

金融创新背景下司法与监管的协调 与融合:基于司法裁判的视角

周 荃*

摘要:金融产品日新月异的背景下,司法与监管如何协调关系并共防风险成为值得关注的课题。在比较研究和深入探讨金融司法与金融监管所反映出的行政权与司法权两项权力之联系与区别的基础上,金融司法与金融监管之间应保持既有互动又有界限的理性关系。从司法裁判的角度来看,金融司法可尝试“二加二”的制度化安排,以司法保持中立和比例原则作为着眼点,审慎认定交易行为效力,采用从行政责任转化为民事责任这一较新颖的角度化解争议。

关键词:金融司法 金融监管 行政权

金融发展历史表明,金融风险之高低以及金融危机之防范,实际反映并受制于一个国家金融监管与金融司法之间的关系安排及其实际运行。20世纪80年代以来的金融自由化进程主要以效率为价值取向,但以片面追求金融效率为监管圭臬的放松管制态度同时加剧了金融体系的脆弱性。为此,各

* 法学博士,上海金融法院综合审判一庭审判员。

国纷纷进行金融体制改革。我国目前亦处于“强监管”的理念之下,建设法治化营商环境的推进工作正在逐步覆盖整个司法系统。金融司法对此已有回应,但究竟是将穿透式审查的做法贯彻落实到每一个案件中,还是结合现有规定和个案情况作出法律判断,裁判者可能出现些许无所适从。金融监管政策灵活变化的环境中金融司法如何拿捏尺度、金融司法面临监管化和去监管化的争议时如何取舍等实践问题,不仅事关某一类案件裁判思路和裁判规则的确立,而且将对我国金融创新层出不穷的情况下金融市场秩序运行产生深远影响。针对于此,笔者着眼于金融产品、交易结构等方面的创新行为对金融司法带来的种种挑战,结合辨析行政权与司法权等相关理论,试图说明金融司法在“监管越来越强”和“打造营商环境”的双重语境下如何与监管部门协调联动,以期有助于优化金融创新过程中司法裁判与行政监管两者之关系。

一、出现挑战——金融创新领域中司法与监管出现了不相协调的局面

应对金融创新而适时调整金融监管执法和司法^[1]尺度,是监管执法理念与司法政策导向的博弈。即意味着,为挖掘和保护金融创新的活力,放松某一些方面的监管,但为防范金融风险,司法不得不加强另一些方面的规制。然而在把握这个尺度的过程中出现了一些批评的声音,说明在金融创新背景下金融司法回应监管政策产生了问题:

(一) 审判理念上被指摘出现审判监管化的趋势

金融创新作为时代的宠儿不仅极大地激活了资本市场的潜力,同时也在资本链条中成倍数地增加了金融风险的发生概率。金融监管规则具有应对金融市场瞬息变化的灵活性,而民商事立法相对而言具有一定的滞后性,导致金融案件中参考市场监管规则的比例相较普通商

[1] 全面的角度来观察金融司法,当然包括公法性规则和私法性规则两者的运用,也就是应该涵括刑事、行政和商事审判各个领域,但本文囿于作者学识,仅将文中金融司法的范围限定为金融商事审判领域。特此说明。

事案件更高。如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“529号裁定”)裁定认为,尽管保监会的部门规章《保险公司股权管理办法》不能适用《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第52条第5项作为否定合同效力的依据,但人民法院可以考察部门规章或其他规范性文件的制定依据和制定目的,从而援引《合同法》第52条第4项即公共利益条款认定合同无效。又如,在北大高科技产业投资有限公司、光大兴陇信托有限责任公司借款合同纠纷一案中,法院援引2018年4月27日由人民银行、银保监会、证监会、外汇管理局联合印发的《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》第22条的规定,明确存量银信通道业务合同有效。上述裁判结果显示,金融监管部门的政策导向将不同程度地影响金融司法裁判尺度的变化。

(二) 法律适用上面临较多适用监管规则的困境

传统的法学理论认为正义是法律价值目标的核心,法就是正义的化身,^[2]又认为正义与效率不能兼容,这一理论指导下,金融立法有时候在金融市场风险应对中显得灵活性不足,而在司法面对含有创新的金融交易结构纠纷时,司法裁判者往往陷入无法可依的困境。例如,在(2016)沪0118民初8174号案件中,郭某与孙某签订《上海A投资管理有限公司委托理财协议》,郭某以个人名义设立信托账户,并开立子账户的方式委托孙某管理操作,孙某全权代理操作并管理子账户,使用的交易系统为HOMS独立委托版(钱江版)。法院审理后认为,郭某与孙某的行为应当按照证监会《关于清理整顿违法从事证券业务活动的意见》清理整顿,进而认定两人之间签订的委托理财协议因损害社会公共利益而无效。^[3]再看深圳市中级人民法院发布的《关于审理场外股票融资合同纠纷案件的裁判指引》(以下简称《裁判指引》),一方面

