

# 境外第三方理财机构法律监管经验及其对我国的启示

徐松林

(厦门大学法学院 福建厦门 361005)

**摘要** 我国第三方理财机构快速发展的同时相关法律监管严重缺失。而境外美国、澳大利亚、香港地区等对第三方理财机构有着较成熟的法律监管经验。在合理借鉴、谨慎移植的原则下,本文提出了从立法模式、监管主体、监管措施等方面对我国第三方理财机构进行法律监管的设想及对策。

**关键词** 第三方理财机构 境外法律监管经验 借鉴 启示

## 一、我国第三方理财机构法律监管的缺失

### (一) 第三方理财机构的含义与特点

所谓第三方理财机构,是指独立于正规金融机构之外,能为客户提供综合性的理财规划服务的金融类顾问、咨询公司。他们独立地分析客户的财务状况和理财需求,判断所需投资工具,提供综合性的理财规划服务。第三方理财最早出现在美国、加拿大等国家,香港地区在10余年前起步,而中国大陆则还处在起步阶段。然而,我国高净值人士数量急剧增加,理财需求也日趋强烈。可见,第三方理财市场具有极大的发展潜力。

我国第三方理财机构发展迅猛,时间虽短却有着鲜明的特点。第一、独立性。第三方理财独立于证券、银行、保险等任一金融机构,忠于顾客利益。第二、个性化。是一对一的个性化理财,侧重量身定做。第三、全方位。具有跨行业、跨领域的优势,为客户提供更为全面的理财服务。第四、混业化。业务涉及“泛金融产品”,具有混业化经营的特色。此外还具有服务对象特殊性、盈利模式趋同性、类似金融中介性等特点。

### (二) 我国第三方理财机构法律监管缺失的表现与危害

尽管第三方理财目前发展得如火如荼,但是目前国内对其法律和监管仍然处于真空。第三方理财涉及基金、信托、保险、私募股权投资、黄金、另类投资等多项产品。不同产品对应不同的监管部门,涉及银监会、证监会、保监会和发改委等多个部委。这种混业经营的业务模式,牵扯部门众多,目前还没有监管部门愿意主动牵头接管。从而造成第三方理财机构的法律监管的缺失。

我国第三方理财机构法律监管缺失的表现主要有:第一、市场混乱,诚信缺失。由于有利可图,门槛低,第三方理财市场是群雄争霸,追名逐利。加上我国信用体系还不完善,一些第三方理财机构趁机浑水摸鱼,不顾信誉,对客户瞒天过海,唯利是图。第二、制度欠缺,监管空白。目前我国对金融机构的监管法律法规相对完善,但对第三方理财机构的监管,无疑是法律的真空。由于欠缺监管制度,造成第三方理财发展危机重重,如履薄冰。第三、风险暗含,监控无力。第三方理财存在的风险主要有:法律风险、道德风险、投资能力风险、管理经营风险等。如在法律风险方面,我国没有对应的法律部门或者法规对第三方理财机构进行监管,导致监管无力。

法律监管缺失会带来严重的危害,简而言之,既不利于国家经济金融安全,也不利于第三方理财机构的稳健发展,当然还有损于客户的合法正当的权益。所以,建立健全有效的法律法规对第三方理财机构进行监管势在必行。

## 二、境外第三方理财机构的法律监管经验

“他山之石,可以攻玉”,境外较成熟的第

三方理财法律监管经验无疑具有重要的借鉴意义,分析与研究之也就很有价值。

### (一) 美国第三方理财机构的法律监管经验

毋庸置疑,美国是公认的第三方理财业务最为成功的国家。据统计,在美国市场上销售的所有金融产品中,有近60%的份额是由第三方理财机构所销售的。追本溯源,美国第三方理财行业兴起于19世纪70年代。当时,美国国内的经济形势复杂多变,诸如通货膨胀高、税收高、税制复杂、投资市场低迷等;而另一方面,政府的养老金体系,即社保体系也面临运营困难。从监管角度来看,美国目前并没有专门针对第三方理财机构的相关法律,但是美国对整个金融行业有着不遗余力的法律法规进行监管和控制,而这些法律法规或多或少地对第三方理财公司业务进行了规范和限制,保证了这个行业的健康运行。

美国第三方理财机构的法律监管经验可归纳如下:

第一、美国建立了较为完善的市场法治经济制度。包括统一商法典在内的美国经济金融管理法规有利于市场经济法制化,此外有大量的金融管理判例可循。法律配套制度也很健全,拥有成熟的资产托管和交易的平台。第二、美国强大而复杂的个人税收体系是高素质客户需要理财的原因。与此同时,强悍与繁杂的税收法律法规也从侧面加强了对第三方理财机构的监管力度。第三、美国的诚信体系相对完善。整个社会的诚信体系及个人信用,既是独立理财公司较易获得信任的重要保证,也是美国第三理财监管的社会制约因素。第四、美国有成熟的理财师利于形成行业规则。在美国,从事第三方理财的专业人士大多具有从业时间长,投资经验多,良好的可信度和可靠性等典型特点。第五、美国人平和的心态及信托理念植根于心,从文化层面上有利于第三方理财机构的法律监管与规制。

### (二) 澳大利亚第三方理财机构的法律监管经验

澳大利亚是通过专门的法律对第三方理财公司业务进行规范。澳大利亚政府于2002年推出的金融改革法案中便对第三方理财公司金融产品的销售咨询服务提出了监管要求,之后又将该法案纳入该国公司法,这意味着澳大利亚的理财行业监管进入法案化时代。

澳大利亚第三理财机构的法律监管经验有如下特点:

特点一:监管法律法案化--是全球第一个以成文法的形式把对第三方理财机构监管明确规定于法律之中的国家。从而成为有法可依的法律监管典范。特点二:有金融审慎监管机关--澳大利亚审慎监管局(APRA)。APRA在澳大利亚审慎监管框架下作为对监管金融机构审慎经营的监视器起着重要的作

用。特点三:有金融审慎监管框架来统领协调。监管框架分四级,由低到高分别是:市场纪律、企业和市场的监管、消费者权益保护、审慎监管。这有利于金融机构的分级管理监督。此外,澳洲金融监管法律规定了金融公司的资本充足率,偿付能力及其他风险管理的要求。特点四:上述经济金融监管法律构成强大的监管安全网,保障了整个国家金融系统的安稳与繁荣。

### (三) 香港地区第三理财机构的法律监管经验

香港是自由而较成熟的金融市场,理财产品多样,收益率也较高。随着2000年强制性公积金计划的引进,香港投资人日益热衷从保险产品获得高回报,ILAS(投资相连保险计划)也顺势成为香港第三方理财主力发展的产品。投资相连保险计划(ILAS)的崛起极大促进了香港第三方理财机构的发展。

香港地区第三理财机构的法律监管经验有如下特色:

首先,香港理财机构拥有港府多个牌照才能经营相关业务。不同的牌照有不同的经营范围,包括海外基金投资、税务及信托、证券交易、提供资产管理等。其次,香港基本上是分业监管模式。就证券提供意见和提供资产管理的活动受到香港证监会监管,必须持牌方可进行该活动。而香港保监会则主要监管与保险有关的金融理财产品。再次,香港对理财产品的审批较为宽松,但监管到位。香港人在自由的金融环境长大,风险意识较高,会较为谨慎地选择理财产品。最后,香港投资者理财意识较成熟。金融市场竞争导致佣金比率很接近。这种较成熟的投资理财意识有益于第三方理财机构的监督与发展。

### 三、对我国第三方理财机构监管的启示

#### (一) 借鉴原则:理性的移植,适度的扬弃

在全球化背景下,无论各国愿意与否,其法的现代化都不可能拒斥外来法资源,参照和借鉴外来法资源是一种较好的选择。当然,参照和借鉴的原则是要有选择地吸收,即理性的移植。所谓理性的移植,是指在进行法律移植时应坚持自决原则,以国际化为基本取向,在对本土资源时行认真反省与识别的基础上充分合理适度地借鉴吸纳异域法律资源。移植时用一种重叠而非完全取代的方式使异域法律与本土资源和谐地融为一体。同理,对于较为先进的境外第三理财机构的法律监管经验,我们也应本着取其精华,弃其糟粕的原则进行扬弃与重构,这样将有利于我国第三方理财机构走在的法治经济的康庄大道上。

#### (二) 监管法律:立法模式的谨慎选择

为了有法可依,现代法必须是明确而公开的。明确而稳定的法律的主要作用就在于人们能认识法而预知自己行为的后果。鉴于我国第三方理财机构目前法律监管还处于缺失状态,明确而相对稳定的立法就显得尤为重要。

