

S H A N G F A

C O N G S H U

信托法论

——中国信托市场发展发展的法律调整

吴弘 贾希凌 程胜 / 著

商法
丛书

Xintuo falun

● 立信会计出版社 ●

· 商法丛书 ·

信托法论

——中国信托市场发展发展的法律调整

吴弘 贾希凌 程胜 / 著

立信会计出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

信托法论:中国信托市场发育发展的法律调整/吴弘等著. —上海:立信会计出版社,2003.8
(商法丛书)
ISBN 7-5429-1084-1

I. 信... II. 吴... III. 信托法—研究—中国
IV. D922.282

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 073696 号

出版发行 立信会计出版社
经 销 各地新华书店
电 话 (021)64695050 × 215
(021)64391885(传真)
(021)64388409
地 址 上海市中山西路 2230 号
邮 编 200235
E-mail lxaph@sh163c.sta.net.cn

印 刷 上海申松立信印刷厂
开 本 850×1168 毫米 1/32
印 张 14.125
插 页 2
字 数 342 千字
版 次 2003 年 8 月第 1 版
印 次 2003 年 8 月第 1 次
印 数 3 000
书 号 ISBN 7-5429-1084-1/F·0992
定 价 24.60 元

如有印订差错 请与本社联系

商法丛书编辑委员会

顾 问：庄咏文

编 委：(以姓氏笔画为序)

方乐华 吴 弘 沈教大 张忠野

张 璎 杨忠孝 姚慧娥 顾功耘

主任编委：顾功耘

执行编委：吴 弘 沈教大 杨忠孝

总 序

在我看来,中国的政企不分、商品经济不发达是有其深刻的历史原因和体制原因的。在封建社会时期,我国就有“官盐”、“官铁”制度;在半殖民地半封建社会,我国又有“红顶商人”之说。这些都是官商不分、官商勾结的典型例证。建立新中国以后,我国经济长时期在高度集权的计划体制下运行,不要说商法,就是商品、商品经济等名词都被抛在一边。改革开放以来,民事、经济等立法均取得显著成效,但商事立法进展迟缓。至今,只有分散的单行法,而没有系统化的基本理论指导,也没有制定商法典的计划。在现实社会中,商法的意识、观念远没有被人们所接受。

从西方主要发达国家来看,商法或商法典均是商人们从事商事活动的最基本的法律依据。法国、德国、日本等都有商法典,即便是英国、美国这样的判例法国家,也非常注重制定商法典或商事单行法这样的成文法。现代市场机制的建立与运行,是离不开商法作用的。经营者要进入市场,就需要公司法;公司要筹集资金,就需要证券法;公司要开展营业性经营,就需要合同法;合同要履行,这就需要票据法;公司不能支付,就需要有作为破产依据的破产法;而经营风险大,为了分散风险就需要有保险法。随着现代市场的发展,商事职能越分越细,专业化程度越来越高,相应地也会产生许多商法的新领域。如融资租赁法、基金管理法、信托法、期货法、担保法、代理法、产权交易法等。一国的经济如果缺乏上述法律的规制,是难以发挥市场配置资源作用的,也是难以建立符合经济全球化要求的新秩序的。

值得庆幸的是,20世纪末中国商法出现了转机。(1)1999年6月20日深圳市人大常委会颁布《深圳经济特区商事条例》,这为我国制定商法通则提供了一个很好的范本;(2)根据教育部的要求,1999年秋季开始,《商法》成为高等学校法学专业的一门核心课程,这为培养商法人才、吸引更多的学者开展对商法的研究提供了有利的条件;(3)1999年10月31日全国人大常委会举办第十一次法制讲座,讲座的内容是中国商事法律制度。这说明商法问题已受到最高权力机构的重视。可以预见,中国的商法在新的世纪不仅会成为人们普遍议论的话题,而且必将在投资、贸易、服务等所有商事领域发挥越来越突出的作用。

