

论诉讼信托和讨债信托的效力

——探讨《信托法》第 11 条第 4 项

崔泽森*

目次

引论	(一) 该条文容易被规避
一、该条文的立法理由不充分	(二) 诉讼信托和讨债信托认定困难
(一) 诉讼信托并不会导致我国出现“以营利为目的而代替律师承揽诉讼的社会滥诉现象”	三、该条文具有消极影响
(二) 诉讼信托的标的不是诉讼权利,而是信托财产	(一) 该条文与其他法律产生冲突
(三) 禁止讨债信托并不能实现规避“讨债公司”的目的	(二) 该条文受制于特定的社会背景,阻碍信托创新发展,且与我国现所追求的“法治社会”目标相违背
(四) 诉讼信托和讨债信托不会损害债权人和债务人权益	(三) 该条文的立法宗旨与管理社会不良资产的目标相违背
(五) “禁止诉讼信托”制度并非各国通例	四、诉讼信托和讨债信托应当有效
二、该条文没有适用的空间	(一) 诉讼信托和讨债信托符合我国《信托法》对信托设立的要求
	(二) 诉讼信托和讨债信托具有积极意义
	结语

摘要 我国《信托法》第 11 条第 4 项规定,专以诉讼或者讨债为目的设立的信托无效。然而,该条文是对日本《信托法》移植的结果,我国并没有禁止诉讼信托和讨债信托的理由。同时,该条文容易被规避且难以被认定,在司法实践中缺乏适用的空间。再者,该条文不仅与我国现行的诸多法律条文和制度产生冲突,而且与我国减少社会不良资产和增强我国公民法律意识、维权意识的目的相违背,故应当删除。事实上,诉讼信托和讨债信托不仅符合信托设立的要求,而且能使债权人、债务人受益,并起到减少讼累等有利效果,因此,应当承认诉讼信托和讨债信托在我国的合法地位。

关键词 诉讼信托 讨债信托 无效信托 信托目的

* 中南财经政法大学法学院本科生。

引 论

信托作为私法上的法律行为,本应基于私法自治的原则,期待信托目的能够达成,并充分发挥其经济作用,^[1]但是,《中华人民共和国信托法》(以下简称《信托法》)第11条却对信托的设立施加了一系列效力性强制规范的约束。其中,第11条第4项规定,专以诉讼或者讨债为目的设立的信托无效,否认了诉讼信托和讨债信托在我国的合法性。一般而言,法律对私法行为进行规制必须要有充分的理由,然而,尚且不论具有我国特色的“讨债信托禁止制度”,诉讼信托是否应当无效在存在该规定的国家本就一直争论不休。事实上,该制度由日本^[2]首创,除此之外,当前仅有韩国^[3]和我国的《信托法》(我国台湾地区亦有相关规定)^[4]对诉讼信托做出了禁止性规定。^[5]因此,诉讼信托和讨债信托无效的立法在我国国情之下是否具有必要性和合理性仍待商榷。从全国人大常委会法工委(以下简称“人大法工委”)所发布的《中华人民共和国信托法释义》来看,我国设立该条文的理由与日本禁止诉讼信托的理由别无二致,从某种程度上说,该条文是对《日本信托法》第10条的“抄袭”。本文将依据我国实际情况,结合诉讼信托禁止制度在日本、我国台湾地区的发展,对《信托法》第11条第4项在我国现行环境下是否具有存在的必要性和合理性进行探讨。

一、该条文的立法理由不充分

所谓诉讼信托,是指信托目的为受托人代委托人以自己的名义进行诉讼,且信托的收益归于受益人的信托。由于不同国家和地区对“以诉讼为目的的信托”禁止程度的不同,不同法域对诉讼信托的认识也有所区别。^[6]依据我国《信托法》第11条第4项的规定,诉讼信托是指专门以诉讼为信托目的的信托。而讨债信托则是我国独创的概念,是指专门以讨债为目的的信托,即以债权

[1] 参见朱柏松:《诉讼信托无效之规定的适法性探讨》,载《月旦法学》2001年第8期,第95页。

[2] 日本最早在1922年《信托法》第11条做出了诉讼信托的禁止性规定,后在2006年制定新信托法时将该内容规定在新《信托法》第10条。此外,日本于2019年对于信托法进行了修订,但是并未对第10条进行修改。日本《信托法》(1922年)第11条规定:“信託ハ訴訟行為ヲ為サシムルコトヲ主タル目的トシテ之ヲ為スコトヲ得ス。”即“信托不得以进行诉讼为主要目的”。(由作者翻译)日本《信托法》(2006年)第10条规定:“信託は、訴訟行為をさせることを主たる目的としてすることができない。”即“信托不得以进行诉讼行为为主要目的”。(由作者翻译)

[3] 韩国在1961年制定信托法时就将禁止诉讼信托的制度纳入其中,后来在2012年对信托法进行全面修订时将该条文从原第7条改至第6条。韩国《信托法》最新一次修订在2017年,但是并未修改涉及诉讼信托的条文。韩国《信托法》(1961年)第7条规定:“Any trust which aims mainly at having the trustee proceed a litigation, shall be null and void.”(英文版来源于韩国国家法律信息中心网站,law.go.kr)即“任何以让受托人参与诉讼为主要目的的信托应当无效”。(由作者翻译)韩国《信托法》(2017年)第6条规定:“Any trust, the main purpose of which is to have the trustee to proceed with litigation, shall be null and void.”(英文版来源同上)即“任何以让受托人参与诉讼为主要目的的信托应当无效”。(由作者翻译)

[4] 我国台湾地区在1995年制定(公布于1996年)“信托法”时就在第5条第3项规定了诉讼信托禁止制度,该“信托法”于2009年修订,但是未对该条文进行修改。其第5条第3项规定:“信托行为,有左列各款情形之一者,无效:……三、以进行诉讼或诉讼为主要目的者。”

[5] 参见前注[1],朱柏松文,第96页。

[6] 我国对诉讼信托的定义的范围小于其他法域的相关规定,依据日本《信托法》第10条、韩国《信托法》第6条、我国台湾地区“信托法”第5条第3款,诉讼信托是指以诉讼为主要目的的信托。

为信托财产、以受托人按照委托人的意愿以自己的名义行使债权请求权为唯一目的、受益权归于受益人的信托。原本,《信托法(草案)》中并没有禁止诉讼信托和讨债信托的规定,^[7]该条文是在《信托法(草案)(第二次审议稿)》中,全国人大法律委员会依据财经委员会的意见而新增的。^[8]但在《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》中并没有明确财经委员会的具体意见。从全国人大法工委对《信托法》第11条第4项做出的释义来看,制定该条文的理由主要包括防止发生以营利为目的而代替律师承揽诉讼的社会滥诉现象、诉讼权利不能作为信托的标的、防止讨债公司出现、维护债权人债务人权益四个方面。同时,人大法工委还将诉讼信托的禁止性规定视为各国通例。^[9]但事实上,该条文仅在日本、韩国以及中国(大陆地区和台湾地区)有所规定,且设定该条文的理由甚至几乎完全源于日本,^[10]不仅不符合我国的实际情况,且不利于其规定的某些立法目的的实现。^[11]

(一) 诉讼信托并不会导致我国出现“以营利为目的而代替律师承揽诉讼的社会滥诉现象”

“防止发生以营利为目的而代替律师承揽诉讼的社会滥诉现象”这一目的主要是针对诉讼信托而言的,而在我国的背景下,诉讼信托不会导致上述现象的出现。具体理由如下:

第一,日本提出这一制度时有特殊的社会背景,而我国没有禁止诉讼信托的必要。“禁止诉讼信托制度”首次出现在1922年的日本《信托法》中,在那个时期,日本正处于民权日益高涨的“大正民主”阶段,人民对民主和法治的要求日益扩大,甚至一些芝麻蒜皮的小利益也不惜通过诉讼的途径解决。在这样的背景下,出于防止诉讼过于泛滥、防止司法资源被侵占的目的,日本在《信托法(第二草案)》中增加了“禁止诉讼信托”的条文。^[12]而在我国《信托法》颁布前期,国家对当时的信托公司进行了大范围的整顿,仅留下了不足百家的信托公司,且在那个时期,我国对信托的定义还不明确,更别说利用信托的功能。事实上,我国颁布《信托法》的最重要的目的在于明确信托的定位和含义。^[13]因此在我国信托立法之时,根本不存在需要禁止“诉讼信托”的背景。时至今日,我

[7] 《信托法(草案)》第11条规定:“有下列情形之一的,信托无效:(一)信托财产不能确定;(二)受益人或受益人范围不能确定;(三)信托目的违反法律、行政法规;(四)法律规定的其他情形。”

[8] 参见张绪武(全国人大法律委员会副主任委员):《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》,2000年7月3日在第九届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上。

