

委托理财的性质分析与法理思考

刘少军^①

内容摘要·委托理财是我国二〇世纪末发展起来的一种新的投资方式，在近几年达到了空前的繁荣程度。伴随着委托理财行为的发展，委托理财纠纷也在不断增加，法院受理的委托理财案件成倍增长。由于我国还没有专门规范委托理财的法律，围绕着委托理财的司法裁判引起了广泛的争议，也引起了法学界的极大关注。本文试图在前人已有的研究成果的基础上，对委托理财的法律性质进行具体分析。同时，针对这一法律问题，在法学理论上提出自己的一些相关思考，以期得到读者的指教。

关键词·委托理财 概念界定 发展状况 性质分析 法理思考

一、委托理财的基本状况

通常认为，委托理财是指委托人将金融性财产委托给受托人，约定在一定期限内由受托人经营管理，并向委托人支付相关收益的一种资产管理行为。这个概念只是对委托理财的一种事实性描述，而不是一种法律意义上的界定。在我国法律和金融监管机关颁布的有关法规中，还从未出现过委托理财的字样，而是使用了“委托资产管理”、“受托投资管理”、“资金信托”、“个人理财”等术语。但是，委托理财已经成为金融投资领域的习惯叫法，目前我国法院受理的案件中一般也将委托理财作为一种分类。

(一) 委托理财概念的基本界定

我国的金融委托理财业务，主要集中在证券业、信托业、保险业和银行业。在证券业中主要是单位和个人，通过签订委托理财合同，将资金或证券委托给证券公司、期货公司、投资咨询公司，以及各类投资管理公司，由这些证券机构代为进行证券投资，有些也会请第三方进行资金或证券的托管，并向委托人支付一定的投资收益。委托方、受托方和托管方的权利义务主要由委托理财合同约定，并没有专门的法律规范对这种行为进行调整。在信托业中主要是单位和个人，通过签订各种类型的委托理财合同，将资金或其他财产委托给信托投资公司或投资公司，由这些信托机构代为进行经营管理，并向委托人或受益人支付约定的投资收益。在保险业中主要是单位和个人，通过签订具有委托理财性质的投资型保险合同，以投入的资金或投资收入作为保险费用，并向投保人或受益人偿付本金、支付收益。

我国银行行业的委托理财业务主要包括三类，一是委托贷款，二是个人理财，三是代客境外理财。商业银行的委托贷款，系指由政府部门、企事业单位及个人等委托人提供资金，由贷款人（即受托人）根据委托人确定的贷款对象、用途、金额期限、利率等代为发放、监督使用并协助收回的贷款。贷款人（受托人）只收取手续费，不承担贷款风险。^②商业银行的个人理财业务，是指商业银行为个人客户提供的财务分析、财务规划、投资顾问、资产管理等专业化服务活动。^③商业银行的代客境外理财业务是指按照本办法的有关要求，取得代客境外理财业务资格的商业银行，受境内机构和居民个人（境内非居民除外，以下简称“投资者”）委托，以投资者的资金在境外进行规定的金融产品投资的经营活动。^④这是我国目前法规允许的银行业主要委托理财业务，其他类型的委托理财业务按照我国现行法律规定应该是禁止的。因为，除国家另有规定和银行业监督管理机构批准外，商业银行在中国境内不得从事信托投资和证券经营业务，不得向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资。^⑤

由以上可见，委托理财具有以下几个基本特征：第一，它是委托人将其财产委托给受托人经营管理；第二，有些委托理财产品要将委托的财产交由第三方托管，或由第三方监督受托人的经营管理行为；第三，受托人需要取得经营该委托理财业务的法律资格；第四，委托理财的财产有的独立于受托人的财产，有的并不独立于受托人的财产；第四，委托理财的财产收益或损失有的全部归属于受益人，有的由受益人与受托人按照约定划分；第五，委托理财的财产经营管理费用有的由受托人承担，有的由委托的财产承担，有的由委托人自行支付；第六，委托理财各当事人之间的权利义务由委托理财合同约定，有的是以格式合同的形式，有的则由各方当事人协商确定。因此，无论是银行行业的委托理财，还是其他金融行业的委托理财，都不是现有法律已经规定的某种典型的法律关系。从现实的角度讲，委托理财只是对这类行为的综合性描述，它们既有共同属性，不同理财产品之间也有明显的区别。

(二) 各国委托理财的发展历程

当代的委托理财业务起源于二〇世纪三〇年代，许多人认为它首先在美国兴起，从三〇年代到六〇年代，是理财业务产生与初步发展的时期。早期的理财业务主要是保险公司为销售自己的产品而采用的一种营销服务手段，主要是代理客户进行投资收益分析、筹划资金安排和代办有关手续等。二战结束以后，欧洲的重建和欧美经济金融的发展，扩大了金融服务和产品的需求，也提高了金融市场的竞争水平，商业银行、投资银行开始引入理财服务，并将其逐步发展成为一项日常业务。但是，由于受到当时法律制度和市场环境的限制，一直到二〇世纪六〇年代，理财业务仍主要局限于理财服务方面。^⑤

二〇世纪六〇年代到八〇年代，随着银行资产负债管理理论渐趋成熟，商业银行开始逐步认识到为客户提供多元化服务的可能性和重要性。同时，为了应对金融业的分业管制，扩大业务经营范围和业务品种，各类金融机构都进行了大量的金融创新，为投资者提供了多样化的投资方式和投资工具，理财业务开始向“产品化”的方向发展，融合了传统存贷款业务、投资业务和咨询顾问业务的“组合式”理财产品快速发展起来，到八〇年代末期已成为理财业务发展的主要方式。其业务收入已经占到银行业务收入的三〇%以上，美国银行业私人理财业务平均利润率高达三五%。^⑦

二〇世纪九〇年代以后，由于银行业融资比例的降低和风险的下降，各国相继放松甚至放弃了对金融业的分业管制，各类投资工具和衍生产品市场、场外市场交易规模迅速扩大，进一步拓展了理财产品的投资空间，理财产品的组合方式、投资对象、风险承担和利益分配模式更加多样化，保证收益、浮动收益、有条件转换收益等各类理财产品都获得了较大的发展。九〇年代末期，随着美国金融服务现代化法案的颁布，理财业务进一步与信托业务、商业银行的基金管理业务等结合起来。同时，证券业已经突破了证券发行与承销、证券交易经纪、证券私募发行等传统

业务框架，大量经营企业并购、项目融资、风险投资、公司理财、投资咨询、资产及基金管理、资产证券化等理财业务。

(三) 我国委托理财的发展现状

我国信托业自重新恢复以来，就开始经营委托理财业务，目前仍是主要的委托理财业务经营主体。我国证券业于一九九五年经中央银行批准，部分综合类证券公司可以从事资产管理业务。但是，一九九八年实施的《证券法》禁止证券公司开展此项业务。^⑤二〇〇一年、二〇〇三年中国证监会先后颁布规章，允许综合类证券公司经批准后方可开展委托理财业务。同时，明确规定未取得客户资产管理业务的证券公司，不得从事客户资产管理业务。^⑥目前，已有七〇多家证券公司开展此业务，业务额达七〇〇多亿元，是证券公司的三大业务之一。^⑦我国商业银行在二〇〇四年以前基本上不经营委托理财业务，相关业务主要包括代销国债、保险、基金等，开展此项业务的主要目的是为取得代销的手续费收入。但是，经营代销保险、基金公司的业务，为进一步开展委托理财业务打下了一定的策划、渠道和系统基础。

二〇〇四年以后，商业银行开始向监管机构申请理财业务资格，部分银行经批准取得了经营委托理财业务的资格，开始委托理财业务的经营。^⑧这一时期理财产品种类较为单一，主要是投资于银行间债券市场的产品。由于这类理财业务能给银行带来的收益较少，理财业务并没有作为银行的主要业务来经营。二〇〇六年一月以来，随着我国银行业监管机关出台了許多相关的法规，^⑨商业银行尝试并批量推出了与黄金、汇率、利率、商品等各种基础资产挂钩的理财业务。各银行理财产品的发行量呈几何增长，理财产品给银行带来的收入比例不断上升，委托理财已经成为许多商业银行的重要业务。据统计，二〇〇六年商业银行的本外币理财产品销售额为四〇〇〇多亿元，销售规模以每

年上千亿的速度递增^⑬。在此同时，保险业在经营保险投资业务的过程中，也大量推出了投资型保险，开展委托理财业务。

二、委托理财的性质分析

随着我国委托理财业务的不断发展，相关的纠纷也开始产生。委托理财纠纷最早出现在二〇世纪九〇年代末，主要在自然人之间发生，案件标的较小，数量也不多，未引起司法界的注意。自二〇〇三年以来，各地法院受理的委托理财纠纷案件大幅上升。由于这类案件涉及的法律关系比较复杂，涉案金额巨大，社会影响面广，导致审判实践普遍面临诸多疑难法律适用问题。这些问题主要是，委托理财合同的定性问题，委托理财合同效力和保底条款效力的认定，合同无效后责任的承担，监管人的法律地位和法律责任，委托理财账户内资产的权属认定，以及证券经纪账户质押的性质及效力等^⑭。

(一) 我国委托理财的基本类型

司法实践中委托理财案件审理的核心问题，是委托理财合同的性质问题。要解决这一问题，首先必须对委托理财的基本类型进行系统分类。从我国目前的实践来看，信托业的委托理财业务主要包括，投资管理类委托理财业务和投资银行类委托理财业务^⑮。资产管理业务是信托投资公司的主营业务，资产管理业务有两种基本形式：一是信托，委托人需将信托财产转移给受托人，受托人则以自己的名义加以管理。二是代理，委托人无需将委托财产转移给受托人，受托人以委托人自己名义从事管理活动。投资银行业务是信托投资公司的重要业务，它们参与投资银行业务

的方式主要有两种…一种是作为投资基金或者基金管理公司的发起人从事投资基金业务…另一种是直接经营企业并购、资产重组等业务。

银行业的委托理财业务主要包括，一是委托贷款，二是个人理财，三是代客境外理财。委托贷款是明确的信托关系，个人理财业务和代客境外理财业务则较复杂。具体来讲，个人理财业务主要包括，理财顾问服务和综合理财服务。其中，综合理财服务，是指商业银行在向客户提供理财顾问服务的基础上，接受客户的委托和授权，按照与客户事先约定的投资计划和方式进行投资和资产管理的业务活动，投资收益与风险由客户或客户与银行按照约定方式承担。商业银行可以向特定目标客户群销售理财计划，理财计划是指商业银行在对潜在目标客户群分析研究的基础上，针对特定目标客户群开发设计并销售的资金投资和管理，它可以具体分为保证收益理财计划和非保证收益理财计划。商业银行在境内发售个人理财产品，按照《商业银行个人理财业务管理暂行办法》的有关规定管理。¹⁶

