

LEGAL ISSUES
OF FINANCIAL INNOVATION AND DEVELOPMENT

金融创新发展的 法治保障研究

张学森 著



復旦大學出版社

LEGAL ISSUES
OF FINANCIAL INNOVATION AND DEVELOPMENT

金融创新发展的 法治保障研究

张学森 著

 復旦大學出版社

图书在版编目(CIP)数据

金融创新发展的法治保障研究/张学森著. —上海: 复旦大学出版社, 2018. 9
ISBN 978-7-309-13736-1

I. ①金... II. ①张... III. ①金融法-研究-中国 IV. ①D922.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 107719 号

金融创新发展的法治保障研究

张学森 著

责任编辑/戚雅斯

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路 579 号 邮编: 200433

网址: fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

门市零售: 86-21-65642857 团体订购: 86-21-65118853

外埠邮购: 86-21-65109143 出版部电话: 86-21-65642845

常熟市华顺印刷有限公司

开本 787×960 1/16 印张 22.5 字数 327 千

2018 年 9 月第 1 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-309-13736-1/D·934

定价: 48.00 元



如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社有限公司出版部调换。

版权所有 侵权必究

前言

.....

按照国家战略，上海将在 2020 年基本建成与中国经济实力以及人民币国际地位相适应的国际金融中心。2017 年 12 月底，中国人民银行上海总部发布《2017 年国际金融中心发展报告》，认为上海已经基本确立了以金融市场体系为核心的国内金融中心地位。未来，上海仍需在国际化上着力，尤其是在人民币的全球角色、金融市场的国际辐射力，以及发展更具国际支配力的金融机构方面有所作为。

2018 年以来，我国金融业的进一步开放发展，成为全球瞩目的热点问题。4 月 10 日，习近平总书记在博鳌亚洲论坛上宣布，中国将大幅放宽包括金融业在内的市场准入。次日，中国人民银行行长易纲宣布进一步扩大金融业对外开放的具体措施和时间表。由此，我国金融业的主动开放，将遵循内外资一视同仁、对外开放与外汇改革相配合、金融开放与金融监管相匹配等基本原则，循序推进。

对于金融开放、创新和发展，法治保障是一个基础性的问题。在金融业全面开放背景下，无论是人民币资本项目可兑换、人民币跨境使用，还是金融要素市场的国际化发展，都需要有一个完善的法治保障体系。2013 年中国（上海）自由贸易试验区建设以来，金融制度创新一直是其重要任务和重点工作之一，已经取得了一些卓有成效的进展和成果，开始在其他自贸试验区甚至全国范围内进行推广。其中，法律、法规不断出台，金融法院、仲裁院、调解中心等纷纷成立，典型创新案例、典型司法案例一批批发布，法治保障体系正在日益完善。

在这个过程中，笔者先后完成了来自中国（上海）自贸区管委会、上海市人民政府金融服务办公室、浦东新区金融服务局等金融管理部门的多个课题研究项目，加上自己多年以来从事金融相关的应用性研究和参与《上海国际金融中心建设蓝皮书》撰稿的积累，经过系统化的再研究之后，完成了这本专著，鉴于内容以金融法律问题、金融法治保障为主，故定名为《金融创新发展的法治保障研究》。

关于上海国际金融中心法治环境的优化与完善，本书第一章认为，我国作为新兴的市场经济国家，虽然有中国特色的社会主义法律体系的基本框架已经形成，但适应市场经济发展要求，特别是满足上海国际金融中心建设需要的法治环境，尤其是金融法治环境，还远没有形成，需要不断优化和完善。作者认为，金融法治环境是国际金融中心建设成败的关键因素，而优化法治环境的核心就是要进行金融法制改革；为适应上海国际金融中心建设对法治环境的需要，我国应该采取在浦东陆家嘴设立“金融法律特区”的模式。该文在探讨金融法治环境优化的基本理论问题基础上，对法治环境优化从国际和国内两个方面进行了比较和借鉴研究，分析了上海国际金融中心建设中法治环境优化的过程、现状、成绩和不足，提出了优化上海国际金融中心法治环境的思考和建议，包括发展方向、模式和途径，战略阶段、目标与措施。

