

我国遗嘱继承制度背景下的 遗嘱信托法律制度探析

赵廉慧

(中国政法大学民商经济法学院 北京 100088)

内容提要:我国关于遗嘱继承和遗嘱信托相关法律问题的研究仍然处于起步的阶段。本文通过比较附义务的遗嘱(遗赠)和遗嘱信托的关系、遗嘱信托和遗嘱执行人制度的关系,论证遗嘱信托制度独特的制度功能;通过探讨遗嘱信托的形式、成立要件和生效的时间、特留份制度对遗嘱信托的限制、遗嘱信托中受托人的确定、遗嘱代用生前信托之特点等核心问题,梳理完善了我国遗嘱信托制度的关键点和理论构成。

关键词:遗嘱信托 遗嘱继承 附义务的遗赠 遗嘱执行人 特留份

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2016.08.009

根据英美法的理论,信托区别于合同。^①但是按照传统民法的解释论,信托中的意定信托采取合同、遗嘱和宣言三种意思表示形式,均可以被称为信托行为,^②属于法律行为的下位概念,这样,在信托法就信托行为没有规定的场合,似乎可以适用民法中关于法律行为的一般规定。同样,信托法为私法,属于民法的特别法,信托法中没有规定的,可以适用民法原理进行解释。在这三种信托行为中,根据《信托法》第13条第1款规定,设立遗嘱信托,应当遵守《继承法》关于遗嘱的规定。目

前,关于遗嘱信托法制中所存在的重要法律政策和法律制度问题,以及继承法和信托法如何衔接的理论和实践问题等,尚未得到我国理论界的足够重视,本文对与此相关的几个核心问题进行梳理,以期抛砖引玉,引起学界对此问题的讨论。

一、附义务遗嘱的局限和遗嘱信托的功能

设例:甲立下遗嘱,遗嘱中约定其遗产房屋一套先由其长子乙继承,其长子死后由甲之幼子丙继承,其幼子丙死后由其长子乙的儿子丁继承。我国研究继承法的文献对于能否通过设

作者简介:赵廉慧(1974—),男,汉族,河南上蔡人,中国政法大学民商经济法学院副教授。

本文为中国政法大学2014年校级人文社科项目(项目编号:13ZFG82008)的阶段性研究成果。

① Jill E. Martin, *Modern Equity*, 19th edition, Sweet & Maxwell Ltd 2012, p52.

② 即便在英美法国家,也有更多的学者承认信托中合意的因素及其接近契约的侧面。代表性的观点:K. Gray, *Property in Thin Air* (1991) 50(2) CLJ 252 at 302. Langbein, "The Contractarian Basis of the Law of Trust", 107 *Yale L. J.* 625 (1995).

立此类遗嘱将遗产在代际间传承,鲜有讨论^③,至于能否通过遗嘱信托达到类似的目的,论者更是寥寥^④。

遗嘱信托和遗嘱(遗赠)制度有相互替代的一面,但各自有其独特的制度价值。仅从逻辑上看,遗嘱信托制度应提供超越继承法的部分功能,否则,在遗嘱继承之外另设遗嘱信托制度是否有意义就成了问题。姑且不论英美法背景下遗嘱信托在程序简便、税收规避等方面的优点,一般而言,遗嘱信托制度相比于遗嘱(含遗赠)的优越性,至少有以下四方面体现:

第一,受益人(这里统指从遗嘱信托或遗嘱、遗赠中取得利益的人)有时可能没有管理能力。例如,受益人可能是无民事行为能力人、限制行为能力人,或者虽然有行为能力但缺乏管理财产之专业技能的人,如果直接采取遗赠或赠与的方式很可能导致财产的散逸和浪费;而在信托中,可以利用专业的财产管理人的技能,更好地维护受益人的利益。

第二,在信托设定之时受益人可能尚未存在。遗赠虽属单方法律行为,但仍然属于有相对人的法律行为,缺乏现实存在的当事人就不可能进行直接的遗赠。一个明显的例子是:对胎儿虽然可以遗赠,但是似乎无法遗赠与未来可能出生的后代(当然,可以进行附期限的或者附条件的遗赠)。而在信托的场合,设立信托之时以未来可能会出生的孙辈作为受益人,信托依然能成立。

