

doi:10.16104/j.issn.1673-1883.2022.02.014

论公证机构担任遗嘱信托受托人

唐仪萱^{a,b}, 李睿力^a, 李昶^a

(四川师范大学 a.法学院; b.四川科技法治研究中心, 四川 成都 610066)

摘要:公证机构具有担任遗嘱信托受托人的正当性,其在受托人资格、信托目的和信任关系三个方面均优于其他可选择主体,但也面临实践不足的现状,原因主要来自社会文化和制度规则两个方面;应当依托《民法典》继承编的基本规定,完善《信托法》《公证法》,出台配套规定、司法解释,为公证机构担任遗嘱信托受托人建构一般法加特别法的规则体系;根据公证机构的特殊性,明确其相较于一般受托人的权利、义务和责任。

关键词:遗嘱信托;公证机构;受托人

中图分类号:D923.5 **文献标志码:**A **文章编号:**1673-1883(2022)02-0076-08

Study on Notary Institutions Acting as Trustees of Testamentary Trust

TANG Yixuan^{a,b}, LI Ruili^a, LI Chang^a

(a. Law School; b. Sichuan Science and Technology Law Research Center, Sichuan Normal University, Chengdu, Sichuan 610066, China)

Abstract: Notarial institution has the legitimacy to act as trustee of testamentary trust, and it is superior to other optional subjects in three aspects: trustee qualification, trust purpose and trust relationship. But it is faced with insufficient practice, which is the result of two aspects: social culture and institutional rules. According to the basic provisions of the *Civil Code* inheritance edition, the *Trust Law* and *Notarization Law* should be revised, and supporting regulations should be improved, judicial interpretations should be issued, and a general law plus special law rule system should be constructed for notary institutions to act as trustees of testamentary trusts. According to the particularity of notary institutions, their rights, obligations and responsibilities should be clarified compared with general trustees.

Keywords: testamentary trust; notary institution; trustee

我国遗嘱信托制度确立于 2001 年生效的《中华人民共和国信托法》(以下简称《信托法》),与其相隔 20 年的《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)增加遗嘱信托相关条款,这是遗嘱信托得到法学界重视的体现。但我国遗嘱信托制度发展缓慢,实务中应用极少,至今裁判文书网能查询到的相关案例仅 4 例,能明确检索到判决的仅 3 例^①,其中显然存在因委托人对遗嘱信托认识不足、未选择专业的受托人以致遗嘱信托不成立的情形。在信托关系中,受托人居于核心地位^[1],探索更合理的遗嘱信托受托人主体是促进遗嘱信托发展的关键。遗嘱信托是死因行为,由委托人的死亡作为生效要件,而遗嘱信托的执行离不开受托人。因此,受托人的选任至关重要,直接决定了遗嘱信托

的施行效果。基于我国遗嘱信托实践陷入困境的现状,拟提出以公信力高且民众相对熟知的公证机构作为遗嘱信托的受托人,打破信托壁垒,以此促进遗嘱信托在实务中的应用,并以实践反哺理论和立法的完善。

一、公证机构担任遗嘱信托受托人的正当性

无论是实务中还是理论上,公证机构都不是唯一的担任遗嘱信托受托人的选择。现从主体资格、信任关系和可操作性三个方面,将公证机构与自然人、信托公司、律师事务所和商业银行进行对比,论证其担任遗嘱信托受托人的正当性和优越性。

(一) 公证机构完全具备遗嘱信托受托人资格

受托人资格由法律规定的行为能力和实务中

收稿日期:2022-01-24

基金项目:成都市哲学社会科学研究规划项目:中华法律文化视角下成渝地区民事信托文化建设研究(2021BS119)。

作者简介:唐仪萱(1984—),女,重庆人,副教授,硕士生导师,博士研究生,研究方向:民商法学、科技法学等。

的操作技能组成。

在行为能力方面,《信托法》第24条要求受托人完全的行为能力和独立责任。自然人担任受托人,实则只需要具备完全民事行为能力。公证机构是事业单位法人^②。我国合伙和个人律师事务所属于不能独立承担责任的非法人组织,只有国资律师事务所属于国家事业单位法人^③。商业银行和信托公司是企业法人^④。综上,公证机构、自然人、信托公司以及商业银行都符合《信托法》规定的主体身份条件,但是律师事务所中的合伙和个人律师事务所属于非法人组织,仅有国资律师事务所符合担任遗嘱信托受托人的条件,而我国目前的国资律师事务所数量极少。

