
内部交流刊物

法律资讯汇编

(2016 年第十一期)

上海王岩律师事务所

2016 年 11 月

目 录

劳动者实际离职时间如何认定.....	1
银行是否为代销基金亏损承担责任？	7
网贷新规解读：犹如秋天里的一场.....	16
上海地方信用立法的个人数据保护初探.....	18

劳动者实际离职时间如何认定

退工单与解除劳动合同通知书记载不一致引发争议诉讼

- 《劳动合同法》的相关条文确定了劳动者和用人单位提出解除劳动合同的一方，除试用期中的劳动者外，均有出具书面证明的义务。在日常实践中，常将该书面证明中所记载的日期作为一方提出劳动关系解除的日期，同时对该解除日期前的行为进行追溯，以确认解除方是否有违反劳动法律规定的情形存在，来确定具体劳动关系解除时间是否为该书面证明中所记载的日期
- 通常而言，办理退工手续的前提是劳动关系已经终止，从因果关系来看，应当是先有劳动的终止，进而才有办理退工手续、开具退工单的后续问题

退工单记载的退工日期与解除劳动合同通知书记载的辞退日期不一致时，应以何日期为准？笔者之所以会引出这个问题，来源于代理的一场劳动争议诉讼案件。案情具体如下：劳动者梁某于2012年11月29日起在本市某中医实业公司（下称“公司”）担任理疗师一职，劳动合同约定的劳动期限自2012年11月29日起至2015年11月28日。梁某在公司正常工作至2015年3月23日，因身体不适请病假就医，后被本市某医院确诊为腰椎间盘突出、腰椎椎体病变，故于2015年4月向公司提交了病假单。自2015年4月后，公司在未事先同梁某进行协商的情况下，不再向梁某支付任何工资。因未能按时收到工资，梁某分别于2015年6月、7月、8月，三次向公司所在地的劳动监察部门反映，请求劳动监察部门督促公司支付病假工资，但公司均未予回应。基于上述情况，梁某于2015年8月11日自行向公司提出辞职，并以公司未依法支付工资为由，于2015年8月26日向本市某区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求公司支付病假工资及经济赔偿金。仲裁委受理案件后，于2015年9月24日开庭，开庭当日，公司向梁某送交《解除劳动合同通知书》（下称“《解除通知》”），以梁某旷工为由，决定自递送日起解除与梁某之间的劳动关系。仲裁开庭期间，双方以梁某是否构成旷工进行调查、答辩，因庭上梁某未携带证明自己请病假的证据原件，庭后亦未补充提交，仲裁庭以梁某证据不足无法证明其系因病休假为由，于2015年10月28日做出裁决，对梁某的仲裁请求未予支持，并判令双方劳动关系解除。2015年11月12日，梁

某经公司人事部门通知前往公司办理离职手续，人事部门员工向其交付当日出具的《上海市单位退工证明》（下称“《退工单》”）一份，《退工单》记载的劳动合同解除日期为2015年4月30日。据此，梁某认为公司已于2015年4月30日解除双方劳动关系，系违法解除，遂以该《退工单》为证据向法院提起诉讼，要求公司支付违法解除劳动合同经济赔偿金。

在诉讼过程中，梁某和公司的主要争议焦点在于双方的劳动关系何时解除。梁某认为根据《退工单》上的记载，双方劳动关系应当于2015年4月30日解除，该内容系由公司人事填写并加盖公章，应当认定双方劳动关系于该日期终止；公司则认为应当以劳动仲裁开庭当日，公司向梁某交付《解除通知》为双方的劳动关系解除的标志，辩称之所以《退工单》上记载劳动关系解除时间为2015年4月30日，是根据仲裁裁决未支持梁某诉请，且梁某已提出辞职，公司人事据此才填写了该日期。

开庭审理后，经查明公司于2015年5月起即不再向梁某支付工资。庭后由法官主持双方进行了调解，公司向梁某支付部分经济赔偿金，同时经调解双方同意将劳动关系解除的日期确定为2015年4月30日。

笔者认为，上述案例在用人单位和劳动者之间解除劳动关系时确实有可能发生，一旦发生该情形，如无法协商一致，较有可能因争议而涉讼。在此，笔者想就《退工单》上记载日期和《解除通知》记载日期不一致的情况下，如何认定劳动关系解除时间作一番分析。

一、单位有出具劳动关系解除书面证明的义务

（一）《劳动合同法》

对于劳动合同解除的标志，在该法第三十七条和第五十条分别从劳动者和用人单位的角度出发进行了规定。

第三十七条称“劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。”规定了劳动者提出解除劳动合同时，除在试用期内，应当以书面形式通知用人单位。

第五十条称“用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续”。可知用人单位在解除或终止劳动关系时有出具相关书面证明的义务，同时亦有义务为员工办理人事档案和社保关系转移。

从上述条文中可以发现，《劳动合同法》的相关条文确定了劳动者和用人单位提出解除劳动合同的一方，除试用期中的劳动者外，均有出具书面证明的义务。

（二）《劳动合同法实施条例》

该法规第二十四条称“用人单位出具的解除、终止劳动合同的证明，应当写明劳动合同期限、解除或者终止劳动合同的日期、工作岗位、在本单位的工作年限”。

再次明确了单位在解除劳动关系时有出具书面证明的义务，同时对于该书面证明所包含的具体内容做了详细说明。

在日常实践中，常将该书面证明中所记载的日期作为一方提出劳动关系解除的日期，同时对该解除日期前的行为进行追溯，以确认解除方是否有违反劳动法律规定的情形存在，来确定具体劳动关系解除时间是否为该书面证明中所记载的日期。

