

【法学】

我国民法总则制定中的四个问题*

徐国栋

(厦门大学法学院罗马法研究所, 厦门 361005)

【摘要】民法总则起草首先面临涵盖面大小问题,只要做到仅把具有全民法射程的制度纳入总则,总则的规模自然就小。另外面临是采自然人还是公民术语的问题,实际上,自然人不过是被法人术语产生后倒逼出来的一个术语,并无任何意识形态意义,为了尊重民法的身份性,还是采用公民术语好。最后面临“两户”的处置问题。把“两户”作为安慰剂保留已不合时宜,还是以把它交给特别法规定为好。

【关键词】民法总则草案; 小规模总则; 自然人; 公民 “两户”

【中图分类号】D9 【文献标识码】A 【文章编号】1000-5072(2017)02-0057-15

一、中国民法总则的制定概述

2014年10月23日的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出编纂民法典后至今,我国已有10个民法总则草案(本人将两个“室内稿”算作一个)。第一是中国法学会民法典编纂项目领导小组于2015年4月19日在法学创新网公布的中国法学会的民法总则草案(共219条)。第二是梁慧星教授于2015年4月23日在法学创新网公布的自己团队的民法总则草案(共198条)。第三是杨立新教授于2015年4月30日在法学创新网公布的自己团队起草的民法总则草案(共195条)。第四是龙卫球教授于2015年10月12日公布的《中华人民共和国民法典·通则编》草案建议稿(共222条)。第五是张子阳律师于2015年12月1日在网上公布的自己起草的《中华人民共和国民法总则草案》(律师建议稿)(共218条)。第六是孙宪忠教授于2016年2月公布的中国社会科学院法学研究所的民法总则草案(共282条)。第七是全国人大法工委民法室于2015年8月28日完成的民法总则“室内稿”(共160条,外加附件23条),于同年9月14日到16日在北京开会交19位民法教授以逐条讨论的方式征求意见。2016年3月,上述民法室又把“室内稿”的第二版(共158条)发交各大学的民法老师征求意见。第八是2016年5月28日中国政法大学民商经济法学院民法研究所“中国民法典研究小组”在法学创新网上公布的法大版《民法总则(草案)》(专家建议稿)(共209条)。第九是2016年7月5日在中国人大网上公布的《中华人民共和国民法总则草案》(一审稿)(共186条)。第十是2016年11月18日在中国人大网上公布的《中华人民共和国民法总则草案》(二审稿)(共202条)。可谓空前繁荣。

【收稿日期】2016-09-26

【作者简介】徐国栋(1961—)男,湖北南县人,厦门大学法学院罗马法研究所教授、法学博士,主要从事民商法、罗马法研究。

* 感谢南昌大学法学院邀请我于2016年6月3日讲学促成本文。感谢法兰克福大学林洵民博士和湖南师范大学法学院王葆蔚博士为翻译《普鲁士普通邦法》条文提供的帮助。感谢罗马二大宋晓庆博士提供 La théorie de la personnalité morale et son application au droit français 一书。

伴随着草案热,还有讲座热^①和论文热^②。学者们在讲座和论文中提出了民法总则制定中的如下重大问题:1.调整对象上的人前物后问题^③;2.平等原则的所属以及效力范围问题^④;3.人格权应否独立成编问题^⑤;4.法人的分类标准问题^⑥;5.采用“法律行为”还是“民事法律行为”术语问题^⑦;6.“其他组织”还是非法人团体问题^⑧等等。

基于不重复的原则,本文原则上不研究自己写过或他人写过的问题。本文拟研究四个民法总则制定中的新问题。它们有如下列。

二、小规模总则与二级总则问题

本人主编的《绿色民法典草案》没有总则,只有序编,原因在于认为民法中能提取的“公因式”有限,硬提出来的一些所谓公因式后来被证明并不“公”,例如民事关系的平等属性。^⑨另外,总则中的条件与期限、时效与除斥期间、代理制度被证明不适用于人身法。^⑩法律行为被宣告无效和被撤销后的效果财产法与人身法也不同。^⑪

大家认识到这一点后,在一些大陆法系国家,发生了从“追求总则”到“忍受总则”的变迁。意大利学者里卡尔多·卡尔迪里(Riccardo Cardilli)于2015年5月26日在中南财经政法大学举办了“民法典总则的制定及其危机”的讲座,其宗旨在于说明:如果废除不了总则,那就让它的条文越少越好。而且他说这是德国人的看法。^⑫

2015年11月15日在北航举行的“第五届两岸民商法前沿论坛”会议上,我表示总则思想愚蠢,竟然得到台湾大学法学院陈自强教授的赞成,理由可能有如上列。

2016年8月24日,中国法学会副会长张鸣起在第十一届中国法学家论坛(民法典编纂、理论、制度与实践)的发言中说:总则的规定要避免过于财产法化,要反映婚姻家庭法的内容。婚姻法不

① 例如梁慧星教授于2015年10月15日在四川大学的讲座“民法总则立法和理论的若干问题”,同一作者于2016年1月26日在南昌大学的“民法总则立法若干问题”讲座,同一作者于2016年5月12日在山东大学的讲座“《民法总则草案》(征求意见稿)的若干问题”;同一作者于2016年9月8日在湘潭大学的讲座“民法总则立法的若干问题”。算一下,梁教授在民法学界就民法总则做讲座最多。

② 2016年9月26日在知网以“民法总则”为关键词做题名检索,得到66篇文章,其中49篇是2015年以来发表的。

③ 徐国栋《将“人前物后”进行到底》,《人民法治》2016年第3期,第23页及以次。

④ 徐国栋《评析三个民法总则草案中的平等规定——从平等撤退的端倪以及可能的发展》,《暨南学报》2015年第7期。

⑤ 例见王利明《论民法总则不宜全面规定人格权制度——兼论人格权独立成编》,《现代法学》2015年第3期;以及尹田《论人格权独立成编的技术障碍》,《政法论丛》2016年第1期。

⑥ 室内稿8月28日版采用社团法人和财团法人的两分法,2015年11月法工委举办的法人部分的小型研讨会上提供的室内稿中采用了营利法人和非营利法人的两分法,2016年3月版的室内稿继之。这样的大改表明就法人分类问题争论得激烈。

⑦ 室内稿8月28日版采用法律行为的国际通用概念,2016年3月版采用民事法律行为的中国式概念,这样的大改表明就法律行为概念问题争论得激烈。

⑧ 柳经纬《“其他组织”及其主体地位问题——基于民法典总则立法的视角》,《法制与社会发展》2016年第4期。

⑨ 徐国栋《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》,《中国法学》2011年第5期;徐国栋《评析三个民法总则草案中的平等规定——从平等撤退的端倪以及可能的发展》,《暨南学报》2015年第7期。于飞《民法调整对象“平等主体”理论的再思考:民法典应当沿袭〈民法通则〉第2条吗》,《第五届(2015)两岸民商法前沿论坛:民法典编纂与创制发展》论文集(下册),第403页及以次。

⑩ 陈华彬认为民法的总则仅为财产法(物权法、债法)的总则,而与身份法几乎无关。参见陈华彬《论我国〈民法总则(草案)〉的构造、创新和完善》,《比较法研究》2016年第5期,第158页。张民安说:诉讼时效和除斥期间制度无法在家庭法和继承法中适用,也无法在物权法和担保法中适用,只适用于债法。参见张民安《〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的创新与不足》,《法治研究》2016年第5期,第14页。

