

# 金融消费者概念的法律定性及规范价值

## The Legal Qualification and Norm Value of the Concept of Financial Consumer

何 颖

HE Ying

**【摘 要】** 金融消费者概念的全面确立在理论和实践中遭遇到“投资领域没有金融消费者”、“证券法的投资者保护规范已经足够”等困境。需要突破传统商法理论的局限性，承认“投资者”因杂糅了机构投资者、投资专家等商主体和消费者等非商主体而性质模糊。并且需要突破证券法投资者保护传统理论与制度的局限性，注意到金融消费者概念与保护规范的形成在于经营者与消费者的信息不对称和交易力量悬殊这两个问题的叠加出现，二者在逻辑起点、行为规制对象、规制内容三个方面与投资者保护规范存在本质区别。金融消费者统一概念的缺失是金融司法及金融监管相关实践遭遇诸多困境的根源所在，构建金融消费者保护规范体系，应当在“金融消费者”的统合概念之下，遵循统一的立法原则和规范框架进行。

**【关键词】** 金融消费者 概念缺失 投资者 赢利性 JOBS法

**【中图分类号】** DF438 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206(2016)01-0034-10

**Abstract:** It is a misreading of commercial law that “Investment is a special field with no financial consumer”. The investment activities of ordinary individual exhibit the nature of consumption. Financial consumer is a certain concept corresponding to financial goods and services supplier as operator, which presents natures of economic law concepts. This concept has jumped out of the frame of “commercial” or “non-commercial”, and focus on society’s overall interests. Financial consumer is such a theoretical concept that can clearly define the boundary of consumer protection rules in financial legislations. It can also lead to the establishment of consumer protection system in financial fields.

**Key words:** Financial consumer Concept deficiency Investor Profitability JOBS Act

**【收稿日期】** 2014-10-29

**【作者简介】** 何颖，女，1979年3月生，华东政法大学经济法学院副教授，研究方向为金融消费者保护法、互联网金融法。

**【基金项目】** 国家社科基金青年项目“金融消费者权利保护机制的本土化研究”（项目编号：13CFX079）。

近年来,国外金融领域掀起消费者保护的制度改革浪潮,国内金融领域各类消费者被害事件频出,在内外压力共同作用下,国内金融行政监管、立法及司法各部门已开始将金融消费者保护提上工作议程。相比急速发展的金融领域消费者的相关现实问题,有关金融消费者的理论研究明显滞后。2014年3月,法学界组织产官学研各界人士首次围绕金融消费者保护议题举行了全国性学术研讨会议,有与会学者指出“六年过去了,(金融消费者保护)问题依然没有得到解决”。<sup>①</sup>当前法学界对于金融消费者的基本概念仍然存在争议,尚未形成一致的看法。争议关键点在于如何处理金融消费者与投资者的概念关系,在目前已经较为成熟的证券投资法律领域是否有必要也引入金融消费者概念及保护规范。

基于此,本文从金融消费者概念的关键争点入手,突破传统商法理论及证券法投资者保护理论局限,对“投资领域没有金融消费者”的认识误区进行检讨,分析了投资者概念及投资者保护理论的局限性。在此基础上,本文阐明了金融消费者的基本内涵及法律性质,论证了金融消费者保护规范的独特价值。最后,结合我国金融领域消费者保护法律实践的现实问题,本文对构建我国金融消费者法律保护体系提出了框架性建议。

## 一、投资领域不应排除在金融消费者概念范围之外

### (一) 此“营利”不同于彼“赢利”

在我国法学领域,一些观点反对使用“金融消费者”的概念,认为“金融消费者”一词是对“消费者”一词本意的误解,消费者只存在于工商领域,“金融企业的经营客体不是消费品不能用来进行生活消费,金融企业客户实施的主要是投资行为而不是消费行为。”<sup>[1]</sup>因为基于商法学界

的传统共识,“从事投资活动的自然人已经是不折不扣的商人,投资活动应当归属‘商’而不是‘非商’。”<sup>[2]</sup>尽管有学者基于社会公众积极参与金融活动的实践发展,开始接受投资领域也有消费者的主张,也仍然是以“消费者与投资者之间也确实存在本质区别,如前者的行为不以获取收益为目的,而后的行为当然以获取收益为目的”这样的判断为前提。<sup>[3]</sup>或者遵循投资活动应属于商行为的逻辑,认为金融消费者“事实上包含了某些‘商’领域的主体;他们从事的绝非仅‘非商’领域的活动,还可能包括纯粹‘商’领域的活动,诸如投资。”<sup>[2]</sup>

商法理论通常认为,“营利性是法人谋求超出投资以上的利益并将其分配于成员的商法属性”。<sup>[4-5]</sup>从这个角度来理解,包括买卖股票、债券在内的各类投资活动显然是以获利为直接目的,人们因此得出投资活动具有营利性的判断。特别是,商法理论上将商行为分为绝对商行为与相对商行为,证券交易行为传统上又属于绝对商行为,任何人只要实施了绝对商行为,就应当适用商法。<sup>[6-7]</sup>该认识遵循的逻辑是,投资行为具有营利性,属于绝对商行为,从而区别于消费者的消费行为。消费行为不具有营利性,因此得出投资领域只有投资者,不存在消费者的判断。这也是人们多纠结于投资领域是否存在消费者保护问题的重要原因。

