

我国公益信托法律移植及其本土化

一种正本清源与直面当下的思考

刘迎霜^{*}

摘 要 我国《信托法》规定的公益信托是英美慈善信托制度在我国的移植。作为一项移植的法律制度,必须正本清源地考察移植对象的本质、法律文本中的法律概念,法解释学中该制度的构成要件,并且直面当下地思考移植制度与本土资源的关系及本土化问题。将英美法中慈善信托移植为公益信托,是对概念的误读,这又导致解释学上对公益信托的构成要件过分强调其“公众性”,反而忽略了慈善信托的本质在于其目的的“慈善性”。在我国已经有公益基金会的情况下,移植慈善信托,应将其作为行为制度来理解和运用,使其能够规制我国现实存在的社会募捐行为。至于本土化实践的公益信托金融理财产品,由以营利为宗旨的商事主体实施以社会公益为目的的公益信托,制度宗旨存在冲突,这类本土化形式不应该在我国得到大力鼓吹。故此,应对英美慈善信托进行“有机性移植”,在我国《信托法》中取消公益信托单列一章的体例而在总则中规定:以慈善为目的而设立的信托是慈善信托,慈善信托的信托财产只能用于慈善事业。

关键词 信托法 慈善信托 公益信托 法律移植 本土化 社会募捐

作为一个后发现代化国家,法律移植是我们不可避免的一条道路。我国 2001 年通过的《信托法》第六章规定了公益信托,是一种典型的法律移植,其来源于英国的慈善信托。然而,在《信托法》实施的十余年里,尚没有一个符合信托法规定的“公益信托”的实例出现。作为制度主要形式的法律制度,其移植显然具有“实用性”动机。公益信托作为法律制度移植到我国在当下面临的困境不得不让我们开始省思。

^{*} 华东师范大学法律系副教授。

本文首先正本清源地从法律移植的视角分析公益信托的移植对象之本质、法律概念和构成要件,然后,直面当下我国慈善事业现状而思考移植对象与本土资源、移植后的本土化等问题。本文认为,英美慈善信托作为一种慈善组织移植到我国,并不实用,在今后《信托法》的修改中应删除“公益信托”一章。我国应将英美慈善信托理解为“一种法律行为及由此行为创设的法律关系”进行移植,使其能够调整规范我国当前广泛存在而又“无法可依”的民间社会募捐行为。

一、移植对象本质的考察:行为制度与主体制度

公益信托的移植,首先必须回答的问题是公益信托是什么。公益信托是信托的一种,因此,对此问题的回答取决于对信托本质的认识。

关于信托的本质,与信托法究竟属于财产法、合同法还是组织法三种不同学说相应。英美法的传统观点认为,信托是一种基于受信任关系而让与财产的行为。英国法律史学家梅兰特是信托合同法说的鼻祖。其认为英国的信托的实质就是合同,甚至认为信托是从合同中分化出来的。^{〔1〕} 1995年约翰·朗拜因发表《信托法的合同基础》一文,主张在信托法中合同要素占统治地位。^{〔2〕} 朗拜因的论文发表后,亨利·汉斯曼和乌哥·太撰写了论文《信托法的作用:比较法与经济分析》,提出信托组织法说。^{〔3〕} 罗博特·西特考夫也认为,信托法应被理解为一种组织法。^{〔4〕} 无论是将信托法视为财产法还是合同法,都是将信托看作是一种法律行为,这与信托组织法说存在重大区别。传统英美法一直将信托视为无偿转让法的分支,信托本质上是一种受信义务约束的财产转让行为。但是,在现实生活中,信托尤其是商事信托实际上发挥了社会主体的作用。^{〔5〕} 故信托组织法说不失为一种务实的说法。

从历史视角审视,信托法的发展与慈善密切相关,并且呈现出从行为到组织的发展规律。中世纪的用益是信托的雏形,它是一种慈善赠与手段。随着用益在衡平法院被逐渐发展成现代意义上的信托,慈善信托的概念随之出现。作为赠与的手段,此时的慈善信托显然应是一种行为。几个世纪后,慈善信托已在英、美、澳大利亚等国家发展为一种制度完整的慈善组织。以英国为例,英国1601年《慈善用益条例》是现代慈善信托制度的起点,其规定慈善信托作为

〔1〕 Joshua C. Tate, “Symposium on the Law of Philanthropy in the Twenty-First Century?”, *Chikent Law Review*, vol. 85, no.3(2010), pp.1045—1072.

〔2〕 John H. Langbein, “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, *The Yale Law Journal*, vol. 105, no.3(1995), pp. 625—675.

〔3〕 Henry Hansmann & Ugo Mattei, “The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis,” *New York University Law Review*, vol.73, no.5(1998), pp. 434—479.

〔4〕 Robert H. Sitkoff, “An Agency Costs Theory of Trust Law”, *Cornell Law Review*, vol. 89, no.3 (2004), pp. 621—684.

〔5〕 John H. Langbein, “The Secret Life of the Trust: Trust as an Instrument of Commerce”, *The Yale Law Journal*, vol.107, no.10(1997), pp.165—189.

慈善机构的范畴。2006年《慈善法》将慈善信托作为社会组织规范,对其登记、监督管理、税费减免等做了规定。^{〔6〕}作为信托的本质,行为与组织二者并不互相排斥。即使持“信托性质合同说”的约翰·朗拜因,也没有仅仅从合同法角度论述慈善信托,而是认为其是一种受普通法和税法约束的“私营公用事业的机构”;^{〔7〕}认为信托是一种组织体的亨利·汉斯曼和乌哥·太也没有否定信托具有合同方面的特质,他们认为强调信托的契约性质是合情理的。^{〔8〕}因此,即使到现代社会,信托已发展为一种商业组织,但是其转移财产类似于合同行为的本质特征,还是依旧不容忽视的。

大陆法系的民事法律制度可分为行为制度和主体制度两类,^{〔9〕}前者诸如合同、遗嘱,后者诸如公司、合伙。行为制度主要由规范行为的成立和生效、行为的性质、行为所产生的权利义务变动、行为主体的内心意思表示和外观、行为方式、行为后果和法律责任等法律规范组成。主体制度主要由主体的种类、设定方式、主体的形式和范围、经营活动、公私法中的权利义务等法律规范组成。

我国公益信托到底是一种社会组织形式的主体制度还是一种法律行为制度?我国《信托法》第60条规定:“为了下列公共利益目的之一而设立的信托,属于公益信托……”此处公益信托又应理解为“组织”或“机构”,因为只有“组织”或“机构”才需要“设立”。根据我国《信托法》对公益信托的定义,以及对其设立批准、监督检查等方面的规定,可以知道,我们的公益信托是一种社会组织。作为法律主体的社会组织,在现代社会,对其调整的法律规范必然体现国家意志,渗入公权力,对其成立和运作有一定的实体和程序要求。相反,若视公益信托为一种法律行为制度,必然强调意思自治,当事人的法律目的可以通过意思表示而实现。通过意思表示,当事人可以自行设定、变更或终止权利义务关系。

虽然法律行为是法律主体的行为,行为制度法律规范与主体制度法律规范往往交织在一起,但是我们移植英美慈善信托为公益信托后,完全是将其本质定位为一种社会慈善组织而不是一种慈善性质的法律行为,不同的本质定位就有不同的制度规范,这也直接决定了其社会实践效果——公益信托作为组织体,其设立实施采许可主义,即应该经公益事业管理机构批准,在进行实质审查后,作出批准与否的决定。而公益信托若定位为法律行为制度,那么只要在信托合同签订或受托人承诺时,该公益信托即成立。

要移植一个法律制度,必须深入它形成的历史。慈善信托本源是一种转移财产的行为,慈善信托还在历史长河中发展出了独特的“近似原则”。慈善信托除了作为组织体的意义之外,作为典型衡平法制度,其还具有在此种行为之上精巧地架构委托人、受托人、受益人三者法律

〔6〕 《The Charities Act 2006》(B) (“The Act defines ‘charity’ for the purposes of the law of England and Wales as meaning an institution.”)

