

民法典时代信托融入的路径选择

张淞纶

【摘要】与“法律融入”相比,信托的“学理融入”并不顺利。但既有的争论因未看到信托的叛逆本质而不尽如人意。罗马法的信托与英美法的信托,都是对既有制度的反叛。这是信托核心的特质:因其乃是为了更好地实现当事人的个人意图。正因如此,信托的功能性和工具性也得以凸显。信托的融入涉及政策层面和技术层面:前者要求法律对规避行为更加宽容;后者则应当采取一个二段式的认定方式——财产的独立为信托机制的适用提供可能性;而一经适用,则可以排除物债之辩,以具体化和个案化的方式来维护当事人的真实意思。

【关键词】信托;罗马法;英美法;财产独立;个案化

【作者简介】张淞纶,广东外语外贸大学土地法制研究院副教授、法学博士。

【原文出处】《交大法学》(沪),2019.2.36~46

【基金项目】本文系2016年江苏省社会科学基金项目“有限理性视角下的民法规则研究”(16FXC003)、国家哲学社会科学基金重大项目“新时代中国特色土地管理法律制度完善研究”(18ZDA151)的阶段性成果。

一、信托的“学理融入”:未解决的问题

我们很快就要走进民法典时代,但无可否认,有些古老的问题仍然悬而未决:信托的融入就是一个典型的范例。不过这个问题似乎正在淡出《民法典》编纂的视野:《民法总则》并没有提及信托,分编草案里也没有看到信托的身影;在“XX是否独立成编”的唇枪舌剑中,^①信托也没占据过一席之地。之所以如此,一个不甚严谨的猜想是《民法典》基本遵循了德国模式,而德国对信托的态度仍然比较抗拒。^②事实上,或许德国式的民法(典)与信托天生犯冲:诚如学者所言,信托制度是英美法与大陆法的主要区别之一,欧陆法欠缺与信托等同的制度。^③一个佐证是,日本一度存在对信托制度的需求,甚至早在828年就有过类似信托的制度尝试(即空海创设的综艺种智院),但最终消亡于1898年的民法典——因为信托制度与大陆法系的绝对所有权存在根本矛盾。^④正因如此,尽管有几个国家和地区的《民法典》里容纳了信托——比如意大利《民法典》、埃塞俄比亚《民法

典》以及加拿大魁北克省《民法典》,但它们都是法国-意大利传统的民法典;而且数量也有限(尤其是意大利《民法典》就给了两个条文)。如今大陆法系国家和地区喜欢把信托法作为特别法(商事领域和公益领域)^⑤;比如法国的“第2007-211号法案”;^⑥日本以《信托法》和《信托业法》为核心的一系列法律;^⑦以及我国同样颁行的独立信托法。

如果说信托的“法律融入”还算顺利;真正的困难在于“学理融入”——学者们总是意犹未尽:难道真就没法在物债二分的语境下说清楚信托吗?不是说好了“阳光之下无新鲜事”(Nihil sub sole novum)吗?信托(尤其是意定信托)的受托人和受益人都对信托财产享有能对抗第三人的权利,这算什么?在对抗性产权观的英美法看来,^⑧受托人持有普通法所有权,而受益人持有可以对抗一切非善意第三人的衡平法所有权,问题就解决了。^⑨但在物债区分的框架之下,大陆法系(尤其是德国法系)认为只有物权才有对世效力,那么受托人和受益人持有何种权利?这是

信托“学理融入”的关键瓶颈：^⑩基于一物一权，信托财产（姑且让我们忽略有体物难题）上的两项权利不可能都是物权。如果说受托人持有所有权，那么受益人的权利为何？如果是合同权利，则无法实现对世要求；^⑪那么是物权吗？何种物权呢？反之，如果是受益人持有所有权，那么受托人的权利为何？用益物权吗？那如何解释受托人可以处分信托财产这一事实？^⑫为了解释清楚这个问题，学者们提出了若干思路，但实际并不成功。

二、不甚成功的思路：顺从型与回避型

定位信托当事人的财产权利之时，是否要遵循传统物债区分体系？基于这个标准，很多貌似针锋相对的争论实际属于完全相同的谱系。^⑬比如，无论是受益人享有债权或物权，抑或受托人享有债权或物权，都是遵循一物一权模式的理论阐释，^⑭笔者将其称为“顺从型”；而某些观点则是将“一物一权”的限制加以搁置，转而强调其他的问题，笔者将其称为“回避型”。我们很快就会看到，这两种进路都不太成功。

如果说受托人对信托财产享有所有权，^⑮受益人就没办法再是所有权人了。那么是什么呢？若是对人性的权利（债权），^⑯似乎缩小了受益人的权利，受益权里本来就包含对人权和对物权。^⑰1841年的Saunders v. Vautier一案明确指出：受益人的权利从“单纯请求受托人履行信托”转变为“处分信托财产”。^⑱正因如此，孟勤国教授认为受益人拥有信托财产的所有权，受托人拥有占有权（即有处分权能的用益物权）。^⑲但这一结论与现行《信托法》有悖，且亦有其他不周：比如英美法认为受益人主体不明之时信托仍可成立（公益信托），此时的所有权归谁？^⑳创设信托有时是为了那些不能持有财产的主体（如修道会、俱乐部），“受益人拥有所有权”会限制信托的适用范围。于是有学者走上了另一条路，认为在信托成立之后无任何人对信托财产享有所有权，其财产权利处于一种“延续的过程”；一种正在移转的运动状态，需要根据受托人的行为来确定归属。^㉑这个理论暗合铃木禄弥的“削梨”说，^㉒因此也分享了相同的弱点：“于时间移动，在当事人之间有流动的，‘削梨’式的所有权移转，势必造成法律关系的混乱，与物权关

