



经济法律文库

组织法视角下的 商事信托法律问题研究

季奎明 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA



经济法律文库

组织法视角下的 商事信托法律问题研究

季奎明 著

本书受教育部人文社会科学研究青年基金项目“组织法视野中的商事信托研究”
(11YJC820040) 资助



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

组织法视角下的商事信托法律问题研究 / 季奎明著.
—北京:法律出版社,2014.6
(经济法律文库)
ISBN 978-7-5118-6547-2

I. ①组… II. ①季… III. ①信托法—研究—中国
IV. ①D922.282.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 131159 号

经济法律文库

组织法视角下的商事信托法律问题研究

季奎明 著



编辑统筹 政务出版分社

责任编辑 刘雪

责任编辑 刘雪

装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 24.5

字数 384 千

版本 2014 年 6 月第 1 版

印次 2014 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5118-6547-2 定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

《经济法律文库》是展示华东政法大学经济法律研究院研究成果的新平台。在这个平台上,我们将陆续出版一批反映全球化以及启动新一轮经济改革背景下与经济活动相关的法律研究最新成果。

大家知道,中国经济体制改革已经走过了35个年头。35年来,经济高速发展,百姓生活水平显著提高,法治状况明显进步。但是,近年来受美国金融危机的影响,市场取向的改革红利似乎已经释放完毕,经济发展趋缓,通货膨胀压力越来越大,部分产业产能过剩问题越来越突出,生态环境也是越来越不尽如人意。许多迹象表明:原先那种依赖劳动密集、粗放、外向的发展方式已经不能适应新形势的要求,急需向着依赖科技、集约和内需的发展方式转变。从现存的体制制度分析,目前的体制仍然是半统制半市场的体制,政府对经济生活干预过多,市场配置资源的作用受到极大限制。虽然我们已宣布社会主义法律体系形成,但这个体系仍然是适应了半统制半市场体制需要的法律体系。人民所期望的法律秩序并未真正建立。社会分配不公、贫富差距悬殊;公权滥用、官员腐败现象比较严重;伪劣商品充斥市场,食品药品安全时刻令人担忧。这些状况警示我们:要建立更完善的市场经济体制机制,需要重聚共识,启动新一轮改革。

经济全球化的进程对中国经济的发展有挑战也有机遇。最近20年来,美国等西方发达国家主导的经济全球化并没有朝着他们所期望的方向发展。随着中国加入WTO,中国在国际经济贸易交往中的影响不断扩大,已一跃成为全球第二大经济体。而美国等西方发达国家的经济则停滞不前、

债务累累、困难重重。在这种情况下,美国重新布局贸易战略,启动了两大自由贸易区的谈判,一个是环太平洋自由贸易区,一个是跨大西洋自由贸易区,从而构成对中国贸易空间的围堵。中国一方面积极发展双边和多边的贸易伙伴,另一方面在上海建立中国自由贸易试验区,意在改革国内的制度环境,在国际贸易谈判中争取更大的主动权。我们相信:经济全球化趋势已经不可逆转。国家不论大小都有平等主权,资源全球范围内配置成为主流,国家与国家的依存关系日益紧密,国际贸易规则已经不能由少数国家随意操控。我们主动认可并遵守国际贸易规则,必要时我们也参与国际贸易规则的制定,就一定能够在国际竞争的舞台上站稳脚跟,直至取胜。

基于上述两大背景的认识,随着中国经济体制改革的深化,经济法律制度必将面临新的变革。就像我们需要经济发展战略一样,我们有必要制定经济法治战略。到2049年(新中国成立100周年),即我国实现百姓富足、民族振兴、国家强盛的理想之时,中国的经济法治当是有适度调控和监管的市场经济法治。这样的法治是经济高度开放、贸易十分便利、货币自由兑换、市场监管有序、司法公正权威且是最具有吸引力和竞争力的经济法治。

