

清华大学商法研究中心·编

王保树·主编

总第26卷

Commercial Law

商事法 Review 论集

Volume. 26

信托法特辑

以商事信托法路径审视日本信托法制 [日] 神田秀树

我国事实信托法律关系的类型化研究 范健 熊静

商事信托的新发展与法律应对 刘文科

信托“双重所有权”问题之证伪 徐化耿

商法基础理论

营业转让中债务承担规则的域外比较与中国镜鉴 刘宏光

“合伙”词义考释 谢晶

商法专题研究

规制公司实际控制人的法律和经济分析 武鹿

法经济学视角下的公司机会规则分析 罗薇

论股东协议的法律适用 王思思

先公司合同责任之承担 刘成楠

股权回购立法态度考量 沈秋涛

违反报批义务的损害赔偿 尚连杰 刘胜军

上市公司杠杆收购中财务资助的法律问题 [韩] 崔圣熙

证券私募的制度本质及其法律概念的建构 郑春玉

新三板做市商制度及做市商监管法律问题研究 孟令星

国外商法

美国金融体系的改革与发展 朱大明

美国不同表决权股份演变史 刘胜军

韩国类别股制度的变迁及现行立法的特征 [韩] 申芝娟

美国公司法上的公司机会判定标准研究 罗薇



法律出版社
LAW PRESS CHINA

本卷主题：信托法特辑

Commercial Law 商事法 Review 论集

Volume. 26

清华大学商法研究中心·

王保树·主编

朱慈蕴 汤 欣·副主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商事法论集. 第26卷 / 王保树主编. —北京: 法律出版社, 2015.5

ISBN 978-7-5118-7978-3

I. ①商… II. ①王… III. ①商法—文集 IV. ①D912.290.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第105051号

商事法论集·第26卷

王保树 主编

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787毫米×1092毫米 1/16

版本 2015年5月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 12.5 字数 308千

印次 2015年5月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.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:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7978-3

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

卷首语

王保树教授为什么令我们尊重

我是王保树教授上个世纪90年代培养的弟子,博士毕业后不久又获得机会来清华法学院执教,那时先生已于一年前应清华大学校长王大中院士之邀请,从中国社科院法学所调入,担任复建清华大学法学院之重任。正是这个机缘,我成为王保树先生众多弟子中最幸运的一个,追随先生20年,亲历了先生治院、治教、治学的整个过程。在先生仙逝之际,吾辈顿首痛哭,惟有以文字聊发寄托哀思之情。

早期的清华法学人才济济、名师辈出。复建法学院时正值清华吹响了向世界一流大学迈进的号角,作为首任院长,这注定了先生承担了历史的重任,那是历代清华学人交付的沉甸甸的责任。正如时任清华校长的王大中院士在法学院复建大会的讲话中指出,清华大学法学院的复建“是清华大学发展史上一件具有重要意义的大事,也是清华大学建设世界一流综合性大学的一项重要举措,标志着清华大学的法学教育进入了一个新阶段。”先生深知责任之重大,不敢有丝毫的懈怠。先生秉承梅贻琦校长提出的“所谓大学者,非谓有大楼之谓也,有名师之谓也”的办学思想,延揽海内外贤才,为清华法学再创辉煌奠定了坚实的基础。为了不辱清华这块金字招牌,先生为此殚精竭虑、煞费苦心,与同仁一道提出了“入主流,有特色”的发展思路,在继承历史和弘扬传统的基础上,致力于改革创新,突出国际化特色。复建后的清华法学院曾是国内唯一一家开设英美普通法系列课程的法学院,是国内第一个针对外国学生开设中国法硕士学位项目的法学院。清华的国际化,尤其是英美法方面,走在国内各大法学院的前列,形成了清华法学鲜明的特色。学院的发展,倾注了先生太多的心血。为使学院有一个学术交流的平台,在几乎停止办刊的情况下,争取社会资源,先生创办了《清华法学》。复建后的法学院在短短的几年间,就迅速发展成为国内有实力和影响力的法学院。先生卸任院长职位后,仍继续支持法学院的各项建设和发展。法学院在先生心目中,是永远的家园。

