

北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 17 卷 · 第 2 輯 (2016)

专 题

部门法中的社会科学运用

唐应茂

金融法中的社会科学

陈海嵩

社会科学知识在环境法中的运用 —— 基于环境群体性事件的分析

自正法

司法场域视野下刑事错案纠预机制之重构 —— 基于典型错案的实证考察

谢 澍

多元场域与一元惯习 —— 刑事法官的角色诠释

论 文

周 赟

法律实施的语言学分析与解释 —— 以法条的“语法—语用”意义之二分为框架

吕翰岳

实行行为概念之解构

宋灵珊 刘方权

从经验到立法 —— 刑事司法改革的试点模式

评 论

缪因知

央企顶层高管调换、抽象商业秘密与忠实义务 —— 一种潜在的法律风险

张国旺

现代人的自由及其可能 —— 加缪《局外人》中“道德”个体的形成

徐 清

基层政法委员会组织结构论 —— 基于Y省W市政法委员会的实证分析

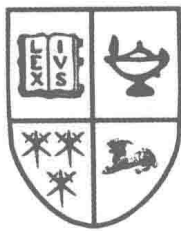
笔 谈

法教义学，历久弥新？



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊



北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 17 卷 · 第 2 輯(2016)

《北大法律评论》编辑委员会 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

北大法律评论. 第 17 卷. 第 2 辑/《北大法律评论》编辑委员会编. —北京: 北京大学出版社, 2017. 12

ISBN 978-7-301-29224-2

I. ①北… II. ①北… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 028079 号

- 书 名 北大法律评论(第 17 卷·第 2 辑)
Beida Falü Pinglun
- 著作责任者 《北大法律评论》编辑委员会 编
- 责任编辑 罗 玲
- 标准书号 ISBN 978-7-301-29224-2
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子邮箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印 刷 者 北京富生印刷厂
- 经 销 者 新华书店
- 787 毫米×1092 毫米 16 开本 21 印张 388 千字
- 2017 年 12 月第 1 版 2017 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价 45.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

编辑委员会

吉冠浩 吴景键 吴奕锋 赵英男 汤 岩
康家昕 路平新 张瀚天 焦钰杰 刘思艺
方柏兴 陈陌阡

本辑主编

吉冠浩

声 明

本刊的各篇文章仅代表作者本人的观点和意见,并不必然代表编辑委员会的任何意见、观点或倾向,也不反映北京大学的立场。特此声明。

《北大法律评论》编辑委员会

《北大法律评论》第 17 卷 · 第 2 辑(总第 33 辑)

目 录

专题:部门法中的社会科学运用

唐应茂 金融法中的社会科学 (2)

陈海嵩 社会科学知识在环境法中的运用
——基于环境群体性事件的分析 (36)

自正法 司法场域视野下刑事错案纠预机制之重构
——基于典型错案的实证考察 (50)

谢 澍 多元场域与一元惯习
——刑事法官的角色诠释 (70)

论文

周 贇 法律实施的语言学分析与解释
——以法条的“语法—语用”意义之二分为框架 (94)

吕翰岳 实行行为概念之解构 (116)

宋灵珊 刘方权 从经验到立法
——刑事司法改革的试点模式 (151)

评论

缪因知 央企顶层高管调换、抽象商业秘密与忠实义务
——一种潜在的法律风险 (173)

张国旺	现代人的自由及其可能 ——加缪《局外人》中“道德”个体的形成	(187)
徐 清	基层政法委员会组织结构论 ——基于 Y 省 W 市政法委员会的实证分析	(211)
笔谈：法教义学，历久弥新？		(239)
编后小记		(323)

Peking University Law Review
Vol. 17, No. 2 (2016)

Contents

Symposium: Social Science in Department Law Research

Tang Yingmao

Social Science in Financial Law Research (2)

Chen Haisong

The Social Science Knowledge in Environmental Law:

Analysis Based on Environmental Group Events (36)

Zi Zhengfa

On Reestablishing the System of Correcting Wrong Cases through
Empirical Analysis under the Criminal Justice Champ:

Empirical Investigation Based on Typical Misjudged (50)

Xie Shu

Pluralistic Fields and Monistic Habitus: Interpretation of the

Criminal Judges in China (70)

Articles

Zhou Yun

A Linguistics Analysis and Exploration of Law Enforcement

——Based on Dichotomy of Semantic/Pragmatics Meaning of

Legal Clause (94)

Lyu Hanyue

The Deconstruction of the Concept of the Act of Execution (116)

Song Lingshan Liu Fangquan

From Experience to Legislation: the Experimental Model of
Criminal Justice Reform (151)

Comment On

Miao Yinzhì

Top Executive Rotations in Central SOEs, General Business
Secrets and Duty of Loyalty: A Potential Legal Risk (173)

Zhang Guowang

Freedom of Moderns and Its Possibility: The Formation of "Moral"
Individual in Albert Camus' *L'Étranger* (187)

Xu Qing

Local CPC Committee of Political and Legal Affairs in Judiciary:
An Investigation in W city of Y Province (211)

Conversation by Writing: Legal Dogmatics, Newer with

Time? (239)

Afterword (323)



专题：
部门法中的社会科学
运用

《北大法律评论》(2016)

第 17 卷·第 2 辑·页 1—1

Peking University Law Review

Vol. 17, No. 2, 2016, pp. 1—1

编者按

在我国当下的法学知识格局中,社科法学不同于注重文本分析的规范性立场,倡导综合社会学、经济学、人类学、心理学等社会科学知识传统,从经验维度认识复杂的社会法律现象。自法学方法论角度观之,社科法学具有如下特征:强调“以实用主义态度对待法条”;“从案件后果评判法律问题”;“注重法律问题的因果关系”;“倡导以小见大的个案研究”;“强调理论与经验的语境特征”。这些特征完全迥异于部门法中的“教义学”传统,即注重逻辑体系、以解释规范文本为中心的研究进路:表面上二者构成了冲突对立的格局。然而,无论是在法律实践还是在法学研究中,二者均存在良性对话与优势互补。易言之,社会科学方法能够同教义学分析良好结合,分析、解决具体的部门法理论、实践问题。而如何运用社会科学方法分析、解决具体的法律问题,如何在部门法层面与教义学形成“良性对话”,正是本辑“专题”栏目的主题:“部门法中的社会科学运用”。

《北大法律评论》(2016)

第17卷·第2辑·页2—35

Peking University Law Review

Vol. 17, No. 2, 2016, pp. 2—35

金融法中的社会科学

唐应茂*

Social Science in Financial Law Research

Tang Yingmao

内容摘要:金融法研究存在三个主要问题:第一,“概念法学”流行,缺乏对真实世界的关注;第二,简单法律移植进路泛滥,忽视中国本土问题;第三,“技术法学”与“社科法学”之间存在张力。在金融法研究的去概念化、本土化和社科化方面,“社科法学”范式作出了极大努力,但是,它远没有改变金融法研究中普遍存在的概念化、简单移植化和技术化问题。缺乏学术议题和学术范式的独立追求,超越“技术法学”具备难度,“社科法学”自身存在短板,这是“社科法学”还未能改变金融法研究格局的主要原因。“社科法学”的未来在于提高它的可接受度,实现金融法研究的“三派融合”,并形成金融法研究的学术共同体。

关键词:金融法 社科法学 移植法学 技术法学

一、引言

金融法历史不长,被视为新兴部门法。在国内金融法研究中,研究路径大

* 法律科学博士(JSD),北京大学法学院副教授。

体沿着合同和监管两个维度进行。从合同角度看,以传统民法切入,研究某种金融合同、金融行为的法律效力、法律责任、法律后果,这是一种常见的研究范式。同时,行为总有主体,因此公司、商事组织作为金融行为的一类主体,也受到金融法学者的关注。从监管角度看,某类机构是否应该受监管,某种行为是否应该受监管,由此引发对监管的准入问题、持续监管问题以及相关行为的行政和其他责任问题的关注。围绕监管问题进行研究,这是另外一种常见的研究范式。在真实世界中,监管和合同两个维度是相互嵌入、相互交织的。一个金融合同的效力问题,不仅仅需要借助传统民法的概念和逻辑,也需要考虑金融监管规则的影响。

