

意定监护与信托协同应用的法理基础

——以受托人的管理权限和义务为重点

朱晓喆

内容提要:我国《民法典》第33条确立了成年人的意定监护制度,贯彻成年人监护事务的自决权。我国意定监护应采取“委托+代理授权”的法律构造,意定监护人在执行监护时享有事务管理权限,应尽到谨慎义务,并避免利益冲突,但若无约定,并无将监护财产进行投资的义务。尽管意定监护是被监护人的自愿选择,但仍有可能出现监护人侵害被监护人利益的现象。鉴于此,国内外的法律实践纷纷将信托机制引入意定监护之中,利用信托的风险隔离功能和目的意思冻结功能,实现被监护人的人身照管和财产管理的分离,形成一种协同与制衡机制,解决监护人的道德风险问题。信托的受托人比意定监护人享有更大的财产管理权限,相应地也承担较重的忠诚义务,并且营业信托受托人还负有投资增值的义务。厘清意定监护与信托的法教义学原理,有利于实践中正确地组合运用“监护+信托”制度工具,有利于司法实践解决此类法律纠纷。

关键词:意定监护 委托合同 信托 协同应用

朱晓喆,上海财经大学法学院教授。

一 问题的提出

现代社会中,成年人因各种身体健康或精神智力方面的问题,而不能表达自己意思或处理自身事务者(身心障碍者)日益增多,他们需要别人替代或协助管理事务。此类问题在老年人群中更易频发。2019年2月全国老龄办发布的《中国人口老龄化发展趋势预测研究报告》显示,到2020年我国老年人口将达到2.48亿,老龄化水平将达到17.17%。这其中,失能失智、孤老残障等无法生活自理的老年人占有一定比例。成年的身心障碍者给家庭和社会带来沉重的扶养照顾负担,解决这一社会问题是法治建设的重要任务。就

民法而言,我国 2017 年《民法总则》确立了成年人监护的基础性制度框架,包括法定监护人范围和顺序(第 28 条)、“最大程度地尊重被监护人的真实意愿”、不得干涉“被监护人有能力独立处理的事务”监护原则(第 35 条第 3 款规定)。其中,第 33 条规定的意定监护制度充分尊重成年人的意思自治,使其可以对于未来自己可能出现需要监护的情形,提前自愿地做出协议安排。自《民法总则》生效以来,在我国公证机关的推动下,成年人意定监护已在全国各地落实和展开。^[1]

我国民法上的监护是一种概括性的照管、保护被监护人的制度,监护人的职责包括对于被监护人的人身照顾和财产保护两个方面。但是,这两种职责集于监护人一身,不可避免存在监护人利用监护地位侵害被监护人的可能性,尤其是被监护人财产置于监护人的管理之下,极容易发生这种道德风险。对于意定监护而言,也不例外。即使被监护人事先自愿选定其认为可靠的监护人,仍有可能出现上述问题。因此,法律理论界和实务界人士积极探索,以信托对于被监护人的财产进行安排管理,以避免或减少上述道德风险的发生。而且,利用信托的优势,可以使被监护人的财产得到专业的投资管理和增值保障。诚如王志诚教授所言:“若事先利用信托制度,将信托财产交由值得信赖的信托业管理,冻结委托人自由处分财产的意思,不仅可协助判断能力检索或丧失的高龄者保全财产的安全,亦可防止高龄者从事不利益的法律行为。”^[2]

监护与信托本来即有一定的联系。在普通法系国家,被监护人与监护人之间类似于信托的委托人和受托人之间的关系,法律要求监护人对于被监护人承担信义义务和责任,以抑制监护人滥用权利和机会主义的行为。^[3] 但比较而言,信托比监护在财产管理方面具有多元的功能,主要包括:风险隔离,即信托受托人管理的信托财产独立于委托人、受托人和受益人的固有财产;意思冻结,即信托设立后,如果委托人意思能力丧失或死亡,受托人仍可继续依信托设立目的继续管理和处分信托财产,以实现信托财产长期管理的目的,这一功能尤其适用于被监护人的财产管理领域;受益人连续(分层功能),即委托人可以设立信托将信托受益权连续地归属于多个受益人;投资增值,设立营业信托的目的就是追求财产增值。^[4] 鉴于信托在财产管理方面的优越性,法律实践中创造性地将监护与信托结合起来,一方面将人身照顾留给监护人以及家事法院或政府的监督,另一方面将财产交给信托受托人(信托公司等)进行管理、投资和分配,从而发挥两个制度协同应用的优势,更好地实现被监护人的福祉。

监护与信托的组合运用已有成熟先例。从比较法上看,日本早在 1999 年通过修改法律确立了成年意定监护制度(成年后见法),但仍发生大量监护人滥用权利、侵占被监护

[1] 参见李静:《普陀公证处三年艰难完成 250 多例意定监护人公证》,《文汇报》2019 年 1 月 27 日。普陀区公证员李辰阳对于意定监护颇有理论和实务上的建树,参见李辰阳:《老年人意定监护的中国公证实践》,《中国公证》2017 年第 6 期,第 25-27 页。关于意定监护的较全面新闻报道,参见卫潇雨:《意定监护:一张托付生命的协议书》,《新京报》2019 年 8 月 29 日第 A12-A13 版。

[2] 王志诚著:《信托法》(第 5 版),我国台湾地区五南图书出版社公司 2016 年版,第 51 页。

[3] 参见朱圆:《论信义规则在我国成年监护法中的引入》,《政治与法律》2019 年第 2 期,第 101 页以下。

[4] 以上关于信托的功能概括,主要参考赵康慧著:《信托法解释论》,中国法制出版社 2015 年版,第 22-33 页;王志诚著:《信托法》(第 5 版),我国台湾地区五南图书出版社公司 2016 年版,第 46-54 页。

人财产的现象,鉴于此,2011年后家事裁判所、信托银行等实务部门将信托引入监护制度,由信托银行管理被监护人的大额财产,从而确立了“成年监护支援信托”,并取得了良好的社会效果。^[5]

意定监护与财产信托的协同应用,逐渐被实践部门推广开来,也被社会公众关注和接受。但关于这两种制度的内涵机理以及二者为何协同应用,在我国民法和信托法理论上都缺乏较为深入的研究。鉴于此,本文将对于意定监护和信托中受托人的管理权限、义务及其后果,进行全面的分析和比较,厘清其相应的法教义学原理,以有助于我国实务部门搭建“监护+信托”的业务结构,以及司法机关解决相关纠纷时,提供理论上的依据和参考。

二 意定监护人之财产管理

关于意定监护法律构造,从比较法上看,有代理权授予和委托合同两种进路。前者以美国的《持续性代理权授予法》(*Durable Power of Attorney*)和英国《持续性代理权授予法》(*Enduring Power of Attorney*)为代表,确立了本人可授予意定监护人在财产管理、人身照顾、医疗处分等方面的代理权。^[6]《德国民法典》第1896条第2款规定成年人如已经选任了意定代理人照顾自己事务的,则不必为其设定照管人(*Betreuer*),^[7]也即“代理取代照管”。^[8]后者以日本民法为代表。在日本民法上,意定监护契约被认为是委托契约,但同时也须授予受托人以代理权。^[9]我国通说认为意定监护是委托合同的性质。^[10]据此,意定监护人管理监护事务不限于法律行为,也包括与照顾、管理人身和财产权益有关的事实行为。^[11]本文首先在法教义学上分析作为受托人的意定监护人的具体权利和义务。

(一) 意定监护人的事务管理权、代理权与处分权

《民法典》第34条第2款规定监护人履行监护职责产生的权利受法律保护。根据立法目的,此处监护人履行职责所产生的权利,目的是为了保护被监护人的人身、财产权益。就财产方面而言,监护人“享有财产的管理和支配权。”^[12]因此,这一款可作为监护人享有

[5] 参见何心慧:《日本成年监护制度的现状及利用促进法的实施——兼论对我国的启示》,《日本法研究》(第4卷)2018年版,第53-55页。

[6] 详细的介绍参见李霞著:《成年监护制度研究——以人权为视角》,中国政法大学出版社2012年版,第250页以下。

[7] Vgl. Staudinger/Werner Bienwald, (2013) BGB § 1896, Rn. 263.

