

论我国金融法适应性的实现路径

王湘淳*

摘要 高适应性的法律能快速回应市场参与者和司法裁判者的法律规则需求,更好地应对金融创新、防范金融风险,促进金融市场发展与深化。普通法系国家更为接受判例法,法律适应性更高,金融发展也较繁荣。判例法的高适应性依赖其法院独立行使审判权。我国未将判例作为正式法源,且司法存在地方化与行政化的特征,难以通过引入判例法实现金融法的高适应性,需另寻替代路径。依据法律的不完备理论,法院与金融监管部门都可发展金融法。金融监管部门更具主动性、专业性,其制定的规章、规范性文件能直接约束金融市场的参与者,且由金融监管部门主导发展金融法更加契合我国的金融法制环境。为更好地实现适应性,抽象理念层面,金融监管部门在制定规章、规范性文件时应更注重金融市场参与者的私法规则诉求,回应金融创新;具体方式层面,立法机关的监督应从实体性控制为主转向程序性控制为主,监管部门应强化自身的规则制定能力,并加强与法院在规则制定领域的合作。

关键词 金融市场 法律适应性 判例法 金融规章

一、问题的提出

自拉波塔、洛佩兹、施莱佛和维什尼(Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer and Robert Vishny,简称为“LLSV”)于20世纪九十年代发表的几篇重要论文始,法律对金融的影响成为了交叉研究的重点。虽然这种影响是决定性的还是仅具有表征意

* 中央财经大学法学院副教授。本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目“实际控制人的识别标准及其规则革新研究”(项目编号:21YJC820054)的阶段性研究成果。

义仍存在争议,^{〔1〕}但至少可以肯定的是,金融的发展难以离开法律制度的支持与保障。在宏观层面,法律表现出与金融发展密切相关且调整适应的属性。法律适应性(legal adaptability)是指法律对于新情况或者不断变化的情况的回应能力。^{〔2〕}适应性并非强调法律应当随调整对象的变化而自动更改,而是探讨法律在多大程度上能够应对新的或变化的情况。金融是一个日新月异的领域,新型的交易模式与交易业态层出不穷,金融产品存在创新性和多变性。适应性较高、更加灵活的法律能够高效地根据金融演化自我革新,回应金融发展与变化,缩小法律规则需求与供给间的空隙,促进金融发展。^{〔3〕}相反,适应性较低、更加稳定的法律难以适应快速变化的金融市场,导致金融法律规则供求出现缺口,阻碍金融发展。适应性低会突显法律的滞后性,难以有效应对由金融市场快速运动与持续变化而产生的金融风险,^{〔4〕}也会使金融创新缺乏法制规范和保障,^{〔5〕}阻碍金融安全、金融效率等价值的实现。与此同时,金融科技快速发展也进一步突显了金融法适应性的重要性。^{〔6〕}

金融法适应性过低的直接后果是市场参与者难以依据滞后的行为规范开展金融活动,金融活动陷入无法可依的境地。法律适应性过低还会影响司法者裁判。金融产品及金融交易结构的复杂性本就给法官裁判造成了极大的挑战,相关规则的缺失更会加剧裁判的难度。我国立法几十年来都秉持“宜粗不宜细”的理念,这导致我国金融法律规则较为抽象、原则与粗疏,呈现出“简略式立法”的特征。^{〔7〕}虽然立法的简略也意味着法院具有更大的解释空间,但法院并未借此“机会”充分回应金融市场对于法律规则的需求:首先,许多金融纠纷极为敏感,涉及复杂的利益关系,且容易引发群体性事件、国有金融资产流失等事项,存在较高社会风险与政治风险。而我国绝大多数法院对于金融法的解释与填补工作缺乏有效激励,缺乏动力的法院往往会选择拒绝受理或采取各种方式限制受理这些复杂且棘手的金融纠纷。^{〔8〕}其次,法院受理了金融纠纷后,也往往不能或不愿作出裁判,存在调解优先的偏好。^{〔9〕}最后,即使法

〔1〕 LLSV 是法系决定论的代表。See Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes, Andrei Shleifer and Robert W. Vishny, “Law and Finance,” *Journal of Political Economy*, Vol. 106, No. 6, 1998, p. 1113. 但很多学者认为法系对金融的影响是国家政治经济文化对金融影响的表征。法与金融研究者后来也在一定程度上注意到了法系的表征意义。

〔2〕 See Mathias Siems, “Legal Adaptability in Elbonia,” *International Journal of Law in Context*, Vol. 2, No. 4, 2006, p. 393.

〔3〕 See Thorsten Beck, Asli Demirguc-Kunt and Ross Levine, “Law and Finance: Why Does Legal Origin Matter?” *Journal of Comparative Economics*, Vol. 31, No. 4, 2003, p. 655.

〔4〕 参见(美)罗伯塔·罗马诺:“黑暗中的监管立法”,翁小川译,《交大法学》2013年第3期,第16页。

〔5〕 See Katharina Pistor, “A Legal Theory of Finance,” *Journal of Comparative Economics*, Vol. 41, No. 2, 2013, p. 315.

〔6〕 参见周仲飞、李敬伟:“金融科技背景下金融监管范式的转变”,《法学研究》2018年第5期,第3页。

〔7〕 参见邢会强:“从简略式立法到精细化立法——以《公司法》和《证券法》为例”,载张育军、徐明主编:《证券法苑》(第5卷),法律出版社2011年版,第64页。

〔8〕 参见黄韬:“中国法院受理金融争议案件的筛选机制评析”,《法学家》2011年第1期,第114页。

〔9〕 参见王振栋:“排斥性金融司法的考量与改进”,《上海财经大学学报》2012年第2期,第29页。

院选择裁判,也可能基于地方因素,最终作出偏向地方利益而非满足实践需求的判决。^{〔10〕}

为了更好地满足参与者与裁判者对于法律规则的需求,应对金融创新、防范金融风险,促进金融市场发展,回应金融科技带来的挑战,应构筑具有高度适应性的金融法。经典理论指出,法律作为上层建筑是经济基础的反映。经济基础决定了法律的内容。^{〔11〕}金融的快速变化与发展属性决定了金融法须具有高度的适应性,同时,金融法相对于其他部门法更具有技术特征,绝大部分规范属于技术性规范,这使得金融法有能力实现适应性。我国理论界已就金融法须有更高的适应性凝聚了相当程度的共识,但就更高适应性实现的具体路径仍存有争议:有学者强调应当进行精细化立法,主张适应性实现的立法路径;^{〔12〕}也有学者认为可由监管部门发展金融法,主张适应性实现的行政路径;^{〔13〕}更多的学者则指出应当吸收英美法的经验,加强法院在法律规则供给中的作用,主张适应性实现的司法路径。^{〔14〕}因而,如何选择适合于我国制度环境的金融法适应性实现路径,成为了进一步需要探讨的问题。鉴于司法路径得到了理论界的广泛支持,本文先对其进行反驳,意图指出司法路径难以成为我国的主导路径;然后论述为何我国应以行政路径为主实现金融法的适应性;最后在此基础上尝试提出实现金融法适应性的优化方案,以期求教于学林。

