

慈善信托的立法与实践报告

家族与慈善办公室 张永

一、信托与慈善信托

《信托法》规定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。委托人、受托人、受益人在中华人民共和国境内进行的民事、营业、公益信托活动，都适用《信托法》。此项界定与日本信托法基本相似。根据《慈善法》，慈善信托是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的意愿以受托人名义进行管理和处分，开展慈善活动的行为。根据《信托法》、《慈善法》、《慈善信托管理办法》以及《民政部 中国银行业监督管理委员会关于做好慈善信托备案有关工作的通知》（民发[2016]151号）的相关规定，结合目前信托公司开展的慈善信托业务实践，慈善信托具有不同于一般信托鲜明的个性和特点。

（一）是企事业单位履行社会责任的上佳选择，法律明确支持并鼓励

以往企事业单位履行社会责任往往采取直接捐赠的方式，受赠的基金会需按照法律要求每年支出大笔本金，可持续性较差，而慈善信托的方式具有较强的造血功能，尤其在信托公司单位受托人，由于后者具有很强的资产保值增值能力，而且法律没有要求每年必须指出固定的比例，因此可以实现细水长流、持续资助。同时作为主要发起人的企事业单位可以自己单位的名称来冠名慈善信托，起到很好的宣传作用，企业员工、其他社会爱心人士也可以选择加入该信托，而且没有门槛限制，最低1元即可成为慈善信托的委托人。

（二）无须前审批制，只需事后向民政部门备案，设立方便

《信托法》第62条规定公益信托的设立和确定其受托人，应当经有关公益事业的管理机构批准，未经公益事业管理机构的批准，不得以公益信托的名义进行活动。此次《慈善法》第45条明确废止了事先审批制，确立了事后备案制，

即设立慈善信托，受托人应当在慈善信托文件签订之日起7日内将相关文件向受托人所在地县级以上人民政府民政部门备案。这一规定彻底解决了阻碍慈善信托发展的绊脚石，必将大大激发整个社会的公益热情，推动慈善信托的蓬勃发展。

（三）《慈善法》明确备案的慈善信托享受税收优惠

《慈善法》第45条明确经过备案的慈善信托享受税收优惠，第80条则明确企业慈善捐赠支出超过法律规定的准予在计算企业所得税应纳税所得额时扣除的部分，允许结转以后三年内在计算应纳税所得额时扣除。若该条同样适用于慈善信托，必将对慈善信托的投资人产生正向激励，刺激更多的机构投资于慈善信托项目。

（四）信托监察人由强制设置改为任意设置，赋予委托人充分的选择自由

《慈善法》第49条则规定慈善信托的委托人根据需要，可以确定信托监察人，是否设立由慈善信托当事人根据实际需要自由裁量。但事实上处于严格监管、确保规范运行的考虑，民政部门在实际备案时，多建议慈善信托设立监察人。

（五）受到民政部门和银监部门的双重监管，确保慈善信托运作规范

根据《慈善法》规定，慈善信托应当向明证部门备案，并且由民政部门统一管理、监督。同时信托公司作为慈善信托的受托人，又必须接受银监部门的监督和管理，因此慈善信托项目受到双重监管，最大程度地确保慈善信托的规范、透明、合法运营。

（六）慈善目的非常广泛

《慈善法》第3条规定，本法所称慈善活动，是指自然人、法人和其他组织以捐赠财产或者提供服务等方式，自愿开展的下列公益活动：（一）扶贫、济困；（二）扶老、救孤、恤病、助残、优抚；（三）救助自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件造成的损害；（四）促进交易、科学、文化、卫生、体育等事业的发展；（五）防止污染和其他公害，保护和改善生态环境；（六）符合本法规定的其他公益活动。

(七) 受托人有严格的准入门槛，确保专业的人干专业的事

《信托法》关于公益信托的规定并没有明确受托人的准入门槛，而《慈善法》则要求慈善信托的受托人只能是信托公司或慈善组织，民发[151]号文进一步明确其他任何单位和个人不得以“慈善信托”、“公益信托”等名义开展活动。

