

## 新发展理念与《商业银行法》的修改

刘志云 史欣媛\*

---

**内容提要：**新发展理念的提出与落实是新时代中国特色社会主义建设的重要工作，将贯彻到今后社会经济发展的各个方面，乃至影响各个领域的法律制定或修改。《商业银行法》的修改也概莫能外。包括“创新”“协调”“绿色”“开放”“共享”在内的五大发展理念为《商业银行法》的修改提供了指引：在立法理念上从“关注经济效益”转到“促进经济效益与社会效益的统一”；从对商业银行经济功能属性的强调转到还必须践行社会责任；在立法的价值取向与基本原则上，从单一的“市场取向”升级到多元化的选择；在法律规范设计与配置上，不仅要实现体现“五大发展理念”的五大板块的法律规范的科学设计，也要灵活运用软法与硬法相结合、强行性规范与意思自治性规范相协调的规范配置方式，打造出一个不仅能够促进银行业的发展，而且能够助益社会经济全面进步的法律有机体。

**关键词：**新发展理念 商业银行法 立法理念 立法价值 规范设计

---

### 一、引言

从1995年至今，《商业银行法》颁布已经过去二十几年。当时独特的政治经济发展与改革背景，给这部法律打下了鲜明的时代烙印。客观地讲，《商业银行法》对推动中国银行业的发展做出了巨大贡献。二十几年过去，中国的银行业、金融市场，乃至整个社会经济形态，已经发生翻天覆地的变化，中国特色社会主义市场经济体制建设也进入了“全面深化改革”的新阶段。相比之下，《商业银行法》的立法理念与制度设计等已经远远跟不上银行业的发展实践。一方面，《商业银行法》的规范思路与规范设计主要围绕国有商业银行展开，如今我国商业银行已基本转变成

---

\* 刘志云，厦门大学法学院教授；史欣媛，厦门大学法学院助理教授。

本文为国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观融入行业规章体系建设的法治路径研究”（20VHJ007）的阶段性成果。

公司制与股份制，<sup>[1]</sup> 商业银行主体层次丰富，整体体量增大，结构远较过去复杂；另一方面，《商业银行法》规范的银行业务主要围绕传统的存贷款业务展开，而如今，商业银行业务从单一存贷款业务向综合经营业务发展、从柜台业务向与互联网业务结合的方向发展。新兴金融业态不断涌现，金融产品层出不穷。此外，商业银行监管的理念和方式也在更新和升级，尤其是经历了2008年国际金融危机后，发生了世界性的变化。其中包括：从过去对微观审慎监管的侧重转变成宏观审慎监管与微观审慎监管并重、审慎监管与行为监管并重、审慎监管与金融消费者保护并重。在此背景下，虽然《商业银行法》在2003年与2015年经历了两次修改，但这种“小打小闹”的修改远远满足不了银行业发展乃至社会经济进步的需求。

商业银行法律制度一旦滞后于实践，其不仅不能起到推动银行业乃至社会经济进步的作用，而且可能成为阻碍进步的绊脚石。由此，对《商业银行法》进行大修已经成为立法部门与社会各界的共识。第十二届全国人大常委会将修改《商业银行法》纳入立法规划，将其列为“需要抓紧工作，条件成熟时提请审议”的立法项目。2020年1月，中国人民银行召开金融法治工作会议指出，加快推进《商业银行法》修改等重点立法工作。2015年8月29日，全国人大常委会表决通过关于修改《商业银行法》的决定，正式取消实施了20年的存贷比监管指标。这是此轮《商业银行法》修订工作的首个公开的实质性进展。但是，由于修改中许多意见还不完全统一，此轮《商业银行法》大修的工作又转入第十三届人大常委会的立法规划。在2020年10月，中国人民银行也发布了《商业银行法（修改建议稿）》，并公开征求意见。<sup>[2]</sup> 同时，围绕着《商业银行法》的修改问题，最近一些年学术界频繁举行了各种学术研讨会，各大报刊也陆续发表了各种观点与意见，形成一种全民讨论的氛围，对于《商业银行法》修改工作的推进起到很大的助益作用。<sup>[3]</sup> 不过，至今结合新发展理念对《商业银行法》修改的讨论，在笔者的阅读范围内仍然没有见到。<sup>[4]</sup>

每一个时代的社会经济发展都会依托某种主导的发展理念，该发展理念通过指导制度的构建与运作来影响整个社会经济的发展；同时，在某个时期形成全民共识并构成主导作用的发展观，也需要通过制度的构建与运作来落实。2015年11月，党的十八届五中全会面对全面建成小康社会决胜阶段复杂的国内外形势，为应对当前经济社会发展新矛盾新挑战，提出了“创新、协调、绿色、开放、共享”的新发展理念。五大发展理念是我们党科学认识和把握当前经济社会发展规律的再深化和新飞跃，问题意识明显，是针对我国社会经济发展所面临的各种突出问题和挑战而提出的战略引领，是新时期中国共产党治国理政的新思想新理念。习近平同志在《以新发展理念引领发展——关于树立创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念》的重要讲话中全面论述了新

---

[1] 参见刘少军：《商业银行法修订纳入立法规划》，载《法人》2019年第10期。

[2] 参见中国人民银行：《关于〈中华人民共和国商业银行法（修改建议稿）〉公开征求意见的通知》，载 <http://www.pbc.gov.cn/tiaofasi/144941/144979/3941920/4111225/index.html>，最后访问时间：2020年10月16日。

[3] 2021年3月24日，笔者在中国知网以“商业银行法”“修改”作为主题词，搜索到发表在报刊的文献有94篇。如果将上述的“修改”改为“修订”，能找到1篇相关文献，即前引[1]，刘少军文。

[4] 2021年3月24日，笔者在中国知网以“商业银行法+新发展理念”作为主题词进行搜索，显示已发表文献为“0”。

发展理念的内涵及其对我国经济社会发展的重大指导意义。<sup>[5]</sup>

无疑，新发展理念的提出与落实是新时代中国特色社会主义建设的重要工作，将贯彻到今后社会经济发展的各个方面，乃至影响各个领域的法律制定或修改。《商业银行法》的修改也概莫能外。而《商业银行法》的修改本身，也将是贯彻与落实新发展理念的组成部分。但通读既有研究文献，以及中国人民银行发布的《商业银行法（修改建议稿）》，发觉对此问题并没有关注。鉴于此，本文尝试围绕“新发展理念与《商业银行法》的修改”问题，探讨新发展理念与《商业银行法》修改的关系，既从宏观上讨论新发展理念对《商业银行法》的立法理念、商业银行的属性定位、立法的价值取向与基本原则的指引作用，也从微观上探讨新发展理念与《商业银行法》规范设计与配置的完善问题，试图为理论界以及实务部门增加另一种视角的思考。

## 二、新发展理念与《商业银行法》的立法理念选择

立法理念是整个立法工作开展的灵魂指引，贯彻立法与法律实施的始终。因此，修改《商业银行法》，首先要做的工作就是对其立法理念进行重新考量，要做到立法理念的“与时俱进”，与社会经济发展状况与要求相协调。具体地讲，修改《商业银行法》时，必须用符合市场经济发展内在需要与基本规律、符合社会发展新阶段要求的全新理念，代替已经不符合新时代需求的原有立法理念。

