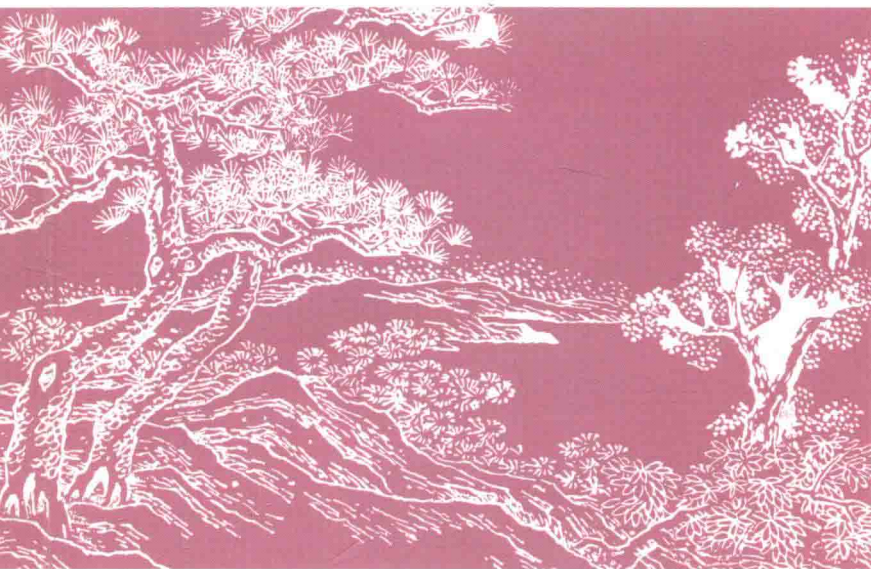


Legal Culture Forum

法律文化

论丛

主办：沈阳师范大学
承办：沈阳师范大学法律文化研究中心
法律文化协同创新中心
协办：辽宁省法学会法治文化研究会



第6辑
2016年1月

平等的幻影与现实 徐国栋

律令格式不能以其图书管理栏目名称取代其法学概括 钱大群

唐宋已降对“窃盗罪”量刑变化的梳证 王宏治

清末女犯的收禁问题及其改良研究 艾晶

未婚通奸罪与罚的中西比较研究 夏婷婷

非外借



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

Legal Culture Forum

法律文化

第 **6** 辑
2016年1月

论
丛

主办：沈阳师范大学
承办：沈阳师范大学法律文化研究中心
法律文化协同创新中心
协办：辽宁省法学会法治文化研究会



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

法律文化论丛. 第6辑 / 沈阳师范大学主办. —北京: 知识产权出版社, 2016. 11

ISBN 978-7-5130-4601-5

I. ①法… II. ①沈… III. ①法律—文化—文集 IV. ①D909-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 278376 号

责任编辑: 齐梓伊

封面设计: 乔智炜

责任出版: 刘译文

法律文化论丛 (第6辑)

主办: 沈阳师范大学

主编: 霍存福

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

责编电话: 010-82000860 转 8176

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印 刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

版 次: 2016 年 11 月第 1 版

字 数: 253 千字

ISBN 978-7-5130-4601-5

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: qiziyi2004@qq.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 12

印 次: 2016 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

《法律文化论丛》编委会

主 任 郝德永

副主任 霍存福 单晓华

委 员 (按拼音顺序排序)

包玉秋 崔 红 陈凤贵 郭洪渊

贾海洋 李凤梅 邵永运 宋智慧

孙书光 田鹏辉 吴 钧 杨利雅

杨玉凯 姚建宗 张乃翼

《法律文化论丛》编辑部

主 编 霍存福

编 辑 (按拼音顺序排序)

冯学伟 金 星 任 懿 佟金玲

武航宇 夏婷婷 张田田

本期执行 冯学伟 张田田

目 录

讲演录

- 平等的幻影与现实 徐国栋/ 1

立法技术

律令格式不能以其图书管理栏目名称取代其法学概括

- 《新唐书》“四刑书”说辨析续篇 钱大群/ 13

- 《大清律例》条目功能再探 张田田/ 22

刑法文化

- 唐宋已降对“窃盗罪”量刑变化的梳证 王宏治/ 48

民法文化

- 传统契约“官罚”条款之内涵探究 罗海山/ 57

司法文化·执法文化

- 清末女犯的收禁问题及其改良研究 艾 晶/ 63

- 对 S 地区监狱适用假释制度的调研与问题研究 王金刚/ 76

比较法文化

未婚通奸罪与罚的中西比较研究

- 以《量罪记》中对通奸行为的法网调控为切入点 夏婷婷/ 89

法言寻踪

- 赦事诛意·略迹原心 霍存福/ 102

品读堂

从纠纷解决到规则之治：互动与统一

- 再读《送法下乡》 崔 丽/ 113

法律中背离的结构与戏剧中展演的人生

- 读《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》 栾兆星/ 118

学术通信

霍存福就《权力场》致编辑刘杨同志 / 135

金石律辨

高平下崖底东庄村吃水诉讼碑刻考释 杨 波/ 137

海外撷珍

赵尔巽编《刑案新编》介绍(三)

