

## 司法政策与监管政策的竞争 ——基于信用卡纠纷裁判的观察

苏 盼\*

**内容提要：**政策对司法裁判产生实然的影响，当司法政策与监管政策发生竞争时，作为裁判者的地方法院面临选择困境。信用卡民事纠纷实证研究表明，法院对“费率限定”的司法政策与“费率约定”监管政策的认同基本抗衡并受到政策解释路径的影响。改进政策在技术层面的适用，应发挥抽象规则的威慑力，关注政策可能的不利后果，加强个案裁判说理论证。而从根本上化解政策竞争，需要建立司法权与监管权协调机制。一方面，加强职能履行过程的协调，适用法律对政策竞争予以解释，运用消极司法审查发挥个案裁判灵活性；另一方面，加强政策制定程序的协调，横向上明确规范性文件征求意见程序，纵向上完善规范性文件备案审查程序，从而超越政策竞争，实现协同治理。

**关键词：**司法政策 监管政策 信用卡纠纷 司法审查

政策作为国家权力部门制定的具有目标、价值与策略的计划，在法律适用中具有特殊地位。《民法通则》明文规定国家政策可以作为法源适用，<sup>〔1〕</sup>受到学界广泛批评，<sup>〔2〕</sup>《民法总则》去除了政策的正式法源地位。<sup>〔3〕</sup>然而政策始终发挥着现实的影响，成为司法裁判的重要考量因素。政策进入裁判的正当性在于：受立法理性形式制约，“法律”供给不足，需要“法律”之外的规范性

\* 苏盼，上海财经大学法学院讲师。

本文为2019年国家社科基金后期资助项目“电子支付类型化规制研究”（19FFXB057）的阶段性成果。

〔1〕《民法通则》第6条规定：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。”

〔2〕参见张红：《论国家政策作为民法法源》，载《中国社会科学》2015年第12期；李敏：《民法上国家政策之反思——兼论〈民法通则〉第6条之存废》，载《法律科学》2015年第3期；刘颖：《论民法中的国家政策——以〈民法通则〉第6条为中心》，载《华东政法大学学报》2014年第6期。

〔3〕《民法总则》第10条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”

文件作为政策的形式载体提供制度补充。<sup>〔4〕</sup>“政策”的外延极其广泛，不仅体现于具有一定法律约束力的规范性文件，还包括非正式的口号、标语以及模糊的理念。为便于讨论，本文限定分析规范性文件中的政策表达。<sup>〔5〕</sup>“规范性文件”是不同权力部门制定的具有约束力的法律规范，例如监管机构颁布的部门规章、一般规范性文件，司法机关发布的司法解释、司法（解释性质）文件等。

如果政策产生竞争甚至冲突，司法裁判如何取舍？既往研究或仅讨论司法政策的制定与执行而未关注与其他政策的竞争适用，<sup>〔6〕</sup>或从宏观视角分析不同政策的矛盾而未讨论微观层面的规则冲突与化解。<sup>〔7〕</sup>本文试图弥补相关缺憾，探讨地方法院在具体纠纷审理中如何选择不同权力部门制定的政策。信用卡民事纠纷中的司法政策与金融监管政策竞争具有典型代表意义，本文以此为例展开实证观察，对政策适用的技术改进予以反馈，并结合其他方面的政策竞争表现，从国家权力配置视角探析政策竞争的根源，期冀建立司法与金融监管的权力协调机制，从而超越政策竞争实现协同治理。

## 一、“费率约定”的监管政策与“费率限定”的司法政策

信用卡是广泛使用的支付工具。发卡银行给予持卡人一定信用额度，持卡人可在信用额度内先消费、后还款。信用卡本质上反映了持卡人与银行的金融借款合同关系与委托支付结算关系。信用卡业务是短期小额无担保循环贷款，主要费用包括表1所展示的一般费用（年费、取现手续费等）和违约费用（透支利息、滞纳金、超限费、违约金等）。

表1 信用卡的主要费用构成

名称	适用情形	性质
年费	按年度交纳	一般费用
取现手续费	提取现金	
透支利息	持卡人已偿还最低还款额 (通常为全部欠款的10%)，但未还清全部欠款	违约费用
滞纳金	持卡人未偿还最低还款额	
超限费	持卡人超过信用额度用卡	
违约金	持卡人逾期未还清欠款	

信用卡违约费率是否过高成为信用卡纠纷的核心争议，对此监管机构与司法机关均颁布了相

〔4〕 参见宋亚辉：《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》，载《法商研究》2009年第6期；李大勇：《论司法政策的正当性》，载《法律科学》2017年第1期。此处“法律”指正式的具有较高效力的法律规范，一般包括狭义上的全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规。

〔5〕 有调查发现司法裁判中所运用的政策，往往是除法律、行政法规以外的规范性文件，参见李友根：《司法裁判中政策运用的调查报告——基于含“政策”字样裁判文书的整理》，载《南京大学学报》（哲学·人文科学·社会科学版）2011年第1期。

〔6〕 参见前引〔4〕，宋亚辉文；张友连：《最高人民法院公共政策创制功能研究》，法律出版社2010年版；刘武俊：《司法政策的基本理论初探》，载《中国司法》2012年第3期；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》，载《法律科学》2014年第3期等。

〔7〕 参见王仰文：《公共政策冲突治理路径问题研究》，载《兰州学刊》2011年第8期；彭中礼：《论国家政策的矛盾及其规制》，载《法学》2018年第5期等。

关政策，体现于不同的规范性文件之中。

中国人民银行作为我国的信用卡业务监管机构，发布部门规章《银行卡业务管理办法》（银发〔1999〕17号），在1999年至2016年间稳定维持了日万分之五的信用卡透支利率、滞纳金和超限费（最低还款额未还部分/超过信用额度部分的5%）的统一定价。2017年1月1日起施行的部门一般规范性文件《中国人民银行关于信用卡业务有关事项的通知》（银发〔2016〕111号）顺应利率市场化改革进程，设立信用卡透支利率上限和下限区间管理制度（上限不变，下限为原来的0.7倍），取消滞纳金和超限费，并将违约金事项交由发卡行和持卡人约定。本文将之概括为在法定基础之上尊重“费率约定”的监管政策。

司法政策则体现为“费率限定”的价值导向。最高人民法院专门针对信用卡的司法解释征求意见稿《关于审理银行卡民事纠纷案件若干问题的规定》（2018年6月）尚未正式生效，但其他司法政策一贯主张限定借贷费率。例如，2015年司法解释《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2015〕18号）创设了民间借贷“24%~36%两线三区利率上限标准”，<sup>〔8〕</sup>而2017年司法文件《最高人民法院关于进一步加强金融审判工作的若干意见》（法发〔2017〕22号）明确要求地方法院将民间借贷24%年利率标准适用于金融借贷。

司法政策主张“费率限定”，而监管政策尊重“费率约定”，两种相互竞争的政策分别体现于最高人民法院和中国人民银行的规范性文件中。地方法院更为认同何种政策？本文以此为出发点，从实然层面观察法院在裁判结果上对不同政策的选择以及在裁判路径上对政策竞争的回应。