然而,此“营利”不同于彼“赢利”,营利性并非所有金融投资活动的共有属性。“营利性”描述的是法人等经济组织通过经营活动为其成员谋利这一行为的特性。“营”是经营以谋取,“利”是获利,营利即借助经营以谋取利润。可见,构成“营利性”应具备两个要件:一是存在经营活动,二是从事该经营活动的目的是为谋取利润。<sup>[8]</sup>所谓从经济组织具有营利性得出投资活

① 2014年3月12日,由中国人民大学重阳金融研究院、中国人民大学金融法研究所、北京市金融发展促进中心和中国小额贷款机构联席会联合主办的“2014年中国金融消费者保护论坛——互联网金融创新与消费者保护”在中国人民大学举行。这是国内首次官、产、学、研四界联合主办的以“金融消费者保护”为主题的大型研讨会。与会者一致认为,随着金融创新的发展,通过立法、强化监管、创建市场化的纠纷解决机制等多种手段构建差别化、分类化的多层次金融消费者保护体系,迫在眉睫。

动具有营利性，这在逻辑上属于偷换概念。退一步说，经由公司等经济组织的经营活动来谋求利润的股权投资仅是种类繁多的投资活动中的一种。当代，包括证券投资基金、集合资产管理、银行理财产品、信托投资计划、投资类保险产品等新型投资产品层出不穷，从内容上看这些产品的权利结构越来越复杂，其中多数产品已经无法用债权、股权等传统财产权类型来界定，因而也与经济组织的营利性越来越远。可以确定的是，投资者购买这些投资产品的目的仅在于获取收益，其付出真金白银换取的皆为一定权利义务安排的投资收益权。因此可以说，金融投资活动具有赢利性。获取投资回报远胜于进行投资参与，赢取利润才是投资者关注的重点。

## （二）投资者概念的局限性

所谓投资领域不存在消费者，不需要考虑消费者权益保护问题的看法，其产生除了因为从商法视角研究投资活动的主观局限以外，还有一个很重要的原因在于：较之银行法等其他金融立法，“投资者保护”早已作为公认的立法宗旨写入各国证券法等金融投资法律当中。例如，我国的《证券法》和《证券投资基金法》同样做了明确的规定。所以人们往往认为投资领域没有必要再引入消费者保护的观念。

然而，“投资者”主要是从金融学视角对融资方的交易对手所做的笼统描述，缺乏清晰的法律界定。无论行为主体的法律属性如何，只要是从事投资活动皆可称之为投资者。投资者群体既包括专门从事投资经营活动的商人投资主体，也包括为个人或家庭而进行投资活动的消费者投资主体。在“投资者”这一模糊称谓之下，“应当保护哪些投资者”“投资者保护的内容是什么”等等成了长期困扰立法者及监管当局的难题。例如，2013年12月国务院办公厅颁布了《关于进一步加强资本市场中小投资者合法权益保护工作的意见》（“新国九条”），明确将“投资者保护”对象限定为“中小投资者”，并提出要“制定完善中小投资者分类标准”。然而时至今日所谓分

类标准也未见出台。证监会在不同场合谈及投资者保护议题，也是轮番使用“中小投资者”“个人投资者”“个人客户”等说法，无法确定统一的称谓。唯一达成共识的是，“投资者保护”其实并非保护所有投资者，而是保护那些处于交易弱势地位的投资者。

另外，考察证券法中的投资者保护规范可知，其主要是围绕资本市场上的信息不对称问题进行制度设计，具体以信息披露及法律责任承担作为规制的主要内容。对于为什么需要保护消费者的疑问，信息不对称的确也是首当其冲的理由。但是，仅存在信息不对称，不足以成为增加金融领域消费者保护规范的充分理由。信息不对称是社会分工深化的必然结果。对绝大多数产品和服务来说，消费者对其技术原理或生产过程都知之不详。<sup>[9]</sup>金融是一个专业化和高度分工的行业，信息不对称必然存在。然而作为买方的消费者，除了要面对信息不对称问题以外，更需要克服与经营者之间在交易经验、经济实力、风险承受能力、专业水平等可能影响公平交易的各项要素上的严重不平衡，从而尽量实现公平交易。因此，仅仅依赖证券法有关“真实、准确、完整”的信息披露规范，远不足以保护参与投资活动的消费者群体的合法权益。

## （三）普通个人的投资活动具有消费性质

从投资行为属于绝对商行为的学术分类推导出投资领域没有消费者，投资活动绝对适用商事规范的观点，其根源即在于未区分不同投资者的法律性质，一刀切地将投资活动统一归入商事规范调整范畴。这是对商法理论的片面理解，也是对商法规范的教条适用。

