

# 信托合同视阈下的信托受托人权力

于朝印

(山东财经大学法学院,山东 济南 250014)

[摘要]受托人权力具有他益性与约定性特征,伴随信托商事化应用的增加,受托人权力呈现逐步扩张的趋势。由于信托法任意性规范的特征,信托合同成为配置受托人权力的主要方式,但是信托合同机制存在的缺陷,特别是格式条款的大量应用为受托人权力的扩张甚至滥用提供了便利。治理合同路径下的受托人权利扩张,应当创新受托人权力的配置方式;完善《信托法》法制,确定受托人权力制度,增加信托合同制度,通过私法规制、行政规制等多种手段调整受托人权力制度;同时应当完善相关配套制度,为受托人权力行使提供健全的制度环境。

[关键词]受托人权力;信托合同;权力滥用;权力治理

[中图分类号]D912.282

[文献标识码]A

[文章编号]1003-8353(2017)04-0171-08

DOI:10.15981/j.cnki.dongyueluncong.2017.04.020

## 一、受托人权力的性质

受托人权力是指受托人依照信托文件或根据信托目的在信托财产管理、信托事务处理及投资等事项上所享有的权限。有民法学家提出,权限是法律所确认的当事人意思范围,与权利相近的概念,但并未达到权利的程度<sup>①</sup>,因此,受托人权力并不等同于受托人权利。

英美法系的信托立法,既规定了受托人获取报酬权、受偿权等权利,也规定了受托人管理信托事务、处分信托财产等各项权力,我国的《信托法》与移植信托法制的大多数大陆法系国家或地区一样,只规定了受托人获取报酬权、求偿权等权利制度,而没有确定受托人管理信托财产、处理信托事务及投资等权力制度,即使像《欧洲信托法原则》这样的法律文本规定了“受托人的职责与权力(duties and powers)”,但是其五款内容中根本没有关于受托人权力的具体规定。

与受托人权利相比,受托人权力具有两方面的突出特征:

第一,受托人权力具有他益性特点。

一般而言,权利具有自益性的特点。我国的权利哲学中,权利要素有“三要素”、“四要素”、“五要素”等不同观点,但是“利益”是各种权利要素说中的共同要素<sup>②</sup>。可

见,权利与利益是不可分割的,权利主体行使权利指向自身的利益,具有自益性。在信托法中,受托人行使报酬请求权、补偿请求权是为自己的利益,属于“权利”范畴。“权力”则是为了他人的利益行使,在信托活动中受托人行使管理信托财产、处理信托事务等“权力”是为了受益人的利益,不是为了受托人自身的利益,因而具有他益性特征。

周小明先生用二分法把受托人的权利分为“自益权”与“他益权”,前者指受托人因为提供了管理服务而享有报酬请求权、补偿请求权等权利,后者指受托人履行信托管理职责所享有的信托财产名义上的所有权、信托财产的管理处分权等<sup>③</sup>。这种权利的划分与英美信托法中受托人的“权利”与“权力”有异曲同工之妙,并且也表明了受托人管理信托财产、处理信托事务的他益特征。

权利的自益性特点与权力的他益性特点表明,用“受托人权利”这个表述并不能真实反映“受托人权力”的真正含义。由于“权利”一词不能表达受托人权力的他益性质,本文使用“受托人权力”的表述以示其与一般权利概念所存在的区别。

第二,受托人权力具有约定性特征。

在英美法系信托法发展的早期,受托人权力主要是信托当事人约定的权力,及至信托成文法的出现,原来约定的受托人权力通过法律的固化成为法定权力,但是信

[基金项目]国家社科基金重点项目“新时期金融法变革中的消费者保护研究”(项目编号:12-AFX012)阶段性成果,山东财经大学青年骨干教师境外研修重点支持计划项目成果。

[作者简介]于朝印(1970-),男,山东财经大学副教授,法学博士,硕士生导师。

①张俊浩《民法学原理》,北京:中国政法大学出版社,1997年版,第75页。

②范进学《权利概念论》,《中国法学》2003年第2期。

③周小明《信托制度:法理与实务》,北京:中国法制出版社,2012年版,第268-269页。

托当事人还是可以通过信托文件选择、排除信托法规定的法定权力,也可以创设信托法没有规定的新型权力。因此,英美信托法中受托人权力虽然已经成为法定权力,但是其约定性特征依然明显。

在没有确定受托人权力制度的大陆法系国家及地区,信托实践中受托人享有并行使的权力则基本上是当事人约定的结果,属于一种约定权力。由于我国的权利话语的使用习惯,很多学者依然还是习惯用“权利”去指称受托人的“权力”,有学者从规范研究的角度指出,大陆法系国家一般是采用了抽象肯定的方式,通过信托的定义和受托人的义务,明确了受托人具有管理信托财产和处理信托事务的权利<sup>①</sup>;但从实证的角度分析,在我国信托法制实践中,受托人管理信托事务、处分信托财产的权利只能是约定的权力,而不是法律明确规定的法定权力。

