

民法总则中非法人组织权利能力之证成

张其鉴^{*}

内容提要：《中华人民共和国民法总则》创设了非法人组织这一概念，并明确了其主体地位，但却没有赋予其像自然人、法人一样的权利能力，有违主体平等原则，应属立法缺陷。在历史渊源上，权利能力是一项主体性思维工具，初衷在于从法律层面上解决生物人与法律人作为权利主体的合一，并客观上实现了自然人与法人在人法框架下的统一。在概念使用上，权利能力是抽象立法技术的结果，是仅仅表征主体资格的空壳和标签，规范层面上有且只有主体属性。对于民事主体在具体权利范围上的差异，应该单列研究，不能与权利能力混为一谈。对于胎儿、死者等的利益保护，应该在抽象权利能力的概念框架下通过二重命题解决，不能对权利能力在主体资格意义上作具体化和切割。团体取得权利能力不以独立财产责任为必要，主要理由在于法人本质理论不以财产能力为基础，实定法上无独立责任之团体已经取得权利能力。法律实证主义决定了团体取得权利能力的基础是国家承认行为，国家对团体类型的塑造表明独立责任是其结果而非条件。非法人组织是法定民事主体，以登记和类型强制为前提，尽管缺乏财产独立性，但完全具有权利能力，立法应予明定。

关键词：非法人组织 权利能力 主体属性 独立财产责任 法律实证主义

2017年3月15日公布的《中华人民共和国民法总则》延续了1986年民法通则第37条的狭义法人概念，其基本含义是法人以自己的财产对自己所负债务独立承担责任，成员在出资额之外不负责任（成员有限责任）。在对法人作界定时，立法者专门通过民法总则第60条强调“法人以其全部财产独立承担民事责任”，这与创设法人概念的德国民法典在内涵上应为一致。^{〔1〕}在坚持狭义法人的基础上，为了赋予依法设立但财产责任不独立的其他特定组织体以主体地位或资格，^{〔2〕}民法总则第一次在立法层面上使用了“非法人组织”的

^{*} 北京大学法学院博士研究生。

〔1〕 德国民法典虽然没有明确法人财产责任的独立性，但民法理论和司法实践对此持肯定态度，尽管仍受到各种质疑。参见〔德〕托马斯·莱赛尔：《德国民法中的法人制度》，张双根译，《中外法学》2001年第1期，第34页以下。

〔2〕 民法理论中“主体地位”与“主体资格”互为通用，意指权利义务关系的担当者、归属者。例如，郑玉波谓权利能力为“权利主体之地位或资格”。参见郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社2003年版，第97页。

概念。^{〔3〕}该法第2条明确规定：“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”同时，民法总则在第二章自然人、第三章法人之后专列第四章规定非法人组织，以示法律上的并列地位。关于非法人组织的主体地位，相关立法草案说明都特别加以强调，或表述为“赋予这些组织民事主体地位”，^{〔4〕}或表述为“明确这些组织的民事主体地位”，“草案赋予‘非法人组织’以民事主体地位，并设专章作了规定”。^{〔5〕}自此，我国民事主体法上形成了自然人、法人和非法人组织鼎立的三元主体结构。但是，值得注意的是，民法总则在第13条、第57条分别明确赋予自然人、法人权利能力之时，却没有赋予非法人组织以权利能力，在定义非法人组织的第102条第1款规定：“非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织”。由此，出现了非法人组织被赋予主体地位但不被赋予权利能力的法律现象，相关说明付之阙如。那么，同样具有主体地位的非法人组织是否有权利能力？进一步而言，主体地位与权利能力是否可以分离？民事主体之间在资格地位上是否存在差异或等次？权利能力是否以自然人、法人在财产责任上的独立性为必要？这些都有待考察和澄清。

一、历史嬗变中权利能力的主体性思维

为了回答非法人组织有无权利能力这一基本问题，在民法总则明确非法人组织的主体资格的前提下，对权利能力的理解就成了症结所在。民法理论一般认为，对权利能力的理解可以追溯到罗马法上的“人格”。在罗马法中，“人格”来源于拉丁文“persona”，在词源学上是指戏剧表演者在表演时所带的“面具”，后来又从戏剧扮演中担当权利和义务的“角色”演变为法律上权利义务主体的各种身份。^{〔6〕}罗马法上的人格是由各种身份构成的，只有同时具备自由人、市民、家父这三种身份，才具有完整的人格，才是罗马共同体的正式成员，“或缺其一者，要么是奴隶，要么是从属者，要么是外邦人”。^{〔7〕}每一种身份附着特定类型的权利，身份的缺失意味着不得享有特定范围的权利。此外，身份不是一成不变的，奴隶可以获得解放自由人身份，完整人格的罗马人也会丧失部分或全部身份（亦称人格减等），身份是主权者操纵的治理工具。^{〔8〕}因此，罗马法上的人格可以从这样几个方面理解：一是含义上，人格虽是量化且可变的概念，但初步具备了法律关系主体的含义，代表一定的资格。二是功能上，人格具体化为三种身份，通过身份标签实现了生物人与法律

〔3〕 此次立法在术语上使用“非法人组织”而不沿用原来的“其他组织”，主要理由在于“其他组织”在现行法律规范层面上被广泛使用，非限于民法领域，沿用之容易引起概念混乱。而根据民法总则第102条第2款的规定，非法人组织限定为个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。相关说明，参见李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第324页以下。

〔4〕 李建国：《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明》（2017年3月8日第十二届全国人民代表大会第五次会议）。

〔5〕 李适时：《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明》（2016年6月27日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议）。

〔6〕 Bernard Teyssié, *Droit civil: Les personnes*, 12^e édition, Paris: Litec, 2010, p. 5.

〔7〕 徐国栋：《“人身关系”流变考（上）》，《法学》2002年第6期，第47页。

〔8〕 参见徐国栋：《权利能力制度的理想与现实——人法的英特纳雄耐尔之路》，《北方法学》2007年第2期，第9页。

人的分离，也即血肉之人不一定是法律上的人。三是性质上，人格是一个公私法杂糅的概念，比如市民身份中就包括了投票权、担任官职权等公法性权利。四是权源上，无论人格的赋予或剥夺，根本上都是国家意志的结果。

1804年法国民法典是在法国大革命的政治背景下制定的，反映了法国人将《人权和公民权宣言》确定的平等原则、个人自由原则和私人所有权绝对原则实在法化的强烈要求。^{〔9〕}在法国民法典第一卷“人”中，一方面，法典第8条明确规定所有法国人均享有民事权利，进而使得自然人毫无差别地成为民事权利的主体，结束了旧时代身份等级制度造成的人的不平等，另一方面，尽管中世纪商人法已经确立了团体的主体性，但是新兴资产阶级提倡极端个人主义，取缔了所有社团，^{〔10〕}所以法典只规定自然人是唯一的主体，至今也没有法人制度的任何规定，只是后来在部分条文中使用了“法人”概念且未对其予以界定。^{〔11〕}由此可见，在每个自然人都成为权利主体的语境下，罗马法上依据身份分配权利的“人格”及其造成生物人的不平等性也就失去了适用余地，这也是法典上没有“人格”概念的原因。^{〔12〕}同时，彼时立法者坚持自然人是唯一主体，借助“人与物区分”理论，^{〔13〕}不存在自然人之外的权利主体，所以主体资格问题业已解决，根本没有产生权利能力概念的土壤。至于后来法国民法理论和判例使用的法人格（*personnalité juridique*）、权利能力（*capacité de jouissance*）等概念，则是借鉴于德国，用以解决立法缺失下的法人主体资格问题。^{〔14〕}

法国民法典只是依靠天赋人权的启蒙思想和革命主张强制实现了生物人与法律人作为权利主体的合一，德国民法则进一步从法理层面上探究人凭借什么成为权利主体，^{〔15〕}权利能力（*Rechtsfähigkeit*）就是为了回答这个命题而产生的。据考证，权利能力最早先后为伯默和蒂堡所使用，之后被萨维尼、温德沙伊德等人广泛采纳。^{〔16〕}蒂堡率先运用权利能力分析人成为权利主体的原因力，除了提出基于实定法规定而生的“市民权利能力”之外，他找到了更具基础性的依据，即人的自然属性，并称之为“自然权利能力”，认为人的唯一理性决定了人作为主体而非被支配的东西。^{〔17〕}这受到了康德理性哲学的影响。一方面，在康德的绝对道德命令中，人“在任何时候都同样看做目的，永远不能只看做手段”，^{〔18〕}此确立了人的主体性；另一方面，康德认为权利是人自由意志的全部条件，^{〔19〕}此又在权利与自

〔9〕 Philippe Malaure & Patrick Morvan, *Introduction au droit*, 4 e édition, Paris: Defrénois, 2012, pp. 80 – 81.

