



Collateral Knowledge
Legal Reasoning in the Global
Financial Markets

一位美国法学名家、人类学教授对担保制度的深度观察，为深刻解读全球金融危机提供了一个全新的视角。

担保论

全球金融市场中的法律推理

Annelise Riles

[美] 万安黎◎著

江照信 / 等译 於兴中 / 审校



中国民主法制出版社

担保论

全球金融市场中的法律推理

Annelise Riles

[美] 万安黎◎著

江照信 / 等译 於兴中 / 审校

' Knowledge

in the Global

NLIC2970897820

Finance



中国民主法制出版社

2013年·北京

图书在版编目(CIP)数据

担保论:全球金融市场中的法律推理/(美)万安黎(Riles, A.)著;江照信等译. — 北京:中国民主法制出版社, 2013. 3

ISBN 978-7-5162-0333-0

I. ①担… II. ①万… ②江… III. ①担保—研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 042374 号

Licensed by The University of Chicago Press, Chicago, Illinois, U. S. A.

© 2011 by The University of Chicago. All rights reserved.

著作权合同登记号:01-2013-2789

图书出品人:肖启明

出版统筹:赵卜慧

责任编辑:庞从容 唐仲江

书名/担保论:全球金融市场中的法律推理

作者/[美]万安黎 著 江照信 等译

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里7号(100069)

电话/(010) 63292534 63057714(发行部) 63055259(总编室)

传真/(010) 63056975 63292520

http://www.npcpub.com

E-mail: mzfz@263.net

经销/新华书店

开本/16开 710毫米×1000毫米

印张/19.25 字数/260千字

版本/2013年6月第1版 2013年6月第1次印刷

印刷/北京画中画印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-5162-0333-0

定价/45.00元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

| 致 谢 |

自本项目研究开始至今,已逾十二年了。1997 年夏至 2001 年秋之间,在东京实地调研十七个月,此后数年以来复又频繁访问研究,本书写作实基于此。本项研究与写作得到了多方支持,如 American Bar Foundation, a Howard Fellowship, an American Council of Learned Societies Fellowship, a residential fellowship at Girton college, Cambridge, 以及得到 the Social Science Research Council, the Japan Foundation, the national Endowment for the Humanities 研究资助。在那段时期,我在东京大学法学院、应庆大学人类学系及东京大学社会科学研究所以兼有访问职衔。我非常感激这些院系的慷慨惠助,尤其感谢寺尾美子、棚橋訓与玄田有史三位教授,正是因为他们才能使我与三个院系分别建立联系。

我深深感激日本银行的职员们,在我实地调研之时,他们非常慷慨地与我分享他们的时光与知识。在日本银行,我尤其感谢大川昌利,他在早期便热情支持我的研究项目,并最早引导我选择支付系统作为研究题目。为了保护我的合作者的隐私,我不在此一一列名向他们表示感谢。只有当某位个人或者机构的身份已为公众知晓的情况下,即媒体已有公开报道,而且这些个人与机构以某种具体行为、在公开场合与政府存档中已经表明自己身份时,我会据此而在这里指出他们的大名。这种对信息来源予以限制的做法,符合民族学研究专业伦理实践的做法。我觉得非常遗憾,这意味着我不能在这里具名向他们表示感谢。然而,我希望本书能够意会所有我从他们那里所学到的部分内容。

