



商法文库

On Reforms of Commercial Law in Financial Innovation

季奎明 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

金融创新视野中的商事法变革





商法文库

On Reforms of Commercial Law in Financial Innovation

季奎明 著

金融创新视野中的商事法变革

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

金融创新视野中的商事法变革/季奎明著. —北京:
中国法制出版社, 2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2983 - 2

I. ①金… II. ①季… III. ①商法 - 研究 - 中国
IV. ①D923. 994

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 138936 号

策划编辑 舒丹

责任编辑 孟文翔

封面设计 李宁

金融创新视野中的商事法变革

JINRONG CHUANGXIN SHIYE ZHONGDE SHANGSHI FA BIANGE

著/季奎明

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787 × 960 毫米 16

版次/2011 年 8 月第 1 版

印张/14 字数/223 千

2011 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2983 - 2

定价: 40.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66070042

邮购部电话: 66033288

总序

多年以前，我们华东政法大学经济法律研究院就有出版《商法文库》的想法，但囿于人力与财力的不足以及迫于经济法学科建设规划的安排，主要力量放在了出版《经济法文库》上，一直未能如愿。到目前为止，在北京大学出版社的支持下，《经济法文库》已经出版著作38种，其中有少数几种涉及商法内容（列为“商法系列”）。仅花费了5年左右的时间，如此密集的产出，这在法学界产生了相当的影响，也表明我们创办经济法律研究院，致力于经济法、商法、自然资源与环境法、劳动与社会保障法以及其他与经济活动相关法律的学术研究已经取得预期的成效。当然，将“商法系列”置于《经济法文库》之内，不免有些缺憾。从学术观点看，商法是有别于经济法的学科部门与法律部门。如今进入十二五规划实施年度，研究院的人力财力有了改善，经济法学科建设有了新的目标，我们在继续做好《经济法文库》出版工作的同时，将与新的合作伙伴中国法制出版社合作，着力推出《商法文库》。

商法在中国的产生很晚，从清末民初算起，也仅有100余年的历史。它真正的发展与受重视始于1979年的改革开放。30多年来，经过各方面的努力，商法在社会主义法律体系中已经占有一席之地，商法体系架构已经初步形成；商法在现实经济生活中已经发挥了重要作用；商法在理论研究方面，也已经取得不小的成绩。但是，商法缺乏像《民法通则》那样的基本规则，部门法之间缺乏必要的协调；商法部门法立法还有缺漏，如至今还没有《期货交易法》、《产权交易法》、《融资租赁法》、《控股公司法》、《电子交易法》或《电子商务法》等这些市场经济必不可少的法律。在商法研究方面，基础理论还相当薄弱，部门法理论还有待深化，现存的学术成果还不足以为市场经济繁荣发展提供强有力的理论支撑。我们的经济法律研究院立足于上海改革开放的前沿，有志对所有与经济发展相关的重大法律问题，其中包括商法理论与实践问题展开研究，并在此基础上编

辑出版著作和文集，为繁荣商法理论研究、促进经济发展做出应有的贡献。

按照我的理解，商法是调整商事交易关系之法，促进商事交易繁荣之法，也是确立市场运行机制之法，规范市场无形之手之法，其内涵非常丰富。《商法文库》的选题，着眼于基础性、现实性、新颖性和针对性；研究范围不限于商法立法的问题，还包括商法执法、商法司法中的问题。除了我们经济法律研究院的研究人员，我们也欢迎热爱商法研究的院外专家学者加入我们的团队，研究我们共同感兴趣的商法问题。《商法文库》反映我们经济法律研究院自身建设学科和研究基地的成果，也反映经济法律研究院特聘的学术指导专家、外聘的兼职研究员以及我们培养的博士后、博士的优秀研究成果。

西方国家的商法发展，至今已有400余年的经验积累，市场经济体制机制已经相当成熟。《商法文库》还设置了“翻译系列”，目的在于推介一些西方国家著名专家学者的著述，以利于我们进一步研究借鉴。

