

意思能力的体系定位与规范适用(上)

孙犀铭*

目次

- 一、问题的提出
 - (一) 法条解读与初步疑问
 - (二) 实务考察与问题提出
 - (三) 实证法上意思能力的体系定位
(以上本期刊登)
- 二、意思能力的体系形态与定位
 - (一) 全面抽象说中的误解与澄清
 - (二) 大陆法上意思能力的考察范式
 - 三、意思能力判断的规则构造
 - 四、意思能力之规范理解与适用
- 余论

摘要 与大陆法上通行做法不同,我国《民法总则》对意思能力采全面抽象考察模式,理论上亦有“全面抽象说”支持。司法实践虽自发对意思能力进行个案考察,但因缺少明确的规范指引,实际在行为能力判断层面形成了“意思能力/实施法律行为能力”的二元化评价标准。“全面抽象说”对意思能力的功能与性质存在片面解读,其正当性亦难经推敲。行为能力仅能对意思能力做部分抽象,且此过程仍须借助对后者的具体考察。二元化评价标准混淆了行为能力判断中的因果关系,将对法体系的安定造成破坏。实证法体系中的意思能力应定位于行为能力、法律行为及成年监护三重维度。意思能力为类型概念,应以意思要素为其评价核心。在行为能力层面,经解释论区分《民法总则》第 21 条第 1 款和第 22 条中不同行为能力状态下意思能力的考察标准;在法律行为层面,经《民通意见》第 67 条将意思能力确定为法律行为的效力性要件,弱化行为能力对意思自治的绝对约束;在监护法层面,应综合意思要素的独立程度及精神能力的瑕疵状况,构建各行为能力类型项下具体的意思能力类型。

关键词 意思能力 行为能力 成年监护 意思要素

一、问题的提出

(一) 法条解读与初步疑问

《民法总则》第 21 条第 1 款、第 22 条将成年监护的主体范围由“精神病人”扩大至“成年人”,旨在回应我国老龄化社会背景下老年人对监护制度的现实需求,被誉为本次立法的亮点之一。但同时,上

* 华东政法大学研究生教育学院民商法学博士研究生。本文系 2017 年度国家社会科学基金项目《老年人意定监护制度研究》(编号:17BFX211)的阶段性成果。

述条文仍沿袭了《民法通则》以“不能(完全)辨认自己行为”作为成年人行为能力欠缺的判断标准,^[1]结合第144条无行为能力人实施的法律行为无效之规定,总则条款将意思能力与行为能力做同质化认识,对其采全面抽象考察模式,并不单独规定意思能力欠缺时的法律效果。意思能力这位《民法总则》中的“异乡人”,似乎只有借行为能力这张“暂住证”才能在实定法中寻得一处归宿。但此时的疑问是,立法改动在逻辑上应以两类主体之间存有不同为前提,《民法总则》既然扩大了行为能力欠缺的主体范围,又缘何仍旧沿用《民法通则》中精神病人的行为能力判断标准?精神病人的意思能力状态与成年人是否并无差别?若是,则《民法总则》第21条第1款及第22条扩大其主体范围还有无必要?若否,立法对之采取相同评价模式的理由为何?对此,合理的解释为,既有判断标准在审判实践中能够较好地认定成年人行为能力,因此总则无须对之做较大改动,仅将司法实践中的做法加以确定即可。

(二) 实务考察与问题提出

为了解实务上的基本态度,笔者对相关法院案例进行检索整理,共搜集行为能力欠缺宣告案件计1496例,^[2]其中明确阐述判断标准的案件共计209例。对之进行整理后,基本情形如下:

表1 欠缺行为能力判断标准统计表

考察视角	具 体 分 析				
审判实务中行为能力欠缺的判断标准	69件以意思能力作为行为能力欠缺之标准	宣告无/限制民事行为能力并指定监护人的案件:6件	基本标准说明:对意思能力的考察包括生活自理能力、语言交流能力、思维能力、劳动能力、记忆力、反应及注意力、智力、生理机能状态、行动能力、情绪及是否认识家人等;(判决中用语各异)亦有判决将之笼统称为“生活行为能力”。 ^[3]		
		宣告无/限制民事行为能力案件:63件			
	47件以实施法律行为之能力作为行为能力欠缺之标准	宣告无/限制民事行为能力并指定监护人案件:8件		基本标准说明:实施法律行为之能力内容包括做出(正确/真实)意思表示之能力、对权利和义务的辨认及判断能力、采取法律手段维护自身权益之能力。(判决中用语各异)	
		宣告无/限制民事行为能力案件:39件			
	93件以“意思能力+实施法律行为之能力”作为行为能力欠缺之标准	宣告无/限制民事行为能力并指定监护人的案件:5件			基本标准说明:该标准以意思能力的降抑说明实施法律行为之能力的欠缺,其实质仍是以意思能力作为行为能力欠缺的主要标准。
		宣告无/限制民事行为能力的案件:88件			

