

# 部分权利能力制度的构建

刘召成<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**局限于19世纪的哲学认识，权利能力仅被赋予自然人和法人，其他人和组织形态的权利能力被忽略。因而，当迫切需要法律对这些人 and 组织予以调整时，传统权利能力的规定成为不可逾越的体系障碍，必须通过法律续造的方法构建部分权利能力制度。事实上，民法关于权利能力制度的构造以及立法上的一些规定已经为部分权利能力的构建提供了坚实的理论基础和立法例支撑。部分权利能力是在部分而非全部的民事法律关系中作为民事权利享有者和义务承担者的能力，它通过考察自然人和法人以外的人和组织的人格状态和特定法律关系的价值和目的来认定。部分权利能力是一个开放的概念，它不但包括胎儿、死者与合伙的部分权利能力，还包括其他一些人和组织的部分权利能力。

**关键词：**部分权利能力 一般权利能力 胎儿 死者 合伙

---

权利能力制度是19世纪康德哲学和法学技术完美结合的产物，以判定享有民事权利和承担民事义务的能力作为其唯一核心内涵，避免了人格概念的含混不清，体现了德国汇编法学派高超的立法技术。受当时的哲学和社会认识所限，立法者仅将权利能力赋予出生到死亡阶段的人（自然人）和符合法定条件的组织（法人）。然而，随着社会的发展和人格尊严观念的提升，未被赋予权利能力的胎儿和死者迫切需要得到法律的保护，法人之外的某些组织也因广泛参与社会交往的需要，提出了作为主体参与法律关系的诉求，例如个人合伙等。在应对上述诉求构建其教义学基础的过程中，虽然司法机关和法学理论界提出了多种解决方法，但都因无法逾越过于僵硬的传统权利能力制度而存在体系上的障碍。为了使民法能够承载上述新的社会价值和需要，必须对传统的权利能力制度进行法律续造，构建仅在部分法律关系中具有的权利能力——部分权利能力制度。部分权利能力制度作为传统权利能力制度的补充，能够增加权利能力制度的弹性，为各种新出现的人和组织形态的法律调整提供教义学基础。加之我国目前正处于“民法总则”和“人格权法”立法的关键时期，部分权利能力制度的研究对于这两部法律的制定也具有重要意义。

---

\* 首都师范大学政法学院讲师。

本文的研究受教育部重点基地中国人民大学民商事法律科学研究中心自主项目的资助。

## 一、构建部分权利能力制度的必要性

### (一) 传统权利能力制度的缺陷

#### 1. 胎儿人格保护的体系障碍

虽然我国司法实践已对胎儿人格所受侵害予以广泛救济,而且在比较法上,德国的司法实践也同样如此,<sup>[1]</sup>但限于传统权利能力制度,我国和德国司法实践所采用的解决方法其实都存在民法体系与教义学上的障碍。

在我国,胎儿并未被赋予权利能力,因而,除非法律有特殊规定,其不能作为权利和义务的归属体,也不能拥有任何权利。为了论证司法实践对于胎儿人格保护的正当性,学者认为,胎儿虽然不具有权利能力,不能拥有人格权利,但是可以拥有人格法益,<sup>[2]</sup>因而其生命、健康可以获得法律保护。但是,既然胎儿的普遍权利能力并未得到法律的承认,除了法律的特殊规定外,胎儿不能作为任何法律上利益和负担的承担者,那么逻辑一贯的推论应当是,胎儿不但不能拥有人格权利,也不能拥有人格法益。胎儿不具有权利能力的含义是其不能作为法律关系的载体,不管其依据这种法律关系获得的是权利还是法益,并无不同。由此,我国司法实践对于胎儿人格所受侵害的侵权法救济存在严重障碍,因为侵权法救济以权利或法益被侵害为前提。<sup>[3]</sup>胎儿并不能享有任何法律上的权利和利益,也就不存在人格权益被侵害的可能,对其予以侵权法救济也就无从谈起。

德国法的做法同样存在障碍。德国联邦法院认为,在此类案件中侵权法救济的对象其实是出生后的孩子,孩子出生后具有权利能力,作为法律保护的对象并不存在障碍。<sup>[4]</sup>虽然这种有意回避胎儿权利能力而仅从出生后孩子角度提出的侵权救济方案避免了类似我国的障碍,但仍然存在侵权法体系上的矛盾。按照侵权法一般原理,对于侵害行为所造成的损害的救济以存在侵害为前提,而侵害的概念内在地要求侵害前和侵害后两种状态,侵害是使法律所保护的状态变坏。正是侵害将侵害前的状态转化为侵害后的状态。而德国联邦法院的上述方案欠缺侵权法所要求的侵害前状态,因为出生后的孩子从其出生并具备权利能力时起就是一种被侵害了(侵害后)的状态。这种障碍已为很多德国学者所认识。<sup>[5]</sup>

因此,胎儿在人格权领域不具有权利能力成为德国法和我国法对于胎儿人格所受侵害提供侵权法救济的共同障碍。权利能力的欠缺使得胎儿的人格状态只能作为自然法意义上的人格价值,而非一种受到法律承认的人格权利或法益。在现代实证主义的法律现实下,一种并未得到实证法承认的自然法上的价值是很难获得法律保护的。如果承认胎儿在人格权方面的权利能力,胎儿就能拥有人格权,对于胎儿的侵害就是对于法益的侵害,满足了我国侵权法的要求;同时,胎儿的人格状态作为一种法律意义上的状态,相对于出生后孩子的状态,成为一种侵害前状态,满足了德国侵权法的要求。

[1] BGH, JZ 1953, 308; BGHZ, 58, 48.

[2] 关于胎儿的人格法益,学者在具体表述上有所差异。有学者称为人格利益,包括生命利益和健康利益(参见王利明:《人格权法研究》,中国人民大学出版社2005年版,第339页);有学者称为先期人格法益,包括先期生命法益、先期身体法益和先期健康法益(参见杨立新、王海英、孙博:《人身权的延伸法律保护》,《法学研究》1995年第2期);有学者称为预期利益(参见吕芳:《胎儿人格权保护的法律解析》,《山东社会科学》2004年第10期)。

[3] 我国侵权责任法第2条规定:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。”

[4] BGH, JZ 1953, 308.

[5] Vgl. Rudolf Schmidt, Der Schutz der Leibesfrucht gegen unerlaubte Handlung, JZ 1952, 167; Fritz Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, C. H. Beck Verlag, 1963, S. 8.

