

# 信托融入民法典的逻辑 理据与体例选择

徐 卫\*

## 目次

引言	(五) 特殊制度模式
一、信托融入民法典的逻辑理据	(六) 小结
(一) 信托融入民法典的理由	三、信托的定位与信托融入民法典分则的体例选择
(二) 信托法的商法倾向是否影响其纳入民法典	(一) 关于“行为”“义务”或“实体”的定位
(三) 信托融入民法典的可行性	(二) 信托应定位于“关系”
二、信托融入民法典的几种主要模式	(三) 信托融入民法典分则的体例选择
(一) 主体模式	四、民法总则对信托的应有“表达”及路径选择
(二) 财产(目的财产)模式	(一) 民法总则对信托应有相应的“表达”
(三) 财产权或物权模式	(二) 路径选择
(四) “债”之模式	结论

**摘要** 信托制度不同于传统的民商事法律制度,无论是运行机制还是财产权结构,信托都具有相当大的特殊性。由于其重要性以及制度的特殊性,很多民法典都通过不同模式、不同角度对信托制度进行相应的逻辑表达。出于民法典的体系化、系统化以及现代性和国际化的需要及考量,我国民法典也应将信托纳入其中。这种纳入既要在分则中体现也要在总则中体现,在民法典分则中,应采取特殊制度规范模式,将信托安排在物权和债法之间或者物权和债法之后并单独作为一编。在民法典总则中,信托应该在民事主体和民事权利部分予以体现,民事主体部分应对商业信托有所提及,民事权利部分应该涵盖信托财产权利。

**关键词** 信托 民法典 民法总则 融入 体例

## 引 言

现代信托的概念起源于中世纪的用益。在早期,信托推动了封建残余的废除并迎来了现代继

\* 上海交通大学凯原法学院副教授、法学博士。

承制度。<sup>〔1〕</sup>在现代,信托具有多样的功能,“信托是准继承、准用益权、准遗嘱、准公司、准资产证券、集合投资计划、破产管理的工具、债券发行的工具等,用弹性的词语表达,信托就是模拟器(emulators),他们甚至并不限于私法”。<sup>〔2〕</sup>由于信托的巨大制度价值,在大陆法系中,法国、罗马尼亚、捷克、匈牙利等都认可了信托制度。拉丁美洲的一些大陆法系国家也引入了信托,如哥伦比亚(1923)、巴拿马(1925)、智利(1925)、墨西哥(1926)、玻利维亚(1928)、秘鲁(1931)、哥斯达黎加(1936)、委内瑞拉(1940)、尼加拉瓜(1940)、危地马拉(1946)、厄瓜多尔(1948)和洪都拉斯(1950)等。混合法系的苏格兰、南非、魁北克、斯里兰卡、路易斯安那等也引入了信托。<sup>〔3〕</sup>目前,只有德国等少数国家对信托充满敌意,<sup>〔4〕</sup>尽管如此,一旦关于信托制度的困惑和不确定性消除,接受信托只是时间问题。<sup>〔5〕</sup>

普通法追求的是实用主义的哲学,它们不追求制定法逻辑的严谨和体系的一致。大陆法系则追求法典的体系逻辑和严谨,因此,一旦引入信托制度,就牵涉信托如何融入既有法律体系的问题。弗拉彻(Fratcher)指出:“信托是英国发明的法律工具。据此工具,财产所有权在受托人和受益人之间进行分割,……受托人和受益人没有单纯的他物权。换句话说,受托人和受益人两者在标的上的利益都是对物利益。因为受托人和受益人在同一标的上共同拥有对物权,信托的设立通常牵涉所有权的分割。”<sup>〔6〕</sup>像信托法这样一个既不属于物权法也不属于债法,靠衡平法院的判例所形成的法体系,对大陆法系来说确实是一个异质性的存在。<sup>〔7〕</sup>由于信托的这种特殊性,传统民事法律制度和体系难以涵盖,这就需要在民法典中为信托增设自己的位置并让其有自己的逻辑表达和法律呈现。

## 一、信托融入民法典的逻辑理据

### (一) 信托融入民法典的理由

“信托……的现代发展,已经在极大程度上证明,法律的社会发展能够独立于实证法继续前行,并能在与后者的冲突中向前发展。”<sup>〔8〕</sup>民法典即使不将信托纳入其中,也不影响信托制度的存在和发展。尽管如此,这并不意味着信托不需要纳入民法典之中。

---

〔1〕 David William Gruning, “Reception of the Trust in Louisiana: the Case of Reynolds v. Reynolds”, 57 Tulane Law Review 89,98 (1982).

〔2〕 George L. Gretton, “Trusts Without Equity”, 49 International and Comparative Law Quarterly 599 - 620 (2000).

〔3〕 Ruiqiao Zhang, “A Comparative Study of The Introduction of Trusts into Civil Law and Its Ownership of Trust Property”, 21 (8) Trusts & Trustees 902 (2015).

〔4〕 Charles E. Rounds, Jr., “State Common Law Aspects of the Global Unwindings of the Madoff Ponzi Scheme and the Sub-Prime Mortgage Securitization Debacle: Buttressing the Thesis That Globalizing the American Law School Curriculum at the Expense of Instruction in Core Common Law Doctrine Will Only Further Provincialize It”, 27 Wisconsin International Law Journal 99,114 (2009).

〔5〕 Kai Lyu, “Re-Clarifying China’s Trust Law: Characteristics and New Conceptual Basis”, 36 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 447,486 (2015).

〔6〕 George L. Gretton, supra note 〔2〕, at 599 - 620.

〔7〕 参见〔日〕三菱日联信托银行编著:《信托法务与实务》,张军建译,中国财政经济出版社2010年版,第6页。

〔8〕 [奥]尤根·埃利希:《法律社会学基本原理》,叶名怡、袁震译,中国社会科学出版社2009年版,第322页。

民法典不同于普通法上的制定法，甚至也不同于大陆法系中其他部门法法典，它有严密的逻辑构成体系。“民法是一个相互作用的原则、制度和定义的组织体系，目的在于在其构成要素之间实现协调和一致。”〔9〕从民法整体的角度，设定合理的架构，明确各项制度的功能定位，使之相辅相成，才能做到规范有序。〔10〕民法典“是一种形式，但绝不仅仅是一种形式，更非形式主义”。〔11〕它有自己丰富的内容，这些内容构成一个协调、具有涵射性的法典体系。从法典体系化之角度，将信托制度纳入民法典是必要的。信托法属于民法范畴的部门法，这从路易斯安那州法典关于民法典和信托法之间的编排体例（路易斯安那州法典第九编—民法典—附属—路易斯安那信托法）即可看出。我国民法学者也把信托法看作是“特别民法”的范畴。〔12〕即使以商事信托为范式的日本信托法，学界也认为其属于民法的一个部门。〔13〕既然如此，信托制度应该在追求体系性的民法典中有所“反映”。

民法典的现代性与国际化也需要将信托纳入进去。民法典应该追求现代性，它应反映现代社会面临的新问题和新领域（如数据、网络虚拟财产等），〔14〕还应反映现代经济和商业关系的新规则形式，“民法典并非简单的立法文件，它也可以被认为是新经济自由与商业关系规则的宝库”。〔15〕除此之外，民法典的现代性还体现在应当反映其他民事单行法中基于社会发展需求率先确认的新制度或新权利。要完成这一目标，就需要民法典对新制度形态在其框架内进行确认，“这意味着对全体现行法从对应制度规定的性质上加以重新体系化，至少有必要将民法典以及特别法中含有的制度规定不拘泥于法典编别给予再体系化”。〔16〕《民法总则》第127条规定：“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”这是民法典现代性的彰显。信托作为特殊的民事制度也应在民法典中呈现，这也是民法典现代性的当然需要。另外，“一个法典是应当由广泛的规定组成的，……要考虑到国际化需要”。〔17〕信托以及信托财产权是国际上存在的重要制度和财产权形态。若将信托纳入民法典，基于民法典的特殊地位和影响力，将有利于信托制度在国际交往和贸易活动中获得更显著的国际影响力及其关注度，从而促进信托制度的竞争力并通过信托制度吸引更多的营业，促进经济繁荣。在这个意义上，将信托纳入民法典也是国际化的需要。

信托制度自身也有融入民法典的需求。首先，信托不能脱离民法而存在。在普通法系中，衡平法最重要的方面是信托法。衡平法的全部内容是对“什么是信托”这一问题的回答。“那个回答最容易理解的方面是它不可能孤立地提及信托法，因为它是视为一个整体作为法律制度的相互作用的部分而存在。”〔18〕同样，信托法被大陆法系国家引入以后，也不可能脱离民法而孤立存在：一方面，单行法民事规范本身必须与民法典保持一致，而不能成为独立于民法典之

〔9〕 John B. Claxton, “The Corporate Trust Deed under Quebec Law: Article 2692 of the Civil Code of Quebec”, 42 McGill Law Journal 797, 803 (1997).

