



沈阳师范大学法律文化协同创新文库

5

我国继承法遗嘱 信托制度构建

GE QIAO AUTHOR
葛俏 著

沈阳师范大学法律文化协同创新中心 组织编写



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

沈阳师范大学法律文化协同创新文库

5

我国继承法遗嘱 信托制度构建

GE QIAO AUTHOR
葛俏 著

沈阳师范大学法律文化协同创新中心 组织编写



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

我国继承法遗嘱信托制度构建 / 葛俏著. —北京:
法律出版社, 2015. 6
(沈阳师范大学法律文化协同创新文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8064 - 2

I. ①我… II. ①葛… III. ①遗嘱—信托制度—研究—中国 IV. ①D923.54

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 130283 号

沈阳师范大学法律文化协同创新文库
我国继承法遗嘱信托制度构建
葛 俏 著

编辑统筹 政务出版社
策划编辑 吕丽丽
责任编辑 吕丽丽
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 11.75
字数 157 千
版本 2015 年 8 月第 1 版
印次 2015 年 8 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)

网址/ www.lawpress.com.cn

电子邮件/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5118-8064-2

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

沈阳师范大学法律文化协同创新中心,以法律文化传承为主旨,联合西北政法大学、大连理工大学等国内、省内著名大学,辽宁省社会科学院等科研院所,及辽宁省高级人民法院、辽宁省人民检察院、辽宁省人民政府法制办、辽宁省法学会、辽宁省律师协会等法务部门与行业协会,旨在通过协同攻关、合作创新,推出高质量的法律文化创新研究成果与实践创新成果。在法律文化原理、部门法文化、中国传统法文化、中外(中西)法文化比较等领域,开展全方位的法文化元素(基因)、结构、特征、意义等静态的以及法文化生成、变迁、转型、传播等动态的理论研究;通过调查、走访、驻站等方式,对传统法文化因素的遗存、消失,外来法文化因素的传入、吸收,国人法文化的融汇、创造,当下法文化的现状、建设等,进行实践层面的关注、跟进,以阐扬时代、提炼精神,构建涵摄传统、切合时代、推陈出新、创造更新的具有中国特色的社会主义法文化。这样的新型的法文化,是具有民族根、时代魂的法文化。

协同创新中心研究成果将作为共同成果,以“沈阳师范大学法律文化协同创新中心丛书”形式陆续出版;调研成果也将适时发布,符合发表、出版条件的,也将陆续予以发表,或纳入丛书出版。首批首部著作,是大连大学法学院教师王爱群博士翻译的《日本民法典》。期待这一好的开始,也期待中心丛书越来越好。

法律文化协同创新中心联席主任:霍存福

汪世荣

二〇一四年七月五日

目 录

Contents

第1章 绪 论	(1)
1.1 研究缘由	(1)
1.2 研究现状	(4)
1.3 研究方法	(6)
1.4 创新点	(7)
第2章 信托制度的缘起与继受	(9)
2.1 信托制度的缘起	(9)
2.1.1 罗马法遗赠说	(9)
2.1.2 英国用益制度说	(10)
2.1.3 萨尔曼共同起源说	(11)
2.2 信托制度在各国的继受与发展	(12)
2.2.1 英国的继受与发展	(13)
2.2.2 美国的继受与发展	(19)
2.2.3 日本的继受与发展	(21)
2.2.4 旧中国信托业的产生和发展	(26)
2.2.5 新中国信托业的发展	(27)

第3章 遗嘱信托基础理论	(30)
3.1 遗嘱信托概念与特征	(30)
3.1.1 遗嘱信托的概念	(30)
3.1.2 遗嘱信托的特征	(31)
3.2 遗嘱信托法律构造	(33)
3.2.1 遗嘱信托当事人	(33)
3.2.2 遗嘱信托财产	(35)
3.2.3 遗嘱信托行为	(36)
3.2.4 遗嘱信托目的	(37)
3.3 遗嘱信托财产的法律属性	(37)
3.3.1 遗嘱信托财产的同一体性	(38)
3.3.2 遗嘱信托财产权利与利益的分割性	(42)
3.3.3 遗嘱信托财产的独立性	(50)
3.3.4 遗嘱信托财产不得强制执行性	(57)
3.4 遗嘱信托与相似法律概念的比较	(61)
3.4.1 遗嘱信托与委托代理	(61)
3.4.2 遗嘱信托与行纪	(64)
3.4.3 遗嘱信托与遗嘱执行	(67)
第4章 构建我国遗嘱信托制度的必要性分析	(69)
4.1 我国构建遗嘱信托制度的动因	(69)
4.1.1 现实需求	(69)
4.1.2 经济需求	(70)
4.1.3 法律需求	(71)
4.1.4 文化需求	(71)
4.2 遗嘱信托制度的独特功能	(72)
4.2.1 财富传承	(73)

