

# 金融司法监管化:动因、困境与调适

赵霞

(中国政法大学法律硕士学院,北京 100088)

**摘要:**随着金融司法适用行政规章的常态化、制度化,以及穿透式审判在金融司法中的全面推行,金融司法呈现出监管化趋向。金融司法监管化的根本原因在于法院过于公共政策化,在人民司法的理念下,把防范化解金融风险作为金融司法的主要目标,从而扮演监管追随者的角色。由于制度角色和制度功能不同,金融司法在防范化解金融风险方面作用有限,金融司法监管化会严重降低司法可预期性,损害契约自由,抑制金融创新。建议按照“相对独立、互相尊重、加强沟通”的原则构建二者关系,发挥金融司法对金融监管或补强或纠偏的作用,重点关注公序良俗原则及合同效力制度的规范适用,及时发布指导性案例,加强裁判文书说理,发挥好金融司法作为规范交易行为最后一道防线的制度功能。

**关键词:**金融司法;金融监管;穿透式审判;制度功能;公共政策法院

**中图分类号:**DF438 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-2154(2022)05-0069-10

**DOI:**10.14134/j.cnki.cn33-1336/f.2022.05.006

## Administerization of the Financial Judicature: Stimulation, Dilemma and Adjustment

ZHAO Xia

(School of Juris Master, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

**Abstract:** With the normalization and institutionalization of administrative regulations applicable to financial judicature, and all-round implementation of penetration trial of the financial judicature, financial judicature takes on the tendency of administerization. The ultimate reason for the administerization of the financial judicature is that courts tend to become public policy makers. In the concept of people's judicature, courts regard prevention and resolution of financial risks as the main objective of judicature, thus acting as followers of the administrative supervision. Actually, out of different institutional roles and institutional functions, the role of financial judicature in prevention and resolution of financial risks is limited. The administerization of the financial judicature severely lowers the predictability of judicature, damages the principle of freedom of contract, and is unfavorable for financial innovation. It is suggested to build the relationship between financial judicature and financial administrative supervision according to the principle of "relative independence, mutual respect and strengthening communication", give full play to the role of financial judicature in financial supervision, pay main attention to the standard application of the legal principle of public order and good customs and the contract performance system in judicial practice, timely release guiding cases, strengthen judgment document reasoning, prudently deny the efficacy of transaction behaviors, and exert the institutional function of financial judicature of determining the ownership and serving as the final defense line of standardizing transaction behaviors.

**Key words:** financial judicature; financial administrative supervision; penetration trial; institutional functions; public policy-making court

收稿日期:2021-11-01

基金项目:国家社会科学基金一般项目“回应型法治中的金融法动态适应性问题研究”(21BFX204)

作者简介:赵霞,女,讲师,法学博士,主要从事民商经济法学、司法制度研究。

金融司法与金融监管的关系一直是金融法领域争论不休的话题。特别是在2017年第五次全国金融工作会议以后,在防范和化解系统性金融风险的背景下,金融监管进入“强监管”时代,金融司法与金融监管关系的问题更加凸显。有实务专家认为,基于自身的运行机制考量,司法权不应该盲目地跟随监管而动。金融司法与金融监管的协调,不意味着金融司法与金融监管的混同<sup>[1]</sup>。也有学者认为,我国法院不仅是传统意义上的裁判者,同时也是金融风险的重要治理者,因此主张构建司法与监管协同的金融风险治理机制<sup>[2]</sup>。还有学者更进一步认为,受制于金融立法的极度不完备性以及金融监管的相对劣势,金融司法借助监管政策成为实现制度目标的必由之路,应当实现金融司法监管化<sup>[3]</sup>。本文对金融司法监管化现象进行考察,剖析造成金融司法监管化的原因,主张应立足于司法的制度角色,充分认识金融司法监管化在防范化解金融风险方面的有限作用及其增加司法不确定性的可能性,从而正确理解金融司法的功能,避免司法过多介入金融监管和当事人意思自治,发挥好金融司法作为定分止争和规范交易最后一道防线的制度功能。

## 一、金融司法监管化的表现:金融监管与金融司法的协同趋向

### (一) 金融司法适用行政规章趋于常态化、制度化

金融交易的本质是合同。根据原《中华人民共和国合同法》(以下简称原《合同法》)第52条第5项的规定,违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》(已失效)第4条进一步明确,合同法实施以后,人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(已失效)第14条规定,合同法第52条第5项规定的“强制性规定”,是指效力性强制性规定。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第153条规定,违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,但该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。可见,一直以来,合同无效的准据法限定在法律和行政法规,行政规章不能作为认定合同效力的准据法。

随着“强监管”时代的来临,以福建伟杰投资有限公司等诉福州天策实业有限公司营业信托纠纷案(以下简称福建伟杰案)为标志,金融合同效力判定的准据法发生了深刻转变。最高人民法院在这一判决中遵循的推理路径为:尽管《保险公司股权管理办法》属于行政规章,但当事人双方的协议违反该规章造成的后果与违反法律法规禁止性规定是一样的,且损害了社会公共利益,进而适用原《合同法》第52条第4项的规定,认定协议违反社会公共利益应为无效。最高人民法院在此案中尽管没有直接将行政规章作为认定合同效力的依据,但却通过公共利益条款,间接地把行政规章作为认定合同效力的准据法。该判决产生法律适用的不确定性,引发了广泛关注和质疑,被学者批评为“创造性司法”“国家政策的法源地位借尸还魂的大通道,实则对个体自由的戕害”“人民法院在此过程中究竟应该扮演何种角色?是纠纷解决机构还是监督管理机构”<sup>[4]</sup>。

