

# 我国离岸信托的基本构造及适用困境

史佳欣<sup>1,2</sup>

(1. 延安大学 政法学院, 陕西 延安 716000; 2. 中国人民大学 法学院, 北京 100872)

**摘要:**随着资金跨国流转的日益频繁,含有涉外因素的民事信托运作越来越广泛。离岸信托与家族信托均是涉外民事信托的主要形式,二者相互独立却又密切相关。在我国,离岸形式的运用是现代金融创新的体现,是金融自由化、国际化而产生的概念。离岸信托制度,从法学基础理论的视角来看,承继信托的内质,具备信托制度所有的优势;从法学的实践应用来说,是很具实用性的财产管理制度,是现代金融创新、财富传承的重要途径。然而在我国,由于法律制度差异、税收政策的管制,离岸信托在财产登记、确权等方面均产生适用障碍甚至会引发法律风险,从而导致这项制度在商业实践中面临诸多困境。

**关键词:**涉外民事信托;离岸信托;家族信托;VIE

**中图分类号:**DF962

**文献标识码:**A

**文章编号:**1004-9975(2018)01-0107-05

**收稿日期:**2017-10-10

**作者简介:**史佳欣(1984—),女,陕西西安人,延安大学政法学院讲师,中国人民大学法学院博士研究生。

随着全球经济的融合性发展,离岸信托制度成为一个具有时代性、世界性与争议性的问题。在法学领域,它属于涉外民事信托的重要形式。我们可以将其看做在传统信托理论的基本内核加国际法的基本法理而形成的一种制度创新。离岸信托因应全球投融资、财富管理及增值的需要而被创造出来,既符合当今时代潮流,又与国际金融、国际经济相适合,是极具实用性的一种有效财产管理制度。若从法学理论的角度来讲,离岸信托的出现,也可以被认为是近年来法理学在适应自由化与国际化的一个历史性创新。因此,无论是实务或学术理论,关于此领域的法律问题都有进行深入探讨的必要。

## 一、涉外民事信托概述

### (一) 涉外民事信托的含义及核心内容

信托制度16世纪在英国诞生,至今已跨越五个世纪,法学家梅特兰(F. A. Maitland)评价其为英国人在法学领域最伟大的贡献,亲切地称其为“普通法皇冠上的宝石”<sup>[1]</sup>。随着资金国际流转的日益频繁,含有涉外因素的民事信托运作变得越来越广泛。信托设立人所在国信托法律制度不健全,甚至缺失,

信托的法律冲突便不可避免,因而这项制度作用的发挥需要法律法规予以调整。面对信托制度存在的差异,为了解决信托的法律适用问题,海牙国际私法会议于1985年7月1日在第15届会议上通过了《关于信托的法律适用及其承认公约》。在典型涉外民事信托法律关系中,委托人、其意欲设立信托之财产所在地、受托人及受益人分属不同法域,若上述信托关系中任何一方因权利义务行使边界不明确诉至法院,在案件司法处理中,则必须考虑以下核心问题:首先,信托的设立是否有效;其次,信托财产的转移是否与有关国家关于继承的强制性规范相冲突;再次,哪个国家的法院对该案享有管辖权,即涉外信托法律冲突的管辖权划分问题;最后,倘若依据信托设立地的法律对案件进行审理,如何保证对该判决进行承认或执行。因此,涉外民事信托需考虑诸多国际法因素而找到适合的法律冲突解决方式。<sup>[2]</sup>

### (二) 涉外民事信托的主要形式——离岸信托

离岸信托,又称海外信托,是指委托人、受托人和受益人均非本国居民的信托。<sup>[3]</sup><sup>22</sup>是涉外民事信托实践中最主要的形式。涉外信托由于天然具备涉

外因素而需要解决冲突规范,找到适合准据法,而在离岸信托中,依据场所支配行为的冲突规则,如果设立信托的行为符合行为地法的规定,那么世界各国都应该承认它的合法性。<sup>[4]</sup>这也正是离岸信托产生并广泛应用的依据。

