

营业信托法律制度比较研究

以受托人信用为中心

朱小川◎著

■ 营业信托制度的法律含义与特征研究

■ 营业信托中受托人信用问题比较研究

■ 信托当事人与信托制度外部信用构建问题研究

■ 我国信托投资公司信用问题研究

■ 我国证券投资基金受托人信用问题研究

■ 我国营业信托业的信用评估及发展趋势



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

YINGYEXINTUOFALUZHIDUBIJIAYANJIU

营业信托法律制度比较研究

以
受
托
人
信
用
为
中
心

朱小川◎著



图书在版编目(CIP)数据

营业信托法律制度比较研究/朱小川著. —北京:法律出版社,2007.7

ISBN 978-7-5036-7442-6

I. 营… II. 朱… III. 信托法—对比研究—中国
IV. D922.282.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第081435号

©法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 郭涛

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京民族印刷厂

编辑统筹/法律出版社上海出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶松

开本/A5
版本/2007年8月第1版

印张/14 字数/369千
印次/2007年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7442-6 定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

加入 WTO 以来,中国坚定不移地坚持对外开放,分步骤、分阶段地积极主动履行金融业对外开放的有关承诺,全面推动中国金融业的对外开放和发展。随着加入 WTO 过渡期的结束,中国金融业将面对更为开放的竞争环境和全新的竞争格局。金融业竞争加剧对现有金融监管理念、模式和有效性提出了挑战,要实现金融业持续健康发展,必须全面加强金融的有效监管、推进金融创新。

相对其他金融行业,信托投资公司并不拥有具有独特性的产品,信托产品必须以项目作为载体,利用信托法赋予的信托这一制度所独有的风险隔离功能和权利重构功能,通过自身横跨货币市场、资本市场和实物投资市场的综合性业务优势,通过创新性的产品来履行自身金融中介的职能,因此,金融信托业是继银行、保险、证券之后迅速发展起来的第四个金融支柱。在我国,金融信托业发展并非一帆风顺。从 20 世纪 70 年代末开始,我国信托投资公司发展迅速。在短短的二十几年中,从无到有,业

务范围遍布我国经济生活中的诸多层面。信托制度在推动当时金融市场改革、分散传统银行信贷风险、拓展新型融资渠道、促进证券市场的形成和发展、引进外资和技术、促进国际经济技术合作、支持重点项目建设、推动我国经济体制改革试点等方面,做出了应有的贡献。然而信托投资公司也因发展过快失控而对我国经济秩序造成了一定的负面影响,甚至还造成了局部的金融震荡,中银信托、广东国投事件就是明证。为有效规范该行业,我国有关部门自1982年起就开始对信托投资公司进行全行业整顿,前后历经5次。2001年10月我国第一部信托法正式实施,为我国信托业的发展提供了法律指导和保障。

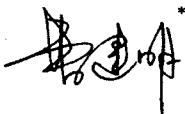
综观全球,各国经济危机中最为严重的危机恐怕要算金融危机。近年来墨西哥、泰国、俄罗斯、巴西等国出现金融危机或金融风暴,往往伴随着社会动荡、政局更迭。金融稳定事关政治、经济和社会稳定。随着中国加入WTO以及金融全球化进程的进一步推进,以法律手段加强金融监管、深化金融改革、防范金融风险、改善金融服务,维护国家金融安全、促进国民经济持续快速健康发展成为党中央、国务院十分关注的重大问题。深入分析中国金融信托风险的成因,探索如何进一步防范信托中的金融风险,防止因金融信托风险而引发金融系统风险,威胁金融安全乃至经济安全,成为金融界、法学界研究的热点问题。

朱小川同志以《营业信托法律制度比较研究——以受托人信用为中心》为题,对如何采取法律措施维护金融信托安全进行深入研究,并在此基础上形成专著。该书在分析国内外相关资料的基础上,采用实证分析、比较研究等方法,对我国信托业及基金业中受托人的失信问题进行了系统的比较、研究和分析,对一些热点和焦点问题进行了有益探索。从法律和市场发展等角度提出应完善我国营业信托

