

金融监管规章在民商事裁判中的适用研究

钱玉文, 郭江雪

(江南大学 法学院, 江苏 无锡 214122)

摘要: 如何实现金融司法与金融监管的协同善治是国家金融法治建设进程中的核心议题。而金融监管规章在民商事裁判中的适用正是二者协同的桥梁,其在克服市场失灵、提供规则补充等方面具有重要意义。当前,金融监管规章介入民商事司法裁判面临理论逻辑不足、边界限度不明、具体进路不清等挑战。金融监管规章的司法适用在公私合作规制视角能够形成应对能力、政策判断能力以及规制能力的优势互补;在回应性规制视角能够有效化解金融风险,实现最佳威慑。经过合法有效审查的过滤机制,构建金融监管规章在民商事裁判中适用的体系化进路:在法律事实层面,金融监管规章可以穿透金融商事交易外观,识别出隐藏的实质法律关系;在合同效力层面,金融监管规章可以通过“违法无效”“悖俗无效”双重角度塑造认定商事合同效力的合理通道;在民事责任层面,金融监管规章可以作为界定金融机构及其合作方民事责任的重要依据。

关键词: 金融监管规章; 金融司法; 商事合同; 金融风险

中图分类号: D912.28 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2024)06-0137-16

一、引言

近年来,在政策红利和科技普惠的助推下,以金融创新为名规避金融监管的乱私募、假信托、伪基金现象频发。2017年起整治金融“乱象”的强监管态势明显,2023年10月30日召开的中央金融工作会议更是将防范系统性金融风险提升到特殊的重要地位。自《合同法》颁布以来,为避免公权对私法自治的侵蚀,我国严格限制合同因违法而无效的规范位阶。但“福州天策案”^①“杨某国案”^②再次掀起悬念,最高人民法院以案涉协议违反金融监管规章而损害社会公共利益判定其无效,这似乎又将规章重新拉回判定合同效力的法源之列。《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)的出台实施更是将金融监管规章的司法适用^③从个案裁判迈向一般规范。

然而,学界对于金融监管规章司法适用问题的争议从未停止。支持者认为,将金融监管规章排除在认定合同效力的规范体系之外属于矫枉过正;^④金融市场及其风险的独特性亟须金融

收稿日期: 2024-10-02

基金项目: 国家社会科学基金一般项目“金融消费者保护法的规范体系研究”(24BFX072);江苏省社科基金重点项目“金融监管规章的司法适用研究”(24FXA001)。

作者简介: 钱玉文(1971—),男,江苏常州人,江南大学法学院教授、硕士生导师;
郭江雪(1999—),女,陕西渭南人,江南大学法学院硕士研究生。

^① 参见最高人民法院(2017)最高法民终529号民事裁定书。

^② 参见最高人民法院(2017)最高法民申2454号民事裁定书。

^③ 为避免文章表述繁琐,下文中“金融监管规章的司法适用”表述均是指“金融监管规章在民商事裁判中的适用”。

^④ 李建伟:《行政规章影响商事合同效力的司法进路》,《法学》2019年第9期。

法的有效回应,金融监管规章的司法适用是防范化解系统性金融风险的必由之路;^①金融监管规章的司法适用能够破解传统民商事规则体系对现代金融交易的规制困境,其不仅是优化合同效力判定“充分条件”的有力推进,更是金融风险治理“必要条件”的现实选择;^②金融监管规章介入民商事裁判不仅契合司法所追求的确定性、稳定性和一致性,还有利于推进金融司法与金融监管的协同共治。^③反对者则认为,金融司法监管化可能既会侵蚀合同私法自治的根基,还会造成立法上法律效力位阶的虚化;^④金融监管规章的频繁变动还会使得金融司法因依附金融监管而陷入周期之困,影响司法的稳定预期。^⑤实务中,金融监管规章的司法适用也存在同案不同判、同规章不同适用等困境。实际上,问题的症结在于当前学者对金融监管规章司法适用的理论逻辑、边界限度及其具体进路等研究的不足。

如何进行金融司法与金融监管的有效协同是当前金融法治建设背景下不得不回应的命题。^⑥而金融监管规章的司法适用正是将金融司法与金融监管连接起来的重要桥梁,其在维护实质正义、克服市场失灵、提供规则补充等方面具有重要意义。鉴于此,本文以金融监管规章在民商事裁判中的适用为研究对象,以期弥补当前研究的不足。具体研究思路如下:本文拟首先分析金融监管规章司法适用的理论基础,明确金融监管规章司法适用的必要性及其限度;其次立足当前司法实践,归纳出金融监管规章的司法适用困境;最后通过法律事实认定、合同效力判定以及民事责任承担三个层面建构起金融监管规章司法适用的体系化进路。

二、金融监管规章在民商事裁判中适用的理论分析

(一)合作规制视角:金融监管规章在民商事裁判中适用的必要性

所谓“规制”,是指通过制定和执行一系列规则,对市场主体的经济活动及其产生的问题进行必要的干预和控制,以解决市场失灵、维持市场经济秩序。^⑦对金融风险的规制,存在行政规制和司法规制两种规制路径。其中,行政规制路径是金融监管机构基于成本—效益的考量,事先确立最优的规制标准(如金融监管规章等),实施工具是命令—控制手段;司法规制路径旨在通过事后追究责任作为风险行为的“定价”,实施工具是私人诉讼和司法裁判。^⑧我国并无统一的金融监管法,金融监管领域的法律、法规、规章以及规范性文件共同组成了我国的金融监管法律体系。与法律和行政法规相比,金融监管规章在数量上占有绝对优势,在上位法缺失的情况下,金融监管规章就是具有最高层级效力的法律规范。面对日新月异的金融纠纷,司法机关在专业性问题的应对能力、时间维度的政策判断能力以及违法违规行为的威慑力度等方面均存在规制困境,而金融监管规章所具有的专业性、及时性和针对性恰好可以弥补上述不足。二者的互补性特征为防范化解系统性金融风险提供了一种新的思路——“行政规制+司法规制=合作规制”,金融监管规章的司法适用正是两种规制路径互动与接轨的重要方式。

^①赵尧:《金融司法监管化的逻辑审视》,《华中科技大学学报(社会科学版)》2020年第5期。

^②鲁篱:《论金融司法与金融监管协同治理机制》,《中国法学》2021年第2期;张阳:《金融司法监管化的边界约束》,《清华法学》2023年第2期。

^③程晓红:《金融监管规章能否作为习惯进入商事审判?》,《南方金融》2022年第5期。

^④陈秋竹:《金融监管规则介入司法裁判的合理性及其限度——基于穿透式监管对商事合同效力认定的影响》,《南方金融》2021年第3期。

^⑤李有、沈伟:《金融司法的安全和效率周期之困——以“职业放贷人”司法审判为切入》,《中国法律评论》2020年第5期。

^⑥郭金良:《金融司法与监管的协同:穿透式审判中的挑战与回应》,《当代法学》2024年第5期。

^⑦马英娟:《政府监管机构研究》,北京大学出版社2007年版。

^⑧宋亚辉:《社会性规制的路径选择:行政规制、司法控制抑或合作规制》,法律出版社2017年版。

1.专业性问题的应对能力之互补。金融领域的交易关系具有很强的专业性,金融创新背景下衍生的新型交易关系更为复杂,其中的数理计算模型更是深奥,需要专业的风险识别能力、因势而动的政策考量予以回应,这对大多数法官而言存在难以逾越的知识壁垒。较于司法机关,金融监管机构具有处理相关问题的专业优势,其对金融交易政策、相关技术机理有精深的把握,在识别、处置金融风险以及维护经济秩序等方面有更强的专业保障。

