



*The Philosophic Studies
of Civil Law*

民法哲学研究



肖厚国/主编 周清林/副主编

第三辑

和平，人类政治的自主追求——《埃涅阿斯纪》的启示（童彬）

财产概念刍议（蒙晓阳）

传统智慧财产权利主体论略（刘云生）

英美分析法学论法律关系——以霍菲尔德为中心（范雪飞）

至善与自由：西方法哲学传统的知识变迁（周尚君）

“法律关系本座说”论略（周江）



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



*The Philosophic Studies
of Civil Law*

民法哲学研究

第三辑

肖厚国/主 编 周清林/副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法哲学研究. 第3辑 / 肖厚国主编. —北京: 法律出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1550 - 7

I. ①民… II. ①肖… III. ①民法—法哲学—文集
IV. ①D913.01 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 239736 号

民法哲学研究(第三辑)

肖厚国 主 编
周清林 副主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2011 年 1 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 10.25 字数 151 千

印次 2011 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1550 - 7

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主办

西南政法大学民法哲学研究中心

编委会成员

赵万一	肖厚国	刘云生	李雨峰
周清林	范雪飞	张春良	黄家镇
张 奎	梅 伟		

目 录

· 民法基本理论 ·

权利能力的形式化误解与真正局限 周清林 / 3

自然人“行为能力”的历史探究

——以中国古代法制为线索 朱 涛 柴冬梅 / 27

· 古典立法与正义 ·

从私人复仇到公共正义(一)

——埃斯库罗斯的悲剧正义 肖厚国 / 47

和平,人类政治的自主追求

——《埃涅阿斯纪》的启示 童 彬 / 61

政治哲学的“复调音乐”

——《古典的“立法诗”》简注 蒋海松 / 76

· 专题论文 ·

财产概念刍议 蒙晓阳 / 97

传统智慧财产权利主体论略 刘云生 / 106

· 西方法律理论 ·

英美分析法学论法律关系

——以霍菲尔德为中心 范雪飞 / 117

至善与自由:西方法哲学传统的知识变迁 周尚君 / 132

· 国际私法 ·

“法律关系本座说”论略 周 江 / 145

民法基本 理论

权利能力的形式化误解与真正局限

周清林*

引言:理论与立法的背离

传统通说认为,权利能力与法律人格具有同一意义。^{〔1〕}因而,权利能力为民法学乃至整个法学的根基。^{〔2〕}任何个人或组织,如果没有权利能力,他(它)即不被法律认可为人。然而,如此关键的概念自其被规定于《德国民法典》以来,总是遭遇学界的冷嘲热讽,甚至弃如敝屣。学者们认为,法律上的人有更深刻的伦理基础,^{〔3〕}权利能力的创设使法律人格丧失了丰富的伦理性。^{〔4〕}当权利能力抽掉了具体的伦理内容而只剩下一个资格空壳时,^{〔5〕}它根本无法全面表达和彰显人的一般法律地位,即法律人格所负载的“人之成其为人”所包含的人类尊严和社会进步等宏大而深刻的人权思想。^{〔6〕}此时,对

* 湖南涟源人,西南政法大学民商法学院副教授,法学博士。

〔1〕 参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第84页;梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第70页;张俊浩主编:《民法学原理》(上册),中国政法大学出版社2000年版,第60页;等等。

〔2〕 这可从奥地利著名学者埃利希对权利能力的定义看出。他认为,权利能力包括四个具体能力:享有和行使各种政治权利的能力、进入法律承认并保护家庭关系的能力、取得并享有财产权的能力和请求人格、自由、生命和身体受法律保护的权利。转引自星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第27~28页。

〔3〕 此乃德国学者里特纳所言。他说道:“法律上的人是依据根本的,即法律本体论和法律伦理学方面的基础产生的,无论是立法者还是法律科学都不能任意处分这些基础。”转引自卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔、邵建东等译,法律出版社2003年版,第57页。

〔4〕 拉伦茨教授对此有深刻的阐述。参见卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),第57页。

