

中国契约基金主体定性及一般法定位

张 婧

摘要：关于契约基金性质存在契约说和主体说两种观点，两者的本质区别在于法律表达相同价值判断结论时采取了不同的解释选择路径。中国契约基金立法应采取主体说，既符合现行民商法一般理论，又可以化解双重所有权解释困局。信托法不宜作为契约资管基金民商法层面的一般法，契约基金法应定位于民商事主体的一般法。中国契约基金应定位于准法人型主体，相关立法还应体现便捷性原则。

关键词：资管；基金；信托；民商法主体；一般法

中图分类号：D912.28 **文献标识码：**A **文章编号：**1000—8691（2020）04—0055—08

目前中国开展资产管理（以下简称“资管”）业务的细分主体多样，不仅包括银行、信托、证券、基金、期货、保险、金融资产投资等金融机构，还包括私募投资基金等非金融机构。国内发行或销售的资管产品称谓各种各样，诸如理财计划、投资计划、定向融资、信托计划和基金等，但这些资管产品的法律本质都为基金，即通过特定形式募集资金形成投资财产集合。依据组织形式不同，资管基金包括契约型、公司型和合伙企业型3种类型。金融行业的法律规范可以分为民商规范和监管规范。资管基金类型的不同直接关系到所依据的民商规范以及所形成的民商法律关系。中国已经构建起相对成熟的规范公司型和合伙型基金的《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）和《中华人民共和国合伙企业法》（以下简称《合伙企业法》）等民商事法律制度体系，但规范契约基金的民商事法律相对不成熟。这种不成熟集中表现在两

个方面：一是不恰当地将契约基金出资人与管理人之间的关系定性为委托关系；二是至今缺乏规范契约基金的民商法层面的一般法。本文拟针对契约基金主体地位和一般法建构进行讨论，以期对相关立法有所裨益。

一、中国资管实践对契约基金主体地位的制度诉求

契约基金是中国资产管理实践当中经常出现的组织形式，现行法并未赋予其民商事主体地位，但相关民商事法律实践存在着对契约基金主体地位的制度诉求。为便于相关经济活动的开展，实践中契约基金被直接、间接或者变通作为民商事主体的情形屡见不鲜。总体上看，以下几种情形对契约基金主体地位存在制度诉求：

首先，契约基金直接以基金名称开立账户。为保证基金财产独立，相关规定要求契约基金账户与

项目基金：本文是河北省高等学校社科研究年度基金重点项目“我国金融领域收益权的立法研究”（项目号：SD191005）、河北经贸大学校内科研基金青年重点项目“我国相互保险立法研究”（项目号：2018QZ18）的阶段性成果。

作者简介：张 婧，女，河北经贸大学法学院讲师，民商法学博士，河北省人文社科重点研究基地河北经贸大学方法治建设研究中心研究员，主要从事金融法研究。

具体契约基金名称一一对应,避免契约基金财产因进入管理人账户而发生财产混同。

其次,契约基金主体地位有利于税务实务工作的开展。由于法律未赋予契约基金独立主体地位,造成很多相关事项规定不明确、不合理。

从本质上看,契约基金税务规定不明确或不合理的问题正是根源于契约基金法律主体地位的缺失。有学者主张将不是法律主体的契约基金当作纳税主体,将证券投资基金视为纳税主体,并不会影响既有的对基金大部分收入免税的政策,更不会影响基金业的发展,反而更有助于各类不同法律地位的证券投资基金份额持有人实现公平的税收扣缴及费用的扣除。^①所得税法上的纳税主体不一定要与民法中的一致,证券投资基金具有纳税主体地位,对证券投资基金可以采用类似于对公司征税的方式对证券投资基金征税。^②

第三,很多金融业务的开展需要契约基金作为合同主体。在投资端,契约基金会发生购买股票债券、增资入股、受让股权或受让资产等交易行为。由于契约基金缺乏法律主体地位,会涉及合同签章主体应该是管理人还是契约基金的问题。实践中对此争议不断,做法不一。常见的做法是由管理人作为交易的合同主体,但此做法在民法和民诉法的理论上存在明显瑕疵。管理人的角色应仅为委托代理人,并非合同当事人,其并不承受交易产生的债权债务。实践中有个别情况,一个管理人名下不同基金之间发生交易底层资产的情形,如果都由管理人作为合同当事人,就会出现交易双方同为管理人的自我交易情况。为避免出现此乱象,实践中通常会在管理人后面标注一下具体契约基金名称以视区分。另外,在契约基金纠纷民事诉讼中,谁是当事人不无疑问。实践中,管理人通常作为诉讼当事人参加诉讼,但从理论上讲,当事人必须是承担实体权利和义务的主体,管理人作为委托代理人参加诉讼更合乎法理,但此处所涉的委托因契约基金无主