自改革开放以来，中国经过几十年的高速发展，已经变成世界第二大经济体。这时，社会矛盾与发展需求也呈现出不同的态势。十九大报告对社会主要矛盾有了一个重大的、基本的、核心的历史性判断：我国社会矛盾已经发生变化，由原来的人民日益增长的物质文化需要和落后的社会生产之间的矛盾转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。过去，唯GDP增长的传统发展观曾一度占据主导，这使得中国经济在改革开放以来获得突飞猛进发展的同时，也存在一系列的问题。比如，增长模式上以投资拉动粗放发展为特征，创新集约发展远远不足；投资与消费失衡，GDP增长与人民对美好生活的满足感无法同步；先富没有带动共富，贫富悬殊日渐增大，地区不平衡加剧；污染问题日益严重；食品安全问题迟迟得不到解决；社会不安定因素日渐发酵，影响社会的稳定和谐。由此，要在继续推动发展的基础上，着力解决好发展不平衡不充分的问题，大力提升发展质量和效益，更好满足人民在经济、政治、文化、社会、生态等方面日益增长的需要，更好推动人的全面发展、社会全面进步。<sup>[6]</sup> 简言之，中国社会经济的发展已经从单纯强调经济的发展进入一个经济、政治、文化、社会、生态等方面综合、全面发展的新阶段。

在这种背景下，针对我国发展中的突出矛盾和问题提出来的新发展理念，贯穿着鲜明的问题导向，对于破解我国经济社会实践中存在的发展难题、增强发展动力、厚植发展优势等具有重大

[5] 参见中共中央宣传部编著：《习近平总书记系列重要讲话读本（2016年版）》，学习出版社、人民出版社2016年版，第127页。

[6] 参见董振华：《如何理解发展的不平衡不充分》，载《学习时报》2017年12月17日，第001版。

指导意义。同样，新发展理念对商业银行法律制度的理论研究与立法实践的提升之指导意义也是重大的。具体表现在：其一，新发展理念坚持以人为本的发展思想，如何满足人民对更美好生活的向往也是整个社会对商业银行的发展提出的一个基本问题。以人民为中心的发展思想要求商业银行不仅仅追求自身利益，而且要将自身发展与人民幸福相统一。无疑，这给《商业银行法》的立法理念、立法价值与基本原则等提出了新的要求。其二，新发展理念是集发展目标、发展动力、内在要求、发展条件、发展路径于一体的、整体性的现代发展观，适应了传统的社会经济发展模式向现代社会经济发展模式转变的需要，也对新经济形态下商业银行的定位、发展与转型提出了系统性的要求，而这种要求必然要反映到商业银行法律制度的革新上。其三，新发展理念集中体现了马克思主义关于发展的世界观和方法论，蕴含着深刻的唯物辩证法。<sup>[7]</sup> 新发展理念蕴含的辩证法突破了商业银行传统经营与监管理论的局限性，尤其是分业监管与混业监管对银行的风险控制孰优孰劣、商业银行践行社会责任跟经济责任是冲突还是共生共长、银行破产制度与社会经济稳定的关系等，有利于协调与解决之前传统理论之争，从而达成共识，并上升到新的高度，同时应反映到商业银行法律制度的革新上。

同时，新发展理念要落地生根、变成普遍实践，需要创新手段，通过改革和法治推动贯彻落实。金融作为现代经济的核心和枢纽，在社会资源再分配中具有举足轻重的地位，对于整个国民经济的发展与社会公平的实现具有重大影响。商业银行所从事的金融业务具有特殊性，金融资源的配置对于整个经济发展与社会公平的实现有重大影响，这就决定了商业银行在作为营利性组织追求自身利益最大化之外，也能发挥出公共性功能。推进社会经济的全面进步，既要发挥商业银行依据市场机制优化资源配置的重要作用，也要注重培育和提高商业银行本身所应具备的先进发展理念，并通过法律制度让新的发展理念落地。这不仅是新发展理念的应有之义，也是贯彻与落实新发展理念的重要组成部分。

在立法技术上，立法理念一般是蕴含在“立法宗旨”的内容中。法律文本的第一条往往会用来表述“立法宗旨”，即表明立法所希望实现的目标或价值追求，达到开宗明义的目的，《商业银行法》也如此。该法第1条规定了“立法宗旨”，即“为了保护商业银行、存款人和其他客户的合法权益，规范商业银行的行为，提高信贷资产质量，加强监督管理，保障商业银行的稳健运行，维护金融秩序，促进社会主义市场经济的发展，制定本法”。这个“立法宗旨”的表述阐明“发展市场经济”是《商业银行法》的立法理念，把握了商业银行是金融市场中的市场主体这一根本属性问题，符合当时市场经济改革阶段对商业银行与金融市场的属性界定的需要，有着时代性的意义。不过，如今的中国已经基本建成有中国特色的社会主义市场经济体制，并进入全面深化改革的阶段。在此背景下，关照人民各个方面的需要，推动整个社会的全面发展，成为新时代的发展理念。这时，面对整个社会经济发展理念的变迁，《商业银行法》的“立法宗旨”已不能

---

[7] 习近平总书记指出：新发展理念的提出是对辩证法的运用；新发展理念的实施，离不开辩证法的指导。同时，他又强调，实施新的发展理念，要坚持系统的观点，要坚持“两点论”和“重点论”的统一，要遵循对立统一规律、质量互变规律、否定之否定规律，要坚持具体问题具体分析。（参见习近平：《在省部级主要领导干部学习贯彻党的十八届五中全会精神专题研讨班上的讲话》，载 [http://news.xinhuanet.com/politics/2016-05/10/c\\_128972755.htm](http://news.xinhuanet.com/politics/2016-05/10/c_128972755.htm)。最后访问时间：2020年3月2日。）

局限在强调商业银行与银行业的市场主体与市场化问题，而是应该提升到对整个社会经济的全面与可持续发展的关照、满足新时代的社会经济发展需求的高度。不过，《商业银行法（修改建议稿）》第1条并没有对此作出呼应。<sup>[8]</sup>

实际上，随着中国社会经济的发展进步，这些年来重要的经济法律的制定或修改，都已注意到必须跟社会经济发展要求“步调一致”的问题。具体到“立法宗旨”的表述，也改变以往仅强调促进经济发展与维护经济秩序的做法，将“适应中国特色社会主义发展要求”的内容植入进去，并指导整部法律的构建与运作。例如，2017年《民法总则》第1条规定：“为了保护民事主体的合法权益，调整民事关系，维护社会和经济秩序，适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观，根据宪法，制定本法。”2020年5月通过的《民法典》第1条有关“立法宗旨”的规定，也把“适应中国特色社会主义发展要求”融入其中。<sup>[9]</sup>无疑，《商业银行法》作为规范某种特殊法人即“商业银行”的“特别法”，与规范民事主体与民事关系的“基本法”即《民法总则》或《民法典》保持一致是非常必要的。

至此，我们可以看到，将蕴含“适应中国特色社会主义发展要求”的内容写进《商业银行法》的“立法宗旨”，无论是从满足社会经济发展所提出的时代要求考量，还是从与“基本法”保持一致的立法技术上考量，都是极其必要的。从实践来看，在商业银行法律制度的建设完善过程中，不同时期有不同的先进理念需要贯彻，使得法律制度能够保持自身的先进性，适应社会发展变迁，同时也能成为促进各种先进理念落地的重要载体，从而推动社会经济的健康发展。“适应中国特色社会主义发展要求”所蕴含的社会主流发展理念会随着时代发展而变化，但在当前以及今后相当长的时期内，包括“创新”“协调”“绿色”“开放”“共享”在内的新发展理念将是“适应中国特色社会主义发展要求”的发展理念，并成为规制商业银行经营与发展的法律制度的指导理念，引导法律制度的发展完善，推动银行业的健康良性发展。一旦将新发展理念作为《商业银行法》的立法理念，修改完成后的《商业银行法》将是一部贯彻“创新”“协调”“绿色”“开放”“共享”等发展内容的、规范银行业务的基本法。

