

商业银行适当性义务的法律构造与司法适用研究

——基于234份裁判文书的实证分析

井梦源, 吕品

兰州大学法学院, 甘肃 兰州

收稿日期: 2023年11月29日; 录用日期: 2023年12月6日; 发布日期: 2024年1月16日

摘要

商业银行适当性义务要求商业银行充分地了解投资者与产品, 确保向投资者销售的产品同风险承受意愿、风险承受能力相匹配。我国商业银行适当性义务体系正在逐步完善, 但仍存在法律构造不清晰, 司法适用不明确的问题。商业银行适当性义务的法律构造应当包含了解义务和匹配义务, 告知说明义务有独立的存在价值不应认定为适当性义务的构成部分。在判断商业银行适当性义务的履行时, 除欺诈销售行为可以采用形式判断模式外, 均应当采取实质判断模式, 商业银行违反适当性义务侵犯投资者合法权益的, 承担侵权责任。对商业银行违反适当性义务的责任分配, 可以依据威尔伯格动态系统论建立责任分配体系, 商业银行基于在信息、财力等方面的绝对优势地位, 在违反适当性义务时有较大概率承担主要或全部责任。

关键词

商业银行, 适当性义务, 实质判断模式, 侵权责任, 动态系统论

A Study on the Legal Structure and Judicial Application of Suitability Obligations of Commercial Banks

—An Empirical Analysis Based on 234 Judgment Documents

Mengyuan Jing, Pin Lyu

Law School of Lanzhou University, Lanzhou Gansu

Received: Nov. 29th, 2023; accepted: Dec. 6th, 2023; published: Jan. 16th, 2024

文章引用: 井梦源, 吕品. 商业银行适当性义务的法律构造与司法适用研究[J]. 金融, 2024, 14(1): 167-179.

DOI: 10.12677/fin.2024.141019

Abstract

The obligation of suitability of commercial banks requires them to fully understand investors and products, ensuring that the products sold to investors match their risk tolerance and willingness to bear risks. The suitability obligation system of commercial banks in China is gradually improving, but there are still issues with unclear legal structure and unclear judicial application. The legal structure of suitability obligation of commercial banks should include the obligation to understand and the obligation to match. The obligation to inform and explain should have independent existence value and should not be recognized as a component of the suitability obligation. When judging the performance of the suitability obligation of commercial banks, except for fraudulent sales behavior that can be judged in a formal manner, substantive judgment should be adopted. If a commercial bank violates the suitability obligation and infringes on the legitimate rights and interests of investors, it shall bear tort liability. The allocation of responsibility for commercial banks violating the obligation of suitability can be established based on Wilberg's dynamic system theory. Commercial banks, based on their absolute advantage in information, financial resources, and other aspects, have a high probability of assuming primary or full responsibility when violating the obligation of suitability.

Keywords

Commercial Banks, Suitability Obligation, Substantive Judgment Models, Tort Liability, Dynamic Systems Theory

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题缘起

2023 年以来, 随着我国疫情防控政策的持续优化以及一系列经济调控政策的实施, 我国金融行业愈发呈现欣欣向荣之势, 投资者购买金融产品的意愿不断攀升, 金融服务实体经济的质效进一步提升。与之伴生的, 金融机构利用信息、财力方面的优势地位, 违反适当性义务, 侵害投资者合法权益的问题也日益凸显。然而我国法律对于金融机构适当性义务的法律构造尚未得出统一的定论, 司法机关对于适当性义务纠纷也未形成统一的裁判标准。

适当性义务起源于 1934 年美国投资银行为其顾客推荐投资产品时应当遵守的自律性行业规则, 在本世纪初由于金融业高速发展的需求被引入我国。2005 年中国银行业监督管理委员会(现国家金融监督管理总局)《商业银行个人理财业务管理暂行办法》第 37 条明确规定商业银行应当根据投资者的风险偏好向投资者提供合适的投资产品, 近十年来, 中国证券监督管理委员会、中国人民银行、最高人民法院相继通过部门规章以及会议纪要的形式对金融机构的适当性义务进行规范, 2019 年, 新修订的《中华人民共和国证券法》第 88 条首次以法律的形式明确了证券公司的适当性义务。至此, 我国金融机构适当性义务法律规范架构已初步形成。但是, 我国金融机构适当性义务法律规范体系存在法律构造冲突、以行业为单位进行规范的特征, 已然严重滞后于跨行业、跨市场的金融发展趋势。在司法层面, 对适当性义务法律构造的不同理解导致难以形成统一的裁判标准, 以至于同一类型的案件在不同层级、地区的法院产生

了截然不同的判决结果¹, 投资者的合法权益难以得到有效的保护, 甚至造成二次损失, 法律亟需明确金融机构适当性义务的法律构造, 统一法院审理适当性义务纠纷的裁量标准, 切实保护投资者合法权益。

我国学界对于金融机构适当性义务的现有研究多集中于适当性义务的法律内涵、法理基础、域外适当性义务法律规范的移植等理论研究, 对于金融机构适当性义务司法适用的实证研究则相对较少, 为数不多的实证研究存在选用数据较为老旧、缺乏具体金融行业的研究等不足, 在我国分业监管模式仍占据主导地位的情况下[1], 研究特定金融行业适当性义务具有重要意义。银行业作为我国现代金融业的主体, 具有投资者数量大、社会声誉良好、兼具存款业务与非保本理财产品销售业务的特征, 投资者基于对银行业务的认知偏差, 在商业银行不履行适当性义务时, 极易将银行非保本理财产品认作保本付息的存款业务[2], 损害投资者合法权益。因此, 本文基于在“中国裁判文书网”与“法研灯塔案例分析实证平台”中以“适当性义务”、“商业银行”为关键词检索、筛选得到 2016 年至 2023 年的 234 份有效裁判文书, 对商业银行适当性义务的法律构造、违反适当性义务的认定方式以及违反适当性义务的责任承担进行实证研究。