⑪ 徐国栋《无效和可撤销婚姻中的诚信当事人的保护》,《中国法学》2013年第5期。

⑫ 该讲座的消息载 <http://law.znufe.edu.cn/contents/247/9125.html> 2015年6月17日访问。笔者未参加这个讲座,其内容是从2015年6月2日在西安参加“第二届长安与罗马·两个文明的对话国际学术研讨会”时通过询问 Cardilli 得知。

能无限制地适用民法总则的财产法制度,尤其是法律行为制度。^①此语实际上揭示了总则射程的不全面性。既然射程不及于全部民法,说总则是提取公因式就是不妥的,甚至于总则的名称都是不妥的。

卡尔迪里教授提到德国人反对总则是有依据的。反对者首先有恩斯特·齐特尔曼(Ernst Zitelman, 1852—1923年),其理由是家庭法和继承法主要从构成要件方面来建构,而债法和物权法主要从法律后果方面来建构,两者理路不同,把它们捏到总则中,难免油水两分。第二个反对者是尼佩代(Hans Carl Nipperdey, 1859—1968年)。理由是总则中混杂了完全不同性质的内容,作为解决方案,他主张有关人法的部分应挪到家庭法部分,有关法律行为的规定应挪到债法中的合同法中。第三个反对者是拉伦茨(Karl Larenz, 1903—1993年)。理由是婚姻和遗嘱行为具有特殊性,总则关于法律行为的规定不能涵盖它们,尤其是关于错误和法律行为生效要件的规定。第四个反对者是维亚克尔(Franz Wieacker, 1908—1994年),他认为总则属于课堂而非立法者,《德国民法典》中的总则,即使不能说完全只有害处,至少也是可以取消的。^②

要言之,上述德国教授都认为民法的人法和物法理路不同,不能为它们制定共同的总则,但制定两者各自的小总则是可能的。套用社会学方法论史上的术语说事,上述观点无非说在人法和物法的中观上提炼不出合适的宏观,形成提取公因式受挫。那么,什么是微观、中观、宏观?前者如人、公民、婚姻、合伙、家庭、相邻。中者如氏族、部落、共同体、村庄。后者如民族、社会、文明、国际、全球。^③社会学史上也有宏观化受挫的经历。

塔尔科特·帕森斯(1902—1979年)曾倡导一种宏观的社会学理论,他认为人类社会可以看作一个有机整体,文化、社会、人格等子系统相互作用,共同合成了社会的各项功能。这种企图将人的一切行为和所有社会现象都纳入结构功能主义的理论框架中的尝试,为当时分散零散且各自掣肘的社会学理论提供了一个进一步理论提升和逻辑抽象的途径,使社会学理论的发展和运用进入到一个新的阶段。但过于宏大叙事,容易找到漏洞。所以,其学生罗伯特·K.默顿(1910—2003年)于1947年提出了中层理论(theories of middle range)加以矫正。这种理论的特点如下:

1. 实践经验性,即强调理论的可验证、可观察性,要求能够从日常生活中找到理论的依据。

2. 范围有限性和开放性,即只涉及有限范围内的事物,不要求能解释所有现象,一个命题,只要能在一定条件中没有逻辑矛盾和事实冲突,就可被认为是有效的和有建树的。^④

套用以上模式分析潘得克吞体制可知,分则各编下的各题进行的是微观层次的研究,每个分则编本身是对研究对象的中观概括,而总则是对各分则编的共性的概括,属于宏观层次。

但总则的规定经常不能从日常生活中找到依据,甚至可找到相反的依据,例如未成年子女与其父母关系的屈从性^⑤,法律行为自始无效的规则在家庭法中找到相反的例证^⑥,等等,这些就导致了总则的可信性降低。

事实上,英美私法采取的就是中层理论路径,有财产法、合同法、侵权法、原物返还法等而无总则。

晚近制定的一些大陆法系国家的民法典,例如《荷兰民法典》,考虑到总则规定射程的有限性,放弃了搞大总则,满足于小总则,制定了财产法总则为单独的一编,这也是走的中层理论路径。其射程及于以下各编:第四编:继承法;第五编:物和物权;第六编:债法总则;第七编:特殊合同;第八

① 参见第十一届中国法学家论坛实录:民法典编纂的权威观点都在这里了,载 <http://dxw.ifeng.com/xsc/minfadian/1.shtml> 2016年12月2日访问。

② [德]克劳斯·威廉·卡纳里斯,陈大创译《民法典总则的功能及其作用的限度》,《中德私法研究》2014年第1期,第88页。

③ See the Entry of Level of Analysis, on https://en.wikipedia.org/wiki/Level_of_analysis 2016年6月1日访问。

④ 吴肃然、陈欣琦《中层理论:回顾与反思》,《社会学评论》2015年第4期。

⑤ 徐国栋《论民事屈从关系——以菲尔麦命题为中心》,《中国法学》2011年第5期。

⑥ 徐国栋《将“人前物后”进行到底》,《人民法治》2016年第3期。

编：运输法；第九编：智力成果法；第十编：国际私法。^①这样，《荷兰民法典》的财产法部分有两个总则。第一个是涵盖全部财产法的总则，第二个是涵盖债法的总则，后者相对于前者，又是前者的分则。

搞序编而不搞总则，也是出于不相信总则中所有宏观规定具有针对全部分则的射程，保留有射程的部分（例如【关于基本原则的规定、关于民事主体的规定、关于宣告失踪和宣告死亡的规定】），去除无射程的部分。它们有一些原则（例如平等原则、公平原则）和制度（例如【法律行为制度、代理制度、诉讼时效与除斥期间制度等】）。

但小总则的主张也遭到了卡尔迪里教授的祖国的学说的挑战。《意大利民法典》没有总则，但有合同总则（从属于第四编：债，第二题，第一题是债的总论。第一题标题的原文是 *Dei contratti in generale*，中译本译为“契约总论”^②）。意大利学者认为这个部分就是合同总则，它现在遭遇了危机。原因者何？因为这个合同法总则是以买卖合同为参照系制定的，未考虑商业分派合同（例如特许经营合同）、服务合同。而且只考虑即时性的合同，未考虑长期履行的合同。要言之，这样的合同总则遭到了关系契约论的挑战。^③这种理论是标准的契约理论的对反，后种理论假设契约内容完全清晰，并在任何可能的状态下可以被证实，法律的执行有效，这是完全契约的理想类型。而关系契约理论认为契约具有如下特点：私人关系的嵌入、交易物品难以被测量、契约持续时间更长、没有明确的开端或结束时间、事前难以对交易进行精确的计划，只能规划框架，细节在执行中补充、交换能否成功完全依赖于双方的合作、参与者共同分享或分摊的收益和成本难以在他们间精确划定、契约中存在不需明文规定的内生义务、契约难以被转让、参与者常常有多个、参与者期待有利于他行为出现、参与者认识到在履行中会遇到很多困难，所以必须通过他们的协调来解决。^④这样的契约形态是不能为古典的合同总则所包纳的，所以它遭遇了危机。

《荷兰民法典》尽管避免了提取人法和物法的公因式，只提取物法的公因式，形成了物法的小总则，但这种做法仍可质疑。因为荷兰的立法者把继承法当作财产法，按照前引齐特尔曼的观点和拉伦茨的观点，继承法在性质上更靠近家庭法。确实，继承是无偿取得他人的财产以实现家庭的保障功能，把这种行为放在买卖行为的旁边提取两者的共性，无异于天方夜谭。

