

夫妻债务的具体类型和责任承担

朱 虎*

内容摘要:夫妻债务处理中的配偶另一方利益和债权人利益的价值权衡,应当根据风险控制能力和获益可能性,通过不同情形中的具体类型认定、责任承担方式和举证责任的整体配置实现,包括连带债务、共同债务和个人债务三种类型,其中责任财产存在很大的不同。配偶双方行为所负债务根据债的一般规则予以认定,意思表示有疑义时,应推定为配偶双方的连带债务。配偶一方因家庭日常生活需要所负债务,原则上是配偶双方的连带债务,但存在例外。配偶一方超出家庭日常生活需要所负债务,原则上以该方的个人财产和配偶双方的共同财产偿还,即构成配偶双方的共同债务,但存在配偶另一方能够证明该债务未用于共同生活等情形的,该债务是配偶一方的个人债务。

关键词:夫妻连带债务 夫妻共同债务 个人债务 责任财产

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2019.05.005

一、问题提出

在民法典婚姻家庭编的编纂中,社会各界高度关注争论的一个问题就是夫妻债务,涉及到夫妻债务的具体类型、认定标准、举证责任、责任承担等诸多问题,且这种争论由来已久。《婚姻法》第41条关于夫妻共同债务的认定标准是较为抽象的“共同生活”,可操作性不强,举证责任和对外责任承担方式也不清晰。1993年的《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第17条也以“共同生活”标准认定共同债务,离婚时共同债务以夫妻共同财产清偿。2004年的《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(二)》以下简称《婚姻法解释二》第23条仍以“共同生活”标准认定共同债务,但第24条似乎采取了婚内一方的举债推定为共同债务的“婚内推定”标准,其目的是防止配偶双方串通坑债权人的道德风险。但由于该规范把举证责任分配给配偶另一方,例外规定较为狭窄,同时民间借贷被部分放开,法院在裁判中直接适用该条,甚至有部分法官机械司法,这导致《婚姻法》第41条所确立的共同生活标准在实践中存在被无视的情形,^①产生了配偶一方与债权人串通使配偶另一方“被负债”的情形,引起了强烈的社会反响。

之后最高人民法院对此回应,强调将“婚内推定”标准和“共同生活”标准连接起来,同时在举证责任上内外区分,这典型地体现于最高人民法院民一庭[2014]民一他字第10号答复、[2015]民一他字第9号复函、最高人民法院2016年在官网上发布的《关于“撤销婚姻法司法解释(二)第24条的建议”的答复》、2017年的《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)的补充规定》和《关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》。据此,无论是夫妻债务的内部关系还是外部关系,共同债务的认定标准都是“共同生活”,并且债务必须是真实合法的,不属于举债方与债权人串通的虚构债务、举债方从事赌博或吸毒等违法犯罪活动中所负的债务;在内部关系中,由举债方证明债务是用于夫妻共同生活;在外部关系中,则由非举债方证明债务未用于夫妻共同生活,例如证明该债务是夫妻一方对外担保之债。这种方式在各地高院的处理

* 中国人民大学民商事法律科学研究中心副研究员,中国人民大学法学院副教授。

① 具体的数据统计和相似的结论,参见叶名怡:《〈婚姻法解释(二)〉第24条废除论——基于相关统计数据的实证分析》,载《法学》2017年第6期;蔡立东、刘国栋:《关于夫妻共同债务认定的立法建议——以相关案件裁判逻辑的实证分析为基础》,载《中国应用法学》2019年第2期。

意见和具体案例中都较多体现。^②

这种“补丁方式”在 2018 年通过《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》(以下简称“《夫妻债务解释》”)被彻底更新,共同债务的认定标准更为多元化,包括因共同意思表示和家庭日常生活需要所负债务;对于一方超出家庭日常生活需要所负债务,只有在债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的情形下,才被认定为共同债务。这实际上意味着之前最高法院所坚持的举证责任内外有别的方式被改变。

但是,问题依然存在,夫妻债务究竟应当包含哪些类型,不同类型债务的具体区分标准为何,不同类型债务的责任承担方式和举证责任为何,都有进一步详细论证的必要。本文即聚焦于这些问题,在法定共同财产制的前提下,首先探求夫妻债务问题中的价值权衡,其次确定不同债务区分的标准和类型区分因素,再次论述具体的债务类型、责任承担方式和举证责任,最后得出的结论。^③

二、价值权衡和规范技术

(一)价值权衡

夫妻债务问题背后蕴含的价值考量是婚姻家庭保护和债权人保护,这已经涉及到宪法对婚姻家庭的制度性保障问题。《宪法》第 49 条第 1 款规定了婚姻、家庭受国家的保护,其功能之一就是确立宪法对婚姻家庭的制度性保障。所谓制度性保障,是通过宪法对特定的制度提供一种特殊保护。^④ 宪法中的婚姻家庭保护条款,一方面是妨碍禁止,即设定了宪法中有约束力的价值判断,课予立法者不得废止婚姻家庭制度或者改变制度核心的义务,仅将这种权力保留给修宪者,防止立法者的侵害;另一方面是促进原则,要求立法者采取促进家庭的措施,但不能据此推导出具有宪法保障的请求权。^⑤ 在夫妻债务问题上,过分倾斜保护债权人,就会损害配偶尤其是未举债方的利益,进而使得很多人基于疑虑而不愿进入到婚姻家庭之中,或者在婚姻家庭内部采取各种防范措施,进而损害到婚姻家庭本身作为共同体的价值。此时,立法者可能就未实现国家对婚姻家庭的制度性保障义务。

但是,在法秩序中存在多元价值,除了婚姻家庭保护之外,还存在其他价值,任何一个单独的价值都不能绝对贯彻,而必须与法秩序的其他价值相互连接、支援,多元价值之间互为中心、互相支撑和限制,形成一种去中心化的“价值之网”,^⑥实现法秩序内部的价值融贯。在夫妻债务问题上,除了婚姻家庭的保护之外,还包括法秩序对债权人利益保护的价值和交易安全的价值,其宪法规范基础可能在于《宪法》第 13 条的私有财产保护条款和第 15 条第 1 款的市场经济条款。如果着眼于债务人的家庭,婚姻家庭保护与债权人利益保护似乎是对立的;但是,债权人往往处于家庭之中,所以保护债权人的利益也是保护债权人的婚姻家庭。此

^② 例如上海市高级人民法院《关于审理民间借贷合同纠纷案件若干意见》(沪高法民一[2007]第 18 号)第 3 条、北京市高级人民法院民一庭《关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》第 38 条、广东省高级人民法院《关于审理婚姻纠纷案件若干问题的指导意见》(粤高法发[2006]39 号)第 7 条;“单洪远、刘春林诉胡秀花、单良、单译贤法定继承纠纷案”,《最高人民法院公报》2006 年第 5 期;“赵俊诉项会敏、何雪琴民间借贷纠纷案”,《最高人民法院公报》2014 年第 12 期;“招商银行股份有限公司南昌分行诉朱国兵、欧阳琳金融借款合同纠纷案”,《人民法院案例选》2015 年第 2 辑;“任华林诉林瑶等夫妻共同债务认定纠纷案”,《江苏省高级人民法院公报》2016 年第 5 辑。

^③ 本文仅仅聚焦于法定共同财产制前提下的夫妻债务,而对于约定分别财产制前提下的夫妻债务,实践争议不大,因此不再予以论述。

^④ 参见[德]施密特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社 2016 年版,第 229 页。施密特将制度保障和基本权利截然分开,但同样有学者认为,基本权利本身就包含了个人权利的保障和制度性保障,对此参见张翔:《基本权利的规范建构》,法律出版社 2017 年版,第 230—231 页。

^⑤ BVerf GE, 6, 55, 76; 23, 258, 264.;[德]施瓦布:《德国家庭法》,王葆蔚译,法律出版社 2010 年版,第 10 页;王锴:《婚姻、家庭的宪法保障——以我国宪法第 49 条为中心》,载《法学评论》2013 年第 2 期;张翔:《“近亲属证人免于强制出庭”之合宪性限缩》,载《华东政法大学学报》2016 年第 1 期。当然,宪法中的婚姻家庭保护条款除了制度性保障功能之外,也强调基本权利作为自由权的功能,例如不得妨害被捕者与父母的通信权利,同时包含了特殊的平等原则,例如对配偶的待遇不得低于单身者。

^⑥ See Dworkin, Justice in Robes, Harvard University Press, 2006, p. 169.