投资行为主体并非总是商事主体，投资者也有专业和业余之分。随着个人和家庭财富的增长和出现盈余，当前我国的个人投资者即金融消费者群体规模已经十分可观。2015年6月数据显示，国内A股与B股市场自然人投资者数量为8866.08万人，占投资者总数的99.7%。<sup>①</sup>近两年由于股市行情低迷，各类金融机构推出的银行

① 资料来源于中国证券登记结算有限公司官网。

理财产品、投资类保险产品等新型投资品种,以及P2P网贷等互联网金融产品开始成为公众投资的新宠。

而且,投资业务的商品化与社会分工的日益细分,使得与个人投资者直接发生交易关系的主体不再是融资者,而是各类金融商品与服务的提供者,即金融业经营者。以证券投资活动为例,证券发行人与投资者分离到了证券商品生产至消费链的两个终端,证券公司等证券业中介机构成为投资活动中活跃的交易主体,发行人只负责生产股票债券等证券产品。投资者无论是在一级市场认购新股追求股息红利等投资收益,还是在二级市场通过买卖股票赚取差价获利,其认购、买卖、融资融券、咨询等投资及相关活动,依法皆需经由证券公司等金融服务提供者来进行。

商法上默认商事交易主体地位平等,交易活动遵循意思自治原则,任何一方不得享有法律上的特权。具体到投资活动中,投资者依据自己的判断投资,就应对投资的结果自担责任,也即“买者自负”原则。但是,“买者自负”应当以交易双方力量对等,能够合理预见并承受交易的风险为前提。当普通的社会公众与金融机构之间发生投资交易时,“买者自负”原则的适用必须受到限制,需要加强交易强势一方法定义务和责任等规则设计实现交易的实质公平。<sup>[10]</sup>这也是许多学者主张投资领域应当分化出金融消费者群体的重要理由。<sup>[3](P85-86)</sup>

如果深入考察会发现,商法理念与立法实践已开始注意到了商行为主体的多样性,从而将非商主体参与的商事投资活动排除在商法适用范围之外。由于我国不存在形式意义上的商法,因此关于商行为的分类,实际上是基于德国、法国、日本等大陆法系国家商法典的规定所做的学术划分。<sup>[11]</sup>具体到绝对商行为与相对商行为的分类,即是以日本商法典为代表,依法律列举的规定直接认定的商行为即为绝对商行为,包括证券交易行为、票据行为等等(日本商法典501条)。相对商行为则是依行为的主观性和行为自身的性质而认定的商行为(日本商法典503条营业性商行为)。事实上,尽管日本的商法典商行为中也有

商人以外的一般市民进行的交易成为商行为的所谓绝对商行为的概念。但是作为立法论,当代日本学界对此批评较多,肯定德国商法规定的商行为即为商人的行为日益成为主流。<sup>[12]</sup>例如,田边光政教授指出,“日本商法同法国商法和德国旧商法的立场相同,采用的是‘折中主义’。但在立法论上,一般学说认为,德国新商法中的主观主义更有优势。”<sup>[13]</sup>也即,日本商法典的立法论已从模仿法国商法典的改为学习德国商法典的主观主义了。对此,国内有学者承认,从法国商法典的文本到商行为主义的论断,“将商行为理论视为商法的基本规则,是把它夸大了”<sup>[14-15]</sup>。有学者考察发现,“《法国商法典》在立法精神与适用上有过客观主义的立场与努力,但其立法文本本身以及后来的发展都在昭示商人主义”<sup>[15]</sup>。

考察主观主义的代表性立法《德国商法典》可知,《德国商法典》不使用绝对商行为与相对商行为的区分,而是按行为主体性质的不同对商行为分为双方商行为与单方商行为,并对其中的单方商行为规定了特殊的商法适用规则。单方商行为是指当事人中只有一方是商人,另一方为非商人,其行为也被称为“混合的交易行为”。所谓双方商行为则是指交易双方或多方均为商人所从事的商事交易行为。区分单方商行为与双方商行为的法律意义在于,对于当事人一方为非商人的情形,商法应当考虑其在交易中的弱势地位,给予其倾斜保护以实现交易的实质公平。<sup>[16]</sup>

《德国商法典》提出的单方商行为概念,通过适用除外的规定,在商法体系中为消费者等非商人发生的商行为预留了适用其他法律规范的通道,较好地实现了与消费者保护法等经济法规范体系的衔接。《德国商法典》第345条规定:对于对双方中的一方为商行为的法律行为,对双方均适用关于商行为的规定,但以此种规定无其他规定为限。也即,单方的商行为为一般适用商法,但其他法律另有规定的除外。具体到司法实践中,法官在处理由单方商行为引起的纠纷时必须区分:哪些事项适用与双方商行为相同的商法规则,哪些事项则应适用仅强化商人责任的商事特别法规则。“加强对与商人进行交易的消费者

