

金融消费者的概念和范围：一个比较法的视角

廖凡

内容提要：传统消费者概念适用于金融领域时存在的不确定性，以及现有金融行业立法在保护性上的不足，使得在我国构建金融消费者概念具有现实必要性。代表性的国外立法实践表明，金融消费者的概念和范围主要是实践塑造而非理论推演的产物，与金融监管模式和监管体制有着不可分割的内在联系。从我国现实情况出发，较为可行的做法是对金融消费者进行宽松的界定，使其涵盖整个金融服务领域，而在消费者保护制度方面则遵循最低限度协调原则，只做出总体性、原则性的规定，由行业监管部门基于行业特点和监管需要制定实施细则；与此同时，保留和延续既有的证券投资者概念和投资者保护制度，实现金融消费者和投资者这两个概念、两套制度的并存和并用。

关键词：金融消费者 消费者金融 投资者 综合监管 分业监管

廖凡，中国社会科学院国际法研究所副研究员。

全球金融危机以来，金融消费者保护成为我国理论界和实务界的热议话题。目前学界对于作为一个群体的“金融消费者”应当给予专门保护这一点已经达成共识，但对于在这个概念之下应当对哪些主体进行保护、为什么选择他们而不是其他主体进行保护以及应当从何种角度对其进行保护，则尚无定论。而要回答这些问题，必须在法律层面对金融消费者进行适当界定。对此国内已有一些文献专门论及，^[1]但关于可资参照的国外代表性立法的深入分析尚不多见。有鉴于此，本文选择英国和美国的相关规定进行比较分析，希望借此为我国确立金融消费者的适当概念和范围提供借鉴。

一 为何讨论“金融消费者”

尽管消费者一词已为人们耳熟能详，但金融消费者在我国仍属新兴概念。^[2]在展开讨

[1] 例如，可参见何颖：《金融消费者刍议》，《金融法苑》总第75辑（2008年）；郭丹：《金融消费者之法律界定》，《学术交流》2010年第8期；于春敏：《金融消费者的法律界定》，《上海财经大学学报》2010年第4期；李健男：《金融消费者法律界定新论——以中国金融消费者特别保护机制的构建为视角》，《浙江社会科学》2011年第6期；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。

[2] 在笔者查阅范围内，国内对于金融消费者问题的专门讨论最早见于王伟玲：《金融消费者权益及其保护初探》，《重庆社会科学》2002年第5期，官方文件中最早使用金融消费者这一概念则是2006年银监会发布的《商业银行金融创新指引》（银监发〔2006〕87号）。

论之前,一个需要明确的前置问题是,何以专门讨论金融消费者问题?换言之,为何会有金融消费者这一概念?

从语义和逻辑上说,金融消费者属于消费者的子概念,是消费者群体的一部分。既然如此,在我国已经制定《消费者权益保护法》,且该法并未将金融服务领域排除在外的情况下,为何要专门讨论金融消费者及其权益保护?一种较具代表性的观点是,金融消费交易相对于普通消费交易具有特殊性,由此决定了金融消费者相对于普通消费者在交易地位方面具有特殊性,其弱势性更为突出,因此需要特别加以保护。例如,有论者总结了金融消费交易的六大特殊性,即交易标的的无形性、交易内容的信息化、交易意思表示的格式化、交易方式的电子化、销售方式的高度劝诱性,以及金融业所具有的天然垄断性和高度行业利益认同。^[3]这种论证看似自洽,但却面临两个无法回避的问题:首先,这些所谓“特殊性”是否为金融领域所独有?即以上述六大特殊性为例,若套用于电信领域的消费活动,似也无一不符。其次,退一步说,即使金融消费的独特性成立,是否就当然意味着应该给予单独、特别的保护?其他诸多行业领域的消费也都存在其各自的特殊性,循此逻辑,是否也应当分别构建诸如“电信消费者”、“房地产消费者”、“网络游戏消费者”等等子概念并给予专门法律保护?

实际上,无论是英国、美国还是欧盟的相关立法,均未直接使用“金融消费者”的概念,而是将传统的消费者概念引入金融服务领域,规定金融市场参与者在哪些交易中、何种条件下构成消费者,从而能够享受消费者保护法所规定的一般权利,以及金融领域相关立法所规定的特殊权利。对此下文将有详细讨论,这里仅举一例略作说明。英国2000年《金融服务与市场法》被国内研究者指为“首次采用了‘金融消费者’的概念,是消费者成为立法明确定义的保护对象的开创”,^[4]并且这一论断还被其他研究者广泛援引。而事实上,这部法律从始至终都没有直接出现“金融消费者”这样的表述,而只有对“消费者”的描述和限定。^[5]