4.2.2	合理承担税赋·····	(74)
4.2.3	与破产财产相隔离·····	(76)
4.2.4	所有权与收益相分离·····	(78)
4.2.5	填补现行继承法中的空白·····	(79)
4.3	遗嘱信托制度的特殊价值·····	(80)
4.3.1	自由·····	(80)
4.3.2	效率·····	(82)
第5章	遗嘱信托的设立、变更与终止 ·····	(84)
5.1	遗嘱信托的设立·····	(84)
5.1.1	遗嘱信托的成立·····	(85)
5.1.2	遗嘱信托的生效要件·····	(89)
5.1.3	遗嘱信托的生效·····	(113)
5.2	遗嘱信托的变更·····	(119)
5.2.1	遗嘱信托变更的含义与依据·····	(119)
5.2.2	遗嘱信托的约定变更·····	(121)
5.2.3	遗嘱信托的法定变更·····	(126)
5.3	遗嘱信托的终止·····	(132)
5.3.1	遗嘱信托终止的含义和基本原则·····	(132)
5.3.2	遗嘱信托终止的事由·····	(133)
5.3.3	遗嘱信托终止的法律后果·····	(137)
5.3.4	遗嘱信托财产的强制执行·····	(140)
5.3.5	遗嘱信托事务的清算和受托人责任的解除·····	(143)
第6章	受托人对遗嘱信托事务的执行 ·····	(148)
6.1	受托人的权利·····	(148)
6.1.1	受托人权利的特殊性·····	(148)

6.1.2 受托人的“他益权”	(149)
6.1.3 受托人的“自益权”	(151)
6.2 受托人的义务	(154)
6.2.1 事务性义务	(155)
6.2.2 管理性义务	(159)
6.2.3 不得转让受托人义务的义务	(162)
6.2.4 多数受托人问题	(163)
6.3 受托人的责任与受益人的救济	(164)
6.3.1 合同责任	(164)
6.3.2 侵权责任	(165)
6.3.3 违反环境法的责任	(166)
6.3.4 受益人的救济	(167)
 结 语	 (171)
 参考文献	 (173)

第1章 绪论

1.1 研究缘由

由于法律传统,遗嘱信托制度盛行于英美法系国家。但由于遗嘱信托制度的优越性和灵活性,其被广泛移植于大陆法系国家,包括日本、韩国等亚洲国家在内。遗嘱信托作为英美国家和韩日等国家的信托重要组成部分,在民众的生活中扮演着非常重要的角色。遗嘱信托相较于赠与和遗嘱这两类相近的制度,存在无可比拟的优势,如时间的长期性、巨大的弹性空间、对受益人利益或信托目的的保障。此外,近来社会上的一些热点事件,如能适用遗嘱信托来处理,会达到比较好的社会效果。目前,我国对于遗嘱信托制度仅在《信托法》中以几个条文的形式规定,尚未形成体系,许多问题仍然需要我们进行更加深入细致的研究。因此,如何建构我国的遗产信托制度,已成为一个紧迫的问题。

(1) 理论意义

2001年,我国《信托法》已经在第九届人大常委会第二十一次会议通过。在《信托法》第13条中规定了设立遗嘱信托的一般性规定,其实我国遗嘱信托制度早在这时就已经开始了。2007年,银监会在公布的《信托公司管理办法》《信托公司集合资金信托计划管理办法》等一些规章中规定了遗嘱信托财产的管理、财产运用,为其提供了一定的法律规定与依据。遗嘱信托制度涉及民法、物权法、继承法以及信托法,其权利义务关系较为复杂并且极具特色。信托业发达的国家,无不有着健全的信托法体系。以民事信托最为发达的英国为例,

早在16世纪的时候就已经建构起比较完善的遗嘱信托制度法律体系,并且有大量的遗嘱信托的案例用作判例,遗嘱信托制度在英国得到了进一步的发展。就我国现阶段而言,多层次的法律框架为遗嘱信托制度的完善提供了一定的法律基础,但是这十几年来,遗嘱信托制度仍然是举步不前。其实,其他信托制度的发展也为完善遗嘱信托制度提供了可以借鉴的经验。

