

# 胎儿的准人格构成

刘召成

**摘 要** 随着现代社会关于人格价值观念的变化,对于胎儿的人格价值和尊严的承认成为社会的主流价值。因应此种诉求,民法采用多种方法对胎儿予以保护。但是局限于传统的以出生后的人为原型构建起来的民法体系,对于胎儿的保护在许多方面并不能与传统的民法制度相协调,产生了体系上的不兼容。由于胎儿已经具有了生命、身体、健康这些人格要素,成为一种不完满的人格存在,属于准人格。以此准人格状态为基础,胎儿在某些法律关系中具有了部分权利能力,而且具有了作为人格权客体的人格要素。通过对于胎儿的部分权利能力及人格要素的承认,胎儿的各项法律保护都可获得教义学基础,以实现与民法体系的兼容。虽然胎儿具有了部分权利能力,但是其欠缺理性的认识能力,并不具有行为能力,需要为其设定保护人,由保护人作为其法定代理人代其从事各项法律行为。

**关键词** 胎儿 准人格 部分权利能力 人格要素 保护人

作者刘召成,法学博士,首都师范大学政法学院讲师,中国人民大学民商事法律科学研究中心兼职研究人员。

传统民法以出生后的人作为自然人的原型,并未对胎儿投入多少关注。本文所指的胎儿是,处于人类的精子与卵子结合第14天起到出生这一阶段的人。<sup>①</sup>这种关注的缺乏不但表现为其法律主体能力的欠缺,还表现在关于人格权保护客体的人格利益的规定方面。

在法律主体能力上,各国大都不承认胎儿具有这一能力。我国《民法通则》第9条对于权利能力开始和终止的时间进行了规定: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。因而,学界主流观点认为,胎儿并不具有一般权利能力。<sup>②</sup>《德国民法典》第1条规定,权利能力始于出生的完成。其《民法典立法理由书》更进一步规定,只有在出生时活着的人才能具有权利能力。<sup>③</sup>美国法中并不存在与权利能力相对应的概念,与这一概念最相近的是法律人格(legal personality),它被界定为:法律上的人被认为是特定权利和义务的主体。<sup>④</sup>具有法律

① 根据医学知识,从受精第14天起,受精卵在子宫内着床,丧失了发育为多人的可能性,确定了未来胎儿的基本特性。

② 参见王利明:《人格权法研究》,中国人民大学出版社2005年版,第338页;魏振瀛:《民法》,高等教育出版社2000年版,第52页。

③ Vgl. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin Guttentag, 1888, Bd. I, S.28.

④ See Smith, Keenan, Denis J., English Law, 4th edition, London, 1973, p.93.

人格的能力以活着出生为前提,<sup>⑤</sup>因而在美国法中胎儿也不具有一般的主体能力。法国法中并不存在关于权利能力开始时间的规定,据学者考证,法国法中具备法律主体资格的条件是,活着出生并具有生存能力。<sup>⑥</sup>

这种不承认胎儿法律主体能力的作法与关于胎儿的传统认识紧密相关。斯多葛哲学认为,胎儿是母亲的一部分,就像果实是树木的一部分一样,所以不承认胎儿具有独立的价值。由于罗马法学家坚信斯多葛哲学,因此在罗马法中胎儿被作为母体器官的一部分,并不被作为人和具有人格来看待。<sup>⑦</sup>由于罗马法是现代私法的法源,大多数国家的立法者继承了罗马法的这一态度,并不将胎儿作为人看待。除此之外,在医学中,长久以来胎儿也被作为母体的一部分看待。最早从19世纪中期开始,认为胎儿具有独立的存在,并从受孕之时起就具有生命,只是最初在空间上与母亲联系在一起并在发展到一定阶段之前依赖于母体的观点,才逐渐获得承认。<sup>⑧</sup>

在这样的背景下,胎儿的人格利益也同样没有得到承认。其原因在于:一方面,传统认识将胎儿视作母体的部分,并不具有独立的人格存在,自然也不具有人格要素或人格利益。另一方面,由于法律主体能力是人格利益承认的前提,只有具备法律主体的能力,与其有关的资源和利益才能成为私法上的权利并得到法律的保护。胎儿不具有权利能力,那么其具有的人类初始阶段的生命、身体等只能作为自然法意义上的利益,而不能成为法律上的人格利益。

但是,随着科技和医学的发展,人们对于人的生命和价值的认识发生了深刻的变化,关于人的认识被提前到精子和卵子结合之时。从此时起,人就具有了发展成为全面的人的潜在能力,具有了人的初期形态。正是这种关于人的存在和价值的认识变化,促使了当代法学对于胎儿的关注与保护。当今各国民法大都在某些法律关系中保护胎儿的利益。然而与此有关的教义学和体系化工作尚存有疑难,是必须面对和解决的。本文尝试对此提出一种体系化的解决方法,以求对于未来《民法总则》和《人格权法》的立法有所助益。

## 一、胎儿在现代民法中的地位逐渐凸显

### (一) 我国民法对于胎儿利益的多方面保护

我国立法关于胎儿特殊保护的相关规定表现在继承法中。《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。因此在遗产继承中,胎儿的继承份额是被预先保留的,在孩子活着出生时获得该遗产。对于这一规定,大多数学者认为,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,而给予特殊的保护。<sup>⑨</sup>但

<sup>⑤</sup> Vgl. Jürgen Thomas Mahr, Der Beginn der Rechtsfähigkeit und die zivilrechtliche Stellung ungeborenen Lebens, Peter Lang Verlag, Frankfurt 2007, S. 204.

<sup>⑥</sup> 参见注⑤,第224页。

<sup>⑦</sup> Vgl. Windscheid, Lehrbuch des pandektenrechts, Bd. I, 8. Auflage, 1900, S. 198.

<sup>⑧</sup> Vgl. Fritz Fabricius, Gedanken Zur höchstrichterlichen Rechtsprechung betreffend den Nasciturus, FamRz, 1963, S. 406.

