

司法研究

2013 年第四卷 · 总第十四卷

《司法研究》编辑委员会 编

- 信托与物权的冲突和平衡
- 对提高刑事审判工作质量的思考
- 解决突出问题 提高审判质效
- 关于当前我国司法救助制度的思考
- 司法公开：请与迎的嬗变
- 从封存到消灭：未成年人轻罪记录封存制度的未来走向
- 试论司法惯性与非法证据排除规则的适用



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

司法研究

2013 年第四卷 · 总第十四卷

《司法研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

司法研究. 2013 年. 第 4 卷: 总第 14 卷 / 《司法研究》
编辑委员会编. —北京: 法律出版社, 2014. 3
ISBN 978-7-5118-6137-5

I. ①司… II. ①司… III. ①司法—研究—丛刊
IV. ①D916-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 042934 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧	装帧设计/凌点工作室
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京鑫丰华彩印有限公司	责任印制/沙 磊
开本/720 毫米×960 毫米 1/16	印张/15.25 字数/244 千
版本/2014 年 4 月第 1 版	印次/2014 年 4 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 978-7-5118-6137-5	定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《司法研究》编委会

主 任：王常松

副 主 任：马建华

委 员：王 松 吕岩峰 鲁 军

李树涛 于 兵 郑永昶

张启文 郭晓丹 李维奇

鲁志良 吕洪民 程金耀

王清文 张君洪 王桂琴

主 编：孙晓明

副 主 编：冯彦彬

编辑部主任：冯彦彬（兼）

编 辑：胡晏诚 孙 妍

目录

Content

【本期特稿】

信托与物权的冲突和平衡 崔建远/ 1

【司法对策】

对提高刑事审判工作质量的思考 王 松/ 19

解决突出问题 提高审判质效
——吉林省行政审判工作对策思考 鲁志良/ 29

关于当前我国司法救助制度的思考 任贵利/ 41

【司法公信】

司法公开:请与迎的嬗变
——对“十万群众进法院”活动的学理评析 王亚明/ 50

刑事诉讼中弱势方权利保护问题研究
——以辩护律师为视角 王艳萍 刘艳驰/ 59

【理论探讨】

从封存到消灭:未成年人轻罪记录封存制度的未来走向 朱锡平/ 64

环境保护刑事执法问题的新思考 付立忠/ 80

我国人民陪审员制度缺陷及完善 金奎军 王炳钧/ 87

【司法改革】

从进门到入行的蜕变

——见习法官制度的完善

李海军/95

【司法实务】

试论司法惯性与非法证据排除规则的适用

——以排除刑讯逼供为切入点

金 福/105

浅论规范民间借贷纠纷审判之司法行为

陈 巍/116

论如何规范我国刑事诉讼中的控辩格局

卢佳欢/121

2013年1—10月吉林省法院民事再审审查案件

运行态势调研分析

崔桂香/130

关于民间借贷纠纷的调研报告

王瑞冰 王 勇/140

“醉驾”案件的审判实践与对策

牛 锋/146

工伤与第三人侵权竞合时工伤赔付的范围与程序处理

陈太云/150

试析个人房产婚内加名后的财产性质

崔双平 王天华/165

论房屋征收补偿行政诉讼原告资格

穆虹宇/172

浅谈房屋承租人在房屋征收中的权益保护

刘吉红/181

【和谐司法】

调解二维观

谢锐勤/190

对吉林省行政案件涉诉信访问题的思考

李琳平/195

完善信访体制 走出信访困境

刘景秋/203

【案例评释】

证据的综合运用

——上诉人乾安县严字乡随字村村委会诉被上诉人

杜国臣、原审被告高洪有民间借贷纠纷

