

司法能动下的中国家庭

——从最高人民法院关于《婚姻法》的司法解释谈起

强世功

婚姻和情感是两个领域的事情，法律是调整婚姻关系而不是调整男女情感的。……今天的心爱之人，随着时光的流逝、审美的疲劳，明天可能变成漠然之人甚至切齿之人，情感的千变万化又岂是理智的法律所能左右呢？……感情没有了，婚姻解体了，起码在经济上还能得到一些保障吧，也许“婚姻契约”不失为聪明女性的明智选择。

最高人民法院某法官的这段名言，表达了一种开始普遍流行的契约婚姻观：“爱情归爱情、财产归财产”。爱情与财产的分离建立在个人主义和自由主义的立场上。但爱情与财产非此即彼的选择仅仅是生活的极端例外状态，而大多数婚姻介乎二者之间：爱情可能已消退，财产还不至于分割，婚姻并不因此解体。正是在这种状态下，“家庭”才具有特别的意义，由此成为稳定的生活常态。家庭关乎个人幸福和文明培育，承担着教育子女、塑造人格、培育社会道德、形成善良风俗的社会功能。因此，任何文明社会都会认为家庭具有独立于且高于爱情的价值，家庭稳定就成为立法者的首要任务。

家产制的式微：个别财产制与明晰房产

家庭稳定首先依赖于“家庭共有财产”这种物质性纽带。革命根据地时期激进的婚姻立法虽然肯定了离婚自由原则，但“同财共居”的家产制传统却一直保留下来。例如，与土地有关的财产法就延续了古代家产

制。无论“打土豪分田地”还是改革开放之后的“家庭联产承包责任制”，财产法的主体不是个人，而是家庭。家庭承包的集体土地不会因为结婚或离婚而立即发生法律变更。家庭人口的不断变动导致村庄要经过一段时间之后重新在家庭之间进行“调地”。同样，与土地相关的宅基地划分也是按照家庭来进行的，离婚不可能导致宅基地的分割。城市的房屋产权虽然登记在家庭成员一方的名下，但在法律上也属于家庭共有财产，以至于房屋购买合同要求夫妻双方签字。1950年《婚姻法》中确立的夫妻共有财产制就源于“中国人的理想是家庭成员模模糊糊地共同拥有家产”的法律传统。而在1993年最高人民法院的规定中，甚至明确规定将个人财产吸纳到家庭财产中。至于在继承法中，虽然法律上赋予了女儿与儿子平等的继承权，可实际上女儿基本上不继承家产，强调“嫁出去的女儿泼出去的水”，依然遵循着“同居共财”的逻辑。

新中国初始的《婚姻法》在表面上是激进的，但对共同财产的强调却是保守的。加之计划经济体制、社会主义价值观念和“调解为主”司法政策的配合，中国的家庭稳定并没有受到根本的影响。然而，随着改革开放以来，尤其是上世纪90年代中后期市场经济推动了个人欲望的张扬，文化左派的后现代思潮消解了传统价值。“单身贵族”、“契约婚姻”、“AA制婚姻”与同性恋婚姻一道，成为中国家庭生活中的价值选项，甚

新中国初始的《婚姻法》在表面上是激进的，但对共同财产的强调却是保守的。加之计划经济体制、社会主义价值观念和“调解为主”司法政策的配合，中国的家庭稳定并没有受到根本的影响。

至成为时髦人士追捧的时尚生活。在这种背景下,立法和司法解释不断瓦解“家产制”这一维持家庭稳定的财产纽带。2001年全国人大对《婚姻法》作出了全面修改,明确划分了“夫妻共有财产”与“个人拥有的财产”,同时2001年《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(一)》(即司法解释一)特别强调,个人财产不因婚姻关系而转化为夫妻共同财产,由此引发了“婚前财产登记”的浪潮。在财产的天平上,个人自由与家庭稳定第一次向有利于个人自由的方向倾斜,以此为契机,后来最高人民法院关于《婚姻法》的司法解释都以摧毁家庭共同财产作为其立法的目标,而家产制的式微,则意味着家庭稳定的最后防线也开始动摇了。