《经济法律文库》的面世,在这样一个体制变革的时代,一个全球化竞争的时代,其意义自然十分重大。保证中国经济法治战略的实施,是我们每一个法律专家及学者的神圣职责。《经济法律文库》的每一本著作,都将铭记着专家学者们为这个时代进步所贡献的思想智慧。这些思想智慧之光,也必将照亮一代代人不断前行。

顾功耘

2013年10月1日于华政园

序

人生在世,阅人行事,怕是离不开一个“信”字。无论一个人是多么强悍勇猛,也无论一个人想怎样遗世独立,在其人生字典中,也绝不能完全抹去“信”字,即使他或她绝不奉行这个“信”字。这是因为,相信别人或者被别人相信,是构成任何一个与意志自由相关的社会关系的最低结构要素,不能想象一个有意志自由的人从未出于其自由意志建构一个自己居于其中的社会关系,所差别的只是建构特定社会关系时依赖“信”的程度不同罢了。“信”在社会关系结构中的必要与重要,对一个人如此,对一个组织、一个国家、一个社会,又何尝不是如此。

依本序论域,这里的“信”与经济社会关系中的“信用”、“信任”相关联,而经济人理性指示下的行为,又将实际生活中的信用与信任相关联:人们为获信任而讲信用,因讲信用而获信任。常言道,市场经济是信用经济。有人认为,这只是从交易技术的角度对市场经济的某个侧面所做出的界定。其实,信用经济是对市场经济最为本质、最为生动的概括,因为“信用”二字既是市场经济的建构要素,又是市场经济的运作维系。

市场经济是市场主体得以独立自主地追逐经济利益的经济运行机制,即使是在社会主义市场经济体制下,也不能(其实也不应)将这种逐利性排除在经济运行机制之外,相反,这种逐利性在运行机制中的天然存在是市场经济具有持久活力的源泉。但若以为市场经济中只需有经济利益的计算而不需要道德价值的衡量,则是对市场经济的重大误解。市场机制中逐利的正当性其实是经过道德衡量之后才能得以确认的,其正当性的获得并不是

以道德失范为代价,这里的关键是道德衡量标准的适当选择。可以断言的是,市场经济也是有道德的经济,其基本的道德准则就是诚实信用。对市场规则的信守执行,对交易相对人的重诺守信,无不是道德光芒在经济活动中的映射。诚实信用在市场经济中获得具体遵守、普遍实现与持续积增的系统机制,远远超越了自然经济中依赖于熟人关系、计划经济中依赖于隶属关系的局限,因而体现出更高的道德自主性与自觉性。可以说,市场经济越成熟,以诚实信用为基础的经济道德体系就越稳固,其规范指引经济活动的效能就发挥得越充分。

在市场经济运行机制中,信用不仅有道德价值,也有经济价值。其一,信用可以确保交易安全。交易安全是交易成功的保障,而交易成功是交易效益的前提。在一个具体的交易中,信用可能没有作为计价因素,但却是所有的计价因素有实际意义的客观依赖以及对这种客观依赖予以肯定的心理基础。其二,信用可以降低交易成本。首先,信用与其识别成本相关,陌生人之间的交易从信用识别开始,可识别的信用度越高,资信调查费用的支出就越低;其次,信用与商业谈判成本相关,商业谈判支出的时间及费用与谈判者互信程度之间呈负相关关系,可识别的信用程度越高,为商业谈判支出的成本就越低;最后,信用与其维持成本相关,担保措施为维持交易成就时的信用状态而采取,这意味着需为此支出担保费用,包括担保手续费用、担保财产权能限制的效用损失和担保权利的实现费用,而可识别的信用程度越高,为采取担保措施而支付的费用就相应减少。其三,信用可以增加交易机会。因信用的如上两种经济价值的存在,于是产生了信用的第三种经济价值,即信用可以增加机会利益。经济活动中的人们总是愿意同讲信用的主体作交易,市场主体外现于市场的信用显示越强烈,获得的交易机会就越多,由此获得交易效益的可能就越大。可见,信用既是获得经济利益的保障,也是获得经济利益的源泉。在市场经济体制下,就个体而言,信用是仅次于货币的市场通行证;对社会而言,信用是最重要的市场体系黏合剂与经