从法学基础理论的视角来看,离岸信托继承了信托的内质,具备信托制度所有的优势;从法学的实践应用来说,则是一种很具实用性的财产管理方式。在我国,离岸形式的广泛运用则是现代金融创新的体现,是金融自由化、国际化而产生的新概念。因此法律意义上的离岸信托制度,是信托的传统民商法理加上国际法基本原理,应人们的需要所创造的既符合资本市场需求,又与国际金融、国际经济相适合,具有极强实用性的一种有效财产管理制度。尽管如此,离岸信托自产生以来,却并非顺利为人们所接受。不仅由于信托制度在源起时,继承了“逃避当时法律限制”的先天血统,而今更在注入离岸概念时被认为是用来“逃避某些区域性财税法律监管”的后天环境中成长。因此,离岸信托这种“双重逃避”的本性若被不当使用,其意欲“规避法律”的特性,就会被格外彰显出来。人们对离岸架构偏爱的重要原因之一就在于其为纳税安排提供了极大便利,根据美国税务部门 IRS (Internal Revenue Service) 的统计,由于对离岸“避税天堂”的滥用行为,尽管采取了各种反避税措施,美国几乎每年都要损失近 1000 亿美元的财政收入。这些使得离岸信托引起争议,同时也加重了其在中国展开时的思想障碍。

### (三) 离岸信托与家族信托

同离岸信托一样,家族信托也属于民事信托。一般情况下,为了达到处置财产的目的,在家族信托关系中,委托人通过设置信托基金所有权的分离与受托人对委托人及受托财产的强制性义务来完成家族财产的传承。在家族信托中,委托人往往将信托相关制度与现代公司制度相结合,加大对上市公司的控制力。近年来内地家族信托获得了一定的发展,然而由于信托资产形态以及投资者对信托财产受保护程度的忧虑等因素限制,仍处于初级阶段。家族信托最具优势的特点在于财产权剥离的部分,即财产所有权和收益权的完全分离,这在中国传统财富观念上难以接受。在对中国内地信托业进行讨论时,人们认为离岸信托是内地家族信托强有力的竞争对象。其实家族信托与离岸信托并非简单的上下位概念,而是两个相互独立却又很大重合的圆,二者重合的部分我们将其称之为“家族离岸信托”。从目前的商业实践来看,很多企业家通过绕道海外

机构的方式来设立离岸家族信托。据数据显示,在香港设立家族信托的客户中,约 70% 来自内地。采用的基本形式为信托原理 + 离岸架构,即具备信托的内核,采用目前资本市场的离岸形式,利用 VIE 等架构,规避国内律法及税制障碍以达到家族财富传承的目的。家族信托和离岸信托有很多相似之处,但在运营结构和盈利模式上各具特色。我国成功的家族信托基本采用离岸信托模式。离岸信托与家族信托并非竞争关系,而是出于客户不同需求而做出的不同设计,在很多情况下,二者相互融合。

## 二、离岸信托的基本构造

基于财富传承和避开法律、税制监管的目的,离岸信托通常都会具有私密性。在庞鼎文诉香港遗产税署一案中,由于诉讼的需要,庞鼎文生前所设立的信托相关信息才得以披露。庞鼎文将股份通过市场对价移至马恩岛的单位信托,再将出售的利益委托给位于马恩岛自由裁量信托的受托人。同时,决意采取一些措施为家庭和子女保护财产,随着一系列交易的完成,庞鼎文的巨额财产全部转移进多个复杂的信托计划中。通过这些信托计划,庞鼎文实现了将财产转移出香港、从而规避各类风险以保护财产的目的。这一案件在程序法方面也有示范意义——开创了香港法律承认离岸信托行为规避纳税义务的先河。<sup>[31]</sup>在规避税制时,离岸信托一般通过控制离岸架构、将在岸财产移转至离岸架构、将美国证券转换为离岸资金、将离岸资金重新输送回国内这样一系列的安排隐藏受益关系。

离岸信托可以简单地套用在家族资产传承上,一旦将财产置于离岸信托就属于受托人管辖。这样可以使企业资产不会被分散到不同家庭中从而避免家族分歧达到统一企业的目的。同时,离岸信托具有很强的灵活性,委托人可以通过信托架构使成员分批次享受企业产生的利润。很显然,由离岸信托管理家族财产比家族企业个人管理更具权威性同时也更能被法律所承认。

### (一) 离岸信托的成功案例的启示

成功的离岸信托案例充分利用了信托制度的功能,发挥信托的隐秘性。信托设计人任意设计对于委托人和受益人有益的条款(离岸国的法律对于信托架构的条款设置几乎不存在约束)。离岸信托可以将资产转移到一个受保护的地区,特别是对于离婚或负债等会造成资产缩水的各种状况,最终实现财产(股权、债权、动产、不动产、各种财产性权利)的保值增值,规避境内法律障碍、税收制度及一定政治风险、保护委托人隐私。除上述信托关系外部优