与在实证法上受到的冷落相反,意思能力考察在行为能力认定之审判实践中处于独立且核心的地位。然就行为能力欠缺的判断标准,实务上分歧颇多,非但未能形成统一认识,在对同一行为

[1] 鉴于未成年人与成年人行为能力在构成基础和规范适用上的显著差异,若无特殊说明,本文所讨论之行为能力,仅指成年人行为能力。

[2] 笔者以北大法宝案例与裁判文书库为取样对象,在高级检索项下,选定案由为“认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力案件”,检索上海市自2015年1月1日起至2016年12月31日之欠缺行为能力宣告案例,最后检索时间为2017年7月6日。按此方式检索,共计检索到1530例判决,剔除分类错误的案例共计34例,实际检索案例为1496例。其中,无民事行为能力宣告案件1103例,限制民事行为能力案件337例,撤销或驳回56例。

[3] 见(2015)崇民一(民)特字第12号。

能力类型的判断上,更呈现出一种二元化的评价标准。^{〔4〕}

传统观念认为,意思能力仅为事实范畴上的自然精神能力,并不具有法规范的品格,应以行为能力将意思能力做全面抽象的考察,即将二者做同质化处理。^{〔5〕}实证法上的认识亦来自此。但在审判实践中,行为能力判断的标准既包括对实施法律行为的能力要求,也包括对一般意思能力的要求。在将二者混同使用时,一方面,同一被申请人在行为能力欠缺宣告中,很可能因不同的能力评价标准而面临不同的结果,这种来自实证法上的不确定性将极大损害法律交往的安定性要求;另一方面,仅将意思能力作为事实范畴上之概念的认识并不准确,有再做检讨的必要。

为回应上述问题,本文以规范适用为导向,拟先就审判实务和理论中存在的问题和误区进行检讨。此后,在借镜比较法经验基础上,通过对现有规范的重新检视,经解释论路径为克服意思能力抽象考察造成的弊端寻找可行之方案。

二、意思能力的体系形态与定位

(一) 全面抽象说中的误解与澄清

实证法上对意思能力采抽象考察模式,理论上亦有“全面抽象说”支持。^{〔6〕}但一方面,“全面抽象说”对意思能力的功能解读过于片面化,忽视其自身具有的法规范品格;另一方面,“全面抽象说”亦难以证成对意思能力全面抽象考察的正当性。对意思能力与行为能力做同质化认识,直接导致了审判实践中行为能力判断的二元化评价标准。就意思能力与行为能力之关系,有做进一步澄清的必要。

1. 意思能力的功能与性质

“全面抽象说”认为,意思能力仅为意思表示有效之要件,“欠缺意思能力的人只是意思表示不发生效力,但与其有无行为能力无关”。^{〔7〕}性质上,意思能力为客观存在的事实,即天然能力,其

〔4〕 例如,在无行为能力宣告案件中,有被申请人因“生活无法自理,又无法正常与他人沟通”而被认定为无民事行为能力[(2016)沪0116民特9号],也有被申请人因对“大额资金往来、复杂的民事行为均已丧失判断能力”而被认定为无民事行为能力[(2016)沪0114民特17号];在限制行为能力宣告中,有被申请人因“卧床不起有一年多,生活无法自理,定向不全,反应迟钝,记忆、智能及意志要求减退”而被宣告为限制民事行为能力[(2016)沪0107民特73号],也有被申请人因“无法独立从事复杂的民事活动,无法完整、有效地维护自己的权益”而被宣告为限制民事行为能力[(2016)沪0115民特250号]。

〔5〕 参见尹田:《自然人的行为能力、意思能力、责任能力辨析》,载《河南省政法管理干部学院学报》2001年第6期,第12~13页。

〔6〕 其中以尹田教授于2001年发表之《自然人的行为能力、意思能力、责任能力辨析》最具代表性。本文对“全面抽象说”的检讨,亦将围绕该文展开。对“全面抽象说”的继受,亦见于其他专论行为能力的文章。如李小军认为,行为能力的基础正是建立在对意思能力的抽象之上,行为能力就是当事人的意思决定能力。(见李小军:《行为能力、意思不自由与意思决定》,载《清华法治论衡》第10辑,第236~237页);朱涛将行为能力分为“形式的行为能力”与“实质的行为能力”,后者即意思能力。并认为,当行为能力与意思能力不一致时,法律并不关注意思能力,“在对行为能力这一法律上的抽象概念作体系上的构建,故而不得不在相当范围内舍弃对具体实质行为能力的考察”。(见朱涛:《行为能力三辩》,载《中国政法大学学报》2013年第2期,第152~153页)。需明确的是,笔者在此仅为对相应观点的讨论,而非指向有关学者个人。