二、《退工单》的地位和性质

由于劳动关系与一般的民事关系相比有一定的特殊性，其建立、终止，根据日常实践中人事保障部门的有关规定，用人单位及劳动者必须履行一定的招工、退工手续。因此本市劳动保障部门根据实践操作中积累的相关经验，为了便于招退工工作的管理，建立了《上海市单位退工证明》填写、报备制度。通常而言，办理退工手续的前提是劳动关系已经终止，从因果关系来看，应当是先有劳动的终止，进而才有办理退工手续、开具退工单的后续问题。

根据现行的《上海市劳动和社会保障局关于改进本市单位办理招退工登记备案手续的意见》（沪劳保就发【2003】28号）第二条“退工登记备案手续”中规定“用人单位办理退工登记备案手续时，应填写一式四联的‘上海市单位退工证明’，并盖章（第一联受理退工登记备案手续的职业介绍所留存；第二联为退档凭证并存入劳动者个人档案；第三联交被退劳动者本人；第四联用人单位留

存)。第一联证明由用人单位直接送达或快递、挂号邮寄至职业介绍所，受理职业介绍所收到该证明后，应及时在‘上海市劳动保障管理信息系统’内，做好退工登记备案的信息维护”。

由此可见《退工单》系证明劳动者与本单位已解除劳动关系的书面凭证，由用工单位、劳动者本人、劳动者档案、职介所各保存一联，并将相关信息登记于劳动人事管理系统，由于以本市现行规定，《退工单》对劳动者就业、流动、失业及领取失业救济金领取等行为都具有直接或间接的影响，故用工单位在给劳动者办理退工手续时，理应按职工离职的实际情况如实填写，同时加盖公章，使其具备其应有的公示公信效力。

三、本案中梁某实际离职时间的认定

本案中可以认定梁某离职时间的两份证据为《解除通知》及《退工单》，两份证据均由公司出具，并加盖公章，但显示的劳动关系解除时间各异，庭上双方也是各执一词。笔者认为可以从以下方面进行分析：

（一）从证据形成时间判断

公司向梁某送达《解除通知》的时间，是劳动仲裁开庭当日，即2015年9月24日。在该日以前，梁某虽向公司要求支付工资，但双方均未提出解除劳动关系，因屡次催促公司仍然多方推诿，梁某才提出仲裁，公司随即以旷工为由解除双方劳动关系。2015年10月28日仲裁委裁决梁某败诉。

梁某取得《退工单》的时间是在2015年11月12日，即取得时间在仲裁结束之后，且退工单落款时间也在11月12日。

从两份证据形成的时间来看，《解除通知》形成的时间要先于《退工单》，由此可以得出公司做出于9月24日解除双方劳动关系的意思表示在先，且并无其他证据表明该意思表示存在瑕疵，故而应当认定该意思表示系真实有效。《退工单》形成时间在后（由于系单位通知梁某前往单位办理离职手续，根据逻辑判断填写时间应在2015年11月12日前或当日），其填写内容同《解除通知》不一致，应由单位对此做出解释，并提供相应证明，但单位于9月24日解除双方劳动关系的意思表示在前且有效应无疑义。

（二）举证责任

在实践中，举证责任的承担直接关系到当事人诉讼权利的实现，按照法律规定，主张权利的一方负有举证责任，即“谁主张谁举证”，这也是举证责任分配的一般原则。然而，劳动争议案件中，虽然劳动者与用人单位在法律上是平等的主体，但劳动者对用人单位有一定的人身依附属性，致使用人单位处于强势地位，劳动者普遍处于弱势地位。为了平衡劳动者和用人单位之间的利益，我国劳动立法倾向于对劳动者的保护，以抵消这种实质上的不平等。特别是在举证责任分配中，由于很多证据由用人单位掌握，劳动者往往很难获得或者根本无法获得这些证据材料。因此，完全让劳动者举证证明自己的权利被侵害是不公平、不合理的。在审理劳动争议案件时，应根据劳动法律规范的立法精神在兼顾公平原则的情况下，按照劳动争议的性质、当事人对证据的控制情况、收集证据能力的强弱等因素，来合理分配举证责任。

在本案中，两份关键证据《解除通知》和《退工单》均由公司出具并盖有公司公章，该两份证据中的任何一份若单独出具均有公示公信的效力，而同时出具时由于解除时间截然不同，会产生歧义。对此公司应当承担相应的举证责任，有义务提供证据并作出说明，解释为何会出现记载不同的情形。相关司法机关应对公司提供证据的真实性、合法性、合理性作出审查后，确认具体的劳动关系解除时间。

（三）从双方提出解除劳动关系的时间上分析

仲裁当日公司向梁某送交了《解除通知》，仲裁庭经开庭审理做出了驳回梁某仲裁请求，同时认定梁某于2015年8月11日提出辞职的事实。但《裁决书》中仅提到梁某提交辞呈，并没有明确双方劳动关系自哪一天开始解除。

从事实方面来看，梁某自2015年4月起就不再前往公司上班，公司也未再向其支付工资，但从2015年4月至8月11日，双方均没有提出解除劳动关系，劳动关系仍在存续期间。直到2015年8月11日，梁某认为单位违反法定义务，未支付工资，故提出辞职，8月26日在仲裁申请中要求单位支付的经济赔偿金。开庭当日，单位解除向梁某送交《解除通知》，至此双方都确认了劳动关系解除的事实。

