

议委托理财合同的风险责任 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/479/2021_2022__E8_AE_AE_E5_A7_94_E6_89_98_E7_c122_479860.htm

摘要：随着《证券法》修订草案的出台，委托理财合同中的保底条款效力问题，已成为目前证券界、法学界争论的热点。有的主张高风险高回报，保底条款有效；有的则主张委托代理关系下，保底条款无效。本人以一起委托理财仲裁案件为例，剖析出金融理财活动中委托行为与一般民事委托活动的本质不同，主张我国应在立法上明确理财交易中保底条款的有效性。关键词：委托理财 担保条款 风险责任 按照《民法通则》第63条、《合同法》第21章的规定，在委托范围内，委托人应承担完全民事责任，除特殊情况外，受托人不负损失风险。进而，作为部门法，《证券法》第142条、143条明确，证券公司办理行纪业务时，不得从事委托理财，证券公司不得对买卖的收益或者赔偿的损失作出承诺。那么，办理非行纪业务时，委托理财协议是否有效？投资公司等非?商主体与投资人签订的理财保底条款是否因上述《证券法》的规定而无效？最近发生的一起仲裁案件颇有可议性：2004年12月1日，甲方与乙方（一家投资公司）签订了委托投资协议，同时签订了质押担保合同，并完成了质押登记。约定甲方将本金人民币3000万交给乙方，2005年6月1日，乙方返还原数本金，同时按着8%给付固定收益。期间甲方无权终止协议，乙方有权自行决定投资方式，赢余利益全部归乙方。由于乙方投资了股市，股值缩水，导致乙方期满时已经无力返还本金及其收益。甲方迅速提请了仲裁。本案的两个争议要点：争议的委托理财协

议是否生效？理财保底条款是否有效？一．金融委托理财协议效力法律适用 基于市场主体投资和证券市场发展的需要，人们发明了委托理财合同这种投资方式。实践中典型的委托理财合同，徒有委托的外壳，其具有与一般的委托或信托合同明显不同的本质特征，即受托人承担民事责任不以过错为条件，并原则上承担受托行为的所有风险。那么，委托理财合同到底属于何种性质？适用什么法？说法不一，有“委托代理说”，也有“无名合同说”。“委托代理说”认为，委托关系的存在决定了其适用专门的委托代理规范。“无名合同说”指出它是集融资、管理、受托于一身的复合商业合同，应适用《合同法》的一般商业规范。本人支持后者。首先，委托理财协议不应简单归属于委托合同性质。理由是民法意义上的受托人原则上承担受托行为的所有风险；然而金融性的委托理财与之差异诸多。委托理财合同主要有三项特点：其一，委托理财授权范围没有界定；其二，不是收取代理费，而是根据实际效益，提取剩余利润；其三，理财受托人一般需要提供财产担保，并交给投资委托人质押；而民法意义的代理人为什么不必要提供？因为权限与理财受托人大相径庭，进一步说，理财活动涉及对证券、期货等虚拟市场的投资，具有高风险、高收益的特质。对于这种具有资金融通和资金管理双重功能的新类型的商事合同，如果简单地用委托合同或信托合同去套，或者非得将它定性为我国合同法中的有名合同，并不是科学客观的态度。其次，值得说明的，证券法对行纪合同作出了禁止性的明确规定，即行纪活动中不允许委托理财。为此，有人认为证券公司签订的所有委托理财合同应当一概视为无效，理由是该类合同的签订与履行

违反了《证券法》第142条。该条规定，“证券公司办理经纪业务，不得接受客户的全权委托而决定证券买卖、选择证券种类、决定买卖数量或者买卖价格”的规定。该观点值得商榷。殊不知，该条仅针对“证券公司办理经纪业务”的行为，即经纪类证券公司的行为以及综合类证券公司办理经纪业务的行为。依反对解释，具有委托理财业务资格的综合类证券公司不办理经纪业务时，就可以不受该条调整。进一步讲，本案协议各方主体既不属于证券公司，本案投资理财也不属于行纪业务。那么对于非行纪委托理财合同的效力，我国立法上，尚无特别限制，也就是，在非行纪活动中，按着合同规范，推定可以合法从事委托理财业务。同时，如前所析，非行纪委托理财合同也不应适用专门的委托代理合同规范。所以本人认为，法理上，非行纪理财合同应适用普通合同法的一般规则；审判实践中，我们也没有理由照搬委托合同或投资行为的属性，来阐释委托理财合同，没有理由只承担民法意义上的委托代理责任，而否认非行纪的委托理财合同的效力。就此，本人认为，对于非行纪的委托理财合同，只要此类合同不违反公序良俗原则以及法律与行政法规中的强制性规定，就应受到法律尊重与保护。经济学上，强调尊重契约自由和市场主体自治，鼓励证券业务创新，就要推动委托理财业务的健康发展，还要依法保护市场主体的合法权益，尤其是投资者的合法权益，这也是认定非行纪的委托理财合同有效性的经济学诠释。法学上，尊重当事人的私法自治，是成全委托理财合同效力的思想内核。欣慰的是，司法仲裁实践中，相当一部分法官、仲裁员已经采取了这一开明态度。

