

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

更多▲

 使用大字体察看本文  
阅读次数: 975

## 信托成立时间之再思考 ——对我国信托法第8条的检视

赵中孚 王兆雷

特聘专家

**摘要:** 我国信托法关于信托成立时间的规定, 存有可质疑之处, 隐藏在其背后的是我国传统法律观念与信托这一新兴财产权制度之间的逻辑冲突, 与英美法系相关信托法律相较, 我国现行法的规定存在疏漏, 本文从合同性信托的角度入手, 就信托和信托合同的成立时间展开分析, 并据此对我国信托法相关规定作出评析, 提出建议。

**关键词:** 信托; 信托合同; 信托成立; 委托人保护

人类进入20世纪以来, 经济全球化的大潮强劲推动着法律在世界范围内的一体化, 各国的法律制度逐步互相借鉴、整合、趋同。信托, 这种渗入英美法系国家经济和社会生活诸多方面极富弹性的灵活的财产管理制度, 由于其在资金融通、投资安排、协调经济、服务公益等方面的卓越功能, 愈来愈受到大陆法系国家的关注, 某些国家进而将其直接立法予以引进从而纳入其固有的传统法律体系, 以期解决社会发展中面临的新问题。但由于两大法系法律思维方法及制度设计的不同, 大陆法国家引入英美的信托制度, 制定信托法, 如同在本国法律体系中插入了一个普通法的楔子。[1]这根楔子是如此的有特点, 以致对该外国法制度的模仿总难免与本国的某些与之相匹配的关联制度有所出入或至扞格。相互间不协调的制度设计必导致制度结构功能的克减和人们认识观念的困惑, 信托也难以圆满地融入到既有的法律体系中去。我国2001年制定的《信托法》, 亦存在上述同样的问题, 而信托法第8条关于信托成立时间的规定, 可谓该问题的一个具体例证。

### 一、我国法对信托成立时间的解读

根据中国信托法的规定, 对信托的设立形式, 我国采取严格的要式主义, 即设立信托必须采书面形式, 以口头或行为方式设立的, 信托均属无效。至于信托的成立时间, 我国《信托法》第8条3款规定: “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, 受托人承诺信托时, 信托成立。” 根据对该条规定的字面理解, 在这里, 关于信托成立时间的立法意思显然受到了合同成立时间的影响。换言之, 立法认为合同成立的时间即为信托成立的始点, 委托人和受托人双方意思表示一致时信托合同成立信托亦同时成立, 信托作为合同的内容, 是与将其设立起来的合同同步产生的。更有学者据此得出信托关系的合同本质。[2]即便以其它书面形式设立的信托, 例如在遗嘱情形, 也要求受托人对委托人意思表示的同意, 即所谓受托人承诺信托时, 信托成立, 采取的可谓是一种准要约—承诺的机制(因为立遗嘱人业已死亡, 受托人同意要约的意思不再可能到达委托人), 这其实是将信托的设立视为一种事实上的变形的合同行为来看待的。从事实角度看, 存在于外国经济生活中的信托的绝大多数以及存在于中国经济生活的信托的几乎全部, 均系通过信托合同设立并以这种合同作为其运作的直接依据, 信托合同对信托的重要性由此凸现[3], 为此, 本文主要从合同角度进行考察。

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

依大陆法系和学者们的解释，似乎倾向于把合同形式作为设立生前信托的主要甚至惟一方式。[4]在理论上围绕着“信托财产的交付”这一问题，我国学者们就信托契约究竟为诺成性合同或实践性合同展开了剧烈的讨论。一为诺成说，认为信托合同是诺成性合同，只要委托人与受托人达成设立信托的合意，信托合同即告成立，不要求信托财产的移转。这种理论站在合同的角度理解问题，认为信托合同不外乎是合同的一种，属于合同法中的无名合同，当然应受合同法的调整。我国信托法第8条第3款“采取信托合同形式设立信托的，信托合同签订时，信托成立”，显然，此款中包含着“信托合同自委托人与受托人签订时起成立从而有关的信托也系自此时起即告成立”这样一层含义，故此依据此款对于信托合同为诺成合同便足以确定。[5]另一种认识则为实践说。认为信托是实践性法律行为，信托契约的成立须首先有委托人授予财产进行信托的要约行为和受托人愿意接受信托并为之管理或者处分信托财产的承诺行为。其次，信托契约的成立还须以委托人转移财产权为要件。委托人必须将信托财产有效地交付给受托人。[6]这种理论无疑从合同的法律效果取向即信托成立的角度来考量问题，依信托的法理构造，信托权利义务关系的成功确立，仅有当事人的意思表示一致显然是不够的，还必须有委托人的实际交付财产行为。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。[7]承诺说只是对法条文义的表层理解，作此结论太过于武断。[8]