[2] 参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社2003年版,第4页。

[3] 上海市青浦区人民法院:郭某与被告孙某其他合同纠纷一审民事判决书,案号:(2016)沪0118民初8174号,2018年1月31日。上海市第二中级人民法院:郭某与被告孙某其他合同纠纷二审民事判决书,案号:(2018)沪02民终3113号,2018年8月13日。

承认场外股票融资合同是一种“未经金融监督管理部门批准,法人、自然人或其他组织之间”进行的融资炒股交易,“应当认定为无效合同”;另一方面在当事人民事责任的认定与损失分配方面却维持了配资合同约定的状态。〔4〕 前述案例及《裁判指引》表明,处理金融纠纷尤其是涉金融创新交易模式的纠纷时,适用合同法、物权法等法律规定难以满足各类涉金融新型交易结构的法律判断问题之化解需求,捉襟见肘之时参考位阶较低的监管规则或政策精神实属无奈之举。

(三) 司法认定上“穿透式审查”与当事人意思自治出现偏差

法哲学理论认为,两个事物之间的关系,包括法律关系,并非一成不变,而处于一个持续不断的生成、变更和消灭的运动过程中,导致这种变化的主要因素是事实和行为。〔5〕 现今“穿透式审查”在金融审判中已具有较高接受度,但因“穿透式审查”来源于“穿透式监管”,着眼于降低金融市场系统性风险的目标,“穿透式审查”裁判方法的运行逻辑与崇尚意思自治的金融商事审判传统理念之间较易出现偏离,这一点在面对创新型金融交易结构时表现得尤为明显。如在(2017)最高法民终907号北京天悦投资发展有限公司、安信信托股份有限公司合同纠纷一案裁定中,法院认为双方签订的《股权收益权转让及回购协议》实质上并非《信托公司管理办法》规定的“买入返售”合同,双方真实交易目的在于通过出卖而后回购的方式以价金名义融通金钱,则《股权收益权转让及回购协议》不属于合同法规定的有名合同。上述裁定实则对“信托+回购”的新型交易结构进行了“穿透式司法”审查,不认为合同名称或文义表述是判断案件法律关系的实质因素,而应穿透合同表面内容审查当事人交易行为背后的真实表意。由此引发“穿透式审查”与当事人意思自治如何衡平的争论,投资者或金融机构一方多倾向于金融司法保持边界,维护当事人的意思自治,从而更好地防范金融市场上的履约风险。

各种现象共同映射出一个问题:金融司法与金融监管有所冲突的局面背后实质是司法权与行政权之间边界不清的矛盾。在司法权与行

〔4〕 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。

〔5〕 参见孙国华:《法理学》,法律出版社1995年版,第33页。

政权之间,一直难以准确地划分哪些属于司法机关的职责范围,哪些属于监管市场的行政行为,加之不同的社会发展环境对司法与监管的关系提出了差别化的要求,更值得关注的是,在管制—规避管制—金融创新—调整法规—新的管制这一金融司法、监管与市场的闭合循环过程中,司法裁判者与行政执法者之间的界限因权力的博弈而时刻处于动态调整当中,因此,有必要对金融司法和金融监管背后的权力本质做一深入探讨。

二、原因归纳——司法权与行政权的联系与差别

传统金融法研究认为,在许多场合,甚至在一些专业领域,金融法就是监管法。^{〔6〕}然而不可否认的是,在司法权与行政权之间交织复杂的互动关系中,加之金融交易方式、结构、类型发生了革新性的变化,反观金融司法又常常被涵括在民商法适用的一般领域之内,而其特殊性未得到充分挖掘,故在金融行业创新发展过程中,有必要厘清金融监管与金融司法共通点与不同点。

(一) 共性:司法权与行政权的相通

第一,两者价值取向相通。以银行为代表的金融体系是整个国民经济的神经中枢,^{〔7〕}金融行业具有的渗透性和扩散性功能导致金融监管的监督和规制等各行政行为总体来看是以维护金融秩序的稳定作为其价值取向。而金融司法的本质在于安全,安全效益观^{〔8〕}之下的内涵注定了金融司法的本质在于防范金融风险,说明这也是行业监管诉求与社会利益保障在法律框架下紧密联系的直接表现。第二,两者运

〔6〕 参见王保树:《金融法二元规范结构的协调与发展趋势——完善金融法体系的一个观点》,转引自《中国商法年刊(2008)》:《金融法制的现代化》,北京大学出版社2009年版,第181页。

〔7〕 列宁曾说,银行是“现代经济生活的中心”。参见《列宁选集》(第3卷),人民出版社2012年版,第136页。

〔8〕 参见黎四奇:《金融监管法律问题研究——以银行法为中心的分析》,法律出版社2007年版,第52页。

行立场一致。金融是经济的核心,是国家权力运行与安全保护的重要经济枢纽之一。在经济发展至越来越依赖于金融体系的时代下,金融监管与金融司法均是必须存在的克服人类本能中贪婪与恐惧两种缺点之不可或缺的管理手段。第三,两者适用依据在某些领域存在交叉。金融市场风险源头即为金融交易,而交易的本质又在于契约。民商事裁判所依据的主要法律如合同法律制度当然可以适用于金融商品交易。反过来看,为保障金融机构稳健运行的监管规则,很多时候也会通过让交易对手方与交易服务机构签订合约的方式用以防范金融风险,进而保护公众利益。

