对规则的自我选择和自我执行,相较于服务职能而存在。

金融行业协会由金融监管法律明文规定、明文定性、明文授权的背后是金融市场监管体制改革的政策考量。党的十六届三中全会在《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》中指出:“要完善行政执法、行业自律、舆论监督、群众参与相结合的市场监管体系。”为此,立法明确表达行政监管与协会自律监管的二元监管体制,以彰显出必引进自律监管功能的政策立场。本来,总则规定已经实现了政策目标,即便分则不再通过“自律性组织”的表述来继续强化政策色彩,该类组织获得自律职权的正当性也不受影响。

对行业协会履行自律职能的政策性期待完全可以通过界定职责等方式来理性表达,无需依赖于法律属性的路径。选择法律属性的路径来再次强调该政策定性,不仅完全没有必要,而且反会带来其他的不利影响:第一,可能混淆自治与自律,将自治等同于自律,在一个宽泛的意义上理解自律、使用自律。如此一来,可能将那些本身属于自治组织的功能理解为自律功能,而自律功能内在特征反而被弱化甚至被忽略。比如,有些金融行业协会在总结工作成绩时突出自律职能之外的服务、协调职能等,并且将服务、协调职能作为自律成就来大力宣扬。第二,表达逻辑的混乱。同一术语在一个法律文件中呈现出两个不同含义,本身就是不严谨的。第三,导致行业主管机关过度监管行业协会自律。自律需要被行业主管机关监管,但这种监管应当主要被限制在协会真正的自律活动上,因为其他职能履行的社会负面效应相对较少。自律与自治的混淆导致主管机关很容易将基于纯粹自律的监管拓展到其他职能之上。

对行业协会的表达涉及多个法律。民法典要界定行业协会非营利性、社团法人的民事主体地位,社团法将关注行业协会的社会团体属性和组织的自治性治理,金融监管法对行业协会的关注点在于市场监管权在行业协会与国家之间的配置政策。金融监管法基于监管权的分配政策去表达行业协会时应当遵从民法典及社团法的规定。因此,在界定协会地位时有必要坚持功能政策机理与组织属性机理相区分的逻辑,将自治组织与实行自律的组织区分开来,避免误用“自律”。

四、金融行业协会自律的自治性回归

行业协会属于社会团体法人,是独立的民事主体,有权按照自治原则依法独立运行,开展自律管理和其他活动。当然,行业协会开展的自律监管可能产生社会负面效应,国家应当对其进行必要的监管。无论是《证券法》《证券投资基金法》还是各类金融行业协会章程,都明确规定了针对金融行业协会的双重监管机制,协会必须接受金融监管机关和民政管理机关的双重管理。我国金融行业协会自律监管中

[21] 同前注[3],张婕、徐林清书,第39页。

的公权化现象,指向金融监管机关的过度监管问题,与按市场化原则规范和发展的各类行业协会、商会等自律性组织的社会政策相背离。为破解金融行业协会自律监管从文本规定到实践秩序的难题,尚须理顺自律活动中监管机关监督与协会自治之间的关系,确保协会自律向自治性本质的回归。

(一) 监管机关与行业协会的双向互动合作模式

如何合理界定金融行业主管机关对协会自律的监督与管理是实践中的一个难题。以保险行业协会的运行为例来加以说明。我国《保险法》并没有明确界定保险行业协会与保监会的法律关系,2004年保监会《关于加强保险行业协会建设的指导意见》指出,“保监会根据国务院授权,归口管理在中华人民共和国境内注册并开展活动的保险行业协会。中国保监会授权各派出机构,对所辖区域内的地方性保险行业协会进行归口管理。”“中国保监会及其派出机构应依法对保险行业协会进行管理、指导和监督。”“各级保险行业协会要自觉接受保监会及其派出机构的监督管理。”2007年保监会《关于加强保险业社团组织建设的指导意见》继续强调了该立场。即便如此,问题依然存在。如何理解保监会与保险行业协会之间的管理与被管理、指导与被指导以及监督与被监督之间的关系?保险行业协会是否要配合保险监管部门去采取自律行动?或者说,保险行业协会对市场行为的监管都是为了配合保险监管部门而采取的?保监会是否有权要求甚至命令保险行业协会从事某些活动?《中国保险行业协会章程》关于“配合保险监管部门督促会员自律”以及“受政府有关部门委托,依据有关法律法规和保险业发展情况,组织制定行业的质量标准、技术规范、服务标准和行规行约”的表述是否合理?

