

身份制度的私法构造

马俊驹 童列春*

内容提要：身份制度的私法构造以个人间的组织状态与市民社会的结构性存在为前提。个人生活在身份体中。身份体是人们赖以生存和发展的组织或群体，是私法秩序的重要载体。身份体作为利益配置单位，通过确定成员身份界定身份体内外关系，实现其内部身份关系的制度安排。身份制度私法构造的基本要素包括身份利益、价值体系、区分机制、行为规则和外部标志。身份制度以某类组织或群体而非原子化个人为调整对象，确认和规范人们实际生活中的强弱共存状态，形成身份权利特有的形式与功能，并以“命令—服从”的治理模式替代平等协商机制，在身份关系的变动中体现对意思自治的限制。

关键词：身份 身份制度 身份体 私法构造

引言

近代以来，私法理论界对于身份制度存在一种误解。人们将身份与契约对立，将身份与特权捆绑，以至今日，身份在法律文本中没有得到应有的体现。追究其原因，一是身份制度的私法构造存在特殊性，其构成要素不同于人格、契约与物权制度；二是它与民法的基本假定存在差异，传统私法理论无法圆满解释身份现象，若坚持传统私法理论的逻辑，就必然排斥身份。

德国学者迪特尔·梅迪库斯指出，德国民法典总则中对人法的规定显得非常单薄，法律对自然人的规范过于简单，其人法部分是一部未完成的作品；要进行研究，必须考察其他具有人法内容的领域，特别是德国基本法的基本权利部分、著作权法和商法。^{〔1〕}就梅迪库斯的思路可以作出两点推测：其一，德国私法理论尚未对基本法的基本权利部分、著作权法和商法中涉及人法内容的领域进行有效的理论整合，身份等人法领域的理论需要进一步研究；其二，德国民法典中人格权内容规定不足，而有关身份权的规定更为匮乏，导致本该在人法与财产法共同基础上抽象的民法总则存在缺陷。我国学者也认为，德国民法典式的总则并非民法的总则，仅能作为财产法总则。而在身份法秩序上，亲属身份关系以人伦秩序为基础，在法律对其规范以前即已存在，具有

* 马俊驹，西南财经大学法学院特聘教授；童列春，中南财经政法大学民商法博士后。

本文获得西南财经大学第三期 211 建设项目资助。

〔1〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2001 年版，第 777 页。

事实先在的性质，这与财产法关系可由行为人依法创设显然不同。^{〔2〕}更进一步，即使在财产法关系领域，民法制度规则设计的模拟对象也仅仅是一般交易领域中的财产关系，并非私法财产关系的全部。对于企业等团体内部以组织化形态存在的非交易财产关系、商事活动中的程式化交易财产关系，因为它们渗透着身份关系，民法总则同样无法有效适用。

至此，可以认为，民法典总则不能有效统领身份制度规则，不能有效解释其固有的身份关系及相关问题，从交易关系领域提炼的传统私法理论也不能有效地指导身份立法和司法实践，无法全面地构造身份权利、义务、权力、责任体系。本文试图分析身份制度私法构造的法理基础和基本要素，探索身份私法关系中的主体、客体、内容与特定的法律事实，揭示私法一般理论与身份法原理的脱节问题，为实现私法制度对身份人伦秩序的有效调整作些探讨。

一、身份制度私法构造的法理基础

身份制度私法构造的法理基础受制于两种决定性因素：一是身份关系本身的特质，即个人之间相互依存且彼此地位差异的一种稳定性联系，各种身份关系形成社会的具有层次结构的身份关系体系；二是身份私法制度设计的宗旨，即针对特定身份种类设计制度规则所要实现的目的。身份制度私法构造的基本方法是在特定范围的利益基础上建立身份体，通过确定成员身份界定其内外关系，在身份体内设置身份岗位，制定行为规则，形成特定人群的私法秩序。

（一）个人间的组织状态与市民社会的结构性存在

传统私法制度规则设计的假定前提是抽象、均质、独立的个人以及平面化的市民社会。这种假定只能反映个人与市民社会现状的一个方面，而不能反映个人间的组织状态与市民社会的结构性存在，由此设计的相关规则也无法容纳身份制度规则。本文对身份制度私法构造的讨论就是基于上述认识展开的。

从个人视角出发，个人以身份体为中介进入并存在于市民社会之中。人首先是生命体，受到自然法则的规制，身份安排体现了一种自然秩序。生命是个自然过程，从弱小到强壮再到衰亡，每个阶段都有差异，多数幼小动物依赖与父母的身份联系获得生存条件。私法中的个人在没有能力参加劳动、进入市场参加交易从而获得财产的生命阶段，只能依赖身份关系而生活。人又是社会性存在，社会已经为其预设了各种身份体。身份体是人们赖以生存和发展的组织或群体，是私法秩序的重要载体。身份体为人们布局了结构化的生存空间，设定了法律化的行为规范。在有能力参加劳动、进入市场参加交易并拥有财产的阶段，私法中的个人同样处于各种身份联系之中，例如以劳动者身份进入职业社团，获得薪俸；在市民社会与国家逐渐融合的前提下，通过国家福利机制获得政府支付。这种身份联系不可能适用那些基于交易行为而设计的契约、物权制度规则，而只能依据身份制度所特有的规则加以调整。

从市民社会视角出发，抽离了身份体，市民社会将变为一个抽象的与个人生活没有实际联系的存在。市民社会是一种以个体理性为基础、以市场机制为核心的社会关系的网络，也是人们生产、交换和分配的特定场所。但是，市民社会总体却无法直接组织个体的人，而是需要并且实际上总是由各种类型的身份体把人们组织起来，形成一个复杂而庞大的身份体系。个人要成为市民社会的一员，须在身份体系中找到适于自己生存和发展的具体活动空间——身份体，并且遵守其行为规范，保持身份体的内部秩序，进而维护市民社会的总体秩序。

