

论互联网金融政府规制的两难困境及其破解进路

刘 辉*

摘要:互联网金融政府规制面临时机选择、主体选择以及介入力度等方面的两难困境。谦抑干预理念是政府介入互联网金融的基本理念,市场优先原则是政府介入互联网金融的基本原则,金融民主原则是政府介入互联网金融的根本绩效保障。破解政府规制的两难困境,须明确政府权力的定位,更新立法理念,改革立法体制与方法,建立内嵌于市场机制的创新监管方法和风险管理方式,确立包容性司法理念,尊重市场与监管,并推动司法科技以应对金融科技和监管科技带来的司法技术革命。

关键词:互联网金融 谦抑干预理念 市场优先原则 金融民主原则

一、引言

作为现代金融创新与互联网科技高度融合应运而生的新生代金融形态,互联网金融在我国已经开始高速发展。如今,P2P网贷、股权众筹、第三方支付、互联网保险等众多互联网金融形态已然成为我国金融市场不可或缺的组成部分。与此同时,互联网金融政府规制的节奏也不断加快。^①然而,我国互联网金融创新与监管之间并未真正实现良性的互动。^②在互联网金融立法和治理的问题上,仍然遗留了我国传统金融监管与立法一贯的缺陷:“一管就死、一放就乱”。^③政府很难在创新和监管中间找到一个平衡点。^④根据法与金融的一般理论,一国金融体系中的各种金融业态之间实际上是存在着不同的序位的,金融法对于优先序位的互联网金融的监管理应体现出更大的弹性。^⑤政府规制是“由行政机构制定并执行的直接干预市场配置机制或间接改变企业和消费者的供需决策的一般规则或特殊行为”。^⑥互联网金融政府规制本身就意味着国家的强制性权力的运作,我国金融监管领域“一管就死、一放就乱”的怪圈,说到底就是如何处理政府与市场之间关系的难题尚未真正破解。根据处理两者关系的“剩余原则”,^⑦要把握好政府在互联网金融立法和治理中的“度”,就必须找准政府在互联网金融立法与治理中的“位”。

我国现有关于互联网金融规制的研究成果已可谓汗牛充栋,但主流观点沿袭的仍是信息工具的路径

* 厦门大学法学院金融法研究中心研究员

基金项目:国家社会科学基金项目(17ZDA148)、国家社会科学基金项目(17BFX009)、福建省社会科学基金项目(JF2017C005)、中央高校基本科研业务费专项资金项目(20720151038)

① 据不完全统计,我国已经出台了30余部有关互联网金融的专项或综合立法。参见管清友:《互联网金融监管全梳理》,http://business.sohu.com/20170309/n482835551.shtml,2017-05-17。

② 其典型表现就是,尽管互联网金融监管立法不断落地,但行业风险却呈现逐年递增的高发态势。参见沙斐、卢祥勇:《互金风险需高度警惕 马太效应下收益持续走低》,https://www.wdaj.com/news/hydongtai/76160.html,2017-05-17。

③ 参见辜胜阻:《走出互联网金融“一放就乱一管就死”怪圈》,http://finance.huanqiu.com/roll/2015-11/7992526.html,2017-05-17。

④ 参见管清友、高伟刚:《互联网金融:概念、要素与生态》,浙江大学出版社2015年版,第389页。

⑤ 参见沈伟、余涛:《互联网金融监管规则的内在逻辑及外部进路:以互联网金融仲裁为切入点》,《当代法学》2017年第1期。

⑥ [美]丹尼尔·F.史普博:《管制与市场》,余晖等译,格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2017年版,第32页。

⑦ 张守文教授指出,针对政府与市场这两大资源配置的子系统,在其法律规制方面,要明确和坚持“剩余原则”,即除依据法定原则应由政府配置资源的领域外,其他的或剩余的领域都应交给市场。参见张守文:《政府与市场关系的法律调整》,《中国法学》2014年第5期。

以及针对具体互联网金融业态作微观制度设计的老路,^①从法理学哲学和经济法基础理论的高度,对互联网金融政府规制精准定位的理论方面的研究成果十分罕见。为此,笔者拟以互联网金融政府规制的职能和定位为突破口,分析政府在互联网金融规制中呈现出的两难困境,从经济法基础理论角度探索破解困境的理论依据,最后从立法、监管执法和司法三个方面系统剖析我国互联网金融政府规制的主体选择、介入时机以及介入方式等重点问题。

二、我国互联网金融政府规制的两难困境

互联网金融政府规制既要营造适合金融创新的种子发芽成长的环境,又要防止由创新所积累爆发的系统性风险,这就决定了政府的监管必须是一种以系统性风险为导向、灵活、适应和富有弹性的回应型监管,^②在防范风险的同时也需要法律“有所不为”“为之有度”。^③既需要从监管的角度将互联网金融纳入法律规制的范围,又应当对创新活动可能带来的问题多一点宽容。^④因此,如何界定公权力运用的基本职责及其范围,是互联网金融政府规制的基本前提。但是,从我国政府迄今为止的立法与治理实践来看,政府的定位并不十分清晰,导致的结果便是政府的“有形之手”在互联网金融行业和互联网金融市场之中若隐若现,政府规制在互联网金融市场自律之外若即若离,政府在互联网金融立法与治理中始终处于两难困境。

(一)介入时机的两难困境

市场天然具有的三大缺陷决定了法律介入的必要性。^⑤金融市场同样存在“市场失灵”的问题,故应当发挥政府“看得见的手”的作用。^⑥金融危机彻底颠覆了“好监管就是少干预”的理念。^⑦金融市场发展实践反复证明,市场力量和市场规则本身并不足以完全确保经济金融运行稳健,这种规律也同样适用于互联网金融。无疑,互联网金融需要政府的有效规制,但政府对互联网金融的介入时机的把握常常面临两难困境:一方面如果政府的介入时机过早,在互联网金融创新刚刚产生伊始,那么这样的监管无疑会打击甚至消灭创新,破坏互联网金融的基本生态和市场的多元性。因为政府的任何立法和监管必然包含大量的标准化因素,而标准化恰恰会扼杀创新并且影响参与方实现效率的能力。^⑧另一方面,如果政府规制跟进过于迟缓,任由互联网金融自生自灭,又可能酿成行业风险失控、风险蔓延乃至系统性金融风险和金融危机的发生之恶果。

以我国互联网金融领域发展最快的P2P网贷为例。以“包容”“平等”“普惠”为基本理念的P2P网贷对降低融资成本、改变我国金融抑制的现实、促进金融服务市场发展无疑具有重要价值。^⑨在2013年前后我国P2P网贷诞生之初,政府基本坚持了包容态度。2013~2014年,我国整体金融市场运行相对平稳,P2P网贷虽有个案风险,但整体行业风险可控。然而,2015年的“e租宝”等大量P2P网贷平台违法违规事件的发生倒逼监管层开始快马加鞭制定监管措施并开展专项整治。当我们回顾和反思我国对P2P网贷的整体立法和治理轨迹时不难发现政府介入的两难困境:一端是政府监管包容和豁免之下,各网贷平台肆无忌惮从事背离普惠金融基本理念的资金炒作行为和推高资本市场泡沫运动;^⑩另一端则是政府严格