体地位而不可操作。显然,金融业务的开展对契约基金主体地位存在制度诉求。

二、中国契约基金法律性质的问题属性及契约说解释选择路径

(一) 中国契约基金法律性质的问题属性

契约基金法律性质一直是学术界争议的焦点,受《中华人民共和国信托法》(以下简称《信托法》)作为契约基金一般法观点的影响^③,中国关于契约基金法律性质的研究常常表现为关于信托法律性质的研究。目前,关于契约基金法律性质的主要学说可以归纳为契约说和主体说,前者否定契约基金的主体地位,而仅仅将其作为契约;后者则肯定契约基金为与公司、合伙企业并列的一类法律主体。

中国现行立法采取契约说,将契约基金的本质定性为委托关系,否认其法律主体地位,这一点在《信托法》《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》(以下简称《资管新规》)等规范当中都有体现。依契约说,信托本质上就是合同,委托人与受托人基于设立信托而进行交易,是一种建立在双方合意基础上的契约关系。持此类学说的学者认为,既然将信托视作交易,且依据合同便能很好地解释信托,因此可将信托法默示规则看作是一种标准合同。^④信托来源于一项协议,作为允诺人的受托人没有得到任何利益,被允诺人无论如何都是有损失的,因为他放弃了一项法律权利、财产和对财产的占有,衡平法院大法官开始强制执行一项个人权利,该权利是对人权而非对物权。^⑤

随着中国契约基金实践发展,主张主体说的学者越来越多。一般认为将商事信托作为独立商事组织的基本观念首先由美国的 Sheldon A. Jones 等在《马州信托与注册投资公司》一文中提出。^⑥相关实践对契约基金主体的制度诉求通常是持主体说观点的学者都会提及的关注点,强调主体定性的实践价值。

① 岳钦行:《契约型证券基金所得税纳税主体地位》,硕士学位论文,厦门大学,2017年,第33页。

② 汤洁茵:《证券投资基金纳税主体资格的法律确证》,《税务与经济》2008年第6期。

③ 关于此点将在本文第四部分详细分析。

④ John H. Langbein, "The Contractarian Basis of The Law of Trusts", 105 Yale L. J. December 1995, p. 652-665.

⑤ [英]F·W·梅特兰:《信托与法人》、[英]大卫·朗西曼、马格纳斯·瑞安编:《国家、信托与法人》,樊安译,北京:北京大学出版社,2008年,第99页。

⑥ 刘正峰:《美国商业信托法研究》,北京:中国政法大学出版社,2009年,第4页。

有持主体说的学者主张，现代商事信托制度已经成为与公司制度并驾齐驱的商业组织形式。在信托业法上确认商事信托的法律主体地位有利于明晰法律上的义务和责任主体。^①将特定目的营业主体（意指契约基金形式的SPV）确认为一类新型商主体具有一定的实践意义。^②以证券投资信托为代表的商事信托兴起后，频繁地对外投资运作以及内部关系的复杂化，导致法律上逐渐接受了信托的独立化甚至实体化。^③随着商业信托在中国越来越多地被应用，应当逐步规定商业信托的法律主体地位，这有助于解决商业信托领域中存在的信托财产所有权、受托人有限责任、商业信托正确设立等方面存在的一些理论与实践问题。^④另外，也有学者通过将信托财产和公司、合伙进行比较，主张信托财产的主体化程度应定位在公司和合伙之间。^⑤

在立法论层面，契约说与主体说的区别形式上表现为对契约基金法律性质认识的不同，而实质上是为实现相同价值判断结论而采取的不同解释选择路径。契约基金法律性质的问题属性不是价值判断问题而是解释选择问题。如何进行解释选择本身既非事实判断问题，又非价值判断问题，而是一种独立的问题类型。解释选择问题主要指采取何种妥当的解释路径将已确定的特定价值判断结论在立法上表述出来。^⑥民商事法律主要调整两大类利益关系，一类是民商事主体之间的利益关系；另一类是民商事主体与公共利益之间的利益关系。价值判断结论是立法者在事实判断的基础上，结合当下社会价值评判体系，得出的对以上两种类型利益关系法律安排的结论。契约说与主体说之间的

