

信托在具有灵活性的同时还具备破产隔离功能和治理功能。笔者认为如果能够发挥这些结构优势,那么信托的用武之地将非常广阔。所以,日本信托业的未来是光明的。

但是,在提到“利用信托这种结构可以为何”这个问题时,以信托结构的两个特征来解释还不算完整的回答。就像方才阐述的那样,例如,如果利用信托进行资产运作,这方面不仅仅是信托法,还要加上信托业法或兼营法以及金融商品交易法,三部法律合在一起适用,才算是一个完整的信托法律制度。综上,笔者认为今后将商事信托划分为若干种类型对事物进行思考的路径将变得愈加重要。

信托财产权法律地位新解*

——“双财团理论”的引入

赵廉慧**

一、信托财产权问题的分析框架

(一) 信托财产的“所有权”抑或是“财产权”?

对不存在衡平法和普通法划分的大陆法系诸国及自认沿袭大陆法的我国而言,如何论证信托财产权的性质,使之融入民法的概念及制度体系,始终是一个绕不过去的问题。在研究公司法的时候,曾有研究者试图以传统民法物权、债权和所有权的思路对公司财产权和股权进行定性研究,产生了很多无谓的争议。^[1]其实,不独对公司,即便对自然人而言,其全部财产权是包括物权、债权、知识产权、股权、合伙份额、信托受益权甚至负债(消极财产)在内的一般财产或“一般财团”(又称“概括财产”或“责任财产”),基于“一物一权”之法理,在其上不能成立大陆法系的“所有权”,民法上也一般不说对“一般财产”的所有权;同理,既无法认定谁是公司财产的物权法意义上之“所有人”,也无法认定谁是信托财产的“所有人”。^[2]但是很多学者坚持使用“信托财产所有权”这样的表述^[3],来讨论信托财产权归属问题,而罔顾《信托法》第2条明智地采用了“财产权”这一概念的事实。虽然同法第7条规定设立信托的财产必须是“委托人合法所有的财产”,但后者的“所有”应理解为享有对财

* 本文是赵廉慧所主持的教育部人文社科项目《作为财产管理制度的公益信托法研究》(项目号:22410004)的阶段性研究成果。

** 赵廉慧(1974—),男,河南驻马店人,法学博士,中国政法大学副教授、硕士生导师,主要研究领域为财产法、信托法、慈善法。

[1] 对当时有关公司财产权和股权问题讨论的总结,参见葛云松:《股权、公司财产权性质问题研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第11卷),法律出版社1999年版。

[2] 周小明博士在其著作中指出,信托财产本身并不是一种独立的财产种类。周小明:《信托制度:法理与实务》,中国法制出版社2012年版,第197页。

[3] 张淳:《中国信托法特色论》,法律出版社2013年版;于海涌:《英美信托财产双重所有权在中国的本土化》,中国政法大学出版社2011年版;于朝印:《特定目的信托法律规制研究》,厦门大学出版社2013年版,第207页。以“信托财产所有权”为关键词的论文不胜枚举。

产的处分权，而非物权法意义上的所有权，否则会出现“对债权的所有权”、“对股权的所有权”、“对知识产权的所有权”甚至“对信托受益权的所有权”等奇怪表述^[4]。为了避免概念之争，本文坚持使用“财产权”这样的表述，不讨论“信托财产的所有权”问题，而研究“信托财产权的归属”问题。

在研究信托财产权性质的时候，不应照搬大陆法系的所有权理论。学者认为，法国民法典所宣扬的所有权绝对性原则纯粹是一种价值表述，而不是法律的客观逻辑。在逻辑层面上，财产权的本质是“权利或法律关系的集束”，可以分解至权利或法律关系的元形式。这是以霍菲尔德为代表的现代分析法在财产法领域所引发的理论革命，即“财产权碎片化”（fragmentation of property rights）理论。在它的视野中，所谓所有权的绝对性是可以突破的教条。在英美法上，财产权人（“title holder”或“owner”）并不一定享有物的全部权利，物的某些权利可能通过法律的特别规定或合同的特别约定而属于他人。^[5]其实这种观念在我国民法上亦非不能存在，他物权的概念就是对物上权利的分割或者碎片化的最显而易见的例子。我国既无法采用英美法上的衡平法所有权/法定所有权的区分，也不能坚持物权法上的绝对的、完全的、针对有体物的所有权概念，在解释信托财产权的归属问题之时仍然需要运用权利碎片化理论，具体讨论围绕信托财产的利益相关者——“信托本身”、委托人、受托人和受益人分别对信托财产有什么性质和内容的权利^[6]。

（二）本文的逻辑框架

研究信托财产权的问题，须有清晰的论证逻辑。本文在以下分析框架内对财产权的归属进行讨论：

第一，信托财产权是“信托”的财产权吗？传统上的通说认为，信托财产没有独立的法人资格^[7]，所以信托财产并不像公司财产是“公司的财产”那样属于“信托的财产”，受托人管理信托事务过程中对第三人所负债务严格来说也不能称之为“信托债务”（虽然为了简便学界都这样表述），而仍只能说是受托人的债务，但这和受托人固有财产所负的“真正”债务就无法区分。为此，日本信托法（2006年）中使用了“信托财产责任负担债务”的概念来描述我们通常所称的“信托债务”^[8]。这虽然是一种拗口的、学究气的描述，但确是一种准确的描述。虽然也有授予信托财产独立法人资格的立法例（后文详述），但是目前尚未被接受为信托法的一般规则。

第二，信托委托人对信托财产有什么样的权利？在信托设立之后，和其他普通的财产权转移一样，财产权至少在形式上属于受让人，委托人不得认为这些财产仍属其所有，所以一般而言，委托人对信托财产几乎没有什么财产权利。对此结论虽然并非没有争议^[9]，但是比较法上确无采信托财产归

[4] 我国《物权法》第39条给出了所有权的定义：“所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利”，根据我国民法的一般解释逻辑，很难把债权、股权等无体权利解释为动产，因此，我国的所有权秉承了狭义的，仅对有体物的权利。

[5] 参见王涌：《论信托法与物权法的关系——信托法在民法法系中的问题》，《北京大学学报》（哲学社会科学版）2008年6期。

[6] 信托财产甚至不是任何人真正意义上可以“所有”的财产。当然，这也并不意味着信托财产为“无主财产”。

[7] 英、日等国的信托法著作一般主张信托财产没有法律人格，例如：J E Penner, *The Law of Trusts*, 4th edition, Oxford University Press, 2005, p26；D.J. 海顿：《信托法》（第4版），周翼等译，法律出版社2004年版，第3页；能见善久：《现代信托法》，有斐阁2004年版，第221页。美国法的传统观点亦主张信托财产并非独立的实体（entity）。George G. Bogert, Dallin H. Oaks, H. Reese Hansen, Stanley D. Neeleman, *Cases and Text on the Law of Trusts*, 9th ed., Foundation Press 2012, p397.

