

FINANCIAL LAW REVIEW

第八卷

金融法律评论

◎ 吴 弘 主 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法律评论

FINANCIAL LAW REVIEW

第八卷

金融法律评论

◎ 吴 弘 主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

金融法律评论. 第8卷 / 吴弘主编. —北京: 中国法制出版社, 2017. 11

ISBN 978-7-5093-8816-7

I. ①金… II. ①吴… III. ①金融法-中国-文集
IV. ①D922. 280. 4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 221952 号

策划编辑 舒丹

责任编辑 袁笋冰 欧丹

封面设计 杨泽江

金融法律评论：第八卷

JINRONG FALÜ PINGLUN; DIBAJUAN

主编/吴弘

经销/新华书店

印刷/人民日报印刷厂

开本/730 毫米×1030 毫米 16 开

版次/2017 年 11 月第 1 版

印张/23.25 字数/469 千

2017 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8816-7

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66066621

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

金融法律评论

第八卷

《金融法律评论》编委会

顾问：顾耘 周仲飞 徐明

编委：吴弘 季立刚 陈剑平 张国炎
郑少华 方乐华 唐波 陈岱松

目 录

Contents

金融法理论与制度创新

- 全球视野下的金融法现代化 吴 弘 王 洋 (3)
- 从金融本质重新审视金融立法和司法的价值判断 汪其昌 (13)

人民币国际化法律问题

- 人民币国际化法律问题研究概要 刘少军 (37)
- 人民币国际化与中国商法的国际趋同 范 健 丁凤玲 (43)

金融监管新问题

- 从“波斯纳审判”看金融差异化监管 熊进光 赵梦茜 (53)
- 不良资产结构化转让风险与防控 杨 宁 (62)
- 美国程序化交易立法经验及对中国的启示 刘春彦 程红星 韩冰洁 赵雯佳 (76)
- 金融科技监管若干前沿问题 王 立 (93)

证券市场法制

- 操纵市场行政处罚案例全景观察 汤 欣 高海涛 (111)
- 泄露内幕信息行政处罚问题探讨 黄江东 (145)
- 我国证券投资者保护政策有效性评价研究 桂 祥 (153)

保险法实践

- 我国《保险法》中不可抗辩条款完善之研究 孙宏涛 (169)

保险法视角下的诉讼财产保全保险	方乐华 (180)
-----------------------	-----------

信托法理论研究

我国商事信托的制度演化分析	祁琳 (193)
信托受托人信义义务研究	杨宏芹 刘静辉 (207)

金融司法

P2P 网络借贷中本金给付标准的反思与应对	王鑫 孔燕萍 (219)
-----------------------------	--------------

金融法制年度报告

2016 年银行市场法制报告	何颖 张春燕 郭雨亭 戴娇娇 (231)
2016 年票据市场法制报告	伍坚 李超男 李晓露 谢天 李春艳 (253)
2016 年证券市场投资者保护报告	吴弘 赵静 袁营仪 (269)
2016 年中国基金市场法制报告	张敏 金新强 郭硕娅 (281)
2016 年中国保险市场法制报告	孙宏涛 陈政豪 林梦莎 (295)
2016 年信托市场法制报告	贾希凌 等 (308)
2016 年期货市场法制报告	唐波 段亚敏 (324)
2016 年互联网金融市场法制报告	曾大鹏 刘江伟 杨青青 李麦颀 (339)
2016 年上海国际金融中心法治环境建设报告	吴弘 吴晓怡 汪梦莹 (358)

编后记	(367)
-----------	-------

金融法理论与 制度创新

全球视野下的金融法现代化

——首届中国金融法论坛综述

吴 弘 王 洋^①

由中国商法研究会主办，华东政法大学和京衡律师集团、上海法学会金融法研究会联合承办的首届“中国金融法论坛”，于2016年12月10日至11日在上海举行。本届论坛的主题是“全球视野下的金融法现代化”。来自全国的金融法专家学者和金融法治实践工作者，围绕新形势下的金融法改革、人民币国际化的法律框架，金融立法、执法和司法现代化等议题，以及银行、证券、保险、信托、期货等法律的相关热点问题展开热烈的研讨，为完善金融法制促进金融市场发展出谋划策。著名金融法教授与实务专家周仲飞、赵旭东、范建、赵万一、徐孟洲、刘少军、强力、李爱君、宋晓燕、李有星、刘燕、杨东、杜要忠、杨璐、肖凯等都在大会上发表了精彩观点。

