

# 推进金融创新需从立法和改进审批制度入手

□夏斌

近几年来，我国各类金融机构的产品创新空前活跃,包括资产类、负债类以及中间业务等创新活动层出不穷。概括近几年的金融创新,主要有以下若干重大特征:金融创新已全方位展开;政府主导创新让位于市场主导创新;市场创新以突破利率管制与分业管制为主;追求盈利的创新多,防范风险的创新少;负债类等创新活动较多,资产类创新较少;大部分金融创新仍需严格的审批。可以说,开展金融创新工作还存在认识、法律和行政许可三方面的障碍。我们建议,从统筹抓好金融立法的系统工程和尽快改善目前金融创新的审批制度两方面入手,积极推动金融创新,推进金融事业健康稳定发展。

## 进一步开展金融创新的障碍

第一,认识障碍:要辩证看待创新与风险的关系

创新确实是一把双刃剑,组织得好,能防范风险,组织不好,会导致新的金融风险。如果金融监管和风险管理制度跟不上,创新本身确实会带来一定的风险。但如果因此而不创新,也难以进一步改善整个金融体系的安全运行与效率。因为金融创新并不仅仅是金融机构单纯规避制度监管的新的金融行为。一项有利于金融事业健康发展的金融创新,可以有利于金融机构市场份额的扩大和利润的提高,可以有利于金融机构进一步的稳健、安全运行。所以,可以说金融创新不仅直接关系到单个金融机构的盈利与安全,同时也直接关系到进一步提高我国金融资源有效配置的问题。

更为重要的是,金融创新组织得好,会大大有利于有效防范金融风险。因为,一方面金融创新并不局限于产品创新,同样包括一系列的制度创新,如有关提高资本充足等的制度创新,本身就能提高金融机构承受与化解风险的能力;另一方面,通过金融创新发展了金融业,为解决已有的问题与危机提供了时间、空间与实力。同时,有相当部分的金融产品与工具的创新,本身就是为了分散、转移与防范风险而产生的,如各种保险品种、各种金融衍生工具等。有一部分金融创新引入了新技术和业务方式,本身也是有助于管理各种经营与市场风险,从而最终降低了市场价格波动性,降低了金融机构所承受的风险。

因此现在的关键问题不是要不要创新,而是要研究如何创新,如何控制好创新中可能产生的风险。为此,对待金融创新的正确态度应该是:一方面,对于一切在当前极易引发大规模金融风险的新业务行为和一切尚未建立风险控制措施的新业务行为,要予以坚决制止。另一方面,对于一切有利于增强金融机构盈利能力但稍有风险,只要措施得当,风险能得到控制的新业务行为,要予以坚决支持;

## 进一步开展金融创新的障碍

据一份调查报告显示,导致独立董事辞职的第一原因是规避风险和怕影响声誉,另一重要原因则是认为独董的责权利不一致。这一方面说明独董制度在我国已经基本确立,另一方面也表明独董在履行职务过程中存在着现实风险,急需独董利益保护机制的支持。

## 独董责任险在性质上属于自愿保险

依据保险合同实施的形式不同可以将保险分为强制保险和自愿保险。强制保险又称法定保险,是指依据法律的规定而强制实施的保险合同,强制保险多基于国家社会经济政策需要而举办。自愿保险是指基于投保人自己的意思而订立的保险合同。投保人与保险人订立保险合同,应当遵循公平互利、协商一致、自愿订立的原则。

独董责任险是指以独董在履行职务过程中因一般性过失给第三人造成损害而应承担的赔偿责任为保险标的的一个险种,该项保险在性质上属于自愿保险,不宜在法律中作强制性规定。

是否订立独董责任险具有自主性,即法律并不强制要求为独董责任进行投保。在独董责任险中,投保人可以是公司,也可以是独董或者公司与独董共同投保。投保人的灵活性体现了独董责任险的自主性和自愿性。公司的经营管理是一项复杂的职业活动,需要具备相应能力的人担任管理人员,但是为公司作出决策可能承担风险,甚至可能损害个人财产,因此公司为了自身发展、吸引人才的需要,通常为独董投保责任险。独董个人也可以为自身利益考虑进行投保。目前国际通行的做法是公司 and 独董共同承担保险费用,如美国一般的做法是公司支付90%,被保险人支付10%。