李广军 李金萍/208

原告邢萍诉被告刘强民间借贷纠纷案

喻 梅/211

原告杨立杰诉与被告柴芳起、张建飞农村土地承包

合同纠纷案

盛 况 于爽江/214

上诉人中国建设银行股份有限公司延汇支行与被

上诉人刘民储蓄合同纠纷案

太 熹/217

上诉人金明子诉被上诉人琿春市敬信供销社、第三人高

翔、第三人琿春市供销合作社、第三人中国农业银行股

份有限公司琿春市支行房屋买卖合同纠纷案

金 镇/224

张素梅诉中国人民解放军第二〇八医院医疗损害

责任纠纷案

黄 晶/232

信托与物权的冲突和平衡

崔建远*

一、导言

人们的思维习惯是,出现新事物,包括新的法律现象,首先将之往既有的法律概念、法律制度里“套”,符合了,就适用既有的法律规范;不符合时,还要考虑能否采取类推适用,甚至目的性扩张、目的性限缩等法解释学的方式,以解决问题;如果能,就采用这些方法解释和适用法律,解决案件纠纷;实在对不上号,才想到另起炉灶。在法律发展史上,股权、知识产权、权利抵押权、权利质权等,都经历了这样的过程。

对于信托,法律人大体也是这样思维的。例如,受托人对信托财产是不是拥有所有权?如果拥有,委托人、受益人有无所有权?等等。在我国,这样的思维方式在不少的情况下会碰一鼻子灰。时至今日,相对正确的理念是:信托,就是信托,源自英美法,不同于主要为大陆法系风格的中国法上的相关制度,法律人应当尊重其现状,不再硬往物权法、债法里“装”了,而是把信托作为一个独立的、特殊的制度对待。如同不再把股权作为物权处理一样。“信托的本质在于信托财产上的‘权’(rights)‘利’(interests)分离(或者说是分立,或者说是分享)的特殊构造;由此本质所决定,信托就不能以所有权定性,又不能以契约定性,也不能以法人定性。”^{〔1〕}按照这种说法,不宜把信托与所有权、合同、法人诸项制度当成一回事,而应将信托独立地对待。

但是,独立,不同于孤立,法律人应当既看到信托为特殊、独立的制度这一面,也要将目光不断地扫描到甚至聚焦到所有权等物权、合同等法律

* 崔建远,清华大学教授,博士生导师,中国民法学研究会副会长。

〔1〕 唐义虎:《信托财产权利研究》,中国政法大学出版社2005年版,第6页。

行为,以及他项法律制度。

这样主张的理由在于:

第一,实体法上的权利必须伴有相应的程序设置,以便其运行,保障其平安无事,它受到侵害时拥有相应的救济措施。在民事诉讼法的制度及规则基本上是按照物权、债权、股权、继承权等传统民事权利运行与保护来设计的大背景下,对于信托架构中的权利,如果做不到既注意它与传统民事权利之间的区别,又适当“靠近”物权、债权,这样思维和处理问题,那么,就没有信托的“份”了,信托架构中的权利就很可能难有理想的程序保障。

第二,即使在实体法内部,也存在法律分工,以及权利移转、权利效力、权利位阶等问题。在我国,物权的变动,物权的效力,物权变动的某些原因行为,都由《中华人民共和国物权法》(以下简称《物权法》)等法律、法规规定,甚至由《不动产登记条例》等行政法规规定,由某些司法解释(如《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》(法释[2004]16号第29条)管辖,而不是由《中华人民共和国信托法》(以下简称《信托法》)规制;引起物权变动的原因行为若为合同,则至少在原因行为这个领域由《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)调整,若为无因管理、不当得利,则至少在原因行为方面属于《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第92条、第93条适用的领域,《信托法》不再染指。在我国的法律体系中,《信托法》如同移民一样,处于《物权法》、《合同法》等在法技术上属于大陆法系风格的法律、法规的汪洋大海的包围之中,处处受这些法律、法规的制约。在这样的背景下,判断信托财产的所有权是否移转、何时移转、移转的原因是什么,仍然离不开在法技术上属于大陆法系风格的物权法、合同法的规定,有时还涉及无因管理法、不当得利法的条款。在这个意义上,理解和把握信托,还不得不往既有的法律制度及规则上“靠”。

