

## 慈善信托的开放式运作探讨

《慈善法》颁布实施已经将近一年的时间，实践中将近三十单慈善信托也已经落地实施，但是关于慈善信托运作中的一些问题，比如慈善信托能否开放式运作、能否公开募集等问题。本文围绕慈善信托与集合资金信托计划的区别、慈善信托与公募、慈善信托设立后的追加加入等问题，探讨慈善信托的开放式运作问题。

### 一、集合信托、集合资金信托计划与慈善信托

“信托”对于我国的大多数人都属于一个相对陌生的概念，只有作为金融体系一个分支的信托公司在经营信托业务，并且开展的业务也多局限于作为一种理财产品的信托，并不能涵盖信托的全貌。当《慈善法》明确规定了慈善信托，规定慈善组织和信托公司可以作为慈善信托的受托人，民政部门作为慈善信托的备案机关以后，慈善领域的人也开始关注慈善信托，甚至关注信托。但是，慈善信托、信托、集合信托以及目前信托公司发行的集合资金信托计划究竟是怎么样的—种关系？慈善信托的实施以及监管过程中，究竟应该遵循怎样的规则？而要回到这些问题，还需要从基本的概念入手，并结合其立法目的等因素进行分析。

#### （一）几组概念的澄清

《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，由受托人按照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。”<sup>1</sup>

第3条规定，本法适用于在中国境内进行的民事、营业、公益信托活动。

#### 1. 慈善信托/公益信托与私益信托

公益信托和私益信托是依照信托目的的性质不同进行的区分。公益信托是为

---

<sup>1</sup> 我国台湾地区《信托法》第1条规定，“称信托者，谓委托人将财产权移转或为其它处分，使受托人依信托本旨，为受益人之利益或为特定之目的，管理或处分信托财产之关系。”

《日本信托法》第2条规定，本法所称信托，指依本法各条款所载方法，特定人基于一定目的，为财产管理、处分或其他为达成该目的所必要之行为者。

《欧洲信托法原则》第1条信托的主要特征中，对信托的描述是，在一个信托中，一个被称为“受托人”的人拥有预期自有财产相分离的财产，并且必须为了一个被称为“受益人”的人的利益，或为了促进某个目的的实现，而处置那些财产（“信托财产”）。

《海牙信托公约》第2条规定，信托是指委托人为了受益人的利益或特定目的，于其生前或死亡时创设的一种将其财产置于受托人控制之下的法律关系。

了公共利益目的设立的信托；私益信托是为了受益人的私人利益目的而设立的信托。<sup>2</sup>私益信托是主要的信托类型，也是信托法主要的调整对象。但是《信托法》也适用于公益信托，基于公益信托的特殊性，于第六章进行了专章规定，明确“公益信托适用本章规定。本章未规定的，适用本法及其他相关法律的规定”。总体上看，公益信托是法律明确的一个概念，而与之对应的私益信托并非特定的法律概念，而只是一种理论上的概括。<sup>3</sup>其原因可能在于公益信托是一种特殊的类型，所以法律予以特殊规定；而公益信托之外的都是私益信托，是信托的主要类型。这可能也是《信托法》第3条将公益信托和民事信托、营业信托放在一起的原因。

《慈善法》第44条规定，“本法所称慈善信托属于公益信托，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。”

基于此，慈善信托属于公益信托，也应当适用《信托法》的相关规定，但根据新法优于旧法的原则，《慈善法》与《信托法》规定不一致的地方，以《慈善法》规定为准。

## 2. 单一信托与集合信托

单一信托和集合信托是根据委托人数量进行的区分，只有一个委托人的是单一信托，委托人有两个或以上的就是集合信托。单一信托抑或集合信托在法律适用上并无太大区别，最主要区别在于集合信托中需要建立委托人行使权利的机制。单一信托和集合信托的区分并不是法律上，而只是理论上的总结。

从这个角度看，民事、营业和公益信托均可以采取单一信托或集合信托的形式，即委托人可以是多个人或者仅仅是一个人。

## 3. 集合资金信托计划

在我国信托业实践中，广泛存在的是一种特殊的信托类型，即集合资金信托计划。根据2007年银监会颁布的《信托公司集合资金信托计划管理办法》，在中国境内设立的集合资金信托计划（简称“信托计划”）是指由信托公司担任受托人，按照委托人意愿，为受益人的利益，将两个以上（含两个）委托人交付的资金进行集中管理、运用或处分的资金信托业务活动。可以认为，信托计划在我国信托法律体系中，是一个特定的概念，指的就是按照《信托公司集合资金信托计

<sup>2</sup> 参见，周小明：《信托制度：法理与实务》，中国法制出版社2012年版，第50-51页。

<sup>3</sup> 详细论述可参见，周小明：《信托制度：法理与实务》，中国法制出版社2012年版，第51页。

划管理办法》设立的集合资金信托计划。

从这个角度来看，有两点需要注意：

第一，集合资金信托计划不等同于集合信托。首先，集合资金信托计划是一个法律上的概念；而集合信托只是根据委托人数量从学理上对信托进行分类提出的概念。其次，集合资金信托计划适用《信托公司集合资金信托计划管理办法》，该办法未规定时适用《信托法》；集合信托的范围较集合资金信托计划更广。

