

开展跨境金融业务须合法合规

□北京盈科(上海)律师事务所 康 烨

基于投资的需求,尤其是跨境投资的需求,一些机构早年即开始介入跨境投资领域。

但是近年来,国家对这方面的法律规定开始逐渐明晰,相应的监管也日益严格。

目前,无论法人还是个人,无论是经营还是参与跨境金融业务,都必须留意合规风险。因为稍有不慎,就可能面临刑事风险。

去年的时候,中国人民银行金融稳定局局长孙天琦就曾在《中国金融》杂志撰文指出:一些境外机构向境内主体跨境开展境内禁止的、未对外开放的金融业务。一些境外持牌机构未获得境内相关牌照,借助互联网面向境内主体提供金融服务……

去年年底,证监会也曾发文明确指出:“近年来,富途控股有限公司(简称“富途控股”)、UP Fintech Holding Limited(简称“老虎证券”)未经证监会核准,面向境内投资者开展跨境证券业务,根据《证券法》等相关法律法规,其行为已构成非法经营证券业务。”

2023 年 1 月,中国证监会发布《证券经纪业务管理办法》加强对非法跨境经纪业务的日常监管,稳步推进整改规范工作。

该《管理办法》第四十六条规定,境外证券经营机构违反《证券公司监督管理条例》第九十五条,直接或者通过其关联机构、合作机构,在境内开展境外证券交易服务的营销、开户等活动的,按照《证券法》第二百零二条的规定予以处罚。

具体来说,就是“可对相关责任方责令改正,没收违法所得,并处以违法所得一倍以上十倍以下的罚款;没有违法所得或者违法所得不足一百万元的,处以一百万元以上一千万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告,并处以二十万元以上二百万元以下的罚款”。

随着国家对跨境证券活动加强监管,以跨境非法证券活动为表现形式的非法经营案件数量,有可能在今后一段时间呈增长趋势。

按照证监会“有效遏制增量,有序化解存量”的思路,证监会要求富途控股、老虎证券对违法违规行为进行整改的内容是:

一是依法取缔增量非法业务活动。禁止招揽境内投资者及发展境内新客户、开立新账户。

二是妥善处理存量业务。为维护市场平稳,允许存量境内投资者继续通过原境外机构开展交易,但禁止境外机构接受违反我

国外汇管理规定的增量资金转入此类投资者账户。

从证监会的态度来看,对跨境金融机构对华业务,目前的政策导向是“存量外投妥善处理,增量取缔严惩不贷”。

如果从这个内容来看,在境内业务基础上,再进一步提供续约、售后服务的展业,就将产生增量,是要予以处罚的。

以我们以往处理跨境金融机构涉刑案件的情况来看,境外证券类机构应当做到以下禁止事项:

不与客户签约并不向其提供任何交易服务;

不针对中国客户提供境外具体金融产品或金融服务的介绍材料;

不与客户讨论上述产品或服务的商业条款,不与中国客户订立或者签署具体的金融服务合同;

不向用户收取任何资金,不向中国境内的任何用户开展营销活动,包括:不擅自造访或者以其他方式主动接触中国境内潜在客户、不在中国公开营销与金融服务有关产品、不招揽并处理客户申请,不处理或协助处理中国客户支付的资金或押金;

不向中国境内客户以各种名义收取人民币或外汇行为;

不引导并协助中国境内客户通过各种不当渠道换汇。

需要指出的是,跨境金融售后行为也构成非法证券业务。因此,如果认为没有进行实质业务就可以规避法律是错误的观念。境外持牌公司是否在中国开展实质性经营业务,不是判断合规与否的标准。