在实务中的操作技能方面,是否具备操作技能是考量遗嘱信托受托人正当性的关键,因为受托人对于信托财产的操作能力直接决定信托完成程度。可操作性由两方面决定:一是受托人的专业程度,二是受托人的权限职能。一方面,目前我国法律并未针对遗嘱信托受托人的职责进行详细规定,结合《信托法》对信托的定义以及对受托人义务的规定,遗嘱信托受托人的职责应当是遵守信托文件,对信托财产进行管理或者处分。但是,此种高度概括性的规定不利于研究受托人是否对该行为具有可操作性。有学者指出,《民法典》仅罗列遗产管理人的职责,是因为遗嘱执行人和遗产管理人的职责相似,避免重复立法^[2]。鉴于遗嘱信托与遗产管理、遗产执行的相似性(虽然如后文所述,三者并不能等同),本文拟参照《民法典》有关遗产管理人职责的详细规定来推演遗嘱信托受托人可能具有的管理职责。另一方面,遗嘱信托本质是以遗嘱方式设立的信托,其内核应偏向信托目的,即实现财富升值,因此可能面临投资和经营的义务。综上,遗嘱信托受托人可能的职责包括制作遗产清单、报告遗产情况、保管遗嘱、保管遗产、处理债权债务、分割遗产,以及对于财产进行投资和经营以实现财富升值。下文从各不同主体可操作性的角度展开论述。

其一,公证机构做受托人的操作技能。公证机构是法律明确规定的唯一具有保管遗嘱资格的主体^⑤。可见遗嘱信托受托人的部分职责正是公证机构的法定职责。另外,办理遗嘱公证是公证机构法定职责的应有之义,对遗嘱进行公证,以免将来因为真实性和合法性缺失而导致遗嘱不成立,保证委托人(被继承人)和受益人的利益。从实务上看,公证机构的业务范围以遗嘱继承事务居多,其具有担

任遗嘱信托受托人的经验优势。其二,自然人作受托人的操作技能。虽然制作遗产清单、报告遗产情况、保管遗嘱和遗产等相关事项即使无相关专业经验也能处理,但是完成程度无法保证,委托人的信托目的和受益人的利益也面临无法实现的风险。如果委托人设定的信托内容中包含了处理、分割遗产等专业程度要求高或者准入门槛高的事项,以一般自然人的专业水准而言,显然不足以应对。因此,自然人由于专业程度低和实务经验少等原因,在遗嘱信托的实务操作上较难胜任受托人这一身份。其三,信托公司、商业银行和律师事务所担任受托人的操作技能。这三个主体均存在主营范围同遗嘱信托关联度不高的问题,譬如信托公司是符合法律规定的可以从事营业信托业务的法人机构,业务范围以融资和投资类信托为主。商业银行作为金融机构,其主要职责着眼于金融业务,而国资律所业务重点在诉讼业务。因此以上三个主体在处理遗嘱信托此类民事信托上缺乏专业度。概而论之,针对遗嘱信托受托人的制作遗产清单、报告遗产情况、保管遗嘱、保管遗产等职责,其中保管遗嘱如前文所述仅公证机构具备主体资格;其余事项,信托公司、商业银行和国资律师事务所可能并没有专业性和实务经验的优势。

(二) 公证机构担任遗嘱信托受托人契合信托目的

受托人管理和处分信托财产之目标便是实现信托目的,而不同类型的信托其目的大相径庭,因此选择契合信托类型的受托人至关重要。按照我国学界主流的遗嘱信托区分标准^⑥,遗嘱信托是民事信托。遗嘱信托作为民事信托侧重于财产转移和管理功能,其目的在于财产的长期规划,因此受托人之作用在于财产的保护而非财产的形成^[3]。

公证机构契合遗嘱信托设定目的,一方面,公证机构作为法定的不以营利为目的的证明机构,符合民事信托的非营利性性质。不止于此,公证机构法定的保管职能正是民事信托管理目的的实现基础。另一方面,公证机构无法从事营业性信托活动,故无权执行投资性事务,而作为民事信托的遗嘱信托不追求财产的增值。由此公证机构的局限性即处理事项的有限性不仅不是劣势,反而使其可以更加专注有权处理之事项,实现委托人设立的目的。

民事信托在我国受重视程度低,从《信托法》以调整营业信托为主便可窥见。此外,在民事信托受托人选择上,我国也仅有从事营业信托的禁止性规范。^⑦遗嘱信托委托人如果选择受自己信任的近亲属作为受托人,虽然基于亲缘关系,在无经济激励

的前提下,其亦可尽心尽力管理和处分财产,但是自然人受托人绝大多数属于非职业受托人,通常专业性较低且能投入的时间精力有限,可能无法实现委托人的信托目的。而信托公司和商业银行由于其本身是以营利为目的设定的法人机构,因此在担任民事信托受托人面临的最大的问题除了未获批准外,缺少经济激励亦将阻碍其履行受托人义务。至于国资律师事务所,尽管法律禁止其从事经营性活动,但是随着律师事务所改制工作的进行,国资律师事务所实质上已然销声匿迹。

