

# 论我国信托法信托设立制度之完善

——基于法律行为的视角

王庆翔\*

---

**摘要：**传统上信托设立制度遵循了一条构成要素的理论进路，大陆法系在移植信托制度时普遍将法律行为应用于其中，由于坚持了共同的生效要件，实现了相似的制度效果。与此同时，法律行为创设信托关系的制度实践在信托关系的效力来源问题上还表现出极富特色的二元化属性。我国信托法确认了法律行为在信托设立中的基础作用，但并未严格遵循信托设立的一般规律，这使得我国信托法信托设立制度的相关规定存在明显的逻辑自治问题，也给信托设立实践带来困扰。完善我国信托设立制度，应当遵循信托设立活动的一般规律，在坚持财产权转移这一关键生效要件的前提下合理区分设立信托的债权行为与处分行为的效力，在坚持信托效力来源二元化的前提下注意区分设立信托的法律行为与信托法律关系的效力。

**关键词：**信托设立 法律行为 财产权转移 效力来源

---

信托的设立是信托关系的开始，是指依照法律的规定，在信托当事人之间形成有效的信托关系。<sup>〔1〕</sup>信托关系是一种民事法律关系，它调整平等主体的信托当事人之间的权利义务。与此同时，信托关系还表现出许多不同于其他民事法律关系的特殊属性。<sup>〔2〕</sup>信托设立是信托法律制度中的基础性制度，信托关系的设立条件、生效时间等问题对信托当事人的利益影响显著。传统上，信托设立遵循了一条构成要素的理论进路，当充分法

---

\* 王庆翔，北京市人大常委会法制办公室法规三处副处长，中央财经大学法学院博士研究生，研究方向民商法学。

〔1〕 全国人大信托法起草工作小组编：《中华人民共和国信托法释义》，中国金融出版社2001年版，第9页。

〔2〕 信托法律关系的特殊性主要表现为主体的三方性和权利义务的特定性。相较于其他民事法律关系，信托由委托人、受托人和受益人特定的三方当事人构成，虽然根据不同的适用情景当事人的身份可以兼任，但各方当事人的地位及权利义务的来源、性质等存在本质差异；信托关系中的权利义务也与其他民事法律关系存在明显区别，信托权利义务主要由以信义义务为核心的一系列法定权利义务和信托当事人之间约定的权利义务构成，其权利义务的来源具有典型的二元化属性，详见下文。

定的生效要件时,信托得以有效设立。大陆法系在移植信托制度时已建立起成熟的法律行为理论,因而普遍将其应用于信托设立过程,创立并发展出较为系统的信托行为理论,用以解释和指导信托设立实践。我国在2001年制定《信托法》时确认了法律行为在信托设立中的基础性作用,在第8条中规定了合同、遗嘱两种典型的信托设立方式。然而更进一步观察,《信托法》有关信托设立的规定并不完全符合法律行为的一般原理,相关条文间也存在明显的逻辑自洽性问题。本文拟从法律行为的视角全面审视我国《信托法》信托设立制度的相关规定,力求为构建既符合法律行为理论要求又能够反映信托实践规律的信托设立制度提供有益借鉴。

## 一、我国信托法信托设立规定存在的主要问题

首先,区分信托(法律关系)成立与生效的理论依据和现实意义尚不清晰。《信托法》第8条第3款规定:采取信托合同形式设立信托的,信托合同签订时,信托成立。采取其他书面形式设立信托的,受托人承诺信托时,信托成立。结合第10条关于以应登记财产设立信托的,信托自登记时起生效,以及第44条关于受益人自信托生效时起享有受益权等规定,《信托法》事实上区分了信托的成立与生效。法律行为制度下区分成立与生效的对象是法律行为本身而非作为其创设结果的法律关系。合法性判断与效力评价均体现了法律对法律行为的价值判断,因此信托法律关系一经成立,即表明创设此种法律关系的信托行为合法有效,如再区分所谓信托的“成立”与“生效”,岂不画蛇添足,多此一举?<sup>[3]</sup>从区分的制度功能看,法律通过审查意思表示的成立与生效要件,赋予其特定的法律效力以实现当事人的私人利益,抑或对其效力予以否定,保护公益不受私利侵害,这一过程体现了公权力对私法自治活动的干预。此外,区分成立与生效,当事人还可以通过附款的方式自主控制法律行为生效的时间和场合,从而更好满足自身需要,拓展了意思自治的空间。相较而言,区分信托的成立与生效尚缺乏明晰的制度功能,相反还增加了信托设立实践的复杂程度。例如,对合同信托的设立而言,“信托合同的成立和生效和信托本身的成立与生效的关系交叉起来,产生非常复杂的概念组合”。<sup>[4]</sup>

