

区分信托合同与信托: 昆山纯高案的 另一种说理路径*

楼建波

摘要: 区分信托合同关系与信托(财产)关系,有助于厘清不同层次的法律问题。信托合同关系主要解决受托人是否承担信义义务、能否请求委托人转移信托财产的问题。信托(财产)关系主要解决信托财产是否独立以对抗第三人的问题。昆山纯高案的争议属于信托合同关系范畴,法院根据合同法规则进行裁判并无不当。该案中并无第三人对信托财产提出请求,不存在信托财产关系范畴的争议。已有文献在信托是否有效设立层面面对信托财产是否具备确定性的讨论,存在偏颇。

关键词: 信托合同; 信托财产的确定性; 昆山纯高案

中图分类号: D922.282 文献标识码: A 文章编号: 0257-5833(2020)11-0101-10

DOI:10.13644/j.cnki.cn31-1112.2020.11.010

作者简介: 楼建波,北京大学法学院教授、博士生导师(北京 100871)

被称为“信托纠纷第一案”^①的“安信信托诉昆山纯高案”(以下简称“昆山纯高案”)^②终审裁判已近八年。两审法院均承认《资产收益财产权信托合同》(以下简称“《信托合同》”)的效力,否定《信托贷款合同》的效力,认定昆山纯高投资开发有限公司(以下简称“昆山纯高”)违反《信托合同》,判决安信信托公司(以下简称“安信信托”)能够依据《信托合同》追究昆山纯高的违约责任,不享有《信托贷款合同》下的请求权。显然,法院将重点放在了《信托合同》是否有效,而非信托是否生效上。尽管学界早就意识到信托合同有别于信托,但在分析昆山纯高案时,一些文献并未从这一区分视角讨论《信托合同》的效力,而是直接从信托财产是否确定的角度分析案涉收益权信托的有效性。某种程度上,学界通行的分析路径是对法院裁判思路的一种否定——学者们认为这是一个特殊的信托法问题,法院认为这是一个普通的合同法问题。

笔者认为,鉴于昆山纯高案仅涉及委托人和受托人之间的法律关系,法院运用合同法规则审理的裁判路径是妥当的,但在论证《信托合同》有效的理由上有所欠缺。本文将首先梳理昆山纯高案的案件事实和法院判决理由,分析案涉信托安排的交易结构与法律关系;随后整理归纳已有文献对

收稿日期: 2020-07-05

* 北京大学法学院硕士研究生叶依梦和邓唯整理和收集了文献,并制作了论文中的图表,在此表示感谢。作者文责自负。

① 文章在此借用该案律师的提法。参见周吉高等编著《信托纠纷第一案全程办案实录》,法律出版社 2015 年版。

② 参见上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民六(商)初字第 7 号民事判决书、上海市高级人民法院(2013)沪高民五(商)终字第 11 号民事判决书。下文的案件事实主要根据上述判决书综述。

昆山纯高案的评析,指出现有研究的不足之处。在此基础上,作者将论证运用信托合同与信托区分的理论分析昆山纯高案判决的合理性和正当性;并结合信托合同的诺成性与实践性的理论争议、合同标的须“确定并可能”的理论和信托合同的强制执行理论,讨论信托财产在合同成立时的不确定性是否影响《信托合同》的效力。需要说明的是,为了切合不同的语境,作者在本文用了以下两组概念:一是信托合同和信托,二是信托合同关系和信托(财产)关系。两对概念的指向基本一致。

