



争议解决法律评述
2018 年 4 月

上海
上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 和 16 楼
邮编：200120
电话：+86 21 3135 8666
传真：+86 21 3135 8600

北京
北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
邮编：100005
电话：+86 10 8519 2266
传真：+86 10 8519 2929

香港
香港中环皇后大道中 5 号
衡怡大厦 27 楼
电话：+852 2969 5300
传真：+852 2997 3385

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

www.llinkslaw.com

SHANGHAI
19/F&16/F, ONE LUJIAZUI
68 Yin Cheng Road Middle
Shanghai 200120 P.R.China
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

BEIJING
4/F, China Resources Building
8 Jianguomenbei Avenue
Beijing 100005 P.R.China
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

HONG KONG
27/F, Henley Building
5 Queen's Road Central
Central, Hong Kong
T: +852 2969 5300
F: +852 2997 3385

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

master@llinkslaw.com

你想不到的后果——如果资产管理合同被视为格式条款

作者：杨培明 | 张亦文 | 张天宇

伴随着监管打破刚性兑付的要求，资产管理人与资产委托人之间围绕着资产管理人责任的大量纠纷将无法再通过刚性兑付缓释，如何在资产管理合同引发的纠纷（“资管纠纷”）中更好地应对投资者提起的诉讼或仲裁已经成为资产管理人更加紧迫的课题。

相较于经常被投资者利用的风险提示义务、报告义务等具体的资产管理人职责，资产管理合同的约定究竟是否属于格式条款的问题是资管纠纷中高发，但从未引起资产管理人应有警惕的重大问题。本文将从争议解决的视角，与各位读者共探资产管理纠纷与格式条款不得不说的二三事。

问题一：什么是格式条款？资产管理人为什么应当避免资产管理合同被认定为格式条款？

《中华人民共和国合同法》（“《合同法》”）第三十九条将“格式条款”定义为“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”。鉴于资产管理合同往往涉及众多资产委托人，且在形成的过程中通常会大量使用合同模板的内容，这些特点都使得资产管理合同的约定天生就容易被裁判机关识别为格式条款。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请与下列人员联系：

郭建良: (86 21) 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

免责声明：本出版物仅代表作者本人观点，不代表通力律师事务所的法律意见或建议。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。

你想不到的后果——如果资产管理合同被视为格式条款

如果资产管理合同的约定被识别为格式条款，一方面很多约定都因为涉及未对免除或限制责任的内容进行特别标识而被投资者主张格式条款无效的风险，另一方面裁判者对于有两种以上解释的格式条款，会作出不利于提供格式条款的资产管理人的解释。换言之，资产管理人在签订合同时的一切疏忽都会因为资产管理合同被识别为格式条款而被放大。

问题二：现在法院/仲裁庭对于资产管理合同持什么态度？

很不幸，目前司法实践倾向于将资产管理合同的约定识别为格式条款，这在对自然人投资者保护已经大力保护的司法风向下毫无疑问是对资产管理人极为不利的倾向。

更不幸的是，仅以笔者在办理资产管理纠纷案件中阅看的资产管理合同为例，按照格式条款的标准对相关条款进行标注或标识的屈指可数，也正因此资管纠纷中的格式条款问题可谓“非说不可”。

问题三：如何避免被认定为格式条款？

《合同法》第三十九条在定义“格式条款”的同时，亦为格式条款的识别创设了三大要点，即“未经协商”、“预先拟定”和“重复使用”，只有在同时满足上述条件的情况下才有可能被识别为格式条款，而防止资产管理合同的约定被识别为格式条款的抗辩亦应基于此。

抗辩“未经协商”就是要举证证明资产管理人和资产委托人在合同订立过程中对合同条款进行协商和确认的事实。我们建议资产管理人在与资产委托人协商合同时尽可能保留包括往来函件、邮件、短信、微信、录音、录像在内的一切形式的证据，尤其是在资产委托人同意不对初始文本修改的情况下，更应取得资产委托人的书面确认。