[9] 参见卞耀武主编:《中华人民共和国信托法释义》,法律出版社2002年版,第69—70页。

[10] 按照四宫和夫教授的归纳,日本禁止诉讼信托存在如下理由:1. 防止律师对律师代理原则的回避;2. 防止无照讼棍代理现象;3. 防止滥诉产生的弊端;4. 防止讼棍介入他人之间的法律纷争,利用司法机关获取不正当利益的行为。四宫和夫《信托法(新版)》(有斐阁,1989年)142页。其中,观点1、观点2作为主流原因曾在多处被提及,如1922年3月4日众议院委员会第四次会议上大藏省银行局长黑田英雄的发言(观点1、观点2)、青木彻二博士的著作《信托法论》(观点1、观点2)、遊佐庆夫教授著作《信托法制评论》(观点2)。观点3则首次出现在上述黑田英雄的发言。观点4则是由田中实教授在其论文《论诉讼信托:以战后判例为中心》中总结而出。信託会社協会『信託法規ノ成立』(信託会社協会,1922年)145—146頁参照;遊佐慶夫『信託法制評論:附・信託關係法規集』(巖松堂書店,1924年)47頁参照;青木徹二『信託法論』(財政經濟時報社,1926年)75—77頁参照;田中実『訴訟信託について:戦後の判例を中心に』法学研究:法律・政治・社会32卷4号(1959年)16—17頁参照。

[11] 由于受托人履行“讨债”义务的主要合法方式就是诉讼,同时,我国《信托法》第11条第4项的立法目的与日本《信托法》第10条的立法目的并没有过大的差别,因此,在对我国《信托法》第11条第4项的立法目的进行探讨时,可以将讨债信托纳入诉讼信托的范畴。

[12] 参见山田昭『信託立法過程の研究』(勁草書房,1981年)120—121頁,转引自前注[1],朱柏松文,第96页。日本《信托法案》(大正八年司法省案)第13条规定:“信託ハ訴訟行為ヲ為サシムルコトヲ主タル目的トシテ之ヲ為スコトヲ得ス。”即“信托不得以进行诉讼为主要目的”。(由作者翻译)

[13] 参见前注[8]。

国民对信托的含义和功能都不是非常了解,且信托主要被运用在商事领域,对诉讼信托会导致社会滥诉的担忧根本是杞人忧天。

第二,诉讼信托并不是社会滥诉的根本原因。日本禁止诉讼信托的其中一个原因是其认为,若允许诉讼信托的存在,会出现“无照讼棍挑拨诉讼”的情形。但是信托本质上是一个“受人之托,代人理财”的活动,在这样的语境下,提出诉讼的前提是存在债权人通过诉讼途径才能追回的不良资产,并非讼棍挑拨就能提起诉讼。因此,诉讼数量上升的原因不是诉讼信托制造了诉讼,而是诉讼信托将社会中积压的大量需要诉讼才能解决的不良资产“挖掘”出来展现在了法官、公众的面前。不知道、不理解、不善于利用诉讼维护自身权利的当事人将自己的不良资产交付给受托人,让有能力的受托人通过诉讼的途径解决这些不良资产,减少社会中不良资产的数目,反而有助于实现社会的稳定。

第三,“律师辩护主义”并不足以成为禁止诉讼信托的理由。首先,“律师辩护主义”是否能够成为禁止诉讼信托的理由在日本本身就存在争议。“律师辩护主义”规定在日本《民事诉讼法》第54条第1款,^[14]是指除了依照法律规定能够实施诉讼行为的代理人之外,律师之外的人原则上不能成为诉讼代理人。日本当时之所以规定了禁止诉讼信托的条款,主要原因就在于防止无照讼棍回避民事诉讼法所规定的律师辩护主义。^[15]2005年日本《信托法》修订之时,理论界和实务界也对是否应删除其《信托法》原第11条关于禁止诉讼信托的制度进行了激烈的探讨,最终并没有将其删除,而是将该条文予以保留。虽然在日本《信托法改正要纲试案补足说明》中并没有对其维持“禁止诉讼信托制度”做出足够的说明,只是表示取消该条文会导致实务出现很大的问题。^[16]但参照日本律师联合会做出的《关于改正现行信托法第11条(诉讼信托的禁止)意见书》可以看出,维持该制度的主要原因还是从律师辩护主义出发,防止非律师从事或诱发诉讼活动。^[17]但是,有日本学者指出,参加诉讼的权利是保障国民基本人权所不可或缺的重大权利,认为提起诉讼、谋求自身权利的行为不当的观点,在现代社会已难以证成。^[18]其次,信托受托人是以当事人本人身份参与到诉讼活动中,因此不存在“律师辩护主义”适用的空间。所谓信托,是委托人将信托财产的所有权转移给受托人,由受托人以自己的名义处分和管理信托财产,并将受益权归于受益人的活动。依照信托法理,受托人享有“普通法上的所有权”,即一般意义上的所有权,即便是在不承认双重所有权的大陆法系国家和我国,也承认受托人对信托财产有管理、运用和处分的权利。^[19]而诉讼信托中受托人拥有的诉权正是从信托财产的管理权中衍生出来的合法权利。因此,应当适用的

[14] 日本《民事诉讼法》第54条第1款规定:“法令により裁判上の行為をすることができる代理人のほか、弁護士でなければ訴訟代理人となることができない。ただし、簡易裁判所においては、その許可を得て、弁護士でない者を訴訟代理人とすることができる。”即“除法律规定能够实施诉讼行为的代理人外,仅律师可以成为诉讼代理人。但在简易法院审理的案件,经过法院许可后,律师以外的人也可成为诉讼代理人”。(由作者翻译)

[15] 参见前注[10],信託会社協会书,第145—146页;前注[10],青木徹二书,第77页。

[16] 日本法務省民事局参事官室「信託法改正要綱試案补足説明」第6頁参照。

[17] 参见日本弁護士連合会「現行信託法第11条(訴訟信託の禁止)の改正についての意見書」第6頁。

[18] 有日本学者认为,过去日本《信托法》阻碍当事人参加诉讼的可能原因在于当时日本处于战时状态。在该状态下,日本的全部力量都是为了战争的目的而集中。由于诉讼量的增多将分散国家力量,因此被视为问题。但现代社会应当以保障国民的基本人权为第一要务。对于滥诉的评价,自然也会发生改变。其虽然不会变成社会所欢迎的对象,但至少,不应该被当成社会严重的弊端而为法律所禁止。参见前注[10],田中美文,第3—4页。

[19] 参见前注[9],卞耀武书,第47页。

法律是《民事诉讼法》第 48 条第 1 款，^[20]而非《民事诉讼法》第 58 条第 2 款。^[21]再者，诉讼信托表面上规避了《民事诉讼法》第 58 条的限制，实际上却有助于实现代理限制制度所追求的目标。在我国，限制诉讼代理人范围的制度规定在《民事诉讼法》第 58 条第 2 款，其将诉讼代理人的身份限定在了律师、基层法律服务工作者等特定人员之内。依据人大法工委做出的解释，该条的立法目的在于维护诉讼秩序。^[22]而诉讼信托不仅不会对诉讼秩序造成破坏，还能对减少讼累起到积极作用：其一，委托人会慎重选择受托人。在诉讼信托的情形下，受托人将成为信托财产的所有权人，并以本人的名义参与诉讼活动。委托人则将丧失信托财产的管理权和处分权，除非信托文件或法律另有规定，在受托人履行了信义义务的情况下，委托人和受益人均不能对其行为加以干涉。^[23]换言之，信托财产实现与否，几乎完全取决于受托人的能力。因此，委托人会更加认真考虑受托人的人选，并选择有一定专业能力的受托人。而专业的受托人有足够的力量推动诉讼活动的顺利进行，从而确保诉讼效率。其二，《信托法》对诉讼信托受托人信义义务的要求也能够促进诉讼秩序的稳定。受托人须履行法定的信义义务，除忠诚地管理债权外，还须像普通的商人对待自己的事务一样恰当地管理债权，^[24]故其在参与诉讼活动时，应当在遵守法庭秩序的情形下，积极履行相应的义务。若因受托人过失导致信托债权得不到主张，受托人不仅不能获得管理信托财产的报酬，还有可能承担赔偿责任。^[25]因此，相较于委托人本人参与诉讼，受托人参与诉讼能更好地维持法庭的秩序。其三，诉讼信托能为共同诉讼提供条件，从而减少讼累，节约司法资源。^[26]综上，“律师辩护主义”并不足以成为我国禁止诉讼信托的理由。