① 这表现为:总体来看,对互联网金融具体业态风险监管制度设计的研究成果较多,而对互联网金融市场系统性风险治理方面操作性强的研究成果较少。多数学者热衷于追随新的互联网金融热点,但结合互联网金融基本特征和规律探究其规制逻辑的基础理论(特别是经济法基础理论)方面的研究成果较少。

② 参见靳文辉:《互联网金融监管组织设计的原理及框架》,《法学》2017年第4期。

③ 参见刘宪权:《互联网金融股权众筹行为刑法规制论》,《法商研究》2015年第6期。

④ 参见刘宪权:《论互联网金融刑法规制的“两面性”》,《法学家》2014年第5期。

⑤ “三三经济法理论”认为,市场缺陷包括市场障碍、唯利性以及市场调节的被动性和滞后性,相应的,经济法领域产生了市场规制法、国家投资经营法和经济引导调控法予以调节。参见漆多俊:《经济法学》,复旦大学出版社2015年版,第29~30页。

⑥ 参见朱崇实主编:《金融法教程》,法律出版社2011年版,第46页。

⑦ 参见张雪兰、何德旭:《次贷危机之后全球金融监管改革的趋势与挑战》,《国外社会科学》2016年第1期。

⑧ See Schwarcz S L, Controlling Financial Chaos: The Power and Limits of Law, 2012 Wisconsin Law Review, 815-840(2012).

⑨ 参见李耀东、李钧:《互联网金融框架与实践》,电子工业出版社2014年版,第274~275页。

⑩ 参见齐俊杰:《互联网坑完股市坑楼市》,http://qijunjie. baijia. baidu. com/article/338104,2017-05-17。

整治之下,全国各地网贷平台频频倒闭和“跑路”事件集中爆发的惨状。

P2P网贷的治理实践本质上折射出我国互联网金融政府规制中政府定位不准而带来的失位、越位和错位。在互联网金融创新的初期,政府鼓励和支持其发展,但由于相应的配套治理机制滞后,特别是未引导和加强自律机制的及时跟进,导致风险事件频频爆发之时,政府突然发现不仅没有很好地融入互联网金融行业本身,而且前期的不治不理也未积累起丰富的立法和治理经验,面对突如其来的风险事件只能被动地选择运动式的专项治理。但专项治理终归不能作为金融治理的常态。对互联网金融系统性风险必须防微杜渐,在政府介入之前引入并依靠市场自律机制以及社会治理机制等进行风险防控。

(二)介入主体的两难困境

在金融法二元结构下,政府金融监管既包括享有中央立法和监管权的中央监管部门,又包括享有地方立法和监管权的地方政府金融监管部门。^①前者如“一行三会”(根据最新国务院机构改革方案,中国银监会与中国保监会已合并为中国银保监会,故目前应为“一行两会”),后者如地方政府的“金融工作办公室”(以下简称“金融办”)、“金融工作局”以及浙江等地成立的“地方金融监管局”等机构。在美国,包括P2P网贷在内的互联网金融往往采取的是联邦和州分层负责、多部门分头进行的功能性监管架构。^②那么,在我国互联网金融监管的问题上,哪些政府部门有权力介入其中,各自的分工如何,以及如何协调不同监管部门之间的监管活动是立法必须予以明确的基本问题。

通常,在金融组织制度和监管对象上都实行集中组织形式,它的专业监管机关也采取集中制组织形式。^③在我国的传统金融体系下,由于商业银行占据着绝对主导地位,金融监管机构的权力配置图谱基本沿袭了商业银行从总行到分行再到支行的纵向的线性分布模式。因此,由中央部门行使金融监管权并逐级往下扩展,这是符合我国传统金融体系实际的。^④截至2003年,我国“一行三会”垂直监管体制的建立,使我国中央集权金融监管体制得以最终确立。^⑤而与传统金融体系发展轨迹完全相反,互联网金融完全发轫于民间,其产生和成长恰巧是迎合金融抑制背景下无法获取金融服务的传统弱势金融群体的需求。相应的,在金融监管领域,需要构建一套与传统金融监管权配置路径完全相向而行的地方金融监管权力衍生体系。

进一步的问题是,如何科学划分、配置和运用中央与地方两级金融监管权来进行互联网金融规制呢?这是一个不可回避的重大理论和现实难题。从理论上讲,中央金融监管权的优势是立足点更高,更有全局眼光,更能正确处理金融的可持续发展与系统性金融风险控制的问题。但是,其劣势也同样明显:监管辐射的深度不足,监管成本偏高,并且无法结合互联网金融微观主体的特殊实际因时因势进行灵活性监管,其监管调整的张力有限。既有的监管实践也反映出其无法很好地和地方金融自律组织形成更加默契的互动治理。相反,地方金融监管权恰恰具有这方面的天然优势,但地方政府的“融资”冲动或将导致地方金融监管权沦落为地方政府胁迫地方金融组织为其融资的“抓手”,或者造成地方“府际”间的“朝底竞争”。^⑥纵观我国互联网金融政府规制实践,在处理中央与地方两级监管主体选择两难的问题上,过多地迷信中央金融监管权的宏观审慎功能而相对忽视地方金融监管权相机监管以及与自律组织的互动治理效能,是导致我国互联网金融创新与监管之间互动不足的重要原因。

(三)介入力度的两难困境

金融规制要注重对“度”的把握,而不是对合规要求的简单对照。^⑦从表面上看,介入力度代表了政府对互联网金融规制的宽严程度、容忍度和包容度。实质上,政府对互联网金融的这种宽与严,间接反映出

① 参见邢会强:《金融法的二元结构》,《法商研究》2011年第3期。

② 参见伍坚:《我国P2P网贷平台监管的制度构建》,《法学》2015年第4期。

③ 参见刘少军:《金融法》,知识产权出版社2006年版,第89页。

④ 参见段志国:《金融监管权的纵向配置:理论逻辑、现实基础与制度建构》,《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2015年第4期。

⑤ 参见杨同宇:《金融权力配置的法治化——以我国中央和地方金融监管权配置为中心的考察》,《财政监督》2015年第19期。

⑥ 参见刘志伟:《地方金融监管权的理性归位》,《法律科学》2016年第5期。

⑦ 参见缪因知:《证券交易场外配资清理整顿活动之反思》,《法学》2016年第1期。

政府对自身的权力之手到底要伸多长的一种态度。换言之,在政府公权力所及的范围和程度之内,是其规制的直接管辖范围,但在政府公权力所及的范围和程度之外,则完全交由市场进行自我调节。