〔7〕 Joshua C. Tate, “Should charitable trust enforcement rights be assignable?”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 85, no. 3(2010), p.1045—1072.

〔8〕 *Ibid.*

〔9〕 例如,商主体和商行为是商法理论的两大支柱体系。参见徐金海:“论商法构造的制度变迁:以商主体和商行为为中心”,《学海》2011年第5期。

关系,创设独特的信托财产理论的意义,而正是这方面的价值为我们大陆法系所不具有。这提醒我们,在慈善信托法律移植时,是否应该进行“有机性迁移”,使“法律与社会存在选择性关联”,^[10]是否也应该考虑将英美慈善信托作为一种法律行为进行移植。

我国《信托法》将公益信托作为一种慈善组织进行法律移植,这是移植对象在法律移植供体中的现存状态,此种亦步亦趋的移植模式似乎无可厚非。但是面对慈善信托这种异于大陆法系传统的法律制度移植,这种完全的制度模仿,“机械性的迁移”,是否能够与我国本土资源相恰,是否能够本土化,下文将进行分析。

二、法律文本的考察:公益信托与慈善信托

慈善信托起源于英国将土地或者其他财物直接捐给教会的慈善用益,从《1601年慈善用益法》(The Charitable Use Act 1601)成为现代慈善信托制度的起点,直到《1860年慈善信托法》(The Charitable Trusts Act of 1860),再到2006年英国最新的一部慈善法——《2006年慈善法》,以及美国法律协会1935年出版的《美国信托法重述》(Restatement of the American Law of Trusts)(2008年3月修订),都是一以贯之地使用“charitable trust”一词。

然而,具有典型英美法特征的慈善信托(charitable trust),飘洋过海来到大陆法系的亚洲国家时,被“转化”为公益信托。日本首先在立法中采用“公益信托”一词,其余各国、地区立法均采用这种表述方式。^[11]我国《信托法》模仿大陆法系亚洲国家的做法,在立法中也是采用了“公益信托”一词。

将普通法系的“慈善信托(charitable trust)”翻译移植为“公益信托”是否妥当呢?这是我们进行法律移植时必须回答的前提性问题。对我国《信托法》采用“公益信托”而不是“慈善信托”的表述,我国有学者从信托分类的角度提出了质疑,认为“使用‘慈善信托’之译称,相比‘公益信托’而言更为贴切”。^[12]笔者也认为,我国《信托法》将慈善信托(charitable trust)翻译为公益信托并不妥当。

慈善与公益两词的内涵并不完全相同。普通法系中,澳大利亚2005年《税收条例》中界定了慈善与公益的区别和关系,“‘慈善’目的必须符合社区的利益。慈善是利他主义的,是体现社会价值和作用的。‘公益’则不需要为了全体社区的利益,但必须至少是为了公众可以察觉的一部分价值而存在,它不能仅仅是为了提供个体利益”。^[13]也即“慈善”是可以为了个别个体的利益,但是,必须是“利他”的。而“公益”则应是为公众的利益,自身利益也存在于公众利

[10] (德)贡特尔·托依布纳:“法律刺激:英国法中的诚信条款或统一之法如何止于新的趋异”,马剑银译,《清华法治论衡》2008年第10辑。

[11] 参见《日本信托法》第66条、《韩国信托法》第65条、我国台湾地区“信托法”第69条。

[12] 解锐:《英国慈善信托制度研究》,法律出版社2011年版,页8。类似观点还可参见何宝玉:《英国信托法原理与判例》,法律出版社2001年版,页296;赵磊:《公益信托法律制度研究》,法律出版社2008年版,页45—47。

[13] 廖鸿、石国亮等编著:《澳大利亚非营利组织》,中国社会科学出版社2011年版,页82。

益当中。从这个角度说,“公益”也是利己。

在汉语里,“慈善”与“公益”的意思并不完全相同。在《现代汉语辞典》里,“慈善”是指“对人的关怀,富有同情心。”“公益”是指“公共的利益(多指卫生、救济等群众福利事业)”。^{〔14〕} 在中国传统文化典籍中,“慈”是长者、强者对弱者的爱,“善”是对他人的友爱和帮助。慈善反映人们以仁慈、同情和慷慨为基础的互助意识,体现了利他主义价值观。虽然公益与慈善都是一种以公德、仁爱、奉献等崇高精神为动机,以志愿的形式提供公共物品和公共服务,以为大众服务为根本宗旨的善行义举,但慈善的主要目的是“安老助孤,济贫解困”,即面对社会弱势群体的社会救助和社会援助。而公益更强调“博爱”,其目的是致力于提升社会大众福利和解决关系人类未来发展的根本问题,比如教育、公平、正义、平等。

此外,从词义上来分析,汉语中的“慈善”与英语中的“charity”接近。在英语中“charity”的意思是对“他人的爱”或是“对有需求的人或贫困的人行善和慷慨施舍”。汉语中的“公益”与英语中“philanthropy”更接近。英语中“philanthropy”的意思是“对全人类的爱”和“增加人类福利的努力或倾向”。因此,从翻译学角度看,我们应采“慈善信托”这一表述更符合翻译学中“信”之准则。

将“慈善信托”译为公益信托,影响了对慈善信托质的规定性的正确理解。质的规定性就是一个事物为了成为这个事物而必须具有的特点。“慈善”是慈善信托的“质的规定性”。在英国法中,一直是通过“慈善(charity)”的含义来判定一个信托是否属于慈善信托。对于一项信托是否为慈善信托,主要是考察其行为是否具有慈善性质。慈善即是帮助他人,利他。故在司法判例中发展出了“私人连接点”这一判断标准。^{〔15〕} 然而,我们将慈善信托(charitable trust)翻译转化为公益信托后,却仅是强调其公益性、公众性,而忽视了其委托人与受益人不得有“私人连接点”这一判断标准,望文生义,代之强调其受益人必须是公众,必须是“不确定的多数人”。以“受益人是不确定的多数”为标准来判定一项信托是否为公益信托,而忽视慈善信托的本质特征——信托目的的慈善性、利他性。

将“慈善信托”译为公益信托,还影响到我国关于公益信托的具体制度设计。“‘慈善’与‘公益’两个概念在公权力介入程度上明显存在差异:慈心善举,多为民间、自愿之作;公共利益,多是国家责任体现。具体到制度设计,慈善信托特别强调:慈善是个人的事情,谁委托、谁受托、谁受益都是公民自主选择的结果,国家干预应减少到最小程度,即限制在保证受托人意愿依法得到实现的范围的。而公益信托则基于发展公益事业的目的,强调政府监管的重要性,试图通过更多公权力的介入为信托当事人提供最大程度的保障。”^{〔16〕}

由于侧重公益性,我国公益信托的具体制度具有较重的行政色彩。一是设立公益信托须进行严格的行政审批。《信托法》第26条规定:“公益信托的设立和确定其受托人,应当经有关

〔14〕《现代汉语小词典》,商务印书馆1983年修订本,页83、182。

〔15〕 本文第三部分将详细分析。

〔16〕 王建军、燕冲、张时飞:“慈善信托法律制度运行机理及其在我国发展的障碍”,《环球法律评论》2011年第4期。

公益事业的管理机构批准。未经公益事业管理机构的批准,不得以公益信托的名义进行活动。”我国公益信托的设立、变更、终止及终止后的清算报告,都需要公益事业管理机构的批准,手续繁复、效率低下,导致《信托法》实施十余年来公益信托制度基本上没有得到实施。另一方面,民间社会募捐活动虽然在性质上属于慈善信托,但是因为没有经过批准,因而不能纳入公益信托法律规范,出现无法可依的问题。二是将公益信托监察人纳入行政管理。《信托法》第64条规定:“公益信托应当设置信托监察人。信托监察人由信托文件规定。信托文件未规定的,由公益事业管理机构指定。”公益信托监察人制度不完全以受益人为本位,对受益人权益的保护有限。^{〔17〕}