## 二、信托合同:受托人权力确立的基本路径

### (一) 信托具有合同属性

在英美法中,信托法属于衡平法,合同法属于普通法,衡平法与普通法是两个性质不同的部门法。但是,这并不意味着信托与合同不存在关联,梅特兰曾指出,信托具有合同所具有的所有一般性特质,或者说它具有合同所具有的全部弹性特质<sup>②</sup>,并强调早期信托活动没有归入到合同法调整的原因在于当时的合同法不能胜任信托的调整需求<sup>③</sup>。兰贝恩教授认为,信托之所以具有合同性质主要在于两个原因:其一,信托是委托人与受托人自愿设立信托达成的协议,表现为一种法律上的协议关系;其二,大部分信托法属于任意性规范,只有在当事人没有通过信托文件进行修改及排除的情形下才适用<sup>④</sup>。虽然美国信托法的权威斯科特对信托合同说持否认态度,并将其观点植入了《信托法重述》(第二版),但是其真正用意则在于“是为了在普通法与衡平法融合、现有的司法形式可能发生变化的历史转折时期,保留无陪审员的衡平法院对信托的管辖权。”<sup>⑤</sup>可见,斯科特在《重述》中强调信托不是合同的真实目的,在于排除普通法院对于信托

案件的管辖。

我国《信托法》明确规定信托合同是设立信托的方式之一,信托的合同性质不言自明。从合同类型上看,信托合同属于特别法上的有名合同,是《合同法》之外的《信托法》所调整的一种特殊法上的有名合同<sup>⑥</sup>,另有学者在强调区分信托与合同的前提下,指出信托合同仍可被视为一种特殊的有名合同<sup>⑦</sup>。

### (二) 信托合同为确定受托人权力提供了机制便利

处于信托机制核心地位的受托人,履行职责就必须具备权力,不管信托立法对受托人权力是否作了规定,受托人的地位并不意味着他享有任何权力,他的权力只能来自于信托合同中明示或默示的授权条款<sup>⑧</sup>,信托合同成为受托人获得权力的主要途径。

信托合同机制所以成为受托人权力确立的基本路径,主要存在以下两个方面的原因:

首先,调整信托合同法律规范为受托人权力的确定提供了制度便利。合同在当事人之间形成了一种特定的权力关系,使得一方可以设立规则和治理结构<sup>⑨</sup>。信托合同的调整当然首先适用《信托法》,《信托法》与《合同法》一样主要属于任意性规范。因此,信托合同的当事人只要不违反《信托法》的强制性规定,可以自由确定信托合同的内容,即使委托人、受托人在信托合同中创设出信托法没有规定的受托人权力也不存在法律障碍。其次,《合同法》总则及其基本原理也是调整信托合同的重要法律依据。从法经济学的角度分析,“合同法的基本目标是使人们能实现其私人目的”,“合同法为单个公民提供了一个达成彼此间关系条款的制度。”<sup>⑩</sup>可以说,调整信托合同法律规范的任意性为受托人权力的确定提供了制度便利。因此,受托人权力应当通过信托合同进行审慎约定<sup>⑪</sup>。

其次,合同的法律约束力为受托人权力的确定提供了保障。合同主体有订立合同的自由,但是合同主体也有义务遵守并履行其订立的合同,合同机制的这一特点为信托合同确定受托人权力提供了制度便利。对于自愿形成合同关系的当事人来说,合同法就像一部宪法,而具体的合同则像在宪法之下所颁布的法律<sup>⑫</sup>,《法国民法典》

①何宝玉《信托法原理研究》北京:中国政法大学出版社,2005年版,第230页。

②[英]F. W. 梅特兰《国家、信托与法人》,北京:北京大学出版社,2008年版,第96页。

③See Frederic W. Maitland. Equity: A Course of Lectures. 2nd Ed. ,1936.

④⑤[美]约翰 H. 兰贝恩《信托法的合同基础》何美欢译,《清华法学》第4辑。

⑥王利明《合同法分则研究》(下卷),北京:中国人民大学出版社,2013年版,第8-11页。

⑦赵廉慧《信托法解释论》,北京:中国法制出版社,2015年版,第105页。

⑧See Restatement of Trusts( Second) . P186( 1959) .

⑨[英]休·柯林斯《规制合同》郭小莉译,北京:中国人民大学出版社,2014年版,第26页。

⑩⑫[美]罗伯特·考特,托马斯·尤伦《法和经济学》张军译,上海:上海三联书店、上海人民出版社,1994年版,第313页,第314页。

⑪谢哲胜《信托法》,台北:元照出版社,2014年版,第142页。

1134 条规定,依法成立的合同对于缔约当事人双方具有相当于法律的效力。从合同的效力角度看,只要是依法成立生效的合同,它就对当事人有当然的约束力。因此,信托合同中约定的受托人权力条款就会在当事人之间产生当然的约束力,为受托人权力的确定提供了保障。

### (三) 受托人权力在信托合同中的确立方式

因为信托合同针对的具体事项存在差异,受托人在具体的信托合同中所需要的权力也不尽相同。概括地说,通过信托合同确定受托人权力大体上存在着两种主要方式。

第一 概括式。信托财产的确定性是设立信托的必要条件,在各类信托合同中,信托财产的管理是个核心问题。受托人接受委托人的委托,为了受益人的利益管理信托财产、处理信托事务应当享有一定的权力,但是受托人为了便于权力的行使,并不具体确定权力的类型及边界,而是通过信托合同条款作概括式的规定。如在我国的一些集合资金信托合同中,受托人通过合同条款概括规定受托人有权“管理、运用、处分信托财产与处理信托事务”或表述为受托人“有权自信托计划成立之日起,根据信托计划文件管理、运用和处分信托计划财产”;受托人自“信托计划成立后,享有包括根据信托计划文件处置账户内证券资产、资金划拨、销户等一切账户名义所有人的权利”;受托人“有权根据合同约定的方式,自主管理、运用和处分信托财产,并按照合同的约定分配信托财产收益”。