独董保险责任合同中的具体问题等由双方协商确定。保险合同中的具体问题包括承

○ 目前我国正处于经济转轨时期,市场环境变化快,金融创新异常活跃,因此,如果局限于当时环境制定法律制度,可能制度一出台就与其所处环境不相吻合,制约了市场的发展,严重影响法律制度的权威性。建议尽快由全国人大、国务院组织有关部委与社会上法学、金融学专家,研究我国金融领域未来十年、二十年甚至更长远的发展趋势,参考市场经济成熟国家的金融法律框架,统筹金融立法的系统工程,就近期与中长期我国金融立法的框架、原则、基本内容“谋局布篇”,制定金融立法的发展规划;同时,由国务院法制办牵头,组织有关部门及社会上专家,对当前现有的金融法律、法规和规章进行全面的审视和研究,就删除当前已经不适合我国现状的法律制度条款,协调不同法律制度之间的冲突,弥补现有法律制度的空白,提出相关修订意见,然后按有关程序予以报批并公告

○ 金融创新种类繁多,专业性极强,创新业务技术操作和流程有的极其复杂,对宏观经济和金融稳定与发展的影响也不尽相同。为了提高政府对金融创新的决策水平和效率,必须改变金融创新事宜事无巨细报国务院及国务院有关部门审批的现状,改善目前的金融创新行政审批制度

对于一切有利于直接改善风险控制的新业务行为,更要予以坚决支持。

第二,制度障碍:创新与现有制度的矛盾制度障碍主要表现在以下三个方面:与现有法律制度之间的冲突。主要表现为两个方面,一是目前金融机构的业务行为与有关法律冲突。由《商业银行法》、《证券法》、《保险法》以及《信托法》等法律构成的金融法律其共同点,是坚持分业经营原则,但各金融机构日益密切合作的业务及产品开发等方面,往往已打破分业经营的原则,特别是银行开展的多方委托贷款、证券公司的集合理财计划等,已明显带有混业经营特征。

二是表现在不同监管部门的规章之间存在相互矛盾与不一致。如银监会规定,计入银行附属资本的可转换债券必须不以银行的资产为抵押或质押,但证监会规定,目前发行可转换债券必须有担保;证监会要求证券公司发行公司债必须有银行的担保,但银监会又严格限制银行为证券公司发债提供担保;对委托理财业务,银行、证券、信托等监管部门更是政策各异,甚至一度出现“叫停”局面。

现有法律制度的空白、模糊。我国法律、法规与规章的不完善,主要表现为四个方面,一是法律制度本身的空白与模糊。如市场上缺乏《期货法》、《金融机构破产法》、《金融控股公司法》、《存款保险制度法》、《征信法》,缺乏信托的税收、信托财产登记制度,缺乏对出口信用保险业务的制度规定,以及基金是否可以融资、信托投资法律适用的明确规定等;二是在会计制度方面,缺乏有关会计核算、估值方面的规定。如对衍生产品的核算与估值、关于买断式国债、开放式债券回购等估值方法,对信托业务等委托理财业务的财务会计制度;三是缺乏对专门业务,特别是市场上已经出现的大量业务的规范以及配套制度。如对公司型基金的法规细则,对基金公司从事非上市委托理财的操作细则,对各种特种信托业务的规则等;四是缺乏对金融创新产品的保护性法律措施。