[8] [德]施瓦布著:《德国家庭法》,王葆时译,法律出版社2010年版,第462页。

[9] 参见[日]山本敬三著:《民法讲义·总则》(第3版),解亘译,北京大学出版社2012年版,第58页。另参见[日]田山辉明:《日本成年监护制度——少子、老龄社会的法律制度》,顾祝轩译,《交大法学》2015年第3期,第117页。

[10] 参见李国强:《成年意定监护法律关系的解释——以〈民法总则〉第33条为解释对象》,《现代法学》2018年第5期,第183页;李霞:《意定监护制度论纲》,《法学》2011年第4期,第122页。

[11] 参见[德]施瓦布著:《德国家庭法》,王葆时译,法律出版社2010年版,第465页。

[12] 石宏主编:《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第75页。

被监护人事务管理权(Geschäftsführungsmacht)^[13]的依据。

意定监护作为一种协议安排,较监护人职责的法定规则,更细化了事务管理的事项和权限。从目前我国意定监护协议公证的实践看,通常在意定监护协议中确定的监护人职责有人身和财产两个方面。前者包括:照管被监护人的日常生活,包括决定和选择居住场所、护理机构、养老机构、护理人员等;保护被监护人的身体健康,包括决定和选择医疗机构、治疗或康复方案、药物类型、医疗费用支出、签署医疗风险告知书、查阅领取病例档案、办理出入医院手续等。从限制性方面可以约定:监护人不得对被监护人的身体实施变性手术、器官移植、遗体捐赠等。就财产管理方面,可以约定监护人有权管理和保护被监护人的财产,包括照管财产、办理银行存款和账户方面事宜、保管财产权利凭证及合同、维修不动产、缴纳税款、收取财产收益等;代理被监护人从事财产方面的民事活动包括诉讼。从限制性方面可以约定:监护人不得以被监护人名义对外借贷、担保、购置或处分不动产等重大资产等。^[14]下文主要关注意定监护人的财产管理方面。

既然将意定监护协议界定为委托合同,关于委托合同的原理以及这一典型合同规则,原则上均可适用。但同时也须考虑意定监护的特别之处。首先,委托合同作为一种债务合同,在委托人与受托人的内部关系中,给予受托人处理他人事务的“事务管理权”,据此确定受托人可以做哪些对于委托人能够发生效力的行为。^[15]这一事务管理权,使受托人有权利也有义务介入委托人的“法律领域”(Rechtskreis)。^[16]需要澄清的是,意定监护能否适用上述委托合同基础关系+授权的模式。从法定监护看,法定监护人直接根据《民法典》第34条,享有事务管理权和法定代理权。从第34条文义看,“监护人”并未限于法定监护人,因此,似乎意定监护人,也可直接依据第34条而享有事务管理权和法定代理权。但是,若回到意定监护的委托合同构造上看,委托合同并非一定包括代理权授予,且委托合同可能是部分事项委托。因此,从逻辑上说,意定监护可能不包含代理权授予。但是若意定监护人无代理授权而只限于事实行为,则其能够从事的活动范围极为狭窄,意定监护将失去意义。因此,无论英美法系抑或大陆法系立法上在确立意定监护或类似制度时,都明确要求对意定监护人有持续性的代理权授予。可见,意定监护是通过意思自治,使监护人获得对于被监护人的事务管理权和代理权。关于被监护人财产的处分权亦可作相同解释。

《民法典》第35条第1款规定“监护人应当按照最有利于被监护人的原则履行监护

[13] 本文将意定监护协议界定为委托合同,而委托合同的受托人享有事务管理权,其宗旨是决定受托人有无干涉委托人事务之资格,其利益不终局归属于受托人,概念上与一般所称权利有别(参见邱聪智著:《新订债法各论》(中),中国人民大学出版社2006年版,第150页)。即使采代理的构造,代理制度中代理人也并未直接从代理中获得利益,但不妨将代理人能够从事代理行为的资格、能力称为权利或权限。因此在资格、能力、权限的意义上可以称意定监护人(受托人)的事务管理权。

[14] 关于意定监护人的事务管理范围,主要参考上海市普陀区公证处提供的意定监护协议范本。同时参考李国强:《成年意定监护法律关系的解释——以〈民法总则〉第33条为解释对象》,《现代法学》2018年第5期,第190-191页。

[15] 参见[德]哈里·维斯特曼、哈尔姆·彼得·维斯特曼著:《德国民法基本概念》,张定军等译,中国人民大学出版社2013年版,第66页。

[16] Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl., C. H. Beck 1986, S. 412.

职责。监护人除为维护被监护人利益外,不得处分被监护人的财产”。该款规定构成监护人处分被监护人财产的限制,但它究竟是处分权限制抑或是代理权限制,存在争议。“处分权限制说”认为若非为被监护人利益擅自处分财产,该法律行为无效。^[17]而“代理权限制说”认为,在监护人以法律行为处分被监护人之财产,此处之“处分”应理解为“代理处分”,相应地,监护人在为被监护人利益的情形下对其财产享有“代理处分权”,而非监护人对财产享有“处分权”,因为被监护人对其财产拥有独立的所有权和处分权。^[18]因此,《民法典》第35条第1款的旨趣在于避免监护人藉由管理财产之便,不当处分财产,对被监护人造成损害,因而该条限制了法定监护人的代理权,即:监护人行使法定代理权必须在为被监护人利益的范围内进行,逾越这一边界,非为被监护人利益处分财产,将构成无权代理。^[19]笔者赞同将第35条第1款理解为监护人代理权的限制,那么意定监护人的代理权来自被监护人的授权,更应适用这一规则。

综上,意定监护人的事务管理权和代理权、处分权来自于与被监护人事先的约定和授权,这与一般的委托合同和代理授权行为保持一致。意定监护人的代理权源于意定授权,其行使须遵守《民法典》第35条第1款的限制。

(二) 意定监护人的注意义务

意定监护协议作为一种委托合同,原则上适用《民法典》合同编关于委托合同的权利义务规则。就委托人方面而言,其负有偿还费用义务(第921条)、支付报酬义务(第928条)和赔偿责任(第930条)等。就受托人方面而言,其负有服从指示义务(第922条)、亲自处理义务(第923条)、报告义务(第924条)、交还取得财产义务(第927条)、损害赔偿责任(第929条)、继续处理事务义务(第935条)。

意定监护人作为受托人若未履行上述义务,应承担违约责任。但其承担责任尤其是损害赔偿是否须以过失为前提,需要澄清。民法上通常将过失界定为“未尽到交往中的必要注意义务”,因此下文讨论的过失问题也是意定监护人在事务管理中应尽到何种程度的注意义务问题。

