

我国营业信托受托人谨慎义务研究

钟向春 著

WOGUO YINGYE
XINTUO SHOUTUOREN
JINSHEN YIWU
YANJIU



中国政法大学出版社

我国营业信托受托人 谨慎义务研究

WOGUO YINGYE
XINTUO SHOUTUOREN
JINSHEN YIWU
YANJIU

钟向春 著



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

我国营业信托受托人谨慎义务研究/钟向春著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 4

ISBN 978-7-5620-5944-8

Ⅰ. ①信... Ⅱ. ①钟... 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(2015)第064972号



- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 7.5
- 字 数 175 千字
- 版 次 2015 年 4 月第 1 版
- 印 次 2015 年 4 月第 1 次印刷
- 定 价 29.00 元

摘 要

信托作为一种法律制度，在我国属于舶来品，并且引进时间不长。2001年《信托法》颁布，促使信托公司成为“受人之托、代人理财”的专业金融服务机构。近几年，信托业管理信托资产规模呈几何数级增长，至2014年末，已达13.98万亿元人民币。但虽营业信托资产管理规模迅速增长，其相应配套制度、行业规则并未快速跟上，即使是有一定指导意义的司法案例亦相对阙如。尤其在信托关系中的核心环节——受托人谨慎处理信托事务的义务上，问题更加突出，仅有原则性、抽象的规定。信托业监管部门最近反复强

调要“卖者尽责、买者自负”。其中“卖者尽责”部分的核心内容之一亦是受托人的谨慎义务，故研究谨慎义务的基本原理、适用规则非常迫切。

信托法作为一项起源于英国、发达于美国，非常适合于资产管理的基本法律制度，在中国的发展首先需要借鉴英美国家的立法和司法实践，但同时也要结合中国的法律文化、社会文化和经济环境，谨慎义务上当然也不例外。本书通过对谨慎义务的历史渊源、定义、内涵、立法例等的梳理和分析，提出了谨慎义务的主、客观标准和程度标准。通过对谨慎义务的规范性质分析，指出谨慎义务既不是简单的强制性规范，也不是任意性规范，而是一个复杂的义务体系，既有当事人可以自由协商的内容，也有最低的法律底线。同时，谨慎义务不仅是抽象的法律原则，而且有很强的适用性，受托人在从事信托设立、以信托财产投资、委任代理人、聘请顾问、分别管理信托财产、维持和保护信托财产等所有信托事务管理行为时，均应履行谨慎义务。

就目前我国发展信托的环境来看，社会整体的诚信是较为缺失的，诚信体系的构建是不完善的。在这种环境下发展以信任为基础的信托业，难度是较大的。因而为促进信托的普及和健康有序发展，对受托人施以较高的诚信要求的标准是十分必须的。同时，由于目前在我国经营信托存在特殊要求，且信托公司具有特殊企业性质和行业要求，这就使得其具有营业性、专业性、金融性的显著特征。由此，为保护相对弱势的受益人的合法权益，对于信托公司作为受托人履职时的谨慎义务设定较高的标准是十分必要的。尤其对公司受

托人谨慎义务的审查必须深入公司内部，检查其制度、内控、流程的有效性。由于信托业在我国的发展时间很短，配套的法律规定等制度规范很不完善。目前，实践中的通行做法往往是由当事人通过在信托合同中进行相关约定来对受托人的谨慎义务加以界定。此时，作为受托人的信托公司由于其企业性质，往往拥有更强大、更专业的法律顾问支持等优势资源，这就使得信托公司在谈判中处于优势地位，往往会在其起草的信托合同中设计更多的免责条款。因此，为避免受益人由此而陷入不公平境遇，对信托合同中设计的免除受托人谨慎义务的相关条款应持严格限制的态度。

对受托人违反谨慎义务的责任体系，包含在失信责任中，应立法明确责任性质，规范赔偿损失或恢复财产原状等救济形式、请求权人范围、救济程序等。

目 录

摘 要	I
引 言	1
第一章 营业信托在我国的基本状况	6
第一节 信托制度的渊源与法律移植 / 6	
一、信托的源起 / 6	
二、部分大陆法系法域对信托法制的移植 / 13	
三、中华人民共和国信托法 / 19	
第二节 信托的分类 / 25	
一、私益信托与公益信托 / 25	
二、资金信托与财产权信托 / 26	

