

“权利能力平等、不得放弃、不得剥夺”三错论批判 ——兼论《民法典》第 14 条的司法解释方向

徐国栋*

内容提要：《民法典》第 14 条采用的“自然人权利能力一律平等”的命题需要“权利能力不得放弃”和“国家不得剥夺自然人的权利能力”两个命题来支撑。在立法史上，主命题首次出现在 1811 年的《奥地利普通民法典》中，但它只有消除基于自由身份的不平等的意图，并无消除基于国民身份、宗教身份的不平等的意图。然而，1907 年的《瑞士民法典》无视这些因素，作出了“自然人权利能力平等”的抽象规定，并配备了“权利能力不得放弃”的支持性规定。到了 1964 年的《苏俄民法典》，更配备以“国家原则上不得剥夺自然人的权利能力”的支持性规定。三个命题从《大清民律草案》以来就以这样那样的方式存在于我国的相关法律规定和学说中，现在已被原产这些命题的国家的修正性立法和学说证明为错误。因此，在《民法典》颁布之后，应纠正此等错误，通过司法解释为第 14 条加上“但以未受立法、司法剥夺并未被民事主体放弃为限”的但书。另外，应抛弃权利能力不得放弃、不得剥夺的错误学说。

关键词：权利能力 平等 放弃权利能力 剥夺权利能力 民法典

一、“自然人权利能力一律平等”命题及其支持性命题

“自然人权利能力一律平等”的命题为我国《民法典》第 14 条所采。为了维持这一命题的坚
实性，还需“自然人权利能力不得放弃”“国家不得剥夺自然人的权利能力”两个命题来支持。

* 徐国栋，厦门大学法学院教授。

感谢瑞士伯尔尼大学教授（同时是意大利米兰大学教授）Iole Fagnoli、澳门大学吴奇琦博士、厦门大学陈帮锋博士为
写作本文提供帮助，也感谢写作本文时在米兰大学访学的陕西师范大学向东博士帮助下载在国内无法下载的关于《瑞士民
法典》第 27 条的珍贵德文资料。

因为如果允许私人放弃或国家剥夺自然人的权利能力，放弃者或被剥夺者的权利能力就与其他自然人不平等了。细究起来，还需第三个支持性命题“国家不得奖励自然人权利能力”，但因为奖励权利能力〔1〕尚未充分出现于我国的立法实践中，〔2〕故暂放过不论。

我国通说认为法人的权利能力是特殊的，〔3〕也就是法人彼此不同，由此不存在法人权利能力平等的可能。但也有学者持相反学说，例如马俊驹和余延满就主张法人的权利能力也一律平等，认为法律和章程限制的并非法人的权利能力，而是行为能力。〔4〕李永军也认为法人的权利能力一律平等，因为我国立法和学理已抛弃“法人超越经营范围的活动无效”的理论。〔5〕马俊驹、余延满、李永军三位学者的观点具有支持《民法典》第4条的客观效用。按照该条，民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。“民事主体”既包括自然人，也包括法人和非法人组织。本文采用通说，按照此说，无必要设立法人的权利能力不得放弃并不得剥夺的支持性命题。事实上，从来无人提出过这些命题。从实践来看，营利法人可通过解散放弃自己的权利能力，也可通过变更自己的经营范围放弃自己这方面的权利能力，同时取得那方面的权利能力。关于法人权利能力的剥夺，《德国民法典》第43条有明确规定：其权利能力以授予为基础的社团追求章程所规定目的以外的目的的，它可以被剥夺权利能力。〔6〕此条反证法人权利能力平等论的主张者想当然耳。

二、“自然人权利能力一律平等”之命题的确立及其发展

（一）乌尔比安等学者力图实现生物人与法律人的同一性

自然人权利能力一律平等的命题最远可追溯到乌尔比安（170—228年）。他在其《萨宾评注》第43卷中说：“在市民法的范围内，奴隶什么都不是，但根据自然法并非如此，因为在自然法的范围内，所有的生物人都平等。”（D. 50, 17, 32）〔7〕此语看起来抓住了权利能力问题的本质：实现 Homo 与 Persona 的同一性，以求达成所有生物人的平等。乌尔比安尽管承认市民法中 Homo 与 Persona 的背离，但不认为这是理所当然的，因为在理想的自然法中并不如此。乌尔比安第一次提出自然法、万民法与市民法的三分法，〔8〕而他认为的自然法基本上是万民法的同义词，只是在是否承认奴隶制上两者不同。〔9〕不妨认为乌尔比安另立自然法概念就是为了反对奴

〔1〕在罗马法中，对于对罗马国家有贡献的外邦人，往往奖励市民身份，在这一身份上，附着了所有罗马市民的权利能力。参见徐国栋：《罗马私法要论——文本与分析》，科学出版社2007年版，第62—63页。

〔2〕厦门市每年对于优秀的农民工也奖励本市户口，完成“农转非”者即具有城市人的权利能力。关于农村人与城市人的能力差别，参见徐国栋：《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》，载《暨南学报》（哲学社会科学版）2015年第7期。

〔3〕参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第152—156页。

〔4〕参见马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2004年版，第124页。

〔5〕参见李永军：《论权利能力的本质》，载《比较法研究》2015年第3期。

〔6〕参见陈卫佐译：《德国民法典》，法律出版社2015年版，第17页。

〔7〕Mommson, Alan Watson ed., *The Digest of Justinian*, Vol. VI, University of Pennsylvania Press, 1985, p. 959.

〔8〕See James Crawford Ledlie, Ulpian, 5 (1) *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 22 (1903).

〔9〕I. 1, 2, 2. 参见徐国栋：《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》，北京大学出版社2011年版，第43页。

隶制，因为奴隶制违反人道。所以他被称为人权的先锋。^{〔10〕} 作为一个斯多亚哲学家，乌尔比安信仰的哲学认为人都是神的儿女，应该平等。^{〔11〕}

但是，按照罗马法创立的标准，一个生物人要想成为法律人，必须通过自由身份、国民身份、家族身份、名誉身份、宗教身份的门槛，^{〔12〕} 上述乌尔比安的法言只谋求拆除横亘在生物人与法律人之间的自由身份门槛，并未谋求拆除其他的门槛。事实上，乌尔比安在其《告示评注》第12卷中主张丧失市民身份者丧失在合同之诉中的诉讼能力（D.4, 5, 2）。^{〔13〕} 这是对国民的身份门槛的肯认。假设权利能力平等是一座房子，需要五根柱子支撑，乌尔比安确实画出了屋子的蓝图，却只用一根柱子支撑。他的这种独木撑大厦的做法造成了后世的自然人权利能力一律平等原则的一切问题。

非独此也，乌尔比安只是在请求返还之诉（Condictio）的狭窄语境里谈论奴隶作为生物人不享有法律人资格的问题，而非在人法的语境中做如此谈论。事实上，根据德国学者奥托·勒内尔（Otto Lenel, 1849—1935年）的还原，乌尔比安上述法言所由出的《萨宾评注》第43卷的主题就是请求返还之诉。紧接着上引D.50, 17, 32的是D.15, 1, 41，^{〔14〕} 其辞曰：奴隶既不能当以某物为标的的合同的债务人，也不能当这种合同的债权人。但我们在宽泛的意义上使用这个词的时候，我们指的是一个事实，而非指市民法上的债。……^{〔15〕} 这里说的是奴隶并非市民法上的债的主体，他们涉足的债的关系，严格说来都是自然之债。如此语境，让乌尔比安有关法言的人权色彩大为减损。

在过了约1200多年后，德国学者乌尔特尤斯（Hermann Vultejus, 1565—1634年）把Persona与Homo的对立提升到人法部分来谈。他于1613年在其《优士丁尼编订的市民法阶梯评注》（In institutiones juris civilis a Justiniano compositas commentarius）一书中说：“奴隶是Homo，但不是Persona。Homo是自然法的术语，Persona是市民法的术语。”^{〔16〕} 此语昭示了在是否把奴隶看作主体问题上自然法与市民法的对立，暗含着在市民法上这两种人应该合一的愿望。

又过了一个半世纪有余，康德（1724—1804年）在其《实践理性批判》（1788年）中说：“在全部被造物之中，人所愿欲的和他能够支配的一切东西都只能被用作手段；唯有人，以及与他一起，每一个理性的造物，才是目的本身。”^{〔17〕} 此语未直接谈到一些生物人不能成为法律人的问题，以及相应的自然法与市民法的合理性比较问题，但间接涉及这一问题，因为奴隶制就是

〔10〕 See Tony Honoré, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, Oxford University Press, 2002, The Cover.

