

信托法专题研究

XINTUOFA ZHUANTI YANJIU

文 杰 著

本书综合运用比较研究法、历史分析法等研究方法，对信托法的基本原理、信托法律关系的构造、信托制度在民商事领域的运用、公益信托的法律问题、信托公司的法律规制等专题进行了研究。重点探讨了信托法强制性性与任意性之界定、信托财产权在我国面临的困境及其出路、信托公示的理论基础与制度设计、诉讼信托的正当性与立法构建、受托人的谨慎投资义务标准、受托人违反信托的民事赔偿责任、土地承包经营权信托、知识产权信托、证券投资信托、环境信托、教育信托、公益信托监察人法律制度等问题。通过考察、评析其他国家和地区的信托立法以及相关学术观点，对完善我国的信托立法和信托法理论提出了自己的建议，供立法者、学术界与实务界参考。

中国社会科学出版社

信托法专题研究

XINTUOFA ZHUANTI YANJIU

文 杰 著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

信托法专题研究 / 文杰著. —北京: 中国社会科学出版社, 2012. 6

ISBN 978 - 7 - 5161 - 1040 - 9

I. ①信… II. ①文… 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 (2012) 第 128297 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 任 明 陈肖静
责任校对 高 婷
责任印制 李 建

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京奥隆印刷厂
装 订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2012 年 6 月第 1 版
印 次 2012 年 6 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 12. 5
插 页 2
字 数 200 千字
定 价 40. 00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换

电话: 010 - 64009791

版权所有 侵权必究

本书受教育部人文社会科学研究青年基金项目资助(项目批准号:
10YJC820116)

目 录

第一章 信托法的基本原理	(1)
第一节 信托法强行性与任意性之界定	(1)
第二节 信托财产权在我国面临的困境及其出路	(13)
第三节 日本《信托法》的修改及其借鉴意义	(24)
第二章 信托法律关系的构造	(34)
第一节 信托公示的理论基础与制度设计	(34)
第二节 诉讼信托的正当性与立法构建	(45)
第三节 受托人的谨慎投资义务标准	(51)
第四节 受托人违反信托的民事赔偿责任	(62)
第三章 信托制度在民商事领域的运用	(73)
第一节 土地承包经营权信托	(73)
第二节 知识产权信托	(80)
第三节 证券投资信托	(88)
第四章 公益信托的法律问题	(126)
第一节 公益信托监察人的法律问题	(126)
第二节 环境信托：环境保护机制的创新	(138)
第三节 教育信托：公立高校管理机制的新选择	(146)
第五章 信托公司的法律规制	(154)
第一节 信托公司的法律地位	(154)
第二节 信托公司的经营范围	(157)
第三节 信托公司的经营规则	(159)
第四节 信托公司的监督管理	(173)
参考文献	(189)

第一章 信托法的基本原理

第一节 信托法强行性与任意性之界定

一 问题的提出

信托法是强行法抑或任意法，也即信托法中哪些规范应是强行性的，哪些规范应是任意性的，这是信托法研究中的重要命题和难点问题，却并未被我国学界所关注。在《中华人民共和国信托法》（以下简称我国《信托法》）中，据笔者统计，“必须”、“应当”、“不得”等强行性字眼共出现 47 处，这些强行性规范主要分布在信托的设立、受托人的义务和责任、公益信托等方面，而“可以”、“信托文件另有规定的除外”、“按照信托文件的规定”等任意性字眼共出现 25 处，这些任意性规范主要分布在受托人的权利、受益人的权利、信托的变更与终止等领域。以上统计的法律规范因带有明显的语言标识，其强行性或任意性昭然若揭。不过，其合理性存有疑义。例如，我国《信托法》第 29 条规定：“受托人必须将信托财产与其固有财产分别管理、分别记账，并将不同委托人的信托财产分别管理、分别记账。”若受托人从事集合资金信托，这一强行性规范无疑将使之无法进行。此外，我国《信托法》中还有一类法律规范未明确使用强行性或任意性字眼，对其属性的判断则面临困难。比如，我国《信托法》第 8 条第 3 款规定：“采取信托合同形式设立信托的，信托合同签订时，信托成立。”这是强行性规范还是任意性规范，存在相当的困惑。