二、我国难以借助司法路径实现金融法适应性

(一) 法律适应性实现的司法路径

为了更好地实现我国金融法的适应性,有必要进行比较法考察,参考适应性实现的国际经验。法与金融研究指出法系与金融发展存在较强的相关性。^{〔15〕}普通法系国家的金融发展较繁荣,伦敦、纽约、新加坡等国际金融中心都存在于普通法系。相对而言,大陆法系国家的金融较弱,其中又以法国法系国家为典型。法与金融的后期研究渐次聚焦于行政机关与法院的相对地位与行为风格的不同上。这些研究强调司法适应性的不同是不同法系国家金融发展差异的重要原因。换言之,法与金融的研究主要通过司法适应性判断法律适应性。

1. 普通法系通过判例法实现法律适应性

托尔斯滕·贝克(Thorsten Beck)等学者指出,对判例法的接受程度是衡量司法适应性的

〔10〕 参见黄韬:“‘全国’金融市场与‘地方’法院——中国金融司法的央、地关系视角”,《法学评论》2016年第3期,第26页。

〔11〕 参见沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第130—134页。

〔12〕 参见邢会强,见前注〔7〕。

〔13〕 参见刘春彦、黄运成:“不完备法律理论及对我国证券市场监管的启示”,《河北法学》2006年第9期,第17页。

〔14〕 参见王奕、李安安:“法院如何发展金融法——以金融创新的司法审查为中心展开”,载黄红元、卢文道主编:《证券法苑》(第18卷),法律出版社2016年版,第208页。

〔15〕 See La Porta et al., supra note 1.

关键指标。^[16]判例法是针对实际问题的回应,因此判例法可以更加迅速地适应实际变化,“从而产生一种内在的适应性和动态演化性,使商业需求与法律制度供给间的缺口最小化”。^[17]各级法院及其法官直接面对金融市场的各种纠纷,对金融前沿的发展动态有着更为直观的了解,能够更好收集、掌握有关法律规则需求的信息。判例法之“法官造法”方式让法官能够快速回应这些需求。普通法系承认判例法,判例是正式的法律渊源,因此普通法系具有更好的适应性。^[18]与之相对,拒绝判例法的国家更多地依赖成文法的变更来实现法律的适应性。而“成文法的内容明确、具体,制定、修改和废止的程序严格,这些特点会使成文法规定显得机械、时滞和不周延”。^[19]相当数量的文献指出,成文法的修改速度缓慢且代价高昂。因此,判例法的缺失往往会降低法律适应变化条件的效率。^[20]大陆法系主要是成文法,更重视立法者与法律规则的权威,而不信任法院。具体而言,《拿破仑法典》的起草者曾限制法院的权力并限制司法先例作为法律渊源的作用。受此影响,法国法系的法官只能适用,而不能解释法律,遵循先例原则不被接受。^[21]而德国承认了判例的重要性,^[22]建立了回应型司法体系。^[23]相应地,德国法系国家的金融发展也优于法国法系。

2. 判例法发挥适应性的制度条件

判例法欲发挥应有的适应性功效以诸多制度条件为支撑,法官的金融知识储备、金融纠纷审判经验等可在判例法引入后再渐次提升,而有些制度条件最好在引入前就已具备,否则会产生高昂的成本。

首先,法院独立行使审判权是判例制度的政治基础,为判例制度的有效运行提供了保障。研究也表明,保障法院独立行使审判权有助于激励其公正造法和执法。^[24]在保障得较好的法域,可通过赋予法官更大自主权的方式发挥其能动性,回应金融发展需求。在普通法系,法官是独立的、具有较高社会地位的政策制定者,可以制约立法机关和行政机关的行为,^[25]具体体现为:第一,相对于立法者,法官更不依赖于选举程序;且在普通法系,实行法官终身任期制。这使得法官能够较好地抵制利益集团以及行政机关的影响。第二,普通法系中,法院对行

[16] See Beck et al., supra note 3, p. 660.

[17] 缪因知:“法律如何影响金融:自法系渊源的视角”,《华东政法大学学报》2015年第5期,第95页。

[18] 对于判例法与金融发展的关系,一些学者通过举例的方式进行了论证。实证研究也证明判例法的被承认程度与金融发展密切相关。See Beck et al., supra note 3, p. 653.

[19] 冯果:“营造与国际金融中心地位相适应的司法环境”,《法学》2016年第10期,第74页。

[20] See Paul H. Rubin, “Why Is the Common Law Efficient?” *The Journal of Legal Studies*, Vol. 6, No. 1, 1977, p. 51.

[21] See John H. Merryman, “The French Deviation,” *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, No. 1, 1996, p. 109. 而这对法国法系的其他国家的危害比法国本身的危害更大。

[22] 参见雷磊:“德国判例的法源地位考察”,《社会科学研究》2022年第3期,第96页。

[23] See Beck et al., supra note 3, pp. 659-660.

[24] 参见栾天虹:《投资者法律保护的理论及实证研究》,浙江大学出版社2006年版,第84页。

[25] See Paul G. Mahoney, “The Common Law and Economic Growth: Hayek Might be Right,” *The Journal of Legal Studies*, Vol. 30, No. 2, 2001, p. 507.

政机关行为和法律法规的司法审查较多。^{〔26〕} 比如在 19 世纪的美国,联邦法院通过裁定存在地方保护主义倾向的州立法、行政和司法行为无效或违宪,解决了地方保护主义所产生的地方割据问题,有效促进了全国性金融市场的形成。^{〔27〕} 与之相对,在大陆法系,法官是没有独立造法权力、地位相对较低的公务员。^{〔28〕} 法官对行政机关行为和法律法规的司法审查较少。^{〔29〕}

其次,司法适应性与国家干预密切相关。通过判例法发挥适应性意味着赋予法官更高的能动性。但为何具有更大自主权的法官选择保护投资者而非帮着侵害投资者?既有研究指出,法系传统的不同体现在其对于私人财产权和国家权力考虑的优先顺序上。^{〔30〕} 大陆法系政府干预突出,“大陆法传统意味着一种有意识地构建制度来推进国家权力的意愿和制度工具,普通法传统则意味着一种限制而非加强国家力量的意愿和制度工具”。^{〔31〕} 审判独立程度的不同则是国家对司法控制程度差异的直接体现。大陆法系国家更加强调国家对司法的主导权,通过排斥司法来巩固国家权力或者将司法作为控制的工具,^{〔32〕}这在法国最为明显。^{〔33〕} 可见,干预程度高的国家通常倾向于限缩法官的自主裁量权,而即便法官的自助裁量权有所扩张,也难以借此促进司法适应性的提高。

(二)司法路径难以在我国发挥应有功效

我国在总体上沿袭的是大陆法系传统,未将判例作为正式的法源。但正如许多研究指出的是,大陆法系也渐次重视判例法的作用,英美法系也颁布了大量的成文法,两大法系存在趋同。因而,判例不是法源仅是我国难以借助判例法实现金融法适应性的直接原因而非充分条件。

1. 我国司法的地方化与行政化特征

我国难以借助判例法实现适应性的深层原因在于,我国审判独立公正的保障水平仍有待提高。这首先体现在法院受政府影响程度较深。基层、中级和高级法院的人、财、物依赖于地方政府,受到地方政府的制约,属于典型的地方法院。^{〔34〕} 地方政府在本地利益驱动之下,呈现出强烈的地方保护主义倾向。这具体体现为行政性保护和司法性保护,司法性保护影响了

〔26〕 参见缪因知,见前注〔17〕,第 97 页。

〔27〕 参进程金华:“地方政府、国家法院与市场建设——美国经验与中国改革”,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2008 年第 6 期,第 64 页。

〔28〕 参见(美)约翰·亨利·梅里曼:《大陆法系》(第二版),顾培东、禄正平译,法律出版社 2004 年版,第 34—38 页。

〔29〕 See Merryman, *supra* note 21, pp. 116-117.