由此可见,无论是从信托的分类,^{〔18〕}还是从词语本身的涵义和翻译学要求来看,将“慈善信托”翻译转换为“公益信托”并不妥当。我们进行法律制度移植时忽略了概念的推敲和调适。当然,不可否认,现今普通法中慈善信托实际也在从事教育、环境保护等公益事业,慈善成为公益的一个部分,“公益”是一个比“慈善”涵义更广泛的概念。但是,一个法律概念就是一个法律规则,用“公益信托”代替“慈善信托”确实适用范围更广、包容度更大,但却容易忽略两者的历史传统和内在规范之不同,甚至丢失掉了“慈善信托”的“质的规定性”,带来了法律理解和适用的困惑——也即影响我们对我国公益信托的构成要件的理解和对广大民众发乎慈善之心的社会募捐行为的适用(详见后文第六部分分析)。这也直接导致2001《信托法》公益信托一章虽然是移植英美的慈善信托,但是在具体制度设计上“走样”和“错位”——《信托法》实施十余年来,其设计的公益信托制度并没有得到实施,而属于慈善信托的社会募捐行为却“无法可依”。

三、法律解释的考察:公益信托的构成要件

在英国,一项慈善信托必须满足三个要求:①该信托的目的必须是慈善性的(the purpose or objects of the trust must be charitable);②该信托必须是促进公共利益的(the trust must promote some public benefit);③该信托必须是整体上、绝对性地具有慈善性(the trust must be wholly and exclusively charitable)。^{〔19〕}

对于公益信托的构成要件或其基本特征,我国《信托法》公益信托这一章没有做出具体规定。在我国为数不多的信托法论著中,学者对公益信托的构成要件进行了论述:“公益信托具有三个基本特征,或者说,成立一项公益信托必须满足三个有效要件:信托目的必须属于公益目的,信托必须是为了社会公共利益,信托必须具有绝对的公益性。”^{〔20〕}根据这些论述,似乎可认为我国学界对公益信托构成要件的判断上还是继承或者说是移植了英国慈善信托的三项

〔17〕 同上注。

〔18〕 关于慈善信托与公益信托在英美法中的分类,具体可参见解锟,见前注〔12〕,页8;何宝玉,见前注〔12〕,页296;赵磊,见前注〔12〕,页45—47。本文在此不赘述。

〔19〕 Andrew Lwobi, *Essential Trusts*, (影印版),武汉大学出版社2004年版,页90。

〔20〕 参见何宝玉:《信托法原理研究》,中国政法大学出版社2005年版,页328—333。与此相同的观点还可参见徐孟洲主编:《信托法》,法律出版社2006年版,页201。

构成要件。然而,进一步分析就可以发现,在对“信托必须是为了社会公共利益”(以下简称“公共利益”)这一个构成要件的判断中,我国学者的理解与英国判例法形成的规则存在着区别。我国学界认为:“信托必须是为了社会公共利益”即要求信托的受益人必须是不特定的,……潜在的受益人应当是整个社会或构成社会公众的一个足够大的部分。^{〔21〕}

“公共利益”反映出慈善信托的本质属性,是慈善信托核心价值的体现。英国法院在判例中发展了判断慈善信托“公共利益”的“私人连接点”标准。也即以受益人与委托人之间是否存在私人关系为标准判断一个信托是否为慈善信托。

英国法院在1945年的“康普顿案”(Re Compton)中确认了信托的受益人要构成社会公众的一部分,必须完全基于一种非私人关系,符合与特定个人无关联的特性。“康普顿案”中委托人为指定的三个家庭的后代提供教育设立一个信托。法院认为这不能构成一个有效的慈善信托。主审法官格林勋爵(Lord Green M.R.)指出:一群人可能数量很大,但如果他们之间的连接点是他们与一个或几个共同长辈之间的关系,那么,为了慈善目的,他们既不构成社会公众,也不构成社会公众的一部分。^{〔22〕} 该案的受益人之间基于与一个或几个长辈之间的关系而构成的是一种私人关系,不符合公共利益的要求。基于此,形成了“Re Compton 规则”,即“私人关系规则”。1951年的“奥本海姆诉烟草证券信托案”(Oppenheim v. Tobacco Securities Trust)进一步明确了委托人与受益人之间不能有“私人连接点”(personal nexus)。在“奥本海姆案”中,上议院认为尽管该公司有11万多雇员,但信托的资金被用于英国烟草公司雇员孩子的教育是一个无效的慈善信托。该案的法官西蒙斯提出:尽管该案中受益人可能很多,但是,如果委托人与受益人之间有某种“私人连接点”的话,那么受益人不能成为“公众的一部分”,该信托不具有公共利益。尽管从表面上看该信托的设立完全是为了一个慈善目的,但是因受益人与委托人之间存在“私人连接点”而否定了该信托的“公共利益”性。^{〔23〕}

“公共利益”是慈善信托最本质的特征,但却具有高度的抽象性和概括性。因此,对其的判断最有可操作性的手段在我国公益信托中却转变成了——“受益人是不特定多数”。而英国由判例法发展起来的判断“公共利益”的技术手段则是:确定受益人与委托人之间是否存在私人关系。也就是说,一项信托的潜在受益人即使数量很大,但如果他们与委托人存在某种私人关系,该信托就不具备公共性,因而不能构成慈善信托。对比可以发现,我们这种“受益人是不确定的多数”的具体操作标准与英国法上的“受益人是公众的一部分,受益人与委托人之间不能存在私人连接点”是有很大区别的。前述“奥本海姆诉烟草证券信托案”中虽然受益人有很多,信托设立时也不能确定具体受益人,但是因存在“私人连接点”而不能被认为是慈善信托。如果根据我们对公益信托中公共利益的判断标准“受益人是不特定的多数”,那么该案信托就构成公益信托。

〔21〕 何宝玉,见前注〔20〕,页328—333。

〔22〕 何宝玉,见前注〔20〕,页309。

〔23〕 Philip H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts (Eleventh Edition)*, Oxford University Press, 2009, p.281.

应该说,慈善信托中“受益人不确定多数”确实是其鲜明特点。我国学界甚至将“受益人是不特定多数”作为公益信托的本质特征,放入其概念定义中。“公益信托,是指以社会公共利益为目的而设立的,为将来不特定多数受益人而设立的特殊形式的信托。”^{〔24〕}并且进而发展成“受益人是不特定的多数”这一特点是公益信托区别私益信托的最好办法。“于私益信托,对受益人的数量没有具体的限定,即无论是多数还是一个,只要确指则可;而于公益信托则在数量上必须是多数,绝对不能是唯一的一个”。^{〔25〕}“(公益信托)与私益信托相反,委托人设立公益信托时,具体享受信托利益的受益人必须是不确定的”。^{〔26〕}这导致我们对公益信托的判断存在这样的误区——只要该信托的受益人是确定的一人或少数几个人,那么就不是公益信托而是私益信托,即使该信托委托人确实是居于慈善之心、社会公益之目的而设立该信托。

慈善信托,是以信托目的为标准对信托进行分类和界定的。捐赠人的目的决定了一项信托是否是慈善信托。^{〔27〕}只要信托具有慈善结果,信托的履行将对所有公众或部分不特定的公众带来实质性的社会利益,即是慈善信托,即使该信托设立时只是为了救济某一特定的人。因为,“事实上,该信托中从受托人处取得信托财产的人并不是公益信托的受益人,这些人只不过是管道,而最终的利益获得者是公众,因为公众才是公益信托真正的受益人”。^{〔28〕}

