

论领域法学思维在金融 司法中的适用^{*}

强 力^{**} 卢一凡^{***}

摘要:司法者在办理新型金融案件时,面临以概念解释为路径的传统规范发现方法出现失灵、以抽象涵射为路径的传统法律适用思维出现紊乱、以形式正义为追求的传统裁判价值理念出现错位等问题。领域法学思维可以有效化解上述困境,其具体适用路径为:在规范发现方面,从概念中心下的法律解释转向问题导向下的规范集成;在法律适用方面,从抽象涵射下的二元抉择转向具象关怀下的多维考量;在价值理念方面,从一体适用下的形式正义转向价值多元下的实质正义。

关键词:领域法学 部门法学 法教义学 金融司法 司法方法论

* 本文系最高人民法院2020年度检察应用理论研究课题“检察机关服务和保障国家重大战略实施实务研究——检察机关助力防范化解金融风险”(编号:经费资助课题6)阶段性研究成果。

** 西北政法大学金融法研究中心主任,教授、博士生导师。

*** 西北政法大学博士研究生,陕西省人民检察院第十检察部一级检察官助理。

一、引言

我国当前社会形态正处于以工业文明为代表的简单现代性 (simple modernity) 向信息文明为代表的反身现代性 (reflexive modernity) 整体转向进程中。^{〔1〕} 在此期间,以金融、财税、互联网、卫生、体育、旅游为代表的新兴领域迅速形成和发展,这些领域结构关系复杂、法律目标多元、知识体系交叉,单靠任何一个法学分支的努力,都不足以能够妥适应对,加之各传统法学分支之间的壁垒森严致使知识体系日益碎片化,对全局无法获得整体性的认识,更难以对以上新兴领域提出系统性解决方法。^{〔2〕} 在时代变迁演进和社会意识需求的双重推动下,我国学者提出“领域法学”这一全新法学理论和法律思维,将领域法学 (field of law) 定义为:“以问题为导向,以特定经济社会领域全部与法律有关的现象为研究对象,融经济学、政治学和社会学等多种研究范式于一体的交叉性、开放性、应用性和整合性的新型法学学科体系、学术体系和话语体系。”在方法论上“通过聚焦问题领域,在横向上整合传统法律部门要素,消解不同部门法规范之间的效力冲突;在纵向上消除哲学社会科学学科壁垒,通过不同研究方法来探索不同社会现象以及之间的交互交融和发生化学反应的普遍规律,形成具有针对性、内生性、协同性的立体研究空间,并与部门法学形成同构而互补的关系”,^{〔3〕} 从而为消解法学学科系统分工精细化与法律现象复杂化之间的矛盾提供了理论指导和系统解决方案,因此,该理论一经提出,便引发各方强烈的反响和共鸣。

自 2016 年领域法学理论提出后,经过我国学者的不懈研究和共同

〔1〕 参见耿颖:《现代社会转型与领域法学话语的展开》,载《武汉大学学报》(社会科学版)2018年第6期。

〔2〕 参见熊伟:《法学现代化背景下领域法学之契机》,载《中国社会科学报》2017年1月4日。

〔3〕 刘剑文:《论领域法学:一种立足新兴交叉领域的法学研究范式》,载《政法论丛》2016年第5期。

努力,^[4]当前我国领域法学已完成了自身的体系化整合和理论性建构,逐渐进入反哺法律实践以应对具体社会问题的进程中,各新兴领域均尝试将领域法学研究成果转化为可操作、程式化的方法与作业流程。^[5]在金融法领域,亦有学者尝试运用领域法学思维对金融基础理论体系和金融立法体系进行重构。^[6]但是,当前关于金融司法理念、规律和方法的研究著述相对较少,而传统裁判思维已难以照拂新型复杂金融案件,亟须进行思维方法和裁判理念上的创新。笔者在长期司法办案实践中,切身感受到领域法学思维与办理金融领域案件的问题对策需求具有高度同质性,故在本文中,笔者通过分析当前金融司法中存在的现实困境,结合自身所办理或参与论证的金融领域案件,尝试提出领域法学思维在金融司法中的适用路径,以期为司法机关办理金融案件提供理论基础与智识支持。

二、当前金融司法实践中存在的问题与困境

在金融司法实践中,面临人们日益增长的解决现代复杂金融纠纷需求与落后的金融司法产品供给能力的矛盾。金融案件(尤其是金融创新型案件)所涉及的法律关系具有复合性,诉争问题往往以包含不同法律部门且相互交织的“问题束”形式呈现在司法者面前,且金融案件往往具有群体性、敏感性、复杂性特征,案件的审理结果甚至会对金融交易和监管模式产生影响。^[7]而我国司法人员的在校教育和知识

[4] 参见刘剑文等:《领域法学:社会科学的新思维与法学共同体的新融合》,北京大学出版社2019年版。

[5] 参见吴凯、汪劲:《论作为领域法学的环境法:问题辨识与规范建构》,载《辽宁大学学报》(哲学社会科学版)2019年第1期;熊伟:《问题导向、规范集成与领域法学之精神》,载《政法论丛》2016年第6期;褚睿刚:《环境相关税的法际联动与位阶划分——以领域法学的“环境问题”为中心》,载《大连理工大学学报》(社会科学版)2018年第2期。