区别不在价值判断结论，而在解释选择的路径不同，两种学说与价值判断结论之间不存在绑定或背离的逻辑关系。

就契约基金而言，综合国内外立法和理论，其主要价值判断结论是契约基金财产独立，投资人承担有限责任，管理人收取管理费不承担投资风险，以及第三人可为受益人等。这些结论在本质上相互关联，其中最为核心的价值判断结论便是契约基金财产独立，其他结论或可以从这一结论中推导出来，或是对这一结论特征的描述。为简化本文论述，如无特别说明，后文将使用契约基金财产独立来指代契约基金的价值判断结论。契约说和主体说持守着上述相同的价值判断结论，但却选择了不同的解释选择路径。

（二）中国契约基金契约说解释选择路径

契约说采取“委托+特别规定”的解释路径。根据民商法一般原理，契约仅在当事人之间产生内部法律效力，而契约基金财产独立需要依赖于对外效力才可以实现。那么要想在立法上实现契约基金财产独立这一价值判断结论，唯独通过立法上的特别规定方可实现。以中国《信托法》为例，为实现契约基金财产独立的法律效果，此法主要在3个方面进行了特别规定：第一，以登记为契约基金生效要件，使契约产生对外效力。^⑦通常契约无需登记就可直接生效，而此处特别要求对契约进行登记。第二，在没有明确信托财产所有权转让前提下，规定投资人不享有信托财产所有权或财产独立于投资人，并且投资人仅享有信托份额、以信托份额为限承担投资风险。^⑧第三，在没有明确信托财产所有

① 谢永江：《论商事信托的法律主体地位》，《江西社会科学》2007年第4期。

② 楼建波：《特定目的营业主体在商法上的地位——兼论商主体的规制原则》，《社会科学》2008年第3期。

③ 楼建波：《企业并购中的资管计划——以SPV为中心的法律分框架》，《清华法学》2016年第6期。

④ 于朝印：《论商业信托法律主体地位的确定》，《现代法学》2011年第5期。

⑤ 张钰：《信托财产的法律主体性研究》，硕士学位论文，华东政法大学，2019年，第3页。

⑥ 王轶：《民法原理与民法学方法》，北京：法律出版社，2009年，第97页。

⑦ 《信托法》第十条：设立信托，对于信托财产，有关法律、行政法规规定应当办理登记手续的，应当依法办理信托登记。未依照前款规定办理信托登记的，应当补办登记手续；不补办的，该信托不产生效力。该登记主要为契约内容信息，依据《信托登记管理办法》（2017）第九条，主要涉及信托产品名称、信托类别、信托目的、信托期限、信托当事人、信托财产、信托利益分配等信托产品及其受益权信息和变动情况。

⑧ 《信托法》第十五条：信托财产与委托人未设立信托的其他财产相区别。设立信托后，委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时，委托人是唯一受益人的，信托终止，信托财产作为其遗产或者清算财产；委托人不是唯一受益人的，信托存续，信托财产不作为其遗产或者清算财产；但作为共同受益人的委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时，其信托受益权作为其遗产或者清算财产。

权转让前提下，管理人对外要以自己名义管理财产，^①并且管理人自有财产不对投资风险负责。

后两处特别规定，明显背离民商法一般理论，主要体现在三点：一是委托产生所有权变动效力。从《信托法》规定可知，信托财产所有权在委托之后便不再属于投资人，这与委托不会导致物权变动的物权基础理论明显背离。而且《信托法》始终未能明确信托财产所有权的归属主体，这种未能明确与其说是遗漏，不如说是陷入两难后的无奈选择。因为按照民商法一般理论，如果所有权从投资人转移给管理人，那么管理人变成信托财产的所有权人，自然也要承担投资风险享有投资收益，而这与信托立法的价值判断结论不一致。反之亦然，如果所有权不发生变动，投资人仍享有信托财产所有权，那么管理人便不能以自己名义对外投资，且投资人对自己投资应承担无限责任，而这也明显违背信托立法的价值判断结论。可见，在现行民商法一般理论的前提下，信托财产所有权变动规则难以妥当解释，因此，立法便选择以委托产生所有权变动效力且不明确所有权归属主体的模糊处理方式进行了特别规定；二是与无主财产规则严重背离。与英美法系双重所有权不同，中国《信托法》规定契约财产要独立于所有主体，而法律上只有无主物才可能独立于所有主体，但显然此财产并非无主，因此特别规定必将陷入两难逻辑推理困境；三是明显改变了主体自身财产需为自身投资风险承担无限责任的原则。具体来说，《信托法》的特别之处在于管理人以自身名义对外投资，自己名下财产（包括自有财产和管理的其他基金财产）不需要对投资风险负责。而且投资人自身名下除信托财产外的全部财产不需要对投资人作为委托人的投资风险负责。此种法律效果都是与现行民商法一般理论相违背的。

