

论互联网金融的软法之治

王怀勇, 钟颖

(西南政法大学 经济法学院 重庆 401120)

摘要:“互联网+”时代的发展日渐凸显软法的规范价值,也为互联网金融法治由“监管”向“治理”的转型提供了一种现实路径。从运行机理角度分析,软法具有独特的效力实现机制,在互联网金融市场规制中具有比较优势。当前,伴随着互联网金融的创新发展,自律公约、交易规则等民间软法已成为互联网金融软法治理的主要载体。但是,民间软法存在立法偏失和实施困境,存在明显的效力局限。故应遵循现代法治的诉求,从规范体系、主体结构、纠纷解决机制以及实施环境四个层面予以针对性优化,以进一步提升互联网金融软法治理的效能。

关键词:互联网金融; 软法治理; 民间软法; 社会公权力

中图分类号: DF438 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2017.06.08

近年来,中国互联网金融经历了一个从“野蛮生长”到“加强监管”的发展历程,“规范发展”已成为互联网金融行业发展的主题。随着一系列监管措施的出台,我国互联网金融规范体系业已初步形成。但是,互联网金融创新的脚步并未停止,如当下备受瞩目的“科技金融”仍在不断运用互联网思维、互联网技术向外及内地冲击传统金融服务业,

致使传统的硬法规制路径遭遇及时性、适度性和有效性等多重质疑。因此,互联网金融实践亟需一种与创新和发展相适应的法律治理模式予以回应。与此同时,“互联网+”不仅催生了新的商业业态、经营模式和交易平台,还促发了“民间软法”的瞬间崛起和“革命性”转向,进而在社会治理法治化进程中发挥着日益重要的作用,承担着关键的使命^[1]。基于此,互联网金融治理与软法的嵌入日益获得学者的关注与研究。例如,有学者提出,我国可借鉴英国P2P行业“先行业自律,再政府监管”的治理模式,采用“软法先行,在合适时机转化为硬法”的治理路径,以一种软硬兼施、刚柔并济的混合法机制治理互联网金融市场^[2]。尽管当前互联网金融领域的软法实践日益丰富,现有关于互联网金融软法治理的理论研究并不多,且主要停留在揭示软法价值功能的层面,关于如何推动互联网金融软法治理

收稿日期: 2017-08-25

基金项目: 教育部人文社科研究一般项目“互联网金融监管的思维变革与制度创新”(15YJA820030);西南政法大学经济法学科“两江学者”团队课题资助;西南政法大学2016年度学生科研创新计划项目“互联网金融市场软法治理研究”(2016ZXJS-005)

作者简介: 王怀勇(1979),男,四川成都人,西南政法大学金融创新与法制研究中心教授,博士生导师,法学博士;钟颖(1990),男,江西信丰人,西南政法大学经济法学专业博士生。

更是着墨甚少^①。因此,本文试图分析互联网金融软法治理的应然机理及实践轨迹,并以此为基础探讨互联网金融软法治理机制的整合与优化,以期推动互联网金融规制从“监管”向“治理”的实质转型。

一、互联网金融软法治理的运行机理

作为一种法治现代化的方案,软法是在对传统法治实践进行反思的基础上兴起和勃发的^[3]。一般认为,“软法是原则上没有法律约束力但有实际效力的行为规则”^[4]。作为广义之法,互联网金融市场中的软法具有独特的运行机理,能够充分发挥市场治理的功能和优势,具体表现在规范结构、实施方式与治理功能三个层面。

(一) 规范结构: 互联网金融领域的软法渊源

关于软法的外延和类别,学界尚存诸多争议。有学者认为,软法的渊源包括政法惯例、公共政策、自律规范、专业标准、弹性法条五种形式^[5-6];也有学者专门对经济领域的软法进行了梳理,认为国内层面对公共政策、民间规则、专业标准和交易习惯,国际层面对国际组织的某些文件、国家之间的某些文件^[7]。上述理解主要从软法“法源”的角度进行了解读,而本文则主要从有利于指导实践的角度出发,根据制定主体的不同,对互联网金融市场中具有治理作用的代表性软法进行类型化梳理。

其一 国家软法。主要指具有硬法制定权的国家金融监管部门为治理互联网金融市场而制定的不具有法律强制约束力但能实际发挥规范效力的规范。具体包括以下几类:(1) 公共政策。其制定主体具有极强的公共权威性和普遍的社会影响力,因此具有制约性、导向性、管理性、调控性、分配性的基本功能^[8]。有些会直接贯彻实施,有些则会发展成为硬法规范,对于行业的发展具有极强的指引效力。典型如中国人民银行等十部委联合发布的《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》(2015),其被喻为“互联网金融监管体制的顶层设计”。(2) 推荐性专业标准^②。金融监管部门制定的推荐性标准由企业自愿实施,属于国家软法的范

畴,但仍可对互联网金融市场自主制定的标准发挥规范、引导和评价的作用。(3) 弹性法条。主要指国家立法机关制定的法律、法规、规章中具有指导性、号召性、激励性、宣示性的非强制性规范。其并未设定具体的行为模式,而是一种弹性空间较大的条款,例如,银监会等四部委出台的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(2016)第3条之规定^③。

其二,民间软法。主要指各级互联网金融协会、各类自律联盟等社会组织以及互联网金融企业等经济主体为实现一种稳定秩序,在法律规定的范围内以自己的权力管理自己及其成员所形成的组织规范、行为规则、纠纷解决机制等规范。民间软法集中反映了“自下而上”的特征,彰显了软法对于互联网金融市场的公共治理价值,其具体形式包括两类:(1) 自律性组织制定的团体规范、行业标准等集体性软法规范。其中,团体规范是行业组织内部的“宪法”,对于自愿加入行业组织的成员有效,可在一定程度上惩戒违反规范的成员。例如,中国互联网金融协会制定的《中国互联网金融协会章程》(2016)就是典型的例子。借助互联网的行业标准流程,行业组织可以对团体成员的金融产品予以规范,并逐渐形成行业共识性的产品标准,造就“良币驱逐劣币”的市场效应,如中国互联网金融协会制定的《互联网金融信息披露——个体网络借贷》

