

## 论离婚房产分割中信托法律制度之应用 ——以英国法上的共同意图的推定信托和归复信托为借鉴

陈雪萍

(中南民族大学法学院,湖北武汉 430074)

**摘要** 婚姻法司法解释(三)对离婚房产分割之规定有违公平正义的立法价值取向,造成司法实践中的困难,其规定所产生的价值困境,使离婚房产分割问题仅适用物权法规定,忽略了婚姻关系中财产权的本质特性。为了保障婚姻家庭关系中的公平和公正,在家庭关系破裂之时,正义要求一方当事人的牺牲或付出得到补偿,调整一般民商事关系的财产法规则对此不能适用。在家庭房产分割之时,当事人对房产所有权分配的共同意图应受到充分考量。公平解决离婚房产纠纷的归复信托和共同意图的推定信托以公平、正义和良心为基础,具有实现公平和正义之功能,有助于建立一个可行的和恰当的离婚房产分割机制,能保障离婚双方对房产的物权,而非所谓的补偿请求权,加之其具有相当的灵活性,可以避免现行婚姻法之规则体系内在的非公正性,能成为填补婚姻法司法解释(三)之缺憾的有效途径。我国要构建真正意义上的推定信托和归复信托,必须构建信托财产之“双重所有权”制度,将我国《物权法》第8条作为立法依据,采取灵活的立法技术将受益人的所有权作为一种新的物权在《物权法》中予以规定。

**关键词** 婚姻法;信托;归复信托;共同意图的推定信托;财产分割;英国法

中图分类号:DF521

文献标识码:A

文章编号:1005-9512(2014)06-0128-13

最高人民法院于2011年8月12日发布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(以下简称:《婚姻法司法解释(三)》),其中对婚前购房、父母资助买房、共同还贷等房产分割问题之规定,引发社会公众较大的反响,同时也造成司法实践的困境。无论是婚姻法司法解释(三)之规则还是其适用后果,均造成对离婚当事人一方的不公正。社会上激烈争论的焦点是婚前贷款买房离婚归个人和一方父母出资买房另一方无权分享。婚姻法司法解释(三)过分关注对登记方的财产权归属的保护,忽略了非登记方在房产上和家庭中的贡献,如当事人一方对房产进行了装修或用自己的收入维持家庭生活开支或承担照顾孩子的责任,尤其是忽略了双方当事人对房产归属的“共同意图”。离婚房产分割中所产生的新问题迫切需要一种新的制度予以解决,而信托不失为一种有效途径。

作者简介:陈雪萍,中南民族大学法学院教授,法学博士。

## 一、婚姻法司法解释(三)在司法实践中的难题

## 1. 婚前贷款买房离婚归个人

婚姻法司法解释(三)第10条对婚前购买的房产之权属做了详细的规定:“夫妻一方婚前签订不动产买卖合同,以个人财产支付首付款并在银行贷款,婚后用夫妻共同财产还贷,不动产登记于首付款支付方名下的,离婚时该不动产由双方协议处理。依前款规定不能达成协议的,人民法院可以判决该不动产归产权登记一方,尚未归还的贷款为产权登记一方的个人债务。双方婚后共同还贷支付的款项及其相对应财产增值部分,离婚时应根据婚姻法第三十九条第一款规定的原则,由产权登记一方对另一方进行补偿。”<sup>①</sup>该规定明确,对按揭房屋在婚后的增值,应考虑配偶一方参与还贷的实际情况,对其作出公平合理的补偿,以及在将按揭房屋认定为一方所有的基础上,未还债务也应由其继续承担。从此规定的初衷来看,其通过对社会上普遍存在的婚前首付与婚后共同还款出现的房屋权属问题作出规定,旨在保障任何一方不得将婚姻作为手段而达到获取利益之目的。当下,房价不断飙升,大多数人采用“银行按揭方式”支付房款,在夫妻关系存续期间不可避免地会使用夫妻共同财产来支付银行贷款。当夫妻双方关系破裂时,当事人一方主张自己对房产之贡献,因之产生“产权争议”。婚姻法司法解释(三)由此而生,意在为此种房屋之确权。

婚姻法司法解释(三)第10条之立法宗旨在于公平确权,其在司法实践中产生的困境,违背了其价值取向。如2009年初,某银行的职员王峰在北京市朝阳区以“银行按揭方式”购买了一套120平方米的住房,房屋总价款210万。王峰交付了首付款60万,余款150万贷款20年,月供6500元。2010年10月,王峰与张玲登记结婚。婚后,二人共同居住在王峰购买的此套住房中,并共同偿还银行贷款。2010年年底房屋办理了产权证,登记于王峰一人名下。2011年10月双方协议离婚,但王峰和张玲多次讨论均不能对房子的归属及分割问题达成协议。张玲认为虽然首付款是王峰支付的,但贷款是婚后夫妻共同支付的,尤其是房产证是婚后取得的,因此房产应该属于夫妻共同财产,离婚时一人一半。王峰则认为,房子是自己的婚前财产,房产证登记在自己名下,房子应该属于自己的个人财产。由于二人对房产分割争议太大,始终不能达成一致意见,2011年11月张玲起诉王峰,要求离婚,并请求人民法院依法分割夫妻共有财产。法院对其离婚请求予以认可,但认为,双方诉争的房屋,因系王峰用婚前个人财产购买,且房产登记在王峰名下,故该房应属王峰所有;因双方在婚姻存续期间对房屋进行了装修,并共同归还部分贷款,故对于夫妻共同还贷的部分及其相对应的增值部分,王峰应当折价补偿张玲。法院依照《中华人民共和国婚姻法》第39条第1款规定的原则和婚姻法司法解释(三)第10条的具体规定,判决房屋归王峰所有,王峰补偿张玲房屋款。事实上,法院的这一判决对于婚后参与还款的配偶一方不公平。假如此案中夫妻双方共同生活20多年,贷款由双方共同还清,结果离婚时未登记为产权人的一方对房产却没有所有权,身无居所,随着房价逐年增长,20年后仅有的一点补偿,远远无法购买一处栖身之所,这岂不是有违婚姻法公平保护当事人的原则和婚姻立法公平和正义的价值取向吗?事实上,婚姻法司法解释(三)一经发布就引发了对于婚前房屋产权确认或加名的高潮,甚至房产的公平分割问题,这不得不令人反思婚姻法司法解释(三)第10条规定之不妥适处。

<sup>①</sup> 我国《婚姻法》第39条规定:“离婚时,夫妻的共同财产由双方协议处理,协议不成时,由人民法院根据财产的具体情况,照顾子女和女方权益的原则判决。夫或妻在家庭土地承包经营中享有的权益等,应当依法予以保护。”

## 2. 一方父母出资购买房屋另一方无权分割

当下,适婚的年轻人多为“80后”、“90后”独生子女,接受父母馈赠的房屋比较常见,父母为子女购买的房屋在子女离婚时的权属问题,确实成为婚姻法面临的难题。为此,婚姻法司法解释(三)第7条对此作出明确规定:“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产,产权登记在出资人子女名下的,可按照婚姻法第十八条第(三)项的规定,视为只对自己子女一方的赠与,该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。由双方父母出资购买的不动产,产权登记在一方子女名下的,该不动产可认定为双方按照各自父母的出资份额按份共有,但当事人另有约定的除外。”诚然,在现实生活中,父母往往倾全部积蓄为子女结婚购房,如果离婚时一概将房屋认定为夫妻共同财产,势必违背父母为子女购房的初衷和意愿,实际上也侵害了出资方父母的利益。房屋产权登记在出资父母之子女名下的,明确视为出资父母对自己子女一方的赠与比较合情合理,这种立法处理兼顾了中国国情与社会常理,有助于纠纷的解决。由双方父母出资购买的不动产,产权登记在一方子女名下的,按照双方父母的出资份额按份共有,更符合实际情况。大体上看,婚姻法解释(三)第7条之规定,从我国的实际出发,加强产权登记主体与明确表示赠与一方之间的关联性,并作为出资父母之真实意图的判断依据,便于司法认定及统一裁量尺度,也有利于均衡保护婚姻双方及其父母的权益。

