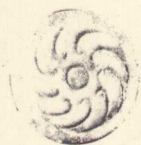


高晋康
主编



光 华 文 丛

金融隐私权与 信用开放的博弈

谈李荣 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

金融隐私权与 信用开放的博弈

谈李荣 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

金融隐私权与信用开放的博弈 / 谈李荣著.

—北京:法律出版社,2008.2

ISBN 978-7-5036-8208-7

I. 金… II. 谈… III. 金融法—研究 IV. D912.280.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第020692号

© 法律出版社·中国

**西南财经大学
法学院光华文丛**
高晋康 主编

金融隐私权与信用开
放的博弈

谈李荣 著

责任编辑 高山 田会文
装帧设计 乔智炜

开本/ A5

版本/ 2008年1月第1版

出版/ 法律出版社

总发行/ 中国法律图书有限公司

印刷/ 北京北苑印刷有限责任公司

印张/ 6.5 字数/ 164千

印次/ 2008年1月第1次印刷

编辑统筹/ 法学学术出版分社

经销/ 新华书店

责任印制/ 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-8208-7

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

卷首语

晚近之法律发达史昭谕——法乃天下之公器也。律法之学，遂立于诸学之列，渐为显学，域外海内共趋之，前辈后生共奉之，庙堂布衣亦颇多侧目。此时此世，法律堪谓人世经纬，通由法律而生活，织楨规则，获取意义。

迄至现世，法治取神治、人治而代之，蔚为治国之略，遂成法共同成员所皈依之凭借也。然，徒法不足以自行，文以载法，所求者何？或答曰：所希冀者，欲将公平正义、民主平等、自由博爱、诚信宽容诸等现代人文理念，践行落实为具体之法律运作，并由此祈愿，为吾曾灾难深重之神州大地，重建规则，重缔秩序，是谓法治之意义。所凭借者何？或答曰：诸行家前辈、英杰俊才，以脉脉法意，以智识才情，援据西窗法语，璧合本土资源，通联当下之国情与民意，法意与人心，文以载道，燎原薪火，传承不灭。

至若现今之西南财大法学院，肇始于民国末年之正阳法商学院，经由相辉文法学院，辗转历光华

大学法学系。虽偏于西南一隅，处江湖之远，却谨循“经世济民、孜孜以求”之校训，未敢懈怠。然则，三尺高台起于垒土，现倡设《光华文丛》之举，盖缘于此。若此，吾侪同心，著者协力，惟以沙聚跬积、期于汇涓成川。仰我上者，茫茫苍穹，望光华之繁星璀璨，得其所哉，夫复何求？

《光华文丛》首创之期，是为卷语。

高晋康 谨 识

前 言

一、研究背景与研究价值

(一)金融隐私权保护成为各国维护金融信用的基石

随着社会的发展和社会观念的变化,在现代信息社会中,传统隐私权不断延伸,并增加了新的实体内容,出现了“金融隐私权”(financial privacy)。金融隐私权是信息持有者对其与信用或交易相关的信息所享有的控制支配权。与传统的隐私权不同的是,金融隐私权指向的是具有财产利益的信息,以信用信息为核心,包括信息所有人经济与财产交易状况方面的信息,如信息持有者财产状况及其财产流向的信息。金融隐私权的发展有着深层次的原因,实现对它的有力保护是一个长期的过程。英美等金融发达国家以深邃的法哲学思想为基础,形成系统化与成熟化的金融隐私权保护制度。金融隐私权保护制度经过英美等国判例法及普通法的确认和发展,目前已成为世界各国金融法律制度的重要组成部分。

对金融隐私权的保护构成金融信用体系当事人信息财产权利的基础。从维护金融信用这一视角和思维方式认识和把握金融隐私权,可使金融隐私权的研究视域更为开阔。金融隐私权是在特定的时空要素下成长、发展起来的。法律应确认金融隐私权的独立地位,对金融隐私权进行具体的、相对独立的权利定位,维护市场主体的信用信息利益。

(二)金融隐私权与信用开放格局下的信用信息披露存在冲突

金融隐私权扩展了权利的内容,创设了新的权利,拓展了金融领域的法律关系,从而也增加了权利冲突的可能性。金融隐私权与信用信息披露即构成一组矛盾,对金融隐私权的保护和信用信息披露存在冲突。协调冲突,平衡利益将促使金融隐私权进一步发展。正是在制衡冲突、平衡各种利益的过程中,金融隐私权规则可以不断得以完善和成熟。