〔11〕 参见余卫东、费雪莱：《论斯多葛学派平等思想》，载《湖北大学学报》（哲学社会科学版）2013年第3期。

〔12〕 参见前引〔1〕，徐国栋书，第20-41页。通常的罗马法著作只讲前三种身份，如此枉顾了罗马法大量运用后两种身份规训社会成员的现实。

〔13〕 参见窦海阳译：《学说汇纂·恢复原状与责任的承担》（第4卷），中国政法大学出版社2012年版，第133页。

〔14〕 Cfr. Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis* vol. Alterum, Ex Officina Bernhardi Tauchnitz, Lipsiae, 1889, p. 1173.

〔15〕 Cfr. Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae, Testo e traduzione (a cura di Sandro Schipani) III, Giuffrè, Milano, 2007, p. 195.

〔16〕 Cfr. Guido Alpa, *Status e Capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Roma-Bari, 1993, p. 63.

〔17〕 〔德〕康德：《实践理性批判》，韩水法译，商务印书馆2000年版，第95页。

把一些生物人当作一些法律人的工具的制度，所以值得批判。康德的推进在于为生物人与法律人的等同化提供了理由：他们具有理性。

（二）《奥地利普通民法典》

1811年的《奥地利普通民法典》第16条把上述前人的思想成果以法律条文的方式体现出来，其辞曰：每个（生物学意义上的）人均生来就因理性而获得天赋的权利，并据此被视为（法律上的）人。禁止奴隶制以及以此为依据的权力行使。^{〔18〕}该条前句提出了主命题，后句限定了主命题的适用范围，也就是只打算解决作为生物人（Mensch=Homo）的奴隶与法律人（Person=Persona）的同一性问题，尽管表述宏大（“每个人类人”），但承认权利能力的放弃和剥夺。

申言之，首先，《奥地利普通民法典》第33条并不无条件地把外国人当作本国的法律主体，而是以外交互惠为条件。^{〔19〕}其次，第573条承认宗教身份导致的不平等。其辞曰：宗教誓言被认为是无遗嘱能力的原因之一，宗教的神职人员一般无权立遗嘱……^{〔20〕}这里说的是出家人通过发贫穷愿放弃自己的遗嘱能力。再次，第574条承认基于名誉身份的权利能力不平等，其辞曰：受死刑判决的犯人，自其收到判决书之日起，被置于死牢中，在整个受刑期间，不能为有效的遗嘱处分。^{〔21〕}此条剥夺了死刑犯的遗嘱能力。

观察《奥地利普通民法典》第33条、第573条和第574条可见，这一民法典第16条并未开创自然人的权利能力一律平等的命题，只是其文义允许如此理解而已。

第16条主张的有限平等以自然法为基础，因为它不把权利的赋予看作法律的工作成果，而是看作天赋的（即与生俱来的）。阿道尔夫·劳斯（Adolf Laus）说该条出自蔡勒（F. Zeiller，1753—1828年），他是康德的学生。康德认为人是目的，不能被当作手段。^{〔22〕}所以，本条首先是康德思想的反映。这点可从弗朗茨·哈维尔（Franz Xaver）对该条的评注中得到印证。他首先说：人是可感的理性存在，因此，他设定自身为目的，并把环绕他的非理性存在当作手段实现其目的。这一规则对于所有的人都是一样的。所以，每个人都要把他人当作目的。^{〔23〕}相反，奴隶制和农奴制把人当作手段，遭到本条以及1852年《奥地利刑法典》第95条^{〔24〕}的禁止。奥地利曾有农奴制，于1781年11月1日废除。^{〔25〕}《奥地利普通民法典》第16条是对这一事实的确认。

（三）起草者的思想

《奥地利普通民法典》重要起草者蔡勒的《自然的私法》（Das natürliche Privatrecht）的书名表明他受到了乌尔比安的影响：他要把私法自然法化。他避免把自己的书名叫作《自然的民

〔18〕 参见周友军、杨垠红译：《奥地利普通民法典》，清华大学出版社2013年版，第3页。

〔19〕 其辞曰：外国人一般与公民享有同等的权利和承担同等的义务，但以法律无明确要求具有本国公民资格为限。在有疑问之时，为享有与奥地利公民同等的权利，外国人应证明其国家就所争议的权利已给予奥地利公民同等待遇。参见前引〔18〕，周友军、杨垠红译书，第5页。

〔20〕 该条于2015年被废除。

〔21〕 Cfr. Codice civile Austriaco, Milano, Dalla Cesarea Regia Stamperia, 1815, p. 141. 该条于1867年被废除。

〔22〕 Vgl. Adolf Laufs, Rechtsentwicklungen in Deutschland, Walter de Gruyter, 2011, S. 200.

〔23〕 Vgl. Franz Xaver, Erläuterung der in dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuche in Ansehung des Personen-Rechtes, Grätz, 1831, S. 134.

〔24〕 该条款大意为：奴隶在进入奥地利领土或登上奥地利船舶后自动获得解放。阻止奴隶获得自由的人判刑1~5年。奥地利船长或其他奥地利臣民持续使用奴隶的，根据情节，最高可判刑20年。Vgl. Strafgesetz 1852 (Österreich), S. 21.

〔25〕 See the Entry of Serfdom, available at <https://en.wikipedia.org/wiki/Serfdom>, last visited on May 14, 2019.

法》，因为这样会陷入矛盾。民法只能是特定政治体的立法机关为自己的国民制定的规则，是此等国民的属人法。而自然法是跨国家的，甚至是跨族类的。自然法考虑的不是特定法域的人格，而是人类共同体的人格。所以，《奥地利普通民法典》第16条中的“人”是 Mensch，也就是人类人，如同康德在前引句子中考虑的也是 Mensch。这种人的人格是与生俱来的，不是法律赋予的。这样的人格只能存在于哲学家的想象中，因为不存在一个跨国的权威赋予这样的人格。蔡勒把自己的上述学说用于制定《奥地利普通民法典》，此等民法典体现的就应该叫自然的民法了。这个自相矛盾的说法如同说无限的有限。

奴隶制非国际合作不能根除。国际刑法界普遍认为，现代国际刑法创始于1815年的维也纳会议。^[26] 1814—1815年的维也纳会议本是安排拿破仑倒台后的欧洲政治秩序的，当时已在国内完成废奴的英国认识到，奴隶制非依赖国际合作不能根本废除，于是利用这个国际舞台推动设立了一个委员会研究废奴，最终达成了《关于全面废除奴隶贸易的宣言》。^[27] 《奥地利普通民法典》第16条制定于这一宣言之前，所以，可以把它看作是对《宣言》的预报，也表征奥地利比英国更早解决了废奴问题，因此成为奥地利的骄傲。

无论如何，《奥地利普通民法典》不把奴隶制看作一个本国的问题，而看作一个传来的问题，其考虑的是外国奴隶进入奥地利后自动获得解放的问题。这样的安排与立法者的人类人着眼点是一致的。

相反，尽管法国在制定其民法典时尚未废奴，^[28] 《法国民法典》的制定者在处理 Homo 与 Perosna 的关系时不采取自由身份的着眼点，而采取国民身份的着眼点，^[29] 其第8条规定：所有的法国人享有民事权利（Tout Français jouira des droits civils）。^[30] 从此条可见，法国立法者清楚地意识到自己只能为法国人立法，不能为人类人立法，所以做出这样的规定。朱明哲指出了法国立法者的心路历程：他们不认为民法典——作为人的创造物——有能力解决属于自然法的问题。^[31] 照此推理，法国人享有的民事权利不是与生俱来的，而是立法者赋予的。如果立法者对被赋予者不满意，可以以民事死亡的手段剥夺其权利能力。于是，《法国民法典》果然就用12个条文（第22条到第33条）的篇幅规定了民事死亡制度。所谓民事死亡，就是基于敌人不复为公民的立场勾销叛国者的公民资格，由此剥夺附着于这一资格的所有民事权利能力。^[32] 简言之，被判处民事死亡者不复为法国人，所以，《法国民法典》（尤其是第8条）不再对他们生效。民事死亡者要被剥夺7项能力，即所有权能力、消极的继承能力、积极的继承能力、监护能力、作证能力、诉讼能力、婚姻能力。^[33]