其次,依设立信托的财产差异而适用不同的信托生效要件本身即存在逻辑认定标准上的不统一,也给信托设立实践带来困扰。《信托法》第8条第3款可看作是信托效力的一般规定,第10条则属于以应登记财产设立信托效力的特别规定。它表明,以需要办理登记手续的财产设立的信托,在信托合同成立后,还应当依法办理信托登记方能生

[3] 谢晓松:《我国信托设立制度的反思与重构——基于大陆法系法律行为理论的考察》,载《研究生法学》2014年第4期。

[4] 赵廉慧:《信托法解释论》,中国法制出版社2015年版,第105页。

效。〔5〕信托财产如属不需要依法登记的财产，信托合同及信托关系有效成立时信托即行生效，即信托合同与信托关系的成立、生效时间一致，成立之时即生效之时。〔6〕为何以应登记财产设立信托必须以转移财产权（依法办理登记）作为生效要件，而以其他财产设立信托却无需财产权转移，仅当信托合同生效时信托关系随即生效？这一规定不但无法坚持信托生效问题上的逻辑同一性，差异化的生效要件还给信托设立实践造成困扰。具体而言，在无需办理财产登记的情形下，信托合同成立（签订）时信托成立生效，此时信托的效力等同于信托合同效力，缺少了信托财产权的转移，信托的性质更接近于委托代理合同。当信托当事人未在合同中明示设立信托关系的意思表示却显著表现出信托实践特征的情形下，法院认定法律关系性质极易产生分歧。例如，在马某华诉杨某修民事信托纠纷案中，一审法院认定原告马某华将资金委托给被告杨某修进行管理、处分的行为构成信托行为，且对被告运用、处分及收支情况不知情，被告违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受损，应依据《信托法》承担受托人违反信托义务的责任。而二审法院则以当事人未签订书面信托合同且未明确信托财产权发生转移等理由认定当事人之间成立委托理财合同关系，并主张上诉人杨某修应依《合同法》的相关规定承担违约责任。〔7〕又如，在李国诉丁彪等民事信托纠纷案中，法院虽认定当事人之间构成信托关系，但对受托人丁彪未及时将代持股权分红交给受益人李国的行为却认定其有违诚信原则，应当承担违约责任。〔8〕

第三，关于遗嘱信托成立的规定明显不符合遗嘱法律行为的性质。《信托法》第8条第3款确立了信托成立于受托人承诺时的基本规则。对合同信托而言，由于合同属于双方法律行为，信托的成立生效最终依赖于对方当事人的承诺，以受托人承诺界定信托生效尚存一定关联，〔9〕而遗嘱作为单方法律行为则无需他人承诺且当遗嘱人死亡时即刻生效，如仍坚持以受托人承诺作为信托遗嘱生效时点进而认定信托关系的成立生效，则明显违背遗嘱作为单方、死因行为的本质属性。

可见，《信托法》虽然规定了法律行为创设信托关系的信托设立制度，却未完全遵循法律行为的一般原理，相关条文之间也存在一定的内在矛盾，有必要在探寻信托设立规律的基础上构建既符合法律行为基本理论又能够承载信托关系特殊性的信托设立制度。

〔5〕 何宝玉：《信托法原理研究》（第2版），中国法制出版社2015年版，第124页。

〔6〕 同上注。

〔7〕 参见何宝玉编著：《信托法案例评析》，中国法制出版社2016年版，第179-182页。

〔8〕 参见广东省信宜市人民法院（2016）粤0983民初2048号民事判决书。

〔9〕 对合同信托而言，信托合同是设立信托的法律行为，合同的成立生效自然与信托的生效直接相关，但二者并非同一，合同法律关系与信托法律关系也存在明显区别，《信托法》以信托合同的成立生效等同于信托的成立生效与信托的本质属性不符，详见下文。

