

民间金融 协同规制论

A Research on the Synergistic Regulation of Informal Finance

林越坚
著



光 华 文 丛

高晋康
主编

光华法学文丛



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

民间金融 协同规制论

A Research on the Synergistic Regulation of Informal Finance

林越坚
著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民间金融协同规制论 / 林越坚著. —北京:法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1095 - 8

I. ①民… II. ①林… III. ①民间经济团体—金融机构—金融法—研究—中国 IV. ①D922.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 157875 号

民间金融协同规制论
MINJIAN JINRONG XIETONG
GUIZHILUN

林越坚 著

策划编辑 郑 导
责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任校对 杜 进
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 A5
印张 11.875
字数 285 千
版本 2017 年 7 月第 1 版
印次 2017 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1095 - 8

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

近年来,民间金融的曲折发展给我国的金融监管和社会治理提出了新的挑战,同时也给经济学和法学等学科带来新的研究领域。民间金融刑民交叉和规制模式的选择就是其中的实践性难题,其理论牵涉面广,抽象整合和创新的要求较高。林越坚所著的《民间金融协同规制论》一书对上述难题作出了有益的尝试和探索。该书以温州民间金融实践为例,从司法规制遭遇的刑民交叉困境入手,运用系统法学的视角和方法,提出刑民交叉的实质为跨位阶的“系统际冲突”并证成“结构化”的解决路径。同时,基于对民间金融“去中心化”实质的认知,在理论上深入论述了以地方政府为主导的多元协同规制的目标模式,为这一领域的金融监管和法律规制提供了参考范式。这些无

疑都具有重大现实意义和理论意义。

中国社会正处于深刻转型时期,民间金融及其刑民交叉现象和规制困境其实正是转型期法律因应社会现实矛盾的产物。在此背景下的法律问题既不能单一地局限于它的规范性与自治性而忽视急剧变迁的社会现实的冲击,又不能只着眼于外在环境将法律完全化约为社会的“镜像”。本书始终保持了对解答上述矛盾的浓厚意识,因而在结构、视角、认知和方法论方面特色鲜明。一是双主题交融。刑民交叉与协同规制两个主题表面上似无关联,在系统视阈中却得以交汇融贯。二是跨学科视角。本书在论证上的纵深洞穿了法学学科内部法学的壁垒,而分析方法又牵涉经济学、社会学等其他学科。三是多维度认知和方法论创新,如关于刑民交叉的界定。如果说“法律结构竞合说”是规范维度的认知深化,“系统际冲突”则给出了系统论维度的新认知。民间金融“民间性”和司法规制等概念在本书中也都得到了新的揭示,尤其是直面民间金融刑民交叉的冲突所作的结构化整合方式的综合提炼,给人以耳目一新的感觉。因此,可以说本书系统法学及其维度分析法的引入丰富了民间金融研究的新路径。

本书是在作者所写博士学位论文的基础上修改出版的。作者在读博前及至撰写本书期间,已经在《政法论坛》、《法学》等核心期刊公开发表多篇金融法论文,本书可谓其多年努力的结晶。作为作者的导师,我对本书的出版自然感到十分欣慰。我国民间金融的治理实践仍将不断深化,希望作者在后续研究中加强实证量化分析,同时对本书中一些未及深入探讨的问题展开进一步的研究。

是为序。

高晋康

2017年6月21日于成都

摘 要

作为一种因反规制而生的融资系统,中国民间金融“野蛮生长”而制度供给严重不足。2011年,温州、鄂尔多斯等地发生区域性民间金融风波之后,四川汇通、云南泛亚、安徽钰诚等大规模民间融资集资的危机事件嗣后相继爆发且呈蔓延之势,提示了我国民间金融规制亟待寻求新的理论、方法与模式。迫于规制工具匮乏之现实,本来作为社会冲突终极解决途径的司法被推到一线介入规制,特别是刑事措施的强力介入和扩大化使用,在强化震慑的同时也遭遇了“刑民交叉”之困,而规制果效亦陷入“一放就乱,一收就死”的“怪圈循环”。在监管体制层面,尽管中央与地方金融监管职责和风险处置责任已得到初步界定,但地方监管从理念取向到具体模式依然未臻成形。

