

互联网金融监管理论争议的方法论考察

彭岳*

摘要 互联网的普及和发展为互联网金融创新提供了技术支持,也对传统的金融监管体制和规则提出了挑战。金融监管中的不确定性本身构成了特定类型的法律风险。尽管学术界从不同的角度论证了互联网金融的独特性,并提出了相应的政策建议,但政府仍倾向于将互联网金融拆分为“互联网”和“金融”两个部分,并利用传统监管手段对金融部分实施监管。这一理论与实践之间的偏差或错配在一定程度上反映出理论的无力,以及理论论证可能存在的问题。基于方法论的考察可以发现,通过价值预设和抽象公理演绎出来的政策建议往往忽略了现有法律框架的约束。在动辄“重构”金融法的口号下,缺乏一种以现有法律概念对接和重述监管政策建议的意识。

关键词 互联网金融 理论争议 金融监管 方法论

互联网金融不是一个严格的法律概念,在理论争议中,论者对互联网金融的界定各不一致。为便于讨论,本文涉及的互联网金融指的是资金回报型众筹(financial return crowdfunding)。通说认为,资金回报型众筹是指通过互联网平台,从大量个人或机构处筹集小额资金,用于资助某一项目、商业或个人贷款等行为构成的众筹。资金回报型众筹包括 P2P 借贷以及股权众筹两类。^[1]

互联网金融模式的出现给金融监管者提出了三个问题:互联网金融行为合法吗?政府为何要监管互联网金融?政府如何监管互联网金融?对于从事互联网金融的市场主体而言,上

* 南京大学法学院教授。本文为江苏省法学会 2015 年度项目“互联网金融法律防范的方法论考察”(SFH2015D19)的研究成果。感谢南京大学法学院熊静波副教授提出的宝贵建议。

[1] See Eleanor Kirby and Shane Worner, “Crowd-funding: A Infant Industry Growing Fast”, IOSCO Staff Working Paper: [SWP3/2014], at * 4.

述问题的答案直接影响到相关行为的合法性和合规性。在此意义上,监管上的不确定性构成了一种特定类型的法律风险。为缓解乃至消除监管所引发的法律风险,在互联网金融模式产生之初,来自经济学界和法学界的学者们就对此进行了激烈的理论探讨。近期,国内监管机构开始着手制定和颁布监管互联网金融的法律文件,在一定程度上回应了市场需求。

理论上,学术界关于互联网金融监管的学理讨论有助于增强共识,如果研究成果能够被政府监管部门所采纳,可以降低金融监管上的不确定性,进而降低互联网金融企业所面临的法律风险。然而,在法律实践中,政府陆续出台的监管法律文件很少受到相应理论成果的影响,相关监管部门似乎依然希望在原有的法律框架内解决新兴的互联网金融监管问题。鉴于当前关于互联网金融监管的多数理论讨论均可纳入广义的政策学范畴,如果相关理论成果不能为主管部门所采纳,则此类研究的价值将大打折扣。对于这一明显的理论与实践脱节现象,我们固然可以指责理论的目标受众墨守成规甚至是冥顽不化,但也不能排除这样一种可能性,即相关理论讨论是否脱离了制度现实,导致理论成果失去了指导意义?

本文无意卷入互联网金融监管的实质争议,也不认为金融监管中存在着不容置疑的“形而上学”目标以及最优监管手段,从而使决策者可以一劳永逸地构建出最佳监管体制和规则。本文所关注的是,在讨论互联网金融监管中的合法性和合规性问题时,学术界采用了哪些理论路径和论证方法?这些理论路径和论证方法是否影响到相关理论成果的可采纳性?在一定程度上,本文既是对当前互联网金融监管理论讨论之法律实践价值的一点质疑,也是促使监管政策理论之讨论与现有法律框架相对接的初步尝试。

一、中国互联网金融监管的制度背景与理论挑战

就内容而言,政府对金融实施监管可分为市场准入监管和金融机构业务监管两个方面。其中,根据市场(包括国内市场和国际市场)准入标准的宽严程度,各国金融监管体制可大致分为金融抑制型与金融自由型两大阵营。实践中,很少有国家能够实施完全的金融抑制或金融自由体制。以美国银行业为例,一家银行在其开展业务之前,也要像其他公司一样进行注册。但是,银行牌照申请能否得到批准,需要经由州政府或联邦政府当局的审查。审查时所要考虑的因素包括:防止银行倒闭、促进银行业市场竞争、便利和需要以及竞争公平性等。^{〔2〕}由于美国联邦和各州之间存在规制竞争关系,客观上造成银行的市场准入门槛相对较低。因此,可以将美国划入金融自由体制的阵营之中。与之相反,中国金融业的市场准入以严格而著称,“金融业长期实行国家垄断经营,即使是后来出现的股份制金融机构也多属变相的国有专营或至少是国有资本绝对控股,民间资本(除个案外)进入限制极严”。^{〔3〕}以银行业为例,当前的情况是,金融市场利率尚未完全开放,相对固定的利润政策基本上界定了商业银行的中介利差水平,只要能够获准进入市场,银行就能享有行业垄断利润。政府当局在审查时,往往更注重

〔2〕 参见(美)哈维尔·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44、51—52。

〔3〕 朱大旗:《金融法》(第三版),中国人民大学出版社2015年版,页101。

银行业的安全、便利和需要等因素,很少会为了促进银行业的市场竞争发放牌照,^[4]而这一政策取向必然会抬升银行业的准入门槛。因此,可以将中国划入金融抑制体制的阵营之中。

由于法律不完备,任何监管制度和规则均存在漏洞和不完善之处,它不仅为有利于经济发展的金融创新留下了足够的合理空间,也在一定程度上便利了规避法律监管的套利行为。理论上,技术革新和金融创新对现有监管体制的冲击分为两种情况:一种情况,相关企业利用现有监管缝隙和模糊地带营利,在传统金融市场之外,创造出新的金融市场,总体上有利于经济发展;另一种情况,相关企业利用创新逐渐侵蚀现有监管的基础,削弱监管成效,损害金融稳定。^[5]第一种情况不以套利为目的,可称之为非套利金融创新;第二种情况则被称为套利金融创新。如果撇开具体的金融监管体制,在理论层面,套利金融创新和非套利金融创新并无优劣之分。而如果加入具体金融监管体制这一因素,则套利金融创新往往受到监管者的谴责。究其原因,套利金融创新恰恰阻碍了金融监管目标的达成,因而应受到禁止或限制。问题在于,技术革新催生的金融创新往往兼具套利和非套利因素。在此情况下,不同金融监管体制将影响监管机构所作出的法律推定。比如,当一国采取金融自由体制时,监管者与被监管的传统行业无特殊利益关系,对任何有助于经济发展的金融创新行为持积极态度。面对互联网金融,金融监管机构倾向于作出合法推定,并且不额外施加合规性要求。反之,当一国采取金融抑制体制时,监管者与被监管的传统行业存在公然合法的利益关系,对任何有可能损害到正规金融利益的金融创新行为持消极态度。面对互联网金融,金融监管机构倾向于作出非法推定,或将互联网金融削足适履地归类为传统金融类型,并施加相应的监管要求。因此,在不同的金融监管体制下,同一金融创新行为所面临的合法和合规风险并不一致。

