

盛学军:中国信托立法缺陷及其对信托功能的消解 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E7\\_9B\\_9B\\_E5\\_AD\\_A6\\_E5\\_86\\_9B\\_\\_c122\\_486237.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E7_9B_9B_E5_AD_A6_E5_86_9B__c122_486237.htm) 【摘要】

中国信托立法有关财产权转移及信托业管制的规定存在一定的缺陷。隐藏在这些缺陷背后的是我国传统民法观念与信托这一新兴财产权制度之间的冲突以及固有的全融监管体制与领域宽泛的信托业之间的冲突。不能积极协调甚或漠视此等制度冲突，不仅不利于法制的统一，同时亦难免消解信托制度自身的积极功能。应当承认，信托独特的制度构造和功能与中国当代社会对于财产管理及长期融资方面的需求之间已经存在一定的契合基础。信托制度的基础功能在于财产转移与财产管理，由此衍生资金融通、资本积聚和社会福利等方面的功能。

(1) 还应当指出的是，相比于代理和公司等其他财产管理制度，信托具有自己独特的“长期规划”、“弹性空间”和对“受益人切实保障”等制度优势，〔2〕这对于正在寻求有效财产管理制度的转型期国家而言，其借鉴意义不言而喻。巧合的是，当前我国社会经济生活中出现了严重的投融资障碍。这一方面表现在支撑社会经济生活的基本资源----货币资金尤其是长期资金的短缺已经成为制约国有企业改制、民营企业发展，以及能源、交通、原材料等基础产业的建设乃至卫生教育、社会保障和公共福利等事业发展的关键因素。但与此同时，民间所积累的庞大财富却多以储蓄存款的形式，大量沉淀在商业银行而无法加以充分利用。出现此等尴尬的困难局面，除了银行体制以及证券市场等方面的制度缺陷以外，一个非常重要的原因就在于目前我国投融资渠道极为缺乏

，代人理财的制度形态十分单一，不能充分适应民间多种层次的投资理财倾向，相应地也就远远无法满足各个产业和部门对长期融资的要求。这无疑为信托制度功能的发挥提供了极其广阔的生长和发展空间。中国信托立法即是在上述背景中出台并正式实施的。虽然信托制度与我国社会生活之间存在紧密契合的理论基础和经济需求，但要实现二者现实的结合，促进制度功能的积极发挥，还取决于影响法律移植方面的多种因素。下文将从信托立法中有关财产权转移与信托业管制两个细节入手，逐次展开分析。文章囿于篇幅，视野相对狭窄，虽欲求见微知著的收获，但亦难免管中窥豹的局限。故恳请学界同仁不吝赐教。

## 二、从信托的生效要件到信托财产所有权的归属

虽然《信托法》已将“信托的设立”单列为一章，但仔细研读现行立法的规定，这部立法并未在条文上完整、清晰地直接明确信托设立的生效要件。信托契约为设立信托的一种最为常见的方式，（注：依照各国法例，设立信托的方式极其多样，包括依据法律直接规定而设立的（法定信托）、依据法院的推定或拟制而设立的（回归信托和拟制信托）以及经由委托人的意思表示设立的（明示信托），当然，明示信托是主要的设立方式，而其中绝大多数的明示信托又都是通过委托人的意思表示或曰契约行为设立的。（周小明.信托制度比较法研究[M].北京：法律出版社，1996.110-112.））。因此下文将集中针对信托契约方式下信托设立的生效要件进行探讨。根据现行立法的规定，此等生效要件大致涉及合法的信托目的、确定的信托财产、设立信托的意思表示等几个因素，但立法并未提及信托财产的有效转移。又见该法第八条第三款的规定，“采取信托合同形式

