

合同编司法解释后，资管合同如何约定仲裁条款

作者：杨培明 | 张亦文 | 周玮

2023 年 12 月 5 日,《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>合同编通则若干问题的解释》(“《合同编司法解释》”)正式施行,其中第九条¹和第十条²对于格式条款相关的问题,尤其是格式条款的提示和说明义务提出了更为详细、明确的要求,很显然这对于面向金融消费者的资管产品的影响是重大和深远的。囿于本文篇幅,我们先从资管合同中的仲裁条款说起,和大家一起探讨在《合同编司法解释》后究竟要怎么在资管合同中约定仲裁条款。

➤ 仲裁协议的效力如何认定

考虑到仲裁存在保密性、专业性和一裁终局等优点,很多资管机构在合同中会选择仲裁作为争议解决方式。但是,我们注意到,仲裁协议本身的效力在司法实践中存在着不确定性,而这点伴随着资产管理业务的发展,也在无形间被进一步放大。

根据《仲裁法》第十六条的规定,仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议;《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的解释》第一条规定,“其他书面形式”的仲裁协议,包括以合同书、信件和数据电文(包

.....
如您需要了解我们的出版物,
请联系:

Publication@llinkslaw.com

¹ 合同条款符合民法典第四百九十六条第一款规定的情形,当事人仅以合同系依据合同示范文本制作或者双方已经明确约定合同条款不属于格式条款为由主张该条款不是格式条款的,人民法院不予支持。

从事经营活动的当事人一方仅以未实际重复使用为由主张其预先拟定且未与对方协商的合同条款不是格式条款的,人民法院不予支持。但是,有证据证明该条款不是为了重复使用而预先拟定的除外。

² 提供格式条款的一方在合同订立时采用通常足以引起对方注意的文字、符号、字体等明显标识,提示对方注意免除或者减轻其责任、排除或者限制对方权利等与对方有重大利害关系的异常条款的,人民法院可以认定其已经履行民法典第四百九十六条第二款规定的提示义务。

提供格式条款的一方按照对方的要求,就与对方有重大利害关系的异常条款的概念、内容及其法律后果以书面或者口头形式向对方作出通常能够理解的解释说明的,人民法院可以认定其已经履行民法典第四百九十六条第二款规定的说明义务。

提供格式条款的一方对其已经尽到提示义务或者说明义务承担举证责任。对于通过互联网等信息网络订立的电子合同,提供格式条款的一方仅以采取了设置勾选、弹窗等方式为由主张其已经履行提示义务或者说明义务的,人民法院不予支持,但是其举证符合前两款规定的除外。

括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等形式达成的请求仲裁的协议,简言之就是管理人和投资者之间要签署书面的仲裁协议,其形式既可以是**合同书**,也可以是**数据电文**。

伴随着资产管理业务的发展,传统的纸质合同已经越来越少,很多时候即便是线下销售的产品,也会要求投资者在线上,通过卖方机构的手机 APP 签署合同,因此**电子合同**已经成为了最主要的资管合同签署方式。虽然《民法典》第四百六十九条³和《电子签名法》第三条⁴均肯定了电子合同的效力与传统的纸质合同无异,但这种“全新”的合同签约方式却在举证上出现了严重的“水土不服”。

对于线下签署的纸质合同,除投资者不认可签字的真实性外,是否存在书面仲裁协议一般不会引起争议,但线上签署的电子合同由于没有传统的纸质介质,却往往引发很大的争议。在电子合同的情况下,想要证明存在书面的仲裁协议,一般包括两个部分的内容,即**投资者以电子签名的方式签署了合同且合同中约定了仲裁条款**。

a. 关于投资者以电子签名的方式签署了合同的证明

想要证明投资者以电子签名的方式签署了合同,首先需要证明存在电子签名,其次需要证明电子签名人接受资管合同的约束。对于是否存在电子签名的问题,投资者在资管产品的销售 APP 中注册账号,设置密码,进行身份绑定,进而形成符合《电子签名法》第十三条⁵规定的由电子签名人控制、专有的电子签名,鉴于该等过程可以通过新用户注册的方式进行复现,且注册账号进行消费的过程已经普及,因此是否存在电子签名的问题一般不会引起争议。至于电子签名人是否接受资管合同约定的问题,销售 APP 一般通过让投资者**在线点击确认或勾选已阅读知悉并同意合同内容**的方式完成。这样的方式从法律逻辑上来说并没有任何问题,但难就难在**如何举证证明投资者进行了上述勾选呢?**