### 三、新发展理念与《商业银行法》对商业银行属性定位的修改

对于一部组织法来说，对其所规范的特定组织的属性界定是这部法律的最核心内容之一。只有属性界定准确，才能对组织架构、经营管理、风险控制、监督管理等各方面的立法展开以及规范设计提出具体的要求，以及明晰各个方面的立法界限。同时，这也是落实立法理念的第一步工作。鉴于此，在新发展理念下，《商业银行法》对商业银行的属性定位必须重新考量，并跟立法

[8] 《商业银行法（修改建议稿）》第1条规定：“为了保护商业银行、存款人和其他客户的合法权益，规范商业银行的行为，提高金融服务质量，加强监督管理，保障商业银行的稳健运行，服务实体经济，防范金融风险，维护金融秩序，促进社会主义市场经济的发展，制定本法。”

[9] 《中华人民共和国民法典》第1条规定：“为了保护民事主体的合法权益，调整民事关系，维护社会和经济秩序，适应中国特色社会主义发展要求，弘扬社会主义核心价值观，根据宪法，制定本法。”

理念的调整相吻合。

《商业银行法》对商业银行做出的属性界定体现在第2条有关商业银行的概念界定上。该条规定：“本法所称的商业银行是指依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人。”<sup>[10]</sup>本条对商业银行做出了其作为企业法人的市场主体的界定，即明确了商业银行的经济属性。无疑，对商业银行作为市场主体的属性界定，在市场经济建设刚展开不久、市场体制尚未得到广泛接受的阶段具有强烈的时代性意义，同时这个概念界定也符合商业银行当时的主要业务形态。不过，如今这个属性界定已经不合时宜。且不说这个定义已经不符合以综合性金融业务为特征的商业银行的当前业务形态，其对“商业银行”单一的经济属性的界定也已经跟不上社会经济的发展要求。具体地讲，新发展理念要求商业银行从单纯以利润最大化为目标的市场主体转变成兼顾整个社会和谐与可持续发展的、带着强烈的公共利益色彩的市场主体。只有这样，才符合商业银行在社会经济发展中所占据的资源、地位以及优势所决定的其对社会经济发展需要扮演的角色以及应该发挥出的作用。

新发展理念是各种先进发展理念的汇总升华，其中“可持续性发展”是其核心要素。所谓可持续性发展，世界环境与发展委员会（WCED）在1997年发表的《我们共同的未来》报告中将其定义为“既满足当代人的要求，又不对后代人满足其需求的能力构成危害的发展”；而对于企业的可持续发展问题，国际货币基金组织作出的界定是，“在确保企业长期成功的同时能够促进经济和社会发展，促进一个健康的环境和稳定的社会的建设”<sup>[11]</sup>。众多的研究报告或调查结果也表明，银行系统在社会经济的发展中发挥着至关重要的作用，<sup>[12]</sup>有推进可持续性发展的能力<sup>[13]</sup>。因此，在新发展理念下，商业银行的发展必须是“可持续性发展”。这可理解为，是在商业银行原来追求的经济价值的基础上添加了社会和环境等价值因素，这些新添加的价值因素是针对更大范围利益相关者的需求，包括股东、雇员、消费者、供应商、社会、环境和政府等，尤其是考虑到子孙后代的需要。

作为特殊金融企业的商业银行，在推动社会经济的发展中起到了至关重要的作用，尤其是在对可持续发展的促进方面。具体地讲，作为金融中介机构的商业银行，承担着诸如评估和定价金融资产、监督借款人、控制金融风险、建立支付系统等职能。在履行这些职能时，“商业银行可以将社会、道德和环境条件考虑进去，有能力对企业或其他借款人管理与经营方式提出额外的要求”<sup>[14]</sup>。从实践来看，银行业对可持续性发展的贡献至少包含以下几个方面：第一，商业银行及

<sup>[10]</sup> 《商业银行法（修改建议稿）》也维持了这个定义，该建议稿第2条第2款规定：“本法所称的商业银行是指依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人，包括全国性商业银行、城市商业银行、农村商业银行以及根据经济社会发展需要设立的村镇银行等其他类型商业银行。”

<sup>[11]</sup> IFC, Sustainability Report, “Choices Matter”, 2005, p. 19.

<sup>[12]</sup> See R. Levine, Finance and Growth, Theory and Evidence, NBER Working Paper 10766, Cambridge, Mass., NBER., 2004.

<sup>[13]</sup> See B. Scholtens, Finance as a Driver of Corporate Social Responsibility, 68 *Journal of Business Ethics*, 19 – 33 (2006).

<sup>[14]</sup> Bert Scholtens, Corporate Social Responsibility in the International Banking Industry, 86 *Journal of Business Ethics*, 159 – 175 (2009).

其服务的客户的经济稳定发展，对经济长期稳定发展起到关键性作用；第二，由商业银行优先对具有可持续性的企业或项目提供资金，有利于社会经济的可持续；第三，商业银行如果在业务经营中强调对自然资源的保护，有利于环境的可持续性；第四，商业银行在业务活动中对社会福利的增进要求，将促进整个社会发展的可持续性。<sup>[15]</sup> 正由此，商业银行必须承担社会责任的观念在金融服务业中逐渐变成深入人心的意识。<sup>[16]</sup> 通过筛选、监督和强制执行等关键性活动，商业银行在给各类经济活动提供资金的过程中，自己担当了促进各个行业、不同部门以及所在国家可持续性发展的核心角色。

至此，我们可以看到，商业银行所从事的金融业务具有特殊性，它们应该、也有能力通过市场的力量承担起助力社会与经济可持续发展的责任，促进和谐社会的建设。在立法上，如果要贯彻新发展理念，则商业银行不应仅被定性为赚取商业利益的经济主体，而必须是一个兼顾公共利益与社会发展的、具有公共性特征的企业。在职责上，其不仅承担经济责任，还必须承担社会责任。实际上，作为《商业银行法》的“一般法”的《公司法》，对公司的属性界定也走过这样一个历程。在1993年12月颁布的《公司法》对公司的内涵与外延界定都局限于经济属性这一面，直到2006年的修改，增补了第5条，<sup>[17]</sup> 将公司的社会属性清楚界定，具体做法是将公司必须承担的法律责任与社会责任写进了法律条文，成为法律对公司的基本要求。同时，新颁布的《民法典》将营利法人从事经营活动时需履行社会责任作为基本要求。<sup>[18]</sup>

无论是从满足社会经济发展所提出的时代要求考量，还是从与“一般法”保持一致的立法技术上考量，《商业银行法》对商业银行的属性进行重新界定都是非常必要的。具体地讲，《商业银行法》修改时，应该参照《公司法》第5条与《民法典》第86条规定，将包含“商业银行从事经营活动，必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信，接受政府和社会公众的监督，承担社会责任”内容的法律条款增补进法律文本。在法律上明确商业银行不仅要承担经济责任，还应该承担社会责任与法律责任，从而将新发展理念贯彻与落实进去，满足社会发展的需要，还原商业银行在社会经济发展中所应该承担的职能，并在促进社会经济的全面进步中发挥中流砥柱的作用。

#### 四、新发展理念与《商业银行法》立法价值取向与基本原则的补充

在一部法律的制定过程中，立法理念是位阶最高的要素，最为抽象，其与具体规则之间须通

[15] See IFC, *Banking on Sustainability-Financing Environmental and Social Opportunities in Emerging Markets*, Washington, DC, U.S.A., 2007.