<sup>⑨</sup> 参见马俊驹、余延满:《民法原论》(第2版),法律出版社2005年版,第78页。

是值得注意的是,这种规定和认识完全回避了胎儿的权利能力问题,在法律体系上存在一定的瑕疵。因为对于胎儿继承份额的保留事实上赋予了胎儿一种期待权,在其活着出生时该期待权转变为现实的权利。胎儿期待权的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在一定程度上也承认了胎儿的权利能力。

随着人格权法和生物技术的发展,胎儿人格利益的保护逐渐成为一种重要的社会诉求。我国学界逐渐重视对于胎儿人格利益的保护,承认了胎儿对于其受到的损害在出生后具有损害赔偿请求权。但是对于这种保护的解释存在不同的学说。有学者认为,胎儿具有准人格,并因此具有附延缓条件的权利能力。<sup>⑩</sup>有学者认为,胎儿并不具有权利能力,因而并不享有人格权,但是具有人格利益,对于出生前的损害,如果胎儿活着出生的,可以自己的名义提起损害赔偿,如果是死胎的,应当由母亲以侵害身体权或健康权为由提起诉讼。<sup>⑪</sup>

可见,在我国,对于胎儿的财产权和人格权进行个别保护已经得到学界与司法实践的承认,但是学理上对于这种保护仍然欠缺体系上具有说服力的解释。认为胎儿具有附延缓条件的权利能力的观点没有对此进行充分的论证,而不承认胎儿的法律地位却又认为应当对于胎儿进行特殊保护的观点,则存在逻辑与体系上的矛盾。因为由法律所提供的保护必须以该利益是法律上的利益为前提,而不承认胎儿的法律地位,其利益是无法上升为法律上利益的。

## (二) 德国立法和司法对于胎儿的保护

《德国民法典》没有关于胎儿权利能力的一般规定,按照其第1条关于权利能力始于出生的规定,胎儿是没有权利能力的。但是立法者认识到在特别情况下胎儿具有获得权利的必要,因而在个别条文中赋予已经受孕但是尚未出生的胎儿以权利,这些权利以其随后活着出生为前提。<sup>⑫</sup>主要是继承期待权、利第三人合同的主体能力、法定抚养人受害死亡时的抚养费请求权等财产权。

在司法实践中,德国联邦法院(BGH)关于胎儿保护的态度体现在关于出生前侵害案件的判决中。德国联邦法院最早在1952年开始承认胎儿的损害赔偿请求权。在该案中,一位已婚女士因病住院接受治疗,由于医院的过错输血感染了梅毒,随后她怀孕并生下一个出生时即感染了梅毒的孩子。这个孩子依据《德国民法典》第823条第1款向法院提出损害赔偿之诉。德国联邦法院回避了胎儿法律地位的判断,从出生后孩子损害的角度进行论证,认为“本案争议的焦点并不是胎儿或者尚未受孕的人的损害,而是带有梅毒出生的孩子的损害”,<sup>⑬</sup>从而对于孩子的请求权予以支持。

可见,德国法上,胎儿的权利能力无论是立法还是司法实践都没有直接的规定,立法对于胎儿的财产能力作了个别规定,使得胎儿在继承、利第三人合同以及抚养人死亡这三种情形具有获得财产的能力。但是对于这种能力的法律性质并没有规定,而是采用了拟制出生的办法。在关于胎儿遭受侵害的判决中,德国联邦法院对于胎儿的权利能力也持回避态度,通过将损害认定为出生后孩子的损害,具有损害赔偿请求权的是出生后的孩子的方法,回避了关于胎儿的权利能力的判断。但是

<sup>⑩</sup> 参见杨立新:《民法总论》,高等教育出版社2007年版,第72页。

<sup>⑪</sup> 参见注②王利明书,第339页。

<sup>⑫</sup> Vgl. Münchener Kommentar BGB, Band 1., 5. Auflage, Verlag C. H. Beck 2006, S. 121.

<sup>⑬</sup> JZ 1953, 308.

这种回避造成了侵权法内部的矛盾，受到学者的广泛批评。<sup>⑭</sup>

### （三）美国法对于胎儿的保护

对于活着出生的孩子在出生前遭受侵害的赔偿请求权，美国在 1946 年的 *Bonbrest v. Kotz* 案中首次对其予以承认。哥伦比亚地方法院认为，法律必须与科学的发展保持一致，医学自 1884 年以来发生了很大的进步，已经认识到胎儿具有独立于其母亲的身体上的存在。<sup>⑮</sup> 受到伤害的具有存活能力的胎儿是一个具有生命力的胎儿，也是一个能够在法庭上提起侵害之诉的人，不能够仅以其为母体的一部分而否定其赔偿之诉。<sup>⑯</sup> 本案首次肯定了普通法上的出生前侵害的损害赔偿请求权。

在随后的判例中，法院逐渐放弃了具有生命能力的标准。在 1960 年的 *Smith v. Brennan* 案中，法院认为，在不法行为发生时，胎儿是否已经具有生命能力并无区别。无论在受到伤害时是否具有生命力，胎儿在出生后都具有相同的损害，因此应当给予相同的救济机会。<sup>⑰</sup> 也就是说，需要考虑的是随后活着出生的胎儿的请求权，这种请求权与胎儿在受到侵害时的发育状态没有关系。只要胎儿随后活着出生，其针对出生前侵害的损害赔偿请求权都能够被支持，当然需要满足侵权法上的因果关系等要件。这一精神被美国《侵权法第二次重述》所确定，并为美国大多数法院所接受。该《重述》第 869 条（1）的评注认为：第（1）款所确立的规则不局限于受到侵害时已经具有生命能力的未出生的胎儿，也就是能够独立存在的生命。如果侵害行为以及损害的因果关系能够被合理的建立，对于发生在怀孕后任何阶段的侵害都可以予以救济。<sup>⑱</sup>

### （四）瑞士以及我国台湾地区关于胎儿的保护

《瑞士民法典》第 31 条第 2 款规定：“胎儿在活着出生的保留条件下具有权利能力。”通过这样的规定概括地赋予了胎儿一种权利能力。只要未来活着出生，胎儿就具有与出生的人相同的法律主体地位，能够作为人格权和财产权的主体获得法律的保护。该法典第 544 条第 1 款对于胎儿权利能力在继承领域的体现——继承能力作了规定：胎儿从受孕时起在活着出生的保留条件下具有继承能力。瑞士民法的这种立法模式并没有将胎儿的权利能力限定于一定范围，是一种概括的保护。

我国台湾地区《民法典》借鉴了这一规定，在其第 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。”这一规定对于胎儿也提供了法律保护，但将其限定于对于胎儿有利益的范围内。按照这一规定，一般认为，胎儿只能享有权利，不能承受义务。对于这种规定的法律性质及其是否承认了胎儿的权利能力，法律并不明确。学者一般认为这一规定赋予了胎儿权利能力，而且胎儿的这种权利能力为附条件解除的权利能力，如果死产的则使胎儿溯及地丧失权利能力。<sup>⑲</sup>

<sup>⑭</sup> Vgl. Schmidt Rudolf, Der Schutz der Leibesfrucht gegen unerlaubte Handlung, JZ 1952, 167.

<sup>⑮</sup> See *Bonbrest v. Kotz*, 65 F. Supp. 139 (1946).

<sup>⑯</sup> 参见注⑮，第 138 页。

<sup>⑰</sup> See *Smith v. Brennan*, 157 A. 2d 497, 504.

<sup>⑱</sup> See Restatement of the Law (Second), Torts 2d (1979), § 869, Comment on Subsection (1).