〔7〕 见前注〔5〕,尹田文,第12~13页。这种认识来自胡长清《中国民法总论》。氏著中提到“法国学者分行为能力为天然能力及法定能力,天然能力,即指意思能力而言……反之德国学者则谓意思能力,乃意思表示之要件,而非行为能力之要件,欠缺意思能力,则只意思表示不生效力,而与行为能力无关。……就我民法解释,与德国民法相同”。尽管在此处胡长清教授认为意思能力与行为能力无关,但在氏著其他部分,这一观点并未得到坚持。胡长清教授指出,德国法上的无行为能力人为精神病人及因精神病宣告的禁治产人两种,而构成禁治产人的实质要件则为心神丧失与精神耗弱。就如何区分这两种情形,有性质说与程度说之别。性质说认为,精神限于病的状态,为心神丧失;非限于病的状态但判断能力逊于常人者,为心神耗弱。程度说认为,全然欠缺意思能力,为心神丧失;部分欠缺意思能力,为神志耗弱。此时胡长清教授明确表示赞同程度说,但显然已与其在先之“意思能力与行为能力无关”的观点相矛盾。(胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第74~80页。)

只有借助于行为能力的“定型化”，才能“从一种客观状态，转为一种法律上确定的状态”。〔8〕笔者认为，上述认识未能准确解读意思能力的功能与性质，且在论证逻辑上存有矛盾之处。详言之：

首先，将意思能力作为“意思表示有效之要件”的认识并不准确。成年完全行为能力制度的基础在于，法律评价上成年人以理性为普遍，以非理性为殊外。法律行为的效力源自私法自治，即尊重行为人的意思并承认与该意思内容一致之私法上效果。相应的，法律效果的达成非由国家赋予，而在于自由意思的合致。实证法此时无须积极主动地评价意思表示的效果，而仅需规定何种意思表示不生效力。本文认为，就法律行为而言，意思能力之功能非在积极赋予意思表示以效力，而在于消极地使非理性之意思表示不生法律效果。因此在作为法律行为的效力性要件时，意思能力并非“意思表示有效之要件”，恰恰相反，是“意思表示无效之要件”。

其次，就意思能力的欠缺无关行为能力有无的认识，似乎是对《德国民法典》第104条第2款和第105条之间关系的片面解读。弗卢梅指出，成年人因其不能自由决定意思而处于第104条第2款和第105条第2款之“自然的无行为能力和自然的无能力做出意思表示的情形”，且第104条第2款“将无行为能力与无能力进行自由意思决定联系起来，通说正确地认为，该规则可以通用适用于第105条第2款”之规定。〔9〕显然，在德国学说中，第105条第2款与第104条第2款均系对意思能力的评价，区别仅在于能力欠缺是否为持续性之状态。意思能力作为行为能力的判断基准，近来也同样为台湾地区学者所注意。〔10〕在日本民法上，因其并无针对无行为能力的明确条款，而意思能力作为法律行为效力性要件的认识又为理论和实践所接受，确易错将其作为单纯的效力性要件理解。但不论在过去的“禁治产”制度还是现在的“成年后见”制度中，受禁治产人、被后见人的行为能力均内化于上述制度并受相应限制。〔11〕此外，在禁治产或监护宣告中，均存在对意思能力的判断，只不过立法将之表述为“事理辨识能力”。但二者本质仍相同，区别仅在于后者对意思能力的要求稍高。〔12〕可见，欠缺意思能力亦将影响对行为能力的判断。

最后，“全面抽象说”就意思能力只有借行为能力的全面抽象才可进入实证法体系的认识，在逻辑上也难以自洽。“全面抽象说”一边将意思能力的作用限定于意思表示效力性要件的范畴，一边又指出意思能力必须接受行为能力的“全面定型化”处理，才能从纯然的事实概念转化为规范概念。〔13〕而

〔8〕 见前注〔5〕，尹田文，第12~13页。

〔9〕 [德] 维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第217页。类似观点可见[德] 汉斯-约哈西姆·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88页（“暂时的精神障碍，如果已达到不能自由决定意思的标准，则依据第105条第2款，此状态下发出的意思表示无效。虽然不能从第105条第2款的字面意思中得出该条件，但是该条款是连同第104条第2款一起被看待的。两者相互补充，即第104条第2款适用于持续状态下，第105条第2款适用于暂时情形”）；[德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第414页（“在第105条第2款中，精神错乱与在第104条第2款中一样，必须产生不能自由决定其意志的后果。这一点，虽然第105条第2款没有说，但是一般的看法都是这么认为的”）。

〔10〕 陈自强指出，“德国民法因有第104条第2款，不须另有意思能力之概念，台湾学说受此影响，也不特别强调意思能力，但却忘记台湾‘民法’无类似德国民法第104条第2款之规定”。可见，“全面抽象说”以台湾地区规定为例，实为错例，因我国台湾地区“民法”上并不存在意思能力之概念。（见陈自强于《月旦民商法杂志》2013年第3期所登文章，第75~76页。）

〔11〕 [日] 我妻荣：《新订民法总则》，于敏译，中国法制出版社2008年版，第56~58页；[日] 近江幸治：《民法总则（第6版补订）》，渠涛等译，北京大学出版社2012年版，第34、36页。