中国金融监管体制具有显著的金融抑制特征。在这一监管体制下,正规金融往往享有极为丰厚的垄断利润,即使没有技术革新和金融创新,市场中也充斥着各种类型的监管套利行为。在很大程度上,金融监管的目的在于确保特定的利益集团免受市场竞争影响。因此,此类监管体制下的监管者更关注金融创新对正规金融的影响和冲击。而技术革新的工具性决定了其既可能被用来从事有利于经济发展的金融创新,也有可能被用来进行纯粹监管套利,攫取体制内的利益。有鉴于此,面对金融创新,监管者首先想到的是如何将新的金融形态归入现有的金融监管框架之中。

就互联网金融而言,在中国人民银行等十部委发布的《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》(银发[2015]221号,以下简称《指导意见》)中,决策者首先指出,“互联网金融本质仍属于金融,没有改变金融风险隐蔽性、传染性、广泛性和突发性的特点。加强互联网金融监管,是促进互联网金融健康发展的内在要求”。同时,决策者意识到,“互联网金融是新生事物和新兴业态,要制定适度宽松的监管政策”。面对这两个相互冲突的政策目标,决策者最终倾向于将互联网金融改造为金融业的互联网化,即“科学合理界定各业态的业务边界及准入条件……保护合法经营,坚决打击违法和违规行为”。

[4] 厦门银监局课题组:“银行牌照管理研究——兼谈完善我国银行准入的政策建议”,《金融研究》2004年第8期,页87。

[5] See Chris Brummer, “Disruptive Technology and Securities Regulation”, 84 *Fordham Law Review*, 980 (2015).

就网络借贷,《指导意见》认为包括两种类型:个体网络借贷(即P2P网络借贷)和网络小额贷款。其中,P2P网络借贷是指个体和个体之间通过互联网平台实现的直接借贷。对于在个体网络借贷平台上发生的直接借贷行为,《指导意见》认为,应属于民间借贷范畴,受《合同法》《民法通则》等法律法规以及最高人民法院相关司法解释的规范。《指导意见》进一步指出,P2P网络借贷要坚持平台功能,为投资方和融资方提供信息交互、撮合、资信评估等中介服务。个体网络借贷机构要明确信息中介性质,主要为借贷双方的直接借贷提供信息服务,不得提供增信服务,不得非法集资。根据《指导意见》,网络借贷业务由银监会负责监管。

就股权众筹融资而言,《指导意见》将之界定为通过互联网形式进行公开小额股权融资的活动。股权众筹融资必须通过股权众筹融资中介机构平台(互联网网站或其他类似的电子媒介)进行,并进一步指出,“股权众筹融资中介机构可以在符合法律法规规定的前提下,对业务模式进行创新探索,发挥股权众筹融资作为多层次资本市场有机组成部分的作用,更好地服务于创新创业企业”。其中,股权众筹融资方应为小微企业,应通过股权众筹融资中介机构向投资人如实披露企业的商业模式、经营管理、财务、资金使用等关键信息,不得误导或欺诈投资者。投资者应当充分了解股权众筹融资活动风险,具备相应风险承受能力,进行小额投资。根据《指导意见》,股权众筹融资业务由证监会负责监管。

综观《指导意见》对P2P网络借贷和股权众筹的规定可以发现,决策者希望绕开互联网金融平台来确定相关金融业态的实质,并将P2P网络借贷视为民间直接借贷的互联网化,股权众筹视为小微企业股权融资的互联网化,而互联网借贷平台和股权众筹平台的作用仅限于展示和传递信息。

然而,《指导意见》并没有考虑到,互联网金融具有多人小额和信息公开交流两个特征。依据长尾理论,在交易成本降低的情况下,只要产品的存储和流通的渠道足够大,众多小市场聚沙成塔,即能够产生与主流相匹敌的市场能量。^{〔6〕}已有学者指出,多人小额众筹具有“小赌怡情”的功效,互联网金融的价值在于为普通公众提供了一种高风险的投资机会。^{〔7〕}只要采取审慎措施,如合理限制筹资者单次和总体筹资金额、投资者互联网投资在本人收入中的比例、允许互联网金融平台提供适当的增信服务等,则相关投资者完全可以承受此类风险,而筹资者也可以利用长尾效应获得足够的资金支持。而在传统的金融模式中,此类融资市场根本没有存在的空间。因此,《指导意见》越是抑制互联网平台在整个融资过程中的核心作用,就越有可能降低此类金融模式的相对竞争优势。蓬勃发展的互联网金融业态极有可能因为《指导意见》的实施而受到严重的打击。

当然,在现有的政策执行体制之下,《指导意见》需借助相关监管机构的实施细则才能具体落实。^{〔8〕}基于当前鼓励“大众创业、万众创新”的政策理念,很难想象监管机构会严格按照

〔6〕 参见(美)克里斯·安德森:《长尾理论》,乔江涛、石晓燕译,中信出版社2012年版,页386。

〔7〕 参见彭冰:“股权众筹的法律构建”,《财经法学》2015年第3期,页5、11。

〔8〕 如《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(中国银行业监督管理委员会、工业和信息化部、中华人民共和国公安部、国家互联网信息办公室令2016年第1号,2016年8月17日);中国证券业协会《私募股权众筹融资管理办法(试行)(征求意见稿)》(中证协发[2014]236号,2014年12月18日)。

《指导意见》的建议将创新性的“互联网+”改造成为传统行业的“+互联网”。因此,尽管为如何监管互联网金融定下了基调,但仍存在诸多监管上的不确定性。对于互联网金融企业而言,这些不确定性既是它们大打“擦边球”获取制度租金的机会,也是它们不得不面对的监管法律风险。在内容上,这些法律风险主要体现为合法性和合规性两个方面。其中,合规性又细分为监管目的和监管方式两个层次。当人们在实践中难以形成共识时,自然会求助于理论上的探讨与澄清,并希望利用理论上的一致意见为实践指明发展的方向。如何建构理论涉及到方法论的选择问题。对于不同的法律问题,经济学界和法学界所选取的理论路径并不一致。有鉴于此,下文将分别从互联网金融监管的合法性和合规性两个层面考察当前理论讨论中的方法论问题。

