

慈善信托法律制度运行机理及其在我国发展的障碍

王建军 燕 翀 张时飞

内容提要:慈善信托作为结集慈善资源的重要途径和方式,历经百年,理应得到长足发展,然而现实中,其在全球的发展并不理想,与制度设计初衷反差较大。慈善信托作为从英美国国家借鉴引进的法律制度,基于两大法系国家和地区不同的文化传统与不同的福利体制,其植入中国社会面临着诸多障碍。慈善信托制度的根基在于信用,如果信用不被视为社会基本行为准则,那么该项制度则很难发展起来,这就是慈善信托制度现阶段无法在中国植根、发展以及进一步以法律形式确定的根本原因。从具体实践层面上看,慈善信托制度与我国现行法律规范存在一定张力,无论是在设定主体上、信托财产属性上、设立程序上,还是慈善信托监察人制度以及税收优惠政策的驱动力上,诸多方面都存在不足与滞后。目前,我国正在起草《慈善事业法》,鉴于慈善信托制度缺乏在我国建立与发展的原初动力与条件,因此现阶段不宜在《慈善事业法》中规定该项制度。

关键词:慈善信托 公益信托 信用 慈善事业法

王建军,民政部政策法规司。

燕 翀,民政部监察局。

张时飞,民政部政策法规司。

一 慈善信托的概念及作用

(一)概念的界定

在我国,慈善信托不是法律概念,现实中,社会共识不多,实际应用少见。而公益信托,早在2001年颁布实施的《中华人民共和国信托法》(简称《信托法》)中就单独成章(第六章),专门作了规定。因此,辨明两者之间的关系,有助于从法律层面建构慈善信托机制。

检索已有文献,关于慈善信托与公益信托的关系,主要有两种说法:一是普遍认为公益信托是慈善信托的别称或中译名,进而言之,公益信托和慈善信托仅是英美法系和大陆法系国家或地区的用词不同,其实指涉的是同一事物。二是部分人认为公益信托范围要比慈善信托范围大,主要理由是,大陆法系国家或地区法律界定的“公益目的”比英美法系国家法

律界定的“慈善目的”宽泛。

1. 慈善信托与公益信托两个概念并无实质区别

就慈善目的论严格说来,英美法系国家法律界定的“慈善目的”与日本、韩国、我国台湾等大陆法系国家或地区法律界定的“公益目的”并无孰大孰小之虞。比如,2006年《英国慈善法》列举的慈善目的内容达十三项,^[1]其内容之多、范围之广,甚至超出日本、韩国、我国台湾地区信托法中列举的公益目的内容。导致部分人以为慈善信托范围窄于公益信托范围的原因可能有两个:一是受英国早期有关“慈善目的”法律解释的影响。英国作为慈善信托发祥地和发达国家,其早期有关“慈善目的”的法律解释,对日后大陆法系国家和地区制定慈善信托法律影响很大。突出表现在,日本、韩国、我国台湾地区普遍把英国早期法律界定的四大类“慈善目的”,^[2]作为“标准”慈善加以继受。而对超出这一范畴的,则用“公益”概括。事实上,英国对“慈善目的”的法律解释,充分体现了与时俱进精神。1954年、1960年、1992年、1993年和2006年的慈善法律相继修订出台,就是例证。特别是2006年《英国慈善法》在慈善目的界定上实现了历史性突破,第一次以成文法律条文的形式为慈善目的下了完整定义,具体列出了13类慈善目的的事业,大大突破了以往的法律解释。^[3]遗憾的是,2006年之前,日本、韩国和我国台湾地区早已完成信托法制建设。二是受中国、日本、韩国等大陆法系国家传统福利文化的影响。由于中国(包括台湾地区)、日本、韩国一衣带水、山水相连,传统福利文化相容度高,它们普遍认同“慈善”乃扶危济困、扶弱抑强、仗义疏财之举。而发展教育、科技、文化、卫生,促进环境保护等,则属于“公共利益”范畴。正因如此,中国、日本、韩国三国在移植英美慈善信托制度时,普遍感到本国传统语境的“慈善”概念不足以涵盖英美国家的“慈善”,也不足以表达即将建立的制度内涵,必须以新概念取代,“公益”就成为较佳选择。^[4]进而言之,慈善目的由注重弱者救助的“慈善”不断向注重公共生活的“公益”扩展,是大势所趋,历史必然。慈善目的范围大小,不是也不应该是区分慈善信托和公益信托两个概念的实践判断标准。