(三) 公证机构担任遗嘱信托受托人拥有优异的信任基础

信托涉及财产转移,其基础源于委托人对受托人的信赖,受托人必须忠实且谨慎地完成其职责以不辜负委托人的信任^[4]。遗嘱信托更是如此。遗嘱信托受托人将在缺少委托人监督的情况下执行和管理遗嘱信托,成立遗嘱信托的基础必定是对受托人的高度信任。

对于我国民众而言,公证机构具备较高的信任度。首先,公证机构的设立需要经过政府审批,依托国家的公信力,行使国家证明权。其次,国家和各地方也制定了公证相关的法律法规。从规范公证文书写作标准、保存标准和公证质量评价再到对公证辅助人员、公证员和公证机构的考核,通过完善的规则和完备的程序保障公证机构的公正和客观。再次,《公证法》第 18 条和第 19 条明确规定了公证员的要求,注重个人品德,尤其着眼于专业业务能力的考量。依托国家级考试和法律相关工作经历等拥有较高公信力的评判标准,建立高质量高水准的公证人员队伍。第 20 条和第 23 条也对公证人员的要求和行为做出了禁止性规定,设定了严苛的考核机制,进一步规范了公证人员的行为。最后,实务中为了保证公证人员的公正性,公证人员须预先缴纳质量保证金,以应对可能发生的赔偿。综上所述,公证机构的信任度来源于公证机构的事业单位性质以及法律法规对公证机构和公证人员的规范。

受儒教理论的影响,中国人通常更容易产生基于亲缘关系的在亲属之间的小范围信任^[5]。因此实务中被继承人委托其亲属作为遗嘱信托受托人的情况屡见不鲜。可是,由自然人担任遗嘱信托受托人存在明显问题。按照《信托法》的规定,受益人和受托人可能为同一人(但非唯一受益人)^⑧,在这种状况下,其他受益人的利益可能受到损害。

信托公司同样具备良好的信任基础,但其信任

来源与公证机构不同,由于信托公司、律所和商业银行存在破产的风险,委托人无法始终对其保持高度信任。信托公司依据法律法规设立和运行,由国务院直属事业单位对其业务活动实施监督管理,具备一定的公信力。同时信托公司的经营目的也可以在一定程度上促进委托人对其信任的建立:由于信托公司以营利为目的,违约成本高,为了免于受到处罚,影响利益的取得,其会更加遵守经营规则。可见,对信托公司的信任感来源于其营利目的,为达成该营利目的,信托公司能够进行更合理的运营和操作,以追求最优的管理、处分信托财产效果,实现委托人的信托目的。律所和商业银行同样都因为行为受到法律的规范和上级机构的监管而取得信任。与公证机构和信托公司一样,律所和商业银行的人员选任也具有较严格的考核标准,具备专业性。并且,商业银行的存款业务也是基于信任而开展。

综上,遗嘱信托委托人对自然人的信任更多地来源于亲缘关系本身,而非来源于对自然人以专业性、契合度等方面进行的客观考量。现代民法语境下的遗嘱信托,其信任关系不应局限于特殊信任,而应当主要表现为普遍信任和系统信任^⑨。无论是国家公信力的背书,还是从业人员的专业度,以及相关法律制度供给现状,公证机构都有充分的构建系统信任的条件。

(四) 小结

公证机构符合担任遗嘱信托受托人的要求,是具备操作技能的适格主体。作为不以营利为目的的事业单位,其性质和法定职能都契合遗嘱信托作为民事信托的特点。此外,主要基于国家背书的公信力使公证机构与民众之间产生了牢靠的信任关系。总之,公证机构作为具备丰富实践经验的专业机构,能够全面履行职责,且具有较强的稳定性,为信托目的的实现提供最优的路径,如表 1 所示。

表 1 遗嘱信托受托人主体优势比较总结

	自然人	公证机构	信托公司	律师事务所	商业银行
受托人资格	?	√	?	?	?
信托目的	?	√	?	?	?
信任关系	?	√	√	√	√

注:√ 代表具备;×代表不具备;? 代表不完全具备

二、公证机构担任遗嘱信托受托人实践不足的原因分析

实务中,公证机构介入遗嘱信托已经不是个

例。江苏省南京市一位离婚的女士为了保障其幼女的生活不被其他人侵占或者挥霍,在选定了受托人的情况下,请求南京公证处为其起草遗嘱信托文件、公证遗嘱信托并担任负责协助完成权属转移。深圳的李女士在某律所的指导帮助下,选择其好友担任受托人,其父亲、母亲和女儿为受益人,并由深圳公证处为该遗嘱信托进行公证。重庆的刘某为了确保其去世后妻子的生活保障,沙坪坝公证处公证员为其起草遗嘱信托并进行公证,选择其侄女作为遗嘱信托受托人,同时指定某律师为遗嘱信托监察人。可见,目前公证机构主要行使起草遗嘱、公证遗嘱、保管遗嘱等职能,同时也能担任遗产管理人,在立遗嘱人死亡至信托财产转移完成的时间里,对遗嘱信托财产进行过渡性管理。那么,究竟何种因素阻碍了公证机构以遗嘱信托受托人的身份参与遗嘱信托?可以从四个方面予以分析。

