

论宣告失踪与宣告死亡

尹 田*

内容提要:我国民法典应当保留宣告失踪程序,但宣告失踪应以失踪人财产有代管之必要为条件,财产代管人与法定代理人有同等地位。失踪人的利害关系人的宣告死亡申请权不应有顺序之分。宣告死亡确定的死亡日期与自然死亡日期不同,当构成死亡宣告撤销事由。死亡宣告撤销前恶意继承人实施的无偿行为或单方行为在一定条件下应予撤销。

关键词:宣告失踪 宣告死亡 民法

自然人离开其住所或者居所,下落不明而难有返回之预期者,谓之失踪。失踪也可因灾难事故、战争等而发生。失踪不仅涉及失踪人自身的财产利益保护,而且涉及失踪人之利害关系人的财产利益与人身利益之保护。为此,法律在民法上设置宣告失踪与宣告死亡制度。我国民法通则对此作了规定,但错漏颇多。值中国民法典起草之际,有必要对现行制度进行检讨,以求科学和完善。

一、立法模式选择

据学者考证,罗马法上无宣告死亡之规定。以宣告死亡为研究对象,始于中世纪注释法学派,但在法律上对此予以明文规定,肇始于德国普通法。^[1]自1804年法国民法典起,近代各国民法莫不就失踪人之失踪宣告或死亡宣告做出详细规定。但各国基于其立法政策,最初所选择的立法例极有不同,主要形成所谓“法国式”失踪宣告制度^[2]与“德国式”宣告死亡制

* 北京大学法学院教授。

[1] 依德国普通法规定,凡失踪人年满70岁者,推定为死亡。而根据德国Schlesien邦特别法之规定,自失踪时起,超过一定期间者,亦得为死亡之宣告。参见梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第55页。

[2] 1804年法国民法典将自然人的失踪按失踪时间分“失踪推定”(原第112条)和“失踪宣告”(原第115条)。在自然人下落不明或被推定失踪达一定期间后,法院仅得经利害关系人申请对失踪人宣告失踪,虽其财产得为继承人分割并确定占有,其配偶亦得再婚(原第139条),但法律上留有余地,并不发生失踪人权利能力丧失的确切后果。法国民法这样规定,显然表现了法国民法典编纂时期强烈的人权保护思想。

度^[3]两种。前者的特点是对于失踪宣告采取逐步演进方式,随着失踪时间推移,逐渐强化死亡推定,增加生存者的权利,虽然其最后的宣告失踪实际上等同于宣告死亡,但立法上并不宣告失踪人死亡;后者的特点是明确推定失踪达一定期间的人已经死亡,令其直接发生权利能力消灭的法定效果。后者为瑞士、日本、意大利等多数国家采用。^[4]而法国民法典的立法模式在后来被法国于1977年12月28日颁布的第77-1447号法律所修改,该法律明确规定“宣告失踪的判决自其登录之日起,即具有确认失踪人已经死亡的全部效力”(第128条第1款)。由此,上述“法国式”宣告失踪与“德国式”宣告死亡之间的本质区别便不复存在。除一些细节问题之外(如宣告死亡的法定期限等),各国立法所存在的主要区别,仅仅是在规定“宣告死亡”的同时,是否规定与之并行的“宣告失踪”制度。由此形成两种不同的做法:一种是仅规定对失踪人受死亡宣告前的财产管理而不规定“宣告失踪”制度(德国、瑞士、日本、我国台湾地区);^[5]另一种是在规定宣告死亡的同时,规定宣告失踪制度(法国、意大利、葡萄牙以及前苏联)。^[6]这样一来,各主要国家和地区关于自然人失踪宣告之现行立法模式便大体可归纳为三种:(1)对下落不明者规定财产管理(无失踪期限要求)+宣告死亡(德国、瑞士、日本、我国台湾地区);(2)宣告失踪(有失踪期限要求)+宣告死亡(前苏联);(3)对下落不明者规定财产管理(无失踪期限要求)+宣告失踪(有失踪期限要求)+宣告死亡(意大利、葡萄牙)。^[7]

比较上述三种立法模式,可以看出,其共同点有二:其一,均将宣告死亡规定为一种与失踪人财产管理或者宣告失踪相分离的独立制度(尽管一些规定受有失踪宣告的人与未受有失踪宣告的人在被申请宣告死亡的期限上有某些区别),亦即是否确定有财产管理人或者是否受有宣告失踪,不影响宣告死亡之申请;其二,失踪立即引起或在较短时间内得引起财产管理人的确定,而失踪导致宣告死亡的效果,则须经历较长的时间。但宣告死亡,无一例外地引起与自然死亡相同或者几近相同的法律效果。而三种立法模式的主要区别在于:

其一,是否在财产代管和宣告死亡之间设置宣告失踪制度。就意大利、葡萄牙等将失踪宣告分为三个阶段(确定财产代管人、宣告失踪与宣告死亡)的国家而言,其在设置财产代管人和宣告死亡之间设置了一个中间阶段即“宣告失踪”。在此阶段,财产代管终止,财产由继承人“临时占有”,实际上已经发生了死亡宣告的初期效果,只是留有余地,让此效果最终于死亡宣告时确定发生。而其他国家或地区则无此中间阶段。

[3] 1900年德国民法典第13条至第20条规定:自然人下落不明达一定期间,得经利害关系人申请,由法院宣告其死亡。后来,德国于1939年7月4日颁布关于失踪、死亡宣告及确定死亡期间的失踪法,同时以其第46条废止了德国民法典原第13条至第20条之规定。1951年1月15日西德制定了新的失踪法,并于1957年7月26日加以修正。根据失踪法的规定,法定宣告失踪人死亡的期间有10年至3个月长短不等(第3条第1款、第6条),以致导致失踪发生的危险事件程度而定。因此,在所谓的空难失踪中,其所需期间为最短(第6条)。

[4] 为瑞士民法典(第35条至第38条)、日本民法典(第30条至第32条)、意大利民法典(第58条、第60条)、葡萄牙民法典(第114条)、苏俄民法典(第21条)以及我国台湾地区民法典(第8条至第11条)所采用。尽管在前述国家和地区法律中,有些立法上仅仅存在“宣告失踪”(如日本),但如后来的法国法一样,其所谓“宣告失踪”的效果完全等同于宣告死亡,二者之间并无实质性区别。

[5] 德国民法典第1911条、瑞士民法典第392条及第393条、日本民法典第25条、我国台湾地区民法典第10条。

[6] 法国民法典第112条、第122条,意大利民法典第48条至第50条、葡萄牙民法典第91条、第99条及第114条,苏俄民法典第18条。

[7] 法国虽然形式上规定了“推定失踪”和“宣告失踪”两个阶段。但其“推定失踪”的效果为财产管理人的确定。而其“宣告失踪”实际上被分为“财产的假占有”与“财产的确占有”两个阶段,前者之效果相当于意大利、葡萄牙之宣告失踪,后者之效果则相当于宣告死亡。故其实质上应属于此种三阶段模式。

