

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2022.03.005

我国家族信托的法律适用问题^{*}

高凌云

(复旦大学法学院, 上海 200438)

摘要: 随着遗嘱信托被写入《民法典》, 以及家族财富传承与规划的需求不断增长, 信托资产跨境配置越来越多, 可以预见与家族信托有关的涉外纠纷将日益涌现, 法律冲突不可避免。目前我国《涉外民事关系法律适用法》对涉外信托关系的法律适用作出的规定尚不完善。第一, 家族信托的当事人“协议”选择信托适用的法律并非在所有情况下都能实现, 因为信托可以通过单方法律行为即可设立。第二, 当事人对信托适用的法律进行选择的权利没有限制, 极易与既有法律相悖。第三, 目前的《涉外民事关系法律适用法》所规定的默认规则可能会与既定法律相冲突, 也会带来法律适用的不确定性, 不利于信托制度的发展。因此建议我国的信托法律适用法借鉴《海牙公约》和英美法的经验, 采纳有限制的当事人意思自治与最密切联系原则并重, 以及分割法律适用原则, 推动《信托法》的修法并积极参与国际公约及其谈判。

关键词: 信托法; 信托法律适用; 信托法律冲突; 海牙公约; 法律关系适用法

中图分类号: D922.282 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095 — 8072(2022)03 — 0076 — 13

一、家族信托及其法律冲突

传统的英美信托起源于英美衡平法, 多为家庭财富传承之目的而设立, 因此又称为家族信托 (family trusts, 或家庭信托)。后来信托制度被大陆法系国家和地区引进, 也在我国落地并发展。近年来家族信托在我国兴起, 2020年“遗嘱信托”被正式写入《民法典》, 2021年两会期间又有数位代表不约而同地提出发展家族信托制度的提案,^①标志着我国民事信托即将步入快速发展时期。

家族信托兴起后, 涉外信托问题就会出现, 因为信托关系以财产为中心, 涉及至少两个主体。而个人和家庭财富经常跨境流动, 当信托关系人或者信托财产位于两个以上司法辖区时, 一旦发生纠纷, 就可能产生法律冲突问题。例如, 中国内地公民甲在开曼群岛设立家族信托, 由开曼群岛的信托公司乙作为受托人, 为移居美国的私生子丙的利益管理持有。那么, 这里甲是信托设立人, 乙是受托人, 丙是受益人, 该信托分别涉及中国大陆、开曼群岛和美国的法律。如果甲的长子丁居住于中国大陆, 因其继承权被该信托全部或部分剥夺而对信托提出异议, 那么哪个国家的法律适用于与

^{*}基金项目: 本文受2018年度国家社会科学基金一般项目“民法典调整信托关系之路径研究”(项目编号: 18BFX131)的资助, 本文系项目阶段性研究成果。

^①例如全国人大代表、中国银保监会信托监管部主任赖秀福提出进一步完善我国家族信托税收政策的建议(参见新浪财经网: <https://finance.sina.com.cn/trust/roll/2021-03-08/doc-ikknscsh9197575.shtml>), 全国政协委员、中国证监会原主席、深圳高等金融研究院理事肖刚提出尽快修订《信托法》、完善信托基本法律制度的提案(参见搜狐网: https://www.sohu.com/a/455710974_100013881)。

该信托相关的某特定问题就成为首要问题。

（一）冲突的成因

根据英美信托法，如欲设立家族信托，信托设立人必须将其合法拥有的财产转移给受托人，由其持有并为他人（主要是家庭成员）的利益管理和处分。在该架构下，受托人对信托财产持有“法律上的权利”，即一种对外的管理处分权，而受益人对其持有“衡平法上的权利”，即一种对内的受益权。这种财产权利分置的制度基础与理论根据与大陆法迥异。因此，大陆法系国家和地区在引进信托制度时均对其进行了各具特色的修正。

我国《信托法》对英美信托制度最主要的修正在于对其信托财产权利分置制度的否定以及对信托设立人给予的过度保护。对信托财产权利分置的否定体现在我国信托法不要求信托财产转移，目的是为了避开信托制度与大陆法系“一物一权”原则的冲突，但同时也造成信托关系与委托代理关系的混淆。将信托设立人称为“委托人”，既与英美信托法不同，也与《信托的法律适用及其承认的公约》（以下简称为《海牙公约》）相悖。^①给予信托设立人过度保护则削弱了受托人义务，模糊了受托人义务指向的对象，使得由信托设立人之外的其他信托关系人对信托的监督变得无关紧要。在家族信托的情况下，这两个问题尤其突出。因为家族信托大多在信托设立人去世后仍存续，甚至通过遗嘱设立的家族信托在信托设立人去世后才成立。这种修正的结果是：一方面遗嘱信托无法适用委托代理关系，信托财产不转移信托就无法操作；另一方面信托设立人无法监督受托人，对遗嘱信托的监督必须仰赖信托设立人之外的其他人。

因此，在我国成立的一个没有转移信托财产的“信托”，或者一个“委托人”对其持有控制权的“信托”，如果涉及某英美法系国家或地区的法律，域外法院未必会把这种架构识别为信托关系，这样一来信托设立人设立信托的初衷就会被瓦解。

