

从倾斜到平衡:论金融消费者权益 司法保护理念建构

周 荃*

摘要:目前金融消费者处于弱势地位并面临与金融机构之间存在严重信息不对称等诸多困境,而保护金融消费者的合法权益对于稳定金融市场秩序和健全金融市场体系显得尤为重要。通过界定金融消费行为、识别金融消费者、对金融消费者权益侵害行为进行分类以及辨析各项司法保护原则,选择适用平衡中观的金融消费者权益司法保护原则具备了坚实的学理基础。利益平衡司法保护原则不等同于对金融消费者实施绝对平等的司法保护,应在分层识别基础上确立金融消费者司法保护机制,并在原有制度框架内整合现有规范并提出更高要求,进而形成有效的金融消费者保护制度体系。

关键词:金融消费者 司法保护 利益平衡

在大力推进金融改革的今天,作为金融活动的一方参加者,金融消费者权益的维护事关金融市场的稳定与发展。毋庸置疑,中国的国情决定了其所

* 上海市第二中级人民法院民六庭,调研助理。

进行的金融改革引发的金融消费者问题将较之任何一个国家更为严重,而现行的相关立法难以承担金融消费者保护的艰巨任务。在金融危机转化为经济危机并进一步影响各国经济体系的大趋势下可以预言,金融消费者保护问题将成为今后一段时间日益突出的社会矛盾,在此形势下我国金融体系及金融司法面临着严峻的困难与挑战。因此,从司法政策考量的视角来探讨金融消费者权益保护的司法理念建构,在我国目前现实情势下具有理论和现实的双重意义。

一、金融消费者权益保护的现状审视

(一) 弱势地位

案例一:徐某在某外资银行购买一款新型境外理财产品,后徐某向银行要求提前赎回该产品,却被告知该产品无法赎回。徐某多次交涉未果,遂起诉至法院。

案例一中徐某作为金融创新产品消费者,既无法判断该理财产品带来的风险大小,也无力决定金融服务延续或中止,在交易中明显处于相对弱势地位。具体而言,这种相对弱势地位表现为三个方面:一是风险承担的不对称。金融机构常利用格式条款、免责条款免除自己的责任、转嫁自己的风险,使消费者的合法权益受到掠夺和侵犯。二是利益的实现不同步。交易中金融机构的利益在金融消费者支付价款后即可实现,而金融消费者在交易的当时很难识别商品或服务存在的瑕疵。三是决策的依存性不公平。金融消费者要实现自身的消费利益必须要依赖于经营者的真实信息传递。^①然而,金融机构往往极少或只是模糊地披露了产品相关的信息和风险,多是着力鼓吹其收益率,使消费者可能错误评估所购买的金融产品,最后可能会承受巨大代价。

(二) 信息不对称

案例二:2010年8月谢某通过某旅游服务公司客服电话预定了某酒店3间海景房并同意以某银行贷记卡进行担保。后谢某致电该旅游

^① 景睿、周汶:“对消费者概念的思考”,载《南方论刊》2007年第3期。

服务公司要求取消订单,客服人员告知该酒店不同意取消,当天如果不入住将会按照约定,扣除房费 6039 元。谢某遂致电某银行要求拒付。但谢某的信用卡被扣划 6039 元。谢某遂诉至一审法院,请求判令某银行与某旅游服务公司共同赔偿损失。

案例二中通过信用卡进行“无密扣款”作为银行和特约商户联合推出的一项新类型银行卡业务,银行以及特约商户在推出该项业务的同时,未履行其负有的事先告知客户的义务,造成金融消费者的财产损失。与其他商品相比,金融商品最突出的特征在于其构成及销售的信息化即商品的信息组合性及销售推介的信息化传递。^② 正如普通商品要求质量合格一样,金融商品更加需要强调信息的合格,这关乎金融消费者权利的最终实现。而在权利证券化、证券无纸化的今天,大量不对称信息的存在使交易双方的优势与劣势地位分外明显。基于金融消费者接受金融服务购买金融产品时,对于金融商品信息质量的严重依赖,金融消费者权利与维护更显特殊与必要。

