

法律与法学

按揭房屋离婚分割制度的伦理思考

——兼议《婚姻法》司法解释(三)(征求意见稿)第11条

陈伯礼 王哲民^{*}

【提要】按揭贷款购房涉及的法律关系较为复杂,应认定为夫妻共同财产还是个人财产以及在离婚时如何分割,一直是司法实践中的难题。日前最高人民法院向社会公布了《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),其中对夫妻按揭房屋的权属关系作了明确规定。但从伦理层面加以审视,这些规定过于重视对个人财产的保护,忽视了夫妻财产的伦理特征,在立法理念和价值取向上存在着诸多伦理缺失,正式立法时应对这些缺失加以补正。

【关键词】按揭房屋 夫妻财产 婚姻伦理

〔中图分类号〕 D923.9 **〔文献标识码〕** A **〔文章编号〕** 1000-2952(2011)05-0081-05

房屋是人们生活所必需的最重要消费品之一,一直是离婚时夫妻财产分割的重点。在离婚案件房屋分割中,由于按揭房屋本身具有的特殊复杂的法律关系,在审判实践中一直存在较大争议。目前,学界、司法实务界对该类案件的处理意见众说纷纭,全国各个地区的处理方式也不相同,影响到了《婚姻法》的统一实施。2010年11月15日最高人民法院公布的《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)(以下简称《征求意见稿》),对夫妻按揭房分割中的一些问题作了明确的规定,而恰恰是这些规定成为人们讨论与质疑最多的内容。一石激起千层浪,夫妻房产分割的制度设计成为学界和社会的讨论热点。本文通过对我国按揭房屋离婚分割相关法律规定和司法实践的系统考察和梳理,厘清制度背后的立法理念和价值取向,分析其中的伦理缺失,从而针对《征求意见稿》中关于夫妻按揭房产分割的规定提出修改建议。

一、《婚姻法》司法解释(三)(征求意见稿)引发的争议

由于法律对离婚时按揭房屋分割没有统一明晰的规

定,各地高级人民法院制定的司法指导性意见甚至出现矛盾、冲突的情况,使得各地“同案不同判”的现象屡见不鲜。基于此,最高法院《征求意见稿》第11条对婚前一方首付购买,婚后取得房产证的按揭房屋之归属作出了突破性的规定:

“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。”

该条款明确了以按揭房屋首付的出资人作为标准划分房产归属,使长久以来的司法分歧有了统一的裁判准则。但是此次《征求意见稿》中被人们争议最多的内容就是第11条,而这也正是当前社会中最敏感的问题之一,学术界、实务界和社会公众都展开了热烈的讨论。

^{*} 基金项目:中央高校基金重点项目(CDJXS11082205)。

学界支持的观点主要有:

1. 《征求意见稿》第11条的立法保护了一方婚前个人财产,引导人们不必担心个人财产因结婚转化为共有,同时也引导夫妻婚后都要为家庭作贡献,不要企图借婚姻不劳而获,是情、理、法较好的结合。而且,婚前按揭房产性质归属,虽然以往实践中主流观点也倾向于将房产判归首付方,但是对配偶婚后还贷部分的补偿不明确。司法实践中大多判得非常保守,只是判决给另一方婚后还贷总额的一半,而《征求意见稿》第11条则明确了要将房屋升值价值等补偿给配偶,体现了公平原则。

2. 第11条的规定很好地实现了同《物权法》、《合同法》的结合。首先,《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。夫妻用共同财产还贷只是在夫妻之间产生了债权债务关系,并不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。同时银行和债务人(按揭人)之间是建立在对资信状况特殊的信任基础之上的债权债务关系,不因为婚姻关系而改变债务人,也是符合债务转移理论的。

3. 虽然房屋产权取得的时间也是判断按揭房屋的关键因素之一,但一方婚前购房,婚后取得房产证,房产证只是形式上以所有人身份对抗第三人的要件,当权属争议在夫妻之间发生,没有对世性问题。^①所以在夫妻之间,可以将按揭房屋的现实交付时间作为按揭人所有权的取得时间。因此,房屋应当认定为首付一方婚前财产,但是要对方婚后偿还贷款部分给予补偿。

针对上述观点,一些学者也提出了反对意见:

1. 《物权法》虽然在第17条规定了不动产权属证书的登记效力,同时也在第9条规定了不动产登记的例外规定,即:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但法律另有规定的除外”。可见,《婚姻法》中有关不动产的规定是可以属于例外之列的。