（二）我国的信托冲突法

有关信托的冲突法可以为解决因信托关系人或信托财产的跨境流动而导致的法律冲突提供一个解决框架。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称为《法律适用法》）^②第17条即针对信托适用的法律作出了前瞻性规范：“当事人可以协议选择信托适用的法律。当事人没有选择的，适用信托财产所在地法律或者信托关系发生地法律。”

该条款彰显了当事人意思自治原则，同时也提供了法律适用的默认规则。但实际操作中，该条款所带来的问题可能比能解决的问题还要多。比如谁是“当事人”？当事人如何“协议”选择信托适用的法律？法院是否必须适用当事人选择的法律？如果当事人没有做出选择，对不同类型的信托是否应该或可以适用不同的规范？等等。

本文针对以上部分问题进行分析，这种分析虽然对所有信托都有意义，但本文的

^① 参见《海牙公约》第2条（该公约的中文官方译本将信托设立人称为“财产授予人”）。

^② 2010年10月28日由第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过，2011年4月1日施行。

主要研究对象是家族信托（包括生前信托和遗嘱信托），因为家族信托更容易涉及资产的跨境配置，对信托财产的转移要求较高，因而更容易出现法律冲突。下文首先分析家族信托的当事人如何选择信托适用的法律以及这种选择权的边界限制，然后探讨在当事人没有选择时的法律默认规则，最后对我国家族信托的法律适用问题提出框架性建议，以期抛砖引玉。

二、信托当事人对适用法律的选择及其边界

我国《法律适用法》第17条规定“当事人可以协议选择信托适用的法律”，这一规定从表面上看是采纳了国际私法中通行的意思自治原则，然而谁是“当事人”，如何“协议”选择信托适用的法律，对这种选择权是否应有限制？这些问题从法条表面无法找到答案。

（一）“当事人”之辨

根据我国《信托法》第3条，信托的“当事人”包括“委托人、受托人和受益人”，《法律适用法》第17条因此可以解读为信托的“委托人、受托人和受益人”可以协议选择信托适用的法律。然而，与需要当事人协商一致才能成立的合同关系不同，除部分商事信托可由上述“当事人”协商一致成立外，绝大多数家族信托并不以“当事人”协商为前提，通过信托设立人的单方法律行为即可设立。典型的例子是家族信托中的遗嘱信托，通过遗嘱人订立遗嘱即可完成，自然也就不存在由“当事人”协商选择信托适用法律的可能。因此，该条规定虽然从表面上看体现了意思自治原则，但其过于简化，且混淆了信托关系与信托基础关系。信托“当事人”有时只有信托设立人一人，有时是信托设立人与受托人双方，但一般不包括受益人，因为即便在以信托合同方式设立的商事信托中，签订信托合同的双方当事人也只是信托设立人与受托人。另外，即便是自益信托，也是以信托设立人的名义而非以受益人的名义签订。因此，受益人很难归属于“当事人”之列，只能是“信托关系人”之一，且无法参与信托适用法的“协议选择”。故“委托人、受托人、受益人”不应统称为“信托当事人”，而应称为“信托关系人”，^①其中有权选择信托适用的法律者只能是信托的“当事人”。

另外，当事人可以协议选择适用法的时间点往往是信托据以生效的信托文件的成立时间。以遗嘱信托为例，首先需要存在一个含有设立信托内容的遗嘱或遗嘱条款（“信托遗嘱”），然后才可能会有根据遗嘱设立的信托（“遗嘱信托”），而信托遗嘱从遗嘱信托的设立人死亡时才开始生效。^②事实上，遗嘱信托的受托人与遗嘱中指定的受遗赠人的地位一样（高凌云，2020），只有当遗嘱生效、继承开始时才能根据遗嘱取得被继承人的全部或部分遗产，在此之前并不存在信托财产，也就不存在信托。所以在遗嘱订立后、遗嘱人死亡前，遗嘱并不生效，遗嘱人可以随时变更或撤销

^① 我国台湾地区的信托法将包括委托人、受托人、受益人及信托监察人在内的“与信托直接有利害关系或权利义务关系者”界定为“信托关系人”（王志诚，2015）；日本的信托法也将包括信托人、受托人、受益人、信托管理人（信托监督人、收益人代理人等）在内的与信托有直接利害关系，或者基于信托关系而取得权利、义务者统称为“信托关系人”（新井诚，2017）。

^② 参见《民法典》第1133/1121/1123条。

遗嘱，包括遗嘱中包含的有关遗嘱信托的内容，因此在遗嘱人生前不存在受托人承诺信托的可能性，^①反而存在着愿意担任遗嘱信托受托人者在遗嘱人死亡之前先行死亡的情况。换言之，当遗嘱人依法订立信托遗嘱时，信托并没有成立，除了遗嘱人作为“准信托设立人”外，也没有其他信托“当事人”，无法通过“协议”确定将来可能根据该遗嘱设立的信托的适用法律。当遗嘱信托最终设立时，作为信托设立人的遗嘱人已经死亡。即便立遗嘱时，遗嘱人已与愿意将来担任遗嘱信托受托人者达成了关于信托适用法律的协议，但是因为此时并无信托成立，他们之间就将来可能成立也可能不成立的信托的准据法达成的协议是否有效也存疑，因为此时达成的协议并无任何效力或意义。