## 二、信用卡纠纷裁判中的政策选择

本文通过中国裁判文书网（<http://wenshu.court.gov.cn/>）和无讼案例数据库（<https://www.itslaw.com/>），设定案由为“信用卡纠纷”，关键词为“利息过高”，文书性质为“判决”，排除一审判决之后再剔除不相关案例（例如重复案例、非授权交易纠纷、民间借贷纠纷等），最终得到237个样本案例，均为中级人民法院作出的二审判决。样本案例的判决时间分布是自2009年至2018年，地域分布以广东省判决最多，占样本案例的32%（广东省信用卡发卡量居全国前列）。<sup>〔9〕</sup>

### （一）政策选择结果的基本抗衡

样本案例的纠纷双方是持卡人（极少数情况下为担保人）和发卡银行，纠纷争议焦点均为持卡人主张信用卡违约费率过高而请求调整。考虑到裁判文书中并不必然出现“政策”一词，无法直接采用抓取关键词的方法来回应本文的问题，因此将调整违约费率的裁判简化为法院选择了“费率限定”的司法政策，而未调整费率的判决视为法院认同了“费率约定”的监管政策。最终统计结果是法院未调整违约费率的有106个案例（占45%），调整违约费率的有131个案例（占

〔8〕 具体规定是：借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持。

〔9〕 案例检索时间截至2019年7月，案例判决时间截至2018年12月底。考虑到处理大规模数据的难度以及对法院裁判说理的关注，本文仅分析二审终审判决。

55%)，表明法院对两种政策的认同基本抗衡，但自 2017 年起出现了较为明显的变化，越来越多的法院基于司法政策调整了信用卡费率（如表 2 所示）。

表 2 信用卡纠纷样本案例裁判结果统计

裁判年份	未调整费率	调整费率	裁判总数
2009	2	0	2
2010	0	1	1
2011	0	0	0
2012	0	3	3
2013	1	0	1
2014	2	1	3
2015	18	5	23
2016	25	9	34
2017	40	47	87
2018	18	65	83
总计	106	131	237

出现 2017 年、2018 年的政策选择变化，主要是因为中国人民银行发布的《中国人民银行关于信用卡业务有关事项的通知》取消了饱受争议的滞纳金，2017 年之后裁判的案例多以此项通知为依据调整信用卡费率（不支持发卡行的滞纳金要求）。然而，前述通知的本意是促进利率市场化发展，即强化“费率约定”政策，并非支持利率调整和干预。信用卡持卡人所需支付的违约费用仅在名称上由滞纳金改为违约金，商业银行可在后续调整信用卡章程，改变违约费用名称，但实际上仍然适用原费率标准。因此尽管 2017 年之后选择“费率限定”政策的判决数量更多，但总体而言仍然可以认为地方法院对司法政策与监管政策的选择基本抗衡。

## （二）政策选择裁判路径的对立

样本案例的裁判结果呈现“费率限定”司法政策与“费率约定”监管政策的基本抗衡，而在主要裁判路径上也存在直接的对立。

### 1. “费率限定”司法政策下的裁判路径

#### （1）适用法律一般条款

由于金融监管政策原则上尊重发卡行与持卡人之间的意思自治，在酌情调整信用卡费率的案件中，部分法院回避援引金融监管规范性文件，而是转借法律中的一般条款进行说理，包括适用《民法通则》与《民法总则》中的公平原则，《合同法》格式条款、违约金酌减等规定对信用卡违约费率进行限制。例如有判决认为复利、滞纳金、超限费的计算不符合公平原则；<sup>〔10〕</sup> 按照《合同法》第 41 条格式条款的规定对银行作出不利解释；<sup>〔11〕</sup> 根据《合同法》第 114 条及其司法解释规定的违约金酌减条款，认定多项费用属于违约金性质构成重复归责，不应超过银行损失的 30%。<sup>〔12〕</sup>

〔10〕 参见湘潭市中级人民法院（2012）潭中民三终字第 55 号民事判决书。

〔11〕 参见佛山市中级人民法院（2017）粤 06 民终 1453 号民事判决书。

〔12〕 参见郑州市中级人民法院（2015）郑民二终字第 1938 号民事判决书；济南市中级人民法院（2017）鲁 01 民终 2510 号民事判决书。

## （2）参照适用民间借贷司法解释与司法文件

尽管我国实行二元利率规制体系——民间借贷与金融贷款利率分立规范，但有法院参照司法机关发布的规范性文件将“费率限定”政策纳入金融领域的信用卡纠纷裁判，对其适用24%年利率限制。司法裁判的论证路径可概括为：第一，根据体系解释方法，虽然信用卡业务属于金融机构贷款，不直接适用民间借贷司法解释《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，但我国法律体系对借贷利率和违约金严格限定，信用卡违约金合计超过了本金，应参照适用24%年利率标准进行限制。<sup>〔13〕</sup>第二，指明司法政策的变化导致裁判结果的改变。由于经济金融环境变化引发金融审判司法政策变化，《最高人民法院关于进一步加强金融审判工作的若干意见》《最高人民法院关于依法审理和执行民事商事案件保障民间投资健康发展的通知》等司法文件主张利率限定，因此对总计超过年利率24%的信用卡违约费用予以调减。<sup>〔14〕</sup>

## （3）严格解释金融监管规则

法院最终在结果上选择司法政策的路径还包括对金融监管规则进行严格解释。《中国人民银行关于信用卡业务有关事项的通知》在一定程度上修改了此前的《银行卡业务管理办法》，规定自2017年1月1日起取消滞纳金并将违约金收取标准交由银行和持卡人约定。诸多法院认为银行收取违约金并未通过规则所要求的“约定”达成：一方面，对于银行所主张的已通过网上公告、营业网点公告完成了约定，法院认为银行并未尊重持卡人的知情权，单方面公告并不构成合意；另一方面，法院认为持卡人享有选择权，银行单方面修改违约金事项并未给予客户注销信用卡的权利，因此违约金条款不发生效力。<sup>〔15〕</sup>这也是为何2017年、2018年调整信用卡费率的司法判决明显增多的主要原因。

## 2. “费率约定”监管政策下的裁判路径

在选择了“费率约定”政策的案例中，法院认为合同成立并生效，信用卡违约费率符合金融监管规则（以《银行卡业务管理办法》为主），也未违反法律强制性规定，因此不予调减，而其主要的裁判说理过程与前述路径相互对应。

### （1）不应适用法律一般条款

部分法院认为不应适用法律中的一般条款对信用卡违约费率进行调整。首先，对于格式条款，有判决主张信用卡费率属于违约责任约定，并不存在加重持卡人责任或排除持卡人权利的情形，因此不适用《合同法》第41条的规定。<sup>〔16〕</sup>其次，对于违约金酌减条款，有判决认为按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第27条的规定，法院不应主动调整违约金，而须基于当事人申请，况且《合同法》第114条及其司法解释的违约金