关于我国自贸试验区金融改革的法治保障研究，本书第二章认为，2017年3月国务院公布了《全面深化中国（上海）自由贸易试验区改革开放方案》（以下简称“全改方案”）。这是上海自贸区历经2013年“总体方案”、2015年“深改方案”后的3.0版本，“全改方案”确立了上海自贸区“三区一堡”的新目标，即建设开放和创新融为一体的综合改革试验区、开放型经济体系的风险压力测试区、提升政府治理能力的先行区、服务国家“一带一路”建设和推动市场主体走出去的桥头堡。方案明确提出，要设立“自由贸易港区”。作者认为，基于3.0版本的全改方案，上海自贸区的金融改革发展，必须做到“顶天立地”——“顶天”，即自贸金融的改革创新，要对照国际最高标准和国际最高水平，引领全局发展；“立地”，即自贸金融的创新制度，要落实到自贸试验辖区和各类市场主体，产生实际成效。因此，本章

以作者在 2017 年自贸区金融论坛上的主旨研究为基础展开,以上海自贸区建设自由贸易港区为目标,分别研究了上海自贸区金融制度创新的现状与问题、上海自贸区金融制度创新的对策与建议和自由贸易港区建设的国际经验及其借鉴等问题。

关于我国新金融业态发展的法治保障研究,本书第三章认为,我国目前的新金融业态以类金融机构作为主要表现形式,是相对传统的银行、证券、保险等商业性金融或政策性金融而言的,是为弥补传统金融服务局限性而日益兴起的新金融机构类型、准金融机构,或者某类金融子市场或创新金融服务工具、模式及标准等。应该说,新金融业态与传统金融是一种有效互补关系,不仅可以增强金融市场活力,拓展完善金融产业链,而且可以支持、反哺传统金融机构的盈利能力及竞争力,进一步提高金融业整体附加值,支持并服务于经济转型。因此,依法保障新金融业态的健康发展,是促进我国金融领域系统性改革、服务实体经济发展的的重要途径。基于此,本章内容以作者为《中国(上海)自由贸易试验区金融工作月报》撰写的几篇决策咨询专报为基础,较为系统地分析了新金融业态风险及其防范监管的法治对策、我国融资担保业的监管与风控体系的构建、我国融资性担保行业的法治保障对策等。

关于我国金融科技发展中的法治保障问题,本书第四章认为,当今世界,科技发展日新月异。金融和科技正在加速融合,以大数据、云计算、人工智能、区块链为代表的创新技术在为传统金融业带来新的生命力和增长动力的同时,也加速了风险外溢。从宣布 ICO 属非法集资予以禁止到关闭境内比特币交易平台,监管机构整顿行业、防范风险的思路日趋清晰。作者认为,我国应加快推进金融业人工智能、大数据、云计算等方向应用业务与技术标准的研究制定,建立行业数据传输、应用和保护标准,统一数据交换标准;具备条件的行业机构可以设立专门的数据治理部门,防止技术与业务“两张皮”。同时,要加快推动出台相关法律法规,为行业金融科技研发与应用提供坚实法治保障。本章内容以作者为《中国(上海)自由贸易试验区金融工作月报》撰写的几篇决策咨询专报为基础,分别提出了关于金融科技的发展现状及对策建议、关于推动“智能金融”发展的思考和建议以及“监管

沙盒”对上海自贸区金改的启示与建议等。

关于我国资产证券化创新的法治保障，本书第五章认为，资产证券化（Asset Securitization）是最近 30 多年来世界金融领域中最重大和发展最快速的金融创新工具，资产支持证券（Asset Backed Securities, ABS）作为融资工具之一，在全球范围内已经广为接受和相当普遍。我国大陆地区对于 ABS 较正式的尝试始于 2005 年，其间经历了因为资产证券化业务的过度发展而直接导致的美国乃至全球金融危机而中断了四五年，直至近三年这项业务才又引起了管理层的重视，自 2015 年起开始轰轰烈烈地发展起来。但是，我国资产证券化的理论研究、实践积累、政府监管和法治环境等方面，都还较为欠缺。上海国际金融中心建设和发展的优势，在于较为完善的市场体系；而且，上海也是我国资产证券化产品的主要上市交易场所，对于我国资产证券化的模式优化和规范发展，既有责任进行创新研究，也有动力进行大胆实践。本章以作者撰写的《2016 上海国际金融中心建设蓝皮书》第二编“金融创新与资产证券化”为基础，分别论述了资产证券化的基本原理与法治保障，我国资产证券化（含信贷资产证券化、企业资产证券化、保险资产证券化）的现状、问题与对策，资产证券化的国际经验及其借鉴研究，等等。