一、金融立法现代化

（一）金融立法理念的现代化

第一，金融立法要为实体经济服务。金融立法不但要顾及金融体系的稳定，对金融消费者的保护，还特别强调金融要为实体经济的发展服务。首先，要把金融促进实体经济发展作为立法目的，这要比促进社会主义市场经济的发展的立法目的具体有效。其次，要把金融包容作为金融监管机构的监管目标，现在银行、证券、保险监管法都没有把提高金融包容作为监管目标，只提稳定安全运行、维护信心，不提金融包容作为监管目标，因此虽然监管机构对促进金融服务“三农”、“小微企业”做了很多努力，但仍不尽如人意，其中很重要的原因就是没有将金融包容、提高“三农”、“小微企业”获得金融服务的能力，作为考核金融监管机构的重要手段。一旦把提高金融包容作为监管目标的话，那么就可对监管机构问责、限制业务开展。再次，要维护经济主体平等参与金融活动的权利，民营经济进入金融业不受歧视。因为现代社会里无法离开一些金融服务，如银行账户转账服务，就像生活中的

^① 吴弘，华东政法大学教授；王洋，华东政法大学经济法专业博士生。

水和电一样，所以金融机构有义务免费低成本地向客户提供“生命线型”的服务。

第二，金融立法要遵循比例原则。金融监管要克服过度监管的天性，实行审慎监管。要遵循最低限度、比例原则，只要某种监管措施达到立法目的或者监管目的就不用更严厉监管，而是寻求更宽松的监管。如果还有更加宽松的监管措施，就不能采用前面的监管措施，要采用更加宽松的监管措施。合理性、公开性、狭义性、比例性，实际上就是要对金融监管措施进行成本收益的分析。金融监管分析出来以后，对利益相关者所产生的影响进行压力评估或者影响评估。2015年约翰·科茨(John Coates)教授的论文主张对金融立法进行压力分析。

第三，金融立法要建立激励响应的机制。传统的金融立法采取“一刀切”的方法，所有人、金融行为都是一样的方法，这会导致金融业同质化。任何利益相关者都会进行成本收益分析，就会规避一些“一刀切”的法律规定。如果以金融机构零倒闭作为立法目的的话，就会鼓励金融机构方过度风险。因此，保证金融机构稳健安全运行，并不意味着单个金融机构不倒闭。如提供小微金融的业务，采用一刀切的，甚至更加严厉的监管（如资本充足率风险权重计算中权重更高、计提更高），那就没人愿意提供小微金融；因此要分类监管，要更加宽松、激励。境外在尝试系统性金融机构倒闭后，首先让股东出资核销损失，不足部分让债权人或存款人核销损失，最后是国家的钱进入。

第四，金融立法要关注金融机构伦理的构建。金融危机后金融监管越来越严，但金融机构犯罪、腐败、流氓交易者还是很多，导致金融机构的重大损失，归根到底金融机构伦理、文化、价值出现问题。金融机构的文化建设不全是金融机构自身的事情，金融立法、金融监管对于构建金融文化可以起到非常重要的促进作用，无论是对高管失格性考察，还是对金融机构业务行为的规范；无论是对薪酬的制约，还是对风险的管理规范，现在都有一套完善的规定。

第五，金融立法要吸收科技的最新发展成果。一部金融监管史就是一个金融创新史，金融监管整个发展离不开科技推动的发展，对科技推动的创新，金融监管应该采取适应并且促进金融创新的态度，而不是置若罔闻或者横加干涉。但是金融创新往往是没有法律明确规定，或者规避法律的做法，或者法律所禁止的，在这种情况下金融监管机构应该采取什么态度？互联网发展以后，英国发明了一种“沙箱”理论，澳大利亚、加拿大、香港、新加坡、马来西亚等很多国家都采取沙箱监管做法，即一项金融创新或者金融产品，目前法律规定或者监管未说不允许，但金融机构有一套完备的方案，不会对消费者产生风险，监管机构在通过了安全测试后，允许其试行，豁免某些金融监管规定。实际上就是先行先试。金融科技发展到了监管科技，用信心化大数据的手段对金融机构是否遵守监管规定进行实时的监控。金融监管涉及很多比例指标，有资本充足率、大风险暴露、流动性监管、呆账坏账准备金等都是比例性的，这些比例性有一个很大的问题是滞后性，用的历史数据有可能