① 截至2017年9月16日,在中国知网(CNKI)上以“互联网金融”“软法”为标题或主题词进行检索,共获8篇相关文章。黄震、邓建鹏、李英祥等学者从不同侧面分析了互联网金融软法治理之问题,代表性成果包括:邓建鹏,黄震.互联网金融的软法治理:问题和路径[J].金融监管研究,2016(1):64-73;黄震.互联网金融软法治理的思考[J].科技与法律,2014(3):408-416;黄震,李英祥.互联网金融的软法之治[J].金融法苑,2014(2):318。总体而言,相关研究成果主要提出了互联网金融监管过程中“软法先行”的观点,但对于软法治理的实践层面,则缺乏翔实深入的实证分析。

② 从国家技术标准体系层级来看,我国标准依照现行的《中华人民共和国标准化法》分为国家标准、行业标准、地方标准和企业标准四个层次,前三者中又可根据强制力不同分为强制性标准和推荐性标准。

③ 《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第3条规定:“网络借贷信息中介机构按照依法、诚信、自愿、公平的原则为借款人和出借人提供信息服务,维护出借人与借款人合法权益。”

(T/NIFA 1—2016)。(2)企业等市场主体制定的各种交易规则、纠纷处理规则等软法如《支付宝争议处理规则》(2009)对支付宝的相关交易行为有约束力并具有一定的普适性。这些私人制定的软法规范可以及时填补互联网金融创新带来的“规则真空”发挥维护交易秩序的功能。

(二)实施方式:互联网金融软法的“软约束力”软法的效力结构未必完整却富有实效^[9]。与硬法通常明确规定违法责任并诉诸国家强制力追究不同软法主要依靠社会公权力、利益诱导、社会压力等产生“软约束力”。就互联网金融软法的实施而言,主要表现为以下四种方式:

其一 社会公权力。国家公权力机关通过执法来进行社会管控,而民间组织则通过社会公权力的内部管理来实现软法目标。“社会公权力是指国家之外的社会组织以‘准公共产品’供给为目的,以社会利益实现为宗旨,对组织成员所产生的影响力与支配力。”^[10]各级互联网金融协会、各种自律联盟等组织因共同体成员的认可、加入而获得社会公权力。通过社会公权力的行使,可以一种社会强制的方式实现部分软法目标,具体内容包括制定内部管理规则、行使内部管理权、解决内部矛盾纠纷等。例如,中国互联网金融协会根据《自律惩戒管理办法》(2016)对协会会员的违规行为实施惩戒,以此惩罚违反内部规则的成员。但是,上述社会公权力的作用也有限制:一方面,共同体的社会公权力基于成员的认可而产生,故其约束范围仅限于加入组织或认可某项组织规则的内部成员;另一方面,这类组织的自治是在国家法律法规许可的范围内行使,既不能限制成员的合法权利,又不能与国家金融监管法规相抵触。

其二 引导性资源。它是相对于强迫社会成员服从的压制性资源(国家强制力)而言的,主要指“法所内含的理想目标、价值追求、道德伦理、公序良俗、利益分配、人性化管理等内在感召力量”^①。国家软法的实施缺少“压制性资源”的保障,主要依靠充分运用“引导性资源”来获取社会成员的自愿遵守。具体包括:(1)监管机构的权威。鉴于软法

与硬法之间的转换关系以及社会公权力与国家权力之间的复杂关联性,尤其是国家软法,它往往意味着国家权威的某种暗示或者指引,将直接影响互联网金融行业自律组织的发展和互联网金融主体的行为模式。例如,《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》(2015)就实际代表着国家的政策态度。(2)经济利益的激励。通过在互联网金融软法规则中设置经济利益的激励机制,可以对治理对象进行利益诱导,促使其自觉遵循设定的行为模式。例如,《广州市推进互联网金融产业发展的实施意见》(2015)明确规定“对法人机构在广州注册、规模大、经营规范、行业影响力强的互联网金融企业给予一次性落户奖励。”

其三,市场信誉压力。主要是指通过市场信誉的正负激励,引导理性的金融消费者、从业者等市场主体自觉遵守互联网金融软法。具体内容包括以下内容:(1)金融消费者信用评价。互联网金融是一种平民化普惠金融,信用环境对其影响尤其重大。金融消费者信用制度的完善有助于遏制违约、信息造假等违反软法的行为,达到控制金融风险的效果。例如,支付宝的“芝麻信用”将用户的行为换算成分值,从而决定该用户是否能够获取特定的服务。(2)互联网金融平台信用评价。互联网金融行业信用体系为金融消费者识别互联网金融产品提供了指引,有助于引导互联网金融企业积极树立形象,推动行业自律。具体内容包括企业信用评级和认证、负面清单等制度,如商务部国际贸易经济合作研究院推出的《网络借贷信息中介机构信用等级评级标准(团体)》(2016)、中国互联网金融协会筹建的“互联网金融信用信息平台”。(3)市场信息披露。信息公开是遏制机会主义,推动个体自律的有

^① 法的实施通常运用压制性资源和引导性资源加以保障。前者表现为系统化的强制、惩戒规范等外在暴力力量;后者是法所内含的理想目标、价值追求、道德伦理、公序良俗、利益分配、人性化管理等内在感召力量。硬法的实施需有条件地兼用两类资源。软法的实施则要充分运用引导性资源来获取社会成员的积极支持、自愿遵从以及行政机关“非强制性”执法的有效性。(参见:方世荣.论公法领域中“软法”实施的资源保障[J].法商研究,2013(3):12-17.)

