

被误读的信托

——信托法原论

高凌云 著

被误读的信托

——信托法原论

高凌云 著

图书在版编目(CIP)数据

被误读的信托——信托法原论 / 高凌云著. —上海: 复旦大学出版社, 2010. 3

ISBN 978-7-309-07048-4

I. 被… II. 高… III. 信托法—研究 IV.
D912.280.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 012878 号

被误读的信托——信托法原论

高凌云 著

出版发行 **复旦大学出版社** 上海市国权路 579 号 邮编:200433
86-21-65642857(门市零售)
86-21-65100562(团体订购) 86-21-65109143(外埠邮购)
fupnet@fudanpress.com http://www.fudanpress.com

责任编辑 李 峰

出品人 贺圣遂

印 刷 句容市排印厂
开 本 787×960 1/16
印 张 19.25
字 数 272 千
版 次 2010 年 3 月第一版第一次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 309 - 07048 - 4 / D • 444
定 价 35.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社发行部调换。

版权所有 侵权必究

内 容 提 要

本书从比较法的角度探讨了英美国家的信托制度在我国的法律、社会及文化环境下应该有的生命力。本书不仅从理论上探讨信托法的原理，更从实务角度分析了信托的运作以及可能产生的纠纷及其解决办法，既介绍了英美国家的案例，也分析了我国现有的有关信托纠纷的案例，尤其提供了信托文件的文本，并详细分析其重要条款，给信托司法介入提供了便利。本书另一个重要特点是通过生活中的实例分析了民事信托在我国民众生活中的重要性、必要性、可操作性及其可能实施的广阔空间，鲜明地提出和反复论证了民事信托就是商事信托的基础、商事信托的原则大都是从民事信托原则发展起来的观点。最后还对我国《信托法》进行逐条点评，然后提出修改、补充和完善的若干建设性意见。全书稿资料来源丰富，既有国外原版著作和判例，也包括国内专著与论文，还包括国内法律判例以及实务部门的第一手材料。

谨以此书献给：

Valerie J. Vollmar, in the United States,
Bob Art, in the Heaven, and
Those Days, in the Time Capsule.

序 一

完善中国信托制度的重要滋养

原全国人大财经委《信托法》、

《基金法》起草小组组长

王连洲

也许因为时间过得久了一些，曾把应诺写序的事情忘在了脑后，直到本书稿传至我的信箱，我才突然感受到一份盛情难却、义不容辞为该书写序的责任。

记得是在上海参加由“上海信托登记中心”举办的一次有关信托受益权流通课题的论证会上，首次遇到了一起参会的书作者。她告诉我她正在写一本关于信托法方面的书，希望我能为这本书写个序言。我未假思索地回答说，好！记得当时首先涌上心头的想法是：热心信托行业、下工夫研究信托制度并有所建树的，还真的后继有人！此事不禁令我有些感慨得喜出望外。因为在目前国内实施和发展信托制度还存有诸多不顺利的大环境下，能持之以恒、不甘寂寞、刻苦认真地致力于信托法理论研究和信托实务开发的人，说实在的，市场上并不太多。具有理论功底和一定业务专长的人及其著作出现，就是信托业界的一大幸事，应当给予大力的支持、鼓励和庆贺。

现在这部书稿就摆在我的电脑里，我仔细地翻阅了一些章节。书

中对于某些问题的论述和观点,不时引起我在具体组织起草信托法过程中对这些诸多问题争议情景的回忆,至今历历在目。联系到中国信托法存在的某些瑕疵或引发久久难息的争议,再看看本书对于信托法的某些点评,不禁令人产生一种倒回的遐想:如果在信托法起草过程中,更广泛地倾听一些专家学者和业界的意见,更认真地体现一些民主与科学的立法原则和精神,特别是如果将本书中卓有见地的观点和建议及早地发现并吸纳进去,那么中国信托法应有的光彩或许更灿烂一些,应有的生命或许更长一些,应有的实施效果或许更大一些,引发的对中国信托法的存疑甚至责难或许更少一些。

并非凭空拔高本书的理论性和专业性,而是在存有争议的诸多问题上,本书做出了令人易于接受的阐述和分析,体现出了虚实结合,内外贯通,观点鲜明,论述简要,文字畅顺,编排新颖等自己的特点与创新。其主要看点在于:

