

权利能力与行为能力的合与分

刘召成

(首都师范大学 政法学院, 北京 100089)

摘要: 权利能力和行为能力这两个概念从其产生、流变、形成以及未来发展趋势来看经历了复杂的过程。在权利能力的原初阶段, 权利能力概念本身内含理性的因素, 理性的具备是享有权利能力的前提, 在这种构造中, 现代意义上的行为能力的内容是被包含在权利能力之中的, 因而, 权利能力与行为能力是一体的。而后, 为了使得未成年人和因疾病而理性不健全的人也能够享有权利能力, 学说上对权利能力概念进行了缩限, 将其限定为拥有权利的能力, 仅仅对于权利的拥有并不需要理性, 因而理性不圆满的人也可以具有权利能力。而最初权利能力所包含的获取权利的能力被从权利能力中分离出去构造为独立的行为能力制度, 这种构造得到《德国民法典》的确认成为现在的普遍做法。但是, 权利能力与行为能力的分离只是一种表象, 权利能力仍然间接依赖于行为能力, 其具体内容需要借助于行为能力予以判定, 学界的理论发展趋势呈现出两者在一定程度上的融合。

关键词: 权利能力 行为能力 拟制 权利能力相对化 合与分

中图分类号: D923.1

文献标识码: A

文章编号: 1004-9428 (2013) 05-0146-10

随着《侵权责任法》的颁布实施, 我国民法典体系的主体部分已经建立起来了。但是作为民法典体系的关键性环节, 我国尚缺少一个《民法总则》, 因而《民法总则》立法是未来的一项重要立法工作, 而且立法机关也已将其列入立法规划。民法总则中两个最为根本性的问题就是权利能力和行为能力制度, 比较法上, 权利能力和行为能力制度出现了一些重要的发展变化, 比如具体权利能力和部分权利能力的概念以及权利能力相对化理论的出现。对于这些发展我国是否应当予以借鉴规定? 我国未来的权利能力和行为能力制度应当如何进行规定? 这些问题解决的基础在于对权利能力和行为能力的产生、变迁和发展趋势的研究。本文通过对这一内容的梳理为我国未来《民法总则》中权利能力和行为能力的规定提供一种理论基础和参考, 同时也为我国权利能力和行为能力理论的发展提供助力。

一、权利能力与行为能力合一

权利能力 (Rechtsfähigkeit) 与行为能力 (Geschäftsfähigkeit) 这两个概念为德国法学所创造, 它们从首次出现到为立法所确立经历了复杂的学说发展历程。从目前一般认识来看, 权利能力和行为能力分属两个制度, 分别解决不同的问题, 但是在起源阶段, 这两个概念是融合在一起的, 并未被区分开来。

(一) 原初的权利能力概念内在地包含理性要素

在德国学界, 一般认为, 第一次提出严格意义上的权利能力概念的是德国法学家蒂堡 (Thibaut)。⁽¹⁾

作者简介: 刘召成, 首都师范大学政法学院讲师、法学博士, 中国人民大学民商事法律科学研究中心兼职研究人员。

(1) 学者认为, 蒂堡将权利能力的概念引入到了德国法学中。参见 Fritz Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit [M], C. H. Beck Verlag, 1963, S. 37.

蒂堡 1803 年在其代表性著作《潘德克吞法体系》一书中，侧标题使用了“权利能力”一词，并表明在其下要讨论“谁可以成为法律（权利）的主体”这一问题。^{〔2〕} 蒂堡认为，权利能力的享有者必须是“人格体”（Person – Sein）。具体来说，首先需要具备人类形态的躯体以及与母体相分离，对于后者则进一步要求孩子必须是活着出生的且已经具有离开母体独立生存的能力，而要具有独立生存能力一般需要孩子在母体内孕育至少 181 天。此外，要具有权利能力，理性和意志也是不可欠缺的要素。^{〔3〕} 类似于蒂堡，毛伦布雷歇尔（Maurenbrecher）在其 1840 年的《德国私法教科书》中同样将意志和理性作为权利能力的必要条件。^{〔4〕}

关于权利能力概念必须以理性和意志为条件，蒂堡认为，活着的具有生存能力的人，只有当其具备运用理性的能力时，才能被作为权利和义务的主体。那些理性未充分发展的未成年人或者因为疾病而欠缺理性的人不能享有权利也不能承担义务，无法作为法律主体。^{〔5〕} 可见，蒂堡所提出的原初的权利能力概念内在地包含着理性和意志的因素。

