

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2021.06.022

# 过失相抵制度在金融机构适当性义务案件中的适用研究

毛立琦

(南京大学法学院,江苏南京 210093)

**摘要:**适当性义务的本质是诚实信用原则在金融产品销售领域的具体化,过失相抵制度是一项以责任分担为核心的独立制度。金融消费者的过失并不影响善意信赖的产生,只影响信赖程度的认定,属于责任分担阶段的判断,因此过失相抵制度可以适用于适当性义务案件。从“投资者”到“金融消费者”的分类转变,不仅差异化了金融消费者注意义务的安排,同时也关涉金融机构适当性义务履行的判断标准。在具体适用过失相抵制度时,以比较过错方法为主、比较原因力方法为辅,根据金融机构和金融消费者的行为类型分别确认双方损害赔偿的责任范围和承担比例。

**关键词:**适当性义务;过失相抵;投资者;金融消费者;比较过错

**中图分类号:**DF438.7      **文献标志码:**A      **文章编号:**1672-7835(2021)06-0147-07

近年来,在司法实践中,围绕金融机构的适当性义务及其赔偿责任的案件频繁发生,中行原油宝事件更是引起社会对金融机构适当性义务及其履行方式的高度关注。金融法学理论普遍认为,适当性义务的本质是诚实信用原则在金融产品销售领域的具体化,金融机构因违反适当性义务应当向金融消费者承担赔偿责任。在金融活动中,金融消费者也可能存在过错行为,如故意提供虚假信息、拒绝听取卖方机构的建议等。对因金融消费者自身原因导致的损失,2019年《全国民商事审判工作会议纪要》(以下简称“《九民纪要》”)第78条规定卖方机构可以请求免除相应责任。但是,对于拒绝提供或者未按照要求提供信息的情形,2020年《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)第88条规定证券公司应当告知其后果,并按照规定拒绝向此金融消费者销售证券、提供服务。鉴于过失相抵制度在适当性义务案件中适用规定的莫衷一是,司法裁判应引起必要关注。本文拟借助司法裁判案件,探究过失相抵制度是否可以在适当性义务案件中予以适

用以及如何适用。

## 一 适当性义务的性质判定

在金融交易中,金融消费者与金融机构之间存在信息不对称及交易能力不平衡问题,为了实现交易过程中风险与收益的合理匹配,重塑交易双方的实质平等地位,金融机构的适当性义务应运而生。“金融机构在向金融消费者推介、销售高风险等级金融产品或提供高风险等级金融服务时,应了解客户、了解产品、将适当的产品或服务销售或提供给适合的金融消费者,金融消费者在充分知晓金融产品特征及其风险后做出自主决定。”<sup>①</sup>这里的高风险等级只是指未来本金发生损失状态的可能性及其程度,并非实然意义上的高风险,也不纯粹与金融学意义上的风险等级挂钩。

从比较法的角度来看,适当性义务的法律适用存在两种模式:一种认为适当性义务宽泛作用于金融机构的各类交易活动中;一种认为适当性义务一般以存在推荐行为等作为适用前提。根据

收稿日期:2020-03-25

基金项目:国家社会科学基金一般项目(16BFX122);江苏省研究生科研创新计划项目(KYCX21\_0005)

作者简介:毛立琦(1994—),女,山东德州人,博士生,主要从事金融法学研究。

<sup>①</sup>关于适当性义务的概念及相关解释适用,参见李国光主编:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第409—433页。

美国法的招牌理论,金融消费者因信赖金融机构的专业性,从而产生信义关系,基于特殊的背景关系,法律给金融机构设置超出普通法所承载的一般注意义务,即适当性义务<sup>①</sup>。大陆法系国家则从诚实信用原则切入,寻求适当性义务的理论支撑,金融机构不能欺诈金融消费者,应从金融消费者利益出发,将适当的金融产品推荐给适合的金融消费者<sup>②</sup>。适当性义务无论是被理解为英美法系的信义义务,抑或大陆法系的诚信义务,均强调金融机构与金融消费者之间的信赖关系。因此,适当性义务的实质是诚实信用原则在金融产品销售领域的具体化<sup>③</sup>。

