

——民商法学专题研究书系——

XINTUO DE FADUAN YU ZHANKAI

信托的发端与展开

——信托品格和委托人地位的法律规制

周 勤 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

013030243

本书是作者主持的华侨大学科研启动项目08BS4...
福建省社会科学规划项目2010B2005的阶段性成果

F830.8
20

——民商法学专题研究——

XINTUO DE FADUAN YU ZHANKAI

信托的发端与展开

——信托品格和委托人地位的法律规制



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



北航

C1635835

F830.8

20

内容提要

信托起源于恐惧与欺诈，涅槃于良心与自由。本书着重探讨了信托中的委托人定位。作为信托的创立者和信托财产的来源者，委托人设立信托的自由受到一定的规制。在信托运行过程中，委托人的权利义务应合理配置，方能完善信托的内部治理结构。

责任编辑：龚 卫

责任校对：董志英

装帧设计：SUN 工作室

责任出版：卢运霞

图书在版编目 (CIP) 数据

信托的发端与展开/周勤著. —北京：知识产权出版社，2013.4

ISBN 978-7-5130-1924-8

I. ①信… II. ①周… III. ①信托—研究 IV. ①F830.8

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 041794 号

信托的发端与展开

——信托品格和委托人地位的法律规制

周 勤 著

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010-82000860 转 8101/8102

责编电话：010-82000860 转 8120

印 刷：知识产权出版社电子印制中心

开 本：880mm × 1230mm 1/32

版 次：2013 年 3 月第 1 版

字 数：265 千字

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010-82005070/82000893

责编邮箱：gongwei@cnipr.com

经 销：新华书店及相关销售网点

印 张：9.625

印 次：2013 年 3 月第 1 次印刷

定 价：32.00 元

ISBN 978-7-5130-1924-8/F · 594 (4767)

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

序

一、问题的提出

在中国，信托是一项缺乏悠久历史和文化根基的制度。20年前，我国了解现代信托的人还为数不多，可是随着2001年《中华人民共和国信托法》（以下简称《信托法》）的颁布，研究信托这种普通法系舶来品的学者越来越多，成果也日益丰富。同时，在部分人群中，利用信托制度来进行财产分割、组织构建、控股权维持等商事实践也日渐增多，截至2012年11月，中国信托业受托管理的资产规模已近7万亿元。^①但是在这繁荣的现象背后，信托的品格和本质究竟是什么？信托制度的社会价值何在？中国果真存在信托制度可赖以生根发芽的沃土吗？中国的信托和普通法系国家的信托具有同质性吗？我国《信托法》甚至推及大部分大陆法系国家的信托法，在立法理念、利益平衡、价值追求上与普通法系国家的信托法在本质上具有一致性吗？这些问题都需要在信托法的理论研究和实务发展中寻求解答。

我国《信托法》与普通法系的信托法区别较大，尤其在当事人

^① <http://www.eeo.com.cn/2012/1214/237465.shtml>。（2012-12-20）。

之间的权利义务配置方面。信托有很多种类型，按英美法传统，信托分为私益信托和公益信托两种。一般而言，私益信托是指为了私人利益而设立的信托，这是一种最主要的信托形式。公益信托是指为了公共利益或者不特定多数人的利益而设定的信托。大陆法学者根据一定的标准将私益信托再进一步分为民事信托和商事信托两类。^①

普通法系的信托法是以不可撤销的生前赠与信托^②（irrevocable inter vivos trust）作为其规制的典型范例，各相关国家根据此范例制定出各部法律、法规。这种信托形式具有简单明晰的三方当事人结构：委托人、受托人和受益人。而其信托法的核心理念就是保护受益人的利益，几乎所有的受信义务规则都是为了确保受托人完全为了受益人的最佳利益而行事。一般而言，若没有在信托文件中明文保留，委托人在信托成立之后则与财产的前所有人无异，在信托中不再享有任何法律利益。不过随着现代商品经济的进一步发展，这种传统信托法上对当事人的定位正在悄然发生变化。