一、案件事实和判决

(一) 案件事实

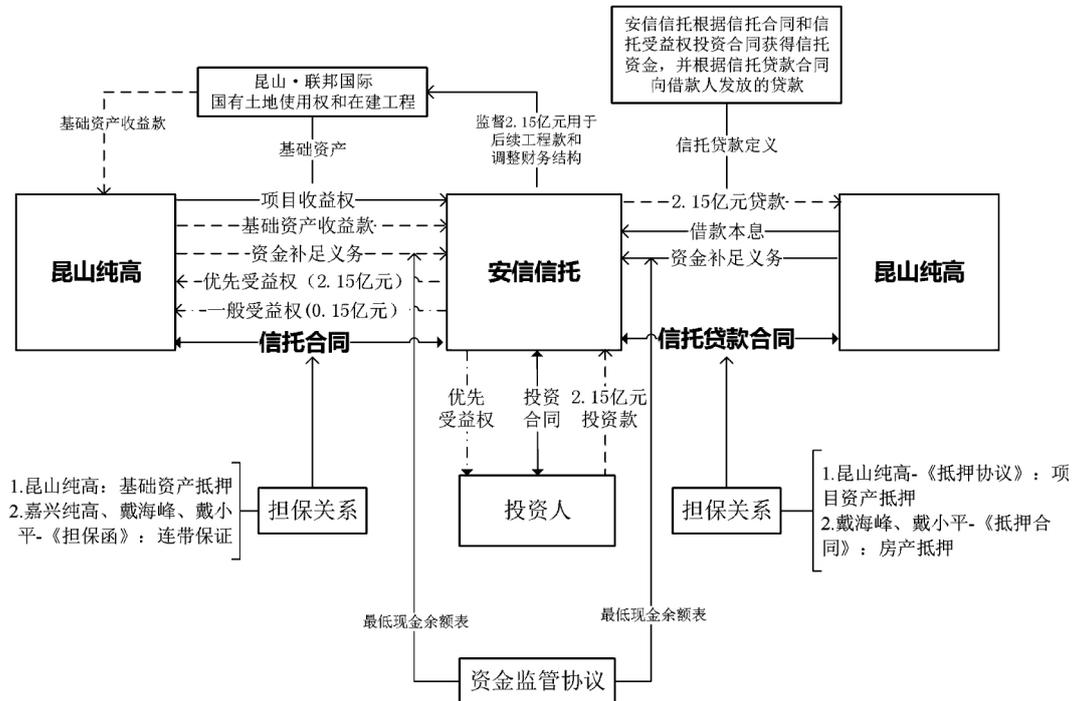


图1 “昆山纯高案”法律关系与资金流向图

2009年9月11日,安信信托作为受托人,与委托人昆山纯高订立《信托合同》约定:安信信托通过设立“昆山·联邦国际”资产收益财产权信托并转让优先受益权的方式向昆山纯高融通资金,信托财产是基础资产所产生的全部收益。昆山纯高自持一般受益权,并委托安信信托将优先受益权向社会投资者发行。安信信托将募集的信托资金交付给昆山纯高用于支付“昆山·联邦国际”项目后续工程款和调整公司财务结构。昆山纯高收取基础资产收益款后,应当汇给信托专户,并负有资金补足义务,即保证信托专户中的现金余额满足《资金监管协议》中“最低现金余额表”的要求。昆山纯高若未依约履行资金补足义务,逾期罚息按应付未付款的日万分之二点一计收。昆山纯高负有支付信托报酬的义务。并约定,昆山纯高将“昆山·联邦国际”基础资产抵押给安信信托,作为其对《信托合同》项下资金补足义务的担保。在信托存续期间内,该基础资产由委托人昆山纯高负责管理、经营和销售。因房地产交易中心不接受《信托合同》作为主合同办理抵押登记手续,2009年9月11日,安信信托作为贷款人与借款人昆山纯高、保证人戴海峰、戴小平另行签署《信托贷款合同》约定安信信托将其从前述优先受益权转让中获得的资金作为贷款发放给昆山纯高,贷款期限为3年,贷款年利率为10%,贷款年利率自逾期之日起自动按12%执行;逾期罚息为日万分之二点一,逾期复利为年利率10%,逾期违约金为日万分之三。昆山纯高承诺贷款期间,向信托专户及安信信托指定账户划转销售款,以满足最低现金余额表的要求。昆山纯高未按约定补足资金的,逾期罚息为日万分之二点一。并约定,昆山纯高将“昆山·联邦国际”基础资产抵押给

安信信托,作为其对《信托贷款合同》项下资金补足义务的担保。

2009年9月底,安信信托按照《信托合同》的约定募集2.15亿元优先受益权转让款,并将转让款支付给昆山纯高。2012年6月,安信信托与戴小平、戴海峰签订《抵押合同》,约定戴小平、戴海峰将其房产抵押给安信信托,担保昆山纯高在《信托贷款合同》项下的义务,随后戴小平、戴海峰办理抵押登记。2012年9月18日,安信信托以昆山纯高违反《信托贷款合同》约定为由,宣布信托贷款提前到期,诉请法院判决昆山纯高按照《信托贷款合同》偿还本金及利息、违约金、罚金、复利,如不履行则执行抵押物。昆山纯高辩称其与安信信托之间的是信托合同关系,《信托贷款合同》是以合法形式掩盖非法目的的无效合同,请求驳回起诉。

(二) 法院裁判

案件争议焦点是《信托合同》与《信托贷款合同》的效力,以及受托人能否要求委托人强制履行其在信托合同下的义务。一审法院审理认为信托合同有效,《信托贷款合同》是表面行为,不能强制执行。安信信托与昆山纯高之间的权利义务以及违约责任,应以《信托合同》为准。昆山纯高未按约定的付款时间向信托专户足额支付最低现金余额,违反了《信托合同》的约定,存在违约行为,应归还本金及承担违约责任。二审法院维持原判。

1. 《信托合同》有效的理由

一审法院认为《信托合同》是“双方当事人真实意思表示,且未违反法律、法规的强制性规定”。二审法院认为“信托合同经过备案登记,不违反法律禁止性规定,系真实意思表示”。

2. 《信托贷款合同》不能强制执行的理由

法院认定《信托贷款合同》系表面行为,不能强制执行,理由有三:

第一,根据两份合同订立时间、贷款资金来源于募集的优先受益权投资款项等具体约定内容,“《信托贷款合同》依附于信托合同”,是“表面形式,其实质在于实现信托合同中所约定的抵押登记”,是“以贷款合同为形式,来保障安信信托对信托财产的控制权,实际上安信信托对所谓的贷款本身并不享有权利”。

第二,执行信托贷款本身与信托合同约定冲突,违反了“安信信托应根据信托合同交付昆山纯高信托资金,不得使用信托专户进行本信托业务以外的活动”的约定,且募集的优先受益权投资款项“不能既作为案外投资人购买受益权份额的款项,又作为原告的放贷款项”。

第三,信托贷款事宜未向优先受益权投资人披露,且贷款利率高于兑付收益率,“相当于安信信托利用案外投资人的资金放贷为自己谋取利差,这种行为与我国信托法有关受托人除依照本法规定取得报酬外,不得利用信托财产为自己谋取利益的规定相悖”,而且“这种未经案外投资人同意,借助案外投资人财产为自己私自谋利的行为违反诚实信用原则,不应予以支持。”

二、现有文献对昆山纯高案的评析及概述

昆山纯高案判决后,法官、信托从业人士和学者们各抒己见,围绕案涉信托是否合法有效设立^①形成了三种说理路径:第一种是讨论资产收益权的性质,分析其是否满足信托财产确定性的要