二、合法性争议中的方法论

在互联网金融监管的理论讨论中,合法性问题之所以重要,最为根本的原因是在严格管制的金融监管体制下,稍有不慎,互联网金融业务就会被划入依法予以取缔的行列之中。因此,合法性争议直接关系到那些希望从事金融业的互联网企业能否获得合法身份,并且影响到互联网金融的存在模式和行业规模。^{〔9〕}为消除或缓解现有法律框架对互联网金融发展所可能造成的障碍,经济学者和法律学者采取了不同的理论建构方法。

(一) 经济学者的功能主义方法

对于监管机构依据现有法律框架确定监管方案的做法,经济学界向来看法不一。依据“金融职能远比金融机构更为稳定”这一论断,^{〔10〕}大多数经济学者采用功能主义方法来分析互联网金融的客观属性,并希望从实然属性中获取应然答案。相关观点可分为三类:第一类观点认为,以互联网为代表的现代信息技术将对人类的金融模式产生颠覆性影响。可能出现既不同于商业银行间接融资、也不同于资本市场直接融资的第三种金融融资模式,称为“互联网直接融资市场”或“互联网金融模式”。^{〔11〕}因此,不应比照传统金融施加市场准入限制。第二类观点则认为,互联网的出现,改变了金融交易的范围、人数、金额和环境,但没有改变金融交易的本质。互联网金融所经营的产品在支付结构上并没有明显的创新,不是支付结构意义上或金融产品意义上的“新金融”,而只是金融销售渠道、金融获取渠道意义上的创新。^{〔12〕}因此,仍应比照传统金融施加市场准入限制。第三类观点则强调金融互联网与互联网金融是不同的概念。认为金融互联网就是银行、保险公司、证券公司等传统金融机构把产品搬到网上,是一种技术创新而非产品创新;而互联网金融是基于互联网技术的金融创新,是围绕信息展开的一系

〔9〕 参见殷剑锋:“‘互联网金融’的神话和现实”,载程炼主编:《2015—中国金融发展与改革》,社会科学文献出版社2015年版,页207。

〔10〕 参见(美)兹维·博迪、罗伯特·C·莫顿:《金融学》,欧阳颖等译,中国人民大学出版社2000年版,页23。

〔11〕 参见谢平、邹传伟:“互联网金融模式研究”,《金融研究》2012年第12期,页11—12。

〔12〕 参见陈志武:“互联网金融到底有多新”,《新金融》2014年第4期,页9。

列金融产品创新及其产业链的重塑。^[13]对于后者,不应比照传统金融施加市场准入限制。

上述三类观点几乎穷尽了现有法律规定适用于互联网金融的三种情况:不适用、适用和部分适用。然而,即便当相关经济学者得出现有法律规定适用于互联网金融这一结论时,其分析方法也不是传统实证主义法学意义上的法律适用方法。常规的实证主义法律适用方法采用“规范—决疑”的思考模式,主要分为四步:认定事实;寻找相关法律规范;以整个法律秩序为准进行涵摄;宣布法律后果。当经济学者分析互联网金融是否受制于现有法律规定时,其思路并不是将问题放置在具体法律框架下进行涵摄,而是预先假定不同性质的金融行为应受制于不同法律规范的约束。在这一思路下,当前的金融监管法律特别是市场准入规定被设想为仅仅针对传统金融而设定。因此,如果互联网金融与传统金融在本质上足够相似,则推定其受制于当前金融监管法律的约束;反之,如果互联网金融在本质上不同于传统金融,则推定互联网金融应受制于与其本质相一致的法律规范的约束。总体上,这一推定事实具有“秩序形成效力”的方法与卡尔·施密特式的“具体秩序思维”有类似之处,两者均强调生活秩序优于法律规范,否认实然与应然之间的区别,试图依据大量的本质论据,从事物或机构的“本性”或“本质”中得出法律后果。因此,经济学者功能主义方法是一个可以随时消融或抛弃现行法、支持或创造具体生活秩序的工具。^[14]

表面上看,通过对金融行为的本质分析,经济学者得到了一套极为简化的形而上理论,似乎解决了互联网金融监管的所有问题。然而,正是因为功能主义方法在本质上是制度无涉的,当经济学者将互联网金融从具体的制度环境中剥离出来,努力为其确定一个中立的客观属性时,相关政策建议也就失去了针对性和可操作性。比如,一些经济学者提出要比照传统金融对互联网金融实施市场准入限制时,并没有进一步说明,在中国分业监管和机构监管的体制下,应按照何种具体市场准入标准对互联网金融施加限制;当其他经济学者提出不应比照传统金融施加市场准入限制时,并没有进一步说明,在中国分业监管和机构监管的体制下,为什么应对互联网金融施加其他的有别于传统金融的市场准入限制,或者完全不应予以限制。当然,这一金融行为本质分析方法不可能回答一个更具根本性和普遍性的问题:为何各国拥有不同的金融监管体制?

(二) 法律学者的法律政策学方法

与经济学者不同,从一开始,法律学者就考虑到具体法律制度下互联网金融的合法性问题。理论上,这一研究方法的转变意味着相关研究重点将不再是互联网金融的客观属性,而是现有法律规范的适用范围。然而,在具体分析过程中,通过理论预设,相关具体法律规定的相关性被大大降低,法律解释学路径很快让位于法律政策学路径。^[15]具体而言,尽管在经济学者看来,互联网金融的客观属性仍存在争议,但法律学者几乎一边倒地认为互联网金融是一种新金融模式。从理论论证的角度考察,这一“反常”现象可以得到合理解释:如果互联网金融属

[13] 参见贾甫、冯科:“当金融互联网遇上互联网金融:替代还是融合?”,《上海金融》2014年第2期,页30、35。

[14] 参见(德)魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,页248、286。

[15] 关于法律解释学和法律政策学的差异以及后者相较于前者对法学家的吸引力,参见强世功:“宪法司法化的悖论——兼论法学家在推动宪政中的困境”,《中国社会科学》2003年第2期,页27—28。

于传统金融,则应一体适用现有的市场准入规定,互联网金融自身的合法性问题也就失去了理论上的可争议性;反之,如果互联网金融属于新金融模式,则必然要讨论现有法律规范是否仍能够适用于该新金融模式。正因为法律学者对于互联网金融监管“有话要说”,在具体分析互联网金融合法性之前,他们已经悄然接受了上述经济学者关于互联网金融客观属性中的第一种和第三种观点,即将互联网金融界定为互联网企业业务的金融化,而非金融机构业务的互联网化。通过该前提预设,法律学者得以继续进行更具创造性的法律政策学讨论。