搞小总则的另一种做法是把总则的精华——法律行为制度纳入债法中，《智利民法典》把合同当作法律行为的同义词，申惠文博士也主张以合同的概念取代法律行为。^⑤然而，合同最多时候是一种互利行为，而人类的涉他行为有七种：1. 损他利己行为，例如取得时效中的占有他人财产行为；2. 不损他利己行为，例如继承行为；3. 损他损己行为，例如自杀行为；4. 不损他利己行为，例如劳动行为；5. 利己也利他行为，例如买卖行为；6. 利他不损己行为，例如赠与和遗赠行为；7. 利他损己行为，例如无因管理行为（包括见义勇为）。^⑥这七种行为，除了自杀不怎么直接关乎民法外，其他六种都是民法的重要规制对象。如果拿着基于互利行为起草的法律行为制度套用于其他行为，难免出现许多的削足适履或牵足适履。

尽管有上述种种问题，制定民法总则是制定民法典的第一步，制定民法典有利于中国的法治化，所以，本人还是从大局出发，力挺中国民法典的总则，选择走“忍受总则”的道路，并提出一些建议把这个总则尽可能地搞好一些。

① 焦富民、盛敏《论荷兰民法典的开放性、融合性与现代性——兼及对制定中国民法典的启示》，《法学家》2005年第5期，第114页。

② 费安玲等译《意大利民法典》（2004年），北京：中国政法大学出版社2004年版，第322页。

③ Cfr. Emanuela Navaretta (ed.) *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Atti del convegno (Pisa, 25 - 26 maggio 2007), Giuffrè, Milano 2007, p. 172.

④ 陈灿《当前国外关系契约理论浅析》，《外国经济与管理》2004年第12期，第10页。

⑤ 申惠文《期盼汉语世界的民法典——以“合同”概念取代“法律行为”切入》，《人民法治》2016年第3期。

⑥ 张恒山《法理要论》（第三版），北京：北京大学出版社2009年，第1页。

三、自然人、法人、其他组织的关系问题

(一) 自然人

自然人已成为一个跨学科运用的词汇。法学界用,其他社会科学界也用。先让我们看一下其他社会科学门类对自然人一语的用法。

日本管理学中使用的自然人的术语指本色的人。^①

教育学中使用的自然人的术语指没有被扭曲的人。^②

哲学界使用的自然人的术语与道德人相对,指有恨有爱,不受压抑的人。^③

在法学界,卢梭的自然人有如下含义:1. 为自己的人,不同于公民;2. 抽象的人,不具有具体的社会身份。3. 合乎自然的人。^④要指出的是,卢梭的自然人是 natural person,并非“物理人”。

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。自然人在市民社会中就是市民的形象,与在公共领域中进行政治生活的公民是对立的。市民-公民的对立在法律上的明显表现就是公私法的划分。^⑤

张力研究了苏联解体前后民事立法中“公民”用语的连续性,他证明,东欧剧变后,采用了资本主义制度的俄罗斯并未放弃公民的表达,由此可见,把公民用语与社会主义体质捆绑起来不成立。^⑥

王春梅也研究公民与自然人概念在苏联解体前后在俄国的运用史,得出的结论与张力相反:认为苏联民法爱用公民术语,俄罗斯民法爱用自然人术语。结论是苏俄改变了用语,受苏联民法影响深重的中国却未改变用语,需要改变。^⑦这种建议似乎多余,根据我的观察,现在的9个民法总则草案无不使用自然人的术语。我统计,《民法通则》使用公民一语52次,自然人一语两次。2016年7月5日的民法总则草案使用公民一语0次,自然人一语22次。从前者到后者,正好30年多一点。30年的历史,是公民一词在民法中的消亡史和自然人术语的发达史。

(二) 法人

龙卫球在其《民法总论》中说1900年的《德国民法典》第一次创自然人(Natürliche person)术语。^⑧此语可以商榷,因为1825年的《路易斯安那民法典》更早创立了自然人的术语,其第418条规定:公司是法律创设的观念团体,由联合在共同名字下的个人构成,其成员相互继承,因此团体总是维持原样,尽管构成它的个人发生改变,此等个人为某些目的被认为是自然人(Natural person)。此条在与公司的对反中用到了自然人的概念。1857年的《智利民法典》则在自然人(persona naturale)与法人的对反中使用了自然人的术语,其第54条第1款明确规定“人分为自然人和法人”。1860年的《厄瓜多尔民法典》、1858年和1887年的《哥伦比亚民法典》、1871年的《尼加拉瓜民法典》、1880年的《洪都拉斯民法典》、1889年的《西班牙民法典》同样如此。^⑨当然,在《路易斯安那民法典》首创“自然人”的术语前,该术语还有“物理人”的先祖,两者含义一致。而且,在多数国家,目前

① 李萍《论日本管理哲学中的“自然人”假设》,《玉溪师范学院学报》2013年第1期,第15页及以次。

② 刘宇文、方明军《教育是为了培养“自然人”》,《湖南师范大学教育科学学报》2002年第1期,第25页及以次。

③ 郑晓江《“自然人”与“道德人”——人文主义的人生理论与中国传统人生哲学之比较》,《南昌大学学报》(社会科学版)1994年第4期,第17页及以次。

④ 李娜等《浅论卢梭从培养“自然人”到培养“公民”的观点转变》,《长春理工大学学报》(社会科学版)2011年第5期,第88页及以次。

⑤ 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》,《北大法律评论》2001年第2期,第480页。

⑥ 张力《公民、自然人,抑或其他——论俄罗斯民法文化中“公民”(гражданин)概念的价值取向》,《河北法学》2007年第3期,第65页及以次。

⑦ 王春梅《走过历史:公民与自然人的博弈与启示》,《华东政法大学学报》2015年第4期。

⑧ 龙卫球《民法总论》北京:中国法制出版社2001年版,第352页。

⑨ Véase Jose Maria Manresa y Navarro, Comentarios al Código Civil de Espanol, Tomo 1, Madrid, 1890, pag. 168; pag. 181.

仍用“物理人”的术语表达我们脑子里的“自然人”。^①

1794年的《普鲁士普通邦法》规定了什么是观念人^②，其第一编第18题第687条规定：若最初的出租人是教堂、市镇（或社区）或其他类型的观念人，则更宜推定其为土地继承税负的承担者（Diese Vermuthung für die Erbzinseigenschaft eines Grundstücks wird verstärkt, wenn die erste Verleihung von einer Kirche, Commune, oder einer andern moralischen Person geschehen ist）。本条列举了观念人的类型有教堂、市镇，并认可其他类型的观念人，而且确定它们是出租和纳税的主体。^③

同一法典第一编第23题第3条采用了物理人与观念人的对位法，其辞曰：若涉及某土地之占有，则此种强制性法律措施既可以对特定自然人，也可以对观念人做出（Dergleichen Zwangsgerechtigkeit kann sowohl gewissen physischen oder moralischen Personen zukommen, als mit dem Besitze eines gewissen Grundstücks verbunden sein）。^④ 本条把物理人和观念人都作为诉讼主体并使其承受判决。

