

论法律行为视角下的信托行为

金锦萍*

摘要 信托行为的性质迄今为止仍然是法学研究的公案之一,从质疑其意义乃至性质认定均众说纷纭。对信托行为的性质关系、信托的成立要件和法律效力的讨论意义不言而喻,实践案例更是有力佐证。从大陆法系法律行为的视角剖析信托行为的性质尽管不免有落入窠臼之嫌,但是却有助于厘清信托合同、财产转移与信托行为的关系,对于司法实践与立法完善都有裨益。

关键词 信托行为 法律行为 信托契约 遗嘱

信托行为的性质与信托财产的归属、信托受益权性质等问题一样,均属于信托法制移植至大陆法系所面临的逻辑难题,^{〔1〕}这是起源于英美法的信托在嵌入大陆法系“高度发展和严密的法律概念体系”^{〔2〕}过程中,不得不进行的定性分析。^{〔3〕}长期以来信托行为游离于民法法律行为体系之外,导致相关制度构建尤为困难。遗憾的是,现有法律行为的研究视野中,信托行为并不“在场”。^{〔4〕}传统民法研究视野对信托行为的忽视已然让信托制度的现实应用变得

* 北京大学法学院副教授。

〔1〕 有意思的是,美国路易斯安那州是大陆法系辖区,其1920年制定信托法时也同样面临这些问题。See Edward F. Martin, “Louisiana’s Law of Trusts 25 Years after Adoption of the Trust Code”, 50 *Louisiana Law Review*, pp.501—530(1990).

〔2〕 参见约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》(第2版),顾培东、禄正平译,李浩校,法律出版社2004年版,页95—96。作者如此阐述大陆法系的特征之一:“定义和范畴被认为是从一些固有的法律规范和制度中科学地推论出来的东西,它们一旦被科学地发现或重新认识,便被编入重新建立的系统化法律结构中去。这种法律体系的不断重建和完善,是法学的主要内容。通过这种方式,从而将描述性的概念变成规范化的概念。”

〔3〕 也有将此问题作为英美信托法引入大陆法系时所不可避免的问题。另外两个问题为:信托利益的性质和信托三方关系人的特性。参见方嘉麟:《信托法之理论与实务》,中国政法大学出版社2004年版,页245。

〔4〕 笔者在检索关于法律行为的经典文献中,没有找到任何关于信托行为的阐述。这似乎情有可原,毕竟法律行为理论的起源——德国至今未在立法上承认信托。

越发步履艰难。例如信托法第十条规定了信托财产登记乃信托生效之要件,但是2007年的《中华人民共和国物权法》和新近通过的《不动产登记条例》都没有规定信托财产登记制度,这无疑让不动产信托再次沦为“纸上谈兵”。再如信托合同是否为要物合同的争论此起彼伏,从未尘埃落定,在信托设立是否以财产转移为要件这一问题上也莫衷一是。另外,目前我国信托立法要求信托行为一律须为要式,值得商榷(尽管本文对此不予论述)。与此同时,信托行为的特殊性使得从法律行为这一视角去探寻其性质的努力显得尤为艰难。信托行为是无偿行为,与其最为接近的民法制度当属赠与(或者遗赠),但是信托又不同于赠与(或者遗赠),赠与(或者遗赠)是即时完成的从赠与人到受赠人的财产转移,而信托却是持续性的长期财产规划,信托利益逐渐地(或者在较长一段时间之后一次性地)从委托人处转移至受益人。因此对于信托行为的性质认定尽管可以类推适用赠与的相关规则(例如赠与合同的要物性),但是却无法机械套用。自从信托制度在商事领域得以大量应用之后,信托行为的无偿性更是遭受严重挑战,信托契约的要物性也因此开始动摇。而且以信托设立方式为标准对于信托进行分类的话,除了契约信托,尚有遗嘱信托和宣言信托。由于设立方式不同,信托行为的性质和特征是否也会发生相应变化?对这些问题的梳理和厘清诚有必要。

一、问题的提出

(一)信托行为是设立信托的法律行为

抽丝剥茧之后,学界对于信托行为林林总总、不胜枚举的定义要点可以概括如下:

其一,在定义信托行为时将其归于法律行为的一种。例如王泽鉴先生认为:“信托行为为财产所有权转移与受托人,使其成为权利人,以达到当事人间一定目的的法律行为。”〔5〕概念最后的落脚点在于法律行为。无独有偶,张淳教授作出的“完整定义”也最终将信托行为定性为法律行为:“信托行为是指由委托人出于设立信托之目的单独实施或者与受托人共同实施,以由委托人提供财产由受托人管理财产并将由此所生利益交付给受益人或者运用于实现委托人的其他特定目的为其内容并以明示为其形式的法律行为。”〔6〕能见善久先生认为信托行为“相当于民法上的法律行为的概念,是根据当事人的意思而设立信托的行为。”〔7〕我国台湾地区信托法出台前后,曾经以“最高法院”判决的形式屡次界定信托行为。尽管内容略有差异,但最终都归于“法律行为”。〔8〕将信托行为定性为法律行为,就意味着信托行为的相关规则构建

〔5〕 王泽鉴:《民法实例研习丛书》,自刊,1980年版,页311。

〔6〕 张淳:《信托法哲学初论》,法律出版社2014年版,页125。

〔7〕 能见善久著:《现代信托法》,赵廉慧译,姜雪莲、高庆凯校,中国法制出版社2011年版,页19。

〔8〕 例如我国台湾地区“最高法院”《1973年台上字第2996号民事判决》中表述:“所谓信托行为,系指信托人将财产所有权转移与受托人,使其成为权利人以达到当事人间一定目的的法律行为而言。”该“法院”《1977年台再字第42号民事判决》中又定义:“所谓信托行为,系指委托人授予受托人超过经济目的之权利,而仅许可其于经济目的范围内行使权利之法律行为而言。”