## 二、法律行为在信托设立中的应用

### （一）信托关系私法自治的本质属性决定了法律行为在其设立中得以应用

私法自治指个体基于自己的意思为自己形成法律关系的原则。<sup>〔10〕</sup>发源于普通法系的信托制度，信托关系依委托人设立信托的意图和目的而设立，其法律效果是信托当事人自主选择 and 意欲追求的，具有典型的私法自治属性。大陆法系的法律行为制度则根植于私法自治原则，成为实现私法自治的工具。所谓法律行为，是指私人旨在引起某种法律效果的意思表示。此种效果之所以得依法产生，皆因行为人希冀其发生。<sup>〔11〕</sup>以大陆法系法律行为的视角审视普通法系信托设立活动，“当事人有希望其行为达到经济上之一定目的，故系具备真实意思之法律行为，应生法律上之效力”。<sup>〔12〕</sup>正是由于信托制度所具有的私法自治的本质属性与法律行为制度具有天然的内在一致性，大陆法系在移植信托时很自然地将法律行为应用于其中，平顺地实现了异域制度的本土化。

### （二）法律行为规制下信托设立活动的一般规律

#### 1. 法律行为对信托设立构成要件的替代

信托制度发源于普通法系，因概念法学思想尚未取得支配地位，其并未形成高度抽象的法律行为概念，在信托设立问题上遵循了一条构成要素的理论进路，即信托的有效设立必须满足一系列特定的主客观要件，否则不能在信托当事人之间产生有效的信托权利义务关系。根据各种要件在构成有效信托中发挥的不同作用，又可区分为实质要件和形式要件。法律行为正是在对传统信托设立实质要件和形式要件实现替代的基础上达成了相似的制度效果。

#### （1）对三个确定性的实质要件的替代

传统上设立一项信托所需要满足的要素被称为“三个确定性”，即，意图的确定性、信托财产的确定性和受益人的确定性。只有具备了这种确定性或精确性，受托人才知道自己应该如何行动，否则无法成功设立信托。<sup>〔13〕</sup>设立信托须满足三个确定性的首要原因在于保护受托人的需要。在信托关系中受托人是为了受益人利益而持有信托财产，明确三个确定性有利于其更好地履行义务并限制其责任的承担。其次，三个确定性也是为了确保法院能够实现对信托的实际控制。因为在实践中不能被法院所实际执行的信托通常不被认定为有效的信托关系，满足上述要件可确保法院在必要条件下有权执行该信托。信托是衡平法的宠儿，当因某些特殊原因或法律障碍致使信托无法有效设立时，法官往往通过一系列制度设计予以弥补，尽可能地促成其有效设立。但即便如此，依然存在这

〔10〕〔德〕维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第1页。

〔11〕〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第142页。

〔12〕梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社2004年版，第97页。

〔13〕同前注〔4〕，第93页。

样一个临界点：超过该临界点，欲设立之信托即因缺乏充分且可操作的确定性，从而导致对之予以维持之愿望无法被实现。<sup>〔14〕</sup>可见，三个确定性是信托得以有效设立所不可或缺的实质构成要件。

传统构成要素理论进路下的信托设立制度，信托的构成要件直指信托法律关系本身。法律行为制度下，法律关系与作为其效力来源的法律行为关系紧密，三个确定性的实质构成要件已被信托行为生效要件所替代。<sup>〔15〕</sup>具体而言，当事人意欲形成信托关系的意思表示须真实的生效要件当然包含了三个确定性中的信托意图确定性。法律行为当事人须具备行为能力的生效要件，三个确定性原则虽未直接涉及，其实已隐含在信托意图的确定性之中。创设信托的意图，只有在信托设立人或立遗嘱人具备可能创设信托之能力时，方可能有效。<sup>〔16〕</sup>而信托受益人与信托财产均为信托关系的基本构成要素，其确定性的要求则被法律行为内容须合法、可能、确定和妥当的生效要件所吸收。因此，在法律行为设立信托的实践中，信托行为的生效要件足以满足传统理论中三个确定性原则的实质要求，从而确保信托得以有效设立。