[16] See Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer, Robert W. Vishny, *Law and Finance*, 106 *Journal of Political Economy*, 1113–1155 (1998).

[17] 《公司法》(2006年)第5条规定：“公司从事经营活动，必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业道德，诚实守信，接受政府和社会公众的监督，承担社会责任。”

[18] 《民法典》第86条规定：“营利法人从事经营活动，应当遵守商业道德，维护交易安全，接受政府和社会的监督，承担社会责任。”

过立法的具体价值取向与基本原则所扮演的“桥梁”实现连接。立法的价值取向就是指进行立法活动时人们所普遍认同并加以追求的价值目标，立法的基本原则是法律的基础性原理或普遍性的规律。它们共同为具体规范的设计与内容选择提供了宏观性的指引，成为支撑制度体系的框架。从功能上讲，立法的价值取向与基本原则的选择，既是立法理念的落实与具体化工作，也是依托对特定组织的属性定位，为组织架构、经营管理、风险控制、法律责任等方面的具体规范设计与规范配置，指引宏观方向、划定具体界限。因此，在新发展理念下审视《商业银行法》的修改工作，在对立法理念与商业银行属性定位做出调整后，接下来的工作就是深入分析新发展理念对商业银行法价值取向与基本原则的要求，这是对《商业银行法》具体规范进行修改前的最后步骤。

从《商业银行法》第1条对“立法宗旨”与第2条对商业银行的概念界定的规定，我们可以看到市场效益是这部法律的基本价值取向，而《商业银行法》第4条到第10条对商业银行法基本原则的确定，包括“以效益性、安全性、流动性为经营原则，实行自主经营，自担风险，自负盈亏，自我约束”“遵循平等、自愿、公平和诚实信用的原则”“保障存款人合法利益”“依法经营”“不得损害国家利益、社会公共利益”“公平竞争”“接受监督管理”等，是对市场经济规则与市场经济秩序的落实贯彻。无疑，这种体现市场精神与市场秩序的价值取向与基本原则，符合商业银行的基本属性定位、银行业的发展规律以及市场经济的根本特征。在修改《商业银行法》时，必须继续贯彻原有的价值定位以及基本原则。《商业银行法（修改建议稿）》第4—10条也基本维持了原有立法。不过，当整个中国的社会经济发展已经从强调经济发展上升到强调社会经济全面发展，商业银行法的价值取向以及基本原则必须做出更全面的定位。对此，新发展理念提供了具体的指引。

具体地讲，新发展理念所包含的“创新”“协调”“绿色”“开放”“共享”五大方面，可以让我们推导出商业银行法的“效率”“秩序”“可持续”“共同”“公平”的价值取向。这些价值取向，跟《商业银行法》原有的价值取向既有交叉，也有不同，值得修改《商业银行法》时参考与补充。

第一，依据创新发展理念，我国商业银行法的具体价值取向为效率。创新发展理念既要求商业银行自身在公司治理与业务经营中实现创新，也要求商业银行督促客户，乃至更广泛的利益相关者实现创新，从而推动整个社会经济发展的创新。为此，效率应当为我国商业银行法秉持的价值取向。当代经济学发现，成本包括私人成本和社会成本，收益包括私人收益和社会收益，而经济也具有外部经济性和外部不经济性，故而成本与收益就有了更为宽泛的定义。<sup>[19]</sup> 判定某行为或制度的效率时，不能简单比较单个主体的成本和收益，而是应当对该行为或制度所涉及的全部利益相关者的成本与收益进行权衡，唯有如此，方能更为准确、科学地判断出某行为或制度是否具有效率。因此，依据创新发展理念推及的商业银行法的效率这一价值取向，与现有《商业银行法》强调的效益既有区别也有联系。即这里的效率，不仅是商业银行经营管理产生的经济效益最大化，还包括其所产生的社会效益的最大化，要求做到经济效益与社会效益的统一。

<sup>[19]</sup> 参见谢鹏程：《基本法律价值》，山东人民出版社2000年版，第133页。

第二，依据协调发展理念，我国商业银行法的具体价值取向为秩序。秩序“意指在自然进程和社会进程中存在着某种程度的一致性、连续性和确定性”<sup>[20]</sup>。人们追求秩序，既是自身生存与发展的目的之一，也是前提条件之一。“所有的社会公众各有各的长处，大家应当各司其职，发挥优势，从而使得整个社会成为统一的整体。”<sup>[21]</sup> 协调发展理念对商业银行法提出了如下基本要求，即要求实体性规定与程序性规定之间相协调、“权”“义”“责”之间相协调、强制性规范与意思自治之间相协调、商业银行法与相关法律之间相协调，从而达成法律上的“有序”。以上述要求为准则，秩序应当为《商业银行法》修改时所秉持的价值取向，从而结束既有《商业银行法》所存在的无序状态，并弥合与协调发展的落差。

第三，依据绿色发展理念，我国商业银行法的具体价值取向为可持续。可持续发展是指既满足现代人的需求又不损害后代人满足需求的能力，<sup>[22]</sup> 是一项经济和社会发展的长期战略，主要涵盖社会、经济和环境三个层面的内容，强调兼顾长远利益和短期利益，兼顾长远目标和短期目标，从而实现环境、经济、社会等的综合发展。绿色发展理念对商业银行法提出了促进金融可持续发展的要求。以该要求为准则，可持续应当为我国商业银行法所秉持的价值取向，从而使商业银行的业务经营与环境生态能够和谐共存，达到社会、经济、环境的协调与全面发展。由此，《商业银行法》的修改必须确立可持续金融的理念，并在可持续的价值取向的指导下，秉承寓义于利的价值观，加强商业银行的社会责任。

第四，依据开放发展理念，我国商业银行法的具体价值取向为共同性。开放发展理念对商业银行立法提出了兼容并包、借鉴国外先进经验的要求。以该要求为准则，共同性应当为我国商业银行法所秉持的价值取向，即《商业银行法》的修改应当汲取域外立法一般性规律，包括立法模式、立法原则、立法技术、立法内容等各个方面，从而掌握后发优势、实现跨越式发展。当然，强调共同性的价值取向并不是否定法律的特殊性。基于各国不同的文化、经济、政治而表现出来的法律的差异性，即是法的特殊性，包括法律概念、法律规则层面以及法律价值、原则、理念、文化层面的差异。<sup>[23]</sup> 世界各国法律以其特殊性而存在。在处理商业银行法的共同性和特殊性之间的关系上，不能失之偏颇，而应当相互配合、相互促进，形成良性互动。

第五，依据共享发展理念，我国商业银行法的具体价值取向为公平。共享发展理念与企业社会责任的概念存在天然契合，其所强调的人人享有、各得其所，而不是由少数人垄断享有发展利益的观点，恰恰体现了企业社会责任理论所强调的应照顾全体利益相关者，而非仅仅关注股东利益的核心要义。由此，商业银行的经营管理不仅涵盖经济和社会效率原则，也包括分配公平，这就需要商业银行履行经济责任之外的社会责任。实际上，商业银行践行社会责任的内在价值即体现为效率与公平的内在统一，也只有实现这种内在的统一，才能彰显商业银行经营管理的正当性。基于此，共享发展提出对商业银行经营管理所涉及的利益相关者利益全覆盖之要求。以该要求为准