<sup>⑲</sup> 参见林诚二：《民法总则》（上册），法律出版社 2008 年版，第 126 页。

## 二、胎儿法律保护纳入民法体系的必要性

可见,我国和比较法上的立法和司法实践对于胎儿的保护已经成为普遍做法,但是对于这种保护的教义学解释尚显不足,我国和德国法上的解决方法都存在一定的体系障碍。这种障碍表现为:一方面对于胎儿的财产权和人格权进行保护,另一方面却不承认胎儿的权利能力和人格利益。民法是一个内在融洽的价值和制度体系,若要正当化对于胎儿的保护,必须采用能够与民法体系相融合的解决方法,否则就无法证明这种保护的正当性,或者至少显得具有随意性。因此,将胎儿纳入民法的体系是正当化胎儿保护的途径。体系纳入的关键在于胎儿的法律地位与其人格要素的判断,解决这两个问题是胎儿纳入民法体系的必要通道。我国正值《民法总则》和《人格权法》立法的关键时期,胎儿保护也是立法必须面对和解决的问题之一。寻求胎儿保护的体系化解决方法,构建逻辑和价值融洽的法律体系,也是《民法总则》和《人格权法》立法的必然要求。

### (一) 确定胎儿法律主体地位的必要性

局限于传统理论关于人的认识,以及以此为基础建立的法律体系,使得我国和比较法上关于胎儿的保护总显得与民法的既有制度格格不入。关于胎儿保护的特别做法若不能通过理论上的解释与民法的其他制度相衔接,进而融入民法体系,那么对于胎儿保护的制度构建就不能算大功告成。而要实现胎儿法律保护的体系化,首先需要解决的是胎儿的法律主体地位问题。由于民法的体系是按照法律关系建构起来的,胎儿要在法律关系中获得一席之地,必须在由法律主体、客体以及内容构成的体系中获得地位,尤其是法律主体地位。

美国作为判例法国家,没有严格的成文法体系,因而在胎儿的问题上可以采用一些特殊的规则予以处理,关于胎儿法律主体地位的判断并不迫切。而德国法由于受概念法学影响,民法典的概念和体系比较精致和严密,权利能力制度与民法的各项制度,尤其是与侵权法和人格权法具有紧密的体系联系。我国由于继受了德国法这种民法概念和体系,尤其是权利能力制度,因而立法关于胎儿保护的特别规定,以及司法实践发展出的关于胎儿出生前侵害的保护应当与民法典中的其他制度,尤其是关于人的一般权利能力制度相协调,形成民法典内部的体系 and 价值的连贯。也正是基于这种对于法典体系和价值融洽的追求,胎儿的法律地位主体问题,以及在此基础上的胎儿的人格利益问题,成为我国民法的重要研究课题,是未来《民法总则》立法和《人格权法》立法不可避免的问题。

### (二) 承认胎儿具有人格要素与人格权的必要性

毋庸置疑的是,我国和比较法上大多数国家已经承认胎儿具有了生命、身体和健康这些自然法意义上的人的存在形态,在司法实践中对于它们提供保护。但是这与在法律意义上承认胎儿的人格利益或人格要素,还存在一定的距离。法律与哲学等社会科学的紧密联系一直存在,法律的内在体系就是主流的哲学等社会科学价值的体现。因而哲学等社会科学关于人的价值判断通过法律的内在体系直接影响作为法律外在体系的各项法律制度。由于传统哲学和医学不承认胎儿的人格地位,传

统民法局限于这种认识，并不认为胎儿具有作为人格权客体的人格要素和人格利益。但是现代社会对于胎儿的人格和价值予以承认，而且这种诉求已经成为法律的一种内在价值。因而，对于这种价值通过法律的具体制度去予以实现也成为一种要求。其胎儿的自然法意义上的生命、身体和健康这些人格价值要获得法律的承认与保护，就必须通过承认其人格要素或人格利益的地位，使得这种保护具有合理的基础。

### （三）《民法总则》和《人格权法》立法的必然要求

我国《民法典》的立法进程进入了最后阶段，立法机关和学界正在推动《民法典》最后两部分《民法总则》和《人格权法》的立法进程。《民法典》作为 21 世纪的民法典，毋庸置疑要利用后发优势解决司法实践及理论界面临的新问题，胎儿的法律地位和人格保护是《民法总则》和《人格权法》所不可回避。《民法总则》和《人格权法》立法应当通过一定的逻辑体系构建胎儿的主体地位和人格权保护制度，将胎儿纳入民法体系，为其人格保护提供一种教义学的体系解决方案。这种体系化的方案是保证和检验我国《民法总则》和《人格权法》立法科学性的内在要求。而由于胎儿已经具备了部分人格要素，是一种准人格存在，具备了承认其法律地位和人格利益的正当基础。

## 三、胎儿具备部分人格要素，是一种准人格存在

### （一）胎儿具有生命、身体、健康等部分人格要素

早在一百年以前，现代医学的研究成果就推翻了胎儿作为母亲身体一部分的观点。<sup>②</sup> 胎儿并不能当作母亲器官的一部分，它更多地是一种人的生命的存在。事实上，生命的发展是一个持续的过程，胚胎的主体性形成于人类的卵子和精子的结合，在卵子和精子结合后很短时间内，父母双方 DNA 的单倍染色体就开始进行融合，构成完整的双倍染色体。这时孩子的所有特性就被确定下来了，性别、眼睛、皮肤和头发的颜色、潜在的身高等属性都不可改变地确定了。<sup>③</sup> 但是在受精卵尚未着床的早期，每一个细胞都有分裂并自主发展的能力，因此可能会产生双胞胎或多胞胎。这种分裂能力一直到胚胎在子宫内壁着床后才丧失，这个时间大概在受精后 14 天左右。也就是说在受精后还存在 14 天的时间，受精卵是发育成一个人还是两个或多个人，尚未确定。<sup>④</sup> 因此，在德国，人的状态是从受精卵着床时才被承认的。<sup>⑤</sup> 但是有学者指出，仅仅因为个体具有潜在地发展为多人的能力就否定其作为人的存在是不具有说服力的，这只是对于个体的微不足道而非本质的改变。<sup>⑥</sup> 虽然直到受精卵着床时发展为一人或多人才最终被确定，但是从受精之时起，人的自我发展的基因过程就被确定，所有决定人的未来个性的信息和遗传特质相互结合在一起，获得了发展成熟为人的潜

<sup>②</sup> Vgl. Bumm, Grundriß zum Studium der Geburtshilfe, 10. Auflage, Wiesbaden 1914, S.79.

<sup>③</sup> Vgl. Monika Lanz-Zumstein, Die Rechtsstellung des Unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts, Verlag V. Florenz, München 1990, S.278.