二．委托理财保底条款效力的法律适用

如果委托理财合

同生效，其保底条款也不必然有效。是否应由受托人承担全部风险？即保底条款的效力问题，是正在修订的《证券法》争论最大的一点。在证券市场愈低密，保底条款之争就愈激烈。仁智各见：有保底条款有效说；也有无效说，认为如果保护理财收益，实际上将委托理财当作了储蓄，不利于催生融资风险市场；更有具体分析说。立法上，目前，禁止保底条款的规定主要表现为中国人民银行的规章，如《信托投资公司管理办法》第31条、《信托投资公司资金信托管理暂行办法》第4条等，而这些规章又显然是从强化对信托投资公司的风险管理方面作的规定，且信托投资公司的现实运作和人民银行对其的监管均未严格遵守上述规定。人民法院认定合同的效力，只能以法律和行政法规为依据，上述规章显然不能作为认定合同无效的依据。对此，本人主张保底条款有效。主要基于以下三方面：其一，技术经济学上，一直强调权责共担，追逐利益最大化。如果牛市时，大笔收益归入受托人囊中，委托人无权计较，那么，证券缩水时受托人退避三尺而无责，只由委托投资人自补缺失，岂不严重扰乱了公平交易？也就是，倘若将保底条款一概斥为无效，虽然在目前的某些个案中减轻了券商的赔偿责任，但不符合双方当事人的缔约真意，破坏了委托人对于合同条款和委托理财市场的信心，而且不利于树立理财人的诚信形象，不利于资本市场的健康可持续发展。相反，因为委托人对保底条款的信赖利益得到了保护，理财人也可以通过诚信度的增强招揽更多的理财业务。结果将是委托人与受托理财人双方的利益得到最大化。其二，从证据法学上，受托人负有完全的举证能力。由于委托人专业知识的匮乏和合同约定由受托人全权负责等原

因，受托人的独立意志和受托权限都得到了极大的扩张。从委托人权益的救济渠道方面来看，受托人在投资领域的专业知识强于委托人，处于实际上的优势地位，如果发生纠纷，由委托人举证或者识别受托人是否存在过错颇为不易。其三，现代商法学上，根据契约自由原则，如果保底条款的签订出于双方当事人的真实意思表示，且不违反法律与行政法规中的强制性规定，原则上应当认定有效。如果保底条款违反公平原则，构成了显失公平条款，则遭受损害的依法可以依据《合同法》在1年的除斥期间内行使撤销权或者变更权；过期不行使的，撤销权或者变更权归于消灭。至于如何认定条款，可以参酌委托理财实践中的公平合理合法的保底惯例确定。例如，保证本息固定回报条款、保证本息最低回报条款中的投资回报率超过了银行贷款利率的若干倍数，即可认定该条款显失公平。由此可见，上述提及的争议案，本人认为：委托理财协议应当予以法律保护，乙方及其担保人应支付甲方本金及担保条款明确的固定收益。这也是对委托理财合同法律规范的合理适用。参考资料：1．全国人大常委会副委员长成思危关于证券法修改草案的报告2．郭俊秀：《证券法》，厦门大学出版社，2004年5月，第134至138页。3．《解读最高人民法院请示与答复》，人民法院出版社，2004年6月，第252页至259页。4．冯文生：《民事司法技术范式研究》，法律出版社，2005年6月，第164页至168页。5．深圳市罗湖区人民法院：《阳光下的裁判》，海天出版社，2004年7月，第482页至493页。（作者：张冬，哈尔滨工程大学人文学院法律系副教授，律师）。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com