〔13〕 参见自贡市中级人民法院（2016）川03民终793号民事判决书；合肥市中级人民法院（2017）皖01民终5597号民事判决书。

〔14〕 参见重庆市第五中级人民法院（2017）渝05民终8236号民事判决书；广州市中级人民法院（2018）粤01民终4478号民事判决书；武汉市中级人民法院（2018）鄂01民终7186号民事判决书。

〔15〕 参见广州市中级人民法院（2017）粤01民终10810号民事判决书；南京市中级人民法院（2018）苏01民终3129号民事判决书。

〔16〕 参见盐城市中级人民法院（2016）苏09民终1297号民事判决书。



酌减条款并非法律强制性规定，信用卡合同约定并不因此无效。<sup>〔17〕</sup>由此，此类裁判路径与前述调整费率的做法形成对立。

### （2）民间借贷规定不适用于金融业务

尽管实践中不乏判决将金融借贷（包括信用卡合同）与民间借贷利率规范相勾连，但主张不予调整信用卡违约费率的法官认为金融业务不应参照适用民间借贷司法解释和司法文件。例如，具有代表性的判决指出，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》已经在第1条明确金融机构因发放贷款等相关金融业务引发的纠纷，不适用民间借贷的规定，而信用卡业务是商业银行的金融业务，因此发卡行计算的利息、滞纳金是否过高的问题不应参照民间借贷的利率标准进行调整。<sup>〔18〕</sup>

### （3）宽松解释金融监管规则并认可信用卡业务的特殊性

对于最新的监管政策《中国人民银行关于信用卡业务有关事项的通知》，部分法院予以宽松解释，认为银行在其官方网站公布违约金计算标准存在合同和法律依据。<sup>〔19〕</sup>此外，许多法院虽认可司法政策所表彰的持卡人保护之价值取向，但认为应尊重信用卡业务的特殊性，不予调整违约费率，具体理由包括：第一，持卡人权利义务应对等。持卡人享有随时透支、较长免息期和分期还款的权利，未违约则不必支付带有惩罚性质的违约费用，因此一旦未按期还款则应承担约定的责任。<sup>〔20〕</sup>第二，银行面临较大风险。持卡人在事前无须告知银行消费金额和用途并享有多项增值服务，银行承担的借款风险和成本大于一般借款，因此金融行业惯例是收取较高的信用卡违约费率。<sup>〔21〕</sup>第三，滞纳金属于违约金性质。对于争议最大的滞纳金，持卡人通常主张具有行政处罚性、银行无权征收，法院则认为滞纳金约定属于持卡人违约后的惩罚性条款，未违反法律规定而应予支持。<sup>〔22〕</sup>

综观不同政策下的裁判进路，认同“费率约定”监管政策的判决回应了“费率限定”裁判论证，对司法政策进行了一定程度的消解，然而司法政策并非不存在适用空间，对信用卡违约费率的调整须在个案中展开，法院应承受说理负担，根据具体案情判断信用卡费率的公平性。

## 三、信用卡费率政策适用的技术改进

样本案例的实证观察发现信用卡“费率限定”司法政策与“费率约定”监管政策在适用结果与裁判路径上均存在抗衡，表明朴素公平观与市场自治理念对裁判者的影响难分高下，本文主张

〔17〕 参见南通市中级人民法院（2015）通中商终字第00637号民事判决书；上海市第一中级人民法院（2017）沪01民终3392号民事判决书。

〔18〕 参见九江市中级人民法院（2015）九中民二终字第150号民事判决书。

〔19〕 参见北京市第三中级人民法院（2017）京03民终13162号民事判决书。

〔20〕 参见佛山市中级人民法院（2018）粤06民终3808号民事判决书；深圳市中级人民法院（2016）粤03民终6036号民事判决书。

〔21〕 参见成都市中级人民法院（2016）川01民终8909号民事判决书；上海市第一中级人民法院（2016）沪01民终12658号民事判决书。

〔22〕 参见赣州市中级人民法院（2016）赣07民终82号民事判决书。

在统一政策出台之前可以对信用卡纠纷审理中的政策适用做技术上的改进。

### （一）发挥抽象规则的威慑力

在法律经济学建立的经典分析框架中，通过司法裁判形成对后续违法行为的威慑非常有必要，甚至在理想状态下优于行政监管。<sup>〔23〕</sup>我国并未建立判例法传统，<sup>〔24〕</sup>信用卡纠纷裁判实践表明个案威慑力非常有限，限定费率的判决结果对信用卡行业没有产生任何实质影响：2017年之前已存在不支持银行部分违约费用主张的判决，但是这些判决并不具有普遍约束力，银行并未改变费率标准。相比之下，专门针对信用卡业务的监管规则具有立竿见影的效果，商业银行普遍遵循了《银行卡业务管理办法》中的费率标准。尽管部分裁判不予适用该部门规章，但并不能直接否定其后续反复适用的效力。在费率政策调整即2017年《中国人民银行关于信用卡业务有关事项的通知》实施之后，商业银行对信用卡章程和领用合约也进行修改，按照要求取消了滞纳金和超限费，改为约定违约金，表明了抽象规则的约束力。

在样本案例中，较多法院严格解释抽象监管规则所要求的银行与持卡人“约定”违约金标准（《中国人民银行关于信用卡业务有关事项的通知》第3条），从而对信用卡费率进行限制，看似实现了监管政策与司法政策的协调。然而上述处理仅属权宜之计，因为此类裁判结果仅在特定时间具有意义，一旦发卡行与持卡人重新约定了违约费率，持卡人的知情权与选择权得到保障，法院则无法再利用这一裁判路径对违约费率进行调整。司法政策的适用需要依靠有针对性的抽象司法规则（例如《最高人民法院关于审理银行卡民事纠纷案件若干问题的规定》）的正式生效。在该司法解释征求意见稿中，信用卡业务也需要遵守“24%~36%两线三区利率上限标准”，意味着司法政策提供了明确的规则，可能有助于统一裁判结果。<sup>〔25〕</sup>

考虑到司法抽象规则尚未正式生效，目前的信用卡纠纷审理应发挥既有金融监管规则的威慑力，注重审查银行是否充分保障了持卡人权利，包括以显著方式提示费率条件和标准、提前通知费率标准的调整、给予持卡人退出权利等，如果银行未尽义务，法院可对相关费率不予支持。

### （二）关注政策可能的不利后果

是否应当一概限定信用卡费率需要考虑此项政策是否有助于实现其保护持卡人的目标。保护持卡人（消费者、借款人）的主要原因在于消费者的弱势地位及行为偏误，但这些前提是否存在或者是否因此而限定费率，尚有疑问。第一，理论上一般认为借款人存在信息弱势（information vulnerability）而需要额外保护，<sup>〔26〕</sup>然而在信用卡法律关系中，持卡人一旦按约还款即可不必支付利息并享受其他优惠待遇，并非天然处于弱势地位。第二，关于消费者行为偏误（因短视、乐

〔23〕 See Steven Shavell, Liability for Harm versus Regulation of Safety, 13 *Journal of Legal Studies*, 357-374 (1984); Steven Shavell, The Optimal Structure of Law Enforcement, 36 *Journal of Law and Economics*, 255-287 (1993).

