

Trust
the [asue]

上海财经大学出版社

我国信托法律制度
移植研究

◎ 康锐 著

上海市重点学科(第二期)项目(T604)

我国信托法律制度移植研究

康 锐 著

 上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

我国信托法律制度移植研究/康锐著. —上海:上海财经大学出版社,
2008. 10

ISBN 978-7-5642-0339-9/F · 0339

I. 我… II. 康… III. 信托法-研究-中国 IV. D922. 282. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 149233 号

☐ 责任编辑 刘 兵

☐ 封面设计 钱宇辰

WOGUO XINTUO FALÜ ZHIDU YIZHI YANJIU

我国信托法律制度移植研究

康 锐 著

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

上海竞成印务有限公司印刷装订

2008 年 10 月第 1 版 2008 年 10 月第 1 次印刷

890mm×1240mm 1/32 7.25 印张 208 千字

印数: 0 001—1 500 定价: 20.00 元

序

2001年《中华人民共和国信托法》的出台,标志着我国正式确立了信托制度,信托活动的规范发展走上了法制化的轨道。它为我国信托活动的开展提供了理论基础和法律依据,对完善我国社会主义市场经济法律体系,具有非常重要的意义。

大部分国家在引进信托制度时,都继受了信托的本质和基本原理,如信托财产的独立性、受托人的谨慎勤勉义务等。但并非都是拿来主义,有的进行了创新发展,有的将某些内容作了移植,有的结合本国传统作了变动。美国对信托的贡献在于赋予了信托更多的商业功能,完成了个人信托向法人信托的过渡、民事信托向金融信托的转变。日本结合国情,也对信托业务和经营方式给予了发展。可以说,世界各国的信托原理虽然相通,但国家与国家之间对信托的相互引进、借鉴,在具体规则上并没有统一的理解、统一的模式,在某一具体信托品种的设计上,可能还存在相互矛盾的地方。中国引入信托制度,也结合国情作了改进和创新,但它没有否定信托的本义,是结合中国实际和成文法特点对信托制度的又一次借鉴和发展。

信托作为源自普通法国家的一种灵活便利的财产管理制度,通过信托立法在我国加以移植以后,在财产管理、资金融通、投资理财等市场经济领域得到了广泛应用。在今年汶川地震之后的灾区捐助、重建工作中,公益信托的独特功能也获得了更多的认识,社会各界对信托制度的关注正在逐步增多。但信托制度毕竟属于移植而来的制度,加之我国仍在不断变革的制度环境,其间也可能产生法律“本土化”中难以避免的各类问题,因此需要认知、理解、接受、适应、改良、植根、生长并不断优化的制度变迁过程,需要更多的学者对信托制度的移植、实践和

发展给予更多的研究。

自从制度与经济发展之间的关系得到认可,作为正式制度之一的法律就在社会生活中扮演着重要的角色。对我国而言,引入加快市场经济发展的制度,尤其是那些促进财富向资本转化的制度固然有着独特的价值,然而,在法律选择以及后续立法目标的实现过程中,成本—收益这个经济学指标也应得到相应的重视。近年来,引入经济学原理对法律制度进行的相关研究正在逐渐增多。这种交叉学科的研究有助于我们更为具体地解释立法与经济发展之间的相互关系,并特别有助于将抽象的法律选择转化为现实生活中理性人的自然反应。我很欣喜地看到,康锐副教授的这本著作正是选取了这样一个新颖的研究视角。她认为成本—收益的改变应当是信托法律制度移植的基本动因,并以此为基点,将我国信托法的颁布实施定位为政府效用最大化驱动下的强制性法律制度变迁。随后通过描述特定的约束条件和路径依赖,解释和评价了我国法律移植模式对于信托法律制度移植产生的具体影响,并通过信托法颁布后的法律实施效果加以印证。这一研究丰富了目前仍属有限的信托基础理论研究,有助于我国信托文化的培育和形成。

本书作者康锐副教授近年来专注于信托法研究,积累了不少研究成果。值此著作出版之际,受邀为其作序,我感到非常高兴。希望本书能为信托制度研究添砖加瓦,并得到广大信托研究和实务界人士的关注。

蔡枢远

2008年9月18日于北京

内容提要

法律制度移植的经济学研究在我国非常薄弱。本书拟从成本—收益角度分析信托制度的潜在收益,由此出发解释我国信托制度的移植诱因、模式和内在机制。

本书通过剖析信托的各个交易环节及其交易成本的变化情况,并将其与替代制度中的交易成本进行比较,研究表明信托制度提供了一套特定的备用规则和信托信号,从而有助于降低交易成本,使得普通法下的信托制度蕴含内在效率机制,能够成为有效的财产管理制度并具有可移植性。