——以涉及“名例律”“刑律”案件为例 张田田/ 143

译林

日唐两令的婚姻法比较 [日]仁井田陞著 郑奉日译/ 177

《法律文化论丛》稿约/ 182

法律文化研究重镇巡礼/ 183

封面图片

青松图

· 讲演录 ·

编者按:本文基于徐国栋教授2016年5月4日面向沈阳师范大学法学院师生的专题讲座,发表时将演讲提纲与现场记录相结合。

平等的幻影与现实

徐国栋^{*}

目 次

一、幻影何在?

(一) 外国幻影

(二) 中国幻影

(三) 中国——社会主义国家平等情结及其原因

二、现实何在? 我国法律中关于人的法律地位不平等的规定

(一) 公民与外国人(含无国籍人)的能力差别

(二) 农村人与城市人以及此城人与彼城人的能力差别

(三) 被监禁者与自由人的能力差别

(四) 失权人与全权人的能力差别

(五) 军人(包括武警、消防警)与平民的能力差别

(六) 公务员与非公务员的能力差别

(七) 党员与非党员的能力差别

(八) 出家人与在家人的能力差别

(九) 健康人与患有特定疾病者的能力差别

(十) 港澳台居民与大陆居民的能力差别

三、现实不平等的原因

四、反映自然人权利能力一律平等观念恶果的三个判例

五、未来中国民法总则应如何处理平等问题

六、答疑解惑

(一) 关于古中国与古罗马的契约观念与实践存在差异,能否进行比较,如果可以比较,其必要性和可行性何在的问题

(二) 关于权利能力获取的平等性问题

^{*}厦门大学法学院教授,法学博士。

一、幻影何在?

(一) 外国幻影

平等的外国幻影来自如下三个被公认为平等原则起源的彼此关联的文件。

1. 1776 年的《弗吉尼亚权利宣言》

其第 1 条规定:“人人生而同等地自由并独立(That all men are born equally free and independent),并享有某些内在的自然权利……。”

此语的重点在于“自由”,“平等”(同等地)只是作为形容词“自由”的副词使用。此处的自由是消极的自由,即“免于……”的自由,即免受英国宗主国的辖制的自由。该条的语境显然并非自然人、法人之间的关系。

2. 1776 年的《独立宣言》

其中宣称所有的人“生而平等”(all men are created equal)。这是杰弗逊设下的一个机关,让大家自己琢磨出人人生而不平等的结论。

3. 1789 年的法国《人权与公民权宣言》

“人们生来是而且始终是在法上是自由平等的(Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits),非基于公共福祉不得建立社会差异。”

这个说法周旋于平等(在法上)与不平等(在自然的状态中)之间,承认局部的平等,并保留不平等的空间,可被认为是纵向平等原则(典型的立法权拘束说)的始祖,但不是横向平等原则的始祖。

所以,平等原则的历史只有 226 年,很短。

(二) 中国幻影

1. 《民法通则》

《民法通则》第 10 条规定:“公民的民事权利能力一律平等。”

该条没有但书,有类似规定的国家都为这样的条款设有但书。

2. 官方民法总则草案(2016 年 3 月稿)

其一,对象条款(第 2 条):中华人民共和国民法调整平等主体的自然人、法人和其他组织之间的人身关系和财产关系。

其二,原则条款(第 3 条):民事主体的法律地位一律平等。

其三,自然人能力平等条款(第 13 条):自然人的民事权利能力一律平等。这在《民法通则》第 10 条的基础上把主语从“公民”改为“自然人”。

(三) 中国——社会主义国家平等情结及其原因

1. 平等热爱与社会主义民法的关联

平等情结属于社会主义和前社会主义国家民法文化的一部分。在西方国家的民事立法和民法理论中,从来不见这三大平等规定。^①

^①对这一方面的考察,参见徐国栋:“平等原则——宪法原则还是民法原则?”,载《法学》2009 年第 3 期。

2. 商品交换的平等观

(1) 恩格斯曰:罗马法对“简单商品所有者的一切本质的法律关系(如买主与卖主、债权人与债务人、契约、债务等)所作的无比明确的规定”,使它成为“商品生产者社会的第一个世界性法律”,是“我们所知道的以私有制为基础的法律的最完备形式”。^① 在这一论断中,恩格斯把罗马私法等同于商品交换法,遗漏了罗马人法、罗马亲属法、罗马侵权行为法、罗马继承法,完成了对罗马法的限缩,引起了后来的一切问题。