我国法律、行政法规规定的适当性义务,当然构成金融机构的法定义务。目前我国《中华人民共和国证券投资基金法》(以下简称《证券投资基金法》)和《证券法》在法律层面规定有适当性义务,银行、保险、期货、证券等金融领域的其他规范性文件、行业自律管理规范等也对适当性义务做出过监管规定。《九民纪要》亦对上述适当性义务的性质做出明确界定<sup>④</sup>。因此,将适当性义务直接认定为法定义务有法解释学依据。在我国司法实践中,部分法院将适当性义务认定为金融机构的法定注意义务,适用侵权责任予以裁判;部分法院认为适当性义务属于先合同义务,裁判金融机构负担缔约过失责任;也有很多法院直接援引诚实信用原则来确证金融机构的适当性义务。虽然司法实践对适当性义务的民法原理的基础性质认定存在分歧,但是,目前主流观点认为,金融消费者因诚实信用原则对金融机构存在信赖利益。事实上,先合同义务与侵权法上的一般安全注意义务没有本质区别<sup>⑤</sup>。适当性义务无论是看作法定义务,还是先合同义务,其核心均为金融机构的注意义务,且高于一般注意义务,更加强调金融机构推荐、销售行为的适合性。在诚实信用原则的意义上,先合同义务与侵权法上的义务具有一致性。金融机构违反作为法定义务的适当性义务应

当承担侵权责任,违反作为先合同义务的适当性义务应当承担缔约过失责任。法院通常选择便宜的做法,通过将适当性义务看作金融机构的注意义务,判决金融机构承担侵权责任或缔约过失责任,实现对金融消费者权益的保护。

## 二 过失相抵制度在适当性义务案件中的适用证成

过失相抵制度的法理价值在于,在受害人有过失时,可以减轻加害人责任<sup>⑥</sup>。主流观点认为过失相抵制度是公平原则在缔约过程中的延伸,是自己责任的具体体现<sup>⑦</sup>。加害人和受害人的过失性质不同,加害人的过失源于法律上不得侵害他人权益的义务,为“固有意义之过失”。受害人的过失并非源于其违反法定义务,而是违反了对自己利益的维护照顾义务,即不真正义务。不真正义务的违反并不产生损害赔偿责任,只是使义务承担者遭受权利减损或产生不利益。在个案中可以通过比较当事人之间的过错程度及对损害产生的原因力,确定责任的有无以及责任的范围。

理论界从不同角度对过失相抵制度的性质进行分析,如责任分担规则说、过失要件抗辩说、违法性要件抗辩说以及因果关系要件抗辩说等。作为侵权责任构成要件中的“过错”“因果关系”等均是指向加害人的可责难性,换言之,在责任成立的判断阶段,只是对加害人的行为进行否定性评价,与受害人无关。而在责任分担阶段,则需要考虑受害人的行为对损失产生的影响,判断该过失对损害的发生或扩大产生的影响,从而影响责任的分配。过失相抵制度在实质上并非加害人的抗辩事由,只要符合过失相抵制度的构成要件,法官即可依职权对当事人之间的责任进行分担,减免加害人的赔偿责任<sup>⑧</sup>。因此,过失相抵制度是一项核心为责任分担的独立制度。《中华人民共和国民法典》已在总则编、合同编及侵权责任编中

① Lewis D. Lowenfels, Alan R. Bromberg. "Suitability in Securities Transactions", *The Business Lawyer*, 1999(54): 1581.

② 钱玉文,吴炯:《论商业银行适当性义务的性质及适用》,《湖南社会科学》2019年第4期。

③ 韩祥波:《金融产品销售的适当性法律问题研究——以金融产品的纠纷解决为中心》,法律出版社2013年版,第145页。

④ 李国光:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第412—414页。

⑤ 冉克平:《缔约过失责任性质新论——以德国学说与判例的变迁为视角》,《河北法学》2010年第2期。

⑥ 陈聪富:《过失相抵之法理基础及其适用范围》,《中德私法研究》2008年第4卷。

⑦ 程啸:《论侵权行为法上的过失相抵制度》,《清华法学》2005年第2期。

⑧ 王利明:《侵权行为法研究》,中国人民大学出版社2004年版,第612页。

对过失相抵制度进行了规定,因此其可以广泛适用于各种损害赔偿领域,信赖利益的损害赔偿自不例外。

金融消费者请求缔约过失损害赔偿的主观状态,即为信赖的正当性。在适当性义务案件中,由于金融产品结构复杂,投资风险高,金融消费者需要依赖金融机构的风险说明及投资建议。金融服务合同的缔结就是表征金融消费者合理信赖的证明。只要金融消费者对金融机构的行为产生善意信赖即可<sup>①</sup>。换言之,适当性义务案件中金融消费者的过失并不影响善意信赖的产生,只影响信赖程度的认定,属于责任分担阶段的判断。