我们华东政法学院一部分法学教授、专家很早就涉足商法领域,取得了令人瞩目的科研成果。在20世纪80年代,庄咏文教授、蔡福元教授、施觉怀教授就著有保险法、票据法、国际贸易法等一批商法教材与著作。80年代末90年代初,我们新一代学者就率先在全国研究公司法、破产法、证券法、期货法、产权交易法等,并为全国高校开办有关师资进修班、培训班。近十年来,我们不断组织人力,深入改革第一线进行调研,参与中央和地方的有关立法。不仅如此,我们还积极为政府、银行、证券交易所、证券公司、保险公司以及上市公司、国有企业等部门提供商事的法律培训、咨询服务,为各类新兴市场解决大量的疑难问题。在此基础上,我们决定组织编写一套《商法丛书》,相信她的面世能够为政府官员、商界人士学习商法理论、掌握商法知识、确立商法意识、提高商法运用能力提供有效的帮助。

我期待着有更多的朋友加入商法学习和研究的行列,我衷心地祝愿我国的商法典在新世纪早日诞生,并成为人们驾驭经济飞速发展的最精巧工具。

顾功耘

目 录

第一章 信托与信托法律制度	1
一、信托概念研究	1
(一) 信托定义的分歧	1
(二) 从信托产生的历史看信托定义	3
(三) 从信托的性质看信托定义	5
(四) 信托职能	9
二、信托法律制度	10
(一) 信托法律制度的原则	11
(二) 信托法律制度的功能	16
(三) 信托法律制度的价值取向	21
第二章 发育发展中的中国信托和信托法律制度	24
一、旧中国的信托	24
二、新中国信托的发育发展	27
三、我国信托制度伴随信托业整顿而创立发展	31
(一) 信托业前四次整顿中的信托业立法	31
(二) 信托业第五次整顿中的信托业立法	34
四、我国《信托法》的出台及其评价	37
(一) 《信托法》的出台过程	37
(二) 《信托法》的积极意义	39
(三) 《信托法》的完善	40
第三章 外国与我国港台地区信托法律制度及其启示	45

一、国外信托与信托法的发展	45
(一) 英国	45
(二) 美国	47
(三) 日本	49
(四) 其他西方国家	52
二、我国香港、台湾地区信托法的发展	53
(一) 香港地区	53
(二) 台湾地区	55
三、启示	58
第四章 信托法律关系的构架	62
一、大陆法系的信托法律关系理论	62
二、信托法律关系三方当事人间的权利义务及其制衡	68
(一) 委托人——信托法律关系的创设者	70
(二) 受托人——信托关系本质的体现者	81
(三) 受益人——信托利益的最终享有者	101
三、信托财产制度的法律设计	106
(一) 信托财产的范围	107
(二) 信托财产的“独立性”——信托财产最重要的 特征	109
(三) 信托财产的不可强制执行性	112
(四) 从信托财产思考信托性质	113
四、信托关系的设立、变更、终止	116
(一) 信托的设立	116
(二) 信托的变更	117
(三) 信托的终止	117
第五章 信托业监管法律问题研究	119

一、信托业监管的必要性	119
二、信托业监管主体	122
(一) 政府监管	122
(二) 自律监管	125
(三) 基金托管人的监管	128
三、信托业监管的内容	129
(一) 信托业的市场准入制度	129
(二) 对基金投资对象、投资比例的限制	134
(三) 对基金关联交易的监管	137
(四) 信托业的信息披露	138
四、我国信托业(基金管理业)监管的完善	141
第六章 投资信托与基金立法	149
一、投资信托原理分析	149
(一) 投资信托的定义及产生发展	149
(二) 投资信托当事人	150
(三) 投资信托基金的类型	152
(四) 投资信托主要法律文件	155
二、投资信托在我国	157
(一) 投资信托的产生发展	157
(二) 我国投资信托的发育发展	159
三、我国投资基金立法面对的现实问题	160
(一) 开放式投资基金	160
(二) 私募基金	162
四、“基金黑幕”与基金监管	164
(一) 基金运作不规范的分析	164
(二) 基金管理人和托管人的忠实义务	165
(三) 严格基金信息披露制度	166

