



金融新发展的 法治之维

季立刚 主编

JINRONG XINFAZHAN DE
FAZHI ZHIWEI



法律出版社 | LAW PRESS



“上海金融法治论坛”文集

复旦大学金融法研究中心建设成果

教育部涉外卓越法律人才教育培养基地建设成果

金融新发展的 法治之维

季立刚 主编

JINRONG XINFAZHAN DE
FAZHI ZHIWEI



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

金融新发展的法治之维 / 季立刚主编. -- 北京:
法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1570 - 0

I. ①金… II. ①季… 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 (2017) 第 263445 号

金融新发展的法治之维
JINRONG XINFAZHAN DE FAZHI ZHIWEI

季立刚 主编

策划编辑 易明群
责任编辑 万 颖
装帧设计 鲍龙卉

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 《中国法律评论》编辑部
开本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16
印张 30.25 字数 505 千
版本 2017 年 11 月第 1 版
印次 2017 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782 西安分公司 / 029 - 85330678 重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071639/1636 深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 1570 - 0

定价: 79.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

金融活动是市场经济的重要组成部分。改革开放三十多年的实践表明:金融业的改革、创新、发展,与我国国民经济的整体发展、市场活力的培育以及广大人民群众的就、投资、财富积累等各个方面息息相关。金融业承担着创造信用、支付、结算等重要功能,联系着国民经济各部门,联系着企业、个人等千家万户,联系着世界经济,具有特殊的“公共性”。但由于金融业多有负债经营的特点,如果自律不足、监管不力,极易发生风险。这种风险具有系统性、传染性,甚至引起世界经济、政治的动荡,1997年亚太金融危机、2008年以来的国际金融危机都是例证。

在我国经济发展进入新常态、我国经济与国际经济联系更加紧密、金融业双向开放的背景下,如何使国内金融活动在金融创新、提高效率的同时更加规范?如何优化金融监管、提高审慎监管的水平,更有效地防控国内、国际金融风险,尤其是如何有效地防范金融系统性风险?如何促进金融交易、金融市场的公平、有序,维护投资者权益,进而实现经济平衡、稳健、安全、可持续发展?如何培育国际金融中心建设所需要的法治环境,使市场准入更便捷、金融交易更自由与安全、金融财产受到更切实地保障、纠纷得到更公正与迅速地解决?如何提高我国金融业在经济全球化进程中的竞争力、话语权等,都是重大的理论与现实课题。

党的十八届四中全会、十九大进一步明确了依法治国的治国方略。2009年4月国务院颁布的《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》,明确提出:到2020年把上海基本建成与我国经济实力、国际地位相适应的国际金融中心,并使之成为一项国家战略。上海国际金融中心建设连同上海及国内其他自由贸易区建设、“一带一路”建设,都给金融业发展提供了广阔的舞台,给政府等部门转变管理方式、管理职能提出了新要求,也给广大专家、学者的研究工作提供了巨大的空间和机遇。

“上海金融法治论坛”是上海市法学会、复旦大学、复旦大学金融法研究中心、上海市法学会金融法研究会的重要论坛,是政府部门、司法机关、专家学者、金融实务部门定期对话的高端平台,尤其注重经济界、金融界与法学界、法律界的思想交流,力求学术界与实务界的真知灼见、实践智慧相互借鉴,以期在理论研究与实践两个层面形成促进金融法治建设的合力。

2015年、2016年“上海金融法治论坛”由复旦大学金融法研究中心承办,以“金融风险防范与处置法律制度——新常态、新秩序、新规则”“金融创新与交易安全的法制保障”为主题,理论界、实务界专家共同研讨,形成了一批高质量的研究成果,产生了重要影响,受到理论界、实务界广泛关注。现择优秀论文结集出版,以飨读者。我们也希望“上海金融法治论坛”越办越好!

“上海金融法治论坛”的成功举办,得到上海市法学会林国平常务副会长、施基雄副会长,上海市法学会研究部副主任张志军先生及主任助理王健女士,复旦大学党委刘承功、许征副书记及原副校长林尚立教授,上海市法学会金融法研究会会长吴弘教授,复旦大学法学院胡华忠书记等领导的大力支持;得到学术界、实务界各位专家的鼎力相助。在此深表谢忱!