(二) 个性:行政权与司法权之辨及其引申

“金融监管无论作为一种政府权力还是作为一种制度或行为,其本质上都是一个法律问题。”〔9〕但从行政权与司法权的辨析角度来看,金融法律领域的规定与监管政策背后的权力属性并不一致,导致其关系也有不相协调的一面。

1. 行政权与司法权之辨

根据行政法原理,司法权力本质上仍是一个行政行为,因此离开行政权孤立地谈论司法权的特征是缺乏价值的。另外,如若不对司法权与行政权作比较,也难以透彻地阐述司法权的本质和特征。两者区别主要体现在:第一,司法权以判断为本质内容,是判断权,而行政权以管理为本质内容,是管理权。〔10〕“司法判决是依法作出的,行政决定是依行政政策作出的,法院尽力从法律规则和原则中找出正确的答案,行政官尽力根据公共利益找出最有利、最理想的答案。”〔11〕第二,行政权因其合法性和合理性不能由行政权主体自行判断效力,但司法机关有权审查行政主体的行政行为。而法治理念下,司法权被赋予了权威性和

〔9〕 陆泽峰:《金融创新与法律变革》,法律出版社2003年版,第287页。

〔10〕 参见孙笑侠:《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》,载《依法治国专题研究》。

〔11〕 [英]韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第50页。

终局性,依靠的是完备而平等的司法程序。^{〔12〕}第三,行政权需要适应的是各个时期各地域各行业的不断变迁,行政政令随之不断调整,以达到与发展变化需求相适应的权力运行目的。司法权本质则决定了必须具有相对稳定性,“如果轻易地对这种或那种法制常常作这样或那样的废改,民众守法的习性必然削减,而法律的威信也就跟着削弱了”。^{〔13〕}第四,行政程序中一般是由行政主体发出单向、直线的命令。与之相比,“法院的实际组织和程序提供了比行政机关的组织和程序更强的合法性保证”。^{〔14〕}司法程序中当事人双方在法院组织下开展意见陈述、互相发问、观点辩论,裁判者在庭审中完成发现证据、认定事实及形成心证的过程,使法庭审理发挥了查明事实的实质作用。

2. 金融司法与金融监管的差异

第一,主体地位不同。金融监管是一国监管当局利用行政权力对金融机构和金融活动实施的规制和约束,^{〔15〕}行政主体行使职权对行政相对人进行规制,这一行政监管的过程中二者的权利义务地位并不平等。而金融交易的当事人进入诉讼之后,各方诉讼地位平等,相应的程序性权利义务分配基本对等,司法机关则处于居中裁判的地位。

第二,适应性不同。法律依据社会现实而制定,更何况一国的金融创新层出不穷,金融立法因此往往会滞后于金融行业的发展。法律的不完备使必须引入除司法之外的另一种更为主动的执法制度,也就是监管,金融监管政策灵活适应市场变化之优势得以显现。^{〔16〕}

第三,判断规则不同。司法需要可预期性和一定的普适性,即同一法律规范的效力不因时间、地域、主体变化而改变。但监管规则更侧重于本行业或本行业中某一个突出问题的微观审慎监管,其具有阶段性

〔12〕 参见黄毅:《当代中国政府监管的公法规范——政府改革中突出的法律问题》,中国法学会行政法学研究会编《行政管理体制改革的法律问题》,中国政法大学出版社2007年版,第86页。

〔13〕 [古希腊]亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1981年版,第81页。

〔14〕 [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第308页。

〔15〕 曾筱清:《金融全球化与金融监管立法研究》,北京大学出版社2005年版,第173页。

〔16〕 参见许成钢:《法律不完备与监管机制》,载华东司法研究网:<http://www.sfyj.org/list.asp?unid=2081>,2018年11月21日访问。

和行业性特点。

从前述分析不难看出,虽金融司法与金融监管本质上都是公权力的运行过程,但正是司法权与行政权的根本区别引发了金融司法与金融监管的本质差异,只有正视并探究这一问题的来龙去脉,金融司法与金融监管才可能达成两相协调。

三、协调两者关系之必要性论证——从矛盾冲突到和谐共处

一般而言,金融监管机关所实施的金融监管行为亦是受到法律授权,具有一定法律效力的行政行为。通常意义的金融监管关系就是指国家金融监管机关所实施的金融监管行为所产生的金融监管关系。^[17]而结合前文论述,金融司法已然是另一种区别于金融监管关系的行为,但从维护金融秩序促进金融行业的健康发展的共同目的出发,金融司法和金融监管正如左膀右臂,缺一不可。正因如此,有必要在两者存在不协调时进行调和,维护两者和谐稳定、共同发展的良性局面。