设立信托的，信托合同签订时，信托成立。采取其他书面形式设立信托的，受托人承诺时，信托成立。”易言之，信托契约似为诺成合同，即仅需当事人的意思表示一致即可成立的合同。让我们再回到立法对信托的界定。该法所称的信托，“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”。（注：《中国信托法》第二条。）对照2000年4月全国人大财经委提出的修改建议稿及其之前的立法草案，可以得知只是在最后通过的正式法律文本才将“财产权转移给”替换为“财产权委托给”，而在此之前的立法草案一直使用“转移给”的提法。此等修改意味着什么？结合上述法条的规定观之，我国《信托法》究竟确立了什么样的设立要件？立法方案的选择出于何种考量？这些问题实有必要加以进一步的探究。（一）信托生效要件的法律解读首要的问题当然是正确解读上述法条有关信托生效要件的规定。作者注意到学界对此的认识并不统一。一种认识来源于人们对于立法有关信托契约的成立方式与信托财产所有权归属的理解。有学者指出，中国《信托法》已将信托契约界定为诺成合同而非要物契约。既然如此，倘若不存在欠缺其他生效要件的情形，那么信托行为凭意思表示即可成立并进而生效。同时，结合《信托法》对信托内涵的规定，可以看出我国立法创造性地“确认信托财产所有权由委托人享有。”因为，前述的“‘财产权委托’不仅在内涵上并不相同于‘财产权转移’，并且其实施结果也并不能够导致包括财产所有权在内的任何财产权被转移给受托人”，可见该法实际上是认为“在信托设立后信托财产所

有权仍然由委托人享有”。[3]按照如此分析，人们有理由推知，立法所确认的信托设立要件显然并不包括信托财产所有权的转移。第二种观点则主张，虽然囿于我国立法过程中的个别近乎“随意的行为”（指将“财产权转移给”更替为“财产权委托给”），引致法条出现信托生效问题上的立法瑕疵，但全面地考察《信托法》整体内容与立法精髓，应当明确“财产权的转移”仍然是该法关于信托生效的必备要件。

（注：周小明在重庆市律协法制论坛上的发言：《关于信托法的几个重大问题》。）在评析上述两种解读观点之前，我们实有必要重温信托的法理构造与制度功能。作为源于英美法的一种财产转移与管理设计，其核心的法理构造就表现为信托财产的独立生，即“信托一旦有效设立信托财产即从委托人、受托人以及受益人的自有财产中分离出来，而成为一独立运作的财产”。[4]正是基于这种独立性，委托人在丧失信托财产权的同时免除了委托人自身以及受托人、受益人债务对信托财产的追索，并且使得受托人得以像真正的所有人一样，管理和处分信托财产，第三人也得以受托人为信托财产的权利主体和法律行为的第三人，而与其从事各种交易行为，从而最终确保信托目的的实现。由此观之，信托财产处于信托关系的核心地位，从信托的成立看，委托人不将信托财产转移给受托人，信托无由成立；而受托人不能取得信托财产的管理处分权，信托受托人的活动和受益人的利益即皆会失去依托。正因为如此，各国的立法无一不明确信托财产的移转问题。如《日本信托法》规定，信托是指“办理财产权的转移或其他处理，使他人遵从一定的目的，对其财产加以管理或处理。”《韩国信托法》亦做了类似的表述。（注

：《日本信托法》第一条和《韩国信托法》第一条第二款。  
）《美国信托法重述》第31条更是规定，“财产所有权人在生存期间，为了自己的利益而表示将财产转移于另一人占有，但他却没有将财产转移于该人，信托不成立”。反观我国现行立法，确实未在信托设立的问题上明确财产权移转这一要件。难道我国的信托行为得以在信托财产没有移转的前提下完成设立吗？答案当然是否定的。仔细研读现行立法的规定，其实蕴涵财产权转移的规定体现在整部立法的诸多方面。如，第十四条规定：“受托人因承诺信托而取得的财产是信托财产”。当然，没有财产的转移，受托人何以“取得”财产？又如，第四十一条规定受托人职责终止的，“应当作出处理信托事务的报告，并向新受托人办理信托财产和信托事务的移交手续”。显然，如果之前缺乏信托财产由委托人向受托人的“移交”，又何来“向新受托人办理；移交手续”？如此等等的条款不一而足。由此得见，那种关于我国立法确立的信托无须移转财产权的认识并没有充分的根据。然而，值得究问的是，既然信托财产移转的问题已经包容在法条之中，现行立法为何又偏偏在信托设立要件这样重大的问题上将其遗漏？作者无法苟同这完全是一种立法疏忽的说法。毕竟移交财产权的意思浸透在字里行间，但立法通篇就是未有一字一句明确信托财产的所有权转移给受托人。究其实质，立法的直接意图已彰显无疑，这即是尽量在条文的言辞捎回避有关信托财产所有权的归属问题。由此看来，前述第一种认识即立法所确认的信托设立要件并不包括信托财产所有权转移的观点，只是对法条文义的表层解读，至于得出“在信托设立后信托财产所有权仍然由委托人享有”的结论，

