

信托财产独立性研究

——以对委托人的独立性为分析对象

赵廉慧

摘要 信托财产相对于委托人的独立性是一个被忽视的问题，此研究不仅对理解信托财产的独立性非常重要，对深理解信托的本质和信托运作机理也至关重要。委托人通过一个处分行为，把信托财产和自身的责任财产分离，初步实现信托财产的部分独立性效果。委托人保留或弱或强的权利并不必然导致信托财产丧失独立性。信托财产独立性是信托设立的可能后果而非必然后果，是一个渐进的过程，只能首先产生针对委托人的独立性，至于能否产生针对受托人的独立性，取决于是否进行信托登记公示或者受托人是否履行分别管理义务。

关键词 信托财产独立性 破产隔离 被动信托 可撤回信托

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2021.02.009

作者赵廉慧，法学博士，中国政法大学民商经济法学院教授。

引言

信托财产的独立性，即便不能被称为信托法最重要的特征，至少也可以被认为是信托法的最重要特征之一。^①但是，在采用汉字表达的日本、我国（包括台湾地区）信托法立法当中均未采用“信托财产独立性”这一术语，“信托财产独立性”的表述只是学者对信托财产具有能免受委托人、受托人和受益人的债权人强制执行等特殊法律地位的概括，^②是一种内涵不清晰的“罐头语言”。^③

① 参见 [日] 四宫和夫 《信托法》（新版），有斐阁1989年版，第181页；[日] 能见善久 《现代信托法》，有斐阁2004年版，第44页；[日] 新井诚 《信托法》（第3版），有斐阁2008年版，第328页以下；[日] 道垣内弘人 《信托法》，有斐阁2017年版，第110-133页。台湾地区学者的论著有：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31页；王志诚 《信托法》，五南图书出版公司2017年版，第148页；谢哲胜 《信托法》，元照出版公司2016年版，第119页。内地学者观点参见张淳 《信托法原论》，南京大学出版社1994年版，第110-115页；周小明 《信托制度比较法研究》，法律出版社1997年版，第11-17页；何宝玉 《信托法原理研究》，中国政法大学出版社2004年版，第152页以下。颇有趣味的是，英美信托法著作中几乎不存在单独探讨信托财产独立性的内容，日本信托法学者通口范雄教授在其介绍美国信托法的两卷本著作中也没有相关讨论。参见 [日] 樋口范雄：《アメリカ信託法ノート I、II》，弘文堂2000、2003年版。

② 日本在信托立法的时候是作为“信托财产保护”的问题加以处理的，后来在1926年青木彻二博士出版的《信托法论》当中开始使用“信托财产独立性”这样的表达方式。参见注①，能见善久书，第45页。

③ “一种复杂的事态很少能用一句话说明它的真相。……我们很容易养成一种习惯，接受一些可以免除我们思考之劳的简明的论断”，这样就产生了“罐头思维”。参见 [英] L. S. 斯泰宾 《有效思维》，商务印书馆1997年版，第47页。

在英语文献中,很少看到“信托财产的独立性”(independence of trust property)这种表述,信托财产的“独立”是对“segregated from”或“separated from”的翻译。在《欧洲信托法原则》的第3条关于“信托基金”的规定中,其第3款规定了受托人应当把信托财产“隔离于”(segregated from)受托人的固有财产以及其他信托财产。“信托财产独立性”实际上是对围绕信托财产地位以及相关利害关系人对信托财产权利义务的一系列复杂规则的模糊概括。

“信托财产独立性”是一个被广为接受但又极易带来误解的表述。“独立性”这种表述至少会给人带来三个方面的误解:第一,信托财产似乎已被完全实体化(reification)为一种法人财团,人们很容易把信托理解为财团法人。第二,信托财产的独立性是信托设立的要件,不能满足这个要件的“信托”就不是信托,或无效。第三,信托财产的独立性也能和“公司法人财产的独立性”那样产生完全的、双向的破产隔离功能。这三种误解在信托法的理论和实践中普遍存在。

信托财产独立性问题至少可以分解为以下四个方面的问题:^④第一是独立于委托人的责任财产(《信托法》第15条),委托人债权人不能强制执行信托财产;第二是独立于受托人的责任财产和同一受托人名下的其他信托财产(《信托法》第16条、第18条、第28条);第三是独立于受益人的责任财产(《信托法》无直接规定,但这是不言而喻的);第四是受托人的固有财产是否独立于信托财产并免受信托债权人的追索。^⑤《信托法》重点规定了第二点,即信托财产独立于受托人的固有财产,这当然是信托财产独立性理论探讨的重点。例如,日本学者能见善久教授给信托财产独立性的定义是“信托财产即使有受托人的名义,也不是受托人的固有财产。应被当作和受托人固有的财产相区别的财产对待,这被称为信托财产的独立性”,他把这个问题和信托财产独立于委托人和受益人的问题共同作为“信托财产的地位”加以讨论。^⑥而道垣内弘人教授也认为只有第二点属于信托财产独立性的内涵。^⑦不过,他同时在“信托财产的独立性”的标题下还讨论了信托财产对委托人的债权人的关系问题。^⑧新井诚教授则非常明确地在其著作当中把针对委托人和受托人的独立性都作为信托财产独立性的必要内容加以讨论。^⑨

本文仅集中探讨通常较少关注的第一点:信托财产独立于委托人之责任财产的相关理论问题。全文分三个方面:第一,如何实现信托财产独立于委托人财产之效果;第二,如果委托人仍然保持对信托的权利,此时信托是否无效,或者至少说信托财产是否不能产生独立性;第三,信托财产独立性是否是信托成立的要件。在本文主题项下还有欺诈信托问题(《信托法》第12条)以及自益信托的财产是否具有独立性的问题,之前已有较为详尽的研究,不赘。^⑩

^④ 由于信托本身不存在法律人格,信托财产也不是“信托的财产”。正是在这种意义上,我们把信托财产的这种特性称之为“信托财产的独立性”。信托财产不是任何人的财产(trust property is nobody's property)。当然,这并不意味着信托创设出了一种“无主财产”。信托创设出了一种财产悬空机制,使财产权之享有和风险之隔离实现最大程度的平衡。

^⑤ 参见赵廉慧“信托受托人对第三人责任机理研究”,《广东社会科学》2016年第4期,第230-238页。

^⑥ 参见注①,能见善久书,第四章。

^⑦ 参见注①,道垣内弘人书,第110页。

^⑧ 参见注①,道垣内弘人书,120页。

^⑨ 根据新井诚教授的总结,信托财产的独立性问题至少还应包括信托财产的抵销限制、信托财产的添附、信托财产的混同、信托财产的瑕疵的继承和信托财产的物上代位性等问题。这些问题本质上还是针对受托人固有财产的独立性的问题。参见注①,新井诚书,第328-337页。楼建波教授也有类似观点,参见楼建波“信托财产分别管理与信托财产独立性的关系——兼论《信托法》第29条的理解和适用”,《广东社会科学》2016年第4期,第220-229页。

