

主观权利概念之理论检讨

——以胎儿的民事行为能力问题为中心

陈帮锋*

内容提要：我国学者对民法典第16条规定的“胎儿视为具有民事行为能力”已有多
种解读，但仍有可改进之处。学者在分析这一问题时无法摆脱权利概念的影响，均不
自觉地遵循由权利能力到权利的形式逻辑，导致胎儿是否具有权利能力成为理论焦
点。然而，权利概念在这种利益主体未确定存在的场合欠缺解释力，依该理论解释胎
儿利益保护问题，反而会破坏其体系上的稳定性、逻辑上的周延性。不妨坦然接受权
利概念之不足，于其力有未逮之处，以属于客观法范畴的约束状态概念予以弥补，形
成主观权利与客观法、权利与约束状态两套概念体系并驾齐驱之势。在利益主体确定
存在的场合，以权利概念叙述之；而对于利益主体缺位的情形，则以约束状态概念指
称之。就约束状态而言，虽无利益主体但其利益已处于法律保护之下，利益主体出现
后始转为权利。在约束状态中，莫问是否有权利能力、是否为权利主体、是何种法律
关系。除了出生前利益保护问题之外，死者利益保护、法人成立前利益保护等问题都
有适用约束状态概念的余地。

关键词：胎儿 权利能力 约束状态 主观权利

民法典第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，其民事行为能力自始不存在。”因为民法典几乎不加改
动地将民法总则收入其中，因而学界在民法总则上的学术积累可以延续到对民法典总则编的研
究中来。对于民法典第16条的讨论，已有三篇新作，^{〔1〕}加上在民法总则颁行之
前关于胎儿法律地位的专论，^{〔2〕}表明十多年来这个问题备受关注。较高的关注度体现出问题的复杂性。在

* 厦门大学法学院助理教授。

〔1〕 参见王洪平：《论胎儿的民事行为能力及权利实现机制》，《法学论坛》2017年第4期；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；谭启平：《论民法典第16条的限缩解释——以胎儿不能成为征地补偿对象而展开》，《东方法学》2020年第4期。

〔2〕 参见李锡鹤：《胎儿不应有法律上利益——〈民法总则草案〉第16条质疑》，《东方法学》2017年第1期；朱晓峰：《民法典编纂视野下胎儿利益的民法规范——兼评五部民法典建议稿胎儿利益保护条款》，《法学评论》2016年第1期；杨代雄：《出生前生命体的民法保护——以“限制权利能力”为基点》，《东方法学》2013年第3期；刘召成：《部分权利能力制度的构建》，《法学研究》2012年第5期；杨巍：《论胎儿利益的民法保护》，《环球法律评论》2007年第4期；尹田：《论胎儿利益的民法保护》，《云南大学学报（法学版）》2002年第1期。

对第16条的理解上，这个问题极为关键，即“胎儿视为具有民事权利能力”是否意味着于母腹中的胎儿已有权利能力、已是民事主体？对于这个问题，笔者不揣浅陋，斗胆“标新立异”，提出自己的解答方案，以求教于方家。

一、胎儿权利能力的困境

民法典第16条使用“民事权利能力”这一概念，使权利能力与胎儿利益保护问题牢牢地捆绑在一起，反倒提供了一个集中反思权利能力理论之局限性的机会。经民法典第13条规定后，权利能力已属表示享有权利、承担义务之资格的法律概念。由于事关权利的享有，该概念本身应当具有规范品格，因而术语使用上常被称为“权利能力制度”。然而，由于人人都有权利能力，权利之争往往不体现在有无权利能力这个环节，权利能力概念的规范品格便反而不如其理论品格来得鲜明。所以，本文更多地在学理上使用权利能力概念，常称之为“权利能力理论”。本文认为，以权利能力理论来解释胎儿利益保护问题，势必陷入逻辑困境。

（一）“胎儿视为具有民事权利能力”的现有解读

民法典第16条规定“胎儿视为具有民事权利能力”，是否表示胎儿已是民事主体、已具有权利能力？在这个问题上，总体而言有以下四种学说。

第一种学说认为，这个表述意味着第16条赋予胎儿以一般的权利能力。^{〔3〕}出于叙述的简便，可将此学说称为一般权利能力说。

第二种学说认为，这个表述意味着民法典通过第16条以及其他几个条文“实际上已经确立了部分民事权利能力的概念”（尽管未设明文），即赋予胎儿以部分权利能力。这种权利能力是“指在完全民事权利能力与无民事权利能力之间存在的一个中间性的民事权利能力状态”，是“指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”。^{〔4〕}此系部分权利能力说。

第三种学说认为，第16条规定的“民事权利能力”仅是一种“预备性资格或能力”，而不是民法典第13条意义上的权利能力或主体资格。因为胎儿根本不具有利益或权利的归属资格，虽然第16条明确规定了胎儿的权利能力，但其能否取得权利或利益，仍要看娩出时是否为活体，因此起作用的实际上还是第13条。^{〔5〕}可将此学说称为预备性资格说或无权利能力说。

第四种学说可以称为权利能力拟制说。多数学者对第16条规定的“视为具有民事权利能力”，往往不再作进一步的阐释，不像前述三种观点的持论者那样，将之解释为赋予胎儿一般的权利能力、部分权利能力或预备性资格。例如，《中华人民共和国民法总则详解》一书认为，“胎儿视为具有民事权利能力”，“由于民事权利能力的范围十分广泛，因此，胎儿可以享

〔3〕 王洪平认为：“从立法模式上看，《民法总则》采取的是‘概括主义’，即一般性地赋予胎儿以民事权利能力。”前引〔1〕，王洪平文，第35页。

〔4〕 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51页以下；杨立新主编：《中华人民共和国民法总则要义与案例解读》，中国法制出版社2017年版，第17页，第92页。

〔5〕 参见前引〔1〕，李永军文，第101页。李锡鹤也认为，胎儿不应具有权利能力，不是利益的归属主体。参见前引〔2〕，李锡鹤文，第11页。

有的民事权利的范围也是十分广泛的”。〔6〕但是，权利能力拟制说只能算作一种对第16条的叙述方式，它仅指出“胎儿视为具有民事权利能力”是拟制性规定。

但是，前述四种学说都仍存破绽。首先，对于无权利能力说（或预备性资格说）而言，其最大的破绽在于难以解释预备性资格又是什么。我们应当以这种资格之外的事物来说明这种资格，“因为凡是用其他方式证明的东西，我们都要用它们的外在的原因去说明它”。〔7〕如果不能界定该预备性资格是什么，该资格只怕会悄然沦为权利能力的等值物，因为民法典第16条明确规定“继承遗产、接受赠与等胎儿利益”受到保护，在权利话语习惯的影响下，这些受保护的利益会被不自觉地定性为权利，而权利能力是享有权利的资格，该“预备性资格”便在功能上成为权利能力的等值物。倘若如此，预备性资格说尽管明示胎儿不适合作为权利主体，但仍无法逃离权利能力的窠臼。

其次，对于一般权利能力说而言，若对第16条作此解释，势必架空民法典第13条。第13条将一般权利能力的起点确定在出生这个时点上，如果第16条规定的是一般权利能力，实质上是将权利能力的起点提前到受胎这个时点上。〔8〕两个起点所形成的冲突在这个解释框架内难以克服。

再次，对于部分权利能力说而言，其主要理论障碍是如何回应“理论基础在认识上前后矛盾”，“将无法量化的、不确定的人格要素作为切割无法切割的权利能力的‘手术刀’”，〔9〕“模糊了权利能力与广义行为能力的区分”，“混淆了权利能力与具体权利的区别”，“曲解了形式平等与实质平等的关系”〔10〕等质疑，在此不赘。

最后，权利能力拟制说其实是回避了胎儿是否具有权利能力的追问，因为拟制是“以假为真”“以无为有”。当第16条将胎儿拟制为具有权利能力时，其意思是胎儿本无权利能力，但法律有条件地将之视为有权利能力。当面临“胎儿是否具有权利能力”这一追问时，“本无”“有条件地拟制”这两个关键词会让人倾向于得出“胎儿时有时无权利能力”的模棱两可的理解，因为本无却有，即胎儿在继承遗产、接受赠与等场合中实际上仍是凭借权利能力才取得权利的。所以，权利能力拟制说并未解决这一问题。