第二，单一资金信托计划、慈善信托计划、单一信托计划的表述，并不是非常严谨的。信托计划特指的是集合资金信托计划，而单一资金信托、财产权信托等并不应当被称为信托计划。这点从《信托公司集合资金信托计划管理办法》第九章附则的表述中，可以得到印证。其第 52 条使用的是“单一资金信托”而非“单一资金信托计划”，第 53 条提到动产信托、不动产信托和财产权信托，亦未使用“信托计划”的概念。信托分类结构图可见图 1。

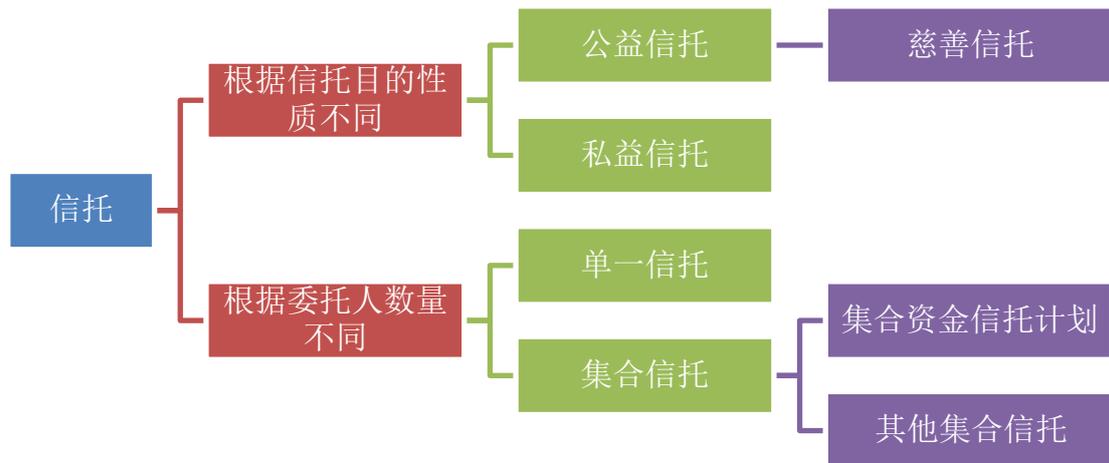


图 1 根据委托人数量和信托目的性质的信托分类图

## （二）《集合资金信托计划管理办法》不适用于慈善信托

### 1. 《集合资金信托计划管理办法》的背景与适用范围

现行《信托公司集合资金信托计划管理办法》由银监会令 2007 年第 3 号公布，银监会令 2009 年第 1 号对其进行修订，修订后的办法于 2009 年 2 月 4 日起施行。《信托公司集合资金信托计划管理办法》第 55 条规定，本办法自 2007 年 3 月 1 日起施行，原《信托投资公司资金信托管理暂行办法》（中国人民银行令〔2002〕第 7 号）（以下简称老办法）不再适用。

由此可以看出,《信托公司集合资金信托计划管理办法》是对《信托投资公司资金信托管理暂行办法》的延续,但又有明显不同。

首先,新办法去掉了信托投资公司中的“投资”两字,参考了国际上信托机构的一般做法,除了考虑拟新增不履行投资管理人职责的信托公司类型外,更多的是考虑引导信托公司突出信托主业,而不是要限制信托公司的投资功能,新办法限制的实业投资仅限于固有业务范围,并不针对信托业务。其次,随着改革开放和国民经济的发展,社会财富逐渐增多。在当时投资渠道不足的情况下,信托理财为投资者提供了更多可选择的投资工具,并逐渐被广大投资者所认可和接受。自重新登记以来,信托公司的营业信托业务取得了可喜的进展。修改和完善信托法规,进一步规范信托公司经营信托业务,是为了更好地保护信托当事人的合法权益。<sup>4</sup>

2007年2月1日银监会有关负责人就修订颁布《信托公司集合资金信托计划管理办法》答记者问中指出,“新的《信托公司集合资金信托计划管理办法》办法借鉴国际通常做法,对集合信托提出一些严格于非营业信托的要求,如参与集合资金信托计划的委托人必须为惟一受益人、限制受益权拆分转让等。这样做,主要是考虑到营业信托不同于一般民事信托的特性,最大限度地保护委托人、受益人的合法权益。**需要强调的是,新的办法只是规范集合信托业务,即属于营业信托范畴的集合资金信托计划。**也就是说,新办法规范的内容不包含单一资金信托业务,不能把集合资金信托的限制性要求套用在单一资金信托中,新办法并不要求诸如单一资金信托、民事信托等信托类型也要遵循集合资金信托的经营规则。”<sup>5</sup>

可以看出,《信托公司集合资金信托计划管理办法》仅适用于信托公司的集合资金信托业务,并不要求单一资金信托、民事信托等信托类型也要相同的经营规则,其规定的集合资金信托业务,只针对本身就必须要具有一定的抗风险能力的合格投资者,根本目的是防控风险的扩散和蔓延。

