

家族信托中的权义博弈与法律救济

李 智 吴湖军

[提要]我国《信托法》在移植时便染上了强行法的色彩,与家族信托应当具有的自由品格相冲突,倚重委托人的立法设计从长远来看偏移了其“协调者”的角色。信托财产权的转移困惑、委托人与受益人的撤销权之争、受托人以消极被动的姿态承受强加的责任以及受益人之间的利益碾轧风险等实务中的乱象,可以说是定位冲突在家族信托中的具体映射,浸淫于权义背后的博弈。家族信托保护人制度和自由协商机制将有望实现家族信托各方当事人正位,为遏制家族信托中的权义博弈提供良好的契机,促进我国事务管理类信托的本土化立法探索。

[关键词]家族信托;自由协商机制;权义失衡;家族信托保护人

中图分类号:DF523

文献标识码:A

文章编号:1004—3926(2018)04—0075—08

作者简介:李智,上海大学法学院教授,法学博士,研究方向:信托法与公司法;吴湖军,上海大学法学院产权法治研究中心研究人员,研究方向:公司法。上海 200444

引言

2016年,香港一代歌星梅艳芳92岁的母亲因欠租流落街头的事件引发公众对家族信托功能的重新思考,家族信托是否真的可以保证实现财富的传承和家族事业的永续。国内曾将该信托解读为遗嘱信托,实则是一种误读,因为该信托在梅艳芳生前即已生效和设立。汇丰国际受托人有限责任公司(HSBC International Trustee Limited)是该信托的受托人,梅母作为第一顺位的受益人,享有终身的受益权。梅艳芳的侄女及外甥享有固定数额的教育基金,妙境佛学会有限公司获得剩余的信托财产。^[1]这样的信托安排,受益人多顺位、收益来源多层次,曾广为业界赞许。然而从2004年开始,梅母覃美金就开始了长达10余年的诉讼,不断在法院挑战信托安排的有效性,以梅艳芳在医院治疗期间因用药等原因而丧失了行为能力为由,不断控告信托公司,要求撤销信托的安排。最终,因无力支付高昂的诉讼费用,梅母被法院宣布破产,汇丰国际所管理的资产也因此大幅缩水。

从两败俱伤的梅艳芳家族信托困局中可以看出,受益人与受托人的诉讼对决时常威胁着信托目的的实现。家族信托这项具有赠与性质的制度起源从避税功能到保障财富传承,一开始就渗透着利益之间的博弈与价值最大化的考量,但面对贪

婪的人性,灵活的信托安排却也显得苍白无力。在内地家族信托监察人制度缺失的背景下,当事人之间尤其是受托人与受益人之间的利益布局如何兼顾家庭伦理性和自由意志的尊重?我国《信托法》的强行法品格与家族信托本应有的自由维度之间的矛盾如何协调?对委托人的硬性保护是否有失偏颇?在权利之间的博弈不得不依靠法律来救济时,又该如何补上家族信托法制规范中的漏洞?以博弈论作为研究法律问题的分析工具已经屡见不鲜,它为学者们提供了新的方法和视域。金梦博士认为“博弈论是研究策略主体的行为在发生互相作用时的策略选择以及这种策略选择所产生的均衡问题的方法或理论。”^[2]本文试图从博弈论的角度重点思考和探讨这些问题。

一、回归本源的家族信托制度

(一) 信托——行走于自由与良心之间

“信托……一方面肯定个人价值激发个人潜能;另一方面又造成个人对‘社会’(即现存法律制度)的抗争。”^[3](P.107) 信托的价值理念,学界将其称之为价值取向,有学者认为是自由与效率^[4](P.93-96),也有认为是“包含了自由主义与资本主义所有特质与价值取向”,信托的历史沿革表明“信托与私人财富之支配自由牢不可分。”^[5](P.105) 一项信托案例,最初是从委托人的大胆冒险尝试