对于金融风险的规制,规制者的目光本应转向金融监管领域的法律法规,但是二者过于粗疏而力有不逮。一方面,我国的金融立法架构初步形成,还存在真空地带,尚无统一的金融监管法。并且金融领域的法律和行政法规中的原则性规范较多,无明确的司法裁判指引。另一方面,金融法律法规存在诸多授权性条款,若相关部门不制定具体的配套规章,将导致大量条款难以落地执行,金融法的监管作用将被虚化。囿于传统私法的应对能力有限、金融立法的制度供给不足,而司法机关又不可拒绝裁判的多重困境,致使金融监管规章成为司法适用的不二之选。金融监管规章具有较强的专业性,能够深刻揭示金融交易背后隐藏的潜在风险,进而为金融市场的稳定有序发展提供坚实的保障。

2.时间维度的政策判断能力之互补。司法规制路径往往以法律为裁判依据,而法律具有很强的稳定性,不能朝令夕改,这就导致司法规制路径具有相当程度的滞后性。况且司法机关具有被动性,难以及时回应金融市场中产生的风险问题,缺失时间维度的政策判断能力。

为适应快速发展变化的金融市场,金融法必然具备显著的“动态性”。^①在利益的驱使下,各种金融创新产品不断涌现,高位阶的法律和行政法规因追求稳定性、原则性导致其出台费时费力,无法及时精准锁定新兴的金融风险。长期从事金融实践的金融监管机构对金融风险的感知更加灵敏,能够迅速洞察并捕捉到潜在的金融风险,并及时制定出具有针对性的金融监管规章。金融监管规章以实用主义为导向,不受制于已有理论范畴的内在要求,能够对风险问题及时规制,甚至对相关领域还未出现的潜在风险进行“试验型规制”^②。在立法程序上,金融监管规章由金融监管机构制定,无需全国人大、全国人大常委会以及国务院统筹,其出台更灵活、时效性更强,能够有效减少市场与监管的时滞效应和认知偏差。^③

3.违法违规行为的规制能力之互补。与传统的民商事交易不同,金融交易合同呈现出一对多、多对多的复杂法律关系。^④若没有金融监管机构的参与或者金融监管规章的应用,很难穿透金融合同交易本质看到背后的违规风险,进而对这些违法违规行为形成有效规制与威慑,试图在金融领域形成类型化的裁量基准更是举步维艰。而以行政法上的可责性作为金融机构具有过错的一般性标准,能够有效避免因司法与监管不一致而给金融机构留下“套利空间”的隐忧。一方面,法官面对层出不穷的金融创新产品和服务,难以判断金融机构是否存在过错,行政可责性的一般标准为法官提供了专业性参考,不仅降低了司法成本,还提高了司法的可预期性。另一方面,以行政可责性作为金融机构是否存在过错的标准,可以实现司法裁判与行政处罚的同流程处理,有效提高规制效率,强化规制能力。

现代法律兼具“自治”与“管制”双重使命。^⑤金融监管法与金融交易法并非一对矛盾体,金融监管规章是诸多监管措施的文本落实,绝非单纯调整公域的法,其大多数内容与金融交易

① 缪因知:《新兴法领域的社会科学运用:以金融法为中心》,《思想战线》2020年第6期。

② 靳文辉:《试验型规制制度的理论解释与规范适用》,《现代法学》2021年第3期。

③ 张阳:《金融司法监管化的边界约束》,《清华法学》2023年第2期。

④ 宋晓燕:《论金融风险控制的司法路径》,《中国应用法学》2019年第5期。

⑤ 黄忠:《民法如何面对公法:公、私法关系的观念更新与制度构建》,《浙江社会科学》2017年第9期。

规则是重合的,是金融领域市场主体行为的指向标,体现着对金融商事关系的指导与规范。^①面对日渐复杂化、发散化的金融风险,完全按照“意思自治”“外观主义”等民商事原则作为判定金融交易合同的标准,不但无法对金融市场相关行为起到威慑作用,反而会引起金融违法行为的行业效仿和泛滥,直接影响金融市场秩序,引发系统性金融风险。^②

(二) 回应性规制视角:金融监管规章在民商事裁判中适用的限度

回应性规制理论由约翰·布雷斯维特和伊安·艾尔斯合作首创,其核心是“金字塔规制策略”。即规制者应当首先从金字塔的底端出发,采取干预程度较低的规制措施,当这些措施失灵时,再逐步升级至金字塔的顶端,选取干预程度更高的规制措施。^③回应性规制要求规制者能够有效获取市场信息、掌握市场主体的合规动机,并据此开展针锋相对、量体裁衣式的规制策略。^④具体到金融领域,实际上构建了一座以自律监管为基础,以行政监管为原则,以民刑责任为顶端威慑的金融风险规制式的金字塔。^⑤现行《证券法》的注册制改革,实际上就是促进以证券交易所监管为基础的自律监管。^⑥当自律监管下的惩罚措施无法有效约束规制对象时,再采用警告、行政罚款、市场禁入等渐进式的行政处罚措施。而规制对象之所以构建自我规制体系,是因为规制金字塔顶端具有足够的威慑效应,使其愿意采取行动避免惩罚升级。

金融监管规章的司法适用正是回应性规制中“回应性”的典型体现。一方面,专业性、政策性更强的金融监管规章像源源不断的新鲜“血液”注入司法裁判,使司法裁判更加灵活,弥补了司法的滞后性缺陷,同时形成公私法合力,更全面地落实特定时期的金融监管政策,有效规制金融风险。^⑦另一方面,要明确金融监管规章进入私法的“量”与“度”,否则很有可能形成过度威慑、扼杀金融创新。问题的关键是金融监管规章的司法适用如何在现实需求与泛化适用之间达成平衡。这种平衡应当以实现对金融风险的最佳威慑为最终目标,以构建金融监管规章司法适用的体系化进路为具体手段(该部分主要在后文阐述)。

贝克尔认为,最优威慑指法律制裁的目的在于威慑效果对社会边际利益的贡献等于其对社会所产生的额外边际成本。^⑧最优威慑并非要消除所有违法犯罪行为,而是强调对有限的社会资源进行合理配置,以最小的成本达成既定的威慑目标,实现效益的最大化。^⑨

法律的威慑水平取决于两个因素:其一,违法者受到追究的概率,即责任确定性;其二,违法者承担后果的轻重程度,即责任严厉性。^⑩在威慑水平既定的情况下,两者可以相互替代。例如,当提升罚金的数额时,就要相应减少实施惩罚的概率,以维持总体上的威慑效果。^⑪然而,这并不是说可以放任责任确定性处于很低的水平,简单依靠上调责任严厉性使得威慑水平保

①施天涛:《商事关系的重新发现与当今商法的使命》,《清华法学》2017年第6期。

②陈秋竹:《金融监管规则介入司法裁判的合理性及其限度——基于穿透式监管对商事合同效力认定的影响》,《南方金融》2021年第3期。

③John Braithwaite. The Essence of Responsive Regulation. University of British Columbia Law Review, 2011, 44(3), pp.475-520.

④卢超:《包容审慎监管的行政法理与中国实践》,《中外法学》2024年第1期。

⑤民事责任是有较强的威慑力度的,例如《证券法》第95条第3款的特别代表人诉讼制度,因其具有汇集投资者的类集团诉讼属性,其形成的巨额索赔可对上市公司群体形成强震慑效应。

⑥朱翹楚:《回应性监管视域下虚假陈述的自我规制路径建构》,《北方法学》2023年第2期。

⑦宋亚辉:《社会性规制的路径选择:行政规制、司法控制抑或合作规制》,法律出版社2017年版。

⑧Gary S. Becker. Crime and Punishment: An Economic Approach. The Journal of Political Economy, 1968, 76(2), pp.169-217.