受托人市场准入机制、受托人义务和责任约束机制,以及受托人治理机制等一系列信用保障机制问题,为进一步推动我国信托业的规范发展提出了自己的思考与建议。

朱小川同志是我指导的博士研究生,长期从事营业信托研究和具体实践工作。现将其研究心得出版,我觉得是件好事。希望本书可以抛砖引玉,吸引更多的专家、学者关注我国的信托法制和信托事业的健康发展。由于作者的水平与经历有限,在一些问题上,不妥、疏漏之处恐难避免。希望朱小川同志在今后的工作和学习中不断进取,学以致用,坚持理论与实际相结合,将更多、更好的研究成果回馈于国家和社会。

是为序。



2006年12月6日

* 中华人民共和国最高人民法院常务副院长,华东政法学院教授,博士生导师。

目录 / CATALOGUE

导 言	1
第一章 营业信托制度的法律含义与特征研究	6
第一节 营业信托制度的法律特征	7
第二节 信用与信托制度的关系问题	27
第二章 营业信托中受托人信用问题比较研究	47
第一节 营业受托人信用的外部特征问题	47
第二节 营业受托人的受托义务和责任的国际比较	67
第三节 受托人信用的道德规范问题	109
第三章 信托当事人与信托制度外部信用构建问题研究	121
第一节 消极形成权与信托关系稳定性的问题	122
第二节 信托当事人与第三人关系的法律问题	138
第三节 信托财产公示制度的法律规定	175

第四章 我国信托投资公司信用问题研究	198
第一节 信托投资公司信用缺失与构建的问题	200
第二节 信托投资公司业务与受托人信用的关系问题	244
第三节 信托投资公司监管制度的比较问题	285
第五章 我国证券投资基金受托人信用问题研究	311
第一节 证券投资基金的概念和信用模式问题	312
第二节 证券投资基金受托人的失信及其法律成因问题	341
第三节 证券投资基金受托人治理的法律问题	368
第六章 我国营业信托业的信用评估及发展趋势	409
第一节 我国营业信托业的总体评估	409
第二节 我国营业信托业的发展趋势	421
第三节 我国信托制度的发展路径	435
后 记	438

导言

一、本书的创作起源

信托制度在英、美等普通法系国家是一个古老而又普遍的法律制度,但在我国却属于新生事物。并且由于种种原因,信托制度在我国的实际应用过程中不仅发生了变异,而且曾造成了不少社会问题。于是通过研究、借鉴、参考国外的信托制度,分析我国信托制度、信托行业所存在的问题,以及判断我国信托制度、信托行业未来的发展方向,促使信托制度更好地在我国社会中发挥积极的作用便成为了本书的最初的研究动机。由于我国信托法将信托区分为民事、营业以及公益三类,而我国的信托实践又几乎都是营业性信托,所以我一开始就以营业信托为入口进行研究,但随着研究的深入,一些意想不到的问题便开始接踵而来。

首先,信托法在普通法系属于衡平法范畴,而衡平法本身并无现成法典,且历史久远、规则复杂,即使是普通法系国家的学者研究尚有难度,对非普通法系国家的学

者而言,更是如此。由于法系间法律文化差异,非普通法系学者在研究信托制度时,经常会对普通法系的信托制度存在片面、有时甚至是错误的理解。为了能够准确了解信托制度,特别是营业性信托制度在国外的实际发展和实践情况,在阅读非普通法系学者的专著之后,仍需要继续查找外文和国外的第一手资料(如制定法规定、案例法等)以求确定,这增加了本书的研究难度。

其次,尽管信托制度在普通法系国家属于一个古老的制度,但这些国家信托实践的发展路径却与我国并不一致。普通法系国家的信托是从民事信托发展起来的,而我国的信托实践却以营业性为起始。信托实践的商业性使得普通法系中许多传统的民事性规则很难直接适用。这使得不少信托文献,包括我国目前不少信托的比较研究或者译著往往都集中在对普通法系信托民事性的阐述和分析上,却缺少对我国营业性信托的细致分析。

