



穿透式金融审判的理论基石与制度进路

鲁篱 庄鸿钦

摘要:穿透式审判思维在金融司法领域的广泛运用并非纯粹的法律适用问题,而是源自我国政法传统的塑造与金融法适应性提升的必然结果,反映出法院寻求金融治理功能的客观需要。在实践中,穿透式金融审判以“通谋虚伪表示”与“公序良俗转介”为主要实施方式,不仅表征我国法院的角色由金融纠纷的裁判者拓展到金融风险的治理者的转变,同时也昭示着穿透式审判思维业已实现从审判理念到司法规制工具的转型。为抑制穿透式金融审判所可能引发的风险,应从维护法秩序与实现规制效能的双重视角对其予以完善,划定穿透式审判在金融司法中的运用边界,确保司法治理金融市场功能的更好实现。

关键词:穿透式审判;金融司法;金融治理;公序良俗

DOI: 10.13734/j.cnki.1000-5315.2025.0301

收稿日期:2024-09-25

作者简介:鲁篱,男,四川宜宾人,西南财经大学法学院教授、博士生导师,E-mail: luli29@163.com;

庄鸿钦,男,福建漳州人,西南财经大学法学院博士研究生。

自 2019 年颁布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(下文简称《九民纪要》)指出要“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”以来,穿透式审判思维逐渐进入理论界与实务界的视野。当前,理论界对穿透式审判思维的探讨主要集中在以下几个领域:其一,对民商事审判中运用穿透式审判思维的典型领域进行考察,旨在优化穿透式审判思维的实体法裁判规则^①;其二,从诉讼法层面探讨穿透式审判思维与纠纷相对性解决原则、执行力主体范围的扩张等问题^②;其三,更为中观地探讨穿透式审判思维的适用范围、特征与适用规则,旨在为穿透式审判思维的运用提供普适性的适用方法^③。研究形成的共识是:穿透式审判思维反映出“实质重于形式”的思维方式在司法领域的运用。但对穿透式审判的本质、功用、适用范围及其边界,学界尚未达成相应的共识。究其原因,一方面在于“穿透式审判”一词并非严格意义上的规范概念,其“提法本身就带有颠覆性”^④,在比较法与国内法的漫长历史中难以寻找到对应物;另一方面,尽管学者们已意识到穿透式审判系“新时期我国金融治理的新要求”^⑤、“天然契合金融审判的需要”^⑥、具有“实现

① 李建伟《融资性贸易合同的定性及效力规制研究》,《法学评论》2023 年第 3 期,第 151—162 页;安森鑫《融资性循环买卖案件的裁判逻辑和法理基础》,《法学家》2024 年第 5 期,第 115—127 页;陈广辉《资管纠纷“穿透式审判”的适用路径与方法》,《中国法律评论》2022 年第 6 期,第 192—205 页;王乐兵《资产收益权视角下资管交易的穿透式规范》,《政法论坛》2022 年第 5 期,第 168—179 页。

② 张卫平《论民事纠纷相对性解决原则》,《比较法研究》2022 年第 2 期,第 98—99 页;任重《民事判决既判力与执行力的关系——反思穿透式审判思维》,《国家检察官学院学报》2022 年第 5 期,第 142—163 页。

③ 黄海龙、潘玮璘《论“穿透式审判”的基本内涵与实践方法》,《法律适用》2023 年第 7 期,第 3—10 页;谷昔伟《穿透式审判思维在民商事案件中的运用与界限》,《山东法官培训学院学报》2022 年第 4 期,第 136—148 页;韩亮《省思穿透式审判思维》,《人大法律评论》第 33 辑,法律出版社 2021 年版,第 225—243 页;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,第 124—135 页。

④ 黄海龙、潘玮璘《论“穿透式审判”的基本内涵与实践方法》,《法律适用》2023 年第 7 期,第 10 页。

⑤ 陈广辉《资管纠纷“穿透式审判”的适用路径与方法》,《中国法律评论》2022 年第 6 期,第 194 页。

⑥ 韩亮《省思穿透式审判思维》,第 242 页。

法律效果与政治效果、社会效果相统一”^①的正当性基础,但尚未形成有效的分析框架与理论提炼。事实上,穿透式审判思维的运用不是单纯的法律适用问题,在金融领域,它反映出法院规制金融市场的客观需要。本文将研究对象限定为金融领域穿透式审判思维的运用,即穿透式金融审判,其原因不仅在于穿透式审判思维能否运用于全部领域尚未定论,亦是因为金融司法在实践中成为了穿透式审判思维运用最为集中的领域。据此,本文将深入到金融司法中穿透式审判思维的运用场域,试图阐释穿透式金融审判的理论基石,为穿透式审判思维在我国金融司法中被更好地运用提供理论层面的支撑。

一 穿透式金融审判的正当理据

(一) 穿透式金融审判是我国政法体制下金融司法的应有之义

党的十八大以来,金融安全上升到国家安全的理论高度,习近平指出:“必须充分认识金融在经济发展和社会主义生活中的重要地位和作用,切实把维护金融安全作为治国理政的一件大事,扎扎实实把金融工作做好。”^②2023年召开的中央金融工作会议指出,要“坚持把防控风险作为金融工作的永恒主题”,“深刻把握金融工作的政治性、人民性”^③。可见,无论是控制金融风险、维护金融秩序还是保障金融安全,都并非单纯的经济问题,同时还是党和国家的重大政治问题。