^⑩ 参见赵廉慧《信托法解释论》,中国法制出版社2015年版,第154-158页。

一、财产独立的实现方式：转移还是处分

（一）转移：以“人格”实现责任隔离

《信托法》的措辞虽然是委托人将财产权“委托给”（第2条）了受托人，但是，欲达到“信托财产与委托人未设立信托的其他财产相区别”（第15条）的效果，就不能认为委托人和受托人之间仅仅建立了“委托-代理”关系。通过信托的设立，必须首先达到“信托财产不再是委托人的财产”之效果。即使在自益信托的场合，设定信托的人虽然以受益人身份取得了受益权，但是失去了设立信托之财产的财产权。这对委托人的债权人无法追索信托财产而言具有重要意义。创设信托的第一个逻辑后果是，信托财产的财产权不再属于委托人，对此需要一个条款来加以澄清，而《信托法》第15条正是这样的一个条款。由于信托的设立，曾经是委托人的财产从委托人处分离出来。

在法律技术上，把财产转移给不同的主体一直都是破产隔离的手段。无论是赠与、设立公司还是设立信托，出资者把自己的财产转移给了另外一个主体，使该财产从自己的责任财产中分离出去，从而达成破产隔离的目的。^①这本质上是一种人格上的隔离或者实体屏障（entity shielding），^②即信托财产归属于不同于委托人的另外一个主体——受托人，信托财产不再是委托人的财产，委托人之债权人不能强制执行别人（受托人）的财产是顺理成章的。从外观上看，委托人把信托财产转移给受托人，信托财产不再是委托人的财产，在法律上变成受托人的财产，委托人不能从信托财产取得实质的利益，这种安排一般对委托人的债权人也不会造成误解（相比之下，信托财产是受托人名下的财产这一状态会给信托受托人的债权人造成不少误解，因此需要不少技术性条款加以调整，比如信托登记、分别管理等）。

（二）从转移到处分：以宣言信托为例

1. 承认宣言信托的正当性

所谓宣言信托，是指特定的人作出意思表示，由其自身根据一定的目的从事对自己的一定财产进行管理、处分以及其他为了达成该目的所必要行为的信托。^③比较法大多承认宣言信托。^④

我国《信托法》第2条中有将财产权“委托给受托人”的要求。《信托法》没有明确规定委托人是否能成为唯一的受托人；而一般认为委托人也不能和自己签订合同。因《信托法》第2条“委托给”的存在，得出应当将信托财产委托给一个不同于委托人的受托人，进而我国《信托法》是反对设立宣言信托的结论，似乎是符合逻辑的。但是本文以为，在理论上和实践中，承认宣言信托都

^① 转移、出表（off-balance）等等，都是进行资产分割（也意味着责任分割）的方式。

^② 美国学者亨利·汉斯曼等认为，公司（法人）法、合伙企业法和信托法等本质上都属于组织法（organizational law），组织法的主要功能是进行资产分割（asset partitioning），这就是“资产分割理论”。该理论主张，资产分割分为两大类型，其一是有限责任，它使出资人（股东或者信托的委托人）与其组织的债务相隔离，防止组织的出资者受到组织本身债权人（公司之债权人或信托财产之债权人）的追索，因此有限责任又被称为是一种“所有人屏障”（owner shielding）或者防卫型资产（defensive asset partitioning）分割。其二是积极型的财产分割（affirmative asset partitioning）或者实体屏障（entity shielding），它无论是在历史上还是经济上都比有限责任制度更有意义。实体屏障则是使组织的资产免受出资者个人的债权人（以及出资者设立的其他企业的债权人）的追索。See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, “The Essential Role of Organizational Law”, *Yale Law Journal*, Vol. 110 (2000), pp. 393-395; Henry Hansmann, Reinier Kraakman and Richard Squire, “Law and the Rise of the Firm”, *Harvard Law Review*, Vol. 119, Issue 5 (2006), pp. 1336-1337.

^③ 英文中创设信托的一种方式“trust declarations”，即信托宣言。日本信托法中使用“自己信托”的术语，揭示该信托中委托人宣告自己为受托人这一特点。

^④ 参见 *Restatement (2d) of Trust* § 17 a, UTC § 401; 日本《信托法》第3条; 我国台湾地区“信托法”第71条。

有其正当理由。

第一，委托人当然无法和自己签订合同，但是，宣言信托中的宣言并非合同，不是双方法律行为，而是类似遗嘱的单方法律行为（属于无相对人的、单方的、生前法律行为^⑮），委托人作出有效意思表示，宣言行为即可生效。

第二，从解释上，把《信托法》第2条所规定的委托人“将其财产权委托给受托人”解释为委托人把财产权从作为委托人的（甲）转移给作为受托人的（甲），并不能算是一种语言游戏。例如，在实践中经常有受托人以受益人的身份出现（受托人是多个受益人之一的场合）；再如公司的股东同时担任公司的董事和高管。同一人分担不同的法律角色是法律技术正常运作的结果，因此委托人兼具受托人的法律角色并非违法。

第三，我国《信托法》及相关监管规范从来禁止信托受托人的固有财产投资于自己设立的信托计划。《信托公司管理办法》第20条明确规定“信托公司固有业务项下可以开展存放同业、拆放同业、贷款、租赁、投资等业务。投资业务限定为金融类公司股权投资、金融产品投资和自用固定资产投资”。信托公司把自有资金投资于自己管理的信托计划，即构成金融产品投资。而信托公司每个月报银监会的《非现场监管报表》中专门有一项“5.4.3.1以自有资金购买本公司集合信托计划”。另外，信托公司实践中以自有资金购买信托的，是按照“1.1.2.4其他”的标准计提（为20%）。这些都证明信托财产可以来源于受托人的固有财产。《信托法》是私法，是授权法，其中并无对委托人兼任受托人的禁止性规定，第43条第3款的反面解释是《信托法》并不一律禁止受托人成为信托的委托人兼受托人。

第四，在基金化的资产管理类产品、集合资金信托计划、年金信托等场景下，受托人把委托人的资金归集起来，统一进行投资运用和管理。此时，说受托人把已经逐一归属于自己名下的（委托人不同的）资金再次统一委托给自己进行集合运用，逻辑上是顺畅的。

宣言信托在家族信托、商事信托和慈善信托中都有着广泛的应用需求，因此承认宣言信托在我国具有现实意义。

2. 资产隔离：从“转移”到“处分”

一般认为，在宣言信托中，至少在形式上不需要把财产从委托人向受托人移转，这构成转移财产要件的例外。^⑯实际上，说宣言信托是一般信托法理的例外并不准确。毋宁说，在宣言信托中，信托法的财产权安排以一种更极端也更清晰的方式显现出来：信托设立人（委托人）丧失了财产权，信托财产只是在形式上转移（并不需要是实质意义上的移转）给了受托人。由于受托人并没有实质上取得信托财产的财产权——信托财产不是任何人真正意义上所有的财产（trust property is nobody's property）——因此，这个受托人是否是委托人以外的人、信托财产是否转移给委托人以外的人都不具有决定性的意义。特别是在委托人自身是信托财产的更有效率的管理者、委托人只是想利用信托的风险隔离功能的情形更是如此。

如果认为信托创设了一种在受托人名下受到特别对待的财产，信托财产并没有必要从不同于受托人以外的委托人处取得；如果能够认同信托设立行为本质上为一种处分行为，而该处分行为创设了一种独立于创设人之一般财产的特别财产的话，该财产也没有必要一定要从委托人转移给一个不

^⑮ 参见注①，道垣内弘人书，第73页。

^⑯ 参见注①，道垣内弘人书，第31页。而在英美法上，宣言信托是一种不需要转移财产（transfer）的意定信托（express trust）方式。实际上，在英国和美国，以宣言的方式设定信托恰恰是最正常的设立信托的方式，以契约的方式设立信托反倒是比较罕见的（虽然商事信托的实践可能改变了这一点）。See George T. Bogert, *Trusts*, sixth edition, Minnesota: West Pub. Co., 1987, p. 22.

