

互联网金融的法治路径

李爱君

(中国政法大学金融财税法研究所 北京 100088)

内容提要: 互联网金融在创新过程中,在对我国金融服务的层次上起到了一定补充作用的同时也存在对已成立的法律制度的突破,因此给整体的金融市场带来一定的不稳定性,而且影响了互联网金融本身健康与持续的发展和整个经济秩序的稳定,同时对投资者的财产构成欺诈性地剥夺。为充分发挥互联网金融对经济发展的作用,并保持该行业的持续发展与金融秩序的稳定及对投资者的财产的保护,互联网金融应回归到法制的轨道上来:一是互联网金融应对已成立的法律普遍服从;二是互联网金融需要良法之治;三是建立互联网金融监管制度。

关键词: 互联网金融 互联网金融本质 互联网金融法治 互联网金融风险特征 互联网金融监管

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2016.02.006

一、互联网金融应对已成立的法律普遍服从

(一) 互联网金融的本质是金融

互联网金融的本质就是找出其本身所固有的根本属性的研究,^①是解决互联网金融问题的基础。从金融功能、金融发展史、金融与货币的关系、金融风险四个方面看,互联网金融的本质仍是金融,是金融就应该服从已成立的法律。从金融的功能看,互联网金融仍然是“金融”的功能。功能这个概念是重要的方法论,其所要

表达的是事物之间的关系,而且决定着事物的本质。兹维·博迪(Zvi Bodie)和罗伯特·C·莫顿(Robert C. Merton)从金融系统最基本的资源配置的职能出发,列出了金融系统执行的六项基本职能:^②在时间和空间上转移资源、管理风险、清算和支付结算、储备资源和分割股份、提供信息、解决不对称信息带来的问题。^③金融是市场行为,是人们资产的变换,是以利息为尺度的权利与义务的承诺。^④非金融机构借助互联网技术创新的P2P、众筹功能仍然属于上述

作者简介:李爱君(1965—),女,汉族,山东曲阜人,中国政法大学金融财税法研究所教授,中国政法大学金融创新与互联网金融法制研究中心主任。

① 转引自柯武刚、史漫飞《制度经济学:社会秩序与公共政策》,商务印书馆2000年版,第31页。

② [美]兹维·博迪、罗伯特·C·莫顿《金融学》(中译本),中国人民大学出版社2000年版,第23~30页; Robert C. Merton, A Functional Perspective of Financial Intermediation, *Financial Management*, vol. 24, No. 2, Summer 1995.

③ 支付结算是金融体系的基础性功能,资源配置是金融体系核心功能,而风险管理是金融体系的高级功能。

④ 曾康霖《论金融理论的创新》,载《金融理论与实践》2001年第6期。

范畴,因此没有改变“金融”的功能,只是改变了实现原有功能的行为方式,因此其本质还是金融。

从金融历史演进看,互联网金融是金融满足社会需求发展的一个历史阶段。金融发展是金融功能不断扩展和提升的历程。金融的发展不能忽视历史因素,将其视为静态是违反客观规律和缺乏科学性的,因为任何事物都有一个从低级到高级,由简单到复杂的发展过程。金融的发展同样遵循这一发展规律。金融功能演进史表明金融本身是由简单到复杂的发展过程。^⑤ 互联网金融的兴起和发展是金融发展的一个历史阶段;从货币与金融的关系看,互联网金融是电子货币的产物。货币过程本身就是一种金融过程,所以,金融制度的成熟和完善就是货币制度的成熟和完善。^⑥ 在历史的发展过程中,货币的形态是由低级向高级不断演进的。不同的货币阶段对应不同的金融结构。米尔顿·弗里德曼的货币促成金融创新理论认为,金融创新的出现主要是货币方面因素的变化所引起的。^⑦ 互联网金融的这一创新恰恰是由于货币的表现形式这一因素发生了变化而进行的金融创新,如P2P借贷平台、众筹与第三方支付等都是建立在电子货币的基础之上的,如没有电子货币的产生,就无法实现这些模式的产生。互联网金融是通过电子货币突破了现实世界的