〔2〕 参见余延满：《亲属法原论》，法律出版社2007年版，第45页。

身份体系的复杂程度与社会关系的复杂程度相对应。在古代社会，家庭（家族）是主要的身份体，由此构造了农业社会关系。近代以来的工业社会则通过企业等职业社团中的成员身份安排生产与财产分配关系，通过生活社区中的居民身份安排人们的日常生活利益，通过福利国家中的公民身份弥补市场缺陷、提供生存安全保障。在身份制度与相关社会制度的共同调整下，个人身份利益能够无限放大，人们可以通过市场制度拥有亿万财产，掌有统领和支配数万乃至数十万成员的身份权力。

社会关系的发展变化需要新的身份制度与之相适应，通过建构新的身份关系固定社会变化的成果；社会关系的变革又会促成身份制度的变迁，形成新的身份关系和社会调整机制。近代以来，社会关系的复杂化导致人们获取利益的方式以及身份关系的复杂化，具体表现在：其一，家庭身份发生结构功能上的演变，社团身份成为社会主导性的身份种类；其二，城市社区作用范围和功能得以扩张，自然人、公民等基本保障身份形成；其三，市场机制成为主要的身份分层机制，身份流动渠道拓宽，身份流动越发频繁；其四，特定身份者（如消费者、经营者）的权利义务在法律上有明确界定。

总之，个人间的组织状态是身份关系的存在基础，市民社会的结构性存在是身份关系发展变化的结果，而身份体则是个人与市民社会的中间环节。

（二）身份体作为相对独立的利益配置单位

身份制度规则作用于社会生活的基本方式是综合调整，〔3〕被综合调整的身份关系形成了众多小社会，每一小社会即为一个身份体。人类生活中的身份利益具有多元性，需要若干不同功能的身份体予以满足，例如，家庭身份体、社团身份体、社区身份体均反映了人们不同层面的利益需求，而不同功能的身份体又需不同内容的身份制度规则加以调整。身份制度针对每一身份体的身份利益设计相应的制度规则，其内部成员依据各自在身份体中享有的地位、权利和权力拥有利益份额。此外，各成员之间的利益关系还取决于当时社会意识的影响和社会制度的安排。

身份体的典型形态是分配型身份体，如家庭、社团、社区，一般通过可以支配的利益范围和参与利益分配的成员范围两个边界确定其独立存在。身份体内部设置身份岗位，通过赋予个人不同的身份以实现差异秩序。身份体的功能在于充当利益配置单位，将特定范围的利益归属于特定的身份体，以满足其成员生存和发展的需要。每个成员的利益与身份体的整体利益直接相关，各成员按其份额从身份体内获得各自的利益，与身份体形成依赖关系。分配型身份体的种类也是私法划分基本身份种类的基础，如在家庭、社团、社区等身份体上形成家庭成员身份、社员身份、居民或村民身份等。

古代家庭既配置生活利益又安排生产事务。近代以来，家庭的生产功能逐渐转移到企业等团体之中，家庭仍然是基本的生活单位，配置生活消费资料。家庭作为身份体为其成员提供诸多的利益依赖，为老幼病残人员提供基本生存保证。现代社会中，物质资料的生产和分配大多被企业等社团所掌管，在社团职业身份体内，拥有成员身份意味着可以从中获得薪俸收入，分享其中的基本福利，因而职业身份地位成为人们最基本的社会地位。城市居民社区为居户配置日常生活利益，将社区身份体内的利益分配给成员身份者。在一定意义上，服务型国家也是一种身份体，它要为公民配置社会福利，提供制度性对抗风险的措施。此种情形下，公民也成为一种私法身份，成为国家为其提供基本福利的依据。

〔3〕 某种特定的身份在法律上可能意味着权利、义务、权力、职责等诸多方面的利益安排，也意味着在社会结构中处于特定的地位，社会为每种身份角色设计了模式化的行为方式。所以，对于个人而言，身份安排是最重要的利益配置手段；对于社会而言，身份秩序是最基础的社会秩序。

一方面,每个身份体均以特定范围的利益为基础,对于特定的人群进行利益配置,身份体之间具有相对独立性;另一方面,每个身份体的成员依据法律事实或需要,还会成为其他类型身份体的成员,从而使不同身份体之间因其成员相互交错而形成彼此联通的结构状态。但是,每一家庭、社团、社区身份体的利益边界是实体性的,它们均能清楚地确定其家庭成员、社团成员、社区居民和村社社员的范围。

私法有时也需要确认身份体的独立主体资格,法人就是具有独立人格的身份体。具有独立人格的身份体既独立于其他法律主体,也独立于其内部成员。从既有法律制度观察,有些身份体拥有独立的主体资格,如公司;有些身份体则否,如家庭;有些是否存在独立的法人资格则存在争议,如农村村组、居民社区。在市场经济条件下,是否赋予身份体以主体资格取决于它们是否为独立的、经常的交易单位,其内在标准主要是效率。法人的功能在于独立地对外开展活动,享有独立利益、具有独立意志、拥有独立名义、对财产进行整合与统一运用,交易者可以与单一的法人打交道而不是与其众多成员打交道。

除了分配型身份体外,尚有一类矫正型身份体。这类身份体以社会正义为价值导向,以获取部分社会利益为存在基础,依据某种自然的、社会的属性确认其同质性的成员,形成具有共同权利要求的一类成员身份。如未成年人(对应于成年人)、残疾人(对应于健全人)、妇女(对应于成年男子)、消费者(对应于经营者),他们的利益基础是社会总体利益中应有的份额,他们构成的身份利益共同体没有明确边界,成员是特定范围的弹性人群。显然这种身份体是非实体性的。但在这种身份体中,同样存在可以察知的社会利益份额。矫正型身份体能够确认和保护某类群体成员分享社会利益的权利,矫正分配型身份体运行所造成的社会不平等,并将这种不平等维持在社会可接受的范围之内。近代以来,随着社会化程度的提高,利益分配差异加剧,形成多种具有共同权利要求的社会群体,矫正型身份体大量生成。