⑨王健、张靖:《威慑理论与我国反垄断罚款制度的完善——法经济学的研究进路》,《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第4期。

⑩王然、王崇敏:《威慑理论视角下知识产权惩罚性赔偿的规则完善》,《海南大学学报(人文社会科学版)》2022年第1期。

⑪理查德·A·波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,林毅夫校,法律出版社2012年版。

持在理论上的最优区间就可以实现最优威慑效果。若金融机构的违法违规行为能够轻易逃脱法律的制裁,那么再严厉的法律責任也无法使其产生敬畏之心,难以形成有效威慑。因此,要确保对金融机构违法违规行为保持适当的威慑力度,首先应当将責任确定性提升到一个较高的水平,其次适度调整責任严厉性。具体而言,一方面,責任确定性的提升可以通过更新金融监管规章的内容来实现。金融监管机构要根据金融市场的实际发展需要适时调整金融监管规章以减少监管的空白领域,例如之前被认定为合法的通道业务,在强监管背景下可能面临违法违规的问题。^①另一方面,責任严厉性的调整可以通过限制金融监管规章的司法适用来实现。金融机构违反了金融监管规章,金融监管机构本就会对其实施相应的行政处罚。此时法院应当审慎运用否定合同效力手段,合理确定金融机构的民事責任来实现对金融风险的最佳威慑。

三、金融监管规章在民商事裁判中的适用困境

如前所述,金融监管规章的司法适用具有相当程度的正当性和必要性,基本逻辑为:金融风险具有独特性→传统私法具有局限性→金融法律法规过于粗疏而力有不逮→完全否定金融监管规章司法适用有矫枉过正之嫌→金融监管规章存在诸多功能优势得以适用。这首先明确了一个前提,即金融监管规章能够且应当在民商事裁判中适用。然而,当前金融监管规章的司法适用呈现出多重困境,法院对此把握尺度不一,理论界也争议不断,有必要逐一梳理清楚,进而解决金融监管规章在民商事裁判中如何更好适用的问题。

(一) 金融监管规章的“违法无效”通道面临适用难题

所谓“违法无效”通道,是指金融监管规章的部分强制性规定是基于法律、行政法规的授权,从而认为违反该规定便是“违反了法律、行政法规的强制性规定”,最终认定合同无效。该通道在司法实践中如何适用进而影响商事合同效力,不论是在学理上还是实践中都存在不少颇受争议的问题。

第一,如何理解“合同违法无效”。这一问题在我国大体经历了五个阶段:第一阶段是《经济合同法》和《民法通则》时期,只要合同违法就无效,此处的“法”指广义上的法律;第二阶段是《合同法》时期,引入了“法律位阶标准”和“强制性规定”概念,完善了合同无效的判断标准;第三阶段是《合同法司法解释(二)》和《民商事合同指导意见》时期,引入了“效力性强制性规定”和“管理性强制性规定”,对强制性规定作了进一步的限缩;第四阶段是《民法总则》和《民法典》时期,在延续《合同法》规定的基础上又以但书方式作了区分,同样意欲限缩合同无效的范围;第五阶段是《民法典合同编通则解释》阶段,对《民法典》中的但书规定进行了明确列举,希冀指导该条款的准确适用。长期以来,强制性规定的类型划分是民商法学界公认的一个世界难题。^②目前学界基本达成共识:强制性规定二分法并不可取,存在不容忽视的解释和适用困境。其一,二者无法区分。一项强制性规定究竟属于效力性强制性规定还是管理性强制性规定,没有明晰、具体的区分标准,司法实践中操作起来实属不易。其二,二者的区分无实质意义。一方面,强制性规定的性质并非在制定法律时就预先确定的,而是要综合考虑合同违反相关规定的后果等因素。^③这导致司法实践中无法厘清到底是因为合同在结果上无效所以是效力性强制性规定,还是因为效力性强制性规定进而导致合同无效,存在“以问答问,循环论证”的弊端。

^①牛安琪、王轶:《金融规章对合同效力的裁判影响力研究》,《吉林大学社会科学学报》2024年第5期。

^②王轶:《民法规范论视野下的合同效力》,《法律适用》2023年第12期。

^③上海市律师协会民事业务研究委员会:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉新规则述评与实践》,法律出版社2022年版。

另一方面,管理性强制性规定与效力性强制性规定并不是并列关系而是上下位关系。^①管理性强制性规定的范围本身就很宽泛,很难说哪项规定不具有管理的性质,二者是包含与被包含的关系。《民商事合同指导意见》第15条明确了违反法律、行政法规管理性强制性规定的合同也可能无效。这就佐证了上述观点,使二者区分的价值大打折扣。

第二,所谓“授权”是一种抽象性授权还是具体性授权,这在实践中具有很大的模糊性,使司法适用陷入两难境地。若认定金融监管规章是按照上位法的原则性规定制定的,则将会不当提高金融监管规章的位阶;若认定金融监管规章必须按照上位法的具体授权进行细化制定,则似乎又会过度拉高金融监管规章的适用门槛导致其无法发挥作用。在保险公司股权代持纠纷中,同样是违反《保险公司股权管理办法》第8条规定,最高人民法院认为该条款原保监会依据《保险法》第134条的明确授权制定的,违反该条款具有违反《保险法》的强制性规定一样的法律后果;^②江苏省高级人民法院则认为该条款不属于《立法法》所规定的授权立法范畴,以此主张案涉协议违反法律的强制性规定,不符合合同法及其司法解释的规定。^③

(二)金融监管规章借“悖俗无效”通道被泛化适用

《民法典》和《九民纪要》共同确立了金融监管规章通过“悖俗无效”通道影响商事合同效力的裁判逻辑。通过检索,笔者发现大量司法案例存在泛化适用的问题,具有“金融监管规章的强制性规定→金融安全→公序良俗”的简单循环论证倾向,甚至只要违反金融监管规章的强制性规定就被视为违背公序良俗,进而认定涉案合同无效。^④

公法与私法之间的日益融合和相互渗透并不能消除二者之间的冲突和张力。^⑤违反金融监管规章强制性规定的合同均以违背公序良俗认定无效,本质上是公权力对私人活动的过度限制和干预。这不仅违反了我国《立法法》关于认定合同效力的法律规范等级的要求,还会冲击长期累积起来的“合同必须信守”的原则和理念。国家政策的法源地位借此通道重新回归,同一金融监管规章的变化可能导致周期性的同案不同判现象,大大降低司法裁判的可预期性,有损司法权威。实际上,金融监管规章与公序良俗并非一一对应,二者之间难以画等号,必须进行审慎地对照。归根结底,是要如何矫正既往泛化适用“悖俗无效”通道的裁判立场,最大限度地保证法的安定性与可预测性。

(三)金融监管规章的适用路径缺乏系统性整合

鉴于此,当前学者对金融监管规章的司法适用研究仅仅停留在其可以通过“违法无效”通道和“悖俗无效”通道影响合同效力,缺乏更进一步的系统性研究。具体而言,还有两个问题尚待探讨:其一,在合同效力层面内部,“违法无效”通道与“悖俗无效”通道的关系如何以及如何协调二者的适用路径;其二,在合同效力层面外部,金融监管规章的司法适用能否在其他层面有所延伸以及具体的适用路径如何。

“违法无效”通道与“悖俗无效”通道的关系不仅在理论上未达成统一,在司法实践中也并非泾渭分明。长期以来,学界对《民法典》第153条第1款和第2款的关系存在争论。^⑥一元论认为,

①王利明:《论效力性和非效力性强制性规定的区分——以〈民法典〉第153条为中心》,《法学评论》2023年第2期。

②参见最高人民法院(2017)最高法民终529号民事裁定书。

③参见江苏省高级人民法院(2017)苏民终66号民事判决书。

④参见北京市高级人民法院(2023)京民申2026号民事裁定书;北京市高级人民法院(2022)京民终278号民事判决书;上海市高级人民法院(2019)沪民终295号民事判决书。