开始,为了个人自由权利而抗争,同时也需要受托人基于良心的管理和为受益人利益而暂时保有信托财产。

(二) 自由——家族信托品格的应然向度

信托作为我国引入的关于财产处理和投融资渠道的舶来品,在解决社会对流动性资金的需求上有着很大的用武之地。“信托最早发展于英格兰的家族财产授予”^[6],其更注重当事人处分财产的自由意志之表示,不同于英美法系,我国信托制度的移植和应用有着自上而下的官方色彩。依学界通说,肇始于英国用益(Use)制度的信托的最早形式是家族信托,以Use作为家庭土地财产处分方式,虽然具有避税的不光彩出身,信托最终还是得到了衡平法上的认可。经过漫长的历史发展和司法判例实践,中世纪英国普遍存在的土地用益关系最终演变为以安排家庭土地财产为核心内容的家庭信托法律关系。^[7]由家族信托法律结构的历史演变过程很容易看出当事人的自由意志之发挥,个人对私有财产的处分权利在与公权力的利益博弈中成功挣脱王权的束缚,完成了从身份到契约,从道德关系到法律关系的蜕变。最初的信托安排,需要兼顾委托人的意志自由和受托人的良心管理,同时借助于法律的认可确保信托目的的实现。信托是一项具有超乎人类想象的灵活性的法律制度安排,也因此,信托被誉为英国法律制度发展史上的“皇冠”,美国著名法律史学家梅特兰先生也曾说“如果有人要问,英国人在法学领域取得的最伟大、最杰出的成就是什么,那就是历经数百年发展起来的信托概念。我相信再也没有比这更好的答案了。这不是因为信托体现了基本的道德原则,而是因为它的灵活性,它是一种具有极大弹性和普遍性的制度。”^[8]

家族信托是指“以家族财富的管理、传承和保护为目的的信托,在内容上包括以资产管理、投资组合等理财服务实现对家族资产负债的全面管理,更重要的是提供财富转移、遗产规划、税务规划、子女教育、家族治理、慈善事业等多方面的服务。”^[9] (P. 267) 尽管学术上关于民事信托与营业信托的区分有很多争议,有学者认为,商业信托和民事信托最大的区别在于,商业信托是经营企业的工具,而民事信托则是为了保存和保护财产。^[10] (P. 226) 一般而言,家族信托具有极高的私密性和伦理性,信托目的的重点不再是财富的增值而在于家族财

富的稳定传承与管理,以保障和支持家族成员未来的学业、事业和生活。民事信托作为信托业务的本源,从民事领域的视角去考量和设计家族信托方案是最合适和恰当的。所以,认为家族信托属于民事信托的范畴更加顺理成章。此外,在设立家族信托的过程中,当事人可能需要依据《合同法》、《公司法》、《婚姻继承法》等法律规范,无论是以遗嘱的方式还是以合同的方式设立,都需要民法领域法规的支撑。民法的精髓是当事人意思自治,而家族信托作为信托的最早形式,其自由的天性也脱胎于原生法律关系构造。自由是家族信托的应然品格。那么,在自由品格下的家族信托中,当事人的权利安排之应然向度如何?

1. 信托财产所有权应花落谁家?

2013年被视为我国的信托元年,在信托品种上有个新的突破。平安信托发行的平安财富·鸿承世家系列是我国内地的第一支家族信托,属于单一完全资金信托。该项信托产品的募集规模为5000万元,合同期为50年,委托人是一位年过40岁的企业家。根据信托合同约定,信托双方共同管理这笔资产。显然,该项信托中的受托人享有一半的信托资产管理权,委托人也可以干预该信托财产的投资管理事宜。

我们仅仅根据我国的《信托法》第2条规定还不能确定信托财产是否应发生转移,以及如何转移,转移给谁?赵廉慧副教授借鉴日本信托法,提出利用“双财团理论”^[11] (P. 207) 确定该项权利的属性。另有学者认为若法律规定“信托”自成一体,与“公司”相当,则可以减少很多理论上的障碍。^[12] (P. 263)

虽然目前我国对于信托财产权属的转移没有明确规定,但保持信托财产独立性的要求却是明确的,信托财产独立于委托人、受托人和受益人而存在。而强调信托财产独立性的一个首要目的是为了达到信托财产的风险隔离效果,我国信托法第十七条规定了信托财产不得强制执行的法定情形,体现出司法机关对这种独立性的认可态度。

“受人之托,代人理财”,信托的精华所在就是财产权利的分化,英美法系的“双重所有权”就是印证,该类权利的分化可以说是立法与司法机关对实践的总结和让步。离开了生活实践,法理就便如同无源之水,索然无味。我国在法律移植时之所以并未明确规定,概因我国信托的司法实践依旧存在巨大的空白,司法判例甚少。如果贸然