(三) 身份体及其成员与外部人的关系

以身份体为视角,存在四个层次的关系:身份体与其成员的关系、身份体中各成员之间的关系、身份体与外部人之间的关系以及身份体成员与外部人之间的关系。

在个人与身份体的关系方面,通过确认身份体及其成员,个人被区分为身份体的内部成员和外部人。一个人拥有成员身份就属于身份体的内部成员,有资格参与身份体利益的分配,在身份体内部享有权利、承担义务,其生存发展依托于身份体。同时,身份体的成员受到身份体内部规则的约束,身份规则直接调整身份体成员之间的关系,形成身份体内部秩序。

一个人如果不具有成员身份,就属于身份体外部人,没有资格分享该身份体所拥有的利益,当然也不必遵守该身份体的内部规则。但是,外部人不得侵害该身份体的存在及其成员的身份资格与身份利益。外部人与某一特定身份体及其成员可能涉及三种法律关系:其一,外部人与某一身份体成员之间形成纯粹的个人关系,不涉及身份体。例如某公司经理去理发店理发,此时经理身份不发挥作用,发挥作用的身份是消费者,公司这个身份体不具有法律意义。其二,外部人与某一身份体之间形成法律关系。例如,张三购买李四家的房屋,张三的交易对象是“家庭”这个身份体,直接签约的李四仅是家庭的代表。其三,外部人与某一身份体内部成员之间形成法律关系,并在外部人与身份体之间产生私法效果。例如,甲、乙两公司均从事相同的保险业务,甲公司高薪聘用乙公司的客户经理王五,王五因其特殊身份掌握着乙公司的客户网络,这种客户网络构成了乙公司的重要无形财产,因此甲公司聘用王五构成了对乙公司商业利益的侵犯。

(四) 身份体内部身份关系的安排

身份体内部直接进行身份关系安排,其遵循的逻辑线索是“身份地位—身份权力—身份利益

份额”。

身份地位是身份关系的静态安排。身份体的各个成员具有彼此不同的身份地位，形成相互差异和相对稳定的身份角色，每个身份角色具有规范化的行为模式。不同的身份角色在地位差异的基础上形成彼此之间的依赖、协作、限制关系，并依此获得身份权力和身份利益份额。身份体根据自身的功能和需要设计身份地位的层次体系，不同的身份地位形成了身份体的静态结构，同时塑造了身份关系所需的各式行为主体——不同身份地位的角色。就成员个人而言，获得某种身份地位就意味着充当某种相应的身份角色，享有相应的身份权利、权力，承担相应的身份义务、责任。

身份权力是身份关系的动态安排。身份体内部依据身份地位分配身份权力，优势地位者与劣势地位者之间存在支配控制关系，以保障身份体的存续与运行秩序。社会秩序以各个身份体的微观秩序为基础，国家一般容忍、尊重并依赖这种支配控制权力的存在。特定身份者的权力范围既受制于该身份体协调内部关系的需要，又取决于社会授权、政府授权的实际范围。在古代家庭中，家长拥有对家属的支配权力。在现代企业中，经营者管理指挥生产操作者，他们之间是“命令—服从”关系；投资者控制监督经营者，他们之间是“控制—被控制”关系。

获取利益份额是身份关系的结果安排。利益份额的分配使身份体所拥有的总体利益落实到具体成员。身份安排的基本逻辑是依“身”定“份”，不同身份获得相应的利益份额，身份差异促成利益份额分配上的差异。由此，不同身份者之间存在身份利益冲突，身份关系的稳定依赖于将身份利益冲突控制在均衡范围内。一旦这种冲突突破了均衡范围，就会导致身份关系的变迁，任何一次社会变革均表现为身份制度的重新建构和身份利益份额的重新配置。

二、身份制度私法构造的基本要素

在身份制度的私法构造中，身份体利益与其成员的利益份额是其物质要素，价值体系是其主导思想，区分机制实现身份分化，行为规则定义人们在身份关系中的交往方式，外部标志是其形象化的象征并据此进行身份区分以便于识别。这些基本要素决定了身份制度的形成和发展。

（一）身份利益

身份利益是指通过身份关系配置的利益，表现为身份体利益和特定身份者按其享有的份额分取的利益。身份利益的配置是身份制度调整的基本内容。

市民社会的总体利益可以分解为诸多身份体的利益，身份体形成利益共同体。近现代家庭是生活共同体，一些国家的农村家庭还是生产单位，家庭集中了个人主要的生存利益。现代社会中，生产功能大多从家庭外移到社团之中，人们在这些组织中获得生存资源，企业等人类进行职业活动的社团组织成为另一种基本的利益共同体。社区在农村表现为村社，在城市表现为居民区，成员对社区的公共资源、公共设施、环境资源、社区治理享有权益，形成社区利益共同体。现代福利国家中，国家通过税收从社会中集聚巨大财富，通过提供福利为市民输送利益，国家的功能演变使其本身成为利益共同体，在这个利益共同体中，“公民”身份获得了私法意义。在人权保护的背景下，社会救济使市民社会本身也成为某种利益共同体，只要是“自然人”就有资格分享其中的利益。所以，在现代法制中，“自然人”和“公民”也成为基本保障身份。

身份制度将社会分解为不同的利益共同体，表现为存在利益差异的层次结构，人们分别进入相对固定的利益共同体，获得成员资格和身份地位，并依据其身份位阶获得利益份额，从而使共同体中的总体利益落实到具体的身份者。