同于委托人的受托人。在意定信托中，委托人只是进行了一个财产处分行为（an act of disposition），委托人把欲设立信托的财产从其一般责任财产中隔离出来，处分为特别财产——委托人设立此种信托的行为类似利用自己的特定财产设定担保物权，使该特定财产成为不同于自己普通财产的特殊目的财产，这种处分行为附加一定的公示手段同样产生破产隔离的功能；而宣言信托提供了一种新的可能性，委托人只是把自己针对某特定财产的法律地位进行了变更——把自己从委托人变为受托人。^⑭

在宣言信托中，委托人通过处分行为实现信托财产不再是其责任财产的目的，从而达到信托财产独立于委托人之一般财产的效果。这和其他类型信托通过财产转移、担保权设定等达到的效果是一样的。转移也属于一种处分行为。信托设立行为或信托行为都包含一个处分行为。在合同信托和遗嘱信托中，是合同行为或者遗嘱行为加上财产权转移的处分行为等；在宣言信托中，宣言行为本身就是处分行为；在担保信托中，担保物权的设立本身也是处分行为。博格特教授在其经典的信托法教科书中指出，每一个信托之创设都是对信托财产的处分（disposition）。^⑮而根据日本《信托法》第3条，信托设立行为是通过“转移财产、设立担保以及其他处分行为”完成，处分行为显然具有更大的包容性。在日本经典的信托法著作中也非常自然地把处分解释为包括“既存权利的转移”和“设定的转移”两种类型。^⑯

信托法本质上是通过处分行为创设出独立于委托人责任财产的新的特殊财团（special patrimony）。如果承认信托设立行为本质上属于处分行为的话，信托宣言方式所体现的资产隔离方法就具有了相当程度的普遍性，并非例外。

二、委托人权利保留和信托财产独立性

（一）问题再细分

信托法的一般规则是：如果信托文件没有其他约定，委托人和赠与人一样，一旦赠与完成，赠与人对受赠人如何处理赠与财产就不再具有发言权；他/她不能认为由于这些财产曾经是他/她的，现在还实际上是他/她的。委托人一旦创设出受益权，只有受益人能强制执行信托。委托人在设立信托之后，如果能完全从信托的场景中退出（out of the picture），实现信托财产不再是委托人的责任财产的效果，委托人的债权人不能扣押信托财产就顺理成章。

但是，如果委托人保留权利，例如保留对受托人进行指示、更换受托人、变更受益人的权利，甚至保留撤回信托的权利等等，此时的信托是否还是信托，能否产生破产隔离之效果，值得探讨。有观点从所有权和控制权的关系理论出发，认为委托人既然还保留着对信托财产的控制权，不能认为信托财产已经从其责任财产中脱离出去，委托人的债权人应有权强制执行信托财产。笔者以为不能一概而论。

信托法作为私法，除了规定了委托人一系列法定权利之外，委托人在信托文件中为自己保留适当的权利，并不违背信托法之基本精神。除了根据信托文件的约定可以变更信托财产管理方法、变

^⑭ 对此问题的富有启发的讨论，See Maurizio Lupoi, *Trusts: A Comparative Study*, Translated by Simon Dix, Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 2.

^⑮ 参见注⑭，Bogert书，p. 70.

^⑯ 参见注①，四宫和夫书，第137页。

更受托人、变更信托的一般条款之外,根据《信托法》第51条规定,委托人可根据信托文件的约定变更受益人或者处分信托受益权,也可以解除信托(保留单方解除信托的权利,即该信托是可撤回信托)。又根据《信托法》第53条和54条规定,信托文件可以规定信托终止事由,在信托终止之后信托财产可归属于信托文件规定的人,这里的归属权利人包括委托人。如果按字面解释上述条文,可以认为我国信托法是允许委托人在信托文件中保留撤回权的;委托人保留撤回权的信托(revocable trust)仍然是信托。^②特别是对于实务中大量存在的以金钱作为信托财产的自益信托而言,即使委托人保留这种权利,似乎也不会构成对委托人债权人的损害。委托人权利的保留只有在同时构成了对债权人的欺诈或为实现非法目的之场合,才会影响到信托的效力。

本文对委托人保留权利的情形作以下粗略划分:第一,被动信托,受托人几乎完全听从委托人的指示;第二,保留变更信托受益权的信托;第三,可撤回信托。需注意的是,这些划分之间也不存在清晰的界限,例如,被动信托中委托人也可能保留变更受益人或者受益权的指示权。

(二) 被动信托

在委托人保留了对信托财产的运用指示权的时候,委托人的债权人能否追索至信托财产?是否有保护委托人的债权人的必要?在受托人只是听从委托人的指示、履行被动性职责之时,此时的信托还能不能称之为信托呢?

1. 否定被动信托效力的传统观点

如果委托人把一定的资金信托给受托人用于股票投资,全部信托利益向受益人交付,但实际上信托财产的运作全部听命于委托人的指示;而且,很多时候受益人和委托人为同一人,具体的收益分配的内容(例如,什么时候、分配多少)也由受益人(委托人)的指示决定。可以评价为该信托的信托财产是由委托人自己管理和运用。这样的信托被称为被动信托、消极信托或者“名义信托”。

银监会在《信托业务监管分类试点工作实施方案》及其《分类说明》(这两个办法未公布)中明确,被动管理型信托是指信托公司不具有信托财产的运用裁量权,而是根据委托人或是具有指令权限的人的指令,对信托财产进行管理和处分的信托。被动管理型信托应具有四个主要特征:其一,信托设立之前的尽职调查由委托人或其指定的第三方自行负责。信托公司有权利对信托项目的合法合规性进行独立的尽职调查。其二,信托的设立、信托财产的运用和处分等事项,均由委托人自主决定或信托文件事先明确约定。其三,信托公司仅依法履行必须由信托公司或必须以信托公司名义履行的管理职责,包括账户管理、清算分配及提供或出具必要文件以配合委托人管理信托财产等事务。其四,信托终止时,以信托财产实际存续状态转移给信托财产权利归属人,或信托公司根据委托人的指令对信托财产进行处置。这些文件表明,至少实务操作和监管是承认被动信托的。

代表性的观点认为:除确有正当原因之外,被动信托(消极信托)“通常多属通谋而为之虚伪表示,极易助长脱法行为之形成,难认其行为之合法性”。^③受托人作为“通道”持有信托财产,委托人对信托财产保持控制权,并且又以受益人的身份享有信托利益,信托财产仍然是委托人的财产,这和委托并无实质差异,不是有效的信托。

日本信托法研究者把被动信托分为两类:(1)受托人遵照委托人的指示行动,但对外由受托人亲自行使权利履行义务的信托,这种信托的信托财产如果进行了实质性转移、脱离委托人控制,是

^② 但是,委托人虽然能为自己保留这些权利,这些权利必须明确地在信托文件中体现出来。委托人的该种地位是来自信托文件中的约定,而不是来自委托人原本作为信托财产所有人的地位。

