

中小企业私募债券受托管理人 诉讼地位研究

杨宏芹* 王兆磊**

摘要:私募债券受托管理人在民事诉讼中的正当当事人地位现行法律没有明确规定,故而受托管理人不能以实质的正当当事人身份进入诉讼中。但鉴于我国不采强制律师代理制度以及受托管理人的特殊地位,其作为形式的正当当事人之一的任意的诉讼担当人进入诉讼没有障碍。明确受托管理人在诉讼法上的正当当事人地位,扩大了债券持有人的诉讼路径选择,有助于节约债券持有人和法院的诉讼成本,提高诉讼效率,也有助于完善我国债券受托管理制度。

关键词:中小企业私募债 受托管理人 正当当事人

一、问题的提出

公司债券作为直接融资手段的一种,一直是资

* 上海对外经贸大学副教授,法学博士。

** 上海对外经贸大学民商法学研究生。

本市场重要的组成部分之一。2012年5月,沪深两地证券交易所发布的《中小企业私募债券业务试点办法》开始实施,中小企业私募债券开始正式进入人们的视野。所谓中小企业私募债券是指中小微型企业在中国境内以非公开方式发行和转让,约定在一定期限内还本付息的公司债券(以下简称私募债)。与一般的公司债券相比较,有着发行主体中小微、发行方式非公开、发行实行备案制与发行资质要求低的特点。由于私募债的债权期限一般为1~3年,对于债权期限为2年的私募债而言,去年下半年开始陆续进入清偿期,债权期限为3年的私募债是否能够及时清偿也开始初见端倪。部分私募债的发行方已经因为存在违约风险而进入了诉讼程序。可以预见的是,作为中国版的“垃圾债”,私募债的高风险必然会引起相关诉讼的多发。而债券受托管理人作为2007年证监会公布的《公司债券发行试点办法》与沪深两地交易所发布的《中小企业私募债权业务试点办法》中关于债券持有人权益保护的重要制度,其在民事诉讼中的诉讼主体地位问题,仍旧处于含混不清的状态。私募债受托管理人在私募债的发行方违约时,能否以正当当事人的身份参与到诉讼中?易言之,其能否以自己的名义进行诉讼,具有适格的当事人地位?鉴于我国的私募债受托管理人制度本身仍处于发展之中,故而本文仅对私募债受托管理人的诉讼主体地位问题进行初步的研究,以期有抛砖引玉之功效。

二、当事人适格的路径选择——实质的正当当事人

所谓当事人适格,我国学者认为:“是指对于具体的诉讼,有作为本案当事人起诉或者应诉的资格。”^{〔1〕}“对于特定的诉讼,可以以自己的名义成为当事人的资格。”^{〔2〕}此种以自己的名义实施诉讼的资格和权能,在德国被称作“诉讼实施权”。^{〔3〕}一般来说,当事人适格、“诉讼

〔1〕 张卫平:《民事诉讼法》(第2版),高等教育出版社2011年版,第63~65页。

〔2〕 江伟等:《民事诉权研究》,法律出版社2002年版,第177~178页。

〔3〕 参见张卫平:《程序公正实现中的冲突与平衡》,成都出版社1993年版,第115页。

实施权”与正当当事人是同义语。^{〔4〕}

在我国,直接的利害关系人才能作为当事人的传统观念一直占据主导地位。其是从实体法的角度考虑当事人适格的问题,强调当事人适格与权利义务主体的同一性。实际上这种观念无论是从理论上还是从历史上都存在一些偏差。理论上来说,实体法上的权利义务主体当然能够以自己的名义进行诉讼,因而也不会特别地去讨论当事人适格的问题。当事人适格其本身就是针对第三人对他在实体法上的权利义务关系,作为当事人实施诉讼时被论述的。从历史上看,在“诉讼实施权”概念起源的德国,其确实也是以诸如遗嘱执行人、破产管理人的诉讼资格的讨论作为起点,经历了考拉(Kohler)、奥特卡(Oetker)再到赫尔维格(Hollwig)等诸学者的努力,完成了从“诉讼资格”到“诉讼实施权”的进化。^{〔5〕}当事人适格的理论实际上是为诉讼法上的正当当事人和实体法上的权利义务主体的分离提供了理论支撑。例如,破产程序中的破产人虽是实体法上的权利人,但却不是正当当事人,而破产管理人却依诉讼法成为正当当事人。正当当事人可以分为“实质的正当当事人”与“形式的正当当事人”两类。前者即实体法上的权利义务主体作为诉讼当事人,后者即非实体法上的权利义务主体,却享有“诉讼实施权”的人。^{〔6〕}日本学者称之为“实体的诉讼实施权”与“诉讼的诉讼实施权”。^{〔7〕}