2. 依照《婚姻法》司法解释(二)第23条规定:“债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的,人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。”很明显,该条规定指的是所有的“一方婚前所负个人债务”,既包括按揭贷款还包括普通债务。如果婚前的按揭房屋不是商业用房而是很明显地“用于婚后家庭共同生活的”,依此解释这种按揭贷款应当属于夫妻共同债务。如果有夫妻共同还债的事实协议或长期事实行为,第三人是可以就这条规定请求夫妻另一方偿还债务的。现实生活中的婚房

普遍也是由夫妻共同偿还债务,据诸多实例,即使按揭贷款一方死亡通常也是由另一方还贷。并且,夫妻任何一方还贷银行都是接受的,对银行贷款安全也是一种保障,完全符合交易的一致同意原则。

3. 婚姻财产关系是从属于亲属人身关系的,要体现婚姻财产的特殊性。对于作为夫妻住房的按揭房屋,必须从保障夫妻居住权的重要性来判断财产权,不能仅从财产本身的价值大小或来源考虑,在分割时应体现实质公平。

二、按揭房屋分割制度的立法价值取向及伦理缺失

从我国不同时期《婚姻法》来看,对夫妻房产制的规定呈现出明显的阶段性差异,对这些差异进行考察,就会发现在夫妻按揭房产分割制度背后潜藏着价值取向的演变,反映了婚姻家庭立法理念的变革。《征求意见稿》对一方贷款所购房屋性质的认定确实可以使问题清晰、快速地得到解决,但从对夫妻另一方的权利保护,以及家庭伦理的角度来解读,就会发现还有很多缺失。

《婚姻法》对夫妻的个人财产给予了前所未有的重视,体现了现代婚姻法对公民私权的尊重和保护,但夫妻财产制毕竟与普通财产制不同。马克思认为,婚姻是一种合乎伦理的制度。^②黑格尔也看到了婚姻关系中伦理的巨大作用,他指出,“婚姻本质上是伦理关系……至于把婚姻理解为仅仅是民事契约,同样是粗鲁的。”^③既然不能无视婚姻制度的伦理性,那么作为婚姻制度组成部分的夫妻财产制也必然要体现伦理的要求。从家庭伦理层面考察《征求意见稿》第11条的规定,其中的伦理缺失显而易见。

1. 过于关注个人财产的保护,对夫妻另一方的权利保护不利

《征求意见稿》将婚前一方首付贷款买房,婚后夫妻共同还贷的房屋产权定位为个人财产,而没有考虑夫妻结婚时间和共同还贷时间长短以及共同还贷在总房款中的比例,一概规定谁买归谁,对共同还贷另一方有失公平。因为夫妻另一方参与共同还贷后其实已经放弃了自己买房的机会,或者丧失了自己买房的能力。有学者

① 参见包头律师咨询网,婚姻家庭中热点法律问题: <http://www.zwjkey.com/onevs.asp?Id=3609>。

② 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第182页。

③ 黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1982年版,第177页。

指出：“允许强者以承担债务的方式，把已经升值的不动产带走，强者将会更强，弱者只会更弱。”^①

现代民事立法已由个人本位向社会本位过渡，关注的视点也由个体转向社会，呈现出私法社会化的趋势。我国由于长期以来对个体利益的忽视，因此要求立法在一定程度上由公共利益向个体利益回归，但这种回归不能违背社会伦理道德的限制。作为婚姻制度有机组成部分的夫妻财产制也要体现伦理的要求，在法律价值上，就是要重视夫妻和家庭的财产，而不是以个人财产为根本。对于作为夫妻住房的按揭房，必须以其对夫妻居住权保障的重要性来判断财产权。因为夫妻共同居住权的保障是基本人权，在不严重侵害他人财产利益的情况下，应当由法律予以优先保障。“给参与共同还贷的配偶另一方居住权的保障是公正、合理的，反之，就是对这些配偶基本生存权利的法律漠视。至少会不同程度地出现未登记姓名的夫妻一方因离婚而无家可归的现象。”^②

2. 片面强调司法效率和自己责任，不利于家庭和谐、婚姻稳定

建国后我国《婚姻法》的发展始终都以男女平等、追求公正为重要的价值理念，但随着社会利益多元化和生活节奏的加快，在确保平等与公正的同时，婚姻立法正在逐渐向自己责任和追求效率的方向发展。^③