需在法律行为原理和规则的框架内展开。诸如法律行为中的意思表示、法律行为分类、法律行为的成立与生效等原理和规则,均需适用于信托行为。信托行为得以从“游离状态”回归到体系之中,在规则确定和适用时达至逻辑统一。

其二,对信托行为做狭义解释,将信托行为与信托设立行为等同。信托行为仅仅是指设立信托法律关系的法律行为,至于其他在信托存续期间所发生的法律行为尽管也属于法律行为,但是却不属于信托行为(典型的如受托人经营管理信托财产的行为)。〔9〕而且这一狭义解释可以从各国立法例中得到印证。例如日本信托法、我国台湾地区信托法中,大量法律条文中都包含有“信托行为”的表述,但是均在信托设立行为意义上使用这一表述。

其三,由于将信托行为界定为法律行为,因此源于法律拟制的法定信托和推定信托中并不存在信托行为,唯有意定信托中方有信托行为。意定信托的设立有契约、遗嘱、宣言之分,其中契约为双方法律行为,遗嘱和宣言为单方法律行为。〔10〕

(二)信托行为事关信托之效力

但凡对于信托行为性质展开讨论的学者似乎都首先阐明了探寻信托行为性质的意义。由于历史上英美法信托法制的形成早于契约体系和财产权体系,〔11〕因此信托的设立只需意思表示与财产转移即可。〔12〕后于信托法出现的契约法和财产法也未与其产生本质抵触:信托契约的性质在合同法框架内被解释为赠与合同,故有无“约因”(或者“对价”)不生效力一说;英美财产法上更没有大陆法上“债权物权两分”的分析框架,因此从未在法律行为意义上刻意区分信托契约与财产转移。所以在英美法上,无论是信托契约还是财产转移存在瑕疵,均不可避免地影响信托的效力。〔13〕大陆法系国家和地区则迥然不同,各国在物权法和合同法体系日臻完善之时才引入信托制度,〔14〕立法者首先面对的问题便是:如何将信托制度镶嵌到既有法律框架中?这在信托立法过程中乃至此后司法实践中,成为了一个无法回避的问题。例如张淳教授将信托行为的性质分析视为大陆法系移植英美法信托制度时的一种“抗排斥(或者本土化)”的努力,是“一种大陆法系信托理论通过运用大陆法系民法理论来进行的旨在使前一种理论(指英美法私法理论色彩浓厚的信托法理论)能够为后一种理论(指大陆法系民法理

〔9〕 这类似于票据行为理论,基本票据行为(或者称为主票据行为),只是指票据权利得以发生的最初始的出票行为,至于更为广泛意义上诸如背书、承兑、参加承兑、保证、保付等只能称为从票据行为(或者附属票据行为)。

〔10〕 对于这些具体信托行为的特征将在本文的第三部分展开,在此不予赘述。

〔11〕 参见腓特烈·坎平:《盎格鲁—美利坚法律史》,屈文生译,法律出版社2010年版。

〔12〕 See Dukeminier Johanson, *Wills Trusts, and Estates*, Aspen Law & Business, sixth edition, 2000, pp.567-617.该教材中对于信托设立的条件有四项:设立信托的意愿、信托财产、信托受益人和书面信托文件。但是在具体阐述时认为,书面信托文件并非必须,而且信托受益人可以被解释为包含在设立信托的意思表示之中。

〔13〕 参见方嘉麟,见前注〔3〕,页245-246。

〔14〕 例如日本、韩国、我国台湾地区和大陆无不如此,概莫能外。

论)接纳的改造和整合的尝试”。^[15] 西风东渐,滥觞于德国的法律行为理论逐渐被一些大陆法系国家和地区的民法学者所接纳。法律行为理论的意义不言而喻,使民法总则提纲挈领,让民法体系臻于完善。而且在法律行为统帅之下,契约、遗嘱、悬赏广告等都有了抽象概念和概念背后的规则来统一支撑。甚至在萨维尼发现了物权行为理论之后,这一统一性也随之开疆拓土。那么当大陆法系国家移植信托法时,法律行为理论是否也可以张开怀抱接纳这一舶来品呢?事实上,这似乎是大陆法系的信托法学者一直未曾放弃的尝试和努力:尽量熟稔地运用大陆法系的法律行为理论框架来阐明信托行为性质。例如谢哲胜教授将信托行为分为设定信托行为、遗嘱信托行为、宣言信托行为和商业信托行为四类予以阐述,并进一步对每种行为是双方行为还是单方行为、是生前行为还是死因行为、是要式行为还是非要式行为、是要物行为还是非要物行为、是无偿行为还是有偿行为予以甄别。^[16] 王志诚教授则明确套用传统大陆法系民法上的观念,认为信托行为由负担行为和处分行为两者结合而成。至于两者之间的关系,学界素有“单一行为说”和“复合行为说”之分。^[17]

围绕信托行为的性质所展开的讨论并非满足概念抽象和逻辑提升的快感,而是意识到这一问题事关信托的要件和法律效力,^[18]并进而影响到各方当事人和第三人的权益,可谓至关重要。诚如有学者所言,“分析信托行为之基本构造,在强调债权与物权二分之我国或其他大陆法系国家,诚有助于厘清或判定信托行为之要件及效力,而有其实益。”^[19]持同样观点的学者亦不在少数。^[20]

分析法律行为必然要对主体、客体和意思表示进行逐项分析。信托行为的主体包括委托人和受托人(受益人在信托设立阶段仅作为纯获益人存在,有时甚至为信托目的所涵盖),双方的权利能力和行为能力对于信托行为效力的影响适用法律行为一般原理和规则;同时信托行为的意思表示自然也适用法律行为中关于意思与意思表示的一般原理和规则(例如意思真实和意思自由),因此本文不予展开论述。本文试图从信托行为的界定出发,梳理分析当下学界对于信托行为的性质争议最大的两个问题:信托行为是否为要物行为?信托行为是单一行为还是复合行为?对于这两个问题的回应势必需要澄清财产转移与信托设立之间的关系、原因行为与信托设立的关系以及信托行为中负担行为与处分行为的关系,并需就契约信托行为、遗嘱信托行为和宣言信托行为的性质进行逐一分析。在此基础上,本文审视我国现行有关规定并提出完善建议。