各国商事立法和商事实践,已充分显示信用信息已不再是纯粹的私人信息或商事秘密,而与社会交易秩序密不可分,部分信息已转化或正在转化为社会公众信息,个人的私生活领地正在迅速缩减,而公有的领域正在急剧膨胀。传统的隐私权概念及其实际内涵正在发生着微妙的变化,承受着现代市场经济的冲击和挑战。

构建一个开放的社会信用体系,已成为社会各界的共识。信用制度的建立,有赖于对信用信息的保护以及对信用信息流通和使用的规范。但信用信息在多大程度上开放,如何开放则面临诸多的理论难题和制度障碍。商事信用的公开是否会构成对个人私生活和商业秘密的侵犯,如何既能使个人信息得到有效保护,又能使商事信用顺应信息时代的要求,已成为商事信用制度建设中无法回避的理论难题,也是各国商事信用体系构建的重点和难点所在。建立信用信息体系涉及信用信息披露和保护信用信息隐私权的双重要求,而这两个要求存在内在矛盾。如何建立全面的市场主体的信用信息制度,并进行适度的披露,同时又避免市场主体的金融隐私权受到侵犯,这的确是市场经济中法治完善的新课题。

(三) 中国金融隐私权保护与信用信息披露制度供给不足

与英美国家系统化与成熟化的金融隐私权保护与信用信息披露制度相比,我国尚无专门的金融隐私权保护法律制度,仅有的关于金融隐私权保护的零散的法律条文亦较为原则、粗疏,不同部门法之间的相关内容亦存在冲突。目前法律规则在金融隐私权保护义务与例外规则在立法价值及制度设计上存在错位,过多地体现出公力的救济,而没有向私力的救济进行适度的倾斜。相关法律规则显得过于破碎,整体而言立法存在欠系统性、粗线条性和缺乏可操作性,高位阶法律法规缺位。目前,中国的信用制度仍处于一种相对封闭的状态,严重制约着中国信用经济的培育和发展。信用信息披露法律制度的建立在中国仍存在诸多制约因素。

法律制度供给不足制约着我国信用信息制度和金融隐私权制度的建立与完善。面对我国金融隐私权保护与信用信息披露的制度供给不足,信用信息如何保护、利用和流通,如何为信用市场提供信用信息交流与共享的机制,是我国法律构建亟须解决的一个重要问题。

理论研究中,私权利与公共权利之间边界模糊,缺乏对二者之间关系的深入研究。如对公权力、私权利、公共利益的定义,公权力和私权利的关系,法律对于公共利益的保护应否高于一般的个体利益,私权与公共利益的关系及其合理边界等问题尚欠缺更为深入的研究,使金融隐私权与信息披露制度的出台,缺乏必要的理论支撑。理论研究的相对滞后亦影响着金融隐私权保护与信用信息开放的进程。

本书的研究突破传统的对隐私权的研究方法,以金融隐私权与信用信息披露的冲突与制衡为主线,深入系统地探讨了信用开放格局下的金融隐私权保护与信用信息披露的诸多法律问题。本书采用比较研究、判例研究、多学科交叉研究等研究方法,分析金融隐私权的形成机理,研究在根本上形成金融隐私权并且决定其样态多元性和复杂性的内在机理和深层次因素。通过对金融隐私权利发展脉络的梳理,深入分析金融隐私权的权益形态与权利定位,探讨这一内涵丰富的金融权利的演进路径

及发展趋势,丰富对法律权利作为法哲学基石范畴的认识。从私权利与公共权利之间的边界,权利的相互性与公共利益的逻辑优先性等视角,剖析金融隐私权的权利冲突与权利边界,指出法律应对金融隐私权进行具体的、相对独立的权利定位,在准确反映权利本质和价值取向的同时,不断促使更好的利益格局形成。

对金融隐私权保护与信用信息流通的法律制度进行反思,并提出立法建议是我国金融法律制度创新的重要内容之一。本书从比较法的角度,以反洗钱与信用征信为研究视域,从金融隐私权的权利冲突与权利边界、信用权的权益形态与开放的社会信用等研究视角,考察和研究金融隐私权与信用信息披露的立法动态和立法趋势,针对我国存在的法律障碍,提出完善我国信用开放格局下的金融隐私权与信用信息披露制度的法律建议,使之更加趋近应然状态。