## 2. 慈善信托的立法目的与社会效果预期

近20年来,我国慈善事业发展较快,随着慈善事业快速发展,慈善领域也

---

<sup>4</sup> 银监会有关负责人就修订颁布《信托公司管理办法》、《信托公司集合资金信托计划管理办法》等信托监管规章答记者问,2007年2月1日。

<sup>5</sup> 参见, [http://www.gov.cn/zwhd/2007-02/01/content\\_515142.htm](http://www.gov.cn/zwhd/2007-02/01/content_515142.htm), 最后访问时间 2017年3月10日。

出现了一些新情况、新问题，例如，慈善组织内部治理尚不健全、运作不尽规范，行业自律机制尚未形成，全社会慈善氛围还不够浓厚，有关方面还需要加大支持、促进的力度，等等。从国外慈善活动经验看，慈善信托也是开展慈善活动的重要方式，在我国以基金会为主要慈善活动实施方式的背景下，借鉴国外经验，借《慈善法》出台之机，对慈善信托进行明确规定，以解决《信托法》规定的公益信托较为笼统，实践操作实施难的问题。

慈善法的立法目的是发展慈善事业、弘扬慈善文化、规范慈善活动、保护此活动参与者的合法权益，慈善信托作为开展慈善活动的一种行为以应当以鼓励民众参与慈善事业、弘扬慈善文化为目的。从这个角度看，慈善信托的立法目的与《信托公司集合资金信托计划》拟调整的集合资金信托计划有本质上的区别。

### 3. 慈善信托不适用《集合资金信托计划管理办法》

通过对《信托公司集合资金信托计划管理办法》制定背景和调整范围以及慈善信托立法目的的分析，可以发现，慈善信托与集合资金信托计划属于完全不同范畴的概念，以信托公司开展的营业信托中的集合资金信托计划为规范和调整对象的《集合资金信托计划管理办法》并不应当适用于慈善信托。第一，慈善信托与集合资金信托计划并非同等范畴的概念，慈善信托是与营业信托并列的信托类型，而集合资金信托计划是营业信托下属的概念，因此，仅仅适用于集合资金信托计划规范和管理的部门规章（从法律位阶上看，《信托公司集合资金信托计划管理办法》属于部门规章）并不适用于慈善信托。其关系可见图 2。第二，慈善信托的受托人与集合资金信托计划亦有所不同，根据《慈善法》的规定，信托公司和慈善组织可以担任慈善信托的受托人，而集合资金信托计划只能由信托公司担任，这也从一个侧面说明，慈善信托与集合资金信托计划属于不同的范畴，不应使用一样的监管规则。否则，慈善组织担任受托人时，是否也需要受《信托公司集合资金信托计划管理办法》约束呢？

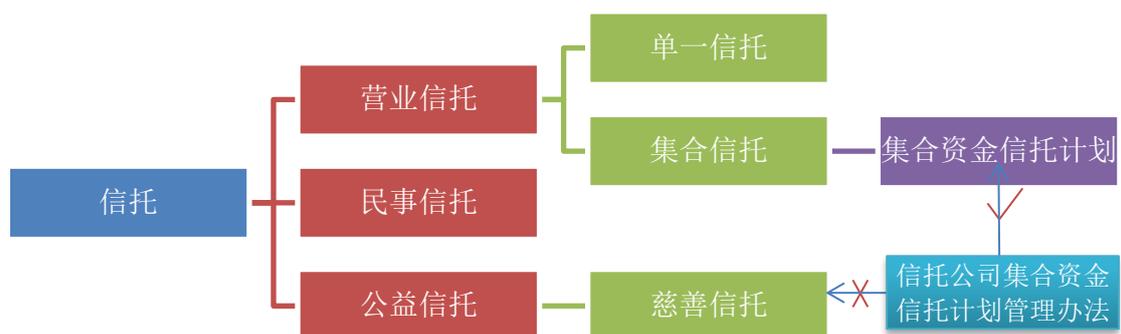


图 2 《集合资金信托计划管理办法》适用结构图

(三) 慈善信托适用的法律依据

《慈善法》第 55 条规定，慈善信托的设立、信托财产的管理、信托当事人、信托的终止和清算等事项，本章未规定的，适用本法其他有关规定；本法未规定的，适用《中华人民共和国信托法》的有关规定。由该条可以看出，慈善信托的直接法律依据是《信托法》和《慈善法》；民政部和银监会《关于慈善信托备案相关事项的通知》以及各地民政部门出台的《慈善信托管理办法》（例如，北京市民政局出台的《北京市慈善信托管理办法》）也是慈善信托应当遵守的法律文件。此外，信托公司作为受托人时，亦应当遵守《信托公司管理办法》的相关规定。

