

DOI:10.13766/j.bhsk.1008-2204.2014.0601

试析通道类信托之受托人责任的承担

汤淑梅

(中诚信托有限责任公司,北京 100013)

摘要:按照信托法的规定,受托人应以自己的名义管理、运用信托财产,信托财产的安全和受益人的利益与受托人的行为密切相关。立法和规范制度的缺失,使受托人责任的承担问题成为化解通道类信托业务风险的难点。通道类信托受托人的职责由多方主体分担,该特殊性导致了同一信托下受托主体的多元化。各受托主体应就其分担的职责和获得的利益承担相应责任。厘清通道类信托受托人责任的承担,还要正确界定和处理合同受托人与其他相关主体的关系。

关键词:通道类信托;信托法;受托人;责任;信托财产

中图分类号:DF438.2

文献标志码:A

文章编号:1008-2204(2015)01-0076-05

Analysis of Trustee Responsibility Undertaking in Passive Trust

Tang Shumei

(Credit Trust Co., Ltd, Beijing 100013, China)

Abstract: According to the provisions of Trust Law, trustee manages or disposes of property rights in his own name, so the safety of the trust property and the interests of beneficiary are closely related to the behavior of the trustee. However, due to the lack of legislation and regulations, the problem about trustee responsibility undertaking makes it difficult to defuse the risk in passive trust. The trustee responsibilities in passive trust are shared among different parties, which lead to the diversity of the trustees under the same trust. Hence, the trustees shall bear corresponding responsibilities in accordance with their duties and benefits under the trust. Moreover, to clarify the undertaking of trustee responsibilities in passive trust, it is necessary to define and deal with the relationship of the trustee under the contract and other related parties correctly.

Key words: passive trust; Trust Law; trustee; responsibility; trust property

按照《信托法》第 2 条规定:“本法所称信托,是指委托人基于对受托人的信任,将其财产权委托给受托人,由受托人按委托人的意愿以自己的名义,为受益人的利益或者特定目的,进行管理或者处分的行为”。因此,信托一旦设立,信托财产就完全处于受托人控制之下,信托财产的安全和受益人的利益与受托人的行为密切相关。2013 年以来,随着经济形势的下滑,个别信托产品出现了风险暴露,受托人责任的承担问题引起人们的关注,特别是在有多个金融机构参与的通道类信托产品中,受托人的责任成了“剪不断,理还乱”的问题。国务院 107 号文和

银监会 99 号文要求金融机构之间的交叉产品和合作业务要明确风险承担主体和通道功能主体,就是希望厘清各参与主体的责任。本文拟通过对通道类信托受托人职责特殊性的阐述,分析通道类信托受托人责任的承担主体及相互之间的关系,抛砖引玉,以期为进一步研究明晰通道类信托受托人责任奠定基础。

一、通道类信托之受托人责任之争

(一)通道类信托的界定

传统的信托分类中,并没有通道类和非通道类

收稿日期:2014-11-18

作者简介:汤淑梅(1965—),女,黑龙江讷河人,中诚信托有限责任公司副总经理,中国银行法学研究会副会长、信托法专业委员会主任,法学博士,研究方向为信托法。

之分。监管部门此前发布的监管文件中只是将信托分为主动管理类和事务管理类。因此,严格意义上讲,通道类信托并不是一个传统法律的概念,而是实务中约定俗成的一种形象叫法,即资金端和项目端两头在外,信托公司仅起到提供“通道”作用的信托。通道类信托源于银信合作的一种方式,银行作为信托委托人,以其自有或理财资金设立信托,并指定资金的运用方式和使用的项,信托公司作为受托人仅负责按照银行的要求将信托资金运用至银行指定的项目或融资方。在这种信托模式中,银行提供或安排信托资金,同时对信托资金的运用和回收也会事先做出安排,受托人仅起到提供通道的作用,因此,受托人收取的信托报酬通常也被称作是“通道费”,此种业务模式被称为通道类信托业务。随着监管政策的变化,除信托公司外,证券公司、基金公司子公司也加入了提供通道服务的行列。银信合作、银证合作、银基合作、银证信合作、银信基合作等,使通道类业务模式不断创新,有时一个投融资项目,甚至会同时存在两个或三个“通道”。^①但是至今无论理论界还是实务中对通道类信托尚未有一个统一的认识。从实际情况看,综观自称或被称为通道的信托产品,大都呈现以下特点:第一,委托人和资金使用项目、资金使用方式都不是受托人确定的。第二,资金使用方式和使用项目是委托人或是第三方指定,受托人无权改变。第三,通道类信托大部分表现为单一资金信托,但也可以是集合信托。第四,受托人收取的信托报酬低于非通道类信托。笔者认为,通道类信托有广义和狭义之分。狭义通道类信托是指委托人和信托资金运用方式、运用项目都不是受托人自主决定的资金信托。广义的通道类信托还包括以非货币的财产或财产权作为信托财产而设立的信托。

