

场外配资纠纷专题（六） — 公私法分工与金融协同治理

作者：尤杨 | 闫北辰

本系列前五篇分别从构成要件、合同效力、穿仓损失、劣后操盘等角度讨论了场外配资纠纷中的一些具体问题。除了这些具体问题之外，场外配资这一话题也引发了我们对“公私法分工与金融协同治理”这一更深层次问题的思考。作为系列文章的最后一篇，本篇拟就这一问题分享笔者的一些认识。

一、公私法的分工：剑与天平

比较下面两个法条：

《民法通则》（1986）	《合同编通则解释》（2023）
第一百三十四条第三款 人民法院审理民事案件，除适用上述规定外，还可以予以训诫、责令具结悔过，收缴进行非法活动的财物和非法所得，并可以依照法律规定处以罚款、拘留。	第十六条第三款 依据前两款认定合同有效，但是当事人的违法行为未经处理的，人民法院应当向有关行政管理部门提出司法建议。当事人的行为涉嫌犯罪的，应当将案件线索移送刑事侦查机关；属于刑事自诉案件的，应当告知当事人可以向有管辖权的人民法院另行提起诉讼。

通过以上比较可以发现：在我国早期的民事法律规范中，私法责任与公法责任的界分并不完全清晰，私法也需经常扮演“惩罚”的角色；但现行《民法典》及司法解释仅保留了与行政处罚及刑事诉讼的程序性衔接机制，实体性的公法责任则已基本从民事法律规范中消失，公法责任也不再是民事诉讼的处理对象。

笔者认为，这样的变迁体现的正是公法与私法之间的分工。公法如同一把砍向违法者的剑，它通过收缴、处罚等国家强制手段提高违法成本，实现预防违法的目的。然而私法则与此不同，它并不改变私人利益的总量，而是在平等主体之间确定公平合理的利益分配方案。从这个意义上说，私法如同人与人之间的一架天平，一旦一端落下则另一端必然升起，其追求的目标在于衡平。如果用片面的“惩罚”逻辑认定私法责任，就容易产生机会主义行为的空间，使法律沦为另一方不当获利的工具。通过本系列第三篇对场外配资合同无效法律后果的讨论，相信读者能够体会到这一点。

诚然，即使是今天已相对“纯粹”的私法，也仍保留了少量必要的惩罚性规范，侵权法上的惩罚性赔偿制度即为典型。在少数情况下，甚至对于恶意利用惩罚性赔偿制度牟利者，法律也给予一定程度的支持（例

如食品领域¹)。在国家执法能力有限的现实条件下,保留少量必要的惩罚性民事责任并非没有合理性,但应严格作为例外看待,而不能将惩罚上升为民事责任的一般性功能²。

二、公私法分工视角下的金融协同治理

近年来金融领域强调“金融协同治理”,这一政策使得公私法之间本已相对清晰的分工又重新陷入了迷雾。笔者在办案实践中发现,实务界似乎存在这样一种认识:对于金融监管层面上构成违规甚至已被监管机构处罚的行为,在金融审判³中也应尽量科以一定的民事责任,以制裁违法行为,实现监管与审判的“协同”。

然而,这种认识是否符合政策原意、是否符合法理,并非没有商榷空间。依笔者所见,金融监管与金融审判的“协同”宜理解为以下四方面:

一是知识层面的协同。金融监管具有较强的专业性,对日常主要运用基础民商事法律规范的司法从业者而言,在金融民商事案件中容易出现知识和视野上的局限⁴。本系列第一篇介绍的那种完全基于《九民纪要》第86条的“利用互联网信息技术”等字面规定认定场外配资、不问其背后监管逻辑的做法,便或多或少体现了这种知识和视野上的局限。为克服这样的局限,不仅需要司法从业者个人加强对监管规范的理解,也需要监管机构与司法机关之间建立业务培训等方面的合作机制,以实现金融监管与金融审判在知识层面上的协同。