保险业的委托理财业务，主要是通过投资型保险产品来实施的，保险业其他的委托理财业务与其他行业没有本质区别。目前，主要的投资型保险产品包括，人身类投资型保险和财产类投资型保险。其中，人身类投资型保险具体包括，分红型保险、万能寿险和投资联结险。分红型保险简单来说就是带有分红功能的寿险，是保险公司在每个会计年度结束后，将上一会计年度该类分红保险的可分配盈余，按一定的比例、以货币红利或增值红利的方式，分配给客户的一种人寿保险。目前，我国保监会没有要求分红险的资金单独运作，分红险和其他传统非分红险的资金是混在一起运作的，共同参与公司的经营，并由寿险公司和投保人共担风险、共同受益。万能险是指包含保险保障功能，并至少在保险公司的一个投资账户拥有一定资产价值的人身保险。投资联结险的保险内容至少包括一项保险责任，投保人所持保险凭证货币价值和身故给付金与投资账户的投资绩效直接挂钩的保险。

证券业的委托理财业务，主要是指现行政法规规定的客户资产管理业务。客户资产管理业务，是指证券经营机构作

为资产管理人与客户签订资产管理合同，根据资产管理合同约定的方式、条件、要求及限制，对客户资产进行经营运作，为客户提供证券及其他金融产品的投资管理服务的业务。客户资产管理业务主要有以下三种：为单一客户办理定向资产管理业务，为多个客户办理集合资产管理业务，为客户办理特定目的专项资产管理业务。按照现行法规规定，证券经营机构可以自有资金参与与本公司设立的集合资产管理计划。但在该管理计划存续期间不得收回所投入的资金，并应当在集合资产管理合同中所投入的资金数额和承担的责任等做出约定。^{①7}此外，在我国现行生活中，还大量存在证券经营机构以“委托投资”、“合作经营”、“合伙经营”、“借款”等名称的委托理财，这些委托理财合同中大都约定了保证本金支付和保证固定收益等条款，是没有法定名称的委托理财类型。

(二) 委托理财法律性质的观点

现实生活中委托理财的发展，给司法活动带来了极大的困难，困难的焦点是确定这些委托理财合同的法律性质，以及这些委托理财合同的有效性。按照现有的法律规定，学者们提出了许多种观点。概括起来主要包括，信托合同说、委托合同说、行纪合同说、借款合同说、合伙合同说和私募基金说等。信托合同说认为，委托理财本质上是一种信托关系，委托人委托管理的资产即信托财产。如果合同约定委托人将其资产委托给受托人，由受托人按照委托人的意愿并以受托人自己的名义进行管理，委托资产与委托人资产和受托人的固有资产相互分离，以使受托人或委托人指定的受益人获得收益，且受托人具备法定资质的信托投资机构等信托法所规定的信托行为构成要件的，应认定成立信托合同关系，并以信托合同纠纷确定案由，并适用信托法及相关法律、行政法规和司法解释的规定。^{①8}

委托合同说认为，按照我国现行法律制度，委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托事务的合同。它的基本特征是，委托人应当预付处理委托事务的费用，受托人应当按照委托人的指示处理委托事务，受托人处理

委托事务取得的财产应当转交给委托人。^{①9}如果当事人双方在委托理财合同中约定，委托人以直接或间接的方式作为该财产的归属人，金融机构只是按照委托人的委托为其经营管理委托的财产。并且，财产的经营管理收益直接归属于委托人的，就可以认定的是委托合同关系。如在证券委托理财业务中，委托人以自己的名义开设资金账户和股票账户，委托受托人从事投资管理的，或者委托人直接将资金交付给金融机构，由受托人以自己的名义或者实际上借他人名义从事投资管理的，都应认定双方成立的是委托合同，并以委托理财合同纠纷来进行司法裁决。

行纪合同说认为，按照我国现行法律制度，行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。它的基本特征是，除当众另有约定外，行纪人处理委托事务支出的费用由行纪人自行负担，在行纪人完成或部分完成委托事务时，委托人应当向其支付相应的报酬。委托人逾期不支付报酬的，行纪人对委托物享有留置权。行纪人占有委托物的，应当妥善保管该委托物。行纪人低于委托人指定的价格卖出或者高于委托人指定的价格买入的，应当经委托人同意。未经委托人同意，行纪人补偿其差额的，该买卖对委托人发生法律效力。行纪人高于委托人指定的价格卖出或才低于委托人指定的价格买入的，可以按照约定增加报酬。没有约定或者约定不明确，又无法达成补充协议的，该利益属于委托人。^{②0}行纪合同与委托理财合同相当形似，在许多证券公司开展的委托理财业务中，证券公司正是通过行纪行为获取客户资金或证券进行理财的合同。^{②1}

借款合同说认为，按照我国现行法律规定，借款合同是贷款人向借款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。它的基本特征是，订立借款合同借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。贷款人按照约定可以检查、监督借款的使用情况，借款人应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表等资料。^{②2}如果当事人双方在合同中约定，委托人将资产交由受托人进行投资管理，受托人无论盈亏均保证委托人获得固定本息回报，超额投资收益均归受托人所有的（即约定保证本息固定回报条款），属于名为委托理财、实为借贷关系。

的情形，应认定双方成立借款合同关系，以借款合同纠纷确定案由，并适用相关法律、行政法规和司法解释的规定。^{②3}

合伙合同说认为，按照我国现行法律规定，个人合伙是指两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动。它的基本特征是，合伙人应当对出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙、合伙终止等事项订立书面协议，合伙人投入的财产，由合伙人统一管理和使用，合伙经营积累的财产归合伙人共有，合伙的债务由合伙人按照出资比例或者协议的约定，以各自的财产承担清偿责任，除法律另有规定者外，合伙人对合伙的债务承担连带责任。^{②4}如果当事人委托理财在合同中明确约定，委托人将资产委托给受托人，受托人提供专业理财服务，双方利益共享、风险共担的，应认定双方成立以委托理财合同为表现形式的合伙关系，以合伙协议纠纷确定案由，并我国适用《民法通则》和《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》的相关规定。^{②5}

私募基金说认为，当前金融市场上的这种委托理财活动是一种未受监管的基金。具体所指的是一些非金融机构主要是投资咨询公司、投资管理公司或投资顾问公司等，通过与投资者签订理财协议的形式受托从事证券投资业务的行为。在我国金融界，一般将这种投资称为“私募基金”或“地下基金”，它是一种非公开宣传的私下向特定投资人募集资金进行的一种集合投资。私募基金有两个基本的特点：一是采取私募方式筹集资金，即向特定的投资对象募集资金；二是以募集的资金形成一种从事专门投资的基金。它是采取私募的方式形成的基金，基金所需资金只能向特定的投资者募集。^{②6}

（三）委托理财法律性质的分析

应该说上述这些观点都是有一定道理的，有许多委托理财确实基本上符合上述法律关系的性质。甚至有许多种委托理财业务，法律、法规的规定就是与这些观点基本相符的。按照我国现行《信托法》的规定，信托是指委托人基

于对受托人的信任，将其财产权委托给受托人，由受托人按委托人的意愿以自己的名义，为受益人的利益或者特定目的进行管理或者处分的行为。信托财产与委托人未设立信托的其他财产，以及属于受托人所有的财产相区别。受托人管理运用、处分信托财产所产生的债权，不得与其固有财产产生的债务相抵销。受托人管理运用、处分不同委托人的信托财产所产生的债权债务，不得相互抵销。⁽²⁷⁾按照这一标准，在我国有法规规定的委托理财业务中，只有信托投资公司的资金信托业务、其他财产信托业务和投资基金管理业务，商业银行的委托贷款业务和证券公司的受托投资业务，属于明确的信托法律关系，其他委托理财业务都难以明确地确定它们属于信托性质。⁽²⁸⁾

委托合同从法理上讲应该是信托合同的上位概念，或者说信托是委托的一种特殊形式，委托合同比信托合同的要求更加宽泛。首先，委托合同对主体的资格并没有特别要求，任何合格的法律主体都可以成为委托合同的主体。但是，对于委托理财信托合同法律、法规则有明确的主体资格要求，它们必须是经法律、法规许可的具有经营信托业务资格的法人。其次，委托合同没有财产独立性的要求，法律没有要求受托人必须将委托的财产进行独立管理，委托财产也不具有绝对的独立性。第三，受托人可以委托人的名义也可以自己的名义从事委托理财业务，但信托合同则必须以受托人的名义从事委托理财业务。因此，不仅信托合同符合委托合同的要求，许多比信托合同约定得更加宽泛的委托理财合同也符合委托合同的要求，也可以认定为属于委托性质的委托理财合同。如信托投资公司的代理财产的管理、运用和处分业务，商业银行的综合理财业务，证券公司受托投资业务以外的委托理财业务等。⁽²⁹⁾

在我国金融法体系与合同法体系中，以前有较大争议的主要是行纪与经纪的关系，许多人认为经纪是行纪的一种。按照英美法系国家的规定，证劵公司与投资人之间形成的法律关系是代理关系。⁽³⁰⁾按照大陆法系国家的规定，证劵公司与投资人之间形成的法律关系是行纪关系。⁽³¹⁾这种规定虽然与我国《合同法》关于行纪合同的规定具有一致性，但行纪关系中的交易对象是普通商品而不是证劵。并且，它的交易清算关系也与证劵经纪不同，不能将我国具有特

殊法定含义的经纪关系与经纪关系等同。^②在讨论委托理财业务的性质时，不应考虑行纪法律关系，它不属于委托理财的内容。但是，如果投资人在法定经纪关系的基础上，又授权证券公司可以在一定权限内代替客户进行投资决策，则合同的法律性质还是否是经纪合同就是值得深入考虑的问题。它实际上是经纪合同与委托或信托合同的混合体。