王保树先生是杰出的法学教育家。在中国社科院法学所,先生就指导了一批批法学硕士和法学博士。任教于清华法学院后,为了践行教书育人,先生以身作则,坚持所有教授为本科生授课,将最优质的教育资源向学生倾斜。我们可以骄傲地说,清华法学院的本科生是最幸福的。作为法学院最早的一批博导,从争取到第一个民商法博士点开始,先生就以民商事权利的多重保护为切入点,聚集了法学院各个学科的优势共同发展,足见先生的胸怀、智慧和聚合力。在学生的培养上,先

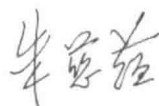
生强调理论联系实际,强调既要学习国外经验更要了解中国国情,强调既要有宏观视野也要重视细节。先生对学生的指导十分严格,但又循序渐进。我至今仍依稀记得,先生对我博士论文每一个细节的追问,都令我深思,令我茅塞顿开,一直到我交出合格的论文,先生才予以肯定。那些经先生亲自指导的学生对此感同身受,都能说出很多感人的故事。那些聆听过先生课程的同学至今都能回忆起先生所列举的那些实例是怎样将深奥的商法基础理论地阐述出来……

王保树先生更是一位卓越的法学家。作为中国商法的开创者和奠基人,先生对商法学的贡献是有目共睹的。从先生主编并直接撰写的《中国商事法》和其中的总论,到后来出版的专著《商法总论》,先生系统地阐述了商法与民法的关系、商法与经济法的关系,商人、商行为、营业与营业转让等概念,真正奠基了具有中国特色的商事法基础理论。其中先生对中国商事立法的呼吁迄今都是商法学者共同努力的方向:即除有个别单行商事法律外,还需要具有一般性调整特征的《商事通则》。商事通则不应追求商法典结构,不代替民法在整个私法中的一般法地位,只是商法内具有一般法意义的商事法律。为了践行商事部门法,先生特别强调商事裁判思维所应具备的理念,包括应当尊重商人和商事交易的特殊性;尊重商人自治和章程等自治规则;要尽可能促进交易、方便交易;要注意外观主义的适用,保护善意第三人的利益;要注意企业维持原则的适用等等。而在先生的一系列讨论公司制度的论文中,积极倡导公司自治、重视公司治理目标的实现、呼吁公司的社会责任。此外,先生一直是民商事法律起草、修改的主要参与者或者主导者,多次参与人大法工委、国务院法制办、中国证监会、商务部、最高法院的相关立法或者司法解释的讨论。最难能可贵的是,在先生的组织领导下,许多商法学者共同参与,发起了大规模的商事通则立法调研和公司法修改的研讨活动,最终出版了《公司法修改专家意见稿》和《商事通则建议稿》,其中有相当内容都为立法或者司法解释所吸收。

作为经济法学学科建立的开拓者与改革的倡导者,先生也是我国最早从事经济法研究的学者之一。先生最早指出,苏联的经济法学家拉普捷夫对中国经济法的形成影响很深,而他的经济法理论是与中国经济体制改革格格不入的,因此要对苏联拉普捷夫的经济法理论和与之相应的经济法观念进行全面系统的批判和清理。为此,先生开创性地提出“社会公共性”理论,从先生的《经济法》一书中发展到《经济法原理》一书时趋于成熟,“社会公共性”不仅是区分经济法与其他相关部门法的本质范畴,而且是经济法所应追求的价值目标。此外,在竞争法领域,先生在1989年11月汉堡举行的康采恩法国际研讨会上最早提出反行政垄断问题,并在此后专文阐述,指出行政垄断由于是滥用行政权力的结果,和建立与完善社会主义市场经济体制、充分发挥市场机制作用的要求是根本冲突的。不消除行政垄断,就没有充分的竞争,就不可能建立起完善的社会主义市场经济体制。

自2012年起,王保树先生其实已经从教学一线上退下来了,但先生依然关心法学教育、商事法研究,特别是《商事通则》的立法。即使于抱病在身以后,先生仍然出席各种重大的商法研讨会。所以,许多学界同仁根本不知晓先生身体有恙,只要先生能出席并发表真知灼见,会议主办者和参与者都会感到收获良多。这次民法总则的起草再次点燃了先生长期以来一直积极推进《商事通则》立法的信念,并抱病参加了2015年6月13日在北京杏林山庄召开的第三次关于民法典的编纂与商法建设研讨会,再次呼吁应当在民法典编纂的视角下一体考虑《商事通则》的起草。但是,病魔并不知晓先生的使命,硬要把先生拖向天堂。