(四) 规范基金投资行为	168
(五) 改革基金治理结构	170
(六) 调整基金业分配和风险分担机制	178
第七章 资金信托制度的理论与实践	179
一、资金信托在信托业务中的重要性	179
(一) 资金信托的概念与分类	179
(二) 资金信托业务的重要性	181
(三) 资金信托与私募基金、委托理财业务的关系	181
二、信托清理整顿与资金信托规范化运作	184
(一) 资金信托的清理整顿	184
(二) 我国传统资金信托业务的实证分析	186
三、我国资金信托业务规范运营若干问题的法律思考	194
(一) 信托品种问题	194
(二) 资金信托合同、信托计划和信托受益权证书	198
(三) 集合资金信托理论问题的再探讨	203
(四) 资金信托规范运营的核心问题——谨慎投资 规则	208
第八章 信托制度在我国的应用	218
一、企业托管的信托设计	218
(一) 托管与信托的异同点	218
(二) 我国企业托管的实践	221
(三) 对企业托管法律构架的分析	230
二、股权托管模式下的公司重组	232
(一) 资产证券化与股权托管	232
(二) 股权托管模式中公司重组的法律分析	235
(三) 股权托管在我国的意义	241

三、证券公司受托投资管理业务	242
(一) 我国委托理财业务的现状和分析	242
(二) 《通知》给我们的启示——信托制度重建委托 理财	248
四、职工持股会的信托法构造	252
(一) 职工持股会的出现	252
(二) 信托制度设计下的职工持股会的法律地位 ——比较中的优势	254
(三) 职工持股会的运作模式	257
(四) 职工持股会的作用	261
五、养老保险金的信托法律适用	262
(一) 养老保险基金一般	262
(二) 基金积累制的基础是信托制度	266
(三) 养老金计划及我国养老金制度的现状分析	267
(四) 适用养老金信托的特殊规则	272
第九章 商事信托制的充分运用	276
一、贷款信托	276
(一) 概述	276
(二) 日本贷款信托的管理和运作	279
(三) 日本贷款信托的种类	282
二、表决权信托	284
(一) 表决权及其行使方式	284
(二) 表决权信托的功用	287
(三) 设立程序	291
(四) 表决权信托的基本内容	292
三、带抵押公司债信托	296
(一) 基本功能和操作程序、模式	296

(二) 特点	298
(三) 有关重要环节	300
四、 有价证券信托	303
(一) 概述	303
(二) 基本类型	305
五、 动产设备信托	307
(一) 概述	307
(二) 动产设备信托的基本类型	308
六、 不动产信托	311
(一) 概述	311
(二) 房产信托中的“房屋银行”现象分析	315
(三) 土地信托在我国农村：“绍兴模式”	320
第十章 公益信托与民事信托的规范运作	322
一、 公益信托	322
(一) 公益信托概述	322
(二) 公益信托的信托目的	328
(三) 公益信托的关系人	332
(四) 公益信托的设立与批准	337
(五) 公益信托的监管	339
(六) 公益信托中信托财产的运用和管理方法	341
(七) 类似原则	342
(八) 公益信托的政策优惠	345
(九) 我国若干公益信托品种的探讨	347
二、 民事信托	360
(一) 民事信托的涵义与种类	360
(二) 民事信托的设立	363
(三) 民事信托的信托目的	364

(四) 民事信托的关系人及其权利、义务	365
(五) 有关信托遗嘱的几个法律问题	368
第十一章 信托民事责任研究	375
一、我国信托民事责任制度的现状	375
二、信托民事责任制度的构造	379
(一) 信托民事责任的性质	380
(二) 信托民事责任中的几个具体问题	385
三、商事信托中的民事责任制度	389
(一) 基金的内部制衡机制	390
(二) 基金的外部制约机制	392
第十二章 WTO 与信托市场开放的法制建设	393
一、“WTO 体制”及其对一国信托法制建设的影响	393
二、一般性义务条款对我国信托业立法的要求	396
(一) 最惠国待遇(Most-Favoured-Nation Treatment)	397
(二) 透明度(tranparency)	399
(三) 国内规章合理性义务(domestic regulation)	401
三、具体承诺义务对我国信托业立法的要求	403
(一) 市场准入(market access)	404
(二) 国民待遇原则(national treatment)	407
四、直面 WTO 的中国信托法制建设	409
附录一 中华人民共和国信托法	417
附录二 关于信托的法律适用与承认公约	428
后记	436