在委托理财业务领域，借款合同说是不能成立的。按照我国《合同法》的规定和现实生活中人们对借款合同的理解，借款合同的主要特征是到期返还借款的本金和利息，除此之外借款人不能再获得其他利益。否则，就难以称之为借款合同。但是，在现实的委托理财业务操作中，被称为属于借款合同性质的委托理财合同，不仅约定了到期返还本金和利息，还约定如果以该资金投入取得了超过利息水平的收益，投资人还可以获取一部分超额收益的分成。这种委托理财合同，无论如何不可能用借款合同的理论加以解释，它实际上是借款合同与其他投资合同的一种混合体。

在委托理财业务领域，合伙合同说也是不能成立的。在不涉及企业加入的条件下，当事人之间确实可以通过合同约定，共同提供资金进行投资活动，并且当事人各方利益共享、风险共担。但是，这仅在委托理财资金上形成了合伙关系，在他们将这些理财资金委托给具有专业知识的受托人进行投资时，它们之间的关系就不可能再是合伙关系了。即使约定了受托人也要与他们利益共享、风险共担，这也是合伙关系与其他委托关系的混合体，也不可能是纯粹的合伙关系。并且，这些主体通常委托的受托人都是金融企业，按照我国现行法律规定，这些企业是不能同其他主体建立合同上的合伙关系的，如果存在合伙关系也必须注册建立合伙企业。因此，委托理财的合伙合同说是不能成立的。

在委托理财业务领域，私募基金说是可以成立的。私募基金是指一种针对少数投资者，非公开募集资金成立的投资基金。因此，它又被称为向特定对象募集的基金或“地下基金”。私募基金的基本组织形式主要有两种…一是基

于签订委托投资合同的契约型投资基金，二是基于共同出资人股成立股份公司的公司型投资基金。公开型投资基金与我们所讨论的委托理财业务没有直接的联系，契约型投资基金采取的基本上都是信托组织方式。目前，我国虽然没有明确承认私募基金这种基金组织形式，也没有法律明确规定其为非法，但在法律关系上它并没有突破我们上面所讨论的法律性质。

在对委托理财法律性质的讨论过程中，涉及到的另外一个核心问题就是委托理财合同的合法性问题。就委托理财合同的合法性上来看，我国法律为了保护投资人的利益，保障投资安全和金融安全，禁止非银行类金融机构或其他组织吸收公众存款，非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的是违法甚至是犯罪行为^{③③}。同时，我国法律还禁止非法集资行为。非法集资是指单位或者个人未依照法定的程序经有关部门批准，以发行股票、债券、彩票、投资基金证券和其他债券凭证的方式，向社会不特定公众筹集资金并承诺在一定期限以货币、实物及其他利益等方式向出资人还本付息给予回报的行为^{③④}。此种行为是我国法律明确禁止的，情节严重的将追究其刑事责任^{③⑤}。只要不违反国家的上述强制性禁止的规定，同时也不违反监管机关对某些特定类型委托理财业务的具体规范，就应该认为这些委托理财行为是合法的，当事人之间订立的委托理财合同是有效的。

三、委托理财的法理思考

通过上面的分析我们可以看出，委托理财法律关系最终只有两种能够在现有法律框架下明确认定，一种是委托法律关系，一种是信托法律关系。其他如行纪法律关系、经纪法律关系、借款法律关系、合伙法律关系等，都不是纯粹的委托理财法律关系，而是它与这些法律关系的某种组合。这向我们清楚地表明，依据现有法律框架，是难以准

确进行委托理财的性质确定的。

(一) 委托理财法律性质的困境

委托理财法律性质的分析,使我们陷入了一个无法破解的困境,这种困境至少由以下几个问题构成。第一,委托理财到底由几种法律关系构成;第二,这些法律关系是否能够穷尽所有的委托理财合同;第三,由不同法律关系组合而成的法律关系是什么法律关系;第四,在现有法律思维框架下,我们是否有能力对所有的委托理财合同都进行合理的规范;第五,在解决委托理财合同纠纷过程中,我们是完全承认合同条款,还是需要引用相关的法律对当事人的利益给以合理的保护。这些问题是解决我国目前大量出现的委托理财合同纠纷必须考虑的,这些问题的复杂性也决定了解决这一问题的难度,也正是由于这个原因,几经讨论的《关于委托理财法律适用问题的司法解释》至今尚未出台。

就委托理财的具体法律关系类型的总体来看,它们必然都涉及到物权法律关系、货币法律关系等基础法律关系。就银行业委托理财来看,它还至少涉及到存款货币法律关系,³⁶委托法律关系,信托法律关系,外汇法律关系,以及特别约定法律关系;就信托业委托理财来看,它还至少涉及到信托法律关系,委托法律关系,以及特别约定法律关系;就保险业委托理财来看,它至少还涉及到人身保险法律关系,财产保险法律关系,保险业投资法律关系,以及特别约定法律关系;就证券业委托理财来看,它至少还涉及到经纪法律关系,信托法律关系,委托法律关系,以及特别约定法律关系。

就委托理财法律关系是否可以穷尽的问题,在本人看来它是不可能被穷尽的,主要问题在于特别约定的法律关系上。在不违反现有法律规定的条件下,当事人之间可以约定无限多种委托理财的权利义务关系,这些权利义务关系

我们是不可能事先将其全部加以法律规定的。除非规定法律没有明确的法律关系都为非法，否则就会不断有新的权利义务约定产生。就目前出现的一些特别约定来看，我们就难以将其进行分类划分。如保险加约定还本付息合同，保险加公司利润分配合同，保险加项目利润分配合同，存款加利润分配合同，固定本息加利润分配合同，无本息保障的利润分配合同，证券授权经纪合同，证券授权经纪利润分配合同等。法律行为的本质，在于引起法律效果之意思的实现，在于法律制度以承认该意思方式而于法律世界中实现行为入欲然的法律判断³⁷。由于主体行为目标和法具体价值目标具有多样性，因此法行为也必然是多种多样的³⁸，我们不可能将其穷尽。

委托理财法律关系的困境不仅在于我们没有能力穷尽其关系类型，还在于它们之间的不断组合。即使我们有能力设计出一套精密的法律关系体系，并将其在具体的法律制度中明确规定，也难以解决这些法律关系的组合问题。并且，按照人们现有的能力，这种组合可以是无限的。它向我们提出两个基本问题，一是组合后的法律关系是什么法律关系，二是组合后的结果如何判断其合法性。首先，组合后的法律关系肯定是无名法律关系，我们没有能力进行无限的命名。其次，即使是两个合法的法律关系，组合后也不一定合法，因为法律可以禁止这种关系的组合。第三，如果法律不禁止这种组合，组合后的法律冲突如何解决，这是在已有法律体系之下无法直接回答的问题。无论在理论上还是在实践上，二〇世纪的法律都越来越不被看作一个连贯一致的整体、一个体系和一个法令大全了，而越来越被视为一盘大杂烩，一大堆只是由共同的技术联结起来的支离破碎的特殊判决和彼此冲突的规则³⁹。

当我们感觉到在现有法律框架下，再也没有能力解决现有的法律问题，一个迫切的任务就是迅速制定关于这方面的法律，以对出现的问题进行具体的规范。这的确是我们的一个非常现实的选择，如果我们制定了这方面的具体法律规范，就能够解决这个问题的方面。但是，同时也必须承认，任何法律的制定都是滞后的，把解决问题的希望总是留给法律的制定，它永远也赶不上现实生活的变化。并且，如果我们解决一切法律问题都以现实法律规定为依

据，就会引导人们不断去寻找法律的漏洞，就会使法律成为违法者的武器，用以去打击善良的守法者。在此条件下，如果严格按照实证法执行则正义永远不可能战胜邪恶，它执行的最终结果可能是法律越来越完善，人类的道德水平越来越下降。⁽⁴⁰⁾

由于现实生活中的委托理财合同多是不同法律关系的组合，同时还包括组合之外的具体权利义务约定。如果完全适用某种现有的法律关系规范，它并不完全适合这种规范，在法律适用上会存在问题。如果我们放弃对现行法律关系规范的适用，又将导致对这种行为基本上失去法律的约束。特别是在当事人之间的约定，存在明显的不公正或有益于社会整体利益的条件，如果法律不能对这种约定有所限制，将给社会带来非常不利的后果。它可能使某方当事人的利益受到重大损失，或者使社会整体利益受到重大损失。随着人类解决了征服非人类力量这个比较简单的问题，上述各种问题就会变得日益重要⁽⁴¹⁾。这是在社会迅速发展，社会关系迅速变化的时代带给我们的新的法律问题。

(二) 委托理财问题的法理思考

在本人看来，解决这一问题的基本思路应该包括以下几个方面。首先，应该尊重在《合同法》意义上形式有效的委托理财合同。其次，对于委托理财合同中有明显问题的内容，按照准法律关系的思路解决现实存在的法律问题。