其二,是否有必要对下落不明者作失踪宣告。当自然人下落不明时,只要有必要,利害关系人即可申请确定财产管理人,而无必要以特别的诉讼程序严格审查当事人是否真正失踪,此为一种选择。其理由显然是,失踪人财产代管人的确定,主要系为失踪人本人的利益,以防止财产因无人管理而陷于损失以及维护失踪人之家庭的正常生活秩序。而只要失踪人一旦返回,即可恢复其对自己财产的支配地位,对其利益并无妨害。同时,为避免财产代管人滥用权利损害失踪人的利益,法律还责令财产代管人就其代管权的行使提供担保,这样一来,失踪人的利益便足以获得可靠的保护(为此,对下落不明者财产的管理申请,多不设置过于严格的司法程序,甚至明文规定按非诉讼事件处理^[8])。如果设置宣告失踪制度,则在自然人下落不明之后,利害关系人仅得在法定期间届满之后,依法定程序申请宣告失踪及指定财产代管人。而在自然人下落不明至被宣告失踪这一段时间,失踪人的财产便有可能处于无人有权管理的状态,此于失踪人及其利害关系人均有不利。

当自然人下落不明时,利害关系人仅得在一定期间之后,依法定程序宣告其失踪并确定失踪人财产的代管人,此为第二种选择。其理由应当是:自然人之“下落不明”为一模糊概念,一时之下落不明,尚不足以构成真正意义上的“失踪”。因此,下落不明之构成失踪,应当具备一定条件,而下落不明达一定期间,为确认其失踪的基本条件。同时,自然人之下落不明,必须是离开其住所或居所,杳无音讯,或者在意外事故中下落不明,难有其返回之预期。为此,自然人之失踪事实,必须经过特设之司法程序予以审查确定,不得轻易妄断。唯如此,下落不明者的利益才能得到切实的保护。

对于是否规定失踪人失踪事实之司法宣告程序,上述两种立法模式显有其各自优劣。我国民法通则采前述第二种模式即将宣告失踪与宣告死亡作为两个完全不同的制度来加以规定。此举曾有人予以批评,认为宣告失踪制度的设置利大于弊,不如废而代之以为无配偶之完全行为能力失踪人径行设立财产代管人的制度。其所持理由有二:其一,宣告失踪并非强制性规范,如利害关系人不申请,则无法设立财产代管人;第二,即使成功地宣告失踪,在设立财产代管人之前的至少两年又三个月时间内(宣告失踪须下落不明满2年,失踪宣告前的公告期为3个月),失踪人的财产也处于无人管理的状态。^[9]但笔者认为,就采用径行设立失踪人财产代管人的国家来看,其通常规定有限制性条件,即必须是失踪人无法定代理人或委托代理人而其财产有管理之必要。同时,设立失踪人财产管理人也须利害关系人申请(特定情形由检察官申请),其亦非强制性规范。而就实际情况而言,我国土地辽阔,人口众多,随着经济的振兴发展,城乡人口流动激增,虽交通、通讯日益发达,但由于各种原因与家人一时中断联系者实为常见。同时,依生活习惯,家庭成员偶有下落不明时,其财产通常即为亲属代为管理,短期内影响不大。如法律不规定自然人下落不明须经一定期间方可申请宣告其失踪,则一旦有人“下落不明”,利害关系人即可申请对其财产实行代管,恐易滋生事端及为恶意当事人所利用。为此,规定失踪宣告须下落不明达一定期间并经法定程序进行,比较符合我国国情。

[8] 我国台湾地区民法典第10条规定:“失踪人失踪后,未受死亡宣告前,其财产之管理,依非讼事件法之规定。”瑞士民法、土耳其民法亦同。参见胡长清:《中国民法总论》,商务印书馆1956年版,第77页。

[9] 罗玉珍:《民事主体论》,中国政法大学出版社1992年版,第89页。

二、宣告失踪之财产代管

宣告失踪为对自然人失踪事实之司法确定,其具有双重目的:首先,维护失踪人自身的合法利益,使其不因财产无人管理而遭受不测之损害;其次,维护与失踪人有利害关系的当事人的合法利益,使其不受失踪人失踪之事实而导致的财产损害。而此两项目之实现,维系于失踪人财产代管制度之设立。在此,有以下问题殊值研究:

(一)宣告失踪是否应以有财产代管之必要为条件

宣告失踪是否应以失踪人之财产有设置或重新设置管理人之必要为条件,我国民法通则未予明定。查其他国家或地区的立法例,其多以失踪人无财产管理人为申请宣告其失踪的条件。^[10]笔者认为,考虑到失踪宣告之目的系为失踪人的财产设置代管人,如失踪人下落不明前已自行设定了财产管理人,或失踪人已经具有法定代理人(如失踪人为未成年人或者精神病人的情形),则失踪人的利益自应由管理人加以保护,有关利害关系人的利益也无损害之虞,此种情形,单纯申请宣告其失踪便不具有任何实质意义。因此,我国民法应当明文规定,除非失踪人的全部或者部分财产无管理人,或者原有财产管理人管理权限已经消灭,或者有改任原有财产管理人之必要,否则,利害关系人不得提出宣告失踪之申请。

(二)财产代管人的法律地位如何

我国民法通则第121条规定了宣告失踪的效果为失踪人财产代管人的设置,但对于财产代管人的权限,仅仅规定“失踪人所欠的税款、债务和应付的其它费用,由代管人从失踪人的财产中支付”,这一规定显然有其模糊性。

就失踪人之财产代管人的地位而言,其应当具有与法定代理人同等的法律地位,即财产代管人有权依其代管权,对失踪人财产的全部或者一部进行管理。只是对其管理权限的确定,各国家和地区的立法有所不同。如依日本民法典第28条之规定,此权限应依法院的命令内容而定。当法院确定的管理权限不明时,对于失踪人的财产,管理人具有实施该法典第103条所规定的“管理行为”的权限;管理人需要实施超越此权限的行为(如给予失踪人之子教育资金和结婚资金的行为)时,须经法院许可;依我国台湾地区非讼法第57条之规定,失踪人之财产管理人应以善良管理人注意,保存财产,并得为有利于失踪人之利用或改良行为,但其利用改良致变更财产之性质者,非经法院许可,不得为之。很显然,对于失踪人财产管理人的行为,前述法律均采取了比较严格的限制立场。但日本及我国台湾地区民法仅设对失踪人的财产代管人制度,并未设置失踪宣告制度,故其对财产代管人权限的限制,自有其合理之处。而依我国民法通则之宣告失踪制度而确定的财产代管人,较之日本与台湾地区,其确定程序更为复杂,被宣告失踪的人下落不明之状态更为稳定,因此,赋予失踪人财产代管人以更大的管理权限,显有必要。故我国学者认为,失踪人之财产代管人的管理权限除保存行为(包括对财产的维护、收益等)及改良行为外,还应包括必要的经营行为和处分行为。但财产代管人在对财产进行保

[10] 意大利民法典规定,在失踪人有法定代理人的情况下,不得请求为之设定保佐人(第48条);日本民法典规定,失踪人如果未设置财产管理人时,家庭法院得因利害关系人或检察官的请求,命令就该财产的管理实行必要处分(第25条)。但于失踪人已设置管理人的情形,得申请改任管理人(第26条);德国民法典明文规定失踪人有财产管理之必要者,得申请设置管理人(第1911条);我国台湾地区民法典也以失踪人未设置有财产管理人且无法定顺序之管理人,或此等管理人之权限因死亡、受禁治产宣告或其他原因而消灭,为申请设置管理人的条件。

管、维护、收益时,应尽与管理自己财产之同一注意,而在对财产进行必要的经营行为和处分行为时,应尽善良管理人之注意。失踪人之财产代管人因自己的过错而导致失踪人财产损害时,应当承担赔偿责任。^[11]此种意见,我国民法典应予采纳。