现有法律制度的滞后。由于现有法律制度中存在大量不利于市场创新的规定,国际

上一些较为成熟、国内条件也已基本具备的金融工具、业务方式,不能顺利开发出来。表现为两个方面,一是对金融机构业务范围的严格限制。极大限制了金融创新的空间。如《公司法》对公司对外累积投资比例的限制,《保险法》对业务范围与资金运用的限制,《证券法》规定只能做多不能做空,《商业银行法》对贷款过程、自主收费等方面有详细的限制等。二是在法律制度上,对金融机构的各项业务活动,有关规定都有明确的要求,但随着金融市场的的发展,原来较为适合和严格的规定要求现在已逐步成为金融机构业务发展、创新的障碍。如《证券公司管理办法》规定,证券公司发债最短期限1年,最长5年,利率不得高于同期银行储蓄存款的40%等等。

第三,行政许可障碍:要辩证看待创新与违规的关系

任何一项创新活动都不可能是与原有制度的合丝合缝,恰恰是在市场中创造的与原有制度非合丝合缝的新的业务行为与方式,才是金融市场发展的助力器。而我国前几年在东南亚金融危机期间制定的大量的法律不能,其出发点主要是为了防范金融风险,纠正金融市场的混乱与违规。

目前,根据金融生活中的实际创新活动与现有法律制度之间的关系,可以划分为三类,一是在法律提供的空间内,根据市场情况进行的金融创新。这主要是监管部门通过监管细则的调整或松绑,帮助金融机构拓展业务方式与空间,在此不存在违法行为。二是利用现有法律法规和规章没有界定清楚的灰色地带进行的一种。这类创新又可以分为两种情况,一是在制定法律法规与规章时,由于当时环境条件等制约,给金融机构的发展留了余地,但在法律层面上没有直接禁止也没有明确加以规范的。另一种是法律法规与规章制定时尚未估计到的情况,是“上有政策下有对策”的结果。这种创新属于突破现成法律制度规范的创新。如果接受“没有禁止就是允许”的逻辑,就属于合法合规,但如果按照“没有明确就是不允许”的逻辑,就属于违法违规。对此,如果监管部门简单地

依现有法律制度进行监管,那么这些创新活动都将被抑制。三是市场上的创新活动在某些方面直接违反了现有法律制度。但是该类违规行为在经济生活中又已相当普遍,到了“法不责众”的地步。一般情况下,显然就应该思考原有的法律法规与规章是否过时?或者是否需要修改、弥补?

现实生活中,监管部门仅仅对部分产品的创新采取备案制,大部分产品仍然采取严格的审批制。但是,由于对于市场上一些有益的金融创新,监管部门事先研究不足,或者研究力量不够,或者不同监管部门尚未协调下来,又怕不予以阻止,市场规模做大后不好收拾,不得不先采取叫停措施。更经常出现的现象是,对有些创新活动,有的监管部门往往先采取默许和观望的态度,不予以明确的说法,却观其发展,保留对其进一步采取行动的主动权,对市场创新预期的形成极其不利。

因此,为了保持金融体系的稳定和活力,对待市场的各种金融创新活动,监管当局不能采取消极、防守的态度,而应该积极应对,以保证宏观监管制度与微观金融创新相适应,从而才能把金融创新的风险控制在可控范围内。为此,在中国目前经济高速发展,制度变革极其活跃的转轨时期,金融监管部门要以发展的、动态的观点来对待创新与违规的关系,提高对创新与违规的识别能力。要在严格要求金融机构遵纪守法的同时,对金融机构提出的每一项新动议、新业务方案,不能简单地拿现行法律制度进行衡量,相一致就批准,相抵触就不批准,也不能以自身研究准备不足而不予批准,或者采取默认态度,允许其打擦边球,任其发展,搞糟了再亡羊补牢。应该要及时、认真研究,只要符合市场经济的发展方向,体现帕累托改进效应,基本符合金融稳定的原则,但与现有监管制度内容相抵触的,应该及时修订原有的监管制度,予以积极的扶植。如果确实由于监管经验的原因、部门间协调的原因或者制定新制度时间来不及等原因,或者一时看不准,或者一时难以普遍推行的,只要条件许可,可允许其先局部试点。