或许有人会主张:附条件或附负担的遗赠(《继承法》第21条)可以实现与信托类似的目的。然而值得注意的是,英美传统的普通法规则是,一个人不能对财产的赠与或转让附加条件,限制该财产的转让,这种条件的设定与遗赠

财产之性质是相违背的^⑤。即使允许一定程度的附条件的赠与,也无法进行如信托那样复杂的安排。赠与或者遗赠当事人无法预料未来发生的各种情形,当事人的义务特别是受赠人的义务要靠合同或者遗嘱中事无巨细的约定,因此会出现因约定不明而无法通过解释使之产生约束力的情形。而在信托中,在承认当事人于信托文件中约定事项的优先性约束力的同时,其他事务都交由受托人裁量。而且,在附负担的遗赠的场合,若赠与人死亡,缺乏监督受赠人的人,受赠人即使不履行赠与的负担,亦无人可强制执行,为此需要设置第三人对其进行监督,此时的结构和信托有同质化之嫌。

第三,如前所述,受益人即使存在,在想指定多个受益人连续受益的时候,一般的赠与合同或者遗赠无法达到这样的效果。这种类型的遗赠之有效性和继承法有关,我国理论界对此并没有一致的看法。如果无法用遗赠达到这样的目的,能否通过信托来达到类似的目的值得研究。在美国,设定多数人连续受益的权利是十分普遍的。例如,指定最初的受益人是妻子,妻子死后由孩子作为受益人。在这种情况下,如果采用赠与,若妻子移情别恋,则有可能无法达成当初的目的。而信托的设定可以保证自己的意愿在很久以后得到贯彻。换言之,信托(在一定的限制内)是为了使委托人的意思约束未来而采用的有效方法之一。

第四,在信托中,不仅可以授予受益人内容相同的权利,也可以授予受益人内容不同的权利。这是把信托作为使受益权多层化、多样化的手段使用。例如,把财产所有的收益都归A,A只能够取得信托财产的收益,剩余的财产本金归B。继承法虽然规定可以进行附义务的遗

③ 较早关于这一问题的研究:杨震、孙毅《论后位继承制度的立法选择和法的构成》,载《求是学刊》2002年第5期。最近的研究请参见王歌雅《论继承法的修正》,载《中国法学》2013年第6期。国内学者的论文大多是讨论引入“后位继承”的价值,强调该制度弘扬立遗嘱人意思自由的侧面,对该制度对财产法形成的冲击则较少论及。

④ 通过检索知网,虽然有不少以“遗嘱信托”为题的学位论文,但对连续受益人遗嘱信托的探讨大多有欠深入。

⑤ *Broadway Nat'l Bank v. Adams*, 133 Mass. 170 (1882), p171.

赠等安排,但是,遗赠中若涉及对多个受益人的时间不同、效力不同的权利安排的话,是否会创设出违背物权法定原则的权利(此举类似创设出附加条件的新物权种类)、该权利能否强制执行、谁能够主张强制执行,这些问题都是有争议的,这也体现出通过遗赠(单方法律行为)和赠与(契约)进行财产安排(estate planning)的局限。

如上所述,把将来的财产自由地规划出同时或者异时的、分层的受益权,并且能够得到财产管理专家的帮助,这是设定信托的最基本的理由。

同样是通过法律行为的方式创设的制度,为什么遗嘱(遗赠)不能创设长期附条件的权利,而信托却可以?这是难免会出现的疑问。信托法制度作为一种更灵活的财产法制度,可以在一定范围内对财产权进行更为灵活的分割。某种意义上可以说,信托法是意思自治边界的探索者和开拓者,信托法创设了很多新的财产权结构(或者物权类型),物权法上所不承认的居住权、典权等均可通过信托达到类似的效果(当然,和物权公示类似,信托登记制度的不备也使得当事人的此种创造遭遇一定法律障碍)。然而即使是信托,也不能无限地创设过分复杂的财产权,否则亦可能因违反公共政策而无效。例如,在英美信托法上,存在“反永久权规则(Rule Against Perpetuities)”,这实际上也是财产法上的一个重要原则,其属于对当事人创设权利自由的限制,和“物权法定原则”的作用类似。或者说,广义的物权法定原则即属于限制契约自由的制度。

