

# 后《慈善法》时代慈善信托制度的反思与重构

李德健

**[摘要]** 慈善信托包括慈善属性、信义属性与身份属性三大要素。《慈善法》颁布后,慈善信托在这三个方面面临慈善内涵不清、信义义务不足、身份名实不符的制度困境,抑制了其发展潜力,并诱发道德风险与利益失衡。通过反思我国慈善信托制度继受路径可发现,兼采彼此冲突的慈善内涵,重民法传统而轻信义法理,采行为定性而弃组织身份,是构成这些制度困境的深层原因。为此,应重构本土化的慈善信托法制体系:拓展目的范围、细化公益原则、强化民间自治,以优化慈善内涵保障机制;明确基本类型、细化具体要求、确立志愿托管,以完善信义义务特殊规则;明确非法人慈善组织身份、推行慈善组织一体化规则,以确立组织身份配套制度。

**[关键词]** 慈善信托;慈善法;慈善属性;信义属性;身份属性

慈善信托扩大了社会公众从事慈善事业的法律渠道,满足了不少爱心人士定制化的慈善捐赠要求,同时可以通过更为专业的方式参与慈善、投资甚至公益金融,在规模度、灵活性与专业性等方面具有得天独厚的制度优势。但《慈善法》颁布后,慈善信托发展尚面临诸多制度问题,不管是财税优惠待遇不到位,抑或初始财产鲜有非现金资产等,都颇受业内与公众诟病,抑制了慈善信托的发展潜力与质量。为此,本文试从慈善属性、信义属性与身份属性这一慈善信托构成要素出发,系统解析其当前制度困境,并通过我国慈善信托制度的域外继受逻辑来反思现有制度困境的深层原因,进而探索更为妥当的本土化法制改革方案,为有效助推慈善信托在慈善事业中积极发挥作用提供理论参考。

## 一、慈善信托发展的制度困境解析

在学理上,我们可以将慈善信托划分为慈善属性、信义属性与身份属性三大要素。其中,

**[作者简介]** 李德健,浙江工业大学法学院讲师、福利与法治研究中心副主任,英国利物浦大学法学院慈善法与政策研究中心法学专业哲学博士。主要研究方向:民商法基础理论、慈善法与政策、社会法、信托法。  
**[基金项目]** 浙江省哲学社会科学规划课题“后《慈善法》时代互联网募捐法制困境与对策研究”(20NDQN256YB);浙江省民政政策理论研究规划课题“我国慈善信托制度改革研究”(ZMJF201910)。

慈善属性是区分慈善信托与私益信托的核心特征,是慈善信托法制宗旨所在。信义属性是信托基本特质,其通过信义义务来发挥规范内部机构行为、预防化解道德风险的常规作用;同时在慈善信托中,信义义务还具有保护慈善目的、维护慈善信托公信力的特殊制度功能,以捍卫慈善信托的慈善属性。在此基础上,身份属性最终使得慈善信托区别于其他慈善组织或活动,并在很大程度上决定了究竟是适用组织法还是行为法来治理慈善信托,从而更有针对性地保障慈善信托的慈善属性与信义属性。经由这三大要素来透视目前慈善信托的制度环境,可发现其正面临慈善内涵不清、信义义务不足与身份名实不符的制度困境。在后《慈善法》时代,这些制度困境抑制了慈善信托发展潜力,催生了其运行中的道德风险,并导致相关主体间利益失衡。

### (一) 慈善内涵不清抑制发展潜力

慈善属性是慈善法制的逻辑起点与制度终点,其要求慈善组织与活动必须在法定慈善目的范围之内,符合公益原则,同时具有民间自治<sup>①</sup>特性。慈善信托亦不例外。但在这方面,我国慈善信托发展面临着慈善内涵不清的制度困境,抑制了其发展潜力与规模。

第一,在慈善目的范围层面,一方面,《慈善法》大大拓展了慈善传统范畴,另一方面,实践中存在监管者将慈善目的范围限缩解释的趋势。事实上,《慈善法》颁布前,慈善作为法律术语鲜有使用,<sup>②</sup>更常见的是“公益目的/事业”<sup>③</sup>这一表述。《慈善法》颁布后,作为法律术语,慈善的范围从传统济贫<sup>④</sup>拓展到了包括科教文卫体在内的诸多具有公益性的活动领域(第3条)。但是,《慈善法》对《信托法》中公益信托这一法定概念与制度的保留以及监管者对“公益慈善类社会组织”概念的提出,使得实践中还是存在将慈善目的范围限定于传统弱者帮扶的倾向。例如,2018年公布的《社会组织登记管理条例(草案征求意见稿)》第10条将“公益慈善类社会组织”的目的范围表述为“扶贫、济困、扶老、救孤、恤病、助残、救灾、助医、助学”。这种理解方式不仅与《慈善法》将慈善目的范围从“小慈善”拓展为“大慈善”的做法<sup>⑤</sup>背道而驰,而且会消极影响到未来可能被认定为慈善信托的数量;而诸如动物保护等《慈善法》中并未明文规定的目的,在实践中更是不易被认定为慈善目的。

第二,在公益原则层面,“不特定多数人”标准存在解释难题。这里的公益原则并非指代“公序良俗”,<sup>⑥</sup>而是判定是否构成慈善目的的重要标准。《慈善法》并未系统规定公益原则。而官方出版物多采用“不特定多数人”的范畴来解释公益原则,<sup>⑦</sup>但这种理解存在不少问题。一是“不特定”存在解释难题。例如,对于大学基金会,其受益对象就是该大学。但其显然是特

① 李芳、黎颖露:《论我国慈善立法中慈善组织认定制度的建立》,《民商法论丛》2016年第60卷;段祥伟:《慈善组织参与养老服务救助问题研究》,《社会政策研究》2019年第3期。