[26] 参见黄太云：《国际刑法学界关于惩治国际犯罪战略的研究》，载《法学家》1994年第1期。

[27] Vgl. Werner Sabitzer, Der Wiener Kongress von 1814/15 schaffte Sklaverei ab, Aus <http://www.m-media.or.at/medien/print/innenministerium-der-wiener-kongress-von-181415-schaffte-die-sklaverei-ab/2015/03/30/index.html>, 最后访问时间：2019年4月30日。

[28] 法国于1848年才在维克托·舍尔歇（Victor Schoelcher, 1804—1893年）的倡议下废奴。

[29] 事实上，这部法典的全称是《法国人的民法典》（Code civil des Français）。

[30] 参见李浩培、吴传颐、孙鸣岗译：《拿破仑法典》，商务印书馆1983年版，第2页。

[31] 参见朱明哲：《“民法典时刻”的自然法》，载《苏州大学学报》（法学版）2016年第2期。

[32] 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。

[33] 参见前引[30]，李浩培、吴传颐、孙鸣岗译书，第4页。

（四）《奥地利普通民法典》第 16 条的诸后继者

1. 《萨克逊民法典》

1863 年的《萨克逊民法典》(Sächsisches Zivilgesetzbuch) 第 30 条规定：每个生物人皆有权利能力 (Jeder Mensch ist rechtsfähig)。第 31 条规定：奴隶制、农奴制以及与此相关的权力行使，不许之 (Sklaverei, Leibeigenschaft und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Gewalt sind unstatthaft)。〔34〕这两条来自《奥地利普通民法典》第 16 条，但第 30 条把“享有权利”改成了“享有权利能力”，使用了蒂堡 (Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772—1840 年) 在其于 1803 年出版的《潘得克吞法之体系》中首次提出的权利能力 (Rechtsfähigkeit) 的术语，〔35〕由此把本文研究的命题的表述形式向我们现在熟悉的方式靠拢。实际上，德文中的 fähig 就是“能”的意思，Recht 还是权利的意思，从这个角度看，享有权利能力跟享有权利的意思差别不大。相比于第 30 条的改造式采用，第 31 条是照抄《奥地利普通民法典》第 16 条的第二句。为何如此规定？可从该民法典的起草人之一辛滕尼斯 (Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, 1804—1868 年) 的《实用普通民法》(Das praktische gemeine Civilrecht, 1844 年出版) 中找到答案。“人 (Person) 与法律主体同义。因此，人格意味着权利能力。自由的概念和意志的概念是能力概念的基础，而只有人 (Mensch) 具有自由和意志。”“人格不是权利，而是权利的前提和基础。人格以人活着出生为条件被赋予人，罗马法中的奴隶和市民的概念变得没有意义。”〔36〕这些言论解释了《萨克逊民法典》的上述两个条文的反奴隶制立场，但更进一步，其欲拆除横亘在 Homo 与 Persona 之间的国民的身份的门槛，因为立法者考虑的不是本国国民，而是人类人 (Mensch)，所以，罗马法上的市民概念在其看来也变得无用了。这是一个震撼人心的表达，因为自罗马法以来，民法一直是身份法，主要适用于具有本国国籍者 (即“市民”)，并由此得名“市民法”，取消了民法的市民身份基础，民法也得改名了，改成“自然法”。

《萨克逊民法典》第 31 条也是反奴隶制的规定，它产生在《关于全面废除奴隶贸易的宣言》之后，可以看作对这一宣言的回应。

2. 《苏黎世私法法典》

1885 年的《苏黎世私法法典》第 8 条规定：每个人通常能享有所有的私权，无人不享有权利 (Jeder Mensch ist in der Regel alles Privatrechtes fähig. Kein Mensch ist rechtlos)。〔37〕这一条文只正面肯定每个人享有权利能力，而不从反面禁止奴隶制，显得它与《奥地利普通民法典》第 16 条没有关联。但《苏黎世私法法典》的作者布伦奇利 (Johann Caspar Bluntschli, 1808—1881 年) 曾长期在德国学习并深受潘得克吞法学影响。〔38〕所以，《苏黎世私法法典》吸收了《萨克逊民法典》第 30 条的规定，由于奴隶制已被废除，把《萨克逊民法典》第 31 条的规定当作不言自

〔34〕 Vgl. Eckart Klein, Christoph Menke, Der Mensch als Person und Rechtsperson: Grundlage der Freiheit, BWV Verlag, 2011, S. 62.

〔35〕 参见郑晓剑：《权利能力相对论之质疑》，载《法学家》2019 年第 6 期。

〔36〕 Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, Das Practische Gemeine Zivilrecht, Erster Band, Leipzig, 1844, S. 91ff.

〔37〕 Vgl. Johann Caspar Bluntschli, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich. 3. Das zürcherische Obligationenrecht, Schultheß, 1855, S. 6.

〔38〕 参见殷安军：《瑞士法上民商合一模式的形成——兼评“单一法典”的理念》，载《中外法学》2014 年第 6 期。

明之理省略，由此开启了抽象化理解第8条之规定的门径。他的这一处理在后来的瑞士立法中流传下来。

三、权利能力不得放弃命题的确立和发展

(一)《瑞士民法典》

1907年的《瑞士民法典》第11条规定：1. 每个人（Jedermann）都有权利能力；2. 在法律范围内，人（Mensch）都有平等的权利能力及义务能力。^{〔39〕}该条显然来自《苏黎世私法典》第8条，《瑞士民法典》的起草者欧根·胡贝尔（Eugen Huber，1849—1923年）是苏黎世人，他在起草《瑞士民法典》时大量参考了《苏黎世私法典》，但有改进：其一，在第2款中，明确以“平等”作为权利能力和义务能力的定语，这样就揭示了从《奥地利普通民法典》到《苏黎世私法典》有关条文包蕴的平等内涵，但把这样的平等受制于法的规定（在法律的范围内），这样就建立了平等原则的实证主义立场，把权利能力平等看作法律赋予而非天赋的结果，由此推论，既然立法者可以赋予权利能力，亦可剥夺之；其二，增加了义务能力作为平等的内容。

除了以上改进外，《瑞士民法典》相较于其先驱性条文做了一个最大的改进，那就是规定第27条第1款作为对第11条的支持，其辞曰：任何人不得全部或部分地放弃权利能力及行为能力。^{〔40〕}该款把权利能力的放弃分为全部放弃和部分放弃两种类型，尽皆禁止。另增加行为能力为放弃的对象，也分为全部放弃和部分放弃，尽皆禁止。^{〔41〕}

为何《瑞士民法典》要为第11条设立一个别出心裁的支持性条款？西比尔·霍费（Sybille Hofer）认为是受到了施塔姆勒（Rudolf Stammmler，1856—1938年）的影响。《瑞士民法典》的作者欧根·胡贝尔曾经与施塔姆勒在哈勒大学法律系共事，所以，胡贝尔收藏有施塔姆勒的全部著作，影响胡贝尔写下第27条第1款的是施塔姆勒的《正义法的理论》（Die Lehre von dem Richtigen Recht），此书中确立了正义法的四个原则，其中的第一个原则就是“一个人意志的内容不得被迫经受另一个人任意欲望的控制”，第二个原则是“每一种法律要求的提出必须使义务人可以成为他自己的邻居”。这两个原则被称为尊重原则。^{〔42〕}第一个原则反对人与人之间的奴役，第二个原则来自《圣经·路加福音》10：30—3，体现了耶稣提出的“爱你的旁边人”的戒条。它在第一个原则的基础上更进一步，不仅反对奴隶制，而且要求仁者爱人。胡贝尔基于第一个原则起草了《瑞士民法典》第27条第1款。他认为，权利能力是人格的一般属性，不应通过自愿的放弃遭到牺牲。^{〔43〕}放弃的方式有：订立终身雇佣合同、承受过高的违约金、订立无限竞

〔39〕 参见殷生根、王燕译：《瑞士民法典》，中国政法大学出版社1999年版，第7页。

〔40〕 参见前引〔39〕，殷生根、王燕译书，第9页。译文有改动。

〔41〕 行为能力的放弃例子可见《立陶宛民法典》第3.29条的规定。其辞曰：婚姻不得限制配偶双方积极的或消极的能力，尽管如此，配偶双方行使某些权利的能力可被婚姻合同或此等合同的委任条款限制。See Civil Code of The Republic of Lithuania, p. 89, available at https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=87072&p_country=LTU&p_count=462, last visited on Jun. 1, 2020. 在该民法典中，积极能力指行为能力，消极能力指权利能力。

〔42〕 参见〔德〕施塔姆勒：《正义法的理论》，夏彦才译，商务印书馆2016年版，第178—179页。

〔43〕 Vgl. Hofer, Sibylle. -Art. 27 ZGB: die späte Entdeckung einer vermeintlichen Lücke, In: Recht-Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, -26 (2008), H. 2, S. 60.