规定权利之归属,既可能不符合现有民法的物权制度等权利学说,也可能不利于实践中三方当事人的意志安排。法律的生命在于实践经验,此处留下的空白,又何尝不失为恰到好处的周延性空间。若进一步思考,权利的存在是为义务的履行做铺垫,如何更好地实现义务是确定权利归属的一个参考坐标。回到家族信托,最根本的是信托目的的实现即委托人所期待的家族信托功能的发挥,受益人适合以消极的角色协助信托目的的实现,单纯受益。因此,未来的立法如果要规范财产权的归属,也应在强行规定之外,留下委托人与受托人可以自由协商的余地。

2. 法律移植背景下的“战争与和平”

从立法背景上,我国现行的《信托法》在起草过程中主要借鉴了日本、中国台湾地区以及美国的信托法,法律移植的初衷在于缓解社会闲置资金与投资渠道欠缺之间的紧张关系。日本的旧信托法是以商事信托为中心订制的,在当时日本对信托公司的信赖程度不高而对受托人的义务进行了严格的规定,强行法的色彩明显。我国现行《信托法》的强行性规定意味着自由意志的实现受到阻碍,这种自由不仅是委托人对信托合同的条款设置自由,还应包括受托人自由裁量权的行使,如前文已经分析了家族信托的自由品格,这导致了两种品格的冲突。更确切地反映在实务中,就表现为当事人之间的权利博弈,而这场博弈中,政府的触角伸得越长可能越会加剧矛盾。人类天生趋利(或利己),这虽是自由主义的基本假设,但从法经济学的角度说人是理性而自利的动物,追求价值的最大化是人的本性之一。可见,自由的一个动机是实现资源的最优化配置,家族信托脱胎于民法的自由品格如果宥于既有的制度框架而不能施展,只会阻碍其本土化的和平演进。法律移植中处处弥漫着“战争”的硝烟,意识形态的碰撞和传统文化的冲突,也已在家族信托制度的功能演绎中表现得淋漓尽致。目前,国内的家族信托主要是以信托公司为受托人展开的,其营利性的业务需求更加剧了对权利的渴求和利益博弈。

二、我国大陆家族信托三方当事人的法律地位检视

(一) 大陆以委托人利益保护为重心的制度设计

信托的设立始于委托人的意愿,在英国,除了最初的避税动机,发展演进到现代的信托更注重

的是财富的增值和私人资源的最优化配置。我国家族信托自移植之后发展缓慢,仍处在市场培育的初级阶段。在实务界,就中国式家族信托的未来推广曾有“三阶段”推断,是根据我国家族企业以及国外演进经验进行的划分。在内地对家族信托的认知度和认可度不断升温以及国内法律制度完善的基础上,家族信托制度对中产阶级以上的家族以及民营企业将具有更大的吸引力。在不同阶段,家族信托的功能和制度安排优势也会因为委托人的更高层次需求而变化。由此观之,我国家族信托作为一种典型的民事信托,其设立与发展离不开委托人的参与和关注点的变化,如何吸引委托人的目光,需要立法对委托人的利益予以保驾护航。此外,我国家族信托的受托人主体来源比较单一,设立家族信托的受托人须拥有信托牌照,商业银行、第三方理财机构及律师事务所如果想开展信托业务,只能采取与信托公司合作或以信托公司为通道进行。主体的单一性便利了对于受托人的统一监管,立法者似乎并不担心受托人失控,为了促进信托市场的繁荣,以委托人的权利视角设计信托制度成了潜在共识。

民事信托中除了反永续原则(rule against perpetuities)等特殊情况下,委托人拥有在法律允许的范围内根据自己的意愿设计信托条款的自由。但是,自由的边界如何掌控,我国《信托法》的规定几乎为委托人提供了对信托的控制性权利,其不仅可以干涉受托人的经营管理活动,甚至还可以在受益人未知晓的情况下撤销信托,导致受托人变成了“信托傀儡”。这样的自由显然已打破了受托人和受益人之间的均衡,既不利于信托财产的独立性运用,也不利于信托目的的实现。

委托人在信托中如何定位,学者周勤认为,委托人在信托中已经不再拥有所有权,故不能再拥有物权性的权利,更不该在信托中处于控制者的地位,而应将委托人的角色拉回到“监督者”和“协调者”的位置上来。^{[12] (P. 264)} 笔者赞成该观点,当委托人和受益人的权利发生冲突时,基于委托人“监督者”地位,其所能行使的权利应当是以保护受益人的权利为目的。

(二) 对受托人的信任: 自由意定抑或利益博弈?