时,配偶另一方利益和债权人利益的关系就是保护债务人的婚姻家庭和保护债权人的婚姻家庭之间的关系,过分偏向配偶另一方利益,就可能会损及债权人的婚姻家庭,同样无法实现婚姻家庭的制度性保障。因此,保护债权人利益和婚姻家庭的保护并非必然对立,而要对此进行妥当平衡。

在衡量过程中,由于涉及到配偶双方和债权人的三方关系,此时必须要考虑道德风险的问题。一方面,由于配偶双方关系的紧密性,很容易出现配偶双方串通损害债权人利益的道德风险;另一方面,在配偶关系出现紧张时,也会出现配偶一方与债权人串通损害配偶另一方利益的道德风险。规则的构建必须要虑及于此,防止道德风险的过分极端化发展,既不能让配偶一方承担不应该承担的债务,也不能让本该承担债务的配偶一方逃避责任。

(二)规范技术

如果要妥当平衡配偶另一方利益和债权人利益,从规范技术上,就应当把婚姻存续期间的夫妻债务进行更精细的类型化区分,在具体类型中实现价值权衡。

类型化区分的首要问题就是区分标准,任何区分都是目的指向的,不同的区分目的决定了不同的区分标准。在夫妻债务问题上,配偶中的行为人当然要对债权人承担责任,其个人财产如果能完全清偿债务,并不会太大的问题;关键是,如果其个人财产不能完全清偿债务,那么此种不能清偿的风险如何在配偶另一方和债权人之间分配。因此,夫妻债务如何进行类型化区分,其目的实质上就是要考量如何在配偶另一方和债权人之间妥当分配此种风险,这一角度并非回溯式的“向前看”,仅仅着眼于个案视角中的事后救济,而是展望式的“向后看”,着眼于整体和事前视角中的不同规则所可能产生的社会成本和社会收益,以更好地发挥行为导向的作用。

如果采取此种角度,夫妻债务的类型化区分中最主要的考量因素就是,比较配偶另一方和债权人对风险控制能力的强弱,同时判断配偶另一方的获益可能性的大小。具体而言,在配偶另一方和债权人之中,谁的风险控制能力比较强,就更有理由将风险现实化的不利后果分配给谁;配偶另一方的获益可能性何时较大,就更有理由将此时的不利后果分配给配偶另一方。^⑦

基于风险控制能力和获益可能性的因素,首先就要区分配偶另一方是否参与到债务形成的行为和事实之中。以约定债务为例,如果是双方意思表示所负的债务,配偶另一方也做出了意思表示,其本来就可以且应当考量自己的获益可能,当其做出意思表示时,必须假定其对所有可能的风险和收益都予以了考量,基于意思自治,其对于自己意思表示的结果就应承担责任。因此,配偶另一方对是否做出意思表示以及做出何种内容的意思表示具有完全的决定能力,其风险控制能力就较强。

其次,要区分是否基于家庭日常生活需要负债。在基于家庭日常生活需要所负债务中,债权人更可能推定配偶另一方是同意的,进而可能无法采取有效的防范措施,因此较之超出家庭日常生活需要所负债务,此时的债权人的风险控制成本更高,同时配偶另一方的获益可能性较大。

据此,关于夫妻债务的构建就要考虑到不同的类型,至少要区分配偶双方行为所形成的债务、仅一方行为但基于家庭日常生活需要所负债务、仅一方行为超出家庭日常生活需要所负债务,同时具体考量不同类型债务中的举证责任和责任承担方式,通过债务类型、责任承担方式和举证责任这些技术工具实现配偶另一方利益和债权人利益的均衡。

三、因配偶双方行为所负债务

因配偶双方行为所负债务,指的是配偶双方意思表示所形成的约定之债,以及配偶双方行为所形成的侵权等法定之债。如果配偶双方都做出意思表示,或者双方都实施了侵权行为,行为人之间存在配偶关系并没有任何特殊之处,应当适用一般的合同法、侵权法等债法规则。例如,如果配偶双方实施了侵权行为,那么就应当区分不同情形适用《侵权责任法》第8—12条的多数人侵权的规定,而有按份责任、连带责任等不同的责

^⑦ 学者可能用不同的语言表达相同的想法,例如将获益因素表达为“谁获利,谁担责”,将风险控制能力表达为“弱者保护”,参见前注①,蔡立东、刘国栋文。但是,“弱者保护”是一种含糊的语词,不同的视角会导致强弱判断的不同,在夫妻债务中,所谓的弱者可以更具具体化为风险控制能力较弱者。

任承担方式以及不同的举证责任,故不可一概而论。

如果配偶双方都做出意思表示而负有债务,当然要基于配偶双方与债权人的约定判断配偶双方的责任承担方式是按份债务、连带债务抑或其他。问题在于,如果意思表示对责任承担方式不明时,配偶双方是连带责任还是按份责任。配偶双方的连带责任有利于债权人,因为债权人无需承担配偶其中一方履行不能的风险,配偶另一方则要承担内部追偿不能的风险;反之,配偶双方的按份责任有利于配偶双方,债权人要承担配偶其中一方履行不能的风险。如果考虑到配偶双方都做出意思表示的情形中,双方一般都会具有亲密关系,由此配偶双方串通的道德风险更高,同时配偶双方共同获益的可能性较高,此时认定为配偶双方承担连带责任就具有正当性。《民法总则》第178条第3项规定“连带责任,由法律规定或者当事人约定”,据此,法律应当明确规定,因配偶双方的意思表示所负债务,有疑义时,配偶双方应当承担连带责任。^⑧

配偶双方的意思表示,依据《民法总则》第140条,可以是明示的意思表示,例如《夫妻债务解释》明确列举的配偶双方共同签字、配偶一方事后的口头或者书面追认,配偶双方共同或者分别做出的口头承诺也被包括在内;也可以是默示的意思表示,例如夫妻双方共同或者分别做出能够推断出共同负债的行为;在特定条件下还包括沉默,例如有证据证明配偶另一方对负债知晓且未提出异议的,包括出具借条时在场、所借款项汇入该方配偶掌握的银行账户等情形,此时可以谨慎地推定夫妻有共同举债的合意。对于配偶双方存在共同的意思表示,《夫妻债务解释》第1、3条遵循了一般的举证规则,将举证责任分配给债权人,债权人应当举证证明配偶双方存在负债的意思表示,例如夫妻双方共同签字的借款合同、借条以及短信、微信、QQ聊天记录、邮件等其他能够体现夫妻双方负债的意思表示或事后追认的有关证据等。^⑨

四、配偶一方因家庭日常生活需要所负债务

(一)配偶之间的连带债务

基于配偶双方的“生活共同体”要求,尤其是法定共同财产制背景下,配偶双方“同甘”的同时应当“共苦”,这在配偶一方基于家庭日常生活需要负债中更为明显。如前所述,配偶一方基于家庭日常生活需要所负债务,债权人更可能认为配偶另一方是同意的,同时因为是基于家庭日常生活需要所负债务,故配偶另一方据此获益可能性较大。因此,使得配偶另一方对该类债务承担责任就具有正当性,这也有助于降低债权人的风险控制成本,进而降低整体的交易成本。

但是,这仍未解决配偶另一方承担责任的具体范围是以共同财产为限,还是应当包括其个人财产?这涉及到对日常家事代理的理解。^⑩ 日常家事代理权(Schlüsselgewalt)并非《民法总则》第162条所规定的代理权(Vollmacht),其无需以被代理人(配偶另一方)名义做出法律行为,而是仅需要以自己的名义;在效果上也并非将法律行为的效果仅归属于被代理人(配偶另一方),而是对配偶双方发生效力。日常家事代理最初是在男性对外承担责任、女性仅作为家庭主妇的社会背景下,为扩大女性权利,允许女性以男性的名义对外作出法律行为,并将该法律行为的法律效果归属于男性。但在现代社会中,此种社会图景已经转变,在价值上要实现男女平权,有理由使得配偶任何一方基于家庭日常生活需要所做出的法律行为对配偶双方都发生效力,由此将法律效果归属给配偶双方共同承担。^⑪ 实质上,这是基于家庭日常生活需要对生活共同体的重要性,将一方对外做出的法律行为通过法律拟制为双方做出的法律行为,无需考虑配偶另一方是否参与;在

^⑧ 《夫妻债务解释》第1条即规定“夫妻双方共同签字或者夫妻一方事后追认等共同意思表示”所负的债务,应当认定为夫妻共同债务,考虑到实践中将夫妻共同债务通常理解为连带债务,那么夫妻双方对此类型债务承担连带责任;同时,该规定未明确这仅是在意思表示不明情形下的推定规则。

^⑨ 程新文等:《〈关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法(应用)》2018年第4期;各地高院也都如此处理,例如《浙江省高级人民法院关于妥善审理涉夫妻债务纠纷案件的通知》(浙高法[2018]89号)第3条。

^⑩ 《婚姻法解释一》第17条仅仅规定了处理夫妻共同财产时的日常家事代理权,《夫妻债务解释》第2条扩大了日常家事代理的范围。

^⑪ 关于日常家事代理权的历史溯源,参见张学军:《锁匙权研究》,载《金陵法律评论》2004年第1期;王战涛:《日常家事代理之批判》,载《法学家》2019年第3期。

教义上可以认为,此时虽然是一方做出的法律行为,但因为是基于家庭日常生活需要,所以拟制另一方对此债务作出了同意的意思表示,这与配偶双方都作出意思表示的情形可以等同对待,与债权人无明确约定时,配偶双方对此类债务应当承担连带责任,此时配偶另一方承担责任的范围自然就不仅仅是共同财产,而也应包括其个人财产。