已经不符合实际了,如2008年金融危机期间倒闭的金融机构,前一个月查他资本充足率、流动性都是符合监管规定的。监管科技将取代资本充足率等指标。

(二) 应对新金融挑战的立法路径

金融是不同主体间货币资金的融通,而新金融是否创设了新的法律关系,这值得从法律关系的三要素即主体——客体——权利义务这样的范式进行思考。首先,从主体上来看,新金融创设出了依托于互联网的异于传统金融机构的新型机构,如P2P平台等;其次,在新金融出现后,电子货币、数字货币的大量运用,以及区块链技术的应用,使得流动的客体也产生了变化;最后,在权利义务上,同样与传统金融有较大差别。对于这样的新现象,就需要相关规范、制度完善并进而形成法律。

新金融不但以其产品对金融市场进行冲击,还在逐渐改变金融市场的一些模式。以证券期货法律为例,目前的证券交易的市场和交易的方式,随着科技技术的发展,正在发生着非常重大的改变,如证券市场和期货市场当中,越来越多是对人工干涉的排除。这个对于以前通过人为交易实现重要途径监管的法律框架有很大冲击。因而,此类的程序化交易,随着人工智能的一些发展,其最终所执行的交易结果,在随后的法律责任划分当中,可能会出现一个非常模糊的缔结。因交易本身的调整修改和执行,到底是机器本身在交易,还是涉及交易策略和交易软件的公司,或者使用交易策略证券交易商,在这个问题上存在争议。而程序化交易自然对于传统交易方式和交易机制的特点进行改变,带来了风险,金融法需要讨论的是程序化交易后面研发的一些涉及欺诈、扰乱交易秩序的这些手法和问题。对此,不但应当对此类新金融、新交易技术带来的个案进行监管,也要注意相应的立法跟进,对于可能会产生的法律风险存在一定的认识。

(三) 人民币国际化的立法促进

金融法的国际化的一个重要制度架构,就是相应的基础设施建设。其中人民币国际化是一个重要议题。

在我国积极推进“一带一路”和自贸区建设的过程中,人民币国际化必将受到更为广泛的关注,随着人民币国际化水平的不断发展和提升,人民币跨境流通研究应引起我们的高度重视,人民币跨境流通,是当前我国推进人民币国际化战略的关键环节和重要步骤。人民币国际流通规模的显著扩大,为我们现在所处的金融环境和法制环境提出了更高的要求,人民币的国际化也给我们带来了许多困扰,但是也倒逼加快了我们金融环境和金融法制环境的改善。

根据蒙代尔不可能三角的理论,开放经济条件下,货币政策独立性、固定汇率制、资本自由流动不能同时实现,只能实现其中两者。而我国既在进行利率市场化的改革,也在进行汇率市场化的改革。在利率方面,由“扩大金融机构利率自主定价权”向“健全中央银行利率调控框架”转变,第一步是逐步放开金融机构利率管

制。利率市场化中另一个重要的举措是建立并完善市场利率定价自律机制。此外,逐步放开替代性金融产品的价格,引导金融机构完善定价机制,用好利率浮动定价权,提高风险定价能力;并加快培育市场基准利率体系,不断提高上海银行间同业拆放利率(Shibor)的基准性;充分利用存款保险的功能,这是利率市场化的主要措施。

在汇率方面。目前汇率市场化的改革方向,主要还是按照主动性、可控性、渐进性原则,继续完善以市场供求为基础、参考一篮子货币进行调节、有管理的浮动汇率制度,增强汇率双向浮动弹性,保持人民币汇率在合理均衡水平上的基本稳定。