第三,出于整体法律体系内部需要衔接、配合的原因的考虑,《信托法》不必事事规定,某些规则直接适用或准用有关法律、法规的规定即可。例如,信托合同订立的规则,包括要约、承诺、合同成立的规则,直接适用《合同法》第9条以下的规定即可,缔约过失责任直接适用《合同法》第42条、第43条和第58条的规定就可以了,《信托法》无需重复规定。再如,信托财产物权变动的要件与后果,直接适用《物权法》第9条以下(不动产物权的变动)或第23条以下(动产物权的变动)的规定便能达到目的,也不需要

《信托法》重复规定,除非信托制度有自己的特殊需要。另一方面,由于历史的原因,《信托法》相对简陋,欠缺某些制度或规则,在某些情况下,也需要用有关法律、法规的相关规定予以补充。

当然,必须承认,信托制度确有其特殊之处,有其他法律、法规无法取代的特性及规则。例如,合同当事人因为违约而承担的返还责任与受托人违反信托义务(fiduciary duty)而承担的返还责任之间,有着重大区别。受托人不能够实施效率违约。就像诚信义务对受托人来说要比普通合同的当事人更为沉重一样,^[2]受托人的返还责任的主体也要比合同当事人更加广泛。比如,一个受托人如果违反了信托义务,将信托基金用于个人目的,那就必须将不当使用中所得到的所有利益全部返还,而不考虑这种得利是否来自信托受益人的规定。^[3]

二、信托财产权利的移转

(一)信托财产为动产时的权利状况

1. 应然的状态

受托人对于信托财产享有所有权最好,用益权也可以;在信托财产为无体财产权的情况下,则应为与物权价值相当的财产权,或者说靠近物权的财产权。其原因在于:(1)处理信托事务,在许多情况下属于经营管理。而进行经营管理,非一朝一夕之事,一般要持续很长的时期。债权,一般存续期间较短,不是理想的进行经营管理的法律基础。所有权等物权、其他类型的财产权最为稳固,与长期经营相匹配。(2)受托人对信托财产享有所有权或用益权或其他财产权,可以以此为标的物设置抵押权、质权等担保物权,设立让与担保,以便融资。如果受托人对于信托财产仅仅享有债权,就不可能设立抵押权、让与担保等方式。债权,在理论上可以设立债权质权,《物权法》第232条第6项规定应收账款可以设立质权,也体现了这一点,但最高人民法院未见得赞同。既有的理念认为普通债权不得作为质权的标的物。因为普通债权没有公示的方法,出质人将其设立质权后又将

[2] [美]E. 艾伦·范斯沃思:《美国合同法》,葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,第848页。

[3] Sup v. United States, 444 U. S. 507 (1980)。转引自[美]E. 艾伦·范斯沃思:《美国合同法》,葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,第848页。

之转让与第三人,保护谁?如果保护该第三人,则质权人会遭受不该有的损失;如果保护质权人,那么,在该第三人为善意的情况下,就破坏了交易安全。(3)受托人对信托财产享有所有权或用益权或其他财产权,可以对抗第三人的侵权,因为我国现行法在总体上没有承认债权是侵权行为的标的物,仅仅在极个别的场合规定债权人可以追究第三人侵害债权的责任(例如,主审法院作出查封、划账的裁判,银行却按照债务人的通知擅自将账户中的资金划走,致使执行不能。司法解释规定该银行对债权人承担损害赔偿责任)。《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第2条第2款结尾所谓“等人身、财产权益”中的“等”,是否包括债权?不少学者解释为包括,但全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会的本意则否。(4)受托人对信托财产仅仅拥有债权,委托人享有所有权,可能导致如下不当的后果:委托人于其神经错乱时,胡乱干预受托人的经营管理(如在委托人将信托财产出卖与他人的情况下,他人对信托财产按照《物权法》的规定主张所有权),不利于信托事务的正常开展。(5)受托人对信托财产享有所有权或用益权或其他财产权,可以较为有效地对抗受益人的无理要求,因为物权具有对世性和排他效力;相反,受托人对信托财产仅仅拥有债权,由于债权没有对世性,贯彻平等原则,可能难以有效地对抗受益人的无理要求。