[15] 张淳,见前注[6],页145—146。他在书中写道:“将大陆民法理论中的有关内容注入了该国或者该地区的信托法理论中;……鉴于其信托法在该国与该地区的法律体系中属于民事特别法,通过改造与整合使其信托理论能够为该国与该地区的民法理论所接纳,恐怕不能说毫无意义。”

[16] 参见谢哲胜:《信托法总论》,元照出版有限公司2003年版,页98—102。

[17] 参见王志诚:《信托之基本原理》,元照出版有限公司2005年版,页9—13。

[18] 参见谢哲胜,见前注[16],页98。

[19] 王志诚,见前注[17],页12—13。

[20] 参见方嘉麟,见前注[3],页245—246。

二、信托财产转移与信托设立之关系：信托行为要物性之辨析

关于信托行为的要物性之争由来已久,有认为信托行为为要物行为,例如能见善久先生认为“信托行为除了需要当事人之间的合意以外,还需要财产权的转移。在这种意义上,信托行为属于要物行为。”^[21]但也有学者持反对意见,尤其自信托大量运用于商业领域之后。若要厘清这一问题,需以信托财产转移与信托设立的关系为切入点予以剖析。

(一)关于财产转移作为信托设立要件的一般规则

其一,英美法上存在着有关规则:“衡平法不支持无偿受让人(equity will not assist a volunteer)规则”、“衡平法不修补有瑕疵赠与规则(equity will not perfect an imperfect gift)”和“财产要件规则(res requirement)”。

信托源于中世纪的英国,与衡平法有着千丝万缕之联系。衡平法上的“不支持无偿受让人规则”广泛适用于赠与和遗赠的判例中。例如 John F. Cox vs. Clement Hill and Samuel Sprigg and wife (1854)^[22]一案中,法院认为纯粹的无偿赠与因无交付行为而存在瑕疵,此类赠与中的受赠人就是无偿受让人(volunteer),根据衡平法不得支持无偿受让人规则,法院不能认定此类赠与的效力和执行力。在1872年的另一个案例中,法官进一步认为,“衡平法院不支持无偿受让人,然而,如果赠与已经完成,基于当事人自愿,法院会认为其有效。”^[23]所以,对于一个有效的生前赠与,必须要有财产的交付和受赠人的接受行为方为有效。“衡平法不修补有瑕疵赠与规则”与“衡平法不支持无偿受让人规则”原理相同。如果赠与因为缺乏“约因”,又没有实际交付行为,那么这一赠与就被认为是有瑕疵的,衡平法院对此不予支持。

这两个规则也被应用到信托诉讼之中,原因在于英美法上认为信托契约与赠与类似,均无“约因”而不具备强制执行效力。如果没有发生财产转移,除非受益人已经提供了“约因”,否则在衡平法上受益人就不得对委托人强制实施信托。例如在 Milroy vs. Lord (1862)一案中^[24],由于信托委托人没有完成财产转移的登记(此案中财产是股权),法院据此认为信托尚

[21] 能见善久,见前注[7],页20。持同样观点的有周小明,他认为信托行为包括两个要件:当事人设立信托的意思表示和信托财产的转移行为。参见周小明:《信托制度:法理与实务》,中国法制出版社2012年8月,页140。

[22] 该案案情如下:母亲原先将一笔债权指定由她的一个女儿来接受债务人的偿还,但该女儿死亡后,其母改变了主意,指定由另外一个女儿来接受债务人的偿还。第一个女儿的丈夫因而起诉债务人、第二个女儿及其丈夫。初审法院认为债务人需要向第二个女儿支付资金,理由在于法院未发现第一个女儿获得债权凭证的任何证据,而且法院认为债权人与其第一个女儿之间并非交易关系,而是明示的赠与,但是这一赠与并未完成,因为债权人并没有向她或者为她利益的第三人进行交付。所以这是一个纯粹的无偿赠与,本身存在瑕疵,法院不能确认其效力和执行力。而第二个女儿却受到了母亲签署和交付的债权凭证,并因此获得了债务人支付的3500英镑。See John f. Cox vs. Clement Hill and Samuel Sprigg and wife, 6 Md. 274; 1854 Md. Lexis 47.

[23] See Blasdel, Adm'r, v. Locke & a., 52 N.H.238; 1872 N.H.LEXIS 37.

[24] See Milroy vs. Lord (1862), 4 De GF & J 264; 45 ER 1184.

未设立。理由在于：原告未能提供“约因”，所以他是纯粹的“无偿受让人”。根据“衡平法不支持无偿受让人”的规则，委托人并不因此受到约束，即“无偿受让人”不能向他请求履行信托。这同时也遵循了“衡平法不修补有瑕疵赠与规则”。〔25〕

逐渐地，英美信托法上确立起“财产要件规则”，即要求信托设立需要以财产转移为要件（宣言信托除外）。例如 *Gough vs. Satterlee* 一案中，法官阐述说：“信托财产是绝对重要的，不仅关系到信托的效力而且事关信托的存在与否。”〔26〕美国统一信托法第 401 条在信托法重述二〔27〕和重述三的基础上重申：“根据本条设立信托的，只有当财产转移至信托名下时，信托方设立。”〔28〕由此可见，根据这一规则，如果委托人作出了向受托人转移财产的意图，并且完成了财产交付的，则信托成立。反之，如果委托人没有转移财产的意图，或者尽管他有如此意图却没有交付财产的，则信托不成立。〔29〕“财产要件规则”的合理性在于：“其一，正是因为信托财产的存在以及受益人对于信托财产所享有的利益，才使得信托与其他法律关系区分开来；其二，信托财产的存在才使得法院得以清晰地判断委托人是否有设立信托的意愿；其三，信托财产的存在才使得法院得以实施信托。”〔30〕

