

## 作为民法特别法的信托法

赵廉慧

**内容提要:**信托法作为英美舶来品,这一灵活、便利和普遍性的法律制度要在我国落地生根,应逐渐解决其与本土民商法制度的融合与协调问题。信托法是民法的特别法,其虽然挑战了传统民法的边界,但本质上是一个不折不扣的民法制度。自我国引进信托法律制度以来,学界和实务界从各个角度对信托法律制度本身及其存在的制度土壤等问题不断进行解释与质疑。对于信托法能否在缺乏英美衡平法传统的我国存身、信托关系作为信义关系的特殊性(法律关系)、信托的财产权结构兼容于我国的可能性(财产权)、信托和民事主体法及组织法的关系(主体法和组织法)、信托法提供的特殊救济观念(民事责任和救济)等基本理论问题的再认识,将使人们进一步理解信托法律制度之本旨与原貌、澄清其认识偏差甚至讹错,也能够使人们更加深刻理解信托法作为民事特别法的核心方面。

**关键词:**衡平法 信义关系 财团 组织法 拟制信托

赵廉慧,中国政法大学民商经济法学院教授。

即使是一个十分成熟的话语体系,也应当具有包容性和自调节能力。我国民法除了继承传统民法法系的话语体系之外,还面临着如何在现有的法律体系中融入和构建新的话语,以应对社会现实的变化和崭新需求的问题。本文试图论证,过分强调信托法的英美法来源及其与我国民法体系的异质性,是不合时宜的,应重新反思二者之间的关系。信托法作为英美舶来品,其要在我国落地生根,应逐渐解决与本土民商法制度的融合与协调问题。从技术上看,提取普通法和我国法律制度的最大公约数,实现信托法制度和民法的协调是可能的。信托法与我国的民法体系并非如广为传播得那样矛盾重重,相反,信托法是民法的特别法,其虽然挑战了传统民法的边界,但本质上是一个不折不扣的民法制度。<sup>[1]</sup>

[1] 不少学者都承认信托法作为民事特别法的地位,国内具有代表性的是周小明博士。参见周小明著:《信托制度:法理与实务》,中国法制出版社2012年版,第28-32页。在日本,研究信托法的大多是民商法学者,例如,四宫和夫、能见善久和新井城等诸教授都是著名的民法学教授。最值得注意的是道垣内弘人教授,他在2017年出版《信托法》一书之时,以“民法别卷”作为副标题。该书中几乎没有一个英文注释,可以理解为他将该书当作运用本土民法理论资源解释信托法的一个样本。参见[日]道垣内弘人《信託法》(有斐閣,2017年)。

本文从信托法能否在缺乏英美衡平法传统的我国存身、信托关系作为信义关系的特殊性(法律关系)、信托的财产权结构兼容于我国财产法律体系的可能性(财产权)、信托和民事主体法及组织法的关系(主体法和组织法)以及信托法的特殊救济观念(民事责任和救济)等基本理论问题进行梳理,展现信托法作为民事特别法的核心方面。

## 一 失去衡平的信托法何以可能?

一种普遍的担忧是:现代信托法发端于英国衡平法,在我国,失去衡平法的信托是否可能?<sup>[2]</sup>笔者以为,从衡平法本身的形式意义与实质内涵出发,考察衡平法与信托法二者互动发展的理论与实践脉络可知,这种担忧是没有必要的。

### (一) 衡平法:形式意义抑或实质意义

一般认为,信托法来源于英国衡平法,其产生具有独特的历史背景。但在私法领域,不同国家的民众对衡平法观念有着基本一样的需求,单单从历史渊源上强调信托制度的异质性是不恰当的。衡平法具有普适性,它所代表的是一种公平正义的观念,是基于社会的良心对弱势者和无助者提供救济的法律理念。在更古老的罗马法中,自然不存在源自英国法上衡平法和普通法的二元体系划分,但是仍然部分发展出了信托法律制度,虽然其应用只限于遗嘱信托的领域。英国衡平法与普通法的划分、特别是衡平法院和普通法院的划分<sup>[3]</sup>可能只是一个历史的偶然,但所有国家民众对衡平法观念的需求却是历史之必然。例如,美国学者在分析英国财产法时曾经如此讨论过:在英国的土地制度中,各种形式的土地保有权之间存在细微差别,仅仅从名称上看,即便对美国人而言也像是一种外语,诸如随君出役权(escuage)、市镇农役保有权(burgage)、骑士役保有权(knight service)、自由教役保有权(frankalmoin)等等。有评论者曾经不无揶揄地说,土地保有权的整个议题纯粹只具有历史遗迹的意义,是一种法律上的凭吊,与观赏罗马或希腊宏伟废墟相类。<sup>[4]</sup>可见,英国衡平法的产生有其独特的历史背景。

日本学者通口范雄教授也指出,对衡平法不能仅作形式意义上的理解,可以将衡平法理解为注重从个案中寻求解决问题之道、寻求具体问题中的妥当性以及更注重问题的伦理性等传统。如此说来,也可以说日本当然具有衡平法传统。<sup>[5]</sup>某种意义上可以说,任何一个现代法治国家都存在自己的衡平法传统。

我国不存在所谓的衡平法院,亦无普通法和衡平法的二元划分,但这并不代表我国法律体系中欠缺对衡平观念的需求,更不代表我国法律中不存在运用衡平观念作出的法律

[2] 国内学者中江平教授最早提出这一重要问题,参见江平口述:《浮沉与枯荣:八十自述》,陈夏红整理,法律出版社2010年版,第407页。之后张天民博士以此题目作为博士论文进行了系统研究,参见张天民:《失去衡平法的信托》,中国政法大学2002年博士论文。

[3] 英国1873年和1875年《法院组织法》(Judicature Acts 1873 and 1875)废除了之前衡平法和普通法法院的区分,所有的法院都能同时适用普通法和衡平法。See Jill E. Martin, *Modern Equity*, 19th edition, Sweet & Maxwell Ltd, 2012, pp. 15 - 16.

