

# 自然人民事权利能力差等论的 批判与反思

汪志刚\*

---

**内容提要：**与平等论主张自然人的权利能力应具有先验性、平等性和不可放弃剥夺性不同，差等论则认为，自然人的权利能力仅具实证性、不平等性和可放弃剥夺性。这种主张不仅内含了将权利能力的予与夺作为管治工具的危险，而且误解了权利能力的概念，混淆了规范与事实、权利能力与权利，割裂了权利能力规范与其基础伦理的关系，不足为采。结婚能力等“具体权利能力”并非权利能力，而是由实施特定行为所需资格条件的设置反射出来的自由权权能。权利能力制度只负责分配主体资格，并无范围问题，也不解决权利的可有性和实享条件问题，后两个问题是权利分配问题，需要运用权利适配性考量和权利实享条件考量。自然人的权利能力除具有平等论所主张的三性外，还具有抽象整体性、规范性和潜在性。

**关键词：**自然人 民事权利能力 法律平等 民事主体

---

我国自民法通则制定以来，对于自然人的权利能力，一直采取的都是始于出生、终于死亡、一律平等的立场。民法典第13条和第14条亦复如此。学理上通常认为，这一立场已经内含了自然人的权利能力与生俱来的固有性、平等性和不可放弃剥夺性。<sup>〔1〕</sup>但是，在有的学者看来，以上理论皆为虚幻，正确的理论应是自然人的权利能力系由一国立法所赋予，并不具有平等性且可以被放弃或剥夺。<sup>〔2〕</sup>争论遂由此产生，并直指现代民法之根基。兹事体大，吾辈自不可轻忽漠视之，是以得成此文以作探讨。为便于行文，以下将前一观点称为平等论，将后一观点称为差等论。本文所要批判的就是这种差等论，目的是为了获得对自然人民事权利能力之性质的更为准确的认识。

---

\* 江西财经大学法学院教授。

〔1〕 参见李永军：《民法总论》，法律出版社2006年版，第202页以下；朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2013年版，第372页以下。

〔2〕 参见徐国栋：《“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》，《财经法学》2020年第4期，第14页以下。

## 一、自然人民事权利能力的平等论与差等论之争

自然人民事权利能力的平等论与差等论之争主要是学理之争，其争议的缘起应与学界关于民法所调整的法律关系是否一定是平等主体间的法律关系之争有关，并在争论过程中逐步演化成为二论之对立乃至全面对抗。<sup>〔3〕</sup>其间，也有一些部分赞同平等论观点、部分赞同差等论观点的中间主张。对于这些中间主张，本文将不予讨论，而是仅以平等论和差等论这两极之争为中心来呈现其争议的基本面貌。二者的争议焦点如下。

### （一）先验性与实证性之争

权利能力的先验性与实证性之争，主要涉及的是法律规定的权利能力的有效性即约束力的来源之争。对此，差等论的基本看法是，自然人的权利能力系由一国立法所赋予，其约束力来源于国家立法，体现了国家与民事主体间的纵向关系，仅具实证性，并无先验性。<sup>〔4〕</sup>与之相对，平等论则认为，自然人的权利能力的有效性虽然从形式上看系由立法所赋予，但在现代法上，真正构成其有效性来源的并非有权机关制定的法律本身，而是人人生而自由和平等的伦理诫命，是人只能作为目的存在的人性尊严律令的内在要求使然。亦即，现代法上的人的权利能力应具有先于实证法存在的先验性，本质上系由自然法所赋予。实证法就此所作规定，只是对自然法的确认和实证化，且不能与之相违背。<sup>〔5〕</sup>

### （二）平等性与差等性之争

依平等论的观点，自然人权利能力的平等性本就隐含于其先验性之中，是人人生而自由平等原则的必然要求，<sup>〔6〕</sup>同时也是“宪法上的平等原则在私法上的具体化”，<sup>〔7〕</sup>所以，自然人的权利能力只能是平等的因而亦是完全的。这种平等性主要体现在两个方面：一是形式上，任何自然人，不论其生理特征和社会特征如何，都可以毫无例外地与他人一样拥有相同的能够享有民事权利、承担民事义务的能力。二是实质上，任何人拥有的权利能力所内含的人性尊严都有着相同的本质，其生命、健康和人格的自由发展都具有同等的不可侵性。<sup>〔8〕</sup>这种权利能力的一般性和平等性，乃是人类文明法律秩序的重要基石。<sup>〔9〕</sup>

与平等论一般都会诉诸一定的价值准则不同的是，差等论主要是从法律实证和社会实证的角度来阐述其观点，并基于此来指斥平等论的观点乃是一种空想的、错误的观点。依其所论，自然人的权利能力不平等至少可以从以下几个方面得以证成：

第一，民法是主权国家的立法，无力实现或者赋予所有自然人或地球人以平等的权利能力。“因为地球人是统一的，但法律人却是‘分裂’的”，<sup>〔10〕</sup>分属于不同国家。一国民法根本

〔3〕 参见徐国栋：《民法哲学》，中国法制出版社2015年版，第52页以下，第108页以下，第140页以下，第163页以下，第308页以下。此外，论者还围绕民事主体的平等问题、自然人的权利能力问题，发表了十多篇相关文章。这些文章所持观点在论者所著《民法哲学》一书中大多有系统的阐述，且相互之间多有重复，此处不一列出。

〔4〕 参见前引〔3〕，徐国栋书，第84页；前引〔2〕，徐国栋文，第29页。

〔5〕 参见前引〔1〕，李永军书，第209页以下；前引〔1〕，朱庆育书，第372页以下。

〔6〕 参见前引〔1〕，朱庆育书，第373页。

〔7〕 参见前引〔1〕，李永军书，第202页。

〔8〕 参见前引〔1〕，朱庆育书，第373页。

〔9〕 Vgl. Rütters/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl., 2009, § 15 Rn. 7.

〔10〕 参见前引〔3〕，徐国栋书，第184页。

无力消除这种分裂，赋予所有自然人以平等的权利能力，即本国人与非本国人的权利能力是不平等的。赋予所有自然人以平等的权利能力只是一种空想、一种对法律受众的欺骗。<sup>〔11〕</sup>

第二，我国民法在规定自然人的权利能力时，虽然采用的是一种抽象地、一般性地赋予所有自然人以权利能力的有机论，但有时候也会不自觉地采用一种权利能力原子论。<sup>〔12〕</sup>这种原子论是指通过一个个具体的法律规范来个别性地赋予自然人以实施某类行为的权利能力，如结婚能力、收养能力、监护能力、遗嘱能力、生育能力、经商能力、从事特定职业资格或能力等。这些具体的权利能力并非每个人都可平等享有，而是只有在满足了法律规定的条件之后才能享有，例如不符合结婚实质条件者就不享有结婚的权利能力等。这表明，在具体权利能力的享有上，人与人之间是不平等的。<sup>〔13〕</sup>

第三，权利能力平等只是一种对理想的表达，并不符合现实。因为，即便是在近现代民法已经明确规定了自然人的权利能力平等之后，这个世界上也还存在奴隶；即便是在奴隶制已被彻底废除之后，这个世界上也还普遍存在着各种权利能力分配上的不平等。<sup>〔14〕</sup>甚至可以说，不同类别的人的权利能力都是不平等的。因为，一国公民可以被区分为农村人和城市人（城市人还可被区分为此城人和彼城人）、被监禁的和自由的、失权的和全权的、军人和平民、出家人和在家人、健康人和患有特定疾病的人等，“明眼人一看就觉得这些类别的人的权利能力不可能平等。所以，一个在抽象语境中看来没有问题的说法，一把它具体化，问题就暴露出来了”。<sup>〔15〕</sup>

第四，包括我国法在内的各国法上都普遍存在着各种各样的失权制度，在差等论者看来，这些失权制度的法律性质虽然有时候并不是很清晰，但至少有一部分可以被定性为是部分剥夺或限制自然人权利能力的制度。<sup>〔16〕</sup>既然权利能力是可被剥夺的，自然会造成权利能力的不平等。另外，依论者所述，权利能力也是可被放弃的，而这同样会导致不平等（详见下文）。

### （三）不得放弃或剥夺与可放弃或剥夺之争

权利能力的取得即意味着主体地位的取得，权利能力被放弃或剥夺即意味着主体地位的丧失，使人不再成为法律上的人，而是沦为客体。这种将人降格为客体的操作显然是有违人性尊严律令的，不为现代文明国家所接受，所以自然人的权利能力必然是不可放弃或剥夺的，<sup>〔17〕</sup>这也正是我国法和平等论者所要努力坚守的。与之相反，差等论者则认为，权利能力是可以被放弃或剥夺的，主权者可“根据论功行赏、论罪行罚的原则增减具体生物人的权利能力”，甚至可以通过所谓的民事死亡制度来解除生物人与法律人的合一性，把某些人还原为生物人。<sup>〔18〕</sup>按照差等论的主张，这种权利能力的可被放弃或剥夺性在法律的现实和生活的现实中可以找到很多实例，以下是差等论者列举的较具代表性的一些实例。