[8] 该法第2条之9规定：“本法所称‘信托财产责任负担债务’，是指受托人以信托财产项下之财产负有履行之责任的债务”。

[9] 此观点最具有代表性的学者为张淳教授。张淳教授从信托法第2条、第7条、第15条、第20条、第28条、第29条等的文义解释出发，认为我国信托法上采信托财产归委托人所有的立场。参见张淳：《中国信托法特色论》，法律出版社2013年版，第33-97页。

委托人的成例^[10]。从制订信托法的历史背景上看,我国信托法所参考的众多国家和地区均在信托的概念中强调财产权的转移(宣言信托除外),否则将创设出一种和世界各国信托制度完全不同的信托。因此,无论如何强调我国的国情,也不应理解成我国信托法上的信托不转移财产权就可以设立。如此,剩下的问题就是:受托人、受益人对信托财产享有什么样的权利?

第三,信托受益人对信托财产有什么样的权利?从形式上看,信托受益权的核心为针对受托人的请求权,是一种类似债权的权利(日、台等采“信托受益权债权说”);但从实质上看,信托受益权不同于债权,而和股权相类。英美法称之为衡平法所有权(equitable ownership)并不能证成受益人对信托财产享有所有权或者物权。信托财产不是受益人的财产。笔者已另文^[11]探讨这一问题,此处不赘。

第四,信托受托人对信托财产有什么样的权利?此为本文的核心论题。

(三)“旧瓶”和“新酒”

英美法上较早期的观点认为,信托财产的财产权(英文亦使用“ownership”这样的术语,虽可直接翻译为“所有权”,但此所有权和大陆法系物权法意义上的所有权相去甚远)全部在受托人手中,受托人的财产权只受其对受益人的一种“债务性义务”的限制,也即受益权是一种债权、对人请求权和诉体动产(chose in action),最多仅是一种受衡平法保护的债权而已。但是美国现代的多数观点认为,受益人享有信托的衡平法利益或者产权,以和受托人的法定所有权相对应。^[12]目前被广为接受的观点认为,在英美信托法上,存在法定的财产权人和衡平法上财产权人的划分,财产利益的归属人,即衡平法所有人(受益人)才是真正意义的所有权人。当然,衡平法并不干涉法定所有人对财产的所有权(title)和占有权,受托人有义务为受益人(衡平法所有权人)的利益持有信托财产,该义务指向的对象是受益人,因此受益人有权强制执行信托财产。对信托财产的衡平法所有权是一种特殊的财产权,只要信托存续,衡平法所有权人不是通过直接和信托财产打交道而取得其财产利益(而传统意义上的所有人正需要直接和财产发生联系),而是通过强制执行其针对法律所有人(受托人)的信托权利的方式来间接实现其信托利益^[13]。

需要重申,英语世界中的所有权(ownership)并不是大陆法系中所熟悉的、作为“最完整”意义上的财产所有权。例如,我国物权法所规定的所有权是对“动产和不动产”这些特定的有体物的权利,且应有支配性和优先性,而信托受益权是受益人针对信托财产这种概括财产(各种财产权利的结合)的权利,无法成立所有权,更无法产生支配性和优先性。所以一般认为,基于司法体制和文化传统的原因,英美法系的“双重所有权”理论无法和大陆法系的权利理论融合,甚至由此而产生的“名义所有权/实质所有权”理论也很难被学界所接受。

本文尝试引入大陆法世界和英美法世界均普遍存在的“财团”概念和“双财团理论”,为信托财产的性质提供一个能最大限度契合于大陆法系民法理论的解说^[14]。根据该理论,受托人名下有两组财产或者“财团”,信托财产是受托人名下的、区别于其一般财产(固有财产)的特别财产。

[10] 张淳教授归纳了国外信托法关于信托财产权归属的三种类型,均没有采“委托人为信托财产所有权人”立场的。参见张淳:《中国信托法特色论》,法律出版社2013年版,第36-41页。

[11] 赵廉慧:《信托受益权法律性质新解——“剩余索取权理论”的引入》,《中国政法大学学报》2015年第5期。

[12] See, Edward C. Halbach, Jr., Trusts, *Gilbert Law Summaries*, Thomas/West, 2008, p1.

[13] See, J. E. Penner, *The Law of Trusts*, 4th edition, Oxford University Press, 2005, pp17-18.

[14] 比较法的研究已经长期关注“财团理论”在信托法理论构建中的有效性。参见Lusina Ho和Rebecca Lee在其编著的书中的注释中的总结。*Trust Law in Asian Civil Law Jurisdictions, A Comparative Analysis*, edited by Lusina Ho & Rebecca Lee, Cambridge, 2013, p5.note 11.