我国民法上的违约责任自《合同法》以来即采无过错归责原则。《合同法》第107条没有要求“过错”作为违约责任的要件,违约责任的承担仅以不履行义务为其前提,与过错无关。^[20]但《合同法》第406条特别规定了有偿和无偿委托情形下的不同归责原则,即对于前者采无过错责任;对于后者,则规定受托人有“故意或者重大过失”才承担赔偿责任。换言之,无偿的受托人有责任的优待。这也符合我国民法上对于法律行为或事实行为中无偿的一方通常都给予优待的原则。^[21]《民法典》929条继受了上述规则。

但从比较法上看,无偿的委托合同受托人是否仅就故意或重大过失负责,是有疑问

[17] 参见陈甦主编:《民法总则评注》(上),法律出版社2017年版,第262页。

[18] 参见夏昊晗:《父母以其未成年子女房产设定抵押行为的效力——最高人民法院相关判决评析》,《法学评论》2018年第5期,第190页。

[19] 参见夏昊晗:《父母以其未成年子女房产设定抵押行为的效力——最高人民法院相关判决评析》,《法学评论》2018年第5期,第192页。

[20] 参见韩世远著:《合同法总论》(第4版),法律出版社2018年版,第748页。

[21] 例如,《民法典》第43条第3款、第184条、第316条、第660条第2款、第662条第2款和第897条。

的。在罗马法上无偿的受托人并不当然享有责任优待。《德国民法典》虽然对于其他无偿合同都规定了责任优待(第 521、599、690 条)。但委托合同中的受托人对于一般过失(einfache Fahrlässigkeit)也要负责。其理由在于:受托人接管他人之事务,是基于委托人对受托人的信赖,所以受托人应小心谨慎地(sorgsam)执行委托事务。^[22]而且,其也不能类推适用其他无偿合同的责任优待规则。尽管《法国民法典》第 1992 条规定的无偿受托人责任要轻于有偿受托人,但实践中对于受托人不论其有偿无偿,均因其不履行义务而应承担赔偿责任,义务不履行即推定受托人有过错。^[23]

回到国内法上看,关于意定监护人的注意义务标准,如按委托合同的进路,似乎应适用《民法典》第 929 条的规则。但是,笔者认为,如果意定监护协议中包含报酬约定,为有偿委托,监护人当然要对一般过失负责;但即使在无偿的意定监护中,基于委托合同的人身信赖,以及受托人在其他方面获得利益的综合考虑,意定监护人也应对于一般过失承担赔偿责任。再者,意定监护人也是监护人。民法学理认为,监护人履行监护职责,应尽善良管理人之注意。^[24]也即,监护人对于一般过失也应负责,意定监护人也不例外。

(三) 意定监护人的利益冲突禁止

《民法典》总则第 168 条第 1 款和第 2 款分别规定委托代理人“禁止自己代理”和“禁止双方代理”。其体现了避免代理人从事利益冲突行为的法律思想。民法理论上认为,监护人在履行监护职责过程中,不得从事自我交易或者为自己谋取利益,这是一种忠诚义务的表现。^[25]落实在法律规则上,就是监护人行使代理权应适用《民法典》第 168 条的利益冲突禁止规则,对此可作如下详细解释:

1. 法定监护

从体系位置看,《民法典》第 168 条位于第七章“代理”第二节“委托代理”之下,似乎意味着只适用于基于委托或类似合同关系所产生的意定代理权。但显然法定代理人也可能发生各种利益冲突的行为,没有理由将其排除在适用之外。从比较法上看,有的国家明文规定父母或者监护人不得从事利益冲突的法定代理,学理上也认为代理制度中的禁止自我行为(Insichgeschäft)规则应适用于亲权人、监护人。^[26]再者,根据我国《民法典》第 35 条第 1 款第 1 句,所谓监护人应当“按照最有利于被监护人的原则履行监护职责”,这一原则性规定包含着监护人不得从事利益冲突的代理行为。因此,《民法典》第 168 条应类推适用于法定代理。

2. 意定监护

因为对于意定监护协议采取委托合同的解释,而协议中通常包含着被监护人的代理授权,因此《民法典》第 168 条可以直接适用于意定监护。再者,意定监护也适用《民法

[22] Vgl. Medicus, Schuldrecht II Besonderer Teil, 17. Aufl., C. H. Beck 2014, S. 306 f.; Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 8. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2013, S. 293.

[23] 参见《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社 2010 年版,第 1992 条,注释 1。

[24] 参见梁慧星著:《民法总论》(第五版),法律出版社 2017 年版,第 108 页。

[25] 参见朱圆:《论信义规则在我国成年监护法中的引入》,《政治与法律》2019 年第 2 期,第 107 页。

[26] 参见《德国民法典》第 1629 条、第 1795 条。Vgl. Staudinger/Eberhard Schilken, (2009) BGB § 181, Rn. 18. 另参见[德]施瓦布著:《德国家庭法》,王葆时译,法律出版社 2010 年版,第 332 页。

典》关于监护人的规定,根据第 35 条第 1 款第 1 句的原则性规定,意定监护人应禁止从事利益冲突的代理行为。

根据《民法典》第 168 条两款但书的规则,如果出现代理人利益冲突的代理行为,其法律效果并非当然无效。而是尊重当事人的意思及其自我的利益判断,在被代理人同意或追认的情形下,自己代理或双方代理的行为有效。^[27] 在未被同意或追认之前,代理行为是效力待定的法律行为。^[28] 但上述规则,适用于法定代理尚有困难。因为被代理人的同意或追认均以完全行为能力人为前提,而处于法定监护(及意定监护)之下的被监护人,恰好属于行为能力欠缺者。有学者指出,这里的同意或追认的规则不适用于法定代理。^[29]

笔者认为,对此问题不宜一概而论,应根据不同情况作出分析:(1)如果法定代理人实施的自我行为给被监护人带来的是纯获法律上的利益,民法学理上认为此时不必适用禁止自我行为的代理限制规则。^[30] 由此,监护人这种自我行为是有效的。(2)未成年的被监护人在成年以后,或者成年的被监护人有可能恢复行为能力后,可以对于自我代理行为作出追认。(3)意定监护在设立时,通常会安排共同监护人或预备监护人,如果先顺序的监护人不能履行监护职责或侵害被监护人的利益,则其他监护人在符合一定条件下,可以作为监护人同意或追认之前的代理行为。(4)从立法论或制度构建的角度说,我国缺乏监护之外的保佐、辅助制度。若能够通过立法完善,创设保佐人、辅助人制度,则这类主体可以根据保护被监护人利益的职责,追认代理人利益冲突的代理行为。或者采我国台湾地区“民法”第 1086 条第 2 款规定此种情况下的“特别代理人”,以解决问题。总之,监护人从事利益冲突的代理行为,并非没有同意或追认的空间,《民法典》第 168 条两款但书仍有适用的可能。

(四) 意定监护人的财产管理与投资

就监护人如何管理被监护人的财产,我国《民法典》仅有原则性规定(第 34 条第 1 款、第 35 条第 1 款)。在现代社会各类资产的市场价值波动较大,尤其是金融资产价格瞬息万变,而且通货膨胀严重的背景下,需要讨论的问题是监护人只要保管(保全)财产就已足够,还是有义务要促进财产的增值?