（二）价值体系

价值是身份制度的伦理导向，它使身份制度具备可评价性和可完善性。价值选择可以塑造不同的社会身份类型。传统社会缺少发展观念，身份制度的主导价值是秩序，因此身份关系呈现出稳定的等级差序格局，人们的机会、起点不平等，生来就处于身份等级制度之中。近代以来，身份制度的建构遵循平等、自由、公平、安全、秩序、效率等原则，这些原则构成了现代社会身份正义的内容。法律确认了自然人的独立人格，宣布法律面前人人平等，构成对身份制度的制约机制。

价值选择影响身份制度的功能。在等级社会中，身份制度的特质是将特权制度固定化，形成一定的身份利益集团，优势的身份利益集团会进一步强化权利，扩展利益，并且滥用权力，形成对劣势身份者利益的侵夺。^{〔5〕}在现代社会，身份制度一方面使人被稳定地类型化，其中的利益区位易于观察，公平与否易于凸现，便于依据实质正义的价值取向矫正不公的身份现象；另一方面使人有了更多的自由选择，能够主动实现身份流动，从而有可能找到更适合自己生存和发展的身份位阶和角色。现代法一般将个人权利与人格尊严作为矫正身份制度的准星，身份立法成为追求实质正义的重要方式。

（三）区分机制

差异标准是进行区分的依据，选择机制则能够实现身份区分。自然标准与社会标准均具有在相应领域区分身份的功能，并形成用以区分身份差异的参数。身份可以从水平方向和垂直方向进行区分。如果按照性别、种族、宗教、职业、住地、国籍等类别参数分类，社会成员在水平方向上得以区分为不同群体。如果按照教育、收入、财富、权力等等级参数分类，社会成员则在垂直方向上拥有不同的地位。^{〔6〕}

人类等级性社会身份区分的主要机制有血缘机制、科举选拔机制、暴力机制、市场机制和教育机制。在古代社会正常运行时期，血缘机制是主要的身份分层机制，不同血缘背景的家族在社会中拥有不同的身份等级，君主、贵族、平民、奴隶身份区分的主要依据是血缘。血缘机制的特点是否认身份流动，强调不同血统之间尊卑贵贱差异的神圣性，要求各身份阶层严守本分以形成有序的社会。在中国古代社会，自隋唐以来，君主通过科举制度选拔官僚阶层，形成一定的身份流动空间。^{〔7〕}在改朝换代时期，社会身份会出现集中的大规模流动，暴力机制成为主导机制，整个社会处于亢奋状态，平民也被卷入这种周期性的动乱之中，直至新的王朝建立。

现代社会中的身份区分时常运用市场机制，积累财富往往成为人们获得优势地位的重要手段。市场机制在区分身份的同时，引导社会剩余财富投入再生产，社会财富总量处于扩张状态，由此推动社会的发展与进步。所以，市场机制成为现代社会中区分身份的正当的主导性机制，人们参与市场的职业地位成为最主要的身份地位。与此同时，教育机制也成为选拔人才、区分身份的重要方式，为人们更好地进入和运用市场机制创造了条件。

（四）行为规则

每一种身份体内部均存在一套相应的行为规则保障其内部运行秩序，进而间接维护整个社会的秩序。行为规则不仅确定不同身份者之间的权利、权力、义务、责任关系，而且保障不同身份

〔5〕 但是这种身份制度也包含个人利益的提供机制。古代的等级身份制度仍然以对各个身份者的利益提供为前提基础，只是这种利益提供违背公平价值，存在很大的差异性。

〔6〕 参见〔美〕彼特·布劳：《不平等与异质性》，王春光、谢圣赞译，中国社会科学出版社1991年版，第14页。

〔7〕 正是这种身份流动机制使中国古代社会可以将人才吸收到权力体系之中，缓和了社会冲突，促成皇权专制社会的超稳态结构。

者获得不同的利益份额。在公司内部,投资者有权控制监督经营者;经营者有权对内管理和组织生产,对外代表公司开展经营活动;工人直接运用生产资料进行劳动;不同身份者在公司内部的行为模式也存在差异。即使在新股东与原有股东之间也会存有差异,公司发行新股时,原有股东享有优先认股权,身份地位决定了认购股份的利益顺序。

行为规则在身份差异的基础上为人们设定不同的社会角色,由角色践行特定身份地位所要求的模式化行为,并由此构成了与某种社会身份要求相一致的社会关系。角色是身份的具体体现,是社会地位的外显形式,角色转换与身份的转换具有一致性。

(五) 外部标志

身份差异需要外部标志,以便于进行身份识别,判断具体的身份地位并选择运用相应的身份规则。外观表征是强化身份认同的重要手段,特定人群的服饰、礼仪与仪式、行为模式选择等均具有标志身份的功能,体现了身份意识与身份认同。现代社会中教育学历也具有身份象征功能,“好学历高学历不仅仅意味着高收入,也是荣誉和骄傲感的来源,更是社会身份感的来源”。〔8〕在现代私法中,荣誉也往往需要通过权威机构授予的证书、奖章等外部标志予以确认,而各种职业技能和专业资质证书则是获得特定营业资格的法定要件,如开办会计师事务所、证券交易所等均需要提供特定数量的专业人员资质证明。

三、身份私法关系的制度构造

身份关系纳入私法调整即形成身份私法关系。身份私法关系的构成因素包括主体、客体、内容以及法律事实。身份关系的私法制度构造突破了传统私法理论假设,依据身份关系的特有性质,运用身份调整的特有技术,回应身份调整的特殊诉求,形成身份制度私法构造的独特属性。