[20] [美] E. 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第265页。

[21] 前引[20]，E. 博登海默书，第255页。

[22] 参见世界环境与发展委员会：《我们共同的未来》，王之佳、柯金良等译，吉林人民出版社1997年版，第33页。

[23] 参见胡海洋：《全球化下应重视文化对法的普适性的认同》，载《当代法学》2003年第3期。

则，公平应当为我国商业银行法所秉持的价值取向，从而实现利益相关者对发展收益的共享。

同时，新发展理念“创新”“协调”“绿色”“开放”“共享”的五大方面，也能让我们推导出在修改《商业银行法》时应遵循的“利益相关者利益最大化”“一致性”“合理赋权”“对标国际”“利益相关者利益平衡”等基本原则，作为对《商业银行法》基本原则的补充。

第一，依据创新发展理念，利益相关者利益最大化原则应该被确认为商业银行法的基本原则。依创新发展理念下的效率价值观，商业银行在经营活动中既追求股东利润最大化，又最大限度地考虑非股东利益相关者的利益。无疑，这已涉及商业银行及其利益相关者的权利义务配置问题，它要求以一种对商业银行的所有利益相关者负责任的价值取向来构造商业银行与利益相关者之间的权限结构，这就对商业银行法的规范设计提出了基本要求。是故，以创新发展理念观之，应将利益相关者利益最大化原则确定为商业银行法的基本原则。

第二，依据协调发展观念，一致性原则应该被确认为商业银行法的基本原则。依协调发展观念下的秩序价值观，商业银行法要求建立商业银行与多方位的社会主体的利益协调之秩序。是故，以协调发展观念之，商业银行法应该将一致性原则确定为立法的基本原则。为此，《商业银行法》在修改时，要注意以下几点：其一，商业银行经营管理中的权、义、责在规范配置中的权重保持一致；其二，规范商业银行经营管理的实体性和程序性规定在规范配置中的权重保持一致；其三，商业银行经营管理的强制性规范与意思自治的规范在规范配置中的权重保持一致；其四，商业银行法与其他相关法律法规保持一致。

第三，依据绿色发展理念，合理赋权原则应该被确认为商业银行法的基本原则。依绿色发展理念下的可持续价值观，要求商业银行立法能够促进可持续金融发展，引导商业银行将履行社会责任的动机从消极的合规性动机转向积极的自发性动机。是故，以绿色发展理念观之，商业银行法的基本原则应被确定为合理赋权原则。一般而言，凡是立法皆涉及法律激励。所谓法律激励是指把激励制度上升到法律层面，来规范主体行为，产生激励效应。法律激励包括正向激励（奖励性的）和反向激励（惩罚性的），通过明确相关主体的权利和责任等法律规范的设置来实现。其中，正向激励也可称为“赋权”。社会责任是对商业银行履行经济责任之外的更高的要求，这时，立法给予商业银行合理赋权至关重要，即通过正向激励来提高商业银行践行包括可持续金融在内的社会责任的积极性。由此，合理赋权原则应确定为商业银行法的基本原则。

第四，依据开放发展理念，对标国际原则应该被确认为商业银行法的基本原则。对标国际原则作为商业银行法的基本原则，意味着立法者必须在充分考虑法律特殊性的前提下，关照世界各国有关商业银行的先进立法，以及有关商业银行的国际法、国际惯例以及国际通行标准，汲取立法的先进经验，实现国内的商业银行法律制度与国际通行的制度对接，在立法理念、立法技术、立法内容等方面将《商业银行法》提升到国际先进水平。

第五，依据共享发展理念下的公平价值观，利益相关者利益平衡原则应该被确定为商业银行法的基本原则。商业银行法应覆盖与关照所有利益相关者，妥善权衡不同利益相关者间的权益，实现利益相关者利益平衡。利益相关者利益平衡原则作为商业银行法的基本原则，并不意

味着法律要求实现利益在利益相关者之间的简单平均分配，而是促进以股东利益为前提的利益相对平衡。股东为实现利润最大化而创造公司，公司若没有盈利，股东将得不到利益，在此情况下，不能苛求股东推动金融机构践行对利益相关者的社会责任。因此，法律在寻求利益相关者的利益平衡时，必须以公司盈利为前提，保护利益相关者利益的目标不是牺牲股东利益而是有利于实现公司盈利，这才是利益相关者利益平衡原则作为商业银行法基本原则的主旨与真实含义。

无疑，立法价值取向与基本原则是立法理念的具体化，它们之间的功能与意义是相通的。同样，作为贯彻与体现新发展理念的产物，“效率”“秩序”“共同”“可持续”“公平”的立法价值取向与“利益相关者利益最大化”“一致性”“合理赋权”“对标国际”“利益相关者利益平衡”的立法基本原则之间的关系是互动的，具有逻辑上的对应关系。

## 五、新发展理念与《商业银行法》规范设计与配置的完善

当明晰新发展理念对《商业银行法》的立法理念、商业银行的属性定位、立法的具体价值取向以及基本原则的指引后，我们可以据此展开对修改《商业银行法》时规范设计与配置的完善工作的详细讨论。

### （一）新发展理念下《商业银行法》规范设计与配置的基本目标与路径选择

新发展理念所涵盖的五大发展观并不是彼此孤立的，而是相互照应、共生共长，具有鲜明的系统性特征。一个高效的商业银行法律制度体系必须具有系统性特征，构成一个位阶分明、层次清楚、逻辑自洽、相互建构、共生共进的法律有机体。无疑，以上是对新发展理念下《商业银行法》规范设计与配置在技术上的总体性要求，也是修法要达到的形式上的基本目标。

沿着以上《商业银行法》修法的基本目标，在新发展理念对立法理念、商业银行的属性定位、立法的具体价值取向与基本原则的指引下，按照以下修法的路径展开具体的修改工作：第一，以新发展理念的要求审视现有规范设计与配置上存在的问题，保留仍然能够适应新时代发展的立法条款，废止或修改已经不能适应新时代发展的立法条款；第二，按照新发展理念的要求，吸收或增补能够促进银行业的发展，乃至社会经济全面发展的新法律条款，促进《商业银行法》的立法创新；第三，通过数理模型推演出围绕“创新”“协调”“绿色”“开放”“共享”而设计与完善的五大板块制度之间，以及各板块制度内部不同层次、不同性质规范之间的协调机制。在新发展理念的指导下，通过共同的立法理念、价值取向与基本原则，将它们整合成一个法律有机体。

### （二）新发展理念与《商业银行法》修改时的规范设计

沿着以上修法的基本目标、具体思路和路径，对《商业银行法》具体规范进行修改或补充，必须根据新发展理念对商业银行立法的立法理念、商业银行的属性定位、立法的价值取向以及基

本原则的指引，构建与完善《商业银行法》的具体制度体系。<sup>[24]</sup>

第一，在创新发展理念指引下，按照效率的具体价值指引与利益相关者利益最大化原则的要求，修改或完善相关法律规范，促使新的《商业银行法》成为一部促进创新发展之法。为此，相关规范的修改或完善所围绕的重点是赋予商业银行足够的自主经营空间，既能促进商业银行经营管理与业务发展的创新，也能够促进客户及其他利益相关者各方面创新。例如，商业银行的业务越来越多样化与综合化，诸如直销银行、智慧银行、网络银行等新业务形态以及资产管理、不良资产处置、智能投顾等创新业务纷纷涌现，成为商业银行新的利润增长点。相比之下，《商业银行法》第3条对于商业银行的业务品种的规定已经脱离发展实践，虽然该条设计了第14项作为兜底条款，但这种立法技术根本无法体现商业银行已从事综合性业务经营的现实，尤其是掩盖了“资产业务”这一大类。由此，对此条款的修改要求是，不仅能够跟进商业银行的综合性业务实践，同时为进一步的业务创新提供必要的法律空间，满足创新发展的需要。