（二）权利能力概念是对于人格概念的转译和法律技术处理

关于权利能力拥有者需为“人格体存在”以及“理性”和“意志”的要求，体现了康德哲学的思想，是康德哲学对德国民法的深刻影响与根基地位的具体表现。^{〔6〕} 蒂堡认为，权利能力区分为自然的权利能力和市民（法律）的权利能力，法律上的权利能力概念建立在自然的权利能力之上，并以其为基础。^{〔7〕} 也就是说，蒂堡提出的权利能力的构建与哲学上关于主体、人格的思考是紧密关联的。在康德哲学看来，主体或人的本质在于人格，也就是说，重要的是人应当具有自我意识，应当自主地决定自己的存在，对于其他人则应当承担起责任。^{〔8〕} 康德反复强调，自然界的万物只能依照自然规律的因果律被动地运动，唯有有理性的东西有能力按照原则而行动，这种能力就是意志。^{〔9〕} 理性存在物所具有的自由意志使得所有的理性存在物能够按照道德规则去行为，因而值得被尊重，成为神圣的主体。^{〔10〕} 可见，正是人所具有的理性和意志使得人能够合理地约束自己的行为，并对自己的行为负责，使得人值得被尊重，成为人格，因而应当被赋予主体地位。由此可见，人格的内核其实主要包括两个方面：一是通过理性约束自己的行为以尊重他人，二是自己被他人尊重从而具有尊严，而前者又是后者的基础和原因。

康德伦理哲学对于人格和主体的判断标准在于谁能够按照“道德规则”去行为，权利能力的核心与此基本一致，只不过权利能力所要判断的是谁能够按照“法律规则”去行为。道德规则所关注的是以动机为要素的内在自由的并存，而法律规则所面临和解决的根本问题也是自由的并存，因为法律是使得所有人的自由得以协调并存的条件，^{〔11〕} 只不过这是一种不考虑动机的外在自由的并存。基于道德与法律在规则性上的这一相似性，哲学上关于作为道德主体的思考对于法律具有借鉴性，

〔2〕 Vgl. Thibaut, System des Pandekten – Rechts [M], erster Band, Johann Michael Mauke, Jena 1803, S. 140.

〔3〕 同前注 [2], 第 148 页。

〔4〕 Romeo Maurenbrecher, Lehrbuch des gesamten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts, I Band, 2. Auflage, 1840, § 125.

〔5〕 同前注 [2], 第 212 页。

〔6〕 〔德〕卡尔·拉伦茨《德国民法通论（上册）》[M], 王小峰等译, 法律出版社 2003 年版, 第 46 页。

〔7〕 同前注 [2], 第 208 页。

〔8〕 同前注 [2], 第 56 页。

〔9〕 〔德〕康德《道德形而上学原理》[M], 苗力田译, 上海人民出版社 2002 年版, 第 60 页。

〔10〕 〔德〕康德《实践理性批判》[M], 邓晓芒译, 上海人民出版社 2003 年版, 第 119 页。

〔11〕 〔德〕康德《法的形而上学原理》[M], 沈叔平译, 商务出版社 1991 年版, 第 40 页。

因而，蒂堡的作为法律主体能力的权利能力概念，吸收了康德哲学关于人格和主体的认知，将理性和意志作为享有权利能力的必要前提，是正当的。具有理性和意志的人，能够按照法律规则的要求去行为，使得自己的自由与他人的自由并存，从而适于作为法律关系的主体，能够承载权利和义务。

虽然法学以伦理价值为基础，但是发展至成熟阶段的法学，由单一明确的概念体系所构成，通过自下而上内涵逐渐缩小外延不断扩展的严密的概念之网构建为一个逻辑和价值融洽的体系。而长期使用的具有伦理价值的“人格”概念不能满足这一要求，这是因为人格具有多重的不确定内涵，它被在身份、主体、理性、人的属性等多个层面上使用。因此，在上述法学方法论的要求下，从其他意义上的人到法律上的人的转变过程中，一个内容单一确定的实证法的规定就是必要的。蒂堡将权利能力作为一个法学概念提出具有重要意义，使得法学在主体能力问题上获得了一个内涵确定与单一的专门概念，保障了法学的科学性。

（三）原初的权利能力概念与行为能力是一体而不加区分的

由于蒂堡的权利能力概念处于初创阶段，法律技术比较简单，因而在构造上与作为其基础的哲学上的主体能力——人格的内容基本一致，是一种非常广泛和普遍的能力。具体来说，权利能力以理性和意志为要件，因而不但包含了拥有权利的能力而且包含了行使权利的能力，此外还包含了通过自己的行为为自己获取权利的能力。这样的普遍的权利能力概念内在吸收了属于现代意义上的行为能力的内容。因而，在法律构造上，根本不可能于权利能力之外再出现以理性和判断能力为标准的行为能力概念，也就是说，在当时，权利能力与行为能力是一体而不加区分的。