〔10〕 参见薛军：《中国民法典编纂：观念、愿景与思路》，载《中国法学》2015年第4期，第55页。

〔11〕 茅少伟：《寻找新民法典：“三思”而后行：民法典的价值、格局与体系再思考》，载《中外法学》2013年第6期，第1154页。

〔12〕 参见谢鸿飞：《民法典与特别民法关系的建构》，载《中国社会科学》2013年第2期，第113页。

〔13〕 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51页。

〔14〕 参见王利明：《民法典的时代特征和编纂步骤》，载《清华法学》2014年第6期，第8~9页。

〔15〕 〔美〕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205页。

〔16〕 〔日〕星野英一：《现代民法基本问题》，李诚予、岳林译，上海三联书店2015年版，第34页。

〔17〕 前注〔15〕，乌戈·马太书，第212页。

〔18〕 Mark Leeming, What is a trust? ABR LEXIS 60, 2008, p.56.

外的“微系统”。<sup>[19]</sup>另一方面,“各特别私法没有自成一体的规则。毋宁说,它们都以民法的存在为前提”,<sup>[20]</sup>民法是一切部门法的基础,<sup>[21]</sup>更不要说特别私法。“特别私法规范也可能涉及实际上属于民法核心问题”,<sup>[22]</sup>因此,大陆法系国家一旦引入信托法,就需要融入民法的整体中予以理解和把握,“如果信托不能根据民法原理来解释的话,信托法就没有什么实际价值,因为民法律师不可能根据普通法原理来解释他们的信托法”。<sup>[23]</sup>另外,经验表明,很多民事特别法经常达不到其所追求的立法目标,<sup>[24]</sup>在此情况下,也需要通过民法获得生命力和有效的规范力。其次,信托制度的价值需要通过民法典这种“载体”加以凸显。一个制度的价值除了制度本身的魅力之外,还必须通过载体予以体现。“必须承认价值与载体之间的相关性。”<sup>[25]</sup>将信托纳入民法典,通过这种“高品格”的民法典载体形式可以彰显信托的作用和地位,突出其价值。

法典由于其自身的稳定性,有利于增强人们“对法律确定性的预期”,同时提升人们对行为的可预测性。“在其他条件不变的情况下,这种可预测性的程度越高,个人能够有效计划其生活的可能性就越高。”<sup>[26]</sup>信托一旦纳入民法典,由于民法典具有相较于特别私法的稳定性,有利于引导民众在信托的“世界”里获得更为理想的社会生活秩序,这一点,对于具有“长期规划”<sup>[27]</sup>性质的信托而言尤为重要。

## (二) 信托法的商法倾向是否影响其纳入民法典

民法典的体系化依赖于规范体系设计及其结构,“首先解决哪些规范内容能够进入的前提性问题,而后解决入围规范的内容与逻辑体系的安排”。<sup>[28]</sup>信托在民法典中的呈现首先应考虑其能否进入民法典,然后再讨论在民法典中的位置安排问题。前面已述,一些法律和学者把信托法看作是民法的部门。但在我国,也有很多学者将信托法作为商法的一个部门或视为商法的范畴。<sup>[29]</sup>客观地说,中国的信托立法从一开始主要是因商业需求而推动的,特别是政府战略投资的需要,<sup>[30]</sup>加之这部信托法对商事信托具有同样适用的效力,<sup>[31]</sup>从而使信托法具有调整商事信托关系的目的地和色彩,甚至有人认为中国信托法是“规制信托公司的法律地位和商业能力的商法或金融法”。<sup>[32]</sup>

[19] 参见梁慧星、王利明等:《中国民法典编纂:历史重任与时代力举》,载《中国法律评论》2015年第4期,第15页。

[20] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第17页。

[21] 参见徐国栋:《“民法”变迁史考》,载《中国政法大学学报》2007年第2期,第48页。

[22] [德]哈里·韦斯特曼:《德国民法基本概念》,张定军、葛平亮、唐晓琳译,中国人民大学出版社2014年版,第11页。

[23] Tamar Frankel, “Toward Universal Fiduciary Principles”, 39 Queen’s Law Journal 391, 425 (2014).

[24] 参见陈卫佐:《现代民法典编纂的沿革、困境与出路》,载《中国法学》2014年第5期,第266页。

[25] [日]伊东研祐:《法益概念史研究》,秦一禾译,中国人民大学出版社2014年版,第237页。

[26] [瑞典]亚历山大·佩策尼克:《论法律与理性》,陈曦译,中国政法大学出版社2015年版,第26~28页。

[27] 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,第33页。

[28] 李建伟:《民法总则设置商法规范的限度及其理论解释》,载《中国法学》2016年第4期,第88页。

[29] 参见柳经纬:《编纂一部商事品格的民法典》,载《比较法研究》2016年第1期,第162页;李建伟:《民法总则设置商法规范的限度及其理论解释》,载《中国法学》2016年第4期,第83页;刘斌:《论我国民法总则对商事规范的抽象限度——以民法总则的立法技术衡量为视角》,载《当代法学》2016年第3期,第103页。

[30] See Stephen Tensmeyer, “Modernizing Chinese Trust Law”, 90 New York University Law Review 710, 721 (2015).

[31] 参见《中华人民共和国信托法》第3条。

[32] Guoqing Liu, “Trusts Without Fiduciary Duty: The Commercial Nature of Chinese Trust Business”, 22 (10) Trusts & Trustees 1104 (2016).

如果信托法是具有商法色彩的特别私法,是否影响其在民法典的呈现呢?这个问题从根本上说是商事规范能否进入民法典的问题。有学者指出,从私法体系形式理性和商事立法体系化角度,最佳立法范式应当是“民法典+单行商事法”,因为让相对稳定的法典去规制一个富有活力的商业社会,后果是难以想象的。商法和民法是存在实质区别的,“民商法的实质区分反映在立法体例上,就是实质商法的独立立法”。<sup>[33]</sup>有的学者主张编纂具有商事品格的民法典,“在‘民商合一’的体制下,商事品格的民法典必须从制度上能够为商事制度提供制度构建的基础,在理念上充分彰显市场经济的内在要求”。<sup>[34]</sup>实际上,民法和商法并非决然分离,二者“并无固定的界限,相互影响”。<sup>[35]</sup>在司法实践中,商法规范很少单独适用,往往与民法规范相配合解决问题,如购买上市公司股份达到一定比例后未公告而继续买卖的效力,就需要根据《合同法》第52条第5项的规定才能解决。<sup>[36]</sup>民法典的统摄性要求创新性地涵盖商事规则,只是考虑民法典的稳定性,这种涵盖应以必要性为限,即将那些较为稳定的商事规范纳入其中。<sup>[37]</sup>

在上述意义上,将信托纳入民法典并不违反民法典的“民法”品格。即使是商事信托,民法典也可做出一定的“反映”,只是反映的方式和程度有所区分而已。另外,商事信托的基本运作机制可以抽象为民商事信托的共同性东西,也可纳入民法典。<sup>[38]</sup>尤其需要指出的是,即使商事信托是信托运用的主流,也不排除民事信托的存在,信托制度对这种信托同样适用。2000年7月“全国人大法律委员会关于《中华人民共和国信托法(草案)》修改情况的汇报”即指出:“信托法……主要是规定信托基本关系。”信托属于私法领域的普遍性制度,并不限于商事信托,不应仅以特别法的方式对其进行规制。即使实行民商分立,也不影响将信托制度纳入民法典。法国在这个方面提供了样板。在法国,采纳信托的一个理由是争取商业资金(competition for business funds)并有助于避免法国的公司迁移到英美国家。<sup>[39]</sup>在此立法目的下,信托受托人只限于银行、投资公司、保险公司等几类商事主体。<sup>[40]</sup>因此,法国的信托可以说主要针对商事领域。尽管如此,2007年《法国民法典》依然将“信托”纳入其中。<sup>[41]</sup>罗马尼亚也是如此,罗马尼亚的信托制度主要用于商业和投资的目的,但罗马尼亚新民法典同样将信托置于第三卷“关于财产”之中。<sup>[42]</sup>

### (三) 信托融入民法典的可行性

并非所有的民法典都接受将信托纳入其中,有的民法典(如路易斯安那民法典)拒绝在民法典

[33] 李建伟:《民法总则设置商法规范的限度及其理论解释》,载《中国法学》2016年第4期,第73~91页。

[34] 柳经纬:《编纂一部商事品格的民法典》,载《比较法研究》2016年第1期,第164页。

[35] 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第56页。

[36] 参见王利明:《民商合一体例下我国民法典总则的制定》,载《法商研究》2015年第4期,第5~6页。

[37] 参见许中缘、颜克云:《商法的独特性与民法典总则编纂》,载《中国社会科学》2016年第12期,第137~144页。

[38] 正是在这个意义上,《纽约州民法典草案》甚至还对公益信托有所涉及。参见《纽约州民法典草案》第237、238条。

[39] See Ronald J. Scalise Jr., “Some Fundamentals of Trusts: Ownership or Equity in Louisiana?” 92 Tulane Law Review 53, 67 (2017).

[40] 参见叶朋:《法国信托法近年来的修改及对我国的启示》,载《安徽大学学报》2014年第1期,第123页。

[41] 参见李世刚:《论〈法国民法典〉对罗马法信托概念的引入》,载《中国社会科学》2009年第4期,第109页。

[42] See Liliana Marilena Lazar, “The Trust under the New Civil Code”, 9 Contemporary Readings in Law and Social Justice 521 (2017).