最后,信托的灵活性使得信托在商业领域的应用十分广泛,其具体实践规则也比较复杂。就我国目前的信托实践而言,不仅信托投资公司的信托业务须受到信托法律的规范,基金管理公司的基金管理业务也同样受到信托法律的规范。在普通法系,信托制度的应用则更为广泛,有信托基金、公司债信托、表决权信托、养老金信托,等等。这些不同营业信托的实践受到不同的法律规则影响,呈现出复杂多样的形态。对营业信托的研究不仅需要了解信托法律,还需要了解证券法律、公司法律、法学理论和制度演变历史,并同时还涉及经济学,社会学等其他学科,实践和学科间的相互交叉和影响也为本书的研究增加了难度。

知难而进,便是形成本书的第二个原因。

二、本书的主要内容

本书主要研究了信托制度在我国的营业性应用,并从不同受托机构所呈现的不同信用问题出发,分析了我国营业信托制度,特别是营业信托受托人制度所存在的问题及其解决方案。本书共分六章,从结构来看,第一至三章侧重在对营业信托制度、受托人信用、信托制度外部信用等基本理论的探讨;第四、五章则以分析我国营业信托的具体实践为主要内容,从实证角度对前述理论进行演绎、诠释和补充;第六章为总结性章节,从信托制度的信用维护机制及营业信托行业的发展趋势方面,总结出受托人信用以及制度信用四个方面的保障要求,即受托人信用外部条件要求、受托人义务和责任要求、受托人治理要求以及制度外部信用的构建要求。本书总体以受托人信用为主线,从各个角度探讨了维持和完善受托人信用、制度信用的措施,在理论研究的基础上进行实践分析,力求达到理论联系实际,实践丰富理论的效果。

三、本书的创作特点

与其他相关信托著作相比较,本书具有以下几个方面的创作特点。

首先,本书的研究视角比较独特。信托制度从其产生之日起,就是一个以信托为基础的制度。虽然我国信托制度的产生与发展与普通法系国家信托制度有着很大的差异,但是作为信托制度存在和发展基础的信用要求是不变的。世界各国信托制度的发展事实也证明了这一点,其中受托人信用是各国信托法律所关注的重点。本书即主要从受托人信用的角度出发,分析了我国信托制度存在的问题,指出信托制度具有内外部不同的信用层次;受托人的信用已经从道德

范畴上升为法律范畴,并具有人格性、财产性和信息性等外部特征;信托制度以及其他相关法律制度对受托人的信用维护机制趋向于采用激励的方式,即要求信托机构加强对信用风险的防范,完善受托人治理结构,承担失信责任;在制度外部信用的构建方面,则需要充分考虑相关第三方的利益。

其次,本书强调了受托人治理在衡量受托人信用能力中的特殊重要性。与一般对受托人治理的研究不同,本书认为受托人治理有别于一般的公司治理,因此特别定义了受托人治理的概念,将受托人治理的范围扩展到以受益人利益为主的信托范畴。本书认为营业信托的受托人治理比公司治理有着更为复杂的利益权衡因素。营业信托的受托人治理不仅需要平衡受托机构内部股东与经营管理层之间的关系,还需要更多地考虑受托机构整体与受益人之间的关系。为此目的,本书详细分析了我国受托人治理的关系中目前对受益人利益影响较大的关联交易、双重代理、信息披露、受益人利益代表以及受托人责任承担等实际问题。

再次,本书特别介绍和分析了普通法系的受信规则及其与信托制度的关系。受信规则是普通法系信托制度的核心内容,信托制度中具体规则的发展变化、信托制度的解释等都离不开对受信关系的分析。但由于我国法律体系中并没有“受信”这一概念,因此不仅我国信托法律制度在借鉴普通法系信托制度时面临着巨大困难,而且我国的具体信托实践也呈现出与普通法系国家信托实践截然不同的现象。本书通过对受信规则的介绍、分析和比较,厘清了其主要特点,为我国读者理解普通法系信托制度的精髓、功能以及该制度的发展趋势提供了思路,也为我国借鉴、利用该规则提供了依据。