对家产制的摧毁中,最大力量就来自最高人民法院司法解释中关于离婚房产分割的具体规定。对大多数普通家庭而言,家产中最大宗的财产就是房屋。房屋不是普通商品,而是家庭生活必须拥有的居住空间;它不仅是属于财产权范畴,而且体现了人类最低限的生存权。如果说婚姻奠定家庭的精神基础,那么房产就奠定了家庭的物质基础。

“家”不仅是一种血缘伦理关系,而且是一种对房屋开辟的物理空间的占有关系。由此,对于注重家庭价值的中国人而言,房产往往与“家”联系在一起,在生活中占据了特别重要的地位。在家产制中,最主要的家产就是土地与房屋。以家庭为主体的土地承包制度不断受到“土地私有化”主张的冲击,而房屋家产制的瓦解,则是从2003年最高人民法院关于《婚姻法》的“司法解释二”开始的。

在离婚案件中,法官一般都会考虑到房产对于家庭生活的重要性,对房产分割尤为慎重。虽然《婚姻法》上明确了平均分割的原则,但由于婚姻诉讼属于民事调解的核心,法官在司法调解过程中必然卷入到家庭问题中,所面对的不仅是离婚财产分割问题,而且涉及到子女抚养、老人赡养、离婚后的家庭生活问题。可以说,法官无法按照单纯的感情破裂或共同财产平均分配的法律规定来判案,而必须全方位地思考家庭问题。其一,要考虑普通家庭妇女对家庭的贡献主要集中在照料小孩、赡养老人、操持家务这样的事务中,而这些活动的经济贡献很难用货币化方式来体现;其二,考虑离婚双

对家产制的摧毁中,最大力量就来自最高人民法院司法解释中关于离婚房产分割的具体规定。



“四世同堂”:中国传统家庭的理想模式

性别问题实质上依然是阶层问题，“意见稿”挑起的不仅是性别战争，而且是阶层战争，因为有机会购房并支付首付的，往往是经济条件富裕的家庭或经济收入比较高的个人。

方的过错，谁为了个人自由而提出离婚，就意味着要在财产分割上做出相应的牺牲和让步；其三，离婚后一般妇女抚养小孩，需要房屋居住，且家庭妇女的经济收入有限，没有能力购买房屋。由此，虽然法律上规定财产平均分配，但法官在分割家产时考虑的不是财产法问题，而是考虑家庭生活、社会公正、保护弱者等等这样一些更为基本的原则。这些原则实际上影响到了房产的分割，以至于法官在司法过程中往往把房产分割给抚养小孩、且离婚后经济能力较弱的女方，以利于家庭的稳定。

然而，随着市场经济的发展，房屋的价值越来越大。离婚当事人在房产问题上争执不下，给法官在离婚诉讼如何分割房产带来很大困难。为此，2003年底在最高人民法院出台对家产制的摧毁中，最大力量就来自最高人民法院司法解释中关于离婚房产分割的具体规定。“司法解释二”不仅明确了房产分割按照市价进行分割，而且特别规定：双方都主张房屋所有权的，采取市场竞价的方式来确定产权，由出价最高的一方获得房屋所有权，并给另一方以相应的补偿。这种市场竞价的方式表面上体现了公平，而实质上有利于家庭中货币化经济能力较强的一方，不利于货币化能力较弱的另一方。

如果将法官在司法实践过程中形成的分割房产的思路与上述司法解释中明确的分割房产的思路做一比较，就会发现有两个根本的不同：其一，法官在司法实践过程中采用更全面的视野，把房产分割问题放在家庭问题、婚姻过错补偿的公正问题以及离婚后的社会问题中进行思考，而最高法院则仅仅把房屋看作市场上竞价的物品，按照市场经济的规律来解决家庭问题。其二，如果说法官在长期的司法过程中形成了保护妇女、保护弱者的司法价值倾向，那么最高人民法院“司法解释二”实际上否定了这种价值倾向，并确立了保护强者、保护男性的价值取向。或许可以说，这个司法解释实际上开辟了一个家庭财产分割中男性对女性、强者对弱者的弱肉强食时代。