如果配偶另一方对该债务仅以共同财产为限承担责任,而不包括配偶另一方的个人财产,^⑫这首先在外部关系中,会对债权人产生不利,其无法请求配偶另一方的个人财产,而该类债权中的债权人恰恰风险控制能力较弱,需要特别予以保护;同时,此债务是基于家庭日常生活的需要,债权人基于配偶双方的生活共同体,当然会信赖配偶双方都会对此承担全部的责任。在内部关系中,这也可能造成配偶双方内部的不平衡,配偶中的行为人要以个人财产承担责任,但配偶另一方却不以个人财产承担责任,这在配偶内部关系中,岂不是“干得越多,责任越大”吗?如果并非家庭日常生活需要,还可以认为配偶中的行为人不举债即可,但现在讨论的情形是因家庭日常生活需要负债,配偶双方的相互推诿不利于生活共同体。试想,孩子生病需要借小额的钱医治,假定不存在共同财产,那么借钱的配偶一方要以个人财产承担责任,未借钱的配偶另一方却不以个人财产承担责任,那么这真的是可以接受的吗?因此,配偶一方因家庭日常生活需要所负的债务,应当由配偶双方对债权人承担连带责任。

(二)家庭日常生活需要的认定和举证责任

在实践中,何为家庭日常生活的需要,一般应根据客观标准予以认定,不取决于债权人个人的认识,这是由日常家事代理的首要目标是强化配偶之间的生活共同体而非保护交易安全所决定的。^⑬按照实践中的观点,判断家庭日常生活需要时,可以参考国家统计局关于我国城镇居民家庭消费的八大种类,根据夫妻共同生活的状态(如双方的职业、身份、资产、收入、兴趣、家庭人数等)和当地一般社会生活习惯予以认定,结合负债金额大小、家庭富裕程度、夫妻关系是否安宁、当地经济水平及交易习惯、借贷双方的熟识程度、借款名义、资金流向等因素,立足点在于“必要”;如果举债金额与举债时家庭收入状况、消费形态基本合理匹配,例如为正常的衣食住行消费、日用品购买、医疗保健、子女教育、老人赡养、文化消费等而举债,可以认定为家庭日常生活需要。^⑭但如果普通收入家庭中的配偶一方,举债数百万元供子女就读国外顶级的私立中小学,或者家用住房和汽车的购买转让、订立大额保险合同等等,这些就并非家庭日常生活需要。^⑮各地高院在实践中可因地制宜地规范小额债务的标准,例如单笔及单个债权人负债总额不超过十万元或家庭年收入的两倍,浙江高院对此就确定为“单笔举债或对同一债权人举债金额在20万元(含本数)以下的”。^⑯

在举证责任上,家庭日常生活需要负债由配偶双方负责是为了强化配偶生活共同体,降低整体的交易成本,家庭日常生活需要应完全依据客观标准予以判定,债权人仅需举证证明债务存在、债务符合当地一般认为的家庭日常生活范围即可,无需举证证明该债务是否实际用于家庭日常生活。^⑰在依据客观标准认定为家庭日常生活需要的前提下,即使配偶另一方能够举证证明所负债务实际上未用于家庭日常生活,但债权人并不能对该债务实际上是否用于家庭日常生活具有控制能力,因此配偶另一方也不能据此而不承担责任。但也应适当考虑债权人主观因素的作用。如果所负债务依据客观标准认定为家庭日常生活需要,但是配偶双方存在对家庭日常生活需要的范围进行了约定的限制,配偶另一方能够证明债权人知道或者应当知道夫

^⑫ 根据欧洲家庭法协会起草的《关于夫妻财产关系的欧洲家庭法原则》(Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouse)第4:40、4:42条的规定,因日常家事所负债务,原则上以共同财产和导致债务发生的配偶一方的个人财产承担,即配偶另一方对该债务仅以共同财产为限承担责任。

^⑬ 参见缪宇:《走出夫妻共同债务的误区——以〈婚姻法司法解释(二)〉第24条为分析对象》,载《中外法学》2018年第1期。

^⑭ 同前注^⑬,程新文等文:《浙江省高级人民法院关于妥善审理涉夫妻债务纠纷案件的通知》第2条。

^⑮ 参见冉克平:《论夫妻共同债务的类型与清偿——兼析法释[2018]2号》,载《法学》2018年第6期;Staudinger/Voppel, Sellier—de Gruyter, 2012, § 1357, Rn. 144ff.

^⑯ 参见缪宇:《美国夫妻共同债务制度研究——以美国实行夫妻共同财产制的州为中心》,载《法学家》2018年第2期;《浙江省高级人民法院关于妥善审理涉夫妻债务纠纷案件的通知》第2条。

^⑰ 同前注^⑬,程新文等文。

妻之间的这种内部限制,配偶另一方就不应承担连带责任。^⑮同时,即使所负债务依据客观标准认定为家庭日常生活需要,但债权人也可能在提供借款时知道或者应当知道所负债务实际上并非是由于共同生活,如果配偶另一方仍然对此能够证明,此时配偶另一方就不应承担连带责任,对此可以考量的证据包括债务发生于夫妻分居、离婚诉讼等夫妻关系不安宁期间,并且债权人对此知道或者应当知道的,或者债权人与举债人存在父母子女、兄弟姐妹等密切关系,对举债人的生活状况、夫妻关系较常人更为了解因此负有更严格的审查义务等。^⑯

五、配偶一方超出家庭日常生活需要所负债务

(一)《夫妻债务解释》规定的价值不平衡

配偶一方超出家庭日常生活需要所负债务,配偶另一方是否承担责任以及如何承担责任,在实践中存在巨大的争议。最高法院通过《夫妻债务解释》第3条确定了以下最为基本的原则:第一,配偶一方超出家庭日常生活需要所负债务原则上是个人债务,配偶另一方不承担责任;第二,如果债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的,则为共同债务。

如果着眼于配偶双方的内部关系,按照该规定,配偶一方超出家庭日常生活需要所负债务原则上是个人债务,配偶另一方完全不承担任何责任,但同时,在法定共同财产制的背景下,配偶一方所负的该类债务用于经营,经营所得当然是夫妻的共同财产,这就违背了收益与风险相一致的原则,会导致配偶之间的不平等。当然,如果广义地理解例外规定中的该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营,使其包括配偶另一方间接受益的情形,此时让配偶另一方承担责任,上述配偶之间的不平等问题倒也不大。

最为麻烦的是与债权人之间的外部关系。按照该规定,债权人应当承担例外的举证责任,必须举证证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营,但是由于配偶之间生活的私密性,债权人获知该债务的实际用途的成本较高,举证较为困难,如果该债务被认为是举债方的个人债务,则债权人为了让配偶另一方承担责任,必须采取足够的风险预防措施,也就是通常而言的“共债共签”,由配偶另一方也做出共同意思表示。例如,在配偶一方经营的过程中,其要进行大量的经营活动,每天签署大量的合同,在债权人举证证明该债务用于共同生活或者共同经营较为困难的情况下,该债务就可能成为个人债务,仅仅由举债方个人承担责任,增加了举债方与配偶另一方串通损害债权人的道德风险,为了避免此种风险而让配偶另一方承担责任,债权人必须要让配偶另一方做出共同意思表示。此时就会涉及到大量的成本,包括识别举债方是否有配偶的成本、识别做出意思表示的是否是举债方真正配偶的成本;对于举债方而言,其签订合同时必须总是要随时与配偶另一方在一起,否则可能没有人愿意和他签订合同,这也会导致大量的社会成本,产生巨大的负外部性,包括商业成本的巨大增加。同时配偶双方由于认知不同而意见不一致,此时会出现配偶双方的协商成本,配偶双方在签订合同时必须在一起,而使得配偶另一方无法照顾家庭,此时家庭功能部分丧失,由此又会增加替代丧失的家庭功能的社会成本。

《夫妻债务解释》清晰认识到了在此类型的债务中,应当降低对债权人的保护程度。对比配偶一方基于家庭日常生活需要负债的情形,在配偶一方超出家庭日常生活需要负债的情形中,债权人获知未经配偶另一方同意的可能性更高,也可以采取更有效的风险防范措施,^⑰故其受保护程度较低。因此,《夫妻债务解释》的价值取向整体上是理解的。但问题是,《夫妻债务解释》过分简单地认识了“共债共签”的成本,同时因为将该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营的举证责任交给了债权人,这种成本就会更大。

因此,《夫妻债务解释》第3条在配偶内部关系和与债权人的外部关系上,都会出现价值的失衡,在保护了配偶另一方利益的同时会损害债权人利益,可能会产生极强的负外部性,增加社会成本。当然,由于《夫

^⑮ 具体参见本文下一部分的论述。

^⑯ 《浙江省高级人民法院关于妥善审理涉夫妻债务纠纷案件的通知》第2条。

^⑰ 同前注^⑯,程新文等文。其以贷款为例,“实践中,很多商业银行在办理贷款业务时,对已婚者一般都要求夫妻双方共同到场签字;一方确有特殊原因无法亲自到场,也必须提交经过公证的授权委托书,否则不予贷款,这种操作方式最大限度地降低了债务不能清偿的风险,保障了债权人的合法权益,也不会造成对夫妻一方权益的损害。”

