

中国家庭资本主义化的号角

赵晓力

也许最高人民法院会后悔他们关于《婚姻法》“司法解释三”公开征求意见的决策。如果像以往颁布“解释一”（2001年）和“解释二”（2003年）那样，采取“悄悄地进村，打枪的不要”的做法，“解释三”或许会像他们2010年初预计的那样，到12月底怎么也通过了；而全中国的夫妻，除了少数上法庭闹离婚的，恐怕永远不会关心，甚至不用知道这个“司法解释三”。

公开征求意见让一份还没有法律效力的文件，发挥了许多法律法规梦寐以求也达不到的效力。笔者一位亲戚本来正准备花钱给女儿、女婿买房结婚，看到“解释三”条文后感到事态严重，反复斟酌拟出一份《合作购房协议书》，让我这个学法律的给把把关。这份《协议书》共18条，涉及甲（准女婿）、乙（女儿）和丙（准岳父母）三方，看来是吃透了“解释三”的精神，充满了法言法语，满纸的数字、比例、公式，以及各种假设情形下那“婚房”的归宿。我看着不由哑然失笑，又悲从中来：这哪里是结婚，明明是合伙做生意嘛，而且还没合伙就想着散伙。于是给亲戚回话：不看，也不建议这样做，对自己有点信心，老百姓用不着跟着最高法院的指挥棒过日子。

资本主义对中国家庭的侵入

“司法解释三”闹出这么大的动静，自然不仅仅是公开征求意见所致。细究1950年、1980年、2001年新中国三部《婚姻法》，以及2001年《婚姻法》颁布以来最高

法院三个解释的条文，“司法解释三”的实质无非是：把2001年《婚姻法》开始侵入家庭的资本主义意识形态，进一步引入了家庭房产领域，而无论是在广大农村，还是在城市中产阶级中，房产目前都是最大的一笔家庭财产，在房产上按照资本主义意识形态建立个人所有制，基本就等于在家庭中建立资本主义式的个人财产制。

新中国婚姻法的资本主义和个人主义化滥觞于2001年《婚姻法》。1950年新中国第一部《婚姻法》中使用的是“家庭财产”的概念。其第10条规定：“夫妻双方对于家庭财产有平等的所有权与处理权。”1980年《婚姻法》提出了“夫妻共同财产”的概念，其第13条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，双方另有约定的除外。”但显而易见，夫妻共同财产不过是“家庭财产制”的一种（蹩脚的）法律表述，因为紧接着第14条规定“夫妻有互相扶养的义务”，第15条规定，“父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。”“夫妻共同财产”不能只用于夫妻两人的消费，也要用于赡养老人、抚养子女这样的法律义务；扶养、抚养、赡养的经济基础就是家庭财产制或曰家产制；甚至，在夫妻双亡、“夫妻共同财产”的概念已不存在的情况下，爷爷奶奶、外公外婆对未成年的孙辈，兄姐对未成年的弟妹，都有抚养的义务（1980年《婚姻法》第22、23条），这义务的基础是什么？当然是家庭伦理和与之相应的家产制。

2001年《婚姻法》一个前所未有的举

房产目前是最大的一笔家庭财产，在房产上按照资本主义意识形态建立个人所有制，基本就等于在家庭中建立资本主义式的个人财产制。

比较来看,“解释二”对资本逻辑的贯彻还只限于家庭之外的企业,“解释三”则将资本的逻辑贯彻到家庭之内的房产。

动是,尽管在字面上保留了“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产归夫妻共同所有”的表述,但却苦心孤诣地对“夫妻共有财产”和“夫妻个人财产”采取了列举式的规定方式。“夫妻共有财产”的目录有着鲜明的阶级特征,因为第1条是“工资、奖金”,第2条是“生产、经营的收益”,第3条是“知识产权的收益”,立法者对一个现代资本主义经济的主要组成部分——工薪阶层、资本家及其经理以及知识分子阶层的“夫妻共有财产”的来源了如指掌,却对占人口大多数的农民夫妻最大共有财产——比如房屋、家庭承包土地——不着一字。本文不拟对2001年《婚姻法》进行更深入的阶级分析,只想指出,新中国《婚姻法》的价值转向和阶级转向实际上始于2001年。

2001年《婚姻法》对于夫妻共有财产和个人财产的列举式规定都有一个兜底条款:“其他应当归共同所有的财产”,“其他应当归一方的财产”。这两个兜底条款成为最高人民法院肆意扩大解释的依据。2003年《婚姻法》“司法解释二”29个条文中,有16个条文都在往这两个条款里装东西。其中涉及在上市公司、有限责任公司、合伙企业、独资企业投资的有4条,总的原则是:夫妻离婚分割财产不能因此影响到企业的运作和资本的效率。比如下面这一条:“夫妻以一方名义投资设立独资企业的,人民法院分割夫妻在该独资企业中的共同财产时,应当按照以下情形分别处理:(一)一方主张经