二、金融消费者权益保护的学理反思

(一) 界定——金融消费

相对于一般消费的有偿性或双务性,金融消费具有对价的不必然实现性。金融服务本身虽无形却与风险直接相关,虽不会因购买该商品而给消费者的人身造成伤害,但却可能给消费者的财产权利造成直接损失。如在保险产品的交易中,保险消费者购买的是对风险的补偿,保险合同的射幸性决定了提供服务的一方(保险人)不必必然履行合同义务,而是提供一种给予补偿的承诺,即便保险消费者支付了合同全部价款并履行了合同约定的全部义务,若未出现约定的保险事故,消费者也无法得到保险人的损失赔偿或保险金给付。法律对金融消费者的保护应当仅限于矫正消费者在交易能力上的弱势地位,以保证消费者

^② 董成惠:“从信息不对称看消费者知情权”,载《海南大学学报》(人文社会科学版)2006年第1期。

与金融机构在实质公平的前提下发生交易关系,而不应当延伸到消费者因从事该金融消费而可能面对的结果。如果消费者购买投资类金融服务的目的仅在于得到更高的收益回报而不愿意承担损失风险,那将变成另一种形式的市场滥用。因此,金融消费者合法权益司法保护的理念建构前提即为司法无法全面覆盖金融消费中的所有风险。

(二) 识别——金融消费者

即使不放在金融领域,而在一般的消费品市场中,消费者是否只能是自然人亦是一个多有争议的问题,国内的学者从传统民法理念出发,大多数持消费者只能是自然人,不应当包括单位,单位因消费而购买商品或接受服务,应当受合同法调整的观点。^③也有相当一部分学者认为消费者不仅包括自然人还应包括单位。^④事实上,回顾我国《消费者保护法》的立法过程,最初提交审议的草案中曾将消费者界定为“为生活消费而购买、使用商品或接受服务的个人”,而不包括单位,但最终通过审议的定稿又将这句话删去了,可见立法上并不完全认同消费者必须是自然人的观点。^⑤其实将消费者的概念限定在自然人的范围之内,无非出于两个理由:一方面是因为即使是单位购买消费类产品,最终使用人仍然是自然人;另一方面相对于自然人,单位的议价能力相对较强,在交易过程中并不处于明显的弱势。金融领域中情况则不然。针对上述第一个理由,企业或其他社会组织完全可以是金融产品和服务的最终使用人,个人购买金融产品和企业购买金融产品并不存在本质上的不同。针对上述第二个理由,金融市场上某一方之所以处于弱势地位,主要原因并不在于规模或财产的多寡,而在于专业程度和信息不对称,因此即使企业或其他社会组织可能拥有比较多的自由和实力,只要不是专业的金融投资者,相对金融机构,它们仍然处在劣势地位。由此可见,传统市场中将企业和其他社会组织排除于消费者范围之外的两个重要理由,在金融市场中很难成立,因此,企业和其他社会组织

^③ 王利民:“消费者的概念及消费者权益保护法的调整范围”,载《政治与法律》2002年第2期。

^④ 李昌麒、刘瑞复:《经济法》,法律出版社2004年版,第342页。

^⑤ 杨继泽:“消费者内涵外延之探讨”,载中国法院网,<http://chinacourt.org/public/detail.php?id=213906>,2012年5月27日最后访问。

也可以成为金融领域中的消费者。当然,这并不意味着一切企业和其他社会组织都可以被认定为金融消费者,核心的判断依据仍在于是否处于弱势地位,故仍需将专业的机构投资者排除在外。

(三)分类——侵害金融消费者权益的行为

考察我国现有立法可知,我国《银行法》、《证券法》等金融立法中虽然也在其立法宗旨中写入保护投资人、存款人等消费者利益的内容,但是真正规定消费者权利、具有可诉性和可操作性的民事规则在具体条文中却十分少见,这使得保护金融消费者权益往往成为被架空的口号。正是由于立法不健全,没有金融消费者权益保护的专门立法,导致金融消费者权益受到侵害的案件时有发生,消费者维权难度增大。当前对金融消费者财产权的侵害行为主要表现为:未尽身份核实义务而导致客户存款被冒领,未为客户尽快办理挂失而致使存款被盗取,未经客户同意而擅自扣划银行存款等。尤其个别金融机构在劝诱或推介的过程中往往存在侵害金融消费者知情权的行为。他们在销售保险产品时误导消费者,或对理财产品进行不当宣传,片面夸大产品收益性,忽视甚至回避向消费者进行风险提示的义务,导致消费者盲目购买金融产品。