[6] 参见冯果、袁康:《社会变迁视野下的金融法理论与实践》,北京大学出版社2013年版,第13页;洪治纲:《论领域法学理论在金融法学中的应用》,载《辽宁大学学报》(哲学社会科学版)2019年第1期。

[7] 参见许可:《以专业化审判促进金融法治建设》,载《人民法院报》2018年7月5日。

体系主要源于以简单商品经济为立法模型的罗马法,裁判思维和理念仍停留在以买卖和借贷等最为基础的法律关系和交易结构上。^{〔8〕}以致在办理金融案件中,司法者在规范发现、法律适用和价值理念方面均存在不同程度的失灵、紊乱和错位,不仅案件本身质量难以尽如人意,更产生了抑制社会经济创新发展的不良导向。

(一) 以概念解释为路径的传统规范发现方法出现失灵

传统裁判思维深受部门法与法教义学结合而形成的“部门法教义学”^{〔9〕}的影响,注重法律的内在自足稳定性、权威性和可预期性,裁判者在处理案件过程中按照已形成的定式思维,将案件涉及的具体现象和问题提炼为法律概念,并通过法律解释的方法解构概念,将案件对号入座到现行相应的法律部门所属的特定案由之下,通过此种概念解释和形式推理的进路,以期达到纠纷解决的规范证成与逻辑自洽,从而确保法律秩序的稳定性和法律系统的逻辑性。但是,新兴交叉领域的金融案件所涉及的问题往往具备较强的事务性、专业性、变动性和非常规性,不仅未形成完整的法律概念体系,也未形成成熟的法律解释方法,诸如金融领域中涉及的“保兑仓交易”“劣后级受益人”“增信文件”“通道业务”“厂商银业务”等语词,其本身就并非严谨的法律概念,亦未出现在我国当前的正式法源中,立法机关也未进行权威定性,^{〔10〕}并不具备清晰的内涵和外延,因而在此类案件中裁判者在概念提炼这一步即会遇到困境。

以金融合同效力认定为例,现行规范大多为位阶较低的管理性、政策性规范且相对零散,裁判者面对涉金融创新交易模式纠纷时,发现现行法律规定难以满足法律发现之需求,要么被迫适用大量监管规则,导致实践中对于金融合同效力认定出现“无效认定,有效结果”的矛盾,如深圳市中级人民法院发布的《关于场外股票融资合同纠纷案件裁判

〔8〕 参见李志刚:《商事裁判的理念和方法——〈纪要〉的释法路径与实务运用》,载李志刚等:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉专题解读与实务指引》,法律出版社2020年版,第15页。

〔9〕 参见焦宝乾:《我国部门法教义学研究述评》,载《法律方法》2016年第1期。

〔10〕 对于这些概念,部分仅在有司法政策性质的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(最高人民法院2019年11月发布)中进行了相对口语化的概括描述。

指引》,认定场外配资合同由于违反监管规则应当为无效合同,但在责任认定与损失分配方面却维持了配资合同约定的状态。^[11] 要么“向原理性质浓厚、宣示色彩鲜明的法律条文‘逃逸’”,^[12] 如当前颇具争议的违反行政规章的金融合同效力问题,由于现行法律均未将金融规章纳入金融合同效力的评价依据,违反行政规章并非认定合同无效的依据。但在当前防范化解金融风险的强监管背景下,最高人民法院以“福建伟杰投资有限公司等诉福州天策实业有限公司案”^[13] 为标志,通过对公序良俗的文义解释,将金融安全纳入原理性质浓厚、宣示色彩鲜明的公序良俗范畴,以金融规章为据、借由公序良俗的通道判定合同效力,进而构建出对《民法总则》第 153 条、《合同法》第 52 条直至《民法典》第 143 条适用的适用路径,并在 2019 年 11 月发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)中,将该裁判观点予以固化,^[14] 上升为全国司法机关整体裁判理念。但是,此种法律规范发现方法和适用路径广受学界和实务界质疑:金融司法与金融监管的区隔性不足导致的“司法监管化”及公序良俗认定的不确定性是否会打开作为公法的行政规章肆意涌入司法领域的“潘多拉魔盒”?^[15] 在司法裁判中将微观的金融机构经营行为等同于公序良俗的宏观秩序评价,是否会影响金融交易的安全和交易的预期,阻碍金融创新?^[16] 金融司法以金融规章这只“看得见的手”作为合同效力的裁判依据,以裁判结果影响市场预期,是否一定比市场这只“看不见的手”更为高明?