抗辩“预先拟定”就是举证相关条款系在发现交易对象之后才拟定完毕的事实。与抗辩“未经协商”相同，该等策略亦需要进行充分的举证，实践中结构化产品设计过程中，资产管理人与劣后级委托人以基金要素表为载体进行前期沟通，确认基金要素表后起草资产管理合同的流程可以作为抗辩“预先拟定”的重要事实之一。

抗辩“重复使用”就是要说服裁判者接受资产管理合同在签署模式上虽系资产委托人分别签署，但从法律关系而言，资产委托人和资产管理人、资产托管人之间形成的法律关系却是不可分割的整体，即资产管理

你想不到的后果——如果资产管理合同被视为格式条款

合同系资产管理人、资产托管人和全部资产委托人共同签订的一份合同，而非多份合同，故不存在所谓“重复使用”的情况。资产管理合同中常见的约定，例如合同需要得到全部资产委托人同意才能修改或者合同需要全部资产委托人签署才能生效，都是上述观点的极佳例证。事实上，在笔者代理的绝大多数案件中，裁判者之所以最终认定资产管理合同的约定属于格式条款，都是建立在资产管理人分别与资产委托人订立合同这一理解之上的。

问题四：资产管理产品的类型不同，是否在避免被识别为格式条款时存在不同的策略？

考虑到抗辩“重复使用”的观点在司法实践中没有形成统一的意见，故从避免风险的实操角度出发，基本的原则是与其和裁判者探讨复杂的法律问题，不如从案件事实出发，寻求有利于资产管理人的认定。也就是说，尽可能能够通过签订合同时的事实抗辩“预先拟定”和“未经协商”，只有在上述抗辩确实不成立的时候，才通过抗辩“重复使用”避免被识别为格式条款。

在各类资产管理业务中，客户数量较多的资产管理计划往往没有与逐个客户协商拟定合同的过程，资产委托人只能根据给定的资产管理合同，选择认购与否。对于这类合同，司法实践中资产管理人显然很难出示与投资人沟通磋商的证据以抗辩“预先拟定”和“未经协商”，属于典型的只能抗辩“重复使用”的资产管理合同。

问题五：如果真的不幸被裁判者识别为格式条款，又该如何进一步抗辩，防止因为格式条款的认定造成更大的风险？

即便被认定为格式条款，资产管理人也不应当坐以待毙，通过充分的抗辩，笔者已经帮助众多资产管理人守住了合同约定的效力，将识别为格式条款的风险降到最低，主要包括如下两种策略：

第一，即便没有完全符合合同法司法解释规定的特别标识，也要在资产管理合同签订过程尽量挖掘事实，证明进行了“足以引起对方注意”的提示，比如签订合同前资产委托人需要手抄风险提示条款，向资产委托人提供合同摘要等事实都有可能帮助我们说服裁判者认可资产管理人已经实质上尽到了提示义务。

第二，如果想要从根本上解决格式条款的风险，就要尽可能说服裁判者资产管理合同的约定不存在需要特别提示的内容。根据我们目前的经验，从公平性的角度切入，主张资产委托人在承担更多义务的同时，也获得了更高的收益，只要能够说服裁判者认可条款的公平性，那么即便被识别为格式条款，该等条款仍然会被认定为有效。

你想不到的后果——如果资产管理合同被视为格式条款

问题六：如果更不幸的情形发生，既被识别为格式条款，又没有进行特别标识，究竟有哪些条款会发生风险？

简单来说，合同约定是否合理，是否免除资产管理人的责任、加重资产委托人责任、排除资产委托人主要权利，所有这些未明确被法律规定为存在效力瑕疵的内容，都是争议解决律师可以向裁判者争取的。但是，如果被写进了法律法规，那么关于条款效力的抗辩空间就很小了。幸运的是，《合同法》没有规定哪些条款是必须要特别提示的，但不幸的是民事诉讼法司法解释却作出了规定。