济运行润滑剂,因为即使是货币也需要国家信用的支撑与保障。

然而,一个市场主体的信用只有被其他市场参与者信任,才有交易结果上的实际意义,其信用所含的经济价值才能通过实际交易而实现。信任是信用的他者转化,是一个市场主体基于对其他主体信用的判断而形成的依赖。在从信用到信任的转化机制中,信用在先而信任在后,信用为因而信任为果,市场主体之间欲要形成相互信任,必须为此各自先行彰显信用并最终落实信用。因信用而获信任从而成就交易并实现交易,最终得以实现信用的道德价值和经济价值;信用因信任而得到报偿和鼓励,进而又会强化信用的程度与效能。可见,在信用到信任的转化机制中,实际上存在两种形成路径:一是通过推理,二是通过经验。通过推理,就是原理上透彻理解信用与信任的功能、机制、意义等,在人们明事理辨是非的基础上,知晓讲信用获信任的好处以及不讲信用缺乏信任的坏处,从而提升市场经济活动中的信用状态。通过经验,就是人们在自己参与其中的具体经济活动中,切实体验到了讲信用获信任的好处以及不讲信用缺乏信任的坏处,并通过反复经验固化为重视信用珍惜信任的信念。在推理而形成理念的路径与经验而形成理念的路径之间两相比较,前者的优势在于简明扼要与理性抉择,后者的优势在于亲身体验与激励反应。无疑,因推理而形成理念比因经验而形成理念更为快捷而强烈,因经验而形成理念比因推理而形成理念更为坚固而持久。

无可讳言,在我国当前的市场环境中,失信状态十分严重,相关实例不需费力寻找而只需信手拈来。对于当前这种信用不昌、信任缺乏的市场状况,我们当然不能漠然视之、任其泛滥,但也不必痛心疾首、仰天长叹。以一种淡定的态度看待,以一种坚定的信念改善,或许是一个市场经济观察者和市场经济法律研究者所应具有更宜于转化为问题解决方案的妥当态度。因为造成当前市场环境中信用不昌、信任缺乏现象的主要原因,与其说是现实中的市场参与者缺乏有关信用与信任的理性,不如说是他们缺乏有关信

用与信任的经验。其一,成为我国现实的社会主义市场经济体制,是在没有适当的信用与信任遗存的社会环境中建构而成的。虽然在我国传统文化和道德生活中,重诺守信一直被认为是美德,但是自然经济条件下的信用与信任囿于熟人社会和既有的等级关系中,主要靠主体的内心信念和熟人社会中的舆论压力来维持。社会成员一旦离开了原有的熟人圈子,信用与信任的要求与压力就会骤然降低甚至消解。在计划经济的运行过程中,只存在产品交换而非商品交易,其实并无经济信用而只有组织信任的存在,经济过程的完整性主要依靠存在隶属关系的组织约束和分级管理的计划约束。可见,自然经济条件下的诚信与计划经济条件下的信任,均不能自然转化为市场经济条件下的信用与信任。其二,市场经济的最初参与者所固有的陌生恐惧心理,不是只凭理念灌输所能消除的。信用与信任之间存在两者不对称的风险,即付出信用而未得到相称的信任,付出信任而未得到相应的信用。以大白话而言,这种风险就是因讲信用重信任而被骗。人们因信用与信任两者不对称风险而产生的担惊受怕心理,甚而衍化成可称之为“陌生恐惧”的交易心理,即对陌生的市场环境、陌生的交易模式和陌生的交易对手怀有恐惧。怀有陌生恐惧的市场主体,既不会轻易地讲信用,也不会轻易地接受他人信用,并因实际交易的两两交互影响的心理强化效应,陌生恐惧心理不仅延缓了市场环境的信用化程度,甚至在一定情况下会放大市场环境中的失信程度。然而,市场主体的陌生恐惧心理不能只靠宣传安慰来消除,只能通过陌生人社会的熟悉化过程来逐步消除。其三,投机主义的交易理念与交易效果的负面示范,只能通过长期的市场经验才能有效校正。市场投机主义易于短期获利的负面示范,以及人们易于关注投机成功而忽略投机失败的选择性市场记忆,会影响市场主体对信用与信任的价值判断。如果我们相信市场机制的优胜劣汰作用,其实也应相信在信用与信任层面市场机制同样发挥着优胜劣汰效应,但只有市场中的人们切身体验到信用与信任比投机技巧更为重要,市场机制在信用与信任层面的优胜劣汰效应