营该企业的,对企业资产进行评估后,由取得企业一方给予另一方相应的补偿;(二)双方均主张经营该企业的,在双方竞价基础上,由取得企业的一方给予另一方相应的补偿。”

市场:隐藏在“个人财产”之后

比较来看,“解释二”对资本逻辑的贯彻还只限于家庭之外的企业,“解释三”则将资本的逻辑贯彻到家庭之内的房产。当后者把中国人置房结婚过日子看作办一个典型的资本主义合伙企业的时候,关于《婚姻法》的司法解释也就不再是《婚姻法》的一部分,而是《物权法》或者《合伙企业法》的一部分了。

2003年的“解释二”涉及房屋的有三条,其中第22条规定,“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。”由于放弃了1950年《婚姻法》“家庭财产”的概念,1980年以来《婚姻法》中采用的“夫妻共同财产”的蹩脚概念,把中国家庭历来选择在子女结婚的当口,上一代与下一代之间转移和分割财产的“分家”实践,表述成别扭的父母对子女的“赠与”——但别扭只是在法律上别扭,感情上还过得去:究竟是父母把我们共同的东西“分”给我,还是他们把自己的东西“赠”给我,在后果上似乎也没有多大的差别。

而“解释三”共21条,其中涉及夫妻共同财产和个人财产的有14条,涉及房产或不动产的有5条,其中第8条特别值得玩味。其第1款是:“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。”有人认为,这一款改变了“解释二”第22条的规定,将婚后父母出资购买的房产,由原先的夫妻共同财



房事推动中国家庭的资本主义化

产变更为夫妻一方的个人财产,实质上是对2001年《婚姻法》的越权解释。

事实上,由于1980年以后《婚姻法》不采“家庭财产”的概念,父母名下向子女名下的财产转移,在法律上只能被视为“赠与”,在2001年《婚姻法》中,“赠与”所得的财产,既可以按照第17条归于“夫妻共同财产”,也可以按18条归于“夫妻个人财产”,“解释二”认为是前者,“解释三”认为是后者,说它朝令夕改可以,但说它是对2001年《婚姻法》的越权解释,理由未必充足。

笔者认为,“解释三”第8条第1款的真正意义,是确定了《物权法》上的不动产登记登记的效力要高于《婚姻法》上结婚的效力。

“解释二”认为,婚前婚后的区别是重要的,父母同样为子女购置房屋,在子女婚前是对他或她个人的“赠与”,在婚后则是对“他们”的“赠与”。“解释三”则确定,产权登记的效力是最高的,它不随子女是否结婚而改变,登记在谁名下就是谁的。

当然,最高人民法院确认产权登记的最高效力,并不是为了强调父母对于子女的爱。稍稍有点头脑的中国父母都知道,真的爱子女,就是要千方百计成全那个小家庭的和睦,把房子登记在谁名下看得那样重,在小两口中间制造隔阂,不是明智的父母所为。

“解释三”第12条透露了第8条第1款的秘密。“登记于一方名下的夫妻共同所有的房屋,一方未经另一方同意将该房屋出售,第三人善意购买、支付合理对价并办理登记手续,另一方主张追回该房屋的,人民法院不予支持,但该房屋属于家庭共同生活居住需要的除外。”第8条第1款要照顾的最大利益终于出场了,它既不是男方及其父母,也不是女方及其父母,它就是那个人格化为“善意第三人”的市场。严格登记主义,“谁名下就是谁的”,可以最大限度地保障“交易安全”,最大限度降低“交易费用”,最大限度地实现物的“市场价值”。而此物——这里是房屋——的伦理价值,是在所不论的。



婚姻还是需要温情面纱的

据说,原来的第12条连那个“但该房屋属于家庭生活居住需要的除外”的排除条款都没有,一位参与讨论的婚姻法学者想起来,中国的宪法中还有一条“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。”不能为了二手房市场的繁荣而让“母亲和儿童”没有地方住,才匆匆忙忙加上了这一条。即便如此,第12条反映的仍然不过是“炒房者”的价值观:房子主要是用来炒来炒去的,只有在偶然的情况下才是“家庭生活居住需要的”,所以司法解释背后隐含的逻辑是:在从别人手中买房子的时候,假定对方也是一个炒房者就足够了,而无需问他或她一句:房子是不是供全家人住的?