至于受益人，如前所述，他们虽然是信托的关系人之一，然而并不是信托的“当事人”，也无法参与信托适用法律的“协议”。当受益人是无民事行为能力人或限制民事行为能力人，甚至是尚未出生的胎儿时，在实务中更是无法操作。又如，当受益人甲参与了适用法律的选择后，因遗嘱人变更遗嘱将遗嘱信托的受益人从甲变更为乙，这时甲参与“协议选择”的适用法律可能未必对乙有效。

因此，《法律适用法》第17条允许信托“当事人”通过“协议”方式确定信托适用的法律在家族信托的实务中很难操作。反而美国《统一信托法》第107条中允许信托设立人通过在信托文件中指定信托适用法律的做法值得借鉴，因为信托本来就是信托设立人为依法自主处分自己的财产而作的一种灵活安排，其意愿应该得到最大限度的尊重。事实上，由中国国际私法学会起草的《中华人民共和国国际私法示范法》（以下简称为《国际私法示范法》）第91条规定，信托“适用信托财产授予人在设定或者证明信托财产存在的书面文件中明示选择的法律。”这一规定更加符合信托的实际情况，将信托的适用法的选择权授予给信托设立人。但遗憾的是，这一条并未被《法律适用法》吸纳。

综上，如果信托设立人和受托人采取信托合同的方式设立生前信托（家族信托的一种），则“协议”选择信托的适用法律在实务中可操作，只要以信托条款的形式将其写入信托合同中即可。但遗嘱信托在遗嘱人死亡时才可能设立，如果遗嘱人在遗嘱中写明遗嘱信托的适用法律，显然难以称之为“当事人协议选择”的适用法律。因此，有关信托的适用法律之意思自治，确切而言应当是信托设立人在信托文件中的指定，或者是信托设立人与受托人在信托合同中通过法律适用条款进行的协议选择，且选择的法律必须是适用于信托关系而非信托合同关系的法律。

（二）适用法律之辩

信托适用的法律可能包括针对信托本身的法律和针对信托据以设立的其他基础关系的法律。信托关系与信托基础关系，诸如信托合同与信托遗嘱等法律关系，极易被混淆，并且由于目前我国家族信托较少，多数信托系为营利目的、根据信托合同设

^① 《信托法》第8条规定：“采取其他书面形式设立信托的，受托人承诺信托时，信托成立。”这里的“其他书面形式”就包括信托遗嘱。

立的商事信托，导致人们普遍认为信托合同成立就是信托成立，这在我国《信托法》中也表现得非常突出，没有把信托合同的成立与信托的设立区分开来。正因为如此，人们很容易把信托当作合同，用合同法的理论来分析信托，把“成立”与“生效”等概念用于信托，认为存在信托成立后不一定马上生效的情况，无论以合同、遗嘱还是其他形式设立信托，只要合同、遗嘱或其他书面文件具备了法定的成立要件，信托均依法成立。我国《信托法》第8条就明确规定：“采取信托合同形式设立信托的，信托合同签订时，信托成立。采取其他书面形式设立信托的，受托人承诺信托时，信托成立。”按照这一规定，在信托成立后、生效前，信托设立人不依合同或其他书面文件完成使信托生效的行为，则构成债务不履行，应当承担损害赔偿的责任（何宝玉，2005）。这种观点恰好证明了信托合同与信托的实质性区别，因为这种损害赔偿责任是一种违约责任而非违背信托的责任，其请求权基础是信托合同而非信托。

与信托相关的法律远比与信托合同相关的法律复杂。在英美法系国家，信托制度的出现远远早于契约制度，因此现代合同法的理论不适用于信托制度，信托反而是一种更类似于大陆法系“物权”的制度。信托的成立与生效是同时发生的，不存在成立而不生效的情况。因此英美法中信托的成立叫做“creation”，而合同的成立叫做“formation”，前者含有创设信托关系的实质性含义，而后者明显是形式上的成立，两者有根本性不同（高凌云，2021）。

我国目前实践中的信托关系与合同关系基本上混同，但无论形式上如何混同，有一点应该明确，信托合同的成立未必意味着信托的成立，正如遗嘱的成立并非意味着遗嘱信托的成立一样。因此，无论实体信托法还是信托的法律适用法都应把信托与信托合同区别对待。信托合同应符合《民法典》中有关合同的规定，当事人对其准据法的选择应参照合同法的精神。但是对信托本身，准据法的选择则应根据信托实体法进行限制。

（三）适用法律选择之限制

信托当事人可以在信托文件中指定或协议选择信托的适用法律。各国法律在允许当事人意思自治的前提下，也对这种选择权施加了限制。虽然我国《法律适用法》第17条并未明确限制当事人对信托适用法的选择权，然而该法的“一般规定”部分的第4条和第5条规定“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定”，“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律”，这说明在我国法律有强制性规定时，不允许当事人选择适用外国的法律，在其他情况下不允许当事人选择适用损害我国社会公共利益的外国的法律，但对“社会公共利益”却并无确切定义。