〔5〕 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”,载《现代法学》2006年第4期。

〔6〕 尹田:“论人格权的本质——兼评我国民法草案关于人格权的规定”,载《法学研究》2003年第4期。

于自然人与法人通用的权利能力成了纯粹的技术性规定,^[7]它除了具有历史意义和逻辑自足意义外,并无多大价值。^[8]从实质意义上而言,《德国民法典》权利能力之规定实属可笑而无法理解。^[9]权利能力应该被废除。^[10]

不过,与学界的口诛笔伐相反,立法却趋之若鹜。^[11]就我国而言,《民法通则》第9条、10条和第36条对自然人与法人的权利能力进行了明文规定。^[12]但这些规定无法显示权利能力的意义,因为法律只规定自然人与法人都有权利能力,没有进一步的说明。新近的《中华人民共和国民法(草案)》在第一编“总则”的第10条、11条和第45条里,完全照搬了《民法通则》第9条、10条和第36条的规定。可是,当来到第四编“人格权法”时,我们发现,在第一章“一般规定”里,自然人与法人被明文规定享有人格权,其人格尊严和人身自由不受侵犯,对自然人与法人人格权之侵权需要支付精神损害赔偿金等跃然纸上。^[13]可见,在我们的立法草案里,权利能力与法律人格完全等同且具有无可置疑的伦理性。所以,自然人与法人都享有权利能力意味着,法人与自然人一样具有伦理意蕴十足的人格权。

显然,在对权利能力的论断上,“理论”与“立法”完全对立。“理论”指责权利能力对法律人格的取代,使法律上的“人”失去了伦理保障而沦为纯粹的技术;“立法”却针锋相对地认定,权利能力与法律人格之等同不但未丧失法律人格的伦理性,而且还提升了法人的伦理性,使之能通过共享权利能力而同有人格权。如此截然相反的观点让我们不寒而栗,因为这里涉及的并非别的概念,而是事关人格尊严和人之为人的根基。一旦“人格”概念风雨飘摇,整个民法乃至法学理念都将南辕北辙。因此,在未经慎重的考察前,笔者

[7] 李永军:“论权利能力的本质”,载《比较法研究》2005年第2期。

[8] 付翠英:“人格·权利能力·民事主体辨思——我国民法典的选择”,载《法学》2006年第8期。

[9] 曾世雄:《民法总则之现状与未来》,中国政法大学出版社2001年版,第76~83页。

[10] 傅强:“论废除民事权利能力制度的必要性”,载《新视野》2005年第5期。

[11] 如《瑞士民法典》、《意大利民法典》、《俄罗斯民法典》、《阿尔及利亚民法典》、《越南民法典》、《蒙古国民法典》以及我国的《民法通则》等,都在法典中直接使用了权利能力。转引自王利明主编:《中国民法学者建议稿及立法理由——总则编》,法律出版社2005年版,第32~35页。

[12] 《民法通则》第9条规定:公民从出生时起到死亡时止,具有民事权利能力,依法享有民事权利,承担民事义务。第10条规定:公民的民事权利能力一律平等。第36条规定:法人是具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利能力和承担民事义务的组织。法人的民事权利能力和民事行为能力,从法人成立时产生,到法人终止时消灭。

[13] 《中华人民共和国民法(草案)》第四编“人格权法”第1条第1款规定,自然人、法人享有人格权。第2条规定:自然人、法人的人格尊严和人身自由不受侵犯。第3条规定:自然人、法人的人格权与该自然人、法人不可分离,人格权不得转让、继承,但法律另有规定的除外。第5条规定:侵害自然人、法人人格权的,应当承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失、支付精神损害赔偿金等民事责任。

