



上海交通大学 凯原法学院
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY KOGUAN LAW SCHOOL

凯原法学论丛·十周年院庆系列

在颇有象征意义的2012年，以历经沧桑巨变的华山路1954号为新起点，年轻的凯原法学院正在迈进另一段征程，面向东方的朝霞及世界法学教育和研究的巅峰。

慈善宣言信托制度 构建研究

徐卫 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

1901
全球视角
2002
当地行动
2005
多元思考
2007
跨界沟通
2009
2011
2012



上海交通大学 凯原法学院
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY KOGUAN LAW SCHOOL

凯原法学论丛·十周年院庆系列

上海市哲学社会科学“十一五”规划课题研究成果

慈善宣言信托制度构建研究

徐卫 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

慈善宣言信托制度构建研究 / 徐卫著. —北京:
法律出版社, 2012. 5

(凯原法学论丛·十周年院庆系列)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3510 - 9

I. ①慈… II. ①徐… III. ①慈善事业—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 095954 号

凯原法学论丛·
十周年院庆系列

慈善宣言信托制度构建研究

徐卫著

责任编辑 高山
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 42.625 字数 270 千

印次 2012 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3510 - 9

定价:33.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

交通大学的前身南洋公学在 1901 年启动近代法政教育,创办了培养治国人才的特班和政治班,并且组织了清末最大规模的外国法律文献资料的编辑和翻译。但在二十世纪初那个战争与革命的时代里,强权就是真理,造反构成规范,力量对比关系决定制度设计。因此,由盛宣怀倡议、蔡元培策划实施的法学研究和教育设计方案,几年之后就被风吹雨打凋零去,幻化成在轰隆旋转的工业齿轮夹缝里不绝如缕的残梦。直到大约一个世纪之后,才终于迎来可以圆梦的机会。

上海交通大学法学院于 2002 年正式成立,2008 年冠名后并称“凯原法学院”。在校方和社会各界的大力支持下,由于全院师生的共同努力,短短十年,尤其是通过 2005 年建章立制、2007 年获廖凯原基金会捐助、2009 年推动法学教育改革和国际化、2011 年加强学科交叉平台建设的四级跳,取得了令人瞩目的成就。例如近年来采取“三三制法科特班”模式培养不同类型的涉外卓越法律人才,借助企业法务中心凝练高层次、复合型法律职业教育的

特色,刷新课程设置和教学方法以加强实务技能的训练,积极推动学术和人才培养方面的国际合作,促进海洋权益、金融司法以及法制与社会发展等问题导向的跨学科研究,注重公益精神的陶冶和社会贡献,诸如此类的亮点纷呈,为切实达到跨越式发展的目标提供了充分的条件和动力。

特别值得骄傲的是,上海交大凯原法学院尽管规模还不太大,但科研实力却很雄厚,拥有两份正式的专业期刊,出版了若干种学术丛书。教师发表学术论著的数量与质量始终保持在较高水平,无论是 SSCI 期刊论文数,还是人均 CSSCI 论文数,或者国家社科基金立项数,都居于全国前列。值此建院十周年之际,我们择出本院部分教师的部分论文、著作以及译著结集出版,以为纪念,以示庆祝。院庆系列丛书主要由科研工作负责人许多奇教授策划和殚精竭虑加以落实;学院教师代表性论文的合集则由学术委员会主席叶必丰教授细致遴选和编辑;王光贤教授在调任上海市人民检察院一分院副检察长之前,早在 2010 年晚秋,曾经主持丛书编辑出版的前期组织活动,贡献了辛劳和智慧。借此机会向以上各位及所有参与相关工作或者给予支持的同仁表示由衷的敬意和谢意。

需要强调一点,发行这套院庆系列书籍的宗旨,不仅仅是、甚至也不主要是为了展示本院教师的研究成果。我们的目的在于通过盘点过去而展望未来。在“十年磨一剑”的节点上画出这个学术共同体的坐标,进行精准的定位,以便确认重新出发的起点、方向以及步调。中国正面临空前的大变局,世界正面临深刻的结构转型,这是一个应该出伟大思想家、出杰出研究成果的时代。但由于社会变化速度太快,令人眼花缭乱,实践已经把理论远远抛在后面,目前的学术研究显得很苍白无力。我们只有清醒地认识现实、承认不足,才有可能在下一个十年里大幅度腾跃、表现出更多的精彩。在这层涵义