## （2）对信托构成形式要件的替代

一项信托得以有效设立，除了必须满足三个确定性的实质要件外，还须符合设立形式上的特殊要求。这需要对两个必要的程序予以关注，盖因这两个程序均涉及形式上的要件。第一个程序涉及与信托设立本身相关的可能形式，比如需以书面形式证明交易已实际发生。第二个程序则涉及对财产向受托人转移的证明，比如要求完成相关文件并将之提交于第三方等。这个涉及财产向受托人转让的环节及与此相关的程序，被称之为信托的“构成”。<sup>〔17〕</sup>上述第一个程序是对信托设立形式的要求，与法律行为形式要件的功能相类似。通常设立信托无需满足任何特定形式，但特殊情形下法律对形式作出特别要求主要还是基于维护交易安全的需要，诉讼法上的证明意义强于实体法上的构成意义，而第二个程序则是各类信托有效设立所必备的形式要件。在此意义上，信托设立过程就是“构成”信托的过程，信托法理论上所谓完全构成信托和未完全构成信托的区分即属于此意义上的信托分类，<sup>〔18〕</sup>它体现了信托设立过程的不同阶段。

相较而言，法律行为理论严格遵循物债二分的概念体系，相应地区分物权行为与债权行为。因履行债法义务而变动物权时，变动物权的法律行为与设定债法义务的法律行为相互分离，彼此独立。后者称债权行为，前者称物权行为。此之谓“分离原则”，亦

〔14〕 [英]格雷厄姆·弗戈：《衡平法与信托的原理》（上册），葛伟军等译，法律出版社2018年版，第110页。

〔15〕 根据法律行为构成要件理论，法律行为的一般生效要件有三项：1.当事人须具有相应的行为能力；2.意思表示须真实，也就是说意思表示须健全、无瑕疵；3.内容（标的）须合法、可能、确定和妥当。参见陈华彬：《民法总论》，中国法制出版社2011年版，第375页。

〔16〕 同前注〔14〕，第111页。

〔17〕 同上注，第164页。

〔18〕 完全构成信托是指委托人已经合法、有效地将财产转移给受托人，从而信托完全有效地成立，受益人不管是否支付对价，都有权强制实施信托；不完全构成信托是指委托人未能合法、有效地将信托财产转移给受托人，因而未能有效地构成信托。参见何宝玉：《信托法原理与判例》，中国法制出版社2013年版，第38页。

称“独立性原则”。〔19〕我国《物权法》确立了债权形式主义为主的物权变动模式，原则上不动产物权变动以登记为生效要件，动产以交付为生效要件。特别是该法第15条明确了这样一条规则：买卖等债权行为仅发生债的效力，债的发生的效力可以与物权变动的效力区分开来。〔20〕据此，我国物权立法与实践亦采取了物权变动与债权变动效力相区分的原则。以分离原则审视信托构成的形式要件，转移信托财产权的要件性质上属于物权行为（处分行为），其与设立信托的合同债权行为相区分，产生差异化的法律效果，共同促成信托关系的有效设立。由此，在法律行为生效要件和分离原则的共同作用下，大陆法系法律行为制度顺利完成了对普通法系传统信托设立制度的继承，实现了相似的制度效果。

## 2. 法律行为规制下信托设立制度的特色——信托关系效力来源的二元化

法律行为规制下的信托设立过程遵循法律行为创设法律关系的一般原理，其中信托行为是因，信托法律关系是果，信托行为的成立生效直接引起信托法律关系生效的法律效果。信托设立之特殊性唯体现在其效力来源上的二元化，即信托效力是信托法规定和当事人意思表示的混合物，其中法定的权利义务构成了信托关系的基本框架和核心内容。称法律行为是私法自治的工具，意义在于，私人能够借助自由行为依自己的意志形成法律关系。因而，通过法律行为的私法自治，在法律制度上，理应包含行为自由与效果自主两个方面。〔21〕法律行为与其他私法上的行为根本区别在于，前者的法律效果为行为人意思表示所设定。〔22〕而信托关系则具有明显的法定色彩，其效力的核心内容并非由信托行为（意思表示）决定，而是来源于信托法的规定。信托法律关系的核心是受托人与受益人之间的信义关系，受托人对受益人承担以信义义务为核心的一系列法定义务。信义义务是一种利他的义务；而且，这种义务已经被法定化了，信托法和信义法大都明文或者默示承认类似的原则，在这种意义上，违反信义义务更接近侵权。〔23〕虽然信义法规则表现出一定程度的任意性，可以由当事人通过协商加以改变，但义务的基本框架、核心内容以及指导理念等方面仍然表现出明显的法定色彩，当事人不得以约定的方式排除其适用。