私募债受托管理人在私募债的发行方违约时,若能以自己的名义作为当事人起诉或者应诉,进入到诉讼当中,是以实质的正当当事人的身份进入还是以形式的正当当事人的身份进入?如果以实质的正当当事人为路径,则需要明确私募债受托管理人在实体法上享有权利义务关系。对于作为私募债这一法律关系的第三人私募债受托管理人来说,唯有通过信托关系作为法理基础,方可成行。

所谓信托,是指“委托人基于对受托人的信任,将其财产转移给受托人,受托人按委托人的意愿以自己的名义,为受益人的利益或特定目

〔4〕 参见〔日〕中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第54页。

〔5〕 参见肖建华:《民事诉讼当事人研究》,中国政法大学出版社2002年版,第92~93页。

〔6〕 参见江伟等:《民事诉权研究》,法律出版社2002年版,第178~179页。

〔7〕 江伟等:《民事诉权研究》,法律出版社2002年版,第55页。

的,管理或处分财产的法律关系”。〔8〕信托成立的核心要素是将财产权移转或为其他处分给受托人。〔9〕若非如此,信托则无以成立。而作为享有信托财产法定所有权的受托人,在诉讼中是实质的正当当事人,自无疑问。在信托制度诞生的英美法系国家,依照信托法理管理公司债〔10〕已有漫长的发展历史,自不待言。英美学者也承认依法管理自己财产的人和管理他人财产(如受信托的财产权)的人,都属于真正的利害关系人(正当当事人)。〔11〕

在我国台湾地区,公司债券信托也有相关的实践。我国台湾地区关于公司债受托管理人的规定,散见于“公司法”第7节,〔12〕立法并没有对是否附担保做出区别,均采用公司债信托模式。不过我国台湾地区也有学者认为,只有在附担保的公司债中,为公司债所设立的担保物权为信托财产,无担保的公司债中因为没有财产转移,委托人与受托人之间的契约仅为民法中的委任契约。〔13〕笔者认为,此种将信托财产仅囿于物权的观念有失偏颇,学者们对此也多有反驳,认为公司债信托作为公司债管理的一种模式没有法理上的障碍,债权亦可以是信托财产。〔14〕

〔8〕 吴宏等:《信托法论——中国信托市场发育发展的法律调整》,立信会计出版社2002年版,第1页。

〔9〕 参见赖源河、王志诚:《现代信托法论》,中国政法大学出版社2002年版,第26页。

〔10〕 有学者认为,因为私募债的发行对象是“合格的机构投资者”,具有管理债权的能力,同时私募债的发行对象具有人数上限,使用债权人会议等自治管理的方式即为已足,没有必要再设置受托管理人的必要,更无从谈起信托的问题。参见刘迎霜:《公司债:法理与制度》,法律出版社2008年版,第166页。笔者认为此种观点具有一定的合理性,但是其非必要条件并不能否定其成为充分条件。虽然私募债与一般的公司债具有多处不同,但并不能否认其是公司债的一种。故而下文关于私募债受托管理制度是否能以信托法理进行构建,笔者并不准备将其单独论述,而统一于公司债之下。

〔11〕 参见肖建华:《民事诉讼当事人研究》,中国政法大学出版社2002年版,第129~130页。

〔12〕 具体的规范条文有第248条、255条、256条、258条、263条和264条。

〔13〕 参见廖大颖:《公司债法理之研究——论公司债制度之基础思维与调整》,正典文化出版有限公司2003年版,第104页。

〔14〕 参见刘迎霜:《公司债:法理与制度》,法律出版社2008年版,第171~174页;赖源河、王志诚:《现代信托法论》,中国政法大学出版社2002年版,第24页。