通道类信托是按照受托人在信托的设立、信托结构的安排、信托资金运用项目的选择过程中发挥的作用而进行的一种分类,与事务管理类信托相似,但又不完全等同。按照《关于调整信托公司净资本计算标准有关事项的通知(征求意见稿)》的定义,事务管理类信托是指委托人自主决定信托设立、信托财产运用对象、信托财产管理运用处分方式等事宜,自行负责前期尽职调查及存续期信托财产管理,自愿承担信托投资风险,受托人仅负责账户管理、清算分配及提供或出具必要文件以配合委托人管理信

托财产等事务,不承担积极主动管理职责的信托业务。二者相同之处在于委托人和资金使用项目、信托资金使用方式都不是受托人确定的,不同之处在于受托人在信托存续期间具体处理信托事务时的作用发挥上。按照上述定义,事务管理类信托中受托人仅负责账户管理、清算分配及提供或出具必要文件以配合委托人管理信托财产事务。而在通道类信托中,受托人可以像事务管理类信托一样仅负责配合委托人,也可以在信托财产运用对象和方式已经由委托人或第三方确定的前提下,按照信托文件约定的方式“自行”“主动”管理信托事务,如负责信托贷款项目的贷后管理、负责处理与信托交易对手发生的争议和纠纷等,这种情形在信托有关事项是由第三方安排或决定的情况下较为普遍。因此,通道类信托的范围比事务管理类信托更大,甚至某种意义上可以说事务管理类信托只是通道类信托的一种。

虽然通道类信托不是监管部门倡导的方向,但由于信托本身的灵活性、信托制度的功能优势,以及通道类信托业务模式的易复制性等,从银信合作而使通道类信托正式进入人们视野时起,通道类信托便开始茁壮成长,成为信托领域不可忽视的一类业务,在金融机构交叉产品、非金融机构或自然人作为委托人的单一信托、信贷资产证券化、企业员工股权激励、家族财产的传承安排^②、信托公司作为受托人的企业年金基金的管理中都能见到通道类信托的身影。据信托业协会发布的数据显示,截至2013年年底,信托行业资产管理规模10.91万亿。按照融资类、投资类和事务管理类划分,其中事务管理类即所谓通道业务占比20%。而到了2014年9月30日,信托行业资产管理规模增长至12.95万亿,事务管理类信托占比进一步提升达到27.46%。事实上,融资类项目中很多也是通道业务,实际上的通道类业务数额比统计公布的还要多。同时,不仅存在信托公司、证券公司作为银行的通道,2014年以来还有信托公司将基金子公司发展为自己通道的趋势。^③另一方面,由于立法及规范制度的缺失,通道类信托在发展过程中也出现一些问题,其中,受托人责任的界定即为化解通道类业务风险的最大难点之一。

(二) 通道类信托受托人责任之争

“当风险爆发,各个机构参与竞争通道项目时的激情不再,取而代之的是责任与义务的纠缠。”^[1]