(一) 社会转型期传统影响尚在

1. 遗嘱继承不是首要的继承方式

有学者直言,中国正进入关键时期,合理的转移财富方式将对社会稳定产生重要影响。以侯耀文遗产纠纷案为例,因其突发疾病去世,且未预先订立遗嘱,其家人因为财产问题产生纠纷,多次对簿公堂。可见,订立遗嘱有利于财富的转移和利益的传承,更是家庭和谐稳定的保障。近年来,从无论是全国公证遗嘱查询平台的上百万条公证遗嘱的数据,还是中华遗嘱库自 2013 年设立以来为近 30 万人提供了遗嘱相关的帮助和服务^[6],可以看出选择以遗嘱作为处分遗产方式的人数正逐渐增长。然而并不能因此盲目乐观。根据裁判文书网的数据,2017—2019 年,全国法院一审继承案件中遗嘱比例不足 5%,因缺乏遗嘱而引起的继承纠纷在继承纠纷总数中占绝大部分,可见遗嘱意识的普及仍任重道远。究其原因,一方面是因为传统思想的束缚,生前谈论身后事是文化禁忌。另一方面是因为我国经济发展虽然迅速,但是毕竟处于社会转型期,贫富差距大,大多数被继承人认为其并无值得后人争诉的客观物质条件。

2. 特殊信任仍然主导人际信任

从本文列举的案例中可以发现,即使受托人在设立遗嘱信托时寻求了公证机构的介入,但其在选择受托人时仍然没有考虑公证机构,而是以其好友或者亲戚为主。现阶段,被继承人在选择受托人时更倾向于指定自己身边熟悉的人或者有血缘关系的亲戚。如前文所述,马克斯·韦伯认为我国受到传统儒家理论的影响,信任关系是以血缘关系为基

础,建立在家族关系上的特殊信任关系,而超越个人特定关系的广泛信任称为普遍信任。不难理解,在传统农耕社会本就是一个熟人社会,血缘和地域构成了人际交往的基础。但在传统社会向现代社会转型过程中,普遍信任的缺位不利于满足现代社会交往的需要^[7]。就遗嘱信托受托人的选择来说,想要获得普遍信任,必须优化信任环境。即构建完备的且能有效实施的受托人相关的法律法规,提升公证人员的专业度,建立有效的监督体系,提升公证机构的公信力。

(二) 制度供给不足

1. 法律未明确规定公证机构可以担任遗嘱信托受托人

前文已述,公证机构符合《信托法》中对于受托人的主体要求。《信托公司管理办法》明确,只有经过批准才能经营信托业务。但是该条规定是对营业信托受托人的限制,对民事信托并未限制,因此公证机构也并未被限制充任受托人。然而,正是因为法律的态度模糊、引导不足,公众在选择时自然很难将其纳入考虑范围。由于缺乏相应的实践,理论中的问题也不易发现,如此循环下,公证机构自然难以担任遗嘱信托受托人。

2. 法律未明确规定公证机构担任遗嘱信托受托人的职责

这里的未明确包含两个方面:一是法律未详尽规定遗嘱信托受托人的职责内容,二是《公证法》未规定遗嘱信托。一方面,如前文所述,遗嘱信托受托人的职责应当是遵守委托人在遗嘱信托中的约定。但是具体做哪些管理和处分,法律并没有详尽的规范,甚至缺乏概括性的范围限定,对委托人在遗嘱信托文件中如何设定信托事项指引甚少。纵然《民法典》新增的遗产管理人职责对于设置受托人的职责有一定的参考价值,但终归和遗嘱信托受托人是两种身份。尽早明确遗嘱信托受托人的职责范围是发展遗嘱信托的当务之急。另一方面,《公证法》《公证程序规则》《遗嘱公证细则》为公证机构提供了行为规范,但均围绕公证活动展开。《公证法》第 11 条、第 12 条和第 26 条涉及遗嘱公证。虽然第 12 条的“保管遗嘱、遗产”可以认定为公证机构担任受托人的职责之一,也是公证机构可以充任受托人的原因之一,但是由于缺乏明确的规范,仍阻碍了人们甚至公证机构对其可以担任受托人的认知和实践。