信托行为与信托关系具有不同的法律效果，这在合同信托中表现得尤为明显。实际上在传统信托理论中，信托本来就不是合同。信托是属于合同以外的财产法的体系，基于信托所产生的受益权也是物权的一种。〔24〕即便是持信托契约论观点的学者也并不否认信托制度具有其独特的构造和特征，更不主张将信托视为合同的一种类型或用合同法来

〔19〕朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第157-158页。

〔20〕参见梁慧星、陈华彬：《物权法》（第5版），法律出版社2010年版，第102页。

〔21〕同前注〔19〕，第109页。

〔22〕同上注，第110页。

〔23〕同前注〔4〕，第301-302页。

〔24〕参见〔日〕樋口范雄：《信托与信托法》，朱大明译，法律出版社2017年版，第12页。

规制信托。<sup>[25]</sup>大陆法系虽然普遍认可合同信托,但以合同理论无法有效解释和调整信托关系三方当事人之间的权利义务,因此在移植信托制度的同时也引入信义义务规则,而非全面适用合同规则规范信托关系。

法律之所以强行介入当事人的意思自治对信托效力进行干涉,主要原因在于信托当事人之间的法律地位具有特殊性。如果当事人在经济上处于严重的不均衡状态,一方当事人离不开对方当事人提供的给付,那么他实际上除了完全接受对方提出的条件外就别无选择了。<sup>[26]</sup>信托即属于这样一种法律关系,在依赖受托人的知识、技能等方面专长实现自身利益的问题上受托人是没有选择自由的,双方并非居于实质上的平等地位。在这种情况下,就不能按照自己负责的原则,而必须有一种能够认可这种关系,让弱势一方能够安心依靠相对人的法律措施。这就是信托关系、信任关系。<sup>[27]</sup>据此,法律行为创设信托关系的私法自治实践实际上遵循了一种依据私法自治设权行为所产生的法定法律效果和约定法律效果相结合的效力模式。在这一模式下,信托设立过程中当事人的行为自由得以维持,效果自主则被较大程度限缩。

与信托关系效力来源上的二元格局紧密相关的一个问题是信托关系法律效力上的物债复合性。根据信托设立行为客观上产生的物权与债权两种不同的法律效果,在信托行为的构成问题上学界素有“单一行为说”和“复合行为说”之争。<sup>[28]</sup>两种学说虽然对信托行为的具体构成存在认识差异,但“它们在实际上均认为信托的成立系由信托行为发生的债权效力与物权效力所共同作用的结果”。<sup>[29]</sup>可见,无论复合说抑或单一说,其共同着眼点仍在于信托关系的法律效果系由信托行为所设定。而如前述,信托的法律效力并非唯一来源于信托行为的设定,而是在较大程度上受缚于信托法对效力的直接规定,因此不必过分看重信托行为效力与信托关系效力的一一对应,这使得复合说与单一说的区分对于解释信托效力来源问题的理论意义大为削弱。然而这一区分对于构建法律行为规制下的信托设立制度仍具现实意义。比较两者,区分原则下的“复合行为说”无疑占了上风,其原因首先在于,对财产转移的坚持保持了信托的特质;其次,信托合同与信托按照各自的规则分别确定效力,<sup>[30]</sup>完美实现了与普通法系信托设立制度相似的效果。

### (三) 法律行为规制下信托设立过程的基本构造

我国《信托法》第8条规定的设立信托的法律行为主要包括合同和遗嘱,下面以法律行为设立信托关系的一般规律为参照,分别对合同信托和遗嘱信托设立过程的基本构造作简要分析。