妻债务解释》的生效时间尚短,并且债权人并非一个整体,无法如同配偶另一方(多数是女性)那样形成组织性的社会压力,但《夫妻债务解释》所可能导致的社会成本和负外部性不可不察。并且,如前文所述,婚姻家庭保护与债权人利益保护并非截然对立,债权人也往往处于家庭之中,对债权人利益的极端忽视也可能破坏债权人的家庭,进而危及到对家庭的制度性保障。

(二)共同债务的法律后果

个人债务应当由举债方负责,配偶另一方无需承担任何责任,而夫妻共同债务就应当由配偶双方以双方的所有财产承担连带责任,此时,无论举证责任是分配给债权人还是配偶另一方,都难以避免出现极端化情形,债权人要么根本无法请求配偶另一方承担责任,要么可以请求配偶另一方承担全部责任;配偶另一方要么不承担任何责任,要么承担全部责任。这种“全有”或者“全无”的结果,最后就会出现要么债权人不满意要么配偶另一方不满意的局面,无论如何都会进退维谷、左右为难。此时,既然举证责任的分配无法根本解决问题,那么就必须要考虑从责任承担方式上予以更深入的思考。

1980年《婚姻法》第32条规定:“离婚时,原为夫妻共同生活所负的债务,以共同财产偿还。如该项财产不足清偿时,由双方协议清偿;协议不成时,由人民法院判决。男女一方单独所负债务,由本人偿还。”2001年《婚姻法》第41条对此作出了文字修改:“离婚时,原为夫妻共同生活所负的债务,应当共同偿还。共同财产不足清偿的,或财产归各自所有的,由双方协议清偿;协议不成时,由人民法院判决。”按照立法释义,这基本保留了1980年《婚姻法》的规定,同时明确,“婚姻关系终结时,夫妻债务清偿应遵循的原则是共同债务以共同财产清偿,个人债务以个人财产清偿。”^①因此,按照立法意图,尤其是对配偶另一方而言,共同债务原则上是以共同财产予以偿还。《婚姻法解释二》第25条第2款直接规定了“一方就共同债务承担连带清偿责任”,将夫妻共同债务转变成了连带债务,这仅解决了配偶双方承担连带责任,但不清晰的是责任财产的范围是否是共同财产,实践中则倾向于认为是配偶双方的所有财产。^②

由此,这其中的区别直接涉及到责任财产的范围。如果按照资产分割(asset partitioning)理论,概括财产可以形成多个特别财产,则配偶双方的所有财产可区分为丈夫的个人财产、丈夫在共同财产中的潜在份额、妻子的个人财产以及妻子在共同财产中的潜在份额四个部分,虽然这种资产分割并非如同法人或者非法人组织那样清晰,但也构成弱势意义上的资产分割。^③如果是配偶之间的连带债务,那么配偶双方的共同财产(包括配偶双方在其中的潜在份额)和配偶双方的个人财产都应作为责任财产;但如果是共同债务通过共同财产偿还,那么配偶另一方的个人财产就不应作为责任财产,而仅以其在共同财产中的潜在份额为限承担责任。

从债权人角度考虑,在此种类型的债务中,由于仅仅是一方举债且超出家庭日常生活需要,债权人所合理信赖的责任财产是举债方的所有财产,包括举债方的个人财产以及其在共同财产中的潜在份额。但是因

^① 胡康生主编:《中华人民共和国婚姻法释义》,法律出版社2001年版,第169页。1993年《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第17条也明确规定,夫妻共同债务,离婚时应当以夫妻共同财产清偿,个人债务以个人财产清偿。

^② 这种转变被法院实践所采纳,例如上海市高级人民法院《关于审理民间借贷合同纠纷案件若干意见》(沪高法民一[2007]第18号)第4条。这种转变也被学者所注意,参见贺剑:《论婚姻法回归民法的基本思路——以法定夫妻财产制为重心》,载《中外法学》2014年第6期;龙俊:《夫妻共同财产的潜在共有》,载《法学研究》2017年第4期。

^③ 关于资产分割,请参见张永健:《资产分割理论下的法人与非法人组织——民法总则欠缺的视角》,载《中外法学》2018年第1期。运用资产分割理论分析夫妻债务,请参见汪洋:《夫妻债务的基本类型、责任基础与责任财产》,载《当代法学》2019年第3期;当然,其还借鉴合伙的规则,确定不同债务在不同财产上的优先关系,认为当夫妻连带债务或共同债务与个人债务并存时,夫或妻的个人财产优先清偿个人债务,共同财产优先清偿连带债务或共同债务,清偿之后有剩余时,方用于另一债务的清偿;同样观点,参见前注^①,冉克平文。本文由于主题限制,暂不讨论此中的细节问题,但倾向于认为,由于在婚姻关系中资产分割的程度并不像在法人和非法人组织中那么强,如果在与债权人的外部关系中采取此种优先关系,就必然使得债权人面临识别的困难,这可能会损害债权人的利益;同样观点,参见前注^③,缪宇文。关于是否承认此种优先的比较法资料,See Boele-Woelki, Ferrand, Beilfuss etc. ed., Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouse, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2013, pp. 262-263. 欧洲家庭法协会起草的《关于夫妻财产关系的欧洲家庭法原则》对此未作决定,将其留给了各国国内法。

为法定共同财产制,举债方通过该债务所直接和间接取得的收益成为共同财产,有可能使得共同财产增加(包括避免共同财产减少),配偶另一方由此获益,那么配偶另一方所获益的范围也仅仅是因为共同财产增加而使得其潜在份额的财产数额增加,其个人财产并未必然因此获益。因此,基于配偶另一方获益的因素而加强对债权人的保护,债权人可以请求配偶另一方在获益范围内承担责任,但不应将配偶另一方的个人财产作为责任财产。同时,因为获益的具体计算极为复杂,尤其要计算获益的具体范围和数额、获益与损失之间的数额区分,在实践中可能会导致计算成本以及不清晰所导致的其他成本的增加,故对获益采取抽象计算方式,此时配偶双方的获益就是共同财产。因此,债权人此时可以请求的责任财产就是配偶双方的共同财产和举债方的个人财产,对比配偶一方基于家庭日常生活需要所负债务时配偶双方承担连带责任,此时对债权人的保护应予以合理降低,由此也能取得不同类型债务之中债权人利益保护的平衡。

按照立法机关的释义,共同债务以共同财产清偿,此时该债务的责任财产范围似乎不包含举债方的个人财产。但是,从债权人角度考虑,由于举债方直接做出了举债的意思表示,所以债权人信赖的是举债方的所有财产,只是因为法定共同财产制,举债方通过该债务的直接和间接所得成为了配偶的共同财产,所以配偶另一方才以共同财产为限承担责任。如果责任财产范围仅仅是共同财产,而不包括举债方的个人财产的话,那么对于债权人而言,在举债方个人财产多而共同财产少的情况之下其就会承担风险,债权人就需要额外调查举债方是否结婚,同时还要具体区分判断某项具体财产是举债方的个人财产还是共同财产,并在此基础上确定数额,此时债权人的风险控制成本就会增加。从配偶双方的内部关系考虑,例如举债方一方直接经营而“主外”,另一方不经营而“主内”,从风险控制能力上而言,举债人是直接主动选择进入到债务关系中,而配偶另一方是被动地进入到债务关系中,两相比较,举债人的风险控制能力更强,因此其要承担比配偶另一方更重一些的责任;同时,即使举债方的经营所得成为了共同财产,但对于举债方而言,共同财产的增加仅仅是显性的获益,还有大量隐性的获益,例如举债方由于经营而产生的未来的个人发展前景、能力的增长等等,这恰恰是配偶另一方所无法获得的。基于风险控制能力的强弱、获益的高低,由举债方承担更重的责任,包括其在共同财产中的潜在份额及其个人财产,而配偶另一方仅仅以共同财产为限承担责任,也可以说是一种以共同财产范围为限的“有限连带责任”,结果就是合理的。

进一步思考,如果配偶一方超出家庭日常生活需要负债,所得成为双方的共同财产,而部分共同财产又转变成配偶另一方的个人财产,是否要考虑该债务的责任财产范围也应追及到配偶另一方个人财产的增加范围呢?最为典型的情形就是,丈夫一方经营公司,为此举债,公司经营所得是夫妻双方的共同财产,但之后用部分共同财产为妻子购买专用的生活用品而成为妻子的个人财产(例如贵重首饰),^②或者夫妻双方约定将部分共同财产转变为妻子的个人财产,妻子的个人财产由此而增加,如果夫妻双方的共同财产和丈夫一方的个人财产无法完全清偿债务,那么债权人是否可以请求妻子在个人财产受益的范围内承担责任呢?必须承认,共同财产转变成个人财产,很多情形是夫妻生活中正常组成部分,例如给妻子买衣服和一些首饰,这本身就是夫妻双方的自由,不能贸然为债权人利益而禁止此种转变,否则会危及夫妻的正常生活,且很多专用的生活用品可能根本就无法被执行。但是,此时确实可能会出现配偶双方串通将共同财产转变成另一方个人财产从而损害债权人利益的道德风险,对此,可以考虑通过《合同法》第74条所规定的撤销权予以解决,甚至可以在部分情形中,将部分共同财产约定转变为配偶另一方的个人财产认为是无偿的,因此无需考量配偶另一方的善恶意。因此,撤销权已经可以解决此种风险,而无需一般性地认为债权人可以请求配偶另一方在个人财产受益的范围内承担责任。