(三) 涉遗嘱的多重角色边界不清

通过实务案例可以发现,目前有公证机构作为

遗嘱执行人处理遗嘱相关事务。那么,遗嘱信托受托人和遗嘱执行人之间是否会产生混淆?首先,需要明确公证机构是否可以担任遗嘱执行人。《民法典》未明确遗嘱执行人的主体资格要求,因此公证机构成为遗嘱执行人没有相关的禁止性规定。其次,要辨析遗嘱信托受托人和遗嘱执行人的区别。角色的混淆既影响被继承人的选择,也在一定程度上阻碍公证机构准确履行职责。有学者认为,遗嘱执行人本质上就是被继承人的受托人^[8]。诚然,遗嘱信托受托人和遗嘱执行人有一定的相似度:其一,二者的设立方式都包括遗嘱直接指定,产生的基础都是信任;其二,二者的处置行为都需要遵守遗嘱人或委托人的要求。但是,二者在信托财产(继承财产)及其处分目的上有本质区别:首先,只有遗嘱信托受托人才具有法律上的财产所有权人地位;其次,受托人除了行使一般职责外,还需要通过管理和处分信托财产,使其保值升值,实现受益人利益最大化,其对信托财产实行长久管理;而遗嘱执行人的职责是对遗产的清理和分割,不具备持续性。因此,二者不宜混为一谈。委托人(被继承人)应该根据不同的目的选择合适的遗产管理和处分方式。

此外,《民法典》新增了遗产管理人相关概念,有必要将之与遗嘱信托受托人和遗嘱执行人进行比较、甄别。一方面,三者的产生方式不同。遗产管理人的产生可基于选任和指定^⑩,也就是说遗嘱执行必定有遗产管理人的参与。本质上,遗产管理人制度的产生就是为了解决以前遗嘱中未设置遗嘱执行人而导致继承中发生纠纷的问题。因此遗产管理人和遗嘱执行人的职责具有相似性。而遗嘱执行人和遗嘱信托受托人只能是由被继承人(委托人)指定而产生,产生方式的不同使得其所代表的利益也不同。可以说,遗嘱执行人制度和遗嘱信托受托人制度是同时在保障继承人(委托人)意思自治和继承财产(信托财产)的处分,而遗产管理人的目的主要是止争息讼,减少纠纷,明确遗产纠纷的诉讼主体。另一方面,《民法典》规定遗产管理人未尽职责可因一般过失而免责,而《信托法》要求受托人承担过错责任。

综上,公证机构参与到遗嘱事务时可能有三种身份:遗产信托受托人、遗嘱执行人和遗产管理人。其中,公证机构作为遗嘱信托受托人参与遗嘱,相较于以其他身份参与遗嘱,更有利于遗产发挥最大效益。如果被继承人(委托人)意在财富的保值、升值和传承,那么遗嘱信托将是最优选择。遗嘱信托

受托人的职责范围大于遗嘱执行人和遗产管理人,遗嘱信托受托人不仅能够行使遗嘱执行人和遗产管理人在遗嘱生效前期的起草遗嘱(遗嘱信托)、制作遗产清单等职能,还可以行使超越遗嘱执行人和遗产管理人职责范围的公证遗嘱(遗嘱信托)和保管遗嘱(遗嘱信托),遗嘱信托生效后除了对遗产的清理和分割外,还可以自己的名义在其法定职责范围内对信托财产进行保管,使信托财产保值甚至升值。

(四)民事信托财产登记机关缺位

我国《信托法》采用的是登记生效主义。这里的登记手续包含两项:一个是财产权转移登记手续;另一个是信托登记手续^[9]。但是信托登记体系却未真正建立。现行的信托登记机关仅针对营业信托,而民事信托财产至今没有法定的登记机关。民事信托财产缺乏法定登记机关的现状直接影响了诸如遗嘱信托等民事信托的发展,以致间接影响了公证机构作为受托人的实践。本文认为,公证机构可以作为民事信托的财产登记机关。首先,公证机构负责登记有法可依;其次,我国早在 2014 年就已经建立了全国公证遗嘱备案查询平台并投入使用,可以直接依托此平台对信托财产进行登记,对信托财产的独立性进行公示;最后,需要特别注意的是,此处的登记不产生信托财产所有权转移的效果。所有权的转移登记应该由法律规定的专门的国家机关负责,如不动产所有权变动登记由不动产登记机构负责。总而言之,公证机构作为民事信托登记机关已经具备了法律上的可行性和实务上的可操作性。

三、公证机构担任遗嘱信托受托人的规则完善

如前文所述,公证机构担任遗嘱信托受托人,有其充分的正当性基础,但具体规则缺失也是相关实践发展不佳的客观障碍。公证机构符合《信托法》中对于受托人资格和能力的规定,但是立法对其作为受托人的主体地位和职责范围没有明确。在《民法典》短期内不会修改的立法背景下,可以依托《民法典》继承编的基本规定,完善《信托法》和《公证法》,并出台配套规定、司法解释,为公证机构担任遗嘱信托受托人建构一般法加特别法的规则体系。首先,出台《民法典》继承编司法解释,明确遗嘱信托受托人的选择范围,并列举受托人可以包括公证机构,同时细化遗嘱信托受托人的权利、义务和责任;其次,作为民事特别法的《信托法》以专