(八) 有严格的信息披露要求，保证慈善财产管理、处分的阳光、透明

《慈善信托管理办法》规定，民政部门 and 银行业监督管理机构应当及时向社会公开多项慈善信托信息。受托人应当在民政部门提供的信息平台上，发布相关慈善信息，并对信息的真实性负责。慈善信托的受托人应当于每年3月31日前向备案的民政部门报送慈善信托事务处理情况和慈善信托财产状况的年度报告。目前民政部已开通专门的慈善信息公布平台网站 (<http://cishan.chinanpo.gov.cn/platform/login.html>)，其中披露了全国所有已经备案的慈善信托项目。

(九) 信托财产必须全部用于公益目的，杜绝善款私用

一个有效的慈善信托其每一个信托目的必须都具有公益性，只要其中一个信托目的含有非公益性，即不能成立有效的慈善信托。《慈善信托管理办法》第23条则借鉴日本法的经验正面规定，慈善信托财产及其收益，应当全部用于慈善目的。

二、慈善信托的现行法依据

《慈善法》已于2016年3月11日经十二届全国人大四次会议审议通过，并已于2016年9月1日生效。《慈善法》关于慈善信托主要做了以下规定：一是明确了慈善信托的备案制度，受托人应当在慈善信托文件签订之日起七日内将相关文件向受托人所在地县级以上人民政府民政部门备案。二是确定受托人的范围，受托人可以由委托人确定其信赖的慈善组织或者信托公司担任。三是将是否设置监察人的权利授予委托人。2016年8月25日为解决慈善信托备案的相关具体问题，民政部、中国银行业监督管理委员会颁布了《关于做好慈善信托备案有关工作的通知》（民发[2016]151号），对于慈善信托的备案管辖机关、备案程序和要

求、管理和监督、信息公开、组织保障等进行了具体明确的规定。2017年7月26日为进一步规范慈善信托的具体管理和监督，中国银行业监督管理委员会、民政部颁布了《慈善信托管理办法》，对于慈善信托的设立、慈善信托的备案、慈善信托财产的管理和处分、变更和终止、促进措施、监督管理和信息公开及法律责任做了更加明确的规定。

无论是《信托法》、《慈善法》都规定了十分广泛的慈善目的覆盖范围。早在2001年10月1日生效的《信托法》第61条明确了国家鼓励发展慈善信托的基本立场，《信托法》第60条规定为了下列公共利益目的之一而设立的信托，属于公益信托：（一）救济贫困；（二）救助灾民；（三）扶住残疾人；（四）发展教育、科技、文化、艺术、体育事业；（五）发展医疗卫生事业；（六）发展环境保护事业，维护生态环境；（七）发展其他社会公益事业。《慈善法》对扶贫工作非常重视，将其列为典型公益活动之首，该法第3条规定慈善活动是指自然人、法人和其他组织以捐赠财产或者提供服务等方式，自愿开展的下列公益活动：（一）扶贫、济困；（二）扶老、救孤、恤病、助残、优抚；（三）救助自认灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件造成的损害；（四）促进教育、科学、文化、卫生、体育等事业的发展；（五）防止污染和其他公害，保护和改善生态环境；（六）符合本法规定的其他公益活动。

我国慈善信托制定法依据

| 名称 | 生效时间 | 备注 |
|-----------|-------------|-----------|
| 信托法 | 2001. 10. 1 | 第六章《公益信托》 |
| 慈善法 | 2016. 9. 1 | 第五章《慈善信托》 |
| 民发[151]号文 | 2016. 8. 25 | 民政部、银监会颁布 |
| 慈善信托管理办法 | 2017. 7. 26 | 银监会、民政部颁布 |

此外针对慈善信托的独特作用，不少地方出台了或修订了规范性文件。如北京市政府出台了《北京市慈善信托管理办法》；江苏省人大审议通过了《江苏省慈善条例》；甘肃省慈善总会发布了《甘肃省慈善捐助管理办法》，鼓励社会组织通过慈善信托方式参与慈善尤其是扶贫事业；湖北省慈善总会出台了《湖北省慈善总会财富管理方案》等。但截止目前河南省还没有出台相关的地方性法规或地方政府规章。

