

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2019.02.018

论信托关系的法律拟制^①

熊敬

(南京大学法学院,江苏南京 210000)

摘要:拟制信托是将不满足信托成立形式要件的法律关系拟制为信托关系。拟制信托法律技术在我国已经被运用于司法实践和学理分析中,但其本身并未获得足够关注。现代财产管理关系的复杂化使得外观权利人与实际权利人不一致的情形不时出现,为保护实际权利人的利益,满足社会生活需要,有必要通过信托的拟制供给规则,以弥补依据法律形式适用之规则的不足。我国信托拟制应从司法拟制上升为立法拟制,拟制的内容应为意思拟制而非事实拟制。在规范设计层面,拟制信托的要件可分为拟制要件和一般要件。

关键词:信托拟制;立法拟制;意思拟制;规范设计

中图分类号:D913 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-7835(2019)02-0125-07

拟制信托在我国是全新课题,其运用应回答如下问题:拟制信托是什么?为何需要拟制信托?我国应如何构建拟制信托?拟制信托的要件是什么?

一 拟制信托法律现象的发现及其动因分析

(一) 拟制信托:拟制思维在信托领域的运用

19世纪德国哲学家费英格(Hans Vaihinger)在《仿佛哲学》(《The Philosophy of 'as if'》)一书中对拟制(fiction)作了解释,他认为,人类很多思考过程和构建的想法是建立在现实否定或自相矛盾的假设之上的,这种有意识的偏离是为了克服人类思想上的局限,用迂回的方式和途径达到某种思想目标。在有意识的状态下形成的不真实想法被称为科学的拟制(scientific fictions)^①。拟制是一种思维方式,其几乎存在于所有学科的研究方法中,法学自不例外。

信托的拟制是指将不具备信托成立形式要件的法律关系拟制为信托关系的法律过程。我国

《信托法》第八条要求信托的设立应当采用书面形式;第九条要求设立信托的书面文件应对信托目的等内容进行记载。结合这两条规定,可以推导出我国信托的成立以明确设立信托的意思表示为要素,即我国《信托法》仅承认明示信托。拟制信托的法律效果是将非明示信托关系(如默示信托)视为信托关系,虽与依据法律形式逻辑推导出的结果不同,但其因具有某种效用而可以被法律承认,其既可以被视为解决法律不完美的“权宜之计(expedient)”^②,也可以看作是一种“可以接受的法律分析模式(accepted mode of legal analysis)”^③。

(二) 我国拟制信托法律现象的发现

目前,信托拟制技术在我国已被运用于司法实践和学理分析中。在司法实践中,通过对案例的检索和分析可以发现,法官在个案中存在将当事人之间特殊财产管理关系拟制为“事实信托”的现象,以“跨越的规则”合理分配当事人的权利义务。在我国《信托法》颁布之前,“事实信托”就曾出现于一起股权投资权益纠纷中。在该案中,

① 收稿日期:2018-10-16

基金项目:国家社会科学基金一般项目(14BFX077)

作者简介:熊敬(1987-),男,湖南湘潭人,博士研究生,主要从事信托法、公司法研究。

① Hans Vaihinger. *The Philosophy of 'As if': A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*. New York: Harcourt, Brace & Company, 1935, pp.1-8.

② L.L. Fuller. "Legal Fictions". *Illinois Law Review*, 1930, 25(5):522.

③ Nancy J. Knauer. "Legal Fictions and Juristic Truth". *St. Thomas Law Review*, 2010, 23(1):1.

原告(股权受让方)支付股价给被告(股权转让方),约定在工商变更登记手续完成前由被告代为行使原告之权利。之后,公司未批准股权转让协议,双方未实际完成股权变更程序。双方就公司三年的利润分配比例未能协商一致,原告遂诉至法院。陕西省高级人民法院认为,原告和被告之间存在一种事实上的信托关系,被告应返还股款并向原告给付投资回报及利息^①。之后,最高人民法院对“事实信托”再次进行了确认。在一起涉及港商的商标权属纠纷中,最高人民法院认为,商标委托公司是争议商标的实际权利人,而受托在内地办理商标注册的公司仅是商标的名义权利人,前者以信托关系中的委托人身份要求受托人返还财产,有充分的事实依据^②。在《信托法》颁布之后,即便《信托法》仅规定明示信托,我国法院依然将“事实信托”运用于个案,以此平衡当事人之间的利益。从目前司法实践经验来看,我国法院至少已将“事实信托”运用于工会代为持股关系^③、名为委托贷款实为信托贷款的关系^④、借名投资关系^⑤。由于这种拟制发生在司法活动中,因此,可以称之为信托的司法拟制。信托的司法拟制揭示了在裁判中作为一种规则体系的信托解决特殊法律问题的灵活性,也表明了法官对民间交往需求的关注,可以说是一种在法律形式逻辑与能动司法之间的平衡之举。