受益人对于信托财产,在信托期满前,拥有债权就够了。其原因在于:(1)受益人主要是从受托人对于信托财产的经营管理中取得利益,债权完全胜任这项任务。受益人拥有物权的话,反倒很可能干预受托人经营管理信托财产的正常活动。(2)受益人的利益来源于受托人,而非第三人。如果受益人的利益源自第三人,债权就鞭长莫及,因为它是相对权,对于第三人没有约束力(但法律另有规定的除外,当事人另有约定则一般不奏效,因为合同遵循相对性原则)。(3)受益人对于不动产信托财产享有物权时,按照《物权法》第9条、第14条和第16条等条款的规定,需要办理不动产登记手续,这意味着将受益人的信息公开了,可能不尽符合信托制度关于私密性的要求。对此,举例说明:在苏格兰的信托法里,委托人要将信托财产的所有权转移给受托人,而受益人的权利仅仅是一种债权。关于受益权是否具有物权属性,苏格兰信托法认为,因为物权的客体必须是特定物,但受

益人的权利往往并不指向特定的“物”,^[4]而是处于不断的变化之中,所以,受益权不可能是物权;况且,如果承认受益权是物权,就必然要对受益人的物权进行公示,受益人的身份必须公开,但秘密性恰恰被看作信托制度的最大优点,因此,在苏格兰信托法里委托人转让给受托人的是信托财产的所有权,而信托中的核心关系——受益人和受托人的关系——本质上属于债权(关系)。^[5]再如,在德国,并没有专门的法律对信托进行系统的规定,但德国法院发展了适用信托关系的特定规则。在实践中,德国的信托(Treu-hand)制度相当活跃,在私法和公法领域都得到广泛的运用。^[6]物权·债权的二元区分在信托关系中得到了比较严格的执行。在德国的信托关系中,受托人对信托财产享有完全的(full)并不受限制的(unrestricted)权利,而受益人仅仅是作为合同一方当事人而享有普通债权。^[7]可见,德国关于信托的制度设计基本上是按照物权·债权二元结构运行的,而没有移植英美信托法的框架。对此,德国比较法学家海因·克茨教授经过对英美法的信托和德国的相应制度进行系统的比较研究后,认为“可能的结论是德国民法的规则足以灵活解决信托法的实际难题”。^[8]

2. 既有的看法

我国著述中对信托财产权利的描述和憧憬是:(1)英美法上的所有权(title of ownership)并不像德国法那样严格定义的所有权,在信托财产上,受托人和受益人都可以同时享有未被严格定义的所有权。(2)日本、韩国的信托法上的“所有权”,只是名义财产权,甚至连说它是名义所有权都不

[4] 这涉及看问题的视角。如果受益人的利益完全源于信托财产的自产,如信托财产为果树,利益表现为水果,那么,受益人的权利的客体是这些果树。与此不同,如果受益人的利益表现为受托人开展信托事务所获得的各种收益,如受托人将作为信托财产的货币一部分存款,一部分炒股,一部分投资入股,那么,受益人的权利的客体就不是起初的那些“钱”。

[5] K. G. C. Reid. National report for Scotland[G]//D. J. Hayton. Principles of European Trust Law. Hague: Kluwer Law International, 1999: 67-73. 转引自于海涌:“论英美信托财产双重所有权在中国的本土化”,载《现代法学》2010年第3期,第161页。

[6] 孙静:“德国信托法探析”,载《比较法研究》2004年第1期,第85页。转引自于海涌:“论英美信托财产双重所有权在中国的本土化”,载《现代法学》2010年第3期,第161页。

[7] H. Kärtz: National report for Germany[G]//D. J. Hayton. Principles of European Trust Law. Hague: Kluwer Law International, 1999: 93. 转引自于海涌:“论英美信托财产双重所有权在中国的本土化”,载《现代法学》2010年第3期,第161页。

[8] H. Kärtz. The development of trust law in Germany[G]//D. J. Hayton. Modern International Developments in the Trust Law. Hague: Kluwer Law International, 1999: 49. 转引自于海涌:“论英美信托财产双重所有权在中国的本土化”,载《现代法学》2010年第3期,第161页。