[11] 参见刘燕:《场外配资纠纷处理的司法进路与突破》,载《法学》2016 年第 4 期。

[12] 同前注[5],吴凯、汪劲文。

[13] 在本案中,最高人民法院认为诉争的保险公司股权代持协议违反保监会制定的行政规章《保险公司股权管理办法》第 8 条规定,违反了旨在保护公共利益的金融监管规章的规定,实为损害了社会公共利益,故适用《合同法》第 52 条第 4 款规定,判定该股权代持协议无效。详见最高人民法院(2017)最高法民终 529 号民事判决书。

[14] 《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。人民法院在认定规章是否涉及公序良俗时,要在考察规范对象基础上,兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量,并在裁判文书中进行充分说理。

[15] 参见李建伟:《行政规章影响商事合同效力的司法进路》,载《法学》2019 年第 9 期。

[16] 参见申鸣阳:《强监管背景下的金融司法——以金融合同效力裁判为视角》,载《北方金融》2019 年第 12 期。

此种以规章为据认定合同无效,形式上却以公序良俗为据的三段论思维模式是否足够逻辑自洽?^[17]这些质疑的产生即为以概念解释为路径的传统裁判思维出现失灵的具象体现。

(二) 以抽象涵摄为路径的传统法律适用思维出现紊乱

传统裁判方法沉浸于运用“抽象涵摄”^[18]的方法去理解和审视案件,在案件裁判中,司法者遵循抽象涵摄路径,通过对社会现象和问题不断地抽象提炼,通过“提取最大公约数”的方式,用高度凝练的规范制度涵摄多式各异的具体情况,通过规范整齐划一的一体适用,以期达到法律的安定和纠纷的解决,在这种思维模式中,“非此即彼”的二元抉择是逻辑必然和方法预设。但是,抽象涵摄虽带来了安定与体系,也带来桎梏与枷锁,越是抽象的概念内容越是空洞,面对具有鲜明领域法特质的金融案件,无论主体制度、行为体系、裁判理念均具有明显的多元异质性,以抽象涵摄为路径的传统法律适用思维便显得力不从心了。

例如,在金融投资领域,一般将金融投资主体的风险承受能力分为A1 谨慎性、A2 稳健型、A3 平衡型、A4 进取型、A5 激进型 5 个等级,不同风险偏好的主体对应相应的风险和收益水平,在风险和过错承担上呈现线性函数般的特质,如按照“非此即彼”的二分法进行裁判,便会面临将投资主体涵摄至“金融消费者”还是“合格投资者”概念下的困境。如当前处置颇为棘手的各类涉众金融“暴雷”案件,其利益受损者多为金融知识储备薄弱、风险防控意识较低却倾注毕生积蓄的中老年人,在其诉请司法要求赔偿时,裁判者是应当将其涵摄至“金融消费者”概念下,以保护弱者的价值导向为其亏损兜底,还是将其涵摄至“合格投资者”概念下,遵循投资有风险、入市需谨慎的市场规则,由其自行承担不利后果?如以前者裁判,会导致其抛弃风险意识更加有恃无恐的投资,从而引发更大的金融风险;如以后者裁判,遭受惨重损失的利益受损者们所积聚的愤恨和委屈极易导致群体性事件,从而引发社会不稳。又如,分级信托计划中劣后级受益人责任承担纠纷案件中,

[17] 同前注[8]。

[18] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 317 页。

面临将结构化信托产品的性质涵摄至“投资性产品”还是“融资性产品”的困境。如按照中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》(以下简称《资管新规》)的精神,将优先级受益人和劣后级受益人之间的关系定性为基于利益共享、风险共担的投资性合伙关系,那么分级将不复存在,双方基于风险与收益的现实考量,约定优先级受益人请求劣后级受益人承担差额补足责任的安排将失去意义;〔19〕如按照最高人民法院《九民纪要》的精神,定性为基于保本收益的融资性关系,则又面临着违背“破除刚兑”监管规定的风险。〔20〕

(三)以形式正义为追求的传统裁判价值理念出现错位

如上所述,裁判者在审理具体案件伊始,便本能地寻求在案件事实和法律规范之间搭建公式化的桥梁,力图以完美的法律解释技术和周密的形式逻辑推理,以期达到正义的实现。然而,“绝对正确进行的逻辑推演总是远离情境的,而且尽管正确却未必适当”。〔21〕以形式主义思维搭建的桥梁终点注定只能是形式正义,以形式正义为单一价值追求所绘制的司法画作注定难以色彩缤纷。在随着时代变迁而被赋予多元价值的金融法领域,传统裁判思维所遵循的逻辑脉络并不必然带来正义的实现。当前金融交易已远非单纯以资金借贷为表达的简单交易模式,而是融合了股权、债券等多种融资形式,通过各种细节性、创新性、个性化的安排设定,架设构建出复杂的交易结构,以实现跨期资源配置、交易风险管控和融资利益回报。当前司法机关在面对新型金融案件时,存在将个案交易特质剥离,机械“类型化”为有名合同并一体适用相应法律规范的思维定式,往往出现逻辑推理正确但裁判结果偏

〔19〕《资管新规》第21条规定:分级资产管理产品不得直接或者间接对优先级份额认购者提供保本收益安排。

〔20〕《九民纪要》第90条规定:信托文件及相关合同将受益人区分为优先级受益人和劣后级受益人等不同类别,约定优先级受益人以其财产认购信托计划份额,在信托到期后,劣后级受益人负有对优先级受益人从信托财产获得利益与其投资本金及约定收益之间的差额承担补足义务,优先级受益人请求劣后级受益人按照约定承担责任的,人民法院依法予以支持。