^③ 我国台湾地区“最高法院”71年度台上字第2052号民事判决,转引自注①,王志诚书,第28页。

有效的。(2) 受托人只是遵照委托人指示行事, 此时受托人所做的只是容忍指示权人的行为(虽说存在事后的检查); 在极端的场合, 受托人甚至可以说只是信托财产名义上的主体。四宫和夫教授认为, 后者这种情形的信托可被称为“名义信托”(受托人被称为“nominee”), 这些“信托”并非信托法上的信托。^② 新井诚教授更明确地指出, 信托的前提是向受托人转移财产权并由受托人进行管理处分。在名义信托中, 财产虽然转移给了受托人, 但是该受托人完全不承担权利和义务, 这是矛盾的; 在名义信托中财产并没有进行实质性的转移, 信托财产也没有产生独立性, 应当否认其作为信托法上信托的效力。^③

另从条文之文义解释看, 被动信托的效力也会受人质疑。《信托法》第2条规定了受托人须对信托财产进行“管理或者处分”, 若受托人不从事积极的财产管理就不是信托; 或者说, 被动信托(passive trust) 是无效的。

总结起来, 否定被动信托(特别是名义信托效力)的理由有以下几点: (1) 信托法规定受托人要对信托财产进行“管理和处分”, 不进行积极管理和处分的信托不符合信托的本质; (2) 被动信托中信托财产没有真正的转移, 信托财产不能产生独立性, 不能产生破产隔离功能, 该信托是无效信托。

2. 肯定被动信托效力的理由

笔者以为, 仅仅因为财产名义受托人并不对信托财产进行积极“管理”就否认该财产应受到信托法之保护(信托财产的独立性), 在逻辑上是不协调的。即使是名义受托人通常也都进行一定的“管理”: 例如开设账户、接受回款、按指示分配信托利益等。一般而言, 受托人没有任何义务的、极端的名义信托可能是不存在的。若意图设立这种极端的名义信托, 需要把这种意图在信托行为中明确地表达出来。^④ 被动信托的实质是委托人通过信托合同的约定稀释或者降低了(某个)受托人的法定义务。即使是被动信托, 仍然是有效的信托, 受托人仍然会保留最小限度的对信托事务的权利和义务。

信托的功能之一是专业管理, 但如果委托人本身就是专业人士, 他设立信托的目的是使信托财产相应的风险隔离开来, 由他自身保留对信托财产的管理权和适当的控制权如果能给信托财产带来更好的回报和更高的收入, 这并非不合理, 委托人所做的只是以一个管理者替代另外一个管理者而已。^⑤ 实际上, 委托人多数情况下的确也可以通过更换受托人达到类似的目的。当委托人更换受托人的时候, 法院一般情况下会假定委托人是为了保护受益人的利益而行使权利, 如果并没有人的利益因此受到侵害, 法院不会认为该种权利保留属违法。

在他益型的被动信托中, 可以把委托人S和受托人T一起看作共同受托人, 此时只产生共同受托人之间的权限和义务的分配问题, 其中一方受托人当然可以是名义受托人。对受益人而言, 一个

^② 参见注①, 四宫和夫书, 第9页。能见善久教授认为, 四宫说和其之前的其他学说相比, 扩张了信托的范围, 在受托人承担被动功能的时候仍然承认信托的存在, 不过将“名义信托”置于信托之外。但是, 就“名义信托”为什么就不是有效的信托仍没有给出强有力的说明, 参见注①, 能见善久书, 第41页。在英国, 该问题作为“裸体信托”(bare trust) 被讨论。近年来, 主张受托人不负积极的财产管理处分义务, 仅有在名义上拥有财产的义务, 这样的信托也是有效的观点逐渐在增加。See J. E. Penner, *The Law of Trusts*, fourth edition, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 29.

^③ 参见注①, 新井诚书, 第127页。

^④ 在英国的单位信托(unit trust)之中, 信托财产由托管受托人(custodian trustee)管理, 而运用指示由经理人进行(也被称为manager trustee)。因此, 托管受托人只是承担被动的功能, 不过若经理人作出违反信托条款或者违法的指示, 托管受托人有不听从的义务。

^⑤ 参见刘鸣炜《信托制度的经济结构》, 汪其昌译, 上海远东出版社2015年版, 第197页。财产的管理者甚至没有必要是受托人以外的人, 委托人把受托人变更为自己(宣言信托)似乎也无问题, 只要此时不是自益信托。

受托人 T 作为名义人对财产进行管理, 另外一个受托人 S 就受托财产的运用和指示负有作为受托人的义务和责任, 这样的安排当然是无可置疑的。更不用说在宣言信托中, 受托人和委托人就是同一人。

在长期的信托如家族信托中, 更换受托人是十分正常的。技术上, 为了避免因受托人变更而产生信托财产名义人频繁变更问题, 有的民事信托把信托财产转移给一个永续存在的机构受托人, 这个受托人仅为持有财产而存在。

如果委托人向受托人的财产移转不构成虚假意思表示, 很难得出财产权移转行为无效的结论。被动信托中, 委托人大多通过指示权的保留来剥夺受托人的管理权和处分权。和存在撤回权的场合不同, 委托人即使保留有运用和指示权, 信托财产也不会自动返还给委托人。如果委托人就信托财产的运用和管理有指示权, 而受托人仅根据该指示行事的话, 此时也可以说实质的指示权人(委托人)享有控制权。但是, 享有指示权甚至控制权和享受信托利益并不是一回事, 仅仅以存在指示权为理由就把指示权人等同于所有权人是不恰当的。因此, 不能轻易地因此认定信托财产在实质上就是委托人自己的财产, 不能轻言“信托穿透”。^⑥

在现在的金融实践中, 更常见的是委托人不仅有指示权, 而且还兼有受益人的地位, 即自益信托。此时委托人的债权人同时也是受益人的债权人, 可以通过受益权而间接追索信托财产。即, 委托人兼受益人享有信托的全部利益的, 由于可以解除信托(《信托法》第 50 条), 所以, 委托人的债权人代位行使该解除权, 可以对返还到委托人处的财产采取强制执行等措施。^⑦

概括地回应一下前文提到的新井诚教授之“否定说”。首先, 即使是名义信托也可以产生破产隔离的功能。在名义信托是他益信托时, 应能产生和积极信托一样的、和委托人的财产隔离之功能, 甚至当该信托是宣言信托的时候也是如此。其次, 在自益信托的场合, 就算是积极信托, 也很难产生和委托人的财产风险隔离的功能(信托使委托人财产权转变成受益权, 仍然是委托人即受益人的责任财产), 被动信托的财产更没有风险隔离的功能。但是不应轻易否定此时信托财产的独立性, 信托财产至少在信托存续期间是不能被强制执行的。再次, 有一些信托并非为实现破产隔离的功能而设立, 而只是为了实现专业管理功能、规避不合理的监管规定或者繁琐的程序规定等。此时, 哪怕是自益的名义信托也不能轻易认定无效, 而仅仅是信托财产可以被委托人的债权人强制执行而已。如后文所述, 信托财产独立性并非信托的生效要件。信托无效的后果和信托受益权被强制执行的后果有极大差异, 除非信托因违法需要被否定其法律行为之后果之外, 尽量保留信托的效力, 可能对委托人的债权人保护而言更为有利。