其二，大陆法系立法与司法实践中也逐渐确立起信托的“财产转移要件”规则。大陆法系各国在移植信托制度时，立法关于信托定义的法律条文也明确了同样意思。例如日本 1922 年信托法规定：“本法所称信托，系指有财产权转让和其它处理行为，令别人遵照一定的目的进行财产管理或处理。”我国台湾地区信托法第一条也规定“称信托者，谓委托人将财产权移转或为其它处分，使受托人依信托本旨，为受益人之利益或为特定之目的，管理或处分信托财产之关系。”其中均将“财产权转让”、“财产权转移”或者“其他处分”作为信托的构成要件。欧洲信托法原则也规定除了宣言信托之外，设立信托需委托人将财产转移给受托人。〔31〕

〔25〕 这一规则至今仍然被作为先例援引，例如 1995 年的 *White vs. Jones* 一案中，法官就因转移财产有缺陷而判定该生前信托无效。参见 [1995] UKHL 5, [1995] 1 All ER 691, [1995] 2 AC 207, [1995] 2 WLR 187.

〔26〕 *Gought v. Satterlee* 52 N.Y.S. 492, 496. 32 N.Y. App Div. 33.

〔27〕 《信托法重述(二)》中对于信托的定义如下：“是指一种有关财产的信赖关系，其产生于一种设立信托的明示意图，一人享有财产的法定所有权并负有衡平法上的义务，为另一人的利益处分该财产。”而且在解释时明确“没有信托财产，就不能设立信托。”See *Restatement of Trust 2d*, § 2Cmt. F(1959) 和 *Restatement of Trust 2d*, § 74Cmt. F(1959)

〔28〕 See *Uniform Trust Code* (2000, with Amendment through 2005), § 401.

〔29〕 高凌云著：《被误读的信托——信托法原则》，复旦大学出版社 2010 年版，页 71。自然，根据财产要件规则，不仅信托设立以财产为要件，而且在信托存续期间，信托财产都必须存在而且必须是确定的或者可以确定的。而且信托财产灭失的，信托也就不复存在。

〔30〕 Jane B. Baron, “the Trust Res and Donative Intent”, *Tulane Law Review*, 61 Tul.L.Rev.45, pp.51—52(1986).

〔31〕 欧洲信托法原则第二条规定了信托设立的一般性的原则：“为了设立一个信托，一个被称为‘委托人’的人，在他的有生之年或死亡时，必须在有设立一个独立信托财产的意图的情况下，将财产转移给受托人。但是，委托人也可以通过使自己成为他自己的某特定财产的受托人，而设立信托。”

我国台湾地区“高等法院”2006年曾有民事判决如下：

信托制度系以“信托财产”为中心的法律关系，即信托人未将“信托财产”移转财产权或为其他处分于受托人前，信托人、受托人、受益人三方面之关系无由形成，各当事人间不具任何权利、义务关系，信托目的无法达成，自难将信托关系有关当事人合意之债权行为与信托财产转移之物权行为予以割裂，而以信托当事人之合意之债权行为做为信托财产移转之依据。信托关系之成立，除当事人间须有信托之合意之外，尚须委托人将财产权移转或为其他处分予受托人后，当事人间之信托契约始成立。至于遗嘱信托为单方行为，与契约信托为双方行为成立方式不同。^[32]

这足以佐证我国台湾地区司法实践中也将财产移转作为信托(甚至信托合同)成立之要件。

(二)分歧的实质所在：对于信托本质的不同认识

由此可见，“财产转移要件说”和与此相对的“财产转移非要件说”的区别在于：“财产转移要件说”认为在财产转移之前，信托尚未设立，因此当事人之间不产生信托关系，受托人不负信义义务，而受益人的受益权也就无从谈起；但“财产转移非要件说”则相反，认为双方合意或者单方意思表示成立之后，信托即告设立，当事人之间发生信托关系，受托人承担信赖义务，受益人的受益权也得以行使。两种主张分歧的原因在于对于信托性质的认定殊异。英美学者对此争论从未停止过，持“财产说”的 Scott 和持“契约说”的 Stone 之间的争论堪为经典而有趣。1917年两位学者先后在《哥伦比亚法律评论》上以“the Nature of the Rights of the Cestui Que Trust”为题发表了题目相同但观点迥异的文章。^[33]“财产说”认为信托是一种财产所有权形式。众所周知，从信托起源上看，其脱胎于用益制度，旨在规避法律禁止性规定，通过用益使土地在名义上为受托人所有、实质上为受益人利益(后来衡平法院将此种权利予以保护，一般称为“衡平法上的所有权”)的制度设计。信托法早期所使用的术语，诸如“legal ownership”、“equitable ownership”、“legal estate”、“equitable estate”等皆为对财产而非对人的请求权范畴。如果将信托性质认定为财产所有权的一种形式，那么随之而来便意味着承认两个基本观点：其一，信托是权利与利益分离的一种特殊财产形式，即受托人享有名义上的所有权，而受益人享有实质上的所有权；其二，信托的存在必须以财产为要件。诚如学者所言，没有财产的信托就是“无水之海”。^[34]当然，如果说英美法上“信托与合同是截然不同的两个概念”^[35]是主

[32] 我国台湾地区“最高法院”95年度台上字第500号民事判决。

[33] See Austin Scott, “the Nature of the Rights of the Cestui Que Trust”, 17 *Colum. L. Rev.* 269 (1917), and Harlan F. Stone, “the Nature of the Rights of the Cestui Que Trust”, 17 *Colum. L. Rev.* 467 (1917).

[34] See Patrick Parkinson, “Reconceptualising the Express Trust”, 61(3), *Cambridge Law Review*, pp. 657-683(2002).