政府对互联网金融的介入力度跟前述介入时机、介入主体一样,同样存在着两难困境。以股权众筹为例,顾名思义,众筹就是通过众筹互联网平台向众人筹集小额资金而服务于特定实体项目的微金融活动。立法对众筹是否只能限定为私募亦或是公募与私募均可为之的态度,即体现出政府对股权众筹金融介入的力度。显然,如果法律仅仅允许私募股权众筹的存在,那么由于投资者人数的限制以及单个投资者投资数额的畸高,实际上并不能达到微金融风险分散以及灵活融资的直接目的。^①而相反,如果通过修改《中华人民共和国证券法》建立小额公开发行豁免制度从而为公募股权众筹打开一扇窗户,则可以更好地服务于实体经济以及分解单个投资者风险,但随之而来的对公开发行风险的治理,则对政府提出了更高的监管要求。目前,我国并不存在真正意义上的股权众筹,因为所有的股权众筹仅限于私募。

政府对互联网金融介入力度的两难困境也反映出政府对互联网金融立法与治理的根本策略,传统的管制型立法侧重于政府对金融业事前准入的审批而放松了对事后经营行为的规范。在该种模式下,由于担心系统性金融风险的发生和蔓延,政府的监管往往严苛而保守,其结果就是“一管就死”。在互联网金融时代,政府对互联网金融的规制要真正做到“活而不乱”就必须找准政府的定位,并确立全新的互联网金融立法与治理模式。

三、互联网金融政府规制两难的法哲学分析

通过前文的分析我们可以看到,我国政府对互联网金融规制仍然坚持的是传统金融监管的理念、原则与基本范式,其结果导致互联网金融立法滞后和治理效果不佳。同时,政府在该过程中始终处于两难的境地,“出力不讨好”。而对互联网金融政府规制的两难进行深入剖析,不难发现,政府始终无法找准其适当的角色和定位是问题的核心和关键。如何把握好监管的“度”,是监管改革必须关注的重要问题。^②准确界定互联网金融政府规制的地位、角色和应有的力度,需要从法理学法哲学的角度,对政府与市场的关系进行界定,对政府权力运用的本质进行定位,同时紧密结合互联网金融这种特殊金融形态的发展规律,探讨政府治理模式之转变。

(一) 谦抑干预理念是政府介入互联网金融的基本理念

近年来,经济法领域提出的谦抑干预理念应当成为互联网金融政府规制的基本理念。经济法谦抑干预理念是指,在自由主义和市场竞争基本假设前提下私法能发生作用之范畴内,经济法作为一个补充性和最后手段性的机制而存在。^③无疑,经济法谦抑干预理念实际上是对传统经济法基本范畴的重大革新。从国家干预到谦抑干预的过程,实际上表明市场在资源配置和经济治理中的作用从“基础性”作用正式转向为“决定性”作用。^④尽管经济法学界也有学者反对谦抑干预理念,并提出“我们是发展中国家,政府在内外经济生活领域中,不是要被削弱、退出,而是要加强对经济事务的掌控和引领”的主张,^⑤但笔者认为,这是一种深受传统计划经济思想影响的观点,其本质恰是吴敬琏教授批判的“强势政府动员”和“分配资源的超强权力”,要求政府“进一步加强对市场的‘驾驭’和对社会经济生活的管控”,^⑥极易引发“国家干预僭越其应然边界”并造成“掣肘市场机制发挥应有作用的‘泛干预主义’”。^⑦

经济法谦抑干预理念在正面回答政府与市场关系的同时,也为互联网金融政府规制提供了正确的理

① 参见毛海栋:《论股权众筹与私募发行的关系及法律定位》,载郭锋主编:《证券法律评论》(2017年卷),中国法制出版社2017年版,第465~479页。

② 参见鲁篱、熊伟:《后危机时代下国际金融监管法律规制比较研究——兼及对我国之启示》,《现代法学》2010年第4期。

③ 参见刘大洪、段宏磊:《谦抑性视野中经济法理论体系的重构》,《法商研究》2014年第6期。

④ 参见丁任重、李标:《供给侧结构性改革的马克思主义政治经济学分析》,《中国经济问题》2017年第1期。

⑤ 参见刘文华:《中国经济法“干预论”之批判》,《首都师范大学学报》(社会科学版)2017年第6期。

⑥ 参见吴敬琏:《厘清市场和政府关系 形成改革合力》,《北京日报》2013年11月25日。

⑦ 参见刘大洪、段宏磊:《谦抑性视野中经济法理论体系的重构》,《法商研究》2014年第6期。

念指引。我国政府在互联网金融立法与治理中秉承一种家父主义的国家干预理念,在互联网金融法治发展进程中,仍然坚持着政府单方面主导、通过开展监管部门间的顶层设计来改变互联网金融业态的老路。换言之,政府依然保持着一种绝对的“基础性”地位。例如,中国人民银行行长易刚提出凡是金融业都必须“持牌经营”。^①众所周知,市场准入的方式包括许可、备案甚至不予干预。由于政府规制的对象是互联网金融的负外部性(系统性风险),基于经济法的主体差异性原理,笔者认为,邢会强教授提出的依据不同互联网金融业态的负外部性采取差异化的市场准入措施是更为科学的法制化进路,^②即经济法只在互联网金融可能出现系统性风险的前提下才采取牌照管理等许可类的准入措施。对涉众性不强、风险识别难度不大、交易金额不高的私募类互联网金融业态,通过商法和诉讼机制即能够实现有效治理,守住不发生系统性风险底线的,经济法不宜主动介入。“一刀切”的牌照监管论,实际上忽略了互联网金融市场主体的差异化风险特质、不尊重私法自治和市场对资源配置的决定性作用,秉承着“监护式”商法识别机制。^③其改革的进路必然是从“监护”转向“服务”,提高金融法吸纳金融创新的能力,^④并更加尊重和突出市场机制的作用。因此,我国政府未来应当更加尊重互联网金融市场在资源配置以及经济治理中的决定性作用。政府过度干预往往是扼杀互联网金融创新和发展的真正凶手,而要鼓励和支持互联网金融创新,就必须实现从主动干预到谦抑干预,从全能国家到“瘦身国家”^⑤的根本转变。

(二)市场优先原则是政府干预互联网金融的基本原则

谦抑干预理念在经济法基本原则领域的映射正是市场优先原则。它是指国家在干预经济的法律制定、法律实施等各大环节当中,必须遵循“市场在资源配置中起决定性作用”的原则。具体来说,市场优先原则包含三大子原则:市场基础原则、国家干预与市场失灵相适应原则和市场先行原则。^⑥