系明确原则不符。”^㉓每个纠纷都是在确定时间点上发生的冲突，流动理论恰好没法定位特定时间点的权利状态——一旦定位了，就会和之前的理论一样了！事实上，即便英美法也没有灵活到这般程度：信托财产无人享有所有权，岂非成了无主物？归根结底，信托模式与（德国式的）物权模式差距实在太大了，“顺从型”真不好办。^㉔

正因如此，“回避型”理论应运而生。但其并未准确定位当事人对信托财产所享有的权利性质，这是它最大的困境。比如，有学者认为信托法应为授权法，其基于（强于合同义务）的信义义务，而信托就是商事组织。^㉕这个结论不是不成立，因为信托模式和（财团）法人模式确实很像。^㉖尽管赵廉慧先生就二者的区别写了很多，但他也承认商业领域的信托是不能取得法人人格，只是信托应更自由。^㉗但说（甚至规定）信托是法人（组织），并不意味着自动回答了与信托财产相关者——主要是受益人和受托人——究竟享有何种财产权利，而这个问题正是“顺从型”要回答的。从这个角度看，“顺从型”更像“知其不可而为之”的勇者，而“回避型”则是“趋而辟之”的楚狂人。再有学者把信托置于合同/法律行为层面，或认为信托源自财产独立管理委托；^㉘或认为对信托的分析应当从信托行为入手，而后者乃是法律行为，具有要物性。^㉙这延续着“回避型”未定位信托财产的症结；^㉚而且此信托限于意定信托，但英美法中还有法定信托（包括归复信托和推定信托）。英国学者本·麦克法兰（Ben McFarlane）指出，一般认为明示信托才是信托法的核心，但推定信托和归复信托才是信托法的核心。^㉛尽管这并非主流观点，但无法适用于法定信托的信托理论，难谓完整。

或许正因如此，有学者希望使用剩余索取权理论，将信托受益权认定为剩余索取权，即针对财产之债权性质请求权均得满足后所剩余之价值的请求权。^㉜还有学者进一步将信托分为“内部关系”和“外部关系”：认为内部关系中由于权利分配明确，不存在剩余权利，因此不需区分所有权人；但在外部关系中，由于涉及第三人以及公权力，因此应规定由受托人享有所有权。^㉝这个构想的不足在于：首先，“内部权利分配明确”是个伪命题，就连受益人是否能检视

信托文件,双方都会打起官司。^④其次,在经济学上,剩余权理论乃是用来描述所有权(财产权)结构的复杂性或合同的非线性,^⑤其核心在于强调产权人在经济关系中的实际影响力和利益获得手段,能否作为法律规范的基础,颇值怀疑。论者认为用益物权、公司法、担保、金融债权以及信托受益权都能看到剩余权的影子,诚哉斯言;但二者本来就不是同一条路上的,互相重合再正常不过:正如我们也可以认为所有权利都是语言的表达,因此也会看到很多权利和很多语言都能对应上,但恐怕不能用语言来作为权利的基础。退一步讲,英美的权利束理论和以时间长度为标准的地产制度,^⑥与剩余权理论可谓一拍即合;但在大陆法系看来,剩余受益的索取权,要么是指对剩余收益(即偿还了其他债务之后的净收益)的所有权(物权),要么是对该收益的请求权(债权)。兜了一圈,我们又回来了。这或许暗示我们,信托融入的问题,可能还是要回到起点:看看历史会告诉我们什么。

三、来自历史的经验:作为叛逆者的信托

信托的历史往往与道德(诚信)密切相关:某人(受托人)对他人(信托创设人)做出了允诺,会将后者财产(一般是遗产)或利益转给第三人(受益人),但该允诺出于种种原因缺乏执行力,成了纯粹的道德义务,承认并执行这种道德义务的机制就是信托。^⑦考诸英美法:受益人的“道德诉求”间接或直接由御前大臣(Lord Chancellor)处理,这导致后者的司法活动日趋独立(衡平法院)。^⑧在更早的罗马法中,信托诞生于相似的情境。优帝的《法学阶梯》指出:“……最初信托是不受保护的,因为没有人能被强迫违背自己的意愿而按照曾有之要求来完成财产的移转……受托人完全不受法律义务的约束,而立遗嘱人只能依靠自己所‘信’所‘托’之人的正直。后来,是已故的皇帝奥古斯都首次要求执政官以权威身份介入信托事务,因为皇帝多次为个人性的原因所打动……”^⑨

尽管如此,行政权(君主)对信托的态度却相当不稳定。奥古斯都这样的道德主义者对信托虽颇有好感,^⑩但哈德良(以及韦斯帕芑的《贝加苏元老院决议》)却直接禁止信托对被排除受遗赠资格者的适用。^⑪究其根源,信托往往会影响君主和行政权的收