三、慈善信托的多重优势

扶贫也是目前我国慈善信托业务实践中的一个最为重要的慈善目的，通过慈善信托管理运作慈善资金具有多方面的重要优势。

（一）在顶层设计层面

国家出台多部法律法规鼓励支持扶贫慈善信托的开展，除了《信托法》，2016年9月1日生效的《慈善法》充分解决了慈善信托的备案问题，2016年8月民政部、银监会颁布了《关于做好慈善信托备案有关工作的通知》（民发[2016]151号文）。2017年7月银监会、民政部又颁布了《慈善信托管理办法》对慈善信托的具体管理、监督进行了进一步细化。这些规范性文件明确扶贫、济困是最典型的慈善目的之一，且所有经过备案的慈善信托享受均享受税收优惠，从而为扶贫慈善信托的合法性保驾护航。

（二）在慈善资金持续性方面

慈善信托具有极强的造血功能，尤其是信托机构作为受托人可以发挥其专业的资产管理优势，较好地实现扶贫资金的保值增值。如2017年9月国家电力投资集团团委作为委托人发起的“百瑞仁爱·映山红慈善信托”，委托人自愿将合法所有资金195万元以信托的方式委托受托人某中部信托机构进行管理，并由托管行开立信托专户予以保管。受托人百瑞信托有限责任公司（以下简称“百瑞信托”）作为专业的金融服务机构，以自己名义管理、运用和处分信托财产，致力于信托财产的保值增值，并将信托本金、收益长期用于救济贫困人群，包括贫困儿童、失学儿童、留守儿童、贫困老人和贫困家庭等。该信托期限长达20年且可延期。按照年化收益率6%保守计算，该信托每年的收益将达到12万元，能够满足当年信托运营中的预计开支，抵消通货膨胀的负面冲击，而且能够在本金不被消耗且不断增值的基础上实现对扶贫事业的持续支持。

假设某慈善信托规模是1000万元，保守估计每年的收益有60万元，粗略估计10年的总收益将达到600万元，50年的收益将达到3000万元。假设每年需要支出50万元的慈善资金，则实际上慈善信托的本金将每年增加10万元，因此

实际上的投资收益要超过 60 万元。如此将能够保证慈善信托能够长久存续，形成对特定的慈善目的的持久支持。

（三）在监督管理方面

慈善信托受到民政部门和银监部门的双重监管，民政部门依法履行受理慈善信托受托人关于信托事务处理情况及财务状况报告、公开慈善信托有关信息、对慈善信托监督检查及对受托人进行行政处罚等职责。银监部门则履行对信托账户资金保管业务的监管。此外慈善信托均设置有信托监察人（通常由律所充任），对慈善信托进行全流程监管，切实维护不特定受益人的利益，双重监管和监察人的存在最大程度上确保了慈善信托的规范、透明、合法运营，严格监管也是目前国际同行规则，目的是确保慈善事业的严肃性。

（四）在信息披露方面

慈善信托必须严格按照民政部门、银监部门的要求准确、及时、完整地披露法定信息，包括慈善信托的备案事项、终止事项、检查评估情况、相关处罚、财产使用情况等，受托人应于每年 3 月 31 日前向备案的民政部门报送慈善信托事务处理情况和慈善信托财产状况的年度报告，所有慈善信托的信息必须在民政部开通的专门网站登记披露。

（五）在确保专款专用方面

《慈善信托管理办法》明确慈善信托本金及其收益均必须用于慈善目的。因此扶贫慈善信托的所有信托财产都必须用于扶贫目的，而不得用于私益目的，不能仅仅将收益部分或全部用于扶贫，更不能要求本金返还或将扶贫资金用于特定的个人或机构。即使信托终止，剩余信托财产也必须用于目的近似的慈善组织或其他慈善信托。