〔30〕 参见缪因知:“国家干预的法系差异——以证券市场为重心的考察”,《法商研究》2012 年第 1 期,第 59—61 页。

〔31〕 缪因知,见前注〔17〕,第 99 页。

〔32〕 See Edward L. Glaeser and Andrei Shleifer, “Legal Origins,” *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 117, No. 4, 2002, p. 1194.

〔33〕 参见缪因知,见前注〔17〕,第 100 页。

〔34〕 参见黄韬,见前注〔10〕,第 26—27 页。

法院独立地行使审判权。^[35]具体到金融领域,“地方政府基于‘弱财政与强金融’的制度变迁背景全方位嵌入金融资源配置及由此展开的激烈竞争”。^[36]受此影响,地方法院在处理金融案件时,存在背离自身的中立属性、偏向跟其有更多地缘联系一方的倾向。这会损害全国性金融市场以及市场参与者的利益。有鉴于此,中央需对地方法院进行控制:最高人民法院或通过制定司法解释等司法规范性文件限制地方法院的自由裁量权,^[37]或通过疑难案件请示制度指导下级法院的判决,或通过司法规范性文件宣示其反对地方保护主义的立场。^[38]这使得地方法院在处理金融案件时,往往需要遵从最高人民法院的金融公共政策,成为了最高人民法院推行相应政策的工具。但最高人民法院对下级法院的控制,将审级关系异化为领导与被领导的行政关系,^[39]降低了地方法院在法院系统内的独立性,进而降低了法官的能动性。就此而言,法官的能动性较低、司法适应性较差并非是应解决的问题,而是解决司法性地方保护这一问题时所追求的目的。如果为了提升法官的能动性,在法院系统进行去行政化司法改革,可能导致地方政府能够更容易影响地方法院,进一步弱化法院独立于地方政府的程度。

2. 我国司法路径的特点

行政化对司法供给路径带来的显著影响是,金融法律规则的供给职能仅由最高人民法院等少数法院承担。^[40]最高人民法院供给金融法律规则的特点显著不同于判例法供给路径。

第一,规范载体。我国法院供给金融法律规则存在两种载体,一种是司法解释及各类司法规范性文件。这些文件的内容缺少个案的事实涵摄,是在抽象性地弥补法律漏洞、续造法律乃至创制法律,并试图对某一类争议案件提供系统性的法律适用规则。另一种是指导性案例。指导性案例虽然源于现实案例,但也存在脱离原有案件的具体事实、具有提炼抽象规则的倾向。^[41]与之不同,判例法语境下的法官造法,是针对具体个案事实,对法律进行创造性理解,作出与先例不同的“解释”。此等解释需与具体、特定的案情相结合,法官不能脱离个案事实造法。

第二,制定程序存在“立法程序化”的倾向。如最高人民法院颁布了《最高人民法院关于司法解释工作的规定》,对司法解释的立项、起草、报送、讨论、发布等程序进行了明确规定。这些

[35] 参见刘作翔:“中国司法地方保护主义之批判——兼论‘司法权国家化’的司法改革思路”,《法学研究》2003年第1期,第83页。

[36] 李安安:“金融资源配置中的地方政府竞争及其法律治理”,载《人大法律评论》(第22辑),法律出版社2017年版,第18页。

[37] 一个例证,参见彭冰:“企业改制中的债权人保护——论‘债务随企业财产转移原则’”,《烟台大学学报》2005年第2期,第159页。

[38] 比如,《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为经济发展提供司法保障和法律服务的意见》提及,地方和部门保护主义是造成“执行难”的重要原因,是严格执法的重大障碍,必须坚决抵制和克服。人民法院作为国家审判机关绝不能搞地方和部门保护主义。要坚决反对司法权地方化倾向。

[39] 参见龙宗智、袁坚:“深化改革背景下对司法行政化的遏制”,《法学研究》2014年第1期,第136页。

[40] 应然层面的探讨,参见宋晓:“判例生成与中国案例指导制度”,《法学研究》2011年第4期,第60—64页。

[41] 参见吴英姿:“谨防案例指导制度可能的‘瓶颈’”,《法学》2011年第9期,第47—48页。

程序与《立法法》规定的立法程序极为相似,是对立法程序的效仿。^{〔42〕} 指导性案例的生成程序虽不同于立法程序,但也与判例存在显著差异。

第三,最高人民法院颁布的大部分规范性文件并不具有法源地位,主要依靠最高人民法院在政治体制上的司法权威,进而对司法裁判产生影响。^{〔43〕} 指导性案例的效力在应然上存在较大争议,其对于司法裁判的实际影响,主要依靠最高人民法院的司法行政权力。^{〔44〕} 可见,上述规则影响裁判的关键并不在于效力层级或论证充分度,而在于其是由最高人民法院发布的,反映了最高人民法院对特定裁判问题的观点与立场。

综上,我国司法供给路径无论是体现为发布指导性案例的方式还是体现为颁布规范性文件的方式,都呈现集中式、自上而下、理性建构性的特点。这不同于判例法那种分散式、自下而上、经验归纳性的法官造法。我国法院供给法律规则之所以呈现如上特征与其承载的功能密切相关:①发展法律、填补法律的漏洞;②统一裁判标准,避免同案不同判现象;③回应政策,将政策纳入法制体系,减少政策的直接适用;④控制地方法院,避免其成为地方政策或者地方利益代言人。故而,虽然我国司法规则供给路径与判例法路径都具有发展法律、填补法律漏洞的功能,但是后三个功能与判例法的追求并不相同。功能取向的差异导致我国司法供给法律规则的路径难以导向建立在分散式司法权力格局之上的判例法路径。^{〔45〕}

3. 我国司法路径的不足

不可否认,我国法院客观上也承担了供给法律规则、发展金融法的任务。但从适应性角度来看,我国司法供给路径存在不足,难以成为我国金融法律规则供给的主导路径。下文以指导性案例这种与判例法最为接近的路径为例进行论述。

首先,最高人民法院垄断指导性案例的遴选权与发布权的做法虽然有效抑制了司法的地方化,但也导致指导性案例的数量偏少,案例供给未能充分满足实践需求。^{〔46〕} 具体到金融领域,纠纷与指导性案例的数量失衡体现得更为明显,指导性案例未能很好地发展金融法。^{〔47〕} 其次,指导性案例的生成速度较缓。在下级法院对于特定法条的理解存在分歧时,最高人民法院可通过发布指导性案例统一法律的适用,这是指导性案例生成的典型情形。在这种情形中,指导性案例的发布以存在较大裁判分歧为前提。此时,指导性案例难以迅速回应实践需求。

〔42〕 参见沈岿:“司法解释的‘民主化’和最高法院的政治功能”,《中国社会科学》2008年第1期,第100页。其他司法规范性文件的制定程序未效仿立法程序,但通常认为这是其制定程序的缺陷。