入。面对秘密信托导致国库收入受损的局面,皇帝们都不太开心:图拉真通过两项谕令引入了 *beneficium Traiani*,哈德良和安东尼·庇护进行了改进:目的就是要没收无资格接受财产却接受了他人的死因处分之一人的财产。^⑫类似但更严酷的举措,则是英国1535年的《用益法》:“一个极度强力意志的国王(指亨利八世)对极度不情愿的议会进行的强迫。”排除用益规避将衡平法地产转变为普通法地产,从而增加国王的财政收入。^⑬更重要的是,诚信与公权力之间并非总是亲密无间:当个人允诺的东西是法律(权力)所禁止的,公权力就不太喜欢(个体)坚持诚信了。这会出现一个狡黠的叛逆者,信托恰恰就是这样的角色。罗马法一度认为,信托是对法律的规避甚至欺骗(*fraus legi*),“利用信托我们欺骗了法律”(per fideicommissum legibus inludimus);^⑭英美法中用益与信托的核心同样是规避。衡平法信托要规避的是普通法和封建法:诸如监护和婚嫁的封建负担、因叛国和重罪引发土地复归(*escheat for felony*)的没收法律以及土地死手保有(*mortmain*)之成文法和对土地遗嘱处分的限制;^⑮而罗马法信托则希望排除市民法的限制:包括受益人的限制——包括未婚之成年人(*caelibes*)、已婚未育者(*orbi*)、不确定的人(*incertae personae*,指尚未出生之人或其他无法确定之人)、外国人以及半公民(*Junian Latins*,即所有由非正式仪式释放的奴隶);特定形式(诸如特定语词)的限制;再或希望实现更多的受益目的——比如将财产永固在自己名号(*Nomen*)之下,或者对公共目的之履行(信托可以借助非常审判而特定履行)。^⑯

后来的事,人所共知:“新的胜了旧的;非形式的胜了僵化的;公平的胜了严格的。”^⑰但历史不仅要人理解过去的社会,更要人增加掌握现在社会的能力。^⑱尽管时代和内容不同,^⑲罗马人和盎格鲁-萨克逊人都希望对财产的处分能更自由一点,至少是要比法律规定的更自由,这或许是信托最终胜利的原因。不过,历史学者关心“为什么会这样”(why),法学家们则更关心“如何做到的”(how)。形式自由和摆脱规则限制固然诱人,但预定形式的安全和既有规则之保障同样有其价值——特别是对法律人(包括法官)而言,如果仅凭形式便可认定协议的效力,不仅

会降低其工作强度,更会增强民众对专业法律人的倚重,继而增加法律行业的整体红利。^⑨但过分坚持这种做法,不仅会违背法律人赖以自持的正义观念;从长远的角度看,也不利于法律行业的真正利益(因为会导致民众对法律人的反感)。正因如此,法律人(或许是自发地)选择了一种更加明智、也更加有效的态度:这就是将信托视为工具,进而发展出一套自由的阐释机制。借用哲学的术语:信托不是概念,而是谓词。

就罗马法看来,古典时期的信托已被用来实现各种法律目的:^⑩除了前文所述对欠缺能力者的遗赠以及秘密信托,信托还可以用来挽救市民法无效力的遗嘱补正书,^⑪为遗腹子之继承,^⑫还可以使第三人的利益简单化,^⑬而且甚至可以排除“利益某人”的通用模式^⑭和书面要求。^⑮我们应当看到,信托不是一个给定机制,而是一种分析框架;法学家的任务是要将现实中的实践阐释为信托,这就需要一些非形式的实质标准。除了信托当事人(及其能力)和内容合法之外,最重要的规则就是如下两项:第一,受托人必须基于对信托创设者的继承而取得利益,即“利益规则”;第二,受托人对利益的收取必须可归于信托创设者的意图,即“意图规则”。^⑯相比之下,意图规则要简单一些(毕竟有遗嘱);唯一的困难是在无遗嘱情况下,而此时会涉及大量的推定。^⑰而利益规则需要更多的阐释,因为是否获益在具体的情况下会非常复杂:比如立遗嘱人写明,要其女儿在有子女前不要立遗嘱。结果该女儿去世后无子嗣,能否认为此处存在一个利益其姐妹的信托?帕比尼安否定了这一点:认为“这不能被视为是利益她姐妹(共同继承人)的遗产信托,……(而是)以提供建议的托词来减损……权利”。^⑱这里我们看到,借助法学家的个人判断,利益规则有助于信托对市民法的突破。^⑲

在当今的英美法系,信托是既定的法律机制;但我们仍能看到信托的阐释性质,典型范例便是法定性信托:包括推定信托(constructive trust)和归复信托(resulting trust)。正如诺丁汉勋爵所言,“当法院基于所有情况的考察,推定此处存在(信托的)一个(口头或书面的)宣告,但却不存在明显且直接的证据”,便会基于“法律的运作或行为”来创设默示信托(也就

是法定性信托)。^⑳由于法定性信托不会受到《防止欺诈法》的形式限制[今为1925年《财产法》(Law of Property Act 1925)第53条],而且能弥补信赖损失;^㉑还可用来索还不当得利。^㉒一般认为,英美法信托(以及用益)的核心是尊重当事人的意图。^㉓但在当事人的意图不明,^㉔或者之前有所允诺但却有所反悔,^㉕或者存在欺诈之际,^㉖法院都有可能会人为地在此创设一项信托,从而实现财产的返还或者受益人的受益。由此看来,英美法的信托同样将信托作为了一种阐释工具,可谓深谙罗马法的精神;而实用主义将这一进路推到了极致。^㉗比如,英美法在买卖(即便是动产)的情况下,价金若全部支付,亦会引发一项利益购买人的单纯信托(bare trust)!^㉘由此看来,或许信托的继受之所以困难,实际是因为走错了路的缘故。

四、民法典时代的信托:概念还是工具?