需要指出的是,早在互联网金融(概念或模式)出现之前,中国的金融抑制体制将金融区分为正规金融和非正规金融(民间金融)两类,^[16]后者不仅原则上得不到官方正式承认,还一直是被打击的对象。^[17]因此,法律学者在将互联网金融推定作为一种有别于传统金融的新金融模式时,还需要继续分析,互联网金融与正规金融和非正规金融之间的关系。在此方面,学者们的观点并不一致。一种观点认为,互联网金融不是传统意义上的正规金融,而是民间金融的一部分,互联网金融合法性问题实际是民间金融合法性问题的具体而微者。中国现行金融抑制体制对民间借贷、民间融资行为的高压状态客观上阻碍了民间金融活跃和金融创新,使得包括众筹在内的互联网金融的合法性遭到质疑,阻碍了互联网金融的蓬勃发展,因此,解决之道是“立法和监管机构首先要改变长期为片面维持正规金融稳定而对民间借贷和融资打压的思维,系统性地清理、调整现行阻碍包括众筹在内的互联网金融正常发展的政策法规”。^[18]另一种观点则认为,互联网金融并非传统的民间金融,互联网金融在本质上是一种信息平台经济。比如,P2P交易可区分为互联网层面的P2P网络借贷平台和金融层面的民间借贷;股权众筹可区分为互联网层面的股权众筹门户和金融层面的股权募集。其中,互联网层面的互联网金融是市场主体对当前分业监管进行监管套利的结果,基本游离于现行金融法规制之外;而金融层面的互联网金融则受到诸如“以合同法和非法集资立法为主要内容并对债权交易进行规制的民间借贷立法,以及非法发行证券立法,通过变相吸收公众存款罪和擅自公开发行证券罪”的限制。^[19]因此,互联网金融监管的重点应放在众筹平台上。

从方法论层面分析,上述两种观点有所不同。第一种观点将互联网金融绑上民间金融的战车,并力图通过民间金融的合法化或法制化缓和互联网金融在法律上的不确定性。虽然这一方法较为迂回,但却可以一劳永逸地解决民间金融受到抑制的现状,进而彻底变革中国金融抑制体制。第二种观点将互联网平台和金融业务相对分离,在不破坏现有金融监管体制的前

[16] 严格意义上“正规金融”与“民间金融”并非同一概念。其中,“非正规金融,是指尚未被国家法律法规认可的个人、金融组织及其资金融通行为。非正规金融是相对于正规金融而言的,其差异在于金融主体的身份及其行为是否为法律法规认可”;“民间金融,是指公办金融之外的个人和金融组织及其资金融通行为。民间金融是相对于公办金融而言的,其差异在于举办金融的主体身份不同。所以,民间金融这一概念的界定是以金融主体的所有制属性为尺度的。”由于在讨论互联网金融时,学界并未严格区分,故本文并用这两个概念。相关概念辨析,可参见王相敏、张慧一:“民间金融、非正规金融、地下金融:概念比较与分析”,《东北师大学报(哲学社会科学版)》2009年第6期,页66。

[17] 参见高晋康:“民间金融法制化的界限与路径选择”,《中国法学》2008年第4期,页36-37。

[18] 邓建鹏:“互联网金融时代众筹模式的法律风险分析”,《江苏行政学院学报》2014年第3期,页120。

[19] 参见杨东:“互联网金融风险规制路径”,《中国法学》2015年第3期,页82。

前提下,回应了社会对互联网金融合法性的关注。从法律政策学的角度分析,后一方法有助于将政策建议与现行法的规定迅速对接,在可行性方面具有相对比较优势。问题是,人为分割互联网金融的互联网层面和金融层面并分别加以规制必然会限制互联网金融功能的发挥。特别是,随着互联网移动通讯技术的普及,一般民间金融借助互联网平台会大幅提升涉众性,这就增加了民间金融触及法律红线的几率。如果不在民间金融合法化方面作出改变,互联网金融的发展前景将极为有限。

上文论及,在互联网金融合法性问题的理论争议中,经济学者的功能主义分析方法未能充分考虑到现有法律规定,其处理的是抽象概念或模式,虽简单明了,但缺乏必要的现实感。^[20]然而,这并不意味着经济学者的讨论毫无价值。毕竟,在法律政策学的框架下,传统法学的“规范—决疑”思考模式需借助功能主义的“目的—手段”思考模式才能发挥功效。问题是,当前中国的金融抑制体制与经济学家关于互联网金融本质的分析存在着紧张关系,致使法律学者很难将相关政策建议转化为现有法律框架所能容忍的法律政策建议。比如,当一些法律学者希望借助经济学者的理论成果来质疑整个金融监管体制的合理性时,已然不是利用现有的法律框架来接纳政策建议,而是利用政策建议来颠覆现有法律制度;当另一些法律学者希望在现有金融监管体制下引入经济学家关于互联网金融的政策建议时,往往会发现当前法律框架所给予的政策空间根本不足以支撑当前互联网金融业的存在与发展,而脱离困境的唯一办法似乎只能是打破现有法律藩篱。退而求其次,一些法律学者以卡尔·施密特式的“具体秩序思维”来代替法律政策学意义上的“规范—决疑”思考模式。毕竟,“为了(解决)某些新的法律问题,即对法律没有清楚规定的新的生活关系进行法律上的分类和评价时,这种方法还是有一定的价值,因为有必要消除变化的现实与因袭的法律秩序之间的距离”。^[21]依据“具体秩序思维”,法律应当是“合乎事物本质的塑造”的产物,^[22]既然互联网金融在本质上有别于传统金融,自然应当存在一套与之相对应的全新金融监管规范。

总而言之,在讨论互联网金融合法性问题时,尽管经济学家和法律学者的方法论起点有所不同,但他们最终都认可乃至服膺于卡尔·施密特式的“具体秩序思维”,认为通过对互联网金融的本质的分析能够决定与其相匹配的法律待遇,以及认为现实的具体秩序本身能够改变、产生规范,并创造与之相对应的法律秩序。问题是,卡尔·施密特式的“具体秩序思维”方法是一把双刃剑,它并不必然有助于法律制度的合理演进。^[23]考诸历史,特别是考虑到该类方法曾一度在纳粹德国时期被司法机构滥用的事实,^[24]恪守法治理念的政府对“具体秩序思维”持怀疑、批评乃至敌视态度,并拒绝将之径直引入法律实践之中,有其合理性。

[20] 关于“现实感”,参见(英)以赛亚·柏林:《现实感:观念及其历史研究》,潘荣荣、林茂译,译林出版社2011年版,页38—39。

[21] 参见魏德士,见前注[14],页251。

[22] 参见(德)卡尔·施密特:《论法学思维的三种模式》,苏慧婕译,中国法制出版社2012年版,页51、112。

[23] 关于卡尔·施密特“具体秩序思维”的积极意义,可参见韩毅:“卡尔·施密特的法律方法论演进史述评”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第16卷),山东人民出版社2014年版。