四、慈善信托在河南省的发展现状

根据民政部官方网站公布，我国 2016 年 9 月《慈善法》实施至 2018 年 3

月 12 日，共备案 69 单慈善信托，总规模 89,456.01 万元。

目前，河南省已备案落地 3 单慈善信托业务，均由**百瑞信托有限责任公司**做独立受托人。

事实上河南省在公益信托、慈善信托领域一向保持着领先优势。近年来，我省信托业积极顺应行业发展趋势和监管导向，努力推动业务升级转型，并针对不同客户特定需求和风险偏好，如截止目前百瑞信托已设立运营多单公益信托、慈善信托、准公益信托，募集善款约 7000 万元，分别用于地震灾区、偏远地区教育事业、脑瘫儿童救治、困难学子帮扶、信托业理论研究、奖学金发放等。我省在公益慈善信托领域的研发能力和业务落地能力一直居于行业前列。

早在《慈善法》生效前，百瑞信托有限责任公司作为受托人就设立了多单公益信托、准公益信托，包括：1. 2008 年 10 月设立“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”，致力于四川地震灾区灾后重建及学龄儿童教育，是我国第二单纯粹的公益信托，目前已捐建了三所希望小学，具有重要的行业影响力。2. 2013 年 12 月设立“百瑞仁爱·天使基金 1 号集合资金信托计划”，致力于脑瘫儿童救助事业，目前规模为 800 万元，已捐赠 550 万元。3. 2013 年 10 月设立“百瑞仁爱·瑞祥基金集合资金信托计划”，致力于高等教育事业，为优秀学子颁发奖学金，目前规模为 700 万元，颁发奖学金 160 万元。4. 2016 年 7 月设立“百瑞安鑫·信托金融理论研究创新型公益信托”，致力于信托基础理论研究，探求信托行业基础发展规律，目前规模 3150 万元，2018 年预计支出 50 万元。

《慈善法》生效后，百瑞信托作为受托人备案成立了三单慈善信托，也是目前为止我省仅有的三单慈善信托，包括：1. 百瑞仁爱·映山红慈善信托：（1）初始委托人：国家电力投资集团团委；（2）受托人：百瑞信托；（3）备案机关：郑州市民政局；（4）备案时间：2017 年 6 月 5 日；（5）监察人：北京大成（郑州）律师事务所；（6）保管行：中信银行郑州分行营业部；（7）初始信托规模：195 万元，目前规模 295 万元；（8）信托期限：20 年，可延期；（9）信托目的：用于开展救济贫困人群的慈善活动，包括但不限于贫困儿童、失学儿童、留守儿童、贫困老人和贫困家庭等需要救助的个人和家庭等。

2. 百瑞仁爱·甘霖慈善信托：（1）初始委托人：中外建设发展（上海）有限

公司；(2) 受托人：百瑞信托；(3) 备案机关：郑州市民政局；(4) 备案时间：2017年8月25日；(5) 监察人：刘梅；(6) 保管行：中信银行郑州分行营业部；(7) 初始信托规模：153万元；(8) 信托期限：永续；(9) 信托目的：开展救济贫困、扶老救孤、恤病助残、促进教育、科学、文化等事业，发展环境保护事业，维护生态环境等慈善活动。

3. 百瑞仁爱·金庚慈善信托：(1) 初始委托人：北京长江科技扶贫基金会、汝州市金庚康复医院；(2) 受托人：百瑞信托；(3) 备案机关：郑州市民政局(4) 备案时间：2017年12月8日；(5) 监察人：北京大成(郑州)律师事务所；(6) 保管行：中信银行郑州分行营业部；(7) 初始信托规模：294万元；(8) 信托期限：30年，可延期；(9) 信托目的：用于脑瘫患儿、困境儿童救助、脑瘫医护人员培训、脑瘫救治研究和医学交流以及与脑瘫儿童、困境儿童救助的相关的其他慈善活动。

目前正在实现落地的慈善信托还有：1. 百瑞仁爱·中宽慈善信托；2. 百瑞仁爱·正商慈善信托；3. 百瑞仁爱·万家慈善信托；4. 百瑞仁爱·天爱慈善信托；5. 百瑞仁爱·百年慈善信托；6. 百瑞仁爱·郑商所慈善信托。

五、《慈善法》与《信托法》之比较：进步与不足

(一)《慈善法》关于慈善信托的立法突破

1. 改事前审批制为事后备案制

《信托法》第62条规定公益信托的设立和确定其受托人，应当经有关公益事业的管理机构批准，未经公益事业管理机构的批准，不得以公益信托的名义进行活动。但是什么机构属于公益事业管理机构？是民政部门、教育部门、医疗服务部门、文化部门？如何进行审批？由哪个级别的公益事业管理机构来审批？非常不明确。此次《慈善法》第45条明确废止了事先审批制，确立了事后备案制。

