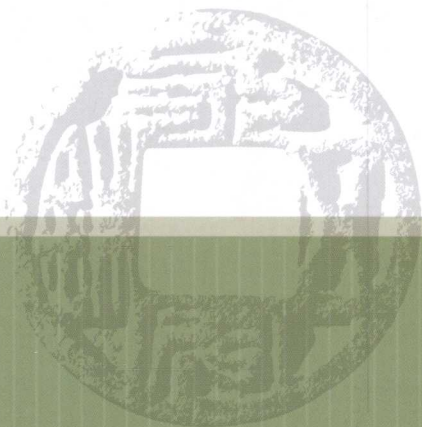


金融贸易法律理论与实务丛书

（第三辑）

金融法热点问题研究

高 祥◎主 编



中国政法大学出版社

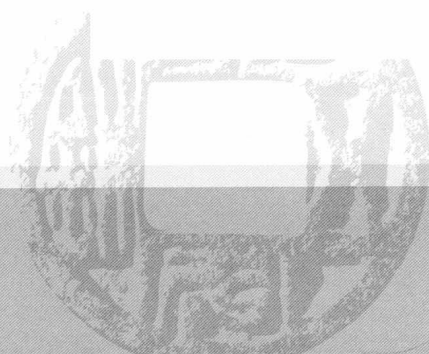
金融贸易法律理论与实务丛书

(第三辑)

金融法热点问题研究

高 祥◎主 编

刘 斌◎副主编



中国政法大学出版社

2015·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

金融法热点问题研究/高祥主编. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 11
ISBN 978-7-5620-6416-9

I. ①金… II. ①高… III. ①金融法—研究—中国 IV. ①D922. 280. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第273998号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	25.75
字 数	470 千字
版 次	2015 年 11 月第 1 版
印 次	2015 年 11 月第 1 次印刷
定 价	62.00 元

出版说明

在《金融贸易法律理论与实务丛书》即将面世之际，我就其形式、名称和内容问题作些说明。

首先，是形式问题，即为什么出丛书而不出单本？我到中国政法大学工作以后，成立了中国政法大学国际银行法律与实务研究中心（以下简称“中心”）。中心的宗旨是依托中国政法大学的法学学科优势，站在国际银行法律与实务发展的前沿，与国内外理论与实务界密切合作，将其建设成为中国金融贸易法律与实务的法学研究与人培养基地。中心自成立以来，逐步组成了一个高质量的研究团队，开展了一系列的教学科研活动。比如，每年为研究生开设英文“金融法专题”专业选修课；以教育部“海外名师”项目的名义，邀请信用证法律国际权威 John F. Dolan 教授和 James Byrne 教授等来为研究生开设专门课程；举办了一系列专业讲座；承担了教育部、北京市科委等单位的金融法方面的研究课题；基本上完成了两部国际金融法经典的翻译工作；撰写了几十篇学位、学术论文；基本上完成了三本专著的撰写工作。中心的这些教学科研活动形成的科研成果，包括专著、译著和论文集等，若以单本出版，将会零零散散，难成体系；若编成系列面世，

将会互为联系，互为支撑，相得益彰，也便于读者研读参考，故决定以丛书形式奉献给读者。

其次，是丛书的名称问题，或者说为什么叫《金融贸易法律理论与实务丛书》。其实，这不仅是名称问题，也涉及内容问题。中国政法大学国际银行法律与实务研究中心的研究对象主要是信用证以及与其相关的金融贸易方面的法律理论与实务。信用证包括商业信用证与备用信用证，前者是贸易结算与融资工具，后者虽然也可用于贸易，但其主要是金融担保工具。要研究前者，就不得不研究与其产生、发展和运用密切相关的国际货物买卖合同、国际贸易术语、提单、票据、保单以及其他国际贸易结算方式，包括汇付、托收、福费廷、保理、供应链金融，等等。要研究后者，就不得不研究另一在法律性质与商业功能上与其完全一致的双胞胎——独立担保。鉴于商业信用证的功能与性质，它既属于金融法的研究范畴，也属于贸易法的研究范畴；但备用信用证与独立担保则基本上属于金融法的研究范畴。无论是商业信用证、备用信用证，还是独立担保，其开立主体一般都是银行，属金融法范畴。也就是说，中心的研究领域和本丛书的内容虽然会涉及贸易，但以金融法为中心。因此，将丛书的名称确定为《金融贸易法律理论与实务丛书》。