时空限制,信息交流、资金流在网上迅速传送,因为电子货币在使用和结算过程中,不仅简化了使用传统货币的复杂程序,而且不受时间、地点、服务对象等限制。^⑧ 因此互联网金融是电子货币的产物,因此其本质还是金融。

从互联网金融的风险看,互联网金融并没有改变金融风险的本质特征。金融风险是指经济主体在金融活动中遭受损失的不确定性或可能性。^⑨ 金融风险是金融活动的内在属性。只要存在金融活动,就必然存在金融风险,或者说,金融风险与金融活动是不可分离的。金融风险的存在恰恰是金融市场的一个重要特征。互联网金融是金融与现代互联网技术有机结合的产物,P2P与众筹等并没有改变金融风险本质,仍然具有传统金融风险特征:第一,互联网金融具有信用风险。众所周知,金融的主要风险是“信用风险”,^⑩P2P和众筹的运行模式所形成的法律关系及实践证明其主要风险仍是信用风险。第二,互联网金融具有流动性风险。流动性风险一般是由于资产的流动性发生变化而使持有者把资产变现使发生价值损失的可能性。^⑪ P2P平台的流动风险来源于平台的本金保障承诺和平台的“拆标”行为等。很多平台以风险准备金的形式提供对出借人的本息保障,由于要保本付息,平台承担起了资金垫付的

⑤ 人类的金融业发展历程最早可以追溯到古代巴比伦和一些世界文明的发祥地。在古罗马,曾出现最古老的银行。现代银行业的奠基始于文艺复兴时代的意大利。13世纪出现了汇票。16世纪法国政府最早发行长期债券。这些早期的金融业态的萌芽,无一不是根据社会的需求而发展演变的结果。

⑥ 孙杰《货币与金融——金融制度的国际比较》,社会科学文献出版社1998年版,第85页。

⑦ 杨有振、侯西鸿等《金融开放:创新与监管》,中国金融出版社2002年8月版,第164页。

⑧ 王蜀黔《电子支付法律问题研究》,武汉大学出版社2005年版,第7页。

⑨ 金融活动中的不确定性是金融风险产生的根源。金融活动的不确定性越大,金融风险就越大;反之,金融活动的不确定性越小,金融风险也越小。金融活动的不确定性包括外在不确定性和内在不确定性两种,内在不确定性导致的金融风险即为非系统性风险,外在不确定性导致的金融风险称为系统性风险。

⑩ 信用风险是指债务人或交易对手未能履行合同所规定的义务或信用质量发生变化影响金融产品价值,从而给债权人或金融产品持有人造成经济损失的风险。

⑪ 对商业银行而言流动性风险是指银行的流动性来源不能满足流动性需求,从而引发清偿问题的可能性。证券市场上的流动性风险是指交易的一方不能在预定的结算日足额交付证券或资金而给另一方带来的不确定性。互联网金融仍然具有流动性风险。

压力,而一旦出现大规模的违约,出借人恐慌性提现,平台的资金不足以覆盖全部逾期债务时,平台便会面临流动性风险;拆标是将一笔大的资金需求拆分成多笔小额、短期的资金需求,然后再打包成不同期限的固定收益理财产品。这种方式需要不断地“借新还旧”,即庞氏骗局,一旦没有足够的新的出借量,就会导致资金链的断裂,引发流动性风险。第三,互联网金融具有操作风险。^⑫首先,无论是金融机构从事的互联网金融,还是非金融机构从事的互联网金融都是企业性质,是企业就涉及到内部控制、内部管理以及操作。由于互联网金融是一种新的金融模式,其风险特点、运行规律还没有完全被掌握,因此对其管理及操作还不健全,尤其非金融机构利用互联网技术从事金融服务,对公司的治理结构、管理团队、从业人员目前都没有一定的监管要求,因此存在操作风险而且比传统金融机构的操作风险还大。

综上所述,互联网金融的本质是金融,是互联网与金融的有机结合,但不是简单的嫁接,是科学技术的发展与金融本质属性的要求相结合的产物,是采用新技术和方法改变原有金融体系基本要素的搭配和组合而提供新的金融功能模式的过程,其目的是要形成新的流动性、盈利性和安全性重组,从而提高金融效率;互联网金融是金融本质属性的不变性与金融形式可变性要求共同决定的,是金融形式在互联网社会的具体表现。互联网金融的本质仍然是金融,是金融就不能超脱金融的既有秩序和规范,就要普遍服从已成立的法律,必须内置于法秩序之中。