〔10〕 参见乐启良：《近代法国结社观念》，上海社会科学院出版社2009年版，第44页。

〔11〕 1968年修订法典时，法人概念被第一次使用，法国民法典第496条第3款规定：“成年人的监护可以交由法人负责。”此后1978年又在第1842条第1款规定：“除第三章所指的隐名合伙以外的合伙，自其登记注册之日起享有法人资格。”

〔12〕 参见尹田：《论法人人格权》，《法学研究》2004年第4期，第52页；李永军：《论权利能力的本质》，《比较法研究》2005年第2期，第45页。

〔13〕 此种理论为法国民法典所采纳，认为在法律领域，世界上的东西不是人就是物，不存在人和物之外的第三种东西，其中人只能是权利主体，物也只能是权利客体。参见张民安：《法国民法》，清华大学出版社2015年版，第132页。

〔14〕 同上书，第26页。

〔15〕 亦有学者把这一过程理解为从自然法向实在法的转化。参见马俊驹：《人格与财产的关系——兼论法国民法的“总体财产”理论》，《法制与社会发展》2006年第1期，第115页。

〔16〕 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，第59页以下。

〔17〕 Vgl. A. F. J. Thibaut, *System des Pandektenrechts*, Band 1, Johann Michael Mauke, Jena 1801, S. 140.

〔18〕 康德：《道德形而上学原理》，苗力田译，上海人民出版社1986年版，第81页。

〔19〕 参见康德：《法的形而上学原理——权利的科学》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第39页以下。

在且自律的理性人之间建立了绝对联系。

但是,以理性作为权利能力之源的理论,使得客观世界中理性欠缺的儿童、智障者等无法取得权利能力成为主体,蒂堡本人起初亦持此态度,但这显然与近代人权平等的思想格格不入。为了破解这一悖论,萨维尼提出了权利能力与行为能力相区分的观点,^[20]前者只考虑取得权利的可能性,不涉及权利的享有、行使问题,所以不以理性为必要;后者考虑权利的现实取得,所以以理性的施加为必要。据此,理性最后实质上被从权利能力中剥离,凡生物人(Mensch)皆有权利能力,进而成为法律人(Person)。这样,权利能力脱离了人的各种属性,成为一种纯粹的抽象法律技术。以此为基础,德国民法典中的权利能力剔除了理性的内容,这可以从两方面得到印证:一方面,民法典起草人在预案理由中明确表示权利能力与意志能力无关;^[21]另一方面,立法过程中,社会民主党议员曾提出以“法人格”取代“权利能力”,理由是防止权利能力与行为能力混同。但立法者对二者已有清晰界分,权利能力不考虑理性,无行为能力仍具有权利能力。^[22]

那么,权利能力剥离理性之后,自然人取得权利能力的法理何在?对此,存在两种观点,通行观点认为取决于实在法,少数观点认为归结于人的伦理性。^[23]如果说自然人权利能力的原因力在于实在法还是自然法尚存争议,那么法人取得权利能力则完全是基于立法者的价值判断。出于简化法律关系(便宜交易、诉讼、课税、归责等)、限制责任、保持团体稳定性等目的,德国法赋予法人以权利能力。质言之,法人的权利能力基于国家的承认行为,^[24]也即下文所称的法律实证主义。权利能力的抽象技术本是为了解决有、无理性的两种生物人平等成为主体的问题,但也恰好满足了嫁接给法人以使其成为主体的需要,“法人的出现打破了权利能力设计者预想的两种人的合一的假定”。^[25]所以必须注意,那些认为权利能力旨在使法人获得主体资格且顺带赋予自然人的观点是错误的、缺乏考据的。^[26]

关于权利能力概念的含义,从创设权利能力旨在确立人的主体性来看,应指作为权利义务归属点的抽象主体资格。但是,德国民法理论存在将其具体化使用的情况,出现了限制权利能力(beschränkte Rechtsfähigkeit)、^[27]部分权利能力(Teilrechtsfähigkeit)、^[28]相对权利能力(Relativität der Rechtsfähigkeit)^[29]等用语,各自指代内容并不统一,主要讨论自然人、法人的权利范围以及胎儿、死者、民事合伙等在具体事项上的利益保护问题。但是,通说认为权利能力只有抽象意义,指担当权利义务主体的资格。^[30]在规范层面上,德国民

[20] 相关考证,参见顾祝轩:《民法概念史·总则》,法律出版社2014年版,第33页以下。

[21] Vgl. Albert Gebhard, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches (Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB), Allgemeiner Teil, T. 1, Walter de Gruyter, Berlin/New York 1981, S. 351.

[22] 参见前引[20],顾祝轩书,第22页以下。

[23] 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121页。

[24] 参见前引[1],莱赛尔文,第29页。

[25] 徐国栋:《民法哲学》,中国法制出版社2015年版,第211页。

[26] 参见尹田:《论法人的权利能力》,《法制与社会发展》2003年第1期,第76页;前引[12],李永军文,第46页。

[27] Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 2, Veit, Berlin 1840, S. 75.

[28] Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., C. H. Beck, München 2004, § 9 Rn. 16.

[29] Fritz Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, C. H. Beck, München/Berlin 1963.

[30] 参见前引[28],Larenz/Wolf书,第100页;Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., C. F. Müller Großes Lehrbuch, Heidelberg 2006, S. 410; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 34. Aufl., Vahlen, Berlin 2010, Rn. 703.

法典将权利能力严格限缩在抽象意义上，将人的各种属性从中剥离，使其成为仅仅表意主体资格的空壳。这项抽象技术完成了三大任务：一是通过抽象掉自然人性别、年龄、身体状况等方面的差异，甚至将理性也一并剥离，实现了生物人与法律人的合一。二是通过抽象掉自然人的伦理属性（亲属、继承等方面的特性），^[31]使得权利能力完全可以嫁接到法人上，使法人成为法典上的主体变得顺畅。三是既然自然人、法人都具有权利能力，那么就具备了“同一性”，“权利能力使一个存在物成为了人”，^[32]可以共同置于法典的人法框架之下。综合而言，权利能力只是一项主体性思维工具，用以明确谁可以成为主体。同时，主体法框架下，人也只有一个属性，即作为私法主体的权利能力。

二、权利能力的概念争议与厘定

民法理论对权利能力概念的理解和使用，大致存在三种不同观点。第一种观点认为，权利能力仅具有抽象意义，等同于民事主体、主体资格、权利主体、法律关系主体、法律人格、人格等概念，认为权利能力是作为一个整体的存在，不可分割，只有整体上的“有或者无”，不存在权利范围上“大与小”，此可简称为“抽象论”。^[33]第二种观点是理论通说，在肯定抽象权利能力的同时，认为权利能力还存在具体意义，表示具体权利范围大小，由于未对具体化进行论证，所以可理解为具体化理论现象。为示区分，通说将前者称为“一般权利能力”，后者称为“具体权利能力”、“特别权利能力”、“限制权利能力”等。^[34]还有第三种极少数观点，仅赞成通说中的后者，彻底否定权利能力的抽象意义，将其限定在具体意义上，认为权利能力不同于主体资格，是指民事主体可以享有的权利范围和内涵，可简称为“具体论”。^[35]此外，值得关注的是，近年从德国借鉴的部分权利能力理论，旨在为人格要素不完整的胎儿、死者、设立中的法人等存在体寻求某些法律关系中的主体资格，^[36]按下文分析，实际上是对权利能力在主体资格层面上的具体化和切割。综上，权利能力具体化可概括为两个问题。第一个问题是权利能力被界定为具体权利范围，包括“具体论”和具体化理论现象。第二个问题是权利能力虽被界定为主体资格，但主体资格可以具体化和切割。笔者坚持“抽象论”，反对权利能力的具体化，并逐一予以回应。

（一）对权利能力“具体论”的学说批判

为了证明权利能力不同于主体资格，“具体论”提出主体资格是无差异的，而权利能力却有差异性。这种差异性表现在：在自然人中，外国人、无国籍人的权利受到限制，未成年人的结婚权、劳动权受到限制，所以自然人之间权利能力有差异；法人中，权利能力因

[31] 参见前引〔28〕，Larenz/Wolf书，第2页以下。

[32] Ferdinand Regelsberger, Pandekten, Band 1, Duncker/Humblot, Leipzig 1893, S. 234.