至于“受益人是否确定是公益信托与私益信托的区别”之观点也并不绝对正确。英美法信托的一般规则是,信托必须有明确的受益人,否则该信托无效。^{〔29〕}但是,慈善信托是这一规则的例外。向慈善组织的捐款从来不会因为受益对象不确定而无效。慈善信托在设立时,其受益人可以是不确定的,也即不明确的。^{〔30〕}因此,在英美法中,慈善信托受益人在信托设立时“可以是”不确定的,而不是“必须是”不确定的。这是其作为信托的一个种类,对“信托成立生效需有明确的受益人”这一规则的例外。

美国的慈善信托判例认为,慈善信托的受益人在信托设立时不能是已知的或特定的,但这并不意味着慈善信托不可以有确定的受益人,只要该确定的受益人代表着广泛的社会利益。例如,为愿意去一个小镇执业的人接受医学教育设定的信托,该信托的受益人为特定的人员,但是受益人的执业选择将有益于社会,因此,该信托是慈善信托。^{〔31〕}

即使同样将英美慈善信托翻译为公益信托的日本,也认为诸如对传统艺术的国宝级传承

〔24〕 徐孟洲,见前注〔20〕,页200。

〔25〕 张军建:《信托法基础理论研究》,中国财政经济出版社2009年版,页59。

〔26〕 何宝玉,见前注〔20〕,页25。

〔27〕 Matthew J. Richardson, “Conservation Easements as Charitable Trusts in Kansas: Striking the Appropriate Balance Among the Grantor’s Intent, the Public’s Interest, and the Need for Flexibility”, 49 *Washburn L.J.* 175.

〔28〕 高凌云:《被误读的信托——信托法原论》,复旦大学出版社2010年版,页196。

〔29〕 William M. Mc Govern, Sheldon F. Kurtz, David M. English, *Wills, Trusts and Estates*, West Group, 2001, p.370.

〔30〕 *Ibid*, p.436. See, <The Restatement of Trusts Law> § 364, indefinite beneficiaries, A charitable trust can be created although there is no definite or definitely ascertainable beneficiary designated.

〔31〕 Mc Govern et al., *Supra* note 29, pp.438—439.

人资助的信托,虽然存在确定的受益人,但是该信托根本上是和社会利益相关的,具有公益性,是公益信托。^{〔32〕}并且,“不存在受益人”或“受益人为不确定的多数”等,这些特征并非公益信托所独有。除公益信托外,还存在另外两类信托,其受益人也是不能确定的或不存在受益人的信托。一类即目的信托,^{〔33〕}另一类是集团信托。^{〔34〕}

显然,作为一项法律移植的制度,无论是从比较法视野考察,还是从其本质辨析,都应该认为,“受益人为不特定多数”是该逻辑推理中的“充分条件”而非“必要条件”。我们更不能反论,只要是受益人确定的信托就是私益信托。“受益人为不特定多数”不应该作为公益信托制定法意义上的概念界定,更准确地说应该是对公益信托的特征的描述。笔者推测,我们之所以对公益信托做“受益人为不特定多数”的概念界定,对此做出绝对化的理解,除了缺少对英国慈善信托判例的研究之外,另一个重要原因,就是慈善信托经由日本移植至我国,变名为公益信托,成为与私益信托相对立的一种信托分类。公益信托,望文生义,“公益”就是为了不特定的多数人的利益而进行的行为。我国学者在分析其特征时,除了强调其公益性(慈善)外,就是强调其公众性,即其受益人是不确定的公众。不是出于私心地(即英国法上的“无私人连接点”)救济特定贫困弱势群体,由特定的人享受信托利益的时候就不再属于具有公益性的行为了。慈善信托的本质应是对他人的爱和帮助。考察公益信托的起源和移植路径,笔者认为,我们还是应该对我国的公益信托进行正本清源,应翻译为慈善信托,因为一个法律概念就是一个法律规则。

四、本土资源考察:公益信托与公益基金会^{〔35〕}

法律移植与立法是同质性的活动,需要正当性的证成。法律移植除须进行从制度到制度的微观论证之外,还须审慎考虑法律移植与本土资源的关系,须对拟引入的外来制度与拟被外来制度取代的本土制度或与之功能相似的本土制度进行充分的研究。外来制度能否弥补本土资源的缺陷,是移植时需要慎重考量的因素。

上世纪80年代初我国开始成立自己的基金会,其宗旨和目的与英美法系国家的基金会并无二致,都是以公益和慈善为己任,但是其运作却与英美国家的基金会迥异,英美国家基金会

〔32〕 参见(日)能见善久:《现代信托法》,赵廉慧译,中国法制出版社2011年版,页300—303。

〔33〕 目的信托(purpose trust),是指为某种目的,而不是为了个人或社会公众的利益所设立的信托。例如,建立纪念碑、墓碑的信托,为特定动物的利益设立的信托,为了向对企业的发展做出贡献的人提供奖金为目的而设定的信托等。这种信托就不存在受益人、或者受益人不能确定,但它并不是慈善信托。参见何宝玉,见前注〔20〕,页31。赵廉慧:“目的信托制度比较研究——以日本《信托法》为参考”,《法学杂志》2011年第8期。

〔34〕 营业信托中的集团信托发行信托受益凭证,受益人基于盈利性目的认购受益凭证,这样受益人就有了非特定化的群体性特征,受益人也是多数的,在产品发行之时,投资者认购之前,可以说其受益人也是不确定的。

〔35〕 我国的公益基金会采用的是大陆法系的财团法人制度,从法系视角,本文将公益基金会作为本土资源看待。此外,依时间维度,公益信托无疑是后来者,从此意义上来看,公益基金会也可视为本土资源。

采取的是慈善信托制度,我国基金会的运作仍属于传统的财团法人制度。

当前,我国公益基金会存在不少问题:慈善组织运作不规范、慈善组织负责人的道德风险难防、捐赠财产使用混乱、管理体制不科学、监管不力导致公益资源流失、公益基金增值难和基金会管理费用过高等。这些现象和问题作为佐证,成为理论界说明公益信托(慈善信托)制度引进的必要性。^[36]然而,深入分析慈善信托的制度架构和其在英美国家的运作现状,可以发现上述理由并不成立。

信托的制度架构是受托人持有信托财产的衡平所有权,为受益人的利益管理经营该财产,风险承担者(受益人)与经营者(受托人)是分离的。慈善信托是为了“公众”利益而设立,缺少明确清晰的所有者,这使得慈善信托受托人在整个慈善信托中更为“强大”。在慈善信托中存在高昂的代理成本,用信义务降低代理成本是非常困难的。^[37]因此,慈善信托发展至今,不再仅仅依靠受托人的道德良心来维护信托财产,而是设计了公权力机关代替受益人对慈善信托进行监督的机制。可见,慈善信托与公益基金会一样在强调自律的同时,需要外部的监管。然而,在英美国家慈善信托的监管亦存在着不少问题。英国专门成立慈善委员会,统一负责对慈善信托的监管。同时,检察总长负责对违反信托的公益受托人提起诉讼。尽管这种设计对保护不特定受益人的利益发挥着积极的作用,但是他们的权力有一定局限性,且根本无法替代信托受益人为切身利益对受托人行使请求权的积极性。美国是由州检察长依据《统一慈善信托受托人监督法》来监督慈善信托的运行,但州检察长是选举出来的政治官员,对他来说监督慈善机构回报的政治报酬太少。^[38]因此,如果检察长监督介入慈善信托的管理,往往是为了提高他的政治声誉,而不是为了改善慈善信托运行。一个慈善信托除非因违背信托义务引起媒体关注,成为政治问题,否则检察长审慎监督是不可能的。因此,有学者提出,对慈善信托监督最重要的是“启动调查程序”而不是“阅读年度报告”。^[39]在美国夏威夷州,1995 年被华尔街杂志评为全国最大的、资产超过 10 亿美元的 The Bishop Estate 信托,尽管被指为存在腐败、贪婪、缺少透明度,受托人严重违背了信义义务,但是并没有检察长、法院任命的官员、遗嘱检验法官、高级法院法官或者信托监察人对此展开调查。因此,有学者认为这是“broken trust”,最后导致数名受托人被追究法律责任,成为慈善信托中的丑闻。^[40]可见,慈善信托监管在英美国家也是一道难题。制度安排的监管者也并不是慈善信托有效的“看门狗(watch-

[36] 参见赵磊、崔利宏:“基金会与公益信托关系探析——兼论公益事业组织形式的选择”,《西南民族大学学报》2008 年第 9 期。

[37] Geoffrey A. Manne, “Agency Costs and the Oversight of Charitable Organizations”, *Wisconsin Law Review*, vol.1999, pp. 227—272.