如果说最高人民法院在福建伟杰案中对适用行政规章作为合同效力的准据法还有所保留的话,那么2019年11月最高人民法院出台《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》),则直接表明了适用行政规章认定合同效力的司法态度。《九民纪要》第31条规定违反规章一般情况下不影响合同效力,但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的,应当认定合同无效。《九民纪要》第73条规定,在金融消费者权益保护纠纷案件的审理中,“在确定卖方机构适当性义务的内容时,应当以……法律规定的基本原则和国务院发布的规范性文件作为主要依据”,但如果“相关部门在部门规章、规范性文件文件中……作出的监管规定,与法律和国务院发布的规范性文件的规定不相抵触的,可以参照适用”。

虽然《九民纪要》是最高人民法院审判委员会通过即生效的司法文件,不需要向全国人大常委会报送备案,不属于司法解释,只能作为说理依据,但由于其内容比较详细,具备较强的操作性,同时上下级法院通过审级制度形成严格的审判业务监督关系,使得各级法院的司法裁判活动客观上必须遵照执行。因此,《九民纪要》事实上具有相当强的约束力,其重要性不亚于任何民商事司法解释,金融司法适用行政规章

的常态化、制度化机制得以正式确立。<sup>①</sup>

## (二) 全面推行穿透式审判

金融领域创新较为活跃,特别是随着互联网金融的兴起,层出不穷的金融创新产品不仅种类日益繁多,结构渐趋复杂,关联性也不断增强,导致潜在的金融风险增大。为整顿互联网金融风险,穿透式监管理念喷薄而出。2016年4月12日,国务院办公厅发布《关于印发互联网金融风险专项整治工作实施方案的通知》,明确提出“按照部门职责、《指导意见》明确的分工和本方案要求,采取‘穿透式’监管方法,根据业务实质明确责任”。此后,穿透式监管这一提法频繁见诸监管部门的各类会议、文件和报道中,并从互联网金融扩展到金融行业的各个领域。穿透式监管强调透过现象看本质,按照实质重于形式的原则甄别金融业务和行为的性质,根据产品功能、业务性质和法律属性明确监管主体和适用规则,对金融机构的业务和行为实施全流程监管<sup>[5]</sup>。从内容上,穿透式监管包括对主体的穿透、对产品属性的穿透、对嵌套层级的穿透,以及对“三类股东”的穿透等<sup>[6]</sup>。运用穿透式监管方法可以直面金融产品本质,最大程度防范和化解金融风险。

在司法领域,穿透式审判的出现其实早于穿透式监管,彼时的穿透式审判局限于房地产融资领域,集中在“名股实债”纠纷类型上。例如新华信托股份有限公司与诸城市江峰房地产开发有限公司借款合同纠纷案。<sup>②</sup>随着2017年“强监管”政策的推动,穿透式监管对金融司法的影响不断加大,司法机关逐渐在全部金融审判领域强调穿透式审判。2017年8月,最高人民法院印发《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》,提出对以金融创新为名掩盖金融风险、规避金融监管、进行制度套利的金融违规行为,要以其实际构成的法律关系确定效力和各方的权利义务关系。虽未直接提及“穿透式”概念,但这是首次在司法政策文件中确立穿透式审判的理念。《九民纪要》则明确提出要注意处理好民事审判与行政监管的关系,通过穿透式审判思维,查明当事人的真实意思,探求真实法律关系。值得关注的是,《九民纪要》不仅提出穿透式审判思维,而且将其适用范围扩大至全部民事审判领域。

## 二、金融司法监管化的动因:基于“司法功能”的分析

虽然我国国家机关之间的关系不同于西方国家的“三权分立”制度,但这不代表国家权力之间没有分工。就法规层面的行政权与司法权关系而言,司法机关有权对行政行为的合法性和合理性进行审查,对行政权作出一定的制约。但从政治逻辑层面来看,我国国家制度和国家治理体系的显著优势是坚持中国共产党的集中统一领导,行政权与司法权都是在党统一领导下发挥功能。在实践逻辑层面,各级行政机关首长在党内的地位高于同级的人民法院院长,并且司法机关的人员经费和办公经费由行政机关提供和保障,组织人事权也受到来自行政机关的影响。这种独具特色的国家权力体系安排,决定了金融监管对金融司法具有极大的影响力。

### (一) 宏观层面:人民司法理念下的司法权

早在陕甘宁边区政府时代,我党就确立了人民司法的理念,其实是党的群众路线在司法领域的表

<sup>①</sup>《九民纪要》出台后以行政规章认定金融合同无效的案例,参见浙商银行股份有限公司深圳分行与深圳市沃特玛电池有限公司、扬州亚星客车股份有限公司票据追索权纠纷案,深圳市坪山区人民法院(2019)粤0310民初962号民事判决书;鹤壁市经开投资担保有限公司、鹤壁市峰安达公路工程有限公司借款合同纠纷案,河南省高级人民法院(2019)豫民终1606号民事判决书;冀中能源国际物流集团有限公司、河北邯煌贸易有限公司确认合同效力纠纷案,河北省邯郸市中级人民法院(2020)冀04民终3521号民事判决书;浙商银行股份有限公司深圳分行与深圳市沃特玛电池有限公司、中车时代电动汽车股份有限公司、舒城县万福客运有限公司票据追索权纠纷案,广东省深圳市中级人民法院(2021)粤03民终433-563、2348号民事判决书;福建众望典当有限公司、姜能炬借款合同纠纷案,福建省三明市中级人民法院(2021)闽04民终981号民事判决书。