上也不妨说,出版院庆丛书的最大效益就是“抛砖引玉”。换言之,这只是法学界一群已经穿越篱笆的自由骑士呈给中国法治希望之星的献礼。

是为序。

季卫东

2012年初夏写于鹿鸣苑

目 录

第一章 慈善宣言信托制度的现实构建需求 001

第一节 非公益性慈善与公益性慈善 001

一、慈善的涵义 001

二、非公益性慈善 005

三、公益性慈善 008

第二节 中国慈善事业的发展简况 013

一、改革开放前的停滞阶段 013

二、改革开放后的发展阶段 016

第三节 慈善需求与制度供给的不足 022

一、从事慈善的主体需求 022

二、接受慈善的社会需求 033

三、现行制度供给的不足 037

第四节 慈善宣言信托制度的适恰性 053

一、慈善宣言信托的概念内涵 053

二、慈善宣言信托的制度优势 057

三、慈善行为人设立宣言信托从事慈善的可行性 076

第二章 慈善宣言信托的构建空间及其理念 083

第一节 制度构建的立法空间 083

一、宣言信托立法情况解读	083
二、我国信托法的逻辑解释	086
第二节 制度建构的理论空间	091
一、生前信托真的是契约吗	091
二、财产转移须实际移动吗	096
三、宣言信托果真损害债权人利益吗	102
第三节 制度建构的现实基础	105
一、国外信托的发展情况	105
二、我国信托文化的发展	107
三、我国的慈善信托实践	111
第四节 制度构建的基本理念	114
一、促进慈善行为	114
二、保障慈善目标	120
三、防范慈善滥用	128

第三章 促进慈善宣言信托设立的激励机制 133

第一节 税收优惠制度	133
一、慈善税收优惠的立法与政策考察	133
二、慈善宣言信托税收优惠的制度设计	138
第二节 慈善声誉制度	144
一、慈善声誉制度的价值与现实状况	144
二、慈善声誉制度设计中的两个问题	149
第三节 类型多元化认可	153
一、慈善宣言裁量信托	153
二、混合型慈善宣言信托	155