二、遗嘱信托的要式性问题

《信托法》规定信托设立必须采取书面的形式,合同信托和遗嘱信托均如此,因此不能使

用继承法所允许的口头遗嘱形式(《继承法》第17条)设立遗嘱信托。^⑥在英美法上,采用遗嘱信托的主要目的是规避关于遗嘱的法定形式的要求,在我国,虽不存在如英美法上那样繁复的形式要求和遗嘱检认(probate)^⑦制度,但由于信托法对于全体信托类型均采要式主义,遗嘱信托所采取的形式要求比继承法还要严格,这极大地限制了遗嘱自由。

英美法谚有云:衡平法更重视意图而不是形式(Equity regards the intention rather than the form)。在英美法上,主要讨论是否有确定的设立信托的意图或者意思,对设立信托的形式并无一般的要求。然而根据《信托法》第8条,我国的信托合同为要式合同。信托不能通过口头设立,也不能通过行为(以默示的方式)设立,在我国信托实践主要是营业信托的背景下,为了保护受益人(委托人)的利益,强调要式性具有一定的合理性,但这在客观上增加了设立民事信托的难度。

笔者以为,为了促进民事信托特别是遗嘱信托的适用,在坚持信托法的严格要式主义的基础上,在解释遗嘱信托成立的时候,应认为只要采取了符合要求的书面遗嘱形式,即使在该书面遗嘱中没有出现“信托”等字眼,只要当事人的意愿符合设立信托的条件,亦应解释为遗嘱信托成立。甚至委托人缺乏对信托术语的了解也不影响信托的成立。例如,沈甲(S)将100000元转让给唐乙(T),在一份书面文件里要求唐乙为其外甥包丙(B)投资这笔钱,每年在他生日时将投资的收益交给他,到他30岁时,再将本金100000元全部给他。然而如果你问沈甲什么是信托,什么是受托人,他可能对此一无所知,此时委托人是否知道信托的概念并

^⑥ 录音遗嘱虽然采取口头叙述的形式,但因有录音作为可以保存的载体,似可作为特殊的书面形式。

^⑦ 验证遗嘱是否有效的司法程序,其内容包括搜集遗产、清偿债务、缴纳税款、向继承人分配遗产等。这些工作通常在遗嘱检验法院或者其他有关权限的法院的监督下由遗嘱执行人或者遗产管理人进行。薛波主编《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第1098页。

不起关键作用。为了促使信托的成立,应对委托人意思做宽泛解释:只要有设立信托的意图,即使书面的遗嘱文件中没有标明“信托”,亦应予以认可。^⑧在整个民事领域,应在合适的场合运用信托法理对法律关系进行解读,^⑨把法律行为解释为信托行为。此时亦无必要创设所谓“事实上的信托”的概念,可以根据各方的事实上的权利义务关系,直接把其法律关系解释为遗嘱信托。

信托不同于合同,遗嘱信托更不同于合同,但是遗嘱信托是通过遗嘱这种法律行为设立的,因此,可以参照合同法和法律行为的相关规定和法理进行解释。《合同法》第36条和第37条的规定构成对要式合同强制性的弱化,可以用来论证对遗嘱信托要式主义的弱化。《合同法》第36条规定“法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同,当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。”第37条也规定“采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。”在我国,虽然信托法对信托遗嘱的要式性做了严格要求,也需要注意合同的解释论和遗嘱的解释论的不同。然而如果承认合同法相关规定的解释力,只要能够证明信托设立的意图,且该意图具有明确的内容,即便合意不是以书面的形式达成的,也不能径行认定无效。

三、遗嘱信托和遗嘱执行人制度

继承法中不存在完善的遗嘱执行人制度。虽然《继承法》规定了遗嘱执行人(《继承法》第16条),但是遗嘱执行人的选任、职责、履职程序等规则都付诸阙如,无法形成一个可操作、可执行的制度,最直接的后果是,被继承人死亡之后无法确定谁是有义务管理遗产的人。在立遗嘱人通过遗嘱设立信托之后,如果立遗嘱人死亡,遗产即成为信托财产(不按法定继承处理),按照立遗嘱人的意愿执行;此时若没有完善的遗嘱执行人制度,则不清楚谁是把遗产转移给受托人的义务人,遗产若按法定继承处理,则遗嘱和遗嘱信托的制度价值则大打折扣,立遗嘱人的愿望被挫败。