我感到很有幸去研究一个令人感到兴奋的领域,而且本项目得益于我非常推崇的众多同事的既有研究,得益于他们以各种方式作出的评论、批评与协助,我感谢 Richard Abel, Greg Alexander, Ron Allen, Marietta Auer, Nathaniel Berman, Lisa Bernstein, Don Brenneis, Gynthia Bowman, Bob Burns, Richard Buxbaum, Bruce Caruthers, Rebecca Chang, David Charney, Abe Chayes, Jon Cisterno, John Comaroff, Marianne Constable, Susan Coutin, Charlotte Crane, Tony Crook, Zhiyuan Cui, Martha Fineman, Bryant Garth, Anna Gelpern, Yuji Genda, David Gerber, Carol Greenhouse, Jane Guyer, David Haddock, Laura Hein, Doug Holmes, Alan Hyde, Iris Jean – Klein, Naoki Kasuga, David Kennedy, Karen Knop, Doug Kysar, Mitchel Lasser, Jessica Leight, Jing Leng, Amy Levine, Jim Lindgren, George Marcus, Bill Maurer, Ralf Michaels, Curtis Milhaupt, Fabian Muniesa, Kunal Parker, Sol Picciotto, Alain Pottage, Jeff Rachlinski, Hugh Raffles, Mark Ramseyer, Adam Reed, Tom Riles, David Ruder, Alvaro Santos, Kim Scheppele, Pierre Schlag, Vicki Schultz, Susan Shapiro, Marshall Shapo, Carol Silver, David Snyder, Nomi Stolzenberg, Marilyn Strathern, Mark Suchman, Richard Swedberg, Beronica Taylor, Yoshiko Terao, Chantal Thomas, David Thompson, Mark Tushnet, William Twining, Takashi Uchida, Frank Upham, Mariana Valverde, David Van Zandt, Ahmed White, David Wilkins and Zhu Suli,以及感谢数年来倾听各种早期论证的众多听众。

在项目进行过程中,本项目又受益于非常多优秀的有志于此的研究助理,他们是 Leticia Barrera, Jane Champion, Jessica Clarke, Aya Eguchi, Matt Erie, Marie-Andree Jacob, Sergio Lattore, Amy Levine, Yuko Masunaga, Elisabeth Olds, Guillaume, Anna-Marie Slot, Tatiana Thieme, Yoko Tokunaga, Saiba Varma and Shiori Yamamoto。

在芝加哥大学出版社,约翰·特里内斯基耐心细致地审阅了本书初稿,我尤其感谢书稿的匿名审阅者,他们敏锐的评论促成本项目

研究重大的改进。同样,我把最深的敬意献给我在康奈尔大学的助理唐娜·黑斯廷斯女士,她的耐心、专业精神与宽宏大度每天都能给我带来激励。八年以来,她一直与本项目同甘共苦,毫无疑问,她至少与我一样乐见项目告成之日。

在过去十二年中,我在美国与日本的两家人宽容地对待我们生活选择中许多令人费解之处,在任何需要的时候总是支持着我们。最近,因为家里增加了一位新成员而使得日常生活更多了些杂事,而他们力所能及、细致入微地共同料理好了各种家务,令我们在生活的方方面面都能做到最好。谢谢你们。

四年前,泽维尔出世,这对我们的家庭而言是一件重大的事情。他的耐心、理解以及希望那件一直夺走妈妈注意力的项目取得成功,这一切令我惊喜不已,即使现在我们对他的爸妈所做事情的解释让他的确感到有些奇怪。在刚刚过去的几个月里,他每天都在追问:“妈妈,我的书在哪里?”这让我有了更多的写作动力。我亲爱的,这就是那本书。

最后,只是“感谢”一词几乎不能表达——仅仅是无法充分表达我的人生与知识伴侣宫崎广和对本书的影响。自一开始,我们即一起合作,尽管这促成了两本不同的专著出版,我们自始至终一起克服所有的问题。我仅仅希望记录下来这一历程中的喜悦,记录下他对我与对此宏大的努力坚定不移的信念所带来的影响。他从不轻信,他的批评非常有力而且总是在点子上。通过观察他如何细致地进行民族志学研究——以锲而不舍的韧劲对他人进行访谈,兴奋中带着跟踪调研的喜悦,但又真心细腻地关心被访者,以及因此而来的创新——每天都在激励我坚定对这一研究领域的信念,同时教会了我很多关于友谊的看法。

尽管总体而言本书观点与先前已发表的文章有很大的不同,但一些章节中的部分内容已见之于先前的发表文章。这些已发表的文章如下:“The Anti-network: Private Global Governance, Legal Knowledge, and the Legitimacy of the State,” 56 *Am J Comp Law* 3 (2008):