⑤程晓红:《金融监管规章能否作为习惯进入商事审判?》,《南方金融》2022年第5期。

⑥李建伟:《行政规章影响商事合同效力的司法进路》,《法学》2019年第9期。

违反社会公共利益是判断法律行为效力的最终标准,第1款是第2款的特别规定,仅具有形式意义。^①二元论认为,第1款与第2款因功能不同、法律效果不同而应当采取“二元论”。^②《民商事合同指导意见》第16条将损害社会公共利益作为认定违反强制性规范导致合同无效的标准。《九民纪要》第30条第2款将涉及公序良俗的强制性规定认定为效力性强制性规定。在“福州天策案”中,最高人民法院指出案涉协议违反金融监管规章的强制性规范具有与违反法律相同的后果,同时还损害了社会公共利益,最终认定该协议无效。可见,“违法无效”通道与“悖俗无效”通道在内涵上存在边界模糊的现象,在适用上存在重复交叉的情形,亟须厘清二者的关系,重塑二者的适用路径。

当前,最高人民法院强调要着力解决实质法律关系识别难、合同效力认定难、金融机构责任界定难导致的金融审判尺度不一的问题。^③合同效力的认定实际上是解决合同纠纷的枢纽环节。在认定合同效力之前,必然要厘清法律行为、法律关系等基本法律事实;在认定合同效力之后,还需要进行权利、义务以及责任的分配。而现行金融监管体系下,除法律、行政法规的原则性规定外,金融机构开展各类金融业务时的基本行为模式、需遵循的具体要求、存在的权利义务以及相应的责任均体现于大量的金融监管规章中。故金融监管规章的司法适用可以作为解决上述难点的突破口,但具体的适用进路还有待进一步探究。

四、金融监管规章在民商事裁判中的适用路径重构

《裁判文书引用规定》明确了规章在民事裁判中不仅不能作为裁判依据直接引用,而且作为说理依据之前必须经过“合法有效审查”。这是金融监管规章介入民商事裁判的前提,也是金融监管规章司法适用的天然“过滤”机制。“合法有效审查”的核心标准应当为“金融监管规章的条文内容是否与其上位法相抵触”。金融监管规章经过“合法有效审查”仅能够作为说理依据,实际上背后隐藏的规则是该金融监管规章必然与裁判依据具有某种“联系”,该“联系”便是金融监管规章介入民商事裁判的通道。^④因此,法院在援引金融监管规章时,首先应当明确其与裁判依据之间的联系,该部分内容将在下文详细阐述。

(一)金融监管规章“违法无效”通道的难题纾解

1.违反法律、行政法规强制性规定的合同效力的判断。长期以来,效力性强制性规定与管理性强制性规定的区分存在标准不明、实质意义欠缺等困局。《民法典》和《民法典合同编通则解释》均未提及二者的区分,实际上也正是基于这一考虑。故笔者认为,对于“强制性规定”的认定应当转换思路,不必再执着于效力性强制性规定与管理性强制性规定的区分进而判定合同效力。具体而言,首先通过形式标准对“强制性规定”进行简单识别,排除明显不属于强制性规定的情形;其次对个案中涉及的“强制性规定”进行全面解析,综合考量规范目的、保护范围、规制对象、违反后果等实质要素;最后得出案涉合同有效或无效的结论,使强制性规定在结果上形成效力性强制性规定与非效力性强制性规定的二分形态。

^①王轶:《合同效力认定的若干问题》,《国家检察官学院学报》2010年第5期;黄忠:《合同自由与公共政策——〈第二次合同法重述〉对违反公共政策合同效力论的展开》,《环球法律评论》2010年第2期;许中缘:《论违反公法规定对法律行为效力的影响——再评〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项》,《法商研究》2011年第1期。

^②韩世远:《合同法总论(第四版)》,法律出版社2018年版;崔建远:《合同法(第六版)》,法律出版社2016年版;朱广新:《法律行为无效事由的立法完善》,《政法论坛》2016年第3期。

^③刘贵祥:《关于金融民商事审判工作中的理念、机制和法律适用问题》,《法律适用》2023年第1期。

^④张红:《论国家政策作为民法法源》,《中国社会科学》2015年第12期。

强制性规定指不允许人们依照自己的意思加以变更或排除适用的法律规定。^①在认定某一项规定是否属于强制性规定时,可先采取形式标准勾勒出一个大致框架。一般而言,包含“应当”“必须”“不得”“禁止”等表述的法律规范属于强制性规定的范畴,但是要注意排除其中属于裁判规范、倡导性规范和半强制规范的情形。关于违反强制性规定是否导致合同无效这一问题,民商法学界经过数年的探索,没有形成切实可行的统一标准,但就违反强制性规定导致合同无效以及不导致合同无效的部分情形已经达成共识。针对最新达成的司法共识,我们应当继承沿用。其中,《九民纪要》第30条第2款明确提及的效力性强制性规定的情形,属于违反强制性规定范畴中确定合同无效的情形;《民法典合同编通则解释》第16条第1、2款明确列举的限制情形,属于违反强制性规定范畴中确定合同有效的情形。

诚然,对强制性规定导致合同有效或无效情形不完全列举能够弥补法律规范滞后的弊端。但此举实乃管中窥豹,于司法实践显得捉襟见肘。^②因此,对于无法明确界定是否导致合同无效的强制性规定,应当以“规范目的”为核心要素,以“保护范围、规制对象、违反后果”为关键因素,综合考量来进一步判断。

世界各国理论与实务通说均将“规范目的”作为判断法律行为效力最重要的标准。^③我国的《民法典合同编通则解释》第16条也将“规范目的”作为判断合同效力的核心要素。因此,在适用《民法典》第153条第1款规定时,第一步便是探究个案中涉及的强制性规定所追求的直接、具体目的。就规范目的与其他因素的关系而言,前者具有决定性,但并非能作为独立的判断标准,需要结合后者进行综合考量。

在保护范围方面,应当考虑具体强制性规定保护的是合同当事人的利益还是非合同当事人的利益。若保护的是后者,则可以认定合同并不因违反强制性规定而无效。例如,开发商违反《城市房地产管理法》第39条第1款规定,未支付全部土地使用权出让金即与他人签订转让协议。由于该条款维护的是政府的土地出让金利益,认定合同有效并不会影响规范目的的实现,不动产登记机构可以通过登记程序控制土地使用权的移转,保障政府利益的实现。^④

在规制对象方面,应当考虑具体强制性规定规制的是一方当事人还是双方当事人,规制的是合同内容、合同履行、合同主体资格还是合同其他要素。当强制性规定规制的是一方当事人时,合同通常并不因违反该强制性规定而无效。例如商业银行违反《商业银行法》第39条第1款规定发放贷款,不能认定其与借款人签订的借款合同无效。因为该强制性规定旨在规制银行加强内部管理、防范金融风险,借款人难以获知其是否违反该规定,认定合同无效将损害借款人的交易安全保障。当强制性规定规制的是合同内容,原则上应当认定合同无效。当强制性规定规制的是合同履行行为时,一般合同本身并不因此而无效,即只要否定合同履行行为足以实现该强制性规定的规范目的,就不必波及签订的合同本身。^⑤当强制性规定规制的是市场主体资格时,原则上不影响合同效力。当然,若市场准入资格的强制性规定涉及公序良俗时,应当认定违反该强制性规定的合同无效。例如,某公司违反《商业银行法》第11条规定,未经批准从事放贷业务,其与借款人签订的借款合同无效。当强制性规定规制的是合同的其他要素,包括交易的时间、地点、方式等,说明其并非针对合同本身,原则上不影响合同效力。

①最高人民法院民事审判第二庭:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版。

②牛安琪:《违反规范性文件合同效力判定的动态系统论》,《当代法学》2024年第2期。

③易军:《论合同违反强制性规定无效的判断标准——以〈民法典合同编通则解释〉第16条为中心》,《清华法学》2024年第1期。

④最高人民法院民事审判第二庭、研究室:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版。

⑤姚明斌:《“效力性”强制规范裁判之考察与检讨以〈合同法解释二〉第14条的实务进展为中心》,《中外法学》2016年第5期。

在违反后果方面,应当结合规范目的、比例原则认定合同无效的必要性。当法律对其施加行政责任或刑事责任能够实现强制性规定的规范目的,则不需认定合同无效。例如,银行违反《商业银行法》第47条规定发放贷款,该法第74条已经明确了违反该强制性规定的行政责任,施加的制裁已经足以威慑该行为,故无须再认定合同无效,否则将导致社会资源的损失和浪费。当违反强制性规定的社会后果显著轻微或者强制性规定所意图避免的社会后果并未发生时,也不宜否定合同的效力。