第四节 法定撤销与穷困解除制度 159

一、法定撤销或变更制度 159

二、穷困解除制度 162

第五节 部分信托义务的宽松化设计 165

一、亲自管理义务之弱化 165

二、注意义务之适当减轻 170

第四章 慈善宣言信托设立的相关规则设置 176

第一节 慈善宣言信托的成立时间 176

一、财产权转移与信托的成立 176

二、慈善宣言信托的成立时间 181

第二节 慈善宣言信托的设立主体 184

一、自然人设立慈善宣言信托的问题 184

二、几种法人设立慈善宣言信托的问题 188

三、非法人组织设立慈善宣言信托的问题 196

第三节 慈善宣言信托的客体构造 202

一、慈善宣言信托客体:信托财产概说 202

二、不确定财产和将来财产的客体资格 207

三、涉赃财产以及消极财产的客体资格 212

四、股权设立慈善宣言信托的法律问题 218

第四节 慈善宣言信托的设立形式 224

一、我国《信托法》中的“方式强制” 224

二、慈善宣言信托制度中的“形式”选择 227

第五节 慈善宣言信托的信托目的 231

一、信托目的与信托本旨之辨 231

二、慈善宣言信托的动机问题 234

三、几种特殊慈善目的的分析 239

第五章 慈善宣言信托受益人利益保障机制 258

第一节 强化信托义务与责任 258

一、强化信息披露义务 258

二、强化分别管理义务 265

三、严格自我交易规则 271

四、限制与约束投资权 278

五、禁止责任事先免除 284

第二节 限制信托受托人的权利 290

一、受托人取得管理报酬之禁止 290

二、受托人补偿请求权之限制 294

第三节 健全动产信托公示方式 299

一、信托登记与信托公示 299

二、信托登记的法律效力模式 303

三、慈善宣言信托财产的公示方式 308

第四节 强化信托的监督制度 314

一、信托监察人强制设置制度 314

二、信托财产之强制审计制度 328

第六章 滥用慈善宣言信托制度的防范机制 333

第一节 禁止设立可撤销慈善宣言信托 333

一、可撤销信托的理论与立法实践 333

二、慈善宣言信托制度的立法选择 337

第二节 滥用慈善宣言信托损害债权人利益之防范 341

一、债权的优越性及其立法保护趋向 341

二、慈善宣言信托中债权人撤销权制度的构建 346

第三节 滥用慈善宣言信托逃税之预防 351

一、慈善行为中逃税的可能性 351

二、慈善宣言信托中预防逃税之法律措施 355

第四节 滥用慈善宣言信托损害股东利益之预防 359

一、现行《公司法》关于公司慈善问题的规定 359

二、公司设立慈善宣言信托损害股东利益之防范 363

结论 367

参考文献 376

第一章

慈善宣言信托制度的现实构建需求

第一节 非公益性慈善与公益性慈善

一、慈善的涵义

界定概念是法律首先要解决的问题,因为概念乃是解决法律问题所必需的工具,没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚和理性地思考法律问题,没有概念,我们便无法将我们对法律的思考转变为语言,也无法以一种可理解的方式把这些思考传达给别人。由于法律的首要目的之一就是将人的行动与行为置于某些规范标准的支配之下,又由于不对某一特定标准所旨在适用于的行为种类加以划分就无法确立规范标准,所以法律与概念之间的紧密关系即刻就凸显了出来。^① 慈善宣言信托是以慈善为目的而设立的宣言信托,宣言信托只不过是解决问题的途径和方式,慈善才是欲解决问题的核心和根本。因此,研究慈善

① [美]E. 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第486页。

宣言信托,首先要界定“慈善”这一概念。

究竟什么是慈善,现行法律并没有给出一个明确的定义。我国《公益事业捐赠法》第10条第2款规定:“本法所称公益性社会团体是指依法成立的,以发展公益事业为宗旨的基金会、慈善组织等社会团体。”这里提到了“慈善组织”,但并没有具体解释什么是慈善。该法只是具体界定了什么是“公益事业”,其第3条规定:“本法所称公益事业是指非营利的下列事项:(一)救助灾害、救济贫困、扶助残疾人等困难的社会群体和个人的活动;(二)教育、科学、文化、卫生、体育事业;(三)环境保护、社会公共设施建设;(四)促进社会发展和进步的其他社会公共和福利事业。”

在中国传统文化典籍中,“慈”是“爱”的意思,它尤指长辈对晚辈的爱抚,即所谓“上爱下曰慈”。许慎的《说文解字》中解释道:“慈,爱也。”在《国语·吴》中,“老其老,慈其幼,长其孤”,这里的“慈”即为此意。孔颖达疏《左传》也云,“慈者爱,出于心,恩被于业”;又曰“慈为爱之深也”。“善”的本义是“吉祥,美好”,即《说文解字》中所解释的“善,吉”,后引申为和善、亲善、友好,如《管子·心术下》中所说,“善气”二字合用,则是“仁善”、“善良”、“富于同情心”的意思。

应该说,“慈善”一词无论怎么解释,最基本的词义包含慈善,善良,富有同情心、怜悯心和爱心等,延伸开来就是要尊重人、爱护人、同情人、关心人、帮助人和善待人;这些思想归结起来就是人道主义精神。^①因此,慈善是一个伦理道德范畴,本质上是高尚的道德行为。慈善活动不同于一般政治、经济、文化活动的特殊性在于它是一种道德活动,其直接或唯一的目的就是追求仁爱这种道德价值,因此它具有超政治性、超功利性。正是由于这一点,慈善活动具有高度的道德敏感性,即这

