司法解释应着眼婚姻家庭的本质

中国社会科学院国际法研究所所长助理 中国社会科学院人权研究中心副主任、秘书长 柳华文

去年11月16日，最高人民法院公布了《关于适用 中华人民共和国婚姻法 若干问题的解释（三）》征求意见稿，引起法学界和社会的广泛关注。据称因为争论激烈，最高法院推迟了它的出台。8月9日，时隔半年多，最高法院正式发布了这个司法解释。

对比来看，正式稿吸收和借鉴了一些争议过程中大家提出的意见和建议，比如，删除了断然否定婚外第三者补偿利益的条款。但是，从保护妇女和儿童权利的角度看，该司法解释仍然没有具有足够的社会性别意识和儿童权利意识，由此可能引起的社会问题值得关注。

关于房子——谁的财产是谁的

有人说该解释只对富人有利，有人说它纵容男人包养“二奶”，有人惊呼它是“离婚法”。在笔者看来，该司法解释用民法的一般规则来调整婚姻家庭关系，误读或者误导了婚姻的本质，更因为缺乏足够的社会性别视角，使其对妇女权益的保护不利。在此仅以引起热议的几个问题予以说明。

司法解释第七条规定：“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。”

第十条：“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。”

如此司法解释在被讨论过程中被认为是为了防止“谋利婚姻”。参与起草的专家称，是为了“统一民法之下的《物权法》和《婚姻法》，体现谁的财产是谁的”。

这一观点表明，起草者犯了用民法的一般规则来调整婚姻家庭法律关系的错误。从《物权法》的角度看，意见稿遵守了房屋所有权以登记为准的原则，以此进行的权利安排似乎很公平。但是实际上，婚姻不是一般的等价交换，它还有自己的独特性，即以感情为基础，并且除了一般的权利和义务之外，相关主体之间还承担着许多家庭责任。感情是难以简单计价的。家庭责任包括通常所说的相夫教子、家庭劳动、赡养老人、亲情付出等，是婚姻中不可忽视的重要内容。而法律看不见的这些家庭责任，往往是由女性承担的。

目前，我们的社会还有相当程度的男权社会的特征，或者直观地说，现实生活中男性获得的收入和财产仍然比女性多，所以这个规则就是有利于富人的同时，更有利于男性。

试想，一旦嫁给了有房者，不管是否要跟他一起承担还贷的负担并承担家庭责任，多少年后，万一婚姻解体，就可能被扫地出门，感情和安身之所尽失。更有甚者，如果曾经为了丈夫和家庭放弃事业的话，甚至有生存的危机。

我国签署的第一个联合国人权公约就是《消除针对妇女一切形式的歧视公约》，该公约要求男女实质上而不是形式上的平等，特别要考虑传统文化和社会习俗等造成的妇女在社会上的不利地位。公约还特别强调了对农村妇女的保护。我国的事实是，在农村，男尊女卑的现象更突出。妇女出嫁即完全出户，而到了夫家房子又是丈夫或者公公的，一旦离婚，立即意味着无家可归。

在农村，大部分地方只给房子发土地使用权证，但是，城乡一体化的进程很快，相关规定对农村的影响也不容小视。特别是在许多城乡接合部，农村父母为自己的子女在城中购房的现象已经非常普遍。

关于孩子——生育权的战争

司法解释第九条规定：“夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不予支持；夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚的，人民法院经调解无效，应依照婚姻法第三十二条第三款第（五）项的规定处理。”

我国法律承认夫妻双方有平等的生育权。但是，生还是不生、什么时候生、怎么生，分歧常常出现。考虑到我国的计划生育政策，生孩子应该是一件相当慎重的事情。根据男女平等的立法原则，在这个问题上，法律倡导的是夫妻双方相互尊重，平等协商。但是，当双方不能达成一致的情况下，因为女方承担了怀孕的任务，附加上她的健康权、身体自主的权利，她的意见就更应当得到充分的尊重。除非她不具备自我判断能力，一般不应该强求。意见稿前半款站在了女性的一边，不支持丈夫的赔偿主张。这是正确的，不过，仅是不支持赔偿要求而已，它并没有说，妻在生育权上比夫优先。这里的不支持，原因还可以是夫妻特殊关系产生的共同财产权、相互支持的共同责任——都不分你我了，如何谈赔偿？所以前半款的规定是合理的。