争条款等。总之，不能使债务人受债权人的过分凌迫。^[44] 所以，不妨把第 27 条第 1 款理解为对合同自由的保障，该款已完全与奴隶制脱离关系。《奥地利普通民法典》第 16 条和《萨克逊民法典》第 30 条反对奴隶制，到了在时间上相隔不远的《瑞士民法典》的时代，奴隶制已寿终正寝，故其第 27 条第 1 款只反反对对人的意思自治的过度限制。

另外，第 27 条第 1 款也反映了潘德克吞学派的人格不得为其承载者处分的理论，这点可从第 27 条的旧条名“人格的保护。I. 一般规定。1. 不可转让性”看出来。^[45] 所以，该条是对人格的不可转让性的宣示。潘德克吞学者萨维尼（Friedrich Carl von Savigny, 1779—1861 年）和普赫塔（Georg Friedrich Puchta, 1798—1864 年）认为，人格作为自身存在于民事主体之中（Recht an der eigenen Person）的权利，与主体不可分离。他们否认自然人对自身身体和自由意识有支配权，因此，人格只是一种法律资格，无法成为一种独立的主观权利。^[46]

（二）《土耳其民法典》

众所周知，1926 年《土耳其民法典》乃移植《瑞士民法典》而成。故现行《土耳其民法典》第 8 条与《瑞士民法典》第 11 条对应，其辞曰：1. 每个人都有权利能力；2. 因而，所有的人在法律范围内享有平等的权利能力及义务能力。此外，现行《土耳其民法典》的第 23 条第 1 款与《瑞士民法典》第 27 条第 1 款对应。其辞曰：任何人，即使在最小程度上，也不得放弃其权利和自由行动的能力。^[47] 该条首先把权利规定为不得放弃的对象，其次才把能力规定为不得放弃的对象，而且限缩为自由行动的能力。看来，土耳其的立法者考虑到放弃能力的情形很少，放弃权利的情形很多，所以把重心转向高发事件。而且少量的能力放弃的对象都是自由行动权，故专门限制这方面的放弃。

（三）大清、民国以及我国台湾地区相关规定

1911 年的《大清民律草案》第 4 条规定：人于法令限制内，得享受权利，承担义务。第 49 条规定：权利能力及行为能力不得抛弃。^[48] 第 4 条对应于《瑞士民法典》第 11 条，第 49 条对应于《瑞士民法典》第 27 条第 1 款，如此，主命题和支持性命题都加以继受，堪称完整。但 1925 年的《中华民国民律草案》删除了《大清民律草案》第 4 条，仅在其第 16 条规定：凡人不得抛弃其权利能力及行为能力。^[49] 我国台湾地区“民法”继续采取这种半拉子继受路线，其第 16 条规定：权利能力及行为能力，不得抛弃。^[50] 三个采自《瑞士民法典》第 27 条第 1 款的条文被中国法律起草者做了苟简主义的处理，把瑞士立法者区分全部放弃和部分放弃的苦心一笔抹煞了。

[44] 参见前引 [43]，Hofer, Sibylle 文，第 61 页。

[45] I 的 2 出现在第 28 条：防止侵害。II 出现在第 28 条，该条的条名是“姓名人格权”。Voir Le Code Civil Suisse, 1921, Geneve, pp. 14s. See also The Swiss Civil Code, The Boston Book Company, 1915, p. 5.

[46] 参见张礼洪：《人格权的民法保护及其理论的历史发展》，载《中国政法大学学报》2018 年第 4 期。

[47] See Turkish Civil Code, Text updated Law No. 4963, dated 6/8/2003 published in official Gazette No. 25192 dated 7/8/2003, p. 4.

[48] 参见杨立新点校：《大清民律草案、民国民律草案》，吉林人民出版社 2002 年版，第 3、7 页。

[49] 参见前引 [48]，杨立新点校书，第 204 页。

[50] 参见陶百川编：《最新六法全书》，三民书局 1981 年版，第 89 页。

富有意味的是，在大中华地区的范围内，被《中华民国民律草案》和我国台湾地区“民法”遗漏继受的《瑞士民法典》第11条被1986年的《民法通则》第10条继受了，其辞曰：“公民的民事权利能力一律平等。”后来被2017年的《民法总则》第14条继受了，其辞曰：“自然人的民事权利能力一律平等。”但这两部立法文件没有继受支持性规定，此等规定仅存在于本文后部要介绍的我国民法学说中。

（四）《葡萄牙民法典》和“澳门民法典”

1966年的新《葡萄牙民法典》第67条规定：除法律另有规定外，自然人得成为任何法律关系之主体；此为自然人之权利能力。此条规定主命题，但排除平等（设有“除法律另有规定外”的但书），从而排除权利能力不得剥夺的命题。第69条规定：任何人不得全部或部分放弃其权利能力。^[51]此条规定权利能力不得放弃的支持性命题。

“澳门民法典”第64条、第66条做出了同样的规定。^[52]配合第64条的排除平等，“澳门民法典”规定了停止行使亲权、监护权、保佐权，暂时禁止业务或职业，中止驾照的效力等剥夺权利能力的方式。^[53]

新《葡萄牙民法典》之所以确立第69条，是为了贯彻这一民法典奉行的“所有的生物人都能成为法律人原则”（Princípio da Personalização jurídica do Homem）。该原则的依据是《葡萄牙宪法》第13条规定的平等原则^[54]以及《世界人权宣言》第6条的规定。而且，赋予法律人格是对人的尊严的保障，因为前者是后者的投射。^[55]这种说明把宪法上的平等原则搬用于民法，值得斟酌，因为宪法上的平等原则是限制立法权的，^[56]民法上的平等是限制当事人一方对他方的优势的。一个是纵向的，一个是横向的，两者不宜相提并论。另外，从《世界人权宣言》第6条的起草历史来看，该条允许按照程序剥夺犯罪人的权利能力（参见下文）。所以，“所有的生物人都能成为法律人原则”要加上但书才好。

四、权利能力不得剥夺命题的确立和发展

（一）《苏俄民法典》

很有意思的是，权利能力不得剥夺命题的确立始于苏联。1923年《苏俄民法典》第6条规定：不按照法律和法律规定程序，不能剥夺和限制任何人的民事权利。^[57]说此条支持“自然人

[51] Ver Código Civil Português (Atualizado até à Lei 59/99, de 30/06), pp. 20 - 21.