(二) 互联网金融是金融创新的一种形式

金融创新是金融业内进行的创造性变革,

是金融发展的推动力。金融发展的历史表明,一部金融发展史就是一部金融创新发展史。著名经济学家熊彼得认为,创新是指新产品的生产、新技术或新生产方法的应用、新市场的开辟、新生产组织方式的实行和原材料新供应来源的发现和掌握等。金融创新有广义和狭义之分:狭义的金融创新是指金融工具的创新;广义的金融创新是指金融领域内各种金融要素的重新组合。金融机构为了生存、发展和满足客户的需求而创造出新的金融产品、新的金融交易方式、新的金融市场和新的金融机构,也就是说金融创新的表现形式是金融机构、金融业务、金融工具、金融市场和金融制度的创新。新技术的出现是促成金融创新的主要原因,特别是网络技术的发明在金融业的应用是促成21世纪金融创新的重要因素。^⑬P2P、众筹就是利用网络技术进行的金融创新,是网络技术在传统的金融领域的推广和使用,提高了金融信息的处理速度,降低了金融交易成本,尤其是电子资金转移系统的推广,利用通讯卫星传递信息、调度资金几乎使所有的金融交易更为迅速和成本低廉。科技成果在金融业的广泛运用,降低了创新的平均成本,增加了金融创新的相对收益的同时,还为金融机构开辟了新的资金来源和业务机会,创造出新的市场,进一步激发了多种与电子技术相关的创新,如公司银行、网络银行、银行卡、第三方支付、P2P、众筹、网络保险与互联网基金销售等。因此互联网金融是金融创新的一种方式。金融创新史已充分证明任何创新都伴随着风险,^⑭因此在创新的同时要依照已成立的法律消解创新带来的风险,这是法律的安

^⑫ 是指企业或金融机构内部控制不健全或失效、操作失误等原因导致的风险。互联网金融机构仍然具有操作风险。

^⑬ 熊彼得对金融创新分为五类:第一类就是新技术在金融业的应用;第二类是国际市场的开拓;第三类是国内和国际金融市场上各种新工具、新方式、新服务的出现;第四类是银行业组织和管理方面的改进;第五类是金融机构方面的变革。根据熊彼得对金融创新的分类,互联网金融是新技术在金融业的应用,是互联网这一新技术的出现促成的金融创新。

^⑭ 金融创新既有正面效应,也有负面效应。金融创新的负面效应既降低了金融体系的稳定性,也降低了金融监管的时效性,增加了风险,也增大了发生金融危机的可能性。

全价值所决定的。安全是法律持续性的制度安排与价值追求,已成立法律的核心是保障金融的效率、秩序与安全。因此互联网金融应在已成立的法律框架下进行创新,以最大限度地消解因创新带来的风险。同时,金融创新也是金融业内进行的创造性变革,^⑮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,建设法治中国,必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进;坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。互联网金融是金融业内的变革,金融业又是社会建设的一个重要组成部分,所以互联网金融的创新性变革要依法变革,在法治的轨道上改革创新,如需要突破已成立的法律,那就先修订法律,再进行改革,确保一切改革或都在法治的轨道上进行。

二、互联网金融需要良法之治

法从其本质上来说是有良法与恶法之别的,依良法治才治,依恶法治仍不得治。^⑯博登海默认为“一种不正义的、非理性的而且与自然法相矛盾的法律,根本就不是法律,而是对法律的歪曲。”^⑰所谓良法要符合时代的客观需求,随着社会的发展变化而变化。德国学者弗里德曼指出,“法律犹如有机体,必须随着社会生活之发展变化而变化,并在变化中求其长生。否则,必不免陷于僵化,不能适应社会的需要。”^⑱“一个法律制度,如果跟不上时代的需要或要求,而且死死抱住上个时代的只具有短暂意义的观念不放,那么是没有什么可取之处的。在一个变换不定的世界中,如果把法律仅仅视为一种永恒性的工具,那么它就不能有效地发挥