二、研究视域与研究思路

本书以英美法视角下金融隐私权的判例渊源与理论演进为切入点,探讨金融隐私权的权益形态、模式选择与制度构建。以金融隐私权与信用信息披露的冲突与制衡为主线,以反洗钱与信用征信为研究视域,从金融隐私权的权利冲突与权利边界、信用权的权益形态与开放的社会信用等视角,对信用开放格局下的金融隐私权与信用信息披露的主要法律问题进行系统的考察和研究。希望通过本课题的研究,总结出金融隐私权与信用信息披露制度选择的一般规律与发展趋势,并借鉴域外立法和实践完善中国的金融隐私权与信用信息披露法律制度。

根据以上研究思路尤其是研究主线,本书确立了以下结构体系:

(一)以金融隐私权的判例演进与权益形态为研究切入点

本书对金融隐私权的研究,主要从以下两个层面分析:首先,通过对金融隐私权判例演进的评析,梳理金融隐私权的基本理论;其次,以金融隐私权的权利主张及权利定位为研究视角,探讨金融隐私权的权益形态,展开博弈论视角下的金融隐私权的权利模式分析;最后,以比较法为研究视角,考察以美国和欧洲国家为代表的两种金融隐私权保护法律模

式,比较与评析金融隐私权的不同制度选择。

(二)以反洗钱与信用征信为研究视域,以金融隐私权与信用信息披露的冲突与制衡为研究主线

金融隐私权与信用信息披露构成一组矛盾,而法律权利的无限丰富性正是由它内在矛盾的丰富性表现出来的。金融隐私权与信用信息披露的价值平衡,构成信用信息法律制度构建的基本理念与立法主线,并由此衍生出信用信息披露法律制度的两大基本原则。因而以金融隐私权与信用信息披露的冲突与制衡为主线,构建本书的研究路径。

本书对金融隐私权与信用信息披露冲突与制衡的研究,主要从以下三个层面展开分析:首先,回顾与评析英美法视角下金融隐私权与信用信息披露冲突问题的提出与判例演进,从金融隐私权的例外、“特殊情势”原则下的信息披露、银行基于信义义务的信息披露、银行多元化角色下的利益冲突与信息披露等视角,剖析金融隐私权与信用信息披露冲突的多元样态与具体层面;其次,以反洗钱为研究视域,从私权利与公共利益之间的边界,权利的相互性与公共利益的逻辑优先性等视角,分析金融隐私权的权利冲突与权利边界,研究金融隐私权与基于社会公共利益披露信息的冲突与协调;最后,以信用征信为研究视域,探析信用权的权益形态与信用信息披露,研究金融隐私权与信用信息流通的冲突与制衡。

(三)以信用开放格局下的中国金融隐私权与信用信息披露制度的建立与完善为研究着眼点

本书研究的目的,即通过对金融隐私权与信用信息披露的一般规律、发展趋势与立法模式的探讨,建立与完善信用开放格局下中国金融隐私权保护与信用信息披露的法律制度,使之更加趋近应然状态。

对中国的金融隐私权与信用信息披露制度的建立与完善,从金融信用的角度来分析,能更为深刻地进行研究。市场经济是一种信用经济,这正是目前中国的经济活动中所缺乏的。金融是现代经济的核心,它的存在和正常运转有赖于良好的信用体系。而金融信用的建立,有赖于对

信用信息的保护以及对信用信息流通和使用的规范。

对中国金融隐私权制度的研究,本书主要从以下两个层面分析:首先,回顾与评析金融隐私权制度在中国建立的背景与现状;其次,分析金融隐私权制度建立的法律障碍,提出构建与完善金融隐私权保护制度的法律建议。对中国信用信息披露制度的研究,则立足于以下两个层面的分析:首先,以中国金融机构反洗钱机制的构建为核心,评析中国金融机构反洗钱法律制度,研究金融隐私权与反洗钱的冲突与协调;其次,以中国信用征信法律制度的构建为核心,探讨不同模式下信用信息披露的法律机制,研究金融隐私权保护与信用开放的冲突与协调,审视中国信用信息披露法律制度的制约因素,评析中国信用信息披露法律制度的现状,并在此基础上提出构建与完善中国信用信息流通和使用制度的法律建议。