一是全面剥夺权利能力的实例，其典型代表是论者所说的“我国曾经有过的对超生婴儿

〔11〕 前引〔3〕，徐国栋书，第186页。

〔12〕 同上书，第170页。

〔13〕 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》，《暨南学报（哲学社会科学版）》2015年第7期，第25页以下。

〔14〕 参见前引〔3〕，徐国栋书，第182页以下。

〔15〕 前引〔13〕，徐国栋文，第25页。

〔16〕 参见前引〔3〕，徐国栋书，第188页以下。

〔17〕 参见前引〔1〕，李永军书，第205页；前引〔1〕，朱庆育书，第374页，第390页。

〔18〕 参见前引〔3〕，徐国栋书，第111页，第308页以下。

的权利能力剥夺”。这种剥夺乃是一种消极的剥夺，即不给超生儿上户口，就是消极地剥夺或者说不给予其权利能力。“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。”〔19〕

二是部分剥夺权利能力的实例，其典型代表是我国广泛使用的失信联合惩戒机制。例如，最高人民法院颁布的《关于限制被执行人高消费及有关消费的若干规定》（法释〔2015〕17号），就剥夺了拒不执行法院判决者订立九个方面的高消费合同的权利能力。〔20〕“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。”〔21〕这种原子论意义上的部分权利能力的剥夺或限制作为论者所说的失权制度的一部分，在我国法上还有很多表现。其中，较具代表性的是法律对曾经有过特定不当行为者从事特定职业的资格或从业权利能力的剥夺或限制，如会计法上有关特定人员不得取得会计从业资格证书的规定，公司法上有关有期限地剥夺特定人员担任公司高管的权利能力的规定，律师法上有关吊销律师执业证书的规定等。〔22〕

三是部分放弃权利能力的实例。例如，“当兵就要放弃与外国人和港澳台人结婚的权利能力；当公务员就要放弃经商的权利能力”。〔23〕当然，最具代表性的实例还是出家，如汉传佛教的受戒者和天主教神职人员需要放弃结婚的权利能力和大额财产所有权能力。这种放弃在世俗法上曾产生过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（权利能力不得放弃的命题——笔者注）进行改革的原因之一”。〔24〕

## 二、自然人民事权利能力差等论批判

以上所论足以表明，平等论和差等论的分歧不仅事涉方法论和价值论上的基本立场的差异，而且内含了对权利能力概念本身的不同理解，可能导致的实践后果更是云泥有别。面对这种差别，本文认为，从与现行法相关联的角度看，差等论所持观点的合理性是非常值得怀疑的。以下所论就是这种怀疑和批判的结果，其间所生错误讹漏若得再受批评，自当有受教和闻道之喜。

### （一）误解、误用了权利能力概念

概念是思维的工具，错误理解了概念，很容易导致判断和推理失误。权利能力的概念虽然在法律上并无定义——这也是诱发不同理解的一个重要原因，但从其在法条中的使用所处的意义脉络及其所承担的功能来看，权利能力作为一个桥接现实世界中的人或组织与民法世界中的人或组织的存在方式的概念工具，其功能主要在于：前者一经被赋予权利能力，即成为法律上的人或法律主体，成为权利义务的承受者，此即谓“现实中的人或组织 + 权利能力 = 法律上的人或法律主体”；反之，则非为法律主体。以此观之，权利能力作为法律主体地位的获得条

〔19〕 参见前引〔2〕，徐国栋文，第30页。

〔20〕 同上文，第30页以下。

〔21〕 同上文，第31页。

〔22〕 参见前引〔3〕，徐国栋书，第194页以下。

〔23〕 参见前引〔2〕，徐国栋文，第24页。

〔24〕 同上文，第25页。

件和主体所拥有的一种法律属性，<sup>[25]</sup> 应可被定义为“成为法律主体或权利义务承受者的能力”，<sup>[26]</sup> 或者也可以被定义为“作为法律主体或权利义务承受者的能力”。<sup>[27]</sup> 前者主要是从动态赋能的角度来定义的，后者主要是从静态属性拥有的角度来定义的。这一能力由于在法技术上乃是相对于整体民法而言的，所要解决的是作为实体的人或组织在民法中的一般存在形式或法律地位问题，因而在法技术上必然具有一元化的抽象整体性、潜在性和应然性（详见下文）。对于权利能力的这些规范技术属性，差等论者的认知明显有所偏差，所以才会生造出许多明显有违这些属性的原子论式的权利能力概念，甚至不当地将规范上的应然能力（规范上应当享有的能力）等同于事实上的实然能力（在现实生活中实际享有的能力）。以下将首先讨论其所持的原子论式的权利能力概念，<sup>[28]</sup> 然后再将其“对规范能力与事实能力的混淆”以及后文将要讨论的“对法律平等和事实平等的混淆”等类似混淆合并于一处，加以讨论。

### 1. 忽视了权利能力的抽象整体性

权利能力的抽象整体性，是指权利能力乃是一种相对于整体民法而言的抽象整体资格和能力，有此资格和能力者，即为民法上的主体或“演员”，无此资格和能力者，则原则上应为客体或从属于特定主体的实体。<sup>[29]</sup> 这表明，权利能力从法技术上讲，实际上只代表了一个规范形式上的质，所要表达的是法律主体与现实中的人或组织的存在形式之差别。除此之外，它并不负载任何构成人的实质要素和内涵，这些构成人的实质要素主要是通过人格（权）保护和亲属、继承等制度来承载的。也就是说，权利能力概念本身就是建立在对人的形式内涵和实质内涵的分离的基础之上，是抽象掉了除人的法律存在形式之外的其他所有属性的产物。<sup>[30]</sup> 正是这种抽象决定了，权利能力作为一个抽象的形式上的质、一个法律面具，并无任何“量”的因素，只有或有或无的问题，并无或多或少的问题，更不存在全部和部分之别。<sup>[31]</sup> 这就好

[25] 权利能力既是获得主体地位的条件，也是主体所拥有的一种法律属性。参见龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2002年版，第166页。

[26] 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781页。

[27] 参见[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119页。

[28] 在学理上，最具代表性的原子论式的权利能力理论是德国学者法布里秋斯提出的权利能力相对性理论。关于这一理论的构成及其批判，参见郑晓剑：《权利能力相对性理论之质疑》，《法学家》2019年第6期，第60页以下。

[29] 有观点认为，对于自然人来说，权利能力已经因权利能力的普遍赋予而变得多余。但这种观点只看到了权利能力制度的转化功能——将生物人转化为法律人，而没有看到其界分不同的人或组织在民法中的存在形式（主体或客体）的功能。因为权利能力的赋予也是有条件的，正是这些条件决定了其也具有界分不同的实体（活人、胎儿、死者、组织）的法律存在形式的功能。抛弃了权利能力制度，也就抛弃了其界分功能和形式裁断功能，法律上只能转而采取一种更为实质化的进路来解决不同类型的生命实体和组织实体的法律地位问题，而这种改弦易辙未必一定更优。

[30] 从历史的角度看，权利能力制度应可被看成是德国法对罗马法上的“人法”进行改造的结果。在罗马法上，“人法”作为与“物法”相对的一编，乃是建立在一个融合了主体资格、自由人身份、市民身份和家族地位等社会和道德内涵的统一的“人”的概念的基础之上。但是，在潘德克顿法学以五编制的法典编纂技术对罗马法进行改造之后，传统“人法”及其所内含的整体的人的概念开始走向解体。其中，传统“人法”上的人的形式内涵，被改造成了权利能力制度这一主体制度基础，权利能力之外的构成人的实质要素和伦理要素，则为对人本身的权利和家庭权利所涵盖，分别形成了民法上的人格（权）保护制度和亲属、继承等制度。所谓的市民身份制度则被改造成了公法上的公民制度（参见汪志刚：《民法视野下的人体法益构造——以人体物性的科技利用为背景》，《法学研究》2014年第2期，第100页）。对此，普赫塔曾明确说道：“法律首先将生物人理解为意志主体，理解为人，并赋予其自由，抽象掉了人的权利能力之外的所有其他属性。而正是这些属性和权利能力一起使得生物人成为完整的个体。”Puchta, Lehrbuch für Institutionen-Vorlesung, in der Anton Weberschen Buchhandlungen, München, 1829, S. 19.