这种概括式的约定一方面赋予了受托人权力,另一方面又受托人留下了很大的行为自由空间,使得受托人可以根据实际的情况采取具体的应对措施,但是这也可能会导致受托人权力滥用。

第二 列举式。在证券投资基金信托合同中,合同对基金托管人和基金管理人的权利与义务作了明确的列举。就受托人的权力来说,大体可以分为两大类:一类是基金资产形成过程中的权力,具体包括基金管理人募集、销售基金份额、选择与更换和监督基金销售人的权力;另一类是基金资产形成后的权力,具体包括运用、管理基金资产、融资、融券、制订、调整基金份额的认购、申购赎回规则、选择、更换服务商、召集基金份额持有人大会、决定分配收益方案等权力。我国的《证券投资基金法》明确规定了基金管理人、托管人的职责,但是职责偏重于责任与义务,与基金合同中所列权力存在很大差异。

英美信托法逐步对信托合同中约定的受托人各项权力进行了确认,使受托人权力从约定权力成为法定权力,从这个角度看,信托成文法只是对信托合同中约定的受托人权力进行了确认而已,立法不可能超越实践创造出

新型的受托人权力。信托立法对信托实践中的受托人权力予以确认,并以立法的形式对一个阶段内的受托人权力扩张进行引导与规范,这比较好的体现了信托实践与立法之间的良好互动关系。在信托法制不明确承认受托人权力的背景下,受托人在信托合同中所享有的权力在性质上属于约定权力,合同机制成为信托当事人创制受托人权力的主要工具,可以说,信托合同成为信托主体解决受托人权力等信托法制理论问题和信托实践问题的手段,成为信托主体创制任意性信托规范的工具。

## 三、信托合同中的受托人权力对信托法制的完善

### (一) 受托人权力在我国信托法中缺失的原因

我国《信托法》通篇没有关于受托人权力的规定,像我国一样没有确立受托人权力的大陆法系国家,通过合同确立信托法没有规定的受托人权力存在着深层次的原因。

首先,我国私法领域不存在私法主体的“权力”话语体系。我国基本上属于大陆法系,“权力”一词或者是指“国家权力”,或者是职权的同义词<sup>①</sup>,通常只有公法主体才能行使“权力”。在这种法律术语语境中,即使受托人行使的是英美信托法中受托人的“权力”,按我们的法制传统也会以“权利”来表述,私法主体权力体系的缺失是受托人权力制度移植的障碍之一。

其次,我国信托法制缺乏制约受托人权力的制度构建。

在英美信托法中,授予受托人权力有三个原因:第一,受托人权力源于不取报酬的传统。英美法系早期的信托主要应用于民事领域,受托人不收取报酬是信托法的一项原则<sup>②</sup>,受托人在信托中不存在个人利益的超脱地位使得信托法赋予了受托人各项权力。第二,衡平法的制衡。英国的法制实际上是在普通法与衡平法两个体系的相互补充与制约中发展起来的,信托法作为衡平法的重要组成部分,调整的就是受托人与受益人之间的衡平关系,受益人可以通过其对信托财产所享有的衡平所有权以及由此产生的衡平救济手段来对抗受托人在信托财产所享有的普通法所有权以及由此产生的信托事务管理权力<sup>③</sup>。可以说,英美的信托制度就是受托人的权力行使与受益人的利益保护两者之间制衡的结果。第三,英美法系所发育出的信义制度也成为受托人权力行使的有效制约。

包括我国在内的大陆法系国家在移植信托制度时,根本不可能把信托财产双重所有权代表的普通法和衡平

①沈宗灵《法理学》北京:北京大学出版社,2000年版,第101页。

②See Edward C. Halbach, Jr. *Trusts*, Harcourt Legal & Professional Pubns 2007, 237.

③See Amantha Hepburn. *Principles of Equity and Trusts* 2nd edition, Cavendish Publishing Limited, London 2001, p263.

法之间的制衡关系也移植过来,我们制定的信托法是一部“失去衡平法的信托法”<sup>①</sup>。另外,与日本、韩国等国一样,我国信托立法的目的是规范商事信托活动,有关信托关系的基本规范主要是为了商事信托的发展提供必不可少的法律基础<sup>②</sup>。在没有建立受托人权力有效制约的情形下,再加上信托立法又以规范营利性、商事化的商事信托为首要目的,受托人获取报酬、取得利益成为普遍现象,受托人存在扩张权力的本能冲动,不规定受托人权力制度似乎是最佳的制度选择。

#### (二) 合同路径下受托人权力确定对信托法制的补充

我国以信托商事化应用这一功利性极强的目的推动信托立法,而在商事活动中的受托人却没有通过信托法获得从事相关活动的权力,所以,《信托法》不仅不能满足信托商事化发展的要求,而且还造成了信托法制的结构畸形。而信托合同关于受托人权力的规定,则在一定程度上解决了这一问题。