另外还存在严重侵害金融消费者的公平交易权的行为,主要表现为:一是授信歧视,特别是在经济适用房贷款领域中尤为明显;二是开户歧视,特别是外资商业银行开始通过收取不合理的费用等方式变相拒绝为中小储户提供服务;三是不合理收费,以自主定价为借口不与消费者协商即更改收费条款,或出台各种名目的收费项目;四是附加不合理交易条件,特别是强制办理公证,不仅要求出具被代理人的委托授权书,同时该委托授权书还需进行公证,这实际上属于减免自身风险,增加金融消费者负担的行为。

三、金融消费者权益司法保护原则的争辩与辨明

(一)从适度保护原则到规律保护原则

由于我国物质经济条件的局限,对消费者保护并非是绝对和无条

件的,它应当与我国的经济水平相协调。因此,在适度保护金融消费者权益的同时,还应注意不能过于主观和过度,否则不仅不能促进金融市场运行,反而会抑制、甚至妨害市场发展,于是规律保护原则具有了用武之地。金融市场发展有其规律,在其长期发展中也已形成了一套行之有效的习惯,这都是应该遵循的,否则会破坏市场的正常运行。但绝对不得假借市场规律,甚至伪造金融惯例,为损害金融消费者法制统一制造借口。依据金融规律,对金融消费者的保护不仅应适度,还要进行区别保护。政府与社会的资源是有限的,应该集中有限的精力和财力去保护一般的金融消费者,对于具有较强风险承受能力和专业知识经验的专业级金融消费者,对其的保护力度可以相对减弱。如香港处理雷曼兄弟迷你债券事件时,要求各分销银行以相当于价值70%投资本金的价格向每名65岁或以上客户回购未到期债券,以60%的价格向65岁以下客户回购,而对专业投资者暂不回购。^⑥

(二)从规律保护原则到倾斜保护原则

面对金融市场上信息不对称的客观存在,加之金融商品的特殊性使得金融消费者与金融机构之间无法形成公平交易,从而放大规律保护原则中对消费者进行区别保护的内容,给予消费者应有的倾斜保护成为必要。倾斜保护原则要求通过加重金融机构对消费者的法定义务和民事责任、赋予参与金融活动的个人相应的消费者权利等方式来矫正交易双方的力量差距。倾斜保护原则的基本含义是金融机构在出售某种商品的时候,不仅要判断产品是否符合它使用的目的,而且还要判断产品是否适合特定的消费者,以及为销售该产品所提供的信息是否以适合的方式提出。金融机构要对个人消费者的状况进行定期评估,并在此基础上尽可能地提供如何设计、销售金融产品的独立意见,确保金融消费者已完全理解产品的风险,并已给出适当的风险提示。金融机构违反上述义务会带来承担民事责任的相应法律后果。

(三)从倾斜保护原则到利益平衡原则

在金融商品交易过程中,金融消费者作为弱势群体,其利益的保护

^⑥ “港监管机构与16家分销银行达成回购雷曼迷你债券协议”,载新华网,http://news.xinhuanet.com/gaogao/2009-07/22/content_11755346,2012年5月12日最后访问。

固然十分重要,应成为立法者着重考虑的内容和基点。而金融市场的发展也离不开金融服务者的智慧与创造,作为以追逐利益为最高目标的商人——金融机构,通过合法行为获得利润应该受到法律的庇护。因此确定需要共存于金融市场中的双方利益的分配标准,保证各方利益在公平合理的前提下得以实现,意义在于保证金融市场的活力与生机,其本质依然是维护金融消费者的利益。

应当意识到,对消费者进行保护并非金融法制的应有之义。在个案中借助国家司法审判权力着重保护金融消费者,固然可以促使金融交易双方地位趋于平等,但若保护消费者一方的程度畸高造成压制金融机构一方的后果,却可能产生一定群体效应,相同类型纠纷发生的概率提升,已形成的金融行业秩序因此受到影响,甚至可能会对整个金融交易安全带来一定程度冲击。故利益平衡原则作为对倾斜保护原则的修正与提升,具有平衡消费者与金融机构之间地位差异的作用,同时能够协调金融消费者保护程度与维护金融交易秩序理念之间的冲突。