针对信托遇到的冲突法问题，英美法系国家积累了丰富的经验。例如，美国《统一信托法》第107条规定，信托条款的解释与有效性应根据信托条款中所指定的法律来确定，除非信托条款中对适用法律的指定有悖于最密切联系地的“强公共政策”（strong public policy）。然而这种“强公共政策”例外与我国法律规定的“社会公

共利益”例外一样宽泛，在实际操作中检测标准并不明晰，只是对信托设立人自行选择信托的适用法律施加了原则性限制。要适用上述限制，首先应明确如何确定“最密切联系地”及其法律，其次还应确定什么是“强公共政策”，这中间需要法官自由裁量的空间较大。1996年美国纽约州法院判决一个指定离岸国家的法律为其适用法的离岸信托应适用美国的法律。此案中的信托设立人是为其公司借款提供保证的独任股东，在意识到公司经济状况恶化且已拖欠还款的两个月后，为避债他在泽西岛设立了一个离岸宣言信托，自己担任独任受托人和主要受益人，并指定信托适用的法律为泽西岛法律。然而，信托设立人（同时也是主要受益人）本人、其债权人以及其他受益人都是美国居民，且其债权人与泽西岛没有任何联系。因此，法院最终认定该信托因违背公共政策而无效，事实上“击穿”了这个离岸信托。^①

《海牙公约》也高度重视当事人意思自治，规定信托设立人可以选择任何国家的法律作为信托适用的法律。公约又规定，如果所选择的国家的法律中并没有信托法，或者如果该国不承认信托设立人所设立的信托类型，则法院可以拒绝承认信托设立人对适用法的指定。公约也规定了公共秩序例外原则。^②

我国《法律适用法》中规定的“社会公共利益”例外与美国《统一信托法》中的“强公共政策”例外类似，都存在含义不确切、标准不明晰的问题。目前美国的信托法和冲突法学者正在探讨起草一个统一法文本，用“强制性法律规定”来替代“强公共政策”，意即信托的适用法律条款不应与最密切联系地的强制性法律规定相悖，否则无效，^③然而这个“强制性法律规定”与我国《法律适用法》中规定的“强制性规定”例外并不是一回事。前者是指信托设立人选择的适用法律不得违背最密切联系地的强制性法律规定，而后者是指如果我国法律有强制性规定必须适用我国法律，当事人不得在信托文件中选择适用其他国家的法律。二者语境完全不同。在宽泛的“公共政策”或“社会公共利益”例外与更加精准的“强制性法律规定”例外原则之间，显然后者更具确定性，较易适用。

三、确定准据法之默认规则

前文讨论了信托当事人自主选择信托适用法的情况。其实在信托当事人没有做出选择时如何确定信托关系的准据法是一个更重要的问题。下文主要对美国法律和《海牙公约》中对信托适用法的默认规则与我国法律加以比较。需要注意的是，这些规范的对象主要是传统信托，即家族信托。

（一）英美法系国家的默认规则

如果当事人没有做出适用法律的选择，或者当事人的选择被判无效，英美信托的

^① 参见In re Portnoy, 201 B.R. 685 (1996)。

^② 分别参见《海牙公约》第6、5、13、18条。

^③ 参见美国《统一信托与遗产法》联合编委会的执行主任Thomas P. Gallanis于2019年11月10日就推动《信托与遗产冲突法的统一法》起草一事向范围与方案委员会（Committee on Scope and Program）提交的备忘录。

准据法将由法院确定。首先,英国和美国对动产信托和不动产信托、生前信托和遗嘱信托的法律适用区别对待。其次,这些国家允许对信托的解释、管理和实质有效性等适用不同的法律(*dépeçage*,也可称之为“分割”适用)。比如,根据英国1987年的《信托承认法》,对于信托的解释,如系遗嘱信托,适用遗嘱人所选择的法律,通常是遗嘱人立遗嘱时的住所地法;如系生前信托,不动产信托适用不动产所在地法,动产信托适用当事人明确指定的法律,如无明确指定,或者如果对法律的选择无效,则由法院推定适用与信托有最密切联系的法律。无论是生前信托还是遗嘱信托,只要涉及信托的管理,统统适用信托管理地法(房沫,2006)。

美国的信托法律适用法相对复杂,多重因素考量的目的是为了适用与当事人及其争议有最密切联系的法律。作为美国各州有关法律冲突判例法总结之大成,1934年《冲突法重述》采纳了属地原则,1971年《冲突法第二次重述》采纳了更加灵活的“最密切联系地”原则,目前冲突法第三次重述正在进行中。美国各州对冲突法重述的上述原则自行选择,经过修正纳入其州内立法中,但也有很多州从两部冲突法重述中选取了一些原则加以混合。作为美国各州立法范本的美国《统一信托法》第107条则规定,当信托条款中没有指定适用的法律时,有关信托条款的含义和有效性的确定应适用与该问题事项有最密切联系地的法律,基本上采纳了《冲突法第二次重述》的标准。