2.金融监管规章经明确具体授权方能影响合同效力。一国法律是在宪法的基础上通过渐次授权和逻辑演绎的形式逐级创设出来的,最终构成金字塔型的法律规范等级体系,并形成法律秩序的统一体。^①金融监管规章之所以能够借助法律、行政法规的强制性规定否定合同效力,正是由于该规章与其上位法在规范秩序、法律效力上存在一致性,而这种一致性以授权立法为必要。^②

授权形式一般可以分为具体授权和抽象授权。^③合同关系到私法自治的根基,合同无效是对私法自治最严厉的否定。因此,介入民商事裁判影响民商事合同效力的金融监管规章仅限于法律、行政法规的明确、具体授权。这种情况下,合同表面上违反的是金融监管规章的强制性规定,但因该规定存在上位法的明确依据,实际上违反的是法律、行政法规的强制性规定,应当适用《民法典》第153条第1款规定认定合同效力。具体而言,所谓明确、具体授权需要满足两点:其一,上位法中有具体条款授权制定金融监管规章;其二,金融监管规章的“强制性规定”条款必须是对上位法具体条款的解释和细化。

(二)金融监管规章“悖俗无效”通道的立场矫正

2017年我国《民法总则》首次提出“公序良俗”概念,代替长期以来“社会公共利益”的表述。据此,社会公共利益、国家利益和集体利益均可被囊括在公序良俗的范畴。故笔者认为,公序良俗范畴内真正保护的利益可归结为“非私人利益”,这不仅与合同所保护的“私人利益”明确区分,还与金融监管规章所保护的利益完全契合。在公私法日渐交叉融合的大趋势下,公序良俗原则天然具有贯通各部门法、促进公私法价值融合的属性。^④然而,公序良俗所特有的高度抽象性、内涵模糊性以及价值主观性导致其司法适用标准难以把握。因此,有必要提供一种更具操作优势的方法论来克服以往司法适用的缺陷。

1.梳理金融监管规章所涉公序良俗的类型化案例。笔者首先梳理金融监管规章所涉公序良俗的类型化案例,在此基础上归纳出影响合同效力的关键因素,最后借助动态系统论修正金融监管规章“悖俗无效”通道的适用路径。

金融是特许行业,必须持牌经营,这是防范金融风险的头道屏障。^⑤因交易主体违反特许经营规定而认定其违背公序良俗进而导致合同无效的案例中,无效行为集中表现为不符合资质要求的交易主体违法放贷、贴现,法院认为上述行为违反了《融资性担保公司管理暂行办法》等金融监管规章,危害国家金融秩序、损害社会公共利益,最终认定合同无效。^⑥

私募基金管理人、销售机构为招揽客户,投资人为确保资金安全,双方当事人会在投资合

①[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,商务印书馆2013年版。

②汪君:《违反规章之合同效力认定》,《荆楚法学》2023年第1期。

③金成波:《试论民法典时代规章进入民事裁判的路径》,《法律适用》2023年第7期。

④刘艳红:《公私法一体化视野下公序良俗原则的刑法适用》,《现代法学》2020年第4期。

⑤易纲:《再论中国金融资产结构及政策含义》,《经济研究》2020年第3期。

⑥参见河南省高级人民法院(2019)豫民终1606号民事判决书;重庆市高级人民法院(2017)渝民申426号民事裁定书;山东省威海市中级人民法院(2023)鲁10民终173号民事判决书;广东省东莞市中级人民法院(2022)粤19民终9590号民事判决书。

同中约定保底收益条款。这类条款与“投资有风险”的本质是冲突的,将本由投资者自行承担的资产损失风险转嫁至金融机构内部,可能导致金融机构因不能刚性兑付引发系统性金融风险。法院一般会认为案涉保底协议违反《私募投资基金监督管理暂行办法》等金融监管规章,违背市场基本规律和资本市场规则,有损社会公共利益,进而认定案涉协议无效。^①

上市公司股权代持行为涉及不特定多数潜在投资人的利益,因此上市公司发行人必须真实、股权清晰,不允许发行过程中隐匿真实股东,这是对上市公司监管的基本要求。同样,商业银行、保险公司等金融机构也涉及金融市场的公共利益,监管部门对其股权结构的透明度具有严格的要求。隐名代持行为使得上市公司、金融机构游离于国家监管机构的监管之外,法院通常认为其违反了《首次公开发行股票并上市管理办法》等金融监管规章,会危及金融秩序和社会稳定、损害社会公共利益,故认定隐名代持协议无效。^②

随着“比特币”等虚拟货币市场的盛行,引发了全社会的“挖矿”^③热潮。法院通常以违反《关于防范代币发行融资风险的公告》等金融监管文件认定案涉协议或行为违背公序良俗,最终导致合同无效。伞形信托^④实际上是规避金融监管的产物,法院通常以违反《证监会通报证券公司融资融券业务开展情况》认为案涉协议破坏证券市场秩序、损害社会公共利益,最终认定合同无效。^⑤《金融审判工作会议纪要(征求意见稿)》第1条也曾明确监管政策可以作为“公序良俗”的认定标准,体现了强监管背景下金融监管政策可以有条件地作为合同无效依据的发展趋势。笔者认为,不论形式上是违反金融监管规章还是金融监管文件或政策,最终还是要从实质上论证其是否违背公序良俗。

通过分析金融监管规章所涉公序良俗的类型化案例,裁判观点中出现最多的是“扰乱金融秩序”“破坏市场秩序”“损害社会公共利益”“危及金融安全”“违背公序良俗”等表述,可归结为“侵害非私人利益”。“侵害非私人利益”的原因在于合同违反金融监管规章,而合同代表的是当事人的“私人利益”。据此,应当回应的问题是:当合同所代表的私人利益侵害金融监管规章所保护的私人利益时,合同效力如何确定?其中,“私人利益”是第一个关键因素,“侵害非私人利益”是第二个关键因素,“合同效力”是第三个关键因素。

2.运用动态系统论修正“悖俗无效”通道的适用路径。对于“公序良俗”条款的研究,我国学者运用类型化方法已经取得了丰硕的研究成果。^⑥然而,类型化方法本身存在滞后性、不周延

^①参见北京市高级人民法院(2021)京民终59号民事判决书;广东省深圳市中级人民法院(2021)粤03民终15562号民事判决书;江苏省南京市中级人民法院(2020)苏01民终6867号民事判决书。

^②参见最高人民法院(2017)最高法民终529号民事裁定书;最高人民法院(2017)最高法民申2454号民事裁定书;河南省高级人民法院(2021)豫民申8680号民事裁定书;上海市第二中级人民法院(2021)沪02民终2446号民事判决书;上海金融法院(2019)沪74民终601号民事判决书;上海金融法院(2018)沪74民初585号民事判决书。

^③洪艳蓉:《虚拟货币“挖矿”行为的司法协同治理与实现路径——从最高人民法院“双碳”典型案例说起》,《中国法律评论》2023年第4期。“挖矿”指围绕获取比特币开展的“矿机”买卖及维护、“挖矿”所得及其分成等相关活动。

^④蔡奕:《伞形信托业务模式及监管对策分析》,《财经法学》2015年第6期。“伞形信托”的基本原理为:在一个主信托账号下,通过分仓交易系统设置若干个独立的子信托,每个子信托(子伞)便是一个小型结构化信托,有单独的优先级和劣后级委托人,各个子信托的账户交易、会计核算、投资组合期限、信托财产分配等均完全独立。信托公司通过其信息技术和风控平台,对每个子信托进行管理和监控。

