

XIANDAI JINRONG FUWU
FAZHI YANJIU

现代金融服务 法制研究

熊进光◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书为2010年度国家社科基金项目“金融衍生品侵权的法律对策研究”
(项目编号: 10BFX063) 的阶段性成果

现代金融服务 法制研究

XIANDAI JINRONG FUWU
FAZHI YANJIU

熊进光◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

现代金融服务法制研究/熊进光著. —北京:法律出版社, 2012. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3464 - 5

I. ①现… II. ①熊… III. ①金融法—研究 IV. ①D912. 280. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 078147 号

现代金融服务法制研究

熊进光 著

责任编辑 郑 导
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 12.5 字数 270 千

版本 2012 年 7 月第 1 版

印次 2012 年 7 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 张建伟

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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3464 - 5

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

近年来,因金融商品不当销售产生的金融服务纠纷频繁发生,有的甚至演化为街头事件,例如,因受美国次贷危机的影响,发生在香港地区的雷曼“迷你债券”事件、KODA 产品事件和台湾地区的连动债事件等。雷曼“迷你债券”是由在开曼群岛注册的太平洋国际金融公司发行、由雷曼兄弟亚洲投资有限公司作为安排人、面向个人投资者的债券。从表面上看,它与普通债券似乎没有什么区别,都具有固定期限,定期支付固定利息,到期由发行人还本付息。不但如此,按照销售人员的说法,它还具有普通债券所没有的“优点”:一是进入门槛比较低,不需要投入大量资金,任何个人都可以购买;二是与国际知名银行、企业甚至国家信用相关,似乎风险更低。但实际上,它是以信贷违约掉期(CDS)为标的的金融衍生商品,即高风险金融投资产品。由于丰厚佣金的诱惑,银行不惜推销给本不适合购买该类产品的退休人员等。因雷曼公司的破产而使债券购买者遭受重大损失,于是,众多购买雷曼“迷你债券”的个人投资者(多数为退休人员)向香港金管局和有关监管部门提出申诉,甚至走上街头。香港立法会为此设立

小组委员会,处理投资者的投诉并寻求解决之道。2009年7月22日,16家销售雷曼“迷你债券”的银行与香港金融管理局、证券及期货事务监察委员会达成债券回购和解协议。

KODA(Knock Out Discount Accumulator)产品是香港地区近年来流行的另一种新的金融衍生商品,又称“股票累计期权”(Accumulator)、“打折股票”。它很容易让人误解为是一种期权产品,但实际上是一个结构复杂的期权组合,具有极高的风险性。但香港汇丰、恒生等多家银行有意将不符合条件的中小投资者划为专业投资者,推销只能卖给专业投资者的高风险 KODA 衍生品,结果造成投资者的巨额损失。以香港汇丰银行发行的“KODA”为例,这款被称为“富翁杀手”、“金融毒品”的金融衍生商品,使不少购买者不但自己雄厚的资产蒸发无影,更欠下了银行的巨额债务。内地商人郝婷(化名)除自己账户的 8000 万港币亏损殆尽外,还倒欠星展银行 9000 万港币。而中国女首富杨慧妍因购买此种理财产品亏损 12 亿元人民币。当投资者向香港证券监管部门投诉时,却吃了个闭门羹。为此,KODA 受害人不得不抱团维权而成立“香港银行受害者联盟”,请求香港监管当局处理金融机构的销售误导和欺诈行为。

雷曼公司的破产直接波及台湾地区财富管理机构、银行等销售的连动债。所谓连动债,亦称连动式债券,是指结合固定收益金融商品(如定期存款、债券等)与金融衍生商品(选择权、交换等),藉以提高潜在投资收益的新金融商品。它是一种经过复杂包装,包括股票、股票指数、利率、货币、基金、商品、信用等,搭配债券的方式组合而成的结构型金融商品。销售连动债的金融机构获得巨额利益,雷曼公司的破产对它毫发未损,损失却全部由投资人承担。据资料显示,受害人超过 5 万人,其中大部分为用退

休金购买连动债的中老年人。为了挽回损失,连动债受害人走上街头,血泪控诉金融机构的销售欺诈,要求销售连动债的金融机构承担因未告知风险、履行说明义务所导致的损害赔偿 responsibility,于是引发了所谓的连动债事件。