势外,在信托契约中,设立人通过附加特殊条款来约束受益人的行为,使其行为更加符合信托目的,从而达到维持整个家族利益的长久。在吴亚军离岸信托案中,吴亚军设立信托的主要目的是想要将公司股权进行集中管理,避免因为离婚或其他因素导致不必要的股权结构变动,从而达到防止股权落入他人手中的目的。上述案例表明:离岸信托制度具有明显的风险隔离和防火墙特性。同时,离岸信托之所以被应用则由于当今世界很多国家和地区高额的遗产税和继承税制度,通过信托基金的运作能够有效避税,而从 SOHO 中国等成功设立离岸信托的企业运作来看,大多是将信托设立地点选择在 BVI、开曼等避税港地区。

## (二) 主要架构分析——VIE 协议控制

VIE 结构 (Variable Interest Entity, 在我国通常被称为“协议控制”)。其实质是境外上市主体通过一系列协议来实现对境内经营实体的控制,目的是为了规避我国关于外资准入、外资并购及境外上市等相关规定的限制或监管,进而将其收入和利润转移到境外壳公司。因此,VIE 模式是否具有合法性的疑问在其发展历程中始终如影相随。<sup>[5]</sup> VIE 模式及其潜在风险在市场上引起了广泛的关注与争论。从某种意义上讲,中国整个经济体的运行可以看作是行政为轴心,这就为 VIE 结构在中国的运作造成一定程度的阻碍。离岸信托通常会采取 VIE 形式,协议控制作为一种利益转移方式,这种交易结构最明显的特征即国内的主体成为牌照、成本和运营中心,与之相对应,海外主体则成为投资对象及利润中心。在整个统筹过程中,投资者首先会选择在香港地区设立一家离岸公司,由内地企业把股东红利分配给设立在香港的公司;而后会在离岸金融中心国家设立一家离岸公司,通过公司控股香港的离岸公司,从而间接实现控制国内企业的目的。离岸公司的股权再注入到信托里,作为信托资产设立一个信托。这样就可以实现通过信托的形式和两个离岸公司协议控制、远程“遥控”国内企业的目的。

## 三、离岸信托可能面临的法律困境

### (一) 法律及制度障碍

我国《信托法》中并没有明确离岸信托等涉外信托类型。但通过前文的论述,我们可以明确离岸信托这种交易结构本身并未违反《信托法》的强行性规定。因此,按照法无禁止即自由的一般原理,离岸信托是可行的。然而,面对这一复杂的商业架构和国内的金融监管,这不代表离岸信托在国内开展没有障碍。首先,内地《信托法》及相关办法中并没

有明确信托所有权问题,所有权问题缺乏明确的法律规定,离岸信托就缺少最直接的法律支持;其次,在具体的司法实践操作中,离岸信托中财产所有权分离所必须的财产登记制度会产生诸多问题,而且保证财产所有权的转移以及保护私有财产的私密性,在离岸信托中也必须明确;最后,一直呼吁却迟迟未出台的遗产税的政策也导致通过信托这种形式避税缺乏动力。综上所述,离岸信托制度在我国展开的具体障碍如下:

### 1. 信托财产的登记

在我国现行信托法律制度中,并没有明确具体何种情形为“有关法律、行政法规规定应当办理登记手续”,对于办理主体,办理程序等问题亦缺乏明确规定。作为一种立法安排,上述配套制度应当有法律明文以其他法律、行政法规等形式予以规定,从而使信托登记活动在实践中具有可操作性。实际上,由此而导致的问题集中在:人们在开展离岸信托业务时,面临需要办理登记手续的财产设立信托无法办理移转手续,或者不能进行以公示信托活动为目的的登记活动。上述问题将直接影响信托合同的效力。同时,我国长期以来遵循的“登记生效主义”原则,只有依法办理登记信托才能产生效力。因此,在我国,委托人以需要办理登记手续的家族财产设立信托,必须将其财产进行登记公示,这将对委托人设立离岸信托的积极性产生不利影响。

### 2. 信托财产确权有局限

根据目前的商业及司法实践,已经推出的离岸信托业务中受托资产基本只有存款这种形式,其他价值较大的如金银珠宝、名人字画等作为受托资产则很难确权。而且信托财产作为私有权在对抗公权力时的独立性问题也并不明确。当委托人涉及刑事犯罪后,欲使信托财产得到独立,将其隔离起来从而不受追偿,在当前法律环境下根本无法实现。国内的信托法律关系,仍然建立在明确的“委托关系”之上。因此,在法律上几乎不具有风险隔离的效果;与之不同的是,海外的离岸信托最基础的原则是“所有权的转移”,即委托人把财产的所有权转移给受托人,实现资产的隔离,从而达到资产的保值、增值功能。如果信托财产没有隔离功能,委托人设立离岸信托之后,委托人的企业因经营不善而被债权人申请破产清算。在有信托登记的情况下,离岸信托作为信托财产,就不会受到“破产隔离”的保护,而成为清偿资产。对于已经设立的离岸信托财产的有效性的判定问题,只能由法院进行裁决,如此一来,离岸信托财产的安全性就更加无法保证,而削弱其