基于该事实，双方提出劳动关系解除的时间分别是8月11日和9月24日，因此认定双方劳动关系解除的时间也应当是8月11日

或9月24日，至于究竟是当中的哪一日，由于已超出本文论述范围，故不再赘述，但可以得出一个结论：劳动关系解除的时间应当不是《退工单》上所述的2015年4月30日。首先，决定解除劳动关系的时间要先于办理退工手续的时间，仲裁结束前《退工单》尚未填写，当时提出解除劳动关系的两个时间节点分别是8月11日和9月24日，均与4月30日无涉；其次，一般公司支付工资的时间为当月底支付当月工资，或下月初支付上月工资，公司截至4月仍然向梁某支付工资，依常识判断，并不可能在该月底即解除双方劳动关系，解约理由也并不充足，若诉至仲裁机关，也不会得到支持。因此双方解除劳动关系的时间应该不会是4月30日。

因此基于上述几点分析，笔者认为梁某仅根据《退工单》上记载的解除劳动关系时间是4月30日为由向法院主张单位自4月起违法解除关系，理由并不成立。

在日常工作中，由于用人单位劳动人事部门的工作人员法律素养相对欠缺，或责任心不强，或对于劳动法律理解不够深入，确实会导致《退工单》记载的劳动关系解除时间和本单位出具的《解除通知》时间不一致的情况。若出现这一情况，不能武断地认定以哪一份证据确定的时间为准，而是要厘清事件发展的脉络，把控每一个细节，来确认劳动关系解除的具体时间，以切实维护自身权益。当然若单位员工加强责任意识，避免因时间填写不一致而引起不必要的麻烦，自然是上佳的选择。在本案中由于梁某在仲裁后再次起诉的诉请理由并不充分，调解结案便是维护其自身权益的最佳途径，最后本案通过法院调解结案，双方当事人均对处理结果表示满意。

银行是否为代销基金亏损承担责任？

股灾之后，遍地狼藉，众多基金也不例外，基民亏损严重。其中，有少数通过银行渠道购买基金的投资人归咎于银行未尽风险提示等义务，而起诉银行要求承担基金亏损赔偿责任。

最近，上海市第一中级人民法院（下称“一中院”）就商业银行代销基金产品亏损所致纠纷作出的一起判决，引起热议。该法院在“胡象斌诉中国银行股份有限公司上海市田林路支行侵权责任纠纷案”【（2015）沪一中民六（商）终字第198号，下称“胡象斌案”】中认为：代销银行与投资者之间形成金融服务法律关系，因专业能力及信息量的不对称，投资者作为缺乏专业知识的主体，并不当然知晓适合自己的理财产品，出于对利益最大化的追求，投资者可能选择并不合适自身的理财产品。为弥补此种不平等，应当对专业金融机构课以相应的义务，并以此判决中行田林路支行就胡象斌18万余元本金损失承担赔偿责任。

此类要求商业银行就个人投资者投资风险承担责任的判决较为罕见，体现了倾向保护投资者的司法态度。

笔者认为，在今年以来股票市场剧烈震荡，各类基金（尤其是风险较高的基金产品）出现大面积亏损的大背景下，银行代销基金案件中如何确定代销基金银行的法律地位及所负义务的界限，是规范银行代销基金业务的前提，也是满足投资者投资需求，保护金融市场交易秩序的重要基础。本文试对该类问题的处理思路及银行对代销基金亏损承担责任的条件予以厘清。

一、法律关系的识别：代销法律关系 OR 金融服务法律关系？

笔者注意到，商业银行就代销基金案件进行应诉时，多主张其是基金管理人的代理人，受托代为销售系争基金产品，与投资者间无直接法律关系，不应就基金盈亏情况向投资者承担责任。而胡象斌案判决则认为商业银行与投资者间直接建立了法律关系，并依据

《商业银行个人理财业务管理暂行办法》第八条第一款将该等法律关系定义为“金融服务法律关系”（该款规定“理财顾问服务，是指商业银行向客户提供的财务分析与规划、投资建议、个人投资产品推介等专业化服务”）。

针对代销法律关系与金融服务法律关系，我们可通过如下两例进行初步了解。

例 1：甲银行是乙基金公司作为管理人的 A 基金的代销机构之一，投资者张某看到乙基金公司的宣传决定投资购买 A 基金，遂前往离家最近的甲银行网点申购 A 基金 10 万元；

例 2：投资者李某是甲银行的私人银行客户，为其提供理财服务的专职理财经理在评估李某财产状况及风险偏好后，建议其拿出可支配资金的 10%即 10 万元用于投资高风险理财产品即 A 基金，其余资金用于投资中低风险理财产品。

不难区分上述两种情形下的法律关系。甲银行代乙基金公司向张某销售 A 基金的行为，仅在甲银行与乙基金公司的代销法律关系项下发生；而甲银行向李某销售 A 基金的行为系基于其向李某提供之评估、咨询、推介等服务，即在甲银行与李某的金融服务法律关系项下发生。

由此可见，将代销法律关系与金融服务法律关系的典型场景区分开来并不困难，然而，两种法律关系根本区别何在？如何结合各式复杂的具体案件事实对涉案法律关系进行识别？

需说明的一点是，认定为代销法律关系意味着商业银行与投资者间并未直接建立法律关系，相应的法律后果应当由基金管理人承担。但认定为金融法律服务关系的情况下，代销关系仍应与其并存，只是投资者据以提起诉讼的请求权基础系基于金融服务法律关系。

结合上述图表，笔者认为，代销法律关系与金融服务法律关系主要有如下区别：

1.主体不同

在代销法律关系中，通过商业银行代理销售行为，基金管理人与投资者建立基金合同关系（实践中一般由基金管理人、基金托管人和投资者建立三方合同关系），商业银行仅系基金管理人的代理人；在金融服务法律关系中，商业银行向投资者直接提供理财顾问服务，具体包括评估、规划、推介服务等，金融服务法律关系主体并不包括基金管理人等。