<sup>④</sup> Vgl. Schreiber-Popovic, Medizin Heute 1985, 18.

<sup>⑤</sup> Vgl. BVerfG 39, 37.

<sup>⑥</sup> Vgl. Paul Krauß, Medizinischer Fortschritt und ärztliche Ethik, C. H. Beck, München 1974, S.18.

能。受精卵从受精时起作为新形成的价值（人）而具有人的特性，<sup>⑤</sup>正是这种主体特性造就了胎儿人格特性和法律主体性。<sup>⑥</sup>我认为，这种观点具有合理的成分，从受精时起，新的人类价值就开始形成，人开始了其发育的过程。但是，由于人在此时还并未最终确定，人的发育还存在着多种可能，有可能发育为两人或多人，只有在受精后第14天受精卵着床之后，人的一切属性才最终确定下来。因此，胎儿的阶段还是应当从受精后第14天开始。但这并不说明从受精时起到受精第14天这一段时间的胚胎不受法律保护，应当由专门的胚胎保护法解决这个问题。

如果说在胚胎产生之时，人格特性还只是潜在地具备，还只是一个潜在的人，那么随着胚胎的发育，人的各种人格特性逐渐地具备。在受精后的第三周，已经能够看到胎儿的躯体的重要部分，尤其是心脏在第21天已经开始有规律地跳动。大概从第21天到第三个月结束，胎儿的大脑就开始形成了。最早在第三个月末，胎儿的所有器官都已经形成。孩子也并非是在出生后才开始第一次呼吸，胎儿在母体中的最后一个月已经开始呼吸了，只是这种呼吸是浅呼吸而非深呼吸，吸进肺部的也并非空气而是羊水。<sup>⑦</sup>新生儿在出生后所具有的生命活动，在母体内也几乎都有了，因而会出现母亲因出现意外事故死亡，而胎儿仍然能够被活着取出现象。

也就是说，医学上已经认识到，生命开始于受精，从此时起人的生命朝向由基因确定的形态发展，并逐步发育成具有理性的人的存在。从受精后第14天开始，受精卵发育为胎儿，从此时起，胎儿的属性潜在地确定下来，并逐渐地发展和实现，获得人的价值。以此为基础，胎儿已经具有了确定的生命、身体和健康这些基础性的人格要素形态。

## （二）胎儿具有人格价值

除了医学之外，伦理学也逐渐承认胎儿的人格价值。伦理学作为反思人类行为的科学，相较于自然科学难以获得人们的广泛认可，它不能够通过实验进行检验。因此人们仅思考那些获得一致同意的规则，这些规则涉及对于人格人的精神发展的保护，或者涉及对于人也包括动物的无理由地遭受苦难的禁止。<sup>⑧</sup>伦理观念对于法律规范的解释，起到一种启发性的指导作用，提供了一种与法律规定的概念和目的相近的解释。<sup>⑨</sup>而且伦理规范中得到广泛承认的价值通过宪法的基本权利转化为宪法中的条款，从而获得制定法意义上的承认，并因此成为部门法立法和法律解释的正当性基础。也就是说，伦理上对于人格的认识通过宪法上的承认，最终对于民法的立法和法律解释产生重要影响。

人具有一种内在价值，这与人对于其他任何人或任何物是否有用无关。这种认识源于康德关于人的认识，康德认为，人自身就是目的，永远不能把人当作实现目的的工具。也就是说，人只能被作为尊重的对象，而不论是否被他人所喜欢。

胎儿作为形成中的人，已经具备决定人的所有特征的基因构成，并具有了自我发展和完善的能力，逐渐向成熟的人发展。德国联邦宪法法院对此也予以承认：胎儿作为独立的法律利益受到宪法

⑤ 参见注④，第288页。

⑥ Vgl. Gassen, Der Stoff aus dem die Gene sind, München 1986, Fußn. 430, S.92.

⑦ Vgl. Ernst Wolf/Hans Naujoks, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, Vittorio Klostermann, Frankfurt 1955, S.130.

⑧ Vgl. Bernhard Rüttsche, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Dike Verlag, Gallen 2009, S.39.

⑨ 参见注④，第40页。

的保护（《德国基本法》第2条第1款和第1条第1款）；国家的保护义务不但禁止对于自我发展的生命的直接的国家侵入，而且要求国家对于胎儿提供保护和促进。<sup>⑨</sup>我国宪法实际上也确立了胎儿的人格价值。《宪法》第33条第3款规定，国家尊重和保护人权。由于胎儿已经具有了人的生命和人的基本特性，因此胎儿也是《宪法》第33条所规定的人权的保护对象。由于宪法作为一个国家的最高法律，确立了一种价值秩序，这种秩序为民法上对于胎儿的主体性和人格利益的承认提供了正当性基础。

因而，胎儿已经具有了潜在的人的形态和要素，并通过自我发展不断予以实现，以此为基础具有了伦理上和宪法上的人的价值。对于这种价值只能尊重而不能利用，因此，胎儿具有自我目的，应当被作为主体对待。

### （三）胎儿是一种准人格存在

民法中的人格包括人和组织体两种。前者限定为出生至死亡阶段——自然人，后者是符合法律规定并经登记的组织体——法人。他们具有意志自由，这种意志自由或者源于自身的成熟理性，或者源于自身有限理性与法定监护人的理性的结合，或者源于通过组织机构形成的理性，他们作为意志载体的现实存在，具有自我发展的能力。

事实上，作为精神和肉体存在的人，是一个生命的发展过程，始于受精卵的发育。在这一过程中，人的人格不断丰富而后又逐渐消退。从受精卵开始，人已经具备了生命、身体和健康这些基础性的人格要素；在出生以后，人又通过自己的行为不断地向外表现并发展其人格，人格要素不断增多；人在死亡以后，丧失了生命和健康这些基础性的人格要素，丧失了通过自己的行为发展人格的能力，并随着时间的推移，其生前获得的姓名、名誉等部分人格要素也逐渐消退并最终消亡。因而，在人的发展历程中，有的阶段完全符合民法人格的内容性要求，有些阶段不完全符合这一要求，仅仅具备法律人格的部分要素。例如，胎儿不具有意志能力，也不具备发展其人格的能力，但是具有作为意志能力物质性基础的生命和身体；死亡以后的阶段虽然不再具备意志自由，丧失了人格发展的能力，但是仍然具有姓名、名誉等社会性人格要素。

法律选取人的发展历程中人格要素较为完满，具有一定认识和意志能力的从出生到死亡的阶段作为法律上的人的原型，构建法律人格制度，表现为自然人的规定。但是人格要素并不完满的阶段也是人的发展历程，对于人的这种存在阶段也需予以承认和尊重，而不能弃之不顾。现代伦理学、社会学的发展以及社会主导的价值观念都要求法律对于人的这些阶段也给予关怀和保护。

虽然胎儿属于人的发展的初始阶段，人格要素尚不完满，尤其是并不具有认识和意志的能力，因而并不符合法律人格的构成要件，不能作为法律人格。但是，如上所述，胎儿已经具有法律人格的部分人格要素和形态，具有了人的尊严，属于类似于完满人格的存在，是准人格存在。本文认为，对于准人格应当作如下界定：不属于法律所规定的典型人格，但具有部分人格存在的人格状态。具有准人格状态的不限于胎儿，还包括死者和一些非法人组织。<sup>⑩</sup>正是胎儿的准人格状态要求

<sup>⑨</sup> Vgl. BverfGE 39, 1.