实际上，商业银行混合经营可以利用规模与集团优势带来利润最大化的效果，这是银行业近些年的国际发展趋势，也得到了包括美国在内的众多国家的立法响应。而且，在理论上，综合化经营可能引发银行更多风险的观点也被打破。大量的研究表明，综合化经营可能让银行的稳定性增强。<sup>[25]</sup>通过各种途径，国内大型银行大多已实现金融混业经营，成为实质上的金融控股集团。在这种背景下，《商业银行法》有关禁止混业经营的规定已经形同虚设，负面意义尤为明显。2013年增加的《商业银行法》第43条的但书规定<sup>[26]</sup>只是当时的权宜之计。在立法技术上，但书模式看似让立法更具有灵活性，但却是对法律的可预期以及稳定性的极大损害，也助长了权力寻租空间，加大银行业的不公平竞争。从实践来看，该条款对商业银行以分业原则为指引，但却始终未得到完全遵从。金融部门立法也从该混业但书条款出发，借助规范实践从边缘走向主流。内嵌概括授权、限制转介条款的复合性混业但书，与变动不居的国家金融政策、竞相割据分野的金融监管、追求效益最大化的金融资本，导致以其为依托的规范实践在目的、形式、内容上呈现出完全失衡的局面。<sup>[27]</sup>无疑，原则上放宽银行业的混业经营，必须在《商业银行法》的大修中得到解决。当然，法律承认混业经营事实的同时，对于从事混业经营的银行控股集团的组织模式、经营管理、信息披露、风险控制与防火墙、监管责任等的要求必须在《商业银行法》修改中得到充分体现。

<sup>[24]</sup> 前文在论述新发展理念与《商业银行法》的立法理念选择、商业银行的属性定位、法律的价值取向以及基本原则的确定时，已经涉及《商业银行法》中有关立法宗旨、商业银行的概念、法律的基本原则等相关条款的修改问题，这部分对此不再赘述。同时，以下论述中的小部分观点在《商业银行法（修改建议稿）》中得到体现，比如取消利率限制的观点已体现在建议稿第55条有关“商业银行按照中国人民银行有关规定，可以与客户自主协商确定存贷款利率”的规定中，但鉴于以下论述的大部分观点并没有在建议稿中体现，同时建议稿并不是一个生效法律文本，为了表述方便，后面论述中除非必要，对建议稿中得到体现的个别观点，不再专门指出并加以引用，涉及现有立法部分主要引用《商业银行法》现有生效文本。

<sup>[25]</sup> See James R. Barth, Gerard Caprio Jr., Ross Levine, Bank Regulation and Supervision: What Works Best? 13 *Journal of Financial Intermediation*, 205–248 (2004); 陈雨露、马勇：《混业经营与金融体系稳定性：基于银行危机的全球实证分析》，载《经济理论与经济管理》2008年第3期。

<sup>[26]</sup> 《商业银行法》第43条规定：“商业银行在中华人民共和国境内不得从事信托投资和证券经营业务，不得向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资，但国家另有规定的除外。”

<sup>[27]</sup> 参见刘志伟：《金融法中混业“但书”规定之反思》，载《法学研究》2019年第6期。

此外，《商业银行法》第二章专门对“商业银行的设立和组织机构”（第11—28条）做出详细规定，比较大的问题是事前审批条款过多，削弱了银行的自主性，因此要适应“简政放权”的行政改革要求，对相关条款进行适当修改，减少事前审批事项，合理赋权，激发银行的创新活力，满足效益的价值追求。与此类似的是，《商业银行法》第34条有关“商业银行根据国民经济和社会发展的需要，在国家产业政策指导下开展贷款业务”的规定与以推进国家产业政策为职责的政策银行体系以及《商业银行法》第4条对商业银行“实行自主经营，自担风险，自负盈亏，自我约束”的规定相冲突，也应该废止。

第二，在协调发展理念指引下，按照秩序的具体价值指引与一致性原则的要求，修改或完善相关法律规范，促使新的《商业银行法》成为一部促进协调发展之法。一方面，在修改或完善相关法律规范时，必须把握金融体制改革方向，落实金融体制改革的成果，废除或修改已不合时宜的相关法律规范。十八大以来，为贯彻金融体制改革的政策方针，有关部门在商业银行风险管理、组织机构、内部控制、业务活动、人事管理、信息披露、资本管理和金融消费者保护等方面制定了大量的监管规则，存款保险制度、互联网金融业务管理、系统重要性银行监管机制等也已经通过行政法规或部门规章等方式得到适用。立法部门必须依托已有的立法经验以及实践效果的检验，将立法成熟、实践有效并适合升级到法律层次的制度规则，按照《立法法》的规定吸收到修订后的《商业银行法》中。例如，为了维持金融市场的稳定，2015年我国建立了存款保险制度，中国人民银行隶属的存款保险机构已经具体运行。这样，《商业银行法》第33条有关“商业银行应当保证存款本金和利息的支付”之规定应该修改，因为商业银行已经通过交付存款保险金的模式把最后的“保证义务”转给了存款保险机构，本条修改时也要将这种变化体现出来。<sup>[28]</sup>再如，推进利率、汇率市场形成机制改革是近年来金融体制改革的重点，中国人民银行已经取消对存贷款利率的上下限规定，部分贷款品种利率甚至不再由中国人民银行直接确定，而是适用贷款市场报价利率（LPR）。鉴于此，《商业银行法》第31条有关“商业银行应当按照中国人民银行规定的存款利率的上下限，确定存款利率”的规定，必须修改。

另一方面，在修改或完善相关法律规范时，要做到与其他相关法律之间的协调。《商业银行法》的制定时间较早，囿于当时的法治理念、法制环境等因素，部分规定内容滞后，科学性欠缺，与后续颁行的法律冲突较多，严重影响了《商业银行法》的权威性以及施行效果。具体地讲，作为商事主体法中的特别法，《商业银行法》的许多内容跟《合同法》《公司法》《物权法》《证券法》等相关法律存在交叉，其中一些条款存在冲突。《民法典》颁布生效后，这种状态仍然存在。例如，《商业银行法》第42条第1、2款规定：“借款人应当按期归还贷款的本金和利息。借款人到期不归还担保贷款的，商业银行依法享有要求保证人归还贷款本金和利息或者就该担保物优先受偿的权利。商业银行因行使抵押权、质权而取得的不动产或者股权，应当自取得之日起二年内予以处分。”商业银行依法享有不安抗辩权以及行使担保优先清偿权的前提被界定为“借

[28] 对此，《商业银行法（修改建议稿）》有所体现，即第6条第2款规定：“国家建立存款保险制度，依法保护存款人的合法权益，维护金融稳定。商业银行应当按照法律、行政法规的规定投保存款保险。”

款人到期不归还”，此规定与 1999 年 10 月起施行的《合同法》第 68 条及 2021 年 1 月开始实施的《民法典》第 527 条中多种情形下都可以行使不安抗辩权的规定相矛盾。<sup>[29]</sup> 同时，“依法行使不安抗辩权并非丧失抵押担保的优先受偿权利”<sup>[30]</sup>。2007 年施行的《物权法》第 170 条也规定：“担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。”《商业银行法》第 42 条规定的“借款人到期不归还担保贷款的”是否构成了唯一情形，回答应该是否定的。但实践中确实存在错误解读现象，甚至出现损害商业银行合法权益的个案裁判。<sup>[31]</sup> 与此对照，《民法典》第 386 条亦规定除“债务人不履行到期债务”外，“或者发生当事人约定的实现担保物权的情形”时，担保物权人也是依法享有就担保财产优先受偿的权利的。无疑，随着作为市场经济基本法的《民法典》在 2021 年正式生效，修改《商业银行法》相关条款并与之协调的问题更加迫切。