[25] 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。

[26] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第80页。

[27] 同前注[24],第16-17页。

[28] 参见赖源河、王志诚:《现代信托法论》(增订3版),中国政法大学出版社2002年版,第50页。

[29] 张淳:《信托法哲学初论》,法律出版社2014年版,第137页。

[30] 金锦萍:《法律行为视角下的信托行为》,载《中外法学》2016年第1期。

## 1. 合同信托的设立

关于信托合同的性质,受法律行为理论影响的我国信托法学界一直存在着要物说与诺成说的争论。要物说以要物合同解释信托合同的性质,并以信托财产转移作为控制合同成立的要件,可以有效担保信托合同成立时信托财产转移至受托人名下,确保了合同成立时信托得以有效设立,符合设立信托必须转移财产权的本质要求。但诺成合同与要物合同的区分系沿袭古罗马法的合同分类,彼时并未形成分离原则下的法律行为理论,以要物合同解释信托设立过程并不需要运用法律行为理论,而可以将委托人交付信托财产的行为看作其履行先合同义务的事实行为。<sup>[31]</sup>

要物合同固然能够维持信托设立中转移财产权的本质要求,但同时也需要在双方达成合意之外另行交付标的物,对保障营业者一方较为不利,也与现代信托制度商业化、金融化的发展趋势不相适应。王泽鉴教授甚至认为,“财产性的契约均应予以诺成化,保留要物契约此种法制史上的残留,实无必要。”<sup>[32]</sup>如何使信托合同在诺成性的前提下满足转移财产权以使信托有效设立的本质要求,以分离原则为指导的信托行为复合说可以很好地实现。根据复合说,信托行为由委托人与受托人之间签订的信托合同以及委托人转移信托财产于受托人的行为共同组成。其中,信托合同为债权行为,转移财产权的行为为物权行为或准物权行为。信托合同自双方签订合同时成立生效,此时信托并未生效,委托人仅产生向受托人转移财产权的债法义务。当委托人依约将财产权转移至受托人名下时,信托生效,信托法律关系有效设立。

## 2. 遗嘱信托的设立

遗嘱信托与合同信托的主要区别在于设立信托法律行为的性质。首先,遗嘱属于单方行为。《信托法》第8条第3款将受托人承诺作为信托成立的要件显然不符合遗嘱单方法律行为的性质。<sup>[33]</sup>其次,遗嘱属于死因行为。一般法律行为,在生效后有履行问题。遗嘱则于生效后发生执行问题。<sup>[34]</sup>因为遗嘱生效时死者已无从履行该法律行为以实现其生前意愿,唯需借助遗嘱执行制度由执行人代为实现。第三,信托遗嘱依其内容仅具债权效力。信托遗嘱,遗嘱人意思表示在于依法设立信托关系,本质类似于委托人遗赠财产利益的行为,其中仍有履行信托财产转移义务的空间。故遗嘱信托的委托人,其所为的遗嘱行为仅系债权行为,尚须有继承人或遗嘱执行人将信托财产移转给受托人的物权行为或准物权行为,受托人始取得信托财产的名义所有权。<sup>[35]</sup>据此,信托遗嘱自委托人生前作出意思表示时成立,自委托人死亡时生效。遗嘱生效后,信托关系尚未生

[31] 在要物合同中,交付标的物或完成其他给付,不是当事人的给付义务,只是先合同义务,可将交付标的物的行为视为当事人履行先合同义务的事实行为,对该义务的违反不产生违约责任,可构成缔约过失责任。

[32] 王泽鉴:《债法原理》(第2版),北京大学出版社2013年版,第151页。

[33] 信托的成立以设立信托的法律行为的成立生效为前提,《信托法》实际上是以受托人承诺作为认定信托遗嘱生效的条件,与遗嘱作为单方法律行为的性质不符。

[34] 马忆南:《婚姻家庭继承法学》(第3版),北京大学出版社2014年版,第316页。

[35] 同前注[28],第52页。

效，仍需由遗嘱执行人依委托人生前意愿将信托财产转移至受托人时生效。在遗嘱执行行为的区隔下，作为信托设立行为的遗嘱效力与信托关系效力仍得以显著区分。

### 三、对我国信托法有关信托设立规定的再审视

#### （一）对信托法现行规定之问题成因的分析

2001年制定《信托法》时以法律行为视角审视信托设立过程并未引起立法者的足够关注。随着我国民法学界对法律行为理论研究的深入，特别是在《物权法》颁布实施后明晰了我国物权变动的基本规则，《信托法》关于信托设立规定中诸多不协调之处也逐渐显露。