鉴于此，笔者拟首先探讨信托法的性质，然后分析信托法强行性与任意性的应然边界，最后对我国《信托法》规范模式的重构略陈管见，以期对我国《信托法》的完善有所裨益。

二 信托法的定性：强行法抑或任意法

法律依其适用能否由当事人自由决定为标准，可分为强行法与任意法。所谓强行法，是指不得以当事人的意思排除其适用的法律；所谓任意法，是指得以当事人的意思排除其适用的法律，当事人未排除者，仍具“强行性”而应适用之。^① 信托法究竟属于强行法抑或任意法，在其他国家和地区学说上存有争议。英美法系传统的观点是将信托法视为财产法的范畴，信托法律关系性质上类似于大陆法系的物权关系，而非契约关系。^② 据此分析，信托法应属于强行法。但近来美国有学者主张信托是一种合同，信托当事人可以选择适用信托法提供的规则。^③ 由此可知，这一学说认为信托法属于任意法。在我国台湾地区，一种观点认为由于信托法律关系具有对世效力，原则上信托法应为强行性规定而非任意性规定，简言之，信托法为信托法律关系提供了一套强行性的标准化约款。^④ 另一种观点则主张基于对信托当事人意思的尊重及信托架构之弹性化，以期发挥信托之经济效益，原则上应将信托法定位为任意法。^⑤

从立法上看，英美信托法的任意性较强。以美国为例，其2000年《统一信托法典》在总则及定义编第105条第(a)款规定：“除信托条款另有规定者外，受托人之义务及权限、共同受托人间之关系及受益人之权利，依本法典之规定。”据此，该法有关受托人之义务及权限、共同受托人间之关系及受益人之权利等规定，应为任意性规范。此外，该法第105条第(b)款还进一步规定：“信托条款另有订立者，优先适用于本法典之规定。但下列各项所规定之事项，不在此限：(1) 信托设定之要件……(14) 依第203条及第204条规定，法院所具有之事务

① 王泽鉴：《民法总则》（增订版），中国政法大学出版社2001年版，第49页。

② 谢哲胜：《信托法总论》，元照出版有限公司2003年版，第50页。

③ John H. Langbein, *The Contract Basis of the Law of Trusts*, *Yale Law Journal*, Vol. 105, 1995, p. 640.

④ 王文宇：《新金融法》，元照出版有限公司2003年版，第220页。

⑤ 王志诚：《信托之基本法理》，元照出版有限公司2005年版，第105页。

管辖权及进行程序之权限。”^① 这表明，除该法明确列举的 14 项因具有强行法性质，而不得由信托当事人自由决定外，其余的规范均可依信托当事人的意思调整或变更。由此可以得出结论，美国信托法基本上为任意法，仅对少数事项的法律规定，属于强行法。而与此相反，大陆法系信托法则一般具有较强的强行性。如我国台湾地区 1996 年“信托业法”中，据笔者统计，强行性规范共 72 条，任意性规范仅 39 条。不过，日本 2006 年修改《信托法》时，在立法观念和法律规范上发生了一个重大变化，即由强行法转向任意法。^②

笔者认为，将信托法纯粹定性为强行法或任意法均有失妥当，信托法宜为强行法与任意法的结合，但以任意法为主。理由如下：

首先，基于尊重信托当事人的意思自由，信托法应以任意法为主。在大陆法系法律体系中，信托法属于私法，且信托应以契约、遗嘱或宣言方式成立，因此，如同其他私法，基于契约自由、遗嘱自由等意思自治原则，信托法律关系的内容及其变更与终止原则上应由信托当事人自由决定。由此可见，大陆法系信托法应以任意法为主。英美法中尽管没有公法与私法之分，但在属于大陆法系私法的领域，其也遵循意思自治的原则。^③ 据此，在英美法系，信托法亦主要为任意法。