除了实务界,学界也将特殊资产管理关系定性为“实质信托法律关系”。例如,有学者关注到信托牌照泛化、各金融机构纷纷开展带有信托色彩的理财业务和资产管理业务的现象,认识到现代社会资产管理之特殊性问题,认为在某些资产管理关系中投资人与管理人之间实质上形成了一种信托法律关系^⑥。有学者认为,在非保本浮动

收益理财产品的运作模式中,理财资金不能并入表内,必须保持独立性,因此,购买这种理财产品的投资人与商业银行之间是一种信托关系而非委托关系^⑦。有学者从信托的视角分析了互联网委托理财的特殊性,认为互联网理财关系中的主体之间是一种信托关系^⑧。信托的法律拟制被运用于学理分析中,目的旨在揭示特殊资产管理法律关系的本质并依据信托原理合理分配当事人的权利义务,同时以此规制金融主体(信托受托人)的行为。

(三) 拟制信托的动因:信托法默认规则的供给

拟制信托之所以被法官“不自觉”地运用以及被学者当作理论分析工具,是因为其缓和了法律形式与法律现实之间的矛盾,且以“法律关系转换”的方式以较低的成本实现了规则的替代。拟制信托存在的必要性在于在外观权利与实际权利不统一的场合,供给一套信托法默认规则,以弥补依据法律形式逻辑推导本应适用的规则的不足,适度地突破权利外观主义,甚至商事公示主义,以此保护实际权利人的利益,满足市场投资需要。在法律实现和法律解释层面,法律拟制是一种决断性虚构,其成立的原因在于满足社会的需要^⑨。随着社会经济的发展,财产管理关系呈现复杂化、多元化的趋势,外观权利人与实际权利人不一致的情况不时出现。然而,无论这种不一致是当事人主观追求的(规避法律),还是疏忽造成的(轻视法律形式),实际权利人由于不受权利外观保护往往处于脆弱地位。即便当事人事前签订了财产管理和利益分配协议,但由于无法预计未来种种情况,这种合同必定是不完备的。而此时,信托的拟

①最高人民法院经济审判庭:《最高人民法院审理的二审再审经济纠纷案例选编(二)》,人民法院出版社1997年版,第452-455页。

②参见最高人民法院(1998)知终字第8号民事判决书。

③参见(2013)威商再终字第7号判决书、(2012)深福法民二初字第5057号判决书。

④参见(2002)民二终字第33号判决书。

⑤参见(2012)东商初字第1102号判决书。也有学者主张在借名买房纠纷中应适用信托规则,如在房屋限购政策催生的借名买房的民事互动中,法院目前一般按合同法原理解决由此产生的纠纷。但当事人之间同样构成信托法律关系,以《信托法》为依据解决此类纠纷有助于明确当事人之间的权利义务,较既有的审判思路更为灵活,也更加符合法律适用的目的。窦北辰:《借名买房中信托关系的法律发现》,《西部法学评论》2017年第3期。

⑥目前,信托牌照已经出现了泛化的现象。银行业以理财业务之名,证券、基金业以资产管理之名,纷纷推出各色带有信托色彩、基于非明示信托的金融产品。颜延:《基于非明示信托的金融产品:法律分析与规制》,《中国信托法论坛》法律出版社2015年版,第42页。

⑦潘修平,王卫国:《商业银行理财产品若干法律问题探讨》,《现代法学》2009年第4期。

⑧委托理财等服务所面对的客户已经扩展到了普通互联网客户,大量非专业人士成为了投资者。明确委托理财活动中的自益信托法律关系,分析互联网平台的运用给信托关系带来的特殊影响,有利于保护投资人的权益。白牧蓉:《信托视域中互联网委托理财投资者权益的法律保护》,《西北师大学报(社会科学版)》,2016年第6期。