一是本书追根求源,从比较研究的角度出发,探讨了信托制度之所以在英美国家根深蒂固的原因,分析了在我国的法律、社会及文化环境下信托法律制度应该有的生命力。由于作者在美国完整地学习过信托法,并从事过信托法律实务工作,撰写过中英文信托法律文件,因此对于中外信托法的研究介绍,能够融会贯通,浅显易懂。

二是本书不仅从理论上探讨信托法的原理,更从实务角度分析了信托的运作以及可能产生的纠纷及其解决办法,介绍了英美国家的案例,也分析了我国现有的有关信托纠纷的案例,尤其提供了几种信托文件的文本,并详细分析其重要条款,给信托司法介入提供了便利。

三是本书从头至尾通过生活中的实例,分析了民事信托在我国人民生活中的重要性、必要性、可操作性及其可能实施的广泛空间。我国目前有关信托的理论探讨一般都限于商事信托,在实践中更是没有遇到过民事信托,而本书的重要特点,就是深入分析了民事信托的方方面面,鲜明地提出和反复论证了民事信托就是商事信托的基础、商事信托的原则大都是从民事信托原则发展起来的观点。与此同时,作者从我国继承法、物权法的角度研究出发,认为我国民事信托的发展不仅必要而且可行,其独特的财产规划与管理方式,无疑对我国人民生活安宁与社会和谐发展会起到巨大的积极作用。

四是本书厘清了商事信托与资产证券化和投资基金之间的关系，得出了“商事信托是资产证券化与投资基金的工具”的结论。作者还对资产证券化与投资基金中的商事信托的作用进行了分析，提出了针对资产证券化与投资基金立法并无十分必要，而相反针对作为两者工具的信托、公司或合伙的组织立法似乎更为迫切和重要的观点。

五是本书通过对国外信托法律制度与我国现行信托制度发展情况的分析，认为我国《信托法》自颁布以来长期处于休眠状态，并没有起到应有的作用，发出了应该重新进行修订的呼吁。

六是本书对中国《信托法》进行逐条的点评，然后提出了修改、补充和完善的若干建设性意见，其中包括：应当明确信托财产的所有权属于受托人所有，从而厘清产权关系，确立诉讼中受托人的主体资格，使信托真正与代理关系区别开来；应当重新对信托进行分类，以便于对信托公司进行规范；应当对信托原物与收益的区分进行超前立法；应当进一步强调受托人的义务，尤其是强调对不同性质的受益人给予公平对待的义务；应当在我国公务员及某些公司高管中设立盲目信托制度，并在追缴贪官赃款赃物时采纳推定信托制度，以提高反腐倡廉的效率等等。

本书将以鲜明的个性特点问世，正值近年来中国的信托法理论研究虽有所进步，但大多仍停留在狭隘的纯理论研究层面，其研究成果与实践需要之间的距离似乎越来越大。实践之树常青，任何的法律法规则是灰色的，信托法理论的研究需要有个与时俱进的创新和发展。本书也许正是适应了这一发展需求的重要体现者。因此可以相信，本书的出版将有助于推进信托制度及其实务在中华大地的生根和扩展，无疑也会受到学界、业界的欢迎。也正因为如此，本人欣然应诺，此序为贺。

2009年12月于北京

序 二

信托法传入我国,曾被认为如“水上浮油”。然后,改革开放后的中国,信托法已融入我国经济的部分领域,各种信托投资公司开展的信托投资业务在市场经济发展中发挥了重要作用,外资流入中国也有采用信托方式。在国际化市场经济时代,产生于英美法的信托制度在大陆法系国家不断创新发展。日本 2006 年 12 月 15 日通过、2007 年 9 月 30 日实施新信托法,该法创立了不同于英美法信托的“有限责任信托”,即受托人就该信托的一切信托财产承担责任债务只限信托财产负其履行责任。这一创新致使日本涌现出大量积极果敢地运用资产的信托公司,社会效果良好。我国 2001 年完成制定并实施的《中华人民共和国信托法》标志信托基本法制在我国已经形成。但是,信托登记法至今未纳入有关部门的立法日程。2006 年 6 月 20 日,中国银监会批复同意在上海浦东建立“上海信托登记中心”,6 月 21 日该中心在浦东正式成立。然而该中心的信托登记尚属自愿的信托基本信息登记,实质意义上的信托登记仍无法可依。出现这种状况,一是因为经验不足,二是我国从事信托研究的人才不多,信托研究尚不够深入。高凌云君,曾留学新加坡国立大学研习比较法,获硕士学位,继而留学美国威拉姆特大学,在该校法学院从事过信托法的学习与研究,获法学博士学位,归