然而以信托法理来构建公司债券受托管理人制度,在我国却没有得到立法上的认可。在2007年证监会公布《公司债券发行试点办法》之前,即有学者提出我国的债权受托管理人制度的构建,应该以信托关系为法理基础,由受托人对与债权有关的财产权利进行管理和处分,以保护债券持有人的利益。^[15]在证监会发布的《公司债券发行试点办法》(征求意见稿)第26条中规定:“公司为债券设定抵押或质押担保的,债券受托管理协议中应当约定担保财产为信托财产,债券受托管理人为该信托财产的受托人,债券持有人为该信托财产的受益人。”此规定与我国台湾地区的部分学者的观点不谋而合,认为只有担保物权方能成为信托财产。虽然该规定并非完整意义上的以信托法理构建公司债券受托管理制度,也算是迈出了第一步。而在正式公布的《公司债券发行试点办法》中,该条又被删去,替之以第25条第2款:“公司为债券设定担保的,债券受托管理协议应当约定担保财产为信托财产,债券受托管理人应在债券发行前取得担保的权利证明或其他有关文件,并在担保期间妥善保管。”可以看出,正式公布的《公司债券发行试点办法》删除了关于受托人和受益人的描述,使得第25条成为整个《公司债券发行试点办法》中唯一一次出现“信托财产”字样的条文。立法者个中心态,不言自明。总而言之,虽然学说上对依照信托法理来构建我国公司债受托管理人制度持肯定的态度,疑难之处学说也给予了充分的回应。但是我国现行的法律法规决定了“债权受托管理应当属于信托范畴”这一观点缺乏文义解释的根基,立法者的目的也并不支持这一观点。^[16]从法解释上来说,在立法明确私募债受托管理人在信托法上的受托人地位之前,其在诉讼中欲成为实质的正当当事人已经几无可能。

[15] 参见刁龙生:“论公司债券受托管理制度及我国的制度构建”,载《河北法学》2005年第8期。

[16] 有学者认为,让作为保荐人的证券公司作为受托人,存在角色和利益的冲突,会违背信托法理。在分业监管的大环境下,证监会想要全面监管公司债券,只能将受托管理人委任于其能够监管的证券公司而不是属于银监会监管的信托公司。笔者认为此种观点可资参考。参见刘迎霜:《公司债:法理与制度》,法律出版社2008年版,第170页。

三、当事人适格的路径选择——形式的正当当事人

虽然私募债受托管理人在我国现行的法律法规项下似乎已经没有可能成为实质的正当当事人,但是其成为形式的正当当事人,却依然具有相当大的解释空间。形式上的正当当事人主要存在于第三人诉讼担当的情形之中。所谓诉讼担当,是指“实体法上的权利主体或法律关系以外的第三人,以自己的名义,为了他人的利益或者代表他人的利益,以正当当事人的地位提起诉讼,主张一项他人享有的权利或解决他人法律关系发生的争议;法院判决效力及于原来的权利主体”。^[17]

我国有学者将诉讼担当分类为法定的诉讼担当和任意的诉讼担当两种。法定的诉讼担当是指法律直接规定的诉讼担当,在我国,当事人主要有:遗产管理人、遗嘱执行人、破产程序中的清算组织等。任意的诉讼担当又包括法律规定的任意诉讼担当和扩大适用的任意诉讼担当两类。法律规定的任意诉讼担当是指法律明确允许一定类型案件,可以由他人进行诉讼担当如代表人诉讼制度。扩大的任意诉讼担当是指在法律没有禁止的情况下实体权利义务主体可以自己决定将诉讼实施权赋予实体权利义务主体以外的第三人的情形。^[18]笔者认为,此种分类方式是否以臻精确,尚有探讨余地。但是无论如何,私募债受托管理人的诉讼地位法律从未明确,现阶段不存在将其归入法定诉讼担当和法律规定的任意诉讼担当的可能,只能以扩大的任意诉讼担当为路径。

虽然理论上对扩大的任意诉讼担当没有持绝对禁止的态度,但是如果认为对其范围不加任何的限制,则又有失偏颇。一方面,如果对扩大的任意的诉讼担当不加以任何限制,则法定的诉讼担当无存在之意义。另一方面,虽然只有直接利害关系人才能作为正当当事人的观念