首先，区分信托关系的成立与生效不符合法律行为理论的一般原理。信托关系生效前的阶段严格遵循法律行为创设法律关系的一般理论，信托行为的成立生效直接引起信托法律关系生效的法律效果，其间并无再行区分信托成立与生效的空间。

其次，遗嘱信托自受托人承诺时成立生效的规定违反了信托遗嘱作为单方法律行为、死因行为的基本属性。遗嘱信托的生效由信托遗嘱和遗嘱执行人、遗产管理人转移信托财产于受托人的遗嘱执行行为共同决定，而信托遗嘱由于缺少行为的相对人故无需受托人承诺且自立遗嘱人（委托人）死亡时生效。

第三，也是最为关键的因素在于，对信托设立中财产权转移要件的忽视混淆了设立信托的债权行为与信托关系效力的界限，模糊了委托代理与信托的法律适用。《信托法》在信托设立问题上并未将财产权转移明确为信托的生效要件。不仅表现为《信托法》未将财产权的转移作为信托生效要件在信托设立的相关条款中作出专门规定，更直接地表现在信托的定义中。该法第2条在对信托进行定义时使用了“委托人将财产权委托给受托人”而非“转移给”这样的表述界定信托财产关系的性质。立法者有意回避信托财产权的转移主要还是顾忌英美信托“双重所有权”结构无法融入我国一元化的所有权体系，实属立法技术上的妥协。这反映出立法者对信托设立中财产处分行为的性质和意义缺乏充分认识，对财产权转移要件的忽视混淆了设立信托的债权行为与信托关系的效力。合同信托即是将信托合同的成立生效等同于信托关系的成立生效，遗嘱信托以受托人承诺作为认定信托成立要件的规定固然不符合遗嘱的法律性质，同样亦未能对遗嘱与信托的效力作出区分。此外，以委托代理关系代替信托关系的法律适用现象也与此相关，因为财产权是否脱离委托人而转移至受托人名下也是委托代理关系区别于信托关系的关键，缺少对此要件的坚持，信托关系将彻底沦为委托代理合同关系。而在以依法应登记的财产设立信托的场合，由于《信托法》坚持了登记这一财产权转移要件，则不会出现两种制度适用上的混淆，受托人依登记以自己的名义处分信托财产也不存在法律障碍。但问题在于立法者并未将信托登记与信托财产权转移的生效要件之间建立起逻辑关联，对以应登记财产以外的财产设立信托情形的示范效果有限。有学者甚至据此认为我国信托财产所有权由委托人享有，并指出“这一规定没有、并且也不可能为遗嘱信托情

形下信托财产所有权归属提供法律依据”“没有、并且也不可能为受托人处理信托财产提供处分权依据”〔36〕。

## （二）信托设立应当坚持财产权有效转移的生效要件

首先，比较法上的经验清晰地呈现出，坚持信托设立中的财产权转移要件对于信托的设立和运行具有重要的理论和现实意义。第一，财产权的转移揭示了信托作为财产转移制度的根本属性。促成作为现代信托制度前身的用益制度产生的主要原因是封建时期法律对财产（尤其是土地）转移与处分所加的限制和负担，而透过用益设计则能予以有效规避。〔37〕信托的本质即在于以直接转移财产权于受托人的方式规避法律对转移财产权于继承人、宗教团体等特定主体的不合理限制，间接实现转移财产利益于特定主体的目的。数百年来信托制度发展演变的历史证明，对财产权转移要件的坚持是信托制度区别于委托代理等类似制度并得以独立存在发展的关键。第二，财产权的有效转移对于保障受托人履行职责具有重要意义。信托通过受托人对信托财产的管理间接实现受益人利益，受托人享有独立的法律地位和最为充分、彻底的权利，甚至可以自己的名义处分信托财产。缺少财产权的转移，受托人的独立地位将无从谈起，只能成为委托人的代理人，受到代理权授予范围的限制。而该授权范围很容易成为信托人动辄干预受托人行使权利借口，难以充分发挥受托人管理和处分信托财产的自主性和创造性。〔38〕第三，财产权的转移是确保信托财产独立性的关键。普通法系以“双重所有权”结构界定信托关系的本质。由于财产理论存在差异，大陆法系认为信托财产的独立性才是对信托财产权结构本质特征的最准确描述，正是这一独特结构确保了信托制度独特功能的实现。无论大陆法系如何界定独立财产状态下受托人、受益人新型财产权的性质，信托设立均伴随着对委托人单一财产权的处分行为。否则信托财产将永远停留在委托人控制之下单一财产权的原始状态，无从取得相对独立的法律地位。