〔21〕〔德〕特奥多尔·菲韦格:《论题学与法学——论法学的基础方法》,舒国滢译,法律出版社2012年版,第31~32页。

离常理的错位情形。

以金融借款利率纠纷为例,相关案件裁判结果并不一致,与案件类型(个人或企业借贷)、借款用途(民事或商事)、金额大小与周期长短呈现复杂关系。^[22]例如,“渣打银行(中国)有限公司上海分行诉万某飞金融借款合同纠纷案”^[23]较为典型地体现出司法机关在个案审理中对是否以及如何干预利率存在困惑与迷茫。对于该案判决,笔者认为,一审判决理念体现了对金融交易理性与逻辑的尊重,之所以约定高额罚息,是因为借款人具有较高的违约风险,不能达到金融机构相应的风控标准,该约定是双方基于风险与收益权衡考量后的理性决策,是金融供给与需求纳什均衡的真实反馈,体现了价值与逻辑相一致的实质正义。但令人遗憾的是,二审裁判将金融借贷简单类型化为一般借贷,将罚息利率调整到民间借贷利率上限之下,法律推理虽然正确,但忽视了价值判断,导致裁判结果“只是从法律层面生硬地改变双方的交易预期,激励用款者从违约中获得额外收益”,^[24]降低罚息利率不仅不会消灭或改变真实的供求关系,反而可能导致贷款供给的降低,产生降低借款人福利的反效果,背离了维护金融公平的裁判初衷。

三、领域法学思维对传统裁判思维的拓补与创新

法律真知的真正来源,不是来自概念、理论的演绎或照搬,而是来源于法律实践和社会现实。领域法学思维具有高度的问题意识和实践品行,相对于秉承规范主义的传统部门法教义学思维,领域法学思维是

[22] 参见苏盼:《司法对金融监管的介入及权力边界》,载《上海财经大学学报》2019年第6期。

[23] 本案基本案情为:2012年10月,万某飞与渣打银行签订无担保个人贷款合同,约定贷款金额为17.45万元,贷款用途为装修,月息1.65%,期限60个月,按月等额本息还款,如逾期还款按原贷款利率130%计收罚息。2014年6月,万某飞开始违约,对于逾期利率,一审法院认为,合同约定的逾期利率合法有效予以认定,二审法院则认定,逾期利率约定过高,调整为上浮20%(23.67%),低于当时民间借贷24%的规定。详见上海市第一中级人民法院(2016)沪01民终11384号民事判决书。

[24] 同前注[8]。

一种概括主义方法论,兼容并包突出重点地解决特定领域的实践问题。^[25]针对前述金融司法实践中存在的现实问题,笔者尝试运用领域法学思维,在规范发现、法律适用和价值理念等不同维度和层面对传统裁判思维进行扬弃、拓补和创新,具体而言:

(一)规范发现:从概念中心下的法律解释到问题导向下的规范集成

金融领域法律问题具有跨域性、交叉性、复杂性、多维性、动态性的特征,既有可能涉及金融交易关系等民商事法律部门,又有可能涉及金融监管关系等行政法律部门,还有可能涉及金融犯罪等刑事法律部门,亦有可能涉及宪法和立法法(如地方金融监管)、环境法(如绿色金融)、科技法(如以互联网金融为代表的科技金融)、财税法(如金融监管机构的财权与事权)等,以概念提炼、法律解释并精准定向到相应部门法的传统规范发现思维同时面临无法可依和解释技术不足的困局,已无法有效地为金融领域法律问题提供理论指导和解决方案,需要在思维方法上进行革新。

领域法学思维天然地具有解决以上困境的特质和功能,其融合了部门法学的研究成果,以解决实际问题为导向,整合多元规范于一体以回应现实需求并实现内部逻辑自洽。在规范发现方法上,主张打破部门法学划分形成的“部门墙”,立足解决特定领域实践中出现的实际问题,选择性吸纳民法、行政法、刑法、经济法、诉讼法等现行各部门法学规范,并将各种规范有机整合,形成综合性的规范集成。换言之,以问题领域来整合不同法学部门、学科和法律规范,而非以部门法、分支学科来拆分性地回应问题领域,并通过不同法律主体之间的博弈,发现法律事实与法律规范之间的不对称性,进行反思并续造规范本身,尽可能地与实践保持良性互动,以支撑相关领域司法实务之需要。^[26]因此,裁判者在面对金融领域案件时,应先明确欲解决的具体问题,然后针对问题将源自不同部门和领域的规范整合,识别和勾连彼此逻辑关系,以达到解决问题的结果。^[27]

[25] 参见王桦宇:《领域法学研究的三个核心问题》,载《法学论坛》2018年第4期。

[26] 参见余倩影:《领域法学:法理视野与话语共建》,载《法学论坛》2018年第7期。

[27] 参见刘剑文、胡翔:《“领域法学”范式适用:方法提炼与思维模式》,载《法学论坛》2018年第7期。

以笔者参与论证的一起“银行间债券市场质押式逆回购”金融仲裁案为例,^[28]对于该案中损失的归责和承担问题,各方观点尤为不一。其法律关系如图1所示:

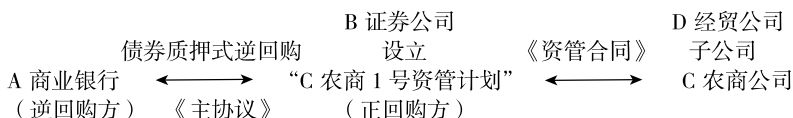


图1 本案法律关系

本案法律关系较为复杂,不仅涉及商业银行、证券公司、资管计划、商业公司等众多主体,而且涉及《主协议》《资管合同》等双边合约,如按传统民商事部门法裁判思维,该产品的每个子部分都是独立的,相应子部分之间签署的双边合约也是独立的,因此应当依据合同相对性原理择取相应的民事规范进行裁判。即无论B证券公司与C农商公司之间签订的《资管合同》如何规定,其效力都不能对抗作为第三人的A商业银行,且其与B证券公司签订的《主协议》也加盖的是B证券公司的印章并由法定代表人签字,因此应依据《民法总则》《合同法》的相关规定,由B证券公司承担相应的违约责任,此种裁判思路甚至得到多数方的赞同。但是,作为一种主体多元、关系多重、部门交叉的新类型复杂结构化金融产品,其是按照类似于“合同联立”的方式整体进行运

[28] 根据商业仲裁不公开原则,本文隐去案件各方当事人信息,并对非必要案情进行删减,本案基本案情为:2017年7月,B证券公司与C农商公司签订《C农商1号定向资产管理计划资产管理合同》(以下简称《资管合同》),设立“C农商1号定向资管计划”,该计划购入C农商公司的母公司D经贸公司所发债券,并以该债券为质押品,于同月进入银行间市场进行债券回购交易,交易对手方之一即为A商业银行。同年10月,双方签订《质押式回购成交单》,约定以“债券质押式逆回购”方式,C农商1号资管计划以其持有券面总额5000万元的前述债券作为质押债券,向A银行融入资金5000万元,回购期限为14日,回购利率3.8%,到期结算方式为券款对付。同期,由于D公司资金链断裂,清算所公告该债券无法兑付本息,回购业务质押票据成为垃圾票据,A商业银行面临5000万元损失。后A商业银行以B证券公司为被申请人提起商事仲裁,以B证券公司将已经违约的债券进行质押在银行间市场融资造成自身损失为由,要求支付本息及补偿金。B证券公司则辩称:(1)自身非本案适格主体,适格主体应为“C农商1号定向资管计划”;(2)自身系受C农商公司委托,作为受托人进行投资,且自身已尽到管理职责,应由作为委托人的C农商公司及“C农商1号定向资管计划”承担法律后果。

行、投资和管理,具有与金融交易模式习惯紧密相关的自身特性,如仅按照普通民事法律关系纠纷适用《民法总则》和《合同法》,并以上述法律规范来认定各方的法律责任,未考量遵循和匹配商业逻辑、金融行业特殊的交易习惯以及国家金融监管政策,不仅造成B证券公司收益与风险严重不匹配,有违法律的公平理念,甚至可能引发连锁金融风险危及社会稳定。在该案的论证中,笔者尝试运用领域法学思维,以整体观的视角来分析和认定该结构化金融产品的法律责任,将该金融交易关系界定为集借贷融资关系、融资融券质押关系、回购关系为一体的关联信托交易关系,并在此基础上选择吸纳并集成适用《民法总则》《物权法》《合同法》《证券法》《商业银行法》《信托法》《证券投资基金法》《银行间债券市场债券交易自律规则》《中国人民银行金融市场司关于做好部分合格机构投资者进入银行间债券市场有关工作的通知》《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》等规范,以解决实际问题为导向,按照各主体实际情况合理分配法律责任。最终,本案以双方和解的方式实现问题的解决,并对后续类似案件处理起到良好的导向作用。

(二) 法律适用:从抽象涵摄下的二元抉择到具象关怀下的多维考量

金融法领域面临的问题具有复杂性、交叉性和综合性,主体制度、行为体系、权责分配相对于传统部门法均具有鲜明的异质性,呈现交易主体从自然人到法人、交易客体从特定物到种类物、交易目的从对标的物的实际利用到转卖盈利、交易特点从随机性到营利性、交易条件从任意性到定型化等特点。^[29]面对此类案件,司法者应综合考量金融法领域中基于共生关系而自发形成的私法、基于国家政策而主观构建的私法、基于金融规制而外部构建的公法,^[30]尽力探求和多维观照“当事人所追求的经济目的、当事人典型的利益状态以及当事人于此将考量的危险负担”,^[31]对金融交易背后的交易动机、商业理性、风险预判和分