才能充分转化为效果。

只要我们坚持社会主义市场经济体制,领会信用与信任的道德价值与经济价值的实际经验总会逐步获得逐渐积累以至充分,这就是我们可以对社会主义市场经济充满信心的缘由之一。可问题是,经验的形成与积累需要时间,而我们对经验的形成与积累却不能消极等待。好在我们拥有加速经验形成的措施与机制,这就是可以通过建构适当的商业运作模式、市场组织形式以及强化这两者效果的权利义务关系,以促进有关信用与信任的市场经验的选择性形成,即减少有损于信用与信任的坏经验,增加有利于信用与信任的好经验。加速市场经验沿着重视信用珍惜信任的方向选择性形成,需要所有关心社会主义市场经济发展与完善的人付出多方面多方案多方法的艰苦努力。以眼前这本书为例,《组织法视角下的商事信托法律问题研究》的著述与发表就是加速市场经验选择性形成的学术努力之一。如果我们只是把本书看作一种商业模式的法律技术分析,则未免着于皮相。只有透过本书的法律技术分析层面,体味出内中蕴含的有关市场信用与经济信任的功能效果以及实现机制,方能真正展现本书的学术价值与实践意义。

在信托关系中,因信托财产在数量上相对较多、在利用方式上对受托人依赖相对较强以及在信托期限上相对较长,受托人向委托人提供信用与委托人对受托人赋予信任这两者成为最为重要也最为基础的结构因素。无信用与信任,即无交易;无重大信用与充分信任,则无信托。信托的模式设计与应用逻辑是沿着信用的有效维持和信任的充分实现而展开的,民事信托是如此,商事信托更是如此。信托作为一种在经济体制改革之后才引入的财产利用方式,在我国社会的运用实践中产生了一个突出的特点,即商事信托远比民事信托发达。学者可以对此现象展开多层面多角度的分析,但从社会文化上的视点可以看到其中一个饶有意味的情形:在中国这个人情社会或关系社会,人们在选择以信托方式利用自己的财产时,宁可相信陌生的

商人,而不相信熟悉的朋友。人们很少能够看到这样的信托法案例:一个人将其一生积攒的财产委托给自己的朋友全权打理,然后把自己的子女设定为受益人以持续享有受托人运用信托财产的衍生成果。人们却能看到许多这样的信托法案例:一个人可以拿出与前例同样多的钱,去率性而为地购买一个陌生公司发行的信托产品。可见在信托法的视野中,中国简直就是一个商业社会,而非重视熟人关系的人情社会。深而究之,这源于中国社会文化的另一个特征:对“组织”的信任以致迷恋。一个商人虽然陌生,但他却是有组织的;一个朋友虽然熟悉,但他却是无组织的。“组织”就意味着更为强力的约束,如机构化市场角色的职责配置;以及更为有力的保障,如监管机制的常态化设置与公权力更为积极的规制介入。市场主体能够聪明地对组织因素进行重要性衡量并在交易安排中做出适当取舍,通常在一般的交易中可以忽略组织性,而在信托关系中,组织的效能就是至关重要的了。《组织法视角下的商事信托法律问题研究》一书从组织法切入研究商事信托问题,确实抓住了商事信托的组织要素这一关键。进而说明,构成本书论证体系的知识来源,不仅是移入借鉴的域外经验,更是发自浸润我国社会文化传统的本土经验,以及用以解析两者的商事法理及其制度实践。