〔43〕 参见黄韬:“中国法院的金融法律规则创制功能:现状与评价”,载漆多俊主编:《经济法论丛》(第23卷),法律出版社2012年版,第72页。

〔44〕 参见郑智航:“中国指导性案例生成的行政化逻辑——以最高人民法院发布的指导性案例为分析对象”,《当代法学》2015年第4期,第125—127页。

〔45〕 参见黄韬:“作为金融立法者的中国法院”,载周贇主编:《厦门大学法律评论》(第21辑),厦门大学出版社2013年版,第330—331页。

〔46〕 参见张骞:“论中国案例指导制度向司法判例制度转型的必要性与正当性”,《比较法研究》2017年第5期,第136页。

〔47〕 参见练彬彬:“金融案例指导制度的运行现状及完善——基于98件有效应用案例的实证分析”,《人民司法》2021年第19期,第94页。

最后,指导性案例退出条件较为严苛,^[48]在实践中具有较强的生命力,这使得指导性案例供给的“法律规则”修改与废止速度缓慢。但正如学者所指出,“金融法中大量的法律规范是速朽的。金融法的‘动态性’几乎是部门法中最明显的”,^[49]为了适应金融快速发展变化的特点,金融法也应快速修改与废止。

事实上,指导性案例供给路径在适应性方面的不足也存在于司法解释与司法规范性文件供给路径当中。且司法路径相对于行政路径,在我国也不具有比较优势,下文将对此重点论述。

三、适应性实现的替代路径:行政式金融法供给路径

司法路径难以成为我国金融法供给的主导路径,需要寻找替代路径实现金融法适应性。在我国金融领域,监管部门为了规范金融秩序和市场行为,颁布了相当数量的部门规章与大量的规范性文件。金融监管部门是我国金融法律规则的主要供给者,部门规章、规范性文件是我国金融法律规则的主要形态(以下将监管部门通过制定规章、规范性文件的方式供给金融法律规则简称为“行政式金融法供给路径”)。^[50]这种法律规则供给路径能够较为快速、直接、精准地回应问题,缓解金融法律规则供需矛盾,在一定程度上回应了金融市场对于法律规则的需求。

(一)行政式金融法供给路径可实现适应性

首先,金融监管部门可以发展金融法。法律的不完备理论指出,在金融法律规则供给不足时,会产生剩余立法权的分配问题。剩余立法权指在法律对某些事项没有规定或规定不清时解释与发展法律的权力。这种权力需要在立法机关、监管部门与法院间进行分配,而分配方式会影响执法的有效性,^[51]并最终影响法律制度对金融市场的回应效果。将剩余立法权分配给金融监管部门并不罕见,如美国国会授予美国证券交易委员会(U. S. Securities and Exchange Commission,以下简称“SEC”)广泛的规则制定权,允许其以正式制度与非正式制度的形式解释适用证券法。^[52]从更为宏观的角度看,规制国(regulatory state)的兴起本就是为了更好地解决普通法变革的缓慢性与社会法律需求增长间的矛盾。^[53]相对地,德国证券领域

[48] 参见孙海波:“指导性案例退出机制初探”,《中国法律评论》2019年第4期,第180页。

[49] 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,第92页。

[50] 参见叶林、王湘淳:“规章式金融法律供给模式研究——以‘天策公司和伟杰公司股权代持纠纷案’为切入”,《月旦民商法杂志》第66期(2019年),第31页。

[51] 参见(德)卡塔琳娜·皮斯托、许成钢:“不完备法律——一种概念性分析框架及其在金融市场监管发展中的应用(上)”,载吴敬琏主编:《比较》(第3辑),中信出版社2002年版,第116—130页。

[52] 参见洪艳蓉:《金融监管治理——关于证券监管独立性的思考》,北京大学出版社2017年版,第135—136页。

[53] 参见(美)盖多·卡拉布雷西:《制定法时代的普通法》,周林刚等译,北京大学出版社2006年版,第10页。

的剩余立法权主要分配给立法机关与法院,导致其法律并未充分回应市场需求。^{〔54〕}

金融监管部门与法院谁是更优的剩余立法者仍具有争议。但可以肯定的是,金融市场对法律灵活性的需求与较为刚性的成文法之间存在内在紧张关系,监管部门供给法律规则与法院供给法律规则是应对这一紧张关系的不同解决方式,两者存在替代关系。^{〔55〕}法与金融理论探讨法律适应性时的比较对象是立法机关立法与法院立法。相对而言,法律的不完备理论将监管部门发展法律规则也纳入了考察范围,为其奠定了理论基础。由此,金融监管部门制定规章、规范性文件也是发展金融法、实现金融法适应性的路径。

其次,行政式法律规则供给有助于更好地实现金融法适应性。适应性研究强调法律的灵活性。一个被普遍承认的事实是,立法程序过于冗长与严苛,难以有效回应金融市场的需求。且法律的制定与修改需要协调众多利益,这进一步降低了金融法的适应性。若不能妥当平衡各方利益,法律制定与修改就难以取得实质性进展。相对地,金融规章及规范性文件主要由单一部门主导,这在客观上降低了其制定与修改的难度。我国实践也表明,金融监管部门制定的规则,其灵活性远高于金融法。在金融法的制定条件尚未成熟时,金融监管部门可以根据市场的需求,制定规章及规范性文件,发挥试验与应急功能,填补金融法律规则供求间的空隙,为金融法的制定积累经验。

金融规章及规范性文件在制定时的灵活性优势已经被充分肯定。相较而言,理论界对于金融规章及规范性文件快速修改与废止通常持否定态度。^{〔56〕}但是,金融领域存在着大量未知风险,且随着金融的发展,前沿的知识会很快过时。这意味着制定者可能因信息劣势颁布不适宜的法律规则,^{〔57〕}或者随着金融市场的变动与发展,本来适宜的法律规则很快变得不适宜。^{〔58〕}我国部分金融法律规则是为了回应试验、应急需求而对外国规则的草率移植,这进一步加剧了法律规则与金融市场之间的不适应性。快速修改与废止有助于法律更及时地回应金融市场,避免不恰当的法律规则因难以废止而产生更大的危害。新近研究更是强调应当及时根据信息反馈随时调整规则。^{〔59〕}研究表明,我国金融规章废止及修订率较高,变动较为频繁。^{〔60〕}就此而言,行政式法律规则供给可以视为通过法律规则的“降阶”增加法律规则灵活性,更好地实现金融法适应性。

〔54〕 参见(德)卡塔琳娜·皮斯托、许成钢:“不完备法律——一种概念性分析框架及其在金融市场监管发展中的应用(下)”,载吴敬琏主编:《比较》(第4辑),中信出版社2002年版,第122—126页。

〔55〕 法律的不完备理论主要探讨的是对剩余立法权的分配,但该理论同样可以用于分析原始立法权。参见皮斯托等,见前注〔51〕,第124—125页。

〔56〕 参见王煜宇:“我国金融监管制度供给过剩的法经济学分析”,《现代法学》2014年第5期,第65页。

〔57〕 规则是否适宜往往无法在规则实施前就被确定,而只能在规则实施的过程中被发现。参见黄文艺:“信息不充分条件下的立法策略——从信息约束角度对全国人大常委会立法政策的解读”,《中国法学》2009年第3期,第142页。

〔58〕 参见罗马诺,见前注〔4〕。

〔59〕 参见周仲飞等,见前注〔6〕,第11页。

〔60〕 参见王煜宇,见前注〔56〕。

(二)选择行政式金融法供给路径的原因

依据法律不完备理论,监管部门与法院都可以发展金融法。实践中,我国法院通过制定司法解释及规范性文件的方式供给金融法律规则也并不鲜见。这也构成适应性实现的备选替代路径。相较而言,金融监管部门供给路径更具优势。