^① 上海市慈善基金会、上海慈善事业发展研究中心编:《慈善:创新与发展》,上海社会科学出版社2009年版,第166页。

种道德活动是否切实体现了它所追求的道德价值、是否遵守了道德原则,是人们衡量它、评价它的主要标准,也是其不断健康发展的首要条件。^①也正是因为慈善具有道德的维度,美国思想家 H. D. 梭罗把慈善看作一种美德,谓“慈善事业几乎是唯一受到人类倾力称赞的美德”。^②古罗马哲学家西塞罗也说:“没有什么比仁慈和慷慨更能够体现人性中最美好的东西了。”“追求财富的增长,不是为了满足一己的贪欲,而是为了要得到一种行善的工具。”^③

目前,我国许多学者在界定慈善的概念时都关注和强调慈善的道德维度和道德价值。如有人指出,慈善是指人们在爱心的指导下对他人无私的物质和行为的帮助。^④还有人指出,慈善一词有广泛的意义,“在没有法律界定的情况下,是一种善良,是从精神上、物质上、知识上以及社会上对总体予以关怀和利益,或对特殊的群体或个人予以关怀和利益的努力”。^⑤另有人直接指出,慈善是人类社会独有的无偿地对他人实施救助的道德行为。第一,慈善是一种社会道德行为。慈善活动以社会成员的善良品质为基础,由自愿的捐助而产生。第二,慈善活动的实施主体具有多样性。从中国历史上看,从事慈善活动的主体主要是个体、民间机构及政府,而又以后两者为主。第三,慈善的主要内容是实施救助。慈善的主要被救助者是人或物,而又以人为主。这种救助可以是物质上的救贫,也可以是道义或是精神上的抚慰。^⑥

① 刘美玲:“当代中国慈善事业伦理原则探究”,载《郑州大学学报》(哲学社会科学版)第3期。

② M. Wulfson, The Ethics of Corporate Responsibility and Philanthropic Ventures, *Journal of Business Ethics* 2001(29), pp. 135-145.

③ [古罗马]西塞罗:《西塞罗三论》,徐奕春译,商务印书馆1999年版,第110页。

④ 王俊秋:《中国慈善与救济》,中国社会科学出版社2008年版,第21页。

⑤ 谭振亭主编:《信托法》,中国政法大学出版社2010年版,第202页。

⑥ 陶海洋:“慈善、慈善事业及其现代困境”,载《浙江学刊》2008年第4期。

从社会学、语言学、伦理学的意义上,强调慈善的道德维度是正确的,不过在法律的意义,揭示慈善的“爱心”、“善良”等道德的侧面似乎并没有多大的操作价值。毕竟,这些都是当事人内心中非常主观的东西,无法加以现实化、客观化和有形化,在法律上并无实际的意义,故解释慈善的法律涵义,应该倾向于从客观角度加以界定;从这个角度上,法律意义上的慈善可以界定为是社会公众建立在自愿基础上,对于社会弱势群体进行无偿救助,或者是促进科学文化、保护自然环境等有益于社会成员的全面发展的行为。^①

需要指出的是,有人在谈到公益信托时,将公益与慈善等同起来,认为“所谓公益信托,则系指为促进一般公众之利益,增进社会公共福利为目的而成立之信托,如为宗教、慈善、学术、技艺之目的所成立之信托,此种信托又称慈善信托”。^② 我们认为,这是不妥当的,慈善与公益不是同一个概念。美国史研究学者资中筠教授认为,在中文统称的“慈善”一词,在英文有两个字:“charity”和“philanthropy”,其含义有重叠,也有所区别;“charity”代表“慈善”,“philanthropy”代表“公益”。^③ 学者魏乐博也指出,慈善,即同情善行,传统上 charity 大多被视为慈善;而公益,即公共利益,这是一个现代词。^④ 具体而言,公益(public benefit)一词是指有利于公众或社区的任何事或任何行为;慈善(charity)一词是指对人的关怀、慷慨而富有同情心,它是指通过给予金钱或其他财产以帮助穷人或正处于困难中之人的任何关怀行为。慈善行为可能有,也可能没有使公众受益(公众性)的特征;在很多情况下,慈善行为并不必