[17] 田平安:《民事诉讼法》(第3版),中国人民大学出版社2010年版,第111页。

[18] 参见肖建华:《民事诉讼当事人研究》,中国政法大学出版社2002年版,第122~123页。

在学说上已经有所松动,但其仍然是我国《民事诉讼法》第119条所规定的起诉条件之一。学说如果不对扩大的任意诉讼担当进行限制,则囿于第119条的文义,解释论上若想承认扩大的任意诉讼担当则会失去正当性。易言之,只有在对扩大的任意诉讼担当的范围进行了限制,解释论上才有对“直接的利害关系人”进行解释的余地,使其能在司法裁判中得以适用。^[19] 故而,对于扩大的任意诉讼担当的限制标准问题,应当予以重视。相比较而言,我国学者对扩大的任意诉讼担当的分类的创设性观点极为缺乏,关于与其范围限制标准的研究也基本处于空白状态。有论者以从严为思路,但理由却语焉不详。^[20] 反观日本学者在此问题上的研究则要丰富许多。若就任意诉讼担当的分类以及相应的限制标准提出明确的看法,恐怕是笔者力所不逮的事情,但以日本学者的诸学说为基础,分析一下我国私募债受托管理人能否作为担当人则是一种可行的思路。

(一)日本诸学说的观点

从日本学者的学说立场来看,对任意的诉讼担当进行限制的学说,^[21] 过去通说的代表是兼子一教授的“正当业务说”。该说认为原则上不允许当事人进行任意的诉讼担当,但是当权利归属主体存在正当业务上的必要,将管理处分的权能授予他人时,应当允许进行诉讼担当。关于“正当业务上的必要”这一要件,有学者强调,应当从诉讼担当人(被授权人)而不是被担当人(授权人)的角度去考虑。^[22] 以我国

[19] 有学者认为,对法律规定的任意诉讼担当的正当性论证主要在立法过程中进行,对扩大适用的任意担当的正当性论证主要在司法过程中进行。参见肖建国、黄忠顺:“任意诉讼担当的类型化分析”,载《北京科技大学学报》(社会科学版)2009年第1期。笔者认为,法律解释本来就是司法裁判过程中的重要组成,只有对于扩大适用的任意诉讼担当进行限制,才有论证其正当性的基础。或者说两者在某种程度上并不能明确分离。

[20] 参见肖建国、黄忠顺:“任意诉讼担当的类型化分析”,载《北京科技大学学报》(社会科学版)2009年第1期。

[21] 值得注意的是,在日本并没有“法律规定的任意诉讼担当”概念,所以日本学者关于任意诉讼担当的限制,基本上就是关于对扩大的任意诉讼担当限制。

[22] 木川统一郎:《民事诉讼法重要问题讲义》(上),成文堂,平成4年,第50页以下。转引自[日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第254页。

私募债受托管理人来看,按照《中小企业私募债券业务试点办法》第32条第1款关于私募债受托管理人强制设立的规定,以及第35条关于私募债受托管理人诸职责和第35条第7款明确对私募债受托管理人的诸职责可以由受托管理协议进行约定的规定,允许当私募债受托管理人进行任意的诉讼担当的观点并不突兀。笔者认为,日本2006年新修订的《公司法》第705条第1款实际上应当是“正当业务说”在立法上的直接体现。该条规定:“公司债管理人有为公司债权人接受公司债的相关债权的清偿,或为保全公司债的相关债权的实现,实施必要的一切诉讼上或诉讼外行为的权限。”^[23]

但是对于“正当业务说”,福永有利教授认为在其范围的把握上显得有些过于狭窄。福永教授认为,应当被承认的诉讼担当包括两类:一类是“为了担当人利益的任意诉讼担当”;另一类是“为了权利主体利益的诉讼担当”。此种分类的方法是否具有实益笔者持有怀疑态度,因为有时候这两者并不能够很好的区分。比如,就我国私募债受托管理人而言,有时私募债受托管理人也是债权人之一,认可其作为诉讼担当人,其本身也就具有了双重身份:诉讼担当人与权利主体。但是福永教授关于“为了权利主体利益的诉讼担当”限制的论述,显然具有更大的实益。其认为,只有当“诉讼担当人现实且密切地参与到作为诉讼标的之权利关系的发生以及其管理之中”,或者说是“诉讼担当人对于该权利关系的参与达到‘等于或者超过权利关系主体对于该权利关系的了解’程度时”,诉讼担当就应当被允许。具体来说,例如“当用工方违反劳动协议时,基于劳动协议行使劳动者权利的工会”、“房屋租赁权的管理人”、“民法上合伙业务的执行人”即属于此。福永教授的学说对任意诉讼担当的扩大具有积极的意义,该说也逐渐成为学界的通说。^[24]从福永教授提出的限制性标准来看,出发点应当是包含纠纷能更好地得到快速有效的解决的意蕴于其中的。可以说,作为私募债发行之前就已经被指定的受托管理人显然已经达到“积极参与到诉讼标