1. 两种路径存在类似问题

首先,行政式金融法供给路径存在的问题也同样存在于司法供给路径当中。一般认为,金融规章及规范性文件是金融监管政策的载体,制定与修改受到政策的影响。然而,最高人民法院对下级法院存在事实上的领导与被领导关系,而最高人民法院本身又需“贯彻中共中央、国务院的重大经济政策,保持政治上的一致性,针对党在特定时期的具体任务和要求制定相应的司法文件”。〔61〕这使得我国司法系统在制定司法规则时易受政策影响。相当部分的司法解释及司法规范性文件的制定是为了贯彻政策理念、协助政策落实、协调政策与法律的冲突。〔62〕这导致“从发布时间和效力存续上看,司法解释与不同时期的国家政策具有高度一致性,司法解释的出台、修改和废止主要受到当时公共政策调整的影响”。〔63〕如在金融危机发生后,为了回应金融危机、保障金融安全,最高人民法院制定了一系列司法解释、工作指导意见和司法政策性文件,这些文件与国务院办公厅制定的相关文件呈现出亦步亦趋的特点。〔64〕不仅如此,政策对司法的影响也存在于裁判领域。这主要表现为判决会受政策影响,〔65〕甚至随着政策变动而变动。〔66〕比如,规章明确被排除在合同效力裁判的规范依据之外。司法也因此长期秉持谦抑性,不轻易认定违反规章的合同无效。但自2017年金融监管政策开始趋严、监管强度提升,金融部门规章也借助多条通道影响合同效力,导致违反规章的合同归于无效。〔67〕此外,主要依靠事实约束力而非法律约束力、突破了法律的原有规定等问题也存在于我国司法供给路径中。可以说,两种路径存在同样的问题。在此基础上,出于下述理由,应当以行政式供给路径作为实现金融法适应性的主要路径。

2. 我国对行政路径有路径依赖

我国金融市场并非是自发生成的,而是由政府培育产生的。我国金融市场曾随着计划经济体制的确立而消失。在改革开放后,市场经济逐渐被认可,与市场经济相配套的金融需求也随之产生、增长。为了满足需求,在“摸着石头过河”思想的指导下,政府有意识、有节奏地培育

〔61〕 侯猛:《中国最高人民法院研究——以司法影响力切入》,法律出版社2007版,第62页。

〔62〕 参见刘思莹:“论政策回应型司法解释”,《法学评论》2013年第1期,第21—24页。

〔63〕 彭宁:“最高人民法院司法治理模式之反思”,《法商研究》2019年第1期,第56页。

〔64〕 参见郑智航:“最高人民法院如何执行公共政策——以应对金融危机的司法意见为分析对象”,《法律科学》2014年第3期,第14页。

〔65〕 参见潘军锋:“论经济政策的司法融入——以政策在民事审判中的介入机制为研究路径”,《法制与社会发展》2012年第1期,第90页。

〔66〕 参见李有、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,第84页。

〔67〕 参见李建伟:“行政规章影响商事合同效力的司法进路”,《法学》2019年第9期,第180页。

金融市场,并对金融体制改革的方向、广度、深度与速度有着绝对的话语权。我国金融市场的这种形成路径,决定了金融交易、组织法律规则无法自发生成,依赖于人为设计。这是我国大部分金融法律规则以规章及规范性文件形式呈现的历史原因,也造成了我国金融法律规则主要由监管部门供给的路径依赖。不仅金融监管部门对法律规则供给产生了思维与行为惯性,社会公众也对金融监管部门供给法律规则产生了依赖。

不仅如此,金融处于领先地位的国家,其金融往往已经发展了数百年之久,而我国金融发展不过数十年历史。为了实现金融赶超战略,我国注定会继续要求政府部门主动地对金融市场进行全方位的介入,以保障国家对金融市场的掌控,保持对金融资源分配的有效控制和高度动员能力。^{〔68〕}在这一背景下,金融法制呈现行政中心主义的特征。有学者进一步指出,只要整个社会的资源配置过程和改革总体还是集权的,只要金融体制改革的使命还没有完成,政府主导的金融制度强制性变迁方式就将继续。^{〔69〕}在行政中心主义未改变的前提下,法院难以成为法律规则的主要供给者,经常或主动或被动地放弃制定法律规则的机会,即便是那些锐意进取的法院,也会因其制定的法律规则得到金融监管部门的肯定而“倍受鼓舞”。这是我国法院主导行使金融剩余立法权的现实障碍。

路径依赖理论指出,摆脱路径依赖需要付出较高的转轨成本。因而,除非司法供给法律规则的路径远优于行政供给路径,否则并无足够充分的理由进行转轨。而下文将论证,司法路径并不具有此种优势。

3. 行政路径理论上具有的优势

第一,更具专业性。专业性是行政式供给金融法路径正当性的重要来源。相对于立法机关,行政机关在相关社会领域内更具专业性。世界范围内普遍存在的授权立法是尊重行政机关专业性优势的体现。具体到金融领域,复杂的金融交易结构、联系日益紧密的金融机构、金融契约以及各种金融创新要求金融法律规则的制定者具备极为丰富的金融专业知识。行政机关的专业性也体现在和法院的比较之中。相对于法院,金融监管部门拥有更为专业的知识与人员储备,积累了更为丰富的法律规则制定经验,能够更好地回应金融市场需求。并且,金融监管部门在规则制定的过程中,往往会通过专家咨询会或论证会的方式实现专家参与。这进一步强化了监管部门的专业性。不仅如此,监管部门往往可通过与外国同行的学习与交流,更新自己的知识储备,提升专业性。^{〔70〕}金融规章及规范性文件的专业性也得到了市场参与者与法院的普遍认可。相对地,法院在现有的专业性及专业性提升能力方面都落后于金融监管部门。

第二,更具主动性。现代社会普遍存在这样一种现象,即行政机关将管制规范主动以纵向

〔68〕 参见黄韬:《“金融抑制”与中国金融法治的逻辑》,法律出版社2012年版,第5页。

〔69〕 参见陈经伟:《金融法治与金融规制——转型时期逻辑与经济金融分析》,社会科学文献出版社2016年版,第113页。

〔70〕 参见陈若英:“超脱或应对——法院与市场规制部门的竞争”,载《北大法律评论》(第14卷第1辑),北京大学出版社2013年版,第56页。

形式嵌入私人间的各种平等社会关系,^[71]这在金融领域也不例外。金融监管部门作为持续性的法律供给者,无论问题是否发生或被其他主体察觉,都可以主动制定规则去回应市场上的变化。^[72]更为重要的是,金融领域内的许多问题具有普遍性。金融监管部门可以通过主动移植其他法域的规则等方式来进行事前立法,而无须等到纠纷发生时再回应。与之相对,法院主要是被动型的法律供给者。最高人民法院虽然也会主动颁布司法解释及规范性文件,但法院对于法律规则的供给缺乏有效激励,并无足够的内在动力去持续性地回应金融市场对法律规则的需求。^[73]受限于专业分工、绩效考核以及相应的资源分配,最高人民法院也难以作为持续性的金融立法者。

第三,制定行为规范直接约束市场参与者。金融规章及规范性文件包含了大量的行为规范,能够直接规范市场参与者的行为,提供明确的行为指引。且如学者所言,“行政部门由于同时作为法律的执行者,它们在行使立法权力的过程中也许对待金融法律规则的态度要更加实用,因此不仅关注法律的政策意义,还注重其现实可操作性”。^[74]这使得市场参与者能够更具实效地依据规则开展活动。而最高人民法院制定的规则,绝大多数都是针对审判实务所遇到的现实问题。司法解释及司法规范性文件更加关注法官在裁判过程中对于法律规则的需求,通常仅就法院行使司法权力的行为进行规范,而极少制定行为规范,难以直接为金融市场参与者的行为提供指引。