〔24〕 我国的指导性案例制度正在建设中，尚未出现信用卡利率纠纷的指导性案例。整体而言，指导性案例制度统一法律适用的功能尚未见效，参见向力：《从鲜见参照到常规参照——基于指导性案例参照情况的实证分析》，载《法商研究》2016年第5期。

〔25〕 然而是否应按照民间借贷利率标准限制信用卡利率仍值得讨论。2019年11月最高人民法院发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）指出，“区别对待金融借贷与民间借贷，并适用不同规则与利率标准”，似乎表明司法政策的变化，但该司法文件不具有法律约束力，其对司法实践的后续影响仍有待观察。

〔26〕 See Abdul Karim Aldohni, Loan Sharks v. Short-term Lenders: How Do the Law and Regulators Draw the Line? 40 (3) *Journal of Law and Society*, 421 (2013).

观导致过度消费<sup>[27]</sup>）需要区分不同人群进行分析：低风险持卡人能够理性消费、按时还款，是否限制费率对其并无影响；高风险持卡人确实可能存在行为偏误，但限定费率反而变相鼓励扩大消费和违约，不利于消费者行为偏误的矫正。

更重要的是，“费率限定”政策还存在严重的不利后果——引发“惜贷效应”，反而恶化持卡人境况，背离政策初衷。如果将信用卡费率上限设定在较低水平，发卡人可能通过重新定价、降低服务质量、减少替代性产品等方式控制成本，或者直接不再向还款能力弱的持卡人提供信贷，从而影响效率和市场均衡以及消费者福利，挤压持卡人生存空间。<sup>[28]</sup>例如，美国阿肯色州曾对所有消费贷款实施严格的年利率上限（10%），导致信用卡公司只批准了极少数的信用卡申请，将信用额度限定在较低水平（800美元）并收取高额服务费，最终消费者不得不转向典当等其他贷款方式，但典当行的费率收取方式更为隐蔽，实际上损害了消费者福利。<sup>[29]</sup>我国也发生过类似的惜贷效应。在金融贷款利率市场化改革过程中，1996年中国人民银行曾为减轻企业利息负担而将商业银行贷款利率上浮幅度由此前的20%缩小为10%，但是诸多银行不再向中小企业贷款，完全背离了政策初衷，最终中国人民银行不得不在1998年将利率上浮幅度恢复至20%。<sup>[30]</sup>

对信用卡费率采取直接的统一限定也可能引发“惜贷效应”，信用卡的替代性产品诸如场景贷、消费贷、现金贷等，或者不易获得，或者费率更高、更不透明，将更为恶化消费者的境况，因此不宜统一对信用卡费率设置较低上限标准。为更好保护信用卡持卡人，应取消价格限定的命令式规制，而侧重规范定价过程和定价条件，完善信息披露和提醒通知等激励式规制，通过减少直接干预而促进市场竞争，鼓励市场自主定价权的发展。即使在信息披露发展相对完善的美国，学者仍然批评既有的法律要求难以将不同信息整合为单一的衡量信用卡成本的方式，而且产品属性信息（各种费率）不足以让消费者了解用卡成本，还需要产品使用信息的披露，包括费率收取频率及适用情形等。<sup>[31]</sup>为推进我国利率市场化发展，法律政策不应对信用卡费率进行“一刀切”似的规定，而需对发卡行信息披露的内容和方式作出要求，从而为司法裁判提供依据。

### （三）加强个案裁判说理论证

正如部分法官所认识的，信用卡业务确实存在特殊性，一方面体现为利率黏性特点，另一方面体现为交叉补贴模式。由于此种业务特殊性，不宜简单认为发卡行对持卡人“榨取高价”。

信用卡业务具有透支利率较高并且稳定的利率黏性（stickiness）特点，而且这种稳定性跨时间、跨空间存在。例如，无论市场或政策如何变化，自1996年至2017年，美国信用卡账户平均

[27] See Oren Bar-Gill, Ryan Bubb, Credit Card Pricing: The Card Act and Beyond, 97 *Cornell Law Review*, 967-1018 (2012).

[28] See Eric A. Posner, Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws, and Related Limitations on the Freedom to Contract, 24 *The Journal of Legal Studies*, 301-304 (1995); Donato Masciandaro, In Offense of Usury Laws: Microfoundations of Illegal Credit Contracts, 12 *European Journal of Law and Economics*, 199-212 (2001).

[29] See Christopher C. DeMuth, The Case against Credit Card Interest Rate Regulation, 3 *Yale Journal on Regulation*, 220 (1986); Todd J. Zywicki, The Economics of Credit Cards, 3 *Chapman Law Review*, 96-97 (2000).

[30] 参见中国人民银行货币政策分析小组：《〈中国货币政策执行报告〉增刊——〈稳步推进利率市场化报告〉》，2005年1月，第9-10页。

[31] 参见前引[27]，Oren Bar-Gill、Ryan Bubb文，第1003页。



年利率始终保持在 12%~16% 的水平（相较其他贷款波动幅度较小），<sup>〔32〕</sup> 英国金融行为监管局（即信用卡监管机构）统计的信用卡平均利率也达到 18%。<sup>〔33〕</sup> 信用卡市场十分接近完全竞争市场，但信用卡利率始终保持稳定的高利率。对于此种利率黏性的解释，Aubusel 等人的研究具有开拓性，提出交易成本（包括搜寻成本和转换成本）导致逆向选择理论，即持卡人寻找利率低、服务好的信用卡公司存在较高的成本（例如放弃原有信用卡积分），而信用卡公司也不愿意以降低利率作为竞争手段（避免吸引高风险客户），因此信用卡行业整体利率水平较高。<sup>〔34〕</sup> 即使信息结构变化、消费者理性程度提高、定价技术改变等因素冲击着交易成本理论的解释力，但信用卡利率黏性现象仍然普遍存在。我国商业银行信用卡业务收入结构也与国际同行保持一致，透支利息、手续费及违约金合计比例达到 80%。<sup>〔35〕</sup> 因此信用卡客户违约之后所承担的利息和其他费用可轻易突破年利率 24% 的标准。

信用卡业务还符合交叉补贴行业发展模式，即以高风险用户（循环用户，revolvers）补贴低风险用户（交易用户，transactors）。前者将信用卡作为循环信贷工具使用，需要支付透支利息；后者将信用卡作为支付工具使用，按时偿还全部消费款项，并不需要支付利息。高风险用户实际上在帮助低风险用户支付资金成本，因此其所支付的违约利率和费用就会较高，即交叉补贴（cross subsidy）导致部分信用卡用户需支付更高的成本。<sup>〔36〕</sup> 在信用卡现有业务模式之下，由于利率和费用是重要的风险定价手段，高风险用户须支付高费率，低风险用户支付低费率（或者零费率），一旦持卡人违约成为高风险用户即需要承担相对较高的违约费率。因此，统一的较低水平的价格限定将导致逆向补贴的效率损失，扭曲风险定价机制，为信用卡行业发展带来不当激励。

鉴于信用卡业务的特殊性，不宜采取直接的价格限定的规制措施。区别于“一刀切”式的费率干预，本文认为裁判者可以在个案中基于具体案情分析信用卡费率是否严重损害公平并予以调整，但法院应进行详细说理论证。目前采纳“费率限定”政策的判决在不同程度上存在说理不充分的问题，例如某持卡人未偿还信用卡欠款已逾两年，银行按照信用卡合同约定主张的滞纳金和利息超过本金的两倍，法院未进行说理而直接按照 24% 年利率标准予以了调整。<sup>〔37〕</sup> 认同“费率

〔32〕 See Board of Governors of the Federal Reserve System, Report to the Congress on the Profitability of Credit Card Operations of Depository Institutions, July 2018, available at <https://www.federalreserve.gov/publications/files/ccprofit2018.pdf>, last visited on Nov. 18, 2019.