具体来说,进一步推动人民币国际化进程,一是扩大人民币跨境使用,逐步实现人民币资本项目可兑换。稳步推动境内机构赴香港发行人民币债券和境外机构在境内发行人民币债券。充分发挥境外项目贷款在人民币“走出去”中的作用。二是逐步增加合格境外机构投资者(QFII)和人民币合格境外机构投资者(RQFII)的投资额度,积极做好合格境内个人投资者(QDII2)试点准备。支持跨境交易型开放式指数基金(ETF)产品和跨境债券市场发展。三是扩大双边本币互换规模,支持有关国家将人民币纳入国际储备,巩固与境外央行、监管机构的合作。推进金砖国家开发银行和储备库建设等国际合作。四是深化与港澳台金融合作。支持香港人民币离岸市场发展,巩固和提升其国际金融中心地位。深化粤港澳金融业在市场、机构、业务等方面的合作,推进厦门两岸区域性金融服务中心建设。人民币国际化,自然需要相当数量的制度建构和基础设施建设。相关的法律问题包括人民币国际流通、国际结算、国际经营、国际监管、国际私法域外效率问题。基础设施建设中,支付结算的基础设施建设相当重要,包括人民币国际化结算建设,跨境结算的纠纷解决机制。因而首先,应借鉴美国等发达国家经验,建立支付结算法律制度,包括资金认定法、支付结算法、结算制度规则;其次,加强基本制度和基本规则的建设,跟国际支付结算协会相互接轨,为人民币支付结算铺平道路;最后,进一步提升支付结算当中纠纷解决机制结算和完善,一方面跟国际接轨,另外一方面着力建立自己的规则体系。

二、金融执法(监管)的现代化

(一) 监管理念的变革

金融监管的现代化,是涉及多方面的过程。首先,由于在金融抑制的大背景下,由于监管者以自身的“想象”对金融市场进行分割,而金融市场作为自发的主体又有着自身的运行逻辑,往往导致金融市场缺乏相关的前瞻性。这就使得法律规则仅停留在表层或局部,这种“头痛医头,脚痛医脚”的思路,在从特殊到一般这个归纳的过程中的规则断裂,使得难以实现规则的普遍适用。因而,以“机构监管”为导向的监管思维,主导了法律规则的制定实施,也对目前的金融创新下的金

融市场产生了阻碍，这也使得市场呼唤相应的“功能监管”。具体来说，首先，机构监管模式下，一方面由于各监管机构的各自为政，容易给被监管者带来监管套利的机会，通过适用其中较为宽松的监管规则，来规避法律，可能会造成对投资者的利益保护上的削弱；另一方面，机构监管的模式也存在监管真空。其次，机构间的监管重合，也提高了执法成本，降低了执法效率。最后，这种机构监管模式的最大问题是监管机构工作重点并不是保护公众投资者的利益，而是维系相关金融领域的稳定。这也造成了机构监管间的目标的不一致。因而，市场呼唤功能监管，以宏观的审慎监管来防范风险，而不仅仅是着眼于个体的风险。

因而，要把握好金融自由趋势与金融安全底线，区别涉众与不涉众，严格控制系统性、区域性、群体性风险；把风险控制放到首位，不能唯效益导向；坚持审慎原则、稳定原则。

总体而言，金融监管要点包括：一是健全系统性金融风险防范预警和评价体系，完善压力测试、金融机构稳健性现场评估等政策工具和手段，加强对跨行业、跨市场、跨境金融风险的监测评估。二是积极稳妥推进银行业实施新监管标准，加强逆周期监管。坚持动态资本充足率要求，强化贷款拨备率和拨备覆盖率监管要求。加强流动性风险监管和信贷违约风险监管，防止不良贷款大幅反弹。密切监测各类理财产品等表外业务风险，严防各种形式的影子银行、民间融资风险传递。三是继续加强上市公司治理，规范借壳上市条件，稳妥实施退市制度。强化债券市场信息披露、信用评级等市场约束机制，严厉打击内幕交易、市场操纵等违法违规行为。四是健全保险业偿付能力监管体系，完善保险公司分类监管制度，及时化解集中退保、资金运用等风险隐患。五是抓好外汇重点主体监管，继续坚持对跨境资金流动的双向监测，加大对地下钱庄等非法买卖外汇活动的打击力度。六是重点监测和防范化解地方政府性债务、企业相互拖欠资金、民间借贷、房地产等风险隐患，做好应对预案。加强对系统重要性金融机构、金融综合经营等的监管，强化金融控股公司和交叉性金融工具的风险监测。七是进一步明确中央、地方和金融管理部门的监管责任，防范和化解地方金融风险。