在本文集编纂中,我们在尽量保留作者论文原貌的基础上,统一了论文格式、引注规范,更正了原文中个别讹误。本文集的编纂得到论文作者的大力支持,得到我的博士生许琳琳、陈熹,硕士生高悦瀚、闫格、叶影的协助,在此亦一并表示感谢!

中国法学会银行法学研究会副会长
复旦大学金融法研究中心主任
复旦大学法学院教授、博士生导师
季立刚

2017年11月于上海

目 录

序	季立刚	1
---	-----	---

第一章 金融法治新理论

金融法制伦理性规范的逻辑起点	许凌艳	3
金融抑制、金融法治与经济增长	白 江	23
法系渊源、金融发展与国际金融中心形成	宋晓燕	51
银行破产公共政策目标与立法选择:比较法的维度	季立刚	66
系统重要性金融机构识别与评估:一个文献综述	解正山	82
金融信息披露行政规制行为的发展及有效性研究	朱淑娣 柯 静	96
注册制的法理基础与实现路径剖析	李文莉	116
法律金融学理论		
——印度反例研究与中国借鉴	陈 熹	130

第二章 金融监管新视角

应对操作风险:“加强监管”还是“健全市场”?		
——我国商业银行内部控制法律机制变迁的路径选择	黄 韬	151
欧盟《通用数据保护条例》最新发展及启示	张继红	176
“期货法”立法模式的选择	贾 平 刘攀琼	200
中美资本市场反操纵规则的比较法研究	牛广济	216
我国地方政府债券融资的困境及其破解的法治思路	窦鹏娟	227

第三章 国际化金融法治新应对

全球化的社会影响	丁 纯 陈 飞	259
国际金融法视野下的人民币国际化	刘 璞	273
SDR 与国际货币制度改革方案的选择	陈剑平	296
论国内独立保函与备用信用证在我国的法律地位 ——兼评最高人民法院独立保函司法解释征求意见稿	高 翔	305
TPP 协定金融服务争端解决机制研究 ——以中美双边投资协定谈判为视角	俞弘志	326

第四章 金融法治实务新解读

网络非法集资刑法治理的模糊化与精密化 ——基于 2007 ~ 2015 年 26 起公开案例的实证分析	金善达	337
美国近年“幌骗”案例的监管处罚与司法审判实践	张孟霞	357
泄露内幕信息行政处罚问题探讨 ——兼谈证券行政处罚中的证明方式	黄江东	366
我国证券群体诉讼的目的与模式选择	黄 鹂	374
证券多元化纠纷解决机制国际经验及中国实践	刘春彦 赵雯佳	392
互联网金融仲裁的规则生成逻辑及其可能进路	沈 伟 余 涛	407
PPP 项目“明股实债”现象之我见	周兰萍 孟 奕 孙明晶	427

第五章 域外法律短讯

G20 和经济合作组织:全球规制中的天然伙伴 盖比瑞拉·爱·拉莫斯(Gabriela I. Ramos) 译评者:封雪	443
“银行家空间”监管 ——对作为“软法”的巴塞尔协定的合法性挑战 梅丽莎·博伊(Melissa Bowie) 译评者:罗滨彬	454
金融行动特别工作组与国际行政法 詹姆斯·苏奥·盖斯(James Thuo Gathii) 译评者:刘兰兰	465

第一章 金融法治新理论

金融法制伦理性规范的逻辑起点

许凌艳*

从20世纪70年代开始,金融垄断已经成为以美英为代表的发达国家生产关系的主导形式。^{〔1〕}全球一体化创造出脆弱和紧扣的金融体系,使灾难性事件的“黑天鹅”理论^{〔2〕}出现。目前,全球已发生多次世界性金融危机。很多人将金融危机的成因归结为本国金融体系的脆弱、监管不充分及公司治理的不完善等。其实,没有任何监管体系可以替代恰当的价值体系。我们尤其需要研究价值体系如何导致我们所看到的种种问题。

金融领域比其他领域更容易发生道德风险,其根本原因在于商业银行、非银行金融机构、上市公司、金融中介机

* 许凌艳:复旦大学法学院副教授、法学博士。

〔1〕 参见何秉孟:《美国金融危机与国际金融垄断资本主义》,载《中国社会科学》2010年第2期;费利群:《金融垄断资本与金融垄断资本主义及其当代启示》,载《当代经济研究》2011年第4期。