协同规制是一种有着深厚区域规制实践基础的“去中心化”取向的规制进路。它并非建构的产物而是要从当前司法规制的实践中成长起来,因而必须首先求解司法规制遭遇的刑民交叉困局。法益构造的分析表明,刑民交叉系因不同位阶法益之间生成的一种“系统际冲突”,无法以传统的规范法学或衡平方法解决,须寻求新的理论进路。本书由此转向卢曼和图依布纳的系统论法学,在卢曼系统——环境二分思维以及子系统去中心化整合思想引导下,突破法律关系分析的个别化思维之局限,转而诉诸系统论上符号、结构和程式的三维度解析法,将刑民规范的适法冲突如何消弭的问题转化为系统如何达致协同的整合问题,藉此找到了破解刑民交叉的“结构化”路径。而贯彻同样的系统思维,民间金融规制模式的选择亦可归结为不同位阶的规制主体及资源要素之间的协同样态及结构化整合的生长路径问题。——司法规制在危机情势下整合政府资源发展了府院二元协同规制的实践样态,而治理现代化目标下地方政府治理责任的确立,或终将造就以地方政府为主导的多元协同规制模式,从而开辟金融自由主义与国家干预之间的“第三条道路”。

本书第一章以对民间金融“金融性”和“民间性”的认知作为全文的阐发点,并藉此铺陈问题意识、观念取向和理论进路。通过对“金融性”的剖析厘清民间金融、民间借贷和非法集资等基本的观念脉络;而基于“民间性”的探究则导出了“民间性”的真谛在于“去中心或无中心”,从而也预示本书在规制范式上的基本取向。鉴于去中心化规制模式的生成通常是自发自生演化而非基于建构,故首先必须找到演化据以寄托的现实基础。这个现实基础就是司法规制。本章结合温州民间金融规制的历程和现状揭示了司法介入规制并发挥重要作用的现实背景。但是,司法规制的发挥

和生长受到内外两个冲突的制约。一是司法的克制主义传统与承担规制所需的能动性之间的内源性冲突;二是司法规制在实践中遭遇的刑民交叉之困。通过对刑民交叉五个主要冲突面向的深度剖析,凸显了真正冲突点所在,也提示了解决方法上的系统论路径。

第二章提出全文的理论基础。鉴于以法的部门分割为基础的规范法学在应对刑民交叉问题上捉襟见肘,本章借助法理学上法律规范的扩张性认知为路径,诉诸卢曼-图依布纳的系统论法学作为本书的理论指引。首先,以系统论的三大基本视角(即自我指涉、系统—环境共变演化以及自创生视角)为基础,阐述卢曼关于子系统去中心化整合的思想。其次,借助博弈论原理及协调博弈模型,揭示了子系统整合的目标范式是“协同”,并在辨析协调、合作等相关概念的基础上结合协同学对协同的概念作出界定。最后,提出不同位阶子系统整合达致协同的根本路径是“结构化”,并进而将之归结为命令、激励、商谈、耦合和共享五大模式。而不论哪一模式的结构化整合,坚实的信息基础以及高阶意识(反思理性)的主导对于达致协同皆是不可或缺。

第三章主要是寻求刑民交叉的破解方法并导出协同规制的微观基础。鉴于法益是跨越部门法分际的通约性要素,本章首先通过法益分析揭示刑民交叉生成的法益构造乃是一个由私益、集体利益和社会公共利益交错勾连的多位阶复杂构造。以系统论观之,刑民交叉本质上乃是一种“系统际冲突”,而其内在关系模式也不再是传统意义上简单的线状“法律关系”,而是已升阶为多元多维立体式的“沟通构型”,故需要适用系统论的三维度分析法。第一,在符码维度,依从系统论的结构化思维,一宗集资项下各借贷合同的效力不再援用“适法规范”作个别化的研判,而是将之置于