并不倾向任何一方。但有一点可以确定,无论是“理论”抑或“立法”,其逻辑前提都指向权利能力的形式化。所谓权利能力的形式化,指由于法典编纂的需要,立法者形式化法律上的“人”,以权利能力一统本非同类的自然人与法人。通过形式化,权利能力成了作为法律关系主体的资格,自然人与法人皆可以具有。一旦权利能力为本性大相径庭的自然人与法人共享,权利能力自然仅仅成了没有任何实质内涵的纯粹形式化概念。“理论”之所以以之为前提,乃因为能一统自然人与法人的权利能力,必定抹杀自然人格的伦理特性而迁就法人的技术性,为挽救人格的伦理尊严因而群起攻之;“立法”更是以之为起点。倘若不事先认可权利能力形式化的正当性,自然人与法人共享权利能力将不可能,更遑论法人人格权。可见,权利能力形式化是理解权利能力及其局限的源泉。问题是,“理论”和“立法”皆以之为逻辑前提的权利能力形式化是否确有其事呢?这需要追问权利能力的出处。因为,只有了解了权利能力的本来含义,才可能判断权利能力是否被形式化。

一、权利能力的来源与形式化的证伪

权利能力来自何处,学者们意见不一。不过,学者们都肯定罗马法和中世纪不存在权利能力概念。^[14] 一般认为,Zeiller 起草的《奥地利民法典》第一次在法律上使用了权利能力概念。^[15] 但根据星野英一教授的考证,《奥地利民法典》第 18 条仅仅说了“任何人都具有在法定条件下取得权利之能力”。^[16] 笔者以为,“取得权利之能力”与“权利能力”概念的创建实难等同,况且星野英一教授也没有就此表达明确的看法。从星野教授的论述来看,他更赞成权利能力自于《德国民法典》。他说道:“私法上可以作为权利义务主体的地位,在《德国民法典》中成为权利能力”。^[17] 是说渐成了众多学者所持之说。^[18] 根据学者的阐释,权利能力乃《德国民法典》首创,其目的在于形式

[14] 周枬教授论证了罗马法并无与近代以来权利能力具有相同内涵的概念。梁慧星先生认同罗马法不存在权利能力概念,中世纪也没有。分别参见周枬:《罗马法原论》(上),商务印书馆 1994 年版,第 107 页;梁慧星:《民法总论》(2001 年版),第 71 页。

[15] 梁慧星:《民法总论》(2001 年版),第 71 页。

[16] 星野英一:《私法中的人》,第 24 页。李永军教授也对此表达了同样的看法。参见李永军:“论权利能力的本质”,载《比较法研究》2005 年第 2 期。

[17] 星野英一:《私法中的人》,第 10 页。

[18] 参见史尚宽:《民法总论》,第 85 页;曾世雄:《民法总论之现状与未来》,第 76 页;尹田:“民法典总则与民法典立法体系模式”,载《法学研究》2006 年第 6 期;李永军:“论权利能力的本质”,载《比较法研究》2005 年第 2 期。

化法律上的“人”以容纳团体进入法律主体,从而在法典上统一主体。^[19]亦即,权利能力之所以在《德国民法典》上取代法律人格,是以萨维尼与温德沙伊德为代表的学说汇纂学派强调法技术的产物。通过法律技术将实定法系统化、抽象化和逻辑化,法律人格具有伦理性基础的自然法被排挤出局,从而直接由实定法以权利能力统一规定法律主体。^[20]看来,权利能力完全是立法者为统一规定自然人与法人而作的技术性处理。于是,作为形式化的权利能力脱颖而出,成为了不同主体权利义务的集散地。

权利能力创于《德国民法典》而形式化之说,如今已成学界通识。不过,该通说需要考证的余地很大。如果稍加注意,我们发现,上述引证的权利能力来源仅仅自于法典。对于学理上的考证,很少有学者进行。^[21]在没有学术史考察的背景下,我们几乎众口一词认定的“权利能力出自《德国民法典》”可靠吗?《德国民法典》对权利能力之规定是否仅仅为学理上权利能力在实定法上的反映?这些都有待探讨。因此,我们有必要梳理权利能力本来的意义,然后在此基础上发掘《德国民法典》上权利能力之真意。这首先需要明白《德国民法典》后面起支撑作用的主导思想。