第四，诉讼信托中不存在受托人获取不当利益的情形。有学者提出，诉讼信托会使第三人通过其介入他人的法律纠纷从而利用司法机关获得不当利益。所谓不当得利，是指因一方没有法律依据而取得不当利益，致使他方受损失的事实。但该“获得不当利益论”实际上是通过将受托人的行为认定为违背公序良俗的行为来否认受托人获利理由的合法性，进而将受托人获利认定为不当利益。^[27]对照而言，该观点其实指向公序良俗上的考量，而非不当得利法上的不当利益。而正如上文所述，我国并没有禁止诉讼信托的社会背景，且诉讼信托的存在不仅不会破坏现有的诉讼秩序，反而能实现减少讼累，节约司法资源的效果，故诉讼信托并不会违反公序良俗。同时，《信托法》和《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）中的制度已经足以防范信托关系中违背公序良俗行为的出现。依照我国《信托法》第 11 条第 1 项，^[28]信托的生效本就要求其目的符合公序良

[20] 《民事诉讼法》第 48 条第 1 款规定：“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。”

[21] 《民事诉讼法》第 58 条第 2 款规定：“下列人员可以被委托为诉讼代理人：（一）律师、基层法律服务工作者；（二）当事人的近亲属或者工作人员；（三）当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。”

[22] 参见王胜明主编：《中华人民共和国民事诉讼法释义（最新修正版）》，法律出版社 2012 年版，第 128 页。

[23] 参见徐卫：《论诉讼信托》，载《河北法学》2006 年第 9 期，第 108 页。

[24] 参见陈雪萍、张建伟：《信托受托人享有诉权之正当性基础》，载《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2019 年第 3 期，第 144 页。

[25] 《信托法》第 36 条规定：“受托人违反信托目的处分信托财产或者因违背管理职责、处理信托事务不当致使信托财产受到损失的，在未恢复信托财产的原状或者未予赔偿前，不得请求给付报酬。”《信托法》第 37 条第 2 款规定：“受托人违反管理职责或者处理信托事务不当对第三人所负债务或者自己所受到的损失，以其固有财产承担。”

[26] 该内容将在本文的第四部分进行讨论。

[27] 参见前注[10]，田中实文，第 16—17 页。

[28] 《信托法》第 11 条第 1 项规定：“有下列情形之一的，信托无效：（一）信托目的违反法律、行政法规或者损害社会公共利益；……”

俗的要求,同时《民法典》第153条第2款^[29]也能对受托人管理信托财产的行为进行规制。因此《信托法》第11条第4项不能也没有必要通过该条款实现维护公序良俗的要求。而若从不当得利本身的角度出发,则难以否定受托人取得报酬的合理性。在诉讼信托中,受托人取得相应的利益是受托人基于信托合同,对信托财产进行管理而获得的合法收益。诉讼信托与普通信托的区别仅在于管理财产的方式比较特殊,其余与一般信托别无二致。因此,受托人获得的收益是受托人(通过诉讼途径)管理信托财产的合法所得与合理对价。由此观之,在一个正常的诉讼信托中,并不存在受托人获取不当利益的情形。

综上,禁止诉讼信托的“防止发生以营利为目的而代替律师承揽诉讼的社会滥诉现象”这一立法目的是基于日本“大正民主”时代的特殊背景而提出的,且诉讼信托并非社会滥诉的根本原因,“律师辩护主义”也无法为禁止诉讼信托提供足够的理由,加上受托人获取收益具有合法的原因,因此该观点并不能为禁止诉讼信托立法提供有效的理论支持。

(二) 诉讼信托的标的不是诉讼权利,而是信托财产

我国立法对禁止诉讼信托和讨债信托给出的第二个理由是“当事人的诉讼权利不属于信托标的,不是财产管理活动”,然而,无论是诉讼信托还是讨债信托,其信托标的从来都不是诉讼权利,而是信托财产。

首先,诉讼信托和讨债信托的标的并非诉讼权利,而是信托财产。依照我国《信托法》第14条第1款,信托财产是指受托人因承诺信托而取得的财产以及受托人因信托财产的管理、运用、处分或者其他情形而取得的财产。虽然《信托法》对“财产”一词没有做出规定,但依照我国现行法律,法律上的财产主要分为动产、不动产和财产性权利,因此,信托财产的类型也应当以该三类财产为限。^[30]而诉讼权利作为程序性权利,具有公法性质,^[31]不属于民法上的“财产”,因此无法成为信托财产。具体而言,诉讼信托的信托财产对象没有受到限制,可能是上述类型的任何一种,而讨债信托的信托财产为债权,也并不属于民法所禁止的范畴。

其次,受托人享有的诉讼权利由信托财产管理权演化而来。在承认“双重所有权”的英美法系国家,信托的受托人之所以能够参加诉讼是因为其具有“普通法上的所有权”。大陆法系虽不承认双重所有权的存在,但受托人也因信托而取得了财产的所有权。我国《信托法》第2条的表述虽然是“委托人将财产权委托给受托人”,但是从《信托法》整体来看,“委托给”的正确理解应当是“委托+给”。“委托”是设立信托的意思表示行为,“给”是将信托财产所有权转移给受托人的行为。^[32]由此观之,在我国,有效信托的成立仍然以信托财产所有权转移作为要件之一。因此,在诉讼信托和讨债信托当中,受托人之所以能参加诉讼,是因为取得了信托财产的所有权而成为诉讼当事人,从而具有诉讼权利。对于诉讼信托而言,诉讼既是受托人信托的目的也是实现信托财产管理的手段,而对于讨债信托而言,诉讼仅仅是实现债权的手段之一。

再次,依照全国人大法工委的解释,禁止诉讼信托和讨债信托的原因是其标的不符合信托标的的要求,违背了信托的基本原理。若果真如此,那么为何我国《信托法》第11条第4项只规定专以信托和讨债为目的的信托无效,换言之,为何非以诉讼或讨债为唯一目的的信托可实现?在“禁止诉讼信托”制度的发源地——日本,其最高裁判所大法庭也曾做出如果诉讼信托没有回避、脱逃

[29] 《民法典》第153条第2款规定:“违背公序良俗的民事法律行为无效。”

[30] 周小明:《信托制度:法理与实务》,中国法制出版社2012年版,第47页。

[31] 辜恩臻:《论诉权的性质及其适用》,载《法学杂志》2008年第3期,第156页。

[32] 参见前注[29],周小明书,第43页。

法律的行为,且该信托有合理必要存在的理由的话,该诉讼信托可以被允许的判例,^[33]由此观之,以诉讼信托和讨债信托违反信托的基本原理为由对其在立法上进行禁止是不合适的。

综上,由于诉讼信托和讨债信托的标的并非诉讼权利,而是符合我国法律规定的信托财产,加上讨债信托的受托人不一定以诉讼的方式管理债权,且诉讼信托的受托人可以从事诉讼活动的原因是其作为信托财产的所有权人进而具有《民事诉讼法》上诉讼当事人的身份,因此以“当事人的诉讼权利不属于信托标的,不是财产管理活动”为由否定诉讼信托和讨债信托存在的合法性是站不住脚的。

(三) 禁止讨债信托并不能实现规避“讨债公司”的目的

该理由主要是针对讨债信托(包括讨债诉讼信托)设定的。禁止讨债信托的制度是我国《信托法》首创,即使在存在禁止诉讼信托制度的日本、韩国、我国台湾地区都没有此项规定,甚至在日本1922年《信托业法》第4条第3项、^[34]韩国《信托业法》第10条第3项、^[35]我国台湾地区“信托业法”第16条第2项^[36]中均存在“允许设立由信托公司担任受托人的金钱债权信托”的规定。^[37]而依据我国人大法工委对《信托法》第11条第4项的解释,禁止讨债信托的目的在于维护社会稳定,然而,《信托法》第11条第4项并不能实现该目的。

首先,讨债公司存在的根本原因并不是讨债信托。正如上文所述,讨债信托不过是将隐藏在社会之中的不良资产呈现在社会的面前。讨债公司出现的根本原因在于社会存在大量的不良资产,讨债信托和诉讼信托的存在使得专业的受托人以合理、合法的方式管理和解决这些不良债务,化解社会矛盾,反而有助于社会稳定。

其次,禁止讨债信托也不能抑制“讨债公司”的产生。第一,协助债权人处理不良债权不一定需要债权的转让。委托、代理等制度也能实现“帮人讨债”的目的。依据《民法典》第920条,^[38]债权人完全可以将不良债权的请求权委托给受托人,由受托人帮其处理不良债权的一切事务;或可依据《民法典》第161条第1款,^[39]将不良债权请求权交由代理人实施,并依据《民法典》第162条,^[40]将行为的效果归于被代理人。这些在法律上明文规定的行为都能在不转让债权的前提下,实现“帮人讨债”的目的。第二,债权转让的方式并非只有信托一种。依据我国《民法典》第546