〔12〕 [日] 須永醇『意思能力と行為能力』日本評論社2010年，第55页。

〔13〕 见前注〔5〕，尹田文，第13页。

既然“欠缺意思能力的人只是意思表示不发生效力,但与其有无行为能力无关”,则意思能力必然可独立于行为能力之外,后者又如何能对前者“全面定型化”?行为能力能够将意思能力进行全面抽象,须以集合关系中后者能包含于前者为前提,即行为能力概念的外延应大于意思能力。而根据“全面抽象说”的表述,若意思能力既能够在行为能力之外的法律行为领域独立地发挥作用,亦得通过抽象进入行为能力领域,则意思能力的外延相反要大于行为能力,逻辑上行为能力根本无法完成对意思能力的全面抽象。反观《德国民法典》第104条第2款与第105条第2款的规定,也旨在还原意思能力之全貌。此外,通说认为,行为能力为有效实施法律行为之能力,^[14]意思能力则为判断自己行为结果之精神能力,又称认识力或预期力,^[15]前者系对后者的抽象。同时,行为能力所针对者,原则上仅对财产法上行为有适用,身份上之行为,应由个人自己决定。^[16]尤其是在医疗事务的决定权上,应优先考虑当事人具体的意思能力。^[17]换言之,意思能力即便不借助行为能力的抽象,亦有进入实证法规范的可能。

2. 意思能力全面定型化之否定

“全面抽象说”主张对意思能力进行全面的定型化。为论证其正当性,“全面抽象说”首先借用了德国学者梅迪库斯的经典表述,认为对意思能力的具体考察“与法律交往要求的简便性和安全性格格不入。一个人在从事每一项法律行为之前,不可能对行为相对人或行为对方进行某种形式的‘成熟测试’。因此,民法典对行为能力受到限制的情形主要进行了类型化”。^[18]并据此提出,“法律必须通过行为能力制度将意思能力定型化”。

但是,民法上平等主体间以其意思的相互合致触发私法上之效果,本就是私法精神之原旨。通过对每一具体的意思进行考察以获致对自由的最大尊重,理所当然。对私意志的否定,便意味着公权力对私人领域的干涉,惟非必要,不得为之。以行为能力对意思能力抽象,即意味着私法自治对公权介入的让步。而这种让步需建基于正当性的最大化要求之上,即“法律交往要求的简便

[14] 参见前注[9],弗卢梅书,第214页。施瓦布也认为,行为能力是做出一个法律行为的能力。(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118~119页。)此观点亦为我国海峡两岸学者肯认。如王泽鉴认为行为能力乃就法律行为能力而言(王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2013年版,第248页);梁慧星认为行为能力是“不依赖他人而独立实施法律行为的能力”[梁慧星:《民法总论》(第四版),法律出版社2011年版,第104页];张俊浩认为,行为能力是独立实施法律行为的能力(张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社2000年版,第108页);尹田认为,行为能力乃法律赋予自然人之独立实施法律行为的概括性资格,是对自然人于民事活动中法律地位的确认(见前注[5],尹田文,第11页)。尽管学者间就行为实施之独立程度见解不同,但对行为能力为实施法律行为之能力这一基本前提均采肯定之态度。

[15] 见前注[11],我妻荣书,第55页;此外,弗卢梅认为意思能力是意思自治的“精神-意思能力”(见前注[9],弗卢梅书,第215页);郑玉波认为,意思能力者,能判断自己行为生何种结果之精神的能力也(郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第121页);近江幸治认为意思能力指能够判断自己行为结果——也就是根据意思使自己的权利义务发生变动——的精神状态(见前注[11],近江幸治书,第34页)。学者间虽表述各异,但内容实质基本一致。

[16] 参见李宜琛:《民法总则》,正中书局1976年版,第73页;史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第111~112页。

[17] 例如,我国《精神卫生法》第27条规定:“精神障碍的诊断应当以精神健康状况为依据。除法律另有规定外,不得违背本人意志进行确定其是否患有精神障碍的医学检查。”同法第43条第1款更从正面规定:“医疗机构对精神障碍患者实施下列治疗措施,应当向患者或者其监护人告知医疗风险、替代医疗方案等情况,并取得患者的书面同意;无法取得患者意见的,应当取得其监护人的书面同意,并经本医疗机构伦理委员会批准。”比较法上,《德国民法典》第1901a条、1904条和1905条,以及《瑞士民法典》第19c条、第377条第1、3款均为对医疗事务中成年人意思能力的强调。

[18] 见前注[5],尹田文,第13页;前注[9],梅迪库斯书,第410页。

性和安全性”，盖法律交往不覆，实现个人自由的平台亦不存在。因此，就梅迪库斯前述论证，不应理解为对“意思能力定型化之正当性”的论证，而应作为“为何不考察具体意思能力”的解释。同时，梅氏也明确指出这种类型化处理是有限的，因法律只是对行为能力欠缺的“主要”情形进行类型化，并非对意思自治的全面干预。“全面抽象说”论者显然也意识到仅以梅迪库斯的论述并不能完美论证其意思能力全面定型化的主张，便又提出，“全面定型化”的理由还在于：第一，更有利于交易安全的维护；第二，基于我国实证法及司法实务的做法；第三，避免有行为能力之当事人借口实施法律行为时“无意思能力”而主张行为无效，徒增诉讼之烦。^[19]