先生虽然走了,但风范永存,先生留下的宝贵精神财富,会激励我们在法治之路上一路前行。



清华大学商法研究中心主任
清华大学法学院教授、博士生导师

信托法特辑

3 以商事信托法路径审视日本信托法制

[日]神田秀树

10 我国事实信托法律关系的类型化研究

——兼评日本利益衡量理论

范健 熊静

18 商事信托的新发展与法律应对

刘文科

28 信托“双重所有权”问题之证伪

徐化耿

商法基础理论

37 营业转让中债务承担规则的域外比较与中国镜鉴

刘宏光

50 “合伙”词义考释：兼谈法律移植中域外制度与本土概念内涵错位的困境

谢晶

商法专题研究

61 规制公司实际控制人的法律和经济分析

武胤

72 法经济学视角下的公司机会规则分析

罗薇

79 论股东协议的法律适用

——以股东协议的性质及内容为分析起点

王思思

87 先公司合同责任之承担

——以尊重当事人意思为中心

刘成墉

97 股权回购立法态度考量

沈钦滔

108 违反报批义务的损害赔偿

——以外商投资企业股权转让合同为例

尚连杰 刘胜军

120 上市公司杠杆收购中财务资助的法律问题

[韩]崔圣熙

130 证券私募的制度本质及其法律概念的建构

——兼论我国证券法上证券私募概念的重构

郑春玉

143 新三板做市商制度及做市商监管法律问题研究

孟令星

国外商法

155 美国金融体系的改革与发展

——对2008年世界金融危机的反省

朱大明

160 美国不同表决权股份演变史

——兼论对我国的启示

刘胜军

174 韩国类别股制度的变迁及现行立法的特征

——以新旧法对比为中心

[韩]申芝娟

187 美国公司法上的公司机会判定标准研究

——以经典案例为解说

罗 薇

信托法特辑

以商事信托法路径审视日本信托法制

[日]神田秀树*

杨林凯 译

一、前言

今天我想就日本信托法制进行简要发言,特别是想对我二十多年前在日本主张的“商事信托法理”的思考方法进行着重阐述。这样安排的理由是,我考虑这一点可能对中国也会有所帮助。

日本于2006年对此前的《旧信托法》进行了全面修改并制定了现行《信托法》,该法于2007年9月30日起施行至今。与此相配合,日本也修改了《信托业法》和《兼营法》(《关于金融机构兼营信托业务的法律》)等法律。现在《日本信托业法》是于2004年12月全面修改了之前的《旧信托业法》制定的新《信托业法》,该《信托业法》由于日本新信托法的制定在2006年再次修改并施行至今。《日本信托业法》于2004年制定以来,除了信托专业公司开始步入历史舞台之外,信托银行的业务及其规模也不断扩大。

二、日本的金融制度改革及信托制度改革

日本信托的一大特征是长期以来信托这种制度被定位于金融制度之中,也可以说是仅作为金融制度而存在。自《日本旧信托法》和《日本旧信托业法》1922年配套制定开始至2014年12月新的《日本信托业法》制定为止旧信托业法八十年的历史进程中,1943年《兼营法》(该法当时的名称为《关于普通银行等兼营存储银行业务或信托业务等的法律》)的制定是一个里程碑式的举措;特别是20世纪50年代实施了将所有信托公司变更为信托银行的政策,此后,根据《日本旧信托业法》取得牌照的信托公司就没有出现了。因此,在日本一个很长的时期内信托业是作为金融业的一个组成部分而存在的。