上述两种认识，分别从不同的角度和层面对信托合同性质的立论，在某种设定的前提下，它们的论证都是对的。立法的疏漏致使两种理论在目前法律制度中都能找到立足点。从合同法的角度言，诺成合同与实践合同的区别，并不在于一方是否应交付标的物，其主要区别在于二者成立与生效的时间是不同的。诺成合同自双方当事人意思表示一致时起合同即告成立；而实践合同则在当事人达成合意之后，还必须由当事人交付标的物以后，合同才能成立。[9]申言之，诺成合同一诺即成，签订后便具有法律上的强制执行力，而实践合同在当事人形成合意之后标的物交付之前，效力处于待定状态，唯在交付标的物后，合同始具有确定的效力，一方违约另一方诉诸强制执行。实践中主要限于客运合同、一般保管合同等，尤以赠与合同为典型。而现实生活中信托的设立，其背景原因是形形色色、多种多样的，既有委托人与受益人进行交易、互换利益的情形，又存在委托人基于某种身份关系向受益人赠与财产的场合，在前种情况下，委托人与受益人是互负对待给付义务的，委托人在行使对受益人债权的同时，自应承担起对受益人的对待给付责任，而此所谓对待给付，则表现为委托人将其一定的财产纳入为受益人利益计算的信托，委托人在此情况下与受托人签订的信托合同，其成立要件自然应以受托人的承诺为已足。受益人此时取得权利的模式，在受托人承诺之时当可直接发生。而在后种情况，受制于赠与合同的性质，一般情况下，赠与人在赠与财产实际交付前得以单方随意撤销，这是由赠与合同单务、无偿的性质所决定的。接受他人的赠与，是一种纯受益行为。在赠与财产权利实际转移之前，赠与人因种种原因撤销赠与，受赠人一般也不会受有损失。赋予赠与人单方任意撤销合同的权利，是符合民法基本原则和一般社会公平观念的。以赠与方式设立的信托，信托合同则具备了赠与合同的性质，这种情况下若仍然视之为诺成合同，在标的物交付之前便赋予受益人强制执行权，无疑剥夺了赠与人仔细考虑斟酌的机会，亦与赠与合同的法律精髓不相融，人为造成现行立法内在的紧张关系与逻辑冲突。

夏勇先生在其卓著《中国民权哲学》曾云：“不能就权利谈权利，离开了特定的社会经济结构、政治结构和文化结构，权利话语就会像一本只有词汇和词组而没有语法和句法的书”。[10]有些思想是没办法脱离社会环境来理解的，法律条文背后的东西不会轻易改变，它与思维方式、思想、文化传统相联系。要考察发轫于一种异质文化情境的制度，植根于其原有的体系或许能找到一个基本准确的定位，获得一种更通透些的理解。