《九民纪要》第 72 条明确指出:“适当性义务的履行既是‘卖者尽责’的主要内容,也是‘买者自负’的前提和基础。”适当性义务的配置并非要求金融机构承担金融交易过程中的所有注意义务,其仅为金融消费者风险自负的前提条件,规范的最终目的还是要推动形成公开、公平、公正的市场环境和市场秩序。司法实践以利益平衡为原则,以适当性义务平衡双方地位差异,公平合理地分配双方利益,确定金融交易双方共存的发展机制,协调金融消费者保护与金融交易秩序<sup>②</sup>。过失相抵制度的适用会给金融机构以正向激励,既能督促金融机构保持合理注意,恰当履行适当性义务,又可合理保护金融消费者权益。

### 三 过失相抵制度在适当性义务案件中的实证考察

在中国裁判文书网(<http://wenshu.court.gov.cn/>)、威科先行数据库(<http://www.wkinfo.com.cn/>)等网站中,通过输入“适当性义务”“适合性原则”“适当性原则”“适合性义务”等关键词搜索,并结合判决内容中对过失相抵制度的适用,本文共计搜集了 209 篇涉及金融机构适当性义务的生效裁判文书。在 209 份研究案例范本中,有 168 篇涉及金融机构适当性义务的司法裁判,法院直接或间接适用了过失相抵制度。

在 42 个案例中,法院将“买者自负”作为基

本原则,投资者应自担风险。金融市场属于高风险市场,即使金融机构履行适当性义务的行为存在瑕疵,但是作为完全民事行为能力人,投资者应当对其经济实力及抗风险能力具有正确的认知和判断,负有勤谨的注意义务,其应对预期利益和风险进行权衡后交易,因此金融机构无须承担民事责任,如吴某与中国建设银行股份有限公司苏州湖畔花园支行财产损害赔偿纠纷<sup>③</sup>。

在 21 个案例中,法院综合考量案件事实后认为,投资者从事的投资行为属于商行为范畴,而非一般消费行为,应具备更强的谨慎注意义务,结合其实际的经济实力及投资目标,深入了解理财产品内容及风险后采取合理的资产投资组合。在这类案件中,法院仍将“买者自负”作为基本原则,使投资者负担更高的注意义务,同时根据实质公平原则,考察金融机构履行适当性义务的情况,如投资者自身存在过失,则降低金融机构所承担的赔偿责任比例。如刘茜与中国光大银行股份有限公司武汉汉街支行、中国光大银行股份有限公司武汉分行委托理财合同纠纷<sup>④</sup>。

在 68 个案例中,法院在审理时未考虑投资行为的性质认定,而是直接考虑金融消费者的个体因素,如其过往理财经验、经济实力、交易能力等,较为全面地考量交易双方情况,更加重视交易公平,给予不同交易能力的金融消费者以差异化保护。当金融消费者拥有较高文化水平、丰富理财经验或较强经济实力时,通常会加重金融消费者自己的过失责任,金融机构应当承担的责任份额相应降低。如王会兰与中国工商银行股份有限公司北京龙潭支行财产损害赔偿纠纷<sup>⑤</sup>。

在 37 个案例中,法院不仅注意到金融消费者的个体因素,更加强调金融消费者的弱势地位。在一般商事行为中应当依照“买者自负”原则,但在金融服务法律关系中,由于信息不对称及交易能力的限制,金融消费者在购买金融产品时,往往需要依赖金融机构的推荐介绍。与此对应,金融机构在推介金融产品时,亦应遵循“消费者利益优先”原则,切实履行适当性义务。因此,法院在

<sup>①</sup>于风瑞:《合同违法无效时损害赔偿范围的厘定——从不当得利与缔约过失展开》,《河北法学》2018 年第 6 期。

<sup>②</sup>周荃:《从倾斜到平衡:论金融消费者权益司法保护理念建构》,《证券法苑》2012 年第 2 期。

<sup>③</sup>参见江苏省苏州市工业园区人民法院(2018)苏 0591 民初 3821 号民事判决书。

<sup>④</sup>参见湖北省武汉市中级人民法院(2016)鄂 01 民终 1177 号民事判决书。

<sup>⑤</sup>参见北京市第二中级人民法院(2019)京 02 民终 15312 号民事判决书。

适用过失相抵制度判断责任范围及承担比例时,更加倾斜保护金融消费者,金融机构承担的责任程度较重。如李昭与中国工商银行股份有限公司北京德胜科技园支行财产损害赔偿纠纷<sup>①</sup>。