综上,对配偶一方超出家庭日常生活需要所负债务,如果被认为是共同债务,那么责任财产的范围应当是举债方的个人财产、配偶双方的共同财产,而非如同连带债务那样也包括配偶另一方的个人财产。从债权人角度来看,债权人所合理信赖的应当是举债方的所有财产,无论如何也不应寄希望于配偶另一方的个人财产;从配偶另一方的角度来看,此时其承担责任的范围是以共同财产为限,因此最多也就是其在婚姻中一无所得,但不至于将个人财产也搭进去。这样就避免了在债权人和配偶另一方的利益保护之间,由于观察者

^② 立法释义中专门指出,用夫妻共同财产购买的且价值较大的生活用品,如贵重的首饰,仍应当归个人所有,参见前注
^①,胡康生主编书,第72—73页。

的立场不同所导致的极端后果,可以说是一个“中间路线”方案,该方案似乎会具有更强的社会接受度,并且有助于在不同类型债务之间、债权人和配偶另一方之间、配偶双方之间都能形成有机的平衡,因此具有更强的正当性。^⑤

从比较法角度观察,对此类型债务的责任财产是否包括配偶另一方的个人财产,欧洲各国的处理方案并不完全一致。^⑥ 欧洲家庭法协会在比较欧洲各国法基础上起草的《关于夫妻财产关系的欧洲家庭法原则》中,也采取了与本文相同的类型区分,其首先区分了共同债务(第4:40条)和个人债务(第4:41条);^⑦但第4:42条(共同债务的清偿)中又区分共同债务(community debts)和连带债务(joint and several debts),共同债务的责任财产包括共同财产和导致债务产生的配偶一方的个人财产,连带债务的责任财产包括共同财产和配偶双方的个人财产;第4:43条第1款规定个人债务原则上用个人财产、其婚后的收入和收益以及与共同财产混合于个人财产的部分予以清偿。虽然类型的具体范围和承担规则有些差异,但整体上仍然区分个人债务、共同债务和连带债务。

(三)共同债务与个人债务的区分:夫妻共同生活

当然,前文论述的仅仅是配偶一方超出家庭日常生活需要所负债务被认定为共同债务的情形,但此类债务也可能被认为是该方配偶的个人债务,因此需要进一步讨论区分的标准。按照《夫妻债务解释》第3条的规定,该类型的债务用于夫妻共同生活、共同生产经营的是共同债务,否则就是个人债务。这里的“共同生活”与第2条所规定的“家庭日常生活需要”就是不同的。如果是一方基于“家庭日常生活需要”所负债务,双方原则上承担连带责任;而如果是一方超出家庭日常生活需要但该债务用于共同生活,这是配偶双方的共同债务,配偶另一方仅以共同财产为限承担责任,本部分论述的仅仅是这一类型的债务。

如前文所述,家庭日常生活需要是基于客观标准予以认定,因此,如果配偶一方超过家庭日常生活需要负债(也包括虽然符合依据客观标准认定的家庭日常生活需要,但债权人知道或者应当知道超越配偶双方关于家庭日常生活需要的约定限制这种情形),但所负债务直接或者间接地用于共同生活,这并非一方基于家庭日常生活需要负债,而是一方超出家庭日常生活需要负债但用于共同生活。“共同生活”在概念外延上大于“家庭日常生活”,大量超出家庭日常生活范围的支出,只要是夫妻双方共同消费支配、用于形成夫妻共同

^⑤ 同样采取此种观点的,参见前注^②,贺剑文、杨晓蓉、吴艳:《夫妻共同债务的认定标准和责任范围——以一方经营性负债为研究点》,载《法律适用》2015年第9期;前注^②,龙俊文。采取此种观点的判决参见王社保与吕国华、刘明桂债权确认纠纷案,江苏省高级人民法院(2014)苏民再提字第0057号民事判决书。

^⑥ 具体的比较,同前注^③,Boele-Woelki等主编书,第260—262页。以德国法为例,德国法采取增益共同财产制,配偶一方所负债务原则上是个人债务,但是财产增益制存续期间财产增值较大的一方对另一方负有补偿义务,必须将增益超出部分的一半交给另一方。例如简略计算,如果配偶一方初始财产价值是50万,婚后其举债100万且无其他收入,所以其终结财产是-100万,但因为只考虑财产增益,所以增益至少要为0而不能是负数,故其最终增益是0;如果配偶另一方的初始财产也是50万,但财产增益制存续期间有其他收入100万,因此其终结财产是150万,财产增益是100万,此时,配偶另一方需要补偿给对方50万,此时对方的个人财产数额变成100万,这也是债权人可以请求的责任财产数额。同样的例子,如果采取法定共同财产制,按照本文的方案,配偶双方的共同财产就是配偶另一方婚后所得的100万,原则上一人一半50万,此时,债权人可以请求的责任财产数额就是共同财产100万加上举债方的个人财产50万共150万,但配偶另一方最终承担的责任数额同样是其在共同财产中的份额50万。因此,如果简略计算,虽然由于法定财产制的不同导致对债权人的保护不同,但配偶一方最终承担的责任数额是相同的。当然,由于增益财产制的计算较为复杂,故在具体情形中配偶另一方最终承担责任的结果会稍有差异,但仍然整体上大致相同。

^⑦ 第4:40条(共同债务):“共同债务包括:(a)夫妻双方共同缔结的债务;(b)夫妻一方为合理的家庭生活需求所缔结的债务;(c)对子女的抚养义务;(d)夫妻一方为使用或管理共同财产或为共同财产之利益所缔结的债务;(e)夫妻一方职业活动所涉及的债务;(f)同归属于共同财产的赠与或遗赠有关的债务;(g)不能证明属于个人债务的债务。”第4:41条(个人债务):“个人债务包括:(a)成立婚后所得共同制之前的债务;(b)同夫妻一方在夫妻财产制存续期间获得的赠与或继承情形有关的债务;(c)涉及个人财产的债务;(d)个人性质的债务;(e)未经夫妻另一方必要同意而缔结的债务。”

财产、基于夫妻共同利益管理共同财产产生的,都属于“共同生活”的范围,即广义理解为“配偶双方从中获益”。^②例如,如果配偶一方借巨额贷款为家庭购买家庭住房,并且事实上也确实用于购买了配偶双方共有的家庭住房,此即用于“共同生活”,此时究竟应当如何处理?对此,可能有两种方案:一种方案是认为此种情形也属于家庭日常生活需要的范围,配偶双方承担连带责任;第二种方案是认为属于超出家庭日常生活需要,但用于共同生活,因此配偶双方承担共同债务,此时配偶另一方的个人财产不属于责任财产。

第一种方案更有利于债权人,但不利于配偶另一方;第二种方案反之。采取第一种方案其实就是广义地从最终实际用途认定而非仅仅客观标准或者外观认定“家庭日常生活需要”。如果配偶一方超出外观上的家庭日常生活需要,即使最终用于共同生活,但此时,由于从外观上并非家庭日常生活需要,因此,债权人本来就能够认识到其中的风险,并在此基础上采取风险控制措施,例如要求配偶双方做出共同的意思表示,因此较之外观上的家庭日常生活需要负债中的债权人,此时债权人的风险控制成本要更低,没有必要通过让配偶双方承担连带责任对之进行同等程度的保护,否则,就会与日常家事代理的维护生活共同体而非保护债权人的立法目的相违背,会出现“债权人搭便车”情形。^③同时,从配偶双方的内部关系而言,如果是外观上的家庭日常生活需要,配偶双方一致同意的概率较高,但是如果是超出该范围,即使最终用于共同生活,配偶双方的意见本来就可能不一致,例如配偶双方对是否购买共有房屋以及购买什么样的房屋,都可能存在不一致的意见,如果认为配偶双方此时也承担连带责任,这就意味着配偶一方做出的行为捆绑式地将配偶另一方也拉入进来,忽视了配偶另一方在家庭生活中的决定权和自主意愿,是对婚姻共同体的全面恶化,也与目前国际上对于日常家事代理的趋势相违背。^④这一点同样适用于广义共同生活所包含的共同经营情形,即主要是指由夫妻双方共同决定生产经营事项,或者虽由一方决定但另一方进行了授权的情形,一般包括双方共同从事工商业、共同投资以及购买生产资料等所负的债务。^⑤此时,即使配偶双方共同经营,但配偶双方对具体的经营行为仍可能存在不一致的意见,贸然让配偶双方承担连带责任,同样会出现上述问题。因此,在此类型的债务中,采取配偶双方的连带责任这种方案过度保护了债权人,同时恶化了婚姻共同体,有失价值正当性。基于前文的论述,第二种方案更具有价值正当性,即配偶双方承担共同债务,配偶另一方的个人财产不属于该债务的责任范围。