准确。(3)中国现行信托法干脆只提信托财产,不直接说受托人对于信托财产的权利名称,也不直接说受益人所享权利的名称。(4)对于信托财产上的权利应作具体分析,如果信托财产是有体物,则确实存在所有权的问题;如果是无形财产权,如专利权或商标权,就不存在信托财产的所有权的问题了,只能说是信托财产的财产权或归属权了。实际上,即使是有体物,信托财产上的所有权也是虚的,或曰名义上的,这种所有权是不含利益的。所以,严格说来,信托财产上的“所有权”只能称为“名义财产权”,或“名义上的财产归属权”。〔9〕

3. 实然的状态

信托财产若为动产,且委托人将它移交给受托人,那么在外观上,它符合《物权法》第23条关于“动产物权的设立和转让,自交付时发生效力,但法律另有规定的除外”的规定,这似乎可以说受托人取得了信托财产的所有权。但是,我们必须注意,移转占有(交付)这个法律现象,在民法上未必都能导致动产所有权移转的法律后果。例如,借用、租赁、货物运输、保管、仓储、行纪甚至委托等法律事实,都存在移转占有(交付)的现象,《合同法》都调整它们,但在《物权法》上却不承认于此场合发生了动产所有权的移转。个中原委,在于这里的原因行为不是买卖合同、赠与合同、互易合同、遗嘱(继承)等等。要想发生动产所有权的移转,必须是移转占有(交付)+买卖合同或赠与合同或互易合同或遗嘱(继承)等原因行为,才能如愿。

如此,不难知晓,按照《信托法》第2条关于“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”的规定,在信托成立的场合,委托人将作为信托财产的动产交付给受托人的原因行为,是名曰信托合同,实为委托合同,而委托合同不是引发所牵涉物品的所有权移转的原因行为。所以,按照《信托法》第2条的规定,联系《物权法》第23条等条文的规定,以及《合同法》第130条等规定,受托人并未因基于双方签订的名曰“信托合同”实为“委托合同”,以及对作为信托财产的动产的占有,而取得所有权。

诚然,《信托法》第2条使用了“受托人按委托人的意愿以自己的名义,

〔9〕 唐义虎:《信托财产权利研究》,中国政法大学出版社2005年版,第29页。

为受益人的利益或者特定目的,进行管理或者处分的行为”的措辞,其中所谓“受托人……以自己的名义”,是否就意味着受托人取得了信托财产的所有权呢?答案是否定的,因为以自己名义“进行管理或者处分的行为”在实际生活中存在若干情形,但主体对处分之物却不享有所有权。例如,在行纪合同中,行纪人是以自己的名义出售委托物,对该物却不享有所有权(《合同法》第416条以下)。在外贸代理中,外贸代理人是以自己的名义出卖货物(《合同法》第402条、第403条),但其对货物却不享有所有权。单凭“受托人……以自己的名义”这样的规定,还难以确定信托财产的所有权是否移转,只有“受托人……以自己的名义”+买卖等合同,才会导致信托财产所有权的移转的。

受托人对于作为信托财产的动产到底享有什么样的权益呢?按照中国现行法的规定,一是债权,二是占有。对此,稍微展开分析如下:

(1)受托人对于作为信托财产的动产享有债权的法律依据。《合同法》关于委托合同一章的规定(第396—413条),表明受托人对于作为信托财产的动产享有债权。

(2)受托人对于作为信托财产的动产拥有占有的法律依据。按照《物权法》第241条关于“基于合同关系等产生的占有,有关不动产或者动产的使用、收益、违约责任等,按照合同约定;合同没有约定或者约定不明确的,依照有关法律规定”的规定,以及第245条关于占有效力的规定,受托人对于作为信托财产的动产拥有占有的法律地位。