[38] Jonathan Klick, Robert H. Sitkoff, “Agency Costs, Charitable Trusts, and Corporate Control: Evidence From Hershey’s Kiss-off”, *Columbia Law Review*, vol.108, no.4, pp. 749—837.

[39] *Ibid.*

[40] David C. Farmer, “Book Review Broken Trust: Greed, Mismanagement, and Political Manipulation at America’s Largest Charitable Trust,” July, 2006, *Hawaii B.J.*, vol.10, p.1.

dogs)”。^{〔41〕}

因此,在英美国家,虽然非营利组织有信托和非营利公司两种,但是非营利公司是首选。^{〔42〕}与信托相比,与公司相关的法律更加明确,公司法为其股东提供有限责任制度设计,提供更加集中的管理模式和更加明确的董事与经理等管理人员责任追究机制。^{〔43〕}澳大利亚法律规定,慈善事业不再采用慈善信托的形式而是采用慈善公司。这背后的原因就是为了避免慈善信托中存在的欺诈和不当管理。^{〔44〕}

对慈善信托在英美国家的没落,我国也有学者撰文指出:“根据已有的文献,关于慈善信托的发展,大致判断有三:第一,至少在英国、美国、加拿大等国家,慈善信托基本处于停滞半停滞甚至倒退状态。突出表现在:一是基本被弃用……如果有客户让我们来建立慈善组织,应该不会用信托方式……,即便我们有慈善信托形式也不会用。……二是普遍要求转型,直接指向慈善法人……为因应现实发展的需要,在2006年《英国慈善法》中,专门设计了慈善公司组织制度,建议各成员使用。”^{〔45〕}可以说,在英国、美国、加拿大、澳大利亚等国家,慈善信托基本处于被弃用的状态。

当前,我国公益基金会面临的监管难题,应该说是法律执行之中的问题,并不是制度性问题。同样需要外部监管的慈善信托作为慈善组织移植到我国,与公益基金会处于相同的社会环境、相同的国情背景之中,谁又能保证其外部监管的效力就会优于公益基金会呢?我国的基金会在公益基金保值增值方面的积弊也一直被认为是我国公益事业发展中存在的主要问题。因此,营业信托的理财功能,成为我国引进公益信托制度最有说服力的理由之一。^{〔46〕}但是,分析信托的制度因素,可以发现,并非如此。

信托制度中的营业信托作为一种“受人之托,代人理财”的专业理财工具,在财产保值增值方面确实有一定的作用。但是这所谓的专业理财功能,实际上是信托制度发展到一定阶段作为制度主体的受托人通过市场竞争达到专业化时产生的实然结果,而不是在应然的语境下通过制度要素的特殊安排带来的结果。信托的制度要素即最大特征——信托财产的独立性,是信托制度安排中无法为我国现有制度所替代的部分。信托财产的独立性便是信托制度功能的根源所在。信托财产独立可以隔离破产风险,也可以规避依据所有权产生的税收负担,但是这样并不能带来财产的增值。因此,理财优势并不是信托财产独立性这一特殊的制度安排可以

〔41〕 Kelly McNabb, “What ‘Being a Watchdog’ Really Means: Removing the Attorney General from the Supervision of Charitable Trusts”, *Minnesota Law Review*, vol.96, no.4, pp.749-837.

〔42〕 Marilyn E. Phelam, Robert J. Desiderio, *Nonprofit Organizations and Policy* (2nd edition), Thomson West, 2007, p.27.

〔43〕 *Ibid*, pp.27,61.

〔44〕 Alastair Hudson, *Equity and Trusts* (5th edition), Oxon: Cavendish Publishing Limited, 2007, p.1018.

〔45〕 王建军、燕冲、张时飞:“慈善信托法律制度运行机理及其在我国发展的障碍”,《环球法律评论》2011年第4期。

〔46〕 参见高卫民:“公益信托:我国公益慈善的出路样本”,《南方论刊》2011年第10期。

推演出的逻辑结果。也就是说,不能因作为金融业之一的营业信托有理财能力就推断慈善信托较之基金会具有理财能力上的优势。如果按照英美慈善信托作为社会组织的模式引进公益信托,公益信托也与现在的财团法人基金会一样,作为非营利的社会组织,恐怕其理财功能未必会胜过基金会一筹。在美国,慈善信托基金的运作效率低下,增值难,也一样是慈善信托基金存在的一个重大问题。^[47]

并且,在我国现行法律下,公益信托并不是法人,无法解决信托资金存款、利息归属、所得税负担、非资金慈善信托(股权、不动产和动产等)登记及相关税费处理等问题,无法享受国家各种优惠扶持政策。且“慈善信托成立简便,不需要政府部门许可的优势”^[48]在我国也会被《信托法》第 62 条“公益信托的设立和确定其受托人,应当经有关公益事业管理机构批准”的规定而消解。

实践是检验真理的唯一道路,我国《信托法》实施十余年来,没有成立一个公益信托组织,很难说不是因为慈善信托本身存在的上述诸多问题所致。不分析现有制度是制度设计本身的缺陷还是操作运行中的问题,也不考察作为移植对象之制度运行实效,仅仅以现有制度运行中出现的问题来论证移植另一种制度的必要性,在没有实证的前提下,就将外国制度作为解决中国问题的摹本,得出的结论显然经不起推敲,没有说服力。

笔者认为,作为一种组织形式的公益信托,与我国的公益基金会制度在功能上重合,且并不能克服现阶段我国基金会制度运行存在的问题,其在英美法系中的制度优势在我国由于缺少法律传统和制度配套,反而寸步难行。因此,慈善信托作为社会组织,在我国现阶段还没有移植的必要。

五、本土化考察(一):公益信托与公益信托金融理财产品

自从我国 2001 年《信托法》规定了公益信托,学界和实务界广为认可和推崇的公益信托实践就是信托投资公司发行的具有公益捐赠性质的集合资金信托计划。因此,公益信托在我国本土化的发展路径是由信托投资公司担任受托人,发行具有公益性质的集合资金信托计划,公开募集信托资金。此种公益信托金融理财产品得到理论界的大力鼓吹。^[49]然而,此种完全异于英美基金会模式的公益信托在我国本土化实践存在法理冲突和制度障碍。

信托是以信托财产为基础的法律关系,信托财产是信托当事人权利义务所共同指向的对象,没有确定的信托财产,信托便无法设立。因此,信托财产的确定是信托设立时的特殊生效要件之一。此即信托财产的确定性原则。我国《信托法》第 7 条规定,设立信托,必须有确定的

[47] Robert A. Katz, “Let Charitable Directors Direct: Why Trust Law Should Not Curb Board Discretion over a Charitable Corporation’s Mission and Unrestricted Assets”, *Chicago-Kent Law Review*, vol.80, spring(2005), pp. 689—721.