然而,婚姻法司法解释(三)刚一出台,南京一宗离婚案便遭遇尴尬。南京这桩离婚案中,妻子主张丈夫婚后取得产权证的房产有一半所有权,男方父亲在案件审理的整个过程中,均未明确表示其赠与该房的赠与对象是谁,按照婚姻法司法解释(二)的规定,该房可以视为“对夫妻双方的赠与”;而根据婚姻法司法解释(三)第7条之规定,因为产权登记人为男方,女方就自然地失去了“共有”权人的资格,她分割一半房产的诉求显然无法再获得法院的支持。

购房是大多数人一生中最为重要的财产交易,为此人们往往会倾其一生的积蓄,因此,事先协商好房产上的权利归属以及权利份额确实很有必要。然而,“和谐状态下的夫妻通常认为没有必要以任何确切的方式来划分或确定房产上的各自利益”。<sup>②</sup>尽管有一些方式可以避免产生房屋产权纠纷,然而,根据中国的文化和伦理传统,这些方式仍有一些不妥适之处,例如,婚前财产公证、婚前财产协议等方式并不为人们所接受。人们结婚的目的不是为了离婚,生活幸福的夫妻无论谁享有房产所有权,一般期望让对方分享婚姻房产的实际利益,大多数人都不会去想达成什么财产协议。虽然财产协议能够证明房产属于双方共同拥有,但是,这种方法有一定的风险。如果登记人将财产转让给第三人,而按现行婚姻法以及婚姻法司法解释(三)的规定,当事人只能基于享有获得补偿之请求权,而获得一些补偿。

## 二、婚姻法司法解释(三)之价值困境及出路

婚姻是感情和信任的结晶,婚姻关系涉及感情因素和财产因素,财产是感情之物质基础,感情和伦理则是婚姻之精神和灵魂。因此,婚姻法除关注婚姻关系中的财产因素外,应当更加关注其中的感情和伦理因素。随着社会与经济环境的变化,住房逐渐成为婚姻建立的基础条件,也成为离婚案件当事人争议之核心。

当下,世界各国在处理夫妻离婚财产分割问题时均遵行公平、平等原则。<sup>③</sup>由于婚姻关系中的财

<sup>②</sup> Lloyds Bank v Rosset (1991) 1 AC 107 at 127-128.

<sup>③</sup> Law Reform Commission of Canada, Studies on Family Property Law, 1975, pp.172-173; Hardingham Neave, Australian Family Property Law, The Law Book Company Limited 1984, pp.20-21.



产权不同于一般民商事关系中的财产权,法律在涉及这两种关系中财产权的分配时,应以不同的价值目标为取向,因此,婚姻法应认定离婚房产不同于一般民商事关系中的房产,离婚房产分割之立法应以公平和正义为价值取向,避免仅从财产法或物权法的角度解决房产分割问题而给另一方当事人造成不公正的结果。

然而,婚姻法司法解释(三)的若干条款恰恰是按照调整民商事关系的财产法规则设置的,忽视了婚姻家庭的道德伦理价值和当事人意愿的尊重。其第7条与第10条就属于此种条款。这些规定明显违背公平正义的价值观,不利于均衡保护婚姻双方及其父母的权益。所以,婚姻家庭关系中的财产权问题不能根据一般财产法规则处理。夫妻、父母子女、兄弟姐妹等特别的人伦关系是依情感和伦理而产生和维系的,不是出于功利目的而创设和存在的。由亲属身份所派生的财产权关系并不直接体现一定的经济目的,它是家庭关系的和谐和融洽的物质基础,不具有等价有偿的性质。婚姻是以信任与合作为基础的,在婚姻关系中,夫妻首先考量的是关系的和谐和融洽,互相之间的关爱与扶助以及对子女的教育与抚养,而非考虑各自的权利以及行为的法律后果。家庭共同生活必然带来财产的共享和分享,房产可以通过登记明确其归属,而在家务、情感、时间、精力上的投入和付出,法律却无法准确测算其价值,当事人一方何以能够补偿另一方的人生?婚姻法司法解释(三)硬将双方父母赠与夫妻的不动产认定为按份共有,将一方婚前贷款购买的不动产划归产权登记方所有,将夫妻一方个人财产婚后产生的孳息和自然增值认定为个人财产。这是用一般民商事关系的原理去解释婚姻家庭关系,用调整一般民商事关系的财产法规则去调整婚姻家庭关系,显然是不妥适的,自然会引发社会的争议。因此,在分割离婚房产时,需重点考量婚姻关系中的一些事实因素如共同生活的期限、孩子的抚养等,这些因素是认定婚姻关系存续期间当事人双方的信任与合作程度,从而判断当事人是否有共同享有房产的“共同意图”。即使在“共同意图”无法认定的情形下,也应考量一方对他方所为的扶助或对子女教育与抚养行为等因素,来认定房产之所有权归属。由于家庭房产具有特殊的本质和意义,它是全体家庭成员的安身立命之所,在家庭关系维系中除一方直接出资购房外,可能会有他方为家庭所作出的贡献和牺牲。为了确保家庭成员间的公平和公正,尤其是在家庭关系破裂之时,正义要求一方当事人的牺牲得到补偿,在家庭房产分割之时,不当得利的原则不应或尽量不予考虑。

当然,为了更好的实现公正的价值目标,婚姻法应以当事人“共同拥有房产”的“共同意图”为出发点。同时,必须区别对待“自住房”和“投资房”。如果是“投资房”,则不考虑当事人之间的“共同意图”,因为此种房产不涉及当事人的“安身”之紧迫问题。

“共同意图”的确定通常需要有一定的判断标准。当事人在关系和谐的时候往往会忽略以确切的方式确定房产上的各自利益。<sup>④</sup>尽管婚姻幸福的当事人无论谁享有所有权,一般都希望共同享有房产之实际利益,这不同于享有房产之所有权之“共同意图”。真实的分享房产所有权的“共同意图”可以从当事人明示的情感或行为中推断出。当然,“共同意图”仅为一种推定,可以被相反证据所推翻。

当事人的“共同意图”的推定来自于“合意”的证明和“行为”的证明。房产登记为夫妻共同名下,自然可以推定当事人具有“共同拥有”之“共同意图”,但如果房产登记在夫妻中一人名下,房产分割会遭遇困境。在此情形下,“共同意图”的推定仍不可抛弃,不能采取一刀切的方式,即登记在谁的名下谁就是该房产的所有权人。从房产的本质特征来看,它是夫妻双方基于“信任和合作”拥有的,而不是依据商事原则营造的,因此,在房产分割时应考量双方当事人对房产和家庭更为广泛的“出资”。立法应采取一致的方式调整所有家庭房产分割,并提供更为确定的标准,力争在当事人之间保

<sup>④</sup> Lloyds Bank plc v Rosset [1991] 1 AC 107, at 127-128.