中纳入信托,他们认为信托的一些方面与民法典在理念上不相协调。<sup>[43]</sup> 其实,当一个国家引入信托以后,即使不在民法典中纳入信托,作为私法范畴的信托法,也存在与该国民法典的协调问题,不能仅仅因为在形式上不纳入民法典就可以回避这一问题。况且,信托与民法典的理念并不存在根本性的冲突,相反,它们是相容的,如同样遵循私法自治、诚实信用等原则,<sup>[44]</sup> 同样以任意性规范而不是强制性规范为主。至于通常认为信托存在“双重所有权”,并认为这与民法中的一个所有权概念存在冲突,这纯粹属于“误读”。在大陆法系中,“双重”所有权并不是规范意义上的描述,只是理论研究中对信托的一种“形象解说”而已,而且这种“解说”本身也没有实际的价值,正如学者指出,“尽管(双重所有权的)区别可能具有某种实际说明价值,但其只是掩盖和模糊了所有权的不同观念,而且信托机制的基本功能似乎是在构成信托资金的资产控制和最终来自这些财产的经济利益之间形成分离,在这种情况下,所有权分割的概念似乎是不重要的,甚至是危险的”。<sup>[45]</sup>

信托纳入民法典不但没有理念上的根本冲突,而且还相对简单、容易。在立法中,“随着现代民主制度的不断完善和成熟,法律越来越成为不同利益集团之间协商、妥协的产物”。<sup>[46]</sup> 由于利益集团的反对,往往导致很多制度或规则难以通过,为了获得利益集团的支持,“推动立法的那些人曾力图保持这种模糊性或者在潜在的争议事项上保持沉默,从而避免遭到反对”。<sup>[47]</sup> 信托进入民法典则不存在这种阻力。民法典不同于其他法典,“民法典并不会发生被利益集团所俘获的风险,原因在于它们更多的是法律文化而不是立法程序的产物”。<sup>[48]</sup> 因此,在民法典中融入信托并不存在利益集团的约束和羁绊之情况。只要立法者愿意,民法典中纳入信托就较为容易。近年来,一些民法典纳入信托就是例证,如2011年生效的罗马尼亚民法典中包含了规制信托的一部分内容,2014年1月生效的捷克民法典规制了信托基金,2014年3月15日生效的新匈牙利民法典提供了一种旨在产生某种普通法信托效果的制度安排。<sup>[49]</sup>

我国信托制度结构的单纯性也使信托进入民法典相对容易。这一点不同于其他国家。有些国家信托制度较为复杂,导致其融入具有严密逻辑体系和结构的民法典比较困难,如以色列,根据以色列1979年法的规定,如果信托是通过赠与之外的方式设立,受托人不需要使信托财产“在他们的控制之下”,相反,他们只是实施关于那个财产的行为即可。受托人可以“以委托人的名义”或“以其他任何人的名义”实施与财产有关的行为。可见,以色列信托法实际上规定的不是一个信托制度而是两个信托制度:一个是无形(shapeless)信托制度,一个是赠与信托制度。<sup>[50]</sup> 南非也存在两种不同的信托制度,根据南非《1988年信托财产管理法》第1条规定,南非实际上也确认了两种形式的信托,即“标准信托(normal trust)”和“bewind 信托”,在前者,财产所有权在受托人名下,受

[43] Edward F. Martin, “Louisiana’s Law of Trusts 25 Years after Adoption of the Trust Code”, 50 Louisiana Law Review 501, 502 (1990).

[44] 我国《信托法》第5条规定:“信托当事人进行信托活动,必须遵守法律、行政法规,遵循自愿、公平和诚实信用原则,不得损害国家利益和社会公共利益。”

[45] Adair Dyer, “International Recognition and Adaptation of Trusts: The Influence of the Hague Convention”, 32 Vanderbilt Journal of Transnational Law 989, 1001 (1999).

[46] 陈卫佐:《现代民法典编纂的沿革、困境与出路》,载《中国法学》2014年第5期,第265页。

[47] [美]史蒂文·瓦戈:《法律与社会》,梁坤、邢朝国译,中国人民大学出版社2011年版,第128页。

[48] 前注[15],乌戈·马太书,第76页。

[49] See Paolo Panico, “Can Civil Law Trusts Protect Against Defaulting Financial Intermediaries?” 9 JIBFL 567 (2015).

[50] Adam Hofri, “Shapeless Trusts and Settlor Title Retention: An Asian Morality Play”, 58 Loyola Law Review 135, 148-149 (2012).

益人仅仅对受托人享有对人权。在后者，财产所有权在受益人名下。<sup>[51]</sup>就上述复杂的信托制度而言，民法典为其安排合适的位置是较为困难的。在我国，信托制度只存在传统意义的单一信托制度，在民法典中为其找寻适当的位置则较为容易。

有人不建议信托进入民法典，主要理由是，《信托法》等特殊私法篇幅较大或性质特殊，很难在民法典中找到合适的位置。<sup>[52]</sup>即使整体纳入民法典不合适，也可以通过一般条款的方式纳入，就如同劳动法，劳动保护的基准始终在变动，用民法典固定不适宜，但民法典纳入劳动者一般保护条款（如解约权等）也并非不可以。<sup>[53]</sup>同样，对信托而言，也可以在民法典中嵌入信托的“接口”条款“以显示英美舶来品的信托在民法体系中的逻辑位置”。<sup>[54]</sup>另外，即使信托法篇幅较大或性质特殊，也可以通过民法典的抽象技术解决。信托融入民法典是技术性融入而不是简单的嵌入。在此方面，马耳他将信托融入民法典的做法值得借鉴。《马耳他民法典》除了专章规定信托之外，<sup>[55]</sup>还对信托义务和资产分割进行了一般性和原则性规定。该法典第 1124A(1)条规定：“信托义务产生于法律、契约、准契约、职务或行为的承担，当一个人（受托人）——(a) 负有保护他人的义务时；(b) 为其他人的利益持有财产或者行使对财产的控制或处分财产的权力；(c) 从其他人那里获得负有保密义务的信息，并意识到或在当时情况下合理地意识到，这种信息是要受到限制的。”第 1124B(2)条规定：“当一个人持有受信托义务约束的财产，这种财产不受其个人债权人的权利主张或诉权的约束，也不受其配偶或法定继承人的权利主张或诉权的约束。”据此，民法典通过对信托义务和资产分割的抽象规定完成民法典对信托制度的一种“技术性”纳入。可见，即使信托制度篇幅较大，民法典也可以通过抽象技术的运用实现对信托制度的纳入。

## 二、信托融入民法典的几种主要模式

庞德说：“法律制度的历史在很大程度上就是从其他法律制度中借鉴法律素材以及从法律之外吸收素材的历史。”<sup>[56]</sup>在信托纳入民法典问题上，其他国家和地区的民法典是如何完成对信托制度的纳入的，它们究竟采取的是什么模式，有必要全面考察。毕竟，“世界上种种法律体系能提供更多的、在它们分别发展过程中形成的丰富多彩的解决办法，不是那种处于本国法律体系的界限之内即使是最富有想象力的法学家在他们短促的一生能想到的”。<sup>[57]</sup>

### （一）主体模式

将信托置于民法典“人”的部分进行规定，这种做法可以称为主体规范模式。这种模式的典型立法例是《埃塞俄比亚民法典》。该法典分五编，其中，第一编“人”的第 3 题“社团和财团”之第 3 章“财团”设有三节：第 1 节“捐赠基金”；第 2 节“委员会”；第 3 节“信托”。从这种结构安排可以看

[51] See Daniel Clarry, “Fiduciary Ownership and Trusts in a Comparative Perspective”, 63 International and Comparative Law Quarterly 901 - 933 (2014).

[52] 参见茅少伟：《寻找新民法典：“三思”而后行：民法典的价值、格局与体系再思考》，载《中外法学》2013 年第 6 期，第 1143 页。

[53] 参见前注〔12〕，谢鸿飞文，第 111 页。

[54] 王涌：《财产权谱系、财产权法定主义与民法典〈财产法总则〉》，载《政法论坛》2016 年第 1 期，第 117 页。

[55] See Malta Civil Code, Book Second, Part II, Title III A (Of Trusts and their effects, 958A - 958J).

[56] Frances H. Foster, “American Trust Law in a Chinese Mirror”, 94 Minnesota Law Review 602, 606 (2010).