而我国信托法的立法理念相对而言则不那么清晰，使人无法明确看出其究竟是以民事信托还是以商事信托作为规制的范本。除了对受托人防范重于放权、对受益人保护“重原则、轻解释”之外，委托人在我国《信托法》中的地位相较于其在普通法系国家信托法中的地位却可谓天壤之别。按照我国《信托法》，委托人不仅是信托财产的来源、信托条款的设计者、信托合同的订立者，还对信托运营甚至终结有着重大的影响力。

造成法律条文如此大的差别的深层原因何在？是中国信托的品

① 根据划分标准的不同，这些学说可以分为目的说，行为说和身份说。参见：周勤，论民事信托与商事信托的差异性[J]，法律科学，2007（25）。但是笔者认为，由于商主体和商行为的不断泛化，不管采用何种学说，民事信托和商事信托的分野已经越来越模糊。“纯粹的民事信托”即信托目的、信托财产的管理方式、信托财产的分配方式均不涉及商行为的信托已经极为稀有。

② 相当于大陆法系中委托人与受益人不重合的采用合同方式设立的民事信托。

性发生了变化？是我国的经济生活中的信托与英美的信托基本理念根本不同？是这样的立法制度更可以促进信托的现代发展？还是因为立法者有别的立法政策上的考量？这样独特的立法究竟是立法者对信托的误解还是为适应我国国情的创造性规定？委托人权利的来源究竟是信托合同还是财产权或者仅仅是信托法的规定？

正是由于众多疑问的存在，引发了笔者进行深入研究的兴趣。

同时，在笔者看来，上述问题的产生、变化和发展，无不与信托的品格或“使命”息息相关。从某种程度上说，在一定时期有什么样的信托品格，就有什么样与之相适应的信托结构和委托人、受托人关系。信托的品格对信托结构和委托人地位具有基础性和决定性的作用，是我们认识和研究、完善委托人地位的必要前提。因此，在展开委托人地位研究之前，笔者通过对信托的品格的专门探讨，梳理和展示出信托由并不光彩的、以欺诈躲避受损取得用益的出身，到良心的介入和法律规制以及步入现代化的发展理路。而对信托品格、德性的关注，恰恰也是迄今为止有关信托的众多研究成果中相当缺乏的。

二、写作的背景

信托起源于人性中的恐惧和欺诈，由“良心”加以矫正。这样一种特别的制度在社会经济生活中发挥了重要的作用，但是在不同国度发展状况各异。英国的民事信托（即家庭领域的信托）极为发达^①，美国的信托制度虽然也从民事信托起步，但由于该制度的内部架构极其符合工商社会的需要，可以为美国独立后的大开发运动提供良好的动力，故在美国商业信托得到长足发展，凌驾于民事信托

^① 据统计，至20世纪初，英国财产的1/20已成为信托财产。转引自：贾林青．信托财产权的法律性质和结构之我见[J]．法学家，2005（5）．

之上。^①受这两个强国的影响,在其他普通法系国家中,许多财产关系、商事交易、慈善事务亦均以信托方式为之,使信托制度得以发挥灵活与富于弹性的社会功能。

英国早期的信托功能极为简单,信托财产单一,道德色彩浓厚。由于权利的产生附随于司法救济,故信托设立后委托人并没有强制执行信托文件的权利。^②但委托人有设计信托条款的充分自由,这种自由也成为信托当事人与不合理的法律和政治制度抗争的重要工具。信托的弹性与活力为委托人在严苛的普通法触角之外,保留了广阔的天空。^③随着衡平法对信托法的承认,信托利用的范围越来越广,出于交易秩序等公共利益的考量,对于委托人的权利产生了种种限制。信托设立前委托人要服从于反永续规则(rule against perpetuities)和不能为自己设立保护信托等法律和公共政策上的限制。在英国法上,委托人在信托设立之后的地位几乎和信托财产的前所有人一样。但是随着现代管理型信托的兴起和外来离岸信托(offshore trusts)的竞争,普通法系关于委托人的法律地位悄然发生了的变化,虽然英国立法者仍维持着其一贯的保守传统,对于外来新事物保持谨慎观望的态度,但美国法早已积极地作出了热切回应。不但允许委托人在信托中设立保护人、允许委托人设立无限期信托、允许委托人诉请法院撤换受托人,甚至允许委托人设立以自己为受益人的浪费者(保护)信托。在美国信托法上,委托人地位似乎已经发生了质变,引发了众多信托法研究者的反思,这也是美国法上信托制度向商业领域扩展的必然结果。