根据我国《信托法》第2条,周小明先生将我国家族信托的基本内涵归纳为四个方面:一为以信任为基础,二为以财产为前提,三为以受托人为核

心,四为以委托人意愿为目的。^{[4] (P.37-40)} 家族信托作为信托的原始品种强烈反映“信托”本质。不同于传统的信托业务,“刚性兑付”的潜规则即使目前并未被市场所打破,作为投资人的家族信托委托人的关注点不仅在信托产品上,更重要的是委托人对作为受托人的信托公司的信任和各方面的考察。家族信托一般是长期信托,委托人可能在设立信托后就与世长辞了,因此,这种信任必须是在真正进行了调查的基础上建立的,也因此更符合信托的本质要求即——以信任为基础。^[13]但在商业社会,这种信任的实现需要家族信托当事人之间权利博弈的平衡来作为保障。法律博弈论的核心是法律均衡,是通过法律博弈实现“法律的帕累托最优”,不仅指法律关系主体所享有的权利义务处于一种零和状态,还包括法律体系之间的结构均衡。^[2]在家族信托中,这种权利义务的零和状态很容易被打破,一方面委托人实际上是真正的控制者,受托人提供者通道和隔离层却只是消极的管理者;另一方面目前委托人对受托人的信任缺乏内在滋生可能而是依据客观的外在资信条件来判断,自由选择的对象和范围本身就被立法所限,处于被动一方的受托人的地位式微在所难免。

国内也有学者从博弈论的角度提出了对家族信托发展的关注点即三方当事人之间的权利分配和制衡,在行使权利的过程中如何监督和救济,并认为权利分配问题的树根是家族信托财产所有权的问题。受托人独立的财产管理权和委托人保留的控制权之间的关系产生了破产隔离的功效,同时受托人取得佣金并对受益人的受益权进行保障以实现信托目的。^{[14] (P.22)}立法赋予委托人解除权是对其利益的保障,是否设立信托家族信托的监察人,对委托人、受托人或信托财产进行监控,并代行委托人或受托人的监督权、知情权、同意权甚至权利受到损害的救济权?这是目前部分学者对权利分配的思考和对未来立法的关切。

三、枷锁下的家族信托中存在的权义冲突

(一) 受托人“被加载”不合理的负担

1. 二次委托的全部连带责任

《信托法》第30条规定“受托人应当自己处理信托事务,但信托文件另有规定或者有不得已事由的,可以委托他人代为处理。受托人依法将信托事务委托他人代理的,应当对他人处理信托事务的行为承担责任。”该条前款给了受托人转委

托的自由,而随后却以受托人对再委托的后果承担全部责任将之前的自由架空,试想再委托已经加重了受托人管理信托事务的成本,如果要求其依旧对转委托行为后果承担第一责任人的任务,出于成本与风险的考虑,受托人恐怕只能望而却步了。该条将受托人对代理人的行为承担后果进行强制规定,可以说是立法的严苛与霸道。在其他国家一般仅要求受托人对第三人的选任与监督其职务的执行负责。^{[15] (P.159)}

2. 宽泛性的原则规定

美国在《信托法重述》中曾先后两次提及谨慎人规则“在信托条款和议会法律没有规定的情况下,受托人应像一个谨慎的人将他自己的财产投资一样,考虑信托财产价值的保护投资收入的数量和周期性,进行信托财产投资。”但这样归纳并没有提供一个切实可行的履行标准,只是充分肯定了谨慎人规制的重要价值。谨慎投资义务的模糊边界,使受托人背负过重的责任。我国《信托法》第25条规定“受托人应当遵守信托文件的规定,为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托财产必须各尽职责,履行诚实、信用、谨慎、有效的管理义务”。该规定不明确导致了制度设计上不仅使委托人权力过大,而且削弱了受托人义务的履行力。受托人如何证明自己已经尽到该种义务存在主观性的解释空间,从表面上看这似乎更方便受托人消极履职,但实际上使得受托人面临更大的职业风险。加上家族信托本身需要一个较长的操作周期才能实现信托目的,在这期间的各种不利因素都有可能最终化为一把利剑指向受托人的这一不清不白的义务。此外,《信托法》第2条赋予了委托人变更信托管理权、撤销权和接任受托人等相当大的权利。一方面是受托人地位的消极被动,另一方面是委托人的强势加持,天平不再平衡。