(一) 金融司法内、外部因素决定两者关系长期处于动态发展过程中

金融司法所关联的商事法律体系本身基于法律规定的定义化要求,自然趋向系统化,以排除或防止其间在逻辑上或价值判断上的矛盾,此为基于理性,寻求自身正确性以及谋求与外界其他社会关系共处融洽的努力。但当突破统一时空的限制,上述法律体系具备的自身理性不可避免地有所松动。作为法律规范的适用主体——人更是会受到社会环境、经济条件、经验积累等因素的影响,而在基于法律价值稳定不变的条件下,探求符合当下时宜的规范内容。是故,无论是基于法律规定本身的内容,还是法律价值的稳定性,都要求不但发生于同一时空者,其相同的案件必须相同对待,而且倘无法律特征上之差异,或倘无法律价值或政策之改变,先后发生的相同案件事实应以同一标准处

[17] 参见刘志云、卢炯星:《金融调控法与金融监管法关系论》,载《西南政法大学学报》2005年8月。

理。^[18]可以说,金融商事领域裁判尺度的趋同之基本逻辑不仅是国家之间司法和法治竞争的恒久命题,^[19]也是金融商事审判结果与金融监管政策内容不相矛盾的内在要求。另一方面来看,金融商事审判与其他审判最大的区别在于前者的外部性影响作用较强,裁判结果的波及效应可能延伸至整个行业或行业的金融交易规则,涉及较多交易个体,进而对金融交易效率和市场秩序带来一定影响。金融市场无论在广度和深度方面的扩张程度均远超越实体经济,由此引发的争议案件数量可能以一种非线性关系的方式增长。金融市场本身就是一个经济和社会敏感源,其间发生的法律争议很有可能由于当事人众多或者涉及巨大利益而触发金融市场的动荡,引起社会成员的不满,反过来市场的不稳定性将引发金融监管机关的研判并变更金融监管政策和规则,因而处理金融商事案件纠纷的司法裁判与金融监管行为的作出、变更和效果息息相关。在司法裁量标准不统一现象及金融市场的敏感性共同作用下,金融司法与金融监管两者关系紧密相连,又相互影响。

(二) 金融创新背景下金融司法与金融监管有必要调和两者关系

随着金融市场的扩张、金融服务需求的扩大,进入快速增长期的金融创新活动对于无论金融司法还是金融监管都提出了更高的要求。在承认金融司法和金融监管二者之间存在动态发展的关系之同时,不可否认金融司法与金融监管两者之间也会有矛盾冲突,其动态发展过程就是在矛盾冲突中相互促进。将金融司法和金融监管视为存在矛盾的两个方面,其依据和基础在于假定金融组织在资金等资源配置过程中的利润最大化,而风险最小化。但金融创新活动本能地会将金融风险视为不利于经济金融活动的因素,规避风险、分散风险、管理风险就是金融组织一项基本职能。^[20]随着金融理论和实践的发展,人们发现金融风险是社会经济和金融活动的一个基本属性,金融活动规模越大,金融风险聚积量也就越大。被动地以“堵”的方式处理风险问题,很难打

[18] 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第642页。

[19] 参见沈伟:《国际商事法庭的趋势、逻辑和功能——以仲裁、金融和司法为研究维度》,载《国际法研究》2018年第5期。

[20] 参见[美]哈维尔·弗雷克斯、[美]让·夏尔·罗歇:《微观银行学》,刘锡良主译,西南财经大学出版社2000年版,第2页。

破金融规模与风险规模同步变动的循环。

有观点认为,基于对风险的厌恶,金融监管正是金融创新的一个动因,金融创新又促使金融监管体制的进一步完善。^[21]而同样基于对风险的排斥,金融监管和金融司法两者之间亦是一种如上所述的正向博弈关系。金融组织以及金融组织的创新活动解决了市场配置主体和配置要素的问题,如何形成有效、稳定的市场规则就成为避让风险、健康发展的市场发育之关键。依靠市场的自发力量逐步生成出稳定的市场规则是一件社会费用高、耗时长的事情,解决市场规则最有效的办法,就是由社会公认的组织制定市场交易者普遍接受并遵守的交易规范,金融监管和金融司法都可以起到类似的作用。