^① 限于本文的主题,笔者在这一部分不再对现有文献中讨论的其他问题进行分析。例如,有学者还提到了本案所涉信托贷款合同的效力:高凌云认为如果法院承认安信信托是信托财产的所有人,信托贷款合同就不成立;陈敦和张航认为本案真实的交易安排是信托贷款,监管部门的管理规定并不影响信托贷款合同的效力。参见高凌云《收益权信托之合法性分析——兼析我国首例信托诉讼判决之得失》,《法学》2015年第7期;陈敦、张航《特定资产收益权信托纠纷的司法认定——安信信托与昆山纯高案评析》,《东南学术》2017年第4期。还有学者讨论了抵押权的效力、财务顾问费的合法性,参见胡伟《反思与完善:资产收益权信托之检视——兼析安信信托“昆山纯高”案》,《华北金融》2013年第8期;周瑜《以“安信信托诉昆山纯高案”一审判决作为案例从信托管理经营角度进行案例分析》,《商》2014年第25期;沈雅琴、张强《从安信信托案看财产收益权信托业务的风险及防控措施》,《杭州金融研修学院学报》2015年第4期。张笑滔则从物权法定的角度出发,认为本案中的信托为新型物权的创设提供了合理的分析框架,参见张笑滔《非典型物权类型松绑的功能分析——以昆山纯高案为例》,《政法论坛》2016年第6期。

求,这也是最主要的一种说理路径。第二种是讨论资产收益权是否独立于昆山纯高的固有财产。第三种则是讨论资产收益权是否具有可转让性以及是否已经实际转移、信托财产转移与信托效力之间的关系。下面笔者将分别综述这三种说理路径,并分析其中的不足之处。

(一) 信托财产的确定性

在信托财产的确定性这一说理路径之下,现有文献大致分两步走:第一步是分析什么是信托财产的确定性及其判断标准,第二步是分析本案中的资产收益权是否具有确定性。

在第一步中,高凌云依据《信托法》第11条认为信托财产的确定性是指信托财产能够(以一定的标准)确定^①。对于收益权信托而言,只有在委托人“将该债权变为既得(vested)债权,并经通知债务人后才具备确定性。”^②董庶法官在分别考察两大法系信托财产确定性的含义后,认为我国的信托财产的确定性源于英美法上的“三确定原则”(创设信托的明确的信托意图、确定的信托标的和确定的受益人)。我国《信托法》第7条和第11条分别从不同的时间和角度对信托财产的确定性提出要求。在董庶看来,《信托法》第7条规定的确定包含三层含义,一是可以用金钱计算价值,二是存在积极价值,三是可以合法转让。《信托法》第11条中的确定同样也有三层含义,分别是转移符合让渡条件、确定的时点是信托设立时、符合“真实出售”规则^③。张笑滔对董庶的上述观点提出质疑,认为董庶混淆了财产转移和确定性。在张笑滔看来,财产转移和确定性要件在民法法系是两个不同范畴的问题,前者是权属改变,是一个法律问题,而后者是权属改变的前提,是一个事实问题。“《信托法》第7条和第11条都是同一位阶的事实判断问题”。张笑滔还认为董庶法官所提到的“真实出售”标准只是一个行业术语,不同于法律关系^④。高长久、符望和吴峻雪三位法官则对信托财产的确定性提出了具体的判断依据,认为“应考虑所涉及的资产、所涉及的合同义务人、将来收益权的合同类型、将来收益权的范围、收取方式等因素,看信托财产是否‘确定’,若具有确定性,应允许其作为信托财产设定信托。”^⑤除上述文献外,还有许多文章发表了与上述作者相同或相近的观点^⑥。

具体到本案中的资产收益权是否具有确定性,肯定的观点有:(1)本案的信托财产等于基础资产加上预期收益,符合确定性的要求^⑦;(2)本案所涉收益权的价值可评估;(3)基础资产抵押后使得受托人可以明确地区分收益权的界限^⑧。否定者则认为:(1)昆山纯高完全控制基础资产,享有所有权利,收益权并未真实转移给受托人^⑨;(2)本案中的收益权实际上是“基础资产未来正常销售所产生的现金流”,是一种未实现且不确定的期待利益^⑩。

(二) 信托财产的独立性

在从信托财产独立性角度评析昆山纯高案的少数文献^⑪中,最具代表性是昆山纯高的代理律

① 参见周吉高等编著《信托纠纷第一案全程办案实录》,法律出版社2015年版,第63页。

② 高凌云《收益权信托之合法性分析——兼析我国首例信托诉讼判决之得失》,《法学》2015年第7期。

③ 参见董庶《试论信托财产的确定》,《法律适用》2014年第7期。

④ 参见张笑滔《非典型物权类型松绑的功能分析——以昆山纯高案为例》,《政法论坛》2016年第6期。

⑤ 高长久、符望、吴峻雪《信托法律关系的司法认定——以资产收益权信托的纠纷与困境为例》,《证券法苑》2014年第11卷。

⑥ 参见胡伟《反思与完善:资产收益权信托之检视——兼析安信信托“昆山纯高”案》,《华北金融》2013年第8期;戚云辉《信托创新的法律风险及其规避——以安信信托与昆山纯高信托纠纷为例》,《金融法苑》2013年第87辑;刘光祥《收益权作为信托财产的有效性辨析——以安信纯高案为例》,《判解研究》2015年第3辑。

⑦ 参见高凌云《收益权信托之合法性分析——兼析我国首例信托诉讼判决之得失》,《法学》2015年第7期;胡伟《反思与完善:资产收益权信托之检视——兼析安信信托“昆山纯高”案》,《华北金融》2013年第8期。