四、金融消费者权益司法保护的理念建构

(一) 确立分层识别金融消费者的司法保护机制

“分层”概念源于地质学理论,本指地质构造的不同层面,社会学借用“分层”理论主要说明社会的纵向结构。在复杂的社会中,人们都属于一定的群体,而群体中生活的人们具有“排他性”即竞争的本能,任何合作过程都伴随着与之相对立的冲突过程,社会本身就是包含着合作与冲突、吸引与排斥等矛盾的统一体。^⑦所谓“社会分层”,是指由特定的资源配置方式所形成的有价值的社会资源在社会成员中的不平等分配。^⑧社会分层理论运用于识别金融消费者过程中的目的是着眼于金融消费者这一特定群体内部进行纵向解剖。由于金融消费者从事的

^⑦ [美] 亚历山大:《新功能主义及其后》,彭牧等译,法律出版社2003年版,第140页。

^⑧ 余少祥:《弱者的权利——社会弱势群体保护的法理研究》,社会科学文献出版社2008年版,第45页。

各类金融交易在风险水平上可能存在的差异,加之消费者自身在经验、专业水平上可能存在的差异,简单划一的司法保护尺度也许能防止眼前个别金融消费者权益侵害行为,规范个别金融机构经营活动,但极易造成金融消费者内部出现权利义务不对等的现象,导致维护金融市场秩序的利益天平出现倾斜。因此有必要根据独立判断能力和责任承担能力的差异对金融消费者进行分层保护。

(二) 确立寻求双方及多方利益平衡的司法保护理念

从逻辑上讲,有利益平衡的说法自然是因为有利益博弈的现实存在,有利益平衡的要求自然是因为利益失衡太厉害以至于影响到公平的实现。于是,由关注利益博弈,继而开始关注利益不平衡的现实。利益冲突就是社会主体为满足个人最大化的利益需求,在进行社会资源分配时所形成的矛盾和对立状态。人们在试图解决利益冲突时,以为精妙的制度设计总可以解决利益的冲突。在符合社会一般目的的范围内最大可能地满足当事人意愿的方法是“认识所涉及的利益、评价这些利益各自的分量、在正义的天平上对他们进行衡量,以便根据某种社会标准去确保其间最为重要的利益的优先地位,最终达到最为可欲的平衡”。^⑨殊不知,绝对的利益平衡无法达到,也不现实。如果能够承认不同利益集团之间的交锋是无法避免的这一事实,则从长远来看,冲突的利益之间进行磨合的过程反而能助益于利益的协调。存在相互冲突的利益不能等同于利益失衡的局面,因此,利益平衡不等于绝对消除利益冲突。

要做到金融消费者权益司法保护中的利益平衡并非以牺牲金融机构一方的营利性为代价,其恰恰是在承认金融机构需要为金融消费者利益考量的前提下,倡导司法机关更多地从金融机构之“利益相关者”的角度出发来解决矛盾。法律除了以保护消费者为己任之外,还负有促进金融市场发展,增进金融活动效率的使命。因此它必须让希望通过金融活动实现财产增值的市场需求者不会因为过于严苛的法律义务而“望市却步”。倾斜保护金融消费者权益,平衡其与金融机构之间的

^⑨ [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第119页。

利益冲突,更好地维护金融市场秩序,这是建构金融消费者权益司法保护理念的核心内容。

(三) 分层识别金融消费者与利益平衡理念并不冲突

正如保护个别消费者与维护金融市场交易秩序两者并不是对立的一样,分层识别与利益平衡理念也不是对立的,它们不是简单的彼此消长关系,而是一种互动关系。一方面,分层识别旨在平衡金融消费者群体内部存在的风险承担能力差异和对弱者施行保护力度更强的司法救济。没有对金融消费者的分层识别,金融市场利益严重失衡及其对社会效率所造成的巨大损害就无法得到防范和制止。因此可以说,“分层识别”发轫的理念基础本身就覆盖了利益平衡的内涵和尺度。另一方面,也应看到如若分层识别运用不当将会加大金融机构经营的成本,并可能将此增加成本转嫁于金融消费者身上。因此要考虑进行分层识别所需的成本和负担可能对金融市场秩序带来的冲击,制定相应举措更严格地规制消费者获得信贷的成本,以为金融机构所应承担的责任设定合理的义务边界,防止金融消费者与金融机构之间的利益博弈过程偏离正常轨道。