目 录

第一章 金融隐私权的判例渊源、理论演进与 权益平衡 /1

——以英美法为视角

第一节 金融隐私权的判例渊源与理论演进 /1

一、金融隐私权的判例渊源与法理基础 /1

二、金融隐私权的理论演进 /8

第二节 金融隐私权与信息披露的冲突与协调 /20

一、金融隐私权与信息披露的冲突:问题的提出 /20

二、信息披露:金融隐私权的例外 /21

三、“特殊情势”原则下的信息披露 /28

四、银行基于信义义务的信息披露 /37

五、信息披露:银行多元化角色与利益冲突的
解决机制 /47

第二章 金融隐私权的权益形态、模式选择与 法律制度构建 /54

第一节 金融隐私权的权益形态与权利模式 /54

一、隐私权的法哲学基础 /54

二、金融隐私权的权益形态 /62

三、博弈论视角下的金融隐私权的权利模式分析 /65

第二节 金融隐私权法律制度模式的选择与比较 /69

一、金融隐私权法律制度模式的选择 /69

二、金融隐私权法律制度模式的比较与评析 /85

第三节 金融隐私权的法律制度构建 /88

一、金融隐私权制度建立的法律障碍 /88

二、金融隐私权的法律制度构建 /94

第三章 金融隐私权与基于社会公共利益披露信息的冲突与制衡 /98

——以反洗钱为视角

第一节 金融隐私权的权利边界:基于社会公共利益的考量 /98

一、金融隐私权的权利冲突:个人、政府与市场间的张力 /98

二、金融隐私权的权利边界:公共利益的逻辑优先性 /103

第二节 反洗钱:基于社会公共利益的信息披露 /111

一、国际社会反洗钱法律机制的构建与评析 /111

二、中国金融机构反洗钱法律制度评析 /120

三、金融隐私权与反洗钱的冲突与协调 /124

第四章 金融隐私权与信用信息流通的冲突与制衡 /129

——以信用征信为视角

第一节 信用权的权益形态与信用信息披露 /129

一、信用权的权益形态与信用信息披露 /130

二、信用的信息化与信用信息披露 /135

第二节 金融隐私权与信用信息流通的冲突与制衡 /146

一、开放的社会信用:不同模式下的信用信息披露法律机制 /146

二、金融隐私权保护与信用开放的冲突与协调 /158

第三节 征信法律制度的制约因素与立法现状评析 /165

一、信用信息披露制度的制约因素 /166

二、信用信息披露法律制度的现状评析 /171

三、地方性立法的实践与创新：以上海与深圳为样本的分析 /172

第四节 征信法律制度的构建与完善 /178

一、征信法律制度构建的理念与基本原则 /178

二、征信法律制度的具体制度构建 /179

结语 /191

主要参考文献 /193

第一章 金融隐私权的判例渊源、 理论演进与权益平衡 ——以英美法为视角

金融隐私权保护制度经过英美等国判例法及普通法的确认和发展,目前已成为世界各国金融法律制度的重要组成部分。英美等金融发达国家以深邃的法哲学思想为基础,形成系统化与成熟化的金融隐私权保护制度。

第一节 金融隐私权的判例渊源与理论 演进

一、金融隐私权的判例渊源与法理基础

在存款、借款以及其他更为复杂的金融交易中,银行掌握了客户的账户、相关交易等涵括了客

户金融状况的各方面信息资料。^①而客户在银行的这些信息资料就是其个人的一个“缩影”。这些信息资料的安全性越来越受到银行客户的关注,银行对客户信息资料负有金融隐私权保护义务是长期以来形成的惯例。最初,银行对金融隐私权的保护被视为银行与客户之间契约的默示条款,即无论双方在契约中是否明确约定,银行均负有此项义务。该义务要求未经客户明示或默示的同意,银行不得披露客户的账户、交易以及其他金融状况。这亦构成银行与客户间相互责任的重要内容,是银行