第三，对于具有长期发展趋势，同时又比较稳定的法律关系尽快制定相应的法律规范。这样，既能够解决目前存在的现实问题，也不致于因为过多地强调对现实问题的合理解决而失去法的实证性价值。当规范使各种对社会生活利益的冲突要求之间有一个恰当的平衡时，这些制度就是正义的⁽⁴²⁾。法的本质是其道义价值、功利价值和实证价值的⁽⁴³⁾的⁽⁴⁴⁾的⁽⁴⁵⁾的⁽⁴⁶⁾的⁽⁴⁷⁾的⁽⁴⁸⁾的⁽⁴⁹⁾的⁽⁵⁰⁾的⁽⁵¹⁾的⁽⁵²⁾的⁽⁵³⁾的⁽⁵⁴⁾的⁽⁵⁵⁾的⁽⁵⁶⁾的⁽⁵⁷⁾的⁽⁵⁸⁾的⁽⁵⁹⁾的⁽⁶⁰⁾的⁽⁶¹⁾的⁽⁶²⁾的⁽⁶³⁾的⁽⁶⁴⁾的⁽⁶⁵⁾的⁽⁶⁶⁾的⁽⁶⁷⁾的⁽⁶⁸⁾的⁽⁶⁹⁾的⁽⁷⁰⁾的⁽⁷¹⁾的⁽⁷²⁾的⁽⁷³⁾的⁽⁷⁴⁾的⁽⁷⁵⁾的⁽⁷⁶⁾的⁽⁷⁷⁾的⁽⁷⁸⁾的⁽⁷⁹⁾的⁽⁸⁰⁾的⁽⁸¹⁾的⁽⁸²⁾的⁽⁸³⁾的⁽⁸⁴⁾的⁽⁸⁵⁾的⁽⁸⁶⁾的⁽⁸⁷⁾的⁽⁸⁸⁾的⁽⁸⁹⁾的⁽⁹⁰⁾的⁽⁹¹⁾的⁽⁹²⁾的⁽⁹³⁾的⁽⁹⁴⁾的⁽⁹⁵⁾的⁽⁹⁶⁾的⁽⁹⁷⁾的⁽⁹⁸⁾的⁽⁹⁹⁾的⁽¹⁰⁰⁾的⁽¹⁰¹⁾的⁽¹⁰²⁾的⁽¹⁰³⁾的⁽¹⁰⁴⁾的⁽¹⁰⁵⁾的⁽¹⁰⁶⁾的⁽¹⁰⁷⁾的⁽¹⁰⁸⁾的⁽¹⁰⁹⁾的⁽¹¹⁰⁾的⁽¹¹¹⁾的⁽¹¹²⁾的⁽¹¹³⁾的⁽¹¹⁴⁾的⁽¹¹⁵⁾的⁽¹¹⁶⁾的⁽¹¹⁷⁾的⁽¹¹⁸⁾的⁽¹¹⁹⁾的⁽¹²⁰⁾的⁽¹²¹⁾的⁽¹²²⁾的⁽¹²³⁾的⁽¹²⁴⁾的⁽¹²⁵⁾的⁽¹²⁶⁾的⁽¹²⁷⁾的⁽¹²⁸⁾的⁽¹²⁹⁾的⁽¹³⁰⁾的⁽¹³¹⁾的⁽¹³²⁾的⁽¹³³⁾的⁽¹³⁴⁾的⁽¹³⁵⁾的⁽¹³⁶⁾的⁽¹³⁷⁾的⁽¹³⁸⁾的⁽¹³⁹⁾的⁽¹⁴⁰⁾的⁽¹⁴¹⁾的⁽¹⁴²⁾的⁽¹⁴³⁾的⁽¹⁴⁴⁾的⁽¹⁴⁵⁾的⁽¹⁴⁶⁾的⁽¹⁴⁷⁾的⁽¹⁴⁸⁾的⁽¹⁴⁹⁾的⁽¹⁵⁰⁾的⁽¹⁵¹⁾的⁽¹⁵²⁾的⁽¹⁵³⁾的⁽¹⁵⁴⁾的⁽¹⁵⁵⁾的⁽¹⁵⁶⁾的⁽¹⁵⁷⁾的⁽¹⁵⁸⁾的⁽¹⁵⁹⁾的⁽¹⁶⁰⁾的⁽¹⁶¹⁾的⁽¹⁶²⁾的⁽¹⁶³⁾的⁽¹⁶⁴⁾的⁽¹⁶⁵⁾的⁽¹⁶⁶⁾的⁽¹⁶⁷⁾的⁽¹⁶⁸⁾的⁽¹⁶⁹⁾的⁽¹⁷⁰⁾的⁽¹⁷¹⁾的⁽¹⁷²⁾的⁽¹⁷³⁾的⁽¹⁷⁴⁾的⁽¹⁷⁵⁾的⁽¹⁷⁶⁾的⁽¹⁷⁷⁾的⁽¹⁷⁸⁾的⁽¹⁷⁹⁾的⁽¹⁸⁰⁾的⁽¹⁸¹⁾的⁽¹⁸²⁾的⁽¹⁸³⁾的⁽¹⁸⁴⁾的⁽¹⁸⁵⁾的⁽¹⁸⁶⁾的⁽¹⁸⁷⁾的⁽¹⁸⁸⁾的⁽¹⁸⁹⁾的⁽¹⁹⁰⁾的⁽¹⁹¹⁾的⁽¹⁹²⁾的⁽¹⁹³⁾的⁽¹⁹⁴⁾的⁽¹⁹⁵⁾的⁽¹⁹⁶⁾的⁽¹⁹⁷⁾的⁽¹⁹⁸⁾的⁽¹⁹⁹⁾的⁽²⁰⁰⁾的⁽²⁰¹⁾的⁽²⁰²⁾的⁽²⁰³⁾的⁽²⁰⁴⁾的⁽²⁰⁵⁾的⁽²⁰⁶⁾的⁽²⁰⁷⁾的⁽²⁰⁸⁾的⁽²⁰⁹⁾的⁽²¹⁰⁾的⁽²¹¹⁾的⁽²¹²⁾的⁽²¹³⁾的⁽²¹⁴⁾的⁽²¹⁵⁾的⁽²¹⁶⁾的⁽²¹⁷⁾的⁽²¹⁸⁾的⁽²¹⁹⁾的⁽²²⁰⁾的⁽²²¹⁾的⁽²²²⁾的⁽²²³⁾的⁽²²⁴⁾的⁽²²⁵⁾的⁽²²⁶⁾的⁽²²⁷⁾的⁽²²⁸⁾的⁽²²⁹⁾的⁽²³⁰⁾的⁽²³¹⁾的⁽²³²⁾的⁽²³³⁾的⁽²³⁴⁾的⁽²³⁵⁾的⁽²³⁶⁾的⁽²³⁷⁾的⁽²³⁸⁾的⁽²³⁹⁾的⁽²⁴⁰⁾的⁽²⁴¹⁾的⁽²⁴²⁾的⁽²⁴³⁾的⁽²⁴⁴⁾的⁽²⁴⁵⁾的⁽²⁴⁶⁾的⁽²⁴⁷⁾的⁽²⁴⁸⁾的⁽²⁴⁹⁾的⁽²⁵⁰⁾的⁽²⁵¹⁾的⁽²⁵²⁾的⁽²⁵³⁾的⁽²⁵⁴⁾的⁽²⁵⁵⁾的⁽²⁵⁶⁾的⁽²⁵⁷⁾的⁽²⁵⁸⁾的⁽²⁵⁹⁾的⁽²⁶⁰⁾的⁽²⁶¹⁾的⁽²⁶²⁾的⁽²⁶³⁾的⁽²⁶⁴⁾的⁽²⁶⁵⁾的⁽²⁶⁶⁾的⁽²⁶⁷⁾的⁽²⁶⁸⁾的⁽²⁶⁹⁾的⁽²⁷⁰⁾的⁽²⁷¹⁾的⁽²⁷²⁾的⁽²⁷³⁾的⁽²⁷⁴⁾的⁽²⁷⁵⁾的⁽²⁷⁶⁾的⁽²⁷⁷⁾的⁽²⁷⁸⁾的⁽²⁷⁹⁾的⁽²⁸⁰⁾的⁽²⁸¹⁾的⁽²⁸²⁾的⁽²⁸³⁾的⁽²⁸⁴⁾的⁽²⁸⁵⁾的⁽²⁸⁶⁾的⁽²⁸⁷⁾的⁽²⁸⁸⁾的⁽²⁸⁹⁾的⁽²⁹⁰⁾的⁽²⁹¹⁾的⁽²⁹²⁾的⁽²⁹³⁾的⁽²⁹⁴⁾的⁽²⁹⁵⁾的⁽²⁹⁶⁾的⁽²⁹⁷⁾的⁽²⁹⁸⁾的⁽²⁹⁹⁾的⁽³⁰⁰⁾的⁽³⁰¹⁾的⁽³⁰²⁾的⁽³⁰³⁾的⁽³⁰⁴⁾的⁽³⁰⁵⁾的⁽³⁰⁶⁾的⁽³⁰⁷⁾的⁽³⁰⁸⁾的⁽³⁰⁹⁾的⁽³¹⁰⁾的⁽³¹¹⁾的⁽³¹²⁾的⁽³¹³⁾的⁽³¹⁴⁾的⁽³¹⁵⁾的⁽³¹⁶⁾的⁽³¹⁷⁾的⁽³¹⁸⁾的⁽³¹⁹⁾的⁽³²⁰⁾的⁽³²¹⁾的⁽³²²⁾的⁽³²³⁾的⁽³²⁴⁾的⁽³²⁵⁾的⁽³²⁶⁾的⁽³²⁷⁾的⁽³²⁸⁾的⁽³²⁹⁾的⁽³³⁰⁾的⁽³³¹⁾的⁽³³²⁾的⁽³³³⁾的⁽³³⁴⁾的⁽³³⁵⁾的⁽³³⁶⁾的⁽³³⁷⁾的⁽³³⁸⁾的⁽³³⁹⁾的⁽³⁴⁰⁾的⁽³⁴¹⁾的⁽³⁴²⁾的⁽³⁴³⁾的⁽³⁴⁴⁾的⁽³⁴⁵⁾的⁽³⁴⁶⁾的⁽³⁴⁷⁾的⁽³⁴⁸⁾的⁽³⁴⁹⁾的⁽³⁵⁰⁾的⁽³⁵¹⁾的⁽³⁵²⁾的⁽³⁵³⁾的⁽³⁵⁴⁾的⁽³⁵⁵⁾的⁽³⁵⁶⁾的⁽³⁵⁷⁾的⁽³⁵⁸⁾的⁽³⁵⁹⁾的⁽³⁶⁰⁾的⁽³⁶¹⁾的⁽³⁶²⁾的⁽³⁶³⁾的⁽³⁶⁴⁾的⁽³⁶⁵⁾的⁽³⁶⁶⁾的⁽³⁶⁷⁾的⁽³⁶⁸⁾的⁽³⁶⁹⁾的⁽³⁷⁰⁾的⁽³⁷¹⁾的⁽³⁷²⁾的⁽³⁷³⁾的⁽³⁷⁴⁾的⁽³⁷⁵⁾的⁽³⁷⁶⁾的⁽³⁷⁷⁾的⁽³⁷⁸⁾的⁽³⁷⁹⁾的⁽³⁸⁰⁾的⁽³⁸¹⁾的⁽³⁸²⁾的⁽³⁸³⁾的⁽³⁸⁴⁾的⁽³⁸⁵⁾的⁽³⁸⁶⁾的⁽³⁸⁷⁾的⁽³⁸⁸⁾的⁽³⁸⁹⁾的⁽³⁹⁰⁾的⁽³⁹¹⁾的⁽³⁹²⁾的⁽³⁹³⁾的⁽³⁹⁴⁾的⁽³⁹⁵⁾的⁽³⁹⁶⁾的⁽³⁹⁷⁾的⁽³⁹⁸⁾的⁽³⁹⁹⁾的⁽⁴⁰⁰⁾的⁽⁴⁰¹⁾的⁽⁴⁰²⁾的⁽⁴⁰³⁾的⁽⁴⁰⁴⁾的⁽⁴⁰⁵⁾的⁽⁴⁰⁶⁾的⁽⁴⁰⁷⁾的⁽⁴⁰⁸⁾的⁽⁴⁰⁹⁾的⁽⁴¹⁰⁾的⁽⁴¹¹⁾的⁽⁴¹²⁾的⁽⁴¹³⁾的⁽⁴¹⁴⁾的⁽⁴¹⁵⁾的⁽⁴¹⁶⁾的⁽⁴¹⁷⁾的⁽⁴¹⁸⁾的⁽⁴¹⁹⁾的⁽⁴²⁰⁾的⁽⁴²¹⁾的⁽⁴²²⁾的⁽⁴²³⁾的⁽⁴²⁴⁾的⁽⁴²⁵⁾的⁽⁴²⁶⁾的⁽⁴²⁷⁾的⁽⁴²⁸⁾的⁽⁴²⁹⁾的⁽⁴³⁰⁾的⁽⁴³¹⁾的⁽⁴