高 祥

2015年8月29日

序 言

本书为《金融贸易法律理论与实务丛书》的第三辑，共有论文十一篇。

第一篇为刘斌的《大数据时代金融信息保护的制度逻辑》。大数据技术在提高信息获取能力、降低信息处理成本的同时，使信息安全面临严峻形势。由于我国缺乏完善的个人信息保护立法，金融信息保护规范不足，实践中金融机构以格式条款寻求免责，使金融信息受害人举证困难。文章认为，金融信息是个人信息权的保护对象，立法上可以从合同法和侵权法对其加强保护，并将其保护范围作为一个框架性概念，保持开放性。作者提出，为了加强金融信息保护，我国应当建立个人信息保护法与金融信息保护法规相结合的法律体系，明确将金融机构和相关组织纳入义务主体范围，设置举证责任倒置制度，严格限制格式条款的免责效力，强化金融信息保护监管。

第二篇为翁两民的《银行账户质押研究》。银行账户质押在实践中运用广泛，特别是在进出口贸易融资、企业

融资等场合。然而,我国现行法缺乏明确的规定,司法实践中也缺少成熟的判例,这严重限制了账户质押业务的进一步发展。文章通过对案例的分析,对银行账户质押的法律性质进行了理论探讨。作者认为,银行实账户在法律性质上应是存款债权的质押;银行空账户质押是未来债权的质押,有些空账户质押还带有浮动担保的性质,二者均属于权利质押,而非“金钱质押”。基于我国物权法定原则,实账户质押和空账户质押都缺乏法律依据,应当将其合法化,并完善相关制度。

第三篇为王菲菲的《商业银行个人理财业务的法律分析》。商业银行个人理财已有两百多年的历史,起源于银行业务发达的瑞士,也称私人银行业务。在我国,这种业务种类繁多,名目各异。文章从不同角度对个人理财业务进行了种类划分,并在此基础上支持信托法律关系说。文章认为,在我国目前分业经营、分业监管的模式下,存在委托人主体不适格、资金投向不严格合规、受益人利益保护欠缺等问题。此外,还存在信息不对称、保底条款效力争议等诸多问题。作者建议,我国应当统一金融三方监管标准,明确银行民事责任,标准化个人理财业务流程。

第四篇为姜慧芹的《我国信用卡冒用中的民事责任分担》。在信用卡冒用上,学者多关注刑事问题而忽略民事责任问题。作者认为,当发生信用卡冒用足以构成信用卡诈骗罪时的责任分担值得研究。作者通过案例分析,发现此类案件有90%的上诉率和不统一的审理结果,说明这一问题在我国远未达成一致。作者基于对信用卡关系的剖析,界定了信用卡冒用的含义及其相关主体承担责任的根据,提出:在冒用行为发生并产生纠纷后,应当首先由发卡行承担责任;收单行(限于跨行交易中)应当就未经发卡行授权的付款和特约商户的选择不当承担责任,但可以通过证明其尽到善良管理人义务而免责;特约商户明知持卡人非信用卡领用人的,应当承担冒用的损失;领用人对于本人使用(或视为领用人本人使用)或授权他人使用信用卡所产生的交易款项负有偿还义务。

第五篇为王蓉的《论我国票据贴现的法律完善》。票据贴现是一种短期

融资方式，对企业融资非常重要。由于我国票据立法和实务中规定了票据的无因性，要求票据的签发和转让具有真实的交易关系，限制了票据融资业务的发展。作者基于我国票据贴现的银行实务对其中的法律关系进行了分析，集中探讨了贴现票据种类单一、业务参与主体少、虚构交易背景现象屡禁不止、企业向民间票据市场融资等问题，提出解决贴现业务问题、改善贴现业务环境应当从以下三个方面着手：其一，修改完善现有的贴现法律规定，明确贴现的法律地位、制定统一的业务规范、取消银行对真实交易背景的审查义务；其二，解除票据法对融资性票据的禁止，修改完善票据法的相关规定，为融资性票据的发展提供制度保障；其三，借鉴发达国家票据市场的成功经验，逐步使用融资性票据，满足票据融资需求，从根源上解决当前贴现业务的诸多问题。