[31] Vgl. Matthias Lehmann, Der Begriff der Rechtsfähigkeit, AcP 207, S. 235; 李宇：《民法总则要义：规范解释论与判例集注》，法律出版社2017年版，第84页。

比律师资格和北京市户口一样,或者有、或者没有,而无多和少或部分有、部分无的问题。即便北京市为了加强对常住人口的管理和保护,将原本只有拥有北京市户口的人才能享有的部分权利授予北京市的常住人口,并给这些人办理了居住证,这些居住证也不是户口,拥有居住证或相关权利的人也不会因此变为拥有北京户口或者“部分北京户口”的人,此间差别一目了然。以此观之,差等论者所采用的原子论意义上的相对于具体权利或资格而言的具体权利能力、部分权利能力等概念,就像“具体北京户口”“部分北京户口”一样,根本无法成立。<sup>[32]</sup>以这些概念为基础来论证权利能力不平等、可放弃或剥夺等,实际上是建立在对权利能力概念的不当理解和误用的基础上,不足为信。

另外,此处需要说明的是,具体权利能力、部分权利能力等类似概念并不一定都是在前述相对于某一具体权利或资格而言的语境下被使用的,它们有时候也会被其他一些学者在另外一些语境下使用。这些语境大致有二:

其一,有的学者在讨论胎儿、设立中的法人等不具备权利能力赋予条件的生命体或组织体的法律地位时,使用部分权利能力、限制权利能力等概念来描述这些实体在某些方面也享有受法律保护的权利的状态。<sup>[33]</sup>此一语境下的权利能力概念虽然依然沿袭的是其作为桥接同一实体在现实中和法律中的不同存在形式的法律工具所固有的使用方式,但其所使用的权利能力概念已非原本意义上的权利能力,而是一种比拟或拟制的权利能力,目的是为了通过这种拟制来克服权利能力概念的形式僵硬性,以便使某些不具备权利能力赋予条件者也能得到某些方面的权利保护。若不对此加以注意,则很容易产生误解。例如,我国有学者认为,拉伦茨、梅迪库斯等人也是承认部分权利能力或限制权利能力概念的,<sup>[34]</sup>但实际上并没有注意到,拉伦茨等人在说胎儿仅具“部分权利能力”或“有限制的部分权利能力”时,乃是在一种“假定”或“视为”的意义上使用权利能力概念的。<sup>[35]</sup>梅迪库斯也认为,“最适宜提及限制权利能力这个术语的地方,是在取得权利能力道路上的中间阶段,如胎儿以及法人的设立阶段”。<sup>[36]</sup>其中所述的“中间阶段”一词足以表明,“限制权利能力”只是对胎儿和设立中法人所处法律地位的一种更为便宜的表达,而不是要说二者已经终局地取得了本义上的权利能力。我国民法典第16条规定的“胎儿视为具有民事权利能力”中的“视为”,就很好地表达了这一点。<sup>[37]</sup>一旦脱离了这种比拟的语境,直接将拟制的权利能力误解为本义的权利能力,则不仅易导致形与质、名与实不分,而且会导致例外规则对一般规则的反噬,进而使得权利能力的概念及相关规则本身所固有的含义变得模糊不清。因此,区分喻体和本体,明确拟制的权利能力和原本的权利能力之别,实属必要。

[32] 如果这些概念能够成立,那就意味着,有多少种与北京市户口(权利能力)挂钩的权利,就有多少种北京市户口(权利能力),而这显然说不通。

[33] 关于设立中的法人有无部分权利能力的问题,我国学界有一定的争议。依据民法典第75条第1款的规定,答案应是否定的,因为以设立中的法人的名义或者为设立法人而从事的民事活动的法律后果只能由法人或设立人承担,设立中的法人本身并无独立承受权利义务的能力。参见前引[31],李宇书,第84页。

[34] 参见张善斌:《权利能力论》,中国社会科学出版社2016年版,第149页以下。

[35] 参见前引[27],拉伦茨书,第126页;前引[26],梅迪库斯书,第784页以下。

[36] 前引[26],梅迪库斯书,第820页。

[37] 关于该条之规定,学理上多采权利能力拟制说,但也有学者持不同观点。参见王洪平:《论胎儿的民事权利能力及权利实现机制》,《法学论坛》2017年第4期,第35页以下;杨立新:《〈民法总则〉中部分民事权利能力的概念界定及理论基础》,《法学》2017年第5期,第50页以下;李永军:《我国〈民法总则〉第16条关于胎儿利益保护的质疑——基于规范的实证分析与理论研究》,《法律科学》2019年第2期,第98页以下。

其二，有的学者会在与自然人的权利能力相比较的意义上，将法人或非法人组织的权利能力称为部分权利能力或限制权利能力。例如，拉伦茨认为，“与自然人的权利能力相比，法人的权利能力的范围是有限制的”。<sup>[38]</sup>“所以，法人的权利能力充其量不过是部分权利能力。”<sup>[39]</sup>这种比较的目的显然是为了阐明差异，以阐明法人可能享有的权利范围要小于自然人，而不是要说法人的权利能力是不完全的、非整体的，否则“实在有点得不偿失”。<sup>[40]</sup>因为，法人可能享有的权利和资格，自然人同样可能无法享有。例如，自然人不享有作为保险人的资格，但我们并不会因此将自然人的权利能力称为部分或限制权利能力。也就是说，将法人的权利能力称为部分权利能力，主要是从法人可能拥有的权利义务范围一般要窄于自然人的权利义务范围的意义上来讲的。一旦脱离了这种比较的语境，则显然不宜将法人的权利能力称为部分权利能力，否则很容易让人误认为，法人与自然人所拥有的权利能力并非同一事物，二者是不等义的。<sup>[41]</sup>当然，为了避免这种误解，此处仍有必要指出的是，“权利能力的范围”这一概念是不能成立的。因为，权利能力只关乎主体资格的有无，并无范围问题，有范围问题的是权利能力者可能拥有的权利，即法律上只有权利范围问题，并无权利能力范围问题——这就好比户口本身并无范围问题，而只是与此户口相关联的权利义务才有范围问题一样。而且，即便某一主体所主张的权利已明显超出了其可有权利的范围（如法人主张隐私权），我们也不能说该主体已非法律主体或者说是无权利能力者，而是只能说它并非该权利的主体或可能的拥有者。因此，“最好的解决办法是抛弃……‘权利能力范围’这一用语，才能根本澄清概念的混乱”。<sup>[42]</sup>同理，将公民可能拥有的各种权利统称为“公民权利能力的内容”<sup>[43]</sup>也不准确，易导致种种概念误解和混乱，其更为准确的表达方式应是“公民可有权利的内容或范围”。

## 2. 误解了权利能力中能力的潜在性

权利能力的取得不仅意味着主体地位的取得，而且意味着主体已经拥有了一种面向将来的作为各种可能产生的法律关系或权利义务的承受者的能力，即主体已经概括拥有了各种可归属于其拥有的权利义务的可能性，但这并不能保证权利亦能在事实上归属于该人。<sup>[44]</sup>因为权利能力乃是一种“从消极方面来理解的”作为载体或承受者的能力，<sup>[45]</sup>而不是指主体积极获取权利的能力，后一种能力每个人都是不一样的。这里所说拥有权利义务的“可能性”，就是对权利能力中能力的潜在性的表达。这种潜在性或可能性，由于乃是相对于将来可能产生的各种民事法律关系而言的，是相对于所有可能归属于某类主体拥有的权利义务集合而言的，因而一

[38] 参见前引〔27〕，拉伦茨书，第123页。

[39] 同上书，第182页。

[40] 参见前引〔26〕，梅迪库斯书，第820页。

[41] 若果真如此，则我国民法典第4条有关“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等”的规定就不能成立，所谓的私法也就根本无从建立起来了。

[42] 王涌：《私权的分析与建构：民法的分析法学基础》，北京大学出版社2020年版，第155页。

[43] 俄罗斯联邦民法典第18条就使用了这一概念。该条规定公民权利能力的内容：公民可以拥有归其所有的财产；继承财产和设立遗嘱处分财产；……享有其他财产权利和人身非财产权利。依据该条，同时结合其民法典第17条和第22条的规定，解释上应可看出，该法第22条所规定的公民的权利能力在例外情况下可以被限制或放弃，应可被理解是指第18条所规定的“公民可有权利的内容或范围”可受法律限制或者可被放弃，而不是说作为主体资格的权利能力可被限制或放弃。若采后一理解（国内已有学者采后一理解，参见前引〔2〕，徐国栋文，第23页），则明显会与该法第17条有关公民权利能力平等的规定发生矛盾。