⑧ (2)和(3)的观点参见张笑滔《非典型物权类型松绑的功能分析——以昆山纯高案为例》,《政法论坛》2016年第6期。

⑨ 参见董庶《试论信托财产的确定》,《法律适用》2014年第7期,第80页;刘光祥《收益权作为信托财产的有效性辨析——以安信纯高案为例》,《判解研究》2015年第3辑。

⑩ 戚云辉《信托创新的法律风险及其规避——以安信信托与昆山纯高信托纠纷为例》,《金融法苑》2013年第87辑。

⑪ 除周吉高的文章外,戚云辉和刘光祥也谈到了本案中信托财产的独立性,但他们只是在讨论确定性时简单地提及,并未展开分析。参见戚云辉《信托创新的法律风险及其规避——以安信信托与昆山纯高信托纠纷为例》,《金融法苑》2013年第87辑;刘光祥《收益权作为信托财产的有效性辨析——以安信纯高案为例》,《判解研究》2015年第3辑。

师周吉高的观点。周吉高认为本案中昆山纯高和安信信托在信托合同中约定抵押、保证担保违背了信托财产的独立性特征。因为信托财产的独立性意味着昆山纯高将以资产收益权为限独立地对外承担责任,所以无需再设定抵押和保证担保。同时,周吉高还认为双方约定昆山纯高公司负有资金补足义务以及法院判决昆山纯高公司承担偿还信托本金的责任与“信托民事责任的独立性和有限性”相悖,本案中昆山纯高的责任范围只能是基础资产的收益^①。

(三) 信托财产的可转让性及实际转移

这一角度的讨论大致为三个层次。一是信托效力与信托财产转移的关系。高长久、符望和吴峻雪三位法官认为我国信托法没有要求信托财产的移转,当事人可以自主选择是否移转信托财产,“只要最终能够保障信托财产独立性即可”^②。高凌云则认为尽管信托法未要求委托人将信托财产的所有权转移给受托人,但在资产证券化中,如果不移转信托财产所有权,双方的交易就会变为变相的信托贷款,不符合国际惯例和商事信托实践^③。还有一部分学者则将高的观点进行扩展,认为不管是在何种信托中都应当强调信托财产所有权的移转,如果信托财产并未真实转移给受托人,那么信托无效,因而信托财产必须具有可转让性^④。

二是案涉资产收益权是否具有可转让性。对此,大多数学者都持肯定态度^⑤,但也有学者认为资产收益权作为一项将来的财产权,并不一定可以和基础资产相分离而单独转让,本案中双方约定的收益权在房地产建设完工之前都无法确定,自然也无法单独转让^⑥。

三是案涉信托财产是否已实际转移。支持者的理由有:(1)从剩余索取权的角度看,该权利已经实际转移到受托人手中,委托人同时作为次级受益人并不改变这一事实^⑦。(2)如果案涉信托财产的所有权没有转移给安信信托,那么当事人之间的法律关系就是变相的信托贷款,可能会因违法而无效^⑧。(3)产权证明等权利证明文件由昆山纯高交付给安信信托的行为,安信信托将转让款交付给昆山纯高的行为,“实为因基础资产收益权的移转而支付对价的行为”^⑨。反对者则指出:(1)在收益权没有转化为收益前,无法转让信托财产的所有权,所以信托无效。(2)委托人昆山纯高没有实质性获得应收账款的管理权。(3)昆山纯高仍然享有对信托财产的剩余索取权。(4)抵押的存在使得安信信托无需承担收益权不能兑现的风险^⑩。(5)昆山纯高完全控制信托财产,只有在其违约时安信信托才可处置抵押财产^⑪。

① 参见周吉高《关于财产权营业信托纠纷第一案法院的判决与思考——国内首例房地产财产权营业信托纠纷案件》,载周吉高等编著《信托纠纷第一案全程办案实录》,法律出版社2015年版,第218-219页。

② 参见高长久、符望、吴峻雪《信托法律关系的司法认定——以资产收益权信托的纠纷与困境为例》,《证券法苑》2014年第11卷。

③ 参见高凌云《收益权信托之合法性分析——兼析我国首例信托诉讼判决之得失》,《法学》2015年第7期。

④ 参见董庶《试论信托财产的确定》,《法律适用》2014年第7期;周吉高《关于财产权营业信托纠纷第一案法院的判决与思考——国内首例房地产财产权营业信托纠纷案件》,载周吉高等编著《信托纠纷第一案全程办案实录》,法律出版社2015年版,第217页;陈敦、张航《特定资产收益权信托纠纷的司法认定——安信信托与昆山纯高案评析》,《东南学术》2017年第4期;刘光祥《收益权作为信托财产的有效性辨析——以安信纯高案为例》,《判解研究》2015年第3辑;胡伟《反思与完善:资产收益权信托之检视——兼析安信信托“昆山纯高”案》,《华北金融》2013年第8期。

⑤ 参见高凌云《收益权信托之合法性分析——兼析我国首例信托诉讼判决之得失》,《法学》2015年第7期;胡伟《反思与完善:资产收益权信托之检视——兼析安信信托“昆山纯高”案》,《华北金融》2013年第8期;董庶《试论信托财产的确定》,《法律适用》2014年第7期。

⑥ 陈敦、张航《特定资产收益权信托纠纷的司法认定——安信信托与昆山纯高案评析》,《东南学术》2017年第4期。

⑦ 张笑滔《非典型物权类型松绑的功能分析——以昆山纯高案为例》,《政法论坛》2016年第6期。

⑧ 高凌云《收益权信托之合法性分析——兼析我国首例信托诉讼判决之得失》,《法学》2015年第7期。

⑨ 参见周吉高《关于财产权营业信托纠纷第一案法院的判决与思考——国内首例房地产财产权营业信托纠纷案件》,载周吉高等编著《信托纠纷第一案全程办案实录》,法律出版社2015年版,第218页。

