

# 论我国金融消费者权益救济的完善

## ——基于纸黄金交易案例的分析

刘亚昌<sup>1</sup>, 王超<sup>2</sup>

(1. 河北省沧州市人民检察院, 河北 沧州 061001 ;2. 中国建设银行沧州分行, 河北 沧州 061001)

**摘要:**随着我国金融业的快速发展, 金融纠纷案件日益增多。由于现有救济途径的缺陷和不畅, 导致金融消费者权益未能得到有效的保护。本文以近年来的纸黄金交易纠纷案件为例, 在类比考察、实证分析的基础上, 提出完善我国金融消费者权益救济的具体方案: 确立金融消费者保护原则下的权、义、责分配方案, 建立金融消费者团体(集团)诉讼救济机制, 增设非诉性的金融消费者保护机构与救济程序等。

**关键词:**金融消费者; 权利救济; 非诉讼救济; 团体诉讼; 集团诉讼; 过错推定

**中图分类号:** D922.28

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1007-9041-2013(10)-0009-05

### 一、问题的提出

2008年12月26日, 中国工商银行纸黄金交易出现所谓“异常”: 纸黄金的中间价在短短的23分钟内, 从185元/克一路飙升至848元/克。针对上述情形, 中国工商银行首先冻结了相关客户账户; 继而采取了以原价买入黄金、将同等数量的纸黄金退回投资者账户的“反向操作”。这件事发生后, 该行仅以《说明》的形式对其行为予以解释。中国工商银行的解决方式, 引起了众多客户的不满。

无独有偶, 2006年5月底, 宋某利用中国工商银行的黄金买卖交易系统, 通过“止损委托”方式, 以低于银行黄金报价的价格买入, 又以接近银行黄金报价的价格卖出, 即买即卖反复操作。到7月8日, 共买入65笔, 卖出61笔, 获利2100余万元。后被开户银行发现并以“不当得利”为由强制划走。宋某不服, 将银行告上法庭, 而宋某亦被银行反诉。该案被称为“中国黄金第一案”。在经历了6年的漫长审理后, 最终于2012年6月迎来了山东省高级人民法院的二审判决: 支持银行单方撤销交易。尽管如此, 但是该裁决的妥当性仍受质疑。

上述纸黄金案件反映的仅仅是我国金融案件的冰山一角。据统计, 2009-2011年全国各级法院审结金

融纠纷案件分别达到了51.86万件、57.89万件、59.3万件, 呈现连年增长的趋势。据北京市第二中级人民法院2012年调研显示, 在银行卡纠纷案件中, 银行胜诉率达到90%以上。而2008年至2011年上半年, 从松江法院受理的金融借款合同纠纷案件的处理结果来看, “凡以判决方式结案的, 银行的诉讼请求基本都能得到法院支持”。而有据可查的纸黄金纠纷案件, 无一例外的都是以银行的胜诉而告终。由此可以得出的部分结论是: 金融消费者在买卖金融产品或者接受金融服务的过程中, 与金融机构间的纠纷大量涌现, 而其权利救济未得到有效保障。

### 二、现有救济途径及其不足

在金融纠纷案件中, 针对金融机构一方的侵害, 金融消费者可以依据《民法通则》、《合同法》、《侵权责任法》以及《民事诉讼法》等进行救济, 包括自行与金融机构协商、调节、仲裁以及诉讼。单就诉讼救济途径而言, 根据诉讼标的和涉诉人数的多寡, 金融消费者可以提起一般的诉讼、共同的诉讼以及代表人诉讼。但是, 随着经济的飞速发展, 金融服务以及金融理财产品的日新月异, 现有的救济途径(包括代表人诉讼)在解决现代的金融交易纠纷方面显得捉襟见肘。这主要表现在以下三个方面:

收稿日期: 2013-08-11

作者简介: 刘亚昌(1981-), 男, 河北沧州人, 供职于河北省沧州市人民检察院;