笔者将市场基础原则定义为市场决定性原则,也就是说,尽管政府和市场是两种平行的资源配置和经济调节方式,但政府不能像垄断行政权力资源一样垄断国家经济调节职能。^⑦党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出:“必须使市场在资源配置中起决定性作用”,优先考虑市场机制来进行调节,只有在市场失灵的情况下,才有政府介入的机会和空间。经济法的一个重要职责就是在确认政府经济权力的同时,又对其进行规范以建立一个负责、有限、有效的政府。^⑧在市场调节之下的金融,被称之为“市场金融”。我国金融体制改革的目标就是要从计划经济管理体制下的金融形态转变为“市场金融”形态。^⑨换言之,对金融活动的价值判断应更多地回归市场层面,而不是由监管部门来垄断。^⑩在金融法结构理性原理下,尊重实体经济要素禀赋对最优金融结构的决定性作用即是市场基础原则的典型体现。^⑪鉴此,在互联网金融领域,政府的介入只能出现于互联网金融市场失灵的场合,在通过互联网金融市场自律等形式能够较好地保障市场效率和公平,维护市场稳健运行的前提下,政府的行政权力必须恪守内敛和谦恭的品格,让位于市场。

国家干预与市场失灵相适应原则其实是比例原则这一重要的法治原则在经济法领域的基本要求。判断一项公权力行为是否具有正当性,核心在于衡平赋权与限权背后的社会价值,这恰恰是比例原则介入并

① 参见张末冬:《易纲:任何金融都要持牌经营 监管会实现全覆盖》,《金融时报》2017年9月23日。

② 参见邢会强:《经济法原理在金融法领域中的应用举隅》,载陈云良主编:《经济法论丛》(2018年第1期),社会科学文献出版社2018年版,第212~224页。

③ 参见陈甦:《商法机制中政府与市场的功能定位》,《中国法学》2014年第5期。

④ 参见邢会强:《国务院金融稳定发展委员会的目标定位与职能完善——以金融法中的“三足定理”为视角》,《法学评论》2018年第3期。

⑤ “瘦身国家”特指努力加强相对于国家领域而存在的社会领域的地位,实现国家从很多社会领域的退出。参见[德]乌茨·施利斯基:《经济法》,喻文光译,法律出版社2006年版,第131页。

⑥ 参见刘大洪:《论经济法上的市场优先原则:内涵与适用》,《法商研究》2017年第2期。

⑦ 参见陈婉玲:《独立监管组织法律研究——以金融业分业监管为视角》,上海人民出版社2011年版,第9页。

⑧ 参见张莉莉:《经济法自由理念研究》,中国检察出版社2007年版,第63页。

⑨ 参见吴志攀:《金融法的“四色定理”》,法律出版社2003年版,第309页。

⑩ 参见赵渊、罗培新:《论互联网金融监管》,《法学》2014年第6期。

⑪ 参见刘辉:《金融禀赋结构理论下金融法基本理念和基本原则的革新》,《法律科学》2018年第5期。

发挥功能的领域。^①就市场规制法来说,该项原则要求政府干预力度应当与市场失灵的程度相适应,应当优先考虑内嵌于而非外嵌于市场机制的干预方式,进而辅助市场机制发挥作用,纠正市场失灵。当市场机制已经全部或者部分恢复正常和消除市场失灵的前提下,政府的干预即应当相应的退出市场。总之,政府选择的干预经济的手段应该以消除市场失灵为目的。^②从某种意义上说,国家干预与市场失灵相适应原则其实正面回答了互联网金融政府干预的角度和力度问题,即国家干预互联网金融既要优先选择内嵌于市场机制的权力运行模式,又要特别注意干预的副作用和对市场机制的破坏力问题。^③该原则的法律表现形式就是,制定出具有弹性(或者灵活性)的金融法律制度,保持金融法律和金融监管与金融发展之间的因势而变。^④

市场先行原则是指根据现有的理性主义和经验主义判断,无法得出市场机制是否失灵,即市场是否能够有效配置资源的时候,政府应当做出市场机制有效推定假设,并进而保持对市场的敬畏和尊敬,暂不进行干预。其理论基础在于,政府的公权力本质上来自于公民的授权,当公权力已然作为一种资源被政府掌握之时,由于存在谋求自身利益最大化之可能,政府对公权力的运用可能会产生非预期的结果。^⑤换言之,由于政府的行为也是通过个人行为予以实施的,缘于个人之有限理性,政府失灵不可避免。^⑥此外,不完全信息、激励与政府的效率、政府的浪费以及对公共项目的反应难以预料等均是政府失灵的主要原因。^⑦推而言之,当对市场是否失灵并无明确认定的情况下,坚持市场先行原则可能引发的风险将会显著降低。市场先行原则实际上很好地回答了政府介入互联网金融的时机问题。实践中,我国政府对互联网金融出台的诸多政策措施实际上并未严格遵循市场先行原则。例如,禁止互联网金融企业上市、禁止互联网金融企业在新三板市场挂牌等,政府仅凭对一部分互联网金融企业违法违规事实查处的经验判断,就一概禁止整个行业的自由融资权,这种“一人生病,全家吃药”的监管模式显然已经构成过度监管。

(三)金融民主原则是政府干预互联网金融的绩效保障

金融民主是经济民主的基本要求和重要体现,也是金融立法与治理的重要原则之一。互联网金融正是借由互联网这种高新技术推动了金融的民主化。参与民主是金融民主的核心范畴。金融民主在横向和纵向两大层面对互联网金融领域公权力的运用提出了要求:

1. 在横向层面,金融民主要求政府在运用公权力介入互联网金融立法亦或是监管之时,必须广泛征求多方面的意见和建议,从而将政府的相关决策和立法行为建立在对话式的框架之上。“参与型管制”工具优于“单向度管制”工具。^⑧哈贝马斯将民主尤其是公共领域的民主视为现代法治国的活水之源与存在之本。^⑨而罗伯特·席勒则认为,金融民主化有利于降低金融不平等的程度,从而塑造更公平的世界。^⑩我们认为,金融民主不仅是政府争取互联网金融立法与治理正当性的基本前提,也是互联网金融法律得以顺利实施的重要保障。

2. 在纵向层面,金融民主原则尤其关注中央金融监管权与地方金融监管权之间的合理界分以及协调配合。在金融规制方面,“中央适度赋予地方政府金融监管权既是金融市场发展的客观需要,也是地方政府管理职能的内在要求,具有正当性”。^⑪为此,我国互联网金融政府规制也必须依据金融民主原则,处理好中央和地方金融监管权之间的合理配置问题。正如前述,中央和地方金融监管权尽管立场与本位、利益

① 参见裴炜:《比例原则视阈下电子侦查取证程序性规则建构》,《环球法律评论》2017年第1期。

② 参见许玉镇:《比例原则的法理研究》,中国社会科学出版社2009年版,第171页。

③ 参见[英]安东尼·奥格斯:《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,中国人民大学出版社2008年版,第152~153页。