与此不同的是,配偶一方超过家庭日常生活需要负债,对债权人谎称用于共同生活,例如谎称购买共有房屋,但事实上是用于个人消费。此时,如果债权人根本没有理由相信,这不会存在争议,应当被认定为是举债方的个人债务,但在债权人有理由相信的情况下,是否能够运用信赖保护的原理类推《民法总则》第172条

^② 同前注⑨,程新文等文。“1993年的《关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第17条列举了一些共同债务和个人债务的情形。《浙江省高级人民法院关于妥善审理涉夫妻债务纠纷案件的通知》第4条同样如此规定,同时该规定也列举了一些可以考虑认定为并非用于“共同生活”的个人债务之情形:(1)婚姻持续短暂且夫妻关系存续期间无大宗开支,负债用于家庭共用共益的可能性较低的;(2)债务发生于夫妻分居、离婚诉讼等婚姻关系不安宁期间,配偶有固定工作或稳定收入来源的;(3)债务用途存在指向举债人从事赌博、吸毒等违法犯罪活动的高度可能性;(4)债务用途与举债人无直接关联,而是举债人单方自愿负担且用途与家庭共同生活、共同生产经营无关的,如与家庭共同生活、共同生产经营无关的担保、债务加入等;(5)债务用途无益于家庭甚至有害于家庭安宁生活的,如用于婚外同居生活等。

^③ Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, Aufl. 6, C. H. Beck, 2010, § 19, Rn. 36.

^④ 同前注⑪,王战涛文。

^⑤ 同前注⑨,程新文等文。

的表见代理,而认为是配偶双方的共同债务使得配偶另一方承担责任?^②如果交易时债权人已尽谨慎注意义务,经审查举债人及其家庭支出需求、借款用途等,有充分理由相信债务确系为共同生活所负的,基于信赖保护原理,应当对债权人的此种合理信赖予以保护。但是,问题在于,此时为何要牺牲配偶另一方的利益保护善意债权人,此时当然要考虑配偶另一方的可归责性。^③如果不区分情形,只要债权人无理由相信,就认为是配偶双方的共同债务,则此时配偶关系的存在本身就使得配偶另一方具有可归责性,从而如同在商事组织中那样,因为商事组织应承担“组织风险”,特定职务关系的存在本身即使得商事组织具有可归责性。如果同等处理,配偶另一方就要承担“配偶关系风险”,但这可能会导致配偶之间的相互防范,增加配偶之间的风险控制成本,而危害到婚姻共同体,是对婚姻关系的破坏,可能未尽到宪法中的婚姻家庭保护的制度性保障义务。因此,不应当仅仅依据配偶关系的存在就认定配偶另一方具有可归责性,从而使其承担共同债务的责任。但是,如果因为配偶另一方的原因使得债权人在债务形成时有理由相信该债务用于共同生活,此时配偶另一方就具有可归责性,依据信赖保护法理,此时可以类推适用表见代理规则,使得该债务是共同债务。甚至更进一步,举债方无权代理配偶另一方做出意思表示时,如果因为配偶另一方的原因使得债权人在债务形成时有理由相信举债方对配偶另一方有委托代理权,此时就直接适用表见代理规则,无特殊约定时,配偶双方对此应该承担连带责任。^④

同样值得考虑的是,因一方行为等原因依据侵权行为、无因管理、不当得利和法律的其他规定产生的法定之债,是否应当和配偶一方超出家庭日常生活需要通过意思表示产生的约定之债同等对待?基于家庭日常生活需要往往限定在配偶一方做出法律行为的情形,因此法定之债无法被涵盖入配偶一方基于家庭日常生活需要所负债务的类型中,但这些法定之债仍然存在是否为共同生活而负担的判断。如果法定之债是因为共同生活而负担的,家庭通过债务人的活动从中受益,例如配偶一方从事运输工作的收入用于共同生活,

^② 《婚姻法解释一》第17条第2款似乎隐含了适用表见代理的规则,参见最高人民法院民事审判第一庭:《最高人民法院婚姻法司法解释(二)的理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第216—219页;各地高院也有类似的规定,例如按照广东省高级人民法院《关于审理婚姻纠纷案件若干问题的指导意见》(粤高法发[2006]39号)第7条的规定,债务形成时,债权人无理由相信该债务不是为债务人的家庭共同利益而设立的,此时是个人债务,如果反面解释,债权人无理由相信该债务是为债务人的家庭共同利益而设立,则应当是夫妻共同债务;在实践中案例也多采用,例如龚文娟诉严丽娟等民间借贷纠纷案,《人民法院报》2011年07月21日第6版;山东昊玺经贸有限公司诉朱俊强、徐萍民间借贷案,山东省淄博市中级人民法院(2014)淄民一终字第729号民事判决书;学者也有此种主张,马忆南、杨朝:《日常家事代理权研究》,载《法学家》2000年第4期;夏吟兰:《我国夫妻共同债务推定规则之检讨》,载《西南政法大学学报》2011年第1期;孙若军:《论夫妻共同债务“时间推定”规则》,载《法学家》2017年第1期。但是,《夫妻债务解释》之后,最高法院认为,不应适用表见代理的规则,同前注^①,程新文等文。比较法上对此的处理方案也并不一致,德国法有观点认为,此时应当是举债方的个人债务,不应类推适用信赖保护的法理,Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, a. a. O., § 19, Rn. 43; Staudinger/Voppel, § 1357, 2012, Rn. 42 f.,但对此也存在反对观点,Vgl. MünchKomm/Roth, § 1357, 2013, Rn. 22; 瑞士法则适用表见代理,由配偶双方承担连带责任,Vgl. Isenring/Kessler, ZGB § 166, N. 27, in: Basler Kommentar, ZGB, Bd. I, 5. Aufl., Heibing & Lichtenhahn, 2015.;日本法的判例和通说观点认为,如果此时直接适用表见代理,则使得日常家事的范围限制丧失意义,但在超出日常家事范围的情形,当有正当理由相信该行为属于有关日常家事之法律行为的范围内,相应地应当保护相对人的信赖,此时可以类推适用表见代理规则,参见[日]山本敬三:《民法讲义I总则》,解亘译,北京大学出版社2012年版,第355页。

^③ 这涉及到表见代理中是否应当考虑被代理人的可归责性,具体参见朱虎:《表见代理中的被代理人可归责性》,载《法学研究》2017年第2期。

^④ 因此,本文将满足家庭需要的债务区分为“配偶一方基于家庭日常生活需要所负的债务”和“配偶一方超出家庭日常生活需要所负的债务”,原则上,对前者配偶双方负有连带债务,对后者配偶双方负有共同债务。这在结果上有助于回应过分扩大日常家事代理所可能导致的问题,缓解大量客观上超过家庭日常生活需要所负的债务,因为该债务所得用于共同生活,而让配偶另一方承担连带责任所带来的问题,避免目的在于扩大配偶另一方自主权的家事代理却成为债权人的保护伞,从“女性之友”变成“女性杀手”。关于过分扩大日常家事代理而使得配偶另一方承担连带责任带来的问题,以及欧洲各国对此的变化,参见王战涛:《家事代理的共同核心与更优规则——以〈关于夫妻财产关系的欧洲家庭法原则〉为考察对象》,载《财经法学》2018年第2期。

增加共同财产,则在运输过程中发生交通事故造成他人损失,这应属于配偶双方的共同债务,^⑤配偶双方应当按照共同债务的规则承担责任;但是,如果该债务并未用于共同生活,债务人的活动并非为了家庭利益且家庭也未从中受益的,则应当认定为该方的个人债务。^⑥有观点认为,在法定之债中,由于债权人不能基于自己的意思选择债务人,甚至并不知悉债务人,无法事先采取足够的风险预防措施,因此较之约定之债的债权人,法定之债的债权人风险控制成本更高,应得到更高层次的保护。^⑦但即使如此,既然债权人无法选择债务人,为何在债务人未结婚时,债权人只能请求债务人的个人财产,但在债务人结婚时,债权人却可以把配偶另一方拉入债务关系中,其中的正当性何在?尤其是,目前所讨论的问题是配偶另一方是否以及如何承担责任,因此更应当着眼于配偶另一方的因素而非债权人的因素,债权人能够将配偶另一方拉入债务关系中的原因在于配偶另一方据此获益,但在配偶另一方并未据此获益的情形中就无理由这样做;同时,无论是在约定之债和法定之债中,配偶另一方的风险控制成本并无显著区别。因此,将约定之债和法定之债等同对待就具有正当性。