在内地,近年来金融商品创新步伐加快,各式各样的理财产品如委托理财、保险分红、集合投资计划等推陈出新,个人理财市场方兴未艾。由于缺乏对金融机构销售金融商品行为的法律规范,加上金融机构自身缺乏有效的约束机制,销售人员为了片面追求业绩,往往采取夸大产品利润、承诺产品收益、隐瞒产品风险等方式推介金融商品,诱导甚至欺诈消费者,产生了大量的金融服务纠纷。以近年来各地连续发生的“存款变保单”事件为例,主要原因即是销售人员的不当诱导与欺诈。为此,保监会和银监会于2011年3月7日联合发布《商业银行代理保险业务监管指引》,对商业银行代理销售保险理财产品作出了规范。客观地说,无论是从金融服务的种类、内容、形式,还是从金融服务的监管、金融消费者保护,以及金融服务的法制环境来看,我国都存在不少问题。这主要表现为:一是金融服务收费项目繁多,收费不合理;二是金融商品销售行为不规范,消费欺诈纠纷频发;三是金融监管机构架不合理,存在监管真空;四是金融服务纠纷处理机制不健全,金融消费者保护水平低;五是金融服务法律体系不健全,缺乏对新型金融商品的法律规范。

从全球范围来看,金融分业界限日益模糊,大型金融集团兴起,金融机构迈向国际化与大型化,金融商品销售百货化、网络化,金融商品创新之现象构成了现代社会中最重要的时代特征。在金融创新和金融全球化的新金融发展趋势下,跨业经营、综合经营已经成为各国金融服务业的一种普遍形态。为了适应这一发展要求,就必

须拆除银行、证券、保险业之间的藩篱,对银行、证券、保险、信托等金融服务进行横向整合,建立统一的金融服务市场。与金融服务的横向整合相联系,各国金融市场法制已悄然发生变化,实现了从证券法到金融服务法的转型。并且,在金融服务的整合过程中,各国不仅逐渐完成了从“证券到金融商品”、从“证券投资到金融商品交易”的金融法制转型,而且在金融服务统合立法中逐渐形成并强化了“金融消费”、“金融消费者”和“金融服务”、“金融服务者”的法律概念和金融消费者的保护。如果立足于金融的未来,可以相信:在未来,金融服务的主体、服务方式和服务内容都将发来深刻的变化,并将迎来金融消费的时代,也必将迎来金融服务法制的时代。

就本书写作而言,笔者以“消失的金融”与“创造的金融”这一金融服务的未来趋势为线索,就金融商品百货化、金融业务融合化下的金融自由、金融创新与金融服务的金融本质,以及金融法的功能展开了分析。特别是通过对美国、英国、德国、日本及我国台湾地区金融服务法制概况的考察,就现代金融服务法的发展趋势、我国金融服务的统合立法、衍生性金融商品交易消费者保护、金融隐私权法律保护、民间金融的法律规范和金融服务 ADR 机制的适用等问题展开了分析和研究。本书选题意义主要表现为:

- (1) 以现代金融服务发展趋势为背景,就金融跨业经营与横向整合背景下的金融服务统合立法展开分析,紧密跟踪最新学术动态和研究成果,促进我国金融服务法制的发展;
- (2) 以现代金融服务的金融消费者保护为主线,就金融消费者的概念、范围以及金融消费者权利,特别是金融消费者隐私权保护等展开分析,就碳基金交易投资者、私募股权基金投资者保护等问题展开分析,从而促进我国金融服务领域的投资者、金融消费者保护的立法发展;
- (3) 针对我国金融服务存在的问题,特别是民间金融存在的问题,

就如何引导和规范我国民间金融的发展进行分析,提出针对性建议或意见,促进我国金融体制的改革和金融市场竞争效率的提高;(4)针对现代金融服务领域纠纷解决的特点,就金融服务ADR机制的适用展开分析,特别是对保险合同纠纷ADR机制的适用展开分析,从而促进金融消费纠纷的解决。

本书创新之处:

1. 以促进金融服务的横向整合与统合立法为目标,就我国金融控股公司的立法模式、金融控股公司的监管模式进行探讨,并且就我国金融服务法的立法目标、调整对象、立法模式和框架内容进行探讨,为我国金融服务法制的建设与完善提出具体建议。认为我国金融服务法的制定,应当立足于金融服务的未来发展趋势,以促进金融服务统合、提高监管效率、保护金融消费者三大立法目标的实现为基点,采取横向规制的金融商品交易立法模式。这一研究,有利于促进我国金融服务法制的建设。