³²⁾的⁽⁴³³⁾的⁽⁴³⁴⁾的⁽⁴³⁵⁾的⁽⁴³⁶⁾的⁽⁴³⁷⁾的⁽⁴³⁸⁾的⁽⁴³⁹⁾的⁽⁴⁴⁰⁾的⁽⁴⁴¹⁾的⁽⁴⁴²⁾的⁽⁴⁴³⁾的⁽⁴⁴⁴⁾的⁽⁴⁴⁵⁾的⁽⁴⁴⁶⁾的⁽⁴⁴⁷⁾的⁽⁴⁴⁸⁾的⁽⁴⁴⁹⁾的⁽⁴⁵⁰⁾的⁽⁴⁵¹⁾的⁽⁴⁵²⁾的⁽⁴⁵³⁾的⁽⁴⁵⁴⁾的⁽⁴⁵⁵⁾的⁽⁴⁵⁶⁾的⁽⁴⁵⁷⁾的⁽⁴⁵⁸⁾的⁽⁴⁵⁹⁾的⁽⁴⁶⁰⁾的⁽⁴⁶¹⁾的⁽⁴⁶²⁾的⁽⁴⁶³⁾的⁽⁴⁶⁴⁾的⁽⁴⁶⁵⁾的⁽⁴⁶⁶⁾的⁽⁴⁶⁷⁾的⁽⁴⁶⁸⁾的⁽⁴⁶⁹⁾的⁽⁴⁷⁰⁾的⁽⁴⁷¹⁾的⁽⁴⁷²⁾的⁽⁴⁷³⁾的⁽⁴⁷⁴⁾的⁽⁴⁷⁵⁾的⁽⁴⁷⁶⁾的⁽⁴⁷⁷⁾的⁽⁴⁷⁸⁾的⁽⁴⁷⁹⁾的⁽⁴⁸⁰⁾的⁽⁴⁸¹⁾的⁽⁴⁸²⁾的⁽⁴⁸³⁾的⁽⁴⁸⁴⁾的⁽⁴⁸⁵⁾的⁽⁴⁸⁶⁾的⁽⁴⁸⁷⁾的⁽⁴⁸⁸⁾的⁽⁴⁸⁹⁾的⁽⁴⁹⁰⁾的⁽⁴⁹¹⁾的⁽⁴⁹²⁾的⁽⁴⁹³⁾的⁽⁴⁹⁴⁾的⁽⁴⁹⁵⁾的⁽⁴⁹⁶⁾的⁽⁴⁹⁷⁾的⁽⁴⁹⁸⁾的⁽⁴⁹⁹⁾的⁽⁵⁰⁰⁾的⁽⁵⁰¹⁾的⁽⁵⁰²⁾的⁽⁵⁰³⁾的⁽⁵⁰⁴⁾的⁽⁵⁰⁵⁾的⁽⁵⁰⁶⁾的⁽⁵⁰⁷⁾的⁽⁵⁰⁸⁾的⁽⁵⁰⁹⁾的⁽⁵¹⁰⁾的⁽⁵¹¹⁾的⁽⁵¹²⁾的⁽⁵¹³⁾的⁽⁵¹⁴⁾的⁽⁵¹⁵⁾的⁽⁵¹⁶⁾的⁽⁵¹⁷⁾的⁽⁵¹⁸⁾的⁽⁵¹⁹⁾的⁽⁵²⁰⁾的⁽⁵²¹⁾的⁽⁵²²⁾的⁽⁵²³⁾的⁽⁵²⁴⁾的⁽⁵²⁵⁾的⁽⁵²⁶⁾的⁽⁵²⁷⁾的⁽⁵²⁸⁾的⁽⁵²⁹⁾的⁽⁵³⁰⁾的⁽⁵³¹⁾的⁽⁵³²⁾的⁽⁵³³⁾的⁽⁵³⁴⁾的⁽⁵³⁵⁾的⁽⁵³⁶⁾的⁽⁵³⁷⁾的⁽⁵³⁸⁾的⁽⁵³⁹⁾的⁽⁵⁴⁰⁾的⁽⁵⁴¹⁾的⁽⁵⁴²⁾的⁽⁵⁴³⁾的⁽⁵⁴⁴⁾的⁽⁵⁴⁵⁾的⁽⁵⁴⁶⁾的⁽⁵⁴⁷⁾的⁽⁵⁴⁸⁾的⁽⁵⁴⁹⁾的⁽⁵⁵⁰⁾的⁽⁵⁵¹⁾的⁽⁵⁵²⁾的⁽⁵⁵³⁾的⁽⁵⁵⁴⁾的⁽⁵⁵⁵⁾的⁽⁵⁵⁶⁾的⁽⁵⁵⁷⁾的⁽⁵⁵⁸⁾的⁽⁵⁵⁹⁾的⁽⁵⁶⁰⁾的⁽⁵⁶¹⁾的⁽⁵⁶²⁾的⁽⁵⁶³⁾的⁽⁵⁶⁴⁾的⁽⁵⁶⁵⁾的⁽⁵⁶⁶⁾的⁽⁵⁶⁷⁾的⁽⁵⁶⁸⁾的⁽⁵⁶⁹⁾的⁽⁵⁷⁰⁾的⁽⁵⁷¹⁾的⁽⁵⁷²⁾的⁽⁵⁷³⁾的⁽⁵⁷⁴⁾的⁽⁵⁷⁵⁾的⁽⁵⁷⁶⁾的⁽⁵⁷⁷⁾的⁽⁵⁷⁸⁾的⁽⁵⁷⁹⁾的⁽⁵⁸⁰⁾的⁽⁵⁸¹⁾的⁽⁵⁸²⁾的⁽⁵⁸³⁾的⁽⁵⁸⁴⁾的⁽⁵⁸⁵⁾的⁽⁵⁸⁶⁾的⁽⁵⁸⁷⁾的⁽⁵⁸⁸⁾的⁽⁵⁸⁹⁾的⁽⁵⁹⁰⁾的⁽⁵⁹¹⁾的⁽⁵⁹²⁾的⁽⁵⁹³⁾的⁽⁵⁹⁴⁾的⁽⁵⁹⁵⁾的⁽⁵⁹⁶⁾的⁽⁵⁹⁷⁾的⁽⁵⁹⁸⁾的⁽⁵⁹⁹⁾的⁽⁶⁰⁰⁾的⁽⁶⁰¹⁾的⁽⁶⁰²⁾的⁽⁶⁰³⁾的⁽⁶⁰⁴⁾的⁽⁶⁰⁵⁾的⁽⁶⁰⁶⁾的⁽⁶⁰⁷⁾的⁽⁶⁰⁸⁾的⁽⁶⁰⁹⁾的⁽⁶¹⁰⁾的⁽⁶¹¹⁾的⁽⁶¹²⁾的⁽⁶¹³⁾的⁽⁶¹⁴⁾的⁽⁶¹⁵⁾的⁽⁶¹⁶⁾的⁽⁶¹⁷⁾的⁽⁶¹⁸⁾的⁽⁶¹⁹⁾的⁽⁶²⁰⁾的⁽⁶²¹⁾的⁽⁶²²⁾的⁽⁶²³⁾的⁽⁶²⁴⁾的⁽⁶²⁵⁾的⁽⁶²⁶⁾的⁽⁶²⁷⁾的⁽⁶²⁸⁾的⁽⁶²⁹⁾的⁽⁶³⁰⁾的⁽⁶³¹⁾的⁽⁶³²⁾的⁽⁶³³⁾的⁽⁶³⁴⁾的⁽⁶³⁵⁾的⁽⁶³⁶⁾的⁽⁶³⁷⁾的⁽⁶³⁸⁾的⁽⁶³⁹⁾的⁽⁶⁴⁰⁾的⁽⁶⁴¹⁾的⁽⁶⁴²⁾的⁽⁶⁴³⁾的⁽⁶⁴⁴⁾的⁽⁶⁴⁵⁾的⁽⁶⁴⁶⁾的⁽⁶⁴⁷⁾的⁽⁶⁴⁸⁾的⁽⁶⁴⁹⁾的⁽⁶⁵⁰⁾的⁽⁶⁵¹⁾的⁽⁶⁵²⁾的⁽⁶⁵³⁾的⁽⁶⁵⁴⁾的⁽⁶⁵⁵⁾的⁽⁶⁵⁶⁾的⁽⁶⁵⁷⁾的⁽⁶⁵⁸⁾的⁽⁶⁵⁹⁾的⁽⁶⁶⁰⁾的⁽⁶⁶¹⁾的⁽⁶⁶²⁾的⁽⁶⁶³⁾的⁽⁶⁶⁴⁾的⁽⁶⁶⁵⁾的⁽⁶⁶⁶⁾的⁽⁶⁶⁷⁾的⁽⁶⁶⁸⁾的⁽⁶⁶⁹⁾的⁽⁶⁷⁰⁾的⁽⁶⁷¹⁾的⁽⁶⁷²⁾的⁽⁶⁷³⁾的⁽⁶⁷⁴⁾的⁽⁶⁷⁵⁾的⁽⁶⁷⁶⁾的⁽⁶⁷⁷⁾的⁽⁶⁷⁸⁾的⁽⁶⁷⁹⁾的⁽⁶⁸⁰⁾的⁽⁶⁸¹⁾的⁽⁶⁸²⁾的⁽⁶⁸³⁾的⁽⁶⁸⁴⁾的⁽⁶⁸⁵⁾的⁽⁶⁸⁶⁾的⁽⁶⁸⁷⁾的⁽⁶⁸⁸⁾的⁽⁶⁸⁹⁾的⁽⁶⁹⁰⁾的⁽⁶⁹¹⁾的⁽⁶⁹²⁾的⁽⁶⁹³⁾的⁽⁶⁹⁴⁾的⁽⁶⁹⁵⁾的⁽⁶⁹⁶⁾的⁽⁶⁹⁷⁾的⁽⁶⁹⁸⁾的⁽⁶⁹⁹⁾的⁽⁷⁰⁰⁾的⁽⁷⁰¹⁾的⁽⁷⁰²⁾的⁽⁷⁰³⁾的⁽⁷⁰⁴⁾的⁽⁷⁰⁵⁾的⁽⁷⁰⁶⁾的⁽⁷⁰⁷⁾的⁽⁷⁰⁸⁾的⁽⁷⁰⁹⁾的⁽⁷¹⁰⁾的⁽⁷¹¹⁾的⁽⁷¹²⁾的⁽⁷¹³⁾的⁽⁷¹⁴⁾的⁽⁷¹⁵⁾的⁽⁷¹⁶⁾的⁽⁷¹⁷⁾的⁽⁷¹⁸⁾的⁽⁷¹⁹⁾的⁽⁷²⁰⁾的⁽⁷²¹⁾的⁽⁷²²⁾的⁽⁷²³⁾的⁽⁷²⁴⁾的⁽⁷²⁵⁾的⁽⁷²⁶⁾的⁽⁷²⁷⁾的⁽⁷²⁸⁾的⁽⁷²⁹⁾的⁽⁷³⁰⁾的⁽⁷³¹⁾的⁽⁷³²⁾的⁽⁷³³⁾的⁽⁷³⁴⁾的⁽⁷³⁵⁾的⁽⁷³⁶⁾的⁽⁷³⁷⁾的⁽⁷³⁸⁾的⁽⁷³⁹⁾的⁽⁷⁴⁰⁾的⁽⁷⁴¹⁾的⁽⁷⁴²⁾的⁽⁷⁴³⁾的⁽⁷⁴⁴⁾的⁽⁷⁴⁵⁾的⁽⁷⁴⁶⁾的⁽⁷⁴⁷⁾的⁽⁷⁴⁸⁾的⁽⁷⁴⁹⁾的⁽⁷⁵⁰⁾的⁽⁷⁵¹⁾的⁽⁷⁵²⁾的⁽⁷⁵³⁾的⁽⁷⁵⁴⁾的⁽⁷⁵⁵⁾的⁽⁷⁵⁶⁾的⁽⁷⁵⁷⁾的⁽⁷⁵⁸⁾的⁽⁷⁵⁹⁾的⁽⁷⁶⁰⁾的⁽⁷⁶¹⁾的⁽⁷⁶²⁾的⁽⁷⁶³⁾的⁽⁷⁶⁴⁾的⁽⁷⁶⁵⁾的⁽⁷⁶⁶⁾的⁽⁷⁶⁷⁾的⁽⁷⁶⁸⁾的⁽⁷⁶⁹⁾的⁽⁷⁷⁰⁾的⁽⁷⁷¹⁾的⁽⁷⁷²⁾的⁽⁷⁷³⁾的⁽⁷⁷⁴⁾的⁽⁷⁷⁵⁾的⁽⁷⁷⁶⁾的⁽⁷⁷⁷⁾的⁽⁷⁷⁸⁾的⁽⁷⁷⁹⁾的⁽⁷⁸⁰⁾的⁽⁷⁸¹⁾的⁽⁷⁸²⁾的⁽⁷⁸³⁾的⁽⁷⁸⁴⁾的⁽⁷⁸⁵⁾的⁽⁷⁸⁶⁾的⁽⁷⁸⁷⁾的⁽⁷⁸⁸⁾的⁽⁷⁸⁹⁾的⁽⁷⁹⁰⁾的⁽⁷⁹¹⁾的⁽⁷⁹²⁾的⁽⁷⁹³⁾的⁽⁷⁹⁴⁾的⁽⁷⁹⁵⁾的⁽⁷⁹⁶⁾的⁽⁷⁹⁷⁾的⁽⁷⁹⁸⁾的⁽⁷⁹⁹⁾的⁽⁸⁰⁰⁾的⁽⁸⁰¹⁾的⁽⁸⁰²⁾的⁽⁸⁰³⁾的⁽⁸⁰⁴⁾的⁽⁸⁰⁵⁾的⁽⁸⁰⁶⁾的⁽⁸⁰⁷⁾的⁽⁸⁰⁸⁾的⁽⁸⁰⁹⁾的⁽⁸¹⁰⁾的⁽⁸¹¹⁾的⁽⁸¹²⁾的⁽⁸¹³⁾的⁽⁸¹⁴⁾的⁽⁸¹⁵⁾的⁽⁸¹⁶⁾的⁽⁸¹⁷⁾的⁽⁸¹⁸⁾的⁽⁸¹⁹⁾的⁽⁸²⁰⁾的⁽⁸²¹⁾的⁽⁸²²⁾的⁽⁸²³⁾的⁽⁸²⁴⁾的⁽⁸²⁵⁾的⁽⁸²⁶⁾的⁽⁸²⁷⁾的⁽⁸²⁸⁾的⁽⁸²⁹⁾的⁽⁸³⁰⁾的⁽⁸³¹⁾的⁽⁸³²⁾的⁽⁸³³⁾的⁽⁸³⁴⁾的⁽⁸³⁵⁾的⁽⁸³⁶⁾的⁽⁸³⁷⁾