(四)共同生活的举证责任和追偿

最后需要讨论的是举证责任的问题。从一般生活事实考虑,即使我国的离婚率增加,但在一般情形中,配偶之间的关系亲密度较之配偶一方与债权人的关系亲密度仍然较高,这意味着配偶串通损害债权人利益的道德风险比配偶一方与债权人串通损害配偶另一方利益的道德风险更高,同时,债务用于共同生活比不用于共同生活的可能性也要高。债权人应举证证明该债务系因夫妻双方共同意思表示,如前所述,这并无疑问,也并非本部分当前讨论的问题;夫妻共同生产经营具有相对公开性,债权人的证明难度相应降低一些,但仍然存在较大的证明难度;夫妻共同生活具有私密性,债权人的证明难度最高。^⑧从举证便利性角度考虑,对于该债务用于共同生活和共同生产经营而言,配偶另一方比债权人举证更为便利。因此,《婚姻法解释二》第24条的举证责任配置整体上并不具有太大问题,有助于降低配偶双方串通的道德风险和债权人的风险控制成本,^⑨只是因为有些法院在实践中过分地“机械司法”导致了诸多问题,但板子应当打在机械司法而非该条文所确定的举证责任整体配置上。

但基于诸多社会压力,《夫妻债务解释》第3条改变了此种举证规则,配偶一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,应当首先推定为个人债务,债权人主张该债务属于夫妻共同债务的,应举证证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示。这种改变并不符合一般的生活事实和举证便利性的考虑,各地高院也认识到这一点,主张在适用《夫妻债务解释》规定的同时,要强化法院依职权探知,确有必要的可依当事人申请或依职权主动调查案件事实,要认识到债权人对夫妻内部关系举证的客观难度,案件审理过程中要注意运用法官心证。^⑩如果坚持《夫妻债务解释》的规定,除了应当强化法院的依职权查明,同时区分狭义上的共同生活和共同生产经营,债权人主张用于配偶共同生产经

^⑤ 例如吴兆丹与顾薇、王建华等机动车交通事故责任纠纷案,江苏省苏州市中级人民法院(2015)苏中民终字第04183号民事判决书;杨红菊、钟国军等与向和炎侵权责任纠纷案,湖北省高级人民法院(2016)鄂民申第1956号民事裁定书。

^⑥ 同样观点,参见汪洋:《夫妻债务的基本类型、责任基础与责任财产》,载《当代法学》2019年第3期;北京市高级人民法院民一庭《关于审理婚姻纠纷案件若干疑难问题的参考意见》第39条;有法院将夫妻一方因违法犯罪行为所产生的债务一概认定为债务人的个人债务,这似乎过于绝对,依据本文观点,仍应审查家庭是否分享了利益。

^⑦ 同前注①,蔡立东、刘国栋文。《关于夫妻财产关系的欧洲家庭法原则》第4:43条规定个人债务原则上用个人财产、其婚后的收入和收益以及与共同财产混合于个人财产的部分清偿,但第2款规定了基于侵权或者刑事犯罪的个人债务,如果前述财产不足以清偿该债务的,夫妻共同财产净值的一半也应对此负担清偿责任,由此体现对法定之债中债权人的更优保护。

^⑧ 同前注①⑤,冉克平文。

^⑨ 参见吴晓芳:《〈婚姻法〉司法解释(三)适用中的疑难问题探析》,载《法律适用》2014年第1期。

^⑩ 例如《浙江省高级人民法院关于妥善审理涉夫妻债务纠纷案件的通知》第3条,同时第4条中明确,负债用于夫妻一方以单方名义经商办企业,或进行股票、期货、基金、私募等高风险投资的,不宜一律以“不能排除收益用于共同生活”为由,“一刀切”地认定为夫妻共同债务;尤其在夫妻长期分居、矛盾激烈等情况下,如果有独立收入来源的配偶一方抗辩对举债人的经营或投资行为完全不知情,且未分享经营或投资所得的,应谨慎认定债务性质为夫妻共同债务。也有学者区分推定规则和认定标准,也意在强化法官的职权、心证和举证的合理分配,参见前注②,孙若军文。

营的,其举证责任应当加强;债权人主张用于配偶共同生活的,其举证责任应当相应减弱。同时,如果债权人是举债方的近亲属,基于双方日常生活交往的频繁以及债权人对夫妻双方家庭各方面境况的熟稔程度,对负债所得是否基于共同生活应有比社会一般人更清晰的认知,因此应当适当加重债权人的举证责任。^①

即使如此,这仅仅是对既有的规定“打补丁”,仍可能会造成债权人证明的困难,从而增加整体的社会成本。因此,本文依然认为,在强化法院依职权查明的基础上,整体上仍应当将举证责任分配给配偶另一方。同时,区分狭义上的共同生活和共同生产经营,在用于共同生产经营的证明上,部分弱化配偶另一方的举证责任。如果配偶另一方主张未用于狭义上的共同生活,则其承担更强的举证责任,如果配偶另一方主张未用于共同生产经营,由于共同生产经营具有相对公开性,配偶另一方承担更弱一些的举证责任。如果债权人与举债方存在近亲属等亲密关系,配偶另一方的举证责任也应适当弱化。

但是,这种举证责任配置仅仅适用于配偶双方与债权人之间这种外部关系。在配偶内部关系中,当然应当由超出家庭日常生活需要负债的配偶一方承担举证责任,其应当证明用于共同生活,如果其未尽到此种举证责任,配偶另一方不承担偿还责任。^②即使坚持《夫妻债务解释》规定,但由于举证程度会有不同要求,仍然会出现举证责任的内外分别。此时,就可能发生对外关系属于配偶共同债务,但对内关系属于一方个人债务的情形。为了避免由此出现的配偶另一方被拉入到债务关系中而导致的社会问题,超出家庭日常生活需要负债的配偶一方如果不能举证证明负债用于共同生活,则配偶另一方在以其在共同财产中的潜在份额对债权人承担责任后,有权依据《婚姻法解释二》第25条向配偶对方追偿。^③

(五)配偶一方个人债务中的共同财产潜在份额

在债务被认定为是配偶一方的个人债务时,会涉及到债权人对该方在共同财产中潜在份额的请求。如果是配偶双方离婚后已经分割了共同财产,这容易处理,麻烦的是,配偶双方的婚姻仍然存续时,如何实现债权人的请求呢?按照《婚姻法》第17条,配偶双方对共同财产的权利是“共同所有”,这在文辞上就与《物权法》规定的“共同共有”存在不同,在具体含义上则存在以下区别:第一,共同所有指向配偶的整体共同财产这种“集合物”,而共同共有指向具体的财产,因此,《婚姻法》第17条关注的焦点并非财产的具体形式,而是财产的取得原因或者来源;^④第二,共同所有更强调配偶之间的内部关系,强调配偶之间就共同财产之价值的共有,而共同共有既注重共有人之间的内部关系也注重共有人之间的外部关系;第三,由于共同所有更强调内部关系,因此其注重在配偶之间的不同劳动原则上等值评判之前提下的“按劳分配”的公平,而在外部关系中,为了实现交易安全的保护,体现“社会主义市场经济”的效率要求,更有理由对不动产等具体财产按照登记等确定为个人所有,以降低交易成本,而共同所有在内部关系和外部关系上都要认为是共有。^⑤总之,配偶之间的共同所有是指向整体财产的“潜在共有”或者“内部共有”,而共同共有是指向单个财产的“内外部共有”。

但是,为了避免配偶双方随时请求分割共同财产而造成对生活共同体的破坏,在婚姻关系存续中,配偶双方不能随时请求分割共同财产,因此配偶双方对共同财产仅仅享有一种“潜在份额”,共同共有和配偶之间的共同所有在这一点上的考虑是相同的,故可以在此问题上类推适用共同共有的规则,《婚姻法解释三》第4条对此予以明确规定。同样,在执行中,可以考虑类推《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第14条第1、2款规定,对配偶双方的共同财产,人民法院可以查封、扣押、冻结,并及时通知配偶双方;如果配偶双方协议分割共有财产,并经债权人认可的,人民法院可以认定有效,查封、扣押、冻结

^① 同前注^③,汪译文。

^② 参见李贝:《夫妻共同债务相关法律问题研究》,载《东方法学》2019年第1期;反对观点,参见前注^①,叶名怡文;曲超彦、裴桦:《论我国夫妻债务推定规则》,载《求是学刊》2017年第3期。

^③ 同前注^②,龙俊文。当然,《婚姻法解释二》第25条仅仅承认了离婚时或者离婚后的追偿,这与其他规定也是对应的,即一般不承认婚姻关系存续中配偶双方的相互请求权(例如《婚姻法解释二》第27条、《婚姻法解释三》第16条);是否允许在婚姻关系存续中追偿,涉及到责任财产、诉讼时效起算和中断等诸多细节,本文限于主题不予以详述。

