

LAWYER DIGEST

1

律师 文摘



2005·第一辑·总第十三辑

主
编 孙国栋

要目:

- | | |
|-----|---------------------------|
| 王人博 | 律师之为“师” |
| 宋一欣 | “冠名或涉及委托理财的合同”的若干法律问题及其思考 |
| 郭宇宽 | 做一个律师该做的事情:专访张思之 |
| 钱卫清 | 距离就能产生“美”吗——律师和法官关系之思考 |
| 贺卫方 | 司法独立在近代中国的展开 |
| 吴建平 | 韩 冰 兰州警方击毙讨债人的法律思考 |
| 李曙光 | 关于新破产法草案重整制度的研究 |
| 范 愉 | 法律怎样被信仰 |
| 张明楷 | 存疑时有利于被告 |
| 王 琳 | 杀光所有的律师 |

中国法制出版社

律师文摘

2005·第一辑·总第十三辑

学术顾问 江 平 梁定邦 张思之
邓正来 贺卫方

编辑委员会 王才亮 田文昌 朱永平
刘桂明 步凌云 贺宝健
周荣炽 薛济民

执行编委 谭 礴 刘海蛟 董志军
李海周 孙国栋

主编 孙国栋

编辑 王景智 梁小玲

支持单位 广东大同律师事务所
广东华法律师事务所
北京才良律师事务所
北京华一律师事务所
北京京都律师事务所
江苏圣典律师事务所
浙江海通联合律师事务所

1

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘.2005年.第1辑/孙国栋主编.—北京:
中国法制出版社,2005.2
ISBN 7-80182-442-3

I.律… II.孙… III.律师业务—基本知识
IV.D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 009023 号

律师文摘

LAWYER DIGEST

孙国栋/主编

经销/新华书店

印刷/北京清华园印刷厂

开本/787×1092 毫米 1/16

版次/2005 年 2 月第 1 版

印张/11 字数/200 千

2005 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-442-3/D·1408

定价:16.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码:100031

传真:66062741

发行部电话:66062752

编辑部电话:66062738

邮购部电话:66033288

读者俱乐部电话:66026596

《律师文摘》支持单位 (一)

才行法道 良举公正

才良律师事务所 (北京)

主任: 王才亮

地址: 北京市宣武区陶然亭路12号京都瑞成大厦216-220室

(春节后将迁址至宣武区虎坊路陶然北岸12号楼1单元301室)

电话: (010) 81935336 51251741 51251742 传真: (010) 63527327

E-mail: jdzaw@sohu.com

邮编: 100054

使老有所终, 壮有所用, 幼有所长, 矜寡孤独废疾者皆有所养,

是谓“大同”——《礼记》

大同律师事务所 (广东)

主任: 朱永平

地址: 广州市环市东路339号广东国际大酒店A附楼19楼

电话: (020) 83312001 83312003 83312792

传真: (020) 83315058

邮编: 510095

E-mail: gddatong@tom.com

网址: //www.gddatong.com.cn

海通联合律师事务所 (浙江)

主任: 贺宝健

地址: 杭州市南山路171号海通楼

邮编: 310002

电话: (0571) 87069499 87034168 87017538 87020223

传真: (0571) 87919360

E-mail: htlaw@mail.hz.zj.cn

以法律的智慧帮助人, 以专业的知识服务人

华法律师事务所 (北京、广州、佛山、江门、三水、高明)

主任: 周荣炽

地址: 广东省佛山市华远西路平远直街

邮编: 528000

电话: (0757) 83102222

传真: (0757) 83820145

网址: //www.gdhuafa.cn

E-mail: gdhuafa@21cn.com

《律师文摘》支持单位 (二)

华而又实 一以贯之

华一律师事务所 (北京)

合伙人: 步凌云

地址: 北京市朝阳区和平里东土城路14号建达大厦23层 邮编: 100013

电话: (010) 85271736-105 85271605 传真: (010) 85271604

网址: //www.huayilawyers.com E-mail: bulu@huayilawyers.com

强化责任观念 树立精品意识 修炼气质风度 提高自身素质

京都律师事务所 (北京)