2. 明确备案的慈善信托享受税收优惠

《信托法》没有明确与公益信托相配套的税收制度，《慈善法》第45条则明确经过备案的慈善信托享受税收优惠，必将对慈善信托的投资人产生正向激励，刺激更多的机构投资于慈善信托项目。

3. 信托监察人由强制设置改为任意设置

《信托法》第 64 条规定公益信托应当设置信托监察人。《慈善法》第 49 条则规定慈善信托的委托人根据需要，可以确定信托监察人，是否设立由慈善信托当事人根据实际需要自由裁量。

(二) 仍然亟待解决的重要问题

1. 慈善信托的清算难题

从形式看，按照《慈善法》第 50 条适用《信托法》第 71 条来处理慈善信托的清算问题好像没有问题，但如果委托人考虑实际需要没有设置信托监察人，则实际上就无法满足《信托法》第 71 条必须经过监察人认可的要求，从而无法完成清算，慈善信托无法合法终止。其次，《信托法》第 71 条还要求公益信托的清算要经过公益事业管理机构核准，否则不能完成清算。可是目前的问题是《慈善法》第 45 条已经放弃了慈善信托设立需要公益事业管理机构事前审批的立场，新法的基本精神显然是要弱化公益事业管理机构对慈善信托从设立到终止整个过程的监管权力。那么在新设的慈善信托经过向民政部门备案运行一段时间后，是否仍然要经过民政部门核准后才能完成清算就成为一个重要的问题。此外《信托法》第 71 条规定的核准主体是公益事业管理机构，其可能包括民政、环保、教育、体育、文物等各种部门，而《慈善法》规定的备案部门只有县级以上人民政府的民政部门，若原来依照《信托法》由环保部门审批了一个以环保为信托目的的公益信托，则该信托终止清算时的核准部门是环保部门还是民政部门也有进一步明确有必要。为了防止出现上述困难，委托人可能在信托设立阶段就必须设置一个信托监察人，以确保在清算时可以得到监察人的认可。但如此处理等于变相废止了《慈善法》第 49 条，从而使新法的立法精神不能实现。若遵守《慈善法》第 49 条不设置信托监察人则必然在清算环节出现困难。由此慈善信托的清算问题将处于首鼠两端、左右为难的尴尬境地。

在目前立法环境下，如何使慈善信托能够顺利清算、合法终止关系到慈善信托的生死存亡，必须在实操和立法方面尽快解决。在实操方面，作为委托人最好在慈善信托设立时就设置信托监察人，以防信托终止没有监察人认可而无法完成清算。在立法方面，作为民政部、银监会等主管部门，在出台后续部门规章时应

当明确《慈善法》生效后设立的慈善信托若没有设置信托监察人，则无需监察人认可，若设置有信托监察人，则需经过监察人认可方能清算。

2. 谁有公益信托受托人的变更权

《慈善法》第 47 条明确地将相关的权利赋予给委托人。这样处理则至少在受托人变更的问题上《慈善法》中的慈善信托采取了与《信托法》的私益信托非常相似的处理方法，一定程度上模糊了私益信托与慈善信托的界限。首先，由于慈善信托的资金门槛原则上没有限制，即不需要合格投资者的资格准入，因此其委托人可能多且分散，其可能并不特别关注该慈善信托的时候管理及运作，将受托人变更权赋予该类委托人可能是一厢情愿；其次，在慈善信托为单一信托的情况下，由单一的委托人决定是否变更受托人具有可操作性，但是若该自然委托人去世或者机构委托人解散，就会出现由谁来承继这一变更权的问题。对此立法漏洞的可能解决方案是有限制地类推适用《信托公司集合资金信托计划管理办法》第 41-46 条的规定，但要注意的公益信托在本质属性上的不同。在《慈善法》对此完全没有规定的情况下，可能的方案有两个：一是类推适用《信托公司集合资金信托计划管理办法》第 45、46 条；另一个方案是按人头数计算，即每一个委托人有一个投票权，而与其投入慈善信托的资金多少无关；再次，原来的《信托法》赋予公益事业管理机构以变更权，《慈善法》没有了“公益事业管理机构”这一概念，与其职能最接近的是“民政部门”。则在受托人变更的问题上民政部门应当充当什么角色？有没有权力来干涉受托人的变更事宜？尤其是委托人大会长时间不能召开，或者不能形成有效决议等情形民政部门有无发挥作用的余地，这些问题亟需明确。