持正义和公平。婚姻法应当设立一个“游标尺”,确定多个标准,作为判断未登记方的财产权归属的标准,从而体现社会公正的哲学理念。

为了摆脱婚姻法司法解释(三)的价值困境,除加强对个人婚前财产的保护,将婚前所获得的赠与、继承和拥有的财产归属于婚前个人财产外,我国立法应借鉴英国等国的有益经验,对婚姻关系存续期间所取得的房产,采取公平分割的原则,但需考虑以下不同的情形。第一,一般情况。如果登记在夫妻一人名下的,原则上由其享有完整的所有权,非登记人不享有所有权;如果登记在二人名下的,原则上由两人共有。第二,产生推定信托的场合。推定信托是指当事人双方均有将某财产共同拥有的意图,当一方当事人主张独享该财产的所有权时就实施了否定他方当事人共有权的不当行为,推定信托因之而生。为此,如果当事人间存在共同分享房产受益所有权的意图,即可产生推定信托,非登记人或共有人之一,可能会通过推定信托的施加而获得更大的利益。在共同意图的推定信托中当事人的权利不仅仅依据对购房款之出资,有时依据的是当事人一方对他方之信赖实施了付出代价的行为。也就是说,推定信托产生的前提条件之一是“一方当事人的言行使他方当事人产生合理的信赖而实施了付出一定代价的行为,那么,该他方当事人分享受益所有权”。<sup>⑤</sup>这实质上是通过信赖利益的损失对共同意图的推定,也是为了充分尊重当事人对财产之安排而公平的解决纠纷。第三,产生推定的归复信托的场合。归复信托是指当事人一方有意图就其出资之全部或部分享有某房产之所有权,即使房产未登记于其名下,法律推定该房产的全部或部分之所有权归复于其享有。因此,当事人一方出资以他方当事人名义购买了房产,针对出资方的归复信托得以产生。在这种场合,推定房产上的受益所有权归属于出资方。推定的归复信托产生于房产购买之时,房产购买之时之出资是推定信托产生的基础,即推定信托原则上产生于出资之时,取得房产以后之出资不能产生归复信托,如以后参与还贷就不能产生归复信托。

### 三、婚姻法司法解释(三)之司法困境的信托解决路径

信托被称为英国人在法学领域最伟大最突出的贡献。<sup>⑥</sup>在英美法系国家,信托在解决离婚房产分割纠纷中发挥着其他制度无法替代的作用。在英国,归复信托和共同意图的推定信托是解决离婚房产纠纷的重要工具。特别是在 2007 年史戴克诉道登一案之后推定信托被专门用于解决此类纠纷,<sup>⑦</sup>它可以有效地防止一方当事人利用不当行为否认另一方当事人受益所有权。<sup>⑧</sup>对离婚房产分割问题,婚姻法应以公平和正义为价值取向,公平对待离婚之当事人。婚姻法不仅应从财产法或物权法的角度即以出资为考量,更应考量当事人取得房产前后对房产安排之“共同意图”即尊重当事人起初对房产安排之合意。离婚房产分割中信托制度有助于建立一个可行的和恰当的离婚房产分割机制,从而引入足够的灵活性,以避免我国现行婚姻法之规则体系内在的非公正性。为弥补婚姻法司法解释(三)之司法困境,我国婚姻法有必要引入相应的信托法律制度,为离婚当事人提供有效的法律救济。

推定信托在房产确权以及所有权比例认定上具有极大的灵活性和可操作性,可以作为解决婚姻

<sup>⑤</sup> Gissing v Gissing (1971)AC 886.

<sup>⑥</sup> “如果有人问及英国人在法学领域最伟大和最突出的贡献是什么,别无其他,那就是历经数世纪发展起来的信托理念。”Richard Edwards & Nigel Stockwell, *Trusts and Equity*, 10th edn., Pearson Education Limited 2011, p.1.

<sup>⑦</sup> Stack v Dowden (2007)2 AC 432

<sup>⑧</sup> Sukhinder Panesar, *Exploring Equity and Trusts*, Pearson Education Limited 2010, p.380.

法司法解释(三)困境之新路径。当然,在无法产生推定信托之场合,在出资方没有放弃受益所有权的情形下,为了保护出资方的利益,归复信托也是一种解决婚姻法司法解释(三)困境之新方法。

#### (一)明确共同意图,公平解决婚前贷款买房之权属争议

在婚前贷款买房之权属争议中,一方当事人婚前出资支付首付款按揭购房,婚后取得房产证,并由夫妻双方共同还贷,如何解决离婚时房屋分割问题?对此问题,婚姻法司法解释(三)第10条作了明确规定。然而,根据这条之规定,一方当事人婚前首付购买的房产并登记于其名下,离婚时该房产成为登记人之个人财产,对于婚后参与还款的配偶一方不公平。尤其是,参与还款的配偶在贷款还清后落得人房两空时只能获得补偿,这一司法解释规定无疑削弱了对非登记方权利的保障性。采取推定信托方式则不同:只要能认定当事人间具有共同享有房产之所有权的共同意图,参与还贷之当事人就享有所有权之份额,而非所谓的补偿权。分享所有权与补偿权在性质上具有根本性的区别:基于分享的所有权,当事人一方可以享有一切物权法上的救济方式如追及、代位等方式,当对方当事人破产时当事人可以享有优先于其一切普通债权人的权利即优先权,而基于补偿权,当事人一方只能请求另一方当事人给予一定的补偿,尤其是在对方当事人没有经济能力补偿时,此补偿权就无法得以实现,当对方当事人破产时也不能基于补偿权享有优先权。如果登记人以低价转让属于信托的财产,实施了一种欺诈行为,则构成了一个可以撤销的信托。该财产仍属于信托财产,当事人的利益丝毫不会减损。获得补偿权在实质上与信托所生之共有权存在重大区别。基于获得补偿权,在当事人一方低价转让房产之情形时,当事人只能诉诸合同法救济,获得一些赔偿,如果登记人将财产以低价转让给第三人后,当事人的补偿就有大幅减少之虞。按现行婚姻法司法解释之规定以及《合同法》的相关规定,当事人一方为低价转让房屋行为时,尽管该行为也可以撤销,但当事人只能诉诸合同法救济,而不像采取信托方式那样,可以作为财产的所有权人诉诸物权法上的救济如行使追及权等。在如下案例中,陈先生和陈太太已结婚六年,结婚时,陈先生从朋友那里借了15万元,自己拿出了5万元,作为首付,买了广州滨江东沿线的“小两房”做婚房,房子总价60万元。结婚后六年,陈太太跟陈先生一起还清了亲戚朋友的借款及银行贷款,陈太太实际支出超过借款及贷款的一半还多。六年来,房子总价升至215万元。根据婚姻法司法解释(三)之规定,陈太太不享有所有权,只享有补偿权,那么,她与陈先生共同还贷40万元占总房价比例为 $\frac{2}{3}$ 。那么,她只能获得“(40÷2)× $\frac{2}{3}$ ”即约13.3万元的补偿,对于房价升值部分155万也按此计算,她最多只能获得51.3万元的补偿。况且司法解释对增值部分的补偿没有规定明确的计算方式。陈太太最多可获得的补偿共计64.6万元。随着房价的不断飙升,陈太太拿着此补偿只能望房兴叹了。由此看来,婚姻法司法解释(三)之规定在事实上造成了离婚房产分割的不公平结果。如果适用推定信托,陈太太虽然没有出资首付,但出资还贷,共同支付了分期付款,可以认定陈太太对购房款进行了直接出资,因此,可以认定当事人之间对陈太太之受益所有权有默示的共同意图。以陈太太分期付款出资之行为作为推定信托之相关因素,以共同意图的推定信托方式来分享房产之所有权或作为非登记人之代价成立当事人之间分享受益所有权的共同意图推定信托。如果这样的推定信托得以确立,那么,非登记之出资人陈太太有权享有超过其出资额的房产所有权份额。本案中对于所有权份额之确定,由于没有关于份额的共同意图,可以首先认定平等享有,然后考虑整个出资期间的情况(如陈太太已还一半多的分期付款)因此,根据推定信托可以认定陈太太对房屋所有权的比例至少为50%。

共同意图推定信托,是因为在解决家庭房产纠纷中此种信托的采用是基于寻求当事人的共同意图的。<sup>⑨</sup>它的灵活性有利于解决房产取得之时或之后的所有权纠纷,因此,共同意图推定信托已成为

<sup>⑨</sup> Pettitt v Pettitt [1970] A C 777.