此外,局限于传统权利能力,胎儿在排除妨害和防止妨害请求权方面也存在障碍。由于胎儿并不具有权利能力,不能作为人格权的主体,因而胎儿处于发育中的人格状态不能获得排除妨害和防止妨害这两种人格权请求权的直接保护。这种结果在侵害行为导致胎儿死亡的情况下尤其令人无法忍受。由于胎儿的侵权请求权在我国和比较法上一般以活着出生为前提,<sup>[6]</sup>因而对导致胎儿死亡的严重侵权行为并不能主张侵权损害赔偿。如果胎儿也不能通过排除妨害和防止妨害这类人格权请求权得到保护,那么胎儿的人格状态将完全暴露于侵害行为之下,得不到任何保护。为了克服这种障碍,胎儿在人格权法律关系中的权利能力应当得到承认。

## 2. 死者人格保护的体系障碍

传统民法并未将死者作为人的存在类型,其不具有权利能力,因而不能成为法律关系的主体。但是,人格是一种社会性概念,其中的某些部分依赖于人的生命,某些部分不依赖于人的生命。死者生前的某些社会性人格存在能够在其死后继续存在,这些人格存在包括肖像、姓名、名誉等。由于传统观念将人格权客体局限于生者的各种人格构成要素,因而在早期,对于死后仍然继续存在的上述人格存在能否受到保护存在疑问。但是随着社会的发展,死后人格的继续存在逐渐获得认可,并得到保护。德国联邦法院认为,死者的人格超越死亡继续作用。<sup>[7]</sup>美国法上也通过公开权对于死者的财产性人格要素予以保护。我国司法实践中也通过“荷花女”案<sup>[8]</sup>和“海灯法师”案<sup>[9]</sup>以及司法解释<sup>[10]</sup>确认了对于死者延续的人格存在予以保护的做法。

但是,由于死者并不具有权利能力,司法实践中对于这些人格存在的保护存在较大的体系和制度障碍。为了克服这一障碍,传统学说在关于死者人格保护的理论构建上,否认死者人格权保护,而坚持“近亲属利益保护说”或者“死者人格利益保护说”的观点。<sup>[11]</sup>但是这两种学说都存在难以克服的缺陷。

“近亲属利益保护说”认为,法律对于死者人格的保护只是一种反射作用,其实质是对于死者近亲属因为死者人格被侵害所产生的人格权损害的救济。侵害死者的人格实际上侵害的是其近亲属的人格。<sup>[12]</sup>德国法上也存在类似学说,认为对于死者的侵害实质上是对其近亲属追思情感的伤害。<sup>[13]</sup>

该学说具有合理的成分,看到了死者人格受侵害往往会导致其近亲属人格利益受侵害的结果。但必须注意的是,虽然具有引起与被引起的关系,但是死者人格价值的贬损和死者近亲属人格价值的贬损是两种可以区分的损害,死者的人格利益与死者近亲属的人格利益之间存在明确的

[6] 一般认为,损害赔偿是一种财产赔偿,这种赔偿只对于活着的人有意义。如果胎儿没有活着出生,损害赔偿请求权对其并不具有价值。因而比较法上均要求胎儿的损害赔偿请求权以其活着出生为前提。

[7] BGHZ 15, 249, 259.

[8] 最高人民法院1989年《关于死亡人的名誉权应受法律保护的函》认为:“吉文贞(艺名荷花女)死亡后,其名誉权应依法保护,其母陈秀琴亦有权向人民法院提起诉讼。”

[9] 最高人民法院1990年《关于范应莲诉敬永祥等侵害海灯法师名誉权一案有关诉讼程序问题的复函》称:“海灯死亡后,其名誉权应依法保护,作为海灯的养子,范应莲有权向人民法院提起诉讼。”

[10] 最高人民法院1993年8月7日《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第5条规定:“死者名誉受到损害的,其近亲属有权向人民法院起诉。近亲属包括:配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。”最高人民法院2001年3月10日《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第3条规定:“自然人死亡后,其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦,向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理:(一)以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式,侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉;(二)非法披露、利用死者隐私,或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害死者隐私;(三)非法利用、损害遗体、遗骨,或者以违反社会公共利益、社会公德的其他方式侵害遗体、遗骨。”

[11] 这两种学说是大部分学者所持的观点。

[12] 参见魏振瀛:《侵害名誉权的认定》,《中外法学》1990年第1期。

[13] Westermann, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach dem Tode seines Trägers, FamRZ 1969, 561, 565.

区别。正如学者所言,死者继续存在的利益并不等同于那些与其有血缘关系并与其价值紧密结合的人的人格利益。<sup>[14]</sup>死者的人格利益和其家属的人格利益并非完全一致,还有可能背向而驰。例如,关于死者的报道可能给死者带来名誉,但是却可能使他的亲属因为特殊的人格感情而感觉丢脸;某一行有可能使死者名誉扫地,而其亲属对此却无动于衷。此外,这种学说在赔偿请求权人的范围以及是否可以重复赔偿等问题上存在重大难题。由于该说认为对死者人格的侵害事实上是对于死者近亲属的追思情感的侵害,那么在存在数个近亲属时,何者的追思情感值得优先保护就难以判断。如果认为都应保护,那么针对一个侵害会产生数份赔偿,其正当性也值得研究。<sup>[15]</sup>而且,该学说的致命缺陷在于,将死者的人格保护依附于其近亲属,当死者并不存在近亲属时就丧失了保护的必要。这样会产生不合理的结果:同样是侵害死者的人格,却依据其是否存有近亲属而决定是否予以保护。这是无法让人接受的。

正是看到了“近亲属利益保护说”的不足,学者提出了“死者人格利益保护说”。这种学说认为,人死之后不再享有权利,但是却可以拥有利益,法律出于维护社会道德等需要,对死者的人格利益予以保护。<sup>[16]</sup>这种学说认识到死者人格存在的独立性,具有重要意义。但是该学说在体系上仍然存在类似胎儿人格保护理论的障碍:既然不承认死者的权利能力,那么死者根本不能作为任何人格权法律关系的主体,不管依据这种关系所获得的是权利还是法益,即法益的享有也需要以权利能力作为前提。

上述两种观点产生的根源在于,社会观念与民法价值都已经发生了变化,死者的人格价值应当获得保护成为一种正当的要求与人们的内心确信,但是局限于作为民法外在体系的权利能力制度的限制,不得已而寻求一种曲径。

可见,虽然我国和比较法上普遍存在对于死者人格予以保护的司法实践,但是对于这种实践的教义学解释存在严重不足,不能揭示死者人格保护的本质。死者死后继续存在的人格形态,是死者人格尊严的体现,这些人格存在具有为死者自身的存在目的,并不能成为他人获取利益的工具。按照这种价值判断,死者继续存在的人格只能是死者自身的人格权的客体,而不能成为他人权利的客体。只有承认死者仍然具有部分权利能力,其人格权继续存在,才能完满地解决这一难题。诚如学者所言,虽然死者参与一般法律关系的能力随着死亡而丧失,但是死者的价值仍然继续存在,对于他自己的权利——他的人格权,也仍然继续作用。<sup>[17]</sup>

此外,与胎儿的人格权保护相似,死者由于不具备权利能力,也不能拥有排除妨害和防止妨害请求权。不承认死者在人格权领域权利能力的学说,都试图以对其他主体的利益的侵权法救济来间接实现对于死者人格的保护效果。这些都是在侵权行为已经发生并造成损害的情况下提供的救济,是一种事后弥补。当事人无法行使最直接有效的排除妨害和防止妨害请求权的武器,使得死者人格的保护处于一种不利的地位。只有承认死者在人格权方面的权利能力,才能够获得排除妨害和防止妨害请求权的保护。当然,死者无法亲自行使这些请求权,但是这并不妨碍其拥有这些请求权,可以为其设定保护人,由保护人代为行使。<sup>[18]</sup>

### 3. 民事合伙地位的困境

传统学说将合伙视为一种财产的共同体,以服务于特别财产的共同结合为目的,并未将成员

[14] Heinrich Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2 Auflage, Böhlau Verlag 1967, S. 342.