## 二、英美法的认识

英美法从来就不认为信托为一种合同关系。美国信托法重述第二版这样论述：“债务不是信托，一份转让财产的合同不是一项信托，不管该合同是不是可以特定履行的。为第三人的利益的合同不是信托。”学者们对信托关系，亦认为信托不同于合同，“我们认为，信托不能被视同为合同，否则的话，就会导致处理违反信托的结果，就像处理违法合同的情况一样。”[11]但对于合同是否是信托的设立方式之一，英国1925年《受托人法》与美国2000年《统一信托法典》未作出相关的明确规定，英美法理学界就此问题的看法是有争议的。一种认为信托的显著特色不在于其产生背景，也不在于向受托人财产的转让，而在于规定了受托人管理财产和职责的信托契约，委托人与受托人之间的契约与现代的第三人利益契约在功能上是无法区分的。信托是合同，信托关系具有合同本质。[12]一份信托契约可以首先设立一个固定信托，然后再设立一个自由裁量信托。[13]据此说法，设立信托在某些情形下为合同行为，信托契约是设立信托的方式之一。另一种认为信托的设立只是一种单方法律行为，只要有信托人的意思表示加上信托财产的转移，信托关系即告成立。[14]这种理论认为委托人对受托人的指定，只不过使一个被委托人指定为受托人的人处于候任受托人的法律地位，并不能使真负有接受受托人职位的法律义务，基于信任被指定代受托人的人有权拒绝接受委托人的指定，即其有权不接受受托人职位。[15]信托的设立，依英美法学者的通说，仅仅

需要三个方面的要求：委托人意图的确定性，信托财产的确性和受益人的确定性。只要满足这三个要件，信托即可设立，而无须受托人作出承诺的意思表示，衡平法格言：“信托不因受托人而失败”，即便受托人拒绝接受，仍可依信托文件中确定的方法或由法院来选定受托人，从而成立信托。因此，信托的成立不以委托人和受托人的合意为要件，信托的成立仅限于委托人的单方意思，与受托人是否作承诺的表示无涉。

其实，设立信托可以说分成两个部分，即宣告信托和向受托人转移财产。这两件事往往同时进行，但不一定要这样做，可以先做信托的宣告，然后再转移财产。[16]虽然信托文件明确指定了受托人，但受托经营管理信托财产并不是其必然的法定义务，受托人完全可以拒绝委托人的委任。如果受托人就委托人的生前信托指示作出接受的承诺，两者之间附带产生委任合同关系是一种不争的事实，虽然信托法产生的历史早于合同法几个世纪，当时尚未有信托契约的概念，但没有概念并不能否认这种事实的存在，只是其时无准确的法律术语来界定而已。正像居里夫人发现镭元素一样，事物的存在并不依赖于人类的认知，但智慧的火花使事物进入人类的视野中。英美学者逐渐地认识并强调合同信托的概念，近年来，英美也有学者提出，要深入研究信托与合同的关系，将信托建立在合同的基础之上。[17]就委托人与受托人的关系言，委任合同乃信托设立的基础，其中记载以及其它辅助性文件载明的对信托财产的支配权限构成了受托人衡平法权力和义务的来源。

鉴于信托的制度构造，牵涉三方面的关系人，就委托人和受益人的关系言，委托人向受托人移交财产的意图，在于为受益人提供财产上的衡平法利益。究其将自有财产纳入信托而经由他人坐享经济利益的背后的动因，则无疑是千姿百态多种多样的，不同的人内心有着不同的感受和效果意思，“创设信托所要实现的目的，与法学家们的想像力一样是没有限制的”，[18]但最根本的，殆不外乎拟以信托的方式向受益人赠与财产或以此方式履行对受益人背负的已然的或或然的义务。与之因应，受益人可作受赠人受益人和债权人受益人两大基本的分类，在前者，受益人纯粹地享受着由委托人为其慷慨设定的财产利益，而毋须为此付出任何对价，除非该权益的授予负担了某种限制性的前提，衡平法对此类坐享其成的幸运儿冠以“自愿者”的称谓。在后者，为得享受委托人的信托财产的经济性权益，受益人将分解出自己的部分利益予以置换，他要为之付出相应的代价，此时，他是委托人的交易人。在信托已经完全设立的场合，这种区分可以说是没有多大意义的，它充其量可以部分地反映出委托人设立信托的某些目的，但在设立过程中的信托，这种区分所彰显的重要性不言自明。