(二) 利益矩阵里的“红与黑”

信托的设立一般是为了受益人的某种福祉,家族信托中的受益人多数是家族中有血缘关系的亲人,以实现家族财富的传承与保值的功能。财富的管理方式有多种,在综合比较各种财富管理方式的利弊之后,委托人看重的是信托作为一项特殊的法律安排所具有的制度优势,然后是否真能打破“富不过三代”的魔咒,关键取胜点恐怕还在于家族信托所强调的内部治理。在纷繁的利益

格局中,如何建立委托人、受托人、受益人以及其他共同参与主体之间良好的内部治理结构又是一个可商榷的博弈点。

1. 委托人与受益人的撤销权行使之争

《信托法》第49条第1款规定受益人可以行使本法第20条至第23条规定的委托人享有的权利。受益人行使上述权利,与委托人意见不一致时,可以申请人民法院作出裁定。具体分析,可以看出法律赋予了受益人与委托人对受托人的同等权利:知情权、信托财产管理方法调整权、撤销权以及解任权。这样规定有其合理之处,家族信托的周期较长,在委托人因为年老或者疾病等原因而丧失了民事行为能力之时,受益人依旧可以行使上述委托人的部分权利以监督受托人是否谨慎诚实地履职。然而,这里也产生了一个可能的盲点,立法的假设是基于双方是友爱和谐的利益共同体,但现实生活中委托人与受益人的利益并非始终一致,甚至可能会存在价值冲突。立法将该冲突交由法院来裁定,笔者认为有些不妥。首先,委托人意愿是一个变数,从信托设立时到冲突发生,这期间委托人意愿如果出现从文本语义上存在不同解释的情况,法院究竟该掐在哪个时间点来认定呢?这里是否应该有个更明确的判断标准。其次,家族信托强调的是内部治理,我国俗语“清官难断家务事”,法官作为对家族内部情况一无所知的外人,是否真的有能力妥善处理内部矛盾,既合乎法理又通达人情呢?若强行判决是否有可能加剧矛盾,从而不利于信托目的的实现。再次,委托人的民事行为能力判定困难也是一个不得忽视的因素,其意愿的表达在何时符合法律的要求,时过境迁之后难以证明,若受益人以此为借口要求撤销信托又该如何应对?有观点认为,若认定委托人在信托设立后的观念不再影响该信托,则受益人在行使撤销权上具有优先地位;若认定委托人意愿存在于整个信托存续期间,只要委托人存在,其依旧可以变更意愿从而持续指导受托人的管理处分行为,那么委托人优先于受益人行使撤销权。^[13]此时,法院并无介入的需要。笔者建议,可以设立独立的家族信托保护人,但对该保护人的设立标准要高一些,必须是与信托财产利益无涉的并且对该家族内部熟悉、颇得委托人信任的人。

另外,在家族信托设立之后的相当长的一段

时间内,委托人的控制力会逐渐减弱,这种撤销权之争发生的高频时期一般是设立之初到委托人年迈或疾病丧失民事行为能力(死亡)之前。在初期由委托人行使撤销权更有利于挽回信托财产,应该优先行使。在家族信托存续的后期,若发生受托人违反信托目的或者处理信托事务不当致损的情况,委托人虽然有权申请人民法院撤销该处分行为,并可以要求受托人恢复原状或予以赔偿,但不一定方便行使。若对委托人的意愿出现不同的解释或者与受益人发生权利冲突,即使法院可以裁决也会造成时间成本和司法成本的上升,不利于及时保护信托财产。对受益人权益的有效救济实际上不是撤销权的行使,而是信托财产的及时追回,英美法系的受益人追踪权制度或可提供更好的救济借鉴。受益人追踪权虽是衡平法上的创造,其救济方式的效果相当于大陆法系的物权救济。受益权这种对外追及的效力,有学者称之为“信托利益”(即“实质上所有权”)甚至或可称为“超级所有权”。^{[3](P.185)}因此,与其赋予委托人和受益人相同的权利而对行使权利的优先序列不加区分造成冲突,不如根据信托运行的一般规律,划分出具有相似效果但保护的侧重点不同且具有实际可行性的不同权利。分段行使,分权保护,为实现信托目的树立坚实的保护墙。另外,基于家族信托的自由品格,对于可以由任一主体行使的相同权利,我国《信托法》应首先尊重意思自治,增加当事人的协商机制。