华东政法大学经济法律研究院此次出版《商法文库》，是继成功创办《公司法律评论》（已出版10卷本）、《中国商法评论》（已出版6卷本）、《金融法律评论》（已出版2卷本）和出版《经济法文库》（已出版38种）、《经济法文集》（已出版9卷本）等学术载体后的又一个理论平台。我们相信：研究院同仁凭着良好的氛围、共同的理想、真诚的合作以及坚韧的毅力和辛勤的工作，一定会做好做强《商法文库》，使她成为学术精品。《商法文库》也一定会受到越来越多的读者的青睐！

顾功耘^①

2011年7月20日

① 系华东政法大学副校长，教授，兼经济法律研究院院长。

序言

胡鸿高*

商法调整商事关系。商事关系主要表现为贸易关系。“哪里有贸易，哪里就有法律。”贸易发展与商法变迁，在人类文明史中形影相随。迄今为止，人类社会历经采猎文明、农业文明、工业文明、信息文明和生态文明等五种社会文明形态。与此相适应，贸易的发展也循序渐进、五彩纷呈。贸易标的从前资本主义社会的果实、猎物、手工制品、土地、工业品等有形物，扩展到后资本主义社会的技术、权利和服务等无形财产权益。贸易范围从部落贸易逐步延伸到地区贸易、城邦贸易、跨国贸易和世界贸易。贸易方式走过了集市买卖、杂货店小本生意、百货公司经营、超级市场营销、连锁店商业模式和电子商务的发展进路。贸易的发展引领商法的问世与演变。肇端于地中海沿岸的海洋法系贸易行为规则，经过两千多年，演变为今天的集大成者——美国统一商法典；滥觞于罗马法中的万民法，在中世纪不受神法和世俗法束缚的商人法，在大陆法系完成了从商人习惯到商事成文法典的涅槃。

全球经济一体化，促进国际金融服务贸易的长足发展。如果说，上一世纪第一次世界大战和随后的经济大萧条，造成了金本位制的崩溃，那么，第二次世界大战的结束，则极大地抬升了银行在国际贸易中的地位与作用。信用证贸易，证券交易，货币、兑汇和期权市场的发育历久弥新。以纽约和伦敦为代表的国际金融中心日新月异的“金融创新”活动，向世人昭示：二十一世纪的世界经济，正在由传统的货币经济阔步跨入金融经

* 胡鸿高，复旦大学民商法研究中心主任，法学教授，博士生导师，国务院政府津贴专家，中国商法学研究会常务理事，中国经济法学研究会常务理事，国务院学位办全国专业学位教育指导委员会委员，上海市人大常委会立法咨询专家，主要从事商法学、经济法学和劳动法学的教学与研究。著有《商事法概论》《网络法概论》《公司法》《经济法案件100例分析》等。

济时代。上一世纪中叶国际资本流动规模的迅速扩张和欧洲货币市场的发展，拉开了旨在逃避监管的金融创新序幕；以浮动利率票据、货币远期交易和金融期货为代表的金融创新，反映了“美元危机”背景下管理和转嫁风险的诉求；近四十年来，金融工具的证券化、金融市场的全球化和金融业务的表外化，构成了新时期金融创新的发展趋势。金融创新在给世界经济持续注入活力，让人们尝到融资便利和信用扩大些许甜头之时，给英国和美国等西方发达国家带来了巨大收益。金融衍生品交易的杠杆功能，既能充分彰显虚拟经济繁荣，也会放大金融风险对实体经济冲击效应。2007年美国次贷危机引发的国际金融危机，再现了金融大鳄的贪婪，又一次敲响了防范金融创新所酿成的系统性风险警钟。为了应对危机，美国一方面反省长期奉行新货币主义政策负面效应，奥巴马总统于2010年7月21日签署了被称为美国史上最为严厉的金融监管法案，强化金融监管；另一方面，通过不负责任地多次出台量化宽松货币政策措施，向中国等新崛起的发展中国家转嫁危机，延缓世界经济复苏进程。

如何通过法治路径对金融创新兴利除弊，防范系统性风险，已经成为学界备受关注的前沿课题。就文献检索而论，从货币政策法的公法层面，抑或金融监管法的社会法视角，研究应对金融贸易可能带来系统性风险的成果颇丰，但是，鲜见金融私法视野下金融贸易风险防范研究论著。将当代金融创新与商法维新相联系，并作系统深入的专题研究，尚处于空白状态。