[57] [德] K.茨威格特、H.克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社 2003 年版，第 22 页。

出,该法典将信托作为一种民事主体看待。杨立新教授等起草的《中华人民共和国民法总则(草案)》(建议稿)采取的模式与此类似。该“建议稿”第三章“法人”之第一节“法人的设立”的条文安排是:第64条“社团法人设立”;第65条“财团法人设立:捐助行为”;第66条“财团法人设立:信托”。第66条规定:“信托是将特定的财产组成一个由受托人根据信托人的指示进行管理的自主的实体……”<sup>[58]</sup>无论是体例安排还是概念界定,都将信托看作“主体”,并作为财团法人的一种类型。

### (二) 财产(目的财产)模式

这种模式以魁北克民法典为代表。在魁北克民法典中,信托是经过删减的版本,最初的信托法是在民法典之外作为单独的立法存在的,直到1888年才纳入民法典之中。<sup>[59]</sup>《魁北克民法典》分为十编:人、家庭、继承、财产、债、优先权和抵押权、证据、时效、权利公示和国际私法。第四编“财产”共分为7个部分(七节),其中,第六节“某些目的性财产”详细规定了“信托”。可见,信托被置于“财产”而不是主体部分,这种安排与魁北克的信托构造有关。魁北克的信托发展有三个阶段:第一个阶段,受益人是信托财产的所有者;第二阶段,信托财产所有权存在于受托人手中;第三阶段,受益人和受托人在信托财产上都没有物权,属于无所有者的财团。<sup>[60]</sup>在这种构造中,信托不是一个独立的实体(主体),而是一个不为任何人所有而仅由受托人加以管理的独立财团(patrimony)。<sup>[61]</sup>这种将信托作为“目的财产”来看待并将其融入民法典的“财产”部分属于较为特殊的规制模式。

### (三) 财产权或物权模式

采取这种模式的主要是智利、阿根廷等。《智利民法典》分为四编:第一编“人”;第二编“财产及其所有、占有、使用和收益”;第三编“死因继承和生前赠与”;第四编“债的通则和各类合同”。信托被置于第二编“财产及其所有、占有、使用和收益”之第八题“所有权的限制以及首先关于信托所有权的限制”。从标题上看,该法典是从信托所有权角度规范信托的。《阿根廷民法典》与此类似。1998年12月的《阿根廷共和国商合一的民法典草案》是将信托作为一种“合同”类型来规定的。<sup>[62]</sup>但伴随信托的引入,阿根廷民法典对完全的和民法性的所有权概念进行了改造,引入了信托所有权(dominio fiduciario)概念,它属于一种受限制的所有权。<sup>[63]</sup>为此,《阿根廷民法典》在第三卷“物权”专设第7题“不完全所有权”,并于其中规定了信托。<sup>[64]</sup>从智利和阿根廷民法典的体例安排可以看出,两者都采取的是财产权或物权模式,只是不是从受益人的信托财产权而是从受托人的信托财产权角度规制而已,这是最大的特色。罗马尼亚民法典也是采取这种模式。新罗马尼亚民法典第3卷第五章引入了信托,它是作为物权模式来构建的,置于地役权之后的章节

[58] 参见杨立新(等):《〈中华人民共和国民法总则(草案)〉建议稿》,载《河南财经政法大学学报》2015年第2期,第18页。

[59] See John E. C. Brierley, “The Civil Law in North America; The Civil Law in Canada”, 84 Law Libr. J. 159, 164 (1992).

[60] See Ruiqiao Zhang, *supra* note [3], at 902.

[61] Ronald J. Scalise Jr., *supra* note [39], at 77.

[62] 参见徐国栋:《民法典草案的基本结构》,载《法学研究》2000年第1期,第54页。

[63] See Daniel Clarry, *supra* note [51], at 901-933.

[64] 参见王涌:《财产权谱系、财产权法定主义与民法典〈财产法总则〉》,载《政法论坛》2016年第1期,第117页。

之中。<sup>[65]</sup>

#### （四）“债”之模式

法国民法典对信托的纳入即采取这种模式。在法国，“一直认为，（法国民法中的）信托来自契约安排，而不是财产法的机制”。<sup>[66]</sup> 基于这个认识，同时考量法国民法典的固有体例，《法国民法典》将信托置于第3卷“取得财产的各种方法”之第十四章（章名为“信托”），其所含的第2011条到第2031条获得新的生命。<sup>[67]</sup> 《法国民法典》第二卷主要规定的是物权（所有权、用益权、地役权等），第三卷第十四章之前的章节主要规定的是“债”（买卖、互易、租赁、合伙、借贷等），信托位于第三卷第十四章，这种安排显然倾向于把信托看作“债”，属于“债”之模式。采取这种模式的还有《俄罗斯联邦民法典》。《俄罗斯联邦民法典》第二部分“债的种类”于1995年12月22日通过。其中，第五十三章“财产的委托管理”实际规范的就是信托，<sup>[68]</sup> 属于债的种类之一。《匈牙利民法典》也属于债之模式。2013年《匈牙利民法典》在“合同编”设“资产管理信义合同”引入信托。<sup>[69]</sup> 尽管信托的受托人要服从于强大的封闭制度（ring-fencing system）并且法律对信托利益进行准所有权（quasi-proprietary protection）保护，<sup>[70]</sup> 但从体例安排上不难看出，立法者是将信托看作“债”来规范的。

#### （五）特殊制度模式

这种模式不是将信托作为主体或财产来规范，也不是作为物权或“债”来规范，而是作为特殊民事制度对待的。《马耳他民法典》就是如此。在该民法典中，信托置于第二卷（“物”）第二编“财产取得和转移的方法及关于财产的其他权利”。在此编中，第一章是“占有”，第二章是“添附”，第三章是“继承”，第三章A是“信托及其效力”，第四章是“债务总则”，后面还有其他章节等。尽管立法是把信托看作“财产取得的一种方法”来对待的，类似于《法国民法典》，但从具体位置安排来看，该编前三章分别是物权的取得（占有、添附、继承），第四章是债（债总），信托置于二者之间，位于“物权取得”和“债”之间，说明立法者将信托看作兼有物（权）要素和债之要素的一种特殊形态。《欧洲民法典草案》也是将信托作为特殊民事制度看待的。《欧洲民法典草案》分为十编：第一编“总则”；第二编“合同及其他法律行为”；第三编“债及相应权利”；第四编“具体合同及其权利义务”；第五编“无因管理”；第六编“因造成他人损害而产生之非合同责任”；第七编“不当得利”；第八编“货物所有权之取得与丧失”；第九编“动产上之物权担保”；第十编“信托”。该草案将信托置于债和物权相关规定之后单独作为一编，从位置安排来看，体现了立法者并不是将信托作为债法和物权法范畴，而是视为较为特殊的独立制度。只是在位置上紧跟物权之后，倾向于物权法或财产法而已。

#### （六）小结

根据以上信托融入民法典的几种立法模式，可以得出三点结论：第一，究竟采取哪种融入模

[65] See Paolo Panico, *supra* note [49], at 567.

[66] Rebecca Lee, “Conceptualizing the Chinese Trust”, 58 *International and Comparative Law Quarterly* 655-669 (2009).

[67] 参见李世刚：《论〈法国民法典〉对罗马法信托概念的引入》，载《中国社会科学》2009年第4期，第106～116页。

[68] 该法典第1018条规定，交付委托管理的财产独立于管理设立人的其他财产，也独立于受托管理人的财产。这种“财产独立性”使俄罗斯的“财产委托管理”明显地不同于委托而属于信托。

[69] 参见王涌：《财产权谱系、财产权法定主义与民法典〈财产法总则〉》，载《政法论坛》2016年第1期，第117页。

[70] See Paolo Panico, *supra* note [49], at 567.

式,不是立法者主观恣意的行为,而是与信托制度的定位和构造有关,换句话说,信托的定位和构造本身制约了民法典的融入路径,比如,埃塞俄比亚将信托构造为主体(《埃塞俄比亚》民法典第516条),既然如此,只能将信托放在民法典的主体部分。第二,信托融入民法典的体例安排也与民法典自身的体例结构有关,不能超越民法典的既有结构和体例。比如,法国虽然以“债”来构造信托制度,但《法国民法典》没有“债权(或债法)”编,也无法将信托置于形式上的“债法”之中,只能放在“财产取得的各个方法”下面那些本质上属于“债”的部分。第三,信托融入民法典的方式也体现了立法者对本国信托的基本看法。比如,智利民法典和阿根廷民法典是从信托所有权的角度规范信托的,这显示立法者侧重从受托人对信托财产的信托所有权角度来理解信托,这与那种通常从信托财产或者受益人的受益权角度理解信托存在根本的差异。

### 三、信托的定位与信托融入民法典分则的体例选择

“无论法律规定如何详细,不追溯到‘信托是什么’就无法解决,或者至少是不能恰当解决的问题仍然存在。”<sup>〔71〕</sup>在信托融入民法典的问题上,“信托是什么”也制约了其在民法典中的位置,比如,若信托只是一种行为,则应规定在法律行为部分即可,若信托属于实体,则应放在民法典民事主体部分,若信托属于一种关系,就应在物权或债等部分予以呈现。因此,对信托的定位和认识决定了其融入民法典的模式。

#### (一) 关于“行为”“义务”或“实体”的定位

##### 1. 定位于“行为”

将信托定位于行为主要体现在我国立法上。《信托法》第2条规定:“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。”