第一,矫正了失衡的受托人权义配置。我国《信托法》二十五条到三十四条共十个条文规定了受托人的义务,只有三十五、三十七与三十八条三个条文规定了受托人获取报酬权、优先受偿权与辞任权三项权利,除此之外对于受托人管理信托事务权力没有任何规定。有学者指出,大陆法国家是通过信托定义、受托人义务这一特殊方式“不言自明”地承认了受托人权利的存在<sup>③</sup>,这种观点虽然有一定道理,但是从实证的立法层面分析,受托人权利义务结构在信托法中明显表现出失衡的状态。权利(力)与义务是对立统一的辩证关系,权利(力)与义务互为对方确定着边界,英美信托法中受托人所享有的诸多权力对应了其应当遵守的各项信义义务,我国信托法中受托人应当遵守各项义务,但是受托人却并不享有任何法定的权力。而信托合同约定受托人权力,一方面实现了受托人权力与义务的平衡,以符合信托活动的需要,另一方面,信托合同以平衡的权义结构弥补了信托立法在受托人权义方面的“跛脚”状态。

第二,平衡了信托当事人之间的权利义务配置。在英美信托法中,委托人通常在信托设立后退出信托关系,不会再以委托人的身份对信托实施控制。而我国的信托法却沿袭日本20世纪20年代《信托法》的做法,在没规定受托人管理事务权力的情形下,却通过二十条至二十三条的规定赋予委托人知情权、指示权、撤销权与解任权等多项权利,藉此对信托和受托人实施控制。从逻辑上分析,委托人与受托人之间这种权利、义务配置,不仅使

受托人独立性大大降低,违背了本源意义上信托制度的意旨,而且不利于维护信托的稳定,如果委托人行使指示权、撤销权等权利时不以受益人的利益为出发点,就破坏了信托赖以存在的基础,影响到信托制度的稳定和信托活动的效率。因此,2006年日本《信托法》修正时就对委托人的权利进行了限缩<sup>④</sup>。

受托人是信托机制的核心,受托人应当为了受益人的利益独立地管理与处理信托事务。信托合同中约定受托人的权力,给予受托人为信托目的可以对抗委托人法定权力的工具,使得委托人与受托人之间的权利与义务关系配置趋于平衡,在更大程度上保障信托的独立性。

第三,强化信任关系。从委托人与受托人之间的权利义务配置来看,我国《信托法》构建的信托制度折射出对受托人缺乏基本的信任这一事实,而这种信任实际上是真正信托制度的基石和灵魂。我国《信托法》不赋予受托人管理信托事务的基本权力,同时又创造了委托人制约受托人的诸多权利,这就意味着受托人在受到较多制约或者说不被信任的基础上从事信托活动,使得建立在信任基础上的信托制度魅力大大减损。信托合同约定受托人权力,表明委托人与受托人在协商基础上进行的赋权是双方之间相互信任的结果,而这一点也契合了信托制度最具道德色彩法律制度的这一特征。

信托合同中受托人权力的确定,在实践中一定程度上解决了信托立法中出现的结构畸形问题,平衡了受托人的权义结构、委托人与受托人之间的权义结构,是对信托法制的有益补充。

## 四、合同机制下受托人权力的扩张

### (一) 信托受托人权力扩张的原因

第一,信托财产的形式变化导致受托人管理与处分权力的扩张。早期英美信托主要是土地、房屋等不动产信托,受托人职能主要是持有信托财产并将收益转移给受益人,因此,受托人享有的权力非常有限。但是,现代的信托财产不再局限于土地、房屋等不动产,股票、债券等各种金融资产也成为信托财产的重要组成部分。金融信托财产需要受托人熟练与积极的管理,这种需求自然而然地扩张了受托人的职能,从而导致受托人权力的扩张。现代信托不同于传统信托,它的目的是管理信托财产而不是保管信托财产<sup>⑤</sup>,“因为投资与管理金融资产需要广泛的自由裁量权以回应变化的市场,信托法必须进行一百八十度的转向以适应管理信托的需求,对受托人

①江平先生在《浮沉与枯荣:八十自述》中回忆信托法制定过程中所使用的表述。

②何宝玉《信托法原理研究》北京:中国政法大学出版社2005年版,第55页。

③陈向聪《信托法律制度研究》北京:中国检察出版社2007年版,第223页。

④周勤《信托的发端与展开——信托品格和委托人地位的法律规制》北京:知识产权出版社2013年版,第181页。

⑤See Robert Cooter & Thomas Ulen, Law And Economics 3d ed. 2000, p98-101.

赋权取代了以前的权力剥夺。”从持有信托财产到管理信托财产的信托目的变化导致受托人的职能变化,权力亦因此实现了扩张<sup>①</sup>。

第二,现代经济理论的影响扩张了受托人投资的权力。二十世纪六、七十年代出现过很高的通货膨胀率,当时受托人要遵守投资活动的法定名单制度,也就是不得进行权益证券的投资活动,受托人如果进行了高风险的投资,就面临着承担违反信义义务的风险<sup>②</sup>。但是受托人在传统投资理念制约下的投资方式引发了受益人的不满,因为高通胀率使得投资于政府、企业债券等固定收益的金融产品也会给受益人带来很大损失。因此,当时法院的判决并不禁止受托人进行股票投资,“不管信托文件中把投资限于固定收益工具的限制,因为通胀太快吞噬了信托财产的真实价值。”<sup>③</sup>当高通胀率在逐步侵蚀信托财产价值时,学术界开始质疑谨慎投资应当避免所有风险的观点<sup>④</sup>。1952年 Markowitz 提出了组合投资理论,认为组合投资可以有效地降低风险<sup>⑤</sup>。二十世纪六十年代,有经济学家指出,只要资本市场是有效的,所有的投资都不会是坏的投资<sup>⑥</sup>。这些经济理论逐步为律师和法学领域的专家所接受,因此信托成文立法在这些经济理论的影响下扩张了受托人的投资权力。