在笔者看来,金融消费者概念近来之所以浮出水面并引起热议,并非应然推演的结果,而是实然限制的产物,究其原因主要有二:其一,《消费者权益保护法》中的消费者概念是否在多大程度上能够适用于各类金融服务接受者,存在模糊和分歧之处;其二,我国金融领域长期以来重金融秩序和金融机构、轻服务对象的立法传统,使得金融服务接受者无法从既有法律法规中获得充分保护。

一方面,尽管《消费者权益保护法》并未直接给出消费者的定义,但理论界一般根据该法第2条的规定,将之界定为“为生活消费的需要而购买商品或者接受服务的自然人”。^[6]正是“生活消费”这一限定语,使得消费者的概念在适用于金融领域时存在若干分歧和争议。较为传统的观点是,金融活动大多不属于生活消费的范畴,尤其是投资活动更是如此。“我们把到银行存款或者与保险公司签订保险合同的个人描述成消费者可能没什么困难,但是当我们把投资人也视为消费者时往往面临阻碍。”^[7]由此,一些论者主张消费者概念只

[3] 参见李健男:《金融消费者法律界定新论——以中国金融消费者特别保护机制的构建为视角》,《浙江社会科学》2011年第6期。

[4] 郭丹:《金融消费者权利法律保护研究》,吉林大学博士学位论文(2009年),第30页。

[5] Financial Services and Markets Act 2000, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/enacted>。最后访问时间:2012年4月18日。

[6] 梁慧星:《关于消法四十九条的解释适用》,《人民法院报》2001年3月29日第3版;又见王利明:《消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围》,《政治与法律》2002年第2期。

[7] Peter Cartwright, *Consumer Protection in Financial Services*, Kluwer Law International, 1999, p. 5,转引自何颖:《金融消费者刍议》,《金融法苑》总第75辑(2008年)。

能有限地适用于金融领域,对金融市场上的消费者和投资者加以区分,^[8]或者至少是在一定程度上加以区分;^[9]另一些论者则主张对“生活消费”做扩张解释,认为包括证券投资在内的各种金融活动都是为了满足生活中对结算、信用或资金运用等某一方面的金融需求,从而包括投资者在内的所有金融服务接受者都可以被消费者的概念所涵盖,只要其满足交易中的“弱势地位”这一要件即可。^[10]监管和执法部门对此问题的认识也存在分歧。银行业监管部门首倡金融消费者概念并在其相关文件和工作中广泛应用,保险监管部门也已普遍采用“保险消费者”的表述;而证券监管部门则对在证券行业引入消费者概念持否定态度,主张沿用既有的投资者概念。^[11]北京市工商局有关负责人也曾在媒体明确表示,股民基民不是消费者,其投资行为不受《消费者权益保护法》保护。^[12]正是因为一般意义上的消费者概念难以顺畅地适用于金融服务领域,学界才试图通过金融消费者的概念,对这一类特定群体的特性(相对于非金融消费者而言)和共性(就各种金融服务的接受者而言)加以概括和体现。

另一方面,即使《消费者权益保护法》不能妥帖地适用于金融领域,但若该法第2条所指向的“其他有关法律、法规”能够为各类金融服务接受者提供适当保护,那么对于金融消费者这一概念也不会有多么急迫的需求。但现实恰恰是金融领域的法律法规未能提供此种保护。我国金融领域的相关立法基本上是围绕金融服务提供者(金融机构)制定,罕有从金融服务接受者的角度考虑问题和设计规则;在价值导向上也是以维护金融秩序而不是保护消费者/投资者为主,在制裁手段上偏重于对违法违规的金融机构及其工作人员施以行政和刑事处罚,而不是为交易相对方提供民事救济。^[13]这使得金融服务接受者难以有效地主张、行使和维护其个人权利。再者,就其与金融监管的关系而言,消费者/投资者保护属于行为监管的范畴,与以风险防范和控制为核心的审慎监管在目标、方法和侧重点上均有所区别。而银行和保险监管部门传统上更为关注和擅长审慎监管,在行为监管方面相对薄弱,对于金融服务接受者缺乏较为系统和全面的保护。^[14]这恐怕也是目前我国银行和保险监管部门比证券监管部门更加急于提倡和推行消费者保护的一个重要原因。

二 如何界定“金融消费者”

英国和美国的相关金融立法均对消费者做出了明确界定,从而在实际上确立了各自的

[8] 参见王振栋:《论金融消费者与投资者的识别标准》,《上海金融》2011年第6期。

[9] 参见于春敏:《金融消费者的法律界定》,《上海财经大学学报》2010年第4期。

[10] 参见何颖:《金融消费者刍议》,《金融法苑》总第75辑(2008年);中国人民银行成都分行法律事务处课题组:《金融消费者概念之反思——基于一元化视角构建我国消费者金融权益保护制度》,《西南金融》2011年第7期。