研究金融创新与商法变革的关系具有必要性和可行性。毋庸置疑，不断创新的金融市场涉及公共利益，需要经济法的干预，以维护金融消费者的合法权益，稳定金融秩序。但是，仅仅依赖公权力干预，忽视金融私法的功能，也有失偏颇。这就如同人体，放弃体质锻炼和免疫力提高，一味依赖药物头痛医头，脚痛医脚，很难保持肌体健康。金融私法调整银行、证券、保险、信托等商事组织与商行为，与商事契约、代理、公司、合伙和破产等传统商法范畴紧密关联。金融私法脱胎于传统商法。调整金融组织与金融活动是商法的基本功能之一。与传统民法相比，现代商法具有两大显著特征，一是带有公法化倾向的私法性，二是时代性。传统民法调整

人身关系及与人身关系相联系的财产关系，以任意性规范为主，是纯粹的私法，平等和协商一致等基本原则几千年不变；现代商法调整商人和商行为，强制性规范与任意性规范并存，体现二元性，以促进贸易便捷、维护贸易公平和保障贸易安全为宗旨，随着贸易的发展频繁修改商法规范，不断拓展商法调整范围。商法的这两大特性正好契合了金融创新对法治的要求。蕴含金融私法在内的当代商法及其研究，一定能够为金融工具、金融市场和金融服务等层面的金融创新，提供规范分析导向和制度建设保障。金融创新中呈现的法律关系为商法演进和商法学研究视野拓展提供了新契机。例如，非经营性金融实体的法律地位问题，次级债务和金融衍生品等商事贸易客体多元化合法性问题，金融创新中的信托、标准合约和其他金融贸易的结构、规则、方式，以及各种法律关系主体的权利和义务问题等，亟需作出法学理论回应和制度安排。

在我国金融学和商法学界，目前未见系统研究金融创新与商法变迁的专著问世。本书作者季奎明博士以巨大的学术勇气，选择金融创新视野下商事法变革课题进行系统深入研究，并形成了专著，弥补了我国尚无系统研究金融创新私法规制专著的缺憾。本书的特色是从金融私法视角切入，对于金融创新与商法规制关系从整体上进行系统考察和开拓性研究。主要建树表现为，对于金融创新的背景、表现和意义进行了历史梳理和类型化分析，科学揭示了金融创新与商法演进之间动态发展的规律，指出了新时期回应金融创新法治需求的商法变革任务与路径。本书不仅研究对象和视角独特新奇，而且立意高远，从观点到内容皆有诸多创新。例如，证券化、金融表外业务和全球化的商法考察；特殊目的非经营性金融实体的法律地位分析；金融创新中经营者约束制度的构建；金融创新风险的商法应对举措等，皆有不落窠臼的独特见解。

作者季奎明是我指导的民商法学专业毕业的博士生。他曾在复旦大学求学十年，本科、硕士和博士学习阶段，一直是品学兼优的学生干部。他专业功底扎实，理论素养上佳，勤学上进，刻苦严谨，发表了多篇高水平的学术论文，具有较强的科研创新能力和较大的学术发展潜质。这本专著就是在他的博士学位论文的基础上，经过再思考和提炼完成的。在此，我

欣然向商法学界和金融学界从事理论研究和实务工作的朋友，隆重推荐这本书。本书对于我国法学研究人员和法律工作者，从金融学和法学相结合的角度，厘清金融创新地位，拓展专业视野，明确商法研究方向，正确适用商事法律，不无启迪和参考价值。

是为序。

2011年7月23日

导 论

第一节 研究背景

进入二十一世纪后,世界经济呈现出一个日益明显的重要趋势:传统的货币经济被金融经济所取代,金融已经成为国民经济发展的核心因素和先导力量。^①尤其在中国加入世贸组织的背景之下,全球金融一体化的潮流会对中国经济产生更重大的影响。而金融制度是否完善,金融领域的法学研究能否居于先进之列,对于中国金融的发展与改革具有举足轻重的作用。