2 | 我国营业信托受托人谨慎义务研究

三、 自益信托与他益信托 / 26

四、 单一信托与集合信托 / 27

五、 积极信托与消极信托 / 28

六、 法定信托与意定信托 / 29

第三节 营业信托在我国的实践 / 29

一、 营业信托的界定及在我国的开展情况 / 30

二、 营业信托的制度优势 / 33

三、 营业信托的受托人 / 37

四、 营业信托的监管 / 41

五、 类营业信托业务的开展 / 42

第四节 营业信托的法律特性 / 46

一、 营业信托受托人的专业性 / 46

二、 营业信托的合同基础 / 47

三、 营业信托的金融性 / 50

第二章 谨慎义务的多维度考察 51

第一节 谨慎义务的基本含义 / 51

一、 谨慎义务的概念 / 51

二、 谨慎义务的内涵 / 53

三、 谨慎义务的对象 / 58

第二节 谨慎义务的本质 / 61

一、 谨慎义务反映了道德要求 / 61

二、 谨慎义务是对受托人自由裁量权的法律约束 / 63

三、 谨慎义务是信托目的实现的保障 / 63

第三节 谨慎义务的法律规制 / 64

一、 英国的受托人谨慎义务制度 / 64

二、美国的受托人谨慎义务制度	68
三、我国香港地区的受托人谨慎义务	71
四、日本信托法中的“善管义务”	72
五、我国台湾地区信托法中的“善管义务”	73
第四节 谨慎义务的法律规制分析	74
一、谨慎义务的内涵随时代变化	74
二、谨慎义务标准的主观、客观分析	75
三、谨慎义务的履行程度标准分析	76
第五节 公司受托人谨慎义务的特别规范及测试方法	86
一、公司受托人谨慎义务的规范方法	86
二、公司受托人是否尽到谨慎义务的测试	91
第六节 谨慎义务的规范性质分析	95
一、谨慎义务属自动适用的“任意性规范”	96
二、当事人协议能够降低谨慎义务标准，甚至将其排除吗？	97
三、在我国确定谨慎义务规范性质的立法考量	101
第三章 谨慎义务的适用（一）	104
第一节 谨慎义务适用的几个条件辨析	104
一、承担谨慎义务的时间范围	104
二、谨慎义务行为范围——适用于受托人所有行为吗？	105
三、不作为亦可能违反谨慎义务	107
四、谨慎义务履行需考虑特定的信托目的和环境	108
五、谨慎义务的履行应着眼于行为而非结果	109
六、谨慎不等于不犯错误	110

第二节 信托设立时的谨慎义务 / 111

- 一、设立时承担谨慎义务的法理基础分析 / 111
- 二、尽职调查——风险评估义务 / 114
- 三、私募义务 / 116
- 四、信息披露、告知说明义务 / 124

第三节 管理时的谨慎义务 / 126

- 一、信托财产分别管理中的谨慎义务 / 126
- 二、共同管理中的谨慎义务 / 131
- 三、控制和保护信托财产中的谨慎义务 / 133
- 四、信息披露中的谨慎义务 / 135

第四节 委任、聘请顾问时谨慎义务 / 137

- 一、亲自处理信托事务的传统法律原则 / 137
- 二、委任发生原因及立法例 / 138
- 三、委任的具体种类 / 142
- 四、委任中的共性问题 / 143
- 五、聘请顾问中的特殊问题 / 148
- 六、转委任中的特殊问题——是否允许转委任 / 149
- 七、我国信托实务中的转委托 / 151