2. 商业银行适当性义务的法律构造

近年来, 我国愈发地重视商业银行适当性义务在投资者保护领域的重要作用, 但对于商业银行适当性义务的法律构造仍存在较大争议, 从规范性文件、学界研究以及法院审判实践来看, 这一争议的焦点主要围绕告知说明义务是否应当作为适当性义务的法定构成部分。针对这一争议, 主要有以下三种观点, 其一, 认为适当性义务的法律构造包括“了解义务”、“匹配义务”、“告知说明义务”, 商业银行履行完毕适当性义务应当达成产品与投资者匹配与投资者了解产品风险的双重目的, 其中“了解义务”又涵盖了“了解投资者”与“了解金融产品”两个维度; 其二, 认为适当性义务的法律构造不包含“告知说明义务”, 告知说明义务应当有其独立的存在意义与规则体系; 其三, 认为适当性义务等同于“告知说明义务”, 商业银行仅需要向投资者告知说明金融产品的风险, 哪怕所销售的金融产品并不适配, 也可以认定尽到了适当性义务。本文认为, 界定商业银行适当性义务的法律构造, 应当从其概念来源、法理基础、法律规范、司法适用等多个方面考量, 若简单地将告知说明义务与适当性义务混同, 难免有任意扩大适当性义务范围之嫌。

2.1. 商业银行适当性义务的起源发展与规则体系

适当性义务起源于美国投资银行为顾客推荐投资产品时应当遵守的自律性行业规则, 1939 年全美证券商协会(NASD)在其“公正行为规则”第三章第 2 条规定“向顾客推荐买卖及交换证券时, 会员应当依照顾客公开的有关自身财产状况、证券持有状况、购买需求, 向顾客推荐合适的证券”, 此时 NASD 对适当性义务的界定尚停留在“匹配义务”的阶段。1963 年美国证券交易委员会(SEC)通过发表“调查报告”的方式将纽约证券交易所(NYSE)的“405 规则”转化为保护顾客的规则, “405 规则”规定经纪商公司应当尽可能了解每一位客户的基本情况, 若无法了解客户的信息, 则要求顾客提供押金或者担保, 以确保顾客信用的可靠性, 该规则制定的本意是保护金融机构自身利益, 但其中“了解客户”规则在被赋予保护顾客的意义后, 与“匹配义务”共同组成了适当性义务的渊源。NASD 在 1991 年将“了解投资者”与“专业投资者不适用适当性义务”纳入了其“公正行为规则”, 奠定了适当性义务以“了解义务”、“匹配义务”、“专业投资者例外”为内容的法律构造。2009 年, 美国金融业监管局(FINRA)在其行为规则 2111 中规定了适当性义务。自此, 适当性义务被推广至包括银行业在内的整个美国金融行业, 不再

¹在“牟素英诉中信银行股份有限公司兰州分行侵权责任纠纷案”中, 一审法院判决兰州分行、酒泉路支行不应承担侵权责任, 二审法院判决兰州分行、酒泉路支行于本判决生效后 10 日内向牟素英赔偿本金损失 80,000 元及利息损失 9774.44 元, 再审判决酒泉路支行赔偿牟素英的本金损失 800,000 元及利息损失 96405.48 元, 参见(2021)甘民再 31 号判决书。

仅局限于证券行业[3]。伴随着经济全球化大潮, 全球各个国家均逐步将适当性义务纳入本国的法律体系之中。

告知说明义务则是由告知义务与说明义务结合形成。告知义务发源于早期的海上保险, 由于通讯工具落后, 保险人需要投保人基于诚信原则如实告知保险标的的实际状况, 以避免标的物本身存在质量问题[4]; 说明义务的义务主体与告知义务恰好相反, 保险人由于其日益壮大的经济实力, 相较投保人在财力与信息上处于明显的优势地位, 为了避免保险人利用该优势地位隐瞒投保人, 法律通过说明义务规定保险人要向投保人详细解释保险合同的条款内容及专业术语来平衡二者地位的不对等。在二十世纪中期全球经济与科技飞速发展浪潮下, 告知义务逐步扩展至保险人, 要求保险人将保险合同的条款以及实际情况如实告知投保人, 并详细说明条款的内容以及专业术语。近年来, 告知说明义务逐步从保险业扩展至整个金融行业, 成为金融消费者保护的重要手段。

商业银行适当性义务的初衷是规范其产品推介行为, 其重点在于“了解”、“匹配”而非“告知”与“说明”。试想, 某家商业银行向投资者推介了明显不匹配的产品, 但如实向投资者说明了产品的风险状况, 此时, 这家商业银行显然未尽到适当性义务, 但不能否认其对告知说明义务已然充分履行。适当性义务与告知说明义务自诞生之日起便向不同的维度延伸, 不能轻易将告知说明义务纳入适当性义务之中。

我国涉及商业银行适当性义务的规范主要存在于银保监会(现国家金融监督管理总局)、中国人民银行颁布的部门规章以及最高人民法院发布的审判工作会议纪要之中。上述文件对于商业银行适当性义务法律构造的界定也存在着显著差异, 部分文件明确规定了适当性义务与告知说明义务的内涵与适用范围, 然而大多数文件仅笼统地在某一条文规定商业银行应当向投资者推荐合适的金融产品并向投资者揭示产品的风险, 并未明确指出该条的内容就是适当性义务的法律内涵, 这种规范方式模糊了适当性义务与告知说明义务的界限, 进而造成了理论与司法适用上的争议。