效手段。尤其对于互联网金融企业而言,定期的信息披露制度有助于社会监督,防范道德风险。例如,中国互联网金融协会制定的《互联网金融信息披露——个体网络借贷》(2016)定义并规范了96项披露指标,并要求按月更新数据以接受各方监督。

其四,民间“解纷”机制。目前,软法规范较少被司法适用^①,而是作为主要依据适用于民间纠纷处理机制。具体而言,包括以下两类:(1)互联网金融平台内部投诉处理机制。互联网金融企业是交易平台的提供者、交易规则的制定者,其处理机制具有快捷、灵活、成本低的特点,往往是金融消费者解决纠纷的首选。如支付宝公司与用户签订的《支付宝服务协议》(2017)约定“使用支付宝服务的用户具有如下义务:如您与交易对方发生交易纠纷,您授权由本公司根据本协议本网站上载说明的各项规则进行处理。”(2)自律组织内部投诉和调解处理机制。行业协会等自律组织的社会公权力可以代替国家公权力,以第三方的身份介入交易纠纷,既发挥中立调解的作用,同时又具有专业性优势。例如,《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(2016)确立了行业协会进行网络借贷行业自律管理,其中包括受理有关投诉、调解纠纷等规定^②。上述两种民间纠纷解决机制属于私力救济的范畴,一定程度上具备代替司法程序的功能。

(三) 治理功能:互联网金融软法的运行效力

法律效力的范围是由时间、地域、对象、事项四个维度构成的有机整体^[11]。通过四个维度解析互联网金融软法治理的效力,有助于认识其与金融监管硬法的关系及其治理功能,为软法机制的构建提供指引。

其一,在时间维度上,互联网金融软法可以及时回应创新的规则诉求。随着金融产品的持续创新,互联网金融的风险样态不断变化。在严格的立法程序之下,金融监管硬法往往具有一定的滞后性,难以及时回应实践需求。此时,自下而上、程序简单的民间软法规则能够“率先成为界定私人权益关系、维护交易秩序、规制私人秩序的主要力

量”^[1]。国家软法以公共政策、弹性法条等形式先行引导实践,从而有效弥补硬法规制的滞后性。即使在监管立法出台后,基于硬法框架制定的交易规则、自律约定等形式多样的软法亦有助于细化硬法规范,增强硬法的可操作性。例如,《互联网金融信息披露——个体网络借贷标准》(2016)就是对《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(2016)相关内容的细化和补充。

其二,在空间维度上,互联网金融软法可以覆盖不同地域的互联网金融从业者。“如果说资本市场是金融第一次‘脱媒’的推手,那么互联网金融就是金融第二次‘脱媒’的催化剂。”^[12]互联网金融将交易从“线下”搬到“线上”,在虚拟空间利用网络技术的信息传播、甄别及整合能力快速促成交易匹配,撮合陌生人之间的资金交易,有效突破了地域限制,但这也使得以行政区划配置金融监管权的传统监管模式在互联网金融监管中存在立法、执法难以协调的困境。正如学者所言,“网络的出现打破了科层制的权力结构和权力赖以存在的地域,使政治权力在流动的信息与发达的信息技术面前显得无能为力。”^[13]软法规则强调个体的自我管制和合作管制,可有效突破地域划分的局限。因此,互联网金融软法有助于覆盖虚拟空间中的互联网金融从业者,消解分区监管产生的弊端,从而成为金融监管的重要补充。

其三,在对象维度上,互联网金融软法对不同

① 软法并不绝对排斥司法适用,有时也会以一种法律事实的身份进入司法程序,甚至有可能因司法适用而成为裁判依据,例如最高人民法院在审理“北京奇虎科技有限公司、奇智软件(北京)有限公司与腾讯科技(深圳)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司不正当竞争纠纷案”时,就援用互联网协会发布的《互联网终端软件服务行业自律公约》判定被告违反了公认的商业道德及行业行为标准。(参见:罗豪才,宋功德.认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践[J].中国法学,2006(2):3-24;肖飒.互联网金融协会自律规则的司法价值[N].证券时报,2016-11-26(A04).)

② 《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(2016)第34条规定“中国互联网金融协会从事网络借贷行业自律管理,并履行下列职责:……(二)依法维护会员的合法权益,协调会员关系,组织相关培训,向会员提供行业信息、法律咨询等服务,调解纠纷;(三)受理有关投诉和举报,开展自律检查。”

层次的互联网金融从业者具有规制作用。根据最基础的网络原则——端对端设计、层次化架构以及开放性标准，互联网是一个去“中心化”的结构，各个网络节点之间没有从属关系，彼此之间都是平等的，因此，从技术层面而言，互联网构建了一个自由平等的世界^[14]。立足于这种技术理念，互联网金融蕴涵了开放性和“去中心化”的特质，其突出表现在互联网金融平台的设立主体是互联网企业而非传统金融机构，并且数量庞大、形态多样。软法的制定和实施正好能够充分调动互联网金融市场中各类主体的参与积极性，不仅有助于覆盖互联网金融市场中的大小平台，更有益于经过民主参与提升规则的利益包容性和公信力，可在一定程度上化解业务创新和业态混合带来的对象不确定、监管部门的市场信息收集能力局限及执法成本高等问题。

其四，在事项维度上，互联网金融软法可以对不能够或者不适合硬法规制的互联网金融创新形成一种“柔性规制”。面对互联网金融业务相互渗透、综合性强的特征及其混业经营的趋势，我国现行“分业经营、分业监管”的金融体制极易引发监管权力冲突以及监管真问题。规制缺位可能诱导监管套利，而过度监管又可能抑制创新。软法规范以问题为导向，追求灵活约定，不仅能够及时覆盖互联网金融创新的业务模式，而且可以最大程度地约束某些不便于监管立法强行性要求但又符合共同体利益要求和愿望的金融创新活动，从而使整个互联网金融的市场治理体系更具包容性。可以说，相较硬法而言，软法并非“次优选择”，而是治理互联网金融市场的“替代性选择”。

二、互联网金融软法治理的效力局限

互联网金融软法内生于互联网金融技术创新、业态创新、模式创新等需求，可弥补国家金融监管硬法滞后的不足，发挥建构新制度和新秩序的功能。但是，由于现行金融法治仍主要坚持传统的国家中心主义思维，缺少对软法治理机制的足够重视，影响了互联网金融软法治理机制的整合及其效

能的发挥，亟待从效力局限上对其加以检视。互联网金融软法在我国的发展经历了一个从“以国家软法为主”到“以民间软法为主”的阶段，特别是近年来伴随着各种互联网金融平台的创新，自律公约、交易规则、交易习惯等民间软法大量出现，已经成为互联网金融软法之治的主要载体。基于此，本文对互联网金融软法治理效力局限的讨论，将主要围绕民间软法展开。

(一) 互联网金融软法的立法偏失

软法具有独特的创制机制，确保了互联网金融软法的效力。从创制主体看，互联网金融企业、自律性组织等多元主体可以参与甚至单独制定软法规则，“变原先封闭的自上而下的国家垄断立法为上下互动的社会协同立法”；从创制程序看，以市场主体协商通过为要件，“从严格的法定程序、立法程序到简易的磋商、谈判、协调等多种方式纷纷出现并得到认可”^[15]。然而，从另一角度看，相比硬法创制受到严格限制和合法性监督不同，“软法创制所受的制约要宽松许多，因此有可能出现立法理性不足”^[9]。