（二）以权利能力理论解释胎儿利益保护问题的弊端

前述四说都是依权利能力理论解释实证法规则。预备性资格说看似与权利能力无关，而且还明确指出第16条的“民事权利能力”并非第13条的“民事权利能力”，但“预备性资格”的提法是与权利的享有须以权利能力作为前提性条件的思路暗合的。〔11〕这种由“受法律保护”的法律规定上升到“享有权利”的理论判断，再由此上升到“具有权利能力”的推理过

〔6〕 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80页。类似表达参见李宇：《民法总则要义：规范释论与判解集注》，法律出版社2017年版，第87页；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35页；陈甦主编：《民法总则评注》上册，法律出版社2017年版，第104页；石宏主编：《中华人民共和国民法总则：条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2017年版，第35页；沈德咏主编：《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》上册，人民法院出版社2017年版，第208页；张荣顺主编：《中华人民共和国民法总则解读》，中国法制出版社2017年版，第48页。

〔7〕 [荷] 斯宾诺莎：《简论上帝、人及其心灵健康》，顾寿观译，商务印书馆2010年版，第18页。

〔8〕 参见前引〔1〕，李永军文，第100页。

〔9〕 张其鉴：《民法总则中非法人组织权利能力之证成》，《法学研究》2018年第2期，第105页。

〔10〕 郑晓剑：《权利能力相对性理论之质疑》，《法学家》2019年第6期，第63页以下。

〔11〕 因此，起码在功能上，预备性资格与权利能力并无差别。

程，就是“权利—权利能力”这套权利概念体系有意无意地在我们法律思维中的运用。但是，权利概念体系在胎儿利益保护问题上难以维持其解释力，权利能力制度在此场合难以适用。

以“胎儿享有权利能力”来解释胎儿能够参与继承、接受赠与等情形，意在突破“权利能力始于出生”的一般规则，确立胎儿“出生前即享有权利能力”的例外。此解释方案看似理所当然，实则破坏了权利能力理论在体系上的稳定性和在逻辑上的周延性。

1. 保护受胎前利益的正当性导致权利能力理论捉襟见肘

从比较法上看，受胎前的利益也受法律保护。例如，德国法、^[12]意大利法、^[13]葡萄牙法^[14]允许对未受胎的将出生者作有效的遗赠、赠与，而瑞士法在剥夺亲权（瑞士民法典第311条第3款）、剥夺支付不能者之继承权（瑞士民法典第480条第1款）以及指定后位继承人（瑞士民法典第545条第1款）等场合，都对尚未受胎的情形加以考虑。^[15]

将出生者（nascituro）可分为已受胎的将出生者（nascituro concepito）与未受胎的将出生者（nascituro non concepito）。^[16]已受胎的将出生者即胎儿，而未受胎的将出生者可简称为“未受胎者”。胎儿与未受胎者的利益可统称为出生前利益。出生前利益有一个重要特点，就是利益先于主人，利益已存在而主人未出现，并且主人的出现具有不确定性。胎儿能否“出”而“生”固然存有变数，而未受胎者能否成功受胎更是令人困扰。其出现虽具有不确定性，但其获得此等利益具有正当性，因而法律不能置之不理。可以说，法律对这些情形的考虑，意在确保此等利益“虚位以待”，直至未来人的出现。在这一点上，法律对受胎前利益与胎儿利益的立法意旨并无二致。但考虑到未受胎者与胎儿在性质上毕竟有所不同，保护两者之可得利益的制度设计便也有所不同。例如，在意大利法中，未受胎者只能参与遗嘱继承或接受遗赠、赠与，而胎儿还可以参与法定继承。对此，意大利学者卡西尼（Carlo Casini）给出的解释是，对于未受胎者的制度设计涉及立遗嘱者或赠与人的意思自治的扩张，而对于胎儿的制度设计，是为了保护胎儿的利益，胎儿属于法定继承人。^[17]笔者认为，从立遗嘱者、赠与人的角度来看，这样的法律规则当然是在保护他们的生活规划，但如果从受益人的角度来看，又何尝不是保护未受胎者的利益呢？德国民法典第2162条第2款采取的就是受益人的角度，即“受益人在继承开始时尚未被孕育成胎儿，或其人格由继承开始后发生的事件决定的，遗赠在继承开始后经过30年失去效力，但在此之前受益人已被孕育成胎儿或决定其身份的事件已发生的除外”。也许在卡西尼看来，未受胎者不像胎儿那样属于虽未出生但已是确定存在的胚胎，因而不是享有利益的实体，逻辑上不能作出“未受胎者利益”这种表述，从而变换角度，将之界

[12] 参见德国民法典第1913条、第2101条第1款、第2178条、第2162条第2款。中文译本见《德国民法典》，陈卫佐译注，法律出版社2006年版。另参见[德]迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第91页。

[13] 参见意大利民法典第462条第3款、第643条第1款、第715条第2、3款、第784条。中文译本见《意大利民法典》，费安玲等译，中国政法大学出版社2004年版。

[14] 参见葡萄牙民法典第952条第1款、第2033条第2款第a项。中文译本见《葡萄牙民法典》，唐晓晴等译，北京大学出版社2009年版。

[15] 参见[瑞士]贝蒂娜·许莉曼—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256页。

[16] Cfr. Carlo Casini, et al., *Norme in Materia di Procreazione Medicalmente Assistita Commentario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, p. 29.

[17] 同上。

定为赠与人的意思自治（而不是赠与人的利益）。

用权利能力理论来解释胎儿利益保护问题，我们便陷入了另一个理论困境——未受胎者的利益也受法律保护，能否因此判断未受胎者也有权利能力？若不能作此判断，那么未受胎者与胎儿同为未来人，两者之利益具有同质性，为何作不同解释，是否有违民法之体系强制，是否欠缺逻辑融贯？^[18] 尚未受胎，肯定不存在人格要素，当然也不应认为法律已经赋予其权利能力，这样一来，权利能力理论在保护受胎前利益问题上便不具有解释力。既然权利能力理论在受胎前无法使用，而在受胎后出生前的使用亦较牵强，何不干脆放弃，而仅守住具有“现世性”的主体？

2. 以权利能力解释胎儿利益保护问题会导致权利能力的不确定

以权利能力理论解释胎儿利益保护问题，并不能径直解释为胎儿具有权利能力，因为法律在规定胎儿“视为已出生”或者“享有权利能力”时，需要通过限制条件来限定其适用范围，如“以将来非死者为限”（瑞士民法典第31条第2款）。这是因为，胎儿娩出时是否为活体乃属未知，如果胎死腹中，谈论胎儿的权利能力就毫无意义，如果有侵害，则可由母亲来主张权利。^[19] 因此，在这种解释框架之下，只能认为胎儿附条件地具有权利能力。但是，所附条件应被理解为停止条件还是解除条件？解除条件说认为，胎儿自受胎时起便具有权利能力，但如果未能“出”而“生”，则否。停止条件说认为，胎儿在受胎时本无权利能力，但如果“出”而“生”，则其权利能力自受胎时起便已存在。因而采前说时，胎儿是人格体，对于其利益保护可适用法定代理，而采后说时，胎儿不是人格体，不能适用法定代理。

其实，停止条件说与解除条件说都是在借助附条件法律行为理论来对胎儿的法律地位进行理论解说，两者都立足于也受制于出生这个事实，其区别之处在于受胎期间能否主张利益保护，而不是胎儿有无权利能力。即便采停止条件说，胎儿也是有权利能力的，只不过其在出生后才能主张受胎期间的利益。这里的“停止条件”与法律行为所附停止条件不同，后者的成就使法律行为从条件成就时生效，而不是溯及法律行为成立时生效（民法典第158条第2句）。

出生事实的不确定，导致胎儿的权利能力也不确定。“故在胎儿阶段的法律关系是无法确定的，不是暂时性质。”^[20] 按照权利能力始于出生、终于死亡的规则，权利能力确定无疑、清晰可辨，然而在胎儿利益保护问题上却变动不居。若采解除条件说，胎儿未能“出”而“生”时，分得的遗产、得到的赔偿须悉数返还，前功尽弃。若采停止条件说，胎儿“出”而“生”时则旧事重提。可见，这种例外规则的确立增加了诸多烦扰。

其实，不管是在德国还是在中国，都有学者主张保护胎儿利益并不意味着赋予胎儿权利能力，应将胎儿利益保护与赋予胎儿权利能力看成两个问题。^[21] 甚至有德国学者直陈胎儿不享