[11] 可资为证的是,保监会于2011年10月成立了保险消费者权益保护局,人民银行和银监会也在筹备各自的消费者保护部门,而证监会则于2011年11月成立了投资者保护局。

[12] 参见廖爱玲:《股民基民交易属投资 不受消费者权益法保护》,http://funds.hexun.com/2008-03-24/104723900.html,最后访问时间:2012年4月18日。

[13] 例如,有论者指出,我国证券法作为一个主要规范证券发行与交易活动中市场主体之间民事关系的私法,实质上逐渐地转变为行政机构管理证券发行与交易活动的证券管理法。参加陈甦:《证券法专题研究》,高等教育出版社2006年版,第26页。

[14] 例如,有论者在提及美国银行业的消费者保护问题时指出:“联邦银行监管者的不同职责之间存在冲突。联邦银行监管者的首要职责是确保金融机构的安全和稳健,而安全和稳健在最终意义上意味着盈利性,因为只有能盈利的金融机构才是安全和稳健的。不幸的是,不公平和滥用性的做法往往也是颇为有利可图的。”参见Adam Levitin, Hydraulic Regulation: Regulating Credit Markets Upstream, 26 *Yale Journal on Regulation* 143, 155 (2009)。

金融消费者概念。从其对于金融消费者的概念和范围的具体规定中,不难看出作为背景的综合(混业)监管和多头(分业)监管体制的深刻影响。

2000年《金融服务与市场法》是英国的金融监管基本法,确立了以金融服务局(Financial Services Authority, FSA)为单一监管机构的综合监管体制,并建立了金融领域消费者保护的基本框架。全球金融危机之后,英国决定对其金融监管体制进行全面改革。2011年6月16日,新一届英国政府发布题为《金融监管新方法:改革蓝图》的白皮书,对其改革方案做出全面阐述。2012年1月26日,英国政府正式向议会提交《〈2012年金融服务法〉草案》(Draft Financial Services Bill 2012),预期目标是让法案在2012年年底获得最终批准,新的监管体制于2013年初开始运行。由于该草案对《金融服务与市场法》做了全面修订,包括对于消费者的具体界定,因此下文的讨论均以包含相关修订内容的《金融服务与市场法》为依据,不再另作说明。^[15]

根据《金融服务与市场法》第1G条,消费者是指具有下列情形之一的人员:(1)使用、曾经使用或者可能使用受监管金融服务;(2)对受监管的金融服务拥有相关权利或利益;(3)已经或可能投资于金融工具;(4)对金融工具拥有相关权利或利益。从中可以看出两点:第一,消费者的范围不限于金融服务提供者的现有客户,过去的客户和未来可能的客户也在范围之内。例如,照此规定,金融机构“兜售”服务的对象即属消费者,即使尚未正式建立合同关系。第二,消费者不仅包括直接同金融服务提供者签订合同、接受服务的人员,还包括对金融服务或金融工具拥有相关权利和利益的人员。根据第1G条,所谓“拥有相关权利和利益”是指某人的权利和利益来源于或者可以其他方式归因于其他人对金融服务的使用或者对金融工具的投资,或者可能受到以其代表或受托人身份行事的其他人对金融服务的使用或者对金融工具的投资的不利影响。例如,照此规定,保险受益人即属消费者。

《金融服务与市场法》本身没有规定消费者必须是自然人,但英国金融服务局根据该法授权制定的《FSA监管手册》(FSA Handbook)明确了这一限定。根据监管手册,消费者必须是“并非出于贸易、商业或职业目的行事的自然人”。^[16]这一限制包含两层含义:首先,消费者只能是自然人,而不能是法人或其他实体;其次,消费者具有非营业性,出于经营目的使用金融服务或者投资于金融工具的人不属于消费者。这一规定实际上来自于欧盟指令。2002年《消费者金融服务远程营销指令》第2条即规定,消费者是指“在本指令所涵盖的任何远程合同中并非出于贸易、商业或职业目的行事的任何自然人”。^[17]

《金融服务与市场法》对“受监管金融服务”和“金融工具”的界定进一步明确了金融领域消费者的范围。根据该法第1H条,受监管金融服务包括如下服务:(1)被许可人员在从事受监管活动过程中提供的服务;(2)被许可人员在从事与吸收存款有关的消费者信贷业务过程中提供的服务;(3)被许可人员在向他人发出投资邀请过程中提供的服务;(4)投资

[15] 整合了《〈2012年金融服务法〉草案》相关内容的《金融服务与市场法》最新版本见 Consolidated version of the Financial Services and Markets Act (FSMA) highlighting amendments by the Financial Services Bill at Introduction, http://hm-treasury.gov.uk/fin_financial_services_bill.htm。

[16] FSA, *The Full Handbook, Glossary*, <http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/Glossary/C>, 最后访问时间:2012年4月18日。

[17] Directive 2002/65/EC of The European Parliament and of The Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, *Official Journal of the European Communities*, L 271/16, 9.10.2002, Article 2(d).