[33] 参见日本最高裁判所大法廷1970年11月11日判决,最高裁判所民事判例集24卷12号1854页。

[34] 日本《信托业法》(1922年)第4条第3项规定:“信託會社ハ左ニ掲クル財産以外ノモノノ信託ノ引受ヲ為スコトヲ得ス:…三、金錢債權…”即“信托公司不得接受左列以外的财产信托:……三、金钱债权……”。(由作者翻译)该条文在2004年日本《信托业法》修订时被删除,从而扩大了信托财产的范围。参见日本金融庁「改正信託業法の概要」による, <https://www.fsa.go.jp/policy/shintaku/01.pdf>, 2019年3月20日访问。

[35] 韩国《信托业法》(2008年)第10条第1款第3项规定:“Every trust company shall be prohibited from accepting the trust of any property other than properties falling under each of the following subparagraphs: … 3. Monetary claims; …”(英文版来源于韩国国家法律信息中心)即“信托公司不得接受下列项目以外的财产信托:……3. 金钱债权……”该条文最初被制定在1961年韩国《信托业法》中,其后来的修订均未涉及该项。

[36] 我国台湾地区“信托业法”(2018年)第16条第2项规定:“信托业经营之业务项目如下:二、……金钱债权及其担保物之信托;……”该条文最初制定在我国台湾地区2000年“信托业法”中,其后来的修订均未涉及该项。

[37] 参见张淳:《我国信托法关于讨债信托与诉讼信托无效的规定应当删除》,载《南京大学法律评论》2014年秋季卷,法律出版社2014年版,第140页。

[38] 《民法典》第920条规定:“委托人可以特别委托受托人处理一项或者数项事务,也可以概括委托受托人处理一切事务。”

[39] 《民法典》第161条第1款规定:“民事主体可以通过代理人实施民事法律行为。”

[40] 《民法典》第162条规定:“代理人在代理权限内,以被代理人名义实施的民事法律行为,对被代理人发生效力。”

条,只要不违反《民法典》第545条第1款,^[41]即可自由转让债权,且债权人仅需履行通知义务该转让即对债务人发生效力。债权人完全可以通过与“讨债公司”进行债权交易,以低于债权标的的价格将债权转让给“讨债公司”,从而实现与讨债信托几乎一样的效果。由此观之,我国有许多法律制度都能实现“帮人讨债”的目的,单单禁止信托这一形式,显然是不合理的。

再次,我国已经有其他的法律法规对“讨债公司”的主体和行为进行了约束。依照人大法工委解释的原文“防止有特殊背景的个人或组织担当了‘讨债公司’的角色”来看,该目的更加着重于强调对“讨债公司”的管理,而非针对信托行为本身。单纯对信托行为本身进行限制并不能实现对“讨债公司”资格的规制,且“讨债公司”的行为方式又不止信托一种。因此,以此为理由禁止讨债信托是非常不合理的,对“讨债公司”主体资格进行限制将会是更好的选择。此外,该理由对“特殊背景”定义不清,笔者大胆猜测,该特殊背景指的是具有“黑社会性质”。然而,“黑社会性质组织”本来就被我国法律所禁止,《中华人民共和国刑法》第294条^[42]已经明确规定,组织、领导、参加黑社会性质组织是犯罪行为。刑法的威慑力和预防作用远比作为私法的《信托法》要大,在《刑法》之外又在《信托法》上对此进行规定显得有些许“画蛇添足”。^[43]此外,即便“讨债公司”的行为仅仅是尚未达到犯罪程度的违法行为,我国的其他法律也能对其进行规制,如《民法典》侵权责任编等。《信托法》第11条第4项在此起到的作用并不大。

综上,从讨债公司产生、运作方式以及我国实际情况来看,我国《信托法》第11条第4项不能且没有必要通过该途径实现“防止有特殊背景的个人或组织担当‘讨债公司’的角色”的目的,因此该观点也无法为《信托法》第11条第4项的制定提供有效支持。

(四) 诉讼信托和讨债信托不会损害债权人和债务人权益

人大法工委认为,诉讼信托和讨债信托会产生危害债权人和债务人权益的问题,但是其并未对诉讼信托和讨债信托会造成的问题进行举例,而仅仅是将其作为兜底条款来使用。然而,该问题是否存在尚且存疑,且如果其真的会有这么大的危害,为何大多数国家对其并没有进行限制?实际上,诉讼信托和讨债信托不仅不会对债权人和债务人的权益构成损害,反而有助于双方权益的维护,这一部分将在本文第四部分第二节进行论述。

(五) “禁止诉讼信托”制度并非各国通例

全国人大法工委的释义中提及,不少国家和地区都做出了与“禁止诉讼信托和讨债信托”制度基本相同的规定。然而,事实并非如此。“禁止诉讼信托”制度首次出现是在1922年的日本《信托法》,除此之外仅在韩国《信托法》和我国台湾地区“信托法”中有相关的规定,且在日本和我国台湾地区,“禁止诉讼信托”制度是否合理在学术界仍有不小的争论。而讨债信托是我国对“禁止诉讼信托”制度的创新,在其他法域并没有相关的规定,将二者视为各国和地区信托制度的通例实为不妥。

[41] 《民法典》第545条第1款规定:“债权人可以将债权全部或者部分转让给第三人,但是有下列情形之一的除外:(一)根据债权性质不得转让;(二)按照当事人约定不得转让;(三)依照法律规定不得转让。”

[42] 《刑法》第294条规定:“组织、领导黑社会性质的组织的,处七年以上有期徒刑,并处没收财产;积极参加的,处三年以上七年以下有期徒刑,可以并处罚金或者没收财产;其他参加的,处三年以上有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利,可以并处罚金。”

[43] 也有日本学者在对原日本《信托法》第11条的立法理由——防止社会滥诉以及防止讼棍参与诉讼进行分析时提出,“虽然讼棍介入债权人与债务人之间的纠纷确实令人感到不快,但如果讼棍的行为举止涉及暴力或者胁迫的话,已经毫无疑问构成刑法上的犯罪,因此,似乎没有必要仅针对讼棍作出额外的规定”的观点。参见前注〔10〕,田中实文,第3页。

而且,即便是在“禁止诉讼信托”制度的发源地——日本,专门以诉讼为目的的信托也存在适用的空间。具体而言,由于日本《信托法》上的诉讼信托指的是“以诉讼行为为主要目的的信托”,其能够主观解释的范围非常大,因此可以通过法官的主观解释允许诉讼信托存在。日本广岛高等裁判所在判决中表明,在不违反律师代理原则和信托法精神的情况下,没有必要认为任意的诉讼信托是绝对禁止的。通过工会进行诉讼是劳动者的诉讼权利之一,因此该行为并不违反《信托法》第 11 条以及“律师回避原则”,受托人从而具有诉讼主体资格。^[44]同时,日本最高法院也做出“当诉讼信托没有对现有的法律进行回避且有合理的必要时不应当禁止的判决”。^[45]此外,《信托法改正要纲试案补足说明》《信托法制研究会报告书》中提及的“具有正当目的的诉讼信托应当被许可”这一观点的被接受程度越来越高,法官在裁判之时越来越倾向判断其是否构成脱法信托。^[46]由此观之,在日本法体系下,法官的自由裁量权能够为诉讼信托保留适用的一席之地。然而,我国的诉讼信托规定的范围过小,解释空间较小,若从目的分析回避该条适用,极易构成对该条字面含义的违反,破坏法律的公信力。

由此观之,我国人大法工委所给出的立法解释均不能为《信托法》第 11 条第 4 项的制定提供有效的支持。因此,该条文的制定没有立法上的合理性和必要性。

二、该条文没有适用的空间

从法律体系、司法实践两方面上看,即便《信托法》第 11 条第 4 项有存在的必要,其也没有适用的空间。

(一) 该条文容易被规避

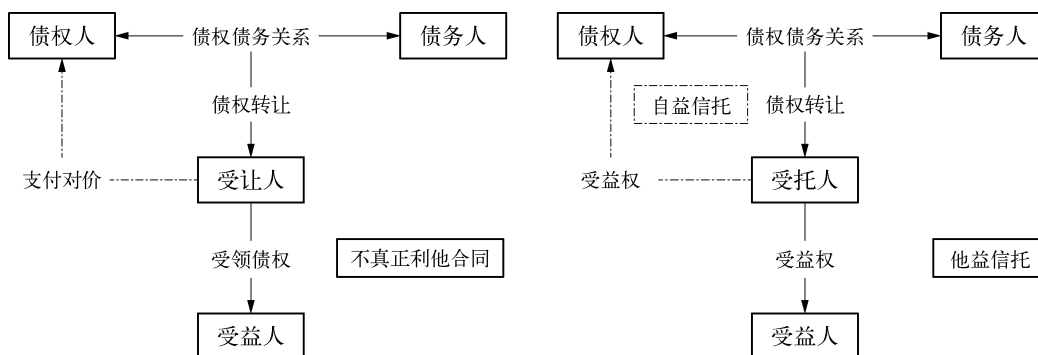


图 1

诚如上文所述,我国现行法当中,有大量的制度能够实现“帮人讨债”“替人诉讼”的目的。其中,由于债权债务转让会发生财产权的转移,其与信托制度最为相近,故在此处单独进行讨论。首先,附条件的债权转让与自益讨债信托在经济效果上差距不大。依据我国《民法典》第 545 条第 1 款,债权人可以将债权转让给第三人。在该法律关系中,债权人丧失债权,第三人取得相应债权,成为新的债权人。一般而言,债权人不会无故转让债权,其目的往往是增加资金的流动性,因此双方之间往往通过买卖方式进行交易,第三人还需要向债权人支付一定的对价。虽然,债权转让的