2. 受益人之间的挤出博弈

在一项家族信托中,委托人可能会指定多名受益人,或者存在多数人符合受益人的条件,如未出世的子孙辈。在已经可以确定的受益人之间,以及确定的与不确定的受益人之间就受益权的内容和受益权的共享,长期来看势必会产生潜在的挤出博弈。尽管受益方式和是否同等分配是由委托人的意愿决定的,但出于人的自利天性,那种认为受益人越少,单个主体可获得的利益分配才有可能越多的想法是可以理解的并且现实存在着的。受益权的内容包括财产性利益和非财产性利益,在同类性质的权益中这种挤出效应将会更加突出。我国《信托法》第51条虽然规定了设立信托后,委托人可以变更受益人或者处分受益人的信托受益权的四种情形:(一)受益人对委托人有重大侵权行为;(二)受益人对其他共同受益人有

重大侵权行为;(三)经受益人同意;(四)信托文件规定的其他情形。其中,对发生第(一)项、第(三)项、第(四)项所列情形之一的,赋予了委托人解除信托的权利,但对于受益人对其他共同受益人有重大侵权行为的情形并未纳入委托人解除信托范围,概因立法者希望维护信托的稳定存续性,更注重保护委托人的利益,包括生命财产安全。因此,受益人对其他共同受益人进行侵权具有极大的利益诱因和道德风险,如秘密剥夺未出生的婴儿的生命。《信托法》在公益信托部分出现了关于应当设置信托监察人的规定,而家族信托是否可以设立该类监察人则存在空白。虽然家族信托的受托人是基于委托人的信任而管理信托,但目前其往往只是进行消极的管理,对信托设立后产生的收益分配缺乏监管的内在动机,一旦委托人也丧失对信托的监督,受益人的权利便容易扩张,彼此之间互相侵害而无人制止的可能性也会攀升。此时,需要在受益人的博弈之间,安排一个信托守护人或者开辟出灵活的救济渠道。对其他共同受益人实施重大侵权的受益人,立法应明确规定除了委托人可以剥夺其受益权之外,还可以指定受益人之外的第三方或者法院行使委托人的权利。

此外,对于非财产性权利,不同的受益人如果拥有相同的权利范围,是否也会违背了委托人的初衷,《信托法》是否应该留出这种为不同受益人分配不同非财产性权利的弹性依旧值得探讨。^[14]

四、重塑失衡的天平

信托最初是以一种规避法律的手段而出现,因此遭到批评。可是规避法律与法律改革之间的分界线不总是容易分清。事实上,很多后来被证明是成功了规避法律的做法被后人称之为法律改革。^[16]

英美法系中,委托人地位较大陆法系低,受托人需遵守严格的信义义务,且这些国家的社会征信系统比较完善,信息披露相对及时透明,我国在法律移植的过程中,为了满足快速发展的商业信托的需要而忽视了委托人本应具有的“守夜人”角色。但家族信托作为民事信托,私人化特征突出,若过分偏向委托人,忽视互相的协商对话,将不利于受益人的权利保护,且导致受托人从事家族信托的积极性不高,阻碍我国民事信托的发展进程。

大陆法系对受益人权利的实现提供的救济方

式较为间接,集中通过对受托人责任的规定来防范对受益人权利的侵犯。因此,大陆法系的实际做法缺乏从受益人的角度依据不同情况、不同对象(受托人、信托财产、第三人)提供体系化、灵活化的救济措施。正如有学者所言,英美法系在维护第三人利益从而维护交易安全的同时,更注重对受益人的保护,法律规则的设计更加周密、全面,救济方式更加多样,在法律法规的具体化和操作性方面,比大陆法系更胜一筹。^{[17] (P. 317)}