的保护是现代立法的发展趋势，因此，在单方商行为的法律规范中应体现对非商人的保护，如英美格式合同理论中，对商人型格式合同和消费者型格式合同采取不同的规则，对商人课以较消费者更重的注意义务和诚信义务。因此，单方商行为的法律适用必须考虑对消费者的特殊保护。”<sup>[17]</sup>

## 二、金融消费者是消费者概念 在金融领域的延伸

### (一) 金融领域的消费者保护理论

综上所述，部分金融交易活动的高度涉众化令金融法领域产生了一个全新的法律问题，即如何在交易力量差距如此悬殊、交易地位在实质上极不平等的普通个人与金融业经营者之间，消除或避免金融业经营者对个人的不当侵害，以实现交易的实质公平。这显然不是商法理论与实践所能解决的问题。考虑到作为消费者的普通个人投资者与金融商品与服务提供者之间交易地位的严重不对等，此时应当排除适用商事规范，而适用能够倾斜保护弱势一方的消费者保护法等经济法规范。消费者权益保护法“尽管它在形式意义的立法中既涉及私法的原则，也涉及市场主体，但是，其宗旨、所保护的法益、对私法主体之间的交易的规制，不仅使其超载了传统的民商法，而且也使其成为解决由于信息偏在、外部性等产生的市场失灵的重要手段。”<sup>[18]</sup>

概言之，金融消费者已经跳出了“商”与“非商”的私法框架，从保护私主体个体利益转向了保护社会整体利益的法律领域。金融消费者是消费者概念在金融领域的延伸适用。从消费者保护法视角来看，金融市场日益深化的分工和高度专业化必然产生消费者与经营者阵营的对立：个人财富增长导致个人金融需求的旺盛，金融商品与服务的日益专业化和复杂化又致使金融产业分工高度细化，最终形成了日渐庞大的经营者群体和消费者群体。金融市场上的消费者与经营者在经济实力、专业知识、交易经验等各方面差距悬殊。经营者在商人的逐利本性驱使下极易在交

易中侵害消费者的权益。由于金融商品与服务为无形的标的，消费者只有通过金融合同的具体条款来理解和把握。但是金融商品与服务又具有高度的专业性，普通消费者仅靠自身的认识水平与理解能力很难确定其要点和实质。加之综合经营成为金融市场发展的大势所趋，金融业经营者面向个人所提供的金融商品与服务不再限于储蓄存款、支付结算账户服务等较为简单的传统项目，而是不断推出证券投资基金、银行个人理财产品等新型金融品种，以及投资类保险产品、兼具支付功能的证券投资基金（例如余额宝）等交叉型金融商品与服务。金融业经营者的专业优势地位在利用互联网、IT 技术开发出的新产品和服务领域更是表现得淋漓尽致，这些新兴的金融商品与服务极大地丰富了金融消费者的选择空间，同时也更暴露出消费者在专业水平、认识能力等方面的局限性。而且，金融业经营者在逐利动机下，往往会采取夸大收益水平、擅自给出判断、隐瞒风险等误导销售行为，更是在消费者的弱势交易地位上雪上加霜。此外，由于金融的高度专业性、风险性等固有特点，传统商品与服务领域常见的经营者侵害现象在金融领域更为常见，诸如金融业经营者滥用优势地位，搭售、单方面变更合同、不当利用客户信息等侵害消费者权益的行为。金融业经营者往往还利用优势地位，通过格式条款，减轻、免除自己的主要责任，或者排除对方的权利。

数据显示，近年来国内金融市场上消费者群体性被害事件在数量上已颇具规模。2009年发生的银行理财产品“收益门”事件、境外“打折股票”等“金融毒品”欺诈纠纷等等，让国人开始意识到金融投资领域也可能有消费者被害问题。2011年以来，银行理财产品及投资类保险产品的误导销售，信用卡滥发、银行乱收费等金融各领域的侵害消费者事件陆续曝光。2013年开始急速生长的互联网金融，更是将投资领域的消费者保护问题凸显出来：互联网金融领域欺诈行为泛滥，“买者自负”令普通个人投资者本金无归，深陷其中。仅以P2P网贷为例，根据相关统计，2014年前4个月全国已经有共计27家网

贷平台出现了问题,涉及金额超6亿元。大量遭受损失的投资者并没有其他平台机构愿意为其担责保障,目前除了等待刑事案件侦破案结果,没有别的办法。<sup>[19]</sup>

## (二) 金融消费者的法律界定

对于金融消费者的概念,我国现行法律规范尚未有明确界定。2013年新修订的《消费者权益保护法》增加了若干适用于金融活动的消费者保护规则,首次在立法上间接认可了金融消费者的存在。此次消法2013年的修订针对金融领域增加的若干规定,包括第18条第2款原则性地规定了部分金融机构的安全保障义务,第28条原则性规定了部分金融机构的说明义务,以及新法第25条、第29条等可能适用于金融消费者的一般性规定。