我国民法学理上对此问题鲜有讨论。有学者认为,所谓监护人应“保管”被监护人的财产,应作广义解释,“包括保护、管理财产的行为,还包括必要的经营行为和处分行为”。^[31] 但未明确监护人是否应进行必要的投资活动,以使财产增值。也有学者认为,监护人一方面应当保证监护财产价值的稳定性,即财产保值,另一方面还应当保证监护财产

[27] 参见石宏主编:《中华人民共和国民法总则条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社 2017 年版,第 394 页。

[28] 李宇著:《民法总则要义——规范释论与判解集注》,法律出版社 2017 年版,第 787 页;陈甦主编:《民法总则评注》(下),法律出版社 2017 年版,第 1190 页。

[29] 参见李宇著:《民法总则要义——规范释论与判解集注》,法律出版社 2017 年版,第 787 页。

[30] 参见[德]布洛克斯、瓦尔克著:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社 2019 年版,第 261 页;朱庆育著:《民法总论》(第 2 版),北京大学出版社 2016 年版,第 351 页。

[31] 参见梁慧星著:《民法总论》(第 5 版),法律出版社 2017 年版,第 108 页。

的增值,^[32]但究竟如何增值则语焉不详。司法实务中也缺少相关裁判。

对此问题,可以通过德国民法获得可供参考的原理。德国民法上对于父母作为亲权人和其他人担任未成年人的监护人、成年人的照管人、保佐人等,区别对待他们在管理被监护人金钱资产方面的义务。

《德国民法典》第 1642 条规定父母作为亲权人,有义务将子女的钱财进行投资。其规范目的在于,父母不能仅仅保管子女的钱财,而必须以能够生息的方式或其他能够带来收益的方式进行投资。^[33]具体要求是父母进行投资,须符合一个经济上有思考的市民(wirtschaftlich denkenden Bürger)看来是有利可图的、但也是安全的投资,同时也能顾及资产的流动性。^[34]只要是父母尽到谨慎管理义务,对于正常的投资风险,是可以免责的。但如果父母从事风险过高的投资,尤其是投机性交易,则不能援引《德国民法典》第 1664 条主张仅负有自己事务同一之注意义务而免责。^[35]

由上可见,德国民法上父母作为亲权人管理子女享有较大的自由。^[36]与此不同的是,根据《德国民法典》第 1806 条以下以及相关条文援引,监护人、照管人、保佐人在进行金钱投资时,应将防止被监护人的财产流失放在首位。^[37]从第 1807 条详细列举监护人可以投资的目录可以看出,监护人的投资对象主要限于安全性较高的债券类资产。可见监护人的投资首先是确保安全性。^[38]其他类型的投资还需要得家事法院的许可(《德国民法典》第 1811 条)。当然,确保安全性也不意味着监护人不必投资。如果监护人根本没有投资、迟延投资、或投资回报太少,应承担因此发生损害的赔偿义务。^[39]总之,亲权人享有较大的投资自由,而监护人则受到较多限制。

中国民法上的监护人是否有义务对于被监护人的财产投资使其增值,首先要从经济理由上进行说明。相关研究报告显示,近年来我国城市家庭资产规模快速增长,家庭户均资产规模从 2011 年的 97.0 万元,增加到 2017 年的 150.3 万元,2017 年中国个人可投资资产总规模达到 185 万亿,并预计 2018 年户均可投资资产为 55.7 万元。而且,在我国居民总资产中,金融资产的占比逐年提升,从 2004 年的 34% 提升至 2016 年的 44%。^[40]此外,从居民消费价格指数看,2018 年全年 CPI 上涨 2.1%,创五年高点。而 2018 年活期存款基准利率为 0.35%,一年期的定期存款利息是 1.50%。我国未成年人、成年的身心障碍者拥有的可投资资产不在少数,由上述数据可以推知,如果监护人仅采取“保全”资产

[32] 参见朱垭梁:《〈民法总则(草案)〉第 17-22 条评析——信托与监护的功能耦合与制度融合》,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2016 年第 6 期。相同观点参见刘淑芬、黄思逸:《我国未成年人财产管理制度探究》,《中华女子学院学报》2016 年第 2 期,第 31 页。

[33] Vgl. Staudinger/Michael Martinek, (2006) BGB § 1642, Rn. 5; Palant/Diederichsen, 70. Aufl., 2011, § 1642, Rn. 1.

[34] Vgl. Staudinger/Michael Martinek, (2006) BGB § 1642, Rn. 7.

[35] Vgl. Staudinger/Michael Martinek, (2006) BGB § 1642, Rn. 7.

[36] Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl., C. H. Beck 2006, S. 792.

[37] Vgl. Staudinger/Barbara Veit, (2014) BGB § 1806, Rn. 2; Palant/Diederichsen, 70. Aufl., 2011, § 1806, Rn. 2.

[38] Vgl. Staudinger/Barbara Veit, (2014) BGB § 1806, Rn. 1.

[39] Vgl. Staudinger/Barbara Veit, (2014) BGB § 1806, Rn. 12.

[40] 《2018 年中国城市家庭户均资产、净资产、可投资资产规模情况及中国家庭财富管理现状分析》, <http://www.chyxx.com/industry/201901/708447.html>, 最近访问时间[2020-01-15]。

的管理方式,特别是储蓄存款,其结果并不能符合“最有利于被监护人的原则”(《民法典》第35条第1款)。因此,笔者认为我国民法虽然没有明确规定监护人的投资义务,但在解释论上,可以从第34条第1款中“保护”、第35条第1款“最有利于被监护人的原则”解释出包括监护人有义务使被监护人的财产投资增值。

以上结论,当然适用于法定监护人。因为法定监护人主要是近亲属,近亲属管理和投资被监护人的财产,通常会考虑被监护人的最大利益,道德风险较低。至于意定监护人是否承担财产投资增值的义务,首先要看意定监护协议的约定。从目前意定监护的实践看,意定监护协议一般只约定监护人有义务管理和保护被监护人的财产,而对于一些处分财产的投资,例如抵押房屋进行借贷,则约定限制。归根到底,从目前中国社会现状看,意定监护的需求者通常是缺乏关系最密切的近亲属,因而才去寻求其他人或社会组织的帮助。而意定监护人承担监护事务,往往是一项负担。因此,对于意定监护人,还是要注重防范其侵害被监护人利益的可能性。而且,若被监护人尚有其他亲属,意定监护人在执行监护事务时进行财产处分和投资,一旦发生投资风险,监护人可能面临被监护人亲属的诸多责难。因此,在中国目前社会环境下,如果意定监护协议中约定监护人可进行财产的投资和处分,监护人的投资行为须符合委托合同的受托人服从指示的义务(《民法典》第922条);如果没有约定,或约定不明,应认为意定监护人没有超出财产保管以外的投资或处分的权利和义务。

综上所述,我国民法上的意定监护应采“委托+代理”的法律构造,监护人的权限和义务可归纳如下:首先,意定监护人作为委托合同的受托人享有处理委托事务的管理权。与法定监护不同,意定监护人的代理权和处分权来自于委托人的授权,也应当遵守《民法典》第35条第1款关于代理权限制的规定。其次,无论意定监护协议有偿或无偿,意定监护人作为受托人从事事务管理应尽到一般理性人的注意义务,若有过失应对其造成的损害承担赔偿责任。再次,意定监护人作为被监护人的代理人,适用《民法典》第168条的禁止利益冲突代理的规则,若意定监护人从事此类行为,其法律效果是效力待定。最后,意定监护人通常仅负有妥当保管被监护人财产的义务,若无明确约定,没有对于财产投资增值的义务。