2.商业银行对投资决策发挥作用不同

这一点是区分代销法律关系与金融服务法律关系的关键。构成代销法律关系的前提是投资者已就投资目标形成明确的内心意思，商业银行仅在交易中仅提供销售渠道，商业银行的销售行为与投资者作出对某一产品的投资决策无直接因果关系；而金融服务法律关系中，投资者一般仅具有初步购买意向或广义的投资意向，商业银行应对投资者财务情况进行了解、梳理、分析后，初步筛选出适合该投资者的若干具体产品交由投资者选择，即商业银行的“服务”与投资者作出购买/投资某一产品的决策存在直接的因果关系。

3.义务承担不同

商业银行主动向投资者提供金融服务时，应当较其仅作为代销机构的情形承担更严格的义务，这一点将在本文第二部分予以论述。

4.请求权基础不同

代销法律关系中，法院的审查对象为三方基金合同及代销合同，若投资者起诉请求赔偿损失，其请求权基础应为合同法律关系；而将法律关系定性为金融服务法律关系的胡象斌案中，法院则

从行为、过错、损害结果、因果关系角度予以论证，即其请求权基础为侵权法律关系。

（二）界定法律关系的主要事实因素

法律关系的定性最终仍应结合事实进行，笔者认为，应结合如下几方面的事实因素进行就系争法律关系进行界定：

1.商业银行是否实施主动推介行为

如前所述，商业银行在不同类型法律关系的情况下对投资决策发挥不同作用，因而其在代销基金过程中，是被动地作为方便投资者购买基金产品的途径或网点，还是主动地向投资者推介特定基金产品以促使其作出投资决策，就成为界定法律关系的关键。

值得注意的是，应当将宣传行为与推介行为区分开来。推介行为系指向特定对象，应依法向适合的投资者进行，属于要约行为，而宣传行为本身即指向不特定对象，属于要约邀请行为，商业银行就代销产品进行不特定宣传，有别于向某一投资者针对某特定产品进行主动推介，不应据此认定商业银行与投资者之间存在金融服务法律关系。

2.投资者形成投资决策与银行推介的因果关系

投资者购买某投资产品的意向是否因商业银行的“推介”行为引起。具言之，若投资者甲在前往某银行前已自行决定购买特定基金产品，而投资者乙前往该银行时仅希望购买基金但尚未确定具体产品，尚需该银行工作人员推介，则前者更可能被认定为代销关系，而后者更可能被认定为金融服务关系。

3.商业银行向投资者提供金融服务是否收取对价

根据一般法原理，服务提供者应承担义务的严格程度，可按照服务对价确定，例如将五星级酒店收费停车场对停放车辆的保管义务，与公共道路、地铁站等设置之免费停车场对停放车辆的保管义

务相比，对前者显然应作更为严格的要求。故若商业银行向投资者就理财顾问等金融服务收取对价（如私人银行卡的年费），则应承担更严格的义务，更可能被认定为金融服务关系。

4.是否就金融服务订立书面合同

书面合同亦可作为认定金融服务关系存在较为直接的证据。

5.是否存在其他认定代销关系或金融服务关系的辅助性事实

具体案件中可能还存在其他可对法律关系界定起佐证作用的辅助性事实，如投资者与商业银行签署的业务受理单、签约单等交易资料中是否足以提示投资者认识到基金仅系该商业银行代销，又如商业银行在代销基金产品过程中实施之测试、评估等行为是否符合代销协议的约定等。

二、商业银行代销基金产品应对投资者承担之义务

如前所述，商业银行在代销法律关系及金融服务法律关系项下应对投资者承担之义务内容是不同的，具体如下：

（一）金融服务法律关系项下商业银行应对投资者承担之义务

《商业银行个人理财业务管理暂行办法》（下称“暂行办法”）、《商业银行个人理财业务风险管理指引》（下称“管理指引”）、《中国银行业监督管理委员会关于进一步规范商业银行个人理财业务投资管理有关问题的通知》（银监发[2009]65号，下称“65号通知”）及《中国银监会办公厅关于进一步规范商业银行个人理财业务有关问题的通知》（银监办发[2008]47号，下称“47号通知”），系银监会及其办公厅为规范商业银行个人理财业务而制定的一系列部门规章及规范性文件，根据“暂行办法”第2条、第7条、第8条、第9条，商业银行个人理财业务包括理财顾问服务和综合理财服务，其中“理财顾问服务”指：

“商业银行向客户提供的财务分析与规划、投资建议、个人投资产品推介等专业化服务”；

“综合理财服务”指：

“商业银行在向客户提供理财顾问服务的基础上，接受客户的委托和授权，按照与客户事先约定的投资计划和方式进行投资和资产管理的业务活动”。

笔者认为，商业银行在进行基金产品代销业务活动时，仅在其确实向个人投资者实施主动推介行为，即符合上述定义中向投资者提供“个人投资产品推介”服务的条件下，才能适用前述部门规章和规范性文件，要求商业银行向投资者承担各项规范义务，具体如下：

1.风险提示义务

商业银行主动推介基金产品时，应以通俗易懂的语言向客户进行风险提示，同时向客户提供所有可能影响投资决策的材料，均应包含相应风险揭示内容，并在风险提示文件中设计确认栏和签字栏，其中确认栏应要求客户抄录其已阅读风险提示，了解风险并愿意承担相关风险的声明（“管理指引”第 24 条、第 29 条、第 30 条）。另外，在宣传介绍材料中应包含对产品风险的揭示，并以醒目、通俗的文字表达风险揭示内容（“暂行办法”第 40 条）。

另外，“管理指引”第 10 条规定商业银行有保存完备个人理财业务服务记录的义务，在此类案件审理中，该条可能成为银行对其已尽到风险提示义务承担举证责任的规范依据。

2.委任适当人员义务

商业银行向投资者提供基金推介服务，应委任具备相应资质的业务人员（“暂行办法”第 54 条、第 65 条第 3 项），且应明确个人理财业务人员与一般产品销售和服务人员的界限，安排专职人员从事个人理财业务工作（“管理指引”第 20 条第 1 款）。