在金融领域,“党的领导和参与丰富了金融市场治理模式的形态”^④,使金融司法产生了与国家金融政策相契合的强大动力,党和国家的金融治理目标成为我国金融司法所贯彻执行的重要方向。同时,中国的司法机关也需要通过在金融司法中运用党和国家金融政策的实践,明确并加强自身在国家金融治理结构下的重要地位^⑤。在这种激励机制之下,党政机关、司法机关与金融监管机关能够实现理想状态下的“结构耦合”,共同防范金融风险,构建金融秩序。事实上,自2017年最高人民法院颁布《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》(以下简称《金融审判若干意见》)以来,金融司法相较于传统民商事司法的特殊性就已被最高人民法院所充分认识。该意见指出,金融司法应当“以服务实体经济作为出发点和落脚点”,“有效防范化解金融风险,切实维护金融安全”,“依法服务和保障金融改革”,反映出金融司法的重要政治使命。在此之后,随着金融司法实践的深化和金融司法共识的形成,在《九民纪要》提出穿透式审判思维的大背景下,法院力图在金融领域通过运用穿透式审判思维,实现金融治理目标与司法逻辑的对接。因此,在金融司法中,法院进行穿透式审判的实践,反映出党对政法工作领导的落实,是“党管金融”在司法领域的具体表现。

(二) 穿透式金融审判是提升金融法适应性的必然要求

部分研究已经认识到穿透式审判思维在克服“机械司法”与实现个案公正、实质解纷中的重要意义^⑥。穿透式审判思维在司法领域的广泛适用,有助于克服“机械司法”的弊端,提升司法权自身回应社会的能力,并在此基础上实现司法与社会的良性互动。在具体实践中,司法回应社会的主要维度既包括国家的总体部署安排与社会发展进步的主要趋势,也涵盖了社会公众的普遍认知与诉讼参与人的实际需求^⑦。在我国,金融司法对现实社会的回应同样具有多维性,不仅要回应国家层面对金融治理的实际需求,还需要应对时刻处于变迁之中的金融市场,对金融创新行为作出既符合法律逻辑、又符合金融治理逻辑的个案裁判。

上述背景对金融法的适应性提出了更高要求。具有高度适应性的金融法律制度,能够“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”^⑧,因此,金融法适应性的提升成为金融法律实践中的当务之急。但在我国成文法的传统下,金融法律规范的滞后性无疑成为金融法适应性提升的一大掣肘。法院除了通过颁布各类司法文件,通过司法政策的方

① 黄海龙、潘玮璘《论“穿透式审判”的基本内涵与实践方法》,《法律适用》2023年第7期,第6页。

② 《习近平在中共中央政治局第四十次集体学习时强调 金融活经济活金融稳经济稳 做好金融工作维护金融安全》,《人民日报》2017年4月27日,第1版。

③ 新华社《中央金融工作会议在北京举行》,《人民日报》2023年11月1日是,第1版。

④ 黄韬《“党管金融”的法治内涵》,《交大法学》2024年第4期,第71页。

⑤ 黄韬《“金融安全”的司法表达》,《法学家》2020年第4期,第73—74页。

⑥ 黄海龙、潘玮璘《论“穿透式审判”的基本内涵与实践方法》,第5—6页。

⑦ 顾培东《新时代能动司法的倡导与回应型司法的构建》,《中国法学》2024年第2期,第41—42页。

⑧ 王湘淳《论我国金融法适应性的实现路径》,《中外法学》2024年第3期,第729页。

式,从宏观层面对金融审判予以一定的指导,通过专门金融审判组织目标的设置、组织结构的优化与组织能力的提升以应对金融法适应性的需求之外,还能够个案中运用穿透式审判思维,通过司法个案裁判的手段在实践中“发展金融法”,提升金融法律制度的适应性。由此可见,穿透式审判思维进入金融司法,反映出法院提升金融法适应性的必然要求。

(三)穿透式金融审判是寻求金融治理功能实现的客观需要

在中文语境之中,与穿透式金融审判最为接近的法学议题系监管层面的穿透式金融监管。2016年国务院办公厅颁布的《互联网金融风险专项整治工作方案》正式提及穿透式金融监管,其通常被认为是一种刺破外观形式,发现金融关系本质的监管方法^①。在域外法上,“穿透”常被视为一种征税手段。如法院有权运用穿透手段确定股东权利,进而确定其应纳税额^②;在对金融衍生品进行征税的场合,穿透理念亦有助于避免纳税人利用适用于衍生品的规则获取不正当税收利益^③。

从穿透式思维的发生史来看,其似乎向来同司法无涉,它可能属于金融监管机关与税收征管机关,与法院裁判的形式性存在着天然区隔。但是,社科法学的视角已然表明,法院在事实层面承担着重要的金融治理职能——“公共政策法院”不仅仅是政法传统下对法院应然角色的形塑,也在实然层面获得了诸多经验证据^④。可以肯定的是,“虽然法院对金融风险治理的介入体现了法院的多重面相,但不容否认的是,法院已然超越了裁判者的角色,承担大量的非司法社会治理的事务”^⑤。