国后到复旦大学工作,2008年,同我一起承担了上海市行政法制研究所委托课题《信托登记法律问题研究》。该课题已经评审结项,引起上海信托登记中心及中国银监会的关注与重视。高凌云君为此课题的完成作出了积极贡献。现高凌云君将她多年研究完成的信托法书稿的电子版发给我,并向我索序。我乐见此成果,并认为这是一部有助于提升我国信托法研究水平的著作。因我虽关注信托法问题,但信托法并非我的研究专攻,故仅草草数语,权作序,相信学习、研究信托法的读者会从此书中获得较多信息并受到启发。企盼中国信托法制在改革开放的浪潮中不断创新与发展。

刘士国

复旦大学法学院教授

复旦大学民商法研究中心负责人

2009年12月

目 录

导言 /1

第一章 信托作为一种制度性安排 /10

- 一、什么是信托 /10
- 二、信托的起源与发展 /14
- 三、现代信托的目的 /22
- 四、信托的特征 /25
- 五、什么不是信托 /31
- 六、信托的分类 /41

第二章 信托作为一种组织形式 /55

- 一、设立信托的方式 /55
- 二、信托成立的要件 /58
- 三、信托成立的抗辩 /74
- 四、信托的期限 /80
- 五、信托的变更与终止 /83

第三章 信义关系中受托人的权利与义务 /92

- 一、受托人的权利 /92
- 二、受托人的权力 /94
- 三、受托人的义务 /101
- 四、受托人的责任与受益人的救济 /122

第四章 信托的运作 /131

- 一、信托的管理与分配 /131
- 二、信托当事人的债权人的权利 /140
- 三、信托税收制度 /145
- 四、信托公示制度 /157

第五章 明示信托 /161

- 一、生前信托 /161
- 二、遗嘱信托 /178
- 三、保护性信托 /188

第六章 默示信托 /192

- 一、归复信托 /192
- 二、推定信托 /194

第七章 公益信托 /196

- 一、公益信托的目的 /196
- 二、对公益信托的限制 /200
- 三、公益信托中的近似原则 /201
- 四、公益信托的监管 /203

第八章 商事信托 /205

- 一、商事信托的性质 /205
- 二、商事信托与传统信托的区分 /207

三、商事信托的用途	/208
四、用于资产证券化交易中的商事信托	/210
五、用于投资基金交易中的商事信托	/216
第九章 国际财产保护信托	/225
一、国际财产保护信托的特点	/227
二、如何设立国际财产保护信托	/229
第十章 信托在我国	/231
一、我国实践中的信托文本	/231
二、我国已出现的信托纠纷	/258
三、对我国《信托法》的点评	/260
四、我国信托法的将来	/277
参考文献	/287
后 记	/291

导 言

在我国提起信托,也许有人会联想到“信托投资公司”、“信托基金”以及信托在信贷资产证券化中的作用等与“金融”相关的实体或概念,基本上没有人会认为信托和我们的日常生活有什么联系。然而在信托的发源地英美等国家,信托却和人们的日常生活联系最为密切。事实上,近年来盛行的商事信托是从几百年来的私人民事信托发展起来的;因此,英美国家有关信托法的专著和文章几乎全部以私人民事信托为中心,而研究商事信托的专著和文章即使有也非常罕见。例如,关于担保交易中设立的信托、作为公司的替代形式设立的商业信托,以及利用信托管理退休基金等方面的规则在英美国家有关信托法的专著中都少有论及,即使美国的《信托法重述》也不例外^①。曾有不少中国学者在美国访问期间希望深入研究美国的信托法,可是在美国法学院的课程表上却找不到专门的信托法这门课程。他们不知道信托法其实藏在遗嘱和遗产继承法中。作为美国法学院学生的必修课以及美国各州律师资格考试的必考科目之一,信托法总是与遗嘱和遗产继承法绑在一起。这并非因为英美国家商事信托不够发达或者其商事信托发展到一定程度已经开始淡出,而是因为关于商事信托的所有理论和规则其实全都