按市场化逻辑,无论法律有无明确规定,该行业主管机关的指导和监管都必须尊重协会的独立社团法人地位。同时,行业主管机关的监督管理应少于指导,即使主管机关对协会自律活动进行监督,也应根据既有标准以及章程的规定展开。所以,监督与指导主要体现为标准的制定和章程的批准以及根据标准及章程开展的检查督促活动。行业主管机关也无权要求协会配合甚至命令协会开展某些活动,否则市场自律监管将构成观念上的压制,危及协会的独立性。在发出此类要求或者命令时,行业主管机关在潜意识里实际上或把行业协会作为帮助政府“管理”企业的机构,或把行业协会直接、单纯地理解成“政府的助手”。^[22]

虽然有必要“对行业协会实施有别于一般商协会和一般社团组织的管理”,似乎宜采“政府主导型”的关系模式,^[23]以便加强对行业协会的监管,但是金融行业协会的市场行为自律监管职责是基于其特定社会团体法人地位由法律直接赋予的,而非监管机关赋予。就此事实,将金融市场主管机关相对于行业协会的“主管单位”地位修改为“业务指导单位”也不是没有可能。^[24]就此而言,行业协会与金融监管机关之间应当是“双向互动的合作型关系”^[25]。金融监管机关应当尊重协会的独立地位及其独立的社会权利,^[26]协会也应当凭借其独立地位充分地开展市场自律活动。当然,该理论推论如果能够上升为法律明文规定,那么协会独立、自主开展市场自律的效果可能会更好。

(二) 金融监管机关对行业协会自律活动的尊重

1. 尊重金融行业协会针对市场行为的自律。“伴随着中国金融改革与开放的纵深推进,政府驱动型行业自律管理制度,必然向以市场惩罚为核心运作机制的内生性自律管理制度演变。”^[27]政府应该主动

[22] 杭州市委党校、杭州市体改委、杭州市民政局联合调研组:《行业协会发展面临的主要问题和政策建议》,http://www.chinanpo.gov.cn/1835/16631/yjzlkindex.html,2016年6月28日访问。

[23] 商务部研究院课题组:《我国流通领域同业商协会改革方向及建议》,http://www.chinanpo.gov.cn/1835/17652/nextindex.html,2016年6月28日访问。

[24] 2012年,广东推出《关于进一步培育发展和规范管理社会组织的方案》,提出了创新社会组织管理体制机制的一系列重大改革措施。根据该方案,将社会组织的业务主管单位改为业务指导单位。

[25] 王娟娟:《民间组织与政府的关系之五说》,http://theory.people.com.cn/GB/49150/49152/4123090.html,2015年6月22日访问。

[26] 参见郭道晖:《论社会权力——社会体制改革的核心》,《中国政法大学学报》2008年第3期。

[27] 李华民:《监管不完备性、国家信誉淡出与自律管理——一个不成熟市场视野中的中国银行业自律管理制度变迁》,《陕西师范大学学报(哲学社会科学版)》2007年第6期。

催化这种替代进程,让政府监管为自律管理腾挪空间。金融监管机关不仅要尊重协会的独立法律地位,而且应当在监管领域有所分工,特别是在微观市场秩序监管方面应当尽量避免,把空间留给行业协会。该问题是评论行政监管机构与行业协会关系的一个好素材。以保险市场为例,发布针对保险经营活动的各类准则、行为守则、指引、标准等文件,属于微观经营行为的监管,理应由保险行业协会负责,但恰恰是保监会做得多而保险行业协会做得少。保监会热衷于具体经营行为的监管,导致保险行业协会难以发挥监管具体经营行为的优势,只能示弱,转而出台针对保监会文件的实施细则以及自律公约、倡议书等。在未来,应当扭转此种分工模式,让保险行业协会发挥在监管上的专业性与及时性优势,在市场行为指引、行业共识培育、市场理性行为惯例促成等方面体现充分的存在感。当然,这并非要求保监会完全退出对微观经营行为的监管,而是建议将其体现在宏观要求、委托授权以及事后监督与问责上。