按照现代金融创新理论以及金融司法与金融监管关系的重新界定,我国应积极培育低风险发展的金融市场。只靠金融司法或金融监管单独一者很难保证金融发展的稳定,两者的性质差别和作用领域决定了两者应互为补充、调和的关系。司法权的严厉性决定了司法是对行政监管的有力补强措施,而监管政策的灵活导向则利用市场的力量补充和完善现有法律法规体系的不足,两者互给互足才可逐步培育可长期依赖的金融市场抗风险机制。又由于金融市场具有其本质特性,金融业的发展本身属于市场经济调控的范畴,因此金融监管作为一种特殊的监督手段,其监管模式必须同金融司法手段相结合,还因金融不法行为的考量标尺只能由司法机关掌握,而司法机关对金融市场规则的构建和重塑功能必须适度,决定了金融司法与金融监管互为补充,适用法律统一的金融司法是金融监管的制度保障,符合通识法律价值的金融监管是降低金融风险、化解金融商事纠纷的重要途径。因此,金融创新背景下,金融司法与金融监管出于降低风险的共同目标,有必要走到一起携手并肩降低市场风险积聚的概率,对金融市场风险进行合理配置和管理。

(三) 其他审判领域的思路借鉴

世界银行报告指出,在建构一个强健证券市场的过程中,应该强调

[21] See Kane, E. J., *Getting along without regulation Q: testing the standard view of deposit - rate competition during the "Wild - card experience"*, *The Journal of Finance*, pp. 33, 921 - 932.

法院在证券市场发展中的作用。然自 20 世纪 80 年代以来,普通民众与金融机构的金融商品交易不断创新结构、类型和方式,金融法属于公法范畴的传统理论难以解释层出不穷的现实问题,亦较难适用于各类金融创新案件。这说明无论是金融监管,还是金融司法,均适宜走公私融合的路线,也就是说,一方面不宜全部以强制、命令为主;另一方面也要认识到无法达成绝对之平等和自治。如何把握这个度量衡,并妥善协调司法与监管在日新月异的经济过程之中的关系,其实面对这种问题并已有处理经验的另一个领域是知识产权。知识产权案件裁判与行政行为的关系较之金融司法和金融监管存在更为显著的联系,因为“知识产权案件要么是经由行政授权程序产生的,要么已经进入行政授权程序”,这时法官需要“确定案件本身的法律属性进而确定是由行政权力主导还是民事司法处理等问题”^[22]。有学者评价,从 1985 年 2 月 16 日最高人民法院《关于开展专利审判工作的几个问题的通知》到 2001 年《商标法》及 2002 年最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》,体现了司法机关对于知识产权审判领域中行政权力的介入“由恭敬到不从命”的态度大转变^[23]。争论持续多年,逐步地无论是法官还是学者,抑或是知识产权行政管理部门都能达成基本一致的认识,即行政管理部门本质上是行政机关,行政行为与司法行为都可以实现既鼓励创新思维又维护市场秩序之目的,但无论是行政行为还是司法行为其职能的设立抑或履行都应以法律法规等规范性文件的授权和规定作为依据。否则缺乏边界的权力行使,将导致作为目的来维护的市场出现失灵,并极有可能反过来影响作为手段的行政行为或司法行为^[24]。

作为一门实践科学,法学发展靠的不应是概念、理论的较量或演

[22] 孔祥俊:《论解决知识产权权利冲突的民事司法与行政程序之界分》,载《河南社会科学》2005 年第 11 期。

[23] 参见杜强强:《从恭敬到不从命——在知识产权审判中法院对待行政行为公定力的态度变迁》,载《行政法学研究》2006 年第 4 期。

[24] 参见李永明、郑淑云、洪俊杰:《论知识产权行政执法的限制——以知识产权最新修法为背景》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2013 年 9 月;马迅:《我国知识产权司法保护体制之缺陷与完善》,载《中国科技论坛》2008 年 2 月。

绎,相反,有价值 and 生命力的法律真知来源必定是司法实践和社会现实。看知识产权领域行政行为 and 司法行为的博弈过程,不难得出一条宝贵经验,与其计较谁先谁后,不如服务于“在创新下鼓励创新,在风险中控制风险”这一共通目标,唯此才宜于两者各自发挥作用,促进和谐相处。

四、协调两者关系之司法途径——从原则到措施

实践反映,司法裁判的争议往往较少集中于“要么正确,要么错误”的零和博弈,而多为不同理念的交叉。梳理争议之后,不难发现裁判者既要有宏观上坚持以鼓励创新维护当事人意思自治的意识,又要在处理具体案件过程中通过法律制度内部安排来化解各类矛盾与纠纷。

(一) 原则一:保持司法中立

《辞海》中释“司”,首意为“掌管”。^[25]那么,“司法”即可直释为“掌管法律”。自古以来,人类所孜孜以求的公平与正义首先是与“法律的掌管”联系在一起的。同时人又是兼具个性与社会性的矛盾体,“个性与社会性是一对矛盾,每个人都生存于矛盾的人性之两种倾向中”。^[26]如何使这一矛盾体处于理性的平衡之中,随之产生了司法中立的要求。但司法中立并不意味着绝对中立或被动司法,“片面强调司法权的被动性并将其推向极端显然是矫枉过正”。如果法律规定非常详尽,司法活动无异于是“精确复述法律已经明确宣布之规则而已”,^[27]但运用司法权实是一个综合过程。司法裁判既是化解纠纷、维持秩序的有力工具,同时也是解决权力与权利、权利与权利,乃至权力与权力之间法律纷争的必要手段,因此法官既不能因保持中立而拒绝裁判,也应在自由裁量时保持对监管机关等其他行政权力的谦让与克