章规定遗嘱信托一般规则,在修改前的过渡期,可出台司法解释,完善受托人条款,或者由司法部牵头出台《遗嘱信托适用细则》;最后,在《公证法》中明确公证机构作为遗嘱信托受托人的主体资格,在《公证程序规则》或者《遗嘱公证细则》中明确公证机构作为受托人的权利、义务和责任,以及程序规则,规定公证机构作为遗嘱信托的登记机关,突出公证机构担任遗嘱信托受托人的特殊性。

(一) 公证机构的权利

公证机构担任遗嘱信托受托人的权利主要有两个,一个是取得报酬权,另一个是委托他人代为处理信托事务的权利,即委托代理权。此处重点说明后者。

一方面,公证机构无法管理经营性事项,委托人可以将公证机构和信托公司确定为共同受托人,也可以在遗嘱信托中约定公证机构有权委托他人代为处理信托事务,将超出权限的事务委托他人代为办理。唯需说明的是,此权利并非委托代理中的代理人的转委托权,更非转信托权。其一,在委托代理中,转委托一旦成立,次代理人是委托人的代理人,受托人仅承担选任和指示责任;而在受托人与委托人、受益人的信托关系之中,受托人委托他人代为处理信托事务,该转托的代理人是受托人的代理人而非委托人的代理人,受托人对该代理人处理信托事务的行为担责。其二,我国《信托法》第30条明确表明不允许转信托。受托人与代理人是委托代理关系,代理人以受托人名义处理信托事务,后果归属受托人。

另一方面,《信托法》第30条所谓“不得已事由”一般会出现在遗嘱信托生效后的执行过程中。此时委托人已死亡,受益人不是法定的监督人,所以此时受托人有较大的自主权,存在损害委托人和受益人利益的可能性。因此委托人和受托人应当提前就转托代理的事项和权限进行约定,以免损害委托人和受益人的利益。

(二) 公证机构的义务

受托人是信托关系的核心,遵守信托义务是受托人实现委托人信托目的的关键。《信托法》第4章第2节对受托人的义务做了规定,即受托人只能为受益人谋取利益、不得随意交易、对财产有序管理、对遗嘱信托内容保密以及支付信托利益的义务,即忠实义务和谨慎义务。在此一般规则基础上,我们应该结合公证机构的特殊性,沿着其担任受托人的全过程,对其义务进行细化。

1. 禁止约定经营性事项

《公证法》第6条明确了公证机构不以营利为

目的的性质,其在担任遗嘱信托受托人时并不能对金融资产和企业资产等财产进行管理。因此在遗嘱信托中必须明确公证机构的管理事项,禁止公证机构约定经营性事项。

2. 起草遗嘱信托

《公证法》第12条授予了公证机构代写公证事项相关法律文书的权能,因此公证机构在遵循遗嘱人意思表示的情况下,为其起草遗嘱信托。遗嘱信托的形式上应符合《信托法》第8条和《民法典》继承编对遗嘱信托形式的规定,内容上囊括《信托法》第9条规定的信托应载明之内容。

3. 公证、保管遗嘱信托

遗嘱信托设立以后,公证机构可以依照《公证法》第2条、第11条对其进行公证,并出具公证书。由于公证遗嘱卷宗的保密级别高,加上公证机构具有严格的保密义务,除立遗嘱人本人,不存在外界知晓的可能性。所以委托人选择由公证机构担任遗嘱信托受托人时,让其担任该遗嘱信托的公证人就顺理成章。此时,具备两个身份的公证机构就必须保持谨慎的处理态度,做到客观公正。在对遗嘱信托进行公证时,公证机构还应该行使《公证法》第28条、第29条规定的审查义务与核实义务。

4. 通知受益人并公布遗嘱

《民法典》继承编第1121、1123条明确了遗嘱生效的时间,由于实践中委托人订立遗嘱信托一般都会保密,所以对于委托人死亡与否的查明较困难。因此,可以通过设立委托人定期报告制度的方式,以免耽误信托程序的启动。公证机构可以创建公众号或者小程序,委托人定期在此汇报自己的情况。如果出现委托人未按时报告的情况,公证机构应当主动联系委托人。如果仍无法联系,则应该通过委托人事先预留的受联系方式来确认委托人的情况。

5. 执行、管理信托财产

公证机构应当按照遗嘱信托的约定以及《公证法》和《信托法》中规定的义务,忠实、谨慎地处理债权债务、分割遗产,按时将财产的收益向信托受益人进行交付和分配。公证机构最重要的职能是《公证法》第12条规定的保管信托财产,因此需要对应应该由公证机构进行保管的信托标的办理移交手续。对于无法移交的财产,由公证员在受益人的陪同下现场验收,并制作验收笔录。对于执行和管理的过程应该有完整的记录,定期向受益人汇报。