<sup>②</sup>参见重庆市高级人民法院(2014)渝高法民初字第00010号民事判决书。

达。司法实践中的就地审判、巡回审判、深入调查、充分听取群众意见、人民参与调解等方式,实现了法律与民意的完美融合<sup>[7]</sup>。新中国成立以后,人民司法的理念始终是我国司法制度以及司法机关运作所坚持的核心理念。“司法为民”“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”是人民司法理念在新时代的具体体现。该理念对于我国司法权的运行存在以下几个方面的深刻影响。

第一,实现实质正义是司法工作的目标。党的十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出“健全事实认定符合客观真相、办案结果符合实体公正、办案过程符合程序公正的法律制度”。人民司法的目的是让人民满意,核心是注重人民的感受、诉求,将人民群众对审判结果的满意程度直接视为判断政府行为好坏、司法行为是否公正的标准<sup>[8]</sup>。这就要求司法不能片面强调司法程序和工作形式,不能机械地适用法律条文,而应当以探究案件客观真实而非局限于法律真实作为司法目标,实现实质正义。

第二,在个案审理中不仅要关注个案本身,更要注重审判的法律效果与社会效果相统一。人民司法的理念要求司法机关必须从整个社会的稳定、发展角度来审视案件,不能仅仅将审判的后果限定于个案本身,还要在实现个案公平正义的基础上,维护整个社会的和谐稳定。

第三,司法更具有能动主义倾向。无论是要求司法机关把实现实质正义作为工作目标,还是要求司法机关在审判中必须注重法律效果和社会效果的统一,在具体的实现路径上,都要求司法机关坚持能动司法,积极主动拓展司法职能,让司法更好地服务经济和社会的发展<sup>[9]</sup>。

## (二) 中观层面:司法审判的公共政策法院职能定位

一直以来,在人民司法理念的引导下,我国司法权功能并不局限于权利救济和定分止争,而是被赋予更多的社会治理功能。侯猛教授在《司法的运作过程》中提出“公共政策法院”的命题,认为最高人民法院已成为一个制定公共政策的法院,其影响不仅局限于各级法院的审判过程,而是已经溢出诉讼过程和法院系统,对社会经济生活产生越来越大的影响<sup>[10]</sup>。这准确地揭示出我国各级司法机关在国家治理中的多元作用。

司法机关遵循能动司法的理念,积极主动运用司法权参与社会治理。司法机关参与社会治理主要通过两种途径:一是进行司法裁判。人民法院通过对个案的审理,厘清当事人的权利义务本身就是社会治理中的一环,进而通过公开裁判文书,向社会传递司法对相关法律的理解,对某种事实的看法,对某种价值观的评判,从而为社会公众的行为提供指引。二是制定司法政策。司法机关在履行司法职能的过程中,为解释法律法规、创制规则等,会形成司法解释、批复、答复、通知、会议纪要等各类司法文件,形成一定的司法政策体系,在为各级司法机关审理案件提供法律适用指引的同时,也为社会公众提供据以遵循的行为准则。

## (三) 微观层面:防范化解金融风险的政策推动

我国一直高度重视金融安全。2017年7月,第五次全国金融工作会议明确把防范金融风险作为金融工作的三大任务之一。党的十九大把防范化解重大风险作为决胜全面建成小康社会三大攻坚战之首。2019年,第十九届中共中央政治局第十三次集体学习时,习近平总书记明确指出,防范化解金融风险特别是防止发生系统性金融风险,是金融工作的根本性任务。2021年3月11日,十三届全国人大四次会议审议通过《国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》,更是把实施金融安全战略纳入国家经济安全保障中。

为响应国家的政策部署,司法机关把防范化解金融风险作为金融审判工作的重要目标。2017年8月,最高人民法院印发《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》,提出“为充分发挥人民法院金融审判职能作用,促进经济和金融良性循环、健康发展,现提出以下指导意见……”,并专门就“有效防范化解金融风险,切实维护金融安全”提出司法举措。2017年12月21日,最高人民法院党组会议提出,“要加强金融审判工作,有效防范化解金融风险。紧紧围绕服务实体经济、防控金融风险、深化金融改革三项任务,进一步加强金融审判工作,维护国家金融安全,打好防范化解重大风险攻坚战”。各地法院也纷纷围绕金融审判与金融风险发布文件、典型案例等。以2020年为例,北京、大连、青岛等地法院都发布了金融审判白皮书,介绍各自在金融审判中防范金融风险方面的相关工作。为提供专业化的司法救济,进一步发挥司法对经济的