^⑤参见青海省高级人民法院(2022)青民申780号民事裁定书;北京市第三中级人民法院(2022)京03民终3852号民事判决书;北京市东城区人民法院(2021)京0101民初6309号民事判决书;北京市第三中级人民法院(2020)京03民终13370号民事判决书;上海金融法院(2018)沪74民终120号民事判决书。

^⑥于飞:《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》,北京大学出版社2006年版;王利明:《论合同违背公序良俗——以〈合同编解释〉第17条为中心》,《求是学刊》2024年第3期;李岩:《公序良俗原则的司法乱象与本相——兼论公序良俗原则适用的类型化》,《法学》2015年第11期。

性、边界模糊性等弊端,相比而言,动态系统论更具优势。动态系统论由维尔伯格首创,其基本观点为“在私法领域通过发挥‘要素’数量与强度的协同作用来正当化规范适用的法律效果”。^①一方面,该“要素”并非固定不变,需要裁判者针对具体案件予以调整,形成与现实生活相适应的动态评价框架;另一方面,该“要素”并非随意选取,必须从具体案件所涉及的关键因素中提取,从而限制法官的自由裁量权以强化判决的可预期性。^②据此,运用动态系统论修正“悖俗无效”通道的适用路径需要综合考虑以下三个要素。

其一,私人利益侵害非私人利益的程度。毋庸置疑,所有的金融监管规章均保护非私人利益,故当合同违反金融监管规章时,合同所代表的私人利益必然会侵害金融监管规章所保护的私人利益。换言之,当合同违反金融监管规章时,讨论的实质问题并非私人利益是否侵害了非私人利益,而是侵害的程度如何。具体而言,当私人利益侵害非私人利益的程度越高,则合同被认定为无效的该当性程度就越高;反之同理。需要强调的是,这种被侵害的程度无法被绝对量化,只有借助个案的比较才能呈现出侵害程度的高低,进而得出一种相对性的结论。例如,在“某新建农商行与孙某某金融借款合同纠纷”一案^③中,法院认为《贷款通则》第24条第2款的规范对象是金融机构经营行为的合规性,某农商行绿地支行未对借款人进行贷前审查属于没有严格执行内部风险控制的管理规范的问题,并不会引发系统性金融风险或产生其他严重的社会后果,故并不影响案涉合同的效力。而在“某经开担保公司与某公路工程公司借款合同纠纷”一案^④中,法院认为某经开担保公司不具有放贷资质,其以委托贷款的方式对外放贷的行为违反了《融资性担保公司管理暂行办法》第21条第1款规定的担保业务范围,扰乱了金融管理秩序,危及金融安全,可能引发系统性金融风险或产生其他严重的社会影响,故案涉合同无效。可见,前者对非私人利益的损害程度更低,不能认定案涉合同违背公序良俗;后者对非私人利益的损害程度更高,体现出违背公序良俗的特质。

其二,私人利益受法律保护的正当性程度。合同有效或无效并非一种事实判断,而是一种价值评价,需要法官对私人利益与非私人利益加以权衡。具体而言,当合同违反金融监管规章时,私人利益受法律保护的正当性程度越高,则合同被认定为无效的该当性程度就越低;反之同理。例如,在“某新建农商行与孙某某金融借款合同纠纷”一案中,合同代表的私人利益是守约方的交易安全保障,金融监管规章保护的私人利益是银行内部经营的合规性,此时因非私人利益受损并不会产生系统性金融风险,因此私人利益受法律保护的正当性程度更高,合同不应当被认定为无效;而在“某经开担保公司与某公路工程公司借款合同纠纷”一案中,合同代表的私人利益是某公路工程公司为谋求发展的投机利益(某公路工程公司对某经开担保公司不具有放贷资质知情),金融监管规章保护的私人利益是金融安全稳定利益,此时私人利益受法律保护的正当性较低甚至不存在正当性,其应当让位于非私人利益,合同应当被认定为无效。

其三,予以合同无效评价的必要性程度。一方面,否定合同效力的手段必须与维护非私人利益的目的之间存在合理连接,^⑤即否定合同效力对于实现金融监管规章保护的私人利益有所助益,能够妥善解决现实纠纷,否则不能否定合同效力。另一方面,否定合同效力的影响与金融监管规章的规范目的要合乎比例,即行政处罚或刑事处罚足以达成目的时否定合同效力便不再必要,以确保制裁措施与侵害非私人利益的程度“旗鼓相当”。

① 瓦尔特·维尔伯格、李昊:《私法领域内动态体系的发展》,《苏州大学学报(法学版)》2015年第4期。

② 马新彦、李东宇:《合同违反政策时效力判定的裁判路径》,《清华法学》2023年第2期。

③ 参见江西省高级人民法院(2020)赣民终276号民事判决书。

④ 参见河南省高级人民法院(2019)豫民终1606号民事判决书。

⑤ 牛安琪:《违反规范性文件合同效力判定的动态系统论》,《当代法学》2024年第2期。

(三) 金融监管规章“体系化”进路的实践展开

经过“合法有效审查”这一过滤机制后,金融监管规章得以说理依据的形式介入民商事裁判。至于金融监管规章介入民商事裁判的进路,应当具有体系化的衔接(见图1):在法律事实层面,金融监管规章可以“穿透”金融商事交易外观,识别出真实的法律关系;在合同效力层面,金融监管规章可以借助“违法无效”通道和“悖俗无效”通道、依据《民法典》第153条第1款和第2款判定合同效力;在民事责任层面,金融监管规章可以作为认定金融机构及其合作方民事责任的重要依据。

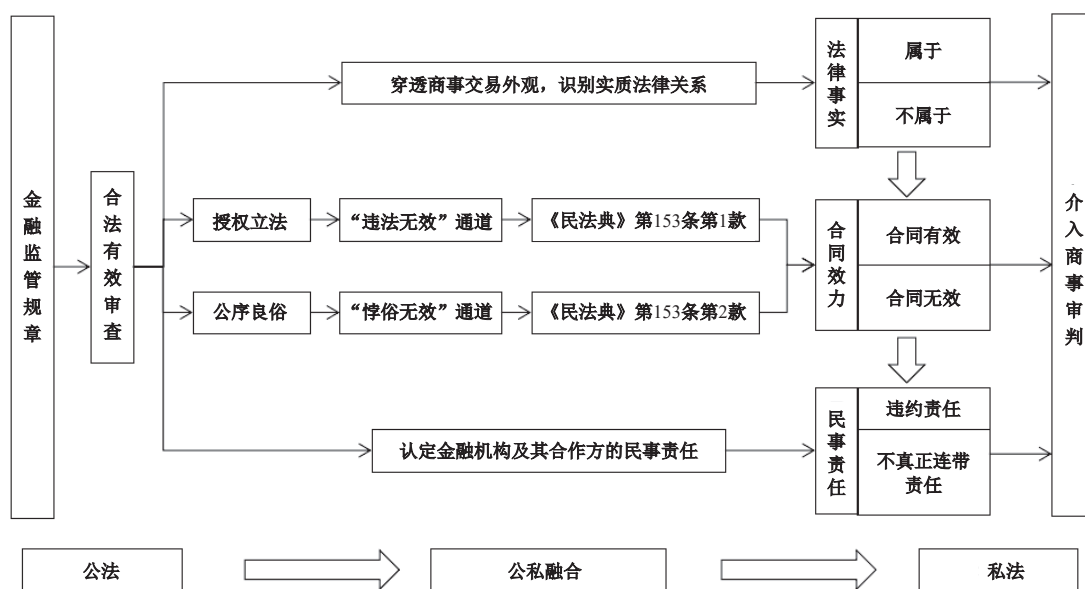


图1 金融监管规章司法适用的体系化进路

1. 法律事实层面: 金融监管规章识别合同事实之路径探析。穿透理念起源于金融监管领域,而后被应用于司法审判中,体现为穿透式审判思维。^①金融监管规章的司法适用实际上就是穿透式审判思维的典型表现。金融监管规章介入民商事裁判能够穿透金融商事交易的外观,识别出实质的法律关系,从而为后续合同效力的判定以及民事责任的承担奠定坚实基础。