第一章 信托与信托法律制度

一、信托概念研究

(一) 信托定义的分歧

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的,管理或处分财产的关系。信托关系有三方当事人,即委托人、受托人和受益人。

信托中的“信”具有信用、信任的涵义,而“托”则是指委托、嘱托。现实生活中的财产所有人都期望自己的财产能保值增值或用于理想目的,而大多数财产所有人又因精力、能力等原因,不能亲自管理、运用这些财产,这就需要把自己的财产托付给可信任的人,委托其代为管理营运,这就是信托。

信托的定义在各国的理解与表述不尽一致。日本《信托法》的定义是:“信托是指办理财产权的转移或其他处理,使他人按照一定目的对其财产加以管理或处理”^①韩国《信托法》的定义为:“信托是指基于设定信托人(委托人)与接受信托人(受托人)之间特别信任关系,委托人将特定财产转移或经其他处分交给受托人,使受托人为指定人(受益人)的利益或特定目的,管理和处分该财产的法律关系。”^②日本学者川崎诚一指出:“信托,也就是为了某一目

① 日本《信托法》第一条。

② 韩国《信托法》第一条第二款。

的,把财产交给他人,委托其予以管理和处理。”^①我国台湾地区的《信托法》对信托采取与日韩类似的定义:“委托人将财产权转移或为其他处分,使受托人依信托本旨,为受益人之利益或为特定之目的,管理或处分信托财产之关系。”

英美学者中,有的认为信托是种信任关系,有的认为信托是种使用和控制财产的方式,有的认为信托是一种持有并管理财产的协议,但都认为在信托中一人拥有信托财产权,同时负有为另一人利益管理和处分该财产的义务^②。在英国较权威的教科书中对信托的定义是:“信托是一项衡平法义务,约束一个人(称为受托人)为了一些人(称为受益人,受托人可能是其中之一)的利益处理他所控制的财产(称为信托财产),任何一位受益人都可以强制实施这项义务;或者为了一个慈善目的,总检察长可经强制实施这个目的;或者为了法律已经承认的其他目的,尽管这些目的不可以强制实施。”^③

1985年7月1日海牙国际私法会议第15次会议通过的《关于信托的法律适用与承认公约》对信托的定义是:“因委托人的生前行为或死后行为所设定的,为了受益人的利益或某一特定目的将财产转移于受托人的控制之下所产生的法律关系。一项信托必须具有以下特征:a)信托财产构成一项单独的基金,不属于受托人的自有财产的一部分;b)信托财产归于受托人或者代表受托人名义的其他人之下;c)受托人根据信托条款和法律赋予的职责,享有管理、使用、处分信托财产的权力和义务,并承担相应的责任。委托人自己保留的一些权利和权力,以及受托人自身享有作

① 川崎诚一:《信托》,中国金融出版社1989年版,第2页。

② 参见张中秀:《信托投资理论与实务》,企业管理出版社1994年版,第3~4页;周小明:《财产权的革新》,贵州人民出版社1995年版,第8页。

③ Philip H. Pettit: *Equity and Law of Trusts*, 7th edition, London: Butterworths, 1993, p. 23. 转引自何宝玉:《英国信托法原理与判例》,法律出版社2001年版,第21页。

为受益人的权利的事实,并不必然与信托的存在相矛盾。”