王超(1985-), 女, 河北沧州人, 供职于中国建设银行沧州分行。

(一) 金融消费者涉诉案件中,“权、义、责”制度的设计没有体现出保护金融消费者的倾向。

金融消费者在与金融机构的交易关系中,因为信息偏在和选择依赖等因素的存在,明显处于弱势地位。经济学的不完全信息理论指出,由于交易中信息的稀缺性、交易的不确定性等因素,信息不对称是必然存在的。在金融产品的交易中,信息不对称现象更为常见。究其原因,就在于金融产品所特有的性质和功能。金融机构作为金融产品的开发者,对于产品的特性、风险、价值走向等信息的掌握有着异乎寻常的先天优势。而作为普通的金融消费者,除极少数专业人士外,很少有投资者能真正了解金融产品的组成、结构及效能等。加之信息披露和风险提示的非即时性、非充分性以及非针对性,就决定了金融消费者信息掌握的弱势地位。同时,金融消费者对于金融产品的下单、平仓等交易全部依赖于金融机构发布的信息。正是由于这种信息掌控的“高下相形”,决定了金融消费者的知情权、隐私权乃至财产权很容易受到来自金融机构的侵害。更有甚者,金融消费者的交易通道、财产存储等全部掌握在金融机构手中,在这种“人为刀俎,我为鱼肉”的情形下,金融消费者若想维护自身权益更是难上加难。为了保护弱势一方的权益,在权利、义务、责任制度的设计上应当有所倾斜。而现有立法及其制度设计体现不出这种导向。

(二) 代表人诉讼制度在金融消费者权益保护中的不足。

首先,在代表人的选任和监督方面。由于相当多数的群体成员不能参与诉讼,因而推选出最具代表性的代表人显得尤为重要。但是,在代表人的选任上,无论是采取“先到原则”还是采取“诉讼标的数额原则”,都不能保证代表人严格按照金融消费者的群体利益进行诉讼。“代表人和被代表的多数当事人之间往往存在意见分歧甚至互不信任”(汤维建,2008)。同时,金融消费者之间存在较严重的“搭便车”心理,消极参与的情形显著,由此进一步导致了代表人的监督 and 更换等方面存在一系列问题。其次,代表人诉讼判决必须明确到每一个当事人,判决也只对本次诉讼当事人有效,其他未参加诉讼的投资者只能另外提起诉讼,实际上也限制了投资者规模诉讼的形成;这些投资者还必须对所涉及的诉讼标的具有共同的权利义务关系(共有或者连带关系)。事实上,选定当事人诉讼是共同诉讼的延伸(肖建华,2002)。再次,由于“搭便车”行为,导致参与诉讼的金融消费者和凭借判决扩张效力获得赔偿的金融消费者之间因为“成本-收益”而产生不公。最后,在司法实践中,存在

法院基于利益的考量,或者拒绝使用代表人诉讼制度,或者名义上使用该制度,实际上将案件拆分审理的情况。正是由于存在上述问题,导致我国代表人诉讼制度所确立的方便当事人诉讼、便于法院审理、节省诉讼费用、简化诉讼程序、提高司法效率等立法初衷未完全得以实现。因此,只靠代表人诉讼制度不能充分地保护金融消费者的权益。

(三) 金融产品交易纠纷非诉讼程序的缺失。

基于金融产品交易追求效率、安全、便捷的特点,金融纠纷的解决应当具有效率性的特点。上述的“中国黄金第一案”历经一审、二审,历时长达5年之久。即使采用了代表人诉讼制度的“大庆联谊民事赔偿案”,其诉讼周期也达到了近3年的时间。这种以诉讼解决纠纷的方式虽然具有权威性,但与金融消费者追求解决纠纷的效率不符。漫长的等待和审理过程给争议双方带来极大的不便和相应的经济成本。其实纠纷的解决程序本就有诉讼程序与非诉程序之分。对于违背信息披露义务从而侵害金融消费者知情权的事件,明显具有非诉事件的特征。在国外的司法实践中,一般适用非诉程序来解决。但是,根据我国《民事诉讼法》的相关规定,只有选民资格案件、宣告失踪和死亡案件、认定公民无民事行为能力 and 限制行为能力的案件、认定财产无主案件、督促案件以及公示催告案件适用非诉程序,除此之外的案件只能运用通常程序解决。其结果就是冗繁、复杂的司法审理以及漫长的时间等待。加之“因为没有处理金融消费纠纷的特别措施”,而忽略金融消费纠纷的特殊性,将其与普通消费纠纷纳入同一救济方式范围,不能够体现金融消费者保护的的特殊性。为此,消费者往往也不会自动选择诉讼途径(陈文君,2010)。