接着,在1990年日本实施了金融制度改革,对于这段历史应该区分为以下两个阶段。

第一个阶段为金融制度改革包括银行制度改革阶段。而第二个阶段于此不同,为信托制度改革。

如今回首看来,1992年的金融制度改革,当时称为“不同行业子公司方式”,承认不同行业间的

* 日本东京大学教授。

相互融合。另外,1996年11月发表了日本版《金融大爆炸》。作为法律制度改革虽然1998年的金融系统改革法是最为核心的法律修改,但是这些都是关于金融制度、银行制度的改革,并非是信托制度改革,即信托制度维持了原来的“信托银行”体制。例如,1992年的相互融合,只是承认可以设立信托银行子公司,并不是允许设立信托公司。

1998年的金融系统改革法基本上也是对银行制度和金融制度的改革。而可以称为“信托制度改革”的最初是从2000年开始的,这就与2004年的《信托业法》的修改连接了起来。这是一种正确的认识。

特别是从商事信托法制的角度来看2000年相关法律的修改是特别值得提及的,可以说这是信托制度改革的开端。(1)所谓注册债作为信托财产时信托公示的特例得到了承认(《日本旧信托业法》第10条第2款、第3款(2001年又做了部分修改),《兼营法》第4条(2004年《日本信托业法》第30条第2款、第3款;由2006年修改后的《日本信托业法》第30条第1款、第2款承继;2006年修改后的《兼营法》第2条第1款)。(2)关于资产流动化方面,2000年修改了1998年制定的“SPC法”(关于资产流动化的法律即《资产流动化法》),这次修改距离制定不到两年。在这次修改中承认了信托架构作为《资产流动化法》上的新型资产流动化工具。另外,关于信托方式,以受益权有价证券化为代表,包括共同受益人集合权利的行使,完善了法律上不少规定。虽然局限于资产流动化领域,但是我当时称之为“小型商事信托法”。这就成功地开创了可以称之为“商事信托法”的领域。(3)1998年大规模修改的《证券投资信托法》于2000年再次进行了大规模的修改。这次修改也是大修,法律的名称也从原来的《证券投资信托法》(1998年修改时从《关于证券投资信托及证券投资法人的法律》)中删掉了“证券”两字,变为《投资信托法》(《关于投资信托及投资法人的法律》)。其带来的结果,比如说知名的“日本版REIT”不动产投资信托成为了可能等修改,这也是一次大规模修改。另外,关于信托,首次引入了受托人(信托银行)可从事的运作业务形态投资信托(非委托人指示型投资信托)等,这就很大程度上完善了包括相关商事信托的法制。

另外,还有关于集合投资计划中信托利用的问题,在税制方面也引入了基于新设想(即顺应结构功能的)的措施,这也是很重要的。

三、2006年日本信托法修改及其意义

我从二十年前开始就强调“商事信托”,主张完善适应其要求的法律制度。关于我提出的具体意见,请参见我撰写题为《商事信托法讲义(1)》(会报《信托》2003年第214期)。

日本一般社团法人信托协会在二十年前成立了由学者和实务专家组成的“商事信托研究会”,我也是这个研究会的成员。该研究会于2000年10月归纳总结了十几年的研究成果,其内容是关于制定私法层面的商事信托立法论性质的建议。这个成果于2001年3月由有斐阁(出版社)出版了题为《商事信托法研究》著作。另外,该研究成果也被2006年《日本信托法》所采纳。

以我的理解,1960年开始的日本经济高度成长期以后,可以说日本《旧信托法》一直有无法应对信托银行开展信托业务的问题。我想这些问题当时是通过所谓的“智慧”加以解决的。例如,关于信托合并、分立等问题,当时的《旧信托法》中没有相关规定,那怎么办呢?穷尽智慧才得以解决。那么,绞尽脑汁也无法解决时怎么办呢?那就通过特别法的特别规定加以应对。

如果列举两三个例子的话,第一,因为近年已经进入无纸化时代,所以可能话题稍显过时。当

时想以私法上的有价证券表示信托受益权使之流通,但是《日本旧信托法》没有相关规定就无法实现。这是无法以智慧进行解决的,那么怎么办呢?通过制定特别法规定有价证券化实现了该问题的解决。