自二十世纪初美籍奥地利经济学家熊彼特(Schumpeter)提出了“创新”的概念以来,金融领域发生了许多结构性的革命,几乎每一次的重大变革都指向了一个关键词:“金融创新”(financial innovation)。在过去几十年的时间里,“金融创新”早已受到了发达国家金融学界普遍的密切关注。

一个奇怪的现象是,不论在国内还是国外,法学界对“金融创新”的研究远不如金融学界来得敏感和深入。法,鉴于其固有的内在稳定基因,确实存在着与“创新”相悖的一面;然而法同时也必须要回应社会现代化进程中新出现的经济现象,以此来实现它资源配置的功能。如果引领制度构建的法学研究漠视了“金融创新”,那么科学的经济法治就只能是空中楼阁了。

“金融创新”的法学问题可以大致分为三个主要领域:货币政策、金融监管以及金融私法。^②其中,货币政策由中央银行来制定执行,规范的对象是货币及其信用活动,属于公法范畴;金融监管由国家有权机关来实施,涉及监管机构的组织,主要负责市场关系的校正,调整的手段却是公权力,这种国家介入私法关系的规范被一些学者称为社会法;金融私法与前两者相比,行为主体和法律关系的性质有着本质的不同,遵循意思自治的传统私法原则,属于私法的特别法。近年来,在公

^① 经济学中将金融对于经济增长与发展的影响称为“金融效率”,关于金融在经济体系中的核心地位,参见王振山:《金融效率论》,经济管理出版社,2000年版;王广谦:《经济发展中金融的贡献与效率》,中国人民大学出版社,1997年版等。

^② 参见陆泽峰:《金融创新与法律变革》,法律出版社,2000年版,第19-23页。

法、私法之外的所谓“第三类法”（如社会法、经济法）兴起^①，隶属于这类的金融监管法大量出现，大有成为金融法主体之势。而鉴于货币政策对于宏观经济的重大影响，金融管理当局和学界（包括金融学、法学等）也一直给予高度的关注。相对于货币政策和金融监管而言，金融私法的前沿问题很少出现在法学研究的视野中。金融私法是指规范金融交易当中平等主体之间权利义务关系的规范，英美法系中多被归入金融交易法，大陆法系也叫做金融业务法。这类金融法虽然是商事法的特别法，与传统私法的发展密切相关，却依然有着自己独特的变革轨迹，因此至今也没有一个国家能完成对金融私法的彻底改革与重构，金融市场上层出不穷的创新也翘首企盼着适配的私法规则来保障秩序。这方面的课题鲜有专门的深入研究，成为了一块正被实践所期许解决的理论空白。

从另一维度看，作为金融私法主要渊源的商事法也发生着一系列重大的变革，例如在构成金融交易基本关系的合同领域，相继有学者惊呼契约的“死亡”或者“衰落”等危机，近代以来的基本哲学判断、思想理念、价值取向、法律模式等都发生了颠覆。^② 现代私法则是在近代私法的法律结构基础之上，对近代私法的原理、原则所进行的修正与发展。^③ 这种态势同样很明显地体现在商事法中，仔细探究商事法“现代化”的演进历程，很多的变革是由金融领域的迅猛发展所推动的，这种关联或许不唯一但却极为重要：传统商事法所构筑的私法环境不能完全适应金融实践，“金融创新”是引发法制“现代化”的主要原因之一；反过来，法律的“现代化”又是“金融创新”的制度基础，金融领域的变革离不开适宜的法律环境。所以，在金融创新的视野中研究商事法变革不仅是推进法制“现代化”的重要一环，对金融深化的促进也具有重大的意义。

第二节 核心概念的阐释界定

在金融创新的视野中考察商事法的变革是一条学科交叉的研究进路，涉及到法学和金融学中几组关键的概念。在展开论述之前，有必要对这些概念先加以阐释界定。

1. “创新”