则又稍显武断。不过，值得肯定的是，这些看法仍然为我们充分展现了现行立法内在的紧张关系与逻辑冲突，而第二种认识建立在相对全面地把握信托法理及现行立法整体构架的基础上，其主张尤其展现了学者对于移植规范化信托制度的执著与坚持，当然，这种功利化的解读方式也难免在一定程度上掩盖信托立法所蕴涵的法律冲突。至此我们可以认为，就一定层面而言，生效要件或许是个“假”问题，隐藏在其背后的因素同样（或者更）值得我们进一步关注。（二）信托财产权归属的悬置与信托观念的缺失 虽然大陆法系国家在移植信托制度时都面临信托观念缺失的社会环境，但综观各国立法，却罕有采取上述完全回避信托财产权归属问题的立法模式。对此现象，学界的评价呈现迥然相异的局面。比较突出的看法也可归纳为两种观点。一种观点积极地肯定我国现行立法的选择，认为此种模式“揭示了信托成立的基础?? 委托人基于信任将自己的财产委托受托人管理、处分，同时又回避了信托财产所有权的归属问题，克服了财产权转移模式的缺陷，体现了很高的立法艺术，具有一定科学注。” [5] 与此针锋相对的另一观点则主张，中国《信托法》上述标新立异的作法存在明显的缺陷，它不仅“不可能为遗嘱信托情形下信托财产所有权的归属提供法律依据”，并且更重要的问题在于“没有并且也不可能为受托人处理信托财产提供处分依据”。 [6] 直言之，受托人既然不拥有信托财产的所有权，何以凭自己的名义、独立地管理信托事务并处分信托财产？作者认为，只有深入揭示隐藏在《信托法》现行规定背后的立法原由，才能准确判断和把握该项立法的社会功效。追本溯源，我国信托立法之所以与各国法律成例背道而驰，

甚至置理论上公认的有关信托关系的法理于不顾，盖因立法者始终顾忌于受托人所享有的特殊财产权（所有权与利益相分离）不能接纳于我国固有的财产权利体系。虽然各国（尤其是大陆法系国家）对于英美信托制度的继受都存在一个本土化方案的选择问题，但毕竟信托制度及其观念是生长于民法体系之外的东西，如果仍然僵化地套用传统民法观念去解读信托、“规定”信托，则绝不可能成功实现信托制度的移植。而这正是前述问题产生的关键因素。基于以上理由，作者认为，前述我国信托立法对于信托制度本身的消极影响客观存在，这尤其表现在：第一，不利于确立受托人的法律地位。正如前述所言，我国立法不明确赋予受托人独立的财产权，受托人何以自己的名义、独立地处分信托财产？第二，不利于受益人权益的保障。只有当信托财产转移于受托人，方能确立信托财产独立于委托人、受托人与受益人的法律地位。这是确保信托目的实现、保障受益人利益的关金要素。我国立法对于信托财产是否转移的问题含糊其辞，恰巧削弱了信托财产的独立性，从而为信托关系之外的人通过与委托人、受益人甚至受托人之间的关联、追索信托财产提供了契机。第三，不利于信托法律的正确适用。现行立法在信托设立要件以及信托财产归属等问题上采取隐晦、甚至回避的做法，不利于正确处理信托事务中的争议和纠纷。在我国这样一个成文法传统的制度环境下，正式的立法尚对制度中的核心问题尚付阙如，理论界也难以统一认识，这将让司法者何以裁判？目前司法环境的不足与裁判活动的混乱已经有目共睹，而信托立法的规定在“源头”上即徒生变数，随后的法律适用更难以指望和保障。法律向来以其规范化与明晰化的