二、慈善信托的公募和私募

(一) 我国法律上关于公募、私募的规定

公募，指公开募集，私募，即非公开募集。我国法律上关于公募和非公募的规定主要如下：

1. 《证券投资基金法》

《证券投资基金法》第五章规定了基金的公开募集，第 50 条规定，公开募集基金，应当经国务院证券监督管理机构注册。未经注册，不得公开或者变相公开募集基金。公开募集基金，包括向不特定对象募集资金、向特定对象募集资金累计超过二百人，以及法律、行政法规规定的其他情形。本章还规定了公开募集基金的注册流程，基金合同、招募说明书的主要内容以及公开募集基金合同的成立、生效等。

《证券投资基金法》第六章规定了非公开募集基金，非公开募集基金应当向合格投资者募集，合格投资者累计不得超过二百人。合格投资者，是指达到规定资产规模或者收入水平，并且具备相应的风险识别能力和风险承担能力、其基金份额认购金额不低于规定限额的单位和个人。合格投资者的具体标准由国务院证券监督管理机构规定。

2. 《信托公司集合资金信托计划管理办法》

《集合资金信托计划管理办法》第 5 条第 3 项规定，单个信托计划的自然人人数不得超过 50 人，但单笔委托金额在 300 万元以上的自然人投资者和合格的

机构投资者数量不受限制。第8条第2项规定，信托公司推介信托计划时，不得进行公开营销宣传；

### 3. 《基金会管理条例》

第3条 基金会分为面向公众募捐的基金会（以下简称公募基金会）和不得面向公众募捐的基金会（以下简称非公募基金会）。公募基金会按照募捐的地域范围，分为全国性公募基金会和地方性公募基金会。

### 4. 《慈善法》

第21条 本法所称慈善募捐，是指慈善组织基于慈善宗旨募集财产的活动。慈善募捐，包括面向社会公众的公开募捐和面向特定对象的定向募捐。

第22条 慈善组织开展公开募捐，应当取得公开募捐资格。依法登记满二年的慈善组织，可以向其登记的民政部门申请公开募捐资格。民政部门应当自受理申请之日起二十日内作出决定。慈善组织符合内部治理结构健全、运作规范的条件，发给公开募捐资格证书；不符合条件的，不发给公开募捐资格证书并书面说明理由。

法律、行政法规规定自登记之日起可以公开募捐的基金会和社会团体，由民政部门直接发给公开募捐资格证书。

## （二）信托的公募与私募/为何会有信托私募的说法？

按照《信托法》的规定，信托只是一种代他人管理财产的行为，并不存在所谓的公募和私募。然而，银监会发布的《信托公司集合资金信托计划管理办法》第5条规定单个信托计划的自然人人数不得超过50人，以及第8条规定信托公司推介信托计划时不得进行公开营销宣传。由此规定可以看出，集合资金信托计划属于私募的范畴。也正是基于此，有观点认为，信托属于私募的。但实际上，这仅仅针对的是信托公司发行的集合资金信托计划产品。对于法律限定为“私募”的原因，在该办法的答记者问中有回答。

2007年2月1日银监会有关负责人就修订颁布《信托公司集合资金信托计划管理办法》答记者问中指出，“按照接受委托的方式，集合资金信托业务可分为两种：第一种是社会公众或者社会不特定人群作为委托人，以购买标准的、可流通的、证券化的合同作为委托方式，由受托人集合管理信托资金的业务；第二种是具有风险识别能力、能自我保护并有一定风险承受能力的特定人群或机构作

为委托人，以签订信托合同的方式作为委托方式，由受托人集合管理信托资金的业务。目前，由于条件不具备，信托公司还没有开展第一种业务，新办法所规范的主要是第二种资金信托业务。由于这类业务的委托人要具有一定资金实力，能自担风险，因而对委托人的准入门槛相对要高一些。这样规定的目的，是避免把风险识别能力和损失承受能力较弱的普通投资者引入此类业务。为此，新办法引入了合格投资者制度，只允许有一定风险承受和识别能力的投资者参与集合资金信托计划。需要说明的是，对于第一种业务模式，由于它的法律结构、业务运作模式和委托人范围等方面，不同于《信托公司集合资金信托计划管理办法》，我们拟在实践的基础上，根据市场需求，在今后逐步制定颁布相关的管理规定。”

由此可以看出，官方认为，即使是集合资金信托可以亦分为两种，对于第一种集合资金信托基金（公募类），仅仅是“目前由于条件不具备而未开展”，目前开展的只是正对合格投资者的资金信托业务（非公募类），其根本原因在于营业信托中集合资金信托的高风险性，为了避免风险的扩散，而将委托人局限于特定人数的合格投资者。

基于此，信托是非公募或私募的说法是没有依据的，而只是信托公司经营的业务中集合资金信托计划囿于风险防范的考虑，在目前阶段只能采取非公募的形式发行。

对于慈善信托而言，在目前的法律框架下，并不属于集合资金信托计划，不适用《信托公司集合资金信托计划管理办法》，自然不属于必须私募的范畴。在没有法律规定的情况下，应当适用《信托法》和《慈善法》关于慈善信托的规定。然而，这不等于说，民政部门或其他部门，不可以对慈善信托的募集方式进行单独的规定。如果民政部门等通过部门规章的形式明确慈善信托也必须以私募的形式开展，当然是可以的。但需要明确的是，在没有具体的规定出台之前，在目前的法律框架下，慈善信托不能公募是没有法律依据的。