④ 参见周仲飞、弓宇峰:《法律在国际金融中心形成与发展中的作用》,《法学》2016年第4期。

⑤ 参见刘大洪:《政府权力市场化的经济法规制》,《现代法学》2013年第2期。

⑥ 参见李昌麒:《经济法学》,中国政法大学出版社2011年版,第43页。

⑦ 参见[美]斯蒂格利茨:《经济学》(上册),梁小民、黄险峰译,中国人民大学出版社2000年版,第145~149页。

⑧ 参见朱新力、余军:《行政法视域下权力清单制度的重构》,《中国社会科学》2018年第4期。

⑨ 参见张翠:《合法之法与民主法治理想——哈贝马斯的法治观及其现实启示》,《理论导刊》2015年第6期。

⑩ 参见[美]罗伯特·席勒:《金融与好的社会》,束宇译,中信出版社2012年版,第337~349页。

⑪ 段志国:《我国金融监管权的纵向配置:现状、问题与重构》,《金融理论与教学》2015年第3期。

关注点可能存在较大的差异,但各有其优势又各自能够对互联网金融治理发挥其有益的价值。基于参与民主理念以及互联网金融的基本特征及对金融监管权配置的特殊要求,纵向的金融民主特别强调对地方金融监管权的合理运用以及对其行使的积极性的调动。舍此,互联网金融治理很难保证政府与市场之间的良性互动,这自然也会影响互联网金融政府规制的真实绩效。

综上,金融民主原则实际上很好地回答了我国互联网金融立法与治理中干预主体选择方面的两难问题。单一的或者纯粹的中央或者地方干预实际上均无法胜任互联网金融的立法和治理重任,因此,必须正确配置两者的干预范围和治理权限,并形成良好的互补和互动,才能提高互联网金融立法与治理的实效。

四、我国互联网金融政府规制的法治化进路

通过对互联网金融政府规制两难困境的梳理以及法哲学分析,我们可以看到,在处理政府与市场关系问题的“剩余原则”理论框架下,互联网金融立法与治理中,政府角色的定位和政府公权力的运用是高度理论化和实践性非常强的复杂课题。要破解互联网金融政府规制的两难困境,需要在前述基本理论的指引下,从互联网金融法律制定及其运行的各大环节开展细致工作。鉴此,下面从互联网金融立法、互联网金融监管执法、互联网金融司法等核心环节提出对策性建议,以期为破解互联网金融政府规制的两难困境提供可资借鉴的金融法治之道。

(一)互联网金融立法理念、立法体制与立法技术的更新与重构

如果把法治理解为一种状态与结果,作为法律制度的“法制”便是其前置因素。^① 金融法治的重构应当具有全面性和前瞻性。^② 互联网金融立法是一项系统性工程。与其他经济金融类立法相比,处于金融创新最为活跃的互联网金融领域的立法无论是在立法指导思想 and 理念、立法体制还是立法技术与方法等方面,均对立法者提出了更高的要求。

1. 在互联网金融立法指导思想和理念方面,我国互联网金融立法必须一以贯之遵循谦抑干预理念、市场优先原则和金融民主原则。这体现在,一方面应时刻保持高度的对市场自律机制和商法机制的尊重和敬畏,但凡通过两者能够达成较好的治理效果,守住不发生系统性风险底线的,金融(监管)法就必须主动让位,充分运用市场自律机制和商法机制对互联网金融进行治理,以保持互联网金融的创新性。须知互联网金融监管完善的过程应当是“一个从外部监管向行业自律转化的过程”。^③ 另一方面,互联网金融立法必须广泛吸引公众特别是互联网金融平台、互联网金融协会等主体和组织的民主参与,从而确保立法内容的科学性和公正性。否则,政府介入互联网金融并出台的各种法律制度很可能对市场机制和市场公平产生破坏,对市场主体的利益造成减损,对市场运行的效率造成阻遏。

例如,我国禁止互联网平台在资本市场融资的限制性立法,其是否通过市场自身机制即可实现优胜劣汰?值得进一步斟酌。政府的一纸禁令实际上涉嫌损害优质平台的金融权。^④ 政府真正的职能归位应当是加强对不良平台违法违规行为的查处以及对平台不良资金运用行为的治理。再如,由于法律是金融交易的制度根基,金融法需要对以信用风险为基础、不断上升和扩大的风险螺旋进行层层解构。^⑤ 但是,在涉及互联网金融的交易信用和信用风险立法的过程中,政府绝不能固守传统官方征信模式,而完全可以充分信任市场机制的作用,除了可以去行政化,开放人民银行官方征信系统给互联网金融平台共享和使用信息外,立法还应当保护和促进新兴的互联网金融征信公司和产业的发展,鼓励区块链技术的运用,通过市场化手段克服和破解互联网金融的交易信用难题。

^① 参见张志铭、于浩:《共和国法治认识的逻辑展开》,《法学研究》2013年第3期。

^② 参见强力主编:《金融法学》,高等教育出版社2003年版,第40页。

^③ 参见宋怡欣、吴弘:《P2P金融监管模式研究:以利率市场化为视角》,《法律科学》2016年第6期。

^④ “金融权”的概念由杨东教授提出,是指以可承担的成本享受公平合理的金融服务的权利。参见杨东、文诚公:《论互联网金融背景下金融权的生成》,《中国人民大学学报》2015年第4期。

^⑤ 参见杨东:《互联网金融的法律规制——基于信息工具的视角》,《中国社会科学》2015年第4期。

2. 在互联网金融立法体制方面,根据金融民主原则,要进一步明确和优化互联网金融中央立法权与地方立法权的划分以及对权力运行的监督。立法体制是有关立法权限、立法权运行和立法权载体诸方面的体系和制度所构成的有机整体。中央和地方立法权力的划分体制是立法体制的重要组成部分。^① 金融民主的核心是建立民主的金融立法体制。互联网金融本身的民间金融属性决定了与传统金融相比,其具有更大的隐蔽性、流动性和自由度更高的特征。^② 我国政府实践中往往将互联网金融拆分为“互联网”和“金融”两个部分,并直接套用传统的监管手段对“金融”部分实施监管。^③ 事实证明,传统的金融监管很难跟踪其运行的轨迹并对其实施有效的治理。我国目前互联网金融立法体制强调中央不同部门特别是国务院各部委之间的立法权限的分配,而相对忽视地方金融立法权的界定、规范及其与中央金融立法权之间的协作问题。实践中,往往在治理效果不佳的情况下开展所谓的“专项整治”,当地方金融立法权界定不明时,各地进行专项整治的力度差异巨大,^④由此可能诱发的政府二次失灵对互联网金融市场和行业的打击是不可估量的。