3.适当推介义务

银监会及其办公厅制定的相关规范中，有大量条款体现了“投资产品推介应符合客户利益，应将适当产品推荐给适当客户”的原则。

具体言之，包括：

(1)商业银行在推介基金产品前，应对客户的风险偏好、风险认知能力、风险承受能力及财务状况进行评估，形成的评估意见应书面告知客户并由双方签署；

(2)商业银行应对客户进行必要分层（即将之分为“保守型”、“稳健型”、“进取型”等不同层次类别）；

(3)根据评估和分层结果将适合客户的产品供客户自主选择（“暂行办法”第37条，“管理指引”第16条、第18条、第22条，“65号通知”第5条）；

(4)涉及衍生交易的产品，商业银行不得向无相关交易经验或不适宜购买该类产品的客户进行主动推介，且即使客户主动要求了解或购买，商业银行亦应对其风险予以说明并对客户主动了解、购买之事实予以书面确认（“管理指引”第23条）。

另外，就如上客户评估记录及资料，银行负有举证责任（“暂行办法”第65条第1项）。需要特别指出的是，“管理指引”第24条规定，评估结果认为某一客户不适宜购买某一产品，但客户仍要求购买的，商业银行应制定专门文件，列明其评估意见及客户坚持购买的意愿等内容。笔者认为，该条可理解为在此种情况下若理财产品发生亏损，银行可通过举证证明客户明知评估结果仍坚持购买，进而证明其已尽到适当推介义务，对财产损失结果无过错。

笔者认为，商业银行是否尽到适当推介义务，主要取决于投资者是否适格，若投资者不适格，还应审查银行是否已尽到评估结果告知和固定客户意愿的义务。而在具体案件中对投资者是否适格的

判断，不应仅拘泥于评估报告，应结合全案事实予以评判，投资者过往投资经历等因素亦可作为判断其投资能力、风险认知及承受能力的重要事实依据。

（二）代销法律关系项下商业银行应对投资者承担之义务

正如胡象斌案判决所作论述：

“金融服务法律关系中，投资者与金融机构存在专业性及信息量等客观上的不对等……为弥补此种不平等，应当对专业金融机构课以相应的义务，要求金融机构承担为投资者初步挑选理财产品的责任，以避免投资者因其专业性上的欠缺导致不必要的损失；同时，对金融机构课以此种义务，亦可防止其为追求自身利益，将不适格的投资者不当地引入资本市场，罔顾投资者权益而从中牟利”。

而在代销法律关系中，投资者自身就进入资本市场的投资意向及投资目标作出明确决策，商业银行并未对投资决策发挥作用，亦不存在将投资者“引入资本市场”的行为。同时，由于代销法律关系中商业银行并无主动推介行为，不存在“个人投资产品推介”或其他类型的个人理财业务服务的提供，不应适用“暂行办法”、“管理指引”等部门规章或规范性文件。

那么，代销法律关系项下商业银行应尽到何种义务呢？

笔者认为，若对基金管理人、商业银行与个人投资者三者间的关系适用普通的代理规则予以评价，则商业银行只要履行其与基金管理人之间委托代销协议项下义务即可。商业银行作为代理人，其行为产生之权利义务均由被代理人即基金管理人享有和承担，根据合同相对性原理，商业银行不应直接对投资者承担任何责任。

然而，商业银行、基金管理人及个人投资者并非民事平等主体，个人投资者购买基金产品的场合还应受《消费者权益保护法》等法律规范调整。消法第 28 条规定：

“采用网络、电视、电话、邮购等方式提供商品或者服务的经营者，以及提供证券、保险、银行等金融服务的经营者，应当向消费者提供经营地址、联系方式、商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等信息。”

即商业银行还根据消费者保护法的规定对投资者承担风险提示义务，司法实践中法院也多遵循这一思路，要求商业银行在代销理财产品时承担合理告知义务或风险提示义务。如上海市高级法院发布的“2013 年度上海法院金融商事审判十大案例”中的“吴某与甲银行金融委托理财合同纠纷案”【（2012）沪一中民六(商)终字第164号】即以“甲银行无法证明其已尽到合理的告知义务，应承担相应责任”为由判决甲银行承担原告30%的本金损失。

结语：

综上所述，笔者认为，银行代销基金纠纷案件的认定与处理应分两步：

首先，是结合商业银行有无主动推介行为，投资决策形成与商业银行推介行为的因果关系等标准，判断商业银行对投资者投资决策发挥之作用，识别法律关系。

其次，是审查商业银行是否尽到对应法律关系项下之义务。具体言之，代销法律关系项下商业银行主要应承担风险提示或合理告知义务。而金融服务法律关系项下商业银行发挥着将投资者引入投资市场的作用，应承担更严格的义务，即风险提示、委任适当人员及适当推介等义务，在商业银行未尽到相应法律关系项下义务的情况下，方可以其对投资者损害存在过错为由判决其承担责任。

网贷新规解读：犹如秋天里的一场雪

一、准入：两证一备一评

关于网贷平台准入资质，尽管网贷新规第二章用的是“备案管理”，但纵观整个新规，实质上是“两证一备一评”，具体为：

1、营业执照（N证合一）：尽管与征求意见稿一脉相承，放弃了注册资本的限制条件，但是新规添加了经营范围的强制要求，即要求“在经营范围中实质明确网络借贷信息中介”。君不知，自2015年年底开始，要想在经营范围中夹带点“网贷”的私货，难于上青天；大部分地区工商局（市监局）甚至已经暂停了网贷类“壳公司”的股权变更及更名登记。