(一) 身份调整对原子化主体假设的突破

在传统私法理论中,为了保证主体享有独立、平等、自由的人格,私法调整的对象被假定为原子化的个人,他们孤立存在并没有身份约束。每一个自然人均拥有独立的法律地位,某些组织在法律上也通过个体化处理被塑造为法人,人格问题在私法理论中具有突出的地位。身份调整则以特定的组织或群体为对象,在特定的身份体内部构造身份,在身份结构和身份联系中规范个人行为,突破了原子化的主体假设。

身份体的各成员处于身份联系之中,身份立法的宗旨不在于突出个体人格,而是重在从身份体内部结构和外部联系中确认和保护其成员的身份资格、岗位和利益份额。身份私法关系的主体构造涉及身份体的确认及其成员的选择和确认。首先,身份私法需要划定某类组织或群体的利益边界和成员边界,确认身份体。利益边界确认特定身份体所拥有的社会资源和利益分配范围,成员资格确定身份体中人的组成范围,确定哪些人可以进入身份体,拥有身份,哪些人被排除在外,只是身份体的外部人。其次,身份私法在身份体内部设置身份岗位并分配给特定成员,确认身份体与成员之间以及各成员相互之间的关系。例如,婚姻法在家庭身份体中设置了配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母等身份岗位;公司法在公司中设置了董事、监事、经理、职员、工人等个体身份岗位以及董事会、监事会等机构;社区身份体中设置了居民、村民身份以及业主委员会、村民委员会等机构。

身份调整方式在立法中如何体现?如果以宏观视角考察我国私法制度,可以发现,有些法律

〔8〕 陈振中:《论教育的身份赋予》,《华东师范大学学报》(教育科学版)2004年第4期。

文件的名称已经表明该法所调整身份关系的范围。如婚姻法调整家庭身份关系，公司法调整公司身份关系。在理论上，物权法中的区分所有权制度规则结合物业管理的相关规范可以构成城市社区法的基本内容，由此确认城市社区身份；村民自治法结合农村土地权利规则可以构成乡村社区法的基本内容，调整以地域为利益边界的乡村社区身份。

对于那些依年龄、性别、交易地位形成的身份类别，立法从矫正社会不公的角度出发，采用补充性的特别法加以确认。这些立法着重保护或限制特定群体的利益份额，主要从权利行使、财产取得、分配规则等角度进行调整。例如，未成年人保护法、妇女权益保护法、消费者权益保护法均属于身份保护法；而反垄断法、消费税法则属于身份限制法。在现代社会，公民构成一个国家最广泛的人群，其利益要求是获得“符合文明性生存标准”的利益份额，公民身份形成一个兜底保护的身份机制。公民身份主要由宪法确认，以国籍划分成员边界，享有利益的范围主要以国民财富为基础。自然人身份主要由内国宪法、民法与国际人权公约确认，在国际社会开展国际援助活动时，自然人的身份利益范围会超出国民财富的范围。

对于已经为社会习惯所认可的身份岗位，立法者只须进行以下工作：其一是名称的规范化，如用“配偶”概括日常生活中的丈夫和妻子。其二是确定身份利益的配置范围，如配偶仅限于合法夫妻，而子女包括婚生子女、非婚生子女、养子女和继子女。其三，依据能力确定身份位置关系，如未成年子女与成年子女在亲子关系中处于不同的身份位置：未成年子女有权要求父母抚养，而成年子女有义务赡养父母。

（二）强弱共存现实的回应与对均质强者假设的背离

传统私法按照商人的形象设计人，〔9〕私法中具有行为能力的人均被假定为“强有力的智者”，〔10〕个人之间的强弱差别被忽略，现实生活中的强弱共存状态在传统私法理论中没有得到应有的回应。相反，身份制度事实上否认了“均质强者”的假设，部分反映了社会成员之间强弱共存的现实。人们已经意识到，身份关系中的利益往来并不适用等价有偿原则，而是注重依据伦理规则对弱者给予扶助。

在身份制度安排中，身份体内部强弱有别的各个成员拥有不同的身份地位，享有不同的身份权利和权力，负有不同的身份义务和责任。身份体和强势身份者对于弱势身份者所负的身份义务是提供相应的利益以维持其生存和发展；弱势身份者对于强势身份者所负的身份义务是在符合当前人伦价值前提下的服从义务，以实现身份体内部的运行秩序。由于身份关系是稳定的长期联系，利益需求复杂，私法能够预先设定的只能是特定的身份联系，对于身份义务的规定一般是提供一种社会性的基准并例示性地列举主要类型，并不穷尽义务的具体内容，许多义务随着各成员的具体情境而产生。

（三）身份权利的特殊形式

身份权利只能在特定的身份体中存在。如果将身份权利的主体定位为个体，权利有时指向身份体，主要是请求身份体按其应有份额向其提供身份利益；有时指向其他成员，主要是请求其他成员依据身份规则向其履行身份义务；有时指向外部人，主要是要求外部人承担不侵害身份利益的消极义务或者侵权责任。如果将权利主体定位为身份体，其权利有时指向内部成员，要求其遵守身份规则并作出必要的利益付出；有时指向外部人，主要是要求其承担不侵害身份体利益的消极义务或者侵权责任。由于身份权利须在特定的身份体中形成，所以成员权、财产权和请求权成

〔9〕德国学者拉德布鲁赫认为近代法人格是“模仿着始终追求和打算着利润的商人像创造出的概念，并非出于义务，而是受利益诱导的个人”。转引自〔日〕星野英一：《私法中的人》，王闯译，中国法制出版社2004年版，第35页。