⑩ 以上四点参见董庶《试论信托财产的确定》,《法律适用》2014年第7期。第(1)点还可参见陈敦、张航《特定资产收益权信托纠纷的司法认定——安信信托与昆山纯高案评析》,《东南学术》2017年第4期。

⑪ 参见戚云辉《信托创新的法律风险及其规避——以安信信托与昆山纯高信托纠纷为例》,《金融法苑》2013年第87辑;刘光祥《收益权作为信托财产的有效性辨析——以安信纯高案为例》,《判解研究》2015年第3辑。

(四) 小结

昆山纯高与安信信托的争议焦点是《信托合同》与《信托贷款合同》的效力,以及受托人能否要求委托人履行其在信托合同下的义务,法院的判决也仅围绕双方当事人在信托合同下的权利和义务展开。但这一点并未引起理论界的适当关注——已有文献分析资产收益权的性质,进而讨论其是否具有确定性、独立性和可转让性,能否作为适格的信托财产,以及涉案信托财产是否真实转移,实际上已经跳过对信托合同的讨论而直接讨论信托生效与否(或者说不加区分地将二者混在一起讨论)。尽管已有部分学者注意到法院的判决并未涉及信托原理的运用,仅适用了合同法、物权法和担保法的规则,但是这些学者都认为这是法院判决的遗漏之处,并未试图去理解法院裁判路径的合理性^①。作者认为,信托财产的确定性、独立性和可转让性彼此相关,但不是同一维度的问题:在信托合同关系范畴,信托财产只要“能够确定”,信托合同即可生效;而在信托财产关系范畴,信托财产要想获得独立性就必须已经确定^②,并通过移转所有权、登记、分别管理等方式来表彰,进而实现信托财产与委托人、受托人以及受益人的债务风险相隔离。在昆山纯高案中,纠纷仅发生在委托人和受托人之间,只涉及双方当事人在信托合同下的权利义务,与风险隔离无关,所以无需考虑信托财产的独立性,进而也就不要求案涉信托财产已经确定,所谓的“资产收益权”只要在信托合同订立阶段是可以确定的即可。

三、区分信托合同与信托

昆山纯高案中,法院认定《信托合同》各方当事人具有相应的缔约能力,意思表示真实,且不违反法律或者社会公共利益,应属合法有效合同。法院在信托合同关系范畴下解决当事人的争议,实质上区分了信托合同关系与信托(财产)关系。本部分将在论证这种区分信托合同关系和信托(财产)关系的合理性与正当性后,解决法院判决中没有回答的一个问题——即合同标的确定与可能的要求对合同效力的影响^③。

(一) 信托合同与信托

我国《信托法》第 8 条规定信托可以通过合同、遗嘱或其他方式设定。学界对信托合同和合同信托的理解是“在我国,设立信托主要通过合同”^④;该合同被称为“信托合同”^⑤;而通过信托合同设立的信托被称为“合同信托”^⑥。

虽然理论上已就区分信托合同与信托达成了共识^⑦,但信托合同与信托两个概念混用的现象

① 参见高凌云《收益权信托之合法性分析——兼析我国首例信托诉讼判决之得失》,《法学》2015 年第 7 期;周吉高《关于财产权营业信托纠纷一案法院的判决与思考——国内首例房地产财产权营业信托纠纷案件》,载周吉高等编著《信托纠纷一案全程办案实录》,法律出版社 2015 年版,第 221 页。

② 参见赵廉慧《信托财产确定性和信托的效力——简评世欣荣和诉长安信托案》,《交大法学》2018 年第 2 期(因为只有当信托财产确定后,我们才能明确受托人义务和受益人权利的范围,判断哪些财产在信托设立后可独立于委托人、受托人和受益人的固有财产,并对其进行独立性的表彰)。

③ 通说认为,合同的生效要件除《民法通则》第 55 条规定的要件外,还包括“民事行为的内容必须确定和可能”标的不能的合同不发生法律效力。参见韩世远《合同法总论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 209 页。也有学者认为合同标的须确定和可能,依据《合同法解释二》(法释[2009]5 号)第 1 条的解释,属于合同成立要件。参见崔建远《合同法》(第三版),北京大学出版社 2016 年版,第 37 页。《民法典》第 143 条规定的民事法律生效要件与《民法通则》第 55 条列举的要件基本一致,这个问题在《民法典》生效后仍将存在。

④ 赵廉慧《信托法解释论》,中国法制出版社 2016 年版,第 105 页。

⑤ 有学者将信托合同定义为“由委托人与受托人订立的、以由前者向后者提供财产作为信托财产以设立信托为内容的合同”。参见张淳《信托法哲学初论》,法律出版社 2014 年版,第 125 页、第 247 页。

⑥ 有学者将合同信托定义为“委托人和受托人之间通过信托合同的缔结设立信托的形式”。参见张军建《信托法基础理论研究》,中国财政经济出版社 2009 年版,第 87 页。

⑦ 参见方嘉麟《信托法之理论与实务》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 247 页;金锦萍《论法律行为视角下的信托行为》,《中外法学》2016 年第 1 期。

仍然存在^①。信托合同的成立与生效与信托的成立与生效相互交织,“产生非常复杂的概念组合”^②。对于《信托法》第8条第2款“信托合同签订时,信托成立”的规定,我国学者结合《信托法》第10条的规定,通过区分信托成立与信托生效两个阶段加以解释^③,认为信托合同成立有效,仅意味着信托成立;只有信托财产完成转移或虽未转移但委托人履行信托合同约定的其他方式时^④,信托才生效,特殊情况下信托生效还需要办理信托登记和审批手续^⑤。