3. 我国法院的立场

在我国的信托业实务中, 信托公司大量从事“通道业务”, 这种信托的信托财产的来源、用途、投向等完全按照委托人的指示进行, 属于典型的被动信托。例如, 在“吉林省建苑设计集团有限公司与四川信托有限公司信托纠纷案”中, 吉林建苑与四川信托签署《四川信托—山东众诚钡盐信托贷款单一资金信托合同》约定“受托人为被动受托, 根据委托人指定管理并运用信托资金, 按照信托目的持有、管理信托财产, 直到信托终止。”2012年11月5日, 四川信托与众诚钡盐签署《信

^⑥ 需要注意的是“信托穿透”和“揭开公司面纱”的原则类似, 均是个案的(case by case)针对具体行为的判断, 并不能够直接导致信托无效。这也是信托灵活性的一个体现。参见叶林《公司法研究》, 中国人民大学出版社2008年版, 第105页。

^⑦ 在委托人兼受益人享有指示权的信托中, 委托人的债权人若不能对信托财产直接强制执行的话, 不免会给人以创造出了免于强制执行之财产的印象。不过如前所述, 由于委托人的债权人能强制执行受益权, 所以绝对不能说是不当的。这和债务人的财产变形为银行的定期存款, 然后债权人强制执行该存款是相同的。

托贷款合同》，约定四川信托作为“四川信托—山东众诚钼盐信托贷款资金信托计划”的受托人，以信托资金向借款人众诚钼盐发放信托贷款。后来因借款人丧失清偿能力，委托人诉请信托公司承担损害赔偿责任。审理法院认为，双方当事人签订的《信托合同》系双方当事人的真实意思表示，不违反法律、法规的强制性规定，未损害国家、集体及他人合法权益，应属合法有效。^⑳在我国司法实务中，暂无发现认定这种信托为无效的案例。^㉑

而即使在消极信托中，受托人仍然需要承担基本的义务。受托人违背这些义务只产生受托人责任承担问题，不会反过来导致信托无效。例如，在“江苏江山制药有限公司与中泰信托有限责任公司营业信托纠纷”一案中，^㉒江山制药公司将自有的合法资金委托给中泰信托公司，中泰信托公司作为受托人应按照《信托合同》的约定履行信托资金的发放、资金的监管等义务。《信托合同》明确约定，中泰信托公司应在土地抵押、在建工程抵押手续以及强制执行公证完成之后向目标企业发放贷款。虽然信托公司能举出证据认为该信托为通道业务，委托人在信托事务处置过程中保留很多权利，但“现有证据表明，中泰信托公司在未具备上述三个前提条件的情况下，将信托资金发放给目标企业，且目标企业也未按《房地产项目资金封闭运作管理协议书》及《借款合同》的约定，将商品房预售款汇入监管账户，在归还江山制药公司2000万元本金及部分利息后便无力偿还剩余款项及利息。对此，中泰信托公司违反《资金信托合同》的约定，对款项的发放、款项的监管、款项的回收等未尽到合理、谨慎的义务，依约应向江山制药公司承担违约责任，赔偿其损失”。

总之，无论是理论上还是在实践中，除非将被动信托用于非法和违背公序良俗的目的，原则上是有效的。即便信托财产不能产生针对委托人的独立性，也不能否认信托本身的效力。

（三）保留变更受益人的权利

如果委托人没有保留撤回信托的权利，而只保留了分配信托财产的权利，此时是否构成虚假信托（sham trust）呢？

委托人希望主导分配信托财产之权利的原因可能在于，委托人在设立信托之时自己也并不清楚该如何分配信托利益，而非意图欺诈。现实中，委托人如果通过信托文件把信托利益分配权授予无利害关系的第三人，比如说受益人之保护人（protector），该信托一般不会被认定为虚假信托；甚至委托人自己保留信托财产的分配权也并不必然影响信托的效力。只有当委托人在保留分配主导权的同时还保留其他重要权利之时，才可能被认为没有真正设立信托。委托人保留的分配权如果把取得信托利益的人限定在固定的、不可更改的数个受益人之内，是可以接受的。但如果这种权利伴随着能够增加或者撤销某个人的受益人资格，那么，委托人有限的分配主导权似乎就演变成了一般性的任命权（power of appointment），据此委托人能够自由地让世上的任何一人成为受益人，并直接向其分配信托利益。^㉓此时的委托人完全控制了信托，和可撤回信托几无区别。委托人保留撤回权和保留恣意的分配主导权具有一个共同点：受益人从根本上由剩余索取权人（residual claimant）^㉔变成了固定收益获取者。

^⑳ 参见四川省成都市中级人民法院（2015）成民初字第2449号民事判决书。

^㉑ 例如，最高人民法院认为，通道性质的信托依然是有效的信托，甚至监管规范的禁止性规定也不影响信托的效力。参见最高人民法院（2017）最高法民申3856号民事裁定书，上海市第一中级人民法院（2017）沪01民终10069号民事判决书等。

^㉒ 江苏省泰州市中级人民法院（2014）泰中商初字第00173号民事判决书。

^㉓ 参见注⑤，第197-198页。

^㉔ 特别在商事信托当中，信托受益权和股权非常类似，属于剩余索取权，即，信托受益人是最终全部剩余信托利益的享有者，也是信托财产风险的最终承担者。中文文献持这种观点的，参见注⑩，第423-452页；注⑤，第188页。

或许有观点会认为, 委托人保留分配权和增加受益人的权利并不会给信托的存续带来什么伤害, 因为无论委托人指令受托人分配给谁, 这个人都是受益人, 受益人作为一个整体仍然是信托财产的剩余索取权人。但实际上, 委托人享有增加任何人(包括他自己)作为受益人的权利, 使得委托人自身成为剩余索取权人。如果任何人都可以成为受益人中的一员, 其结果就是没有人是剩余索取权人, 或者除了委托人之外世界上任何一个人都可以通过添加自己为受益人而损害受益人的利益。如果一旦受益人作为一个群体不再确定地享有剩余索取权, 他就不是信托意义上真正的受益人, 此时的信托也非真正的信托。^③

我国内地目前还没有因委托人保留分配权利而宣告信托无效的案例, 此处介绍一个香港终审法院审结的案例。1995年7月, 香港的P先生以其持有的AL集团股权等财产在泽西岛(Jersey)设立了家族信托(裁量信托), 财产委托人、保护人及受益人之一为P先生本人, 受托人为H国际信托有限公司。在2009年P先生和其妻子J女士离婚, J女士要求平分信托财产对应的价值。该案历经初审和上诉审, 香港终审法院于2014年7月作出终审判决。判决指出, 从P先生的信托文件可以确定, 该裁量信托实际上可以被视为P先生处分AL集团股权的遗嘱。在该案中, 委托人就像立遗嘱人可以随时改变遗嘱一样修改信托意愿书, 受托人对委托人的所有意见都会遵照执行。法院综合考虑了下列因素: (1) P先生自己成为该信托的保护人, 因此享有包括更换受托人的权利, 他对受托人有着重要的影响力; (2) P先生自己成为该信托受益人之一; (3) 受托人虽然是AL集团一定比例股权的持有人, 但AL集团的实际经营权则仍由P先生本人控制; (4) P先生声称其子女K应当拥有1/3的信托权益, 但由于本信托属于裁量信托, K在该信托中也是一个可以被P先生任意决定的对象, 能否从该信托中获得收益不具确定性; (5) 如果该信托决定把整个或部分信托利益仅分配给其中一个受益人, 不会遇到任何障碍。据此香港终审法院得出结论: 在P先生要求下, 受托人极有可能将信托的全部或部分资产或收入都支付给P先生本人, 因此该信托的资产仍然属于P先生直接可用的财务资源, 该信托财产并不具有独立性, 反而整个信托财产及受托人都完全受到委托人P先生个人意志的控制, 该信托中的受托人除了担任信托财产即AL集团相应股权的名义登记人之外, 其他包括AL集团的投票权及经营权、AL集团的股息分配权、信托收益的分配权等所有的权利均由P先生所操控。故该信托不成立, 信托财产应当作为夫妻的共有财产进行依法分配。^④