[25] 《辞海》,上海辞书出版社2008年版,第247页。

[26] 谢晖:《法律信仰的理念与基础》,山东人民出版社1997年版,第226页。

[27] [美]理查德·波斯纳:《联邦法院——挑战与改革》,邓海平译,中国政法大学出版社2002年版,第334页。

制。放到金融司法与金融监管关系中来看,金融司法亦应对金融监管这种行政权力保持谦抑,同时充分尊重,反过来说,站在司法角度,针对金融监管的直接影响应有所甄别,并结合符合层级要求的法律规定做出相对行政监管的自主判断,这也是金融司法保持中立性的应有之义。

(二) 原则二:比例原则的确立与运用

公共利益在金融监管法律体系中并不鲜见,^[28]然而,“公共利益”用语在内涵和外延上不甚明朗。^[29]由此比例原则具备在金融司法中的适用空间,在衡平公共利益与意思自治过程中树立合法、合理的标准和框架。比例原则发端于德国警察法,但经过发展已不限于警察法、行政法这样的传统公法领域,而是拓展到民法等私法领域中,其含义包括所采取的手段应与目的保持一致性;多种手段存在时应选择达成目的限度范围内伤害最小的一种;手段所造成正当权益的侵害和达成的目的之间应当进行平衡。同时比例原则运用于金融司法的理论优势在于,它可以用来衡平相冲突之权力、权利与利益,为未设定边界的权力冲突、利益纠纷的选择与取舍提供理性指引,与金融司法裁判的运行目标和价值导向不谋而合。另外,比例原则可适用于判定合同无效后当事人之间的责任分担。比例原则不仅有助于为扩大化解释或限缩性解释设定框架,并要求司法裁决过程提供足够理性的法律论述,以使裁决具有正当性,^[30]同时也可以司法对合同效力做出否定性评价的情况下,保护当事人在缔约过程中部分的真实意思表示。也就是说,比例原则与意思自治的民商事交易活动基本准则也存在一致的价值导向。如

[28] 参见《商业银行法》第8条、《证券法》第1条、《保险法》第4条、《证券公示监督管理条例》第1条等。

[29] 对公共利益的界定,有实质主义、程序主义(余军:《“公共利益”的论证方法探析》,载《当代法学》2012年第4期),还有反向解释(刘连泰:《“公共利益”的解释困境及其突围》,载《文史哲》2006年第2期)等主要研究思路,这些界定的方式大多存在不周延问题。

[30] See Craig, P., *Unreasonableness and Proportionality in UK Law*, in Ellis, E., *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford - Portland Oregon, 1999, pp. 7 - 89. 转引自曲光毅:《比例原则在我国金融监管中应用的初步探讨》,载《金融监管研究》2017年第8期。

(2018)沪74民初585号民事判决的杉浦立身和龚某股权转让纠纷案,虽判令双方合同无效,但认为合同无效原因系违反公序良俗而非意思表示瑕疵,故结合双方真实意思表示、合同无效的法律后果等因素对投资收益进行分割,取得了良好的法律效果和社会效果。可见,通过比例原则检验合法利益可能被侵害的结果,可对达成之目的与手段之间进行相当程度的平衡,磨合法律规定或监管规则之间的缝隙。同时,金融监管权力也受到相关法律规定的制衡。比如,《证券法》规定金融机构存在违法行为,损害公共利益的,监管部门可以暂停或者撤销其相关业务许可。

(三)措施一:审慎认定金融交易行为效力

法是经济的产物。市场经济体制因国家对经济间接干预的态度和市场主体的独立地位而自带“中性”的光环。司法权得到了中性市场经济的物质支持和理念滋养,于是获得了保持中立的恒久动力。^[31]中立的金融司法并不是绝对的主动介入,也不意味着退缩保守,而是能动地把握“时”和“度”介入金融交易合同效力的判断及市场整体秩序的建立。这是因为:第一,金融司法要有所作为,但要注意具体案件的规则适用。金融创新过程中,规则总会滞后,金融从业者的意识总是比较快比较新,金融司法是否可以完全依照市场规则来对纠纷进行裁量呢?应该注意的是,司法裁决权,不仅是法院的一种权力同时也是法院的一种责任。尤其在民商事案件中,各国法律均有规定不得因无法可依而拒绝裁判。^[32]但裁量者需要尤其注意市场规则和金融法律规定之间的协调。比如,在针对“强制性规定”如何理解和适用问题上,(2019)沪74民终575号案件中,一审法院认为,《道路交通安全法》中“驾驶人员具备营运车辆驾驶员从业资格证”系行政法规的强制性规定,若驾驶员未取得相关从业资格证,则不得从事营运车辆的驾驶工作。二审法院对此认为,应结合市场规则、当事人约定和上述行政法规的规定进行综合判断,并识别此规定内容是否属于本案中的“强制性规