第二,实践中存在大量的共同受益人信托。对此,一件一件的信托合同,比如说贷款信托的情形,虽然是单个的存在但是又包含集合运作的情形。此时,当然存在因某种原因变更信托合同(实务中称为信托格式合同的情形较多)的问题。但是,即使想变更,查找当时的《旧信托法》却发现无任何法律依据。在《日本旧信托法》时代不得不承认此类变更需要全体受益人一致同意。但是,这样实际上就无法变更。那么怎么解决的呢?这也是仅依靠智慧无法解决的,所以就在特别法中做出特别规定进行了解决。另外,在《兼营法》、《资产流动化法》和《投资信托法》等法律中也进行了规定。虽然各个规定的内容多少有些差异,但是就这样应付了过来。

第三,我想再举一个例子。1990年金融危机时出现了信托公示的问题,持有有价证券信托财产时,《日本旧信托法》第3条规定必须履行公示程序。但是,不存在公示的实例。另外,即使是有价证券,信托财产构成每天也发生着变化,因此,对此类每天都发生变化的信托财产来说,《日本旧信托法》第3条第2款规定的公示实际上是无法操作的。这可犯了难,那么怎么解决呢?这也是无法以智慧解决的。后来就在《日本旧信托业法》(1998年修改)第10条第1款中加了一个新条文,通过特别法问题得以解决(另外,2004年《日本信托业法》也承继了该条规定(第30条第1款),并在2006年修改后的信托法层面进一步得到了解决(请参照2006年《日本信托法》第14条),(同时废止《日本信托业法》第30条第1款)。

用一句话归纳的话,由于《日本旧信托法》不符合实际需求,存在许多或以智慧解决或以特别规定解决的问题。

那么2006年《日本信托法》的考虑是,原则上对上述问题通过修改信托法加以解决。即2006年信托法的制定,受益权可以有价证券化,共同受益人可以通过多数决变更信托合同。另外,有价证券公示的问题,也在信托法层面完善了有关规定。其结果就是,信托业法或者个别法中除了业法规定以外还要规定信托法(私法)性质特别规定的问题,这样异常的事态很大程度上得以消解。但是,特别性规定并未彻底消失(例如,2006年修改的《兼营法》第5条、《信托业法》第30条,其他可参照特别领域的特别法)。

四、日本信托业法等的修改及其意义

2004年12月日本对《信托业法》进行了全面修改。

那么,为什么在信托法全面修改前必须要修改信托业法呢?当时,废止可受托财产的限制以及扩大信托公司作为信托业的从业者,这两点是实务界提出的,强烈要求在信托法修改前尽快修改信托业法。即关于信托业法的修改,当时我使用的描述语言是“二级火箭”,作为“二级火箭”的第一级,以需求很高的以上两点为中心,2004年实现了全面修改。接着,伴随着2006年信托法的大修改,又实施了“二级火箭”的第二级修改。

2006年修改的《日本信托业法》(包含《兼营法》)的修改。修改后的《兼营法》第2条第1款规定准用信托业法的主要规定)的主要内容有以下五点:

第一,信托业法的基本结构已经通过2004年的修改建立了起来。因此,在维持该结构的同时,

2006年的修改结合信托法的修改进行了最小限度的变动。

第二,信托业法进一步贯彻了所谓的“业者规则”。即从保护受益人的角度出发,以信托法的基本规则为基础的同时,维持了必要标准的业者规制(对受托人的规制)。

第三,存在何谓“业”的问题。接受信托的“营业”虽然要求反复连续性要件,但是,关于反复连续性要件基于是否与不特定多数委托人、受益人进行交易的实质进行判断的思维方法。这样对“业”的概念进行了梳理与修改(参照修改后《日本信托业法》第2条第1款)。

第四,关于信托法修改后引入的新型信托类型(宣言信托或者目的信托等),一方面在缓和了跨业规制等规定的同时,从保护受益人的角度出发,与其他类型信托相比强化了行为规制。关于宣言信托,2006年修改后的《日本信托业法》第50条之2对此进行了规定。但是,对于宣言信托的实施,包含信托法的部分做了一年延期的规定(《日本信托法》附则第2款)。另外,关于目的信托,根据《日本信托法》附则第3款、第4款规定,目前也是受限制的。

第五,业法中对于受托人的善管注意义务等受托人责任,虽然维持了义务相关要求规定,但是对于不契合实务的部分也进行了个别的规制灵活化处理。简单而言,在符合实情的必要范围内放宽了规制。例如,对于信托事务的转委托,修改后的《日本信托业法》第22条第3款进行了完善;再者,关于忠实义务,在内阁府令层级也进行了必要的放宽。