对交易安全的信奉与维护，曾在我国民法学界长期占据绝对通说的地位。^[20]但晚近已有学者对之进行了反思与批判，本文不赘。^[21]以维护交易安全作为意思能力全面定型化之理由，当下已难具说服力。此外，“全面抽象说”认为对意思能力的全面抽象乃基于实证法上的既有规定，即我国民法上并不存在规定当事人实施具体行为时之辨认能力的条款。但显然论说者遗漏了对《民通意见》第67条的考察，而该条恰是对行为人暂时欠缺辨认能力时行为效力的规定。^[22]至于对恶诉滥生的担忧，亦未免有夸大之嫌。即便在意思能力全面定型化的语境下，恶意诉讼人亦有经《民通意见》第8条，通过认定非完全行为能力而导致法律行为效力瑕疵之途径。况且，因“从事法律行为以后过去的时间越久，证明精神耗弱往往越难”^[23]，证明意思能力欠缺的高昂成本本身便能阻遏恶诉的滥生。即便在特殊情形下，当事人能够通过意思能力欠缺而主张法律行为无效，但以极端个例否定意思能力对私法自治的普适性价值，未免非理性之考量。

3. 意思能力独立性之证成

意思能力全面抽象说将意思能力与行为能力做同质化认识，但成年人意思能力的功能场域和

[19] 见前注[5]，尹田文，第13~14页。

[20] 参见佟柔：《中国民法学·民法总论》，中国人民公安大学出版社1990年版，第99页；彭万林：《民法学》，中国政法大学出版社1995年版，第59页（该部分为徐国栋教授撰写）；王利明、郭明瑞、方流芳：《民法新论》，中国政法大学出版社1995年版，第155页（该部分由郭明瑞教授撰写）；郑立、王作堂：《民法学（第二版）》，北京大学出版社1995年版，第45页；杨年合：《民法学通论》，方正出版社1999年版，第73~74页；柳经纬：《民法》，厦门大学出版社2003年版，第68页；马俊驹、余延满：《民法原论》（第二版），法律出版社2005年版，第89页；杨立新：《民法总论》，高等教育出版社2007年版，第76页；王利明：《民法总论》，中国人民大学出版社2009年版，第140页；江平：《民法学》（第二版），中国政法大学出版社2011年版，第50页（该部分为李永军教授撰写）；陈华彬：《民法总论》，中国法制出版社2011年版，第250、255~256页。

[21] 如龙卫球教授指出，“从法律的价值比较，社会交易利益不能与抽象的个人自由或全面自治地位相比，个人自由是法律的更高价值”。并进一步强调，虽然对意思能力做具体考察会带来举证上的难题，但“当我们在增加实践难度和维护个人自由二者之间做出选择时，应毫不犹豫地选择后者”。[龙卫球：《民法总论》（第二版），中国法制出版社2011年版，第230~231页。]朱广新教授认为行为能力制度的保护具有绝对性，在此情形下交易相对人的合理信赖得不到任何保护，实际反而不利于法律交往中信赖利益的保护。（朱广新：《民事行为能力制度的体系性解读》，载《中外法学》2017年第3期，第598页。）梁慧星教授认为未成年人欠缺行为能力制度的立法目的在于财产的维持与保全，而成年人欠缺行为能力制度的立法目的因“过分强调市场交易的安全和财产管理”，有改进的必要。（见前注[14]，梁慧星书，第104~105页。）

[22] 《民通意见》第67条规定：“间歇性精神病人的民事行为，确能证明是在发病期间实施的，应当认定无效。行为人在神志不清的状态下实施的民事行为，应当认定无效。”朱庆育教授指出，该条之规范功能，可类比《德国民法典》第105条第2款，即对暂时欠缺意思能力情形的规定。通过对该条的解释，可实现与德国通说的接引。[朱庆育：《民法总论》（第二版），北京大学出版社2016年版，第238~240页。]尽管尹田教授此后也注意到了第67条，但认为该条只是承认了“某些特定情况下，具有民事行为能力的人也有可能不具有意思能力”，即只是针对间歇性精神病人的规定。（尹田：《民法学总论》，北京师范大学出版社2010年版，第102页。）

[23] 见前注[9]，梅迪库斯书，第414页。

概念性质决定了行为能力无法对之做全面的定型化处理,就二者间关系,仍有在逻辑和适用两层面做重新厘清之必要。

(1) 逻辑上,意思能力包含行为能力,前者系实现后者的充分不必要条件,即一方面,有意思能力始有行为能力,无意思能力便无行为能力;另一方面,有行为能力未必有意思能力,无行为能力未必无意思能力。同时,在二者组成之集合关系内部,成年人意思能力暂缺、身份行为以及医疗事务等场合下的意思能力均得独立于行为能力发生作用。二元化评价标准仅发生于行为能力与意思能力重合的领域,即成年人行为能力欠缺的判断之中。