从“行为”角度理解信托早在我国台湾地区没有出台“信托法”之前就有这种思路。1987年台再字第42号判例即从“信托行为”角度理解信托,并指出:“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。就外部关系言,受托人固有行使超过委托人所授予之权利,就委托人与受托人之内部关系言,受托人仍应受委托人所授予权利范围之限制。”<sup>〔72〕</sup>从行为角度理解信托是受大陆法系法律行为或民事行为等传统民法理论的影响,但“所谓法律传统,或更糟糕地说,法律狭隘主义可能不正当地限制市场从而导致失败”。<sup>〔73〕</sup>同样,从行为角度认识信托也会导致不恰当的结果。行为只是私法法律关系“变动之原动力”,<sup>〔74〕</sup>它是信托产生的原因或前提,行为仅是信托设立之前的阶段,行为本身不是信托,行为的结果才是信托,问题的关键在于行为所创设的信托而不是创设信托的行为,将信托定位于“行为”显然没有触及信托的本质。将信托定位于行为也导致一些特殊的信托无法涵盖,如法定信托(《信托法》第55条、第72条),这种信托并不是基于行为产生的,而是基于法律规定而产生的。

##### 2. 定位于“义务”

有的立法和学者是从义务的角度认识信托的。《印度1882年信托法》第3条规定:“信托是指

〔71〕 [日] 能见善久:《日本新信托法的理论课题》,赵廉慧译,载《比较法研究》2008年第5期,第154页。

〔72〕 王文宇:《信托法的分析架构及可行的发展方向》,载《北大法律评论》2008年第2期,第283页。

〔73〕 前注〔15〕,乌戈·马太书,第128页。

〔74〕 曾世雄:《民法总则之现在与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第205页。

与财产所有权相关的一种义务,该义务来自为他人的利益或者为他人及所有者的利益而对财产所有者施加并由其接受的信任……”学者亚瑟·昂德希尔(Arthur Underhill)也是如此定位信托:“信托是一种衡平法义务,该义务约束一个人(称作受托人)为其他人的利益(称作受益人)处理由他拥有的作为独立基金(separate fund)的财产(称作信托财产),该财产区别于他自己的私人财产,……受益人中的任何一个人可以执行这种义务。”<sup>[75]</sup>有的学者认为信托是一种关系,但在解释这种关系时,强调的便是其中的义务,如卡尔·威尔曼指出,“信托是关于财产的一种信任关系,使掌握财产的人负有为了另一方的利益而处置财产的义务”。<sup>[76]</sup>

将信托定位于义务具有一定合理性。信托义务是信托的一个重要方面,在某种程度上,也是判断信托的一个重要标尺。戈德龙等法官在澳大利亚高等法院关于 *Associated Alloys Pty Ltd v ACN 001 452 106 Pty Ltd* 一案判决中指出:必须澄清的是,“仅仅有财产的独立,不足以创设那个财产的信托。但关键问题不是财产的接收者是否在事实上将该财产与他自己的财产分离,而是关于财产接受的情况是否产生接收者将财产加以独立的义务,这相应地可证明信托的推定具有正当性”。<sup>[77]</sup> 信托义务不同于普通的义务,它具有特殊性的一面,信托义务是由衡平法强加的,“他们被强加是出于正义”。<sup>[78]</sup> 由于这种义务是衡平法出于正义而施加,所以,“可以确定的是,在信托义务中存在不能通过契约否定的强制核心(mandatory core)”。<sup>[79]</sup> 因此,在上述意义上,将信托定位于义务具有一定的道理。但应当看到,信托义务不是信托的全部,它只是信托中比较核心的一个部分。信托分为广义的信托和狭义的信托,广义的信托是指财产由信托所持有的一种法律结构,即法律结构意义上的信托。狭义的信托是关于财产利益的一种义务。广义的信托必须包含狭义上的信托,没有狭义的信托,就不能存在广义的信托。这是因为如果没有狭义上的信托,受托人就不负有关于财产利益的任何义务,果真如此,他们就不是受托人。<sup>[80]</sup> 可见,将信托定位于义务仅仅是对狭义信托的一种描述。

### 3. 定位于“实体”

实体,也即主体。<sup>[81]</sup> 在法律上虽然只有《埃塞俄比亚民法典》第 516 条明确地将信托看作实体,但在通常的语言中,“信托”通常是在“主体”的意义上使用的,如“土地被信托所持有”“这些股份被信托所持有”“信托是营利的当事人”“信托对债务负责”等。<sup>[82]</sup> 在学界,信托越来越被看作是法律实体。英美有学者认为,“尽管有时说普通法信托缺乏法律人格,相反地,我们认为,很清楚它是一个法律实体”。<sup>[83]</sup> 日本也有学者认为,信托受托人管理处分的效果并非直接归属于受益人而

<sup>[75]</sup> John Glover, “Nominal or ‘dummy’ settlors: Is it time to reform the law of trusts?” 2012 AJEQT LEXIS 34, 11 - 12 (2012).

<sup>[76]</sup> [美] 卡尔·威尔曼:《真正的权利》,刘振宇等译,商务印书馆 2015 年版,第 169 页。

<sup>[77]</sup> Michael Bryan, “The Inferred Trust: An Unhappy Marriage of Contract and Trust?” 69 (1) Current Legal Problems 377 (2016).

<sup>[78]</sup> [英] 道恩·奥利弗:《共同价值与公私划分》,时磊译,中国人民大学出版社 2017 年版,第 203 页。

<sup>[79]</sup> Robert H. Sitkoff, “An Interdisciplinary View of Fiduciary Law: The Economic Structure of Fiduciary Law”, 91 Boston University Law Review 1039, 1047 (2011).

<sup>[80]</sup> Lionel Smith, Sir William C., “Massively Discretionary Trusts”, 70 (1) Current Legal Problems 17 (2017).

<sup>[81]</sup> 参见《布莱克法律词典》第 9 版,西方出版公司 2009 年版,第 976 页。

<sup>[82]</sup> See George L. Gretton, supra note [2], at 599 - 620.

<sup>[83]</sup> Henry Hansmann, Reinier Kraakman, “The Essential Role of Organizational Law”, 110 Yale Law Journal 387, 417 (2000).

是归属于信托财产,受益人对信托财产仅仅是以受益权的形式间接享有,从这个角度而言,信托财产具有法主体之趋势。<sup>[84]</sup>在我国,有人主张法律应明确信托为实体,法律若不明确承认信托的主体性,信托就只能以受托人名义从事活动,而不能以自己的名义。<sup>[85]</sup>还有学者指出,“从法律性质上看,信托财产是‘财团’。人格包含着财团,如果承认人格,那么就必须承认独立的财团。而如果承认特定的财团,事实上也意味着将其视为‘人’或准‘人’。由此,将信托拟制为法人,符合法律的逻辑与现实需要”。<sup>[86]</sup>

从表面上看,信托具有一定的实体化倾向,如信托财产具有独立性,有的法律(如纽约法律)还允许信托以自己的名义获得财产、废除了反永久规则等。<sup>[87]</sup>尽管如此,信托在本质上并不是实体,也不能授予信托以法律人格,“因为这样会留下太多的问题”。<sup>[88]</sup>一方面,如果将信托看作是一个主体,那么受托人则完全将他们自己变成那个主体的代表人,正如董事长是公司的代表人一样。<sup>[89]</sup>这样一来,信托和其他主体(如法人)的界限模糊,信托的制度价值也就贬损。另一方面,非自然人主体的设立一般要求登记。信托若构筑为主体,则必须登记。“如果要求灵活弹性的各种信托方式也都经过申请登记方可成立,事实上亦不可能。”<sup>[90]</sup>信托的魅力就在于与其他法律制度的区别。正因如此,《英国法导论》一书将“信托”放在第五章“财产”而非第四章“人与个人法律关系”中论述。<sup>[91]</sup>加拿大《统一受托人法》更是明确规定“信托不是‘人’”。<sup>[92]</sup>

## (二) 信托应定位于“关系”

信托不单单是行为或义务,普通意义上的信托也不是实体。“信托本质上仅仅是法律关系。”<sup>[93]</sup>很多立法是从“关系”角度定位信托的,如我国台湾地区“信托法”第1条规定:“称信托者,谓委托人将财产权移转或为其他处分,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。”加拿大《信托冲突法》第1条第1款界定信托为:“信托是指一种法律关系,其存在于下列情况下……”《路易斯安那法典》第1731条、《信托法(海牙公约)》第2条第1项也都是从“关系”或“法律关系”角度界定信托。

法学研究的对象就是千姿百态的各种关系。<sup>[94]</sup>法律关系具有相当的涵盖性,可以包含主体、标的、权利、义务、责任等。信托作为最为复杂且具有多个面向的制度,定位于“关系”最为科学,毕竟,信托的全部以及特殊性就体现在委托人、受托人和受益人之间及其与第三人之间基于信托财

[84] 参见前注[7],三菱日联信托银行书,第64页。

[85] 参见王涌:《财产权谱系、财产权法定主义与民法典〈财产法总则〉》,载《政法论坛》2016年第1期,第117页。

[86] 李清池:《商事组织的法律构造——经济功能的分析》,载《中国社会科学》2006年第4期,第151页。

[87] Adam S. Hofri-Winogradow, “Contract, Trust, and Corporation: From Contrast to Convergence”, 102 Iowa Law Review 1691, 1711-1712 (2017).

[88] [德]克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案》(全译本)(第9、10卷),徐强胜等译,法律出版社2014年版,第253~254页。

[89] See George L. Gretton, *supra* note [2], at note 92.