[31] 参见齐延平:《论司法中立的基础》,载《法律科学》1999年第3期。

[32] 《法国民法典》第4条规定,法官借口没有法律或法律不明确不完备而拒绝受理者,得依拒绝裁判罪追诉之。我国台湾地区“民法”第1条规定,民事,法律未规定者,依习惯,无习惯者依法理。

定”,而不能对强制性规定做机械化理解。本案中,无论是当事人签订的商业险条款约定内容还是上述行政法规的规定,针对营运车辆驾驶资格证的要求属概括性条款内容,而上述行政法规的规定并未明确相应机动车驾驶证的内涵和外延,且无证据证明保险公司对上述条款履行了提示和说明义务,故二审法院对一审判决予以撤销并改判。第二,法官行使自由裁量权过程中需要审慎认定个案判断。自由裁量权是指法官或法庭自由斟酌的行为,意味着法官或法庭对法律规则或原则的界限予以厘定。^[33]正是因为自由裁量权的普遍存在,能动司法成为可能,司法克制成为必要。“有一些最重要的原则,法官必须选择其一作为开放区域——亦即那种法官若仅靠诉诸他人意志就无法对案件作出判决的领域”,^[34]在这些开放领域中,法官必须考虑司法权的界限问题,并受到一定司法哲学和观念的影响。金融司法作为维护金融秩序,保护金融主体合法权益的终极途径,在其他监管途径没有发生作用时,或按照比例原则尚未达到法律介入的严重性时,司法裁判不宜介入金融交易合同效力的否定性评价,一旦如此,难以保持司法中立性,也不尽符合能动司法的理念。第三,具体交易行为的效力认定关乎市场秩序的确立。法律作为维护秩序的最后一道防线,金融司法的举动紧密关联着金融市场的兴衰。上海法院推进金融审判专业化工作以来,从收案和结案类型看,金融司法调整的法律关系主要仍集中于金融商事交易行为,相对而言多属于私法范畴。因此,金融司法应遵循私法自治的固有品性,^[35]即使法律介入进行调整也应该通过间接作用的方式,不宜对交易行为内容或效力直接评价,代之以通过为私主体提供协商议、信息相对对称的交易环境,为诚信交易提供制度环境,规范交易行为,平衡各方利益,防范与化解金融风险进而与金融监管共同建设并推动发展成熟、规范的金融市场。

[33] See Black's law dictionary(5th Ed.), west publishing Co., 1979, p. 419. 转引自梁迎修:《法官自由裁量权》,中国法制出版社2005年版,第13页。

[34] [美]理查德·波斯纳:《联邦法院—挑战与改革》,邓海平译,中国政法大学出版社2002年版,第334页。

[35] 参见宣頔:《金融法律调整的私法转向与理论建构》,载《郑州大学学报》(哲学社会科学版)2016年第2期。

(四)措施二:以缔约过失责任化解行政责任转化难题

法院要充分发挥在金融市场中化解冲突、平衡利益的作用,金融司法则应扭转保守思维定式,积极处理各类金融纠纷案件,尤为各类金融创新纠纷,此时也正是金融审判需要寻求传统理论转向的时刻。在此关口缔约过失责任是金融法律转向过程中重要工具之一,该理论可作为不符合监管规则或监管精神的金融交易合同需要承担相应民事责任时可以寻求的突破口。目前已有一些国家选择使用先合同义务和缔约过失责任,对高压力的销售行为^[36]加以调整,赋予客户以合同的特别撤销权。如在处理出借人对借款人的信息披露时,一般仅规定行政、刑事责任,但法德等国对出借方违反信息披露义务施以民事责任,^[37]而这种责任也被定性为缔约过失责任。缔约过失责任从先合同义务出发,以民法上诚实信用原则为基础,以保护信赖合同成立并生效的相关利益为目的,已被我国《合同法》第42条^[38](《民法典》第500条)明确纳入合同法律规定的体系之中,因此适用缔约过失责任具有相应的法律适用依据。即使从法律理论体系构成等角度观察,引入缔约过失责任来解释监管过程中发现的合同或交易等法律适用问题仍具有其自身优势:第一,符合金融商事交易外观主义的要求。商事交易外观主义实际上是一项在特定场合权衡实际权利人与外部第三人之间利益冲突所应遵循的原则,其要求对于外部人依据对于交易对方权利外观之信赖而为之民事行为的效力予以认可,^[39]从而对金融商事裁判中证据的外观真实性和交易对手的形式审查义务均提出了较高的要求。而从本质上看,缔约过失责任是诚实信用这一道德准则法律化的产物,其法律基

[36] 金融行业内普遍认为,高压力销售行为是指金融客户在非理性状态下被金融机构及其销售人员接近并最终完成的金融商品交易。

[37] See Delpéch *Obligation de mise en garde: préjudice né du manquement*, Recueil Dalloz, 2009, Numéro 39, p. 2607.