[52] 参见赵秉志总编：《澳门民法典》，中国人民大学出版社1999年版，第28-29页。

[53] 参见詹红星：《中国内地和澳门资格刑比较研究》，载《“一国两制”研究》2006年第7期。

[54] 其第1款辞曰：所有公民都有同等的社会尊严；法律面前人人平等。参见姜士林、陈玮主编：《世界宪法大全》（上卷），中国广播电视出版社1989年版，第943页。

[55] Ver MMO Escola, Os Princípios Fundamentais do Direito Civil, Em <https://escola.mmo.co.mz/os-principios-fundamentais-do-direito-civil/>, 最后访问时间：2020年1月2日。

[56] 参见〔法〕莱昂·狄骥：《宪法学教程》，王文利等译，辽海出版社、春风文艺出版社1999年版，第177页；〔日〕阿部照哉、池田政章、初宿正典、户松秀典编著：《宪法——基本人权编》（下册），周宗宪译，中国政法大学出版社2006年版，第108页。

[57] 参见郑华译：《苏俄民法典》，法律出版社1956年版，第4页。

权利能力一律平等”命题并不严格，因为它讲的是剥夺权利而非能力。而且，《苏俄民法典》第4条体现的主命题也不严格，大意是：全体公民权利能力平等，但法院限制其权利者除外。^[58]

1964年《苏俄民法典》第9条第1款规定：享有权利和承担义务的能力平等地授予所有的苏俄公民和其他加盟共和国的公民。此为主命题规定。第12条规定：“无人可被限制其享有权利和承担义务的能力或实施法律行为的能力，在法律规定的情形并按法律规定的方式实施的除外。”^[59] 此为支持性规定。与1923年《苏俄民法典》不同，这部民法典以权利能力而非权利的剥夺为考虑对象。

（二）《俄罗斯联邦民法典》

1995年的《俄罗斯联邦民法典》第17条第1款规定：所有公民均被承认平等地具有享有民事权利和承担民事义务的能力（民事权利能力）。^[60] 此为主命题规定，确立了公民的权利能力的平等性。第22条为此种平等性提供保障，所以其条名就是“不允许剥夺和限制公民的权利能力和行为能力”。第1款规定：除非在法律规定的情况下和依照法律规定的程序，任何人的行为能力和权利能力均不得受到限制。^[61] 第3款规定：公民全部或部分放弃权利能力或行为能力，以及旨在限制权利能力和行为能力的其他法律行为，自始无效，但法律允许这种法律行为的除外。^[62] 第1款和第3款同为第17条第1款的支持性规定，前者限制国家剥夺公民的权利能力，后者限制公民放弃自己的权利能力和行为能力，同时规定主命题和两个支持性命题的，唯有《俄罗斯联邦民法典》以及部分苏联密切联系国的民法典。^[63] 至此，自然人权利能力一律平等的命题及其两个支持性命题全部形成，完成了三个命题的“浮”。但两个支持性命题都允许例外，一旦例外发生，主命题体现的平等就不存在了。

值得注意的是，《俄罗斯联邦民法典》第22条与1945年的《世界人权宣言》第6条和1976年联合国的《公民及政治权利国际公约》第16条的规定相合，两个条文的文字一致，即“人人有任何所在有被承认为法律人格之权利”（Everyone shall have the right to recognition everywhere as a person before the law）。该条的确立基于生物人与法律人的区分，主张前者自动成为后者，也就是要去掉罗马人为两者转化设立的多重门槛。但在起草中，曾经有一款允许剥夺犯罪人的法律人资格，后来因为怕引起争议被去掉。^[64] 但在各国的实践中，都允许按照法律规

[58] 参见前引 [57]，郑华译书，第3页。

[59] *Civil Code of the Russian Soviet Federated Socialist Republic, An English Translation*, translated by Whitmore Gray, Raymond Stults, The University of Michigan Law School, Ann Arbor, 1965, p. 4.

[60] 参见黄道秀译：《俄罗斯联邦民法典》，北京大学出版社2007年版，第41页。

[61] 参见前引 [60]，黄道秀译书，第42页。

[62] 参见前引 [60]，黄道秀译书，第42页。

[63] 例如，《白俄罗斯民法典》第16条第1款为正面规定；第20条第3款规定支持性命题一；第21条第2款规定支持性命题二。又如，《越南民法典》第16条第2款为正面规定；第18条同时规定支持性命题一和二。再如，《吉尔吉斯斯坦民法典》第52条第1款为正面规定；第57条第1款规定支持性命题一；第57条第3款规定支持性命题二。另外，《哈萨克斯坦民法典》第13条第1款为正面规定；第18条第1款规定支持性命题一；第18条第3款规定支持性命题二。《塔吉克斯坦民法典》第18条第1款为正面规定；第23条第1款规定支持性命题一；第23条第3款规定支持性命题二。《乌兹别克斯坦民法典》第17条为正面规定，第23条第1款规定支持性命题一；第23条第3款规定支持性命题二。

[64] See Margaret Edith Brett, *The Right to Recognition as a Person before the Law and the Capacity to Act under International Human Rights Law*, August, 2012, p. 11.

定的情形和依据法律规定的程序让一些生物人丧失法律人资格。

如何解释《俄罗斯联邦民法典》第22条与两个人权公约相关规定的一致？笔者暂时未找到前者受后者影响的证据，只能认为俄罗斯的规定影响了两个公约的相应规定，因为从1923年起俄罗斯就有类似的规定了。

五、权利能力不得放弃命题与现实生活的矛盾（仅讲出家）及其超越

权利能力不得放弃命题与现实生活的矛盾太多，例如，当兵就要放弃与外国人和港澳台人结婚的权利能力；^{〔65〕}当公务员就要放弃经商的权利能力。^{〔66〕}为了节省篇幅，本文仅讲出家导致的权利能力放弃。

至少汉传佛教和天主教有出家制度。先谈汉传佛教僧侣出家导致的权利能力放弃。众所周知，皈依佛门者要接受“不淫戒”和“不蓄金银财宝戒”，这意味着受戒者放弃了结婚的权利能力和大额所有权能力。其次，与天主教的“三愿”冲突，成为天主教神职人员，首先要发独身愿，其次要发贫穷愿。前者意味着放弃结婚的权利能力，后者意味着放弃大额所有权能力。^{〔67〕}

然而，十戒也好，“三愿”也好，都属于教法规范，作为世俗法的民法把它们当作法源吗？答案是曾经将其当作法源。例如，1976年之前的《奥地利普通民法典》第573条规定：宗教誓言被认为是无遗嘱能力的原因之一，宗教的神职人员一般无权立遗嘱，但在如下情形，宗教的神职人员也被允许通过遗嘱处分其财产：如果教会为了其成员能够立遗嘱，已经获得了特别的优待；如果神职人员已经从其誓言中解脱；如果神职人员因其教会、僧院和修道院的解职已经退休；或者如果神职人员因其被雇佣的方式，而依据政治性法律不再被看作教会、僧院和修道院的成员，而能够获得完整的所有权。^{〔68〕}此条明确规定发贫穷愿导致遗嘱能力丧失，尽管规定了许多例外。但此条已被1976年颁布的一个法律限制适用。^{〔69〕}

又如，1855年的《智利民法典》第95条曾规定：在为天主教会承认的修道性机构中根据法律庄严发愿的人，由于民事死亡，也终结财产权方面的人格。^{〔70〕}该条规定了出家的神职人员因为发愿导致的财产法方面的权利能力的放弃。此条出自安德雷斯·贝略（Andrés Bello, 1781—1865年）之手，他起草的民法典为智利、厄瓜多尔和哥伦比亚三国采用。^{〔71〕}厄瓜多尔在其民法

〔65〕 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》第3条第2款规定：“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。”

〔66〕 2005年的《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：……（十四）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；……”

〔67〕 《天主教法典》第668条规定：依修会性质完全放弃其财产的发愿会士，即丧失获得并持有财产之能力，为此，其所做反贫穷愿的行为皆无效。在放弃后，所有进项皆应依本会规定让与本修会。

〔68〕 参见前引〔18〕，周友军、杨垠红译书，第95-96页。

〔69〕 参见前引〔18〕，周友军、杨垠红译书，第96页注释1。

〔70〕 Véase Código civil de la República de Chile, Santiago de Chile, 1856, p. 25.