在这个问题上,最为直观、证明效力最高的方式就是录屏,通过该等方式可以完整地还原投资者在认购产品当时的所有操作,当然也会包括点击确认或勾选已阅读知悉并接受资管合同约定的过程,但是市场上却鲜有管理人采用该等方式。

在没有录屏的情况下,我们一般会建议管理人收集、整理包括但不限于**投资者签署的电子签名约定书、投资者认购案涉产品的 APP 系统操作工作日志/手机埋点数据**等能够证明其认购产品并签署合同的相关证据。但上述这些日志,大多以数据代码的方式呈现,实际很难完整还原签署的过程,一般仅能证明投资者在何时以什么 IP 地址登录了账户,在该过程中进行过勾选,但勾选的内容是什么,是否就是接受资管合同的约定,在这些数据代码中往往是无法体现的。

³ 当事人订立合同,可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容,并可以随时调取查用的数据电文,视为书面形式。

⁴ 民事活动中的合同或者其他文件、单证等文书,当事人可以约定使用或者不使用电子签名、数据电文。当事人约定使用电子签名、数据电文的文书,不得仅因为其采用电子签名、数据电文的形式而否定其法律效力。

⁵ 电子签名同时符合下列条件的,视为可靠的电子签名:(一)电子签名制作数据用于电子签名时,属于电子签名人专有;(二)签署时电子签名制作数据仅由电子签名人控制;(三)签署后对电子签名的任何改动能够被发现;(四)签署后对数据电文内容和形式的任何改动能够被发现。当事人也可以选择使用符合其约定的可靠条件的电子签名。

随之而来的第三种证明方式，就是向法院完整展示销售过程，尤其展示销售系统中**不勾选接受资管合同约定，就无法付款完成认购的设置**，进而通过投资者完成认购的最终结果，反推其已经勾选了接受资管合同约定的选项。如果产品仍然还在销售中，这种展示一般能够起到较好的效果。但如果产品已经完成募集，那想要完成该等展示，就需要在后台系统进行模拟，而该等模拟本质上就是重新设置参数的过程，因此该等模拟与投资者认购当时的状态是否一致很容易遭到质疑，其证明效力在实践中也是较为有限的。想要提升证明效力，成本又比较可控的方式是**在产品募集期间通过可信时间戳的方式对在线上销售系统认购产品的过程进行电子取证**，这样就可以向法院直观地证明和展示销售系统在投资者购买当时的设置。当然，传统的公证方式也可以实现相同的效果，只是办理公证所需的时间、金钱成本都显著高于可信时间戳的方式。

相较于其他产品，公募基金在投资者签署合同方面的举证难度则没那么大，主要是因为《中华人民共和国证券投资基金法》第六十条第一款规定，投资人交纳认购的基金份额的款项时，基金合同成立；基金管理人依照本法第五十八条的规定向国务院证券监督管理机构办理基金备案手续，基金合同生效，所以对于公募基金产品而言，在很多案例中⁶只要向法院提供证据证明投资者已经支付了认购款项并且案涉产品已经完成备案，就可以证明投资者对《基金合同》的承认和接受，且《基金合同》对投资者具有法律约束力。

b. 投资者签署的合同中存在仲裁条款

管理人需要解决的另一个问题是，如何证明在这份投资者签署的合同中是存在仲裁条款的。这个问题看似显而易见，但要想达到司法程序的证明标准却非易事，因为如果管理人只是简单地提交一份产品合同，乃至是进一步证明这份就是经备案的合同，实际上都不足以证明这就是投资者在认购过程中可以阅读、经投资者确认并且接受的合同，换言之**这个问题的症结依然还是在还原认购过程上**。

回到我们上文提及的三种证明方式，我们会发现包括系统后台日志在内的数据代码一般至多只能证明投资者是否曾经阅读产品合同，但对于产品合同的内容却无法进行直观的还原，**真正想要还原产品合同中的具体内容实际上还要依赖于录屏，或是对于销售系统进行的模拟、证据保全**。

此外，实践中法院还会特别关注投资者在完成认购后是否可以随时查阅其已经签署的产品合同，因此如果在案件开庭时打开销售 APP，**能够在投资者的用户端查阅到产品合同，且产品合同中也包括仲裁协议**，对于法院在这个问题上的判断也会产生积极的作用。反之，**如果只是提交一份产品合同，不对这份合同是否就是投资者认购时阅读的版本加以证明**，很容易被法院认定为管理人无法举证证明存在书面的仲裁协议，最终无法实现驳回原告针对管理人起诉的目的。