我国传统民法的研究基本上无视信托法的理论,对遗嘱执行人的法律地位的研究并不深入。其实,遗嘱执行人或者遗产管理人的职责类似于信托中的受托人,在英美法的理论上,信托受托人和遗嘱执行人均属于受信人(fiduciary),有时甚至是不予区分的。例如,在英国的Re Speight(1883)中,著名法官Jessel M. R.总结道:在现代社会,法院已经不再区分遗嘱执行人和受托人了,他们依照同样的原则承担责任。^⑩

虽然可以通过理论解释把实际控制遗产的继承人等视为遗嘱执行人或者受托人,承担受托人的职责;或者按照所有法定继承人为共同

^⑧ 我国有案例把借贷纠纷按照信托关系处理,法院的主要论证理由是原告的弟弟和被告是同事,存在信任关系,所以是信托。参见河南省封丘县人民法院判决:(2013)封民初字第0006号。此种论证颇为牵强。二审法院则以当事人之间不具备书面信托合同、信托财产不具备独立性、受托人不是以自己的名义对外交易等理由认定信托关系不成立。因此,把原审的恢复原状的救济改判为被告按其过错程度赔偿损失。参见杨广修与马振华委托合同纠纷案,河南省新乡市中级人民法院(2013)新中民二终字第410号。

^⑨ 例如,在日本东京地方裁判所在平成24年(2012年)6月15日判决(金判1406号第47页)中,就甲乙丙丁四人把旅行费用放在甲的账户上积累,法院承认了以甲为受托人,乙丙丁为委托人兼受益人的信托成立。在日本最高裁判所2002年1月17日判决中(民集56卷1号20页),承包人乙承揽地方公共团体甲的公共工程,经保证事业公司丙的担保受领工程预付款,存入银行,法院认定甲和乙之间成立信托关系,预付款为信托财产,当事人之间成立以支付工程必要经费为目的的信托合同。尽管当事人没有明示“设立信托”的意思,信托仍成立。另外,参见道垣内弘人:『信託法入門』(日経文庫,2007年)第25~26页。

^⑩ 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32页。

共有人的逻辑,使他们相互之间承担信义义务(fiduciary duties),^①但这并不能有效地解决责任的承担问题,更无法解决法院在适用法律上的不确定性。因此,还需要通过立法来提供完备而清晰的规则,一方面借助信托受托人的理论重塑遗嘱执行人制度的规则,另一方面,直接引入遗嘱信托制度,完善遗嘱继承制度,给当事人更灵活高效的制度选择。

四、遗嘱信托和特留份制度

特留份制度是继承法上的一项制度,比较法上虽然有罗马—德国法系统和日耳曼—法国法系统的区别,但是二者都承认特留份是为了保护法定继承人而限制被继承人之遗嘱自由的一项制度。^②遗嘱信托的安排如果侵害了特留份,其效果是特留份的继承人可以行使扣减权,而遗嘱信托本身并非无效。^③

我国继承法上的特留份制度是暧昧不清的。《继承法》未明确使用“特留份”这一概念,只是在其第19条规定“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额”,《继承法》第14条亦规定“对继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人,或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人,可以分给他们适当的遗产。”在遗产分割时,还要求保留胎儿的继承份额(《继承法》第28条),使用了“保留份额”这样的表述。其中第14条把享有保留权利的人规定得

比较宽泛,不仅是继承人,继承人以外的人也有资格对遗产主张权利。但是严格看来,《继承法》第14条属于法定继承的规定,使用的是“可以”,是授予法官是否分给适当遗产的自由裁量权,很难说这授予了当事人一种完整的权利,因此不能理解为是关于特留份的规定。《继承法》第19条的规定也和域外民法上的预留份制度有极大的不同,该条中虽然用“应当”二字表明了强制性,但是把判断什么是“必要的遗产份额”的权利交给了法院裁量。而比较法上的特留份制度是为特定的人预留了法定的比例,法院鲜有裁量之余地。^④

在我国,认识到遗嘱自由观念是契约自由观念的一种体现是随着民众私有财产权观念的发展而逐渐形成的。在过去,私有财产的范围有限,主要是动产,而且法律提供的财产安排手段也有限。在将来,随着财产的量的增加和质的改变,按照自己的意愿安排遗产的法律结构势必增加并复杂化。过去不会成为问题的遗产处分权的问题就会显现出来。继承法作为财产法规则提供者的重要地位也将重新被人们认识到。^⑤上述内容所显示的继承法和信托法的关系问题处于不确定状态。