<sup>⑩</sup> 值得注意的是，合伙的部分权利能力已经得到德国联邦最高法院的确认。Vgl. BGHZ 146, 341.



其在法律主体层面具有部分权利能力,其准人格部分要素能够作为法律上的人格要素,成为人格权保护的客体。

#### 四、胎儿具有部分权利能力

在《德国民法典》立法时,就得到建议,要求将已经存在的生命事实通过法律规则去接纳和延续。<sup>②</sup>而且原《普鲁士一般邦法》(ALR)第10条、11条和12条第1款<sup>③</sup>已经规定了未出生人的法律地位。但是立法者仍然坚持了罗马法的传统,确立了僵硬的人的生命开始于出生并因此获得权利能力的原则。

进入21世纪以后,虽然医学和生物技术的发展已经加强了司法实践对于胎儿的保护,但是,关于胎儿是否具有权利能力,立法和司法仍然没有明确的态度。正如前文所述,对于出生前的人的权利能力的确认已经是一项迫切的要求。除了在对胎儿所受侵害予以救济时的内在障碍需要权利能力制度予以克服以外,在民法中对于胎儿法律地位确认的迫切需要还表现为胎儿受到侵害时的排除妨害请求权。这种排除妨害请求权对于胎儿的保护具有重要意义,可以直接针对妨害予以排除,但其必须以胎儿具有生命权和身体权等人格权为前提。权利的享有以其具有权利能力和人格要素为前提,因此胎儿的权利能力和人格要素必须得到明确。虽然胎儿还无法自己行使其权利,但是可以由其父母代为行使,因而这并不能成为否认胎儿具有权利能力和人格权的理由。

##### (一) 民法的有关规定与司法实践事实上承认了胎儿的部分权利能力

我国和比较法上既有立法关于胎儿保护的个别规定和司法实践对于出生前侵害的救济事实上已经承认了胎儿的准人格状态,为赋予胎儿权利能力作好了准备。

胎儿在财产方面的能力已经得到了认可。胎儿在继承和受遗赠方面作为受益人是没有任何障碍的,只是要求胎儿以活着出生为条件。虽然胎儿在活着出生时才获得财产权利,但是在出生前已经具有了财产的先期权利或者候补性权利,这种权利提供了作为未来权利基础的临时性保护。这究其本质是对胎儿权利的承认,也就是间接地对胎儿权利能力的承认。即便是拟制说,视为胎儿已经出生,其法律后果也是对胎儿权利能力的间接承认。

在人格保护方面,按照我国和其他德国法系国家侵权法的构造,侵权法对于损害的救济以受害人受到不法侵害为前提,并因这种侵害而遭受损害。相对于侵害后果来说存在一个侵害的前在状态(Präexistenz)是必需的。<sup>④</sup>但是如果像德国联邦法院坚持的那样,争议的焦点并不是胎儿或者尚未受胎的人的损害,而是带着疾病出生的孩子的损害,<sup>⑤</sup>完全不考虑胎儿而仅针对出生后孩子的话,侵害前的状态是不存在的。因为孩子从出生时起才具有权利能力成为法律上的人,胎儿所受到的身

<sup>②</sup> Vgl. Nachträge zu den gutachtlichen Äußerungen zum Entwurf des BGB, Berlin, 1891, S.34.

<sup>③</sup> 普鲁士一般邦法第10条规定:人的一般权利也适合于尚未出生的孩子,从其受孕时起开始。第11条规定:对于出生的孩子负有照顾义务的人,对于尚在母体中的孩子具有相同的义务。第12条第1款进行了一定的限制:在孩子活着出生的保留条件下,尚未出生的孩子就像在受孕时已经真实地出生一样享有民法权利。

<sup>④</sup> 参见注⑦,第169页。

<sup>⑤</sup> 参见注⑬。

体和健康的不利后果在此时转化为出生后孩子的法律意义上的侵害后果,也就是说孩子自其作为法律上的人开始就处于一种被侵害后的状态,并不存在一个与侵害后果相对的侵害前状态。

德国联邦法院试图回避胎儿的权利能力而通过其他的方法来创造一种侵害前状态。法院将受到《德国民法典》823条第1款保护的人格法益与主观权利相区分,并认为,任何对于人的机体成长过程的干扰都是对于人格法益的侵害,使得孩子没有接受到自然为人类生命机体所赋予的健康状态。<sup>⑤</sup>德国联邦法院的这种做法试图诉诸自然法上的权利去论证出生前的人的生命过程,将由自然赋予生命的健康状态作为一种侵害前状态。但是,这种诉诸自然法的判决仍然不能解决问题。学者认为德国联邦法院向自然法的回归导致了与制定法的矛盾,是为了解决问题而随意采用的方法。<sup>⑥</sup>侵权法的内在结构要求能够获得救济的一定是那些对于法律上利益的侵害,侵权法作为制定法,只能对于实证法上的权利予以保护,自然法上的权利并不能作为侵害的前在状态。

由于我国主要继受了德国的侵权法理论,虽然并未采用类似《德国民法典》第823条和第826条的递进式侵权法构造,但是侵权法的基本理论沿用的是德国法,因此,法定的权利或利益是侵权行为侵害的前提。我国《侵权责任法》第2条也规定,承担侵权责任必须是法律上的民事权益被侵害,<sup>⑦</sup>并且对主要的民事权益作了规定。也就是说,在我国,构成侵权责任前提的是民法上的权利和利益,自然法上的权利并不能成为侵权责任法保护的对象。因而,虽然我国司法实践中对胎儿提供了侵权法上的救济,但是这种救济本身存在理论上和教义学上的障碍。由于传统理论不承认胎儿的权利能力,那么胎儿的各种利益都不能作为民法上的权利和利益,至多只能算作自然法上的权利,而这种权利其实是不能获得侵权法保护的。

因此,必须承认胎儿在人格权领域的权利能力。只有胎儿具有权利能力,其生命、身体和健康才能够作为一种法定的权利,对于这些权利的侵害才构成违法行为,这样的侵害作用于胎儿的生长发育过程并在孩子出生时表现为最终的受侵害状态。这样才能够逻辑一贯地满足侵权法的结构要求,解决出生后孩子的损害赔偿请求权。也就是说,司法实践对于出生前侵害的救济,内在地包含了对于胎儿权利能力予以承认的要求。