从根本上讲,自然人被宣告失踪后,其权利能力并不丧失,只是其权利义务由财产管理人代为行使和履行。因此,财产管理人的法律地位与无行为能力人之法定代理人实质上并无区别。因此,立法上应当明定:就失踪人财产管理方面之事项,法律有规定的,适用其规定;法律无规定的,应当参照适用有关法定代理人的法律规定。只是在财产管理人的诉讼地位方面,由于失踪人所处的特定情势,为方便诉讼,在有关失踪人的债权行使或者债务清偿的诉讼纠纷中,可以将财产代管人直接列为原告或者被告。

三、宣告死亡的结果

宣告失踪制度,实质是法律应利害关系人的请求,对失踪人财产管理的一种补救和强行介入。但其并未解决失踪人之相关法律关系(特别是人身关系以及与之有关的财产关系即继承关系)的最终稳定问题。随着自然人失踪时间的延长,依科学测定和生活习惯,失踪人已经死亡的可能日渐增大,此时生存者利益保护便日渐突出。为此,各国立法设置了宣告死亡或与之效果相同的宣告失踪制度。

宣告死亡制度的目的显然是为了较为彻底了结长期失踪者遗留下来的某些重要的法律关系的悬而未决状态。但是,就宣告死亡是否导致自然人法律人格的消灭以及其具体效果,各国立法和理论基于不同的出发点,却有不同立场。

对此,理论上形成共识的问题是,法院有关宣告死亡之判决具有绝对性,即不仅对申请宣告死亡的当事人具有效力,而且对一切人皆发生效力,任何人均得援引之。^[12]但就死亡宣告之效力所涉及的具体范围,则有不同看法。有学者认为其仅限于财产关系(此为德国普通法时代之通说);^[13]也有学者认为,宣告死亡为法律对失踪人已经死亡的“暂且拟制”,其目的仅在于确定以自然人失踪前之住所为中心的法律关系,^[14]因此,宣告死亡就失踪人住所或居所为中心之当时的法律关系,产生与自然死亡相同的法律效果,即遗产继承开始,婚姻关系当然消灭(此说为日本、我国台湾地区所采);还有学者认为,宣告死亡应对于一切法律关系产生效力,但对于婚姻关系应特设例外(如德国民法典第1348条规定,被宣告死亡之人的婚姻关系因配偶之再婚始归于消灭)。由此,关于被宣告死亡的自然人之权利能力是否丧失,便有不同的结论:凡认为宣告死亡应对被宣告死亡的自然人之一切法律关系均发生效力者(如德国民法),当然认定其权利能力全面地发生终止(虽然其可因被宣告死亡之人之生还而得以自始推翻);^[15]凡认为宣告死亡仅以失踪者失踪前的住所或居所为中心的法律关系发生效力者,则当然认定宣告死亡仅在该“中心”之范围内发生与自然死亡相同的法律效果,但并不意味着失踪者本人

[11] 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第100页。

[12][13] 史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第97页。

[14] 四宫和夫:《日本民法总论》,台湾五南图书出版公司1995年版,第75页。

[15] 迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,第789页。作者指出:宣告死亡因被宣告死亡者的重新出现所推翻的,其“权利能力并未终结”。反过来理解则是,如果宣告死亡未被推翻,则发生被宣告死亡人权利能力终结的效力。

的权利能力发生消灭。^[16]

此外,就被宣告死亡的人究竟在法律上是被“视为死亡”还是被“推定死亡”,各国立法也有不同选择:

(一)拟制主义。将被宣告死亡的失踪人“视为死亡”,是为“拟制主义”,即虽然不能判明失踪人是否确已死亡,但或对其以失踪前住所或居所为中心的法律关系,或对其所涉及的全部法律关系,拟制其已经死亡的事实,使其发生与自然死亡相同的法律效果。因此,死亡宣告之判决一经作出,失踪人即被视为已经死亡。而“要阻止死亡所带来的效果,就必须撤销死亡宣告,仅仅提出反证不能追溯否定死亡所带来的效果”。^[17]依此“拟制主义”,在宣告死亡之后,即使有确切证据证明失踪人并未死亡,甚至于被宣告死亡之本人已经出现,在未经法定程序撤销死亡宣告之前,有关死亡宣告所导致的一切法律效果,并不因此而发生任何影响。例如在其于宣告死亡而请求保险公司支付人寿保险金而发生诉讼时,即使保险公司持有该失踪人并未死亡的确切证据,保险公司在此项诉讼中也不能仅仅通过提出反证而拒绝支付保险金,其只能首先另行诉请撤销死亡宣告。采此“拟制主义”的,有日本、前苏联、泰国等。^[18]

(二)推定主义。对于被宣告死亡的失踪人“推定”其死亡,是为“推定主义”,即虽然不能判明失踪人是否确已死亡,但或对其以失踪前住所或居所为中心的法律关系,或对其所涉及的全部法律关系,推定其已经死亡,使其发生与自然死亡相同的法律效果。此种推定得被相反证据所推翻。因此,只要出现反证,宣告死亡所作出的失踪人已经死亡的推定即被否定,即使宣告死亡的判决尚未被撤销,有关死亡宣告所导致的法律效果也有可能受到影响。例如在基于宣告死亡而请求支付人寿保险金的诉讼中,只要保险公司能够举出失踪人(被保险人)确实并未死亡的证据,则原告即应败诉。采此“推定主义”的,有德国、瑞士、土耳其、我国台湾地区等。^[19]

我国民法通则未明确规定宣告死亡所生之具体效力,但过去居于主流的观点认为,宣告死亡应发生与自然死亡相同的效力,即被宣告死亡的人丧失民事主体资格,其权利能力和行为能力终止,其婚姻关系自然解除,其个人合法财产成为遗产并开始继承。^[20]不过,此种观点后来受到批评。有学者虽然承认宣告死亡得发生与真实死亡同样的法律效力,即一切享有以失踪人死亡为条件的财产权利的人即可因此获得权利(继承人开始继承,受遗赠人取得遗赠,失踪人的婚姻关系终结等),被宣告死亡人所涉及的一切民事法律关系全部消灭,但认为其仅仅限于“以失踪人住所地为中心”之范围。^[21]另有学者更为明确地指出宣告死亡与自然死亡之区别,认为宣告死亡仅发生与自然死亡相似而不相同的法律效果:其一,二者规范意旨不同。在自然死亡,自然人的权利能力消灭;而宣告死亡制度的目的,却不在剥夺失踪人的民事权利能力,而仅在结束以住所地为中心的民事法律关系,效力并不及于公法上的关系。其二,一为事实,一为拟制。在自然死亡,死亡是事实的;而宣告死亡,则是拟制,当事人未必确已死亡。其三,二者要件不同。自然死亡是当然死亡;而宣告死亡却要充分的法律要件才可。其四,二者效力不同。自然死亡的效力是绝对的;而宣告死亡的效力是相对的,可以撤销而溯及地被消

[16][17] 前引[14],四宫和夫书,第76页。

[18] 日本民法典第31条至第32条、苏俄民法典第21条至第22条、泰国民法典第75条。

[19] 德国民法典原第18条、瑞士民法典第38条、土耳其民法典第34条、我国台湾地区民法典第9条第1项。

[20] 魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社2000年版,第61页。

[21] 前引[11],梁慧星书,第101页。

灭;其五,死亡日期不同。自然死亡中的死亡日期一般是真实的;宣告死亡中的死亡日期则是法律拟制,为判决宣告日。^[22]