《中国银监会关于规范商业银行代理销售业务的通知》第3条规定了商业银行应当销售与投资者相适配的产品并揭示产品风险, 第25条则要求商业银行评估投资者的风险承受能力。《商业银行理财业务监督管理办法》第26条指出要加强适当性管理, 禁止将不匹配的产品推荐给投资者购买, 向投资者充分披露产品信息, 不得刚性兑付。第27条与28条则分别要求商业银行对理财产品和投资者进行评估与分级。《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》(《资管新规》)第6条明确商业银行等金融机构应当充分了解产品与客户信息, 销售与投资者风险识别及承受能力相适应的金融产品。最高人民法院2019年发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(《九民纪要》)在第72条规定了适当性义务, 将适当性义务的法律构造限定为“了解义务”与“匹配义务”, 并在第76条规定了告知说明义务, 肯定告知说明义务相较于适当性义务的独立性。适用于整个金融行业的《资管新规》与《九民纪要》均认可“了解义务”和“匹配义务”的法律构造, 而针对银行业的部门规章则较为笼统地将“了解义务”、“匹配义务”、“告知说明义务”杂糅至同一条法律规范中, 且没有明确提出适当性义务这一概念。

有学者提出通过比照有关适当性义务的法律规范, 选择出现频率最高的组合作为适当性义务的法律构造[5], 本文对此难以苟同。首先, 适当性义务大多规范在特定金融行业的法律规范中, 与行业相关法律规范的数量挂钩, 证券行业的适当性义务规范远超其他行业, 将其与其他金融行业的法律规范进行数量上的对比并不合理; 其次, 依据新法优于旧法的原则, 已不具有法律效力的文件不应当被用来与现行法律进行比照。本文认为, 法律对于适当性义务法律构造的认识正随着理论与司法实践的发展而不断加深, 《资管新规》与《九民纪要》作为适用于整个金融行业的、发布时间相对较晚的部门规范性文件 and 司法解释文件, 体现了我国监管部门与司法部门认定适当性义务与告知说明义务相互独立的趋势, 对适当性义务法律构造的界定更加具有参照意义。

2.2. 商业银行适当性义务法律构造的司法实践界定

我国的司法实践在商业银行适当性义务是否涵盖告知说明义务上存在较大分歧。在本文选取的 234 个案例中, 有 31 个案例对商业银行是否违反适当性义务与告知说明义务分别进行了分析论证, 占案例总数的 13%, 其他 203 个案例并没有明确对二者做出区分, 而是笼统地将二者均界定为适当性义务或直接依据商业银行对“了解义务”、“匹配义务”、“告知说明义务”履行情况进行裁判(见表 1)。

Table 1. The distinction between the obligation of appropriateness and the obligation of disclosure in judicial practice
表 1. 司法实践对适当性义务与告知说明义务的区别

	案例数	比例
对适当性义务与告知说明义务分别考量	31	13%
未对适当性义务与告知说明义务分别考量	203	87%

在上述案例中, 法院判决商业银行既违反了解匹配义务又违反告知说明义务的案例占比 49%, 该类案例主要体现为商业银行工作人员通过做出保本保息的虚假承诺, 向投资者销售与其风险承受能力不匹配的理财产品; 法院判决商业银行违反了解匹配义务但并未违反告知说明义务的案例占比 28%, 在该类案例中有 27% 将告知说明义务的履行作为商业银行违反了解匹配义务的责任减轻事由², 法院认为尽管商业银行没有向投资者推介与其风险相匹配的理财产品, 但由于如实告知了产品的风险, 投资者就负有审慎购买的义务, 应当自己负担购买产品造成的损失; 法院判决商业银行没有违反了解匹配义务与告知说明义务的案例占比 23%, 该类案件的判定标准并不统一, 部分法院判断商业银行尽到了告知说明义务便直接推定商业银行没有过错, 缺乏对适当性义务履行情况的判定³, 这种判断标准实质上是将适当性义务完全等同于告知说明义务, 变相免除了商业银行的适当性义务, 增加了投资者权益受损的概率(见表 2)。

Table 2. Violations of suitability obligations and disclosure obligations by commercial banks
表 2. 商业银行违反适当性义务与告知说明义务的情况

	商业银行违反适当性义务与告知说明义务的情况	案例	比例
商业银行违反义务	违反了解匹配义务但没有违反告知说明义务	67	28%
	违反告知说明义务没有违反了解匹配义务	0	0%
	同时违反了解匹配义务与告知说明义务	114	49%
商业银行没有违反义务	没有违反了解匹配与告知说明义务	53	23%

在我国的司法实践中, 商业银行遵守告知说明义务并不意味着其同样遵守了解匹配义务, 相应地, 遵守了解匹配义务难以推定出商业银行尽到了告知说明义务。法院应当单独对商业银行适当性义务的履行做出判断, 而非将告知说明义务的履行等同于适当性义务的履行。

本文认为, 告知说明义务不应当被认作商业银行适当性义务的法律构造部分, 其核心价值在于使投资者了解其将要购买产品的特性及存在的风险, 而不论该产品是否具有适当性。适当性义务的本质则是要求商业银行在了解投资者的真实风险偏好及承受能力、了解理财产品特性的基础上, 向投资者推介与其相适配的产品。商业银行适当性义务建立在其对于投资者以及产品适配程度的自我判断上, 能否切实履行适当性义务一方面取决于其自身的判断能力, 另一方面取决于其是否将对投资者合法权利的保护置于自身利益之上。商业银行作为以盈利为目的的市场主体, 难免会出现经济利益至上的思维方式, 此时,