主任: 田文昌

地址: 北京市朝阳区朝阳门外大街16号中国人寿大厦8层802-805

邮编: 100020 电话: (010) 85253399 传真: (010) 85251268

E-mail: king@king-capital.com 网址: //www.king-capital.com

打造诚信品牌 展示良好形象

圣典律师事务所 (江苏)

主任: 薛济民

地址: 南京市秣陵路108号宁检大厦18层 邮编: 210004

电话: (025) 84227811 84227833 传真: (025) 84227822

E-mail: sunwaylf@publclil.ptt.js.cn 网址: //www.sundylaw.com

《律师文摘》理事会成员

(以姓氏笔划为序)

- 于绪刚 北京大成律师事务所高级合伙人 (北京)
王志学 辽宁长风律师事务所合伙人 (沈阳)
孙 飞 上海建纬律师事务所深圳分所主任 (深圳)
刘文君 广东经天律师事务所合伙人 (深圳)
刘彤海 河南尊严律师事务所主任 (濮阳)
刘建锋 北京丹宁律师事务所执行合伙人 (北京)
许兰亭 北京君泽君律师事务所律师 (北京)
李俊华 上海建纬律师事务所昆明分所主任 (昆明)
张星水 北京京鼎律师事务所主任 (北京)
杨 斌 北京五环律师事务所律师 (北京)
陈惠忠 广东星辰律师事务所合伙人 (深圳)
欧永良 广东合盛律师事务所主任 (广州)
赵红亮 北京兰台律师事务所律师 (北京)
胡祥甫 浙江星韵律师事务所合伙人 (杭州)
贾承霖 北京世纪律师事务所合伙人 (北京)
徐 彬 北京首信律师事务所主任 (北京)
曾祥一 重庆索通律师事务所合伙人 (重庆)
彭 航 北京天科国地律师事务所合伙人 (北京)

重要启事

《律师文摘》是国内第一本以律师为主要读者的大型文摘类书刊,以“提升律师人生境界,提高律师业务水平”为宗旨,秉承“独立之精神,自由之思想”的编辑理念,博采众家之长,荟萃中外经典,选文突出思想性、国际性、前瞻性,是包括律师在内的法律职业共同体提高职业素养和业务能力的优秀教材,也是社会各界了解律师业的一个窗口。

承蒙各界读者厚爱,《律师文摘》已走过三年历程,在法学理论界和法律实务界之影响与日俱增。为使选文更加丰富,反映业界动态更加及时,经学术顾问和编委会研究决定,自2005年始,《律师文摘》改为双月刊,每辑篇幅不变,定价仍为16元。敬请广大读者支持并积极订阅。

地 址:北京市昌平区东环路136号方舟书苑

《律师文摘》编辑部

联系人:梁小玲

邮 编:102200

电 话/传 真:010-80111302

电子信箱:lushiwenzhai@126.com

《律师文摘》编辑部

律师之为“师”

或许,中国人的文字总比洋文更能准确地表达某种东西。譬如,把以法律当饭吃的人称为律师就是一例。“法律先生”也是先生。说到底,被称为“先生”的人就是靠“卖嘴”为生的人。律师和教师差不多,他们首先得赚钱养家糊口。两者的不同在于,教书的人除了过日子还要“育人”,而律师则除了赚钱还得“运送正义”。教书人的“育人”说穿了就是他不但要把对象预设为无知,而且还要假定其人性上的善恶。“此人可教”,不仅是说他的脑袋可以擦洗,而且也意味着他品性上可以教化;同理,律师运送的“正义”也并不像教科书说的那样玄乎,与法律打交道——说穿了——就是既要“用脑”也要“用心”。脑袋的好坏只是愚蠢的标准:“只有聪明的律师才能赚到钱”;而心眼的好坏则意味着善恶。正义与心眼有关与脑袋无关。一个好的“法律先生”首先是个心眼好的人。我从不相信律师的神话,但我坚信好律师就是一个自己吃饱了还知道饥饿滋味的人。