[33] 持此观点的，参见前引〔12〕，李永军文，第40页；梅夏鹰：《民事权利能力、人格与人格权》，《法律科学》1999年第1期，第56页以下；尹田：《民法典总则之理论与立法研究》，法律出版社2010年版，第391页以下等。

[34] 持此观点的，参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第86页以下；施启扬：《民法总论》，中国法制出版社2010年版，第63页以下；梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第66页等。

[35] 持此观点的，参见江平主编：《法人制度论》，中国政法大学出版社1993年版，第3页以下；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。

[36] 参见杨立新：《〈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；刘召成：《部分权利能力制度的构建》，《法学研究》2012年第5期等。

受到设立目的限制而不同,比如以营利为目的的公司与以从事公益为目的的慈善会;法人与自然人的差异更为明显,比如自然人的生命权、身体权、肖像权等法人没有,自然人也不可以从事只能由法人从事的电信、邮政、军工等特定事业。笔者认为,“具体论”将自然人、法人的具体权利范围差异等同于权利能力差异,实际上是把权利能力界定为具体权利范围,明显欠妥,^[37]理由如下:

第一,与理论意图格格不入。“具体论”将权利能力具体化为权利范围,意图在于强调法律在民事主体权利能力上的管制作用,进而提出法律对自然人的权利能力可以限制或剥夺,甚至可以赋予某些自然人以特殊的权利能力。然而,据上文分析,虽然权利能力是国家的管制工具,但讲的是国家决定团体能否成为主体的准入问题,既不涉及自然人,也不涉及具体权利。理论大师们开创权利能力学说,意图在于结束一些生物人在历史上沦为被支配对象的命运,实现自然人平等成为私法主体。权利能力限制或剥夺意味着自然人再次沦为客体,这显然不融于权利能力的理论意图。

第二,在概念使用上的完全错位。“具体论”提出权利能力表意具体权利范围的同时,主张借用罗马法上的人格概念表意抽象主体资格。但实际恰恰相反,罗马法上的人格虽然初步具备主体的含义,但本质上是由三种身份构成的可变的“量”上的概念,何以用来直接表达抽象主体资格?这种借用罗马法的说法,毋宁说是基于通用汉语的理解,将人格解释为:“人”是主体,“格”是成为主体的资格。而权利能力本是一个抽象概念,其中“能力”二字蕴含主体含义,被用作法学术语的初衷是探求人成为主体的原因力,并不考虑具体权利。^[38]

第三,在语义涵盖上的不完整性。我们使用的权利能力源于德国法上的 *Rechtsfähigkeit*,实为特定历史条件下的缩减版翻译。*Rechtsfähigkeit* 由“*Recht*”与“*Fähigkeit*”两部分构成,其中“*Recht*”除表示权利外,还表示权利义务、法律之义。^[39]因此,*Rechtsfähigkeit* 既可以翻译为权利能力,也可以翻译为“权利义务能力”。跳出原来翻译上的局限性,可以发现,其在语义上要反映的是人的抽象法律属性。即便非得在具体层面上理解,“具体论”也应再构建具体义务范围以示完整,但这显然超出了“具体论”的本意。

第四,对现行立法的完全背离。主要表现在:一是与立法严重不符。与德国法一致,我国民法通则、民法总则在主体立法上根本没有使用人格概念,也是坚持在抽象意义上使用权利能力。二是违背立法关于自然人、法人权利能力起止时间的规定。以民法总则第13条规定的自然人权利能力始于出生止于死亡为例,此处所指的正是自然人作为民事主体的起止,应该毫无差别地统一适用。但若从“具体论”的权利范围角度理解,诸如自然人的结婚权、劳动权、从事特定职业的权利并不是基于出生完成而具备,那么第13条规定的权利能力始于出生就成了一个缺陷命题。三是违背立法关于权利能力平等的规定。权利能力平等是指一律被作为法律关系主体而非客体对待,这样具备担当权利义务归属者的可能性,勿论个体差异。民法总则第4条规定民事主体法律地位平等、第14条规定自然人权利能力平等,即为此意。但“具体论”认为法人之间因目的范围差异而权利能力不平等,自然人

[37] 下文涉及“具体论”的观点集中摘自前引[35],江平主编书和柳经纬文,不再逐一引注。

[38] 参见前引[17],Thibaut书,第56页。

[39] Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in Die Rechtswissenschaftliche Problematik*, F. Deuticke, Leipzig/Vienna 1934, S. 49.

与法人之间也因权利范围差异而不平等，此等观点歪曲了权利能力平等的含义，根源在于与立法规定的抽象权利能力相悖的理论观点。

（二）对权利能力具体化现象的问题化解

由于权利能力业已解决了自然人、法人的主体资格问题，所以主体资格不再是理论重心，而获得主体资格后自然人因年龄在结婚权、劳动权上的差异等现象，就像巨大磁场一样，吸引了理论界关注。权利能力可以在字面上被融通性地使用为享有具体权利（大小）的能力，恰好满足了充当表述和解释这一差异现象的文字载体，所以权利能力就被用来分析具体权利范围，误作具体权利范围使用，此即具体化理论现象。

其实，具体权利范围问题是介于权利能力与行为能力之间的一块理论灰色地带。权利能力解决民事主体的确定问题，使得各类主体取得了享有总和、抽象权利的资格。这是具体权利的必要前提，但本身并不考虑具体权利，可理解为抽象权利。行为能力解决民事主体通过自己实施法律行为现实地获得某种权利的问题，可理解为现实权利。这样，就留下了静态中各类民事主体可以享有的具体权利状态问题，其反映的是各类主体基于自身属性、法律规定等原因在权利上的大小和异同，可理解为静态权利，也即具体权利范围。以典型的未成年人不享有结婚权为例，其既不属主体资格范畴，也不能纳入行为能力，因为行为能力与意思能力相关，未成年人欠缺意思能力属于限制行为能力、无行为能力人时，可以通过适用代理实施法律行为，而结婚权是一种静态权利，与意思能力欠缺无关，更无代理适用之可能；同时，已满18周岁的完全民事行为能力人也不一定达到法定婚龄。

作为理论灰色地带的具体权利范围，既非权利能力的固有属性，将其纳入权利能力亦属误解。笔者认为，为了化解问题，其研究不需借助权利能力概念，可以单列进行，否则既突破了权利能力的固有抽象性，也不利于自身研究，进而引起概念体系的混乱。研究具体权利范围差异的主要价值，在于解释差异发生的原因，将其作为独立课题并采用类型化分析，即可满足需要。为示缜密，此处有必要对具体权利范围差异作简要的类型化分析。

依主体的类型不同，可以划分为三个层次。第一层次，是指作为一般主体的自然人与法人之间在权利范围上的差异，比如法人不享有自然人的生命权、身体权等，称为一般主体权利差异。第二层次，是指类型化的主体之间的权利范围差异，如未成年人与成年人在结婚、劳动等方面权利的差异，再如民法总则规定的营利法人、非营利法人以及特别法人在利润分配、民事活动范围等方面的差异，称为类型主体权利差异。第三层次，是指个别主体基于特定事件、特定行为导致失权而出现的权利差异，比如丧失继承权、监护权、从业资格等，称为个别主体权利差异。

依权利差异产生原因的类型不同，可以划分为三种原因。第一种是自身属性，自然人与法人之间的权利差异源于各自属性不同，法人不享有生命权、身体权、肖像权等专属于自然人的权利，因为法人属性决定了赋予其这些权利毫无意义。自然人不享有法人从事特定事业等权利，因为自然人不具备相关资质条件。所以，即使法律明确规定，也仅是对客观事实的确认而已。法人之间的权利差异源于不同的目的范围（设立目的），是设立人对法人类型选择的结果，反映的是各类法人的自身属性。第二种是政策考量，外国人、无国籍人的权利受到限制，未成年人的结婚权、劳动权受到限制，是源于国家主权、社会管理、保护未成年人等政策目的；公司法对公司法人成为连带责任出资人的限制以及提供担保的对象和数额限制等，是为了保护公司、股东、债权人利益。第三种是特定事由（事件、行