很显然,对于宣告死亡的法律效果,理论上确有探讨之必要。笔者认为,民法上设置宣告死亡制度的目的,在于结束长期失踪人所涉及之法律关系的不稳定状态,使利害关系人的利益及社会生活秩序得以保障。但失踪的自然人生死不明,法律何以将其视为死亡或者推定其死亡?事实上,如果失踪人并未死亡,宣告其死亡对其人身及财产将不可避免地发生重大损害(虽然失踪人重新出现后其财产得请求返还,但对已经丧失的利益却无法得以补偿或者全部补偿;而其婚姻关系则有可能在宣告死亡期间发生变化而无法复原,其子女也有可能被他人收养而无法恢复原有关系,等等),而如果对于长期失踪的人遗留的法律关系不予以法律上的了结,则利害关系人及社会生活秩序又将遭受损害。由此,失踪人的利益与利害关系人的利益发生了冲突。两相权衡,民法不得不牺牲失踪人的利益而保全利害关系人的利益,尤其是当利害关系人的利益被认为实质上涉及社会生活秩序时,民法所作选择之合理性更加毋庸置疑。此外,法律推定失踪人已经死亡具有科学依据及符合生活常识:长期失踪,尤其在意外事故中失踪,纵经反复寻找,仍无下落,失踪人死亡的可能性极大(即通常情况下已经死亡)。为此,法律设置宣告死亡制度,并非基于对失踪人利益的保护,而系基于对生存者利益和社会利益的保护。所以,宣告死亡实质上应当是法律对失踪人已经死亡之推定事实的终结性确认,其目的就是要消灭失踪人的人格,使其退出所涉之全部法律关系。而被宣告死亡的失踪人绝大多数情况下确已死亡,被宣告死亡而实际并未死亡者极少。因此,自然人一旦被宣告死亡,在此项宣告未因相反证据的出现而予以撤销之前,失踪人应当被视为已经死亡。故宣告死亡应当发生与自然死亡完全相同的法律效果,其不同之处仅仅在于,宣告死亡的效果具有某种不稳定性,一旦失踪人生还,其权利能力消灭之效果即溯及地消灭。至于强调宣告死亡的效果完全不同于自然死亡(不能导致失踪人权利能力的消灭)、强调宣告死亡之效果仅仅及于失踪人住所地或居所地为中心的法律关系(不能及于失踪人生存地所涉之法律关系),甚至主张根本不宣告“死亡”而仅仅宣告“失踪”(虽然又令其“失踪”发生与宣告死亡完全相同之效果),这些观点或者做法,实质上都是站在失踪人利益保护的角度,将被宣告死亡的人的“重新出现”作为一种“常态”即可能性极大的事实来予以对待,其所生之矛盾是显而易见的。

1. 既然宣告失踪人死亡,则其应有之意为认定失踪人有极大可能已经死亡,而非认定其有极大可能并未死亡,故法律应力求宣告死亡所达之效果具有最大程度的稳定性和确定性。如果一方面有意通过宣告死亡而将失踪人“推出”有关法律关系之外,另一方面又故作姿态、羞羞答答,不承认被宣告死亡的人通常情况下已经死亡,进而不承认被宣告死亡的人之权利能力归于消灭,则遗产继承依何根据发生?婚姻关系依何根据消灭?

2. 宣告失踪人死亡的事实依据,是失踪人长期下落不明。为判定失踪人是否真正下落不明,是否真正极大可能已经死亡,法律不仅规定了较长的失踪期限,而且设置了包括由法院发出寻找失踪人公告在内的一系列严格程序。如果失踪人之下落不明尚存疑问,如果失踪人生还之可能性大于死亡之可能性,宣告死亡均不可能进行。由此,就被宣告死亡的人而言,其已经死亡为“常态”,其尚未死亡为“非常态”。如果说“被宣告死亡的人事实上已经死亡”是一种并非绝对可靠的推定的话,那么,“被宣告死亡的人事实上并未死亡”则是一种更为不可靠的推

[22] 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版 1991 年版,第 112 页。

定。很显然,强调宣告死亡的效果“仅仅及于失踪人住所地或居所地为中心”之范围的观点,实际上是以被宣告死亡的人事实上并未死亡为前提的。依此观点,由于被宣告死亡的人有可能并未死亡,故应为其留出一个“生存空间”(在其生存地实施法律行为),以免其生存因其在住所地或居所地为中心的范围内已经被宣告死亡而有所影响。但问题是:(1)既言宣告死亡的效果仅仅及于失踪人住所地或居所为中心的法律关系,那就是说在此“中心”范围之外,尚存在有宣告死亡之效力不及之另一“范围”(即失踪人实际生存之所在地)。然而,法律宣告失踪人死亡,当然是以推定或者视为失踪人已经死亡为根据的,即法律不可能承认被宣告死亡的人尚且存在于另一活动之空间。故无论如何解释方法之本意,也不能得出宣告死亡之效力仅仅及于某一“中心”范围之结论。(2)所谓“失踪人住所地或居所为中心”之表达,根本不具有确切的含义。何谓“中心”?倘失踪人于失踪前在距其住所地万里之遥的地方实施了法律行为,是否仍为“中心”之所及?很显然,宣告死亡的效力及于其失踪前所涉之一切法律关系,其并无范围之任何限制。而所谓“住所地为中心”之外的“范围”,在被宣告死亡的人生还事实出现之前,纯属虚构。(3)被宣告死亡的人有可能并未死亡,但在其生还之前,其“并未死亡”仅为假定而非事实。对此种现实性极小的假定,法律应当予以重视并设置特殊情形下的补救措施(即规定被宣告死亡的人生还的法律效果),但其根本不应成为法律考虑宣告死亡之效力或其效力范围的基点。如果被宣告死亡的人一旦生还,该种假定成为现实,则死亡宣告即可被撤销,失踪人的权利能力即“自始”未丧失。而在此种情形,便不仅仅是宣告死亡的效力不能及于失踪人“实际生存”之范围的问题,而是其效力有可能自始根本不发生。

由上所述,宣告死亡制度系为了了结长期失踪人遗留之法律关系、重点保护生存者利益及社会秩序所设,故立法应采决然之立场,确定宣告死亡发生与自然死亡相同之民事法律效果,失踪人之权利能力和行为能力归于消灭,宣告死亡的法律效力及于失踪人所涉之一切民事法律关系。

此外,涉及宣告死亡究竟为“推定死亡”抑或“视为死亡”之问题,笔者认为,二者均为对失踪人已经死亡之法律推定,其实质性差异仅在于当被宣告死亡人生还或有确切证据证明其并未死亡时,是否必须以死亡宣告之撤销为否定死亡宣告法律效力的唯一根据。当发生前述情况时,死亡宣告之撤销为必然发生之事实。而利害关系人一旦知道被宣告死亡的人并未死亡,依诚实信用原则,即应停止基于宣告死亡所生之一切行为(如尚未分割遗产的继承人即应停止继承活动、正待再婚之配偶即应停止再婚行为,等等),第三人亦得以此作为义务履行之抗辩(如保险公司得拒绝支付人寿保险金),而不必等待死亡宣告之正式撤销。否则,易为恶意当事人所利用,徒生纷争,并有损生还者合法利益。至于被宣告死亡的人确实生存之证据是否充分,自应由法院予以审查定夺;无端以被宣告死亡的人尚系生存为由拒绝履行义务或者妨害利害关系人行使权利者,对由此造成的损失应予赔偿,自不待言。