2. 慈善信托与公益信托在公权力介入方面略有差异

从实现方式上看,目前尚无足够资料判断,英美法系国家的“慈善”与“公益”两个概念是否有实质分别,或者根本就是一回事。但在大陆法系国家和地区,“慈善”与“公益”在公权力介入程度上明显存在差异:慈善善举,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。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。显然,慈善信托和公益信托在实现方式上的差

[1] 具体包括:扶贫与消除贫困的事业;发展教育的事业;促进宗教的事业;促进健康和拯救生命的事业;推进公民意识和社区发展的事业;促进艺术、文化、历史遗产保护和科学的事业;发展业余体育运动的事业;促进人权、解决冲突、提倡和解以及促进不同宗教与种族之间和谐、平等与多样性的事业;保护与改善环境的事业;扶持需要帮助的青年人、老年人、病人、残疾人、穷人或者其他弱势群体的事业;促进动物福利的事业;有助于提高皇家武装部队效率的事业;其他符合本法律相关条款规定的事业。

[2] 麦克诺顿(McNaghten)勋爵把所有慈善活动概括为扶贫济困、发展教育、促进宗教、其它有助于社区的善事4个大类。

[3] 徐彤武:《英国法律中“公益性事业”的定义与实践标准》,国务院法制办公室官方网站,2010年5月12日最后访问。

[4] 尽管目前仍没有直接证据表明此种“慈善”与“公益”之间的关系,然而“公益”一词源自日本,播至中韩,日本公益信托法制起源于上世纪初,以及我国五四运动后才出现“公益”概念,足以间接佐证。

异,真实反映了两大法系国家和地区不同的文化传统和不同的福利体制。

归结起来,本文指称的慈善信托,一方面在法律框架上与公益信托同构。从此意义上说,慈善信托与公益信托同义,我国信托法对公益信托的专章规定完全适用于慈善信托。另一方面,在处理公权力介入方面,慈善信托又有别于公益信托,即慈善信托更注重民间性和自愿性,而公益信托更侧重政府公权力和国家责任。

(二)独特价值

制度被创设或移植必须具有独特价值,慈善信托概莫能外。慈善信托百年发展历程表明,在促进慈善事业、增进社会福祉方面,慈善信托具有其他制度所不可替代的功能。

1. 法律层面的价值

一般认为,慈善信托最早起源于13世纪英国的慈善用益制度,起因于当时法律禁止教徒私自向教会捐赠土地,为规避这一禁止性规定,虔诚的教徒利用慈善用益观念,通过遗嘱或合同的方式将土地委托给他人代为经营管理,并将收益捐赠教会。这种做法尽管不能让教会取得被转让土地的所有权,却能使其享有该土地产生的全部收益。这一法律制度创举开启了英美法系国家慈善事业发展的新时期,并在发展中远播世界。现实中,慈善信托已成为各国发展慈善事业的基本组织形态。检视两大法系国家和地区,公民或者组织欲从事慈善活动,可供选择的组织形式主要有非法人慈善组织、慈善信托和法人慈善组织(简称“慈善法人”),^[5]犹如驱动各国慈善事业发展的三驾马车。为凸显慈善信托的法律功能,有必要对三种组织形态的法律地位进行比较。

与慈善法人相比,慈善信托设立更简便、结构更简单、运作更灵活、财产更安全,公信力更高。比如,慈善法人属于以慈善为目的的法人,而慈善信托多数认为属于以慈善为目的的契约。慈善信托的设立门槛比慈善法人更低;设立慈善法人必须成立管理机构,配备专职人员,确定固定住所,固定支出较多。而慈善信托不属于法人,没有常设机构,具体运营由受托机构负责,无需支付额外成本;慈善法人通常有最低财产额的限制,且原则上不得处分其基本财产,成立后不得任意解散。而慈善信托则比较弹性,没有存续期限的限制,也可动用信托原本和追加原本,还可设立小额慈善信托,灵活性强;受专业人才和相关规定^[6]等诸多因素制约,慈善法人在实现财产保值增值方面,普遍不够理想。而慈善信托的专业受托人则具有慈善法人所不可比拟的理财能力,它可以根据慈善信托合同约定的投资范围,最大限度地保证慈善信托财产的安全和增值,防止不必要的资金运营亏损;与慈善法人模式下的自管自用情形比,慈善信托财产要接受公益事业管理机构、委托人、受托人、信托监察人等多方有效监督,透明度和公信力都更高。