综上所述,立法关于胎儿的财产权利的保护以及司法关于胎儿人格权利的保护,实际上是对胎儿在这些个别的财产和人格领域作为权利主体的能力的承认,从而为承认胎儿具有部分权利能力提供了法律基础。

## (二) 胎儿应当具有与其准人格状态相应的部分权利能力

关于胎儿权利能力的判断,存在三种思路。

1. 胎儿并不具有权利能力。这种思路坚守权利能力始于出生的制定法规定,认为胎儿并不具有权利能力,关于法律对于胎儿的特殊保护,采用拟制说、预先保护说或者依附母体说予以解释。

拟制说为立法者广泛采用,德国民法和法国民法针对胎儿多采用拟制的方法,通过拟制,胎儿获得与已经出生的人相同的法律地位。卡尔·拉伦茨也认为,法律关于胎儿权利保护的特别规定,

<sup>⑤</sup> 参见注③。

<sup>⑥</sup> 参见注⑦,第167页。

<sup>⑦</sup> 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。

并不是对于胎儿权利能力的承认，而是一种拟制。<sup>③</sup>通过拟制，未来的人在活着出生的前提下与已经出生的人具有相同的地位。<sup>④</sup>

但是，通过抑制，法律在隐藏一些事实。拟制的原因在于学界坚守权利能力与出生相联系的规则，可见出生与获得权利能力两者之间的紧密联系是一种根深蒂固的观念。正如学者所言：如果承认胎儿的部分或者相对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了。<sup>⑤</sup>因此，拟制与承认胎儿具有权利能力并不存在冲突，究其本质是对胎儿权利能力的间接承认。

在我国，不承认胎儿权利能力的学者通过预先保护说和依附母体说来进行胎儿保护的教义学解释。预先保护说认为，胎儿与出生后的自然人具有生物同体性，如因权利能力不具备而将胎儿排除在法律保护之外，势必带来诸多弊端，尤其是伦理上的问题。但是就胎儿期间设定保护，在技术上仍然要严格维护法律逻辑，所以要否定胎儿的主体性，不承认其具有权利能力，而仅通过对出生后自然人的某些利益进行预先保护，来达成对胎儿的保护。<sup>⑥</sup>依附母体说认为，胎儿并不具有权利能力，权利能力的取得必须始于出生，没有出生就不可能作为一个独立存在的生物体享有权利能力，而胎儿在没有出生之前依附于母体，不可能成为区别于母体的一个独立的生物体存在，所以不能成为具有民事权利能力的主体。<sup>⑦</sup>

需要指出的是，权利能力与出生的联系建立在伦理和价值判断基础之上的。随着社会的发展，尤其是医学以及生物技术的发展，关于人在胎儿阶段的认识逐渐增加，认识到胎儿已经具有了人的属性，具有了人的价值，在一定程度上成为一种自我的目的。在这样的伦理和价值判断之下，仍然坚守权利能力始于出生的教条是否适当，值得深入反思。

2. 胎儿具有全面的权利能力。由于现代医学和生物学的发展，人们认识到人的生命从受胎时就开始了，因而存在一种承认胎儿具有全面权利能力的观点，认为胎儿从受胎时就获得了全面的权利能力。这种观点具体又可分为绝对的全面权利能力和相对的全面权利能力。

绝对的全面权利能力说认为，人的权利能力始于受胎，这一观点与医学与生物学的认识，以及自然法和现行法相一致。<sup>⑧</sup>并且认为，权利能力不依赖于胎儿是否活着出生，即使死亡出生的胎儿仍然具有权利能力。尚未出生的孩子生存于母体中，也会在母体中死亡并且以死亡的状态出生，其事实情况与孩子出生后死亡并无不同。死亡只是结束权利能力，并不能取消已经存在的权利能力。<sup>⑨</sup>

但是这种观点与某些情况下孩子权利的取得是以活着出生为前提的规定相矛盾的。比较法上一般认为胎儿虽然获得了继承能力，但是继承权的获得是以活着出生为前提的。还有，依据现有各国的司法实践，胎儿在出生前遭受的侵害，只有在活着出生后才能具有损害赔偿请求权。这样的法律规定以及司法实践与胎儿具有全面权利能力的学说相矛盾。因为既然胎儿从受胎时起就获得了全面

<sup>③</sup> Vgl. Karl Larenz, Allgemeiner Teil des BGB Rechts, 5. Auflage, C. H. Beck, München 1980, S.80.

<sup>④</sup> Vgl. Klaus Saerbeck, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, Walter de Gruyter, Berlin 1974, S.42.

<sup>⑤</sup> Vgl. Josef Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Vittorio Klostermann, Frankfurt 1969, S.170.

<sup>⑥</sup> 参见龙卫球：《民法总论》（第2版），中国法制出版社2002年版，第202页。

<sup>⑦</sup> 参见王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2003年版，第338页。

<sup>⑧</sup> 参见注⑦，第230页。

<sup>⑨</sup> 参见注⑦，第231页。

的权利能力，那么胎儿从受胎时起就应当具有继承权和损害赔偿请求权，而不应当在胎儿没有活着出生时消灭。

相对的全面权利能力说认为，应当采用瑞士法关于胎儿权利能力的规定，对于胎儿予以总括保护。<sup>④⑥</sup>按照这种意见，胎儿在活着出生的前提条件下，具有全面的权利能力，但是这种全面的权利能力的观点与绝对的全面权利能力观点存在一定的差异。后者认为胎儿的权利能力从胎儿受胎时起绝对地开始，并不受其是否活着出生的影响，即便胎儿没有活着出生，其已经存在的权利能力也不受影响。而相对的全面权利能力以胎儿活着出生为前提，如果胎儿没有活着出生，胎儿的权利能力并不获得，或者溯及既往地消灭了。

虽然承认胎儿具有完全权利能力的学说与现代医学关于胎儿的认识相一致，能够避免现行立法以及司法实践对于胎儿权利能力保护的迂回曲折的作法，但是其法律后果，尤其是绝对的全面权利能力，与既有立法以及司法实践的价值判断相违背。现行立法赋予胎儿一种预先的财产资格，是因为胎儿即将出生并需要财产以维持人格的存在与发展，因此要求胎儿在活着出生时才现实地获得这些财产权利。如果胎儿没有活着出生，那么这种预先保护是没有意义的，只会不利于现实生存的人。因此这种全面权利能力的学说也不能够很好地解决胎儿法律地位的问题。诚如学者所言，虽然人的存在是一个持续的发展过程，开始于受孕终结于死亡，但这并不必然导致法律必须无条件地在任何方面都将全面的权利能力尤其是财产能力连接于本身就是逐步实现的生物发展过程的开端。因为法律要实现秩序功能，必须考虑法律安定、目的性和可执行性。<sup>④⑦</sup>尤其是权利能力本身就是法律的产物，与自然法上的人格概念有所不同，因此法律无需也无法完全与自然法保持一致，只要法律能够通过其他方法实现伦理价值，就无需将全面的权利能力赋予胎儿。