我国学者中有将信托概括为一种财产关系的^①,也有将信托直接理解为法律制度的^②。较简便的定义是:“信托就是一种转移财产并加以管理的设计。”^③较完整的定义表述是:“信托,是一种基于信任而产生的财产关系;在这种关系中,信托人将信托财产转移给受托人并委托其管理或处理,受托人享有该财产的所有权,但其有义务将信托利益交付给受益人。”^④

但国内也有专家认为信托财产只可委托、不可转移给受托人,将信托理解为财产所有人为了取得收益或达到某种目的,在信任的基础上,委托他人按其要求代为管理、营运和处理经济事务^⑤。我国《信托法》即如此定义,称信托“是指委托人基于对受托人的信任,将其财产权委托给受托人,由受托人按委托人的意愿以自己的名义,为受益人的利益或者特定目的,进行管理或者处分的行为。”这与信托定义的通说差别很大,于是有学者提出了“民法上的信托与《信托法》上的信托”的区别问题。^⑥

尽管不少学者认为要给信托下一个准确、完整的定义有很大的困难,但信托定义的混乱导致了信托制度设计上的模糊,看来,还是很有必要在理清思路的基础上给信托一个尽可能清晰的概念。

(二) 从信托产生的历史看信托定义

信托作为一种观念、行为源远流长,自私有制出现就开始产生。据记载,公元前 2548 年的古埃及,就已有入立遗嘱将财产托付给继承人或将部分财产交给非继承人子女的原始信托。古罗马

① 见江平:《西方国家民商法概要》,法律出版社 1984 年版,第 75 页。

② 见刘士国:《完善我国信托法的若干问题》,《法律科学》1993 年第 4 期。

③ 周小明:《信托制度比较法研究》,法律出版社 1996 年版,第 2 页。

④ 张淳:《信托法原论》,南京大学出版社 1994 年版,第 39 页。

⑤ 张中秀:《信托投资理论与实务》,企业管理出版社 1994 年版,第 4 页。

⑥ 查瑟:《民法上之信托行为与信托法上之信托》,www. hinalawinfo. com。

时代,以固定形式的文书立遗嘱,与他人约定信托的方法已成习惯,并形成罗马法中的信托遗赠。很多人认为罗马法的“信托遗赠”是信托的起源。罗马帝国奥古斯都国王颁布的法律中规定,按照遗嘱处理财产时,既可以把遗产授予遗嘱指定的继承人,又可以在继承人无法或无力承受时,由继承人委托或转让给第三人处理^①。但也有学者认为此方式仅仅是继承人将被继承人的有关遗产移交第三人所有,并不是继承人在取得所有权的前提下管理、运用和支配该项遗产,并将由此产生的利益交付给该第三人,所以并不具备信托性质^②。

现代信托制度起源于英国的尤斯制(use)是不争的事实。封建时期的英国,人们普遍信奉宗教,教徒都愿将土地交给教堂使用以便灵魂超度,从而使教会占有的土地不断扩大。因教会土地可免除徭役,影响了封建君主的权益。为制止向教会捐赠土地,12世纪时英王亨利三世颁布了《没收条例》,对未经君主和诸侯许可而向教会转让土地者,予以没收。为解决法律与宗教利益之间的矛盾,虔诚的信徒(包括法官)参照罗马法,创设了“尤斯制”(use)。其基本原理是:欲将土地赠给教会的信徒,可先将土地转让(赠与)他人,然后指定其将土地上的收益交给教会,使教会能得到与直接捐献土地一样的实际利益。这一作法很快流行起来,不仅应用于逃避对土地的征用与没收,也应用于摆脱长子继承制的法律限制(使长子之外的其他子女也得到土地利益),以后,捐赠的物品又从土地扩大到其他动产和不动产。

“尤斯制”的实质就是一种为他人利益而获取财产权利并代为管理产业的方法,以转移、托管财产为核心的,在委托人、受托人、受益人三方之间形成的信任与委托关系,这也就奠定了信托制度

① 参见张桂生:《金融信托概论》,中国金融出版社1989年版,第9页。

② 张淳:《信托法原论》,南京大学出版社1994年版,第2页。