中央和地方两级政府的两种存在位阶高低的不同立法权力资源的配置问题,本质上代表了现行框架下对互联网金融市场不同的介入主体的认可。合理划分互联网金融中央立法权与地方立法权之间的界限并做好两者之间的无缝对接是互联网金融立法权体制的核心内容。中央立法权在金融风险的宏观审慎管理方面优势明显,而从契合互联网金融市场本身的特征以及互联网金融市场金融监管权的生成和衍生路径来看,目前中国特别需要强化地方金融立法权的配置。此外,互联网金融本身所具有的强烈的区域性、地方化色彩决定了一旦出现问题将会带来区域性的影响和冲击,^⑤而一旦引致地区性、地方性金融风险,地方金融监管难辞其咎。^⑥ 无疑,这也是中央将其立法权部分授予地方的重要理论根据。当然,在强化地方金融立法权配置的同时,还必须突出中央对地方立法权的监督和规范。

3. 在互联网金融立法技术与方法方面,立法权的行使应特别强调与市场机制的衔接与配合,并从市场内部治理中充分吸取有益的经验。谦抑干预理念是“让市场在资源配置中起决定性作用”的必然要求,但谦抑干预并不意味着政府的放任和不作为。相反,必须“更好地发挥政府的作用”。“更好”不是跟市场的决定性作用相比,而是跟“过去的做法”比。^⑦ 随着传统社会中政府与企业的“管理—被管理”的关系模式更多地演化为“管理者—服务者”的关系模式,^⑧在互联网金融政府规制中,政府作用的发挥应特别加强与市场的衔接与配合,遵循市场先行原则。根据法经济学理论,外在制度的有效性在很大程度上取决于它们是否与内在演变出来的制度互补。^⑨ 例如,在制定互联网金融合格投资者法律时,可以通过广泛的市场调查,并着重运用云计算和大数据技术等互联网金融科技对现有开展 P2P 网贷和股权众筹的投资者的投资额度、投资偏好、投资经验以及投资风险进行评估和分析,以确保合格投资者标准的合理性、科学性及其在保障互联网金融市场效率和管理互联网金融市场风险方面的切实可行性。总之,互联网金融呼唤更加市场化和智能化的监管策略,“更好地发挥政府的作用”并不违背谦抑干预理念,其始终伴随着政府对市场优先原则的遵循和对市场机制的学习借鉴,只有同时发挥政府与市场各自的优势,增强两者的互动与融合,互联网金融治理才能达到更佳的效果。

(二) 互联网金融监管执法权力配置、执法模式和风险治理工具的革新

互联网金融监管执法是指中央金融监管和调控部门以及有权的地方政府部门依照法定的权限和程

① 参见汪全胜:《制度设计与立法公正》,山东人民出版社 2005 年版,第 38 页。

② 参见高晋康:《民间金融法制化的界限与路径选择》,《中国法学》2008 年第 4 期。

③ 参见彭岳:《互联网金融监管理论争议的方法论考察》,《中外法学》2016 年第 6 期。

④ 参见岳品瑜:《最严监管落地 地产互金平台面临整改》,《北京商报》2016 年 8 月 29 日。

⑤ 参见刘飞宇:《互联网金融法律风险防范与监管》,中国人民大学出版社 2016 年版,第 40 页。

⑥ 参见帅青红、李忠俊、彭岚、陈彩霞:《互联网金融》,东北财经大学出版社 2016 年版,第 277 页。

⑦ 参见吴敬琏:《供给侧结构性改革政府如何“有所为”》,《北京日报》2016 年 5 月 9 日。

⑧ 参见刘辉:《我国自贸区准入前国民待遇与负面清单管理制度研究》,载陈云良主编:《经济论丛》(2018 年第 1 期),社会科学文献出版社 2018 年版,第 324~356 页。

⑨ 参见[德]柯武刚、史漫飞:《制度经济学:社会秩序与公共政策》,韩朝华译,商务印书馆 2000 年版,第 36 页。

序,对互联网金融企业和互联网金融市场进行监管,贯彻实施互联网金融法律法规的行为。在谦抑干预理念、市场优先原则和金融民主原则的指导下,破解互联网金融监管执法中政府的两难困境,需要围绕监管执法权的配置、监管执法模式改革以及系统性金融风险管理工具的创新等方面展开。

1. 要处理好不同级别监管权力的配置以及政府的监管权如何与市场机制和市场自治权的互动与合作的问题。在监管执法权限配置上,金融民主原则要求必须突出对地方金融监管权的配置、运行和监督。在我国,目前的互联网金融监管执法权主要以“一行两会”为主,当然,地方政府对类金融机构和准金融机构等开展的互联网金融业务也在一定程度上行使着监管权,但主要还是局限于市场准入的许可权和市场退出的监管权。^①

以P2P网贷行业的监管为例,在目前的监管框架下,地方政府对网贷平台的登记备案履行着监管权,但对平台的日常业务经营行为的监管则主要由中国银行保险监督管理委员会(以下简称中国银保监会)及其分支机构行使。从表面上看,通过这种分工合作的监管能够有效控制市场风险。但是,实际运行中却面临着大量的问题:一方面中国银保监会在县级(包含县)以下行政区域是没有分支机构的,这导致该部门很难实实在在履行监管职责。另一方面,从理论上讲,地方政府的准入监管和中国银保监会及其分支机构的行为监管之间必须建立制度化的信息沟通渠道,^②但实践中两者之间完全是两张皮,尽管存在信息交流,但在监管行为的沟通以及监管的改进等方面无法达成理想的效果。要从根本上解决监管主体分置的两难问题,根据金融民主原则,在纵向层面,我们建议通过立法下放更多的行为监管权予地方,中国银保监会及其分支机构更多地负责监管方法方面的指导。在横向层面,必须清醒地认识到,一个切实可行并有效的法律制度必须以民众的广泛接受为基础,^③监管主体对监管所具有的复杂的体系化效应特别是公众心中的心理投射的忽视,是监管失灵的重要原因之一。^④在这方面,自律组织的行业自律已经开始发挥辅助政府监管机构防范系统性风险的新价值,^⑤并且其最大特征就是“嵌入式”,^⑥对消除市场主体的内心抵触显然具有天然的优势。金融监管的协调性原则本身即包含了行政监管与自律性监管相结合的含义。^⑦因此,我们应当进一步加强互联网金融监管与自律组织自治两者的结合。

2. 在监管执法模式的创新上,要选择更多的内嵌于市场的创新监管方法。互联网金融是推动金融监管创新的市场内生动力。^⑧市场优先原则一方面要求政府主动将对互联网金融的干预后置于市场机制,尊重市场机制和市场自治,同时又要学习市场的运行和发展规律以及自律组织的治理经验,于是监管科技^⑨和人工智能的运用伴随着金融科技的发展,已经日益在实践中开始推广和普及。另一方面,国家干预与市场失灵相适应原则要求政府对互联网金融更多选择内嵌于而非外接于市场的监管方法,时刻保持对市场的最低侵扰,同时达到政府与市场治理的最佳弥合效果,提升治理绩效。