房产分割中形成的市场经济逻辑，在2010年最高人民法院关于对家产制的摧毁中，最大力量就来自最高人民法院司法解释中关于离婚房产分割的具体规定。“司法解释三”的征求意见稿中（下称“意见稿”）得到了进一步的升级，以至于这个“意见稿”一出台就形成了“男人一片叫好，女人一片抓狂”的局面。比如第11条规定，“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，婚后不动产登记于首付款支付方名下的，离婚时可将该不动产认定为不动产权利人的个人财产，尚未归还的部分贷款为不动产权利人的个人债务。婚姻关系存续期间由夫妻共同财产还贷部分，应考虑离婚时不动产的市场价格及共同还贷款项所占全部款项的比例等因素，由不动产权利人对另一方进行合理补偿。”

在一些学者眼中，该规定挑起了一场“性别战争”。因为中国的婚姻习惯是男方提供房屋，女方提供嫁妆，二者都属于家庭共同财产。而且很多情况是男方支付首付，婚后夫妻双方用共同财产还贷，若离婚时根本不考虑离婚过错、抚养小孩、赡养老人等社会问题，将房屋按照登记名字分割给男方，显然不利于家庭中的女性。进一步而言，性别问题实质上依然是阶层问题，“意见稿”挑起的不仅是性别战争，而且是阶层战争，因为有机会购房并支付首付的，往往是经济条件富裕的家庭或经济收入比较高的个人。需要注意的是，当前中国经济正处于房地产经济的畸形发展中，房产市值增加的空间越来越大。这种背景下采取登记主义的房产分割办法，实际上让家庭中的另一方以无息贷款的形式支持房屋产权登记人获得更大的暴利。这无疑是家庭中的隐性剥削。当《婚姻法》“司法解释二”试图用市场竞价的形式公平来掩盖房产分割中双方经济力量的实质不公平时，“意见稿”可以说撕下了市场公平的面纱，完全站在有经济实力的强者一方，甚至用法律强制的方式，让弱者成为强者进行剥削以谋取更大利益的工具。市场经济中的弱肉强食逻辑被最高人民法院引

入到婚姻家庭中。不受约束的市场经济会摧毁有机的社会组织，而把市场逻辑引入到婚姻家庭法中，最终摧毁的无疑是家庭本身。

司法能动的法律想象：“AA制契约婚姻”

《婚姻法》中对离婚财产的分割作出了原则规定，而法官在司法实践中也已形成了一套处理家庭财产分割的原则、办法和价值取向。立法者之所以给出法官自由裁量的空间，是由于“家家有本难念的经”，“清官难断家务事”，这就需要法官在司法个案中根据不同的状况来解决。而法官在司法实践中形成的解决问题的价值取向，也符合婚姻立法的目的。法律确立了人们未来行动的预期，因此，法律的最大功能不仅在于解决问题，而在于通过预期的设定来塑造一种行为模式。婚姻立法既要保证婚姻自由，但又要保证家庭稳定。从立法行为预期模式来看，《婚姻法》中规定的家庭财产越多，离婚中家产的分割越困难，离婚中过错一方获得的财产越少，那么离婚成本就越高，离婚率也就越低，家庭自然越稳定。反之亦然。

然而，从2000年以来，最高人民法院在婚姻法领域采取了司法能动主义的立场，不断以立法者的姿态积极介入到婚姻纠纷的审判活动中，短短十年中就酝酿推出三次司法解释。这些司法解释的总体取向，是用“个别财产制”逐步取代“家庭财产制”的思路，逐步明晰家庭财产的个别归属。其结果无非减少了分割家产的难度，降低离婚诉讼成本，方便法官审理离婚案件，以至于离婚诉讼中调解的意义已经不大了。既然家庭财产最大宗的房产已经明确了归属，那么按照最高人民法院的司法解释的逻辑，下一步就是明确汽车、冰箱、彩电、铺盖乃至锅碗瓢盆的产权归属。有人认为，最高法院关于《婚姻法》的司法解释贯穿了“部门立法”的逻辑，方便法官审理案件，提高诉讼效率。而要方便法官审理案件，最大的理想就是让当事人很容易离婚，根本就不需要到法院来诉讼。而要实现这一目的，最方便的途