此案中委托人设置了一个裁量信托, 这并无问题; 他也同时保留分配信托利益的指示权, 相当于委托人享有分配信托利益的裁量权——如果仅仅是委托人有自由分配信托利益给受益人的裁量权, 这似乎亦无问题。但是本案中, 委托人不仅是受益人之一, 且理论上他可以取得该信托的全部受益权, 即, 委托人自身成为信托的剩余索取权人, 这和可撤回信托之间几乎没有差别。该信托财产不能产生独立于委托人的效力, 信托本身的效力应被否认。^⑤

(四) 可撤回信托^⑥

一个有效成立的信托需要有能强制执行信托、取得信托剩余利益的受益人。受益人为剩余索取

^③ 参见注⑤, 第198-199页。

^④ Kan Lai Kwan Also Known As Kan Lai Kwan Kay V. Poon Lok To Otto Formerly Known As Pun Lok To Otto And Another [2014] Hkcfca 65; [2014] 17 Hkcfar 414; [2014] 6 Hke 111; Facv 20/2013 (17 July 2014).

^⑤ 美国判例和立法的一个很明显的现代趋势是: 允许债权人强制执行信托财产, 这既是《信托法重述》[Rest. 3d § 25 (2) and cmt. e] 和《统一信托法》[UTC § 505 (a) 1] 的立场, 也一直是联邦破产法的立场。

^⑥ 从语义上讲, “撤销”是对已经完成行为的撤销, “撤回”是对未完成行为的撤回, “可撤销信托”更为准确。不过, 为了避免和《信托法》第12条所规定的信托的撤销和第22条规定的受托人行为的撤销混淆, 本文采“可撤回信托”。

权人是指受益人作为一个群体是剩余索取权人，而非全部受益人均作为剩余索取权人。^{③⑦} 在清偿信托债务和补偿受托人（《信托法》第35条、第37条）之后，至少有一个受益人可以获得剩余信托财产的分配。但是，可撤回信托改变了这一规则。

可撤回信托的受益人会面临着三种可能结果：^{③⑧}（1）在作出分配结果之前，委托人就撤回信托，此时委托人是剩余索取权人，受益人不是；（2）在撤回信托之前，委托人指令受托人分配给受益人，受益人收到信托利益，但他们是固定收益索取权人而非剩余索取权人，其地位和公司的债权人相似；（3）委托人在其生前不撤回信托，直至其死后变为不可撤回信托，在此情况下只有委托人的死亡使得受益人成为剩余索取人。在这三种情况下，一开始受益人不确定他们现在或者将来能否成为剩余索取人。此时可撤回信托最好理解为遗赠而不是信托，因为受益人不能确定地成为剩余索取者。

根据传统的英国信托法规则，信托除非约定，否则不可撤回。^{③⑨} 而在现代法上，委托人可以保留撤回信托的权利变成了一种缺省性规则或者备用性规则（default rule）。根据《美国信托法（第三次）重述》《美国统一信托法》（UTC）以及不采用统一信托法的州成文法，除非信托文件中明确表明信托是不可撤回的，原则上生前信托是可以撤回的。^{④⑩} 不过在效果上存在一些差异。《美国信托法（第二次）重述》中，只要委托人自己不行使撤回权，委托人的债权人就不能追索信托财产，而在统一信托法典中却允许委托人的债权人直接执行信托财产。^{④⑪} 保护债权人的同时能让信托继续存在，这一点显得比较灵活。即，在美国信托法上，如果信托委托人保留撤回权，此时信托并非无效或不是信托。

我国《信托法》似乎更愿意给委托人比较大的权利。相应的，在委托人保留撤回权的信托之中，其债权人也不必就能取得强制执行信托财产的权利。^{④⑫} 委托人设立信托，即便自己保留控制权，只要能确保信托财产不回流至自己的责任财产之中，仍然能产生破产隔离功能，委托人的债权人不能强制执行信托财产。

在某些“保留撤回权的信托”中，由于委托人在任何时候都能从受托人处取回财产，因此实质上是由委托人保留着财产的财产权（所有权），委托人的债权人应能追索该信托财产。能见善久教授认为，为了保护委托人之债权人的利益并无宣布信托无效之必要。若宣布信托的设立无效，则会导致受托人关于管理信托财产的义务消灭，而这是不恰当的。这里与其宣告信托无效，不如保留信托的效力，信托财产仍然由受托人运用管理；同时使委托人的债权人有权通过某些方法追索这些信托财产，这样可能是比较妥当的。^{④⑬} 作为实现这一点的方法，似乎可以根据《合同法》第75条以让

^{③⑦} 例如实务当中的结构化信托中的优先级受益人就很难说是剩余索取权人。根据西瓦兹教授的分析，结构化信托中的投资者能作为信托的优先权利人收回他们的投资外加利息，类似于债权人的角色；而只有劣后的投资者才是该信托的剩余索取权人。参见[美]史蒂文·西瓦兹《金融监管创新与监管前沿文库》，高凌云等译，上海远东出版社2015年版，第3页以下。

^{③⑧} 参见注②，第198页。

^{③⑨} 在设定信托之时，委托人可以为自己保留终止信托的权利，即撤销信托；也可以给自己较弱的权能：比如变更受托人，或决定受益人能取得的财产份额的权利等。但是必须注意这一点：若委托人有权撤销信托或指定新受托人，这种权能必须是在信托条款中明确表示出来或者能清晰地推定出来，而不是来源于委托人作为信托财产的初始所有人的地位。事实上，委托人可以在信托条款中把这种权能授予他所选择的任何人，如在离岸信托中委托人所做的那样。委托人可以授予一系列权能给一个被称为保护人（protectors）的人。参见注②，Penner书，p.21。

^{④⑩} See Edward C. Halbach, Jr., *Trusts, Gilbert Law Summaries*, New York: Thomas/West, 2008, p.31. 遗嘱信托在委托人死亡之前均可撤回。

^{④⑪} 参见《美国第二次信托法重述》320条评论（d）；《美国统一信托法典》第505条（2）。

^{④⑫} 参见注④⑩，pp.32-33。

^{④⑬} 参见注①，能见善久书，第39页。

委托人的债权人代位行使撤回权的方式加以应对。而在自益信托的场合，委托人的债权人不必通过主张信托无效来保护自己的权利，只需要根据《信托法》第50条主张代位行使委托人的信托解除权，让债权人能对信托财产进行追索即可。^④

对委托人的债权人而言，代位解除信托有时甚至不是一个最优的选择，他可以选择让信托继续存在，而强制执行信托受益权（强制受让信托受益权），借以保留信托的持续运营价值。^⑤

对于委托人保留信托财产的完全管理处分权的信托，不一定在性质上否定信托的效力，而只需要作技术处理即可。比如可以把信托财产继续视为委托人的财产进行征税，以防止委托人利用信托规避税收。税务部门有很多低门槛的测试方法去应对受委托人控制和影响的信托。例如，根据美国税法，如果委托人要保留处理遗产的权利，要缴纳该财产的遗产税，而信托本身是有效的。^⑥