从上述分析可见，契约说虽然可以在立法上实现契约基金财产独立的价值判断结论，但需要借助明显违背民商法一般理论的多个特别规定。日本学者新井诚教授正是看到了契约说难以在现有民商理

论体系下妥当解释契约基金财产独立，于是对契约说进行修正，提出了新契约说。大致的解释路径是在保留契约说框架的前提下以特别规定进行修正。其所主张的“债权”是民法特别法创新出来的具有特殊性质的权利，与民法上的债权完全不同，不能以纯形式理论将其分类为民法上的债权或物权，否则将会导致顾此失彼之果。^②中国也有学者试图通过创设新的物权类型的特殊规定，主张无论是委托人保留的所有权还是受托人对信托财产的所有权，都是权能不完整的期限有限的“不完全所有权”或“特殊所有权”，与一般的所有权概念不符。这种“不符”在民法典通过后不仅会破坏中国法律体系的和谐，而且可能影响实践中信托安排的确定性。因此，我们有必要借鉴阿根廷和乌克兰的做法，在将来通过的民法典中至少在概念层面规定信托财产所有权作为一种不完全的所有权或特殊所有权的地位，甚至对信托所有权进行科学的定义。^③

需要说明的是，以上分析，只是围绕契约基金最为核心的契约基金财产独立而进行的。实质上对于迁一发而动全身的民商法体系而言，多个特别规定的存在一定会产生广泛的体系效应，本文受篇幅所限在此不展开讨论。

三、中国契约基金民商法层面的主体定性

从世界范围来看，由于各国法律传统和发展阶段不同，契约说和主体说都有对应的立法例。法律并非对客观世界完全消极的成像，而是用法律语言对客观事实的主动塑造。契约说和主体说都是法律对契约基金法律性质的塑造，可供解释选择的途径不会也不应当是唯一的，但不同路径之间存在优劣之别。笔者认为，主体说是中国立法上的更优选择，立法上应该肯定契约基金的主体地位。具体原因除了主体说可以回应本文第一部分提到的中国资管实践对契约基金主体地位的制度诉求外，还体现在主体说与现行民商法一般理论具有更高的匹配度以及更强的解释力。

① 《信托法》第二条：本法所称信托，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。

② [日]新井诚：《信托法》，刘华译，北京：中国政法大学出版社，2017年，第62页。

③ 楼建波：《信托财产关系与物权法原则的冲突——兼论信托财产关系的民法典表达》，《交大法学》2019年第2期。

（一）赋予独立财产主体地位符合现行民商法一般理论

主体说采取赋予契约基金主体地位方式实现价值判断结论的解释选择路径。赋予契约基金与公司、合伙企业并列的主体地位，依现行民商法一般理论，契约基金财产独立便是顺其自然的结论，无需借助特别规定。主体制度是民商事法律的基石，中国立法已经形成了非常成熟的制度体系。依据民商法相关规定，除自然人外，还存在营利法人、非营利法人、特殊法人和非法人组织等主体类型。从具体规定可以看出，独立财产是法律上的非自然人主体的共同特征。无财产者无人格，^①独立财产是大陆法系国家立法上构成非自然人法律主体的资格或前提。此处人格为法律主体资格之意，契约基金的财产独立满足了其获得法律主体地位的核心条件。换言之，没有独立财产，契约基金便不具备成为法律主体的可能。从公司、合伙企业、个体工商户等非自然人法律主体实际情况看，反过来推论也成立，即具有独立性的财产便在法律上取得主体地位。

需要说明的是，立法赋予契约基金主体地位，但并不必然意味着投资人承担有限责任。依独立的强度不同，财产的独立可以分为绝对独立和相对独立。财产的绝对独立不仅财产独立，而且财产对应的责任也是独立的，当资不抵债时适用破产规则，责任不会波及投资人。在中国，法人型主体的财产就是绝对独立的财产。财产的相对独立只是财产本身独立，而对应的责任并不独立，当资不抵债时不适用破产规则，投资人或出资人对债务需承担连带责任。在中国，不具备法人地位的非自然人主体所对应的便属于财产的相对独立。比如，合伙企业、个体工商户等主体。虽然从注册出资和财务报表等方面看此类主体拥有独立的财产，但出资人或设立人需对此类主体的债务承担无限责任。就契约基金而言，依据契约基金财产独立和投资人有限责任的价值判断结论，可以看出契约基金财产属于绝对独立，依形式逻辑契约基金应定性为法人型主体，也只有如此解释才更符合民商法基本理论。