⑨孙光宁,武飞:《“决断性”虚构何以成立——法律拟制及其原因分析》,《甘肃理论学刊》2006年第5期。

制可以提供一套完备的规则,财产委托人可以以信托受益人的身份获得信托法保护,财产受托人相应的也应以信托受托人的身份履行义务。

特殊财产管理关系被拟制为信托关系后,信托法规则就得以适用。相较于合同,信托法在保护委托人和受益人的利益方面有以下优势:第一,信托法规则可以更好地保障投资资金的安全。依据信托法理,信托财产具有独立性,即信托财产独立于信托当事人(委托人、受托人、受益人)的固有财产,具体表现为信托财产的非继承性、破产的隔离性、抵消的禁止和混同的限制^①。信托各当事人的债权人也不能对信托财产主张权利。第二,信托法规则赋予了受益人带有物权性质的受益权。即使受托人是法律外观上的所有权人,但受益人享有对受托人违反信托目的处分信托财产行为的撤销权、对信托财产的追及权以及物上代位的权利。第三,信托法赋予了委托人知情权。委托人有权了解信托财产的管理、处分情况,有权查阅信托账目并要求受托人作出说明。知情权在金融消费领域显得尤为重要。金融机构逐利本质可能导致其向金融消费者选择性地披露信息,因专业技能有限,消费者可能作出误判。特别在互联网时代,投资者与金融机构之间委托理财的场所已经由传统的柜台转移到了电子商务平台和支付工具平台,便捷的操作更容易使消费者草率决定。在这种情况下,知情权的行使是投资人维护权益的重要途径。第四,受托人义务可以填补财产管理不完备合同的缝隙。投资人和管理人都非完全理性人,对未来的情况不可能完全预计。另外,在现代商业社会,情势的瞬间变化也对财产管理人提出了更高的要求。因此,基于信任关系产生的、具有弹性的受托人义务在法律适用层面可以更全面地约束管理人的行为。第五,信托法确定的利益分配规则,可以解决财产管理关系中当事人因利益分配不均甚至财产归属不明造成的纠纷。在信托关系中,管理、处分信托财产所获得的利益由受益人享有,受托人享有的是获得报酬的权利。在对受托人的报酬没作事先约定和补充约定的情形下,受托人甚至无权请求委托人支付报

酬,其仅享有费用和损失的补偿请求权。

二 我国拟制信托的模式选择

(一)立法拟制或司法拟制:信托拟制的方式选择

依拉伦茨的观点,法律拟制可以分为作为立法技术的拟制和作为判决理由的拟制(司法拟制)^②。立法拟制是将拟制法条中的某构成要件与指示法条中的某构成要件等同视之,从而在规范层面给予前者相同评价的立法技术。作为一项重要的立法技术,法律拟制可以避免立法上不必要的绕路和适用上论证困难^③。一般而言,为赋予行为人法律预期,立法会对拟制的构成要件作明确规定,形式上采取“视为”“推定为”等表述。司法拟制是法院为了掩盖案件事实中存在的,一种足以发生法律效力但与真实不相符的构成要素而运用的拟制^④。也有学者对我国司法拟制的正当性作了解释,“司法中的法律拟制,事实上导源于人们对司法创造性的认识……倘若把司法视为一种在法律、先例面前具有能动性和创造性的活动,那么,司法即使面对白纸黑字、一清二白的法律,但只要法律和当下事实之间存在不睦情形,就可以以拟制方式,把当下的案件事实通过一定的解释,代入到既有法律规定之中(‘视为肯定’),或排除于既有法律规定之外(‘视为否定’)”^⑤。作为一种司法方式,法律拟制可以将法律规定不能完全覆盖的特殊情况(不寻常的个案)归类于已经存在的类型,或者,虽然有些个案并不真正属于某种类型,但是为了某种实践的意义,法官可以通过司法拟制将其置于某种通常概念之下。

在信托成立层面,我国信托法仅规定明示信托而未对拟制信托作出规定,即信托的成立以明确设立信托的意思为要件。因此,法官将当事人之间非明示信托关系定性为事实信托关系并无法律依据,该认定属于司法拟制行为。法官对拟制信托的主动援引体现了个案的“规则需求”,这种需求既可通过司法拟制(法官自由裁量)的方式满足,也可依立法拟制(法律规范)的路径解决,而选择何种方式是我国法律必须回应的问题。考