的⁽⁸³⁸⁾的⁽⁸³⁹⁾的⁽⁸⁴⁰⁾的⁽⁸⁴¹⁾的⁽⁸⁴²⁾的⁽⁸⁴³⁾的⁽⁸⁴⁴⁾的⁽⁸⁴⁵⁾的⁽⁸⁴⁶⁾的⁽⁸⁴⁷⁾的⁽⁸⁴⁸⁾的⁽⁸⁴⁹⁾的⁽⁸⁵⁰⁾的⁽⁸⁵¹⁾的⁽⁸⁵²⁾的⁽⁸⁵³⁾的⁽⁸⁵⁴⁾的⁽⁸⁵⁵⁾的⁽⁸⁵⁶⁾的⁽⁸⁵⁷⁾的⁽⁸⁵⁸⁾的⁽⁸⁵⁹⁾的⁽⁸⁶⁰⁾的⁽⁸⁶¹⁾的⁽⁸⁶²⁾的⁽⁸⁶³⁾的⁽⁸⁶⁴⁾的⁽⁸⁶⁵⁾的⁽⁸⁶⁶⁾的⁽⁸⁶⁷⁾的⁽⁸⁶⁸⁾的⁽⁸⁶⁹⁾的⁽⁸⁷⁰⁾的⁽⁸⁷¹⁾的⁽⁸⁷²⁾的⁽⁸⁷³⁾的⁽⁸⁷⁴⁾的⁽⁸⁷⁵⁾的⁽⁸⁷⁶⁾的⁽⁸⁷⁷⁾的⁽⁸⁷⁸⁾的⁽⁸⁷⁹⁾的⁽⁸⁸⁰⁾的⁽⁸⁸¹⁾的⁽⁸⁸²⁾的⁽⁸⁸³⁾的⁽⁸⁸⁴⁾的⁽⁸⁸⁵⁾的⁽⁸⁸⁶⁾的⁽⁸⁸⁷⁾的⁽⁸⁸⁸⁾的⁽⁸⁸⁹⁾的⁽⁸⁹⁰⁾的⁽⁸⁹¹⁾的⁽⁸⁹²⁾的⁽⁸⁹³⁾的⁽⁸⁹⁴⁾的⁽⁸⁹⁵⁾的⁽⁸⁹⁶⁾的⁽⁸⁹⁷⁾的⁽⁸⁹⁸⁾的⁽⁸⁹⁹⁾的⁽⁹⁰⁰⁾的⁽⁹⁰¹⁾的⁽⁹⁰²⁾的⁽⁹⁰³⁾的⁽⁹⁰⁴⁾的⁽⁹⁰⁵⁾的⁽⁹⁰⁶⁾的⁽⁹⁰⁷⁾的⁽⁹⁰⁸⁾的⁽⁹⁰⁹⁾的⁽⁹¹⁰⁾的⁽⁹¹¹⁾的⁽⁹¹²⁾的⁽⁹¹³⁾的⁽⁹¹⁴⁾的⁽⁹¹⁵⁾的⁽⁹¹⁶⁾的⁽⁹¹⁷⁾的⁽⁹¹⁸⁾的⁽⁹¹⁹⁾的⁽⁹²⁰⁾的⁽⁹²¹⁾的⁽⁹²²⁾的⁽⁹²³⁾的⁽⁹²⁴⁾的⁽⁹²⁵⁾的⁽⁹²⁶⁾的⁽⁹²⁷⁾的⁽⁹²⁸⁾的⁽⁹²⁹⁾的⁽⁹³⁰⁾的⁽⁹³¹⁾的⁽⁹³²⁾的⁽⁹³³⁾的⁽⁹³⁴⁾的⁽⁹³⁵⁾的⁽⁹³⁶⁾的⁽⁹³⁷⁾的⁽⁹³⁸⁾的⁽⁹³⁹⁾的⁽⁹⁴⁰⁾的⁽⁹⁴¹⁾的⁽⁹⁴²⁾的⁽⁹⁴³⁾的⁽⁹⁴⁴⁾的⁽⁹⁴⁵⁾的⁽⁹⁴⁶⁾的⁽⁹⁴⁷⁾的⁽⁹⁴⁸⁾的⁽⁹⁴⁹⁾的⁽⁹⁵⁰⁾的⁽⁹⁵¹⁾的⁽⁹⁵²⁾的⁽⁹⁵³⁾的⁽⁹⁵⁴⁾的⁽⁹⁵⁵⁾的⁽⁹⁵⁶⁾的⁽⁹⁵⁷⁾的⁽⁹⁵⁸⁾的⁽⁹⁵⁹⁾的⁽⁹⁶⁰⁾的⁽⁹⁶¹⁾的⁽⁹⁶²⁾的⁽⁹⁶³⁾的⁽⁹⁶⁴⁾的⁽⁹⁶⁵⁾的⁽⁹⁶⁶⁾的⁽⁹⁶⁷⁾的⁽⁹⁶⁸⁾的⁽⁹⁶⁹⁾的⁽⁹⁷⁰⁾的⁽⁹⁷¹⁾的⁽⁹⁷²⁾的⁽⁹⁷³⁾的⁽⁹⁷⁴⁾的⁽⁹⁷⁵⁾的⁽⁹⁷⁶⁾的⁽⁹⁷⁷⁾的⁽⁹⁷⁸⁾的⁽⁹⁷⁹⁾的⁽⁹⁸⁰⁾的⁽⁹⁸¹⁾的⁽⁹⁸²⁾的⁽⁹⁸³⁾的⁽⁹⁸⁴⁾的⁽⁹⁸⁵⁾的⁽⁹⁸⁶⁾的⁽⁹⁸⁷⁾的⁽⁹⁸⁸⁾的⁽⁹⁸⁹⁾的⁽⁹⁹⁰⁾的⁽⁹⁹¹⁾的⁽⁹⁹²⁾的⁽⁹⁹³⁾的⁽⁹⁹⁴⁾的⁽⁹⁹⁵⁾的⁽⁹⁹⁶⁾的⁽⁹⁹⁷⁾的⁽⁹⁹⁸⁾的⁽⁹⁹⁹⁾的⁽¹⁰⁰⁰⁾的⁽¹⁰⁰¹⁾的⁽¹⁰⁰²⁾的⁽¹⁰⁰³⁾的⁽¹⁰⁰⁴⁾的⁽¹⁰⁰⁵⁾的⁽¹⁰⁰⁶⁾的⁽¹⁰⁰⁷⁾的⁽¹⁰⁰⁸⁾的⁽¹⁰⁰⁹⁾的⁽¹⁰¹⁰⁾的⁽¹⁰¹¹⁾的⁽¹⁰¹²⁾的⁽¹⁰¹³⁾的⁽¹⁰¹⁴⁾的⁽¹⁰¹⁵⁾的⁽¹⁰¹⁶⁾的⁽¹⁰¹⁷⁾的⁽¹⁰¹⁸⁾的⁽¹⁰¹⁹⁾的⁽¹⁰²⁰⁾的⁽¹⁰²¹⁾的⁽¹⁰²²⁾的⁽¹⁰²³⁾的⁽¹⁰²⁴⁾的⁽¹⁰²⁵⁾的⁽¹⁰²⁶⁾的⁽¹⁰²⁷⁾的⁽¹⁰²⁸⁾的⁽¹⁰²⁹⁾的⁽¹⁰³⁰⁾的⁽¹⁰³¹⁾的⁽¹⁰³²⁾的⁽¹⁰³³⁾的⁽¹⁰³⁴⁾的⁽¹⁰³⁵⁾的⁽¹⁰³⁶⁾的⁽¹⁰³⁷⁾的⁽¹⁰³⁸⁾的⁽¹⁰³⁹⁾的⁽¹⁰⁴⁰⁾的⁽¹⁰⁴¹⁾的⁽¹⁰⁴²⁾的⁽¹⁰⁴³⁾的⁽¹⁰⁴⁴⁾的⁽¹⁰⁴⁵⁾的⁽¹⁰⁴⁶⁾的⁽¹⁰⁴⁷⁾的⁽¹⁰⁴⁸⁾的⁽¹⁰⁴⁹⁾的⁽¹⁰⁵⁰⁾的⁽¹⁰⁵¹⁾的⁽¹⁰⁵²⁾的⁽¹⁰⁵³⁾的⁽¹⁰⁵⁴⁾的⁽¹⁰⁵⁵⁾的⁽¹⁰⁵⁶⁾的⁽¹⁰⁵⁷⁾的⁽¹⁰⁵⁸⁾的⁽¹⁰⁵⁹⁾的⁽¹⁰⁶⁰⁾的⁽¹⁰⁶¹⁾的⁽¹⁰⁶²⁾的⁽¹⁰⁶³⁾的⁽¹⁰⁶⁴⁾的⁽¹⁰⁶⁵⁾的⁽¹⁰⁶⁶⁾的⁽¹⁰⁶⁷⁾的⁽¹⁰⁶⁸⁾的⁽¹⁰⁶⁹⁾的⁽¹⁰⁷⁰⁾的⁽¹⁰⁷¹⁾的⁽¹⁰⁷²⁾的⁽¹⁰⁷³⁾的⁽¹⁰⁷⁴⁾的⁽¹⁰⁷⁵⁾的⁽¹⁰⁷⁶⁾的⁽¹⁰⁷⁷⁾的⁽¹⁰⁷⁸⁾的⁽¹⁰⁷⁹⁾的⁽¹⁰⁸⁰⁾的⁽¹⁰⁸¹⁾的⁽¹⁰⁸²⁾的⁽¹⁰⁸³⁾的⁽¹⁰⁸⁴⁾的⁽¹⁰⁸⁵⁾的⁽¹⁰⁸⁶⁾的⁽¹⁰⁸⁷⁾的⁽¹⁰⁸⁸⁾的⁽¹⁰⁸⁹⁾的⁽¹⁰⁹⁰⁾的⁽¹⁰⁹¹⁾的⁽¹⁰⁹²⁾的⁽¹⁰⁹³⁾的⁽¹⁰⁹⁴⁾的⁽¹⁰⁹⁵⁾的⁽¹⁰⁹⁶⁾的⁽¹⁰⁹⁷⁾的⁽¹⁰⁹⁸⁾的⁽¹⁰⁹⁹⁾的⁽¹¹⁰⁰⁾的⁽¹¹⁰¹⁾的⁽¹¹⁰²⁾的⁽¹¹⁰³⁾的⁽¹¹⁰⁴⁾的⁽¹¹⁰⁵⁾的⁽¹¹⁰⁶⁾的⁽¹¹⁰⁷⁾的⁽¹¹⁰⁸⁾的⁽¹¹⁰⁹⁾的⁽¹¹¹⁰⁾的⁽¹¹¹¹⁾的⁽¹¹¹²⁾的⁽¹¹¹³⁾的⁽¹¹¹⁴⁾的⁽¹¹¹⁵⁾的⁽¹¹¹⁶⁾的⁽¹¹¹⁷⁾的⁽¹¹¹⁸⁾的⁽¹¹¹⁹⁾的⁽¹¹²⁰⁾的⁽¹¹²¹⁾的⁽¹¹²²⁾的⁽¹¹²³⁾的⁽¹¹²⁴⁾的⁽¹¹²⁵⁾的⁽¹¹²⁶⁾的⁽¹¹²⁷⁾的⁽¹¹²⁸⁾的⁽¹¹²⁹⁾的⁽¹¹³⁰⁾的⁽¹¹³¹⁾的⁽¹¹³²⁾的⁽¹¹³³⁾的⁽¹¹³⁴⁾的⁽¹¹³⁵⁾的⁽¹¹³⁶⁾的⁽¹¹³⁷⁾的⁽¹¹³⁸⁾的⁽¹¹³⁹⁾的⁽¹¹⁴⁰⁾的⁽¹¹⁴¹⁾的⁽¹¹⁴²⁾的⁽¹¹⁴³⁾的⁽¹¹⁴⁴⁾的⁽¹¹⁴⁵⁾的⁽¹¹⁴⁶⁾的⁽¹¹⁴⁷⁾的⁽¹¹⁴⁸⁾的⁽¹¹⁴⁹⁾的⁽¹¹⁵⁰⁾的⁽¹¹⁵¹⁾的⁽¹¹⁵²⁾的⁽¹¹⁵³⁾的⁽¹¹⁵⁴⁾的⁽¹¹⁵⁵⁾的⁽¹¹⁵⁶⁾的⁽¹¹⁵⁷⁾的⁽¹¹⁵⁸⁾的⁽¹¹⁵⁹⁾的⁽¹¹⁶⁰⁾的⁽¹¹⁶¹⁾的⁽¹¹⁶²⁾的⁽¹¹⁶³⁾的⁽¹¹⁶⁴⁾的⁽¹¹⁶⁵⁾的⁽¹¹⁶⁶⁾的⁽¹¹⁶⁷⁾的⁽¹¹⁶⁸⁾的⁽¹¹⁶⁹⁾的⁽¹¹⁷⁰⁾的⁽¹¹⁷¹⁾的⁽¹¹⁷²⁾的⁽¹¹⁷³⁾的⁽¹¹⁷⁴⁾的⁽¹¹⁷⁵⁾的⁽¹¹⁷⁶⁾的⁽¹¹⁷⁷⁾的⁽¹¹⁷⁸⁾的⁽¹¹⁷⁹⁾的⁽¹¹⁸⁰⁾的⁽¹¹⁸¹⁾的⁽¹¹⁸²⁾的⁽¹¹⁸³⁾的⁽¹¹⁸⁴⁾的⁽¹¹⁸⁵⁾的⁽¹¹⁸⁶⁾的⁽¹¹⁸⁷⁾的⁽¹¹⁸⁸⁾的⁽¹¹⁸⁹⁾的⁽¹¹⁹⁰⁾的⁽¹¹⁹¹⁾的⁽¹¹⁹²⁾的⁽¹¹⁹³⁾的⁽¹¹⁹⁴⁾的⁽¹¹⁹⁵⁾的⁽¹¹⁹⁶⁾的⁽¹¹⁹⁷⁾的⁽¹¹⁹⁸⁾的⁽¹¹⁹⁹⁾的⁽¹²⁰⁰⁾的⁽¹²⁰¹⁾的⁽¹²⁰²⁾的⁽¹²⁰³⁾的⁽¹²⁰⁴⁾的⁽¹²⁰⁵⁾的⁽¹²⁰⁶⁾的⁽¹²⁰⁷⁾的<