2. 以强化金融消费者保护为主题,就跨业经营、综合经营下的功能性监管机制,金融商品销售过程的认识客户原则、销售适合性原则、说明义务、广告文宣的规范等行销规范,以及金融消费争议处理机制的建立等进行研究,并就金融隐私权保护、私募基金投资者、碳基金交易投资者的保护进行研究,有利于提升我国证券投资者、金融消费者的保护水平。这一研究,拓展了金融消费者保护的研究视野。

3. 以民间金融的合法性为基础,从民间金融的现状、成因、特点及困境的分析入手,通过对温州民间借贷危机的反思,从金融服务的本质与资本市场开放和金融市场竞争的视角,指出了我国目前国有金融体制存在的诸多问题,并就如何改革金融体制,引导和规范民间金融的发展提出了建设性意见。并且结合民间金融的司

法适用,就民间金融的保护与司法机关的价值选择进行了分析,认为法院作为司法机关,对于民间借贷案件的审理,应更多地关注交易关系的维护,不能成为维护垄断金融机构利益的工具。这一研究,对于促进我国民间金融的健康发展具有重要借鉴意义。

4. 以金融服务 ADR 机制的适用为基础,通过对国外金融消费领域 ADR 机制的考察与比较,主张建立统一的金融消费者保护机构来处理金融消费纠纷,这既是各国金融服务法的重要内容,也是金融消费者保护的重要组成部分。我国保险领域 ADR 机制的适用,对于解决保险消费纠纷、建立诚信保险市场无疑具有重要意义。这一研究,适合了我国构建大民事调解机制、促进和谐社会发展的要求。

2012 年 3 月 28 日,国务院总理温家宝主持召开国务院常务会议,决定设立温州市金融综合改革试验区,并明确规定了温州市金融综合改革的十二项主要任务,包括规范发展民间融资、加快发展新型金融组织、深化地方金融机构改革,以及创新发展面向小微企业和“三农”的金融产品与服务、探索建立多层次金融服务体系等。会议要求通过体制机制创新,构建与经济社会发展相匹配的多元化金融体系,使金融服务明显改善,防范和化解金融风险能力明显增强,金融环境明显优化,为全国金融改革提供经验。有理由相信,随着金融体制改革的深入,我国金融服务法制建设将迈入一个崭新的阶段。正值我国深化金融改革之际,本书的出版就算是笔者为我国金融体制改革和金融服务法制建设所尽的绵薄之力吧。

作者

于江西财经大学麦庐园群庐楼

2012 年 4 月 20 日

目 录

第一章 现代金融服务法制的发展	1
一、现代金融服务的发展趋势	1
二、各国金融服务法制的发展概况	11
三、我国台湾地区金融服务法制的发展	30
四、我国金融服务法制的建设	42
第二章 衍生性金融商品交易的消费者保护	61
一、衍生性金融商品及其风险	61
二、衍生性金融商品的消费者解析	66
三、衍生性金融商品的消费者权利	77
四、我国衍生性金融商品交易消费者保护的现状	87
五、我国衍生性金融商品交易消费者保护机制的完善	96
第三章 金融隐私权的法律保护	111
一、金融隐私权的产生	111
二、金融隐私权的内涵	120

三、国外金融隐私权法律制度的考察	125
四、我国金融隐私权法律保护的完善	142
五、结论	155
第四章 民间金融的法律规范	157
一、民间金融的内涵及发展	157
二、民间金融的困境及反思	165
三、规范民间金融发展的法律对策	181
四、民间金融的司法适用	195
第五章 私募股权基金的法律调控	205
一、引言	205
二、私募股权基金的基本理论	207
三、国外私募股权基金的发展	214
四、我国私募股权基金的发展与现状	232
五、我国私募股权基金存在的问题	239
六、完善我国私募股权基金的建议	252
第六章 碳基金交易投资者的法律保护	265
一、碳基金交易基本理论	265
二、碳基金交易投资者保护的法律基础	281
三、碳基金交易投资者保护面临的主要问题	288
四、碳基金投资者权利保护的完善	297
第七章 金融服务 ADR 机制的适用	310
一、金融 ADR 机制的形成	310

二、非诉讼程序(ADR)概述	315
三、国外金融消费领域的 ADR 机制	323
四、我国金融服务 ADR 机制的适用	340
五、我国保险合同纠纷 ADR 机制的实践	349
参考文献	363
后记	381

