

# 浅谈中国信托立法的缺陷

## ——从信托的生效要件到信托财产所有权的归属谈起\*\*

□伍小美 [浙江大学 杭州 310028]

**【摘要】** 中国信托立法有关信托生效及财产权转移方面的规定存在一定的缺陷。隐藏在这些缺陷背后的是我国传统民法观念与信托这一新兴财产权制度之间的冲突,以及固有的金融监管体制与领域宽泛的信托业之间的冲突。不能积极协调甚或漠视此等制度冲突,不仅不利于法制的统一,同时亦难免消解信托制度自身的积极功能。

**【关键词】** 信托; 信托法; 生效要件; 财产权归属

**【中图分类号】**D922.282 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1008-8105(2005)03-0074-03

虽然《信托法》已将“信托的设立”单列为一章,但仔细阅读现行立法的规定,这部立法并未在条文上完整、清晰地直接明确信托设立的生效要件。信托契约为设立信托的一种最为常见的方式,<sup>①</sup>本文将针对信托契约方式下信托设立的生效要件进行探讨。根据现行立法的规定,此等生效要件大致涉及合法的信托目的、确定的信托财产、设立信托的意思表示等几个因素,但立法并未提及信托财产的有效转移。又见该法第八条第三款的规定,“采取信托合同形式设立信托的,信托合同签订时,信托成立。采取其他书面形式设立信托的,受托人承诺时,信托成立。”易言之,信托契约似为诺成合同,即仅需当事人的意思表示一致即可成立的合同。让我们再回到立法对信托的界定。该法所称的信托,“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”。<sup>②</sup>

对照2000年4月全国人大财经委提出的修改建议稿及其之前的立法草案,可以得知只是在最后通过的正式法律文本才将“财产权转移给”替换为“财产权委托给”,而在此之前的立法草案一直使用“转移给”的提法。此等修改意味着什么?结合上述法条的规定观之,我国《信托法》究竟确立了什么样的设立要件?立法方案的选择出于何种考量?这些问题实有必要加以进一步的探究。

### 一、信托生效要件的法律解读

首要的问题当然是正确解读上述法条有关信托生效要件的规定。作者注意到学界对此的认识并不统一。一种认识来

源于人们对于立法有关信托契约的成立方式与信托财产所有权归属的理解。有学者指出,中国《信托法》已将信托契约界定为诺成合同而非要物契约。既然如此,倘若不存在欠缺其他生效要件的情形,那么信托行为凭意思表示即可成立并进而生效。同时,结合《信托法》对信托内涵的规定,可以看出我国立法创造性地“确认信托财产所有权由委托人享有。”因为,前述的“‘财产权委托’不仅在内涵上并不相同于‘财产权转移’,并且其实施结果也并不能够导致包括财产所有权在内的任何财产权被转移给受托人”,可见该法实际上是认为“在信托设立后信托财产所有权仍然由委托人享有”。<sup>[1]</sup>按照如此分析,人们有理由推知,立法所确认的信托设立要件显然并不包括信托财产所有权的转移。

第二种观点则主张,虽然囿于我国立法过程中的个别近乎“随意的行为”(指将“财产权转移给”更替为“财产权委托给”),引致法条出现信托生效问题上的立法瑕疵,但全面地考察《信托法》整体内容与立法精髓,应当明确“财产权的转移”仍然是该法关于信托生效的必备要件。<sup>③</sup>

在评析上述两种解读观点之前,我们有必要重温信托的法理构造与制度功能。作为源于英美法的一种财产转移与管理设计,其核心的法理构造就表现为信托财产的独立性,即“信托一旦有效设立信托财产即从委托人、受托人以及受益人的自有财产中分离出来,而成为一独立运作的财产”。<sup>[2]</sup>正是基于这种独立性,委托人在丧失信托财产权的同时免除了受托人自身以及受托人、受益人债务对信托财产的追索,并且使得受托人得以像真正的所有人一样,管理和处分信托财产,第三人也得以受托人为信托财产的权利主体和法律行为的第三人,而与其从事各种交易行为,从而最终确保信托目的的实现。