商业活动中的组织并不限于实体形态的组织,也包括机制形态的组织。人们通常习惯于实体形态的组织,然而,机制形态的组织实则更为常见,只是通常被应用者以至研究者熟视无睹罢了。所谓“机制形态的组织”,是指没有社会实体外壳而具有组织化运行机制的市场要素体系,如稳固的交易目的以及为实现目的而系统建构的权利义务体系,多种市场角色依据预定方案设置并各自固定其职责权限与权利义务,依据整套的规则体系并预设规则实施的程序与条件等。《组织法视角下的商事信托法律问题研究》一书不拘泥于实体形态商业组织的法律研究套路,而大胆致力于机制形态商业组织的法理探索与法律分析,以此展开既观点明确而又逻辑严格、既思路

流畅而又鞭辟入里的论证体系。这足以使读者充分认可本书作者努力创新的学术信用,并相信本书作者在信托法研究上将有更加深刻而成熟的学术展示。

希望我通过推理以形成读者信任的努力,会因读者深度阅读本书的经验所认可。因为我们在当前有互信,所以我们对未来有信心。

陈 甦*

2014年5月30日于北京

* 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师,法学研究所、国际法研究所联合党委书记、副所长,《法学研究》杂志主编,兼任国务院学科评议组法学组成员、中国商法学研究会副会长。

目 录

绪 论	(001)
第一节 研究对象	(002)
一、商事信托的界定标准	(003)
二、商事信托与相关术语的区分	(006)
三、本书关于商事信托的研究重心	(007)
第二节 研究意义	(008)
一、以商事信托为研究对象更契合我国当前的实际状况	(008)
二、组织法的视角能更准确地解释商事信托的性质	(009)
三、组织法研究可以对大陆法系信托理论的发展有所助益	(009)
四、组织法规范的特殊功能无法被信托业法完全替代	(010)
五、商事信托的组织法作为一般法利于推动金融创新	(010)
第三节 文献综述	(011)
一、国外关于商事信托组织的研究进展	(011)
二、国内关于商事信托组织的研究概况	(013)
第四节 问题意识	(014)
一、商事信托何以能够取得相对独立的主体地位	(014)
二、商事信托在商业组织的发展史中是如何逐步被法律 接纳的	(015)
三、商事信托组织与公司存在怎样的竞合关系	(015)
四、为什么我国《信托法》无法在实践中产生良好的规范效果	(015)
五、国外最新的立法成果对规范商事信托具有怎样的借鉴 意义	(016)

第一章 商事信托主体地位的学理证成	(017)
第一节 信托成为独立主体的财产基础	(017)
一、信托财产与受托人的关系	(018)
二、信托财产与委托人的关系	(023)
三、信托财产与受益人的关系	(028)
四、信托财产的物上代位性	(030)
第二节 现代商事信托对传统私益信托的发展	(033)
一、商事信托行为的对价性	(033)
二、信托管理方式的商业性	(034)
三、受益权的流通性与受益人的联合性	(036)
四、信托管理与收益的分离性	(038)
第三节 商事信托主体地位的确立	(041)
一、关于传统私益信托本质的学说评述	(041)
二、为商事信托重新寻找理论解说的必然性	(046)
三、商事信托的“组织说”在大陆法系的适应力	(048)
四、商事信托取得主体地位的相对性及其意义	(051)
第二章 商事信托在法律组织发展史中的演进	(056)
第一节 工业革命之前:公司的产生与信托的兴起	(056)
一、早期垄断组织性质的公司	(056)
二、从合伙发展而来的合股公司	(058)
三、信托制度的兴起	(059)
四、信托与商事组织制度首次交会的历史背景	(060)
第二节 工业革命爆发到普通公司法广泛适用之前:	
合伙与信托之争	(061)
一、名为公司、实为信托的“非法人合股公司”	(062)
二、英国判例法对新商事组织属性认定的摇摆	(063)
三、美国判例法对商事信托组织的态度转变	(067)