根据拉伦茨教授的阐述,康德的伦理人格主义哲学对《德国民法典》制定者的精神世界留下了深刻的印迹,其程度类似于18世纪的自然法学说对《普鲁士普通邦法》和《奥地利普通民法典》的制定者们所产生的影响。他告诫我们,通过将伦理学上人的概念移植到法律领域,私法的一些基本概念才具有如今的精神内容。^[22]著名的私法史家维亚克尔教授在考察以德意志为主的近代私法发展史时发现,一些相当有前瞻性的法律思想家,其中最重要的是胡果、费尔巴哈与萨维尼,早在1800年左右即基于各种不同的观点认同康德的学说,尤其是康德伦理意义上的人格学说。^[23]这些足以显示,只有走入《德国民法典》的思想背景,才可能探明真相。

[19] 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”,载《现代法学》2006年第4期;尹田:“论法人的权利能力”,载《法制与社会发展》2003年第1期;尹田:“论法人人格权”,载《法学研究》2004年第4期;李永军:“论权利能力的本质”,载《比较法研究》2005年第2期;付翠英:“人格·权利能力·民事主体辨思——我国民法典的选择”,载《法学》2006年第8期;等等。

[20] 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”,载《现代法学》2006年第4期。

[21] 张俊浩教授在此表示了特别的看法。他说,“权利能力”一词最迟可以追溯到萨维尼时代。参见张俊浩主编:《民法学原理》(上册),第60页。

[22] 卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),第46~47页。

[23] 弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史:以德意志的发展为观察重点》(上),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第349~365页。

康德的人格理论无疑是引路人。康德在《实践理性批判》一书中说道：“……因而个人作为属于感官世界的个人，就他同时又属于理知世界而言，则服从于他自己的人格……”^[24] 显然，伦理意义上的人格仅仅属于自然意义上的个人。这一点在法律上亦无二致。在《法的形而上学原理》里，他认定作为一切法根据的“先验法（天赋权利）”即具有自由意志的个人，即自然人。^[25] 可见，专由自然人享有的人格，乃一切法律的根源。费希特完全承继了这个观念。费希特说道：“……原始法权学说是通过对人格概念的单纯分析产生的。”^[26] 黑格尔更清晰地表达了这个观念：“人格一般包含着权利能力，并且构成抽象的从而是形式的法的概念和这种法的其本身也是抽象的基础。”^[27] 从康德到黑格尔的传承可以看出，作为整个实践拱顶石的人格，在法律方面以权利能力体现出来。亦即，作为人格在法律领域显现的法律人格实乃权利能力。据此我们得知，专属于自然人的权利能力与法律人格相等同时且只具伦理性。

德国古典法哲学彰显的人格理论决定了萨维尼对权利能力的理解。萨维尼说道：“所有法律皆为道德意义之存在，即存于每个人内在的自由意志中。人格或者法律主体最原始的概念必须和人（Menschen）的概念完全一致，这两个概念原始的同—性可采用这样的表达式：每一个个人，并且只有这个个人，才具有权利能力。”^[28] 尽管萨维尼此时没有阐明法律人格与权利能力的同—性，但在后面第85节论“法人的概念”里，他特别指明上述意思即权

[24] 康德：《实践理性批判》，邓晓芒译，杨祖陶校，人民出版社2003年版，第118~119页。

[25] 康德说道，“先验法”乃是独立于一切法律法规，而使每个人仅依据其本性（Natur）就可获得（zukommt）的法。先验法的德文是“das angeborene Recht”。沈叔平先生把它翻译成“天赋的权利”。在此，沈先生除把法律翻译成权利外，在此他还把“angeborene”翻译成了“天赋的”。首先，康德在此探讨的是整个法学的划分问题，因此把法律翻译成权利是失当的，同时，“天赋的”这个翻译我也认为不允当。“angeborene”在德文里是“先天的、固有的、天生的”意思，但是在康德哲学里，这个词在“自由”意义上使用，是自己赋予自己、以自己为根据的。如翻译成“天赋”的，这就完全转换了语境，在国学意义上的理解了，从而自己又失去了对自己的规范性，而取决于上天的赐予。这里的区别在此不方便说的太多，可用一句话概括，那就是“自律和他律”的区别。Siehe Kant. Kants Werke. [Bang VI], Walter de Gruyter & Co. Berlin 1968, 237. 汉译本参见康德：《法的形而上学原理——权利的哲学》，沈叔平译，林荣远校，商务印书馆1991年版，第49~50页。