〔33〕 See UK Financial Conduct Authority, Credit Card Market Study Final Findings Report, July 2016, available at <https://www.fca.org.uk/publication/market-studies/ms14-6-3-credit-card-market-study-final-findings-report.pdf>, last visited on Nov. 18, 2019.

〔34〕 See Laurence M. Ausubel, The Failure of Competition in the Credit Card Market, 81 *American Economic Review*, 50-81 (1991); Paul S. Calem, Loretta J. Mester, Consumer Behavior and the Stickiness of Credit-Card Interest Rates, 85 *American Economic Review*, 1327-1336 (1995).

〔35〕 例如，根据银联数据公司发布的信用卡业务省份发展报告，2018 年的信用卡违约费率收入占据信用卡业务整体收入的 80.15%。参见《2018 年信用卡业务省份发展报告》，载 <https://mp.weixin.qq.com/s/YEBR0ANLLyU5jmjqbLiMRQ>，最后访问时间：2019 年 12 月 5 日。

〔36〕 See Razeen Sappideen, Bank Credit Card Charges and the Interest Free Period: Balancing Equity and Efficiency, 18 *King's Law Journal*, 119-127 (2007); Steven Semeraro, The Reverse-Robin-Hood-Cross-Subsidy Hypothesis: Do Credit Card Systems Tax the Poor and Reward the Rich, 40 *Rutgers Law Journal*, 419-450 (2009).

〔37〕 参见前引〔13〕，自贡市中级人民法院民事判决书。此案中持卡人自 2013 年 4 月 25 日透支后未还款，截至 2016 年 2 月 1 日透支本金 9935.68 元，发卡行计算相应的滞纳金为 14928.65 元、利息为 6947.67 元，折合年违约费率约为 73%。

约定”政策的判决也存在裁判粗糙、缺乏分析的问题,例如有法院支持了发卡行对持卡人逾期四年的信用卡债务高达七倍的违约费率的请求,并未审查发卡行是否存在未尽提醒通知义务等情形。<sup>〔38〕</sup>鉴于信用卡违约费率的长期计算可能导致持卡人掉入债务陷阱,有碍实质正义,裁判者的分析论证应当更为精细,审查银行是否尽到风险提示、信息告知等义务,分析为何持卡人长期不归还欠款,持卡人具有何种信用状况及归还意愿,银行的成本和损失如何计算,是否存在显失公平的特定情形,同等条件下替代性贷款(无担保消费贷款)的成本等,经综合分析再判断是否以及如何限定信用卡违约费率。在个案司法裁判中加强说理论证无疑有助于实现持卡人权利保护与市场自治的平衡。

#### 四、产生政策竞争的根源分析:国家权力配置的视角

政策竞争可以在技术层面予以化解,然而欲从根本上解决问题,还需就政策来源——国家权力配置进行分析。

我国司法权、行政权(金融监管权)均来源并隶属于国家最高权力机关全国人民代表大会,两种权力不存在位阶之分,仅具有职能分工,因此最高司法机关与中央金融监管机关颁布的政策存在竞争并不罕见。例如在非信用卡业务的金融贷款领域,中国人民银行推行“利率市场化改革”政策,已经全面放开了金融贷款利率管制,<sup>〔39〕</sup>而最高人民法院主张金融贷款也适用年利率24%的统一限制。<sup>〔40〕</sup>另外,中国人民银行发布的部门规章《贷款通则》(中国人民银行令〔1996年2号〕)确立了禁止企业借贷的监管政策,<sup>〔41〕</sup>而最高人民法院在民间借贷司法解释中原则上认可了企业借贷合同效力。<sup>〔42〕</sup>再者,在网络借贷(P2P)平台能否提供借贷担保方面,司法政策倾向于认可借贷平台的担保责任,<sup>〔43〕</sup>而中国银监会联合其他部门发布的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(银监会令〔2016〕1号)明令禁止P2P平台直接或变相向出借人提供担保。<sup>〔44〕</sup>

司法政策与监管政策在抽象规则上的竞争不一定构成正面直接冲突,但一种政策的适用可能导致对另一种政策结果的消解。为何会产生政策竞争与抗衡?本文从两个维度展开分析:不同权力部门对其职能的履行以及所制定的政策在形式载体上的效力认定。

〔38〕 参见北京市第二中级人民法院(2018)京02民终9999号民事判决书。此案中持卡人从2014年4月逾期至2018年3月,透支本金为26745.93元,发卡行计算的利息为59467.6元、滞纳金为128339.34元,折合年违约费率高达175%。

〔39〕 参见《中国人民银行关于进一步推进利率市场化改革的通知》(银发〔2013〕180号)。

〔40〕 参见《最高人民法院关于进一步加强金融审判工作的若干意见》(法发〔2017〕22号)。

〔41〕 《贷款通则》第61条规定:“各级行政管理部门和企事业单位、供销合作社等合作经济组织、农村合作基金会和其他基金会,不得经营存贷款等金融业务。企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务。”

〔42〕 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第11条规定:“法人之间、其他组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同,除存在合同法第五十二条、本规定第十四条规定的情形外,当事人主张民间借贷合同有效的,人民法院应予支持。”

〔43〕 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第22条规定:“……网络贷款平台的提供者通过网页、广告或者其他媒介明示或者有其他证据证明其为借贷提供担保,出借人请求网络贷款平台的提供者承担担保责任的,人民法院应予支持。”

〔44〕 《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》第10条规定:“网络借贷信息中介机构不得从事或者接受委托从事下列活动:……(三)直接或变相向出借人提供担保或者承诺保本保息;……”

### （一）权力部门履行职能过程中产生政策竞争

中国人民银行、中国银保监会和中国证监会是我国的中央金融监管机构，接受国务院领导并在立法授权下履行金融管理职能。最高人民法院是我国最高司法机关，担负法律适用和规则创设的职能。权力部门履行职能所针对的对象存在差别，不同部门制定规范性文件缺乏沟通机制均可导致政策适用的竞争。