² 参见(2017)苏 01 民终 8972 号判决书。

³ 参见(2018)京 01 民终 8761 号判决书。

需要监管部门制定适当的规范以及政策措施对商业银行实施有效监管,同时,司法机关需要完善商业银行适当性义务纠纷的裁判规则,共同搭建投资者合法权益的保护体系。

适当性义务与告知说明义务具有相类似的法理基础,二者均以信义义务作为底层逻辑[6]。在纯粹理性经济人假设下,投资者与商业银行完全以追求自身利益为终极目标,在此种情况下,商业银行必然会因其超然的优越地位损害投资者利益,乃至进一步加深系统性金融风险。以商业银行与投资者间的相互信任为基石,通过法定化适当性义务与告知说明义务对纯粹理性经济人假设下的商业银行进行规制,是促进银行系统乃至整个金融系统平稳运行的必然要求。但是,告知说明义务更注重商业银行对于投资者的忠实程度,以信息披露为表现形式;适当性义务则更加强调商业银行的审慎程度,通过掌握的信息以及专业能力推荐适当的理财产品。

除此之外,告知说明义务作为商业银行违反适当性义务的责任减轻事由也具有一定的合理性。在履行告知说明义务的基础上,投资者通常会对理财产品的复杂程度与风险等级有一定的了解,此时,可以推定理性投资者会依据自身风险偏好、经济状况与产品的风险进行比照,放弃购买超出承受能力的产品。若此时投资者仍坚持购买与其承受能力相差甚远的产品导致损失,要求其承担一定的损失并不违背法理与情理。但是商业银行履行告知说明义务并不能否认其违背适当性义务的事实,仍需在合理范围内承担法律责任。

综上所述,商业银行适当性义务应当采取“了解义务”、“匹配义务”的法律构造,其与告知说明义务存在着极为密切的联系,同时,适当性义务与告知说明义务均是独立存在的个体,分别规制商业银行产品推介的适配性与向投资者的信息披露,我国法律与司法机关在对其理解和适用仍然存在较大的模糊性,应当及时理清二者适用领域及适用方式,切实维护投资者合法权益。

3. 商业银行违反适当性义务的判断模式与责任性质

3.1. 商业银行违反适当性义务的判断模式

我国司法实践对于商业银行适当性义务履行情况的认定也较大程度上受到了与告知说明义务混同的影响,部分法院在判决书中直接将告知说明义务等同为适当性义务⁴,但是这一缺陷大多出现在判决的结果端,在过程端对适当性义务与告知说明义务的履行判断上,人民法院采取了差异化的识别模式。

Table 3. The judgment model for the performance of suitability obligations

表 3. 适当性义务履行情况的判断模式

		2016~2019 年	2020 年	2021 年	2022 年	2023 年
形式判断模式	案件数	42 件	28 件	49 件	4 件	2 件
	比例	82%	80%	63%	7%	14%
实质判断模式	案件数	9 件	7 件	29 件	52 件	12 件
	比例	18%	20%	37%	93%	86%

在判断商业银行适当性义务的履行方面,主要有两种判断模式。首先是形式判断模式,法院会查明商业银行是否对投资者实施了风险测评,若未对投资者实施风险测评或风险测评结果与向投资者销售的理财产品风险评级严重不匹配时,直接宣布商业银行未履行适当性义务⁵。其次是实质判断模式,法院并不直接因投资者风险测评结果与产品风险评级相匹配就认定商业银行尽到了适当性义务,而是在此基础上审查交给投资者填写的风险测评问卷在设计上是否具有合理性,以及这一问卷的填写是否真正地体现

⁴ 参见(2021)陕 01 民终 20052 号判决书、(2021)湘 0182 民初 10205 号判决书。

⁵ 参见(2022)京 74 民终 1509 号判决书。

了投资者的实际风险承受意愿与风险承受能力。根据样本案例可以推测, 在司法实践中, 2016年至2020年有80%以上的人民法院选择采用形式判断模式, 其主导地位一直延续到2021年才逐步改观。形式判断模式的本质在于查明商业银行是否具有评估投资者风险承受意愿、能力的行为外观以及是否遵守该评估结果进行适当推销, 而不去调查追问问卷本身的合理性。该种判断模式对于提升法院的审判效率自然有所裨益, 但是, 如果对风险测评问卷本身的合理性疏于检测, 难以确保商业银行不会在此大做文章(见表3)。

形式判断模式建立在“买者自负”理论之上。“买者自负”要求投资者对自己实施的投资行为负责, 投资者购买商业银行非保本理财产品的最终目的在于获取收益, 而市场经济中风险与收益往往相伴而生, 投资者应当尽其所能去识别风险, 独自承担错误投资带来的损失。商业银行仅是投资者投资行为的媒介, 只需在形式上对投资者进行风险测评并匹配了与测评结果一致的理财产品便已然尽到了适当性义务[7]。本文认为, “买者自负”自然符合市场经济自由竞争的逻辑, 但是“买者自负”应当建立在“卖者尽责”的前提之上, 商业银行在市场中的绝对优势地位和逐利性质决定了, 如果不加以严格规制, 银行可能会通过在风险测评问卷上造假来损害投资者合法权益, 譬如问卷内容设置严重不合理导致无法测评出投资者的风险等级、隐瞒风险测评条款骗取投资者签名、擅自更改投资者所填测评选项、问卷晦涩难懂使得投资者无法理解其问题指向等。不要求具有优势地位的卖者尽到责任而一味强调买者自负, 将进一步弱化投资者对于商业银行的信任, 唯有在“卖者尽责”基础上的“买者自负”, 方才是准确、合理的。