此外，《商业银行法》的立法简陋以及金融市场的迅速变化，导致规范商业银行的下位法，包括行政法规、监管规章、规范性文件、地方法规的数量不断膨胀，与《商业银行法》冲突的条款频繁出现，严重损害了《商业银行法》的权威性。其后果是不仅人为增加了银行业经营管理规则的复杂性，而且对规则的统一性、稳定性带来不利影响。因此，必须梳理《商业银行法》的下位法，吸收其中成熟的法律规范，清除其中与《商业银行法》冲突的条款。无疑，这是协调发展基本要求以及《商业银行法》修改时必须遵循一致性原则的体现。

第三，在绿色发展理念指引下，按照可持续的具体价值指引与合理赋权原则的要求，修改或完善相关法律规范，促使新的《商业银行法》成为一部促进绿色发展之法。为此，对相关法律规范内容的修改或完善，必须围绕着既能促进商业银行内部经营管理的绿色发展，也能以商业银行为平台，促进利益相关者，乃至整个社会经济的绿色发展乃至全面发展而展开。实际上，国内外对商业银行践行社会责任的呼声日益高涨，相关国际组织、行业协会、监管部门等也出台了大量的要求商业银行践行社会责任的规范、标准以及行为模式等。而商业银行自身的优势地位与金融功能以及推进社会经济全面发展的任务要求，也需要其践行社会责任。在这里，合理赋权原则必须得到充分的体现，即当要求商业银行践行社会责任，促进可持续金融发展时，必须给予商业银行充分的正当激励，通过降低实施可持续金融的资金成本与税负成本、提高社会声誉以及赋予可持续金融于新的商机之中，才能将绿色发展新理念与可持续价值取向融入商业银行的经营理念与内部治理之中。为此，《商业银行法》相关条款修改时，包括立法理念、商业银行的属性定位、立法的价值取向与基本原则、商业银行的外部监管、内部治理与业务经营活动等，都必须吸收国内外有关银行践行社会责任的最新成果与实践，将绿色发展新理念、可持续价值取向，以及合理赋权原则融入法律规范的设计与配置中，促进可持续金融的发展。<sup>[32]</sup>

<sup>[29]</sup> 《合同法》第 68 条与《民法典》第 527 条规定，应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列四种情形之一的，可以中止履行，包括：经营状况严重恶化；转移财产、抽逃资金，以逃避债务；丧失商业信誉；有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

<sup>[30]</sup> 卜祥瑞：《再次修改〈商业银行法〉的制度创新》，载《中国法律》2014 年第 2 期，第 38 页。

<sup>[31]</sup> 参见前引<sup>[30]</sup>，卜祥瑞文。

<sup>[32]</sup> 对此问题，因为在本文其他部分的论述中已得到基本涵盖，这里不再赘述。

第四，在开放发展理念指引下，按照共同的具体价值指引与对标国际原则的要求，修改或完善相关法律规范，促使新的《商业银行法》成为一部促进开放发展之法。金融发达国家，金融行业一定是充分开放的，无论是对内还是对外，并通过法律予以贯彻，这是一个普遍性的做法。因此，对《商业银行法》相关法律规范的修改或完善，必须围绕既能促进金融市场对内对外开放，也能促进国内商业银行走出国门，实现国内外的开放发展。从规范内容上，主要体现在银行准入、危机处置与退出机制方面做出市场化的改革，渐进开放银行业，提升市场竞争水平，提升银行业的效率。

《商业银行法》第12条设置了商业银行的准入条件，但这种统一标准的设置模式跟实践脱节严重，忽视了我国除了大型商业银行与股份制商业银行，还大量存在城市商业银行、城市信用社、农村商业银行、农村信用社、村镇银行、农村合作银行、外资银行、民营银行等多种商业银行的形态。这些商业银行所提供的金融产品、服务对象、经营区域、风险管理与监管标准等等，都有很大差异。因此，《商业银行法》必须细化商业银行的市场准入条件，采取分类牌照制，贴合金融市场的发展实践。

相比市场准入机制，商业银行市场化退出机制尚未建立。虽然《企业破产法》第134条<sup>[33]</sup>与《商业银行法》第71条<sup>[34]</sup>都规定“无法支付到期债务”的商业银行可以通过破产方式退出市场，党的十八届三中全会《决定》也明确提出要“完善金融机构市场化退出机制”，但《商业银行法》关于商业银行破产只有这么一条规定，而且只规定可以破产但怎么破产却不详，缺乏操作性。因此，修法时必须把具体的破产条件、详细的破产程序，包括破产重整、破产清算等基本规则，进行详细规定。相比之下，“接管”是一种带有强烈行政色彩的处置方式，“破产”才是真正的市场退出方式。因此，建立商业银行破产法律制度是对银行业实质性市场化改革至关重要的工作，是十八大与十九大以来致力推进金融体制改革的一个关键点。只有按照市场规则建立市场准入与退出机制，银行业才能进入一个实质性的市场竞争状态。而只有“有进有出，优胜劣汰”，商业银行才会提供更多的金融产品与更好的金融服务，创造更大的活力与更好的效益，促进经济与社会的进步。

对于危机银行的处置，《商业银行法》第64—68条专门规定了接管制度，内容涉及接管条件、接管目的、接管效力、接管决定主体等，但至少存在以下问题：一是接管条件规定过于简单，缺少操作标准；二是接管组织的选择条件、权限不够明确，对接管期间的治理结构问题也缺少规定；三是缺少对接管终止时的程序规定。相比美国、法国等国家对“接管制度”的立法，

[33] 《企业破产法》(2006年)第134条规定：“商业银行、证券公司、保险公司等金融机构有本法第二条规定情形的，国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机构进行重整或者破产清算的申请。国务院金融监督管理机构依法对出现重大经营风险的金融机构采取接管、托管等措施的，可以向人民法院申请中止以该金融机构为被告或者被执行人的民事诉讼程序或者执行程序。金融机构实施破产的，国务院可以依据本法和其他有关法律的规定制定实施办法。”第2条规定：“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。企业法人有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照本法规定进行重整。”

[34] 《商业银行法》第71条规定：“商业银行不能支付到期债务，经国务院银行业监督管理机构同意，由人民法院依法宣告其破产。商业银行被宣告破产的，由人民法院组织国务院银行业监督管理机构等有关部门和有关人员成立清算组，进行清算。商业银行破产清算时，在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后，应当优先支付个人储蓄存款的本金和利息。”

《商业银行法》的现有规定无疑太过简陋。这时，采用共同性原则，对标国际至关重要。在肯定银行接管程序合理性的同时，针对上述问题，丰富完善银行接管的程序规则，如在接管条件上引入资本约束指标等客观因素、细化接管组织与银行原治理机构的权力交接程序和规则等。<sup>[35]</sup> 从实践来看，近年来监管机构在商业银行的接管方面有着丰富的操作实践，积累了宝贵的经验，包括权力安排、程序规范以及股东、高管、债权人和交易对手等群体的管理。在修改《商业银行法》时，这些经验对于接管制度的完善大有裨益。