605-630; "Collateral Expertise: Legal Knowledge in the Global Financial Markets," *Current Anthropology* 51, no. 6 (2010); "Is the Law Hopeful?" in *Hope in the Economy*, ed. Hirokazu Miyazaki and Richard Swedberg (forthcoming); Comparative Law and Socio-legal Studies," Oxford Handbook of Comparative Law, ed. Reinhardt Zimmerman and Mathias Reimann (Oxford: Oxford University Press, 2006), 775-814; "A new Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities," *Buffalo L Rev* 53 (2005): 973-1033; "Property as Legal Knowledge: Means and Ends," *Journal of the Royal Anthropological Institute*; "Real Time: unwinding Technocratic and Anthropological Knowledge," *American Ethnologist* 31, no. 3 (2004): 1-14.

翻译凡例

一、本书系万安黎《担保论:全球金融市场中的法律推理》一书的中文全译本,所据版本为美国芝加哥大学出版社 2011 年第一次印刷平装本。

二、书中的人名和专有术语一般按照通行译法译出,正文中少量无通行译法的术语,译者括注了相应的原文,以便读者对照与理解。文后注释中少量人名未译出,但在索引中采用了中英文对照。

三、本书所据的英文版本中存在大量斜体,为忠实表达作者原意,中译本采用黑体,同时括注了对应的原文并保留了斜体。

四、本书中有少量图表的位置与英文版略有不同,同时增加了图表数据的对应单位,以符合中文图书的规范和阅读习惯。

五、本书的注释体例与原书一致,为方便读者检索,参考文献保留了原书的风貌。

六、本书切口处标注了原书页码,与索引中对应的页码一致。

| 目 录 |

• 导论 私人治理、全球市场与担保法律技术	001
全球金融治理的窗口	009
为什么要从事全球市场治理的人类学研究	010
法律—社会视野中的法律技术	014
本书篇章结构	020
• 第一章 论法律技术:什么是担保	027
担保品	032
法律专家	034
为什么担保	036
作为国际私法的担保	038
重新思考作为规则世界的国际私法	043
从规则到技术	045
标准化	053
系统中的小故障	057
初步概述:什么使法律知识成为技术	060
私人监管:技术之为技术	065
公共监管:作为专家治国的技术	068

• 第二章 专家治国	079
从质押走向担保交易	083
官僚不断交涉	088
问题的构成	092
合作	098
• 第三章 拆解专家治国	105
官僚制与金融大改革	111
从经济政策到个人腐败	115
即时结算	121
人类能力局限性的一种矫正:对哈耶克式批判的回应	124
消除不正当的影响:对透明度要求的回应	126
“全球性的标准”:对国际化要求的回应	127
创造理性的主体:从模型到梦想	128
何种移植	134
拆解专家治国	136
• 第四章 占位符:对哈耶克式金融监管批评的商榷	145
公共治理与时间问题	148
私人治理与时间问题	150
例证:衍生市场中再抵押担保的合法性	154
作为占位符的法律拟制	159
法律技术的时间性	162
为公共监管目的而建立的私人法律技术	165
结论	167

• 第五章 虚拟的透明度	171
找到一个解决净额结算问题的办法	173
新自由主义的形式	184
虚拟的透明	185
认可既成事实	187
发信号和作比较	189
把法律拆开	192
反思新现实主义	197
关于虚拟的透明	198
• 结论 全球金融治理:由设计到技术	205
一种通向金融新体制对话的选择	206
法律技术	210
市场治理新进路	214
回应可能的批评	223
结论	226
• 参考文献	229
• 索 引	267
• 译 后 记	285

导论 私人治理、全球市场与担保法律技术

今天,世界各地的产业专家、政府官员以及新闻工作者都指责全球掉期交易市场在法律上、分析上和伦理上基础脆弱。但是,即使掉期交易市场能够被视为经济上非理性、金融上有风险而且易于受到伦理上的滥用,该市场却显示出稳固、受人尊重甚至在道德和伦理上强韧的另一面,原因在于存在担保这一因素,即乔治·索罗斯近来所称道的“妈妈与苹果派”(“motherhood and apple pie”)(Soros 2009)。在过去的几年中,担保似乎在经历市场意识形态的构造转变之后毫无触动,然而很多曾经一度被视为不受质疑的教条,自由市场、自我监管、衍生品交易商与生俱来的光芒与理性,现在看上去犹如来自另一世界的怪诞神话。¹