至于大陆法系,由于和普通法系有着文化传统、法律传承、价值理念等多方面的不同,长久以来,在其法律体系内部并没有信托

① 持有美国90%以上信托资金的都是商事信托。参见:杨大军.信托委托人权利研究——以大陆法系信托法为中心[D].西南政法大学硕士学位论文,2005:16.

② 这一权利不是被法律所剥夺,而是在当时的法律条件之下从没有产生过。

③ 由于受当时的社会、经济、政治和委托人视野的局限,当时的信托设计远不如今天的种类繁多,但本处的论述,主要是从委托人设计信托的自由度着眼。

法的容身之地。虽然罗马法上有着所谓的“遗产信托”(fidei commissum),但是国内亦有学者认为,“尽管罗马法存在信托,但不能据此认为罗马法存在信托法律制度。作为一项法律制度,它必须具备一套系统的规则体系,并能够独立的存在。然而,罗马法上的信托始终是与遗产转移纠葛在一起的,它仅仅是用来满足遗嘱人于死后将其遗产用于一定目的的一种设计。所以其运用主要局限于遗嘱领域,在遗嘱之外,尚无适用的余地”^①。因此,这一制度和我们今天所熟知的信托制度不可同日而语。

然而,随着现代工商经济的发展和世界范围内分工合作的深入,普通法系以外的国家和地区也开始接触到信托制度。首先,由于国际交流的发展。国际民商事法律关系的裁决涉及准据法的问题,英美及大陆两大法系国家和地区之间商事交往日益频繁,如果大陆法系国家一直对于信托法敬而远之,就无法解决一些国际民商事纠纷。其次,经济因素的作用。随着各国经济的发展、国民财富的增加,社会对于有效率的资产管理和财富增值手段必然会产生迫切的需求。英美在信托这一领域取得了骄人成绩。他山之石、可以攻玉。不少大陆法系国家如列支敦士登、日本、韩国等开始陆续接受信托制度或者在法律上正式承认它的效力。作为传统大陆法系国家的法国,早于1992年就开始了信托法的起草工作,制定出信托法草案。^②而另一具有悠久大陆法系传统的国家德国,虽然没有制定信托法,唯在民事制度中亦有部分关于信托制度功能的规定。^③

但是,由于两大法系之间的巨大差别,信托制度与这些国家和地区民法中的基本理念产生冲突,使得这些国家和地区的信托法呈现出一种不同于普通法系的面貌。例如,由于英美法系的“双重所

① 徐卫. 遗产信托制度与罗马法中的信托思想 [EB/OL]. [2006-12-22]. <http://www.legal-history.net/05/go.asp?id=12>.

② 叶俊英. 对证券投资基金若干基本法律问题的思考 [EB/OL]. [2006-12-22]. <http://www.efunds.com.cn/view?oid=shownews&newsid=1241>.

③ 孙静. 德国信托法探析 [J]. 比较法研究, 2004 (1).

有权”（即普通法系上的所有权和衡平法上的所有权）理念和传统大陆法系民法中的“一物一权”原则及“所有权绝对”原则互相矛盾，导致大陆法系国家和地区的信托法或多或少的回避了信托财产的归属问题。^①同时，由于无法将“双重所有权”纳入传统民法的物权和债权二分法的结构当中，故而用“经营管理权”和“受益权”替代英美法系中的“双重所有权”（即普通法系上的所有权和衡平法上的所有权）；并把英美法系中受益人的“追及权”变为撤销权等。这些都是大陆法系国家和地区为了使信托法这一继受制度和自身既有的法律体系相融合所作的努力，也是许多学者研究的重要领域。