② 作为例外的有《公益事业捐赠法》第10条规定的“基金会、慈善组织等社会团体”。

③ 参见《公益事业捐赠法》第5条,《信托法》第63、72条,《基金会管理条例》第8、33条。

④ 将慈善理解为济贫的这一思路,在大陆法系具有一定普遍性。参见 Hubert Picarda, "Harmonising Nonprofit Law in the European Union: An English Perspective and Digest," in Klaus J. Hopt, Thomas von Hippel (eds.), *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge University Press, 2010; 日本《公益信托法》第2条。

⑤ 陈斌:《改革开放以来慈善事业的发展与转型研究》,《社会保障评论》2018年第3期。

⑥ 李德健:《英国慈善法研究》,法律出版社,2017年,第230-231页。

⑦ 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编:《中华人民共和国慈善法释义》,法律出版社,2016年,第8、23、126页。

定化的。<sup>①</sup>另外，如果受益对象范围极为广泛，但每个具体受益对象身份在设立慈善信托之初就是具体确定的（例如某市登记在册的低保户），则是否满足不特定性也是问题。二是就“多数人”的表述而言，并不存在可操作的具体界定标准，在判断时极有可能引发争议。

第三，在民间自治层面，该特征并未得到明确界定与充分保障。慈善信托的民间自治特质在制度层面并未得到很好地体现。例如，其一，根据《慈善法》第46条，实践中只有慈善组织与信托公司可担任慈善信托受托人。这使得受托人资格成为慈善组织与信托公司的特权，过分限缩了委托人自主决定受托人人选的权利。其二，将公益信托设立时的许可制，改为慈善信托设立时的备案制，从形式上看是放松管制，但基于《慈善信托管理办法》等政策的抽象性与模糊性，民政部门具有很大自由裁量权，使得备案制在实务上与许可制并无太大区别。其三，当前慈善信托多以货币为信托财产，鲜有选择不动产、股权<sup>②</sup>等作为信托财产者。这都反映了现有税收优惠等方面的制度对慈善信托自治性与“享有税收优惠的正当性”<sup>③</sup>缺乏充分尊重。

## （二）信义义务不足催生道德风险

对于慈善信托而言，信义属性要求受托人承担信义义务：为慈善目的利益最大化而服务，以保障慈善信托的社会公信力。<sup>④</sup>但在这方面，我国慈善信托恰恰面临信义义务不足的制度困境。这使得现有义务规则无法有效回应实践中的道德风险，不利于维护慈善信托的慈善属性。

第一，现行法对信义义务重大类型缺乏规定。信义义务的核心类型即忠实义务（*duty of loyalty*）。<sup>⑤</sup>但我国《信托法》并不存在“忠实”的法律表述，而只是在第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，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。”但是，“诚实、信用”远未达到忠实义务的较高要求。这种规定容易诱发实践中受托人的道德风险。

第二，现行法对信义义务的规则设计过于简略。我国法虽然存在规制利益冲突问题的几个条款（如《信托法》第26—28条），但对于哪些自己交易行为构成忠实义务违反行为，为第三人利益的行为是否构成忠实义务违反行为，如何处理受托人同时担任复数信托受托人时其各自受益人的利益冲突，缺乏系统规则设计。在没有判例法支撑的制度背景下，单纯的几个条文规定根本无法应对现实中异常复杂的利益冲突、关联交易问题。

第三，现行法对慈善信托的信义义务规则缺乏针对性。《慈善法》《信托法》对慈善信托受托人鲜有规定特别的信义义务规则，因此无法结合慈善自身特点而设计相应义务要求。例如，有别于英国慈善信托受托人几乎都是不收取任何报酬的志愿者，<sup>⑥</sup>我国法对慈善信托受托人报

① 当然，有学者则指出，所谓不特定性，主要指的是最终受益人。参见王志诚：《信托法（第4版）》，五南图书出版股份有限公司，2009年，第337页。

② 作为例外，可参见黎颖露、潘艳：《鲁冠球三农扶志基金慈善信托开创家族慈善新模式》，载杨团主编：《中国慈善发展报告（2020）》，社会科学文献出版社，2020年。

③ 赵廉慧：《慈善信托税收政策的基本理论问题》，《税务研究》2016年第8期。

④ 当然，信义义务及其背后的信义法理在整个慈善法领域均有适用的余地。参见赵廉慧：《中国慈善信托法基本原理》，中国社会科学出版社，2020年，第26-27页。

⑤ 需要明确的是，在英国法上，根据其法律委员会的官方解释，有别于忠实义务，注意义务并不构成信义义务。参见 Law Commission, *Fiduciary Duties of Investment Intermediaries (Law Com No 350)*, Law Commission, 2014, p. 53.

⑥ 李德健：《慈善组织托管人：慈善组织治理的英国进路》，《民商法论丛》2015年第57卷。

酬问题往往委诸于信托文件。并且,法律对报酬标准并未予以任何限制,这极易导致实践中慈善信托的相当一部分财产被用于支付报酬或管理费,而非用于慈善目的本身。这无法发挥信义义务在鼓励慈善捐赠、激励适格人士担任志愿性受托人以及强化公共信任方面的独特价值。

### (三) 身份名实不符导致利益失衡

身份属性不仅使慈善信托区别于其他慈善组织与活动,而且影响到慈善信托究竟是适用组织法抑或行为法,因此直接涉及相关主体间的利益配置。在这方面,我国慈善信托面临身份名实不符的制度困境,导致主体间利益失衡,从而给慈善属性与信义属性之维护带来负面影响。