（二）契约基金主体说可化解双重所有权解释困局

中国信托理论直接或间接来源于英美等国，依其主流的双重所有权信托理论，同时存在普通法上的所有权和衡平法上的所有权，而这与中国现行所有权理论难以匹配。可以说，双重所有权理论已经成为中国信托法律发展的不可逾越的理论障碍。继受信托制度，就必须解决信托财产的所有权归属问题，否则难以与中国的法律体系保持协调。^②契约基金面临着与信托关系同样的问题，即如何在中国现行民商法一般理论前提下妥当地解释契约基金财产归属等问题。

笔者认为，只要立法上采纳契约基金主体说观点，契约基金财产归属等问题便可以妥当地得以解释。立法赋予契约基金主体地位，财产所有权当然归属契约基金这一主体。投资人对投资财产的所有权将转化为对契约基金份额的所有权，投资人通过契约基金管理协议将契约基金的管理权让渡给管理人，管理人依据契约基金管理协议和法律规定行使管理权。而且投资人可以选择通过真正第三人利益合同的法律结构将利益转让给受益人。从实际情况看，双重所有权的难题只存在于契约型基金，在公司型和合伙企业型基金中根本不存在此问题，这也一定程度上证实将契约基金解释为法律主体便可以摆脱双重所有权困局。

（三）契约基金主体说有利于维护现行民商法体系

赋予契约基金主体地位与现行民商法一般理论具有较高的匹配度。较高的匹配度意味着可以在立法上减少使用特别规定，从而避免对现行民商法体系造成不必要的冲击和破坏。

契约说和主体说对应着两种运用不同法律语言将价值判断结论转化为法律规范的路径。虽然殊途可以同归于相同的价值判断结论，但两种学说在与现行法律的匹配度、实践解释力、立法效率等方面存在优劣之分。一般条款加特别规定是立法当中常用到的技术，其中特别规定实质是对法律一般条款

^① 尹田：《无财产即无人格——法国民法上广义财产理论的现代启示》，《法学家》2004年第2期。

^② 于海涌：《论英美信托财产双重所有权在中国的本土化》，《现代法学》2010年第3期。

的修正,其角色应为补充性的。通过特别规定固然可以在某些具体问题上实现价值判断结论,但特别规定使用得越多,对于现行法律体系的破坏就越大,而且往往一处例外意味着多个方面的跟进修补。对于契约基金而言,要实现基金财产独立这一价值判断结论,如果采用主体说,因为与现行法律具有较高的匹配度,解释力较强,立法上也可以在保留自身特殊规则的基础上直接借鉴公司法和合伙企业法的成熟经验,从而极大提高立法效率。而如果采用契约说,因契约效力限于内部关系,要实现基金财产独立这样具有对外效力的价值判断结论,就需要借用多个特别规定。对此有学者就指出,如果没有信托法的备用条款,而是通过合同制度和代理制度来安排,则因需要在所有相关合同中明确界定当事人的权利义务而使交易变得成本高昂和难以操作。^①可见,相比于需要借用大量特别规定才可以实现价值判断结论的契约说,契约基金主体说更有利于维护现行民商法体系。

四、中国契约基金民商事主体法一般法的定位

中国目前缺失与《公司法》和《合伙企业法》并列的在民商法层面规范契约基金主体的一般法依据。比较而言,规范公司型或合伙企业型资管基金的民商法律制度较为完善,而规范契约型资管基金的民商法律制度相对薄弱。与大资管快速发展如影随形的,是围绕着大资管上位法的分歧,“信托VS委托”之争几乎贯穿于整个大资管20年发展历程的始终。虽然《中华人民共和国证券投资基金法》(以下简称《证券投资基金法》)确认中国的契约型证券投资基金的信托属性,但能否推及券商资管、银行理财或私募基金等不无疑问。^②可以说,契约基金主体一般法的缺失已经成为相关理论和实务发展的重要短板。如果说《资管新规》开创了大资管在监管制度层面的统一,那么现在迫切需要制定一部统一规范契约基金主体的一般法,以实现大资管在民商法规