伴随我国近年来经济发展和财富管理市场形成的若干变化,本书通过分析影响信托制度需求和供给的相关因素,发现我国财产管理制度仍存在着制度非均衡状况。信托制度尽管具备潜在收益并已经以“私募基金”等形式自发出现,但由于社会环境不支持自发变迁,初级行动集团的创新尝试亦无法支付足够的成本,信托制度潜在收益难以固化,这表明我国并不具备信托制度内生的土壤。信托制度移植除了能够有效改变财产管理制度领域供给不足现象之外,通过国家颁布《信托法》自上而下地移植信托制度,移植成本不仅较低且可以迅速实现国家供给意志主导下的潜在收益内部化。当作者将信托制度移植的初始条件引入制度变迁分析框架之后,发现约束条件的作用决定了我国信托制度移植的模式是需求主导下的强制性变迁,我国特殊的市场经济转型过程和大陆法法律背景则构成了制度移植中的路径依赖,从而可能改变制度的作用机制甚至影响信托制度移植之后的效率实现。

为进一步考察及证明信托制度移植效果与移植模式之间的相互影响,并填补法律制度实施方面的研究空白,作者将法律制度作为外生变

量,根据法律差异导致金融增长乃至经济增长的逻辑关系设计了信托制度移植效果的分析模型。该模型仍然从成本—收益角度出发,基于我国从事信托业务的金融中介数量和受托财产数量变化指标研究了信托制度实施之后的收益变化;根据《信托法》颁布后的立法成本和执行成本情况阐述了信托制度移植模式对于信托制度移植成本的影响,并为我国下一步信托制度配套制度的完善提供了分析依据和完善方向。

目 录

序.....	1
内容提要.....	1
第1章 绪论.....	1
一、研究背景	1
二、研究意义	3
三、研究内容的界定	7
四、前人的研究进展	8
五、结构安排.....	12
六、研究方法.....	16
第2章 制度移植的研究综述	19
一、制度移植的基本动因研究.....	19
二、法律移植的可行性研究.....	25
三、法律移植效果及其影响因素研究.....	27
四、本章小结.....	34
第3章 信托制度的效率	35
一、交易成本和制度效率.....	35
二、信托制度的成本—收益分析：与合同法的比较	38

三、信托制度的成本—收益分析:与公司法的比较	56
四、本章小结	63
第4章 信托制度移植的需求因素分析	65
一、需求引发信托制度的移植	65
二、影响信托制度移植的需求因素	66
三、信托制度移植的需求函数	101
四、本章小结	103
第5章 信托制度移植的供给因素及供求均衡分析	105
一、信托制度移植之前的我国财产管理制度	105
二、制度缺失下的我国财产管理现实	111
三、影响信托制度供给的主要因素	123
四、信托制度的供给函数	129
五、信托制度移植的供求均衡分析	131
六、本章小结	133
第6章 我国信托制度移植的模式选择	135
一、信托制度移植的路径约束与模式选择	135
二、我国信托制度移植的初始条件	139
三、我国信托制度移植的模式选择及路径依赖	147
四、本章小结	159
第7章 信托制度移植的目标及其实现	161
一、我国信托制度移植的目标	161
二、信托制度移植效果的评价框架	164
三、信托制度移植的收益考察	166
四、信托制度移植的成本考察	177
五、信托制度移植效果的他国借鉴	191
六、本章小结	197

第 8 章 结语..... 199

 一、研究结论 199

 二、研究创新点 206

 三、下一步的研究 208

参考文献..... 210

后记..... 219

第1章 绪 论

一、研究背景

2001年末作者在英国研究金融法期间,旁听了伦敦大学 Alastair Hudson 教授的信托法课程,由此产生了对于信托法极大的研究兴趣。虽然作者专业背景是法学,但是由于此前我国法律体系中从未有过信托法的内容,因此信托制度对于自己来说既是全新的,又是令人兴奋的。在发达国家的金融市场上不能不提信托制度的重要地位:作为商事活动形式之一,它在金融市场上的作用堪与公司制度相媲美,信托资产总额以及基于信托的金融创新产品数量和类型都令人瞠目;同时作为独特的法律制度,它也被称为“普通法上的明珠”。