从产生先后来看，自然人是个被观念人的概念倒逼出来的概念。罗马法中就有法人现象，包括社团和财团（D. 46 1 22）^⑤，但未被赋予类名。到了近代，给法人现象起个名字成了迫切的问题。教皇英诺森四世（1195—1254年）想到了“拟制人”（*persona ficta*）这个词，他在评注教皇格里高利九世于1239年发布的一个教令时做出了这一发明。该教令针对这样一个案件：一个修道院的院长和副院长以为修道院的意图在法院发誓，他们到底是为自己发誓还是为修道院发誓？格里高利九世认为是为后者。英诺森四世对此评注道：根据这一教令，已经允许以为修道院的意图就其遗嘱发誓，或者说，根据这一教令的权威，在今天，所有的团体为其他团体发誓，都是合法的，因为团体在涉及共同体的诉讼中被拟制为一个人。值得指出的是，一个成员起誓的，如果团体的其他成员愿意，起誓的效力及于他们。^⑥ 此语认定修道院的院长是修道院的法定代表人，其行为就是修道院的行为，并把修道院及其他社团确定为拟制人。由此第一次确定了法人的人格，英诺森四世由此被现代研究者公认为法人概念之父或至少是其中之一。^⑦

英诺森四世创立拟制人概念解决了教会团体的法律人格问题，国家的法律人格问题则是略晚于他的托马斯·阿奎那（1225—1274年）解决的。他认为“国家是政治和观念团体”（*corpus politicum et morale*）。^⑧ 此语中的 *morale*，有人解释为“具有道德目的”^⑨，但更有人认为，*morale* 一词在这里的意思是“精神上的”，中世纪学者用该词指称精神团体（*corpo morale*）或精神单位（*ente morale*），以替代过去用来指称教会的词 *corpus mysticum*（神秘团体或精神团体）。^⑩ 前说不合拉丁语法，因为 *politicum* 与 *morale* 是并列地修饰 *corpus* 的形容词，不能把 *politicum* 翻译为形容词，而把 *morale* 翻译为夺格名词。所以以后说有理，本文从之。

① 观各种语言的维基百科“自然人”词条，除了德语、英语、荷兰语、日语和世界语外，西班牙语、意大利语、俄语、斯洛文尼亚语都采用“物理人”的表达。葡萄牙语兼用两者。

② 我在《民法总论》中说1794年的《普鲁士普通邦法》首次正式使用了法人的概念（参见徐国栋《民法总论》，北京：高等教育出版社2007年版，第266页）。此语中的“法人”一语不确，实际上，《普鲁士普通邦法》使用的是“观念人”的概念。

③ Vgl. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Nauck, Berlin, 1835, S. 255.

④ Vgl. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Nauck, Berlin, 1835, S. 399.

⑤ See P. W. Duff, *Personality in Roman Private Law*, Cambridge University Press, 1938.

⑥ Ver Pedro Resina Sola, *Fundamenta Iuris, Terminología, Principios e Interpretatio*, Universidad Almería, 2012, pag. 134.

⑦ See John Dewey, “The Historical Background of Corporate Legal Personality”, *The Yale Law Journal*, Vol. 35, No. 6, 1926, p. 665. See also V. Bolgar, *The Fiction of the Corporate Fiction, From Pope Innocent IV to the Pinto Case*, in *Festschrift für Imre Zajtay*, hrsg. R. H. Graveson, Tübingen 1982, pp. 67–96.

⑧ Cfr. Anna di Bello, *Ordine e Unità nel Medioevo: la rappresentanza dal corpus mysticum all’ universitas*, In *Esercizi Filosofici*, 4, 2009, p. 20.

⑨ See Stuart Elden, *The Birth of Territory*, University of Chicago Press 2013, p. 176.

⑩ Cfr. la voce di *Persona giuridica*, Su [http://www.treccani.it/enciclopedia/persona-giuridica_\(Enciclopedia-delle-scienze-sociali\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/persona-giuridica_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)) / , 2016年6月8日访问。

无论如何,用 *morale* 形容作为一种法人类型的国家,打造了用拟制人以外的术语形容法人的新路径,《普鲁士普通邦法》采之。当然,该法典中的 *morale* 一词可能平滑地转为了 *unnatural* 的意思,即不符合物理性质的、人为的,因为按照《在线英语词源词典》的说法,正是在 15 世纪, *moral* 一词有了这个用法,以前的意思一直跟道德有关。^①《普鲁士普通邦法》的此举给 *persona* 这个术语增加了新内容,同时催生“主体”的术语。相应地,产生了在 *persona* 和“主体”的属下重新命名生物人的问题,法学家们想到了“物理人”这个词。在希腊文中,“自然”是 *Physis*(相当于拉丁文中的 *Natura*),它来自 *Phyo*,意思是“产生”、“成长”,指本性上就有力量成为如此的东西。其反义词是 *Techne*,即“人工造成的”。^②“自然”的概念经过发展,又成为“本性使然的”意思,与 *Nomos*(人为约定的,对应的拉丁词是 *civile*) 相对立。^③与法人是存在于人的观念中的人相对立,生物人是存在于自然中的或曰物理空间中的人。改采罗马人的表达,法人应该是“无体人”,自然人应是“有体人”,因占据一定的物理空间被如此称呼。

但 1804 年的《法国民法典》拒绝使用法人的概念,据说是怕封建势力借此复辟。^④但从 1884 年 4 月 5 日的法律第 111 条开始,法国在一系列的法律中使用民事人(*Personne civile*)的术语表示法人。^⑤*Civil* 相当于希腊文中的 *Nomos*,也是一个与 *Physis* 对反的概念,其意思是“人为的人”,相反的人是“自然的人”。

尽管如此,1810 年的《奥地利民法典》第 26 条仍采用观念人(*moralischen Person*)的概念,中译者将条名中的这个词译为“精神上的人”。该条辞曰:依法成立的法人,依合同或目的以及可适用的特别规定确定其成员间的相互权利。在依法成立的法人与其他人的关系中,一般享有与自然人(*einzelne Person*)相同的权利。无论是对于法人成员,还是对于其他人,非法法人不享有权利,且不能获得权利。非法法人包括:政治性法律特别禁止存在的法人,明显危及安全、公共秩序或善良道德的法人。^⑥请注意,该条中的“自然人”是译者的意义,德文原文是“单个的人”。

1811 年的《列支敦士顿民法典》第 26 条也用“观念人”的概念。^⑦该国完全采用《奥地利民法典》,因此与《奥地利民法典》的规定一样。

1863 年的瑞士《格劳宾登州民法典》第 87 条使用了观念人(*Personnamorale*)的概念,与第 5 条等条规定的物理人形成对立。^⑧其他州的民法典,例如伐累州、新堡州、伏特州的民法典,不规定法人,其中规定的 *persona* 就是自然人。

可能正是以《格劳宾登州民法典》的成果为基础,瑞士民法典的学者建议稿(*avant-projet du code civil suisse*)第 61 条及以下数条使用了“观念人”的概念,^⑨但到正式颁布时,“观念人”被“法人”(*persona giuridica*)取代(第 52 条及以下数条)。^⑩

可能为了不侵害 *persona* 一词与自然人的专属关联,1850 年来的意大利立法一直使用 *Corpomo-rale*(观念团体)或 *enti morali*(观念单位)的术语表征法人,偶尔使用 *enti morali giuridici*(法律观念

① On http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=moral 2016 年 6 月 8 日访问。

② 汪子高等《希腊哲学史》(第 1 卷)北京:人民出版社 1993 年版,第 610 页。

③ 汪子高等《希腊哲学史》(第 2 卷)北京:人民出版社 1993 年版,第 203 页。

④ 张怡、王慧《法人制度的历史考察及我国法人制度的应然选择》,《南通大学学报》(社会科学版)2005 年第 2 期,第 17 页。

⑤ Voir L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Librairie Generale de Droit & de Jurisprudenc, Paris, 1906, p. 4. Note 1.