实际上，我国已经有对危机银行救助的广泛实践，积累了相当经验，中国人民银行的“最后贷款人”、存款保险制度以及建立专门的资产管理公司剥离商业银行不良资产的运作模式，都可以看作是危机银行救助机制中的核心部分。因此，在对《商业银行法》修改时，要对危机银行救助机制做出详细的制度安排，以使其能跟接管制度、破产制度等相关制度接轨，共同建构起银行风险处置的安全网。

第五，在共享发展理念指引下，按照公平的具体价值指引与利益相关者利益平衡原则的要求，修改或完善相关法律规范，促使新的《商业银行法》成为一部促进共享发展之法。为此，对相关法律规范的修改或完善，必须围绕着新的《商业银行法》能够成为一部促进共享发展之法，即不仅是促进商业银行股东收益，也能促进商业银行利益相关者共享发展收益，乃至促进各主体的共生共长。在当时的立法背景下，《商业银行法》的立法理念是围绕着经济效益而展开，导致在规范设计上对利益相关者的利益平衡考虑不周，尤其是保护金融消费者方面。例如，《商业银行法》第三章有关“对存款人的保护”的规定（第29—33条）仅仅是围绕着“存款安全”立法，对于大数据时代存款人的隐私权、信息知情权、信息安全、交易安全性等都缺乏规定，跟不上时代发展需要。《商业银行法》第四章有关“贷款和其他业务的基本规则”的规定（第34—53条）也局限在对银行贷款的管理与风险控制，而对于贷款相对方即借款人的权利缺乏规定。此外，整部《商业银行法》对于存款与贷款之外的其他金融服务消费者的权利基本没有提及。由此可见，《商业银行法》现有立法对于商业银行与金融消费者之间的利益平衡基本是忽略状态，跟不上时代的发展与实践的要求。当前，金融消费者保护是“双峰监管”的支柱，尤其是2008年金融危机爆发以来成为各国立法的重点。因此，在《商业银行法》修法时，必须强化对金融消费者的保护，尤其是在大数据时代金融消费者的信息安全问题，促进商业银行与金融消费者的利益平衡。

### （三）新发展理念与《商业银行法》修改时的规范配置

按照新发展理念的要求，《商业银行法》的规范配置必须合理。首先，作为一部商事组织法，现有的《商业银行法》的法律规范中强行法属性的条款太多，意思自治的条款太少，严重制约了商业银行的经营自主性、业务拓展的活力以及创造性，抑制了金融创新，满足不了新发展理念中创新发展的要求。因此，强制性规范与意思自治的规范必须配置合理，在能够简政放权的地方，都以意思自治的规范为基本导向，给予商业银行更大的经营赋权，满足各方面的创新发展需求。无疑，这也是国家所致力的改善营商环境的改革需要。在修法时，最需要强调的是，要大量取消

<sup>[35]</sup> 参见张炜：《修改完善商业银行法》，载《中国金融》2016年第2期。

《商业银行法》中的行政许可项目，尽量采取备案制与事后审查制度，给予商业银行经营管理更大赋权，推动金融创新。

其次，在新发展理念下，商业银行履行的不仅仅是经济责任，也包括社会责任。其不仅仅是一个追逐经济利益的商事组织，还是一个必须能协调利益相关者、将公司利益与社会利益有机统一、具有公共企业性质的特殊商事组织体。因此，如果说法律责任是最低的责任要求，那超出法律之外的社会责任部分，则属于道德层面，应该以引导性与鼓励性规范为主，在法律性质上这种规范更多是属于软法层面。此外，修改《商业银行法》时，必须将硬法与软法相结合，法律上的严格义务与道德上的倡导义务并行，才能更好地达到新发展理念的五大发展要求。

再次，对商业银行的经营管理不能只靠来自官方层面的监管，还必须强调行业自律，通过行业组织的干预与引导来促进银行业的健康发展。为此，《商业银行法》还应该增加与细化有关银行业协会的条款，<sup>[36]</sup> 对银行业协会的法律地位与功能进行准确定位，要求商业银行加入银行业协会并服从其行业自律管理，以使银行业协会通过软法性质的行业标准等进行的行业自律行为有法可依，弥补官方监督管理与主要由硬法构成的《商业银行法》的不足，提高银行业治理的有效性。

最后，修改《商业银行法》时，应该设计立法后评估条款，为建立《商业银行法》的立法后评估机制提供法律依据。构建《商业银行法》的立法后评估机制是立法的延续，为法律的与时俱进提供机制保障，是贯彻新发展理念的具体路径。实际上，这是将立法看作一个动态持续的过程，而不是传统的静止模式。只有在有效的立法后评估机制下，才能定期监测《商业银行法》运作的社会效果，包括是否符合新发展理念的要求，以及是否有效地落实了新发展理念。在此基础上，根据立法后评估的报告与反馈机制，及时作出释法与修法的工作，保证《商业银行法》的科学性与有效性，换取法律的持久生命力。当然，作为商业银行法律制度的基本法，《商业银行法》只需要增加“建立立法后评估机制”的规范内容，具体的立法后评估机制的构建与运作由下位法来完成，这个条款是一个授权条款。

## 六、结束语

新发展理念对中国社会经济发展的指导作用是长期的，其具体落实到社会经济的各个领域也需要一个过程。同样，新发展理念对于商业银行法律制度建设的影响也是长期的，对于当前《商业银行法》修改工作的指引只是一个阶段性的步骤。《商业银行法》作为商业银行法律制度建设的核心，其修改工作只有在充分领会与落实新发展理念基础上才能顺利完成，《商业银行法》也才能在中国特色社会主义市场经济建设新时期，成为商业银行法律制度体系中具有划时代意义的基本法。在新发展理念指引下修改后的《商业银行法》的价值与功能，不仅仅是推动银行业发展壮大与良性竞争秩序的建设，更应该是在新时代凭借银行业在社会经济中的核心地位，在推动整个社会经济良性发展进步中发挥基础性作用。但是，我们不能期待《商业银行法》的修改以及整

<sup>[36]</sup> 《证券法》(2020年)第十一章(第164—167条)对“证券业协会”的性质、法律地位、组织架构、职责等作出了详细规定；《保险法》第180条也对“保险行业协会”作出了规定。

个商业银行法律制度的建设能够“毕其功于一役”，这将是一个在新发展理念关照下不断“构建—修改—完善—再修改”的循环升级进程，这才符合事物发展的基本规律以及新发展理念的真实意蕴，也是《商业银行法》立法后评估机制建设的意义所在。

---

**Abstract:** The proposal and implementation of the new development concept is an important work in the construction of socialism with Chinese characteristics in the new period, which will be carried out in all aspects of social and economic development in the future, and even affect the formulation or revision of laws in various fields. The amendment of the Commercial Bank Law is not an exception. The five new development concepts, including innovation, coordination, green, openness and sharing, provide guidance for the revision of the Commercial Bank Law. In terms of legislative ideas, it has shifted from paying attention to economic benefits to promoting the unity of economic benefits and social benefits. It has also shifted from emphasizing the economic function of commercial banks to the practice of social responsibility. In terms of the value and basic principles of legislation, it is upgraded from a single “market-oriented” to a diversified choice. In the design and allocation of legal norms, it is necessary to realize the scientific design of the legal norms. And it should also flexibly use the normative allocation mode of the combination of soft law and hard law and the coordination of mandatory norms and meaning autonomous norms, which will create a legal organism that can not only promote the development of the banking industry, but also contribute to the all-round social and economic progress.

**Key Words:** new development concept, Commercial Bank Law, legislative ideas, legislative value, design of legal norms

---

(责任编辑：缪因知 赵建蕊)