[15] 王泽鉴:《人格权法》,2012年台湾自版,第64页。

[16] 参见前引〔2〕,王利明书,第196页。

[17] 前引〔14〕,Hubmann书,第341页。

[18] 德国法上已有先例,死者人格利益可以由他人代为行使。代为行使之人由死者生前指定,没有指定的,由近亲属担当。参见前引〔15〕,王泽鉴书,第337页。

之间的结合视作超越于合伙成员的一种组织，因而合伙被传统的民事权利能力制度所排斥。但是，随着社会的发展，这种传统理论已经不能满足社会现实的需要。近年来，我国学界逐渐突破了这种认识，承认合伙的主体地位。有学者认为，合伙已具备民事主体的基本条件，属于一种独立的民事主体。<sup>〔19〕</sup>有学者认为，合伙具有独立的名称，独立的意志，独立的财产和独立的责任，因而可以成为独立的民事主体。<sup>〔20〕</sup>还有学者认为，合伙与合伙人是两个不同的法律实体，合伙具有独立于合伙人的独立法律人格。<sup>〔21〕</sup>合伙是第三类民事主体的认识被逐渐接受。<sup>〔22〕</sup>但是，学界对于合伙民事主体地位的理论研究仍相当薄弱，合伙第三类主体地位的教义学基础是什么，合伙权利能力的内容和范围如何，合伙是否获得了与法人相同的权利能力，这些仍然是尚未理清的问题。其实，合伙与法人不同，其成员与组织并未完全分离，因而其法律地位不可能等同于法人，也不能像法人那样获得相对全面的权利能力，只能在某些法律关系中具有权利能力。但是传统的权利能力是一种一般性地作为法律秩序主体的能力，这种权利能力是一种非有即无的状态，只能整体地被承认或者完全被排除，不存在于某些法律关系中部分地拥有权利能力的可能。这成为承认合伙主体地位和权利能力并对其权利能力进行具体制度构建的障碍。

### （二）以理性人为模型是传统权利能力制度缺陷的根源

汇编法学派和集其大成的德国民法典始终以康德为精神导师，其哲学框架和理论基础建立在康德的理性哲学和法权理论之上。<sup>〔23〕</sup>康德哲学中人的本质在于其按照普遍规则行为并对行为后果负责的能力以及基于此而产生的人格尊严的观点，成为德国法系民法的根基。

权利能力制度直接受到这一理念的影响。关于权利能力，萨维尼指出，所有的法律都是为道德的、内在于每个人的自由意志而存在的。因此，人格人或者法律主体的原初概念必须与人的概念相一致，并且这两个概念的原初同一性表现在，每个人，并且只有单个的人才具有权利能力。<sup>〔24〕</sup>科殷也认为，因为人有能力成为伦理人格人，因此他必须是法律上的人格人并拥有权利，以此来实现他在自由行为中的伦理自由。<sup>〔25〕</sup>可见，传统理论将自我负责的理性作为权利能力的正当基础：理性使得人能够合理行为并相互尊重，因此具有了人格尊严，基于此应当被赋予法律主体地位。

这种以理性人为模型的权利能力制度将以理性为基础获得的人格尊严作为其确立的依据。因此，立法者只关注或多或少具有一定理性的人的存在阶段，也就是从出生到死亡的阶段，并通过监护人对于这一阶段中那些理性不完满者（未成年人和精神病人等）的理性予以补全，以此为基础赋予其平等的权利能力。这种做法忽略了现实中存在的各种实质人的差异性，排除了完全不具有理性的胎儿和死者的权利能力。同样，作为法律构造物的组织要具备权利能力，理性也是不可或缺的。法人通过法人章程和法人机关的协力能够形成独立于其成员的理性和意志，就像一个理性的自然人那样能够独立行为，并对自己的行为承担责任，满足了理性要求，能够被赋予权利能力。其他组织则不满足该要求，未被赋予权利能力。

### （三）构建部分权利能力制度的必要性

民法的各项制度作为民法外在体系，以承载和实现民法内在价值为目的，民法的内在价值体

〔19〕 马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2005年版，第147页。

〔20〕 陈华、刘勇：《合伙可以成为独立的民事主体和民事诉讼主体》，《法商研究》1999年第5期。

〔21〕 宋永新：《关于我国合伙法律制度的若干问题》，《中国法学》2001年第4期。

〔22〕 王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2003年版，第448页。

〔23〕 详见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》上册，王晓晔等译，法律出版社2001年版，第46页。

〔24〕 Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Zweiter Band, Berlin 1840, S. 2.

〔25〕 Coing, Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorie der Menschenrechte, Tübingen 1950, S. 201.

系和外在制度体系具有相互对应的关系。然而,随着社会的发展,一些新的社会价值由于其突出的地位逐渐被民法的内在价值所接受,但由于缺乏作为承载工具的民法具体制度,使民法的外在体系逐渐成为民法内在价值实现的障碍。现代社会的人格尊严观念和社会实践已经向法律提出了调整非典型的人和组织的要求,司法机关和学界已经敏锐地感觉到了这种诉求,并通过各种尝试对其予以回应。但是由于传统权利能力制度的局限,这些尝试面临严重的体系障碍。只有在传统权利能力制度的基础上构建部分权利能力制度,将这些非典型的人和组织在必要范围内纳入法律的调整范畴,才能比较完满地解决这一问题。与传统权利能力在整个法律秩序的层面考察作为全部法律关系承担者的能力不同,部分权利能力是从相对具体的局部考察作为部分法律关系承担者的能力。

构建部分权利能力制度能够为非典型人和组织的法律调整提供教义学基础。法律关系是民法的基本结构和思维方法,要获得法律的调整必须以纳入法律关系为前提,某种人和组织形态如果不能被纳入法律关系,那么对其的任何调整都会存在严重的法律障碍。而权利能力是进入法律关系的必要通道,只有获得权利能力才能够作为法律主体,得到法律的调整和保护。因此,权利能力成为对于自然人和法人以外的其他人和组织形态予以调整不可避免的问题。至少在某些法律关系中承认他们的部分权利能力,才能为在该法律关系中得到保护提供正当的教义学基础。

构建部分权利能力制度也是维护民法体系的需要。大陆法系国家的制定法传统注重法律的体系。体系是保障法律内在无矛盾,保障其科学性乃至其尊严的重要条件。对于新出现的社会现象的调整需要建立与民法既有制度的关联,而不宜采用一些欠缺教义学基础的权宜方法去打破民法的体系。为传统权利能力制度所限,我国法院对于自然人和法人以外的其他人和组织的调整和保护方法打破了民法的体系,制造了与这一体系无法兼容的矛盾。只有通过发展权利能力制度,构建部分权利能力制度,才能够寻求体系内的解决方法,维护民法的体系完整。