[44] 参见日本广岛高等裁判所 1953 年 10 月 26 日判决,高等裁判所民事判例集 6 卷 12 号 778 页。

[45] 参见前注[33]。

[46] 参见日本大阪高等裁判所 1964 年 6 月 15 日判决,高等裁判所民事判例集 17 卷 5 号 261 页。

同时,债权无法履行的风险也随之转移,即由第三人承担债权无法履行的损失,但该风险的转移可以通过第三人附条件支付对价等法律关系的缔结进行控制,如让债权实现作为受托人支付价款的先决条件。在此情形下,债权无法履行时的经济损失实际上仍由债权人承担。而在自益讨债信托的法律关系中,委托人将债权交付给受托人,受托人取得债权,且管理债权(信托财产)的收益由委托人享有。在效果上,债权转让关系中的受让人与信托关系中的受托人均可以获得债权,且债权人和信托委托人均可以享受相关的经济利益,即债权转让所获得的对价以及信托收益,同时,附条件的债权转让和自益信托的风险承担者为债权人和具有受托人身份的信托委托人。由此观之,附条件的债权转让与自益讨债信托在经济效果上并没有过大的区别。

其次,同时使用债权转让制度和《民法典》第522条第1款所制定的不真正利他合同制度能够复制讨债信托的效果。依据《民法典》第522条第1款,^[47]当事人可以与第三人约定向第三人履行债务,此时的第三人才是真正的“受益人”。在这一情况下,虽然债务人有义务向第三人履行,但这仅是合同的一种特殊的履行方式,第三人不享有履行请求权,^[48]与信托受益人享有信托利益但是不能直接向债务人主张债权的地位高度类似。由此观之,组合使用债权转让和不真正利他合同制度能够实现与讨债信托高度相似的法律效果。

然而,在我国现行法背景下,由于我国《信托法》第8条第1款^[49]要求信托以书面的形式成立,消除了债权债务转让被认定为“拟制信托”的可能性,该行为也无法由《信托法》第11条第4项进行规制。

结合本文第一部分第(三)项第三段以及上文论述,委托人完全可以通过委托、代理、债权转让等其他制度实现与诉讼信托和讨债信托类似的效果。因此,《信托法》第11条第4项并没有多少适用的空间。

(二) 诉讼信托和讨债信托认定困难

首先,难以判断某个信托是否“专以诉讼或讨债”为目的。对于诉讼信托,我国《信托法》的规定相较于日本、韩国、我国台湾地区的相关规定缩小了范围,将“主要目的”变为“专门目的”,因此,只有以诉讼为唯一目的的行为才有可能被认定为诉讼信托。问题在于,诉讼是诉讼信托的手段,在该手段的背后信托自然还有其他的目的,在日韩以及我国台湾地区还能认为诉讼是作为“主要目的”而存在的,从而将其认定为诉讼信托,但依照我国《信托法》第11条第4项的规定,诉讼信托在我国是很难认定的。从有关案例中可以发现,^[50]即便委托人和受托人有诉讼信托的意图,双方也可以通过增加额外的信托目的或委托事项来规避该条文的适用,并且由于举证责任在相对人一方,相对人很难搜寻到委托人和受托人专以诉讼为目的的证据,因此该条文适用的空间非常小。虽然,我国《信托法》第11条第4项由于加入了讨债信托,其规制的范围看似有所增加,但是由于讨债信托也强调“目的的唯一性”,因此将会面临和诉讼信托一样的问题。

那么,是否将诉讼信托和讨债信托的范围从“目的唯一性”改为“目的主要性”就能解决问题呢?

[47] 《民法典》第522条第1款规定:“当事人约定由债务人向第三人履行债务,债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的,应当向债权人承担违约责任。”

[48] 虽然薛军教授该观点是针对《合同法》第64条而言的,但由于《合同法》第64条的规范为《民法典》第522条第1款所承继,因此该观点也可适用于《民法典》第522条第1款。参见薛军:《论〈中华人民共和国合同法〉第64条的定性及解释——兼与“利他合同论”商榷》,载《法商研究》2010年第2期,第57页。

[49] 《信托法》第8条第1款规定:“设立信托,应当采取书面形式。”

[50] 华中师范大学出版社有限责任公司、上海富昱特图像技术有限公司侵害作品复制权纠纷上诉案,广州知识产权法院(2016)粤73民终373号判决书。

答案是否定的。日本面临的一大问题是,由于“主要”一词具有极大的模糊性,导致对是否构成诉讼信托的把握非常困难。^[51]然而,即便如此,由于标准不明,也存在大量不同的认定,例如有学者认为,“主要目的”即直接进行诉讼。^[52]在日本的裁判中,^[53]也存在以委托人与受托人之间的关系、受托人的业务范围、受托和起诉之间的间隔、是否取得不当得利等多种判断标准。^[54]强调“目的主要性”虽能够解决容易规避的问题,但是由于其主观性太强,变相增加了司法不公的可能性。

最后的结果是,“禁止诉讼信托”剩下的可能性仅有不允许信托受托人以诉讼的方式管理信托财产,而这样的规定显然不符合信托的基本原理,阻碍信托创新,也不利于信托财产的管理。因此,无论如何规定诉讼信托的范围,都会存在问题。

综上,无论如何设定诉讼信托和讨债信托的范围,其或存在规定过于严苛,或存在行为难以认定,或存在目的难以举证的问题,且在我国现行法的背景下,委托人可以通过增加信托目的或利用其他法律行为回避《信托法》第11条第4项。因此可以认为,该条文在我国没有适用的空间。

三、该条文具具有消极影响

如果《信托法》第11条第4项的问题仅仅是没有存在的理由和没有适用空间,那么其只是“无功无过”,继续留存在我国《信托法》当中也无大碍。但问题是,该条文受制于特定的社会背景,造成现行法律和实践产生冲突等诸多消极影响,因此有必要将其从我国信托法中删除。

(一) 该条文与其他法律产生冲突

《信托法》第11条第4项与我国现行法律存在直接或者间接的冲突,从而造成经济和社会秩序混乱无序、损害公民利益、降低社会效率、浪费社会资源等严重后果,^[55]加上其并没有合理的立法理由,因此,将其删除是必要且更好的选择。

1. 与《民事诉讼法》第2条和第48条矛盾: 侵犯受托人的诉讼权利

诉讼信托和讨债信托的本质是信托,其依旧符合信托的基本原理。因此,受托人会因信托行为而取得信托财产的所有权。此时,受托人作为信托财产的所有权人,应当具有以当事人身份参加诉讼的权利,该权利为我国《民事诉讼法》第2条^[56]和第48条所肯定和保护。然而,《信托法》第11条第4项却在没有合理依据的前提下,^[57]直接剥夺了受托人作为当事人所享有的诉讼权利,致使《民事诉讼法》与《信托法》之间产生了冲突。同时,信托作为民事法律行为,其纠纷当由民事诉讼程序解决。在文明社会禁止私力救济的状况下,如果连当事人要求启动司法程序、参加诉讼的权利都不能保障,又如何解决民事纠纷和实现民事权益呢?^[58]因此《信托法》第11条第4项严重侵犯了受托人的诉讼权利,进而对信托财产的管理和维护造成了极大的障碍。

[51] 参见前注[10], 遊佐慶夫书, 第47页。

[52] 参见[日] 中野正俊、张军建:《信托法》, 中国方正出版社2004年版, 第64页。

[53] 参见日本广岛高等裁判所2017年3月9日判决, 判例时报2338号20页。

[54] 参见前注[10], 田中実文, 第15—16页。

[55] 参见蔡定剑:《法律冲突及其解决的途径》, 载《中国法学》1999年第3期, 第51页。

[56] 《民事诉讼法》第2条:“中华人民共和国民事诉讼法的任务, 是保护当事人行使诉讼权利, 保证人民法院查明事实, 分清是非, 正确适用法律, 及时审理民事案件, 确认民事权利义务关系, 制裁民事违法行为, 保护当事人的合法权益, 教育公民自觉遵守法律, 维护社会秩序、经济秩序, 保障社会主义建设事业顺利进行。”