[24] 参见陈林林:“法律方法与法治”,《法学家》2010年第5期,页158。

三、合规性争议中的方法论

金融监管中,合法性与合规性是两个既相互区别又相互联系的概念。其中,合法性指的是相关金融行为所应符合的一般法律要求;合规性指的是相关金融行为所应符合的专门监管要求。逻辑上,即使互联网金融行为合法,并不意味着该行为不需要满足额外监管要求。同理,在合规性层面,即使一项互联网金融行为存在监管之必要,也并不意味着对其需要采取某一特定的监管手段。有鉴于此,学者们在解决了互联网金融的合法性问题之后,还要进一步讨论监管方式这两个合规性问题。

(一)监管目的理论争议中的公理推演方法

自上世纪80年代以来,西方国家历经国有企业私有化、从“放松规制”到“更好规制”“高质量规制”等发展阶段,最终迈入“规制国”时代。与此同时,关于规制目的的“科学原理”也日渐成熟,包括公共利益理论、俘获理论、公共选择理论、本人—代理人理论、交易成本理论、文化理论和商谈理论等。^[25] 尽管这些理论成果为国内学者讨论互联网金融监管的必要性提供了充足的“弹药”,但绝大多数经济学家和法律学者仍比较青睐传统的公共利益理论,将政府视为市场困局的“解围之神”。在“解围之神”的光环笼罩下,政府介入市场的善意不容置疑,有问题的是,基于何种价值和门槛标准,政府才能介入市场。

相对而言,经济学者较为强调金融效率和金融安全这两个价值,认为应以自由放任(laissez-faire)的监管理念为参照,论证互联网金融监管的必要性。自由放任监管理念认为,如果市场机制运转顺利,则通过“看不见的手”就可自动满足市场主体的偏好,达到市场均衡,实现资源最优配置,自然无需政府介入。只有出现市场失灵,如存在市场力量不平衡、负外部性、公共物品供给不足或信息不对称时,才有必要引入政府监管,而监管的目标在于排除造成市场非有效的因素,让市场机制重新发挥作用。^[26] 依据该理论,有学者指出,互联网金融中的市场失灵体现在:对信息管理、分析和使用不当,会带来信息不对称风险;社会信用体系不完善及平台机制设计的缺陷,会带来道德风险和流动性风险;人为或者外部疏漏则会带来操作风险。这些风险会加剧金融体系的脆弱性,是对金融稳定和金融监管的挑战。^[27] 尽管如此,“如果P2P和众筹的业务模式能坚持单笔金额小、人数少,就应该用私人秩序、行业自律加上司法干预进行规范。P2P等无区域性、系统性影响地自然退出,是一种市场的自我淘汰和约束机制。尽管对于当事双方未必是一件好事,但对整个互联网金融的长期有序发展未必是坏事”。^[28] 反

[25] See Robert Baldwin, Martin Cave, and Martin Lodge, “Introduction: Regulation - The Field and the Developing Agenda”, in Robert Baldwin, Martin Cave and Martin Lodge ed., *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, 2012, p.10.

[26] See Robert Baldwin, Martin Cave, and Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, 2012, p.22.

[27] 参见许荣、刘洋、文武健、徐昭:“互联网金融的潜在风险研究”,《金融监管研究》2014年第3期,页40;谢平、邹传伟、刘海二:“互联网金融监管的必要性与核心原则”,《国际金融研究》2014年第8期,页5-9。

[28] 张晓朴:“互联网金融监管的原则:探索新金融监管范式”,《金融监管研究》2014年第2期,页10。

之,如果互联网金融规模较大,涉众面较广,则极有可能引发外部性问题,放大信息不对称的危害程度,在此情况下,引入监管有其必要性。

法律学者则在金融效率和金融安全之外引入了金融公平这一价值,从而形成了金融监管中的“三足定理”。金融公平指“在金融活动中,各类主体不因自身经济实力、所有权性质、地域和行业等因素而受到差别对待,能够公平地参与金融活动,机会均等地分享金融资源,形成合理有序的金融秩序,并通过金融市场实现社会整体利益的最大化”。〔29〕与经济学者类似,法律学者也认为,互联网金融比传统金融更具涉众性,风险面更广,传染性更强。〔30〕在面临风险威胁时,法律学者更为关注如何保护投资者和金融消费者的利益。尽管就金融投资者与金融消费者的关系、〔31〕金融消费者的概念和范围、〔32〕金融消费者有何种权利〔33〕等方面存在不少争议,不少学者认为,互联网金融的监管及法律规则的构建应将互联网金融消费者利益保护置于首位,并在此前提下,力求达成金融效率与金融公平兼顾,金融创新与金融安全并举之目标。〔34〕

从方法论的层面分析,经济学者内部和法律学者内部关于监管目的的分析方法不尽相同。以金融消费者的保护为例,大多数经济学者采用新古典经济学方法分析监管的必要性。新古典经济学有五个重要的基础性假设:完全理性、完全信息、效用最大化、偏好一致性以及自利性。在该基础性假设下,市场机制能够满足金融消费者需求,而对市场失灵的纠正相当于保护金融消费者。然而,已有经济学者开始利用行为经济学对古典经济学的假说提出质疑。根据行为经济学理论,消费者具有系统性、可预测的行为偏差,金融机构会利用消费者的行为偏差谋利,导致竞争的无效率。据此,行为经济学提出,要在传统纠正市场失灵的方法的基础上,从更深层面上纠正消费者行为偏差。同时,为更好地保护消费者权益,需要对金融机构进行行为干预和产品干预,提高信息披露的有效性,推进金融知识普及和金融消费者能力的建设等。〔35〕就金融消费者保护的的分析方法问题,法律学者大致可以分为两派。一派学者借助经济学理论来说明金融消费者保护的必要性。其中,既有将新古典经济学原理包装成为“法理”

〔29〕 参见冯果:“金融法的‘三足定理’及中国金融法制的变革”,《法学》2011年第9期,页93。

〔30〕 相关论述,可参见李有星、陈飞、金幼芳:“互联网金融监管的探析”,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2014年第4期,页92。

〔31〕 参见陈洁:“投资者到金融消费者的角色嬗变”,《法学研究》2011年第5期,页84以下;王振栋:“论金融消费者与投资者的识别标准”,《上海金融》2011年第6期,页91以下;王斐民、樊富强:“金融消费者:界定标准与立法确认”,《首都师范大学学报(社会科学版)》2013年第6期,页发61以下。

〔32〕 如参见凡:“金融消费者的概念和范围:一个比较法的视角”,《环球法律评论》2012年第4期,页95以下;李健男:“金融消费者法律界定新论——以中国金融消费者特别保护机制的构建为视角”,《浙江社会科学》2011年第6期,页77以下;杨东:“论金融消费者概念界定”,《法学家》2014年第5期,页64以下。