比如,民法中的要约、反要约、承诺这类概念,在首次公开发行股票这样的场合下,由于证券法律对于招股募集材料的监管,实践中几乎很少有人会去纠结传统民法路径关注的问题,去纠结招股说明书、路演材料、投资者报价材料等文件究竟属于要约、反要约、要约邀请还是承诺。为了保护公众投资者的利益,证券法律对招股募集材料的监管非常细致。比如,招股说明书应该具备哪些内容、什么时候能够发送、谁来发、能够发给谁,相关法律规则对这些问题都有详细的规定。如果当事人不遵守这些规则,直接后果是监管机构不批准招股申请。所以,在高度管制的场合下,民法体系中许多概念的功能被弱化了。实践中,或者很少出现民法意义上的纠纷,比如投资者到法院指称招股书等预披露文件属于要约,或者虽然产生了纠纷但纠纷通过行政监管方式处理了,纠纷进不了法院。因此,即便传统民法研究范式对于金融法研究依然重要,但传统范式需要被放在一个多方参与的复杂交易中进行考量。由于交易的复杂性、政府介入交易等因素的影响,金融法对金融合同、金融行为和金融现象的分析路径就出现了不同。

但是,这种不同是否意味着金融法真的与众不同?是否能让金融法免受法学研究所面临的诸多问题的影响?苏力曾经提到,类似金融法这样的新兴学科,需要关注高度变化的制度因素,需要讨论为什么要监管、需要讨论公共政策,这些都是超越传统民法体系的问题,需要引入经济学等社会科学的理论,需要引入社会科学的方法和范式,也就容易摆脱规范法学或者说“法教义学”的影响。^{〔1〕}从我的经验观察来看,苏力的论断也许过于乐观了。我们当然可以举出很多例子——包括上面要约和承诺的例子——来支持金融法与众不同的观点。实际上,金融法学者谈论有效资本市场理论、欺诈市场理论、小股东保护和代理成本这些经济学术语,可能还多于讨论要约、承诺、过失、意思表示这些法

〔1〕 参见苏力:“也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览”,载《比较法研究》2001年第3期。

学术语。同时,对于诸多金融领域的热点问题,宏观的诸如近年来股票发行注册制的讨论,微观的诸如衍生品交易和监管问题,我都能感受到传统民商法学者的“力不从心”。先不争论传统民商法是否能够解决金融法问题,单是了解金融领域的复杂制度、复杂交易,这些知识的准入门槛就非常高。不了解这些制度、交易的细节,我们很难通过简单的民事行为体系推导出某一金融行为应该如何处理,某一金融现象应该如何解释,更不用说提出任何有意义的政策建议。

但是,一个只有二十来年历史的新兴部门法,它能摆脱我们常常放在嘴边的法律人思维模式吗?实际上,偏重研究规范性法律、偏重采用法律解释的方法、偏重法律适用、偏重体系化建构的金融法研究模式,我把它称为“技术法学”范式,仍然代表了金融法的一种主流研究范式。^{〔2〕}因此,讨论某一法律概念、法律规定的若干构成要件,仍然是普遍接受的金融法研究范式。比如,研究内幕交易的法律责任,需要从内幕信息的范围、内幕交易的主体、内幕交易的客观方面等若干维度,围绕内幕交易的相关法律规定进行分析,最后总结出针对这些维度的若干结论。有时,研究者也会针对某一个维度,比如内幕交易的主体范围,进行更为深入的技术解读。

“技术法学”的影响是一个方面的因素,关注监管带来的负面影响是更为重要的另一个方面的因素。在引入监管作为研究维度之后,它虽然极大丰富了金融法研究的范围,带来了金融法跨学科研究的可能性,为引入社会科学的研究方法提供了条件,但是,它也意味着金融法研究可能引入了更为强势、强大的“敌人”。