除以上之外,对于个别领域的特别法(《投资信托法》、《资产流动化法》等)也进行了重要的修改,此处省略。

请让我再补充两点。第一个补充的是,证券交易法的大修改非常重要。2006年6月实现的《日本证券交易法》大修改的核心部分,也就是所谓完善“投资服务法制”的部分。即伴随着法律更名为《金融商品交易法》的修改部分,对于信托领域来说也是非常大的修改,并和大修改后的信托法在2007年9月30日同一天开始施行。其结果是,至少有以下三个重要的修改内容。第一个是信托受益权原则上变为《日本金融商品交易法》第2条第2款后段规定的所谓准有价证券。另外,第二个就是,对于投资型强的信托产品(“特定信托合同”)也要准用金融商品交易法规定的贩卖劝诱规则等业者行为规制(2006年证券交易法修改后《日本信托业法》第24条之2及《兼营法》第2条之2)。这里需要注意的是,对于银行产品或者保险产品等投资性强的产品,与准用金融商品交易法的规定不同。而对于信托产品,“投资性强的信托”(特定信托合同),是指除了投资性不强的信托以外的信托,这是一种消极性定义。即以下五种类型的信托为“投资性不强的信托”:(1)公益信托;(2)保本信托;(3)仅限运作于活期存款等,并且信托报酬等手续费不超过运作收益范围的信托;(4)《日本信托业法》第2条第3款规定了管理型信托;(5)以金钱、有价证券等以外的物、权利的管理、处分为目的的信托(以上请参照《日本信托业法施行规则》第30条之2)。除了这五种类型以外的信托均属于“投资性强的信托”,对于受托人准用金融商品交易法的业者规制特别是准用贩卖、劝诱等行为规制。第三个就是对于2004年《日本信托业法》创设的受益权贩卖业者,也全部被定为金融商品交易业者,该部分业者规制也被移到金融商品交易法中。

补充的第二点是,信托实现了如此程度的多样化,更重要实际问题是涉及信托的会计及税制的完善。大胆明确地讲,我想今后在商事信托领域中,法律不会拖新产品开发后腿,而会计或者税制存在这种可能。

五、信托法与信托业法的关系

从日本信托实务的观点来看,假设 2006 年的信托法规定了什么可以做,但是如果信托业法或者兼营法中没有相关规定,那么也是不能作为“业”进行开展的。另外,作为“业”开展时,如前所述,原则上也要以准用的方式适用金融商品交易法规定的业者规则即适合性原则和说明义务,等等。也就是说,仅看信托法也无法判断什么可为。只有将信托法和信托业法或者兼营法两者相加,多数情况下甚至还要加上金融商品交易法,这三者加在一起才能看出什么要件前提下可以做什么。

信托法属于私法,信托业法和兼营法属于业法,但是实际上信托业法、兼营法中也存在具有私法性质的规则。当把信托法和信托业法或者兼营法合到一起时,展现的将是一个怎样的世界呢?实际上,仅仅在私法层面,2006 年大修改的信托法也不是简单的,而是一个非常复杂的世界。如果进一步加上金融商品交易法的话,世界就变得更为复杂了。再加上私法和业法可以说那真成了复杂离奇的世界。

今天虽然没有就其细节进行说明的时间,但是我来举一个简单的例子,就信托业法中具有私法性质的规则这一点说上几句。即信托业法中多多少少存在信托法规定的基本私法性质规则的特别规定。例如,2004 年修改后的《日本信托业法》第 28 条第 2 款规定了受托人的善管注意义务,第 28 条第 1 款规定了忠实义务,第 28 条第 3 款规定了完善分别管理体制义务,第 22 条规定了信托业务转委托的规则,那么这些规定分别与《日本旧信托法》第 20 条(2006 年《日本信托法》第 29 条)、第 22 条(2006 年《日本信托法》第 30 条至第 32 条及第 33 条)、第 28 条(2006 年《日本信托法》第 34 条)、第 26 条(2006 年《日本信托法》第 35 条)是怎样的关系呢?这个问题在 2006 年日本信托法修改后依旧存在。比如说 2004 年修改后的《日本信托业法》第 22 条规定的信托业务转委托规则,关于受托人的民事责任,《日本信托业法》第 23 条进行了规定。如此,关于受托人的基本义务,信托业法等特别法做了与信托法同样的规定,甚至也规定了违反义务的民事损害赔偿赔偿责任。