[4] 转引自[美]斯图尔特·班纳著:《财产故事》,陈贤凯、许可译,中国政法大学出版社2017年版,第7页。

[5] [日]樋口範雄『入門・信託と信託法』(2007年・弘文堂),第255页。

实践。所谓衡平,是指法院基于公平和正义的观念,在法律提供救济不足的情况下,通过司法裁量为当事人提供更公允的救济。我国民法中的“公平原则”事实上与衡平法存在类似的观念基础。一个国家即使没有信托法,也不能说不存在衡平的观念。

## (二)信托法在缺乏形式衡平法的法域广泛传播

信托法虽然来源于英美法,但因其其在财产管理方面的极大灵活性和便利性,目前在世界范围内产生广泛的影响。虽然有学者担心,信托法之基础是英国法上的普通法/衡平法的二元划分以及衡平法中的良心和道德观念,因而在大陆法系特别是我国这样缺乏衡平法基础和民众认知度的国家,无法有效地将其与本土制度无缝衔接,而无法发挥最大的社会功能。但是事实证明这种担心是不必要的,除了深受英国影响的国家,很多国家和地区都逐渐引入了信托法制度。根据学者总结,不存在英格兰式衡平法之法域的信托法主要以如下三种方式存在:<sup>[6]</sup>

第一,自然生成。最典型的例子是苏格兰。至少在 16 世纪,苏格兰就自然发展出了自己的信托法体系。虽然很难完全避免英格兰的影响,但苏格兰的信托的确是在一个不存在英格兰衡平法的法律环境中独立发展的。将英格兰与苏格兰合并为大不列颠的《合并约法》(*Treaty of Union*, 1707 年 5 月 1 日生效)的第 XIX 条中规定,保留苏格兰自己的法律体系和法院系统,大不列颠王国的上院仅仅是苏格兰民事纠纷的最高上诉法院。在这种相对独立的法律和司法体系中,虽然苏格兰也属于普通法系(遵循先例原则也得到最大限度的尊重),但是其最有特色的地方是,他们的法学家在 17 世纪到 19 世纪对苏格兰法律的重述很显然是遵照罗马法原则的。正因为其法律特别是财产法是建立在罗马法的基础上的,苏格兰也因此被称为混合法系国家,衡平法(除了极少的例外)显然不是苏格兰法律的渊源。

苏格兰信托法有三个值得注意的特征:第一是成文法,苏格兰在 1867 年制定了《信托法》;第二是其将受益权作为一种对人权(*in personam right*),这一点和英国法截然不同,英国法将其作为一种衡平法财产权(*equitable ownership*),更强调其对物权(*in rem right*)的侧面;第三是双财团理论(*dual patrimony theory*),将信托财产作为受托人名下的一般财团之外的特别财团。可见,苏格兰信托法可以作为受到罗马法之财产法影响、不存在英式衡平法之国家引入信托法的典范。<sup>[7]</sup>

第二,认可关于信托的国际私法。不存在衡平法的国家可以通过承认有关信托的国际冲突法而在事实上引入信托法。制订于 1985 年 7 月 1 日的《海牙关于信托的法律适用及其承认的公约》(*Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, 下称“《海牙信托法公约》”)的目的正是如此。目前,该公约已经在澳大利亚、加拿大(魁北克和安大略除外)、意大利、列支旦士敦、卢森堡、马耳他、摩纳哥、荷兰、圣马力诺、瑞典和英国实施。塞浦路斯、法国和美国都已经签署但还没有批准该公约。

在民法法系的国家中,《海牙信托法公约》不是认可信托法的唯一基础。有一些国家

[6] See Paolo Panico, *International Trust Laws*, Oxford, 2017, pp. 783 - 808.

[7] See Paolo Panico, *International Trust Laws*, Oxford, 2017, p. 788.

处理信托问题的条款直接出现在其国际私法立法中。例如,《比利时国际私法法典》(2004)的第七章就用与《海牙信托法公约》类似的方法规定了信托承认,其关于信托的定义也与《海牙信托法公约》相仿。罗马尼亚2011年《民法典》在具体制度和一般框架方面很显然受到加拿大《魁北克民法典》的影响,其第七编中第2659-2662条规定了关于信托适用的问题。捷克共和国在制订新的《民法典》的同时(2014)制订了独立的国际私法,其国际私法的第72章是关于信托适用的条款。另外,欧洲自由贸易区(European Free Trade Association)的法院审理的Olsen v. Norway一案将承认信托的重要性提升到促进开业自由和资本流动自由的高度。

第三,民法法系和混合法系的立法。日本早在1922年就引入了信托法,随后同属东亚文化圈的韩国、我国台湾地区等也先后引入。2007年《法国民法典》引入了信托制度,虽然其信托和英美法上的信托存在一些差异,但这仍然可以看作是一个标志性的事件。《葡萄牙民法典》在继承部分有类似的制度,《荷兰民法典》为财产管理和信托预留了一章,深受法国法影响的《加拿大魁北克民法典》和《美国路易斯安那州民法典》比法国更早引入了信托制度。前面介绍过的批准《海牙信托法公约》的不少国家都在立法中规定了信托,如马耳他、列支旦士敦、圣马力诺等。东欧的国家如匈牙利、罗马尼亚和捷克共和国也都引入了信托法。南非和拉丁美洲的不少国家都存在信托制度。上述法域都不存在英国法意义上的衡平法传统,但是并不妨碍基于现实的考虑引入信托法制度。

### (三) 撕掉英美衡平法标签的信托法

海牙国际私法会议1985年通过的《海牙信托法公约》,为民法法系国家承认和适用信托法提供了制度和概念框架。该公约用民法法系熟悉的术语归纳信托的特征,而无须作普通法和衡平法的二元区分,更不需要借用英国法的概念体系。根据该公约,符合以下特征,就具备了被承认为信托的基本条件:第一,受托人享有信托财产的控制权和管理权,他不是受益人或者委托人的代理人。第二,受益人享有受益权,该受益权与受托人控制和管理信托财产的权利并存。受益人对信托财产的利益优先于其他对受托人有请求权的人,包括受托人的债权人或其继承人,甚至包括除善意购买信托财产以外的所有第三人。第三,信托财产是一个独立的基金,具有物上代位性。《欧洲信托法原则》和《关于信托的法律适用及其承认的海牙公约》都在做的一个同样的尝试是,尽量避免使用英美法上标签式的衡平法和普通法的划分,以及普通法财产权(legal ownership)和衡平法财产权(equitable ownership)的划分。例如,《欧洲信托法重述原则》的评论就明确指出,苏格兰、印度和南非的经验均证明,即使不存在衡平法财产权和普通法财产权的区分,也无碍信托制度的发展。英国财产法名家拉登教授(Bernard Rudden)也曾经指出,“用法律和衡平法二元划分的语言对信托提供的传统解释,只有历史的价值而非理性的价值”。信托法不必在英国法的框架内进行概念构建,信托法不需要假定衡平法的存在,亦不需要以所有权分割为前提。<sup>[8]</sup>

[8] See Reporter's Notes on § 2, Restatement (Third) of Trusts (2003); Also see Bernard Rudden, Things as Thing and Things as Wealth, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 14, 1994, pp. 81, 89.