[23] 虽然日本公司债管理人的诉讼担当地位已经得到法定,但并不改变正当业务说是任意的诉讼担当学说的一种,此点应当注意。

[24] [日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第254~255页。

的之权利关系的发生以及管理”的标准,对于“等于或者超过权利关系主体对于该权利关系的了解”也并无不合。

对于福永教授的开放态度,中野贞一郎教授则认为应当对适用任意的诉讼担当进行从严格的限制。中野教授认为:只有在“若是不予承认任意的诉讼担当,权利归属主体就难以起诉或者进行诉讼实施,且有可能使自己的权利无法获得有效的保护”的场合,才可以允许诉讼担当的适用。支撑中野教授学说的理由主要是如果将任意的诉讼担当扩大化,则有可能破坏律师代理原则。因为任意的权利主体都可以将“诉讼实施权”授予给第三人,使第三人成为当事人,则律师会成为“野律师”“揽讼”的牺牲品。但是从具体的事例上看,中野教授也仅仅就“当用工方违反劳动协议时,基于劳动协议行使劳动者权利的工会”、“房屋租赁权的管理人”这两种情形,与福永教授看法相左。^[25]

(二) 私募债受托管理人应当为形式的正当当事人

必须指出的是,我国从来就不是一个实施强制律师代理制度的国家,在2007年《民事诉讼法》第58条关于诉讼代理人的规定中,对于诉讼代理人几乎没有作限制。2012年修改后的《民事诉讼法》第58条取消了一般公民代理,但是这仍旧与强制律师代理主义相距甚远。故而,中野教授学说的主要支撑理由在我国并不存在。就中野教授与福永教授激烈相左的两种事例上看,也不会对我国私募债受托管理人可以进行诉讼担当的结论有任何影响。其原因在于,中野教授不同意工会作为诉讼担当人的理由是“工会不会针对工会成员进行个别性的权利救济”以及“工会成员可能会被迫进行授权”。^[26] 仅以否定工会作为诉讼担当人,这两点理由可以说颇有可取之处。但是作为私募债的债权人来说,他们之间个体性的差别仅在于债权的数额有所不同而已,没有必要进行个别性的权利救济。同时作为成熟的机构投资者与有投资经验的自然人也不可能出现“被迫进行授权”的情事。对于房屋租赁权的管理人不适用诉讼担当的观点,高桥宏志教授也予以了批判,认为:

[25] [日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第256页。

[26] [日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第256页。

当房东的居住地远离房屋出租所在地时,在请求变更房租或交付房屋的诉讼中,允许管理人进行诉讼担当往往会更为便利,并且对法院和对方当事人来说,这种诉讼担当也不会产生显著的不利益。他和松本博之教授都认为中野教授在限制任意的诉讼担当范围的把握上显得过于严格,对于任意诉讼担当的必要性条件,没有必要过高的予以设定。^[27]而以我国私募债受托管理人与上文所提到的房屋租赁权的管理人相比,实际上具有很高的相似性。对于分散的私募债的债权人来说,有一个“积极参与到诉讼标的之权利关系的发生以及管理”的主体来对其进行授权进行诉讼担当,无论对私募债的债权人还是对法院,都具有提高诉讼效益的结果。

总而言之,回归到当事人适格这个概念讨论的目的来看,是为了解决“在什么样的当事人之间进行诉讼,才能最有效益”这个命题而存在的。综观我国已经规定的各种法定诉讼担当的情形,无不如此。在现代社会的发展中,对于案件了解的程度很高并非是当事人所专属的特性,特殊情况下的第三人同样具有。实际上,福永教授提出关于任意的诉讼担当的限制性条件,也是从“提供案件信息”更为便利,从而促进诉讼效率的角度为出发点的。“诉讼实施权”作为当事人的权利,根据当事人的真实意思表示将权利授予给第三人,司法上出于某种考量而进行限制并无不当之处,但是如果直接予以禁止,则有干预处分权利自由的嫌疑。同时,鉴于我国并不实施强制律师代理制度,承认任意的诉讼担当在理论上也没有不可逾越的鸿沟存在。在我国司法实践当中,也早已有部分任意诉讼担当得到了承认,升格为法律规定的任意诉讼担当的例子。例如,2002年通过的最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条规定:“依法成立的著作权集体管理组织,根据著作权人的书面授权,以自己的名义提起诉讼,人民法院应当受理。”以及2005年实施的《集体著作权管理条例》第2条第1款第4目规定:“本条例所称著作权集体管理,是指著作权集体管理组织经权利人授权,集中行使权利人的有关权利并以自己的名义