第四章 谨慎义务的适用（二）——投资时的谨慎义务 …… 153

第一节 信托财产投资概论 / 153

- 一、信托财产的形态 / 153
- 二、什么是投资？ / 154
- 三、为什么要进行投资 / 155
- 四、信托财产的投资标的 / 157

第二节	信托谨慎投资规范的简要史 / 157
一、	英国的谨慎投资规范历史 / 157
二、	美国的谨慎投资规范历史 / 161
第三节	投资时的谨慎义务要点 / 168
一、	投资中的风险管理, 组合投资 / 168
二、	信托条款对投资时谨慎义务的影响 / 173
三、	对投资进行检查和调整 / 179
第五章	受托人违反谨慎义务的法律后果 181
第一节	违反谨慎义务的责任性质分析 / 182
一、	大陆法上对违反谨慎义务的责任定性问题 / 182
二、	英美法的观点 / 184
三、	建立以违约责任为基础的失信责任体系 / 184
第二节	受托人承担违反谨慎义务民事责任的构成要件 / 185
一、	违约行为 / 186
二、	损害的发生 / 186
三、	归责原则 / 187
第三节	违反谨慎义务的责任的承担方式 / 189
一、	赔偿损失 / 189
二、	恢复原状 / 190
三、	停止侵害、履行受托人职责 / 192
四、	减少或拒绝支付受托人的报酬, 解任受托人 / 192
五、	任何适当的救济 / 193
第四节	救济的提出 / 193
一、	受益人的请求权 / 194
二、	共同受托人或继任受托人的请求权 / 194

- 三、委托人的请求权 / 196
- 四、评论：请求权应由信托财产利益相关方享有 / 197
- 五、权利的放弃 / 199

第五节 受益人对信托财产的追及 / 201

- 一、基本含义及立法例 / 201
- 二、追及权的构成要件 / 202

第六章 结论：营业信托受托人谨慎义务立法的完善 …… 205

第一节 完整的信托法律体系的构建 / 205

- 一、信托文化及其在我国的实践 / 205
- 二、信托法在我国法律体系中的地位 / 207

第二节 谨慎义务标准体系和适用体系的构建 / 208

第三节 谨慎义务责任体系的构建 / 211

参考文献 …………… 213

致 谢 …………… 223

引言

信托作为一种法律制度，在我国属于舶来品，并且引进时间不长。虽然在我国改革开放之初，即成立了中国国际信托投资公司，并且之后信托投资公司雨后春笋般成立，最多时超过两千余家，但从今天看来，此时的信托投资公司均没有从事真正的信托业务，不过冠“信托”之名行商业银行之实罢了。即使其中最接近信托业务的委托贷款业务，本质上也和信托关系相去甚远。信托关系的真正引进，首推2001年《中华人民共和国信托法》^[1]（以下简称《信托法》）的颁布与实施。在此前后，信托投资公司也进行了全行业、革命性

[1] 《中华人民共和国信托法》于2001年4月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议通过，由2001年4月28日中华人民共和国主席令第五十号公布，并自2001年10月1日起施行。

的清理整顿，使其归于信托本源，成为“受人之托、代人理财”的金融服务机构。自此以后，信托业经历了飞跃式发展，管理信托资产规模呈几何数级增长。至2014年末，已近14万亿元人民币之巨，俨然成为仅次于商业银行的第二大金融部门，高于商业保险、证券公司资产管理及证券投资基金。可以说，如果将以信托公司为受托人的信托视为营业信托的话，其成绩斐然，木秀于林。

但“萝卜快了不洗泥”。营业信托资产管理规模虽迅速增长，但其相应配套制度、行业从业规则并未快速跟上，即使有一定指导意义的司法案例亦相对阙如。尤其是在信托关系中最重要的一环——受托人谨慎义务上，问题更加突出，仅有非常原则性、抽象的规定，如《信托法》第22条^[1]及第25条^[2]的规定、《信托公司管理办法》第24条^[3]的规定等。上述规定中，对于谨慎义务的适用情形、违反该义务应当承担的责任等问题都规定过于模糊，难以找到明确的答案。这给实践中的具体信托操作带来了巨大不便。并且，随着信托业的发展，《信托法》的广泛适用，信托领域中的司法纠纷也越来越多。因

[1] 《中华人民共和国信托法》第22条规定，“受托人违反信托目的处分信托财产或者因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的，委托人有权申请人民法院撤销该处分行为，并有权要求受托人恢复信托财产的原状或者予以赔偿；该信托财产的受让人明知是违反信托目的而接受该财产的，应当予以返还或者予以赔偿。”

[2] 《中华人民共和国信托法》第25条规定，“受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。”

[3] 2006年12月28日中国银行业监督管理委员会第55次主席会议通过，由中国银行业监督管理委员会令（2007年第2号）公布，自2007年3月1日起施行。第24条规定：“信托公司管理运用或者处分信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务，维护受益人的最大利益。”