五、金融消费者权益司法保护的政策考量

(一) 有根据地区分与有区分地保护

英国在2000年通过了《金融服务和市场法》(Financial Services and Markets Act 2000, FSMA),其中将其保护的消费者分成三类:(1)个人消费者(private customer)。对于个人消费者而言,金融机构必须在任何交易已达成之前向其详细说明将要达成的交易内容。(2)中级消费者(intermediate customer)。对于中级消费者而言,金融机构仅需在交易达成之后的一个合理时间内向其说明交易的内容。说明的内容包括协议开始生效的时间、监管者、投资的目的、此种交易的限制、金融机构将可能提供的与此项交易相关的服务、信息披露要求以及客户是否有

权中途退出该交易。^⑩ (3) 市场交易对手 (market counterparty)。FSMA 没有要求金融机构对其市场交易对手履行详细的说明义务。显然,英国立法者也认为不同类型的市场主体承担风险的能力是有天壤之别的。那么在这样一个包罗万象的消费者群体中,如果使用单一的准入规则和交易监管规则,则其结果无疑是荒谬的。因此,分类给予保护是金融消费者司法保护理念的必由之路。

然而,如何进行分类却成为一个更加复杂的命题。目前存在的主流观点认为应从市场参与行为的目的来对金融消费者进行区分。^⑪ 但这种观点存在天生的缺陷:第一,对金融消费者进行区分的目的本身是保证对不同风险承担能力的主体适用不同程度和标准的司法保护,而依据金融消费者参与市场活动的目的来进行分类的做法,最终将导致某一类金融消费者再次成为一个包罗万象的群体,商业银行、工商企业甚至个人投资者等都可能被包含在其中。如果对他们适用同一类司法保护标准,则是与在分类基础上进行倾斜保护的司法理念背道而驰。第二,此种分类方法本身涉及对消费者参与市场活动的主观意思进行推断,而判断法律主体的内心真意向来为困扰法学理论和司法实务的一大难题,造成此种分类方法确定性差,可操作性低的后果。

对于高收益高风险的金融市场而言,保护金融消费者权益包含有加强消费者自己承担责任能力和培养成熟消费者的要意。如果消费者已经具备了与金融机构相当的交易能力,而法律仍然给予其保护,此时这种保护不仅对于此类消费者而言显得画蛇添足,也是对法律资源的非必要浪费。有鉴于此,法律不仅应当在金融消费者的群体中以自然人与机构投资者作为标准做一区分,还有必要对自然人构成的金融消费者主体作进一步区分,在区分的基础上才能真正贯彻司法对金融消费者的利益平衡保护理念。故笔者赞同以主体身份的不同为标准对金融消费者进行划分,在此基础上对风险承担能力最弱的主体实行倾斜度最强的司法保护。

^⑩ Alastair Hudson, *the Law on Financial Derivatives*, Sweet & Maxwell Publishers, 2002, pp. 526 - 527.

^⑪ 王瑒:《衍生金融工具法律问题研究》,中国政法大学2006年博士学位论文。

(二) 整合既有规范, 谋求制度契合

我国金融领域虽然已经呈现出对于混业经营现实进行统一规制的初步形态,但要在短时期内完成统一的金融消费者保护立法尚不具备实践和立法条件。因此目前无须废弃证券法、银行法、保险法等诸法分离的既有金融立法结构,而应寻求走上谋求现有制度契合的整合之路。

1. 从证券法出发对金融机构的说明义务提出更高要求

普通的金融消费者不具备分析复杂金融商品的专业能力,这是必须承认的客观现实。我国《证券法》要求招股说明书必须揭示相关投资风险,而在其他金融商品销售中,现行法律却没有要求金融机构揭示金融商品的相关风险。显然,风险揭示与实现销售收入之间总是存在矛盾的,如果风险揭示过于具体,很容易让消费者退避三舍,从而影响金融商品的销售规模,甚至影响将金融市场的发展。在此种情形下,如果法律强制要求金融机构全面揭示各种投资风险,金融机构可能倾向于采用格式化的风险提示条款,导致必须履行的风险提示说明义务被架空。