就行业自律组织制定的软法而言，主要存在以下问题：其一，行业利益与公共利益相冲突。行业组织的自我规制存在“规制者被待规制利益所俘获的风险”，“可能服务于行业或职业的利益而非公共利益”^[16]。由于互联网金融自律组织由大量的相关企业组成，而这些企业掌握了行业规则的制定权，故往往以企业共同体的利益为导向，缺少对组织外部的互联网金融消费者利益的关切。例如，现有的行业软法偏重于互联网大数据的运用，但容易忽略用户的信息安全和隐私保护，现实中个人信息受到侵害后几乎没有任何补救措施。其二，软法与硬法互动不足。自律组织与行业监管部门之间应该形成明确的分工定位，建立互联网金融软法与硬法监管的良性互动关系。然而，在各级互联网金融行业协会初创阶段，规则相对混乱，相互之间尚未建立明确的规则转化互动机制。大多互联网金融自律组织变成了执行者而非探索者，其制定的软法成为监管法规的“翻版”，难以发挥配合硬法或者创新规

则的功能。例如，在中国互联网金融协会等具有“官方背景”的行业组织中，其软法规则的制定主要由央行、银监会等监管部门牵头制定，主要贯彻监管部门的意志，容易丢失合作管制的优势。其三，创制的滞后性。互联网金融的业务形态创新比较快，而软法的价值也在于其回应性强的优势。但是，互联网金融行业自律存在集体行动困境，现实中表现为行业合作规制发展滞后。目前，中国互联网金融协会等自律组织创立不久，行业自律制度建设存在较多空白，其中，信息披露、信息安全、业务经营、纠纷解决等方面的标准和规则发展速度仍然赶不上互联网金融行业的创新速度。宏观上，互联网金融软法多为框架性规则，而具体规则尚未覆盖全部业务类型^①；微观上，既有的软法规范出台较为匆忙，规则的可操作性尚需进一步完善^②。例如，针对互联网金融行业的信息披露标准规范，当下中国互联网金融协会只出台了个体网络借贷的信息披露标准，股权众筹等业态的信息披露标准尚未出台。

就企业主导制定的软法而言，主要存在以下问题：其一，与硬法相冲突。“突破监管体制的束缚是金融创新的天性，当金融监管将现有的创新纳入监管体系之时，新的金融创新又开始孕育。”^[17]在这个创新过程中，互联网金融企业为减轻自身责任和追求最大化的商业利益，其制定的产品交易规则、纠纷处理规则等民间软法可能与《刑法》《证券法》《广告法》《消费者权益保护法》等硬法规范相冲突。例如，大量的互联网金融广告涉嫌未对可能存在的风险以及风险责任承担有合理提示或警示；对未来效果、收益或者与其相关的情况作出保证性承诺，明示或者暗示保本、无风险或者保收益，违反《广告法》相关规定^③。其二，价值偏好突出。“政府管理往往将政治精英或优势利益集团所拥有的关于正确和公正的观点转换成公共政策而强加给社会”，“需要通过民主控权来抑制这种偏好对多元诉求的压制”^[1]。互联网金融软法也同样存在规则制定者的价值偏好问题，需要通过协商程序加以抑制，以确保软法的公共性价值。唯有如此，缺少国

家强制力的软法才能更多地得到个体的认同和自觉遵守。然而，互联网金融企业是技术和服务的提供者，掌握着交易规则的制定权、解释权；互联网金融消费者更多是被动地认同、遵守服务提供者制定的软法规则，缺少必要的话语权，这可能导致民间软法最终沦为互联网金融企业的话语表达、权益实现和有利秩序的维护工具^[1]。例如，当下备受社会诟病的校园网贷问题，其交易规则即凸显了互联网金融企业的交易规则与社会伦理之间的内在冲突。

(二) 互联网金融软法的实施困境

软法缺少国家强制力保障实施，其能否有效约束市场主体的行为便成为疑问。如前文分析，互联网金融软法的实施方式具有特殊性，然而在实践中存在诸多抑制其效力实现的因素。

其一，自律组织的社会公权力缺位。“软法的效力来源于社会及其联合体所形成的强制公约力，而能够直接影响这种约束力的因素是社会联合体的权威程度和内部联系的紧密程度。”^[18]自律组织是一定数量的互联网金融从业者的集合，其制定的软法规则本质上是成员的契约，成员因参与协商制

^① 《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》要求中国互联网金融协会“按业务类型 制订经营管理规则和行业标准 推动机构之间的业务交流和信息共享。”但是，截至目前，中国互联网金融协会只发布了《中国互联网金融协会章程》《中国互联网金融协会会员自律公约》《互联网金融行业健康发展倡议书》《中国互联网金融协会会员管理办法》《中国互联网金融协会自律惩戒管理办法》等框架性规则，针对具体业务类型的只有《互联网金融信息披露——个体网络借贷》标准(T/NIFA 1—2016)一部。

^② 例如，《互联网金融信息披露——个体网络借贷》中规定的“最大单户投资余额占比”是指“截至统计时点，投资金额最大的投资人的投资金额总和与平台总投资金额之比，按月更新”。无从判断是投资金额还是投资余额，故存在指标定义和指标释义不一致的问题。

^③ 近期，浙江省工商局公布了一批投资理财、互联网金融违法广告典型案例，大部分涉嫌违反《广告法》第25条：“招商等有回报预期的商品或服务广告，应当对可能存在的风险以及风险责任承担有合理提示或者警示，并不得含有下列内容：一是对未来效果、收益或者与其相关的情况作出保证性承诺，明示或者暗示保本、无风险或者保收益等；二是利用学术机构、行业协会、专业人士、受益者的名义或者形象作推荐、证明。”这些广告同时还违反第28条规定：“广告以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的，构成虚假广告。”(参见：网易新闻·浙江公布一批投资理财、互联网金融违法广告典型案例[EB/OL].[2017-09-15].http://news.163.com/17/0719/19/CPNU1KL4000187VI.html.)