四、行政式金融法供给路径适应性实现的优化方案

我国金融自改革开放以来持续发展的现实佐证了行政式金融法供给在一定程度上实现了金融法的适应性。^[75]新近研究也指出,立法机关应大量采用原则性立法与授权立法,使监管部门承担制定大部分金融法律规则的任务,并且让以规章及规范性文件形式呈现的金融法保持动态性以适应金融市场的需求。^[76]但这一路径仍然存在较大的改进空间:在抽象理念层面,需要金融监管部门更为注重供给金融私法规则,回应金融创新;就具体方法层面,需要立法机关更多地采用程序性控制,监管部门提升自己的标准化能力,并加强与法院的合作。

(一)注重发展金融私法并回应金融创新

既有研究对金融监管部门供给法律规则存在刻板印象:金融监管部门制定的规则属于金融公法(监管)规则,而金融私法规则需要由立法机关或法院制定,金融监管部门主导供给金融法律规则会导致金融私法规则的供给不足;金融监管部门存在抑制金融创新的倾向,这导致其

[71] 参见朱岩:“违反保护他人法律的过错责任”,《法学研究》2011年第2期,第91—92页。

[72] 参见皮斯托等,见前注[51],第128页。

[73] 参见黄韬,见前注[8],第121页。

[74] 黄韬,见前注[43],第84页。

[75] 参见黎四奇:“中国金融法律规则供给机制混乱状态的反思”,《中南大学学报(社会科学版)》2006年第4期,第408页。

[76] 参见周仲飞等,见前注[6],第12页。

制定的金融法律规则排斥金融创新。这些观点值得商榷。

首先,不可否认,就金融私法而言,法院是极为重要的规则供给者。以《全国法院民商事审判工作会议纪要》为代表的司法规范性文件在相当程度上影响了金融交易与金融组织,构成了金融私法规则的重要组成部分。但这并不意味着我国金融私法规则的供给已经足够,更不构成否认金融监管部门供给金融私法规则的理由:

将金融法划分为金融私法(金融交易、服务、组织法)与金融公法(金融监管法),并认为金融监管部门仅能发展金融公法,而不得发展金融私法,是基于“公私法二元划分”这一传统认知而形成的结论。然而,正如学者所言,公法与私法的区分以政治国家与市民社会的区分为前提,“但这种区分其实只是观念上的区分,而不是真实社会关系的区分。这种‘对立—融合’的关系只是外部观察者为描述方便而进行的归纳,而二者之间真正的关联不限于‘融合’,更是平行和交错,共同实现社会治理的功能”。〔77〕这在金融领域体现得更为明显。金融市场运行带有市场化与政府干预的公私混合属性,金融法兼具公法与私法的混合属性。〔78〕例如,以金融机构为代表的金融从业者是具有明显公共性的商人,而非金融机构的公司从事金融活动也有可能引发金融危机。〔79〕又如,金融服务也有公共政策性,具有双重性质。再如,金融市场存在各种各样的金融契约群,而“金融契约群的互联扩展特征和系统联动机制,也加剧金融机构互联和跨市场风险回馈,加速个体风险向公共风险转化,助推系统性金融风险的生成”。〔80〕这让契约群中的合同具备了公共性。如果仅从民商事裁判的视角来审视这些合同,可能就难以发现其中蕴含的风险。〔81〕由此,金融监管部门供给金融私法规则具有充分的正当性。

事实上,无论是大陆法系国家还是英美法系国家,都尝试综合运用行政规制与司法控制等手段解决各种问题。〔82〕在这一背景下,金融监管部门与法院都应走公私融合的路线,金融监管部门同样能够成为金融私法规则的供给者。无法仅因制定者是监管部门便判定某法律规则属于金融公法,如学者指出,“金融监管法是以行政法规形式出现的,但却很难将其认定为纯粹的行政法,因为这样的监管法实际上是商事关系法律调整的监管表述。也就是说,对本质上属于私法的金融商事关系的法律调整是借助监管形式来实现的”。〔83〕我国金融监管部门已经是金融私法规则的重要供给者。如在我国资产管理内部法律关系中,“管理人和委托人的权利义务设置受到了市场实际格局和法律监管尺度的双重塑造”。〔84〕换言之,名为公法的资产管理监管规范实际上发挥了私法的功能,调整了管理人和委托人两平等主体间的权利义务关系。

〔77〕 许德风:“合同自由与分配正义”,《中外法学》2020年第4期,第995页。

〔78〕 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视点”,《广东社会科学》2009年第1期,第174页。

〔79〕 参见范健:“资本泛滥时期的公司治理与金融监管”,《法学杂志》2019年第2期,第11页。

〔80〕 徐英军:“金融风险生成的契约群逻辑及其法律规制”,《法学评论》2020年第6期,第64页。

〔81〕 参见鲁篱:“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,第190—193页。

〔82〕 参见宋亚辉:“论公共规制中的路径选择”,《法商研究》2012年第3期,第95页。

〔83〕 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,第149页。

〔84〕 缪因知:“资产管理内部法律关系之定性:回顾与前瞻”,《法学家》2018年第3期,第111页。

而监管部门在制定规章、规范性文件时也渐次注重吸收实践中已有的金融交易、服务、组织规则,将其上升为金融私法规则。因此,就金融私法的规则供给而言,监管部门与法院不是简单的替代关系,而是替代关系、互补关系与合作关系的综合体。既无可能也无必要将金融监管部门排除出金融私法规则供给者之列。

其次,行政式金融法供给在一定程度上回应了金融创新需求。如《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》(银发〔2018〕106号)提出“对金融创新坚持趋利避害、一分为二,留出发展空间”。从更为宏观的角度来看,金融监管法对金融创新的积极影响早已不限于减少交易风险、减少过度竞争等方面,“金融监管的理论和实践一直试图解决金融规则的刚性与金融市场动态性之间的矛盾,期望金融规则有足够的灵活性能够包容金融市场不断发生的变化”。^{〔85〕}因而,虽然监管部门可能确实存在“通过不鼓励、禁止新型投资和金融活动来避免争议的发生”的倾向,^{〔86〕}但我国金融监管部门同时也可负有促进金融市场发展的任务目标与激励,也存在包容金融创新的可能。金融创新的发展离不开金融监管规则的接纳,而金融创新所产生的新问题又需要由金融监管规则回应。^{〔87〕}因而,或许法院较监管部门更加包容金融创新,但两者对于金融创新接纳只存在量的差异,而不存在质的区别。

就整体而言,现有金融规章、规范性文件存在对金融创新的接纳不足、金融私法规则占比较少等问题。但这并非是监管部门主导金融法律规则供给的必然结果。为了更好地实现金融法的适应性,金融监管部门应当将应对金融创新、回应金融市场参与者的私法规则诉求作为制定金融规章、规范性文件的目标与标准,并将其纳入金融法律规则供给工作的考核标准。

(二) 适应性实现优化方案的具体展开

1. 从实体性控制为主转向程序性控制为主

针对行政式金融法供给的监督存在实体性控制与程序性控制两种类型,前者是指金融监管部门只有在法律保留的范围以外且在严格的授权范围之内才有权制定、解释规则。目前我国的实体性控制存在不足,金融规章、规范性文件超越法律授权,或者与法律存在冲突的情形屡有发生。一些学者据此提出了强化实体性控制的建议。但实体性控制相对僵化,不利于回应金融实践需求。一个例证是,证监会制定的内幕交易指引“大大超越了法律的授权范围,而扩大了对内幕交易主体的认定”,^{〔88〕}但其重要原因是《证券法》(2014修正)“第74条规定的基于身份特质的‘内幕信息知情人’和未加解释的‘非法获取内幕信息的人’,已经无法全面规制目前愈加复杂、外溢的内幕交易活动”。^{〔89〕}故而,内幕交易主体范围的扩大是金融监管部门基于其专业知识理性判断,意图更好地规制内幕交易行为的结果。其实质是以正当性为代价

〔85〕 周仲飞等,见前注〔6〕,第11页。

〔86〕 缪因知:《中国证券法律实施机制研究》,北京大学出版社2017年版,第36页。

〔87〕 See Pistor, *supra* note 5.