3. 胎儿具有限制的权利能力。立法以及司法实践中对于胎儿个别方面的保护，提供了在这些领域承认胎儿具有部分或者限制的权利能力的可能性。

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，也就是说，在活着出生的条件下被赋予限制的权利能力。<sup>④⑧</sup>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>④⑨</sup>还有学者认为，虽然胎儿并不具有权利能力，但是法律的特别规定事实上导致了其限制的权利能力。<sup>⑤①</sup>慕尼黑民法典评注的作者也认为，为了承担胎儿在宪法上受保护的任务，（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>⑤②</sup>

我国台湾地区的立法实际上也确认了胎儿的限制权利能力，因为台湾地区《民法典》第7条关于胎儿权利能力的规定是以关于胎儿利益的保护为范围的，也就是说胎儿能够享有权利能力的范围局限于对胎儿有利的法律关系。王泽鉴先生也认为，凡关于胎儿利益之保护，均视为既已出生，但

<sup>④⑥</sup> 参见梁慧星：《民法总论》（第3版），法律出版社2007年版，第89页。

<sup>④⑦</sup> Vgl. Fritz Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, C. H. Beck Verlag, 1963, S.114.

<sup>④⑧</sup> Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, 1959, § II 84, 3, S.479.

<sup>④⑨</sup> 参见注④。

<sup>⑤①</sup> Vgl. Palandt Danckelmann, BGB 1959, § 1, Anm.3.

<sup>⑤②</sup> Vgl. Jochem Schmitt, Münchener Kommentar BGB, Band 1., § 1, S.121 - 122.

不及于义务的负担。<sup>②</sup> 这样所确立的事实上是一种限定于一定范围的部分权利能力。

#### 4. 结论：胎儿具有与其人格状态相应的部分权利能力。

法典关于一般权利能力始于出生的规定，并不排除特殊主体的特殊权利能力。虽然胎儿并不具有理性，也不具有实现这种理性的身体，因而不能够作为普遍法律秩序的一般主体。但是其已经有了生命、身体、健康等部分人格要素，具有人的价值。为实现这些价值，法律必须在与此相关的法律关系中承认其具有部分权利能力。

胎儿并不具有全面的一般权利能力。虽然基于医学和生物学的知识，人的生命从受孕时开始，从此时起具有了天赋的生命、身体和健康的权利，这种权利需要得到法律的保护。而且胎儿将来的权利也需要保护，也就是说胎儿需要具有一定的权利能力。但是这并不代表胎儿要具有全面的权利能力。因为一般权利能力是制定法的产物，虽然关于人和生命的认识建立在医学和生物学的基础上，但是制定法的规定除了这些考量因素之外，更要考虑法的确定性和可操作性，制定法关于一般权利能力始于出生的规定并不存在严重违反正义之处。法律通过个别的规定赋予胎儿相应的保护，因此法律关于一般权利能力始于出生的规定还是有效的，对胎儿的权利能力的设计不能够严重违反这一规则。

胎儿应当具有部分权利能力，胎儿的权利能力范围应当与其伦理状态相适应。由于胎儿的人格处于发展之中，尚不完满，不具备外界可以识别的人格个性，例如姓名、肖像等人格特征。也就是说，胎儿的人格特性被限制在部分领域，但是只要存在对胎儿的人格保护的必要，就存在相应的请求权。<sup>③</sup> 与这种不完满的人格状态相适应，胎儿需要保护的人格领域局限于生命、身体、健康方面，并不具有出生后的人所具有的广泛的姓名、肖像、名誉等具体人格权和一般人格权。

外在于胎儿的法律关系也很有限，其不具有广泛参与法律交易的能力，因而胎儿不适宜具有广泛的权利能力。而且由于胎儿不具有明确的可以识别的外部人格特性，赋予其全面的权利能力，也不利于法律交易的安全。

因此，胎儿具有的是一种部分权利能力，是限定在维护其人格价值必要范围内的权利能力。

## 五、胎儿部分权利能力的具体构建

### （一）胎儿的权利能力是限定于一定范围的权利能力

关于胎儿权利能力的范围，比较法上存在不同的规定。《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的权利能力范围予以限制。我国台湾地区《民法典》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其个人利益的保护，存在于一定的范围内，具有内容的限定性。在学说上，关于胎儿的权利能力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

<sup>②</sup> 参见王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第106页。

<sup>③</sup> 参见注②，第310页。

力,此种观点以德国学者沃尔夫和我国的梁慧星教授为代表。<sup>⑤</sup>另外一种观点认为胎儿具有限制的权利能力。<sup>⑥</sup>

本文认为,胎儿的权利能力应当限定于一定的范围内,也就是说,这种权利能力仅限于依据胎儿的人格状态能够参与的领域,包括部分人格法律关系领域和部分财产法律关系领域。

第一,胎儿在人格权领域享有具体权利能力,可以获得对其生命和身体的法律保护。虽然有学者不承认胎儿的权利能力,仅认为胎儿具有法益的受侵害能力,<sup>⑦</sup>但实质上也是对胎儿人格权领域权利能力的承认。

第二,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,而且财产权利的享有是人格存在和发展的物质基础,因而不具有理性的人也能够作为权利主体,享有财产权利带来的利益。因而胎儿在纯粹受益型的财产法律关系中具有权利能力。

我国民法已经确认了胎儿可以作为继承权主体的能力,而且对胎儿具有法定抚养义务的人死亡和残疾时,胎儿可以向加害人主张抚养费用的赔偿。比较法上,德国民法典除对此也作了规定之外,还规定了胎儿可以作为有利于第三人合同的第三人。<sup>⑧</sup>因而胎儿在财产权方面具有权利能力是没有疑问的。但是值得注意的是,胎儿只能作为财产权利的主体而不能作为财产义务的主体,这是因为财产权利的享有可以保护胎儿的人格价值,促进其人格发展,而由于胎儿尚不具有理性,也没有法定的监护人,财产义务的承担不利于其人格发展。由于胎儿尚未出生,其对于财产并不具有现实的需要,因而胎儿的财产权只是一种期待权,一种期待在其出生时能够获得一定财产的权利,并不表明胎儿能够现实地拥有这些权利。法律保护的也只是其对于这些财产的期待权。

## (二) 胎儿的权利能力区分人格权领域和财产权领域而有所不同

关于胎儿权利能力的具体构建,大概存在两种做法:附延缓条件或者采附解除条件。

按照《瑞士民法典》第31条的规定,一般认为从受孕时起胎儿不但具有了权利和义务能力,而且受到全面的民法人格保护。<sup>⑨</sup>但是这种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。

有学者认为,在财产权利的获得以及义务的归责方面应当采用延缓条件说,财产权利和义务在孩子活着出生时成立,并溯及胎儿受孕时发生作用。在人格权利的保护方面应当采解除条件说,人格权在胎儿受孕时起就产生,在其没有活着出生时溯及既往解除。<sup>⑩</sup>

还有一种观点认为,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>⑪</sup>

<sup>⑤</sup> 参见注⑦,第230页;注⑥,第89页。

<sup>⑥</sup> 参见注⑧。

<sup>⑦</sup> Vgl. Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 10 Auflage, 2006, S.59.