〔33〕 参见唐应茂:“金融消费者有什么权利?——也谈美国2010年《消费者金融保护法》”,《比较法研究》2013年第4期,页106以下。

〔34〕 参见安邦坤、阮金阳:“互联网金融:监管与法律准则”,《金融监管研究》2014年第3期,页68;杨东,见前注〔19〕,页83。

〔35〕 参见孙天琦:“金融消费者保护:行为经济学的理论解析与政策建议”,《金融监管研究》2014年第4期,页32。

基础的,^[36]也有明确主张应依据行为金融学,以金融消费者保护为基础目标,“重构”金融法的。^[37]还有学者则力图跳出经济学理论的束缚,通过确定金融法律制度所应追求的社会价值和所应体现的社会理念,如金融公平、金融安全和金融效率等,来推演是否要保护金融消费者的权益。^[38]

总体而言,在为何监管的问题上,或许是因为经济学家和法律学者均选择了推定政府行为必定服务于良善价值的公共利益理论,所以在分析方法方面并无本质区别。只不过,与经济学家相比,法律学者似乎更为强调金融公平这一价值。在这一分析方法中,预先设定的良善价值起着决定性的作用。借助于这些不容置疑的价值,即最初的本质法则,相关学者纯演绎地推导出与这些价值相关的本质事态。问题是,这一几何学方法首先需要寻找一种确定的公理,然后据此建立一个演绎系统,其所能达到的最高成就只是将一个观念上封闭的整体统一起来,它对于我们真正理解相关事态的本质并无助益。因此,当学者们利用金融效率、金融安全和金融公平等证明一切的同时也丧失了最基本的理论说服力。在公理的演绎过程中,上述学者们所使用的概念是“观念性”的,这些基于价值的“观念性”概念不同于基于事实的“描述性”概念,它们本质上不可能存在于任何感性直观中,也不可能通过对事实的“抽象”而被把握。现实的世界或多或少地“接近着”它们,却永不会达到它们。虽然现实永远不可能如理想那般完美无缺,但基于公共利益的政府监管总是可以证成的。

在一定程度上,监管目的是对特定监管制度正当性的拷问。然而,即便学者们能够以普世的良善价值推演出一般监管制度的正当性,这一公理逻辑演绎方法也很难透彻说明为何应就互联网金融实施监管。特别是,中国金融抑制体制的语境下,本来就不存在所谓的一般金融和一般监管,无论在官方的表述,还是在学者论述中,更为常见的词汇是正规金融和非正规金融。当前,政府对正规金融的监管既是一种限制也是一种保护,如果也要对非正规金融施加监管要求,则必然涉及这样一个问题:此类监管的要求应与对正规金融的监管要求一致吗?由此,经济学家和法律学者进入了监管方式的争议领域。

(二) 监管方式争议中的直觉主义方法

监管方式与监管目的是两个层面的问题。前者涉及目标的确定,后者涉及方式的选择。理论上,目标的确定直接影响乃至决定手段的选择。在法律政策学的视野下,如果说监管目的是一个具有“科学原理”性质的话题,监管是一个带有“工程技术”色彩的“法律活儿”(law—jobs),^[39]它关涉到如何“从法的角度对意思决定理论进行重构、并与现行的实定法体系相联系,设计出法律制度或者规则,由此控制当今社会面临的公共问题、社会问题,或者提供解决这些问题的各种方法、策略,或者就这些方法、策略向法律意思决定者提供建议”。^[40]

与天马行空般的监管目的理论论证不同,基于如下两个方面的原因,在监管方式问题上,

[36] 参见吴宏、徐振:“金融消费者保护的法理探析”,《东方法学》2009年第5期,页16。

[37] 参见杨东:“论金融法重构”,《清华法学》2013年第4期,页130。

[38] 参见冯果,见前注[29],页94。

[39] 关于“法律活儿”的一般性阐述,参见 K. N. Llewellyn, Normative, the Legal, and Law—Jobs: The Problem of Juristic Method, 49 *Yale Law Journal*, 1335 (1940)。

[40] 参见解亘:“法政策学——有关制度设计的学问”,《环球法律评论》2005年第2期,页192。

可供选择的方案受到限制。

第一,监管方式是一个在市场、社会组织和政府之间分配决策权威,进而影响到稀缺资源配置的“工程技术”问题。要使监管方式的政策建议具有实践意义,必须存在相应的实施机构。如果无视现有关于权威决策权的法律规定,直接提出监管方式的具体方法和技术操作,则很有可能出现缺乏实施机构或超出实施机构职权范围的尴尬局面。因此,即使学者们能够通过对事物的本质分析,或通过公理系统演绎得出一套极为简化的形而上学理论,在缺乏实施机构和制度介人的情况下,该理论也往往是大而不当,不接地气。^[41]

第二,“法律活儿”需要依赖现有的法律制度框架才能顺利完成。与着力于追求真理的“科学原理”思维方式不同,“工程技术”接受的是未来导向的工具主义真理观。相对保守的“工程技术”所遵循的一个法则是:尽管任何事物原则上都可以受到质疑,但不是每件事都可以同时质疑。因此,在很大程度上监管方式是一个奥托·诺伊拉特意义上的“公海上修船”的问题,即“我们像海员一样,必须在公海上改造他们的船舶,从来不能在干船坞上拆卸,并在那里用最好的材料重建船舶”。^[42]

上述两个原因说明,在讨论如何监管问题时,不应脱离对现实法律制度的分析和利用。现有的法律框架、机构设置和法律规定能够影响监管政策目标的实现程度。作为独立的规制领域,金融监管范式包括三个部分:金融监管体系所追求的广泛政策目标;管理源于政策目标的监管要求所作出的制度安排;实施监管的机构所采用的特定监管方法和技术等。^[43]其中,政策目标的确定在本质上属于一个为何监管的问题,它们往往是金融安全和金融效率的折中以及政府在多大程度上能够或应当保障消费权益的产物。相对而言,监管制度的安排以及特定监管方法和技术等如何监管事项在很大程度上是情景化问题,其正当性和合理性只能通过实践来确定。有鉴于此,值得期待的是,经济学家和法律学者因为知识背景和方法的不同,所提出的具体监管建议也会有所不同。^[44]

然而,令人失望的是,尽管经济学家和法律学者就为何监管的价值判断存在争议,但在监管手段的选择上基本一致。比如,有经济学家提出,对于互联网金融,审慎监管、行为监管、对金融消费者的保护三种监管方式也都适用。其中,审慎监管的基本方法论是,在风险识别的基础上,通过引入一系列风险管理手段,控制互联网金融机构的风险承担行为以及负外部性,从而使外部性行为达到社会最优水平;行为监管包括对互联网金融基础设施、互联网金融机构以及相关参与者行为的监管,主要目的是使互联网金融交易更安全、公平和有效;金融消费者保

[41] 参见(美)盖多·卡拉布雷西、菲利普·伯比特:《悲剧性选择:对稀缺资源进行悲剧性分配时社会所遭遇到的冲突》,徐品飞等译,北京大学出版社2005年版,页13。

[42] (美)戴维·鲁本:《法律现代主义》,苏亦工译,中国政法大学出版社2004年版,页165、169。

[43] See Michael Taylor, “The Search for a New Regulatory Paradigm”, 49 *Mercer Law Review*, 794 (1988).