径就是实现“AA制契约婚姻”。

最高人民法院推出“司法解释二”时，明确指出要将“司法为民”转化为“司法便民”。在《婚姻法》中，“司法为民”当然要维持家庭的稳定，恐怕很少有人希望把家庭变成合伙生意。但最高法院将这个司法政策解释成“司法便民”时，实际上方便了当事人离婚，以至于“司法为民”和“司法便民”无非是服务、方便于那些想离婚的人、希望离婚很容易的人。至于那些不希望离婚、希望离婚成本很高因此保住家庭的人，似乎不在最高法院“服务”和“方便”的范围之内。而方便离婚的最佳途径，就是通过司法解释将家庭共同财产分拆为明晰的个人财产，这样夫妻之间没有商量妥协的余地，法官也没有调解的余地。当夫妻双方的感情破裂时，最高法院早就把家庭财产分割清楚，就等着当事人说再见了。

由此，从最高人民法院关于“司法便民”的司法哲学，到明晰家产中的个别财产归属的法律技术操作来看，我们可以清楚地看出，最高人民法院关于理想家庭的法律想象就是：按照“爱情归爱情，财产归财产”的逻辑，将家庭变成了分别拥有个人感情和财产的两个人组合在一起的合伙生意，其理想模式就是“AA制契约婚姻”。这无疑是充满后现代主义婚姻价值观的激进想象。在这种理想婚姻模式中，共同家产就是两个人的

从2000年以来，最高人民法院在婚姻法领域采取了司法能动主义的立场，不断以立法者的姿态积极介入到婚姻纠纷的审判活动中，短短十年中就酝酿推出三次司法解释。



AA制契约婚姻：后现代主义婚姻价值观的激进想象

当年轻人因为房子问题让两个家庭卷入到婚姻过程时，家庭对子女婚姻的发言权就会越来越大，以至于“门当户对”慢慢会变成父母们考虑子女婚姻的首选要素。

私人财产的简单组合，以至于当两个人的爱情消失后，每个人可以很轻松地拿着自己的财产走人。由此，最高人民法院贯彻司法能动路线的最终结果，就是不需要法院来调解和判决婚姻案件，而由当事人按照司法解释所设定的财产分割标准自行离婚。司法能动主义的最大理想就是无为而治。我们可以预期，如果最高人民法院想象的理想婚姻模式实现了，那么法院的离婚诉讼率会大幅度下降，而整个社会的离婚率却会大幅度上升。

司法能动的意外后果：婚姻的再封建化

立法和司法最大功能不是解决已发生的社会问题，而是通过设定行为预期引导人们的行为模式。根据最高人民法院关于《婚姻法》的司法解释对人们行为的指引来看，我们可以设想中国未来的婚姻家庭模式可能会发生怎样的变化。

从“意见稿”采取明晰家产的一系列法律规定看，人们对婚姻家庭的预期无疑会发生根本性变化。此前，两个年轻人会在恋爱结婚之后共同购置房产，一起为家庭生活打拼。这其实是近代婚姻革命以来几代中国人的婚姻家庭模式。然而，当房产不再属于家庭共有财产，而要变成房产登记人的财产时，两个年轻人就很难共同购房。如果要购房，双方也会为用谁的名字登记而发生争执。其结果，没有经济地位的年轻人就会视婚姻为陷阱，不敢轻易结婚，至少在自己没有登记名下的房产时，结婚且用共同财产购房就变成了一项不明智之举，因为一旦离婚就等于自己在婚姻中给对方打工作贡献。由此，婚姻的首要因素不再是感情，而变成房子。“要不要双方共同购房”就成为婚姻面临的首要问题。

在这种背景下，年轻人不得不求助于家庭。以前一般是男方购置房屋，而现在必然是双方家庭都为自己的子女购置房屋。当年轻人因为房子问题让两个家庭卷入到婚姻过程时，家庭对子女婚姻的发言权就会越来越大，以至于“门当户对”慢慢会变成父母们