[26] 费希特：《自然法权基础》，谢地坤、程志民译，梁志学校，商务印书馆2004年版，第99页。

[27] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，第46页。

[28] 由于此段至关重要又没有译文，同时也为了方便考证，将原文列右：Darum muß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjects zusammen fallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch, und der einzelne Mensch, ist rechtsfähig. Siehe Savigny, System des heutigen Roemischen Rechts, Bd. 2. Berlin bei Deil und Comp. 1840, s. 1-3. 要说明的是，当我们在权利能力上翻译时总会觉得不妥。最后一句明显是说“每一个个人，并且只有这个个人，才是权利能力”，但一旦这样翻译总觉得不合乎语法。当然，根据哲学上的翻译，“Sein”可译成“有、在、是”。然而根据习惯，“ist”常译成“是”。

利能力与自然人乃同一表达。^[29] 完全可以推断,法律人格、权利能力、法律主体与自然人具有一致的意思。因而,在萨维尼的概念体系里,专属自然人的权利能力与法律人格以及法律主体相等仅具伦理意义。但作为法学家的萨维尼毕竟有别于作为哲学家的康德。因为,仅由自然人独享人格并不能解决现实存在的团体法律地位。于是萨维尼使用了人格拟制。通过拟制,团体具有了参与民事生活成为民法主体的资格,因而具有了法律上的能力,尽管仅仅是财产方面的人格。由于法律人格与权利能力的等同传统,团体自然也具有了权利能力。不过,这个以人格命名的团体——法人拥有的只是技术能力(künstliche Fähigkeit)。从此,这个纯粹为了法律目的而拟制的主体,与自然人一道成了法律关系的承担者。^[30] 不过,正如“künstliche”一词所表明的,法人仅仅享有“仿造的”、“不真实的”权利能力。这种能塑造假权利能力的技术叫做拟制。通过拟制技术,法人可以在名义上分享权利能力,尽管权利能力在法律人格意义上的伦理性仍只由自然人专有。这样,享有真正权利能力的自然人与仅具虚假权利能力的法人终于能共处一个概念之下了。从后面的情形来看,拟制技术乃造成权利能力形式化误解的关键因子。不过,在萨维尼那里不言而喻的是,与法律人格等同的权利能力专属于自然人且仅具伦理性。

如果说萨维尼的观点只是代表历史法学派,那么由历史法学派而来的学说汇纂学派同样持有此说。这可从学说汇纂学派代表温德沙伊德之观点看出。在温氏那本享誉法学界的《潘德克吞法学教科书》里,在涉及权利能力的论述中,他首先区分了非法学用语与法学用语两个层次。在第一个层面上,个体所具有的自我意识和意志能力叫做人格(Person),法人正好与之相对(Gegensatz des Mensch),只是非人格(Nichtpersonen)意义上的拟制人格。并且他进一步说道,法人之人格并非根据法律规定进行的拟制,而是按照自然人固有的特性进行的仿造,法律只是利用了此点而已。从第二个层面即只从法律用语而言,自然人享有的人格(Person)与法人具有的人格性(Personlichkeit)简直可以互换。因为,人们在人格下对权利能力的理解就是去成为法律主体、形成个体;在人格性下对权利能力的理解也是去成为法律主体。因此,人格性同样也是权利能力。就此而言,自然人与法人一样也享

[29] Siehe Savigny, *System des heutigen Roemischen Rechts*, Bd. 2. s. 236.

[30] Siehe Savigny, *System des heutigen Roemischen Rechts*, Bd. 2. s. 236.