晚近,起源于英国的沙盒监管(Regulatory Sandbox)为我国政府应对金融科技快速发展背景下金融监管执法模式的变革指明了方向。沙盒监管是指政府直接为入选沙盒的互联网金融市场主体提供一个试验地,即模拟真实市场的“缩小版”的监管沙盒,对其实施适度宽松的法律监管,鼓励互联网金融创新。同时政府实时掌握、跟踪和记录大量的互联网金融市场数据以及金融消费者的真实消费体验,入选沙盒的互联网金融市场主体会根据这些数据进一步完善和改进金融创新,并保障最终投入市场的效果。显然,沙盒监管不仅能够将政府的监管内嵌于市场本身,而且真正构建起监管者与创新者之间更“结构化”且“透明”

① 参见曾威:《互联网金融竞争监管制度的构建》,《法商研究》2016年第2期。

② 参见殷宪龙:《互联网金融之刑法探析》,《法学杂志》2015年第12期。

③ 参见[美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第370页。

④ 参见管斌:《金融法的风险逻辑》,法律出版社2015年版,第114页。

⑤ 参见罗明雄、侯少开、桂曙光:《P2P网贷》,中国财政经济出版社2016年版,第336~337页。

⑥ 参见刘庆飞:《多重背景下金融监管立法的反思与改革》,上海世纪出版集团2015年版,第87页。

⑦ 参见刘定华主编:《金融法教程》,中国金融出版社2010年版,第48~49页。

⑧ 参见杨东:《互联网金融风险规制路径》,《中国法学》2015年第3期。

⑨ 监管科技最早是接受监管的金融机构为应对高昂的监管合规成本所设,后来监管科技成为金融监管部门应对金融科技的进步和发展的日常监管工具,其主要功能优势是更好地识别和处理金融创新环境下的各种系统性金融风险。

的沟通与交流机制,^①实现政府与市场两种资源配置方式的有机融合,消除监管过程中监管者与被监管者之间的矛盾和抵触情绪,提升监管实效。因此,沙盒监管可作为我国政府未来对金融科技监管的重要参考。

3. 在系统性金融风险的管理上,中国人民银行和中国银保监会等监管部门要选择市场化的风险量化和管理工作、管理方法。从金融抑制走向金融深化的限度是防范金融风险。^②从某种意义上讲,金融监管的本质是一种风险监管,也可称其为风险管理,包括系统性风险与非系统性风险,其目标是维护金融安全与稳定。^③系统性风险事关金融甚至经济全局,是全局性风险,^④具体是指金融市场发生系统危机或崩溃的可能性,其个别金融机构或环节的问题蔓延开来,最终使整个体系的运作遭到破坏。^⑤系统性风险的监测与识别是防范和化解金融系统性风险的前提和基础。^⑥市场优先原则不仅仅突出市场机制的决定性作用,同时也强调政府风险管理方式的转变。只有更加市场化而非行政化的风险管理方式和方法才能更好地迎合和对接市场,才能达到最佳的风险管理效果。

以压力测试工具为例,金融监管部门可通过进行系统性的压力测试对我国互联网金融企业的风险状况作出评价并确立进一步的监管安排。特别是涉及众筹、网贷、支付、理财、保险等多种互联网金融业务的大型互联网金融企业,如京东金融、蚂蚁金服等,监管部门可效仿对银行业、证券业、保险业等传统金融机构开展分行业、分机构的流动性风险压力测试,包括房地产互联网贷款流动性压力测试等。压力测试工具对特定时期特定领域的互联网金融过热的出现具有很强的风险预警和风险管理效果。^⑦

同样,金融市场导向的商业银行经济资本管理方法^⑧也可以成为我国互联网金融系统性风险管理市场化改革的突破口。特别是对P2P网贷企业,政府基于市场优先原则一般不能直接干预互联网平台发放贷款的行业类别。但是,行业集中度过高尤其是集中于一些产能过剩的行业、国家限制甚至禁止的行业,无疑对互联网金融市场的整体风险积聚造成重大的影响,这恰恰是金融监管的重要内容。在对银行业金融机构的监管中,中央银行和监管部门乃至各级人民政府大量地出台信贷政策的做法不得不说对市场主体的经营权造成了一定程度的侵害。^⑨然而,对互联网金融而言,如果监管当局通过制定和调整互联网金融企业在不同行业的经济资本系数(在系数法计量下)或者经济资本参数(在模型法计量下)的办法对其资产业务进行调控,则不仅不会直接干预互联网金融企业的自主经营权,而且能够更好地计量、识别和管理系统性风险,既秉持了谦抑干预理念和市场优先原则,又能达到更佳的互联网金融治理效果。

(三)互联网金融包容性司法理念与司法科技的保驾护航

规范金融市场的途径不限于行政监管,效力更具强制性的司法裁判也是一种重要手段。^⑩在互联网金融的立法与治理中,政府面临着鼓励创新与控制风险的两难。根据经济法谦抑干预理念和市场优先原则,国家对互联网金融市场的干预应当保持适度的谦让、保守、内敛的品性,充分发挥市场的“第一性”作用。可以说,市场在资源配置中的“第一性”作用其实是提供推动互联网金融创新的元动力。那么随之而

① 参见许多奇:《金融科技的“破坏性创新”本质与监管科技新思路》,《东方法学》2018年第2期。

② 参见冯果、袁康:《走向金融深化与金融包容:全面深化改革背景下金融法的使命自觉与制度回应》,《法学评论》2014年第2期。

③ 参见邢会强:《证券期货市场高频交易的法律监管框架研究》,《中国法学》2016年第5期。

④ 参见韩龙、彭秀坤、包勇恩:《金融风险防范的法律制度研究——以我国金融业对外开放为重心》,中国政法大学出版社2012年版,第4页。

⑤ 参见祁敬宇:《金融监管学》,西安交通大学出版社2007年版,第85页。

⑥ 参见叶文庆:《金融业宏观审慎监管法律问题研究》,法律出版社2015年版,第152页。

⑦ 例如,在2015年股灾之前以及2016年底至2017年初各地房地产市场开始限购之前,大量的P2P网贷、股权众筹以及支付行业的资金参与到股票市场和房地产市场的炒作。如果通过压力测试对一些大型互联网金融企业的金融风险进行测试、评估、预警,并根据测试结果暂停和调整相关机构的业务和炒作行为,对整体市场风险的管理无疑是大有裨益的,也不会出现后来的大量互联网金融平台的倒闭潮。

⑧ 经济资本是商业银行根据自己的业务经营状况评估的用以减缓风险冲击、承担非预期损失的资本。参见梁家全:《商业银行监管套利的法律规制》,法律出版社2016年版,第27页。

⑨ 参见刘辉、陈向聪:《我国信贷政策管理法制度化之迷思与路径》,载张守文主编:《经济法研究》(第17卷),北京大学出版社2016年版,第114~128页。

⑩ 参见季奎明:《论金融理财产品法律规范的统一适用》,《环球法律评论》2016年第6期。

来的问题我们也必须正确面对:政府的干预总是谦抑的,从某种意义上讲也是相对滞后的。我们在为互联网金融市场创新提供活力四射的基础环境的同时,对个别平台、个别产品、个别互联网金融企业的个案风险应当如何治理呢?答案就是:互联网金融司法。互联网金融司法是在鼓励金融创新和政府谦抑干预下,守住金融风险底线的重要保障机制。