[90] 刘迎霜:《论信托的本质——兼与“信托异化论”商榷》,载《法学评论》2011年第1期,第77页。

[91] 参见[英]威廉·格尔德特:《英国法导论》,张笑枚译,中国政法大学出版社2013年版,第2~3页。

[92] See Uniform Trustee Act (Canada), Section 4.

[93] Niels Appermont, “Adrift between Scylla and Charybdis? The trust caught between a civil law rock and a fiscal hard place”, 22 (10) *Trusts & Trustees* 1134 (2016).

[94] [德]尤利乌斯·冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,商务印书馆2016年版,第10页。

产而发生的权利义务关系。但问题是,这种关系究竟是债的关系还是物权关系。对此,在大陆法系或混合法系中,更多的是将其看作(或构造为)债或契约关系,例如,苏格兰、拉丁美洲国家、卢森堡、墨西哥等。<sup>[95]</sup> 在大陆法系学者的眼里,信托属于债的范畴,如欧洲多国学者合写的《欧洲私法教科书》就将信托置于第二卷第三编(“合同之一般”)与第五编(“普通法中的合同范畴”)之间的第四编(“信托质与信托”)。<sup>[96]</sup> 有人认为,在物权法定主义框架之下,人们没有权力利用所有权的特定权能。在信托法之下,人们具有的唯一促进权(facilitative power)就是承担个人债务,结果即是“信托法真正归属于债法的范畴”。<sup>[97]</sup> 至于这种债的类型,更多的将其解释为契约。<sup>[98]</sup>

将信托看作是契约或债的关系是错误的。对传统的信托而言,“信托不再是一个工具或一种谈论事情的方式,它变成了一种独立的存在”。<sup>[99]</sup> 信托具有独立的价值,绝对不是单纯契约之债的关系。独立的信托法制定本身就显示信托不同于契约或债的结构,它不能令人满意地根据现行契约原理进行解释。<sup>[100]</sup> 而且在信托中,受托人是作为一种职位(Office of Trustee)的持有者而存在的,这种职位也说明信托和纯粹的契约是不同的。信托创设的法律关系也远远超过契约或债之义务,受托人违反义务的结果不仅是单纯的赔偿。<sup>[101]</sup> 另外,将信托看作是“债”的一个主要困难在于它无法解释信托财产在破产情况下的隔离效果。而信托财产隔离效果是所有信托理论都承认的一个事实。

信托关系也不是物权法律关系。有人认为应承认信托中的核心当事人即受益人的权利是物权并将其构建为物权。<sup>[102]</sup> 从法律解释学的层面,将受益人的权利看作物权是难以成立的:第一,物权是推定普遍有效的,受益权并不是。第二,如果受益权是物权,那么第三人又如何从受托人那里“自由”获得信托财产。第三,不动产权通常须登记,受益权并不需要登记。第四,受益权可以按照债权方式转让而不是通过物权方式转让。第五,物权通常受“特定性原则”的约束,受益权的标的并不特定。第六,受益权常常是不确定的,甚至有时受益人的身份也不确定。这是物权不存在的现象。第七,通常的解释是,在涉及第三人时,受托人是所有人,而在受托人和受益人之间,受

[95] See respectively Ronald J. Scalise, Jr., *supra* note [39], at 78; Dante Figueroa, “Is the Lack of Trusts an Impediment for Expanding Business Opportunities in Latin America?” 24 *Ariz. J. Int’l & Comp. Law* 701, 707–708 (2007); Thibaut Partsch, Jeremie Houe, “Country Report: Luxembourg”, 18 *Columbia Journal of Europe Law Online* 55, 57–58 (2012); Edgardo Muñoz, Sofía Llamas, “Arbitration of Mexican Trust Disputes: A Couple Made for Each Other?” 23 *University of Miami International and Comparative Law Journal* 1, 5–7 (2015).

[96] 徐国栋:《大陆法系还能存在多久》,载《比较法研究》2010年第1期,第145页。

[97] J. E. Penner, “The (True) Nature of a Beneficiary’s Equitable Proprietary Interest under a Trust”, 27 *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 473, 493 (2014).

[98] See respectively John H. Langbein, “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, 105 *Yale L.J.* 625, 651 (1995);前注[15],乌戈·马太书,第159页;Adam S. Hofri-Winogradow, “Contract, Trust, and Corporation: From Contrast to Convergence”, 102 *Iowa Law Review* 1691, 1692 (2017).

[99] Thurman W. Arnold, “The Restatement of the Law of Trusts”, 31 *Columbia Law Review* 800, 803 (1931).

[100] See Rebecca Lee, *supra* note [66], at 655–669.

[101] See John B. Claxton, “The Corporate Trust Deed under Quebec Law: Article 2692 of the Civil Code of Quebec”, 42 *McGill Law Journal* 797, 848 (1997).

[102] Yun-chien Chang and Henry E. Smith, “The Numerus Clausus Principle, Property Customs, and the Emergence of New Property Forms”, 100 *Iowa Law Review* 2275, 2309 (2015).

益人是“所有人”。从这个角度来看,受益权也不是物权,因为物权主要是根据第三人的效果来界定的。<sup>[103]</sup>

信托是较为复杂的法律关系。“信托呈现出代理、财产、契约、甚至公司的特征,但它是自成一格的。”<sup>[104]</sup>从“债”和“物权”关系的角度,信托兼有二者之因素和色彩。即使倾向于“债”的关系构造信托的日本立法也体现了这一点。在日本,通说认为受益权的性质是债权,但《日本信托法》第2条第7项关于受益权的定义并非如此,该规定有“为了确保前述权利的实现,根据本法的规定要求受托人等为一定行为的权利”的表述,据此表述“可以说这并不是一个单纯的债权”。<sup>[105]</sup> 信托受益人的地位有点类似于公司股东,其权利包含自益权和共益权,从信托财产中接受给付的自益权具有债权性质,共益权具有什么性质,法律上并不明确。<sup>[106]</sup> 鉴于此,日本学者指出,受益权是信托法首创规定的具有特殊性质的权利,无法单纯从形式逻辑的角度将其分为物权或债权,它同时具有债权和物权的要素。<sup>[107]</sup> 我国台湾地区学者也认为,信托关系并非一般债权契约或物权关系,它是信托当事人与债权人之间的特殊债权债务关系。<sup>[108]</sup> 的确,在大陆法系,信托受益权在总体上虽然试图构造为债权,但不可否认的是,其中也具有物权因素,受益权是兼具物权、债权色彩的特殊权利。在这个意义上,信托是契约和财产的“混合体”。<sup>[109]</sup>

### (三) 信托融入民法典分则的体例选择

信托不单单是“行为”,普通的信托也不是“主体”,信托在本质上是一种特殊的法律关系,它既有债的因素也有物权的因素,基于这个考虑,如果信托进入民法典,其在分则中的位置就不应是物权编或债法编,那种主张民法典设“财产权总则”编并将信托置于其下“其他财产权”一章显然是不合适的。<sup>[110]</sup> 这种做法只是关注到信托的物权维度,无法彰显信托制度的独特性和“全貌”。信托融入民法典应当体现对信托制度的理解和定位,从准确反映信托制度的特质之角度,最佳的体例安排就是将信托放在物权编和债法编之后单独作为一编(类似于《欧洲民法典草案》)或者置于物权编和债法编二者之间单独作为一编。

当然,将信托纳入民法典分则不是《信托法》的整体“搬入”。民法典是以稳定为特点的法典,信托法作为特殊私法可能随着经济发展和社会生活的变化而随时修改,如果直接“搬入”民法典,信托制度的修改就会导致民法典的不稳定。信托融入民法典不是信托法琐碎性规则的融入。“民法典中的规则要尽量避免过于琐碎。……过于琐碎的规则设计容易跟不上时代的要求,而由于自身规则的特殊性,这些具体规则常常也缺乏必要的解释空间。”<sup>[111]</sup> 民法典纳入信托应该是“创造性”纳入,是具有一定体系化程度的一种融入。在此方面,《德国民法典》对消费者法的纳入就是一个值得吸取的教训,该法典在引入消费者法的内容时就是以简单甚至照搬的方式纳入,忽略了制

[103] See George L. Gretton, *supra* note [2], at 599 - 620.

[104] Charles E. Rounds, Jr., “The Common Law is Not Just About Contracts: How Legal Education Has Been Short-Changing Feminism”, 43 *University of Richmond Law Review* 1185, 1202 (2009).

[105] 前注[13],樋口范雄书,第9页。

[106] 参见前注[71],能见善久文,第156页。

[107] 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55页。

[108] 参见王文宇:《信托法的分析架构及可行的发展方向》,载《北大法律评论》2008年第2期,第283页。

[109] See John H. Langbein, “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, 105 *Yale Law Journal* 625, 672 (1995).