#### (四) 商事信托法:排斥衡平法观念?

对衡平法比较著名的批评来自英国 17 世纪的著名法学家约翰·塞尔敦(John Selden),他犀利地提出:“衡平是在耍流氓。我们对法律需要有一个量度,知道要信任什么;衡平是根据大法官的良心,大法官的良心可能宽广一些或者狭窄些,公平也会如此。……一位大法官长了一双长脚,另一位是一双短脚,第三位大法官长了一双无动于衷的脚。大法官的良知也是如此。”<sup>[9]</sup>这种批评主要是针对衡平法中法官广泛的自由裁量权所带来的不确定性。

今天信托法的很多应用场景和传统衡平法几乎没有关联。信托在现代社会主要是一种财产管理制度,特别是在商事领域,传统衡平法甚至是被排斥的。英国有学者认为,在衡平法和商事法的互动中,商业律师一直存在的冲动是:把衡平法驱逐出商业领域。商事合同相关的法律需要极大的确定性,如此商人才能对其商业交易的法律后果保有信心,商业领域不像非商业领域那样需要伦理规则的介入。衡平法的原则和裁量性救济可能会妨碍商业安排的确定性,应予以避免。此种观点被商业律师广为接受。在金融领域,政策制定者和商人似乎已经接受这样的观点:商人们在追求尽量避免法院对商人们原本经过谨慎磋商起草的合同文本和广为接受的交易惯例进行干预和裁量。商业市场发展出自己的规范,规范的使用者已经达成共识:通过这些规范就能够控制其商业行为风险,这些经过时间检验的规范是有效率的。标准的商业文件以及金融衍生市场所使用的生僻术语是证明法律规范和商业规范之间冲突现象的很好的例子。<sup>[10]</sup>

当然,即使在更尊重律师创造性安排的商事领域,也不能完全排除基于衡平法观念的法官的裁量。如果说商事领域排斥衡平法的话,其排斥的也仅仅是被法官滥用的裁量权而已。虽然在商事领域更应尊重当事人的契约自由,但人的理智的有限性和未来的复杂性都决定了再高明的律师也无法制订一个完美的合同,特别是在以信托法为代表的信义关系法领域,法院保留适当的裁量权借以调整失衡的当事人关系仍然是必要的。不过,这个法院不需要具备英美法的传统,不需要是区别于普通法法院的衡平法法院,更不需要穿戴英国法官的怪模怪样的法袍和假发来展示自己的正当性。

## 二 特殊的法律关系——信义法律关系

梅因爵士在其名著《古代法》中以“从身份到契约”对社会关系演进进程加以描述,而在现代社会,似乎存在着一定程度的“从契约到信赖”的转型。信赖关系或者信义关系在私法中的重要性与日俱增,<sup>[11]</sup>至少,人们越来越多地处于信义关系当中。《民法典》在坚

[9] J. Selden, *Table Talk*; quoted in Michael Evans, R. Ian Jack (eds.), *Sources of English Legal and Constitutional History*, Butterworths, 1984, pp. 223 - 224.

[10] Alastair Hudson, *Equity and Trusts*, 7<sup>th</sup> edition, Routledge, 2013, p. 1039.

[11] 《民法典》第 84 条就营利法人规定了残缺不全的信义义务。它只规定了受信人义务中忠实义务的一部分——关联交易,甚至连关联交易这一部分规定本身也是不完全的:此条只是针对受信人关联交易给法人造成损失情形的责任,而受信人违背信义义务并不以给法人带来实际的损害为条件。本条规定反映了民法对信义义务的忽视。

持合同法这种古典意识形态的同时,也规定了大量的关于信义关系的制度,如代理、监护、委托合同、物业服务合同、行纪合同、中介合同和合伙合同等。《民法典》中对信义关系特别是信义义务(谨慎义务和忠实义务)虽然缺乏系统性的规范,但在解释论上,不能仍然按照公平交易的基本假定来理解《民法典》中的相关规范。虽然信义关系大多通过合同缔结(法定监护关系等是例外),但信义关系是超越了合同关系的法定关系,信义义务是超出约定义务的法定义务<sup>[12]</sup>。

### (一)信义义务的本质是法定义务

虽然信托关系大多是通过委托人和受托人之间缔结合同的方式构建,但是,信义义务主要体现为受托人对受益人的义务(虽然不能排除对委托人的义务),这种义务不完全是受托人对受益人的约定之债。

在债法上,对劳务之债当中的行为之债关注不多。行为之债中,无法明确约定债务人履行的结果,是否构成债的完全履行多数场合无法根据合同的明确约定判断,因此这种债虽然是通过合同成立,但是债务人的义务更多地要靠客观的法定标准来衡量。特别是在金融领域,信托受益人的权利和股权具有类似性,信托受托人的义务和公司管理者的责任具有类似性,很难完全用约定的方式事前(ex ante)确定管理者广泛的行为范围。<sup>[13]</sup>

我国《信托法》中有大量关于受托人义务的规定。除了第25条第1款规定了受托人有“遵守信托文件”的约定义务之外,其余举凡忠实义务、善管注意义务、分别管理义务、亲自执行义务等等,都是法定义务。信义义务是法定义务的含义是,不管信托文件对这种义务是否有约定,受托人对受益人的信义义务是其不可削减的、必备的核心义务。

### (二)信义义务规则的任意性

信义义务既然属于法定义务,信义义务的相关法定规则如何能同时又是任意性规则?我国《信托法》上关于信义义务的规则基本上属于任意性规则,当事人可以通过约定的方式加以适当变更。

第一,关于善管注意(谨慎)义务。信托法把谨慎义务规定为受托人的法定义务和客观的义务。由于法律无法提供明晰的行为标准,受托人可以在信托文件中明确约定自己行为和义务的边界。善管注意义务的内容可以通过约定加以明确和具体化,既可以通过约定的方式加以加强,比如,受托人允诺自己有超出一般受托人的管理能力,没有达到如此标准,则构成义务违反;也可以通过约定予以减轻。所以,信托法上关于受托人义务的法定规则属于可以通过约定加以变更的任意性规则。

第二,关于忠实义务。忠实义务为受托人信义义务之核心是毋庸置疑的。忠实义务是一种高度法定化的义务,但即便如此,关于忠实义务的严格规则也可以通过约定加以改变。忠实义务的本质是限制受托人从事利益冲突的行为,如果能保证信托目的不被偏离、受益人或者信托财产的利益不受损害,就不应采用过分严苛的忠实义务。过分刻板的忠

[12] See Frank H. Easterbrook, Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1996, pp. 90-93.