[38] 《合同法》第42条规定:“当事人在订立合同过程中有下列情形之一,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任:(一)假借订立合同,恶意进行磋商;(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;(三)有其他违背诚实信用原则的行为。”

[39] 参见张勇健:《商事审判中适用外观主义原则的范围探讨》,载《法律适用》2011年第8期。

础在于保护当事人因信赖前契约义务而产生的利益。诚如美国统一商法典的规定,在合同缔结过程中引入了商业惯例,从而使基于信赖关系而“使自己产生自我状态的变更”的当事人得到法律的保护。^[40]因此缔约过失责任与金融商事交易的制度内核在逻辑起点上具有较高一致性,均是为了保护信赖利益而存在并发展。第二,化解合同无效后法律后果安排之难题。在将此类有违监管规定或政策的金融行业交易合同效力认定为无效之后,亟须明确的是如何处理合同中已约定的交易安排。有《裁判指引》采取切割合同效力与法律后果的做法,也就是“无效合同作有效处理”,有违一般逻辑与法学理论。实则有关于此王泽鉴先生早有论述,“所谓契约无效者,仅指不发生履行效力,而非不发生任何效力”。换言之,合同无效与合同无效的法律后果安排是不同的法律概念,合同无效后需要区分具体情况分析合同无效的原因来认定当事人的责任。“如当事人因自己的过失致使契约不能成立者,对信其为有效成立的相对人,应赔偿基于此项信赖而产生的损害”^[41]也就是适用缔约过失责任,追究当事人因过错对合同无效的法律后果而应承担的责任比例之做法,并未突破法律理论体系的逻辑构成,更为公平合理。第三,更加周详地保护市场交易各类主体的合法权益。适用缔约过失责任来解决合同无效后的法律后果已无立法障碍,亦无理论难题,但有关此项制度的法律规定并非强制,结合前述合同无效后可以具体情况具体分析来认定当事人责任性质和比例,那么也可以允许当事人选择是否适用缔约过失责任。从另一方面来看,因金融市场中从业务类型不同,行业主体对于法律的认知程度和风险防范意识也不尽相同,因此有必要赋予当事人一定的选择权。“契约缔结之际的过失损害赔偿请求权,有时会与侵权损害赔偿请求权、受欺诈、胁迫或者错误意思表示等之撤销权,或买受人之瑕疵担保请求权相为竞合。此时债权人得

[40] 参见高尔森:《英美合同法纲要》,南开大学出版社1984年版,第22页。转引自李静:《论缔约过失责任制度下信赖利益的保护》,载《西南政法大学学报》2004年第3期。

[41] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),中国政法大学出版社1998年版,第88~89页。

以选其一行使之。”^[42]从民事责任竞合的角度来看,多个请求权有着共同的目的,其中一项请求权的行使都将达到相同或者基本相同的效果,因此,任一项请求权得到实现之后,其他请求权的行使就没有必要,否则其所获得的利益就可能构成不当得利。因此,赋予当事人选择权既是保障其诉讼权利,也是防止其滥诉的最好方式。需要注意的是,以缔约过失责任为由要求赔偿的是信赖利益损失,司法实践中存在以缔约过失为由判令责任后又依据合同约定分担赔偿比例的做法,实为不妥。如在(2019)沪74民终976号案中,一审法院查明投保人因其不是货主在投保时对货物运输不具有保险利益,与其匹配的是物流责任险,保险公司应予承担缔约过失责任,则依据双方财产保险合同约定,在扣除免赔率后判令由保险公司向投保人赔付保险金,而二审过程中各方就缔约过失责任成立后应依据合同约定承担责任还是以过错构成的侵权责任为限判令责任比例的法律后果如何处理这一问题产生了争议。故在具体案件处理中,司法机关需综合法律规定、案件事实等因素,对缔约过失责任进行审慎把握和准确认定。

结 语

创新是金融的活力,而稳定的金融是中国经济稳定发展的强有力保障。金融监管实则在金融创新日益活跃的现实背景下,为金融司法裁判者多打开了一扇了解市场规则、探究当事人真实意思表示的窗,并能相应地为法律适用提供可参考的实践效果,所以绝对地排斥监管政策对于金融司法的影响,不现实也无必要。同时,正如一旦金融创新脱离金融监管将可能制造巨大风险一样,金融创新的步伐不宜脱离法律及行政法规等规范性文件的约束,金融司法和金融监管可以共同发挥增强创新规则的普遍适用性研究和提升规制金融创新工作水平的良性

[42] 刘得宽:《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社2002年版,第76页。

循环作用。如卡多佐言,妥协是法律成长原则中很重要的一条。^[43] 金融司法与金融监管之间进行磨合和调试,必将在一定时期内伴随着金融司法的成长而成为一种趋势,金融司法也将会由此走上与金融监管相处更和谐的发展之路。

(编辑:邹莹)

[43] 参见[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务出版社1998年版,第18页。