关于我国金融消费者保护的法律问题，本书第六章认为，金融消费者，作为社会生活和金融关系的主体，是金融产业发展的根基。保护金融消费者的合法权益，对于维护金融市场良好秩序、推动金融行业健康发展、实现社会公平正义，都是至关重要的。近年来，我国也开始重视金融消费者保护和教育，中国人民银行、银监会、证监会和保监会等机构纷纷设立机构、采取措施，推进我国金融消费者保护和教育。作为正在大力推进上海国际金融中心建设的上海，尤其有必要在金融消费者保护和教育方面走在全国的前列。本章分为金融消费者保护的理论与实践、金融消费者保护的现实依据与现实意义、国内外金融消费者保护的实践、我国金融消费者保护机制的问题与对策等四节，分别对国内外金融消费者保护的理论与实践进行了系统研究，结合上海国际金融中心建设的实际需要，提出了上海国际金融中心建设背景下建立金融消费者保护长效机制的建议与对策。

关于我国金融监管及其国际化的法律问题，本书第七章认为，金融监管是指金融监管主体依法运用行政权力对金融机构和金融活动实施规制和约束，促使其稳健运行的一系列行为的总称。金融监管作为政府对金融市场中金融机构及其行为的监督、管理和约束、规范，是随着社会经济的发展和金融市场及金融机构的变化，而不断地进行主动或被动的调整、修正与发展、演变。为更好地提高金融机构运行和金融资源配置的效率，保证金融市场的稳定，并促进经济稳定持续发展，就需要金融监管进行不断创新和变革。^①近些年来，我国人民币的国际化发展不断加速，金融市场的对外开放度日益提高，金融业的综合化经营更加迫切；而且，实体经济转型发展中对金融服务的要求非常迫切。实践的发展，对我国金融监管及其规范化、法治化、国际化发展，都提出了更高的要求和挑战。基于此，本章中作者主要论述了以下几个方面问题：国内外金融业的新发展及其监管对策、金融监管国际化及其法律形式、当今世界金融监管的国际协调与合作、新形势下我国金融监管国际化的法治对策，等等。

在本书统稿定稿过程中，也是在思考和撰写这个“前言”之际，笔者正在伦敦城市大学城市法学院（The City Law School, City, University of London）访问交流，以该校客座研究员（Visiting Fellow）身份，从事绿色金融法律问题和金融仲裁国际比较的课题研究。伦敦大学城市法学院坐落在伦敦金融城（The City），笔者除就近考察了伦敦国际金融中心发展现状之外，更是对金融城得天独厚的法治环境进行了比较分析。伦敦金融城持续旺盛的生命力，的确得益于其地理位置、发展时机和历史积累等，但更重要的是，其独树一帜的法治保障体系为金融城持续发展提供着保驾护航的关键性作用。

笔者认为，无论是立法、执法还是司法，伦敦金融城有一些“法律特区”的特征。归结起来，伦敦金融城的法治保障体系，以国家金融立法为基础，以金融业界自治为核心，国家法律与自律规范相结合，加之作为国际仲裁中心的金融纠纷解决机制，形成了宽严相济、自由公正的法治环境。金融

^① 张学森：《金融法学》，复旦大学出版社2006年8月版，第46—47页。

城特别强调监管机构和人员的服务理念，要求监管工作必须做到：一方面，要把法律规则公平高效地付诸实施，使法律规则的遵守执行转变为经营管理者自律行动；另一方面，为金融机构的创新留有足够、安全的空间，使其能够在规范中发展，在创新中提升，从而形成并保持金融业在国际竞争中的领先地位。同时，相对成熟的仲裁制度，以当事人自治、经济高效、一裁终局的独特优势，为伦敦金融城提供了良好的纠纷解决机制。