2. 尊重金融行业协会的市场习惯培育活动。习惯虽然是自发生成,但这并不意味着在社会主体博弈的过程中不能加入适当诱导。在特定当事人之间的习惯向社会性习惯演变的过程中,往往涉及到对习惯的价值判断以及对个体行为模式的外在约束问题。如果约束或者诱导来自行为人的同行,其内在的抵制将大大降低。因此应当将金融自律监管作为培育市场习惯的一种重要路径,甚至是最为重要的一种路径。

软法是行业促成习惯产生的重要机制。“当一项合理的法令在实施中被证明是适合的并且有益于人民时,对它的性质和处理便得到一致认同,然后,就会周而复始地运用它并付之实践,如此频繁重复多次使用这项法令,它便成为一种习惯,而它很久以来便持续不断地存在,从而获得法律的效力。”^[28]为此,监管机关应当对习惯以及尚未形成习惯的自律规则予以充分尊重,自己发布的监管措施或其他软法应当充分反映金融市场习惯以及自律规则的内容和精神。

五、金融中心发展金融行业协会自律组织的区分策略

目前,金融中心城市重视行业协会自律的政策已经初步形成。比如上海,除上文所列法律文件外,《上海国际金融中心建设“十一五”规划》和《“十二五”时期上海国际金融中心建设规划》均强调行业协会自律,其中,“十一五”专项规划将发挥金融同业协会自律作用作为完善上海国际金融中心建设的推进机制对待,“十二五”专项规划明确将发挥同业公会、协会等行业自律组织的作用作为完善金融监管组织的建设任务对待。上海市政府2014年发布的《关于本市进一步促进资本市场健康发展实施意见》再次强调要充分发挥本市证券、期货、基金、股权投资、上市公司等行业协会和金融业联合会的资本市场行业自律作用。金融中心城市对金融行业协会自律倚重政策的落实,除通过地方立法确认行业协会在金融市场监管体制中的地位、理顺地方金融监管对行业协会的指导和监督机制外,更为实在的措施应是在法律允许的范围内推进组建本区域的各类金融行业协会。北京市《“十二五”时期金融业发展规划》明确提出,支持各类金融行业自律组织在京设立和发展的建设任务;《深圳市金融业“十三五”规划(前期规划稿)》也明确提出了推动加快行业自律组织建设的战略。基于此,我们建议,在推动发展金融行业协会自律组织时金融中心城市宜采取下列区分策略。

(一)法定型与市场型行业协会的区分策略

我国金融市场中已经有很多行业协会,包括冠以“中国”名头的中国证券业协会、中国保险行业协会、中国投资基金业协会、中国银行业协会、中国信托业协会、中国期货业协会、中国互联网金融协会、中国银行间市场交易商协会,也包括上海保险同业公会、上海银行同业公会、上海证券同业公会、上海期货同业公会、上海基金业协会、上海担保行业协会、上海典当协会、北京保险中介行业协会等各类区域性、专业性的金融行业协会,这些协会事实上可分为法定型协会和市场型行业协会两类。

[28] [英]爱德华·帕尔默·汤普森:《共有的习惯》,王加丰译,上海人民出版社2002年版,第100页。

《证券法》《证券投资基金法》明文规定设立并且授权协会开展自律管理,中国证券业协会、中国证券投资基金业协会据此成为开展全国市场行业自律的法定组织。《保险法》在总则中虽无此类授权,但在附则中明文规定保险行业协会为自律组织,中国保险业协会事实上成为履行全国保险市场自律职责的法定组织。虽然《商业银行法》《信托法》《期货法》没有明文规定行业协会及协会自律,但中国银行业协会、中国信托业协会、中国期货业协会经由主管机关的特别授权而分别成为各自行业市场自律的法定组织。中国互联网金融协会、中国银行间市场交易商协会等全国性金融行业协会在某种程度上也属于法定型组织,但因地位并非基于法律或行政法规的授权而获得,它们的法定性属性要弱得多。