二、权利能力与行为能力的分离

（一）蒂堡权利能力概念的局限性及其克服

蒂堡构建的权利能力概念中内含了理性和意志的要求，这样的权利能力概念的最大问题就是，它排除了理性有欠缺的人，尤其是未成年人和精神障碍者作为法律主体的可能性。而这一结果是人们的伦理观念和法情感所无法接受的。这些人只是由于偶然因素丧失了理性，他们仍然具有潜在的意志自由，或者通过年龄的增长，或者通过医学的治疗，有可能获得完满的意志，而且尤为重要是他们具有人格尊严，因而不应当否定其主体能力。因此，在蒂堡提出以上观点后不久，施耐勒（Schnell）就提出了权利能力不以理性为前提的观点。在他看来，权利能力的具备以已出生、活体、具有生存能力和人的形态为前提条件。^{〔12〕}此外，蒂堡在其第八版《潘德克吞法体系》中也改变了以往的主张，将理性和意志的要求从权利能力的概念中排除，将每一个具有人类躯体的已活着出生的人都作为权利能力的拥有者，^{〔13〕}对于这种转变的理论依据蒂堡并未论及。但是这种排除理性和意志的权利能力概念却与权利的概念产生了矛盾，因为权利是一种为或不为一定行为的自由，是一种法律所赋予的为了实现特定利益的意思力，权利的概念以理性为前提，因而权利人需要以具备理性为前提。^{〔14〕}这一矛盾所指向的难题——通过法律技术弥合理性不完满人应当具备权利能力（和

〔12〕 S. L. Schnell, Handbuch des Civilrechts, Ludw. Rud. Walthard'schen Buchhandlung, Bern 1811, S. 121. 转引自沈建峰《权利能力概念的形成和变迁》Ⅱ，《北方法学》2011年第3期。

〔13〕 同前注〔1〕，第119页。

〔14〕 同前注〔1〕，第38页。

权利) 的要求与权利作为意思力需要以理性为前提之间的鸿沟,不但在学说发展阶段,即便是今天,也是困扰法学界和法学家并使其孜孜以待的重大法学疑难。例如,在蒂堡和萨维尼的时代,如何解决未成年人和因疾病欠缺理性的人的权利能力问题是一个难题。而在今时今日,这一问题有所扩展,在胎儿、死者已经普遍得到法律保护的现实下,如何解决胎儿和死者的权利能力和权利的享有成为困扰法学界的新的难题。

对上述问题提出根本性解决方案的是萨维尼 (Savigny)。在萨维尼看来,权利能力只需要以人的本质、人的形态以及与母体相分离为前提,并不要求出生时已经具有独立生存能力,尤其是不需要以具备理性为前提。⁽¹⁵⁾ 虽然萨维尼也将权利视作意志和意思力的支配领域,但这与其权利能力不需要以理性和意志为前提的观点却没有内在矛盾,那是因为他将权利能力的概念进行了缩限。在萨维尼看来,权利的拥有与权利的获得及行使应该被严格区分。萨维尼将权利能力仅构造为拥有权利的能力,而非行使与获取权利的能力。而被排除的获取权利的能力指的是通过自己的行为为自己获得权利的能力。⁽¹⁶⁾ 由于权利作为一种意思力,其行使与获取需要通过理性的行为得以实现,而单纯的权利的拥有仅为利益之享受,并不需要以理性为前提。因而,通过这样的缩限,权利能力不以理性为前提与权利概念内含意志因素之间的矛盾就被化解了,理性欠缺人具有权利能力的正当性才被建立起来。

(二) 理性因素从权利能力中排除与行为能力的单独确立

萨维尼的权利能力构造及其体系效应与蒂堡的权利能力截然不同。蒂堡关于权利能力的内涵比较丰富,不仅包含了拥有权利和义务的能力,而且包含了行使权利和义务的能力,还包含了通过自己的行为为自己获得权利和义务的能力,是一种全面的作为法律主体的能力。而萨维尼的权利能力概念则仅包含拥有权利和义务的能力,剔除了通过自己的行为为自己获得权利和义务的能力,另外将其构造为一种独立的能力——(广义)行为能力 (Handlungsfähigkeit)。⁽¹⁷⁾ 这样的被排除了行为能力的权利能力概念虽然也被作为主体能力看待,但是通过它获得的只是主体的部分能力,只能消极地承受权利和义务而不能积极地通过行为去实现自己的自由和人格。此外,甚至可以说,通过它拥有的只是权利的部分成分,仅为权利中所包含的消极的利益成分,权利所体现的积极行为的成分未被包括在内。

萨维尼将权利能力缩限为拥有权利的可能性 (能力),并进而将权利能力与行为能力相区分的作法得到了后续学者的继承,并最终为《德国民法典》所采用。在萨维尼之后,乔治·贝泽勒 (George Beseler) 延续了萨维尼的观点,在其《普通德国私法体系》一书中将权利能力界定为拥有权利的能力,并将其与参与法律交往的行为能力进行了明确区分。⁽¹⁸⁾ 温德沙伊德 (Windscheid) 也采纳了萨维尼关于权利能力的界定,将理性要素排除出权利能力的内核,将权利能力构建为拥有权利的能力。但是权利需要通过实际使用才能获得利益,而权利作为一种意思力其使用又要求理性

(15) Vgl. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts [M], III, 1840, S. 6 – 9.