第一,我国法在形式意义上将慈善信托明确性为行为而非组织。在概念界定上,《慈善法》第44条规定,慈善信托是指“委托人基于慈善目的,依法将其财产委托给受托人,由受托人按照委托人意愿以受托人名义进行管理和处分,开展慈善活动的行为”,在形式上将慈善信托作为行为(活动)加以定性。在组织类型上,监管者在实务中将慈善组织的法律结构形式限定于社会团体法人、基金会法人、社会服务机构法人。因此,慈善信托形式上不构成我国法上的慈善组织。从《慈善法》的章节逻辑来看,慈善信托也只是被视为一种慈善活动形态。一般而言,慈善法要么规制慈善活动,要么规制慈善组织。我国《慈善法》大致上也是寻此思路。在以“慈善”为题的各章(第2—7章),第2章规定慈善组织,而第3、4、7章分别规制慈善募捐、捐赠、服务这3种慈善活动。而对于慈善财产,基本上是对组织法或行为法中关于慈善财产特别事项的强化规制,将其分拆到其余章节同样成立。但慈善信托的位置颇为特殊。其单列一章(第5章),独立于第2章(慈善组织),也就意味着现行法并不承认其组织身份;同时也独立于第3、4、7章,这意味着其并非慈善募捐、捐赠抑或服务。那么,唯一合理的解释是,慈善信托是一种有别于慈善募捐、捐赠、服务的慈善活动类型。

第二,在制度架构上,现行法上也存在着事实上承认慈善信托构成组织的相关规则。例如,慈善信托一经备案,受托人就可以以“××”慈善信托的名义从事慈善活动,<sup>①</sup>体现了慈善信托在社会身份上具有独立标识,可为外界所识别。慈善信托与一般信托一样,坚持财产独立原则,即慈善信托财产独立于委托人、受托人。这使得慈善信托至少在经济学意义上构成了一种组织形态。<sup>②</sup>慈善信托由受托人作为管理者,同时根据委托人意愿有时也会设定监察人对受托人义务履行情况进行监督,这种架构与基金会法人中的董事会、监事会颇为相似。因此,慈善信托在具有独立标识,信托财产独立,存在受托人、监察人等内部机构等方面呈现出组织体的特性。

这种制度安排不仅导致形式上的行为属性界定与实质上的组织规则设计存在抵牾,而且还会诱发规则之间的潜在冲突,造成相关主体的利益失衡。例如,慈善信托监察人虽发挥与基金会监事相似的职能,但现行法并未对监察人施以类似义务与责任。另外,通过慈善信托合同可以创设“理事会”等内部机构,但有别于《民法典》《慈善法》等法律法规对于慈善组织理事会的义务责任配置,现行法将慈善信托受托人限定于慈善组织与信托公司,同时并未明确其他

<sup>①</sup> 赵廉慧:《中国慈善信托法基本原理》,中国社会科学出版社,2020年,第80页。

<sup>②</sup> 张永健:《资产分割理论下的法人与非法人组织:〈民法总则〉欠缺的视角》,《中外法学》2018年第1期。

内部机构义务与责任。这些制度设计可能使部分内设机构只享有权利而无需承担任何义务责任，从而架空信义义务规则对道德风险的防控作用，也不利于保护慈善信托的慈善目的。同时，因为慈善信托并未被认定为慈善组织，所以不仅无法获得慈善组织在符合相应条件可以享有的公募资格，而且在信托公司作为唯一受托人情况下，委托人也无法从信托公司那里获得捐赠票据。这些制度过分限缩了慈善信托相关主体的正当利益，无形中减损了慈善属性中的民间自治空间。

上述制度困境不仅现实存在，而且彼此牵连，对我国慈善信托事业的健康发展造成了消极影响。为此，下一部分将从我国慈善信托法制继受路径上反思现有慈善信托制度困境之成因，从而为探寻本土化的法制改革方案提供准备。

## 二、慈善信托制度困境的成因反思

我国慈善信托属于舶来品。在继受域外制度过程中，普通法系的英国法与大陆法系的日本法对我国影响最巨。前者是慈善信托发源地，而后者则是东亚国家公益信托法的首创者。因此，通过对比中、英、日在慈善属性、信义属性与身份属性上的制度异同，可以更为清晰地发现我国当前慈善信托制度困境的深层原因。当然，需要明确的是，对日本法的援引主要是其 1922 年《信托法》。其原因在于：我国在制定《信托法》时，日本 2006 年《信托法》尚未成型；同时，日本后续颁布的《公益信托法》之基本规则与 1922 年《信托法》也几无差别。

### （一）兼采彼此冲突的慈善内涵

在慈善信托慈善属性的内涵界定方面，英日存在巨大差异，甚至在很多领域彼此冲突。

首先，在慈善目的范围方面，英国法极为宽泛，而日本法则限定于济贫。在英国法上，早在《1601 年慈善用益法》，慈善目的范围就超过了济贫这一狭隘范畴，而如今教育、文化、科学、宗教、体育等领域早已纳入慈善目的的范围之中。并且，随着政经社文情势发展，法院通过类推现有成文法、判例法中已承认的慈善目的，不断拓展与明确慈善目的的具体范围。<sup>①</sup> 作为对照，日本 1922 年《信托法》创设了“公益信托”制度，其第 66 条将公益信托界定为“以祭祀、宗教、慈善、学术、技艺和其他公益为目的的信托”。因此，日本法上的慈善目的范围被大大限缩，基本等同于传统意义上的济贫；<sup>②</sup> 与之相对，公益目的成为日本法上与英国慈善法中的“charitable purposes”大致对应的范畴。<sup>③</sup> 据此，日本法中的慈善信托不仅不等于公益信托，而且只是构成公益信托的一类领域。

其次，在公益原则方面，英国法建构了“有益性 + 公共性”的类型化解释规则体系，而日本法则创设了较为简略的不特定多数人标准。英国判例法将公益原则进一步划分为“有益性”与“公共性”两个要件，在此基础上，分别对其构成要件予以细分，从而建构起了相对体系化