其实,深究起来,受托人对于作为信托财产的动产所拥有的占有,究竟是不是一种独立于物权、债权的法律地位,需要区分内部关系与外部关系,而后才能得出结论。首先,在内部关系即受托人和委托人之间的关系上,按照《物权法》第241条的规定,在受托人与委托人之间的关系上,占有并无独立的法律地位、资格、利益,而是债权的组成部分,是一项权能,受托人不得援用《物权法》第245条关于“占有的不动产或者动产被侵占的,占有人有权请求返还原物;对妨害占有的行为,占有人有权请求排除妨害或者消除危险;因侵占或者妨害造成损害的,占有人有权请求损害赔偿。”“占有人返还原物的请求权,自侵占发生之日起一年内未行使的,该请求权消灭”的规定,来对抗委托人。其次,在外部关系即受托人与第三人之间的关系上,占有成为一项独立的法律地位、资格、利益,受托人有权援用《物权法》第245条的规定,对第三人主张占有的请求权。

4. 实然状态的缺点

稍加思考就不难发现,我国现行法的上述设计及规定,存在明显的缺点。举其要者如下:

(1)受托人对于信托财产仅仅享有债权,意味着信托财产仍然归属于委托人。这样一来,就与《信托法》第 15 条关于“信托财产与委托人未设立信托的其他财产相区别。设立信托后,委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时,委托人是唯一受益人的,信托终止,信托财产作为其遗产或者清算财产;委托人不是唯一受益人的,信托存续,信托财产不作为其遗产或者清算财产;但作为共同受益人的委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时,其信托受益权作为其遗产或者清算财产”的规定不一致。因为委托人对于信托财产(有体物场合)依然享有所有权(或其他物权),对其责任财产中的其他财产(有体物场合)也享有所有权(或其他物权),它们之间确实难以区别。

(2)在我国现行法上,债权,难以对抗第三人的侵权行为;占有,似乎也不是侵权行为的标的物。《侵权责任法》第 15 条第 1 款规定的停止侵害、排除妨害、消除危险的救济措施能否适用于占有被不法侵害的场合,无疑问,尚需探讨,以便达成共识。

(3)受托人对于作为信托财产的动产仅有债权,或占有,无法将信托财产设立抵押权、让与担保。

(4)第三人若知晓受托人对信托财产仅仅享有债权的情况,就会不愿意与之交易(因为债权固有的缺点),这就阻碍了信托财产的流通,效益不高。

(5)保管人、仓储人、承揽人等第三人若知晓受托人对信托财产仅仅享有债权的情况,那么,就不愿意保管、仓储、承揽此类信托财产,因为就这样的信托财产无法成立留置权。之所以如此断言,是因为《物权法》第 230 条第 1 款规定:“债务人不履行到期债务,债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产,并有权就该动产优先受偿。”虽然法释[2000]44 号第 108 条规定“债权人合法占有债务人交付的动产时,不知债务人无处分该动产的权利,债权人可以按照担保法第八十二条的规定行使留置权”,这似乎不影响保管人、仓储人、承揽人等第三人就受托人享有债权的信托财产成立留置权,但是,由于第三人知晓动产为委托人的,便非善意,这欠缺善意取得所需要的善意这个要件,故而保管人、仓储人、承揽人等第三人就受托人享

有债权的信托财产至少有时不能享有留置权。

(6) 受托人正在有效利用信托财产的关键时期, 委托人却将之卖与他人, 受托人无权主张这种买卖行为无效; 也不享有基于《合同法》第 54 条、第 55 条或第 74 条、第 75 条的规定, 撤销此类买卖行为的权利; 所享有的, 只是依据信托合同追究委托人的合同责任的权利。由于我国现行法尚无买卖不破信托的明文, 受托人也无权对抗买受人的权利, 其利用难以为继, 不能取得较佳效益, 实在是遗憾, 可惜。

(7) 在委托人死亡时, 按照《中华人民共和国继承法》(以下简称《继承法》) 第 2 条关于“继承从被继承人死亡时开始”的规定, 以及《物权法》第 29 条关于“因继承或者受遗赠取得物权的, 自继承或者受遗赠开始时发生法律效力”的规定, 受益人以所有权人的身份, 援用《物权法》第 34 条规定的物的返还请求权, 请求受托人返还信托财产, 会干扰受托人处理信托事务; 在信托合同因委托人死亡而必须终止的情况下, 受托人对抗不了受益人关于信托财产返还的请求。这在受托人没有有效利用信托财产的情况下, 没有负面的结果, 很可能是正面的, 但正在有效利用的关键时期, 则会产生负面的结果, 没有效益。在这里, 仍然存在与《信托法》第 15 条的规定相互协调的问题。