在微观层面,不管对中国有无任何借鉴意义,甚至不管和中国情况是否真的沾边,在简单“移植法学”思路的影响下,讨论国外金融监管制度的作品大量占据着法学研究期刊的版面。这种“移植法学”的背后又往往存在各种立法研究、政策研究、课题报告研究的影子。直白地说,相当多的课题、报告、立法研究都是政府推动的,甚至政府主导的,为政策直接服务的。大量的学术会议,也都是围绕这些议题、课题进行讨论。因此,从监管、政府行为这个研究维度来看,采用“移植法学”进路的学者,乃至其他金融法研究的学者,在很大程度上出现

〔2〕 在本文中,我避免使用“法教义学”甚至“规范法学”的概念来指代金融法研究中的技术化范式。我不希望在金融法研究领域再挑起一场“法教义学”与“社科法学”的论战,主要原因有两个。第一,我认为,这种争论虽然有助于学者的相互了解,但它对于学术作品质量的提高没有太大作用,反而容易陷入“贴标签”和“站队形”的争论。第二,如下文所述,不少金融法学者能够同时运用“法教义学”(本文所称的“技术法学”)和“社科法学”范式进行研究,这在传统刑法学、民法学研究中并不常见。这可能是苏力认为金融法研究容易摆脱传统“规范法学”影响的原因之一。但是,“法教义学”或“规范法学”对金融法研究的影响仍然是显而易见的。强调对法律规范的解释和适用、强调体系化的建构以及强调研究法律的内在视角,这在金融法研究的“技术范式”中也非常常见。有关“法教义学”的论述,参见雷磊:“法教义学的基本立场”,载《中外法学》2015年第1期;纪海龙:“法教义学:力量与弱点”,载《交大法学》2015年第2期。

了“学术俘获”的现象:类似于监管机构受到被监管对象“俘获”一样,法学研究被直接等同于立法研究、政策研究或政府课题研究,在很大程度上丧失了学术界对议题选择的自主性、影响了学术界对学术分析方法的坚持、改变了学术界对学术叙事范式的偏好。因此,“移植法学”背后闪现的“权力法学”的影子,在我看来,已经成为金融法研究面临的重要障碍。

在这个方面,采用社会科学范式来研究金融法问题,也许能够通过对中国本土议题的关注,通过对本土问题的分析,在一定程度上改变“移植法学”带来的问题;也能够在一定程度上超越“技术法学”的范式,扩展我们对金融法的理解。比如,在我看来,“技术法学”主要关注规范意义上的成文法律,主要关注相关司法适用和解释规则,这种关注相对狭窄;而“社科学法”关注监管行为,关注监管与司法的关系,甚至关注金融秩序及其形成条件这类一般性社科问题,它大大扩展了金融法研究的范畴。^{〔3〕}同时,“社科学法”通常遵循社会科学研究的习惯要求,需要提出一个论点、提出一个问题,通篇围绕论点进行论证,试图回答作者提出的问题,并以此解释包括法律在内的金融现象的前因后果。这种论证方式,这种强调解释社会现象的范式,与侧重总结某一法律规定构成要件的“技术法学”范式相比,扩展了我们对法律背后的真实世界的理解。

但是,在我看来,“社科学法”并没有改变金融法的研究格局,它的未来也充满了不确定性。从“基因”来看,“社科学法”作品多多少少隐藏着“移植法学”的影子。^{〔4〕}它的议题、它的观点所依赖的理论框架以及它的论证模式,多多少少仍然来源于国外研究作品。比如,“社科学法”对中国证券律师监管的研究,哪怕美国根本不存在类似于中国监管证券律师的规则,却仍然需要借助美国学者提出的框架进行。在这类作品中,它引用美国学者的观点,认为律师是资本市场的“看门人”。但是,从我的观察来看,即便是最自豪的中国资本市场律师,恐怕也很难认可这一论断。中国律师的自我认知并不太高:中国律师顶多算得上“法律工程师”,离“看门人”的角色还很远很远。真正的“看门人”,恐怕还是政