〔2〕 参见[美]纳西姆·尼古拉斯·塔勒布:《黑天鹅》(原版名称:Black swan:the impact of the highly improbable),万丹、刘宁译,中信出版社2008年版。在发现澳大利亚的黑天鹅之前,欧洲人认为天鹅都是白色的,“黑天鹅”曾经是欧洲人言谈与写作中的惯用语,用来指不可能存在的事物,但这个不可动摇的信念随着第一只黑天鹅的出现而崩溃。黑天鹅的存在寓意着不可预测的重大稀有事件,它在意料之外,却又改变一切。人类总是过度相信经验,而不知道一只黑天鹅的出现就足以颠覆一切。然而,无论是在对股市的预期,还是政府的决策中,黑天鹅都是无法预测的。“9·11”事件、美国的次级贷危机、雪灾等都是如此。“黑天鹅”理论的真正意义在于,当“黑天鹅”事件出现的时候,你已经做好了准备,而这种泰然处之的心理准备比其他任何的物质准备更重要,更有效。

构等认为他们所经营的大都是“别人的钱”(other people's money),这就很难避免金融领域的“精英”们出于贪婪的欲望进行欺诈、违约和诸多不公平交易,从而极大地损害了金融消费者的利益;同时,金融活动中存在大量的“符号货币”和“虚拟资本”,其价格很容易受到人为炒作,制造出金融泡沫。金融市场存在使一些人牺牲别人而获利的足够机遇。作为一个信用体系,金融市场的有效性取决于参与交易者的相互信任的程度。2007年诺贝尔经济学奖得主罗杰·梅尔森(Roger Myerson)教授指出:“金融危机与道德风险失控紧密相关,在掌握他人财富并进行分配的金融体制中,道德风险是令人担忧的重要问题。”

在金融法制中关注伦理性规则,比盲目制定法律规范更为重要。因为无论法规制定的如何全面,都不可能解决个人内心的冲突和两难困境。法治肩负着塑造人类品格的重要功能。人类文明需要关注金融领域的伦理性规则,金融法学应该触及“人类的存在”这一根本性的问题。对于每一条金融法规,建立在一定伦理规则基础之上的人文关怀才是其灵魂所在。相对于刚性的金融法制而言,柔性的金融伦理更为重要,金融伦理在任何时候都应该是金融法制得以奏效的前提和基础。金融法学应该具有理性和信仰的双重维度,将理性主义和人文精神和谐统一。

一、金融法制伦理性规范的基本范畴

论及金融法制伦理性规范首先要谈到伦理。伦理又名道德哲学,是透过哲学的方法研究道德的一门学问。^{〔3〕}伦理学是一门关于优良道德的科学,即关于人类在社会生活中的优良道德的制定方法、制定过程与实现途径的一门科学。^{〔4〕}伦理学的研究对象是人类的社会道德行为。

在金融领域中,忽视金融商品的社会后果会导致不道德的行为。代理理论断定公司只是一个法律上的虚构,它代表的是不同利益集团之间的关系。他们由于利益不同和信息不对称而处于永恒的冲突之中。所以,在金融领域勇敢的新世界中,投资者不关心单个的公司;经理对股东不感兴趣;金融产品链条上众多当事人之间处于利益冲突之中等。除了自我利益之外,似乎其他

〔3〕 相关论述参见林火旺:《伦理学》,三民书局2007年版,第8页;郑乃健:《法律伦理》,考用出版股份有限公司2010年版,第1页。

〔4〕 王海明:《新伦理学》,商务印书馆2008年版,第13页。

事情都无关紧要。在金融决策中,效率最终导致的只是自我满足。^[5]“人被假设为一种追求功用最大化的动物——很显然鸽子和老鼠也这样”。^[6]从美国次贷危机而引发的全球金融危机中,我们可以看到,华尔街的贪婪和追求过度消费的社会心理是次贷危机产生的文化土壤,私人资本的逐利本性凌驾于其他社会价值之上,金融领域运用复杂的金融衍生工具过度杠杆化,制造了信用的泡沫。