[110] 参见吴汉东:《论财产权体系——兼论民法典中的“财产权总则”》,载《中国法学》2005年第2期,第81~83页。

[111] 耿林:《论法国民法典的演变与发展》,载《比较法研究》2016年第4期,第191页。

度整合及其体系化,结果导致德国民法典的相关内容与消费者法是两张皮。<sup>〔112〕</sup>因此,信托制度融入民法典分则应该是对信托原则化的东西进行规定,就此而言,《马耳他民法典》的做法值得借鉴,马耳他在单独的信托法(《信托与受托人法》)之外,又将信托制度纳入其民法典,其中,民法典对信托规范的内容主要是:与信托财产相关的交易;受托人对财产的处分;以特留份权利人为受益人的法定信托;利益享有的限制;主张特留份的效果;受托人和遗嘱执行人;等等。<sup>〔113〕</sup>为了避免《民法典》对信托法内容的简单“接入”,民法典分则规范的内容可以是诸如信托设立的原则、信托的效力、信托财产的独立性、信托受益人的权利、信托债务的承担等信托制度的根本性问题。<sup>〔114〕</sup>

#### 四、民法总则对信托的应有“表达”及路径选择

##### (一) 民法总则对信托应有相应的“表达”

在信托已在民法典分则中有呈现的情况下,民法典总则有“重复”之必要。理由在于:第一,民法典分则的具体规范永远不是尽善尽美的。“即使实在法的内容本身是正确的,它也难免存在形式上的、表述方面的缺陷,从而导致漏洞、矛盾、晦涩、歧义。”<sup>〔115〕</sup>民法典分则的法律规范也是如此。当分则中的信托规范存在歧义、漏洞甚至矛盾的情况下,总则对信托“方向性”“指导性”“本源性”的规定无疑具有指导意义,能够起到“解释”和“补充”具体规范不足的作用。第二,民法典总则是成文法整体结构中对民法具有统领作用的法律条文或法律规定的有机汇集,它“是整个法的纲领,是事关法的全局的内容的综合,在一定意义上也可以说是整个法的缩影”。<sup>〔116〕</sup>一旦将信托制度融入民法典分则作为一编之后,信托必须在“总则”中有自己存在的“缩影”,换句话说,分则中的制度应在总则中有自己的概括表达,这是民法典总则存在的价值和逻辑。

有人认为,总则就是以抽象方式提取各编的“公因式”,它必须对总则之下各编具有普适性,总则是各编中重要且具有共同性的东西。<sup>〔117〕</sup>信托并不是一个普适性的制度,和其他制度不具有共同性的方面,如果总则对分则属于提取公因式的表达,信托就无法在总则中呈现。因此,有必要澄清对民法总则提取公因式的理解。提取“公因式”只是一种形象的表达,并不是数学公因式提取法,如果将其理解为数学公因式,就会要求总则的内容必须严格统辖和涵盖分则的各个部分,这显然是不可能的。<sup>〔118〕</sup>民法典的总则难以做到纯粹地提取公因式,即使在《德国民法典》上,总则的内容也不完全是对分则提取公因式,例如,法人制度并不适合婚姻继承;物不能作为人身关系的客体;法律行为在亲属等领域也没有存在的空间。<sup>〔119〕</sup>可见,一个纯粹的提取公因式的民法总则不太可能,逻辑的谨慎只是相对而不是绝对的。分则中并非具有共同性的一些制度在总则中进行总括

〔112〕 参见前注〔12〕,谢鸿飞文,第110页。

〔113〕 See Malta Civil Code, Section 958A - 958J.

〔114〕 由于信托纳入民法典分则并非《信托法》的整体“搬入”,也不是信托法琐碎性规则的直接植入,而是“创造性”且具有一定体系化程度的融入,它是对信托原则化东西的“规范”,因此,民法典分则关于信托的规范并不能取代作为特别法的《信托法》。在民法典之外依然有《信托法》存在的必要和价值。文中提到的马耳他民法典分则对信托的规定和单独的信托法并存的做法就说明了这一点。

〔115〕 [德]尤利乌斯·冯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,商务印书馆2016年版,第27页。

〔116〕 周旺生:《论法律援助法的总则构建》,载《法制与社会发展》2002年第4期,第4页。

〔117〕 李永军:《民法典总则的立法技术及由此决定的内容思考》,载《比较法研究》2015年第3期,第1页。

〔118〕 参见韩松:《论我国未来民法典总则编结构》,载《当代法学》2012年第4期,第89页。

〔119〕 参见陈小君:《我国民法典:序编还是总则》,载《法学研究》2004年第6期,第42页。

性表达或“宣示”并不违反总则的形式理性。在这个意义上,信托进入民法典总则是可行的。

## (二) 路径选择

### 1. 应在“法律行为”部分呈现

“行为”不是信托的本质,但至少揭示了信托的成立基础,如果设立信托的行为(信托行为)具有法律行为不能包含的特殊性,在民法总则“法律行为”部分呈现未尝不可。那么法律行为制度是否可以包含信托行为呢?在没有信托法或信托制度的情况下,信托行为属于一种“特殊”的法律行为,其特殊性在于,它是指运用一种法律行为的形式达到与该形式导致的目的不同甚至超过目的的行为,这种行为本质上并不是一种法律行为,而是一种订立法律行为的方式。<sup>[120]</sup> 在没有信托法律制度时,当事人的行为表示(财产转移给受托人,受托人是形式上的所有人)和动机(信托财产利益归受益人)是不同的。在此情况下,需要通过“信托行为”的解读以达到当事人行为形式之外的真正的目的,因此,有必要在法律行为制度中“呈现信托”以至于包含信托行为,为信托效果提供支撑。但是,有了信托法以后,信托法本身就赋予委托人意思表示相应的法律效果,无需通过信托行为这种分析工具探究当事人的目的和动机,在此情况下,“信托行为”并没有体现出法律行为本身不能包含的特殊内容。因此,没有必要在法律行为部分对“信托行为”再进行专门的“表达”。

### 2. 能否从“信托财产”角度切入

信托财产在信托中具有核心地位。信托是“当事人之间关于信托财产的总体关系”,<sup>[121]</sup> 没有财产就没有信托。信托财产具有独立性,为信托目的而存在,可以排除委托人、受托人、受益人各自债权人的追索,正是信托财产的这种特殊性才使信托具有特殊的法律效果。在上述意义上,可以说,“信托是一项特殊财产”。<sup>[122]</sup> 在大陆法系中,由于信托财产具有上述特性,很多人用概括财产来解释信托财产,<sup>[123]</sup> 概括财产的核心观念就是资产和债务的结合。但事实上,信托持有的财产与概括财产的概念不符。概括财产理论意味着每个人仅仅拥有一个概括财产,每个概括财产归属于某个人,但受托人本质上拥有两个概括财产。<sup>[124]</sup> 另外,概括财产解释信托财产也存在局限:如果受托人的个人债权人不能追及信托财产,那么同样的情况也适合信托债务,即信托债务应由信托财产承担而不是由受托人个人承担。但实际情况是,在债务层面上,没有区别受托人的个人债务和受托人的信托债务,所有的受托人债务都是他自己财产的债务。<sup>[125]</sup>

信托财产是传统的财产理论包括概括财产无法解释的。由于概括财产不能准确解释信托,人们开始把信托财产视为特殊财产。<sup>[126]</sup> 相对于民商事领域中的其他财产,信托财产的确具有相当的特殊性,也是支撑信托运行的关键。由于信托财产在信托中具有重要地位,加之信托财产确实具有独特的性质,基于这些考虑,在民法总则“财产”或“物”的部分应当对其有一定的表达。但这种“表达”取决于一个国家民法典总则的基本结构。我国现行民法总则包括以下几章:基本规定;

[120] 参见徐国栋:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第371~372页。

[121] Tom Besanko, “Refining the Constructive Trust”, 39 AJEQT LEXIS 7 (2011).

[122] George L. Gretton, *supra* note [2], at 599 - 620.

[123] See Kai Lyu, *supra* note [5], at 484 - 485; Ruiqiao Zhang, *supra* note [3], at 902.

[124] See Valerio Forti, “Comparing American Trust and French Fiducie”, 17 Columbia Journal of Europe Law Online 28, 33 (2011).

[125] Rebecca Lee, *supra* note [66], at 655 - 669.

[126] 参见王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第234页;赵廉慧:《信托法解释论》,中国法制出版社2015年版,第211页。

自然人；法人；非法人组织；民事权利；民事法律行为；代理；民事责任；诉讼时效；期间计算；附则。其中并没有“物”或“财产”一章。信托融入民法典不能超越民法典的框架，它要遵守民法典自身的体系，不能因为信托的融入而影响民法典的体系，也不能因为要纳入信托从而对总则结构进行显著调整（如增加“财产”或“物”一章），这是不现实的。因此，在现行民法总则结构之下试图将信托通过信托财产的路径找到相应的表达方式并不可行。

### 3. 可否在“民事主体”中反映

普通的信托本身不是主体或实体，无法纳入民法典“人”的规定中。尽管如此，并不排除法律对特殊信托的主体构造之认可。所谓特殊信托，这里主要指的是商业信托。在国外，商业信托的发展是对公司形式早期限制的回音，实际上是商业组织的替代物。在商业信托中，受托人与公司董事和管理者类似，受托人不再担任信托和外界的严格缓冲器角色，受益人也常常被看作是“股东”，持有益权证书并且可以转移。<sup>〔127〕</sup> 在美国，很多法院承认商业信托具有主体资格，可以其自己的名义起诉和应诉。<sup>〔128〕</sup> 2009年，美国还制定《统一法定信托实体法》，明确商业信托为一个实体，独立于其受托人和受益人（《统一法定信托实体法》第302条）。