(2) 法体系中,行为能力概念并非自在自为地产生规范效力,其仍需契合法概念适用的基本规则,即通过对生活事实的涵摄或演绎以获致相应的法律评价。作为自然人从事法律交往的资格,行为能力兼涉现实与未来之双重向度,其适用过程亦循而分两步骤进行:第一步,通过对现实个案中具体意思能力的考察做出相应的行为能力评价;第二步,评价后的各行为能力类型将导致不同的法律行为效果,除非有相反证据,未来向度上无须就具体行为时的意思能力再做考察,仅以行为能力抽象确定即可。意思能力在此向度上等价于行为能力,即“实施法律行为之能力”。上述过程中,第一步系行为能力实现其自身规范目的的核心,第二步系行为能力维护法律安定的体系意义所在,且二者为因果关系,前者为“因”,后者为“果”。前述二元化评价标准混淆了上述因果关系,在以“实施法律行为之能力”作为行为能力判断标准时,首先在逻辑上倒果为因,实际形成了以行为能力欠缺证明行为能力欠缺之规范层面的循环论证,行为能力的规范目的难以实现;其次,背离概念适用的一般原理,行为能力判断的评价基础将不再是具体生活事实,必然无法对真实意思能力状态做出准确评价。例如在“骆德溢与代理人骆德芹、代理人骆德莹等申请宣告公民无民事行为能力特别程序案”中,被申请人虽“意识清晰,思维尚连贯”,但因“不能辨认自己的权利和义务,不能做出正确的意思表示”而被宣告为无行为能人。^[24] 此时被申请人的意思能力显未达到无行为能力的程度,却因评价标准的偏错而丧失法律交往之资格,显已违背偏离法律评价的正当性要求。

是故,行为能力虽无法对意思能力做全面抽象,但其仍可就意思能力的部分内容进行定型化处理,且此过程非但不排斥对意思能力的考察,相反,行为能力评价的正当性恰恰建基于对意思能力的具体考察之上。质言之,行为能力的唯一基础便是意思能力,前者样态如何须由后者给出答案,“离开意思能力,分析行为能力将变得毫无意义”。^[25] 行为能力维系法律安定的实质,并非在现实向度上不对意思能力独立考察,而是在未来向度上避免对意思能力做重复考察。忽视意思能力的独立性而执意强调其与行为能力的同质化,反而会破坏法体系之安定。

(二) 大陆法上意思能力的考察范式

就大陆法系主要国家(地区)对意思能力的考察范式观察,德、日、瑞等国在法律行为效力要件以及成年监护制度中确定了对意思能力的独立考察,并于前者中再就行为能力判断和具体法律行为中的意思能力分别规定。此外,与传统认识相反,我国台湾地区并未在实体法中明确对意思能力的独立考察,而是在程序法中将意思能力明确加以规定。

1. 德国法上的规定

《德国民法典》中,^[26] 未成年人基于“普适性的法律地位”而取得非完全的行为能力状态,成年

[24] 见(2016)沪0105民特49号。

[25] 张驰:《自然人行为能力新思考》,载《法学》2009年第2期,第105页。

[26] 本文所称《德国民法典》系2009年修订后之版本,所据译本参见陈卫佐译注:《德国民法典》(第4版),法律出版社2015年版。

人则因欠缺意思能力而处于“自然的无行为能力状态”。〔27〕就成年人的行为能力,第104条第2款规定,无行为能力是“处于不能自由决定意思的精神错乱状态的人,但以该状态按其性质来说不是暂时的状态为限”,同时,第2229条第4款对无遗嘱能力人规定为,“因精神错乱、神志耗弱或意识错乱而不能理解自己所做出的意思表示的意义并按照这一理解实施行为的人”,更为恰当地细化了第104条第2款中意思能力的状态。显然,成年人无行为能力状态应以意思能力的非暂时性欠缺为准。反之,暂时地处于上述状态的成年人仍属于完全行为能力人,其行为效果由第105条第2款规定,即“在丧失知觉或暂时的精神错乱的状态下做出的意思表示亦无效”,弗卢梅称之为“自然的无能力做出意思表示的情形”。〔28〕该款旨在明确,行为人虽不丧失行为能力,但亦得因“无意识或暂时性的精神错乱状态下发出的”意思表示而无效。〔29〕同时第105a条规定成年无行为能力人得从事日常生活交易之事务。

准此,德国民法通过第104、105及105a条,明确了意思能力在无行为能力判断中的核心地位,并在法律行为效力的要件上实现了意思能力与行为能力有限度地分离。此外,德国民法上监护制度的适用对象为未成年人(第1773条及以下),对于成年人则以照管制度取代原先的成年人监护和保佐,第1896条规定了照管的意思能力要件,并指出不得就所有事物设立总括的照管。〔30〕被照管人的行为能力不因照管人之任命而减等,仅在满足第104条第2款情形下才为无行为能力人。〔31〕