[35] 对于这一问题，首先是指信托不适用合同法的相关规定，反之亦然；其次，则是指合同适用相对性原则，而信托的受益人则可以直接向受托人行使请求权；再次，合同义务并非必然与财产相关，而信托关系中的权利义务均围绕财产展开。参见 Andrew Iwobi, *Essential Trusts*, 3rd ed., Cavendish Publishing Limited, 武汉大学出版社2004年影印版，pp.4-5.

流观点,那么对于这一主流观点的商榷和反思也从未停息过。“契约说”主张信托的设立不以确定的财产为要件,甚至有学者认为“与其将信托视为一种所有权形式,不如将其视为一系列合同。”^[36]“契约说”的核心在于认为信托的产生一般基于协议,而信托法所规定的受托人的权限、权利和义务的效力等同于典型合同。^[37]同样的争论在大陆法系国家也一直喧嚣尘上。^[38]

(三)商业信托的“特殊性”

不可否认的是,商业信托对于信托财产的要求的确有异于民事信托。以资产证券化为例,首先,以信托方式进行证券化的金融资产是持续性发生的将来债权,^[39]是否具有“确定性”存疑,而信托财产的确定性却是事关信托是否成立的要素之一;其次,也有学者认为商业信托的设立并不以信托财产的现实存在为前提。^[40]例如日本信托法修订之后的文本被认为带有强烈的商业色彩,甚至修改了信托的定义。^[41]日本学者据此认为信托法的规定已经确立这样一种主张,即“信托财产对于信托而言并非不可或缺的”。这种观点风靡一时,成为当下日本学界的主流观点。^[42]根据日本信托法关于设立信托的方式和信托生效的相关规定,上述主张并非没有法律依据。经修订后的日本信托法第三条规定了信托可以信托合同、遗嘱和其他书面形式设立,而第四条规定依据合同设立信托的,自合同订立时信托生效依遗嘱设立信托的,自遗嘱生效时信托生效。其中均没有规定信托财产是信托设立或者生效的要件。

商业信托设立阶段,并无信托财产,但是主流观点认为这时依然产生了受托人在信托法上的义务。以实践中的证券投资基金为例,投资者的资金在交付给受托人之前,各方已就证券投资基金的基本问题达成合意,然后这些内容才向投资者公开。投资者看到信息之后购买信托产品,和受托人缔结契约,此时资金虽未向受托人转移,但却认为委托人和受托人都应该向受益人承担起信托法上的义务。对于这种义务的依据,有学者认为应该解释为:此时尽管信托财

[36] See Patrick Parkinson, “Reconceptualising the Express Trust”, 61(3), *Cambridge Law Review*, p.659(2002).

[37] John H. Langbein, “the Contractarian Basis of the Law of Trusts”, 105 *Yale Law Journal*, pp.627-634 (1995).

[38] 甚至在“财产说”、“契约说”之外还衍生出“主体说”。

[39] 将来债权也称为“未来债权”,是指现在尚未存在、但是将来有可能发生的债权。

[40] 参见霍津义主编:《中国信托业理论与实务研究》,天津人民出版社2003年版,页41。另参见施天涛、周勤:“商事信托:制度特性、功能实现与立法调整”,《清华法学》2008年第2期。

[41] 该法第二条规定,“本法所称‘信托’,乃指通过以下各条所列方法,特定主体为了特定的目的(仅仅为该本人目的的除外,本条以下皆同)而有义务从事管理、处分及其它达成该目的而采取的必要行为。”

[42] 参见能见善久,见前注[7],页24-25。

产尚未转移,但是信托已经设立。^[43]于是商业信托被视为支持“契约说”的绝妙论据,因为在商业信托设立过程中,信托财产尚未产生之前信托业已设立。似乎因为商业信托的出现,“财产非要件说”因此扳回一城。

但是,笔者却注意到,关于信托行为是否以财产为要件的争论,乃至深入到信托本质的探寻过程中,有两个概念在一定程度上被混用:信托与信托合同。争论双方往往交叉使用信托和信托合同两个概念,在一定程度上出现了混淆,常常导致将信托的要物性与信托合同的要物性、信托的成立生效与信托合同的成立生效混为一谈,信托行为的性质因此无法得以厘清。信托合同的确是信托设立的方式之一,但信托与信托合同的区别还是显而易见的。信托设立是一种财产处置行为,不仅让受托人承担起信赖义务,更为关键的是,发生了权利变动,即财产转移。

笔者认为,尽管商业信托确具有特殊性,但是依然没有改变信托的基本属性。因此对于这种情形,仍需坚持“财产转移要件”规则,即在商业信托中,各方已达成合意但财产未转移前,此时信托合同虽已成立生效,但是信托并未成立。这种区分信托合同与信托的观点意味着:将负担行为(信托合同)和处分行为(财产转移)分别开来,信托合同为非要物合同,自双方合意之时起成立生效,但是只有当财产转移之后,信托方为设立。至于受托人在信托设立之前所负有的义务,则是基于信托合同的契约义务。于是,一个更加饶有意味的问题浮出水面:这似乎必须得引入物权变动中的区分原则了。

三、区分原则下的信托行为

“所谓区分原则是指依据法律行为发生物权变动时,物权变动的原因与物权变动的结果作为两个法律事实,它们的成立生效依据不同的法律原则。”^[44]我国物权法也确立了“区分原则”,该法第15条规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。”当以有体物作为信托财产时,直接适用物权法上的区分原则似无困难;然而,信托财产的外延无疑大于有体物,而且随着社会发展,不仅动产和不动产可以作为信托财产,诸如有价证券、知识产权等也成为信托财产。所以这里的区分原则采取作为上位概念的负担行为与处分行为的区分更为适宜。

由于信托设立行为客观上造成两种法律效果:受托人负有为一定目的管理、处分财产的义务以及信托财产的转移或者其他处分行为。因此学理上素有“单一行为说”和“复合行为说”之争。“单一行为说”不承认区分原则的适用,认为信托行为是单一的法律行为,尽管其法律效