# 完善独董责任险为独董撑腰

□中国政法大学教授 符启林

中国政法大学博士研究生 刘亚莉

一般的保险合同中,投保人有如实告知义务,而在独董责任保险中,投保公司和被保险人均应当承担如实告知义务,该如实告知义务应当包含保前告知和保后告知,这种大责任的如实告知义务就是由于独董责任险含有大量的人身特质信息,保险公司对这些信息只能依赖于公司和独董的陈述,因此保险法应当对此有所体现。又如如,保险人在履行合同中过程当中应当采取什么方式行使自己的监督检查权,会由于责任保险的保险标的无形性与一般保险中保险人对保险标的的监督检查权不同,怎样合理界定监督检查范围也是保险法律法规应当考虑的问题。

外部法律环境主要是指不规范独董责任险的具体运作,但是对其有较大影响的法律法规体系,外部法律环境培育市场需求环境,在一定程度上决定着市场的大小。外部法律环境具体包括以下几个方面:

完善的独董的任职资格制度。这是确定独董责任保险合同被保险人的重要依据。由于保险责任主要是对独董履行职务过程中的过失行为进行保险,因此独董的个人素质及其道德品质等个人因素对保险合同的签订具有重要影响,这就要求相关法律对独董的任职资格作出完善的规定,这样保险合同对独董个人情况的调查工作就可以相应减少很多,成本的下降在一定程度上调动保险合同开展该项保险的积极性。

独董的义务和责任有法律的明确规定。这是确定独董承保范围的重要依据。要对独董进行责任保险,首先应当明确独董的义务和风险,因为只有违反了法定的义务才有可能要承担法律责任,也才有进行责任保险的必要。从总体上看,作为董事会成员,独董负有一般董事的义务且不必说,但是由于其特殊的职责使命及其自愿性要求,独董要承担一些特殊的职责,如重大关联交易的决定、独立聘请外部审计等,因此法律应当明确规定

独董应当履行哪些义务和职责,以及违反法定义务应当承担什么法律责任。否则独董责任保险就会无的放矢。

独董的责任追究机制完善。这是增加法律可操作性与权威性的必然要求,也是激发独董责任保险需求的关键。仅仅有明确的义务和法律责任,没有一个完善的责任追究机制,则这些义务和法律责任只能是纸上谈兵,不仅失去了法律的权威性,也不会产生独董责任险的现实需求。

## 开展独董责任险需要立法援手

现行《保险法》对责任保险的规定集中在第50、51两条,由此确立了在我国开展独董责任险的合法性基础,但由于这两条法律规定内容十分简陋,无法起到对独董责任保险的约束、指导和示范作用。为此,笔者建议采取如下方式予以完善:

在《保险法》进行修改时,充分考虑责任保险的特殊性,将责任保险从财产保险种独立出来,因为责任保险是以被保险人对第三者所负的赔偿责任为保险标的一类保险,与一般的财产保险有很大的区别,随着我国责任保险的开展,宜根据责任保险的特点对其单独进行规定。

在现阶段,可以通过保监会发布规章和规范性文件的形式对独董责任保险的特殊问题作出指引性规定,考虑到独董责任险在我国尚属新的险种,保监会应当对独董责任险的概念、法律特征、保险合同的投资人、保险费、保险金额和保险费率确定等作出指导性和介绍性规定,并对投保公司和被保险人的如实告知义务,保险人的监督检查权的行使方式等作出强制性规定,另外还可以向保险公司和投保人提供独董责任保险合同的范本,以便双方在订立合同时予以参照。上述措施一方面是对责任保险的有益尝试,另一方面也

性的制度约束,“法规”涉及监管的原则性内容,具体操作细则由部门“规章”界定约束。原则上,监管工作中一些比例性、操作性的监管规定一律在“规章”层次明确。

对于金融市场发展过程中一时尚看不清的问题,或者市场条件尚不成熟,又必须予以制度约束的,原则上不以全国人大通过的法律和国务院通过的法规形式公布,均以部门制定的规章形式公布。其好处:一是树立法律、法规的权威性;二是提高立法效率,降低立法成本。