集资的时序演化过程结合总体利率特性实现规模化的整体界分,从而导出刑民程序分流的初步基准——刑事保留期间。第二,在结构维度,由于法律结构的场域依存性,法律规范在刑民交叉场域趋于异化,目的理性支配的功利化衡平并不足取,应当在反思理性的主导下进行全面重构。第三,在程式维度,刑事保留期间的结构化划界可以带来程序优化效应,但民间金融刑民交叉的现代型纠纷特点客观上要求更加富于能动性和开放性的程序再造,而棚濑孝雄主张的“参加模式”可以作为程序转型的参考方向。综合三个维度,各种整合和再造的实现都需要强化作为基础的信息机制和作为主导的反思机制,“沟通构型”应当通过专门化和实体化构建统一的协同平台,而这一主导平台机制实际上崭露了协同规制的微观雏形。

第四章首先论证了“沟通构型”的核心反思机制应当从单一司法主导转向行政与司法二元协同主导进行构建。而在民间金融的实践中,局部区域的民间金融危机处置也确实促成了府院协同的现实构型。本章介绍和分析了温州地区乐清市民间金融府院协同处置模式以及相关实例,也阐明了它的现实成效。但是,实践中府院协同的构型还显得较为粗犷,应当进一步优化。故本章继而从内在张力、协同平台功能以及引导协同的结构化进路和引入检察监督机制四个方面探讨了府院协同模式的优化方向。鉴于府院协同模式系从危机处置中衍生且存在偏离市场化方式的明显倾向,要升阶为民间金融一种整体性的常态规制方式,还需要进一步从治理、监督机制及法治化的角度进行完善,最终走向多元协同。

第五章主要探讨从民间金融府院协同实践样态向以地方政府为主导的多元协同规制目标模式的演进问题。基于本书一以贯之的系统功能论立场,本章从民间金融功能分析切入,重点分析了现

存的三种规制模式中协同规制模式的合宜性以及治理目标下发展为多元协同模式的演进方向,同时融入治理理念解决了其与职权法定和司法克制主义等法治原则的抵牾。在此基础上,文章提出了以地方政府为主导的两个面向、四个维度的协同规制的基本样态,并分别在每个面向和维度上论述协同规制的重点与相应的路径,并结合《温州市民间融资管理条例》的相关建构提出“规则自治”的基本规范设置。最后,本章还就这个系统常态运作所需的作为支撑系统的信息信用机制和作为掣肘系统的金融消费者保护机制展开了分析,从而对多元协同规制这一目标模式形成自内而外的全面论证。

本书可能存在的创新之处体现在以下几个方面:第一,选题上同时切中刑民交叉和规制模式选择这两个民间金融领域的重大难题,形成的纵横交叉的两大论证主线并由系统论一脉贯通。第二,突破规范法学的藩篱,将卢曼和图依布纳系统论法学的视角与方法应用于刑民交叉问题的研究,并以系统论符码、结构和程式的维度分析法超越法律关系要素分析法实现方法论层面的创新。第三,提出刑民交叉的系统论实质为跨位阶的“系统际冲突”,并证成“结构化”的解决路径。第四,提出了“去中心化规制”这一金融监管的“后现代”新理念,导出了民间金融以地方政府为主导的多元协同规制的目标模式,纾解当前民间金融规制模式选择的困境。第五,提出司法规制新概念并以之导出协同规制,基于对职权法定及司法能动等问题理论上的新认知解决地方政府与司法机关在案件查处和财物处置上的职责关系。第六,在防止协同规制的行政化流变问题上,提出了引入检察监督的新主张。

关键词:民间金融 非法集资 刑民交叉 去中心化 协同规制

目 录

0 绪 论	1
0.1 问题的提出:选题背景及意义	1
0.1.1 问题的提出	4
0.1.2 理论意义	4
0.1.3 现实意义	5
0.2 文献的回顾与综述	6
0.2.1 刑民交叉问题的相关研究述评	6
0.2.2 民间金融规制问题的相关研究述评	21
0.3 研究方法、内容与创新点	28
0.3.1 研究思路与方法	28
0.3.2 主要内容与章节安排	30
0.3.3 本书的创新之处	31
1 民间金融的司法规制及其刑民冲突之困	33
1.1 民间金融及其规制问题概述	33
1.1.1 “金融性”视角下的观念体系重构	34