有由法律赋予的权利能力。^[31]也许正是基于此我们才认定,权利能力在学说汇纂学派那里具有了形式化的意义。因为在法律使用上,自然人与法人均褪去了非法律上的意义,统统变成只是成为法律主体的能力,因而法典才可以以法律主体为名将之纳入麾下。确实,温氏在《潘德克吞法学教科书》里就是这样处理的。这从《潘德克吞法学教科书》第二册第二章内容可以看出。该第二章题为“法律主体”(Das Rechtssubject)。该章由三个内容构成:法律主体概述、自然人主体(Der Mensch als Rechtssubject)和法人(Die juristische Person)。其编排足以显示,他意图将伦理意义上的主体和拟制的主体纳入统一的法律主体中。^[32]

不过,如果就此认定权利能力已被形式化,那是对学说汇纂学派的重大误解。其实,温氏根本未将权利能力形式化,其理由有两点:第一,人格与人格性被截然分开。在非法学用语上,人格专属于自然人无可置疑。其实,在法学用语上,温氏同样认定人格专属于自然人。他说,人格与人格性并非总能互换。只要人格指向自我意识,人格与人格性必然相反。^[33]可见,即使在法律用语上,人格与人格性都有着巨大差异。正是基于此,温氏才用“人格”一词专指自然人,而法人则贴上创造的“人格性”标签。第二,法人“人格性”即拟制权利能力。无论在非法学还是法学层面,法人都没有自我意识意义上的人格含义。且不说其传统必然促使他认定权利能力为法律人格从而与自我意识相等同,其实他自己就清晰地表达了此一观念。在法律用语层面讨论成为法律主体时,他说道,人格性也具有同样的权利能力(该着重号为笔者所加)。^[34]“同样的”表明,在成为法律主体视角,法人只不过是因为能具有自然人享有的权利能力,才可以作为法律主体。可见,权利能力本也为自然人专有。这样,在温氏那里,法律人格、自我意识、法律主体和权利能力具有相等同的内涵,并且专属于自然人。而法人之所以能享有权利能力,并非其具有自我意识,纯仰仗法律上的拟制技术而已。因此,温氏并未将权利能力形式化,亦非通过拟制使得权利能力形式化,更不是为了法典编纂的需要创造了权利能力这个概念。一言以蔽之,人格与权利能力具有同一意义并且专属于自然人,正如他自己所言:“其意志作为规范的人格,就是法律主体……如

[31] Siehe Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1. 1900. 8. Auf. Frankfurt, s. 191 – 192.

[32] Siehe Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1. s. 186 – 253.

[33] Siehe Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1. s. 191.

[34] Siehe Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1. s. 191.

果进一步追问究竟什么是‘人格’,理所当然的回答便是:人格就是自然人(Mensch)。”^[35]

《德国民法典》正是在这些基础上构建而成的。《德国民法典》总则编之第一章为“人格”(person),但自然人与法人享有的却是权利能力。正是基于此,学者才认为权利能力的创设仅仅使其成为了能统一自然人与法人的逻辑形式。^[36]从外表上看,权利能力确实具有这一特点,《德国民法典》释义书也说道:“作为上位概念的人格,不能在法律伦理意义上去理解,而应当在法律技术意义上理解为:人格,就是权利义务的主体。对《德国民法典》的人格概念而言,其决定性标志就是权利能力,即去享有权利和承担义务的能力。”^[37]但这仅仅是从排除任何内容的纯粹形式角度而言的,然而,法学并非逻辑形式,否则人性的尊严将无从彰显。为了避免误解,《德国民法典》释义书马上又清楚地道明:“在《德国民法典》自然人格那里不言自明的是,每个人,无论其社会地位、性别或国籍,都具有权利能力。在此正确的表达是,人的权利能力并非源于立法者的赋予,乃先于法律而存在(vorgegeben ist)”。^[38]在这个看上去相反而实际上一致的观点背后,隐藏起来的正是拟制技术。若仅从成为法律主体资格角度,自然人与法人一样皆有权利能力。正是这个视角才使得释义书有上述说法。但从背后的拟制技术来看,自然人享有的乃原本的权利能力,而法人具有的只是拟制的权利能力。所以,权利能力本身的伦理性显而易见。其实,《德国民法典》第一草案说明书早就说过:“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”。^[39]拉伦茨教授也说道:“每个人都具有权利能力,因为他在本质上是一个伦理意义上的人”。^[40]施瓦布教授说道:“权利能力就其本意而言只有自然人才享有。”^[41]另外,根据《德国民法典》之规定,自然人权利能力始于出生,而法人权利能力始于国家授权以及法人无行为能力等,我们可以判断,自然人与法