遗嘱信托能填补现行继承法中的空白。无论是法定继承还是遗嘱继承,都势必不能避免对遗产的分割。这在司法实务中就产生了很多弊端。一方面,分割遗产会产生不必要的纠纷,而且有很多遗产也不适合分割。一般对于此种情形,大多数的国家采取的是折价适当补偿或者按照共有来处理。看似解决了问题,其实还是存在很多隐患。对于折价补偿,不仅获得该继承物的继承人未必有能力提供补偿款,增加其负担,而且对获得补偿款一方也是不公平的。现实中这样的诉讼也不在少数。如果按照共有来处理,在操作上难度很大。另一方面,对于遗产的分割,使得遗产的整体效能发挥受阻。这主要体现在对公司企业的传承上。如果被继承人是一个公司的大股东,实际控制该公司的股权,那么因为继承而对其股权进行分割,必将导致其对该公司的控制权缩水甚至是丧失了控制权。这显然不是被继承人希望看到的结果。遗嘱信托制度可以从根本上解决这样的问题。遗嘱信托的受托人根据委托人的意愿来保有被继承人的遗产,不仅可以使遗产免于分割而导致对公司控制权的丧失,还可以通过专业理财人员的管理、经营给受益人带来稳定的收益。与此同时,根据遗嘱信托,在需要分割遗产的时候,受托人可以通过遗嘱信托来避免因为争夺遗产而导致的不必要的纠纷。

(2) 现实意义

中共十八届三中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的核心内容之一是全面深化经济改革。其中把经济体制改革作为全面深化改革的重点,让其发挥该领域改革的“火车头”牵引作用。目前,我们国家正处在跨越中等收入的阶段,到了必须要依靠改革红利释放活力、实现发展的阶段。为了实现这一发展阶段的跨越,要求我们必须借鉴一切人类社会宝贵

的法律制度与经验,让一切劳动、知识、技术、管理、资本的活力竞相迸发,让一切创造社会财富的源泉充分涌流,让发展成果更多、更公平惠及全体人民。改革开放三十多年来,中国人民所取得的成绩是举世瞩目的,同时个人财富也取得了大量积累。无论是经济增长总量还是居民存款总额,与20世纪改革开放之初制定继承法之时的社会经济状况相较,财富增长的总量都发生了巨大变化。人们的个人财产也在随着国家经济快速发展成倍的增长,在改革开放之初,邓小平倡导允许和鼓励一部分地区和一部分人先富起来,在这样的政策鼓励下,中国出现了一大批先富裕起来的民营企业和个人。在我国东部沿海发达地区,更是流传着藏富于民的说法。面对着财富的急剧增长,我们对于财产管理的模式必须要与时俱进,避免因为财产管理模式的落后,从而不能很好地满足人们对于财富保值与增值的需求。

香港著名艺人沈殿霞选择设立信托的方式,将名下资产转以信托基金方式运作,并交受托人管理。在她过世后,其女郑欣宜在面对资产运用之事时,由受托人负责审批、协助。又如我国著名相声艺术家侯耀文先生于2007年驾鹤西去,按照我国传统的伦理道德,他的亲友理应披麻戴孝让他早日入土为安。可是随后发生的事情却让世人惋惜,因为侯耀文生前没有留下遗嘱,同时其所有财产的产权关系较为混乱且没有进行公证,导致了一场长达三年的遗产纠纷,亲友反目,逝者难得安息。如何在财富继承中不发生亲人之间、家族之间的纠纷成为迫切需要解决的问题。除此之外,对于遗产的管理和运用,如何能按照被继承人的意愿来执行,如何能够保证财产的保值增值,如何避免不会因继承人经验不足缺乏管理财产的经验或者任意挥霍被继承人的遗产而导致财产损失,这些问题都需要我们深入的思考。

遗嘱信托制度开创了财富管理的渠道,通过这样的渠道可以使财富保值增值。随着中国经济的快速发展,开征遗产税与赠与税只是时间的问题,普通民众对于自己的财产保值增值有迫切的现实需求。因此,遗嘱信托制度在中国有广阔的发展前景。

1.2 研究现状

本书以遗嘱信托制度的构建为题,通过查找中外文献资料进行研究,以期形成构建我国遗嘱信托制度的完美设计。就研究现状而言,国外的研究成果相对成熟;国内的研究成果,主要集中在《信托法》颁布实施后,在《信托法》颁布之前,我国学者对于信托制度的研究成果数量少,并且多为经济学领域的研究。