[48] 金锦萍:“论公益信托制度与两大法系”,《中外法学》2008 年第 6 期。

[49] 参见方洁:“公益信托在我国的理论与实践”,《青海师范大学民族师范学院学报》2012 年第 5 期。

信托财产,并且该信托财产必须是委托人合法所有的财产。同样,我国《信托法》第11条所规定的无效信托中即包括了信托财产不能确定的情形。

2002年浙江金信信托投资公司推出的“收益捐赠型慈善公益信托计划”;^[50]2004年云南国际信托投资有限公司推出的“爱心成就未来集合资金公益信托计划”;^[51]2006年云南国际信托投资有限公司推出的“爱心稳健收益型集合资金信托计划”^[52]等这些具有代表性的公益信托金融理财产品都是以信托资金的收益按一定的标准回报给委托人后才作为公益信托的财产,真正运用于公益事业。那么在这些信托设置的时候,该信托计划能否盈利,盈利多少都是未知数,也就是说作为公益信托的信托财产在信托设立的时候还不存在,显然,其不但在法理上与信托财产的确定性原则相违背,实际上也与我国《信托法》第7条的强制性规定相违背。

进一步分析可以发现,这类公益信托金融理财产品并不是实质意义上的公益信托。公益信托的成立要件有三:信托目的法定公益性要件、公共利益要件和绝对公益性要件。在慈善信托中,“绝对公益性”是慈善信托的核心价值之强调。一旦信托的目的含有非慈善的因素或者捐赠人在设立信托时对信托的目的表述含糊,那么该信托就不能成为慈善信托。有英国学者将此归纳为六种情形:第一,捐赠人在表述慈善目的时含混不清;第二,表述的慈善目的中包含其他的私益目的;第三,慈善目的和私益目的被相互交替表述;第四,财产被用于慈善目的或者私益目的,这两种目的被分别表述;第五,受托人被要求适用财产为了一个慈善目的,剩余的财产(信托目的实现之后)用于一个私益目的;第六,设立信托是为了一个私益目的,而剩余的财产则用于一个慈善目的。^[53]显然,我国的公益信托金融理财产品属于第六种情形,是一种将社会公益事业与集合资金信托计划的投资理财功能相结合的理财产品,委托人购买这一产品的目的首先是获取收益,收益超过约定部分才作为其捐赠部分。委托人的目的首先在于投资和营利,只是在此之外附带了一个捐赠合同。购买这一产品的委托人的目的首先是投资和营利,只有其收益超过约定部分才作为从事公益事业的资金。所以其法律性质应是附捐赠合同的营业信托,并不是公益信托。其实,信托公司自己也是将其视为“一种全新的公益性金融理财产品”。^[54]显而易见,我国此种公益信托本土化实践实质上是借“公益”之名,行“营利”之实的金融理财业务,是一种“异化的公益信托”。

其实,将此类信托公司发行的公益信托产品计划视为我国《信托法》实施以来的公益信托

[50] 该公益信托计划到期后,本金归还委托人,由信托财产所产生的收益直接划入金华市慈善总会指定的账户。参见沈佩玲:“全国首例慈善公益信托计划为何出师不利”,《中国民政》2003年第9期。

[51] 该信托计划约定,信托利益中信托计划财产收益率小于等于当期银行一年期存款利率乘以110%的部分,分配给受益人;超出的收益部分,委托受托人直接捐赠给云南省青少年发展基金会,用于“爱心成就未来”特别助学行动。参见王江、杨牧源:“云南公益信托资金实现较好收益”,2007年6月21日,http://www.yn.xinhuanet.com/newscenter/2007-06/21/content_10359940.htm,最后访问日期:2012年3月13日。

[52] 该计划预期收益为2.475%,投资收益超过2.475%部分将捐赠给云南省青少年基金会,用于修建希望小学。参见李玲艳:“云南省第二只公益信托产品出炉”,2006年4月20日,http://yn.xinhuanet.com/newscenter/2006-04/20/content_6802075.htm,最后访问日期:2012年3月13日。

[53] J.G. Riddall, *The law of Trusts*, Butterworths & Co. Ltd, 1987, pp.121-126.

[54] 喻波:“透视云南首个公益型信托项目”,《云南经济日报》2005年5月24日,第2版。

本土化实践,是理论界的一厢情愿。我国学者在论述公益信托的构成要件时也强调公益信托的“目的排他性”。“委托人设立信托可能会出于一个或几个信托目的,这些信托目的中只要有任何一个目的具有非公益性,则该信托不能成立公益信托,也就是说,法律只有在该信托的每一个信托目的都必须具有公益性时才认定其为公益信托”。^{〔55〕}其实,实务界也认为,此类“低于一般市场资本回报率、资金使用人不从中盈利、有利于社会弱势群体的信托计划应是准公益信托”。^{〔56〕}进而呼吁,要将投资额适当放宽,参与人数解禁,赋予准公益信托推广手段。但我们是否真需要如实务界人士所提倡的,发展培育此类准公益信托呢?

公益信托金融产品还在实践运作中存在制度障碍。由于公益信托的制度功能与营业信托的制度功能不同,法律规制不同,两者整合在一起必然遇到制度规制的冲突。例如,上述“爱心成就未来集合资金公益信托计划”等均受到《信托投资公司资金信托管理暂行办法》规定的“信托投资公司集合管理、运用、处分金额不得低于人民币5万元(含5万元),集合资金信托不能超过200份”等的种种限制。2005年国际信托投资有限公司发行的“中华慈善公益信托”则是通过银监会特批的方式突破了这些限制。由此可见,若由信托投资公司发展公益信托,需要通过特批突破现有制度。但特批终归不是法治之道。我们必须正视法律对于公益事业所持有的鼓励态度与对营利组织所持有的规制态度有着显著区别。不同的主体定位及立法理念客观上要求不同的组织结构和法律适用。信托公司作为公益信托的受托人,因其营业性质的主体资格受到了《信托公司管理办法》的特殊规制,同时,其履行公益信托受托人义务的行为又因其业务活动的商行为性质而受到《信托公司集合资金信托计划管理办法》的特殊规制。因此,此类“准公益信托”在现行立法下的以公益信托金融理财产品的方式实施必然被置于营业信托的法律适用框架之下。

作为公益组织的公益信托,其致力的目标是对公益基金的管理运用,怎样把钱安全有效地送到那些最急需的救济者手里,达到边际效用的最大化,追求的是一种“散财之道”。作为慈善事业的从事者,应对公益事业抱有强烈的热情和意愿。但是,信托投资公司作为市场经营主体,营利是其首要目标。不同社会价值定位及立法理念客观上要求不同的组织结构和法律适用。我们不能忽略这些先天差异,而取而代之地对信托公司理财功能与我国公益事业现实发展中公益基金保值增值困境之契合性大力鼓吹。营业信托和公益信托制度的功能、目标追求不同,必然导致难以共存,公益信托金融理财产品存在的法理困境和现实制度障碍是必然的。

这类公益信托形式不应该在我国得到大力鼓吹和发展。公益信托的制度功能与营业信托的制度功能不同,法理规制不同,两者整合在一起必然在实践中遇到困境和制度规制的冲突。我国公益信托在本土化过程中之所以发展此种“异化的公益信托”,以“公益”之名,行“营利”之实,并且还得到理论界的大力鼓吹,根源还在于我们移植公益信托时,对其认识存在偏差。

信托作为法律移植,在我国是立法先导。我国对英美信托制度进行立法移植,完全是基于

〔55〕 徐孟洲,见前注〔20〕,页203。

〔56〕 乔文湘、夏瑜杰:“准公益信托的可行性研究”,《现代管理科学》2011年第5期。

商事信托灵活适应了现代商品经济日益复杂的需要,因此,商事信托在我国整个信托制度构建中居于中心地位,使其成为立法者构建公益信托制度时的障目之叶。实践中,对商事信托的过分关注又导致了对公益信托制度功能定位的模糊不清,进而导致制度构建思路的混乱和受托人立法选择上的失误——期望以营利为宗旨的商事主体实施以社会公益为目的民事公益信托,最终将是“公益性”服从于“营利性”。以“赢利”为目的的公益信托金融理财产品并不是一条正确的本土化道路,在我国慈善事业发展中,其也是不可持续的。