⁶ 如：(2020)粤 0304 民初 13749 号民事裁定书、(2018)鲁 01 民终 1800 号民事裁定书等

➤ 仲裁协议是否属于需要特别提示的格式条款

那么，证明投资者签署了合同，且合同中存在仲裁协议，该等仲裁协议就一定是有效的吗？法院就一定会驳回原告针对管理人的起诉吗？恐怕也不尽然，因为影响资管合同的仲裁协议效力还有个很重要的变量，那就是**格式条款**的问题。

根据《民法典》第四百九十六条的规定，格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款，因此面向金融消费者的资管合同中的内容属于格式条款在法律上争议不大，实践中法院也基本上会按照格式条款的规定来对资管合同的内容进行审查。并且，《合同编司法解释》第九条规定，合同条款符合民法典第四百九十六条第一款规定的情形，当事人仅以合同系依据合同示范文本制作或者双方已经明确约定合同条款不属于格式条款为由主张该条款不是格式条款的，人民法院不予支持，换言之管理人想要通过合同约定，或是合同内容是根据格式指引制作的观点来主张资管合同的内容并非格式条款的思路在《合同编司法解释》后也已经不可能成立，格式条款已经成为资管合同完全无法回避的问题。

那么，想要确保仲裁协议的效力，就必须解决两个问题，即**仲裁协议是否属于需要特别提示的格式条款**和**如果需要特别提示，应当怎么提示**。

a. 仲裁协议是否属于需要特别提示的格式条款

关于仲裁协议是否属于需要特别提示的格式条款的问题，司法实践中存在较大的争议。从《民法典》第四百九十六条的内容来看，需要提示的是内容是**免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款**；《合同编司法解释》第十条则进一步将这类条款描述为**免除或者减轻其责任、排除或者限制对方权利等与对方有重大利害关系的异常条款**，因此判断仲裁协议是否需要特别提示，其实质就是判断仲裁协议是否存在**免除或者减轻管理人责任，或是排除或者限制投资者权利**的情况。

对于该等问题，对管理人较为有利的观点认为，仲裁协议仅仅只是对于争议解决方式的约定，不涉及实体的权利与义务，自然也不存在免除或者减轻管理人责任，或是排除或者限制投资者权利的情况，因此无需进行特别提示。支持上述观点的案例包括北京市第四中级人民法院作出的(2020)京04民特682号民事裁定书等。

但相反的观点则认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三十一条规定，**经营者使用格式条款与消费者订立管辖协议，未采取合理方式提请消费者注意，消费者主张管辖协议无效的**，人民法院应予以支持。虽然仲裁协议与管辖协议系不同的概念，但两者均为确定争议解决方式的条款，因此经营者使用格式条款与消费者订立仲裁协议，同样应当以合理方式提请消费者注意。此外，在《国务院办公厅关于加强金融消费者权益保护工作的指导意见》中也规定了“不得限制金融消费者寻求法律救济途径”的精神，也有观点认为仲裁作为

特殊的争议解决方式，投资者为提起仲裁可能需要支付更高昂的成本，因此仲裁条款属于应当特别提示的格式条款。

从目前的司法实践来看，越来越多的法院在审理主管权异议时秉持了上述对管理人不利观点，因此**如果在资管合同中约定仲裁条款，我们建议应当按照《民法典》和《合同编司法解释》的规定予以特别提示。**

b. 管理人应当如何对仲裁条款进行特别提示

关于如何进行特别提示的问题，《合同编司法解释》第十条从正反两个角度进行了特别规定，并且其中新增的内容与金融消费者权益保护纠纷，尤其是线上销售的资管产品亦有很高的关联性。

根据《合同编司法解释》第十条第一款的规定，格式条款提供方在合同订立时采用通常**足以引起对方注意的文字、符号、字体等明显标识**，可以证明已经履行了《民法典》第四百九十六条规定的提示义务，该等规定与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(“《合同法司法解释二》”)第六条的规定基本一致，也就是说过去常采用的加粗、下划线等方式在《合同编司法解释》下依然是可以采用的提示方式。

此外，《合同编司法解释》第十条第二款还规定，提供格式条款的一方按照对方的要求，就与对方有重大利害关系的异常条款的**概念、内容及其法律后果**以书面或者口头形式向对方**作出通常能够理解的解释说明**的，人民法院可以认定其已经履行民法典第四百九十六条第二款规定的说明义务，上述内容亦是对《合同法司法解释二》第六条中所提到的“并按照对方的要求对该格式条款予以说明”的进一步细化，即如果对需要特别提示的格式条款的概念、内容及其法律后果作出通常能够理解的解释说明，那么同样可以视为履行了《民法典》第四百九十六条规定的格式条款说明义务。**如果回到仲裁协议的问题，管理人就至少需要向投资者说明，仲裁协议导致的后果是只能向仲裁机构提起仲裁，不能向法院提起诉讼。**至于该等说明的形式，既可以是口头、也可以是书面。