[29] 参见李志刚:《商事审判理念三论:本源、本体与实践》,载《商事审判指导》(第1辑),人民法院出版社2014年版。

[30] 参见王烈琦:《法律现象与金融现象基础关系之剖析——兼论法与金融研究的不同向度》,载《金融理论与实践》2015年第9期。

[31] 同前注[18],第344页。

配正义进行深刻理解把握。值得一提的是,即使在奉概念解释和抽象涵摄思维为圭臬的刑事司法领域,此种方法进路可有效解决以下困境:由于刑事立法的静态稳定性与金融市场的流动变化性之间存在罅隙,司法者在面对金融刑事案件时,往往会陷入如何在实质违法性与形式违法性之间进行取舍的两难,若只是以普通语言表面字意来阐释法律构成要件,机械适用法律条文,会偏离金融市场中的特定语义特色从而对当事人施以不当刑法苛责;若以金融市场的实质来理解,则又会面对金融刑法的弹性需求与形式上的罪刑法定原则之间的紧张。^[32]

如笔者所办理的“中国工商银行股份有限公司西安韩森寨支行刑事申诉案”,^[33]原审法院认定被告人为挪用资金罪,而申诉人工行西安韩森寨支行则认为原审罪名认定错误,应定非法吸收公众存款罪(并且出具了由多位知名刑法专家签章支持其诉求的《意见书》)。笔者就此案走访了监管机构、高校、金融机构和司法机关,各方分歧争议极大(颇具讽刺意味的是,目前正在服刑的原审被告人对定其何种罪名相

[32] 参见毛玲玲:《金融犯罪的实证研究——金融领域的刑法规范与司法制度反思》,法律出版社2014年版,第8页。

[33] 本案基本案情为:原审被告张某某自2009年6月至2014年12月案发担任工行韩森寨支行客户经理。2012年6月至2014年12月,张某某对其担任理财客户经理时认识的刘某花、吕某泰、丁某、刘某红、罗某民等48名人员(以下简称利益受损人)谎称,本行内部有一个年息6.6%~7.2%的大额理财产品,但由于该产品购买资金起点高,要求该48名利益受损人将他们的资金转存至她指定并掌握的张某某、刘某、张某某、陈某某、李某红、张某某的账户上。在办理过程中,有些在银行柜台上直接转账,有的通过银行的ATM机或者U盾转账。张某某利用自己掌握的上述转入账户银行卡和密码的条件,通过银行操作将该笔资金集中转入李某红、张某某的账户中。其中金额25,781,260元转账后,张某某在转账回单或用白纸打有借条,内容为:“借条:今借到××现金××万元,××年××月××日归还”,有张某某本人亲笔签名和日期;另有9,506,735.55元仅有双方之间的口头约定。以上共计35,287,995.55元。之后,张某某以个人名义与陕西银得胜担保有限公司李某红、河南恒野农牧股份有限公司法定代表人赖某斌签订了10余份借款担保合同,将上述资金按1.5%~1.6%的月息借给河南恒野农牧股份有限公司使用,意图从中获取利差。其中,张某某为出借人,陕西银得胜担保有限公司为担保人,河南恒野农牧股份有限公司为借款人。截至案发,合同金额达人民币35,287,995.55元。截至案发,张某某通过原转入账户,分多次向48名利益受损人支付利息1,759,714.17元。详见西安市新城区人民法院(2016)陕0102刑初字第123号刑事判决书,陕西省人民检察院陕检刑申审通[2018]39号刑事申诉审查结果通知书。

当“佛系”,表示无论怎样皆可)。原审被告人的行为并不能为挪用资金罪所完美涵摄,挪用资金罪中的“利用职务便利”,是指本人在职务主管、经管或经手单位资金的便利条件,非法擅自动用单位资金归本人或他人使用的行为,而原审被告作为客户经理,既没有主管、经手、经营客户资金的职权,也没有因为客户经理身份所形成的便利条件,其对客户的资金没有法律上的处分权,仅是利用各利益受损人对其的信任和熟悉意义上的便利,属于事实上“利用职业便利”而非法律意义上的“利用职务便利”。^[34]但是,原审被告人的行为也不能为非法吸收公众存款罪所完美涵摄,非法吸收公众存款罪的客观要件,应当“通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传”并“向社会不特定对象吸收资金”,即吸收资金的对象应当具有开放性和不特定性,而在本案中其吸收资金的对象是与其业务往来中熟识的48名利益受损人,吸收资金的对象具有闭合性和稳定性,未向社会进行公开宣传,因此不符合非法吸收公共存款罪的犯罪客观方面要件。同时,是否符合该罪的主观方面要件也存疑。^[35]此种二元抉择的困境下又激发出第三种极端意见,既然相关各罪都无法认定,则应严格依据罪刑法定原则,认定原审被告人无罪。

面对此种困境,笔者尝试运用领域法学思维来审查该案:首先,探求各方的真实意图。各方如此看重罪名的认定,其真实考量为,如认定挪用资金罪,意味着涉案资金为工行韩森寨支行的资金,单位应当对利益受损人的损失负责;如认定非法吸收公众存款罪,则意味着涉案资金为个人行为所致,单位无须负责(这就不难理解为何笔者走访的各金