(一)为受托人松绑

1. 规范谨慎投资义务的履行标准

我国《信托法》对受托人的义务规范过于原则性,因此在家族信托中,需要格外明确受托人履行第25条规定的义务的具体要求以及判断是否履行的依据。可以借鉴日本的做法,在谨慎投资人规则中,并不就每一笔投资是否适当进行判断,每一投资作为信托财产正题的投资组合的一部分,投资整体如果是健全的投资的话即可,这种观点成为判断投资是否恰当的基础。^{[18] (P. 78)} 家族信托的信托财产类型多样,理论上可以进行投资组合,基于不同的财产类型和收益率选择不同的投资方式是受托人基于专业判断的结果。只要该笔投资考虑了当时的投资环境以及收益风险的对价,并且符合一个合格的受托人的职责要求和业务能力,应认为该笔投资是谨慎合理的。然而,目前我国只有《信托公司集合资金信托计划管理办法》对信托公司利用组合投资的方式进行了规定,且该《办法》没有就此义务提出具体要求,不利于指引受托人。此外,该项规章的法律效力层级较低,不具有广泛的适用性。

2. 减轻受托人的二次委托责任

目前我国家族信托的受托人主要是法人组织,委托人一般是在充分了解受托人的资信和投资理财能力的基础上选择受托人,这种信任是委托的前提。但随着专业化分工的精细,即使再强大的法人组织,在面对家族信托特定的个性化私人订制要求以及多重资产组合、多元化的收益分配需求时也会捉襟见肘,允许自由的二次委托才能灵活实现信托目的。同时,在理论上,自然人以及非法人组织也可以作为家族信托的受托人,委托人的信任更多是一种综合宏观的信赖,出于私人感情的委托并不为法律所禁止。受托人可以是多数主体,或者自然人与法人、非法人组织的组

合,若过分严格二次委托的责任,不仅是对主体选择的一种变相限制而且是对受托人的不公对待。修订前的日本信托法第26条第2款就委托第三方执行信托事务进行了规定“受托人仅就其选任和监督承担责任。”^{[18](P.115)}2006年修订后的日本信托法更加倾向于尊重当事人之间的合意,将该条解释为任意性的规定。受托人的权利虽然本质上衍生自信托财产管理权,并以委托人的信赖为依托,但家族信托不同于一般的理财工具,更强调的是家族内部的治理,家族精神财富与物质财富的传承并重,不应与商事信托一样,将权利义务牢牢限制在冰冷的一纸合同上,事无巨细地规定受托人的各项责任。对于自己处理信托事务的义务,在家族信托中无需做僵化要求,更不应追究全部连带责任,家族信托受托人只需对代理人的选任和执行信托事务进行监督和约束。

(二) 家族信托财产权的转移应留下可自由协商的空间

在探索信托财产权的本土化设计过程中,大陆法系国家或地区基于本国(地区)的政治经济文化背景存在显著差别,有学者归纳出了三种方案:一是日本、韩国以及我国台湾地区规定由受托人享有信托财产所有权;二是意大利仅确定由受益人享有信托财产所有权;三是信托财产不属于任何人,但受托人和受益人均对信托财产享有权利。^{[19](P.18-20)}该学者进一步提出在我国可由受益人享有信托财产的所有权,受托人享有信托财产的管理权的设想。但该学者依旧没有回答信托财产权是否应发生转移,笔者也无法推断出受益人所享有的所有权是终止之后还是从信托设立之初便享有。至于受托人的财产管理权是信托的应有之意,即使认为该权利是一种新型的用益物权,也无法断言该信托财产权是否发生了转移以及是否应该转移。家族信托是“意定信托”,委托人作为自己财产利益的第一守护人有足够的动机监督和确定利益如何被享有以及如何实现利益最大化。家族信托目的的多元性与交易结构的复杂性要求委托人和受托人自由协商约定,使受托人在“弹性”义务框架下受到积极约束的同时积极作为,为实现委托人利益最大化服务。^[20]出于对信托目的顺利实现的灵活性安排,也出于尊重信托自由的本质,信托财产权的转移应可以由委托人设立的家族信托的类型和期限以及信托目的来决定,在