第一章 现代金融服务 法制的发展

一、现代金融服务的发展趋势

(一)金融服务的未来:“消失的金融” 与“创造的金融”

随着金融技术的不断创新与发展,金融商品百货化、金融业务融合化趋势日益明显。与之相联系,现代金融服务也正发生着深刻变化。对此,日本第一个以智库形态设立的机构,也是日本最大的民间咨询公司野村综合研究所在研究现代金融服务的发展趋势时指出:“2010 年代‘金融服务’将成为一大潮流,不仅会渗透到人们生活中的每一个角落,甚至会席卷整个社会。金融服务的潮流,具有两个方向:一种是,经由服务本身或提供通路来融入生活场所,让

生活者没有‘现在,我正在使用金融机构所提供的金融服务’的意识;另一种是,针对复杂而多样的服务需求,为了能够适合于个别生活者的服务,为生活者和提供金融服务者双方,共同打造服务。”^①在此基础上,野村综合研究所以“消失的金融”和“创造的金融”为主题,就未来金融服务的发展趋势作出精辟的分析。

1. “消失的金融”

何谓“消失的金融”?野村综合研究所指出,未来的金融,首先是金融服务的提供者将会越来越多。过去,流通业或制造业以设立银行、证券公司、保险公司或以金融控股公司的形态,加入既有的金融服务业。但今后,与金融服务不同业种的企业,可在不改变业种的情况下加入金融业。例如,目前设立在便利商店内的ATM,就是银行机能的一部分,被当做银行分行放置在便利商店内,但是,设置在便利商店内的多媒体资讯站(Multimedia Kiosk)终端,一旦能购买股票、债券、基金,情况将会发生改变。这是基于证券代理店制度让流通业加入金融服务所导致。而随着证券代理店或银行代理店的金融代理店制度的发展,今后如超市、百货公司、汽车经销店、加油站、小区服务站等流通服务业的据点或顾客接点将变成提供金融服务的地点。^②同时,未来人们对金融服务的需求不断增加,金融服务将全面渗透进人们的衣、食、住、行。又如,有一个人要出国,正要出发时,才想到自己忘记购买旅游保险,于是就在机场内的购物商店,将挂架上写着“旅游保险”的牌子拿到柜台,然后把随身携带的内置IC卡芯片的手机放在柜

^① 野村综合研究所咨询事业本部/NRI 美国:《服务,决胜金融大未来:野村金融产业大趋势》,乐伊珍译,日月文化出版社股份有限公司 2010 年版,第 2 页。

^② 参见野村综合研究所咨询事业本部/NRI 美国:《服务,决胜金融大未来:野村金融产业大趋势》,乐伊珍译,日月文化出版社股份有限公司 2010 年版,第 2~3 页。

台处的终端机感应一下。如此一来,不必填写任何资料,必要的信息就被迅速地送到有关保险公司,完成旅游保险的投保手续了。甚至保费也可通过搭载在手机内的 IC 卡电子钱包结账,如果你发现 IC 卡电子钱包中的余额不够时,只要通过手机操作,选择“电子货币储值”功能,就能自动补充余额并实现支付了。在这一连串的动作中,旅行者没有意识到自己加入保险公司的旅游保险、保费不足的部分已经由电子货币发行机构提供信用;而在购物商店购买旅游保险这种商品时,就只想到使用移动电话付钱。如此一来,保险公司、提供结账或信用等金融机构所提供的金融功能,从生活者的意识中模糊甚至消失了。对此,可称为金融功能的消失。

另一方面,以往人们必须透过金融机构的场所(如银行柜台、证券营业部)、设备(ATM)或人员等才能接受金融服务,然而,未来的金融,因网络手机、IC 卡等相关移动技术的充分运用,不仅加快了金融业务处理、计算和收发下单的速度,也将新的金融服务送到生活者手上,使零售金融方式发生深刻变化。例如,“电子钱包”服务具有小金额结账功能,可用于公交车费、出租车费、餐饮费的支付,也可以用于购买小金额物品的支付,虽然使用范围有限,但生活者已无须再拿出现金找零或掏出信用卡签名,只要将搭载非接触型 IC 卡的手机在读卡机上感应一下,就可以轻松结账了。而其独特之处,就是 IC 卡搭载在手机内需要充值时,不用特地去找 ATM,只需使用网络手机就能接受电子货币的资料。甚至,也可使用网络手机来查询存款余额、跨行转账、有价证券的买卖等。人们不必去金融机构的据点接受服务,金融服务已进入移动电话里了。未来,人们在任何时间、地点,都可以通过网络手机接受金融服务,金融服务也几乎不再需要有形货币的交换。野村