① 美国哈佛大学法学院 Robert H. Sitkoff 教授在 2005 年发表的一篇作为法律和经济学研究系列论文之一的文章中,详细描述了商事信托和商业信托在美国没有得到研究商业组织法的学者的重视的情况。见 Robert H. Sitkoff, *Trust as “Uncorporation”: A Research Agenda*, Research Paper No. 05-13, Northwestern University School of Law.

是民事信托的理论和规则,只要能理解民事信托就能理解商事信托,同时也只能通过研究民事信托才能研究商事信托。

信托产生于英国,在英美法系国家得到全面发展,然后流传到欧洲大陆以及亚洲一些国家和地区。作为普通法系^①的产物,信托对英美等国家的经济发展和社会进步起到了不可替代的作用。信托以其与众不同的特点和优势也吸引了大陆法系国家的立法界、学界和实务界,许多大陆法系国家纷纷将信托制度移植或嫁接到本国。人们曾一度认为信托来自罗马法,因为罗马法中的 *usus*、*usufructus*、*fidei commissum* 和 *bonorum possessio* 等概念和信托颇为相似,而现代德国法中的 *salman* 或 *treuhand* 也与信托制度类似,还有人发现伊斯兰和印度法中也有类似信托的设计。

虽然信托不是我国固有的一种制度,但是所谓的“信托业”从 20 世纪初即开始在中国出现,而真正现代意义上的商事信托自 20 世纪 70 年代末被我国引进。虽然由实务部门从英美国家将信托制度引进我国,在法律上却没有明确确立信托的地位,因此长期以来在我国发展的只是少数以“信托投资”命名的公司,而不是信托的理念。这些信托投资公司从事的业务尽管冠之以“信托业务”,事实上他们从事的业务无论是信托存款、信托贷款或信托投资都与银行从事的存贷款业务相类似,并没有体现信托所固有的优势^②。因此,信托制度在中国的发展一开始就有有名无实之嫌。从英美信托制度的角度考察,很难从当时中国的信托投资公司所从事的业务中找到与英美信托相类似的特征。并且由于受当时的计划经济体制的束缚,中国信托业严重依附于政府,在

① “Common Law”的准确译法应该是“共同法”。最初英国没有统一的法律,由于环境条件制约,人们的生活与行动范围被限制在较小的、相对孤立的社区里,每个社区都形成自己的一套风俗习惯与规则,由当地法院执行。公元 1066 年诺尔曼征服英国后,开始着手统一英国的法律,至公元 1215 年左右正式形成统一的法律规则取代以前的社区风俗习惯和规则。由于这套法律规则适用于所有的英国人,是全部英国人共同的法律,因此被称为“Common Law”,亦即“共同法”,后来逐渐被其他国家接受,成为目前世界上两大法系之一。由于最初将该概念引进我国的学者将其翻译成“普通法”,之后被频繁引用,目前我国法学界普遍接受了“普通法”的译法,因此本书也沿用“普通法”(有时也用“英美法”)来描述英美共同法。

② 周小明著:《信托制度比较法研究》,法律出版社 1996 年 4 月第 1 版,第 181 页。

业务范围、业务能力、治理结构等方面存在诸多缺陷,给市场经济发展带来负面影响。

自 1980 年代初期,我国政府开始着手整顿信托业,颁布了一系列法规和规定,对现有信托机构进行整合,同时在理论上对信托制度进行探讨,从法律层面研究如何确立和发展信托制度。尤其自 1997 年以来,根据中央关于深化金融体制改革、防范金融风险的部署,国务院对信托公司一直在抓紧清理整顿,进一步总结经验。经过 20 多年的发展和整顿,并在总结信托业实践经验的基础上,我国于 2001 年正式颁布了《信托法》,从此在法律上正式建立信托制度,第一次对信托的定义、分类以及信托关系等问题进行了界定。从此,信托在我国迅速发展起来。截至 2007 年底,全国共有信托公司 54 家,实际运营的有 46 家,这些信托公司已发行价值六七百亿元以上的信托产品^①。据中国信托业协会的统计,截至 2009 年 5 月全国共有 50 家信托公司进行了信息披露,而 2009 年 10 月,47 家披露信息的信托公司中共有 21 家信托公司的 43 款集合资金信托产品进行推介^②。