〔10〕同上书，第35页。

为身份权利的三种特殊形式。

身份体中最基本的权利是成员权。成员权是指基于身份体中的成员地位而享有的概括性集合权利，包括参与权、收益权、优先权、诉权以及对非成员的排斥权。成员权可以指向身份体、其他成员以及外部人，包含程序性权利（如参与权）和实体性权利（如收益权），也包含自我保护和救济的权利内容。成员权乃成员在身份体中的地位，^[11]特定地位的成员享有相应的权利，所以身份法上的成员权具有专属性，只能随成员地位的变化而变化，一般不能继承和转让。成员权在身份体内表现为一种综合性权利，在具体的法律关系中会表现为具体的权利形式，成为各种请求权的基础。例如，社团身份中的成员权表现为社员权，社员权主要有三种功能：其一，区分内部人与外部人，社员是身份体的内部人，享有身份体所拥有的利益；其二，社员在身份体内部享有参与权等基本权利；其三，作为母权，在社员身份基础上，可以衍生出具体的身份岗位与身份权利。每一类型的社员权又可衍生出众多的子权利，如股东权可衍生出表决权、股东会召集请求权、股息分配请求权、剩余财产分配请求权、新股认购权、股份收购请求权、股东诉权等。

身份体中另一个基本的权利是财产权。民法一般运用所有权解决财产归属问题，包括运用共有权解决家庭、社区的财产归属问题，如合伙财产、夫妻共有财产、未分割遗产等。民法还设置他物权解决财产利用问题，如家庭中的居住权等。值得注意的是，身份财产依附身份关系而存在，具体财产被特定的身份体以及特定的成员结构、规则所塑造，财产丧失同质性，形成具有不同功能、服务于特定目的的财产。在企业身份体中，存在固定资产、流动资产等功能不同的财产；股权也可以分为普通股、优先股等在利益分配和表决权行使上存在差异的种类。在破产程序中，债权被区分为保障程序运行的破产费用和共益债务，维持职工基本生存的工资、保险以及补偿金，体现公共利益的社会保险费与税款，体现商业利益的普通债权。法律对这些债权的保护也并非采取一体主义，而是衡量每种财产所代表的身份利益，在立法上设定权利行使顺序，实行差异化保护。^[12]另外，民事强制执行中的自由财产制度、海商法中的船舶优先权制度等均体现了对人们基本生存利益的优先保护。

身份请求权既是身份关系的运行方式又是身份关系的救济手段，旨在解决身份利益流转和身份权利的保护问题。在身份体内部，权利方成员可以对身份体或义务方成员行使请求权，这种请求权实现后，抽象的身份利益便转化为实际的财产利益。在外部关系中，请求权沿着身份关系扩展，既可能导致请求权人的扩展，也可能导致作为请求对象的责任人的扩展。例如，人身伤害导致丧失劳动能力的情形中，被受害人扶养的人可以对侵权者提出请求权；未成年人的侵权损害赔偿一般由其父母或监护人承担；雇员在职务工作中产生的侵权损害赔偿责任由雇主承担。身份体的整体利益也可能受到来自内部成员或外部人的侵害。在遭到内部成员侵害时，身份体（常常通过其成员）可以依据法律或身份体内部规则获得救济，当身份体的自治权不足时，也可以通过诉讼将内部问题带入司法程序。在遭到外部人侵害时，有些身份体即使不具有法人资格，在诉讼法上也享有主体资格，可以通过诉讼获得法律救济。

[11] 我国台湾学者李宜琛认为“是以所谓社员权（成员权的一种，引者注）者，与其谓为一种权利，毋宁解为一种法律上之地位也”。参见李宜琛：《民法总则》，中国方正出版社2004年版，第110页。

[12] 企业破产法第113条规定：“破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：（一）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；（二）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；（三）普通破产债权。破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算。”

（四）身份关系中的所有权对传统所有权理论的偏离

传统私法理论认为，“所有权的权能是所有人利用所有物以实现对所有物的独占利益，而于法律规定范围内可以采取的各种措施与手段。其积极权能包括占有、使用、收益、处分；消极权能即排除他人干涉的权能”。〔13〕由于私法权利主体的个人化设计，因而所有权的各项权能都围绕权利人的利益而设，其中处分权能又是核心。而在身份关系中，所有权的权能结构与行使方式有了明显变化，有些名为所有权的财产制度已经与传统的所有权理论发生偏离。

家庭财产所有权并非只为权利人的利益而存在。现代家庭不是私法上的法人，不是一般法律意义上的所有权主体。但是，在我国农村承包经营户、个体工商户法律制度中，家庭又是一个独立的经营单位，家庭财产成为支持对外经营活动的责任财产。在一般情形中，家庭关系中享有所有权的主体是夫妻或者一方，未成年子女一般不享有财产所有权，只能依据身份权获得父母的抚养和监护。因而父母并非仅仅为了自己的利益享有财产所有权，他们拥有的所有权实质上为了整个家庭的利益而存在。

农村集体土地所有权以排除功能为核心。在我国农村身份共同体中，土地所有权由村集体享有。村集体是一个集合性概念，其财产不能份额化到村民个人，由此带来土地利用的低效。改革开放后，我国运用承包经营权来调整农村集体土地的利用关系，承包经营权的主体是农户——中国传统的生产经营单位。土地承包经营权具有占有、使用、收益和依法处分的权能，承包经营权的意志可以有效地作用于土地上，土地利用效率得到提高，这也导致村集体作为生产经营单位的作用在弱化。从身份法的角度分析，村集体与其成员的身份关系是构建集体土地所有权制度的关键因素，农村集体土地所有权制度的功能在于设置一个身份利益边界，将集体所有财产权益的分享圈定在特定的村民范围之内，该范围之外的人均被排除对本集体土地权益的享有。只有为了集体和集体成员的共同利益，并通过严格的民主程序，村集体对集体土地才能依法处分；在集体和集体成员的共同利益受到侵害时，村集体能够依法享有独立的诉权。在目前我国城乡二元结构下，这种制度设计是保护农民身份者财产权益的重要措施，也是为农民身份者生存安全设定的一道防线。在农村集体土地所有权的行使中，村集体享有的主要权能是排除非成员身份者分享集体利益，其他各项权能大多已经归属于农户，而具体的行使主体又是具有集体成员身份的村民。上述规则反映和印证了财产制度与身份制度不可绝对分割，许多情况下，只有二者相结合才能有效地调整财产关系。