[18] 关于民法的体系强制的理解，参见沈健州：《民法解释选择问题的分析框架：以或有期间概念为分析范例》，《中外法学》2019年第4期，第1080页。

[19] 参见前引[10]，郑晓剑文，第69页。

[20] 刘得宽：《民法总则》，台湾五南图书出版公司1997年版，第69页。

[21] 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784页；[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124页；前引[6]，沈德咏主编书，第207页。

有权利能力。^[22] 在侵权损害赔偿场合，不管侵权行为发生在受胎前还是受胎后，^[23] 德国主流观点都不作“胎儿视为已出生，因而具有权利能力”的解释，而是仅诉诸具有自然法意味的“生命法益”以模糊权利能力的前提性意义、忽视德国民法典第 823 条的“他人”应是民事主体之语义，以因果关系将受胎前后遭受的侵害都涵摄于该条所规定的构成要件之中。^[24]

二、逃离权利能力的理论尝试

（一）权利能力理论自身的局限性

权利能力理论难以适用于出生前利益保护这一场合，其原因在于该理论自身在构造上的局限性。理由如下：其一，权利能力只能在抽象层面上加以理解，因而只能确定地“有”或“无”。权利能力制度的创设在于确立人的主体性，因而权利能力的涵义只能维持在作为权利义务归属点的抽象主体资格上。^[25] 唯有维持其抽象性，才能有平等性，一旦作具体化理解，不管将权利能力分为一般权利能力与特殊权利能力、创设部分权利能力还是作原子化处理，都难有平等可言。然而，若无平等，便有违创设权利能力制度的初衷，与权利能力制度所宣示的理想背道而驰。但是，在胎儿利益保护这一场合，若适用权利能力制度，要么会出现“或多或少的权利能力”（部分权利能力），要么是权利能力“可能会有也可能会无”（而不是确定地“有”与“无”）。其二，权利能力只能由确定存在的实体来享有（不管是自然人还是法人，都是确定存在的实体）。就自然人而言，“民法只负责解决自然人从生到死这段旅程中所发生的各种人身关系和财产关系”，^[26] 这便是民法上的人的现世性。人的生前死后的利益保护问题难以适用权利能力制度。其三，权利能力仅与权利、法律关系理论相配套，权利能力只表示主体有享有权利的可能性，而无法适用于不存在主体间关系的场合。^[27] 康德及受其影响极深的萨维尼，都认为所有的法权关系都是人与人之间的关系。^[28] 耶利内克（Georg Jellinek）就明确地说：“所有权利都是权利主体之间的关系。孤立存在的权利承担者是无法想象

[22] 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 2014 年版，第 292 页；前引 [12]，施瓦布书，第 89 页。

[23] 德国的医院输血案就是母亲在医院输血时感染梅毒，一年后出生的原告也感染此病毒，遂请求侵权损害赔偿。参见王泽鉴：《对未出生者之保护》，载氏著《民法学说与判例研究》第 4 册，北京大学出版社 2009 年版，第 182 页。

[24] 王泽鉴说：“依吾人所信，侵害行为与损害在时间上不必同时发生，德国通说亦同此观点。”同上引王泽鉴文，第 191 页。梅迪库斯认为：“受害人在损害发生时是否已经出生或者孕育，从侵权法方面来说是毫无意义的。”前引 [21]，梅迪库斯书，第 786 页。施瓦布指出：“这同样也适用于孩子在损害行为发生时还没有被孕育成胎的情形（如妇女在接受治疗时受到辐射损害，此种损害成为其后来怀孕生下残疾孩子的原因）。这个司法判例同样不等于认可尚未出生或根本还没有被孕育成胎的孩子具有‘有限权利能力’，而是对被生下来的孩子的身体完好无损权的保护。”前引 [12]，施瓦布书，第 92 页。

[25] 参见前引 [9]，张其鉴文，第 100 页。

[26] 前引 [10]，郑晓剑文，第 72 页。

[27] 我国学者借用法律地位（legal position）来指代法律关系，因为法律关系的说法过分强调相互关系，导致法律关系总是成对出现。参见马驰：《普遍法律行为概念的法理学重构——以“权能”概念为基础》，《法制与社会发展》2019 年第 4 期，第 42 页。

[28] 康德认为：“权利的概念，只涉及一个人对另一个人的外在的和实践的关系。”萨维尼则认为：“所有的具体法律关系就是通过法规则而界定的人与人之间的联系。”[德] 康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆 1991 年版，第 39 页；[德] 萨维尼：《当代罗马法体系 I》，朱虎译，中国法制出版社 2010 年版，第 258 页。

的。”^[29]如果说尚且可以将所有权界定为所有权人通过物与其他一切人形成的关系，那么非得将为胎儿保留的遗产说成是人与人之间的关系，便过于考验人的想象力，因为在这个场合根本就不存在“双方”，何来“关系”？

其实，已经有学者指出，权利能力制度已难以满足现实社会的需要，这不仅体现在胎儿利益保护上，还体现在死者生前人格要素保护、组织体的法律地位上。^[30]甚至较早前我国台湾学者曾世雄便已提出“可以删除权利能力制度”，因为自然人不分种族、民族、籍贯、性别、宗教在法律上已是一律平等，权利能力制度对自然人而言已属多余；而对组织体而言，权利能力制度又平添了不少有待克服的问题。^[31]不过，笔者认为，尽管权利能力制度有诸多缺陷，但仍有其制度价值，不应轻言放弃。权利能力是法律实证主义的成果，是潘德克吞学派所构建的民法理论大厦中的重要一环，在技术层面上，权利能力制度意义重大。整个民法体系以法律关系为骨架，以法律关系的要素即主体、客体、内容以及导致其变动的原因（法律事实）为抓手，既涵摄了事实，又融通了法律，所有私法规则都与法律关系存在内生逻辑关联。^[32]而权利能力是成为法律关系主体的资格。法律关系的内容是权利与义务，权利能力又为主体享有权利提供了可能性。

对权利能力较为有力的理论批判实为对权利理论的批判。在权利能力、法律关系和权利这三个概念中，权利是重心。正如萨维尼所说，“法律关系的本质被界定为个人意志的独立支配的范围”；^[33]“每种权利都是为人的天生的自由而设。因此，人也就是权利的主体的最原初的概念应当与生物人概念重合，并且这两个概念的一致可以表示为：每个人都有权利能力”。^[34]所以说，批判权利便是批判权利能力。社会实证主义者对权利的批判最为猛烈。深受社会实证主义哲学影响的莱昂·狄骥（L. Duguit）指出，纯粹以个人主义观念为基础的法律（如《人权宣言》、法国民法典）已过渡为社会本位（socialiste）的法律，前者以权利为本，后者以遵守社会规则为本；前者是形而上学的，后者是实证的。^[35]“主观权利是一种空想”，^[36]“个人没有权利，国家也没有权利。但是无论何人在社会内部都有一种应该执行的职务。这就是迫使长幼老少、治者与被治者大家遵服之法律规则的基础”。^[37]凯尔森也认为，虽然个体可以通过意思表示来订立协议这种情形可被称为主观权利，但说到底这仍是一个客观法的问题。^[38]

尽管学者对权利概念有诸多质疑，但权利在法理论中的核心位置仍不为所动。这是因为，权利概念已经成为人们的思维习惯和语言习惯，“在试图介绍我们的私法时，如果不借用主观

[29] [德] 格奥格·耶利内克：《主观公法权利体系》，曾韬、赵天书译，中国政法大学出版社2012年版，第11页。

[30] 参见张善斌：《权利能力论》，中国社会科学出版社2016年版，第159页以下。

[31] 参见曾世雄：《民法总则之现在与未来》，中国政法大学出版社2001年版，第78页以下。

[32] 正如萨维尼所说，“私法是法律关系的总和，个人于其中生活，法律关系具有独特的个性”。Riccardo Orestano, *Diritti Soggettivi e Diritti Senza Soggetto: Linee di una Vicenda Concettuale*, in *Jus Rivista di Scienze Giuridiche*, 1960, p. 152.

[33] 前引[28]，萨维尼书，第260页。

[34] Federico Carlo di Savigny, *Sistema del Diritto Romano Attuale 2*, Traduzione da Vittorio Scialoja, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1888, p. 1 s.