二、“双财团理论”和信托财产的法律地位

(一) 非普通法国家的“财团”概念

财团 (patrimony)^[15] 是一个非常古老的概念, 可以追溯到罗马法,^[16] 目前在民法法系中也甚为常见。^[17] 在 19 世纪 30 年代, 法国法学家 Pierre Lepaulle 指出, 财团是人的财产和责任之集合。在普通情形下, 一个人只有一个一般财团; 但是在特殊情形下, 一个人在持有其一般财团的同时还可能持有服从于某种特殊目的的财团^[18], 或许正是在这种观念影响下, 坚持“所有权绝对”的法国法在 2007 年 2 月 19 日修改民法典, 在第 14 章专设有关信托的规定 (第 2011 - 2028 条)。深受法国法影响的《魁北克民法典》中就确认信托财产是没有所有人的特殊目的财团 (patrimoine d'affectation)。更有非普通法法域的法学家承认财团理论在解释信托方面具有非常强的解释力, 如苏格兰爱丁堡大学比较法教授 George L. Gretton 就指出: “以财团理论解释信托, 一切皆浑然天成”^[19]。

1. 一般财团 (general patrimony) 或一般财产

一般财团也被称为“一般责任财产”、“一般担保财产”、“概括财产”, 它不是一个独立的权利形态, 而是一个人的财产性权利和义务的集合, 属于“一揽子财产”, 既包括民事主体所有的如动产、不动产等有体物, 也包括金钱、股份和其他投资、遗产或者信托项下的权利等无体物财产, 值得注意的是债权和债务都是属于一般财产的构成部分。由于民事主体不断的从事各种经济或者非经济的活动, 其一般财产一直处于变动状态。^[20] 针对这种作为一揽子财产的信托财产, 正像一般不能使用“对债权的所有权, 对股权的所有权”一样, 笔者不愿意使用“信托财产的所有权”这种表达。“一般财产”或“一般财团”是民法上普遍承认的一个基本概念。^[21] 除了“patrimony”这一词汇之外, 英语中的“estate”、“fund”和“asset”几个概念实际上都能被大陆法系所接受, 其含义均是“财产集合”。如前述, 大陆法系的所有权概念是不能以集合物或者集合财产作为客体的, 所谓“信托财产所有权”的概念最多只能在比喻的意义上使用, 不是一个严格的法学概念。

2. 特别财团或特别财产

原则上, 一个法律主体只有一种由全部具有金钱价值的权利所构成的财产集合。但有时法律也会

[15] 在民法上还有一个不同的“财团”的概念, 民法理论上财团法人和基金会, 在德语中称之为“Stiftung”, 类似英语中的“foundation”, 和这里的财团的含义大为不同, 深值注意。

[16] “Patrimonium (拉) (罗马法) 可继承财产, 又称财产物 (res in nostro patrimonio), 指完全归属于个人所有并由个人支配、可通过父亲或从父亲处继承的财产。财产物可作为个人财产的构成部分。与之相对, 不能构成个人财产、不能为个人所有的物位非财产物 (res extra nostrum patrimonium)”。薛波主编:《元照英美法词典》, 法律出版社 2003 年版, 第 1035 页。

[17] P. Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international* (Paris: Rousseau et Cie, 1931). 其更早的作品请见: “An Outsider’s View Point of the Nature of Trusts” (1928) 14 *Cornell L.Q.* 52. 另外, 对财团理论的全面论述, See, Kenneth G. C. Reid, “National Report for Scotland”, in *Principles of European Trust Law*, ed. David J. Hayton and others, (The Hague: Kluwer Law International, 1999), pp68-69.

[18] 《魁北克民法典》第 1261 条。

[19] George L. Gretton, “Trusts without Equity” (2000), *International and Comparative Law Quarterly* Vol49 pp599-620, at 612. “With the explanation of trust as patrimony everything falls into place.”

[20] Scottish Law Commission, *Discussion Paper* No. 133, October 2006, para 2.16.

[21] 相关论述请参见, 江平主编:《民法学》, 中国政法大学出版社 2008 年版, 第 481 页; 王泽鉴:《民法总则》(增订版), 中国政法大学出版社 2001 年版, 第 235 页; 内田贵:《民法 III 债权总论担保物权》(第三版), 东京大学出版会 2005 年版, 第 273 页; 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册), 王晓晔等译, 法律出版社 2003 年版, 第 417-420 页。

承认:同一主体的名下除了有一般财产之外,还有一种需要在法律上单独对待的财产关系,仿佛这些财产属于另外的一个人。这种财产被称为特别财产(património autónimo)或者分离财产(património separado)。这样,同一主体名下出现了两个以上的独立财产:对主要财产或一般财产适用一般的法律规定,对特别财产适用特别的法律规定。^[22]承认特有财产或者分离财产的标准可以是多样的:既可以是某一财产的特殊用途,也可以是这批财产的单独管理,也可以是债务责任。^[23]

特别财产的形成原因各种各样,例如:

第一,这个特别财产可能主要或只用来满足某个或某组债权人的债权。例如,在破产程序中,债务人的破产财产用于同时满足所有的债权人,而“破产财团”(作为一般财团)和其他“不属于破产财产”的财产(作为特别财团)是分开的。

其实,设立担保物权也是分割出特别财产的一种常见的方法。担保人通过约定的方式把自己部分特定的财产从一般财产中独立出来,成立担保物权,为某一债权人设立优先的权利;而没有设立担保物权的财产作为一般财产成为满足全部普通债权人的责任财产。

第二,特别财产的目的也可以是为了满足对特别财产的特殊利用,或者是为了这个财产的特别承受人而保留。遗嘱执行人可以对应给与不同继承人的财产进行分别管理,从而使被继承人的处分意愿能够得到实现。特别是在遗嘱继承中指定了次位继承人的情况下,给次位继承人的财产作为特别财产是和先位继承人的财产分开的。

第三,在夫妻双方对夫妻共有财产制有约定的情况下,夫妻各方除了拥有夫妻共同财产外,还拥有一个特有财产和保留财产。夫妻各方独立地管理自己的特有财产和保留财产。^[24]

笔者主张“财团理论”的主要目的在于,“财团”或“概括财产”的概念是大陆法系所熟悉的概念,传统民法也承认同一主体名下存在不同类型、受不同对待的财产,以此来论证信托财产是受托人名下独立于其一般财团的特殊财团。所谓信托法在大陆法系中的“水土不服”,并不像一般所理解的那么严重。