① 李德健：《论英国法上的慈善目的》，《民商法论丛》2015 年第 59 卷。

② 田中實：『公益信託の現代的展開』，勁草書房，1985 年，第 69 頁。

③ 事实上，也有日本学者将英国法上的“Charitable”直接翻译为“公益”。例如，田中实将英国的“Charitable Use Statute”译为“公益ニ一ス条例”。参见田中實：『公益信託の現代的展開』，勁草書房，1985 年，第 3 頁。

的“有益性+公共性”类型化认定规则。<sup>①</sup>而日本法创设了不特定多数人标准：根据日本《关于公益信托的许可之审查基准》第1条，公益信托所欲实现的公益“即积极实现不特定多数人的利益”。但除了对私益、互益加以否定之外，其具体规则十分匮乏。

再次，在民间自治方面，英国法予以明确承认与充分保障，而日本法则呈现出管制主义的基本倾向。对于英国法而言，凡提慈善，必然具有民间性、非政府性的基本特质。<sup>②</sup>在此基础上，不论是慈善信托设立方式与财产类型，还是慈善信托内部治理与外部活动，多委诸于（设立前）设立人自由意志以及（设立后）治理文件与受托人自由裁量，法律除设定基本义务与监督、执行规范外，鲜有过分介入慈善信托的情况。例如，对于某一信托，只要在慈善目的范围内、满足公益原则等条件，就可以在法律上被认定为慈善信托或被监管者登记为慈善信托。甚至政府监管政策中也特别强调慈善的自治品性。<sup>③</sup>作为对照，在日本法上，公益信托天然的民间自治性并未得到明确承认。例如，日本法赋予政府主管机关公益信托设立的行政许可权（1922年《信托法》第67—68条），在形式上与当时公益法人所适用的许可主义原则相同。但是，政府对公益信托全无兴趣，长期未设计申请许可的具体程序。<sup>④</sup>又如，就受托人资格而言，尽管日本公益信托法并未对受托人范围予以限定，但基于其本国税法规定，只有信托银行担任公益信托受托人时，方才符合税收优惠的条件，因此，实务中公益信托受托人几乎都是信托银行。<sup>⑤</sup>诸如此类，凸显了严格管制主义倾向。

由此，我们不难看出，在慈善属性的内涵界定方面，英国法与日本法不仅差异明显，而且在具体理念与规则上多有冲突。而我国《慈善法》虽采用了英国法上的“慈善信托”术语，但并未放弃日本法上的“公益信托”这一称谓，而且在慈善内涵界定上多倾向于日本法的进路。在慈善目的范围上，我国法一方面拓展慈善目的范围，另一方面沿用日本法中“慈善构成公益之一种类型”的传统路径。《信托法》在界定公益信托时，固然并未提及“慈善”这一术语，但根据当时社会一般理解，慈善往往限于以济贫为核心的对弱势群体的帮扶。<sup>⑥</sup>因此，慈善目的实际上是公益目的的下位概念。《慈善法》虽拓展了慈善目的范围，从而让慈善目的与公益目的范围较为接近，但其依然将慈善目的作为公益目的的下位概念，<sup>⑦</sup>延续了日本法上的基本格局：根据《慈善法》第44条，“慈善信托属于公益信托”。据此，在慈善目的的范围层面，《慈善法》虽然呈现出向英国法转向的趋势，但并不彻底。这在现阶段实践中很容易导致关于慈善范围的解释在“小慈善”与“大慈善”之间摇摆不定。就公益原则而言，我国官方解释多采纳日本法上的不特定多数人标准，但至于如何适用，并不存在像英国法那样较为具体细化的规则。在民间自治方面，我国在逐渐向英国法转型的同时，依然保持了类似于日本法的较强管制性。

① 参见 Mary Syngge, *The "New" Public Benefit Requirement: Making Sense of Charity Law?*, Hart Publishing, 2015.

② Kerry O' Halloran, et al., *Charity Law & Social Policy: National and International Perspectives on the Functions of the Law Relating to Charities*, Springer, 2008, pp. 21-22.

③ Charity Commission, *The Independence of Charities from the State (RR7)*, 2009, pp. 1-8.

④ 田中實：『公益法人と公益信託』，勁草書房，1980年，第22頁。

⑤ 信託法部会：『公益信託法の見直しにおける主な検討課題の例』部会資料，第2頁。

⑥ 赖源河、王志诚：《现代信托法论》，中国政法大学出版社，2002年，第212页。

⑦ 郑功成主编：《〈中华人民共和国慈善法〉解读与应用》，人民出版社，2016年，第139页。

例如,《信托法》创设了“公益事业管理机构”,并赋予其许可权(第62条)。但究竟谁是管理机构,不仅条文语焉不详,而且实践中亦无定论。《慈善法》对慈善信托自治性有所强化:将公益信托设立时的许可制改为慈善信托设立时的备案制(第45条);将慈善信托监察人的设立由法定要求改为意定要求(第49条)。但是,关于慈善信托是否具有民间自治性,《慈善法》并未明言。而且,相较于《信托法》,《慈善法》第46条规定,担任受托人的候选人限于慈善组织与信托公司,管制意味颇为明显。而正是因为摇摆于差异明显甚至彼此冲突的日本法与英国法之间,我国法当前在目的范围、公益原则、民间自治方面面临慈善内涵不清的制度困境,抑制了慈善信托的发展潜力。

## (二) 重民法传统而轻信义法理

在慈善信托信义属性的规则建构方面,日本法所秉承的欧陆民法传统与英国法所创设的信义法理也存在巨大差异。

首先,在义务性质上,英国法坚持信义义务,而日本法秉承诚信义务。但是,有别于大陆法系的诚信义务,信义义务对受托人的要求要高很多:不是在法律关系中适当考虑对方的利益,而是贯彻先人后己、舍己为人的义务标准。<sup>①</sup>其典型即为忠实义务。作为对照,日本1922年《信托法》并没有“以一般的、抽象的形式明确规定”<sup>②</sup>英国信义义务中最为重要的忠实义务。