第六篇为郑再云的《我国 P2P 网络借贷中贷款人的风险及防范》。P2P 作为新兴的融资模式，在我国缺乏系统的法律规定。以哈哈贷、贝尔创投等为代表的问题 P2P 借贷平台的屡屡出现，严重损害了贷款人的利益。如何通过民商法理论，妥善阐释和解决其中的法律问题值得研究。作者通过对 P2P 借贷的业务模式和法律关系进行剖析，提出了贷款人与借款人本质上属于借款合同关系，二者与 P2P 借贷平台之间则属于混合合同，此外还存在担保关系以及第三方支付机构的混合合同关系。在对各种风险进行分类探讨的基础上，作者提出了三个方面的法律完善建议：一是明确民间借贷和非法集资的界限，增加营业居间人的特殊规定；二是建立 P2P 网络借贷平台监管机制，包括政府监管机制和全国性行业协会监管机制；三是加强平台运作，规范平台运行。

第七篇为于彤源的《BPO 项下的银行付款义务》。2014 年 4 月 24 日，赛讯咨询公司（Celent）在一篇关于热门企业银行业务趋势报告中，把银行付款责任列为三大值得关注的趋势之一。对于这一新的商事工具，国内外研究有限。本文是国内第一篇从法律角度系统探讨银行付款义务的论文。文章从 BPO 的产生背景、发展演变着手，对《银行付款责任统一规则》（URBPO）进行了比较详细的解读，尤其是对 BPO 法律关系中受益行的收款权利和责任

行的付款义务等进行了有益的探讨。妥善运用 BPO, 既可以满足企业的快捷融资需求, 也可以便利物流和资金流等。

第八篇为刘道纪的《中美比特币监管比较研究》。比特币是互联网生态下的新事物, 从性质上讲属于不依靠货币发行机构、依据特定算法而产生的数字货币。与法定货币不同, 比特币作为 P2P 的产物, 参与制造和流通的主体可能遍布世界各地, 其在法律上面临法律地位、司法管辖、法律监管等诸多难题。文章系统地讨论了比特币的监管问题, 并对中、美两国的法律监管进行了比较研究。作者认为, 我国监管部门目前所采取的隔离态度不足取, 不利于互联网金融的发展, 而应当借鉴美国的两级监管体制, 建立许可证申请、业务审批等制度, 以保障消费者利益和风险控制。

第九章为李敏轩的《论资信评级机构对债券发行人的民事责任》。资信评级制度起源于美国, 是市场衡量金融工具资信状况的重要手段, 自次贷危机发生后开始受到普遍关注。对于资信评级机构的不当甚至错误评级行为, 资信评级机构应当承担何种责任是个重要问题。作者从资信评级业务的实践入手, 对资信评级机构与债券发行人的法律关系进行了界定, 并在此基础上分析了二者之间法律责任的性质。文章认为, 资信评级机构应当承担过错责任, 并提出了责任判断的中立性和准确性标准; 在涉及赔偿时, 则需要在实务中具体判断, 甚至结合当时的经济环境和债券发行过程中的各种因素才能得出最终的数额。

第十篇为王忠瑛的《信贷资产“真实出售”法律标准初探》。资产证券化是结构性融资的重要方式, 内部结构极其复杂。通过信贷资产的真实出售, 可以有效实现风险隔离。然而, 实践中复杂的资产转移架构是否构成真实出售, 理论研究上未臻深入。文章结合业务实践对真实出售的含义进行了界定, 并且探讨了我国信贷资产真实出售的现状, 提出了建立我国信贷资产真实出售法律标准的设想。文章指出, 我国目前的法律规定跟不上实务的发展需要, 有必要单独制定《资产证券化法》, 对资产证券化的整个操作过程进行规定。

第十一篇为甄彦伟的《论土地承包经营权信托的设立》。农村土地改革

是我国当前法律中的热门话题。文章认为，通过设立信托进行农村土地流转是一种新的探索，不仅可以避免现有法律对农村土地的限制，也能够实现资金募集为农业生产提供金融支持。文章结合我国目前的实践，通过分析土地承包经营权信托的设立要件，提出了完善该制度的建议。