定而认同;组织据此行使内部管理权限、解决内部矛盾纠纷 提供一种“准公共产品”。但是 ,目前互联网金融行业自律组织发展滞后 ,一定程度上制约了行业软法的实施 ,主要体现在两个方面: (1) 行业自律组织的建设管理存在不足。当前 ,中国互联网金融协会等官方背景的行业协会成立不久 ,其日常管理、奖励惩罚等相关制度初步形成 ,但有待完善和细化。例如 ,《互联网金融信息披露个体网络借贷标准》(2016) 未将业内最敏感的坏账数据纳入信息披露的行列。民间自发组成的自律组织则因组织松散和管理不严使其作用存在较大的不确定性。例如 ,有些“草根协会”缺乏严格的准入机制 ,入会门槛较低 ,企业只须缴纳会费即可加入 ,从而沦为信用背书的“枪手”^①。(2) 加入权威性行业组织的内部成员有限。社会组织的软法治理优势是多元主体的参与互动、合作管制。多元主体参与到自律性的组织当中 ,意味着软法规范对象范围的扩展 ,也可以在更大范围内发挥出软法的效力。但是 ,就现状来看 加入互联网金融自律性组织具有一定的门槛 ,所以加入的企业数量整体上不多^② ,且自觉加入自律组织的多为大中型企业 ,这些企业本身经营规范 ,也是最希望整个市场规范有序的群体。相反 ,诸多小型企业存在追求短期利益的倾向 ,有较多不规范经营的行为 ,因此不愿意加入自律组织并接受自律规则的约束。

其二 ,市场信誉监督机制失灵。市场信誉是参与互联网金融市场交易的基础 ,包括金融消费者选择互联网金融平台及互联网金融平台决定是否提供特定的金融服务。互联网金融风险的爆发以及机会主义行为盛行 ,与诚信生态环境建设滞后息息相关。具体而言: (1) 互联网信用基础设施发展滞后。主要表现在互联网征信的法律法规体系不健全、信用信息标准欠缺、信息共享机制不完善、失信惩戒机制乏力等方面。例如 ,互联网企业建立的基于网络行为的数据库、P2P 公司通过线上采集和线下团队人工调查搭建的数据库等不同类型数据库大都是相互割裂的 ,分别面向不同的信息服务对象^[19]。(2) 互联网金融市场信息透明度不高。信

息披露有助于抑制机会主义行为 ,但我国现有的互联网金融产品及其市场信息的披露尚存缺陷 影响了软法效力的发挥。主要表现在互联网金融平台的信息披露法律规范尚不健全^③; 互联网金融信息披露的规范层级不高^④; 信息披露真实性难以保证等^⑤。(3) 金融消费者的理性缺陷。相较于国家引导、社会公权力等其他效力内容 ,金融消费者“用脚投票” 是对互联网金融从业者的一种监督。故金融消费者的金融素养越高 ,往往越能制约互联网金融从业者的机会主义行为。但是 ,由于互联网金融消费者大部分为“长尾人群”^⑥ ,缺乏互联网金融产品的专业知识和风险识别能力 ,其利益极易受到侵害。例如 ,大量的 P2P 平台卷款跑路现象 ,从侧面反映了金融消费者识别风险的能力亟待提升。

其三 ,民间软法的“解纷”效力有限。由于互联

^① 参见:新浪财经官网.互金协会乱象待“治”:自律“药丸”不能停 [EB/OL]. [2017-09-18]. <http://finance.sina.com.cn/roll/2016-10-13/doc-ifxwxiax9647236.shtml>

^② 例如 ,有学者统计 在中国互联网金融协会成立初期 ,网络借贷机构会员不足 40 家 ,与整个网络借贷的比例是 40: 4948; 即使后续加入了一些网络借贷机构 ,比例依旧悬殊。(参见:协会自律文件能改善互联网金融平台信息披露状况吗 [EB/OL]. [2017-09-15]. <http://news.hexun.com/2016-08-04/185323878.html>.)

^③ 虽然个体网络借贷的信息披露标准已经公布 ,但是针对各类互联网金融业务的信息披露标准及其相关配套措施的体系仍未建立。

^④ 除少量部门规章外 大部分都是公共政策、规范性文件、行业协会的自律规则 缺少硬法保障 整体约束力不强。例如 ,保监会制定的《互联网保险业务监管暂行办法》(2015) 规定对于信息披露不规范、不符合要求的,“限期改正或终止合作、全行业通报” 这种惩罚措施显然缺乏威慑力。行业协会、公共政策中的信息披露规定多为宣示性条款 更是缺乏保障的实效力。

^⑤ 面对数量庞大的互联网金融平台 ,互联网金融协会的执法力量有限 无法一一核查互联网金融平台披露的信息。即使依照互联网金融协会的信息披露标准进行披露 ,依然难以规避道德风险。因此 ,互联网金融协会往往不能保证真实性 ,只能依靠投资者自主判断投资风险。(参见:宋杰.会员单位频爆雷 相关协会该不该担责? [J].中国经济周刊 2016(30): 56-57.)

^⑥ 根据长尾理论 ,“只要储存成本和信息成本足够低、庞大的具有个性的消费者数量足够大 销量不大的利基产品一样可以和品种有限的主流产品占据的市场份额匹敌甚至更大”。根据中国互联网络信息中心 (CNNIC) 发布的第 37 次《中国互联网络发展状况统计报告》显示 截至 2016 年 12 月 ,我国网民规模达 7.31 亿 ,互联网普及率达到 53.2% 超半数中国人已接入互联网。庞大的网络用户群形成了中国互联网金融市场的基础 ,最终成为互联网金融的“长尾人群”。