外观形式引导人们的行为，从而促进社会秩序的建构。我国信托立法相关规定所蕴涵的内在混淆与冲突，无论其意蕴如何，难免直接导致法律指引功能的削弱，甚至误导司法，引发不必要的关于设立效力及财产权属的争论和错误裁判，由此，极不利于信托制度在中国的规范确立，而其制度功能亦恐难顺利实现。

### 三、信托业管制权限的法律冲突

在剖析中国信托业法的有关问题之前，需要首先指出的是，当前的信托立法在体例上采行了分别立法的模式。（注：在采行信托单行法的立法形态中，还包括所谓合并立法和分别立法等两种模式。前者在一部信托单行法中同时调整信托关系和信托业管理等两类不同性质的社会关系，后者则采取各自立法、分别适用前述两类活动的立法模式。（陈开琦.信托业的理论与实践及其法律保障[M].成都：四川大学出版社，2001.209-211.））直言之，我国于2001年颁布的信托法典，究其主题，是一部关于信托关系的基本法，并未详细、具体地规范以信托为业的行业主体及其组织形式、业务活动和相应的管理行为。（注：《中国信托法》第四条规定：“受托人采取信托机构形式从事信托活动，其组织和管理由国务院制定具体办法。”）信托法典出台之后，中国人民银行于2001年1月10日颁布《信托投资公司管理办法》，以后又于2002年6月5日对该项规章进行了全面修订。人民银行还于同年6月26日出台了《信托投资公司资金信托管理暂行办法》。因此，虽然目前尚未出现法典意义上的信托业法，但从法律渊源的广义上看，我国已经形成以《信托法》中的个别规范和相关行政法规为基础的信托业法律制度。下文也将在此基础上展开探讨。作者注意到《中国信托法》第三条提出了民事信托与营业信托



的概念，（注：《中国信托法》第三条规定：“委托人、受托人、受益人（以下统称信托当事人）在中华人民共和国境内进行民事、营业、公益信托活动，适用本法。”）但并未对二者作出进一步的定义与界分。此外，该法第四条规定：“受托人采取信托机构形式从事信托活动，其组织和管理由国务院制定具体办法。”又根据《信托投资公司管理办法》第十二条的规定，“设立信托投资公司，必须经中国人民银行批准，并领取《信托机构法人许可证》。未经中国人民银行批准，任何单位和个人不得经营信托业务，任何经营单位不得在其名称中使用‘信托投资’字样。法律、行政法规另有规定的除外。”一般理解，此条规定继承了我国金融监管体制的传统做法，即把信托业视为金融业中的一类，并由人民银行对其实施市场准入的管制。当我们严格对照上述规范的要求，参考有关的立法原则，能够发现这里仍然存在显著的法律冲突，由此引发相应的制度难题。

1.部门规章为自己设定的管制权限超越了立法授权。按照《信托法》第四条的本意，受托人“采取信托机构形式从事信托活动”的，其组织和管理由国务院制定具体办法。也就是说，授权行政机关制定的规范仅限适用于专业的信托机构。然而，根据《信托投资公司管理办法》第十二条的规定，人民银行不仅确立了自身对信托投资公司的核准权，同时规定任何有关信托业务的经营活动，必须事先取得该机关的批准。虽然《办法》开宗明义就指出其制定根据是“《中华人民共和国信托法》和《中国人民银行法》”，但至少从《信托法》相关条文的文义上无法读出此等“根据”来。至于《中国人民银行法》是否赋予该银行相应的监管权力呢？应当明确，该法确实赋予

人民银行以“监督管理金融市场”的职责，（注：《中国人民银行法》第四条第二款第四项。）然而，信托业本质上属于一种财产管理的活动，将信托活动不分种类、一概归入金融领域的做法缺乏合理的根据。无论是早期集中于土地流转中的信托实践，还是现代渗透于社会广泛领域（包括公益事业、个人与家庭财产的管理、企业经营等）的财产安排，它们无疑远远超越了金融活动的范畴。显然，将信托业的行为视为一般的金融活动并纳入人民银行的管制领域，这与人民银行的本质职能并不相符。因此，上述行政规章对信托行为许可权的规定，与有关立法存在十分显著的冲突。