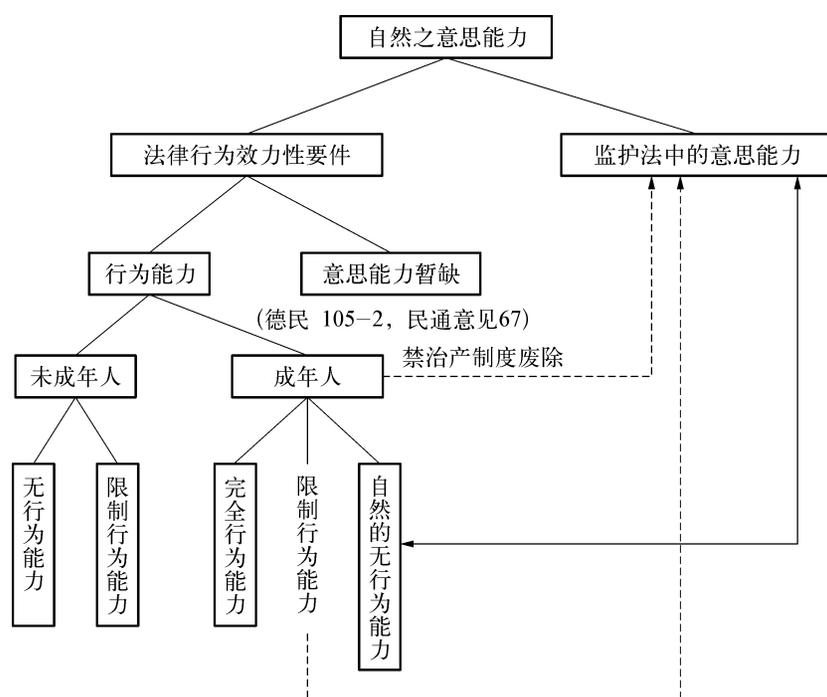


图1 意思能力的体系定位

〔27〕 见前注〔9〕,弗卢梅书,第215~217页。

〔28〕 见前注〔9〕,弗卢梅书,第217页。

〔29〕 见前注〔9〕,梅迪库斯书,第414页。

〔30〕 参见〔德〕迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,王葆苒译,法律出版社2010年版,第460页。

〔31〕 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2016年版,第122页。

2. 日本法上的规定

日本民法典上之所以未明文规定意思能力的概念，^[32]皆因立法者认为“关于意思能力，如果法律行为欠缺意思就不成立法律行为，所以无须特别规定意思能力”。^[33]但无意思人所为的行为应被视为无效，已在日本学界得到一致肯认。^[34]1999年，日本全面修订成年人监护制度，废除总则中的“禁治产、准禁治产制度”及亲族编中的监护制度，规定更为弹性的保护措施，不再以行为能力欠缺作为监护的要件，而代之以对意思能力的具体审查。

2017年4月，日本众议院通过了日本民法修正案，在第一编“总则”部分第二章“人”第1节“权利能力”和第3节“行为能力”之间，增加第2节“意思能力”，并规定“在辨识事理能力”（以下简称“意思能力”）欠缺的状态下做出意思表示者，在意思能力恢复后，基于该意思表示的法律行为（包含意思表示，以下在本款及下款中亦同）可撤销”。^[35]新修法在总则中明确了意思能力对法律行为效果的独立影响。同时，依据意思能力不足的程度，分别于第7条、第11条和第15条规定了监护、保佐及辅助的开始要件，实现行为能力与成年监护的脱钩。

3. 瑞士法上的规定

依据2008年12月19日颁布之联邦法律《成年人保护法、人法和儿童法》规定，2013年生效之《瑞士民法典》中成年人监护改称“成年人保护”，规定在第二编亲属法第三分编中，并将原法定措施修改为保佐一制。^[36]第一编人法中，第16条对有判断能力定义为：“凡不属于年幼，或者无精神障碍、心理错乱、精神恍惚或类似情况，从而不欠缺实施理智行为之能力者。”第13条将“成年且有判断能力者”规定为有行为能力，第17条将“无判断能力、未成年人和受总括保佐的人”规定为无行为能力人，确定了以判断能力作为行为能力有无的判断基准。此外，与德国民法一样，瑞士民法中完全行为能力人也可接受成年人保护措施。不同的是，根据瑞民第19d条、第394条至第398条，代表性保佐、参与性保佐和总括保佐之被保佐人的行为能力因保佐而受到限制或剥夺。^[37]

虽然瑞士民法并未采取德国民法上将行为能力与保护措施完全脱离之做法，但在无行为能力人法律行为的效力上，为避免僵化的行为能力制度对成年人意思自治过度限制，《瑞士民法典》采取与德国民法不同的规定。依第19条、第19c条，有判断能力之无行为能力人在“无偿取得利益”“处理日常生活中非重要的事务”“独立行使与其人各自有关的权利”等情形时其法律行为有效。第407条再次明确被保佐人得行使具有高度人身性质之权利，并在第409条中规定保佐人应向被保佐人提供相当金额以供其自由处分。相较于德国民法第105a条，瑞士民法上无行为能力人可实施的行为范围更广，意思自治空间更大，无疑是一种进步。