⑥ 周友军、杨垠红译《奥地利普通民法典》北京:清华大学出版社 2013 年版,第 4 页。

⑦ 该法典的德文版存在网址 <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/de/li/li053de.pdf> 2016 年 6 月 7 日访问。

⑧ Cfr. Codice civile del Cantone des Grigione, Coira, 1863, pp. 32 f.

⑨ Voir L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Librairie Generale de Droit & de Jurisprudenc, Paris, 1906, p. 5. Note 1.

⑩ Cfr. Codice civile svizzero, p. 15.

人)的啰唆表达。^① 1865年的《意大利民法典》第1条在规规定权利主体时使用了“观念团体”的表达。1882年的《意大利商法典》使用了“集体单位”(ente collettivo)的表达。^② 意大利同时使用“企业”(stabilimento)、机构(istituto或istituzione)的术语表征法人。但1863年5月17日的法律偶然使用了法人(persona giuridica)的表达。^③

1860年的《巴西民法典草案》采用了法人(persona juridica)的概念,但只用它来指称公法人,对于其他法人,仍使用观念存在之人来指称。该《草案》不采用物理人的概念,而是用“可见其存在之人”的概念,此乃因为《巴西民法典草案》的作者弗雷塔斯(Augusto Teixeira de Freitas, 1816—1883年)认为物理人的概念有问题,因为人是一个由身体和精神组成的单元,说物理人,就把人看作动物了。^④

1870年的《阿根廷民法典》继承了《巴西民法典草案》的上述处理,把自然人说成可见其存在之人,把法人说成观念中存在之人(persona de existencia ideal)。其作者还误把观念人当作道德人,认为道德人的称谓不妥,因为这样的人与道德关系无关。^⑤ 有意思的是,《阿根廷民法典》先规定法人,然后才规定可见其存在之人,鲜明地揭示了后者被前者倒逼出来的属性。直到2014年10月1日的《阿根廷国民商法典》,上述法人与可见其存在之人的对位法才被人类人与法人的对位法取代。^⑥

1865年的《萨克逊民法典》把物理人与观念人的对位法改成了物理人(Physische personen)与法人(Juristische personen)的对位法。第30条及以下数条规定了物理人^⑦,第52条及以下数条规定了法人。^⑧ 分法人为社团法人和财团法人。^⑨ 这实际上还是采用“自然的”与“法定的”对位法。

要指出的是,《萨克逊民法典》使用的Juristische的词根是Jurisite(法学家),所以,严格说来, Juristische personen是“法学家打造的人”的意思,这一表达符合法人概念的发生和进化史,所以,尽管都是说的法人,意大利语中的giuridica的词根意思是“司法”,故意大利语的“法人”术语强调的是这个名词背后的制度的运用效果:被法院承认为主体。德语中的“法人”强调的是这个名词背后的制度的创造者。如果德国人要走意大利人的道路,可以使用相当于giuridica的德语词gerichtlich表征法人。到现行的《德国民法典》,仍使用Juristische personen的概念,这似乎见证了德国法学家在法律发展中的强势地位。

但法国人不使用法人的概念,多数作者要么使用“民事人”的术语,要么使用“观念人”的术语,甚至使用“拟制人”的术语,原因在于他们认为“法人”的术语过于宽泛,因为法律人格属于生物人,也适用于此等生物人组成的团体,法人的概念只指称后者,这不严格,严格的做法是把后种主体称为“纯粹法人”,而这种做法并不现实,所以,法国人宁愿使用观念人的术语。^⑩ 此说不乏道理,因为生物人不能自行获得人格,此等人格也是法律赋予的,因此,他们也是法人。正是在这个意义上,

① Cfr. Cfr. Bernardo Windscheid, *Diritto delle pandette*(Vol. I), trad. it. di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, UTET, Torino, 1895, p. 775.

② Cfr. Folansa Pepe(a cura di), *Codice Civile*(1865), *Codice di Commercio*(1882), Edizione Simone, Napoli, 1996, pp. 1 - 12. 234 - 246.

③ Cfr. Cfr. Bernardo Windscheid, *Diritto delle pandette*(Vol. I), trad. it. di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, UTET, Torino, 1895, p. 777.

④ Ver A. Teixeira de Freitas, *Esboço do código civil*, Volume I, Ministerio de Justicia, Brasilia, 1983, p. 11.

⑤ Véase Código Civil de la Republica Argentina, Nueva York, 1870, pag. 9ss. 参见徐涤宇译《最新阿根廷共和国民法典》,北京:法律出版社2007年版,第14页。

⑥ Véase Código civil y Comercial de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 2014, pag. 7, 32.

⑦ Vgl. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Leipzig, 1863, S. 13.

⑧ Vgl. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Leipzig, 1863, S. 17.

⑨ 史尚宽《民法总论》,台北:正大印书馆1980年版,第120页。

⑩ Voir L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Librairie Generale de Droit & de Jurisprudenc, Paris, 1906, p. 5. Note 1.

《路易斯安那民法典》把胚胎称为法人。^① 此法人无法与彼法人区别开,除非给后者加上“纯粹的”限定。

无论如何,物理人的术语很难懂,所以,1889年的《西班牙民法典》采用了自然人术语。从词源来看,Physis就是“自然”的意思,从物理人过渡到自然人,十分平顺,但Physis只在古语中是“自然”的意思,在现代语中主要是“物理”的意思,所以,以Natürliche取代Physis是把用语现代化,别无他意。但这样的现代化导致了误解:因为“自然”这个词跟太多的政治学术语同词根,例如自然状态、自然法。

清末,我国继受德国法,自然人的概念来到了中国,引起人们的过度联想。

综上所述,自然人的含义是物理人,与精神人相对,是一个被法人现象倒逼出来的概念,切忌把它与自然状态、自然法挂钩。从上下文来看,自然人多数情况下指的就是一国的公民。

我提倡使用公民的概念,但自然人的概念并非不可用,可以用在涉外的地方。

(三) “其他组织”

“其他组织”这个术语在中国法中运用很广,柳经纬对该词在实在法中的用法做了很好的梳理,揭示出其附随性(或曰伴侣性)以及相应的含义不确定性。^② 实际上用来指称非法人团体。法人与非法人团体的区别在于后者的成员要为法人的行为承担责任。拆掉了这个门槛(美国就拆掉了),两者就同一了。我认为此说有理。理由一,从自然人与法人的对位法的产生来看,采用的是一分为二法^③。换言之,不是物理人的都是观念人,法人也好,其他组织也好,都是观念人,两者之间只有一个责任形式的可拆的门槛。理由二,“其他组织”是个剩余概念,即凡不是法人的组织体,都是它,这样它就失去了外延的圈框,如果立法者赋予了该术语内涵,这种赋予也被“其他”一语冲掉了。非法人团体的表达存在同样的逻辑困境。

四、自然人与公民的关系问题

(一) 人类人作为自然人的替代概念

自然人的概念还是难懂且容易引起误解,所以,1984年的《秘鲁民法典》第1条改采人类人(persona humana)的概念,曰:人类人自其出生开始为主体。^④ 这意味着淡化民事权利之享有的国籍基础,去掉persona概念的分拣性。2014年10月1日的《阿根廷国民商法典》第19条及其他多条继之。^⑤

要强调的是,人类人的概念尽管到1984年才见诸民法文件,但它是在1975年12月29日在信理大会(Congregation for the Doctrine of the Faith)上提出的概念,旨在强调性别伦理的一些原则,例如关于同性恋、手淫、婚前和婚外性行为的原则。^⑥ 这一术语从此见诸两个天主教国家的民法典,并在意大利、墨西哥的民法理论中运用。^⑦

① 参见该州的《人类胚胎法》,载 https://www.lexisnexis.com/research/retrieve?_m=dd2574b4fe012b5e917573ceb,最后访问时间:2005年5月9日。

② 柳经纬《“其他组织”及其主体地位问题——基于民法典总则立法的视角》,《法制与社会发展》2016年第4期,第118页及以次。

③ 《格劳宾登州民法典》第87条第1款规定:所有的不是物理人的权利主体,都是观念人。Cfr. Codice civile del Cantone des Grigione, Coira, 1863, p. 32.