其次，从节省信托当事人的交易成本考量，信托法应主要为任意法。就信托法律关系而言，如果任由当事人以凭空想象、闭门造车的方式，逐一写出信托条款，恐会产生专业性不足或内容不完整的结果。即使当事人勉为其难，自行拟出信托条款内容，也将产生大量谈判成本与信息成本。因此，国家应预先设想信托当事人所欲追求的信托条款内容，通过立法制定标准化的信托条款，供信托当事人选择和调整，以节省交易成本。信托法的任意法属性便由此凸显。诚如有学者所言：“从经济效率的观点来看，经由当事人自由交易所缔结的契约，乃最具效率

① 有关这些条款的原文及译文，参见王志诚《信托之基本法理》，元照出版有限公司 2005 年版，第 79—80 页。

② 赵廉慧：《日本信托法修改及其信托观念的发展》，《北方法学》2009 年第 4 期。

③ 何勤华、魏琼：《西方民法史》，北京大学出版社 2006 年版，第 398 页。

且最符合当事人的主观愿望。”^①

再次，为平衡信托当事人之间的利益，信托法应具有强行性。在信托法律关系中，由于受托人享有占有和管理或处分信托财产的权利，易发生其利用信息、能力的优势地位违背委托人意愿、损害受益人利益的情形。若全凭信托当事人对信托法律关系进行约定，难免出现对受托人的行为限制不严密、对受益人的利益保护不周全的弊端。因此，为矫正受托人与委托人、受益人之间先天性的不对等关系，保护“弱者”利益，从而体现法的公平价值，信托法对信托法律关系的规定应具有一定的强行性。

最后，出于保护第三人的交易安全和公共利益，信托法应具有强行性。从历史起源上看，信托最初是一种规避法律的设计。信托的这一历史性格至今依然存在于信托概念与构造之中。^② 信托财产的独立性能使信托当事人的债权人无法就信托财产行使任何权利，^③ 即为一例。显然，对信托的这一性格若不加以控制，信托就会如脱缰的野马走向极端，从而危及与信托当事人进行交易的第三人的交易安全甚至公共利益，而控制的方法在于信托法的强行性规定。因此，为保护第三人的交易安全和公共利益起见，信托法应具有强行性。

三 信托法强行性与任意性边界的厘定：一个理论分析框架

在信托法的强行性与任意性之间划定一个清晰并永久适用的界限是很难的，因为在不同历史时期、不同经济条件和社会文化环境下，允许与禁止信托当事人的自由之间往往难以遵守一个一成不变的模式。尽管如此，信托法的强行性与任意性之间仍应存在一个相对合理的划分标准。笔者认为，根据信托的类型、信托法规范的种类不同，信托法的强制性与任意性应各不相同。

1. 信托的类型不同，其法律规范的强行性与任意性有所不同

信托依其目的是否具有公益性，可分为公益信托与私益信托。信托

① 王文字：《新公司与企业法》，中国政法大学出版社2003年版，第404页。

② 方嘉麟：《信托法之理论与实务》，中国政法大学出版社2004年版，第53页。

③ 何宝玉：《信托法原理研究》，中国政法大学出版社2005年版，第154页。

法也通常为了区分这两种类型而对信托进行规范。^① 公益信托是指以慈善、文化、学术、技艺、宗教、祭祀或其他公共利益为目的的信托；私益信托则是指公益信托以外的其他信托。^②

公益信托法律规范原则上应为强行性规范，而私益信托法律规范原则上应为任意性规范。这是因为：

第一，公益信托涉及公共利益，委托人可能人数众多，受益人则为不特定的社会公众，因此，公益信托的设立和运作状况对社会影响重大，需要信托法的强行介入，以免出现损害社会公众利益的情形。例如，我国台湾地区“信托业法”第70条规定：“公益信托之设立及其受托人，应经目的事业主管机关之许可。”此条即对公益信托的设立作了强行性规定。而私益信托不以公共利益为目的，委托人、受益人人数一般较少且已确定，故私益信托法律关系原则上应由信托当事人意思自治。

第二，对公益信托，各国大都实施了税收优惠政策，这种优惠待遇是以国家财政收入作为支撑的，而私益信托则未享受这种特殊待遇。基于此，国家通过法律的强行性规定对公益信托的控制和监督应甚于私益信托。^③