\* [收稿日期] 2004-12-18

\*\* [作者简介] 伍小美(1978—)女,浙江大学法学院硕士研究生。

现。由此可见,信托财产处于信托关系的核心地位,从信托的成立看,委托人不将信托财产转移给受托人,信托无由成立;而受托人不能取得信托财产的管理处分权,信托受托人的活动和受益人的利益即皆会失去依托。正因为如此,各国的立法无一不明确信托财产的移转问题。如《日本信托法》规定,信托是指“办理财产权的转移或其他处理,使他人遵从一定的目的,对其财产加以管理或处理。”《韩国信托法》亦做了类似的表述。<sup>⑨</sup>《美国信托法重述》第31条更是规定:“财产所有权人在生存期间,为了自己的利益而表示将财产转移于另一人占有,但他却没有将财产转移于该人,信托不成立”。

反观我国现行立法,确实未在信托设立的问题上明确财产权移转这一要件。难道我国的信托行为得以在信托财产没有移转的前提下完成设立吗?答案当然是否定的。仔细研读现行立法的规定,其实蕴涵财产权转移的规定体现在整部立法的诸多方面。如,第十四条规定:“受托人因承诺信托而取得的财产是信托财产”。当然,没有财产的转移,受托人何以“取得”财产?又如,第四十一条规定受托人职责终止的,“应当作出处理信托事务的报告,并向新受托人办理信托财产和信托事务的移交手续”。显然,如果之前缺乏信托财产由委托人向受托人的“移交”,又何来“向新受托人办理移交手续”?如此等等的条款不一而足。由此得见,那种关于我国立法确立的信托无须移转财产权的认识并没有充分的根据。然而,值得研究的是,既然信托财产移转的问题已经包容在法条之中,现行立法为何又偏偏在信托设立要件这样重大的问题上将其遗漏?作者无法苟同这完全是一种立法疏忽的说法。毕竟移交财产权的意思浸透在字里行间,但立法通篇就是未有一字一句明确信托财产的所有权转移给受托人。究其实质,立法的直接意图已彰显无疑,这即是尽量在条文的言辞上回避有关信托财产所有权的归属问题。由此看来,前述第一种认识即立法所确认的信托设立要件并不包括信托财产所有权转移的观点,只是对法条文义的表层解读,至于得出“在信托设立后信托财产所有权仍然由委托人享有”的结论,则又稍显武断。不过,值得肯定的是,这些看法仍然为我们充分展现了现行立法内在的紧张关系与逻辑冲突。而第二种认识建立在相对全面地把握信托法理及现行立法整体构架的基础上,其主张尤其展现了学者对于移植规范化信托制度的执著与坚持,当然,这种功利化的解读方式也难免在一定程度上掩盖信托立法所蕴涵的法律冲突。

至此我们可以认为,就一定层面而言,生效要件或许是个“假”问题,隐藏在其背后的因素同样(或者更)值得我们进一步关注。

## 二、信托财产权归属的悬置与信托观念的缺失

虽然大陆法系国家在移植信托制度时都面临信托观念缺失的社会环境,但综观各国立法,却罕有采取上述完全回避信托财产权归属问题的立法模式。对此现象,学界的评价呈现

迥然相异的局面。比较突出的看法也可归纳为两种观点。一种观点积极地肯定我国现行立法的选择,认为此种模式“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,同时又回避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,具有一定科学性。”<sup>[3]</sup>与此针锋相对的另一种观点则主张,中国《信托法》上述标新立异的做法存在明显的缺陷,它不仅“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”,并且更重要的问题在于“没有并且也不可能为受托人处理信托财产提供处分依据”。<sup>[4]</sup>直言之,受托人既然不拥有信托财产的所有权,何以凭自己的名义,独立地管理信托事务并处分信托财产?