根据上文的实证分析可以看出,在适当性义务案件中,法院适用过失相抵制度的切入点为投资者或金融消费者的身份认定。当法院确认投资者身份时,则其从事的投资行为属于商行为范畴,依据“买者自负”原则,使投资者负担更高的谨慎注意义务;当法院选定金融消费者身份时,鉴于其在交易中的弱势地位,更加重视交易公平,充分考虑金融消费者的个体因素,对其倾斜保护,裁判原则亦从强调“买者自负”原则过渡到“卖者尽责、买者自负”。金融消费者交易能力的不同,不仅关乎其自身注意义务的确定,也是厘清“买者自负”与“卖者尽责”之间逻辑界限的关键,涉及金融机构适当性义务履行的判断标准,进而影响过失相抵制度适用过程中双方责任范围和承担比例判断。

#### 四 过失相抵制度在适当性义务案件适用中的具体构建

在司法实践中准确运用过失相抵制度,需对金融交易当事人的过失进行判断,而这应从金融机构和金融消费者两个方面进行。

##### (一) 金融机构的过失判断标准

在司法实践中,判断金融机构是否存在过失,显然是考察其适当性义务的履行情况。适当性义务包括告知说明义务和适当推荐义务两个层面。尽管目前我国只有《证券投资基金法》和《证券法》在法律层面规定有适当性义务,但是银行、保险、期货、证券等其他金融领域的规范性文件、行业自律管理规范等也对适当性义务做出过监管规定,其与法律、法规不相抵触的,可以参照适用<sup>②</sup>。

在告知说明义务方面,《九民纪要》第76条明确规定其履行标准,即“采用主客观相一致标

准,以一般人能够理解的客观标准为主,以特定金融消费者能够理解的特别标准为辅”。主客观相一致标准立足于金融机构了解客户和了解产品的基础之上,兼具客观标准的普适性和主观标准的个性化,相继对适当性义务的履行标准提出了新的要求。在司法实践中,金融机构往往通过标准化合同向金融消费者介绍金融产品或服务的基本内容,揭示风险。根据义务实质履行标准,金融机构不应当只罗列模板中的通用风险,还应当根据金融消费者自身情况,向其有针对性地说明产品的个性化投资风险<sup>③</sup>。同时,风险揭示的语言应该朴实直白,向金融消费者披露可能遭受的最大损失,避免华而不实的语言堆砌<sup>④</sup>。在中行原油宝事件中,作为期货交易理财产品的“原油宝”,中行没有直接揭示其“穿仓”的风险,而是在《中国商业银行股份有限公司个人账户商品业务交易协议》中约定了银行追索权。这种既专业又间接的风险提示方式显然不符合告知说明义务的履行标准。另外,对于老年人、残疾人等弱势的特殊群体,金融机构更应强化风险揭示责任,确保对方明确了解金融产品的内容及其风险<sup>⑤</sup>。

在适当推荐义务方面,金融机构应当将适当的金融产品推介给适合的金融消费者。目前司法实践主要依赖于金融机构对金融产品及金融消费者的风险评级判断是否适当。一般情况下,法院会尊重金融机构的风险测评结果。但是在王翔与中国建设银行股份有限公司北京恩济支行财产损害赔偿纠纷中,金融机构根据银行业协会发布的《商业银行销售银行理财产品与代销理财产品的规范标准和销售流程》对王翔进行风险评估,法院却并未依照金融机构的评级结果,而是自行“穿透式”地对金融产品的风险等级和金融消费者的风险承受能力进行认定<sup>⑥</sup>。剩余立法权究竟在行政机关和司法机关间如何进行分配,目前存在争议<sup>⑦</sup>。在我国,金融监管的剩余立法权主要由行政机关行使,司法机关更多是参照适用监管

<sup>①</sup>参见北京市第二中级人民法院(2019)京02民终5844号民事判决书。

<sup>②</sup>关于适当性义务的法律适用规则,参见李国光主编:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第415—418页。