历史考察对信托的融入——或者说“学理融入”——有怎样的启示?概言之,我们需要在两个层面上努力:一是政策层面;二是技术层面。就政策层面而言,公权力(立法和司法)要对法律规避采取更灵活和宽容的态度。即便是为了国库的收入,图拉真也为“自首”者留下了财产的半数;随后在哈德良和安东尼·庇护的时代,尽管程序有所改变,数量有所缩减,而对受益人愈发不利,但最多也会留下全部遗产的八分之三。^㉙而衡平法院则敢于认可《用益法》所不承认的三种用益。^㉚如果动辄扩张或类推适用《民法总则》第153条(尤其是第2款),^㉛那么阐释意义上的信托融入就基本无可能。但政策层面难以控制,故言尽于此;为信托的学理融入提供技术方案才是我们的本职。

信托的创设可源自约定/合同(比如明示信托),亦可为法定(比如推定信托、归复信托以及单纯信托等),但其本质却都在于创设一种财产结构。^㉜诚然,信托确是为了维护当事人的真实意思(罗马法与英美法皆然),但问题的关键并不在于当事人是否有意(intend)创设一项信托(尽管在很多时候的确如此),而在于其行为是否符合信托模式的财产结构,这种结构是法律(和法院)在阐释时构建出来的。要言之,信托的关键在于法律(以及法院)的财产结构判断。这

意味着信托规则的工具化和要素化:其应当作为法律描述和规范财产结构的工具;只要满足信托要素的,都可以尝试适用信托规则来提供阐释。(我们再一次看到了罗马法的生命力!)

这并不符合一般的认知和实践。一个佐证是,既有的“学理融入”大都只关注当事人的权利性质,是因为信托结构被当作给定的出发点;“当事人创设的是信托”是判定当事人法律地位的一个先决条件。实证法对信托的要式化处理强化了这一结果。但这不仅不符合信托初创时期的经验,更会削弱信托的适用,但正确的做法是归纳而不是演绎:诚如赵廉慧先生所言:应按实际的权利义务来判断其实质上的合同类型,而不是倒过来。^④更准确地讲,不在于当事人之间的关系是不是信托,而是某种关系不能被描述为信托关系,继而受到信托规则的约束。我们看到了一个二段式的操作流程:先定信托结构,再定信托义务。当信托结构确定之后,再根据具体的案件情况来确定当事人的权利义务。

根据传统理论,信托的设立要满足三个确定性:意图/目的确定、受益人确定和信托财产确定。^⑤但本文的二段式设计与此不同:只要存在独立财产,便有适用信托结构之可能,但不一定是必然适用,亦非适用信托便会排除其他法律机制。^⑥换句话说,财产利益一俟确定,便有可能适用信托结构:这里的财产利益,不限于物(权);^⑦而“确定”则强调与其他财产的区别。^⑧此最典型的例证便是 Quistclose 信托:负担特定目的之借款仍可构成信托财产;若特定目的无法实现,则该笔资金即成为以贷款人为受益人的归复信托。^⑨也就是说,“特定目的”亦可使资金特定化,但若将其认定为信托,则当事人之间的法律关系和效力,则取决于法律对其他因素之判定。

那么,在绝对所有权的背景下,当财产独立得适用信托结构,将呈现出怎样的财产权利呢?英国学者麦克法兰先生认为,信托不在于普通法产权与衡平法产权的分离,而在于(受托人的)权利负担了某项义务。^⑩这与笔者的观点非常相近:信托财产为核心的信托结构,是一个非常典型的物视角下的三方结构:受托人对信托财产(所有权)负担义务,受益人则是物上负担权利人。^⑪这个结论不仅能够有效地解决信

托当事人的权利分布,更将彻底地终结信托与一物一权的冲突。一物一权(以及物权法定)都是纯粹所有权的理论衍生:既然所有权是“物上最纯粹和最完整的权利”(萨维尼语),那么权利人就不能任意分离权能(物权法定);而且除了法律之外,当事人的意思不得任意在一个物上分割所有权(一物一权)。在欠缺现代技术和中央政权的封建多重所有权时期,简化权利结构以便实现交易的顺畅,无疑有重要的时代意义。^⑫但发挥了时代作用的东西,不见得要继续存在。至于维护交易安全更是站不住脚的理由:权利类型与数量的限制根本挡不住风险(比如一物二卖);每个人对交易安全的预期、保护方式以及愿意花费的成本都不一样,因此交易安全不是一个抽象的指标,也不(主要)是一个法律问题,而(主要)是市场问题。^⑬事实上,所谓一个物上不得出现几个相互冲突的物权,并不意味着不可能出现。如果双方之间均认可这一点,一个物上存在两个甚至多个物权完全有可能,甚至还会和谐共存。因此有学者要求再给多重所有权“一个新的机会”。^⑭也就是说:关键并不在于明确其属于何种类型的财产权(物权还是债权),而在于其是否在特定的情境下对特定人具有对抗力;由于物上负担相对的权利本来就具有对世性,这就可以摆脱“物债之争”的困扰。

这种设计的基础源自信托的多功能属性:正如谢哲胜先生指出,信托是个功能性的制度,其可以提供契约、代理、物权、公司等法欠缺的功能。^⑮刚刚提及的 Quistclose 型信托,便体现着信托的担保功能。^⑯我们认同英国学者的洞见:信托的重要性就在于可以“与时俱进”(refine over the passage of time)地为新需求提供有力的解决方案。^⑰英美法上的信托被运用到了几乎每一个角落:家庭财产与继承、慈善、土地共有、养老基金与投资基金、未成年人的财产保护以及所有权的纠纷解决,且信托还有助于在包括个人所得税到资产获得税(Capital Gains Tax)再到遗产税等多个领域实现合法避税。美国则更进一步,以银行兼营的信托模式附以证券化运行,信托成为美国资本流转与增值的重要手段。^⑱正因如此,对信托设限不可能且不必要:信托本来就是叛逆者,它不可能温顺地服从固化的法律框架,而是随时准备