〔3〕 如沈朝晖:“监管的市场分权理论与演化中的行政治理——从中国证监会与保荐人的法律关系切入”,载《中外法学》2011年第4期。沈朝晖提出的证券市场的“行政治理”和“合同治理”概念,实际上就是我所说的金融秩序中的一般性社科问题。这类问题虽然切入点仍然是法律和监管规则,如中国证监会对保荐代表人的一系列监管规则,但是,从监管规则和现象中抽象出来的“行政治理”概念已经超越了监管规则本身。

〔4〕 有意思的是,部分学者认为,“社科学法”是伴随着对移植法学的批评发展起来的,而注释法学范式一定程度上就是“社科学法”学者批评的移植法学,因此,从这个意义上讲,“社科学法”是反法学的。参见泮伟江:“法学的社会学启蒙:社会系统理论对法学的贡献”,载《读书》2013年第12期。泮伟江对“社科学法”学者的批评,主要是针对苏力、强世功等第一代“社科学法”学者。本文对“社科学法”学者的批评,可以看做是针对试图用更为技术化的“社科方法”(如实证、统计、回归分析)来对具体部门法律制度进行研究的部分第二代“社科学法”学者的批评。

府。^{〔5〕} 如果“社科法学”不进行本土化,不关注中国本土的议题、理论和概念,不采用中国读者能够接受的叙事方式和研究方法,那么,它将仍然面临生存的问题。同时,即便它能够自我改造,在未来的金融法研究中,它仍然是小众的,它仍然面临与“移植法学”“技术法学”互相认同、共同融合的问题。更为重要的是,面对“权力法学”这种非法学、非社科力量的侵袭,它需要同“移植法学”“技术法学”一起合作,通过学术共同体的构建,解决学术共同体的生存问题。而这一共同体能否建立,在我看来,仍然充满了不确定性。

在这篇文章里,我希望解释当下的金融法研究究竟面临哪些问题,“社科法学”范式在多大程度上解决了这些问题,如果它还没有解决这些问题,原因在哪里。我不隐瞒我对“社科法学”未来的担忧,其实,这也是我对整个法学研究未来的担忧。我不认为我们已经看到了希望,我也不认为我们已经找到了前进的道路和方向。但是,我希望指出的是,“社科法学”的未来虽然充满了不确定性,但如果“社科法学”不进行自我改造、不试图与“技术法学”和“移植法学”融合、不试图建立分享共同认知的学术共同体,那么,“社科法学”的未来就没有不确定性,它的衰落甚至消亡是完全可以预见的。

二、金融法的研究范式及其问题

金融法研究存在多种范式。其中,“概念法学”“移植法学”和“技术法学”三种范式较为普遍。这三种范式带来了金融法研究中的诸多问题,主要表现在以下三个方面:

(一)“概念法学”流行、缺乏对真实世界的关注

在金融法研究中,采用“概念法学”范式的研究作品很多。这种作品最突出的问题是缺乏细节的支持,没有讲清楚讨论的问题。比如,农村金融、融资融券、证券化这些问题,本来是非常技术性的话题,包含了非常丰富的细节。但是,如果仅仅是反复推导、演绎“农村金融”这些概念,没有让读者感知农村金融的资金提供方是谁(信用社、小贷公司、村镇银行?),农村金融的参与者有哪些(农民、农民工、农村小商户?),农村金融的产品究竟是什么(三五千的贷款还是手机银行?),那么,这类作品阐述的理论观点,提出的立法、政策建议,都容易缺

〔5〕 如程金华:“中国证券发行人及其律师”,载吴志攀主编:《北大法律和金融评论》,法律出版社2014年版,第3—28页。

乏针对性、缺乏说服力。^{〔6〕}而实践中出现的“异化”现象,“概念法学”研究范式则更是无力处理。比如,小额贷款公司原本是为了服务“三农”而设立,但实践中偏离了“三农”范畴。^{〔7〕}如果仅仅从概念和法条上理解小额贷款公司,认为小额贷款公司是农村金融的一种组织形式,在农村金融的概念下去推导它的运作逻辑,这就是南辕北辙了。