[43] 当然,不同观点也会呈现:例如有学者解释认为在此阶段尽管信托尚未设立,这些义务乃基于契约。参见能见善久,见前注[7],页24-25。

[44] 孙宪忠:《中国物权法总论》,法律出版社2014年版,页276。

果上的确产生了受托人的管理义务并导致财产发生转移,但这是同一法律行为产生的双重法律效果,即同时发生债权和物权(准物权)的效力。^[45]“单一行为说”认为没有必要将信托行为区分为独立的物权行为(或者准物权行为)和债权行为,而且因为转移给受托人的财产和受托人就该财产负有的经营管理和处分义务之间密切相关,所以使信托设立生效的信托行为也不该分割为两个行为。^[46]“复合行为说”则认为信托行为由两种行为复合构成:一是形成受托人为一定目的对信托财产进行管理和处分义务的行为;二是财产的转移或其他处分的行为。前者是使债务发生的负担行为(或者说债权行为),后者是使财产发生权利变动的行为,其属于处分行为,根据财产性质不同,处分行为还可以区分为物权行为(当信托财产为物时)或者准物权行为(当信托财产为有价证券、知识产权等)。比较这两种学说,最本质的区别在于是否承认信托设立行为由独立的处分行为和负担行为组合而成。由于在这一问题上的不同态度,导致对于信托设立行为的效力判断也有重大区别。因为在“单一行为说”下,信托合同与信托未予以区分,因此信托合同的效力与信托的效力也不予区分;但在“复合行为说”下,信托合同和信托设立的效力判断要根据不同的规则予以判断,甚至可能因为是否采取物权行为(或者准物权行为)无因性理论而导致截然不同的结果。^[47]

“复合行为说”无疑是区分原则在分析信托行为时的具体应用。按照此说,信托行为应该适用法律行为中负担行为与处分行为之间关系的相关规则。信托可通过合同、遗嘱或者宣言的方式设立,在每种设立方式中,都会涉及到负担行为与处分行为的关系,因此下文将依次分析契约信托行为、遗嘱信托行为和宣言信托行为中两者间的关系。^[48]

(一) 契约信托行为

“单一行为说”不区分信托与信托合同,因此信托合同要物与否与信托要物与否完全一致。如果采纳“财产要件说”,那么“单一行为说”下必然要采用“信托合同要物说”;反之亦然,若认为信托成立不以财产转移为要件,那么单一行为说下必然采用“信托合同非要物说”。反之,若按照区分原则下的“复合行为说”,那么契约信托行为无疑由两个法律行为组成:作为负担行为的信托合同和作为处分行为的财产转移行为。“复合行为说”之下,信托行为必以财产转移为要件,但是信托合同既可以采取“要物说”,亦可以采取“非要物说”。如果规定信托合同为要物合同的,则处分行为发生在先,信托合同成立以处分行为为必要。在此情形下,信托行为必以财产转移为设立要件;若规定信托合同为诺成合同的,则主张信托契约自当事人合意之时起成

[45] 参见田中实、山田昭著,雨工孝子补订:《新版信托法》,学阳书房1998年版,页45。转引自王志诚,见前注[17],页9。

[46] 参见张军建:《信托法基础理论研究》,中国财政经济出版社2009年版,页86。

[47] 由于我国台湾地区信托法第一条明文规定:“称信托者,谓委托人将财产权转移或为其他处分,使受托人依信托本旨,为受益人之利益或为特定之目的,管理或处分信托财产之关系。”因此,我国台湾地区学者大多采取“复合行为说”。

[48] 需要澄清的是,注意区分其与原因关系与信托之间的关系,例如为偿债而设立的契约信托。债权债务关系为原因关系,设立信托的契约为负担行为,而信托财产的转移为处分行为。

立,无需财产转移。但是信托设立除了信托合同之外,尚需要处分行为。

几种学说的关系详见下图。

单一行为说	信托合同为要物合同		信托合同为诺成合同
复合行为说	信托合同为要物合同	处分行为发生在先,信托合同成立以处分行为为必要。	不兼容
	信托合同为诺成合同	信托合同自当事人合意之时起成立。但是信托设立除了信托合同之外,尚需要处分行为。	

信托法学界长期以来对信托合同的要物性争论不休。^[49] 要物合同源于罗马法上的“实物契约”,后为大陆法系承继,是指在当事人意思表示一致之外,尚需要转移标的物方能成立的合同,比较典型的要物合同有定金合同、消费借贷合同等。区分诺成合同和要物合同的意义在于:其一,合同成立要件不同;^[50] 其二,合同当事人的义务和责任不同。^[51] “单一行为说”意味着信托合同的要物与否与信托行为的要物与否“共进退”:信托设立采取“财产非要件说”,那么信托合同就必须采“诺成合同说”,反之若信托设立采取“财产要件说”,那么信托合同就必须采“要物合同说”。这种思路的缺陷在于:第一种情形无疑有悖信托性质,而在第二种情形下,若信托财产未进行转移,那么不仅因缺乏财产转移要件而致使信托未成立,信托合同也被认定为未曾成立,这无疑不利于对于各方当事人的利益保护。

“复合行为说”在某种程度上让长期困扰信托法学的这个问题显得有些多余。换言之,若采取复合行为说,信托合同无论为要物还是非要物,都可实现以财产转移为信托设立要件这一目的。“复合行为说”以信托财产转移为前提,区分了信托合同和信托。若信托合同为诺成合同,那么信托合同自当事人合意之时起成立,而信托设立除了信托合同成立之外,尚需要处分行为(即物权合意加上财产转移行为);反之,若信托合同为要物合同,那么情形可能复杂一些,因为处分行为发生在先,而本该作为原因行为的信托合同却要以处分行为为必要。^[52] 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。

于是下面这个悬而未决的问题就得以迎刃而解:信托合同签订之后,财产尚未转移,此

[49] 参见何宝玉:《信托法原理研究》,中国政法大学出版社2005年版,页98—99;张军建,见前注[46],页87—88;赵廉慧:《信托法解释论》,中国法制出版社,页104—119。