此外,我国立法对于权利能力制度的规定较为简单,仅规定了其开始和终止的时间。德国立法亦是如此。这样抽象的权利能力制度只告诉我们自然人和法人具有作为权利享有者和义务承担者的能力,至于其背后的价值基础则并未涉及。有学者批评道,使用一个简化成这样的、纯粹法律技术上的人的概念是解决不了什么问题的,<sup>[26]</sup>因为无法从这一规定中看出自然人和法人所能享有的权利能力的内容和范围。事实上,对于自然人来说,其权利能力的内容表现出不同类型的层次化。自然人有能力参与的具体法律关系的范围要结合自然人本身的尊严、理性、年龄等属性与特定法律关系的基本原则和价值进行判断。例如,虽然任何自然人都有能力参与财产性法律关系,但婚姻法律关系却是达到一定年龄的自然人才能参与,因而未达法定婚龄的自然人和达到法定婚龄的自然人权利能力的内容是不同的。从人或组织的具体属性与某种法律关系的原则和价值相结合的角度去构建权利能力制度,能够使权利能力制度更加具体和完整。

## 二、构建部分权利能力制度的理论基础和立法例支撑

权利能力并非一种非有即无的二选一状态,在具有全面的权利能力和不具有权利能力之间,存在着在部分法律关系中具有权利能力的可能性,这就为部分权利能力的构建提供了理论基础。而且我国和比较法上的有关规定也为部分权利能力的构建提供了立法例支撑。

[26] 参见[德]里特纳:《法律上的人和法人》,载《法律中的自由与责任:迈耶尔—哈约兹诞辰清河文集》,1982年版,第335页。转引自前引[23],拉伦茨书,第57页注13。

### （一）具体权利能力的思路对于部分权利能力构建的启示

传统民法所规定的权利能力是一种形式上的概念，它不考虑人的年龄和能力而适用于每一个人，由此产生了人的形式上的平等。<sup>〔27〕</sup>这种权利能力是对于作为整个法律秩序主体的一般法律地位的抽象概括，是一般权利能力。这种权利能力是对于从具体社会关系中形成的主体能力的一般化和抽象化，是一种一般的形式化的作为法律关系归属终点的能力。<sup>〔28〕</sup>

经过这样处理的一般权利能力概念仅剩下一个空洞的地位，它意味着有能力作为法律关系的主体，而不涉及其有能力参与的法律关系的内容和范围。它不再与现实相关，也与特定主体的个别化的权利能力无关，而仅作为理念层面的秩序概念，满足了人人平等的形式要求。

抽象的一般权利能力是传统形式民法的典型体现。但是随着现代社会从形式民法到实质民法的转变，民法更加关怀具体的人。<sup>〔29〕</sup>因而，比较法上出现了在抽象的一般权利能力之外，从更加具体的视角考察人所能享有的权利能力的具体内容的做法，出现了相对具体的权利能力的概念。一般权利能力与具体权利能力的区分已经成为德国的通说。德国法上，有学者认为，一般权利能力是指作为权利和义务承担者的能力，与此相区分的是作为特定权利和义务承担者的具体权利能力。<sup>〔30〕</sup>还有学者认为，权利能力不必任何时候都以全部范围的状态存在，它可以在涉及个别权利的享有和获得方面存在欠缺，在这种意义上存在一般权利能力与具体权利能力的区分。<sup>〔31〕</sup>作为德国重要民法典评注之一的《帕兰特民法典评注》认为，所有的人都具有权利能力的基本原则并不意味着每个人都有资格拥有每一种权利。有很多法律地位以特定的年龄、特定的性别或者其他特别的特性为前提。在涉及特定的个别权利方面存在着一般权利能力与具体权利能力的区分。<sup>〔32〕</sup>我国台湾也有学者认为，权利能力存在一般权利能力与特别权利能力的区分。<sup>〔33〕</sup>但是，关于一般权利能力与具体权利能力，我国大陆学界并不存在明确的论述。

具体权利能力是特定主体享有的作为某种具体法律关系的参与者的能力。这种权利能力之所以存在，是因为法律秩序并非一般地与人相关，而是在某一特定法律关系或法律领域与人相关。民法区分债权、物权、家庭、人格等法律关系，每种法律关系的规则都不相同，因而这些法律关系对于主体能力的要求也有所差异。在相对具体的法律关系中考察权利能力能够得出比较明确的规则。例如，婚姻法律关系具有高度的伦理属性，要求婚姻双方当事人对于婚姻的性质以及由婚姻产生的责任和义务具有明确的认识，并有能力去实现。因此各国对于婚姻法律关系的主体能力都有明确的要求，一般均要求达到一定年龄，具有相应的认识能力。同样，收养法律关系对于作为其主体的收养人的能力有比较高的要求，收养人须具有成熟的理性去照顾和培养被收养人，以实现该法律关系的宗旨和功能。

因此，具体权利能力的内容和范围必须从个别法律关系的法律规则中推导，<sup>〔34〕</sup>而无法从一般权利能力中获得。必须结合某种法律关系的法律原理与规则，以及特定人的理性、尊严和年龄等因素的发展状况，决定该特定人能否作为该法律关系的主体。一般权利能力只是说明人或组织在法律秩序中具有主体地位，至于该地位的内容则没有予以明确。而具体权利能力则具体到某种

〔27〕 Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, C. H. Beck, München 2004, S. 101.

〔28〕 Habermann/Weick, Staudingers Kommentar BGB, Vor § 1, RdNr. 1.

〔29〕 参见 [日] 星野英一：《私法中的人》，王闯译，中国法制出版社 2004 年版，第 50 页。

〔30〕 H. P. Westermann, Erman BGB Kommentar, 11. Auflage, Aschendorff Rechtsverlag, Köln 2004, S. 2.

〔31〕 Von Tur, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig 1914, S. 378.

〔32〕 Heinrichs-Ellenberger, Palandt bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, C. H. Beck, München 2008, S. 9.

〔33〕 参见施启扬：《民法总则》，中国法制出版社 2010 年版，第 64 页。

〔34〕 前引〔5〕，Fabricius 书，第 51 页。

法律关系,明确主体能够享有的法律关系的内容和范围。

需要指出的是,一般权利能力考察的是一般地作为法律秩序主体的能力。立法者舍弃了个别法律关系的特殊性,抽象出法律关系的一般特点,将其作为一般权利能力构建的基础。从整个法律秩序观察,除了个别的纯粹受益或受尊重类型的法律关系,绝大部分法律关系都属于自由(权利)并存类型的法律关系,<sup>[35]</sup>是一种交互式的合理行使自己权利并尊重对方权利的关系。<sup>[36]</sup>这种具有普遍性的法律关系被作为一般法律关系,成为一般权利能力构建的基础。一般权利能力所体现的是作为占法律秩序绝大部分的一般法律关系的主体的能力,因而是一种全面的权利能力,拥有这种权利能力的人能够在绝大部分法律关系中作为主体。

但是,一般权利能力并未毫无遗漏地包容权利能力的所有类型。也就是说,传统民法的权利能力制度并不是封闭的。虽然自然人和法人之外的其他存在未被赋予一般权利能力,但这并不意味着他们享有权利能力的可能性被完全否定。按照具体权利能力的思路,着眼点从整个法律秩序转移到了个别法律关系。从更加具体的法律关系出发,某些存在(例如胎儿、死者)虽然不能满足一般法律关系关于自由并存的要求,因而未被赋予全面的一般权利能力,但是却可以满足某个或某些特殊法律关系的要求,能够在这些法律关系中具有权利能力。此外,法人之外的某些组织虽然并未被构建与其成员完全独立的组织结构,不能在绝大部分法律关系中具有权利能力,因而不能被赋予一般权利能力,但是却能够在与其人格、理性和尊严独立性相适应的某些法律关系中具有权利能力。这种权利能力相对于一般权利能力的全面性来说,范围非常有限,是一种部分权利能力。