美国《冲突法第二次重述》第10章是专门关于信托的冲突法规则,包括动产信托和不动产信托两节,基本上囊括了信托法律冲突的不同方面。当信托文件中没有包含明示的法律选择条款时,美国的法院适用信托管理地和信托财产所在地的法律支持信托的有效性。然而,如果根据上述法律信托无效,但是根据信托设立人的住所地法信托有效,法院可能会适用其住所地法,以期尽量实现信托设立人的预期。美国《冲突法第二次重述》第6条列出了法院在确定适用法时应考虑的一系列因素和政策,其中包括:(1)州际与国际体系的需要,(2)法院地的相关政策,(3)其他利益相关州的相关政策以及这些州在确定某特定问题时的相关利益,(4)对合理期待的保护,(5)某特定法律领域背后的基本政策,(6)结果的确定性、可预测性与统一性,及(7)在确定和适用准据法时的容易程度。

具体而言,根据美国《冲突法第二次重述》,要确定信托关系的适用法律,需要区分信托是动产信托还是不动产信托,还要区分信托是生前信托还是遗嘱信托。

凡信托涉及不动产,对信托文件的解释适用信托文件所指定的法律,如无指定,则适用不动产所在地法院“所适用”的法律。其他所有事项,包括信托的有效性、信托的管理以及信托受益人的受益权转让的限制等,如果当事人指定无效,均适用不动产所在地法院“所适用”的法律,多数情况下为法院地法。^①

对于动产信托,有关信托文件的解释、信托的有效性、信托的管理以及受益权转让等有不同规则。^②具体如下:

^① 参见美国《冲突法第二次重述》第277-280条。

^② 参见美国《冲突法第二次重述》第268-273条。

(1) 信托文件的解释适用信托文件中指定的法律；如无指定，则凡涉及信托管理事项者均适用信托管理地法律，其他事项适用信托设立人意图适用之法律，这里显然涉及法院的推定。

(2) 关于信托的有效性，对遗嘱信托和生前信托区别对待。第一，对于遗嘱信托，凡涉及信托遗嘱的有效性问题适用遗嘱人死亡时的住所地法；如果仅涉及信托条款的效力，则其法律适用的首要原则是不得与遗嘱人死亡时的住所地的强公共政策相悖。在此前提下，如遗嘱人指定了信托适用的法律，则适用该法律，前提是其与信托有“实质性联系”。与信托有实质性联系地一般是指信托的管理地、遗嘱人死亡时受托人的营业地或住所地、遗嘱人死亡时的住所地，或者受益人的住所地。如无指定，则适用遗嘱人死亡时的住所地法，除非根据该法信托无效，而根据信托的管理地法信托有效时，法院可以适用信托管理地法。后者体现了美国法院倾向于判定遗嘱信托有效从而保护遗嘱人的预期的态度。这对于遗嘱人已经死亡因而无法对无效信托做出修正的情况而言，无疑是对遗嘱人意愿最大的尊重。第二，对于生前信托的有效性问题，当信托设立人指定了适用的法律时，则适用该法律，其前提是該法律与信托有实质性联系，且不得违背与信托有最密切联系地的强公共政策。如无指定，则适用与信托有最密切联系地的法律。这里，美国法对信托设立人选择有关动产的生前信托的适用法律施加了限制，包括适用的法律之辖区必须与信托有实质性联系，且适用该法不得违背与信托有最密切联系地的强公共政策。“最密切联系地”一般是指信托设立人做出的希望信托将在某地管理的意思表示中提到的信托管理地。如果信托设立人没有做出上述意思表示，法院会考虑适用信托文件签署、呈交地、信托财产所在地、信托设立人当时的居所地以及受益人的居所地的法律。

(3) 对于信托的管理，无论是遗嘱信托还是生前信托，均适用遗嘱人或者信托设立人指定适用于信托管理的法律，如无指定，遗嘱信托的管理适用遗嘱人死亡时的住所地法，或者，如果信托的管理地与遗嘱人死亡时的住所地不一致，则适用信托管理地法；而生前信托则适用与信托的管理有最强的实质性联系地的法律。

(4) 有关受益人的受益权转让的限制及其受益权是否可被其债权人追及的问题，在遗嘱信托的情况下，适用遗嘱人死亡时的住所地法，除非遗嘱人明确表示信托将在另一州管理，此时适用该另一州的法律；在生前信托的情况下，适用信托设立人明确指定的信托管理地的法律；如无指定，则适用与信托的管理有最强的实质性联系地的法律。

在前述几种情况下，美国冲突法都有“实质性联系”的要求，2013年美国联邦破产法院判决的一个案子对“实质性联系”做了较好的阐述。该案中一位华盛顿州的地产商人因嗅出金融危机的端倪，于2008年9月在阿拉斯加州设立了一个资产保护信托，指定阿拉斯加州的法律为信托适用的法律，并将大部分资产放入信托，以期将来逃避债权人的追索。后来该商人提起了破产申请，破产法院认为，如果阿拉斯加州与信托有实质性联系，则选择阿拉斯加州的法律作为信托适用的法律是有效的。在判断