保障和引领作用,上海、北京分别设立专门的金融法院。背负着防范化解金融风险和实施国家金融安全战略的重任,在人民司法理念的指引下,金融司法监管化是难以回避的趋势。

### 三、金融司法监管化面临的理论困境:形式正义与实质正义的选择

金融司法监管化面临的困境根源于金融司法与金融监管的关系问题,这决定了我们对金融司法监管化现象的态度。

#### (一) 学界关于金融司法与金融监管关系的不同认知

学术界对金融司法与金融监管关系的态度大致可以分为协同派和分立派。协同派认为,基于风险社会的大背景和金融风险的特殊性,金融司法与金融监管应当协同才能有效应对金融风险,理由有二:首先,现代金融风险治理中,金融监管规则更为重要。传统民商法规则的归责体系无法应对现代金融风险,以合同交易规则为基础治理金融风险可能引发更多的金融风险。金融监管规则对金融风险治理具有更为重要的意义。其次,金融司法与金融监管分立式治理存在缺失情况。其一,我国制度结构与分立式治理的政治权力结构和制度背景迥然有别,分立式治理缺乏现实正当的制度基础。其二,在现代社会,金融风险分立式治理并不具备充分正当的智识基础。其三,分立式治理有可能导致金融监管机关成为无牙的老虎,助长法律投机主义。其四,分立式治理机制将造成金融纷争与金融风险的人为切割,不利于金融风险的系统性治理<sup>[2]</sup>。

分立派则认为,不应混同金融司法与金融监管,二者的协调衔接“必须建立在理解和尊重金融司法与金融监管的职能区分和功能限度的基础上”,“过度的强化金融司法的政策逻辑属性,扮演一种‘监管跟随主义’的角色,无论是金融司法对金融监管在法政策层面的回应,还是在金融纠纷个案中的司法裁判立场的转向,这种司法理念和立场的突然转换,背离了司法权的本质特征,混淆了金融司法与金融监管在职责定位上的差异,过于强烈的‘政策逻辑’替代金融司法的‘法律逻辑’,使得司法立场的不自洽性更加明显”<sup>[1]</sup>。

基于以上两种认识,学术界对金融司法监管化有赞有弹。赞成者认为,金融市场及其风险的独特性,早已超越传统私法的治理疆界,亟需金融法的独特回应。受制于金融立法的极度不完备性以及金融监管的相对劣势,金融司法求诸监管政策成为实现制度目标的必由之路<sup>[3]</sup>。反对者的理由包括:首先,行政监管具有灵活性和针对性,而司法则追求稳定,若司法以政策和行政规章为裁判依据,势必会导致裁判依据的不可预测性,从而减损司法权威;其次,在法律制度与金融监管政策存在不一致甚至冲突的情况下,如果金融审判过于遵从金融监管政策,将导致司法与行政监管之间区隔性不足,进而导致行政权对司法权的侵蚀,破坏司法的独立性;最后,公序良俗原则作为金融审判与金融监管之间的联结途径,具有高度不确定性和模糊性,主要取决于法官的自由裁量,这对法官的说理能力和专业判断等各方面的职业素养提出了更高的要求<sup>[11]</sup>。借道公序良俗将行业规范扩大为合同无效的准据法,公序良俗可能被泛化,回到过去轻易否定合同效力的老路上去<sup>[12]</sup>。

#### (二) 学理争论触发的理论质疑

对金融司法与金融监管关系的不同学理认知触发了金融司法监管化所面临的两方面理论困境。

第一,金融司法监管化是否意味着突破形式主义司法范式而转向实质主义司法范式。一般认为,形式主义是根据既有的法律规范,运用形式逻辑推理的方法进行司法活动的一种法律思维。马克斯·韦伯指出,形式理性在法律上是指“实体法和程序法的运作不是逐案处理,而是根据一般决定的方法”进行处理;而实质理性体现在法律的制定和适用中,就是“法律制定者或适用者自觉地遵循某种一般的原则,这些原则可能是宗教原则,或伦理思想的体系,或理性的观念,或清晰的政策”<sup>[13]</sup>。韦伯认为,西方法律的理性化过程的最高成就是达至了现代西方欧陆的形式理性的法律制度,在法的形式主义情形下,法律是高度形式主义的,这是现代社会法治的最大特征。

20世纪上半叶,随着新思潮的兴起,形式主义法律思维受到了利益法学、现实主义法学等流派的批判。利益法学派集大成者耶林认为,“目的是全部法律的创造者。每条法律规则的产生都源于一种目的,即一

种实际的动机”<sup>[14]</sup>。同时耶林主张法官应有一定的自由裁量权,通过运用类推而不仅仅是依靠概念、逻辑,应根据利益对法律进行解释<sup>[15]</sup>。这种探究法律背后目的、价值的法律思维方式被称为实质主义司法。

在法律的解释方法上,形式主义司法侧重文义解释,主张“法官是法律的嘴巴”,而实质主义司法则更侧重目的解释。在金融司法监管化中,金融审判推行穿透式,强调对于金融主体之间的法律关系不能拘泥于文字的规定,还要探究文字背后双方的真实意图,据此来认定双方真正的法律关系,这是一种目的解释方法。因此,如果推行金融司法监管化,则意味着在司法理念上更倾向于实质主义司法。

第二,金融司法监管化是否违背了契约自由原则而迈入国家干涉的重围。契约自由原则是私法自治的核心和精髓。但随着资本主义从自由经济向垄断经济转变,契约自由受到质疑,要对绝对的契约自由进行限制。这体现在:其一,强化诚实信用、权利不得滥用、遵守公序良俗等原则的运用,要求当事人严格遵守;其二,制定一些强制性规范,禁止当事人排斥这些规范的适用;其三,赋予法官对违法合同或显失公平合同的自由裁量权,以弥补制定法之不足<sup>[16]</sup>。

由于金融行业具有较强的外部性,金融风险累积到一定程度引发金融危机后,对经济乃至整个社会的稳定极具破坏性。为克服金融市场的缺陷,各国都十分重视对金融市场的干预,并建立强有力的金融监管机构。不同于一般交易行为,监管机构对金融市场行为的监管更加严格和深入,对交易主体、交易内容、交易形式等进行全方位的监管。因此,金融领域的契约自由应受到更多的国家干涉。