6. 移交财产并报告

当出现《信托法》第42条的信托终止事由时即

终止信托,向遗嘱信托受益人移交财产和账簿。为了更直观地表现义务履行情况,公证机构可以制作完结报告,就公证机构在担任该遗嘱信托受托人过程中的所有执行和管理情况进行汇总。

(三) 公证机构的责任

《公证法》第43条规定了公证机构的过错责任制度和追偿制度。《信托法》规定受托人不履行信托义务,承担过错责任,受益人除主张损害赔偿外,还可以行使归入权(将赔偿归入信托财产本身),并可以解任重大过失的受托人^[10]。公证机构如果担任受托人,其违反信托义务的行为可能包括但不限于:违反谨慎义务使保管的信托财产受到损害,违反忠实义务将保管的财产转为固有财产或者进行自我交易,违反保密义务公布委托人或受益人相关的信息或资料。结合《公证法》和《信托法》,公证机构基于过错违反信托义务可能承担的责任包括赔偿损害或者恢复原状,基于重大过失违反信托义务则可能被解任,而在承担责任之后,其可以向有过错公证人员追偿。

除此之外,还要注意公证处委托他人代为处理信托事务和作为共同受托人的责任:其一,公证机构可以根据信托内容,与委托人事先就委托第三方代理的事项在遗嘱信托中作出约定。但是根据《信托法》第30条的规定,公证机构对代理人的行为承担无过错责任。其二,委托人选择了公证机构和信托公司担任共同受托人。根据《信托法》第32条的规定,共同受托人中任何一方对信托财产的管理处分的后果都及于另一方,成立连带关系,类似于共同共有。总之,无论是委托他人代理还是设定共同受托人是委托人,都是为了实现信托利益最大化,因此遗嘱信托中应该区分不同受托人的性质和职责范围,就每一个受托人的信托事务进行详尽约定,以免发生争议以致损害信托利益。其三,增加规定公证机构对信托公司的监督职责,并明确其责

任。如果二者是委托代理关系,公证机构作为委托人自然有权监督信托公司的活动;如果二者是共同委托人关系,公证机构也可以其公信力确保信托公司按照信托目的履行职责。当信托公司出现损害受益人信托利益的行为,应当予以反对和制止,并有权采取适当行动保全信托利益。此监督既是权利也是义务,一旦明知或者应当知道共同委托人已经或者正在实施违反信义义务的行为而未采取必要措施予以制止,公证机构应当对该后果承担相应责任。

四、结语

遗嘱信托虽为一种财产管理方式,却兼具温情。其所追求的财产保值增值的益处并非由委托人享有。遗嘱信托受托人必须为了满足委托人的信托目的而处理信托事务,受托人的能力将直接决定遗嘱信托的执行质量,因此受托人的选择至关重要。通过将公证机构与自然人、信托公司、律师事务所和商业银行进行对比分析,公证机构担任遗嘱信托受托人具有明显优势——其不以营利为目的,且与民众之间的信任关系产生于国家背书的公信力,既能全面专业地履行职责又具有较强的稳定性。但是,现实中公证机构担任遗嘱信托受托人的实践不足。这既有社会文化方面的内在原因,又有制度缺失的客观障碍。应当依托《民法典》继承编的基本规定,完善《信托法》《公证法》,并出台配套规定、司法解释,为公证机构担任遗嘱信托受托人建构一般法加特别法的规则体系。根据公证机构的特殊性,明确其担任遗嘱信托受托人过程中应该特别注意的权利、义务和责任。总之,在当前大众的遗嘱、财产和家庭观念正持续变化的背景下^[6],将公证机构纳入遗嘱信托受托人范围,优化服务,拓宽了公证机构作为社会组织参与社会共同治理的路径^[12],有助于避免广大的社会财富因继承人管理不当而下沉。

注释:

- ① 《公证法》第6条:公证机构是依法设立,不以营利为目的,依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构。《司法部关于深化公证改革的方案》(三)1. 现有行政体制的公证处要尽快改为事业体制。改制的公证处应成为执行国家公证职能、自主开展业务、独立承担责任、按市场规律和自律机制运行的公益性、非营利的事业法人。今后,不再审批设立行政体制的公证机构。
- ② 《律师法》第15条、第16条、第20条规定了合伙律师事务所、个人律师事务所以及国资律师事务所的设立条件。
- ③ 《商业银行法》第2条:本法所称的商业银行是指依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人。《信托公司管理办法》第2条:本办法所称信托公司,是指依照《中华人民共和国公司法》和本办法设立的主要经营信托业务的金融机构。
- ④ 《公证法》第12条:根据自然人、法人或者其他组织的申请,公证机构可以办理下列事务:(三)保管遗嘱、遗产或者其他与公证事项有关的财产、物品、文书;《遗嘱公证细则》第20条:公证处规定保管公证遗嘱或者自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗

嘱;也可根据国际惯例保管密封遗嘱。

- ⑤ 目前学界主流的区分标准为以下几种;有学者认为,营业信托是个人或法人以财产增值其目的,委托营业性信托机构进行财产经营而设立的信托。非营业信托即民事信托,是个人为抚养、扶养、赡养、处理遗产而设立的信托。参见:卞耀武.中华人民共和国信托法释义[M].北京:法律出版社,2002:51.为了个人或家庭目的之信托为民事信托,为企业经营等商事目的之信托为商事信托。参见:于朝印.论商业信托法律主体地位的确定[J].现代法学,2011,33(05):37-44.行为说认为,营业信托是受托人以营业为目的承诺、管理或处分信托的行为,反之则为民事信托。参见:赖源河、王志诚.现代信托法论[M].北京:中国政法大学出版社,2002:39.按照以上三种标准,遗嘱信托依据性质均可划分为民事信托。但是有极少部分学者主张身份说,民事信托是指具有私益性质、由除商业受托人以外的主体担任受托人的信托,营业信托是指由商业受托人身份的主体担任受托人身份的信托。参见:张淳.信托法原论[M].南京:南京大学出版社,1994:51.据此遗嘱信托的分类应根据受托人身份而定,选择由商人身份担任受托人的遗嘱信托则为营业信托,反之则为民事信托。但是该区分标准被评价为违背依照社会关系的特点划分法律分工的立法原理,更有悖于现代法律的主体平等精神。参见:周朝琼.论民事信托与商事信托的区分[D].中南大学,2013.
- ⑥ 2001年《国务院办公厅关于〈中华人民共和国信托法〉公布执行后有关问题的通知》:未经人民银行、证监会批准,任何法人机构一律不得以各种形式从事营业性信托活动,任何自然人一律不得以任何名义从事各种形式的营业性信托活动。
- ⑦ 《信托法》第43条:受托人可以是受益人,但不得是同一信托的唯一受益人。
- ⑧ 《民法典》继承编1145条:第一千一百四十五条,继承开始后,遗嘱执行人为遗产管理人;没有遗嘱执行人的,继承人应当及时推选遗产管理人;继承人未推选的,由继承人共同担任遗产管理人;没有继承人或者继承人均放弃继承的,由被继承人生前住所地的民政部门或者村民委员会担任遗产管理人。
- ⑨ 特殊信任,即在亲缘关系基础上的小范围信任,参见[德]马克斯·韦伯.儒教与道教[M].王容芬,译.北京:商务印书馆,2003:289.普遍信任是指对他者、对一般社会、对天下人的信任,系统信任是指陌生人之间能够建立起的信任,通常来自对权威、专业体系或规则的信任,参见季卫东.法治与普遍信任——关于中国秩序原理重构的法社会学视角[J].经济管理文摘,2006(15):34-42;[美]弗朗西斯·福山.信任:社会美德与创造经济繁荣[M].郭华,译.桂林:广西师范大学出版社,2016:VI.
- ⑩ 《公证法》第12条:根据自然人、法人或者其他组织的申请,公证机构可以办理下列事务:(一)法律、行政法规规定由公证机构登记的事务。

参考文献:

- [1] 张淳.信托法原论[M].南京:南京大学出版社,1996:118.
- [2] 王葆蔚,吴云焱.《民法典》遗产管理人制度适用问题研究[J].财经法学,2020(6):51-66.
- [3] 中野正俊.中国民事信托发展的可能性[J].法学,2005(1):4.
- [4] 三菱日联信托银行.信托法务与实务[M].张军健,译.北京:中国财政经济出版,2021:63.
- [5] 马克斯·韦伯.儒教与道教[M].王容芬,译.北京:商务印书,2003:289.
- [6] 中国老龄事业发展基金会,北京阳光老年健康基金会,中华遗嘱库管理委员会.中华遗嘱库白皮书[R/OL].(2021-03-20)[2022-01-01].<https://www.will.org.cn/portal.php?mod=view&aid=1917>.
- [7] 徐尚昆.社会转型,文化制度二重性与信任重建[J].中国人民大学学报,2018(2):152-161.
- [8] 张平华,刘耀东.继承法原理[M].北京:中国法制出版社,2009:367.
- [9] 周小明.信托制度:法理与实务[M].北京:中国法制出版社,2012:153.
- [10] 何宝玉.信托法原理研究[M].2版.北京:中国法制出版社,2015:348-349.
- [12] 张贵群.社会治理共同体:理论内涵、时代价值与建设路径[J].重庆理工大学学报(社会科学),2021,35(3):124-132.