至于遗嘱信托是否存在侵害特留份的问题,虽有观点认为信托为极富弹性的制度,原则上应不受特留份的限制,^⑥但笔者以为,《信托

^① 《葡萄牙民法典》的第4编“遗嘱继承编”规定有“信托替换”制度,根据该制度,遗嘱中可以规定某些继承人有义务保存遗产,该继承人死亡之后把遗产转归另一人所有。其中负有保存遗产义务的继承人为受托人,在该信托替换中取得利益的人为信托受益人(《葡萄牙民法典》第2286条)。这里的信托受托人同时有遗嘱执行人(受托人)和受益人(类似终生受益人)的双重身份,该条明确地承认了通过遗嘱对遗产的多层安排;但同时为避免创设出过分复杂的分层安排,该法规定“超过一次的信托替换无效”(《葡萄牙民法典》第2288条)。该制度适用于遗嘱继承或者遗赠(《葡萄牙民法典》第2296条)。参见《葡萄牙民法典》,唐晓晴等译,北京大学出版社2009年版。

^② 参见林秀雄《继承法讲义》,元照出版公司2005年版,第315~317页。

^③ 谢哲胜《信托法》,元照出版公司2007年版,第81页。

^④ 《日本民法》第1028条以下,《德国民法》第658条以下,《法国民法》第913条以下。

^⑤ 继承法作为财产权取得的方法和债务转移的方法,属于财产法,只是由于传统的原因作为亲属法的一部分来处理。[日]内田贵《民法IV亲族·继承》(补订版),东京大学出版会2004年版,第326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51页。

法》规定遗嘱信托的设立应遵守继承法,如果《继承法》关于特留份的制度是强制性的法律规定,也不能通过遗嘱信托规避或者违反该制度。由于我国并没有确立强制性的特留份制度,通过遗嘱信托进行财产安排所受的限制要比不少国家小。

五、遗嘱信托的生效时间和受托人的确定

以遗嘱方式设立的信托为遗嘱信托。在以合同方式设立信托的时候,受托人之所以负有受托义务,是因为委托人和受托人之间存在合意。但是,通过遗嘱的方式设立信托,并不一定存在这样的合意。委托人可以指定受托人,命其遵照一定的目的从事财产的管理、处分以及其他为了实现这一目的之适当行为。多数情况下,委托人在立遗嘱之前请求对方成为自己的受托人,若对方承诺则成为受托人。不过,有时也会有人在不知情的情况下被指定为受托人,而委托人所选定的人并没有承诺的义务。从法律性质上看,遗嘱是单方死因行为,即遗嘱的成立和生效并不取决于相对人的承诺。我国《继承法》虽然没有规定遗嘱生效的时间,但一般认为,遗嘱在立遗嘱人死亡的时候生效。相应地,遗嘱信托的成立也不应取决于受托人是否承诺,遗嘱信托成立的时间应当是立遗嘱人死亡的时间。

然而我国信托法上的关于遗嘱信托生效的相关规定违背了遗嘱的这一属性。我国关于遗嘱信托成立时间的规定是《信托法》第8条,根据该条,采取信托合同以外的其他书面形式设立信托的,“受托人承诺信托时,信托成立”,这一条的反面解释是,在以遗嘱这种“信托合同以外的其他书面形式”设立信托的时候,若没有得到受托人的承诺则信托不能成立。这样做似乎混淆了契约行为和单方行为,也和英美信托法上的“衡平法不允许信托因缺乏受托人而

无效(Equity will not allow a trust to fail for want of a trustee)”的原则不符。^①所幸的是,《信托法》第13条在第2款同时规定,遗嘱指定的人拒绝或者无能力担任受托人的,根据遗嘱的规定或者由受益人等另行选任受托人,这恰恰证明遗嘱信托不会因为受托人的拒绝、不能胜任等事由而无效。