三、“信托财产独立性”：一种过程的观点

既然信托财产的独立性是信托的设立效果、重要特征和功能之一，那么，信托财产独立性是否能被认为是信托成立的要件？抑或，信托财产不能（完全）独立的信托是否还是信托？信托财产相对于委托人的独立性和相对于受托人的独立性有何关系？

（一）信托财产独立性并非信托生效要件

在司法实践中，把信托财产的独立性作为辨识信托关系之要件的做法并不鲜见。^⑦在“闫丽、余道友合同纠纷二审民事判决书”中法院认为，区分委托和信托的标准有三，其中第三个标准就是“财产的独立性”不同，“信托财产具有独立性，与委托人未设立信托的其他财产相区别”，这是信托与委托核心的区别。

而在“江苏大丰农村商业银行股份有限公司与江苏能博旺钢材市场有限公司、江苏天地冶金工贸有限公司确认合同效力纠纷一案民事判决书”中，法院指出，“本案的信托关系如果存在，违反了《信托法》关于信托财产的独立性原则。委托人的信托财产应当与受托人的固有财产相区分，不能混同。《信托法》第18条规定，受托人管理、处分信托财产所产生的债权，不得与其固有财产产生的债务相抵销，而本案正是用委托人所委托的股权收益和受托人原告的债务进行抵销，违反了《信托法》的规定，因此原、被告的信托合同无效。”^⑧该案把违背受托人分别管理义务和不得抵销义务（忠实义务）的信托、没有确保信托财产独立性的信托作为无效信托处理（其实，宣告信托无效不利于受益人保护，并不是明智的选择）。

在一个执行异议的案件中，信托有效设立后，法院虽然并没有以受托人未对信托财产实行分别管理为由否认信托财产的独立性，^⑨但该案中审理法院的立场似乎是：信托财产与受托人固有财产的区分要求受托人对信托财产进行分别管理，分别管理视为信托财产独立的条件。在其他不少判决

^④ 委托人的解除权虽然可以通过信托行为进行限制，在名义信托中，对解除权进行的限制由于有害于委托人的债权人，应把限制解除权的部分解释为无效。

^⑤ 这里的逻辑和公司法中揭开公司面纱制度的逻辑类似：一个公司被当作傀儡或者工具并不必然导致公司设立无效或者公司被撤销法人资格，只有公司的实际控制人利用公司作为傀儡或工具侵害第三人或者社会公共利益场合，公司的法人地位才被否认。能见善久教授指出，承认信托财产的独立性和承认信托财产的法人格不是一回事，参见注①，能见善久书，第45页。

^⑥ 参见注⑤，第197页。

^⑦ 参见河南省信阳市中级人民法院（2017）豫15民终3924号民事判决书。

^⑧ 江苏省南京市雨花台区人民法院（2014）雨板商初字第66号民事判决书。

^⑨ 参见北京市第二中级人民法院（2014）二中执异字第00105号民事裁定书。

中人民法院也表达了同样的逻辑：信托财产独立性是信托成立的要件。^⑤ 这是典型的倒果为因。

我国《信托法》从来没有把信托财产独立性作为信托的构成要件。《信托法》第9条和第11条确立了和英美法上“三个确定性”类似的成立要件。《美国信托法（第三次）重述》也认为，信托成立具有三个要素（element），信托财产、受托人和受益人。除了信托财产在设立信托的当时必须存在且可以确定（in existence and ascertainable at the time of the creation of the trust）之外，其他的两个要素的欠缺并不会导致信托无法设立，该重述从来没有主张设立信托需要以使信托财产产生独立性为条件。^⑥ 传统法学中的“要件论”可以为分析问题提供一种相对明确的可操作标准，因此广为传播。但是，僵化地理解和适用“要件论”可能会产生一些不良后果。民法中法律行为的概念，意味着民法的调整手段多是靠事后（ex post）责任调整，而非事前设定严格的标准和门槛。民法的这种调整方式扩展了人类的行为自由。“僵化的要件论”把规范效果当作构成要件，和民法规则促进自由交易的原则相悖。

我们笼统称之为“信托财产独立性”或“信托的破产隔离功能”的东西，是信托的功能在不同阶段不断展开的过程。当事人完成一定的行为，能产生部分的信托功能。所以，简单地认为信托财产独立性是信托成立的必然后果，或者把财产独立性作为信托成立的要件都是不准确的。^⑦

（二）对委托人的独立性 “独立”的第一步

信托财产产生独立性是信托设立的可能后果之一。信托（设立）行为包括两部分，以合同信托为例，第一部分是信托合同的成立，这是一个负担行为；第二部分是信托财产的交付，这可以被理解为民法上的“处分行为”。完成这两个过程，信托财产就变成了受托人名下的财产，信托财产和委托人的财产分割（partition），原则上产生和委托人的个人财产破产隔离的效果。但是，其并不一定能产生对抗受托人的债权人的破产隔离功能。例如，受托人没有把信托财产分别管理，或没有恰当地分别管理，甚至在极端的情形下委托人没有要求受托人进行分别管理。此时，只能说信托财产不能产生对抗受托人之债权人追索的效力，即信托财产没有产生针对受托人固有财产的独立性，但是不能说信托不成立或者无效。也就是说，信托（关系）生效并不意味着信托财产必然产生完全的独立性。“信托”两个字并非魔法师口中的神奇咒语，贴上“信托”标签的法律关系并不能必然产生信托财产独立和破产隔离效果。

信托合同在信托当事人签订信托合同之后已经成立，信托关系在信托财产移给受托人之后也已经成立，此时信托财产至少已经产生了对抗委托人之债权人的独立性。在信托有效成立之后，受托人有义务将信托财产分别管理。在有些案件中，受托人没有尽到分别管理和公示的职责，^⑧ 只能说该信托财产不能产生对抗受托人的债权人的独立性，而不能笼统地说相关财产不是信托财产，更不能说此时的信托财产不能产生独立性，至少信托财产能产生对抗委托人债权人的独立性。受托人没有履行分别管理义务或者其他的注意义务，导致受托人的债权人或者其他债权人对信托财产强制执行，受托人因违背受托人义务（分别管理义务、注意义务）等对委托人、受益人等承担相应的责

^⑤ 河南省新乡市中级人民法院（2013）新中民二终字第410号民事判决书；广州知识产权法院（2016）粤73民终432号民事判决书。在广州知识产权法院的判决中，法院指出“因富尔特公司对涉案图片享有的著作权不具备信托财产独立性特征，故本案富尔特公司的授权并不属于《中华人民共和国信托法》的调整范围”，从这一表述可以看出，法院混淆了信托财产确定性和信托财产独立性。

^⑥ See *Restatement (Third) of Trusts* § 2, cmt. f.