第二,尽快改善目前金融创新的审批制度。在实践中,金融创新种类繁多,专业性极强,创新业务技术操作和流程有的极其复杂,涉及的金融子行业可能是单个,也可能是多个,对宏观经济和金融稳定与发展的影响也不尽相同。在中国经济高速发展和制度变革极其活跃的转轨时期,又是金融创新的高频率时期。因此,要处理好金融创新与防范风险的关系,正确判断一项创新活动是不是市场发展所急需的,这需要丰富的专业知识,市场第一线的职业操作经验和宏观管理经验。但我国的金融监管历史不长,目前过细的监管部门分工和监管队伍中具有一线职业操作经验的人员又缺乏。鉴于此,为了提高政府对金融创新的决策水平和效率,改变过去金融创新事宜事无巨细报国务院及国务院有关部门审批的现状,必须改善目前的金融创新行政审批制度。为此,我们建议:

### 进一步积极推动创新的政策建议

第一,统筹抓好金融立法的系统工程。目前我国正处于经济转轨时期,市场环境变化快,金融创新异常活跃,因此,如果局限于当时环境制定法律制度,可能制度一出台就与其所处环境不相吻合,制约了市场的发展,严重影响法律制度的权威性。因此,提高法律的权威性,在鼓励金融创新的同时防范金融风险,处理好短期与中长期的关系,确实是许多金融法律、法规和规章制定中难以处理的复杂问题。

另一方面,目前我国的法律、法规和规章并不少,市场仍然感觉法律规范不足,其原因,由于我国许多制度的制定往往从当时的市场局部需求出发,缺乏系统考虑与论证,同时某些条款又过多地涉足业务细节,挂一漏万,所以给人感觉法制建设总是滞后。为此我们建议:

尽快由全国人大、国务院组织有关部委与社会上法学、金融学专家,研究我国金融领域未来十年、二十年甚至更长远的发展趋势,参考市场经济成熟国家的金融法律框架,统筹金融立法的系统工程,就近期与中长期我国金融立法的框架、原则、基本内容“谋局布篇”,制定金融立法的发展规划;

与此同时,由国务院法制办牵头,组织有关部门及社会上专家,对当前现有的金融法律、法规和规章进行全面的审视和研究,就删除当前已经不适合我国现状的法律制度条款,协调不同法律制度之间的冲突,弥补现有法律制度的空白,提出相关修订意见,然后按有关程序予以报批并公告。

整个立法过程,应认真参照国际惯例,划分法律、法规与规章的基本界限,明确“法律”只是针对金融领域中的基本问题,基本权利和义务作出原则性规范。对于非涉及金融领域的基本问题,基本权利与义务的,原则上由国务院的“法规”和有关部门“规章”作出权威

是对《指导意见》的制度支持并能起到宣传独立董事责任保险的作用,增加潜在投保人对该险种的了解。我国法律法规对独董的任职资格的规定比较明确,但是仍然存在影响独董的独立性的缺陷。独董就是与公司没有任何其他足以影响其独立性的关系的董事,因此独董除了满足公司法关于董事资格的规定外,还应当满足法律对其独立性的特殊要求。对此我国《指导意见》对独董的积极资格和消极资格均作出了规定。但是仍然存在以下缺陷:第一,对雇员排除的时间跨度过短。第二,仅规定独董不得是为上市公司或者其附属企业提供财务、法律、咨询等服务的人员,而未禁止过去几年曾为公司或者其附属企业提供服务或者与公司有其他重大交易的人员担任独董,范围过窄。