从金融司法实践中的法官决策来看,穿透式审判体现出了双重面孔。一方面,穿透式审判成为法院治理金融市场形式层面的“合法性依据”,为法院在金融审判中的相关决策提供了合法性外衣;另一方面,穿透式审判思维在《九民纪要》中“查明当事人的真实意思,探求真实法律关系”的表述也在很大程度上为法院行使自由裁量权提供了广阔的空间,使法院能够依据案件的具体情况和相关场景行使“剩余立法权”。因此,将穿透式审判思维引入金融司法领域,反映出我国法院在金融领域的司法智慧,是法院治理金融市场的客观需要。

二 穿透式金融审判的实践方式

在近年来的金融司法实践中,我国法院运用穿透式金融审判的方式主要有两种:其一,通过对“通谋虚伪表示”的认定,实现穿透式金融审判适用;其二,通过对“公序良俗转介”的认定,实现穿透式金融审判适用。这两种适用方式均需要将价值判断、利益衡量和公共政策纳入裁判过程^⑥,既为法院的司法作业带来不小的挑战,也引发了一定的理论争议。

(一)通过认定“通谋虚伪表示”实现穿透

通过认定“通谋虚伪表示”而实现穿透,进而实现法院心目中金融治理的效用,已成为金融审判中的常见案例。这一做法的规范依据为现行《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第一百四十六条,典型样体现在融资性票据领域。(2017)最高法民终41号案(下文称“红鹭案”)被学界称为“通谋虚伪表示第一案”^⑦。在该案前,法院往往对票据的流通特性加以肯定,同时鉴于鼓励金融创新的政策考量,按照票据无因性原理,尊重当事人意思自治和合同自由原则,不对不存在真实性贸易关系的融资性票据加以否定。然而,在该案中,最高人民法院最终从票据原因关系和票据活动两个层面阐述了相关主体之间实际的法律关系,认定双方在本案中的真实意思表示是借款,并据此否定了民生银行南昌分行的票据权利。在最高人民法院作

①叶林、吴烨《金融市场的“穿透式监管”论纲》,《法学》2017年第12期,第13—14页。

②Eisner, as Collector of United States Internal Revenue for the Third District of the State of New York, v. Macomber, 252 U.S. 189, 238 (1920):213-214.

③Matthew A. Stevens, “Taxing Derivatives: Do Look-through Rules Work,” *Taxes* 91, no. 3 (2013): 35.

④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—98页;宋亚辉《公共政策如何进入裁判过程——以最高人民法院的司法解释为例》,《法商研究》2009年第6期,第111—121页;黄韬《公共政策法院:中国金融法制变迁的司法维度》,法律出版社2013年版,第5页。

⑤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197页。

⑥陈广辉《资管纠纷“穿透式审判”的适用路径与方法》,《中国法律评论》2022年第6期,第196页。

⑦曾大鹏《〈民法总则〉“通谋虚伪表示”第一案的法理研判》,《法学》2018年第9期,第181—192页。

出“红鹭案”判决后,对融资性票据予以否定的事例广泛存在,为融资性票据的实践运用留下了待解之题。

从规范供给来看,《民法典》第一百四十六条所规定的“通谋虚伪表示”条款是法院裁判路径转向的重要依据之一。但是,仅从裁判规范的供给角度无法揭示法院裁判路径变迁的全貌,在规范供给以外,法院裁判路径的转变也反映出宏观司法政策对司法裁判的间接影响。《金融审判若干意见》明确指出,要“以金融服务实体经济为价值本源,依法审理各类金融案件”,“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其效力和权利义务”。在上述司法政策的大背景下,《中华人民共和国票据法》第十条存在着被解释为效力性规定的巨大空间,法院很容易受到金融司法政策的影响,对融资性票据的表面进行穿透。综上,《民法典》中的“通谋虚伪表示”规范与《金融审判若干意见》共同导致了融资性票据裁判路径的转向。

“红鹭案”之后引发了诸多争议。在解释论上,部分观点指出,该案“未能深刻体认票据行为的文义性、要式性、无因性、独立性及其采取的表示主义解释原则,导致滥用通谋虚伪表示制度,不当扩张了其司法功能”^①。在解释论以外,法院最终以“名为票据,实为借贷”的理由,对融资性票据进行认定,不仅并未影响借款人与银行的权益,反而在一定程度上成为了融资性票据的隐性激励^②。因此,在“通谋虚伪表示”条款实现穿透式审判的场合,其裁判路径是否真正实现了金融治理功效,有待理论界的进一步探索。

(二)借由“公序良俗转介”实现穿透

认定违背“公序良俗”进而实现穿透,事实上是将“公序良俗”作为公共政策入法的接口,进而以“公序良俗”条款否定法律行为的效力,其法律依据为《民法典》第一百五十三条第二款。《九民纪要》进一步明确了本款的适用范围:“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。”至此,以金融监管政策为代表的金融公共政策进入了金融审判实践,借由“公序良俗转介”成为穿透式金融审判的重要实践根据。