2、增值电信业务经营许可证（EDI/ICP）：与征求意见稿及之前的通管局意见不同，新规明确强制要求网贷平台办理增值电信业务经营许可证，而不仅仅是ICP备案。这意味着：（1）外资进入网贷行业难上加难，君听说过几个外企获得增值电信业务经营许可证的？VIE结构？有种你别回来，呵呵！（2）是需要办理EDI还是ICP？各地通管局说法不一，苦了做尽调及法律意见书的律师们了。（3）注册资本变相有限制了，因为增值电信业务经营许可证对注册资本有要求。

试问，如果网贷平台未向用户收取信息服务费，或者无其他经营性增值电信业务行为，新规凭什么超越《电信条例》的规定，霸道的要求网贷平台必须办理增值电信业务经营许可证？

3、地方金融监管部门备案登记。

4、地方金融监管部门评估分类。上述两个备案和评估怎么搞？不好意思，监管部门还没想好呢，你们再等等。

二、红线：伊甸园的禁果很诱人

毫无疑问，新规发布的负面清单，恰恰是网贷行业的“生命线”，没有高风险就没有高利润，这是千古不变的定律。整个新规分散着各种红线，网贷平台需要逾越如同金三角的雷区，要么身败名裂，要么功成名就，谁能抵御伊甸园禁果的诱惑？

这些红线包括：自融、错配、资金池、平台担保、线下业务、放贷、非银集资理财、股权众筹、收益权转让、代理决策等等，以及主要针对融资人的借款目的限制、重复融资限制等等。具体每一项红线的构成要件及规避方法，参见本人之前的专题培训会议解读。当然，

刑事责任之下，一切皆会刺破面纱，那些听起来天花乱坠的商业模式和方案，最终都会被归结到非吸、集资诈骗等罪名上来。

在传统金融机构放弃的风险区域刀口舔血，正是网贷平台的制度与风险红利。如果网贷平台做到上述全部红线要求，与资本雄厚、风控强大的传统金融机构的产品（例如小贷、信用卡等）相比，还有什么优势？

以本人的了解，除传统金融机构开设的网贷平台外（新规 42 条排除在外），能够完全避开上述红线的网贷平台可能不足 10%。天天忽悠打着所谓大数据分析、智能投顾的网贷平台请绕道，你吹牛不脸红不代表我色盲。

三、风控：金融行业永恒的主题

互联网金融的本质是金融，金融的核心要素是风控，金融风控监管的核心工具是合格用户及充分信披。

1、合格用户。（1）新规 17 条从合格融资人角度出发，明确规定了借款人限额制度，出发点是好的，但这一条对行业的打击最大，动辄几百万、几千万的标的被秒杀的壮观场面将一去不复还，平台们拿什么吹牛上天呢？（2）新规第 14 条明确规定投资人应当具备投资风险意识、风险识别能力、拥有非保本类金融产品投资的经验并熟悉互联网；新规第 26 条明确规定网贷平台应当评估投资者风险承受能力，并根据评估结果动态配置投资标的和限额。

2、充分信披。阳光之下，盈亏坦然。当然，几乎所有的网贷平台都希望有一条关于信披程度的泾渭分明的是非分水岭，但很遗憾，目前没有，之前个别行业协会曾出台过指导意见，仅供参考。但有一点是可以确定的，信披越充分，网贷平台和融资人的风险也就越小。商业利润之下，没有绝对的零风险，只有更小的风险。

四、合规：没有终点的旅程

这次新规首次明确提出了大量网贷平台的合规要求，除了前面的准入、红线及风控要求外，合规要求还包括但不限于：

1、禁止虚假宣传等违法广告：沿袭今年以来的互联网金融违法广告专项打击行动，新规明确规定严禁网贷平台及融资人虚假宣传，包括但不限于虚构、夸大融资项目的真实性、收益前景，隐瞒融资项目的瑕疵及风险，以歧义性语言或其他欺骗性手段等进行虚假片面宣传或促销等。

2、资金第三方存管：新规 28 条规定，网贷平台应当选择符合条件的银行业金融机构作为出借人与借款人的资金存管机构。

3、数据安全制度：新规规定网贷平台应当按照国家网络安全相关规定开展信息系统定级备案和等级测试，并应于两年内建立有效的容灾备份系统，且应建立信息系统安全评价制度，数据留存不低于 5 年。

4、个人信息保护：新规明确规定了网贷平台的个人信息收集、存储及使用规则，明确规定在中国境内收集的出借人与借款人信息的储存、处理和分析应当在中国境内进行，不得跨境转移。

5、引入中介机构：新规明确规定，网贷平台应当引入会计师事务所、律师事务所、信息安全评估机构等，建立年度定期审计、合规审查及安全评估制度，并报监管部门备案。

尽管有 12 个月的过度期，如前所述，新规如同秋天里的一场雪，给本来已经凄风苦雨的网贷行业带来了一望无际的西伯利亚寒流，花已开，果不见，行业发展前景难料。我们唯有期望，如同中国那句古谚，“瑞雪兆丰年”，经过新规的严酷洗礼，来年的麦田，必将铺上沉甸甸的麦穗！

上海地方信用立法的个人数据保护初探

【摘 要】社会信用的地方立法作为社会信用体系建设的主要制度保障备受观众。但与此同时，近期各大媒体曝光的多起电信网络诈骗案件将公众关心的焦点聚焦在个人信息、数据和隐私保护等问题。如何实现个人信用信息在安全可控的环境中合法地为信用主体提供交易便利与便捷的初衷，需要在保障信用信息互通共享的前提下，最大限度地保障信息主体的权益。