(二)“双财团理论”在非普通法国家立法中的体现

特别财产或者独立财产的概念早已体现在很多国家的民法体系中,在瑞士和意大利法律中,一位死者授予其继承人的财产构成独立财产,直至他接受了所有财产上的权利和义务;代理人手中的、属于被披露的委托人的财产,在代理人不能清偿到期债务时,是受保护的。意大利民法典第167条至171条还规定了“fondo patrimoniale”,指由配偶持有的、用以满足家庭需要的财产。其他例子还包括荷兰的公证人客户账户等等。^[25]

“双财团观念”对很多国家的信托法产生了极大的影响。除了前述的魁北克民法典之外,拉丁美洲信托法的发展也受其很大影响。学者解释,拉丁美洲的“信托”一语,包括下列内涵:信托文件(信托合同、遗嘱等)产生把委托人的特定财产转移给受托人的效果,创设出“属于”受托人的

[22] 在罗马法中存在父子特有产(peculium profectitium),指的是“家父给与家子个人支配和经管的钱财。对于此种特有产,家子按照家父的要求进行管理,并且向家父汇报有关的经营状况;家父只在该特有产的范围对有关的债务承担责任。在优士丁尼法中,家父成为该特有产的形式所有主,不再享有处分权”。黄风编著,《罗马法词典》,法律出版社2002年版,第198页。由于家子没有法律主体地位,父子特有产相当于家父自己的针对特别债权人的特别财产。其他类似的概念还有妻子特有产和奴隶特有产等。

[23] Carlos Alberto Da Mota Pinto:《民法总论》,林炳辉等译,澳门大学法学院2001年版,第190-193页。

[24] 把财产作特别区分(Sonderung),对财产的管理、财产持有人对财产的处分权、使用权以及债务责任的发生等都具有特定的意义。参见卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第417-420页。

[25] 参见D.J.海顿:《信托法》(第4版),周翼等译,法律出版社2004年版,第16页。

特别财团,同时,创设出受托人作为特别目的财团 (special purpose patrimony) 所有人对受益人的义务 (债务)。^[26] 而且,苏格兰也非常重视财团理论的解释力,在 2006 年,苏格兰法律委员会的报告中甚至建议采用“双财团理论”作为改革苏格兰信托法的基础,报告中指出,“毫无疑问,‘双财团理论’为苏格兰信托法的性质提供了具有说服力的和令人满意的解释”。^[27] 另外,《海牙信托法公约》(1985) 是大陆法系国家和普通法系国家共同订立的承认信托制度及其法律适用的公约,该公约第 2 条所要求的信托财产是独立的、不同于受托人之基金的财产,这也和“双财团理论”是一致的。

为了使信托法原理尽可能多地适用于欧洲各国,《欧洲信托法原则》被制定出来,该原则第 1 条所确立的核心信托概念是:受托人名下的独立信托财产,该财产应与受托人的个人财产 (private patrimony) 相分立,以确保该财产 (“trust fund” 或者 “asset segregated”) 免受受托人的债权人、配偶和继承人的干预。^[28] 另外,南非信托法采纳了独立财团 (Separate patrimony/estate) 的理论,^[29] 该理论体现在 1988 年《南非信托财产管理法》第 12 条的规定中。根据该条规定,信托财产不构成受托人的私人财产。

(三) 信托财产为受托人名下的一种特别财团

“双财团理论”简单明了地解释了信托财产的法律地位。通常情况下,一个人只有一个财团;但信托受托人还持有信托财产,该财团不同于受托人的个人财团。每个财团有其自身的债务人——信托财产是信托债务 (也包括受益人) 的债务人,受托人的个人财团是其个人债务的债务人。这既构成财产的分离,也是责任的分离。

在我国信托法下,信托财产可以理解为受托人名下的特别财产或者独立财产。《信托法》第 2 条规定,受托人要“以自己的名义”处理信托事务,对于和信托财产打交道的第三人而言,其交易的对象为受托人,第三人可把受托人作为信托财产的完全财产权人来对待。信托法第 13 条规定,信托财产是受托人“因接受信托而取得的财产”,该财产构成一个财团,这样,受托人的名下有两个以上的财团,一个属于其一般财产 (固有财产),该财产是受托人固有债务的债权人的扣押财产或者一般担保;其他的一组或者多组信托财产属于特别财产,这些特别财产用于委托人所设定的目的,该财产只对受托人因管理该财产而产生的负债以及对受益人的义务承担责任 (此为日本信托法上的“信托财产责任负担债务”^[30]),正像物权担保的担保财产只对特定的债务承担责任一样。^[31]

如此,从形式上看,信托财产为受托人的 (特别) 财产,受益权为受益人针对受托人的特殊权利 (特殊债权) 的观点是符合逻辑的。“双财团理论”为信托财产的归属、信托受益权的性质及受托人权利的性质提供一个合理的分析框架。

[26] Nicolás Malumíán, *Trusts in Latin America*, Oxford, University Press, 2009, pp21-23. 拉丁美洲国家的法律多受大陆法系国家特别是法国的影响,其信托法理论更是受法国学者 Pierre Lepaulle 的财团理论的影响。但是其信托立法更多地借鉴美国法,从正文的分析分明能看出英美法把受托人看作是信托财产所有人,把受益权看做是对受托人的属人财产权 (债权) 的早期观念。

[27] Scottish Law Commission, *Discussion Paper No. 133*, October 2006, para 2.25.

[28] 参见 D.J. 海顿:《信托法》(第 4 版)周翼等译,法律出版社 2004 年版,第 16 页。

[29] Tony Honoré, *The South African Law of Trusts*, Juta, 2002, p49.