三、多元化的权利救济机制之构建

法谚有云:无权利即无救济。故而,探讨金融消费者权利救济的前提就是要厘清金融消费者和金融机构之间权利、义务及责任的配置,进而再探讨权利救济的具体方式。此为“由内及外”的构建方案。下文将对此作详细论述。

(一) 确立金融消费者保护原则下的权、义、责分配方案。

根据社会学中的社会分层理论,因为金融消费者与金融机构获取“社会资源的能力和机会不同”,导致金融机构对消费者的侵权现象时有发生。基于此,各国(地区)司法实践开始逐渐确立金融消费者保护原则。以我国台湾地区为例,2011年制定的《金融消费者保护法》,总则第1条即旗帜鲜明地表明了保护金融消费者权益的立法宗旨。其余条款全部围绕该

宗旨而展开：一方面通过该法第6条“金融服务业对金融消费者之责任，不得预先约定限制或免除”的规定，在总体上确立倾斜保护弱者的原则；另一方面通过该法第7-12条的规定，明确金融服务业的给付义务、保障义务，切实维护金融消费者的权益。这其中就包括“善良管理人之注意义务”、“适合性义务”等。

我国应积极借鉴该项立法，尽早确立金融消费者的法律地位，明确金融消费者保护这一基本原则。具体为：

1、明确赋予金融消费者在金融交易中的各项权利，包括知情权、自主选择权、公平交易权、监督权、隐私权、求偿权等。知情权包括对金融产品或服务的价值、风险等全部有效信息的知悉权；对金融产品、服务以及相关信息公开的请求权以及对金融产品、服务等相关情况的释明请求权。自主选择权即金融消费者根据自身的消费需求，自主选择、接受金融商品或服务的权利。反对金融机构的强买强卖、不当搭售等行为。公平交易权即金融消费者获得公平合理的交易条件的权利。反对金融机构的虚假陈述、误导、隐瞒、欺诈等行为。监督权是“金融消费者拥有的监督金融机构及金融监管机构工作人员活动的权利，包括批评权、建议权、控告权、检举权等”（董媛、毛道维，2011）。隐私权即金融消费者个人及其家庭的信息、空间等不受干扰、侵入、买卖等的权利。求偿权是金融消费者在上述权利受到侵害时向金融机构提起损害赔偿的权利。

2、切实规定金融机构对金融消费者权利、金融秩序的保障义务，包括：“善良管理人的注意义务”、“信息披露义务”、“适合性义务”、“不从事虚假、欺诈、隐匿、误导、借机宣传、搭售等义务”、“损害赔偿义务”以及“其他不作为义务”等。

3、在争议预防和纠纷解决过程中，明确倾斜保护弱者原则。首先，根据我国《合同法》第40条的规定，明确金融机构不得预先限定或者免除对金融消费者的保障义务或职责，否则该条款无效，以此消除当下各金融机构普遍利用格式合同或者格式条款侵害金融消费者权益的行为。其次，金融消费者与金融机构达成的合同显失公平的，该条款无效；合同条款如有疑义时，应作出有利于金融消费者的解释。最后，权利救济中的过错推定原则。即在诉讼中，金融消费者能够证明金融机构存在违法行为及其损害，金融机构就应当承担损害赔偿责任。但是金融机构“能证明损害之发生非因其未充分了解金融消费者之商品或服务适合度或非因其未说明、说明不实、错误或未充分揭露风险之事项所致者，不在此限”。相较于部分学

者主张权利救济中的“举证责任倒置”（谢文哲、刘东，2012；郭丹、龚玉前，2012），笔者认为过错推定原则更适宜。其理由如下：

其一，适用过错推定原则符合当事人举证能力的实际情况。依据法律要件分类说理论，在法律和司法解释没有明确规定的情况下，“依据该理论分配举证责任又违反公平和正义的要求时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力、证据距离等因素合理地分配举证责任”（王松，2007）。在金融纠纷案件中，因为信息不对称，金融机构对于金融产品、服务的了解有着先天的优势，加之相当一部分金融产品的交易过程掌控在金融机构手中，可以认定其与该项证据距离最短，从而可以确定其更有能力证明自身无过错（无违反义务的情况）以及无因果关系。而在违法行为、损害结果的认定上，反而是作为“利益相关者”的金融消费者更能知晓和计算自身遭受的侵害和损失，所以该项证据的证明责任应当由金融消费者承担。