网金融交易的虚拟性、跨地域性、草根性,‘在监管机构还未全面出台管理规范的背景下,一旦发生纠纷 双方可能面对金额小、数量大、立案难、取证难等难点问题’^[20],使得传统的诉讼解决方式面临着新的瓶颈。互联网金融机构、行业协会等自律主体内设的纠纷处理机制通过适用软法规范,以和解、调解的方式解决纠纷 具有程序简单、快捷、灵活、成本低等特点 不仅可弥补传统纠纷解决方式的不足,同时也实现了软法规则的效力。以支付宝公司的在线争端解决机制为例 其属于广义的在线纠纷解决机制(Online Dispute Resolution,简称ODR)^① 的一种,为缺乏专业的法律知识、往往从事小额交易的金融消费者提供了高效、廉价甚至免费的纠纷处理方式,有助于保护金融消费者的权益和信心。然而,上述以软法为主要依据的纠纷解决机制也存在较大的缺陷:(1)大部分互联网金融企业缺少内部纠纷处理机制。‘由于职能定位、交易内容、业务特质等方面的不同,资金实力、业务规模和企业人员均无法与传统金融机构相比,很大一部分P2P平台并没有建立完备和行之有效的客户投诉处理机制。’^[21](2)纠纷处理的实际运作效率并不高。处理纠纷的人系私营企业,出于对自身利益的关心,并不一定会积极处理数量庞大的纠纷。而且 私营企业并非专业的司法机关或仲裁机构,其证据鉴别能力和处理纠纷的能力有限 加之对于处理结果无须承担责任 处理结果不一定能令人满意。(3)不论是企业还是行业协会,其依据软法所达成的纠纷和解协议或者处理决定并无法律的强制执行力。同时,由于处理人员缺乏必要的监督,其处理结果的公信力也存疑。

三、互联网金融软法治理的优化进路

软法治理契合了互联网“去中心化”思维下金融创新的规范需求,有利于推动互联网金融的法治化,但是 其实际的治理效力存在较大的局限,亟待改进。结合软法机理和软法实践两个层面的分析,可从多种途径推动互联网金融软法治理的效能

提升。

(一) 完善互联网金融软法治理的规范体系

互联网金融的创新离不开从业者或者行业组织“自下而上”地创新规则,但又需要抑制价值偏好对多元价值的压制或背离。鉴于互联网金融软法规范存在形式理性和实质理性两方面的不足,具体可从以下路径加以改进^[22]:

第一 健全软法规则。互联网金融近些年的迅猛发展和行业组织发展滞后,使目前能够覆盖全国所有业态的软法规则体系尚未形成。为发挥软法功能,应加紧完善软法规则:一方面,国家金融监管部门需要逐步推出具有影响力的推荐性软法标准,引导互联网金融市场的软法实践。例如,国务院最新发布的《贯彻实施〈深化标准化工作改革方案〉重点任务分工(2017—2018年)》(国办发[2017]27号)就明确要求“加快构建协调配套的推荐性标准体系”。遗憾的是,目前互联网金融市场中尚无监管部门发布的推荐性标准。另一方面,各级互联网金融协会应尽快出台针对各业务类型的软法规则。目前我国出台的互联网金融软法标准和规则有限,众筹、第三方支付等业务类型缺少有影响力的软法规则。因此,根据《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》的要求,中国互联网金融协会“要按业务类型 制订经营管理规则和行业标准,推动机构之间的业务交流和信息共享”。

第二 加强立法指导。互联网金融的创新发展为“自生自发”的民间软法提供了成长空间,但这些“自由立法”容易陷入合法性的质疑当中。为了使探索性的民间软法更具公共性价值,政府监管部门应当对整个市场的软法探索进行指导。具体而言,可从两方面着手:一是政府出台软法指导大纲,对互联网金融协会等社会组织及互联网金融从业者进行立法指导,引导其向国家互联网金融公共政策

^① ODR的具体内容包括两个部分:一是企业内部的在线纠纷解决机制,包括内部争议处理程序、客户反馈系统、诚信认证;二是企业外部纠纷解决机制,一般包括在线协商、在线调解、在线仲裁三个方面。(参见:徐孟洲 殷华.论我国互联网金融消费者纠纷解决机制的构建[J].财经法学 2015(5):48—58.)

的方向进行制度规划和行动;二是加快互联网金融的标准化建设 通过培育互联网金融的团体性标准和积极制定互联网金融行业标准的方式为整个行业自律提供参考和依据。

第三,推动立法协商。软法必须经过民主协商的过程,才能具有程序上的正当性。互联网金融市场的开放性和“去中心化”为多元主体的参与提供了可能,但平衡和吸纳多元利益的民主协商机制尚未形成。为此,一方面,互联网金融自律组织在制定自律规则、行业标准时,需要尽可能将所有会员吸纳到规范制定的协商当中来,并且严格按照既定章程进行决议,避免出现大企业垄断规则的局面,确保出台的自律规范符合绝大多数成员的共同利益;另一方面,在互联网金融自律组织或者从业者制定软法规则之时,需要有一个了解互联网金融消费者利益诉求的协商、征询以及论证过程,寻求多元主体利益的平衡点。

第四,重视立法矫正。互联网金融使得传统的法律规则面临重构,需要“软法先行”,但这种软法探索仍然不能突破国家硬法的底线。互联网金融行业自律规范、交易规则属于一种社会立法,其形式并不一定符合国家立法的规范要求,且内容也可能偏离金融监管要求或国家政策导向。设立政府及其监管部门的立法审查机制可以达到两方面的目的:一是矫正互联网金融软法与互联网金融硬法之间的冲突,促成两者的协调,进而形成互补的规范体系;二是将成熟合理的互联网金融软法规范上升为硬法,发挥其“发现规则、提炼规则”的功能,最终实现互联网金融软法与硬法的协调和良性互动。

(二)优化互联网金融软法治理的主体结构

互联网金融软法治理的优势在于调动市场主体参与,实现协同治理。根据互联网金融的运行特点和现状,为提升软法的治理效果,需要着力发展行业自律组织和提升金融消费者的理性水平。

其一,扶持互联网行业自律组织发展。当前民间软法已经成为互联网金融软法治理的主要内容,行业自律组织的地位和作用日益凸显。加强互联网金融行业协会等第三部门的建设,可以达到

这样一种效果:在市场出现问题时,可先传导至政府和市场主体之间的第三部门。第三部门先进行软法治理,而监管部门可以参考行业协会的实践进行监管立法,从而形成“有弹性的互动机制和政策缓冲带”^[23]。例如在英国,其P2P行业的治理采取的就是“行业自律+政府监管”的模式。合法成立的行业自律协会出台一套严格规则,对占行业95%份额的P2P平台实施自律规范。这些规则弥补了P2P行业的法律空白,同时也成为政府出台新法案的基础^[24]。我们认为,一方面,应该加强对互联网金融行业社会组织的引导和支持,探索行业组织的运行模式,支持其发展成为创制软法、实施软法的中坚力量。申言之,需要出台政策扶持更多符合规范性要求的互联网金融自律组织,推动互联网金融自律组织扩大规模,其中包括行业组织的数量和内部建设。另一方面,需要妥善处理金融监管部门与行业自律组织之间的关系。这就要求政府相关部门必须尊重社会组织的独立性,保障其充分自治,避免行业自治性规则沦为行政法规的翻版而失去“合作管制”的优势。