在比较法上,《日本信托法》规定遗嘱信托在“该遗嘱发生效力时生效”(《日本信托法》第4条2项),即使被指定的人没有表示接受的意思,或者拒绝接受,或者遗嘱中根本没有指定受托人这些情形,此时受托人没有确定,但信托业已成立;受托人接受信托的,应溯及被继承人死亡时,也即遗嘱生效之时生效,^②否则原本用作设立信托的财产会根据一般的继承规则归属于继承人。为了避免这种情况的发生,原则上应把遗嘱信托的成立时间确定在遗嘱生效的时间。如此一来,信托在委托人(立遗嘱人)死亡之时生效,遗产转化为信托财产、受信托关系之约束,而避免按照法定继承的规则处理,体现了对委托人意愿的最大尊重。

如前所述,《信托法》第13条第2款的规定似乎缓和了第8条的不合理规定。该条款规定“遗嘱指定的人拒绝或者无能力担任受托人的,由受益人另行选任受托人;受益人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的,依法由其监护人代行选任。遗嘱对选任受托人另有规定的,从其规定。”结合此条款,在遗嘱指定的受托人拒绝或者不能胜任之时,法律仍然提供了选任新的受托人的程序,并不必然导致信托的不成立和无效。

《信托法》第13条第2款把选任新受托人的职责授予了受益人。立法者的本意似乎是,允许受益人指定受托人是因为已没有其他人

^① 比如按照美国法,只有存在有效的财产转移,即使受托人对此并不知情,信托亦成立。也即通知受托人或者接受信托的承诺对于信托的成立均非必要。Rest. 3d § 14. 该规则同样适用于非遗嘱信托。

^② Edward C. Halbach, Jr., Trusts, Gilbert Law Summaries, Thomas/West, 2008. p82.

可以行使指定权——立遗嘱的人(委托人)已经死亡而受托人拒绝行动。但是,在实践中,如果允许受益人选任新受托人,受益人可能会指定和自己有关系的人,这样会导致受托人和受益人之间的制衡关系失效。^①在普通法上,信托受益人永远也没有指定受托人的权力;在信托文件没有规定或者没有在任或离任的受托人愿意指定新受托人的时候,法院有权指定。^②由于我国《信托法》中没有类似条款,委托人为确保信托成立应在信托文件(遗嘱)中明确规定如何选任受托人,或者指定多个受托人。

在我国遗嘱信托制度中,有关遗嘱所指定受托人的确定程序,以及新受托人的选任程序的规定不甚完善。在《日本信托法》上,利害关系人(受益人、继承人等)可以“在规定的期限内就是否承诺信托,对被指定为受托人者进行催告并要求给以确切的答复(第5条1项,原则上需要对委托人的继承人答复)”,之后,接受的人承担受托人之义务。而就新受托人的选任程序,我国信托法也仅仅规定了受益人及其监护人享有选任权,没有规定这些选任主体亦不存在之时、各个受益人(及其监护人等)就新受托人人选有争议之时、无法确定之时的救济程序。在《日本信托法》上,在受托人不接受委托的时候,“法院可以根据利害关系人的申请选任受托人”(第6条1项),这样的规定更为全面(若不存在受托人,任何对信托财产有产权资格的人即被认为是受托人。否则法院会指定一个受托人),更符合促进遗嘱信托成立生效的原则,也凸显尊重意思自治原则的私法

精神。

六、遗嘱代用生前信托

通过明确遗嘱信托的内容,就能达到法的安定化之目的,遗嘱信托制度就能得到更好的运用。然而为了达到这种目的,必须遵守继承法上关于遗嘱继承的严格形式要求;而且遗嘱信托是死因行为,在立遗嘱人死后发生法律效力,信托财产要在委托人死亡之后转移给受托人,关于遗嘱的执行可能会在利害关系人之间产生纠纷。而如果通过合同签订生前信托(合同信托),该信托一旦设定,委托人原则上不能撤销,这样就不能应对设立信托之后可能发生的变化。为此,可撤销的生前信托越来越多地被采用。^③

最典型的例子是,《日本信托法》(2006)承认了遗嘱代用信托。^④委托人在生前以契约的形式设定信托,转移给受托人,在自己存活期间自己为受益人;在自己死亡后,以死亡为始期,以其配偶、子女等作为受益人(死亡后受益人),以信托的方式进行死后的财产分配,这能产生和死因赠与类似的功能。^⑤

根据信托法原理,信托设定之后委托人原则上不能变更受益人(《信托法》第51条)。而由于遗嘱代用信托的目的是解决委托人死后的财产继承问题,委托人享有和遗嘱以及生前赠与同样的权利,因此,《日本信托法》第90条规定了“受益人变更权的特则”,也就是说,即使在信托行为中委托人没有保留变更受益人权利的场所,委托人亦能在其存活期间变更受益人。

^① Lusina Ho, *Trust Law in China*, Sweet & Maxwell Asia, 2003, p. 81.