以上是《合同编司法解释》对于格式条款提示义务和说明义务作出的正面规定，《合同编司法解释》第十条的第三款还从反面对该等问题进行了规定，**对于通过互联网等信息网络订立的电子合同，提供格式条款的一方仅以采取了设置勾选、弹窗等方式为由主张其已经履行提示义务或者说明义务的**，人民法院不予支持，但是其举证符合前两款规定的除外。换言之，如果管理人仅仅是把合同文本进行弹窗并要求投资者勾选确认，不能视为管理人已就仲裁条款履行了特别提示义务和说明义务，**仍需要符合“足以引起对方注意的文字、符号、字体等明显标识”或进行特别的解释说明的要求**，才能满足格式条款的提示和说明义务。事实上，绝大部分销售 APP 中，均是通过弹窗和勾选的方式来实现合同签署的，因此《合同编司法解释》第十条第三款的规定，对于没有加粗仲裁协议的管理人而言是极为不利的。

当然，《合同编司法解释》第十条第三款的理解也存在歧义，如果弹窗和勾选确认的内容是笼统地对于合同进行确认，那确实无法让投资者注意到异常条款，因为这些条款仍然“藏”于数十页

的合同之中，但如果是对于具体条款的确认，例如将仲裁协议**单独**进行弹窗提醒或勾选提醒，是否能够达到“**足以引起对方注意**”的标准，就存在争议了。从常理来说，这种提示方式应当比加粗有更好的效果，但从《合同编司法解释》第十条第三款的字面意思来看，它的提示方式又确实是不被认可的弹窗或勾选，因此这个问题在实践中怎么认定恐怕就得留待《合同编司法解释》的理解与适用出版，或是更多司法案例来予以明确了。

综合《合同编司法解释》的规定，我们建议**管理人必须通过加粗、下划线等方式对于仲裁条款进行特别提示**，在此基础上管理人可以考虑将仲裁条款内容单独摘取出来，强制要求投资者在认购产品前进行阅读并通过输入“我已阅读并接受上述仲裁条款”或打勾、点击确认的方式进行单独确认。如果想要做得更完善一些，还可以考虑让投资者用勾选的方式确认已经知悉仲裁条款的法律后果。

最后，凡事都是过犹不及，格式条款要提示固然很重要，但也不能走向另一个极端，如果一份合同中很多内容都在加粗，甚至加粗的内容超出不加粗的，那加粗就已经无法起到引起注意的效果，在该等情况下即便进行了加粗也无法满足格式条款的特别提示义务，这样的案例⁷在司法实践中也已经出现。

所以，**格式条款要加粗，但加粗也得慎重，得真的是有重大利害关系的异常条款才加粗。**

结语

从纸质合同到电子合同，合同缔结方式的变化对于习惯了审查纸质合同的法院而言显然是全新的挑战。我们很高兴看到在《合同编司法解释》第十条中对通过互联网等信息网络订立的电子合同进行了特别的规定，这对于经营者在和消费者之间订立格式条款时履行提示义务具有重要的指导意义，更反映了最高院已经注意到了经营者和消费者之间签订格式条款的方式和载体在《合同法司法解释二》颁布后的 14 年间已经发生了重大的变化，已经到了需要为此重新“打补丁”的阶段，因此我们也相信拘泥于传统白纸黑字的纸质合同，或是没有物理意义上签字就没有合同的审判思路也会伴随着司法解释的颁布成为“过去式”。

虽然法院对于电子合同应当持更为开放和积极的态度，但这并不意味着经营者不需要承担任何举证责任。**消费者已经阅读并接受合同、消费者确认的合同内容是什么、对于格式条款中于对方有重大利害关系的异常条款是否进行了合理提示**，仍然是经营者必须考虑如何进行举证的内容。

线上签订电子合同，在为经营者提供了便捷性，降低了签约成本的同时，也自然要求数据保管方对于电子合同的签订和内容负有更高的举证责任，对于同时还就产品销售负有适当性义务举证责任的管理人而言，还原投资者的认购过程就显得更为重要了，这既是为了确保仲裁条款能够起到应有的效果，更是为了确保管理人能够有效应对金融消费者提起的赔偿诉讼。

⁷ 如：广东高院作出的(2020)粤民申 12683 号民事裁定书

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



杨培明
+86 21 3135 8787
peiming.yang@llinkslaw.com



张亦文
+86 21 3135 8700
jason.zhang@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2024