为),比如依据继承法第7条,继承人的特定行为导致继承权丧失;根据证券法第61条,上市公司发生特定事由,由证券交易所终止其公司债券上市交易等。

(三) 对部分权利能力理论的命题修正

近年国内学者提出的部分权利能力理论,主要借鉴自德国。德国主流评注虽然在释义权利能力时提及部分权利能力、限制权利能力,涉及胎儿、死者、民事合伙等利益保护的具体判断和类推适用问题,但明确表示其并未纳入民法典,德国联邦最高法院与联邦宪法法院态度也并不一致。从评注文本看,既未严格定义,讨论也比较分散,只是对一种学术观点的介绍而已。^[40]系统阐述相关问题的主要见诸法布里齐乌斯的教授资格论文《相对权利能力》等,但由于其将权利能力界定为归属主体进行有法律意义之行为的能力,^[41]模糊了权利能力与行为能力的界限,所以不为拉伦茨、梅迪库斯等主流观点认同。^[42]总体上看,德国未形成系统且通行的部分权利能力理论。国内学者将部分权利能力界定为“具有部分人格要素的主体在特定情况下享有的民事权利能力状态”^[43]或者“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”,^[44]其理论目的在于解决人格要素不完整的胎儿、死者、设立中的法人等存在体的主体资格问题。值得注意的是,此处部分权利能力与上文体权利范围意义上的权利能力并非同一命题,前者讨论法定民事主体之外存在体的主体资格,后者讨论法定民事主体本身的具体权利,部分权利能力论也特别强调二者的界分。

部分权利能力论主张改变权利能力的单一结构,按照人格要素的完整与否,在完全权利能力与无权利能力之间构建部分权利能力。胎儿、死者、设立中的法人等存在体人格要素不完整,但可以成为与其特点相适应的部分法律关系的主体。具体而言,胎儿在人格利益法律关系(如身体、健康)和纯获利法律关系(如遗产继承、接受遗赠)中有部分权利能力,死者在人格利益法律关系(如姓名、肖像、名誉)中有部分权利能力,设立中的法人在对外法律关系中有部分权利能力。尽管部分权利能力论尽量避免使用主体资格描述部分权利能力,而是使用特定情况下或部分法律关系中的人格状态、能力等词,但从其强调承认主体性是保护利益的前提等论述看,应该是在主体资格意义上使用权利能力,以人格要素完整与否为依据对主体资格进行切割,进而在理论上实现人格要素不完整存在体取得部分主体资格(部分权利能力)。因此,与权利能力被异化为具体权利范围不同,部分权利能力是在传统主体资格意义上切割权利能力,属于新命题。笔者对部分权利能力论持否定态度,^[45]

[40] Vgl. Palandt/Ellenberger, BGB § 1, 68. Aufl., 2009, Rn. 1; MüKoBGB/Schmitt, BGB § 1, 7. Aufl., 2015, Rn. 31, 55; Staudinger/Bernd Kannowski, BGB § 1, 2013, Rn. 15.

[41] 参见前引[29], Fabricius书,第31页以下。

[42] 参见前引[23],拉伦茨书,第120页;[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第781页以下。

[43] 前引[36],杨立新文,第54页。

[44] 前引[36],刘召成文,第132页。

[45] 国内部分权利能力论主要来自杨立新、刘召成等学者,所以本节观点集中摘自前引[36],杨立新文;杨立新:《〈民法总则(草案)〉自然人制度规定的进展与改进》,《法治研究》2016年第5期;前引[36],刘召成文;刘召成:《胎儿的准人格构成》,《法学家》2011年第6期;刘召成:《死者人格保护的比较与选择:直接保护理论的确立》,《河北法学》2013年第10期等,不再逐一引注。其实,部分权利能力论内部观点亦未完全一致,比如在民事合伙是否有部分权利能力上持相反意见,对死者保护是承认死者的主体性还是只能由近亲属以自己名义起诉亦有不同。篇幅所限,此处不表。

主要理由在于：

第一，对构建权利能力的理论基础在认识上前后矛盾。为寻求理论正当性，部分权利能力论认为理性从权利能力概念中的剥离为不具有完满理性的存在体拥有权利能力提供了可能。这种认识完全正确，上文也提到，法典规范层面上的权利能力不考虑理性，照此思路，理性不完满的存在体成为主体在权利能力构造上并无障碍。然而，部分权利能力论紧接着却又回到以理性为基础的立场上讨论权利能力，认为消极关系（被他人尊重人格和权利）中不需要理性，主动关系（尊重他人人格和权利）中需要理性，可以基于理性多少判断权利能力的完满过程，进而得出理性不足的存在体在消极受益、纯粹获益的消极法律关系中有权利能力。前后逻辑不一致，又将理性重新塞给了权利能力，其后果是造成体系混乱，违背理论和实定法上自然人不按理性多少讨论权利能力的现状；搅乱权利能力与行为能力的区分，将涉及监护、代理的行为能力又纳入了权利能力。

第二，构建部分权利能力的理论工具尚不成熟。部分权利能力论将人格要素完整或不完整作为切割权利能力的“手术刀”，然而其所指的人格要素却是一个非常不确定的概念，其并没有详细阐述人格要素的含义、构成、种类以及如何与权利能力相匹配。具体问题表现在：一是不确定，民法总则上的法定主体何以人格要素完整，胎儿、死者等存在体何以人格要素不完整，人格要素究竟为何，人格要素既然是量的概念，其不完整是否可以进一步分层，这些都不确定。二是不统一，在胎儿、死者上称为人格尊严，在设立中的法人上又称为拟制的人格要素。三是不合理，人格尊严无法量化，“不是也不能转换为法律上的权利”，^{〔46〕}难以以完整或不完整界定。因此，关于人格要素的观点在法理上既无依据，也说不通。

第三，对主体资格的切割无法获得理论认同。在民法理论中，主体资格反映的是作为私法主体的质的规定性，抽象性是其固有属性，本身无法切割，这也是部分权利能力论在概念描述时回避使用“部分主体资格”的原因。如果对主体资格进行切割，意味着主体资格被看作一个量的概念，这样部分主体资格不仅适用于胎儿、死者等存在体，也可以适用于自然人、法人、非法人组织，由此出现很荒诞的局面：按照“人与物区分”理论，部分主体资格意味着一些法律关系中是主体，而其他法律关系中又沦为客体；可以结婚、劳动、从事特许行业的自然人的主体资格大于相反者；经营范围广的法人的主体资格大于相反者。

第四，认为立法已肯定部分权利能力的观点有欠妥当。我国学者提出，民法总则已将胎儿、死者、设立中的法人和清算中的法人规定为部分权利能力人，立法上形成了完全权利能力与部分权利能力的复式结构，但逐一分析，并非如此。一是胎儿。民法总则第16条规定：“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。”这是立法唯一一处针对非法定民事主体使用权利能力的条款，旨在保护胎儿利益。但是，此条款与部分权利能力并不相干。一方面，其坚持了抽象主体资格意义上的权利能力，也即与民法总则第13条自然人从出生起具有权利能力保持一致，所以使用了“视为”的法律拟制技术（视为具有权利能力等同于视为已出生），且附解除条件，当胎儿娩出为死体时，权利能力溯及既往不存在。而依部分权

〔46〕 胡玉鸿：《人的尊严的法律属性辨析》，《中国社会科学》2016年第5期，第115页。

利能力论,胎儿的部分权利能力在特定法律关系中是客观实在的,不存在拟制和解除之说。另一方面,尽管将胎儿利益限于遗产继承、接受赠与等方面,但这并非对权利能力在主体资格意义上的切割,而是对胎儿利益范围的切割。立法者考虑这些利益保护仍以确定胎儿主体性为前提,这样便于胎儿不待出生即可以自己的名义维护利益、提起诉讼,有必要赋予其拟制的主体资格。^[47]所以,此条款应理解为赋予胎儿拟制主体资格后,限定其利益范围在遗产继承、接受赠与等方面。二是死者。民法总则第185条规定:“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的,应当承担民事责任。”此款非但没有使用权利能力,没有使用姓名权、肖像权等承认死者权利的表述,而且将法益归属限定为社会公共利益而非死者利益。^[48]死者的主体资格、具体权利都未明确,何谈肯定死者的部分权利能力?三是设立中的法人。民法总则第75条第1款仅规定了设立人的责任规则,根本没有提到设立中法人的权利能力。四是清算中的法人。我国立法对清算中与清算前的法人采作为通说的“同一法人说”,^[49]前后都具有权利能力,民法总则第72条第3款特别强调法人终止(丧失权利能力)一般以清算结束并完成注销登记为必要,所以民法总则第72条第1款并非部分权利能力之规定,只是限制其具体权利范围而已。