最后,本书的研究更多地采用了比较分析和实证分析相结合的研究方法。法国哲学家笛卡儿说:“最有价值的知识是关于方法的知

识。”为融会中西信托法律制度的差异,本书特别注意对普通法系,特别是英、美两国信托制度的研究、分析和比较。从世界法律史上来看,法律比较一直与立法活动紧密相连,在某种程度上甚至可以说法律比较的最初动因或动力就是立法和改进立法的需要,并且随着法律的发展与进步,法律比较越来越受到比较法学的引导和支配。法律越是发展,比较法学的作用就越为重要;比较法学越是能够发挥作用,法律的发展与进步就越得其益。^① 鉴于信托制度被认为是起源于普通法系国家的制度,因此,运用比较分析的方法便是本书理所当然的首选。但本书在进行比较分析方法时,并不满足于了解普通法系信托制度的实际规范,相反,本书更多地希望通过了解隐藏在这些信托法律制度背后不同的立法历史和立法原来为我国信托制度的改善提出切实可行的方案。

除了比较研究外,实证研究也是本书的一个重点。信托制度存在的意义不仅仅停留在教科书或者宣传口号上,更重要的是落实在我国蓬勃发展的现实社会生活和实践中,因此了解信托制度在我国社会中的真实现状无疑是展开逻辑研究的另一起点。本书对我国营业信托的研究突破了传统地以信托投资公司作为唯一研究范围的局限,而将另一重要的营业信托实践者——基金管理公司——涵盖在内,从它们各自所存在的实际问题和案例出发,既进行了有的放矢的实践研究,又进行了开放性的比较借鉴,力求理论联系实际,以求在最大程度上确保研究结论的科学性。

^① 米健:“比较法学与近现代中国法制之命运”,载《现代法学》2005年第2期。

第一章 营业信托制度的法律含义与特征研究

信托概念或者说信托制度,以规范受托人的行为作为其主要内容,在现代商业和社会生活中扮演着关键角色。^① 一般认为,信托制度起源于16世纪英国的用益制度,之后逐步扩展到世界其他国家和地区,并且日显“高度营业化、机构化和金融化”的特征。^② 信托机构(诸如我国的信托投资公司、基金管理公司等)与银行、保险公司、证券公司一样,被视为现代金融行业的支柱之一。^③

^① [英]D. J. 海顿:《信托法》(第4版),周翼、王昊译,法律出版社2004年版,第37页。本书将主要讨论营业信托的法律性制度,对非法律性的道德、习俗、文化或者规则有所涉及,但都不是主要的讨论内容。

^② 朱少平、葛毅主编:《中国信托法起草资料汇编》,中国检察出版社2002年版,第21页。

^③ 同上注。

第一节 营业信托制度的法律特征

我国信托法将信托划分为民事、营业和公益三类,但我国信托实务中基本上看不到诸如普通法系中委托人对家庭财产运用信托的实例。普通法系的信托一直被认为属于个人财产管理和转移的一种工具,多体现在家族财产的有效管理和继承上。^①认为信托应属于财产赠与(Gratuitous Transfer)性质而不应进入商业领域的观点依然占信托法律的主流地位,其甚至影响美国法律协会《美国信托法重述》(以下简称《重述》)的编纂,该《重述》将营业(商业)信托(Commercial Trusts)排除在其内容之外。^②而美国的信托公司则将民事类信托业务包含在其业务范围之内,从事葬礼信托业务,不动产规划,包括提供信托设立,减少税负的建议;或者与法院合作,为未成年人或者行为能力受到限制的人提供服务。^③这显然与我国信托的发展路径不同。有观点因此认为信托法律关系应该属于民事法律制度的重要部分和民事基础法律关系之一,信托关系应该首先由民法来调整。^④这种观点显然是参考了信托法在普通法系中的重要地位后得出的结论,但观察大陆法系的信托法律,可以发现这些国家很少直

① Langbein, J. H. (1997), *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, *The Yale Law Journal*, Vol. 107, p. 165.

② American Law Institute (2003), *Restatement of The Law Trusts (Third)*, American Law Institute Publishers, USA, p. 64. 美国法律协会认为,诸如表决权信托、商业信托(Business Trusts)、土地信托(Land Trusts)和投资信托(Investment Trusts)等只是借用了信托的名义和部分要求,更多地受到其他相关法律的调整,而不是传统意义上的信托。

③ Comptroller of the Currency, *Interpretive Letter 877*.