2.对“营业信托”的立法界定尚付阙如，加之不同领域监管权限的分割，引发将“营业信托”限定为信托专业机构独占经营的倾向。《信托法》提出“民事信托”与“营业信托”的概念，但却不加以进一步界定的做法，为法律适用留下了悬念。通常认为，在私法领域内细分民事行为与营业行为，其实必然涉及民事行为与商事行为的分野，易言之，“营业信托具有商事行为的性质”。（注：《日本信托法》第六条）这里的营业信托也正所谓商事信托。然而，作为实行“民商合一”立法体例的国家，我国尚未有任何法律对商事行为的内涵及其与民事行为的区分作出过阐释。作者认为，结合有关国家的制度成例及法理观点来看，判断营业信托（或称商事信托）的标准不外乎以下三种：标准一，以受托人的身份进行判断，即以受托人是否为专业的信托经营机构为标准，确定其从事的信托事务是否为营业信托。标准二，以是否具有盈利目的进行判断，即：凡是旨在收取报酬的信托，则属于营业信托。标准三，以是否以信托为业进行判断。分析起来，标

准一是以主体身份来判断是否属“营业”行为，此等认识恰与将商事行为局限于商事组织这一比较狭窄的主体范围的传统观念一脉相传，但它与现代生活中商行为的普及化极不相称。更何况从信托行为的内在性质与适用领域来看，也没有必要将营业信托纳入专业经营、专业监管的管制模式。至于标准之二，虽然国外历史上早期的信托“以无偿为原则”，而以盈利为目的的信托行为在相当长的时期内都未被承认，[7]不过毕竟现代社会生活中牟利性质的信托已属稀松平常，更何况我国《信托法》未加区分地允许“受托人有权依照信托文件的约定取得报酬”。（注：《中国信托法》第三十五条第一款规定：“受托人有权依照信托文件的约定取得报酬。信托文件未作事先约定的，经信托当事人协商同意，可以作出补充约定；未作事先约定和补充约定的，不得收取报酬。”）因此，以是否收取报酬作为判断营业信托的标准，显然与各国信托立法的趋向及我国现行法的精神皆不吻合。作者倾向于标准之三，即把行为人是否“以信托为业”作为判断标准。所谓“以信托为业”，是指以从事信托活动作为其固定的、持续的营业活动，直言之，营业信托并非行为人临时的、偶然的安排。《日本信托法》正是这个意义上规定，“以承受信托为营业者，其行为为商事行为”。（注：《日本信托法》第六条。）虽然在法理上能够相对明晰地界定营业信托的内涵，但置于一定的时空条件下，本来清晰的概念也会变得模糊起来。我国传统的经济管理体制本来就习惯于划分“条块”的行业管制，目前金融业又采行分业监管的体制，加之前述行政规章不恰当地赋予人民银行管制一般信托行为的权限，这就引发有关受制于其他监管机关的金融机

构如何申请从事信托业务的问题。一个值得思考的现象是，中国证券监督管理委员会（简称证监会）针对证券市场大量存在的委托理财活动，出台了《关于规范证券公司受托投资管理业务的通知》（证监机构字[2001]265号）。虽然该项《通知》规范的所谓“受托投资”活动完全符合信托的基本特征，但文件从头至尾都极力回避“信托”的字眼。显然，上述有关信托业规范的缺陷，加之不同主管部门之间管制权限的分离与“竞争”，人为促成信托业的分割与扭曲。所以，那种将信托业限制于信托经营机构领域内的倾向，不过是对当前不当管制局面的客观反映。上述不当管制的局面不仅产生金融业不同领域内管制规范各自为政、甚至相互冲突的状况，而且直接剥夺了其他主体经营信托业务的合法基础，最终必然妨碍信托业的发展。理由在于：首先，从信托行为的内在性质出发，没有必要将营业信托纳入专业经营、专业监管的管制领域。在美国等信托制度发达的国家，之所以没有对信托业实施类似于管制保险、证券等金融业的监管体制，一个关键的原因在于信托关系渗透于社会生活的广泛领域，从公益事业、个人与家庭财产的管理、企业经营到金融市场，是一种极其普通的制度安排，即便一些机构以信托为业，也实在没有必要采取专业经营的管制方式。更何况信托的制度安排已经与证券市场、商业银行的间接融资活动等紧密地融合在一起，因此，将营业信托限定于专门的信托经营机构，其管制的成本高昂，同时与金融市场内在的要求必然存在各种尖锐的冲突。其次，不符合现代政府管制的取向。将从事营业信托的主体限定于信托经营机构，表面上看显示了营业信托专业化的特征，但其实质却蕴涵着对其他机构从事营