然而,国外信托制度的发达与我国国内对于信托制度的认识和运用程度却形成极大的反差。虽然我国于2001年正式颁布《信托法》,标志着从普通法国家移植引进了信托制度,但是由于这一制度并非内生于我国本土,社会各界对于信托制度的认识存在着不少偏差,这些偏差表现在以下一些方面。

(1)认为信托就是信托业,因此很自然地联想到频频给金融市场带来风险的信托投资公司的各类挤占正常金融业务的资金业务;想到20世纪90年代末期频繁遭到整顿的经营混乱的信托业,以及它们给政府信用和金融信用带来的负面影响。

(2)认为信托业务就是从各类金融机构到各级地方财政或相关部门通过自行设立信托投资公司进行的“金融百货公司”业务。信托公司

属于什么都做,什么都做不好的准金融机构,在金融分业的四大分支中将是自生自灭,迟早会被淘汰的一支,因此不需予以关注。

(3)认为信托就是“不可信”与“不可托”,在当前我国信托机制缺乏的社会环境下,信托制度的作用可以忽略不计。

(4)认为信托就是委托代理行为或者行纪行为,因此不需特别研究。

(5)认为我国《信托法》只是规范信托公司的制度规范,当前资本市场上销售火爆的基金与信托制度无关;银行、保险公司、证券公司销售的各种理财产品也与信托制度无关;私募基金等投资活动也与信托制度无关。

(6)认为《信托法》的作用仅限于帮助我国机构投资者顺利推出,除此之外,信托制度作用不大。

(7)对于近年来国际上流行的金融创新产品比如资产证券化、房地产信托投资基金 REITs 等与信托制度的关系认识不够。

(8)对于社会保障制度中企业年金管理与信托制度的关系认识不够。

(9)对于如何承认和保护我国金融市场开放后国外金融机构拥有的信托财产,以及我国金融机构在海外如何运用信托制度进行财产保护和财产管理认识不够;同时对于近年来国际上出现的原来没有信托制度的国家基于市场竞争的需要纷纷承认和接纳信托制度的趋势还认识不够。

上述认识上的偏差导致从中世纪开始就逐渐形成并在英、美国家财产管理领域发挥了重要作用的信托制度在我国并不为人所重视,由于历史的原因,我国“信托”的融资功能完全曲解了信托本来意义上的“财产管理”功能,导致对于信托制度的关注和研究大多集中在我国“信托业”的重新定位方面,而对于作为更为重要的正式制度本身——信托的内在效率机制方面的研究,以及由此带来的正式制度与金融发展、经济增长之间互动关系的研究却明显不足。因此,也促使作者产生了从法经济学角度对我国信托制度的移植问题进行剖析的研究冲动。只有着眼于制度本身效率机制的分析,才能把握信托制度移植的基本动因、

移植目标以及移植过程中的变迁规律,从而发现制度实施效果不佳的根源,找到获得最优效果的有效途径。这正是本书研究希冀达到的目标和任务,同时也是研究的基本视角。

二、研究意义

(一)现实意义

本书的研究对象表面上看是非常专业的财产管理制度——信托制度的移植问题,实际上却与公众日益增长的财富管理需求关系密切。

近年来,我国经济发展的一大显著成效就是国民财富的持续增长和财富管理市场的逐渐形成。2006年我国人均国民收入已达到1 740美元,在过去十年间增长了四倍,新增个人金融资产从现在起到2015年,将占全球新增资产的10%,仅次于美国,我国已同时成为全球二十大财富管理市场和全球财富增长最快的市场之一。目前我国的百万美元以上的富翁家庭总数排名全球第六^①,财富管理市场的需求非常强劲。仅2004、2005两年之间,我国富裕家庭的资产管理额增幅高达18%。巨大的人口基数以及改革开放带来的“帕累托效应”使得城乡家庭财富总额仍呈增长趋势,并直接推动我国国民财富的持续性上涨。我国国民投资热情高涨,其主要投资去向就是购买基金等理财产品。仅2006年,我国基金业实现净收益超过1 200亿元,基金投资者人数扩大至1 700万人;53家基金公司管理的287只基金共实现净收益1 248.30亿元,年末浮盈1 465.06亿元,较2005年的70亿元增长近38倍;基金市场规模迅速膨胀,基金资产增长率达到82.6%;基金规模突破1万亿元,基金所持有股票占沪深证券市场总流通市值将近三成^②。

信托制度移植问题的研究还有助于推动经济高速发展背景下的市场经济制度构建和完善。党的十七大首次明确提出“要创造条件让更

① 根据国家统计局向世界银行确认的统计结果和波士顿咨询公司(BCG)《2006年全球财富报告》数据而来。文雪梅.中国成为全球财富增长最快的市场之一[N].中华工商时报,2006-10-18.