第三节 普通公司法广泛适用之后:公司与信托之争	(074)
一、商事信托与公司形成竞争的背景	(075)
二、将商事信托认定为公司的普通法	(076)
三、将商事信托当作独立组织形式的成文法	(079)
第四节 商事信托发展演进的历史启示	(082)
一、信托是促进经济改革的重要工具	(083)
二、商事信托具有与公司相近的功能	(084)
三、商事信托与公司之间存在并非不可消弭的差异	(086)
四、商事信托引领商业组织“非公司化”的发展潮流	(088)
第三章 商事信托及其适用环境的经济分析	(090)
第一节 商事信托获得主体地位的经济基础	(090)
一、商事组织的基本经济特征	(090)
二、信托满足“资产分割”的要求	(091)
三、商事信托具备“有限责任”的特性	(092)
第二节 商事信托经济功能的类型化	(093)
一、结构融资的商事信托	(093)
二、分散风险的商事信托	(095)
三、集合投资的商事信托	(096)
第三节 商事信托与公司的比较:制度分析的中性结论	(099)
一、主体地位的比较	(099)
二、组织及议事规则的比较	(100)
三、当事人法律地位的比较	(101)
四、延续性的比较	(102)
第四节 商事信托与公司的再比较:经济分析的微观启示	(103)
一、商事信托与公司的基本经济结构	(103)
二、管治方式的比较	(104)
三、外部影响的比较	(109)

四、经济分析得出的启示	(110)
第五节 商事信托与公司的制度趋近	(112)
一、法律规制方式的近似	(112)
二、资产运营风险与管理人受托义务的趋同	(113)
三、公司法对商事信托制度的借鉴	(115)
四、要素比较的初步结论	(116)
第四章 我国商事信托制度运行的实证考察	(117)
第一节 制定《信托法》的模式选择及其历史影响	(117)
一、制定《信托法》的动因	(118)
二、关于《信托法》立法模式的争议	(118)
三、“分别立法”模式的历史影响	(121)
第二节 我国信托业及其法律保障的现况概述	(122)
一、信托行业统计数据的解说	(122)
二、信托司法活动的概况	(124)
三、商事信托纠纷解决过程中的突出问题	(125)
四、商事信托司法判例的类型化	(130)
第三节 加深对信托制度本质的理解:组织法理论的 指导意义	(132)
一、准确识别信托的困难	(133)
二、对信托特性的忽视	(139)
三、对信托财产独立性的挑战	(142)
四、关于受托人地位的质疑	(144)
五、组织法理论对加深理解信托制度的意义	(146)
第四节 形成独立的审判思维:组织法理论的促进作用	(148)
一、混淆合同的法律效力与信托的存续状态	(148)
二、缺乏对信托要素的梳理与运用	(151)
三、用合同法的标准评价信托当事人的行为	(156)

四、其他规范性文件对司法裁判的影响	(159)
五、不准确的立案案由对审判工作的误导	(163)
六、组织法理论对形成信托独立裁判思维的促进	(166)
第五章 晚近商事信托立法的比较研究	(168)
第一节 美国商事信托立法的里程碑:《统一法定信托 实体法》	(168)
一、制定商事信托统一示范法的背景	(169)
二、商事信托统一示范法的制定过程及其特点	(170)
三、法定信托实体与普通法信托的关系	(172)
四、法定信托实体的强制性规范	(174)
五、内部分割的系列信托	(175)
六、信托组织形式变更的完整规定	(177)
第二节 “民商合一”的日本新信托法	(179)
一、“民商合一”的立法体例	(179)
二、商事信托中的受益人保护	(181)
三、信托利用形式的扩张	(183)
四、独创的“事业信托”	(185)
第三节 美日立法经验对我国的启示	(189)
一、民商兼容的立法体例	(190)
二、“组织化”的立法视野	(191)
三、平衡强制与自治的立法理念	(193)
结 语	(195)
参考文献	(199)
附录一 《美国统一法定信托实体法》	(209)
附录二 《日本信托法》	(251)
后 记	(373)