第三,信托的商事化应用激励受托人积极进行权力扩张。自十九世纪末信托制度在美国开始应用于商事领域以来,信托的商事化应用成为信托制度发展的新方向。在美国,商事信托的形式种类繁多,管理的资产规模庞大,而大陆法国家移植信托制度的主要目的也在于信托的商事化应用。我国《信托法》颁布以来的十几年里,信托在民事领域的发展非常缓慢,但在商事、金融领域得到了迅速发展。根据银监会授权信托业协会发布的数据,到2015年末,信托业的资产规模已超过16万亿元。商事信托中的受托人是以信托为业的商事主体,受托人通过提供资产管理或投资等专业信托服务获得报酬,受托人商事化、专业化与营利化的变化会加剧受托人扩张权力的意愿。

我国的信托制度没有经历过英美信托所经过的漫长

发展过程,借助于制度移植,我们直接进入了现代信托的发展阶段。在受托人权力扩张原因方面,因为我国目前的信托处于现代商事信托的发展阶段,在英美国家引起受托人权力扩张的原因同样也存在于我国,但是与英美不同的是,我国的《信托法》并没有确定受托人权力制度,受托人权力的扩张呈现出不同的路径特点。与英美国家通过立法这一显性方式扩张受托人权力相比,我国受托人权力的扩张则是通过合同机制进行着隐性扩张。受托人权力的隐性扩张,是指在移植信托制度但却没确立受托人权力制度的大陆法系国家与地区,受托人借助合同条款以明确列举或概括规定的方式确定其在信托活动中处理信托财产、管理信托事务以及投资等各项权力,并以此弥补立法不足的制度创新活动。

#### (二) 合同机制下受托人权力的滥用

权力滥用主要表现为对权力的过度主张或运用,受托人权力滥用存在主观与客观两方面的原因。

受托人在信托活动中存在的自身利益成为受托人权力滥用的主观原因。虽然受托人权力扩张存在着客观需要,但是“一切有权力的人都容易滥用权力”这句名言不仅适用于公权力,也同样适用于私权力。随着受托人权力的不断扩张,权力滥用也成为不可避免的问题。在信托商事化应用泛化过程中,专业化、营利化的受托人存在自身利益的追求,权力可能会成为受托人谋求自身利益的工具,这成为权力滥用的主观原因。

受托人权力的确定与扩张主要通过合同机制的运用,然而合同机制本身存在的缺陷为受托人权力滥用打开了方便之门,这是受托人权力滥用的客观原因。首先,受托人权力滥用扩张缘于合同的不完备。法经济学的研究提出了完备合同的概念,以指称那些强制履行就能理想地实现立约人和受约人目标的一种承诺,但是完备合同也只能出现在完全竞争的模式中<sup>⑦</sup>。因此,完备合同只能是理想状态中的合同,在现实生活中难以实现,具体到信托合同来说,由于存在着明显的信息不对称,信托当事人很难订立一份完备的合同,不完备是信托合同的常态。前述引用的信托合同条款上对受托人的权力作了概括性

<sup>①</sup>John H. Langbein, Why Did Trust Law Become Statute Law in the United States? *Alabama Law Review*, Vol. 58: 5: 1069, 1072 - 1073.

<sup>②④</sup>See Stewart E. Sterk, Rethinking Trust Law Reform: How Prudent Is Modern Prudent Investor Doctrine? *Cornell Law Review*, Vol. 95: 851 pp857 - 861 pp858.

<sup>③</sup>See Jeffrey N. Gordon, The Puzzling Persistence of the Constrained Prudent Man Rule 62 *N. Y. U. L. REV.* 52 (1987) at 92 n. 165.

<sup>⑤</sup>Harry Markowitz, Portfolio Selection 7 *J. FIN.* 77(1952).

<sup>⑥</sup>Stewart E. Sterk, Rethinking Trust Law Reform: How Prudent Is Modern Prudent Investor Doctrine? *Cornell Law Review*, Vol. 95: 851 pp860.