#### 1. 司法与监管职能适用对象的差别导致政策实施结果的冲突

司法机关与金融监管部门履行职能针对的对象存在差别，由此导致政策实施结果的竞争与冲突。金融监管部门需要履行金融市场秩序管理职能，对金融机构和相关主体行为进行规范，特别是在金融创新产生风险时予以应对。例如，为规范贷款市场秩序，中国人民银行颁布《贷款通则》要求从事贷款的企业取得行政许可，从而维护金融秩序。面对网络借贷出现“爆雷”“跑路”等行业危机事件，监管部门进行运动式执法，<sup>〔45〕</sup>颁布《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》禁止 P2P 平台从事资金中介或为借款人提供担保。

而最高人民法院作为司法机关的基本职能是适用法律裁判纠纷，在民商事案件中解决平等主体之间的争议。<sup>〔46〕</sup>随着社会复杂程度加深，纠纷日益增多，为提高司法效率并统一裁判规则，最高司法机关从既有审判实践中总结经验凝练为司法政策，统一指导地方法院审判活动。这一司法政策形成过程体现为自下而上的反馈，也是司法履行法律适用职能的体现。例如，企业借贷合同效力的原则性认可即基于司法对审判经验的总结，同时由于《合同法》第 52 条明确了能够导致合同无效的法律规范必须是法律、行政法规的强制性规定，而禁止企业借贷的《贷款通则》只是部门规章，因此最高人民法院在司法解释中认可企业借贷合同效力并无障碍。对于网络借贷，考虑到实践中曾存在大量 P2P 平台为借款人提供担保，如果一律否定此类担保合同效力，反而不利于保护权利人（投资者），因此司法政策采取了较为灵活的处理方式：在网贷平台仅提供媒介服务时，不认可担保合同效力；在网贷平台通过宣传表明为借贷提供担保时，认可担保合同效力。

此外，最高人民法院还履行规则创设职能，将公共政策转换为司法裁判规则，指导地方法院司法实践。<sup>〔47〕</sup>这一司法政策形成过程体现为回应自上而下的要求。例如，最高人民法院之所以将民间借贷利率限制政策扩展适用于金融贷款和信用卡纠纷，主要背景是 2017 年党中央和国务院召开的第五次全国金融工作会议明确了金融服务实体经济、防控金融风险、深化金融改革三项任务，最高人民法院为贯彻落实会议精神，发布司法文件《最高人民法院关于进一步加强金融审判工作的若干意见》，将民间借贷 24% 利率上限标准适用于金融借贷纠纷，从而在结果上与主张利率市场化改革的监管政策产生竞争。<sup>〔48〕</sup>

#### 2. 司法与监管履行职能缺乏沟通机制导致政策适用的张力

司法机关与金融监管部门在履行各自职能过程中缺乏有效的沟通机制亦将导致司法政策与监

〔45〕 参见彭冰：《反思互联网金融监管的三种模式》，载《探索与争鸣》2018 年第 10 期。

〔46〕 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《法学》1998 年第 8 期。

〔47〕 参见黄韬：《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 153-163 页。其他系统研究可参见侯猛：《中国最高人民法院研究：以司法的影响力切入》，法律出版社 2007 年版；前引〔6〕，张友连书。

〔48〕 详细分析参见苏盼：《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》，载《上海财经大学学报》2019 年第 3 期。

管政策的紧张关系。以利率问题为例,在2017年之前,我国长期维持了历史上形成的二元利率规范体系——中国人民银行发布监管文件管理金融贷款利率(包括信用卡利率),最高人民法院通过司法解释对民间借贷利率予以规范。特别是,2015年《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第1条明确排除了民间借贷利率规范对金融贷款的适用。司法之所以尊重金融监管权,是由于最高人民法院在起草该司法解释过程中征求并吸收了中国人民银行的意见,排除了对金融贷款利率的适用,<sup>[49]</sup>因此司法政策与监管政策并未产生冲突。然而,以2017年全国金融工作会议的召开为契机,最高人民法院制定了司法文件《最高人民法院关于进一步加强金融审判工作的若干意见》。该司法文件在制定过程中并未征求金融监管部门的意见,而直接要求地方各级法院将民间借贷24%利率上限标准适用于金融贷款纠纷,<sup>[50]</sup>导致司法权介入金融贷款利率,模糊了权力配置边界,形成司法政策与监管政策的竞争。

尽管司法机关在履行职能过程中并非有意识地主动争夺金融事务监管权,也非发挥权力制衡作用对金融监管权进行司法审查,但是司法政策在结果上导致了监管政策在一定程度上的消解,体现了司法能动主义的影响。有学者指出我国的司法能动主义“呈现典型的公共政策导向性质,这是由中国司法机关的性质、中国司法对实体性公正的追求以及当代中国的社会变迁等因素所决定的”,<sup>[51]</sup>而前述因素可归结于最高人民法院承担了贯彻执行国家政策的政治功能。在党中央和国务院提出了“降低实体经济融资成本”任务之后,司法政策将民间借贷利率管制权扩张至金融事务,重塑了司法权与金融监管权的关系格局。

司法机关以司法政策规制金融活动,具有了“规则治理”意义,<sup>[52]</sup>并非不可取,最高人民法院在司法解释中认可企业借款合同效力即体现了能动司法对法制改革的积极推动意义。<sup>[53]</sup>然而,司法权与金融监管权在履行职能过程中各自为政,缺乏有效的沟通机制,导致司法政策与监管政策的张力,地方法院因此面临政策选择困境,出现混乱的裁判结果,损及司法统一性与权威性。

## (二) 政策形式载体效力位阶难以认定导致政策抗衡

不同权力部门拟定政策,通过形式载体——规范性文件的权力延伸属性履行其职能。然而最高人民法院和中央金融监管部门制定的规范性文件,即司法规范性文件(司法解释、司法文件)与行政规范性文件(部门规章、部门文件),效力位阶难以认定,导致了政策在司法裁判中适用的竞争困境。按照法的效力位阶理论,如果可以明确不同法律规范的效力高低,法院有义务在裁判中优先适用效力位阶更高的法律规范。然而,政策竞争的特殊性正在于不同权力部门颁布的规

[49] 参见杨心忠等:《金融纠纷裁判思路与裁判规则》,法律出版社2016年版,第3页。该书作者为民间借贷司法解释起草人。

[50] 类似司法文件还包括《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》(法〔2018〕1号)、《最高人民法院关于依法审理和执行民事商事案件保障民间投资健康发展的通知》(法〔2016〕334号)。部分地方法院以此类司法文件为说理依据强调因政策变化而进行利率干预,参见武汉市中级人民法院(2018)鄂01民终7184、7189号民事判决书等。