前文已述，信托的设立是一个过程，以受托人接受信托财产的交付为终结点，至此，委托人完成了在信托关系中的使命，“在影片中不再露面”，除非他为自己保留了继续介入信托的权利，以免“在影片中退出”。因此，信托有完全成立和不完全成立方式的区分。所谓完全成立的信托，指委托人已经合法、有效地将财产转移给受托人，从而信托完全有效地成立。这种情况下信托的受益人无论是否支付了对价，都有权强制实施信托。所谓不完全成立的信托是指委托人未能合法、有效地将信托财产转移给受托人，因而未能有效地构成信托。[19]在这种情形，由于信托是无效的，受益人并没有强制执行的权利。信托的设立除符合“三个确定性”的要求之外，还要求信托财产的向受托人的实际转移，如此方可达成所预期的信托的完全效果，若委托人耽于个人情事迟迟疏于履行先前设立信托的诺言，法律则为自愿者和债权人两类不同的受益人提供两套不同标准的救济。如果受益人曾提供约因，则虽信托尚未完全成立，他能申请强制执行，换言之，他能申请强制执行设定信托的合同。相反，如果受益人是自愿者，即使他是打算成立的信托的点名的受益人，必须等到信托完全成立，他才能胜诉。[20]当委托人发生违反设立信托的合约的行为时，受益人据此可向法院提起合同之诉，借助于衡平法院的两个武器，特定履行和禁止令，使信托完全成立从而实现受益的目的。[21]自愿者因没有约因的支持无从得到衡平法院的特定履行的命令，从而不能强制执行信托，除非他对委托人设立信托的允诺基于合理的信赖作出了行动从而自己的地位发生了某种变化。尽管是两套不同标准的救济，但从本质的角度讲，这仍是在执行合同而不是在执行信托。其理由也是显而易见可以推知的，既然信托未完全成立，法律提供的可援用的救济路径只能是合同而不是信托。这实在是体现了信托法与合同法的一种恰当、有益而美妙的平衡。

### 三、英美信托合同制度对我国立法的启示

诚如学者所言：应该区别立遗嘱人的遗嘱、转移财产人的信托文书与信托本身。前者是“火箭发射台”，后者是“火箭”。[22]在“火箭”腾空而起后，它便作为脱离母体的分离物有了其独有的运行轨迹和支配领域，这片空间是属于信托法的，而在未脱离之前，当由支配其本源——“火箭发射台”的基础法律关系调整。此一英美法信托制度下固有的逻辑思路，应是引领我们准确理解信托成立制度、厘清实践中争执不休混乱不堪的信托与合同关系、推动下步理性制度立法的主臬。

所谓信托的成立，是指信托已经客观地形成，在事实上已然存在。它犹如工匠依模具锻造出的毛胚，是否产生信托的效力，取决于法律价值和法律政策的判断，但在判断之前，它是已经具备了信托的各项要件、业已成形的信托。英美法对信托的成立强调“三个确定性”的要求，即确定或可得确定的委托人的信托意思、信托财产和受益人，只要满足“三个确定性”，信托即告成立。在英美，“三个确定性”也是合同信托和遗嘱信托统一的成立的理论基础，这是和英美法特有的所有权转移观念分不开的，在依合同或其它制度作财产的转移时，只要目的财产已经特定化，即使该财产尚未实际交付给债权人控制和支配，在法律上亦视为该所有权已经发生确定的转移。再则衡平法的原则也要求信托不因缺少受托人而无效，这也是为何国内诸多学者将信托理解为单方要物行为的原因之所在。但“理论上的明智当与神妙的实际的明智融会贯通”[23]，模仿和移植产生于另一种法律传统的外国法律制度，须与周围人们现实的情况结合，使其平滑地嵌入我国固有的法律体系，而不是刻舟求剑地维护原有制度的纯洁。我国《民法通则》第七十二条第二款规定：“按照合同或者其他合法方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外”，立法之所以如此规定，就是基于“谁控制财产，谁享受利益，谁承担风险”的考虑，自己是自己利益的最好的看护者，在财产尚未实际转移给权利人支配之前而由其承担由他人直接控制财产的毁损灭失的风险，这是令人极不放心也是极不安全的，极大地增加了权利人负担的监督成本，这种损失和风险分担的配置模式也严重地扭曲了当事人之间的权义平衡。故此，在合同信托的情况，宜采我国传统的财产所有权转移模式，动产性权益以交付为权利的表征，不动产则课以变更登记的要求。这也是信托在英美法制度下要求受托人享有普通法上的所有权相一致的。基于此，我国合同性信托的成立要件宜设定为：委托人的确定的信托意图；信托财产向受托人的实际的移转(当事人可以自治性的一致意思排除适用)，确定的受益人。而信托合同只是当事人间设立信托的契约，以当事人之间存在意思的合意为已足，至于要物生效或是诺成生效，完全取决于委托人所作的对受益人的意思表示，若他拟对受益人为赠与，由于信托的成立要求确定的已实际纳入信托的财产，鉴于赠与合同的要物性质，赠与生效之时信托确定成立。信托的成立与赠与合同的生效是同步的。若委托人拟对受益人为清偿或二者存在有偿的交换合同关系，受益人可对委托人的反悔强制执行从而成立信托。而信托一旦有效地成立，信托关系则脱离基础合同而与信托合同无涉从而应完全地适用信托法。