公司或信贷机构提供的相关辅助服务;(5)指定代表人提供的服务;(6)支付服务提供商提供的支付服务;(7)电子货币发行商在发行电子货币过程中提供的服务;(8)发起人向证券发行人提供的服务;(9)初级信息提供商向金融工具发行人提供的服务。进而言之,“受监管活动”的范围也非常广泛。《金融服务与市场法》第22条规定,受监管活动是指以营业方式从事的、与规定种类的投资有关或者与某人的财务状况信息有关的活动。作为次级立法的2001年《〈金融服务与市场法〉(受监管活动)指令》(以下简称《受监管活动指令》)^[18]进一步规定,受监管活动具体包括吸收存款、发行电子货币、作为本人订立或执行保险合同、作为本人或代理人进行投资交易、安排投资交易、经营多边交易设施、管理投资、协助管理和履行保险合同、保管和管理投资、发送无纸化指令、建立集合投资计划、提供投资咨询意见、从事住房融资活动、提供住房融资咨询意见等,几乎覆盖了整个金融服务领域。“被许可人员”是指经审慎监管局(Prudential Regulation Authority, PRA)或金融行为监管局(Financial Conduct Authority, FCA)许可从事一种或多种受监管活动的自然人、法人或非法人实体。^[19]但是,根据第1G条,如果被许可人员以外的人员从事受监管活动,那么使用、曾经使用或者可能使用其服务的人也构成消费者。换言之,未经监管机构许可提供金融服务并不影响服务对象的消费者身份。另一个重要概念“金融工具”则是直接援引了2004年欧盟《金融工具市场指令》的定义,主要指向证券产品和金融衍生产品。根据《金融工具市场指令》附件1第C节,金融工具包括可转让证券,货币市场工具,集合投资计划单位,与证券、货币、利率或商品有关的期权、期货、掉期、远期协议或其他衍生合约,信用风险转移衍生工具,以及金融差价合约。^[20]

可见,英国《金融服务与市场法》上的消费者概念非常广泛,基本上覆盖了整个金融服务领域的非专业交易者和投资者。应当看到,这与英国的综合监管体制密不可分。1997年英国合并原有的9家金融监管机构成立英国金融服务局,并通过《金融服务与市场法》确立了其汇集所有金融监管职能的单一监管者地位。在此基础上,英国金融服务局整合相关监管规则,制定了统一的《FSA监管手册》。不仅如此,《金融服务与市场法》还建立了金融申诉专员制度,负责接受和处理各类金融服务消费者的投诉。正是基于这样的综合监管体制,涵盖整个金融领域的消费者概念以及统一的消费者保护制度才具有了可行性和现实意义。尽管《〈2012年金融服务法〉草案》计划将英国金融服务局分拆为审慎监管局和金融行为监管局,但审慎监管局将只负责审慎监管,包括消费者保护在内的行为监管仍将由金融行为监管局统一负责,从而使得大一统的金融消费者概念仍然具有现实基础。^[21]这种综合性的金

[18] The Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) Order 2001, <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2001/544/contents/made>, 最后访问时间:2012年4月18日。

[19] 参见《金融服务与市场法》第31、55A条。《〈2012年金融服务法〉草案》对英国金融监管体制进行了全面改革,将FSA分拆为PRA和FCA,分别负责审慎监管和行为监管。具言之,PRA负责对吸收存款机构(包括银行、住房贷款协会和信用社)、保险公司和大型或复杂投资公司进行审慎监管,FCA负责对上述主体进行行为监管;FCA负责对一般投资公司、投资交易所及其他金融机构(如保险经纪公司、基金管理公司等)进行审慎和行为监管。关于二者在经营许可的申请和授予方面的分工与协调,详见廖凡、张怡:《英国金融监管体制改革的最新发展及其启示》,《金融监管研究》2012年第2期。

[20] Directive 2004/39/EC of The European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC, L 145/1, 30.4.2004, Annex I, Section C.