【关键字】个人信息 个人数据 信用立法 权益保护

一、引言

《上海公共信用信息归集和使用管理办法》（以下简称“办法”）已于2016年3月1日实施，《办法》依据国务院《社会信用体系建设规划纲要（2014--2020年）》（以下简称“国家规划”）制定，适用于本市行政区域内公共信用信息的归集、使用和相关管理活动。自2002年起，江苏、北京、广东、浙江等地陆续颁布个人和企业信用征信的政府规章。2007年，陕西省颁布首部公共信用立法，将诚信建设纳入法律范畴。根据《国家规划》，各地陆续出台关于信用联动奖惩相关法律文件，例如，浙江、江苏、广东省等。2016年初，“社会信用立法”已被列为市人大常委会年度立法预备项目；10月11日，《上海市社会信用条例（草案）》成为2016年度立法正式项目。在整个信用体系建设中，“个人隐私”、“个人信息”、“个人数据”已成为立法者与各界关注的焦点。

二、区分“个人隐私”、“个人信息”、“个人数据”的概念

《国家规划》将保护“个人隐私”列为信用法律法规和标准体系的重要内容，《办法》、《征信业管理条例》、《深圳市个人信用征信及信用评级管理办法》法规涉及的概念是“个人信息”。同时，欧盟、美国适用的概念是“个人数据”。那么，信用立法应当保护的客体究竟为何？

1、何为“个人隐私”？

在《宪法》第二章“公民的基本权利和义务”、《民法通则》第五章“民事权利”尚无“隐私权”的专门规定。《辞海》中“隐”字的第一个意思即为“隐蔽、隐藏”。《BLACK'S LAW DICTIONARY》将“privacy”定义为个人的行为与思想具有不被公众关注和侵犯的状态。“隐私”这个术语在不同的文化中表示不同的概

念。在欧洲，“隐私”被认为是人权，这个信念源自第二次世界大战，今天，“隐私”在大多数欧洲国家受到宪法保护，并在很多国际协定中得到体现。在美国，立法机关颁布法律，以在执法机构和个人隐私权益两者之间保持平衡。

2、何为“个人信息”、“个人数据”？

“个人信息”相对与“公共信息”，在《征信业管理条例》和各地公共信用信息法规规章中，并非直接规定“个人信息”的内容，而是通过明确“公共信用信息”的内容、限制征信机构和政府信用归集平台归集内容的方法，逐渐勾勒“个人信用信息”的范围。可以这样理解，“个人信息”是与自然人相关的全部信息，“个人信用信息”则是与自然人“信用”相关联的那部分信息，信息的载体即数据。故此，割裂“信息”与“数据”的关联性，独立解释“个人信息”与“个人数据”并无实际意义。

3、建议国内信用立法统一采用“个人数据”概念

我国的“个人数据”保护立法尚在制定中 按照欧盟《数据保护指令》第2条a项的定义，“个人数据”，是指与一个已被识别或可被识别的自然人（数据主体）相关的任何信息。欧盟法令对于“个人数据”、“个人信息”的定义是相同的，而“个人隐私”范畴则更宽泛，包括现实生活中的“隐私”，也包括表现为数据形式的信息。笔者建议，由于“个人隐私”的理解存在主观认识的差异，更为有效的保护途径是借用知识产权的保护方式，为“个人数据”创制特定的保护制度，确立信息主体对“个人数据”的所有权，从保护“个人数据”的角度来防范“个人隐私”泄露。

三、国内现有的“个人数据”法律保护雏形

“个人数据”保护起步滞后于征信业的发展，又与征信行业密切相关。2015年被业界称为个人征信市场的“元年”，消费金融发展迅猛，对于个人征信的需求是巨大的。然而，个人征信的健康有序发展须以“个人数据”保护为前提。

1、各地公共信用立法对“个人数据”的保护模式

国内各地信用立法形式包括：地方人大立法（广东省、陕西省、无锡市等）、政府规章（上海市、福建省、辽宁省等）、地方规范性文件（截止2016年2月共计34例），内容包含公共信息归集和使用、企业信息公开。公共信用立法对“个人数据”的保护模式是

限定“个人数据”归集目的与归集内容、创设信息主体更正错误信息的机制，以此保护信息主体的对于“个人数据”的权益。例如，《办法》第14条禁止采集自然人特殊信息，包括“禁止归集自然人的宗教信仰、基因、指纹、血型、疾病和病史信息以及法律法规禁止采集的其他自然人信息”。《办法》第27、28、29、30条依次规定了“失信信息逾期删除”、“异议申请”、“异议处理”、“异议标注”和“保密”。

2、征信业行业监管对“个人数据”的保护安排

国内征信行业监管规则对“个人数据”采集适用的是“明文规定不可采集”为例外的许可态度。例如，2002年的《深圳市个人信用征信及信用评级管理办法》定义的“个人信用信息”范围尤为宽泛，2007年的《江苏省个人信用征信管理暂行办法》相对于前者已显谨慎。可见，地方立法存在差异。我国征信业行业监管法规（《征信业管理条例》、《征信机构管理办法》）禁止采集的“个人信用信息”还包括“个人的收入、存款、有价证券、商业保险、不动产的信息和纳税数额的信息，但是，征信机构明确告知信息主体提供该信息可能产生的不利后果，并取得其书面同意的除外。”该条款可以理解为信息主体创设了征信机构采集部分信息的“选择入口”。

3、现有“个人数据”保护规定的缺陷

然而，在互联网+的背景下，消费者的个人身份识别信息、消费信息、其他非相关信息都有可能被产品、服务提供方收集。现有的法律规定并未禁止前述归集行为，仅赋予消费者事前同意权（《消费者权益保护法》第29条）。消费者无权对“个人数据”行使处分、转移、删除、出售等所有权权利，这与国外的“个人数据”数据保护存在较大差距。

