

论受托人营业化与商事信托

雷 凌

【提 要】信托功能的转变推动了受托人职能扩张,商事信托的发展促进了受托人服务有偿,受托人和商事信托的双重利益需求激励着受托人呈现出持续性、营利性的营业趋势。与此同时,受托人营业化保障了商事信托的财产安全和工具性价值的实现,而在现代契约型社会里,这些都需要法律提供强有力的制度保障。

【关键词】商事信托 受托人 规制

【中图分类号】D922.282 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2009)02-0089-05

一、商事信托是受托人营业化的内在需求

(一) 信托功能转变推动受托人职能扩张

英国中世纪时期,为规避当时封建法律对财产转移所加的种种限制与负担,英国人创造性地发明了信托制度。在信托的设计中,受托人仅在法律的名义上拥有信托财产,由受益人享有信托财产的实际管理处分权和收益权。通过这种“人头”设计,委托人成功地将财产移交给依当时法律不能享有财产权利的主体,即受益人。可见,信托的最原始功能是转移财产或者处理财产关系。随着封建制度的土崩瓦解和资本主义市场经济以及法治原则的确立,信托作为一种单纯的、消极的、以规避法律限制为目的的财产转移设计,在新的社会环境中已渐次失去了当初的功能目的。委托人不仅需要受托人在法律上的标识性意义,更需要受托人发挥管理财产的功效。因此,在创设信托时,权利分配向受托人偏移。受托人取而代之受益人拥有实质财产管理权,受益人不仅在名义上而且在实际上仅保有受益权。

资本主义市场经济对个人财富进取心的承

认和激励,巨大的超乎人类的想象。在利益的驱动下,社会财富迅猛增加,财富增值的欲望使信托的创设者不再满足于保全财产,而更倾向于实现财产最大效率的增值。人们发现,既然设定了信托,并由受托人管理财产,何不充分利用受托人的聪明才智和专业知识技能以实现财产的增值?再者,信托之本意即是在委托人无力管理财产之时而存在的所有权制度设计。既然如此,倒不如授予受托人更多的自由空间,使其发挥聪明才智,为受益人谋取更多的收益。从此,受托人的职能开始逐步扩张。在19世纪,委托人或立遗嘱人便开始在信托中赋予受托人更多的管理权力。尤其是在投资信托中,因为没有预先说明特定财产的形态,受托人必须拥有买卖财产和再投资的权限,否则,设立信托没有任何实质意义。此外,受托人还享有法律上所确定的决定投资种类、买卖财产及增加信托财产等权限。之后,随着信托逐步具有的保全财产、公益和导管等现代功能,受托人职能由单一的管理职能发展成为以投资为主的集多项理财功能的综合体。如美国的扶养信托,除赋予受托人管理财产的权限以外,还享有基于受益权的性质本身而限制信托财产让与的权限。此外,还有着重于公益目的的公益信托,

在资产证券化中发挥导管功能的信托。这些都离不开受托人职能的拓宽。

（二）商事信托促进受托人服务有偿

关于民事信托和商事信托的划分，学术界尚未形成通论。一般认为，依受托人是否专门经营信托业务的商业机构为标准，信托可分为民事信托和商事信托。民事信托又称非营业信托，是指由专门经营信托业务的商业机构以外的其他主体担任受托人的信托。商事信托又称营业信托，是指由专门经营信托业务的商业机构担任受托人的信托。^①笔者认为，此种将营业信托与商事信托等同起来并与民事信托并行的分类，有待商榷，因为营业信托与民商事信托的分类标准不同，二者不是同一层次上的划分。以是否以信托为业，信托可分为营业信托和非营业信托。在契约型社会中，人与人之间的关系变得如此微妙，当信任成为奢侈的时候，人们更倾向于相信法律更加严格规制的由信托机构充任受托人的契约。因此，在营业信托中，也可有关于民事信托的营业行为，民事信托也可以通过信托机构的营业来完成。之所以会认为商事信托即营业信托，是因为有的立法例规定只有信托业可以为商事信托。^②本文所阐释的商事信托是营业信托的下位阶概念。

在英国的民事信托中，受托人是信托财产名义上的所有权人，受益人只有在权利受侵害之时而享有衡平法上之救济权利。因此，委托人在设立信托时，一般都会充分考虑受托人的道德品质等因素，受托人亦为能接受信托而备感骄傲和自豪。即使是在英国的今天，发达的民事信托也将此特点表现得淋漓尽致。所以在世俗观念上，受托人的服务应当是无偿的。如此，除宗教信仰、道德因素等各方面原因外，也源于一种普遍认可的假设，即受托人履行财产管理职能时，可能为受益人合理管理，也可能使信托财产一文不值，在道德品质等抽象因素无法衡量时，立法更有意于安全目的，而使受托人不享有收取报酬的权利。而且，一旦受托人可以收取报酬，其极可能受利诱而有意在管理财产中实施不必要的工作以赚取更多的收益。因此，受托人无偿成为普遍遵守的原则。当然，如果受托人