作用。”^⑲金融本身是由简单到复杂的发展过程,不同历史时期会呈现出不同的形式。互联网金融是金融发展的一个历史阶段,是金融创新的一种方式。金融创新在多数情况下是规避法律的创新,因此导致了已定的法律的滞后性。法律滞后给互联网金融带来了法律制度的缺失风险,这已成为当今互联网金融面临的首要风险,因此我国应及时根据互联网金融本身的特征进行相关立法及法律修订,这样才能保证互联网金融法治化,进而使其健康、稳定的发展。目前应对以下互联网金融风险防范进行制度的变革:一是防范互联网金融的信用风险系统化,建立和完善信用体系和相关制度。P2P和众筹对应的民间借贷和私募更多呈现的是个别风险,原有靠熟人来解决信用风险,但由于现有的法律制度对参与民间借贷和私募的主体限制较少,使得互联网金融P2P和众筹模式扩大了金融交易的地域范围,从熟人社会发展到陌生人社会,因此在我国目前的信用体系与信用制度还极不完善的情况下的P2P和众筹信用风险则呈现出明显的系统风险特征。二是防止互联网金融参与主体的隐私权受到侵害,健全隐私权保护制度。互联网金融在运行过程中把主体信息收集并存储在计算机和网络数据库中,但这些信息会被进入计算机与网络数据库的黑客及网络管理者获得,因此面临着隐私权的保护问题。三是P2P平台在引入第三方融资性担保机构进行担保时,原有担保制度已无法适应互联网金融的运作方式,如有些担保机构进行担保的同时要求债务人提供反担保,而在进行反担

^⑮ 金融发展的历史表明,一部金融发展史就是一部金融创新发展史。金融创新有广义和狭义之分:狭义的金融创新是指金融工具的创新;广义的金融创新是指金融领域内各种金融要素的重新组合。

^⑯ 徐运良《法治是如何实现的》,法律出版社2010年12月第1版,第4页。

^⑰ [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1月版,第33页。

^⑱ 转引自王泽鉴《民法学说与判例研究》(第1册),中国政法大学出版社1997年版,第293页。

^⑲ [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1月版,第310页。

保抵押登记时,登记部门不能根据通过网络借贷而形成的电子借款合同进行登记,要以纸质合同进行登记;还有在通过网络借贷时,往往是先有借款人的借款标的,并且通过担保进行增信后在网上发标,此时还没有形成借款合同,而且通过平台借贷是一个借款人对多个出借人,通常在形成借款合同之前就要以担保合同的形式告知出借人担保主体和担保范围等约定,但我国的登记部门必须根据真实的借款合同与担保合同进行反担保的登记,这就导致平台在反担保进行登记上遇到了制度上的障碍。第四,防范互联网金融技术风险,建立网络安全标准制度。互联网金融存在着基于信息技术导致的技术风险和基于虚拟金融服务品种形成的特殊业务风险。由信息技术导致的这两类风险,可以通过设定网络技术的安全标准和网络技术安全监督进行防范。

三、建立互联网金融监管制度

2015年7月18日我国《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》(以下简称《指导意见》)出台了。此《指导意见》对互联网金融定义及本质进行了明确,给予了网络借贷、众筹等创新模式合法地位,明确了监管的原则、监管目标、监管主体、监管对象、监管方式,规定了由银行进行第三方存管。此《指导意见》还指出创新要依法创新(回归法治的轨道)、保护消费者权益。此《指导意见》的出台改变了以往对互联网金融仅是从个体权利的维护和刑事犯罪的角度进行干预的状态。^⑩