四、宣告死亡的条件

与各国立法相同,我国民法通则规定宣告死亡须具备三个条件:须有自然人之失踪达法定期间;须利害关系人申请;须法院依法定程序作出死亡宣告判决(前一条件为实质要件,后二条件为形式要件)。但有以下问题殊值研究:

(一) 应否规定申请宣告死亡所需失踪期限之例外

失踪为自然人下落不明之状态。但下落不明与“生死不明”,尚有一定区别。与德国、日本等大多数国家相同,我国民法通则并不强调下落不明者之情形是否达到足以推测其死亡的程度,而是单纯以失踪时间作为推定失踪人死亡的根据(一般情形的失踪,需经过4年;意外事故中的失踪,需经过2年)。^[23]但是,依其他国家或地区的立法例,此种期限并非毫无例外。对于自然人在危险事故中失踪,而根据现实情况可以确认其绝无生存可能时,一些国家或地区的民法规定得确认其死亡或宣告其死亡而不受民法规定的一般失踪期限的限制。如瑞士民法典第34条规定:“失踪的人,只要是在使他人对其死亡确信无疑的情况下失踪的,即使未发现其尸体,亦视其死亡已得证实。”我国台湾地区民用航空法第98条规定:“因航空器失事,致其所载人员失踪,其失踪人于失踪满6个月后,法院得因利害关系人或检察官之声请,为死亡之宣告。”另学者认为,失踪为生死不明,若死亡通常可认定时(如飞机高空爆炸),纵未发现尸体,仍得为死亡的认定。^[24]我国民法通则对此未设规定,但依我国民事诉讼法第167条之规定,因意外事故下落不明,经有关机关证明该自然人不可能生存,利害关系人申请宣告其死亡的,不受民法有关宣告死亡之特别期间的限制。

笔者认为,自然死亡为对自然人生命绝对消灭之事实的确认,而宣告死亡是民法为失踪人特设的一项制度,其基点在于失踪人生死不明但有极大可能已经死亡。因此,“生死不明”应为构成民法上“失踪”的基本条件。如果自然人在危险事故中“消失”,但依当时情形完全可以确定其已经死亡的(如飞机高空爆炸)或经特别寻找而由官方确定其不可能生存的,虽生不见人,死不见尸,亦应根据有关机关的证明确认其已经死亡(自然死亡),而不必另设宣告死亡所需失踪期限的例外规定。否则,有可能徒增纠纷,不利于空难、海难、矿井爆炸等危险事故遇难者善后问题的处理。^[25]

(二) 应否规定宣告死亡之申请权行使的顺序

就其实质而言,民法设置死亡宣告制度,其目的非在确认失踪人之死亡,而在保护利害关系人之利益。而失踪人之利害关系人有无利益需要保护,以何种方式获得保护,应由其自行考虑。所以,死亡宣告以利害关系人主动申请为程序启动条件,法院不得主动介入,此为各国之通例。我国民法通则第23条亦明文规定,宣告死亡应由利害关系人向法院提出申请。

失踪人的利害关系人为与死亡宣告存有法律上之利害关系的人,包括失踪人的近亲属及受遗赠人、因失踪人之死亡而有权获得人寿保险金的受益人、不动产共有人以及失踪人的债权人、债务人等。但依日本有关判例,不包括需要以死亡宣告之结果为其他诉讼事件作证据之人。^[26]

对于利害关系人的范围及其宣告死亡申请权行使的顺序,我国民法通则未予规定。但我国有关司法解释不仅具体指出利害关系人的范围,而且还将其列为四个顺序,即:(1)配偶;(2)父母、子女;(3)兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;(4)其他有民事权利义务关系

[23] 瑞士民法典第35条规定,只有在自然人遭受极大生命危险之后失踪或长期无音讯,因而“极有可能已经死亡”的情况下,才能宣告其死亡,亦即“下落不明”必须达到推测其极有可能死亡(生死不明)的程度,方可构成失踪。

[24] 王泽鉴:《民法总则》,台湾2000年版,第120页。

[25] 美国入侵我国领空之侦察机撞落我战斗机事件发生后,我飞行员王伟被我国政府追认为烈士。依我国民法的规定,王伟同志之牺牲必须在经法定程序宣告死亡后才能确定。法学界为此议论纷纷,其实毫无必要。

[26] 1932年7月26日日本大审法院判决,载《大审院民事判例集》11—1685。转引自四宫和夫:《日本民法总则》,第75页。

的人。并规定“申请撤销宣告死亡不受上列顺序限制”。^[27]

就失踪人之利害关系人而言,申请或者不申请宣告失踪人死亡涉及其重大利益,而不同之利害关系人,就其利益的权衡有所不同。因此,就是否申请宣告失踪人死亡的问题,实践中常发生不同利害关系人之间的意见冲突。如某些利害关系人要求申请宣告死亡,而其他利害关系人表示反对,或某些利害关系人要求申请宣告死亡,另一些利害关系人仅同意申请宣告失踪,则法律上应当如何裁决?对此,我国民法学界曾存有两种不同主张:一为“有顺序说”,即利害关系人申请权之行使应设有一定顺序,前一顺序人未申请宣告死亡的,后一顺序人不得申请,但同一顺序不受影响;^[28]一为“无顺序说”,即利害关系人均享有同等的申请权,不受前顺序人是否申请或反对申请或申请宣告失踪的影响。^[29]而我国最高法院之司法解释采用了“有顺序说”,认定其所列之利害关系人顺序具有优先性和排他性,即如果第一顺序利害关系人(配偶)不提出死亡宣告申请,其他利害关系人无权提出申请;近亲属不提出申请,其他利害关系人无权提出申请。此项规定遭到学界强烈批评。有学者认为,宣告死亡制度之目的不在保护失踪人利益而在保护失踪人之利害关系人的利益,而利害关系人在地位上一律平等,不因其为配偶、子女、父母抑或债权人、债务人而有先后之分。^[30]

应当承认,在失踪人的利害关系人中,其配偶最为特殊,是否宣告失踪人死亡,与其具有更重大的利害关系。而依我国传统的生活习惯,配偶双方中一方死亡或者失踪,通常不会导致家庭财产的分割。如果配偶不愿意申请宣告死亡,而子女为继承失踪人遗产而坚持申请宣告死亡,似乎于我国家庭伦理道德观念有所违背。至于失踪人之债权人或者债务人,其财产关系自可与失踪人之配偶或其他财产管理人清结,无须非得要申请宣告失踪人死亡。故规定配偶在申请宣告失踪人死亡问题上享有“一票否决权”,似更有利于家庭关系的稳定。此应为我最高法院作出前述司法解释之理由。但是,应当看到,随着我国经济生活的发展,家庭成员结构以及家庭财产结构日益复杂,如将宣告失踪人死亡之申请权利实际操作于配偶一人之手,则不免有可能损害其他利害关系人的合法利益。而传统的家庭伦理观念已经逐渐被淘汰,依法主张权利(包括继承权利)非为不道德之事。为此,将失踪人之全体利害关系人视为具有同等地位,均得自行提出宣告死亡之申请,不受其他利害关系人不同意见的阻碍(包括其不同意宣告死亡,也包括仅同意宣告失踪而不同意宣告死亡等),较为妥当。