④ Véase El Código Civil de 1984, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1997, pag. 39.

⑤ Véase Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, 2014, pag. 7.

⑥ See Persona Humana: Declaration on Certain Questions Concerning Sexual Ethics, On <http://www.priestsforlife.org/articles/2635-persona-humana-on-certain-questions-concerning-sexual-ethics>, 2016年6月9日访问。

⑦ Cfr. AugustoPonzio, Persona umana, Linguaggio e conoscenza in Adam Schaff, Edizione Redalo, 1974, p. 46. Véase Héctor Gros Espiell, amicum liber: persona humana y derecho internacional, Bruylant, 1997.

人类人的概念产生于天主教文件并非偶然,因为天主教(Catholic = Universal)的意思就是普世宗教。它是全球性的,所以不考虑民族国家成员的身份。天主教作为普世教会讲人类人是可以的,但作为民族国家的立法者就不可以了,因为民法本为身份法,其运作以公民身份为基础。但还是有人运用这一概念强调私法的全球化、宪法化,这些人过于理想主义,也不了解民法的历史和具体运作。

从技术的角度看,人类人概念可能是对自然人概念的替代,因为两者等值,自然人包括本国国民、外国人和无国籍人,这三者的总和就是人类人。

(二) 民法的身份性

民法的身份性来自古罗马市民法的身份性。如所周知,市民法只适用于具有罗马市民身份的人,外邦人彼此之间以及他们与罗马人之间适用万民法。

盖尤斯在其《法学阶梯》中说:每个共同体为自己制定的法是它们自己的法,并且称为市民法,即市民自己的法。^①此语的意思是每个国家的当局者只有权为自己的人民制定法律,不能跨越国境为其他国家的人制定法律。它告诉我们,市民法的身份性是由立法权的内国性决定的。如果某国的立法者不顾盖尤斯的这个魔咒为全人类立法,也只能流于空文。

基于盖尤斯魔咒,《法国民法典》第8条规定“所有的法国人都享有民事权利”^②,没有规定外国人也享有民事权利,法国立法机关无权作这样的规定。第11条规定:外国人要享有民事权利,以其所属国与法国订立了互惠条约为条件。这样,外国人在法国享有的民事权利是交换来的,并非天赋的。可以说,法国的民事权利享有是以公民身份为基础的。

但《德国民法典》第1条似乎不顾盖尤斯魔咒,规定:人的权利能力始于出生。这里的“人”(Mensch)不以德国人为限,包括外国人。如此,德国立法机关为外国人立法了,所以,《德国民法典》采用自然人概念并非偶然。但该条的可行性值得怀疑,如果某国对于新生儿有父亲承认的程序,这一规定就落空了。^③

(三) 公民下的经典子身份——普通法与特别法

公民身份并非铁板一块,其下分为许多子身份,每种身份意味的民事权利不一样。本目先说几种在词典中以对反于civil的词意味的子身份。

1. 军人与平民:民法是平民法。Civil的反义词之一是military。^④军人相比于平民的能力承受一些限制。让我们看一个案例。

李军与著名军旅歌手陈红原是夫妻,后双方离婚,为分割共有财产于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9家公司50%的股权转让给陈红。其第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……”

但李军在双方订立合同时,忽视了陈红现役军人的身份。按《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。”而陈红是海军电视剧制作中心的副主任,大校军衔。

李军表示,鉴于上述禁止性规定,他不同意陈红经营、管理公司,但陈红强行取得公司经营权,

① [古罗马]盖尤斯著,黄风译《法学阶梯》,北京:中国政法大学出版社1996年版,第2页。

② 李浩培等译《拿破仑法典》,北京:商务印书馆1979年版,第2页。

③ 事实上,《普鲁士普通邦法》第一编第一章第17条就规定:出生于人但不具有人形和人的特征的,不得主张家庭法和民法上的权利。第18条规定:上述生来畸形之人,必须获得养育而且应该生存至尽可能的期限。参见[德]汉斯·哈腾鲍尔著,孙宪忠译《民法上的人》,《环球法律评论》2001年冬季号,第395页。

④ 王宏林《谈谈Civil law的涵义》,《中外法学》1992年第5期。

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。^①

从法律行为有效要件的角度看,这个案件可以从陈红没有持有股份的权利能力角度论证上述股权转让协议无效。《民法通则》第58条列举了一系列法律行为无效的原因,但缺少“当事人没有相应的权利能力”的原因,应增加之。

2. 俗人与僧侣:民法是俗人法。Civil的另一个反义词是ecclesiastical。^②僧侣有佛教的和天主教的。这里举天主教僧侣的例子。

《天主教法典》第668条第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。^③委托的方式之一是订立遗嘱进行此等安排。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!修士如违规行事,其行为无效!

(四) 其他公民下的子身份

1. 城市公民与农村公民。农村人享有一些城市人不享有的权利能力,例如取得宅基地使用权的能力。这是一种基于属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都不享有此等能力。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。

2. 党员与非党员。非党员享有一些党员及其家属不享有的权利能力。《中国共产党纪律处分条例》第77条规定:党员领导干部不得实施如下行为:(1)经商办企业;(2)买卖股票或进行其他证券投资;(3)从事有偿中介活动;(4)在国(境)外注册公司或者投资入股,等等。第76条规定:党员领导干部的配偶、子女及其配偶不得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,担任此等范围内的外商独资企业、中外合资企业由外方委派、聘任的高级职务。上述规定剥夺了党员领导干部的商行为能力,他们甚至不能像平常老百姓那样炒股。如此安排是为了防止以权谋私、腐败。

(五) 外国人(含无国籍人)承受的能力限制

市民法的身份性服从利益分配的目的,所以,当代市民法对外国人有一定的排斥:例如外国人不能当引水员的经典例子。外国人在内国无购买土地甚至房屋的能力,劳动能力受到限制。^④

申言之,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),且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:1.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;2.超出工作许可限定范围在中国境内工作的;3.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,非法外籍家政工将被处以5000元以上2万元以下的罚款,而私自雇用他们

① 顾明君《歌手陈红遭前夫诉转让股权无效,下午开庭》,载 <http://ent.sina.com.cn/s/m/2016-02-02/doc-ifxnzanh0558669.shtml>,最后访问时间:2016年6月7日。