[30] 此即通常所说“信托财产的债务”,该概念虽然拗口,但因回避了信托财产是否能成为主体的问题,甚为准确。

[31] 《日本信托法》第 2 条第 3 款规定:“本法所称‘信托财产’,是指归属于受托人、可作为信托进行管理或处分的全部财产”。同条第 8 款规定“本法所称‘固有财产’,是指归属于受托人所有、但非为信托财产的一切财产”。可以看出,日本信托法虽然没有直接称受托人为信托财产的所有人,但是,把信托财产和固有财产理解为受托人名下的不同“财团”是符合逻辑的。

另外,双财团理论也为承认宣言信托提供了更清晰的、更有说服力的解释。根据通行的理论定义,宣言信托是委托人和受托人为同一人的信托。委托人以宣言的形式宣称自己成为自己名下的某一财产的受托人,为第三人的利益对其进行管理。在宣言信托的情况下,信托财产为委托人(=受托人)名下的特别财团,独立于委托人(=受托人)自己的一般财产或者固有财产。这里可以看出,设立信托的关键是确立信托财产为相对独立的特别财团之地位,^[32]而并不需要一般意义上的财产转移。当然,如果非要使用“财产的移转”这样的术语描述这一过程的话,也可以说财产从“作为委托人的甲”转移给了“作为受托人的甲”。^[33]

固守传统观念的学者可能会争议到,双财团理论仍然没有解决信托财产的真正权利归属问题,还必须借用英美的权利分割理论,把受托人理解为一种特殊的、名义的财产所有人。其实,在我国法的背景下,这个问题不独出现在信托法领域,在公司法领域为代表的现代财产法领域,早已经出现了无法用物权法和债权法的传统分析结构加以解决的新问题,既然在公司法中人们已经能够承认公司对公司财产的财产权和股东对于公司财产的股权的权利分割,在信托法中也就应接受受托人享有信托财产的财产权、受益人对信托财产享有受益权这种分割。

三、承认信托财产法人资格的可能性

(一) 承认信托法人格的学说和立法例

现代法律必须为财产寻找自己的主人。如果信托具有法人格,信托财产就成为“信托的财产”,不需要借重受托人的人格了。探究信托财产主体性的理论和立法之努力一直存在。

日本学者四宫和夫教授提出了“实质的法主体说”。他指出,综合信托法对信托所现实赋予的法律效果,信托财产除了处于权利客体的地位之外,还可以假定为是独立于受托人个人之外的实质上的法律主体。^[34]而且,信托虽然没有类似于公司的组织机构,但是,信托受益人和公司股东,信托的变更和公司的分立合并,信托的清算和公司的清算等,都存在着很大的类似性。

日本信托法虽在整体上否认信托的法人资格,但是在其第74条的确有这样的明确规定:因第56条第1项第1号所列之事由(受托人任务终止事由)受托人任务终止时,信托财产“视为法人”,更是体现出来了日本法的实用主义倾向。

其实,在意大利和瑞士,在强制执行债务以及破产等特定目的上,也单独授予信托法人格,这被称为物化或者实体化(reification)。^[35]

在英美法上,由于不存在大陆法系意义上的财团法人,对于基金和信托,均可承认其主体资格。特别是美国,其现代倾向是承认商事信托具有主体资格,显得相对灵活。美国从19世纪中期开始利用信托从事商业,这种信托被称为商业信托(business trust);在1988年特拉华州制定的特拉华商

[32] 信托法的独特之处在于,它创设了一种灵活的财产权结构,信托财产的严格意义上的所有权(物权法意义上的所有权)并不归属于委托人、受托人和受益人中的任何一方。设立信托的目的是创设出独立于委托人、受托人和受益人的财产。对此问题的一个富有启发的讨论,参见道垣内弘人:“中国信托法与所有权的功能”,高庆凯译,载《中日民法研究》(第十卷),法律出版社2011年版,第105-113页。

[33] 也有观点认为这纯粹是无意义的语言游戏,See, Edward C. Halbach, Jr., Trusts, *Gilbert Law Summaries*, Thomas/West, 2008, p79.

[34] 四宫和夫:《信托法(新版)》,有斐阁1989年版,第70页。

[35] 苏格兰法律委员会(the Scottish Law Commission)也曾经讨论过授予信托完全的法人格。Scottish Law Commission, *Discussion Paper* No. 133, October 2006, para 2.40.

业信托法 (Delaware Business Trust Act) 认可了商业信托, 之后在 2002 年该法的名称和信托的名称相应地被改为 “Delaware Statutory Trust Act” 和 “statutory trust”, 基于该法, 不限于过去的商业信托和麻州信托 (Massachusetts Trusts), 还包括广泛的以营利为目的的信托, 都被授予了法律人格^[36]。这一立场在美国统一州法委员会 2009 年公布的示范法——《统一法定信托实体法》(Uniform Statutory Trust Entity Act) 得到集中的体现^[37]。

(二) 信托财产在破产法上的地位

信托债权人期待就信托财产进行清算取得分配是合理的。法律为存在无限责任成员的合伙企业也提供了破产程序 (合伙企业法第 92 条), 如果承认有限责任信托^[38], 为信托财产提供破产程序就更属必要的。制定了破产程序还可以明确关系人的风险负担, 确立信托财产的独立责任财产的地位, 借以促进对信托制度的利用。^[39] 因此, 为信托财产制定破产程序是必要的。

即使是不承认信托之主体资格的日本, 在其破产法中用第 10 章之二单独规定了 “关于信托财产破产的特则”, 承认了信托财产可以破产。在美国的联邦破产法中, 也认可了商业信托的破产能力。^[40]

但是, 不能由此说信托已经一般性地取得法律主体地位。无论是英美还是日本的立法或学说, 仍然坚持信托财产不具备法人资格, 信托财产必须附着于受托人的人格之上。英、日^[41] 等国的信托法著作一般主张信托财产没有法律人格; 美国法的传统观点亦主张信托财产并非独立的实体^[42] (entity)。实际上, 从信托的基本结构可以看出, 若信托财产有独立的法人格, 就不需要再将财产名义置于受托人之下, 这会极大冲击传统信托的定义。在日本法上, 正因为不承认信托财产的法人格, 受托人因管理信托财产而生债务不能称之为信托债务 (虽然为了简便我们都这样表述), 而只能称之为受托人的债务, 为了区分受托人为信托而负债务和受托人自身的 “真正” 债务, 日本信托法 (2006 年) 中使用了 “信托财产责任负担债务” 的概念来描述我们通常所称的 “信托债务”。虽然信托原则上不具有法人格的原则也存在例外, 但是, 这些例外都需要法律的特别规定, 不能改变各国信托法

[36] Langbein, “The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce”, 107 *Yale L.J.* (1977) pp183-85.