[35] 参见[法]狄骥：《〈拿破仑法典〉以来私法的普通变迁》，徐砥平译述，上海社会科学院出版社2017年版，第6页以下。

[36] [法]狄骥：《宪法论（第一卷：法律规则和国家问题）》，钱克新译，商务印书馆1959年版，第161页。

[37] 前引[35]，狄骥书，第14页。

[38] 参见[法]雅克·盖斯旦、吉勒·古博：《法国民法总论》，陈鹏等译，法律出版社2004年版，第125页。

权利概念就很难令人理解我们的法。其结果是即使认为这是一个神话，我们也应当承认它具有异常的活力”。〔39〕因此，很难全部排除权利在法律体系中的作用。〔40〕其实，权利概念所要表达的是对个体的关切，因而它与古典自然法理论、个人主义哲学的兴起相伴相生，以至于在主观权利与客观法的关系上，出现了主观权利是客观法的来源的说法。〔41〕它对个体的关切，导致学者在理解它时只要抓住主体，便可任意发挥。例如，法国学者盖斯旦认为，主观权利是保留给权利人的领域；〔42〕意大利学者普列塞（Giovanni Pugliese）认为，主观权利观念，即以主体为视角来考虑法律问题；〔43〕德国学者耶利内克认为，主观权利的形式要素是意志权力，而实质要素是益或利益。〔44〕其实，权利所突显的是，是否发起获益交由主体来选择、获益方式由主体来选择，而且在此范围内法不禁止即自由。也正因为如此，权利有“日益沦为具有高度主观性、个人性的利益欲求的理论包装”之滥用危险。〔45〕但是，不论在哪个时代，“对人的关切”都不会过时，权利概念也就无法被放弃。

（二）一种新的理论尝试：约束状态说

权利、法律关系、权利能力这三个紧密关联的概念难以分割，但又无法周延地囊括所有应当受到法律保护的情形，因而需要通过其他途径来弥补主观权利概念之不足。笔者不像狄骥那样主张“没有主观权利，只有法律状态”，而是只想于权利能力制度（或者说主观权利概念）的未竟之处加以理论建构。

1. “约束状态”概念的理解

受法律保护的胎儿利益，其实是一种约束状态（*stato di vincolo*）。这是一种得到法律调整的状态，而不是自然状态或法外空间。在这种状态中，胎儿的遗产份额并不像无主物那样可任由他人先占取得。这种解释框架可被命名为“约束状态说”。在笔者的阅读范围内，“约束状态”概念最早由耶林提出，后为葡萄牙法学家安德拉德（M. Andrade）所使用，但安德拉德的“约束状态”与耶林的“约束状态”有本质的不同。其实，耶林提出“约束状态”概念，目的在于修正温特沙伊德所提出的“无主体权利”概念。

共同法时期的德国法学家接受了古罗马法学家佛罗伦丁（Florentinus）的观点，〔46〕认为未继承的遗产（*hereditas iacens*）是法律上的人，即将物拟制为人。温特沙伊德不同意这种理论构造，他将未继承的遗产解释为“无主体权利”。他认为，无主体权利并不与人直接联系，虽无主体，但有效用，它旨在服务于非主体的目的，或者说为将来的人保留一定的利益。该理论的要害在于扩大权利概念的适用范围。〔47〕在温特沙伊德看来，除了未继承的遗产外，还有

〔39〕 前引〔38〕，盖斯旦等书，第126页。

〔40〕 参见于浩：《客观法是什么？——读狄骥〈客观法〉》，《政法论坛》2017年第4期，第183页。

〔41〕 参见前引〔32〕，Orestano文，第160页。

〔42〕 参见前引〔38〕，盖斯旦等书，第143页。

〔43〕 Cfr. Giovanni Pugliese, “Res Corporales”, “Res Incorporales” e il Problema del Diritto Soggettivo, *Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV Anno del Suo Insegnamento III*, Napoli, Jovene, 1957, p. 224.

〔44〕 参见前引〔29〕，耶利内克书，第42页。

〔45〕 薛军：《权利的道德基础与现代权利理论的困境》，《法学研究》2009年第4期，第188页。

〔46〕 他认为，“遗产像自治市、团体、合伙一样，具有人（*persona*）的功能”（D. 46, 1, 22）。*The Digest of Justinian*, latin text edited by Theodor Mommsen, English translation edited by Alan Watson, Vol. 4, University of Pennsylvania Press, 1985, p. 690.

〔47〕 Cfr. Bernardo Windscheid, *Diritto delle Pandette*, traduzione da Carlo Fadda, Paolo Emilio Bensa, Vol. 1, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1902, p. 207 s.

为胎儿预留的遗产、罗马法中的复境权 (*Ius postliminii*), 都是无主体权利。在复境权这种情形, 一个被敌人俘虏的罗马市民已丧失了人格, 不再是法律主体, 但他的权利仍未消灭, 他的财产也不应由其继承人继承。^[48] 然而, “关于无主体权利的可行性问题搅动了19世纪的潘德克吞法学”。^[49] 仅有少数学者赞同这一理论, 因为这个概念与权利概念本身并不兼容。主体是权利概念的支撑点, 也是法律关系的根本连结点, 法律关系不能存在于无人之所。^[50]

耶林反对无主体权利概念, 他认为“无主体权利”这种表述在逻辑上是矛盾的。他作了一个较有说服力的理论修正, 即将权利视为“在法律上受保护的利益”, 由此去掉了权利概念中的意志因素, 并将权利区分为积极效果的权利与消极效果的权利。前者是权力关系 (*potestas*), 后者是约束状态 (*stato di vincolo*) 或者说法律限制 (*limitazione giuridica*)。在权力关系中, 必须有主体, 而在约束状态中, 主体的缺失并不影响这种消极效果。在这种“权利的消极面向单独存在的现象”中, 权利客体的存在是为了未来的权利主体。因此, 遗产可以是无主体的, 它以“等待中的遗产” (*patrimonio in aspettazione*) 这种状态持续一定时间, 等待着主体的出现。甚至在有些场合, 这种消极的约束状态会一直持续下去。在这些情形, 约束状态的法律目的并不在于等待未来的主体, 反而是拒绝将物归属于任何主体, 如公有物 (*res publicae*)、神圣物 (*res sacrae*)、神息物 (*res religiosae*) 以及古罗马的具有互助性质的基金会。在这些情形中, 法律并无意解决物与主体之间的归属问题, 而仅仅是通过确定物的性质而让财产的目的客观化。^[51]

安德拉德也认为, 为胎儿保留的遗产、未继承的遗产这种主体尚未出现的情形, 是一种约束状态 (*estados de vinculação*), 但他的约束状态概念不属于权利的范畴, 他在权利或法律关系框架之外解释这种受法律保护的情形。他认为, “这不是真正意义上的权利, 这纯粹是某些财产的约束状态。这种财产处于受保护的状态, 等到对该财产享有权利的人出现后, 该财产便成为权利的客体, 形成一定的法律关系。”^[52] 他指出, 无主体权利概念不合逻辑, 因为一切权利都必定有权利人, 一切义务亦必定有承担者, 但在这种情况下权利主体是缺失的, 因而无法形成法律关系。虽然该财产并未纳入任何法律关系, 但亦非自由, 它仍受到法律保护, 正等待一个可能出现的未来权利。^[53] 葡萄牙法学家平托也认为, “从纯逻辑角度看, 我们必须承认权力和义务概念确实意味着主体的存在。有法律关系就必须有权利主体和义务主体。既然在上述假设中没有发现主体, 那么, 不完整或主体未确定之法律关系的理论, 即财产约束状态论似乎较为可取。当然, 尽管约束状态受法律保护, 但仍未到达产生权利的程度。”^[54]

温特沙伊德的无主体权利、耶林的约束状态与安德拉德的约束状态的区别, 在于这种状态是否属于法律关系、是否构成权利。前两者认为尽管“无主体”但仍构成权利, 仍属于法律关系, 这一点可从温特沙伊德认为的“这种理论的要害在于扩大权利概念的适用范围”中得

[48] 前引 [47], Windscheid 书, 第 207 页。

[49] 前引 [32], Orestano 文, 第 149 页。

[50] 同上文, 第 155 页。

[51] 同上文, 第 156 页。

[52] [葡] 曼努埃尔·德·安德拉德:《法律关系总论》第 1 卷, 吴奇琦译, 法律出版社 2015 年版, 第 40 页。

[53] 参见 [葡] Carlos Alberto da Mota Pinto:《民法总论》, 澳门翻译公司等译, 澳门法律翻译办公室、澳门大学法学院 1999 年版, 第 102 页。