1. 1. 2	“民间性”视角下的规制模式选择	44
1. 2	我国民间金融的规制格局与司法介入规制	56
1. 2. 1	在危机应对中成长的区域规制:以温州为例	56
1. 2. 2	中央监管与地方监管的现状	61
1. 2. 3	何以司法也规制?	63
1. 2. 4	司法规制的内生张力:能动抑或克制?	67
1. 3	民间金融司法规制的刑民冲突之困	73
1. 4	本章小结	89
2	从冲突到协同的理论路径:系统论与结构化	92
2. 1	从规范法学到系统法学的视角切换	92
2. 1. 1	规范法学在处理刑民交叉问题上的局限	92
2. 1. 2	从规范法学通向系统功能论的法理路径	93
2. 1. 3	系统功能理论的基本视角	96
2. 2	子系统整合的目标范式——协同	107
2. 2. 1	子系统去中心化整合	107
2. 2. 2	系统整合的微观机理:协调博弈模型	112
2. 2. 3	协调、合作与系统论上的协同	117
2. 3	子系统整合的协同路径——结构化	120
2. 3. 1	结构化整合的意义	120
2. 3. 2	结构化整合的方式	123
2. 3. 3	结构化的信息基础	144
2. 3. 4	结构化的高阶意识——反思理性	147
2. 4	本章小结	153
3	民间金融司法规制生成的交叉构型及其系统论解析	156
3. 1	从法律关系分析到系统分析的方法切换	156
3. 1. 1	交叉情境下的方法与视角问题	156

3.1.2	跨越部门法分际的通约因素——法益	160
3.1.3	民间金融刑民交叉的多维法益构造	163
3.1.4	刑民交叉的系统论本质——“系统际冲突”	165
3.1.5	作为分析对象的“沟通构型”	172
3.2	民间金融司法规制生成法律构型之系统论解析	176
3.2.1	符码维度	176
3.2.2	结构维度	199
3.2.3	程式维度	208
3.3	系统反思功能的强化与主导协同机制的实体化建构	219
3.4	本章小结	224
4	民间金融行政司法二元协同规制之建构	226
4.1	从司法规制到府院协同	226
4.2	民间金融危机语境中府院协同之实践	231
4.2.1	民间金融府院协同规制模式之生成	231
4.2.2	民间金融府院协同规制之乐清模式	236
4.2.3	民间金融协同处置的实例	243
4.3	府院协同的模式化建构	249
4.3.1	府院协同的内在张力	249
4.3.2	协同平台的反思性及功能设置	254
4.3.3	协同的结构化进路	258
4.3.4	检察监督机制的引入	261
4.4	本章小结	265
5	融入地方治理的多元协同规制格局的建构及其 法治化进路	268
5.1	从二元协同规制到多元协同治理	268

5.1.1	民间金融规制模式的选择与治理目标导向	268
5.1.2	民间金融的功能定位与地方主导模式的生成	271
5.1.3	民间金融协同规制的法治张力及其消弭路径	275
5.2	民间金融多元协同规制系统的结构及其治理规范	282
5.2.1	法律授权、监管划界与“规则自治”	282
5.2.2	规制主体之间的结构化协同	288
5.2.3	作为支撑的信息共享机制与社会信用体系	303
5.3	作为社会化掣肘机制的金融消费者的协同功能	306
5.4	本章小结	310
6	结论与前瞻	313
6.1	主要研究结论与局限性	314
6.2	政策前瞻与未来研究方向	319
	参考文献	323
	相关法规及政策索引	356
	后 记	363

0 绪 论

0.1 问题的提出:选题背景 及意义

党的十八届三中全会指出,从广度和深度上推进市场化改革,使市场在资源配置中起决定性作用。资金是最重要的社会资源之一。一方面,中小企业融资难、融资贵已成为制约中国经济金融转型发展的突出问题,正规金融供应不足,而民间金融的补充作用则日益凸显。新一轮改革强化市场化的取向必将为近年来迅速崛起的民间金融打开进一步发展的政策空间。另一方面,当前民间金融发展存在着制度供给的严重缺失,具体表现为建构中的地方性监管构架职能边界不清,法律规制的模式路向不明,司法规制陷入刑民交叉的困局