<sup>③</sup>参见北京市第一中级人民法院(2018)京01民终8761号民事判决书。

<sup>④</sup>参见江苏省南京市中级人民法院(2018)苏01民终7992号民事判决书。

<sup>⑤</sup>参见北京市第二中级人民法院(2019)京02民终15312号民事判决书。

<sup>⑥</sup>参见北京市第一中级人民法院(2018)京01民终8761号民事判决书。

<sup>⑦</sup>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304—306页。

规范。目前监管机关已经形成了较为规范的风险评级机制,法院直接在个案中推翻行政机关的认定,有违惯例<sup>①</sup>。风险等级的测评需要考虑金融学、法学等多重因素,交由更为专业的行政机关或聘请第三方机构或许更为合适。

主客观相一致标准的考察仍建立在双方举证的事实之上。过错推定原则的适用强化了金融机构的举证责任,证据是否充分直接关系到金融机构的责任承担。《九民纪要》第75条详尽列举了金融机构需要举证的主要内容,同时第76条规定:“形式上的知晓内容不能单独作为认定金融机构已经履行告知说明义务的依据。”程序的恰当履行是为了正确地测评金融消费者的风险承受能力,并依此进行适当推荐及风险告知<sup>②</sup>。因此,金融机构应当注意在适当性义务履行过程中的全程留痕及相关证据材料保存工作。

## (二)金融消费者的过失判断标准

在适当性义务案件中,由于无法求证人们的主观心理状态,因此对过失的判断只能采用客观标准,以一个合理谨慎的人所应当具有的注意义务予以认定。金融交易相对人过失的判断基点是理性人标准。司法实践中有关投资者与金融消费者的区分反映了法律背后对交易相对人理性人标准的预设。金融消费者的概念多使用于银行及保险领域,证券领域却仍使用投资者的表述<sup>③</sup>。《证券法》第88条虽然规定了适当性义务,并且使用了投资者表述,但同时第89条规定了投资者的分类保护及法律适用。显然,《证券法》已经意识到投资者的分化以及金融消费者的生成,但是碍于证券监管法治理念及分业监管体制,证券行业的投资者保护制度已经逐步发展且自成系统,无须再另起炉灶在证券领域引入金融消费者概念。事实上,英国、美国等国家均未直接使用“金融消费者”的表达,而是将“消费者”概念引入金融服务领域,并规定在何种交易、何种条件下,金融市

场参与者成为金融消费者<sup>④</sup>。在我国,投资者与金融消费者也可以共存,并依据不同的法律得到保护。因此,表述方式的使用只是表达的形式,对于金融消费者的判断仍需考察其实质的权利义务内容。

从“投资者”向“金融消费者”的角色转变,不仅是身份的转变,也决定了其注意义务的不同安排<sup>⑤</sup>。由于在个案中,金融消费者形象各异,因此需要分类抽象出一个普适的金融素养水平来作为理性人的判断标准。实际上,即使对待类似情形的金融交易,法院的具体适用标准也会存在不同。例如,对于金融消费者的非同一理财产品的投资经验,有的法院认为以往购买理财产品的事实并不能表明其了解案涉产品的相关风险<sup>⑥</sup>;有的法院认为理财产品的购买经验可以证明金融消费者具有一定的财务能力,继而提高其注意义务标准<sup>⑦</sup>。投资经验的认定范围不宜过于局限,交易结构、投资标的、风险等级近似的投资经历均可视为对金融消费者理解金融产品风险有重要影响的投资经验。当然,投资经验只是金融消费者分类的其中一项考虑因素。除此之外,我国司法实践在安排金融消费者注意义务时,还会考虑经济实力、年龄、学历、职业、风险承受能力等因素<sup>⑧</sup>,刻画金融消费者肖像,依此判断其过错程度并在司法裁判中授权法官自由裁量。

在与金融机构的交易过程中,专业性的投资者具有丰富的交易知识、投资经验或自我保护能力<sup>⑨</sup>,如长期从事于金融行业的高知分子即符合传统商事行为对理性经济人形象的假设,此时其与金融机构处于平等地位,可以基于其既有的信息为自己利益做出最优决定。因此,专业投资者应符合商事交易行为的理性人注意标准,并遵守“买者自负”原则;随着投资者与金融机构之间信息不对称现象的凸显,法律通过信息披露制度介