[13] 参见赵廉慧著:《信托法解释论》,中国法制出版社2015年版,第443页以下。

实义务将会限制受托人灵活管理信托,也会影响很多交易的效力。《信托法》第 28 条但书规定了利益冲突行为禁止的例外规则。只要在程序上对委托人或者受益人进行了知情告知,并以公平的市场价格进行交易,原本禁止的违反忠实义务的行为就被“正当化”了。而知情告知和同意是一种约定的事前协商机制。可以看出,就算是信义义务中最严格的忠实义务,也有通过约定加以减轻的可能。

即便信义义务的规则有所谓任意化的倾向,但并不允许受托人全面免除自己的信义义务,否则,受托人可以对受益人不承担任何信义义务,此时违背信托之本质,也不利于对受益人的保护。在信义关系中,受托人不承担任何信义义务是不可想象的。最低限度的忠实义务和善管注意义务是受托人义务的不可削减之核心。<sup>[14]</sup>

### 三 特殊的财产法和财产权

因信托法舶来自英美法,其所具有的非兼容性往往被过分强调。如果固执于将财产法等同于物权法,不承认中国需要完善包括物权法、合同法、信托法、公司法、证券法、继承法等在内的财产法理,无视社会现实中财产形态和商业安排的复杂性和多样性,则无异于画地为牢,将会极大地桎梏中国民商法理论的发展。在财产法的制度框架中研究信托法运作的独特机理,探讨其独特价值甚为必要。从信托法角度反思民事财产法,主要集中在两个方面:第一,信托法凸显了责任财产和一般财产(财团)概念的重要性;第二,信托法只创设了一种新财产权类型——信托受益权。

#### (一) 信托财产并非独立的财产权

##### 1. 信托财产是“财团”

我国民法当中一个在某种程度上被忽视的概念是“责任财产”。责任财产,又叫一般财产、一般担保财产、概括财产,是民事主体用来履行债务、承担其民事责任的全部个人财产。无论是自然人、法人或非法人组织,可能持有民法上的一切财产形态,甚至包括债务,这些概括财产类似于“资产”(assets)的概念,是“一揽子财产”。当自然人死亡或者法人终止后,这个一般财产就分别变成“遗产”或“破产财团”。民事主体是可以将整个一揽子财产打包设立信托的。实务中单一的资金信托或其他单一财产信托让人产生误解,以为信托财产只包含一种财产形态,属于一种独立的财产权类型。从《民法通则》《民法总则》到《民法典》都没有使用“财团”或“责任财产”(patrimony)这些高效的传统民法术语,使得人们对信托财产的理解产生偏差,才造成“信托财产所有权”这类术语的流行,仿佛信托财产权是一种新型财产权或所有权。但实则不然,也是一个十分需要澄清的问题。

信托财产可以用大陆法系所熟悉的术语被描述为一种“财团”。从罗马法上的 *Patrimonium*,到法语中的 *patrimoine*,<sup>[15]</sup> 欧陆地区的国家用类似的术语表达同样的概念,类似

[14] David Hayton, *The irreducible core content of trusteeship*, in *Trends in Contemporary Trust Law*, A. J. Oakley (ed.), Clarendon Press, 1996, p. 47.

[15] 法国民法大儒皮埃尔·勒保乐(Pierre Lepaule)深入研究过这个主题。受法国法影响的加拿大魁北克和美国的路易斯安那州民法典中都有详尽的关于信托的规定。

于英语中的 *patrimony*, *estate* 和 *fund* 等概念。这些概念很好地揭示了信托财产为概括财产的属性。在传统民法中,财团的概念是被忽视的,通常只有在债法、继承法和强制执行法中人们才会关注财团的概念。除此之外,财团基本被联想为财团法人,具有法律人格,很少有人探讨没有法律人格的财团之法律地位。

## 2. 不存在所谓的“信托财产所有权”问题

财产权可以是一个概括的概念,指所有的包含可转让财产价值的权利,此时其与人身权相对应。但多数情况下,财产权是具体的,指的是单个的物权(所有权、他物权)、债权、知识产权、股权或信托受益权。

信托财产和公司财产、合伙财产等类似,都不是一种独立而具体的财产权类型,<sup>[16]</sup>而是一种财产的组合或总和。这个概括财产里面可能包括动产所有权、不动产所有权、债权、股权、知识产权甚至信托受益权。对这样的概括财产,不可能成立一种所有权。而且,这和所有权只能成立在动产和不动产之上的物权法规定相龃龉,亦违背“一物一权”之法观念。一物一权原则的一个容易被忽视的侧面是:所有权只能成立在一个特定的物之上,在多个物之上不能成立一个所有权。所以说,“信托财产所有权”至少是一种不严谨的表达。

然而,“信托财产所有权”的表述并非不能使用,而是必须作为一种比喻和借用的表述,否则在所谓大陆法系的语境中是站不住脚的。而且,我国现行《信托法》从来没有规定“信托财产所有权”,有关“信托财产所有权”的表述在我国制定法体系内欠缺规范基础。正如我们在公司法中不再讨论“公司财产所有权”(《公司法》上也从来没有“公司所有权”的表述)问题一样,我们也不需要探讨“信托财产的所有权”问题。我们需要探讨的是信托财产权的归属。

## 3. 信托财产属于受托人名下的特别财团

该观点的基本逻辑如下:每个民事主体所有的个人财产构成其一般财团,如果没有其他的约定或者法律规定,该一般财团都属于其清偿债务的一般担保财产。但是,除了一般财团之外,民事主体名下还可能会出现特别财产或者特别财团,这即使在大陆法系中也并不罕见。第一个典型例子是担保物权,它被用来优先清偿附有担保物权的债权人,构成特别目的财产或者特别财团,虽然与信托财产相比,其与一般财团的分割并不彻底。第二个例子是特留份,特留份是从被继承人的一般财团(遗产)中独立出来,用于特殊目的的财产。第三个例子,在广义的商业基金和社会基金当中,独立于管理人的自有财产的这一部分财产,也属于特别财产,如果基金管理人自身有负债,他不能利用其管理的财产去偿债。第四个例子,在夫妻双方明确约定夫妻财产制的情况下,夫妻各方享有的夫妻共同财产属于“一般财团”,夫妻各方独立管理的特有财产和保留财产为“特别财团”。<sup>[17]</sup>传统民法当中也承认,同一主体名下可能存在着不同类型、甚至区别对待的财产。很多人认为信托

[16] 参见周小明著:《信托制度:法理与实务》,中国法制出版社2012年版,第197页。

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

法在中国是水土不服的,但通过上述例子可以看出,其间的差异并没有像我们想象得那么大,有时民法、商法的一些传统概念资源,在用于解释信托法的时候还是可以起到很大的作用。

对于一般财产适用一般的法律规定,按照普通民法、商法当中的一般性规定处理即可。但是对于特殊财产要适用特别的法律规定。在非英美法系,不少国家都明文规定或者是默示地采用了这种双财团理论。各国实际上都有类似“财团”的概念,除瑞士、意大利外,还有荷兰的公证人客户账户,都采取了财团的概念。还包括国际公约如《海牙信托法公约》以及《欧洲信托法原则》,也采用了“trust fund”“asset segregated”这样的表述。法国著名法学家勒保乐的理论中就有双财团理论,<sup>[18]</sup>加拿大的魁北克深受其影响,在与信托相关的法律制度中采用了该理论。实际上,拉丁美洲、南非的信托法也都采取了独立财团的理论,该理论在世界范围内有一定的普及性。

最具代表性的是苏格兰。苏格兰在其信托法的立法文件中、特别是法律委员会报告中,明确建议要采取双财团理论作为信托法的基础。报告指出,“双财团理论为苏格兰信托法的性质提供了具有说服力和令人满意的解释”。而且,这个理论在世界很多国家都产生了深远的影响。“双财团理论”在罗马法中已初见端倪,对于大陆法系国家来说并不陌生,可以比较容易地被民法的话语体系所接受。