其次,在义务详略上,英国法规则远多于日本法。基于信义义务过于抽象,英国通过判例法不断细化信义义务规则,并对一些较为成熟的规则或不宜由判例来予以发展的程序规定予以成文化。<sup>③</sup>而日本1922年《信托法》根据其民法传统,明文规定了信托事务执行(第4条)、善良管理人的注意(第20条)、不将信托财产作为固有财产(第22条)、亲自管理(第26条)、分别管理(第28条)、提供信息(第40条)等基本义务。但条文之简略也暴露无遗。

再次,在慈善信托受托人特殊义务上,英国法较日本法更为重视。为了强化保障慈善目的,英国法在规制慈善信托时存在特别的信义义务规则,其典型即为志愿托管原则。<sup>④</sup>虽然英国法长期将受托人定位为无偿志愿者,但随着商业信托发展,真正在严格意义上执行这一要求的信托领域仅限于慈善信托。<sup>⑤</sup>基于该原则,英国法基本上不允许慈善信托受托人基于其受托人身份而获得报酬,并且在例外允许受托人基于受托人身份外的服务而获得报酬时,也从数额、决策流程、信息公开等方面予以严格限制(《2011年慈善法》第185—188条)。而日本1922年《信托法》对公益信托受托人所应承担的特别义务并未予以规定。在此背景下,与英国法上慈善信托受托人原则上是志愿者形成鲜明对照,日本1922年《信托法》第35条规定,“受托人在以营业为目的接受信托之外,必须存在特别合同,否则不得领取报酬”。换言之,营业信托

① Tamer Frankel, *Fiduciary Law*, Cambridge University Press, 2011, pp. 107-108.

② [日]新井诚著,刘华译:《信托法(第4版)》,中国政法大学出版社,2017年,第210页。

③ David Hayton, et al., *Underhill and Hayton Law Relating to Trusts and Trustees*, LexisNexis, 2010, pp. 647-896.

④ Greyham Dawes, "Charity Commission Regulation of the Charity Sector in England and Wales: The Key Role of Charity Audit Regulation," in Klaus J. Hopt, Thomas von Hippel (eds.), *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge University Press, 2010.

⑤ Hubert Picarda, *The Law and Practice Relating to Charities*, Bloomsbury Professional, 2010, pp. 633-634.

需要符合商业逻辑,收取报酬自不待言;公益信托与其他信托一样,只要通过合同予以规定,受托人自然有权获得报酬。

而在信义义务的规则建构方面,我国法几乎一边倒地引入了日本法的逻辑。与日本法一样,我国法并未明确提出“忠实义务”,而只是在《信托法》中规定了受托人“恪尽职守,履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务”(第25条),进而在《慈善法》中规定“应当按照信托目的,恪尽职守,履行诚信、谨慎管理的义务”(第48条)。与日本法一样,作为传统意义上的大陆法系国家,我国并无判例法,因此对受托人义务规则予以了成文化的简略处理:《信托法》规定了遵守信托文件(第25条)、不得谋取私益(第26条)、不得将信托财产转换为固有财产(第27条)、分别管理(第29条)、记录报酬与报告(第33条)等义务。《慈善法》又规定了信托文件备案、变更情况备案以及向委托人、民政部门报告与公开义务(第45、47、48条)。与日本1922年《信托法》类似,我国《信托法》对于公益信托受托人的特别义务几无规定。这种“以诚信取代信义、以简略取代详细、以一般取代特殊”的和式制度安排之全盘继受自然导致我国当前信义义务规则在质与量两个层面均呈现严重供给不足的制度困境。

### (三) 采行为定性而弃组织身份

在慈善信托身份属性的制度保障方面,英国法将其明确认定为一种非法人型慈善组织;日本法形式上并不承认(公益)信托构成组织体,但又保留了一些组织法上的规则。

在英国法上,尤其是在政府监管层面,往往承认慈善信托与慈善公司(charitable company)等并列作为一种组织类型,而非活动样态。<sup>①</sup>在此背景下,组织身份要求将慈善信托作为慈善组织而非债权或物权来加以治理,从而为适用组织法规则对慈善信托加以规制与调整奠定了基础:例如,根据英国《2011年慈善法》,慈善信托在登记、内部治理、信息公开、外部监督等方面适用与其他慈善组织相同或相似的制度规则。

与之相对,在信托属性上,日本法基本上坚持其国内主流学界将信托作为特殊债权(债权说)<sup>②</sup>加以把握的观点,形式上并不接受组织说,而是将信托(包括公益信托)作为一种行为样态加以界定(1922年《信托法》第1条)。与此同时,日本法在制度建构上又并未完全排除组织法的特定安排。例如,相对于英国法很少创设法定职务来监督受托人,<sup>③</sup>日本法在公益信托内部创设了类似于财团法人监事的“信托管理人”这一独特制度,由其为不特定或尚未存在的受益人利益以自己名义从事相关活动(第8条)。由此,再加上信托财产隔离机制,使得即便是日本法上的公益信托制度,也具有一定程度的组织法色彩。

在这方面,我国法基本上引入的是日本法的规定:一方面将公益信托作为一种行为(活动)加以界定,另一方面又带有某些组织法的规则。在《信托法》第2条的基础上,《慈善法》第44条直接将慈善信托界定为“委托人……开展慈善活动的行为”,进一步确认了慈善信托的行为属性。并且,明确以“行为”二字界定信托的这种方式,较日本法更为直白地表达了我国法

① 参见 Charity Commission, *Charity Types: How to Choose a Structure (CC22a)*, 2014.