[37] 但是绝不能说, 美国信托法上已经逐渐转向承认信托的法人地位。美国《统一法定信托实体法》的起草说明和法律条文均强调其与普通法信托 (common-law trust) 的区别, 作为普通信托法编撰之集大成作品的《美国信托法重述》(第三版) 明确排除了商事信托的适用。See, e.g., Restatement (Third) of Trusts § 1, cmt. b (2003).

[38] 限定责任信托, 或称 “有限责任信托”, 我国信托法没有规定这种制度, 原则上可以认为在我国信托法上受托人对第三人承担个人的无限责任。日本信托法用第九章整章规定了 “限定责任信托的特则”, 恰恰证明了日本信托法的一般原则是受托人承担无限的个人责任, 第九章的规定是特殊规定和例外, 只有当事人选择了限定责任信托这种形态, 受托人才以信托财产为限承担对第三人的责任。可以把第九章看作是一种备用性规则, 但是和合同法上的备用性规则不同的是: 在合同法上, 若当事人没有就相关事项进行规定, 则合同法的相关规则自动成为合同的一部分, 当事人可以通过约定的方式规定和合同法的备用性规则不同的规则; 但是在信托法中, 受托人欲享有有限责任, 须按照第九章的要求设立信托, 满足第九章的条件, 或者至少和第三人通过合同的方式限定自己的责任, 否则, 受托人应承担无限的个人责任。法律规则的效力层级复杂若此, 不得不查。

[39] 概括的论述, 参见小野傑, 深山雅也編: 《新信托法》, 三省堂 2007 年版, 第 53-55 页。

[40] 而实际上, 美国法上并不一般性地承认信托财产的破产能力。因此和日本法上不存在继承人场合把继承财产视为继承财产法人的做法不同 (日本民法第 951 条), 就是否认不具有法人格的信托财产的破产能力是有疑问的。同上注。

[41] Charles Mitchel, Hayton & Mitchell: *Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, 13th edition, Sweet & Maxwell, 2010. p1; J E Penner, *The Law of Trusts*, 4th edition, Oxford University Press, 2005, p26; D.J. 海顿: 《信托法》(第 4 版), 周翼等译, 法律出版社 2004 年版, 第 3 页; 能见善久: 《现代信托法》, 有斐阁 2004 年版, 第 221 页。

[42] George G. Bogert, Dallin H. Oaks, H. Reese Hansen, Stanley D. Neeleman, *Cases and Text on the Law of Trusts*, 9th ed., Foundation Press 2012, p397.

原则上否认信托具有法人格的基本立场。

四、信托财产独立性和法人格

(一) 信托财产具有独立性≠信托财产具有法人格

信托法上的一个重要的规则是信托财产的独立性,学者基于此主张,信托财产的独立性效力体现出信托财产的主体性,信托财产类似法人财产而具有独立地位。^[43]略作考察即可得知,中国、日本、韩国以及台湾地区的信托法都有类似的维护信托财产独立性的规定,但这恰恰证明信托财产不具有主体性——若具备主体性的话,信托的财产和受托人的财产非常明确是属于不同主体的财产,根本不需要以专门的条款规定禁止混同、抵销,因为这是不言自明的——例如公司具有法人格,公司法上就不需要抵销禁止、混同禁止等规则来申明公司财产的独立性。我国信托法强调信托财产的独立性和责任承担的独立性,但是却不能根据“独立财产+独立责任=独立法律人格”的教条承认信托财产的法人资格,原因是什么呢?简单的答案是法律政策的选择问题,但并不具有说服力。

(二) 信托财产独立性的相对性

信托财产并不具有完全的独立性。《信托法》所规定的信托财产独立性,主要是强调信托财产独立于委托人、受益人特别是受托人之财产的独立性^[44]。但是,受托人的固有财产是否独立于信托财产呢?有人认为答案是不言而喻的,但实际上并非如此。信托法确定了信托财产独立于受托人的固有财产,目的是使信托财产免于受托人个人债权人的追索,隔离于受托人个人破产的风险,这对于信托法而言是非常重要的。但是并不能反过来说:信托法也确立了把受托人的固有财产免受信托债权人的追索、使受托人固有财产隔离于信托财产破产风险的规则。这也是信托受托人地位和公司经理人之地位的不同之处^[45]。更准确地说,作为一般规则,信托中固有财产和信托财产之间的风险隔离是单向的。

再从债权人的角度来看这个问题。对于受托人个人(固有财产)的债权人而言,其能强制执行的只有受托人的固有财产,此时信托财产的独立性起作用(信托法第16条等);而对于和信托财产因交易或者基于其他关系取得债权的信托债权人而言,该权利的责任财产首先是信托财产,但不仅仅是信托财产——因为该债务形式上的责任人是受托人,此时受托人原则上以固有财产承担信托财产不足清偿全部债务的风险,因此是一种无限责任。也就是说,信托财产的独立性并不彻底,和公司法中的经理和董事等能把其个人财产和公司财产不足以支付公司债务的风险隔离开来不同,受托人的固有财产原则上并不完全隔离于信托财产对第三人的责任。在公司的结构中,因公司具有法人资格,财产的独立也比较彻底,因此经理人和公司之间的责任隔离是双向的、明确的。但是在信托的结构中,信托财产按通说不具备法人资格,财产的独立性贯彻的并不彻底。为了信托财产的安全性,

[43] 参见谢哲胜:《信托法》,元照出版公司2009年版,第111页。季奎明在其著作中多次强调信托财产的独立性可以证成信托具有法人格。季奎明:《组织法视角下的商事信托法律问题研究》,法律出版社2014年版。另参见,于朝印:《特定目的信托法律规制研究》,厦门大学出版社2013年版,第207页。