(16) 参见前注 [5], 第 106 页。这种通过自己的行为为自己获取权利的能力与现代行为能力概念的自己实施法律行为从而获得权利和义务的能力基本一致,是现代行为能力概念的雏形。

(17) 德国法学界普遍将这种行为能力与权利能力一并作为民法总则的基本概念予以论述,这一事实可从德国主要的民法总论教科书中发现。Vgl. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts [M], 9. Auflage, C. H. Beck, 2004, S. 110; Heinz Hübnner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches [M], 2. Auflage, Walter de Gruyter, 1996, S. 78.

(18) Vgl. Georg Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts [M], 2. Auflage, Berlin 1866, S. 197.

和意志,那么理性欠缺人在这方面的障碍如何克服呢?温德沙伊德提出了解决方案:法律制度弥补这个不足的方法是,它将一个有意志能力者的意志看作是该生物人的意志。⁽¹⁹⁾这是一种典型的拟制方法。此后,吉尔克(Gierke)对于权利能力和行为能力的问题进行了全面的论述和构建。吉尔克也将权利能力理解为拥有权利的能力,将其和行为能力一道作为人格内容的两个方面。吉尔克认为,权利能力是人格的最为实质的内容,因此决不可或缺;而行为能力也是建立于人格价值之上的一项内容,但并非人格的本质性标志,因此可以全面或部分地欠缺。但是为了对其人格进行补充,民法可以通过其他人的行为能力为欠缺者提供辅助。⁽²⁰⁾

可见,为了扩大权利能力享有者的范围,学说演变逐渐对于权利能力的内涵进行了缩限,从一种具有理性不但能够享有权利而且能够使用和获得权利的能力,演变成为一种仅限于权利享有的能力。而将通过理性行为获得权利的能力单独构建为行为能力,并将其他人的行为能力视为理性欠缺人的行为能力,从而完成了对于理性欠缺人的民法保护。但最终在《德国民法典》中,并未对这种以自己的行为为自己获取权利(和义务)的(广义)行为能力(Handlungsfähigkeit)进行全面规定,而将其中的绝大部分——通过“意思表示”为自己获得权利(和义务)的能力,作为行为能力(Geschäftsfähigkeit)⁽²¹⁾进行了规定,其中的另一主要部分——通过自己的行为获得责任的能力,作为侵权能力(Deliktsfähigkeit)进行了规定。确立了立法上权利能力与行为能力(Geschäftsfähigkeit)分离的格局。

三、权利能力与行为能力的关联与适度融合

通过上述的学说流变过程,权利能力和行为能力作为相互分离的两个独立制度被确立下来,并获得立法的规定。但这只是一种表面现象,本质上,权利能力与行为能力仍存在紧密的联系,不但某些主体的权利能力需要以他人的行为能力予以补充,而且权利能力的具体内容和范围甚至需要结合行为能力才能予以判定。不再完全独立地分别看待权利能力和行为能力,而是以一种联系和相互辅助的角度理解和构建两者,是未来的发展趋势,体现了一定程度上权利能力和行为能力的融合趋势。

(一) 权利能力的享有在一定程度上以行为能力为基础

1. 自然人的权利能力间接依赖于行为能力

虽然无论在学说上还是立法上,通过权利能力概念的缩限,理性的要求已经被排除出权利能力的内核,具有人类尊严者都应当被尊重,从而被赋予权利能力,得以享有权利和义务。但从法律的本质和法律关系来看,绝大部分法律规则和法律关系都是为了解决社会成员之间自由的并存,而且权利和义务只有通过行使才能达成其功能,因而从根本上说,真正有能力承担得起法律关系的只能是具备理性的人,理性是法律主体能力的根基。也就是说,理性虽然被作为行为能力从权利能力中分离出来,但理性及以理性为标准的行为能力与权利能力之间的联系并未被割断。将权利能力缩限

(19) Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts [M], erster Band, Literarische Anstalt Bütler und Goening, Frankfurt, 1887, S. 132.

(20) Vgl. Otto Gierke, Deutsches Privatrecht [M], erster Band, Duncker Humblot Verlag, 1895, S. 356.