其实,部分权利能力论完全可以在传统抽象权利能力框架下解决胎儿、死者、设立中法人等存在体的保护问题,只是由于其在权利能力是否考虑理性上认识有误,丧失了与既定法秩序合作的可能。笔者认为,部分权利能力论可以通过分解为二重命题得到修正。首要命题是赋予胎儿、死者等存在体以权利能力(抽象主体资格),既然权利能力并不考虑理性,那么只要对这些存在体的保护有正当性,就可以通过法律拟制技术赋予其权利能力,根本不需要考虑人格要素是否完整以及将权利能力切割为完全与部分。第二命题是对具有权利能力的存在体按照其特性划定权利范围的大小。这样,部分权利能力可以解读为具有拟制权利能力(抽象主体资格)的存在体在与其相适的特定范围(法律关系)中享有权利或承担义务。实际上,民法总则第16条在胎儿利益保护上就是采取这种路径,先拟制赋予胎儿权利能力(抽象主体资格),再划定其权利范围。所以,今后部分权利能力理论的努力方向应该是特殊存在体取得拟制权利能力的正当性、方法论以及如何划定相适的权利范围。

(四) 作为有且只有主体属性的权利能力

在实定法规范层面上,权利能力的概念与具体权利范围无涉,也不存在可以具体化或可予切割的主体资格,所以在概念上与民事主体、主体资格、权利主体、法律关系主体等可替代使用。权利能力概念表意唯一,全部价值都是聚焦于主体性而言的,别无其他,此即权利能力有且只有主体属性。由于人的主体性已获法律确认,权利能力的主体属性就往往被淡忘,然而它在规范层面上明确了私法的调整范围和运行规则,是私法规范得以适用的基础。表面上看,民法规则是通过具体的法律事实(行为、事件等)发挥作用,但实质上必须配合确定谁有主体资格的权利能力才能运转,只是人的主体性被总则编普遍确定而作用不易显现罢了。

[47] 参见前引[3],李适时主编书,第51页。

[48] 参见张新宝:《中华人民共和国民法总则释义》,中国人民大学出版社2017年版,第403页。

[49] 参见王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2010年版,第82页。

作为有且只有主体属性的权利能力，具有以下特征：一是平等性，自然人、法人都一律作为法律关系的主体而非客体。二是抽象性和技术性，权利能力从技术上将生物人的各种属性（包括理性）剥离，成为仅有主体资格意义的空壳和标签，这使得自然人、法人都成为法律创造的人法主体。^[50]三是不可处分性，既不能主动转让或抛弃，也不得被剥夺或限制，否则意味着沦为法律关系客体。同时，权利能力概念具有以下功能：一是在理论研究中，解决了谁以及依据什么成为主体的问题。二是在法典化中，明确了民事主体范围，成为赋予自然人、法人主体地位的上位概念，并实现了两者在人法（主体法）框架下的统一。三是作为理论研究和法典上的共同意义，其成为民法体系中法律关系（权利义务关系）、法律行为的载体，具有最为根本的“支配性”地位。

三、团体取得权利能力的理论障碍及其清除

单从逻辑论证角度讲，在明确权利能力在概念上等同于民事主体之后，基于非法人组织是法定的民事主体（民法总则第2条），即可得出非法人组织具有权利能力的结论。然而，仍有理论障碍有待清除，即团体取得权利能力是否以独立财产责任为必要。国内少数学者对此持肯定态度，认为团体只有独立承担财产责任才能取得权利能力成为主体，否则只具有“形式上的民事主体资格”，^[51]可简称为独立财产责任论。但是，理论界亦有很多学者主张团体取得权利能力与独立财产责任无关，可以将主要观点概括为以下几点：一是从历史角度论证，提出团体人格的承认远早于独立责任，独立责任只是后期发展形成的。二是对独立责任本身作语义分析，认为独立责任是指以自己的名义和财产承担责任，自然人、法人、非法人组织一般情况都能做到，只是财产不足时才发生他人是否需要补足的问题。以独立责任为必要条件不可操作，设立法人时无法根据能不能承担独立责任决定是否予以登记，事后也不能因为无法承担独立责任就对法人施以撤销登记的处罚。三是立足团体多样性，认为并不是所有团体都以财产交易为目的，还存在众多承担社会功能的非营利性法人，将团体局限于经济上的财产责任有失偏颇。四是从团体本质切入，将团体权利能力归于团体意志，认为团体的本质是意志不是财产，团体有独立意志才能与他人形成法律关系，所以团体资格就是意志资格。^[52]

笔者赞同上述观点。不过，民法总则的规定使这一问题再生疑窦，因为该法确实只将权利能力赋予了法人而未赋予非法人组织，而法人与非法人组织的主要界分就在于财产责任是否独立。笔者认为，为清除独立财产责任这一影响团体取得权利能力的理论障碍，有必要进一步从以下三个方面加以论证。

（一）非以独立财产责任为中心的法人本质学说

法人本质引发的争论是整个19世纪德国民法学界投入精力最多且至今没有定论的问

[50] 参见[奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第109页以下。

[51] 参见尹田：《论非法人团体的法律地位》，《现代法学》2003年第5期，第15页以下。

[52] 参见虞政平：《法人独立责任质疑》，《中国法学》2001年第1期；柳经纬：《民法典编纂中的法人制度重构——以法人责任为核心》，《法学》2015年第5期；薛军：《法人人格权的基本理论问题探析》，《法律科学》2004年第1期；李锡鹤：《论法人的本质》，《法学》1997年第2期。

题,由此产生了三种相互对立的学说。从中析理不难得出这样的结论,即团体能否取得权利能力的主导性思考是意思能力,而非财产能力。这源于理论上权利能力起初只依理性(意思能力)处理自然人主体资格的惯性思维作用。

首先,是由萨维尼最早提出的“法人拟制说”。萨维尼在法人问题上深受康德伦理人格主义哲学影响,沿着蒂堡在“自然权利能力”中贯彻的“自然人—理性—权利能力”的逻辑,萨维尼提出了“个体生物人=权利能力=法律上的人”的著名公式,^[53]认为“权利能力是与个体的人的概念相叠合的”,^[54]叠合处共同指向的即是人的理性,所以权利能力主要与意思能力相关。相对而言,法人尽管具有独立享有财产权利、承担财产义务的财产能力,却仍被认为是纯粹出于法律目的创造的拟制主体。^[55]所谓“拟制”,作为一种立法技术,是指“立法者对明知缺少同一性的不同构成要件而使之具有同等的法律价值”。^[56]此处法人缺少的正是自然人的意思能力。也正因为此,法人取得权利能力的条件是欠缺的,只能成为拟制主体,其财产能力不具充分性。

其次,是“法人否认说”。又分为三种不同观点,它们否定法人的存在也是建立在否定法人意思能力的基础之上的。一是“目的财产说”,代表人物是布林兹(Brinz),认为法人本身没有意思,特别是机构法人和财团法人更是没有法人成员可言,人们将财产投入法人之中,是为了实现特定目的,所以法人的本质不过是为实现特定目的而存在的财产。^[57]二是“受益人主体说”,代表人物是耶林,认为意思行为是个人的意思,集合体没有意思,因而集合体不能成为法权的主体。因此财产权利义务之归属,只能是享有法人财产利益的多数个人。^[58]三是“管理人主体说”,代表人物是赫尔德(Hölder),认为法人的财产并非法人所有,而是归属于管理财产的自然人。^[59]这三种学说的共性在于,通过否定法人的意思能力进而否定其财产能力,将法人财产或归结于目的,或归结于自然人(受益人、管理人),从而彻底否定法人的权利能力。因此,“否定说”比“拟制说”走得更远,虽然都否定法人的意思能力,但是“拟制说”毕竟承认了法人的财产能力。

最后,是“法人实在说”。再分为两种具体学说,也都是基于承认团体意思能力进而主张法人是客观存在而非虚拟的实体。一是“有机体说”,代表人物是基尔克,认为团体是有生命力的社会有机体,具有区别于个人意思总和的团体意思,团体成员为其作出的决定如同自然人通过器官来行为一样,所以其与自然人一样,也应成为实在的权利义务关系主体。^[60]

[53] See Friedrich Karl von Savigny, *Jural Relations: Or, The Roman Law of Persons As Subjects of Jural Relations: Being a Translation of the Second Book of Savigny's System of Modern Roman Law*, trans., William Henry Rattigan, London: Wildy & Sons, 1884, pp. 1-2.

