

场外配资纠纷专题（二） — 合同效力

作者：尤杨 | 闫北辰

上一篇讨论了场外配资的构成要件。本篇讨论的问题是：如果一项交易被认定为场外配资，其合同效力如何？

《九民纪要》第86条规定：“在案件审理过程中，除依法取得融资融券资格的证券公司与客户开展的融资融券业务外，对其他任何单位或者个人与用资人的场外配资合同，人民法院应当根据《证券法》第142条、合同法司法解释（一）第10条的规定，认定为无效”。仅从这一条文来看，“场外配资合同无效”这一点似乎并不存在争议空间。

但值得注意的是，《九民纪要》第86条本身并非裁判依据，认定合同无效的依据应是该条援引的《证券法》（2014修正）第一百四十二条及《合同法解释一》第十条。本系列第一篇已讨论了《证券法》（2014修正）第一百四十二条，并指出现行《证券法》进一步强化了“融资融券业务由证券公司特许经营”的立场。这里主要关注《合同法解释一》第十条。该条规定：“当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外”。因融资融券为特许经营业务，故场外配资合同无效。但《合同法解释一》已于《民法典》生效的同时废止，而与《民法典》配套的《合同编通则解释》已不再规定“违反特许经营规定的合同无效”。由此可见，在当前的规范语境下，场外配资的合同效力问题至少迎来了一定的讨论空间，而不再是如《九民纪要》规定的那样必然无效。

下一篇将要提到，即使认定场外配资合同无效，也不宜大刀阔斧地在双方之间重新分配收益和损失，更适宜的做法是“无效合同参考有效处理”，原则上仍令用资方享有收益、承担损失。但不可否认的是，“无效合同参考有效处理”哪怕在字面上都难免自相矛盾之嫌，深究起来更是存在架空合同效力制度的风险。究其根本，“无效合同参考有效处理”实为对公法层面上的违法与私法层面上的无效之间的关系尚未认知清楚的情况下被迫采取的权宜之计，理想的处理方式应当是将某些不该无效的合同直接认定为有效，而非纠结于无效的法律后果。笔者倾向于认为，场外配资合同无效造成的利益重新分配会滋生机会主义行为的空间，而合同本身在双方之间通常又并无不公平之处（详见本系列第三篇），在《合同法解释一》已经废止的今天，至少对于业已履行完毕、需分配收益或损失的场外配资合同而言，认定为有效更符合公平及诚信原则¹。

不过，目前尚无支持此种“有效论”的法律规范或权威案例，法律共同体扭转思维惯性也必然需要过程，加之《九民纪要》客观上扮演着实际裁判依据的角色，其对审判实务的影响并不会随着上位法《合同法解释

¹ 《深圳中院裁判指引》也规定场外配资合同无效，学界有观点对此规定的合理性提出了质疑。参见刘燕：《场外配资纠纷处理的司法进路与突破 — 兼评深圳中院的〈裁判指引〉》，载《法学》2016年第4期，第142页。

一》的废止而在一夜之间彻底消失。基于以上因素，短期内可能仍较难出现认定场外配资有效的裁判案例。但转变的过程必然是渐进的，不排除在此过程中可能出现一些“曲线救国”的解决方式，例如将某些两可之间的交易不认定为场外配资，或者虽认定为场外配资，但在合同无效的后果上向“按有效处理”靠拢。

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