“创新”一词在现代汉语中的意思是“抛开旧的、创造新的”，^④ 在日常生活中

① 参见谢怀栻：《外国民商法精要》（增补版），法律出版社，2006年版，第51页，第55页。

② 参见梁慧星：“从近代民法到现代民法”，载《民商法论丛》第7卷，第229-245页。

③ 参见北川善太郎：“关于最近之未来的法律模型”，载《民商法论丛》第6卷，第286-287页。

④ 《现代汉语词典》，商务印书馆，1983年版，第167页。

被频繁地使用。第一次将“创新”与社会发展联系起来的则是美籍奥地利经济学家约瑟夫·熊彼特（Joseph Schumpeter），他认为“创新”（innovation）是建立一种新的生产函数，通过创新活动来实现产业突变，通过不断创新来推动“创造性的毁灭过程”，导致资本主义经济周期性波动式向前发展。^①“创新”意味着要将新的生产要素组合引入经济体系，包括（1）引入新产品；（2）采用新技术；（3）开拓新市场；（4）发现新材料供应来源；（5）推行新组织形式。^②

对于熊彼特的“创新”概念，有两点需要指出：其一，“创新”是动态概念，涵盖整个成功的应用过程，因而不同于“发明”；其二，“创新”包含创新成果的扩散，没有扩散则难以产生经济影响。^③

2. 金融创新

在熊彼特建起的“创新”基石上最先崛起的并不是金融业，“创新”理论首先被应用于工业，“技术创新”早在二十世纪五十年代就形成了一个流行的概念。而金融领域革命性的变化则发生在二战之后，尤其是二十世纪七八十年代以后，“金融创新”（financial innovation）才在熊彼特的“创新”理论支撑下真正发展成为受人关注的经济现象。虽然在经历了几十年后“金融创新”早已经是一个广为人知并普遍使用的概念，但对于“金融创新”学界依然有各种不同的定义方式。^④

第一种定义方式是在宏观上将“金融创新”与金融史上的重大历史变革联系起来，国内外采用这种方式的学者不在少数。国内首次以金融创新为专题成书的学者徐进前认为：“金融创新是各种金融要素的新的组合，是为了追求最大利润而发展的金融革命。”^⑤米歇尔·莫兰（Michael Moran）指出金融创新不仅有所有权结构变化、交易行为变化等经济方面的内容，还涉及管制规则的变化，^⑥这里把金融体制创新也纳入了“金融创新”之中。著名经济学家厉以宁的“金融创新”定义中也包括“新的金融组织形式与管理方法”^⑦，亦属广义的概念。

第二种方式是分类阐释“金融创新”的外延。如阿诺德·希尔吉（Arnold Heertje）用“金融创新”指代改变金融结构的金融工具的引入和运用^⑧，将金融创新的范畴限缩在金融工具更新上。香港经济学家饶余庆（Y. C. Jao）则紧扣熊彼特

① 《辞海》，上海辞书出版社，1999版，第220页。

② 参见约瑟夫·熊彼特：《经济发展理论》，商务印书馆，1990年版，第73页。

③ 参见《新帕尔格雷夫经济学大辞典》第二卷，经济科学出版社，1992年版，第923-927页。

④ 参见生柳荣：《当代金融创新》，中国发展出版社，1998年版，第2-8页。

⑤ 徐进前：《金融创新》，中国金融出版社，2003年版，第2页。

⑥ 转引自陆泽峰：《金融创新与法律变革》，法律出版社，2000年版，第3页。

⑦ 参见陈岱孙、厉以宁：《国际金融学说史》，中国金融出版社，1991年版，691页。

⑧ 欧洲投资银行：《创新、技术和金融》，中国审计出版社，1993年版，第1页。

的“创新”定义，认为金融创新就是新产品、新生产方式、新市场、新供应来源和新商业组织，并类比技术创新，将金融创新划分为产品创新和过程创新。^①而在西方金融学界影响最大的是大卫·里维林（David Llewellyn）的定义：“金融创新是各种新金融工具的采用、新的金融市场及提供金融服务方式的发展。”^②对金融创新采取的工具、市场、服务方式的三分法被不少学者认可和采用，具有相当的价值。

第三种定义从金融机构的视角，通过描述功能转变来解释金融创新：“支付制度促进银行及一般金融机构作为资金供求中介作用的减弱或改变”^③，即金融的非中介化。这一定义来源于西方的银行辞典，它指出了金融创新的四个方面：技术创新、风险转移创新、产生信用的创新及产生股权的创新，但依然集中在微观层次，不够全面准确，而且从它所描述的创新动机来推断，这种定义里的“金融创新”当指七十年代以后的金融创新，时间上也有局限。