〔71〕 参见〔意〕桑德罗·斯奇巴尼：《在智利、厄瓜多尔、哥伦比亚生效的安德雷斯·贝略民法典》，徐国栋译，载《法商研究》1999年第5期。

典第 92 条中采用了此条，^[72] 但《哥伦比亚民法典》未采用此条^[73]。然而，《智利民法典》第 95 条于 1943 年 10 月 21 日被智利是年的第 7612 号法律废除。《厄瓜多尔民法典》第 92 条的废除更早，发生在 1936 年。

原因在于在政教分离的运动中，教法不再被民法当作法源。这一运动首先在法国大革命中呈现。1790 年 2 月 16 日国民公会《关于废除宗教阶层的法令》(Decret de l'Assemblée nationale qui supprime les ordres religieux et religieuses) 第 1 条规定：法律不承认男女两性修道士所发的庄严修道誓愿。^[74] 1791 年《宪法》的序言规定：法律不再承认宗教誓言，也不承认任何其他违反自然法和本宪法的承诺。^[75] 然而，僧侣是否能像俗人一样为自己取得财产，仍然是个问题。例如，《法国民法典》第 902 条规定：任何人均得通过或依据生前赠与或遗嘱，处分与受领财产，但法律宣告无能力的人除外。^[76] 僧侣是否为本条规定的无能力的人？法国法学家霍葛洪 (A. G. Rogron) 解释此条时认为：发贫穷愿并不意味着发愿者没有任何财产方面的能力，只是没有特有的能力，僧侣仍然能为修道院取得财产。^[77] 换言之，每个神职人员在法律面前都对其财产和收入享有完全的所有权以及根据民法典的管理权，但根据良心的规则，如果他们已发了贫穷愿，除非得到了其上级的批准，他们不得处分其财产，也不得以任何名义取得财产。市民法不要求他们遵守誓愿，但他们不能破毁根据宗教誓愿承担的义务。^[78] 这样，就实际效果而言，僧侣还是没有取得财产的实际能力。财产在他们手上只是过一下而已。

意大利的情况与法国差不多，民法不承认根据教会法发出的誓愿导致的无能力，如此，神职人员可以缔结有效的婚姻、认领私生子、自由地无偿或有偿取得财产，甚至可以继承他人的遗产，但为了不违反教会法，他们可在得到自己上级批准的情况下找公证人放弃遗产，或捐赠自己接受的遗产给其共同继承人，或出卖此等遗产，将收到的价金移转给自己所属的机构。^[79] 这就是说神职人员可以取得财产，但不得为自己持有财产，跟他们以前的权利能力状况没有实质的区别。

由上可见，宗教誓言曾经有放弃权利能力的民法效果，但自政教分离运动后，宗教誓言形式上不导致放弃有关权利能力，实际上仍然如此。这样的现实至少是推动各国立法者对有关支持性命题进行改革的原因之一。

[72] Véase Alvaro Reyes Ormaza, Consecuencias de la declaracion de la muerte presunta en la ley civil Ecuatoriana, Tesis de la previo a la obtencion del titulo de doctor en ciencias juridicas, Cuenca, Ecuador, 2009, p. 17.

[73] Véase Luis F. Borja, Studios sobre elCodigo Civil Chileno, Tomo Segundo, Paris, 1901, p. 361.

[74] Voir la Entrée de Decret de l'Assemblée nationale qui supprime les ordres religieux et religieuses; le mardi 16 fe'vrier 1790, Sur https://fr.wikipedia.org/wiki/Fichier:Assembl%C3%A9e_nationale,_d%C3%A9cret_du_13_f%C3%A9vrier_1790,_articles_1_et_2.jpg, 最后访问时间: 2019 年 6 月 5 日。

[75] Voir Lois, et actes du gouvernement, Tome IV, Août 1789 [à 18 Prairial an II]; Août à Juin 1792, Paris, 1806, p. 191.

[76] 参见罗结珍译:《法国民法典》(上册),法律出版社 2005 年版,第 696 页。

[77] Cfr. A. G. Rogron, Codice civile spiegato dai suoi motivi e degli esempi, Tomo Terzo, Napoli, 1832, p. 208.

[78] Voir P. H. Corbière, Le droit privé, administratif et public dans ses rapports avec la conscience et le culte catholique, Tome Premier, Librairie catholique de Périsset frères, 1841, p. 191.

[79] Cfr. Enrico Tartagli, Compendio di Diritto ecclesiastico, Maggioli Editore, 2011, p. 122. Cfr. I notai del Collegio di Bologna, Proprietà e voto di povertà: religiosi tra canonici ecclesiastici e diritto civile, Su <https://www.ilrestodelcarlino.it/bologna/cronaca/religiosi-proprietà-diritto-canonico-civile-1.206826>, 最后访问时间: 2019 年 6 月 4 日。

所以,1994年《魁北克民法典》第8条规定:任何人均不得放弃行使民事权利,此等放弃符合公共秩序的除外。^[80]前文述及的《俄罗斯联邦民法典》第22条第3款规定:公民全部或部分放弃权利能力或行为能力,以及旨在限制权利能力和行为能力的其他法律行为,自始无效,但法律允许这种法律行为的除外。^[81]这两条承认符合公共秩序和法律允许的放弃权利能力有效,要把因为出家做出的权利能力放弃解释为在它们的涵盖范围内,应毫不费力。

六、我国关于权利能力平等三个命题的立法和学说

(一) 立法

以上所述古代法和外国法关于权利能力平等的三大规定的曲折经历,可助人理解我国法律和学说上也有的“三大”规定的缺陷。先看我国这方面的立法。

《民法通则》第10条规定:“公民的民事权利能力一律平等。”此条尚在国境线以内赋予主体平等的民事权利能力,跟《法国民法典》第8条路径一致。但《民法典》第14条规定:“自然人的民事权利能力一律平等。”此条表明,立法者走出国境线赋予全球自然人权利能力,不要求互惠,跟《瑞士民法典》第11条一致,走自然法路线。

《民法通则》第10条和《民法典》第14条都是对主命题的确定,我国立法中无关于支持性命题的规定。

(二) 学说

先看对主命题的论证。李永军认为,权利能力平等是一个基本原则,是宪法上的平等原则在私法上的具体化,也是民法赖以生存的市民社会的本质特征。人的权利能力的平等是近代私法的重要进步之一,是资产阶级革命的胜利成果之一。^[82]此论把宪法上的以立法权限制为意蕴的平等原则与私法上的所谓平等原则混为一谈,缺陷明显。^[83]

次看对支持性命题的论证。尽管立法上无规定,“自然人权利能力不得放弃或剥夺”的命题出现在我国不同时期的民法教科书中。王家福、谢怀栻等编写的一部民法著作对此这么说:民法关于权利能力的规定是强制性规范,不是任意性规定,因此任何人不得加以变更,任何人不得剥夺或限制公民的民事权利能力,公民自己也不得以任何方式抛弃或限制自己的民事权利能力。^[84]此论把民法关于权利能力的规定当作强行法,并非任意法,故公民不得放弃自己的权利能力。论者还考虑到了国家(“任何人”应包括国家)剥夺自然人权利能力的可能,认为不可如此。此说直接与我国《婚姻法》第7条第2款^[85]剥夺患有法定疾病者结婚能力的规定冲突。

费安玲主编的民法教材认为:权利能力具有“三性”。其一,先验性,也即不是实在法赋予的,而是天赋的,因此,国家也不得剥夺公民的权利能力。其二,完全平等。其三,不得让与或

[80] 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2页。

[81] 参见前引[60],黄道秀译书,第42页。

[82] 参见前引[5],李永军文。

[83] 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。

[84] 参见王家福、谢怀栻等:《民法基本知识》,人民日报出版社1987年版,第49页。

[85] 其辞曰:患有医学上认为不应当结婚的疾病者不得结婚。

抛弃，否则意味着主体放弃自己的法律主体地位，使自己不再成为法律上的人。^[86] 此论以“完全平等”的文句简述了“自然人权利能力一律平等”的主命题，同时完整地提到了它的两个支持性命题：国家不得剥夺自然人的权利能力，私人亦不得放弃之。算是对主命题与其支持性命题关系的完整展示。该教材这一部分的作者朱庆育在写作如上文字时以脚注说明自己的观点采自德国学者沃尔夫（Ernest Wolf，1914—2008年）和拉伦茨（Karl Larenz，1903—1993年）合著的20世纪60年代出版的《德国民法总论》。然而，拉伦茨在20世纪30年代也说过：只有隶属于民族共同体者才可享有权利能力，至于不属于民族共同体的人，是异族人，他们可享有多少权利能力，要根据纳粹当局的种族政策确定。^[87] 按照此语，尽管雅利安人和犹太人都是德国人，但后者与前者在权利能力上并不平等。由此发生了拉伦茨在20世纪30年代讲的话和60年代讲的话何者为真的问题，笔者认为前者为真，后者为稻粱谋之言。^[88] 因此，拉伦茨连主命题都不相信，更何况两个支持性命题。