可见,权利能力发展到现代,出现了一般权利能力和具体权利能力以及全面权利能力和部分权利能力这样两对概念。这四个概念之间具有如下关系:一般权利能力着眼于整个法律秩序的一般法律关系,虽然具有普遍性,但有失精确;具体权利能力着眼于具体法律关系,更具针对性和明确性。全面权利能力是一般权利能力着眼于一般法律关系的产物。正是一般权利能力所针对的法律关系的一般性和普遍性,使其成为一种具有广泛适用性的全面权利能力,两者具有紧密联系,只是强调重点有所不同。部分权利能力揭示被全面权利能力(一般权利能力)所排除的自然人和法人以外的其他人和组织的特殊权利能力状态,是全面权利能力(一般权利能力)的有益补充。

## (二) 权利能力的构造为部分权利能力的构建提供了理论空间

正如上文所述,权利能力建立在康德伦理人格的基础之上。每个人都具有权利能力,是因为他在本质上是一个伦理意义上的人。<sup>[37]</sup>在康德伦理哲学看来,人的本质在于其理性地行为的能力,能够对自己的行为承担责任,人的绝对价值——尊严就源于此。<sup>[38]</sup>而这种一般的人格尊严要求人作为主体被尊重,因而必须被赋予一般的法律主体地位。在这种认识中,主体能力源于人的尊严,而人的尊严和理性是一体而不可分割的。最初的权利能力制度就是遵照上述人的尊严和理性紧密结合的认识构建起来的。该制度在19世纪初由蒂堡最早提出时,意志和理性是其必须具备的条件。<sup>[39]</sup>这意味着,欠缺理性和意志能力的人不能具有权利能力。

[35] 参见[德]萨维尼:《当代罗马法体系I》,朱虎译,中国法制出版社2011年版,第257页。法律是使自由(权利)得以并存的规则,这已成为法学的一般常识,因而被作为法律关系模型的一般法律关系就是自由(权利)并存类型的法律关系。这种法律关系中的权利和义务是交互的,各方当事人都具有相互影响的权利和义务,法律关系的本质在于为其权利和义务设定合理的边界。

[36] 这种法律关系的普遍的自由并存的交互式特点,要求其主体具有理性,这与前文所述传统理论从法律和人的一般认识得出的权利能力以理性人为基础的结论是吻合的。

[37] 参见前引[23],拉伦茨书,第120页。

[38] 同上书,第46页。

[39] Thibaut, System des Pandektenrechts, erster band, Jena, 1803, S. 140. 另参见沈建峰:《权利能力概念的形成和变迁》,《北方法学》2011年第3期。

但是随着社会的发展，权利能力的这种构造逐渐不能满足社会关于人格价值观念的需要，萨维尼对其进行了改造和发展，提出了直到今天仍然广为接受的权利能力构造。在萨维尼看来，权利的拥有与权利的获得及权利的行使应该被严格区分。<sup>〔40〕</sup>权利能力被构造为拥有权利的可能性，而非获得和行使权利的可能性。这样，就将理性因素从权利能力概念中分离出去，另外构建为行为能力和责任能力制度，权利的享有这种消极能力成为权利能力的唯一内涵。这就为并不具有完满理性和意志的人也拥有权利能力提供了可能。

可见，现行民法主体能力的判断建立在哲学上自我负责地理性行为并尊重他人的人格理念之上，但并非完全照搬，而是对其进行了法律技术性的处理和发展。法律关系主要区分为每个人要求他人尊重其人格和权利的关系以及相应地尊重他人的人格和权利的关系。前者是一种被动地被他人尊重的关系，后者是主动地对待和尊重他人的关系。据此，可以对法律关系按照这种区分进行技术处理，形成法律主体的三种具体制度，即权利能力制度、行为能力制度和责任能力制度。只截取人的消极承受他人尊重的能力作为权利能力制度的要素，具有人格尊严者就有权利能力，具备享有权利的可能性；将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，人通过这两种能力能够理性地处理与他人的关系，获得和行使权利。

这样，哲学和自然法上作为一个整体的主体能力被分解和区分为民法上的三种能力。正是这种分解和区分为法律突破哲学上的僵硬规定以适应现实需要提供了有力的工具，使得人格尊严和理性意志在法律关系中存在着分离的可能，从而为理性能力不完满或者完全不具有理性的人拥有一定的权利能力提供了可能。

从整个法律秩序的一般法律关系角度考量，虽然理性地对待他人的能力是作为法律主体所不可缺少的，但这种理性却并非一定是其本人所具备的。虽然理性受限者本人不能理性地行为和尊重他人，但是可以通过监护人的辅助而间接地予以实现，因而也能够获得一般的人格尊严，具有一般权利能力。因此，出生后的人虽然由于年龄或疾病等原因其理性受到程度不同的限制，但是可以通过监护人的理性得到补足，从而在绝大部分法律关系中获得一般权利能力。

更进一步，在个别特殊法律关系中，人格尊严可以完全脱离理性能力而单独存在，因而在这些法律关系中无须以理性为前提就能够具有权利能力。这样就使部分权利能力获得了存在的可能，而这正是传统民法立法和理论所忽视的部分。

这些法律关系是消极受益型法律关系，主要是人格权法律关系和纯获利益的法律关系。人格权主要是基于人格尊严要求他人对于人格存在和人格要素予以尊重的权利。这种法律关系是一种单向的法律关系，只要求他人对于权利人的的人格予以尊重，不得侵害，并不包含权利人对应的对待他人的某项义务。因此，只要一种人的存在被社会价值和法律承认为一种具有尊严的存在，不需要考虑理性因素，就可以要求他人对其人格存在和人格要素予以尊重，因而能够成为人格权法律关系中的主体。

纯获利益的法律关系也是一种单向的法律关系，获利一方仅获得利益，并不承受对于他人的任何负担和义务，理性的欠缺不会导致其侵害自己和其他人权益的情况。因而，只要在价值判断上认为其具有人格尊严，应当受到尊重，而且也存在获得这种利益的现实必要，就可以成为纯获利益的法律关系的主体。需要注意的是，这里只涉及利益的拥有，并不包括所得利益的使用，对于利益的使用需要理性判断能力，因而需要监护人代为管理。这种纯获利益的法律关系包括受赠等。

由此，权利能力制度根据人的人格状态的不同呈现出类型化的现象：不具有理性（这里包括自身理性和监护人弥补的理性）的人，只能在人格权法律关系和纯获利益的法律关系中具有权利

〔40〕 Savigny, System des heutigen Römischen Rechts III, 1840, § 106.