三 信托与意定监护的制度比较和协同应用

信托是一种管理他人财产并使特定人受益的法律制度,意定监护是监护人基于委托合同为了被监护人的利益而管理财产。如前所述,我国民法上意定监护应解释为“委托合同+代理授权”,而根据《信托法》第2条,“信托,是指委托人基于对受托人的信任,将其财产权委托给受托人”,为受益人的利益或特定目的进行管理或处分的行为。因此,信托与意定监护都采取“委托—受托”的法律关系结构,都是建立在委托人对受托人信任的基础上,因此受托人都承担信义义务(fiduciary duty)。就制度功能而言,二者都是通过意思自治实现财产管理的法律工具,意定监护与信托都是基于法律行为产生,贯彻了委托人自主决定财产管理的权利。可见,信托与意定监护在法律构造、受托人义务等方面具有近缘相似性,在功能上具有可替代性。而实践中将信托引入成年监护之中,主要是考虑到信

托在财产管理方面具有比较优势。于此,有必要在理论上厘清信托在管理权限、财产投资、受托人义务等方面的特点和优点,从而为二者的协同应用奠定法理基础。

(一) 信托受托人的管理权限

信托受托人与意定监护人都有管理他人财产的权限和义务。对于信托而言,受托人通常是取得委托人的财产权利,有更加自由地管理财产的权限。在英美法中,信托建立在普通法与衡平法的双重所有权结构基础上,受托人取得普通法上的法定所有权,但从衡平法上看,受托人系替他人持有财产,后者为受益人,^[41]是真正的权利人。因此,为了完成信托设立,必须确保财产权利转让给受托人,并使其基于信托为他人持有财产。^[42]反观我国《信托法》第 2 条第 1 款“将其财产权委托给受托人”,并没有明确受托人是否取得财产权利。实际上,考察《中华人民共和国信托法(前稿草案)》第 3 条第 1 款规定“本法所称信托,是指委托人基于对受托人的信任,将其财产权转移给受托人,受托人按委托人的意愿以自己的名义,为受益人的利益或特定目的,管理或处分财产的行为。”这里表述为委托人“财产权转移给受托人”。^[43]按参与《信托法》起草的江平教授的解释,这是因为立法通过前,究竟信托财产是谁的有不同看法,结果就采取模糊“将财产权委托给受托人”的表述。^[44]但学理通说将其理解为财产权转移给受托人才能设立信托。^[45]司法实践中也采此观点。^[46]至于如何转移财产权给受托人,则按照物权、债权、股权、知识产权等权利的变动要件对待即可。

将信托与意定监护比较,可知信托具有如下优势:

第一,信托受托人既然已经取得了财产权,只要是符合信托目的,他可以自己的名义,而非以代理人的名义,与第三人进行任何涉及信托财产管理方面的法律行为,也即无需取得代理授权。与此不同,意定监护人管理被监护人的财产,仅得在取得代理权或处分权的前提下才能处分被监护人的财产。

第二,信托受托人享有宽松的裁量权限,同时与委托人的关系也存在经济学意义上的“代理成本”问题,^[47]即受托人若不受控制,极易造成受益人或信托财产的损害,因此须以更强的规制措施控制受托人机会主义行为。首先,《信托法》第 14 条第 2 款规定,受托人因对信托财产管理运用、处分或以其他方式取得的财产,都属于信托财产,这被称为“信托财产的物上代位”原理。^[48]而在意定监护委托合同的架构下,如监护人未以被监护人

[41] 参见[英]格雷厄姆·弗戈著:《衡平法与信托的原理》(上),葛伟军等译,法律出版社 2018 年版,第 61 页。

[42] 参见[英]格雷厄姆·弗戈著:《衡平法与信托的原理》(上),葛伟军等译,法律出版社 2018 年版,第 194 - 195 页。

[43] 《中华人民共和国信托法(前稿草案)》,载朱少平、葛毅编《中国信托法起草资料汇编》,中国检察出版社 2002 年版,第 185 页。

[44] 江平著:《浮沉与枯荣:八十自述》,陈夏红整理,法律出版社 2010 年版,第 410 页。

[45] 参见周小明著:《信托制度:法理与实务》,中国法制出版社 2012 年版,第 40 页。

[46] 参见上海市浦东新区人民法院(2009)浦民二(商)初字第 1700 号民事判决书。相关评析参见顾权:《华宝信托有限责任公司诉陈碰兴抵押贷款证券化信托合同纠纷案》,《人民司法·案例》2009 年第 12 期。

[47] See Robert H. Sitkoff, The Economic Structure of Fiduciary Law, 91 Boston University Law Review, p. 1040 (2011).

[48] 赵廉慧著:《信托法解释论》,中国法制出版社 2015 年版,第 198 页。我国司法实践中已有运用信托财产代位物原理的裁判,例如辽宁省沈阳市中级人民法院(2008)沈中民三终字第 1445 号民事判决,参见陈林:《违反信义义务所获利益应予返还》,《人民司法·案例》2009 年第 6 期,第 49 - 53 页。

的利益为目的或超越授权范围而进行财产处分,第三人可能取得权利(如善意取得),被监护人不可要求第三人返还;处分人(监护人)即使取得相应的对价金钱,若未归入被监护人的财产(例如价金未转入其账户),而是处分人先取得,归入其责任财产,被监护人对此不享有物上代位权或优先权。^[49]

第三,信托受托人如果违背信托目的处分财产或违背管理职责处分信托财产,造成信托财产损失的,委托人可以申请法院撤销该处分行为,并要求受托人恢复财产或予以赔偿(《信托法》第22条第1款前句)。这是维持信托财产独立性而规定的特别手段。而意定监护的委托人则无此类撤销权,若因处分而致被监护人财产损失,只能在内部关系中根据违约或《民法典》第34条第3款,追究监护人的损害赔偿責任。

总之,信托受托人比意定监护人享有较大处分财产的权限,为维持信托财产的独立性和保护受益人,信托法对于受托人设置了较为严格的规则。

(二) 受托人忠诚义务之比较

信托受托人接受处理信托事务,应承担“信义义务”(或受信义务, *duties of fiduciaries*),为受益人的最大利益处理信托事务(《信托法》第25条第1款)。从体系上看,信义义务主要包括忠诚义务(*duty of loyalty*)和谨慎义务(*duty of prudence*,或注意义务 *duty of care*)两类。正因为信托给予受托人较大的自由裁量权,才应当以忠实义务控制裁量权的风险。而谨慎义务是防止受托人的过失行为,其实与是否接受信托没有本质的联系。^[50]因此,忠实义务才是信义义务核心的、不可或缺的内涵。我国《信托法》第25条第2款规定: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。此处的诚实、信用属于忠诚义务范畴;恪尽职守、谨慎、有效管理,属于注意义务范畴。

从我国《信托法》相关规定的结构和内容看,第25条第1款“为受益人的最大利益处理信托事务”是忠诚义务的一般性规定,^[51]第2款“诚实、信用”进一步强调了忠诚义务的要求。第26条规定受托人不得利用信托财产为自己谋利、第27条规定不得将信托财产转为固有财产,这些构成“不得谋利”规则。但《信托法》第26条的文义过窄,理论上应将不得谋利解释为,受托人不得利用其地位(不限于利用信托财产),为了本人以外的其他人(包括自己和第三人)谋取利益。^[52]《信托法》第28条规定受托人不得将固有财产与信托财产交易、不得将不同委托人的财产进行相互交易;第29条规定受托人应将信托财产与固有财产分别管理、将不同委托人的信托财产分别管理,这些构成“避免利益冲突”规则。英国判例认为“如果有人负有受信义务,他就不得被允许参与他具有或者可能具