[54] 同上书, 第 103 页。

知；^[55]而后者则认为不属于法律关系，不构成权利，仅仅是一种有法律约束力的状态而已。从温特沙伊德所说的“所有权利都存在于人与人之间，而不是人与物之间”来看，^[56]“无主体权利”概念的确牵强。安德拉德的约束状态说的要害在于干脆放弃权利概念在这些场合的适用，其留下的空白地带以约束状态来填充。在安德拉德的概念体系中，法律约束是一个比法律关系还要抽象的概念，因为他将法律关系界定为“一项法律约束或联系”，^[57]而法律关系的内容被他区分为权利（包含本义的权利与形成权）、义务与屈从，其中，义务与本义的权利相对应，形成权与屈从相对应。在他看来，义务与屈从都是法律约束，前者可以分为特定人之间的法律约束（债务给付）与不特定人之间的法律约束（一般性不作为义务），而后者与前者不同的是，其约束的内容并不在于义务人必须做出某些行为。^[58]在他的概念体系中，法律关系是法律约束的下位概念，法律约束包含法律关系与约束状态。如果非得对他的“约束状态”概念下定义，那必定是“一种并未形成法律关系的法律约束”。他的“约束状态”概念也已经溢出了霍菲尔德概念矩阵的涵摄范围，^[59]因为由这些概念所指称的元法律关系仍然是人与人之间的法律关系。^[60]

2. 约束状态与权利的界分

本文所主张的约束状态采安德拉德意义上的“约束状态”。从约束状态的性质来看，这种法律约束、法律限制理当属于客观法范畴。“客观法”与“主观权利”相对应，本文将主观权利与客观法理解为两套概念体系或话语体系。主观权利与客观法这两种表述的出现，最初纯粹属于语言现象。德文中的“recht”、意大利文中的“diritto”、法文中的“droit”，都兼指“法”和“权利”，当使用这几个词时，便存在如何让对方明了自己之所指为“权利”还是“法”的问题。早期法国学者以大小写加以区分，“Droit”为法，“droit”为权利，^[61]后来也模仿德国学者那样通过加形容词以示区别，加“主观的”表示权利，加“客观的”表示法。^[62]意大利学者也作相同处理，“diritto soggettivo”指权利，直译便是“主观权利”，而“diritto oggettivo”指法，直译为“客观法”。欧陆学者之所以有此困扰，是因为理论背景发生变化导致已经被理解为“法”的拉丁文“*ius*”也开始被理解为“权利”。^[63]当这两种理解被固化为“主观权利”和“客观法”这两个概念之后，便同样面临如何理解这两个概念的问题（而不再仅仅是如何理解“*ius*”的问题）。多年以来，经过学者的阐发，主观权利与客观法都极具理论意味，俨然是两套不同维度的理论体系。自人文主义法学至潘德克吞法学，主观权利概念都被置于私法理论的核心位置。^[64]实证主义流派如狄骥、凯尔森则重视客观法的理论地位，例如狄

[55] 前引〔47〕，Windscheid书，第207页。

[56] 同上书，第173页。

[57] 参见前引〔52〕，安德拉德书，第21页。

[58] 同上书，第17页以下。

[59] 参见〔美〕霍菲尔德：《基本法律概念》，张书友编译，中国法制出版社2009年版，第28页。

[60] 参见王涌：《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94页。

[61] 参见前引〔38〕，盖斯旦等书，第126页，注1。

[62] 参见〔法〕莱昂·狄骥：《宪法学教程》，王文利等译，辽海出版社、春风文艺出版社1999年版，第3页。

[63] 参见方新军：《权利概念的历史》，《法学研究》2007年第4期，第70页。

[64] “在萨维尼那里，权利是法律关系的核心要素，法律关系是私法的中心概念，而在普赫塔那里，权利却悄悄地变成了‘私法的中心概念’。”朱虎：《萨维尼法律关系理论研究》，中国政法大学2008年博士学位论文，第116页以下。

骥将客观法构建为法的基础和来源。^[65]德国宪法学家则借用私法中的主观权利与客观法这对范畴构建出基本权利的双重面向,^[66]“引发了公法的哥白尼式转向”。^[67]可以说,主观权利与客观法并不像学者所说的仅是“从不同的视角来描写一枚奖章的两面”^[68]那么简单。正如舒国滢所指出,“两大法系的法律观、法律制度的差别实质上反映着法的应然与实然的矛盾,这种矛盾的具体形式就是客观法与主观法之间的统一与背离”。^[69]

本文不在法哲学意义上对主观权利与客观法作过多的阐发,仅取其基本涵义。可以说,客观法与主观权利都是规则体系,但客观法的着眼点是秩序、规制,而主观权利的着眼点是人的行为自由度。两者的区别可归纳为以下几点:其一,客观法是抽象的,而主观权利是具体的、现实的。两者的区分是基于这一认知,即“法律制定出来时它只是客观存在的法律,只有当主体根据自己的自由意志去主张这个法律的时候,这个法律才变成他的法律,也就是主观的法律,这就是他的权利”。^[70]所以说,客观法是规定了构成要件与法律后果的实证法规范,而权利是法律事实发生后,主体得以依据法律规则主张其应得利益的行为资格。其二,客观法采法定主义调整模式,而主观权利侧重意定主义调整模式。在私法中,意思自治原则让主体获得了广阔的自主空间,主体不仅可以确立主体间的规则(如合同),还可以决定是否启动规则的适用程序,即可以在义务人不履行义务时主动向其发难。因而,客观法的任意性规范常常被主体通过行使主观权利而架空。其三,客观法较具确定性,规则的行为模式、法律后果都是确定的,而主观权利较具框架性,仅在一定程度上是确定的。^[71]正因为主观权利是框架性的,才需要表示享有权利的资格的权利能力与之相配套;正因为主观权利是现实的、具体的,权利主体才仅局限于现世的、确定的人。

主观权利话语体系包含了权利、义务、权利能力、权利主体、义务主体、法律关系等概念在内,其中,权利是核心概念,而作为施动者的主体必然与权利产生归属关系,因而确定存在的权利主体是不可或缺的;而在客观法的话语体系中,权利义务、主体客体这一套法律关系思维不再适用,法律是怎样规定的、法律为何如此规定等问题成为思维的关键点。对于民法典第16条而言,我们仅需确认胎儿利益得到了保护,而保护胎儿是为了保护现世人(即胎儿出生后得以健康成长),而并无讨论胎儿有哪些权利、是否具有权利能力、是不是权利主体等问题的余地。如前文所示,安德拉德所说的“法律限制”、狄骥所说的“法律状态”“法律职务”、凯尔森所说的“客观规范”,都是具有客观法性质的概念。其实,耶林在构建其约束状态理论时,已经意识到这是客观法思维。在分析无主体并不影响约束状态的法律效果时,耶林说:“主体的确定性进一步解释为什么遗产在要素上并未被撕碎,而是被客观法将之作为一个整体加以维持,直至新的主体出现。”^[72]也许是他未能摆脱强大的主观权利思维的干扰,所

[65] 参见卢干东:《狄骥反动法律学说的初步批判》,《武汉大学人文科学学报》1957年第2期,第54页。

[66] 参见张翔:《基本权利的双重性质》,《法学研究》2005年第3期,第22页。

[67] 赵宏:《主观公权利的历史嬗变与当代价值》,《中外法学》2019年第3期,第666页。

[68] [德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第32页。

[69] 舒国滢:《“法”的界定:一个世界性的法学问题》,《政法论坛》1991年第6期,第11页。

[70] 方新军:《为权利的意志说正名——一个类型化的视角》,《法制与社会发展》2010年第6期,第4页。

[71] 萨维尼认为,权利的本质在于它提供给个人一个自由的空间。这个思考对后来的学说汇纂体系中主观权利这个核心概念具有决定性的意义。参见[德]格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德:《九百年来的德意志及欧洲法学家》,许兰译,法律出版社2005年版,第363页。

[72] 参见前引[32], Orestano文,第156页。

以仍将约束状态归在主观权利概念之下。

在自然法理论鼎盛时期，主观权利被视为客观法的来源，所有客观法规范都可以使用主观权利话语来解说。在主观权利理论备受质疑和挑战的今天，主观权利话语体系已经不能覆盖所有的客观法规范，在裸露之处只能以客观法话语来填补。因此，约束状态概念是对主观权利话语体系的有益补充。约束状态说的提出，是对权利理论范式产生悲观主义认识的结果，是坦承所有理论都有局限性、“人力时而有限”，是承认不应强行将权利理论范式贯彻到底而破坏其自身的严谨性，而应于其未竟之处打上补丁。