挑战既有的法律结构;而且它可以被用在各个领域。二段式的认定结构就是要顺应这些事实:信托财产的特定化便有适用信托之可能;信托当事人的权利则应当进行个案化和具体化。

事实上,之前的历史研究告诉我们,信托从不屑于在既有的法律体系下来框定权利,它只想彻底贯彻当事人对财产的处分意图。^⑧借助二段式的规则,我们可将信托作为工具性的机制加以融入,从而有助于复原信托的叛逆者初心:一俟因财产独立而得适用,则可以借助物上负担而摆脱物债之辩,从而实现对固有法律体制的超越。叛逆的信托再一次到了起飞的黄昏。

五、结论:拭目以待

出于篇幅的限制,本文只能到此而止。当然,这里有大量的问题并未展开,但作为辩解的是:笔者要强调的是一种方法,一种与众不同的信托方法:因为信托就是法律现代程度的试金石。作为叛逆者,信托每一次被接纳都意味着法律的变革,那么今天会轮到我們吗?对一直游离在传统民法体系之外的信托而言,对过时梦想的追求反而成了契机:或许《民法典》里不写信托,反而会使信托更加灵活,进而为信托创造转机,继而推动财产权体制的革新?这一切,我们都只能拭目以待。

注释:

①这些争议往往有各种权威学者的声音。典型范例包括“人格权是否独立成编”的争议,如梁慧星:《民法典编纂中的重大争论——兼评法工委两个人格权编草案》,载《甘肃政法学院学报》2018年第3期;王利明:《使人格权在民法典中独立成编》,载《光明日报》2017年11月15日,第11版;杨立新:《对否定民法典人格权编立法决策意见的不同看法(上)》,转自微信公众号“中国民商法律网”。另一个争议稍小,即知识产权是否独立成编。吴汉东教授开宗明义地肯定之,并认为“总则+分编”的“点+面”形式应为首选。参见吴汉东:《知识产权应当在未来民法典中独立成编》,载《知识产权》2016年第12期。

②我国《民法典》的德国化,植根于对(继受德国民法的)我国台湾地区“民法”的学习,以《物权法》的起草和颁行为标志,以《民法总则》为宣示。有德国学者认为德国法典编纂的体系特点不是五编制和总则,而是物法和债法的截然区分。

参见[德]雅科布斯:《十九世纪德国民法科学与立法》,王娜译,法律出版社2003年版,第182~183页。但我国立法把这两种特征都做到了。不过德国仍未在立法上承认信托。参见金锦萍:《论法律行为视角下的信托行为》,载《中外法学》2016年第1期。

③参见谢哲胜:《财产法专题研究(三)》,中国人民大学出版社2004年版,第16、175页。

④参见[日]新井诚:《信托法》,刘华译,中国政法大学出版社2017年版,第22页。

⑤有学者直接指出并认可了这个判断,参见赵廉慧:《信托受益权法律性质新解——“剩余索取权理论”的引入》,载《中国政法大学学报》2015年第5期。以我国为例,我国最初引入信托法,就是为了引进作为商业制度的信托业;而信托在公益领域亦有重要意义。参见赵廉慧:《信托法解释论》,中国法制出版社2015年版,第79、530页。

⑥参见吕富强:《论法国式信托——一种对本土资源加以改造的途径》,载《比较法研究》2010年第2期。

⑦参见前注④,新井诚书,第23页。

⑧即认为不存在绝对的产权(title),所有的财产权利都仅在一定程度上可以对抗其他权利。相对性是英美财产法的核心思想。英国虽然有两项能够对抗一切人的普通法地产权(完全非限嗣继承不动产和租赁),但也存在大量的衡平法利益和地产权负担。参见陈永强:《英美法上的交易自治与交易安全——以房地产交易法为视角》,法律出版社2009年版,第44~46页。

⑨有法院甚至认为:只要普通法和衡平法的财产所有权发生了分裂,信托就会诞生。See Hardoon v Belilos[1901]AC 118(PC)123; Guerin v Canada[1984]2SCR 335。

⑩有学者认为,物债二分的财产法理论和物权法定理论是信托融入民法的理论瓶颈,参见刘正峰:《财产独立管理委托的信托性质与信托制度融入民法典研究》,载《河北法学》2014年第6期。这是不准确的。因为英美法同样有类似物债二分的体系(对人权和对物权),而且物权法定并不能算信托的障碍——既然土地承包经营权都可以规定,规定一个信托权并非难以想象。问题的关键是一项财产上存在两项对世性权利的做法冲撞了一物一权原则。

⑪事实上,信托就是要“绕开”(circumvent)合同相对性(Privity)的限制。参见[英]爱德华兹、斯托克韦尔:《信托法与衡平法》,法律出版社2003年影印版,第17页。严格地讲,privity指双方存在法律关系,与合同相对性并不完全等同。

⑫尽管有学者认为受托人并不享有对信托财产的转让权利,参见前注⑤,赵廉慧文。但这明显不是事实。出售的权力往往会写在信托契据中,参见前注⑩,爱德华兹、斯托克韦尔书,第344页;受托人的投资义务、实现最大化投资回报是基本义务,而投资必然涉及“转让”。参见[英]弗戈:《衡平法与信托法的原理》,法律出版社2018年版,第588页以下。事实上,英国继承领域存在的信托出售,就是承认受托人可以将信托财产出售,而将信托义务转移到出售价金之上。参见张淦纶:

《财产权利的对抗力规范——从继承中的财产法规则谈起》，载《政法论坛》2013年第1期。

⑬赵廉慧教授将其称为“言词之争”。参见前注⑤，赵廉慧文。

⑭有学者认为英美信托学界存在受益人权利的“物权论”和“债权论”之争。参见朱圆：《论信托的性质与我国信托法的属性定位》，载《中外法学》2015年第5期。这明显是理论错位：英美法不可能使用“物权”的概念。正如Riddall所言，英美法使用的是地产(estate)概念。Riddall, *Introduction to Land Law* (3rd ed., Butterworths & Co. Ltd, 1983), p.67. 笔者更认同赵廉慧先生所言：受益人权利的性质学说大多来自以日本为首的东亚研究者。参见前注⑤，赵廉慧文。

⑮我国《信托法》第14条就表明了态度。

⑯日本《信托法》自制定以来便为有力说，参见前注④，新井诚书，第40页以下。而英美法学者亦有持此论者，认为信托应与合同归于同一法律部门。参见前注⑭，朱圆文。

⑰参见前注⑫，弗戈书，第485页。

⑱转引自王涌：《论信托法与物权法的关系——信托法在民法法系中的问题》，载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2008年第6期。

⑲参见孟勤国：《物权二元结构论》，人民法院出版社2004年版，第335～336页。

⑳前注⑱，王涌文。我国遵循大陆法系的基本结构，即公益信托无需主体特定。事实上有学者指出，公益信托的核心就在于受益人不特定，这是与私益信托完全不同的情况。参见前注⑤，赵廉慧书，第531页。

㉑参见李勇：《信托财产所有权性质之再思考》，载《时代法学》2005年第5期；陈璞：《作为所有权运动形式的信托——一个解决信托财产所有权归属问题的理论尝试》，载《河北法学》2010年第12期。

㉒在解释所有权保留买卖的问题中，铃木教授用环形“削梨”来比喻所有权从出卖人到买受人的移转过程。参见申卫星：《所有权保留买卖买受人期待权之本质》，载《法学研究》2003年第2期。

㉓王轶：《所有权保留制度研究》，载《民商法论丛》第6卷，法律出版社1997年版，第627页。

㉔所以有学者断言，物权理论与信托财产所有权二元结构毫无兼容的可能。参见前注㉑，陈璞文。

㉕该理论由日本学者四宫和夫提出，其强调受益权并非债权，而是与信托财产有“物的关系”的物权性质的权利。参见前注⑤，赵廉慧文。我国有学者则认为，信托法的本质是授权法，信托是商事组织，因此信托法应以授权性为基础。参见前注(14)，朱圆文。

㉖王文宇教授就认为，信托财产应不仅仅是“权利客体”，其具有一定的主体性。参见王文宇：《信托法的分析架构及可行的发展方向——以台湾地区法制为例》，载《北大法律评论》2008年第9卷，北京大学出版社2008年版。颇有力的论述，参

见李宇：《论作为法人的商业信托》，载《法学》2016年第8期。而且埃塞俄比亚《民法典》就在第一编“人”之下的“财团”里写入了信托。

㉗前注⑤，赵廉慧书，第68～72页。

㉘作者认为信托法的目的在于填补意思表示空白。参见前注⑩，刘正峰文。

㉙参见前注②，金锦萍文。

㉚事实上，学者并非没看到这一点。比如金锦萍教授就明确指出，未清晰界定信托财产的归属问题，导致信托立法在信托行为的设立和生效问题上难有同意逻辑基础。参见前注②，金锦萍文。不过，笔者也并不认同将信托认定为法律行为(要物性)，用区分原则来解释信托行为就能够实现这个目标，事实恰恰相反：负担行为和处分行为的区分，乃是建立在财产权(物权还是债权)的准确定位之上。如果要遵循德国式的进路，那就必须先准确定位信托财产权利，随后才能谈得到区分规则。

㉛Ben McFarlane, “The Centrality of Constructive and Resulting Trusts”, in Charles Mitchell (ed.), *Constructive and Resulting Trusts* (Hart Publishing, 2010).

㉜参见前注⑤，赵廉慧文。

㉝参见前注⑱，王涌文。

㉞E. g. *Re Londonderry's Settlement* [1964] 3 All ER 855.

㉟前者参见[美]汉斯曼：《企业所有权论》，于静译，中国政法大学出版社2001年版；后者参见[美]巴泽尔：《产权的经济分析》，费方域等译，上海人民出版社1997年版。

㊱Riddall, *supra* note⑭, at 16.

㊲Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 中信出版社2003年影印版，第598～599页。

㊳Riddall, *supra* note⑭, at 66.

㊴I.2.23.1.

㊵比如在Lentulus的案件中，正是奥古斯都执行了信托，I.2.25。约翰斯顿先生甚至认为，奥古斯都所倡导的道德复兴工程在其中扮演了非常重要的角色。参见[英]约翰斯顿：《罗马法中的信托法》，张淞纶译，法律出版社2017年版，第290～294页。

㊶朱利安、卡里斯特拉托斯亦有类似的判断。参见前注④⑩，约翰斯顿书，第40、45、92页。

㊷Paul 7 leg Iul, and Pap. D. 49. 14. 13pr. -1. 参见前注④⑩，约翰斯顿书，第40～42、58～65页。

㊸引号内的说法来自梅特兰。转引自前注④⑩，约翰斯顿书，第296页；高富平、吴一鸣：《英美不动产法：兼与大陆法比较》，清华大学出版社2007年版，第83～84页。

㊹引号内是杰罗姆的说法。参见前注④⑩，约翰斯顿书，第45、49～52、77页。

㊺另一个规避的内容是债权人的起诉。See Maitland, *Equity*, 26f. 转引自前注④⑩，约翰斯顿书，第294页。

㊻参见前注④⑩，约翰斯顿书，第32、92、234～235、262～

264、272页。尽管罗马法的信托并未如衡平法信托一样要颠覆法律,而仅仅提供了一种不同于市民法的替代品,但不可否认替代本身就具有对抗的意味。

④⑦参见前注④,约翰斯顿书,第301页。

④⑧参见[英]卡尔:《历史是什么》,吴柱存译,商务印书馆1981年版,第57页。

④⑨罗马法的信托仅仅发生在死因处分之下,因此并未在商事或公法(如税收)领域有所发展。参见前注④,约翰斯顿书,第298页。而衡平法的信托(用益)不仅能解决死因处分,活人之间的处分同样要纳入其中:比如要实现对教会的赠与,以及避免封建负担。参见马克垚:《英国封建社会研究》,北京大学出版社2005年版,第277~278页。