[51] 李清伟:《司法克制抑或司法能动——兼论公共政策导向下的中国司法能动》,载《法商研究》2012年第3期,第91页。

[52] 参见侯猛:《最高人民法院的功能定位——以其规制经济的司法过程切入》,载《清华法学》第7辑,清华大学出版社2006年版,第21-34页。

[53] 参见董淳鐸:《企业间借贷的法律规制及其改革——能动司法对法制渐进变革的推动》,载《政治与法律》2013年第10期。



范性文件效力等级难以认定，因此产生了不一致的司法裁判结果。

### 1. 司法解释与司法文件的效力位阶认定存在争议

最高人民法院可以针对法院审判工作中具体适用法律、法令的问题进行解释，可采取的形式包括“解释”“规定”“批复”和“决定”四种。<sup>〔54〕</sup>这种司法解释制定权具有确切的法律授权，《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》（1981年）是司法解释权的实定法依据。然而，司法解释的效力并未得到明确，最高人民法院自己认定“司法解释具有法律效力”，<sup>〔55〕</sup>实际上是指司法解释对各级人民法院具有普遍适用的约束力，可被裁判引用，而并非意味着司法解释与狭义上的“法律”具有同等效力位阶。

理论上对司法解释在法律规范体系中的效力定位存在争议。有观点认为，如果最高人民法院在授权范围内就具体法律条文作出司法解释，则该司法解释的效力与被解释法律具有同等效力。<sup>〔56〕</sup>但是最高人民法院除了颁布释法性解释之外，还发布了大量的立法性解释，没有以具体法律为依据，而是在总结审判经验基础上创制法律规则，包括信用卡纠纷中所参照适用的民间借贷司法解释。对此，有论者提出了“习惯法说”，主张立法性司法解释符合习惯法的内、外部条件，具有拘束力。<sup>〔57〕</sup>

司法解释效力定位不明晰的问题导致实践的混乱，例如信用卡纠纷中存在裁判路径众多、裁判结果不一的情况。信用卡纠纷中参照适用的司法解释《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》因其适用范围限制，并不能直接适用于信用卡（金融业务）纠纷，故仅能作为说理依据而非直接的裁判依据引用。而明确要求法院在裁判中对金融业务适用民间借贷利率上限规定的《最高人民法院关于进一步加强金融审判工作的若干意见》属于一般司法文件。司法文件非出自立法机构，也未获得立法授权，不是正式法源，不能作为裁判依据直接适用。<sup>〔58〕</sup>然而，司法文件出现准司法解释化趋势，并成为最高人民法院对下级法院审判工作的监督方式，具有事实上的约束力。<sup>〔59〕</sup>“政策实施型”制度运作逻辑加剧了司法的科层化、行政化发展，<sup>〔60〕</sup>例如在某信用卡纠纷案件中，二审法官明确以政策考量为依据，参照司法文件撤销了一审判决，对信用卡费率进行调整。<sup>〔61〕</sup>

### 2. 对行政规范性文件的“消极司法审查”不具有普遍效力

从不同权力部门发布的政策形式载体的关系来看，尽管司法政策表现形式缺乏刚性的规范效力，然而司法可以对监管政策表现形式——行政部门规章和一般规范性文件予以个案消极司法审查。

〔54〕 参见《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（法发〔2007〕12号）第6条。1997年以后，最高人民法院的司法解释文号统一为法释字，在形式上已经明确，可以与一般司法文件相区别。

〔55〕 最高人民法院1997年发布《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》（法发〔1997〕15号）明确了司法解释的效力、分类和程序，2007年的《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（法发〔2007〕12号）承继并扩展了相关内容。

〔56〕 参见王成：《最高法院司法解释效力研究》，载《中外法学》2016年第1期。

〔57〕 参见曹士兵：《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》，载《中国法学》2006年第3期。

〔58〕 司法文件是最高人民法院发布的除司法解释之外的指导意见、通知、会议纪要、答记者问等规范性文件，关于司法文件的历史溯源、功能、价值属性的分析，参见彭中礼：《最高人民法院司法解释性质文件的法律地位探究》，载《法律科学》2018年第3期。

〔59〕 参见黄金荣：《“规范性文件”的法律界定及其效力》，载《法学》2014年第7期。

〔60〕 参见余军、张文：《行政规范性文件司法审查权的实效性考察》，载《法学研究》2016年第2期。

〔61〕 参见前引〔14〕，重庆市第五中级人民法院民事判决书。



区别于行政诉讼中法院对行政部门规章和一般规范性文件这些抽象行政行为的司法审查,民事案件中法院对前述行政规范性文件的适用与效力认定体现为“消极司法审查”<sup>[62]</sup>——仅能选择不予适用行政规范性文件,而不能直接否定其普遍性效力。信用卡纠纷样本案例表明部分法院在事实上进行了消极的司法审查,即在民事案件中对金融监管规则作出取舍,不予适用具有明确规定的行政规范性文件,而参照适用司法解释和司法文件论证费率限定的合理性。无论法官是否自我认知到这一过程,他们在事实上试图运用法律规范选择适用权解决政策冲突问题。

法院对规范性文件的消极审查权实际上源于最高人民法院的创制和自我授权,从最开始隐晦地针对行政诉讼而逐渐拓展至所有案件,<sup>[63]</sup>突出体现于最高人民法院发布的《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》(法释〔2009〕14号)。按照此项司法解释,在民事案件中,法律、法律解释、司法解释、行政法规、地方性法规或自治条例、单行条例这六种是裁判规范,除此之外的部门规章和部门一般规范性文件是说理规范,法院可以根据审理案件的需要,审查认定其合法有效后作为说理依据引用。在信用卡民事纠纷中,法院不仅可以对部门一般规范性文件《中国人民银行关于信用卡业务有关事项的通知》,还可以对行政部门规章《银行卡业务管理办法》进行消极司法审查。

从2009年最高人民法院发布的司法解释来看,民事案件审判中司法解释是应当引用的法律规范,而行政规范性文件(包括部门规章和部门文件)可被司法审查。司法解释在效力上看似高于行政部门规章及部门文件,但此结论并非毋庸置疑。首先,司法解释的效力地位源于最高人民法院的自我规定,以“司法解释”的形式规定司法解释的效力本身存在合宪性问题。<sup>[64]</sup>同时,行政规则是行政机关基于法律授权作出(中国人民银行对利率的监管权源自《中国人民银行法》的授权),存在上位法依据。其次,虽然《立法法》在附则部分间接认可了司法解释的地位,然而由于司法解释类型不一,《立法法》中的司法解释是“主要针对具体的法律条文”而作出的释法型解释,不应扩大到创制了新规则的抽象司法解释。最后,信用卡纠纷中法院所参照的司法解释、司法文件更多系作为说理依据,而非直接的裁判依据,因此也无法从地方司法实践中看出法院对效力位阶认定的倾向性意见。

## 五、代结论：建立司法与金融监管协调机制超越政策竞争

无论是信用卡费率还是其他领域的司法政策与监管政策的竞争,在技术层面可以通过发挥抽象规则威慑力、关注政策可能的不利后果以及加强个案裁判的说理论证来予以协调。然而,欲从根本上解决政策张力问题,避免政策失误——“信息获取不足、经济分析缺乏、利益保护的简单化处理”<sup>[65]</sup>,还需要建立司法与金融监管的权力协调机制。