二是程序衔接层面的协同。金融监管中出现民事纠纷,监管机构应当积极引导当事人通过诉讼、仲裁等方式解决。金融审判中发现涉嫌违反监管规范的行为,法院亦应通过司法建议等方式交由监管机构处理。此外,最高人民法院刘贵祥专委还指出,对于某些特殊案件,要优化行政管理与金融司法的程序关系,以政府主导下行政处置先行更有利于化解风险、保护各方权益的,法院应把握程序节奏,做好先期配合工作⁵。

三是事实认定层面的协同。法院审理民事案件依赖于当事人提供的证据,当事人未举证证明的事项法院通常不得主动调查。在金融消费者与金融机构的纠纷中,金融消费者的举证能力处于明显劣势,尽管这一问题可以通过证明责任倒置规则在一定程度上解决⁶,但基于证明责任规则的“推定”毕竟不同于依据充分证据查明的事实。此时监管机构的行政调查便可发挥查明事实的作用。对于金融消费者提交的行政处罚决定书等行政文书查明的基本事实,在没有相反证据的情况下,法院原则上应当采信⁷。

四是扰乱监管秩序与否的认定协同。金融审判中遇到合同效力等问题时,常需判断交易是否扰乱了金融监管秩序。由于监管秩序具有较强的政策性,监管机构对于监管秩序的理解应更为权威,在此问题上法院

¹ 《最高人民法院关于审理食品药品惩罚性赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十二条第一款:“购买者明知所购买食品不符合食品安全标准,依照食品安全法第一百四十八条第二款规定请求生产者或者经营者支付价款十倍的惩罚性赔偿金的,人民法院应当在合理生活消费需要范围内依法支持购买者诉讼请求”。

² 即使是民法中与公法关系最近的侵权法,学者亦指出惩罚并非其功能。参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年版,第39页。

³ 本文讨论的金融审判仅限于民事审判,不包括刑事审判和行政审判。

⁴ 参见刘贵祥:《关于金融民商事审判工作中的理念、机制和法律适用问题》,载《法律适用》2023年第1期,第11页。

⁵ 参见刘贵祥:《关于金融民商事审判工作中的理念、机制和法律适用问题》,载《法律适用》2023年第1期,第11页。

⁶ 《九民纪要》第94条:“资产管理产品的受托人以受托人未履行勤勉尽责、公平对待客户等义务损害其合法权益为由,请求受托人承担损害赔偿责任的,应当由受托人举证证明其已经履行了义务。受托人不能举证证明,委托人请求其承担相应赔偿责任的,人民法院依法予以支持”。

⁷ 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十条并未将行政文书查明的基本事实规定为免证事实。不过,根据该条第二款,即使是免证事实,亦可以相反证据反驳或推翻。因此,是将行政文书查明的基本事实规定为免证事实,还是将行政文书本身理解为证明力较强的证据,笔者认为并没有决定性的区别。

通常应尊重监管机构的结论。不过，在监管机构认为监管秩序确已遭到扰乱的情况下，法院虽然不应轻易推翻监管机构的结论，但扰乱监管秩序在民事上的法律效果尚需由法院独立判断。

以上是笔者认为金融监管与金融审判应当“协同”的四个方面。至于上文提及的“对违法行为应尽量科以民事责任”的认识，笔者认为系对“金融监管与金融审判相协同”的误解。**金融行业固然属于强监管行业，但这不应颠覆公法与私法的分工格局。私法作为调整平等主体之间利益分配的法律，其强调的公平、诚信等原则在金融审判中仍需坚守，民事责任要求的实际损失、因果关系等具体要件亦不应为了“制裁违法行为”而轻易放松认定标准。**

当然，就如同食品领域即使“知假买假”亦可在一定范围内主张惩罚性赔偿一样，金融领域也可能有某些特定的违法行为需要通过适度允许“私人惩罚”的方式加以遏制，但这应当严格作为例外看待，并且一般应以法律明文规定为限。

金融监管与金融审判的关系是一个宏大的研究课题，本文无力揭示这一问题的全貌，只是从场外配资这一具体问题出发，管中窥豹地提出笔者的一些认识。笔者也真诚期待本文能够抛砖引玉，促进对此一步的思考和讨论。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

尤杨

电话： +86 10 8524 9496

Email: yang.you@hankunlaw.com