与非法人慈善组织相比,慈善信托具有风险分割功能。慈善信托将信托财产的所有权分割为名义上的所有权和实质上的所有权,并独立于委托人、受托人和受益人的固有财产,

[5] 非法人慈善组织和法人慈善组织是本文用语。非法人慈善组织因其组织性而有别于自然人,因其不具备独立人格而有别于法人。非法人慈善组织类似于美国的“非营利非法人社团”,类似于德国的“无权利能力社团”,类似于日本的“非法人社团或财团”,类似于我国台湾地区的“非法人社团”。慈善法人是指不将其收益在成员中予以分配的法人,是目前各国最主要的非营利组织形态。慈善法人类似于美国的“非营利法人”,类似于英国的“慈善公司”或“慈善公司组织”,类似于德国、日本和我国台湾地区的“财团法人”,类似于中国大陆的基金会和民办非企业单位。

[6] 我国《基金会管理条例》第29条规定,公募基金会每年用于从事章程规定的公益事业支出,不得低于上一年总收入的70%;非公募基金会每年用于从事章程规定的公益事业支出,不得低于上一年基金金额的8%。这些强制性比例的规定,虽可促使基金会确保对慈善事业的投入,但由于规定可操作性差,致使基金会投资行为受到很大限制。

由受托人管理信托财产,并根据信托条款的规定将收益转移给符合资格的受益人,这一点是非法人慈善组织所无法比拟的。非法人慈善组织没有自己的独立财产,不允许以组织的名义或以附有该组织头衔的代表人名义进行财产权登记,只允许代表人以个人名义登记。组织的成员要对全体债务承担连带责任。^[7]

概而言之,慈善信托制度的现实价值在于:与非法人慈善组织相比,慈善信托具有风险分割功能;与慈善法人相比,慈善信托设立简便、结构简单、运作灵活、财产独立安全,公信力高。正因如此,慈善信托与非法人慈善组织、慈善法人一道成为现代慈善活动不可或缺的法律机制。

2. 社会层面的价值

一是慈善信托可成为丰厚社会福利的重要基石。作为一种集结慈善资源的独特方式,慈善信托可在发展慈善事业、增进社会福祉方面发挥积极作用。而于1993年成立的香港赛马会慈善信托基金,平均每年捐赠慈善款项超过10亿港元,主要用于支持大型社会计划及资助约100个慈善团体推行慈善服务项目,其捐款金额高于香港公益金全年捐献的5倍,与洛克菲勒基金会、沃尔玛基金会以及美国银行慈善基金会等超级慈善机构的每年捐款相当,是目前全球最大的慈善捐款机构之一。二是慈善信托可成为培育慈善文化的重要平台。慈善文化是慈善事业发展的灵魂。早期慈善信托法律机制的创设,其基础和起点无疑是借重浸透人心的基督教观念,调动人们的道德良心,来为普通大众特别是弱势群体服务。从此意义上说,慈善信托的规制实质反映了西方人的道德观念和价值取向。我国社会不乏慈心善举,但多指向熟人社会,趋于封闭,与现代慈善事业要求的社会化、开放性与广泛性不相适应。因此,慈善信托法律机制的建立,可大大推动我国现代慈善文化的建设。一方面,任何法人或自然人都可以成为慈善信托中的受托人,委托人可以选择任何一个值得信赖的法人或自然人来实现慈善目的。慈善事业主体的多元化、多样化,可为“人人可慈善”提供良好的法制环境。另一方面,在慈善活动中注入道德元素,可匡扶正气,预防腐败。当前,由于担心慈善机构自律不足、监管不够,致使不少有善心者举棋不定,不少有善举者忧心忡忡。而慈善信托固有的以法律为基础而又在法律以外进行规管的法律机制,可真正对慈善事业健康、可持续发展起到积极促进作用。