六、本土化考察(二):公益信托与社会募捐

在我国慈善事业中,广泛存在着社会募捐形式的民间慈善活动。社会募捐是一定的自然人、单位或组织自发地为特定的救助对象,向不特定的社会公众公开募集捐资,并将募集善款用于特定救助事项的行为。我国《公益事业捐赠法》规定的捐赠行为是指向依法成立的公益性社会团体和公益性非营利事业单位捐赠财产,用于公益事业,其受益人是不特定的。^[57]而本文讨论的社会募捐在我国社会生活中广泛存在,其在募捐原因和受益人方面是有特定目的与对象的。因此,这种社会募捐行为没有纳入我国《公益事业捐赠法》规范之中。由于我国社会救助体系不发达,在社会成员遇到不幸出现困难时,往往是通过社会募捐来解决。然而,我们学理上未明确界定社会募捐的法律性质;由于法律性质不明,导致围绕捐款余额所有权归属的“爱心官司”频频出现,并且司法实践中个案的判决也千差万别^[58]——这是我国当下慈善事业中存在的,必须直面解决的一个法律问题。

对社会募捐的法律性质,学界出现了广泛的探讨和争论,先后出现了赠与合同说、代理行为说、无因管理说、特种赠与说、名义受赠说等几种学说。^[59]对于这几种学说,冷传莉教授的《社会募捐中捐款余额所有权问题探析》一文一一进行了批驳,其认为社会募捐是一种利他赠与合同,捐款人是利他赠与合同当事人中的承诺方,募集人是利他赠与合同当事人中发出要约一方,社会募捐中的受益人属于利他赠与合同的受益人,处于利益第三人的地位,而非合同当事人。笔者认为社会募捐行为并不是利他赠与合同,具体分析如下:^[60]

“利他合同”是指合同双方当事人约定,由债务人向第三人履行债务,并且基于合同约定,

[57] 参见《中华人民共和国公益事业捐赠法》第2条。

[58] 参见杨丽珍:“全国首例追索募捐款案引起的法律思考”,《西北大学学报》1998年第4期;钟俊、李功国:“余其山诉广西横县地税局案评析——兼论社会募捐行为的性质”,《兰州大学学报》2004年第5期;曾言:“论社会募捐剩余财产的所有权归属”,《湖南社会科学》2008年第6期;熊宇翔:“明晰有关(公益)信托的几个概念——以广西横县‘爱心官司’司法判决为例”,《山西经济管理干部学院学报》2005年第3期。

[59] 参见冷传莉:“募捐行为法律性质之探讨”,《贵州大学学报》2004年第4期;冷传莉:“社会募捐中捐款余额所有权问题探析”,《中外法学》2006年第2期;伏蓉:“社会募捐善款余额的归属问题探析”,《知识经济》2011年第5期;曾言,同上注。

[60] 因笔者对冷文中对其他几种观点的批驳都表示赞同,为了节省文章篇幅,在此仅分析冷文所主张的“利他赠与合同说”。对其他观点的分析请参见冷传莉,同上注。

第三人获得针对债务人直接履行请求权的合同。^{〔61〕} 利他合同本身是对合同效力相对性原则的突破。利他合同具有两个基本特征:其一,利他合同中债务人向第三人履行,并不向债权人履行;其二,利他合同中,第三人直接取得请求债务人给付之权,并依此享有对债务人的诉权。利他合同成立要件之一就是“须以第三人直接取得债权为内容,向第三人为给付,必须是契约的内容”。^{〔62〕} 根据利他合同的基本特征可知利他赠与合同与赠与合同的区别在于:赠与人直接向第三人履行合同,并且受益第三人直接取得给付请求权,享有请求赠与人给付的权利。

现实中社会募捐的运作过程是,募集人因某特定事项、特定人困难处境而发布募捐倡议,社会公众捐资,所捐资金交付给募集人,再由募集人将募集得来的资金交付给处于困难境地需要帮助的特定人,以解决其生活困难,救助危难。很明显,由于社会募捐中捐款人是将捐资交付给募集人,并没有直接交付给受益人,并不符合利他合同的基本特征和构成要件,并不是利他赠与合同。因此,笔者认为,冷文中的对社会募捐法律性质的“利他赠与合同说”并不正确。

我国学者按照大陆法系传统民法原理来理解分析社会募捐,在募捐剩余财产余额归谁所有的问题上,遇到了难以解决的困难。社会募捐的财产是用于扶危济困,在困难已经不存在的情况下,社会募捐的剩余财产归属于谁?在现有大陆法系民法理论中,要么归属于捐款人、要么归属于募捐人、要么归属于受益人。归属于捐款人,捐款人分散众多,且还有可能是匿名捐款,并且剩余捐款余额如何在捐款人之间分配,这些都无法操作执行。归属于募捐人,违背了捐款人捐款的初衷,并可能使社会募捐行为成为非法集资诈骗行为。归属于受益人,那么社会募捐中就可能出现募捐目的异化问题,巨大的捐款数额会使捐款者行为与其扶贫济困的目的相悖,可能会出现受益人因获得巨额捐款而“一夜暴富”的情况,这也等于欺骗了捐款人的善良情感。基于朴素的感情认知,大家都觉得社会募捐剩余财产应该继续用于公益事业。为此,我国学者按照大陆法系民法原理来理解分析社会募捐行为,面对募捐剩余财产余额问题都提出自己的观点。例如,采用“赠与说”的观点认为,各方当事人对社会募捐剩余财产享有一个不完全的财产权,其占有、使用、收益、处分各项权能分属于不同的权利人。社会募捐剩余财产的本质属性是具有公有性质的私人财产。^{〔63〕} 又如,冷传莉教授的《社会募捐中捐款余额所有权问题探析》一文即指出社会募捐中的受益人享有债权请求权,但它不因行使请求权而获得捐款(含捐款余额)的所有权。^{〔64〕} 但是,根据其“利他赠与合同说”,受益的第三人直接请求捐款人交付捐款,并享有募捐财产的所有权,那么理所当然,捐款余额也归受益第三人所有。显然,这些观点的提出与其对社会募捐行为法律性质的分析并不一致,“为赋新词强说愁”,缺乏理论基础,并不是建立在对社会募捐行为法律性质分析基础之上的逻辑推理得出的结论,有牵强附会之嫌。而在司法实践中,法官采用“赠与加代理”的判决思路解决剩余捐赠物归属问题,即使审

〔61〕 F. Angeloni, *Del contratto a Favore Diterzi*, Bologna, 2004, p.11. 转引自薛军:“‘不真正利他合同’研究——以《合同法》第64条为中心而展开”,《政治与法律》2008年第5期。

〔62〕 黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,页563—564。

〔63〕 参见曾言,见前注〔58〕。

〔64〕 参见冷传莉,见前注〔59〕。

判案件的法官也认为只是“权宜之计”。〔65〕

大陆法系的民法理论无法规范社会募捐行为。这时是否可以尝试将目光投向与大陆法系利他合同一样都是“使他人获得利益”的制度设计——慈善信托制度呢？〔66〕

信托作为架构和调整三方主体法律关系的法律制度，其基于衡平理念构建了委托人、受托人、受益人之间的权利义务关系。在信托的法律架构中，受托人从委托人那里接受财产权的转移，虽然财产权自委托人转移给受托人，但该财产权并不是为了受托人本身的利益而转移的，它是为受益人的利益而转移的。“为受益人的利益”意味着由受托人的管理和处分行为所产生的所有实际利益都将全部归属于受益人。对比我国社会募捐的实际运作过程和捐款人、募集人、受益人之间的法律关系，可以发现信托这种法律架构与之完全契合。“衡平法中的信托制度包含了两方面的分离规则：关于财产授予的规则和关于对受信任人和他们权利的对象之间对应义务的规则”。〔67〕前者即信托财产独立性规则，后者即信义义务规则。将信托的这两个规则运用于社会募集行为，可以发现，前者正好可以解决社会募捐中剩余财产归属的问题，后者正好可以解决社会募捐款物的管理问题。