② [日]新井诚著,刘华译:《信托法(第4版)》,中国政法大学出版社,2017年,第34-37页。

③ 当然,英美判例法允许在某些场合下具有“特别利益”者享有对受托人的监督权与诉讼权。参见[美]爱德华·C·哈尔巴赫著,张雪梅译:《吉尔伯特信托法》,法律出版社,2017年,第160页。

上的信托并非组织的基本态度。但与此同时，除了传统信托财产隔离机制，我国也借鉴日本法上的信托管理人制度，在公益信托领域创设了“信托监察人”制度，后者是公益信托必备机构（《信托法》第64—65条）以及慈善信托可选机构（《慈善法》第49条）。这构成了我国目前慈善信托面临身份名实不符制度困境的重要原因。

### 三、本土化慈善信托法的制度重构

通过上面分析可以发现：当前慈善信托发展的制度困境，在很大程度上源于我国继受以英日为代表的域外慈善信托法制时缺乏结合国情而进行的明智取舍与体系再造。因此，为促进慈善信托在我国的繁荣发展，应重新审视英日<sup>①</sup>慈善信托法制经验，并结合我国现有制度困境，从慈善属性、信义属性与身份属性这三个方面系统推进本土慈善信托法的制度重构。

#### （一）优化慈善内涵的保障机制

对于慈善属性而言，在目的范围、公益原则与民间自治这几个领域，应结合我国现有制度困境以及未来慈善发展基本趋势对慈善内涵予以科学界定与体系保障。

第一，拓展慈善目的范围。就慈善目的范围而言，未来发展方向必然是由“小慈善”向“大慈善”移转。《慈善法》第3条已明确此点。因此，在立法论上，未来社会组织条例与慈善相关立法应贯彻此精神，以顺应我国经济社会发展需求。<sup>②</sup>同时，在解释论上，不仅应坚持《慈善法》已经明确拓展的慈善目的类型，而且还应当将动物保护、法律援助等尚未被现行法明文规定的公益领域不断纳入慈善信托的慈善目的范围之中，从而为慈善信托发展提供广阔空间。

第二，细化公益原则。在公益原则方面，应摒弃“不特定多数人”的传统解释方法，转而借鉴英国法解释路径，从有益性与公共性两个层面细化我国公益原则的解释规则。其中，有益性要求慈善信托所提供的利益必须合法、符合公共政策、可证明、与信托目的相关、所带来的利益大于可能造成的损失；而公共性则要求将纯粹私益、互益以及不满足充分公共性的受益群体予以排除；最为典型者是，根据私人关系（血缘、雇佣关系）而确定的受益群体。<sup>③</sup>这些具体构成要件相较于“不特定多数人”的标准可以更为明确地判定某信托是否符合公益原则。<sup>④</sup>

第三，强化民间自治。在民间自治层面，应明确慈善信托民间性、自治性的基本特质，<sup>⑤</sup>在此基础上推进相关制度变革。慈善信托是一种利用民间力量、通过私法路径实现公共利益、社会福利的方式。为此，在采取将监察人制度由法定要求转型为意定要求<sup>⑥</sup>等举措同时，必须继续强力纠正我国在该领域“重强制而轻自治”的传统顽疾。例如，在慈善信托初始财产方面，

① 日本2006年《信托法》的制定与近期对公益信托制度的探讨，都试图修正旧信托法中的诸多问题。作为大幅度继受日本法的我国慈善信托法，自然也应当结合时代要求以及现有困境，进行必要的制度完善。

② 于建伟主编：《中华人民共和国慈善法学习问答》，中国法制出版社，2016年，第26页。

③ Hubert Picarda, *The Law and Practice Relating to Charities*, Bloomsbury Professional, 2010, pp. 29-40.

④ 李德健：《〈慈善法〉中的公益原则及其解释进路》，《北方法学》2021年第3期。

⑤ 李德健、陈保君：《慈善法视野下的公益信托论》，《民商法论丛》2012年第51卷。

⑥ 在一些学者看来，监察人制度本身“实属叠床架屋，徒增成本支出”。参见王志诚：《信托之基本法理》，元照出版有限公司，2005年，第166页。

通过“建立非货币财产的信托登记制度”<sup>①</sup>等方式为委托人运用非货币财产设立慈善信托提供便利。在受托人资格方面,应针对受托人的能力、专业知识、不存在犯罪行为等情况设置一般资格条件,并用该方式取代目前将慈善信托受托人限定于慈善组织与信托公司的做法。这可以在保障受托人资质的同时,将受托人范围拓展至自然人、<sup>②</sup>法人以及其他非法人组织,让慈善信托真正成为彰显人人慈善理念的新兴事业。在设立方式方面,基于宣言信托是英国常用的慈善信托设立方式,日本2006年《信托法》也已承认宣言信托,而且国内新设的慈善信托部分(变向)采用宣言信托的方式也得到了官方认可与现实推行,<sup>③</sup>从强化民间自治角度来讲,宜明文承认宣言信托设立方式。此外,应当对受托人投资等外部活动予以去管制化处理,并推进坚持比例原则的慈善信托政府监管体制改革,<sup>④</sup>进而推动各项慈善信托财税优惠政策系统落地。

## (二) 完善信义义务的特殊规则

对于信义属性而言,在义务性质、义务详略与特殊义务方面,应当结合我国现有制度问题以及信义义务在慈善信托中的重要制度功用,系统完善其特殊规则。

第一,明确义务类型。在信义义务性质方面,应明确规定反映慈善信托信义属性的“忠实义务”等法定类型,并就其有别于现行法上的诚信、诚实、信用等术语的特征予以准确界定。作为信义义务的核心要求,对于忠实义务而言,如果将其理解为大陆法系传统诚信义务,则远远达不到信义义务对受托人的高标准的行为要求,不利于有效保障慈善信托目的。为此,可考虑整合《慈善法》对慈善组织管理人员义务的要求(避免利益冲突事项),以及《基金会管理条例》对理事义务的要求(任期、利益冲突、报酬等事项),明确规定慈善信托受托人的忠实义务等信义义务类型。