[27] [日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第259页。

进行的下列活动:……(四)进行涉及著作权或者与著作权有关的权利的诉讼、仲裁等。”故而,私募债受托管理人作为任意的诉讼担当的当事人参与到诉讼中,无论从学说理论上还是在司法实践上,都没有任何的障碍。

四、关于私募债受托管理人诉讼地位的简单类型化

因为我国私募债发行的情形各不相同,其中影响私募债受托管理人诉讼地位的因素有三点:其一,私募债债权人的数量;其二,私募债发行的方式,如果以代销的方式发行,则作为受托管理人的证券公司^[28]不是私募债的债权人,而以包销的方式发行,则作为受托管理人的证券公司则有可能是私募债的债权人之一;其三,私募债是否附担保,特别是是否附担保物权。其中前两者对私募债受托管理人能否作为任意的诉讼担当人,影响甚巨。在司法实践之中,一律将私募债受托管理人作为诉讼担当人参与到诉讼中,也并非是要适的选择。故而笔者以私募债债权人数量的多寡与私募债受托管理人是否是私募债债权人两个标准两两组合,将现在的受托管理人分成四类,进行简单的类型化并讨论在四种情况之下何种诉讼路径的选择对当事人更有效率。而关于私募债是否附担保物权,则单独予以简述。

(一) 受托管理人属于债权人之一,债权人数量在十人以上

《中小企业私募债权业务试点办法》对每期私募债的投资者设置的人数上限为200人,故而投资者超过十人的情况并不鲜见。此处将人数多寡的标准设置为十人,原因在于根据我国《民事诉讼法》第53条与54条以及1992年通过的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第59条的规定,当人数在十人以上就可以适用代表人诉讼制度。笔者认为此时让私募债受托管理人以诉讼担当人的身份参与到诉讼中,与私募债受托管理人以债权人的身份

[28] 虽然私募债受托管理人不一定是证券公司,但是实务当中基本上是由证券公司担任,也是为了监管的方便。故而下文默认私募债受托管理人为证券公司进行论述。

作为诉讼代表人没有什么本质的区别。其原因在于,我国学者一直将代表人诉讼作为任意的诉讼担当的典型形式来论述,^[29]虽然笔者认为此种观点并不精确,^[30]但是这并不影响代表人诉讼中的代表人是作为担当人的形式出现在诉讼中的结论。

(二) 受托管理人属于债权人之一,债权人数量不足十人^[31]

当事人一方或双方为两人以上,诉讼的标的属于同一类别,在法院认为可以合并审理并且当事人也同意合并审理的时候,普通共同诉讼是通常情况下的选择。此时私募债受托管理人具有双重身份,其作为私募债受托管理人接受其他债权人的授权成为诉讼担当人,利用其自身的在业务管理的优势以及履行受托管理人职责时所积累的信息优势,有利于迅速解决纠纷。并且,其作为私募债的债权人之一,本身与其他诸债权人有着共同的利益诉求,不必担心其在诉讼中是否能够尽职尽责的问题。故而,授权私募债受托管理人作为诉讼担当人进行诉讼,无论是对法院还是对诸债权人来说都是一个更好的选择。

(三) 受托管理人不属于债权人之一,债权人数量在十人以上

当私募债受托管理人不属于数量众多的债权人之一时,其已经不可能以代表人诉讼的方式进入到诉讼当中。此时私募债诸债权人在选择路径之时,则需要进行利益衡量。一方面来说,债权人数量众多,召开债权人会议并不能保证所有债权人参与;以普通共同诉讼的方式进行诉讼则需要耗费更多的成本;而使用代表人诉讼的方式可能会出现不愿意担任代表人的债权人被法院指定为代表人的尴尬情形出现。另一方面来说,如果授权私募债受托管理人为担当人进行诉讼,虽然可以节约诉讼成本,但此时私募债受托管理人与诸债权人并没有共同的利益诉求,是否会尽职尽责进行诉讼活动又是诸债权人所担心的问题。两种诉讼路径各有优劣,至于选择何种较为妥适,应当由诸债权人自主决定。诚须值得注意之处在于,一般来说,关于“诉讼实施权”的授权