能力；通过监护人获得形式理性的人，除了上述法律关系外，还能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；自身具有成熟理性的人则能够在几乎所有的法律关系中具有权利能力。<sup>〔41〕</sup>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上的法律上的人。传统权利能力制度所规定的只是后两类人的权利能力，是相对全面的一般权利能力，是从整个法律秩序的视角构建的宏观的权利能力。而第一类人由于不符合从整个法律秩序角度的主体要求，为传统民法所忽略，但是他们可以在局部领域具有部分权利能力。

组织不同于人，组织的权利能力情况比较特殊，因而上述理论不能完全适用。但是权利能力的构造也为某些组织具有部分权利能力预留了理论空间。组织的权利能力主要依据其人格和尊严方面的独立性进行判断。传统权利能力关注的是作为一般的法律秩序主体的能力，因而只被赋予给完全独立的组织。但从局部法律关系考量，这并未排除具有部分独立性的组织享有部分权利能力的可能。组织是法律构造的产物，不同的组织因为构造上的差异性而在理性、人格独立性和人格尊严方面呈现出不同的类型。某些组织（法人）被构建为在与其成员的内部关系上和与其他第三人的外部关系上具有完全独立的意志和人格：具有完备的机构以形成独立的意志，与其成员的意志和责任严格区分。以此为基础，这类组织不但在对外关系中具有独立人格和尊严，在对内关系中也具有独立人格和尊严，因而具有全面的权利能力。而某些组织（例如合伙）的构造则在人格和尊严的独立性方面并不彻底：虽然在对外关系中，该组织有专门的机关形成意志并有执行机关或执行人，从而能够以组织的名义从事活动，但是在对内关系中，该组织与其成员的人格和尊严并未严格区分和独立。成员之间的结合具有人身依附性，成员的加入和退出需要所有其他成员的同意，这就使得成员与组织之间具有紧密的联系。此外，成员的财产是组织财产的补充，在组织财产不足以承担责任时，成员财产要承担连带责任，表现为责任的非严格独立性。这样的组织在对外关系中具有独立的意志，理性地从事行为并获得人格尊严，从而具有权利能力，能够参与法律活动；但是在对内关系中，则并不具有完全的人格独立和人格尊严，并不具有权利能力。这些组织具有的是一种局限于外部关系的部分权利能力。比较法上，德国联邦最高法院于2001年1月29日明确承认了合伙在外部关系上具有部分权利能力。<sup>〔42〕</sup>

可见，权利能力作为哲学价值法律技术处理的制度产物，并不是对于哲学原封不动的照抄。法律上权利能力内容的完满程度与人格的完满状态成正相关性，表现为一种层次递进，而非哲学上的非有即无。正是这种相关性使得那些并未被构建为完满人格的人和组织（自然人和法人之外的其他人和组织）具有与其人格构成状态相关的部分权利能力。

### （三）既有的立法规定事实上承认部分权利能力的存在

我国和比较法的立法对于部分权利能力虽然没有予以明文规定，但是关于胎儿权益保护的有关规定事实上已经承认了部分权利能力的存在。

我国对于胎儿利益保护的立法规定主要表现在继承法中。继承法第28条规定，遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按照法定继承办理。德国立法对于胎儿利益的保护更加广泛。德国民法典第331条第2款规定胎儿可以作为利益第三人合同的受益人，按照该款的规定胎儿具有获得权利的候补资格，在其活着出生时成为一种完整的权利；<sup>〔43〕</sup>

〔41〕 这种为学界所忽视的民事权利能力与人的人格状态尤其是理性的关联，逐渐被关注。德国学者法布里齐乌斯的重要著作《权利能力的相对性》一书对此进行了论述。参见前引〔5〕，Fabricius书，第43页以下。

〔42〕 BGH, NJW 2001, 1056.

〔43〕 Jürgen Thomas Mahr, Der Beginn der Rechtsfähigkeit und die zivilrechtliche Stellung ungeborenen Lebens, Peter Lang Verlag, Frankfurt 2007, S. 141.

第 844 条第 2 款第 2 句规定，胎儿对于致其抚养义务人死亡的侵害人的抚养损害赔偿请求权，并不因侵害发生时其尚未出生而被排除；第 1923 条第 2 款规定，胎儿即使在继承发生时尚未出生，也能够作为继承人。我国台湾立法则对胎儿保护进行了更加广泛的规定，其民法第 7 条规定，胎儿以将来非死者为限，关于其个人利益之保护，视为既已出生。

对于我国继承法保留胎儿继承份额的规定，学者认为，该规定既不同于总括保护主义也不同于个别保护主义，它严格贯彻出生为权利能力始期的规定，不承认胎儿的权利能力，只是考虑到胎儿即将成为婴儿的利益，给予特殊的保护。<sup>[44]</sup>这种认识有失片面。民法是价值和制度的融洽体系，对于每一规定都要放在该体系内予以解读。虽然立法没有明确说明胎儿是否具有权利能力，但是关于胎儿继承份额的保护其实是对于胎儿的期待权的保护，在其活着出生时该期待权转变为现实的权利。即便是期待权，其拥有也必须以具有权利能力为前提。因此继承法的上述规定实质上在一定程度上承认了胎儿的权利能力。

对于德国民法关于胎儿的规定，主流学说曾认为，其并未承认胎儿的权利能力，而是一种拟制，通过拟制胎儿已经出生，使胎儿获得与自然人同样的法律地位。<sup>[45]</sup>我国台湾的规定也被认为是采用了拟制的方法。但事实上，拟制的本质是在掩盖一些事实，并在维护一些本已不再成立的规定。通过拟制达到的法律后果与承认胎儿具有部分权利能力的后果并无本质不同。采用拟制的原因在于学界仍然坚守权利能力与出生相联系这一根深蒂固的规则。其实，如果承认胎儿的部分权利能力对于法律来说并非是不可想象的，那么拟制就是不必要的。<sup>[46]</sup>拟制与承认胎儿具有部分权利能力并不存在冲突。

正是由于这一原因，德国和我国台湾的学者也逐渐直接承认胎儿的部分权利能力。德国学者尼佩代提出“限制权利能力”说，认为尚未出生的孩子在活着出生的条件下，被视为法律主体，即被赋予限制的权利能力。<sup>[47]</sup>德国学者施密特也认为，形成中的人从受孕之日起就具有缩小的权利能力，这种权利能力被限定于某一范围之内。<sup>[48]</sup>德国《慕尼黑民法典评注》的作者认为，为了承担胎儿宪法上的受保护地位的任务，（私法上）必须部分地类推适用法律关于胎儿保护的规定，因而产生了胎儿的限制权利能力的结果。<sup>[49]</sup>我国台湾学者也承认了胎儿的权利能力，并认为这种权利能力仅限于胎儿个人利益的享有部分，而无负担义务的能力，在性质上为“部分（限制）权利能力”，而非“一般权利能力”。<sup>[50]</sup>

综上，立法的既有规定事实上已经承认了部分权利能力，这也为从理论上构建部分权利能力提供了正当依据。

### 三、部分权利能力的具体构建

#### （一）部分权利能力的概念

本文认为，部分权利能力是作为与传统的一般权利能力相对应的概念被构建起来的。一般权利能力是一种相对全面的作为整个法律秩序参与者的能力，包含了主体参与几乎所有法律关系的

[44] 参见前引 [19]，马俊驹等书，第 78 页。

[45] Karl Larenz, Allgemeiner Teil des BGB Rechts, 5. Auflage, C. H. Beck, München 1980, S. 80.

[46] Josef Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Vittorio Klostermann, Frankfurt 1969, S. 170.

[47] Enneccus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, 1959, S. 479.

[48] 前引 [5]，Schmidt 文，第 167 页。

[49] Jochem Schmitt, Münchener Kommentar BGB, Band 1., § 1, S. 121-122.