某种制度造就了律师,因而制度的建设得靠律师帮忙。一个好律师不仅要熟悉制度的规则,而且他还要有一颗不泯灭的仁爱之心。

律师既不是正义的天使,也不是魔鬼的化身,他首先是一个靠法律吃饭的人。纠纷造就了律师的兴盛,无知孕育了教师的壮大。苏格拉底则是兼而有之。

王人博

二〇〇五年元月于不学斋

目 录

业务进阶

- 办案规程 001 “冠名或涉及委托理财的合同”的若干法律问题及其思考
宋一欣
- 008 精神损害抚慰金的算定 / 胡 平
- 精彩辩词 019 一步之遥:诱惑侦查与制造犯罪
——荆爱国被控运输毒品案一审辩护词 / 王斐弘

业界瞭望

- 执业前沿 024 做一个律师该做的事情:专访张思之 / 郭宇宽
附录:一个伟大的律师是这样诞生的
- 维权之声 030 确保律师在场权是保障当事人合法权益的需要 / 刘吉涛
- 032 当代中国律师业的制度缺损:自由职业的遗憾 / 李 轩

管理之窗

- 职业素养 042 距离就能产生“美”吗?!
- 关于规范律师和法官关系的思考 / 钱卫清
- 经营思路 049 对中国律师事务所生存与发展状况的调查报告
栾少湖 邱榆霞 王 中
- 体制创新 066 如何走出律师事务所发展中的“怪圈”
——中国律师打造“航空母舰”需解决的难点 / 何云选

法学论坛

- 法理沉思 070 司法独立在近代中国的展开 / 贺卫方
- 事件剖析 089 兰州警方击毙讨债人的法律思考 / 吴建平 韩 冰
- 093 自治是民主的训练
——关于深圳律协会长罢免风波的反思 / 陈惠忠 高 树
- 律师说法 097 关于新破产法草案重整制度的研究 / 李曙光

	101	中国新破产法草案中的管理人 / 王卫国
热点话题	114	“法治与市场经济”座谈纪要 吴敬琏 曹远征 秦 晖 李风圣
史海钩沉		
返回现场	123	关键在于立宪 ——从袁世凯的洋顾问主张君主制的公案引发的思考 资中筠
法苑撷英		
随 笔	131	制度与人文:法律近代化中的民族传统 / 朱 勇
	134	法律怎样被信仰? ——谈法律与宗教及法律与道德的关系 / 范 愉
	139	存疑时有利于被告 / 张明楷
	151	话语与律师(外一篇) / 朱伟一
	156	杀光所有的律师? / 王 琳
	158	观念的脚步 ——1923年《绍兴县议会会场落成记》读后 / 郭世佑
观点集粹	160	法律服务不应是奢侈品(共5篇) / 郭之纯等
编读往来		
	162	复转军人和我父亲 / 王 勃

Contents

Business Step

Regulation of Handling Cases

Thinking on Several Legal Issues Concerning“Contract for Preceding Name or Managing
Financial Matters by Mandate” / by Song Yixin(001)
calculation and determination of the pension for mental injury / by Hu Ping (008)

Splendid Statement of Defense

One-Pace Distance:Investigation by Seduction and Making a Crime
by Wang Feihong (019)

Lawyer's Outlook

Practice Front

Do What a Lawyer should Do;a Special Interview with Zhang Sizhi
by Guo Yukuan(024)

Voice of Protecting Rights

To Ensure a Lawyer's on-the-Spot Right is the Need to Guarantee the Legal Rights and
Interests of Parties / by Liu Jitao (030)
Systematical Defects of Modern Chinese Lawyering:Regret of Free Profession
by Li Xuan(032)

Window of Management

Professional Attainment

Distance can Make Beauty?! / by Qian Weiqing (042)