<sup>⑦</sup>[美]罗伯特·考特,托马斯·尤伦《法和经济学》,张军译,上海:上海三联书店、上海人民出版社,1994年版,第316页。

描述,大体可以概括为“信托业务活动所需要的权力”,但是信托合同条款没有明确地列举受托人的权力,也没有清晰的划定受托人权力的边界,在《信托法》对受托人权力没有明确规定的背景下,“信托业务活动所需要的权力”这种模糊的表述实质上是为受托人滥用权力开了方便之门,因为委托人不可能准确地确定受托人到底需要哪些权力,如何行使权力。其次,格式条款的大量运用加剧了受托人权力滥用。格式条款的产生与发展是20世纪合同法发展的重要标志<sup>①</sup>,格式合同的出现改变了传统的合同订立方式,提高了交易效率,节约了交易成本。同时,格式条款的大量应用也使不良商家借机免除或限制自己责任、限制对方权利或加重对方责任。在商事信托实践中,由于受托人组织化程度不断提高,信托合同多以格式合同的形式存在<sup>②</sup>。在有的格式信托合同中约定,受托人有权单方对合同进行修改、补充、删减或取代,修改生效后受益人有义务接受合同约束;有的格式信托合同对受托人权力进行了概括性的约定,导致受托人权力的范围、边界并不清晰。由于处于订约的弱势地位,委托人只能接受信托合同的全部条款,根本没有修改合同条款的能力。在这种背景下,受托人通过格式条款确定或不适当地扩张权力,为实践中的权力滥用提供了便利。

### (三) 合同路径下受托人权力滥用的样本分析

安信信托投资股份有限公司(以下简称“安信信托”)诉昆山纯高投资开发有限公司(以下简称“昆山纯高”)一案中,安信信托通过合同机制实现了受托人权力的扩张与滥用。

2009年9月安信信托与昆山纯高签署了《昆山·联邦国际资产收益财产权信托合同》,根据信托合同的安排,昆山纯高以“昆山·联邦国际”项目基础资产收益权作价6.27亿元设立财产权信托,信托受益权分为优先受益权与一般受益权,其中2.15亿元优先受益权向投资人募集,昆山纯高持有剩余的一般受益权。在这个财产权信托中,信托关系较为复杂,首先是昆山纯高与安信信托之间形成的信托关系,昆山纯高作为委托人将其基础资产上的收益权作为信托财产信托给安信信托,同时昆山纯高又是信托的一般受益人,方便起见且把双方形成信托关系称为第一个信托关系;其次,优先受益权的投资人作为委托人与受益人与安信信托之间因为受益权认购亦形成信托关系,方便起见且把双方形成信托关系称为第二个信托关系。

在以安信信托为中心形成的两个信托关系中,安信

信托通过信托合同的安排扩大了自身的权力。首先,安信信托通过《信托贷款合同》扩大了对投资人认购优先受益权所交付资金的处置权。在第一个信托关系中,安信信托与昆山纯高签订信托合同后并没有把销售信托优先受益权的资金转给昆山纯高,而是通过《信托贷款合同》以贷款的方式把资金借贷给了昆山纯高。安信信托根据《信托合同》规定享有按合同约定的方式运用、管理、处分信托财产的权力,但合同并没有约定受托人可以把投资人认购优先受益权的资金作为贷款发放,因此安信信托以投资人认购优先受益权的资金发放贷款的行为超越了合同约定的权力。也就是说,安信信托通过“阴阳合同”的方式扩张了受托人的对信托事务的管理与处分权限。其次,安信信托通过《信托贷款合同》的安排谋取自己利益。在《信托合同》中规定单笔金额在100-300万之间的预期年收益为9%,单笔金额300万以上的预期年收益为9.5%,而《信托贷款合同》中规定的贷款年利率为10%。按《信托贷款合同》第16.1(3)的规定,如果借款人不能按期偿还相关的款项,从逾期之日起,借款人要按日万分之二点一的利率向贷款人支付罚息、按日万分之三的利率向贷款人支付违约金、按10%的年利率向贷款人支付复利,这三项利率折算成年利率高达28.36%,如果再加上约定的10%年利率,借款人在违约情形下实际要承担的利息与违约金接近40%。如果昆山纯高承担了《信托贷款合同》规定的违约责任,安信信托在向投资人支付不到10%收益后,自己可以获得近30%的收益。即使签订《信托贷款合同》的目的是为了办理了基础资产的抵押登记,作为受托人的安信信托也不能通过《信托贷款合同》谋取自己的利益,如同在该案一、二审的判决书所指出的那样,安信信托在《信托贷款合同》约定的利率高于安信信托向案外投资人兑付的收益率,相当于安信信托利用案外投资人的资金放贷为自己谋取利差。另外,安信信托除了按《信托合同》约定收取信托报酬以外,安信信托在《信托合同》中没有约定的情形下,通过《融资框架协议》收取了2335万元的财务顾问费,这也是安信信托利用其在信托机制中的核心地位,通过合同机制谋取了超额利益。

在商事信托领域,受托人通过合同机制隐性扩张了自己权力并以扩张的权力谋取自己利益的事件时有发生。当处于强势地位的受托人利用合同把自己的利益凌驾于受益人之上时,此时语境中的合同法问题已经从契约自由转向了契约正义<sup>③</sup>。

<sup>①</sup>王利明《合同法分则研究》(下卷),北京:中国人民大学出版社2013年版,第210页。

<sup>②</sup>郑京水《晚近英美信托法受托人制度的三维构造—兼评我国信托法相关规定之完善》,《福建政法管理干部学院学报》2002年第2期。

<sup>③</sup>胡家强、刘巧娟《强制缔约制度新论》,《东岳论丛》2013年第12期。

## 五、合同机制下受托人权力滥用的法律治理

### (一) 受托人主体的多元化配置

总体上说,传统信托法对受托人权力进行严格限制,现代信托法则把广泛的自由裁量权赋予了受托人<sup>①</sup>。目前,美国《统一信托法》与《信托法重述》(第三版)在受托人权力方面的基本态度是,受托人在管理信托方面享有不受限制的权力,除非被信托合同条款或其他成文法明确排除。但是,英美信托法受托人权力规范属于任意性规范,属于“缺省规则”(default rule),当事人对受托人权力不作明确约定情形下,自动适用信托法的规定,可见成文法对权力的规范作用要结合信托合同选择才能实现。