3. 监察人对信息披露的认可权

《信托法》在受托人信息披露问题上，强调了信托监察人对披露报告的认可权，即必须经过监察人认可后，该报告才可能最终经过公益事业管理机构核准并予以公告，因此监察人认可是信息披露的必经环节。而《慈善法》第 48 条则忽略了这个问题的，即受托人仅仅需要将信息披露报告向备案的民政部门报告后即可向社会公开。如何处理两者之间的冲突，可能的方案有以下几种。首先，如果慈善信托设置了监察人，并且监察协议中约定，受托人的信息披露报告必须经过监察人认可，则应当认定约定有效，监察人基于约定取得了对信息披露报告的认可

权。第二种情形是，若慈善信托设置了监察人，但是却没有上述约定，则该监察人能否根据《信托法》第 67 条主张行使认可权成为重要问题，结合《慈善法》第 48 条、第 50 条的规定，有理由认为《慈善法》第 48 条应当优先于《信托法》第 67 条适用，即此时的监察人不能基于《信托法》第 67 条主张认可权，否则《慈善法》第 50 条的规定将流于具文。第三种情形，若根据《慈善法》第 49 条第 1 款慈善信托没有设置监察人，则监察人的认可权也无从谈起，适用《慈善法》第 48 条第 2 款处理完全没有障碍。第四种情形，若公益信托完全根据《信托法》中的规定设立，但一直存续到《慈善法》生效以后，则监察人能否主张后法优于先法，从而放弃行使认可权。由于原则上法律不溯及既往，因此已经设立的公益信托遵循《信托法》进行管理完全符合法理。且从方便管理的角度应当保持公益信托运营管理的持续性，认可权是监察人的重要权利，对于确保公益信托的规范、透明至关重要，从某种意义上这种权利也含有义务的属性，而义务具有不可放弃性。从实操层面分析，为了杜绝法律关系的复杂化，最大程度避免争议，同时兼顾设置监察人的其他优势，建议在《慈善法》生效后于慈善信托成立生效之际设置监察人，并在监察协议中约定对于受托人的信息披露报告监察人有没有认可权。

4. 信托监察人监督权的缺位填补

根据《慈善法》第 50 条，《慈善法》第 49 条第 1 款显然应当优先于《信托法》第 64 条适用，即委托人完全可以不设置监察人，从而慈善信托受益人的利益无人维护，如此处理与慈善信托的性质直接冲突，构成明显的法律漏洞。可能的解决方案有以下几种：第一种方案是回到《信托法》第 64 条，在信托文件没有设置信托监察人时，由公益事业管理机构指定信托监察人。但如上所述，这样处理与《慈善法》第 50 条直接矛盾，并使得《慈善法》第 49 条第 1 款规定的监察人任意设置主义形同虚设，且《慈善法》并没有“公益事业管理机构”的位置，也无从获得其批准，因此这种方案行不通；第二种方案是借鉴上述日本法、韩国法的规定，在委托人没有设置信托监察人时，由法院指定或者选任监察人，但这样处理实质上又回到了《信托法》第 64 条，即仍然是监察人强制设立主义，与上述第一种方案存在相同的问题；第三种方案是由慈善信托的委托人代表受益人行使《慈善法》第 49 条第 2 款规定的监察人的权利。这样处理的障碍在于《慈善法》没有明确赋予委托人这样的权利，因为慈善信托中委托人往往十分众多、