问题出在后半款，本来，《婚姻法》第32条规定了离婚案件中导致感情破裂的四种情形，这个司法解释在这里又增加了一个情形就是因生育问题发生纠纷。考虑到《婚姻法》是全国人大通过的基本法，最高人民法院的这个扩张解释虽然引用了《婚姻法》，但是否合适，还是有疑问的。“经调解无效”看似一个安全阀，但是实践中，清官难断家务事，离婚案件不好处理，有了司法解释的这一条在手，法官完全可以信心满满地将与生育权有关的离婚案件速战速决。因此，这等于是向丈夫赋权：妻子可以决定不要孩子，但是你有跟她离婚的主动权。以离婚相威胁，用离婚的权利来平衡妻子在生育权上的自主权。

再从社会性别的视角来看，千百年来，婚姻、女人被视为传宗接代的工具是可恶的封建思想。将婚姻与生育直接挂钩、混为一谈的年代似乎已经过去了。可是现在的这个司法解释就有开倒车之嫌。

关于亲子鉴定——子女没有发言权

司法解释第二条规定：“夫妻一方向人民法院起诉请求确认亲子关系不存在，并已提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系不存在一方的主张成立。”

当事人一方起诉请求确认亲子关系，并提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以推定请求确认亲子关系一方的主张成立。”

纪实文学《亲子鉴定秘档》的作者曾鹏宇称，中国近年亲子鉴定委托数目增加非常快，同时有超过22%的鉴定是“否定”的排除结果，也就是说，平均每五个去做鉴定的委托人就有一个孩子不是自己亲生的。亲子鉴定在技术上成为可能，但是对社会的冲击力，对家庭及其成员，包括儿童的影响却没有得到充分的评估和权衡。

将真实的血缘关系作为婚姻家庭关系及其权益分配的决定性因素，这就是我们看到的该解释第二条体现的原则。但是，家庭状况，利害关系人的特定需求被抹杀了。比如，一个自幼遗弃儿童的人，却可能会在某个时候为了某种利益，突然站出来，向长期抚养孩子的家庭主张自己的父母身份、监护权利甚至是继承法上的权益。

更重要的是，在第一款中，作为子女的儿童，也包括长大成人的子女，为什么就没有发言权？他们是直接的利害相关人，却俨然成为局外人。涉及子女的婚姻法，难道就是“父母法”吗？联合国《儿童权利公约》和我国的《未成年人保护法》都明确提出，儿童最大利益原则、儿童优先原则是保护儿童最重要的原则。在这里，这个原则就没有获得体现。

第二款中“当事人”的概念非常离谱，因为它涵盖的主体范围太不确定，可以是家庭成员中

的任何人，也可以是家庭以外的人。这太不利于家庭关系、社会关系的稳定。

血缘是婚姻家庭关系中的重要因素，但是对于血缘关系的过分维护，就是对婚姻家庭亲情本质的伤害。

西方一些国家也很重视亲子鉴定问题的法律规制，禁止轻易启动亲子鉴定程序。比如，据统计，德国 1/5 的儿童不是父亲的亲生子。德国最高法院几年前作出判决，秘密做的亲子鉴定不能作为证明材料递交法庭。而根据德国的法律规定，未经孩子本人或者幼儿母亲的同意，不允许做亲子鉴定。

法的普遍适用性和社会性别

虽然早有批评，但是我们看到的司法解释的讨论以及最终的结果，还是以城市生活为背景的。司法解释是要适用于全国的，所以，它本不应该像一部基于城市生活的“城市法”，更应当考虑它的普遍适用性，特别是农村的情况。

通过司法解释来统一司法尺度的初衷是好的，但是如果一味追求同类案件判决结果一致，在婚姻法领域就可能出现偏差。全国各地，特别是城市与农村，东部与西部，婚姻家庭的状况、特点和社会环境是不一样的。婚姻家庭本身要考虑的因素很多，需要法官根据具体案件的事实，具有一定的主观能动性。机械划一，省却了法官的麻烦，却可能丧失更高程度的公正性。从前述条款来看，因为缺乏社会性别视角，更会对妇女权益保护不利。

我国保护妇女权利的事业取得了很大成就，可是这一事业不是一劳永逸的。新形势下，新问题处理不好，妇女的权益就会受到威胁，进一步说，从男女之间的相互依存来看，受伤的也会包括许多男性。这将是“双败”。司法解释成败的关键在于，不能仅考虑字面和理论上的平等和公平，更应考虑婚姻家庭关系的本质，考虑中国社会的现实，具备社会性别的视角。同样，保护儿童权利，落实我国法律和政策中规定的儿童优先和儿童最大利益原则，也应该受到足够重视。