企业财产所有权无法有效地调整企业内部财产运作关系。企业是生产经营组织，进入企业的每一个独立的物和权利即构成企业财产，按照生产经营的需要进行使用。因此，企业财产关系的常态是生产经营，企业中的财产属于社会化运作的营业资产，营业资产的性质为营业所塑造，营业又是一种以营利为目的、独立的、持续的、不间断的职业身份行为。企业为了营业的需要，针对预计的市场空间，必须将其所拥有的各类财产与科学技术、经营能力和企业身份关系、人员分工等进行全面的、系统的整合，使每一单项财产进入营业身份规则主导的范围，才能真正发挥所有权的整体功能。所以，从营业性质上分析，企业的营业资产须整体发挥功能，单项财产只能依据身份制度安排发挥预定的功能。这样，主体个人化前提下的财产所有权制度本身无法全面规范企业财产关系，围绕营业展开的财产关系必须与企业身份关系相结合才能构成企业法调整的对象。总之，传统所有权理论无法有效解释企业内部财产运作关系，无法有效保障和规范企业生产经营活动，只有通过企业内部的身份规则整合身份秩序与财产秩序，才能规范和保障企业财产权

〔13〕 杨立新主编：《民法》，中国人民大学出版社2005年版，第130页。

的行使。

（五）以身份利益份额为私法身份关系的客体

私法关系的客体通常包括物、行为、智力成果和与人身不可分离的非物质利益；而私法身份关系的客体则是身份利益份额。身份制度中的利益配置是综合的，与其他法律制度相比，^{〔14〕}利益界限相对模糊，利益空间广阔而具有弹性。身份法以其特有的方式，将界限模糊的身份利益转换为可辨识的“份额”，并据此换算出各身份者所应享有的身份利益。私法身份关系的客体范围也会随着社会的发展和人伦价值的变化而改变。古代社会中，身份利益来源于家庭和家族，身份请求权只能指向家庭、家族中的利益份额；现代社会中，身份请求权的对象呈现多元化，它可以指向家庭、社团、社区以及各种身份群体，身份成员从中取得利益份额作为权利实现的手段。

在具体的私法身份关系中，个体的身份利益份额有三个基本层次。其一，指向身份体。成员资格是取得身份利益份额的前提条件，个人只有拥有成员资格才能在该身份体中享有特定的利益份额。如在我国农村，外嫁女能否在本村或丈夫所在村取得一定份额的土地承包经营权取决于她属于何方身份体的成员。其二，指向身份体内部的其他成员。如在父母与子女之间的身份利益关系中，身份权是相对权，身份利益由特定身份义务人提供。身份权利人可以依据其所享有的利益份额请求身份义务人为给付行为，身份义务人负有向其提供该特定利益份额的义务。其三，指向身份体之外的人。身份体成员有权排除身份体之外的人分享其身份利益，因此，外部人作为义务主体负有不作为义务，不得分享或侵害身份权利人拥有的身份利益份额。

需要指出的是，当身份体作为权利主体时，身份体独立于其内部成员和外部人，享有对总体身份利益的支配权。总体身份利益可以在交易领域成为被一体处分的标的，如企业法人财产就属于这种客体。但身份体存在的最终法律意义在于满足其成员的利益需求，所以身份体在支配其总体身份利益时必须遵循当前的伦理导向和各项身份规则。

在私法身份关系中，权利客体也可能是现已存在的法律关系，“如果通过一个法律行为废止或改变一个法律关系的全部……人们把这称为对法律关系的处分”。^{〔15〕}这种处分可能是通过一个法律行为废止或改变现存私法身份关系的全部。例如签订离婚协议，这种身份行为所要处分的就是特定主体自身享有的身份权利和现有的特定身份关系。

（六）“命令一服从”模式对平等协商机制的替代

以市场交易为基础设立的私法关系是平等者之间的法律关系，平等者之间处理相互关系多采用平等协商方式。立法者相信每个人是自己利益的最好维护者，在充分意思自治的条件下，人们有能力通过平等协商达成符合各自利益和社会公平的利益均衡状态。因此，私法理论一般不认同“命令一服从”方式。应该承认，那些通过实施身份行为设立或参与身份体的当事人也是通过平等协商达到目的的。但是，身份体或其身份成员资格一旦确立，身份体内部必然产生治理关系，此时，地位平等和能力充分的假定即被突破。身份体内部成员的地位和能力存在明显差异，优越身份者拥有权力，其个人意志借助职位得以扩张，在不违反法律和身份体内部规则的前提下，能够支配身份体内的财产利益和成员行为。劣势身份者的个人意志受到限制，其行为受到优势身份者的制约。在这种关系中，平等协商方式通常不适用，“命令一服从”方式成为处理身份体内部关系的基本方法。广泛存在的身份权力、责任关系是“命令一服从”方式的基础，拥有身份权力是施行“命令”的前提条件，负有身份责任是防止滥行“命令”的保障。

〔14〕 例如在所有权制度中，财产利益直接与权利主体相联系，形成一种利益配置关系，这种配置的边界是明确的，其范围是具体的，并可以清晰地分解为占有、使用、收益、处分各项权能。

〔15〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》上册，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第402页。