根据一般信托法的缺省性规定,信托财产作为一种财团是“非法人财团”,与合伙财产、设立中法人的财产等具有类似性,而与法人财产的地位相异,因为法人(不区分财团法人和社团法人)的财产取得了法律人格,属于法人财团。

## (二) 信托受益权的性质

### 1. 信托受益权的规范依据

信托财产权是概括财产,并不是一种独立的民事财产权利。而信托受益权是信托法创设的新型财产权。

受益人所享有的受益权是一种不同于债权、物权、知识产权和股权的独立民事权利,对其性质不能一概而论。《民法典》关于民事权利的规定中没有对此作出直接回应,其第五章列举的民事权利中就没有包括受益权,但不能说民法典不承认信托受益权的财产权地位。我们可以分别在《民法典》第 125 条规定的“民事主体依法享有股权和其他投资性权利”和第 126 条规定的“民事主体享有法律规定的其他民事权利和利益”中找到商事信托和民事信托受益权的规范依据。当然,信托受益权的性质和行使方法等仍然有赖于司法和学理的解释。

《信托法》规定了信托受益权的具体内容。《信托法》第 34 条规定:“受托人以信托财产为限向受益人承担支付信托利益的义务”;第 43 条第 1 款规定,“受益人是在信托中享有信托受益权的人”。对此可以有两种不同的观察:其一,受益人的受益权形式上体现为一种针对受托人的请求权。其二,受托人对受益人以信托财产为限承担一种“物的有限

[18] P. Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Rousseau et Cie, 1931.

责任”，受益人对信托财产的这种权利又具有了“对物权”的特征，虽然该权利仍然要通过受托人的执行来实现。

任何解释都可能会在阐明问题的同时简化问题，而简化背后总可能会有遗漏或不及之处。沿袭传统民法路径的债权说、物权说、第三权利说都有过分简单化受益权性质的嫌疑。我们可以很容易地排除“物权说”，因为在解释信托受益权方面，传统物权的标签——支配权、对物权、优先权等都已经丧失了解释力；最关键的是，受益权所指向的标的很少是特定的独立物，而特定的独立物却是物权法的核心要求。相比之下，“债权说”在形式上最具解释力，日本、我国台湾地区均采债权说。<sup>[19]</sup>“类股权说”在金融领域有较强的说服力，但是民事信托中的受益权是不具备股权的同质性的；而且，股权只能以实体化的公司作为请求对象，而受益权只能向受托人主张。无论如何，简单地将受益权描述为“特别的权利”或者“第三种权利”，其中所包含的知识增量非常有限，而将受益权描述为财产权和成员权构成的复合权利，也无法说明其特殊性。

## 2. 信托受益权的复杂性

信托财产属于概括财产，在概括财产之上不能成立单一的、具体的民事权利。而信托受益权是信托法明确规定的受益人针对受托人的具体权利（《信托法》第34条）。但值得注意的是，由于信托类型多样，相应的信托受益权内容不同，就受益权的性质不能一概而论。信托可以分为三类，主要包括民事信托、商事信托和慈善公益信托，对其中的受益权性质要分别讨论，而不应一般性地讨论信托受益权的性质。

慈善信托和目的信托中是否存在受益人乃至受益权本身就存在较大争议，此处不论。而民事信托的受益权具有非同质化的特点。民事信托中的财产形态非常复杂，受益权内容可以是动产（花瓶）或不动产（房产），也可以是本金（股本）或者利息（红利）；可以是债权、知识产权，甚至是信托受益权本身，因此很难简单贴上单一的权利标签。在英美法理论上也有受益权是对物权还是对人权的讨论。比如《美国信托法重述（二）》[*Restatement of Trusts (Second)*]中一种代表性的观点主张，客体是动产的受益权就是“对人权”；客体是不动产的就是“对物权”，可资参考。至于裁量信托的受益权，其权利属性至为稀薄，能否构成一种既成的民事权利都值得怀疑，期待权之说或许可以接受。<sup>[20]</sup>

只有商事信托之受益权，具有标准化程度高、流动性强的特点，和股权有着较大类似性，可以单独作为一类做整体上的研究。

## 3. 商事信托中受益权属于一种剩余索取权

在商法领域，权利主要是一种无形财产权。这种权利在形式上大多体现为权利人的一种类似请求权的权利。金融领域中的两大类型——债权性融资和权益性融资，在形式上都体现为权利人对义务人的一种请求权，当然我们不能凭此就把全部金融领域内的权

[19] 日本信托法把受益权中的财产部分直接称之为“信托债权”（《日本信托法》第100条以下），而我国台湾地区“信托法”第20条规定关于受益权转让准用债权转让的规定，第30条更是明确规定“受托人因信托行为对受益人后负担之债务，仅于信托财产限度内负履行责任”，类似于日本信托法，采债权说。

[20] 根据一种比较严谨的表述，裁量信托中不存在“受益人”（beneficiary），而只存在“对象”（object）。参见[英]格罗厄姆·弗戈著：《衡平法与信托的原理》，葛伟军译，法律出版社2018年版，第493页。

利都称之为债权。很明显,民法话语对如何描述这种权利是有疏离感的。

无论是我国的信托监管规章还是信托实务,都强调信托的结构中,受托人以信托财产为限向受益人所承担的并不是一种债务,<sup>[21]</sup>借以揭示商事信托作为一种投资者风险自负的权益型投资之显著特点。也就是说,在我国的信托实务中和现有规则下,信托受托人对受益人的义务并非普通债务。

受益人针对受托人的权利可以被归为对人权、请求权,但是这种请求权并非普通的债权。请求权可以基于债权产生,也可以基于物权、知识产权产生,当然也可以基于权益型投资关系产生(股权、信托、合伙权益)。在金融领域,几乎所有的权利都表现为一种对人权、请求权,无论是债权(债券)持有人的权利、股东的权利、合伙人的权利还是信托受益人的权利概莫能外。由于欠缺物的存在,所以很少有物权意义上的金融权利(益),但我们不能把所有金融领域的权利都称之为债权。或者说,物权和债权二元划分所体现出的解释力在金融法律领域几乎消失了。所以在金融法律领域,在尊重金融实践对债和权益两种基本金融形态的划分之基础上,引入剩余索取权和固定索取权的理论划分,就显得尤为必要。根据《信托法》等相关规定,受益人的权利和股权具有类似性,该种权利高度同质化,且属于剩余索取权,借以区别于作为固定索取权的金融债权。

当然,理论只是一种解释工具和分析模型而已,没有哪一种理论具有永恒而完美的解释力,但分析模型的提供仍然是重要的。正如受益权的复杂性所证明的,试图建立大一统、对称精美的理论是在削减信托制度的丰富性,注定无法成功。