等。如果我国民间金融不能脱离“野蛮生长”并尽快走向法治,势必带来巨大的社会风险——2011年,我国民间融资先行地区温州、鄂尔多斯等地相继爆发区域性民间金融风波且至今余波未平即为著例。而从近来频发的大规模非法集资事件来看,民间金融的区域危机化趋势已较显著。至2015年,涉嫌非法集资案件已涉及全国31个省份87%的市(地、州、盟)和港澳台地区,发案区域正从东部向中西部扩散。^①由此可见,必须加快推进民间金融领域的法制建设。2013年11月22日,温州率先出台《温州市民间融资管理条例》,它标志着地方性的法治化努力已然起步,但总体而言,民间金融的法治化道路依然漫长。

近年来,我国民间金融的相关研究已经在多个领域展开,经济学、管理学视角的民间金融研究成果整体质量较高,民间金融研究在经济学界、金融学界也是一个主流的研究课题。相比较而言,民间金融研究在法学界可能还不是一个主流的研究课题,其研究成果的数量和水平都有很大的提升空间。^②因此,本书拟聚焦于当前民间金融法治化进程中一个重要而又紧迫的基础性课题——中国民间金融的规制模式研究。就这个问题,一般比较容易顺理成章的想法就是仿效正规金融那样建构监管框架,甚至直接将之纳入正规监管。尽管地方金融办(局)之类的机构自2002年以来就已在全国各地陆续建立起来,但一直缺乏法律上的赋权,定位和职能不清。2014年8月,国务院下发《关于界定中央和地方金融监管职责和风险处置责任的意见》(国发〔2014〕30号)进行了初步界定,

① 王丽娜:《非法集资新困局》,载《财经》2016年第1期。

② 胡戎恩:《天使抑或魔鬼——民间金融实证研究与立法》,北京大学出版社2014年版,第19页。

但监管架构的建立与运作是一个复杂的系统工程,绝非仅设立机构就可以。应当说,地方监管体制仍处于探索中。而我国民间金融当前突出的现状是缺乏合适的、成熟的规制工具,司法不得不直接介入规制并担当主要“角色”。这是因为民间金融作为一种本身游离于监管之外的非正规金融样态,法律准备不足,制度供给缺失,导致一旦危机爆发,司法作为最一般的“社会装置”被直接推到了第一线作为应对手段并承载了相当大的政策和社会功能。如果说中国语境下的司法本来就长期带有显著的回应性和政策性取向,那么近年来在司法能动主义和服务中心大局观念的主导下,规制性就更加显著。而传统的司法理论一向认为,一旦司法遵循目标导向和政策功能,实际上也就开启了它的“异化”之旅——“它的目的已不是正义而是完成任务,不是公正而是治疗”。^①

然而,在中国复杂的金融转型背景下,作为主要规制手段的司法规制在民间金融领域遭遇了最大的“拦路虎”——“刑民交叉”。通常认为,该场合的“刑民交叉”乃是“非法集资”司法处理的产物,但本书倾向于采用更为中性的“民间金融”(或“民间融资”)的提法,因为研究规制本身就会牵涉到合法与非法的界分问题。值得注意的是,与一般刑民交叉不同,这里的刑民交叉乃是依托于规模化社会融资的开放性结构而生成,兼具涉众性与时序演化性的二元特征,由此衍生出关联主体之间私人利益、集体利益以及社会利益交错勾连的复杂利益格局。这其实是一种特殊的公共经济关系。而经济法是调整公共经济关系之法^②这种带有开放的公共特

① 沈宗灵:《塞尔兹尼克的法律社会学》,载《中外法学》1990年第3期。

② 单飞跃:《公共经济法:经济法的本质解释——兼与李曙光〈经济法词义解释与理论研究的重心〉一文商榷》,载《政法论坛》2006年第3期。