了家庭房产分割的主要形式,它主要解决以房产登记为一人所有而取得的房产上所可能产生的纠纷问题。

在利用信托确定家庭房产之所有权时,首先要考虑请求权人是否享有所有权,其次才是所有权的范围。

首先,根据推定信托之法理,推定信托之成立需要有当事人之间具有使非登记人享有受益所有权之共同意图。共同意图的存在可以通过诸多因素来判断,对婚前贷款所购房产登记于一人名下的情形,如果当事人双方在婚姻关系存续期间共同对房屋进行了装修,或共同归还部分按揭贷款,那么,就应认定双方有共同拥有房产的意图。如上述王峰与张玲一案中,只要当事人能证明贷款是婚后夫妻共同支付归还的,那么,就可以认定当事人有共同拥有房产所有权的意图,房产应该属于夫妻共同财产,离婚时一人一半。另外,当当事人共同生活的期限较长(如 5 年以上)并且抚养了孩子或为添附或为装修或支付所有家庭开支,贷款也由双方共同清偿,那么,也应认定双方有共同拥有房产的意图。

足以设立推定信托的所有权共有的真实意图可以从当事人明示的口头协议中予以推论,但当事人须基于此口头协议付出有代价的履行行为。如果非登记之一方基于信赖对方的陈述而付出了一定的代价或信以为真且支付抵押贷款、装修、添附、修缮等,<sup>⑩</sup>那么,可以以此认定当事人之间的共同意图,<sup>⑪</sup>即共同意图可以根据口头协议以及间接出资(如支付家庭的开销以使对方有能力偿还贷款等)来予以推论。<sup>⑫</sup>默示的共同意图仅能根据非登记方对购房款之直接出资行为来判断,如是否支付了首付或支付了分期付款。因为如果没有证据证明当事人间具有所有权共有的合意或安排,那么,当事人的行为完全可以作为推断共享受益所有权的根据,基于此行为产生一个推定信托。<sup>⑬</sup>当然,当事人的行为必须构成能推断出房产共有的共同意图的证据,且构成了当事人的信赖而付出了代价。非登记人惟有对购房款直接出资的行为才能被推定为共同意图。<sup>⑭</sup>因为只有想分享所有权的人才会对购房款进行直接出资,要么支付首付款,要么支付分期付款。如果当事人证明了共同意图的存在以及基于此意图付出了代价,那么,接下来就是确定份额了。份额之确定根据共同意图之明示和默示有所不同。在明示的情况下,如果当事人对各自份额达成合意,那么,就按此确定当事人的份额。如果合意平等享有,那么,无论当事人出资多少、付出的代价多大,也按合意来确定。<sup>⑮</sup>如果虽有明示的共有合意,但没有协商各自的份额,那么,需要考虑当事人的整个行为过程来确定当事人对份额之意图,这也适合合意需依据行为来判断的情形。在默示共同意图的场合,需要考虑广泛的因素来确定份额。这些因素包括直接和间接的出资,<sup>⑯</sup>以及财产占有情况、责任与利益的分担和分享等情况。<sup>⑰</sup>总之,在房产登记于一人名下之情形,一般如果证据证明当事人间对房产之所有权共有达成一个明示的共同意图,为实现此意图,推定信托就会产生。

其次,对房产之份额,当事人没有明示的共同意图的,要么是因为虽有对房产共有之共同意图但没有协商各自份额的,要么是因为共有之共同意图系根据出资行为来推定。针对此情况,第一,可以

<sup>⑩</sup> Eves v Eves (1975) 1 WLR 1345.

<sup>⑪</sup> Lloyds Bank v Rosset (1991) 1 AC 107 at 123.

<sup>⑫</sup> Grant v Edwards (1986) Ch 638. See Richard Clements & Ademola Abass, Equity and Trusts, 2nd edn., Oxford University Press 2011, p.550.

<sup>⑬</sup> Lloyds Bank v Rosset (1991) 1 AC 107 at 132-133.

<sup>⑭</sup> Lloyds Bank v Rosset (1991) 1 AC 107 at 133.

<sup>⑮</sup> Sukhninder Panesar, Exploring Equity and Trusts, Pearson Education Limited 2010, p.392.

<sup>⑯</sup> Sukhninder Panesar, Exploring Equity and Trusts, Pearson Education Limited 2010, p.393.

<sup>⑰</sup> Sukhninder Panesar, Exploring Equity and Trusts, Pearson Education Limited 2010, p.395.

根据事实来推定,即根据当事人双方的行为来推断双方当事人对出资人份额所达成的共识,即使此共识从未由当事人一方向另一方明确表达,第二,在不能作出房产共有之共同意图推断的情况下,可以根据“平等即衡平”之法理,认定受益所有权之利益归当事人双方平等享有。<sup>18</sup>出于公平之考量,在当事人对份额缺乏合意的情形中,应当根据当事人间关乎财产的整个过程来考量确定合理的份额。譬如,房产是作为双方当事人生活的家,双方均已为出资,仅登记于一人名下,无信托明示之宣告。<sup>19</sup>该财产相关过程还包括抵押贷款、赋税和设施、修缮、保险和家务等等。另外,当事人共同生活的期限、当事人所为的添附、对子女的抚养、对对方当事人言之信赖也是共同意图推定所有考虑的因素。只要他们对此房产有共同拥有的意图,无论他们各自的出资额是多少,可以推断出当事人双方各自对此财产享有一半的所有权或一方享有较多的份额。

### (二)信赖利益推定共同意图,公正解决一方父母全额出资买房之权属争议

对于一方父母出资买房之权属争议,婚姻法司法解释(三)第7条的规定比较模糊和笼统。现实中父母出资买房,存在着一方父母“全额出资”买房及“部分出资”买房之分,还有双方父母全额出资和部分出资之分。实践中,对父母全额出资和“部分出资”买房的处理,依然存在争议,每个法官根据不同的案情以及对问题的理解不同,会有不同的判决结果。