[49] 从比较法上看,法定监护人若越权处分被监护人的财产,有国家承认取得的动产,可以自动代位进入被监护人的财产,例如《德国民法典》第1646条规定父母以子女的资本取得动产、无记名证券、空白背书指示证券应归子女所有。子女由此取得的财产权利,在针对父母发生支付不能程序中,可以行使取回权和别除权。Vgl. Staudinger/Helmut Engler, (2009) BGB § 1646, Rn. 18. 但我国民法上无此类规定。

[50] 严格言之,谨慎义务与防止自由裁量权无关(参见姜雪莲:《信托受托人的忠实义务》,《中外法学》2016年第2期,第182页,注释4)。可见,谨慎义务并不是信义义务的必然本质。

[51] 参见姜雪莲:《信托受托人的忠实义务》,《中外法学》2016年第2期。赵廉慧著:《信托法解释论》,中国法制出版社2015年版,第310页。

[52] 关于不得谋利规则的较全面界定,参见[英]格雷厄姆·弗戈著:《衡平法与信托的原理》(下),葛伟军等译,法律出版社2018年版,第679页。

有个人利益冲突的事项中,或者那些可能和他应当保护的人的利益相冲突的事项中。”^[53]由此引申避免利益冲突包括:受托人不得从事与自己利益冲突的行为(禁止自我交易);以及不得同时代表两个以上的、有利益冲突的委托人行为(禁止双方行为)。^[54]

违反忠实义务的责任后果是严格的、多重的。首先,根据《信托法》第 22 条第 1 款,受托人违反信托目的处分信托财产或者因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的,委托人或受益人(第 49 条)可以请求撤销该处分行为,取回财产;或者要求受托人将信托财产恢复原状或者损害赔偿;信托财产的受让人如果明知违反信托目的而接受该财产,应予返还或赔偿。反之,如果受让人为善意且支付对价的,则不可请求其返还。^[55]此外,还须指出,受益人向信托财产受让人主张的返还请求权具有强大的追及效力。英国信托法赋予受益人“跟踪和追及”的权利。跟踪意味着第三人取得财产可识别时,应予返还;但如果财产丢失或毁损,则无法再对之进行跟踪。追及意味着初始财产无法被跟踪(如耗尽或混同)时,还可以追及到受让人现在持有的、由初始财产转化后的代位财产上。^[56]例如受托人违反信托将股份无偿赠与第三人,继而该第三人出售该股份,并用所得资金购买了汽车,则受益人的权利可按顺序追及至股份、资金以及汽车。

其次,受托人违反忠诚义务所获得的利益,都归入信托财产,这是受益人的归入权。归入的情形不限于《信托法》第 26 条第 1 款规定的利用信托财产为自己谋利,还包括侵吞受托财产(《信托法》第 27 条)、将固有财产与信托财产交易,或就不同信托财产之间进行交易(《信托法》第 28 条)所取得的利益等。^[57]归入权的特点有二:其一,不以受益人或委托人的损害为必要,即使没有发生损失,也可主张归入;其二,归入是一种严格的责任,只要受托人利用信托地位为自己或他人谋取利益,无需考虑过错,即可产生归入权。^[58]这种严格责任的根本原因是因为受托人享有较大的自由裁量权,因而违反忠实义务的后果比较严厉。

就监护而言,如前所述,监护人对于被监护人也承担一定程度的忠诚义务,监护人不得从事自我交易,不得为自己谋取利益。尤其是在意定监护情形,基于“委托+代理”的法律结构,也适用《民法典》第 168 条代理法上的“利益冲突禁止”规则。

事实上,从意定监护协议的委托合同性质看,受托人承担的忠诚义务接近于信托的受托人。虽然大陆法系国家民法典上没有明确委托合同受托人是否承担忠诚义务,但民法学理上对此是认可的。拉伦茨指出:委托人就其自身之事务托付给受托人,受托人对于委托人负有诚信义务(Treupflicht),这构成了委托关系的人格法因素。委托与一种信托地位

[53] Aberdeen Railway Company v Blaikie Bros (1854) 1 Macq 461, 471. 转引自[英]格雷厄姆·弗戈著:《衡平法与信托的原理》(下),葛伟军等译,法律出版社 2018 年版,第 668 页。

[54] 详细参见[英]格雷厄姆·弗戈著:《衡平法与信托的原理》(下),葛伟军等译,法律出版社 2018 年版,第 669 页。

[55] [英]格雷厄姆·弗戈著:《衡平法与信托的原理》(下),葛伟军等译,法律出版社 2018 年版,第 698 页。

[56] [英]格雷厄姆·弗戈著:《衡平法与信托的原理》(下),葛伟军等译,法律出版社 2018 年版,第 849 页。

[57] 参见赵廉慧著:《信托法解释论》,中国法制出版社 2015 年版,第 324 页。

[58] 参见[日]樋口范雄著:《信托与信托法》,朱大明译,法律出版社 2018 年版,第 107 页。

(treuhänderische Stellung) 紧密联系在一起,受托人要把委托人的事情当作自己的一样对待,理解委托人的需求,为委托人的利益着想。”^[59] 埃塞尔也认为委托合同的受托人如同处于信托的法律地位,信任关系(Treuhandbindung)构成了作为事务处理合同的委托合同在实体上或内容上的特征。^[60] 与承揽、雇佣合同相比,委托合同的债务人“为了维护事务本人之利益而负担的特殊的诚信义务。这一义务构成受托人(在其整体地位上)的主义务,因为维护他人之利益构成了委托的本质。”^[61]

委托合同受托人具体义务包括事务处理、服从指示、结算和报告、以及交还财产等义务。尤其是交还财产的范围最能说明受托人适用利益冲突禁止规则。《民法典》第 927 条规定“受托人处理委托事务取得的财产,应当转交给委托人。”此处转交的财产包括受托人以自己名义或以委托人的名义取得的金钱、物品及其孳息、所取得之物权或其他支配性权利,^[62] 以及债权。^[63] 交还财产的范围包括受托人执行事务或与执行事务有关而获得的全部利益。^[64] 但受托人因处理事务中而碰巧(bei Gelegenheit)获得之利益,例如小费、纯粹个人性礼物,这些与管理事务没有实质上联系的利益,不属于交还之列。^[65] 但如果受托人取得利益,存在使委托人遭受不利的危险时,即应肯定存在实质上的联系。^[66] 总之,受托人在处理事务中不能为自己谋利,如果利用处理事务之机获得利益,应归属于委托人。

由上可见,委托合同的受托人也负有忠诚义务,违反禁止利益冲突规则的后果是交还所取得利益,这类似信托中的归入权。但信托中的归入是归入到信托财产,具有财产的独立性,可以对抗受托人的强制执行或破产程序。而委托合同中的受托人若尚未将取得的财产权利转交给委托人之前,恰好被强制执行或进入破产程序,则委托人对于应交还的财产,并无支配性权利,不能对抗强制执行或在破产程序中享有取回权或优先权。因此,从意定监护人与信托受托人违反忠诚义务的法律效果看,后者对于受益人更强的保障作用。

(三) 受托人谨慎义务和投资义务之比较

《信托法》第 25 条第 2 款规定受托人管理信托财产,履行谨慎、有效管理的义务。此处规定的谨慎义务,是指受托人应尽到合理谨慎人处置自己财产时一样的注意(care)、技能(skill)和谨慎(caution)的义务。^[67] 比较而言,忠诚义务更侧重于控制受托人的裁量权,禁止受托人滥用受托人的地位,而谨慎义务则着重于受托人有无过失、是否缺乏专业、注意力。^[68]

[59] Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl., C. H. Beck 1986, S. 413.