总体而言，民法话语体系分为主观权利话语体系与客观法话语体系，不再是主观权利话语体系一统天下，而是以权利概念为主，以约束状态概念为辅。当有确定存在的利益主体时，以权利概念来述说，当无确定存在的利益主体时，则以约束状态概念来指称，两种概念以利益主体是否确定存在为选用标准。适用约束状态时，莫问权利能力，莫谈法律关系。如此，权利能力理论在胎儿利益保护上的逻辑困境方得消解。

三、约束状态说何以可能

一项理论是否有生命力，一是看它是否经得起反驳，二是看它是否有实益。对于前者，笔者在最有可能受到反驳之处预先给予回应；对于后者，本文将分析约束状态的适用范围。

（一）约束状态说如何回应理论诘难

以约束状态来解释我国民法典第16条，排除权利能力理论的适用，最有可能遭到的理论诘难在于两个方面：一是，诸多宪法文本都规定胎儿是法律上的人，而本文却否定胎儿具有权利能力，似乎不合世界潮流；二是，民法典第16条明定“胎儿视为具有民事权利能力”，而本文却排除权利能力制度的适用，似乎突破文义过甚。对此，笔者尝试作如下解答。

1. 如何解释诸多国家的宪法文本都承认胎儿为法律上的人

已经有10个国家的宪法文本明确规定了胎儿的生命权，这些国家有智利、巴拉圭、爱尔兰、危地马拉、赞比亚、委内瑞拉、斯洛伐克、捷克、乌干达以及洪都拉斯。德国也通过宪法判例确认胎儿是宪法上的人，是生命权的主体。^[73]1969年在哥斯达黎加的圣约瑟召开的美洲人权会议上签署的《美洲人权公约》明确规定，“每个生物人都是法律上的人”（第1条），“每个人都有权利能力”（第3条），“每个人自受孕时起便有生命权”（第4条）。^[74]意大利2004年的《医学辅助生殖规范》第1条也明确将胚胎视为人。^[75]

本文认为，在宪法上确认胎儿的生命权，并不能当然得出胎儿享有权利能力的结论。首先，在宪法上确认胎儿的生命权，承认胎儿为法律上的人，是出于对国际责任的承担。近年来，胎儿生命权在国际层面上得到了广泛承认。这在联合国《儿童权利宣言》中得到体现，^[76]其序言有这样的表述：“儿童由于体力和智力仍未成熟，需要对儿童进行特别的保护和照顾，在这里包括出生前的保护。”1989年11月20日联合国《儿童权利公约》第1条中也有同样的

[73] 参见曲相霁：《胎儿的宪法地位——德国模式与美国模式》，《环球法律评论》2009年第6期，第66页。

[74] 参见前引〔16〕，Casini等书，第47页。

[75] 同上书，第28页。

[76] 同上书，第25页。

表述。各缔约国负有义务将此国际责任转化为国内法，于是就有了这些规定保护胎儿生命权的宪法性文件。意大利1991年5月27日第176号法律的出台就是为了贯彻联合国《儿童权利公约》，之后的2004年《医学辅助生殖规范》同样有此用意。^[77]

其次，宪法本文承认“胎儿为法律上的人”和“胎儿生命权”，应在价值宣示的意义上来理解。宪法具有很强的价值宣示功能。将宪法上的“胎儿为法律上的人”和“胎儿生命权”解释为价值宣示、将这些规定视为“宪德”，未尝不可。意大利生命伦理国家委员会就明确表示，“人们承担尊重和保护它的道德义务”。^[78]宪法上关于胎儿的规定，应当解读为“法律应当保护胎儿的利益”。

最后，宪法领域的人格与民法领域的权利能力应有区别。宪法上的基本权利有主观权利和客观价值两个面向，前者既保护公共利益，也保护特定相对人的特定利益，而后者仅保护公共利益。因此，如果国家违反了客观价值面向的基本权规则，公民不能就此提起诉讼。主观权利面向的基本权有防御权功能和社会权功能，而客观价值面向的基本权重在强调对整个法秩序的约束力，立法者、司法者应以之为圭臬。^[79]在宪法文本中承认胎儿为法律上的人，实际上是作出了这样的价值判断——在立法、司法过程中，应对胎儿与已出生者作同等保护。这个宪法规范体现的是客观价值，应当贯彻到整个法秩序当中。宪法文本承认胎儿为法律上的人，似乎可以说胎儿有宪法上的人格，但不能就此判断胎儿具有权利能力、享有民事权利，因为民法对这个客观价值的贯彻（即保护胎儿利益）不一定要通过赋予胎儿权利能力这个途径来实现。宪法上的人格与民法上的权利能力应当区分开来。^[80]1975年2月25日德国宪法法院的判决和1997年5月28日波兰宪法法院的判决，都宣布本国当时关于堕胎的法律部分违宪，但胎儿的权利能力问题被认为与该等判决的目的无关，因为权利能力概念仅在民法和商法中才有适用余地，而胎儿的生命权问题是宪法问题。^[81]意大利2004年的《医学辅助生殖规范》第1条将受孕体（*conceptito*）确立为主体（即“确保所有的有关主体，包括受孕体的权利”），与意大利民法典第1条（“法律承认胎儿取得的权利，但是以出生为限”）相左，但学者普遍认为，前者并不能改变后者，而后者也不能限制前者，因为两个规范在不同的层面上。后者涉及的是遗产关系和财产的流转，而前者是专门规制医学辅助生殖以及旨在规定最为普遍意义的（在宪法层面上）最具人身性的权利和事关公共利益的权利。^[82]

2. 如何回应本解释方案过于突破文义的诘难

民法典第16条的“胎儿视为具有民事权利能力”，是一个不规范的立法表达。在法条理论中，使用“视为”的法条要么是拟制性规定，要么是注意规定。^[83]“法学上的拟制是有意

[77] 参见前引〔16〕，Casini等书，第26页。

[78] 同上书，第34页。

[79] 参见赵宏：《主观权利与客观价值——基本权利在德国法中的两种面向》，《浙江社会科学》2011年第3期，第38页以下。

[80] Cfr. C. E. Traverso, *La Tutela della Persona Umana Prima della Nascita*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 31.

[81] 参见前引〔16〕，Casini等书，第48页。

[82] 同上书，第33页。

[83] 值得指出的是，按照学者的研究，在我国民事法律法规中，有些使用“视为”的法条其实是法律推定而不是法律拟制。参见张海燕：《“推定”和“视为”之语词解读——以我国现行民事法律法规为样本》，《法制与社会发展》2012年第3期，第104页以下。不过，民法典第16条不可能是法律推定，因为将胎儿推定为有民事权利能力人但允许举证推翻此推定，有违事理。

地将明知为不同者，等同视之。”^[84]作为一种不完全法条，拟制性规定其实是这样的法律规范，即明文将本法条中所规定的情形等同于其他法条中所规定的情形，以求适用该法条所规定的法律后果。“注意规定是在法律作出基本规定的前提下，提示人们注意，以免忽略的规定。”^[85]也就是说，注意规定是对已有规范的重申。第16条不可能是注意规定，因为胎儿明显不是第13条规定的“自然人”，不能适用第13条，自然不是重申。于是，有学者认为这是一个表述不太规范的拟制性规定，因为拟制性规定是将A构成要件（法律事实）等同于B构成要件（法律事实），得出A适用B的法律后果C。^[86]在法条的行文上，应当是将A事实视为B事实，而不是将A事实视为C后果。为了让第16条规定的构成要件（“胎儿”，即未出生）适用第13条的法律效果（“具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务”），应当是将未出生视为已出生，而不是“视为具有民事权利能力”。^[87]

既然“胎儿视为具有民事权利能力”在法条表述上存在可争议之处，规范的表达应该是“胎儿视为已出生”，^[88]那么在理解上知其意即可，不应严守其文义。突破此文义，并不会扭曲第16条的意旨，也不会减损其效用，因为我们对“视为具有民事权利能力”的理解肯定能够在“胎儿在特定场合中的利益受到保护”这个层面上达成共识。也就是说，无论采用哪一种解释，胎儿的利益都会得到保护。

（二）约束状态理论的适用范围

对民法典第16条采约束状态的解释之后，会产生一定程度的体系效应，但这并不会带来任何理论难题，反而有助于建立更为清晰的教义学体系。我们一直以来都牵强地以主观权利话语体系来解释那些不具有确定主体的受法律保护状态，这会让权利理论、权利能力制度以及法律关系理论不堪重负。引入约束状态理论，可以将这些情形从权利理论中完全剥离出来，权利与约束状态并驾齐驱，在属于约束状态的情形中，不再适用权利能力制度。两者的区分标准在于是否有确定的利益主体。这样一来，学界争论已久的几个问题可以在技术层面上得到解决。除了胎儿利益保护这个问题之外，死者的利益保护问题也可以放置在这个理论框架下进行分析。

