



自然人法律制度研究

Zi Ran Ren Fa Lu Zhi Du Yan Jiu



孙建江 等 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

Zi Ran Ren Fa Lu Zhi Du Yan Jiu

自然人法律制度研究

孙建江 等 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

自然人法律制度研究/孙建江等著. — 厦门: 厦门大学出版社, 2006. 12

ISBN 978-7-5615-2686-6

I. 自… II. 孙… III. 自然人-法律-研究 IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 144521 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门大学 邮编: 361005)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

福建二新华印刷有限公司印刷

2006 年 12 月第 1 版 2006 年 12 月第 1 次印刷

开本: 890×1240 1/32 印张: 9.625 插页: 2

字数: 257 千字 印数: 000 1-2 000 册

定价: 20.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

前言

自然人法律制度是民法理论中最基本的问题,同时也是非常缺乏研究的领域,国内学界尤其如此。形成这种局面的原因是多方面的。其一,对民法调整对象的理解以及民法调整对象组成部分之间相互关系的认识存在重大误解。因为对德国法的继受,以《民法通则》为代表的民法调整对象理论长期以来占据统治地位,认为民法调整的社会关系的核心是财产关系,忽视民法组织社会的功能,缺乏对组织社会是资源分配的前提的正确认识。其二,随着合同法、物权法、民法典的立法进程,民法学越来越成为一门显学。民法学界存在极度严重的“傍立法”现象,理论研究过分追随立法的进程,漠视了对基础理论问题的研究。其三,普遍存在着自然人法律制度对司法实践指导意义不强的错误认识,这样也导致了在自然人法律制度方面投入的研究人员、力量不足。

本书的目的是想对自然人法律制度这一基础性问题展开思考,我们认为自然人法律制度包括但不限于权利能力、行为能力、姓名、民事身份登记、胎儿和家。我们选择的题材并非自然人法律制度的全部,选择依据是基础性问题 and 国内民法学界认识不当成不予关注的部分。前两者是包括自然人在内的所有民事主体的最基本问题,学界先前有大量论述,我们也进行了一些思考。宣告死亡和行为能力限制宣告等制度与权利能力和行为能力制度紧密相关,既是理论性问题,又与司法实践休戚相关。姓名是涉及自然人身份的关键要素,我国民法学界长期以来仅将之纳入姓名权客体的研究范围,忽视其独立的身份要素性质,将其纳入我们的主体性研究的范围属于正本清源。民事身份登记是有关国家机关在法定职权范围内,在法定

期间内按照法定程序,依利害关系人的申请或依职权,对自然人私法性的法律资格的确认。在我国这一制度长期以来被户籍以及相关登记制度所替代,而身份登记能实现并扩大户籍登记的功能,并克服后者的弊端。胎儿和家,作为自然人法律制度研究的组成部分,是本书与众不同的地方。国内民法学界对胎儿的认识众说纷纭,我们认为胎儿是“潜在的人”,是一种特殊形态的“自然人”。家作为“自然人的组合”,我们可以说任何人“从家而来、在家中长、建立新家、终老于家”,虽然民法学界缺乏对家的主体性研究,但是我们不能漠视家作为税收优惠、相互扶助、共同生活利益体、社会福利等方面的主体性存在。所以我们选取胎儿和家作为自然人法律制度的组成部分,并非是我们的任意扩大。

本书的基本构成如下:

一、权利能力。我们从自然人权利能力的历史渊源入手,对权利能力与人格、行为能力、当事人能力等相关概念进行比较分析,并对权利能力制度的价值进行了相关的思索。失权制度是一项古老而又前沿的问题。说它古老,是因为失权制度发端于罗马法上的人格减等、不能作证、破廉耻等制度;说它前沿,是因为国内除徐国栋教授外一直没有学者对该制度展开研究,虽然它是那么实在地存在于我国现行法律体系之中。失权是一种通过对权利能力加以剥夺或限制来达到调整民法上的人的资格地位等问题的一种制度。得益于徐老师的启发,我们通过对失权这一基本概念的探讨,着重论述了在现代法中失权的普遍存在的现象,并对这一制度的价值和司法实践中存在的问题进行了思考。第三部分则是对自然人宣告死亡制度的批判,这种权利能力的法律剥夺制度形式有其致命的不合理之处,我们在分析批判之后认为应该给予这种制度以否定性的评价,进而讨论了如何完善的问题。