实质判断模式则需要人民法院进一步探究商业银行是否真正地了解了投资者的风险偏好并销售了适当的理财产品。在周燕诉中国工商银行股份有限公司日照开发区支行金融委托理财合同纠纷中⁶, 山东省日照市中级人民法院查明周燕在其风险承受能力评估问卷当中已经明确填写不能承受本金受损, 但工行日照支行仍依据其评估体系将周燕评定为“成长型”投资者, 认定周燕可以购买中风险到高风险类型的理财产品。工行表面上履行了适当性义务, 但实质上并没有查明周燕真实的风险等级, 最终导致周燕本金损失。在样本案例中, 2016年至2019年仅有18%的案例采用了实质判断模式, 2020年、2021年实质判断模式的占比则分别升至20%与37%, 而在2022年, 实质判断模式的占比超越形式判断模式达到了93%, 2023年截止到10月份, 实质判断模式的占比高达86%。可见, 实质判断模式正逐步取代形式判断模式成为判断商业银行适当性义务履行情况的主要模式, 司法对商业银行适当性义务的履行提出了更为严格的要求, 这一趋势不仅体现在银行业, 新修订《证券法》第八十九条以过错推定的方式将不存在误导、欺诈情形的举证责任移转给证券公司承担。综上所述, 金融机构作为支撑实体经济发展的力量应当予以关照, 但也应当承担维系金融平稳运行与保护投资者的社会责任。

Table 4. The judgment mode for informing and explaining the fulfillment of obligations

表 4. 告知说明义务履行情况的判断模式

		2016~2019年	2020年	2021年	2022年	2023年
形式判断模式	案件数	35件	18件	34件	0件	0件
	比例	69%	51%	44%	0%	0%
实质判断模式	案件数	16件	17件	44件	56件	14件
	比例	31%	49%	56%	100%	100%

与适当性义务类似, 商业银行告知说明义务履行情况的判断模式也具有形式与实质之分。形式判断模式下, 人民法院以查明投资者是否在风险告知说明书上签字确认为重心, 若签字确认即推定投资者已充分了解所购买理财产品的风险。实质判断模式下, 人民法院则需要查明商业银行所递交给投资者的风

⁶参见(2018)鲁11民终426号判决书。

险告知说明书的表述是否难以理解、是否存在不合理的免责条款、是否他人代为签字确认, 该种判断模式下, 仅凭投资者签署风险告知说明书尚不足以认定商业银行适当履行了告知说明义务(见表 4)。

可以看出, 商业银行适当性义务与告知说明义务履行情况的判断模式均由形式为主逐渐转变为实质为主, 同时, 告知说明义务相较于适当性义务更早地重视实质判断模式的应用, 其原因在于商业银行存在故意隐瞒理财产品风险, 欺诈投资者购买明显超出其风险承受能力产品的行为。对于此类欺诈销售行为, 只要通过实质判断模式查明商业银行没有履行告知说明义务, 就可以直接推断出其同样未履行适当性义务, 因为向投资者销售与其风险等级不匹配的理财产品正是商业银行隐瞒真实情况的最终目的。因此, 对于商业银行欺诈销售理财产品的行为, 仅需对其适当性义务履行情况进行形式判断即可。对于其他类型的商业银行适当性义务纠纷, 则应当统一按照实质判断模式进行查明。

3.2. 商业银行违反适当性义务的责任性质

关于商业银行违反适当性义务应当承担的责任性质, 我国司法实践同样未能给出统一定论, 人民法院对于商业银行应当承担侵权责任、缔约过失责任亦或是违约责任间存在着较大争议(见表 5)。

Table 5. The nature of responsibility for commercial banks violating suitability obligations

表 5. 商业银行违反适当性义务的责任性质

	案例数	比例
侵权责任	86 件	47%
缔约过失责任	74 件	41%
违约责任	21 件	12%

对于商业银行违反适当性义务责任性质的认定主要聚焦于侵权责任与缔约过失责任之间, 去除掉人民法院判决商业银行尽到了适当性义务的 53 件样本案例后, 剩余判决商业银行违反适当性义务的 181 件样本案例中有 47% 主张侵权责任, 41% 主张缔约过失责任, 仅有 12% 的人民法院认定为违约责任。违约责任建立在对合同义务的违反上, 在张治国诉中国光大银行股份有限公司太原双塔西街支行民事信托纠纷案中⁷, 山西省太原市中级人民法院认为商业银行适当性义务应当是合同义务, 即在合同订立过程中应当履行的义务, 仅适用于合同范畴, 张治国主张被告承担侵权责任的请求不成立。本文认为, 若将适当性义务认定为合同义务, 就必须考虑合同义务本身存在的可约定性, 若双方当事人通过合同条款将适当性义务排除, 法院按理应当尊重双方当事人的意思自治, 进而难以追究商业银行的民事责任。尽管现代合同法也逐步将法律规定的强制性义务纳入合同义务范围[8], 但是这并不能否定合同义务依旧以当事人约定为主流, 商业银行可以据此在司法实践中以意思自治为由进行抗辩, 增加人民法院法律解释的困难性, 因此, 将适当性义务认定为合同义务, 主张商业银行违反适当性义务时承担违约责任的做法并不合理。