[34] 事实上,客户转账理财必须输入正确的密码,网上操作还需要使用U盾或电子密码器等具有国家专利的物理密匙,银行对客户密码等关键信息采取不可逆的加密存储,除了客户本人,银行任何高管、经理、员工都无法通过职务之便获取密码。张某娟之所以能处分利益受损人的资金,是因为48名利益受损人或是自己授权,或是亲自协助,或是将银行卡、U盾及密码长期交张某娟掌控,因此,从法律上来说属于主动授权处分,而非被动被擅自挪用。

[35] 2001年9月10日最高人民法院研究室《关于认定非法吸收公共存款罪主体问题的复函》(法研[2001]71号):金融机构及其工作人员不能构成非法吸收公众存款罪的犯罪主体。对于银行或者其他金融机构及其工作人员以牟利为目的,采用吸收客户资金不入账并将资金用于非法拆借、发放贷款,构成犯罪的,依照《刑法》有关规定定罪处罚。

融机构一致意见为认定非法吸收公众存款罪,而各利益受损人坚决自称挪用资金罪的受害人)。其次,集成适用相关规范。对于各利益受损人,运用相关民事理论界定其责任,各利益受损人均均为完全民事行为能力人,其对自身的法律行为应承担完全的民事责任,对于自身财产权的处分应具有注意义务,而本案人均数十万元的资产处分,更应具有高度的注意义务。原审被告人虚构其所在银行内部有高收益理财产品这一事实,并不足以使各利益受损人达到不容怀疑的信任程度;对于银行方面,运用金融监管规章与金融机构自律规范来界定其责任,原审被告人为各利益受损人办理资金转账时,或通过柜台指导或代办,或在办公室办理,来回行走于银行大厅及办公场所,对于自身员工明显违背自身规章的行为,工行韩森寨支行对此却毫无察觉和预警,之后也未进行过问和调查,客观上造成了利益受损人的错误认知,产生了对原审被告代表银行办理理财的错误信赖,银行在风险合规和内部控制方面存在明显缺陷。最后,问题导向下多维考量。“没有人会以刑法列举的典型方式去实施危害金融市场的行为,然后等着入罪受刑……在不法金融表现方式与特定构成要件存在差异时,不能因为找不到一条完全相符的法律准则就拒绝处罚”。^[36] 面对情绪激动并已群体性上访多次的利益受损者,追求法律推理的绝对逻辑自洽(如上述主张认定无罪的观点)并不能解决现实存在的问题,反而会激化矛盾引发社会不稳,而应综合观照以上各种具象事实与各方关涉利益,“在规范与事实之间张弛有度,在紧扣条文和超越法律之间张弛有度”。^[37] 对于原审被告人名罪的认定,基于其行为的客观危害,在现行刑法下找寻最相符合的罪名予以惩治。遵循以上办案思维,本案最终认定为挪用资金罪,并通过大量充分的释法说理和耐心细致的沟通协调,由银行对利益受损者进行适当补偿,各利益受损者承诺息诉罢访,达到了案件办理法律效果和社会效果的统一。

[36] 陈幅宽:《检察机关介入金融监管的依据与标准》,载《法学》2009年第10期。

[37] 鲍彩慧:《金融司法专门化:逻辑展开与路径实现》,载《金融与法》2020年第9期。

(三) 价值理念:从一体适用下的形式正义到价值多元下的实质正义

“正义是衡量法律至善的尺度。”^[38] 传统部门法思维模式强调对于形式正义的恪守和维护,而领域法学思维则侧重深入问题的本身以寻求满足实质正义要求的解决方案。^[39] 金融集资本流通、涉众融资、撮合交易、管控风险等诸多功能于一体,关涉利益复杂,价值追求多元,决定了在金融领域案件的司法裁判绝非是一场“非此即彼”“非对即错”的零和博弈,而应是类似于物理学中“光的波粒二重性”般的多维视角下的综合考量。因此,司法者“在坚持专业判断、逻辑推理的同时,一旦发现某一裁判尺度可能有违基本常识时,要反思是否在某一环节出了问题,从而主动校正,在逻辑与价值的互动中实现法律效果、社会效果和政治效果的有机统一”。^[40]

正如哲学家约翰·罗尔斯所言,正义“有着一张普洛透斯似的脸(A Protean Face),变幻无常、随时可呈现不同形状并具有极不相同的面貌”。^[41] 金融司法所追求之正义,其映射的价值光芒亦应为多元而非单一的。在法经济学视角下,法之追求的实质正义标准,应为社会财富创造与分配达到最优,效率和公平完全兼顾的帕累托最优状态。^[42] 相应的,在金融法学者眼中,金融法正义价值的实现应满足金融效率、金融安全、金融消费者保护之“三足定理”。^[43] 金融消费者保护实为消弭金融机构与金融消费者形式平等下的实质不公,故笔者认为,金融司法所追求的正义光谱应由金融效率、金融安全与金融实质公平等价值理念所构成。司法者在裁判金融案件时,既要尊重金融交易主体意思自治,支持促进金融创新以实现金融效率(金融机构的核心利益),又要给予相对处于弱势的金融消费者予以倾斜保护以实现金融公平(金