七、结论和余论

乌尔比安在奴隶的合同能力的狭窄语境中概括出了部分生物人不能成为法律人的问题，指出了自然法中的相反情况。乌尔特尤斯把乌尔比安提出的问题从债法搬到人法，维持了解决问题的自然法路线。康德另辟蹊径，在“任何人都是目的”的言说中排除了把也是人的奴隶当作手段的正当性，提供了理性作为两种人应该等同的理由。《奥地利普通民法典》第16条基于上述思想做出了自然法性质的反奴隶制的规定，成为自然人权利能力一律平等主命题的基床，但该民法典并不排斥权利能力的放弃或剥夺，以及对外国人权利能力的限制。就对剥夺的承认而言，这是对名誉的身份阻隔两种人的同一性的承认。就对外国人的权利能力限制而言，这是对国民的身份阻隔两种人的同一性的承认。

具有讽刺意味的是，当代奥地利人竟然把其《民法典》第16条当作人格权规定理解，就它是体现了一般人格权还是具体人格权纠缠不休。^[89] 此乃因为该第16条体现的自然法意识形态和解放奴隶意图在当代已完全过时，该条已失去存在意义，为了不浪费“光荣的”^[90] 该条，当代解释者赋予了它立法者不曾赋予的意义。实际上，按起草者的意图，人格是原权（Urrecht），^[91] 人格权是派生权，两者应不在一个层次。

《瑞士民法典》第11条在奴隶制已废除的条件下规定了自然人权利能力一律平等原则，而且，在施塔姆勒正义法的尊重原则的影响下做出了自然人权利能力不得放弃的支持性规定，赢得

[86] 参见费安玲等：《民法总论》，高等教育出版社2018年版，第56页。

[87] 参见黄瑞明：《纳粹时期的拉伦茨：德国法学界的一页黑暗史》，载《国立台湾大学法学论丛》2003年第5期。

[88] 参见徐国栋：《德国〈民法典〉体系及其背后民法思想的去潘得克吞化》，载《河南财经政法大学学报》2020年第1期。

[89] 参见〔奥〕伽布里菈·库奇奥、海尔穆特·库奇奥：《奥地利民法概论》，张玉东译，北京大学出版社2019年版，第4页。

[90] 因为在维也纳会议前就废除了奴隶制而光荣。在奥地利的废奴史宣传中，喜欢张扬这一点。

[91] Vgl. Georg Norbert Schnabel, Das natürliche Privatrecht, Wien, 1842, S. 38.

了一些民法典或草案的追随，但此等规定与允许放弃权利能力的教法冲突。更有甚者，其适用判例表明当今瑞士法院理解的该款的保护对象并非权利能力之完整，而是当事人的自决权。瑞士法院就第27条第1款发生的判例有：1. 期限为永远的啤酒供应合同之终止；2. 保证人担保主债务人未来的一切债务的表示无效；3. 同居伴侣之间采取避孕措施的约定无效。^[92]三个判例表现的都是一方当事人做出过大的承诺，影响了他的行动自由以及应对情势变更的能力，法院判决此等承诺无效。

《俄罗斯联邦民法典》增加了权利能力不得剥夺的规定，这样的规定得到了诸如《世界人权宣言》《公民及政治权利国际公约》的类似规定的支持，但《俄罗斯联邦民法典》也好，有关的人权公约也好，都承认对权利能力的依法剥夺。所以，权利能力不得剥夺命题的支持是有限支持。

《魁北克民法典》尽管维持了权利能力不得放弃的规定，但添加了“公共秩序允许的放弃除外”的但书。《俄罗斯联邦民法典》及其追随者也是如此。

顺便指出，从其适用判例来看，《魁北克民法典》对权利能力原则上不得放弃的坚持是否得到了法院认同，是值得怀疑的。在涉及该条的判例一中，一份特许经营协议上这样规定：如果营运商不遵守本协议规定的义务，并没有在72小时内补救，特许人可以通过寄送书面通知在72小时内终止合同。通知在到达营运商后生效，如果“营运商出于任何原因拒绝或停止终止本协议”，他构成违约。法院认为引号里的条款违反了《魁北克民法典》第8条。因为营运商无法终止合同，只有特许人可以终止合同。^[93]在涉及该条的判例二中，一份信托协议规定：信托原本的收益的受益人只能是Mathio Pellerin的子女或孙子女，从他们出生或被收养之时可以如此，以及Mathio Pellerin控制的法人。该规定阻止了Mathio Pellerin的未出生的胎儿成为信托受益人的机会。而按照对《魁北克民法典》第1条的解释，胎儿如果活着出生，其权利能力回溯到他受孕之时。所以，上述信托条款违反了这一规定以及第8条。^[94]在涉及该条的判例三中，一份约定放弃私生活权的合同被认定为无效。^[95]从头两个判例来看，《魁北克民法典》第8条处理的不是权利能力的放弃问题，而是此等能力的剥夺问题。从最后一个判例来看，第8条处理的不是权利能力的放弃问题，而是权利的放弃问题。

所有上述，皆可作为“自然人权利能力一律平等”命题及其两个支持性命题“沉”的证据。

由此可见，跟随《奥地利普通民法典》第16条、《瑞士民法典》第11条错误路径的我国《民法典》第14条无条件地赋予一切自然人平等的权利能力是错误的，跟随《瑞士民法典》第27条第1款路径和《苏俄民法典》路径的我国学界关于权利能力不得放弃、不得剥夺的言说也是错误的。此等错误造成了我国民法理论中人法的萎缩。所谓的人法，就是把人分为三六九等之法，其基础是基于人的身份不同予以不同的对待。例如，对本国人和外国人做不同的对待，对诚实公民和“害群之马”做不同的对待。对前一种身份的忽视造成了《民法典》第14条与《外商投资

[92] 参见〔瑞士〕贝蒂娜·许莉蔓-高仆、耶尔格·施密特：《瑞士民法：基本原则与人法》，纪海龙译，中国政法大学出版社2015年版，第278页。

[93] 9045-6740 Québec Inc. c. 9049-6902 Québec Inc., 2004 CanLII 31403 (QC CA).

[94] Pellerin v. The Queen, 2015 TCC 130 (CanLII).

[95] See Ian Kerr, Ian R. Kerr, Valerie M. Steeves, Carole Lucock, *Lessons from the Identity Trail: Anonymity, Privacy and Identity in a Networked Society*, Oxford University Press, 2009, p. 37.

法》第4条的直接冲突。后者规定外商在中国的权利能力相比于中国公民要承受负面清单的限制，由此承认外国人与中国人在权利能力上的不平等。对后一种身份的忽视造成广大的平等原则支持者无视联合失信惩戒机制^[96]等制度制造权利能力不平等的意义，使理论脱离实际。

面对如此乱局，怎么办？最好的处理是在《民法典》颁布后进行司法解释，给第14条“自然人权利能力一律平等”的规定像《魁北克民法典》《俄罗斯联邦民法典》那样加上但书：但以未受立法、司法剥夺并未被民事主体放弃为限。至于权利能力不得放弃、不得剥夺的错误学说，则可彻底放弃之，以求理论符合实践。

以上是就我国的大陆/内地的情况所言。我国台湾地区“民法”第16条、“澳门民法典”第66条都设有权利能力不得放弃的规定，也建议予以废除。对于我国台湾地区来说，这样的废除有特别的理由，因为在我国台湾地区的“司法”实践中，“民法”第16条得到适用的机会似乎很少，笔者通过我国台湾地区学者的教科书找到的只有两例，而且都是被排除适用，而非得到适用。案例一：“台湾省工厂工人退休规则”第6条规定，工人年满60岁者，应命令退休。被上诉人于年满60岁达到退休年龄后，为求继续工作，于1976年7月9日与雇主订立雇佣人员约定书，约定不得要求退休金。法院判定这一约定并非权利能力之抛弃，有效。^[97]在此案中，一方当事人放弃了退休金请求权。案例二：著作权人与出版商约定不行使著作人格权，台湾地区“内政部”1994年对此案批复，不存在权利能力的抛弃，约定有效。^[98]在此案中，一方当事人放弃了著作人格权。这两个案例提到了第16条，但都排除其适用，证明第16条已成为具文，完全可以人格权制度解决该条想解决的问题。