(2) 马克思曰,在商品流通中,“参加交换的个人就已经默认彼此是平等的个人,是他们用来交换的财物的所有者”。^② 即使此语是真的,其效力范围也只及于买卖,顶多可以扩及于互易,但马克思、恩格斯的社会主义国家的学生们则大胆地让这一点可疑的平等之火燎原,让平等成为全部民法的基本原则。^③

(3) 上述推理三段论类似下列:

重庆人爱吃辣(大前提)

重庆人是中国人(小前提)

故中国人都爱吃辣(结论)

具体到民法上,这样进行推理:

买卖关系是平等的

买卖关系属于民事关系

民事关系是平等的

大家可以看出这个推理多么不合逻辑!正确的推理是从大(大前提中的主语的外延)比小前提中的主语的外延大)推小,这里的推理反过来,从小推大!

二、现实何在? 我国法律中关于人的法律地位的差别规定

(一) 公民与外国人(含无国籍人)的能力差别

至少两者的劳动能力有别。按1996年的《外国人在中国就业管理规定》,外国人在中国就业必须获得许可(第5条),办理就业证(第8条),不得为个体经济组织和个人雇佣(第34条),对中国公民,则不存在这些限制。2013年7月1日起实施的《中华人民共和国出境入境管理法》第43条规定:

“外国人有下列行为之一的,属于非法就业:

(一)未按照规定取得工作许可和工作类居留证件在中国境内工作的;

(二)超出工作许可限定范围在中国境内工作的;

(三)外国留学生违反勤工助学管理规定,超出规定的岗位范围或者时限在中国境内工作的。”

同法第80条规定,非法外籍家政工作人员将被处以5000元以上2万元以下的罚款,而私自雇佣他们的雇主则会被处以5000元至5万元的罚款。

^①参见《马克思恩格斯选集》第4卷第484页、第248~249页。

^②参见《马克思恩格斯全集》第46卷,第1966页。

^③参见吴汉东、闵锋:“社会主义商品关系与民法平等原则”,载《中南政法学院学报》1986年第1期。

2015年12月7日的《厦门市公安局清理外籍非法家政服务人员对涉案人员相关处罚的通知》打击非法聘用外国人者,罚款1万元以上,不得超过10万元。也打击非法就业者,罚款5000元以上、1万元以下。再打击介绍外国人就业者,处5000元以上、5万元以下罚款。单位罚款5000元以上、10万元以下。

(二)农村人与城市人以及此城人与彼城人的能力差别

农村人享有一些城市人不享有的权利能力,如取得宅基地使用权的能力。这是一种基于特定农村共同体身份的能力,换言之,另一个农村共同体的成员和城市人不享有此等能力。故1999年国务院办公厅《关于加强土地转让管理严禁炒卖土地的通知》明确规定,农民的住宅不得向城市居民出售,也不得批准城市居民占用农民集体土地建住宅,有关部门不得为违法建造和购买的住宅发放土地使用证和房产证。与此相应,2010年4月实行“房屋限购令”以来,农村人不具有购买城市住房的能力,除非他们有目的城市1年的纳税、社保证明。非独此也,其他城市的人也不具有购买目的城市住房的能力,除非他们也有目的城市1年的纳税、社保证明。^①

(三)被监禁者与自由人的能力差别

截至2012年,我国服刑人员总数为164万人。^②这是个不小的数字,因此不可忽略不计。所谓“服刑”,是处在被监禁的状态。那么,被监禁的法律意义是什么?按格雷沙姆·塞克斯(Gresham Sykes)在《囚犯社会》(Society of Captives)一书中的说法,监禁带来五大痛苦:(1)自由的剥夺,(2)异性关系的剥夺,(3)自主性的剥夺,(4)物质及受服务的剥夺,(5)安全感的丧失。^③此乃经典之论,曾为中国立法者所采。故1982年公安部发布的《监狱、劳改队管教工作细则》(已被1994年颁布的《监狱法》取代)第42条第1款规定:

犯人入监后,应当向他们公开宣布:犯人在服刑期间,没有人身自由。凡被剥夺政治权利的,没有政治权利;没有剥夺政治权利的,暂时停止行使政治权利。同法第85条第2款规定:犯人在关押或保外就医、监外执行期间,不准结婚。

第86条规定:

犯人在劳改期间所写的稿件和著作,原则上不得公开发表、出版。对于确有出版价值的科学技术和医疗卫生等方面的著作,经省、市、自治区或中央有关部门审查批准后,可以出版。出版时须用笔名或化名,出版后的稿费,一半发给本人,一半作为劳改机关教育经费的收入。

这几个规定剥夺了服刑人的政治权利、结婚权和部分的著作权。

关于服刑人员的著作权问题,广电部还在1988年颁布《关于禁止录制、出版正在服刑的罪犯表演的音像出版物的通知》,非独禁止出版服刑人员的表演音像,而且对刑满

^①参见王思峰、彭兴庭:“论中国房地产市场的政府规制——兼评房屋限购令的合法性”,载《西北大学学报》(哲学社会科学版)2011年第3期,第151页。

^②参见陈菲、崔庆新:“全国共有监狱681所,押犯164万人”,载 http://news.xinhuanet.com/politics/2012-04/25/c_111840777.htm,2015年6月15日访问。

^③参见杨帆:《我国监狱服刑人员权利研究》,武汉大学2012年博士学位论文,第74页。

释放一年内的人员演唱的录音带出版发行,也要求事先报省级音像管理部门审批,在内容上要严格审查,数量上要严格控制。

(四)失权人与全权人的能力差别

失权人是被立法司法剥夺特定权利能力的人,未承受此等剥夺的人为全权人。

在我国的立法、司法中,已广泛采用失权作为制裁手段。^①就立法而言,可以2013年修订的《公司法》第146条为例,它规定:“有下列情形之一的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员:

.....

(2)因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序罪,被判处刑罚,执行期满未逾5年,或者因犯罪被剥夺政治权利,执行期满未逾5年;

(3)担任因经营不善破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理,并对该公司、企业的破产负有个人责任的,自该公司、企业破产清算完结之日起未逾3年;

(4)担任因违法被吊销营业执照的公司、企业的法定代表人,并负有个人责任的,自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾3年。”

第2项规定了公司高管的经济犯罪前科失权,第3项规定了古老的破产失权,第4项规定了行政责任失权。

就司法而言,可以2010年发布的《最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定》为例。对于不执行法院判决的人,法院可以限制其高消费,不得实施下列行为:(1)乘坐飞机、列车、轮船的二等以上舱位;(2)在星级以上宾馆、酒店、夜总会、高尔夫球场进行消费;(3)购买不动产或新建、扩建、高档装修房屋;(4)租赁高档写字楼、宾馆、公寓等场所办公;(5)购买非经营必需车辆;(6)旅游、度假;(7)子女就读高收费私立学校;(8)支付高额保费购买保险理财产品;(9)其他非生活和工作必需的高消费行为。

承受上述立法和司法失权后,失权人被剥夺部分民事权利能力,形成与全权人在权利能力上的不平等。

(五)军人(包括武警、消防警)与平民的能力差别

军人相比于平民的能力承受一些限制,首先看在人身关系方面承受的限制。

2001年11月9日中国人民解放军总政治部发布的《军队贯彻实施〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的规定》进行了如下限制:其一,现役军人一律不准与外国公民结婚,原则上也不得与香港、澳门特别行政区和台湾地区的居民结婚(第3条第2款);其二,义务兵一律不准在部队内部或驻地找对象,服现役期内不得结婚;士官原则上不得在部队驻地或本部队内部找对象结婚(第3条第4款、第5款)。其三,汉族军人要求与习惯上不同汉族通婚的少数民族公民结婚,一般应说服双方放弃此种婚姻。如双方坚持结婚,并取得少数民族一方家长的同意,可允许结婚(第3条第10款)。其四,2010年