第二,细化具体要求。在信义义务详略方面,应结合我国成文法传统,通过细化法条以及制定最优实践准则或示范性治理规范等软法形式,规定受托人信义义务细则。与日本法类似,我国《信托法》关于信义义务的规定过于简略。目前仅有几个条款予以规制,远远无法发挥有效解决各类利益冲突的作用。同时,因为属于大陆法系国家,我国无法通过类似于英国判例法的方式来不断精细化发展信义义务具体规则。为此,可考虑通过“法条+软法”等方式变通落实之。在此基础上,下一步尤其应在最优化实现慈善目的、利益冲突一般禁止与例外允许、例外允许时的决策规则与公开问责形式、违反信义义务时的法律后果等方面予以系统规制,从而真正发挥信义义务对慈善信托受托人有效履职的指导作用与规制功能。

第三,确立志愿托管。在信义义务特性方面,可考虑将志愿托管原则引入我国慈善信托信义义务规则。在英国法上,志愿托管原则之所以不因其他信托领域的商业化发展而被废止或修正,<sup>⑤</sup>其原因在于慈善信托的慈善目的,以及志愿托管原则有助于吸引基于义务感驱使的适格

① 中国慈善联合会慈善信托委员会编:《2016—2017中国慈善信托发展报告》,中国社会科学出版社,2018年,第27页。

② 事实上,日本「公益信託法の見直しに関する中間試案」第4条中已提出了将自然人作为受托人的系统建议。

③ 例如,“中信信托2019江平法学教育慈善信托”初始资金的一部分来源于“中信信托固有的慈善捐赠”。

④ 参见 Charity Commission, *Risk Framework: Charity Commission*, 2013.

⑤ 在私益信托中,该原则已被修正。参见 Peter Luxton, *The Law of Charities*, Cambridge University Press, 2001, p. 371.

志愿者、<sup>①</sup>减少运行成本并增强公信力等制度优势。事实上,我国《基金会管理条例》对所有监事以及非专职理事均要求其不得获得任何报酬(第23条)。该规定在某种意义上就是对英国法上志愿托管原则的部分继受。基于志愿托管原则的上述优势,应将其由基金会法上的规定拓展为慈善信托领域中的一般规定。<sup>②</sup>当然,需明确的是,该领域改革应与拓展受托人资格改革同步进行,不然容易异化为“无源之水”。在此基础上,对于从实现慈善信托目的角度出发确有必要向受托人支付基于受托人之外的身份而获得的报酬时,应在给付数额、决策程序、公开程序等方面设计更为具体的规则,从而尽可能避免利益冲突,捍卫慈善信托的慈善属性。

### (三) 确立组织身份的配套制度

对于身份属性而言,应当结合现有的名实不符制度困境以及慈善信托内在结构,将慈善信托明确性为一种非法人型慈善组织类型,并在此基础上实现与慈善组织的一体化规制与赋权。

第一,确立慈善信托非法人型慈善组织的身份定位。即应明确规定慈善信托是与基金会、社会团体、社会服务机构并列存在的可供慈善组织选择的非法人组织。其原因主要有如下几点。一是用来支持信托是一种行为的物权说或债权说在慈善信托中缺乏诠释力。在慈善信托中,私益信托受益人的角色已被慈善目的所取代,受益人不过是实现慈善信托中慈善目的的方式与路径,<sup>③</sup>这使得学理上论证信托身份属性(主要是信托受益人权利属性)的债权说、物权说并不适用于慈善信托。这里对于慈善信托受益人的理解可能存在争议:其究竟是宽泛的社会公众成员(潜在受益对象)?还是现实中最终被选定从而获得财产利益者?对于前者,自然无法享有物权或债权;而对于后者,即便是最终获得由慈善信托移转而来的物权或债权,其地位依然与私益信托受益人迥然不同。在此背景下,在包括英国在内的普通法系国家,尽管在私益信托领域依然存在着物权说、债权说、组织说等理论纷争,<sup>④</sup>但即便是主张物权说(受益人享有物权)、债权说(受益人享有债权)的学者,也往往将慈善信托作为例外加以处理。<sup>⑤</sup>而有的学者则直接主张慈善信托的组织属性(organisational structure、<sup>⑥</sup>legal structure、<sup>⑦</sup>organisational form<sup>⑧</sup>以及charitable entity<sup>⑨</sup>等)。二是组织说在慈善信托领域具有极强解释力。基于慈善信托所具有的独立标识、财产独立、需要备案、存在类似于基金会的内部机构等因素,以及从便利受托人履行义务、开展活动,完善慈善信托治理结构,平衡各利益相关者权利义务关系的角度,将慈善信

① 陈金罗:《1978—2018 时代与规制:从选举法、村民委员会组织法、社会团体登记管理条例看中国民主与法制的进步与发展》,中国社会科学出版社,2018年,第293页。

② 慈善信托受托人与基金会理事、监事都属于学理上的慈善受信任人。参见李德健:《论捐助法人主管机关撤销权及其制度完善——以〈民法典〉第94条为切入点》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2021年第3期。

③ James J. Fishman, "The Development of Nonprofit Corporation Law and an Agenda for Reform," *Emory Law Journal*, 1985, 34.

④ John H. Langbein, "The Contractarian Basis of the Law of Trusts," *Yale Law Journal*, 1995, 105; Ming Wai Lau, *The Economic Structure of Trusts*, Cambridge University Press, 2011; Henry Hansmann, Ugo Mattei, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis," *New York University Law Review*, 1998, 73.

⑤ Juliet Chevalier-Watts, *Charity Law: International Perspectives*, Routledge, 2018, pp. 26-31; John H. Langbein, "The Contractarian Basis of the Law of Trusts," *Yale Law Journal*, 1995, 105.

⑥ Donald J. Bourgeois, *The Law of Charitable and Not-for-Profit Organizations*, LexisNexis, 2012, p. 22.