二 慈善信托的发展及其运行机理

(一) 慈善信托全球发展状况

慈善信托作为结集慈善资源的重要途径和方式,历经百年,理应得到长足发展。然现实情况是,慈善信托在全球发展并不理想,前景也不乐观,与制度设计初衷反差甚大。根据已有文献,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。英国一位慈善专家坦言:“如果有客户让我们来建立慈善组织,应该不会用信托方式……现在我们可能会更多地采用慈善法人的做法,很少再使用其他形式了,即便我们有慈善信托形式也不会用。”另据加拿大一位资深律师介绍,该国目前鲜有慈善信托案件,他在慈善领域从业20多年,至

[7] 李芳:《慈善性公益法人研究》,法律出版社2008年版,第103页。

今仅受理了2件慈善信托案件。有资料显示,美国慈善基金会有三分之一采取慈善信托形式,但多是上世纪50年代以前成立的,新成立的不多。^[8]二是普遍要求转型,直接指向慈善法人,以英国最为典型。据统计,截至2006年3月底,英国慈善委员会在册登记的主要公益信托件数有167202件,是全球慈善信托案件数最多的国家之一。即便如此,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。第二,至少在日本和我国台湾地区、香港地区,慈善信托受托案件数极为有限。日本自1922年《信托法》颁布以来的半个世纪里,实践中从未有过慈善信托,直至1977年才有第一件慈善信托的受托案件。近三十年,日本慈善信托虽有发展,但至2003年3月,也仅设立慈善信托566个。我国台湾地区1996年就通过信托法,其中也规定了慈善信托制度,但截至2005年,我国台湾地区核准设立的慈善信托只有5个,分别为公益信托陈春山法制研究基金、公益信托财经法务新趋势基金、公益信托法治斌教授学术基金、公益信托王长庚社会福利基金和普莱德公益信托教育基金。^[9]香港地区2007年1月起共组建慈善组织176个,其中仅有16个慈善组织起源于信托。^[10]第三,我国2001年生效的《信托法》设专章规定了慈善信托,但迄今没有很好地实现制度着陆。以银监会2008年颁布的《关于鼓励信托公司开展公益信托业务支持灾后重建工作的通知》(简称《通知》)为节点,我国慈善信托实践探索大体可分为前后两个阶段。《通知》发布前,虽然各信托公司在其开展的业务中都将“公益信托”列为其业务范围之一,但仅有少数几家信托公司进行实践尝试,且均无成功实践个案,如中融信托推出的“中华慈善公益信托”等都是“准慈善信托”,并非实质意义上的慈善信托。汶川特大地震发生后,特别是《通知》从业务监管角度为信托公司从事慈善信托明确了方式及操作细则后,信托公司参与慈善事业的热情普遍高涨,实践中也涌现出了一批明显具有慈善信托性质的案例,如“西安信托5·12抗震救灾公益信托计划”和“百瑞信托·郑州慈善(四川灾区及贫困地区教育援助)公益信托计划”。但整体看,慈善信托在我国仅属于“小荷才露尖尖角”。

(二)慈善信托发展乏力的机理分析

慈善信托制度在英国、美国、加拿大普遍被弃用或转型,在日本、中国(包括台湾和香港地区)发展乏力,原因是多方面的,如普通民众对信托特别是慈善信托没有充分认识,制度移植国家和地区的私益信托、商事信托还不发达、慈善法人形式基本能满足本国慈善事业发展需要等等,但更为重要的是,当前慈善信托赖以维系生存和发展的制度条件已经发生根本性变化,反映在制度实践中,就是制度不适用、不管用、不好用。

1. 慈善信托制度的根基在于信用

慈善信托根植于基督教文化,是注重公平和良心的衡平法制的独特产物。在早期英美等西方国家,主张平等、博爱、向善和互助教义的基督教,不仅是一种意识形态,也一度成为

[8] 李芳:《慈善性公益法人研究》,法律出版社2008年版,第104页。

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

[10] 我国香港地区组建慈善组织一般采用四种类型的组织结构:一是按照《公司条例》组成的公司或社团;二是信托;三是未具法团地位的组织,如按照《社团条例》注册登记的组织;四是根据香港法规成立的团体。根据香港社会福利署的统计,自2007年1月起,有132个非政府机构根据《公司条例》组成;16个非政府组织起源于信托,并根据《注册受托人法团条例》建立;13个非政府机构根据《社团条例》建立;25个非政府机构是根据私人条例成立。