在司法理念方面,互联网金融司法应当坚持经济法谦抑干预和市场优先原则,始终恪守支持和鼓励金融创新的包容性理念。因为司法的目标并不在于干预经济,而是通过维护市场诚信和秩序,促进市场自律和发展。^①在不违反法律基本规定的前提下,互联网金融司法必须鼓励符合市场供求规律的交易行为。互联网金融司法的对象往往是互联网金融技术、金融产品与合同争端,人民法院在判断互联网金融技术和金融产品的合法性、互联网金融合同的效力的时候,特别是在现有法律并没有明确规定的情况下,只要其对市场本身不构成系统性金融风险,同时通过市场自律机制即能很好地控制风险的,那么这些市场导向的互联网金融产品、技术与合同就是合法的、有效的。质言之,互联网金融司法本身即承载着看上去似乎互相悖谬的两种价值目标体系:金融创新与金融稳定。当这两大价值体系发生冲突的时候,人民法院的正确选择是:以包容性理念为指导,在鼓励创新的前提下,维护金融稳定。进言之,鼓励创新是互联网金融司法的第一价值目标。

在处理司法权与市场机制以及行政监管权之间介入互联网金融可能存在的共时性冲突时,要坚持“市场—行政权—司法权”的递延式公权力运用规则,坚守司法的被动性本能,维护司法作为社会正义的最后一道防线的正确定位。从本质上讲,自律性本身即是指主体以对社会规范的自我意识和自我认同为基础实行的自我约束。^②相较于他律机制,市场自律机制更有内生力,可以有效弥补政府行政监管方式的局限性。^③行业内部自律不仅更加贴近业务实际,掌握最新动向,更起到连接政府与企业的纽带作用。^④因此,互联网金融司法要尊重互联网金融市场自律机制和互联网金融监管执法机制两套纠纷处理机制的地位和作用。以中国互联网金融协会、各地的P2P网贷协会、股权众筹协会等为代表的市场自律机构不仅本身贴近市场,掌握第一手的市场行情和数据,而且更能从本源上化解矛盾,保持互联网金融市场效率,并维护互联网金融市场稳定。互联网金融司法要尊重、认同和支持市场自律机制在解决互联网金融纠纷方面的作用。

不仅如此,互联网金融司法在纠纷处理体系中的选择位阶也劣后于互联网金融监管执法。在中国的金融监管实践中,面对金融监管部门及其所代表的监管权,被监管人往往会考虑如何与监管机构进行“沟通协调”,而不是首先考虑提起行政诉讼。^⑤这是由于,司法具有被动性——“不告不理”,而行政则具有主动性——“主动干预”。互联网金融监管机构的监管执法检查是主动的,其立案来源可以多种多样:现场检查、非现场监管以及群众举报均可。但是,互联网金融司法当且仅当当事人将案件主动向人民法院提起诉讼时,才有其介入的余地。并且,从互联网金融司法的价值功能来说,也应当明确司法功能的“有限性”观念,进而才能根本性地解决“案多人少”的矛盾。^⑥总之,互联网金融司法必须充分尊重市场与监管。

在司法的技术方法方面,互联网金融司法必须主动求变,学习互联网金融市场中新兴的互联网金融科技、互联网金融监管科技在互联网金融司法领域的运用,探索互联网金融司法科技的运用。互联网金融司法科技是司法(Judicial)和科技(Technology)的融合,是笔者提出的为适应互联网金融科技和互联网监管科技的新兴司法概念,是信息技术、数据科学以及人工智能等高科技在司法领域的运用。换言之,司法科技就是司法过程的科技化,司法科技不仅仅是一种有效的司法技术和工具,更是一种引导司法领域范式转

^① 参见上海市第二中级人民法院课题组:《金融司法的价值取向、指导原则与裁量规则》,载应勇主编:《金融法治前沿(2011年卷):金融发展与金融法治环境》,法律出版社2011年版,第199页。

^② 参见张文显:《法哲学通论》,辽宁人民出版社2009年版,第45页。

^③ 参见徐孟洲:《金融监管法研究》,中国法制出版社2008年版,第254页。

^④ 参见刘志云等:《福建自贸区重大法律问题研究》,厦门大学出版社2016年版,第332页。

^⑤ 参见张红:《证券监管措施:挑战与应对》,《政法论坛》2015年第4期。

^⑥ 参见孙笑侠:《论司法多元功能的逻辑关系》,《清华法学》2016年第6期。

换的核心变量。互联网金融司法科技的提出是经济法谦抑干预理念和市场优先原则的应然要求和必然趋势。只有通过司法科技,互联网金融司法才能更好地契合互联网金融市场和互联网金融监管。就我国目前的实际来说,互联网金融司法科技对在线解决金融纠纷、大数据和人工智能取证等领域具有最为迫切的运用价值。

五、结语

我国互联网金融政府规制面临着介入时机选择、介入主体选择以及介入力度等方面的两难困境。解决这一问题的根本出路在于准确界定政府在互联网金融立法与治理中的权力边界。以经济法政府与市场关系的基本原理为基础,结合我国互联网金融的发展规律,我们认为,对政府角色的厘定必须遵守谦抑干预理念、市场优先原则以及金融民主原则。

要破解政府介入互联网金融的两难困境,其实践进路必须从立法、监管执法与司法三个方面同时发力。在立法方面,首先必须更新互联网金融立法的基本理念,保持对市场机制的尊重和敬畏,注重金融民主之下的立法多方参与机制的构建。其次,要坚持民主的互联网金融立法体制,优化互联网金融中央立法权与地方立法权的划分以及对权力运行的监督。最后,在立法技术与方法方面,应特别强调与市场机制的衔接与配合,并从市场内部治理中充分吸取对立法有益的经验。

在监管执法方面,金融民主原则要求必须突出对地方金融监管权的配置、运行和监督。而市场优先原则要求必须更多地选择内嵌于市场机制的创新监管方法。同时,在系统性金融风险的管理上,以市场为导向的压力测试方法以及经济资本管理方法等创新监管模式值得在互联网金融领域运用和推广。

在互联网金融司法方面,应当恪守经济法谦抑干预和市场优先原则之下的包容性司法理念。自觉将司法作为社会正义的最后一道防线,坚持“市场—行政权—司法权”的递延式的公权力运用规则。另外,笔者提出司法科技的概念,作为引导司法领域范式转换的核心变量,以应对和契合互联网金融科技创新发展以及互联网金融监管科技带来的司法技术革命。互联网金融司法科技概念的提出是经济法谦抑干预理念和市场优先原则的应然要求和必然趋势。

责任编辑 翟中鞠