①何颖,阮少凯:《论金融产品销售商的投资者适当性义务》,《财经法学》2021年第1期。

②参见江苏省南京市鼓楼区人民法院(2017)苏0106民初3304号民事判决书。

③姚佳:《“金融消费者”概念检讨——基于理论与实践的双重坐标》,《法学》2017年第10期。

④廖凡:《金融消费者的概念和范围:一个比较法的视角》,《环球法律评论》2012年第4期。

⑤陈洁:《投资者到金融消费者的角色嬗变》,《法学研究》2011年第5期。

⑥参见北京市高级人民法院(2019)京民申3178号民事裁定书。

⑦参见北京市第二中级人民法院(2019)京02民终15312号民事判决书。

⑧王雨乔:《投资者的“核准制”——科创板视角下投资者适当性制度的再审视》,《投资者》2019年第3辑。

⑨李东方,冯睿:《投资者适当性管理制度的经济和法律分析》,《财经法学》2018年第4期。

入金融机构和投资者之间的金融交易关系<sup>①</sup>。在具备充足信息的前提下,理性投资者可以独立完成投资行为并承担自身责任。其一般表现为具有较丰富的投资经验和知识,受过较好教育,信息处理能力和承担风险能力较强<sup>②</sup>。当金融机构履行法定信息披露义务后,理性投资者应尽到合格投资者的注意义务;在司法实践中,金融消费者多以其没有阅读产品提示或者没有理解相关内容等作为抗辩理由<sup>③</sup>。这部分投资者已经属于有限理性的金融消费者,即其各方面交易能力都弱于理性投资者,可能仅具备非同类产品的投资经验和知识,受教育程度中等,信息处理能力和承担风险能力一般。当金融机构履行适当性义务后,有限理性的金融消费者应做出适当决策行为并为之负责。

从“专业投资者”到“理性投资者”到“有限理性金融消费者”,金融消费者的交易能力越来越低,对其适用的“合理人注意标准”也应相应降低。金融消费者在购买金融产品时对卖方机构的信赖程度,与自身的交易能力成反比。目前司法实践中,金融消费者的主导形象为有限理性金融消费者<sup>④</sup>,除非存在明确理由,可以确认金融消费者属于其他类别,否则主导形象的判别不宜被推翻。当交易相对人的行为低于或者不符合理性人标准时,则推定交易相对人存在过失。

然而,即使金融机构履行了信息披露义务和适当性义务,有些金融消费者仍会选择与其不适合的金融产品,遭受投资损失。经济学者认为这部分金融消费者对理性决策既无兴趣也无能力,被认为是低理性金融消费者<sup>⑤</sup>。由于其较低的交易能力,这类金融消费者在交易过程中完全信赖金融机构的行为,金融机构应对低理性金融消费者尽最大可能保护,适用“善良家父”标准,更加直接地干预金融消费者决策,阻止其采取经济自杀行为。《证券法》第88条规定证券公司应当告

知其后果,并按照规定拒绝向此金融消费者销售证券、提供服务。

### (三) 过失相抵制度在责任分配中的适用分析

在确定金融机构与金融消费者的过失认定与判断标准后,损害责任的承担与分配则是下一步需要解决的问题。法院可以通过自由裁量确定责任的分担,适用过失相抵制度减少或免除金融机构的责任,并类型化处理此类案件。

很多司法裁判在说理部分中均提到“为强化金融产品销售机构履行保护金融消费者权益的责任,提升金融消费者信心,维护国家的金融安全和稳定,本案不应适用过失相抵的规定”<sup>⑥</sup>。政策性考量是金融机构适当性义务裁判过程中的重要影响因素。从“买者自负”到“卖者尽责、买者自负”,适当性义务的履行目的仍在落实“买者自负”原则。随着金融消费者保护理念的变迁,在司法实践中,金融消费者的保护已不局限于单方面的倾斜保护,而是多方利益平衡。既然在立法阶段已经让金融机构负担适当性义务,在过失相抵制度的司法适用过程中,金融机构作为推动金融市场发展的中坚力量,不宜再因保护金融消费者的金融政策而赋予其额外的注意义务。

目前理论界已经普遍认可综合判断法为过失相抵制度的适用标准,通过全面考虑过错和原因力的影响,确定责任的分担<sup>⑦</sup>。过错和原因力属于问题的一体两面,存在较大程度的重合。在适当性义务案件中,对金融机构适用过错推定的归责原则,在过错责任中,应该主要强调当事人的主观可归责性,即以比较过错为主,比较原因力为辅。适用比较过错方法时,首先需要判断金融机构和金融消费者的过错程度,进而将双方的过错程度进行比较,并依此确定一定的比例,根据该比例认定双方的责任范围,在损害总额中扣减金融消费者承担责任的数额,最终确定金融机构承担

<sup>①</sup>George A. Akerlof. “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics*, 1970, 85(3): 488.