在金融审判中,尊重当事人的契约自由,抑或遵循金融监管的规定对金融交易进行干涉,体现了金融司法的政策取向。而金融司法监管化往往会采取否定合同效力的“合同效力路径”,而非仅控制合同履行的“合同履行障碍路径”,在认定金融交易行为的效力时,把行政规章作为准据法,扩大行政权力对金融交易行为的影响,对金融领域契约自由施加更严格的限制。

## 四、金融司法监管化面临的实践困境:裁判价值的取舍

金融司法监管化模糊了金融司法与金融监管的界限,在实践中会影响二者制度功能的发挥,造成金融治理的混乱,损害司法权威。

### (一) 金融司法在防范化解金融风险中作用的有限性

风险是金融的天然属性。在金融风险防控方面,金融监管的职责和作用远大于金融司法。然而一直以来,金融司法的作用都与金融监管相提并论。以“金融司法+金融风险”为关键词用百度搜索引擎进行检索,结果为3870万个。根据其内容可知,包括最高人民法院在内的各个法院都十分重视金融司法在防范化解金融风险中的作用,把二者紧紧捆绑在一起。

笔者认为,金融司法在防范化解金融风险中的作用有限。首先,司法的本质是被动的,奉行不告不理原则,金融司法无法主动介入金融风险的化解和处置。因为司法职能从其产生之日起就不是以效率为目的和衡量标准的。它所追求的是公正地适用法律,裁判纠纷<sup>[17]</sup>。民事审判的主要目的是实现个案正义,而非解决市场失灵<sup>[18]</sup>。而且对于不确定性风险之控制而言,基于不告不理的制度角色和民商法的处分原则,法院很难在仅有部分当事人具有请求权基础并参与诉讼的情况下准确查明事实,从而化解风险。其次,从风险的产生角度来说,金融司法对于防范金融风险的作用是间接的。实践表明,多数金融风险是由金融监管不力造成的。例如,近年来互联网金融风险的出现,个体网络借贷(即P2P网络借贷)<sup>①</sup>行业频繁“暴雷”,与当时金融监管“重创新、轻监管”有很大关系。金融司法对金融风险的防范作用更多的是通过司法裁判识别风险后,再以会议纪要、司法建议等方式通报金融监管机构完善监管规则等间接方式来实现。再次,从风险的预防、识别角度来说,进入司法程序的涉金融风险案件属于少数,从而使得司法识别风险的效果大打

<sup>①</sup>中国人民银行等十部门《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》(银发[2015]221号)规定,个体网络借贷(即P2P网络借贷)是指个体和个体之间通过互联网平台实现的直接借贷。

折扣。最后,从风险的化解、处置角度来说,金融司法的作用是辅助性的,甚至是无能为力的,而真正的风险处置仍然要更多地依靠金融监管部门。例如2015年后对于P2P网络借贷行业“暴雷”的处置就是典型。当时大量的投资者纠纷诉至法院,但法院只能对可以明确为民间借贷关系的案件进行处理。对于实质上造成风险的行为,如涉嫌非法集资等犯罪行为,需要刑侦机关启动刑事司法程序,法院无法直接处理。反观金融监管部门,2016年4月国务院办公厅印发《互联网金融风险专项整治工作实施方案》,把P2P网络借贷作为重点整治问题之一。同月,原银监会印发《P2P网络借贷风险专项整治工作实施方案》,进行网络借贷专项整治行动。在随后的几年里,金融监管部门不断加大对P2P网络借贷平台的整治。直至2020年底,P2P网络借贷平台全部清零。有学者一针见血地指出,“强调司法为改革开放服务、为防范金融风险服务、为保证国民经济增长百分之多少服务,实际是完全摒弃了司法的制度角色,不了解司法的制度能力,包括其优点和弊端”<sup>[19]</sup>。

## (二) 金融司法监管化影响司法裁判的可预期性

司法裁判的可预期性是法的安定性要求。要实现司法裁判的可预期性就要承认司法功能的有限性。如果无限扩展司法功能,将会造成司法裁判的不确定性。我国司法实践一向偏重实质主义,对司法的程序性和安定性不够重视,甚至出现了用诉讼加强监管的现象<sup>[20]</sup>。但在构建社会主义法治秩序的过程中,必须承认司法权是国家权力体系中最消极、中立和有限的权力。通过诉讼发挥辨别是非、定分止争的法理功能是司法的基本和固有功能,促进经济发展、引领社会风气等社会功能则是通过司法的法理功能派生出来的。通过正当的司法程序、确定的司法规则,保障司法的确定性、安定性,向社会传递明确的行为准则和判断标准,进而充分发挥司法裁判的规范作用。因此,追求司法的实质主义不能等同于绝对主义,而应当以承认司法功能的有限性为前提,否则会导致司法功能的错位和失序。当下金融司法监管化就是司法追求实质主义的一种反映。

金融产品、交易结构与法律关系具有复杂性、多变性,适逢作为其因应措施的金融监管政策、规章可借由公序良俗通道作为裁判依据以及在实质正义导向的穿透式审判模式下,使得金融司法的可预期性被严重弱化。即使金融监管政策具有不弱于立法的民主性、科学性,基于金融市场的流动性与变动性,金融监管规章与政策安定性的不足也将直接制约金融司法的可预期性。金融司法监管化或可仅使得同一当事人对审理同种交易模式的同一审判组织的评判依据与结果形成相对稳定的预期。金融司法监管化弱化了形式理性,增大司法的不确定性,侵蚀司法可预期性的根基。