[44] 参见〔瑞士〕贝蒂娜·许莉蔓-高朴、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202页。

[45] 参见前引〔26〕，梅迪库斯书，第781页。

般并没有必要在相对于具体权利而言的意义上来讨论其有无的问题——因为这种讨论本身就是建立在该人或组织已经是权利能力者的基础之上的。只不过，为了阐明差等论者对权利能力概念的误用，此处仍有必要在后一意义上来讨论权利能力问题。

在相对于具体权利而言时，权利能力所标识的乃是一种拥有该权利的可能性。这种可能性有的可能会由于客观条件的限制和主体的选择而无法转化为现实，有的则可随着个体生命的展开，随着相关条件即法律事实的成就转化成为一种现实性，即可由一种权利的可有状态（拥有享有该权利的可能性的状态）转化成为一种权利的实有状态（实际享有该权利的状态）。这种转化，从能力的角度看，就是潜在能力已经转化成为显在能力或实有能力，从法律地位的角度看，就是法律主体已经转化成为特定权利的实有主体。<sup>[46]</sup>例如，就生命健康权而言，由于其享有的可能性向现实性的转化并不需要除拥有权利能力之外的其他任何条件或法律事实的发生，所以其向现实性的转化通常都是在取得权利能力的同时发生的，即自然人一经取得权利能力，其拥有生命健康权的可能性即可直接转化为现实性，转化为一种权利的实有状态。当然，在民法中，这种拥有权利的可能性和现实性可同时发生的情况，一般仅涉及部分人身权利，其他多数权利的拥有可能性要转变成为现实性，仍需依赖于一定的法律条件即法律事实的成就，而如何设置这些法律条件以达致相关的立法目的，恰恰是立法的主要规范任务之一，同时也是立法者规范私主体的行为、介入民事生活的主要抓手。

就此处所述的权利可有性向实有状态的转化而言，这里可能发生的转化大致有两种情形：一种情形是，民法在权利能力取得之外，并未就特定权利义务的取得增设任何主体性的资格条件限制。于此情形下，权利能力的取得与拥有该权利义务的实有现实可能性——已经具备了一定的实现条件，目前就可以实现的可能性——往往是同时发生的，这种现实的可能性在法律规定的法律事实发生时，即可直接转化为权利义务的实有。例如，自然人一经取得权利能力，就拥有了享有物权的现实可能性（实现享有物权的现实可能性所需的主体条件已具备），这种现实可能性在取得物权所需的客观条件（实现享有物权的现实可能性所需的其他客观条件）成就（如继承或赠与的法律事实发生）时，即可直接转化为物权的实际享有，而这种现实性之所以能够成为现实性，恰恰是以主体此前所拥有的享有物权的现实可能性为基础的。另一种情形是，民法在权利能力取得之外，还就特定权利义务的取得或享有增设了一定的主体性资格条件限制。于此情形，权利能力的取得往往只意味着主体已经拥有了拥有该权利义务的抽象可能性——目前尚不具备实现条件，但符合事物发展趋势，将来仍有可能实现的可能性，但尚不具备拥有该权利义务的实有现实可能性。这种抽象的可能性要想转变为现实的可能性，尚须主体符合法律规定的特定主体资格条件。例如，就配偶权利的享有可能性而言，由于我国立法已对结婚的主体资格条件作了特别限制，所以对于婴儿来说，其出生时最多只拥有享有配偶权利的抽象可能性，并不拥有享有该权利的实有现实可能性。这种现实可能性只有在其已达婚龄之后才能拥有，也只有在其已经拥有了这种现实可能性之后，其才能够通过结婚，转变为一个无瑕疵地实际享有配偶权利的人。也就是说，在相对于具体权利而言时，只要某一主体拥有了享有该权利的抽象可能性，

[46] 国内早有学者指出，权利能力作为一种主体资格、一种表征拥有权利的可能性的概念，其概念创设本身已经意味着“法律主体”（即人格）与“权利主体”（即法律关系的实际参加者）在法律体系逻辑上的分离。正如“生物人”与“法律人”的分离需要以“权利能力”作为中介一样，“法律人”要想现实地享有法律上的权利，成为现实的权利义务主体，还需要“法律事实”这一桥梁。参见马俊驹：《人与人格分离技术的形成、发展与变迁——兼论德国民法中的权利能力》，《现代法学》2006年第4期，第50页。



法律上就应认为该主体已经拥有了享有该权利的“具体权利能力”（虽然这一概念不能成立）。当然，如果该主体已经拥有了享有该权利的现实可能性，则法律上更应认为，其已经拥有了享有该权利的“具体权利能力”。

以此观之，婴儿也是享有“结婚的权利能力”（这一概念不能成立已如前述）这一取得配偶权利的前置性主体资格的，其与已达婚龄者之间的能力差异并非权利能力差异，而是权利享有状态上的差异，即婴儿只拥有取得结婚资格的可能性，而已达婚龄者已经实际取得了结婚资格。前者代表的是一种资格的可有状态，后者代表的是一种资格的实有状态，而这种资格之所以应被定义为一种权利或权能，其根本原因就在于，这种资格所指向的乃是一种实施特定行为（结婚行为）的资格和能力，而实施特定行为的资格和能力，不管是从权利的本质乃是“个人意思所能自由支配的领域”，还是从权利的本质乃是“受法律之力保护的特定利益”的角度看，都会因其意志支配对象和保护利益已被具体化而被认为是一种权利或权能——权利或权能在法律上本身就可以被表达为实施特定行为的自由、资格和能力，而不应被归属为表征一般主体资格的权利能力范畴。因为，权利能力或主体资格代表的是制定法律的共同体对某一个体的成员资格的承认，<sup>[47]</sup>而非对其实施特定行为的资格的承认。

差等论者正是由于没有看到这一点，混淆了权利能力与作为能力的权利，混淆了权利的可有状态与实有，才会错误地认为，只有已达婚龄者才拥有结婚的权利能力，未达婚龄者不拥有这种能力，所以二者的权利能力是不平等的。概言之，差等论在论证自然人的权利能力不平等时，所使用的结婚能力、收养能力、监护能力、遗嘱能力、经商能力、从事特定职业的资格或能力、订立高消费合同的能力等概念中的能力，都不是权利能力意义上的能力，<sup>[48]</sup>而是一种经由实施特定行为所需的法律资格条件的设置<sup>[49]</sup>反射出来的权利或权能，一种可通过自由权、资格权等概念表达出来的实施特定行为的自由、资格和能力，或者说，它们就是霍菲尔德所说的“特权”（privilege）。<sup>[50]</sup>

若无法律所作的资格条件限制，这些特权和权能根本就不会被作为一种能力从一般的行为自由、结婚自由、职业自由等自由范畴中凸显出来，并被我们所明确认知。在这些能力受到法律限制之后，其所生法律效果应为自由权受限；在取得这些能力所需的法律事实条件成就时，其所生法律效果应为自由的恢复或能力的取得，即主体已经拥有或重新拥有了通过实施特定行为来自由创设某种法律关系的现实可能性。也就是说，前述各种能力的产生逻辑应为“自

[47] 参见冯珏：《自然人与法人的权利能力——对于法人本质特征的追问》，《中外法学》2021年第2期，第347页。

[48] 理论上，也有将达到一定年龄后才能享有的结婚能力、收养能力等称为行为能力的（参见前引〔44〕，许莉蔓—高朴等书，第203页）。这种见解虽有一定道理，但是，基于区分行为能力的唯一标准乃是理性的健全程度之考虑，本文认为，将这些与年龄相关的能力完全理解为行为能力，未必准确。因为，法律在规定这些能力的取得条件时，除可能会考虑到年龄和理性健全程度外，还可能设置其他一些条件，如我国原婚姻法第7条有关禁止“患有医学上认为不应当结婚的疾病”的人结婚的规定，民法典第1098条有关收养人须符合多项条件的规定等。这些条件的设置显然不单单是基于理性健全程度的考量，而是还包含了其他公共政策考量。因此，将这些能力一概称为行为能力，并不能准确反映其性质和背后的价值考量。当然，从法理上讲，禁止“患有医学上认为不应当结婚的疾病”的人结婚，使某些患有特定疾病且终生不可治愈者完全丧失了拥有结婚权利的可能性，确实有违反权利能力平等原则之嫌，有为了保障人口健康过度干预私法自治、违背宪法比例原则之嫌，所以民法典第1048条删除了此一条件限制。

[49] “这是对具体行为设定的条件，而非对其权利能力的限制。”前引〔1〕，李永军书，第204页。

[50] 在霍菲尔德那里，自由的基本内涵就是“特权”。See W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Essays*, Yale University Press, 1923, p. 42.