# 船东作为雇主应当承担赔偿责任问题之研究

——从船员因疫病发生海上人身伤亡损害赔偿责任的视角

蔡则齐

(上海海事大学法学院 上海 200000)

摘要:船东作为雇主应当承担船员海上人身伤亡损害赔偿责任的必要性,归纳和分析国内理论界的主要观点和相关司法判例,结合《2006 国际海事劳工公约》通过司法解释和修订《海商法》或《船员法》设立“船东对船长和船员的责任”章节是解决这一纠纷的初步途径。

关键词:船东(雇主) 船员疫病 海上人身伤亡损害 赔偿责任

## 一、引言

船员是海运业最重要的生产要素之一(劳动力),其遭受的危险主要来自于船东,职业伤害是在为船东创造运输经济效益的劳动过程中被造成的,因此当船员受到伤害时,无论船东有无过失,无论是船员本人或同事的过失、疏忽及其他原因造成的损害,船东作为雇主应当首先承担赔偿责任,这如同支付维修船舶主副机和添置船用设备一样,是完全必要、必需和合理的。

虽然《海商法》下的海上人身伤亡损害的船东赔偿责任问题受到利益各方的普遍重视,但在立法上一直未能明确,解决这个问题不但具有重要的理论价值,更具有重要的实践意义。

## 二、船东承担雇主责任的归责原则

雇主责任在许多国家已是一项公认的法律制度。航运实践中,“船东”为船员投保雇主责任险,本文的船东指雇佣船员的公司(以下简称船东)。

整民事关系中的海上运输关系、船舶关系的《海商法》没有对雇主责任作出一般规定,根据特别法没有规定则适用一般法的原则,对于船员海上人身伤亡损害这样的特殊侵权的雇主责任可以适用《民法通则》的一般规定,依法由船东作为雇主对赔偿权利人承担强制性的赔偿责任。

在船员 A 家属诉 B 公司海上人身伤亡损害赔偿纠纷一案中,船员 A 受聘于被告 B 所属的悬挂方便旗的“X”轮担任老轨职务从疫区 G 港返回中国国内途中生病,该轮船

长得知后即联系船东且一起安排救治和救援,但在救援到达时,A 已死亡。经检查,A 死因为染病而逝,故原告诉讼请求判令被告 B 赔付死者的收入损失、丧葬费、死亡赔偿金等损害赔偿费近百万元人民币。

上述案例中 B 将 A 派往 WHO 认定的疫区任职而导致 A 染病,B 应对 A 承担责任,但司法实践中对船员与船东之间劳动关系存在争议,对认定船东承担雇主责任的归责原则,存在两种主要分歧。

### (一)船东与船员有劳动关系的无过错责任归责原则

根据我国《劳动法》的规定,签订《劳动合同》确立劳动关系的船员发生海上人身伤亡损害是特殊侵权,属于《工伤保险条例》调整的范畴,适用无过错责任原则。这就要求船东作为雇主承担比一般侵权行为人更加严格的责任,更有效地保护这些船员,从而实现海上侵权行为责任的公平和公正。根据《2004 司法解释》第九条规定的无过错责任归责原则,船员在船任职时由于与工作有关的生命、身体和健康原因遭受的人身伤亡,雇主不能免责,即不论船东在主观上有无过错,都应当由船东作为雇主承担民事赔偿责任。

### (二)船东与船员雇佣关系的过错推定责任归责原则

根据《2004 司法解释》第 11 条第 1 款的原理,如果船员本身有过错而发生海上人身伤亡损害这样特殊的侵权仍然采取无过错责任归责原则,在理论上不够合理。按照

法律责任的法律规定。三是融合前两种思路。如果能在现今的经济法律中增补添加的相关监管法律规定先加上,但有关第三理财机构监管的核心内容应通过制定独立的法律法规。比如应明文规定第三方理财机构的性质、模式、资本要求、监管机构、业务范围、行业规章、法律责任等。与前两种思路相比,第三种思路可能更有利于达到效率与公平兼有的社会作用。

### (三)监管主体:激进与缓进的考量

中国目前对金融行业实行“一行三会”、“分业经营、分业监管”的专业监管体制,而第三理财机构则有混业经营的特点。我国出台法律法规的难度在于可能要突破分业监管的限制。为了有效监管,应协调各方的监管职责,我国可进行监管主体构建。