^② *Trustee Act, 1925 (England and Wales)*, s. 41; *Restatement (Second) of Trusts*, § 108.

^③ 高凌云《被误读的信托——信托法原论》,复旦大学出版社2010年版,第161页以下。

^④ 《日本信托法》第90条第1项规定:(1)信托中规定委托人死亡时被指定为受益人的人取得受益权的;(2)信托中规定在委托人死亡后,受益人接受信托财产之给付的,委托人拥有变更受益人的权利,但信托行为另有规定的,从其规定;该条第二项还规定,前项第(2)号之受益人,在同号之委托人死亡前,不享有受益人的权利(此时该人虽然取得了受益人的资格,但是在委托人想要终止或者变更信托的场合,如果需要得到这些受益人的同意,这违背利用遗嘱代用信托制度之委托人的意思),但信托行为另有规定的,从其规定。

^⑤ [日]新井誠『信託法(第3版)』,有斐閣2008年,第169页。

总而言之,遗嘱代用信托采取的是和遗嘱信托不同的合同信托行为。和遗嘱信托相比,遗嘱代用信托在设定形式上的要求没有遗嘱信托那么严格;又同样能产生死后财产处分的效果,在这一点上和遗赠和死因赠与的功能又没有大的区别,^{②4}因此是十分灵活的制度。

但是,由于我国信托法没有遗嘱代用信托的规定,当事人如果做出这样的安排,无法根据信托法和继承法来判断这种安排到底是生前信托(合同信托)还是死后信托(遗嘱信托)。该安排可能会被解释为违反《合同法》第52条第3款的“以合法的形式掩盖非法的目的”而无效;还可能会因不符合《继承法》的形式要求和其他实质性要求而被宣布无效。^{②5}我国应参考国外的相关制度完善我国的遗嘱代用信托制度,给当事人更丰富灵活的选择。

七、余论

除了上述问题之外,和遗嘱信托相关的问题点仍然很多,限于篇幅,文末对几个相对重要的问题做简单概括。

第一,遗嘱信托、公序良俗和“反死手原则”。在违反公序良俗的问题上,遗嘱信托和普通遗嘱既有相似性,又有特殊之处。原则上,

遗嘱和遗嘱信托均为死因行为,在遗嘱中被认定为是违反公序良俗的行为,在遗嘱信托中也会产生同样的后果。也即,信托并无“神奇的魔力”去“规避”法律的强制性规定。把违反公序良俗行为作为确定违法性边界的行为来理解似乎是有道理的。和遗嘱信托相关的一个重要理论问题是反对恣意的信托目的(capricious purpose)原则,即“反死手原则(anti-dead-hand rule)”。该原则防止财产的所有人通过遗嘱或者遗嘱信托去做他活着期间原本可以自由去做的事情。例如:委托人生前可以毁坏其所有的伦勃朗画作(Rembrandt),但是他不能立下遗嘱让受托人去这样做。另如在“泸州遗赠案”^{②6}中所显示的,如果立遗嘱人在其活着期间把个人财产全部赠与“情人”,似乎没有法律能阻止他这样做,^{②7}但是他通过遗嘱这样做甚至通过遗嘱信托这样做,其行为都有可能因违背公序良俗等而被宣布无效。如何解释对转让人(赠与人、遗赠人、设立遗嘱信托的人其行为本质上都属于对财产的转让)生前和死后行为的区别对待?一个可能的理由是:一旦进入坟墓,一个死去的人就不能在一个愚蠢行为的后果显

^{②4} 死因赠与的场合,和一般赠与合同的撤销不同,有必要更尊重赠与人意思,应准用遗嘱撤回的规定。死因赠与的赠与人任何时候都可以撤销赠与。而在遗嘱代用生前信托的场合,和死因赠与同样,其目的是死后的财产承继,亦应尊重委托人的意思。但是,由于这种信托契约在委托人生前就产生法律效力,这和因死亡而发生效力的遗嘱和死因赠与等会产生不同的法律效力,因此,不能类推适用撤销遗嘱的规定。参见《合同法》第186条。《日本民法典》第550条亦有类似规定:非依书面的赠与,各当事人可以撤回。但已履行完毕的部分,不在此限。《日本民法典》第1022条:遗嘱人可以随时按遗嘱的方式将遗嘱全部或者部分撤回。《日本民法典》第554条:以赠与人死亡发生效力的赠与,准用关于遗赠的规定。