业信托的排斥和否定，具有强烈的独占倾向，并不符合现代市场经济条件下政府管制的取向。再次，不利于规制社会上广泛存在的营业性信托活动。前述行政规章之间所存在的若隐若现的冲突，法律规范的功效因而受到一定的限制亦自不待言。尤其应当注意到信托机制本身即具有极强的脱法功效，现今出现的管制法律之间的冲突更易为其所利用，促成更普遍的脱法行为。仍以前述的委托理财行为为例。如果说证券公司实质上的委托理财行为也算有个“受托投资”方面的行政规章可以规范，那么资本市场更大的漏洞却尚待填补。根据有关方面统计，中国当下社会生活中还存在大量的私募基金，分散于从事代客理财、委托证券投资等业务，其名号多为“投资咨询”、“投资顾问”、“投资管理”、“财务管理”、“财务咨询”等字样的企业中。这些私募基金中绝大多数按照“专家理财、风险自担”的方式进行运作，符合信托制度的基本构造。但是，按照上述《信托投资公司管理办法》第十二条的规定，它们自然失去了纳入《信托法》适用领域的合法基础。而当前除了《信托法》对信托关系所确定的基础规则之外，尚未有其他法律规范明确界定此等私募基金行为。如此一来，势必导致规模庞大的社会资金在资本市场中居于合法与非法之间的“灰色”状态。信托在践行财产转移与管理功能时，具有巨大的弹性空间，这是其他类似的法律设计所没有的。而这种通过“实务领域多样化”、“设立方式多样化”、“信托目的自由化”、“财产种类多元化”等方面特征展现出来的巨大灵活性，已成为其能够在现代社会中胜任一系列重要的财产管理职能受资机能的制度源泉，也正是其从一个消极的避法工具，逐步发展并日益成为

一种世界性法律制度的根本原因。然而，如果任由我们传统的管制模式去限制信托业的生长与发展，则信托制度最具活力的机制恐难在合法层面得到积极地伸展，由此难免削弱其制度功效，甚或过犹不及、导致有关信托的灵活安排在“围追堵截”的管制政策下，在“地下”状态下生根发芽，引发新的交易安全问题。

四、结语 信托制度是我国制度变迁中的又一个“舶来品”。在近20余年的法律制定、移植和完善过程（法制进程）当中，到目前为止，似乎还很少有哪项财产制度像信托那样遭遇如此之尖锐的法律冲突。一项外来制度即使具有独特功能而且似乎迎合本国的需要，但若本国的法律文化和社会管理制度中存在着不可逾越的障碍，显然也无法顺利地导入。从一定程度上将任何一项外来制度的移植，都不免与本国固有文化与社会环境发生某种摩擦和冲突，但只要这种摩擦和冲突并非是不可克服的，就存在成功移植的可能性。当然，这尚需人们的继续探索与努力，尤其重要的是，必须寻求正确的发展路径。

【注释】 [1] 陈开琦.信托业的理论与实践及其法律保障[M].成都：四川大学出版社，2001.24-31. [2] 周小明.信托制度比较法研究[M].北京：法律出版社，1996.38. [3] 张淳.《中华人民共和国信托法》中的创造性规定及其评析[J].法律科学，2002，（2）：100-113. [4] 周小明.信托制度比较法研究[M].北京法律出版社，1996.13. [5] 伍坚.海峡两岸信托法制之比较研究[J].台湾法研究学刊，2002，（2）：17. [6] 周小明.信托制度比较法研究[M].北京法律出版社，1996.104.

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)