[38] [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700页。

[39] 同前注[5],吴凯、汪劲文。

[40] 刘贵祥在全国法院民商事审判工作会议上的讲话,2019年7月3日。

[41] [美] 约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社1988年版,第3页。

[42] 参见熊春泉、聂佳龙:《法律经济学》,中国政法大学出版社2017年版,第127页。

[43] 参见邢会强:《金融危机之乱循环与金融法的改进路径——金融法中“三足定理”的提出》,载《法学评论》2010年第5期。

融消费者的核心利益),还要维护金融稳定,防范化解金融风险以实现金融稳定(国家监管机构的核心利益)。

由此可见,在法律关系复杂、裁判准据跨诸多部门法、案件争议内容涉及诸方利益的复杂金融案件中,传统法律解释方法之于案件可能往往只具有次要的意义,司法者的价值预判通常先于其选择的法律解释方法。^[44]在具体案件审理中,应通过对当事人的法庭质询、主体地位、交易背景等客观因素综合考察,并借助自身经验、直觉、良心等主观因素灵活机动地进行利益结构分析和价值判断。^[45]在具体操作中,司法者可以借助“比例原则”^[46]进行价值判断与利益考量,如前述“工行西安韩森寨支行申诉案”,笔者在案件办理过程中,正是遵循“透过罪名争议表象—识别各方真实目的—综合考量各方利益—择取关涉法律规范—充分进行释法说理”的领域法学思维路径,最终达到案件办理的效率价值(银行压力得到减轻)、公平价值(利益受损者得到适当补偿)和安全价值(利益受损者息诉罢访)的有机统一(本案亦被评为该年陕西省检察机关刑事申诉十佳案件);同时,司法者的价值考量还应具有发展性、阶段性和场域性,各种价值所被赋予的权重应随着社会经济形势的变化在个案中不断动态调整。如前述“银行间债券市场质押式逆回购案”中所涉及的通道业务效力问题,监管政策层面已明确持否定态度,但在监管部门规定的过渡期内,基于防范在处置期内可能引发的操作风险、保持金融体系稳定的安全价值考量,一般不仅因通道构成违法违规而确认信托无效。但过渡期满后的效力问题,当前司法层面并无明确的态度,这就需要司法者结合届时国家的宏观调控政策走向和金融发展形势进行具体价值判断与利益分配。

[44] 同前注[37]。

[45] 同前注[16]。

[46] 比例原则不仅可以用来衡平相冲突的权益,为未设定边界的权利冲突、利益纠纷的选择与取舍提供理性指引,还可以为自由裁判权设定边界以避免被滥用,并要求在司法裁决时做出充分的论证说理,与金融司法的运行目标和价值导向高度契合。参见周筌:《金融领域中监管与司法的博弈与融合》,载《法律适用》2020年第8期。

四、结语

100年前,由农业社会演化形成的普通法已经难以回应已进入快速工业化美国社会的现实需求,本杰明·卡多佐大法官通过对普通法传统“严格遵循先例”思维模式进行变革,完成了普通法司法理念的现代化革新。^[47] 100年后,世界已由工业化时代进入信息化时代,面对风靡云涌的金融创新所带来的法治挑战,承袭大陆法系传统的我国,在无法实施普通法系判例制度的客观情况下,^[48] 也应顺应时代潮流,通过司法自身功能的能动匹配与裁判思维的理念创新,探索出一条既符合国情又符合在当前法律框架下克服成文法局限性的方法。^[49] 领域法学即是中国学者基于中国实践为解决中国所面临的时代问题而提出的一套法治指导思想和解决方案,可以有效因应我国当前日益专业复杂的金融司法需求。目前,我国初步建成的以金融仲裁院和金融法院(庭)为主要表征的金融司法专门化体系,正是突破传统部门法学体系逻辑,将领域法学思维运用到金融司法中的具体实践。但是,仅停留在司法机构建制层面是不够的,而是应在正确认知金融司法规律的基础上,在规范发现、法律适用、价值理念等思维方法层面进行转变和创新,并在个案审理中不断检验修正,凝聚共识形成制度安排,最终完成金融领域的司法制度供给。本文即是对以上问题的一些初步探索和思考。

(编辑:邹莹)

[47] 卡多佐大法官认为:法官不能仅由于某种做法是先例所规定的而放弃作为法官的责任,而应当考量逻辑的、历史的、习惯的、道德的、法律的确定性和灵活性、法律的形式和实质等多方面因素。参见[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2019年版。

[48] “法与金融”学派通过对法律渊源与金融市场之间关系的考证,认为普通法系灵活的规则形成机制可以满足不断动态创新的金融市场的需求,相较于大陆法系国家,普通法系国家的金融发展水平更高。See Rafeal La Porta, Florencio Lopez - de - Silanes, Andrei Shleifer & Robert W. Vishny, *Law and Finance*, *Journal of Political Economy*, Vol. 106, 1998.

[49] 参见冯果:《营造与国际金融中心地位相适应的司法环境》,载《法学》2016年第10期。