分散，且捐赠门槛很低，对监督受托人、切实维护慈善信托受益人权益的热情有限，在实际操作上存在困难。而根据《慈善法》第49条第2款监察人发现受托人违反信托义务或者难以履行职责的，应当向委托人报告。《慈善法》显然将监察人和委托人分列为不同的角色，充任不同的职能，若由委托人行使监察人的职权则显然与目前立法结构冲突。第四种方案是由备案的民政部门行使《慈善法》第49条第2款规定的权利。但《慈善法》目前的立法政策基本上把民政部门作为慈善信托的业务主管机构，其对慈善信托的备案是代表国家行使公权力，而监察人的权利则产生于监察服务合同，二者具有不同的性质。此外，民政部门作为备案部门，并不实质介入慈善信托的运作、管理，作为非专业部门，民政部门能否准确判断受托人是否违反信托义务或者难以履行职责也存在质疑，考虑到我国民政部门实际工作的繁重程度，由民政部门行使监察人的权利至少在操作性上有待商榷。从实际操作层面分析，比较稳妥的办法是在慈善信托设立时就设置监察人，从而可以完全充分地落实《慈善法》第49条规定的立法精神，避免事后再寻找合适的受益人利益代表以及由谁来监督受托人的问题。

5. 情事变更情形变更信托文件条款权利的归属

《信托法》第69条则规定：“公益信托成立后，发生设立信托时不能预见的情形，公益事业管理机构可以根据信托目的，变更信托文件中的有关条款。”但是《慈善法》对此问题没有明确的规定。可能的解决方案是依然根据《慈善法》第50条的规定，《慈善法》未规定的，适用《信托法》的有关规定。如此问题又回到了《信托法》第69条，即《慈善法》生效后设立的慈善信托依然适用《信托法》第69条来处理情事变更问题，由公益事业管理机构根据信托目的，在发生设立信托时不能预见的情形时变更信托文件中的有关条款。但是《慈善法》将事前审批制改为事后备案制，而整个慈善信托运作过程中，任何变动事项也只需要事后在民政部门备案即可。如果依然根据《信托法》第69条处理，则可能在民政部门之外又出现了各种“公益事业管理机构”参与慈善信托的管理，甚至可以变更慈善信托的条款。如此处理显然与《慈善法》以“民政部门”取代《信托法》中的“公益事业管理机构”的立法设计相左。另外一个可能的方案是由民政部门来行使《信托法》第69条规定的变更信托文件条款的权利，这样与《慈善法》的整个立法架构是吻合的，民政部门作为《信托法》中的“公益事业管理机

构”的替代机构来行使其相应权利也符合职能替代的原则，但是目前的困难在于民政部门并没有慈善信托条款调整的经验，甚至慈善信托对于民政部门来说也是全新的事物。此外，从立法论上讲应当尽快出台相关的司法解释或者部门规章，从立法层面尽快明确情事变更情形民政部门有变更慈善信托文件中有关条款的权利。

6. 慈善信托受托人辞任的批准权配置

我国《信托法》第 66 条规定公益信托的受托人未经公益事业管理机构批准，不得辞任。《慈善法》对慈善信托中受托人的辞任问题没有规定，大致的解决方案有三个。第一种方案是按照《慈善法》第 50 条处理，针对慈善信托受托人辞任的批准问题，《慈善法》第五章没有规定，该法其他章节也没有规定，因此只能按照《信托法》的相应规定处理，事实上《信托法》的有关规定指的就是《信托法》第 66 条。若如此处理，则会出现确定受托人、变更受托人都由民政部门负责备案，而受托人辞任却需要有关的公益事业管理机构批准，逻辑上明显存在问题，且由于可能存在两个官方机构，在管理上会存在尺度不一的情况，也与《慈善法》以“民政部门”替代《信托法》中的“公益事业管理机构”的立法政策背道而驰；第二种方案是根据《慈善法》的立法精神，取消了“公益事业管理机构”的概念，而规定“民政部门”负责慈善信托的备案管理工作，则有关的权利应当由民政部门承继，这其中当然也包括批准慈善信托受托人辞任的权利，其基本逻辑是既然慈善信托设立时确定受托人由民政部门备案，运行中变更受托人也由民政部门重新备案，则受托人辞任当然也要经过民政部门批准。第三种方案是突出委托人的作用，这也是《慈善法》对《信托法》的一大改进，《慈善法》将确定受托人、变更受托人的权利都交给了委托人，改变了《信托法》的相应规定，那么遵循这一立法思路《信托法》第 66 条规定的由公益事业管理机构享有的批准受托人辞职的权利也应当由委托人享有。课题组以为，这样处理最符合《慈善法》的立法精神，为避免争议，最具可操作性的办法是在慈善信托合同中明确受托人若辞任必须经过委托人大会批准，并且规定比较明确的委托人大会的表决机制。