通过“公序良俗转介”实现穿透,其典型领域系法院对违反金融监管规章效力的认定,其中以2018年的“天策公司与伟杰公司股权代持纠纷案”为典型。法院认为,二者签订的《信托持股协议》违反了原《中华人民共和国合同法》第五十二条第四款的规定,损害了社会公共利益,因此无效。从规范层面上看,这起案件涉及到违反规章的效力问题和对“公共政策”与“公序良俗”的认定问题。虽然以“天策公司与伟杰公司股权代持纠纷案”为代表的、以“公序良俗”作为转介的裁判路径作出时,《九民纪要》尚未颁行,“穿透式审判思维”尚未成为一个司法政策中的“提法”,但最高人民法院的司法实践已经在事实上运用了监管领域的穿透方法,并在事实上运用了穿透式审判思维对涉金融政策的私法纠纷予以了调整。同时,上述监管文件的监管思路本就在于通过穿透真实的股东,进而起到规范保险公司股东行为的目的^③,加之法院说理过程对于危害金融管理秩序、损害公共秩序的论述,无不体现着穿透式金融审判若隐若现的本质特征。

与认定“通谋虚伪表示”实现穿透的情形相比,借由“公序良俗转介”实现穿透的场合呈现出更为浓厚的后果主义考量特征。同时,作为“接口”的“公序良俗”条款也为外部知识遁入法院裁判过程提供了巨大的空间。在实践中,这一现象也引发了学界对金融司法监管化现象的讨论:学界对其侵犯司法权与监管权的边界、降低市场主体可靠预期、损害私法自治、抑制金融创新等可能的隐患进行了质疑,并提出了旨在对金融司法监管化予以进一步优化的相应方案^④。在金融司法监管化的场域,穿透式金融审判无疑是法院实现监管化的形式合法性依据,构成了法院治理金融市场的重要方式。

三 穿透式金融审判与金融司法的理念变革

① 曾大鹏《〈民法总则〉“通谋虚伪表示”第一案的法理研判》,《法学》2018年第9期,第192页。

② 赵意奋《融资性票据法律研究》,北京大学出版社2022年版,第14页。

③ 邓纲、吴英霞《穿透式监管如何嵌入合同治理——以“天策公司和伟杰公司股权代持纠纷一案”为例》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期,第108页。

④ 张阳《金融司法监管化的边界约束》,《清华法学》2023年第2期,第135—138页;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,第76页;钱弘道、刘静《金融司法监管化:形成、争议与未来》,《社会科学战线》2022年第1期,第184—187页;赵霞《金融司法监管化:动因、困境与调适》,《商业经济与管理》2022年第5期,第73—76页。

穿透式金融审判的正当理据与实践样态表明,其作为我国近年来司法改革的重要举措已引发传统司法理念的变革。从我国金融司法的发展趋势来看,穿透式金融审判作为我国近年来司法改革的重要成果,不仅是因应党对金融的全面领导以及建设金融强国战略的需要,而且也反映了我国法院在制度定位和角色转变上的新思路,不仅表征着我国法院从既往的裁判者拓展到治理者的角色转变,而且也使穿透式金融审判实现了从单纯的审判方式到司法规制工具的转变。

(一)法院的角色变革:从裁判者到治理者

从实然层面上看,法院事实上早已在实践中充分体现了其规制经济的功能。在中国,较早对这一现象进行阐释的学者往往是从最高人民法院切入的^①。但是,在风险社会与规制国家的大背景之下,“公共政策法院”已不再局限于最高人民法院。各级法院基于服务国家治理的大局意识,在司法政策宏观层面的影响下,亦纷纷通过个案裁判介入到各项经济活动的治理之中,成为实践中的“公共政策法院”。这从司法实践中各级法院通过个案裁判,实现对金融贷款利率上限调整的判决中可见一斑^②。

穿透式金融审判的实践样态向我们进一步展示了一幅“金融治理法院”的图景:在融资性票据语境下的“名为票据,实为借贷”,反映出法院追求“金融服务实体经济”与“防范金融风险”等金融监管的政策目标;通过“公序良俗”条款认定法律行为无效,也使金融监管规章与政策遁入法律行为的效力认定之中,力图间接实现金融监管规范的治理功用。这充分表明,我国的各级法院已在实践中通过穿透式金融审判试图发挥治理金融市场的功能。

但是,法院通过金融司法参与金融治理的实践是否符合金融司法与金融治理的逻辑,是否真正达成了金融治理的实效,需要从功能主义的视角进一步加以检视。近年来,理论界与实务界对金融司法的治理功能更加重视,金融司法与金融监管协同治理理念在这一背景下被理论界提出,旨在应对在法院与监管机构分立治理格局下所存在的制度正当性、智识合理性、功能有效性与结构科学性的缺失问题^③。在实践中,协同治理理念也逐渐成为我国各级法院进行金融审判工作的指导思想。最高人民法院刘贵祥大法官在2023年1月召开的全国法院金融审判工作会议上指出:“各级人民法院必须胸怀‘国之大事’,在党中央集中统一领导下,进一步强化金融治理协同意识,形成强大的工作合力,把党中央关于金融工作的方针政策、重大决策部署落实到位。”^④由此可见,我国法院的角色,在国家治理体系和治理能力现代化的大背景下,在日趋复杂的风险社会对金融司法的要求之下,迎来了由裁判者到治理者的角色变革。