综合研究所进一步指出,由于生活者要求便利性,再加上 IT 化的进展、制度改革,金融服务已透过便利商店、超市、百货公司、汽车经销店、加油站等实体世界或是网络公司等建构的网络世界,逐渐融入生活者身边的“地点”。^① 这就意味着,人们在接受金融服务时,金融服务提供者的场所、设备、人员等都消失遁形了,取而代之的是无处不在、无时不有的借助网络手机、IC 卡、电子钱包等电子化、网络化设施提供的金融服务。对此,可称为金融机构的消失。

此外, IC 卡芯片技术的运用,也给金融服务的形式带来了革命。IC 卡是在使用的塑膠卡内搭载小型电脑晶片的一种卡片,由于执行演算的 CPU 性能的提高,再加上储存程序和信息记忆容量的扩大,一张 IC 卡就能承载复数的操作程序,变得功能强大。在日本, IC 卡已经被广泛地运用于社会生活各领域,如乘坐公共汽车、地铁、出租车、电影院、零销品等公共服务的费用支付与结算;并且,随着 IC 卡芯片感应设备的终端机的大量配置、进入生活者身边的各个接点,人们只需要使用内置 IC 卡芯片的移动电话在终端机上直接感应一下,交易便迅速完成了。野村综合研究所进一步指出,这种感应式、非接触式并具有存储和记忆功能的非接触式 IC 卡将被广泛地运用于金融服务领域,在未来,借助于网络技术的支持, IC 卡所具有的金融功能会越来越多、越来越强大,“非接触式”的金融服务将变成一种最主要的形式,而传统的“接触式”金融服务则逐渐消失。^② 对此,可称为金融服务的消失。

① 参见野村综合研究所咨询事业本部/NRI 美国:《服务,决胜金融大未来:野村金融产业大趋势》,乐伊珍译,日月文化出版社股份有限公司 2010 年版,第 12~13 页。

② 参见野村综合研究所咨询事业本部/NRI 美国:《服务,决胜金融大未来:野村金融产业大趋势》,乐伊珍译,日月文化出版社股份有限公司 2010 年版,第 47~50 页。

可见,由于网络、IC卡技术的支撑,手机电话、电子钱包、电子货币等的金融服务功能被发挥到了极致,成为金融服务最主要的平台或载体。未来的金融,金融功能已经越来越模糊,金融服务提供者的场所、设备、人员也都退到了后台,甚至金融服务也消失了。而这一切,即所谓“消失的金融”。

2. “创造的金融”

何谓“创造的金融”?野村综合研究所指出,未来的金融,由于生活者为了改善自己的生活,个人理财,特别是富裕/准富裕阶层的个人理财服务将会大量增加。为了实现理财,一方面,生活者必须把自己的资产和收入状况告诉金融服务提供者,一起商量包括有关购买住房、子女教育、娱乐等支出的优先顺序;另一方面,金融服务提供者也必须根据生活者的年龄、家庭结构、现有的资产规模、未来的收入预测、未来的目标、个人兴趣等,来调整金融需求、商品和服务。这样的过程对双方而言,虽然要花费更多的时间和成本,但透过IT技术的运用,则可把复杂的商品设计反复更改,直到生活者满意为止。此外,生活者和金融服务提供者形成网络社群(Life Planning Private Banking Service),生活者也可以考虑参加商品和服务的开发或将已开发的商品和服务上网介绍。这种情形,可称为“创造的金融”。^①

同时,随着生活水平的提高和医疗技术的发达,老龄人口大量增加,已经进入长寿化社会。人们退休后,还有二三十年的生活需要规划,如何合理安排好退休金和退休之前积攒的财富,以满足自己的生活、医疗、保健等支出所需,这产生了第二个人生的理财规划问题。对于大多数人来说,如果仍然仅通过存款利息、

^① 参见野村综合研究所咨询事业本部/NRI美国:《服务,决胜金融大未来:野村金融产业大趋势》,乐伊珍译,日月文化出版社股份有限公司2010年版,第5页。