因而，首先，金融监管需要从理念上进行革新，由于理念的革新，应该对相应的机构设置和权力配置有所改革；其次，在机构上应当进行改革，以适应相关新形式；最后，需要在具体的监管方式上进行改革，适应新金融背景下的科技发展。

（二）从法律关系视角认识金融监管

股市异常波动后市场逐步稳定下来，现在对市场为什么波动，以及以后如何波动，还没有做出明确的结论，但大家对风险的认识提高了。另一个突出风险是影子银行，这在国际金融危机后关注比较多，中国经济金融深度融入国际经济金融，影子银行的问题从2010年开始已为中央关注，国务院的相关文件直接采用了这个概念，也做了相关部署。由于银行风险在金融领域里面是排在第一位的，主要是挤兑

风险，因此银行得满足流动性要求、拨备要求、资本杠杆要求。但是在极端情况下，如果社会公众认为某家银行要倒闭了，即使有各项规则的保护，还是会发生挤兑。银行在防范风险方面更加复杂，需更加精细。第三个比较突出的风险是互联网金融乱象，最新数据显示，2016年11月30日全国在工商注册的P2P平台4800家，还在正常运行的只有33%，即使是稳健经营的银行也是经不起挤兑的，这方面还有银行存款保险制度保障。但是一些互联网金融业务虽非银行业务，但具有储蓄的性质，同样会造成挤兑和刚性兑付，却没有如同银行业务一样的严格监管。

法律规范调整人们的行为，然后形成权利和义务关系，这是最基础的法律概念，我们回到基础的层面来分析问题。我们发现规范层次出现了一些问题，最近几年，无论是在政府层面，业务层面，还是在社会层面，出现了很多词汇，而这些词汇不是法律用语。但是在界定权利义务时，需回到法律关系上，需要把这些概念与法律概念相对应。无论是影子银行还是互联网金融，抑或是股市的异常波动，理财产品、配资、P2P，都需在法律上明确究竟是什么含义。

法学研究确实应该有自己的独立品味。马克思主义理论在解释经济重要性时十分重视法律关系。我们现在对传统的金融活动信贷、投资、保险这些概念都是清楚的，但是对应的新型法律关系还存在缺失。健全的金融法律体系必须有完备的法学思维，健全的法学思维第一个体现是不能随媒体的用语走。权利的界定与保护需上升到法律高度，法律关系的界定需要更强有力的立法，法律关系的维护需要有坚实可靠的和与时俱进的司法。

任何向公众提供的金融服务，都应该提交法律意见书，给律师提供一个市场，也意味着一个责任。法律意见书用简洁方式说清楚是什么样的法律关系，是借贷、股权还是信托？按法律属性由相应的监管部门调查监管。

（三）金融监管必须法制化

在市场监管法的发展当中，专业性的特定市场行政监管者的兴起，被称为“第四部门”，重新组合了行政、立法、司法三权。而市场监管法中的合法监管原则，要求监管要有法律依据，其权力依法取得，不得用行政命令随意代替法律；监管应独立执法，防止监管俘获；监管也应受约束，有相关的内部控制和外部监督机制，同时存在监管责任制和问责机制。

金融监管中，同样应当遵循这样的原则。法律不完备性使得各类规范性文件占据了监管的主导位置，但事实上，这些行政规则的制定存在科学性和公正性不足的问题，且政策制定和实施透明度较低且不稳定。监管机构的行政权受到的法律约束较少，以证监会为例，其不受立法机关的规制如定期检查等，司法机关也无法通过审查对证监会进行约束；已有的法律也很难限制相关监管行为，现有的金融监管措施并不能纳入行政法中行政行为的规制范畴，只是由于相关法律的规定而产生了相关授权，从而金融法的监管措施不必然属于“行政处罚”的范畴，因而可规避《行