[54] [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《萨维尼论法人的概念》,田士永译,载张谷等主编:《中德私法研究》总第9卷,北京大学出版社2013年版,第38页。

[55] 参见前引[53], von Savigny书,第176页以下。

[56] [德]汉斯-约哈希姆·慕斯拉克、沃夫冈·豪:《德国民法概论》,刘志阳译,中国人民大学出版社2016年版,第317页。

[57] Vgl. Alois von Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, Band 2, Andreas Deichert, Erlangen 1869, S. 990.

[58] Vgl. Rudolf von Jhering, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 3, Leipzig 1906, S. 356.

[59] 赫尔德认为人格与自然人为同一概念,并不承认法人人格。Vgl. Eduard Hölder, *Natürliche und juristische Personen*, Duncker/Humblot, Leipzig 1905, S. 234.

[60] Vgl. Otto von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, Berlin 1887, S. 608-609.

二是“组织体说”，代表人物是法国人米休德（Michoud），认为法人的实体基础不是其作为社会有机体，而是在于其有适于作为权利主体的独立组织结构用以表示和实现自己的意思。^[61]其中后者是当前民法理论和立法的主流观点。

综上所述，透过法人本质学说的讨论，意思能力才是团体能否取得权利能力成为实在主体的关键。相较而言，财产能力则明显处于从属地位，“法人否认说”甚至以意思能力的欠缺彻底否定团体的财产能力。可以得出这样的结论，团体的权利能力主要与其意思能力相关联，而非其财产能力，更勿论财产之独立性。法人财产权利和义务的独立性乃其外在特征，而非法人之构成条件。^[62]

（二）实定法上团体权利能力与独立财产责任的分离

我国法人立法与德国法一致，都采用了独立承担财产责任的狭义法人概念，这也是少数学者强调团体权利能力以独立财产责任为必要的重要立法例依据。然而，目前德国实定法已经出现了二者分离的现象。一方面，法人内部分裂，其固守的独立财产责任被突破，部分成员承担无限责任的股份两合公司也成为法人，进而有权利能力；另一方面，法律赋予特定的合伙以权利能力，意味着权利能力与独立财产责任切断了关联。

1. 法人内部分裂对法人概念的突破

尽管德国民法典对法人财产独立性没有明确规定，但《德国民法典草案理由书》第1卷的描述却成为理论和司法界定法人的重要依据，其指出：“现有财产归社团本身所有。成员并不分享这种财产，他们既不是共同所有人，也不是共同债权人，也不是共同债务人”。^[63]按照独立财产责任的要求，法人一般限于法典规定的有权利能力社团（非经济社团、经济社团）、有权利能力财团，以及特别法规定的股份公司（德国股份法第1条第1款）、有限责任公司（德国有限责任公司法第13条第1款）以及登记合作社（德国合作社法第2条）等。但是，德国立法对股份两合公司性质认定的变化打破了法人财产责任上的独立性。1861年普通德意志商法典将其规定为第三编合伙的特别形式，所以没有法人资格。1897年德国商法典开始将其规定为股份公司的特别形式，间接承认了其法人资格。到了1937年，由德国商法典第178条及相继条款规制的股份公司有了自己的法律，直至1965年完全从商法典中脱离出来制定股份法，^[64]股份两合公司最终被确定为法人。按照德国股份法第278条的规定，股份两合公司是一种具有独立法人资格的公司，有至少一个对公司债务承担无限责任的股东，其余股东以参与的股份为限承担责任，对公司债务不负个人责任。据此，不具独立财产责任的股份两合公司可以成为法人，因而具有权利能力。换个角度，法人限于以自身财产承担责任的界线也被突破，狭义的法人概念被打开了缺口。

2. 权利能力与非法人团体的链接

在法人与团体权利能力完全等同的传统德国法意义上，尽管德国商法典第124条规定普通合伙（OHG）和有限合伙（KG）这两类商事合伙得以自己的商号取得权利和承担义务、起诉

[61] 参见马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2016年版，第113页。

[62] 参见前引〔1〕，莱赛尔文，第35页；朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2016年版，第421页等。

[63] 参见《德国民法典草案理由书》第1卷，第88页。转引自〔德〕迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第109页。

[64] 参见范健：《德国商法的历史命运》，《南京大学法律评论》2002年第2期，第218页以下。

或者应诉、财产被强制执行,理论上也认为其“有权利能力”^[65]或“部分权利能力”^[66],但它们与成员人格分离不彻底(实为欠缺独立财产责任,笔者注),“不是法人”,^[67]所以立法上一直没有承认它们的权利能力。2000年6月27日,德国民法典新增第13条、第14条分别规定了消费者和经营者,其中第14条第2款规定:“有权利能力的合伙,是指具有取得权利和负担债务能力的合伙”。此处有权利能力的合伙包括了普通合伙、有限合伙、自由职业者合伙等,与自然人、法人一样也是权利主体。至此,立法正式且第一次明确了非法人团体的合伙可以取得权利能力,从而在实定法上清楚地表达了权利能力与独立财产责任无关的立场,固守传统观念的德国学者称之为“混乱的新立法”。^[68]

德国民法典第14条的突破也使得民事合伙在判例上取得了权利能力。2001年,德国联邦最高法院在一则判例中援引第14条作为论证理由,肯定了民事合伙的权利能力。判决认为:“第14条承认了合伙的权利能力,所以并非只有达到法人那样独立人格的组织才具有权利能力,因而承认民事合伙的权利能力并不存在与法人权利能力的冲突。”^[69]在此,联邦法院进一步确认了权利能力不以独立责任为必要,可以与非法人团体进行链接。必须说明的是,民事合伙不属于第14条规定的“有权利能力的合伙”,^[70]国内部分学者对此存在误解。^[71]

(三) 团体权利能力中的法律实证主义

国内外民法理论普遍认为团体能否取得权利能力实质上决定于“国家权力”“实在法”“合目的性”等,^[72]也即本文所称的“法律实证主义”。^[73]权利能力是不承载主体资格之外任何内容的抽象技术,这使得国家按照自己意志对团体分配权利能力在立法上变得便宜,权利能力成为国家规制社会经济生活中人的集合的工具。与自然人不同,在团体权利能力问题上,国家考量的重点在于如何对团体进行有效管理,而非团体的财产责任是否独立。

在历史发展中,主权者一般对团体人格采取消极甚至压制态度,这与团体能否独立承担财产责任毫无关联。在古罗马时期,针对不同团体是否具有主体资格,罗马法采取了截然不同的政策,家庭、社团、城邦等非商业性组织是完全主体,^[74]但是合伙却被看作是事

[65] 前引[1],莱赛尔文,第31页。

[66] 前引[63],施瓦布书,第112页以下。

[67] [德]哈里·韦斯特曼、哈尔姆·彼得·韦斯特曼:《德国民法基本概念》,张定军等译,中国人民大学出版社2013年版,第32页。

[68] [德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第80页。

[69] BGH, NJW 2001, 1056.

[70] 参见[德]格茨·怀克、克里斯蒂娜·温德比西勒:《德国公司法》,殷盛译,法律出版社2010年版,第28页以下。

[71] 存在误解的,参见前引[62],朱庆育书,第484页;《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社2010年版,第9页,脚注24。认识到有权利能力的合伙不包括民事合伙的,参见冉克平:《民法教程:民法总论·物权法》,广西师范大学出版社2016年版,第94页。

[72] 参见[美]约翰·齐普曼·格雷:《法律主体》,龙卫球译,《清华法学》2002年第1期,第247页;前引[23],拉伦茨书,第121页;前引[16],沈建峰文,第66页等。

[73] 法律实证主义并非完全确定的概念,其最引人注目的是“二战”结束后与自然法学派关于“恶法亦法”和“恶法非法”的论战(围绕法律与道德的关系)。事实上,其最早以及影响最大的理论应是边沁及后来奥斯丁提出的法律命令说,将法律定义为主权者的命令和国家意志。本文正是在这个意义上使用法律实证主义,强调国家行为对团体取得权利能力的绝对意义。关于法律实证主义的多重含义,参见周力:《法律实证主义的基本命题》,《华东政法大学学报》2008年第2期,第5页以下。

[74] See Henry Hansmann et al., *Law and the Rise of the Firm*, 119 H. L. R. 1363 (2006).