^①赖源河,王志成:《现代信托法》,中国政法大学出版社2002年版,第81-89页。

^②(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2013年版,第142-144页。

^③赵春玉:《法律拟制的语义内涵及规范构造》,《思想战线》2016年第5期。

^④(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2013年版,第144页。

^⑤谢晖:《论法律拟制、法律虚拟与制度修辞》,《现代法学》2016年第5期。

考虑到我国法律传统,拟制信托的立法拟制方式更符合我国国情,理由如下:首先,司法拟制在我国运用的正当性在学界存在争议。在判例法国家,法官通过司法拟制形成的判例在“遵循先例原则”下具有规范上的意义,因此,英美法系的司法拟制又具有“立法拟制”的色彩。虽然我国自古也有司法拟制的现象^①,但我国属于成文法国家,不存在“法官法”,因此,有学者认为“从拟制本身是否合理、是否有效的角度而言,真正意义上的法律拟制只能是立法拟制,不包括司法拟制和教义学拟制”^②。其次,“事实信托”司法裁判规则的统一有赖于拟制信托法律规范。我国法官虽然在个案中运用了信托的司法拟制,但对应的判决并未形成具体且统一的裁判规则。法官在信托司法拟制过程中未对案件事实进行解释,也未对如拟制要件如何带入信托构成要件等问题作出详细说明。拟制信托类案的公因式在司法拟制中并未被提取出来,某种法律关系是否被认定为事实信托关系与法官如何行使自由裁量权直接相关。不同的法律关系意味着不同法律规则的适用,因此,为了统一类案的裁判规则,防止裁量的恣意,有必要在立法上对拟制信托的要件进行设计。再次,信托的立法拟制方式可以赋予行为人法律预期。信托立法拟制对拟制要件的规定使得当事人对其行为将形成的法律关系可以提前作出判断,当事人不仅能因此知晓其何种权利受到保护,也能清楚相对方应以何种标准(合同履行标准或受托人行为标准)履行义务。若当事人的权利受到侵害,其可以以拟制信托法律规范作为其请求权基础之一提起诉讼。

(二)意思拟制或事实拟制:信托拟制的内容选择

依据拟制内容的不同,法律拟制可以分为意思拟制和事实拟制。意思拟制是法律将当事人表示的非真实意思拟制为真实意思,或将默示的意思拟制为确定的意思。“默示的意思”也可以称之为“可推断意思表示”,即其效果意思可以从为了其他目的而实施的行为中间接推断出来。默示

意思包括沉默和其他非明示意思表示。在萨维尼的意思表示理论中,拟制表示被定义为:实在法规则对某些情形赋予意思表示的效力,但却不能因此断言事实上存在一项意思,可以把这种情形称为拟制表示^③。例如,我国《合同法》第236条规定在租期届满后,承租人继续使用租赁物而承租人没有提出异议的,则租赁合同继续有效。该条将“出租人的沉默”拟制为“出租同意”的意思。事实拟制是将一种非规范要件事实视为要件事实的拟制,目的在于在法律效果层面给予该事实与要件事实等同的评价。“事实”在严格意义上也包含意思的要素,但为了区分意思拟制和事实拟制,有必要对事实拟制作限制性解释。此处的事实拟制是指与意思无关或者完全不考虑意思要素的法律拟制。例如,我国《民事诉讼法》第92条将“公告送达经过规定期间”的事实视为“被送达人已经接收送达”的事实,由此发生的法律效果与当事人的意思无关。我国拟制信托在拟制内容上应选择意思拟制还是事实拟制?若是前者,则信托拟制是将当事人设立其他法律关系的意思(如成立委托代理关系的意思)或者默示的意思拟制为设立明示信托的意思;若是后者,则信托拟制是在特殊情况下将与意思无关的事实视为信托成立的要件事实。拟制规范的侧重点因拟制内容的不同而不同,因此,确定信托拟制的内容是设计信托拟制规范的前提。

这个问题在英美法系曾以另外一种方式被讨论,即意思是否是推定信托成立的必要要素。对此,利特曼教授认为,“推定信托确实不由当事人之间的意思导致产生,但是也不能得出推定信托的产生与当事人意图之间完全没有联系的结论”^④。也有另外一种观点认为,推定信托的适用情形可分为两类,一类是行为人不正当地获得财产,另一类是当事人作出有利于他人的意思表示情形^⑤。而在第二种情形中,推定信托的成立肯定包含当事人的意图,虽然意图并非唯一要素。在英美法系,之所以存在推定信托的成立无涉当

^①在中国古代,法律与现实之间的紧张关系无法通过传统的政治体制和立法体制得到解决,司法是调和矛盾的最主要力量,而“拟制”是古代法官在法律推理中常用的方法。

^②赵春玉:《法律拟制的语义内涵及规范构造》,《思想战线》2016年第5期。

^③杨代雄:《意思表示理论中的沉默与拟制》,《比较法研究》2016年第6期。

^④M.M Litman. "The Emergence of Unjust Enrichment as a Cause of Action and the Remedy of Constructive Trust". *Alberta Law Review*, 1988, 26 (3):429.