从人身关系法到投资促进法

“解释三”第8条第2款是真正的神来之笔,它把“解释二”开始引入婚姻法的“谁投资,谁收益”的资本主义原则,从家庭之外的企业注入了家庭之内的房产;这一条用语大胆、明确、理直气壮,具有摧毁性的力量:“由双方父母出资购买的不动产,产权登记在一方名下的,可以认定该不动产为按照双方父母的出资份额按份共有,但有证据证明赠与一方的除外。”

笔者有时候不禁会想,是什么样的巨大力量,促使起草“解释三”的那支笔写下了如此气壮山河的文字。想来想去,还是《共产党宣言》里的那些话最准确:“资产阶级

司法解释背后隐含的逻辑是:在从别人手中买房子的时候,假定对方也是一个炒房者就足够了,而无需问他或她一句:房子是不是供全家人住的?

通过将家庭大宗财产（尤其是房产）界定为出资者所有的方式，彻底抛弃“夫妻共同财产”这个家产制仅存的法律概念，从而彻底告别家产制，驱赶中国人集体走向鲁滨逊那个孤家寡人的荒岛世界。

撕下了罩在家庭关系上的温情脉脉的面纱，把这种关系变成了纯粹的金钱关系。”“现代的、资产阶级的家庭是建筑在什么基础上的呢？是建筑在资本上面，建筑在私人发财上面的。”

可以说，从这一款开始，2001年以来的婚姻法的进化史将完成它的涅槃，那就是从人身关系法，变成投资促进法。无数中国父母含辛茹苦，为下一代筑巢安家的伦理实践，被规范为一次次冷静理性的投资活动。我们的眼前仿佛出现了四位白发苍苍的投资者的形象，他们草拟了一份《投资购房协议书》，一遍遍计算着各自的份额和投资回报率。与此同时，1980年后中国婚姻法所臆想的那个慷慨的、把自己的财产在子女结婚的当口“赠与”子女的父母形象消失了，取而代之的是将子女的婚事视为一次投资机会的聪明的父母——资本家。

从家产制到个人财产制的下行路线

其实事情本不如此。也不应如此。

无须引用太多的研究。读者只要稍微想想自己家里的情况，就会同意如下的判断：中国人自古至今一直实行的是“同居共财”的家庭财产制，这一点，1950年《婚姻法》的表述是正确的。1980年《婚姻法》采用“夫妻共同财产”的法律表述，并不能涵盖家庭财产制的全部内容。

法律史学者俞江运用徽州文书证明，日人滋贺秀三的《中国家族法原理》在关于中国古代分家、遗嘱、赠与等财产习惯方面存在着不少误解，这导致他形成了中国家长享有家产所有权的观点。实际上，中国家长从属于作为整体性的“家”。家长可以管理和增益家产，却不能随意处分。在另一篇文章中，俞江还写道：

理解家产制的性质，还须理解家产归属于家。如果非要给家产找一个归属，那么只能说，家产归属于家，而不是任何个人。“家”是不可分割的概念，不能贸然把任何家人包括家长、家属，从“家”这个概念中

分裂出去……“家产究竟是哪个人的”这个问题纯属今人的思考方式……在古代中国的家中，祖先从未离开，无子必须立嗣。祖先要祭祀，后代要抚育，都需要财产，故财产制度无不围绕“家”而安排。在世的家人，无论父族还是子孙，不过是整体的、延续性的家的一部分。父祖在子孙未成年时掌管家产，在子孙成年后移交家产。哪一辈人都只是这个延续性的家的一部分，无所谓哪个人是家产的主体。（俞江：《家产制视野下的遗嘱》）

这种“同居共财”的家产制一直延续到今天。和实行个人财产制的社会，如12世纪以后的英格兰不同，在中国家庭中，从每一个子女的诞生之日起，他/她就已经是“业主”了，无需等待父母的死亡就能成为家产的主人。而子女结婚，则是家庭上下两代传递家业的一个契机，农村的父母为儿子盖房娶媳妇，为女儿置办嫁妆；城市的父母为儿子买房安家，同样为女儿置办嫁妆，这都是太常见的传递家业的做法。将这种做法误解为父母对子女的“赠与”，是用个人财产制的逻辑硬套中国的实际。而将此想象为父母作为资本家利用儿女婚事投资，则更属丧心病狂。

与中国家产制利用子女结婚的契机传递家业相比，个人财产制下，利用被继承人的死亡传递个人财产容易制造更多的悲剧。原因很简单，因为只有被继承人死亡才发生财产向继承人的转移，在这种制度下，即使儿子不希望父亲早死，也会被认为内心里盼父亲早死。这样一种制度下怎可能有父慈子孝之说！

而更大的愚蠢，是像“解释三”这样，通过将家庭大宗财产（尤其是房产）界定为出资者所有的方式，彻底抛弃“夫妻共同财产”这个家产制仅存的法律概念，从而彻底告别家产制，驱赶中国人集体走向鲁滨逊那个孤家寡人的荒岛世界。

这种自我放逐，才是中国家庭三千年未有之大变局！

（作者单位：清华大学法学院）