信托是否与阿拉斯加州有实质性联系时,法院考虑了三个因素:受托人或者信托设立人是否居住于该州,信托财产是否位于该州,受益人是否居住于该州。经过分析,法院认为上述三个因素都不利于信托设立人,信托与阿拉斯加州的唯一联系是受托人之一是一位阿拉斯加州居民,以及信托的管理地是阿拉斯加州。法院判定实质性联系没有建立,因此,指定适用法律的条款无效。^①

综上,美国对信托的适用法律的默认规则在体现当事人意思自治的同时,也对其意思自治施加了适当的限制,尤其当信托财产是不动产时,大部分情况下适用不动产所在地法,信托设立人不能自由选择。同时也看出美国法律对信托的法律冲突采取了分割适用不同法律的原则,值得我们借鉴。

(二)《海牙公约》的默认规则^②

《海牙公约》采纳了美国尊重信托设立人意愿的做法,规定信托适用的法律是信托设立人所选择的法律,前提是该选择的法律必须明示或默示地写在信托文件的条款中。虽然公约并未区分动产信托和不动产信托,但是也允许信托所涉不同方面适用不同的法律,规定“信托的某一可分割事项,特别是管理事项,可受不同法律调整”。因此,信托设立人选择的法律可以适用于信托的有效性、解释、效力以及管理等不同的方面。

不过,公约对信托设立人的适用法律选择权也做了限制。首先,信托设立人所选择的适用法律不得与公共政策相悖,或者在财政事务上损害各国对财税事项的权力。其次,信托设立人所选择的适用法律必须对所涉及的信托或者信托类别有明确规定,否则该法律选择无效。之所以有这条规定,是因为公约的目的是为了促进目前仍没有设立信托制度的国家和地区承认在其他国家或地区依据当地的信托法设立的信托。如果信托的设立人选择的信托适用法律是一个没有信托法的国家的法律,或者是一个不承认该种类型信托的国家的法律,那这个国家的法律就不能作为该信托适用的法律,而要采取默认规则。

《海牙公约》的默认规则是与信托“有最密切联系的法律”。在确定与信托有最密切联系的法律时应考虑信托设立人所指定的信托管理地、信托财产所在地、受托人的居住地或营业地,以及信托的目的及其实现地等因素。

(三)我国的默认规则

我国《法律适用法》第17条规定的默认规则是:“当事人没有选择的,适用信托财产所在地法律或者信托关系发生地法律。”这一默认规则存在一些显而易见的问题。

首先,“信托财产所在地法律”和“信托关系发生地法律”是并列关系,即法官在判案时可以自由裁量决定二者取其一。即便是不动产信托,法官理论上也可以决定不适用不动产所在地的法律,而选择适用信托关系发生地的法律,在理论和实践中有

^① 参见In re Huber, 493 B.R. 798 (2013)。

^② 参见《海牙公约》第6-9条。

悖于一般涉及不动产的纠纷适用不动产所在地法律的原则。

其次，什么是“信托关系”、什么是“信托关系发生地”，如何确定、有何标准，概未说明。尤其信托关系的发生，有学者认为是指信托关系的成立（万鄂湘，2011）。前文分析了我国信托法对信托合同的成立与信托的设立未加区分，因此信托关系的发生既可能指“信托合同的成立”，也可能指“信托财产的转移或移交”，还可能指“信托管理的开始”。在这种情况下，由法官自由裁量选择适用法律是一种简单的处理方式，却未必符合信托法及一般国际私法的原则。有学者建议此时应适用与信托有最密切联系地的法律，并应依尽量使信托有效的法律来解决纠纷（房沫，2006），笔者认为更加合理。

相比而言，我国信托制度的发展时间较短，实务中有很多法律冲突问题还没有出现，因此，前瞻性地研究英美国家在此方面的一些规定是必要的。我国《法律适用法》第17条的规定太过笼统，不具备操作性，既没有将选择信托适用法的权利明确授予信托设立人，没有限制所涉及的信托类别，也没有分别规范与信托相关的不同方面。相反，该条似乎授权所有信托关系人，包括受托人和受益人，都可以通过协商选择信托适用的法律。这不仅影响到信托设立人处置其财产的自由，法律选择程序也无法操作。因此有必要进行修正和完善。

四、完善家族信托的法律适用规则建议

我国《信托法》对英美法系的信托制度大胆引进，又与大陆法系的物权原则深度妥协，因此存在一定法理上的矛盾，并直接限制了信托理论与实务的深化。结果是我国的家族信托难以发展，商事信托也带有浓厚的委托烙印。有些信托法理念没有理顺，也导致了人们的曲解。即便如此，我国《法律适用法》从前瞻的高度对信托法律适用进行了规范，虽然只有一个条文，但已经极大地鼓舞了我国信托制度的进一步发展，并为跨国与涉外信托的发展与纠纷解决起到了铺路架桥的作用。在肯定这种精神的前提下，本文针对其第17条进行了仔细辨读和梳理，在借鉴美国信托法和《海牙公约》的基础上，建议对《信托法》和《法律适用法》进行同步修订。本文主要针对《法律适用法》的完善提出建议。