范层面的统一。

(一) 信托法不宜作为契约基金民商法层面的一般法

由于中国《信托法》在整个大资管细分行业规范当中的相对成熟和信托与契约基金在法律结构的共性,长期以来《信托法》发挥了契约基金民商法层面一般法的功能。2019年最高人民法院为回应诉讼实务当中契约基金民商法层面一般法缺失而形成的审判难点,在《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)第88条表达了将《信托法》作为契约型资管基金一般法的态度,规定“其他金融机构开展的资产管理业务构成信托关系的,当事人之间的纠纷适用信托法及其他有关规定处理”。在学术界,多数学者同样持有将《信托法》作为契约基金一般法的观点。有学者认为资产管理业务本质上是一种信托法律关系。《信托法》不仅应适用于信托公司的资产管理业务,也应适用于银行、证券、保险等其他金融机构的资产管理业务。^③《信托法》的遗憾是它在实践中不适用于信托公司之外的资产管理机构,《资管新规》应当明确“其他金融机构”从事的资管业务本质就是营业信托,以正本清源。未来,这部《资管新规》上升到全国人大的立法层面,其定位应是《营业信托法》。^④还有学者主张应从《信托法》层面明确资产管理业务的信托法律关系,在宏观上,扩大并明确界定营业信托的范围,统一规范当前以委托之名行信托之实的各类资管产品;微观上,完善信托双方的权利义务体系,统一各类资产管理人的受托义务要求,强化受托人的信义义务及相关法律责任。^⑤

笔者认为在目前一般法缺失的背景下,将《信托法》作为契约基金民商法层面一般法的做法具有积极意义。但这种做法在过渡时期尚可,但长期来看不宜将《信托法》作为契约基金民商法层面的一般法,主要原因归纳为以下两个方面:

第一,《信托法》作为契约基金民商法层面一般法有违中国已经形成的大资管概念体系。从中

① [日]亨利·汉斯曼、乌哥·马大:《信托法的作用:比较法与经济分析》,见吴敬琏:《比较法与经济分析》,北京:中信出版社,2003年,第112—121页。

② 刘燕:《大资管监管体制的反思与重塑》,《金融时报》2020年2月24日,第11版。

③ 王涌:《资管新规:风险的治理和治理的风险》,《金融时报》2018年4月16日,第8版。

④ 王涌:《让资产管理行业回归大信托的格局》,《清华金融评论》2018年第1期。

⑤ 张妍:《“大资管”时代的行业监管困境与出路》,《中国法律评论》2019年第2期。

国现在所形成的资管生态来看,从事资管业务的主体包括银行、信托、保险、证券、期货和金融资产投资公司等金融机构,还包括公募基金和私募基金等非金融机构。与此相对应,在大资管概念体系当中,信托属于资管的子概念。如果将信托法作为整个资管行业的一般法,会造成信托与资管概念等同,进而破坏已经形成的大资管概念体系。对于民法体系来说,概念之间的逻辑关系和上下属关系,具有特别重要的意义。^①

第二,信托的概念内涵不确定,不宜作为民商法层面一般法的基础性概念。信托概念不确定性在国外和国内都存在。信托在外国,包括在信托业较为发达的英美国家,都有多个涵义,而且经常变动。美国法律概念之间的关系更加复杂,依据《投资公司法》,信托(Trust)可以是公司(Company)存在的一种形式,而且强调“Persons”既包括“自然人”,也包括“企业”。^②甚至英国信托法学者断言,没有一种信托的定义是毫无争议的。^③

在国内,信托这一概念至少有三重涵义,即信托行业、信托公司和信托产品。由于信托的三重涵义,信托这一概念在实际中有较为严重的交叉使用的混乱问题。在中国,信托公司经营的并不一定是信托产品,还包括财务顾问、证券承销业务、居间、咨询、资信调查、保管、贷款、租赁、担保、同业拆借等,虽然信托在20世纪20年代前后传入中国之后经营范围不断变化,但经营范围多元化未曾有变。^④另外,经营信托产品的不一定是信托公司。受将《信托法》作为契约基金一般法的影响,信托之外的资管机构也常常将所经营的契约基金产品归入信托产品。考虑到信托有信托行业之意,如果将《信托法》作为一般法,那么所有经营契约基金的资管机构可能被归入信托行业。如此一来,在使用信托概念时需要反复说明是在哪个具体涵义上使用概念,否则便可能不清楚其具体涵义。