互联网金融发展到今天已经成为国家金融体系的重要组成部分,它对国家的经济发展、宏观调控、金融安全和社会秩序构成了直接影响。随着互联网金融的快速发展,互联网金融行业

内部已经显现出多重风险,如频繁的倒闭、跑路、坏账事件的发生,这已成为互联网金融健康、快速、可持续发展的阻碍,因此还需要从金融安全和社会秩序的角度对其实施监管。

首先,监管能够增加资金端的投资者的信心。互联网金融市场存在高度的信息不对称,资金端的投资者知道市场上有好的产品也有不好的产品,但是由于没有足够的信息,如果他们在购买这些产品的时候无法分清哪些是好产品,哪些是坏产品的话,那么对于这些产品的需求肯定会下降,这就可能导致这个市场不能持续发展,最终该市场就会崩溃。英国金融服务局(FSA)局长 Howard Davies 说“如果没有银行监管给消费者提供一种第三方保证,保证他们所购买的产品或服务的质量的话,储蓄和投资都会受到压抑,对经济会产生不良的后果。”因此为增加互联网金融市场资金端的投资者的信心,就要通过监管机构建立最低标准。因此,在传统金融监管的历史发展过程中,监管是消费者的一种自然需求。^⑪

其次,互联网金融监管可以防范市场的逆向选择和道德风险。如果没有监管和最低标准,互联网金融市场就会出现逆向选择。在互联网金融市场上的融资者(投资者)无法在购买时识别融资项目的好坏,只能通过价格来判断,因此就会使对购买者负责的经营者成本比不负责的经营者要高,以至于使其处于竞争中的劣势,最终被逐出市场;道德风险是指市场上负责任的经营者看到不负责的恶意行为或无法相信其他经营者都能以一种有利于购买者利益的方式行事,他们就会被迫采取同样的恶意行为。这样一来,市场上都是恶意的经营者,这

^⑩ 目前对互联网金融的网络借贷与众筹出现问题只能通过民事诉讼或者公安机关和检察机关提起刑事诉讼来解决。

^⑪ 1994~1995年英国接连发生保险产品和养老金产品销售过程中出现欺诈的丑闻,英国民众对这些产品和公司丧失了信心,这些产品的销售出现了大幅度的下降。有一份消费者调查报告这样说道“保险单和养老金产品销售过程中的丑闻摧毁了消费者对于这个行业的信心。金融监管当局应当采取切实的措施恢复消费者的信心和购买意愿。”

就将使整个市场无法持续发展。

最后 监管有规模效应。现在的互联网金融机构的借款人(融资者)信息都是由P2P(众筹)平台提供的,那么这些信息的真实性、准确性、完整性谁来保证?如果是由投资者来保证,对于投资者来说成本太高,因为在平台上大量投资者都是小额投资者,让小额投资者担负对项目的信息的调查是不现实的,而且这些小额投资者也不具备投资尽职调查的专业知识和经验;如果是由平台来保证信息的真实、准确和完整,就要通过监管防止平台为了追求最大利益所产生的道德风险,因为在平台上的融资和借款都是长期合同,它的质量很大程度上有赖于借款人(融资者)将来的运作状况,要保证这些产品或合同的最终价值,就需要对平台的经营

行为进行持续的监管。弱小的消费者是不具备对平台的监管能力的,所以消费者可以将对平台的监管委托给一个专业机构,即消费者与监管当局之间存在一个“隐性合同”,通过隐性合同以所谓的“集体授权”的方式对平台进行监管,这种监管具有规模经济性。如果没有这样一个专业的机构代替他们去监管,消费者将需要投入时间、精力和资源对项目进行调查和监管,成本实在太高。一方面由于每一个消费者都要做相同的事情,从全社会的角度来看会产生资源的浪费;作为个体消费者,他们也没有能力对那些侵犯其利益的互联网金融机构提出任何具有强制性的改正措施。因此监管的选择是一个理性选择。

The Legal Path of Internet Finance

Li Aijun

Abstract: The innovate process of Internet Finance has made a supplement on the financial service of China at the same time, however, has made a break through of the existing law and thus bring the instability to the whole financial market. Also, it has an influence on the good and steady development of Internet Finance itself, on the stabilization on the economic and deprives the wealth of investors in a cheated way. To make full use of the Internet Finance to promote a better economy, to let the industry develop in a steady way, to stabilize financial order and to protect the properties of investors, Internet finance should return to the track of law. Firstly, Internet Finance should comply with all existing law. Secondly, Internet Finance requires fine law. Thirdly, Internet Finance regulation should be built.

Keywords: internet finance; essence of internet finance; legal path of internet finance; risk character of internet finance; internet finance supervision

(责任编辑:程绍燕)