其二,加强互联网金融消费者的教育。互联网金融模式引入互联网的平等思维,使得金融市场的门槛大大降低,推动了金融的民主化和普惠化。然而,准入门槛的降低也带来负面影响,表现为互联网金融消费者的金融专业知识和风险防范意识较为薄弱,维权能力较差,形成了较为严重的互联网金融消费者权益保护问题,同时也助长了互联网金融市场的乱象。提升消费者理性将提高金融消费者与从业者之间的博弈力量,从而有效制约从业者的机会主义行为,同时也有助于金融消费者理性参与,减少交易纠纷。在实践中,《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》(2015)首次提出了“金融消费者的权益保护”理念,强调从消费者教育、信息披露、格式合同条款监督、多元化纠纷处理机制、个人信息保护、不实宣传与捆绑销售禁止等方面,对互联网金融消费者的权益进行保护。因此,如何从软法与硬法互动的角度加大对互联网金融消费者的保护,仍然是当下值得研究的重要议题。

(三) 构建互联网金融软法的纠纷解决机制

民间软法在互联网金融的创新发展过程中发挥了构建秩序的功能,但这种“自生自发”的市场秩序因缺少稳定有效的纠纷解决机制而存在较大的缺陷。“国家权力并不完全退出社会自治空间,而是作为‘最后的担保人’行使一定的监督职能。”^[24]换言之,虽然司法应该对软法自治保持克制立场,但是这种“司法介入”仍然存在正当性基础。其一,互联网金融软法往往是在金融创新的背景下制定的,存在硬法治理真空,而软法存在制定主体的价值偏好突出、内容与硬法冲突等问题,容易成为具有优势地位的企业损害金融消费者合法权益的工具;其二,软法虽然没有法律的强制约束力,但有可能在交易过程中产生约定的责任和义务,因此可依据私法自治原则进行司法裁判。综上所述,为了弥补互联网金融软法的约束力缺陷,可在现有民间纠纷解决机制的基础上构建必要的司法衔接机制,对其进行恰当的司法规制。

由于企业和行业协会内设的纠纷处理机制不具有终局性,而大量纠纷进入诉讼程序也难以实现,故应该致力于构建相互衔接的互联网金融纠纷的多元化解决机制。根据《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》(2015)提出的“互联网金融多元化纠纷解决机制”,具体包括在线解决、现场接待、监管受理投诉、第三方调解、仲裁、诉讼等路径。从提升互联网金融软法治理效力的角度出发,可将适用软法的纠纷处理机制划分为彼此衔接的三个层级,并加以构建、整合以及完善。其一,互联网金融平台内部的纠纷处理机制。作为交易技术和服务的提供者,互联网金融平台自身在处理大量的交易纠纷过程中具有独特的优势和作用。为了提高其处理结果的效力,可在互联网金融监管法规中要求相关平台必须设立金融消费者纠纷处理渠道,并明确相应的标准、流程,以硬法配合的方式推动软法治理。对于双方达成和解协议的,虽然缺乏强制执行力,但可以作为合同进行公证,以提高和解协议的履行率。其二,互联网金融行业自律组织内部的纠纷处理机制。因互联网金融平台在处理纠纷

过程中难以避免自身利益的偏好,存在公信力不足问题,故在对前者处理效果不满之时,作为第三方的行业自律组织可以发挥居中调解、处理的作用。当下,以中国互联网金融协会为首的一批行业自律组织已经初步建立,但内部的金融消费者权益救济渠道仍然尚待构建和完善。具体而言,包括投诉和调解两部分内容,前者主要是金融消费者向互联网金融企业所在的自律组织投诉,由自律组织出面进行处理;后者是指自律组织通过面谈或者在线等方式组织纠纷双方进行调解。其三,法院诉讼机制。“商事审判实际上担负着对金融创新进行司法审查的重任,而如何对待金融创新显然成了一个商事审判实践中根本无法回避却至关重要的话题。”^[25]司法评价为互联网金融软法治理提供了重要的补充和必要的矫正,提升了软法的约束力。鉴于互联网金融交易纠纷数量大、网络化等特点,可推动法院诉讼的网络纠纷解决机制探索和实践,典型如浙江省的电子商务网上法庭、电子督促程序等^[26]。

(四) 营造互联网金融软法治理的实施环境

法治环境是指“存在法治主体之外,直接或间接地作用和影响法治建设、法治过程与效果的各种因素的总和”^[27]。“与结果导向的硬法主要依靠事后强制实现明显不同的是,软法更重过程导向,其效力实现的重点被置于‘实施’而非‘适用’环节”^[28],故软法实施的外部环境至关重要。就互联网金融软法治理而言,营造市场诚信环境是督促相关市场主体自觉接受软法约束的关键。

其一,完善互联网金融信用体系。互联网金融交易存在严重的信息不对称问题,而信用体系的缺失加剧了互联网金融的交易风险。完善信用体系有助于遏制市场主体的机会主义行为,提升其规则意识。结合当前互联网金融征信现状,可从以下几方面着手:(1)健全互联网金融的征信立法。《征信业管理条例》(2012)及其配套制度构建了我国征信法律框架,但对互联网金融的征信活动仍然缺少明确规定。当前互联网金融征信存在信息提供主体法律地位不明确、信息标准化建设滞后等问题,亟须通过征信立法予以回应。结合互联网金融企业