实上的契约。^[75] 其实,对财产责任不独立的合伙的态度也非一以贯之,至少包税人合伙(Societas Publicanorum)有主体资格,可以拥有自己的财产并以自己的名义交易,不过这种合伙最大的特征在于仅与政府进行交易或提供服务,并不与私人产生交易关系。^[76] 造成这种矛盾现象的决定因素在于,立法者在价值观念上认为商业活动低人一等,合伙不利于家庭的稳定和地位,同时也在政治上也担心陌生人的合伙会变成抱团对抗政府的团体,所以不承认其主体性。^[77] 继法国民法典基于极端个人主义否定团体人格之后,直至德国民法典制定之时,团体人格仍然受到压制。在当时政治不稳定的背景下,德国主权者对各种团体极不信任,视之为自己权力的潜在威胁,最为典型的莫过于“一战”后才被废除的德国民法典关于政治性社团不享有法人资格的规定。^[78]

在立法规定上,立法者以国家行为作为团体取得权利能力的直接根据,并将团体置于国家的监控之下。^[79] 德国民法典没有法人概念的一般性规定,而是径直规定各类团体依据国家行为而取得权利能力成为法人。关于社团,法典第21条规定非经济社团因登记于有管辖权的区法院的社团登记簿而取得权利能力,第22条规定经济社团因国家的邦州授予而取得权利能力。关于财团,第80条规定有权利能力财团的成立以捐助行为和财团所在邦州有管辖权的机构的认许为必要。此外,第54条还对未经登记或授权的社团进行规定,这些社团不论客观上是否独立承担财产责任,都是无权利能力的社团,没有主体资格,只能适用第705条及以下关于合伙契约的有关规定,其立法目的就是敦促社团进行登记以获得权利能力。^[80] 形成鲜明对比的是,对经过登记的普通合伙、有限合伙,尽管责任不独立,仍作为第14条规定的有权利能力的合伙。民事合伙未经登记在德国判例上也取得了(部分)权利能力,似与有权利能力的合伙无异,但实际上两者差别很大。民事合伙的权利能力绝对没有得到立法承认,所以是有限的、有条件的、不稳定的个案判断承认,法院必须对为什么将这个民事合伙作为有权利能力处理进行说理(必须要求其涉及外部合伙且有共同共有财产,此外还考虑不登记是否由于客观因素而非可责难等);而有权利能力的合伙因登记而确定地有权利能力,勿须个案判断。^[81] 这进一步说明了法律实证主义的意义。

回到我国立法,法律实证主义也是彰显无遗。民法通则将法人塑造为独立承担财产责任的团体,主要目的是服务于国有企业和集体企业改制,摆脱国家和集体对企业承担无限责任的重负,并通过自负盈亏对企业形成有效的激励机制。^[82] 同时,为了加强管理,核准登记(民法通则第41条)、登记(民法通则第50条)是取得法人资格的前提。为了满足市场投资形式多样化的需要,立法又逐步承认了法人外团体(个人独资企业法、合伙企业法

[75] See John A. Crook, *Law and Life of Rome*, Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1967, pp. 229 – 230.

[76] See E. Badian, *Publicans and Sinners: Private Enterprise in the Service of the Roman Republic*, Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1983, pp. 68 – 69.

[77] 参见前引[74], Hansmann等文,第1362页以下。

[78] 参见前引[1],莱赛尔文,第27页。

[79] 参见前引[63],施瓦布书,第103页。

[80] 参见[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社2012年版,第450页。

[81] 参见前引[70],怀克等书,第28页以下,第71页以下。

[82] 参见王汉斌:《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明》(1986年4月2日第六届全国人民代表大会第四次会议)。

等)。此次民法总则对法人类型的重新调整也是为了适应经济发展和团体管理的需要,特别是在特别法人中增加了农村集体经济组织法人、居民委员会法人、村民委员会法人等,其本身并不以独立财产责任为特征。^[83]这更加表明法人的独立财产责任完全是立法者塑造出来的结果,而非必要条件。也正因为此,民法总则第58条删除了民法通则第37条将独立责任作为法人设立条件的做法,并单列为民法总则第60条作为法人的结果。^[84]因此,独立财产责任既不是法人取得权利能力的条件,也不可能是法人外团体取得权利能力的障碍。

四、非法人组织具有权利能力之证成

“非法人组织”作为民法总则确立的民事主体,是一个基于法律规定而被特定化了的概念。民法总则主要从三个方面对其进行框定:一是特性上,不具有法人资格(第102条第1款),也即财产责任不独立(第104条);二是设立上,必须依法登记,须经批准的从其规定(第103条);三是类型上,限于个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等有名主体(第102条第2款)。据此,必须强调的是,立法上的非法人组织不同于学理上使用的“非法人团体”“非法人组织”,这些概念往往仅表示区别于自然人、法人的组织体,并无其他限定要求,^[85]也不同于我国其他法律中使用的“其他组织”。例如,2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第52条列举的“其他组织”中包括了社会团体的分支机构、代表机构,法人的分支机构,商业银行、政策性银行和非银行金融机构的分支机构,乡镇企业、街道企业等,但皆非民法总则之非法人组织。再如,食品安全法第55条、种子法第19条、禁毒法第3条第2款等使用的“其他组织”,也不是以民事主体中的法人为参照对象。民法总则中的非法人组织更不同于德国民法典第54条规定的“无权利能力社团”、日本民法典第35条规定的“非社团法人”“非财团法人”等,这些团体均未经登记设立程序。所以国内学者在民法总则颁布后仍主张非法人组织与之相当,^[86]则实属错误。

由于民法总则没有规定非法人组织的权利能力,民法理论对此亦采取了不同态度。有的明确表示“非法人组织具有民事权利能力”,^[87]有的则使用了“相应的民事权利能力”。^[88]笔者认为,立法应明确赋予非法人组织以权利能力,主要基于以下几点理由:

第一,从权利能力的概念上讲,其以主体性为唯一属性,表达的是抽象意义上享有权利和承担义务的主体资格,所以权利能力与民事主体概念同一。依据民法总则第一章的规定,非法人组织是法定民事主体,能够成为人身关系和财产关系的主体(第2条),享有人

[83] 参见全国人大常委会法工委民法室编写组编:《民法总则立法背景与观点全集》,法律出版社2017年版,第547页以下。

[84] 参见前引[3],李适时主编书,第165页。

[85] 参见前引[51],尹田文,第14页以下;梁上上:《中国的法人概念无需重构》,《现代法学》2016年第1期,第84页;李昊:《我国民法总则非法人团体的制度设计》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2015年第12期,第92页以下等。

[86] 参见王利明主编:《中华人民共和国民法总则详解》上册,中国法制出版社2017年版,第413页。

[87] 前引[3],李适时主编书,第326页。

[88] 前引[48],张新宝书,第203页。

身权利、财产权利以及其他合法权益（第3条），并在民事活动中确定各方权利和义务（第6条）。因此，概念上的同一性决定了非法人组织具有权利能力。

第二，国内学者反对非法人组织具有权利能力的主要依据是其财产责任不独立。据上文分析，权利能力理论向来以意思能力判断团体是否具有权利能力，而非财产能力。按照民法总则第102条、第105条、第106条等规定，非法人组织能够以自己的名义从事民事活动，有自己的章程确定意思形成规则，可以选择代表人执行自己的意思，所以应认定其具备意思能力。从实定法看，德国法上的股份两合公司、商事合伙、自由职业者合伙等财产不独立团体都被明确赋予了权利能力。非独德国法，采广义法人概念的国家或地区都承认财产不独立团体是法人，具有权利能力。例如，依据日本公司法第2条、第3条之规定，公司具有法人资格，其中包括无限公司和两合公司。我国台湾公司法第1条、第2条规定，公司是社团法人，其中也包括无限公司和两合公司。我国台湾2015年公布的有限合伙法第4条也明确有限合伙是社团法人。据此，民法总则中的非法人组织虽然缺乏独立财产责任，但并不妨碍其取得权利能力。