伦理是天生的吗?或者伦理只是占支配地位的文化内化的结果?德国著名哲学家马克斯·舍勒(Max Scheler)^[7]及其追随者尼古拉·哈特曼(Nicolai Hartmann)从根本上质疑西方伦理学中的形式主义^[8]和功利主义^[9]概念。他们提出,道德准则的认知滞后于价值洞见(insights),而正是后者为前者提供了内容或“质料”。我们对事物好坏、行为善恶的判断都基于心灵——基于情感而不是意愿。在进行价值判断与采取行动时,我们听命于自身的情感。情感单独告诉我们哪些价值相对更高,哪些价值相对更低。另外,对价值本质的深刻把握需要借助“现象学还原”,而道德行为的最终动力来源于典范和领袖人物伟大成就为内容对人们所实施的教育。即舍勒与哈特曼的质料价值伦理是文化价值的现象学,它意图将我们的潜意识的价值感加以泛化和升华,从而将我们的价值抉择赋值于一种可感知的理性选择;把人的价值传导到我们自身的文化范式中来。^[10]如果文化是占主导地位的因素,那么对于个人来说,他会在行为时秉持“像我们一样的人”的信念。这一信念根植于每个人自己的文

[5] 参见[英]安德里斯·R.普林多(Andreas R. Prindl)、[英]比莫·普罗德安(Bimal Prodhan)主编:《金融领域中的伦理冲突》,韦正翔译,中国社会科学出版社2002年版,第6页。

[6] 同上书,第9页。

[7] 马克斯·舍勒(Max Scheler)是20世纪初德国著名哲学家,现象学价值伦理的创立者,现代哲学人类学奠基人。

[8] 康德(Kant)从实践理性的形式性原则中导出道德准则,这个原则即康德所说的“绝对命令”。这条绝对命令在其《道德形而上学基础》中表述为:“要只按照你同时认为也能成为普遍规律的规范去行动。”即绝对命令具有充足的理由和公平性。绝对的“应该”源自每个理性的人都必须接受的原则,即绝对的“应该”是与理性的行为相连接的。但康德以实践理性的绝对命令作为伦理学的基础,从而排斥了道德得以可能的人心诉求,也使实践性的绝对命令难以让人信服。

[9] 功利主义却从不同类型行为所产生的现实后果中探寻道德准则的根基。功利主义(Utilitarianism),即效益主义,是伦理学中的一个理论,提倡追求“最大幸福”(Maximum Happiness),认为实用即至善的理论,相信决定行为适当与否的标准在于其结果的实用程度。主要哲学家有约翰·史都华·米尔(John Stuart Mill)、杰瑞米·边沁(Jeremy Bentham)等。康德对以个人快乐幸福为行为的唯一动机的幸福论伦理学进行了系统的批判。他指出幸福论伦理是从根基上毁掉了道德,把道德的纯洁性和严肃性提到了首要的地位。

[10] [美]尤金·凯利(Eugene Kelly):《舍勒的质料价值伦理与文化范式现象学》,严学太译,载《人文杂志》2010年第2期。

化王国之中。同时,随着金融业的全球化,金融领域中的专业人员在跨国的文化壁垒之间穿梭。任何一种文化都不可能成为唯一的标准。在我们的地球村和跨国组织中,我们确实需要一种超越本国文化的全球化的文化。舍勒在其后期的《世界变迁时代中的人》的这篇文章中赋予“谐调”概念。这里的“谐调”指的不是一种政治进程,而是一种精神成果。舍勒用它来指由于相互误解而导致的众多冲突最终所找到的一个安身栖居之所。在未来的几十年里,不同文化之间的知识际遇将会带来全球冲突的削减及彼此相互促进的加强。他相信,最终实现“谐调”的方法已经掌握在我们手中。首先,我们拥有了能够对所有文化知识的根基加以探察的现象学和社会学方法,这种探察能够向我们展示出这些文化的共同知识特征;其次,对异质文化日益深化的了解已经彰显出文明的共同特征、本质的共同视域以及给人类动力的爱与恨的共同级序;最后,伴随着人类开始同贫困、疾病、冲突这些共同的问题进行抗争,不同文化中的人们彼此之间的宽容和同情正得以加强。舍勒在当时的社会可能还没有预料到在当今资本全球化的世界中,经济文化发生最深刻变化的是在金融领域。