[50] 诺成合同以合意为成立要件,而要物合同除了合意,尚需以标的物的转移为成立要件。

[51] 诺成合同中,转移标的物属于合同义务,违反该义务,违约方需承担违约责任;而要物合同中,转移标的物为先合同义务,违反该义务需要承担的不是违约责任,而是缔约过失责任。

[52] 参见葛云松:“物权行为理论研究”,《中外法学》2004年第6期。

时能否对委托人强制执行财产转移，并由谁来行使该权利？采取“复合行为说”，那么此时信托尚未设立，故受益人权利尚未存在，因此权利行使人应为受托人。然而，由于法律对不同性质的信托合同规定不同的行使规则，受托人需根据实际情况行使不同权力：若立法规定信托合同为要物合同，则受托人只能请求委托人承担缔约过失责任；若为诺成合同，那么可以在合同有效成立的基础上向委托人主张违约责任。

（二）遗嘱信托行为

与信托合同不同的是，遗嘱是单方法律行为和死因行为。下表比较了遗嘱信托行为和契约信托行为。

	遗嘱信托行为	契约信托行为
设立方式	遗 嘱	合 同
表示方式	要式行为	一般为非要式行为（但是我国立法采取要式行为）
法律行为类别之一	单方法律行为（委托人得随时撤回遗嘱，使遗嘱信托不生效）	双方法律行为，一旦信托合同成立，不得随意撤销。
法律行为类别之二	死因行为（委托人死亡，遗嘱生效；但是信托是否生效存在争论）	生前行为（不以行为人死亡为生效要件）
信托财产之转移	由继承人或者遗嘱执行人来进行	由委托人来进行
生效时间点	信托财产转移至受托人时或者是委托人死亡时？（留待下文论证）	信托财产转移至受托人时

众所周知，遗嘱信托除了满足信托行为的一般设立要件（包含当事人、信托目的、意思表示）之外，尚需要满足特殊设立要件：遗嘱需符合继承法的规定。同理，遗嘱信托除了满足信托行为的一般生效要件之外，尚有特殊生效要件——委托人死亡。

于是，一个让“单一行为说”一筹莫展的问题被提了出来：委托人死亡时遗嘱已经生效，但是财产却仍然属于委托人的遗产，^[53] 尚未转移给受托人，此时遗嘱信托是否生效？由于该观点认为遗嘱与遗嘱信托不可区分，因此，委托人死亡触发遗嘱生效时，遗嘱信托也生效；遗嘱信托既然已经生效，那么受益人权利亦随即产生，据此，他似乎可以要求受托人履行信赖义务，但此时受托人却并没有获得信托财产，故缺乏履行信赖义务的基础。“单一行为说”只能通过下列解释来自圆其说：遗嘱信托不同于契约信托，不能简单适用契约行为的有关规则。遗嘱信托生效后，还需受托人接受，信托财产才予以转移。“复合行为说”认为信托的核心内容在于对于财产的管理和处分，若无信托财产，信托就无从谈起，这也与信托行为兼具负担行为与处分行为的性质不吻合。因此在遗嘱信托中，遗嘱系原因行为，交付

^[53] 对于遗产之所有权归属，学理上也存在争论，素有无主财产说、继承人共有说和财团说等多种学说。本文对此不予展开。

信托财产的行为为处分行为。所以遗嘱生效并不必然导致遗嘱信托生效。

在“复合行为说”下，遗嘱是死因行为，遗嘱信托亦是死因行为，表明无论是遗嘱还是遗嘱信托，都需以委托人死亡为生效要件。但是遗嘱信托除此之外，尚需财产转移为要件。因此遗嘱生效之后，在当事人之间产生了为设立遗嘱信托确立受托人以及转移财产的权利义务关系，而只有当财产转移至受托人时，遗嘱信托才得以设立。所以若立遗嘱人死亡后，遗嘱执行人或继承人迟迟不办理信托登记，或明确拒绝办理时，受托人可以根据遗嘱诉请遗嘱执行人或者继承人协同完成财产转移，而且只有当财产转移之后，遗嘱信托始告设立。

（三）宣言信托行为

宣言信托是指委托人将自己的特定财产指定为信托财产，并对外宣言自己同时为委托人和受托人，为特定受益人或特定目的而管理信托财产的信托。宣言信托中，转移财产似乎不是必须的，委托人必须依某种方式明示其为受益人的利益而占有信托财产才是必不可少的关键要素。与遗嘱信托一样，宣言行为也是单方法律行为。宣言信托可以随意撤销。^{〔54〕}有学者认为宣言信托不需要财产转移，因此是非要物行为。但是笔者认为宣言行为依然是要物行为。理由在于：首先委托人设立宣言信托依然需要信托财产的存在；其次这些财产尽管因为委托人与受托人身份的重叠而无需进行名义上的转移，但宣言一经作出，且委托人以某种方式明示自己为受益人利益占有财产时，实质上也进行了财产的转移，因为信托设立之后，经营管理信托财产的将是受托人（尽管其与委托人身份重合）。至于宣言与财产转移行为之间的关系，采取“复合行为说”即可顺理成章解释如下：宣言是单方意思表示的负担行为，表明委托人想以受托人身份设立信托的意愿；而将委托人的特定财产明示为信托财产的环节是处分行为，因此可以直接适用负担行为和处分行为之间的规则来分析宣言与宣言信托之间的关系。^{〔55〕}

四、余论兼结论：我国信托法中的信托行为

我国现行信托法通篇只有一处提及“信托行为”，即信托法第一条关于立法目的的规定：“为了调整信托关系，规范信托行为，保护当事人的合法权益，促进信托事业的健康发展，制定本法。”但是遗憾的是，即便这唯一的“信托行为”也并非法律行为意义上的信托行为，而是“信托活动”之意。^{〔56〕}对于信托的设立，由信托法第二章予以专章规定，内容包括信托目的合法、信托财产合法且确定、信托设立的三种书面形式及其相关要求、信托财产的登