主张商业银行承担缔约过失责任的法院认为, 既然适当性义务发生在商业银行与投资者理财产品买卖合同签订的阶段, 应当属于先合同义务。商业银行适当性义务的意义在于确保向投资者销售的理财产品与其风险等级相匹配, 进而促成双方订立买卖合同, 将其认定为先合同义务具有一定程度上的合理性。然而, 主张缔约过失责任就不得不面对以下两个问题, 其一, 依据我国《民法典》第五百条, 缔约过失责任的责任主体是“当事人”[9], 但是依据样本案例可知, 商业银行通常是以代销机构的姿态出现在民事法律关系中, 并在诉讼中以合同订立的主体实为产品发行人与投资者为由向法院抗辩。司法实践中不乏法院将缔约过失责任的适用主体扩张解释为第三人⁸, 但该种解释方式现阶段尚无明确法律依据支撑。

⁷ 参见(2020)晋 01 民终 2816 号判决书。

⁸ 参见新疆生产建设兵团第八师中级人民法院(2022)兵 08 民终 634 号民事判决书。

我国《民法典合同编解释(征求意见稿)》第6条增添了合同订立过程中第三人的责任,然而,该条的主要作用在于对第三人缔约过失行为内涵进行规定,并没有独立于侵权责任存在[10]。同时,缔约过失责任建立在高度信任的基础之上,人民法院在认定缔约过失责任时必须查明投资者对商业银行的高度信任促使其购买了代为销售的发行人产品,增添了法院的审查难度。其二,如果所销售的理财产品由于海外挂钩产品价格剧烈变动等原因使得产品风险等级发生变化,进而导致该产品与投资者的风险等级不再匹配,商业银行应当及时通知投资者并询问投资者是否仍选择继续持有该产品。这一过程发生在合同订立之后而非之前,若适用缔约过失责任,则难以对商业银行的后续义务进行规制。认定商业银行违反适当性义务承担缔约过失责任尽管有一定的合理性,但在我国现行法律对于缔约过失责任的建构尚未完善的情况下,认定为侵权责任更加精确。

我国《民法典》第一千一百七十五条对第三人的侵权责任进行了规定,在侵权责任下,商业银行无法通过非合同双方当事人的理由实现有效抗辩,另外,《中国银监会关于规范商业银行代理销售业务的通知》第二十五条规定了商业银行销售代销产品时应当履行适当性义务。此时,法院无需考虑商业银行是否是合同的当事人,仅需查明商业银行是否侵害了投资者的合法权利即可。在样本案例中,部分商业银行尽管实施了风险测评的事实,但是其通过虚假担保利润以及承诺保本保息的方式欺骗投资者购买了高于其风险等级的金融产品,当投资者权利受到损害时,商业银行依据已对投资者做过风险测评且投资者在风险测评上签字为由向法院主张其已经履行完毕适当性义务,法院则以投资者未履行审慎注意义务为由判处投资者自行承担损失⁹。该种情况下,投资者之所以购买了与其风险承受能力不匹配的理财产品,正是基于对商业银行承诺的高度信任[11]。商业银行作为投资者高度信任的金融机构,实施了侵害投资者合法权益的行为,在此基础上,法院若再要求投资者对商业银行存在误导、欺诈行为进行举证,未免与公平正义原则相违背。《九民纪要》第75条指出,投资者承担财产损失的举证责任,商业银行承担已履行适当性义务的举证责任,本文认为,对于投资者提出的商业银行存在欺诈、误导的行为,也应当实施过错推定,由商业银行举证其没有实施该类行为,而非要求处在信息劣势方的投资者承担举证责任。总的来说,在商业银行适当性义务纠纷中,应当由商业银行承担尽到适当性义务、不存在欺诈、误导投资者购买不适当理财产品行为的举证责任,投资者承担对损害结果与因果关系的举证责任,在商业银行确有实施侵权行为时,承担侵权责任。

4. 商业银行违反适当性义务的责任分配

《九民纪要》第78条指出,投资者故意提供虚假个人信息、拒绝听取金融机构合理建议以及未履行适当性义务并不影响投资者自主决策的,可以适当减轻金融机构违反适当性义务的责任。在司法实践中,《九民纪要》列举的三项内容并不能全面地涵盖商业银行违反适当性义务的责任减轻事由。在法院判决商业银行违反适当性义务的181个样本案例中,主要包括投资者提供不实信息或拒绝听取商业银行合理建议、投资者没有尽到审慎注意义务、投资者系投资决策失误、投资者具有丰富的投资经历、商业银行尽到了告知说明义务等五种责任减轻事由,其中因投资者投资决策失误与投资者没有尽到审慎注意义务而减轻商业银行责任的最为常见,分别占样本案例总量的63%与16%。部分法院认为,投资者作为理性的市场主体,应当对自己做出的投资决策承担主要乃至全部责任,非保本理财产品本身具有风险,投资者购买时就应当做好为其投资行为负责的准备,即使商业银行未尽到适当性义务,也不是免除“买者自负”的理由¹⁰。无论商业银行是否采取了欺骗的手段,只要有迹象表明投资者有机会认清产品的实际风险,却没有尽到审慎注意义务,仍选择签字或输入密码,就应当对签字或输入密码产生的效力负责。本

⁹参见(2022)沪74民终1032号判决书。

¹⁰参见(2018)京0105民初91465号判决书。

文认为, 投资者没有尽到审慎注意义务与投资者投资决策失误作为商业银行责任减轻事由并无不当, 但法院应当结合案件的具体情况考量商业银行违反适当性义务行为是否对投资者决策产生了颠覆性的影响, 如果过度强调“买者自负”, 对于投资者审慎注意义务的要求未免过于严苛(见表 6)。

Table 6. Reasons for reducing the liability of commercial banks for violating suitability obligations