[44] 就此,布雷耶的观点值得引述:除了规制的基本原理,即确立目标、考察实现这些目标的手段以及选择实现这些目标的最佳方法之外,对所有“规制”加以概括的努力常常显得太过抽象,或者不得不设定太多的例外,以至于在制定政策时无法发挥多少作用。“规制改革应该……采取一种具体的、在实体问题上逐案进行的进路。”参见(美)史蒂芬·布雷耶:《规制及其改革》,李洪雷等译,北京大学出版2008年版,页7。

护在于保障金融消费者在互联网金融交易中的权益。^[45] 有法律学者提出,应建立信息甄别机制,完善大数据、征信体系、信用风险定价及公开信息披露等制度;建立投资者分类制度,根据投资者分类,完善投资者风险压力测试;以及健全竞争机制,禁止融资者或平台垄断市场或内部交易等。^[46] 不难看出,这些政策建议极为抽象。可以想见,当监管目标之间存在冲突时,监管者只能求助于“运用之妙,存乎一心”来加以平衡,这一做法必然会增加互联网金融监管中的不确定性以及相应的法律风险。

不仅如此,如果将上述监管手段与正规金融的监管手段相比较,我们还可以发现,两者相似度极高。由此引发的疑问是,既然最终的监管手段相差无几,何不一开始就将互联网金融“收编”为传统金融,然后根据具体互联网金融所属的类型(如正规金融或非正规金融)来施加传统的监管措施?^[47] 这一带有实用主义色彩的疑问在一定程度上揭示出当前政策法学或政策经济学在方法论上的困境:一方面,经济学者和法律学者可以说明或预设互联网金融的独特性以及能够论证监管必要性,另一方面却难以提出一个切实可行的最佳监管方案。之所以出现这一现象,一个重要的原因是,当学术界试图将抽象理论具化为现实政策时,相关理论模型的可信度和可行性会受制于具体法律制度和利益考量的约束,很难实现从理论到现实的“惊险一跃”。比如,根据国际证券监管机构组织(IOSCO)的统计,对于P2P网络借贷,存在五种监管模式,即不监管或豁免模式、将网络借贷平台作为中介监管模式、将网络中介作为银行监管模式、美国联邦和州双层监管模式以及禁止模式等;对于股权众筹,存在三种监管模式,即禁止模式、合法但高合规标准模式以及严格限制模式等。^[48] 这些不同的制度模式说明,如果不结合中国当前金融监管制度,相关政策建议难以最终落到实处。

以中国对P2P网络借贷的监管为例,对于P2P网络借贷平台的“异化”问题,已有学者指出,应将网络借贷平台的功能定位为信息中介平台。^[49] 然而,2015年最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2015]18号)第22条的两款规定直接限制了这一政策建议的可行性。该条第1款规定,“借贷双方通过网络贷款平台形成借贷关系,网络贷款平台的提供者仅提供媒介服务,当事人请求其承担担保责任的,人民法院不予支持”。其核心思想在于,仅仅是民间借贷的“互联网化”并不足以改变民间借贷的性质。第2款规定,“网络贷款平台的提供者通过网页、广告或者其他媒介明示或者有其他证据证明其为借贷提供担保,出借人请求网络贷款平台的提供者承担担保责任的,人民法院应予支持”。其核心思想在于,即使众筹平台提供了额外的增信功能,也不过是将一般的民间借贷风险转化为平台风险而已,在此情况下,明确平台责任即可解决问题。显然,第22条第2款认可了网络借贷平台“异化”的法律效果。在此情况下,上述关于将网络借贷平台定位为信息中介平台的建议已然

[45] 参见谢平等,见前注[27],页5-6。

[46] 参见杨东,见前注[19],页91。

[47] 美国采取了类似处理方式。See Andrew A. Schwartz, “The Digital Shareholder”, 100 *Minnesota Law Review*, 609 (2015).

[48] See Kirby, Worner,见前注[1],页5-6。

[49] 参见冯果、蒋莎莎:“论我国P2P网络贷款平台的异化及其监管”,《法商研究》2013年第5期,页31。

失去了制度土壤,自然难以落实成为具体的监管政策。

因此,当学术界忽视抽象理论模型得以实现的现实制度环境时,关于如何监管的建议也只能是泛泛之论,从而使相关组织实践左右了互联网金融的发展。此外,忽视现实制度环境必然会遗漏另外一个重要的监管改革话题——制度安排。如果我们将“法律活儿”视为权威决策者依据规范而决断的过程,则必然涉及到在一个法律体系中,为解决法律争议,应将权威决策权分配给哪一个权能机构,以及该机构的决策是否应得到本法律体系内其他机构尊重等制度性问题。^[50] 由于制度安排问题一直未能得到妥当解决,实践中,一些本不应作出权威决策的机构开始登场。基于制度的路径依赖惯性,相关实践一旦定型,其产生的“规范涟漪”很难扭转。仍以司法解释第 22 条为例,该条第 2 款的制定者们本意在于充分保护网络贷款平台投资者的利益,从合同法和担保法的角度对网络借贷平台的担保法律效果予以认可。但是,这种个案式的、仅限于两方或三方主体间的民商事争端解决思路并未考虑到该款所可能引发的市场连锁反应。具体而言,互联网众筹平台在互联网金融业务形态中占据核心地位,第 2 款将担保效果合法化必然使那些能够提供增信服务的网络贷款平台占据相对竞争优势地位。在市场竞争机制的作用下,与其说担保依附于借贷市场,不如说担保开拓了借贷市场。由此导致的结果是,P2P 网络借贷平台只有借助增信服务才能在竞争激烈的市场中吸引足够的投资者。因此,司法解释不仅给网络借贷平台的“异化”留下了空间,还间接地促进了网络借贷平台的全面“异化”。不难看出,司法解释的过早介入,为互联网金融监管提出了难题。面对这一市场现实,一味要求清除“异化”现象已经失去了可行性。退而求其次,当网络借贷平台“异化”为担保公司时,只能将之视为担保公司加以监管。^[51] 与学术界就监管互联网金融手段的初步设计相比,这一选择显然不够理想。

四、结 语

自互联网金融监管问题引发学术界关注以来,经济学家和法律学者对之进行了高强度的理论分析。主要的焦点集中在三个方面:合法性、监管目的以及监管手段。虽然学者们就合法性问题和监管目的问题存有争议,但在监管手段的政策建议方面较为一致。从理论层面分析,这在一定程度上印证了凯斯·R·孙斯坦关于法律作为“未完全理论化共识”的洞见:法律规则或政策的达成在很大程度上是以解决问题为核心事业,不一定要建立在坚实的理论共识之上。^[52] 然而,依据政策目标与监管机构和监管手段相匹配的监管原理,如果监管目标不同,则监管机构的设置以及具体监管方法和技术很有可能存在差异。在此意义上,可以认为,各类理论讨论中关于监管手段的雷同现象很可能是因为相关研究缺乏必要方法论深度,以致于“其

[50] See Edward L. Rubin, “The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions”, 109 *Harvard Law Review*, 1396 (1996).

