

# “兜底”只是传说 “飞单”揭露银行理财新风险

在银行购买的理财产品一定是“银行”出品吗?那可不一定,其管理人可能是基金、保险、信托甚至是不知名的机构。如果说,2008年合格境内机构投资者(QDII)理财大面积亏损,让投资者清醒认识到“预期收益”和“实际收益”的巨大差别,那么,银行“飞单”事件再次敲响警钟:所有的银行理财都有人为的道德风险,所谓担保机构“兜底”只是一个传说。

证券时报记者 陈春雨

## 银行现“飞单” 投资者提出索赔

2011年11月,某银行上海分行嘉定支行业务经理向客户推荐了一款名为“中鼎财富一号股权投资计划”的理财产品。该期产品于2011年11

月25日推出,预期收益11%,产品期限为1年,通商国银资产管理人作为资产管理人,担保方均为中发投资担保有限公司。2012年11月,资金实际使用人被河南郑州警方控制,该理财产品无法兑现收益。经查明,该产品未在某银行总行报备过,属于私募产品。担保方亦表示,由于融资项目提供虚假资料,涉嫌诈骗,从而拒绝承担担保责任。

明明是在银行购买的产品,为何转眼变成了并非银行发行的“私生子”?其实这是很多投资者目前会犯的一个错误:在银行购买的产品都是银行发行的理财产品。实际上,据银率网分析师介绍,目前投资者在银行购买的产品从管理权责上分两类:一类是银行自己发行管理的

产品,投资者接触最多的就是银行理财产品;另一类就是银行代销的产品,像基金、信托、私募、保险等产品。这类产品银行只是代理销售产品,盈亏都由管理公司负责。换句话说,银行对这类产品的亏损或风险不负有责任。某银行“飞单”事件中,引发争议就是一款有限合伙私募基金。目前,投资者已向银行提出索赔。

## 个人行为还是表见代理 法律界观点不一

近年来,随着理财市场的兴起,类似纠纷层出不穷。但纵观历史诉讼案件,只有少数幸运者最终获得银行赔偿或和解,多数以败诉告终。在上述案件上,律师观点也出现争议。

威诺律师事务所杨兆全律师认为,上述银行事件是理财经理的个人行为,首先没有证据证明银行授意理财经理销售该款产品;其次,银行没有从事获取利益。按照常规,银行代销第三方产品是需要收取代理费用的,银行未从涉案私募基金中收取任何费用。但这并不意味着银行可以逃避责任,杨兆全律师表示,从目前情况看,理财经理的销售行为银行是知情的。表面证据显示,支行相关领导也购买了该款产品。在办公时间、办公地点销售银行代销范围之外的产品,属于员工约束不当,银行要承担监管职责。

未名律师事务所律师张洪明表达了

不同意见,他认为,如果有证据证明业务经理推荐理财产品是接受上级的指令命令进行的,那么其行就属于职务行为。此外,案发当时银监会等管理部门未禁止银行代销私募理财产品,如果银行在代销私募产品过程中未承诺保底,则不属于违规经营,而是代销产品过程中的管理不当。如果基于管理不当给他人造成损失的,应当承担民事责任。

广东经天律师事务所郑名伟则表示,推荐理财产品的业务经理是银行员工,由于出售产品的行为是在工作时间、工作地点完成,符合表见代理特征。合同法第49条对表见代理作出规定,行为人没有代理权、超越代理权以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。

郑名伟解释说,在该支行诸多员工知情的情况下,投资者有理由相信,该银行员工能够代表银行。这是本案投资者可能获胜的关键。此案例的矛盾焦点不在于合同条款,而在于银行理财经理明知该产品既没有经过银行总行同意成立,也没有在银监会“备案”,仍向客户进行销售。支行领导在知情情况下没有进行阻止,一旦认定符合“表见代理”,银行要承担大部分责任。

## 理财风险浮出水面 金融机构率先维权

而上述事件远远没有落幕,或者说,仅是冰山一角的开始。就在此后不

久,另一家银行浙江金华商厦支行也被指涉入代销售案件。在浙江金华,有10多位农民拿到1200万元的拆迁征地补偿款,因受到该客户经理持续推广,购买了银行理财产品。谁料,资金遭到易手和冻结,转入了客户经理的控制范围,至今仍有400万元的款项没有追回。

另一方面,金融机构自身也加大了对“飞单”的监管。华侨银行一客户经理陆某,跳槽到第三方理财机构恒天财富担任负责人。在原同事的介绍下,陆某向华侨银行一位客户兜售信托理财产品。目前,华侨银行将第三方理财机构恒天财富告上法庭,理由是对方不正当竞争,目前此案正在审理中。