一种社会体制。^[11] 基督教文化作为制度文化,构筑了西方的伦理基础,形塑了西方人的行为方式,奠定了西方慈善事业的根基。具体到慈善信托制度,由于基督教观念渗透到每个西方人的灵魂深处,诚实的基督教徒都知道法律没有要求的自己要做也该做的事情,比如,委托人知道,自己选定的受托人会严格按照约定的方式维护信托最大利益。而受托人明白,自己虽然不是信托财产的法律所有者,也不是信托财产的实际受益人,但他要肩负管理好信托财产的责任,不能以权谋私,必须以信托人的利益行事。从此意义上说,慈善信托制度的根基在于信用,在于依靠人们的道德力量指导自己的言行。

如果信用不被视为社会基本行为准则,对慈善信托制度的冲击至少有两个。一是受托人的“忠诚责任”将面临考验。所谓忠诚责任,主要指受托人必须保证按照委托人的要求做事,不能为自己牟取利益,不能和自己交易,以及处理事情时不能像赌徒一样孤注一掷,等等。如果信用没有成为社会最重要的东西,部分受托人出现以权谋私、收受贿赂的现象则不可避免。为预防此类事件发生,西方国家慈善信托法律普遍对受托人的道德操守规定了严格要求。如果是慈善信托的受托人,这个人一定是道德高尚的人,是所有民事行为中规范最严格的人;要想成为慈善信托的受托人,这个人既要符合正常受托人标准的要求,还要符合对慈善受托人的特别规定,如刑满释放者、破产者、犯过欺诈罪行者等不可成为受托人。二是受托人要承担“无限责任”将难以为继。慈善信托制度规定,设立信托后财产仍是独立和封闭的。受托人自己负担的债务,不能以信托财产强制执行。即使是处理信托事务产生的债务,原则上也不允许直接强制执行信托财产,首先要执行的是受托者的固定财产。在此背景下,如果信用不被视为社会基本行为准则,有意助力慈善信托的人将极为有限。因为,不可预见的外部环境发生任何不可预测的状况和变化,慈善信托机构都可能出现这些问题。这些问题中,有的是受托人确实做错了事,更多是受托人没能做成事,都需承担由此带来的后果。但问题是,有些后果是受托人能够承担的,有些则是受托人再努力也无法承受的。一个极端的例子是,2003年,英国戴安娜纪念基金会被美国一家纪念品公司告上法庭,索赔1400万英镑,如果对方获胜,戴安娜基金会管理层必须面对这个偿付责任。制度设定的受托人需承担无限责任,让许多有意从业的慈善机构或人士退避三舍。现实中,英国慈善机构特别是中小型慈善机构很难招聘到合适的受托人,就是例证。

当前,慈善信托赖以生存的环境已发生根本性变化,制度根基已经动摇。在英美等西方国家,基督教“一统天下”的局面已不复存在,不同宗教代表不同的价值观,因循以符合道义的方式保护信托财产观念和做法已不现实。寻求法律规制、强化外部监管而不是诉之道德良心约束,已经成为各国慈善信托制度创新的大趋势。转型为慈善法人,以有限责任取代无限责任,减少受托人的顾虑,成为各国慈善信托机构的普遍选择。英国虽以保守国家著称,但在最大限度地保护慈善信托受托人方面,新修订的2006年《慈善法》却罕见地进行了两项制度创新:一是创设了慈善公司组织这一法律形式,使登记的慈善机构成为有限公司。据英国媒体发表的一项调查,大约有70%的慈善组织乐于转型为慈善公司组织。特别是中小型慈善组织,对此更是钟情。其基本理由是,组织转型可减轻负担,减少法律责任,简化程序,更安全,更简便。二是《慈善法》授予慈善委员会免除慈善机构责任的权利,前提是慈善

[11] 中世纪英国的社会制度基本按照宗教制度进行安排,社区的划分是以教区为依托,慈善机构完全为宗教组织所代替,教皇成了最高统治者。并且早期的医院、学校、慈善机构都由教会举办。

机构能够显示其行为是“合理且诚信的”。而在我国(包括台湾地区)和日本,由于没有基督教传统,不存在衡平法治,传统文化(如儒家文化)主要以观念形态表现,不具有制度规则,没有强制力约束,无法用意识形态来制约人们的行为。在移植慈善信托制度的过程中,由于传统文化基因不同,制度产生水土不服、发展乏力的情况在所难免。