第三，从成本效益的观点分析，因公益信托的受益人为不特定多数人，牵涉信托法律关系者众多，如要所有利害关系人参与协商以排除《信托法》的规定，不仅成本过高，实际上也不可能。因此，《信托法》自不应鼓励此种成本极高的排除做法，立法政策上应将公益信托的规定，原则上定位为强行性规范为妥。

2. 信托法规范的种类不同，其强行性与任意性存在差异

根据《信托法》调整的内容不同，信托法规范可分为信托的成立与

① 参见英国《受托人法》、美国《统一信托法典》、日本《信托法》、韩国《信托法》和我国台湾地区“信托业法”。

② 赖源河、王志诚：《现代信托法论》（增订第三版），中国政法大学出版社2002年版，第38页。

③ 金锦萍：《公益信托法律制度研究》，中国社会科学院法学研究所博士后研究报告，2006年，第26页。

生效规范、信托的变更与终止规范、信托的效力规范。^① 信托的成立与生效规范原则上为强行性规范，信托的变更与终止规范和信托的对内效力规范原则上为任意性规范，而信托的对外效力规范宜为强行性规范。具体分析如下：

(1) 信托的成立与生效规范原则上应为强行性规范。其原因有：

首先，信托的成立方式十分丰富，依委托人的意思表示而成立者，称为明示信托；依法律直接规定而成立者，称为法定信托；依法院推定和拟制而成立者，则称为默示信托。^② 此外，明示信托又可依契约、遗嘱或宣言方式成立。由于信托成立方式不同，其成立要件也不同，若由当事人自由排除适用，恐生损害第三人权益的弊端。如宣言信托，委托人为他人利益可就特定财产宣告自己为受托人。因信托财产具有独立性而处于委托人的债权人追及范围之外，若信托法未对信托成立方式作出强行性规定而由当事人自行选择适用，这极易导致委托人利用宣言信托之名，行诈害债权人之实。

其次，与信托的成立方式相对应，信托的成立要件极其多样。契约信托下，委托人与受托人订立信托契约后，委托人须将财产权转移至受托人，信托方能成立；依遗嘱成立信托的，遗嘱生效后信托财产转移至受托人时，信托即告成立；而法定信托和默示信托甚至无须委托人的意思表示这一要件，直接由法律规定或法院推定等成立。^③ 如由信托当事人任意选择信托的成立要件，势必造成信托与其他法律行为相混淆，信托的特质便无法显现。例如，契约信托下，若当事人约定委托人不转移财产权至受托人，这将使得信托难以与委托、行纪等相区分。

最后，信托的生效不同于信托的成立，已成立的信托须符合生效要件才具有法律上的效力。这些生效要件一般包括以下四个方面：委托人和受托人有相应的行为能力，受益人可以确定；意思表示无瑕疵；信托

① 方嘉麟：《信托法之理论与实务》，中国政法大学出版社2004年版，第159页。

② 周小明：《信托制度比较法研究》，法律出版社1996年版，第5页。

③ 王志诚：《信托法》（增订第三版），五南图书出版股份有限公司2006年版，第68—69页。

财产是委托人可以处分的财产，且可以确定；信托目的合法、可能、确定。^① 信托生效要件是法律对信托的价值判断，必须由信托法作出强行规定，始能约束和指引当事人的行为。否则，难免滋生有害于第三人权益和公共利益之事。此外，关于信托的成立时间与生效时间，除公益信托外，因其不会造成信托当事人之间的不公平、也不关涉第三人权益和公共利益，信托法不必作出强行性规定，宜允许信托当事人自由决定。

(2) 信托的变更与终止规范原则上为任意性规范。其理由是：

其一，信托生效后，因情势变更或出现当事人设立信托时未能预见的情形，信托的变更在所难免。原则上信托财产的管理方法以及受托人、受益人等事项的变更应依信托当事人的意思决定，法律不必作出强行性规定。但为保护受益人的利益和公共利益，变更信托的权限属于法院或行政主管机关的，则这类规范应为强行性规定，不得由当事人排除适用。例如，我国台湾地区“信托业法”第16条规定：“信托财产之管理方法因情势变更致使不符合受益人之利益时，委托人、受益人或受托人得声请法院变更之。”即为强行性规范。