[50] 参见前引 [33]，施启扬书，第 66 页。类似观点参见王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 106 页；黄立：《民法总则》，2005 年自版，第 76 页。

能力。而部分权利能力则是作为特定的一种或多种法律关系参与者的能力。因而，部分权利能力是自然人、法人以外的某些人和组织在部分法律关系中作为权利和义务主体的能力。

构建部分权利能力制度，就是要考察各种自然人和法人之外的人和组织的人格状态，并结合特定法律关系的原则和本质，判断这种人和组织是否有能力并有必要作为该法律关系的主体。

## （二）部分权利能力的特征

### 1. 部分权利能力与主体人格状态的关联性

部分权利能力从相对具体的个别法律关系考察特定的自然人和法人以外的人和组织能否作为该法律关系的主体。自然人以外的人的存在形态因欠缺理性而无法获得普遍的人格尊严，但是由于其作为人的种族存在而天然具有有限的人格尊严，因而能够在与该人格尊严相应的范围内（消极受益型法律关系）具有部分权利能力。而法人以外的组织作为一种法律构造物，并未被构造为在内部关系和外部关系中都完全独立的人格体，且并不属于人的种族存在，不能具有天然的有限人格尊严，因此它只能在与其他人格和尊严独立性相适应的法律关系中具有部分权利能力。因此，部分权利能力与主体的人格状态紧密关联，部分权利能力的内容由其人格状态决定。

### 2. 部分权利能力的差异性

由于部分权利能力的内容由主体的人格状态所决定，而自然人以外的人的存在的人格状态未经规范化处理，表现出较大的差异性，法人以外的组织的人格状态也有较大的差异，因而部分权利能力的内容表现出较大的差异性。这是部分权利能力与传统一般权利能力普遍平等性的重大区别。

### 3. 部分权利能力的非全面性

自然人、法人以外的人和组织都因欠缺规范化的形式理性而无法获得全面的人格尊严，因而不能具备相对全面的一般权利能力，只能在某些法律关系中具有部分权利能力。这种部分权利能力仅局限于部分法律关系领域，具有非全面性。

## （三）主要的非典型人和组织的部分权利能力

### 1. 胎儿的部分权利能力

#### （1）胎儿部分权利能力的内容

胎儿作为形成中的人，已经具有了人的生命和身体，具有了人格尊严，应当在与其尊严相应的范围内具有部分权利能力。

关于胎儿权利能力的范围，比较法上有不同的规定。瑞士民法典第31条规定，胎儿在活着出生的保留条件下具有权利能力。这一规定并未对胎儿权利能力的范围予以限制。我国台湾民法第7条规定，胎儿以将来非死产者为限，关于其个人利益之保护，视为既已出生。这种立法例将胎儿的权利能力限定于保护其个人利益的范围内，具有内容的限定性。在学说上，关于胎儿权利能力的范围也存在类似的两种观点。一种观点认为胎儿具有全面的权利能力，此种观点以德国学者沃尔夫和我国梁慧星教授为代表。<sup>[51]</sup>另外一种观点则认为胎儿具有有限的权利能力。<sup>[52]</sup>

本文认为，民法规范将一般权利能力限定于自然人和法人，而且胎儿的人格和理性发展程度非常有限，这些都决定了其没有能力也没有必要参与所有的法律关系。因而胎儿并不能享有一般权利能力，其权利能力应限于一定范围内。具体来说，这种权利能力仅限于依据胎儿的人格状态能够并有必要参与的领域。首先，胎儿作为形成中的人，已经具有了伦理意义上的人的生命、身体和健康，在这些方面具有了人格尊严，需要通过法律予以承认和保护。胎儿在人格权领域享有

[51] Ernst Wolf/Hans Naujoks, *Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen*, Vittorio Klostermann, Frankfurt 1955, S. 230; 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2007年版，第89页。

[52] 这种观点为德国学者尼佩代所主张。参见前引〔47〕，Nipperdey书，第479页。

部分权利能力，可以获得对其生命、身体和健康的法律保护。其次，胎儿已经具有了生物层面的存在，出生以后人格的发展更离不开财产的支持，财产权利的享有是人格存在和发展的物质基础。因此，胎儿在纯粹受益型的财产法律关系中能够具有权利能力。

## (2) 胎儿部分权利能力的具体构造

关于胎儿权利能力的具体构建，大体存在两种做法，或者采附延缓条件说，或者采附解除条件说。

依瑞士民法典第31条，胎儿的权利能力是一种附条件的权利能力，至于这种条件是延缓条件还是解除条件，尚存在争议。有一种观点认为，胎儿的权利能力是附解除条件的权利能力。法布里齐乌斯认为，胎儿具有附条件的限制权利能力，以胎儿的死亡出生为解除条件，因此限制权利能力的结束不是与活着出生而是与死亡出生联系在一起的。<sup>[53]</sup>德国学者尼佩代构建了一种附延缓条件的权利能力，在条件成就时，胎儿溯及受胎时具有权利能力，也就是说胎儿的权利能力是未定的，在胎儿活着出生时权利能力被溯及既往地确认。<sup>[54]</sup>

上述附条件的权利能力，不管是附解除条件，还是附延缓条件都不完全合理。胎儿在受胎时起就具有了人格的特性，具有了部分的人格要素，应当受到宪法和民法的保护，因而胎儿在受胎时起就应当具有人格权方面的权利能力，受到侵害时可以主张排除妨害请求权。胎儿自受胎时起就开始的人格发展过程，不管最终是否活着出生，都是存在的，死亡出生只是使其人格终止、权利能力终止，而不能使其已经存在的人格和权利能力被消灭。因而有学者认为，这种排除妨害的人格权请求权是独立于活着出生的条件的，它的存在与孩子是否活着出生无关。<sup>[55]</sup>

本文认为，胎儿自受胎时起就具有参与人格权法律关系的权利能力，并不附有任何条件。胎儿作为人的形态而存在，这种人格状态是天赋的，如果附有条件，就是对胎儿人格状态的否定。不管胎儿最终是否活着出生，都无法改变其作为人存在的事实，也不能否定其人格的曾经存在。据此，胎儿人格权受侵害时，其保护人可以代为主张排除妨害和防止妨害请求权，而不论胎儿最终是否活着出生。但是，胎儿在财产权法律关系领域的权利能力是为了使胎儿获得财产以实现其人格的发展。对于财产的需要是出生以后才开始的，如果胎儿最终没有活着出生，则没有必要赋予其财产能力。因此，胎儿在财产领域的权利能力是一种附解除条件的权利能力。由于人身受到侵害而产生的损害赔偿请求权也是一种财产性请求权，因而在这一法律关系中的权利能力也是一种附解除条件的权利能力，如果胎儿最终没有活着出生，则不能获得损害赔偿。如果获得赔偿的，应当依据不当得利予以返还。<sup>[56]</sup>

虽然胎儿可以在人格权法律关系和纯粹受益型法律关系中具有部分权利能力，为其获得人格权和财产权提供了前提。但是胎儿不具有行为能力，对其享有的权利无法行使和保护，应当参照未成年人监护制度为其设定保护人，保护其权利。