《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，人民法院应予支持。在过去代理的案件中，我们曾主张资产管理计划的投资者并非“消费者”，进而避免了资产管理合同的管辖协议被认定为无效的情况，但自从国务院办公厅明确提出“金融消费者”的概念后，上述抗辩基本已经成为了过去式。因此，在资产管理合同的约定被识别为格式条款的情况下，如果合同约定法院管辖，但又没有特别标识，那么在个人投资者起诉的情况下，管辖协议很可能被认定为无效，换言之资产管理人将难以在其事先选定的人民法院应诉。

更进一步来说，在资产管理合同中约定的仲裁条款也绝非高枕无忧，虽然我们亦曾经通过向法院主张仲裁条款并非管辖协议的观点，守住了资产管理合同中仲裁条款的效力。但是，近年来不断有法院根据上述规定认定仲裁条款无效的案例，虽然并非资产管理合同纠纷领域，但也足以引起警示。

后话：

本文的目的是，从资产管理合同纠纷，特别是格式条款相关纠纷的教训中，挖掘资产管理业务中与格式条款问题相关的潜在风险点。正如前文所述，资产管理合同因其特征而天然地易被裁判机关识别为格式条款，这可以说是经营资产管理业务的一项固有法律风险。尽管如此，保留与投资人沟通磋商的证据、对管理人免责、限制投资人权利的关键条款予以特别标注等工作，仍将有助资产管理人防范和应对事后的投资人纠纷风险。

你想不到的后果——如果资产管理合同被视为格式条款

	抗辩“预先拟定”	抗辩“未经协商”	抗辩“重复使用”
解决方案	利用资产管理合同系在发现交易对象后才拟定完毕的事实，主张资产管理合同的约定不符合格式条款的构成要件	利用资产管理人和资产委托人在合同订立过程中对合同条款进行协商和确认的事实，主张资产管理合同的约定不符合格式条款的构成要件	主张资产管理人、资产托管人和全部的资产委托人构成了完整、不可分割的资产管理合同关系，实质上签署了同一份合同，不存在“重复使用”的情况
实操要点	资产管理人和资产委托人设计合同时，尽可能保留过程性文件，基金要素表就是典型的过程性文件之一	资产管理人在与资产委托人协商合同时尽可能保留包括往来函件、邮件、短信、微信、录音、录像在内的一切形式的证据，尤其是在资产委托人同意不对初始文本修改的情况下，更应取得资产委托人的书面确认	利用资产管理合同需要得到全体资产委托人同意才能修改等合同约定说服裁判者支持资产管理合同并未“重复使用”的法律观点
常适用的资产管理计划类型	结构化的私募资产管理计划，尤其是劣后级委托人具体特别投资目的，需要对投资范围、分配方式等产品细节进行特殊设计的情况	部分“私募”性质的资产管理计划，尤其是结构化产品，劣后级的资产委托人往往对于产品设计有极大的话语权，劣后级资产委托人通常有权审阅合同	客户数量较多的资产管理计划往往没有与逐个客户协商拟定合同的过程，资产委托人只能根据给定的资产管理合同，选择认购与否，因此只能抗辩“重复使用”

你想不到的后果——如果资产管理合同被视为格式条款

如需进一步信息，请联系：

作 者	
杨培明 电话: +86 21 3135 8787 peiming.yang@llinkslaw.com	
上海	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	秦悦民 电话: +86 21 3135 8668 charles.qin@llinkslaw.com
杨培明 电话: +86 21 3135 8787 peiming.yang@llinkslaw.com	
北京	
秦悦民 电话: +86 10 8519 2266 charles.qin@llinkslaw.com	
香港(与张慧雯律师事务所有限法律责任合伙联营)	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	吕 红 电话: +86 21 3135 8776 sandra.lu@llinkslaw.com
伦敦	
杨玉华 电话: +44 (0)20 3283 4337 yuhua.yang@llinkslaw.com	

© 通力律师事务所 2018