但是新《消费者权益保护法》对于什么是“消费者”仍未给出界定。遵循理论界的一般认识,消费者是指为满足个人或家庭的生活需要而购买、使用商品或接受服务的自然人。<sup>[20]</sup>金融消费者是消费者概念在金融领域的延伸,所谓金融消费者即是指为生活需要购买、使用金融商品或接受金融服务的自然人。具体而言,金融消费者的内涵和外延应围绕着消费者的行为主体要件和行为目的要件来展开。

第一,从主体要件上看,金融消费者在主体上限于自然人。学术界对于金融消费者概念是否仅限于自然人仍然存在争议。大部分观点主张应仅限于个人<sup>[21]</sup>,也有学者认为处于交易弱势的小企业等法人也应当纳入<sup>[22]</sup>。从消费者保护理论与立法实践看,目前将金融消费者限于自然人比较合适。

理论上一般认为只有自然人才能产生消费需求,消费活动特指自然人的一种行为状态。自然人基于生存以及自我发展产生了各类消费需求,在市场经济条件下,自然人通过自身的劳动及劳动成果满足消费需求的比例变得越来越小,而主要通过他人的劳动及产品等来满足消费需求,并为此支付一定的对价。有偿交换使得生产经营活动与消费活动逐渐固定下来,从而形成了消费者与经营者两大市场阵营。将消费者限于自然人,

并不否定法人等其他经济组织通过合同法等其他法定渠道获得救济,但这不属于消费者保护法的调整范畴,应通过其他规则予以解决。

再看立法实践,各国有关消费者保护的立法几乎都将消费者身份限于自然人。国际标准化组织消费者政策委员会在1978年召开的第一届年会上,就将“消费者”定义为“为个人目的购买或使用商品和服务的个体成员”。英国1994年《不公平消费者合同条款规范》规定,“消费者指任何签订本规范范围内合同的自然人,其动机不是出于商业(交易、生意或职业)目的”。美国1976年《消费者租赁法》也将租赁者限定在“订立或被提供消费者租赁服务的自然人”之上。从逻辑上看,金融消费者作为消费者的子概念,二者在主体类别上还是保持一致比较合适。事实上,上述国家在金融立法中使用“消费者”概念时,并未改变其在消费者立法中的界定范围。比如,美国1999年《金融服务现代化法》第5章第1节将消费者界定为“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人”。英国金融行为监管局(FCA)与审慎监管局(PRA)根据2012年《金融服务法》的授权各自制定的监管手册中也明确规定,消费者是指“并非出于贸易、商业或职业目的的任何自然人”(natural person)。

需要进一步指出的是,尽管在理论上将金融消费者定义为自然人,但是这并不妨碍在立法技术中排除一些在金融活动中不需要获得特殊保护的自然人,或者称专家型个人客户(expert private customer)。从消费者保护法的初衷来看,对消费者给予特殊保护仅仅是手段,其目的“一是为了确保合同当事人的‘地位对等性’,从而恢复消费者的自我决定能力,使得消费者一方当事人能够基于合理判断而缔结合同;二是为了确保市场自由竞争机制的正常运行”。<sup>[23-24]</sup>因此,在遵循对消费者的倾斜保护原则的同时,还需要注意不能过度保护,应将那些成熟的消费者剔除出倾斜保护的主体范围。<sup>[25]</sup>英、美、日等国以及我国台湾地区的金融立法,皆将符合一定经济实力、专业能力等条件的自然人排除出去,不适用

对消费者的倾斜保护规则。<sup>[26]</sup>

第二,从行为要件上看,金融消费者购买、使用金融产品或接受金融服务应当是为生活所需。金融消费可以通过对生活消费需求的发展性解释而获得。生活消费是为满足其自身需求而对外在物质及能量的消耗。生活性消费亦有非常广泛的外延。<sup>[27]</sup>个人的金融消费是随着消费需求结构升级而出现的。我国《消费者权益保护法》的此次修订顺应了消费升级的社会现实。立法者也表示:“日常金融服务领域,大家以前接受的金融服务主要是银行的储蓄服务,现在银行、保险、证券等服务也成为日常生活当中经常涉及的领域。……这个时候修改消法非常必要。”<sup>①</sup>

### 三、金融消费者概念的规范价值

#### (一) 投资者保护规范的局限性

“投资者”概念杂糅了机构投资者、投资专家等商主体和消费者等非商主体,在放松管制、鼓励金融创新的金融制度改革理念之下,立法者很容易忽视其中的消费者群体。在“投资者”这一模糊称谓之下,“应当保护哪些投资者”“投资者保护的内容是什么”等等成了长期困扰立法者及监管当局的难题。事实上,“新国九条”下“中小投资者”群体中的绝大多数可以为金融消费者概念所覆盖:普通个人投资者即为金融消费者,应当得到消费者保护法上应有的倾斜保护。

投资者与金融消费者在概念上迥异,导致了两类规范明显的实质差别,二者不能混为一谈,投资者保护名义下的法律规范完全无法满足投资领域的消费者权益保护的需求。从规范上看,证券法上的投资者保护规范与适用于各类金融活动的金融消费者保护规范,至少在逻辑起点、行为规制对象、规制内容三个方面存在本质区别:

第一,规范所产生的逻辑起点不同。投资者保护规范,逻辑起点在于信息的不对称。金融消费者概念与保护规范的形成,逻辑起点在于两个

问题的叠加出现:交易双方信息不对称问题,以及因交易一方是普通个人导致的交易力量悬殊问题。

证券法中“投资者保护”规范的规制目的在于,通过强制筹资方充分的信息公开等规则以实现具体交易结果的公平公正,减少对投资者的欺诈。如前文所及,信息不对称在金融活动中客观存在,对此,商事交易主体应当能够预见并采取必要的风险控制措施。金融市场需要消费者保护规范的原因除了消费者与经营者之间交易信息的严重不对称以外,还有交易双方力量对比的严重不均衡,以及因此导致交易结果实质不公平的极大可能性。关注金融领域的消费者保护问题,即应给予处于交易弱势地位的金融消费者倾斜保护,以实现交易的实质公平。<sup>[28]</sup>

第二,规范所约束的行为主体不同。投资者保护规范要解决的问题是投资者相对于融资者而言的信息不对称,是规制融资者的行为。金融消费者保护规范则是针对金融业经营者一方滥用优势地位侵害消费者权益而进行的规制,约束的是经营者的行为。

从投资者的角度来看,投资活动中所涉及的相关主体及法律关系可分为两类:一类是与投资资金有直接利害关系的主体,即投资者——资金的给付方与融资者——资金的使用方之间的关系。投资行为首先发生在投资者与融资者之间,投资标的物的法律性质决定着投资者与融资者之间形成何种法律关系。例如,股票、债券等证券的发售与交易活动中,发行人作为融资者发售证券,投资机构、公司、个人等各类法律主体则认购证券,以赚取股息红利等收益,双方因而形成股权关系、债权关系等投资关系。第二类则是投资者与金融投资商品与服务提供者的投资服务关系。由于社会分工的不断深化同样存在于金融投资领域,加之投资活动固有的高风险性,金融投资已发展为高度专业化和规范化的活动。无论是融资者还是投资者,大多并非属于从事金融业

<sup>①</sup> 参见全国人大常委会法工委民法室主任贾东明在十二届全国人大常委会第五次会议《消费者权益保护法》专题发布会上的发言。

者,除了向银行申请贷款融资以外,缺乏对证券、信托、银行理财产品等资本市场融资渠道的知识和经验,因此必须通过金融等机构提供专业支持来进入资本市场。加之前文所及,金融业务的商品化营销趋势也使得金融商品与服务提供者成为金融交易活动的主导一方。金融消费者保护规范即是规制作为经营者的金融商品与服务提供者行为,以避免或消除其对消费者权益的不当侵害的特殊规则。

第三,规范内容上的不同。传统的投资者保护规范内容主要有两大块,一是信息披露规则,二是法律责任承担规则。金融消费者保护规范的内容则围绕消费者权利的界定与救济展开,包括规定消费者知情权、安全权、公平交易权、选择权、隐私权、获得知识产权、求偿权、监督权等法定权利,经营者等相关主体的法定义务与责任,消费者维权救济途径等内容。只有在金融消费者概念之下,围绕消费者基本权利展开保护规则的构建,才能够避免出现保护漏洞。强制性信息披露的监管规范除了对于消费者知情权有一定的间接保护作用以外,并未涉及对消费者其他基本权利的保护。因此,需要在原有的证券投资立法中增补大量消费者保护规范。比如,2012年4月美国JOBS法(全称《工商初创企业推动法》,Jumpstart Our Business Startups Act)正式生效。该法通过对美国1933年《证券法》第4款的修正,创制了众筹新型豁免规则,即满足一定条件的众筹股权融资行为可以免于在SEC进行注册。<sup>[29]</sup>尽管众筹业务豁免适用证券法信息披露等强制性监管规范,但是由于该业务的高度涉众性,所以需要从保护公众利益,即消费者利益的角度考虑,规定相应的消费者权利保护规则。具体包括:(1)众筹平台应当向公众披露投资风险、投资流程、平台报酬等重要信息,从而赋予公众知情权;(2)公众可以在项目截止日前48小时内取消该笔交易承诺,从而赋予公众后悔权;(3)众筹平台应当采取必要措施保护投资者

的隐私,且不得对提供潜在投资者的个人身份信息的人支付报酬,从而赋予公众隐私权;(4)众筹平台应当采取必要措施减少交易中的欺诈、不当说明劝诱等行为,以保护公众的公平交易权;(5)应当向公众进行投资者教育,具体内容授权SEC确定,从而保护消费者的获得知识产权。

概言之,投资者概念的固有缺陷使得投资者保护规范未能正确认识到投资领域消费者保护规范、商事规范以及市场监管规范这三类规范的本质区别,在实践中导致了立法、行政与司法集中于投资领域的商事规范与监管规范的完善与实施,结果忽视了对消费者利益的应有保护。