乍看起来,就受欢迎程度方面的角逐而言,担保不可能成为胜出者。担保居于边缘,游离……附从(*collateral*),更像是一种雕虫小技。早期论述将它定义成秘密财产法上的技术问题,同时又近似于市场实践中的事后弥补措施:

“附从担保”(“Collateral security”)是一种单独义务,作为第三人提供的可流通汇票、期票、权利凭证或者其他价值表达,在必要时需要背书,由债务人交与债权人,并作出独立的正式法律文书,确保他个人义务的履行。该附从担保附随于主承诺,作为确保债务偿付的附加或者累加的手段……“担保”就其词语所含的商业意义而言,乃是一种保证,附加于主要义务之上,因而从属于该义务。(Colebrooke 1883, 2-3)²

然而,作为本书主旨之一,我将表明,担保很大程度上能够说明在全

球市场中的法律是什么样子的。近些年来,针对新自由主义政治与反监管运动在全球的扩张及其与以金融市场为典范的全球资本主义近现代晚期形式之间的关系,社会理论家已提出了重要的批评(Camaroff and Camaroff 2001)。这些论争经常忽略一点,即归根到底,全球新自由主义的扩展常常是一系列的法律实践:那些表征自由市场的特殊法律模式在全球范围内的散播(Graziadei 2006)。这些改革常常会以国际金融机构所倡导的一揽子标准化形式出现,这与国际借贷机构做法一样,强加于众多发展中国家,要求它们进行一整套标准化法律改革,如新的产权法律体制、新的破产法律以及新的公司与劳动法律,以此作为借贷的条件。但同样常常发生的是,强大的国际工业组织为了它们自己的利益,会在全球不同国度推进法律改革计划。在所有这些新自由主义改革的特殊时刻,法律自身就是从属担保性的:居于边缘,或多或少表现为一种事后诸葛的思考。尽管担保乍看起来并不起眼,缺乏创造性,古板而老套,但只有在危机时刻,大家才开始看到它居于市场边缘却起到支撑市场的角色。因此,认识在担保的旗号下所发生的一切,认识所有因之得以产生、经过辩论、满心期望却错失的东西,可以让我们对法律思想如何形成市场有新的理解。担保过去作为声名扫地、不受拘束的自由市场商人世界的代表,它或许同样会有助于我们更加细致地理解私人市场治理,超越对教条的虔诚与蔑视。

场外衍生交易作为一种交易形式,通常限于大型金融机构,在其中市场参与人之间达成协议,在未来某个日期进行交易,或“掉期交易”,如两种货币的汇兑。他们这样做,是为了“防范”某种风险,如汇率的波动,或就利率浮动进行投机。^[1] 这些市场参与人的数量,多数来自金融

3 机构与如防范基金之类的投资实体,尽管近年来缓慢稳定增长,考虑到这种交易非同寻常的潜在价值,依然为数不多。^[2] 按教科书上的定义,掉期交易是两个银行之间订立的私人合同,约定在未来的期日进行财产上的交易。但是,这种交易中总存在风险——一种所谓的信用风险,即在掉期交易日之前,交易订约方可能破产。为了防范这一风险,掉期交易订约人会例行要求互相在交易期日到达前提供担保。^[3] 正是掉期交

易订约人所提出的担保要求(要求附加于既存担保之上,原因在于该担保或者本交易价值,或者提供担保之交易方的金融稳定性降低)引发连锁反应,导致保险巨人美国国际集团(以下简称为 AIG)崩于一簣:即其信誉评级的降低导致与其进行交易者提出担保请求,这相应迫使 AIG 寻求借入资金,因此导致评级的继续降低,更多担保要求随之而来(《金融时报》,2009)。在注入 AIG 的公共基金中,相当大的部分被用来满足这些交易人的担保要求。全球掉期交易业核心的集体改革提议,就是呼吁对掉期交易实行更大程度的担保化以及更佳的担保会计工作(《华尔街日报》,2009)。从掉期交易业看来,担保——更大程度上的担保化,明确被视作,以市场为基础取代更多政府监管的私人替代方式(*private market-based alternative to greater governmental regulation*)(交易对手风险管理政策组织 II, 15, 53-56; ISDA 2010a, 2010b)。