2. 慈善信托制度优势彰显与我国现行法律规范之间的张力阻碍法律的运用

慈善信托制度之所以能在慈善领域脱颖而出,成为集结慈善资源的新型法律机制,一个很重要的原因是其具有制度比较优势,以及相适应的法律规制。如前所述,慈善信托制度具有门槛低、成本低、灵活性强、财产独立安全性高的特点。但问题是,慈善信托制度优势彰显,却与我国现行法律规范之间存在明显张力。

一是慈善信托不属于法人的设定,将模糊信托财产的属性。在我国现行法律规范下,如果不是法人,慈善信托机构将无法办理信托资金存款、利息归属、所得税负担等问题,无法解决非资金慈善信托(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。即便受信专业信托公司,由于财产信托登记制度的缺失,使得财产变更的合法性存在问题。

二是慈善信托须经行政审批的规定,将消解慈善信托的特性。由于慈善信托不是法人,无须具备法人成立条件,设立相对容易,运作相对自由。慈善信托这一独特优势,却因我国采用较为严格的行政审批制度而大为消减。我国《信托法》规定,慈善信托的设立、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、核准。问题是,这里的公益事业管理机构,并不是专门设立的对慈善信托进行审批的机关,而是目前已有的涉及有关领域的管理机关。比如,如果慈善信托产品涉及扶贫、救灾、教育、医疗等多项内容,就须经扶贫、民政等诸部门行政批准,不仅手续繁复,违规风险也高。正是因为不知道谁是公益事业管理机构,《信托法》颁布近十年,一方面法律规定的慈善信托基本上没有得到实施,大量的专项基金没走这项制度。另一方面,一些性质上属于慈善信托的慈善活动都没有经过批准,出现了问题反而无法可依。如有关单位组织募捐用于救助病人,病人痊愈或者死亡后,剩余捐款的归属就成了难题,有关方面都在争抢,把“善举”变成了“恶争”。

三是慈善信托监察人制度的规定不足以保护受益人权益。在保护受益者权益方面,英美等西方国家十分重视法院的作用,如英国慈善信托的监察人是检察总长,美国为各州检察长,他们有权代表受益人,为受益人的利益行使诉讼权。发现受托人有问题或收到有关投诉,如受托人误用、挪用公益信托财产时,有权向法院起诉受托人。^[12] 我国确立的信托监察人制度,与日本、韩国的有关规定相似。不相同的是,当信托文件未规定信托监察人时,日本、韩国规定由利害关系人或检察官申请人民法院选任,而我国则要求由公益事业管理机构指定。显然,慈善信托监察人制度不完全以受益人为本位,而是行政管理机构的一个帮手,对受益人权益的保护有限。

四是现行税法未对信托活动的特殊性予以积极回应,阻碍了慈善信托健康发展。慈善信托制度的建立和发展离不开政府税收优惠政策的支持。从一定意义上说,税收优惠政策是慈善信托制度建立发展的原动力和驱动力。以美国为例,美国遗产税以 150 万美元为起

[12] 美国慈善信托管理主要通过当事人之间的诉讼进行。鉴于慈善信托受益人不确定性,美国州检察总长作为公众代表,负责监督慈善信托并确保受托人履行受托职责。

征点,税率约在 30% 至 50% 之间,遗产越多征收的税率越高。为避免或缓交高额遗产税,很多美国人生前即开始筹划,想方设法使自己的财产在死后不多于 150 万美元,如赠送给亲友、捐给慈善机构、设立公益信托或遗嘱信托等,这在客观上起到了鼓励和促使富人在其死后将财产用于慈善事业的作用。然问题是,出于税收上的考虑,英美等西方国家主要将慈善法人作为开具免税单的主体,使得慈善信托通常要依附于慈善法人,将财产捐给慈善法人来实现慈善目的,从而使慈善信托未能发展成为西方国家慈善事业的主流,仅处于次要地位。我国信托法明确规定国家鼓励发展慈善信托,但由于慈善信托法律制度在税制主体框架建立时尚未明确,目前在税收制度层面,除对证券投资基金的税法适用有特别规范外,对慈善信托活动,基本上是按照一般经济活动的相关税法规定适用的,并未针对慈善信托活动自身具有的特殊性和复杂性而在税法适用层面上予以区别对待。财税法规上的缺失,直接影响到委托人设立慈善信托的积极性,真正意义上的慈善信托也就很难开展起来。