对独董的义务规定的比较详细,但是对法律责任规定的不完善。《指导意见》规定的独董的义务包括了善管义务、忠实义务和披露义务等,可以说比较全面,但是对违反这些义务应当承担何种性质的责任,如何承担责任以及应承担多大的责任等却只字未提,因此,独董的法律责任只能适用《公司法》、《证券法》以及《刑法》关于董事法律责任的规定。这种情况至少产生如下弊端:第一,义务与责任不对应。独立董事与董事承担着不同的法律义务,但是违反义务的法律后果却相同,这显然造成义务与责任的不对应。第二,法律责任承担方式不完善。独董在实践中基本不承担民事责任,个人赔偿意识淡薄,但要与公司的内部董事一同承担行政责任和刑事责任,这对于处于信息劣势和人数劣势的独立董事来说,又显得过于苛刻。而独董责任保险主要是针对独董在履行职务过程中因一般性过失违反忠实义务和披露义务的责任进行承保,对违反忠实义务的责任,遵循道德风险自行承担的原则不予承保。因此对于我国独董存在的遭受行政处罚

和承担刑事责任的风险,独董责任保险无能为力,也就无怪乎独董责任保险的开展步履维艰了。

针对以上情况,笔者建议修改《民法通则》第43条的规定,并尽快完善独董的法律责任制度,做到履行义务与承担法律责任基本对应,强化独董的民事责任,并考虑到独立董事在信息和人数上的劣势,减轻他们的行政责任和刑事责任。只有这样独董才不会因为惧怕承担风险而纷纷辞职,同时强化的民事责任也有助于独董本人为了避免承担个人责任积极关注公司事务,并在公司决策中独立发挥作用。也只有这样,才有独董责任险生长的土壤。

对金融创新的议案,仅涉及监管部门规章内容的,且与人大法律、国务院法规无冲突的,由相关监管部门独立审批。同时,由国务院责成金融决策咨询工作小组提出相关审批咨询意见。若监管部门审批意见与该小组咨询意见相一致,由监管部门公布审批决定,同时报国务院备案;若意见不一致,不同意见报国务院决策参阅。

与现有的人大法律、国务院法规和部门规章内容无冲突的金融产品的创新议案,而非扩大和改变金融机构业务范围、功能性质、审慎性监管制定规定的,原则上应一律取消行政审批制,采用备案制。行政废除官办行业协会的模式,行业协会要与主管部门脱钩,真正发挥行业协会的作用,加强自律,反映市场上金融创新的呼声与智慧,使其成为监管部门与金融机构之间沟通的桥梁。

对金融创新的议案,仅涉及监管部门规章内容的,且与人大法律、国务院法规无冲突的,由相关监管部门独立审批。同时,由国务院责成金融决策咨询工作小组提出相关审批咨询意见。若监管部门审批意见与该小组咨询意见相一致,由监管部门公布审批决定,同时报国务院备案;若意见不一致,不同意见报国务院决策参阅。

与现有的人大法律、国务院法规和部门规章内容无冲突的金融产品的创新议案,而非扩大和改变金融机构业务范围、功能性质、审慎性监管制定规定的,原则上应一律取消行政审批制,采用备案制。

行政废除官办行业协会的模式,行业协会要与主管部门脱钩,真正发挥行业协会的作用,加强自律,反映市场上金融创新的呼声与智慧,使其成为监管部门与金融机构之间沟通的桥梁。

对独董的追究机制欠缺,尤其是民事诉讼途径基本不可行。责任追究的形式主要有行政处罚和刑事处罚手段追究独立董事的法律责任。而民事责任法律规定的匮乏,直接导致遭受损失者提起民事诉讼缺乏法律依据,必然不利于以民事诉讼方式追究独董的责任。如虽然《公司法》63条规定,“董事、监事、经理执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损害的,应当承担赔偿责任。”但是由谁来决定是否对上述人员提起诉讼,由谁来代表公司参加诉讼等问题,缺乏相应的规定,因此该法律缺乏操作性。

民事诉讼机制的不完善导致受到损害的第三人向独董追究法律责任的困难重重,为此笔者建议,在完善独董法律责任的过程中,细化责任追究机制,强化民事诉讼机制,弱化独董责任追究中的国家干预色彩。在修改《公司法》和《证券法》时应确立股东派生诉讼制度,增加股东通过提起诉讼保护自己的渠道。只有民事诉讼案件的增多才能增加司法机关受理此类民事诉讼的经验。只有建立有效的独董责任追究机制,才能增加对独董责任险的现实需求。