由——通过特定资格条件的设置来限制个人自由——取得特定资格的法律事实条件成就——特定资格或能力的取得 = 自由的恢复”。这一逻辑与一般的行政许可所内含的法理逻辑大体上是相通的，<sup>[51]</sup>其目的都是为了分配权利，而不是为了分配权利能力或一般的法律主体资格。既然这些能力皆非权利能力，那么作为其理论基础的权利能力原子论也就无从谈起了，以此为基础来论证权利能力不平等、可被放弃或剥夺，也就都不可信了。更何况，依后文所述，论者还在一定程度上混淆了事实上的放弃或剥夺与法律上的放弃或剥夺。

## （二）混淆了规范与事实、权利能力平等与权利平等

差等论者对权利能力概念的不当理解和误用，除表现为以上两方面外，还表现为其对规范能力和事实能力的混淆。这种混淆与其在论证权利能力不平等时所发生的对法律平等和事实平等、法律上的放弃或剥夺与事实上的放弃或剥夺的混淆在本质上都是一样的，都属于对规范与事实、应然与实然的混淆。此外，差等论者在论证权利能力不平等时，还明显混淆了权利能力平等和权利平等，具体论述如下。

首先，“一个人在法律上是否拥有享有权利的能力”，与“一个人在事实上是否拥有享有权利的能力”，并不是一回事。前一表述中的能力所指向的是一种以规范形式存在的应然能力、法律能力，所要表达的是人在法律的规范世界里可能拥有的某种能力或资格；后一表述中的能力所指向的是一种以事实形式存在的实然能力、一种经验上的能力，所要表达的是人在经验的生活世界里可能拥有的某种能力或资格，二者之间的差别就是规范与事实、规范能力与事实能力之别。权利能力作为一个法律概念，所要表达的显然是前者，拥有该能力者，其规范能力的有效性就会受到以国家强制力为后盾的法律命令的保护。即便是在现实生活层面，其已经丧失了实际拥有权利的可能性（如已被他人强制为奴），这种能力的丧失也非权利能力的丧失，而是一种事实能力的丧失。正是由于其权利能力并未丧失，其所拥有的权利能力在法律上依然是有效的，所以被强制为奴的人依然拥有保护其法律地位和权利的最有力武器，即可以要求法律来矫正这种实然状态之不正义。也就是说，被强制为奴或自愿为奴的人，在法律上并没有因为这种事实上的剥夺或放弃而丧失权利能力，其在法律上依然是一个权利能力者。正如学者所言，“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（‘市民身份丧失’（bürgerlicher Tod）），也不会因为进入修道院或因为放弃而丧失”。<sup>[52]</sup>因此，以事实上已沦为奴隶的人与他人享有的权利能力不平等为由来论证权利能力不平等，不仅混淆了规范能力与事实能力，而且混淆了规范平等与事实平等，显属错误。

同理，以没有户口会导致种种权利行使障碍为由，将不给超生儿上户口<sup>[53]</sup>定义为是“对超生婴儿的权利能力的剥夺”，不仅混淆了规范能力与事实能力，而且混淆了规范层面的权利能力拥有与权利拥有，混淆了规范层面的权利拥有与事实层面的权利实现，可谓是各种混淆的集大成。因为，权利在事实层面得不到实现（有障碍），并不等于权利人在规范层面不拥

[51] 关于一般行政许可或行为自由许可的性质，学理上也有采“恢复自由说”或“解禁说”的，其基本逻辑为“自由——禁止或限制——许可——自由的恢复”。参见陈端洪：《行政许可与个人自由》，《法学研究》2004年第5期，第28页；张树义主编：《行政法学》，北京大学出版社2012年版，第189页。

[52] [德]迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第88页。

[53] 依据我国国籍法和宪法的规定，超生儿也可自出生时起自动取得中国国籍和成为中国公民。同时，依据《户口登记条例》第4条的规定，户口登记簿和户口簿登记的事项，只具有证明公民身份的效力，而非公民资格取得的依据。因此，不给超生儿上户口的做法明显违法。这种错误的做法已被国务院办公厅2015年印发的《关于解决无户口人员登记户口问题的意见》（国办发〔2015〕96号）所纠正。

有权利，更不等于权利人不拥有规范层面的权利能力，此间的差别和逻辑跳跃何其之大。更何况，依据我国现行法，不管是超生儿还是非超生儿，其权利能力和公民资格的取得时间皆非个别学者所说的“起自户口之取得”，<sup>[54]</sup>而是“起自出生之完成”。因为，依据国籍法第4条的规定，父母双方或一方为中国公民，本人又出生在中国的，即可自出生完成之时起自动取得中国国籍，并得依据宪法第33条和民法典第14条的规定，自动成为中国公民和权利能力拥有者。户籍的取得并非取得中国国籍或公民资格的前提条件，更非权利能力的取得条件，而只是一种对自然人所拥有的中国国籍或公民身份的合法证明。<sup>[55]</sup>

其次，权利能力的这种规范性以及与之相关的权利能力平等的规范性，本应是所有法律人都应该默会的知识，也是我们在理解相关规定时理应具备的前见。基于这种前见，解释上应可看出，民法典第13条和第14条虽然采用的是一种直陈式的语句，但实际上所要表达的仍是规范性命令。这些命令就是“自然人从出生时起到死亡时止，‘应该’具有民事权利能力”，“自然人的民事权利能力‘应该’一律平等”。<sup>[56]</sup>前一命令内含了“权利能力平等赋予”的规范要求，即人人皆应具有权利能力；后一命令内含了“权利能力平等”的规范要求，即所有人拥有的权利能力都应具有同一本质，是同一事物，所以，其基于权利能力的取得所获得的法律主体地位也是平等的、无差异的。前一层面的平等是“资格分配和取得的平等”，后一层面的平等是“取得和分配的资格的平等”，二者共同体现了近现代民法对传统身份等级制的反动。<sup>[57]</sup>其中，“资格分配和取得的平等”体现的是一种基于特定法伦理价值而生的分配正义意义上的平等和对人的自由本质的肯定，同时也内含了每个人取得权利能力的条件和方式都是相同的意义上的法律适用上的平等。<sup>[58]</sup>“取得和分配的资格的平等”本质上是一种以规范形式存在的法律平等（应然平等）和形式平等，一种在法律框架范围内享有权利和承担义务的资格平等、起点平等，同时还表征了拥有这种资格者的一般法律地位平等。这种资格平等既不等于主体在规范层面实际享有的权利平等，也不等于其在经由法律的运行后所产生的实际社会效果或法律实效上的平等。<sup>[59]</sup>将前述平等等同于后述平等，只能导致形式平等与实质平等、资格平等与结果平等的混淆，导致权利能力平等与权利平等、规范平等与事实平等的混淆，而差等论者在很大程度上正是这样做的。<sup>[60]</sup>换言之，差等论者所说的权利能力不平等的自然人

[54] 按照这种观点，所有无中国户口的“中国人”都是不受中国法保护的，而且每个“中国人”在出生之后、取得户籍之前，也都是不受中国法保护的。这一结论无疑是极其恐怖的，不可能为我国法所接受。

[55] 关于户籍的取得与公民资格的取得关系，差等论者并没有给出其分析，也没有讨论相关立法。依据前文所作分析和《户口登记条例》第2条的规定，拥有中国国籍或公民身份应是在中国内地取得户籍的必要条件，而非其结果——这同样也意味着权利能力的取得应发生在户籍取得之前，而非其后。

[56] 参见〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2005年版，第56页以下。

[57] “在关于人类本质的现代哲学沉思中，为了废除旧的等级体系的法律和论证所有人具有平等的权利能力，一个法律命令是必要的。”〔德〕德罗尔夫·克尼佩尔：《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》，朱岩译，法律出版社2003年版，第60页。

[58] 参见前引〔52〕，施瓦布书，第85页。

[59] 参见前引〔1〕，李永军书，第203页以下。

[60] 差等论者在批评“平等主体”这一民法调整对象的限定语时，所持的父母与未成年子女之间的关系并非平等主体关系之见解（参见前引〔3〕，徐国栋书，第109页，第142页），同样混淆了形式平等与实质平等。实际上，父母与未成年子女都是平等享有独立的法律主体资格这一一般性的法律地位和支撑这一法律地位的人格尊严和自由等基本权的。也正是这一一般性的法律地位决定了，亲子关系也必须将其自身的构造与运行奠基在法律主体地位和人格尊严平等的基础之上，而不能损及后二者（参见汪志刚：《论民事规训关系——基于福柯权力理论的一种阐释》，《法学研究》2019年第4期，第45页）。

所享有的权利能力实际上都是平等的，他们在民法“舞台”上进行交往时，法律地位也是平等的，可能发生规范上的不平等的是权利享有上的不平等，而这种不平等实际上已经逸出了权利能力这一最基础的法权资源的平等分配范畴，进入了第二层次的权利分配范畴。对此，容后再述。

