



社会变迁视野下的金融法理论与实践

Theory and Practice of Financial Law in the
Social Change Perspective

冯果 袁康 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



社会变迁视野下的金融法理论与实践

Theory and Practice of Financial Law in the
Social Change Perspective

冯果 袁康 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

社会变迁视野下的金融法理论与实践/冯果,袁康著. —北京:北京大学出版社,2013.11

ISBN 978-7-301-23382-5

I. ①社… II. ①冯… ②袁… III. ①金融法-研究 IV. ①D912.280.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第254557号

书 名: 社会变迁视野下的金融法理论与实践

著作责任者: 冯 果 袁 康 著

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978-7-301-23382-5/D·3442

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>

新浪微博: @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 30.5印张 527千字

2013年11月第1版 2013年11月第1次印刷

定 价: 59.00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 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

第一编 社会变迁视野下的金融法理论重构

第一章 社会变迁与金融法进化 / 3

- 3 | 一、金融与社会的融合:社会金融化与金融社会化
- 6 | 二、社会变迁理论视域下的金融法制变革
- 9 | 三、时代特征与金融法面临的新挑战
- 12 | 四、金融法的时代品格
- 16 | 五、结语

第二章 金融法功能与价值的重构 / 17

- 17 | 一、金融法的使命
- 20 | 二、金融法功能重构与金融公平
- 23 | 三、金融法的价值重构:三足定理的提出与修正
- 26 | 四、基于金融公平的制度突破
- 28 | 五、结语

第三章 金融法体系与构造的更新 / 30

- 31 | 一、金融主体法
- 32 | 二、金融工具法

- 34 | 三、金融交易法
- 35 | 四、金融监管与调控法
- 37 | 五、金融福利法

第四章 金融横向规制趋势与中国金融法制之阶段性选择 / 40

- 40 | 一、金融商品横向规制已为金融立法的大势所趋
- 44 | 二、横向规制目标的长远性和任务的艰巨性
- 46 | 三、以规制金融服务行为和保护金融消费者为目的的金融业基本法
- 51 | 四、结语

第二编 网络时代的金融法制及其发展

第五章 信息化浪潮中的金融市场与金融法制 / 55

- 55 | 一、信息革命给传统金融模式带来的深刻变革
- 59 | 二、互联网时代金融市场面临的新挑战
- 63 | 三、信息化背景下从传统走向现代的金融法制

第六章 网络时代的资本市场及监管法制之重塑 / 67

- 68 | 一、互联网技术带给资本市场的深刻变革
- 71 | 二、疏胜于堵:欧美各国应对变革的共识
- 74 | 三、中国监管实践:谨慎有余、开放不足
- 76 | 四、未雨绸缪:以开放的心态和理性务实的态度应对挑战

第七章 网络时代证券信息披露监管制度的建构 / 80

- 80 | 一、网络时代证券信息披露监管所面临的挑战
- 85 | 二、“类推监管”的理论与实践
- 87 | 三、“类推监管”的困境、成因及展望
- 93 | 四、“网络导向”理念下的信息披露监管
- 95 | 五、结语

第八章 我国证券无纸化立法实践及问题面向 / 96

- 96 一、无纸化证券在实践中的强势推进
- 99 二、我国证券无纸化相关立法之回顾与检讨
- 105 三、证券无纸化集中交易立法的主要分歧与争议
- 110 四、无纸化证券立法争议之实质与基本问题面向
- 114 五、证券无纸化立法不应脱离投资者保护的基本方向

第九章 无纸化背景下证券登记结算制度的变革与完善 / 116

- 116 一、证券无纸化给证券登记结算带来的影响
- 119 二、无纸化背景下我国现行证券登记结算制度检讨
- 123 三、我国证券登记结算制度的改革进路
- 126 四、结语

第十章 众筹融资的法律分析:基于互联网金融的前瞻 / 128

- 128 一、互联网时代的新型金融模式:解构众筹融资
- 134 二、新型融资模式的法律迷思:投资型众筹的法律构造
- 140 三、众筹融资的监管难题:资本形成与投资者保护之平衡
- 143 四、众筹融资监管制度的域外经验:以 JOBS 法案为例
- 147 五、中国语境下众筹融资的前瞻与制度回应
- 151 六、结语

第三编 国际化背景下金融法制及其变革

第十一章 金融全球化与金融法制的新面向 / 155

- 155 一、金融全球化的时代特征
- 157 二、金融全球化背景下金融法的任务
- 159 三、跨境金融活动的法律规制
- 162 四、境外金融法的移植与创新