考虑子女婚姻的首选要素。目前，随着中国社会分化的加快，门当户对已经成为许多家庭的婚姻选择。家庭共同财产的丧失无疑会加快这一过程，使得中国婚姻家庭制度必然会面临着“再封建化”的过程，即父母对子女婚姻的发言权越来越大，房产等经济因素在婚姻中的重要性会越来越增加，而爱情的要素会越来越弱。“司法解释三”的本来目的是方便离婚自由，促进个人自由，而未能料到的意外后果却是离婚自由摧毁了结婚自由。

改革开放30年，“黄世仁”回来了，“胡汉三”也回来了，门当户对的封建婚姻也开始回来了，家庭悲剧又开始慢慢上演。在“告别革命”的流行风潮中，五四精神倡导的婚姻自由也逐渐走向了衰落，整个社会变成了市场和金钱的奴隶，精神的猥琐与犬儒主义盛行。娜拉不会再出走了，因为在法律的视野中“小三”也被看作是受害者，需要法律来保护其权益；《伤逝》中为爱情而死的子君也不会再有，现代“聪明女性”已经为自己安排好了“契约婚姻”。爱情要么变成财产附庸和人身依附，要么就变成勒索财产的工具。“五四”一代宣扬的高贵、神圣的爱情婚姻在市场经济以及推行市场经济逻辑的法律的双重打击下，将随着家庭衰落而逐步沉沦。

“司法解释民主化”：司法节制的美德

对于“意见稿”，最高人民法院民一庭庭长杜万华法官特别指出：“这个解释不仅是最高人民法院的事，也是全民的事，司法解释要民主化。”这无疑至理名言，因为今天最高人民法院不是普通的司法机关，而渐趋成为拥有一般性立法权的立法机关。最高人民法院的司法解释实质上就是制定一般性规则的立法活动。立法权与司法权合一被启蒙思想家看作是专制的典型形态，但在中国特殊的历史背景下，全国人大常委会授权最高人民法院行使司法解释这种一般性立法权的确有其必要性。但是，由于司法解释不是针对个案，而是为全民立法，“司法解释

民主化”在所必然。

“司法解释民主化”决不是在形式上的广泛征求意见,哪怕是采取网络的形式征求意见。“司法解释民主化”的真正含义应该是最高人民法院面对不同的主张、不同的价值和不同的利益群体,必须坚定不移地站在大多数人一边。

就这次“意见稿”通过网络征求民意而言,应当注意网络群体的特殊性:网络主体属于有文化、比较年轻且经济条件比较好的社会阶层,网络言论往往反映“小资产阶级”的文化精英主义的意识形态,以至于“财产归财产、婚姻归婚姻”的“契约婚姻说”不仅在网络上很流行,在法官中也开始流行起来。然而,广大农村地区的家庭成员(尤其是普通家庭主妇)很少上网,他们的主张不会反映在网络中,但他们却构成了这个国家中真正“沉默的大多数”。这两个群体的经济条件不同、文化价值不同,有人甚至把这两个群体简约地概括为精英和大众。如果最高法院的司法解释真的准备体现“民主化”,首先就应当考虑“沉默的大多数”的主张和利益。在离婚自由与家庭稳定的平衡中,倾向于个人本位与倾向于家庭本位究

竟哪一个在中国社会占据了大多数,这似乎不是一个很难判断的问题。

经济上的强势群体可以轻而易举地“包小三”或“离婚再娶”,网络上流行的“契约婚姻说”代表了这部分人的“先进文化”,似乎也代表着中国未来的发展方向。可对于大多数中年妇女,尤其大多数房产不在自己名下的普通农村妇女,对于大多数要看着女儿出嫁的母亲,这种“先进文化”可能是她们的梦魇。司法解释的“民主性”绝不能拿是否采取征求意见的民主形式(包括“网络民主”形式)来衡量,众所周知,“形式民主”往往是强者手中的玩偶。司法解释的“民主性”必须用一个实质性的标准来衡量,这个实质性的标准就是:民主社会必须体现“沉默的大多数”的利益,必须“代表最广大人民群众的利益”。这个“最广大人民群众”究竟是那些想维持家庭稳定的大多数人,还是那些急于离婚、寻找个人自由的少数人?我相信,这个问题不需要通过网络征求意见就能够搞清楚。“意见稿”所设想的“AA制契约婚姻”虽然代表了“小资产阶级”的意识形态,然而,没想到“意见稿”一公布就在网络上遭到了很大的批



父母的深度介入导致婚姻的“再封建化”?