在大陆法系对英美法系的信托法的改造当中，最为醒目的就是信托法中关系人之间权利义务关系的再造。我国《信托法》甚至赋予了委托人以极强的控制性权利，使得信托委托人可以通过左右受托人的意志、制约受益人的权益等方式实际控制信托的运作，其权利几乎等同于合同当事人的权利或信托财产所有者的权利。在这样的权利义务分配格局之下，委托人与受托人之间的信任关系在法律层面上可谓荡然无存，此时信托相较于代理、合同，已无太大独特性可言，甚至可能沦为委托人实现其更深一层目的的工具。但是，这一在理论界饱受抨击的“制度创新”居然在美国的信托法学界得到了一定程度的认可^②，其中的深层含义颇耐人寻味。

按照一般法律移植的原理，大陆法系国家和地区在继受普通法系特有的信托制度的时候，必然要对其作一些本土化的改造，以使其更加符合本国的国情（包括历史传统和社会现实）。但是这种改造不应改变该制度应该有的功能和原理，否则，这就不是法律的移植而是法律的创造，必然结果是得到一个名为“信托”实质上却没有

^① 如1921年《日本信托法》第61条、第62条，我国《信托法》第2条等，我国台湾地区“信托法”第1条等。

^② Frances H. Foster (2010), AMERICAN TRUST LAW IN A CHINESE MIRROR, 94 Minn. L. Rev. 602.

任何理论和历史根基的异物。

法律的进步在应然的推动力和实然的抗拒力相互矛盾、相互作用的过程中，通过立法、司法、理论等多方面的努力，达成妥协而慢慢前行。尤其是经移植途径而来的制度，在输出国和输入国的巨大制度落差之间，如何良好的生长需要很多土壤，正如 Lord Denning 将英国普通法比喻为一棵橡树，他提醒道：“你不能将普通法移植到美洲，并期望它保持原有的个性。它确实会欣欣向荣，但是这需要精心的照料。”^① 我国未来信托法制的发展，亦必是循此模式发展。

笔者经过一些前期研究后认为，委托人地位在大陆法系信托法中独特的呈现方式，是大陆法系国家和地区在功利实用的立法思想的指导下，运用合同理论和物权法逻辑僵硬继受信托法的必然结果。因为按照大陆法系的文化传统，财产的所有权人还不习惯完全放手任由外人对自己的财产进行管理，哪怕这个人是自己的亲人。难以接受委托人在信托有效成立之后，即无偿的退出信托之外，不再享有任何权利。

但是，这种强大控制权利的享有，使得大陆法系的委托人有足够的能力和动力干涉信托的实际运作，撼动了信托的“财产独立性”“经营权和受益权相分离”“受益人利益保护”的根本理念，最终可能导致信托管理财产的功能并不能得到真正的发挥。

《信托法》颁布至今不过十来年，人们从不了解到逐渐认识，了解并正确适用它还需要一个相当长的过程。由于我国的信托立法激进（或者从另一个角度而言是另类的复古）的态度，使得我国信托法不仅有别于普通法系国家的信托法，甚至和同属大陆法系的日本、韩国及我国台湾地区也有着众多不同之处，这些差异和变革都需要理论的支撑。但是，相较于其他民商法学科，研究信托法的学者并不算多。在目前的学界，委托人的法律地位问题尚未引起太多的关注，因为信托法当中还有其他一些基础问题没有解决，例如信托财

① Nyali, Ltd. v. Attorney - General, (1956) 1 Q. B. 16 (Eng. A. C.) .

产的归属问题、受托人的义务问题、受益权的性质问题、信托的本质问题、信托法的法律解释问题等，这些学术问题都需要投入大量的研究力量。在这样的背景下，研究信托的品格和委托人的法律地位似乎显得不那么重要和急切，但是信托法上很多理论问题的研究都无法脱离这些基础性界定。

而有趣的是，信托法虽然在普通法系已经有几百年的发展历史，可近些年来，普通法系国家却在推进一场信托法的改革运动。尤其是《美国统一信托法》重构了很多传统信托法上的原则，其中一个颇为醒目的方面就在于，它不仅坚持了美国一贯的尊重信托目的（委托人意愿）的立场，而且在信托设立后赋予了委托人一定的权利，使得委托人的法律地位大为转变。这种变化是对大陆法系信托法中尊重委托人地位做法的见贤思齐，还是在另外一个角度上的信托法的自我演进，两大法系之间的差别颇值得玩味。