区分信托合同与信托,在于明确不同的法律效果,以解决不同层次的问题。信托合同一经订立,即在合同当事人(委托人和受托人)之间成立信托合同关系,委托人负有依约移转信托财产的义务,受托人则负有接受该财产并为受益人利益管理处分的义务^⑥。因此,信托合同关系层面要处理“受托人能否强制执行委托人允诺设立信托的财产以及委托人在信托财产转移之前能否主张受托人违背信托义务(特别是忠实义务)的问题”^⑦。而信托(财产)关系层面则要处理“信托财产是否转移、是否成为受托人名下独立的财产,受益人对信托财产有没有可以强制执行的受益权、能否以其为信托财产对抗第三人等一系列问题”^⑧。主张信托财产的独立性,是为了对抗信托合同关系外的第三人(主要是委托人、受托人和受益人的债权人),因此属于信托(财产)关系层面的问题。根据《九民纪要》第95条,信托财产在“信托存续期间”并非委托人、受托人和受益人的责任财产,当事人不得因其与委托人、受托人和受益人的纠纷而对存管银行或者信托公司专门账户中的信托资金采取保全措施,已经采取保全措施,存管银行或者信托公司能够提供证据证明该账户为信托账户的,保全措施应依法解除。换言之,信托财产的独立性是信托生效后“信托存续期间”的独立性。

信托合同成立,“等价于信托成立”^⑨,但并不总是与信托生效同步。委托人将信托财产转移给受托人,或者虽不转移信托财产、但履行信托合同约定的其他义务时,信托才生效,信托财产才取得独立性。更重要的是,虽然信托合同有效与信托有效对信托财产状态都有所要求,但具体要求是不同的。信托合同有效,要求信托合同标的须可能和确定,即委托人转移信托财产或履行其他合同约定义务的义务是可能和确定的。信托有效,则要求信托财产已经取得确定性,即信托财产已经转移给受托人,或虽未转移、但委托人已履行信托合同约定的其他义务使信托财产确定。

(二) 区分视角下的昆山纯高案分析

从区分信托合同与信托的视角分析昆山纯高案,不难发现该案只涉及昆山纯高与安信信托双方主体,和昆山纯高或安信信托的债权人等第三人或者案外投资人无关。换言之,昆山纯高案要处理的是信托合同关系的问题,而非信托(财产)关系的问题。这样,剩下的问题就是:(1)《信托合同》约定的信托财产状态对合同效力的影响,以及(2)《信托合同》是否具有强制执行力,即安信信

① “关于信托行为是否以财产为要件的争论,乃至深入到信托本质的探寻过程中,有两个概念在一定程度上被混用:信托与信托合同。争论双方往往交叉适用信托和信托合同两个概念,在一定程度上出现了混淆,常常导致将信托的要物性与信托合同的要物性、信托的成立生效与信托合同的成立生效混为一谈,信托行为的性质因此无法得以厘清。……尽管立法采用了信托合同和信托的不同表述,但是将信托合同签订与信托设立混为一谈。”参见金锦萍《论法律行为视角下的信托行为》,《中外法学》2016年第1期。

② 赵廉慧《信托法解释论》,中国法制出版社2016年版,第105页。

③ “《信托法》本身只对信托的成立时间作了明确的规定,关于信托生效的时间并没有专门的条款直接加以规定。”参见周小明《信托制度:法理与实务》,中国法制出版社2012年版,第160页。

④ 关于信托财产转移是否为信托生效的要件,观点不一。笔者认为信托的实质是信托财产的独立性,信托财产权属转移给受托人只是实现独立性的一种安排。在委托人保留信托财产权属时,只要法律上对委托人义务责任有明确的规定,信托财产可辨识,信托财产的独立性仍可实现。参见楼建波《信托财产的独立性与信托财产归属的关系——兼论中国〈信托法〉第2条的解释与应用》,《广东社会科学》2012年第2期。

⑤ 参见周小明《信托制度:法理与实务》,中国法制出版社2012年版,第149、160-166页;何宝玉《信托法原理研究》(第二版),中国法制出版社2015年版,第124-125页。

⑥ 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247页。

⑦ 赵廉慧《信托法解释论》,中国法制出版社2016年版,第105页。

⑧ 赵廉慧《信托法解释论》,中国法制出版社2016年版,第105-106页。

⑨ 赵廉慧《信托法解释论》,中国法制出版社2016年版,第105页。

托能否依据《信托合同》请求昆山纯高承担违约责任。

1. 信托合同的成立与生效

根据合同成立与生效的区分理论^①,《信托合同》的效力可以区分合同成立和合同生效进行讨论。合同成立上,要回答信托合同是诺成合同还是实践合同的问题:若为前者,则信托合同成立仅以双方当事人意思表示一致为要件;若为后者,则信托合同成立尚需交付信托财产。合同生效上,要解决信托财产状态对合同效力的影响:若信托财产尚未确定,但可以确定,合同是否有效;若信托财产不可能确定,合同是否有效。

(1) 信托合同成立要件:诺成合同还是实践合同?