是否应当限制慈善信托的募集方式，以及通过何种方式进行限制，则应当经过系统严密的论证，而不能主观臆断。

### （三）慈善组织的公募、私募与信托募集方式的区别

《慈善法》第三章规定慈善募捐，包括面向社会公众的公开募捐和面向特定对象的定向募捐。慈善组织开展公开募捐，应当取得公开募捐资格。

慈善募捐区分为公开募捐和定向募捐（非公募）的原因可能在于：第一，避免借慈善的名义骗取财产；第二，避免因为慈善募捐妨碍公共秩序、企业生产经营和居民活动。部分信托产品限定为私募原因在于，信托投资是一种高风险的行为，应当限定为由一定风险识别和承担能力的人，避免风险传导至普通投资者。可以说，信托产品私募的逻辑和《证券投资基金法》区分公募和私募的逻辑是一致的。

具体到慈善信托的公募和私募，很明显与信托的私募有很大的不同，因为慈善信托虽然同时具有慈善和信托的特性，但是在募集阶段，其慈善的性质是更突出的，也是需要更多关注的。

#### （四）慈善信托公募的利与弊

慈善组织既可以开展慈善募捐，也可以作为受托人开展慈善信托，信托公司只能开展慈善信托，不能开展慈善募捐。慈善组织可以分为有公募资格和无公募资格，信托公司并无这样的区分，而是不同的信托业务区分为公募或私募。概言之，对于公募和非公募，对慈善组织而言，是从主体资格上进行的区分；对于信托公司，是从业务类型上进行的区分。

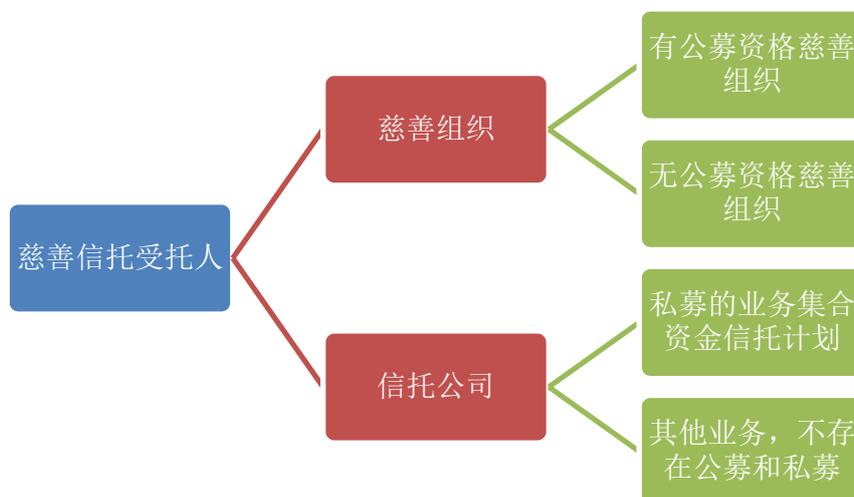


图3 公募和私募在慈善组织和信托公司中位置图

可以看出，慈善组织可以同时开展慈善募捐和慈善信托，信托公司只可以开展慈善信托，慈善信托和慈善募捐的区别见表1。讨论慈善信托能否公募，绕不开慈善组织和信托公司是否应当适用同样的慈善信托办理办法的问题。

表1 慈善募捐和慈善信托的区别

	慈善募捐	慈善信托
法律性质	捐赠（无偿赠与）	信托
法律依据	《慈善法》、《合同法》	《慈善法》、《信托法》
法律形式	赠与合同（书面形式或口头形式）	信托合同（书面形式）
原始权利人的角色	赠与人	委托人
财产接收人	受赠人	受托人
是否可以反悔	赠与人不得撤销且受赠人可以请求交付	通常在信托合同中约定，财产交付时信托生效。
财产归属	慈善组织	独立的信托财产
原始权利人作用的发挥	对捐赠财产完全失去控制	享有委托人的多项权利，具体可以通过委托人大会的形式实现。
财产的适用范围	慈善组织章程或捐赠协议规定的慈善目的	信托合同约定的信托目的

在探讨慈善信托能否公募时，不可避免的面临如下几个问题：第一，如果慈善信托是不允许公募的，那么具有公募资格的慈善组织担任受托人时能否公募？从法律适用一致性的角度看，答案应当是否定的。因为，慈善信托因为受托人的不同而运作方式不同没有依据，此其一；其二，如果慈善组织担任受托人仍可以公募，那么必然出现有公募资格的慈善组织和信托公司合作或者通过其他方式变相突破。其三，从监管的角度看，不但需要通过明确的部门规章，明确慈善信托不许公募，而且还需要解决具有公募资格的慈善组织担任受托人的问题，要么是严格禁止(即使有公募资格也不许公募慈善信托)；要么是需要花费很大的精力，去禁止变相公募的问题。对于前者，可能会限制慈善信托的发展，与慈善法关于慈善信托的立法初衷相悖；对于后者，则需要的监管成本很高，而且效果可能并不一定好。