作者认为,只有深入揭示隐藏在《信托法》现行规定背后的立法原由,才能准确判断和把握该项立法的社会功效。追本溯源,我国信托立法之所以与各国法律成例背道而驰,甚至置理论上公认的有关信托关系的法理于不顾,盖因立法者始终顾忌于受托人所享有的特殊财产权(所有权与利益相分离)不能接纳于我国固有的财产权利体系。虽然各国(尤其是大陆法系国家)对于英美信托制度的继受都存在一个本土化方案的选择问题,但毕竟信托制度及其观念是生长于民法体系之外的东西,如果仍然僵化地套用传统民法观念去解读信托、“规定”信托,则绝不可能成功实现信托制度的移植。而这正是前述问题产生的关键因素。

基于以上理由,作者认为,前述我国信托立法对于信托制度本身的消极影响客观存在,这尤其表现在:第一,不利于确立受托人的法律地位。正如前述所言,我国立法不明确赋予受托人独立的财产权,受托人何以以自己的名义,独立地处分信托财产?第二,不利于受益人权益的保障。只有当信托财产转移于受托人,方能确立信托财产独立于委托人、受托人与受益人的法律地位。这是确保信托目的实现,保障受益人利益的关键要素。我国立法对于信托财产是否转移的问题含糊其辞,恰巧削弱了信托财产的独立性,从而为信托关系之外的人通过与委托人、受益人甚至受托人之间的关联,追索信托财产提供了契机。第三,不利于信托法律的正确适用。现行立法在信托设立要件以及信托财产归属等问题上采取隐晦、甚至回避的做法,不利于正确处理信托事务中的争议和纠纷。在我国这样一个成文法传统的制度环境下,正式的立法尚对制度中的核心问题尚付阙如,理论界也难以统一认识,这将让司法者何以裁判?目前司法环境的不足与裁判活动的混乱已经有目共睹,而信托立法的规定在“源头”上即徒生变数,随后的法律适用更难以指望和保障。

法律向来以其规范化与明晰化的外观形式引导人们的行为,从而促进社会秩序的建构。我国信托立法相关规定所蕴涵的内在混淆与冲突,无论其意蕴如何,难免直接导致法律指引功能的削弱,甚至误导司法,引发不必要的关于设立效力及财产权属的争论和错误裁判,由此,极不利于信托制度在中国的规范确立,而其制度功能亦恐难顺利实现。

## 注释

①依照各国法例,设立信托的方式极其多样,包括依据法律直接规定而设立的(法定信托)、依据法院的推定或拟制而设立的(回归信托和拟制信托)以及经由委托人的意思行为设立的(明示信托),当然,明示信托是主要的设立方式,而其中绝大多数的明示信托又都是通过委托人的意思表示或曰契约行为设立的。(周小明.信托制度比较法研究[M].北京:法律出版社,1996.110-112.)

②《中国信托法》第二条。

③周小明在重庆市律协法制论坛上的发言:《关于信托法的几个重大问题》。

④《日本信托法》第一条和《韩国信托法》第一条第二款。

## 参考文献

- [1]张淳.《中华人民共和国信托法》中的创造性规定及其评析[J].法律科学,2002,(2):100-113.
- [2]周小明.信托制度比较法研究[M].北京法律出版社,1996.13.
- [3]伍坚.海峡两岸信托法制之比较研究[J].台湾法研究学刊,2002,(2):17.
- [4]周小明.信托制度比较法研究[M].北京法律出版社,1996.104.

## A Brief Comment on Defect of China Trust Law ——Starting from Requirement of Effectiveness to Property Right Attribution

WU Xiao - mei

(Zhejiang University Hangzhou 310028 China)

**Abstract** There are some defects in China trust law in the aspects of effectiveness and property right attribution. It is conflict and inherent melting supervising the body completely between the traditional civil law idea of our country and this new developing proprietary system of trust that is but behind these defects. If we can't coordinate actively even ignore these conflicts, it is not only unfavorable to the unity of legal system, but also unavoidably clear up the positive function of the trust law at the same time.

**Key Words** trust; trust law; requirement of effectiveness; property right attribution

·学术广角·

### 国际视野与本土情怀

陈平原在《三联生活周刊》2003年第28期上撰文说,将“国际视野”直接等同于“外语能力”或“外国人的著述”,这一视觉及理解上的误差,在当今中国,其实相当普遍。当代中国的教育及文化界,与百年前相反,长于“开眼看世界”,短于“低头思故乡”。今天谈论大学改革者,缺的不是“国际视野”,而是对“传统中国”以及“现代中国”的理解与尊重。