(1) 国外研究现状

信托法的研究在英美法中一直都受到学者们重视。就目前国外的研究情况看,有两个趋势是比较明显的,第一就是信托在商业领域的新发展,研究商业信托、离岸信托;第二就是信托的基本构造再探讨,着重于探讨信托与合同、与公司组织体之间的共性、特性。从国外的研究成果来看,英美法系国家关于遗嘱信托制度的研究主要体现在法理、案例、立法这几方面。遗嘱信托制度源于英国的衡平法,可以说英国法学者对于这方面的沉淀很深厚。Christopher St. German 在他的著作 *The Doctor And Student* 中论述了普通法、衡平法与教会法之间的矛盾,还介绍了英国的法律原则以及一些典型案例,并且在案例中以大法官的正义与良心形成了衡平法的内容。Cary Watt 在他的《衡平法和信托不简明案例》一书中,阐述了信托法的基本结构,在这本书中介绍了信托的起源、概念、信托的成立要件、信托当事人之间的权利义务关系以及衡平法救济途径,等等。大陆法系的国家有不少引进了遗嘱信托制度,但是很奇怪的现象是一些发达国家,诸如德国、法国,尚未正式引进信托制度。日本是在明治维新之后移植了信托制度,并且于 1922 年专门制定了《日本信托法》,在这部法律中又专门规定了遗嘱信托制度。日本法学家能见久善在著作《现代信托法》中认为,遗嘱信托是与遗赠、赠与不同的,遗嘱信托在处理财产方面更能体现委托人对于财产管理的自由意志,处理的方式更为灵活,能更好地保护受益人的利益以及小型株式会社业主的利益。中野正俊教授在他的《信托法》《信托法判例研

究》两书中通过运用法理和案例的方式来评述日本信托制度,其中就有关于遗嘱信托的规定。中南大学法学院张军建教授曾将此书译成中文。日本立法机构于2006年颁布了新的《日本信托法》。

(2) 国内研究现状

19世纪末,信托制度传播到中国大陆,我国法学界出现了一大批信托法学家。开拓者朱斯煌在《信托法论》与《我国信托事业之现在与将来》两书中阐述了遗嘱信托制度。新中国成立后,朱斯煌先后发表了《我国的信托事业》《各国信托事业之发达并对我国现状之感想》等文章,在这些文章中指出了新中国信托制度的发展方向。90年代以后,中国信托的发展进入了全新的时代。周小明博士在《信托制度的比较法研究》一书中以比较法研究为基础,从信托法的内涵、功能与价值、演化与文化互动、信托效力等方面进行了详细的阐述。此书立足于中国的国情,并在结合英美、日韩等国家的信托理论与经验的基础上,提出了很多宝贵的建议。还有学者施天涛、余文然著述的《信托法》、张淳的《信托法原论》等。从这一阶段的研究成果来看,学者们对于信托的研究还主要停留在宏观架构上。主要是系统地介绍信托制度,或结合中国国情作比较研究,专门研究遗嘱信托的专著、论文较少。学界对信托制度体系中的具体问题,尚缺少精细化研究。鉴于信托制度在社会经济领域的缺失以及中国信托业面临的严重问题,全国人大开始着手起草信托法。2001年,全国人大常委会通过了《中华人民共和国信托法》(以下简称《信托法》)。《信托法》第8条、第12条规定了遗嘱信托制度。这标志着我国正式在法律层面上对遗嘱信托进行了移植。张淳教授发表《〈中华人民共和国信托法〉中的创造性规定及其评析》等文章,专门就我国《信托法》中的创造性规定发表评论意见。王涌教授发表文章《论信托法与物权法的关系——信托法在民法法系中的问题》,就信托财产与物权法的冲突及适用作出精辟阐述。张军建教授近年来与日本著名信托专家中村正俊保持密切联系,开展了多次信托交流会,就信托的冲突与适用发表了《中国信托法具体修改建议》,为将来的信托法修改提供了宝贵的建议。就遗嘱信托制度而言,目前已有数篇硕士论文专门论述,如中

国政法大学马巍的《遗嘱信托法律制度研究》，兰州大学潘心玲的《我国遗嘱信托制度研究》，厦门大学黎秀容的《遗嘱信托制度研究》，山东大学刘颖的《建构我国的遗嘱信托制度》，湖南大学周林的《论我国遗嘱信托制度的完善》等。他们都从不同的角度、不同的侧重点来讨论我国的遗嘱信托法律制度的问题。