司法解释的“民主性”必须用一个实质性的标准来衡量,这个实质性的标准就是:民主社会必须体现“沉默的大多数”的利益。

“司法节制”有两层含义：一是最高人民法院在行使立法权的司法过程中应当保持节制。二是法官在司法过程中不应热衷于创造各种新型的法律权利。

判，这很大程度上是由于房地产经济使得网络文化精英阶层也和普罗大众一样变成了弱势阶层，“小资”“小众”的婚姻乌托邦也破产了。

在今天社会急剧分化的中国，如何平衡个人与家庭、财产与情感、强者与弱者、男性与女性、普通大众与“小资”“小众”以及“先进文化”与“最广大人民群众的利益”，的确是一个需要小心对待的问题。最高法院作为司法审判机关，无论如何平衡都必然因为缺乏立法的正当性基础而遭到批评。“名不正，则言不顺”。面对公众舆论的批评和诘难，最高人民法院应当克服能动主义的倾向，保持适度的司法节制。

这里所说的“司法节制”有两层含义：一是最高人民法院在行使立法权的司法过程中应当保持节制，毕竟最高人民法院不是立法机关，哪怕采取广泛征求意见的形式也无法为自己的立法活动奠定合法性基础，因此，最高人民法院尽可能少采取司法解释的方式来扩张自己的权力。相反，应当不断推动司法案例制度建设，用司法个案理性或技艺理性来取代一般理性或者立法理性，用司法个案的丰富性来发现社会生活中的“活法”，并将其上升为一般性规则的意义上来，而不是用抽象一般性规则来压制社会生活的丰富性，从而扼杀社会生活自身形成的法。

二是法官在司法过程中不应热衷于创造各种新型的法律权利，不当制造出“空

床费”、“眼泪费”、“第三者补偿费”之类的概念。法官不当像法学家那样追求概念的新颖，相反应当尽可能保守，以便维持社会稳定的预期。至少在婚姻家庭法领域，最高人民法院不当通过司法解释的方式预先明晰和分割家庭财产，法官在司法过程中更不当执行说不清楚的“忠诚协议”。既然“家家有本难念的经”，“清官难断家务事”，那就让一家人在司法过程中慢慢去消化“打断骨头连着筋”的家庭关系。“司法效率”的概念可以适用于解决其他纠纷，但决不应适用于家庭纠纷。

家庭是社会的基本细胞，是伦理道德的基础，是培育善良风俗和民情习惯的温床。在这个意义上，家庭纠纷不能由按照司法理性化和行政官僚化逻辑来行事的普通法院体系来处理。一个理想的解决方案，就是把婚姻家庭纠纷从目前的民事一庭中分离出来，设立独立的“家事法庭”，或在目前法院体系之下设立专门的“民事四庭”。在这个特殊的法庭中，有职业法官，有单位同事，有邻里和亲朋好友，大家在调解优先的原则下，按照道德、良知、伦理、仁爱的逻辑来处理家庭婚姻财产纠纷，因为法律代表的理性计算本来就不适合用于解决爱的难题。

因此，当法律面对爱情和家庭时，必须小心翼翼、异常谨慎，因为爱的世界是由激情、良知、伦理和道德统治的世界。真正的法治理想绝不是要消灭良知之治，也不是要摧毁道德权威，更不准备取代伦理秩序。相反，面对爱情和家庭，法律应当采取适度的回避，以克服司法扩权的内在利益冲动，避免法律全能主义的僭妄。对于今天处于司法能动主义状态中的最高人民法院而言，要“有所为”，但更要“有所不为”。在婚姻家庭以及其他涉及到社会道德生活的领域，司法节制反倒成为一项值得赞许的法治美德。

(作者单位：北京大学法学院)



上门审理离婚案：司法便民亦须节制