与受托人的充分协商和精细规划的基础上明确权利享有的状态与期限。扩大家族信托当事人的意思自治空间,是未来信托立法的大势所趋。

(三) 设立家族信托保护人

“信托保护人”的设立最早是在离岸财产保护信托中,他的权力包括:更换受托人,在税收政策发生变化时修改信托条款,任命下一任保护人以及其他一些若委托人处于同等情况下一定会做的决定。^[21]我国《信托法》虽然有关于信托监察人的规定,但目前只针对公益信托而言,并没有在立法上确认其在事务管理类信托上的应用。不同于公益信托,受益人不确定,家族信托中,受益人设置可以是复数,但一般是可以确定的。为了保护公共利益,信托监察人不可避免地具有行政色彩,可以由公共事业管理机构指定。家族信托是私益的民事信托,若复制公益信托中的监察人制度或许会有诸多的不相宜。如《信托法》第65条规定信托监察人有权以自己的名义,为维护受益人的利益,提起诉讼或者实施其他法律行为。在家族信托中,一般由委托人或者受益人提起诉讼或实施其他法律行为,信托监察人越俎代庖的诉讼行为淡化了当事人之间的内部联系和制约,不利于家族信托内部结构的治理,即信托保护人适合以消极的角色介入信托关系,在委托人或者受益人可能面临不利地位和不公的对待却无法自我救济时方可现身。我国家族信托保护人的职责应稍加修改和扩展,虽然通常是由是委托人委派自己信任的人担任,但不应仅仅是委托人在信托事务管理中的一个人格延伸,还应作为受益人的“隐形管家”在受益人尚不知或不能监督信托财产的投资管理时,家族信托保护人居中守护。同时,家族信托保护人在设立后就应是独立于委托人和受益人的意志而存在的,基于良心和法律的约束,以促进信托目的的实现为宗旨而履职。同时,可以借鉴日本和法国的做法,使法院也可以成为家族信托保护人。

结语

家族信托作为一种事务管理类的民事信托,自由是它的应然性品格,我国《信托法》在移植过程中出于解决社会对流动性资金的需求,硬性抑制了信托作为一项特殊的法律制度安排的天性。商事信托大行其道,且以委托人中心进行信托规制导致了信托当事人之间权利义务逐渐失衡。

本文从家族信托的特殊性角度观察,从三方当事人的权利义务安排以及利益博弈下的矛盾出发,认为家族信托中更应尊重当事人的意志自由,增强相关当事人之间的协商对话,期待未来的立法还原信托的授权性属性。

参考文献:

- [1] 陈汉. 梅艳芳“生前信托”的来龙去脉[J]. 家族企业杂志, 2016(3).
- [2] 金梦. 法律博弈论及其核心构造[J]. 江海学刊, 2015(5).
- [3] 方嘉麟. 信托法制理论与实务[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [4] 周小明. 信托制度: 法理与实务[M]. 北京: 中国法制出版社, 2012.
- [5] 张军建. 信托法基础理论研究[M]. 北京: 中国财政经济出版社, 2009.
- [6] 张天民. 失去衡平法的信托[D]. 北京: 中国政法大学博士学位论文, 2002.
- [7] 李有星, 杨得兵. 论家庭信托的历史发展及其当代价值[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2016(1).
- [8] Meagher R. P. Gummion W. M. C., Jacobs Law of Trusts. Sydney: Butterworths, 1986: 3.
- [9] 中国信托业协会. 2014 年信托业专题研究报告[R]. 北京: 中国信托业协会出版社, 2014.
- [10] 谢哲胜. 从商业信托的概念论投资信托的法律构架[A]//谢哲胜. 财产法专题研究(三) [M]. 北京: 中国人民大学出

版社, 2004.

- [11] 赵廉慧. 信托法解释论[M]. 北京: 中国法制出版社, 2016.
- [12] 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[M]. 北京: 知识产权出版社, 2013.
- [13] 潘浩. 家族信托业务开展的法律障碍及其破解[D]. 上海: 上海社会科学院硕士论文, 2016.
- [14] 吴凤君. 家族信托中的权利分配与监督[Z]. 两岸家族信托研讨会论文, 北京, 2014.
- [15] 张敏. 信托受托人的谨慎投资义务研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 2011.
- [16] Austin Wakeman Scott, William Franklin Francher & Mark L. Ascher, J. Scott and Ascher on Trusts(5th ed.) 8(Aspen Publishers 2006).
- [17] 何宝玉. 信托法原理研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.
- [18] [日]能见善久. 现代信托法[M]. 赵廉慧译. 北京: 中国法制出版社, 2011.
- [19] 文杰. 信托法专题研究[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2012.
- [20] 强力, 徐瑞阳. 论受托人注意义务与亲自管理义务之完善[J]. 山东警察学院学报, 2016(1).
- [21] Antony Duckworth, Protectors—Fish or Fowl? Part I, 4 J. Int'l Tr. & Corp. Plan. 1995. p. 131.

收稿日期 2017-12-28 责任编辑 苟正金