1.3 研究方法

本书研究遗嘱信托制度，主要采取以下三种研究方法，分别为比较分析方法、历史分析方法、系统分析方法。

(1) 比较分析方法

对于本书而言，首先是对大陆法系下的信托制度与英美法系下的信托制度进行比较。通过对比分析，我们可以在大的背景下分析出遗嘱信托制度所寄生的条件，或者说找到遗嘱信托制度得以存在的外在制度环境，这属于对于遗嘱信托制度的外围比较考察。其次，即使同为大陆法系，遗嘱信托法制度的引进和发展也有差异，把同为大陆法系国家中的遗嘱信托制度进行对比，这相对于前一类的比较而言应该属于“微调”了，这样的对比可以让我们的研究更为精细，更能让遗嘱信托制度在各个国家的特定情况下与各自的其他制度契合无间。

(2) 历史分析方法

任何一种法律制度都是历史发展的产物，一个制度只有了解其产生的背景、发展的历程，才能把握其未来的发展趋势，才能厘清其发展的脉络和内在的规律。本书采用历史分析的方法，简要描述遗嘱信托的历史发展变革，采用史论结合、夹叙夹议的方式。比如，我国信托制度在古代就存在的意见是不准确的，那并不是严格意义上的信托制度。真正意义上的信托概念的导入应该是在19世纪。

(3) 系统分析方法

遗嘱信托制度是继承法与信托法的交叉,直接受制于其实体制制,从根本上讲决定于各种社会经济因素、政治因素、文化因素。研究这一制度的内在规律,研究不同制度模式之间的差异的根源,离不开其他各种社会因素的分析。本书将社会看作一个大的系统,由各种层次上的要素构成,这些要素之间决定了遗嘱信托制度的产生、发展以及特色。总之,遗嘱信托制度不可能单独存在,它是一个国家法律体系及制度中合乎逻辑的组成部分,也是整个社会大系统的有机构成要素,必须加以系统的研究,才能作出全面、准确的判断并且得出正确的结论。

1.4 创新点

本书主要有以下创新:

①从研究角度上,力求从《信托法》的现有规定上结合2007年公布的《物权法》相关规定以及《继承法》的规定,尽量保证基本民事法律制度的稳定性和协调性。对于遗嘱信托的设立方式,《信托法》规定只能采取书面形式,因此,设立信托的遗嘱不能采取口头遗嘱方式,应当采取公证遗嘱、自书遗嘱和代书遗嘱形式。录音遗嘱虽采取口头叙述,但由于有录音这种载体加以固化,应当视为一种特殊书面形式。此外,设立信托的书面遗嘱,其成立条件也要符合《继承法》的相关规定。

②理论层面的创新。本书以制度为研究视角,对遗嘱信托的起源、发展动向、各国立法考察、功能与价值定位及遗嘱信托制度在我国构建的必要性分析及对策等问题进行深入剖析,进一步融会金融法相关理论,在二者之间探讨最佳结合点,从而构建遗嘱信托制度的框架,进一步完善继承法的理论研究体系。

③以法律移植的本土化原则与具体技巧为视角来分析遗嘱信托在中国未

得到有效适用的深层原因。遗嘱信托通过构建完整地进入了我国法律体系,在适用方面上应审视其本土化进程。对于遗嘱信托制度的移植是限制在大陆法系这个框架结构下进行的。书中关于遗嘱信托财产的法律属性问题,英美法系承认遗嘱信托财产具有双重所有权,但是大陆法系坚持一物一权主义。移植过程中通过在法律结构上进行符合大陆法系传统的改造,来接受遗嘱信托财产权利具有二重性的本质。

第2章 信托制度的缘起与继受

美国现实主义法学家霍姆斯曾经说过：“法律理性的研究在很大程度上是对历史的研究”，“历史研究必须是其中的一部分，如果没有它，我们将无法知道规则的准确范围”。^① 法国著名的社会学家涂尔干认为：“要想深刻地理解一种规矩或一种制度，一种法律准则或道德准则，就必须尽可能地去揭示出它的最初起源”。^② 对于一个制度起源的考察，不是“无谓的”的目的，而是在探讨其起源的同时进一步了解该制度的本质，体会其真正产生的动因以及核心价值之所在，方可古为今用。

2.1 信托制度的缘起

关于信托制度的起源，目前存在三种学说，分别为：罗马法的遗赠说（Fidei Commissum）；英国的用益制度说（Use）；萨尔曼共同起源说（Salmen）。

2.1.1 罗马法遗赠说

“Fidei Commissum”一般译为“遗产信托”，其实质是罗马人为了规避当时

^① [美]霍姆斯：《法律之路》，载 <http://fxylib.znufe.edu.cn/new/printpage.asp?ArticleID=4168>，访问时间：2013年11月3日。

^② [法]爱弥尔·涂尔干：《乱伦禁忌及其起源》，汲喆、付德银、渠东译，上海人民出版社2003年版，第3页。