⑦ William Henderson, et al., *Tudor on Charities*, Sweet & Maxwell, 2015, p. 283.

⑧ Edith L. Fisch, et al., *Charities and Charitable Foundations*, Lond Publications, 1974, p. 147.

⑨ Gino Dal Pont, *Law of Charity*, LexisNexis, 2017, p. 418.

托认定为“非法人型”慈善组织的做法应是更为合理的理解进路。三是根据《慈善法》第8条,“慈善组织可以采取基金会、社会团体、社会服务机构等组织形式”,因此,尽管在实务上所有慈善组织都是法人,但“等”字的存在为非法人组织成为慈善组织预留了制度空间。

第二,与其他慈善组织进行一体化规制。其中,尤其应推动信义义务标准的统一化与内部机构义务责任的明确化。其一,对于慈善信托受托人的信义义务,应设计与其他慈善组织相同或相通规则,以防止因法律形式(组织形态)不同导致治理标准差异过大而诱发道德风险,损害慈善目的。<sup>①</sup>例如,对于慈善信托受托人“信托事务处理情况及财务状况”报告义务,应与慈善组织需准备的年度报告与财务会计报告相统一,从而便于与其他慈善组织业绩表现进行横向比较。其二,明确监察人与其他内设机构的义务责任。慈善信托监察人实质上相当于基金会监事,因此,在监察人行使其监督权时,同样应负有相应信义义务,以确保慈善目的顺利实现。此外,在法律责任承担上,《慈善法》《信托法》并未明确监察人履行监督义务时的法律责任承担问题,实际上让监察人成为无须承担法律责任的内部机构,这与基金会中配置监事义务责任的做法大异其趣,应予纠正。为此,可参酌《基金会管理条例》中对监事信义义务的相关要求设计慈善信托监察人义务责任规则。同时,在慈善信托领域,慈善目的取代了受益人的地位与角色。这与基金会类似,即无论是基金会还是慈善信托,其目的都是旨在实现慈善(公益)目的,而非为了维护特定个体(委托人、捐助人、个别受益人)利益。因此,《信托法》第65条要求监察人“维护受益人的利益”的表述具有误导性。监察人核心义务与使命在于监督受托人妥适履行义务,从而有效保障慈善信托所追求的慈善目的顺利实现。维护受益人利益仅仅是这一核心义务的副产品。而且一旦部分受益人利益与慈善信托的慈善目的相冲突甚至有害于现存以及未来受益人整体利益时,不论是受托人,还是监察人,都应履行其忠实义务,捍卫慈善目的及其背后所承载的全体受益人利益。<sup>②</sup>因此,至少在法解释学上,应将上述条款理解为“维护慈善目的”。同时,对于实践中信托文件将决策权从受托人处分离,而成立一个独立的“理事会”等决策机构的情况,也需基于对慈善信托慈善属性的强力保护,明确这些决策机构的信义义务与责任。否则将会产生只有权利没有义务与责任的内部机构,徒增慈善信托内部治理风险。<sup>③</sup>

第三,与其他慈善组织进行一体化赋权。例如,对于慈善信托无法享有公募权的问题,应当基于其组织身份,同样赋予其在符合慈善组织所需条件的基础上,享有该权利。此外,对于财税优惠、捐赠票据开具资格等慈善组织享有的相关权利,也应当一并赋予(作为非法人组织的)慈善信托,从而强化慈善信托的制度优势,保障慈善信托委托人、受托人等相关主体的正当利益。

① 在英国法上,对于包括慈善信托在内的慈善组织治理机关,其承担的信义义务大致相同,不因法律形式的变化而有显著不同。参见李德健:《慈善组织托管人:慈善组织治理的英国进路》,《民商法论丛》2015年第57卷。除英国法外,美国法学会的“慈善性非营利组织重述”项目也在致力于消除不同慈善组织间在信义义务规则上的差异。参见 Lloyd Hitoshi Mayer, "Fiduciary Principles in Charities and Other Nonprofits," in Evan J. Criddle, et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Fiduciary Law*, Cambridge University Press, 2019.

② Ellen P. Aprill, "Section 501(c) (3) Organizations, Single Member Limited Liability Companies, and Fiduciary Duties," *ABA Real Property, Trust and Estate Journal*, 2017, 52.

③ 当然,在宽泛意义上,《民法典》建构的非法人组织与法人的共性规定也应得到进一步明确梳理。参见汪青松:《民法总则民商主体界分的制度缺陷与完善思路》,《浙江工商大学学报》2019年第5期。

## Charitable Trust System in the Post-charity Law Era: Reflection and Reconstruction

Li Dejian

(Law School, Zhejiang University of Technology, Hangzhou 310023, China)

**Abstract:** A charitable trust includes three elements, i.e., its charitable nature, fiduciary nature and identity attribute. After the promulgation of the Charity Law, the development of charitable trusts is faced with problems, including the ambiguous definition of charity, insufficient fiduciary duties, and inconsistent identity, which inhibit its development and induce further problems such as moral hazard and unbalanced interests. The study finds that the deep-seated reason for these problems is that the Chinese law accepts conflicting concepts of charity, emphasizes the civil law tradition rather than the fiduciary theory, and judges a charitable trust by its activity rather than its identity. To better regulate and promote the development of charitable trusts, it is necessary to rebuild the legal system surrounding it by taking China's specific conditions into consideration. Regarding the charitable trusts, the law should (1) expand its scope and purpose, specifically detailing the principle of public benefit and strengthening the autonomy of the civil society; (2) improve the special rules concerning fiduciary duties by clarifying their types, detailing rules and establishing voluntary trusteeship; and (3) clarify their status of unincorporated charitable organizations and implement the rules for the integration of charitable organizations.

**Key words:** charitable trust; charity law; charitable nature; fiduciary nature; identity attribute

(责任编辑:李莹)