不认可，也可以选择不接受信托。

随着信托在商事领域的运用，受托人无权取得报酬的论点，开始受到重新审视和批评。即使是在民事信托中，受托人是否也不能为自己的付出而获取适当收益也开始成为关注的焦点。直到信托职能发生转变，商事信托逐步在经济生活中占据主导地位，该原则才逐步通过实践和立法例而失去意义。如在1908年，英国的公设受托人办公厅正式在伦敦设立，并在各大城市设立分局，实行以法人身份承办信托事务。尽管公设受托人不以营利为目的，且受托业务范围狭小，但也收取一定的费用，培养了英国人对信托业务支付报酬的意识和习惯。^③再如，英国1893年颁布的《受托人法》第28条和第29条还指出，专业的信托公司和受托人有权获取因其基于信托而提供服务的合理报酬。此外，受托人还有权雇用收费的代理公司，如股票经纪人、证券经纪人或律师事务所，以履行特定的义务。因雇用代理公司而产生的费用亦由信托财产支出。可见，以接受信托为业的受托人不再提供免费的午餐，而是为报酬服务。正如Parry Conv所说，变化的社会和经济环境需要信托中不断增长的专业人员，如果专业人员能够承担这种功能，就应当赋予其获得报酬的权利。^④商事信托丰厚的物质收益激励着受托人的不断涌现，受托人有偿化使其成为一门新的行业开始在经济社会中蓬勃发展，它使受托人真正摆脱民事信托中的“人头”符号属性，而发展成为商事信托中能独立发挥积极管理作用的资本经营管理人。

（三）双重利益需求激励受托人营业化

所谓“营业”，法律界并未给予清晰的定义。学者多在阐述商行为时对营业性进行一般解释。如有学者提出，商事行为是经营性行为，这种经营性也被称为营业性。经营性表明行为

①③ 陈向聪：《信托法律制度研究》，中国检察出版社2007年版，第20、59页。

② 王志诚：《信托之基本法理》，（台北）元照出版有限公司2005年版，第250页。

④ Graham Moffat (2005), Trust Law, Cambridge University Press. p. 406.

主体至少在一段时间内连续不间断地从事某种同一性质的营利活动，因而是一种职业性营利行为。^① 还有学者提出，所谓“营业”，“乃指继续为同种类之商事行为，至于偶然所为之营利行为，不得称为营业”。^② 由此可见，营业具有两种最基本特征：其一，不间断性，即经济主体连续不断地为商事行为；其二，营利性，即经济主体为商事行为的目的为营利。

商事信托的最主要特点，乃受益权之大众化。如在现代理财项目中，信托充分发挥其募集资金的优势，将闲散的资金汇集成集合信托，信托机构则发挥其专业投资理财功能，为受益人（也即委托人）服务。在此过程中，受托人商事行为的不间断性保障了商事信托设置目的的最终实现。首先，商事信托的连续性要求受托人商事活动的不间断性。商事信托作为一项用来获取收益的商业设计，其目的是使受益人（通常是委托人）从信托财产上受益，而不是直接取得信托财产的所有权，所以它是以受益人长期获得信托利益为目的而作出的一种长期规划，它要求商事信托的实际操作者受托人持续性地为商事行为，为商事信托的受益人服务。其次，商事信托独立性使其可以脱离于受托人而存在。当出现受托人终止或变更情形时，商事信托并不因此而失去效力，只需变更受托人即可，但商事信托对受托人专业知识的依赖却是一成不变的，而且双方的合作是一个长期磨合的过程。那么，商事信托一旦设立，信托财产的管理人都是相对固定的，除特殊情况外，一般不会更换受托人。因此，只要有追求利益的商事信托存在，受托人的营业将永不会停止。

此外，受托人自我利益追求也激励着受托人向营业化的方向发展。受托人获得报酬权后，专业受托人不断涌现，如律师或会计师，或信托公司被指定为受托人，而且只在能获得报酬的情况下提供服务。信托逐步发展成为行业。若称其为行业，则其一，必有规模之大势。其二，必有组织体存在。当受托人形成组织体、规模化经营时，受托人则自成其业。既然受托人以此为业，必然追求效率和利益，则受托人发生根本性转变，如同资本一般追逐利益。这一方面促进了商事信托