(21) 严格来说,我国学说借鉴日本和台湾将 Geschäftsfähigkeit 译作行为能力并不十分准确,更加准确的译法应该是法律交易能力。不过前一译法已经通行多年,我们仍然采用行为能力的译法。

为权利的享有是一种权宜之计或立法技术，其根本性的目的是扩大权利能力的外延，从而使得欠缺理性者不被排除作为权利主体的可能性，至于其真正承担起法律关系所必须的理性则可以通过其他方法予以补救。这种立法技术为法律通过一定制度弥补理性欠缺人的理性提供了可操作的制度空间。因而，从根本上说，权利能力仍然依赖于理性及行为能力，只是它们之间的联系从一种直接的结合转变为间接的连接。最初的权利能力概念要求人必须同时自己具有尊严且自己具有理性才能享有，而现在的权利能力概念则只要求人自己具有尊严，至于理性，其自己不具有也没有关系，只要其通过一定的制度能够“借用”到他人的理性即可。

具体来说，理性健全的成年人之所以能够承担法律关系具有权利能力，是因为其能够理性地行使自己的权利履行自己的义务，从而实现其自由与他人自由的并存。而理性不健全的未成年人和精神病人之所以能够承担法律关系具有权利能力，是因为法律为其设定了一种“拟制”的意志——监护人的意志被作为他的意志看待。可以想象，如果没有监护人，未成年人与精神病人在大部分法律关系中根本是不适格的，他们既不能自己去行使权利从中获得利益；也不能合理地约束自己的行为并履行对待他人的义务。因此，可以说，自然人的权利能力其实间接依赖于理性和行为能力。

2. 法人的权利能力以行为能力为基础

由于权利能力是为了解决伦理人的法律主体地位提出的，也就是说，权利能力源初于伦理人，那么作为组织体的法人的权利能力自然就必须是“拟制”的。因而，萨维尼提出了拟制说，法人是一个被作为法律目的接受的人，法人通过他的目的并且只有通过他的目的存在。⁽²²⁾ 严格来说，萨维尼只是从作为权利主体的能力的角度对法人予以考查，并未顾及法人的其他存在层面，在他看来这些层面并不属于法人的法律概念。⁽²³⁾ 也就是说，被作为法律目的接受的仅仅是法人的作为法律关系承担者的能力，而非作为实体的国家和社团。⁽²⁴⁾ 因而，萨维尼其实并未否认法人的实质性存在，将拟制说解读为法人本身是一种拟制的观点显然存在误解。⁽²⁵⁾ 萨维尼仅对法人的财产能力的私法属性予以考量，至于作为一种真实的社会存在的法人的本质，他并未予以讨论。至于法人的权利能力，萨维尼认为其源于制定法的特别规定：成文法可以将权利能力转授予单个人以外的某些主体即人造的法人。⁽²⁶⁾ 对于法人来说，其意志能力是不可缺少的，萨维尼认为，法人的真正的存在在于特定人的代理的意志，这种意志作为拟制的产物，被看做法人的真正的意志。⁽²⁷⁾ 这样，萨维尼通过将代理人的意志拟制为法人的意志为法人的权利能力创造了正当基础。法人因为具有了意志，能够按照法律规则的要求去行为，因而能够承担得起法律关系，应当被赋予权利能力。

后来的学说研究法人的本质，试图从法人的本质来论证其获得权利能力的正当性，代表人物是吉尔克（Gierke）。他认为，法人作为集合体自己具有真正的意志能力和行为能力。⁽²⁸⁾ 吉尔克将法人这种由人组成的团体作为社会机体看待，法人在其机体的活动中直接显现出意志能力和行为能

(22) Vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts [M], zweiter Band, Berlin 1840, S. 312.

(23) Vgl. Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Teil, Springer Verlag, Berlin 1983, S. 4.

(24) 同前注 [23], 第 6 页。

(25) 同前注 [23], 第 3 页。

(26) 同前注 [22], 第 2 页。

(27) 同前注 [22], 第 312 页。

(28) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie [M], zweiter Band, Berlin 1873, S. 603.