另外，此处需要补充说明的是，差等论所述的外国人与本国人的权利能力不平等，除混淆了权利能力平等与权利平等外，还忽略了民法的空间效力对整个民法适用范围的限制。民法作为主权国家的立法，其可能适用的人（含自然人、法人和非法人组织）的范围必然会受到其主权范围的限制。正是这种限制决定了，我国民法在规定自然人的权利能力一律平等时，其目的并不是要赋予所有地球人以平等的权利能力，而是要赋予所有落入我国民法调整范围内的自然人以平等的权利能力。这些自然人并不限于我国公民，而是还包括外国人和无国籍人。因此，用自然人的概念来替代民法通则所使用的公民概念，本身并无不当，更不存在要赋予所有地球人以平等的权利能力的“空想”或“欺骗”，反倒是更加有利于消除前苏联法学所奉行的一切法律皆为公法的错误思想的影响。

最后，差等论者在论证权利能力可被放弃或剥夺时，所举的部分放弃或剥夺权利能力的实例也都站不住脚。这不仅是因为其所述的被放弃或剥夺的“权利能力”本身就不是权利能力，而且是因为，即便是仅从权利放弃或剥夺的意义上讲，事实上的放弃或剥夺也不等于法律上的放弃或剥夺，具有法律形式的放弃或剥夺也不等于具有法律规范有效性的放弃或剥夺。有些权利虽然在事实层面可能会被放弃或剥夺，但这种事实上的放弃或剥夺在法律上未必就能够成为一种具有规范有效性的放弃或剥夺。例如，出家人所作出的终身不婚的承诺和宗教教规所作出的出家人禁止结婚的规定，在法律上即世俗法上就不具有规范的有效性，并不能导致出家人丧失结婚权利的结果。出家人违背承诺或教规所缔结的婚姻，在法律上依然可以是有效的，只不过其有可能会因此丧失出家人的事实身份而已。这个道理同样适用于各种以纪律规范形式表现出来的对特定团体成员从事特定行为的资格所作的限制，如禁止已达婚龄的员工、学生或军人结婚等。而且，即便是在某些领域，存在某种以规范性法律文件的形式作出的对特定主体的权利加以限制或剥夺的情况，这种具有法律形式的限制或剥夺也不等于具有法律规范有效性的限制或剥夺，即不等于这些被限制或剥夺的权利在法律上就“可以被以如此方式加以限制或剥夺”。若将前者简单地等同于后者，则无异是说，所有以法律规范形式表现出来的权利限制或剥夺都是合乎上位法和宪法的，而这显然有悖于下位法不能违背上位法、不能违背宪法的基本法理。这个法理同样适用于对相关的限购、失信联合惩戒机制等限权或失权制度的立法审查。我国民法典第1048条删除原婚姻法第7条有关禁止“患有医学上认为不应当结婚的疾病”的人结婚的规定，就可以被视为这种审查的结果，它非但没有证明权利能力平等是错误的，反倒进一步证明了权利能力平等原则对相关立法和司法的指导作用及其在内在体系上的强制性。

### （三）割裂了权利能力与其基础伦理的关系

权利能力制度源于对罗马法上的人格制度的改造。罗马法在构造人的主体地位或法律人格时，采用的是一种“生物人+市民身份、自由人身份、特定的家庭身份=法律人或法律主体”<sup>[61]</sup>的技术构造模式。而近代各国在构造人的主体地位时，几乎都毫无例外地摒弃了罗马

[61] 参见[德] 马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特：《罗马私法》，田士永译，法律出版社2018年版，第159页。

法所采用的这种以特定身份的拥有作为取得法律主体地位的条件或分拣器的做法，转而采用了无身份差异地赋予所有落入其民法调整范围内的生物人以平等主体地位的做法。这一做法体现在德国法中，就是德国法转而采取了一种以权利能力作为媒介生物人与法律人的技术工具的做法，并将此一构造模式扩大适用至各种组织的法律主体地位构造，其具体构造模式为“现实的人或组织 + 权利能力 = 法律人或法律主体”。我国法所采用的也是此一构造模式。

在此一构造模式之下，权利能力的概念虽然从形式上看并不负载任何实质的伦理内涵，<sup>[62]</sup> 但该概念的创设本身及其对罗马法上的各种身份化技术工具的取代，即已表明了其对身份等级制的反动，内含了对后者的否定性评价。这种否定性评价之所以会发生，主要是因为近现代民法在构造人的主体地位时，所奉行的乃是一种伦理人格先于法律人格的伦理人格主义，即人人皆因其为理性的存在而拥有人之为人的理性尊严，理性的存在和理性尊严之所在，正是人的主体性和伦理人格之所在。<sup>[63]</sup> 所以，作为时代伦理共识和公共理性反映的法律，理应对这种人的主体性和伦理人格加以明确的确认和实证化，进而平等地赋予所有生物人以平等的法律主体地位，而不应在这一基础性的法权资源分配上，奉行前现代社会所采用的身份等级制。对此，德国民法典第一草案说明书曾明确讲到：“不论现实中的人的个体性和其意志，承认其权利能力是理性和伦理的一个戒律。”<sup>[64]</sup> 这一戒律所要表达的恰恰是权利能力概念的创设及其平等分配的法哲学基础，体现了人的权利能力和主体地位的先验性与伦理性。正是这种先验性和伦理性决定了，作为伦理人格法律表象的权利能力虽然是由实在法所创设，但其根基却在伦理，在于通过意志的自主性和理性所拥有的自我规范能力得以证成的伦理人格，<sup>[65]</sup> 宪法所规定的具有人的尊严和人格自由发展等伦理属性的人就是对这种伦理人格的一种表达。<sup>[66]</sup> 权利能力的概念创设及其对所有自然人的平等分配，只不过是这种先在的人格的确证而已，而非原始赋予。所以，权利能力以及作为其基础的伦理人格本质上是不受立法调整的（只能被确认），更不受其限制或剥夺，而是可以反过来构成整个私法乃至整个法律体系构造的基点。<sup>[67]</sup> 现代法治所奉行的权力的存在目的系服务于权利、服务于作为主体的人的价值观念，就是建立在这种价值基点之上的。将权利能力的取得单纯地理解为一种实证法规定的结果，而忘却了其本源，只能导致法律规范与其基础伦理的割裂，导致权利能力的概念及相关规范的理解和运用失却了必要的价值导向，实不足为采。

以此观之，差等论者或许正是由于欠缺对前述历史向度和伦理向度的准确把握，才会在讨

[62] 与之相应的是，德国民法典所使用的“人”也是一个形式上的概念。“这个形式上的‘人’的内涵，没有它的基础——伦理学上的‘人’那样丰富。在伦理学上的‘人’所具有的所有特性中，它只具有唯一的一个：权利能力。”前引〔27〕，拉伦茨书，第57页。

[63] 这里所说的理性是指作为人类共同本质的理性，而不是指具体个体的理性。正是前一意义上的理性为人人皆得为权利能力者提供了理论支撑，即个体是从更高的、与他人共享的类的共同本质中获得其尊严和主体地位的。至于个体自身的理性健全程度如何，则只与行为能力有关，而与权利能力无关。

[64] 前引〔57〕，克尼佩尔书，第58页。

[65] “在潘德克顿体系下，法律人格的基础出现了由自然法向实在法的转变，原先的自然权利和理性被权利能力所取代。然而不可忽略的是，潘德克顿体系并没有使人格摆脱伦理的制约——在法律的技术逻辑层面，人格决定于权利能力；但在伦理与实在法的关系层面，权利能力则决定于伦理。因此，近代民法人格的构成，最终起支配作用的是人的伦理性。”张翔：《自然人格的法律构造》，法律出版社2008年版，第308页。

[66] “《德国民法典》上的权利能力，与基本法上的伦理性规定相互补充，共同以实定法的形式承载着人格本质所界定的内容。”前引〔46〕，马俊驹文，第49页。

[67] 参见周清林：《中国语境中的“权利能力”》，《北大法律评论》第10卷第1辑（2009），第282页以下。

论自然人的权利能力时,仅强调其实证性,而忽略了其伦理性和先验性。虽然从本质上来讲,这种忽略可归因于其所持的方法论和价值论立场与平等论不同,体现了实证法学和自然法学对同一问题的不同理解,但就其所得结论可能导致的实践后果而言,二者之间应存在以下核心差异,即仅强调权利能力的实证性的观点,已经给实证法的立法者预留了剥夺权利能力的可能性,为立法者在可予可夺之间造就各种罗马法式的差序化的法律人格预留了广泛的操作空间,而这正是先验论者所要努力避免和消除的。<sup>[68]</sup>易言之,平等论与差等论最深刻的分歧应在于其方法论和价值立场上的分歧,正是这种分歧决定了二者是殊途不可同归的。对于我国这样一个未曾经历过充分的启蒙和自然法的洗礼,且有着非常长的专制和身份等级制传统的国家来说,尤其值得警惕的是前一种纯实证化的、罔顾基本法伦理立场的实证主义。这种实证主义不仅在很大程度上仍带有非常明显的前苏联法学所奉行的“工具论”的法律本质观色彩,而且蕴含了使每个人都有可能沦为“赤裸生命”的巨大危险——所谓的权利能力可被剥夺的观点即为其明证,而这显然不是我国法在规定自然人的权利能力与生俱来、一律平等时所追求的。相关国际人权公约在规定人人都享有法律人格的权利(人人都有权被承认为是法律上的人或人格)和不受奴役的权利时,之所以会规定即便是在紧急状态下,国家也不得对这两者予以克减,<sup>[69]</sup>其目的就是要维护人的法律主体地位和权利能力的固有性与先验性,维护现代文明最重要的法律成果。