(三) 检察院应否具有死亡宣告申请权

包括我国在内的多数国家民法均将有权申请宣告失踪人死亡的人限于失踪人之利害关系人,而未考虑国家公权之直接介入,其原因在于宣告死亡制度之目的主要在保护失踪人利害关系人的利益,故依民法之私法自治原则,申请宣告死亡与否,任由利害关系人定夺。但已有我国学者注意到,如果失踪人无利害关系人或者虽有利害关系人但利害关系人不申请宣告死亡,即会使设立死亡宣告制度的立法目的落空,故建议增设有关在失踪人无利害关系人或虽有利害关系人而不提出死亡宣告申请的,由人民检察院提出申请之规定。^[31]而据我国台湾学者介绍,我国台湾地区民法典第8条在80年代初之修正之前,规定死亡宣告申请人仅限于失踪人之利害关系人。但考虑到死亡宣告制度旨在结束失踪人法律关系长期不确定的状态,为维护

[27] 最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见(试行)》第25条。

[28] 马原主编:《中国民法教程》,人民法院出版社1989年版,第64页以下。

[29] 余能斌、马俊驹主编:《现代民法学》,武汉大学出版社1997年版,第94页。

[30][31] 前引[1],梁慧星书,第102页以下。

社会公益,民法修正特增设检察官为申请人,不论有无利害关系人,均得单独申请。唯于有利害关系人时(尤其是有父母、配偶、子女)时,宜征询其意见,衡酌情况,审慎加以决定。^[32]不过,就应否增设检察官为申请人,在其他台湾学者中仍颇有争议。支持者认为,检察官可为国库之代表人为公益而申请;反对者则认为,失踪人家属在盼望其安然归来之际,由检察官申请其已死亡之宣告,似不通人情而有欠妥。^[33]而就国库是否为利害关系人,也存有争议。肯定者认为,国库在失踪人全无继承人并遗产继承权利人之时,亦得为利害关系人;否定者认为,无人继承遗产在清偿死者生前债务及交付遗赠物后,如有剩余,归属于国库,为法律就无人继承财产所规定的处理办法,并非承认国库为继承人,故认定国库为利害关系人似无根据。^[34]

笔者认为,增设检察院享有失踪人死亡宣告申请权,实为国家权力对民事生活领域的强行干预,故须有充足之理由。根据民法的基本原则,国家干预民事生活须基于社会利益或他人利益之特别保护。而宣告死亡之宗旨在保护利害关系人利益,所谓“稳定法律关系”,也是在此意义上谓之,亦即法律关系因自然人失踪而致“不稳定”,必须是在于利害关系人有所损害的前提下才有为法律所关注之必要。因此,单纯以“稳定法律关系”为由确认检察院有权申请宣告死亡,无异于强行规定只要失踪达法定期限,就必须宣告失踪人死亡,故此不足为凭。而利害关系人是否申请宣告死亡,其应当享有选择权,即使不申请对其利益有所损害,或者其不申请纯系出于所谓“旧观念”,只要未损及他人利益,法律也无任何干预之必要。所以,国家之介入,其理由只能在于如果不申请宣告死亡,则国家利益或他人合法利益即会遭受损害。而于不宣告失踪人死亡存有利益损害之“他人”,显然均可归入利害关系人之列,所以,国家利益之损害,为国家介入之唯一理由。鉴于宣告死亡即引起遗产继承之效果,而在我国,遗产继承至少在两个方面有可能关涉国家利益:其一,在有继承人的情况下,国家对于遗产税的征收;其二,在遗产无人继承的情况下,遗产依法应归属于国家或者集体。为此,由检察院在特定情况下代表国家申请宣告死亡仍有必要。例如,拥有大量资产但无利害关系人的自然人失踪已达法定期限,如不申请宣告其死亡,则其资产即会被他人非法侵吞,等等。前述情形,已导致国家利益或者集体利益之损害,国家应予干预。但如果失踪人并无财产或财产数量较小,其虽无利害关系人或利害关系人不申请宣告死亡,均不应成为国家干预的理由。故我国立法应增设规定:失踪人无利害关系人,或虽有利害关系人但不提出死亡宣告,而不申请宣告死亡会造成国家或者集体利益损害的,由人民检察院提出申请。

(四) 被宣告死亡人之死亡时间如何确定

宣告死亡事关失踪人之人格及财产,事关失踪人之亲属及其他利害关系人的切身利益,故各国立法均严格规定了宣告死亡的司法程序。根据我国民事诉讼法规定,宣告死亡的判决应确定被宣告死亡人的死亡日期,判决中未确定死亡日期的,应以判决宣告之日为被宣告死亡人的死亡日期。有关司法解释规定:“被宣告死亡的人,判决宣告之日为其死亡的日期。”^[35]

在宣告死亡时,被宣告死亡人的死亡日期涉及遗产继承有关重大事项,如遗产的具体范围、继承人以及受遗赠人的具体范围、遗嘱效力之发生时间以及代位继承之是否发生等,具有极为重要的法律意义。

[32] 王泽鉴:《民法总则》,第21页。

[33] 陈元雄:《民法总则新论》,台湾三民书局股份有限公司印行,1982年版,第108页。

[34] 胡长清:《中国民法总论》,第72页之注释。

[35] 最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民事诉讼法通则 若干问题的意见(试行)》第36条。

对此,各国立法之规定有所不同。对一般情形的失踪,失踪人之死亡时间有的规定为法定宣告死亡所需失踪期间届满之时(日本民法典第31条、我国台湾地区民法典第9条),有的规定为得知失踪人最后一次音讯之时(瑞士民法典第38条第2项);对于在战争或意外事故中失踪的人,其死亡时间有的规定为战争停止、船舶沉没或危难消失之时(日本民法典第31条),有的规定为失踪人于战争或意外事故中失踪之时(瑞士民法典第38条第2项、意大利民法典第61条),还有的规定为法定宣告死亡所需失踪期间届满之时(我国台湾地区民法典第9条)。

倘对以上立法例作一评价,可以认为:

首先,就一般情形的失踪之人死亡时间的确定,较之以最后一次音讯之时为准(瑞士),以法定宣告死亡所需之失踪期间之届满为准(日本、我国台湾地区)更为正确。理由是,自然人一般情形的失踪,其有可能发生死亡的时间根本无法判定(其失踪之时有可能正是其死亡之时,也有可能不是)。因此,确定失踪人的死亡时间与其说是根据大致可供判断的客观事实,不如说是根据立法者的选择。而一般情形的失踪,法定宣告死亡所需失踪期间较长,客观上,失踪人“已经死亡”之推定是随着失踪时间的持续进行而逐步形成的,实际生活中,有当事人对于失踪人“已经死亡”的认识,只能形成并强化于失踪事实状态之长期延续而非失踪事实之发生。此种认识,于有关法律关系不可能不发生影响。故将一般情况下的失踪人的死亡时间确定为法定失踪期间届满之时,更为符合有关当事人的“预期”即有利于有关法律关系的稳定。

其次,就战争及意外事故中的失踪人之死亡时间的确定,较之以法定失踪期间届满之时(我国台湾地区)或失踪人于战争或意外事故中失踪之时为准(瑞士、意大利),以战争停止或意外事故结束之时为准(日本)更为正确。理由是:与一般情形的失踪不同,一般情形的失踪,致失踪人可能死亡的原因无法判定,故法律推定其死亡的事实根据只能是“长期失踪”本身;而在战争或意外事故中失踪的人,致其可能死亡的原因当然是战争及意外事故,亦即法律推定失踪人死亡的事实根据为于生命有极大危险的战争及意外事故本身。质言之,一般情形的失踪,失踪人之死亡有可能发生于失踪期间之任何阶段,而战争或意外事故中的失踪,失踪人之死亡通常是发生于战争或意外事故之中而非战争或意外事故结束之后即法定期间届满之时。因此,对于战争或意外事故中失踪之人的“已经死亡”的认识,应当产生于战争或意外事故结束之时。故应将此种失踪人死亡的时间推定为战争或意外事故结束之时。