其二，适用过错推定原则符合经济原则。根据经济分析法，举证责任制度应当围绕激励展开，从而防止金融消费者与金融机构违约或者侵权损失的发生。但是，无论是过错责任原则（由金融消费者承担全部的举证责任并承担举证不利的法律后果）还是无过错责任原则（由金融机构承担全部的举证责任并承担举证不利的法律后果），都是在单边预防假设的基础上展开的，其结果仅能对金融消费者或者金融机构产生激励，而导致另一方成本外部化：或者金融机构不严格履行义务，或者金融消费者滥用诉权。无论如何，均无法达成帕累托最优。而过错推定原则使得金融交易的双方成本、收益均内部化，即从利益最大化考虑，作为“经济人”的金融机构为了不承担举证不利的法律后果，其必然严格遵守上文所述的法定义务。而出于“成本-收益”的考量，金融消费者必然是在因侵权行为造成损害的情形下才可以提起诉讼，其结果就是避免了滥诉的出现。过错推定原则能够对交易双方产生有效的激励，达到了帕累托最优。

其三，适用过错推定原则得到了司法实践的认可。从“张志强诉徐州苏宁电器有限公司侵犯消费者权益纠纷案”来看，该案实际上确立了侵犯消费者权益纠纷案件的举证责任分配规则，也明确了法院裁判这类案件运用证明标准认定事实的规则，即“在侵犯消费者权益纠纷案件中，消费者主张商品经营者提供的商品存在品质问题，并提供了相应证据的，商品经营者如主张该商品不存在品质问题，应对其主张承担举证责任”（王松，2007）。



## (二)建立金融消费者团体(集团)诉讼救济机制。

在世界范围内,目前解决金融消费者纠纷的群体诉讼模式主要有:团体诉讼模式、集团诉讼模式以及代表人诉讼模式。正如上文所分析的,代表人诉讼在解决金融消费者群体纠纷中具有一系列不足,“在矫正系统性偏袒能力方面,集团诉讼与团体诉讼具有相对优势”(朱羿锟、陈楚钟,2007)。所以有必要借鉴集团诉讼和团体诉讼的优势,以期及时有效解决金融消费者群体纠纷。以“大庆联谊民事赔偿案”为例,虽然在诉讼模式上采取了代表人诉讼的方式,但是因为涉及人员众多(原告381人),毫无疑问也面临代表人选任及监督的疑难。在具体的司法运作过程中,审判机关借鉴了美国集团诉讼制度,有效克服了代表人诉讼的不足,取得了不错的司法效果。下文将对这两种诉讼救济方式作具体论述。

团体诉讼以德国为代表,是指直接由法律规定在一定领域中具有法人资格的某些团体享有当事人资格,可以作为原告提起诉讼,其诉讼的结果对全体成员都具有法律效力,但组成团体的成员不具有诉权(肖建华,2002)。根据德国《不作为之诉法》第1条、第2条和《德国民法典》第307-309条的规定,能提起“不作为之诉”或者“撤销之诉”的团体为特定的消费者协会、促进工商业利益协会、工商业公会、手工业公会以及其他特定的协会,上述团体以具备相应的行为能力为限。诉讼团体的法定化解决了代表人诉讼中的“代理人”选任问题。而代表所有的相关金融消费者作为原告的相应专业协会,由于其是处理金融交易纠纷的专门机构,具有处理金融交易纠纷诉讼的经验和专家人员,能够解决与作为被告的金融机构之间的信息不对称问题。更因为诉讼结果对团体具有约束力,以及对诉讼费用的均摊,很好地解决了“判决效力的扩张”问题以及“搭便车”的问题。但是,因为团体不能提起损害赔偿之诉,而只能由金融消费者视团体诉讼结果另行提起,导致“制度设计中的利益激励与行为主体匹配不当”,“容易导致诉讼缺乏激励性,甚至出现团体诉讼官僚化以及团体或其工作人员的寻租行为”(朱羿锟、陈楚钟,2007)。