保护死者利益的正当性毋庸置疑。然而，在技术层面上，囿于主观权利概念体系，学者在分析这个问题时往往难以绕开这个障碍，即民法典第13条明定民事权利能力终于死亡，死者既无权利能力，何来权利？正如学者所指出的，“保护死者自身的权利或利益的提法与民事权利能力理论和其他基本民事制度有着不可调和的逻辑矛盾”。^[89]早期的死者权利保护说、死者法益保护说、人格利益继承说、家庭利益说、人身权利延伸保护说，都未能解决好这个问题。^[90]近亲属权利保护说、法律拟制说、^[91]间接保护说尽管貌似避开了该矛盾，^[92]但仍在

[84] [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第142页。

[85] 刘风景：《“视为”的法理与创制》，《中外法学》2010年第2期，第210页。

[86] 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，中国政法大学出版社2001年版，第156页；前引[84]，拉伦茨书，第142页。

[87] 参见前引[6]，陈甦主编书，第108页（朱广新执笔）；占善刚、王译：《民事法律规范中“视为”的正确表达——兼论〈民法总则〉“视为”表达之初步检讨》，《河北法学》2018年第12期，第77页。

[88] 张其鉴也认为，“视为具有民事权利能力”等同于“视为已出生”。参见前引[9]，张其鉴文，第105页。

[89] 葛云松：《死者生前人格利益的民法保护》，《比较法研究》2002年第4期，第24页。

[90] 关于这些学说的评述，参见上引葛云松文，第23页以下；张善斌：《死者人格利益保护的理论基础和立法选择》，《江汉论坛》2016年第12期，第133页。

[91] 参见税兵：《身后损害的法律拟制——穿越生死线的民法机理》，《中国社会科学》2011年第6期，第100页以下。

[92] 参见前引[90]，张善斌文，第137页。

“权利—权利能力”概念体系中为死者利益寻找归属点。近亲属权利保护说和间接保护说都是在“敲山震虎”，由于侵害死者的人格利益时往往也会损害遗属的人格利益，因此通过保护遗属的人格利益便可收保护死者人格利益之功。而法律拟制说将死者利益细化为三种，凡是不能适用继承法理的利益，便运用法律拟制的法技术加以解释，将死者利益视为遗属利益，为死者利益找到归属点。其实，这三种学说都仍未臻周延。近亲属权利保护说和间接保护说虽极为巧妙地以保护生者之名行保护死者之实，但有时损害死者利益未必同时构成对生者的损害，因而难免会有所遗漏。所以学者指出，侵犯死者名誉时可由遗属提起侵权之诉，而在死者的姓名、肖像、隐私、遗体受到侵害时，只能在遗属的名誉权或人格尊严也因此受到侵害时，遗属才能主张侵权。^[93]而法律拟制说的问题在于过于仰仗法技术，导致过多的例外性规则。例如，该理论将名誉、作者身份带来的利益界定为延伸利益，采用法律拟制将死者视为生者来加以保护，将死者视为法律主体，此属权利能力制度的例外；由于死亡赔偿金的归属点只能是遗属，该理论同样通过法律拟制加以解释，将受害人死亡拟制为死者近亲属的固有利益受到侵害；而对侮辱尸体、尸体的器官移植这类情形，则类推适用死者名誉、隐私、肖像等人格利益的救济规则。^[94]论者明示，此等“最不坏”之方案设计仍缘于前述逻辑矛盾，即“权利保护模式固然直观清晰，可若直接赋予死者权利，必须移除民事权利能力制度这座大山——要么废除民事权利能力的概念，要么修改民事权利能力的内涵，从而赋予死者以民事权利能力，使其享有人格权”。^[95]其实，只要引入约束状态理论，坦承权利、权利能力在此领域并无用武之地，便能避开此逻辑困局。就此尚需说明的是，由死者的近亲属对侵犯死者名誉、肖像、隐私、遗体的行为人提起侵权之诉，是客观法为保护社会利益而作出的规定。赋予近亲属以诉权，是基于近亲属原则上是死者利益的最佳维护者这一判断。死者利益属于约束状态，有利益但无利益主体，遗属则是该利益的代管人。在代管过程中，若向第三人追索到利益，则应适用继承法理确定其归属。

平托认为，适用约束状态的还有“被抛弃的无记名证券（如无记名股票）、演出入场券、食堂餐券、在被继承人死亡至继承人接受遗产之期间内之遗产（葡萄牙民法典第2050条）以及设立财团之行为生效时至财团被承认时之财团财产”。^[96]笔者认为，应当区别对待这些情形。被抛弃的无记名证券、演出入场券、食堂餐券原本是权利，而不是有体物，此等权利被抛弃后，虽可类推适用无主物先占取得的规则，但就义务人应持续地做好履行义务的准备（如演出入场券已卖出，就算义务人知道入场券已被抛弃，也应继续保留位置）这一点而言，此等情形当属约束状态，有受保护的利益而无利益主体。但在我国法中，处于被继承人死亡到继承人接受遗产期间的遗产似乎并不适用约束状态，因为继承从被继承人死亡时开始（民法典第1121条），此时遗产已归继承人。至于民法典第1124条规定的“继承开始后，继承人放弃继承”，应解释为对财产权的放弃。被放弃的财产权并不沦为无人继承的遗产，而是由其他继承人分之。唯有如此，方能让财产在死者与生者之间无缝移转。至于设立中的法人的财产，适用约束状态应无障碍，因为法人的成立须履行必要的程序，登记后方能成为法人，在法人设立过程中不存在发起人或出资人之外的其他法律主体。于其中所涉及的行为效果与财产归属问

[93] 参见前引〔89〕，葛云松文，第32页。

[94] 参见前引〔91〕，税兵文，第102页以下。

[95] 同上文，第105页。

[96] 前引〔53〕，Pinto书，第102页。

题，法律为权宜计，加以分流，即以设立法人为目的的行为的法律后果归设立后的法人，而与此无关的行为的法律后果以及法人未能设立的法律后果归发起人。^[97]在法人得以设立的情况下，其设立前围绕设立行为而获得的财产在当时便属于无主体而受客观法保护的约束状态，等待法人这个权利主体的出现。

四、民法典第 16 条的解释

民法典第 16 条的解释论应当以该条的“胎儿视为具有民事权利能力”的意义为基础予以展开。如前文所示，对“胎儿视为具有民事权利能力”的理解，不应固守“民事权利能力”的文义，应当抛开主观权利话语体系来理解胎儿利益保护问题。胎儿不是权利主体，无权利能力。胎儿的利益先于利益主体而存在，属于受法律保护的限制状态。至于该条其他部分的理解，容分述之。

关于胎儿利益的保护范围，该条所规定的“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护”仅是例示规定。从比较法上看，这个“等”的内容应当有接受遗赠、请求侵权损害赔偿、请求赔偿因抚养人受害致死而导致的抚养费损失。至于请求生父的认领，日本、我国台湾地区的学者都认为应当支持这一请求，四宫和夫、我妻荣都认为，日本民法未认可这一请求，“是一个缺陷”。^[98]在比较法上，认领分为自愿认领和强制认领，前者是生父承认该非婚生子女为自己子女、自愿承担抚养义务的法律行为；后者是生父不予认领时，得诉请法院强制其认领子女的制度。我国民法典第 1071 条、第 1067 条直接规定了生父或生母对非婚生子女的抚养义务，并不存在认领请求权的适用余地。然而，胎儿是否有权在出生后向其生父请求胎儿孕育期间的抚养费，古罗马法学家有过这样的考量，但现代社会已无必要。况且，在司法实践中，法官往往会把“抚养费”理解成生活费，由于胎儿未出生无从产生生活费，因而法官也不会支持这项请求。^[99]

至于受孕前的利益保护，我国法并未加以规定，这无疑是一个法律漏洞。从相同情形相同对待的正义原则来看，已受孕未出生与已出生，在“事物本质”上有相同之处，而未受孕与已受孕未出生也有相同之处。既然为贯彻相同情形相同对待原则，已受孕未出生者的利益得到客观法的保护，那么未受孕者的利益也应得到保护。这种情形同样属于限制状态，类推适用关于胎儿利益保护的规定即可。