伦敦归来谈金融中心法治环境，笔者最想说的是，伦敦金融城的“法律特区”机制，应该成为我们研究借鉴的一个重要方面。因为，这就是为什么，当全世界面临金融创新和法律监管之间矛盾而可能阻碍金融科技发展的时候，“沙盒”（Sandbox）这种最初应用于计算机、军事等领域的推演试验，最先在伦敦金融城应用于金融领域，从而产生了“金融沙盒监管”的原因；这也是为什么，当人类应对气候变化、温室效应，致力于资源节约、环境保护的绿色发展，金融服务业面临新的发展机遇的时候，伦敦金融城在全球绿色金融中心排名中名列榜首的原因。应该说，伦敦金融城独树一帜的法治保障体系，成为了金融城持续繁荣的重要保证，能够为这里的金融家们大展身手提供独具优势的发展环境。因此，上海国际金融中心的建设和发展，应该更加注重金融法治保障体系的形成和完善。这也应该成为上海根据国家战略推进自贸港区建设的重中之重。

张学森

2018年6月·伦敦金融城

目录

第一章 上海国际金融中心法治保障环境研究	1
第一节 优化法治环境的基本理论研究	2
第二节 优化法治环境的国际比较与借鉴	10
第三节 上海国际金融中心法治环境日益完善	20
第四节 优化上海国际金融中心法治环境的思考和建议	30
第二章 自贸区金融改革的法治保障研究	35
第一节 上海自贸区金融制度创新的现状与问题	36
第二节 上海自贸区金融制度创新的对策与建议	48
第三节 自由贸易港区建设的国际经验及其借鉴	68
第三章 新金融业态发展的法治保障研究	91
第一节 新金融业态风险及其防范监管的法治对策	92
第二节 构建我国融资担保业的监管与风控体系	101
第三节 我国融资性担保行业的法治保障对策	125
第四章 金融科技发展中的法治保障问题	147
第一节 金融科技的发展现状及对策建议	148

第二节 关于推动“智能金融”发展的思考和建议	158
第三节 “监管沙盒”对上海自贸区金融改革的启示与建议	162
第五章 资产证券化创新的法治保障研究	169
第一节 资产证券化的基本原理与法治保障	170
第二节 我国资产证券化的现状、问题与对策	200
第三节 资产证券化的国际经验及其借鉴研究	226
第六章 金融消费者保护的法律问题研究	251
第一节 金融消费者保护的理论与实践	252
第二节 金融消费者保护的理论依据与现实意义	268
第三节 国内外金融消费者保护的实践	275
第四节 我国金融消费者保护机制的问题与对策 ——以上海国际金融中心建设为视角	298
第七章 金融监管及其国际化的法律问题	307
第一节 国内外金融业的新发展及其对策	308
第二节 金融监管国际化及其法律形式	319
第三节 当今世界金融监管的国际协调与合作	325
第四节 新形势下我国金融监管国际化的法治对策	335
参考文献	347

第一章

上海国际金融中心法治保障 环境研究

中国人民银行上海总部 2017 年 12 月底发布的《2017 年国际金融中心发展报告》认为,上海已经基本确立了以金融市场体系为核心的国内金融中心地位。未来,上海仍需在国际化上加以着力,尤其要在建立人民币的全球角色、加强金融市场的国际辐射力以及发展更具国际支配力的金融机构方面有所作为。

我国作为新兴的市场经济国家,虽然有中国特色的社会主义法律体系的基本框架已经形成,但在适应市场经济发展要求方面,特别是满足上海国际金融中心建设需要的法治环境还远没有形成,需要不断优化和完善。近年来,关于国际金融中心的理论探讨和实证研究,大多侧重对其形成和发展问题,从新古典经济学、金融地理学、全球城市理论等角度进行解释,也有不少上海国际金融中心法治环境研究的成果,但专门从优化金融法治环境的角度进行系统研究的比较少见。

历史上,上海曾为全国最大的金融中心,远东的国际金融中心之一,金融业和金融市场非常发达。新形势下,重建上海国际金融中心是一项复杂的系统工程,需要在完善金融市场体系与机构体系、深化金融改革、加快金融创新、推进金融对外开放、提升金融服务水平、改善金融发展环境等方面进行全面协调的推进。其中,营造良好的金融法治环境,既是上海国际金融中心建设的重要内容,也是上海国际金融中心建设不断推进的重要保障,对加快上海国际金融中心建设至关重要。为此,国务院 2009 年 4 月出台的《关于推进上海加快发展现代服务业和先进制造业、建设国际金融中心和国际航运中心的意见》(以下简称《意见》)提出,到 2020 年“基本形成符合发展需要和国际惯例的税收、信用和监管等法律法规体系,以及具有国际竞争力的金融发展环境”。