进入 20 世纪,金融垄断已经成为发达国家生产关系的主导形式。金融资本家通过各种各样的手段控制着各种类型的工业、商业、金融业等。金融垄断资本的实质体现在金融垄断资本作为极大的权势对经济、社会、文化的控制力上。同时,垄断资本打破了国家、地域的限制,把整个世界空前地联系在一起。伴随着现代金融市场的整合趋势而出现的以立法为基础的“金融大爆炸”(financial big bang)式的金融改革催生了诸多金融巨型恐龙的诞生。垄断资本的金融化使人类进入一个全新的历史时期。这些垄断金融资本披着一种特殊的有毒的金融外衣,从全球金融资本市场榨取利润。垄断资本的跨国化是“全球化”的实质。“市场资本主义不仅仅是一种市场体系,而是一种属于文化范围的价值观”。^[11] 发达国家凭借其在国际经济活动中的强权意识和霸权地位,推广与实行符合发达国家自身利益的全球理念和文化。自 20 世纪 70 年代初期以来,全球已发生多次世界性金融危机。很多人将金融危机的成因归结为国内金融体系的脆弱、监管不充分及公司治理的不完善。但其实金融稳定是一项全球公共品,而正是公共品的定义意味着如果没有法律规则、政府等的监管干预,市场机制不能按照人们的意愿有效地配置资源,无法达到最优的资源配置。整个金融体系需要彻底变革,必须尽快构建一个金融体系全球治

[11] [美]罗伯特·萨缪尔森(Robert Samuelson):《民主不是恩赐》,载美国《洛杉矶时报》1998 年 9 月 9 日。

理的有效机制,执行超越国家的执行规则。而这场变革的深层次推动力正是全球人类伦理文化的共识。

本文认为,金融法制伦理性规范是指在金融法律制度中,依其金融法律关系当事人身份地位不同所对应并应遵守的基本道德准则。英国王室法律顾问戈登·博瑞(Gordon Borrie)爵士研究了市场中个人的集合行为,探寻了市场中的道德、信用交易和竞争问题。他得出的结论是:我们不仅需要个人道德,也需要提供一种最低限度的、能够得到认同的法律框架作为支持系统。但是,“一个不给个人的道德留有余地的社会将不再是个自由的社会”。^[12] 金融法制的伦理性规范正是建构在金融法制领域里的一种最低限度的、能够得到普遍认同的伦理文化基础之上的。

金融法制伦理性规范的核心价值是公正、平等、诚信;尊重保持和谐平等的良好生命存在状态;旨在塑造一个良好的信用社会。金融法制伦理性规范所折射的是趋向于表达道德关怀和亲生命性,恢复因人性的道德风险而损害的法律正义。金融法制的伦理规范将珍视金融领域里的所有人,而珍视所有人即意味着诚实信用,奉行社会正义。金融法制的伦理性规范直指金融市场中存在主体之间的强弱掠夺和物质至上的自我中心主义和工具主义的狭隘价值观,旨在激发我们去理解芸芸众生之间的互相依存关系,去探知一种金融法律关系当事人相互之间的关联和责任的伦理敏感性,并致力去实现金融法律关系当事人的共同昌盛。

但是,从伦理学角度来看,人的欲求是人性的本能,伦理是对人性欲求的一种精神规制,指望从伦理道德的提升来克服道德风险或提高金融界的伦理道德水平会过于理想化。对金融领域内道德风险的控制应从制度和规则着手,以此来震慑和遏制道德风险行为。

二、金融法制伦理性规范的逻辑起点:以“社会人”为制度设计的人性基础

为确保金融市场参与者有足够的动力和能力遵守金融法制,法律制定者必须在最终的金融监管方程式中强调“人类”这一变量因素的核心地位。在这一点上,人类行为受什么驱使的模型再次揭示了问题的本质。

人性的争论由来已久,因为它是人类社会设计制度、制定政策的根本依据

[12] [英]安德里斯·R.普林多(Andreas R. Prindl)、[英]比莫·普罗德安(Bimal Prodhan)主编:《金融领域中的伦理冲突》,韦正翔译,中国社会科学出版社2002年版,第20页。