政处罚法》的相关约束。但是同样的监管措施,是否属于行政处罚或是否可要求进行听证,在“一行三会”中也并不统一。总之,目前的金融监管措施可分解成行政处罚、行政强制、行政检查等多种性质的行为,将其作为某一种行为固然不可行,将其作为新型的行政行为也并不恰当,但在监管的法制化的情况下,金融监管自然应遵循相关正当程序,使其处于法律法规的约束之下;金融监管行为也必须符合行政法的相关原则,如比例原则所要求的均衡性等。

(四) 金融监管权力配置的改革

关于深化金融体制改革,需要加快改革完善现代金融监管体制,提高金融服务实体经济效率,实现金融风险监管全覆盖。目前金融监管体制改革的一大方向,即是金融监管机构的“外科手术”式的改革。

目前就金融监管机构的改革,主要是在混业经营的大背景下,变分业监管为混业监管的格局。之前的讨论中,主要是对监管机构间的调整。比较而言,“央行+行为监管局”,即将“三会”的审慎监管职能并入中央银行,同时成立独立的行为监管局的模式,或者“央行+审慎监管局+行为监管局”,即由央行负责宏观审慎政策制定、执行和系统重要性金融机构、金融控股公司和重要金融基础设施监管,“三会”合并组建新的监管机构负责系统重要性金融机构以外的微观审慎监管并成立独立的行为监管局的模式,符合现代宏观审慎政策框架的要求,兼顾了综合监管和“双峰监管”,也符合国际上“三个统筹”的趋势。此外,还有“委员会+一行三会”、“央行+金融监管委员会”、“央行+行为监管局”、“央行+审慎监管局+行为监管局”等方案。这些机构调整,并不只是针对混业监管的产生,也是由宏观审慎监管的必要性而决定的^①。

十八届三中全会要求:“完善监管协调机制,界定中央和地方金融监管职责和风险处置责任。”因此中央和地方金融监管分工,主要涉及三个部分:中央和地方的监管权分层配置、中央金融监管机构内部职能分层配置、行政监管与非行政监管(自律、社会监督)功能分层配置。

从金融管理的角度来说,不能寄希望于管理机构的调整,很多基础性的问题和矛盾还是要由法律制度本身解决。

三、金融司法的现代化

(一) 金融司法的理念革新

金融法的现代化中,司法处于何种位置十分重要。在金融法相关制度尚不完善的情况下,法律关系的维护需要有坚实可靠并与时俱进的司法保护。金融审判应该

^① 在2017年的金融工作会议中,明确了成立金融稳定发展委员会,强化了人民银行宏观审慎监管和系统性风险防范机制。

采取保守主义还是激进主义？换言之，在金融法的变革中，司法是否应当采取能动主义？

1. 金融司法要尊重市场。司法治理是社会治理的重要组成部分，如对新金融，司法治理如何应对就十分重要。交易所面临很多改变交易规则的现象，这些情形是否都具有可诉性？互联网金融中交易模式突破合同相对性，是否放在传统民法的领域讨论？由此可见金融审判不能一概而论，需要采用逐案分析的方法，但也应当注意形成一以贯之的逻辑。如涉及投资者适当性管理时，法院采取相对激进的态度对市场有好处。但当法院创制市场规则时，自然需要谨慎。法官不是金融家，在创制规则时有局限性。法官难以独立判断，需要学界业界智力支持，聘请外部专家研讨。

2. 金融司法的法律适用。目前司法实践中，并无适应金融中心或自贸区金融纠纷特点的法律依据，这就有可能需要参照其他相近的金融法律制度甚至国外相关制度。学界有呼吁在自贸区允许临时仲裁，甚至在自贸区试点援引相关国际法。针对这一问题，建议进行较为温和的调整，即暂时并不做框架上的突破，而是在现有框架下，综合考量各种因素，参照交易惯例、国外相关制度、域外法的处理方法等，从而有效填补相关法规的空白。目前法院的做法是对一些新型案件，当法律法规缺乏时，参考一些域外相关法律和审判经验，也从一些国外案例吸取有益经验，最后仍在国内现有法律体系中寻求合适的法律适用。