尽管如此,实际问题是作为适用所有营业信托的“一般法”的信托业法或者兼营法,对受托人的一般性义务(例如忠实义务)进行了规定,并且也规定了详细的行为准则(如《日本信托业法》第 29 条)。假如有信托法解释著作描述:“信托法的规定经 2006 年的大修改后已变为任意性规定”,而对于营业信托,此类信托法规定实际上并无意义。本来,例如善管注意义务,即使业法规定的义务是强制性规定,其意味着当事人不得通过合同减轻该义务;根据不同情况,例如对受益人是否为普通投资者,那么善管注意义务的具体内容也应不同,这种灵活的解释是必要而妥当的。尽管如此,作为实际问题,在业法层面,不管是善管注意义务还是忠实义务,应该说将其具体化,详细规定受托人行为准则是重要的。这些规则对信托实务产生了巨大影响。

六、商事信托与民事信托

理解上述复杂离奇的法制世界,在此基础上开展实务,对此有助益的路径是否存在?我认为,答案就是二十年来我所主张的“商事信托的概念及以此为基础的类型论路径”。

一般情况下将以接受信托作为“业”实施的情形称为“营业信托”,将这种情形称为“商事信托”的见解也不少。但是,与此一般称谓不同,我特意将“商事信托”这个概念做如下定义。即在营业信

托中受托人起到的核心作用超越信托财产的被动管理或者处分的情形,或者与此相异的情形。对此,将受托人起到的作用局限于被动的财产管理或者处分的情形称为“民事信托”。如此定义这个概念,在接受信托作为“业”实施情形的“营业信托”中则包含商事信托与民事信托两者。

那么,为什么强调这样的“商事信托”概念呢?我认为其理由是日本大部分信托业务属于此类意义的商事信托,而长期以来日本的信托法研究以民事信托为中心展开,法学理论与实际之间产生了很大的距离。我认为其结果是,到目前日本展开的各种信托法理论对于日本实施至今、预想今后将进一步发展的信托业务从法学理论层面没能够给予确切的回应。

这里没有时间对此进行详细的说明了。日本长期以来的历史是,在以民事信托为中心的信托法理论及以此为基础的税制的情况下,不得不采用了非最佳结构。另外,也未能采取所期待的结构,受到不合理制约的情况多发。再者,长期以来在日本提到“利用信托结构”就意味着“让信托银行来实施”。所以,就不是对于信托(特别是信托法所设想的信托)利用的信任和期待,而是造成了对信托银行的信赖和期待的信托结构。换句话说,甚至可以说在那样情形下所采用的结构是否是信托(信托法所设想的信托),也被认为是无所谓的问题。总之,长期以来日本的信托银行是“靠着不像信托的信托活过来的”。但是,“日本的信托银行靠着不像信托的信托活过来的”这种看法,一方面特别是将日本金融行政作为事实考察时,从描述事实这一点来看虽然没有偏差,但是另一方面,理论上就不能说是正确的理解了。原因是(日本)信托法所设想的信托是以民事信托为出发点的,而在判断信托银行业务的性质时,必须要承认理论上存在误解。(日本)信托银行实施的多数信托业务不是民事信托而是商事信托。不像信托的信托是指不像民事信托的信托。如果说“不像信托的信托”这种说法具有其内在的正确性,那么说明一直以来商事信托法理是欠缺的。从这个意义上讲,今后要实现日本商事信托的进一步发展、在世界上发挥竞争力,则必须要体系性地建立与民事信托法理相异的商事信托法理。