② 王宏林《谈谈Civil law的涵义》,《中外法学》1992年第5期。

③ 《天主教法典》,载 <http://www.tianzhujiao.org/fadian>,最后访问时间:2016年6月12日。

④ 徐国栋《评析三个民法总则草案中的平等规定——从平等撤退的端倪以及可能的发展》,《暨南学报》2015年第7期。

的雇主则会被处以5000元至5万元的罚款。

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当保姆者,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。

这些规定证明外国人的权利能力与内国人是不平等,从而证明自然人权利能力一律平等的规定是错误的。

五、“两户”在未来民法总则中的命运问题

(一)“两户”的现实性

2016年7月5日的民法总则草案仍规定了“两户”,尽管有许多人反对,认为应将两户转化为商自然人。保留“农村承包经营户”的理由是:农村承包经营制度跟我国宪政关系大,涉及农村改革和土地制度。全国有两亿多“农村承包经营户”,去留影响很大,要拿下要有充分的理由。^①保留个体工商户的理由是国家工商行政管理局不同意取消它。^②既然如此,我就把现实的当作合理的,研究一下户的法律意义以及怎样才是户。

(二)户的法律意义

1. 户在我国法律中的体现。家庭在民法上有两个名称。其一,家庭,它归民法中的亲属法调整,这一民法的分支体现家庭作为人口生产单位的方面。其二,户,它归民法总则中的“两户”制度调整。这一民法的分支体现家庭作为社会生产的一个单位的方面。个体工商户体现家庭在工商生产中的样态,农村承包经营户则体现家庭在农业生产中的样态。

在我国法律中,户也是或明或暗地作为一个主体单位考虑的。例如,1984年以来最高人民法院、最高人民检察院单独或会同发布的司法解释都规定,盗窃自己家中财物或近亲属财物的,可不按盗窃犯罪处理。确有追究刑事责任必要的,也与其他盗窃区别对待。^③对这一规定,有“法不入家庭”等解释,我的解释是盗窃者是家庭财产的共有人,换言之,他并非独立于家庭的主体,所以他自己“盗”自己的财产不构成盗窃。又如,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》规定:不执行法院判决的人,法院可以限制其高消费,因此不得实施下列行为:……(7)子女就读高收费私立学校。三如,根据如上所述的《中国共产党纪律处分条例》,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。^④在这两例中,“老赖”的子女未曾“赖”,高级公务员的配偶子女不曾当公务员,为何也要剥夺或限制他们的有关权利能力?答案很简单:他们不独立,与“老赖”、高级公务员属于一户,在利益上有关联。四如,2009年4月财政部等多部委联合下发的《家电下乡操作细则》第3条规定:享受补贴的每类下乡家电产品每户农民限购2台(件)。这是以户为主体考虑资源分配。2011年1月26日国务院出台为限制房价限制购买二套房的贷款措施,也是以户为主体。^⑤

在私法上,户有时也被作为法律关系的主体,例如房屋租赁合同的主体。对此可见《合同法》第234条的规定:承租人在房屋租赁期间死亡的,与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁

① 2015年9月15日下午人大法工委民法室主任贾东明在民法总则立法研讨会上的发言。

② 2016年8月24日,王利明教授在第十一届中国法学家论坛会议午餐上的告知。

③ 鲁昕《新中国亲属相盗问题研究——以家庭伦理为背景的展开》,《甘肃政法学院学报》2011年第6期,第78页。

④ 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》,《中国监察》2001年第3期。

⑤ 林伟祺《家庭的民事主体地位的研究》,《商品与质量》2013年3月号,第182页。

该房屋。其次可见《侵权责任法》第32条的规定:无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护责任的,可以减轻其侵权责任。假设这里的监护人是父母,未成年的子女闯祸的,父母赔,体现了责任的“户”性。第三可见《绿色民法典草案》第三分编第55条的规定:……(3)配偶一方只有在取得他方明示同意后,才可以解除婚姻住所租赁合同、转让婚姻住所或通过其他法律行为在婚姻住所上设定负担。(4)配偶一方有充分理由需要得到他方同意才可为此等处,无法得到前款同意或配偶他方无充分理由拒绝同意的,可诉请法院批准。^①故我国学者徐学鹿主张户(家庭)是民法法人。^②第四可见《意大利民法典》的几个规定,典型的是其第2083条,其辞曰:自耕农、手工业者、小商人以及其他从事以自己和家庭成员提供劳动为主的有组织的职业活动的人,是小企业主。^③该条把我国的个体工商户经营户和农村承包经营户都包括了,承认了“户”是一种民事主体。既然如此,一些合同就不因缔约的自然人死亡而解除。它们有分益耕种契约(第2158条)、共同耕种契约(第2168条)、一般牲畜饲养契约(第2179条)。最后可见《巴西新民法典》第626条的规定:承揽合同不因任一当事人的死亡而消灭,但此等合同明确地考虑承揽人的个人资质订立的除外。^④由于合同当事人不是个人而是户,所以,单个承揽人或加工人的死亡不导致合同消灭。

2. 户的法律特征。(1)其成员彼此间具有血缘或亲属关系,这是“户”的题中之义,但不排斥雇工,然雇工的数量不得超过家庭成员的数量,且其工作处在辅助的地位;(2)其成员互相依存,换言之,彼此不独立。“独立”是一个民法术语。例如2013年《匈牙利新民法典》第1条规定:本法根据独立原则和平等原则调整人之间的财产关系和人身关系。^⑤又如,《朝鲜民法典》第2条规定:本法规制平等地位的机关、企业、团体、公民之间形成的财产关系。国家保护机关、企业、团体、公民在民事法律关系中的独立地位。^⑥这两部民法典都把民法规制的自然人设想为独立的,昭示了独立是一个民法术语,尽管意大利的法律词典只把独立当作一个宪法术语(宪法机关间彼此独立、司法独立)和国际法术语;^⑦中国的词典把独立当作一个国际法术语和军事术语。^⑧(3)户的成员死亡,并不必然导致其缔结的法律关系消灭,涉及专业技能和人身信任关系的除外。例如,按优士丁尼《法学阶梯》,以户的成员之一的名义缔结的租赁合同不因户主的死亡而消灭,但以户成员之一的名义缔结的委任合同和合伙合同因订约当事人的死亡而消灭。^⑨(4)户的成员间彼此可代理而无需专门授权,尤其在夫妻之间。例如《法国民法典》第220条规定:夫妻各方均有权单独订立旨在维持家庭日常生活与教育子女的合同。夫妻一方依次缔结的债务对另一方具有连带约束力。^⑩与此相似,最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释》第17条规定:因日常生活需要而处理夫妻共同财产的,任何一方均有权决定。(5)户的成员间的关系类似于全产合伙,各成员除了少量生活用品,不得有异财。

(三)官方民法总则草案关于“两户”的规定存在的问题

2016年7月5日的民法总则草案第50条规定:自然人经依法登记,从事工商业经营的,为个体工商户。个体工商户可以起字号。

① 徐国栋主编《绿色民法典草案》,北京:社科文献出版社2004年版,第192页。

② 徐学鹿《商法总论》,北京:人民法院出版社1999年版,第213页。

③ 费安玲等译《意大利民法典》(2004年),北京:中国政法大学出版社2004年版,第488页。

④ 齐云译《巴西新民法典》,北京:中国法制出版社2009年版,第90页。

⑤ See Act V of 2013 on the Civil Code, 载 https://tdziegler.files.wordpress.com/2014/06/civil_code.pdf 2015年6月10日访问。

⑥ [韩]崔达昆《北朝鲜の民法·家族法》,东京:日本加除出版株式会社2001年版,第331页。

⑦ Cfr. Federico del Giudice, Nuovo Dizionario Giuridico, Edizione Simone, Napoli, 1998, p. 638.