市场型行业协会事实上又包括三类:其一,可能成为法定型全国性行业协会会员的同领域各地区区域性协会。现行社团管理体制禁止全国性行业协会在各地设置分会,各地设置各类领域行业协会是区别于全国性协会的独立民事主体。从常识角度看,履行自律职责的法定型行业组织不可能有多家。在某领域法定型组织已经存在的情况下,将这些各地的同领域区域性协会归属为纯粹市场型协会较为合理。^[29]其二,可能成为法定型全国性行业协会会员的行业内部次级业类协会。这些协会也是独立的民事主体,应归属为市场型协会,如保险经纪人协会、保险公估人协会、保险代理人协会等保险专业次级领域的协会。当然,如果直接被国家有关法律文件赋予自律职责,也可能成为法定型行业协会,比如,直接由《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》规定而设置的中国互联网金融协会网络借贷专业委员会,如果该委员会不是中国互联网金融协会的内部机构而是独立民事主体,则可能因为该法律文件的规定而成为法定型协会。其三,在不存在某一特定金融领域全国性行业协会的场合,各地根据需要在该领域设置的区域性的或者专业性的各类金融行业协会。这些市场型行业协会并非根据法律的授权设立,开展自律的基础不在于法律要求而是市场竞争法则。由于市场型行业协会存在的目的并不一定在于自律,各自的职能定位可能存在偏差,比如,同样是区域性行业协会,自律管理被上海市互联网金融行业协会作为重要职责,而上海市长宁区互联网金融协会根本不予提及。

在金融市场统一监管的体制中,金融中心城市难以实质影响法定型自律组织的设立和运行,但在促进市场型自律组织的设立和发展上存在很大的政策操作空间。因此,金融中心城市可以推进成立当地的区域金融行业协会,特别是次级专业领域的区域行业协会以及特殊金融行业的行业协会。上海在此方面已经开展了多项工作,以金融、证券、保险、信托、期货、银行、保理、担保、典当、投资、股权投资、支付、租赁、理财等与金融有关的关键词,在上海社会组织网检索出的金融类行业协会有近30家,其中市级的有近20家。不过,现有协会不仅数量偏少,而且在行业领域、次级地域或功能区域分布上也存在结构失衡,与金融中心的法治化环境还不匹配。在陆家嘴等金融机构高度集中的地区,次级区域性金融行业协会以及金融各行业的次级专业领域行业协会的数量就更少。上海市的市、区县两级以及市内各功能区块通过政策特别是地方立法推进组建和发展市场型金融行业协会的空间还相当大。金融行业协会的自律通常关注金融业具体经营行为监管,审慎监管方面事实上也需要顾及,比如,在开展跨境金融业务的审慎管理要求方面,中国银行上海分行等9家上海地区的银行率先尝试制定《跨境金融服务展业三原则同业规范实施机制》,建立同业协调与自律机制,该尝试曾被作为金融监管创新的典型案例被推广。^[30]此类审慎监管的现实需求也呼唤特殊的行业协会。同时,金融中心城市内部的金融机构聚集区也可以借鉴伦敦金融城的经验,考虑设立实施区域整体自律监管的功能区金融业自治组织。上海陆家嘴管委会正在尝试成立上海陆家嘴金融城发展局,推行“业界共治+法定机构”为基础的公共治理架构,

[29] 本文的分类借鉴了其他学者的观点。有学者认为,法定型协会开展的自治属于监管式的自治,而市场型协会开展的属于行业准则主导式的自治(同前注[3],张婕、徐林清书,第224~225页)。有学者认为,行业协会的自治可分为授权式行业自治与自发式行业自治(参见鲁篱:《行业协会经济自治权研究》,法律出版社2003年版,第111页)。不过,本文不赞同将分类对象界定为自治。自治就是自治,无监管式与行业规则主导式之分,也无授权型与自发式之别,授权与自发的区分逻辑不在于组织属性而在于自律功能的政策属性。有区别的是自律活动而非自治,以自治为基础的分类有混淆自治与自律的内在缺陷。