^⑤Robert Chambers. "Constructive Trusts in Canada". *Alberta Law Review*, 1999, 37 (1):219.

事人意思的观点,是因为推定信托在司法判例中类型化为实质性推定信托(institutional constructive trusts)和救济性推定信托(remedial constructive trusts),而後者的适用可不以当事人意思为基础。在英美法中,明示信托(express trust)是一种被成文法确定的实体制度,而实质性推定信托在信托成立的时间、信托效力的范围、效力溯及力等方面与明示信托类似。实质性推定信托不由法官自由裁量权的行使而创设,而是由法官发现了事先已经存在的信托并对其进行宣告。既然是对事先已经存在的信托进行确认,那么当事人的意思自然是法官必须考虑的要素。救济性推定信托则被认为是一种纯粹的衡平法救济方式,其将被告拟制为受托人而迫使被告以信托法的规定履行义务。救济性推定信托以实现公平正义的结果为导向,换言之,只要存在不公平的情形,法院原则上就可以适用推定信托。救济性推定信托更像是一种工具,其能否以及何时被使用完全取决于法官的自由裁量,因此,在这种模式中,当事人的意思不再是法官必须考虑的因素。

在我国,信托拟制应被归为一种意思拟制,理由如下:首先,拟制信托的目的在于将符合信托本质的行为纳入信托法框架并以信托法规则进行调整,而某行为是否符合信托行为本质则取决于行为人的意思。从这个角度而言,我国拟制信托更像是英美法系的实质性推定信托,其是将当事人之间事先已经存在的信托关系进行宣告,而非对信托关系的创造。在传统信托行为理论中,信托行为由债权行为(信托目的)和物权行为(信托财产所有权转移行为)组成,后者依附于前者而存在。可以说,信托目的是信托的核心要素。信托的具体目的纵然千差万别,但其可抽象为两种类型,一种以增加受益人财产利益为目的(管理信托),另一种以实现债权担保为目的(担保信托)。而无论是何种信托目的,其都以当事人之间形成的合意为基础。因此,拟制信托是将这两种抽象出来的目的意思拟制为设立信托法律关系的意思。其次,与英美法系救济性推定信托不同,我国拟制信托虽也存在一定的救济色彩,但其应该在确定的法律框架内适用,不宜过多介入其他财产关系,吞噬其他规则的适用空间,而实现这一点的前提是尊重当事人的真实意思。英美法系信托之

所以可以几乎介入所有财产关系,其原因在于推定信托的衡平法救济性质。法官若认为某一个人获得财产存在不公平的情况,则为了实现正义,法官可以施加推定信托,而这一过程无须严格考虑当事人的意思。我国不存在衡平法传统和衡平法救济,无法将拟制的信托当作一种纯粹的救济方式,况且,其它财产法律关系也应由其他法律调整,信托拟制的目的仅仅在于将符合信托本质的法律关系当作信托关系处理。若激进地认为拟制信托的适用完全无须考虑当事人的意图,那么,拟制信托会被进一步解释为一种纯粹为了实现财产返还和财产利益分配的方法,同时,其也将因受较小限制而适用于更多领域,进而影响其他财产法规则。再次,仅以事实的发生而成立的信托可以归为法定信托,例如我国《信托法》第五十五条规定的信托终止后信托财产转移给权利归属人前的信托^①。与法定信托不同,拟制信托发生于信托成立阶段,当事人的意思表示是其欲设立法律关系的核心,因此,在拟制信托中考虑当事人的意思也是私法自治基本原则的要求。

三 拟制信托法律规范的设计

(一) 拟制信托规范的拟制要件

拟制要件是区分拟制信托与明示信托的关键。如前文所述,信托拟制在拟制内容上应为意思拟制而非事实拟制,因此,拟制信托规范的拟制要件为将财产管理关系中当事人之间非真实的意思或默示的意思拟制为“设立信托法律关系”的意思,即将其与《信托法》第八条、九条中规定的信托成立的形式要件等同视之。拟制信托拟制要件中拟制的客体可以分为两种类型:

第一,将当事人之间达成的受托人代为管理财产并将投资回报转移给委托人或委托人指定的第三人的意思拟制为设立信托法律关系的意思。代为管理财产的法律关系既存在于民事主体与金融机构之间,也存在于普通民事主体之间,前者如投资者与银行之间的委托理财关系,发行资管产品的证券公司与购买产品的投资者之间的关系,后者如代为炒股、借名投资形成的关系。虽然有时当事人采取代为管理投资的形式旨在规避公共政策(如各地关于房地产调控的政策)或者公司内部规章制度(如不允许非职工持股的公司章程

^①徐刚:《解释论视角下信托登记的法律效力》,《东方法学》2017年第6期。

规定),但这种行为只要没有违反效力性强制规定以及目的不存在损害社会公共利益的情形,还是应认定当事人之间构成事实信托关系,这也是在一定程度上承认信托的“法律规避”功能。

第二,将为实现担保目的而表示的转移物之所有权的意思拟制为设立信托的意思。担保信托是罗马法信托中最主要的类型,其在罗马法学发达的古典时期是非常盛行的债权担保制度,该制度至少得到了盖尤斯、保罗、乌尔比安、彭波尼、马尔切勒、尤里安等古典法学家的关注和研究,并且该制度在当时银行业务中的适用已经相当广泛且成熟^①。债务人为了取得债权人的信任和担保债务的清偿,通过要式买卖(Mancipatio)和拟诉弃权(Cessio in jure)的方式将要式物的所有权转移给债权人,债权人在取得该物的所有权后,即与债务人达成信托简约:如果债务得到清偿,债权人将退还该所有权^②。德国学者瑞格尔斯伯格(Regelsberger)从罗马法素材中挖掘出担保信托,提出了信托行为理论,解释了当时民间最为活跃的动产担保形式——让与担保的合法性问题。这种不占有动产的担保方式在法律结构上与罗马法中的信托(fiducia)极为相似,两者都是为了担保目的而转移物的所有权的行为。近年来,在我国商事实践中,为了降低交易成本以及灵活实现担保,出现了大量以权利转让作为担保方式的交易模式。仔细分析这种交易模式,可以发现其与罗马法中的担保信托及由此演变而来的信托行为的法律构造几乎相同。因此,可以将为实现担保目的表示的转移物所有权的意思拟制为“设立信托法律关系”的意思,将突破担保物权法框架的让与担保用信托法来解释,并以此分配当事人的权利义务。

(二) 拟制信托规范的一般要件

拟制信托规范的一般要件与明示信托的成立要件基本相同,但由于我国《信托法》对信托成立要件的规定比较含糊,所以也有必要对其进行解释。拟制信托规范的一般要件有两个:

第一,当事人之间存在信义关系。信义关系是个极其抽象的概念,如同受信人的概念难以界定一般,信义关系的构成要素也是极其难归纳的。信义关系很难被通常的术语描述,是否存在信义

关系也只能在特定的案件中判断。在英美法中,一方若滥用了其在信义关系中的地位,不正当地获得了相对方的财产,法官则可以在特定财产上施加推定信托予以受损方救济。在 Keech v. Sandford 案件中,法官甚至将信义关系视为成立推定信托的唯一条件。至于在信义关系中,是否存在支配地位的一方才能适用推定信托,美国德罗岛州(Rhode Island)法院在 Simpson v. Dailey 的案件中对此问题进行了讨论。考虑到本来就没有稳定的规则去界定信义关系的存在,若再加上确认是否存在支配方的规则,则法律的不确定性太大。因此,该案法官认为,信义关系中是否存在支配方既不是推定信托适用的必要条件,也不是信义关系存在的证明条件。事实上,确认信义关系的存在与否需要考量一系列的要素,没有哪种单一的要素就可以决定。当法官把尽可能多的因素考虑进来时,试图判断信义关系中的一方是否占有支配地位是不现实的,也是不可能的。法官在适用拟制信托时若过度关注当事人之间的信义关系,而忽略当事人行为的不正当性以及导致行为人获得财产的事件,这本身并不利于拟制信托的发展。因此,支配地位不是信义关系判断的标准,法官应进行综合判断。