3. 金融司法与发挥司法能动性。在金融创新的大背景下，在某些法律缺失、监管不明的情况下，司法要对很多新问题、新现象作出认定与处理，可谓被顶到了第一线。尽管我国并非判例法国家，但是法院对于一个案件的判决和法律适用等在互联网时代以及司法公开的背景下，可能会起到一定的示范效应，进而影响类似法律关系中双方当事人的权利义务。法官在进行裁判时也往往要考虑各种因素，由于新型案件无法及时立法，法官基于责任压力也会更倾向于将问题纳入现有法律体系中，较保守地对待。法官还可能将案件报送审委会，避免承担相应的审判责任，但无形中拉长了审判时间，提高了争议解决成本。所以，需要调动法官审判的积极性，发挥法官的聪明才智，充分发挥司法能动的作用，保障金融创新和风险控制的平衡。司法也应当尊重市场规则，在法律规则和市场规则中取得有机平衡。

（二）金融审判的专业化机制

金融纠纷具有较强的专业性，这就呼唤金融审判的专业化。首先，应当提高金融审判理论研究水平。以上海市为例，以上海高院为依托的金融审判理论专业委员会，不断提高相应的金融审判理论研究，在这一点上，也要完善金融审判的裁判统一机制，保证金融法律适用的确定性和可预见性，从而统一内外金融案件的裁判标准等。其次，探索建立金融审判的专家咨询机制，在培养自身金融法律人才的同时，邀请金融法律相关人才进行相关指导，如上海市建立的金融审判专家智库即是

一例。

金融审判的专业化也需要金融审判机构在设置上进行改革。目前上海很多法院已设立专门的金融审判庭或金融审判专项合议庭。再如,在北京基金小镇成立了首家基金业法庭;在广西容县也成立了保险巡回法庭;也有建议成立证券法庭的呼声。为提高专业审判的效率,维护法治的权威与公信力,更好适应金融创新和金融安全的需要,法院通过金融庭集中发挥专业审判优势的做法可以在全国进行进一步推广。

金融纠纷解决也要探索多元金融纠纷解决机制。针对金融市场主体多元化、利益诉求多样化的趋势,应当认识到在金融纠纷中司法是对利益分配的协调监督者,而司法在金融市场的治理中定纷的作用较强,但很多时候止争的效力较弱。因此,也要在强化司法审判职能的同时,探索建立多方位、多渠道的多元金融纠纷解决机制,发挥市场自发调节的作用,发挥自律监管的作用,使得金融法的三大实施路径即公共执法、私人诉讼和自律监管有机平衡。在这一点上可以发挥社会法庭的作用,如2013年在河南成立了银行业社会法庭和保险业社会法庭,依托的就是行业协会等自律组织,由专业人士调处,开辟新的、更高效的矛盾化解方式。

金融司法还要应对国际化需要。应学习发达国家做法,值得学习的是美国的“长臂原则”,包括日常事务管辖和司法管辖。而应对如美国的长臂管辖,首先,需要我国建立中美双边的谈判,建立如期货期权的相关对话机制;其次,也要在立法中体现对等原则,要注意把排他性的专属管辖在我国立法当中体现,避免平行管辖以及管辖上的混乱;最后,也应当争夺相关的管辖权,无论是有关我国的事务和机构有关的行为上,还是在事务和司法的管辖权上。

(三) 金融司法与金融监管的协调

实际上,金融法在传统的部门法分类之中,属于经济法、商法、行政法交界的区域,也和民法、刑法有所互通。金融监管与司法的一个协调机制,既有民商法和监管的协调,又有刑法和金融监管的协同机制。

首先,旨在规范平等主体间关系的民商法,与自上而下的、双方主体不平等的金融监管存在冲突。其实这体现了金融创新应有的限度。因而,监管和相关民事司法的界限在哪里?相对成熟的金融市场,应该由金融法来监管,以处罚为主;而在金融创新领域可以应用民商法的规则,尊重市场规律和意思自治。以场外配资为例,我国司法在该领域对金融纠纷的处理,要比美国更为先进和开放。深圳市中院关于场外配资的审理指南就有关于此的规定。法院的思路相对鲜明,即:场外配资作为民事交易,任何一方不能因为证监会的立场而逃避其应当履行的义务。一方面,监管方宣布交易因违法违规而无效;另一方面,司法方面处理权利义务之间配置和损失承担时,则是按照有效合同进行处理的,会认为应继续偿付相关本金和利息。

由此可见,从民商法进行金融秩序的维护,与金融监管之间存在不同的视角。