Thinking of Management

a Survey of Existing and Developing Conditions of Branches of Law Offices in China
by Luan Shaohu,Qiu Yuxia,Wang Zhong (049)

Systematic Renewal

How to step out of “the Strange Circle”of a Law Office's Development
by He Yunxuan(066)

Law Forum

Ponderation of Legal Principle

the Development of Judicial Independence in China / by He Weifang (070)

Event Analysis

- Legal Thinking on the Case of Nanzhou Police Shooting Dead the Man who Demanded
the Payment of Debt / by Wu Jianping, Han Bing (089)
- Autonomy is the Training of Democracy / by Chen Huizhong, Gao Shu (093)

Lawyer's Comment on Law

- Reconsolidation System in the Draft of New Bankruptcy Law of China
by Li Shuguang (097)
- The Administrator in New Bankruptcy Law of China / by Wang Weiguo (101)

Hot Topic

- The Summary of the Forum on "Rule of Law and Market Economy"
by Wu Jinglian, Cao Yuanzheng, Qin Hui, Li Fengsheng (114)

Uncovering Historical Anecdote

Returning to Scene

- What Counts is Constitutionalism / by Zi Zhongyun (123)

Cream in Law Garden

Essay

- System and Humanism: National Tradition in Modernization of Law / by Zhu Yong (131)
- How to Believe in Law? / by Fan Yu (134)
- Be Favorable to the Defendant when a Question is Left Open / by Zhang Mingkai (139)
- Speech and Lawyer / by Zhu Weiyi (151)
- Killing All Lawyers? / by Wang Lin (156)
- The Step of Idea / by Guo Shiyu (158)

Collection of Viewpoints

- Legal Service should not be Luxury (Five Articles) / by Guo Zhichun, etc. (160)

Between Editors and Readers

- A Demobilized Soldier and My Father / by Wang Jie (162)

“冠名或涉及委托理财的合同”的

若干法律问题及其思考

宋一欣 *

一、关于委托理财类合同名称及其分类

委托理财又称受托理财,实质上是一种投资委托管理或资产委托管理的行为。

所谓“委托理财合同”,所涉及的内涵或外延相当复杂,下一个准确的法律定义很难,在许多情况下,合同名称未必冠以委托理财,冠以委托理财的未必是委托性质的,而合同名称不冠以委托理财的,却有委托理财的内容,等等,令人头痛,故我在本文题目中称其为“冠名或涉及委托理财的合同”,“冠名”谓之合同名称涉及委托理财,“涉及”谓之合同名称未必是委托理财而合同内容却是委托理财的。

为了阅读和表述,以下仍沿用最高人民法院目前正在征求意见的《关于审理金融市场上委托理财类合同纠纷若干规定》司法解释中所用的“委托理财类合同”的提法,考虑到委托理财行为主要在证券、期货市场上,故也可称为“金融市场上委托理财类合同”。在这里,强调金融性质主要是从委托投资的对象及管理方式而言,而非指委托投资的主体,并排除了非金融性的经贸、实业投资及其委托管理。