为应对受托人权力的逐步扩张以及由此导致的权力滥用,在信托实践中,委托人采取了受托人权力多元化的应对。委托人把原来由单一受托人集中行使的权力,分散到多个受托主体手中,如“受托人指导”“受托人顾问”“信托委员会”“信托保护人”,不同的信托主体享有不同的权力,因为在信托合同中赋予的权力都会影响到整个信托,所以谁可以行使权力、放弃权力或重新获得权力的构造应当有利于实现委托人的意图,多个主体的设置主要在于提供制衡机制以防止权力滥用<sup>②</sup>。在我国证券投资基金中,基金管理人与托管人的二元设置也体现了一种分权制衡的思想。但是,这种做法会加大信托成本,只适用于大型的信托项目。

### (二) 完善信托法制,规范受托人权力行使

大部分移植信托法制的大陆法系国家和地区依然没有在信托法中确认受托人的权力制度。日本于2006年修正的《信托法》第二十六条<sup>③</sup>对受托人的权限范围作了一般规定,这在大陆法系的信托法制中是一种积极的变化。针对目前我国信托活动中受托人权力不断通过合同方式隐性扩张而导致的权力滥用问题,将来信托立法应当采取相应改进措施完善受托人权力制度。

#### 第一,修改《信托法》,确定受托人的权力。

制度经济学认为,制度的一个重要功能就是使复杂的人际交往过程变得更易理解与更可预见,从而使个人更容易与一个复杂而易变的世界打交道<sup>④</sup>。自由大师哈

耶克指出,规则是我们应对无知的一种手段,它有助于我们克服无知而形成的障碍<sup>⑤</sup>。我国在移植信托制度的过程中,没有确定受托人的权力制度,但是受托人权力又是受托人从事信托活动中不可或缺的要素,权力规则的缺失成为引起信托活动不确定性的的重要因素。

在信托机制中,受托人处于核心的地位,受托人能否发挥其作用决定着信托目的能否实现,受托人权力的缺失也意味着对受托人信任的缺失。如果不在《信托法》中明确规定受托人的权力,还是由当事人通过合同这种意思自治的方式确定,那么,像安信信托诉昆山纯高案件中受托人通过合同机制隐性地扩张与滥用权力的事件就无法避免,通过立法抑制受托人权力的目的也将落空。

通过立法确定受托人权力的方式大体有两种,一种是以英美信托法所采取的列举法,即通过成文法明确列举受托人的权力种类;另一种是以日本2006年修改后的信托法所采取的概括式规定的方式,即对受托人权力作一般概括性的规定。确定受托人权力的两种方式各有利弊,前一种通过清单方式列举受托人的权力,优势是受托人在立法上的权力有着明确的界限,当然这并不排除当事人可以通过合同创设新的权力,不足是立法要不断修正以确定实践中新的受托人权力类型;后一种方式以概括的方式规定受托人的权力,其优势是这种规定的适用性较强,可以把实践中出现的新型受托人权力涵盖到规则的调整范围中,但不足之处主要表现为,受托人可能会利用规则规定的模糊性,通过合同机制隐性地扩张甚至滥用其权力。

对于我国《信托法》来说,确定受托人管理信托的权力,首先可以实现受托人权利义务的均衡配置,完善受托人权利义务结构,使受托人权力配置符合提高信托效率的需要<sup>⑥</sup>;其次,明确规定受托人管理信托事务的各项权力,以确定受托人的权力边界,以便在订立信托合同时参照,防止受托人通过合同过度扩张权力,谋取自己利益;再次,明确受托人管理信托事务的权力,使信托法适应信托的商事化应用需求,完善信托在商事领域中的应用机制,促进信托法制的现代化发展。

从理念层面来说,确定受托人权力制度是向理性信托制度的回归,对信托法制的完善更具实质意义和现实

<sup>①</sup>张天民《失去衡平法的信托——信托观念的扩张与中国〈信托法〉的机遇与挑战》,北京:中信出版社,2004年版,第76页。

<sup>②</sup>See Shyla R Buckner, Michelle Rosenblatt, A Rose by Any Other Name: Utilizing And Drafting Powers for Trustees, Trustee Advisors, And Trust Protectors, 8 Est. Plan. & Cmty. Prop. L. J. 41 2015 - 2016, PP44 - 45.