此，无论是主动适用《信托法》，还是司法实践中的被动适用，都需要准确理解和把握谨慎义务的具体规则。

但同时也应认识到，由于信托目的的千差万别，由于受托人履行职责的环境千差万别，由于受托人自身条件的千差万别，《信托法》上的“谨慎义务”本身也确是一个十分难解的问题。即使在英美等信托源起、发达的地方，关于“谨慎原则”也是数易其辙，从判例到司法冲突迭起，数度改弦更张；更别提在大陆法系引进信托制度的日本、我国台湾地区等国家和地区，对于谨慎义务的研究、适用，同样处于持续探索阶段。而且由于传统上对受托人谨慎义务的研究主要是以自然人受托人为样本的，对于机构如何适用谨慎义务尚没有形成一套行之有效的检测办法。

在信托法领域，我国这些年已经从一般性翻译介绍的阶段走向深入研究、结合中国实践进行整理的阶段，经典著作层出不穷，如周小明博士的《信托制度：法理与实务》（2012年）、张军建教授的《信托法基础理论研究》（2009年）等。也有一些涉及信托受托人谨慎义务的专著或硕、博士论文。但在对营业信托受托人谨慎义务的研究方面，目前的基本情况是：①大多信托法著作只对受托人谨慎义务泛泛而论；②对谨慎义务在信托财产投资、委任代理人、聘请顾问、分别管理信托财产、维持和保护信托财产等方面的具体适用，缺乏有意识的整理；③对谨慎投资义务论述较多，但大多处于介绍外国法阶段；④紧密结合中国营业信托实践的较少。

本书结合中国信托业实践（监管、行业发展、司法纠纷等），综合运用法经济学、法史学、比较法学、法社会学、博弈论等研究方法，以正确、恰当地适用受托人谨慎义务为目的，力争廓清谨慎义务的含义，明确受托人负有谨慎义务的基础、谨慎义务的标准、违反谨慎义务承担何种责任，检讨中国信托

法，并根据我国特殊国情提出建议。本书对于谨慎义务的程度标准进行了深入的分析整理，对谨慎义务的强行性或任意性规范性质做了结合我国实践的深入讨论，详细梳理了谨慎义务在信托受托人管理信托事务全过程中的适用，并对受托人违反谨慎义务的法律义务作出了框架性安排，希望这些建议能够对我国信托法、信托业法的立法、修法有所裨益。

而相比于营业信托的迅速发展，就《信托法》规定的另外两种信托——民事信托和公益信托而言，其在这些年的发展实在是相形见绌，甚至是惨不忍睹。这里面有文化的原因，也有制度的原因。可以说，民事信托和公益信托也有其独特的优势，有待于制度引导，以实现更快发展。但由于其所处的发展阶段，相应问题还尚不突出，故本书中不做过多论述。

本书在第一章简要介绍了信托的发达史、我国营业信托发展的基本情况，分析了我国营业信托的一些特点；第二章对谨慎义务的历史渊源、定义、内涵、立法例等作梳理和分析，提出了谨慎义务的主、客观标准和程度标准，对谨慎义务的规范性进行了分析，指出谨慎义务既不是简单的强制性规范，也不是任意性规范，而是一个复杂的义务体系，既有当事人可以自由协商的内容，也有最低的法律底线，并着重分析了在我国以公司受托人为主的情况下，公司受托人是否尽到谨慎义务的检查方法；第三章、第四章结合我国信托业实践，对受托人在信托设立、委任代理人、投资管理等具体信托事务管理环节过程中的谨慎义务进行了详细分析；第五章主要分析了受托人违反谨慎义务的民事法律责任，具体包括违反信托的责任性质、构成要件、归责原则等，并对受益人追及权进行了论述；第六章结论部分对我国信托受托人谨慎义务立法提出了一些建议。

限于作者在研究水平、学术能力等方面的不足，对于谨慎义务的法律属性、《信托法》中受托人谨慎义务与《公司法》

中董事谨慎义务关系、谨慎义务的法律适用、失信法律责任等方面的一些具体问题，本书的讨论还不够全面、充分和细致，以后还有待于进一步研究和完善。