第四种定义出自十国集团（G10，巴塞尔委员会的主要发起者）中央银行专门的研究机构，把宏观和微观的维度结合在一起，认为“金融创新”有两大内涵：第一是微观层面上金融工具的创新，第二则是宏观层面上金融创新的三大趋势。金融工具创新被视作一个将若干不同的金融特性解捆（unbundling）和重整（repackaging）的过程。三大趋势体现在证券化、资产负债表外业务的重要化以及金融市场全球一体化。^④十国集团的报告在总结国际金融领域的金融创新方面拥有很高的权威性，在该报告中提出的这个定义也在世界各国具有极大的学术影响。

在经济学的思维之外，也有法学学者仿照民事法律关系的概念模式，从主体、行为、客体三要素入手来定义金融创新。因为金融主体是通过发起人的行为设立的，金融主体的内部改革本身也是法律行为或事实行为，而金融产品不过是金融行为的物化或表现形式，因此“金融创新”就其实质意义而言，就是金融行为的创新。据此，金融创新可以被定义为“金融主体有计划有步骤地变化产品要素和组织形式，开发出新的金融产品和新的表现形态的金融行为。”^⑤这个表述倒不失创新之处，在一定程度上揭示了金融创新与法律行为的关系，但在金融创新的外延上略

① 饶余庆：“金融创新与金融业革命的涵义和影响”，载《中山大学学报（社会科学版）》，1987年，第1期。

② David. Llewellyn, “The Evolution of the British Financial System”, Gilbert Lectures on Banking, London: Institute of Banks, 1985. & “The Changing Structure of the U. R Financial System”, The Three Banks Review 145, 1985.

③ Dictionary of Banking Terms, Financial Innovation, Barron's Educational Series. Inc, 1990, pp. 247 - 248.

④ See BIS, Recent Innovations in International Banking, 1986, Part I.

⑤ 陶广峰、张宇润：《金融创新与制度创新》，中国政法大学出版社，2006年版，第5页。

显狭隘。

综上所述,“金融创新”在微观层面体现于金融工具、金融市场和金融服务方式之中,宏观表现则如十国集团中央银行研究报告所指出的三大趋势:证券化、业务表外化、全球一体化,用动态的观察方法能更准确全面地理解“金融创新”。因此本书认为,“金融创新”应当是证券化、表外化、全球化在金融工具、金融市场、金融服务方式中所引发的重大结构性变革。证券化的创新主要体现在以资产证券化为核心的结构融资中;表外化创新包括市场风险与信用风险两类表外业务的兴起;全球化引发的创新不仅带来新的经济现象,也包括各国制度的融合趋近。时间上,本书所指的“金融创新”主要关注二十世纪下半叶以来的变革。

第三节 国内外研究现状及文献综述

虽然“金融创新”已经不是新近提出的概念,但是正如前文介绍的那样,对于金融创新的理解与界定依然没有统一,研究者分别在不同的视域里使用不同的方法来讨论金融创新。即便如此,这样的研究绝大多数仍局限于金融领域,只有对资产证券化及个别衍生产品之法律问题略有涉及,对金融创新从宏观角度切入的系统法学研究几乎是一片空白。而在这些为数不多的成果中,又多是对法律监管或者货币政策的阐述,忽略了金融创新与商事法律规范的互动关系。

在国内的研究中,最早关注金融创新的专著是徐进前的《金融创新》(1993年初版,2003年再版),这是国内金融学和法学界在金融创新方面成书的第一本成果,几乎涉及金融创新的所有领域,包括金融创新现象的背景与成因、银行业务创新、金融机构创新、金融市场创新、金融工具与融资方式创新、金融监管创新、货币政策创新、金融体系创新等。应该说,此书对金融创新的梳理是较为全面的,为后人在金融学和法学领域内的相关研究奠定了基础,但是该书对金融创新的分类有些杂乱,不利于探求金融创新的宏观发展趋势。之后又出现了一系列比较权威的成果,生柳荣的《当代金融创新》(1998年)等书是其中的代表,侧重于从金融业务创新、金融市场创新、金融制度创新、金融创新效应等角度来阐释金融创新现象,对于金融创新的外延已经渐渐有了更准确地把握。但是,这些成果依然是纯粹用金融学的方法论来分析金融创新问题,忽视了在金本位崩溃之后法律对于金融体制的支撑作用。