的发展，另一方面，促进受托人更加职业化、专业化、规模化的营业趋势。

二、受托人营业化对商事信托的外部驱动

（一）受托人营业化加强了商事信托的安全保障

在商业领域，信托主要发挥其“闭锁效应”的安全保障功能。所谓“闭锁效应”，即信托一旦设立即自行封闭，与外界隔绝，委托人、受托人和受益人的三方债权人无权主张以信托财产偿债。正是该“闭锁效应”使信托在传统功能弱化后，仍能在历史舞台上焕发出旺盛的生命力。

商事信托的安全保障功能在英国 1975 年的 Rekeyford 案中得以确立。Rekeyford 是一家邮件传递公司，它的账户表明其存在财务困难，因此，它将其客户提前支付的价金存入一个独立于公司的账户。当客户收到货物时，资金从独立账户中取出，然后再存入自己的账户。不久公司破产，该独立账户资金的归属引起了激烈的争论。最后，法院判决认为，客户将价金存入独立账户的行为意图明确，是表意信托，当受托人不能履行义务时，资金可以回复到原所有人。这样，信托财产与受托人自有财产相隔离的同时，受益人仍保留了信托财产的所有权。之后，因该制度能使合同当事人一方的任何财产都可以被持有直到另一方义务的履行，信托被广泛运用于商事交易。可以说，商事信托最大的技术贡献在于保障了交易安全。

受托人营业化能充分发挥商事信托的安全保障功能。首先，从经济的角度来说，企业是经营的最有效模式。故而，在资本的趋动下，受托人经营亦大多采用企业的组织体形式。这样，营业化的受托人能弥补受托人为一般民事主体时资源贫乏的缺陷，可以有效整合各种资

^① 范健、王建文：《商法基础理论专题研究》，高等教育出版社 2005 年版，第 352 页。

^② 刘清波：《商事法》，（台北）台湾商务印书馆 1995 年版，第 14 页。

源,发挥团体智能优势,在尽可能降低风险的情况下,实现信托财产的最大效用。其次,营业化的受托人一般较重视商业信誉,因为商业信誉是企业赖以生存的基础,是企业品质的表现。对自我商业信誉的重视可敦促受托人自觉履行义务,保障受益人受益权的实现,而非营业化受托人,对信托义务的履行大多来源于良心道德的自我约束,其品质如何考量则是一个很困难的现实问题。最后,受托人营业化可强化其责任能力。根据信托理论,当受托人违反信托义务时,要承担赔偿责任、恢复信托财产等责任。非营业化受托人以其财产对外承担责任,即使立法要求其承担无限责任,其责任能力也相当有限,而当受托人组织化、规模化时,信托组织以其资产对债务承担有限责任,显然较一般受托人的责任能力要增大许多。

(二) 受托人营业化有利于商事信托工具性价值的实现

信托的最基本功能是财产转移与管理功能,其最初的主要目的,乃是为特定人得到法律保护或扶养,以防止财产的丧失或减少,至于财产是否增值则是次要。随着经济生活的日益丰富,信托特殊的灵活性被巧妙地运用于商业领域,促使其金融实务商品化,产生一些专以追求利润而设定的信托,即商事信托,以证券投资信托最为典型。此外,信托还被运用于资产证券化的导管体,即通过信托契约的签订,以分割委托人(创始机构)因信托设定而拥有的信托受益权,使其得以转让给投资大众,从而使大众投资者获得收益。由此可见,商事信托是投资人获得收益的商业化工具。

商事信托的工具性价值主要体现在与民事信托的区别之中。民事信托中,信托财产在设立时是存在的,而商事信托,尤其是设立募集资金的集合信托时,商事信托是通过信托产品的商业化设计,吸引投资者投入资金以获得收益权,所以,在设立信托时,信托财产往往是不存在的。民事信托主要用于家族财产的移转和管理,受益人通常不支付任何形式的对价,即无偿取得受益权。在商事信托中,通过信托的商业化架构,委托人基于投资而为受益人,

其性质上为有偿取得。再者,民事信托之设定,较注重委托人之本意,商事信托则视信托产品投资人的需求或商业设计而定。

商事信托的工具性价值在于通过信托的商业化设计,实现信托财产的最大收益,使投资者(通常既是委托人又是受益人)获得收益。在此过程中,投资人无论是信息的占有量或摄取量远不及受托人,要实现收益必须依赖于受托人。因此,投资人更关注于受托人的专业知识技能,而且该商业设计,是非营业化的受托人无法达到的。例如,在资产证券化过程中,发起人(一般是银行)将自己的资产打包给特殊目的机构(该目的机构一般由信托公司所承担),由该机构将资产分类,按好坏划分等级,评估价值,再通过宣传吸引投资人投放资金,达到资产证券化、流动化之目的。若非受托人营业化,其繁琐的评估方法、复杂的操作过程根本无法完成。只有受托人营业化,商事信托的工具性价值方能显现。