[44] 《信托法》第15、16条。

[45] 《信托公司管理办法》第3条规定:“信托财产不属于信托公司的固有财产,也不属于信托公司对受益人的负债。信托公司终止时,信托财产不属于其清算财产”。该规定在强调了信托财产独立于受托人(信托公司)、信托受益人,但是在说信托财产不属于“信托公司对受益人的负债”的时候,似有进一步讨论之余地。信托财产是受益人请求支付受益权的标的(受益人请求支付的对象只能是受托人,所以在英美法上有主张受益权为对人权的),或者按照《日本信托法》的语言,信托财产是受益权的“责任负担财产”,但是由于信托财产据通说并不具备法人资格,受益人形式上的请求对象(债务人?)仍然为受托人(信托公司等)。因受托人和受益人的关系为内部关系,受托人对受益人以信托财产为限承担给付责任(有限责任,《信托法》第34条)能得到完全的贯彻。

信托法的规则确认了信托财产独立于受托人个人的破产风险，但是反过来看，受托人在和第三人交易的时候，第三人有时并无从完全清晰辨别信托财产和固有财产之间的界限，信托法确定受托人对信托债务的个人责任，就把通过约定限制对第三人个人责任以及对信托财产进行公示的义务更清晰的分配给了受托人，受托人虽然有权就其偿还信托债务可以向信托财产求偿，但是信托财产不足以偿债的风险仍然在受托人处；而和公司经理人处于类似法律地位的受托人欲避免自己的无限责任和风险，应在交易时通过和第三人约定加以解决。信托财产仅具有相对的独立性和受托人对信托关系之外的第三人的个人责任在逻辑上是具有一致性的。此点正是信托和公司的不同之处，是体现信托制度灵活性的一个例证。

也有观点认为，授予信托法人资格可能让信托财产取得权利主体的资格，使其具备起诉和被诉的功能，在程序上更为便利。从商业信托（business trust）的角度看承认信托的主体地位或有一定的说服力，^[46]但是，是否授予诉讼主体资格和是否授予法人资格是不同的问题，例如合伙和其他非法人团体，被授予了诉讼主体的资格，但是没有法律主体资格。^[47]本文认为，不能一般性地承认信托财产的主体性。

（三）信托原则上不具有法人格的论证

信托作为一种灵活的制度，在最初产生之时比较仰赖受托人的信用；即使是在现代社会，若承认信托财产的法人属性的话，则没有办法利用受托人本身的这种信用。我国信托法和日本信托法等等的备用性规则（default rule）都确立了这样的原则：没有约定或者关于有限责任信托的法律规定之时，作为原则，受托人是信托财产之债权人的债务人，要承担个人责任。受托人的固有财产可能被信托财产的债权人强制执行，这对信托财产的债权人是一个保障。在理论上，信托的受托人为管理信托事务承担无限责任。这样就保留了把受托人的信用引入信托结构中的可能性；特别是在受托人既有能力又有动机对信托债权人采取机会主义行为的话，受托人个人责任可以作为一种合理的威慑机制。^[48]

如果一般性地承认信托财产的主体地位，则信托和公司（法人）制度就逐渐趋同，信托制度也就丧失了其自身的优势。把信托财产不具有法人资格和受托人个人责任作为法律的备用性规则，当事人基于自己的需要可以做出约定，比如，受托人可以在合同中约定仅以信托财产为限对和信托交易的第三人承担责任，可以约定自己仅承担类似代理人的职责，约定由信托财产独立承担责任；甚至在商业信托的领域通过立法的方式承认某些商业信托的结构具有法人资格，前者是把普通信托法的领域做出约定的义务施加给了一般而言处于优势地位的受托人，具有一定的合理性^[49]。

信托可被用于各种用途，现有信托结构的价值是其面对新的经济和社会环境的便利性和适应性。可以试想在现实中若以信托财产为主体，成为“财团法人”，会遇到什么问题呢？授予其法人资格

[46] 在美国，商业信托类似公司，可被赋予法人资格，可以起诉和被诉；在符合一定的条件下可以享受免于缴纳营利事业所得税的待遇，还能规避公司法的某些限制性的规定，所以还受到一些投资者的欢迎。转引自谢哲胜：《信托法》，元照出版公司2009年版，第238—239页。

[47] 《民事诉讼法》第3条规定了“其他组织”的诉讼主体地位。

[48] 参见乌戈·马太：《比较法律经济学》，沈宗灵译，北京大学出版社2005年版，第165页。

[49] 但是，并无充分的理由可以合理论证信托为什么一定不能取得法人格，至少的商业信托领域存在承认信托的法人资格、承认受托人对第三人有限责任的例子。在19世纪，美国的马萨诸塞州出现了商业信托，属于习惯法上私益信托的变形。商业信托利用信托的形式，代表投资人经营事业，投资人成为信托受益人，投资人的受益权通常是可以转让的，这类类似于公司之股票；投资人也有权利选举受托人，如同公司的股东选举董事。1988年特拉华州也制定商业信托法，提供一个具有公司特征的法律实体——法律上的人格、受益人和管理人的有限责任，却免去了设立公司的成本（至少共同基金是这样）。商业信托有和公司法人趋同的迹象。

会使信托的结构复杂化,信托也还需要通过代理人(受托人)行使其积极权能,除了权限范围问题,调整信托、受托人和第三人之间关系的代理规则会非常复杂。一般认为,即使信托有了独立的法人资格,受托人仍然还要对受益人以及信托本身承担忠实义务,正如公司法中的情形一样,可以预见会产生非常复杂的利益冲突问题。^[50]所以,仍应将信托理解为一种在委托人、受托人和受益人之间创造法律关系、特别是信义关系的机制;还是要把承认信托财产的独立性和承认信托财产的法人格区别开来。^[51]因此,我国信托法仍不应直接承认信托财产的主体性。