④ 朱少平、葛毅主编:《中国信托法起草资料汇编》,中国检察出版社2002年版,第68页。

接在民法中引入信托概念,而更多的是另行立法,并且大陆法系国家的信托法一般都以营业信托为主,信托的民事性(如遗嘱信托等)不强,营业信托制度缺乏民事信托的制度和经验支持。

我国信托制度的发展也是如此。我国引进信托制度的一个重要目的就是发展和规范信托活动,为我国信托业的发展提供法律依据,完善我国的经济立法体系,^①这些目标从一开始就具有很明显的商业动机,而不是普通法系中信托的初始模型。这也解释了为何我国的信托受托人一般都为信托投资公司或基金管理公司等受托组织,信托内容也主要以投、融资为主,较少包括家庭财产管理、遗嘱管理以及慈善公益管理等内容。

一、关于营业信托的法律界定

(一)关于营业信托的概念

根据普通法系营业信托的发展历程,可以发现社会的商业化发展使得单纯的民事信托无法再满足商业社会的巨大需求,因此营业信托就应运而生。^②信托本为一财产管理制度,兼具财产保全与增值的功能。然而随着信托运用范围的日益扩大,信托已经演变为一种商业组织安排。在这种安排下,出资人经营业务无须再设立公司,而以信托方式将出资交由受托人统筹管理运用、经营特定事业。出资人则以受益人身份,享受信托财产收益分配,此即商业信托。^③ 信托

^① 朱少平、葛毅主编:《中国信托法起草资料汇编》,中国检察出版社2002年版,第15~17页。

^② 普通法系无民事信托的概念,与大陆法系营业信托相类似的概念一般为投资信托(Investment Trust)。其发展历程可以参见Burton, H. and Corner, D. C. (1968), *Investment and Unit Trusts in Britain and America*, Elek Books, London, pp. 1-27。

^③ 王文字:“谈商业信托在金融市场的运用”,载<http://www2.fisc.com.tw/news/MAZ/39/p4-2a.asp>,最后访问日期:2006年1月27日。

的营(商)业性特征成为现代信托的一个重要表现,美国耶鲁大学 Langbein 教授甚至直接认为信托本身就是一个商业工具。^①

但对于营业信托的基本概念,我国学术界还是有不同的观点。比较典型的观点有以下几种。观点一认为:营业信托是指“个人或法人以财产增值为目的,委托营业性信托机构进行财产经营而设立的信托。”^②观点二认为:“营业信托指受托人以营利为目的而接受的信托。”^③观点三认为:营业信托是依受托人是否以承受信托为营利来判断,除应适用信托法外,还应适用信托业法以及其他特别法的规定。^④ 营业信托是针对非营业信托而言的,而非营业信托通常也被称为民事信托。民事信托以个人财产为扶养、赡养、遗产事务等目的而设立,受托人一般不以营利为目的,是私益信托的一种。^⑤ 在英国对受托人有“不得在信托中获益”的要求。^⑥ 但这种不收费的现象在现代物质和市场社会中已经变得越来越少了,受托人开始以营利为目的而承接信托业务。现代信托的发展逐渐演变成以受托人的有偿服务为趋势。^⑦ 有偿服务遂成为信托营业性的一个特征,但受托人取得报酬,不应影响到其受托责任和义务的履行,如有义务冲突,则受托人应以受益人的利益为先,并如实披露。一般将营业信托和非营业

① See Langbein, J. H., *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, *The Yale Law Journal*, 1997, Vol. 107.

② 王清、郭策:《中华人民共和国信托条文释义》,中国法制出版社 2001 年版,第 9 页。

③ [日]中野正俊、[中]张军建:《信托法》,中国方正出版社 2004 年版,第 36 页。

④ 王志诚、赖源河:《现代信托法论》(增订 3 版),中国政法大学出版社 2002 年版,第 39 页。

⑤ 霍玉芬:《信托法要论》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 57 页。

⑥ 孙建勇主编:《企业年金管理指引》,中国财政经济出版社 2004 年版,第 150 页。

⑦ 王志诚、赖源河:《现代信托法论》(增订 3 版),中国政法大学出版社 2002 年版,第 7 页。