## (二) 金融消费者概念统领下的规范体系构建

2011年开始,我国三大金融监管部门纷纷设立了各自的消费者(投资者)保护机构,金融领域的消费者保护问题正式进入金融监管视野。2014年4月,上海高级人民法院首次发布《涉金融消费者权益案件白皮书分册》。尽管金融监管和司法部门积极采取金融消费者保护措施,但是,由于缺乏统一适用的金融消费者概念与理论支持以及可资依据的法律规范,在金融消费者保护现实问题的应对和处理方面并不尽如人意,困难重重。

在司法实践中,就普通个人与金融业经营者之间的消费纠纷,关注消费者基本权利保护的观念在司法领域并没有得到一致的贯彻。一方面,部分法官已开始关注处于弱势一方的存款人、持卡人、保险合同相对人等消费者的权益,在自由裁量空间内加强对他们的倾斜保护。比如,一些法官在借记卡的伪卡盗刷纠纷案件中突破合同意思自治的局限,以《商业银行法》有关安全保障义务的法律规定为依据认定银行的侵权责任,并在过错认定上采取举证责任倒置以支持持卡人的正当损害赔偿请求。<sup>①</sup>但是,一旦涉及证券、银行理财产品等投资合同纠纷,投资者就不再是消费者,相应的审判活动往往适用合同法意思自治和“买者自负”原则。例如在吴某诉某证券营业

<sup>①</sup> 例如(2013)浦民六(商)初字第667号,该案入选为首届全国金融消费者保护论坛“2014年金融消费者保护十佳案例”。

部、某电子公司其他证券纠纷案中，法官认为原告参加证券公司的“e本万利”活动是一种投资行为，其目的是为了在证券市场上获取利益，显然不是为了“生活消费需要”，因而不符合消费者的定义。<sup>[30]</sup>不仅如此，由于法官对于金融领域消费者保护的认识差异，“同案不同判”现象在诸如银行卡纠纷、消费贷款纠纷等类型案件审理中并不少见。

在金融监管领域同样如此：当银监会、保监会、人民银行纷纷设立各自的金融消费者保护局之时，证监会对下设的相关机构仍冠之以“投资者保护局”的称谓，其出台的规范性文件也从未使用过金融消费者概念。监管者对于投资领域是否存在金融消费者显然疑虑重重。由于我国采取金融分业监管机制，具有投资性质的同类金融产品分别归口不同的监管部门管理。政出多门使得监管要求之间的差异十分明显。仅以金融业经营者的说明监管规范为例：就说明的方式和说明时间来看，保监会对于保险公司经营投资类保险产品的说明规范贯穿缔约前、缔约时至缔约后整个经营过程，并且对各阶段皆规定了明确的书面交付要求（保监会2009年《人身保险新型产品信息披露管理办法》）。相较而言，银监会对于银行个人理财产品业务的书面交付要求，仅限于缔约时订立书面合同，以及在合同存续期间交付资产账单，而缺少缔约前的书面交付要求（银监会2005年《商业银行个人理财业务管理暂行办法》、2012年《商业银行理财产品销售管理办法》）。而证监会对基金管理公司销售证券投资基金，则没有关于说明时间及书面交付的明确规定（证监会2013年《证券投资基金销售管理办法》）。监管规范之间的参差不齐，加之缺乏违规之后的民事责任规定，金融业经营者即便违规，也不需要为消费者负责。2013年以来，互联网金融的发展更是激化了我国金融综合经营、业务交叉现状与分业立法、分业监管之间的矛盾。互联网金融业务往往具有跨业经营、交叉经营的特征，在分业立法、分业监管模式下必然处于无法可依、监管不力的尴尬境地。

金融领域消费者保护在立法、司法、监管等

方面严重不足的状况进一步表明，在我国这样一个具有制定法传统的国家，使用“金融消费者”这一理论概念，能够推动相关法学研究成果的及时转化，统领金融领域的消费者保护法律规范体系构建，为监管、司法等各类法律实践提供必要的规范依据。当务之急即要结合我国法制现状研究可行性方案，着手构建金融领域消费者保护法制体系。对此，本文试图给出一些框架性的建议：

第一，理论上讲消费者是金融消费者的上位概念，消费者权益保护法应当是金融领域消费者保护法制的基本法。即，金融消费者保护法制应当体现消费者权益保护法的基本宗旨与规范框架。但是如前文所述，我国《消费者权益保护法》本身存在诸多缺陷，如果局限于该法的现行规范显然不足以解决金融领域消费者保护的法律问题。因此，构建我国的金融消费者保护法制，同时需要加快我国消费者权益保护法制本身的构建与完善进程。应当承认，新《消费者权益保护法》在适用范围上向金融领域只是进行了有限延伸，并且由于新法对于消费者的概念仍然没有给出界定，加之实践中对于“为生活所需”的不同理解将会极大限制金融消费者援引消法的一般性规定主张权利。