[30] 参见唐玮婕:《上海加速提升金融中心“含金量”》,《文汇报》2016年6月12日第1版。

若进一步前行,设立相关协会或社会组织也未尝不可。同样,北京的金融街、深圳的前海也都可以尝试此类改革。

(二)传统领域与创新领域的区分策略

银行、保险、证券、信托、期货是对金融业的传统分类,监管措施主要针对金融法明确提及的银行、保险公司及保险中介公司、证券公司、信托公司、期货公司等传统金融机构。除这些金融法提及的金融机构外,在各地还存在大量其他金融机构及相关服务机构,比如担保公司、财务公司、小额贷款公司、典当行、资金合作社、网络金融中介平台等。相对而言,这些其他类型的金融机构所从事的业务带有一定程度的创新性。当然,传统金融与创新金融并不是对金融领域进行的严格逻辑区分。目前,法定型行业协会的自律针对的金融机构基本上集中在银行、保险公司及保险中介公司、证券公司、信托公司、期货公司等传统金融领域,很少涉及甚至不涉及创新领域。

金融中心的竞争力既体现在银行、保险公司及保险中介公司、证券公司、信托公司、期货公司等传统的或者正式化程度高的金融服务机构及其行业协会上,也体现在其他金融行业协会或者商会等自治机构上。正是在此意义上,上海、北京、深圳一度曾将金融行业协会作为金融市场组织体系的组成要素看待。最为重要的是,就金融监管对行业协会自律的内在需求看,创新领域远远高于传统领域,因此,在金融中心所在地发展金融行业协会,可在传统金融之外的其他金融领域寻找空间,针对这些特殊金融活动涉及的交易行为治理和系统风险防范的问题设立专业的金融行业协会。北京、上海、深圳等金融中心建设城市对各类金融行业协会自律的支持也多集中在创新金融领域。例如,北京为发展债券市场,在《“十二五”时期金融业发展规划》中特别强调“为债券市场中介服务机构和行业自律组织发展做好服务”。上海为发展互联网金融、融资租赁金融、支付清算金融业务,通过相关的地方法律文件不同程度地提出要建立和发展上海互联网金融协会、上海融资租赁业协会、上海市清算协会。深圳为发展担保和民营金融业务,在金融业规划中明确提出建立担保行业协会,加快行业自律组织建设。

六、结语

因具有明显的信息优势、专业优势和内生优势,金融行业协会自律在很大程度上具有对国家强制监管的补充甚至替代的功能。在行政监管执法效率不理想、司法机制的健全性有待提升的地域,行业协会自律具有特殊价值,而我国关于中央和地方在金融监管体制中的特殊分工又强化了这一特殊价值。金融中心应重视金融行业协会自律对于优化制度环境的积极意义,并将其作为提高竞争力的一个重要方面。需要注意的是,政策与法律文本意义上对金融市场行业协会自律的重视并不一定能带来有效的自律秩序。在我国,金融行业协会自律在实践中已经出现了一些悖论,如未能理性定位自律与国家监管的关系,消弭了自律;未能理性界定协会自治与主管机关监督的关系,消弭了自治。针对这些现象,本文基于金融中心建设及社会治理改革的政策契机,从我国金融中心法制环境现状出发,着重从国家与行业协会之间关系的角度探讨了金融市场监管权如何在国家与行业协会之间进行分配、如何基于组织机理与政策机理相区分的逻辑在法律上理性地表达金融行业协会地位、如何处理行业协会自律中行业监管机关的监督等问题,并提出了金融中心基于区分策略发展行业协会的建议。但是,行业自律真正成为国家监管的功能性替代机制,从而真正转为金融中心制度环境的亮点,尚有诸多难题亟待破解。本文探讨的四个具体问题中,第一与第四直接涉及金融中心监管法治建设中对行业自律的策略选择,第二与第三个问题关涉金融中心金融监管中自律机制有效运行的一般性前提,期望这些初步思考能够引发社会对金融中心建设中行业自律机制的系统性研究。

(特约编辑:季奎明)