“概念法学”还存在一种路径,对某种学科观点进行汇总、推理和演绎,但忽略了这些学科提出的概念是不是能和中国的具体情况对应。比如,金融法研究中也有不少讨论法和经济学的文章、讨论法和金融学派的文章。^{〔8〕}在我看来,博弈、信息披露这些概念,即便逻辑上都是对的,即便放在美国场景下可能都是正确的,但把它们放到中国,究竟谁和谁博弈、谁需要披露信息,得出的结论也许和美国的完全不一样。

比如,在证券法领域,中国证监会通过行政手段控制新股发行价格,它可能是市场中最大的参与方,新股发行价格并不仅仅是发行人和券商、一级市场和二级市场的博弈,还可能是政府与市场的博弈。^{〔9〕}因此,信息披露的责任,不

〔6〕 在我看来,周仲飞关于“金融包容”的文章,冯果关于“包容性监管”的文章,虽然也是讨论“金融监管包容”这样的概念,但作者讨论的是目前金融监管,尤其是银行监管过于严苛,妨碍了村镇银行、小额贷款公司这类小型金融机构发展的问题,属于超越了“概念法学”范式的比较好的作品。参见周仲飞:“提高金融包容:一个银行法的视角”,载《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第1期;冯果、李安安:“包容性监管理念的提出及其正当性分析——以农村金融监管为中心”,载《江淮论坛》2013年第1期。其他类似作品,参见田春雷:“金融资源公平配置的法学分析——兼论中国金融法的新价值”,载《法学评论》2013年第3期;田春雷:“金融资源公平配置与金融监管法律制度的完善”,载《法学杂志》2012年第4期。

〔7〕 2008年5月,中国银监会和中国人民银行联合发布了《关于小额贷款公司试点的指导意见》。该《指导意见》指出,在全国推行小额贷款公司试点是“为全面落实科学发展观,有效配置金融资源,引导资金流向农村和欠发达地区,改善农村地区金融服务,促进农业、农民和农村经济发展,支持社会主义新农村建设”。2014年,中央财经大学民泰金融研究所《中国中小微企业金融服务发展报告(2014)》课题组与中国小额信贷机构联席会共同合作开展了全国百家小额贷款公司抽样调查活动,并发布了《全国百家小贷公司抽样调查分析报告(2014)》。根据《报告》调查结果,小额贷款公司的贷款集中在制造业、批发零售业和农林牧副渔业,三个行业分别占贷款笔数的16%、16%、14%,占贷款金额的20%、20%、19%。因此,向农业发放的贷款只占小额贷款公司贷款的很小一部分,不超过20%。参见胡皓:“全国百家小贷公司抽样调查分析报告(2014)”,载《首席财务官》2014年第11期。

〔8〕 如郑斌:“证券市场零和博弈与监管有效性的法经济学分析”,载《法制与社会发展》2011年第5期;张建伟:“制度基因、金融发展与‘法律家长主义’进和退——功能视角下的‘中国悖论’及求解”,载《交大法学》2016年第2期和第3期。诉讼法学者陈瑞华对部分法和经济学者提出了尖锐的批评,他指出,“我曾经观察过多个从事法经济学研究的年轻学者,拜读过他们的作品。在感叹于他们知识面之广博的同时,也为他们的学术前途感到忧虑。这些能够熟练自如地运用‘成本收益理论’‘交易成本理论’乃至‘博弈论’的学者,仅仅将某一法律问题作为经济分析的例题,所做的分析和所得出的结论都没有超出西方法经济学的水平,如此研究下去,又怎么能作出理论上的创新呢?”参见陈瑞华:“法学研究方法的若干反思”,载《中外法学》2015年第1期。