其二，为尊重信托当事人的意思，信托终止的事由以及信托终止后信托财产的归属原则上应由信托当事人自由决定。但若信托的存续违反信托的成立要件或生效要件，如信托目的变成不合法、受托人成为唯一的受益人、受益人受让全部信托财产等，信托自应终止，不得由信托当事人自由决定信托的存续。此外，对公益信托而言，若信托的终止规范为任意性规范，恐不利于公共利益的保护，因此，对公益信托的终止，法律宜设置强行性规范。

(3) 信托的对内效力规范应以任意性规范为主。这是因为：

第一，信托一旦生效，委托人对信托财产即不再享有任何权利。为给受托人提供管理信托财产的自由空间，委托人不宜过度干涉信托事务的处理。因此，信托法关于委托人权利的规范宜为任意性规范。在英美信托法下，除非委托人在信托文件中保留变更信托条款、对信托管理的指示等权利，否则信托生效后其不再对信托事务的执行有任何干预权

① 谢哲胜：《信托法总论》，元照出版有限公司2003年版，第103—109页。

利,^①即将委托人的权利确定为任意性规范。

第二,信托功能的发挥,固然需要使受托人就信托财产的管理享有自由裁量权,但受托人与受益人之间存在明显甚至激烈的利害冲突,也是一个无法回避的事实。因此,对受托人的权利予以限定是必要的。此种限定因仅涉及信托当事人之间的利益,原则上应由信托当事人自由决定,除非会产生对信托当事人不公平的结果,从而需要信托法作出强行性规定。例如,受托人因管理信托财产不当,而致信托财产受损害时,在其未填补信托财产所受损害或恢复信托财产原状前,应不得请求给付报酬,否则对受益人过于不公。因此,我国台湾地区“信托业法”第44条作了强行性规定,即“前5条所定受托人之权利,受托人非履行第23条或第24条第3项所定损害赔偿、回复原状或返还利益之义务,不得行使”。

第三,信托是为受益人的利益设定的,因此,受托人因信托法律关系的产生而应对受益人负有义务。除受托人所负保存信托事务处理记录义务和信托事务处理报告义务,因涉及受益人基本权益的保护问题,不应由信托当事人减轻或免除外,其他义务如注意义务、分别管理义务、自己管理义务等,为追求信托架构的弹性化及效率化,宜允许信托当事人调整或变更。考察美国信托法制的发展,通常在委托人设定信托的目的范围内,许可信托当事人调整或变更受托人的义务。^②1994年美国统一州法委员会通过的《统一谨慎投资人法》(Uniform Prudent Investor Act)除于第1条第(b)项明文揭示《统一谨慎投资人法》为任意法外,还于第1条第(a)项规定就受托人从事投资时应尽的各种义务,受托人均可以信托行为另行规定。此外,依美国《统一信托法典》第八章“受托人之义务与权限”的规定,除资讯提供及计算报告义务为强行法规范外,受托人所负其他义务,并非不得由信托当事人调整或变更。^③日本于2006年修改《信托法》后,受托人义务亦主要为任意性

^① 张淳:《信托法原论》,南京大学出版社1994年版,第172页。

^② Edward C. Halbach, “Uniform Acts, Restatements, and Trends in American Trust Law at Century’s End”, *California Law Review*, Vol. 88, 2000, p. 1881.

^③ 参见张军建译《日本信托法》第三章第二节“受托人的义务等”,载《信托法基础理论研究》,中国财政经济出版社2009年版,第335—341页。

规范。除第 36 条“信托事务处理状况的报告义务”、第 37 条“备置账簿等、报告及保存义务”属于强行法规范外，其余义务均可由信托行为另行规定。^①

第四，受益人的权利，除信托事务处理记录查阅权、对受托人处分行为的撤销权、强制执行信托财产的异议权以及损害赔偿或恢复原状请求权等，因关系信托作为重要财产管理制度的核心价值即受益人利益得到更大保障的实现，应作强行性规定外，其他权利如受托人辞任的同意权、信托财产管理方法调整请求权等，应容许信托当事人以信托行为调整或变更。这不仅有助于受托人接受信托，以促进信托当事人成立信托的可能性，而且有利于激发受托人的创新热情，从而提高信托财产管理的效率。