迄今为止,真正开始研究金融创新法学问题的专著主要有陆泽峰的《金融创新与法律变革》(2000年)与陶广峰的《金融创新与制度创新》(2006年)。学者陆泽峰的《金融创新与法律变革》一书主张从广义上来把握金融创新,指出金融创新导向下的金融法的结构应由货币政策、金融监管与金融私法三部分组成;阐述在金

融创新影响和推动下金融法在国内法和国际法层面的变革,认为中央银行应当发展成一个独立于政府的专门负责执行货币政策的机构,提出了银证混业经营对监管结构的影响,介绍并评价了巴塞尔委员会《银行业有效监管核心原则》,同时论证了金融私法变革的必要性和金融私法国际统一化的趋势。陆泽峰的这本专著以金融创新为基础,对重构金融法学的理论体系和解决我国金融立法与司法中存在的结构性问题有重大的贡献,其核心立足于金融监管与货币制度等公法。学者陶广峰的论著《金融创新与制度创新》采取的是另外的视角,在论证金融制度创新及其基本原则的基础上,分别对金融主体、金融行为、金融客体的创新以及金融创新所形成的法律关系进行研究,最后再论述金融创新与金融调控、监管的关系。该书分析了许多金融创新中所形成的新法律关系,初步提出了相应的法律规制构架,主体、客体、行为再到法律关系创新的分类论证方法也很有独到之处,搭建起了金融现象与法律关系之间的桥梁。然而,这样的分类容易使得研究对象重叠或者不处于一个逻辑层面上,显得过于微观,系统性稍逊。

除此之外,近年也出现了一些与金融创新制度环境相关的论文。王自力在《制度创新——走进金融创新的新阶段》(《中国金融》2001年第11期)中论证了制度创新的必要性,认为产权制度创新、规范公司化改造、完善法制监管是其中的核心。刘建军的《以制度创新推进金融创新》(《求是杂志》2002年2期)认为一国特定的金融制度框架从根本上决定了金融创新和金融发展的空间,决定了金融创新的活跃程度和金融发展的绩效,我国应该积极推进金融市场制度创新、企业组织制度创新和金融监管制度创新,促进适合我国国情的金融创新。刘丰在《金融创新对国际金融法的挑战》(《兰州学刊》2005年第3期)中分析了金融创新对金融法发展提出的巨大挑战:它冲击了国家货币主权,加剧了金融体系不稳定性,降低了金融监管的有效性。蔡奕的《法制变革与金融创新——兼评〈证券法〉、〈公司法〉修改实施后的金融创新法制环境》(《中国金融》2006年第1期)在明确法制变革和金融创新辩证关系的基础上,对新《公司法》、《证券法》实施后的金融创新环境进行客观地评估,并试图解析实现金融创新的若干法制要素。岳华在《金融创新对金融制度设计的影响》(《学术月刊》2006年7月号)一文中提出金融创新包括理论创新、工具创新和研究范式创新,它们深刻地影响着金融制度设计的方向,并且成为推动金融制度迈向更高目标的核心力量。甘开鹏的论文《金融创新法律保护制度初探》(《大连海事大学学报》2007年第2期)指出金融创新是一种无形财产,具有所有权的属性,属于特殊的知识产权,需要通过公司法、证券法、侵权法、知识产权法、反不正当竞争法乃至金融创新的专项立法来共同保护。这些论文虽然涉及到了金融创新的法律问题,但多还是采用金融学本身的方法论侧重于阐述金融监管。