二、行为能力。行为能力是自然人以自己独立的行为参加民事法律关系,设定权利、义务的必要条件,与权利能力同为自然人主体性因素的构成要件,也是权利能力具体实现的动态保障。从罗马法

开始,人类便意识到行为能力制度的重要性,以创设一定法律上的权利、义务关系为目的的民事活动常常需要相应的行为能力,从而创设并逐渐发展成在一定身份前提下的以年龄为标准的行为能力制度。在权利能力普遍授予的今天,行为能力制度的实践意义尤为重要。在通常情况下,成年人因心智已趋成熟,对其行为已具备了应有的识别力、预期力,法律因而对其行为进行确认,并使之发生法律效力一定的效力。然而有些成年人却因存在生理上、心理上的障碍,导致意思能力产生缺陷,部分或全部丧失了正常行为的判断能力。为使这部分成年人和未成年人的合法利益得到有利的法律保障,维护交易活动的安全,各国法律对此类成年人和未成年人的民事行为能力都作了限制性的立法规定,并同时予以相应的法律救济。但是具体以何标准来界定行为能力完全与否,古今中外存在很多差异。年龄、健康、生活状态,乃至性别与财产状况都曾踏入行为能力制度的历史舞台。在行为效力制度的安排上,各国和地区的规定也有很多不同。究竟以何种标准和理念来构建这一制度,是民法学者苦苦追索的任务。我国《民法通则》在行为能力的问题上采取三级制与抽象宣告制度,在划分标准上采取以年龄为主兼顾精神状况的做法。对比发达国家如德法日等 20 世纪的变革,我国在对行为能力制度的安排上已经远不符合历史现状。本部分从行为能力的起源入手,对行为能力与意思能力、责任能力等相关制度进行分析论证,考察了行为能力制度的制度价值;从比较法的角度整理了行为能力宣告标准的学说,分析行为能力的构成要素;进而对我国现行法上的行为能力三级制提出批判,通过对成年人行为能力欠缺制度、未成年人行为能力认可制度等的构想,对完善我国行为能力制度提出了建议。

三、姓名。姓名问题在国内民法学界被姓名权吸收,一般认为姓名仅为姓名权的客体,完全忽视了姓名是独立于姓名权的自然人身份要素的主体性存在。我们认为姓名为自然人身份的某些要素之一,对姓和名的历欠考证及功能的区别分析,是我们研究自然人姓名制度的基点。首先,我们发现姓具有群体性,是一个团体区别于另一

团体的符号,具有别世系的功能;而名是个人区别于他人的个体区别符号,具有鲜明的个体性。其次,姓具有天然性,是通过遗传获得的,对每一个人来说是与生俱来的,而且通常是与生命一道伴随着一个人的一生;而名具有后天人为性,而且从根本上说是由名的个体性或个别性所决定的。通过比较法的考察,对自然人姓名的立法包括宏观和微观两个方面。在宏观方面,拉丁法族一般将姓名作为个人的身份要素规定在人法的重要位置;而在以德国为代表的立法模式中,往往在总则的“人”中不出现姓名的规定,而仅在规定姓名权制度中附带提及姓名问题。在微观方面,姓与名的合并立法和区别立法是两种不同的立法方式,并且姓名的决定、变更和使用各有不同的理论基础。最后,对我国现有姓名法律制度的弊端提出批判,并通过姓的决定应纳入亲权范围、姓的变更与家庭身份变化的联系等方面的论证,对自然人姓名的立法提出建议。在本部分的体例上,我们分为姓与名的历史考证及功能分析、姓名的比较法考察(从宏观和微观两个方面)、姓名宏观立法之理论分析、姓名微观立法之理论分析、对我国现有姓名法律制度之分析及立法建议。