肯定司法裁判的可预期性并不代表绝对排斥司法的实质主义。面对千变万化的金融活动,运用穿透式审判有助于明晰各类金融交易行为的本质,从而准确地适用法律。但在缺乏透明公开的程序或者缺乏形式理性约束的情况下,将使得金融司法所谓的实质正义的价值导向可能仅是相对于一方当事人而言。司法的权威来源于其可预期性,保持司法定力要优先于其他。否则,司法职能将混同于其他国家职能,同时其他国家职能也因此失去了必要的制衡,进而招致严重后果<sup>[17]</sup>。

## (三) 金融司法监管化损害了私法自治的根基

契约自由是现代市民社会运作的基本原则。尽管各国都通过国家权力的干涉来克服契约自由的缺陷,但这都是以尊重契约自由为前提的,否定意思自治要保持慎重的态度。金融业的特殊性使得应当对该领域的契约自由施加较多限制,但这种限制必须是适当、审慎和理性的。

首先,关于金融交易行为的效力认定问题。《民法典》第153条第2款规定违反公序良俗的民事法律行为无效,《九民纪要》第31条则是通过公序良俗的路径实现形式上合法化。但公序良俗系法律原则,缺乏具体的行为模式和法律后果要件,内涵具有极大的不确定性。而行政规章是政府机关根据其行政管理权,基于公共秩序管理的需要而制定。由于《九民纪要》具有强大的约束力,其第31条关于公序良俗的三种类型(金融安全、市场秩序、国家宏观政策)加“等”字兜底的司法政策会被实际适用。失却规范的裁量权会导致金融合同效力陷入极易被否定的境地。

其次,关于穿透式审判与契约自由关系的问题。《九民纪要》提出穿透式审判思维,但其适用的原则、边界,以及评判的手段方式都不甚明了。这很容易造成法官在解释上的任意性,使各级裁判者不假思索地

将该思维运用在金融审判中<sup>[21]</sup>,随意将行政权对私人自治的否定性评判直接代人民商事领域的行为无效。最高司法机关的裁判者也认为,“为避免公序良俗原则的滥用,可以考虑以适当方式对其进行类型化”<sup>[22]</sup>。笔者认为,采取诸如《九民纪要》第31条的概念式的类型化方式,将产生全局性否定的严厉效果,难以起到准确规范金融司法的作用。因为概念法学的缺陷就在于试图“通过概念金字塔的建构,使得最一般的概念具有繁殖力,从而能够解决司法实务中的难题。但这只是一个美好的幻想,因为通过抽象方法建构的所谓科学体系,是以隔离法律和生活为代价的,这条鸿沟并不容易填平”<sup>[23]</sup>。不对纷繁复杂的金融主体、金融行为、金融产品等进行准确界定区分,只笼统地使用“金融安全”的概念,就不能对当事人的意思表示和交易行为进行准确判断。而且,如果司法机关径直以投资者遭受损失有违金融安全为由,认定交易行为无效,将会使金融法中重要的信息披露制度失去意义。保护投资者合法权益并不意味着要保证投资者免受一切风险,无须承担损失。这有违金融交易的本质,不利于引导投资者形成理性健康的投资心态。因此,在裁判路径上不能脱离司法的法理功能,舍法律的精确定义于不顾,转向抽象的、不确定的概念。

#### (四) 金融司法监管化不利于金融创新

金融业是创新活跃的行业,甚至可以说金融发展史就是金融创新史。人类从工业时代转向信息时代以来,金融业在改革创新中承担日益重要的作用,以互联网金融为代表的金融业发展与每个人息息相关。无论是金融监管还是金融司法,在强调防范化解金融风险的同时,也必须重视保护和促进金融创新。金融治理的核心不在于消灭金融机构的经营风险,而在于合理控制相应的风险<sup>[18]</sup>。金融创新根源于金融市场的开放和发展,是市场主体在市场竞争中创造出来的,甚至很多金融创新是在金融监管的夹缝中产生的。尽管互联网金融风险很大程度上衍生于其发展初期宽松的金融监管,以致近年来监管部门不得不加强监管,但在防控系统性金融风险、深化强监管理念、完善强监管举措的同时应审慎把握尺度,从而为金融创新保留一定空间。在金融司法中尊重契约自由原则,尊重市场主体的意思自治,就是为金融创新保留空间。随着金融强监管政策的实施,金融创新的空间逐渐被压缩。如何对待金融创新,是司法机关必须面对的问题。金融司法监管化使得市场主体的交易效力及可履行性陷入极大的不确定境地,司法权的错位运行将限制市场主体的契约自由,导致金融创新的空间被进一步压缩,长此以往不利于金融业的发展。例如,2018年的“去杠杆”政策仅仅维持了几个月,金融监管机关的态度就从“去杠杆”转向“稳杠杆”。基于金融市场变化迅速和监管的相机性特点,对于存在争议的市场现象,金融司法尤其需要保持谦抑性,进行中立判断,给金融创新留有发展空间,避免金融司法监管化造成法律适用前后矛盾的被动局面。