^④ 同前注^③,汪译文。

^⑤ 同前注^②,龙俊文;贺剑将此称之为更优的“债权方案”,同前注^②,贺剑文。就此,《民通意见》第90条将夫妻共有财产作为共同共有关系中的一种,就不准确。

的效力及于协议分割后被执行人享有份额内的财产,对配偶另一方享有份额内的财产的查封、扣押、冻结,人民法院应当裁定予以解除。

但是,问题在于,如果配偶双方协议分割不成或者债权人不认可,如何执行?这涉及到配偶不请求离婚而请求分割共同财产的问题。无论是《物权法》第99条还是《婚姻法解释三》第4条都允许共同财产分割和婚姻关系存续适度分离。^{④⑤}《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第14条第3款也赋予了配偶另一方提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的权利,配偶提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的,人民法院应当准许,诉讼期间中止对该财产的执行。最高法院认为,提起析产诉讼的前提是必须符合《婚姻法解释三》第4条的规定,否则不能支持析产请求,但是,如果被认定为是配偶一方的个人债务,则在对共同财产进行拍卖时,应在共同财产范围内对该方所享有的财产份额进行处分,不得损害配偶另一方的财产份额。^{④⑥}但可能产生的问题是,此时所可能造成的结果是拍得人的份额和配偶另一方的份额并存于之前的共同财产上,而配偶另一方与拍得人不存在共同关系,因此,仅可能是按份共有,但这里不存在维持共同关系的必要,同时按份共有会导致对物利用效率的降低,具有负外部性。因此,可以考虑的方案,或者是在认定债务属于配偶一方的个人债务时,允许配偶另一方在婚姻关系存续的前提下请求分割共同财产,再由债权人申请强制执行负债方的份额,以最大限度的维护婚姻关系,也更为符合比例原则;^{④⑦}或者,在拍得人取得配偶一方份额后,再由配偶另一方按照《物权法》第99条随时请求分割。当然,配偶另一方也有权代负债方清偿其个人债务,此时构成第三人清偿,且因为配偶关系的存在,配偶另一方对履行该债务具有合法利益,所以债权人不得拒绝,之后债权人的债权法定移转给配偶另一方,配偶另一方对负债方享有债权,除非其另有意思表示;配偶另一方也可以在符合《婚姻法》第32条的前提下请求离婚而分割共同财产。^{④⑧}

六、结论

夫妻债务的背后蕴含了婚姻家庭保护和交易安全保护的价值衡量,这两种价值并非截然对立,可以化约为债务人的婚姻家庭保护和债权人的婚姻家庭保护之间的关系,表现为配偶另一方和债权人之间的利益平衡。夫妻债务的类型化区分实质上涉及到配偶一方个人财产不足以清偿债务的风险如何在配偶另一方和债权人之间分配,故最主要的考量因素是配偶另一方和债权人的风险控制能力强弱、配偶另一方的获益可能性。据此,区分配偶双方行为所形成的债务、一方行为基于家庭日常生活需要所负债务、一方行为超出家庭日常生活需要所负债务,通过债务类型、责任承担方式和举证责任这些技术工具实现利益平衡。夫妻债务整体上可以区分为连带债务、共同债务和个人债务三种具体类型,连带债务的责任财产是配偶双方的共同财产和配偶双方的个人财产;共同债务的责任财产是配偶双方的共同财产和导致债务发生的配偶一方的个人财产;个人债务的责任财产是导致债务发生的配偶一方的个人财产和其在共同财产中的潜在份额。

据此,在法定共同财产制的背景下,夫妻债务的处理方案如下:

第一,因配偶双方行为所负债务,应当适用一般的合同法、侵权法等规则,存在不同的责任承担方式和举证责任,婚姻家庭法无需一般性地做出特殊规则,唯一需要规定的是,“因配偶双方的意思表示所负债务,在

^{④⑤} 除了《婚姻法解释三》第4条明确规定的两种情形外,立法释义认为也包括在婚姻存续期间夫妻双方约定由夫妻共同财产制改为夫妻分别财产制,参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2017年版,第211页。

^{④⑥} 最高人民法院(2017)最高法民申2083号“张静、高天云再审审查与审判监督民事裁定书”。

^{④⑦} 同前注^{④⑤},汪洋文;其同时指出,这类类似于《法国民法典》第1443条、《德国民法典》第1469条、《日本民法典》第758条、《瑞士民法典》第185和189条所规定的非常财产制,即夫妻关系存续期间,如果采用法定共同财产制这种普通财产制,则因特定事由的出现,适用普通财产制无法维持正常的夫妻财产关系,依据法律规定或依照夫妻一方的申请,经由法院宣告,以分别财产制替代原有的普通财产制。

^{④⑧} 当然,这里涉及到大量的执行问题,例如共同债务能否在执行阶段予以认定、执行阶段能否追加债务人配偶为被执行人、债务人配偶能否提起执行异议和执行异议之诉、执行异议被驳回后应如何处理等诸多问题,对此的最新论述,参见任重:《民事诉讼法教义学视角下的“执行难”:以夫妻共同财产的执行为中心》,载《当代法学》2019年第3期。

无约定或者约定不明时,配偶双方对债权人承担连带责任。”

第二,“配偶一方因家庭日常生活需要所负债务,配偶双方应当对债权人承担连带责任。但是,配偶另一方能够合理证明该债务未用于共同生活,并且债权人在债权发生时知道或者应当知道的,该债务为配偶另一方的个人债务。”其中,家庭日常生活需要依据一般的客观标准而非实际用途予以认定。

第三,“配偶一方超出家庭日常生活需要所负债务,符合以下情形之一的,为配偶双方的共同债务,以该方的个人财产和配偶双方的共同财产偿还:(1)配偶另一方未能合理证明该债务未用于共同生活;(2)虽然配偶另一方能够合理证明该债务未用于共同生活,但因配偶另一方的原因使得债权人合理相信该债务用于共同生活。”其中,超出家庭日常生活需要包括超出依据客观标准认定的家庭日常生活需要,也包括虽然符合依据客观标准认定的家庭日常生活需要,但债权人知道或者应当知道超越配偶双方关于家庭日常生活需要的约定限制这种情形;“用于共同生活”应当广义解释为“配偶双方从中获益”。

由于内外关系中举证责任的不同,在发生对外关系属于配偶共同债务,但在对内关系上属于配偶一方个人债务的情形时,“超出家庭日常生活需要负债的配偶一方未能合理证明该债务用于共同生活的,配偶另一方对债权人承担责任后,有权在离婚时追偿。”

萨维尼曾经论述道:“如果我们观察非法律人对法典的期望,就会发现,根据法的对象不同,这些期望也很不相同,在这里也表明了所有法的双重要素,即我在上文所说的政治性要素和技术性要素。这些期望在一些对象上有着直接清晰的体现,而其他一些对象则漠不关心地留给法技术:前者更多体现于家庭法中,后者更多体现于财产法中,尤其是财产法的一般基础……婚姻只有一半属于法,另一半属于习俗道德,如果不将做出必要补充的习俗道德联系在一起观察,所有的婚姻法都是无法理解的……对于这一关系的非法律观念,或者肤浅乏味,或者极为摇摆不定。这种肤浅乏味和摇摆不定都体现在婚姻法中。”^④这已经指示出,财产领域和家庭领域分别贯彻着科学主义和伦理主义,但家庭法,尤其是涉及婚姻家庭财产的部分,却需要对习俗伦理予以科学化的表达,体现出将非法律因素转移到法律之中从而实现系统耦合的困难,体现出婚姻家庭法的特殊性与民法教义体系之间的对立与融合的困难。^⑤如何立足于婚姻家庭领域的社会性和伦理性,实现其与民法教义体系双向相互的价值上的供给权衡、视角上的区分整合、技术上的丰富控制,使得两者能够对接融合,就成为必须面临的问题。对夫妻债务的立法方案、学术研究和实践处理,立法者准备好原材料和菜谱避免巧妇难为无米之炊,司法者做厨师进行具体把握,研究者根据实践经验不停完善原材料和菜谱,这恰恰相互观照地体现出上述关系,从而能够取得更大和更多元的意义。

Abstract: In dealing with marital debts, the value balance between the interests of the other spouse and creditor should be based on the ability of risk control and the possibility of gaining benefits, and it should be realized through an overall arrangement for the identification of specific types, the way to bear responsibility, and the burden of proof in different situations. Marital debts include three types: joint and several debts, community debts, and personal debts, of which the liability assets are very different. The debts incurred by both spouses' acts shall be classified according to general rules of obligation law. When the declaration of will has different interpretations, it shall be presumed to be the joint and several debts of spouses. In principle, the debts incurred by one spouse for the needs of the family's daily life are the joint and several debts of spouses, but there is an exception. The general rule is that the debts incurred by one spouse which exceed the needs of the family's daily life are the community debts of spouses, which shall be paid out of the personal property of that spouse incurring the debts and the jointly owned property. However, if the other spouse can reasonably prove that the debts are not used for common life, the debts are the personal debts of the spouse incurring the debts.

Key Words: Joint and Several Debt of Spouses; Community Debt of Spouses; Personal Debt; Liability Assets

(责任编辑:张素华)

^④ Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Aufl. 3, Heidelber, 1840, SS. 46—47.

^⑤ 关于此问题最新的研究成果,参见刘征峰:《论民法教义体系与家庭法的对立与融合:现代家庭法的谱系生成》,法律出版社2018年版。