[21] 实际上,FCA的三大操作目标(operational objectives)之一就是消费者保护。参见《金融服务与市场法》第1B、1C条。

融消费者的概念与欧盟相关指令的精神也是一致的。例如,《消费者金融服务远程营销指令》第2条即规定,该指令所涵盖的“远程合同”是指服务提供者与消费者之间签订的关于金融服务的任何合同,而“金融服务”则是指具有银行、信贷、保险、个人年金、投资或者支付性质的任何服务。

相比之下,美国的联邦消费者金融保护传统上从属于银行业监管。^[22] 正如有论者描述的那样,“被称为消费者金融保护的规章旨在防止借款人在获得消费者信贷产品时过度承担风险”,其意图是“抑制不公平、滥用性或掠夺性的借贷行为”。^[23] 笔者认为,这一相对狭义的理解源自美国根深蒂固的分业监管体制、发达成熟且自成系统的投资者保护制度,以及联邦层面的保险法和相应监管执法机构的缺位。在此情况下,美国的消费者金融保护制度主要表现为与银行业务有关的法律和规章。

这一点清楚地反映在美国1999年《金融服务现代化法》中。^[24] 这部法律虽然是混业经营浪潮的产物,但却固守了既有的分业监管体制。该法共有7章,第3章(“保险”)、第5章第1节(“非公开的个人信息的披露”)和第7章第1节(“自动柜员机收费改革”)均涉及消费者金融保护问题。其中,第3章主要是要求联邦银行业监管机构制定必要规章确保存款机构在代理保险业务过程中保护消费者,第7章第1节则是对1978年《电子资金划拨法》进行若干修改,二者均未对消费者做出任何特别界定,实际上都不出银行业监管的范围。与此不同,第5章第1节对消费者做了明确而宽泛的界定,即“主要出于个人、家庭或家用目的而从金融机构处获得金融产品或服务的个人及其法定代表”,^[25] 并将金融机构界定为从事金融性质的活动或其附带活动的任何机构。^[26] 然而,这一综合性的消费者定义的范围仅限于第5章第1节,亦即关于消费者个人信息保护的有关规定。不仅如此,第5章第1节还要求联邦银行业监管机构、全国信用社管理局、财政部、证券交易委员会和联邦贸易委员会分别制定必要的实施细则,适用于各自监管之下的金融机构。^[27] 显然,《金融服务现代化法》并未试图构建大一统的金融消费者概念并据此设计相关制度。

2010年7月通过的《多德—弗兰克华尔街改革与消费者保护法》(以下简称《多弗法》)延续了这一传统。^[28] 该法第10章(“消费者金融保护局”)规定在美国联邦储备系统内设立消费者金融保护局(Consumer Financial Protection Bureau, CFPB),^[29] 负责根据联邦消费者金融法对兜售或者提供消费者金融产品或服务的行为进行监管。其对于“消费者金融产

[22] 参见 Daniel Lamb, A Specter is Haunting the Financial Industry-The Specter of the Global Financial Crisis: A Comment on the Imminent Expansion of Consumer Financial Protection in the United States, United Kingdom, and the European Union, 31 *Journal of the National Association of Administrative Law Judiciary* 213, 216-217 (2011)。

[23] Daniel Lamb, A Specter is Haunting the Financial Industry-The Specter of the Global Financial Crisis: A Comment on the Imminent Expansion of Consumer Financial Protection in the United States, United Kingdom, and the European Union, p. 223.

[24] Conference Report and Text of Gramm-Leach-Bliley Bill, <http://banking.senate.gov/conf/contrpt.htm>, 最后访问时间:2012年4月18日。

[25] 参见《金融服务现代化法》第509(9)条。

[26] 参见《金融服务现代化法》第509(3)条。

[27] 参见《金融服务现代化法》第504(a)(1)条。

[28] Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, <http://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>, 最后访问时间:2012年4月18日。

[29] CFPB 虽然是在美国联邦储备体系内设立,但具有独立法律地位,应被视为《美国法典》第5编第105条所指的“行政机构”。参见《多弗法》第1011(a)条。

品或服务”和“联邦消费者金融法”的界定,比《金融服务现代化法》更为清晰和直观地反映了消费者与银行业之间的对应关系。

《多弗法》没有在消费者这一概念本身上花费太多笔墨,只是简单地将之界定为个人或者代表个人行事的代理人、受托人或代表人,^[30]转而通过对消费者金融产品或服务 and 联邦消费者金融法的详细规定,确定了金融消费者的范围。进而,所谓“联邦消费者金融法”是指:(1)《多弗法》第10章(可单独称为《2010年消费者金融保护法》);(2)《多弗法》第1002(12)条所列举的10余部法律,即所谓“列明的消费者法律”;^[31](3)根据《多弗法》第10章第6节和第8节,执法权从美联储、货币监理署、储贷协会监理署和联邦存款保险公司等机构转移给美国消费者金融保护局的那些法律;(4)美国消费者金融保护局根据上述法律制定和发布的任何规则和命令。^[32]不难看出,这里所说的消费者金融产品或服务基本上都属于银行业务,而联邦消费者金融法也基本上是与银行业务有关的法律法规。换言之,基于《多弗法》的规定,“金融消费者”基本上是“银行业消费者”的同义词。^[33]由此也不难理解,CFPB何以在中央银行系统内设立。