三 慈善信托在国家立法中的定位

中国慈善事业需要大发展、大繁荣。正在起草中的慈善事业法需要宽广胸襟,萃取各国慈善法律精华,固化本国慈善实践成果。一句话,中国慈善事业需要动员一切可以动员的力量,借重一切可以借重的形式。慈善信托这一法律文明成果,理应进入我国慈善立法视野。但综合分析,结合我国法律实践,本文认为,慈善信托并不宜在目前正在起草中的《慈善事业法》中作专章规定。

1. 慈善信托制度赖以生长的土壤在我国仍需进一步培育

美国社会学家罗伯特·派克(Robert Park)认为,任何制度形成时无不带着价值色彩,这个带着价值色彩的东西维持着制度的运行,不管人们是否认识到这一点。^[13] 信托制度的根基在于信用,慈善信托尤甚。社会信用体系不发展、不发达,慈善信托制度再好,也犹如无源之水、无本之木。英美等国之所以能在中世纪率先创制和实行慈善信托制度,得益于大一统的基督教文化,得益于内生的衡平法治;英美等国慈善信托目前之所以不得不转型或被弃用,同样是因为慈善信托赖以建立的制度基础发生了根本性变化:大一统基督教文化的解体,凭良心善治不管用、不适用也不好用了。进而言之,在一个信用不被重视和遵守的社会里,在一个结构急剧变动和利益深刻变化的社会里,支撑慈善信托制度的两大支柱——受托人的“忠诚责任”和“无限责任”将直面挑战。如果不适时创造性地建立法律新机制,受托人的“忠诚”可能不再,承担“无限责任”者可能后继乏人。为确保制度的可持续,向慈善法人转型也就指日可待。这是慈善信托演进史,也在一定程度上反映了慈善法律发展的规律,值得重视借鉴。

毋庸讳言,慈善信托制度赖以生长的土壤在我国尚不肥沃,尚需进一步培育。首先,慈善信托制度在我国并非土生土长,而是移植别国法律制度的舶来品,缺乏社会基础,国民知之甚少。其次,我国社会信用体系虽在大力加强、着力构建,也取得一定成效,但总体上看,当前社会信用体系状况,与中国大变局不相适应,离建立慈善信托制度所需条件还有不小差距。有人说,鉴于我国之现状,可采用立法先行、带动实践的模式,推动慈善信托在中国发

[13] 《费孝通文集》,第一卷,群众出版社,1999年出版,第254页。

展。然此策实不可行。因为,社会信用体系建设并非一日之功,一役告捷,而须文化穿透、法制健全。要求慈善资产受托人凭一己良心行大众之善,没有全新法律机制的出现,没有中国特色社会主义核心价值观的深入发展和普遍践行,其潜在风险和立法成本可能比想象中的要大。

2. 我国当前法律框架尚不能为慈善信托的发展提供理想的法律平台

慈善信托是慈善法律的特定形态,源于英美等国,明显不同于我国法律制度体系构造。它不属于法人,以自主、自由的性格建构制度比较优势。与慈善法人相比,慈善信托制度具有门槛低、成本低、灵活性强、财产独立安全性高等特点。然反观我国当前法律现实,特别是慈善法律法规,慈善信托机构如果不是法人,制度优势将所剩无几,有的甚至寸步难行。比如,不是法人,信托财产的属性将被模糊;不是法人,信托财产管理上的基本问题(如开设银行账户)都无法解决。其次,严格的行政审批制度明显与慈善信托法律规则相佐。慈善信托的独特价值在于,信托财产拥有者可以自由地将自己的价值观和生活方式注入到慈善信托中。而目前繁琐的审批程序有可能消融信托人的意志。更为重要的是,行政审批机关不确定、非统一的现实,也会迫使不少爱心人士另辟蹊径,甚至不得不放弃。同时,在现代社会,法院无疑是慈善信托受益人的最好保护伞。但我国慈善信托监察人制度不完全以受益人为本位,更多偏重对行政管理机构的保护。

概而言之,我国当前重法人、强行政、轻受益人的慈善法律规范,无助于推动慈善信托制度的大发展,亟待改变。有人说,上述问题是我国信托法之公益信托的缺憾,起草中的《慈善事业法》可进行必要的弥补(两部法律处于同一位阶,调整不存在法律障碍),如适度放松监管性规范,为慈善信托的成立创造方便条件;引导和规范社会生活中普遍存在的未经批准的慈善募捐活动,使之纳入法治轨道,发挥积极作用等。但问题是,创新社会管理方式,改革现行双重管理体制是个渐进过程,需要时间探索和检验,贸然作出改变和废除,需慎之又慎。