需要指出的是,非法经营罪是法定犯,《刑法》第二百二十五条规定:“未经国家有关主管部门批准,非法经营证券、期货或者保险业务”。

从法律角度看,富途、老虎等境外互联网证券机构对境内投资者提供证券服务,应当遵守《证券公司监督管理条例》的规定。

该条例第九十五条明确:“境外证券经营机构在境内经营证券业务或者设立代表机构,应当经国务院证券监督管理机构批准”。

在证监会披露的证券公司名录(2022 年 12 月版)中,并不包括富途和老虎证券。显而易见,富途和老虎证券在国内是没有开展相关业务的资质的。

跨境“监管套利”,在我国证券法和证券经纪业务管理规范已相当明确的情况下,数额达到刑事立案标准的话,是存在相当刑事责任风险的。

严重违反规章制度是否必须有损害后果

□上海通乾律师事务所 朱慧 陈慧颖

我国《劳动合同法》实施后,取消了劳动合同的约定解除,规定劳动合同的解除必须符合法定条件,否则即是违法解除。

在法定解除中,《劳动合同法》第 39 条第(二)项规定,“严重违反用人单位规章的”,用人单位可以解除劳动合同。

问题在于,适用该款解除是否必须对用人单位造成严重损害?在实践中有不同的见解。

对此我们认为,以“严重违反用人单位规章制度”解除劳动合同无须以造成损害后果为条件。

首先,法律的解释文义是第一位的,解释不能超过文义的范围。

从文义上看,该款强调的是严重违反规章制度,并没有说必须造成严重后果。因此,该款强调的是一种行为,即行为达到严重违反规章即可。何为达到“严重违反规章制度”的程度,在规章制度有明确规定的情况下,应根据规章制度本身来解释,除非规章制度规定的内容不合法或明显不合理。在规章制度对于何为“严重”没有规定的情况下,法院应根据具体情况及社会经验结合行为的性质作出自由裁量。

其次,从法律条文的逻辑

构成来看,也可得出严重违反规章制度无须损害后果的结论。

《劳动合同法》第 39 条第(三)项规定“严重失职,营私舞弊,给用人单位造成重大损害的”用人单位可以解除劳动合同。根据该项规定,如果以“严重失职,营私舞弊”为由解除劳动合同的,必须证明给用人单位造成重大损害,而 39 条第(二)项并无严重损害的规定,因此从法律条文的逻辑结构来看,以严重违反用人单位规章制度解除劳动合同,无需以给用人单位造成严重后果为条件。

最后,以严重违反规章制度为由解除劳动合同,即便不以给用人单位造成严重后果为条件,也不会损害劳动者的合法权益。

举例来说,劳动者严重违反了安全操作规程,但由于其他员工发现及时,未导致严重后果的产生。在这种情况下,我们认为用人单位解除并无不妥,这也是对劳动者的一种警示。如果等到发生安全生产事故,再处理就来不及了,这反而是对劳动者利益的更大损害。

综上,我们认为从现有法律规定来看,严重违反规章制度解除劳动合同无需以损害后果为条件。

落了户就跳槽算不算违约

□上海江三角律师事务所 周蒋锋

劳动法实务中,经常有劳动者入职用人单位后,由用人单位中办户籍,一旦成功落户后,又提出辞职的案例。

在《劳动合同法》实施以前,上海地区有《上海市劳动合同条例》和《上海市高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的解答》等地方性法规和地方法律文件,均支持“用人单位为引进人员办理本市户口作为特殊待遇,并据此设定服务期和违约责任的,劳动争议处理机构可予确认”。

在《劳动合同法》实施后,上述地方性法规和地方法律文件至今仍然有效。

由于《劳动合同法》对用人单位和劳动者约定违约金的范围进行了严格限制,导致“用人单位为引进人员办理本市户口作为特殊待遇,并据此设定服务期和违约责任”的合法性成为了实务中存在争议的问题。

《劳动合同法》第二十二条规定:用人单位为劳动者提供专项培训费用,对其进行专业技术培训的,可以与该劳动者订立协议,约定服务期。

《劳动合同法》第二十三条规定:对负有保密义务的劳动者,用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款,并约定在解除或终止劳动合同后,在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。

劳动者违反竞业限制约定的,应当按照约定向用人单位支付违约金。

《劳动合同法》还规定,

除以上两种情形外,用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。

但在实务中,仍然可以发现 2008 年后法院支持在特定情况下约定并履行违约金的判例。

不可否认,上海、北京等城市的户籍,对于劳动者在医疗、子女教育、买房买车等方面有着颇大的影响。

而且用人单位为劳动者办理上海户籍,本身对单位资质有一定的要求,如上海对企业的要求是“符合本市产业发展方向、注册资金在 100 万元人民币及以上、信誉良好,并在本市依法纳税、按规定参加社会保险的各类企业”。

实务中,甚至有企业为了引进“紧缺急需并发挥重要作用、拟长期使用的”留学回国人员,特意对企业进行了增资。

另外,办理上海户籍也需要花费用人单位的人力物力和财力,而劳动者成功落户后就辞职的行为,扰乱了企业正常的生产经营和管理秩序。为了户口而选择进入企业就职的劳动者,更是带有明显的“恶意”。

因此,作为用人单位,如果为引进人员办妥了户口,应当与劳动者约定作为特殊待遇,并据此设定服务期和违约责任,以便达到维护单位经济利益、有效管理人力资源的目的。双方应当秉持诚实信用原则,在合理合理范围内约定服务期和违约责任,并共同遵守。



资料图片