^{②5} Lusina Ho, *Trust Law in China*, Sweet & Maxwell Asia, 2003, p76。

^{②6} 泸州市中级人民法院民事判决书(2001)泸民一终字第621号。

^{②7} 对此可能会有不同的观点。但笔者依然认为,赠与附条件,如果构成对于相对人施加的非法的约束的话,如以保持非法的性关系为条件进行赠与的话,可能会产生该约定是否因违背公序良俗无效的问题。但是,如果是纯粹的财产赠与行为,并没有给对方的行为施加约束,即使受赠方是婚外保持不当关系的第三人,也不应影响赠与的效力。处分财产是财产权人的自由,不应因接受处分的对象不同而区别对待。例如,有人将财产赠与大街上乞讨的人,我们会对其有积极评价,把财产赠与给大街任一个身高超过一米八的人,将财产赠与给大街上长相出众的人,都不影响其赠与的效力;如果把财产赠与给自己的私生子,即便是道德主义者也似乎不会争议其效力,因为孩子毕竟是无辜的。同样,如果赠与与人赠与的是自己的财产,没有侵害共有人的利益,即便把自己的财产赠与给自己的所谓的第三者,似乎没有人可以对此提出争议。

现出来的时候,或者情况发生变化的时候重新考虑,²⁸如果财产所有人能对劝告和变化的环境做出反应的话,死手控制的恶果就不会出现。²⁹而且转让人从事反常行为所产生的人际成本——在家庭成员或者其他受影响的人之间所产的反感——可能会限制这种行为的发生。³⁰

第二 和继承制度有关的税法问题。信托有合理避税的功能。但是,我国的税法制度还不健全,没有征收继承税(包括与此联动的赠与税)降低了信托制度的吸引力。

第三 继承人的范围过于狭窄(《继承法》第10条)。这导致如果没有遗嘱继承或者遗嘱信托的话,或者遗嘱、遗嘱信托无效的话,因过分狭窄的法定继承人范围,遗产很可能被归公。和《信托法》相关的一个十分具体的问题是:多

个受益人的信托,其中某一受益人死亡,没有留下遗嘱,该受益人又没有法定的继承人,那么其受益权是按照《继承法》的规定归公呢?还是参照《信托法》第46条规定确定?若把受益权视为和受益人个人的债权类似的财产的话,按照《继承法》处理似乎是必然的选择。然而基于尊重信托目的和委托人意愿的立场,个人以为,此时可把受益人死亡的情形视为受益人放弃受益权的情形而准用《信托法》第46条的规定,根据该条规定,部分受益人放弃其受益权的,被放弃的受益权依次归属于信托文件规定的人、其他受益人、委托人或其继承人(第46条第2款)似乎更为合理。令人遗憾的是,从条文解释很难得出这种结论。最终还需要修改继承法来保护私人的财产权。

Analysis of Testamentary Trust under Chinese Testamentary Succession Law Background

Zhao Lianhui

Abstract: The studies on testamentary trust and testamentary succession in China are comparatively preliminary. In this article, by discussing the relationship between conditional gift and testamentary trust, between executor and trustee, I illustrate the functions of testamentary trust. By discussing the forms, components and effective date of testamentary trust, forced heirship, determination of trusteeship, and will substitute inter vivos trusts, I summarize the key points that need to be improved about Chinese testamentary trust institution.

Keywords: testamentary trust; testamentary succession; conditional gift; executor; forced heirship

(责任编辑:刘宇琼)

²⁸ [美]R. A. 波斯纳《法律的经济分析》蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第544~546页。

²⁹ Restatement(3d) of trust §29(c) cmt. i(2003).

³⁰ R. A. Posner, Economic Analysis of Law, 6th ed. Aspen Publishers, 2003. pp519~521. Adam J. Hirsch & William K. S. Wang, A Qualitative Theory of the Dead Hand. 68IND. L. J. 1. 13(1992).