2013年7月16日,华宸未来资产管理有限公司通过安徽国元信托设立单一资金信托计划,定向投资于湖南信托发起设立的淮南志高动漫文化产业项目贷款单一资金信托,向融资人淮南志高动漫文化科技发展有限公司发放信托贷款。在项目存续一年投资者准备收取收益的时候,传来了所投项目出现问题触发违约的消息。随后与该项目相关的三家机构先后发表声明,均称自己为该产品的通道方,不应承担责任。出现这种情况,原因之一在于中国法律关于通道类信托中受托人责任并没有细分,实践和学界也都有不同看法。通道类信托中的受托人认为,信托资金的运用方式和使用项目都不是自己决定的,作为受托人,其决定权和话语权是受限的,无决策权、管理权等主动性权力,相关问题产生的责任不应由自己承担。从实际情况看,在通道类信托业务中受托人的话语权的确受到很大限制。根据已披露的信息,在上述淮南志高项目中,安徽国元信托虽然是其与华宸未来资产管理有限公司设立的信托的受托人,但是对于资金的来源、资金的运用方式和最终用途完全没有发言权,更不用说决定权,收取的费用也仅为0.2%。本着权力、责任相一致原则,受托人的观点似乎不无道理。而发挥了主导作用的第三方一般认为,自己不是信托合同的当事方,合同纠纷应由签订信托合同的委托人和受托人解决,与自己无关。业内专家对此看法也不尽相同。有人认为,通道业务属于“双信托”业务,安排信托资金及用款项目的第三方和信托公司一样都属于受托人,应当承担受托责任。^[2]各方争论的焦点主要集中在信托资金投资的项目的尽职调查、向投资者揭示风险以及信托存续期间的管理等方面,归根结底,如果出现问题,由谁承担相应责任。笔者认为,确认受托人责任的承担,应首先确认相应职责的承担主体。如果履职不当,相应主体当然应承担相应责任。

二、通道类信托之受托人 职责的特殊性

按照发挥主导作用的主体的不同,可以将通道类信托分为两类:一是委托人作为信托的主导方,在设立信托是指定信托资金的运用方式和使用项目;另一类是第三方作为信托的主导方,安排委托人并确定信托资金的运用方式和使用项目,甚至负责信

托事务管理。前一类信托中,由于委托人作为信托的主导方,同时也是信托合同的当事方,委托人与受托人的权利与义务可以在信托合同中约定明确,因此,在信托存续过程中双方对彼此的权利义务相对明晰,因权利义务不清而发生争议的可能较小,实践中发生争议的也较少。而在后一类信托中,信托的主导方不是委托人,也不是受益人,无法成为信托合同的当事方,受托人与作为主导方的第三方的权利和义务无法在信托合同中得到体现,因此,一旦信托财产受到损害或受益人的利益可能受到损失,受托人和作为主导方的第三方的职责和责任边界就成为争议的焦点。实践中也是如此。笔者认为,出现这种现象的原因之一在于通道类信托受托人职责承担的特殊性。一般情况,受托人负有对信托资金运用项目的尽职调查、信托的推介、信托存续期间的信托事务管理等全部职责,而在通道类信托中,受托人的职责是由多方而不是合同项下受托人单独一方承担的。

(一)项目尽职调查职责的分担

任何一项投资在实施前都需对投资标的进行调查,并根据调查结果决定是否进行该项投资。信托资金的运用也不例外,特别是当信托目的被确定为信托财产保值和增值的情况下,对投资标的进行充分的尽职调查就尤为必要。在通道类信托情形下,信托设立前,委托人或第三方就已经确定了投资项目,并要求受托人只能将信托资金运用于该项目,受托人是否对项目进行尽职调查以及调查的结论如何,对信托是否设立已经不是决定意义的了。但是,委托人或第三方在确定投资项目前是应该做尽职调查的,否则投资的决定就成为无本之木。《关于调整信托公司净资本计算标准有关事项的通知(征求意见稿)》也将信托设立之前的尽职调查由委托人或其指定第三方自行负责并相应承担上述尽职调查风险作为事务管理类信托的特征之一。因此,通道类信托的投资项目的尽职调查的职责是由受托人以外的委托人或其他第三方分担的,而不是像一般信托那样由受托人单独完成并做出最后是否投资的决策。