<sup>⑧</sup> 参见《德国民法典》第331条。

<sup>⑨</sup> Vgl. Tour, Schw. ZGB, S.82. Ferdinand Karl Neuer, Der Mensch zwischen Zeugung und Geburt als Rechtssubjekt, Dissertation der Universität Köln, S.18.

<sup>⑩</sup> Vgl. Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stämpfli Verlag, Bern 2005, S.16.

<sup>⑪</sup> 参见注⑭,第168页。

尼佩代构建了一种附延缓条件的权利能力,认为在条件成就时,胎儿溯及受孕时具有权利能力,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>⑤</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能解决问题,即便瑞士学者对财产权利和人格权利的条件作了区分,还是不能完满地解决胎儿人格权保护的问题。由于胎儿在受孕时起就具有了人格的特性,具有了部分人格要素,这些人格要素作为天赋权利,应当受到宪法和民法的保护,因而胎儿在受孕时起就应当具有人格权方面的权利能力,受到侵害时就可以主张排除妨害请求权。但是按照延缓条件说,胎儿此时的权利能力还不能确定,那么便不能行使排除妨害请求权,这对胎儿的人格保护是非常不利的。即使是解除条件说,如果胎儿最终没有活着出生,那么胎儿的权利能力要溯及既往消灭,可是已经主张的排除妨害请求权如何消灭呢?而且胎儿自受孕时起就开始了人格发展过程,不管最终是否活着出生,这种人格权都是存在的。死亡出生只是使得人格终止,权利能力终止,而不能够使已经存在的人格和权利能力被消灭,学者一般认为,这种排除妨害的人格权请求权是不以活着出生为条件的,它的存在与孩子是否活着出生无关。<sup>⑥</sup>

因此,本文认为,胎儿的人格权利能力是从受孕时起就绝对产生的,并不负有延缓或解除条件。因为胎儿作为人的形态而存在,这种人格状态是天赋的,如果附有条件的话,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,也不能否定其人格之曾经存在,因此,胎儿人格权领域的法律关系是无条件的。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。

胎儿财产权领域法律关系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,如果胎儿没有活着出生,则赋予其财产能力是不必要的。因此胎儿财产权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权利,因而针对这种权利的权利能力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,那么其最终并不能获得损害赔偿。

## 六、胎儿的人格要素及其保护

人格权的客体为人格要素或人格利益,它是人格的诸构成部分。但是需要注意的是,作为民法上人格权客体的人格要素一定是那些具有客观表现的人格组成部分,或者是那些在一定的外部领域得到客观表现的人格价值。纯粹主观上的抽象的人格构成要素并不能作为人格权保护的对象。这是由民法上人格权的权利构造决定的。人格权作为一种绝对权,必须具有外在的客观表现,使权利具有其界限;而且,民法权利的客体也必须是那些可以感知的客观存在,因而人格要素的客观表现是不可或缺的。胎儿具有生命、身体、健康这些基础的物质性人格存在,是胎儿人格的重要组成部分,它们具有明确的客观存在。这些人格存在具有了客观的表现,成为法律意义上的人格要素。以前述胎儿可以在人格权法律关系中具有部分权利能力为基础,胎儿可以成为人格权的主体,对其人

<sup>⑤</sup> 参见注④,第479页。

<sup>⑥</sup> Vgl. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2004, S.104.

格要素享有人格权，以排除他人的干涉。

虽然胎儿在出生前其大脑已经发育完备，但是只具有一定的感觉和生理反应，不具备认识事物的能力，也不能依据对于事物的认识作出判断。因而胎儿并不能通过自己的行为参与法律关系，享有权利和承担义务，不具有行为能力，是一种无行为能力的状态。

为了使胎儿的权利能力得以实现，获得权利及其所带来的利益，并且在其权利被侵害时，主张相应的排除妨害请求权或者请求法院予以救济，应当为胎儿设定保护人以弥补胎儿行为能力的不足。保护人应当在胎儿具有权利能力的所有领域中照顾胎儿的利益，代替胎儿进行相应的法律行为。

父母是胎儿最直接的利害关系人，并且在胎儿出生后作为孩子的亲权人，照顾孩子的所有事务，因而是胎儿最适合的保护人。他们在所有必要的范围内照顾胎儿的利益，代替胎儿进行相关行为，包括在胎儿的人格权遭受侵害时行使排除妨害请求权，在胎儿未来的财产利益被侵害时行使相关的请求权或提起诉讼等。

## 七、立法建议——代结论

我国在立法和司法实践中存在零散的对于胎儿的财产和人格方面的保护，通过承认胎儿的部分权利能力和人格要素，能够将这些零散的规定整理起来，建立教义学上与民法体系的内在关联。现在正值《民法总则》和《人格权法》立法关键时期，这两部法律都与胎儿法律地位问题存在紧密关联，兹根据本文的研究，尝试就《民法总则》和《人格权法》关于胎儿的立法提出建议，以求教于方家。

建议在《民法总则》一般权利能力的规定之后增加一款：关于胎儿人格利益的保护，自其受孕14天起具有权利能力。关于胎儿财产利益的保护，以其活着出生为前提，具有权利能力。

建议在《人格权法》中专门对于胎儿的人格保护作出规定：胎儿享有生命、健康和身体利益，在遭受他人不法妨害时，其父母可以代为主张排除妨害请求权。受到他人不法侵害的，在其活着出生后可以向侵害人主张损害赔偿。

### 【主要参考文献】

1. 梁慧星：《民法总论》（第3版），法律出版社2007年版。
2. 王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2003年版。
3. 龙卫球：《民法总论》（第2版），中国法制出版社2002年版。
4. 林诚二：《民法总则》（上册），法律出版社2008年版。
5. Schmidt, Der Schutz der Leibesfrucht gegen unerlaubte Handlungen, JZ 1952.
6. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, 1959.
7. Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2004.
8. Fritz Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, C. H. Beck Verlag, 1963.

（责任编辑：朱 岩）