## 五、金融司法监管化的理性调适:独立与尊重的合理融合

目前我国资本市场总体规模已位居全球第二,在此背景下应当构建一种什么样的金融司法与金融监管的关系?笔者认为,通过对二者的功能定位、法理逻辑以及法治建设的客观实际进行考察,金融司法与金融监管的关系应当是相对独立、互相尊重,协调互补地实现各自的制度目标。

#### (一) 金融司法与金融监管应当保持相对独立性

虽然金融司法与金融监管都是在中国共产党统一领导下国家治理体系在金融方面的重要组成部分,二者都能一定程度上发挥金融治理的功能,但二者在政治层面毕竟是两种不同性质的公权力,在现代法治体系中的基本功能也有本质区别。只有明确各自的定位,协调互补不越位才能构建一个公正、稳定、和谐的新型社会治理体系。在金融“强监管”的时代背景下,基于司法机关长期以来的公共政策法院之定位,容易产生强化审判职能的情况和盲目追随监管政策的冲动。因此,在金融“强监管”时代,扭转金融司法监管化的局面,保持金融司法相对于金融监管的独立性尤为重要。在利用监管政策所提供的风险识别和评判指引时,应独立辨析、充分论证其介入金融裁判的可能与限度。特别需要注意的是,应审慎甄别行政规章中的行为规范。一般来讲,作为公法上的义务性规定,它们可以作为行政处罚的依据,处罚相应的交易行为,而不能作为私法上交易方注意义务的来源,并以此作出司法裁判。金融监管措施如果足以达到规制效果,司法裁判权就不宜直接认



定交易无效。应保持金融司法的定力,遵循司法功能内在逻辑的法理,在司法裁判中正确划定市场主体自由行使民商事权利与金融监管的边界,拒绝盲目追随金融监管,更多地从发挥辨别是非、定分止争的法理功能角度开展司法审判工作。司法机关要尽力维护司法裁判尺度的稳定性、统一性,提高司法裁判的可预期性,保持司法的谦抑性,减少夸大司法功能的能动司法以及绝对化地追求司法实质主义,更加尊重当事人意思自治,保护契约自由,重点关注公序良俗等法律原则在司法实践中的规范适用,慎重运用穿透式审判方法。

## (二) 金融司法与金融监管应当互相尊重

第一,金融监管要尊重金融司法的权威。司法权作为维护社会正义的最后一道防线,对行政权起着监督制约的制度作用。因此,根据金融司法在审判中对金融交易行为合法性与否、可履行性与否形成成熟稳定的判断标准与经验,监管机关要强化金融监管行政处罚的说理,并适时修改监管规则,确保金融监管工作依法依规进行。第二,金融司法也要尊重金融监管的专业判断。司法机关要充分尊重监管规则和交易规则,依法支持监管机构有效行使监管职能<sup>[24]</sup>。因为金融较强的专业性,金融监管在金融的专业性判断方面要强于金融司法。尊重金融监管的专业性判断包括三个方面:其一,尊重金融监管部门对行业问题的认定权;其二,尊重金融监管部门的审查权;其三,尊重金融监管部门制定的各类规则。主要表现为,在认定金融商事交易主体的民事责任时,若缺乏法律、行政法规层面的具体规范,法院不宜径直求助公序良俗等民法原则,对行为效力彻底否定,而对相应的金融监管规章政策视而不见,应当审慎参考金融监管部门制定的各类监管规章、规范性文件<sup>[1]</sup>。司法权的行使应限制在合理范围内,防止阻碍金融监管部门可能进行的修整和金融创新。但是,这种尊重不能走向金融司法放弃专业判断,过度依赖金融监管的极端程度。例如2002年最高人民法院出台的《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》规定虚假陈述行为必须经过证监会作出生效行政处罚决定,否则人民法院不予受理民事赔偿诉讼。但是民事侵权的审查标准不同于行政处罚的审查标准,构成行政违法的行为不一定构成民事侵权行为。故该限制性规定因为司法权不当让位于行政权而广为诟病。2015年12月,《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》将证券民事诉讼前置程序取消。2021年7月,中共中央办公厅、国务院办公厅《关于依法从严打击证券违法活动的意见》发布,最终促成2022年1月《关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》以司法解释的形式正式废除行政处罚前置程序。但是金融司法对于金融监管的过度依赖,甚至放弃专业判断的做法在现实中远未终结。在引发社会各界广泛关注的五洋债券欺诈发行案中,<sup>①</sup>司法机关将证监会作出的行政处罚决定书直接作为民事诉讼裁判的依据就是前述现象的再一次典型体现。

## (三) 金融司法与金融监管应当加强沟通

金融司法和金融监管都是国家治理体系的重要组成部分,共同服务于党和国家的工作大局。由于金融风险具有较强的外部性,司法裁判者在具体的金融纠纷中是否具有足够的行业智识,判断个案是否给金融市场引致风险以及风险的强度等,都面临疑问。保持金融司法与金融监管的相对独立性是由二者制度能力的本质区别所决定的,但这并不意味着对二者沟通的否定。恰恰相反,鉴于金融业在社会经济生活中的重要性以及金融市场创新的活跃性,金融司法和金融监管应当发挥不同的功能优势,就各自在履职过程中发现的金融市场新问题、新动向和新情况及时沟通、交流甚至商定共同的应对举措。一方面,金融监管部门应当将监管的最新制度规则、工作重点以及工作中发现的问题及时向金融司法机关通报,以方便司法机关充分了解金融市场的最新情况,包括金融产品类型、结构设计、交易方式的最新发展,以及金融创新蕴含的商业逻辑、金融理念等。另一方面,司法机关也要加强对金融监管机构的信息输出,例如提出明确具体的司法建议书和指导意见。由于司法建议虽然可以实现具体化,但不具备强制约束力,而指导意见虽然具备事实上的约束力,又往往失于精确性。例如《九民纪要》对于刚兑条款一律无效的规定在适用中存在很多争议。所以,更为规范有效的方式通常为及时发布指导性案例、典型案例等,注重裁判文书说理的法理性,让金融监管机构了解司法者对金融交易规则的认知和金融司法的准确尺度等。