《征求意见稿》第11条明确了按揭房屋在离婚时的归属，房屋升值价值的分割，将婚姻法上诸多法律盲点明确化，有利于财产分割案件处理，并且统一了裁判标准。一来方便法官审判，二来减少了法官的自由裁量权，增强了法律判决的时效性，体现了婚姻法追求司法效率的价值目标。在追求效率的同时《征求意见稿》也强化了自己责任，自己责任强调个人应当对自己选择的行为以及行为的后果承担相应的责任，强调婚姻责任的有限性，体现了现代婚姻法重视男女双方平等独立的个人主体地位的特征。广西社会科学院副研究员孙小迎认为，《征求意见稿》又朝个人独立的方向迈进一大步。但是，那些对婚姻和家庭抱有传统期待的人，或许会无所适从。这就告诫人们在缔结婚姻前，对婚前个人财产婚后如何分配要有明确想法，只有这样，有朝一日真的需要求助于司法系统时，得到的才不会是失望。^④

《征求意见稿》在追求效率和自己责任方面有值得肯定之处，但另一方面，按市场经济原则来处理夫妻关系，对夫妻个人财产保护倾向明显，对人身关系没有给予足够重视，没有充分地体现婚姻家庭的特殊性，不利于婚姻稳定、家庭和谐。从谁投资谁受益的原则考虑，如果未登记姓名的一方，即使出了过半的钱，仍无法从

房产中受益，无疑是在用法律制造夫妻间为婚房更名的冲突，或迫使未登记姓名的一方另外购房。这样的法律规定容易导致家庭矛盾激化。

婚姻是男女双方以共同生活为目的基于爱情的结合，首先产生亲密的夫妻人身关系，进而由夫妻人身关系派生出夫妻财产关系，夫妻财产关系不能脱离人身关系而独立存在。随着夫妻双方婚姻的缔结，也成就了一种新的财产组合，这种财产组合既是婚姻的物质基础，也在很大程度上影响着婚姻质量。婚姻这种强烈的伦理性质提醒我们应把它视为一个特殊的共同体，因此，《婚姻法》中尽管融入了效率的理念，但对夫妻财产关系的处理，应着眼于促进和维持婚姻关系。夫妻财产制度的设计，应追求夫妻经济生活与身份生活的一致性，有利于弘扬互助互济、团结友爱的家庭美德，增强夫妻的凝聚力，实现家庭的稳定、和谐。

3. 中性立法倾向使妇女权益保护受损

新中国《婚姻法》，不论是1950年的，还是现行的，最大的进步，就是致力于实现男女平等，消除了歧视妇女的内容。我国现行《婚姻法》没有明显歧视女性的规定，还有不少针对女性的保护性条款。但是，如果从社会性别的视角来审视其中的具体制度，其中性立法倾向忽视了男女两性的实质性差异，仍欠缺社会性别意识。

保护弱者，维护社会公平与正义这些伦理观念也是夫妻财产制的价值追求。在婚姻中，一般情况下，男方处于强势，女方处于弱势。为了保证女性切实享有与男性同等的权利、同样的自由，在夫妻财产制上应给女方以倾斜性保护。而作为家庭最大财产之考量的房屋，在分割时也同样要对女方给以倾斜政策。我国《婚姻法》虽然也规定了离婚房屋暂住权，经济帮助权等，但规定较模糊，可操作性不强，尤其在按揭房的归属认定上，立法更是完全基于性别中性的立场，没有关照到女性的弱势地位。

考虑到我国的国情，结婚时一般都是婚前男方买房，女方住进去；而大件家具和电器甚至房屋装修多数是由女方置办作为嫁妆。房屋会随着时间推移而逐渐增

① 薛西斯：《当婚姻遭遇市场经济》，《时代商报》2010年12月1日。

② 参见杨遂全《婚前按揭婚后共同还贷住房的权属登记》，《中国房地产》2008年第7期。

③ 参见巫昌祯、夏吟兰《改革开放三十年中国婚姻立法之嬗变》，《中华女子学院学报》2009年第2期。

④ 参见周宁、杨维汉、万一《纠结的新〈婚姻法〉：理性伤不伤感情》，《新华每日电讯》2010年11月26日。

值,离婚时仍属于男方;但嫁妆却会逐渐消耗、折价、灭失,离婚时女方得到的是日益贬值的物品。同属婚前个人财产用于夫妻双方共同生活,离婚时境遇却完全相反,严重侵害了离异女性的财产权。关于一方婚前买房、夫妻共同还贷的房屋产权,应该考虑婚龄长短、共同还贷多少和离婚后双方的经济状况,如果结婚时间长、共同还贷多的,一概确定为一方婚前个人财产,对女性的财产权益保护明显不利。正如梁慧星教授所言,“近代民法向现代民法理念的转变就是形式正义向实质正义的转变”。^①而婚姻财产中的实质正义就是要在保护婚姻自由的前提下,通过对离婚当事人中弱者的利益予以救济,对其所受到的损害予以补偿,最终实现双方利益的平衡,而不仅仅是形式上均等分割。