力,就像人通过嘴说话通过手行动一样。⁽²⁹⁾ 吉尔克的这种论证方法虽然论证了法人是一种社会机体的本质,因而被称作法人实在说,但其论证过程采用的其实也是一种拟制。不同于萨维尼对于法人的意志能力的拟制,吉尔克的这种拟制是对于法人本质的拟制,将法人拟制为类似于生物人的一种机体存在,因而能够具有与生物人相同的意志能力和行为能力。基于此,法人具有真正的权利能力。

因此,不管是萨维尼对于法人的意志能力的拟制,还是吉尔克对于法人的本质的拟制,他们关于法人的权利能力的论证在一点上是一致的,那就是,法人的权利能力必须以其具有意志和行为能力为前提。只不过在萨维尼看来这种意志是代理人的意志的拟制,而在吉尔克看来是法人本身所具备的,它们都是规范化的意志能力。法人的规范化意志不同于人的主观意志,是一种客观化的意志,这种客观化是通过章程与成员的主观意志相区分而得以实现,通过法人的组织机构获得具体化。因而,法人是一种与生命存在无关的具有意志力量的社会存在,正是作为意志力量的存在,使得法人能够认识自己的行为,按照法律的规则去行为,并为自己的行为承担后果,成为了法律上的人,有能力承担法律关系,具有被赋予权利能力的正当性。

(二) 权利能力的具体内容依赖行为能力予以确定

上述为立法所确立的始于出生终于死亡的权利能力是一种抽象的一般权利能力,是基于人的尊严对人的法律地位的承认,是一种整体上的能够普遍地作为整个法律秩序的主体的能力。这样高度抽象的权利能力概念是与抽象的法律秩序相对应的,其内涵已经被抽空,只是一种空洞的法律主体,并不涉及个别人的权利能力的具体内容和范围。⁽³⁰⁾ 这种一般权利能力废除了基于身份对于人的法律地位的区分,排除了人作为奴隶的可能,因而具有重要的价值。

1. 具体权利能力的判定依赖于行为能力

需要注意的是,法律秩序其实并非一个抽象的整体,而是被归类为人格权、财产权、婚姻家庭权等类型的法律关系,而每一法律关系构建所遵循的价值和规则是不同的。传统的宏观层面规定的一般权利能力只具有大致的准确性,⁽³¹⁾ 如果要准确把握权利能力的状态和内容,需要从各种具体的法律关系角度去判断,作为其主体需要满足哪些条件,进而分析到底哪些存在能够具有作为该法律关系主体的能力。因而,与作为一般的法律主体资格的一般权利能力相对应,德国法上出现了作为具体法律关系主体的能力的具体权利能力。⁽³²⁾ 具体权利能力与一般权利能力相对,它仅仅考查作为某一或某些具体法律关系的主体的能力。具体权利能力要根据某一或某些法律关系的原则和价值来具体判断某类人的人格状态是否适宜在该法律关系中具有主体能力,主要是依据该类人的年龄和理性等因素。而这些因素其实是行为能力的内核,所以一个人的具体权利能力的判定其实依赖于其行为能力状态。可见,具体权利能力是传统的一般权利能力的补充,使得一般权利能力的内容得以确定。

自然人所具有的权利能力的内容只有通过具体权利能力才得以具体明确与划定。比如,未达婚龄的理性健全的成年人在一般的人格权法律关系、财产法律关系(具体又可分为合同法律关系、物

(29) Vgl. Andreas Von Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts [M], Erster Band, Duncker & Humblot, Berlin 1957, S. 461.

(30) 同前注 [1], 第 56 页。

(31) 同前注 [1], 第 112 页。

(32) Vgl. Enneccerus – Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts [M], 15. Auflage, 1959, S. 479; 参见前注 [1], 第 49 页。

权法律关系等) 中具有权利能力, 但由于其年龄和理性尚未成熟到足以具备认识婚姻的本质并承担婚姻义务的能力, 因此其不具备承担婚姻法律关系的具体权利能力, 也就是说他所能具有的权利能力的具体内容和范围不包含婚姻法律关系。再如, 未满 16 周岁的未成年人, 虽然其具有了在人格权法律关系、一般财产法律关系中的权利能力, 但由于其年龄和理性的限制其不能在劳动合同法律关系中具有权利能力, 当然也不具备婚姻法律关系中的权利能力。不管是未达婚龄的成年人还是未满 16 周岁的未成年人, 其之所以被排除在这些法律关系中的权利能力, 是因为立法者在价值判断上认为其尚不适于参与这些法律关系, 因而否定了其参与这些法律关系的行為能力, 也不允许其监护人代行。人的法律关系的建立除了少量的由事件产生以外, 大部分是由事实行为以及法律行为产生, 其中由法律行为产生的法律关系所占的比例尤为重大。对于必须通过法律行为建立的法律关系, 如果具有人身属性的限制或者其他法律限制而不能通过代理人代为进行的, 那么行为能力欠缺人事实上是不能成为这类法律关系的主体。通过行为能力的这样的限制, 完全排除了其参与该法律关系的可能性, 事实上也达到了限制其在该法律关系中具有权利能力的效果。

对于法人来说, 权利能力内容依赖于行为能力予以判定的事实更加容易认定。法人作为一种以其意志和行为为基础构建的主体, 其可以通过自己的行为参与的法律关系就是其权利能力的具体范围, 法律对于法人行为能力的限定其实就是对其权利能力的限定。因而, 一般认为法人的权利能力与其行为能力具有高度的重合性与一致性。