^①关于这方面的情况,参见徐国栋:“论失权”,载徐国栋:《民法对象研究》,法律出版社2014年版,第241页及以次。

的《中国人民解放军内务条令》第135条规定:军人……不得在大众媒体上征婚……。这些规定从对象、时间和求偶方式的角度限制了军人的婚姻能力。

其次看军人在财产关系方面承受的能力限制。《中国人民解放军内务条令》第118条规定:军人不得摆摊设点叫买叫卖,不得以军人的名义、肖像做商业广告。第127条规定:军人不得经商,不得从事本职以外的其他职业活动和有偿中介活动,不得参与以营利为目的的文艺演出、商业广告、企业形象代言和教学活动,不得利用工作时间和办公设备从事证券交易、购买彩票,不得擅自提供军人肖像用于制作商品。此外还有:2010年的《中国人民解放军纪律条令》第114条规定:参与经商或者偷税漏税,情节较轻的,给予警告、严重警告处分;情节较重的,给予记过、记大过处分;情节严重的,给予降职(级)、降衔(级)、撤职处分。第136条规定:军人不得与地方人员进行不正当、不必要的交往,不得参与不健康的消费娱乐活动。所谓“不健康的消费娱乐活动”,按照《内务条令》老版本(1990年6月9日版)第98条的规定,就是“到酒吧、发廊、按摩室、桑拿浴室、录像厅、歌舞厅和电游厅等场所消费娱乐”。这一规定剥夺了军人缔结一些娱乐性服务合同的能力。

综上所述,军人不具有某些私法上的能力,而“老百姓”不承受这些限制。其意义在于让部队专心训练,并防腐防腐,做到军民有别。

在这方面有一个案例:歌手陈红被前夫起诉,曝其以军人身份经商案。李军与陈红原是夫妻关系,后双方基于离婚的原因,于2014年3月3日订立《股权转让协议书》,李军将其名下北京亚之杰广告有限公司、北京亚之杰投资有限公司、北京亚之杰置业房地产开发有限公司等九家公司股权的50%转让给陈红。

该《协议书》第8.5款约定:“甲方李军(原告)同意上述公司的其享有的股东权及经营、管理权全部授权给乙方陈红(被告),且不得单方撤销……”

李军在双方订立合同时,忽视了陈红现役军人的身份。按照《中国人民解放军内务条令》第114条的规定,“军人不得经商,不得从事本职以外的其他职业和有偿中介活动。”而当时陈红是大校军衔。

李军表示,鉴于上述禁止性规定,他不同意由陈红经营、管理公司,但陈红强行取得公司经营权,并在经营过程中,冒充他签字。

李军起诉请求法院确认双方签署的《股权转让协议书》第8.5款无效。同时起诉陈红伪造股东会决议签字。

从法律行为有效要件的角度看,这个案件可以从当事人没有权利能力角度分析,也可从行为内容不符合法律规定的角度分析。我倾向于前者,如此,《民法通则》第58条关于法律行为无效原因的规定要增加“当事人没有相应的权利能力”一项。

(六) 公务员与非公务员的能力差别

2005年的我国《公务员法》第53条规定:公务员必须遵守纪律,不得有下列行为:……(14)从事或参与营利性活动,在企业或其他营利性组织中兼任职务。此款剥夺了公务员的商行为能力。

这样的规定是否是意大利特色或中国特色呢?非也!欧洲的英国、法国、德国、瑞

士、瑞典、奥地利、西班牙;北美的美国、墨西哥;南美的巴西;亚洲的日本、印度、新加坡、巴基斯坦;非洲的埃及、津巴布韦;大洋洲的澳大利亚和新西兰的法律中都有禁止公务员经商的规定。^①

非独公务员本人不得经商,司局级以上的公务员的配偶、子女也不得经商办企业。^②这种牵连性的能力减等乃因为司局级以上干部的配偶、子女在经济上与司局级以上干部本人的连带性,换言之,非独立性。

公务员的能力减等原因者何?他们在世俗社会中手握大权,如果为自己的利益利用此等权力,将造成以权谋私、不正当竞争,危害经济秩序。他们的近亲借重他们的地位如此做,具有同样的效果。

所以,公务员的能力减等制度与出家性的能力减等制度在反腐防腐上具有共性,由此我们可以说,对一定类别的人课加能力减等,是清洁一个社会的需要。

(七) 党员与非党员的能力差别

《中国共产党纪律处分条例》第76条规定:

“党员领导干部的配偶、子女及其配偶,违反有关规定在该党员领导干部管辖的区域或者业务范围内从事可能影响其公正执行公务的经营活动,或者在该党员领导干部管辖的区域或者业务范围内的外商独资企业、中外合资企业中担任由外方委派、聘任的高级职务的,该党员领导干部应当按照规定予以纠正;拒不纠正的,其本人应当辞去现任职务或者由组织予以调整职务;不辞去现任职务或者不服从组织调整职务的,给予撤销党内职务处分。”

第77条规定:

“违反有关规定从事营利活动,有下列行为之一,情节较轻的,给予警告或者严重警告处分;情节较重的,给予撤销党内职务或者留党察看处分;情节严重的,给予开除党籍处分:

- (一)经商办企业的;
- (二)个人违反规定买卖股票或者进行其他证券投资的;
- (三)从事有偿中介活动的;
- (四)在国(境)外注册公司或者投资入股的;
- (五)有其他违反有关规定从事营利活动行为的。

利用职务上的便利,为其亲友的经营活动谋取利益的,依照前款规定处理。

违反有关规定兼职或者兼职取酬的,依照第1款规定处理。”

按照上述第3项,作为领导干部的党员不得炒股,而普通党员和一般群众可以炒。

(八) 出家人与在家人的能力差别

出家人至少包括汉传佛教的僧侣和天主教的神父。

^①参见李永升:“关于公务员兼职经商的法律规定概览”,载《法制与经济》1996年第2期,第45页及以次。

^②参见编辑部:“中央和国家机关部分单位关于司(局)级以上领导干部的配偶、子女个人经商办企业的规定”,载《中国监察》2001年第3期。

先谈汉传佛教僧侣在民事权利能力上的欠缺。^①

按照“十诫”：不杀生、不偷盗、不淫、不妄语、不饮酒、不涂饰香鬘、不视听歌舞、不坐高广大床、不非时食、不蓄金银财宝。^② 这十诫中的“不淫”和“不蓄金银财宝”剥夺了出家僧侣的婚姻能力和所有权能力。

根据2006年的佛教协会《全国汉传佛教寺院共住规约通则》第14条的规定：遵照佛制，僧众住寺，常住供养；僧人年衰，常住扶养；僧人疾病，常住医治；僧人圆寂，常住荼毗；僧人遗产，归常住所有。^③ 此条中的“常住”是“常住物”的简称，指寺观及其田产什物等。该条告诉我们，出家僧人实行一种供给制，其生老病死由寺院负责，条件是丧失被继承能力，换言之，他们的遗产只能由“常住”继承。为此，“常住”首先要排斥僧人的法定继承人的继承权；其次要排斥僧人的订立遗嘱能力。这样的排除的根本方法是让他们恪守不蓄金银财宝戒。既然如此，他们也没有经商的能力。当然，他们还没有结婚的能力，由此延伸性地无收养能力，因此不结婚的目的在于无后，以避免私心的放大。

再谈天主教神职人员在民事权利能力上的欠缺。13世纪以后，经过改革，他们入门前要发“三愿”（守贫、贞洁、服从）（《天主教法典》第654条及以下数条），这意味着发愿者自愿地丧失所有权能力和结婚能力。这一安排破坏了民事权利能力不得放弃的命题。

关于圣职人员独身愿并非软法，而是长有牙齿。《天主教法典》第1394规定：（1）……圣职人员试图结婚者，即使仅依国法结婚者，处自科停职罚；凡受警告仍不悔改并继续立恶表者，逐次处褫夺罚或撤销圣职身份罚。（2）已发终身愿而非圣职人的修会会士试图结婚者，即使依国法而结婚者，当处自科禁罚……

以上为关于独身愿的教会法条。关于守贫愿的执行也有相应的法条：圣职人员因执行教会职务而得到的财物，除维持其合理生活及履行本身一切职务之开销外，得自愿将所有剩余，应用于教会公益或慈善事业（第282条第2款）。无本人教区或修会教长的许可，不得参与属于在俗人士之财务管理或有关偿还债务的世俗职务；即使对其本人之财物，如未与本教长商议，禁止作担保；同样不得签署期票，即无确定理由而有偿付欠款义务者（第285条第4款）。这样的规范也有罚则：无教会合法主管的许可，禁止圣职人员或其本人或借助他人，或为自己或为别人的利益经营贸易或商业（第286条）。圣职人员或修会会士违反教会法规定经商或交易者，得按罪的轻重处罚之（第1392条）。

现在讲对修士的能力限制，《天主教法典》第668条对于修士的财产，区分发愿前和发愿后两个时间段分别规定。第1款和第2款规定修士发愿前的财产，他们自己丧失对此等财产的管理权，必须委托他人管理。委托的方式之一是订立遗嘱进行此等安

^①参见徐国栋：“论宗教身份对出家人的私法和公法能力的影响”，载《现代法学》2016年第2期。对于天主教僧侣民事权利能力的欠缺，参见徐国栋：“论民事死亡——兼论社会死亡和社会瘫痪”，载《东方法学》2015年第5期。