第一、激进式。针对混业经营特点,成立金融协调监管委员会,协调一委一行三会的工作。为了解决分业监管的缺陷,便于第三方理财的有效监管,成为金融协调监管委员会有一定的可行性。首先,国际金融监管的主流趋势是由分类监管向混业监管转向。其次,我国目前第三理财机构的业务有着鲜明的混业经营的特色。最后,成立金融协调监管委员会,有利于明确各自的职责,相互协作,共同监管。

第二、缓进式。由现行相关部门管理。例

《2004 司法解释》涉及第三人的侵权应当采取无过错责任归责原则处理。如果雇主能够举证损害全部或大部分是由于船员自身原因造成,而非雇主违约造成,则雇主的责任免除或相应减轻。上述案件中虽然船东 B 尽力采取救治措施,但是并不能证明船东 B 对船员 A 的救治未果没有过错。根据《侵权法》第 6 条规定,采取过错推定归责原则,船东 B 应当承担赔偿责任。

### 三、船东作为雇主的赔偿责任限制

虽然船员海上人身伤亡损害是在船上发生或与船舶营运、救助作业直接相关,但从保护船东利益而言,无论赔偿责任的基础有何不同,责任人均可以依照《海商法》规定限制赔偿责任。《海商法》第 210 条借鉴了《1976 年海事索赔责任限制公约》(以下简称《1976 公约》)第 6 条规定:除本法第 211 条另有规定外,依照下列规定计算赔偿限额:人身伤亡与财产损失分列,按船舶吨位分级,吨位增加,每吨增加的数额递减。

上述的海事赔偿请求不是向船舶所有人(21)本人提出,而是向他们对其行为、过失负有责任的船东提出的,这些人可以援引《海商法》规定限制其赔偿责任。同时为保护受害人的利益,《海商法》第 208 条第(5)款移植《1976 公约》第 3 条第(5)款(22)的规定,作了“不受责任限制的索赔”(23)。上述案例中船员作为船东的受雇人,根据船员劳动合同有权要求船东承担损害赔偿。(24)

### 四、外派船员海上人身伤亡损害赔偿的

如通过工商管理部分进行管理,向银监会、证监会等汇报工作。现今第三方理财机构都是通过工商管理部门进行登记注册成公司或企业进行营业,工商管理机构应定期或不定期对第三方理财进行检查,同时把相关信息及时反馈给银监会、证监会等金融监管机关,从而确保国家金融安全及经济健康发展。

### (四)监管措施:合理构建与主动创新

针对缺失监管的第三方理财机构,相应监管措施主要有:行业准入制度;职业准入制度;风险控制制度;探寻技术支持制度,完善行业自律制度等。我们应在充分借鉴境外第三方理财机构法律监管经验的基础上,对上述问题仔细研究,从而促进我国第三方理财机构健康稳定的发展。

### 参考文献:

[1] 宋方青主编.法理学[M].厦门:厦门大学出版社,2007.

[2] 余敏,段登辉.基于 SWOT 分析的我国第三方理财发展战略[J].中国乡镇企业会计,2009(3).

[3] 牟龄,王增武.第三方理财:法律规范尚处“真空”状态[N].金融时报,2011,06,20.

作者简介:徐松林(1974-),男,汉族,江西宜黄人,厦门大学法学院 07 级法律硕士研究生,研究方向:经济法。

立法模式主要有以下三种:第一、美国式。这是种不明文立法的模式,监管主要依靠美国经济金融商业等法律法规的联合制约。第二、澳洲式。澳大利亚通过金融改革法案及公司法明确金融产品的销售咨询服务的监管要求。这种法案化是明文立法的方式。第三、综合式。这是对美国式和澳洲式的合理融合。即以明文立法为主,其余经济金融法律法规为辅。

对中国而言,可以兼具吸收美国、澳大利亚对第三方理财业务监管的特点。在立法上,我国应主要学习澳大利亚的法律监管经验,即通过制定相应的法律进行监管。理由是我国更多是外源性法律发展的国家,不像美国那样具有丰富的经济金融税收等法律法规;而且我国的依法治国理念还不深入民心,法治经济也尚在建设之中;此外中国民众的理财理念也亟需通过法律给予培育及完善。

具体而言有三种思路:一是独立创建一部有关第三理财机构监管的法律法规,如《第三理财机构监管条例》。二是借鉴澳洲的经验,在经济金融管理法律中加入有关第三理财机构监管的法律规定,例如可在《公司法》增补有关第三理财公司的法律监管条款,或是在金融法如《信托法》中增加有关第三理财在信托理财产品推介与销售方面的