综上所述,信托法不宜作为民商法层面的契约基金的一般法。如将《信托法》作为契约基金的一般法,信托在中国民商法概念体系中将面临着内涵重塑的需要。

(二)中国契约基金法应定位于民商事主体一般法

笔者认为,契约基金法应定位于与公司法和合伙企业法等民商事主体法并列的主体一般法。

首先,契约基金法定位于民商事主体一般法符合中国已经形成的大资管规范体系,是对大资管法规体系的完善。契约基金是依资管基金组织形式进行的分类,并不属于大资管当中的细分子行业。因此,契约基金法作为一般法不会出现类似信托法作为一般法给已经形成的大资管概念体系带来破坏。契约基金法定位于与公司法、合伙企业法相并列的民商法层面的一般法,此三部一般法共同为契约型、公司型和合伙企业型资管业务提供民商法律基础规则。尽管银行、信托、保险、证券、期货、金融资产投资公司、公募基金和私募基金等各类细分资管机构所经营的产品名称不尽相同,包括银行财产计划、信托投资计划、保险投资计划、证券集合管理计划、投资基金等,但在法律本质上,资管产品全部或部分为契约基金。

目前,中国大资管的民商法规范表现为各类细分行业分别立法,即各类细分资管机构都有各自独立对应的民商法规范。针对本质相同的契约基金分别立法至少存在两方面问题:一方面是重复立法,浪费立法资源;另一方面是由于政出多门,必然产生立法冲突、规则不统一和缺乏体系性等问题。制定契约基金法就是改分别立法模式为统一立法模式,可以统一为契约基金提供基础性法律依据,从而提升立法效率、避免重复立法、防止立法冲突和完善法律体系。

其次,从文义上讲,相比信托,契约基金法这一概念更具基础性,更能直接表述契约基金业务相关法律关系的本质。基金本意为资金或财产集合之意,从更广义上讲,公司、合伙企业在本质上也是基金,是为满足社会大生产的资金集合方式。从这一层面看,契约基金与公司、合伙企业并没有本质上的不同,其共同核心就是形成独立的财产集合。作为规范契约基金的一般法,其概念选择应注重概念文义对本质反映的直接性。虽然立法在某种特定情形下可以基于形式逻辑等因素对概念进行塑造,但这种塑造成分显然与立

① [德]拉伦茨:《德国民法通论(上)》,王晓晔、邵建东等译,北京:法律出版社,2003年,第38页。

② 黄辉:《资产管理的法理基础与运行模式——美国经验及对中国的启示》,《环球法律评论》2019年第5期。

③ [英]西蒙·加德纳:《信托法导论》,付然译,北京:法律出版社,2018年,第2页。

④ 何旭艳:《上海信托业研究》,上海:上海人民出版社,2007年,第244页。

法语言解释力成反比。简言之，概念塑造成分越小，解释力越强。从这一角度而言，契约基金作为一般法的概念比信托更为适宜。

第三，契约基金法的调整对象比信托法更为广泛。《资管新规》明确规定，依据金融监督管理部门颁布规则开展的资产证券化业务，不适用本意见。其主要原因是资管业务定位于资金端业务，而资产证券化业务为投资端业务。^①而《信托法》的定位与《资管新规》相同，都是关注于资金端，而不包括投资端。因此，将信托法作为契约基金民商事一般法，其仍然不能将资产证券化业务纳入调整范围。然而，资产证券化业务当中经常用到的特殊目的实体（SPV）的组织形式之一本质上就是契约基金，若契约基金法作为一般法则完全可以将资产证券化业务纳入调整范围。从这个意义上讲，契约基金法的调整范围要大于信托法，可以解决资产证券化业务对于特殊目的实体的重复立法问题。另外，其适用范围包括但不局限于资管行业，理论上凡是采取契约组织形式的基金都应该可以直接或参照适用。

（三）中国契约基金应定位于准法人型主体

法人在中国有特定内涵，即经营风险在法人层面被投资人有限责任完全隔离，法人独立对外承担法律责任。投资人承担有限责任的价值判断结论意味着契约基金应定位于法人型主体。同时，立法应当注意契约基金法人不同于一般法人的独特之处。笔者认为契约基金至少具有两大特征：第一，此类主体具有工具性的特征。表现为两点：（1）是经营范围具有局限性，甚至单一性。与商业实践当中的项目公司类似，该主体设立时就具有特定目的，当特定目的已实现或确定无法实现时，此主体通常会被注销。（2）是存续时间往往较短，最短则可以月计，而且通常在成立时就已设定；第二，契约基金以委托管理为原则。包括法人在内的非自然人民商法主体通常以自我管理为原则，即主体自身拥有健全的权力、决策、执行和监督等治理组织，这些组织是保护主体利益的重要防线。而契约基金作为主体并不存在自我保护的治理组织，取而代之的是管理人。