《第一节》 优化法治环境的基本理论研究

一般认为,国际金融中心(International Finance Centre)是指一个吸引和

聚集了大量金融机构、金融市场和金融活动的城市或者地区。国际金融中心建设需要良好的发展环境。其中,完善的金融法治环境既是国际金融中心建设的核心内容,又是其重要保障。徐冬根教授认为,法律在上海国际金融中心建设中应起主导作用^①。

一、法治环境及其优化的概念

1. 法治环境的概念

一般来说,法治环境也可称为法制环境,虽然它在日常生活中被广为使用,但缺乏法学上规范的界定。“法治”是法学上的一个多义词,一方面,它可以指一个国家的法律和制度,在这种意义上,它实际上是静态意义上的法律制度,即一个国家的法的整体;另一方面,它可以指立法、执法、司法、守法和法律监督等活动和过程,这是指动态意义上的法治,将其看作一个立体式的系统。人们通常讲的法治系统工程,实际上就是指法治环境。

对于国际金融中心建设的法治环境到底应该包括哪些因素,学界并没有一致的看法。徐冬根教授(2007)从发挥法律的主导作用的角度,提出建设上海国际金融中心法治环境的法律系统,并将其划分为框架性法律、放权性法律、优惠性法律、监管性法律等四个子系统。季文冠(2009)则从完善法治环境的角度,提出上海国际金融中心法治环境主要包括四个方面,即金融法律法规体系、金融司法体系、金融监管执法体系、金融法律服务体系^②。虽然国际金融中心研究难以用建模方式构建其理论体系。因而其难以融入主流经济学之中,但对于国际金融中心的概念,经济学家更多的是根据各自研究的需要进行不同的探讨。甚至,国际上不同的研究机构,在对国际金融中心进行排名比较时,往往也是基于不一致的界定。

2. 优化法治环境的概念

“优化”是一个役使动词,意思是指“使得……更优”。优化法治环境,可以理解为使得法治环境更优,也就意味着需要进一步完善这个法治环境,

^① 徐冬根:《上海国际金融中心法治环境建设研究》,法律出版社2007年2月版,第5页。

^② 季文冠:“不断完善上海国际金融中心建设的法治环境”,《上海金融学院学报》2009年第6期。

其核心就是要进行法治改革。

优化法治环境(或者法治环境优化)虽不是法律学上的概念,但与法学上的法治改革概念密切相关。可以认为,优化法治环境与法治改革是目的和手段的关系,前者要通过后者来实现,后者是前者实现的手段。在法学上,一般地讲,法治改革是指一个国家或社会在其社会的本质属性与基本的社会制度结构保持相对稳定、其现行法律制度的基本性质也没有根本变化的前提下,整体意义上的法律制度在法律的时代精神、法律的运作体制与框架、具体的法律制度方面的自我创造、自我更新、自我完善和自我发展。法治改革的关键和核心是法治观念的确立和法律制度的创新与发展。

因此,优化法治环境实际上就是要进一步完善法治环境,也就是一个加强法治环境建设的问题。法治环境建设是依照法律法规来管理各项事务,使社会生活各个方面纳入法治轨道,真正做到“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的一项社会系统工程。优化上海国际金融中心建设的法治环境,就是指要加强上海国际金融中心的法治环境建设,为上海国际金融中心建设提供完善的法治环境。

二、法治环境在国际金融中心建设中的地位和作用

著名国际金融法专家刘丰铭(1996)认为,一个国家能否成为国际金融中心以及这个国际金融中心的地位如何,并非全凭经济实力,主要是凭法律环境。英国的经济实力不如美、日,但伦敦是世界第一国际金融中心,正是胜在法治环境上^①。这个观点未必能够得到经济金融学者的认同,但至少可以说明,法律制度、法治环境在国际金融中心建设和发展中的作用是十分重要的。

境外专家认为,健全的法律制度、强大的执法体系是国际金融中心的基本保障,其中,又包括产权与知识产权保护制度、合同制度、财务会计与税收制度、信息披露制度以及有效的监管与自律等^②。

① 刘丰铭:《国际金融法》,中国政法大学出版社1996年1月版,第11页。

② 王立,黄育华:《国际金融中心研究》,中国财政经济出版社2004年版,第84页。

徐冬根、王传辉(2004)在考察了法律与社会发展的关系问题之后得出结论,法律不仅可以超前于社会发展的现状并引导和带动社会的发展,而且在政府与市场之间处于中立地位,可以制约政府行为以促进市场机制的完善和运行。作为在国际金融中心之诸要素中处于核心地位的因素,法律在国际金融中心的产生和发展过程中能够而且应当发挥其主导作用^①。

