

# 基金代销机构的法律地位

—— 傅轶和俞佳琦

2004年6月起实施的《证券投资基金销售管理办法》中规定,“基金销售由基金管理人负责办理;基金管理人可以委托取得基金代销业务资格的其他机构办理,未取得基金代销业务资格的机构,不得接受基金管理人委托,代为办理基金的销售。”从文义上看,该规定对于基金管理人与代销机构的法律关系表述为委托关系。值得注意的是,在现行基金销售的市场实践中,基金管理人与商业银行、证券公司等代销机构签订的代销协议大多称为《基金销售与服务代理协议》。从协议名称上看,代销机构与基金管理人构成委托代理关系。我们理解,法律意义上的委托和代理关系是有区别的,并非所有的委托都构成代理关系。本文将主要从委托和代理的区别分析基金管理人与代销机构的法律关系。

## 一. 委托与代理的区别与联系

委托与代理在法律上是具有明确区别的两个概念。依据我国《民法通则》的规定,代理是指“代理人在代理权限内,以被代理人的名义实施民事法律行为,被代理人对代理人的代理行为承担民事责任”的一种法律行为。而我国《合同法》对委托合同的定义为:“委托合同是委托人和受托人约定,由受托人处理委托人事务的合同。”从上述定义可以看到,委托和代理至少存在以下重要区别:

1. 代理制度主要规范代理外部法律关系,即代理人与本人和第三方之间就代理行为的责任划分。而委托关系主要解决委托人和被委托人的内部法律关系。
2. 被委托人的行为是否为法律行为是委托与代理关系的主要区别,在代理关系中,代理人实施的是法律行为,代理人必须有其独立的意思表示(如对外缔约);而委托仅仅是将特定事务交由他人处理,并不一定都涉及受托人的意思表示(如代人看管财物),受托人从事的受托事务既可以是法律行为也可以是非法律行为。

除上述区别外,两者又有相当的联系。代理人与本人之间的内部关系是一种委托关系,但并非所有的委托均构成代理,一般而言,委托合同是构成代理关系的基础,在构成代理的委托法律关系中,由于委托合同是代理人与本人之间的约定,往往不向第三方披露,因此第三方仅能依赖本人的授权行为判断代理人是否有代理权。授权行为为单方法律行为,其独立于委托关系,并且是构成代理人代理权的标志。在实践中,存在委托人将授权行为纳入委托合同而不再单独出具授权文件的情况。

## 二. 基金管理人与代销机构的关系

### 1. 代销机构无独立意思表示

如前文所述,受托人的独立意思表示是构成代理法律关系必备的法律要素。在基金销售过程中,投资者向代销机构提出基金认购、申购或赎回等申请,代销机构仅仅是接受基金管理人的委托受理投资者的该等申请,判断投资者的申请是否符合申请条件,并将符合条件的申请信息传递给基金管理人。但代销机构并不实际代表基金公司对相关申请向投资者作出确认交易申请的意思表示。当基金管理人决定接受或者拒绝接受投资者申请后,投资者仅是在代销机构处查

询其申请处理的情况。并且，投资者持有的基金份额是以在基金注册登记机构的登记为准的，代销机构接受并办理投资者的相关申请并不意味着投资者的相关申请已经成功。因此，我们理解，在代销机构进行基金代销的过程中，并不存在代销机构的独立意思表示。

## 2. 基金管理人的授权

从目前诸多版本的代销协议的内容分析，尽管在该等协议中都将代销机构称为基金管理人的代理人，但其中基金管理人并没有明确授予代销机构以代理权。并且，在该等协议中一般均明确说明代销机构对于投资者提出的交易申请的受理并不代表基金管理人对于该等申请的确认，可见，基金管理人也没有授予代销机构代理权的意图。

从上述分析可以看到，在代销机构和基金管理人的法律关系中，代销机构并没有获得基金管理人的授权，也无权代表基金管理人对外进行意思表示，代销机构仅是接受基金管理人的委托代其办理与基金销售有关的特定事宜，因此，很难将代销机构与基金管理人之间的关系界定为法律意义上的代理关系。