在人们投资选择中的竞争性。

### 3. 税收优势并未体现

综观信托业的发展,信托法律关系从产生之初就带有强烈的避税目的,而且主要是逃避高额的遗产税。我国目前是以流转税和所得税为主的双主体税制,呼吁多年的遗产税并未出台。同时,我国相关的信托税收制度仍不健全,信托活动本身天然的税收策划和节税功能未能得到有效体现。因此,在我国的法治环境下,委托人设立离岸信托似乎显得不必要,委托人意愿自然就不强烈。另外,我国目前不动产的产权转移成本巨高,手续即为复杂,有时甚至根本不可能实现。在我国,房屋产权的变更一律被视为交易,会被征收交易税,所以大量不动产均不能作为信托财产将是制约离岸信托发展的一大障碍。

#### (二) 法律风险

中国目前主流的信托服务及其产品都是类似基金的融资类产品,而不是资产管理类,是一种“反向信托”,这是观念上与西方最本质的差异。同时关于离岸信托的设立及治理亦是一个不可回避的重要问题。我国是一个外汇管制国家,在离岸信托架构重组时需要关注的问题包括但不限于:(1)境内居民到境外投资的外汇备案登记手续;(2)在与境内公司有关的外汇出入中需要遵守的国家外汇管理相关规定。在上述问题中,涉及到的法律有:2005年10月21日《关于境内居民通过境外特殊目的公司融资及返程投资外汇管理有关问题的通知》及2006年9月8日《外国投资者并购境内企业的规定》。同时,关于信托制度基本理念,国内外也存在巨大差异。在中国,信托在一般意义上只是一种投资工具,这与英国的信托制度有很大的不同。中国的信托是双方之间的契约,而英国的信托则是一项法律义务。我国《信托法》规定,持有信托牌照是在国内开展信托活动的前提,这表明,在离岸信托模式下,信托主体资质可能得不到承认,这就为信托活动和信托关系带来不安定的潜在风险。当离岸信托关系产生纠纷时,很可能会陷入国内司法无所适从的困境。

同时,选择信托所适用的法律其实就是选择离岸信托的设立地,因为不同的设立地点将适用不同的当地法律体系及信托有效期限。在传统的信托概念里,主要有三个参与主体:委托人、受托人和受益人,且通常相互之间都有不同程度的熟悉。但当越来越多的信托设立地点选择在离岸地时,委托人与离岸地的受托人并不十分熟悉,会不放心将资产交予处于另一个司法管辖区的受托人。因此,保护人的设立在离岸信托中十分重要。信托架构的规划

思路也常会围绕着对保护人角色的设计而展开。

瑞士作为世界最大的离岸金融中心,迫于涉嫌帮助客户逃税的外界压力,瑞士银行于2014年就承诺将自动向其他国家交出外国人账户的详细资料。这项承诺表明:即使在这个银行业对客户隐私保护最严格的国家,对其固有原则也有松动。对于离岸信托业务而言,瑞士的态度使其对金融机构保护的信任不再坚定,对金融隐私和资金信息安全问题产生担忧,使原本就存在诸多障碍的离岸信托业务的展开更加艰难。

#### (三) 法律适用问题

信托制度现在已经扩展到世界上很多国家,国际信托业务大量发生,这就导致法律冲突的可能发生。立法机关在制定冲突法时,一个不得不考虑的重要因素就是法律适用结果的一致性。<sup>[6]</sup>信托不仅是委托人与受托人之间的契约行为,还是一种财产转移行为,这就意味着其必然与物权转让的规则相关联,通常会引起与债权人或人的权利能力、行为能力认定有关的冲突法问题。随着国际民商事交往的密切,英美法系国家的国民以其在大陆法系国家的财产设立信托制度的情况越来越多,这些国际信托也将会出现了大量的法律争议。国际信托中发生的法律冲突主要表现在以下几个方面:(1)信托成立的方式。比如,英美两国信托法规定的信托设立方式有契约、遗嘱与宣言,值得注意的是宣言信托的成立方式不要求具有特定形式,可以口头成立,甚至可以从行为中推断,而其他信托,则不但需要委托人的有效意思表示,还需要将信托财产有效的转移给受托人,方能完全成立。日韩两国信托法规定的信托设立方式只有契约与遗嘱两种,而禁止宣言信托的存在。(2)信托当事人资格。有的国家对经营信托业务的人的资格有严格限制,不允许自然人经营信托业务;而有的国家却允许自然人经营此业务。再者,对信托受益人资格的规定也多有不同,我国信托法第43条如此规定:委托人可以是受益人,也可以是同一信托的唯一受益人;受托人可以是受益人,但不得是同一信托的唯一受益人。但有的国家可能会规定受托人不可以同时为受益人。(3)信托财产范围。从原则上来讲,只要并非国家法律、行政法规禁止或限制流通的财产,任何有财产价值的东西均可以成为信托财产。这与现代合同制度中合同效力认定的相关规则是一致的,更好的使物形成流转并发挥其社会价值。(4)关于信托财产的所有权归属。通过对当前世界各国信托制度的考察,各国规定差异过大,有的国家法律规定,受托者取得信托财产的