第二，如果对于慈善信托的募集方式没有明确规定，那么慈善信托按照信托的一般原理是可以公募的。涉及到的问题是，不具有公募资格的慈善组织担任受托人时，是否可以公募的问题。表面上看，似乎突破了慈善组织募集的权限。但

实际上并非如此,首先,慈善信托是不同于慈善募捐的。慈善组织作为受托人时,筹集的财产是完全独立于慈善组织的信托财产,属于慈善组织的表外财产。即使慈善组织不可以公开募捐,但开展慈善信托是不存在法理上的障碍的。并且,对于慈善信托的监督管理,并非只有募集的方式,最重要的是存续过程中的管理以及信托财产如何用于慈善事业的监管。其次,对于慈善组织作为慈善信托的受托人有进入的门槛,如果出于前期规范管理的考虑,可以认为只有具有公募资格的慈善组织才可以担任慈善信托的受托人。这样可以避免出现慈善组织开展慈善募捐和慈善信托面临的政策不一致问题。

考虑到慈善信托是和慈善募捐并列的慈善活动开展的方式,无论是从法律逻辑上,还是实践运作上,都应当遵循统一的标准和逻辑。比较以上两种模式,不对慈善信托的募集模式进行特别的限制,而遵循信托的一般法律和原则,在操作上更为方便。因为对于慈善信托的监管,应当包括事前、事中和事后三部分,目前在设立阶段的备案管理仅仅属于事前的管理。集合资金信托计划由于涉及高风险的投资,因此在募集设立阶段进行了严格的限制。慈善信托不涉及到合格投资者的认定等问题,因此,更重要的是信托存续过程中和慈善活动开展的监管。只要事中和事后监管到位,确保所有的信托财产都运用于慈善事业,就可以实现慈善法和慈善信托的立法初衷。

对于慈善信托通过公开的方式募集,最大的问题是多个委托人时,如何行使权利的问题。对于这个问题,可以通过在信托文件中明确委托人行使权利的机制,确保委托人的权利可以切实得到实现和履行。《慈善法》赋予慈善信托的受托人很多权利,这是委托人不同于捐赠人的地方,如果委托人的权利不能得到体现,那么慈善信托的存在意义将大打折扣。

对于慈善信托是要求必须非公募,还是允许公募,在监管上有以下不同:

表 2 慈善信托公募与非公募的而监管要求

慈善信托	公募	非公募
事前备案监管		出台专门的文件进行规定
	对于慈善组织担任受托人设定条件。有公募资格的受托人可以担任	对于具有公募资格的慈善组织担任受托人的募集形式进行明确。禁止变相公

事中监 管  事后监 管	受托人	募。
		对于信托公司和基金会等合作突破公募的模式进行限制
	对于信托存续过程中资金投向进行管理	对于信托存续过程中资金投向进行管理
	对于慈善活动开展进行监督管理	对于慈善活动开展进行监督管理

### 三、慈善信托是否可以由受托人发起和开放式运作？

#### （一）信托是否必须由委托人发起

《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，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。第 60 条规定，为了公益目的而设立的信托，属于公益信托。《慈善法》第 44 条，本法所称慈善信托属于公益信托，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。

以上分别是我国《信托法》和《慈善法》对信托和慈善信托的定义。对比以上规定，可以发现，《慈善法》关于慈善信托的定义，基本上是按照《信托法》关于信托的定义来规定的。这表明，在没有特别规定的情况下，对慈善信托设立以及运作模式的理解应当遵循《信托法》的一般原理和模式。

法条中，委托人基于信托/慈善目的，“委托给受托人”的表述并不代表信托只能由委托人发起，而只是表明信托是委托人和受托人之间达成一致和合意的，是需要委托人和受托人双方参与的行为。采用信托合同的方式设立信托时，信托合同就是双方合意的证明。而对于合同的基本问题，还要适用《合同法》的相关规定，而从合同法的角度看，合同通常是一方提供一个合同的草案，经过双方多次沟通形成定稿，进而签订合同。具体可以分为，合同的双方均为一时，双方协商；合同的一方为多数人，另一方为一时，通常是由为一时的一方提出合同的模板，多数人的一方可以对于合同提出自己的意见，最后修订而成。当合同的

多数人一方对于合同没有发表意见的机会，这类合同成为格式合同或包含格式条款的合同。对于格式合同和格式条款的效力和具体要求，合同法有明确的规定。<sup>6</sup>但当事人一方通过认真阅读合同条款，并咨询合同提供方，最终签署合同，就表明该方当事人的同意认可合同内容，是符合当事人意愿的行为。类似最典型的买卖合同的表述是：买卖合同是出卖人转移标的物所有权于买受人，买受人支付价款的合同。这也并不表明，必须是出卖人发起和主导整个流程。