[57] 参见本文第一部分第一项第四段论述。

[58] 参见左卫民、朱桐辉:《公民诉讼权: 宪法与司法保障研究》, 载《法学》2001年第4期, 第4页。

2. 与著作权集体管理相关制度矛盾

《信托法》第11条第4项与我国有关著作权集体管理的制度存在矛盾,对著作权的保护可能存在不利影响。

首先,《著作权法》第8条肯定了著作权集体管理组织在管理作品时所享有的诉权。《著作权法》第8条第1款^[59]明确指出,著作权集体管理组织被授权后,可以以自己的名义为著作权人和与著作权有关的权利人主张权利,并可以作为当事人进行涉及著作权或者与著作权有关的权利的诉讼、仲裁活动。根据全国人大对该条的解释和现实中的实际操作,该行为往往以信托的方式进行。^[60] 著作权集体管理组织作为受托人,在接受著作权人授权的基础上,以自己的名义对著作权人的某项权利对外行使管理职能,主要体现在对使用者发放许可、收取报酬、对侵权者提出法律交涉。^[61] 由此观之,《著作权法》第8条实际上肯定了信托受托人对信托财产所享有的诉权。

其次,仅以诉讼为目的的著作权集体管理信托为《著作权法》及我国著作权集体管理的其他规定所认可。诚然,依据《著作权集体管理条例》第2条,^[62] 著作权集体管理活动包括发放许可、转付使用费、订立权利许可使用合同、进行诉讼仲裁在内的四项内容。但是,该四项内容是并列存在于该条例第2条的,仅以诉讼为由成立的著作权集体管理信托并不存在条件前置。同时,《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条^[63] 单独强调了著作权集体管理组织依据著作权人的书面授权而以自己名义参与诉讼的正当性。而且,《著作权法》的释义中明确指出,如果作者没有将某项权利明确授权给著作权集体管理组织,则该项权利仍属于作者所有,^[64] 因此,著作权人可以仅将参与诉讼的权利授权给著作权集体管理组织,而将订立权利许可、使用合同等权利予以保留。简言之,从我国著作权集体管理的规定来看,仅以诉讼为由成立的著作权集体管理信托的合法性应当得到承认。

再者,著作权集体管理信托的初衷在于权利保护而非权利行使。我国有关著作权集体管理的制度最早出现在《著作权法》第8条,依据该法的释义,制定该法的主要目的在于保护著作权人的合法权益、遏制侵权活动,并与国际接轨。^[65] 结合《著作权集体管理条例》第2条,该制度最开始的目的就在于便于使用者支付使用费以及通过诉讼或仲裁维护著作权人的权利,因此提起诉讼并非著作权集体管理组织所拥有的附带的权利而是主要权利。

最后,《信托法》第11条第4项制约诉讼信托的理由完全不适用于著作权集体管理信托。其一,依据《著作权法》第8条第1款,著作权集体管理组织属于非营利性法人,因此其不会为了谋求

[59] 《著作权法》第8条第1款规定:“著作权人和与著作权有关的权利人可以授权著作权集体管理组织行使著作权或者与著作权有关的权利。依法设立的著作权集体管理组织是非营利法人,被授权后可以以自己的名义为著作权人和与著作权有关的权利人主张权利,并可以作为当事人进行涉及著作权或者与著作权有关的权利的诉讼、仲裁、调解活动。”

[60] 参见刘学在:《著作权集体管理组织之当事人适格问题研究》,载《法学评论》2007年第6期,第59—60页。

[61] 参见胡康生主编:《中华人民共和国著作权法释义》,法律出版社2002年版,第33页。

[62] 《著作权集体管理条例》第2条:“本条例所称著作权集体管理,是指著作权集体管理组织经权利人授权,集中行使权利人的有关权利并以自己的名义进行的下列活动:(一)与使用者订立著作权或者与著作权有关的权利许可使用合同(以下简称许可使用合同);(二)向使用者收取使用费;(三)向权利人转付使用费;(四)进行涉及著作权或者与著作权有关的权利的诉讼、仲裁等。”

[63] 《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条:“依法成立的著作权集体管理组织,根据著作权人的书面授权,以自己的名义提起诉讼,人民法院应当受理。”

[64] 参见前注[61],胡康生书,第34页。

[65] 同上注,第33页。

私人利益而滥诉；其二，著作权集体管理组织的成立需要经过国家版权局的批准，且其收取、转付使用费及提取、使用管理费的行为将受到国家版权局和社会公众的监督与管理，^{〔66〕}在双重监督之下也不会导致极端的讨债公司出现；其三，著作权集体管理组织属于专业性的组织，其能够利用专业能力，更好地维护著作权人的利益，同时，其专业化和规模化的经营方式能够降低著作权人的信息成本与维权成本。^{〔67〕}因此，《信托法》第11条第4项提出的理由不能成为禁止仅以诉讼为目的的著作权集体管理信托的依据。

综上，著作权集体管理的制度在肯定了著作权集体管理组织具有诉权的同时，没有否定仅以诉讼为目的的著作权集体管理信托的合法性，故《著作权法》对于仅以诉讼为目的的著作权集体管理信托持肯定态度。但《信托法》第11条第4项却将该情形认定为无效信托，阻碍了对著作权侵权的遏制，不利于对著作权的维护，并且降低了著作权管理的效率。此外，著作权人依据《著作权法》第8条做出的合法行为，却被《信托法》第11条第4项认定成无效，且《信托法》无法给出合理的解释，这样将造成著作权人对现行法律的责难和不信任。假若法官做出裁判时主要依照《著作权法》《著作权集体管理条例》认定该行为是依照法律规定做出的合法行为，置《信托法》第11条第4项于不顾，^{〔68〕}虽能实现对著作权的保护，但构成了实际上的“枉法裁判”行为。

（二）该条文受制于特定的社会背景，阻碍信托创新发展，且与我国现所追求的“法治社会”目标相违背

首先，随着时代的发展，受制于特定时期的立法应予修改。依据上文，“禁止诉讼信托”^{〔69〕}是在日本“大正民主”的背景下，为避免“无照讼棍挑拨诉讼”突破“律师辩护原则”，防止滥用司法资源而制定的。且不论我国没有与当时的日本类似的背景，即便是有，当特定的时代过去之后，该制度也需要修改。对于日本来说，其引入信托法制时囿于既存社会问题，致使立法方向除弊大于兴利，^{〔70〕}随着社会背景的变化，该制度将逐渐失去其效用。而我国本就没有需要打压诉讼的社会背景，现在反倒是要增强我国公民的法律意识、维权意识，而《信托法》第11条第4项在某种程度上与我国追求“法治社会”的目标相违背。

其次，由于该制度并非根据信托的基本原理做出，因此其会阻碍信托创新的发展。信托本是将人们从僵硬的法制度和国家规制中解放出来，对社会和经济发展新制度的创造具有显著意义的法律行为。^{〔71〕}但由于“禁止诉讼信托”制度出台的目的在于应对社会问题，并未考虑该制度是否

〔66〕 《著作权法》第8条第3款规定：“著作权集体管理组织应当将使用费的收取和转付、管理费的提取和使用、使用费的未分配部分等总体情况定期向社会公布，并应当建立权利信息查询系统，供权利人和使用者查询。国家著作权主管部门应当依法对著作权集体管理组织进行监督、管理。”第8条第4款规定：“著作权集体管理组织的设立方式、权利义务、使用费的收取和分配，以及对其监督和管理等由国务院另行规定。”《著作权集体管理条例》第9条规定：“申请设立著作权集体管理组织，应当向国务院著作权管理部门提交证明符合本条例第七条规定的条件的材料。国务院著作权管理部门应当自收到材料之日起60日内，作出批准或者不予批准的决定。批准的，发给著作权集体管理许可证；不予批准的，应当说明理由。”

〔67〕 参见向波：《著作权集体管理组织：市场功能、角色安排与定价问题》，载《知识产权》2018年第7期，第69页。

〔68〕 参见中国音像著作权集体管理协会诉龙岩市新罗区阳光帝歌娱乐城侵害作品放映权纠纷案，福建省龙岩市中级人民法院（2016）闽08民初108号民事判决书；中国音像著作权集体管理协会诉龙岩市荣和商业发展有限公司侵害作品放映权纠纷案，福建省龙岩市中级人民法院（2016）闽08民初102号民事判决书。

〔69〕 该内容虽仅涉及“禁止诉讼信托”制度，但是由于我国在设立“禁止讨债信托”制度时的理由与禁止诉讼信托的理由相似，因此该解释对“禁止讨债信托”制度同样适用。

〔70〕 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369页。

〔71〕 参见〔日〕能见善久：《现代信托法》，赵廉慧译，中国法制出版社2011年版，第5页。

符合信托法的基本原理,因此在人们后续依照信托法原理进行信托创新时可能会与该制度产生矛盾,从而致使信托创新活动遭受一定的阻碍,影响信托功能的发挥,^[72]使得信托的创新性和灵活性受损。