高 祥

2015 年 8 月 29 日

目 录

出版说明..... I

序 言..... III

刘 斌

大数据时代金融信息保护的制度逻辑.....1

翁两民

银行账户质押研究.....17

王菲菲

商业银行个人理财业务的法律分析.....59

姜慧芹

我国信用卡冒用中的民事责任分担.....104

王 蓉

论我国票据贴现的法律完善.....158

郑再云

我国 P2P 网络借贷中贷款人的风险及防范.....191

于彤源

BPO 项下的银行付款义务.....233

刘道纪

中美比特币监管比较研究.....260

李敏轩

论资信评级机构对债券发行人的民事责任.....294

王忠瑛

信贷资产“真实出售”法律标准初探.....330

甄彦伟

论土地承包经营权信托的设立.....374

大数据时代金融信息保护的制度逻辑

刘 斌 *

随着大数据时代的来临,包括金融行业在内的各行业开始受到剧烈的冲击。通过对海量数据的收集、分析和处理,人类能够从中获取过去不能想象的目的信息。McAfee 和 Brynjolfsson 指出,以数据量 (volume)、处理速度 (velocity) 和数据种类 (variety) 三个方面为主要代表特征的大数据,为企业的管理决策提供了新的依据和方式。^[1] 但是,理论上对大数据的关注多停留在技术和管理层面,法律理论方面的研究较少,更勿论立法上的措施。在大数据先驱的美国,立法和法院判例对此也多有关注。比如,在美国诉安托万·琼斯 (United States v. Antoine Jones) 案^[2] 中,五位大法官指出,对公民个人的位置信息进行持续不断地监视是对公民隐私权的侵权,违反了美国宪法对公民隐私权的保护。但是,该判决所援引的根据仍然是侵权法上的非法侵入 (trespass),并未对大数据时代所产生的问题作出回应,比如

* 中国政法大学民商法学博士,中美富布莱特联合培养博士,现任教于河南财经政法大学民商经济法学院。

[1] Andrew McAfee & Erik Brynjolfsson, "Big Data: The Management Revolution", *Harvard Business Review*, 2012 Oct; 90 (10): 60-6, 68, 128.

[2] United States v. Antoine Jones, 132 S. Ct. 945 (2012).

持续不断究竟是多久？重复而间断的监视是否同样构成侵权行为？这些问题都需要法律理论和实践上的进一步界定。

对于金融行业而言，在信用风险、技术风险、流动性风险等传统金融风险类型开始呈现出新型样态的同时，金融信息安全问题在大数据时代更加凸显。正如雪佛龙公司诉温伯格集团（Chevron Corporation v. The Weinberg Group）案中法官所指出的，“在大数据时代，存储的成本是极其低廉的，过去银行家的数个文件箱可以被存在一个三英寸大小的存储器上，每个人都在保存越来越多的信息，同时也必然会有越来越多的人接触到这些信息。”与个人隐私息息相关的通话记录、位置记录、社交网络记录、搜索记录、购物记录等信息事实上已经为相关的企业所掌握，而且在未来这种趋势只增不减。在银行开设信用卡账户之后，包括工作单位、联系方式、收入情况、亲属信息等重要信息都为银行所掌握，并随着进一步的用卡交易，包括交易对象、交易金额、交易地点等信息都会纳入银行的数据库之中，并可进一步分析出客户的资产状况、投资消费偏好等信息。^{〔1〕} 金融机构以前所未有的方式获取与金融客户相关的各类信息，并通过技术手段进行分析处理，带来巨大利益的同时也产生了诸多新型的风险。比如，金融机构的某些工作人员不但未能妥善保管客户信息，反而予以非法出售，导致客户资金损失的事件多次出现，甚至形成了售卖客户信息、盗取客户资金的非法利益链。有鉴于此，本文在剖析我国金融信息保护法律制度缺陷的基础上，廓清构建金融信息保护制度的基本理论，提出完善我国金融信息保护法律制度的路径和措施。

一、我国金融信息保护面临的困境

针对我国频繁出现的金融信息安全问题，相关监管部门出台了规范性文件予以应对。2005年，中国人民银行出台了《个人信用信息基础数据库管理暂行办法》，对个人信用信息的报送、整理、查询、异议处理等作了规定。2012年国务院通过了《征信业管理条例》，规定了征信机构的设立条件、业务规则和监管规则。这两个规范性文件主要涉及征信信息，尚未扩及个人的全部金融信息。为了加强个人金融信息保护，中国人民银行分别于2011年和2012年发布了《关于银行业金融机构做好个人金融信息保护工作的通知》和《关于银行业金融机构进一步做好客户个人金融信息保护工作的通知》，对个人金融信息进行了列举式的界定，并且对金融机构的行为进行了较为具体的列举^{〔2〕}。此外，我国《反洗钱

〔1〕 Chevron Corporation v. The Weinberg Group, Misc. Action No. 11-409, D. D. C. Sept. 26, 2012.