(4) 信托的对外效力规范宜为强行性规范。信托生效后，信托财产即成为一项独立财产，仅服从于信托目的。信托财产的独立性产生了以下重要的法律后果：委托人、受托人以及受益人三者任何一方的债权人都无法主张以信托财产偿债；受托人处理信托事务所生的损失，除非是由受托人失职所造成，否则应由信托财产本身承担。^② 由此观之，一项财产上是否设立了信托法律关系，对信托当事人的债权人利益影响攸关，若法律不对信托的对外效力作出强行性规定，使信托当事人以外的第三人预知某项财产上设立信托法律关系的法律后果，而任由信托当事人自由决定，则不利于债权人利益的保护。此外，信托的对外效力也是信托区别于其他财产管理方式的重要特征，一旦任由信托当事人任意松动或变更，恐丧失信托的基本要素，因此，其宜属于强行法规范。例如，美国《统一信托法典》第 1010 条第 (b) 项规定：“受托人于管理运用信托财产过程所生的侵权行为，或因信托财产所有或控制所生义务有关而负的责任，包括违反环境法的责任，如受托人有过失时，其个人应负责任。”日本《信托法》第 14 条规定：“对不登记或不注册就无法以权利的得失或变更对抗第三人的财产，不履行信托登记或注册的，不

① 周小明：《信托制度比较法研究》，法律出版社 1996 年版，第 14 页。

② 王志诚：《信托法》（增订第三版），五南图书出版股份有限公司 2006 年版，第 68—69 页。

得以该财产为信托财产对抗第三人。”这些规定均为强行性规范。

综上所述,在厘定信托法强行性与任意性的边界时,可以考虑依信托的类型和信托法规范的种类不同而作出区分。即调整私益信托的成立与生效规范原则上为强行性规范,其变更与终止规范和对内效力规范原则上为任意性规范,而其对外效力规范宜为强行性规范;调整公益信托的成立与生效规范、变更与终止规范以及对外效力规范应为强行性规范,而其对内效力规范宜以任意性规范为主。

四 我国信托法规范模式的重构:强行性规范的限制与任意性规范的扩张

继日本、韩国和我国台湾地区等引进英美信托制度后,我国也于2001年颁布了《信托法》。从我国《信托法》的制定过程来看,这部法律在观念上从一开始便是重管制轻自由的。据立法者解释,制定信托法的指导思想是“结合我国信托业的现状,借鉴国际上通行的做法,用法律的手段规范信托行为,保护信托当事人的合法权益,强化对信托业的监督管理,促进信托业健康、规范发展”。^①因此,我国《信托法》以强行性规范为主、任意性规范为辅便不足为奇了。

除《信托法》外,我国还另行制定了专门调整信托公司的法律规范,即《信托公司管理办法》和《信托公司集合资金信托计划管理办法》,^②这三个法律文件合称为调整信托关系的“一法两规”。由“两规”的名称即可知,有关信托公司的法律规范主要为强行法。考察其内容,也确实如此。以《信托公司管理办法》为例,在总共66个条文中,仅3处规定“可以依照信托文件的约定”、“信托文件另有约定的除外”,^③而其余法律规范均使用“应当”、“必须”、“不得”等强行法词

① 参见张绪武《关于〈中华人民共和国信托法(草案)〉的说明》,载全国人大《信托法》起草工作组编《〈中华人民共和国信托法〉释义》,中国金融出版社2001年版,第171页。

② 这两件部门规章原为中国人民银行2002年所颁布的《信托投资公司管理办法》和《信托投资公司资金信托管理暂行办法》,2007年经中国银行业监督管理委员会修改后更名为此。

③ 我国《信托公司管理办法》第19条、第26条、第27条。

语。而且,其有的法律规范与《信托法》中的规范相互矛盾。如《信托公司管理办法》第27条规定:“信托公司对委托人、受益人以及处理信托事务的情况和资料负有依法保密的义务,但法律法规另有规定或者信托文件另有约定的除外。”此为任意性规范。而《信托法》第33条第2款则规定“受托人对委托人、受益人以及处理信托事务的情况和资料负有依法保密的义务”。此又为强行性规范。