但是,由于信托法最初源于普通法,在我国运用信托制度的过程中还有许多理论和实践上的问题没有解决,如果将信托原样移植到我国,信托法的理论与我国的法律原则如何协调?如果将信托经过修正嫁接到我国,如何修正?这些问题一直困扰着学界和实务界。为了完善信托制度,充分发展我国民事信托和商事信托,发展我国资本市场,构建和谐社会,对信托制度进行完整而有体系的研究是十分必要的。

信托到底是什么呢?信托的英文名字是“trust”,这个词本身有多重含义,除了表示“信托”外,还可以表示“信任”、“信用”等含义,我们熟知的“托拉斯”实际上也是对“trust”一词的音译。本书所讨论的“信托”是一种财产管理设计,通过这种设计,财产所有人将其全部或部分财产交给一个令其信任的人,由后者为一个或多个受益人(beneficiary)的利益管理这些财产。其中财产的所有人是委托人(settlor 或 trustor),又叫信托人;受托管理财产的人是

① 数据来源:上海信托登记中心, <http://www.strc.org.cn>。

② 数据来源:中国信托业协会, <http://www.txth.net>。

受托人(trustee)^①；所涉及的财产是信托财产(trust property)。

信托的用途广泛，从简单的财产管理设计，到家庭成员间的财富转移，发展到广泛的商业经营领域。尤其当受益人或所有人众多而为了避免对财产的多头管理时，信托能够起到不可替代的作用。在我国，利用商事信托发展融资市场的实例已经出现，而《信贷资产证券化试点管理办法》^②也已经颁布。但是目前私人民事信托在我国尚没有实践，主要原因是我国建国以来相当长的时间里人民的生活水平都比较低，除了仅够家庭生活用的必要财产外，人们没有多少私有财产可以支配。但是晚近 20 多年来情况发生了巨大变化，人们的工资收入提高了，物质生活水平比以前有了很大飞跃，人们开始拥有价值较大的私人财产，比如住房、轿车等，中国还出现了许多“富翁”，他们抓住改革开放的时机大胆创新，成为市场经济的弄潮儿，为国家经济建设作出了贡献，同时也为他们自己和他们的家庭积累了巨额财富。近年来这些中国新兴的富豪中有些由于过劳而英年早逝，不可避免地产生身后财产的继承问题，被舆论界称为“民间财富第一次大转移”^③。这些人大多没有订立遗嘱，对身后事没有提前安排，即使订了遗嘱，也只是将遗产在亲友间进行简单地分配，对于财富转移后家族企业所受到的影响则少有关注，事实上也无法关注。

西方人认为一夜暴富不会造就贵族，真正的贵族血管里必须流着

-
- ① 将“trustee”译为“信托受托人”或“受信托人”可能更加合适，因为在英美法中“trustee”是“fiduciary”的一种，后者囊括的范围甚广，包括了所有基于信义关系而为他人利益持有、管理或处分财产的自然人或机构，例如信托关系中的受信托人(trustee)、遗产继承关系中的遗产管理人(administrator of estate)和遗嘱执行人(executor of estate)、破产程序中的托管人(receiver in bankruptcy)以及其他负有类似职责的自然人或机构，而“fiduciary”的恰当的中文翻译是“受托人”(也有人译为“受信义人”)。“Trustee”一般专指信托关系中作为信托财产的法律所有人的一方，译为“受托人”可能会与“fiduciary”相混淆。然而最初将本概念引入中国的学者使用了“受托人”一词，并且已经被我国立法所采纳。因此，本文除了在需要与“fiduciary”相区分时将“trustee”称为“受信托人”或“信托受托人”，其他时候均将其称为“受托人”，特此注明。
- ② 见中国人民银行、中国银行业监督管理委员会于 2005 年 4 月 20 日发布的第 7 号公告。
- ③ 参见刘建强、边杰著：《中国式继承》，中信出版社 2005 年第 1 版。