〔9〕 参见汪沂:“强化我国IPO定价主体独立性的应对之策”,载《上海金融》2012年第3期。

仅仅是市场主体的责任,可能还包括政府的责任。^{〔10〕} 如果仅仅从概念出发,从“市场主体之间的博弈”这类概念化的论断出发,我们会遗漏法和经济学体系中没有涵盖的特殊市场主体——政府。同时,政府的运作逻辑和一般市场主体的运作逻辑存在很大的不同,简单套用法和经济学、法和金融学的逻辑来解释政府的行为和逻辑,很大程度上也是难以让人信服的。

“概念法学”的问题,实质就是缺乏实践、缺乏实证,没有厘清细节、没有讲清楚技术,而只是对概念进行简单重复和演绎。不管是对政治话语概念的演绎,还是对学术包装概念的演绎,这种演绎的后果是制造更多的概念,而缺乏对概念背后真实世界的描绘和解读。^{〔11〕} 真实世界不仅仅是补充概念的内涵,它有的时候可能会完全颠覆概念。因此,只有了解了真实世界的小额贷款公司的运作,我们才不会仅仅根据法条规定,概念化地认为它是农村金融的组织形态,从而用农村金融的逻辑去推导它的运作逻辑。

(二) 简单法律移植进路泛滥、忽视中国本土问题

金融法研究的另一个范式是“移植法学”。金融法是一个偏重细节的领域。在我看来,“概念法学”的真正影响不大。“概念法学”缺乏内容、缺乏说服力的问题,只要是愿意花时间,具备一定的学术鉴赏力,绝大多数金融法研究学者都能加以识别。但是,“概念法学”和“移植法学”相结合,介绍国际或其他国家某一金融法制度,将境外制度概念化,采用简单化的法律移植路径,认为中国也应该采取类似制度,这类研究讨论带来的问题不太容易被识别。实际上,“移植法学”类似于“概念法学”的“升级版”,或者叫做“洋概念法学”,在国内非常普遍,影响非常大。

〔10〕 比如,在2016年博鳌论坛中,高西庆在论及2015年股灾时提到,“政府应该找一个中立的,监管部门也罢、证券公司也罢、投资者也罢,都有自己立场。你找一个机构,比如吴晓求,让一个机构,你们来调查清楚到底发生了什么事。现在都说是杠杆的事,又说是外资的事,又说是衍生工具的事,都在猜。连数字都没有。我们现在的中国证券市场的数字基本上还是保密的”。新浪财经:“高西庆:杠杆问题在于管制方式 证监会权力不能太大”,<http://finance.sina.com.cn/china/gncj/2016-03-25/doc-ifyqswxn6403214.shtml>,最后访问日期2016年6月30日。

〔11〕 实证研究少,这不仅仅是金融法研究存在的问题,也是法学其他领域研究存在的问题。在金融法领域,笔者尚未看到对实证研究作品数量进行统计的研究。赵骏对中国法学研究中的实证研究情况进行过比较初步的统计。根据他的研究,美国实证研究表现为三种类型,从20世纪90年代开始,美国的这三类实证研究作品一直在增加,从截至2008年的统计数据来看,大概占Westlaw中JLR数据库文章的20%左右(三类实证研究文章分别占16%、16.7%和22.6%);而中国的实证研究作品从1993年开始虽然也一直在增加,但不同类型的实证作品数量差异很大,且他没有报告实证作品占有文章的比例。比如,从他调查的最后一段时间(2008—2012年)来看,可能采用回归方法的有57篇,可能采用定量方法的有27篇。之所以说是“可能”采用了回归或定量方法,是因为从赵骏采用的方法论来看,他用的是主题词检索的方式,即在中国知网数据库中的标题检索中输入“实证”和“回归”或“定量”。因此,前述57篇或27篇并不一定代表就是实证或计量文章的数量。从笔者的经验观察来看,实际采用回归或定量方法的文章应该更少。参见赵骏:“中国法律实证研究的回归与超越”,载《政法论坛》2013年第2期。