(二)信托推介职责的分担

信托是受人之托,委托人是信托关系中必不可

少的当事人之一。一般情况下,当存在设立信托需求时,委托人会主动与受托人联系协商设立信托事宜并最终签订信托文件。而在商事信托中,将开展信托作为主要业务的信托公司或其他机构,除了接受委托人主动要求而设立信托外,更多的是自己向潜在的委托人进行信托的营销、推介。为拓展业务,信托公司不但自己组建营销队伍直接推介信托产品,而且还委托商业银行、证券公司等第三方代理推介信托产品。《信托公司集合资金信托计划管理办法》第16条第2款规定:“信托公司可以委托商业银行代为向合格投资者推介信托计划。”通道类信托中,委托人则完全不需要信托公司或作为受托人的其他机构去寻找,而是委托人自己主动要求设立信托或由第三方安排委托人,推介信托产品过程中受托人应尽的职责,如介绍产品的结构、揭示产品面临的各种风险等,都由第三方承担。受托人与委托人甚至都不见面。实践中,第三方出于保密的需要,往往在推介完成后并不将委托人的资料移交给受托人,受托人也无法面对面履行推介信托产品过程中甄别委托人、介绍产品和揭示产品风险等义务。

(三) 信托财产管理、运用和处分等职责的分担

按照《信托法》规定,信托设立后,受托人应以自己的名义,对信托财产进行管理和处分。《信托公司管理办法》第26条也规定:“信托公司应当亲自处理信托事务。信托文件另有约定或有不得已是由时,可委托他人代为处理,但信托公司应尽足够的监督义务,并对他人处理信托事务的行为承担责任。”在通道类信托中,受托人在信托存续期间管理信托事务可分为三种情形:一是受托人按照委托人的指令亲自处理信托事务,体现为被动管理。这种情况下受托人对涉及信托财产或受益人利益的信托事务管理事项不能自行做出决定,需要取得委托人的指令才可以进行;二是信托文件约定并要求受托人委托指定的第三人负责处理信托事务,受托人仅仅是名义上的,对信托事务的处理没有发言权,更谈不上决定权。中国的企业年金基金的管理模式即属于此种情形;三是受托人按照信托文件的约定和要求处理信托事务,但信托资金具体运用方式和运用项目都事先由委托人或第三方已经确定,例如:在信托资金被要求以贷款的方式发放给指定的借款人,

且贷款期限、利率、还款要求、违约责任等均已经确定了的前提下,受托人自行负责贷后管理。因此,在通道类信托中,特别是在前两种情形下,受托人的信托财产管理、运用和处分等事项的职责也被分担了。

上述职责的分担,构成了通道类信托受托人职责的特殊性,也导致了同一信托下受托主体的多元化:受托人和委托人、委托人指定的第三方、主导第三方指定的第三方、主导第三方。多元的受托主体在分担受托人职责的同时,也必将承担相应的责任。

三、通道类信托受托人责任的承担

信托违反是受托人承担责任的前提,通道类信托也不例外。与一般信托中受托人一人承担责任不同,通道类信托中既然多个主体分担了受托人的职责,并都相应取得了各自的利益,那么参与主体都应该就其分担的职责和获得的利益承担相应责任。《国务院办公厅关于加强影子银行监管有关问题的通知》(国办发[2013]107号)和《中国银监会办公厅关于信托公司风险监管的指导意见》(银监办发[2014]99号)在要求规范金融交叉产品和业务合作行为时都提出,金融机构之间的交叉产品和合作业务都必须以合同形式明确风险承担主体和通道功能主体。前述规定意味着金融交叉产品和业务合作行为中的金融机构都需要承担相应的责任。那么,如何界定受托人与各参与主体之间的责任呢?笔者认为,厘清受托人和各职责分担主体之间的责任,在确定各自分担的职责的基础上,还需要加强研究,合理确定和解决好以下关系和问题:

第一,受托人与为信托提供投资决策的投资顾问或投资管理人的关系。在通道类信托中,一般设有负责信托存续期内信托财产管理运用事项的投资顾问或投资管理人,如信贷资产证券化中,作为委托人的银行常常也同时是信贷资产的管理人;中国《企业年金基金管理办法》则明确规定受托人不能同时担任投资管理人,必须有独立的投资管理人。^④关于受托人和为信托提供投资决策的投资顾问或投资管理人的关系,中国《信托法》没有特别规定,只是在第30条第2款规定“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”。实践中,受托人与投资顾问或投资管理人的关系又分为两种情形,一是投资顾问或投资管理人就是委托人自身。在通道类信托中,如果委托人指定了信托资金的运用方式和运用项目,甚至亲自担任投资顾问或投资管理人参与信托投资项目的运行管理,那么委托人作为投资顾问或投资管理人同时也履行了一般信托受托人的部分职责,发挥了受托人的作用。因此,委托人应被视为受托人之一,其与受托人分别处理部分信托事务,并承担相应责任。中国目前信托实践中单一信托大都存在此种情形。此时受托人与投资顾问或投资管理人的关系比较容易明确,委托人对此一般不会存在疑义。存在的问题是,委托人以投资顾问或投资管理人的身份进行的行为,受托人是否需要承担责任?二是投资顾问或投资管理人是委托人指定或主导第三方指定的。此种情况下,受托人按照委托人或主导第三方的指定和要求与投资顾问或投资管理人签订委托合同。从形式上看,受托人与委托人或主导第三方指定的第三方签订的是委托管理合同,二者之间应是委托关系。存在的问题是,受托人与该投资顾问或投资管理人是委托关系还是其他关系?受托人是否需要为投资顾问或投资管理人的行为买单?从中国已有的司法实践看,即使是受托人与委托人作为投资顾问或投资管理人之间仍被认定为委托代理关系,受托人需要对投资顾问或投资管理人的行为承担责任,但第一责任人不是受托人,受托人对该行为的后果承担连带责任。^⑤笔者认为这是值得商榷的。如果担任投资顾问或投资管理人的条件不是受托人决定的,投资顾问或投资管理人也不是受托人选择确定的,由受托人对投资顾问或投资管理人的行为承担全部责任,过于严厉,不当地加重了受托人的负担。2006年的《日本信托法》对此做了不同的规定,对于委托人或受益人指定的处理信托事务的第三人的行为,受托人仅负有发现该第三人不胜任或不诚实或处理信托事务不恰当时通知受益人的义务;对于为实现信托目的而委托第三人处理信托事务的,受托人对第三人也只是负责进行必要而适当的监督,均不必为第三方行为的后果承担责任。这一规定可以借鉴。^⑥

第二,受托人与主导第三方的关系。二者之间

的关系,目前除银监会99号文规定“提供通道的一方为项目事务风险的管理主体”以外,尚无其他规定。从形式上看,由第三方主导而设立的通道类信托中,主导第三方不是信托合同的当事方,其与受托人一般也仅仅订立有信托推介、委托管理等法律文件,而且在书面文件中,受托人为委托方,主导第三方为受托方,受托人和第三方之间表现为委托关系,而且委托的事项也仅为信托计划的推介、信托事务的管理等。按照一般法律原理,委托关系中,代理方的行为后果由委托方承担。因此,受托人需要对第三方的行为向信托委托人、受益人以及信托的相对方承担责任。《信托法》第30条规定:“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。”但是,通道类信托中起主导决定作用的是第三方,主导第三方不仅安排信托资金的来源,而且还自行决定了信托资金的运用项目,仅仅以形式上的代理关系而要求提供“通道”的受托人承担全部责任似与公平不符,与信托遵循的“正义与良心”原则背道而驰。确定受托人与第三方的关系,应透过现象看本质,国务院107号文和银监会99号文要求在金融机构交叉产品中要在文件中明确约定风险承担主体和通道功能主体也是基于此。无论是推介信托产品,还是确定信托资金投资项目,如果是第三方自主行为,而非受受托人之托,则将受托人与第三方的关系简单界定为委托代理有失偏颇。本着实质重于形式原则,笔者认为,既然第三方实质承担了受托人的职责,而又非受托人主观意愿,应将第三方视为受托人之一,此通道类信托属于“双信托”——信托合同受托人和主导第三方均为受托人。由于该第三方与委托人之间并无信托合同,因此,主导第三方实为“隐形受托人”。中国现阶段大部分金融交叉信托产品都存在合同受托人和“隐形受托人”。“隐形受托人”与共同受托人、复数受托人不同,“隐形受托人”不是信托合同当事方,不以自己的名义占有信托财产,即使在委托人或受益人面前,也不是以受托人身份出现。在与合同受托人的关系中,“隐形受托人”则完全处于主导地位。二者之间的责任的承担亦应遵循职、责相一致原则。

(下转第115页)

注释:

① 目前,中国国内有三大微博网站:新浪微博、腾讯微博和搜狐微博。文章的研究数据主要来自于用户数量较多的新浪微博。

参考文献:

- [1] 秦博文. 浅谈高校官方微博建设[J]. 东方企业文化, 2013(7):180—181.
- [2] 邓怡. 基于微博平台高校增强网络公信力的探究[J]. 思想理论教育导刊, 2013(2):117—119.
- [3] 中国互联网络信息中心(CNNIC). 第28次中国互联网络发展状况统计报告[EB/OL]. (2012-06-12). http://www.cnnic.cn/hlwfzyj/hlwxzbg/hlwtjbg/201206/t20120612_26719.htm.
- [4] 沈阳:发布2012高校微博发展报告[EB/OL](2012-12-11).