为何类似案件层出不穷?理财师姜龙军认为,从表面上是理财经理的短期逐利行为,但深层次的原因还是理财市场大发展暴露出的管理风险。从2004年诞生以来,银行理财产品余额已超过7万亿元,发展速度十分迅猛。姜龙军表示,目前从“飞单”性质上看,其都是收益高、风险高的私募产品,比如一些有限合伙理财产品。一些质地差甚至是虚假的项目,在无法通过银行、信托风控关的情况下,都会采用这种模式来包装募集资金。它们不受“三会”监管,银行也不允许发行此类产品,在代销上也有限制。在现有条件下,此类产品是不允许进行广告宣传,只能在特定范围之内向特定客户销售,而第三方理财公司就瞄准了这一市场,成为代

商。但这些代销售客户实力也很薄弱,在无法和银行渠道正式签约的情况下,开始走“偏门”,和银行理财经理合作,将产品销售给银行的客户,并以11%以上的年化收益率引投资者“上钩”。理财经理可从中提成,但银行不会从中获得任何收入,这就是“飞单”。实际上,在提成上,银行理财经理正常销售合作的信托理财产品佣金提成只有千分之一左右,如果私下卖“飞单”提成可达1%,甚至更高。

杨兆全律师认为,上述现象的出现还是由于银行理财产品种类增加,参与其中的机构也越来越多。它们之间形成比较激烈的竞争,如华侨银行事件中,员工从银行跳槽到第三方公司之后,还拿着原来公司的名片做事,显然是不合适,也是不适当的。但若判定第三方理财公司是正当竞争,首先要看个人行为和公司行为联系起来,至少要有证据表明公司要求,或者授意这么做,如录音、电子邮件等证据。实际上,为避免事后出现此类问题,公司完全可以在员工入职时签订这样一个条款,要求员工离职后一段时间内,不能在同类型公司从事类似职业,或者利用前公司潜在客户资源。他认为,虽然上述事件都发生在金融理财领域,但法律关系还是常见的法律关系,比如竞争法、劳动法、合同法这些领域。只要金融机构加强常规法律风险防范,加强对员工的监管,就能有效减小风险。

# 你见或者不见 风险就在那里

薛洪增

近期,多家银行因销售的理财产品到期不能兑现或呈现巨额亏损而遭到客户投诉,甚至发生了群众抗议情况。这些状况的出现,再次向投资者揭示了金融理财产品的投资风险。概括而言,金融理财产品既包括银行自身研发并销售的理财产品,也包括其他金融机构如保险公司、证券公司、信托公司、基金公司等研发自行销售或者委托银行代理销售的理财产品。但无论是前者还是后者,都无一例外存在着各种风险。也许你见,或者不见,风险就在那里,不偏不倚……

首先,金融理财产品自身存在的风险。金融理财产品的研发具有专业化和技术化特征。在金融理财产品研发过程中,研发人员对理财资金的使用、市场行情的分析、预期收益的判断、各种风险的预测等等都处于预评估阶段。如果金融机构在金融产品研发过程中理性不足,过于乐观地判断了各种形势,则必然导致其研发的理财产品存在先天不足。投资者购买了这类存在先天不足的金融理财产品,不能获得预期回报的可能性就会大大增加。

其次,金融理财产品正常经营风险。就像理想与现实总会有所差异一样,金融理财产品研发预测与实际经营状况也总会存在差异,比如实际收益与预期收益之间的细微变化等。这种差异是由多方面因素决定的,也是金融理财产品在运行过程中无法回避的。投资者因金融理财产品正常经营风险所导致的

实际收益低于预期收益部分的差额,只能由投资者自行承担,产品发行者和销售者均不用承担任何责任。

第三,金融理财产品非法经营风险。在经营过程中,金融理财产品发行者应当将集合资金用于理财产品发行计划的约定用途,资金监管机构也应当依法履行资金监管职责,保证理财资金专款专用。但实际运行中,资金监管机构急于履行监管职责、理财产品发行者擅自改变集合资金用途,违规借贷给第三人使用、超出理财范围挪用资金用于投资或工作人员为自己进行股票投资、理财账户与自营账户混同经营、集合资金管理未尽注意义务或相互串通导致客户委托资金被挪用等等情形大量存在。由此产生的风险完全归结于理财产品发行者管理不善或非法经营所致,基于此而给投资者造成损失的,应当由责任人承担赔偿责任。