在一方父母全额出资买房情况下,另一方即使对整个房子的设计、装修、家具以及生活用品投入较大,也丧失了购房机会以及机会利益等,在此情形下,将房产之所有权判归登记人而另一方连补偿权都没有,这种结果公正与否值得考量。例如,2011年10月,张小美和左京离婚。两人的住房是由左京的父母全款购买。张小美认为,整个房子的设计、装修都是其出资而为的,家具以及生活用品也是其买的,应该分一半房产。左京则认为,房子张小美没份,诉至法院。法院认为,房产归左京所有。本案中,张小美出资进行装修,如何平衡装修出资人的损失、房子因装修带来的增值、因结婚未买房而丧失的购房机会以及机会利益等,这些都是立法值得关注的问题。在婚姻关系中,公正正义原则是通过当事人的共同意图来具体体现的。共同意图的推定信托几乎是英国人专为解决家庭房产纠纷所设计的。在家庭财产分割领域,推定信托基于当事人分享房产上的所有权而产生,如果当事人一方否认他方于房产上所产生的所有权利益,那么,就会产生不公正的结果。推定信托采取了一种公平标准,更有助于分房产时体现公平、平等的价值目标。因为当法定所有权人(登记人)否认非法定所有权人的受益所有权时产生了不公正的影响,为此,推定信托的产生将灵活性和公正、正义引入了婚姻家庭法。<sup>20</sup>丹宁勋爵指出,推定信托的施加是正义与良心的需要。当事人不得违背良心将财产据为己有,而应当允许他人来共有,此种信托产生财产取得之时或之后或必要情形。<sup>21</sup>张小美案中,根据共同意图的推定信托之要件,张小美在北京购买房产后,对房产进行设计装修使其增值,同时购买家具以及生活用品(间接出资),这是因基于信赖其享有受益所有权而付出的代价,可以产生推定信托。由此,张小美可以对房产享有一定的所有权份额,应根据其间接出资额折算出比例,来确定其所有权份额。

### (三)综合考量共同意图,公平解决一方父母部分出资购房并登记在出资人子女名下之权属争议

在父母部分出资购房且房产登记在出资人子女名下之情形,对父母出资部分及增值之权属以及非父母出资部分之权属的问题,在实践中也经常会产生争议。如2011年12月18日,北京判决首例

<sup>18</sup> Gissing v Gissing (1971) AC 886, at 908.

<sup>19</sup> Richard Edwards & Nigel Stockwell, *Trusts and Equity*, 10th edn., Pearson Education Limited 2011, p.351.

<sup>20</sup> Richard Edwards & Nigel Stockwell, *Trusts and Equity*, Pearson Education Limited 2011, p.334.

<sup>21</sup> Hussey v Palmer (1972) 3 ALL ER 744.



与婚姻法司法解释(三)相关案件。该案原告称,因自己无北京户口,婚后与丈夫购房时房产证上只有丈夫的名字,她与丈夫共同支付款,共同还贷,要求确认房屋产权共有。被告说,涉案房屋首付款是自己的父母出资的,该房屋登记在其本人名下,是对他个人的赠与。法院认为,涉案房屋是原告和被告在婚姻关系存续期间购买的,但购房首付款系被告的母亲支付,房屋产权登记在被告名下,根据婚姻法司法解释(三)的有关规定,婚后由一方父母出资为子女购买的不动产,产权登记在出资人子女名下的,可视为只对自己子女一方的赠与,该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。涉案房屋应当属于被告的个人财产,原告荆女士要求确认为夫妻共同财产,法院不予支持。<sup>②</sup>婚姻法司法解释(三)之规定在事实上也造成了此案中离婚房产分割的不公平结果。原告荆女士基于对房产共有之信赖,共同参与分期付款(即进行了出资),结果还是人房两空。如果适用推定信托,结果会有所不同。在离婚房产分割时,当事人起初对房产权属的协议、安排和共识是首先要考量的因素。如果双方对房产之所有权有共同拥有的意图,或当事人信赖此意图而遭受了利益损失、付出了代价,如对房产为添附、支付家庭开支、装修房屋、养育孩子等等,那么,推定信托就可适用。

离婚房产分割应以“合理、公平和正义”为原则,此原则需具体化为:不仅应关注当事人的公平对待,而应提示当事人之真正意图并反映此意图。共同意图是离婚房产分割中推定信托适用的基础。如果可以证明当事人间就家庭房产之所有权有共同拥有的意图,那么,推定信托就可成立。如果此共同意图确实存在,那么,即使房产登记于一人名下,推定信托也会确保此意图在法律上产生效力。当事人的意图可通过共同“出资”行为或合意来证明。合意分为利益合意和金钱合意。利益合意是指无论当事人是否有出资,当事人有共同或按一定比例拥有房产之明示的共同意图,如意图非明示,则可通过行为来证明,此行为无需发生于房产取得之时,而可以根据后续的发展予以证明。金钱合意取决于当事人就出资比例所达成的合意。金钱合意的判断可依据出资的事实,但利益合意的判断需考虑诸多因素如共同生活的期间、孩子抚养和一方当事人对另一方当事人言行之信赖等。如果当事人在争议的房产中共同生活达一定期限,或共同抚育孩子,或基于登记的所有权人的言行,当事人对自己享有所有权产生合理信赖,而为某种行为并付出相当代价,但登记的所有权人却予以否认时,推定信托就会被施加。共同意图的推定信托可以以这诸多因素为基础设立一个“游标尺”,成为一种独特的解决房产分割的社会敏感问题的方式。依据此种信托,在尊重当事人对财产之安排的前提下,探寻当事人对房产所有权分配的共同意图,最终目标是达到一个“公平”的结果。

#### (四)部分产权归复于出资方,合理解决双方父母部分出资买房之权属争议

在双方父母共同部分出资情形下,如果不分具体情况一律适用婚姻法司法解释(三)第7条之规定,也有不妥适之处,有违公正原则。如小杨和小丽登记结婚,婚后,由小杨父母出15万,小丽父母出5万,支付首付款买了一套商品房,登记在小杨名下。此后,房屋贷款一直是以小杨的住房公积金和工资偿还的。在离婚时,这套房产之权属产生争议。法院依据婚姻法司法解释(三)之规定认定,小杨和小丽按照各自父母之出资比例以及根据房屋评估的市场价值来进行房产分割。此案中,小杨对大部分购房款以贷款方式出资,离婚时却要按首付比例来分割,由此造成审理结果实质上的不公正。根据归复信托的功能,它是一种财产无论以谁的名义但以信托方式为出资人持有的制度。<sup>③</sup>归复信托的原则是“一项不动产,无论是以购买者的名义和其他共有人的名义,还是以他人的名义而非以购买者的名义,无论是以一个人的名义还是几个人的名义,无论是共有人还是继承人的名义,均归复于

<sup>②</sup> 武新:《北京首例新婚姻法争房案:女方败诉》,《北京晨报》2011年12月19日。

<sup>③</sup> Richard Clements & Ademola Abass, *Equity and Trusts*, 2nd edn., Oxford University Press 2011, p.334.

出资之人”。<sup>24</sup>只要有直接的出资行为,就可以产生一个推定的归复信托,而且初步认定受益所有权的比例与出资额相当。如果此案适用归复信托,首付款及其对应增值部分属于双方父母之赠与,按出资比例分割,但对房款之余款所对应的房产份额,双方未达成共同意图,且小丽也未因此而付任何代价,此份额应当按照归复信托确认由小杨一人享有。因为基于出资所产生的归复信托的基础是:如果一方当事人对财产进行了出资,那么,可以推定其有意图取得此财产上的受益所有权,除非有相反的证据予以证明有借贷或赠与等其他情况。<sup>25</sup>由于归复信托产生于房产取得之时,当事人在房产取得时就开始支付分期付款的,就可以成立一个对其有利的归复信托。因此,小杨须证明在房产取得时就开始支付分期付款,小杨如能做到这一点,房款之余款所对应的房产份额就应归复于小杨,由其一个人享有。