在我国目前的金融市场中,应当适当强化金融商品发行方的产品说明与风险提示义务,即要求发行金融商品时,应将该商品的内容与投资危险等与金融消费者利益密切相关的信息,以普通金融消费者能够理解的程度和能够接受的方式向其进行充分的说明,以保证普通金融消费者在对所购买的金融商品具备常识性的了解,并具有对投资风险的认识和准备的基础上进行消费,消除因信息的不对称所带来的非理性判断造成失误引发的不良后果。也就是除了要求所提供的信息必须真实、准确、完整和及时之外,金融机构向消费者进行产品说明和风险提示时还应当满足针对性、可理解性、可接受性等更高要求。此项义务的拓展顺应了监管模式的变化潮流,即功能性监管模式能满足该要求,具体是指应以金融机构所销售的金融商品的功能来决定其说明义务的程度。如果所销售的是投资类产品,如股票、债券、衍生类金融商品等,则无论金融服务者是保险公司、证券公司还是银行,均应遵守投资类商品的发行说明义务;如果所销售的是保险产品,如重大疾病险、生死两全险等,则无论金融服务者是银行、保险公司还是证券公司,也均应遵守保险法关于保险人说明义务的要求。此项义务的强化,在我国金

融业仍采分业监管的实际情况之下,可以缓解由于监管分割导致的同类金融商品不同说明义务要求造成的损害金融消费者信息权益的矛盾。

当然,说明与风险提示义务也不应绝对化或扩大化,否则将影响金融消费者作出理性的决策,最终不利于金融市场的稳定化。在 *Kerr c. Danier Leather Inc.* 2007 CSC44 一案中,加拿大联邦最高法院法官针对消费者集团诉讼 *Danier* 公司信息披露不实一案作出了驳回消费者集团诉讼申诉、维持消费者败诉的再审判决,其判决理由很好地说明在法律规定不甚明确或者存有遗漏情形下,不能要求作为经济人的市场主体在法律无严格和明确规定的情况下,主动约束自己披露更多的重要信息来替信息的使用者分担投资风险。^⑩ 为了股东利益的最大化,管理层有选择合理风险的自由而不必害怕他们在商业计划中的选择随后受到质疑。透过上述案例,我们有理由得出这样的结论:金融消费者保护绝不是要求司法部门在法律的适用中高举“消费者保护”的尚方宝剑,偏袒消费者,加重案件对方的责任。相反,任何时候,司法部门只能严格地依照法律的规定,一视同仁地对待案件当事人,即使金融消费者作为案件一方当事人时,也不能例外。

2. 从银行业监管规章出发对金融机构的销售方式做出更明确的规范

在金融商品的销售过程中,众多消费者是在金融机构劝诱后购买金融产品或服务的,劝诱已成为金融机构成功销售金融产品的重要途径。金融机构应该如何向消费者销售金融产品,消费者应该如何甄别金融机构工作人员销售过程中的产品信息,是一个颇费思量的问题。为防止在开发、推介金融产品时,金融机构提供的信息常常出现不实披露以及选择性披露的情势,更好地保障金融消费者的知情权,有必要对

^⑩ 该判决认为,发行人公司管理层在招股说明书中的预测行为是诚实的,这种诚实应该受到商业判断规则的保护。而且,对于未来销售的预测,并不能构成一项“事实”,它只是管理者的判断。只要这样的判断是诚实的,就应当受到商业判断规则的保护。进一步,预测收益是一个商业判断问题,但披露却是法律义务。商业判断是在商事决策中建立起来的概念,它不能用于减轻或削弱披露义务。因为,法定的披露义务不能附从于商业判断,是由立法者和法官而非由企业管理层来确立披露是否符合法律形式的要求。

金融机构的劝诱行为进行规制。目前我国关于规范劝诱方式的立法并不全面,仅在2006年,中国银监会发布了《关于商业银行开展个人理财业务风险提示的通知》,其中第4条规定:“高度重视理财营销过程中的合规性管理。商业银行应禁止理财业务人员将理财产品(计划)当作一般储蓄产品,进行大众化推销;禁止理财业务人员误导客户购买与其风险认知和承受能力不相符合的理财产品(计划);严肃处理利用有意隐瞒或歪曲理财产品(计划)重要风险信息等手段销售理财产品(计划)的业务人员。商业银行应对现有理财产品的广告或宣传材料的内容、形式和发布渠道进行一次全面的合规性审核,并将审核和整改结果报告监管机构。”