第二，金融消费者作为一个理论概念，能够清晰界定金融法制中消费者保护规范的界限，并统领金融领域消费者保护规范体系的构建。如果脱离统一的概念体系和制度框架，在现行金融分业立法的模式下，保护漏洞将不可避免。因此，无论是借鉴日本2001年《金融商品销售法》、我国台湾地区2011年《金融消费者保护法》的做法来制定金融消费者统合立法，还是维持我国现行金融分业立法局面，通过对《商业银行法》《证券法》《保险法》等各个金融行业立法分别修订来构建金融消费者保护规范体系，皆应当在金融消费者统合概念之下，遵循统一的立法原则和规范框架来进行。

第三，从内容的完整性角度看，构建我国金融领域的消费者保护法律体系：（1）需要规定相关的各类主体的法定职权、职责或者权利与义

务。这些主体包括：国家、各级政府与金融监管部门、各类金融服务提供者、社会团体以及金融消费者自身。(2) 需要界定金融消费者的各项权利及其救济规则：金融消费者的各项权利包括知

情权、安全权、公平交易权、选择权、隐私权、求偿权、获得知识产权。(3) 需要构建金融消费者交易纠纷的解决机制：诉讼与各类非诉讼解决机制，以及公益诉讼机制。

## 参考文献

- [1] 金融企业的客户是否是消费者 [N]. 法治周末, 2010-06-30.
- [2] 曹兴权. 商事法律制度构建视野的转换——以金融消费者保护为例 [J]. 上海财经大学学报, 2011 (10): 27.
- [3] 陈洁. 投资者到金融消费者的角色嬗变 [J]. 法学研究, 2011 (5): 84, 90.
- [4] 赵中孚. 商法总论 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2001: 5.
- [5] 王保树. 中国商事法 [M]. 北京: 人民法院出版社, 2003: 7.
- [6] 王保树. 商法总论 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2007: 238.
- [7] 顾功耘. 商法教程 [M]. 上海: 上海人民出版社, 北京: 北京大学出版社, 第二版, 2006: 59.
- [8] 李勇军. 现代公司的本质: 营利性、赢利性抑或盈利性——基于词义辨析与营利性内涵的分析 [J]. 北方法学, 2010 (4): 31-33.
- [9] 廖志敏, 陈晓芳. 强制披露理论依据之批评 [J]. 北京大学学报 (哲学社会科学版), 2009 (5).
- [10] 何颖. 金融交易的适合性原则研究 [J]. 证券市场导报, 2010 (2).
- [11] 范健, 王建文. 商法基础理论专题研究 [M]. 北京: 高等教育出版社, 2005: 358-365.
- [12] 王保树, 朱慈蕴. 赴日考察日本商法总则·商行为法的报告 [J]. 商事法论集, 第15卷: 269.
- [13] [日] 田边光政. 商法総則·商行為法 [M]. 新世社, 2001: 51-52.
- [14] 王建文. 中国商法立法体系批判与构建 [M]. 北京: 法律出版社, 2009: 79, 184.
- [15] 李政辉. 商人主义、商行为主义究竟是什么? ——理论综述与质疑 [J]. 河北法学, 2011 (12).
- [16] 赵旭东. 商法学教程 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 44.
- [17] 任尔昕, 石旭雯. 商法理论探索与制度创新 [M]. 北京: 法律出版社, 2005: 136.
- [18] 张守文. 经济法学 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 358.
- [19] 政府监管缺陷旺旺贷跑路 10名网友获百度先行保障 [EB/OL]. <http://news.163.com/14/0505/15/9RGAI3PD00014JB6.html>, 2015-05-08.
- [20] 张严方. 消费者保护法研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2002: 119.
- [21] 吴弘, 徐振. 金融消费者保护的法理探析 [J]. 东方法学, 2009 (5).
- [22] 岳彩申, 刘晓东. 金融监管制度发展的新趋势——消费者保护与审慎监管的分离 [J]. 上海财经大学学报, 2011 (3).
- [23] [日] 石田喜久夫. 消费者民法のすすめ [M]. 法律文化社, 2004: 10-13.
- [24] 梁慧星. 从近代民法到现代民法——20世纪民法回顾 [G]//《民商法论丛》. 第7卷. 北京: 法律出版社, 1999: 4.
- [25] 何颖. 论金融消费者保护的立法原则 [J]. 法学, 2010 (2).
- [26] 刘媛. 金融消费者法律保护机制的比较研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2013: 13-29.
- [27] 李昌麒, 许明月. 消费者保护法 [M]. 北京: 法律出版社, 第二版, 2005: 58.
- [28] 邢会强. 金融消费者的法律定义 [J]. 北方法学, 2014 (4): 76-83.
- [29] SEC: Proposed Rules on Crowdfunding, p6.
- [30] 林晓君, 沙淘. 证券投资者不能归入《消保法》上的消费者范畴——吴某诉某证券营业部、某电子公司其他证券纠纷案 [EB/OL]. [http://fayuan.xinmin.cn/alyp/2011/11/23/12776571\\_2.html](http://fayuan.xinmin.cn/alyp/2011/11/23/12776571_2.html), 2015-05-05.

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)