完全所有权,而受益者只拥有向受托人请求支付债权的权利;而在另一些国家中,受托者对信托财产并非享有完全的所有权,而只有排他性的管理权,受益人对信托财产仍享有一定限度的直接支配权。

#### (四) 涉外民事信托的创新

离岸信托在我国适用时存在诸多障碍,但这项制度在财产管理中的弹性空间与实务设计上的高度灵活性却始终无可比拟。除需要法律制度方面应当更加体现国际化因素外,民事信托制度本身亦应当不断创新以适应经济要求。信托思想的传播、信托产品的创新同时会促进信托制度的发展和完善。商业实践中的智慧总是高于法律制度,新的产品、模式及模型的出现也会促进相关领域法治的不断进步。如新近出现的“平行信托”,实际上,我国理论及实践中并无“平行信托”的确切概念,与其原理相类似的如“平型基金”。关于“平型基金”这种模式大多采用两个步骤:首先,外资 PE 在我国采取间接落地的方式;其次,根据相关立法和制度规定,在中国开展私募股权投资业务。平型基金属于一种新型合作模式,其创新在于分别募集海外及国内两个规模基本相等的投资基金,将这两个基金模拟成一个共同体,通过有共同利益的管理公司来统一分配和清算。在寻找投资目标时,两只基金同时进行投资,通常各占 50% 投资份额。这样的思路反映了金融领域的

创新,同时亦是规避法律及制度壁垒的方式。随着信托法律不断完善,金融产品的不断创新,信托行业可以设计两种信托平行存在,在法律上各自独立。但这两种信托在相互磋商上确立合作意向。平行信托的核心问题是信托在境内外对取得的投资收益进行划拨与分配,以达到规避法律,控制风险,资金融通从而实现货币的时间价值。因此,由于法律制度及相关政策管制,虽然离岸信托制度在我国仍然存在适用困境,然而在此领域的创新依然进行。新的商业模式对法律提出了新的需求,惟有深入分析并提出切实对策,才能维持创新的动力并促进经济持续发展。

#### 参考文献:

- [1]何宝玉. 英国信托法原理与判例[M]. 北京:法律出版社,2001:1.
- [2]罗梦旎. 论涉外信托的法律适用[D]. 西南政法大学,2013.
- [3]孙宜府. 离岸信托资料处理的法律分析与建构[M]. 北京:中国政法大学出版社,2000.
- [4]李旺. 国际私法[M]. 北京:法律出版社,2004:152.
- [5]朱宁,刘庆. 构建科学的 VIE 监管制度[J]. 中国金融,2016:3.
- [6]肖永平. 法理学视野下的冲突法[M]. 北京:高等教育出版社,2008:314.

[责任编辑 冯志宏]

## On the Basic Structure and Applicable Dilemma of China's Offshore Trust

SHI Jia-xin<sup>1,2</sup>

(1. School of Politics and Law, Yan'an University, Yan'an 716000, Shaanxi;

2. School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872)

**Abstract:** With the increasingly frequent transnational flow of funds, civil trusts involving foreign factors are becoming more and more extensive. Offshore trusts and family trusts are the main forms of foreign civil trusts. The two are independent of each other but closely related. In China, the wide application of offshore trust is the embodiment of modern financial innovation, and the concept of financial liberation and internationalization. From the perspective of the basic theory of law, offshore trust system inherits the essence of trust and has all the advantages of the trust system; from the practical application, it is a very practical property management system and an important way of modern financial innovation and wealth inheritance. However, offshore trust will produce applicable obstacles and even lead to legal risks in property registration and real rights because of the difference in legal system, tax policy control in our country. So the system faces many difficulties in commercial practice.

**Key Words:** foreign civil trust; offshore trust; family trust; VIE