实践中的委托理财活动的形态极为错综复杂,笔者试图通过分类的方式,力图梳理出目前委托理财活动的概貌。

其一,从经济形态上分,委托理财可分为实体经济领域的委托理财和虚拟经济领域的委托理财。

其二,从资产特征上分,委托理财可分为金融资产的委托理财(主要是证券、期货)和非金融资产的委托理财(如不动产、实物、固定资产等)。

其三,从合同特性上分,委托理财可分为签订有名合同的委托理财(在《合同法》等法律法规中有具体规定,如委托合同)和签订无名合同的委托理财。

其四,从合同内容上分,委托理财可分为签订内容单一的单一性合同的委托理财和签订内容多元的混合式合同的委托理财(如委托理财与第三方监管相结合)。

其五,从合同是否有偿上分,委托理财可分为有偿的委托理财和无偿的委托理财。

* 宋一欣:上海新望闻达律师事务所合伙人,律师。

其六,从合同有否保底条款上分,委托理财可分为含保底条款的委托理财和不含保底条款的委托理财。

其七,从合同意思表示上分,委托理财可分为合同意思表示真实的委托理财和合同意思表示含有虚伪表示、隐匿行为和名实不符成份的委托理财。

其八,从委托人主体上分,委托理财可分为签订记名合同的委托理财和签订隐名合同的委托理财(借他人名义投资)。

其九,从受托人主体上分,委托理财可分为民间性的委托理财与金融机构专业性的委托理财。民间性的委托理财受托主体包括:自然人、经纪人、理财工作室、一般有限公司、投资管理公司、各类投资咨询公司和私募基金等;金融机构专业性的委托理财受托主体包括:证券公司、信托投资公司、期货管理公司、企业财务公司、资产管理公司、基金管理公司(公募基金)、商业银行和保险公司等。

其十,从监管人主体上分,委托理财可分为有监管人参与的委托理财和无监管人参与的委托理财;而前者以有否商业银行参与,委托理财可分为有商业银行参与的委托理财(即四方监管)和无商业银行参与的委托理财(即第三方监管)。

其十一,从需否信息披露上分,委托理财可分为有上市公司参与、需信息披露的委托理财和无上市公司参与、无需信息披露的委托理财。

其十二,从是否存在犯罪行为上分,委托理财可分为涉及刑事犯罪的委托理财和不涉及刑事犯罪的委托理财。

从目前法律环境来看,作为公募基金的基金管理公司的委托理财由《证券投资基金法》可以规范,商业银行和保险公司目前在金融混业经营的趋势下存在金融工具创新业务问题,其规范有待实践;而证券公司虽有《证券公司客户资产管理业务管理办法》规范,但鉴于许多证券公司事实上将委托理财变成主营业务,故《证券公司客户资产管理业务管理办法》中规定的许可制及相关规范还值得商榷;而信托投资公司、期货管理公司、企业财务公司、资产管理公司如何在委托理财活动中适当定位,也值得研究;而目前问题大量存在、规范思路不清、法律依据不明的民间性的委托理财则应是规范的重点方向。

二、关于委托理财类合同纠纷的定性

委托理财类合同出现的名目繁多,有名实相符的,也有名实不符的。在名称上,比较多的情况下,称为委托理财合同、投资理财合同、委托投资合同、资产管理合同或投资管理合同等;有时,第三方监管合同或委托监管合同是单列的,也有合一的,单列的由委托人与监管人签订(委托人与受托人另签委托理财合同),合一的由委托人、受托人、监管人共签。委托理财合同也有以其他名称出现的,如委托代理合同、证券(股票)交易(买卖)代理合同、委托(代理)国债投资(购买)合同、股票质押投资合同、合作(共同、合伙)投资合同,甚至托管合同、保管合同、国债回购合同、投资咨询(顾问)合同、信托合同等等,无法一一道全。

但是,名称是一回事,内容又是一回事,履行中补充签订的补充协议又不同,

而有时合同规定的履行内容与实际的履行又不一致,在发生亏损后往往作出的约定与承诺往往又与合同、补充协议不同,大量出现名为某某合同实为某某合同,或者以某某为形式表现的某某合同等状况,这样,给委托理财类合同纠纷的定性带来不小的困难。

由此引起的委托理财类合同纠纷性质的确定出现了争论,有人主张单列案由,有人主张使用不同性质合同的案由,这实质上是委托理财是几种不同性质、不同法律关系的行项目下的几种合同,还是一种新的行项目下的几种不同性质、不同法律关系的合同之争。笔者以为,委托理财是几种不同性质、不同法律关系的行项目下的几种合同,而非新类型合同。从委托理财类合同所约定的权利义务来看,这类合同并未超出有法律确定的多种有名合同的范围,故相关案由则可根据具体法律关系具体确定。