基于此，从《信托法》和《慈善法》的法条上看，并未要求慈善信托只能由委托人发起。

## （二）我国实践中由受托人发起的信托类型

### 1. 作为理财的集合资金信托

集合资金信托计划是目前我国信托实践中，重要的一种信托业务类型，从集合资金信托计划的运行方式看，《集合资金信托计划管理办法》第二章用到的表述都是信托公司设立信托计划、信托公司推介信托计划，可以看出，集合资金信托计划都是由受托人主动发起的。

从集合信托计划的运作上看，可以是开放式的，即委托人可以追加资金，在合格投资者人数的范围内，委托人人数也是可以增加的。许多信托计划通过分期发行的方式，实现开放式运作。有的信托计划本身就可以实现申购赎回。

### 2. 公益信托

银监办发[2008]93号文，也是用的信托公司设立公益信托的要求，可见，公益信托也是可以由受托人发起的。第4条规定，信托公司设立公益信托，可以通过媒体等方式进行推介宣传。公益信托的委托人可以是自然人、机构或者依法成立的其他组织，其数量及交付信托的金额不受限制。信托公司应当在商业银行开立信托财产专户，并可以向社会公布该专户账号。

可以看出，《慈善法》颁布之前，公益信托的设立通常是由受托人进行的，受托人设立以后，向社会公开募集资金。

### 3. 证券投资基金

《证券投资基金法》规定的证券投资基金，本质上是我国另一种形式的信托。2001年《信托法》颁布实施后，国务院办公厅关于《中华人民共和国信托法》公

---

<sup>6</sup> 参见《合同法》第39-41条。

布执行后有关问题的通知（国办发[2001]101号）明确规定，人民银行、证监会分别负责对信托投资公司、证券投资基金管理公司等机构从事营业性信托活动的监督管理。可以看出，基金管理公司开展的证券投资基金业务也属于上述规定的营业性信托。

证券投资基金分为公开募集的基金和非公开募集的基金，无论是公开募集的基金还是非公开募集的基金，都分为基金设立之前的投资人的认购，以及基金设立以后的份额申购、赎回和转让。从运作上看，都是基金管理公司主导发起，向投资人进行推介的，投资人认购的流程。可以说，也是由受托人发起的营业信托产品。

### （三）慈善信托的开放式运作模式探讨

慈善信托的开放式运作，是指慈善信托设立后，委托人是否可否追加资金，委托人之外的其他人是否可以加入该慈善信托或向慈善信托捐赠资金的问题。下文结合其他国家慈善信托运作经验，从信托设立后原委托人追加、其他人追加加入、捐赠和我国慈善信托的开放式运作模式选择三个方面分别论述。

#### 1. 慈善信托设立后，原委托人追加加入

原委托人追加加入，是指慈善信托设立后的存续过程中，原委托人又追加信托财产到信托中，使信托财产规模增加。

我国《信托法》第14条规定，受托人因承诺信托取得财产是信托财产。受托人信托信托财产的管理运用、处分和其他情形而取得的财产，也归入信托财产。从该条规定看，法律上对于委托人追加信托财产并未禁止。从实践情形看，信托存续过程中，委托人追加加入的情形也大量存在，许多信托合同中约定，委托人可以追加加入信托财产，在一些现金管理类信托产品中尤为典型。

从国外经验看，原委托人追加信托财产在日本信托实践中是广泛存在的，并且在信托文件中有明确追加信托财产的条款。例如，日本的集合资金信托（Collective Money Trust）和Pension Trust（养老金信托）中，特别是养老金信托中，出于信托目的需要，信托财产是不断追加的。日本信托学者 Tatsuo Ohta 先生提到，在信托财产为资金或股权，而非房产等不动产的信托案例中，委托人追加信托财产是非常普遍的。从法律上看，即使信托财产是不动产，只要委托人和受托人达成一致，也是可以追加信托财产的。

基于此，从理论和实践看，慈善信托设立后，原委托人追加加入信托财产是允许的，即便信托文件中没有提及追加信托财产事宜。但是，如果信托文件中明确约定，信托存续过程中不得追加，则原委托人不得追加信托财产。

## 2. 慈善信托设立后，其他人可否追加加入信托

与上文提到的“慈善信托设立后，设立时的委托人追加加入，使信托财产规模增加”不同。这里要讨论的是，原委托人之外的其他人可否加入信托，使信托财产规模增加。

从国外的经验看，慈善信托设立后，委托人之外的其他人追加加入信托并不常见。根据调研情况，在我国台湾地区，公益信托委托人为公益信托成立当时的情况，无法于日后追加委托人，后续捐赠至公益信托者则纯粹为捐赠人。在英国，委托人被认为是创设（create）信托的人，一个信托只能被创设一次，因此，信托设立以后不可以有新的委托人加入进来。慈善信托可以有多个委托人，但仅限于成立时，一旦信托设立以后，不可能有委托人加入进来。例如，在日本，虽然法律没有禁止后续有委托人加入到信托，但实践中，委托人之外的其他人追加信托财产加入信托并不是很常见，只有在夫妻或母子公司作为委托人时，存在追加委托人的情形。