五、信托财产和无权利能力财团

“财团”的概念特指一组概括财产,这组财产有时可以取得法人资格,此即为大陆法系的财团法人和社团法人(财团法人的人格是以财产为中心的似无争议;在社团法人中的财产和成员一起共同构成其法人人格);该组财产亦可能无法取得法人资格,此时的财产可以称之为“无权利能力财团”,其典型例即合伙企业财产和一般意义上的信托财产。合伙企业财产等“无权利能力社团”的财产,并非其构成者或其代表者的财产,因其实质上属于社团的财产,故社团的构成者或代表者的债权人均不得追及无权利能力社团的财产。在日本,其下级法院有裁决指出,即使社团财产登记在其代表者之名下,亦不允许代表者个人的债权人执行^[52]。社团财产的独立性似可通过类推适用信托法理得到某种程度的解决,但根据日本信托法,能进行登记注册的财产,非经登记注册,不能排除受托人个人债权人的强制执行(日本信托法第14条),我国《信托法》第10条也有类似的规定,这一点带来问题。但是,若考虑财产的实质关系,即使不满足信托构成要件或者对抗要件,用信托法理对相关关系人进行保护的“作为救济法理的信托”的观点是有力的^[53]。

表 对公司、信托和合伙之财产关于法人格、法律地位和管理人对第三人责任的总结

	法人格	财产的地位	管理人责任的一般规则	一般规则可否改变
公司	有	法人财团:公司财产权是公司的财产权	有限责任	原则不可以(公司的股东有时被公司债权人要求承担担保责任等,可视为约定的无限责任。)
信托	无	非法人财团:信托的财产权是受托人的财产	无限责任	原则可以(限制受托人对第三人责任的方式有:(1)和债权人约定仅以信托财产为限承担责任;(2)在信托法中设置关于有限责任信托的规定,符合的受托人享有有限责任(如日本法);(3)特别法规定某种信托类型为有限责任信托(如美国法)。
普通合伙企业	无	非法人财团:合伙财产的财产权归合伙人所共有	无限责任	原则不可以(普通合伙人就合伙债务对第三人的责任是法定的无限连带责任。)

信托和合伙企业制度虽然有很多重大的差异,但是信托财产的法律地位和合伙财产具有一定的可类比性。信托和合伙均属于信义关系(fiduciary relationship),合伙的各个合伙人之间存在相互代理的关系;合伙企业法第二章的第二节和第四节规定了和信托法类似的确保合伙财产的“相对独立性”的规则,特别是其第41条的禁止抵销规则。相比之下,信托财产的独立性比合伙更强,但是

[50] Scottish Law Commission, *Discussion Paper* No. 133, October 2006, para 2.41.

[51] 参见能见善久:《现代信托法》,有斐阁2004年版,第45页。

[52] 所谓无权利能力财团,是指存在基于一定目的结合在一起财产、该财产和捐出者以及其他特定个人的财产相分离,且具备管理机构,在社会生活上具备独立的实体,但未取得法人格的存在(参照:最判昭和44.11.4民集23-11-1951【百选5版I-10】)。

[53] 四宫和夫,能见善久:《民法总则》(第8版),弘文堂2010年版,第151页。

这并不意味着信托财产具有主体地位——信托财产虽然可以隔断委托人的债权人、受托人的债权人和受益人的债权人的追索，但是，我国信托法并没有排除信托财产上负债的债权人对受托人固有财产的请求权（信托法第 32 条、第 37 条），所以在一般意义上，信托财产不具备法人地位和主体资格，可以将其理解为“非法人财团”或者“无权利能力财团”。

接受了“双财团理论”之后，受托人的地位也相应得以确定，受托人是信托财产的财产权人；信托财产只是受托人名下的特殊财团，该特殊财团受信托目的之限制。

忠实义务的功能：以学说为中心*

姜雪莲**

一、前言

信托制度中受托人的忠实义务（duty loyalty）是受托人所负有的最重要的义务之一，忠实义务可以说是受托人各种义务的核心。即，受托人在处理信托事务时不能为自己谋取利益，只能为了受益人的利益行动，而该原理推倒出的具体义务内容就是：受托人不能和信托财产进行交易；受托人不能设置与信托财产或受益人的利益相冲突的地位；受托人的行为不能与信托的行为出现竞争状态等。这种忠实义务是随信托制度一起被引进中国，现行《信托法》第 25 条至 28 条进行了规定。信托制度作为英美的舶来品，与现有的传统民法之间的关系被称之为“浮在水上的油”^[1]。其中，从义务体系上看，最大的难点就是忠实义务与传统民法中的注意义务（duty of care）之间的关系，忠实义务是否等同于法国法上的善良家父之注意义务^[2]，如果等同又何须创设新概念，如果不同，英美法中被视为信义关系（fiduciary relationship）^[3]的代理等制度中是否需要设定忠实义务的规定，

* 本文是“北京理工大学基础研究基金”项目的阶段性研究成果。

** 姜雪莲（1978-），女，大连瓦房店人，法学博士，北京理工大学法学院讲师。主要研究民商法、信托法。

[1] 四宫和夫：《信託法（新版）》，有斐阁 1989 年版、前言部分。

[2] 在英美，忠实义务与注意义务是不同的义务，但是，两者的区分并非是一成不变且明确的，根据时代的不同，这两者之间的差异有时并不是很明确。相反，在日本法中，承认忠实义务与注意义务的区别却很难被接受。日本最高法院的案例（1970 年 6 月 24 日民集 24 卷 6 号第 625 页）认为忠实义务是注意义务的具体化，不非是区别与注意义务的义务，没有赋忠实义务独立的含义。

[3] 英美的信任义务的发展在司法实践以及学说方面都有深厚的积累，信义义务适用范围除了传统的信托、代理、合伙以及公司以外，医生与患者、投资顾问与委托人、顾客与银行、律师与委托人，最近调解人、一般的朋友关系、担保的经纪人、以及支票的兑换商（check-cashing institutions）关系也有可能被认定为信义关系，承担信义义务。可以说信义关系是不断发展壮大，开放的法律关系，不断有新的法律关系加入到信义关系中。美国法虽然对信义义务不陌生，但是，界定信义关系的内涵却非常困难。如何认定信义关系之信义义务的外延存在很多争论。一般认为受到他人的信赖享有一定权限的之受信人，必须完全为了他人的利益行使权限的关系称之为信义关系（fiduciary relationship），受信任之人称之为受信人（fiduciary），受信人承担的义务称之为信义义务（fiduciary duty）。在众多信义关系中，其内容是是在差别的。比如，在公司与董事的关系中，董事的忠实义务被宽松，承担公平交易义务。