四、民事身份登记。在古罗马,身份是人格的要素或基础,人格由身份构成,复数的身份构成了单一的人格,诸项身份之一的缺失将导致人格的减等,丧失殆尽的结果是人格消灭。我们从人格出发,阐述了身份的具体含义,并进而就民事身份登记作出界定,认为民事身份登记是有关国家机关在法定职权范围内,在法定期间内按照法定程序,依利害关系人的申请或依职权,对自然人私法性的法律资格的确认。民事身份登记制度作为一项登记制度,处理的不仅有横向的自然人主体身份状况以及主体之间基于身份产生的私权关系,而且有纵向的国家与主体之间的行政关系,其中贯穿着个人目标与国家目标的双重价值。民事身份登记的双重价值目标决定了该行为兼具公法和私法的性质。性质的双重性决定了该制度在功能上也兼具公法和私法双重性。在论述民事身份登记基本属性后,我们比较了各国立法,就其制度全貌作出了构建。首先,在立法模式上,比较身份

登记制度的民法典模式和单行法模式,认为民法典模式相对较优。其次,在登记机关及官员上,应当统一设置,并且职责权明确。再次,在登记的范围上,将有关主体身份的因素,包括有关自然人民事权利能力、行为能力的因素,涉及自然人人格利益,亲属法上身份关系以及关于自然人人格归属点的因素均登录在册,尤其是事关交易安全的自然人失权及个人信用状况信息。复次,在登记的程序上,我们围绕登记的申请、审查和登记、公示、更正和更改四部分,在介绍各国做法之余,对我国的立法提出建议。最后,我们通过考察我国现今主要的身份登记制度——户籍制度的现状,论证建立民事身份登记制度对我国意义重大,并就体现身份登记制度价值的登记事项公开制度与主体私生活权保护之间的关系作了些探讨。

五、胎儿。我国《民法通则》规定“公民的权利能力始于出生”,按此规定,孕育中的胎儿当然不享有权利能力。但是胎儿是潜在的人,并且是所有自然人生命发育的必经阶段,对胎儿保护的忽视就是对人的保护不周全的明证。在我国司法实践中,涉及胎儿利益保护的案件法律适用混乱裁决各异。因此重新反思胎儿的法律地位、胎儿权利保护的妥当性,实有必要。国内学界对胎儿应进行保护早已达成共识,而对如何保护争论不休。争论焦点是:对其充分保护是否必须通过赋予胎儿权利能力的方式来予以实现。如果答案是否定的,那么如何另辟蹊径?如果答案是肯定的,那么承认其具有的权力能力的范围要多大才能达到充分保护的效果?我们认为绕开民事权利能力制度寻求胎儿保护的办,无法回避胎儿不具有权利能力却可以享有权利的逻辑谬误;而仅仅承认胎儿具有部分或限制的权利能力并不能对其进行充分保护。基于此,我们主张赋予胎儿民事主体地位,全面赋予胎儿权利能力。本章共分四节。第一节胎儿的界定,试图解决如何精确地确定和证明受胎基准时间,从而为受胎之时作为权利能力的开始提供了技术上的支持。另外,将胎儿与已出生者作出一定区分。第二节胎儿保护的理论基础,围绕着学术界争论的焦点问题即对胎儿的充分保护是否必须通过赋予胎儿权利能力的方

式来予以实现展开论述。通过正反论证得出：必须赋予胎儿权利能力。第三节胎儿保护的域外法考察与立法模式的应然选择，采用历史法学和比较法学的研究方法分析了大陆法国家、英美法国家对胎儿利益保护的做法，指出了我国现行法对胎儿保护的不足，进而提出主张，即对胎儿的保护应采总括保护主义的立法模式以克服我国现行法的不足。第四节自然人民事主体——胎儿之应有地位与权利能力制度始期的重构，通过对自然人构成要素的分析，认为胎儿就是一种潜在的自然人，胎儿与已出生的自然人一样应具备民事主体地位，并对权利能力的始期进行了重构。