吴弘教授(2010)认为,法治环境是国际金融中心所必须具备的一项要素。在国际金融中心的形成过程中,法治起着促进作用。法治为国际金融中心的建设发挥开拓、引导作用,通过法治的变革,法律的立、改、废,突破陈旧观念的束缚,消除旧体制的影响,创立适应现代市场需要的新制度,为国际金融中心开道^②。因此,法治环境建设是上海国际金融中心建设的重要组成部分。一方面,政府在国际金融中心的建设中发挥重要作用,需要法治环境;另一方面,保障国际金融中心的安全与稳定,需要法治环境。

本书认为,法治环境在国际金融中心建设中的地位和作用,实质上是指法在国际金融中心建设中的作用或者功能。法的作用,或者法的功能,泛指法对人的行为及社会关系和社会生活发生的影响。从本书研究的目的出发,法的作用主要包括规范作用和社会作用两个方面。一方面,作为国家制定的社会规范,法具有告示、指引、评价、预测、教育和强制等规范作用;另一方面,在非阶级对立社会中,法的社会作用主要表现为执行社会公共职能,大体包括维护人类社会基本生活条件,维护生产和交换的秩序,组织社会化大生产,确定使用设备、执行工艺的技术规范,推进教育、科学、文化的发展等。

在国际金融中心形成和发展的过程中,法律是诸要素中最为活跃的一项要素,能够渗透到其他要素的发展过程中发挥作用。也就是说,在上海国际金融中心的建设中,不仅要注意发挥法的规范作用,更要重视发挥法的社会作用。通过优化金融法治环境,规范、引导、推动上海国际金融中心诸要素的发展完善,为上海国际金融中心建设事业的快速发展营造良好的综合环境条件。

① 徐冬根,王传辉:“上海国际金融中心建设中的法律主导作用”,《法学》2004年第11期。

② 吴弘:《上海国际金融中心建设的法治环境》,北京大学出版社2010年1月版,第21页。

三、关于优化国际金融中心建设的法治环境的基本理论

如前所述,优化金融法治环境是以金融法治改革为核心的系统工程,它需要有明晰的理论作为指导。许多年以来,经济学家和法学家都曾试图从理论上来解释国际金融中心的发展规律,从而为国际金融中心建设提供理论上的指导。从优化金融法治环境的角度看,主要有法学上的法治改革理论、法律与社会发展关系理论以及经济学上的自然发展理论与政府引导理论等。

1. 法理学上的法治改革理论

张文显教授(1999, 2003)在《法理学》^①中指出,法治改革的内容非常广泛,涉及法律制度的硬件成分和软件成分、法律制度的表层现象和深层结构与实质内涵。就我国当前的法治改革而言,最重要的是政法体制的改革、法律体系的重构和法律精神的转换。

(1) 政法体制的改革,主要在于真正理顺各级党委与立法机关、执法机关和司法机关的关系,调整党的政策与国家法律的关系。上海国际金融中心建设的目标是全球性、国际性的金融中心,意味着要吸引大批跨国金融机构,强化金融市场和金融服务的国际化,因此,政法体制是否适应这种金融中心国际性的要求,是否符合国际惯例,就显得十分重要。

(2) 法律体系的重构,重心在于两个方面。一是要调整各法律部门在法律体系中的地位,重新认识它们的作用。例如,在市场经济条件下,必须承认公法与私法相对独立的客观性和划分公法与私法的合理性。二是要改变法律对社会经济、文化、政治的调整机制,即要从罪与罚的强制性调整方式转化为权利与义务的协调性调整方式,而且要进一步从义务本位转变为权利本位,从治民为主到吏民共治。

(3) 法律精神的转换,是法治改革的重心和难点,构成其最深层、最彻底的方面。法律精神是法律制度的灵魂,现代法律的精神是与市场经济和民主政治的本质和规律相适应的理性精神和价值原则。转换法律的精神,就是要用权利本位与人文精神统合、契约自由与宏观调控统合、效率优先与社会

^① 张文显:《法理学》(第二版),高等教育出版社2003年10月第二版,第204页。