

法律工具主义的进退两难

中国社会科学院法学研究所研究员 诉讼法研究室副主任 徐卉

自婚姻法司法解释(三)颁布实施以来,其中影响和争议最大的莫过于司法解释(三)的第七条和第十条关于房产归属的规定。对此,已有众多专家从婚姻家庭关系、妇女权益保障、社会性别、国际人权公约等多重角度对之作了详尽的解读,其间所引发的社会各界热议不断。本文旨在从当前特定的社会转型期背景下我国司法的特点角度出发,对之做一分析。

对司法实践的确认和总结

离婚案件中如何认定房产的归属、如何更合理地分割,一直是当事人争议的焦点和法官裁判的难点。司法解释(三)出台以前,在司法实践中,对于一方婚前贷款购买的不动产并且在婚前已进行产权登记的房屋,一直都是被视为其婚前个人财产,在新司法解释出来之前法院就是这样处理的。对于一方婚前贷款婚后共同还贷的,在许多地方法院的司法实践中,都是认定为该房产属于房产登记簿上登记姓名的夫妻一方个人财产,如上海等地法院在适用《婚姻法司法解释二》时,明确答复:“夫妻一方婚前以个人财产购买房屋并按揭贷款,房产证(无论婚前婚后)登记在自己名下的,该房屋仍为其个人财产。同样,按揭贷款为其个人债务。婚后配偶一方参与清偿贷款,并不改变该房屋为个人财产的性质”。而此前各地法院在司法实践中存在适用分歧的方面,在于就房产的增值部分,是否对没出首付但属婚后共同还贷的一方给予相应的补偿。对此,广东法院的做法是:离婚时,拥有房产的一方不仅要返还另一方还贷部分的一半,还要对还贷相应的房屋升值部分作出补偿。而上海、北京等地的法院采取的是返还对已归还的贷款中属于配偶一方清偿的部分,升值部分则不予考虑。显然,司法解释(三)第十条在这个问题上采纳了广东法院的做法,并借此统一了全国各地法院在裁判认定上的不一致。

关于司法解释(三)第七条的规定,即婚后由一方父母出资购买的不动产,产权登记在出资人子女名下的,可视为对自己子女一方的赠与,应认定该不动产为夫妻一方的个人财产,该条规定的出台主要在于解决司法实践中关于父母出资购房的权属不明确和由此引发的虚假诉讼的问题。此前的婚姻法司法解释(二)规定,当事人结婚前,父母为双方购置房屋出资的,该出资应当认定为对自己子女的个人赠与,但父母明确表示赠与双方的除外。当事人结婚后,父母为双方购置房屋出资的,该出资应当认定为对夫妻双方的赠与,但父母明确表示赠与一方的除外。但这条规定在实践中操作起来有相当的难度,因为在现实生活中,父母出资为子女结婚购房,通常不会与子女签署书面协议明确其赠与意愿,结果就导致在司法实践中,父母不甘心自己购置的房产在子女离婚时被分走,就与子女通过签订假借款合同进行虚假诉讼。这在实践中令法院很头疼,因为这类虚假诉讼案件的特点是:作伪证容易而揭穿伪证很难。所以,司法解释(三)的出台旨在解决这方面的问题,便于司法认定及统一裁量尺度。

“同案同判”及与《物权法》相衔接

尽管自2001年新婚姻法实行以来,最高人民法院此前已颁布了两个婚姻法司法解释,但是其中涉及离婚时房产处理的规则,在司法实践中普遍存在着各地方法院适用有分歧、标准不一致的情况,也由此造成了各地法院的裁判差异大、“同案不同判”的现象,这对法院的公信力和权威性带来负面的影响。司法解释(三)相关规定的出台,正是在于总结近年来我国地方法院在处理纷繁复杂的婚姻房产争议中的经验,明确并统一司法认定,避免执法和司法错误,从而实现“同案同判”。