在“朱某、某典当有限公司典当纠纷”一案^②中,争议焦点为朱某与典当公司之间的法律关系性质。根据《典当管理办法》第3条第1款、第26条、第42条第2款规定,典当合同区别于借款合同的实质在于成立借款的同时应当设立动产质押权或不动产抵押权,而不转移占有的动产抵押及未设立物权担保的信用贷款均为典当行禁止经营的业务,说明典当关系的成立应当包含借款合同与物权担保合同的成立及履行。本案中,朱某并未将车辆交付给典当公司并办理车辆质押登记,质押权并未设立,故二者签订的合同属于“名为典当、实为借贷”的情形。而通过《典当管理办法》明确界分典当法律关系与借贷法律关系具有重要意义。其一,前者能够合法收取远高于借贷法律关系的息费(典当当金利息和典当综合费用),而后者则需遵循24%和4倍LPR利率上限的双轨制。其二,“名为典当,实为借贷”的合同最终可能依据《民法典》第153条第1款或第2款被认定无效。一种观点认为,典当行从事放贷业务在一定程度上扰乱国家金融管理

^①郭金良:《金融司法与监管的协同:穿透式审判中的挑战与回应》,《当代法学》2024年第5期。

^②参见吉林省高级人民法院(2021)吉民申4491号民事裁定书。

秩序,影响社会公共利益;^①另一种观点则认为典当行从事放贷业务的行为违反了《银行业监督管理法》第19条的强制性规定。^②

2.合同效力层面:金融监管规章认定合同效力之路径探析。《民法典》第153条第1款并非独立的规范,必须诉诸该条款之外的“强制性规定”才能形成构成要件与法律效果齐备的完全性规范。^③“违法无效”通道旨在为保护公共利益或者维护公共秩序的公法规范进入私法领域从而对私人自治予以适当管制提供一条通道。^④法院在认定合同效力时,应当依据具体明确的强制性规定。然而,立法者在制定法律时无法预见一切损害社会公共利益的行为从而作出详尽的强制性规定,此时就需要“公序良俗”这一兜底性条款来发挥弥补强制性规定不足的功能。当发生损害社会公共利益和公共秩序的行为,而又缺乏相应的强制性规定时,法院便可适用《民法典》第153条第2款规定。换言之,只有不存在强制性规定时,才能适用公序良俗条款。一般而言,违反强制性规定的合同都违背公序良俗,但违背公序良俗的合同却不一定违反强制性规定,二者是包含与被包含的关系。^⑤基于二者规范功能的重大差异,“二元说”无疑是更加合理的设定。

“违法无效”和“悖俗无效”通道在裁判逻辑上也存在明显不同,法官在适用两种路径时往往会采取不同的表述。当案件争议焦点为合同是否因违反强制性规定而无效时,法院通常指出仅能以法律、行政法规作为否定合同效力的依据,金融监管规章因法律位阶较低而不能否定合同效力。若存在上位法的具体授权,法院通常会指出违反金融监管规章的强制性规定具有违反其上位法一样的法律后果,因而案涉合同无效。当案件争议焦点为合同是否因违背公序良俗而无效时,法院通常采用“违背公序良俗并无相应事实根据”等表述。可见,在适用“违法无效”通道时,关键是要探寻“法”之依据;在适用“悖俗无效”通道时,关键是要确认悖俗事实。^⑥

强制性规定的内容与公序良俗的内容产生重合是必然的,这在金融商事领域表现得尤为突出。法律本就是社会共识的成文化,强制性规定将已达成共识的公序良俗加以吸收正是法律与道德关系的应有之义。违反金融监管规章的强制性规定进而违反法律、行政法规的强制性规定,违背公序良俗导致合同无效的裁判依据分别指向《民法典》第153条第1、2款。此外,需要强调两种裁判路径中的论证义务:第一,“违法无效”通道需要体现“金融监管规章的强制性规定→法律、行政法规的强制性规定→《民法典》第153条第1款”的递归层次,法官必须指明该金融监管规章的条文是对其上位法条文内容的具体化,即对其条文中概念及构成要件的解释和细化。第二,“悖俗无效”通道的适用要以“违法无效”通道无法适用为前提,以发挥公序良俗条款的兜底功能,但同时需要施以更加充分的论证理由,应当结合动态系统论综合考量是否必须予以合同无效之评价。第三,“违法无效”通道与“悖俗无效”通道应当严格遵守不同的说理路径,避免进行重复交叉。

3.民事责任层面:金融监管规章界定民事责任之路径探析。出于公法与私法严格分界的考虑,金融监管规章通常仅规定金融机构违反相应义务的行政责任,而不规定民事上的私法责任。即便有所规定也较为零散、模糊。然而,在公私法日渐融合的大趋势下,需要引入私法责任以弥补金融公法的监管不足。^⑦金融商事合同本质上就是处理金融机构与金融消费者等市场主

①参见最高人民法院(2021)最高法民申5376号民事裁定书。

②陈广辉、林文彪、张琳琳:《典当纠纷的法律适用及裁判规则研究》,《人民司法》2023年第25期。

③易军:《论合同违反强制性规定无效的判断标准——以〈民法典合同编通则解释〉第16条为中心》,《清华法学》2024年第1期。

④朱广新:《法律行为无效事由的立法完善》,《政法论丛》2016年第3期。

⑤崔文星:《民法典视野下强制性规范和公序良俗条款的适用规则》,《法学杂志》2022年第2期。

⑥汪君:《违反规章之合同效力认定》,《荆楚法学》2023年第1期。

⑦钱玉文:《金融消费者保护法的立法逻辑及规范表达》,《现代法学》2024年第3期。

体之间的交易关系。当金融机构违反金融监管规章的强制性规定时,不仅应当承担刑法、行政法上的公法责任,更重要的是承担以损害赔偿为核心的私法责任,如此才能与保护金融消费者合法权益的目的更为契合。^①

金融监管规章往往为金融机构设定了适当性义务等特别义务,这些特别义务与民法中的义务存在一定的重合关系。当金融机构违反金融监管规章设定的适当性义务时,法院会认定其应当承担相应的民事责任。但由于法院对金融机构适当性义务性质的认识不一(法定义务、先合同义务和合同义务),呈现出侵权责任居多^②、缔约过失责任^③次之、违约责任^④较少的裁判样态。^⑤主张承担侵权责任的法院主要分析金融监管规章的违反对过错和因果关系等侵权责任构成要件的影响。过错责任是侵权责任的归责基础,金融机构违反金融监管规章的适当性义务可直接认定其存在过错。对于侵害行为与损害事实的因果关系则根据具体案情具体分析,依据过错程度和原因力大小的不同而承担不同的责任比例。主张缔约过失责任的法院认为金融机构违反适当性义务的行为主要发生在合同订立阶段,故而认为适当性义务是一种先合同义务。主张承担违约责任的法院主要是因为当事人将金融机构的适当性义务由法定义务转化为合同义务,使金融监管规章成为违约责任的基础。通过交易主体的主动选择适用,金融监管规章由纵向法变为水平法,直接通过合同的约束力和履行力解决争议,无需转介公法规范加以论证。笔者认为,上述主张均有所欠缺。一方面,金融机构的适当性义务不宜认定为先合同义务,二者在履行主体、义务内容以及责任承担上均无法兼容;另一方面,将金融机构的适当性义务认定为合同义务、法定义务存在合理性,但需引入新的理念和思路。