第十二章 境外企业境内上市与我国证券法制的完善 / 166

- 167 一、资本市场全球化与境外企业境内上市
- 172 二、国际板背景下我国证券法制面临的挑战和困境
- 179 三、证券法制困境的成因与改进思路
- 183 四、基于国际板的证券法制改良与重构
- 188 五、理性务实态度下的证券法制进化

第十三章 国际板市场境内股东权的保护 / 190

- 190 一、我国证券市场投资者的结构特点
- 192 二、境外企业境内上市后境内股东权面临的问题
- 194 三、境外企业境内上市后境内股东权的保护制度的构建

第十四章 境外资本市场诚信法制建设的经验与启示 / 218

- 218 一、后危机时代境外资本市场诚信建设的制度动态
- 225 二、境外资本市场诚信建设的制度逻辑
- 229 三、我国资本市场诚信法制建设的完善路径
- 233 四、结语

第十五章 欧美证券法的新发展及对我国证券法制的启示 / 235

- 235 一、欧美证券立法的最新动态述评
- 242 二、欧美证券法理论的新发展
- 261 三、“欧风美雨”视域下中国证券法的治道变革

第四编 社会转型与金融法理论的创新

第十六章 收入分配调整的金融法视角 / 275

- 275 一、社会财富公平分配的经济法调节
- 279 二、金融资源配置失衡与收入鸿沟的形成

- 283 三、收入分配改革必须强调金融公平
- 289 四、普惠金融体系与金融公平的制度构建

第十七章 从法律赋能到金融公平 / 299

- 299 一、传统金融法思维范式的批判与反思
- 302 二、法律赋能及其对金融法的启示
- 306 三、从法律赋能到金融公平：一种可能的进路
- 310 四、市场主体“权利自觉”的新范式

第十八章 金融垄断、金融资源配置与社会公平 / 311

- 311 一、问题的引入：从库兹涅茨效应迷思说起
- 312 二、我国金融市场结构现状检视：资源配置失衡下的金融垄断
- 314 三、金融垄断对社会公平的危害
- 317 四、破除金融垄断的制度路径：以竞争性金融市场为核心
- 320 五、结语

第十九章 民生金融的提出与金融法理念更新 / 322

- 322 一、民生金融的中国语境
- 325 二、民生金融的范畴与法律构造
- 332 三、民生金融的本土化型构
- 336 四、民生金融与民生金融法

第二十章 从金融排斥到金融包容：论包容性金融监管理念 / 337

- 337 一、从金融排斥到金融包容
- 341 二、包容性监管理念的内涵
- 345 三、包容性监管理念的制度诉求
- 349 四、包容性监管理念的质疑与回应

第五编 市场深化背景下金融法理论与实践的抉择

第二十一章 市场深化与金融法制转型 / 353

- 353 | 一、市场深化背景下金融法的现实局限
- 356 | 二、从金融抑制走向金融深化
- 360 | 三、金融创新背景下的金融监管

第二十二章 后危机时代金融监管的检讨与重塑 / 365

- 365 | 一、监管体制的选择:纵向监管升级为轴式监管
- 370 | 二、监管方法的革新:行为监管转型为效果监管
- 373 | 三、监管范围的确定:局部监管扩张到全面监管
- 375 | 四、后危机时代金融监管的美好愿景

第二十三章 金融衍生品监管制度的构建与完善 / 377

- 378 | 一、金融衍生品市场监管的理论基础
- 390 | 二、境外成熟金融衍生品市场监管机制比较及启示
- 402 | 三、我国金融衍生品市场监管的现状与问题
- 414 | 四、完善我国金融衍生品市场监管机制的基本思路
- 429 | 五、结论与建议

第二十四章 问题券商市场退出的法律规制 / 433

- 433 | 一、从零乱走向规范的历史进程
- 435 | 二、“强行政与弱司法”的现实图景
- 439 | 三、从行政主导走向市场主导
- 443 | 四、问题券商市场退出的理念更新与制度设计
- 447 | 五、结论与展望