同时,司法解释(三)在确立离婚诉讼中房产的归属与分割的法律问题上,也实现了与《物

权法》的规定相衔接。《物权法》规定了公示公信原则，要求不动产必须进行登记，并且产权人以登记簿记载的名字为准。判断按揭房屋的关键因素在于房屋产权证书记载的权利人以及房屋产权取得的时间。就按揭贷款购房而言，房屋预售登记使债权具有了特定性或对抗性，由该预售合同而取得房屋所有权的权利人只限于该预售合同上的债权人。银行系对特定的购房人即贷款债务人（按揭人）的资信产生信赖，该财产权利是由婚前个人缴纳首付款而取得。因此，在这种情况下即使产权证的取得在婚后，仍应属于个人财产。对于婚后夫妻用共同财产还贷的情况，基于物权法理或登记公示效力的原理来看，共同还贷只是在夫妻之间产生了债权债务关系，即使婚后共同还贷达到一定数额，也不能改变已有的产权性质，并不能改变房屋所有权的归属，这在理论上也是符合不动产公示原则的。

我国当前正处于社会转型期，转型期的一个重要特点是，法律体系日渐完备，新的大量的法律法规被制定，但与此同时，这些法律、法规之间往往呈现出若干相互脱节和不甚清晰之处，从而导致司法实践中普遍存在着法律适用上的困难和分歧，司法解释（三）的出台正是体现我国社会转型期法制的这一特点，当然也是对于相应的统一司法裁判需求的回应。

消解夫妻共同财产制和离婚救济制

从目前广泛见诸媒体的讨论来看，对于司法解释（三）第七条和第十条有关房产归属的规定，社会各界褒贬不一。如果试着对各种论证观点作一概括的话，可以说是因司法解释（三）而突出法律形式主义、工具主义和法律原则、公共价值之间存在的紧张关系。

如前所述，司法解释（三）第七条和第十条的规定，旨在解决目前我国各地法院在法律适用上的困境，便于司法认定和统一裁量尺度。这对于保证法律在形式上的一致性、统一各地法院的裁判来说，无疑是有效的。然而另一方面，这种有效性只能是工具主义的，即它只是在形式上保证法律适用的一致性，但由此而被消解的，则是我国婚姻法中关于夫妻共同财产制的原则规定和离婚救济制度。

应当说，从法律条文的规定上来看，不管是夫妻共同财产制还是离婚救济制度，在我国法律中都规定得比较抽象，缺乏一定的可操作性，这也导致了法院在司法实践中适用上的困难和分歧，随着《物权法》等关于财产制度的法律规定越来越清晰、具体，法院在实践中会很容易趋于适用这些更明确的规范。但是在此，一个不容忽视的问题是，物权制度和市场机制的前提都是个人主义的，其所体现的是一种个人主义的公正观，而婚姻家庭作为一个基于共同利益和相互扶持的合作单位，在满足社会的基本需要和维持社会秩序方面发挥着重要功能。在今天这个仍然是以男性为主导的社会中，要做到司法公正，必须要真正解决在婚姻关系中作出贡献而处于弱势地位的一方（主要是女性）的合法权益的保障，即真正落实和完善婚姻法中关于夫妻共同财产制和离婚救济的规定，而不是在个人主义的市场机制主导下，延续在资源分配上的父权制性别关系秩序。

社会转型期的特点是各种矛盾集中、社会各个层面都有多种问题需要解决，但同时又缺乏有效的规范，社会转型的具体内容则包括了结构转换、机制转轨、利益调整和观念转变。在这个多种矛盾纷呈的时期，司法的功能和目的不是仅在形式和工具意义上适用法律文本、保证它们的一致性，而更为重要的，是在于给那些法律的基本原则赋予现实的意义，确立并阐明保障男女平等、促进两性和谐发展这些公共价值，它们要求开放的分析，而非教条的排斥，这正是司法发挥更为广阔的社会作用的必经之路。