⑧ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编《现代汉语词典》,北京:商务印书馆1980年版,第264页。

⑨ Cfr. I. 3 24 6; I. 3 26 10; I. 3 25 5. 中译文参见徐国栋《优士丁尼法学阶梯评注》,北京:北京大学出版社2011年版,第439、449、442页。

⑩ 罗结珍译《法国民法典》(上册),北京:法律出版社2005年版,第207页。

第51条规定：农村集体经济组织的成员，依法取得农村土地承包经营权，从事家庭承包经营的，为农村承包经营户。

第52条规定：个体工商户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。无法区分个人经营和家庭经营的，以家庭财产承担。农村承包经营户的债务，以家庭财产承担。

这三个条文有两个问题。第一个是逻辑问题。第52条把个体工商户分为个人经营和家庭经营两种形态，显然，个人经营的形态就不属于户，不应在“两户”的标题下规定。事实上，“个体工商户”的名称就是自相矛盾的，既然是“户”，何来“个体”？第二个是平等问题，表现为两个方面。第一个方面，第51条允许个体工商户起字号，其他条文未允许农村承包经营户起字号，反面解释，农户不可起字号。目前城乡区隔的社会结构已崩解，城市人干的事很多农村人也在干，前者可以起字号后者不可，可以认为后者受到了歧视并因此蒙受经营中的许多不便。第二个方面，第52条允许城市人既可以个人经营，也可以家庭经营，但不允许农村人个体经营，只能家庭经营，这剥夺了农村人的选择空间，形成歧视，也符合农村人的家庭合合分分的现实。由此说民法总则草案关于“两户”的规定违反了宪法规定的平等原则，应该不算过分。

（四）“两户”的未来命运问题

两户制度在制定民法总则时有三种可能的命运。其一，继续当“安慰剂”；其二，转化为“实药”；其三，撤退出总则。

1. 安慰剂。“安慰剂”是用来稳定病人情绪的假药。事实上，《民法通则》是把两户当作安慰剂规定的，旨在确认1986年存在于中国城乡的私人微型企业和承包农户的合法性。然而，时间过去了30年，援引《民法通则》第26-29条的案例很少。第26条只有9个案例。第27条只有1个案例。第28条没有1个案例。第29条只有18个案例（2016年8月11日在北大法宝和北大法意案例库中的查询结果）。这些案例有的仅仅因为当事人有个体户身份而援引上述条文，有的仅仅为把夫妻另一方或子女拉来承担合同或侵权责任而援引上述条文，有的为保护个体户的字号援引上述条文，没有关于两户内部经济运作的案例，例如，关于一个成员的法律行为被其他成员异议的案例，所以，这样的适用意义不大，夫妻一方替另一方还债完全可以通过夫妻财产制解决，个体工商户的字号问题可通过知识产权法解决，不必求诸“两户”制度。

2. 实药。转化为“实药”是按“户”的本意规定两户制度。“户”的本意是不同于自然人和法人的一种民事主体。对此，有罗马私法的蓝本可以参考。

罗马私法除了个别情形以个人为主体外，都是以户为主体，表现为大家熟悉的家父制度。户被理解为一个法人，家父是其法定代表人。

当然，罗马私法规定的是一般的户，《民法通则》和民法总则草案规定的是商户。未来的中国民法典如果要采用“户”的制度，不见得要全面照搬罗马私法的规定，但以下规定必不可少，不然，就规定的不是户，而是个人。

（1）在总则编规定“两户”资格的转让以及法律关系的承担，并规定“两户”成员间互有代理权，有相反约定的除外。

（2）在物权编规定“两户”成员的财产实行共同共有。对于农户，还应规定保证重要农业生产资料不因其领导成员的死亡通过继承程序分散的问题。^①

（3）在债编规定“两户”的成员死亡并不导致其缔结的法律关系消灭，此等关系由其他家庭成员承担，涉及专业技能和人身信任的除外。

（4）在亲属编规定家庭会议制度，将此作为户的决策机关，由此等会议推选户主，作为户的执

^① 与此相应的制度有家人遗产信托。参见徐国栋《帕比尼安在其〈问题集〉中对地方论的运用》，《法学》2016年第3期，第53页及以次。

行机关。

(5) 在继承编规定户主的死亡才导致遗产分配。

(6) 在民法上,规定“户”具有诉讼主体资格。原告告“户”即可,不必告具体的家庭成员。

由此可见,“户”是一个有体效应的制度,做了这些规定,就实现了“户”化。《民法通则》也好,民法总则草案也好,都没有“户”化。显然,它们的制定者是在未理解“户”的制度的意义的情况下规定“两户”的。

3. 撤退。上述“户”化措施尽管未违背现代法的个人主义原则,但违背了法的普遍性原则。适用于所有的人的法,谓之普通法。适用于一定阶层的人的法,谓之特别法。民法都是普通法,所以许多国家的民法典名称中都有“普通”二字。^①目前,我国个体工商户尽管有4059.27万户(2013年数字)^②,承包经营户有两亿多,但只占全国4.3亿家庭数的一半多一点,所以还不够普通,不能进民法典。如果进了,也给民法的一般规则带来太多的例外,所以,我提出的第一个撤退方案是把“两户”放到既有的特别法中去规定。工商户目前已有2011年的《个体工商户条例》,农村承包经营户尚无相应的立法,可补立之,把民法总则草案中的规定放进去。

撤退方案二是把“两户”放到亲属编规定,过去这一民法分支体现了家庭作为人口生产单位的方面。把“两户”放进去,可以让它体现家庭作为社会生产的一个单位的方面。个体工商户体现家庭在工商生产中的样态,农村承包经营户则体现家庭在农业生产中的样态。这样降级规定,可避免把两户放到总则里的体效应。

然而,无论哪种撤退,都固化了1986年存在的城乡二元制格局,在习近平时代,这种格局正在被努力消除中,所以,第三种撤退方案是哪里都不规定“两户”,让它像联营一样死亡,该制度也曾作为安慰剂被规定于《民法通则》,现在被拿下了,不再见诸民法总则草案,其有用成分转化为企业制度的有关内容。

六、结 论

1. 我国未来民法典应缩小总则的规模,筛选那些有普遍分则射程的制度进入,只有超过一编的射程但无全法典射程的制度,可安排在二级总则中。

2. 未来民法典应少用自然人概念,多用公民概念,肯认民法赋予的大多数权利并非人权,而是公民权。

3. 未来民法典应承认公民名目下各种子类权利能力的不同一性或不平等性。

4. 认清法人不过是主体属概念下与自然人对偶的剩余概念,不是自然人的团体或目的性财产,立法者愿意赋予其主体资格的,都可以称之为法人。在这个意义上,其他组织也是法人。

5. 对“两户”的遗产做出妥当的安排。如果“留”,则要把户的概念建立在血缘关系的基础上,消除名为户,实为个人的规定,并建立户的成员相互关系的规则。如果“去”,倒可以实现城乡经营者在法律上的平等。

[责任编辑 李晶晶 责任校对 王治国]

^① 例如1794年的《普鲁士普通邦法》、1810年的《奥地利普通民法典》。

^② 沈静文《我国个体工商户数量突破四千万》,载 http://china.cnr.cn/gdgg/201301/t20130110_511751907.shtml,最后访问时间:2016年9月26日。