## 二、信托财产的转让是准确界定信托的关键

信托的本质是一种管理财产的制度，信托财产是信托的载体，处于信托关系的核心地位，离开信托财产，受托人的活动和受益人的权利都会失去依托。信托是以特定财产为中心的法律关系，委托人所有或有处分权的特定的财产是创设信托所必须的。而设立信托的真正的惟一办法就是委托人向受托人转移信托财产的所有权。[24]委托人不仅是将财产转移给受托人，而且必须有转让权利的外观，即发生物权的直接变动，而不仅仅是一般的让与行为，此点是信托与代理和委托区别的最大的特征。[25]信托不同于其它制度特点就在于受托人对信托财产有效地控制利用、管理处分，如果信托财产不能为受托人支配，受托人无从成为普通法上的名义上的所有人，将无法履行其信托上的义务，这也是与信托的名实不相符的，因为从信托的制度结构看，受托人管理的是自有的财产而不是他人所有的财产。可见，我国《信托法》第八条关于信托成立时间之规定无疑是对信托制度的误读，信托的成立显然是以信托财产有效地转移给受托人来判定的。物权一旦变更，再结合上述信托成立要件的规则决定是否是完全成立的信托，则随之发生信托财产独立的法律效果。有效成立的信托不应再受到合同关系的影响。这似乎可用德国法上的物权行为理论作出解释，[26]但是，由于该理论人为地使法律关系更加复杂化，使通俗的法学变成只有法学家才能看得清楚的玄学思辨，不易为大众理解故而未能为我国民事立法所接受。我们转换另一种视角，运用基本金融工具的一支-----票据的有关理论或许仍能获得对该问题更好的理解：在出票人签署票据出票之前，他与潜在的票据关系人之间的关系首先应由合同等本应适用他们关系的有关规范来调整，而在出票之后，适用于票据关系的，显然是有关票据的一套制度规则。这种区别完全准用于信托与其基础---信托合同的关系。而信托财产的转让则是信托成立的第一要素，是判定信托成立的基础性条件，财产转让后当事人间的关系适用信托法的规则，转让前的关系由合同等相应的规范进行调整。这种理解，在使信托成立时间的立法的现行规定得到改造的同时，也使我国《信托法》第二条关于信托的定义得以矫正。[27]立法者在定义中回避信托财产转让的用语，但用“委托给”实在是容易造成更多的误解，[28]立法的直接目的无疑是刻意避免信托在英美法中的双重所有权问题，但这种表述方法极易造成信托、委托与合同的混乱不堪，对制度和事实正确的陈述只能是“转让给”。而信托财产转让给受托人无疑是信托的起点。