的特征,应在现有法律框架下逐步推出关于互联网金融征信的配套制度,将其纳入征信系统并接受统一监管。(2)构建互联网金融行业的征信系统。征信体系是降低信息不对称及规制信用风险的重要金融基础设施,而互联网金融大数据系统是交易型征信体系。应以商业机构建立和运用大数据为主,将平台和线下可分析的客户资信、经营风险等信息以及客户信用评估等都纳入互联网金融企业和个人征信体系内^[28]。(3)推动互联网金融的信用信息共享。由于征信标准化建设的滞后,使得从业者机构、金融消费者信用信息难于共享,一定程度上制约了失信惩戒的效果。目前,虽然中国互联网金融协会统筹搭建的互联网金融信用信息共享平台已初步完成,然而,毕竟其会员数量较为有限,所采集的信息范围较小,故其发挥的作用也极为有限。所以,统一互联网金融行业征信标准,推动更广范围内的信息共享,将是未来发展的方向。

其二 完善互联网金融市场信息披露机制。软法实施主要是“通过实现公共关系内部信息的外部化来弱化公域中的信息不对称,降低公共机构或者公民实施机会主义行为的概率,达到规范公共关系的目的”^[9]。信息披露是规范互联网金融行业发展、保护投资人利益的主要手段。无论是社会公权力、社会压力、利益激励还是国家权威,只有充分公开互联网金融平台及其金融产品信息,实现信息的对称,才能对从业者的机会主义行为进行监督和约束。为了建立信息公开透明的互联网金融市场,可从以下几方面进行完善:(1)在立法层面 提高信息披露制度规范的效力层级,尤其需要在硬法层面明确信息披露的义务内容,从而提高规范的约束力;(2)在制度层面 明确持续信息披露制度,制定强制与自愿相结合的信息披露标准,同时建立适应互联网金融信息披露制度的功能监管体制,以应对互联网金融产品“混业经营”的趋势;(3)加强互联网金融信息披露的行业自律,通过自律规范、行业标准细化信息披露的内容;(4)构建互联网金融信息披露的法律责任制度,明确监管机构和从业者未按要求披露信息或者虚假信息披露信息的法律责任。

任。ML

参考文献:

- [1]马长山. 互联网+时代“软法之治”的问题与对策[J]. 现代法学 2016(5):49–56.
- [2]邓建鹏,黄震. 互联网金融的软法治理: 问题和路径[J]. 金融监管研究 2016(1):64–73.
- [3]姜明安. 软法的兴起与软法之治[J]. 中国法学 , 2006(2):25–36.
- [4]Francis Snyder. Soft Law and an Institutional Practice in the European Community [M]. Berlin: Springer Netherlands ,1994: 198.
- [5]宋功德. 公域软法规范的主要渊源[G]//罗豪才 , 等. 软法与公共治理. 北京: 北京大学出版社 ,2006: 189 – 201.
- [6]罗豪才 ,等. 软法与公共治理[M]. 北京: 北京大学出版社 2006: 189 – 201.
- [7]程信和. 硬法、软法与经济法[J]. 甘肃社会科学 , 2007(4):219 – 226.
- [8]黄维民. 浅析公共政策的本质属性——公共性的涵义[J]. 西北大学学报(哲学社会科学版) 2005(6):112 – 116.
- [9]罗豪才 ,宋功德. 认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践[J]. 中国法学 2006(2):3 – 24.
- [10]徐靖. 论法律视域下社会公权力的内涵、构成及价值[J]. 中国法学 2014(1):79 – 101.
- [11]张根大. 论法律效力 [J]. 法学研究 ,1998(2):3 – 19.
- [12]吴晓求. 互联网金融: 成长的逻辑 [J]. 财贸经济 2015(2):5 – 15.
- [13]周汉华. 互联网对传统法治的挑战 [J]. 法学 , 2001(3):8 – 16.
- [14]沉风, 文特·瑟夫. 坚持互联网的开放性和中立性[N]. 人民邮电 2007 – 05 – 23(007).
- [15]罗豪才 ,周强. 软法研究的多维思考 [J]. 中国法学 2013(5):102 – 111.
- [16]李洪雷. 论互联网的规制体制——在政府规制与自我规制之间[J]. 环球法律评论 2014(1):118 – 133.
- [17]汪振江 ,张驰. 互联网金融创新与法律监管 [J].

- 兰州大学学报(社会科学版) 2014(5):112-121.
- [18]宋心然. 软法实施模式及其效果研究 [J]. 河北学刊 2011(2):252-255.
- [19]邓舒仁. 关于互联网征信发展与监管的思考 [J]. 征信 2015(1):14-17.
- [20]游春亮. 互联网金融新兴纠纷呈井喷之势 [N]. 法制日报 2015-04-30(004).
- [21]徐孟洲 殷华. 论我国互联网金融消费者纠纷解决机制的构建 [J]. 财经法学 2015(5):48-58.
- [22]方桂荣. 集体行动困境下的环境金融软法治理 [J]. 现代法学 2015(4):112-125.
- [23]黄震 李英祥. 互联网金融的软法之治 [J]. 金融法苑 2014(2):304-321.
- [24]徐亚文 徐钝. 论自治型软法的司法治理——基于司法审查制度试验的思考 [J]. 学习与实践 2014(10):22-27.
- [25]冯果. 金融创新的司法审查 [N]. 人民法院报, 2016-02-17(007).
- [26]陈辽敏. 电子商务网上法庭的探索和实践 [N]. 人民法院报 2016-10-12(008).
- [27]城市法治环境评价体系与方法研究课题组. 试论法治及法治环境的内涵 [J]. 公安大学学报 2002(2):16-21.
- [28]杨东. 互联网金融的法律规制——基于信息工具的视角 [J]. 中国社会科学 2015(4):107-126.

On Rule of Soft Law in Internet Finance

WANG Huai-yong, ZHONG Ying

(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: The development of “Internet +” age constantly highlights the regulatory value of soft law, which provides a practical approach for the transformation from “regulation” to “governance” in the rule of law of internet finance. From the perspective of functioning mechanism, soft law has a unique implementation mechanism, thus possesses a comparative advantage in the regulation of internet finance market. Currently, with the innovative development of internet finance, civil soft law, e.g. self-disciplinary convention and transaction rule, becomes the main form of the rule of soft law in internet finance. However, the deviation from legislation and implementation predicament of civil soft law cause apparent efficacy limitation. Therefore, to follow the appeal of modern rule of law, it should be optimized from the four dimensions of normative system, subject structure, dispute resolution mechanism and implementation environment respectively to further improve the efficiency of rule of soft law in internet finance.

Key Words: internet finance; rule of soft law; civil soft law; public social power

本文责任编辑:邵 海