和逻辑起点。金融法制需要摆脱以“经济人”这一概念及自我利益追求的最大化作为经济伦理出发点所带来的困境。当代著名的人类学大师美国科学院院士萨林斯(Marshall Sahlins)曾说过:“西方社会哲学长久以来就把经济人作为人性和文化秩序范式。西方文明很大程度上是建立在一个对于人性的错误观念之上的。……像经济自由主义那样,将人贪得无厌的自私自利提升到普世美德的地位,这种做法确实危及我们的存在。”金融危机的实质是人性的危机,是金融伦理的沦丧。西方精英们试图杀死“自己内心中的上帝”,制造了一次又一次危及人类文明的空前劫难。金融法制需要反思以“经济人”为人性基础的逻辑起点。

(一)对“经济人”概念的反思

经济人(Economic man,拉丁语:Homo oeconomicus),又称“经济人假设”。“经济人”这一术语是19世纪中叶以后才出现的,^[13]此前作为表述“经济人”思想的常用概念是“自利”或“自利原则”(Self-interest Principle)。“自利”观念,经过亚当·斯密的严格经济学分析和论证之后,脱颖而出,并在后来的经济自由主义勃兴时代成为经济学家的口头禅。^[14]当代社会科学已经在很大程度上把“经济人”作为普遍的人性通说。从思想史的历程来看,“经济人”可以大体上划分为三种模式——古典经济人模式、新古典经济人模式和广义经济人模式。^[15]

古典经济人模式以英国经济学家亚当·斯密(Adam Smith)为代表。在斯密时代,其经济学理论体系的哲学基础就是功利主义。在其经典巨著《国富论》中,斯密系统的论述奠定了“经济人”假设思路的基础,成为经济学理论大厦得以建立的基石。“经济人”假设主要包含着三个基本的命题:第一个命题是“自利”,亦即追求自身利益是驱策人的经济行为的根本动机。这种动机和由此而产生的行为预期内在于人本身的生物学和心理学的根据。第二个命题是“理性行为”。经济人是理性的,他能根据市场情况、自身处境和自身利益之所在作出判断,并使自己的经济行为适应于从经验中学到的东西,从而使所追

[13] 亚当·斯密虽然分析了“经济人”的自利倾向与行为特征,但他并没有明确提出“经济人”的概念。明确提出“经济人”概念的是约翰·穆勒(John Mill)于1836年写的一篇名为《论政治经济学的定义》的论文。

[14] 杨春学:《经济人与社会秩序分析》,上海三联书店、上海人民出版社1998年版,第115页。

[15] 同上书,第19页。另注:西方经济学起源于古典经济学。古典经济学指从17世纪中期开始,到19世纪70年代前为止的经济学。古典经济学提出基本前提假设的原始含义,后经新古典经济学(从19世纪70年代到20世纪30年代)以及现代经济自由主义(指20世纪50年代以后的货币主义和新古典宏观经济学)的充分论证。经济人模式则伴随着经济学的发展而不断演绎。

求的利益尽可能最大化。第三个命题是经济人假设的核心命题,亦即只要有良好的法律和制度的保证,经济人追求利益最大化的自由行动会无意识地、卓有成效地增进社会的公共利益^[16]。亚当·斯密的如下言论被认为是对“经济人”特征的诠释:“我们不能从屠夫、酿酒家或烤面包师的仁慈,来祈盼我们的晚餐,而是从他们自利的考虑。我们不要诉诸他们的人道,而要诉诸他们对自己的爱,永远别向他们提到我们的需要,而要向他们提到他们的利益。”^[17]