## 三、信托成立后委托人利益的保护

英国法学家梅特兰曾言：“如果有人要问英国人在法学领域取得的最伟大、最独特的成就是什么，那就是历经数百年发展起来的信托理念，我相信再也没有比这更好的答案了。这不是因为信托体现了基本的道德原则，而是因为它的灵活性，它是一种具有极大弹性和普遍性的制度。”信托的灵活性可以说像潘朵拉的盒子，开启了无数可能的法律设计与解释，而信托种类的诸多设计，则是基本完全围绕着信托利益而展开的。申言之，我们通常意义上理解的信托制度的灵活性与信托产品种类的多样性，实质是就信托利益的多样性而言的。而信托利益的本源，是委托人信托文件中的若干指定，“实际上信托利益分配之设计可千变万化，完全视委托人意愿而定。”[29]然依信托原理，委托人为受益人规划出信托利益并向受托人转移信托财产后，伴随着信托的有效成立，委托人当“从影片中退出”，不再有积极的权利和义务（除非他在信托文件中明确规定保留自己介入信托的权利），在此情形下若发生对受益人错误授予信托利益的特定情势，委托人的权益如何得以维护？英美司法是以实现救济性推定信托的方式实现个案正义的，即法院会以受益人为受托人设置一项推定的信托，使其“吐出”不当取得的利润归复于委托人，从而防范不当得利。而大陆法系由于法典万能、法官遵循法典以确保制定法的安全的法律传统，对推定信托这种法官造法的灵活救济手段采取不承认的谨慎态度，总是使得信托领域的救济方式的能力和范围呆板有余而灵动不足。这也有着内在的深刻原因，“正是民族历史所凝聚、沉积的这个民族的全体居民的内在信念与外在行为方式，决定了其法律规则的意义与形式。经由漫长的历史之轮的砥砺，法律才与民族情感和民族意识逐渐调适、契合不悖、融和无间。”[30]传统的法律思维模式要求某地域的人们固守自己的法律风格，免得其法律生活发生重大的骚动。为此，在信托这一“火箭”已成功设立，受托人与受益人在信托项下的权利义务自应由信托法进行规范，退出信托、未再保留自有权利的委托人与受托人、受益人之间的关系由围绕“火箭发射台”这一基础关系的若干法律调整亦乃应有之义。[31]在发生违背委托人意愿不当授予受益人信托利益的情形，若不当原因是因为受益人欺诈、胁迫所致，依民法原理，因第三人的原因致本人认知错误而为的法律行为，不可对相对人主张，这种情况下委托人对信托合同的撤销权虽因受益人非合同当事人而受到限制，但可依不当得利返还请求权向受益人追索信托利益；若委托人基于合同的先履行义务设立信托后受益人违约的，委托人可依合同的相关责任制度要求受益人承担相应责任从而获得保护，有担保性权益的亦得同时实行之；若信托存续期间发生受益人对委托人的重大侵权，委托人得以违反信托目的径行终止信托。若基于受托人而发生授权的错误，仍可区分不同情形依照现行法中的合同、侵权等制度对委托人的信托财产的损失进行补偿，从而使信托制度平滑地融入到现行法的体系中来，实现信托法与相应匹配性法律的汇流，凝聚成一股通达稳惬、鲜活磅礴的制度航道。

#### 参考文献：

- [1]何宝玉. 信托法原理研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.
- [2]耿利航. 信托财产与中国信托法[J]. 政法论坛, 2004, (1).
- [3]张淳. 信托合同论[J]. 中国法学, 2004, (3).
- [4]施天涛, 余天然. 信托法[M]. 北京: 人民法院出版社, 1999.
- [5]盛学军. 中国信托立法缺陷及其对信托功能的消解[J]. 现代法学, 25, (26).
- [6]王利明, 崔建远. 合同法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2004.
- [7]夏勇. 中国民权哲学[M]. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2005.
- [8][美]海顿. 信托法(中译本)[M]. 北京: 法律出版社, 2004.
- [9]李群星. 信托的法律性质与基本概念[J]. 法学研究, 2000, (3).
- [10]刘正峰. 信托制度基础之比较与受托人义务立法[J]. 比较法研究, 2004, (3).
- [11]沈达明. 衡平法初论[M]. 北京: 对外经济贸易大学出版社, 1997.
- [12]何宝玉. 英国信托法原理与判例[M]. 北京: 法律出版社, 2001.
- [13][法]安德烈·莫罗阿. 人生五大问题(中译本)[M]. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1995.

[14]方嘉麟. 信托法之理论与实务[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.