六、家。在罗马法上，家是民事主体的基本形式之一。但是随着从“家父为人、属员非人”的身份时代走向“家父为人、属员为人”的民事主体普遍赋予的时代，在民事主体的研究领域中，对家的研究被完全忽视了。我们认为家作为“自然人组合的利益状态”，虽然在民事主体的法律制度中被普遍忽视，但在家庭法、税收等法律制度中仍然具有主体意义，所以我们认为家应当具有民事主体的法律地位。在体例上，我们从四个方面展开论述。第一节家的本质，经过对家的词源分析和家本质的历史分析，从家的组成形式及其对家本质的影响和家的价值论证两个方面对家本质进行反思，认为家的本质是一种利益的结合体。第二节家在民法上的地位，考察各国民法对家庭法律地位的规定，并且从民事主体的概念及演变、民事主体判断标准实质要件等方面入手，分析家这个具有独立意志的财产载体作为民事主体的必要性与可能性，进而论证了家作为民事主体的价值。最后考虑到篇幅，分两节论证了家事法律制度的发展和对我国立法的建议。第三节为核式家庭的新近发展，描绘了个人自主权的扩大对家庭法律制度的冲击和影响。第四节从家长与家属的权利义务和家产制度入手，构建了“家庭的共同生活”制度，提出完善我国家庭立法的建议。

本书的各部分是本人多年教学科研的心得和积累，同时也是本人申请的浙江省教育厅课题——民事主体制度研究的最终成果，本

人指导的研究生王明荣、丁阳东、戎斌、施丹莹、李文胜、吴亚晖和陈艳,和我一起共同完成了该课题的相关部分和本书的稿件整理(所列顺序与相应章节对应)。特别想说明的是,书稿的出版过程正是我得到王宽诚教学基金会资助在加拿大 McGill 大学进行魁北克民法(典)后续研究的期间,在出版过程中的事务性工作都是由施丹莹完成的。

本书稿的出版得到一些机构和人士的帮助:浙江省社科联省级社会科学学术著作出版资金为本书稿的出版提供资助;徐国栋教授对我的知识传授渗入在本书稿的方方面面;厦门大学出版社的施高翔先生在审阅书稿的过程中提出了许多建设性的意见;一贯支持我教学科研的郑孟状教授、刘满达教授、郭站红老师为本书稿的出版费力度多。

自然人法律制度研究是基础理论性研究,虽然文稿是从事多年教学科研的积累,但完稿之际仍有惴惴不安的心情,文稿中的错误在所难免。就以一句我在民法典校译中常说的活作结:

努力最大化,错误最小化。

孙建江

2006 年国庆节于魁北克

目 录

前言

第一章 权利能力	(1)
第一节 自然人权利能力基本问题探讨	(1)
一、权利能力的历史考察	(1)
二、权利能力制度的价值探究	(6)
三、权利能力与相关概念比较	(10)
第二节 失权制度	(16)
一、罗马法上的失权制度	(16)
二、现代法中的失权类型	(19)
三、失权的特征分析	(23)
四、失权的性质分析	(25)
五、失权的价值分析	(26)
六、失权登记	(28)
第三节 我国宣告制度之重构	(29)
一、宣告制度的立法比较	(30)
二、我国现存宣告制度立法之不足	(34)
三、对我国未来民法典中宣告制度完善的建议	(38)
第二章 行为能力	(43)
第一节 行为能力制度概说	(43)
一、行为能力释义	(43)
二、行为能力与相关制度比较	(46)
三、行为能力制度的价值	(50)

第二节 行为能力制度构建	(56)
一、行为能力宣告标准学说	(56)
二、行为能力构成因素辨析	(59)
三、行为效力制度	(64)
第三节 我国行为能力制度现状及其完善之建议	(70)
一、我国行为能力制度现状及批判	(70)
二、对完善我国行为能力制度之建议	(79)
第三章 姓名	(82)
第一节 姓与名的历史考察和功能分析	(83)
一、姓的历史考证	(84)
二、名的历史考证	(89)
三、姓和名的功能分析	(92)
第二节 姓名的比较法考察	(94)
一、姓名的宏观立法考察	(94)
二、姓名的微观立法考察	(99)
第三节 姓名宏观立法之理论分析——姓名 作为人格要素之理论分析	(105)
一、主体人格理论的演变	(106)
二、姓名作为人格的身份要素而存在	(108)
第四节 姓名微观立法之理论分析	(110)
一、姓名的决定作为亲权内容的理论分析	(111)
二、姓与名区别变更的理论分析	(116)
第五节 对我国现有姓名法律制度的分析及立法建议	(119)
一、我国姓名立法的现状及存在的相关问题	(119)
二、对我国姓名制度的立法建议	(122)
第四章 民事身份登记	(130)
第一节 身份与人格	(130)
一、人格的界定	(130)
二、身份的界定	(132)