从这一方面可以看出, 行为能力其实是判定自然人的权利能力的具体内容的重要因素, 权利能力的具体内容只有结合行为能力才能确定。行为能力的限定, 尤其是同时排除了通过监护人代行的可能性, 会直接限定自然人的权利能力的具体内容。而法人的行为能力内容直接决定了其权利能力的具体内容。因此, 德国法学家法布里齐乌斯从准确界定权利能力的内容和范围的角度出发对于权利能力的概念进行了重新界定, 他认为, 权利能力是人和组织通过自己的行为以及代理人的行为参与法律关系的能力。⁽³³⁾ 这一界定非常清楚地指出了权利能力与行为能力之间的紧密联系。

2. 人的权利能力的内容呈现出类型化特性

由于传统的一般权利能力具有高度的抽象性和概括性, 人的权利能力的具体内容只有通过具体权利能力予以确定, 而具体权利能力的内容又在一定程度上取决于人的理性和行为能力。其结果就是, 权利能力制度根据人的理性及行为能力的不同呈现出类型化的现象: 自身不具有理性但是通过监护人获得形式理性的人(无行为能力和限制行为能力人), 除了依据自己的尊严能够在人格权法律关系和纯粹受益法律关系中具有权利能力外, 还能依据“借用”的理性在其他大部分法律关系中具有权利能力, 但是依据法律规定不能代理的法律关系除外(例如婚姻法律关系和劳动法律关系)。自身具有成熟理性的人(完全行为能力人)则能够依据自己的理性在几乎所有的法律关系中具有权利能力。从前到后是一个权利能力逐渐完满的过程, 最后一类人是完整意义的法律上的人。这种权利能力的类型化现象被德国法学家法布里齐乌斯称之为权利能力的相对化: 权利能力并非简单的全有或全无, 权利能力也存在限度和范围, 也就是说, 权利能力是相对的而非绝对的。⁽³⁴⁾

这种权利能力的类型化和相对化对我们产生了一种重要的启示: 人的具体的权利能力的内容表现出不同的层次性, 人能够与其人格发展状况相适应的范围内具有权利能力。由此启发了我们关于胎儿和死者的权利能力思考。虽然胎儿和死者并未被赋予传统的一般权利能力, 但从具体权利能

(33) 同前注 [1], 第 44 页。

(34) 同前注 [1], 第 235 页。

力的角度考虑,其是否真的不能在任何法律关系中具有权利能力?它们虽然并不具有完整的人格,但具备少量人格要素,因而一般认为它们具有人格尊严,那么以此人格状况为基础,能否在与其相适应的范围内具有权利能力呢?比较法上,认为胎儿仅在个别法律关系中具有具体权利能力的观点已经得到德国和我国台湾地区学说的普遍接受。⁽³⁵⁾认为死者在个别法律关系中具有具体权利能力的观点也得到了德国学界的承认。⁽³⁶⁾

其实,从权利能力的发展历程和趋势来看,胎儿和死者在个别法律关系中享有权利能力具有正当的理论基础。如前所述,为了解决未成年人等的权利能力问题,权利能力已经转变为以人格尊严为基础,以理性为辅助的构造。也就是说,理性只是必须时的辅助条件而已。之所以需要以理性为辅助是因为从整个法律秩序来看大部分法律关系都是自由并存的双向法律关系,需要具备理性才能胜任。而从具体的法律关系进行观察,并非所有的法律关系都是自由并存的双向法律关系,存在个别少数法律关系为纯粹受益或受尊重的单向法律关系,并不需要权利人积极地对待他人并履行义务。对于这种法律关系来说,理性并非胜任的必要条件,因而只需具备人的尊严即可在该法律关系中具备具体权利能力,胎儿和死者因其人格尊严能够在这类法律关系中具有具体的权利能力。由于这类法律关系仅占少数,因而相对于自然人的权利能力内容的全面性,胎儿和死者的权利能力的内容非常有限,因而是一种部分权利能力。⁽³⁷⁾于是,胎儿和死者能够在纯粹受尊重的人格权法律关系中具有部分权利能力,从而具备人格权,能够获得法律保护。这就能合理解决司法实践中关于胎儿和死者人格保护的难题。

(三) 权利能力需要行为能力与责任能力的配合才能完成主体能力的完整构造

如上所述,通过权利能力获得的只是主体的部分能力,只能消极地承受权利和义务而非积极地行使权利的能力,也不能积极地通过行为去实现自己的自由和人格。因而,仅从消极的权利享有的角度构建的权利能力并非法律主体的全部内容,学者认为民法典关于人的构建是一件未完成的作品。⁽³⁸⁾