[15][德]萨维尼. 论立法与法学的当代使命(中译本)[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001.

[16]罗大钧. 信托法律关系探析[J]. 政法论坛. 2001, (2).

[17]罗家慧, 崔彩虹. 信托契约的法律性质[J]. 经济论坛. 2003, (22).

[18]左传卫. 信托与合同的比较分析[J]. 肇庆学院学报. 2003, (12).

-----

[1] 何宝玉: 《信托法原理研究》, 中国政法大学出版社2005年版, 前言。

[2] 耿利航: 《信托财产与中国信托法》, 载《政法论坛》2004年第1期。

[3] 张淳: 《信托合同论》, 载《中国法学》2004年第3期。

[4] 何宝玉前揭书, 第84页。

[5] 同3。

[6] 施天涛 余天然: 《信托法》, 人民法院出版社1999年版, 第68页。

[7] 盛学军: 《中国信托立法缺陷及其对信托功能的消解》, 载《现代法学》第25卷26期。

[8] 如信托法第二条对信托所作定义的规定“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”, 强调的是“委托给”, 仍然要求财产的转移。再如第十四条: “受托人因承诺信托而取得的财产是信托财产”, 没有财产权的转移, 何来财产的取得?

[9] 王利明 崔建远: 《合同法》, 北京大学出版社2004年版, 第7页。

[10] 夏勇: 《中国民权哲学》, 三联书店2005年版, 第12页。

[11] [美] 海顿(D. J. Hayton): 《信托法》, 周翼 王昊译, 法律出版社2004年版, 第16页。

[12] John. H. Langbein: The Contractarian Bases of the Law of Trusts, The Yale Law Journal 1995, Vol, 105. 转引自耿利航: 《信托财产与中国信托法》, 载《政法论坛》2004年第1期。

[13] [美] 海顿前揭书第17页。

[14] 参见李群星: 《信托的法律性质与基本理念》, 载《法学研究》2000年第3期。

[15] 参见刘正峰: 《信托制度基础之比较与受托人义务立法》, 载《比较法研究》2004年第3期。

[16] 沈达明: 《衡平法初论》, 对外经济贸易大学出版社1997年版, 第77页。

[17] [美] John H Langbei n前揭书。

[18] 奥斯汀·斯科特(Austin Scott): 《信托法》, 转引自何宝玉: 《英国信托法原理与判例》, 法律出版社2001年版, 第111页。

[19] 何宝玉: 《英国信托法原理与判例》, 法律出版社2001年版, 第37页。

[20] 沈达明前揭书，第40页。

[21] 在英美，一个案件是向普通法院不是向衡平法院起诉取决于当事人所要达到的目的，普通法院作出的胜诉判决通常为损害赔偿(damages)，衡平法院下达的胜诉判决为特定履行(specific performance)和禁止令(injunction)，在英美，当事人就合同之诉一般要求特定履行，如果特定履行不现实的话，则要求损害赔偿(This is an action for specific performance or for damages in the event specific performance was impossible.)

[22] 沈达明前揭书，第352页。

[23] 安德烈·莫罗阿：《人生五大问题》序，傅雷译，生活·读书·新知三联书店，第2页。

[24] 张天民：《失去衡平法的信托》，中信出版社2004年版，第341页。

[25] 张天民前揭书，第340页。

[26] 依该理论，物权的变动不是对当事人债权契约的履行，而是另构成独立的物权契约，物权契约一经作成，便与作为其基础和原因的债权契约相独立，不因债权契约的无效而无效，民法界谓之“物权行为的独立性和无因性”理论。

[27] 我国《信托法》第二条规定：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。

[28] 张天民前揭书，第340页。

[29] 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88页。

[30] 萨维尼：《论立法与法学的当代使命》，许章润译，中国法制出版社，2001年版，中译本序言第6-7页。

[31] 依笔者拙见，日本、韩国信托法也是这么理解的，日韩两国的信托法通篇仅规定了委托人的知情权、解任权，并未有任何委托人对受益人追讨信托利益的规定，无疑，二者间的基础关系，是由合同法、亲属法等相应法律进行调整的。