社会科学的创造推动的。在社会科学的创造中，法律创造是其重要内容，法律制度的创造主要是靠法律实践提供的。在法律实践中，最具有活力的就是当事人签订的设立它们之间权利义务关系的合同。当这种权利义务关系具有普遍性和稳定性时，就需要以法律对其进行固定。一个社会究竟赋予其制度什么样的内容，只能由该社会的成员根据自己的经验和价值观念来决定，它只能通过渐进的、演化性的试错过程来发现。尊重委托理财合同，就是发现这种法律规定的重要过程。财产包含着“一个无限期的权利束。这些权利是由需求和人的创造性来创立和划分的”。^[43]

但是，我们并不能保证当事人之间自发的委托理财合同内容，都符合各方个体利益、社会整体利益的需要。在这些合同内容侵害到某个体的利益或者社会整体利益时，我们就有必要对其合法性进行法律审查。在现行法律规范没有能力对其做出直接的评价时，或者现行法律规范对该行为不完全适用时，我们只能根据具体情况按照法律关系的思路解决。即原则上适用某法律关系解决这一法律问题，或者在对某其做出扩大或缩小解释后适用该规范。当然，这必须在法律原则许可的范围内。它不再只是取向于法律理由、法律内存的目的本身，毋宁更以超越这些的法律思想为根据。这种法的续造当然不能抵触法秩序的一般原则及宪法的价值秩序，事实上惟其与之一致，其始能被正当化”。^[45]