通说认为信托合同是诺成合同^②。对此,赵廉慧作了两个方面的论证:一方面,从信托实践看,信托合同的诺成性或实践性均为任意性规定,当事人可以自由约定信托合同产生约束力的时间^③。另一方面,委托人不交付信托财产时,诺成合同下,委托人不负有设立信托的义务,受托人不享有强制执行的权利^④,受托人只能请求损害赔偿;实践合同下,信托合同不成立,受托人可以请求信赖利益赔偿^⑤。因此,从如何为受益人和受托人提供正当而合理的救济的角度看,探讨信托合同性质的意义有限^⑥,因为即使法律将信托合同定性为实践合同,只要同时强化对信赖信托合同的保护(缔约过失责任),信托合同的诺成性和实践性就大致相当^⑦。

但是,如果从信托合同无效后已经交付的信托财产如何处理,信托财产是否仍保有独立性的角度看,定性为诺成合同抑或实践合同还是有区别的。台湾地区学者赖源河、王志诚在将信托合同定性为诺成合同后,将信托合同本身和信托财产的移转(交付)分别定性为债权行为和物权行为(或准物权行为)^⑧,并认为“信托契约中的物权行为,即有物权无因性理论的适用。其结果,物权行为的效力,不因其债权行为被解除、被撤销或沦于无效,而直接受影响”^⑨。换言之,将信托合同定性为诺成合同,信托合同无效后,如果信托财产已经转移(交付)或办理其他手续,则信托生效,信托财产的独立性不会因信托合同被解除、被撤销或无效而受到直接的影响。

综上,笔者主张信托合同为诺成合同。在昆山纯高案中,信托合同自当事人合意达成时成立。因此,此案中的信托合同已经成立生效。

(2) 信托合同生效要件:信托财产状态对信托合同效力的影响

合同的一般生效要件包括当事人缔约时具有相应的缔约能力,意思表示真实,不违反法律和社会公共利益,合同标的须确定和可能^⑩。在昆山纯高案中,前三个要件显然满足,值得探讨的是第四个要件,即委托人转移信托财产的义务^⑪是否确定和可能。

合同标的可能,是指合同内容并非自始不能实现^⑫。我国《合同法》并未规定自始履行不能合

① “合同的成立,指符合一定要件使当事人的合意成为合同,原则上只要有了当事人和意思表示,就可以成立合同。例外地对要物合同和要式合同的成立,还需要物的交付或方式的履行。合同的生效,指成立了的合同依当事人合意的内容发生法律效力。”参见韩世远《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第192页。

② 参见何宝玉《信托法原理研究》(第二版),中国法制出版社2015年版,123页;张淳《信托法哲学初论》,法律出版社2014年版,第247-262页。

③ 参见赵廉慧《信托法解释论》,中国法制出版社2016年版,第118页。

④ 参见赵廉慧《信托法解释论》,中国法制出版社2016年版,第111-115页。

⑤ 参见赵廉慧《信托法解释论》,中国法制出版社2016年版,第118-119页。

⑥ 参见赵廉慧《信托法解释论》,中国法制出版社2016年版,第117页。

⑦ 参见赵廉慧《信托法解释论》,中国法制出版社2016年版,第119页。

⑧ 参见赖源河、王志诚《现代信托法论》,中国政法大学出版社2002年版,第51页。

⑨ 参见赖源河、王志诚《现代信托法论》,中国政法大学出版社2002年版,第51页。

⑩ 参见韩世远《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第201-209页。

⑪ 笔者在这里区分了合同标的与合同标的物。信托合同中,受托人请求委托人转移信托财产属于“合同标的”,信托财产属于“合同标的物”。

⑫ 参见陈自强《契约法讲义Ⅱ 契约之内容与消减》(增订四版),元照出版公司2017年版,第50页。

同的效力。笔者无意对“有效说”^①与“无效说”^②进行选择,但认为尽量限缩给付不能的范围,并充分尊重当事人的真意,是符合合同有效解释原则的。在昆山纯高案中,根据《信托合同》,委托人负有向信托专户汇集基础资产收益款,并按照“最低现金余额表”补足相应资金的义务,这一义务是金钱债务,无论如何都是可能的。因此,《信托合同》不会因为合同标的不能而无效。

合同标的确定,是指合同内容由当事人明确约定,或可根据解释或法律规定予以确定^③。理论上对合同标的不能对合同的影响,存在不同看法^④。但是,就合同标的的确定不必是现实的确定性,只要在合同履行时可以确定即可,大家的认识基本一致^⑤。

信托合同对合同标的确定性的要求亦如是。我国《信托法》规定设立信托,必须有确定的信托财产(第7条),信托合同应当载明信托财产的范围、种类及状况(第9条第4项)。对此,张淳教授认为“只有当经运用合同解释制度进行解释然而却仍然不能够使之具备确定性,有关的信托合同才应当被视为无效。”^⑥

具体到昆山纯高案,《信托合同》规定委托人负有向信托专户汇集基础资产收益款,并按照“最低现金余额表”补足相应资金的义务。从交易结构来看,基础资产收益款不直接汇入信托专户,而是经由委托人汇集入信托专户,意味着委托人设立信托并非想把项目收益权整体转让出去(特别是项目效益良好时),而是想达到债权融资目的。“现金最低余额表”既是一种增信措施,也表明受托人降低监督成本的意图——受托人希望通过设置最低汇款额度的方式,而非检查基础资产销售(预售)、租赁等情况的成交次数与金额,防止委托人不如实汇集收益款的行为。换言之,《信托合同》签订时,虽然基础资产收益权尚未确定^⑦,但只要昆山纯高不断按照约定把资金汇入信托专户,信托财产就不断确定并取得独立性。