[60] Vgl. Josef Esser, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 4. Aufl., C. F. Müller Verlag 1971, S. 182.

[61] Josef Esser, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 4. Aufl., C. F. Müller Verlag 1971, S. 183.

[62] 参见崔建远著:《合同法》(第 2 版),北京大学出版社 2013 年版,第 640-641 页;邱聪智:《新订债法各论》(中),中国人民大学出版社 2006 年版,第 167 页以下。

[63] Vgl. Medicus, Schuldrecht II Besonderer Teil, 17. Aufl., C. H. Beck 2014, S. 305.

[64] Vgl. Staudinger/Michael Martinek, (2006) BGB § 667, Rn. 7.

[65] Vgl. Medicus, Schuldrecht II Besonderer Teil, 17. Aufl., C. H. Beck 2014, S. 305; Staudinger/ Michael Martinek, (2006) BGB § 667, Rn. 12.

[66] Vgl. Staudinger/Michael Martinek, (2006) BGB § 667, Rn. 12.

[67] 参见[美]爱德华·C. 哈尔巴赫著:《吉尔伯特信托法》,张雪樵译,法律出版社 2017 年版,第 210 页。

[68] 参见 Tamar Frankel 著:《忠实法》,林鼎钧等译,我国台湾地区新学林出版社 2016 年版,第 197 页。

信托法上受托人的谨慎义务有多层涵义。首先,在信托法的发展早期,受托人的义务侧重保守地管理财产,而非考虑如何使其增值。若仅就财产的“保全—管理”而言,受托人按照一个客观理性人的注意标准,对待和管理的他人财产,避免发生风险和损失,就算是尽到了谨慎义务。在这个意义上,信托受托人这类义务,与民法上的“善良管理人”或“理性人”注意义务标准没有本质区别。^[69] 例如委托合同中,受托人负有小心谨慎地处理其所承担之事务之义务。^[70] 其他类似的管理人,例如财产代管人、监护人、无因管理人、保管人、承运人等均负有此类注意义务。^[71] 因此,在现代英国信托法上,注意义务与侵权法上的过失注意标准逐渐趋同。^[72]

其次,现代信托法中的谨慎义务转向注重受托人将信托财产进行合理的投资并使其增值的义务,这种“投资—管理”义务成为信托的应有之义。^[73] 美国信托法上要求信托受托人应尽到合理的注意,运用其能力管理信托财产,并提供合理利率的收益。具体言之,如果涉及不动产,受托人有义务为创造收益而出租、经营、使用或出售。如果涉及资金,受托人可根据信托合同条款进行投资;如果没有明确的投资义务,受托人负有保持信托资金安全并赚取合理利息的义务,例如存入信誉良好的银行。若将信托资金超额存入或长时间不合理地存入无息活期存款,都属于违反信托义务。^[74]

就受托人的投资义务而言,现代信托法经历了从谨慎人规则 (prudent man rule) 到谨慎投资人规则 (prudent investor rule) 的发展转变。受现代投资组合理论影响,1992 年美国《信托法第三次重述》转向“谨慎投资人规则”,随后各州都纷纷制定《谨慎投资人法》贯彻这一理念。^[75] 简言之,这一规则强调不能单独认定每一投资类型或投资行为的不谨慎,每个投资决定都不是单独的,而是应当将其放在投资组合的背景下,作为整体投资策略的一部分看待。因此,受托人的投资应综合考虑信托合同的目的、条款、分配要求和其他情况 (Rest. 3d § 90)。^[76]

我国《信托法》第 25 条第 2 款关于谨慎义务有原则性规定。《证券投资基金法》第 9 条第 1 款、《慈善法》第 48 条第 1 款、《信托公司管理办法》第 24 条、《信托公司集合资金信托计划管理办法》第 4 条、《私募投资基金监督管理暂行办法》第 4 条第 1 款都有规定

[69] See John H. Langbein, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 *Yale Law Journal*, p. 656 (1995).

[70] Vgl. Medicus, *Schuldrecht II Besonderer Teil*, 17. Aufl., C. H. Beck 2014, S. 307; Looschelders, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 8. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2013, S. 293.

[71] 只不过,每一类型的管理人要结合具体的语境、社会交往的标准来确定其注意义务标准。至于信托受托人,应根据其所属职业及社会地位,通常被期待的注意程度,来确定其义务标准。参见[日]道垣内弘人著:《信托法入门》,姜雪莲译,法律出版社 2014 年版,第 84 页。

[72] 参见[英]格雷厄姆·弗戈著:《衡平法与信托的原理》(下),葛伟军等译,法律出版社 2018 年版,第 582 页。

[73] 参见[英]伊恩·麦克唐纳、安·斯特里特著:《衡平法与信托法精义》,李晓龙译,法律出版社 2018 年版,第 199 页。

[74] 参见[美]爱德华·C. 哈尔巴赫著:《吉尔伯特信托法》,张雪樾译,法律出版社 2017 年版,第 225 - 226 页。

[75] 关于谨慎人规则到谨慎投资人规则的发展和改革,See John H. Langbein, *The Uniform Prudent Investor Act and the Future of Trust Investing*, 81 *Iowa Law Review*, pp. 643 - 654 (1996); Stewart E. Sterk, *Rethinking Trust Law Reform: How Prudent is Modern Prudent Investor Doctrine?* 95 *Cornell Law Review*, 851 (2010)。

[76] 参见[美]爱德华·C. 哈尔巴赫著:《吉尔伯特信托法》,张雪樾译,法律出版社 2017 年版,第 228 - 229 页;[日]樋口范雄著:《信托与信托法》,朱大明译,法律出版社 2018 年版,第 130 页以下。

信托财产的受托人负有“谨慎勤勉的义务”“谨慎管理的义务”。关于受托人“谨慎投资人”的义务,例如《证券投资基金法》第9条第2款基金管理人进行证券投资“应当遵守审慎经营规则,制定科学合理的投资策略和风险管理制,有效防范和控制风险。”《信托公司集合资金信托计划管理办法》第25条规定“信托资金可以进行组合运用”“信托资金进行证券投资,应当采用资产组合的方式,事先制定投资比例和投资策略,采取有效措施防范风险。”《保险资金运用管理办法》第27条第3款受托人“根据保险资金特性构建投资组合。”可见,我国在营业信托领域实质上已经引入了“谨慎投资人”规则。

就法律效果而言,违反谨慎义务,根据《信托法》第22条第1款,委托人或受益人可请求撤销其处分行为、要求受托人恢复信托财产原状以及损害赔偿。受托人有重大过失的,可以根据《信托法》第23条解任受托人。

综上可知,受托人的谨慎义务区分为普通的谨慎管理义务和较高的谨慎投资义务两类。将意定监护与信托中的注意义务比较:

第一,就普通的管理义务而言,二者没有本质区别,意定监护协议中的注意义务与信托中的注意义务都应以理性第三人的注意标准确定,实际上就是过失的判断标准。意定监护或信托中的受托人未尽注意义务,应对自己的过失负责。