[51] 参见杨振能:“P2P 网络借贷平台经营行为的法律分析与监管研究”,《金融监管研究》2014 年第 11 期,页 39。

[52] See generally Cass R. Sunstein, “Incompletely Theorized Agreements”, 108 *Harvard Law Review*, 1733 (1996).

说纷纷、其法匱匱”。

总体而言,当前理论争议中存在的问题方法论特色主要体现在两点:

其一,在讨论合法性问题时,尽管经济学家和法律学者的方法论起点各不相同,结论各不一致,但均认可通过实然本质可以获得应然规范这一断言,从而带有明显的卡尔·施密特式“具体秩序思维”的风格。“具体秩序思维”宣称具体生活秩序与现行法并列构成了法律渊源的二元论,而且当存在矛盾时,具体生活秩序具有优先性。这一思维方式固然有助于缓解新生物与守旧法律制度之间的紧张关系,但不能避免这样一种可能性,即“所谓‘本质依据’其实是肤浅的依据,其根本在于用花言巧语的伪装,将那些建立在意识形态之上的、法律之外的、具体的价值判断混入现行的法律秩序中”。^[53] 鉴于此类方法对现有法律制度具有潜在破坏性,政府部门对相关理论成果持戒惧之心也是理所当然。

其二,在讨论合规性问题时,经济学家和法律学者大多倾向于引入抽象的价值理念,如金融效率、金融公平和金融安全等“大词”,来推理出具体的监管目标和监管手段,甚至要“重构”金融法。这一自上而下的研究方法有助于保证理论体系化,但也因为未能充分考虑和采纳与现实世界相类似的规则而欠缺可信度。^[54] 并且,这一研究方式倾向于将现有的法律制度视为可轻易改造的对象,忽视了现有制度的粘性和锚定效应。与学术界倾向于从制度整体来统观金融监管的思维不同,基于职责所在,政府必须以现有制度作为行动的起点,采用框架性思维模式对互联网金融实施监管。这种方法论上的差别导致学术界丰硕的研究成果很难转化为切实可行的政府措施。由此造成的后果是,当前金融创新与金融监管之间的错配问题并没有得到缓解,监管失败的迹象也越来越明显。

尽管从方法论的角度来说,利用事物或机构的本质建构具体生活秩序与利用价值公理推演一套抽象观念体系存在本质差别,即前者力图与现实融为一体,后者则刻意与现实保持距离,但这两类理论路径均以轻视或忽视现有法律制度为其特征。实际上,在制度虚无主义理念下,依托这两种具有“无中生有”功能的方法,再加上丰富的想象力,学者们几乎可以论证其所想要的任何结论,建构其所希望的任何法律制度。然而,脱离具体制度实践的理论论证终究要接受实践的检验。学术界在如何监管问题上的无能为力,以及政府监管部门对相关理论的无动于衷,均可看作是现有法律规范和秩序对制度无涉理论的适时反噬。

当前,理论学说的丰富和政府监管手段的固化给处于变革期的中国金融抑制监管体制增加了更多的不确定性。对于互联网金融的市场参与者而言,这一监管上的不确定性构成了确实实的法律风险。不仅如此,由于一些在金融监管方面并无比较制度优势的机构贸然介入,其提出的应急式解决方案虽有助于个案法律争端的解决,但无意中刺激了互联网金融平台的“异化”。从金融监管的角度来看,这种欠缺理论反思的实践做法不仅不利于金融市场的健康发展,还给其后的金融监管设置了不必要的障碍。有鉴于此,学术界不应通过公理演绎的方式事先确定批发型的监管哲学,而应将研究的重点放在评估互联网金融所特有的风险之上,并判

[53] 参见魏德士,见前注[14],页247。

[54] See Robert Sugden, “Credible Worlds: The Status of Theoretical Models in Economics”, 7 *Journal of Economic Methodology*, 33 (2000).

断是否需要政府介入,如果需要介入,则还应继续检视当前的法律制度设计是否足以应对这些风险,并作出相应的制度改革建议。^[55]

因此,为扭转学界激进、政府保守的局面,一方面,相关研究应避免智力返祖现象(ata-vism),不应认为只有当特殊原因和特殊结果汇集到某个无所不包的原初原因和某个详尽无疑的终极目标之中时,才是正当的,也不能“用一种通过公式的运用而获得的无用见解去取代人类在反思理智的指导下缓慢进行的合作”。^[56]为此,除非处于极端情形,学者们似乎不应动辄抛弃现行依然有效的金融监管制度,依据抽象公理或参照域外法制对金融法实施一次又一次的“重构”;另一方面,决策者也应看到互联网金融所额外创造的融资市场,以及此类市场对于经济发展的积极意义。即便在金融抑制体制下,互联网金融也能创造出有别于传统金融的融资市场。在一定程度上,它是中产阶级和普通公众尝试进行风险投资的乐土,是“金融民主化”的先驱。^[57]而无论是将此类业态降格为传统民间直接借贷,抑或升格为正规金融,均失去了国家鼓励互联网金融创新、为小微企业和初创企业提供资金支持的本意。

Abstract: The spread and development of internet technically supports the internet finance innovation, meanwhile challenges the traditional financial regulatory regime and rules. The uncertainty of financial regulations constitutes a special kind of legal risk by itself. Though academics have justified the independent character of internet finance from various perspectives, the government still prefers to split internet finance into “internet” and “finance”, and regulates the “finance” part with traditional regulatory measures. The divergence or mismatch between theory and practice reflects the incapability of in some way, and also implies that something is wrong with the theoretical arguments. Based on a methodological review, we can find that policy proposals deduced by presumptive values and axioms often overlook the limitation of current legal framework. Under the recurrent slogan of “reconstructing” financial law, there is a dearth of conscience to connect and restate the regulatory policy proposals with current legal concepts.

Key Words: Internet Finance; Theoretical Arguments; Financial Regulation; Methodology

(责任编辑:邓 峰)

[55] See Saule Omarova, Adam Feibelman, “Risks, Rules, and Institutions: A Process for Reforming Financial Regulation”, 39 *The University of Memphis Law Review*, 884 (2009).

[56] 参见涂纪亮:《杜威文选》,社会科学文献出版社2006年版,页57、78。

[57] See James J. Williamson, “The JOBS Act and Middle-Income Investors: Why It Doesn’t Go Far Enough”, 122 *Yale Law Journal*, 2069 (2013).