第二,当事人之间发生了财产转移的行为。来源于英国衡平法的信托在概念上及权利类型上与大陆法系有所冲突,被提的最多即为英美法系双重所有权(普通法所有权与衡平法所有权)与大陆法系一物一权的矛盾。在这样的认识背景下,我国在引入信托法时,对大陆法系与英美法系之间存在的不协调甚至冲突的地方(如规则、原则、理念、习惯)进行了模糊化的处理。在信托财产方面,我国信托法采用了“将信托财产委托给受托人”的表述,但未明确要求信托的成立须发生信托财产所有权的转移。信托发展至今,从逻辑层面审视,“要物”并非信托行为的性格,其亦不足以从价值层面正当化,信托财产的转移已经不再是信托成立的必要要素^③。日本修改后的《信托法》否定了在学界已经形成共识的信托行为“要物”性质,其未规定信托的成立须财产权的转移,确定了信托的“诺成契约性质”。日本学者

①史志磊:《论罗马法中信托担保的结构和保护模式》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2015年第1期。

②黄名述,张玉敏:《罗马契约制度与现代合同法研究》,中国检查出版社2006年版,第192页。

③熊敬:《固守或摒弃:对信托行为“要物性”的逻辑反思——以理论的历史演进为视角》,《新疆大学学报(哲学·人文社会科学版)》2016年第1期。

神田秀树也认为,财产的存在对于商事信托而言不是不可缺少的,相反,如果无批判地以此为前提,反倒会迷失商事信托的本质。商事信托的本质性要素是“具有某种商事性协定”,其“协定的管理、实行主体”就是受托人,而“对协定的实质性出资人兼协定生成利益的享受主体”就是受益人^①。令人遗憾的是,我国通说依然认为信托的成立以委托人将信托财产转移给受托人为要件。不过,在拟制信托的规范设计中,财产的所有权的转移应成为拟制信托的要件。我国拟制信托虽然与英美法系作为纯粹衡平法救济工具的推定信托有所不同,但其主要功能依然是给当事人提供一种有别于合同法规则的救济。

综上,拟制信托法律规范可以设计为:为了投资和担保目的,委托人基于信任将财产转移给受托人,受托人为了实现约定目的而持有、管理、处分该财产的,可以视为当事人之间构成信托法律关系。

四 结语

信托是基于英国衡平法发展起来的极具特色

的财产安排和利益分配制度,被誉为“普通法皇冠上的宝石”。在英美法系,信托因其灵活性几乎可以适用于任何财产关系,其既是市场主体所青睐的经济工具,也是法官可以用来调整财产关系的法律机制。我国引入信托制度时间已久,在经历了长时间的“纸面上法律”的阶段后,信托有了向“行动中的法”转变的迹象,而推动这一转变的力量之一即为信托的法律拟制。拟制信托可以将更多的财产关系纳入信托框架,使信托规则有更大的适用范围。这一法律现象背后的社会原因是我国财产关系随着经济的发展呈现复杂多元化,外观权利人与实际权利人不一致的情况不时出现。现行法律对现代财产管理关系回应不足,而信托法可以供给一套默认规则。在拟制信托的模式选择中,立法拟制、意思拟制最符合我国国情和法律传统。不过,我国拟制信托的运用也应限于符合信托本质的行为领域,不能脱离当事人的意思将其扩展到其他财产领域,避免其沦为一种纯粹的依法官自由裁量权判断的救济工具。

On Legal Fiction of Trust Relationship

XIONG Jing

(School of Law, Nanjing University, Nanjing 210000, China)

Abstract: Trust fiction is a legal process in which a legal relationship that does not have the formal requirements for the establishment of a trust is proposed as a trust relationship. As a legal technology, trust fiction has been applied to judicial practice and academic analysis in China, but it has not received sufficient academic attention. The complexity of the relationship between modern property management makes the situation that the appearance rights holder is inconsistent with the actual rights holder. In order to protect the interests of actual rights holders and meet the needs of social life, it is necessary to make up for the shortcomings of the rules applicable to the appearance of rights according to the rules of the trust supply. The trust fiction in China shall be raised from judicial fiction to legislative fiction. The content of the proposed system shall be the meaning of the intent rather than the factual system. At the normative design level, the elements of the trust fiction can be divided into the constructive elements and general elements.

Key words: trust fiction; legislative fiction; intention fiction; rule design

(责任校对 龙四清)

^①(日)新井诚:《信托法》,刘华译,中国政法大学出版社2017年版,第46页。