(二)穿透式金融审判的属性变革:从审判理念到规制工具

在上述大背景下,我国的司法机关有潜力成为金融领域重要的协同治理者,通过颁布司法政策、指导性案例与个案裁判的方式,同时配合以相应机制实现金融司法与金融监管的协同共治^⑤。从协同治理理念出发,将穿透式金融审判定位为一种规制工具,既是法院在金融高质量发展的大背景下有所作为、主动地参与到金融治理之中的必然选择,也反映出穿透式金融审判的本质特征。

第一,将穿透式金融审判定位为司法规制工具,符合协同治理大背景下对法院角色的恰当定位。在协同治理的大背景下,法院成为了金融领域的重要治理者。一方面,法院通过对金融监管政策予以尊重,进而回应复杂的社会治理问题,这在域外法中主要体现为“司法尊让”原则的滥觞^⑥,在我国的金融司法领域则主要体现为学界所热议的“金融司法监管化”现象;另一方面,法院还能够通过颁布司法政策、指导性案例与个案裁判中的说理,通过“符码的转化”以实现相关规制目标的司法化,这是司法权具有政治与法治双重属性的必然要求。在我国的司法实践中,法院对规制目标的司法化过程,不仅是一种对公共政策的执行过程,在部分

① 侯猛《最高法院规制经济的功能——再评“中福实业公司担保案”》,《法学》2004年第12期,第112—119页;鲁篱《论最高法院在宏观调控中的角色定位》,《现代法学》2006年第6期,第107—113页。

② 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—131页。

③ 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198页。

④ 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,第11页。

⑤ 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204—205页。

⑥ 张佳俊《通往机构主义:司法尊让与美国司法—行政关系的重构》,《美国研究》2021年第1期,第120—127页。

情形下,法院甚至能够在个案裁判中创制公共政策,成为公共政策的重要供给者^①。相应地,穿透式金融审判无疑为法院参与金融治理提供了可行的渠道,法院既能够主动援引“穿透式审判思维”进行释法说理,进而提升其裁判结论的正当性,也能够将穿透式审判思维内化于金融审判的全过程,对涉案金融交易是否符合国家金融治理目标予以全面检视。在这一过程中,穿透式审判思维成为了法院规制金融市场的手段与工具,以宏观司法政策的地位参与到法院治理金融市场的进程中。

第二,将穿透式金融审判定位为司法规制工具,符合我国当前金融司法的实践需要。在金融领域,个案往往会产生溢出效应,对金融市场造成深远影响。与此同时,在金融治理的目标导向下,法院将趋向于对实践中不符合金融政策、监管规定与相关司法政策的金融交易形式予以否定,进而与国家金融治理的目标保持一致。但是,由于法院主要运用的司法逻辑同金融治理逻辑存在一定差异,倘若未能实现司法逻辑与金融治理逻辑的对接,则法院的相关判决将很有可能“好心办坏事”,无法起到金融治理的应有功效。相关研究指出,法院对影子银行的判决就在实质上怂恿和助长了影子银行在我国的发展^②,而前文提及的法院对融资性票据的否定事例,也未能实现金融治理的应然功效。此类金融司法实践与金融治理目标的错位,决定了将穿透式金融审判定位为单纯的审判理念无法回应金融司法的实践需要。将规制理论引入金融司法的分析框架,从而将穿透式金融审判定位为一种司法规制工具,能够在肯认法院作为重要金融治理者的基础之上,将规制目标的实现、规制知识的获取、规制过程中各方主体的利益诉求等内容以符合司法逻辑的方式予以进一步展开,从而实现司法逻辑与金融治理逻辑的可靠对接,避免金融司法实践与金融治理目标的偏离。

第三,将穿透式金融审判定位为司法规制工具,是对传统规制理论的进一步发展。传统规制理论将规制类型化为社会性规制与经济性规制,认为社会性规制主要包括安全与健康、环境与消费者保护等领域,而经济性规制则主要调整具有垄断倾向的产业^③。这一传统的分类依据是规制的范围,而非规制的主体。理论界已有观点将社会性规制的路径依照其主体的不同而划分为行政规制与司法规制,指出司法能够通过自身的进化与发展应对现代社会的公共风险,并成为社会性规制在行政规制之外的备选路径^④。在规范市场交易的场合下,行政监管和司法调整同样是规范市场交易的重要方式,它们对应着不同的法律控制模式,在信息获取能力、行政成本、行为激励等方面存在各自的比较优势^⑤。但传统意义上的司法规制是一种通过法院司法以实现公共政策私人执行的手段,其基本运行逻辑是“制定法或法院赋予私法主体对违反公共管理法律法规、侵害公众利益或私人利益的行为人在私法上的诉权,使私法诉讼成为落实公共政策的补充工具”^⑥。但在我国,法院不仅能够通过司法手段实现“公共政策的私人执行”,还能够主动地对个案中需要予以规制的目标予以定位,并通过裁判说理、颁布典型性案例、执行司法文件等方式对相关事项予以规制。这种规制已经超越了“公共政策的私人执行”,是一种针对相关领域主动执行公共政策、落实规制目标的手段。