在最近的四十多年中,特别是在“加里·贝克尔革命”“新经济学运动”之中,虽然“经济人”仍然保持着其自利和理性的行为特征,但其内容已经得到许多更新。如果说古典经济人模式是对人类经济行为的第一次抽象,新古典经济人模式是对“经济人”的第二次抽象,广义经济人模式无疑可以视为第三次理论抽象。这次抽象的最显著特点是把经济人模式扩展到个人面临“非商品性领域”时所采取的行为和态度,把成本—收益核算引入非经济行为之中,从而对于原来的经济人模式给予广义的解释,涵盖个人在追求个人利益时对伦理、文化传统的考虑。^[18]这次抽象主要沿着三条路线进行,一条路线以公共选择学派的布坎南(Buchanan)为主要代表;另一条路线以进行人类行为经济分析的加里·贝克尔(Gary Becker)为主要代表;还有就是新制度经济学派的科斯(Coase)、诺思(North)等。以布坎南为首的公共选择派直接回到古典经济人模式上,认为经济人假设不仅可以去分析经济市场中进行不同活动的人们的行为,还可以用于分析个人在政治市场上亦即公共选择任务和位置上的行为,“以严格的自利的措辞来塑造所有公共选择者”,进而去分析市场制度本身和法律制度对经济人行为的作用。贝克尔却主要是通过对新古典经济人模式给予较有弹性的重新解释。贝克尔运用经济人假设分析了人类所有行为,对种族和性别歧视、人力资本、时间配置、犯罪现象、自杀原因、利他主义行为、婚姻生育问题等传统上属于社会学、人口学、教育学、生理学、政治学、法学以及社会生物学等其他人文学科研究的课题统统纳入了经济学的研究领域,大大拓宽了经济学的视野,丰富了经济学的内容,实现了经济学的帝国式扩

[16] 杨春学:《经济人与社会秩序分析》,上海三联书店、上海人民出版社1998年版,第11~12页。

[17] [美]亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(上卷),郭大力、王亚南译,商务印书馆1972年版,第14页。

[18] 杨春学:《经济人与社会秩序分析》,上海三联书店、上海人民出版社1998年版,第19~20页、第205页。

张,以致有了经济学帝国主义的称呼,贝克尔本人也被称为“帝国建立者”。在道格拉斯·诺斯那里,则又有了新的变化:“经济人”不再从严格的社会文化环境中抽象出来,而是蕴含在特定的历史文化传统之中。诺斯的基本方法则是沿用了新古典经济学的成本收益分析法,交易成本的引入,促使诺斯获得了重新阐释经济史的机会。同时,交易成本还促成了另一个经济学门类的产生,那便是所谓“新制度经济学”。科斯的原创性贡献,使经济学从零交易费用的新古典世界走向正交易费用的现实世界,从而获得了对现实世界较强的解释力。经过威廉姆逊(Williamson)等人的发挥和传播,交易费用理论已经成为新制度经济学中极富扩张力的理论框架。引入交易费用进行各种经济学的分析是新制度经济学对经济学理论的一个重要贡献。总之,广义经济人模式的基本特征是:一方面,把经济人模式从经济领域扩展到非经济行为领域的分析,使经济学跨出自己学科的边界,“侵入”其他社会科学并无往而不胜,最终到达被人称为“经济学帝国主义”的巅峰;另一方面,结合交易成本、信息成本等新的学术成果来修改新古典经济人模式中的那种苛刻的“标准理性选择”和“完全信息”假设,从而既能增强经济人模式的解释能力,又使我们能够发掘出约束经济人行为的“社会文化环境”的深层含义。^[19]

“经济人”的概念也被引入法律领域,这种现实主义的人性论构成了法律制度设计的基础。无论是在霍布斯(Hobbes)式的社会契约论、霍姆斯(Holmes)式的现实主义法理学,还是波斯纳(Posner)的实用主义法律经济学中,现实主义的“经济人”人性观是当代法理学预设的通行观点。

金融法制逻辑起点的“经济人”概念同样是对于传统主流经济学理论中“经济人”概念的移用。正如黑格尔(Hegel)所言,从私利出发的行为“是处在转向作恶的待发点上”。^[20]高举“经济人”大旗的功利主义者们将个人利益推到了至高无上的极端地位:唯有个人利益是现实的利益,不能为了他人的幸福而牺牲个人自己的幸福。而且,这种利己的本性是不变的,只有建立在这种自私的本性之上,人类社会的发展才能成为可能。当部分法律被某些利益集团绑架后,“经济人”的牟利行为违法背德可以获利并且不受处罚时,资本逐利的铤而走险的贪婪性就会充分显现。

(二)以“社会人”模式构建金融法制伦理性规范的逻辑起点

经济学关于经济人的假设,几乎是一切经济学派进行经济分析的共同逻辑

[19] 杨春学:《经济人与社会秩序分析》,上海三联书店、上海人民出版社1998年版,第208页。

[20] [德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆2009年版,第163页。