综上，笔者认为不管是契约基金的工具性特征，还是委托管理原则，都不能成为否定契约基金成为民商法主体的理由，但可能构成对主体性的削弱，因此，可以将契约基金归为准法人型主体。准法人型主体的定位不仅可以体现契约基金的特征，更重要的是可以为针对这些特征设置有别于一般法人的规则预留制度接口。

（四）中国契约基金立法应体现便捷性原则

契约基金之所以成为资管机构通常选择的组织形式，原因之一就在于其便捷性。中国契约基金民商事主体立法应适应资管行业商业活动高效、低成本等经济发展的要求，在立法上体现出便捷性原则，具体应体现在以下几方面：第一，设立程序的便捷性。依中国现行法律，工商登记通常是非自然人组织获得法律主体地位的必要程序。中国各资管细分行业监管规范基本都规定了委托契约的登记程序，但在登记机关、登记审查、登记事项等方面的规定不尽相同。至于立法是应该维持分别登记模式还是实施新的统一登记模式，笔者认为考虑到金融细分资管行业差异化调控的需要，还是维持分别登记模式较为妥当。但无论哪个模式，立法上都应该设计出便捷化的登记规则；第二，资本制度的便捷性。中国公司与合伙企业在主体注册时，注册资本实行法定资本制，主体成立时所有资本必须足额认缴。契约基金主体立法应设计出可以适用于包括但不限于开放式基金等在内的更为宽松的资本制度，特别是在增减资本方面应相对便捷；第三，基金份额流转的便捷性。股权和合伙份额的流转变更需要工商登记，相对而言，基金份额流转的规则设计应更为便捷。现有的做法是除转让契约合意之外，只需要在契约基金资金托管机构进行调整，无需在主体登记或备案机构变更。第四，主体注销清算的便捷性。实践中，中国公司和合伙企业的注销程序相对复杂且时间长。而契约基金主体的存续时间较短，契约基金主体立法时应设计出更为便捷性的注销清算程序，以满足资管行业对效率的要求。

[责任编辑：陈慧妮]

^① 刘燕：《大资管“上位法”之究问》，《清华金融评论》2018年第4期。

this regard, we must focus on three aspects: first, eliminate the misunderstanding of China's intention to advocate the community of shared future for mankind by enhancing the international discourse ability and building a national image of peaceful development; second, promote the concept of "common development and win-win cooperation" in a community with a shared future for mankind by providing international public goods and constructing the image of a responsible power; third, disseminate the value proposition of "the same world with different civilizations" in the community with a shared future by promoting cultural exchanges, building a national image of China with the principle of seeking common ground while reserving differences.

A Study on the Coupling of Political Ethics between the Community of Shared Future for Mankind and the Modernization of National Governance PAN Kun (32)

The construction of a community of shared future for mankind and the modernization of state governance are highly coupled in the sense of political ethics. This paper deeply discusses the specific performance of this strong coupling in value objectives, relationship ethics, power ethics and other aspects, and then conceives the possibility of institutional coordination and mutual learning between the two strategies of global governance and national governance in the new era.

Research on the Community Construction of State Administration and Government Executive Capacity GAO Cai-ping& LI Jing-ping (37)

Approaching communities is a shared civilization mechanism of new globalism, while state administration and government executive capacity are common topics in global reform. State administration embodies the national foundation of social governance, whereas government executive capacity represents the recognition of mechanism, the reconstruction of system, and the nationalization of institutions. Since the very beginning of globalization, it has been a common trend for states to develop towards community. State administration is increasingly evolving towards common governance, while many organizational theories emerged regarding to how a government should be managed like an organization. State administration embodies the national model of reconstruction and rejuvenation, while government executive capacity ushers in the momentum of the outlook on globalized development in the world today.

Qualitative and General Legal Positioning of China's Contract Funds ZHANG Jing (55)

There are two views on the nature of contract funds: the contract theory and the subject theory. The essential difference between the two lies in the fact that the law expresses the same value judgment conclusion and adopts different interpretation choice paths. The legislation of China's contract funds should take the subject theory, that is, it conforms to the current general theory of civil and commercial laws, and can resolve the dilemma of double ownership interpretation. The trust law should not be regarded as a general law at the level of civil and commercial law of the contract asset management funds. The contract fund law should be positioned as the general law of civil and commercial subjects. China's contract funds should be positioned as the entity of a quasi-legal person, and the relevant legislation should also embody the principle of convenience.

Change and Persistence: A Case Study of the Transition of Livelihood Mode and the Rhythm of Bai Women's Daily Life Su Xing (63)