第三，权利能力的法律实证主义根源在于国家行为，非法人组织的民事主体资格正是以此为基础获得立法者承认的。民法总则第103条规定：“非法人组织应当依照法律的规定登记。设立非法人组织，法律、行政法规规定须经有关机关批准的，依照其规定。”登记和批准都属于国家行为，立法上的非法人组织必须经过国家行为并且严格按照法定的强制类型设立为个人独资企业、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构等。所以，未经国家行为认可的民事合伙以及其他非法定类型的组织体都不是非法人组织。权利能力的取得以国家行为为根据，本质上反映的是国家为管制目的承认团体主体性的交换对价，在这一点上，非法人组织与法人并无任何不同，都因之被赋予权利能力。

第四，从权利能力的立法技术上讲，虽然权利能力与民事主体为同一含义，但在技术逻辑上却是有先后顺序的。立法者是通过赋予权利能力而使得某种存在成为民事主体的。创设权利能力的德国法，正是通过权利能力的标签来承认和识别民事主体，有权利能力的社团、有权利能力的财团、有权利能力的合伙具有主体资格，无权利能力社团只能视为合伙契约。对此，有学者形象地指出，权利能力完全是实定法上的一条“命令”，有了这条“命令”才能成为法律主体。^{〔89〕}放大此种逻辑效应进行观察，可以认为权利能力是获得主体资格的前置条件。所以，民法总则承认非法人组织的民事主体地位，是以先承认其具有权利能力为前提的。然而尴尬的是，现行立法却出现了非法人组织有主体资格但没有权利能力的逻辑悖论，其权利能力则不得不依靠逻辑倒推的办法得出肯定性结论。

第五，明确非法人组织的权利能力，是民法平等原则的内在要求。平等原则作为一项公理性原则，其内容具有较强的延展性，但通说认为民事权利能力平等是其最基本的内容。所谓权利能力平等，又被称为“强式平等”，^{〔90〕}是指立法上一律被看作法律关系主体，能够成为权利义务关系的归属者。这种内在规定性带有根本意义，因为只有平等地成为主体，才可以引申出“平等”的其他层面的含义，包括从有无隶属性上解读出来的主体之间的

〔89〕 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49页。

〔90〕 前引〔49〕，王利明主编书，第28页。

相互平等关系以及从法律适用上解读出来的主体权益平等受法律保护等。我们不妨将这种层次分析与民法总则的规定对应起来。民法总则第4条规定的民事主体法律地位的平等实为权利能力平等；第2条调整对象中的平等主体实为主体之间的相互平等，界清了民法与其他部门法的不同，明确了其私法属性；第3条权益不受侵犯实为法律保护的平等。既然民法总则的这些平等条款完全适用于非法人组织，所以其也应该首先与自然人、法人一样平等具有权利能力，以明示三类民事主体在资格地位上并无差异。

第六，有利于构建完整的团体谱系，为未来立法和司法实践中规制未经登记的团体预留空间。民法总则清晰界定非法人组织并赋予其主体资格是立法上的重大创举，但是界分后却遗留下未登记但客观具备组织体属性的团体（典型的为某些民事合伙）问题亟待解决，特别是在目前民法总则将原来民法通则中的个人合伙、合伙型联营完全从主体法上摘除出来且合同法尚未添补合伙契约之际。明确非法人组织的权利能力，权利能力的标签作用就会显现：“有权利能力组织”包括现行法上的法人和非法人组织，具有主体资格；其他未经登记但具备组织体属性的团体则为“无权利能力组织”，此恰恰相当于德国法上的“无权利能力社团”。由此，团体的完整谱系得以构建，无权利能力组织的问题得以凸显。至于立法和司法判决中如何对待无权利能力组织，反映的是法政策上自由与管制的平衡，这才是民法总则颁布后大陆在主体法上“研究中最重要”的。^{〔91〕}

结 语

对民法总则未赋予非法人组织以权利能力的原因，尽管没有立法理由书可资参考，但综合各方面资料及前文分析来判断，其原因大致有两点。一是，从现有的座谈、调研、研讨等立法背景材料看，非法人组织财产责任不独立，组织与成员分离不彻底应为重要因素。^{〔92〕}二是，从民法总则赋予其主体地位却不赋予权利能力有违立法技术逻辑看，立法者对权利能力立法技术的认识和运用本领不足，未把握权利能力作为主体资格标签的功能。前文已系统回应了这两个方面问题，不再赘述。

表面上看，非法人组织有主体资格即可，无权利能力似无大碍，但实质上危害甚大。第一，腐蚀了以权利能力构建人法（民事主体）制度体系的根基，自然人、法人依权利能力取得主体资格，非法人组织的主体资格则来路不明。第二，造成非法人组织空有民事主体其名而无其实。民法总则第13条、第57条分别赋予自然人、法人权利能力之时，明确其依法享有权利、承担义务。但第102条既未赋予非法人组织权利能力，更未明确其是否可以享有权利、承担义务，而是用了非常含糊的“以自己的名义从事民事活动”。那么，非法人组织是否可以担当权利义务呢？其实民法总则是持肯定态度的，该法第五章规定，法人、非法人组织享有名称权、名誉权、荣誉权等权利（第110条第2款），该章相关条款还明确了民事主体享有物权、债权、知识产权等其他权利和利益，立法使用的“民事主体”当然包括非法人组织。在承担义务方面，该法第6条、第131条规定民事主体承担法定或约定义

〔91〕 王泽鉴：《民法总则的规范体系、解释适用与教学研究》，摘自其在2017年4月17日“北大民商法论坛”第一讲中的内容。

〔92〕 参见前引〔83〕，全国人大常委会法工委民法室编写组编书，第195页，第217页以下，第322页以下。

务，此处的“民事主体”当然也不排除非法人组织。第104条也按区分原则明确非法人组织先以自己财产承担债务，不足部分由出资人或设立人承担无限责任的规则。所以，立法者在享有权利、承担义务上已经抛弃了以组织与成员彻底分离为必要的观点，但由于未赋予非法人组织权利能力，又导致了其在享有权利、承担义务方面未得到概括性的承认。

承认非法人组织的权利能力，既是权利能力平等性的内在规定，也是民事主体立法体系化的必然要求，更是非法人组织平等参与民事活动并享有权利、承担义务的前提基础。《论语·子路第十三》有云：“名不正，则言不顺；言不顺，则事不成”。比之适用于非法人组织，如不为其权利能力正名，则其在民法总则上的主体资格就会不适当合理，缺少理论和法技术上的依据；如果其主体资格在立法上看似低自然人、法人一等，则其难成与其他民事主体平等交易、平等享有权利以及平等适用法律并受法律保护之事，民法总则第102条赋予其“依法以自己的名义从事民事活动”也变得有名无实。概言之，民法典编纂过程中，在民法总则上明确非法人组织的权利能力及其依法享有权利、承担义务，实属必要。

Abstract: As a newly created concept by the General Rules of the Civil Law, unincorporated organizations are endowed with civil subject status, but not with legal capacity as natural persons and legal persons have been, which violates the principle of equal status of all civil subjects and constitutes a defect in legislation. Legal capacity was originally applied to make all natural persons civil subjects and then to unite natural persons and legal persons as civil subjects in the German Civil Code. Therefore, legal capacity is technically granted to someone to entitle him/her to be civil subject, and subject status is its sole attribute. There are two mistakes relating to the application of legal capacity in the study of civil law in China, one is to equate legal capacity with the scope of rights enjoyed by a civil subject, and the other is to employ the concept of partial legal capacity to protect the fetus, the deceased and other non-statutory subjects. To preserve the abstract theory of legal capacity, the scope of rights should be treated as a separate study completely different from legal capacity, and the concept of partial legal capacity should be abandoned to keep legal capacity indivisible. The complete independence of an organization from its members, especially in the aspect of property, is not a prerequisite for granting it legal capacity, because the doctrine of the nature of legal person is not based on separate property liabilities. The German Civil Code has granted legal capacity to certain partnerships of no separate property liabilities, and legal positivism plays a crucial role in acquiring legal capacity through registration. Consequently, unincorporated organizations registered in legal types, despite having no separate property liability, should be granted legal capacity by the legislature as statutory civil subjects.

Key Words: unincorporated organization, legal capacity, subject attribute, separate property liabilities, legal positivism