② 参见:中国购买基金人数达1 700万,2006年净收益超过1 200亿[2007-04-07].
<http://finance.sina.com.cn/roll/20070407/08011319658.shtml>.

多群众拥有财产性收入”。国民财富能否伴随经济增长而同步增长,是国家保持增长潜力、变“藏富于国”为“藏富于民”的关键所在。目前,推动国民财产性收入增长过程中的许多现实问题都与制度设计有关。通过移植建立起来的信托制度如何在一个具有经济模式差异、经济发展阶段差异、法律背景差异以及转型经济特征条件下的中国顺利实施并发挥其原有的制度效率,其经验和教训都能够对我国市场经济重要法律制度的变迁模式和路径选择提供更为真实的案例。

信托制度移植研究也是开放条件下国家间市场竞争的需要。发达国家与发展中国家的区别现在更多地体现为制度差异,特别是在实现“财富”向“资本”转化的制度方面。信托制度是财富管理制度当中最为重要的一种制度形式,是共同基金、资产证券化、年金管理等资产管理活动所依托的基本制度,对于西方发达国家的金融市场发展起到了非常重要的促进作用,并得到越来越多的国家出于市场竞争需要的制度接纳。目前国内基金产品和各类金融理财产品销售火爆,表明我国国民从投资理财的角度正在逐渐接受金融市场上这类财产管理工具。然而作为“受人之托,代人理财”的信托制度正式移植毕竟只有五年多时间,加上“信托”在我国过往不佳的声誉的影响,投资者只注重回报却忽略理财产品的信托内涵;金融机构在理财市场上的激烈竞争中也往往规避理财产品的“信托”性质;信托制度的仓促移植导致信托关系实现的配套制度以及相关监管机制都还存在着问题。这些因素促使信托制度的研究应当向更加深入的方向发展,而不是仅限于信托制度的一般性介绍以及绝大多数研究所关注的“信托业发展”这样一个过于狭隘的空间。

20世纪以来,信托制度首先在普通法国家的美国和英国获得了极大发展,信托文化逐渐形成从而推动了信托制度的传播。由于信托在商业运用方面的显著功效,大陆法系国家也在陆续移植信托制度或者促使没有信托制度的国家承认他国成立的信托。在经济全球化背景下的今天,我国金融市场已经成为全球金融市场中的重要成员并正在发挥越来越大的作用。信托作为金融服务贸易中的一个类型,随着国外金融机构的走进来和我国金融机构的走出去,要求我们必须对于信托

制度的研究尽快和国外看齐,从而才能真正掌握信托制度在财产安排和管理方面的灵活性及多样性,帮助社会理解和接纳信托制度,形成信托文化,促使制度移植真正产生积极的效应。

(二)理论意义

科斯(1997)曾经指出,新制度经济学中最令人感兴趣的的就是经济学与法律的关系,但是人们更多的是用经济理论去研究立法体系,而没有对法律的改变如何影响经济运行给予应有的关注。

事实上,制度经济学的发展已经打破了法学和经济学研究的边界。以美国为代表的发达国家早在20世纪60年代就开始了法律经济学的研究,并从1981年起要求对正式法律出台进行事前经济分析和事后绩效评估,以期改变法律注重修辞或者哲学论辩的现象,强化对于法律内在作用机制和变迁规律的认识,目的是使其成为一种成本收益基础上的理性的制度选择。按照科斯(1997)的说法,法律经济学的研究内容一是用经济学来分析法律,二是研究法律体系的运转给经济体系所带来的影响。只要有人认识到效率的提高能给他带来额外价值,那么他就有动力去催生变革或者创造市场。而不同的法律体系会产生哪些影响、法律体系改变又会产生哪些影响?这都是法律经济学研究的最佳命题之一。威廉姆斯(2001)在其文章《为什么经济学、法和组织理论会汇合?》中更进一步地认为只要世界是摩擦的和动态化的,就需要将组织理论、法律和经济学结合起来解释世界,并会比单纯的交易费用更有解释力。这种交叉研究将会使经济学的研究更加脚踏实地,使法学借助于经济分析而得到理性的逻辑力量。