信托是一项精巧的基础性制度，在英美，很多制度包括公司制度在一定程度都建立在信托基础之上。^①如果不能正确定位委托人在信托制度中应有的法律地位，将对信托制度产生根本性的伤害。因为关系人是一项法律制度中基础性的概念和权利义务归属对象，根基不稳则整个制度建构都会坍塌；所以委托人的重新定位是一件牵一发而动全身的工程，要从信托的源头梳理才能认清信托的真正品格，从信托法全局着眼才能真正厘清委托人应有的法律地位。目前，我国的信托理论和实践中由于委托人法律地位不明，造成了诸多理论和实务上的困扰。因此，笔者认为在信托制度中对委托人进行准确定位已经刻不容缓。

① Berle 和 Means 就认为从一定意义上讲，公司法是信托法的一个分支。参见：阿道夫·A. 伯利，加德纳·C. 米恩斯：《现代公司与私有财产》[M]，甘华鸣，罗锐韧，蔡如海，译，北京：商务印书馆，2005：281。

三、研究的指向

信托法根据不同的标准，可以将信托分为各种不同的类型。而不同类型的信托之间，当事人之间的权利义务结构也存在显著甚至本质的差异。

本书研究的主要对象为不可撤销的生前赠与信托（文中简称为“赠与信托”）^①，即委托人与受托人通过订立信托合同方式设立的目的非为公益且受益人不是委托人自身的信托。这种信托由于三方当事人身份不致重合，法律关系清晰明了，故而最适合作为信托立法的基础模型；而商事信托、公益信托等其他形式可以在此模型上作相应的修改。所以目前两大法系的各国除了专门性商事信托立法之外，无不是采用不可撤销的生前赠与信托作为信托基本法的规范模型。本书也将此种信托作为主要的研究对象。

同样，如前所述，为了使信托中委托人地位研究能够建立在比较扎实的基础之上，笔者首先对信托演生的历史进程中反映出来的信托品格的发展变化进行专门的探讨。

^① 如前文所言，“irrevocable inter vivos trusts”是普通法系的概念，在我国法律语境下指的是委托人与受益人不重合的通过合同方式设立的私益信托。

目 录

序	(1)
第1章 信托的品格	(1)
1.1 并不光彩的出身	(1)
1.1.1 英国的土地保有制	(2)
1.1.2 封建土地上的权利和义务	(4)
1.1.3 用益的产生	(5)
1.2 设立信托的起因	(6)
1.2.1 对不自由的恐惧	(7)
1.2.2 对不确定性的恐惧	(10)
1.2.3 对生命有限性的恐惧	(13)
1.3 委托人的意图	(16)
1.3.1 锁链与抗争	(17)
1.3.2 个人主义	(24)
1.3.3 走入极端的自由	(32)
1.4 信托的正当性根据	(36)
1.4.1 信托的欺诈性	(36)
1.4.2 良心的“法律介入”	(40)
1.5 小结	(44)

第2章 信托内涵与定义界说	(46)
2.1 信托的定义	(46)
2.1.1 普通法系的信托定义	(46)
2.1.2 大陆法系的信托定义	(49)
2.1.3 《海牙信托公约》的信托定义	(52)
2.1.4 信托定义的法律内涵	(52)
2.2 信托行为	(55)
2.2.1 信托行为的构成要素	(58)
2.2.2 信托行为的性质	(60)
2.2.3 信托行为的成立要件	(65)
2.2.4 信托行为的生效要件	(67)
2.3 信托法的本质	(81)
2.3.1 合同法还是财产法	(82)
2.3.2 经济分析方法的引入	(86)
2.3.3 信托法为组织法	(88)
2.4 小结	(99)
第3章 委托人地位的法律规制	(101)
3.1 英美信托法上的委托人	(101)
3.1.1 信托设立前的委托人地位	(102)
3.1.2 信托设立后的委托人地位	(120)
3.1.3 委托人地位的新变化	(136)
3.1.4 信托现代化的成因分析	(145)
3.2 日韩及我国信托法上的委托人	(160)
3.2.1 信托设立前的委托人地位	(162)
3.2.2 信托设立后的委托人地位	(166)
3.3 委托人地位的理性回归	(176)
3.3.1 委托人地位的立法演进	(176)
3.3.2 委托人地位的现代化	(179)
3.4 小结	(182)