这里首先需要注意的是，应将针对信托本身所适用的法律和针对信托据以设立的其他基础关系所适用的法律区分开来，后者是先决问题。《海牙公约》第4条就明确排除了据以向受托人转让信托财产的遗嘱或其他行为的有效性相关的先决问题。我国法律也不应继续将信托与信托合同、信托遗嘱或者委托代理混淆，而要对其加以正确区分，要明确对于先决问题应根据通行的国际私法原则，依据当事人意思自治与最密切联系原则确定，对于信托实体法律问题则应根据信托法和信托冲突法原则来解决。作为信托法律适用法的一般原则，我国应坚持当事人意思自治与最密切联系原则并重，对当事人意思自治加以合理限制，并采纳分割法律适用方法，充分承认信托的特殊性，针对信托关系的不同方面适用不同的法律。具体建议如下：

（一）以有限制的当事人意思自治为原则

首先应当正确界定信托适用法律选择权的主体。由于信托通过信托设立人的单方法律行为即可设立,《海牙公约》、英美信托冲突法以及《国际私法示范法》都将信托适用的法律选择权授予信托设立人。由于我国《信托法》对“信托当事人”的界定不准确,无条件地将受托人和受益人包含进去,《法律适用法》对于有权选择信托适用的法律的主体也就无法准确界定。建议信托法律适用法条款参照《海牙公约》、英美信托冲突法以及《国际私法示范法》,允许信托设立人在信托文件中指定选择信托适用的法律,尊重信托设立人的意愿,且不要求受益人参与适用法的选择。

其次,《法律适用法》对当事人意思自治的例外规则界定不够明晰。《法律适用法》规定了“强制性规定”例外与“社会公共利益”例外;当不存在这两种例外情况时,似乎对当事人的选择权又没有任何限制,理论上说当事人可以任意选择任何法域的法律作为信托适用的法律。相比而言,美国法要求信托设立人在信托文件中指定的信托适用的法律必须与信托有实质性联系的限制更加合理,这一点值得我们借鉴,因为这种限制可以在最大限度发挥当事人意思自治的同时又不与既有法律相悖。

综上,《法律适用法》中现有的“强制性规定”例外与“社会公共利益”例外可以保留,但是需对其进行明确界定,比如“强制性规定”可以具体定义为我国法律和行政法规所明确规定、不得违反或者明令禁止的条款,而“社会公共利益”也需要有尽量明确的定义,或者至少列出可供法院裁量的因素。同时,还应注意在其他情况下当事人的意思自治并非毫无边界,也应要求当事人选择信托适用的法律与信托有实质性联系。

（二）以适用最密切联系地法为默认规则

我国的信托法律适用的默认规则是允许法官选择适用“信托财产所在地法律”或“信托关系发生地法律”。虽然《法律适用法》第2条也规定了“最密切联系”的法律,然而这一条的前提是“本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定”。事实上第17条的存在意味着对于信托的法律适用已有明确规定,所以第17条可以认为是有关信托的法律适用的默认规则。不过法条中没有提供“信托关系发生地”的判断标准或考虑因素,这会给当事人带来法律适用的不确定性,不利于信托制度的发展。另一方面,这种选择也会与既定法律相冲突。这种单一法律适用的默认规则也忽视了信托关系的复杂性。

建议我国信托法律适用的默认规则修改为在当事人没有选择时,适用与信托有最密切联系地的法律,不仅美国的信托冲突法和《海牙公约》采取了这一原则,日本、英国、加拿大、澳大利亚等国的司法判例也采用了最密切联系原则(赵相林和耿勇,1999)。《国际私法示范法》第91条也规定,当信托财产授予人没有选择法律的,或者被选择的法律没有规定信托制度的,适用信托的最密切联系地法。该示范法被学者们认为既参考了国际习惯做法,采用意思自治原则和最密切联系原则相结合,又考虑到我国当时的立法和实践,且与《海牙公约》的精神高度一致。

至于如何确定最密切联系地，可以参照美国信托冲突法和《海牙公约》的做法，列出考量因素，以协助法官做出判断。通常情况下，信托设立人指定的信托管理地、受托人的惯常居所地、营业所所在地或者信托目的实现地，以及信托财产所在地和信托关系发生地都可能是信托的最密切联系地。但是“信托关系发生地”的界定需要与《信托法》协同修订，明确信托关系发生于信托财产转移或交付之时，那么信托财产交付地就是主要的信托关系发生地。

此外，物权法对不动产和动产的不同态度亦应反映到信托法中，尊重《法律适用法》第36条对动产和不动产区别对待的基本原则，不动产信托以适用不动产所在地法为宜。虽然《海牙公约》对动产信托和不动产信托没做区分，然而公约的目的是为了促进那些尚无信托制度的国家对信托的承认，因此其条款大多温和且做了一定妥协，目的是为了更多的国家和地区加入该公约。而我国《信托法》已经颁布20多年了，不存在公约所面临的障碍。