三 金融消费者与投资者的关系

从本文第一部分的讨论中可以看出,如何处理金融消费者与投资者这两个概念之间的关系,是确立金融消费者的适当概念和范围的关键点之一。作为证券法上的重要概念,投资者概念的形成和确立要远早于金融消费者。作为现代证券法奠基之作的美国1933年《证券法》和1934年《证券交易法》就将投资者保护作为基本宗旨,并构建起以信息披露为核心的投资者保护制度。相比之下,世界范围内的消费者运动萌芽于20世纪30年代后期,勃兴于20世纪50年代,到20世纪60年代才形成消费者权利的概念。^[34]而金融消费者概念从理论探讨走向立法实践,更是20世纪末至21世纪初的事情。实际上,在传统的分业经营背景下,与证券投资者相提并论的概念是银行存款人和保险投保人;随着金融创新和混业经营的发展,金融产品和服务不断细分并日益交叉,存款人和投保人这样的称谓已不足以全面涵盖银行和保险机构的客户,这才给了金融消费者概念以用武之地。另一方面,投资者一词由于其固有的概括性和包容性,仍能较好地适用于整个资本市场,从而形成金融消费者与投资者概念并存的局面。英国《金融服务与市场法》和美国《多弗法》对于二者之间的关系采取了不同的处理方式,从中同样可以看出综合监管与分业监管体制的深刻影响。

《金融服务与市场法》没有对投资者进行界定,但从其对“投资”的描述和列举中,可以大致确定投资者的基本概念和范围。该法第22条规定,投资包括任何资产、权利或利益。

[30] 参见《多弗法》第1002(4)条、第1002(5)、(15)条。

[31] 具体包括1982年《可选择抵押贷款交易平价法》、1976年《消费者租赁法》、1978年《电子资金划拨法》、1974年《信贷机会均等法》、1975年《公平信贷结账法》、1970年《公平信用记录报告法》、1998年《房主保护法》、1977年《公平收债行为法》、1950年《联邦存款保险法》第43条第2—6款、1999年《金融服务现代化法》第502—509条、1975年《住房抵押贷款披露法》、1994年《住房所有权及权益保护法》、1974年《房地产结算程序法》、2008年《安全公平实施抵押贷款许可法》、1968年《诚实贷款法》、1991年《诚实储蓄法》、2009年《综合拨款法》第26条和1968年《国际土地销售充分披露法》。

[32] 参见《多弗法》第1002(14)条。

[33] 《多弗法》第5章(“保险”)也提及消费者保护,但直接使用了“保险消费者”这样的表述。

[34] 参见梁慧星:《消费者运动与消费者权利》,《法律科学》1991年第5期。

《受监管活动指令》进一步规定,投资包括存款、电子货币、保险合同下的权利、股份、创设或者承认债务的工具、政府和公共证券、代表特定证券的凭证、集合投资计划单位、个人年金计划下的权利、期权、期货、差价合约、受监管抵押贷款合同下的权利等。不难看出,这里所说的投资已然超出证券领域,基本上成为金融产品的同义词。相应地,投资者这一概念也就超出了传统的证券投资者或资本市场投资者的范围,而扩展成为金融投资者,亦即各类金融产品的购买者和使用者的统称。这也能够解释第22条为何将金融活动(受监管活动)定义为与投资有关的活动。可以说,《金融服务与市场法》是用大一统的投资者概念与同样是大一统的金融消费者概念在行业覆盖范围上实现对接。但在主体资质方面,由于英国金融服务局规定消费者必须是自然人且具有非营业性,因此机构投资者和以投资为业的专业/职业投资者就被排除在金融消费者范围之外。这样,金融消费者在一定程度上成为投资者的下位概念,或者说构成消费者与投资者的交集。^[35] 而在这种一体化关系的背后,是经过跨行业整合的监管机构、统一的监管规则以及单一的金融服务赔偿计划。尽管如此,《金融服务与市场法》仍然强调,金融行为监管局在确定何种程度的消费者保护为适当时,必须考虑到不同种类的投资或交易所包含的程度不等的风险,以及不同消费者所拥有的程度不等的经验和知识。^[36] 换言之,大一统的金融消费者/投资者概念,并不妨碍监管者基于可能的行业差别、产品差别和个体差别,对消费者/投资者做进一步细分,提供不同力度的保护。