<http://edu.qq.com/a/20121211/000007.htm>.

- [5] 孟莉英. 论高校微博的兴起及其对策选择[J]. 中国青年政治学院学报, 2012(2):39—43.
- [6] 黄淑敏. 高校官方微博发展及运营策略研究[J]. 中国远程教育, 2012(1):38—43.
- [7] 战子秋. 论一种全新的高校资讯平台——高校微博的善用善待和善管[J]. 改革与开放, 2011(18):165.
- [8] 铁铮. 新形势下高校新闻宣传工作的研究与思考[J]. 北京教育:高教版, 2007(1):50—52.
- [9] 张小锋. 以微博助推高校新闻宣传工作[J]. 学校党建与思想教育, 2012(7):68—69.
- [10] 侯丽娟. 微博:高校校园文化建设的新载体[J]. 文化学刊, 2011(6):16—20.

(上接第80页)

注释:

- ① 如商业银行发行理财产品,并以理财产品资金购买证券公司设立的资产管理计划。证券公司以该资产管理计划资金作为信托财产,与信托公司设立单一资金信托,并按照商业银行的要求指定信托资金的运用方式和运用项目。这种产品结构模式就存在证券公司和信托公司两个通道。
- ② 如权力保留型信托中受托人主要发挥提供通道作用。
- ③ 具体做法是,信托产品先通过基金子公司或券商资管包装成资管计划产品,再寻找第三方理财机构代销。在这一结构中,基金子公司或券商成为信托公司的通道。参见陈植所写的《“第三方代销禁令”半年考:信托系多元化销售平台出水 新灰色地带潜行》,载2014年11月7日《21世纪经济报道》第11版。
- ④ 《企业年金基金管理办法》第6条规定:“同一企业年金计划中,受托人与托管人、托管人与投资管理不得为同一人。”
- ⑤ 2002年8月,某信托公司与浙江通用科技公司签订资金信托合同,约定通用公司将其合法所有资金1200万元设立信托,由该信托公司投资运作。2002年12月,该信托公司作为股东之一与其他合作方共同出资成立浙江国信求是科教有限公司,同时该信托公司根据委托人的要求委派通用公司法定代表人实际经营求是公司。求是公司完成工商注册登记次日,通用公司将求是公司账

户资金1500万元全部抽走。2005年6月,求是公司又与浙江科技学院合作成立求是学院。后求是学院被浙江教育学院接管,浙江教育学院对该信托公司提起诉讼。2009年12月,一审法院判决:一、求是公司向教育学院返还1373万元。二、通用公司在抽逃1200万元范围内对求是公司的上述债务承担连带责任。三、该信托公司对通用公司上述所负借款承担连带责任。

- ⑥ 参见:《日本信托法》第35条,根据第28条的规定,当已将信托事务委托第三人处理时,为实现信托目的,受托人必须对该第三人进行必要而适当的监督。受托人委托给以下所揭示之第三人处理信托事务时,不适用前二项之规定,但当受托人发现该第三人不胜任或不诚实或该第三人处理信托事务不恰当时,必须将其主旨通知受益人,解除对该第三人委托或采取其他措施:一、于信托行为中指定的第三人;二、当信托行为中规定有受托人须根据委托人或受益人的指名,将信托事务委托给第三人处理时,其第三人为该规定中被指名之人。前项但书虽有规定,当信托行为中有特殊规定时,从其规定。

参考文献:

- [1] 金萃莘,丁宁. 通道业务迷途[N]. 上海证券报, 2014-09-11(1—3)。
- [2] 朱蕾蕾,沈佳苗. 通道业务各方责任难厘定[N]. 法治周末, 2014-08-05(1)。