① 徐麟主编:《中国慈善事业发展研究》,中国社会科学出版社 2005 年版。

② 潘秀菊:《人寿保险信托所生法律问题及其运用之研究》,台湾元照出版社 2001 年版,第 16 页。

③ 资中筠:《散财之道》,上海人民出版社 2003 年版,第 12 页。

④ 魏乐博、汪昱廷:“中国社会的宗教和公益”,载《北京大学学报》(哲学社会科学版) 2009 年第 4 期。

然有公共利益的意义,例如,给乞讨者1元钱就属于一种慈善行为,但却并不是一种公益行为。^①

二、非公益性慈善

有人指出,“法的概念不应通过概念性的是—否思维,而应通过类型学的多—少思维来理解”。^②的确如此,概念只有经过类型化才有意义,“概念没有类型是空的,类型没有概念是盲目的”。^③将慈善进行类型化是必要的,它是制度建构的基础和前提;不同的慈善类型,考虑问题的角度、解决问题的思路、立法确立的目标和价值取向不同,因此在慈善宣言信托制度的建构研究中,首先将慈善加以类型化是必要的。

从有助于慈善宣言信托制度科学构建的角度,我们认为,慈善的基本类型可分为非公益性慈善和公益性慈善。所谓非公益性慈善,是指慈善行为人自愿、无偿地对特定人进行的救助、帮助和关怀;而公益性慈善,则是指对不特定人进行的救助和帮助或者推动教育、文化、环境、体育、宗教、人权等公益事业的发展与进步所进行的慈善。

我国一些立法实际上明确承认了非公益性慈善这种类型。例如,《公益事业捐赠法》第3条规定:“本法所称公益事业是指非营利的下列事项:(一)救助灾害、救济贫困、扶助残疾人等困难的社会群体和个人的活动;(二)教育、科学、文化、卫生、体育事业;(三)环境保护、社会公共设施建设;(四)促进社会发展和进步的其他社会公共和福利事业。”其中,“本法所称公益事业是指……救济贫困、扶助残疾人等困难的……个人的活动”,实际是对特定人进行救助的一种慈善的认可。财

① 谭振亭主编:《信托法》,中国政法大学出版社2010年版,第198页。

② [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第303页。

③ [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第192页。

政部 2003 年《关于加强企业对外捐赠财务管理的通知》中“对外捐赠的类型和对象”部分规定：“企业一般可以按照以下类型进行对外捐赠：（一）公益性捐赠，即向教育、科学、文化、卫生医疗、体育事业和环境保护、社会公共设施建设的捐赠。（二）救济性捐赠，即向遭受自然灾害或者国家确认的‘老、少、边、穷’等地区以及慈善协会、红十字会、残疾人联合会、青少年基金会等社会团体或者困难的社会弱势群体和个人提供的用于生产、生活救济、救助的捐赠。（三）其他捐赠，即除上述捐赠以外，企业出于弘扬人道主义目的或者促进社会发展与进步的其他社会公共福利事业的捐赠。”这里，向“困难的……个人提供的用于生产、生活救济、救助的捐赠”也是对特定人进行救助的一种慈善的认可。

有疑问的是，非公益性慈善所称的对特定人的救助是否包括任何人，换句话说，是否没有救助对象的限制呢？这个问题涉及慈善本身的对象问题。对此，存在不同观点：一种观点认为，就慈善所及的空间范围而言，它不问亲疏远近，也不问熟稔还是陌路，只要需要，都予以帮助。为救白血病病人，素不相识的人捐献造血干细胞、海峡两岸的骨髓救助等，都生动显现了慈善之爱的超越性。这种爱甚至还超越了种族和国家的边界，世界各国人民共同捐赠救助东南亚海啸难民的义举，就充分显现了慈善的国际主义精神和普世关怀。就慈善诉求的内涵来看，它也不问人的男女老幼，不问人的贫富贵贱，也不管人的智慧愚钝，它只注重人的现实处境，关心人的现实需要。^①

另一种观点认为，慈善活动主要是发生于非亲友之间的助人活动。人们之间的互济互助有多种情况，而被人们认同为慈善行为的捐赠和志愿活动，一般都不是指发生在亲友之间的互济互助，而是指慈善主体向非亲非故者提供帮助。在很多情况下，慈善资助者与受助者之间不

① 胡发贵：“论慈善的道德精神”，载《学海》2006 年第 3 期。