商业信托具有自身的特殊价值，未来有很大的发展空间。对于这种具有主体化构造的商业信托是否可以在民法总则“人”的部分呈现呢？这个问题取决于民法总则是民商分离还是民商合一。前面已述，我国民法总则实际是按民商合一体例构建的。多数学者也都认为民法总则应具有“商事思维”和“商事关怀”，甚至有人认为，民法典总则不仅是民法典各编的总则，也是商事规则乃至整个私法的总则。<sup>〔129〕</sup> 在民事主体制度上，“建立具有统领性和开放性的民事主体分类体系以包容已经存在和可能出现的商事主体类型，从而实现主体制度的‘纳商入民’，无疑是最为关键的一环”。<sup>〔130〕</sup> 信托不仅仅是财产规划的工具，“由于其多变的性质，它也是商业的工具”。<sup>〔131〕</sup> 针对信托在商业领域的运用，具有包容性和前瞻性的民法总则不能忽视商业信托的存在，理应纳入其中，其技术路径就是承认商业信托的主体地位。不过，在具体的商业信托法没有正式出台之前，民法总则不宜直接规定商业信托的主体地位，恰当的技术处理方式就是为商业信托这种主体留下空间或“民法接口”，可参照《民法总则》第127条对网络虚拟财产的规制范式，做如下规定：法律对商业信托主体资格另有规定的，依照其规定。

### 4. 信托财产权利的视角及其融入方案

信托财产权利由受托人对信托财产的权利和受益人对信托财产的权利两个维度构成。在不承认双重所有权构造的情况下，考察信托财产的所有权，主要有四个模式：一是委托人转移财产给受托人，由受托人享有所有权，这是常见的模式；二是委托人保留信托财产所有权，只是将管理权委托给受托人（如俄罗斯）；三是受益人是信托财产的所有者，受托人仅仅拥有单纯的管理和处理权（如南非 *bewind* 信托）；四是委托人、受托人、受益人都不享有所有权（如魁北克）。在这四种模式中，受托人享有财产所有权是最为适当的构造。一方面，若不把受托人看作是所有人，可能会降

〔127〕 See Jonathan J. Ossip, “Diversity Jurisdiction and Trusts”, 89 *New York University Law Review* 2301, 2313-2315 (2014).

〔128〕 See *First Union Nat'l Bank ex rel. Se. Timber Leasing Statutory Trust v. Pictet Overseas Trust Corp.*, 351 F.3d 810, 814 (8th Cir. 2003); *Boyd v. Boulevard Nat'l Bank*, 306 So. 2d 551, 553 (Fla. Dist. Ct. App. 1975).

〔129〕 参见许中缘、颜克云：《商法的独特性与民法典总则编纂》，载《中国社会科学》2016年第12期，第145页。

〔130〕 汪青松：《主体制度民商合一的中国路径》，载《法学研究》2016年第2期，第62~63页。

〔131〕 Charles E. Rounds, Jr., *supra* note [4], at 121.

低效率和信托方案的灵活性。如果受托人表面上不拥有信托财产的所有权,那么在和第三人进行交易时可能存在沉重的负担,即需要向交易相对人证明他的管理权限。<sup>[132]</sup>另一方面,如果受托人不是信托财产的所有者,将很难解释为什么受托人可以有效地将所有权转移给第三人。<sup>[133]</sup>尽管如此,受托人对信托财产的所有权与传统意义上的所有权不同,它并无收益权能。在这个意义上,可以说,受托人虽然保有所有权,但它“仅仅是一个裸权”,<sup>[134]</sup>属于一种“特殊”的所有权。

至于受益人对信托财产享有的信托受益权,它是英国衡平法历史发展的结果。在历史上,衡平法管辖权是对人的,权利者援引衡平管辖权仅仅具有对被告的个人权利,而不是为了权利者的利益对具体财产的所有权。据此理解,受益人在信托财产上的权利并不必然是一种物权性权利。<sup>[135]</sup>麦克法兰和史蒂文斯(McFarlane and Stevens)甚至认为,将信托置于法律中的关键在于认可受益人享有“针对受托人权利的权利(right against the trustee's right)”,受益人享有的权利不是在信托财产上的权利而是在授予受托人权利上的权利。<sup>[136]</sup>还有人认为,“信托中的受益人的权利与法定权益极其相似,但是安全性次于其他财产权益”。<sup>[137]</sup>这些观点虽然比较激进,但间接地揭示信托受益权的特殊性,即它既不是物权,也不是单纯的债权。的确,受益人的权利具有监督权、知情权等物权、债权难以包含和解释的内容。不管如何认识信托受益权,有一点是肯定的,那就是,受益权不是传统民商事权利体系能够涵盖的。

既然受托人的信托财产权和受益人的信托受益权都是一种特殊的财产权利,传统的民商事权利都无法涵盖,它们就应该在民法总则中单独体现出来。民法上的财产权是开放的,“并应尽可能地创设与之相适应的全新的至少是较新的规制原则及规则”。<sup>[138]</sup>网络虚拟财产作为特殊的财产权,在《民法总则》“民事权利”一章已有所呈现,信托财产权同样属于新型财产权结构,没有理由拒绝将其纳入民法总则之中。遗憾的是,《民法总则》第五章“民事权利”只是提到物权(第114条、第115条、第116条、第117条)、债权(第118条、第119条、第120条、第121条、第122条)、知识产权(第123条)、继承权(第124条)、股权和其他投资性权利(第125条)、其他民事权利和利益(第126条)、数据和网络数据虚拟财产(第127条)。其中并没有提及信托财产权,信托财产权在总则中依然找不到自己的逻辑表达。由于当事人(受托人和受益人)的信托财产权利不同于物权、债权,也不仅仅属于商事特别法上的权利,《民法总则》应在“民事权利”一章对其予以反映,可以采取《民法总则》对其他民事权利相同的陈述模式,规定:“信托当事人的信托财产权受法律保护。”通过这种对信托财产权利保护的“宣示”,实现对信托财产权的民法“表达”。

## 结 论

在现代社会,信托是相当重要的私法制度,它是一种“可以基于各种各样的目的被使用的法律

<sup>[132]</sup> Kai Lyu, *supra* note [5], at 456.

<sup>[133]</sup> Ruiqiao Zhang, *supra* note [3], at 902.

<sup>[134]</sup> [奥] 尤根·埃利希:《法律社会学基本原理》,叶名怡、袁震译,中国社会科学出版社2009年版,第216页。

<sup>[135]</sup> See Rebecca Lee, *supra* note [66], at 655 - 669.

<sup>[136]</sup> See Tatiana Cutts, “The Nature of ‘Equitable Property’: A Functional Analysis”, 35 AJEQT LEXIS 16 (2012).

<sup>[137]</sup> [英] 威廉·格尔达特:《英国法导论》,张笑枚译,中国政法大学出版社2013年版,第115页。

<sup>[138]</sup> 崔建远:《民法总则如何反映民事权利》,载《求是学刊》2015年第4期,第79页。

制度”，<sup>〔139〕</sup>在知识产权、继承、募捐、公司、国有企业、土地经营、诉讼等领域都具有重要的适用价值。<sup>〔140〕</sup> 信托具有不同于债法和物权法的特殊性，这种特殊性不仅不是其纳入民法典的一个障碍，反而是一个坚实的理由，“民法的任务……，即，将其间已经被创造出来的法的要旨加入到法典中，并且同时考虑现行法尚未认可的许多新的请求权和利益”。<sup>〔141〕</sup> 作为一项重要的、特殊的私法制度，信托应该在民法典中有相应的“呈现”和“表达”。这种“呈现”和“表达”既应体现在分则中也应体现在总则中。在分则中，最好的体例安排就是将信托单独设置一编，并置于物权编、债法编之后或将其置于物权编和债法编之间。在总则中，最佳的逻辑表达就是在“民事主体”部分为商业信托等具有主体资格的信托寻找民法支撑，同时在“民事权利”部分将信托财产权即受托人的信托所有权和受益人的信托受益权在民事权利中予以“宣示”。

---

**Abstract** Trust plays a more and more important role in modern society. Trust system is different from traditional civil and commercial law system. Whether it is operation mechanism or property right structure, trust has considerable particularity. Because of its importance and the particularity of the system, many civil codes carry out the logical expression of the trust system through different modes and different angles. Due to the need for and consideration of the systematization and modernity and internationalization of the civil code, our civil code should also include the trust. It should be not only reflected in the general provisions but also in the subsection of the civil code, in the subsection, special regulation mode should be adopted, the trust being placed between or after the arrangement of property rights and obligations as a separate series. In the general provisions of the civil code, the trust should be embodied in the part of the civil subject and the civil right. The commercial trust should be mentioned in the civil part, and the trust property right should be included in the civil rights part.

**Keywords** Trust, Civil Code, General Principles of Civil Law, Integration, Style

---

（责任编辑：肖俊）

---

〔139〕 前注〔13〕，樋口范雄书，第37页。

〔140〕 参见徐卫：《信托受益人利益保障机制研究》，上海交通大学出版社2011年版，第2页。

〔141〕 [奥] 尤根·埃利希：《法律社会学基本原理》，叶名怡、袁震译，中国社会科学出版社2009年版，第325页。