其次，我国信托设立的实践也充分验证了坚持财产权转移对于保障信托的有效设立和运行具有积极的现实意义。《信托法》虽未明确信托设立中的财产权转移要件及其意义，但现实中该行为对信托设立实践仍发挥着关键作用。因为即便依信托合同签订时信托成立之规定，由于信托财产权没有转移至受托人名下，受托人便无法实际履行职责对信托财产进行管理处分，受益人亦无从享受信托受益权，仍需待委托人履行交付义务后信托关系方能实际运行，其间蕴含着委托人违约以使信托无法有效设立的风险。因此，当事人往往在信托合同中另行对信托财产权的转移作出特约，以此担保信托的有效设立。例如，在光大银行广州分行诉工商银行鹰潭分行信托转让纠纷案中，涉案信托“方正东亚·鹰潭国丰股权投资项目单一资金信托”设立过程中，委托人西藏信托有限公司与受托人方正东亚信托有限责任公司在信托合同中约定，合同生效后，委托人依约将信

〔36〕张淳：《〈中华人民共和国信托法〉中的创造性规定及其评析》，载《法律科学》2002年第2期。

〔37〕参见周小明：《信托制度的比较法研究》，法律出版社1996年版，第77页。

〔38〕贾林青：《信托财产权的法律性质和结构之我见》，载《法学家》2005年第5期。

托资金按期足额付至受托人信托财产专户之日，信托生效。〔39〕

目前我国信托法学界已有部分学者认识到坚持信托财产权转移要件的必要性，并力求通过文义解释的方法填补法律漏洞。例如周小明认为，“意思表示行为完成意味着信托的成立，但成立并不当然表明信托已经生效，只有在设立信托的财产有效转移于受托人之后，信托才生效。”〔40〕何宝玉亦持相似见解。〔41〕上述学理解释虽然在效果上实现了对设立信托的债权行为与信托关系效力的区分，但将设立信托债权行为的成立生效等同于信托成立，使得立法区分信托成立生效丧失了实际意义，也与一般情形下法律事实自成立时生效的基本理念不符。而将财产权的转移作为信托生效要件的解释则明显缺乏有力依据，与立法者的本意不符。可见，单纯以解释论的方法无法有效弥合相关条文间的逻辑自治问题，需要从立法论的角度重新审视《信托法》刻意回避信托设立中财产权转移要件这一做法的合理性。

#### 四、小结

法律行为设立信托的实践与典型的法律行为制度实践相比既有共同之处又存在显著差异。一方面信托设立过程遵循法律行为创设法律关系的一般原理，信托行为的成立生效直接引起信托法律关系生效的法律效果。《信托法》区分信托成立与生效的规定显然不符合这一规律。更进一步，信托关系的生效是设立信托的债权行为和转移信托财产权的处分行为共同作用的结果。由于《信托法》并未一以贯之地坚持财产权转移这一信托生效要件，在以应登记财产以外的财产设立信托时混淆了设立信托的债权行为与信托关系的效力，并且依设立信托财产的差异适用不同的生效要件存在着立法逻辑上的不统一，也给信托的设立和运行造成困扰。应在修订《信托法》时明确将信托财产权转移确定为各类型财产信托的共同生效要件，并规定信托关系自设定信托的合同、遗嘱等行为成立生效以及作出转移财产权行为时直接生效，取消关于信托成立与生效的区分。另一方面，信托关系的效力来源具有二元化属性，其与设立信托的法律行为的效力并非完全一致。这决定了法律行为仅在信托有效设立之前的阶段发挥主要作用，一旦生效，信托关系的效力调整即由信托法规范所接管，法律行为仅在信托法规范允许的空间内发挥辅助作用，信托关系较其设立原因的法律行为取得相对独立的地位。

（责任编辑：李国慧）

〔39〕 参见广东省广州市中级人民法院（2016）粤01民初453号民事判决书。

〔40〕 周小明：《信托制度：法理与实务》，中国法制出版社2012年版，第160页。

〔41〕 参见前注〔5〕，第118页。