## 三. 代销机构的法律责任

在代理关系中，代理人行为的法律后果完全归属于本人，即代理人对外的意思表示的后果由本人承担。基于上述对于代销机构和基金管理人的法律关系的分析，以下进一步讨论代销机构在代销活动的法律责任。

### 1. 交易申请

如前所述，代销机构系接受基金管理人的委托接受投资者的各项交易申请并将符合条件的交易申请传递给基金管理人。虽然代销机构并非基金管理人的代理人，但如果代销机构受理了符合条件的投资者的交易申请而未将其传递给基金管理人，相应的法律责任通常仍然需要由基金管理人向投资者直接承担。而代销机构则系依据委托合同向基金管理人承担责任，基金管理人需要就其选任的代销机构的行为向投资者承担责任。

### 2. 交易资金

基金合同大多约定，有效的认、申购申请以投资者划付足额的资金为条件，而代销机构在销售活动中大多要求投资者将申购款项划至代销机构指定的资金账户，然后由代销机构按照代销协议的规定按时、足额地将申购资金划至基金管理人指定的资金清算账户。以下将分析代销机构在基金交易过程中对于资金划付的责任。

#### (1) 商业银行作为代销机构时的责任

如商业银行担任代销机构，则在实践中一般要求投资者以在其银行网点开立的银行账户作为基金交易指定的资金账户。在该等指定银行账户项下，投资者和银行之间除基金销售外存在存款等相关法律关系。在投资者向银行提出基金交易的申请时，投资者将同时委托银行将相应的资金向基金管理人划付。如果银行未依照投资者的委托将相关资金划付，而导致投资者的最终投资申请未能成功，由于此时银行的双重身份，相关的法律责任的承担较为复杂。

在划付资金的事项上，我们理解，商业银行系依据其与投资者之间的法律关系按照投资者的委托行事，因此，因商业银行的故意或过失造成的任何资金划付的迟延，应当由商业银行对投资者直接承担责任，而基金管理人对此并不应当承担责任。但同时，由于商业银行又接受基金管理人的委托办理相关基金交易申请，因此存在投资者认为需要由基金管理人对于商业银行的行为负责的争论。

## (2) 商业银行以外的其他代销机构的法律责任

当由除商业银行以外的其他机构担任基金代销机构时，投资者除直接向代销机构提出交易申请外，投资者将通过其开立指定资金账户的银行向代销机构缴付相关资金(实践中较少使用现金)。在该等情况，代销机构收到投资者划付的资金后如果未能及时向基金管理人划付或确认而导致投资者投资申请不成功的，则基金管理人应当向投资者承担相应责任。在这种情况下，区别于商业银行，其他代销机构与投资者之间并没有资金划付之间的委托关系。

## (3) 赎回资金

在投资者申请基金份额赎回的过程中，基金管理人将投资者的赎回资金划入代销机构指定的代销资金账户，然后由代销机构分别将赎回资金划至各投资者的资金账户。在赎回的情况下，无论系由商业银行还是其他机构担任代销机构，基金管理人本身负有将赎回资金划付至投资者指定账户的义务，因此基金管理人如果委托任何其他第三方履行该等义务而最终没有适当履行的，则应当由基金管理人向投资者承担责任。基金管理人可以依据代销协议另行向代销机构追究法律责任，但并不得以受托人的故意或过失对抗投资者的请求。

综上所述，我们理解，尽管代销机构与基金管理人签订了代销协议，但由于基金管理人并没有授予代销机构代理权，代销机构在其代销基金的过程中也没有独立的意思表示，代销机构并非严格法律意义上的代理人，而仅仅是接受基金管理人的委托代为办理特定的事宜。基金管理人和代销机构之间的法律关系系委托合同关系，一般而言，基金管理人应当就其委托代销机构办理的事宜对投资者承担责任。