^②参见《中国大百科全书·宗教》，中国大百科全书出版社1988年版，第336页。

^③参见《全国汉传佛教寺院共住规约通则》，载 <http://www.sara.gov.cn/zwgk/zcfg/qgxztjtgjgzd/6514.htm>，2015年1月5日访问。

排。“遗嘱”的采用富有趣味,它本来是死因行为,这里却运用于修士在自然意义上生存的情形,拐着弯说明了他们已民事死亡。第3款、第4款和第5款规定修士发愿后的财产,他们不能为自己取得,所有取得都归属于修会,因为他们已丧失获得并持有财产的能力!(按:这是多么法律性的语言)。修士如违规行事,有罚则伺候:违反贫穷愿的行为无效!换言之,如果他们进行超过允许范围的法律行为,此等行为无效。

(九)健康人与患有特定疾病者的能力差别

《婚姻法》第7条第2款规定:患有医学上认为不应当结婚的疾病者不得结婚。第10条规定,违反这一禁令结婚者导致婚姻无效。所谓医学上认为不应当结婚的疾病,指:(1)精神方面的疾病,如精神病、白痴、精神衰弱;(2)身体方面的疾病,如麻风病、性病(梅毒、淋病、艾滋病)、正处于发病期间的法定传染病(例如鼠疫、天花)、其他严重的遗传性疾病。^①换言之,患有上述疾病者在被治好前无结婚的权利能力,这样就造成了他们与不患上述疾病的人之间的不平等。

以上讲的是生理疾病对人的能力的影响,下面讲心理疾病对人的能力的影响。

《魁北克民法典》第563条规定:定居于魁北克的人希望收养其住所在魁北克以外的未成年人的,应事先接受根据《青少年保护法》规定的条件实施的心理社会学测试。^②

这个例子告诉我们,心理疾病会导致丧失收养能力、充当教师的能力。

(十)港澳台居民与大陆居民的能力差别

香港总人1000多万,却有300万人持有英国海外护照,持英国海外护照的人一般不被英国政府认定为“英国人”,他们没有选举权和被选举权。

根据《个体工商户条例》第27条,港澳台人可以在大陆当个体工商户,换言之,他们具有商自然人的权利能力。

三、现实不平等的原因

一是维持一定群体的特权的需要,赋予内国人的特权、此城人的特权属此,以此防止外国人抢内国人的饭碗,防止彼城人抬高此城的房价。

二是为了实施惩罚,对服刑人员和失权人的能力限制属此。

三是为了维持一些职业的本性并防腐反腐,对军人、公务员、出家人的能力限制属此。

四是为了保护相对人,限制患有医学上认为不应当结婚的疾病者的结婚能力、有精神疾患者从事教育工作的能力属此。

四、反映自然人权利能力一律平等观念恶果的三个判例

判例一,果某等诉李大树法定继承纠纷案[(2013)大民初字第13059号]。其中,

^①参见王东维:“‘医学上认为不应当结婚的疾病’法律探讨”,载《法律与医学杂志》2004年第3期,第181页及以次。

^②参见孙建江等译:《魁北克民法典》,中国人民大学出版社2005年版,第75页。

原告果某的女儿果某萍与被告李大树 2003 年结婚。2011 年,李大树杀害果某萍被判无期徒刑、剥夺政治权利终身。两人生有子女李小树并共有一套住房。原告要求继承,李小树和李大树亦提出了同样的要求。双方涉讼,最后法院判决李大树取得上述住房并在判决生效后 10 日内向原告和李小树支付遗产折价补偿款 45060 元。

本案被告李大树在服刑期间应诉并胜诉并继承了被他杀害的妻子的遗产,而且还要在服刑中支付遗产折价补偿款,跟狱外人了无区别,而在国外的立法(如《意大利刑法典》第 32 条)中,被判无期徒刑都同时被判法定禁治产,受刑人没有应诉权。

在美国,有 17 个州(犹他州例外)中止民事死亡者的起诉权。^① 被判无期徒刑构成导致民事死亡的原因。

判例二,洪某鑫诉丁某楷民间借贷纠纷案[(2014)潮湘法磷民一初字第 90 号]。其中,原告洪某鑫是僧人,法名某明,在 2014 年在分三次向被告贷款 33300 元。被告无力偿还,被某明诉至法院并胜诉。