不管是人格的本质还是法律关系的要求,都包含了两个方面:每个人尊重他人的人格和权利,以及相应地其人格和权利得到他人尊重。但是为了解决理性欠缺人的权利能力,法律技术对这两方面进行了区分和分割,通过只截取人的被动的承受他人尊重的能力作为权利能力的唯一要素,从而使得理性并不成熟的人也能够作为法律关系的主体;而将以理性为必要的主动对待他人的能力构建为行为能力制度和责任能力制度。进而,又通过一定的制度来弥补(拟制)理性欠缺人在行为能力和责任能力上的欠缺,使其能够满足法律关系的双向要求,具备承担法律关系的能力。具体来说,法律通过监护人代理理性不完满人的行为,使得每一个具有权利能力的人都具有了正当对待他人的能力。对于理性欠缺人所缺乏的责任能力,法律课以监护人对理性欠缺人的监督义务,且在未履行监护义务的情况下对他们的侵权行为承担侵权责任,间接给理性欠缺人构建(拟制)了一种自我负

(35) 德国学说参见前注 [2],第479页;Rudolf Schmidt, Der Schutz der Leibesfrucht gegen unerlaubte Handlung, JZ 1952, 167; Jochem Schmitt, Münchener Kommentar BGB, Band 1., § 1, S. 121 – 122. 台湾学说参见施启扬:《民法总则》[M],中国法制出版社2010年版,第64页;王泽鉴《民法总则》[M],中国政法大学出版社2001年版,第106页;黄立《民法总则》[M],2005年自版,第76页。

(36) Wolfgang Gitter, Münchener Kommentar BGB [M], Band 1., C. H. Beck, München 1993, § 1, S. 80.

(37) 关于胎儿和死者在部分法律关系中的具体权利能力的详细论证和内容,参见刘召成《部分权利能力制度的构建》[J],《法学研究》2012年第5期。

(38) [德]梅迪库斯《德国民法总论》[M],邵建东等译,法律出版社2000年版,第778页。

责的能力，从而与行为能力制度共同实现了正当对待他人的能力。

可见，为了使得理性不完满的人也能够满足法律的自由并存的要求，具备承担起法律关系的能力，法律通过权利能力、行为能力和责任能力三项制度对于主体性进行了层次化的规定。一个完整意义上的法律上的人是同时具备以上三种能力的人。正如学者拉伦茨所言：凡一个人具有全面的能力时，就不仅仅具备权利能力，具备行为能力，而且还能够为其行为承担责任。⁽³⁹⁾ 因而，权利能力与广义行为能力（Handlungsfähigkeit）以及作为这种能力具体化的行为能力（Geschäftsfähigkeit）、责任能力（Deliktsfähigkeit）之间具有紧密的联系。权利能力之所以与行为能力、责任能力之间存在紧密联系，其根源在于权利能力植根于主体的自我负责的理性的行为的能力，权利能力在法学上原初地是作为主体可归责地行为的能力而发展起来的。⁽⁴⁰⁾

四、结 论

可见，如何使得未成年人和精神障碍者这些理性不完满的人也能够享有权利能力进而可以拥有权利，是权利能力制度发展的动力。正是它推动了权利能力与行为能力的分离，构建了权利能力、行为能力与监护制度之间的复杂关系。而在今天，如何使得具有人的尊严的胎儿和死者具有权利从而受到法律保护，以及如何使得合伙等某些非法人组织能够独立于成员以其自己名义参与法律关系拥有权利和义务从而满足普遍参与社会活动的便利，成为推动权利能力制度发展的关键，在此基础上发展出了具体权利能力和部分权利能力的概念。这里面体现了民法及民法典的体系化构建的思想，面对社会中出现的新情况和新要求，民法不是采用特别规定的便宜做法，而是采用通过既有法律概念和制度的革新予以体系的一体化解决，将这些新情况新要求也纳入到民法的一般规则之中，从而维持民法作为一般私法对于社会的普遍的调整力。而这一思想也是民法制度和体系自我发展和创新的源源不断的动力。

而较之我国当下民法研究，在这一方面尤其欠缺。对于新问题和新情况，法学界和立法者往往愿意采用特别规定的方法予以解决，将它们作为不同于一般情况的特别规则予以规定，而非通过检讨和革新既有制度予以体系化解决。因为这样做起来最简单最方便。但这样的习惯不能不说是一种智识上的怠惰，不但使得民法丧失了发展的动力，也使得特别法越来越多，民法这一般私法的地位逐渐偏移，民法逐渐被边缘化。这一问题及其后果值得我们深思并予以克服。

（责任编辑：赵 玉）

(39) 同前注 [6]，第 120 页。

(40) 同前注 [1]，第 42 页。