[35] Siehe Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1. s. 187.

[36] 尹田:“民法典总则与民法典立法体系模式”,载《法学研究》2006年第6期。

[37] Siehe Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 1. verlag C. H. Beck Muenchen 2005, s. 9.

[38] Siehe Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 1. s. 9.

[39] 转引自罗尔夫·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58页。

[40] 卡尔·拉伦茨:《德民法通论》(上),第120页。

[41] 迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第101页。

人享有的权利能力具有本质上的不同。^[42]

上述足以说明,权利能力作为法律人格的代名词,远远存在于《德国民法典》之前。至迟在1821年,黑格尔即以之在《法哲学原理》一书来论述人格在法律领域的显现。^[43]萨维尼更是大量地运用权利能力,并且以之与法律人格、法律主体相等同,专适用于自然人。正因为权利能力内涵的伦理性与外延专属的封闭性,所以萨维尼才运用拟制技术,让团体享有虚拟的人格或权利能力。将团体拟制为人格而具有权利能力,对权利能力的本性没有任何损害,缘由在于团体仅仅具有拟制的人格或权利能力。温德沙伊德和《德国民法典》完全继受了此点。所以,权利能力并非《德国民法典》首创,更不是《德国民法典》为了统一自然人与法人而创造的主体逻辑形式。权利能力与仅具伦理性的法律人格等同而专属于自然人,这一点从未变过。《德国民法典》只是承受了学界对权利能力的探讨。我们之所以普遍地认定权利能力乃为了主体的形式化需要而由《德国民法典》创造,实过于忽视法人拟制之故。^[44]

二、权利能力遭受的误解与评析

由于权利能力被认定为《德国民法典》首创且只具形式化意义,学者们认为,权利能力的创设使立法者们错误地运用了法律技术,^[45]以至于导致了“国家对人的压迫”从而背离了人道主义。^[46]可以说,自从《德国民法典》规定了权利能力以来,权利能力几乎遭到了不约而同的批判。在我国学界则情形更加明显和突出,大有全盘否定而废弃权利能力之势。在笔者的阅读范围之内,学界对权利能力概念的误解大致可概括为四点:第一,权利能力仅仅为法人量身定做;第二,权利能力对法律人格的取代丧失了伦理性而沦落为技术性的规定;第三,权利能力将人格由自然法的规定而贬谪为实证法上的条款;第四,权利能力概念的创设重新带来了不平等。本文拟就此四项批判

[42] 《德国民法典》第1条规定:人的权利能力始于出生的完成。《德国民法典》第22条规定:社团以经济上的营利为目的,如帝国法律无特别规定,因国家授予而取得权利能力。第26条第2项规定:董事会在诉讼上和诉讼外代表社团,其具有法定代理人的地位。参见《德国民法典》,杜景林、卢谔译,中国政法大学出版社1999年版,第5页。

[43] 黑格尔:《法哲学原理》,第46页。

[44] 对我们通说形成具有决定作用的史尚宽先生就指责法人拟制论为:“此说的弱点,在于以为自然人以外不得有权利主体之独断的谬误,自法律之目的及权利之见底言之,俱无以权利主体限于自然人之理由。”参见史尚宽:《民法总论》,第139页。

[45] 付翠英:“人格·权利能力·民事主体辨思——我国民法典的选择”,载《法学》2006年第8期。

[46] 徐国栋主编:《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社2001年版,第71页。