<sup>③</sup>《日本信托法》第26条:受托人有管理、处分信托财产,以及为达成信托目的而为必要行为之权限。但是不影响以信托行为对其权限予以限制。

<sup>④</sup>柯武刚,史漫飞《制度经济学:社会秩序与公共政策》,韩朝华译,北京:商务印书馆,2000年版,第142页。

<sup>⑤</sup>弗里德利希·冯·哈耶克《法律、立法与自由》(第二、三卷),北京:中国大百科全书出版社,2000年版,第11页。

<sup>⑥</sup>胡启忠《我国受托人权力制度之思考》,《现代法学》2005年第6期。

意义。采用何种方式确定受托人权力只是技术层面的问题,按我国的立法习惯,日本《信托法》采用的确定受托人权力方式更适合我国的国情。

## 第二,修改完善信托合同制度。

虽然英美信托法确定了受托人权力制度,但是它并不能完全解决受托人权力滥用问题,一方面因为受托人权力规范属于任意性规范(default rule),信托合同当事人对受托人权力事项可以选择适用或排除,另一方面,美国信托法重述(第三版)已明确不适用于商事信托,因此信托立法对受托人权力的规制就不能当然适用于商事信托领域。

单纯通过信托法确定受托人权力并不能解决受托人权力滥用问题,规范信托合同订立与履行是规范受托人权力的重要途径。具体到我国而言,信托合同属于特殊法上的有名合同,应当首先由《信托法》进行调整,《信托法》中虽然也有调整信托合同的法律规范,但是直接调整信托合同规范比较少,大多是结合《信托法》的一般规定进行间接调整。鉴于合同是设立信托的一种主要方式,以及信托在我国商事领域的广泛应用,我国《信托法》应当单设“信托合同”一章,对信托合同的设立、信托合同的形式及内容、合同的履行、合同的变更及终止、当事人的权利义务等问题作出明确的规定,以适应信托合同的调整需求,或者在制定《信托法》时对信托合同作出专章规制,对受托人权力的设定进行相应规范。

基于信托法任意性规范的性质,受托人基于信托财产管理人的地位,根据私法自治原理,信托当事人在不违反公序良俗与禁止性规定的条件下,自由约定管理处分权的内容<sup>①</sup>。即使将来在我国《信托法》中确定受托人的权力,这一做法也不能完全解决受托人通过合同机制滥用权力的问题。私法在社会经济规制中是一门脆弱的技术,以合同协议所表现的自我规制不会考虑合同对社会外部性效果<sup>②</sup>,在商事信托中由于受托人所处的强势地位,信托契约的起草人通常会在其中加上一些放弃信托法所规定之限制的词句<sup>③</sup>。虽然我国《合同法》规定了适用于格式条款的规则,但是其适用范围主要是针对格式条款中的免责条款,并且没有规定审查格式条款效力的原则,条文间也存在着不少的矛盾<sup>④</sup>。因此,《合同法》所确立的格式条款制度并不能有效地解决信托合同中受托人

通过格式条款扩张权力、滥用权力的问题。

在格式合同中,一方滥用制定规则的便利是最普遍问题,对大规模使用的格式合同进行公共规制是解决合同领域中市场失败的必要手段<sup>⑤</sup>。因此,对信托合同进行行政规制是防范受托人通过合同机制滥用权力的必要手段。行政规制是指由相应的行政机关通过事先审查或事后监督的方式对格式合同进行规制,行政规制的效率较高,可以发挥维护市场秩序的作用。通过行政规制建立一种权利控制机制,以达到权利平等配置格局<sup>⑥</sup>。基于行政规制的特点和作用,对于我国商事信托业务中业务流程基本定型、风险控制基本一致的常见信托合同,可以通过监管部门制定格式合同并强制要求商事信托合同受托人采用,以达到避免受托人通过合同机制扩张甚至滥用权力的目的。

## (三)完善信托法制的相关配套制度

首先,信托登记制度具有保护信托财产独立性、保护受益人权益和保护交易安全的功能<sup>⑦</sup>。我国《信托法》的第十条规定了信托财产登记制度,但从该法出台至今十年有余,全国统一的信托登记制度至今没有面世。目前全国只有上海信托登记中心、北京金融资产交易所和天津金融资产交易所三家地方性的信托登记中心,据相关媒体报道全国统一的信托登记中心正在筹建过程中<sup>⑧</sup>。信托登记制度的缺失,成为信托业发展的制约因素,同时也增加了当事人的交易成本,导致了潜在交易风险。

其次,相关的配套制度与信托制度没有进行对接。在前述案例中,安信信托就是因为不能以信托合同进行基础资产的抵押登记,才和昆山纯高订立了信托贷款合同,以“阴阳合同”的形式进行了基础资产的抵押登记,从目的分析,安信信托与昆山纯高订立信托贷款合同是为了进行基础资产的抵押登记,但安信信托同时也利用订立信托贷款合同的机会谋取了自己的利益,滥用了受托人的权力。

因此,建立统一的信托登记制度,健全、完善信托抵押登记制度,实现信托制度与相关配套制度的衔接与融合,堵塞制度漏洞,也是防范受托人通过合同机制扩张权力、滥用权力的重要制度保障。

[责任编辑:毕可军]

① 赖源河,王志诚《现代信托法论》,北京:中国政法大学出版社,2002年版,第114页。

②⑤ [英]休·柯林斯《规制合同》郭小莉译,北京:中国人民大学出版社,2014年版,第76-77页,第279页。

③ [美]理查德·A·波斯纳《法律的经济分析》(下),北京:中国大百科全书出版社,1997年版,第575页。

④ 苏号朋《格式合同条款研究》,北京:中国人民大学出版社,2004年版,第318-324页。

⑥ 吴祖祥《论民事权利控制机制》,《东岳论丛》2012年第1期。

⑦ 孟强《信托登记制度研究》,北京:中国人民大学出版社,2012年版,第71-74页。

⑧ 钟源《全国信托登记中心将落户上海,万亿非标资产有望转正》,《经济参考报》2014年11月11日第1版。