[29] 参见肖建华:《民事诉讼代理人研究》,中国政法大学出版社2002年版,第123页。

[30] 若代表人由法院指定,其诉讼实施权的并非来源于权利主体的意定而是来源于法律规定,在此种情况下认为其是法定的诉讼担当应当更为合理。

[31] 虽然债权人数量在十人以上仍可以适用共同诉讼的方式,但是此处为了类型化的方便,还是将人数设定为两人以上,不足十人。

性条款会在私募债发行人与私募债受托管理人之间事前签订的债权委托管理协议中进行约定,虽然在认购协议中会有“已经阅读并理解发行人提供的募集说明书、委托管理协议等与本次发行有关的其他文件”的保证条款,但是这种事前性、概括性的授权条款应当可以由诸债权人合意进行解除。^[32]当然这也不排除会有一部分债权人愿意亲自参与诉讼,而另外一部分债权人愿意授权私募债受托管理人作为担当人的情况出现,其最后的结果,可能是这两部分一并作为共同诉讼,加以审理。

(四) 受托管理人不属于债权人之一,债权人数量不足十人

在债权人数量不足十人的时候,笔者认为,鉴于私募债发行的对象是机构投资者以及其他合格的投资者,本身具有管理债权的能力,加上债权人数量不多,召开债权人会议也较为便利。虽然授权私募债受托管理人作为担当人具有节约成本的功效,但是也同样要考虑没有共同利益诉求的私募债受托管理人能否尽职尽责地进行诉讼活动的问题。相比较而言,在此种情形之下,授权私募债受托管理人作为担当人并非是一个很好的选择。

(五) 私募债是否附担保物权

私募债附担保物权的情形分为两种:一种是为在私募债发行之初发行人为了保证债券的销售而附担保物权;另外一种是在预计发行人可能具有违约的风险时,应债权人或者受托管理人的要求而追加的担保物权。《公司债券发行试点办法》第25条第2款明确规定担保财产为信托财产,虽然第25条第2款删除了关于受托人和收益人的描述,但是可以明确受托人应当是债权受托管理人。虽然在《中小企业私募债券业务试点办法》中没有相关的规定,但是应当做同一解释方为妥当。就笔者掌握的资料来看,实践中若私募债存在附担保物权,担保物权人一般皆为私募债受托管理人。以不动产抵押为例,如果担保物权

[32] 新堂幸司等教授也认为,当存在被担当人预先性、全括性的授权时,应当否定其任意的诉讼担当。但是在被担当人进行个别性授权场合,则应当予以肯定。新堂幸司:《新民事诉讼法》,弘文堂,平成10年,第259页以下;林屋礼二:《民事诉讼法概要》,有斐阁,平成3年,第181页以下。转引自[日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第256页。

人为诸债权人,则势必会在不动产“他项权利人”一栏登记诸多他项权利人,并且私募债可以在二级市场上流通,债券转手一次则他项权利人则要相应变更一次,如此一来实务上会产生诸多纠纷,变得不可收拾。这可能也是我国台湾地区部分学者和我国《公司债券发行试点办法》无奈承认在附担保的公司债中,为公司债所设立的担保物权为信托财产的原因所在。由此观之,无论是在私募债发行之初发行而附加的担保物权,还是要求而追加的担保物权,在此处没有区分之实益。此时私募债受托管理人在要求实现担保物权的诉讼中,是实质的正当当事人。

附:私募债受托管理人诉讼地位的简单类型化图表

分类	人数	诉讼路径选择	相似的立法例(依相似度排名)
受托管理人属于债权人之一	十人以上	适用代表人诉讼制度与授权私募债受托管理人为当事人无实质差别	《日本民事诉讼法》第30条(选定当事人制度)
	两人以上不足十人	适用共同诉讼与授权私募债受托管理人为当事人皆可,以后者为优	日本2006年新修订《公司法》第705条第1款; 《集体著作权管理条例》第2条第1款第4目; 最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条;
受托管理人不属于债权人之一	十人以上	适用代表人诉讼制度与授权私募债受托管理人为当事人皆可,由债权人进行选择	最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第15条; 最高人民法院《关于审理商标权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条第2款;
	两人以上不足十人	适用共同诉讼与授权私募债受托管理人为当事人皆可,以前者为优	最高人民法院《关于审理侵犯植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第1条
私募债附担保物权	没有影响	私募债受托管理人是实质的正当当事人	