在美国,证券交易委员会(Securities and Exchange Commission, SEC)依据1933年《证券法》和1934年《证券交易法》行使广泛的投资者保护职责。与此不同,联邦银行业监管机构的传统职责并非消费者保护,只是从20世纪60年代后期开始,美国国会才通过一系列立法赋予银行业监管机构以消费者保护职责。^[37] 但必须看到,这些立法的主要动机并不是同SEC或其他联邦监管机构争夺势力范围,而是限制乃至排除州消费者保护法对联邦特许银行的适用,^[38]是纵向而非横向扩权的产物。这一基调在《多弗法》中得到了延续。《多弗法》虽然设立了统一的消费者金融保护局,但其“统一性”仅限于将原本分散在不同的银行业监管机构(美联储、货币监理署、储贷协会监理署和联邦存款保险公司)手中的消费者金融保护职能集中起来统一行使,并未越出银证分业监管的藩篱。这种定位也体现在《多弗法》对于金融消费者与投资者这对概念之间关系的处理上。《多弗法》单设第9章,题为“投资者保护与证券监管改进”(可单独称为《2010年投资者保护与证券改革法》),与关于消费者金融保护的第10章前后并列;从第9章的内容来看,始终将投资者保护与证券监管联系在一起,相关监管和保护职责也是由美国证券交易委员会等证券监管机构来行使。结合本文第二部分所讨论的消费者金融产品和服务的概念和范围,可以看出《多弗法》基本上是将“金融消费者”与“投资者”作为两个并列的概念,前者主要适用于银行业领域,后者则主要适用于证券领域。这也鲜明地反映了美国根深蒂固的金融分业监管格局。

[35] 当然,严格说来即使是在这种情形下金融消费者也未必能完全被投资者的概念所覆盖。根据《金融服务与市场法》第1G条之规定,消费者不仅包括使用金融产品和服务的人,还包括虽然不直接使用金融产品和服务但对其拥有相关权利和利益的人,而后一类人恐怕并不能称为投资者。

[36] 参见《金融服务与市场法》第1C(a)、(b)条。

[37] 参见 Heidi Mandanis Schooner & Michael Taylor, United Kingdom and United States Responses to the Regulatory Challenges of Modern Financial Markets, 38 *Texas International Law Journal* 317, 327 (2003)。

[38] 参见 Elizabeth F. Brown, A Comparison of the Handling of the Financial Crisis in the United States, the United Kingdom, and Australia, 55 *Villanova Law Review* 509, 535 (2010)。

四 借鉴与思考

比较英国和美国的相关立法可以看出,金融消费者的具体概念和范围并非理论推演的结果,而是实践“生长”的产物,与监管模式和监管体制有着不可分割的内在联系。否则,就无法解释何以金融消费者在英国涵盖整个金融领域,而在美国却局限于银行业领域;也无法解释何以金融消费者和投资者之间在英国法上表现为从属关系,而在美国法上却表现为并列关系。由此笔者认为,在讨论我国的金融消费者概念时,恐怕也不必过于追求理论上的完善和周延,而应更加关注其相对于市场和监管实践而言的现实性和适当性。

就我国的现实情况而言,一方面金融市场的成熟度和融合度还不高,银行、证券、保险等行业的产品和服务之间还存在较为明显的界线;另一方面,“一行三会”的分业监管格局总体运行正常,无论机构合并还是规则整合,在可预见的将来都不大可能发生。在此情况下,要想如英国那样推行大一统的金融消费者概念,乃至制定一部“超越银行法、证券法、保险法等具体金融业别立法,以规范金融服务行为、提升金融服务品质、保护金融消费者权利为出发点”的统一的金融服务业基本法,^[39]无疑困难重重。前述“三会”对于引入和使用金融消费者概念的不同态度也印证了这一点。实际上,探究银行和保险监管部门积极推广金融消费者(保险消费者)概念的原因,一方面固然是要对长于审慎监管短于行为监管的传统做法有所矫正,另一方面恐怕也是因为缺少一个类似“投资者”这样具有高度概括性和包容性、能够有效涵盖其各自监管领域的核心概念。反观证券监管部门,显然缺乏这样的需求和动力。