① 关于银行“客户”概念的明晰,英国法曾经认为,只有银行对其提供经常性服务的人,才成为银行客户,仅在银行开立账户并不构成其成为客户的充分理由。“莱布鲁克”案(Ladbroke & Co. v. Todd)的判决表明,当银行同意对方开立账户时,银行与客户的关系即告成立,但有时并非从表面上即可判定谁为真正的客户。在“马弗里”案(Marfani & Co. Ltd. v. Midland Bank Ltd.)中,法院认为,仅以某人名义开户并未产生银行与客户的关系,还需双方的合意(meeting of their minds)。银行必须明确其真正的客户,否则会导致承担反洗钱法律之下的刑事责任及民事责任。英国法律强调了银行必须核实客户的身份。按照《美国统一商法典》第四章的规定,客户是指在银行开立账户的人或银行约定为其收取付款票据款项的人。在银行开立账户,包括往来账户、储蓄账户、存款账户,以及贷款账户等,都可成为银行客户。如果向其提供账户服务之外的偶然服务甚至经常性服务,则非银行客户。例外情形是清算银行与一家非清算银行或外国银行之间,后者常将其客户的支票交前者托收而成为前者的客户。从对“客户”这一术语的分析中,可以得出以下结论:一、银行与客户的关系始于银行同意客户开立账户,而毋须银行对其提供经常性服务;二、通过开立账户,银行同意履行客户要求的特定的货币交易,包括承兑支票等。银行与客户的关系一旦建立,即意味着银行同意作为客户的代理人,处理相应的银行业务,并产生银行的保密义务、注意义务和附加的信义义务。有学者主张,银行与客户的合同缔约关系自双方开始谈判存款或收款安排时便已发生。当然,所指的谈判必须是可以直接导致双方达成协议的商谈。因为这有利于督促双方更好地履行各自的义务。银行与客户在谈判中可能获悉关于后者许多金融商业情报和秘密,如果谈判没有导致签订存款合同,银行认为合同不成立便不负有保密的义务,这时客户便可能面临商业秘密泄露的危险,其利益将受到损害。张学安:《银行跨国业务中的抵消问题研究》,中国政法大学出版社2001年版,第151页;沈达明、郑淑君:《英法银行业务法》,北京中信出版社1992年版,第1页;王贵国:《国际货币金融法》,北京大学出版社1997年版,第443~444页。

与客户关系内在的和最根本的原则之一。^① 银行对金融隐私权的保护制度经过英美等国判例法以及普通法的确认和发展,目前已成为世界各国银行业务法的重要组成部分。^②

(一)金融隐私权的判例渊源:“图尔尼尔”案和“彼特森”案

关于银行对金融隐私权的保护规则的著名判例是1924年英国的“图尔尼尔”案(Tournier),^③该案首开英美国家银行对金融隐私权负有保护义务的判例法之先河。原告图尔尼尔在被告银行开立了账户,此后其账户透支,且未能按分期付款协议按时还款。被告银行为了取得原告的地址和电话,^④遂与原告的雇主联系,银行告知了该雇主原告账户透支的情况,并透露原告开出的支票的受票人为负责登记赛马赌注的人(这意味着原告可能参与赌马)。这一告知导致了原告雇主坚决不予延长原告到期的劳务合同。于是,原告以银行违反金融隐私权保护义务为由起诉该银行。

英国上诉法院援用“默示条款”理论作为认定银行承担金融隐私权保护义务的理论基础,认为该银行违反了对客户的金融隐私权保护义务,应承担赔偿责任。阿特金(Atkin)法官进一步指出,银行对金融隐私权保护的范围不限于客户的账户本身,而是包括了银行因其与客户关系的存在而获得的任何信息,并且这一金融隐私权保护义务不因客户结清

① 虽然银行与客户间的具体权利义务,依双方达成的协议及交易性质而定。但英美银行法律制度与实践确立了银行对客户的基本义务:一是债务人的义务。银行承担的是“凭要求偿还”的义务。“凭要求偿还”这一作为银行与客户间的债权债务关系区别于一般借贷契约的特征,体现了对客户利益的保护和对银行货币经营商业习惯的认可;二是对客户金融隐私权的保护义务。未经客户许可,银行不得向任何第三方泄露客户账目以及与客户账目相关的资料,除非法律要求、银行对社会和公众负有的义务要求,或银行本身的利益要求。

② 李仁真主编:《欧盟银行法研究》,武汉大学出版社2002年版,第176页。

③ Tournier v. National Provincial and Union Bank of England, (1924) 1 KB 461 (C. A. 1923).

④ 原告与被告签订协议时,原告为证明其资金来源和固定收入,便将其雇主的名称和地址写入该协议中。