由此可见,法院之宣告失踪人死亡的判决必须确定失踪人死亡的具体时间,而我国民法通则未予强行规定,同时,有关司法解释规定法院作出死亡宣告之日为失踪人死亡的时间,此种作法应予修正。

五、死亡宣告之撤销及其法律效果

宣告死亡为法律对失踪人已经死亡及其死亡时间的推定。此种推定有可能被以后出现的事实所推翻,其中,被宣告死亡之人之重新出现,将从根本上否定死亡宣告,并由此而导致一系列法律效果。对此,我国民法通则第24条规定,被宣告死亡的人重新出现或者确知其没有死亡的,经本人或者利害关系人申请,人民法院应当撤销死亡宣告。同时,对死亡宣告撤销后有关财产返还、婚姻以及收养关系的处理,作出了规定。

但有以下问题殊值研究:

(一)被宣告死亡人的重新出现是否为撤销死亡宣告唯一的法定事由

除被宣告死亡人的生还之外,一些国家的民法还规定,死亡宣告的撤销还可因其确定的死亡时间与失踪人真实死亡的时间不相符而引起。^[36]我国台湾地区的学者认为,如果在法院作出死亡宣告之后,有证据表明失踪人确已死亡,但其死亡时间与宣告死亡确定的时间不一致,因死亡宣告系适用于生死不明之失踪人,如有失踪人死于一定时间之确切证明,则其已非生死不明,故应依利害关系人的申请而撤销死亡宣告。此外,如果利害关系人以被宣告死亡的人于推定死亡的事件之后尚系生存之确切证据而请求撤销死亡宣告的,亦应准许,如以其最后音讯之时起失踪时间符合法定条件的,自可再为死亡之宣告。^[37]

对此,我国民法通则未作明确规定,但有关司法解释规定:宣告死亡确定的死亡日期和自然死亡日期不同的,被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效,当事人自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的,以实施的民事法律行为为准。^[38]这一规定显然是有缺陷的:死亡日期的不同,常涉及利害关系人的重大利益,如已经确定失踪人真实死亡的时间而仍然维持宣告死亡的法律后果,则有可能导致利害关系人的损害。例如,失踪人的继承人如死亡于失踪人自然死亡之后宣告死亡之前,依此规定,其不能享有遗产继承权。因此,当宣告死亡确定的死亡日期与自然死亡日期不同时,应允许利害关系人申请撤销死亡宣告。撤销后就有关人身关系和财产关系的处理,参照被宣告死亡人生还的有关规定执行。

(二)死亡宣告撤销之前利害关系人所实施的法律行为的效力如何

依我国民法通则第25条之规定,宣告死亡判决撤销后,合法取得财产的第三人可不予返还。但何谓“合法”,该条文未予明定。同时,其对利害关系人在死亡宣告撤销前实施的转让财产之外的行为的效力,未作规定。笔者认为,按照民法关于保护交易安全的基本准则,死亡宣告撤销前,利害关系人基于死亡宣告而实施的法律行为,如其为善意且相对人亦为善意,则其行为效力当然不受影响,如被宣告死亡人的继承人出卖或者出租所取得的财产而订立的合同,已经履行的,不得要求解除合同;尚未履行的,不得要求终止履行;又如继承人或第三人所为之免除债务的单方行为,也不因宣告死亡的撤销而受影响;再如继承人或第三人所为之债务履行或债务履行催告通知等行为的效力,也不受影响。

但在利害关系人为恶意而第三人为善意的情形,其实实施的行为效力是否受影响,则不无疑问。对此,依德国民法,应保护善意第三人,^[39]但依日本民法和我国台湾地区民法,则应保护受死亡宣告人的利益,^[40]故前述行为之效力应受影响。然而有学者指出,在不动产处分行为,虽继承人为恶意,但在该不动产已因继承而作变动登记的情况下,善意受让人受不动产登记之公信力的保护。而在动产处分行为,虽继承人为恶意,但善意受让人可依动产善意取得而受保护。至于恶意继承人为债务清偿或受领债务清偿之行为,为无损或有利于遗产之行为,前者视

[36] 如日本民法典第32条规定:有失踪人在不同于宣告失踪所确定的时间而死亡的证明时,家庭法院因利害关系人的请求,应撤销失踪宣告。对于“如果能够查明被宣告死亡之人于宣告之后死亡的确切日期”的情形,意大利民法典第66条虽然未规定利害关系人得申请撤销死亡宣告,但规定继承人或受遗赠人有权请求履行那些在被宣告死亡之人尚生存期间根据该法有关宣告死亡的规定认为已经消灭了的债务,并规定失踪人自然死亡日期的确定,得否定宣告死亡所产生的某些法律效果。

[37] 前引[12],史尚宽书,第98页之注释。

[38] 我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第36条第2款。

[39] 德国民法典第2370条第1项规定,基于死亡宣告之公信力,如遗产已被转让给善意第三人,不得请求返还。

[40] 日本民法典第32条规定:“有失踪人尚生存的证明……家庭法院应本人或利害关系人的请求,应撤销失踪宣告。但是,于失踪宣告后失踪宣告撤销前所实施的善意行为,其效力不变。”我国台湾地区民事诉讼法第640条第1项规定,撤销死亡宣告之判决“确定前之善意行为,不受影响。”

为对债权之准占有之清偿而为有效,后者应为死亡宣告人所承认。^[41]笔者认为,保护善意第三人意在保护交易安全,即使在死亡宣告撤销的情形,也应坚持此项原则。故死亡宣告撤销前利害关系人所为法律行为如涉及善意第三人利益,则其行为效力不应受到影响。但恶意继承人实施的无偿行为或单方行为,如有损死亡宣告人的利益(如赠与行为、债务之免除、代理权之授予等),后者应有权予以撤销。

(三) 财产返还范围如何确定

死亡宣告撤销后,取得财产的人限于财产之“现状”或“现受利益”的范围内负返还之责,为各国立法通例。所谓“财产之现状”,包括原物之存在,也包括原物价值的存在(即原物之变形存在,如出卖原物所获之价款,或以出卖原物之价款购置的财产)。对此,我国民法通则第25条规定:原物存在,应返还原物;原物不存在,应给予适当补偿。此规定有所含糊:原物可因消耗、损毁而不存在,也可因出让而不存在。如果原物被有偿转让,“给予适当补偿”可解释为酌情返还其价款,自是合理。但如果原物被消耗或者损毁,则令善意取得人予以补偿甚不合理。宣告死亡之后,继承人依法取得失踪人财产,在失踪人生还之前,此财产被继承人视为自己的财产,因而对财产予以正常的消费,即使财产损毁,也非基于恶意。此时,继承人固然因宣告死亡而获得利益,但此种利益之获得全因失踪人之原因(失踪)而发生,故当原物消耗或损毁时令其补偿,实际上为其增加了负担,此举甚无道理。鉴此,规定取得财产的人仅返还财产之尚存利益,比较合理。至于财产所生之孳息,因孳息被视为保存财产一般所需之支出,故应不在返还之列。