三、人格与身份的关系	(136)
第二节 民事身份登记概述	(138)
一、民事身份登记的概念界定及其特征	(138)
二、民事身份登记的性质	(139)
三、民事身份登记的功能	(142)
第三节 民事身份登记的制度构建	(147)
一、民事身份登记制度的立法模式	(147)
二、民事身份登记的机关及官员	(150)
三、民事身份登记的范围	(152)
四、民事身份登记的程序	(160)
第四节 与民事身份登记相关的法律问题	(168)
一、我国建立民事身份登记制度的意义	(168)
二、民事身份登记事项的公开与私生活权的保护	(174)
第五章 胎儿	(181)
第一节 胎儿的界定	(181)
一、胎儿始期的界定	(181)
二、胎儿终期的界定	(184)
三、我们对胎儿的界定	(185)
第二节 胎儿保护的理论基础	(188)
一、不承认胎儿具有权利能力的前提下 胎儿保护的理论基础	(189)
二、承认涉及胎儿利益时胎儿可以具有 权利能力的前提下胎儿保护的理论基础	(194)
第三节 胎儿保护的域外法考察与 立法模式的应然选择	(199)
一、胎儿保护的域外法考察	(199)
二、总括保护主义——我国胎儿保护 立法模式的应然选择	(202)

第四节 自然人民事主体——胎儿之应有地位与 权利能力制度始期的重构·····	(205)
一、透视三部学者建议稿中关于胎儿保护 之规定所引发的思考·····	(205)
二、自然人民事主体：胎儿之应有地位·····	(210)
三、权利能力制度始期的重构·····	(217)
第六章 家·····	(223)
第一节 家的本质·····	(224)
一、家的词源分析·····	(224)
二、家本质的历史分析·····	(226)
三、对家本质的反思·····	(230)
四、家庭的本质——一种事实上的利益结合体·····	(237)
第二节 家庭在民法上的地位·····	(239)
一、各国及地区民法对家庭法律地位的规定·····	(239)
二、家庭的民事主体资格·····	(240)
三、家庭作为民事主体的价值·····	(250)
第三节 核式家庭的新近发展·····	(252)
一、婚姻法的变迁·····	(253)
二、婚姻法任意性的体现·····	(255)
三、自主决定权的扩大·····	(275)
第四节 对我国家庭法的立法建议·····	(279)
一、增设“家庭的共同生活”制度·····	(279)
二、增设“民事结合”制度·····	(284)
参考文献·····	(289)

第一章 权利能力

第一节 自然人权利能力基本问题探讨

一、权利能力的历史考察

罗马法上的“人格”理论是权利能力制度的萌芽。在罗马法上“人格”这一概念是具有多重含义的,据学者考证,在罗马法上,人作为法律上的权利义务主体,有一个发展的过程,反映在概念上就表现为,罗马法上有三个关于人的概念,即霍谟(homo)、卡布特(caput)和泊尔梭那(persona)。homo 是指生物学意义上的人,不一定是权利义务的主体。例如,奴隶也属于自然人(homo),但是他们原则上不能作为权利义务的主体,而只能作为自由人的权利的客体。caput 原意是指头颅或书籍的一章。罗马古时,户籍登记时每一家长在登记册中占有一章,家属则名列其下,当时只有家长才有权利能力,所以 caput 就被转借指权利义务主体,表示法律上的人格。persona 则表示某种身份,是从演员扮演角色所戴的假面具引申面来的。假面具可用以表示剧中的不同角色,persona 也就用来指权利义务主体的各种身份,如一个人可以具有家长、官吏、监护人等不同身份。^①罗马法上的卡布特(caput)可以被看作权利能力制度的萌芽概念,在罗马法上用 caput 来指称法律上的人格,也就是用这个概念表达在