4. 重视与财产法的协调,忽视了婚姻财产的伦理属性

随着我国法制建设的快速发展,法律体系的完善,法律制度的完备,《婚姻法》也日益重视与其他法律的衔接,避免立法冲突。物权法和婚姻法作为我国统一的民事法律体系下不同时间颁布实施的两部法律,在财产关系方面既有明确分工,也存在相互重叠和交叉调整的情况,进而在两部法律的具体适用中出现如何衔接好的问题。实践中,《婚姻法》与《物权法》相冲突的问题主要是不动产问题,特别是由于离婚而造成的房产及其收益的纠纷。

关于房屋的产权归属问题,根据《物权法》不动产的变动规则,应该适用严格的登记主义,即主要按照不动产登记簿上的记载来认定物权的所有人。^②所以,站在《物权法》的角度,《征求意见稿》第11条是有其根据的,但是,从婚姻财产的特殊性这个层面来讲,还值得商榷。《物权法》适用的范围是因物的归属和利用而产生的民事关系。^③其规定的是国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权保护。^④虽然《物权法》通过规范人与物的关系来达到调整人与人之间的关系,但究其性质还属于财产法的范畴。《婚姻法》则是婚姻家庭关系的基本准则,^⑤调整的则是平等的男女主体之间人身与财产关系,即夫妻和家庭成员之间的婚姻家庭关系。其调整的对象既包括人身关系,也包括财产关系。但其中的财产关系是“人身关系所引起的法律后果,随人身关系的产生而产生,亦随人身关系的变更、消灭而变更、消灭。所以是附属于人身关系一种财产关系”。^⑥

由于《物权法》和《婚姻法》各自存在上述不同特点,因而,在调整各自财产关系时,贯彻的基本原则也各不相同。例如,《物权法》有公示公信原则,而《婚

姻法》则是男女平等原则,保护妇女、儿童和老人合法权益的原则,家庭成员间互相扶助的原则等等。这两部法律都是全国人大通过的具有普遍约束力的法律,应属于同一位阶的法律规范,关系应当是互有分工,又相互联系和相互衔接的。由于《婚姻法》调整社会关系的主体和范围的特殊性,在处理夫妻、家庭关系内的财产问题时,应当优先和主要适用《婚姻法》的相关规定。但在夫妻、家庭财产涉及外部关系时,如夫妻财产涉及向第三者处分物权、向第三者行使他物权、物权登记在第三者名下等情况,就应当适用《物权法》等调整一般主体之间财产关系的相关法律规定。这也就是说,除有夫妻关系、家庭关系的身份关系外的一般主体之间的物权关系,就必须适用《物权法》的规定。^⑦

所以,《婚姻法》与《物权法》规范在尽量避免冲突的同时,又要保持各自的特殊性,体现其分工不同的特点,《婚姻法》的规范不必一味去适应、协调《物权法》的规定,而是要做好与《物权法》在适用上的衔接工作。在这一点上,《征求意见稿》第6条的规定也存在着同样的问题。^⑧

三、对未来立法的建议

合理界定家庭成员的个人权利,维持婚姻、家庭的稳定和谐是婚姻立法的价值理念和终极关照。在夫妻按揭房产的权属认定及分割上,必须认识到夫妻房产的人身关系从属性,制定出符合社会伦理观念的法