其实,无论如何界定金融消费者,也无论如何处理金融消费者与投资者之间的关系,基本出发点都是为金融市场上一定范围内的弱势交易主体提供倾斜性的保护。在这个意义上,金融消费者保护和投资者保护的基本精神和原则是相通的。如果我们认同金融消费者保护的基本理由和思路在于解决现代金融交易中存在的严重信息不对称问题,^[40]那么应当看到,以信息披露为核心的证券法及其投资者保护制度,其着眼点也正在于此。同样地,无论是金融消费者保护还是投资者保护,适度性都是其重要原则。投资者保护固然不能无视“买者自负”这一基本法则,^[41]金融消费者保护也必须实现与消费者自己责任之间的恰当平衡。《金融服务与市场法》规定金融行为监管局在确定何种程度的消费者保护为适当时,必须考虑到消费者应当为自己的决定负责这项一般原则,^[42]其实就是“买者自负”在消费者保护语境中的具体体现。再者,消费者保护的力度也并不必然高于投资者保护。如前所述,不同消费者所拥有的程度不等的知识和经验,以及不同金融交易所包含的程度不等的风险,都会影响对消费者的具体保护程度。这与证券法上对机构投资者与个人投资者(零售投资者、散户)、专业投资者与非专业投资者、成熟投资者与不成熟投资者进行区分保护的做法显然是一脉相通的。

[39] 冯果:《金融服务横向规制究竟能走多远》,《法学》2010年第3期。

[40] 参见李健男:《金融消费者法律界定新论——以中国金融消费者特别保护机制的构建为视角》;Daniel Lamb, A Specter is Haunting the Financial Industry-The Specter of the Global Financial Crisis: A Comment on the Imminent Expansion of Consumer Financial Protection in the United States, United Kingdom, and the European Union, p. 223。

[41] 关于投资者保护与“买者自负”之间关系的阐述,可想陈洁:《投资者到金融消费者的角色嬗变》,《法学研究》2011年第5期。

[42] 参见《金融服务与市场法》第1C(d)条。

有鉴于此,笔者认为我国目前可以法律或行政法规的方式对金融消费者给予较为宽松的界定,使其能够涵盖整个金融服务领域,但同时只对金融消费者保护做出总体性、原则性的规定,而授权/责成行业监管部门基于行业特点和监管需要制定实施细则,并借助“一行三会”的法定监管协调机制进行必要的沟通和协调。具言之,可以将金融消费者定义为“基于非营业目的而购买或使用金融产品或服务的自然人”,并对“金融产品或服务”进行宽松的界定,使其完整涵盖一般所理解的金融服务领域;与此同时,保留和延续既有的证券投资者概念及其相关制度和规则。这样,金融消费者和投资者之间实际上形成交叉关系:就资本市场而言,金融消费者大致与零售投资者相对应,成为投资者的子概念;而在投资者概念所不能涵盖的、资本市场以外的金融领域,金融消费者则成为储户和存款人、投保人、银行卡持卡人、消费贷款人等群体的集合概念,与资本市场投资者相并列。由此形成两个概念、两套制度的并存,以最大限度地适应分业监管的现实格局,确保立法方案的现实可行性。对于混业经营和金融创新所带来的产品和业务的交叉,则可以根据个体交易者所处的具体领域和交易阶段,选择适用乃至同时适用消费者保护和投资者保护的相关规则。而在制定总体性的金融消费者保护法时,可以考虑借鉴欧盟金融服务法中的最低限度协调原则,只对行业相关规则中的基本要素加以协调和统一,以减少立法阻力。在这个方面,包括中国在内的二十国集团于 2011 年 10 月通过的《二十国集团金融消费者保护高层原则》列举了金融消费者保护应当涉及的基本领域和应当遵循的基本原则,^[43] 可以作为立法的一个重要参照。

[Abstract] It is imperative to shape the concept of “financial consumer” in China today, since there exists uncertainty when the traditional concept of consumer is applied in financial area and insufficiency of protection provided by current financial laws and regulations. A careful study of relevant legislations in the United States and United Kingdom indicates that the definition and scope of the concept of financial consumer is more of a product of practical evolution than of a result of theoretical deduction, and is inseparably linked to the model and system of financial regulation. Proceeding from actual conditions in China, a feasible approach may be adopted as follows. With regard to financial consumers, the concept may be defined in a broad way, thus enabling it to cover the whole financial service area. With regard to protection of consumers, the principle of minimum coordination should be observed, thus only providing for a general framework and leaving the drafting of detailed rules for implementation to industrial regulation departments based on their respective industrial characteristics and needs of regulation. Meanwhile, the existing concept of securities investor and the correspondent system of protection of investors should be maintained, so as to bring into coexistence and co-operation of the two concepts of financial consumer and securities investor and two systems of protection of financial consumers.

(责任编辑:陈 洁)

[43] 参见 G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection, <http://www.oecd.org/dataoecd/58/26/48892010.pdf>, 最后访问时间:2012 年 4 月 18 日。该文件就金融消费者保护的法律和监管框架、监管机构的职责、公平对待消费者、信息披露和透明度、金融教育和金融意识、负责任的经营行为、保护消费者资产免受欺诈和滥用、保护消费者数据和隐私、投诉处理和救济以及促进竞争等内容做出了原则性规定。