(8) 在委托人死亡时, 按照《继承法》第 2 条、《物权法》第 29 条的规定, 受益人取得该信托财产的所有权, 但他处在无行为能力或限制行为能力且无监护人(法定代理人)的境况时, 无法授权受托人继续利用、处分信托财产。此时此刻, 受托人对于信托财产没有所有权, 经营、管理信托财产的既有依据又因委托人的死亡而丧失。恰在此时, 交易需要受托人移转信托财产的所有权, 受托人不予处分, 失去取得较佳经济效益的良机; 受托人予以处分, 则构成无权处分, 这会导致复杂的法律后果(《合同法》第 51 条, 法释[2009]5 号第 15 条, 法释[2012]8 号第 3 条)。这实在是十分糟糕的局面。

5. 完善之道

(1) 当事人可否不依《信托法》第 2 条的规定设立动产的信托? 为达受托人对作为信托财产的动产享有所有权的目的, 订立信托合同时, 可否不是像《信托法》第 2 条规定的那样“委托人基于对受托人的信任, 将其财产权委托给受托人”, 而是约定移转动产给受托人?

回答这个问题, 离不开判断《信托法》第 2 条的规定是否属于强制性规

定这个前提。如果《信托法》第2条的规定是效力性的强制性规定,那么,当事人不得依其约定予以改变,而是必须按照委托合同的样式签署信托合同。于是,作为信托财产的动产就不会发生所有权的移转。如果《信托法》第2条的规定不是效力性的强制性规定,那么,当事人签订信托合同就可以不采取委托合同的样式,即不是约定委托人将信托财产“委托给受托人”,而是约定“移转给受托人”或“交付给受托人”,从而满足《物权法》第23条规定的动产物权变动的生效要件,发生所有权的移转。

在笔者看来,《信托法》第2条涉及信托成立并生效的规范部分,应当是强制性规定,因为它们是关于信托的界定,是关于信托成立要件的规定,是关于信托的质的规定性的规范,是信托的本质属性所要求的。所有这些,都是事关信托与他种法律制度相区别的关键点,对此,假如允许当事人任意改动,就很可能模糊乃至混淆信托与其他法律制度之间的界限。模糊乃至混淆了,就破坏了法律适用的规则及秩序,也就破坏了法律秩序。众所周知,法律秩序是社会公共利益的组成部分。从这个意义上说,《信托法》第2条涉及信托成立并生效的规范部分,属于调整社会公共利益的范畴,因此属于效力性的强制性规定。既然是效力性的强制性规范,当事人就不得通过约定变更或排除。

但是,《信托法》第2条中关于“委托人将其财产权委托给受托人”的规定,则不是强制性规定。如此认定的道理在于:(1)成立信托,本应由受托人对于信托财产拥有所有权(对此,上文“应然的状态”中已作阐释),只不过我国在《信托法》制定过程中对于受托人应否享有信托财产的所有权把握不准,立法者暂不明确表态,留待日后学说、判决予以发展、完善。(2)受托人对于信托财产享有所有权,还是债权,主要是委托人与受托人之间的事情,并不损害第三人的合法权益,也不会害及交易安全(道理在于,信托财产若为动产,受托人将它售与他人,则他人可以基于《物权法》第106条第1款的规定,善意取得;若为不动产,该不动产必然登记在委托人名下,那么他人不应与受托人签订买卖合同,从而避免受到损害;即便登记在受托人名下,他人同样可以基于《物权法》第106条第1款的规定,善意取得)。一句话,它不涉及社会公共利益,不涉及社会公德。众所周知,不调整社会公共利益的法律规范,就不是强制性规范。

(2)受托人取得作为信托财产的动产的所有权。在《信托法》第2条中关于“委托人将其财产权委托给受托人”的规定不是强制性规定的前提下,