#### (五)产权归复于出资方,公正解决一方以他方名义购买的房产之权属争议

关于一方以他方名义购买的房产,如果没有证据证明当事人间有分享所有权的共同意图,或者当事人一方之赠与或借贷,那么,此情形可以成立有利于出资人的归复信托。例如,林小姐和周先生在双方家庭资助下付了45万元首付,贷款购得广州一套145万元的三居室。由于周先生名下没有房产,而林小姐已在广州拥有一套单身公寓,二套房可能遭遇首付提高和贷款利率大增的问题,为省下一笔费用,双方协商房产证上只写周先生的名字,而林小姐父母出资的28万元以借条方式体现。购房后,两个人共同负担贷款,目前房产已增值至200万元。在此案中,根据婚姻法司法解释(三)第7条第1款之规定,房产之所有权由登记方享有,因为首付不是双方父母共同出资所为,林小姐父母出资的28万元是以借条形式即借贷形式出现,不能构成出资,此款应由周先生日后偿还。45万只能认定为周先生父母之出资,此房不能按双方父母出资比例分享。归复信托产生于没有共同意图或明示意图之情形,非法定所有权人在以他人名义进行出资情况下,可以获得房产上的受益所有权。<sup>26</sup>当事人是否可以根据归复信托享有受益所有权之利益取决于其对房产之购买款的出资。出资的性质足以产生归复信托之推定。实质上,归复信托是根据出资行为所作出的推定。只有直接出资才能产生有利于出资者的归复信托。归复信托成立于房屋产权取得之时当事人已为全额出资,不因当事人事后经济状况的改变而有所变化。<sup>27</sup>全额出资绝对可以产生一个归复信托,当然其他形式的出资也可以产生一个归复信托如首付款或抵押贷款之出资。<sup>28</sup>甚至购房之折扣也可以视为直接出资。<sup>29</sup>在此案中,根据归复信托,45万首付所对应的份额及增值部分属周先生父母赠与其子女的,由周先生一人享有,林小姐借出的28万由周先生日后偿还。正因为28万以借款形式出现,所以认定林小姐与周先生之间没有共有房产之共同意图,不可成立推定信托。由于归复信托产生于出资之时,<sup>30</sup>房产登记于周先生名下,降低了首付和贷款利率,类似于购房之折扣,应视为林小姐为直接出资。为此,就贷款降低的额度,对林小姐成立一个归复信托。同时,林小姐参与了分期付款的出资行为,对其出资行为与可以成立一个归复信托,其房产上的所有权范围以其出资额来确定。归复信托所享有的受益所有

<sup>24</sup> Emma Warner-Reed, *Equity and Trusts*, Pearson Education Limited 2011, p.183.

<sup>25</sup> Geraint Thomas & Alastair Hudson, *The Law of Trusts*, 7th edn., Oxford University Press 2010, p.751.

<sup>26</sup> *Pettitt v Pettitt* (1970) AC 777, at 794.

<sup>27</sup> Kevin Gray and Susan Francis Gray, *Elements of Land Law*, 5th edn., Oxford University Press 2009, p.845.

<sup>28</sup> Sukhinder Panesar, *Exploring Equity and Trusts*, Pearson Education Limited 2010, p.330.

<sup>29</sup> *Laskar v Laskar* (2008) EWCA Civ. 347. Sukhinder Panesar, *Exploring Equity and Trusts*, Pearson Education Limited 2010, p.330.

<sup>30</sup> *Pettitt v Pettitt* (1970) AC 777, at 794.

权的范围取决于出资额,受益所有权的范围根据出资比例来计算,<sup>③</sup>因此,法院可以根据林小姐就贷款降低的额度确定一定的份额,并根据其在分期付款中的比例,确定林小姐在余款 100 万元及增值部分中的份额,该份额由周先生为林小姐的利益以归复信托的方式持有,在财产分割时,此份额归复于林小姐。归复信托目的之一是防止法定所有权人即登记人不正当的否认出资人在房产上的受益所有权。因此,归复信托的适用可以有效保障出资人的合法权益。

#### (六)其他具体情形下的信托适用

在现实中,还有《婚姻法》及婚姻法司法解释(三)很难处理的更为复杂的情形,如果采取信托方式,亦可迎刃而解。第一,对于夫妻一方婚前以个人财产支付首付款购买房屋并在银行贷款,如房产证登记于夫妻双方名下,或者登记于另一方名下的。第二,如果夫妻一方以个人财产购买的房屋没有贷款,或者贷款由个人偿还,或者贷款由双方偿还,但房产证是婚后取得的。第三,如果夫妻一方以个人财产支付首付款购买的房屋,婚后由另一方偿还贷款的。第四,如果夫妻一方以个人财产支付首付款购买的房屋,婚后才取得房产证,登记于首付款支付一方名下,贷款由双方偿还或者由另一方偿还的;如果系婚前取得房产证,登记于另一方名下的。第五,一方以个人财产付首付款,婚后取得房产证,并且贷款也由其个人偿还,但名字登记于另一方名下的。<sup>④</sup>首先,针对上述情形可以适用推定信托。如果有包括直接出资行为(首付或分期付款等)或双方当事人分享所有权合意加上相关因素(装修、修缮、一般家庭开支等)的证据来表明当事人具有分享受益所有权的意图,只是没有就其范围予以确定,或者初步表明双方当事人具有平等分享受益所有权之意图,除非有相反的证据予以推翻,<sup>⑤</sup>那么,房产所有权就应按出资比例归二人共享。其前提是须能够证明二人具有所有权共有之共同意图。也就是说,根据推定信托,当事人双方按所有权共有来处理。至于所有权共有的比例则根据具体的事实和证据来确定,对非登记人而言,其所享有的所有权份额不会低于其出资额。其次,针对上述情形可以适用归复信托。如果出资人将房产登记于另一方当事人名下,或双方当事人名下,不能证明有共同分享所有权意图的,那么,根据 Lord Upjohn 所言,“一方当事人将房产置于另一方当事人名下,除非有证据证明是赠与,否则,另一方当事人作为受托人以归复信托方式持有;一方当事人将房产置于二人名下的,视为共同共有”。<sup>⑥</sup>在此情形下,推定成立有利于出资人的归复信托,即房产登记在双方名下的,房产之一半份额归复于出资人;而房产登记于另一方名下的,房产全部归复于出资人,除非有证据证明是赠与或贷款以反驳此推定。归复信托适用于已婚配偶双方对房产之受益所有权利益没有明示或共同意图之情形。如果有明示的意图则会产生一个明示信托以明确各自的权利。

#### (七)小结

归复信托和共同意图推定信托法律制度具有实现公平和正义之功能,能保障离婚双方对房产的物权,而非所谓的补偿请求权。如果婚姻当事人支付购房款或有共同享有房产之所有权的意图,那么,他们有权依归复信托按比例或依推定信托共同享有其上的所有权,而不仅仅是请求权。归复信托和共同意图推定信托之所以能弥补婚姻法司法解释(三)之缺憾,推定信托和归复信托均与关于离婚财产分割的我国法律规定价值取向一致。推定信托本来就基于公平、正义和良心的理念而产生,它适用于家庭房产分割领域就是为了促进公平和正义的,这与婚姻法的原则相一致,归复信托与公平、正

<sup>③</sup> Laskar v Laskar (2008)EWCA Civ 347. 162, at [21].

<sup>④</sup> 陈竹《婚姻法新司法解释第 10 条仍为败笔》,陈竹律师博客 2011-09-13 16:18:19. <http://blog.sina.com.cn/chenzhulawyer>.

<sup>⑤</sup> Richard Edwards & Nigel Stockwell, *Trusts and Equity*, 10th edn., Pearson Education Limited 2011, p.355.

<sup>⑥</sup> Robert Pearce, John Stevens & Warren Barr, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, 5th edn., Oxford University Press 2010, p.352.