法经济学尽管在国外已日趋成熟,在我国才刚刚开始萌芽,但是我国正在发生的巨大社会变革却为其提供了最好的研究对象。目前,向市场经济的转型正在进行当中,法治框架的建立和有效实施已成为改革进程的中心问题。建立维持市场经济运转的基本法律框架理论上似乎非常容易——只要延续后发国家通常的做法移植先进国家的法律就能完成;然而转型经济背景、独特的政治结构、同时受前苏联社会主义法和大陆法系影响的法律传统、儒家文化和关系社会的文化特征等等,都会给制度移植带来“中国特色”的影响,从而使制度的实施机制发生

改变,并可能最终影响制度的效率。

正如黄少安(2004,2007)对法经济学研究空间提出的看法:法经济学应当进一步研究具体法律的制订、修改和实施,以便解释法律因素对于经济发展的作用机制,更好地解答制度经济学中有待发展的制度演化的若干基本理论问题;制度经济学还应当集中精力研究那些直接影响资源配置和财富演变的经济制度领域,特别应当关注间接影响资源配置和财富演变的政治制度、习俗以及惯例等。

基于以上背景,本研究的理论意义首先在于试图填补我国这一交叉领域的研究空白,从经济学的新视野运用产权理论、制度及功能理论、交易费用理论对信托制度进行研究。我国法经济学的研究对象现在还大多局限于作为公共产品的法律市场的形成机制,在具体法律制度、尤其是移植而来的正式规则研究方面还存在着很大的不足,不仅难以解释制度移植过程中供求价格的形成机制,而且对于移植成效与经济发展之间的联系缺乏有意义的分析,因而无法为法律移植的可能性和可行性提供有效的技术安排。信托制度是现代经济生活中一种具有独特价值的制度安排,其权利安排蕴含着独特的效率机制。但是长期以来,信托制度更多地被作为法律制度进行研究,经济学学者们则把对于信托的关注局限于信托业,以至于两个学科各行其是,对于我国因移植信托制度而颁布的《信托法》从经济学角度进行分析目前尚未有人涉及。

其次,本研究除了拓展经济学的研究对象之外,还力求在法律移植的研究方法上有所突破,将交易成本、制度变革与创新等经济学的研究思路运用于法律移植问题的研究,从而丰富并提升我国法经济学的研究内容和水平。信托制度研究尽管在我国正在逐步深入,但基本上都是采用法学研究的规范分析或比较分析方法,内容也局限于各国信托法在权利义务规范方面的比较分析,其研究视角和研究方法尚显不足,因此在解释信托制度的内在效率机制和制度变迁过程方面结论较为单一和缺乏说服力。本研究试图将经济分析方法带入信托制度问题研究,以期改善法律制度研究中一成不变的研究方法,从成本—收益角度寻找信托制度的效率属性,以便更好地本着制度变迁的演进模式审视我国信托制度移植的潜在收益需求及其实现。

第三,本研究还将通过转型条件下特定法律制度变迁的实证分析,发展和深化我国制度经济学的相关理论,并对经济环境改善和法制完善之间的互动关系做出探讨。制度供给与变迁的研究在我国虽然已形成若干相对成熟并有影响力的观点,但我国的社会变革具有自身特点且仍在变化之中,因而也在不断产生着新的研究命题。立足于信托制度移植的具体实践,能够走出以往法律制度供求关系的泛泛分析,将法律移植问题植入我国生产、生活、组织、治理方式变革的大背景中,更好地解释市场经济的标准化规则如何引入我国及其发挥作用的内在机理,以此改善一直以来存在的我国法律制度供给模式和供给效果实证研究滞后的局面。此外,本书研究对象选取正式制度中最具有地域和法系差异的信托制度,因而更能够说明制度移植中的标准化和本土化问题,通过揭示制度供给需求背后的作用机制,为我国制度经济学的进一步理论创新提供研究依据。

三、研究内容的界定

(一)研究的基本出发点

本书的分析定位于经济学研究的几个基本出发点:

第一,作为正式制度的法律制度是经济增长的内生变量,法律制度变迁特别是有关财产权的法律制度变迁是经济增长的关键。

第二,经济活动的主体是“理性人”,基于“理性人”的选择,法律制度的作用是实现“理性人”自身利益或者效用的最大化。

第三,法律的选择和实施本身是一个交易的过程,法律市场是配置资源的场所之一。

第四,效率在本书中是取舍法律制度和评判法律制度优劣的重要标准。

(二)研究对象的界定

本书研究的信托制度是指以我国《信托法》为标志的正式制度。此外,信托制度同时也包含遗嘱、慈善信托等民事信托制度内容,但本书的研究则仅仅关注商事信托制度,特别是适用于金融投资、财产管理活动中的商事信托,不包含普通民事信托制度。