集团诉讼以美国、英国为代表,是指只要有一个原告或少数投资者代表全体原告起诉,其他投资者只要不明确退出诉讼,即有权获得胜诉后的赔偿金,其律师费往往是从胜诉后的赔偿金中支付(朱羿锟、陈楚钟,2005)。由于集团诉讼中集团是由具有相同利益的人员构成的,能提起损害赔偿之诉,并且因为费用安排,很好地解决了“激励性缺乏”的问题。但是,也正因为激励影响,可能会导致过度激励性问题。

借鉴集团诉讼模式改造团体诉讼的激励性缺乏问题,似乎更符合理性观念和逻辑推演。德国近年的司法实践也许更具说服力。现在德国立法已经承认团体支付请求权,最新的判例也支持了团体支付请求权诉讼,未来通过立法或者司法判例确立团体损害赔偿之诉也将指日可待。

在确立了金融消费者权益保护理念的基础上,借鉴团体(集团)诉讼模式,经济、便捷、快速地解决金融交易中的群体纠纷就显得尤为重要。从根本上讲,集团诉讼是建立在英美法系当事人主义的基础之上的,强调的是当事人之间的对抗。与大陆法系诉讼模式相类似,我国主要采取职权主义,团体诉讼应该更能适应我国的司法实践。在团体的正当当事人资格方面,可采用诉讼担当理论。而关于团体的条件,有学者指出应符合以下几个条件:第一,依照相关法律规定依法登记注册;第二,团体在其章程中必须明确规定该团体具有维护团体成员利益提起诉讼的职能;第三,团体在规模、人数、成立期限、资金状况等方面也要符合特殊的要求(谢文哲、刘东,2012)。以此观之,成立于1992年的中国证券监督管理委员会(以下简称证监会)、成立于1998年的中国保险监督管理委员会(以下简称保监会)以及成立于2003年的中国银行业监督管理委员会(以下简称银监会)属于国家事业单位,根据授权,分别统一监督管理全国证券期货市场、保险业市场以及银行、金融资产公司、信托投资公司及其他存款类金融机构。从其职责上看,三大主体具备了维护金融消费者某一领域权利的权限,并且这三大监督管理机构已分别设立了金融消费者权益保护机构或部门,现阶段可以而且应当作为团体(集团)诉讼的主体。这种权利配置的动因也在于,因为这三大监督管理机构的职责优势、资源优势、专家优势,在诉讼中具有与各金融机构对抗的能力,最终有利于促进公平合理的司法裁判的实现。在权利的行使上,上述主体不但可提起不作为之诉、撤销之诉,在一定数量金融消费者授权的基础上也可提起损害赔偿之诉。裁判结果及于全体涉诉金融消费者。如果团体仅提起不作为之诉、撤销之诉,金融消费者可根据上述诉讼判决情况依法提起损害赔偿之诉。关于诉讼费用可以借鉴我国台湾地区团体诉讼的做法,即诉讼团体在提起损害赔偿之诉获胜后,方可从获得的赔偿额中扣除诉讼的必要费用。除此外,不能获得任何报酬。剩余款项在授予实施权的金融消费者之间分配。

(三)增设非诉性的金融消费者保护机构与救济程序。

目前我国的司法实践中存在诉讼周期长、诉讼费

用高、举证难和执行难等问题,前述金融消费者立法的不足,更是放大了这些问题。加之对金融案件的处理,法院在受理、审理或执行中有诸多顾虑,很难有效保护金融消费者的权益(管斌,2010)。非诉程序的最大特点是期间短、效率高。体现在审结期限上,根据我国《民事诉讼法》第146条、135条的规定,一审案件适用简易程序的审限为3个月,普通程序为6个月,经批准还可以延长。如果再经过上诉和再审,审理时间至少需要1-2年。漫长的审理时间“对于时效性要求极高的金融案件来说,无疑就是个灾难”。相较于诉讼程序,根据我国《民事诉讼法》第163条的规定,非诉程序的审结期限基本上控制在1个月之内,在特殊情形下经批准延长的除外。体现在审级制度方面,我国诉讼案件是两审终审制,在特殊情形下,亦可提起再审程序。复杂繁复的审理程序耗费了金融消费者大量的精力,由此带来大量厌诉和放弃诉讼的情形。而非诉案件是一审终审,不会给金融消费者带来太大的诉累。在成本费用方面,在诉讼程序中,法院一般依涉诉标的物的价值按比例收取费用,而非诉程序则“采取计件低额收费制”。通常,非诉案件的费用要远远低于同类型的诉讼案件费用。加之,非诉程序可操作性强、执行难度低等特点,使其快速、有效维护金融消费者权益的功效更为突出。