但必须充分估计以上建议被接受的难度，因为我国大陆/内地以及台湾地区和澳门地区都是深受德国法理论影响的法域，而德国法学界在这方面非常保守。尽管《德国民法典》并无“自然人权利能力一律平等”的正面规定和两个支持性规定，但它们存在于多数德国学者的潜意识中。德国学者马提亚斯·雷曼（Mathias Lehman）就说，人们要么有权利能力，要么没有权利能力，不会有介于两者之间的可能。^[99]这是典型的对权利能力的有机论表述。所以，迪特尔·施瓦布（Dieter Schwab）说：除了死亡之外，人不会丧失权利能力，既不会作为一种惩罚的后果（民事死亡），也不会因为进入修道院或因为放弃而丧失。^[100]汉斯·布洛克斯（Hans Brox）和沃尔夫·迪特里希·瓦尔克（Wolf-Dietrich Walker）也说：“……放弃财产权利（例如修道士的贫穷誓言）是无效的。”^[101]这三位德国作者均认为德国法不承认贫穷愿的民法效力。

[96] 联合失信惩戒机制是指在根据原有法律规定对失信者进行制裁的基础之上，在随后的经济和社会活动中再次对失信者进行约束或限制的制度安排。参见沈毅龙：《论失信的联合行政惩戒及其法律控制》，载《法学家》2019年第4期。

[97] 参见邱聪智：《民法总则》（上），三民书局2005年版，第241页注释218。

[98] 参见前引[97]，邱聪智书，第241页注释219。

[99] 参见前引[35]，郑晓剑文。

[100] 参见〔德〕迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年，第88页。

[101] 〔德〕汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，中国人民大学出版社2014年版，第291页。但在德国，宗教誓言被视为教会与其新成员之间订立的一个教会法合同，产生教会法上的效力，发誓者反对自己的宗教机构在世俗法院提起的主张自己结婚的合法性的诉讼，从无胜诉，他们败诉不久，就会面临教廷强迫他们遵守工作守则的诉讼。Cfr. Stefano Testa Bappenheim, Il danno da uccisione di religioso, negli diritto francese, tedesco ed italiano, Pellegrini Editore, 2007, pp. 210s.

但德国学者法布里秋斯 (Fritz Fabricius) 于 1963 年在其《权利能力之相对性》(Relativität der Rechtsfähigkeit) 一书中肯定了在有权利能力和无权利能力之间存在部分权利能力的中间状态, 据说因此声誉鹊起,^[102] 但在以上本文研究过其民法典相关规定的国家, 他讲的不过是常识, 因为这些国家承认权利能力的放弃或剥夺, 一旦发生这两种行为, 放弃者或被剥夺者就只有部分权利能力了。法布里秋斯进一步认为, 权利能力应是具体的, 而不是抽象的, 其内容和范围取决于主体的个人品质和具体的法律规定, 因此, 主体的权利能力并非普遍的、绝对不容被限制的能力, 每个自然人和每个法人的权利能力并不平等。^[103] 此语中, “个人品质” 指身份, 例如僧侣的身份, “法律规定” 指剥夺的依据, 所以, 法布里秋斯已经把权利能力不平等的原因说遍了。他进一步寻找权利能力不平等的原则性依据, 认为如果人类没有绝对的、机械的平等, 那么一般的平等原则也不适于论证所有的人和其他的主体均具有平等的权利能力, 由此对抽象的平等原则进行了批判。^[104] 如同本文所做的。

但法布里秋斯的如上观点在其本国和我国都遭到质疑。德国学者恩斯特·沃尔夫 (Ernest Wolf) 说: 用种类不同的限制权利能力取代每个人都享有的一元化权利能力, 与人的格属性相抵触, 也有违法律面前人人平等的要求。^[105] 我国学者郑晓剑亦做类似质疑。尽管如此, 坚硬的现实终将踏破虚幻的理论, 并催生正确的理论。

坚硬的现实何在? 到处都是, 这里仅举两个。其一, 我国曾经有过的对超生婴儿的权利能力剥夺。2010年, 通过全国第六次人口普查, 发现我国有 1300 万人无户口。^[106] 无户口不仅意味着个人的公民身份无法得到有效证明, 而且在所有需要身份证明的场合也都寸步难行。不仅无法乘坐飞机、高铁等现代交通工具, 也无法登记结婚, 无法行使宪法和法律规定的选举权、社会保障权等权利, 上学、就业、就医等也会遭遇极大的困难。^[107] 因此, 对于中国公民而言, 权利能力并非起自出生之完成, 而是起自户口之取得。“黑户” 即意味着当事人得不到作为公民应享有的法律人格。上述情况引起了《儿童权利公约》的条约机构——儿童权利委员会的注意, 早在 1996 年, 其针对中国提交的首份履约报告做出的结论性意见, 就对中国政府未能确保所有的儿童都获得户口登记的问题表示严重关切, 并指出“登记制度存在的缺陷和不足导致儿童在其权利的促进和保护方面得不到基本保障”^[108], 为了应对这种质疑, 国务院办公厅发布了《关于解决无户口人员登记户口问题的意见》(2015 年), 解决“黑户”的取得户口问题。在此例中, 权利能力的剥夺表现为“不给予”, 呈消极剥夺的形态。其二, 我国广泛使用的失信联合惩戒机制。它对于失信者已经取得的权利能力加以剥夺以为惩戒。典型的例子是最高人民法院于 2010 年颁布的《关于限制被执行人高消费的若干规定》(2015 年修订), 它剥夺拒不执行法院判决者订立八

[102] 参见前引 [35], 郑晓剑文。

[103] 参见前引 [35], 郑晓剑文。

[104] 参见前引 [35], 郑晓剑文。

[105] 参见前引 [35], 郑晓剑文。

[106] 参见房婷婷:《中国约 1300 万人没有户口, 超生仍要交社会抚养费》, 载 <http://www.mzyfz.com/cms/sifagongzheng/xinwenzhongxin/gongzuodongtai/html/1077/2016-01-15/content-1172354.html>, 最后访问时间: 2019 年 12 月 22 日。

[107] 参见黄金荣:《解决“黑户”问题的人权视野和法治维度》, 载《学习与探索》2017 年第 10 期。

[108] 参见前引 [107], 黄金荣文。

个方面的高消费合同的权利能力，达成促进执行法院判决的目的。这两个例子，前者是对权利能力的全面剥夺，后者是对权利能力的部分剥夺，其运行基础就是“部分权利能力理论”或权利能力的原子论。一元化的权利能力理论经不起这样的现实的检验。

Abstract: The proposition that all natural persons are equal in legal capacity adopted by Article 14 of the Civil Code requires two supporting propositions. One is that the legal capacity must not be renounced. The other is that the state must not deprive the natural persons of the legal capacity. In the history of legislation, the principal proposition first appeared in the Austrian General Civil Code of 1811, but there was only the intention to eliminate inequality based on slavery, and there was not the intention to eliminate inequality based on nationality and reputation status. However, The Swiss Civil Code of 1907, disregarding these factors, made abstract provisions for equal legal capacity of natural persons, and equipped them with supportive provisions that the legal capacity must not be waived. The Soviet Civil Code of 1964 was further equipped with supporting provisions that the state should not in principle deprive natural persons of their legal capacity. The three propositions have existed in the relevant regulations and doctrines of China since the Draft of Qing Dynasty's Civil Code. But it has now been proved that they are mistakes by the revised legislation and doctrines of the countries originated these propositions. After the promulgation of the Chinese Civil Code, these errors should be corrected via judicial interpretations by adding “but to the extent that it has not been subject to legislation and judicial deprivation and has not been abandoned by civil subjects”. In addition, the wrong doctrine that legal capacity cannot be renounced or deprived should be abandoned.

Key Words: legal capacity, equality, abandonment of legal capacity, deprivation of legal capacity, civil code

(责任编辑：殷秋实 赵建蕊)