#### 四 特殊的主体法或者组织法

“组织法”(organizational law)的表述要比“主体法”更具有包容性。民法中,自然人之外的民事主体法的规则主要解决的是多个自然人的权利和义务的安排问题,这是组织法的基本功能。组织法还能提供主体法所无法妥善涵盖的如合伙、信托、其他非法人组织等的规则和原则。此处探讨信托法作为组织法的功能。

##### (一)作为组织法基础理论的“财产分割理论”

民法传统理论按照民事法律关系的主体、客体和民事法律行为等构建自己的框架体系。特别是民事主体理论,创设出了自然人和法人两种主体,舍此不存在其他主体,如此一来合伙、信托、设立中的法人等的法律地位变得十分尴尬。但如果不用非此即彼的“主体法”理论,而采用另外一个更为灵活和包容性的术语——“组织法”理论的话,这些问题就迎刃而解。

组织法的主要功能是确立财产权归属的规则,而信托法正提供了这样的归属规则。换言之,信托法提供了一种重要的“资产分割”工具。美国学者亨利·汉斯曼教授(Henry

[21] 我国《信托公司管理办法》第3条规定:“信托财产不属于信托公司的固有财产,也不属于信托公司对受益人的负债。信托公司终止时,信托财产不属于其清算财产。”因此,受托人对受益人不存在所谓“兑付”义务,也才有“打破刚兑”之说。

Hansmann)等在2000年的一篇论文中提出了“资产分割”理论,该文创建的分析结构给之后的信托法和公司法研究等带来了极其深远的影响;目前整个中文世界对此有一定介绍和运用,但总体上还比较少。<sup>[22]</sup> 汉斯曼等认为,组织法的一种功能是进行资产分割,此即“资产分割理论”。该理论主张,公司(法人)法、合伙企业和信托法等本质上都属于组织法,而组织法的基本功能是提供一种债权模式,<sup>[23]</sup> 确立不同的利益相关者对组织本身的财产(公司财产、信托财产或者合伙财产)、组织出资者(股东、信托受益人或合伙人)和组织管理者(公司董事和经理、信托受托人或合伙执行人)的财产的不同追索权。换句话说,组织法规则确定组织本身的财产、组织出资者的财产和组织管理者的财产分别属于哪些类型债务的责任财产。

赋予法律人格(人格化)当然是产生责任隔离的最彻底手段,但欲达到与管理人的破产风险相隔离的效果,不必然需要人格化。如信托所展示的,使信托财产成为独立于受托人固有财团的特别的非法人财团即可,这是普通信托法所采用的基本技术和基本规则。信托法和公司(法人)法相比,能够在不需要构建法律人格的前提下进行有效的资产分割(分割成不同的“财团”),从而实现责任分割(包括有限责任)、资本锁定、创设可转让的有价证券(受益权)、取得诉讼资格、受信义务和责任约束等效果。<sup>[24]</sup>

## (二)信托法为非法人组织提供组织法规则

除了非法人社团(无权利能力社团)之外,在日本法上,有所谓“无权利能力财团”。根据日本最高裁判所在裁判中给出的定义,无权利能力财团是指存在基于一定目的结合在一起在一起的财产,该财产和捐出者以及其他特定个人的财产相分离,且具备管理机构,在社会生活上具备独立的实体,但未取得法人格的存在。<sup>[25]</sup> 与无权利能力社团类似,也逐渐出现了具有财团之实体但却无法人格的情形。

不管法人法律制度如何设置,都会出现“设立中的财团”,为了对其法律关系进行适当的调整也应采取“无权利能力财团”这样的观念。在无权利能力财团中,不存在社员(股东),所以不能将权利义务通过归属于社员全体加以说明。但是,在把该组织作为无权利能力财团看待的场合,财团的代表人为该组织而负担的债务,成为无权利能力财团的债务,财团的财产成为扣押财产。代表人个人的债权人无法追索财团财产。无权利能力财团和无权利能力社团都和信托具有可比性,必要的场合似应参照信托法的规则加以调整。无民事权利能力社团的财产也并非其代表者或者构成者的财产,本质上应属于社团

[22] 参见王文宇:《资产证券化法制之基本问题研析》,我国台湾地区《月旦法学杂志》2002年第88期,第106-109页;张永健:《财产独立与资产分割之理论架构》,我国台湾地区《月旦民商法杂志》2015年第50期,第87-103页;张永健:《资产分割理论下的法人与非法人组织——〈民法总则〉欠缺的视角》,《中外法学》2018年第1期,第59-83页;刘鸣炜著:《信托制度的经济结构》,汪其昌译,上海远东出版社2015年版,第三章。

[23] See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, *YALE L. J.*, 110, 2000, pp. 387; Henry Hansmann, Reinier Kraakman & Richard Squire, *The New Business Entities in Evolutionary Perspective*, *U. ILL. L. R. REV.* 5, 2005, pp. 11-13; Henry Hansmann, Reinier Kraakman and Richard Squire, *Law and the Rise of the Firm*, *Harvard Law Review*, Vol. 119, No. 5, 2006, pp. 1336-1337.

[24] John Morley, *The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History*, *Columbia Law Review*, Vol. 116, 2016, p. 2151.

[25] 参见最判昭和44.11.4民集23-11-1951【百选5版1-10】。

的财产,故社团代表者或者构成者的债权人均不得直接扣押无权利能力社团的财产。日本的下级法院曾有裁决指出,即使社团财产登记在其代表者之名下,代表者个人的债权人也不能扣押。对此,能见善久教授指出,如果能从实质上加以考虑,对于无法满足信托构成要件或者对抗要件的财产关系,提供信托法理的保护,这就是“作为救济法理的信托”之观点。<sup>[26]</sup>

根据一般信托法原理,信托是一组概括财产(财团),并非民事主体。信托财产作为一种“客体”不能附着于信托本身,只得另寻可以附丽其上的主体,信托财产可以被理解为在受托人名下的一组特殊财团。该财团不具有主体资格,故可称之为非法人财团。信托法原理对调整非法人财团具有重要意义。

### (三)我国《民法典》中的遗憾

信托原则上没有法人地位,但很显然是一种组织体,《民法典》应为这种组织体预留制度空间。不过,如果按照字面含义严格解释民法典的相关条文,信托这种组织体既非法人,亦非自然人,也很难归入非法人组织的范畴。主要原因在于:第一,《民法典》第 102 条规定的非法人组织是不具有法人资格、但能依法以自己的名义从事民事活动的组织。而按《信托法》中的定义,信托不能以组织体自己的名义从事活动,只能借助受托人名义。第二,《民法典》第 103 条规定非法人组织应当依照法律的规定登记。而信托的设立原则上不需要进行类似的登记。第三,《民法典》第 104 条规定非法人组织的财产不足以清偿债务的,其出资人或设立人承担无限责任。而信托法上的出资者(委托人)原则上是承担有限责任的。从以上三点来看,信托很难在非法人组织中找到位置,这是《民法典》留下的遗憾之一。