在协同治理的大背景下,《九民纪要》中的“穿透式审判思维”实现了由审判理念到规制工具的属性变革。作为重要的金融治理者,法院借助穿透式审判思维获得了规制金融市场的形式合法性,与穿透式金融监管、穿透式课税原则一脉相承的穿透式金融审判,具有与生俱来的规制性格。

四 穿透式金融审判的运行风险及边界规束

尽管穿透式金融审判具有多重正当性支撑,在实践中成为了法院治理金融市场的重要规制工具,但亦有部分观点对其不当适用予以质疑。质疑主要集中在两个方面:一方面,从法秩序维护的角度,穿透式金融审判的不当适用可能导致对金融商事交易的不当介入,存在危害私法秩序之虞,也易降低金融市场对金融司法稳定性的裁判预期;另一方面,从金融治理效能能否得以实现的实用主义角度来看,由于公共规制以规制者

①陶鹏远《经济法司法审判中公共政策的引入与创制》,王红霞主编《经济法论丛》2021年第1卷(总第37卷),法律出版社2021年版,第191—192页。

②楼建波《法院判决对中国影子银行业务的间接激励——金融商法的视角》,《清华法学》2017年第6期,第60页。

③安东尼·奥格斯《规制:法律形式与经济学理论》,骆梅英译,苏苗罕校,中国人民大学出版社2008年版,第5页。

④宋亚辉《社会性规制的路径选择》,法律出版社2017年版,第53页。

⑤万江《市场交易法律控制的模式选择——基于行政监管与司法调整的关系展开》,《北方法学》2024年第1期,第157页。

⑥王远胜《作为监管工具的信用评级机构对投资人民事责任》,《社会科学研究》2023年第6期,第107页。

占有规制知识为前提^①，而法院从严格意义上说并非传统的规制机构，其对穿透式金融审判的不当适用也可能导致规制失灵，进而偏离法院治理金融市场的原初目标。因此，尽管穿透式金融审判存在多重的正当性，但理应为其划定边界，在更好地发挥其治理金融市场功效的同时，实现对法秩序的维护。

（一）法秩序维护的完善视角

要实现法秩序维护基础上的穿透式金融审判，就必须着眼于以下目标：首先，穿透式金融审判应当在尊重私法自治与既有私法规范制度利益的基础上进行，这决定了穿透式金融审判应仅在相关金融交易具有金融治理的必要性时方可予以运用；其次，穿透式金融审判的实践运用应遵循类案同判的要求，以避免对金融市场相应主体的合理预期造成损害；最后，穿透式金融审判的实践运用应以裁判文书的充分释法说理为前提，避免法院自由裁量权的无度扩张。

1. 对穿透式金融审判的运用前提作必要性评判

应当对穿透式金融审判的运用前提进行金融治理层面的必要性评判。这不仅是因为在金融领域对穿透式审判思维的普遍适用存在侵犯法秩序的潜在担忧，也因为作为“标准”的穿透式审判在扩大司法自由裁量权的同时，存在着增加司法成本的潜在副作用。在实践中，对穿透式金融审判的必要性评判应当区分为以下三类情形分别对待。第一，当案涉金融交易并不违反法律、行政法规，却违反金融监管规章的强制性规定且违反了《九民纪要》中所提及的“涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策”的情形时，则穿透式金融审判可能被适用。第二，当案涉金融交易并不违反法律、行政法规，也并不违反金融监管规章的强制性规定，却可能违反国家金融政策，具有金融治理的潜在必要性时，法院应当以协同治理理念为基础，通过与金融监管部门的沟通协调，决定是否运用穿透式金融审判。第三，当案涉金融交易不符合上述情形时，穿透式金融审判的正当性与必要性不再存在，应回归私法逻辑对案涉交易予以裁判。

2. 通过利益衡量与比例原则实现精细化论证

应在运用穿透式金融审判的场合，通过利益衡量与比例原则实现精细化论证。第一，应运用利益衡量法将交易安排中的各项利益划分为当事人利益、群体利益、制度利益与社会公共利益^②，并在此基础上进一步考量穿透式金融审判对各种利益所带来的影响。第二，确定进行穿透是否有助于实现相应的国家金融政策与法院的金融治理目的，倘若满足，则应在此基础上判断对其进行穿透所导致的不利效果是否存在其他替代性的司法处理方案。第三，倘若不存在其他替代性处理方案，则应继续判定进行穿透所损害的利益与其所追求的规制目标之间是否满足均衡性比例要求。第四，对穿透后的结果是否符合规制目标进行再次检验。值得注意的是，上述论证过程具有后果主义论证的特点，基于司法裁判有别于立法与行政的回顾性向度，加之法条和法教义等裁判理由所具有的制约性功能^③，在运用穿透式金融审判的场合下，法院应履行更加严苛的论证义务，以确保其不逾越整体法秩序的要求^④。