关于以上内容,2006年大规模修改的日本信托法取得了很大进步。但是,我想在2006年修改后的信托法下相关问题依旧存在。

当然有看法认为,信托法应当为民事信托和商事信托提供共同的规则,而为民事信托和商事信托提供不同的规则本身不妥。实际上,2006年日本信托法也确定了“一个信托”的理念。对于这个问题,作为抽象论(主义)的话是个难解。“一个信托”这个问题还要看设想的是什么内容的信托法。如果是僵硬的信托法的话,“一个信托”理念下制定的信托法实际上将无法操作。如果是柔软(灵活)的信托法的话,即使是以“一个信托”的理念制定的信托法,实际上也是通用的。2006年大规模修改的日本信托法,应该说从这个意义上看是具有把僵硬的信托法软化的一面。但是,即使说“柔软(灵活)的信托法可以通用”,但是不等于说“仅有柔软(灵活)的信托法就能通用”。所以说,存在信托业法、兼营法和金融商品交易法。

当思考这些问题时最重要的实际上在其他方面。那就是,不是“何谓信托”的问题,而是“利用信托可以为何”的问题。另外,作为经济实质,不能忘记开展的业务存在类型。例如,贷款信托和土地信托的类型存在很大差异。所以,我们可以说信托法之外存在信托业法、兼营法和金融商品交易法。因此,关于商事信托,其实对于民事信托也是如此,作为今后应采用的路径,我想应该是从“利用信托可以为何”的观点出发将“实施的内容”类型化后思考事物的路径。

七、日本信托制度及信托业的未来

最后,我想就日本信托的未来讲上几句。

现在日本金融资本市场领域促进“从储蓄到投资”的潮流是国家的重要政策之一。在这样的形势下,我想信托发挥作用的领域会进一步扩大。那是因为利用信托结构可以开发各种各样的投资产品或投资计划。

信托有两张“脸”。一张“脸”是面向金融的脸。这一点正是与目前“从储蓄到投资”的潮流相一致的,今后信托将进一步得到利用,信托发挥作用的场合将逐步扩大。我再重复一次,以前日本的信托业属于金融业。一直以来,信托作为与借贷交易结构并行的结构得以利用。但是,今后作为实现投资的结构发挥作用的场合不断扩大,可以说 2000 年以后的信托制度改革正是为此目的而实施的。

另一方面,信托还有一张“脸”。传统上被称为民事信托,这是为了实现财产在不同世代间的承继等目的。虽然这在日本一直以来未能实现,但是可以预测今后这方面的需求将会增加。特别是近年广受瞩目的福祉型信托,2007 年起在日本金融审议会金融分科会第二部会进行审议,2008 年发表了题为《中期论点梳理——关于 2004 年修改后信托业法的实施状况及福祉型信托》的报告。总之,信托具有金融和财产承继、福祉两张“脸”,我想信托今后会实现跨越式的发展。

信托是作为结构被利用的,例如与股份公司相似。我们可以认为信托是与股份公司相竞合的结构。这时问及“何谓信托业”与提问“何谓股份公司业”一样是无意义的问题。利用股份公司的结构制造汽车、制造钢铁,是以此从事什么的问题,而对“股份公司业是什么”却无法定义。如果是这样的话,金融当然没有问题,不仅如此,什么都可以做到。从这个意义上讲,信托具有极广的多样性,前途也是光明的。

即使这样依然有人会问“这里信托结构的特征是什么”,关于这一点,从与股份公司存在竞合关系的角度来看,有两点很重要。(1)分离财产的结构;(2)治理结构。关于治理,受托人责任(信义义务)一言以蔽之。信托具备了这两个方面,同时也是可以灵活发挥作用的机构。股份公司的话,比如董事必须选聘几人、监事怎么设置等,是有些僵硬的结构。与此相比,信托在具有灵活性的同时还具备破产隔离功能和治理功能。我想如果能够发挥这些结构优势的话,那么信托的用武之地将非常广阔。所以,日本信托业的未来是光明的。

但是,在提到“利用信托这种结构可以为何”这个问题时,以信托结构的两个特征来解释还不算完整的回答。就像方才阐述的那样,如果利用信托进行资产运作的话,这方面不仅仅是信托法,还要加上信托业法或兼营法以及金融商品交易法,三部法律合在一起适用,才算是一个完整的法律制度。我认为,今后将商事信托划分为若干种类型对事物进行思考的路径将变得愈加重要。