因此,有人可能会认为,那些支持政府对金融市场进行更多监管的人不会相信担保的安全性及稳定性。但是,尽管有些人一相情愿地试图以担保要求作为美国与外国交易人的一种“间接救助”替代 AIG 救助基金的使用,这一主张对实际解决问题并没有帮助。政府监管者自身明确秉持“法治”原则——让交易双方能够履行其担保义务,视其为金融稳定的关键基础(Andrews and Baker 2009)。同样,美国联邦大藏省日益看好担保的运用,视之为“监管改革框架”的关键支柱(美国联邦大藏省,2009)。

从法律人的视角看,这一争论的有趣之处在于,为什么市场参与人 4 与普通民众两者都只是表面接受担保契约可行性的绝对主张,即使当某些市场参与人或者一部分民众因顾及自身的巨大金融与政治利益而提出相反主张时,亦是如此。先讲市场参与人:在 AIG 一案中,至少如媒体所言,AIG 与其交易对手(如高盛集团)曾进行过重大磋商,就交易人已经持有的 AIG 担保进行估值(*valuation*),进而确定 AIG 应继续提供的担保数量(Morgenson and Story 2010; O'Harrow and Dennis 2008)。但是,媒体并没有报道 AIG 与其交易对手就法律问题(*legal question*)所进行的争论:即 AIG 是否真正自始便有义务去响应交易对手所提出的担

保要求,进而提供进一步的担保。这个问题仅仅被视为游戏的一个潜规则,看作一种不可挑战或者不可提出付诸磋商的问题[担保价值之金融属性问题(*financial questions*)则可]。同样的看法也适用于更大范围的公众辩论:尽管甚至关于雇佣合同规定向 AIG 雇员分配红利是否应当取消或者修改之类的问题也会被热烈讨论,令人惊讶的是,公众的讨论几乎没有注意 AIG 可否合法地拒不履行它的义务,支付因担保要求所增加的更大数额资金。

换句话说,担保作为一种私人监管手段,存在于市场、政府及更宽泛的政治领域,已经成为一种具有巨大政治与经济正当性的平衡纽带——尤其是在市场及其监管来自内部与外部两方面的正当性(*legitimacy*)面临明显不足的时刻。虽然金融业及其他所有方面看似正在萎缩,在过去几年中,随着各银行增员、开发新技术,并更加注意于担保事务,担保管理业却以近 40% 的比率增长(Crosman 2008)。

与之类似,在法律与经济学理论上,支持担保作为私人法律治理工具、强调官方计划多余而且存在着矛盾的那些作者赢得了修辞上的胜利。例如,在过去十年中,作为市场理论家之一,弗里德里希·哈耶克(Friedrich Hayek)获得了多数法律学者与政策制定者的青睐。哈耶克将私人领域刻画为个人自由经过伦理上的授权而形成的区域,其中公共福祉同样得到最大化:“在自由社会中,公共福利主要关系到如何促成不确定之个人需求的满足”(Hayek 1976b)。哈耶克的主张充满激情,认为政府计划与市场根本不可比拟,而且坚信“法治与称为‘经济计划’、‘统制经济’(*dirigisme*)或者‘干预主义’之类的国家行为格格不入”(Senfield 1961, 55),相反法治乃是支撑私人权利的一整套设计(Hayek 1975)。在过去二十年中,政治文化无处不受这些主张的影响。

同样,在《资本的奥秘:为什么资本主义在西方成功,在其他地方失败?》(*The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*)一书中,赫南多·德·索托(Hernando De Soto)就资本主义兴起的原因所作的阐述,无论从圣保罗到华盛顿,还是从学术界到国际货币基金组织都对之青睐有加,该书也曾深刻影响到法律与政策辩

论。如索托所言,一个社会经济崛起而由第三世界变为第一世界的原因,不在于其殖民史、政治、文化或者可利用自然资源的多寡,而在于产权:

这些(第三世界与前共产主义)国家的穷人并非一无所有,他们占了全人类人口的六分之五,可是,他们缺少表述财产权并创造资本的途径。他们有房屋,却没有所有权凭证;他们有庄稼,却没有契约;他们有企业,却没有法人地位。从回形针到核反应堆,他们能够适应西方的每一种发明,然而,由于缺少关键性的财产权表述,他们始终无法创造出充足的资本,因此在他们的国家,资本主义不可能正常运转(6-7)。

具体而言,发展的秘密存在于担保所具有的转型力量的法律释放:只有当财产登记之后,它才能够轻易转让。当财产可得转让之时,它同样可以作为担保适用,以保证信用。与此相应,信用乃是经济增长的前提条件。索托对于担保之转型性力量的推崇,现已演变成为一种重要的主张,即财产权利被奉为全世界各地经济与法律发展规划中的一个中心因素。索托这一主张与国际金融机构政策文件及金融法律专家学术作品中所反复提及的观点如出一辙。例如,在亚洲发展银行所资助的一个重点项目即将完成时,卡塔琳娜·皮斯托(Katharina Pistor)与菲利普·威伦斯(Philip Wellons)强调认为:

“信用的发明”已经被奉为资本主义的前提条件。信用乃是储蓄与投资之间的基本链接。它有助于财产的分配,以便物尽其用。我们有充分的证据认为,发展倚重于借贷的水平。(1998,153)

他们援引1989年《世界银行发展报告》中的观点:

财产权利的归属与可转让性能够通过直接创造新的动力,并间接使金融中介成为可能,从而提升经济效益。他们之所以能够如此,在于允许借入人以不动产或者其他担保品的抵押形式提供担保。(154)

这类主张呼吁在全球范围内确立德·索托所言的“西方财产登记制度”,以此方便确认产权,便于进行市场交易,这在最近由第一世界(特别是美国、英国以及欧盟)向其他地区“移植”(Watson 1993)法律技术的趋势中,仅属一个插曲而已。对于衍生交易市场而言,这些看起来无关紧要,但请注意,近来德·索托再一次成为关注焦点,他认为金融监管改革有很多可以从发展中国家的担保法律中取经。他认为,金融危机可以避免,前提是让金融衍生市场的产权具有更大的“透明度”,即如果产权能得到更加明晰的登记,担保权利会更加安全(De Soto 2009)。

德·索托所言,只不过是老生常谈而已。事实上,一个世纪以来,这些论调一直是人类学与法学两个领域互相攻错的热点问题。例如美国法学教授、美国比较法发展的奠基人之一约翰·H. 威格莫尔(John H. Wigmore)的作品。1897年,威格莫尔自日本逗留几年之后刚刚回国,正是在日本他开始形成自己的观点,在这一年,写作了第一篇比较法研究的文章,并发表在美国主要法学刊物上,《保证思想:比较法律思想之研究》一文在《哈佛法律评论》上分两部分发表。该文章借鉴了人种学、民族志学、旅行日记、考古学、音韵学以及其他资料,追溯了现代市场由“原始”物物交易到担保及法律确认相应债权人权利的进化历程。在此篇备受赞誉的作品中,威格莫尔的观点与德·索托本质上毫无二致:围绕担保所展开的现代法律制度推动了经济的发展,进而提升了文明的发展。7 从其所处时代的进化论观点出发,威格莫尔仔细研究了世界法律制度发展的历史,以便说明进步中的社会是如何发展出有关质押、接受、再质押担保的精细现代法律制度的。威格莫尔之观点,一如德·索托,清晰明了:担保是市场的根基,私法的核心,甚至是现代生活方式的基石。当然,作为贯穿于作品始终的一种观点,威格莫尔也认为担保可以成为美国比较法传统的基础。

从法律上讲,担保是一种数量不大但却复杂的准则组合体。在美国,它首先作为一种安全交易法律(美国《统一商法典》)事宜,尽管它仍然具有起初作为财产的印记(见第二章)。在日本,它是一种与民法上的义务与财产有关的事宜,与国际私法(或者美国所指的冲突法)关系