在最高人民法院解释征求意见稿中,将案由分为四种,基本上反映了现实状况,但我认为还可以继续细分、尽量厘清各类法律关系的边界。理由是:因委托理财类合同并非新类型合同,而只是冠名委托理财合同或内容涉及委托理财的合同,合同及纠纷定性时完全可以借助现有有名合同纠纷案由,但委托理财类合同确有其相对特殊性,定性时等同于其他有名合同时必须努力厘清法律关系边界才行,故对委托理财类合同纠纷案由设定的原则应是宜细不宜粗,特别对名为某某合同实为某某合同,或者以某某为形式出现的某某合同的状况,更应有一个特别的规定。

案由之一:借贷合同纠纷,即约定本息保底,超额归受托人,形同民间借贷,属于债权法律关系。

案由之二:委托合同纠纷,即约定委托人自立资金账户和股票账户,由受托人投资管理,属于委托法律关系。

案由之三:信托合同纠纷,即约定委托人将资金交付受托人,受托人以自己或借用他人名义进行投资管理,属于信托法律关系。

案由之四:合伙合同纠纷,即约定共同出资、利益共享、风险共担,属于合伙法律关系。

委托理财类合同的有效性应当源于合同当事人的真实意思表示,虚伪表示、隐匿行为、恶意串通、假借名义实施违法犯罪的,应当视为合同无效;同时,有效性应当也源于法无明令禁止即为许可,属于法律法规禁止委托的资产实施了委托理财,合同无效,但是,根据《行政许可法》和《信托法》,委托理财不应采取许可制和专营制方式。

三、关于委托理财类合同中的保底条款

委托理财类合同中的保底条款是一个极具争议的难点问题,也是合同各方当事人争执和利益冲突的焦点和关键之所在,还是法律理论上与司法实践中认识不一、研究不深、分歧较大、判案迥异的问题,在证券市场低迷的今天,争论则更加激烈。

保底条款是一个生活俗语,前述已将委托理财类合同中亏损负担和赢余分配的约定分成七类,但概括起来为保证本息固定回报条款、保证本息最低回报条款和保证本金不受损失条款三种状态。所谓保证本息固定回报条款,实际上是名为委托理财,实为民间借贷的条款。所谓保证本息最低回报条款,是指委托人与受托人约定,无论盈亏,委托人除保证委托资产的本金不受损失之外,还保证委托人一定比例的固定收益率,对超出部分的收益,双方按约定比例分成的条款。所谓保证本金不受损失条款,是指委托人与受托人约定,无论盈亏,受托人均保证委托资产的本金不受损失,对收益部分,双方按约定比例分成的条款。在实践中,还存在当委托资产发生损失后,受托人承诺补足部分或者全部本金损失,或再承诺赔偿收益损失的情形,这种填补损失承诺,应归入保证本金不受损失条款和保证本息最低回报条款中。

归纳起来,对保底条款的法律性质,有六种不同的观点。

观点一:“绝对有效说”,理由是保底条款系双方真实意思表示,应认定约定有效。

观点二:“条款可撤销说”,理由是保底条款显失公平,应将其列为可撤销条款。

观点三:“区分主体说”,理由是保底条款效力应视受托人身份而定,民间委托理财从其意思自治,金融机构违反法律和规章的,应认定无效。

观点四:“条款无效说”,理由是保底条款违反公平原则,故条款无效,但合同仍有效。

观点五:“合同无效说”,理由是保底条款是委托理财合同的核心条款,保底条款无效,则整个合同无效。

观点六:“有限承认说”,理由是保底条款的效力,不宜一律否认,也不宜一律承认,不仅要有其法理依据和保持执法的连贯性,而且要顾及现实国情和国民对公平的认知,故主张以银行同期活期存款利率为基准调整保底收益率,超过部分不予支持。