本文认为，从结果上看，其他人的加入可以使信托财产增加，在没有明确相反约定的情形下，应当允许加入。从法律规定上看，对于信托存续过程中，其他人加入信托，《慈善法》和《信托法》并无明确规定，为当事人的约定留下了空间。本文认为，慈善信托设立后，应当允许其他人向该信托追加信托财产，除非信托文件明确约定，不允许信托设立时的委托人之外的人向该信托加入信托财产。

## 3. 慈善信托设立后，其他人可以向慈善信托捐赠

从理论上讲，除了委托之外，捐赠也可以使信托财产规模增加。从国外的经验看，信托设立后，其他人通过捐赠的方式参与到慈善信托中，也是非常普遍的做法。

例如，在 20 世纪 70 年代初期，慈善信托被引入日本时，对于慈善信托设立后追加信托财产这一行为的性质有不同观点，有政府官员认为，委托人之外的人向慈善信托追加财产通常不应当被认为是赠与，向已成立的慈善信托追加财产的委托人之外的其他人，应当被认为是追加的委托人，与初始委托人享有同样的权

利和义务。<sup>7</sup>但是这种观点是非常例外的，在学术上并没有得到支持。Tatsuo Ohta 先生提到，在日本，虽然法律没有明确规定，向慈善信托进行捐赠在法律上被认为是一种基于合同关系的赠与，并非是追加的委托人，捐赠人并不享有慈善信托委托人的权利，但捐赠人可以享受税收优惠。并且这种向慈善信托捐赠的案例也是比较多的。

#### 4. 我国慈善法上，后续加入的探讨

由以上分析可知，慈善信托设立后，初始委托人之外的其他人可以通过信托或捐赠的方式，使慈善信托规模增加。从法律关系上看，可以有委托和捐赠两种方式，从国外经验看，多倾向于采取捐赠的方式，其理由在于慈善信托是委托人设立的，后续不可能有新的委托人出现，以免影响慈善信托的稳定性。捐赠人由于并不享有委托人的权利和义务，只是使信托财产规模增加，这种增加与投资产生的收益类似。因此，并不影响到慈善信托的稳定性。

本文认为，慈善信托在我国刚刚起步，在借鉴国外经验的基础上，应当结合我国实际情况探讨慈善信托的开放式运作问题，但根本前提是，慈善信托设立后，该信托的规模是可能持续增加的。而对于具体的方式则可以留给信托文件来约定。具体而言：

第一，如果是单一委托人设立的慈善信托，信托文件中可以明确约定，委托人之外的任何人不可以向该慈善信托加入信托财产，无论是委托还是捐赠，则该信托财产本金是固定的，除非该委托人自己追加财产，信托财产规模是委托人加入的信托本金和投资产生的收益。信托文件中也可以约定，委托人之外的任何人不可以通过向慈善信托加入信托财产而成为追加的委托人，但可以向该慈善信托捐赠。如果信托文件中对于该问题未约定，则应当认可向该慈善信托捐赠，因为该行为符合慈善信托开展慈善活动的根本目的；但对于追加委托人则应当予以否认，因为一旦成为委托人，即享有委托人的权利和义务，可能与原委托人设立慈善信托的初衷不符，影响慈善信托运行的稳定性。

第二，如果是多个委托人参与设立的慈善信托，通常是委托人有比较好的慈善项目，找了多个委托人，或者是一个委托人与受托人沟通，然后找到其他不同的委托人，一同设立慈善信托。这类项目中，受托人对于慈善活动开展流程和慈

---

<sup>7</sup> Takashi Matsumoto, *Essay on Additional Trust to Charitable Trust and Possibility of Donation*, Trust Association "Trust", Vol.103 1975.

善活动具体运作已经有完整、明确的思路，或者说已经有成熟的做法。为了给该慈善活动募集更多的资金，而由受托人发起的一个慈善信托。这种模式的慈善信托中，慈善信托文件主要由受托人制定，而后向委托人进行推广，委托人认可受托人开展的慈善活动，对其慈善活动开展流程和效果比较认可，同时也认可慈善信托文件的，按照慈善法的规定备案成为慈善信托，并没有什么负面的不良后果，从监管的角度看，自然没有禁止的必要，而是关注如何确保信托财产真正的用于慈善活动。对于此类信托，通常应当设立委托人大会行使委托人的权利。慈善信托设立后，新加入的委托人可以参与到委托人大会中，行使相应的权利，对于慈善信托的运营通常不会产生重大影响，如果信托文件没有约定禁止其他人参加进来，应当是可以追加委托人的；当然也是可以接受捐赠的，因为禁止是与其设立目的违背的。但捐赠和委托有以下几点差别。

	赠与人	委托人
法律关系	赠与	信托
表现形式	书面或口头赠与合同	书面信托合同
法律地位	不享有信托委托人的权利	委托人享有的权利
是否加入委托人大会	不加入	加入
对于信托运营参与程度	较弱	较强
操作便利性	较方便	信托加入流程
适用类型	小额的加入	大量资金的加入
税收优惠	享受税收优惠	享受税收优惠
对于信托的影响程度	较小	较大