表 6. 商业银行违反适当性义务的责任减轻事由

	案件数	比例
投资者欺诈或拒绝听取卖方合理建议	21 件	12%
投资者没有尽到合理注意义务	29 件	16%
投资者自身商业决策失误	115 件	63%
投资者具有丰富投资经验	13 件	7%
商业银行尽到了告知说明义务	3 件	2%

商业银行违反适当性义务的案例中, 55%的法院判处商业银行承担全部民事责任、14%的法院判处商业银行承担主要民事责任、3%的法院判处商业银行与投资者平分民事责任、16%的法院判处商业银行承担次要民事责任、12%的法院判处商业银行不承担民事责任。总体来看, 商业银行违反适当性义务时, 有 69%的概率承担主要及以上责任, 只有少部分法院认为上述五种责任减轻事由足以抵消商业银行违反适当性义务的大半乃至全部不利影响(见表 7)。

Table 7. Responsibility allocation for commercial banks violating suitability obligations

表 7. 商业银行违反适当性义务的责任分配

	案件数	比例
商业银行承担全部民事责任	100 件	55%
商业银行承担主要民事责任	25 件	14%
商业银行与投资者平分民事责任	5 件	3%
商业银行承担次要民事责任	29 件	16%
商业银行不承担民事责任	22 件	12%

现行责任分配体系下, 法院对商业银行违反适当性义务缺乏系统性的责任分配方式, 同一责任减轻事由在不同层级、地区的法院对减轻商业银行责任的贡献力有着较大差异。本文拟依据奥地利学者威尔伯格的动态系统论思想, 体系化商业银行违反适当性义务的责任分配规则。

威尔伯格动态系统论的基本理念为, 法律后果的形成是多种要素协同作用的结果[12], 这一理念反映在侵权损害后果的分配标准中, 主要表现为“过错”、“原因力”和“危险程度”。“过错”是指责任主体为达成损害后果所做的努力, 责任主体的“过错”程度越高, 对于侵权损害后果承担的责任就越重; “原因力”是衡量责任主体基于“过错”实施的侵权行为对损害后果做出多大程度贡献的标准, 侵权行为对损害后果的贡献越高, 承担的责任也应当更重[13]。除了“过错”与“原因力”之外, 主体的“危险程度”也会影响责任的承担。“危险程度”并非实质上造成了损害, 其强调的是责任主体客观存在的、可能会造成损害结果发生的危险状态, 譬如高速行驶的机动车比缓慢行驶的自行车具有更高的危险程度。

在商业银行违反适当性义务纠纷中, “原因力”, 是指商业银行和投资者基于过错实施的行为在投资者损害中所做的贡献占比, 但是, 考虑到“原因力”在个案具体情况间存在着显著差异, 不宜以此为基准建立责任分配体系。“过错”与“原因力”、“危险程度”与“原因力”在商业银行违反适当性义

务纠纷中往往呈现正相关关系^[14], 因此, 本文基于“过错”与“危险程度”要素建立责任分配体系。在“危险程度层面”, 商业银行未履行适当性义务时, 较大可能产生危害投资者合法权利的危险, 应当赋予高危险性。但是当投资者具有丰富的投资经验或商业银行已经尽到告知说明义务时, 商业银行损害投资者合法权益的危险性会适当地降低。但是将上述两项责任减轻事由划归为投资者过错并不合理, 因此, 应当将上述两项事由认定为危险程度减轻因素。在投资者过错方面, 除去投资者具有丰富的投资经验和商业银行尽到告知说明义务两项事由后, 对剩余的三项责任减轻事由依据过错程度进行过错程度排列。在商业银行过错方面, 欺诈销售的行为应当赋予最高的过错程度, 其他基于欺诈销售以外的方式违反适当性义务的和存在适当性义务履行瑕疵的, 相应降低过错程度。此外, 需要强调商业银行过错中的“商业银行违反适当性义务”更加注重这一行为为本身的过错程度, 而在危险程度中的“商业银行违反适当性义务”则侧重于这一行为所造成的危险, 两者并不冲突。各要素具体赋值见下表 8。

Table 8. Comparison table of fault and danger level of commercial banks

表 8. 商业银行过错与危险程度对照表

商业银行过错	
商业银行欺诈销售	重大过错
商业银行基于欺诈销售以外的方式违反适当性义务	一般过错
商业银行存在适当性义务履行瑕疵	轻微过错
商业银行履行了适当性义务且不存在履行瑕疵	无过错
危险程度	
商业银行违反适当性义务	高危险性
商业银行违反适当性义务且存在一项危险程度减轻因素	中危险性
商业银行违反适当性义务且存在两项危险程度减轻因素	低危险性
商业银行未违反适当性义务	无危险性
投资者过错	
投资者欺诈或拒绝听取卖方合理建议	重大过错
投资者没有尽到合理注意义务	一般过错
投资者自身商业决策失误	轻微过错
投资者不存在任何过错	无过错

在动态系统论理念下, 若商业银行具有高危险性且具有重大过错, 投资者无过错时, 商业银行应当承担全部民事责任; 若商业银行具有高危险性且具有重大过错, 投资者也具有重大过错时, 商业银行应当承担主要民事责任; 若商业银行具有低危险性且具有一般过错, 但投资者具有重大过错时, 商业银行应当与投资者承担对半民事责任; 若商业银行仅具有低危险性且仅具有轻微过错, 但投资者具有重大过错时, 商业银行应当承担次要民事责任; 若商业银行无危险性且无过错, 投资者具有重大过错时, 商业银行不应当承担民事责任。由于商业银行无过错必然导致无危险, 笔者将商业银行无过错与低危险性、无过错与中危险性和无过错与高危险性、轻微过错与无危险性、一般过错与无危险性、重大过错与无危险性的组合予以排除。基于投资者的过错程度、商业银行的过错程度及危险程度, 共形成以下 40 种责任组合(见表 9)。