第二十五章 危机处置视角下的问题银行并购 / 448

- 448 | 一、作为危机处置方式的问题银行并购
- 452 | 二、问题银行并购法制的任务与要求

453	三、问题银行并购制度的重点
456	四、问题银行并购与相关法律的衔接
462	五、结语

第二十六章 地方政府融资平台的困局与法律对策 / 464

464	一、地方政府融资平台的法理拷问
467	二、财政分权理论与对地方政府融资平台审视
469	三、地方政府融资平台的法律治理与市场化运作
473	四、结语

后记 / 474

第一编

社会变迁视野下的金融法 理论重构

第一章 社会变迁与金融法进化

变者,天下之公理也。变化是永恒的主题,唯一不变的只有变化本身。人类社会变化发展的洪流浩浩荡荡,裹挟着调整各种社会关系的法律制度不断进化。社会变迁与法律制度之间的关系作为法学研究的理论难题,长期以来吸引着众多学者的目光,在这个问题上也是众说纷纭,学派林立。^①其中,社会变迁与法制进化双向互动是一个堪可赞同的认知,一方面社会变迁推动着法制的进化,另一方面法制进化可以诱致社会的变迁,两者相互作用,彼此促进。作为与经济社会联系尤为紧密的金融法,其自身的产生与发展更是深深地植根于金融市场的勃兴,并且有力地保障和促进了金融市场的持续发展。在社会变迁的宏大背景下,金融市场在新的时代特征中面临着全新的挑战,这需要金融法制通过适时进化来予以及时回应,在适应金融市场全新变革的同时进一步规范和发展金融市场。毋庸置疑,在社会变迁视野下探讨金融法理论的重构,具有重要的时代使命和现实意义。

一、金融与社会的融合:社会金融化与金融社会化

金融与社会须臾不曾分离,金融从来就不是孤立存在的,而是与社会发展密切相连。保险随着大航海时代地中海扬起的船帆而诞生,证券交易从咖啡馆的叫卖声抽象成屏幕上跳动的数字,银行由金匠铺的小柜台发展到营业网点和终端遍布世界的每一个角落。不论时移世易,也不管盛衰浮沉,金融始终伴随着社会发展的脚步,金融发展也深深地烙着社会变迁的印记。金融也随着社会发展而飞入寻常百姓家,并且愈发深刻地影响着改变着人们的生活习惯、行为方式,也改变着人与人之间的关系。在当今社会,金融成为一张网,将各类社会主体和各种社会关系有机地联系在了一起。与此同时,人们

^① 相关文献可参见尹伊君:《社会变迁的法律解释》,商务印书馆2003年版,第262—270页;〔德〕马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第31—36页;〔美〕诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第21—30页。

也不再仅仅满足于金融的工具层面的功能,而是将视野拓展到其社会功能上,思考和探索金融发展对社会进步的作用和路径,而金融也实实在在地对社会结构和社会关系产生了巨大的影响,并且也开始承担优化社会结构的时代使命。金融与社会交错及融合的现状与趋势,构成了一个全新的命题,即社会金融化与金融社会化。

在已有的对这一命题的阐释中,社会金融化和金融社会化一般被认为是两个过程:前者是社会行为遵循金融方式和规则的过程;后者是金融机构和社会成员共同形成有助于经济社会发展的金融环境和金融行为的过程。^①这种阐释比较准确地界定了金融与社会之间双向互动的关系,但是社会金融化与金融社会化的内涵并非只是过程便可概括,它既描述了金融与社会在双向互动中共同发展的基本趋势,又体现了金融与社会相互支持相互促进的内在要求,更揭示了金融与社会彼此融合共生共荣的终极目标。因此,对于社会金融化与金融社会化的解读不能只是金融与社会发展过程的客观描述,还应体现时代变迁背景下金融与社会彼此互动共同发展的内在需求和价值目标。

可以说,社会金融化和金融社会化反映的是金融与社会在发展到一定阶段后所呈现出来的基本趋势、客观规律和内在要求。一方面金融成为社会发展过程中资源配置的重要方式,各种社会资源和生产要素通过金融手段实现了分配与调整,金融渗透到了社会生活的各个环节并成为社会发展的重要依托和助力;另一方面金融活动不再只是少数富人之间的游戏而是成为社会生活的基本需求,金融活动的意义和目标不再仅仅局限于交易活动而是拓展到社会的全面协调持续发展,金融也成为社会转型和进步的内生动力。

在社会金融化与金融社会化的进程中,传统金融将面临结构性的变革,旧的理念和秩序将被金融发展的潮流淹没在茫茫烟海之中,而新的理念和秩序将应运而生并支撑和推动金融进入一个全新发展的阶段,作为调整金融市场各类关系的金融法也需要进行相应的进化以因应金融市场的结构性变革。从整体而言,社会金融化与金融社会化这一命题与传统金融发展阶段相比较,体现出以下几个特点:

(一) 在主体上更具包容性

与社会金融化与金融社会化的进程相伴相随的是各类社会主体与金融市场更加深入地交融互动的进程。社会金融化反映着各类主体对金融的现

^① 邹立行:《金融社会化和金融社会化》,载《科学决策》2011年第3期。

实需求,金融日益成为各类主体实现财富管理及获取资源、交易资源重要的管道与途径,更为广泛的社会主体需要得到相应的金融资源和服务,金融市场在这种需求日益扩大的基础之上,会基于市场规律自发地对各种社会主体提供相应的金融服务供给,金融规则愈来愈深刻地影响着社会行为规则;而金融社会化则反映着金融自身发展的必然趋势,即金融不能够也不应该继续是所谓商人或社会精英的专属,而应该是面向更为广泛的普通大众并提供易于获取的金融服务,这既是金融市场自我扩张的发展规律使然,亦是金融市场在社会变迁不可阻挡的潮流中及时自我调整的必然选择。因此社会金融化与金融社会化要求现代金融在主体上更具有包容性。所谓主体上更具包容性,指的是各类主体进入金融市场、参与金融活动门槛更低,金融服务的可得性、易得性进一步加强,其实质在于“金融排斥”的现象得到进一步的遏制。

(二) 在福利上更具普惠性

社会金融化与金融社会化揭示了金融发展到一定阶段后所背负的社会使命。社会金融化使得金融不再只是少数人融通资金获取收益的经济工具,而是成为一种全体成员共同参与的常态的社会生活。金融社会化则将金融从传统的效率至上的思维转变到整个社会协调发展的全景视域中,在促进经济增长之外赋予了金融更多的社会责任。在社会金融化与金融社会化进程中,社会逐渐渗透到金融的血液之中,随着金融发展对包括收入分配、环境保护等方面的影响日渐被发现和重视,金融也将超越纯粹的工具主义走向对社会发展的价值追求。在这层意义上,金融不能只是富人的游戏和经济增长的引擎,还应当是穷人脱贫的助力和收入分配的调节器;金融不能再机械地将财富集聚即经济效率视为唯一准则,还应当追求基本的社会公平。也就是说,金融发展成果不能只由少数人独享,而应当惠及整个社会,由所有社会成员共享金融发展之福利。^①

(三) 在发展上更具时代性

金融发展始终是在时代变迁的大背景下进行的。社会金融化与金融社会化是金融与社会交织互动过程中形成的一个全新的时代命题,既体现了金融发展到一定阶段的时代特征,又反映着社会变迁对金融发展提出的时代要

^① 参见焦瑾璞、陈瑾:《建设中国普惠金融体系:提供全民享受现代金融服务的机会和途径》,中国金融出版社2009年版,第34—36页。

求。当前社会变迁显现出加速发展的态势,金融不可避免地被时代发展的洪流所裹挟,一方面要顺应时代节奏,伴随着经济发展和社会进步实现金融自身的发展,在金融发展的过程中反映当前社会变迁和技术进步所带来的改变,使金融始终把握时代的脉搏随时实现自我更新;另一方面需要把握社会现实,根据当前社会发展的客观阶段和亟须解决的现实问题对金融系统进行适当的调适,以确保金融发展与社会现状相协调,既充分依托现有历史条件促进金融的进一步发展,又通过金融解决当前社会面临的现实问题。

二、社会变迁理论视域下的金融法制变革

前文所提到的社会金融化与金融社会化这一命题,正是产生于社会变迁的过程之中,其深刻地反映了社会变迁对于金融发展的影响,也将奠定金融法制的结构性变革的基点。从逻辑上看,社会变迁使得金融市场呈现出一种全新样态,继而对金融法制提出了新的制度需求。追根溯源,要厘清金融法制变革的未来走向,我们需要从社会变迁中寻找理路。

(一) 社会变迁是如何发生的?

所谓社会变迁,指的是随着时间的流逝,社会实体的构成以及实体之间的关系所发生的变动,即社会结构与社会关系的变动。^① 社会变迁来源于许多不同因素,包括技术、意识形态、竞争、冲突、政治与经济因素、全球化以及结构性压力。^② 在这些因素的共同作用下,社会结构与社会关系发生相应的改变,即引发了社会变迁。

技术显然是推动社会变迁最重要的推动力之一。例如马蹬传入西欧极大地提高了骑兵作战能力,这种技术上的进步造就了11世纪后期的诺曼征服,直接加速了旧的社会秩序的毁灭。^③ 再如几次工业革命极大地提高了生产效率,进而对劳动力结构和社会生活产生了巨大的影响。而意识形态则是作为一种观念,影响着社会主体的行为和社会关系,与技术进步一样推动着社会变迁。如马克斯·韦伯将资本主义的发展归因于他所称的“新教伦理”。^④ 在资源稀缺的背景下,资源配置过程中的竞争难以避免,在竞争过程

① Ronald Edari, *Social Change*, William C. Brown, 1976, p. 2.

② 参见[美]史蒂文·戈瓦:《社会变迁》,王晓黎等译,北京大学出版社2007年版,第8—31页。

③ 顾准:《顾准文集》,贵州人民出版社1994年版,第296—302页。

④ Max Webber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, Scribner's, 1958, pp. 23—25.