⑤⑩一个类似的观点,参见[美]波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第39、52~55页。

⑤⑪参见前注④,约翰斯顿书,第79、153、164、235、270页。

⑤⑫E.g.D.29.7.2.4.

⑤⑬D.30.127.

⑤⑭值得说明的是,罗马法的文本甚至显示:在古典晚期,要想取得完整的信托财产,则必须是善意购买人,支付了相应价值且不知悉信托存在。PS4.1.15;D.42.4.15;诚如约翰斯顿指出,这与现代衡平法的善意购买人制度(bona fide purchaser)几乎一致(尽管在执行上会有所不同)。参见前注④,约翰斯顿书,第245~248页。

⑤⑮立遗嘱人写的是:“我知道,你会把我留给你的东西都给我儿子,因为我看到了你对他们的爱。”斯凯沃拉(Scaevola)认定此处同样构成信托。D.32.39.

⑤⑯帕比尼安指出:“如果一项信托的语词有所遗略,但其他应有之条款齐备,则可类推适用继承人指定制度与遗赠制度而认定该信托有效,只是其书面形式有所欠缺。我们杰出的皇帝塞维鲁同样遵循了这一观点。”D.31.67.9.

⑤⑰参见前注④,约翰斯顿书,第14~15页。

⑤⑱比如保罗曾有过一个文本:“信托可以创设于无遗嘱死亡之继承人,因为在无遗嘱死亡之时,家父被认为是有意图地将自己的遗产留给他们的。”D.29.7.8.1.

⑤⑲D.31.77.24.

⑥⑰参见前注④,约翰斯顿书,第236页。

⑥⑱See Matthews, “The Words Which Are Not There: A Partial History of the Constructive Trust”, in Charles Mitchell, *supra* note(31), at 7.

⑥⑲ Gardner, “Reliance- Based Constructive Trusts”, in Charles Mitchell, *supra* note⑳, at 63.

⑥㉑反对的观点,参见Swadling, “Explaining Resulting Trusts”, 124Law Quarterly Review 72(2008)。对这一反对的反对,参见James Penner, “Resulting Trusts and Unjust Enrichment: Three Controversies”, in Charles Mitchell, *supra* note㉑。

⑥㉒Simpson, A History of the Common Law of Contract (Oxford: Oxford University Press, 1987), p. 334.

⑥㉓比如Dillwyn v Llewelyn一案[(1862)4De G F & J517, 45ER 1285]中,一位父亲在1847年制成了一份遗嘱,地产做成了一份信托,利益其妻子终生,然后利益二人的儿子终生,然后根据其儿子进一步对剩余产权人的指定来利益孙子或孙子们。到了1853年,应其妻子(也是儿子的母亲)的请求,父亲将一块土地赠与给儿子(非正式),目的是让后者自己盖一幢房子。儿子占有了土地,并在父亲知晓并同意的情况下,投资14000英镑建造了一处住所。但土地并未办理产权移转。到了1855年,父亲去世了。妻子希望自己的儿子被认定为该土地的绝对所有人而无须考虑遗嘱的内容。法院判决的最后结果,便等于土地负担了利益原告的推定信托。

⑥㉔Taylor v Bowers一案[(1876)1QB D 291(CA)],父亲发现儿子已经欠债,由于担心其商业债权人会攫取自己的机器,便以虚假的对价转让给了自己的甥侄(nephew)。他以为甥侄会在事过之后将机器返还给自己,但该甥侄却将其移转给了一个(恶意的)第三人。随后Taylor意识到自己或许过分高估了(因债权人而)丧失财产的风险,于是索回机器继而成讼。法院判决原告有权索还其物品。

⑥㉕Re Blundell一案[(1888)40ChD370, 381]中法官指出,信托之局外人从受托人处接受了金钱,如果能显示他参与了受托人一方的欺诈或信托违约,则加上“他明知这笔钱属于信托财产”的事实,便可使其成为推定信托的受托人。

⑥㉖因为实用主义本来就会工具性地看待法律。美国本土的哲学实际就是实用主义。参见[美]波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第307页;以及前注⑤,波斯纳书,第35、448、464页。

⑥㉗Pooley v Budd(1851)14Beav 34; Bridges(n 232)485; Lloyds Bank plc v Carrick(1997)73P & CR 314, 320.