[62] 参见马得华:《论“不予适用”:一种消极的司法审查——以〈行政诉讼法〉第63条和64条为中心的考察》,载《环球法律评论》2016年第4期。

[63] 关于这一过程的论述可参见前引[60],余军、张文文。

[64] 参见孙笑侠、褚国建:《论司法批复的解释论证功能及其局限》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2009年第6期。

[65] 应飞虎:《权利倾斜性配置研究》,载《中国社会科学》2006年第3期,第127-129页。

### （一）加强司法与金融监管职能履行过程的协调

应当对金融监管机构的管理职能与司法机关的法律适用和规则创设职能的履行过程进行协调，特别是在抽象规则制定和适用方面，避免出现政策竞争和相互消解的后果。

第一，为解决不同政策规范性文件的效力位阶认定难题，可以在司法裁判中解释与适用效力位阶处于最高层级的法律规定。例如，1996年颁布实施的《贷款通则》虽然禁止企业借贷，但是1999年《合同法》明确规定违反法律、行政法规的强制性规定才导致合同无效，因此作为部门规章的《贷款通则》不是合同无效的依据，从而为司法政策认可企业借贷合同效力准备了条件。在信用卡纠纷中，监管政策——《银行卡业务管理办法》《中国人民银行关于信用卡业务有关事项的通知》效力层级低，不能作为裁判依据援引；而司法政策——民间借贷司法解释不能直接适用于信用卡业务，其他司法文件也不属于裁判依据。在这种无从比较两者效力位阶高低的情况下，可以适用更高位阶的法律，例如《合同法》中的抽象原则、一般条款进行裁判。然而为增强裁判合理性，必须在适用法律规定过程中加强说理论证，避免“向一般条款逃逸”，<sup>〔66〕</sup>从而实现不同政策的协调。

第二，为适应部分政策时效性强的特点，可以适当运用消极司法审查发挥个案裁判的灵活性。特别是在监管机构采取运动式执法（集中整治、专项治理等）打击突发金融风险时，监管措施可能过于严格，不利于公民权利保护，因此司法裁判规则需要具备适当的灵活性。例如，对于网络借贷平台为借款人提供的担保合同效力认定问题，有法院在个案裁判中采取了灵活处理的办法，原则上采取了“司法尊重”原则，<sup>〔67〕</sup>但以金融监管清理整顿活动开始时间为界，对整顿活动之前的纠纷，认可担保合同效力，要求平台承担担保责任从而保护债权人。<sup>〔68〕</sup>但应注意，消极司法审查在民事案件中的运用不宜泛化，对于具有明确立法授权、针对专业事项、制定程序规范和技术性规定的部门规章和部门一般规范性文件，司法裁判不宜否定其效力。

### （二）加强司法与金融监管政策制定程序的协调

司法机关与金融监管机构制定抽象规则（规范性文件）涉及交叉管辖事项的，应建立政策协调机制避免政策冲突。

第一，在横向协调机制方面，明确规范性文件征求意见程序。《最高人民法院关于司法解释工作的规定》（法发〔2007〕12号）已经明确要求起草司法解释应当深入调查研究，认真总结审判实践经验，广泛征求意见，特殊情况可以向社会公开征求意见（第17条）。最高人民法院在起草2015年民间借贷司法解释过程中，确实征求并吸收了中国人民银行的意见，排除了对金融贷款利率的适用，较好地避免了政策冲突的问题。然而在制定《最高人民法院关于进一步加强金融审判工作的若干意见》的司法文件时缺乏类似协调机制，导致司法政策与金融监管政策的冲突。

〔66〕 通说认为适用法律原则进行裁判应尽可能避免，仅应在规则穷尽情况之下进行价值判断，否则会产生裁判主观、恣意和片面的可能。参见陈林林：《基于法律原则的裁判》，载《法学研究》2006年第3期；陈景辉：《原则、自由裁量与依法裁判》，载《法学研究》2006年第5期；庞凌：《法律原则的识别和适用》，载《法学》2004年第10期。

〔67〕 参见陈道英：《浅议司法尊重（judicial deference）原则——兼论与司法谦抑（judicial passivism）的关系》，载《湖北社会科学》2009年第3期。

〔68〕 参见北京市第三中级人民法院（2017）京03民终12813号民事判决书。

作为最高人民法院指导下级法院的重要方式,<sup>[69]</sup>司法文件的制定缺乏正式程序,带有行政化倾向,<sup>[70]</sup>应予以修正:一是进行内部协调,司法文件在内容上不得与司法解释冲突,基于经济社会发展需要而修改司法政策时,也不宜在司法文件中规定具体规则,而应仅作出抽象指导性规定;二是进行外部协调,将司法文件制定程序正式化,并建立类似的征求意见程序,以维护法的形成机制的权威性。

第二,在纵向协调机制方面,完善规范性文件备案审查程序。《立法法》并未规定行政部门规章、一般规范性文件与司法解释、司法文件之间的效力等级,也未明确它们对同一事项规定不一致时的裁决机构。目前仅建立了纵向的规范性文件备案审查程序,对于行政部门颁布的规范性文件(部门规章和一般规范性文件),《宪法》规定国务院有权“改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章”(第89条第13项);对于司法机关颁布的规范性文件(司法解释和司法文件),《立法法》和《各级人民代表大会常务委员会监督法》规定了最高人民法院作出的司法解释须报全国人民代表大会常务委员会备案,然而具有解释性质的司法文件并未置于类似的备案审查程序中。鉴于司法(解释性质)文件是司法政策重要形式载体,亦应将之纳入全国人大常委会备案审查程序,以便化解和超越政策竞争,实现司法与金融监管的协同治理。

---

**Abstract:** Policies have a practical impact on adjudication. When a judicial policy competes with a financial regulation policy, local courts as adjudicators face the dilemma of choice. This empirical study on credit card civil disputes shows that, nearly half of the adjudicators agree with the judicial policy of interest rate intervention, while another half support the financial regulation policy of interest rate liberalization. In order to improve the application of policies at the technical level, judges should recognize the deterrence of abstract rules, take into account the possible adverse effects of policies, and strengthen case-wise reasoning. Furthermore, to fundamentally resolve policy competition, it is necessary to establish a coordination mechanism between courts and financial regulators. On the one hand, it should cover coordination of authority performance, including interpretation of policy competition by applying laws and exerting passive judicial review. On the other hand, the mechanism should cover coordination of policy-making procedures, including normative document solicitation procedure and normative document review procedure, thereby transcending policy competition and achieving coordinated governance.

**Key Words:** judicial policy, financial regulation policy, credit card disputes, judicial review

---

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)

---

[69] 《最高人民法院关于规范上下级人民法院审判业务关系的若干意见》(法发〔2010〕61号)第8条规定:“最高人民法院通过审理案件、制定司法解释或者规范性文件、发布指导性案例、召开审判业务会议、组织法官培训等形式,对地方各级人民法院和专门人民法院的审判业务工作进行指导。”

[70] 详细论述可参见刘风景:《司法解释权限的界定与行使》,载《中国法学》2016年第3期。