3. 发挥司法解释性文件与典型案例的指引功能

重视穿透式金融审判的重要治理作用，适时通过司法解释性文件与典型案例，对穿透式金融审判的运用提供相应指引。一方面，最高人民法院所颁布的司法解释性文件不仅仅局限于狭义的司法解释，还包括法定层面的“批复”、“决定”与实践常见的“意见”、“通知”等。这些文件能够在一定程度上促进审判资源的整合，促进疑难问题的解决并实现特定利益的表达^⑤。因此，应通过上述司法解释性文件凝聚穿透式金融审判的实践共识，为金融司法提供智识支撑。另一方面，各级法院所颁布的典型案例也会对其他法院产生隐性的指导作用，发挥重要的指引功能。因此，法院应当善用典型案例，并在典型案例中凝练出运用穿透式金融审判的裁判经验，充分发挥司法第一线的智识贡献。

（二）规制效能实现的完善视角

① 靳文辉《公共规制：话语、理论与实践》，中国社会科学出版社2022年版，第3页。

② 梁上上《利益衡量论》，法律出版社2016年版，第120—123页。

③ 雷磊《反思司法裁判中的后果考量》，《法学家》2019年第4期，第32页。

④ 孙海波《后果导向裁判思维的方法论反思》，《学术界》2023年第8期，第140—141页。

⑤ 彭中礼《最高人民法院“指导意见”研究》，《法学》2021年第7期，第7—10页。

穿透式金融审判的不当适用可能无法实现“更好规制”,反而有导致权利义务不当分配、抑制金融创新、浪费司法资源之嫌。穿透式金融审判的最大作用在于确保规制效能的实现。倘若穿透式金融审判无法实现规制目标,无法发挥规制效能,则其不仅与金融治理协同的大背景不相符,也会导致国家金融治理体系的紊乱。因此,应从规制效能方面对其予以进一步优化,使穿透式金融审判符合规制工具的价值定位。

1. 着力拓展法院获取规制知识的渠道

尽管法院并非通常意义上的公共规制主体,但是,我国法院在实践中面临疑难案件时,往往会通过内部的审判委员会,在政治、社会、法律因素之间“三向考量,协调平衡”^①,以实现政治效果、社会效果与司法效果的统一。在疑难金融案件的决策过程中,法院所运用的知识资源不仅是法官自身所拥有的,还能通过其他渠道获取知识资源,如向上级机关请示,向党政机关、金融监管机关等发出征询意见。在实践中,成渝金融法院就通过设立司法协同中心的方式,着力构建“一体化”的共治格局,力图实现与金融监管部门的常态化协作配合^②。在未来,还需进一步拓展法院获取规制知识的渠道,尤其是要建立起法院与金融监管部门的常态化沟通协调机制,促进司法机关与金融监管机关的知识共享。

2. 着力规范法院获取规制知识的方式

在实践中,部分法院已将金融监管部门的征询意见呈现在裁判文书之中。例如,在“湖南高速与安信信托民事纠纷案”中,二审法院就涉案信托合同中“保本保收益”的权利义务安排向主管部门进行了征询,并在判决书中予以了阐释^③。司法机关向金融监管部门的征询,也似乎在一定程度上成为了审理疑难金融案件中,法院的一种“非正式制度”^④。在未来,应将法院向金融监管部门的征询予以制度化,并强制性地将该过程体现于裁判文书之中,避免其成为一种“隐匿机制”。宜将相关程序明确为:当法官或合议庭认为本案中的金融交易需要通过穿透式金融审判予以司法规制,但既不存在相关法律规范,又不存在指导性案例对是否应穿透予以明确时,应将该案提交审判委员会;审判委员会经审查认为必要时,由审判委员会以法院名义向主管金融监管机关进行征询,进而进一步判断涉案金融交易是否应穿透。法院在制作裁判文书时,应将征询的具体情况载于裁判文书中,确保裁判结论的科学性与民主性,同时督促并落实金融监管部门的相关责任。

3. 着力推广司法领域的试验性规制机制

上海金融法院于2022年7月颁布《关于金融市场案例测试机制的规定(试行)》,标志着金融市场案例测试机制的正式创设。该机制旨在通过案例测试的方式,为金融市场提供明确的行为指引,同时,力图实现对金融市场创新发展的保障,防范金融风险^⑤。当前,金融市场案例测试机制结合了金融监管领域的监管沙盒与司法领域的案例指导制度,已成为我国金融审判机制创新的重大亮点,是我国法院实现金融治理的重要创新性手段。从功能主义视角而论,金融市场案例测试机制与监管沙盒机制均属广义上的“试验性规制”,通过这种测试或实验,有利于判断金融风险的不可预测性所带来的危害,也有利于及时调整和转变相关主体对金融创新的应对策略,并在这种试验过程中形成更加精确的规则^⑥。鉴于此类创新性试验并非所有的审判机构均可胜任,可考虑暂时将其推广至我国的三个金融专门法院及符合相应条件的高级人民法院,发挥司法领域“试验性规制”的重要功效。