身份权力安排身份体成员之间的相互关系,维护身份体内的生产、生活秩序。身份体秩序包括财产运行秩序和人事关系秩序。针对财产运行的权力包括对特定财产的占有、支配、管理和处分等方面,财产的社会化运作通过身份权力得以实现。针对人事关系的权力包括要求相关成员为或者不为某种行为,以实现身份规则的强行性约束。身份权力依据身份体的功能范围和治理需要而配置,其存在基础是效率理性,其行使方式是支配和命令。身份权力的内容随着身份体的功能演变而改变。近代以来,传统“全能”家庭中的身份权力逐渐外移,部分交由政府行使,成为行政管理权,部分转变为社团内部的自治管理权。

身份责任与身份权力相对应,其性质属于法定职责。在现有民事法律中,有些名为权利的制度实质为身份职责,如监护权。这种职责是法律分配的第一性义务,而非基于义务违反而产生的是第二性义务。在身份体中,身份责任者必须依法履行职责,如在公司内部,董事、监事、经理、大股东对公司和一般股东承担法定的身份责任;又如 in 家庭关系中,父母对未成年子女承担法定的身份责任。可见身份体成员依据自己的意思设置或改变私法身份关系的可能性被排除,在此意义上讲,平等协商机制已被“命令—服从”模式所替代。

(七) 身份法律事实与意思自治的限制

传统私法的基本理念是意思自治,主体的自由意志得到充分尊重,当事人通过法律行为设立彼此之间的权利义务关系,法律行为是私法中的主要法律事实。但是,法律行为制度假设当事人拥有行为能力,并且仅仅考虑在当事人之间达成利益均衡而不安排第三人利益与社会公共利益。在私法身份关系的产生、变更、消灭中,意思自治的实现形式与功能范围受到限制,大量身份关系的产生并非依赖当事人的意志因素;在依赖意志因素发生的身份关系中,其作用范围也是有限的。

大量的身份关系依据先在的身份联系事实而产生,法律在此基础上肯认特定的身份权利义务关系。以出生为例,基于出生的事实所具有的血缘和亲缘联系形成亲属法意义上的亲子身份和亲属身份;基于出生地或者父母所属国籍取得特定国家的公民身份。主体的特定自然状态也会产生身份法效果,如年满18周岁即获得成年人身份。主体在特定社会结构中所处的实际状态同样会产生身份法效果,例如,依据企业的生产经营规模可以区分大企业与中小企业,依据企业市场占有率可以确认垄断企业;依据个人收入情况可以确认富裕者与贫困者身份,贫困线以下的人群成为救济对象。

在通过行为发生的私法身份关系中,当事人的意志因素只能发生有限的作用。身份制度一般预设典型的行为方式、程式要求和法律后果。身份契约属于典型的关系契约,“在关系性契约中,内容和责任的渊源都来自关系本身,是缓慢进化的习俗与法律模式的结果,个人的承诺只有微不足道的意义”。^[16]例如,甲公司聘用乙担任公司经理,乙依据协议获得经理身份。薪酬、任期、业绩要求等内容由聘用协议确定,而经理的基本职权和职责则由公司法直接规定,其他权责关系由公司章程规定。法律对身份关系的这种安排具有强制约束力,不容许当事人通过自由意志加以改变,如缔结婚姻时当事人不得约定不与对方父母形成亲属关系。

近现代以来,私法身份制度规范的身份行为及其效果趋于标准化、社会化,意志因素设置身份关系的功能范围进一步缩小。身份者意识到,他们所实施的法律行为必须符合标准化、社会化的要求,身份行为产生的权利义务内容被确定化,不为身份者的意志所左右。例如,甲收养未成年人乙必须经过法定程序,一旦甲乙之间形成亲子关系,被收养人与其生父母之间的身份关系随即消灭,甲因收养行为成为乙的监护人,承担对乙的抚养教育义务。依据法律或者法理,职业身

[16] [美] 麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社1994年版,第16页。

份者的职责和行为标准无须当事人之间约定，均为法律所规定或适用推定规则。例如，经理被推定精通市场规则，不能因为个人的能力欠缺而降低其注意义务的标准；医疗服务合同中包含医院提供具备资质的医生、依据医疗规范提供服务的内容，而执业医生不问实际水平如何，均须承担专家责任。可见，私法身份制度虽为每一身份者预定了广阔的权益空间，但要求身份者在参与私法身份关系时遵循既定的行为规则，这些规则是针对特定身份的社会安排。

Abstract: The basic presumptions of the status system in private law differ from those of traditional civil law. The traditional theories in private law can not satisfactorily define status relationships, and most of the general rules in German Civil Law do not dominate status law.

With individual relationships and structural existence of civil society as the presumptions, the construction of the status system in private law confirms that the state of human being's existence is a model of "individual—identity body—civil society". Individual lives in the identity body, which is an important carrier of private order as well as the organization or community where people live and develop. As a status unit, it allocates specific benefits to specific groups so as to meet the needs of its members. Members can share the benefits of the identity body, with their internal and external relationships defined by their statuses. They enjoy the rights, burden the obligations, and are bound by the internal rules within an identity body. The logic of an identity body is that status decides power, and power decides benefit share.

Allocation—type status arranges status posts within an identity body. Thus the differentiated order is realized by endowing different statuses and benefits to individuals. Remedial status defines homogeneous members according to certain natural and social attributes to remedy the inequality resulting from the operation of allocation—type statuses. As a result, the inequality can be controlled in an acceptable scope.

The elements of the status system include status benefits, value orientation, differentiation mechanism, behavioral rules and external marks. The construction of status system should be innovated by defying the traditional theoretic presumptions of private law. The status system regulates a particular type of organization or community instead of an individual and recognizes the co-existence of the strong and the weak in the real life. Thus the special forms and functions of status rights are established, with their object directly pointing to benefit shares. The status system applies the governance pattern of "order—obedience" in place of equal consultation, and the functions of party autonomy are restricted in the process of creating, altering and terminating status legal relationship.

Key Words: status, status system, identity body, construction in private law