对于恶意取得财产的人,各国多规定其应负全部返还之责,即除返还原物之外,还应返还原物所生孳息;原物不存在的,应予赔偿。但日本民法典在规定返还尚存利益时,并未区分财产取得人之恶意与善意(第32条第2项)。对此,日本学者有两种观点:一种是权威观点,认为该条文的适用只限于受益人是善意时。如受益人为恶意,应根据该法典第704条之规定,返还所受的全部利益;另一种观点则认为,应将该前述条文解释为不分善意与恶意。理由是:首先,失踪宣告是统一清算不确定的法律关系之制度;其次,这种情况下,善意与恶意的区别不是很大(所谓恶意也只是知道有撤销失踪宣告的可能性,而善意时也潜伏着失踪宣告撤销的可能性);再次,失踪宣告是由失踪人方面的事端而引起的,因此而令获得财产的人全部归还所得利益应属过于苛刻。^[42]笔者认为,后一种观点难以成立。这是因为,死亡宣告撤销之效力具有溯及力,故因死亡宣告而取得失踪人财产应视为不当得利,返还时,应适用不当得利返还之同样原则。失踪固然有时为失踪人之原因而引起,但死亡宣告则纯系由恶意利害关系人之恶意行为而引起,故对恶意申请宣告死亡之当事人,法律上不应予以任何保护。

(四) 返还请求权应否适用诉讼时效

对于死亡宣告撤销前继承人对所取得的财产之占有的效力及被宣告死亡人财产返还请求权的行使问题,我国民法通则未予规定。学说认为,继承人根据死亡宣告而取得的对财产的占有不得适用取得时效的规定。否则,当继承人原形占有遗产时,得因取得时效而取得其所有权,而当其将原物让与他人时,其所取得的对价则为现存利益而应予返还,亦即同为因宣告死

[41] 参见前引[12],史尚宽书,第102页。

[42] 前引[14],四宫和夫书,第77页之注释。

亡而取得财产,因其处分与否,而于返还义务发生消长,不免奇异。^[43]故被宣告死亡而后重新出现的人,其所享有的返还请求权不因取得时效而消灭。

但此项请求权生于何时?其可否因或如何因消灭时效而消灭?则疑窦又生。依多数立法例,被宣告死亡人请求返还财产之权利,应自死亡宣告之判决生效时始得享有,亦即其消灭时效从此时开始计算。但依德国民法典规定,此项请求权之时效期间为1年,自权利人知悉死亡宣告或死亡确定之时起算(第2031条)。故问题之分辨焦点,在于宣告死亡之撤销,是否为行使返还财产请求权之前提。笔者认为,宣告死亡之撤销请求权与返还财产之请求权应为各自独立存在的权利。理由是:

首先,当失踪人被宣告死亡而其尚属生存时,依宣告死亡而发生的法律关系即处于不稳定状态。尽早结束此种不稳定状态,当为法律所注重。而对于死亡宣告之撤销,法律无法设置其请求权期限,所以,当被宣告死亡人生还或者确知其真实死亡日期时,本人或利害关系人不及时申请撤销死亡宣告,致其返还财产之请求权一直得受保护,此与法律维护法律关系稳定之旨旨不相吻合。

其次,本人明知其被宣告死亡即明知其财产已被他人取得,但故意维持其“失踪”状态或未及时申请撤销死亡宣告,完全构成“有权利不行使”之事实状态,故即使其死亡宣告尚未撤销,其返还财产请求权之时效期间仍得开始计算。

因此,我国民法典应当规定,本人之返还财产请求权的诉讼时效自本人知道死亡宣告时开始计算;利害关系人因死亡宣告之撤销而得享受之财产返还请求权的诉讼时效,自其知道本人确切下落或者本人自然死亡事实及时间时开始计算。此请求权时效适用一般时效期间,并适用有关时效之中止、中断和延长之规定。而本人或利害关系人申请撤销死亡宣告,为中断时效之法定事由。

(五) 我国司法解释关于被宣告死亡人重新出现时其婚姻关系的处理原则是否正确

婚姻关系是否因死亡宣告而当然消灭,各国家和地区立法有所不同。而规定婚姻关系因死亡宣告而当然消灭的,对于在死亡宣告被撤销的情况下,婚姻关系之消灭是否受到影响,也有不同对待。^[44]总的说来,对于宣告死亡于婚姻关系的影响,有两种做法:一为其导致婚姻关系当然消灭(法国、意大利、日本及我国台湾地区);二为婚姻关系自生存配偶再婚时消灭(德国、瑞士)。而对于死亡宣告的撤销于婚姻关系的影响,也有两种做法:一为新缔结的婚姻无效,恢复原婚姻(意大利);二为新缔结的婚姻为有效(其他国家或地区)。而就生存配偶未缔结新婚姻时的处理,自然也有两种做法:一为如果未缔结新婚姻,原婚姻自始有效(德国);二为即使未缔结新婚姻,原婚姻也绝对消灭而不能复活(法国)。前述方案中,对生存配偶之新婚姻施以保护,为多数国家及地区所采,故以宣告死亡之撤销消灭生存配偶新缔结的婚姻的做法不足为取。而以生存配偶之再婚为原婚姻消灭的依据也有问题:依“一夫一妻”之原则,同一人不得同时存在两项以上的婚姻关系,旧婚姻不灭,新婚姻无从发生。故原婚姻的消灭应为新婚姻发生之前提,以新婚姻之发生为原婚姻消灭的原因,实为因果不分、本末倒置。所以应采死亡宣告使婚姻关系消灭之说。但如认此种消灭为绝对消灭,则当死亡宣告被撤销而生存配偶未予

[43] 前引[12],史尚宽书,第103页。

[44] 法国民法典第128条第3款、第132条;德国婚姻法第38条;瑞士民法典第102条第1项;意大利民法典第65条、第68条;日本民法典第32条、我国台湾地区民事诉讼法第640条。

再婚时,其婚姻关系不能自动恢复,须重新办理结婚。此举显无必要。对此,我国有关司法解释规定:“被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系,自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被人民法院撤销,如果其配偶尚未再婚的,夫妻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复;如果其配偶再婚后又离婚或再婚后配偶又死亡的,则不得认定夫妻关系自行恢复。”^[45]此项规定全面周到,殊值推崇,应为我国民法典所采。

至于失踪人配偶明知失踪人并未死亡而与他人恶意串通,恶意申请宣告死亡并缔结新婚姻的,其新缔结的婚姻关系不应当受法律保护,对此,本人有权申请撤销。但在失踪人的配偶为恶意而与之结婚的另一方为善意,或者失踪人的配偶为善意而与之结婚的另一方为恶意的,如果允许本人对该项婚姻关系予以撤销,对善意方当事人不甚公平,也不符合婚姻关系的基本性质。因此,对此种情况,应规定本人对该项婚姻关系不享有撤销请求权,但本人因此而遭受的精神损害,得请求恶意方当事人予以赔偿。

Abstract : China 's Civil Code should establish a system whereby a declaration of disappearance must precede a declaration of death. However , a precondition for the declaration of disappearance should be that there is a need to administer the property of the disappeared person and the administrator of such property should has the same status as legal agent. After a natural person has disappeared in an accident , his death may be confirmed with the certificates issued by the relevant authorities. There should be no order of priority among the interested persons in their right to apply for the declaration of death. The disparity between the date of death determined by the declaration of death and the actual date of death constitutes the cause for the invalidation of the declaration of death. Under certain circumstances , gratuitous or unilateral acts of a mala fide inheritor carried out before the invalidation of the declaration of death should be invalidated. If the declaration of death is invalidated , acquisitive prescription shall not applied to the possession of property by the inheritors.

[45] 最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见(试行)》第 37 条。