但令人遗憾的是,立法者的预期目标似乎并未真正实现。一方面,信托的应用空间十分狭小,主要集中在信托公司的资金信托活动,在民事领域和公益领域尚未得到展开。这固然与我国既有的法律传统中向无信托观念,民众对信托非常陌生有关,然而不可否认,信托法过度的强行法性,阻碍了信托的弹性化和效率化,使不少人望而却步,也是重要原因之一。另一方面,信托公司不仅不具备自身的行业优势,反而举步维艰。这似乎有点令人不可理解,但事实便是如此。造成这种状况绝不仅仅是信托公司自身的问题,实有必要对信托法规范进行反思。过多的强行性规范,在一定程度上束缚了信托公司的创新热情,从而制约了信托功能的发挥。

有鉴于此,笔者认为,我国信托法规范模式宜按照限制强行性规范、扩张任意性规范的思路予以重构。依前述信托法强行性与任意性的边界厘定标准,我国《信托法》的强行性规范与任意性规范可作以下调整:

第一,将私益信托的成立时间和生效时间规范,由强行性规范修改为任意性规范。在《信托法》第8条第3款关于信托成立时间的规定之后,增设“信托文件另有规定的除外”;于该法第10条关于信托的生效要件之后,补充“信托当事人可以对信托的生效附条件或期限”。

第二,将信托的对内效力规范,由以强行性规范为主转变为以任意性规范为主。具体而言:首先,对委托人的权利,《信托法》第20条至第23条分别作了规定,包括知情权、撤销权、受托人解任权、要求调整信托财产管理方法权等,宜允许信托当事人自由决定。即在这些条文之后,可规定“信托文件另有规定的除外”。其次,对受托人的义务,《信托法》第25条至第34条进行了规定,有谨慎义务、忠实义务、分别管理义务、自己管理义务、保存记录义务、报告义务和保密义务等。

这些义务除第33条第1款、第2款所规定的保存处理信托事务的记录和报告信托事务的处理情况义务应为强行性规范外,其余的义务均可信托文件另行约定。再次,对受益人的权利,《信托法》第17条、第44条至第49条作了规定,包括强制执行信托财产的异议权、受益权、信托财产的归属权、对有关事务的决定权、对受托人处分行为的撤销权、知情权和监督权等。除第17条规定的强制执行信托财产的异议权和第49条规定的信托事务处理记录查阅权、对受托人处分行为的撤销权以及损害赔偿或恢复原状请求权属于强行性规范之外,其他权利的规定宜为任意性规范,即可在相关条文之后增加“信托文件另有规定的除外”。

第三,就信托的变更与终止规范而言,应将有关公益信托变更和终止的任意性规范修改为强行性规范。《信托法》第69条规定公益事业管理机构在公益信托成立后发生设立信托却不能预见的情形时,可以变更信托文件的内容。宜将“可以”修改为“应当”,使之成为强行性规范。另外,该法第68条规定,公益信托的受托人违反信托义务或无能力履行其职责的,由公益事业管理机构变更受托人。宜将“由”修改为“应当由”,以明确这一规范属于强行法规范的性质。

此外,对《信托公司管理办法》和《信托公司集合资金信托计划管理办法》中的相关规范亦从上述方面加以相应调整,此处不再赘述。

信托法强行性与任意性的界定,究其实质,为信托法对安全与效率价值的平衡问题。信托法的强行性规范多了,安全相对有保障,但立法者难以预见信托财产管理的所有情形,从而可能牺牲效率;信托法的任意性规范多了,当事人可意思自治,这样有助于激发其管理信托财产的积极性并取得较好的效率,但可能危及安全。不过,信托法上安全与效率价值又是统一的,强行性规范与任意性规范均旨在维持信托关系的良好秩序、促进信托活动的健康开展。也许可以引用美国学者 John C. Coffee, Jr. 关于公司法强行性与任意性的论述来对此加以说明:“若从美国公司法主要由任意性规范或主要由强制性规范构成的角度观察,如同观察盛了半杯水的水杯一样,只是半空和半满的区别而已。”^①

^① See John C. Coffee, Jr., The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role, *Columbia Law Review*, Vol. 89, 1989, p. 1618.