〔54〕 但是问题也接踵而来，宣言信托因此被认为特别容易坠入到规避债务和税收的陷阱之中。而且这一主张如此盛行，以至于我国立法者当初在2001年的信托立法中舍弃了宣言信托。

〔55〕 ①处分行为在标的物上要求特定，适用标的物确定主义或特定主义要求；②处分行为在标的物上要求排他性；③处分行为附加处分能力；④处分行为中的物权行为还适用公示原则，必须具备公示要素。处分行为也受公信原则的适用。

〔56〕 参见卞耀中主编：《中华人民共和国信托法释义》，法律出版社2002年版，页46。

记信托无效、可撤销的情形以及关于遗嘱信托的特别规定。由于现行信托法制定于物权法通过之前，而且彼时关于法律行为和物权理论的研究才刚刚兴起，相关原则和规则尚未厘清，因此对于信托行为的相关规定存在严重缺陷。

其一，未能清晰界定信托财产的归属问题。信托法第二条的规定扑朔迷离：本法所称信托，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。其中围绕着“将其财产权委托给受托人”这一表述引发针锋相对的争论：肯定者有之。例如江平教授认为：“这次信托立法里做了一个非常大的修正，与世界各国不一样的是没有明确规定财产的所有权或财产权属于受托人，……可以看到这一特征告诉我们必须同时兼顾两方面的利益，一是受托人对于财产应该享有完全分配的权利；另外一方面又要考虑到受益人对于这部分信托财产本身所获得利益的保障，而单纯地强调某一方面都不符合信托法的原则。”^[57]更有学者认为这一模式“揭示了信托成立的基础——委托人基于信任将自己的财产委托受托人管理、处分，同时又避免了信托财产所有权的归属问题，克服了财产权转移模式的缺陷，体现了很高的立法艺术，具有一定的科学性。”^[58]反对者也大有人在。例如周小明先生就认为，这一做法存在明显缺陷，既不可能为遗嘱信托情形下信托财产所有权的归属提供法律依据，而且更没有也不可能为受托人处理信托财产提供处分依据。^[59]无论立法者出于何种目的规避这一问题，^[60]无法规避的是：由于未能界定信托财产转移，导致信托立法在信托行为的设立和生效问题上难以有统一逻辑基础，最终影响各方当事人的具体权益。

其二，未能适用区分原则来厘清信托合同与信托之间的关系。尽管立法采用了信托合同和信托的不同表述，但是将信托合同签订与信托设立混为一谈。同时，第八条又将信托合同规定为诺成合同（即非要物合同），并且规定信托合同签订时，信托成立，可以解释为财产转移不是信托设立的要件。诚如上文所述，这无疑与信托的本质相违背。但同时信托法第10条又将信托财产登记规定为信托生效要件，逻辑上显然存在矛盾和冲突。^[61]

其三，关于遗嘱信托行为的规定语焉不详。信托法中关于遗嘱信托行为的规定仅仅见于信托法第8条和第13条，明确了遗嘱是信托设立的书面形式之一，而且采用遗嘱方式设立信托的，受托人承诺信托时，信托设立。但是未涉及到财产转移与信托设立之间的关系问题。

时至今日，法律行为理论研究日趋成熟，物权法颁布实施也有段时日，对于信托法的修

[57] 江平：“论信托法的基本原则”，载《市场报》2001年5月24日。

[58] 伍坚：“海峡两岸信托法制之比较研究”，《台湾法研究学刊》2002年第2期。

[59] 参见周小明：《信托制度：法理与实务》，中国法制出版社2012年版，页205。

[60] 例如有研究还认为立法者之所以未能清晰界定信托财产所有权的归属，是因为我国信托法中的中心在于信托法律当事人之间的权利义务关系。参见温世扬、冯兴俊：“论信托财产所有权——兼论我国相关立法的完善”，《武汉大学学报》（社科版）2005年第2期。

[61] 由于物权行为理论的缺失和区分原则的阙如，导致类似问题在立法中不时出现：例如担保法中关于抵押合同的效力规定。

改呼声此起彼伏。本文认为,需要对信托法中关于信托行为的规定进行修订,否则无法自圆其说,也难以实现各项规定之间的逻辑统一。具体主张如下:其一,立法明确信托的性质,以及财产转移是信托设立的要件;其二,明确信托合同成立与信托设立之间的区分。信托合同宜规定为诺成合同(即不以财产交付为成立要件),而信托设立须以财产转移为要件。其三,对于不动产以及适用不动产物权变动规则的财产,信托财产的登记为信托设立之要件,但信托合同效力不受登记与否之影响。^{〔62〕}其四,对于遗嘱信托,明确遗嘱生效乃遗嘱信托生效之要件之一,但遗嘱信托生效尚需要财产之转移。遗嘱信托确定受托人之后,受托人有权请求遗嘱执行人和继承人根据遗嘱内容转移财产。

一言以蔽之,信托源于并不具有法律行为抽象范畴的英美法系,在移植到大陆法系国家的过程中就不得不通过本土化努力将该项具体制度嵌入受体国的法律生态系统之中。而且,我们也乐观地看到,信托行为作为信托设立时的法律行为,其成立生效若能以法律行为理论作为基础,不仅逻辑统一,而且也有利于与其他民商法制度的协同。

Abstract: The nature of trust deed is one of the contentions without unanimous conclusion. Opinions are divergent, whether about nature or significance of trust deed. The nature of trust deed is related to the conditions for establishment and validity of a trust. From the perspective of Rechtsgeschäft of civil law to analyze trust deed is helpful to clarify the relationship among trust contract, property transfer and trust deed, and to improve the judicial practice and legislation.

Key Words: Trust Deed; Rechtsgeschäft; Trust Contract; Testament

(责任编辑:邓峰)

〔62〕 信托法第十条关于信托财产登记的规定采取的是登记生效主义,这一做法值得推敲商榷和检讨,然而这是另外一篇论文的任务了,本文不予论述。