文章指出,我们为什么办大学?大学只是生产合格的产品——学有所长的学士、硕士、博士,还是必须融入并影响当代中国人的文化理想与精神生活?大学之反哺于社会,不仅仅是人才与技术,更包括风气的养成、道德的教诲、文化的创造等。其工作方式,可能是“润物细无声”,也可能是“惊风飘白日”。在这个意义上,大学不像工厂或超市,不可能标准化,必须服一方水土,才能有较大的发展空间。百年北大,其迷人之处,正在于她不是“办”在中国,而是“长”在中国——跟多灾多难而又不屈不挠的中华民族一起走过来,流血流泪,走弯路,吃苦头,当然也有扬眉吐气的时刻。你可以批评她的学术成就有限,但其深深介入历史进程,这一点不应该被嘲笑。如果有一天,我们把北大改造成为在西方学界广受好评、拥有若干诺贝尔奖获得者,但与当代中国政治、经济、文化、思想进程无关,那绝对不值得庆贺。在我有限的视野里,最近20年,随着中国社会的日益开放以及中国学术的明显长进,越来越多的西方学者意识到,讨论中国问题,“中国内地教授”的泥土经验以及贴身感受,还有其别具一格的眼光、趣味与立场,自有西方学者——包括进入西方学术体制的华裔学者——不可及处,值得认真倾听、理解与尊重。

·宣文·

# 浅谈中国信托立法的缺陷——从信托的生效要件到信托财产所有权的归属谈起

作者: [伍小美](#), WU Xiao-mei  
作者单位: [浙江大学, 杭州, 310028](#)  
刊名: [电子科技大学学报\(社会科学版\)](#)  
英文刊名: [JOURNAL OF UNIVERSITY OF ELECTRONIC SCIENCE AND TECHNOLOGY OF CHINA\(SOCIAL SCIENCES EDITION\)](#)  
年, 卷(期): 2005, 7(3)

## 参考文献(8条)

1. [张淳](#) [中华人民共和国信托法中的创造性规定及其评析](#)[期刊论文]-[法律科学—西北政法学院学报](#) 2002(02)
2. [周小明](#) [信托制度比较法研究](#) 1996
3. [伍坚](#) [海峡两岸信托法制之比较研究](#) 2002
4. [周小明](#) [信托制度比较法研究](#) 1996
5. [周小明](#) [信托制度比较法研究](#) 1996
6. [中国信托法](#)
7. [周小明](#)在重庆市律协法制论坛上的发言:关于信托法的几个重大问题
8. [日本信托法](#)

## 本文读者也读过(10条)

1. [葛洪涛](#) [对我国信托立法的再思考——从功能替代与法理冲突的角度看其前景及局限性](#)[学位论文]2005
2. [王玉红](#) [信托财产权——价值、功能视角下的分析](#)[学位论文]2007
3. [张军奎](#).[蔡从燕](#) [功能扩张、工具创新与英美信托法之受托人制度——兼评我国《信托法》草案\(第五稿\)相关条文](#)[期刊论文]-[东南学术](#)2001(6)
4. [朱小琼](#).[ZHU Xiao-qiong](#) [法人财产权与信托财产权的比较研究](#)[期刊论文]-[重庆邮电学院学报\(社会科学版\)](#) 2005, 17(6)
5. [郭德香](#) [《中华人民共和国信托法》立法之我见](#)[期刊论文]-[郑州大学学报\(哲学社会科学版\)](#)2003, 36(5)
6. [人民银行南昌中心支行非银行机构监管处](#) [《信托法》的颁布实施与我国信托市场的发展](#)[期刊论文]-[金融与经济](#)2001(11)
7. [冯守尊](#) [论信托的契约性](#)[学位论文]2007
8. [柯兴龙](#).[方旭](#).[汪国山](#) [犬瘟热疾病的诊断与治疗](#)[期刊论文]-[畜牧兽医科技信息](#)2009(5)
9. [邱秋](#) [从公共信托原则的功能变迁看绿色财产权理论的建构](#)[会议论文]-2009
10. [国廷斌](#) [信托财产权利重构论](#)[学位论文]2007

本文链接: [http://d.wanfangdata.com.cn/Periodical\\_dzkjdxsb-shkx200503021.aspx](http://d.wanfangdata.com.cn/Periodical_dzkjdxsb-shkx200503021.aspx)