3. 我国慈善信托立法需求更多属于制度创新性质

目前,学术界支持《慈善事业法》设立慈善信托制度的理据包括:慈善信托制度在发展慈善事业方面具有功能不可替代性;我国慈善信托已走过近十年历程,有探索,有经验;日本、韩国和我国台湾地区移植慈善信托制度的经验可资借鉴。而实务界倡导《慈善事业法》设立慈善信托制度的理由,更为直接和现实:目前慈善组织承接的各种专项资金在管理上存在不少问题和挑战,为了有效地保护各方面当事人的合法权益,提高慈善产品的效能和效率,有必要通过慈善信托机制进行彻底的清理和系统的规范。具体来说,根据专项基金有关管理规定,基金会下设专项基金,执行与基金会代表机构和分支机构同样的管理办法,即须经两次行政审批。也正因如此,目前大量专项基金特别是规模较小的专项基金,要么以不登记的方式存在,要么以项目运作模式生存,徒增不少管理隐患。如果创设慈善信托制度,就可为专项基金提供巨大的制度空间,一方面增强专项基金运作的灵活性、主动性,从而繁荣专项基金市场。另一方面,解决未登记专项基金身份合法性和行为合规性问题,促使其由地下转入地上,置于法规监管之下。

上述立法依据虽铿锵有力,但仔细分析,慈善信托立法需求尚不具急迫性,更多属于制度创新性质。以实务界提出的理据为例,目前,专项基金遭遇的问题不是个案,而是社会组织面临的共性问题,是其现有的法律生态。只要这种法律生态不改善,欲另辟蹊径,通过创设慈善信托组织方式解决专项基金问题,作用有限。比如,慈善信托的最大优势在于主体多

元化、多样化,在于其附着的价值色彩,如果现行法规不作较大调整,社会诚信体系不健全,采用慈善信托方式就与专项基金现行模式区别不大。更何况在《慈善事业法》中设立慈善信托,制度新意并不彰显,立法成本尚待评估。事实上,针对专项基金面临的突出问题,修订中的《基金会管理条例》已经做了较好的回应,如:专项基金的设立由基金会根据开展活动需要或者捐赠人要求自行设立;专项基金实行备案制,设立、变更、撤销专项基金只需在规定时间内向登记管理机关备案即可,无需再履行审批程序,等等。相信通过对该条例的修订,可从根本上缓解专项基金规范管理问题,实现专项基金的良性运作。

需要指出的是,慈善信托不宜入法,仅是阶段性判断。待条件成熟,就应适时启动立法程序。起草中的《慈善事业法》也未雨绸缪,在附则中嵌入了一项引导性条款,即“以信托形式开展慈善活动的,适用《中华人民共和国信托法》的规定”,这为日后有需要建立慈善信托制度预留了足够的空间,为慈善信托实践明确了适用的法律依据。

[Abstract] As an important way and means of collecting charity resources, charitable trust ought to have scored considerable achievements in a hundred years. In reality, however, its development is not desirable globally and a big gap still remains between the original design of the system and the practice. When charitable trust is implanted into Chinese society, being a legal system introduced from Anglo-American countries, and based on different cultural traditions and welfare set-ups in countries and regions of both common law system and continental law system, it inevitably faces many obstacles. The foundation of the system of charitable trust is credibility. If credibility is not regarded as the basic social norm, then it is impossible for the system to get any development. This is the very reason that the system of charitable trust cannot take root, develop and be legally established in China at present stage. Looking at the practical level, there is a tension between the system of charitable trust and the current laws in China. Deficiencies and lagging-behind are common, whether in terms of the establishment of the subject, the attribute of trust estate, and procedural set-up, or with regard to the supervision mechanism of charitable trust and the impetus of preferential policy of tax revenue. At present, the drafting of law on charitable undertakings is well under way. Since neither the initial motive force nor necessary conditions are available in the shaping of the system of charitable trust in China, it is not proper and ripe to provide this system in the law on charitable undertakings at this stage.

(责任编辑:姚佳)