<sup>①</sup>参见浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙01民初1691号民事判决书。

## 六、结 语

党的十八大以来,我国推行金融改革。在此时代背景下,以金融科技为手段的金融创新步伐日益加快。金融市场被世界公认为是国民经济的“晴雨表”,由于金融市场的高流动性和趋利性,易引发系统性金融风险,对其防范和治理成为当前事关经济社会健康发展的一个既重要又迫切的重大课题。金融司法与金融监管是两种不同的治理机制,具有不同的制度角色和制度功能。金融司法应对金融监管起到或补强或纠偏的作用,立足于金融司法的法理功能,保护社会公众对司法的信任利益。通过发布指导性案例和加强裁判文书说理等方式,高效有序地实现对公序良俗法律原则、合同效力制度及合同履行制度的规范适用,适度审慎地发挥金融司法的社会功能。按照“相对独立、互相尊重、加强沟通”的原则构建符合我国国情的金融司法与金融监管的科学关系,引领二者走向互补、协调、互动而非混淆、替代、等同的道路,达至治理机制与制度功能相匹配的应然效果,发挥不同的功能优势,助推实现国家金融治理体系和治理能力现代化。

### 参考文献:

- [1] 丁冬. 金融司法的逻辑——中国金融司法专门化的组织构建与未来走向[D]. 上海: 华东政法大学经济法学院, 2019.
- [2] 鲁篱. 论金融司法与金融监管协同治理机制[J]. 中国法学, 2021(2): 189-206.
- [3] 赵尧. 金融司法监管化的逻辑审视[J]. 华中科技大学学报(社会科学版), 2020(5): 72-82.
- [4] 李志刚. 金融监管行政规章与商事合同的效力——评福建伟杰公司、福州天策公司、君康人寿保险公司营业信托纠纷案[M]//陈洁. 商法界论集: 第1卷. 北京: 法律出版社, 2018: 167, 174, 180.
- [5] 苟文均. 穿透式监管与资产管理[J]. 中国金融, 2017(8): 17-20.
- [6] 叶林, 吴烨. 金融市场的“穿透式”监管论纲[J]. 法学, 2017(12): 12-21.
- [7] 肖周录, 高博. 延安时期人民司法理念的内涵、实践及其价值[J]. 西北工业大学学报(社会科学版), 2021(2): 17-25.
- [8] 王籍慧. 论司法的限度[D]. 长春: 吉林大学法学院, 2018.
- [9] 杨知文. 司法能动主义与当下中国的能动司法——语境和语义的考察与比较分析[J]. 哈尔滨师范大学社会科学学报, 2010(1): 134-137.
- [10] 侯猛. 司法的运作过程——基于对最高人民法院的观察[M]. 北京: 中国法制出版社, 2021: 220.
- [11] 胡赟嶝. 金融监管规章影响商事合同效力的路径辨析[J]. 海南金融, 2020(3): 46-52.
- [12] 赵霞, 王德明. 围绕防范系统性金融风险界定公序良俗的范围[J]. 法律适用, 2020(24): 103-114.
- [13] 王明文. 目的理性行为、形式合理性和形式法治——马克斯·韦伯法律思想解读[J]. 前沿, 2011(19): 73-77.
- [14] 博登海默. 法理学、法律哲学与法律方法[M]. 邓正来, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 109.
- [15] 范春莹. 形式与实质: 法律思维的两个面向[J]. 法律方法, 2008(1): 299-307.
- [16] 金健. 契约自由、国家干预与中国合同法[J]. 法学评论, 1998(6): 61-68.
- [17] 蒋惠岭. 法院在依法治国方略中的地位[J]. 人民司法, 1998(1): 31-33.
- [18] 上海金融法院综合审判二庭课题组. 涉金融合同保底条款的判定与效力[M]//上海市法学会. 上海法学研究. 上海: 上海人民出版社, 2021: 75-86.
- [19] 苏力. 法律与文学[M]. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2017: 170.
- [20] 丹尼尔·P. 凯斯勒. 监管与诉讼[M]. 武立, 译. 北京: 化学工业出版社, 2018: 13.
- [21] 马荣伟. 金融监管与金融审判的冲突与合作[J]. 银行家, 2020(2): 136-138.
- [22] 美丽. 强监管背景下的金融商事审判法院视角[EB/OL]. (2018-10-18) [2021-10-14]. <http://www.chinaiprlaw.cn/index.php?id=5380>.
- [23] 方新军. 法学作为雄辩术后裔的光荣与尴尬[EB/OL]. (2021-10-27) [2021-11-15]. <http://law.suda.edu.cn/29/fa/c1054a469498/page.htm>.
- [24] 周强. 依法保护投资者合法权益为资本市场繁荣稳定提供有力司法服务和保障[EB/OL]. (2019-12-24) [2021-11-15]. <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1653819067763024379&wfr=spider&for=pc>.