综上,由于“禁止诉讼信托和讨债信托”的制度与我国现有的社会背景相违背且对信托制度的创新将会产生不利影响,因此该条文应当被删除。

(三) 该条文的立法宗旨与管理社会不良资产的目标相违背

首先,我国存在管理不良资产的需求。第一,我国银行业不良资产的问题愈发严峻。截止到2020年第四季度,我国商业银行不良贷款余额已经达到了27 015亿元,^[73]如此规模的不良资产,不仅会降低银行抗风险的能力,还可能触发银行危机乃至金融危机等一系列恶性后果,^[74]对我国金融业环境造成了严重的负面影响。第二,国家对不良资产的问题日渐重视。近年来,我国政府在全国人大及全国金融工作会议等重要会议中多次提及防范系统性金融风险的重要性,^[75]而有序化解不良资产所带来的风险对系统性金融风险的防范具有非常重要的意义。^[76]早在1999年,我国便成立了以东方、长城、华融和信达为首的金融资产管理公司。依据《金融资产管理公司条例》第2条,“金融资产管理公司,是指经国务院决定设立的收购国有银行不良贷款,管理和处置因收购国有银行不良贷款形成的资产的国有独资非银行金融机构”。依据该定义和《金融资产管理公司条例》第10条第1项^[77]可知,收购并处置不良债权为金融资产管理公司的首要任务之一。除此之外,为了拓宽不良贷款的处理渠道和处理方式,银保监会已批准银行业信贷资产登记流转中心开展相关的试点工作。^[78]第三,非金融业也有处置不良资产的需求。虽然国家设立四大金融资产管理公司原本的目的是处理来自四大银行的金融不良资产,但随着政策性任务的相继完成,四大资产管理公司在国家财政部的支持下逐渐开始进行商业化转型。2015年6月9日,财政部、银监会颁发了《金融资产管理公司开展非金融机构不良资产业务管理办法》,将资产管理公司能够收购的资产从金融不良资产扩大到了非金融机构不良资产。^[79]简言之,金融资产管理公司可以收购除了自然人以外其他法律主体符合规定的不良资产。由此观之,我国在金融业领域和非金融

[72] 参见胡旭鹏、范雯霞:《我国诉讼信托禁止制度之法律思考》,载《经济导刊》2011年第10期,第56页。

[73] 中国银行保险监督管理委员会、统信部:《2020 商业银行主要监管指标情况表(季度)》,载中国银行保险监督管理委员会官方网站 2021年2月27日, <http://www.cbirc.gov.cn/cn/view/pages/ItemDetail.html?docId=966727&itemId=954&generaltype=0>。

[74] 参见洪艳蓉:《资产证券化与不良资产处置——中国的实践与反思》,载《证券市场导报》2018年第12期,第5页。

[75] 参见栗战书:《全国人民代表大会常务委员会工作报告——2020年5月25日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》,载中国人大网 2020年6月1日, <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202006/af401b4c055142179f1cca4a17ebfeb1.shtml>;新华社:《全国金融工作会议在京召开》,载中国政府网, http://www.gov.cn/xinwen/2017-07/15/content_5210774.htm;李克强:《2017年政府工作报告——2017年3月5日在第十二届全国人民代表大会第五次会议上》,载中国政府网 2017年3月5日, <http://www.gov.cn/guowuyuan/2017zfgzbg.htm>。

[76] 参见上注,李克强所做报告。

[77] 《金融资产管理公司条例》第10条第1项:“金融资产管理公司在其收购的国有银行不良贷款范围内,管理和处置因收购国有银行不良贷款形成的资产时,可以从事下列业务活动:(一)追偿债务;……”

[78] 参见《中国银保监会办公厅关于开展不良贷款转让试点工作的通知》,银保监办便函〔2021〕26号,2021年1月7日发布。

[79] 《金融资产管理公司开展非金融机构不良资产业务管理办法》第1条:“为推动金融资产管理公司(以下简称资产公司)商业化转型和可持续发展,规范资产公司收购和处置非金融机构不良资产经营行为,促进资产公司合规经营,稳健运行,根据《金融企业财务规则》等相关规定,制定本办法。”

业领域均有管理、处置不良资产的需求。

其次,信托是管理不良资产的优良手段。通过信托制度,不仅可以达到不良资产转移的效果,而且可以利用受托人的专业性管理不良资产,加快不良资产消除的速度,最重要的是,不同于其他制度,信托具有规避风险的功能。不良资产的存在不仅会阻碍金融机构和非金融机构的发展,而且会造成机构运行的不稳定,单纯的债权债务转移仅仅是将风险从金融机构和非金融机构转移到资产管理公司,因此会对资产管理公司本身造成不利影响。而如果通过信托制度实现不良资产的转移,则可以利用信托财产的独立性,由信托财产自身承担风险,从而将资产管理公司和委托人从不良资产的风险中解放出来。

然而,由于不良资产大多是需要追讨的债权,且《信托法》并未对“讨债”一词做出解释,因此不良资产信托业务极有可能被认定为诉讼信托或讨债信托,^[80]从而无效。《信托法》第11条第4项阻碍了信托制度在不良资产处置方面的发挥,与我国减少社会不良资产、维护社会经济稳定的目标相背离,因而有删除的必要。

综上,由于《信托法》第11条第4项与我国《民事诉讼法》《著作权法》中的部分法条和制度产生矛盾,对我国现行法律体系造成破坏,导致社会公众对冲突条款的疑惑,乃至对法律的不信任。同时,其受制于特殊的社会背景,阻碍信托创新的发展,且与我国管理社会不良资产的目标相违背,因此《信托法》第11条第4项应予删除。

四、诉讼信托和讨债信托应当有效

(一) 诉讼信托和讨债信托符合我国《信托法》对信托设立的要求

所谓信托,即在信任的基础上托付。^[81]依照我国《信托法》第2条,所谓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。依照我国《信托法》第6条至第9条和第14条的规定,在我国成立信托需要满足目的合法、财产合法且确定、受益人确定、书面确立、登记等要求。其中,由于书面确立和登记属于程序性事项,在此不多做讨论。从实质要件上看,无论是诉讼信托还是讨债信托,其设立都需符合目的合法、财产合法且确定和受益人确定三个要件,由于受益人确定这项只需委托人明确受益人即可实现,因而在此处只讨论其余两个要件。

1. 诉讼信托和讨债信托目的合法

信托目的即设立信托所欲达到的目的。诉讼信托的目的是受托人代委托人处理诉讼事务,讨债信托的目的则是代替受托人行使债权请求权。由于本文的目的在于讨论《信托法》第11条第4项是否合理且上文已得出该条文应当删除的结论,因此,下文将在排除我国《信托法》第11条第4项的前提下讨论诉讼信托和讨债信托目的是否合法。

首先,诉讼信托合法。上文提及,在诉讼信托的条件下,受托人将成为信托财产的所有权人,在民事诉讼中,能以当事人的身份参加诉讼,处理诉讼的相关事宜。诉权是私权主体的基本权利,在符合起诉条件且权益受到侵害时,权利主体有寻求司法救济的权利。而至于其是否选择诉讼、因何种理由、以何种方式进行诉讼,都是其自主选择的权利,没有合理的理由不能对其进行

[80] 参见前注[72],胡旭鹏、范雯霞文,第56页。

[81] [日]樋口范雄:《信托与信托法》,朱大明译,法律出版社2017年版,第2页。

限制。^{〔82〕}

其次,讨债信托合法。信托的本质是一个“受人之托,代人理财”的资产管理活动。而债权作为财产的一种,在我国对信托财产的种类没有过多限制的前提下,债权自然能够成为信托财产。而所谓“讨债”不过是管理债权的一种方式,没有理由对其在信托领域进行额外的限制。况且正如保理等业务所呈现的,讨债在现代社会已经成为一种合法的业务,^{〔83〕}且即便在其他存在“禁止诉讼信托”制度的法域,不仅没有“禁止讨债信托”的内容,甚至还在其他法律中表明信托能够从事该项业务,^{〔84〕}综上所述,讨债信托符合信托目的合法的要求,禁止信托收债并没有充分的理由。

2. 诉讼信托和讨债信托的信托财产符合《信托法》的要求

设立信托需要一定的信托财产。依照我国《信托法》的有关规定,信托财产需要满足合法性、确定性、委托人有权处分性以及可转让性。依据上文的论述,诉讼信托的信托财产是普遍意义上的信托财产,其特殊性仅在于其信托财产管理方式的特殊性,除此之外与一般信托并没有过大的差别,因而在此重点对讨债信托标的——债权是否能够作为信托财产进行论述。

首先,信托财产包括可转让的财产性权利。依据上文所述,我国信托法对信托财产的类型并未做特别限制,财产性权利也属于信托财产的类型之一。同时,我国《信托法》第14条要求信托财产应当具有可流通性,即能够合法转让。而我国《民法典》第545条第1款在立法上对债权的可转让性予以认可,因此债权满足信托财产的该项要求。