〔2〕《人民银行关于银行业金融机构做好个人金融信息保护工作的通知》，银发〔2011〕17号；《中国人民银行关于金融机构进一步做好客户个人金融信息保护工作的通知》，银发〔2012〕80号。

法》、国务院颁布的《个人存款账户实名制规定》、中国人民银行与中国银行业监督管理委员会等部门联合发布的《金融机构客户身份识别和客户身份资料及交易记录保存管理办法》、中国人民银行发布的《银行卡业务管理办法》等法律、法规、规章中，也对金融信息保护有零星规定。目前我国在立法上并未形成金融信息保护规则体系，现有规则缺乏系统性，效力层次较低，未能在法律层面解决金融机构的信息安全保护义务问题及其伴随的损害赔偿问题。由于立法缺失，目前我国金融信息保护面临以下困境：

1. 金融信息保护的规范依据不足

我国目前没有一部完整的个人信息保护法，基本立法的缺失造成以下问题：一是金融信息的内容和范围不清。我国《商业银行法》第73条的保护对象是存款信息，《反洗钱法》第5条的保护对象是金融机构基于反洗钱义务而获得的客户身份资料和交易信息，《征信业管理条例》和《个人信用信息基础数据库管理暂行办法》主要保护个人信用和征信信息安全，这些不同层级的立法并未形成统一的金融信息权概念。二是金融信息安全保护义务方面的规范不足。前述法律、法规和规章对金融信息保护主体的界定主要局限于金融机构，未能涵盖与金融信息有关的其他主体；对于不履行金融信息保护的法律责任的规定，基本上停留在谈话、整改、通报、处分等行政手段上，缺乏明确的民事救济措施。

2. 缺乏有效的行政监管措施

对于侵犯金融信息的行为，除科以民事责任、刑事责任外，加强行政监管也是有效的规制措施。我国现行立法中，金融信息保护行政监管措施主要存在两方面问题。一是监管部门的职权零散，不能对侵害金融信息的行为形成全面约束。根据我国《反洗钱法》《商业银行法》以及中国人民银行出台的规章，金融监管部门仅有权对侵害反洗钱信息、存款信息、征信信息的行为进行处罚，而无权规制其他侵害行为。二是监管部门的职权较小，约束力弱，难以实现有效监管。我国《商业银行法》第73条规定了国务院银行业监督管理机构对商业银行非法查询、冻结、扣划个人或单位存款的行为的执法权，《反洗钱法》第32条规定了反洗钱行政主管部门对金融机构违反保密规定，泄露有关信息的行为的执法权，这两部法律的保护范围都十分有限，行政主管部门对金融信息保护并无全面的执法权。中国人民银行出台的规章效力层次低，所规定的监管措施基本上停留在谈话、通报层面，不能形成实质性约束。

3. 有关金融信息的格式合同泛滥

客户到金融机构办理业务时，经常遭遇金融机构单方提供的格式合同。在这些合同中，金融机构往往设定各种各样的条款为自己免责，这些条款对客户而言

则构成金融信息保护障碍。如《中国银行股份有限公司信用卡领用合约（个人卡）》第1条规定，信用卡的申请人或持卡人同意银行向第三方了解或者披露客户的财产及资信等状况，无论申请成功与否，银行均保留相关资料而不予退回。在客户主张金融信息保护以及请求法律救济时，金融机构往往援引此类条款予以免责，这不利于客户的金融信息权利保护。

4. 金融信息受害人举证困难

在我国，对于严重侵害个人金融信息的行为，可以按照《刑法》第253条规定的“出售、非法提供公民个人信息罪”予以处罚。然而在多数情况下，金融信息受害人是通过主张民事权利而获得救济的。根据我国《民事诉讼法》第64条及相关司法解释的规定，金融信息受害人负有证明自己主张的举证责任。但实践中金融信息的非法出售和泄露行为具有很大的隐蔽性，这些行为在损害后果发生之前很难为受害人所知晓；即使在损害发生之后，受害人也很难证明侵害行为与损害后果之间存在因果关系。举证困难已经成为金融信息受害者维权的主要障碍。