第4章 委托人地位的应然性分析	(186)
4.1 委托人地位差异的文化基础	(186)
4.1.1 画地为牢的所有权理念	(187)
4.1.2 似是而非的债权性重构	(197)
4.1.3 两大法系规范的典型信托不同	(201)
4.2 委托人地位差异的直接原因	(206)
4.2.1 法律载体不同	(207)
4.2.2 法律适用方法不同	(208)
4.2.3 法律思维的出发点不同	(209)
4.3 委托人地位的经济分析	(211)
4.3.1 赤道与北极	(212)
4.3.2 信托中的代理成本	(215)
4.4 信托内部关系的经济分析	(222)
4.4.1 受托人职位与人格的分离	(224)
4.4.2 委托人—受托人关系	(226)
4.4.3 受托人—受益人关系	(230)
4.4.4 委托人—受益人关系	(238)
4.5 小结	(243)
第5章 我国信托的解构与建构	(246)
5.1 我国《信托法》中委托人的权利	(247)
5.1.1 知情权	(247)
5.1.2 要求受托人调整管理方法	(250)
5.1.3 撤销和请求承担违约责任	(252)
5.1.4 对受托人的解任权	(255)
5.1.5 对新受托人的任命权	(257)
5.1.6 “解除权”	(258)
5.2 我国《信托法》中委托人地位反思	(261)
5.2.1 信托财产的真正所有人是谁	(261)
5.2.2 委托人在信托中如何定位	(263)

5.2.3 委托人在信托中该否享有权利	(265)
5.3 对我国信托中委托人地位的立法建议	(269)
5.3.1 删除与信托法理不合的条款	(269)
5.3.2 增强相关当事人的协商机制	(270)
5.3.3 强化《信托法》的任意法色彩	(270)
5.4 小结	(271)
结语	(273)
参考文献	(278)
一、中文参考文献	(278)
二、西文参考文献	(282)
三、日文参考文献	(289)

第1章 信托的品格

产生于英国 11 世纪的信托制度是人类经济和法律领域的重要财富。历经近一个世纪的漫长演变，这项制度在人类的家庭传承、财产管理、慈善事业的推动、政治伦理的塑造、金融产品的创新等领域都取得了瞩目的成就。政治束缚、文化隔阂、法系差异和时空变迁等重重障碍，在信托自由不羁的灵魂面前竟然都变得轻快和飘渺起来。“历史经验表明，信托制度从最初形成之时，就开始推动着传统法律制度的变革。”^① 面对这样一种历久弥新的奇妙制度，不禁让我们思考：信托的创新性究竟来源于怎样的品格？

1.1 并不光彩的出身

英国信托法学家 George T. Bogert 用“并不太光彩”（not in all cases honorable）来形容信托制度的产生，因为有学者指出“信托起源于欺诈与恐惧”（The parents of the trust were fraud and fear）^②。这与后来信托制度在英国法乃至整个普通法系的地位形成了鲜明的反差。后世人们提起信托，往往会引用英国法律史学家梅特兰的名言：“如果有人要问英国人在法学领域取得的最伟大、最独特的成就是什么，那就是历经数百年发展起来的信托理念，我相信再也没有比这更好的答案了”。^③

① 李清池. 商事组织的法律结构 [M]. 北京：法律出版社，2008：242.

② George T. Bogert, Trusts (5th. Ed. West Pub. Co., 1987), 7.

③ Meagher R. P., Gummion W. M. C., Jacobs Law of Trusts. Sydney: Butterworths, 1986. 3 转引自：余辉. 英国信托法：起源、发展及其影响 [M]. 北京：清华大学出版社，2007：1.