### 三、自然人民事权利能力性质的再认识

差等论的观点虽然主要涉及的是如何认识自然人权利能力的性质,但实际上已关涉到对整个权利能力制度的理解,关涉到权利能力制度与整个民法体系或者说与整个民事权利体系之间关系的理解。只有理清了这一关系,我们才能更为准确地把握自然人民事权利能力的性质,而不至于发生像差等论那样的种种混淆和误解。

#### (一) 权利能力制度与民事权利体系的关系

民法作为主体构成法、权利法,系以归属于主体的权利为纲来铺展整个体系,而权利作为一种联结不同实体的关系性范畴,其体系的建立首先需要明确通过权利概念联结起来的不同实体(人、物、组织等)哪些是主体、哪些是客体。<sup>[70]</sup>而权利能力制度所要服务的正是这一主客体二分问题的解决,即它一方面可以通过其能力的赋予将某些实体转化为主体,另一方面又可通过其能力的不赋予将某些实体排除在主体范畴之外,进而使之得以被界定为法律上的客体或从属性实体。这就是前文所述的权利能力制度的转化和界分功能。

这一转化和界分作为整个民法体系得以建立的基础性前提,不仅可以明确不同的实体在民

[68] 参见前引〔1〕,李永军书,第209页。

[69] 参见《公民权利和政治权利国际公约》第4条、《欧洲人权公约》第4条、《美洲人权公约》第27条。

[70] 萨维尼在提出其作为私法体系化工具的法律关系理论时,曾明确指出,整个私法体系的安排应该以法律制度最为内在的本质为根据,即应该以法律制度与人类自身本质——法律制度内在于这种人类自身的本质之中——之间的有机联系为根据。而人类依其本质乃是拥有自由意志的主体,要通过法律制度或者具体的法律关系来界定人与人之间的联系,划定个体意志独立支配的领域(这一领域就是权利),首先就必须探求意志可能作用的对象,明确哪些事物是通过法律关系而特别服从于我们意志的事物即法律关系的客体,据此自然可以得出法律关系可能具有的不同种类的一个梗概,进而可依其种类的不同来铺展整个体系。参见〔德〕萨维尼:《当代罗马法体系》第1卷,朱虎译,中国法制出版社2010年版,第260页,第299页。

法中的一般存在形式和法律地位，而且可以起到锚定这些实体在民法中的基础结构关系的作用。因为主体和客体范畴本身就是相互关系中被定义的，主体是相对于客体的主宰者，客体是相对于主体的被主宰者，同时主体范畴在私法中还表征了其相对于其他主体的独立性和平等性，表征了主体间的平等关系。这就是权利能力制度在整个民法体系建构中所起的基础作用，即它只负责将拥有生物生命的人转化成为自然人这一法律主体，将符合法定条件的组织转化成为法人等主体，将不符合权利能力赋予条件者排除在主体范畴之外，同时将各主体锚定在相对于客体的主宰地位、相对于彼此的平等地位之上——民法典第4条有关“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等”的规定即由此而来。除此之外，权利能力制度并不负担任何额外的规范任务，也不负责在主体与主体、主体与客体之间建立起具体的法律联系。这些具体的法律联系是通过法律关系或者说是权利义务这些关系型范畴建立起来的，是在权利能力制度已经将权利建构的平台和支点打造完毕之后，接下来所要完成的结网织布、使各法律实体得以通过权利义务的网线相互联系起来的后续工作。

明确了权利能力制度在整个民法体系中只负责解决主体资格配置这一体系发生基点问题、并不负责为不同主体配置具体权利之后，我们就能够明白，权利能力更为贴切的名称应是法律存在能力或主体能力，即成为主体这一法律存在的能力，而不应被表达为权利能力这一在文义上具有一定的权利配置概念指向性的名称。<sup>[71]</sup>更何况，权利在法律上本就可以被理解为是一种能力，用一种能力来定义另一种能力，在概念上很容易导致误解。同理，明确了先有权利能力配置，然后再有具体权利建构和分配这一法理逻辑之后，我们也就能够明白，自然人和法人、本国人和外国人可能享有的权利的不同，法律为特定权利的取得所配置的特别主体资格要求以及法律上的种种权利限制、放弃或剥夺等，本质上都属于权利分配范畴，属于萨维尼所说的“划定个人自由意志独立支配的领域”的范畴，与权利能力的分配无关，而是在权利能力已被分配之后所发生的后续操作的结果。

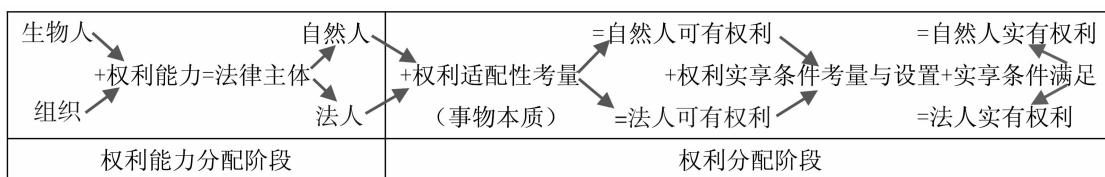
与权利能力的配置相比，这些后续操作的构成和过程相对比较复杂，不仅事涉每一项具体权利的配置，而且还需要在配置权利时，对每一项权利是否可以特定主体享有（权利的可有性），特定主体实际取得和享有这些权利需满足哪些条件（权利实享条件），行使这些权利需满足哪些条件等问题，进行分阶段、多层次的考量，因而需要考量的法律价值和公共政策因素更多，可能造成的法律后果也更为多样，而这正是公权力得以介入私域的主要环节和着力点。其中，尤其值得一提的是与本文主题相关的权利适配性考量和权利实享条件考量。

所谓权利适配性考量，主要解决权利的可有性问题，即自然人和法人等不同类型的主体可分别享有哪些权利的问题。要解决这一问题，法律上就必须首先要考虑权利的适配性，即权利与主体所固有的类的属性是否相适应和相匹配的问题。自然人和法人虽同为主体，但却以不同

[71] 国内已有学者提出，应在区分人格与权利能力的基础上，将人格定义为主体资格，用来解决具备什么条件才能成为主体的问题；然后将权利能力定义为如其表面文义所示的那样，仅指享有权利资格，并用它来解决民事主体所享有的权利范围问题。参见柳经纬：《权利能力的若干基本理论问题》，《比较法研究》2008年第1期，第87页以下；张保红：《权利能力的双重角色困境与主体资格制度重构》，《法学家》2014年第2期，第23页。也有学者主张应将前述区分表达为抽象意义上的权利能力和具体意义上的权利能力之分。参见尹田：《论自然人的法律人格与权利能力》，《法制与社会发展》2002年第1期，第126页。以上主张虽然都有一定的道理，但实际上已经改变了权利能力的内涵及其功能，很大程度上可以被看成是对那些望文生义地理解权利能力概念者的迁就，而且改变一个沿用已久的概念的内涵和功能绝非易事，甚至有可能徒生滋扰。依本文之见，“可有权利”这一概念完全可以用来表达此处所涉的权利范围问题。

的实体为载体，而不同的实体所拥有的社会属性（结构、功能、价值属性等）并不相同。正是这些不同决定了，法律在为自然人和法人等不同主体配置权利时，必须要尊重“事物本身的性质”，依其性质的不同分别配置相应的权利。由此产生的后果是，自然人和法人的权利能力虽然是平等的，但各自可能拥有的权利范围却是不同的，如法人就不能拥有以人体为载体的物质性人格权等。这表明，自然人和法人可有权利的不同，本质上是权利分配的结果，是由“生物人+权利能力=法律主体”和“组织+权利能力=法律主体”<sup>[72]</sup>这两个等式中的生物人和组织的属性之差造就的，与权利能力无关。同理，不同法人可有权利的不同，也应归因于其所固有的社会属性（目的、性质等）的不同以及其所嵌套的基于不同的功能预设而建构起来的不同的法人形式，与其本身所拥有的权利能力无关。也就是说，权利能力作为一个纯形式化的概念空壳，本身并没有能力去负载这些社会属性差异，能够负载这些社会属性差异的应是自然人和法人、营利法人和非营利法人等更为具体的类型化的概念。