义的法律原则也是一致的, 归复信托的作用就是保护出资人的利益。在推定信托不能适用的情形, 归复信托可以使登记于他人名下的房产之受益所有权归复于出资之人。因为即使房产登记在他人名下, 如果出资人没有保留受益所有权的愿望, 他就不会出资。在此情形下, 如果登记人将属于他人的受益所有权据为己有, 那么, 他就违背自己的良心, 归复信托就会被施加。这可以有效地防止一方当事人不当侵占他人财产。

## 五、推定信托和归复信托法律制度之本土化

信托法律制度随着社会和经济环境的变化而发展, 具有相当的灵活性, 值得我国立法借鉴和运用。尤其是推定信托和归复信托制度均可以成为弥补婚姻法司法解释(三)之缺憾的有效途径。然而, 这两种制度在我国 2001 年颁布和实施的《信托法》中没有规定。

真正意义上的信托与我国的民法传统存在制度上的扞格, 推定信托和归复信托也不例外。在我国, 推定信托和归复信托设立的障碍主要在于: 第一, 在我国民法传统中不存在英美法中信托财产的所有权分离, 即受托人的法定所有权与受益人的受益所有权的分离, 而且信托受托人和受益人所有权的分离不属于我国民法保护范畴; 第二, 信托与物权法定原则相冲突, 物权法定原则主要是指物权类型受到法律规定的限制。

信托以信托财产之双重所有权为制度基础, 没有双重所有权即无信托。信托之双重所有权制度或所有权的分离制度在我国民法传统中并不存在, 因此, 我国有许多学者认为在法律中贯彻信托是不可能的, 这是由我国民法传统之根基所决定, 即由双重所有权制度的缺失所决定。民法法系国家将所有权看作是绝对的、不能分割的, 将所有权看作一种对物的完整的、无所不包的支配权。例如, 法国民法典将所有权描述成以最绝对的方式享有和处分物的权利。我国是沿袭民法法系国家民法之传统, 因此, 在我国, 所有权也是不能分割的。

英美法之信托财产之双重所有权中的法定所有权和受益所有权分别具有不同的法律要素和内涵, 均属于物权, 且两种所有权都非绝对, 即受托人或受益人任何一方都没有绝对地享有信托财产的所有权, 而实际上, 受托人和受益人二者都以不同的方式同时对该财产拥有所有权。英美信托法特别强调, 如果两权统一于一人之手, 而没有利益的分离, 那么, 信托就不存在。也就是说, 没有双重所有权就没有信托。受益人所有权的产生使信托构筑于一宗财产的双重所有权之上。信托之“两权分离”的制度, 在信托当事人间创设了复杂的财产上的权利义务关系, 尤其为受益人创设了实质上的所有权或受益所有权, 只要这两种所有权未被同一个人完全拥有, 信托就可以有效的存在; 反之, 如果这两种所有权合而为一, 那么, 该人拥有绝对的所有权而非信托, 在这种情形下, 受托人为自己的利益而管理财产。<sup>⑤</sup>在我国民法传统中不存在这种信托财产所有权的分割。非但如此, 我国民法还强烈排斥英美法系十分普遍存在的功能性区分所有权即法定所有权和受益所有权。我国民法遵循物权法定原则, 这也是真正意义上的信托方式在我国的法律环境中产生的障碍。物权法定原则主要指物权的类型和内容均来源于法律的规定, 禁止任何人创设法律没有规定的物权种类和内容, 所有人均需在法律允许的范围内行使自己对物的权利。<sup>⑥</sup>事实上, 此原则与具有传统的信托特征之权利的设计有

<sup>⑤</sup> Paul G. Haskell, Preface to Wills, Trusts and Administration, (2nd edition), Westbury, New York, The Foundation Press, Inc. 1994, p.90.

<sup>⑥</sup> Thomas W. Merrill, Henry E. Smith, Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle, The Yale Law Journal, October 2000, pp. 3-5.

冲突。民法法系国家类似信托的法律制度不是真正意义上的信托,最根本的原因在于物权法定原则。19 世纪法国学者欧伯利(Aubry)和劳(Rau)创设了总体财产理论。总体财产是指同一民事主体所有的、现存的和未来的资产和负债的总和。<sup>③⑦</sup>信托委托人要从其自己的总体财产中抽出一部分设立信托,减少了债权人的一般占有留置,减少了总体财产中用于偿债的财产。<sup>③⑧</sup>而且以信托持有之财产构成了一种特殊目的财产,与传统的总体财产概念不相容。根据总体财产理论,每个人只能有一个总体财产,而且每一个总体财产只能归属于同一人。而信托关系中,受托人既拥有自己固有的总体财产也拥有信托财产。这与总体财产理论相悖,因此,总体财产理论也成为了民法法系的法国移植信托的障碍。不过,法国并未阻止普通法信托的运用,当然,这也归因于法国相对应的 fiducie。法国民法典将 fiducie 描述成为合同,据此合同委托人将其全部或部分的资产、权利或证券移转于信义人,由其为受益人或委托人之特定目的行事,同时将自己的固有财产与信托财产发生分离。Fiducie 产生了所有权的暂时移转,移转于信义人的资产不再是委托人的资产的一部分。委托人丧失了对该资产的所有权,其剩下的权利就是根据合同要求信义人履行义务的权利。Fiducie 相关资产成为了信义人的总体财产,构成一个独立的资产池。然而,信托之魅力来源于受益人有权保证信托财产不受侵害,法国的 Fiducie 则没有此种效力。

我国法将物权限定在法律确定的类型中即遵行物权法定原则,<sup>③⑨</sup>此原则明确规定在民法中。据此原则,当事人不能创设一种新的物权。有学者将信托置于财产上之“共同利益”的范畴,<sup>④⑩</sup>主要是因为权利分离的受托人和受益人对信托财产享有共同的利益。信托关系中受益人的追及权就来自于此权利的分隔。信托不能解释为仅仅将法定权利归属于受托人,而使追及权游离于信托之外。在所有的财产权形式中,利益总是跟随着权利的,是与权利保持一致的。我国的财产权利受物权法定原则的限制。而即使在那些利益中,权利仅仅是利益的一种表征,因为财产利益的价值取决于某人受益的范围。信托将权利的概念与受益的概念加以分离。然而,物权法定原则仅仅注重了权利而完全忽视了利益,对信托来说,这是该原则之唯一致命弱点。如果不考虑物权法定原则,只要权利和利益发生分离,利益无需遵循任何预先设定的形式。财产的价值取决于其提供的利益。除了在一定范围内与利益的一致性外,权利没有价值。<sup>④⑪</sup>拿走了利益乃拿走了财产,即使权利依然存在。<sup>④⑫</sup>美国法学家 Merryman 就将民法法系所有权比喻为一个盒子:民法法系的所有权可以视为一个标明了“所有权”的盒子,谁拥有这个盒子,谁就是所有权人。在完整和无负担的所有权中,此盒子包含一些权利如占有、使用、收益和处分。然而,所有权人打开盒子,让与并移转一项或几项权利给他人,即使盒子是空的,只要他仍持有该盒子,他仍然是该盒子的所有权人。英美财产法规则与之不同,相对简单,没有这样的盒子。其

<sup>③⑦</sup> [法] 雅克·盖斯坦、吉勒·古博:《法国民法总论》,陈鹏等译,法律出版社 2004 年版,第 151 页。patrimoine 又译“广义财产”,见尹田:《法国物权法》,法律出版社 1998 年版,第 2 页。

<sup>③⑧</sup> 《法国民法典》第 2092 条规定:“任何人,个人负有债务者,均应以其现有的与将来取得的动产与不动产,履行其约定承担的义务。”见罗结珍译:《法国民法典》,中国法制出版社 1999 年版,第 473 页。

<sup>③⑨</sup> HENRY HANSMANN and REINIER KRAAKMAN, Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights, 31 J. Legal Stud. 373 (2002).