2. 信托合同的强制执行力

英美信托法中,委托人承诺转移信托财产但尚未转移的,衡平法干预并阻止受托人起诉委托人。因为受托人是为委托人利益持有该承诺,如果委托人拒绝清偿,受托人试图根据普通法起诉委托人,就意味着受托人违背了受益人的意图^⑧。许多引入信托制度的民法法系国家的学者都认可这一规则。能见善久教授主张信托合同是单务合同,“在信托成立之后,受托人在信托财产产生之前就承担了忠实义务”,但“委托人没有向受托人转移信托财产的义务”^⑨。赵廉慧教授认为“信托合同的主要目的是为了受益人,所以一般而言,若受益人没有权利强制执行合同,受托人不应取得这种权利”^⑩。但受托人不能强制委托人转移信托财产只是一般性的规则。在普通法系国家,“只要当事人就设立信托的意愿存在对价,则信托合同在当事人之间产生法律拘束力”^⑪。海顿教授认为,一个以与某人结婚为对价,在某些财产上设立信托的安排,在信托财产转移前具有约束

① 参见李伟《给付不能在德国债法中的演进及比较》,《德国研究》2004年第3期。

② 参见崔建远《无权处分——合同法第51条规定的解释与适用》,《法学研究》2003年第1期。崔建远认为自始不能,无论是客观不能,还是主观不能,合同都无效。

③ 参见王洪亮《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第87页。

④ 有学者认为此时合同无效。参见王洪亮《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第87页。不同观点则认为,合同标的不能以至合同无执行可能性的,并非合同无效,而是当事人无受合同约束的意思,合同不成立。参见陈自强《契约法讲义Ⅱ 契约之内容与消减》(增订四版),元照出版公司2017年版,第53页。

⑤ 参见王洪亮《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第88页;陈自强《契约法讲义Ⅱ 契约之内容与消减》(增订四版),元照出版公司2017年版,第55页;崔建远《无权处分——合同法第51条规定的解释与适用》,《法学研究》2003年第1期。

⑥ 张淳《信托合同论——来自信托法适用角度的审视》,《中国法学》2004年第3期。

⑦ 信托合同签订时,昆山纯高既没有签订基础资产的销售(预售)、出租(预租)合同,也没有确定房产在建成后出售或出租的特定价格。

⑧ 参见[英]D. J. 海顿《信托法》(第四版),周毅、王昊译,法律出版社2004年版,第135页。

⑨ [日]能见善久《日本新信托法的理论课题》,赵廉慧译,《比较法研究》2008年第5期。

⑩ 赵廉慧《信托法解释论》,中国法制出版社2016年版,第111-112页。

⑪ 赵廉慧《信托法解释论》,中国法制出版社2016年版,第111页。

力^①。在昆山纯高案中, 昆山纯高已经取得受益权, 并委托安信信托将其中的优先受益权以 2.15 亿元转让给社会投资者, 且已取得优先受益权的转让对价。相应的, 昆山纯高也负有转移信托财产的义务。在其违约时, 安信信托请求强制履行或要求其承担相应的违约责任, 是当事人间信托合同的应有之义。

结 语

在区分信托合同与信托的视角下, 两者的成立与生效“并非皆在一瞬间完成, 二者在关系上系可分离而加以区别, 且在理论上, 两者未必同时完成, 不妨先后发生”^②。

更重要的是, 两者具有不同的法律效果, 处理不同的法律问题。具体到信托财产, 前者处理的是委托人和受托人之间的信托合同关系, 主要解决受托人能否请求委托人转移信托财产以设立信托的问题; 后者处理的是委托人、受托人、受益人和第三人之间的信托(财产)关系, 主要解决信托财产是否具备独立性以对抗第三人的问题。

相应的, 两者对信托财产“确定性”的要求也不尽相同。在信托合同层面, 合同标的(通常为委托人转移信托财产的义务)须“可能和确定”(可以以一定标准确定), 否则可能影响信托合同效力。换言之, 此处的“不确定性”应狭义解释为转移信托财产的义务自始客观不能, 信托财产在应该转移时仍无法确定。在信托层面, 信托财产须具备确定性, 否则信托不生效。之所以在信托生效阶段要求信托财产已具备确定性, 是因为信托生效意味着信托财产的独立——让不确定的财产成为独立的信托财产, 并以独立性对抗委托人或受托人的债权人, 是不公平。

昆山纯高案中的争议属于信托合同关系范畴, 而非信托(财产)关系范畴。相关文献多在信托生效层面探讨信托财产是否具备确定性, 未对信托合同与信托进行区隔, 不能不说是一种遗憾。

在《民法典》已经颁布的今天, 也许我们在关注源于普通法系的英国信托制度的特殊性的同时, 也应该研究如何用民法法系的逻辑来解释和理解信托, 让信托制度成为以《民法典》为“纲”的中国民商事法律制度的有机组成部分。

(责任编辑: 李林华)

Differentiating the Trust and Trust Contract: The Logics Behind the Judgements of *Kunshan Chungao Trust Case*

Lou Jianbo

Abstract: To differentiate the trust and the trust contract helps to analyze various legal issues from different perspectives: The fiduciary duty generally starts from the conclusion of the trust contract, whether the settlor shall be enforced to transfer the trust property to the trustee is also a contract law issue; while the segregation of the trust property is a trust law issue. Disputes between the litigants of *Kunshan chungao Trust Case* belong to the contract law domain and were properly adjudicated. Given that there were no third-party-claims against the trust property, existing literatures on the case might have gone a little bit further to analyze whether the trust property in that case was certain and therefore whether a trust had been established.

Keywords: Trust Contract; Certainty of Trust Property; The *Kunshan chungao Trust Case*

① 参见[英]D. J. 海顿《信托法》(第四版), 周毅、王昊译, 法律出版社 2004 年版, 第 135 页。

② 参见赖源河、王志诚《现代信托法论》, 中国政法大学出版社 2002 年版, 第 51 页。