关于胎儿利益保护的具体实现，应理解为胎儿出生后才能请求，而在孕育期间先行搁置。既然胎儿利益属于限制状态，等胎儿出生后才转为权利，当然不能在胎儿出生前便对该利益享有请求权。这就完全抛开了解除条件说与停止条件说。其实，我国两岸学界都以解除条件说为

[97] 民法典第 75 条规定的有些含糊，但应以此为方向加以解释。关于此问题的相关阐述，参见徐胜强：《设立中的法人制度的功能及缺陷——兼评〈民法总则〉第 75 条》，《法学杂志》2017 年第 4 期，第 10 页以下。

[98] 参见 [日] 四宫和夫：《日本民法总则》，唐晖、钱孟珊译，台湾五南图书出版公司 1995 年版，第 47 页；[日] 我妻荣：《新订民法总则》，于敏译，中国法制出版社 2008 年版，第 46 页。

[99] 参见程兆云、牛梅田与章功省、阳光保险公司机动车交通事故责任纠纷案，河南省唐河县人民法院（2012）唐民一初字第 1872 号民事判决书；曹某某诉乔学才交通事故追索胎儿被抚养生活费纠纷案，江苏省沭阳县人民法院（2012）沭民初字第 2769 号民事判决书；范茂生等诉淮安电信分公司淮阴区电信局、淮安市淮阴区公路管理站人身损害赔偿纠纷案，《最高人民法院公报》2011 年第 11 期。

主流,其目的就是为了能使胎儿在出生前主张权利。我国学者在民法典第16条的行文设计上煞费苦心,先是从正面规定“胎儿视为具有民事权利能力”,再从反面规定“但是胎儿娩出时为死体的,其民事权利能力自始不存在”,以求彻底封死停止条件说的解释方案。而我国台湾地区的学者所持的理由是:允许法定代理人于受胎期间主张胎儿利益保护,较为周全,^[100]“待胎儿出生后始得行使,即未免有难收效果之虞(如赔偿义务人于斯时破产)”;^[101]“就事实观察,在正常情况下,活产情形比死产多”。^[102]不过,实务界似乎并不接受解除条件说。民法总则颁行之前,在我国司法实践中,胎儿原则上被视为母体的构成部分,胎儿出生后,其受胎期间所遭受的由第三人导致的人身伤害以及纯粹经济损失,仍然得到救济。^[103]在第三人导致纯粹经济损失这种案型中(即父亲遭他人侵害致死,于胎儿出生前加害人被追究侵权责任),“胎儿抚养费”(即民法通则第119条规定的“死者生前抚养的人必要的生活费”)这一项诉求得不到法院的支持,判决书的表述往往是“胎儿尚未出生,不具权利能力,待出生后,另行主张”。^[104]民法总则施行后,司法实践中仍然延续这种做法。^[105]而我国台湾地区1955年台上字第943号判决认为,原告黄瑞耀的母亲黄林敏对于黄瑞耀于出生前遭受的损害与加害人达成的和解无效,因为黄瑞耀于和解时尚属胎儿,将来是否死产尚未可知,黄林敏无从代理而予以和解。^[106]无独有偶,日本也有类似案例。在阪神电力铁道事件中,法院宣判胎儿X的母亲A代理X就X的损害赔偿请求权与电力铁道公司所达成的和解无效,重新认可X的损害赔偿请求。^[107]对此判决,四宫和夫表示赞同,因为解除条件说看似在保护胎儿利益,实则有可能给胎儿带来危害。^[108]其实,解除条件说允许适用代理制度和出生前主张权利,会导致问题的复杂化。法官担心一案变两案,即费用支付后胎儿未能“出”而“生”而发生不当得利返还的结果。尽管这种情形与胎儿出生后加害人破产导致无法求偿的情形都属于小概率事件,但是前者更值得防范。我国学者往往对原继承法第28条(即民法典第1155条)颇多微词,认为胎儿的遗产份额是“留而不给”。^[109]实际上,一旦遗产分配完毕,想再要回来就很难了。胎儿“生死未卜”,其他继承人不能分,胎儿也不能分,才合乎情理。而且在现代社会,胎儿

[100] 参见前引〔23〕,王泽鉴文,第191页。

[101] 郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第106页。

[102] 前引〔20〕,刘得宽书,第69页。

[103] 参见前引〔2〕,朱晓峰文,第185页。

[104] 参见前引〔99〕,程兆云等案;前引〔99〕,曹某某案;前引〔99〕,范茂生等案;王德钦诉杨德胜、泸州市汽车二队交通事故损害赔偿纠纷案,《最高人民法院公报》2006年第3期。江苏、广东高院也是这样来指导全省法院的审判工作。参见《江苏省高级人民法院2001年全省民事审判工作座谈会纪要》(苏高法〔2001〕319号)第七部分第5条;《广东省高级人民法院、广东省公安厅关于处理道路交通事故案件若干具体问题的通知》(粤高法发〔1996〕15号,已失效)第38条。

[105] 参见辽宁省凤城市人民法院(2018)辽0682刑103号刘某某交通肇事罪刑事附带民事判决书;裴阳艳与阜宁县人民医院医疗损害责任纠纷案,江苏省阜宁县人民法院(2017)苏0923民初6149号民事判决书;通化市人民法院与许国强、蒋朝秀医疗损害责任纠纷上诉案,吉林省通化市中级人民法院(2018)吉05民终450号民事判决书。《成都市中级人民法院关于机动车交通事故责任纠纷案件审理指南(试行)》(成中法发〔2017〕116号)第27条规定:“为胎儿预留被扶养人生活费仅限于交通事故发生时已经怀孕的情形。胎儿出生时为活体的予以支付,反之则不予支付。”

[106] 参见前引〔23〕,王泽鉴文,第191页。

[107] 参见前引〔98〕,四宫和夫书,第47页。

[108] 同上。

[109] 参见前引〔2〕,尹田文,第50页。

往往不会依靠那份遗产才能健康孕育。^[110] 所以，出生前不能主张权利是合理的。具体而言，在胎儿自身受到侵害时，只有出生后才能确定损害事实；在胎儿因抚养人受侵害而产生纯经济损失时，胎儿可于出生后主张；在继承、受遗赠、受赠与等场合，相关财产可先予保留，待胎儿出生后再行移转。

至于胎儿出生前利益的照料，应当类推适用民法典第 26 条第 1 款的规定，由父母来担当。在此场合，父母相当于胎儿的保佐人（从功能上看，我国法的监护人已然等同于外国法的亲权人、监护人以及保佐人），职责是保存或管理胎儿的财产利益，但在胎儿出生前，父母并无代理权、处分权，类似于德国民法典第 1912 条第 1 款的规定。

Abstract: Chinese scholars have given a number of different interpretations to the provision of “a fetus is deemed as having the capacity for enjoying civil-law rights” in Article 16 of the Civil Code, but there is still room for improvement in the interpretation to this provision. It seems that scholars are unable to rid themselves of the influence of the concept system of rights when analyzing this issue, and they all unconsciously follow the formal logic path from rights capacity to rights, which leads to the theoretical focus on the question of whether the fetus has rights capacity. However, the concept system of rights lacks explanatory power in the situation where the subject does not exist definitely. The far-fetched use of the concept to explain the protection of fetal interests will destroy the stability and logical continuity of the system. We may accept the deficiency of the concept system of rights, and make up for it with the concept of *estados de vinculação* (state of constraint), which belongs to the category of objective law, so as to create a situation in which the two concept systems, namely the system of subjective rights and objective law and the system of rights and *estados de vinculação*, go hand in hand. When the subject exists, it is described by the concept of right; when the subject is absent, it is defined by the concept of *estados de vinculação*. As far as *estados de vinculação* is concerned, although there is no subject, the interest is still under the protection of law. After the subject appears, it becomes a right. In the concept of *estados de vinculação*, no question is asked about whether one has the rights capacity, whether one is the subject of rights, or what kind of legal relationship one has. Besides the protection of the interests before birth, the concept of *estados de vinculação* can also be applied to the protection of the interests of the deceased and the interests before the establishment of the legal person.

Key Words: fetus, rights capacity, *estados de vinculação*, subjective rights

[110] 在罗马法中，裁判官允许孕妇“为胎儿的遗产占有”，预先享用该份财产，使得胎儿健康孕育。D. 37, 9, 5，摘录自盖尤斯：《行省告示评注》第 14 卷。胎儿的保佐人应当给孕妇提供食物，无论结婚时她是否带来足以维持其生活的嫁资均是如此，因为保佐人给孕妇提供的食物其实是给胎儿提供的。