在国外的研究中,最权威的当推十国集团(Bank for International Settlements, BIS)中央银行研究小组的“Recent Innovation in International Banking”(1986年),采用广义的观点来总结金融创新,重在阐述金融工具的创新与证券化、表外化及全球化的金融趋势,并且指出金融工具的变革与“三化”是互相作用的,被许多的后续研究作为依据或起点。Llewellyn的“The evolution of the British financial system”、“The changing structure of the U. R financial system”(1985年)及C. Y. Jao的“Theories and implications of financial innovations”(1987年)也对金融创新的定义、外延、效应展开了早期的论述,具有比较大的影响力。亚洲发达国家的学者Yoshio Suzuki、Hiroshi Yomo等也编著了“Financial Innovation and Monetary Policy: Asia and the West”(1986年)等,比较东西方金融创新的路径异同,为亚洲的金融发展提供参考。发展中国家则有Marcello Decco等著写的“Changing Money—Financial Innovation in developed countries”(1987年),旨在借鉴发达国家金融创新的经验。

九十年代以后,出现了一批更深入的研究成果,比如Douglass North的著作“Institutions, institutional change and economic performance”(1990年),Henry Cavanaugh的“Financial Innovation”(1992年),世界银行的报告“Financial systems and development”(1993年),Michael Pawley的“Financial innovation and monetary policy”(1995年)及Philip Wood的“Law and practice of international finance”(1995年)等都是二十世纪末西方对金融创新深入研究的进一步成果,从制度层面来分析解释金融创新的观点开始得到重视。二十一世纪至今为止的主要成果如James Barth等人编著的“Restructuring regulation and financial institutions”(2001年)和Yasuyuki Fuchita等的“New Financial instruments and Institutions: opportunities and policy challenges”(2007年)都更为突出了制度因素在金融创新中的地位。

应当说,法律制度对于金融创新的重要影响已经逐步得到了肯定和重视,国内外的研究突破了纯粹的金融学范畴,开始向法学领域渗透。但是,方法论的转变还远未实现,目前的绝大多数成果依旧是建立在经济分析之上的,法学或者交叉学科(cross finance and law)的研究还未取得应有的地位。尤其需要指出的是,即便在有限的法学研究成果中,也是以监管和货币制度的公法为核心,较少关注调整金融市场交易规则的商事法内容,而实际上两者应当是紧密配合,共同对市场产生作用的。

第四节 研究进路与方法

1. 研究进路

本书将“金融创新”归结为证券化、表外化、全球化在金融工具、金融市场、金融服务方式中所引发的重大结构性变革。而在商法学的研究范式内，各种法律规范都可以类型化为商主体制度或商行为制度。因此，本书将集中讨论证券化、表外化和全球化是如何对商事主体法和商事交易规范产生影响的，旨在思考怎样的商事法环境才能为主导经济发展的金融创新提供更好的制度支撑。

2. 研究方法

2.1 历史分析

为了更全面深入地求证本书所提出的金融创新对商事法规范的深刻影响及其变革趋势，本书将在历史的视角中梳理金融创新的发展沿革及其演变规律，将金融创新追求的目标与传统商法的价值、功能进行对照，论证金融创新驱动商事法变革的现实需求与合理性。

2.2 比较研究

商事法的发展在两大法系中多有不同，体现在理念、立法、程序、趋势上，均各有特色。我国虽属大陆法系，但借鉴移植英美法系的先进制度对我国的法制现代化依然具有极其重大的意义。尤其在金融领域，引领世界发展潮流的当属英美两国，况且和其他领域盛行普通法的传统不同，英美两国在金融方面的成文立法数量甚巨，在客观上也为研究借鉴英美的金融法制提供了条件。因此，本书也将比较研究两大法系主要代表国家与金融创新现象相关的商法制度作为重点，进而提出金融创新背景下中国商事法变革的方向与发展路径。

2.3 法律解释

金融创新带来了各种复杂的法律关系，但其基础是传统的商事法制度，很多情况下依然要适用一般规则。在适用这些制度的过程中，如何结合金融创新中新型关系的特点解释固有法律是一个极为重要的问题。本书则沿用法解释学的各种研究途径，尝试对与新金融关系相关的现有法律文本之内容意义、构成要件、适用范围、法律效果进行拓展或修正性的诠释。

2.4 经济分析

金本位的金融体系瓦解之后，金融秩序完全建立在制度的基础之上，金融创新与法律环境不可分割地交织在一起。本书把法律与金融作为一门交叉学科（Cross