第二,就财产的投资义务而言,意定监护人只能根据意定监护协议才能取得投资权;如果没有约定或约定不明,意定监护人没有超出财产保管以外的投资或处分财产的权利和义务。至于信托的受托人,如果是普通的民事信托,受托人是否享有投资管理权限和义务,须根据信托文件来确定;如果是专业的信托机构,则受托人负有投资的义务,且享有较大的裁量权,受托人只要审慎考虑投资组合策略后,即使出现投资风险,也不必负责。

(四) 意定监护与信托的协同应用

归纳上文所述,信托与意定监护(委托)相比,在财产管理方面具有较明显的优势,主要体现在:其一,信托受托人管理他人财产,取得该财产的权利归属,并享有较大的裁量权和处分权,只要是为了受益人的目的,处分财产一般不受限制;其二,受托人就受托管理财产与他人从事法律行为,以自己的名义即可,无需代理或处分授权,但所获之对价和收益,都属于信托财产;其三,信托受托人承担较重的忠诚义务,因违反忠诚义务所获利益,受益人可主张归入信托财产中;其四,营业信托受托人有义务进行投资经营,以确保信托财产增值。总之,信托财产管理具有灵活、安全、高效的优点。

鉴于信托的优势和功能替代,法律实践部门通过交易设计安排,将信托引入监护之中,将二者组合运用。以万向信托公司成功办理我国第一单“监护支援信托”为例,信托公司在接受委托人的财产管理事务的同时联合公证机构,对老年委托人的人身照管通过意定监护方式也做出安排。具体言之,一方面,完全行为能力的委托人与信托公司签订以自己为受益人的资金信托合同(自益信托),委托人将资金转入信托账户,信托公司有义务按照“组合投资策略”使受托资金增值,并将信托收益逐步分配给委托人。另一方面,委托人选定意定监护人,在公证机构办理意定监护协议公证,以明确其行为能力欠缺后意定监护人履行监护职责的起始时点和具体事项范围等。当委托人失去行为能力后,由公证处确认意定监护人开始履职,但他并不直接掌管被监护人的财产,被监护人日常生活需

要的开支,须由信托公司根据信托合同定期向被监护人账户转账;如果被监护人出现重大疾病或特殊需要时,信托公司根据意定监护人提供的医疗证明等文件,进行大额转账。^[77]通常委托人在办理信托和意定监护的同时,以公证形式向意定监护人进行医疗处分授权,并设立公证遗嘱确定遗产如何分配,或进行慈善捐赠,由此形成一个人身、财产事务自我管理安排的闭环。

通过这样的交易结构安排,委托人实现了多重的人身和财产事务安排目的:第一,委托人将财产设立信托,而信托财产不受委托人或受托人破产或被强制执行的影响,由此实现了风险隔离,加之受托人承担较重的忠诚义务,并受到国家严格的金融政策监管,从而确保了资产的安全性;第二,委托人指定信托财产用于自己生活保障(或其他近亲属生活、或慈善捐赠等),从而将目的意思“冻结”在信托财产上,即使其失去行为能力,该目的也不受影响,从而确保了财产使用目的稳定性;第三,信托受托人通常为专业机构,对信托财产有投资增值的义务,从而确保了资产的可持续性;第四,也是最为重要的,将财产管理事务从监护中剥离出来,围绕着被监护人,形成监护人与信托受托人相互制衡的关系格局,有利于防范单一监护人或信托受托人的道德风险。

从目前的意定监护+信托的业务实践来看,其局限性主要在于:从委托人角度看,办理和持续进行该业务的管理费用较高,若不具备一定的资产规模,普通的民众难以承受其交易成本;从信托受托人角度看,限于我国信托公司的经营范围以及金融监管规则的要求,目前信托公司仅接受资金信托,而房产、股权、债权、知识产权等财产无法直接设立信托,须将此类财产处分转为资金再设立信托。

最后应予说明,监护与信托组合应用不限于成年意定监护的场合。智障、自闭症等病患成年人及其近亲属也是一种有特殊需要的社会群体。例如,自闭症成年人的父母已步入老年阶段,在身体自顾不暇或行将去世的前提下,通过委托监护协议将子女的人身照管委托他人进行监护,同时将财产设立以子女为受益人的他益信托,以信托收益供养其生活,使其善终。信托公司和公证处在办理此类业务中也利用监护+信托的交易结构设计,其原理相同。

四 结 论

为他人进行事务管理体现了人类社会成员之间的互助精神以及专业合作的理念,是社会分工发展趋势的必然结果,它广泛反映在民商法的诸多制度中。从民法上看,首先是以意思自治创设的各种以管理他人财物或事务为内容的合同,例如委托、保管、仓储,意定监护亦属此类。其次,民法上还有大量法定的事务管理规则,例如失踪人的财产代管、无因管理、拾得人保管遗失物、法定监护属于此类。从商法上看,公司董事和高管、破产管理人、信托受托人广义上都是从事管理他人财产的专业人士。这些以管理他人事务为内容

[77] 参见《万向信托落地全国首单监护支援信托》, <http://finance.sina.com.cn/trust/2020-01-14/doc-iihnzh-ha2380707.shtml>, 最近访问时间[2020-05-08]。

的私法关系,都建立在信任的基础之上,管理人被期待要为本人的利益最大化而行事。^[78]“受人之托,忠人之事”,意定监护人与信托受托人都是受信之人,都承担着信义义务,只是程度有别,这是融贯地理解和运用二者的理论前提。

意定监护与信托都是根据委托人的自由意思确立的事务管理法律关系,二者在法律结构上具有同源性、在功能上具有替代性。相比而言,信托作为一种专业的财产管理工具,具有较多优点。将意定监护与信托组合运用时,委托人在具有完全行为能力状态下,订立意定监护协议,并以自己为受益人将财产转移给受托人设立信托,从而利用意定监护实现人身照顾,利用信托实现财产高效管理。这种制度工具组合,一方面发挥信托的财产管理优势,弥补监护人的财产管理能力不足;另一方面,使监护人与财产管理脱钩,而更关注被监护人的人身照管。由此,二者各司其职,协同合作,形成一种制衡机制,妥当地解决了意定监护人的道德风险问题。

[Abstract] Article 33 of the Chinese Civil Code establishes the adult appointed guardianship system to implement the adult's autonomy with respect to their own guardianship. The adult appointed guardianship system in China should adopt the legal structure of "trust + agency agreement". The appointed guardian has the right to make arrangements for the ward, while at the same time he must fulfill his duty of care. In addition, the guardian should avoid conflict of interest with the ward. Unless there is a specific agreement between the guardian and the ward, the guardian does not have an obligation to make investment with the property of his ward. Though adults can choose their guardians, there is still a possibility that guardian may infringe upon the ward's rights and interests. As a result, the trust mechanism has been introduced into the adult appointed guardianship system in both Chinese and foreign legal practice, making use of the trust's functions of risk separation and purpose-will freezing to separate the personal care from property management, so as to develop a coordination and check and balance mechanism for controlling the ethical risk of the guardian. A trustee has more competence in managing the client's property than the appointed guardian and consequently also assumes heavier duty of loyalty towards the client. Moreover, a trustee of business trust also has the obligation to increase the trust property through investment. Clarifying the legal dogmatic principles of guardianship and trust is conducive to properly combining the trust system and the guardianship system and solving related legal disputes in judicial practice.

(责任编辑:姚佳)

[78] 关于私法上以信任为价值基础的法律类型详细阐述,参见徐化耿:《论私法上的信任机制——基于信义义务与诚实信用的例证分析》,《法学家》2017年第4期,第30-43页。