法的核心价值是其确定性，正是由于法律的这些价值特点，它是最优良的统治者。^[46]如果长期按照准法律关系的原则进行司法，就会使法的确定性价值受到极大的损害。当我们授予法官较大的自由裁量权时，不得不时刻担心它会给司法公正带来的影响。自古以来的经验表明，一切被授予权力的人都容易滥用权力，没有法治。国家便将腐化堕落”。在某种委托理财法律关系成为一种普遍接受的关系，并且从发展的角度看在以后相当长的时间内会比较稳定的条件下，就必须进行现行法律的修改，或者以新的立法来规范这种行为。它不仅是法律确定性的需要，也是稳定委托理财法律关系，节约社会交易成本，提高委托理财效率的需要。合法权利的初始界定会对经济制度运行的

效率产生影响。权利的一种调整会比其他安排产生更多的价值。⁽⁴⁸⁾制度是经受了时间检验的“知识仓库”，它有助于使契约伙伴节约缔约成本和履约成本，它建立起降低交易成本所必需的信任。⁽⁴⁹⁾

注

- (1) 刘少军·一九六三年二月生，先后就读于现东北财经大学、中南财经政法大学、中国政法大学，获得经济学学士、硕士和法学博士学位。现任中国政法大学教授、博士生导师，财税金融法研究所所长，金融法研究中心主任。
- (2) 参见我国《贷款通则》第七条，以及《关于商业银行开办委托贷款业务有关问题的通知》的规定。
- (3) 参见我国《商业银行个人理财业务管理暂行办法》第二条，以及相关法规的规定。
- (4) 参见我国《商业银行开办代客境外理财业务管理暂行办法》第二条，以及相关法规的规定。
- (5) 参见我国《商业银行法》第三条、第四三条的规定。
- (6) 参见尹龙著·《商业银行理财业务的发展与监管》，《中国金融》二〇〇五年第五期。
- (7) 参见廖佳馨著·《我国私人理财业务的现状及发展对策》，《海南金融》二〇〇五年第八期。
- (8) 参见我国一九九八年《证券法》第一四二条、二〇〇五年《证券法》第二二五条、第二二七条、第一四二—一四四条等的规定。
- (9) 参见《关于规范证券公司受托投资管理业务的通知》，以及现行《证券公司客户资产管理业务试行办法》第四条的规定。
- (10) 参见周书民著·《试论证券市场委托理财的民事赔偿责任》，载于《规划·规范·规则·规则》第六届中国律师论坛优秀论文集》，中国政法大学出版社二〇〇六年版。
- (11) 二〇〇四年九月底，光大银行首先取得了银监会的批复，开始了人民币委托理财业务，试点发行人民币委托理财产品。二〇〇四年一月四日中信实业银行也收到银监会批复，成为国内第一家正式开办人民币理财业务的商业银行。
- (12) 如《商业银行个人理财业务管理暂行办法》，《商业银行个人理财业务风险管理指引》，《商业银行开办代客境外理财业务管理暂行办法》，以及《关于进一步规范商业银行个人理财业务有关问题的通知》等。
- (13) 参见陈剑辉、鲁玲著·《商业银行信托类理财业务分析与展望》，《金融与保险》二〇〇八年第一期。

- (14) 参见高民尚著·《关于审理证券、期货、国债市场中委托理财案件的若干法律问题》，载于奚晓明主编·《民商事审判指导》（二〇〇六年第一辑）（总第九辑）人民法院出版社二〇〇六年版。
- (15) 参见我国《信托法》，《信托投资公司管理办法》，《信托投资公司资金信托管理暂行办法》，以及《信托公司受托境外理财财务管理暂行办法》等对信托投资公司业务范围的规定。
- (16) 参见我国《贷款通则》第七条，《关于商业银行开办委托贷款业务有关问题的通知》，《商业银行个人理财业务管理暂行办法》第二条、第七、一五条，以及《商业银行开办代客境外理财业务管理暂行办法》第二条、第二二条等的规定。
- (17) 参见我国《证券公司客户资产管理业务试行办法》第五条、第一条、第三三条，以及《基金管理公司特定客户资产管理业务试点办法》，《证券公司集合资产管理业务实施细则（试行）》，《证券公司定向资产管理业务实施细则（试行）》等的规定。
- (18) 参见高民尚著·《关于审理证券、期货、国债市场中委托理财案件的若干法律问题》，载于奚晓明主编·《民商事审判指导》（二〇〇六年第一辑）（总第九辑）人民法院出版社二〇〇六年版。
- (19) 参见我国《合同法》第三九六条、第三九八条、第三九九条、第四〇四条等的规定。
- (20) 参见我国《合同法》第六一条、第四一四条、第四一五条、第四一六条、第四一八条、第四二二条等的规定。
- (21) 参见宋航著·《委托理财纠纷案件疑难问题探析》，载于《中外民商裁判网》。www.zymscp.com。
- (22) 参见我国《合同法》第一九六条、第一九九条、第二〇二条等的规定。
- (23) 参见高民尚著·《关于审理证券、期货、国债市场中委托理财案件的若干法律问题》，载于奚晓明主编·《民商事审判指导》（二〇〇六年第一辑）（总第九辑）人民法院出版社二〇〇六年版。
- (24) 参见我国《民法通则》第三〇条、第三一一条、第三二条、第三五五条等的规定。
- (25) 参见高民尚著·《关于审理证券、期货、国债市场中委托理财案件的若干法律问题》，载于奚晓明主编·《民商事审判指导》（二〇〇六年第一辑）（总第九辑）人民法院出版社二〇〇六年版。
- (26) 参见宋航著·《委托理财纠纷案件疑难问题探析》，载于《中外民商裁判网》。www.zymscp.com。
- (27) 参见我国《信托法》第二条、第一四条、第一五条、第一六条、第一八条等的规定。
- (28) 参见我国《信托投资公司管理办法》，《信托投资公司资金信托管理暂行办法》，《贷款通则》，《关于商业银行开办委托

贷款业务有关问题的通知》、《证券公司客户资产管理业务试行办法》、《关于规范证券公司受托投资管理业务的通知》等的规定。

(29) 参见我国《信托投资公司管理办法》、《信托投资公司资金信托管理暂行办法》、《贷款通则》、《关于商业银行开办委托贷款业务有关问题的通知》、《证券公司客户资产管理业务试行办法》、《关于规范证券公司受托投资管理业务的通知》等的规定。

(30) 《一九三四年美国证券交易法》第三条第A款第四项把“经纪人”广泛地定义为“任何代理他人从事证券交易业务的人，但不包括银行”。该法注释中说明：“经纪人”纯粹是代客买卖、担任委托客户之代理。

(31) 在日本证券交易制度中，将在证券交易中证券公司接受客户委托，以证券公司名义为客户买卖证券规定为“佣金代理”，并规定佣金代理适用《日本商法典》关于行纪的规定。我国台湾地区《证券交易法》第十五条、第一六条也明确规定，从事有价证券买卖之行纪或居间者为证券经纪人。

(32) 我国《证券法》明确规定这种法律关系为经纪关系，对此在实践上已经没有再争论的必要。参见我国《证券法》第二二五条、第一三六条、第一四〇条、第一四三条、第二二二条、第二二〇条等的规定。

(33) 参见我国《刑法》第一七六条的规定，以及相关法规的限制性规定。

(34) 夏斌、陈道富著：《中国私募基金报告》，上海远东出版社二〇〇二年版，第四六—四七页。

(35) 《中华人民共和国刑法》第一七九条规定了擅自发行股票、公司、企业债券罪，第一九二条规定了集资诈骗罪；《最高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》规定非法集资是指法人、其他组织或者个人，未经有权机关批准，向社会公众募集资金的行为。

(36) 关于存款货币法律关系的具体内涵，请参考刘少军 王一轲著，《货币财产（权）论》，中国政法大学出版社二〇〇八年版。

(37) [德]迪特尔·梅迪库斯著，邵建东译：《德国民法总论》，法律出版社二〇〇〇年版，第一四三页。

(38) 刘少军著：《法边际均衡论》（中青年法学文库），中国政法大学出版社二〇〇七年版，第二二二页。

(39) [美]哈罗德·J·伯尔曼著，贺卫芳等译：《法律与革命》，中国大百科全书出版社一九九六年版，第四四页。

(40) 刘少军著：《法边际均衡论》（中青年法学文库），中国政法大学出版社二〇〇七年版，第六〇—六一页。

- (41) [英] J·D·贝尔纳著，陈体芳译：《科学的社会功能》，商务印书馆一九八五年版，第五四八页。
- (42) [美] 约翰·罗尔斯著，何怀宏等译：《正义论》，中国社会科学出版社二〇〇三年版，第五页。
- (43) 刘少军著：《法际均衡论》（中青年法学文库），中国政法大学出版社二〇〇七年版，前言第三页。
- (44) [德] 柯武刚 史漫飞著，韩朝华译：《制度经济学》，商务印书馆二〇〇二年版，第二页、第三二九页。
- (45) [德] 卡尔·拉伦茨著，陈爱娥译：《法学方法论》，商务印书馆二〇〇三年版，第二八七页。
- (46) [古希腊] 亚里士多德著：《政治学》，商务印书馆一九八三年版，第一七一页。
- (47) [法] 孟德斯鸠著，吴寿彭译：《论法的精神》（上），商务印书馆一九八二年版，第一五〇页、第二九八页。
- (48) [美] 科斯著，盛洪译：《企业、市场和法律》，上海三联书店一九九〇年版，第九五页。
- (49) [德] 柯武刚 史漫飞著，韩朝华译：《制度经济学》，商务印书馆二〇〇二年版，第二三三页。