<sup>②</sup>张艳:《个人投资者的保护逻辑与新时代的路径选择——以金融产品销售为例》,《当代法学》2019年第1期。

<sup>③</sup>参见上海市第二中级人民法院(2017)沪02民终9139号民事判决书。

<sup>④</sup>张艳:《个人投资者的保护逻辑与新时代的路径选择——以金融产品销售为例》,《当代法学》2019年第1期。

<sup>⑤</sup>Cass R. Sunstein, Richard H. Thaler. “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron”, *University of Chicago Law Review*, 2003, 70(4): 1159-1202.

<sup>⑥</sup>参见江苏省南京市中级人民法院(2017)苏01民终10111号民事判决书。

<sup>⑦</sup>金文,王信峰:《“行为”的与有过失和“责任”的过失相抵》,《山东审判》2016年第4期。

的赔偿责任数额<sup>①</sup>。由于双方过错程度类型多样,在进行比较的过程中,也会呈现出纷繁复杂的情形。

过失相抵制度源于公平原则与责任自负原则,如果金融交易当事人故意违反相关义务,致使对方无法履行其注意义务时,则直接认定该方当事人过失成立并承担或分担责任。在适当性义务案件中,如果金融机构捏造金融产品资料、故意隐瞒金融产品真实风险等,导致有限理性金融消费者难以负担合理谨慎的注意义务,依据自身状况进行合理投资,此时,根据适当性义务的规定,金融机构应当直接承担民事赔偿责任。如果金融消费者故意提供虚假信息、拒绝听取相关建议等,致使金融机构无法履行适当性义务时,此时金融消费者已对金融产品的风险及其特性有明确认知,并且可以预见未来可能产生的投资损失,其并未对金融机构的推介销售行为产生合理信赖,也就

不存在适当性义务的适用空间,即仍应遵循“买者自负”原则。

在确定损害赔偿范围时,比较过错方法是适用过失相抵制度的基本方法,但在无法确定过错程度时,需要运用比较原因力方法,即通过衡量金融机构与金融消费者的行为与损害结果之间是否存在因果关系,以此判断各行为的作用力,最后确定双方承担责任的范围。相较于比较过错方法,比较原因力方法属于辅助方法。当金融机构和金融消费者的过错程度无法确定时,此时可以借助各自行为的原因力大小确定责任承担范围。当双方过错程度相等时,可以依据原因力调节损害赔偿范围<sup>②</sup>。裁判的精细化是司法技术进步的重要标志,只有充分运用综合判断方法,结合具体案件的不同情况灵活适用,才能使最终责任赔偿范围和承担比例的判定更加严密。

## On the Application of the System of Contributory Negligence in the Cases of Suitability Obligation of Financial Institutions

MAO Li-qi

(School of Law, Nanjing University, Nanjing 210093, China)

**Abstract:** The nature of the suitability obligation is the concretization of the principle of good faith in the field of financial product sales. The system of contributory negligence is an independent system whose core is responsibility sharing. The fault of financial consumers does not affect the generation of good faith trust, but only affects the determination of the degree of trust, which belongs to the judgment of the responsibility sharing stage. Therefore, the system of contributory negligence can be applied to cases of the suitability obligation. By changing the classification from “investors” to “financial consumers”, the arrangement of financial consumers’ duty of care is differentiated, and it also concerns the judgment standards for the fulfillment of suitability obligation of financial institutions. When specifically applying the system of contributory negligence, the comparative fault method is the main method, and the comparative causal force method is the supplement. According to the types of behaviors of financial institutions and financial consumers, the liability scope and the proportion of liability for damages are confirmed.

**Key words:** suitability obligation; contributory negligence; investors; financial consumers; comparative fault  
(责任校对 朱正余)

<sup>①</sup>唐慧:《侵权法过失相抵制度研究》,九州出版社2016年版,第120页。

<sup>②</sup>杨立新:《中国侵权行为形态与侵权责任形态法律适用指引——中国侵权责任法重述之侵权行为形态与侵权责任形态》,《河南财经政法大学学报》2013年第5期。