①王伦刚、刘思达《基层法院审判委员会压力案件决策的实证研究》,《法学研究》2017年第1期,第96页。

②《成渝金融司法协同中心一周年运行情况及典型案例新闻发布会》,成渝金融法院官网,2024年10月18日发布,2024年10月30日访问, <http://cyjrfy.cqfygzfw.gov.cn/article/detail/2024/10/id/8156497.shtml>。

③参见:湖南省高级人民法院(2020)湘民终1598号民事判决书。

④例如,在上海市第一中级人民法院所公布的评析案例“刘溪等非法经营案”中,主审法官明确表示,在必要时应当“征询、参考行政主管部门的意见”。相关案情及评析,参见:任素贤、于书生《非法代理境外黄金合约买卖与变相期货交易的认定》,《人民司法》2011年第8期,第20页。再如,浙江省杭州市下城区人民法院的评析案例“黄庆等非法经营案”中,主审法官也作出了“法官并非金融专业人士,不具备对某一金融行为独立作出性质判断的能力,但是可以邀请相关专家组成合议庭,查阅、参考资料,走访、征询行政主管部门的意见,结合在案证据审慎地作出案件性质认定”的观点。相关案情及评析,参见:颜倩、肖敏《对具备黄金期货交易特征的非法经营行为的认定》,《人民司法》2015年第24期,第33页。

⑤胡学军《中国“金融案例测试机制”的创设逻辑》,《法律适用》2022年第12期,第107页。

⑥鲁篱、陈阳《论我国金融监管“试验性规制”的路径与机制》,《社会科学研究》2021年第1期,第154—156页。

4. 着力建设金融疑难案件的事后评估机制

穿透式金融审判是否达成了理想的规制效果,还应当依靠相应的事后绩效评估机制加以检视。当前,随着规制绩效评估理论的发展,已经形成了一套相对完整的规制绩效评估体系^①。在将穿透式金融审判定位为一种规制工具的基础上,应当着力建设针对运用穿透式金融审判审理疑难金融案件的事后评估机制,不仅要引入金融领域的专家,评估运用穿透式金融审判的金融疑难个案是否实现了规制金融市场的实效,还要对穿透式金融审判中的典型个案对金融市场产生的长期影响进行持续性评估,检视其是否对金融市场的发展与创新、对金融风险的防范起到了正向作用;并通过持续性的评估,完善金融司法与金融监管的相应规则,完善金融市场的整体法律环境^②。

五 余论:走向实质的金融司法

在金融司法与金融监管协同治理的大背景下,在穿透式金融审判的广泛运用下,金融司法的实质性演进趋势受到了一些学者的注意^③。通常而言,坚持形式主义司法的本质在于遵循私法自治的要求,但是,“不应该把宽泛的私人自治原则作为一种恰当地界定国家适宜角色的理论;作为制定法解释的指导,它失败的首要原因是无法与现代规制结构及其潜在的价值观相契合”^④。在现代规制的“反形式主义趋势”^⑤与我国国家治理现实需求的影响下,带有经济法规制性质的金融司法亦呈现出由形式主义向实质主义的演化趋势,反映出法院旨在通过裁判回应外部社会变迁的客观需要。带有经济法规制性质的金融司法,正如有学者所言,其未来很难走向一种真正“实质理性”的司法,而是应当走向经济法思维的“嵌入”^⑥。这不仅仅是因为实质理性司法无法与当下以形式理性为主的司法和谐相处,也因为这种“实质理性”存在着异化为“实质非理性”的巨大可能。笔者认为,金融司法的未来,应当指向一种“有限度的实质主义”。在“有限度的实质主义”之下,理论研究的意义应当在于这种限度应当存在的位置,而并非对“私法自治”的一味坚守。反映在穿透式金融审判这一问题中,“有限度的实质主义”反映的是司法规制金融市场的边界应当在何处。对这一问题的回答,还需要理论研究进行更加深入的探索。

[责任编辑:苏雪梅]

^① 靳文辉《空间正义实现的公共规制》,《中国社会科学》2021年第9期,第112页。

^② 当前,我国的立法实践已在立法后评估上进行了卓有成效的探索,相关研究参见:丁贤、张明君《立法后评估理论与实践初论》,《政治与法律》2008年第1期,第132—134页;俞荣根《不同类型地方性法规立法后评估指标体系研究》,《现代法学》2013年第5期,第171—184页。对此,可在我国立法后评估的理论与实践经验基础上,对我国金融疑难案件的事后评估机制进行更为深入的探索。

^③ 例如,有学者指出,随着金融市场的发展,金融司法的理念正在、也必将从形式主义转向实质主义,参见:张桦《金融司法理念的嬗变:从形式主义到实质主义——兼论〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的创新》,岳彩申主编《经济法论坛》(第24卷),法律出版社2020年版,第104页。

^④ 凯斯·R·桑斯坦《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,李洪雷校,中国人民大学出版社2008年版,第166页。

^⑤ 靳文辉《公共规制:话语、理论与实践》,第22页。

^⑥ 甘强《〈民法典〉背景下的经济法司法发展进路》,《当代法学》2023年第1期,第65—66页。