第四,金融理财产品销售者虚假宣传风险。金融理财产品往往具有高度复杂和技术性强的特点。销售产品的人员为了扩大自身销售业绩,在销售金融理财产品时,往往误导消费者,违规承诺无法保证的高额收益,违背客户适当性原则,将高风险金融理财产品销售给缺乏风险识别能力和风险承受能力的老年人或下岗职工。销售产品的人员甚至通过签订阴阳合同,口头承诺理财产品高收益率,但不进行书面承诺;或采取“高压销售法”、“饥饿销售法”,不给消费者充分的思考决策时间,迫使其仓促做出投资决策;变相公开销售私募股权基金产品等银行禁售理财产品。或

者,银行员工利用银行工作人员身份和银行信用,私自代销售金融理财产品等方式,进行不当宣传,推荐理财产品,从而使投资者上当受骗,遭受损失。

当然,除了上述风险外,金融理财产品的合同文本还通过条款复杂化、专业化,霸王条款,不规定产品发行者和销售者违约责任,预留合同解释权和纠纷管辖权等片面强调发行者利益,剥夺消费者的知情权和公平交易权,侵害金融消费者的合法权益。

立法方面,我国有关金融理财的立法远远落后于金融实务的发展,特别是关于规范金融理财行为,保护金融消费者合法权益的法律、行政法规,目前几乎仍是空白。由于金融理财行为的不规范,理财产品花样的不断翻新,导致法律界和金融界对金融理财行为的法律性质也产生了极大争议,委托代理说、财产信托说和新型合同说等相互争执不下。由于没有独立第三方中介机构的介入,金融理财产品的设计是否存在先天缺陷,投资者的损失如何界定等,在司法实践中也很难解决。这些都导致金融消费者因购买金融理财产品而遭受损失时,其合法权益很难得到维护。

所以,我们在呼吁尽快加快金融理财消费立法步伐的同时,更应当呼吁投资者不断提高风险防范意识。在做出投资决策之前,投资者应该详细了解金融理财产品的情况,了解产品研发者和销售者的信誉,预先了解可能存在的各种风险,以便自己利益受到侵害时能及时寻求法律途径维护自身合法权益。

(作者单位:河北功成律师事务所)

# 判断是否代销 看协议有无银行公章

判断某种“代销银行理财产品”是否真为“代销”,投资者可通过查银行网站上是否有公告、查网上银行代销产品目录等途径识别。

受银行“飞单”事件发酵影响,日前,银监会办公厅下发《关于银行业金融机构代销业务风险排查的通知》,要求各银行业金融机构要加强内部管理,对本行代理销售的第三方产品的业务流程进行全面风险排查。通知要求,各银行业金融机构总行应对照代销产品清单,对本行的销售系统进行自查。特别是对客户经理和理财销售经理等一线人员的销售行为进行重点排查。通过各种方式,对照代销产品清单,重点检查是

否存在擅自推荐或销售未经批准的第三方机构产品的现象。

记者近日走访深圳各家银行网点发现,私募、信托等产品已经难觅踪影。各家银行代售的基金产品以公募基金为主。但也有私募表示,接到国有大行邀请,为其私人客户银行订制股票投资类产品。对于风险承受能力较强的高净值客户,私募产品仍有较大吸引力。

对于投资者来说,面对此类事件,其自身利益如何保护呢?有理财师表示,如果是银行自行开发的产品,合同甲乙双方为投资者与银行,且会加盖银行公章;同时,目前1年期内的银行开发产品,收益率很少超过8%。银行也会“代销”其他投资产品,如销售基金、信托计划、私募股权基金等。但银行仅为发行渠道,不对产品收益承担风

险。判断某种“代销产品”是否真为“代销”,投资者可通过查银行网站上是否有公告、查网上银行代销产品目录等途径识别。值得注意的是,即便是代销,银行所有的分支机构销售的理财产品必须向总行和当地银监局报备,且在购买协议上附有银行公章,而没有进入银行代销目录则没有此公章。

对于此次惹出争议的有限合伙私募基金,银率网分析师牛雯认为要特别关注,因为该类产品以合伙制企业形式存在,只要工商注册即可成立,不受“三会”监管。投资者不能从招募说明书中看到相应的投资风险,只能依靠自己对公司进行调查。在面洽这类投资产品时,可尽量选择熟悉的、或者管理人是业内知名公司,有比较强的集团背景,给产品的安全性多一份保障。

(陈春雨)