比如,2008年金融危机之后,有关金融消费者保护的研究^[12]、有关影子银行的研究^[13]、有关国外对评级机构监管的研究^[14]等层出不穷。这些研究的背景,都和西方国家对2008年世界金融危机的反思有关。比如,对金融消费者保护的研究,主要源于2011年美国《华尔街金融消费者保护法》的出台;对影子银行的研究,主要源于二十国集团(G20)下的金融稳定委员会(Financial Stability Board)2011年之后发布的一系列有关影子银行的报告。^[15]对这些国外甚至国际层面新制度的介绍,当然有它的意义。金融危机后,中国的国际金融地位提升,需要提高我国在国际金融法律体系中的话语权,因此,了解危机后的新制度、新组织、新动向当然是非常重要的。

但是,绝大多数这类研究,其论证逻辑都非常简单:国外有相关制度,所以,中国也应该有。为什么中国应该有?因为国外的相关概念可以直接套在国内制度上。比如,国外有了金融消费者保护制度,所以,中国也应该有金融消费者

[12] 参见刘洁:“论金融消费者合法权益的保护”,载《中南财经政法大学研究生学报》2010年第3期;吴弘、徐振:“金融消费者保护的法理探析”,载《东方法学》2009年第5期;王卫国、吴民许:“《消费者权益保护法》修订与金融消费者保护”,载《中国法律》2010年第5期;李明奎:“制度变迁视角下金融消费者保护机制刍议”,载《法律适用》2011年第1期;刘迎霜:“我国金融消费者权益保护路径探析——兼论对美国金融监管改革中金融消费者保护的借鉴”,载《现代法学》2011年第3期;邓纲:“金融消费者保护体制及其相关问题”,载《法学杂志》2012年第5期;顾肖荣、陈玲:“试论金融消费者保护标准和程序的基本法律问题”,载《政治与法律》2012年第6期;马建威:“金融消费者法律保护:以金融监管体制改革为背景”,载《政法论坛》2013年第6期;廖凡:“金融消费者的概念和范围:一个比较法的视角”,载《环球法律评论》2012年第4期;叶林:“金融消费者的独特内涵——法律和政策的多重选择”,载《河南大学学报(社会科学版)》2012年第5期;李仁真、周忆:“金融消费者保护与国际金融监管法制的变革”,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2013年第6期。专门针对美国《2010消费者金融保护法》的文献非常多。参见刘迎霜:“我国金融消费者权益保护路径探析——兼论对美国金融监管改革中金融消费者保护的借鉴”,同前;涂永前:“美国2009年《个人消费者金融保护署法案》及其对我国金融监管法制的启示”,载《法律科学》2010年第3期;胡春梅:“美国消费者金融保护局的设立与权责”,载《金融法苑》2012年第1期。

[13] 参见袁达松:“对影子银行加强监管的国际金融法制改革”,载《法学研究》2012年第2期;沈伟:“中国的影子银行风险及规制工具选择”,载《中国法学》2014年第4期;朱伟一:“中国式影子银行的法律定性”,载《中国政法大学学报》2014年第4期;潘静、柴振国:“中国影子银行的金融监管研究——运用市场约束优化政府监管”,载《现代法学》2013年第5期;袁达松:“系统重要性金融机构监管的国际法制构建与中国回应”,载《法学研究》2013年第2期;齐萌:“后危机时代影子银行监管的国际金融法制变革”,载《财经科学》2013年第4期。

[14] 参见聂飞舟:“信用评级机构法律监管困境及金融危机后的改革出路”,载《法学》2011年第3期;聂飞舟:“美国信用评级机构法律监管演变与发展动向——多德法案前后”,载《比较法研究》2011年第4期;罗培新:“后金融危机时代信用评级机构法律责任之完善”,载《法学杂志》2009年第7期;周嘉:“欧盟信用评级机构监管机制研究”,载《河北法学》2015年第6期;杨梦:“素信者昌:探后危机时代我国信用评级机构之诚信规制”,载《证券法苑》2012年第2期。

[15] See Financial Stability Board (FSB), *Shadow Banking: Scoping the Issues*, April 12, 2011; FSB, *FSB Report with Recommendations to Strengthen Oversight and Regulation of Shadow Banking*, October 21, 2011; FSB, *Global Shadow Banking Monitoring Report 2013*, November 14, 2013.