金融监管义务与合同义务之间具有互补性、共通性,前者应当对后者产生辐射效应。^⑥21世纪初,汉斯·米克利茨首次提出“规制性私法”理念,强调为公共监管目的而使用或重塑私法(尤其是合同法)。^⑦2008年金融危机后,域外国家对其金融市场的监管理念、体制、机制等作出了较大的调整,并展开了相关司法实践的改革尝试。^⑧欧盟金融监管规则的司法适用对其成员国的合同纠纷裁判具有显著的积极影响,不仅引导更多的金融服务提供者使用符合金融监管要求的标准合同条款,^⑨还使得金融监管标准与合同标准日益趋同与融合。^⑩我国应当借助“规制性私法”理念,在合同制定时就金融监管规章对金融机构的相关要求植入合同条款,金融机构若违反上述条款则需承担违约责任。这不仅提高了交易主体的司法预期,还有利于推进金融司法与金融监管的协同。

现如今,同一金融产品可能涵盖营销宣传、销售缔约等环节在内的完整交易流程,涉及的不同主体所具有的适当性义务具有明显的关联性、递进性和一定程度的不可分割性。^⑪传统的

①刘志伟:《违反金融业行为监管规范的私法责任体系优化》,《法学评论》2024年第2期。

②参见北京市高级人民法院(2021)京民终288号民事判决书;山西省高级人民法院(2021)晋民申4670号民事裁定书。

③参见辽宁省沈阳市中级人民法院(2020)辽01民终4184号民事判决书。

④参见山东省高级人民法院(2023)鲁民终163号民事判决书;上海金融法院(2021)沪74民终422号民事判决书。

⑤李游:《金融机构适当性义务的履行判断和责任承担——基于834份裁判文书的分析》,《政治与法律》2022年第11期。

⑥See Olha O. Cherednychenko, Contract Governance in the EU: Conceptualising the Relationship between Investor Protecting Regulation and Private Law, *European Law Journal*, 2015, 21(4), pp.500-520.

⑦See Hans—W. Micklitz, The Visible Hand of European Regulatory Private Law: The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation, *Yearbook of European Law*, 2009, 28(1), pp.3-59.

⑧钱玉文:《我国法治化营商环境构建路径探析——以江苏省经验为研究样本》,《上海财经大学学报》2020年第3期。

⑨徐英军:《论〈民法典〉合同违法监管条款实施的司法协同》,《法商研究》2024年第4期。

⑩See Mads Andenas&Federico Della Negra, Between Contract law and Financial Regulation: Towards the Europeanisation of General Contract Law, *European Business Law Revue*, 2017, 28(4), pp.499-522.

⑪刘志伟:《违反金融业行为监管规范的私法责任体系优化》,《法学评论》2024年第2期。

合同责任无法回应违反这些适当性义务所要承担的私法责任,突破合同相对性、扩张金融机构责任承担的主体范围是一种可行的思路,使金融机构及其合作方承担不真正连带责任。一方面,不真正连带责任的主体之间必须具有合作关系,并且基于独立的侵害行为造成了共同的损害后果。例如《私募投资基金监督管理暂行办法》第16条和第17条明确规定了私募基金管理人及其委托的私募基金销售机构均应当承担对投资者的适当性义务,任一主体违反了该适当性义务均会使金融消费者产生损失。另一方面,不真正连带责任的责任主体中存在最终责任人,呈现责任追偿的单向性。在对外关系上,金融产品的销售缔约者和营销宣传者均承担无过错责任,其中任一主体承担全部责任后其他责任主体的责任归于消灭;在对内关系上,金融产品的销售缔约者和营销宣传者承担过错责任,承担赔偿责任的一方可向存在过错的另一方追偿。在完整的金融交易流程中,金融机构的合作方与金融消费者之间虽无合同关系,但存在客观上的关联性,使各交易参与主体承担不真正的连带责任能够更好地保护与之不存在直接交易关系的金融消费者的合法权益。

五、结 语

金融监管规章的司法适用是我国金融司法与金融监管协同规制金融风险不得不回应的命题。破局之关键在于在法律事实认定层面、合同效力判定层面以及民事责任界定层面构建起金融监管规章司法适用的体系化进路,使得判决有理、有力,实现金融创新与金融安全的微妙平衡。本文主张金融监管规章的司法适用要有清晰的进路和边界,但金融市场发展变化的往复不定可能导致非黑即白的边界并不存在。这种社会变迁与法律安定性之间的张力一直存在,间隙只可能缩小,不可能完全消弭。如何精准地适用金融监管规章仍然是未来司法实践中需要不断探索的重点所在。在金融司法与金融监管如何协同这一主题中,其他问题亦存在较大的探讨空间。例如,在司法层面,比金融监管规章位阶更低的金融监管规范性文件、金融监管行业自律性文件能否介入民商事司法裁判以及介入的具体路径如何;在立法层面,能否以及如何制定一部基于公私合作规制理念的金融消费者保护法,更加全面有效地保护金融消费者的合法权益。这些问题同样需要后续研究深入探索,进而不断丰富金融法治的生命力、创造力和适应力。

A Research on the Application of Financial Supervision Rules in Civil and Commercial Adjudication

Qian Yuwen, Guo Jiangxue

(Law School, Jiangnan University, Jiangsu Wuxi 214122, China)

Summary: How to realize the coordination and good governance of financial justice and financial supervision is the core issue in the process of national financial legal construction. The application of financial supervision rules in civil and commercial adjudication is the bridge for their coordination, which is of great significance in maintaining substantial justice, overcoming market failure, and providing supplementary rules. At present, the intervention of financial supervision rules in civil and commercial adjudication is faced with challenges such as insufficient theoretical logic, unclear boundary limits, and unclear specific approaches. From the perspective of public-private partnership regulation, the application of financial supervision rules in civil and commercial adjudication can complement the ability to deal with professional problems, policy judgment in the

time dimension, and regulation of illegal behaviors; from the perspective of responsive regulation, it is necessary to clarify the corresponding boundary limits of financial supervision rules in civil and commercial adjudication, so as to effectively resolve financial risks and achieve optimal deterrence. The Provisions on the Citation of Judicial Documents point out that regulations cannot be directly cited as a basis for judgments in civil adjudication, and must undergo a “legal and effective review” before serving as a reasoning basis. In fact, the hidden rules behind it are that financial supervision rules must have some “connection” with the adjudication basis, and the “connection” is the channel for financial supervision rules to intervene in civil and commercial adjudication. At present, the Supreme People’s Court emphasizes that efforts should be made to solve the problems of different financial trials, which are caused by difficulties in the identification of substantive legal relationship, the identification of contract effectiveness, and the responsibility of financial institutions. The judicial application of financial supervision rules can be used as a breakthrough to solve the above difficulties. After the filtering mechanism of legal and effective review, we should construct a systematic approach for the application of financial supervision rules in civil and commercial adjudication: At the level of legal facts, financial supervision rules can penetrate the appearance of financial commercial transactions and identify the hidden substantive legal relationship; at the level of contract effectiveness, financial supervision rules can shape the effectiveness of commercial contracts through the dual perspective of “illegal and invalid” and “contrary to vulgarity and invalid”; at the level of civil liability, financial supervision rules can be used as an important basis to define the civil liability of the financial institution and its partners.

Key words: financial supervision rules; financial justice; commercial contracts; financial risks

(责任编辑: 倪建文)

(上接第17页)

capitalist application of machines; and it requires fully realizing that in the context of modern China, capital as a factor of new quality productive forces does not refer in general to the newborn advanced productive forces in any era, or to capital that chases surplus value without limitations under capitalist conditions, alienates people into hired workers, and dominates everything, but refers specifically to capital as an advanced factor of socialism with Chinese characteristics that enters a new era, and as a factor of advanced productive forces that is in line with the new concept of development to promote high-quality development and Chinese path to modernization. This reflects the significance of new quality productive forces of socialism with Chinese characteristics beyond the boundaries of the social power of capital: It not only helps to overcome the erroneous tendency of dogmatism and empiricism in grasping the nature of capital, but also helps to build a high-level socialist market economic system; it helps to promote the development of economic globalization in the right direction; and it helps the “Global South” to move from “union” to “consortium” and promote the construction of a community with a shared future for mankind.

Key words: new quality productive forces; capital factor; “Global South”; a community with a shared future for mankind

(责任编辑: 倪建文)