⑥㉘因为首先没收遗产四分之一,随后再将剩余财产一分为二。UE25.17.参见前注④,约翰斯顿书,第58~65页。

⑥㉙参见余辉:《近现代英国信托法律制度的确立》,载《法律科学》2003年第6期。

⑥㉚尽管目前我国已经认识并规定:导致合同无效的强制性规定仅应为效力性强制性规定(在《民法总则》第153条第1款之前,便有法释(2009)5号第14条),但实践中仍然有贸然认定合同无效的做法。比如在“齐超诉祖淑珍返还原物纠纷”一案的再审判决中[吉林省高级人民法院(2013)吉民提字第3号民事判决],吉林省高级人民法院再审认为:“作为村上主管计划生育工作的干部……应清楚房屋和土地对农民的重要性,并且在农村男人在家庭中占主导地位。故张淑华在齐永祥未在场、亦未在协议上签字的情况下与祖淑珍签订房屋买卖合同,违背公序良俗,不属于善意取得。”我们怀疑此处“公序良俗”的“公”被理解成了“母”的反义词(本判决被最高人民检察院抗诉,最高人民法院撤销)。再如“哈尔滨市不锈钢制品厂、姜江房屋买卖合同纠纷”再审判决[(2017)最高法民再39号],援用《城市房地产管理法》第39条和《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第

11条,否定了再审法院的观点,未经批准将划拨土地出卖的合同为无效,因其违反法律、行政法规的强制性规定。这明显与(法释(2012)8号)第3条第1款的规定冲突。我国亦有学者认为,除非严重违法,规避法律的行为不应一律无效。参见前注⑤,赵廉慧书,第140~142页。

③类似的观点,参见前注⑤,赵廉慧书,第59~60页。

④参见前注⑤,赵廉慧书,第89页。不过,论者将《信托法》作为信义关系基本法的观点,似乎仅得适用于明示型信托。

⑤参见前注⑤,赵廉慧书,第93~100页。

⑥类似的观点,参见前注⑥,李宇文。论者认为用商业信托(非商事信托)可以解决《信托法》并未界定信托性质的弊端,而商业信托的要义之一,正在于其作为法人的财产独立。按照本文的观点,认定信托的财产结构,并不妨碍法人机制和规范的适用。

⑦事实上是受托人的权利。参见Swadling,“The Law of Property”, in A. Burrows (ed.), *English Private Law* (2nd edn., Oxford: Oxford University Press, 2008), paras 4. 140-4. 147,转引自Charles Mitchell, *supra* note(31), at 216。

⑧货币之特定化虽有困难,但亦非不可能,如以“专户”方式对保证金之特定化处理。参见朱晓喆:《存款货币的权利归属与返还请求权》,载《法学研究》2018年第2期。

⑨Barclays Bank v. Quistclose(1970)A. C. 567,国内之讨论,参见陈雪萍:《信托的担保功能在商事活动中的运用——以Quistclose信托为视角》,载《法商研究》2007年第6期。

⑩其认为“衡平法财产权”不是针对一项物品的权利,也不是单纯地针对某个人的权利,而是针对一项权利的权利。See Charles Mitchell, *supra* note(31), at 212。

⑪参见张淞纶:《论物上负担制度》,法律出版社2012年版,第386~387页。笔者当时是希望将信托纳入物权法的体系,故而使用了“物上负担”的概念;但这个结构扩展至“财产负担”也是成立的。

⑫参见[德]维甘德:《物权类型法定原则》,迟颖译,载《中德私法研究》(第2卷),北京大学出版社2007年版,第87~105页。

⑬参见张淞纶:《关于交易安全理论:批判、反思与扬弃》,载《法学评论》2014年第4期。

⑭[德]赫尔鲍特:《封建法:欧洲真正的财产共同法——我们应当重新引入双重所有权?》,张彤译,载《中德私法研究》(第4卷),北京大学出版社2008年版,第140~141页。类似的观点,参见李国强:《相对所有权观念的形成》,载《金陵法律评论》2009年春季卷。

⑮参见前注③,谢哲胜书,第16、165~170页。

⑯此种特定目的借贷亦可适用于民事案件,比如被告借用原告之名购买经济适用房的案件,参见前注⑤,赵廉慧书,第142~144页。论者正确地指出,此案可适用信托之结构:原告构成对被告所借贷财产(金钱)之受托人;并在法律允许经济适用房转让之际加以转让。不过其认为此处涉及非法目的,但若在信托结构之下,即便经济适用房产权不得移转,原告仍然可被认为以被告为受益人而信托持有该房屋。也就是说,如果在信托结构之下,这里的非法目的就不存在了。事实上,其援引了Tinsley v Milligan一案,但该案中Lord Browne-Wilkinson法官并没有单纯认定非法目的,而是指出是原告而非被告在证成归复信托(不存在)之时要援引非法目的。考虑到该案中被告隐瞒购房事实是为了继续申请社会保障利益,而且一个细节是被告曾经到社会保障署“自首”。因此该案与借名买房案件不可做同等视之。

⑰参见前注⑪,爱德华兹、斯托克韦书,第1页。

⑱参见徐孟洲主编:《信托法》,法律出版社2006年版,第41页。

⑲罗马法有意图规则,而英美法中则如学者所言:信托(用益)中“创设者的意愿和意图,无论为何均应获得尊重”。Mee, “‘Automatic’ Resulting Trusts: Retention, Restitution, or Reposing Trust”, in Charles Mitchell, *supra* note(31)。

The Roadmap of Integrating Trust in the Era of Civil Code

Zhang Songlun

Abstract: The “jurisprudential integration” of trust is not as smooth as its “legal integration”, while the existing disputes are not satisfactory failing to grasp the rebellious concept of trust. The trust in Roman law and the trust in Anglo-American law are both rebellions against the existing system of institution. It is the core characteristic as well as the purpose of a trust that to realize the personal intention of the parties, which highlights the function and instrumentality of trust. The integration of trust involves policy and technology: the former requires the power and authority to be more tolerant of circumvention; the latter should adopt a two-stage identification method—the independence of property provides the possibility for the application of the trust mechanism; once it is applied, the traditional dualistic property system can be excluded to ensure the true will of the parties in a specific and individual way.

Key words: Trust; Roman law; Anglo-American law; Independence of Property; Individualization