<sup>④⑩</sup> See Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle, 110 YALE L.J. 1, 3 (2000); Henry Hansmann & Reinier Kraakman, Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights, 31 J. LEGAL STUDIES. 372, 373 (2002).

<sup>④⑪</sup> See generally, Lucas v. S.C. Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992).

<sup>④⑫</sup> See generally, Lucas v. S.C. Coastal Council, 505 U.S. 1003 (1992).

财产权是各种法定利益的组合,其中 fee simple absolute 是该组合中最大的一枝利益束。如果权利人移转其中一个或几个利益与他人,则该权利束中的一部分就消灭。<sup>④3</sup>因此,设立新的财产利益之宗旨是为了取得不同类型的利益,而不是取得不同的权利。英美信托财产权之设计是为了取得不同利益的,而不同于普通的财产权形式。物权法定原则要求当事人只得设定法定的权利。因此,信托所创设的“两权分离”显然与物权法定原则相冲突。

综上所述,信托使两大法系在物权理论上产生冲突。<sup>④4</sup>第一,单一所有权概念与同一物上的双重所有权或所有权的分离产生矛盾。单一所有权概念决定了民法法系所有权的不可分割性,强调一物只有一个所有权,所有权由不止一人享有仅属例外情况。查士丁尼法典最初规定了所有权是绝对的享有和处分物的权利,这一规定后为拿破仑法典第 544 条所沿袭。民法法系国家坚守单一所有权理论,所有权集中于一人之手,不能由二人或二人以上的人享有,仅有少数特定情形属于例外。为此,人们普遍认为,普通法信托原则不能扎根于民法法系国家的主要原因(非唯一原因)就是所有权不可分割的基本观念,其排除了普通法信托实质上的适用,因为普通法信托认为同一物上法律上的权利由一人享有而衡平权利由他人享有。民法法系绝对、排他、单一的所有权与信托受托人享有有限的、“光光”(“naked”)的所有权以及受益人实际的、经济的所有权相抵触。<sup>④5</sup>第二,信托与物权法定原则相冲突,任意创设的物权不能获得保护。正因这些冲突使现代民法法系国家难以接受信托。由罗马法发展起来的 Fiducia 在现代民法法系中仍然可以找到,它依赖于义务与物权的分离,而且物权受物权法定原则的限制。在民法法系中,物权法定原则要求所有新型物权的引入必须属于民法典最初认可的权利范畴,当事人不得创设新型的物权。民法法系的公示原则要求所有的设立物权的可以强制执行的交易均应登记以具有公信力,而物权的设立必须严格限定于法律规定的范围,法律并不承认信托受益人的物权。

尽管信托与民法法系的民法传统存在制度上的阻隔,但从信托在民法法系的发展来看,信托仍被许多民法法系国家通过灵活变通的立法方式予以借鉴和引入。例如,列支敦士登于 1928 年引入了信托,瑞士和德国在商事领域也有近似信托概念。墨西哥和巴拿马以某种形式接收了信托制度,尽管他们的文化或历史与英国、美国不同。不足为奇的是,在欧洲大陆,仅有荷兰在其民法典中有限的引入了英美信托。鉴于两大法系物权理论的冲突,意大利 Mauro LUPOI 教授主张意大利无须在法律中制定信托法律制度,因为可以根据海牙公约对外国信托予以承认以及适用密切联系地的法律。卢森堡也采取了同样的方式,瑞士有人呼吁应以更开放的态度对待信托。在日本、俄罗斯、以色列等国家信托法也得到了较大的发展。<sup>④6</sup>这些国家引入信托是出于经济因素的考量。而且列支敦士登引入信托并未遇到民法体系之严重障碍,因为其目的是吸引外资到国内运作。瑞士与德国的经济和商业整体上比法国更加繁荣,因此,也设计了与信托类似的概念。为满足欧洲大陆国家促进经济繁荣与增长之需要,欧盟民法典草案第十篇将信托法引入物权篇。1985 年《海牙信托法律的适用和认可公约》(The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their recognition)促使了信托法在全球经济一体化条件下得到深入的拓展。但在法国,1991 年修改拿破仑民法典以设立信义制度

<sup>④3</sup> See John H. Merryman, Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson), 48 Tul. L. Rev. 916,1974.

<sup>④4</sup> Vera Bolgár, Why No Trusts in the Civil Law?, The American Journal of Comparative Law, Vol. 2, No. 2 (Spring, 1953), pp. 204-219.

<sup>④5</sup> Jaro Mayda, "Trusts" and "Living Law" in Europe, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 103, No. 8 (Jun., 1955), pp. 1041-1055.

<sup>④6</sup> Ugo Mattei, Comparative Law and Economics, University of Michigan Press, 1997, p. 153.



(la fiducie)的尝试没有成功。<sup>④7</sup>迫于经济发展的需要,法国政府于 1992 年 2 月 20 日向议会提交了融入信托体制的官方草案,但是由于普通法系国家信托制度的引入会使法国现有民法体系产生巨大的改变,该草案最终破产。1996 年,法国政府为解决财产信托中逃避遗产税(inheritance tax)的问题,向议会提交了一份新的草案,该草案提出了只有法人有权设立信托业务的建议,草案近年来得到了议会的重视。这些成功的经验为我国信托法律制度的移植提供了有效的借鉴。

信托基本理念在于“双重所有权”,否则,信托将失去依归。因此,我国引入信托,必须构建信托之“双重所有权”制度,同时对物权法定原则采取变通适用的态度。借鉴英美信托法理论设计信托法律关系时,应赋予受托人和受益人以非绝对的所有权,即他们都不绝对享有所有权中所有的权利;在信托财产之双重所有权结构中,一方面认同所有权的概念,一方面却不认同绝对所有权的权利内容,从而给所有权的内容留下了自由创设的空间。

双重所有权制度仍然是归复信托与推定信托这两种信托之制度基础。在婚姻家庭法领域,归复信托产生于当事人取得房产之时的共同和直接出资,根据他们的出资份额,可以合理地推断出双方当事人以此份额分享房产上的受益所有权的意图,除非有证据证明有相反的意图,而房产之登记人即双方当事人之一因登记取得了该房产上的法定所有权,这两种所有权同时并存,分别由不同的当事人同时享有,两者均为物权。推定信托则以当事人双方分享财产上的受益所有权之共同意图而产生,此意图依当事人的言行来推定,当事人的共同意图不是将房产之所有权仅归属于登记人一方,而是由双方以一定的份额共同享有。我国可以采取灵活的立法技术,将受益人的所有权作为一种新的物权在《物权法》中予以规定。我国《物权法》第 8 条“其他相关法律对物权另有特别规定的,依照其规定”也为《物权法》对“受益所有权”的认可提供了法律依据。总之,法律应当具有开放性,物权的范围应根据实践的需要而在民法中予以扩大。<sup>④8</sup>

(责任编辑:闻海)

<sup>④7</sup> Stathis Banakas, *Understanding Trusts: A Comparative View of Property Rights in Europe*, InDret, Vol. 323, No. 1/2006, pp. 1-9.

<sup>④8</sup> Jaro Mayda, "Trusts" and "Living Law" in Europe, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 103, No. 8 (Jun., 1955), pp. 1041-1055.