四、欧盟、美国的“个人数据”法律保护制度

国外征信业发展催生“个人数据保护”立法。欧盟采取全面的数据保护立法模式，其中，法国采取排他性的公共信息采集模式；美国采取行业监管的模式。

1、欧盟的“个人数据”保护制度

隐私被欧洲人认为是人权，同时被认为是人民基本权利的一种保护。欧盟27个国家有数据保护法，信息主体的权利包括：在数据采集发生前通知的权利、获取数据的权利、数据更正或删除的权利、反对

采取某些数据处理方式的权利、不让种族、宗教信用等变量予以记录的权利；其中，最基本的原则之一是，个人应获得有关数据采集的通知，以及不能有任何秘密进行数据采集的行为。否则，个人信息处理仍将处于非法状态。欧盟成员国采取综合的数据保护立法，适用范围覆盖所有的私营部门，而不是仅一个行业。

2、法国的公共信息采集制度

法国是公共征信制度的代表。法国的信息共享机制的特点是集中性、非竞争性，信息不允许在公共信用登记系统和（私营）征信公司之间可以共享。而且，信息采集仅限于负面信息。法国对共享正面信息没有明确的法律禁止，但只有在法律明确授权的情况下，正面信息才能被记录。法国数据保护局指出，正面信息易于偏离初始目的而转作他用，因为丰富的信息会导致为其他目的所用，如市场营销或就业审查。更重要的是，法国要求金融机构无论出于什么目的不能将从登记系统中获取的信用报告以任何方式转移给其他方使用。这意味着银行方面的交易是禁止的。在法国体制中，“个人数据”受到严格的保护。

3、美国行业监管模式

美国是第一个对征信业进行监管的国家。起初，消费者无从知悉个人信息，也无法获取自己的信用记录。1970年，《公平信用报告法》颁布，该法围绕披露信用记录的特定目的、异议处理程序的主线，规定征信公司在编辑信息时有责任遵循“保证最大可能准确的合理程序”的原则。然而，当时的信息共享制度实质上对消费者还是不透明的。

1996年，《消费者征信改革法》引入更新数据和阻止使用争议数据的权利。但仍不存在“选择入口”（opt-in），这是与欧洲体制的一个主要区别。1998年，《消费者征信就业澄清法》规定，没有消费者的明确同意和书面授权，任何人和任何方都不能出于就业目的获取任何一份信用报告。1999年，《金融服务现代化法》对金融机构施以隐私监管，金融机构与非附属第三方之间的信息流将受到监管。2003年，《公平和准确信用交易法》的立法目的是防治身份盗用犯罪行为，该法赋予消费者监督法律实施的主要责任，即有权每年一次免费获取自己的报告，也赋予消费者对提供含有医疗信息的报告的选择入口权。

尽管美国在经历了跨世纪的立法修正，行业监管趋于严格，消费者的权益日趋增多，然而，欧洲学者依然认为美国采取了“偏离准线的和不完整的体制”，进而断言，如果发展中国家采用的监管制度模仿美国在 20 世纪 70 年代和 80 年代的监管制度，则将面对同样的行业发展乱象与监管难题，“个人隐私”保护更是困难重重。

五、结论

纵览欧盟、美国的个人数据保护立法之后，我们更需要审视国内经济发展需求：普惠金融期待个人征信短板的早日完善；首批获准进入个人征信业务准备期的企业手握消费者数据，已陆续推出“类个人信用产品”与“个人信用评级”；全方位的信用联动奖惩机制已经启动并将大范围地贯彻落实。如果采取法国的统一信息采集模式将无法满足征信业发展，也已然不符合现有的信息采集制度。

但同时，个人在参与经济社会活动中实则少有关于信息泄露后果方面的知识，不具备对相关隐私风险进行全面评估的能力，当其不得不披露个人信息时，法律应当予以指引与保护，以平衡个人与信息归集方（行政部门、商业主体）的利益，不可盲目地促进征信业发展为单一目的，错失对“个人数据”保护立法的良机。

笔者建议，立足长远，本次上海的地方性信用立法可兼顾征信行业发展需要与信息主体权益保护。特别注意保护“个人数据”，借鉴国际认同的“个人数据”保护准则，创设必要的制度安排：

其一，可以考虑赋予信息主体对于“个人数据”的所有权，明确“个人数据”与“大数据”之间关系，赋予信息主体对“个人信息”的取回权。现实中，凡是消费者“个人数据”流动路径节点的主体均有非法出售、提供、加工、使用的可能，如不加规制，未来的所谓“个人征信”机构将多如牛毛，数据孤岛更易形成，数据标准更难形成，征信行为的公信力更受质疑，实则阻碍行业长远发展。

其二，可以考虑赋予信息主体对“个人数据”的“选择入口权”，对于信息主体的同意必须书面明示，但应避免消费者应行使“选择入口权”丧失交易机会与分配福利的权利。

其三，可以考虑制定“个人数据”报数标准，提高、规范第三方向公共信用信息归集平台、金融基础数据库、其他信息归集平台提供数据的质量，避免过多无效数据形成“数据噪音”。

其四，可以考虑为信用惩戒设定科学的评估模型，避免没有必然关联性的“个人信息”造成信息主体福利受损。在公共行政领域中，使用信用作为联动奖惩既有国家政策支持又有司法解释的依据，还有部门之间的工作安排，但在国家标准化运用规范出台前，地方立法可以有所作为。

最后，建议慎重考虑公共信息与金融信息在公共领域与私人领域的无限制共享，在可预见的将来，跨境数据流动将称为国际贸易的重要组成部分，有必要为核心信用数据制定安全规则，特别金融、医疗领域。