在金融机构的不当销售行为中,首先,应关注对其金融商品销售广告行为的规制。与以特定人为对象的“投资劝诱”不同,金融商品销售广告具有受众广泛的特征,因此在金融商品发行阶段,对此类广告应强调广告内容的真实性,禁止做夸大式描述并要求其客观性的标准高于其他广告。其次,应确立针对不同情况的消费者适用不同销售方式的劝诱行为规制原则。目前金融机构工作人员通常只追求最大数量地销售金融产品,很少顾及某类消费者是否适合于该种金融品的投资。因此在劝诱环节,应要求金融机构在确认金融消费者的投资目的、财产情况以及投资经历与经验的前提下,站在审慎营业的立场上,针对不同的金融消费者选择合适的劝诱销售方式,保证金融产品相关信息以尽可能接近于金融消费者需求的形式传递。金融机构应当遵循有区分地对待客户原则,不能向不适合购买的金融消费者推荐不适合的金融产品,金融交易市场组织者也应采取适当手段避免消费者购买不适合的金融产品。最后,在对金融消费者劝诱销售时,不应对其私生活进行侵犯或影响其稳定正常生活,如电话销售、高压销售等。

3. 从《消费者权益保护法》出发对金融机构的民事责任作出更合理规定

如果违反利益平衡原则的要求,给消费者造成损失时,金融机构应承担何种民事责任?我国法律对此规定显得较为笼统。我国《消费者权益保护法》第44条规定:经营者提供商品或者服务,造成消费者财产损害的,应当按照消费者的要求,以修理、重作、更换、退货、补足商品数

量、退还货款和服务费用或者赔偿损失等方式承担民事责任。消费者与经营者另有约定的,按照约定履行。在这一点上,2011年新修订实施的《银行业金融机构衍生产品交易业务管理暂行办法》第60条则考虑到在金融机构责任认定中可能存在的刑民交叉问题。^⑬事实上,如果能对金融机构违反倾斜保护原则课以更完备的责任构成要件和更严格的民事责任,那可能会取得更好的效果。

这是因为,较之监管机关,遭受损失的金融消费者更有追究金融机构法律责任以弥补自身损失的动力和积极性。金融机构承担民事责任的基本思路可以是:规定如果金融消费者有充分的证据证明金融机构未在设计、销售金融产品时尽到全面、适当履行其对客户的义务或者做出明显有违客户交易目的的、缺乏适当性判断的交易行为,须由金融机构对由此给消费者造成的损失承担赔偿责任。同时,为平衡金融机构和金融消费者之间的地位,防止因此限制金融机构开拓市场或创新业务,建议将举证责任留给金融消费者,并规定如果金融机构能够证明在达成交易之时,已为勤勉尽职之调查并有充分理由认为相应金融产品或服务适合金融消费者的风险承担能力,则其可以免责。

针对金融市场,不论金融监管机关抑或立法司法体系,最重要的任务在于保护金融消费者与维持市场公平与效能;其定位、管理政策与目标,在于落实执行金融法规以保护金融消费者权益。金融消费者权益的司法保护并非通过任何单一途径即可一蹴而就,为缓解和消减金融市场中金融机构与消费者之间悬殊的地位差异及严重的信息不对称所带来的负面效应,应针对金融消费者权利受损的实际情况,体察金融消费者的切实需求,建设性地整合既有规范,从证券法等法律规章出发,对金融机构的提示说明义务、劝诱销售方式和民事责任承担等方面提出更高要求,构建起金融消费者权利司法保护的多层体系。

^⑬ 《银行业金融机构衍生产品交易业务管理暂行办法》第60条规定:“金融机构的衍生产品交易人员(包括主管、风险管理人员、分析师、交易人员等)、机构违反本办法有关规定违规操作,造成本机构或者客户重大经济损失的,该银行业金融机构应当对直接负责的高级管理人员、主管人员和直接责任人给予记过直至开除的纪律处分;构成犯罪的,移交司法机关依法追究刑事责任。”