信托本身具有反管制的特点,信托法也因之可以成为非经登记而成立之组织体的缺省性规则。在我国商事信托实务中,商业信托逐渐取得了一定的“实体”或者组织体地位。实践中,存在着大量的信托计划、资管计划、特殊目的信托 SPT 等,信托制度在诸如资产证券化、担保、投资基金等投融资架构中都有非常广泛的应用,这些灵活的结构不一定要取得法人地位(即便实践中已经承认信托计划作为持股实体),但是需要按照信托法这种组织法来解决所涉利益相关者的权利义务关系和税收等规则。<sup>[27]</sup> 关于慈善信托,《慈善法》等的确没有要求慈善组织一定是法人组织,而慈善信托因其复杂的内部组织结构,也可以称之为一种组织体。在操作层面,可以回避慈善信托是否是主体的问题,只要在税收等待遇方面把它当作一个“慈善组织”即可。在国外,信托在商事和慈善领域的实体化倾向十分明显。

综上,在解释上可以承认信托是据《信托法》在《民法典》之外创设的一种新型组织形态,不宜将《民法典》的相关规定理解为对创设民事组织体的严格限制。

### (四)信托的法人化(主体化)?

有不少学者指出信托法人化是当下的趋势。例如,谢哲胜教授就认为,“信托是否具

[26] 参见[日]四宫和夫=能见善久『民法総則』(第8版)(弘文堂,2010年),第151页。

[27] 日本的立法与实务界均不承认信托的法人地位,但是也开始探讨信托法作为一种组织法的性质和功能。参见小野傑=深山雅也編『新しい信託法』(三省堂,2007年),第116页。

有独立的法律上人格,早期是否定的,以受托人为拥有信托财产的人,而负有信托法上的义务。但现代和普通法和法典的观念和用语,已默示地承认信托是法人”。<sup>[28]</sup>

美国不少州的成文法都在税收地位上授予商业信托以实体待遇。如果把信托实体化的倾向严格限定在商业信托之内,可能具有一定的说服力。但这无法改变一个事实,即在世界范围内,几乎没有一个国家的信托法已经一般性地承认信托的实体地位,更遑论承认其法人地位。信托法上的缺省规则仍然没有改变:受托人享有信托财产权,而非信托自身享有财产权。例如,《美国法定实体信托法》(*Statutory Trust Entity Act*)区分法定信托和普通法信托,而后者广泛地适用于民事领域,信托本身不具有实体地位。其他诸如麻州信托等,都是限定在商事信托领域。另外,在美国《统一信托法》(*Uniform Trust Code*)的第1010条,虽然改变了传统信托法中受托人对交易第三人的个人责任的缺省规则,但也不能说该法律文件承认了信托的主体地位。

全面承认信托具有法人格,会导致法人和信托两个制度高度同质化,信托制度深为称道的灵活性亦将丧失。在英美法中,商事信托具有了实体地位,在税收上被特别对待。但是并不需要直接承认信托的法人地位。这个问题与合伙的地位类似。合伙实际上具备了诉讼担当的地位,在某些法律上也能避免双重征税,因此是否承认其为“法人”或“民事主体”,似乎并不重要。我们可以采取比较灵活的立场,即采取严格的主体概念和标准,不承认合伙、信托等作为第三种特殊的主体,但在实际上授予信托类似主体的权利和能力。

信托法所提供的缺省性规则有助于自律组织的形成。信托产生的历史表明,信托是一种私人的安排,拒绝接受“法人化”,如此才能在强大的国家力量面前保持独立性,为私人的联合提供绝佳的工具。事实上,英国的很多社会团体基本上都采取信托的模式。在民商事领域,信托作为一种灵活的组织法,可以在法人之外以较低的成本获得财产分割所带来的一系列优点比如责任限制、可交易份额、诉讼能力等,<sup>[29]</sup>而将信托一律“法人化”恰恰会使信托制度丧失其存在的价值。

## 五 特殊的民事救济——归入权和拟制信托

违反信托和其他违反民事义务的救济有类似之处,例如都包括损害赔偿、恢复原状等等。但信托法的救济中最为独特之处是违反信义务的归入权制度。《民法典》第179条规定了承担民事责任的主要方式,该规定没有一项内容与公司法以及信托法中的返还救济(归入权)有关,这些责任承担方式在构成要件、救济内容等方面均和归入权存在重大差异。

在我国的民商法领域,早已出现了不同于传统救济理念的新的救济类型。例如,《公司法》第148条第2款规定了董事、高级管理人员等违背了忠实义务的时候,应当将所得

[28] 谢哲胜著:《信托法》,我国台湾地区元照出版公司2009年版,第27页,同页注85。

[29] John Morley, *The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History*, *Columbia Law Review*, Vol. 116, 2016, p. 2144.

的收入“归公司所有”。另外,在《证券法》等法律中也出现了类似的救济方法,这种方法被称为“归入权”。

从救济的角度来看,这种救济不同于传统民法中以“受害人的损害”为标准的救济方法,是将侵害人所得的利益作为向受害人提供救济的范围。之所以产生以侵害人的利得作为救济标准的必要,是因为在现代社会中,侵犯他人权利的同时侵权人也会从中取得利益,这个利益很可能会超出被侵权人自己形式上遭受的损害——不像在传统的侵权中,侵权行为被法律经济学研究者“比喻”为一种负值或者零值的交易,<sup>[30]</sup>侵权所得最多等于对方的损失,不可能大于对方的损失。而现今,管理他人财产事务的情形大量涌现,一个人取得可以控制和影响他人的地位,并从中取得经济利益。客观上看,如果不采用返还救济或大陆法系的准无因管理理论来解释这些新兴的救济,用传统的损害赔偿理论进行解释总有无能为力之感。因此,我国的民事救济法体系也应作相应调整。

关于吐出救济或者返还救济,最典型的是英美法上的规定。英美法上有返还法、不当得利法、准合同这样几个概念。其中,准合同是来自罗马法的概念,相当于包括大陆法系的不当得利和无因管理。过去的英美法中没有统一的不当得利法和返还法理论,长期以来采用默示合同理论来解决相关的问题。不过,其现代法已经抛弃了默示合同理论,以返还法或者不当得利法的概念取代了准合同的概念。现代英美法上返还法既包括传统普通法上准合同的内容,还包括衡平法上的拟制信托、衡平法留置、代位和衡平法报账等。<sup>[31]</sup>特别是拟制信托制度,可以认为其综合了大陆法上不当得利和无因管理的救济理念。