第六种观点是目前起草司法解释人士的倾向性意见。笔者以为,保底条款是委托理财类合同中的特有特征,是投资行为趋利性的合理反映,在市场经济环境下,对这种趋利性既要限制又要引导和保护,堵不如疏,达到合同各方当事人及市场(即投资环境)、国家(即税收)多赢的局面,何况,保底条款也非中国所独有,是合乎国际通行惯例的,也是有先例可循的,问题只是保底收益率的基准。故笔者建议,考虑到投资的特征和适度吸引投资的需要,可以在银行同期活期存款利率为基准的基础上,上调一至三个百分点作为保底收益率。

从法律上讲,委托理财类合同中的保底条款是合同各方当事人约定的真实意思表示,属于私法调整的范畴,国家公权力对其处置应有限度,尽量尊重合同各方当事人约定的真实意思表示,不要轻易认定其无效,除非违法犯罪、虚伪表示、隐匿行为、恶意串通等时,而对资质的认定应采取开放性,重在监管而非重在限制、禁止。

目前讨论较多的问题大都为委托理财类合同签订后发生亏损所引起的纠纷及其解决,但若委托理财类合同签订后结果是盈利的,但合同各方当事人违约,拒不履行合同时怎么办?当然,在保底收益率范围之内比较好办,但在保底收益率范围之外问题就复杂了。这有两种情况:一是合同各方当事人对在保底收益率范围之外的超额收益事先有约定或事后有承诺;二是合同各方当事人对在保底收益率范围之外的超额收益事先无约定或事后无承诺。当纠纷发生后,合同各方当事人诉至法院,法院对在保底收益率范围之外的超额收益可否因违法所得没收了事,还是认可归实际占有人了事?笔者认为,两种做法均不可取,虽然在保底收益率范围之外的超额收益的分配具有一定的违法性,但有盈利毕竟皆大欢喜,为保护投资环境与交易秩序、为维护合同履行的严肃性,且基于这种违法性是私法范畴的、不影响公权力的行使,故可采取如下做法:若对超额收益有约定或承诺的,按约定或承诺;若无约定或承诺的,则根据产生超额收益时,合同各方当事人的贡献程度与过错程度确定应得比例。

四、关于委托理财类合同的主体

委托理财类合同的合同主体包括委托人(即客户)、受托人(即管理人)和监管人三类。

委托理财类合同委托人的范围包括各类法人、自然人或其他组织。而受托人的范围则比较广泛,包括自然人、一般有限公司、投资管理公司、投资咨询(顾问)公司、理财工作室、经纪人、私募基金等民间性机构或个人,也包括证券公司、期货公司、信托投资公司、资产管理公司、企业财务公司及商业银行、保险公司、公募基金的基金管理公司等专业性金融机构。监管人目前主要是证券公司和期货公司,也有商业银行参与的。在这里,下面几个问题值得探讨。

其一,工商局批准设立的投资公司或投资管理公司(俗称私募基金),虽然没有金融性质的名称和相应的资质,但如果从事金融投资性质的委托理财活动,这时,不能简单地因为其无金融监管机构颁发的金融专营许可证而从法律角度认定其所签的受托资产管理合同无效。

事实上,在资本市场中,这类合同是大量的,随着资本市场的发展,只会增加不会减少,其存在所需资金与发展所需空间均起源于市场、兴衰于市场,由市场调节之,故无论从承认现实还是面向发展也都应将这类主体纳入其中。投资公司主要以自有资金直接对外进行金融证券与实业的投资,其最低注册资本 3000 万元,投资管理公司主要从事投资管理或投资委托管理,最低注册资本 100 万元,但其对外直接投资的不能超过净资产的 50%。投资公司或投资管理公司有经工商行政机关核准的经营范围,在设立时均无须前置审批条件,其投资或投资委托管理只是一种商业行为,委托人与受托人之间是资金与信息、能力和服务的合作,分成方式是双方基于《合同法》产生的自愿有偿的意思表示及利益、风险的认定,具有合法性和正当性,随着境内居民合法财产数量的增加和工商登记中民营企业经营范