（三）采纳分割法律适用原则

信托设立人可以就信托整体选择一个统一的适用法律，也可以将信托分割为不同的部分，每一部分适用不同的法律（王金玉，2008）。我国目前的信托法律适用法就采取了单一适用法律制。然而信托本身非常复杂，涉及信托的生效、效力、信托条款的解释、信托的管理以及信托受益人的受益权转让等不同问题。综观英美法系国家的做法，一般都针对信托的不同方面允许适用不同的法律，《海牙公约》也采纳了这种可分割的法律适用原则。我国的信托法律适用法亦应借鉴《海牙公约》和美国信托冲突法的做法，对信托的不同方面允许适用不同的法律。

一般而言，对不动产信托应适用不动产所在地法，而对动产信托首先允许当事人在不违反强制性法律规定且不违背社会公共利益的前提下指定或选择适用的法律，且所选择的适用的法律必须与信托有实质性联系或者最密切联系；如无选择，应根据动产信托的不同方面决定适用不同的法律，基本原则是以遗嘱信托的遗嘱人死亡时的住所地法、与生前信托有最密切联系地法为主，同时以信托的管理地法为补充。总之，原则是能最大限度发挥当事人的意思自治，同时又不与既有法律相悖。

（四）加快修法，积极参与国际公约及其谈判

我国《信托法》颁布20多年来，有很多条款如今已经不适应社会经济的发展，尤其无法满足家族财富传承与管理日益增长的需求。例如前文提到我国《信托法》对信托财产权利分置制度的否定以及对信托设立人给予的过度保护，导致信托关系与委托代理关系的混淆，同时给财产所有人一种无论其对信托财产如何掌控，信托财产都能绝对独立的错觉。在遗嘱信托正式写入《民法典》之后，家族信托将会快速发展，这类信托在信托设立人去世后一般会持续存续，委托代理关系必须终止，如果信托财产不转移，理论上和实践中都无法自治。因此我国《信托法》对信托的定义应当在参考《海牙公约》和英美信托法的基础上进行修正，为家族信托提供一个更加合理的制度。

同时,我国应考虑积极参与国际上有关信托准据法与承认等公约的谈判,并最终考虑加入其中,充分利用其有利的方面,以促进我国信托制度的发展。目前看来,我国信托的法律适用制度与《海牙公约》有一定差距。然而,公约所采用的意思自治原则与最密切联系原则与我国《法律适用法》的基本原则一致。另外,《法律适用法》中规定的强制性规定例外与社会公共利益例外也与《海牙公约》的精神一致。之前我国《信托法》的发展较为缓慢,然而目前我国加入《海牙公约》的条件已经成熟,可以考虑积极参与,并以此作为契机,推动我国信托法的修法以及信托制度的发展。

参考文献

- [1] 杜涛.涉外民事关系法律适用法释评[M].北京:中国法制出版社,2011(5):173-174.
- [2] 房沫.信托法律适用规则建构与剖析[J].武大国际法评论,2006(4):165-168.
- [3] 高凌云.被误读的信托——信托法原论[M].上海:复旦大学出版社,2021:74.
- [4] 高凌云.信托法视角下的民法典继承编[J].上海法学研究集刊,2020(11):184.
- [5] 何宝玉.信托法原理研究[M].北京:中国政法大学出版社,2005: 94.
- [6] 乔慧娟,田晓云.涉外信托的法律冲突及法律适用[J].商业经济研究,2009(4):53.
- [7] 王志诚.信托法[M].台湾:五南图书出版股份有限公司,2015(3):87-88.
- [8] 新井诚.信托法[M].刘华,译.北京:中国政法大学出版社,2017:165.
- [9] 赵相,耿勇.国际信托关系的法律适用[J].河南省政法管理干部学院学报,1999(5):21.

【作者简介】高凌云: 复旦大学法学院教授,博士生导师,法学博士,全国人民代表大会常委会法制工作委员会法律英文译审专家委员会委员,中国商业法研究会常务理事,上海市“涉外法律人才”。研究方向:英美法、信托法、国际商法。

Issues of Choice of Law Governing Family Trusts

GAO Ling-yun

(School of Law, Fudan University, Shanghai 200438, China)

Abstract: With testamentary trusts written into the Chinese Civil Code, the needs for family wealth succession and planning have been growing, and more and more trust assets are located across the borders, it is anticipated that there will be foreign-related disputes arising out of family trusts and that conflict of laws is inevitable. The current Law on Application of Laws on Civil Juristic Relations with Foreign Elements has a provision providing for the rules regarding determination of the governing law on trusts with foreign elements; however, the provision is not flawless. First, it is not always possible for the parties of a family trust to choose the governing law through agreement among them since a trust can be created through the settlor's unilateral act. Second, where the parties' rights of choice-of-law are limitless, their choice may be incompatible with the current laws. Third, the default rule provided therein may lead to a conflict with the current law, and may also bring uncertainties to the parties, which will adversely affect the development of the trust system. Therefore, it is suggested that the Hague Convention and the common law be consulted with to improve the Chinese law on application of trust laws; specifically, the parties' autonomy with appropriate limits shall be adopted along with the most significant relationship principle, and *dépeçage* should be allowed. It is also suggested that the Trust Law be revised and that China actively participate in negotiations for international conventions on conflict of trust laws, and join them when time is ripe.

Keywords: trust law; application of trust laws; conflict of trust laws; Hague Convention; law on application of laws with foreign elements

(责任编辑:马莹)