在解决了权利的可有性问题之后，接下来所要解决的是权利的实享条件问题，即主体可有权利转化为实有的法律条件问题。这里所说的法律条件就是法律事实，即可导致权利义务得丧变更的法律条件。<sup>[73]</sup>而如何设置这些法律条件，正是权利实享条件考量所要重点解决的问题，其间所涉考量非常复杂，很难一言以蔽之。但有一点可以明确的是，权利实享条件的考量乃是在权利能力这一消极载体能力问题已经解决之后，面向将来各种可能归属于主体的权利义务，在考虑到不同主体的利益和主体利益与公共利益平衡的基础之上，所作出的一种桥梁可能性（权利能力）与现实性（权利享有）的制度安排。这种安排只与主体取得和享有特定权利义务的现时条件有关，与主体资格和权利能力无关，更非权利能力的二次分配。满足了特定权利的实享条件，所导致的法律后果是权利人已经实际享有了该权利，拥有了该权利所内含的实施特定行为的自由、资格和能力。这些能力就是差等论者所说的各种“具体的权利能力”，而非真正的权利能力。简言之，权利实享条件的设置只与权利分配有关，与权利能力的分配无关，二者之间的关系可通过下表来予以表达。



## （二）自然人民事权利能力的性质重述

权利能力作为一种专为配置民事主体资格而设的概念技术工具，既有其规范技术属性，也有其规范价值属性。从技术属性来讲，权利能力作为一个只负责将主体这一法律存在形式或外衣赋予特定实体的概念工具，其功能是纯形式化的，并不负载任何具体事物所拥有的实质社会属性。因此，权利能力不管是相对于生物人还是相对于组织，其内涵和功能都是恒定的，具有

[72] 在我国民法典第2条已经将法人和非法人组织都规定为民事主体的情况下，如何理解法人、非法人组织和权利能力之间的关系，是构建中国民法学理论体系时需要认真解决的问题。对此，已有学者通过细致的论证阐明了我国法规定的法人和非法人组织都是“有权利能力的组织”的下位概念。参见冯珏：《法人概念论》，法律出版社2021年版，第238页以下。

[73] 德国民法典总则先解决主客体二分问题，然后再规定法律行为、代理、期间等法律事实问题，最后再通过分则来解决具体权利的取得和享有问题，就体现了此一体系建构逻辑。



内涵和功能上的同一性，或者说，所有民事主体所拥有的权利能力都是同一事物，是一个位于括号之外的“公因式”，具有概念上的同质性和形式平等性，此为其一。其二，权利能力的有无将直接关涉到主体资格的有无，主体资格的有无只能由法律规定而不能任由当事人自主决定乃是当然之理，所以，权利能力必然具有法定性和不可自治性。其三，主体和客体作为一对相互对立的、不可通约的范畴，所确定的乃是某一实体在民法中的基本存在形式和法律地位，锚定的是整体民法据以展开的基础平台和支点，所以，权利能力作为特定实体取得法律主体资格的必备条件，必然是相对于整体民法而言的，具有一种抽象整体性和规范性，即权利能力是一种一元化的、不可分割的抽象整体能力，一种以规范形式存在的法律能力。其四，权利能力的取得与其所导致的法律后果即主体地位的取得一样，都是在为承受法律上的权利义务作资格上的准备，而这里所说的权利义务指向的显然不是某一项具体的权利，而是指向所有可能归属于某类主体（自然人或法人等）拥有的权利义务集合。所以，权利能力作为主体所拥有的一种法律能力，所代表的只能是一种拥有权利义务之可能性意义上的潜在能力，一种有待展开和实现的能力，此即权利能力的潜在性。以上属性作为权利能力这一概念技术工具所固有的规范技术属性，本质上是由其功能决定的，与拥有权利能力者本身的社会属性无关。

权利能力虽为概念技术工具，但其运用必有一定的功能和价值导向，这些价值导向体现在自然人的权利能力分配上，即为其价值属性。首先，对于自然人来说，权利能力的分配并非仅具功能价值，而是还具有伦理价值；但是，权利能力的分配对于法人来说仅具功能价值，并无伦理价值。<sup>[74]</sup> 基于这一考量，法律在决定是否应赋予自然意义上的人以权利能力时，必先考诸相关伦理价值观念。在伦理上，人的主体性和伦理主体资格已由启蒙哲学在类的意义上予以合理地证成，并已成为一种先于立法而存在的伦理共识。普遍地、一般性地赋予所有生物人以权利能力和法律主体资格，只不过是对于这种伦理共识的一种反映和确认，而非从无到有的原始赋予，这就是自然人权利能力的先验性。而法人的权利能力则无此一特性，其权利能力的赋予纯粹是基于功能考量的结果。其次，在以康德为代表的启蒙哲学中，人的主体性乃是基于人乃是一种理性的存在并因此拥有人之为人的尊严而得以合理证成的。这一证成逻辑中既包含了主体资格应平等享有的规范要求，也包含了人作为理性的存在所固有的人性的尊严的不可褫夺性，否则，就是在否定人作为理性的存在这一前提本身。所以，不管是从伦理上还是从法律上讲，人的主体地位都是不容否定和更改的，除非我们可以从根本上否定人之为人的逻辑前提，或者将包含人的主体资格在内的所有的法律构成都看成是一种可由主权者任意拿捏、揉搓的工具，从而从根本上否定了国家对作为主体的人的保护义务。这种伦理哲学体现在权利能力的分配上，就是每个人都应该被平等地赋予同一权利能力，而且这种权利能力是不容剥夺或放弃的，此即为自然人权利能力的平等性和不可放弃、不可剥夺性。

简言之，自然人的权利能力在法技术上应具有概念同质性和形式平等性、法定性和不可自治性、抽象整体性和规范性、潜在性；在法价值上应具有伦理先在性、平等性和不可放弃、不可剥夺性。这些属性综合起来应可被表达为纯技术意义上的抽象整体性、规范性和潜在性，纯价值意义上的先验性，以及融技术和价值于一体的平等性（融合了概念同质性意义上的形式

[74] 权利能力的分配在相对于作为目的的人与作为工具的组织时，所内含的考量是不同的。前一考量主要是伦理性的，需要考虑到作为目的的人的伦理价值，后一考量主要是功能性的，需要考虑到特定社会组织的功能价值，由此所产生的是作为目的性主体的自然人和作为功能性或工具性主体的法人等主体的分野。

平等和权利能力分配正义意义上的平等)和不可放弃、不可剥夺性(融合了法定性意义上的不可自治性和伦理上的不可放弃、不可剥夺性)。

## 结 论

综上,差等论对自然人权利能力性质的理解是不当的。为了避免这种不当及其可能造成的不良后果,法理上有必要全面阐明自然人权利能力的性质,以便使我国相关立法和作为其支撑的平等论的观点能够建立在更为坚实的理论基础之上,而不至于被斥为一种虚幻的理论。真正构成虚幻理论或错误理论的是差等论所持的权利能力不平等、可放弃和可被剥夺的理论,以及作为其理论基础的假想的权利能力原子论。这种理论可能带来的后果就是为权力的恣意张目,进而伤害到我们自身。

---

**Abstract:** The disputes over the nature of a natural person's capacity for rights is mainly manifested in the debate between the following two different theories. One claims that the capacity for rights is transcendental and equal, and cannot be abandoned and deprived, while the other claims that the capacity for rights is granted by national legislation, which is unequal and can be abandoned and deprived. The latter is incorrect because it not only contains the danger of taking the granting and depriving of the capacity for rights as the governing tool, but also misunderstands the concept of the capacity for rights, confuses norms and facts, confuses the capacity for rights and rights, and cuts the linkage between the norms of the capacity for rights and the ethics on which they are based. A "specific right capacity" such as the "marriage capacity", is not the capacity for rights, but a capacity for liberty as reflected by the setting of qualifications for a specific act. The system of rights capacity is only responsible for the distribution of legal subject qualifications, but does not solve the problems of the availability of rights and the conditions for exercising rights. The latter two issues are the issues of right distribution, which need to apply the consideration of the adaptability of rights and the consideration of the conditions for exercising rights. In addition to the three characteristics advocated by the first theory, the capacity for rights of a natural person is also characterized by indivisibility, normativeness and potentiality.

**Key Words:** natural person, capacity for civil rights, legal equality, civil subject

---