^⑦ 新井诚教授注意到了破产隔离功能的相对性，认为破产隔离功能是信托的特权性利益，应当只对具备条件的信托予以承认。参见注①，新井诚书，第329页。

^⑧ 参见上海市第二中级人民法院（2004）沪二中民三（商）初字第204号民事判决书；上海市高级人民法院（2011）沪高民五（商）终字第2号民事判决书。

任。但信托财产不独立不会溯及性地使信托无效。

(三) 公示 “独立于委托人” 和 “独立于受托人” 的关联

使信托财产产生独立于委托人的效力的一般方式,是把信托财产转移给一个作为“他者”的受托人,借用受托人之“人格屏障”达到责任隔离之效果。但是,通过对宣言信托的分析可知,说“通过处分行为实现责任隔离”更具有概括性。包括财产转移、设置担保权和宣言等形态不同的处分行为,不需要经由人格的隔离也能实现财产责任的隔离。但是要实现信托财产独立于受托人的固有财产之效果,仅仅由委托人做出财产处分行为是不够的,或者说,仅仅有处分行为所附带的公示功能是不够的。

对于财产权的转移不需要登记等公示手段的,例如动产、现金等,财产权的转移并非信托生效要件。此时,信托财产转移(交付)给受托人,一般能产生推定的产权转移效果,但能否进而产生隔离于受托人自身责任财产的效果,值得探讨。日本学理上认为除了存在登记和注册手段的信托财产之外,信托财产不需要具备特别的对抗要件,只要受托人对其进行分别管理,就能对抗第三人。^④台湾地区学者对此有类似的观点。^⑤

总之,信托财产独立性是对信托特征的一种描述,是信托成立可能产生的效果,但是并不意味着信托的成立需要以把信托财产独立性作为要件。信托成立能产生信托财产针对委托人的独立性,部分情况下也能产生对受托人的独立性,但并非必然能产生如此效果。信托财产的独立性是一个过程,产生针对委托人的独立性是第一个阶段。信托设立行为之所以能产生责任隔离功能,是因为它是一个包括财产转移在内的处分行为,该处分行为的效果是使信托财产脱离于委托人的责任财产。要产生针对受托人固有财产的隔离(财产独立性的第二部分),仅仅通过信托设立这样的处分行为是不充分的,还需要信托登记、分别管理和必要的财产公示。

【主要参考文献】

1. [日] 能见善久 《现代信托法》,有斐阁 2004 年版。
2. 刘鸣炜 《信托制度的经济结构》,汪其昌译,上海远东出版社 2015 年版。
3. [日] 道垣内弘人 《信托法》,有斐阁 2017 年版。

(责任编辑:高圣平)

^④ 参见注①,道垣内弘人书,第139-140页。

^⑤ 参见注①,王志诚书,第166-167页。

land contracting right, which is embodied in the land contractual management right of collective peasant households in the Rural Land Contract Law of 2018. It essentially reflects the division of collective land ownership by collective members, and it is the legal realization of collective land ownership and double-level management. The system of exchange, transfer and voluntary return of contracted land is the legal mechanism for collective farmers to adjust the contractual relationship independently. Its essence is the self-adjustment of the contractual relationship of land, which belongs to the system category of perfecting the contractual relationship of rural land. It is different from the adjustment system dominated by collective organization and is also distinguished from the free transfer of the right of land management. The 2018 Rural Land Contract Law makes a scientific distinction between the independent adjustment of land contracting relationship and the transfer of land management right, highlighting the legal status of the former. However, from the perspective of system construction, there is still room for improvement, which needs to be paid attention to by the civil code.

Key Words Land Contract Relationship; Self-adjustment Mechanism; Connotation Definition; System Improvement

Zhu Zhizhou, Ph. D. in Law, Associate Professor of Inner Mongolia University Law School.

The legal principle and application of registration confrontation in quasi-real property rights changes

— also about Article 225 of the Civil Code of PRC

CUI Shuanlin • 101 •

Article 225 and other provisions of the Civil Code of PRC stipulates the registration confrontation rules for changes in quasi-real estate rights based on legal actions. The legislative purpose of the system is to “promote transaction efficiency on the macro level, encourage transaction security on the micro level”, and “encourage transaction security”. It is also reflected as “the better maintenance of transaction security wins.” The main normative purpose of Article 225 is “publication effective plus registration confrontation”, where “publication effective” includes “registration can also have the effect of effective requirements”. According to this, in the context of multiple changes in real right of quasi real estate, “bona fide third party that cannot be confronted without registration” is the bona fide and registered property right assignee. In the quasi-real estate multiple ownership transfer, multiple mortgage rights establishment, and mortgage rights establishment and ownership rights coexistence, there are well-intentioned third parties who cannot be confronted without registration.

Key Words Legislative Purpose; Confrontation; Deliver; Registration; Bona Fide Third Party

Cui Shuanlin, Ph. D. in Law, Associate Professor of Law School of Nanjing Normal University.

Research on the Independence of Trust Property:

Focus on the Independence against the Settlor's Property

ZHAO Lianhui • 117 •

The independence of trust property against the settlor is a neglected problem. This study is not only very important for understanding the independence of trust property, but also important for deepening the understanding of the essence of trust and trust operation mechanism. Through a disposition, the settlor sepa-

rates the trust property from his own property, and initially realizes the independent effect of the trust property. The rights reserved by the settlor are weak or strong does not necessarily lead to the failure of independence of the trust property. The independence of trust property is a possible rather than inevitable consequence of the establishment of a trust. It is a gradual process, which can only produce the independence against the settlor first. Whether the independence can be generated depends on whether the trust property is publicized or whether the trustee performs the respective management obligations.

Key Words Independence of Trust Property; Bankruptcy Remoteness; Passive Trust; Revocable Trust
Zhao Lianhui, Ph. D. in Law, Professor of CCE Law School of China University of Politics and Law.

The Status Quo and Development of Issue Arrangement from the Perspective of Elaborate Civil Procedures

—*Analysis of Practices Based on Rules and Judgments*

LIU Yun • 131 •

Focusing on the constituents of issue arrangement, this article specifically examines the rules and the actual cases of issue arrangement at the national level, the local level, and the individual level. The status quo of the issue arrangement in China exhibits following features: issue arrangement is applied to different stages of the procedures; subjects of issue arrangement assume two different modes in inquisitorial system for rules and adversary system for judgments; the selection of issues is based on the needs of trials; issue arrangement is mixed with other functions in the pretrial conferences; the effect is becoming more substantial and less nominal. In general, the problems of issue arrangement in China are mainly reflected in the lack of legislation and functional affiliation at the legislative level, as well as in the misapplication of methods and the little efficacy it produces at the judicial level. Therefore, it is practical and imperative to construct an issue arrangement mechanism that conforms to the law of judicial operation in China, which is also a requisite for elaborate procedures.

Key Words Civil Procedures; Issue Arrangement; Constituents; Elaborate Procedure

Liu Yun, Ph. D. in Law, Lecturer of Nanjing Normal University Law School, Researcher of Jiangsu Collaborative Innovation Center for Development of Regional Rule of Law.

The Imputation Method of Selective Constituent Elements Error

ZHAO Chunyu • 147 •

Selective elements error is the situation that what the perpetrator recognized and the achieved fact subordinate to the same specific provisions of criminal law, but in different selective elements. It is difficult to reasonably solve the problem of the selective elements error according to the erroneous theory of the construction of a single constituent element error. The theory of specific conformity will create loopholes in punishment. The theory of statutory conformation will expand the scope of punishment. The filter function of the objective imputation theory is limited. The subjective imputation theory exists ambiguity. When dealing with the problem of the selective elements error, in order to achieve total responsibilities for unlawful results, it should put objective imputation firstly, then subjective imputation. Objective imputation is the normative evaluation of the behavior of the unlawful result blamed on the act according to the same legal interest. Sub-