二、构建金融信息保护制度的法理逻辑

构建金融信息保护制度面临权利基础和权利保护路径两方面问题。就前者而言，金融信息作为信息享有者的一种利益，尚未形成一种法律上的权利。有学者提出将金融信息纳入隐私权范畴加以保护，然而传统法律理论对隐私权有着严格界定，将金融信息纳入其中会对隐私权和金融信息两个概念都造成冲击。因此，如何界定金融信息保护的权基础，是构建金融信息保护制度的首要问题。就后者而言，由于民法上存在侵权法与合同法的分野，所以通过合同法抑或侵权法来构建金融信息保护民事规则，就成了构建金融信息保护制度的基础性问题。

1. 金融信息保护的权基础与相关法律规范金融信息保护面临权利归类问题

在金融信息保护问题凸显初期，由于立法中并未预设金融信息权的概念，所以司法实践中多借助隐私权对金融信息进行保护。但是，传统立法中的隐私权范围比较狭窄，难以满足大数据时代的需求。传统意义上的隐私多通过不同的方式被泄露或获取，而在大数据时代，通过对原始信息的分析处理就可以推导出过去、现在甚至将来的相关信息。譬如，通过对转账的时间、数额、对象等信息进行大数据分析，可以得出客户的基本商业往来关系和社会交往范围。近年来，经合组织、欧盟和美国纷纷启动隐私权保护框架改革，在其中纳入网络隐私方面的

内容。^{〔1〕}虽然个人信息与个人隐私在内容上存在一定的重合,但整体而言,个人信息的范围远远超出隐私信息,因而在法律上应当区分个人信息权与隐私权。^{〔2〕}为了保证人格权立法的开放性和可操作性,我国立法对个人信息权进行详细列举更有利于对其进行保护。我国个人信息保护立法已经开始酝酿,另行制定金融信息保护法无异于叠床架屋,也将造成立法资源的浪费。当然,作为一般法,个人信息保护法并不能完全解决金融信息保护问题。金融信息保护除需借助个人信息保护法之外,还需要相应的行政法规,搭建起民事责任和刑事责任之外的行政责任体系。

2. 金融信息保护的路径

在理论上,金融信息保护可以采取合同法路径或侵权法路径。前者是指使金融机构基于明示或默示的合同关系而负担信息保护义务,若违反合同义务,则构成违约责任;后者是指在侵权法上使金融机构对金融信息负担安全保护义务,不履行此项义务者,构成对隐私权或信息权的侵害。在美国法上,法官多将大数据的保护纳入到侵权法特别是隐私权的保护范畴之内,即采取侵权法的路径。比如,在前述的美国诉安托万·琼斯案中,法院在判决中即援引了 Harian 大法官对“隐私的合理期待”的界定:隐私的构成需要两方面的要素,一方面是当事人产生了一个实质的隐私期待,另一方面是这种期待为社会认为是合理的。^{〔3〕}与侵权法路径相比,通过契约理论来解决问题代表了另一种方法。2012年12月,美国议员马基(Markey)提出了《移动设备隐私法案》,要求数据搜集方明确告知被收集方数据的收集方、收集方式、使用方式、使用时间以及与此相关的其他问题。^{〔4〕}该法案采取的仍然是传统的同意或者告知的方式,也即试图通过合同理论来解决金融大数据来源合法性的问题。

合同法路径在逻辑上存在的问题是:其一,金融信息收集者在收集信息时对信息分析能产生何种结果并不总是知情,因而在事实上缺乏与他人合意实施金融信息侵权行为的基础。在很多情况下,大数据分析所产生的结果是超乎预料的,即使数据收集者事先向被收集方告知了相关信息,数据分析的结果也仍然可能超出告知范围。譬如,在 *In re Application of the United States of America for Historical*

〔1〕 Omer Tene & Jules Polonetsky, “Judged by the Tin Man: Individual Rights in the Age of Big Data”, 11 *J. on Telecomm. & High Tech. L.* 351, 362 (2013).

〔2〕 王利明:“论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心”,载《现代法学》2013年第2期,第62页。

〔3〕 *Katz v. United States*, 389 U. S. 347 (1967).

〔4〕 *Mobile Device Privacy Act* (H. R. 6377).