^① 周栢:《罗马法原论》,商务印书馆 2001 年版,第 106 页。

罗马法上只有 *caput* 才能够成为权利义务的主体。在罗马法中这种人格理论是用来作为市民社会的组织工具而使用的,它可以从两个方面来理解。就对外而言,人格是区分某一市民社会与其他市民社会的组织成员的标志,在罗马法中只有生活在罗马城邦中的部分的人才能拥有人格。而就对内的方面来说,通过人格的理论,把内部的人员进行划分。这样的划分就是通过身份来实现的,一个城邦的居民并不见得都被承认为这个社会的主体,他们的身份总是被分成常态、特权和受歧视三种,只有前两种身份的拥有者才是主体,具有人格。通过这种身份的不同来组织自己的市民社会中的人口,把市民划分为各种阶级并赋予他们不同的法律能力。^① 此时,身份是填充罗马法上的这种人格的要素。通过对自由权、市民权、家父权和尊严的身份的赋予与剥夺来实现人格在罗马法上的对外与对内的功能。这样的一个人格概念的出现以及使用效果与我们现在使用的权利能力这个概念在功能上有某种相似性,即只有具备了罗马法上的人格或者现代法中的权利能力时,才能够成为罗马法和近现代民法上的权利义务主体。正如有学者指出的那样:“现代法中的权利能力实际上就是发源于罗马法的人格,至少可以追溯至人格。”^② 但不同的是,在罗马法上,要作为完全的权利义务主体,需要具有自由权、市民权和家族权。当时,还不曾用现代的“权利能力”一词来概括这种资格,面用人格或人格权来总称这三权。^③ 当然,这是和权利能力的产生相关的,在罗马时代不可能也没有必要让权利能力制度来发挥功能,自然不可能用现代的“权利能力”一词来概括这种资格。总之,虽然权利能力与罗马法上的人格不可同日而语,但两者存在着紧密的联系,现代法上的权利能力可以追溯至罗马法上的人格概念,这是不可否认的。

① 徐国栋:《人身关系流变考(上)》,《法学》2002年第6期。

② 江平:《罗马法基础》,中国政法大学出版社1987年版,第52页。

③ 周相:《罗马法原论》,商务印书馆2001年版,第107页。

对后世产生深远影响的《法国民法典》在关于主体的地位问题上只在第8条规定：(1889年6月26日法律)所有法国人均享有民事权利。^① 在这里并没有关于我们所理解的权利能力的规定，通过这一条文废除了封建时代根据相应的身份取得一定权利的封建的旧规定。它的直接来源是1789年的《人权宣言》，也体现了法国大革命的自由、平等、博爱的思想，即法国人都能够人人平等地生活。另外，根据《法国民法典》第3条第3款的规定：有关人之身份与能力的法律，适用于全体法国人，即使其居住在外国，亦同。还有第488条第1款的规定：(1974年1月3日第68—3号法律)年满18周岁为成年。年满18周岁的人有能力实施民事生活的所有行为。在这两条法条中我们虽然看到了“能力”的字眼，但是仔细考察可以发现它也不是关于权利能力的规定，它规定的是得以实施相应行为的资格，是关于行为能力的规定。所以说，在《法国民法典》中权利能力是尚未出现的一个概念，由于《法国民法典》的规定体现了当时法国的民法理论，这也反映出在当时的法国尚没有权利能力制度的理论出现。之后，1810年的《奥地利民法典》第16条规定：每个生物学意义上的人都享有与生俱来因而被看作法律意义上的人的权利。以奴隶制和奴役为依据的权力行使，禁止之。这种“与生俱来因而被看作法律意义上的人的权利”与我们一般理解的具体的权利是有所区别的，它应该是一种原权，正如康德在他的法哲学理论中将权利分为天赋权利与获得权利，我们这里所指的即是前者。^② 此种权利我们可以把它恰当地看作是一种权利能力的规定。1863—1865年的《萨克逊民法典》进一步明确提出了权利能力的概念，其第32条规定：权利能力起于出生，胎儿就所有有利于他的事项视为自其受孕之时起已出生。死产的新生儿视为从未受孕。第36条规定：权利能力终于死亡。从这

① 罗结珍译：《法国民法典》，法律出版社2004年版，第41页。

② [德]康德著，沈叔平译：《法的形而上学原理——权利的科学》，商务印书馆1991年版，第49页。