(三) 受托人营业化推动商事信托的外在约束

民事信托中,受托人义务本质上是信义义务,即“fiduciary”。因为传统意义上的信托主要用于家庭财产的移转与保值,对受托人的忠诚义务要求较高,所以,受托人负有较高的道德风险压力。如果受托人自我约束力不足以抵抗外界的诱惑,则受益人受益权的实现则是一个悬而未决的问题。也正是基于此,英国衡平法院的大法官们才在探寻委托人真实意愿的基础上,赋予了受益人衡平法上救济之所有权。

受托人的所谓“信义义务”,随着受托人的营业化而在商事信托的发展过程中发生了变化。随着商事信托逐步取代民事信托的主导地位,成为经济社会中不可忽视的理财工具,经济人对受托人的执业能力要求提高。委托人不仅要求受托人具有较高的道德素质,更关注其专业理财能力。尤其是在契约型社会里,人与人之间“信任”色彩减弱,良心和道德上的义务已被利益吞噬得体无完肤,无法奢盼市场上的经济人能奋起捍卫他人的利益,以求获得心灵的慰藉。受托人营业化以后,经济实力加强,且具有专业知识技能,相较委托人而言,受托人

始终处于强势，即使受托人依约不断向委托人或受益人披露信息，对信息的摄取和吸收也远高于委托人和受益人。为实现信托目的，维护良好的经济秩序，无论是受托人，还是商事信托人本身，充溢着经济人的市民社会都需要法律这种外部力量，对受托人的“信义义务”进行充实、强化和约束，以此对依赖或者是运用信托的经济生活提供有力的制度保障。

在民事信托中，法律的干预力较弱，因为法律要充分尊重当事人意思自治。然而，在各国的立法中，因商事领域涉及到一国的经济安全和社会秩序的稳定，且受托人多数采取组织体的形式来为商事行为，法律对商事信托的规制明显加强。从各国的立法例来看，对受托人的规制主要有以下几个方面：首先，规定受托人必须经过法定程序方得设立，并要求其履行登记义务方取得主体资格，获得权利能力和行为能力，具有独立的法律人格。其次，规定受托人的营业目的，即营业范围，要求其在法定范围内从事这种商事行为。再者，赋予受托人特定的权利义务，将受托人的行为限制在信托目的范围内，并同时规定，一旦违反，需承担相应的法律责任。由此可见，法律对受托人的约束即规制了商事信托活动的核心。因此在一定意义上，受托人营业化强化了法律对商事信托的外部约束。

但是，不得不提出的是，信托是关于财产权的制度，并非关于义务的制度。信托的目的是为了管理财产，以满足受益人的需求，不可

过于强调受托人义务而忽视给予其应有的权利。

商事信托和商事信托受托人是相辅相成的关系。商事信托的形成和发展促使受托人发生营业化转变，即民事信托受托人向持续性、营利性的商主体转变，而受托人营业化又使商事信托更好地实现其安全保障目的，体现其工具性价值，并在一定程度上，促使法律不断满足商事信托规范化、制度化的要求。

[导师陈甦教授点评]

本文通过对民事信托向商事信托转变过程的制度机制分析，论证了商事信托的产生和发展与受托人的演变存在着相辅相成的关系：商事信托的发展促进了受托人的演变，即由民事信托中标识性符号向追求实质利益的商事受托人的转变，而该转变又为商事信托的进一步发展提供了良好的制度基础。文章还对营业信托和非营业信托、民事信托和商事信托、营业等相关概念进行了具有一定学术价值的研讨。这些研究，对于我们进一步探讨商事信托和商事信托受托人的经济动因以及制度形成根据，寻究完善信托制度的要点与路径，具有一定的理论意义。

本文作者：中国社会科学院研究生院法学系 2006 级博士研究生

责任编辑：赵 俊

On the Trustee Business Process and Business Trust

Lei ling

Abstract: The changes in the functions of trusts expanded the trustees' function. With the development of business trusts, trustees' works need to be paid rather than provide service freely. The dual benefits demand of the trustees and the business trusts impel the trustees to do business continually and seek profits. Meanwhile, the works of the business trustees supply the protection for the trusts' property and realize the value of business trusts. In the modern contract society, related laws are needed to provide a strong system for security protection.

Key words: business trust; trustee; regulation