## 2. 死者的部分权利能力

死者的部分权利能力在构造上主要包括如下几个方面：

第一，死者的部分权利能力限于人格权法律关系领域。死者随着生命的终结，摆脱了沉重的肉体，其人格存在可以不再依赖于生命和财产，因而死者不需要在财产法律关系中的主体能力，其遗产按照继承处理。死者死亡后也不需要婚姻家庭领域享有权利。但是在人格权法律关系领域却并非如此，死者那些生前被外在化的人格形象能够不依赖其生命和行为而继续存在，人在这

[53] 前引 [5]，Fabricius 书，第 116 页。

[54] 前引 [47]，Nipperdey 书，第 479 页。

[55] 前引 [27]，Larenz/Wolf 书，第 104 页；前引 [5]，Schmidt 文，第 168 页。

[56] 王泽鉴：《对未出生者之保护》，载其《民法学说与判例研究》第 4 册，中国政法大学出版社 1998 年版。

些方面的尊严仍然应当得到尊重。因此，死者在人格权法律关系中应当具有部分权利能力，以使死者继续存在的人格尊严得到法律的调整和保护，具体包括在姓名权、肖像权、名誉权和隐私权等法律关系中的权利能力。

第二，死者的部分权利能力只能在一定期间内存在。死者随着生命的终结，丧失了通过自己的行为展现自己人格的能力，而其生前通过行为客观化了的人格特性由于缺少行为的不断强化，会自死亡之日起逐渐消退。因此，死者的部分权利能力只能在一定期间内存在，其人格权也只能在这一期间内获得保护。在德国法上，虽然联邦法院认为死者人格权具有一定的存续期间，但是对于该期间并没有予以确定。<sup>〔57〕</sup>有学者认为，期限的确定取决于人格的密度和强度，对于每种人格权并不存在统一的保护期限。<sup>〔58〕</sup>在我国，并不存在关于死者人格权保护期限的具体规定，而是通过近亲属的存活时间予以间接确定，<sup>〔59〕</sup>大约在50年左右。总体来说，我国司法实践对于死者人格权的保护期限是适当的，但是这种规定方法存在一定的问题。按照近亲属的存活时间确定保护期限，会造成对于死者人格保护时间长短不一的情况，而且难以保护没有近亲属的死者的人格。建议将死者权利能力的存续时间统一为50年，死者的人格权也在其死后50年内予以保护。

第三，死者在人格权法律关系中的部分权利能力使得死者的人格权能够得到法律保护，但是由于死者没有行为能力，必须设置保护人代为保护。保护人可以由死者生前指定，生前没有指定的，则由死者近亲属担任。

### 3. 合伙的部分权利能力

虽然我国学说提出了合伙的第三类主体理论，但是合伙不同于法人，只能在外部分关系上具有部分权利能力。具体来说，合伙在对外关系中能够拥有财产、承担债务和责任。

第一，拥有合伙财产的权利能力。合伙的财产及其使用不能归属于个别合伙人，其支配和使用只能由全体合伙人整体性地予以决定。因此，个别的合伙人对合伙财产并不具有直接的权利，合伙的财产归属于处于结合状态的所有合伙人，而处于结合状态的所有合伙人从整体上看正是合伙本身。<sup>〔60〕</sup>因而，合伙作为集合体在合伙财产的拥有方面具有权利能力。

第二，拥有承担与第三人缔结的合同债务的权利能力。合伙能够以其名义对外缔结合同，有能力对外承担债务。但需要注意的是，合伙债务具有双重作用，对于合伙与合伙人都具有约束力。也就是说，合伙债务同时作为合伙整体的义务和合伙人的义务，<sup>〔61〕</sup>是并列存在的两种独立义务，前者约束合伙的财产，后者约束合伙人的个人财产。合伙债务首先由合伙以其财产清偿，不足部分再由合伙人以其个人财产予以清偿。

#### （四）部分权利能力的开放性

部分权利能力制度是为克服传统一般权利能力过于抽象和形式的缺陷而产生的，体现了现代民法从形式向实质的变化，对于社会的现实诉求更加关注。部分权利能力对于社会中新出现的人和组织形态进行个别考察，依据其所具备的人格状态判断其有能力并有必要具备的权利能力的范

〔57〕 Jürgen Gleichauf, Das postmortale Persönlichkeitsrecht im internationalen Privatrecht, Peter Lang Verlag, 1999, S. 156.

〔58〕 Nikolettopoulos, Die zeitlich Begrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach dem Tode, Peter Lang Verlag, 1984, S. 90.

〔59〕 按照《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第5条规定，死者的名誉只能由其近亲属予以保护，近亲属全部死亡的，死者的名誉就无从获得保护。这事实上就产生了限制死者人格权保护期限的效果。也可参见前引〔2〕，杨立新等文。

〔60〕 Alexander Meschkowski, Zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft, Peter Lang Verlag, Frankfurt 2006, S. 111.

〔61〕 Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erst Band, Erst Teil, Die Personengesellschaft, Springer Verlag, Berlin 1977, S. 319.

围，因而，部分权利能力是一个开放的概念，能够享有部分权利能力的人和组织的类型是无法进行封闭式列举的，胎儿、死者以及合伙只是其中几种比较重要的类型。随着社会的发展，还有其他的类型出现。

开放性的概念具有一定的不确定性，立法只能对其进行概括性规定，而将一部分空间留给学界和法院，由它们共同协力对其进行发展。这种特性并非开放性概念的弊端，而恰恰是其优越性所在。现代社会的繁杂程度远非 19 世纪所可比拟，立法适当的开放性以及司法机关、学界的协力正是现代民法维持其对社会调整能力的关键。部分权利能力的开放性正是其生命力和优越性所在。这种特性使得民法能够具有更大的包容度和对现实的调整能力，体现了民法的人文关怀。

---

**Abstract:** Restricted by the philosophical knowledge of the 19<sup>th</sup> century, traditional capacity for rights was endowed to the natural person and the juridical person, and other human beings and organizations were ignored. However, with the development of the society, the protection to the fetus, deceased, partnership and so on is claimed. To respond to this claim, the judicial practice has put forward some resolutions. But all these resolutions have unconquerable systematic obstacles. In order to overcome these obstacles, we must construct the system of partial capacity for rights.

Although the traditional civil law did not stipulate the partial capacity for rights, the rules of the general capacity for rights indeed does not exclude its possibility. Besides, the inner structure of the traditional capacity for rights has separated the model of reasonable person in philosophy by legislative technique, which makes the human beings and organizations other than the natural person and the juridical person be able to be the subject in partial legal relationships. Further more, the legislation about the protection of the fetus in our country and other countries have in fact recognized the partial capacity for rights. All these supply the basis for the construction of the system of partial capacity for rights.

The partial capacity for rights is the capacity as the subject not for all but for partial legal relationships. The concrete content of the partial capacity for rights of the fetus, deceased, and partnership must be decided by their personality situations. The fetus can have the partial capacity for rights in the pure benefited legal relationships and the personality right legal relationships. The deceased can have the partial capacity for rights in the personality right legal relationships. And the partnership can have the partial capacity for rights in the external legal relationships. The partial capacity for rights is an open concept. Except for the above three types, other forms of human beings and organizations also have the possibility to have the partial capacity for rights.

**Key Words:** partial capacity for rights, general capacity for rights, fetus, the deceased, partnership

---