我国最早在知识产权侵权领域内以新型的损害赔偿计算方法的形式引入了类似于返还救济的救济形态,在原《侵权责任法》第 20 条亦承认了以侵权人的利得作为损害的计算标准(虽然仅限于对人身侵权的财产损害方面,《民法典》第 1182 条仍然坚持了类似的规定)。实际上,需要引入返还救济理念的不仅仅是在侵权法领域。返还救济可以适用于几乎全部私法领域:信托法、公司法、代理法、合同法、侵权法、财产法等。在英美法上,返还法问题一般与错误、虚假陈述、欺诈等因素牵连在一起,并且与私法的大多数领域密切相关。返还法是以被告的利得或收益为基础的救济方式;而损害赔偿法是建立在原告损害之基础上的救济方式。大陆法系的立法和学理解释有不少采纳了“准无因管理”,<sup>[32]</sup>该制度的实质在于弥补其他的民事救济的不足。但是,既然我国的信托法所提供的救济观念能起到类似作用,再引入准无因管理制度似乎就成了画蛇添足之笔。在违背信义义务的所有情形下,如委托合同、信托关系、合伙关系、代理关系、公司法中管理人违背义务的场合,以及在破产管理人和其他财产管理人违背义务的情形,都需要引入返还救济理念,或至少扩大不当得利制度的救济范围,以迫使违反义务的受托人吐出所得。

我国《信托法》上归入权的规范基础是其第 26 条,该条规定:“……受托人违反前款规定,利用信托财产为自己谋取利益的,所得利益归入信托财产。”根据该条,凡是受托人

[30] 参见[美]迈克尔·D. 贝勒斯著:《法律的原则——一个规范的分析》,张文显等译,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 172、246 页。

[31] Restatement of Restitution § 1 (1937).

[32] 《德国民法典》第 687 条第 2 项。

利用信托财产为自己谋取约定信托报酬以外利益的,其取得的利益都归信托财产。归入权制度有不当得利等传统救济制度无法替代的一些功能。

第一,在规范的层面,《信托法》第26条的规定明显不同于不当得利。不当得利以给一方带来损害为条件,而归入权则并非如此,这是归入权制度超越不当得利制度最核心的部分。即使受托人没有给信托财产带来损害,受托人利用信托财产取得的非法利益,仍然应按照“入库”原则归入信托财产。即归入权不以损害为条件,返还的范围以“取得的利益”即“利得”为准。笔者曾经主张通过改造不当得利制度和无因管理制度来容纳信托法所能提供的特殊救济。<sup>[33]</sup> 根据之前的研究,我国的司法实践和传统不当得利理论并不能容纳“利得”大于“损失”这种特殊情况。仅仅通过对传统民法规则的解释,无法达到让违反义务(特别是忠实义务或者诚信义务)的人返还“利得”的效果。

《民法典》第122条关于不当得利的规定如下:“因他人没有法律根据,取得不当利益,受损失的人有权请求其返还不当利益”。这是一个比较抽象的规定,该规定与之前《民法通则》第92条相比的唯一“改进”之处在于,它是从请求权的角度作出的规定。无论如何改造传统民法关于不当得利的理论,似乎都无法发展出信托法中所提供的独特救济。

第二,在应然的层面,归入权如果能被理解为一种类似拟制信托制度的话,我国信托法关于归入权的行使要件就显得十分不合理。例如,《信托法》第26条规定的是利用信托财产为自己取得利益,这就把利用其作为受托人的地位、利用取得的信息和机会为自己谋取利益的情形排除在外,对受托人显得格外“仁慈”和宽松。《信托法》应该参照《公司法》第148条关于归入权的规定,将很多并非利用信托财产但是违反忠实义务而取得财产的行为包含在内,最典型的是利用“公司机会”为自己牟利的行为。<sup>[34]</sup>

信托本身所蕴涵的衡平观念是很多财产法救济的基础。如本文一开始就讨论的,我国虽然被指缺乏衡平法的传统,但是并不缺乏对衡平法的救济理念和该理念所代表的救济方式的需求。英美法在信托管理每一阶段都提供了全面与特别有效的司法监督方案,而在民法法系国家,这些救济行为或者不存在、或者必须通过通常的预备行动。比较法学家往往忽略了这些程序上的差别,他们仅仅以实体财产权对立的观念来解释英美信托法及其与民法法系的区别。所以有学者警告说,在民法法系国家由立法部门大笔一挥是难以推行信托法的。<sup>[35]</sup> 因此,应以发展拟制信托等法理为契机,整合我国民事救济理论。

## 六 代结语:信托法是民事法律体系中的“鲶鱼”

我国对信托制度的需求主要在于扩张行为自由的边界,信托法如同民法体系当中的

[33] 参见赵廉慧:《作为民事救济手段的无因管理——从准无因管理制度的存废谈起》,《法学论坛》2010年第2期,第149-154页。

[34] 类似于《公司法》第148条第1款第(五)项规定的“……利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会……”。

[35] 参见 R. B. Schlesinger, H. Baade, M. Damaxlca and P. Herzog, *Comparative law: Cases, Text and Materials* 783N3 (5th ed. 1988), 转引自[美]乌戈·马太著:《比较法律经济学》,沈宗灵译,张建伟校,北京大学出版社2005年版,第147页注[3]。

“鲶鱼”，为民法制度的发展演化注入活力。例如，信托法帮助突破过分严苛的物权法定原则，为新的财产权类型（信托受益权、担保信托）提供出口；为自然人和法人之外的第三类主体或组织体提供规则；信托法的义务为约定义务和法定义务之间的信义义务提供生存空间；在传统民法的救济之外，信托法尝试寻求对当事人更为公平和合理的救济。以上除了最后一点之外，几乎与英国法上的衡平观念没有必然关系。必须承认，我国信托法还存在着各种不完善之处，但无法否认其在商业领域、社会领域甚至民事领域正在发挥越来越重要的作用。我国既往的信托实践已经证明，没有英国式衡平法基础的信托仍能在我国落地生根。

整体上，民法的话语体系属于“古典”的话语体系，但古典的体系也应能保持开放之姿态，直接受受如信托法这一“鲶鱼”带来的冲击，避免古典话语体系变成过时话语体系。信托法虽然来自英美法，与我们原本倚重的大陆法系的概念体系存在一定的差异，但民众对信托法的需求是客观存在的，因此不能将信托法异国情调化，不能过分强调其差异性而忽视其作为私法规则的普遍性。从解释上将信托法纳入到民法典的体系框架之中，必将有利于信托这个良好的制度工具造福于民。

---

---

[Abstract] Trust law, as an imported product from common law countries, is a flexible, convenient and universal legal system. In order for it to take root in China, the problem of its integration and coordination with local civil and commercial law institutions must be gradually solved. Trust law is a special field of civil law. Although it challenges the boundary of traditional civil law, it is essentially a civil law institution. Since the introduction of the trust legal system into China, the Chinese academic and practical circles have been continuously interpreting and questioning from various perspectives the system itself and institutional soil on which it depends for its survival. This paper discusses the survival of trust law in China, the particularity of trust relationship as fiduciary relationship (legal relationship), the possibility of the structure of trust property right being compatible with Chinese legal system (property right), the relationship between trust and civil entity law and organizational law (entity law and organizational law), the special remedies (civil liabilities and remedies) provided by trust law and other basic theoretical issues, with a view to demonstrating the essential characteristics of trust law as a special civil law.

---

---

（责任编辑：姚 佳）