世界先进国家(地区)在立法及司法实践上也进行了卓有成效的探索,总体来说可分为仲裁机构的非诉救济方式、金融监管部门的非诉救济方式以及专门的金融消费者争议机构非诉救济方式。如英国根据《金融服务和市场法》对金融巡视员制度进行整合,成立了FOS,对十一个领域的金融纠纷进行处理。“每年接受1百万次的咨询并解决15万起金融纠纷”。其中2008年90%的案件是通过调解解决的。新加坡的金融业争议调解中心是解决消费者与金融机构纠纷的处理机构。“据2008年报,该中心共处理了1482起与雷曼相关产品有关的个案,目前已有72%获得解决、完成听审过程或正在等待双方签署和解协议。另外有415起个案仍有待仲裁、听审或调解。”结合我国台湾地区《金融消费者保护法》的立法背景,因雷曼兄弟破产而在台湾产生的3万余件交融纠纷案件,因为成立评议委员会,半年内就处理了26000多件,实际需求和成功经验促成了该法的完成。

这些发达国家(地区)成功的实践经验,为我们提供了借鉴。一是立足目前我国的实际情况,先期可以借鉴美国的金融监管机构直接调解模式,由证监会、保监会和银监会一站式地解决金融纠纷问题。具体程序是:在金融消费者与金融机构协商不成的情况下,根据争

议标的的不同,消费者可直接向相应的金融监管机构提出投诉,相应的金融监管机构应就投诉进行调查,并就调查结果组织争议双方进行调解。如果发现金融机构存在侵权或者违约行为,责令其及时采取补救措施,对遭受的损失予以赔偿,并可以采取进一步的执法活动,包括书面协议、勒令停止运行、禁止或者免除某类活动等。二是在条件成熟的情况下,借鉴《英国的金融公平人法》、新加坡以及我国台湾地区的《金融消费者保护法》,成立独立于金融监管机构的金融消费者保护机构。金融消费者可以直接向该机构进行申诉,也可以在与金融机构协商不成、未果或者经调解不能达成一致的情况下向该机构申诉。金融消费者保护机构受理后应及时处理。如果接受径行申诉,可在5-10天内进行调解,调解不成或者业已经过调解的,应在30-60日内进行评议处理。对于评议结果,申请人接受的,可向法院提请审核,经法院审核后,具有与判决同等的效力;申请人不接受的,可依法提起诉讼。

#### 参考文献

- [1] 汤维建. 群体性纠纷诉讼解决机制论[M]. 北京大学出版社, 2008.
- [2] 张卫平. 诉讼架构与程式——民事诉讼的法理分析[M]. 北京大学出版社, 2000.
- [3] 肖建华. 民事诉讼当事人研究[M]. 中国政法大学出版社, 2002.
- [4] 董媛, 毛道维. 金融消费者权益保护研究[J]. 山东社会科学, 2011, (7).
- [5] 谢文哲, 刘东. 我国金融消费者保护中的诉讼机制及其完善[J]. 山东青年政治学院学报, 2012, (5).
- [6] 郭丹, 窦玉前. 金融消费者权利救济机制研究[J]. 商业研究, 2012, (8).
- [7] 王松. 侵犯消费者权益诉讼的举证责任分配——张志强诉徐州苏宁电器有限公司侵犯消费者权益纠纷案评析[J]. 判解研究, 2007, (3).
- [8] 朱羿锟, 陈楚钟. 投资者权益保护与群体诉讼模式选择[J]. 河北法学, 2007, (4).
- [9] 朱羿锟, 陈楚钟. 集团诉讼与系统系偏袒之矫正——证券市场虚假陈述侵权案的博弈分析[J]. 暨南学报, 2005, (3).
- [10] 管斌. 金融消费者保护散论[J]. 华中科技大学学报(社会科学版), 2010, (1).

(编辑:曾爱婷;校对:ZAT)