① 梁慧星:《从近代民法到现代民法》,《律师世界》2002年第5期。

② 参见《物权法》第17条。

③ 参见《物权法》第2条第1款。

④ 参见《物权法》第4条。

⑤ 参见《婚姻法》第1条。

⑥ 杨大文、曹诗权:《婚姻家庭法》,中国人民大学出版社2008年版,第56页。

⑦ 辛焕平:《物权法与婚姻法的关系及适用中的衔接问题探讨》,《中华女子学院学报》2009年第4期。

⑧ 《征求意见稿》第6条规定:“夫妻一方的个人财产在婚后产生的孳息或增值收益,应认定为一方的个人财产;但另一方对孳息或增值收益有贡献的,可以认定为夫妻共同财产。”这一规定顺应了《物权法》第116条的立法理念,完全颠覆了《婚姻法》司法解释(二)第11条第1款的规定,显然,《征求意见稿》是以市场经济的眼光来看待夫妻财产关系的,没有充分体现夫妻财产关系的特殊性。我国《婚姻法》确立的法定夫妻财产制是共同财产制,夫妻一方的个人财产在婚后产生的孳息或增值收益应以认定为共有财产为一般原则,不应以认定为共有财产为例外。

律规范。

1. 关于按揭房屋权属的分割

《征求意见稿》只对婚前一方首付购房，婚后取得房产证的按揭房屋权属作出了规定，实践中，根据房屋产权证取得的时间不同，对夫妻婚前一方首付，婚后共同还贷的按揭住房分割案件大致可以细分为以下三种情况：（1）婚前取得房屋产权证的按揭住房；（2）婚后取得房屋产权证的按揭住房；（3）至离婚诉讼期间未取得产权证的按揭住房。笔者认为，这三种情况的法理关系基本一致，不应因房产证取得时间不同而有所区分，对这三种情况应进行统一规定，以保证审判实践中的周延。

根据现行我国法律法规和学理分析，笔者主张夫妻一方在婚前以个人名义按揭购房，只是缴纳了首付款，婚后夫妻共同还贷超过一定数额的，可以夫妻共同申请办理房屋所有权证。以夫妻一方名义登记的，原则上归夫妻一方所有，但明确作为家庭住房，且夫妻共同还贷过半的家庭住房应推定为夫妻共有，或经人民法院裁决登记为夫妻共有。

关于夫妻共同还贷的举证责任，根据我国家庭消费的习惯和目前按揭房屋还款的程序性规定，很少有夫妻婚后会专门对还款帐户进行变更，基本上还是用婚前还贷的帐户还款，而另一方的收入用于家庭共同生活消费。因此笔者认为，如果没有相反的书面证明，应推定按揭房屋由夫妻婚后共同财产还贷。

2. 关于按揭房屋增值收益的分割

关于按揭房屋增值收益，《征求意见稿》第11条第

2款规定，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。这一规定突破了以往司法实践中只是给另一方婚后还贷总额的一半的保守判决，明确了要将房屋升值价值作为对配偶的补偿，体现了公平原则，笔者认为合理的。对于个人所有房屋的增值部分在离婚时的分配问题，应借鉴台湾2002年修订民法亲属编后第107条第2项的规定：“夫或妻婚前财产，于婚姻关系存续其间所生之孳息，视为婚后财产”。王泽鉴称其立法目的为“为保障他方配偶之协力，及日后剩余财产之分配”。^①究其实质，婚后一方承担另一方婚前按揭还款义务的行为，降低了因还贷不力就该房屋行使抵押权的风险，保障了房屋所有权，即配偶一方对孳息之生成贡献了心力。

除房屋增值部分之外，笔者认为，还贷款项的利息部分，也应考虑补偿给配偶。

本文作者：陈伯礼是重庆大学法学院教授、博士生导师、法学博士；王哲民是重庆大学法学院博士研究生
责任编辑：赵俊

① 王泽鉴：《民法概要》，中国政法大学出版社2003年版，第652页。

Ethical Thinking on the Division of Mortgage House in Divorce

——Discussion on Article XI of Judicial Interpretation (c) (Draft) of Marriage Law

Chen Boli Wang Zhemin

Abstract: Many complex legal relationships are involved in the purchase of mortgage houses. It is difficult to recognize whether the mortgage house is common property or personal property for the divorced couple and how to split the property in judicial practice. Recently the Supreme Court released the Judicial Interpretation (c) (Draft) of Marriage Law, which has some regulations addressing the ownership of mortgage houses. However, from the ethical dimension, it can be learned that these regulations underline too much the protection of personal property, and ignore the ethical characteristics of marital property. It is concluded in this paper that it is lack of ethical consideration in the legislative philosophy and value orientation of the Judicial Interpretation (c) (Draft) of Marriage Law. Therefore, these defects should be rectified in formal legislation.

Key words: mortgage house; husband and wife's property; marital ethics