本案的问题在于,某明是否有贷款能力以及民事诉讼能力?换言之,他是否应处在民事死亡的状态?按天主教的规则,这个交易应该无效。无效后,33000 元款子应该给寺庙。

判例三,罗日江与罗日海返还原物纠纷上诉案[(2010)穗中法民五终字第 1372 号]。其中,原告罗日江已移民定居加拿大多年,在国内却还享有穗郊字第 142723 号《农村(墟镇)宅基地使用证》记载的宅基地使用权,此等土地上建有 43.7 平方米的平房。罗日海为罗日江的胞兄,在其弟弟移民加拿大后将此等平房拆除,另建两栋楼房出租获益。2008 年,罗日江起诉罗日海要求恢复原状并赔偿损失。

此案的问题在于,罗日江已是加拿大人,他能否享有中国村民才能享有的宅基地使用权?换言之,加入外国籍是否意味着不能再享有中国人享有的民事权利?罗日江所在的经济体经济组织在他移民后未收回他的宅基地使用权,本案的审理法院尽管考虑到了这一情况,但未直接适用中国法的这一规定驳回罗日江的诉求。

三个判例涉及一个共同的问题:被判无期徒刑、出家、移民对人的权利能力的影响。三个案件的受案法院亦都基本未考虑到这个问题,这也不奇怪,因为三个法院适用的法律也基本未考虑到这个问题,也就是民事死亡问题。

五、未来中国民法总则应如何处理平等问题

第一,取消对象条款中的平等主体限定。以“习惯领域”定民法外延。

第二,可将原则条款和自然人权利能力平等条款压缩为一条。首先改“自然人”为“公民”。由于公民容易与公法勾连,在认定民法是私法的前提下,我国学界讨厌公民概念,喜欢自然人概念。我也曾猛烈抨击“公民”。

例如,朱晓喆认为:自然人与自然状态、自然权利、社会契约论有关,它隐含“市民社会高于政治国家”的自由主义思想,与在公共领域中进行政治生活的公民是对立的。

^①See Note, *Civil Death Statutes. Medieval Fiction in a Modern World*, In *Harvard Law Review*, 50 (1937), p. 972.

市民-公民的对立在法律上的明显表现就是公私法的划分。^①

王春梅则认为,苏联民法爱用公民概念,俄罗斯民法爱用自然人概念。苏俄变了,中国未变,但需要变。^②

实际上,自然人不过是“物理人”(Physical Person,而非 Natural Person),是被“精神人”(Moral Person,即法人)概念倒逼出来的概念,没有那么多的意义。实际上,用“无体人”表示法人,用“有体人”表示公民更好。

重申公民概念后,可以回归盖尤斯魔咒:市民法是一个国家为自己的公民制定的法律,它并非国际法。

民法本为身份法,是以国民身份为前提赋予权利能力以及相应利益的法。所以,在民法上,外国人和无国籍人与国民必定是不平等的。

国民的身份下分为若干个亚身份,如俗人、僧侣和军人,实际上,民法是国民中的俗人的身份法。僧侣、军人等亚身份的拥有者都有自己的属人法,由此存在属人法的冲突问题。所以,法律冲突不一定以国际关系为背景,可以以身份关系为背景。基于亚身份的多样性,各种亚身份的拥有者在民法上也是不平等的。

第三,给“公民的民事权利能力一律平等”的规定加上但书。

请看在这方面加但书的立法例:

(1)《瑞士民法典》第11条第2款:“在法律范围内,人人都有平等的权利能力及义务能力”。该条对平等加了“在法律范围内”的限制语。

(2)1922年《苏俄民法典》第4条:“……私法上之权利能力对于未依裁判限制权利之一切人民,均付与之。”

(3)新《越南民法典》第16条:“个人的民事权利能力不受限制,法律另有规定的情形除外。”

(4)1990年《朝鲜民法典》第19条第2款:“公民的民事权利能力平等,法律设有限制的除外……”

显然,根据以上立法例,对平等的限制一来自立法,二来自判决。

《民法通则》第10条没有设立类似的但书,官方民法总则草案也未设立此等但书,但我国的立法、司法实践中有这样的但书,已见前述。

“立法”是否包括上举佛法和教会法?关于这个问题,我认为应包括。

第四,在理论上确认平等原则属于宪法。我国台湾地区学者詹森林和苏永钦都认为平等原则属于宪法,他们不过讲述了西方国家的通说。宪法上的平等原则并不保障私人间的平等,只保障不同类型的私人不受立法者的非法歧视。所以,平等原则是限制立法权的原则。

^①参见朱晓喆:“自然人的隐喻——对我国民法中‘自然人’一词的语言研究”,载《北大法律评论》2001年第4卷第2辑,第480页。

^②参见王春梅:“走过历史:公民与自然人的博弈与启示”,载《华东政法大学学报》2015年第4期。