Table 9. The responsibility of commercial banks for violating suitability obligations under the concept of dynamic systems theory**表 9.** 动态系统论思想下商业银行违反适当性义务的责任承担

	投资者无过错	投资者轻微过错	投资者一般过错	投资者重大过错
商业银行无危险性且无过错	不存在冲突	不承担民事责任	不承担民事责任	不承担民事责任
商业银行低危险性且轻微过错	全部民事责任	主要民事责任	对半民事责任	次要民事责任
商业银行低危险性且一般过错	全部民事责任	主要民事责任	主要民事责任	对半民事责任
商业银行低危险性且重大过错	全部民事责任	主要民事责任	主要民事责任	主要民事责任
商业银行中危险性且轻微过错	全部民事责任	主要民事责任	主要民事责任	对半民事责任
商业银行中危险性且一般过错	全部民事责任	主要民事责任	主要民事责任	主要民事责任
商业银行中危险性且重大过错	全部民事责任	主要民事责任	主要民事责任	主要民事责任
商业银行高危险性且轻微过错	全部民事责任	主要民事责任	主要民事责任	主要民事责任
商业银行高危险性且一般过错	全部民事责任	主要民事责任	主要民事责任	主要民事责任
商业银行高危险性且重大过错	全部民事责任	主要民事责任	主要民事责任	主要民事责任

无论是基于动态系统论的责任分配, 还是司法实践中的责任分配, 可以看出商业银行违反适当性义务时具有较大可能承担主要甚至全部责任, 尽管存在部分免责事由, 但这些免责事由尚不足以较大程度地抵消商业银行违背适当性义务所造成的损害后果。

5. 结论

我国自本世纪初引入适当性义务以来, 已逐步建立起商业银行适当性义务的法律规则和司法适用体系, 在投资者合法权利保护与维护金融系统稳定运行上发挥着重大作用。然而, 当前我国商业银行适当性义务依旧存在着法律构造不清晰, 司法适用不明确的问题。本文基于理论分析及对相关案例的实证分析对商业银行适当性义务的法律构造与司法实践中存在的问题进行了揭示并提出了完善建议。

在商业银行适当性义务法律构造方面, 学界与司法实践的争议主要聚焦于告知说明义务是否应当为适当性义务的组成部分。从概念来源与法理基础的角度来看, 适当性义务侧重于强调商业银行应当了解投资者与产品的实际状况, 为投资者匹配适当的产品; 告知说明义务则更加强调商业银行应当对投资者告知说明产品存在的风险和所订立合同条款的含义。尽管适当性义务与告知说明义务存在密切的联系, 但告知说明义务有其独立存在价值, 不应当纳入适当性义务的法律构造之中。在商业银行适当性义务的履行认定方面, 应当采取实质判断模式; 在商业银行存在欺诈销售时, 则可以采用形式判断模式进行认定。在商业银行违反适当性义务的责任性质方面, 尽管承担缔约过失责任具有一定程度的合理性, 但是在我国缔约过失责任法律体系尚未完善的情况下, 要求商业银行承担侵权责任更具有合理性。在商业银行违反适当性义务的责任分配方面, 可以基于威尔伯格动态系统论建立责任分配体系, 无论在司法实践中还是动态系统论下的责任分配, 商业银行都具有较大的可能承担主要或全部责任, 这与商业银行在市场中所处的绝对优势地位相一致。司法作为维护投资者合法权利的最后屏障, 必须清晰地界定商业银行适当性义务的法律构造并明确司法适用规则, 让投资者有信心、有底气地进行投资。

基金项目

本文系兰州大学法学院研究生科研创新项目“《民法典》视阈下所有权保留的属性与法律适用研究”(项目编号 202322018)的阶段性成果。

参考文献

- [1] 黄辉. 中国金融监管体制改革的逻辑与路径: 国际经验与本土选择[J]. 法学家, 2019(3): 124-137+194-195.
- [2] 黄辉. 金融机构的投资者适当性义务: 实证研究与完善建议[J]. 法学评论, 2021, 39(2): 130-143.
- [3] 王冷然. 适合性原则的理念及其适用范围——以美日两国的适合性原则的发展与变迁为例[J]. 法治现代化研究, 2017, 1(2): 141-154.
- [4] 杨沥彬. 金融产品卖方机构告知说明义务研究现状[J]. 合作经济与科技, 2021(23): 184-185.
- [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[J]. 政治与法律, 2022(11): 96-114.
- [6] 邢会强. 金融机构的信义义务与适合性原则[J]. 人大法律评论, 2016(3): 38-54.
- [7] 李游. “买者自负”的适用逻辑与金融消费关系的“不平等”[J]. 北京社会科学, 2019(7): 38-49.
- [8] 翟艳. 我国投资者适当性义务法制化研究[J]. 政治与法律, 2015(9): 98-106.
- [9] 黄薇. 中华人民共和国民法典合同编释义[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 91-92.
- [10] 孙娟. 第三人缔约过失的责任性质及规则适用[J]. 财经法学, 2023(5): 161-176.
- [11] 何颖, 阮少凯. 论金融产品销售商的投资者适当性义务[J]. 财经法学, 2021(1): 134-145.
- [12] 胡学军. 民法典“动态系统论”对传统民事裁判方法的冲击[J]. 法学, 2021(10): 140-153.
- [13] 王利明. 侵权行为法归责原则研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 346-348.
- [14] 周晓晨. 过失相抵制度的重构——动态系统论的研究路径[J]. 清华法学, 2016, 10(4): 108-129.