〔88〕 缪因知,见前注〔86〕,第81—82页。

〔89〕 吕成龙:“谁在偷偷地看牌?——中国证监会内幕交易执法的窘境与规范检讨”,《清华法学》2017年第4期,第157页。

追求理性,是正当性与理性两个目标的冲突。^[90]为了缓和这种冲突,一种方式是进行原则性立法。如比较法上,对金融欺诈的定义通常较为原则与抽象。另一种方式是授予金融监管部门广泛的规则制定权限,通过法律规则的“降阶”增加规则灵活性,进而更好地实现金融法的适应性。这也是比较法实践中的通行做法,如美国国会授予 SEC 广泛的规则制定权。因此,为了更好地回应金融发展与变化、实现金融法的适应性,应当着力于强化程序性控制而非实体性控制,即立法机关主要对金融规章及规范性文件的制定、修改和废止程序进行控制,减少对内容的干预。

虽然存在《规章制定程序条例》《证券期货规章制定程序规定》等规定,但我国的程序性控制仍然存在较大不足。如我国金融规章制定程序缺乏透明度,^[91]甚至曾出现正式稿先通过,而后公布征求意见稿的情形,^[92]实践中,几乎无法通过制定程序约束规章制定权。此外,规范性文件程序性控制缺乏基本的法律规定,存在的问题也很突出,这导致实践中规范性文件的制定十分随意。未来必须完善规章及规范性文件的制定程序,主要方式包括提升制定程序的公开性与民主性,强化大众参与;传统上,行政权的正当性来源于议会的授权,是议会民主正当性的传送。但当授权广泛和模糊时,传送并不能给予行政权充分的正当性。因此,在授予监管部门广泛的规则制定权的同时,应通过大众参与的方式强化正当性。^[93]我国理论界对此也凝聚了一定的共识。为了防止大众参与的形式主义,必须明确大众具有参与权利并依据规则的类别与内容确定参与的方式,^[94]明确监管部门负有回应意见的义务、并依据参与方式的不同确定回应的方式,^[95]明确监管部门负有采纳合理意见的义务,同时应当明确监管部门违反义务的法律后果与救济途径。

必须指出的是,为了保障法律规则制定的灵活适时,征集大众意见、强化大众参与不应当局限于听证等面对面交流的方式。比较法上的实例可作为参考,如美国将规则制定程序划分为正式规则制定程序与非正式规则制定程序,后者主要通过“通告—评论”的方式实现大众参与,即大众可以通过递交书面意见和资料的方式参与规章的制定。非正式制定程序是其证券实践中最常见的程序。由此,美国金融监管规则的制定程序在保障正当性的基础上充分实现了适应性。虽然公众参与不以面对面的交流为必要,但监管部门为了能够更好地知悉金融市场的变化与发展,有权与相应主体进行面对面的交流、沟通与讨论。此外,程序性控制也包括对规章及规范性文件的修改、废止过程进行控制。应当明确这些规范的修改、废止程序,抑制

[90] 参见王锡锌、章永乐:“专家、大众与知识运用——行政规则制定过程的一个分析框架”,《中国社会科学》2003年第3期,第113页。

[91] 参见杜坤伦:“中美证券规章制定程序比较研究”,《证券市场导报》2013年第7期,第76页。

[92] 参见缪因知,见前注[86],第82页。

[93] 参见王锡锌:“行政正当性需求的回归——中国新行政法概念的提出、逻辑与制度框架”,《清华法学》2009年第2期,第100页。

[94] 参见刘磊:“美国非立法性规则之公众参与及其借镜”,《行政法学研究》2016年第6期,第109页。

[95] 参见沈岗:“行政机关如何回应公众意见?——美国行政规则制定的经验”,《环球法律评论》2018年第3期,第100页。

修改与废止的恣意性。修改、废止程序也会随规则的类型不同而存在差异。比如具有试验或应急功能的规则应与其他规则采用不同的程序,这也是试验与应急的应有之义。

2. 提升监管部门的标准化能力

依据法律的不完备理论,标准化识别的能力是将剩余立法权配置给监管部门的关键因素。依据行政法理论,专业性是行政权正当性的重要来源。因此,标准化识别能力与行政式金融法供给路径的合理性、正当性密切相关。

标准化识别能力并非一成不变,金融监管部门行使剩余立法权的范围可随此能力的提升而扩张。能力的提升可从信息的获取能力与信息处理能力着手:首先,标准化要求以合理成本对损害行为及结果进行描述。知悉相关行为,获得相应信息是描述的前提。虽然随着监管科技发展,监管部门获取信息能力有所提升,但在信息的获取上,金融监管部门并不具有比较优势,如证券交易所和证券行业协会等自律组织与看门人等市场机构比证券监管部门在信息监察能力上具有优势。^[96]为了更好地提升获取信息的能力,需赋予自律组织更强的独立性,让其能够拥有更大的自主权去搜集、处理信息。在此基础上,金融监管部门应与自律组织进行密切的合作与频繁的交流。^[97]其次,提升信息的处理能力意味着金融监管部门(及其人员)需要进一步提升其专业性。微观上,可以通过提高人员招录的能力要求;派人员到自律组织学习,掌握一线材料;加强与国外同行合作,深化对金融市场一般规律的认识;加强与行业专家交流,增强理论与实践的互动等方式,提升人员的专业素质。^[98]宏观上,应当增加法律规则制定的资源投入,提高其在金融监管部门预算中的占比,以保障法律规则制定的产出。

3. 强化与法院的合作

公共规制理论对于行政规制与司法规制的关系存在替代、互补与合作三种主张。^[99]法律的不完备理论认为,如若某些事项难以标准化或者负外部性较低,应由法院行使剩余立法权。反之,则应由金融监管部门行使剩余立法权。换言之,两者可以替代与互补。为了更好地适应实践需求,实现金融法的适应性,应当转向合作路径,强化金融监管部门与法院在供给法律规则,发展金融法方面的合作。事实上,金融监管部门行使剩余立法权时需要法院配合:第一,金融监管部门的规则制定权力有限,通常仅能够制定行为规范,“无权制定涉及司法权力行使的金融法规则”,^[100]此类规则需由最高人民法院通过制定司法规范性文件的方式制定。第二,金融监管部门制定的规则体系过于庞杂繁复,非专业人士通常难以融贯地理解与掌握。实践中,法官在适用这些规定时往往需要依靠最高人民法院制定的司法规范性文件。第三,依据《民法典》第10条、《关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第4条的规定,部

[96] See Saule T. Omarova, “Rethinking the Future of Self-Regulation in the Financial Industry,” *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 35, No. 3, 2010, p. 670.