其次,作为信托财产的债权应当是合法债权。依据我国《信托法》第7条,信托财产应当是委托人合法所有的财产,即不法债权不能作为信托财产,如赌债、毒资等。然而,该规定是在承认债权能够作为信托财产的前提下对债权性质的要求,而对债权是否能作为信托财产本身并没有限制。

再次,债权符合对信托财产确定性的要求。虽然有学者主张债权债务在裁决前并不确定,因此债权不满足信托财产确定性的要求。^{〔85〕}但是,债权并非在裁决之后方能确定下来,在合同生效以及侵权行为、不当得利、无因管理、缔约过失、单方允诺行为发生法律效力之后,当事人之间的债权债务关系便已确立,债权人即享有相应的请求权。事实上,且不论已经成立生效的债权具有一定的确定性,部分未来债权(如公路收费权等)由于具有相当大的确定性,^{〔86〕}亦符合《信托法》第7条对信托财产确定性的要求,从而能够作为信托财产。

综上,诉讼信托和讨债信托并没有违背信托“受人之托,代人理财”的目的,同时其均符合我国《信托法》对信托设立的要求。由此观之,诉讼信托和讨债信托的设立符合信托的基本法理。

(二) 诉讼信托和讨债信托具有积极意义

1. 诉讼信托和讨债信托的设立有利于保障债权人债务人权益

诉讼信托和讨债信托是债权人或者债务人设立的,一般情况下其不会对自身的权益造成影响。依据委托人身份的不同,可以将诉讼信托和讨债信托分为“债权人设立的诉讼信托和讨债信托”(以下简称“债权人信托”)以及“债务人设立的诉讼信托和讨债信托”(以下简称“债务人信托”)两类。但无论是哪一种类型,委托人本身设立该信托的目的是维护自身的权益,并不会对自

〔82〕 参见前注〔10〕,田中实文,第3—4页。

〔83〕 参见赵廉慧:《信托法解释论》,法律出版社2014年版,第150页。

〔84〕 参见前注〔37〕,张淳文,第140页。

〔85〕 参见扈纪华、张桂龙主编:《〈中华人民共和国信托法〉条文释义》,人民法院出版社2001年版,第64页。

〔86〕 参见前注〔83〕,赵廉慧书,第189页。

身的权益造成损害,并且其设立或多或少能给相对人带来有利的影响。

(1) “债权人信托”对债权人和债务人有利

首先,“债权人信托”对债权人有利。债权人设立该信托的目的在于其能够利用信托受托人的专业能力更好地维护其权益。第一,作为一般社会公众的债权人,往往缺乏诉讼和讨债的相关经验和知识,无法很好地管理债权,甚至可能导致无法实现债权的情形。而信托受托人往往是该领域的专业人士,“债权人信托”能够赋予受托人占有权、管理权和处分权,从而使其更好地发挥自己的能力,保证债权实现。第二,债权本身还是财产,在经济活动中有一定的价值。作为专业人士的受托人能够发现并利用债权潜在的经济价值,在实现债权的同时,创造额外的收益。第三,“债权人信托”将减少债权人管理债权的压力。管理债权需要花费一定的时间和精力,而债权人通常不是“职业放贷人”,其管理债权所需要的时间和精力往往要比受托人多,甚至可能影响到其正常的生活和工作。通过“债权人信托”,债权人能够通过支付一定的管理费,减少自身在管理债务上的支出和压力。第四,即便受托人实施于委托人利益有损的行为,委托人也可以依据我国《信托法》第53条第2项,终止信托。假若信托目的本身就是对委托人不利的,也可以将其视为委托人对自身权益的放弃,法律对私权利的放弃没有必要进行干涉。综上,“债权人信托”不仅能够减少债权人管理债权的成本,而且能够增加债权实现的可能性,甚至有带来额外收益的可能,其带给债权人的好处是显而易见的。

其次,对于债务人来说,“债权人信托”仅仅是变更了其支付债务的对象,并没有给其带来额外的负担。而且在其多数债权人选择同一受托人且债权性质同一的情形下,能够通过实现债权集中,减少其履行的成本。因此,“债权人信托”对债务人有利无害。

(2) “债务人信托”对债权人和债务人有利

首先,“债务人信托”对债务人有利。与“债权人信托”类似,债务人可以通过“债务人信托”,利用受托人的专业性,更好地管理债务,防止其因违约或其他原因增加其债务的履行成本。同时,减少管理成本的优势在“债务人信托”中表现得更为突出。债务人设立“债务人信托”往往是为了管理具有多个债权人的同一类型债务,如公司债信托。^[87]此时,债务人仅需支付一定的信托财产管理费用即可将债务转移给受托人管理,将“向多个债权人交付的义务”简化成“向单个受托人交付的义务”,减少了支付的成本,并且还能够在消除面临诉讼的压力,其获得的收益远远高于付出的成本。

其次,“债务人信托”不仅不会损害债权人的利益,且在一定程度上对债权人有利。第一,由于信托的设立需要债务转让,而依据我国《民法典》第551条第1款之规定,^[88]债务转让需要经过债权人同意,即是否成立信托的决定权在债权人一方,如果债权人认为该信托损害其利益,其做出不同意债权转让的意思表示即可制止。第二,债务人的清偿能力决定债权人债权实现的可能性。如果债务人因债务管理不当而使债务增加,会降低其清偿债务的能力。“债务人信托”因为能对防止债务人债务增加起到一定作用,因此能够间接对债权人产生有利影响。

再者,即便在受托人管理诉讼信托和讨债信托的信托财产之时存在损害债权人和债务人权益的行为,《信托法》《刑法》以及《民法典》等中的相关法条也足以起到提示、预防和惩戒的效果,且一

^[87] 张淳教授在其《我国信托法关于讨债信托与诉讼信托无效的规定应当删除》一文中从“推动公司债券发行的政策目标的角度出发,详细地探讨了取消《信托法》第11条第4项的必要性。参见前注[37],张淳文,第141—146页。

^[88] 《民法典》第551条第1款规定:“债务人将债务全部或者部分转移给第三人的,应当经债权人同意。”

般信托中也会存在不法管理的可能性,因此在《信托法》上增加这样的规定并无必要。

综上,诉讼信托和讨债信托一般不会造成“对债权人和债务人权益造成损害”的结果,反而对其有利,即便受托人的行为不当而造成了对债权人和债务人的损害,相关法律也足以对其进行规制。

2. 诉讼信托和讨债信托的设立有利于减少讼累

诉讼信托和讨债信托不仅对债权人和债务人有利,其在一定程度上还能减少民事诉讼的数量,从而达到节约司法资源的目的。虽然无论是禁止还是允许诉讼信托和讨债信托,都不会减少社会上债权的数量,但是若允许诉讼信托和讨债信托,却能够将同一或同一种类的诉讼标的集合起来,人为制造共同诉讼的条件,从而将符合共同诉讼条件的相互独立的案件共同审理,在减少社会不良资产的同时,节约司法资源,实现减少讼累的效果。

综上所述,诉讼信托和讨债信托符合信托法理和我国《信托法》的有关规定,同时在维护债权人、债务人权益以及节约司法资源方面有着积极的作用,因此删除我国《信托法》第11条第4项,允许诉讼信托和讨债信托的设立具有合理性。

结 语

诉讼信托和讨债信托本是管理资产的优良手段之一。然而,我国在考虑欠妥的情况下将“禁止诉讼信托”制度引入国内,并将其禁止范围延伸至讨债信托。该制度不仅阻碍了信托创新,而且造成了法律冲突等一系列不利后果,令人遗憾。在《信托法》修订时,应当对诉讼信托和讨债信托是否有禁止的必要性进行重新考虑,正视诉讼信托和讨债信托的功用,在没有禁止诉讼信托和讨债信托的必要理由时,删除我国现行《信托法》第11条第4项,承认二者在我国法律中的合法地位。

Abstract Article 11 of the Trust Law of China stipulates that trusts created for the sole purpose of litigation or debt collection is invalid. However, this provision is the result of the legal transplant from the Japanese Trust Law. There is no reason for prohibiting litigation trusts and debt collection trusts in China. Besides, this article is easy to be evaded and is difficult to be determined by judges, which means it might not be applicable in juridical practice. Moreover, this article not only conflicts with many of the current legal provisions in China, but also contradicts the purpose of reducing non-performing assets and enhancing Chinese citizens' legal awareness and right consciousness. Therefore, it should be rescinded. In fact, the litigation trusts and debt collection trusts meet the requirements of trust creation, benefit both creditors and debtors, and have such beneficial effects as reducing litigation. Therefore, litigation trusts and debt collection trusts in China should be legalized.

Keywords Litigation Trust, Debt Collection Trust, Void Trust, Trust Purpose

(责任编辑:庄加园)