信托财产独立性规则是指，信托财产为信托目的而独立存在，具有与各信托当事人相互独立的地位。首先，信托财产独立于委托人的财产。其次，信托财产转移给受托人后，成为受托人的名义财产，但并不是受托人的固有财产，受托人并不能自由处分，还要受信托目的拘束。最后，就受益人而言，其虽然对信托财产享有信托利益，但这只是一种利益请求权，信托财产并不是受益人的自有财产。公益信托作为信托的一种，其信托财产同样只属于“信托目的”。并且公益信托的信托财产与私益信托的信托财产相比，更加特殊，因其公益性，英国法发展了一项仅仅适用于慈善信托的“近似原则”。“近似原则”是指慈善信托设立之后，信托目的已经实现或已经不能实现的，剩余的信托财产应当用于与原信托目的相近似的慈善目的。〔68〕我国《信托法》公益信托一章也采纳了英美慈善信托中的“近似原则”。〔69〕因此，我们如果用公益信托来构建和规范社会募捐，那么因社会捐赠形成的捐赠物不属于任何人，其是为救济困难的目的而存在，其剩余财产应采用公益信托中的近似原则。这样，社会募捐中的剩余财产的归属难题就迎刃而解了。

我国当前的社会募捐中除了剩余财物的归属纠纷之外，还存在着社会募捐款物的管理支

〔65〕《黄宁、顾云诉江苏省如皋师范学校附属小学募捐余款权属纠纷案》，载江苏省高级人民法院审判委员会主办：《参阅案例》2005年第12期。

〔66〕其实，我国民法学前辈史尚宽先生也提出了社会募捐就是一种信托行为的观点。“由数名之发起人向多数人之募集捐助，例如为友人遗属之生活费用或为某体育运动会会员参加世运之旅费，募集捐款。此时发起人并不因此而受利益，不应认为受赠人，应认为有为募集目的的使用之义务之信托的让与。”参见史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版，页145。

〔67〕张天民：《失去衡平法的信托——信托观念的扩张与中国〈信托法〉的机遇和挑战》，中信出版社2004年版，页41。

〔68〕Philip H. Pettit, *Supra* note 23, pp.334—335；何宝玉，见前注〔20〕，页346。

〔69〕我国《信托法》第72条。

配问题及由此产生的募集人挪用、侵占、克扣捐款的纷争。^{〔70〕}如果用慈善信托法理来规范社会募捐行为的话,就可以采用信托中的信义义务规则规范募集人的行为。在社会募捐运作期间,募捐财物由募集人作为受托人管理和支配,募集人负有信义义务,应忠实地、以履行自己事务的注意程度管理募捐财物。

社会募捐最突出的特点是受助人和受助原因特定。据此,我国学界有人认为社会募捐是一种私益信托行为。私益信托是指以实现一般私人利益为目的的信托。社会募捐中的捐款人(委托人)的捐款并不是出于其私人利益,而是发乎慈善之心,社会募捐救助特定陷入困境的人,有助于该特定的受益人,但救济社会弱势群体,最终将惠及整个社会。因此,该信托的目的是慈善性的、公益性的。私益信托与公益信托是以信托目的为标准的信托学理分类,以此为标准,显然社会募捐是公益信托。并且,即使秉持社会募捐是私益信托之观点的学者,在论述社会募捐剩余财产问题时最终还是借鉴了公益信托“近似原则”分析该问题。^{〔71〕}笔者认为,之所以学界会出现社会募捐是私益信托的认识,就缘于本文第一、二、三部分分析的,《信托法》在公益信托法律移植对象的本质的选择上,将公益信托规范为一种社会组织,而不是一种行为和法律关系;法律概念移植时将慈善信托移植为公益信托,同时在法律解释学中“受益人为不确定的多数人”视为其构成要件中的必要条件之误。

面对我国广泛存在的社会募捐行为,我们应该正本清源英美慈善信托法理,将其视为一种法律行为制度,采用“有机性迁移”的法律移植模式,以此规范调整我国广泛存在的社会募捐行为,这正是我国当前慈善事业发展所必须的,也正是我国移植公益信托可行的本土化路径。

七、结 论

我国的《信托法》在缺少理论储备的情况下移植了英美法的慈善信托,^{〔72〕}模仿日本、韩国和我国台湾地区,将慈善信托翻译为公益信托,且没有进行本土资源的考量,忽略其与公益基金会制度重叠问题,机械性将其作为社会组织的一种进行规定。

移植后,重引进轻消化,法解释学中错误地将“受益人为不特定多数”理解为英美慈善信托“公共利益”性之核心法律要件,而没有深入研究慈善信托判例所形成的“私人连接点”规则。这又直接影响公益信托在我国本土化适用,导致现实生活中大量存在的发乎慈善之心的完全符合慈善信托法理的社会募捐行为无法可依,严重影响了广大公众行慈向善的热情和积极性。

〔70〕 参见“蒋鲜丽诉陈马烈、《家庭教育导报》社赠与合同纠纷案”,《中华人民共和国最高人民法院公报》2003年第4期。

〔71〕 参见邱耀敏:“非公益募捐余款归属制度研究”,《法制与经济》2011年第6期。

〔72〕 2001年《信托法》颁布之前,我国没有一本研究公益信托的专著。在中国期刊网以“公益信托”为检索词查找论文,只有谭振亭:“论公益信托与我国《公益事业捐赠法》之完善”,《贵州省政法管理干部学院学报》2000年第4期;张黎:“公益信托法律关系刍议”,《南京金融高等专科学校学报》2001年第4期。可见,《信托法》颁布后,我国在立法层面引进了公益信托,学界才开展对此的研究。

也正是由于理论研究的不足,面对实践中存在大量以公益信托之名发行的金融理财产品之乱象,我国学界表现了突出的灵活务实态度,大力倡导以信托投资公司发行公益性金融信托产品来走我们自己的公益信托道路。^{〔73〕}这将使公益信托制度功能定位模糊不清,期望以营利为宗旨的商事主体实施以社会公益为目的的公益信托,最终将是公益性服从于营利性。故此,公益信托此种本土化路径并不可取。

信托首先是一种法律关系,是一种财产处分模式。慈善信托也不例外。其次才是建立在此种法律关系上的社会组织。笔者认为,在我国已经有公益基金会的情况下,移植慈善信托,应将其作为一种法律行为来理解和运用,将其用于规制我国现实存在的社会募捐行为。这就是我国移植慈善信托的意义所在!在今后我国《信托法》的修改中,我们应该取消公益信托单列一章的体例,而是在总则中如此规定慈善信托:以慈善为目的而设立的信托是慈善信托。慈善信托的信托财产只能用于慈善事业。

Abstract: The public trust is transplanted from charitable trust in Chinese (trust law). It is necessary to research the essence of public trust, its legal concept, and the components in law hermeneutics. And another necessary research concerns the relation between the transplanted system and local resource in order to push on the localization. It is wrong to transplant the charitable trust into the public law. And it is unsuitable to focus on the "public" of public trust, however ignoring the "charitable" aspect. The legislature should use the public trust to regulate the social offering. It is not advisable to advocate the localization of the financial trust products. The public trust should be regulated through general rules in Chinese (trust law), because the charitable trust is the trust whose purpose is charitable and its property should be used by charitable enterprise.

Key Words: Trust Law; Charitable Law; Public Law; Legal Transplantation; Localization; Social Offering

(责任编辑:邓 峰)

〔73〕 朱志峰:“公益信托的法律特征及我国模式的探索”,《当代法学》2008年第6期。