7. 公益信托的公募问题

尽管不少人认为慈善信托不应当公募，在信托公司作为受托人时尤其应当如此，课题组依然坚持认为应当允许慈善信托公募，严格限制慈善信托的募集没有

道理。

首先,《中国银监会办公厅关于鼓励信托公司开展公益信托支持灾后重建工作的通知》(银监办法[2008]93号)第四条规定,“信托公司设立公益信托,可以通过媒体等方式公开进行推介宣传。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”,明显允许设立公益信托的时候进行媒体宣传,而且募集不限制金额。

另外,《慈善法》对委托人没有做专门的规定,委托人可以是具有完全民事行为能力的自然人、法人或者依法设立的其他组织,对于委托人人数并没有限制性规定,不能认定慈善信托不可以公开募集善款,更不能把慈善信托和营业信托的公募业务联系起来。

第三,《慈善法》第22条明确规定,慈善组织满足特定条件可以取得公开募捐资格,在慈善组织担任慈善信托受托人时按照该规定,慈善组织公开募集是完全没有障碍的,但既然该法第46条规定慈善组织和信托公司都可以担任慈善信托的受托人,若只允许慈善组织公开募集,却禁止信托公司公开募集,显然违反了相似事物相似处理的基本原则,并没有充分的说服力。

第四,从立法目的上将,无论是《慈善法》还是《信托法》,其根本目的均在于在规范中促进慈善信托的发展,《慈善法》的各种简化的程序性规定目的也在于方便慈善信托的设立,实现人人皆可做慈善的目标追求,充分调动全社会做慈善的积极性,《信托法》第61条明确“国家鼓励发展公益信托”,《慈善法》第45条也明确经过备案的慈善信托享受税收优惠。若禁止慈善信托公募,则显然与此立法目的背道而驰。

六、结论

慈善信托属于公益信托,是指委托人基于慈善目的,依法将其财产委托人受托人,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。公益信托具有信托目的的公益性、设立条件严格、由专门机构监管、公益信托的变更和终止有其特殊性、公益信托享受税收优惠、公益信托的受托人受到较多监管等特点。慈善信托的公益性包括目的公益性、效果公益性和完全公益性三个层面。在法律适用上,慈善信托首先适用《慈善法》来调整,如《慈善法》

没有规定可适用《信托法》的规定，两部法律规定不一致时，应优先适用《慈善法》。《慈善法》生效前已成立并存续的公益信托，根据“法不溯及既往”的原则，应继续适用《信托法》来调整。《慈善法》生效以后从解释论上应认为不得继续根据《信托法》来设立公益信托。在两部法律因衔接不当而形成法律漏洞时，应通过法律解释、漏洞填补等来最小化法律适用的困难，从立法论上应尽快在立法中明确这些问题的处理依据。境外公益信托发展时间长，形成了稳定的监管与税收优惠制度。《慈善法》关于慈善信托的立法有重大突破，但仍有几个问题需要关注：慈善信托的清算、谁有公益信托受托人的变更权、监察人对信息披露的认可权、信托监察人监督权的缺位填补、情事变更情形变更信托文件条款权利的归属、慈善信托受托人辞任的批准权配置、公益信托的公募等。

从河南省的慈善信托实践来看，目前有必要出台更加细化、具有操作性的地方性法规或地方政府规章，针对备案、管理、投向、信息披露、新委托人加入等问题做出更加具体的规定。此外应积极鼓励基金会与信托公司广泛合作，各自发挥各自优势。同时由于慈善信托同时受银监部门和民政部门监管，如何协调两者的关系值得关注。而在慈善信托的税收优惠方面也可以尝试做出初步规定，使慈善信托的委托人和受益人群确实从中得益。