[97] 参见吕成龙:“科创板时代中国证监会治理角色与模式的转变”,《财经法学》2019年第4期,第123—124页。

[98] 参见马洪雨:“证券监管的法律与市场限度”,《学术论坛》2006年第3期,第120—121页。

[99] 参见宋亚辉,见前注[82],第94页。

[100] 黄韬,见前注[8],第121页。

门规章、规范性文件不属于法源,不能成为裁判依据。这导致金融规章、规范性文件被认为是原则上没有法律约束力的软法。由此,金融规章及规范性文件必须借助相应通道才能产生“真正的法律效力”。

金融监管部门与法院在规则制定上的合作可分为宏观与微观两个层面:在宏观上,需要由最高人民法院将金融规章、规范性文件通过制定司法解释的方式转化为裁判规则,指引法官进行司法裁判。在微观上,需要各级法院运用私法领域内的诸项转介条款,通过个案裁判的方式,落实金融规章、规范性文件的规则。目前这两种合作方式的制度化程度较低、规范性程度不足,并导致实践中出现各种问题。就宏观方式而言,虽然金融监管部门与法院在规则制定上保持着良好的配合关系,但这种关系缺乏制度上的保障,“在现实问题面前不可避免地会存在产生冲突的可能性,尤其当涉及部门间利益不一致的情况时,这种可能性就会浮出水面”。^[101]比如最高人民法院于2017年发布了《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》,该意见第2条将民间借贷利率标准适用于金融贷款。其实质是最高人民法院行使了监管部门对于金融贷款利率的规则制定权,架空了监管部门的行政监管权。^[102]其次,就微观而言,由于我国未明确规定金融规章、规范性文件的司法适用方式,也缺乏统一的寻找规范的方法。在实践中,法官在司法裁判时经常会引用不同的金融规章、规范性文件,这轻则导致裁判路径混乱,重则引发同案不同判。

未来应在上述两个层面强化金融监管部门与法院的合作。在宏观层面,应当建立司法规则制定与监管规则制定的协调程序。法院在制定涉及金融领域的规范性文件时应与金融监管部门沟通,向监管部门征求意见。这也是“尊重专长”原则的必然要求。实践中,最高人民法院对于两者的沟通已经进行了初步的探索。《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》第25条也强调,应探索建立法院与金融监管部门之间的沟通机制,并强化金融监管和金融审判的衔接配合。未来应将两者的沟通制度化与规范化。相应地,金融监管部门在制定金融规章、规范性文件时也应尊重司法的现有规定——不仅应当尊重司法规范性文件的规定,而且应当注意吸收法院在个案裁判中形成的裁判规则。一个实例是,上海金融法院在一起金融借款合同纠纷案中判决认定贷款机构在贷款合同中负有明确披露实际利率的义务。中国人民银行在〔2021〕第3号公告中吸收了这一裁判规则,该公告明确要求所有从事贷款业务的机构,应当以明显的方式向借款人展示年化利率。这在一定程度上可弥补我国未将判例作为法源的缺憾。在微观层面,需要最高人民法院将转介条款统一化、裁判论证说理规范化。就此而言,《全国法院民商事审判工作会议纪要》第31条将“违反规章的合同效力”的转介通道统一为公序良俗,并要求下级法院“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”,这一做法有其积极意义,但其裁判论证及说理的规范化程度可进一步提升。合同效力的判定最终取决于社会公共利益与私人自治的权

[101] 黄韬,见前注〔43〕,第91页。

[102] 参见苏盼:“司法对金融监管的介入及其权力边界——以金融贷款利率规范为例”,《上海财经大学学报》2019年第3期,第127页。

衡,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第17条给出了更为精细的权衡方案,进一步完善了公序良俗转介通道。司法转介通道规范化并不应局限于合同纠纷,未来也可运用于金融领域中的其他纠纷。

必须指出的是,本文并不主张法院应当无条件径直适用金融规章、规范性文件。为了防止金融监管部门滥用规章、规范性文件的制定权限,需要发挥法院的审查功能。就民事诉讼而言,法院在适用规章、规范性文件前应当进行相应的审查。法院认为规章、规范性文件不合法的,不能作为裁判说理的依据。比如在天策公司和伟杰公司股权代持纠纷案中,最高人民法院在裁判说理中从职权、内容与程序三个方面对《保险公司股权管理办法》的合法性进行了审查。^[103]而在强化程序性控制的前提下,法院应着重审查规章、规范性文件的制定程序是否合法、公正。就行政诉讼而言,《行政诉讼法》第53条规定了“规范性文件附带审查”。该法第64条规定,法院认为规范性文件不合法的,不作为认定行政行为合法的依据,并向制定机关提出处理建议。

五、代结语

若我们认可法律适应性对于金融发展至关重要,就不得不借助法院或者金融监管部门供给金融法律规则,即使这两条路径离完美还有较遥远的距离。主流的法与金融研究强调法院供给规则,主张金融法适应性实现的司法路径。基于我国既有的制度环境,本文主张金融法适应性实现的行政路径,即以金融监管部门为主要的法律规则供给者,通过制定金融规章、规范性文件的方式发展金融法,实现金融法的适应性。这一路径契合我国金融领域行政中心主义的现实,也具有理论上的优势,可作为我国金融法适应性实现的主导路径。但本文并不否定法院在金融法适应性实现中的作用。如前所述,法院供给法律规则有其独特价值,监管部门供给完全取代法院供给既无可能,也无必要。在保持行政路径为主的基础上,也应探索适合我国的司法路径。具体而言,除去完善现有的“司法立法”、指导性案例等路径外,或许可通过赋予地方法院审理金融创新纠纷的“试错权”,增加法院在实现金融法适应性上的作用。随着北京金融法院、上海金融法院和成渝金融法院的设立,这种制度设计逐渐具备了现实可能性,如上海金融法院创设的金融市场案例测试机制,即是司法路径的典型例证。由此,可以更好地通过“行政路径为主,司法路径为辅”的方式实现金融法的适应性。

Abstract: A highly adaptable law can respond to the needs of market participants and judges for legal rules efficiently, which could help to accommodate to the need for financial innovation, prevent financial risks, and promote the development and deepening of the financial market. The research of Law and Finance reveals that common law countries, with strong foundation of case-law tradition, make their laws

[103] 参见最高人民法院民事裁定书,(2017)最高法民终529号。

more adaptable, which could also explain the reasons for successfully developing their highly competitive financial markets. Judicial independence and the government's non-interference in judiciary are the critical safeguard for case law to fulfill its adaptive role. China does not regard case law as a formal source of law, and the judiciary has the characteristics of localization and administration. It is difficult to improve the adaptability of financial law by simply introducing case law. Based on the Incomplete Law Theory, both the judiciary and financial regulators can improve financial rules or regulations. Thus, there are two alternative approaches. Financial regulators are more proactive and professional since the regulations and normative documents they formulate can restrict financial market participants directly. And the financial regulators leading the development of financial law is more suitable for China's financial legal environment. At the conceptual level, for implementing the adaptability of financial law effectively, financial regulators should pay more attention to responding to financial innovation and the demands of private law rules of financial market participants when formulating financial legislation and governmental regulations. At the rule implementation level, the focus of legislator's supervision should shift from substantive control to procedural control, while regulators should improve their rule-making ability and strengthen the cooperation with the judiciary in the field of financial law-making.

Key Words: Financial Market; Legal Adaptability; Case Law; Financial Regulations

(责任编辑:邓 峰)