[32] 本文中《日本民法典》所据译本参见渠涛译注：《最新日本民法》，法律出版社2006年版。

[33] [日]富井政章『民法原論 第1卷 總論 上』有斐閣明治36年版，第124页。

[34] 参见[日]須永醇『權利能力、意思能力、行為能力』星野英一『民法講座第1卷 總則』有斐閣昭和59年版，第99页。

[35] [日]加藤雅信：《日本民法典修正案1 第一编：总则〈附立法提案及修正理由〉》，朱晔、张挺译，台湾元照出版有限公司2016年版，第87页。

[36] 本文中《瑞士民法典》为2013年新修订之版本，所据译本参见戴永盛译注：《瑞士民法典》，中国政法大学出版社2016年版。

[37] See Philippe Meier, “The Swiss 2013 Guardianship Law Reform — A Presentation and a First Assessment in the Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, 10 Elder Law Review 15 (2016).

4. 我国台湾地区法上的规定

关于我国台湾地区“民法”上之意思能力,有学者认为,台湾地区“民法”第13条、第15条及第75条与德国民法一样规定了意思能力的考察。^[38] 本文认为,此说可值商榷。台湾地区“民法”第13条规定“未满七岁之未成年人,无行为能力。满七岁以上之未成年人,有限制行为能力。未成年人已结婚者,有行为能力”。第15条规定“受监护宣告之人,无行为能力”。第75条规定“无行为能力人之意思表示,无效;虽非无行为能力人,而其意思表示,系在无意识或精神错乱中所为者亦同”。同时,第187条置于台湾“民法”债编第一章“通则”第五款“侵权行为”项下,该条中的识别能力,实际对应责任能力,属广义行为能力范畴,并非狭义行为能力的内容。台湾地区“民法”第75条源于德国民法第105条,但德国民法因有第104条第2款而无须另有意思能力的概念,“台湾学说受此影响,也不特别强调意思能力,但却忘记台湾‘民法’无类似德国民法104条第2款之规定”。^[39] 由于对意思能力的重视不够,在2009年修订后的台湾地区“成年监护法”中,监护宣告仍保留了旧有禁治产制度以无行为能力为必要之做法,严重抵触其2014年颁行之“身心障碍者权利公约施行法”,受到台湾学者批判。^[40] 陈自强教授更直指其为“台湾成年监护制度最大的败笔”。^[41]

但也不能就此认为,台湾实证法中全无意思能力的规定。除“民法”第187条类似意思能力之“识别能力”的规定外,2015年12月30日修订的台湾“家事事件法”第14条第3款规定:“不能独立以法律行为负义务,而能证明其有意思能力者,除法律有特别规定外,就有关其身份及人身自由之事件,亦有程序能力。”可见,台湾地区民事实体法律中虽欠缺对意思能力的规定,但其程序法已对其予以肯认。

(三) 实证法上意思能力的体系定位

大陆法对意思能力的考察,在成年监护改革之前以法律行为效力性要件的形式存在。考察方式上,一方面以行为能力对之进行抽象考察,另一方面对暂时欠缺意思能力者进行独立判断。前者中区分未成年人与成年人的行为能力。未成年人欠缺行为能力的状态具有普适性法律地位,有两级制(德国法)与一级制(日、瑞法)之别,并因成年而取得完全行为能力。成年人行为能力中,以无行为能力或禁治产制度对意思能力进行抽象。但行为能力对意思能力的抽象考察仅为相对之抽象,无行为能力人得因某些“灵光时刻”(lichter Moment)具有意思能力而得使其法律行为有效。^[42] 成年监护改革之后,行为能力随禁治产制度的废除而与监护法脱钩。对被监护人意思能力做

[38] 见前注[5],尹田文,第12~13页。这一见解可能受台湾学者学说影响,如郑玉波教授认为台湾地区“民法”第187条以“识别能力”规定了意思能力。(见前注[15],郑玉波书,第121页。)

[39] 见前注[10],陈自强文,第75~76页。

[40] 参见黄诗淳:《从身心障碍者权利公约之观点评析台湾之成年监护制度》,载《月旦法学杂志》第233期,第139~152页。

[41] 陈自强:《债权法之现代化》,北京大学出版社2013年版,第164页。

[42] 参见[德]本德·吕特斯、阿斯特丽德·施塔德勒:《德国民法总论(第18版)》,于馨森、张姝译,法律出版社2017年版,第304页;[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论(上册)》,王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,法律出版社2013年版,第135页;前注[9],汉斯-约哈西姆·慕斯拉克、沃夫冈·豪书,第88页;前注[9],梅迪库斯书,第413页;前注[22],朱庆育书,第239页。须指出,德国法上禁治产人的行为效力与无行为能力人不同,即便存在神志清醒的间隙,禁治产人仍不得发出或受领意思表示。(前注[9],弗卢梅书,第215页。)在日本法上不存在成年人无行为能力与禁治产的上述差别,成年人无行为能力人即为禁治产人,但日本法上通过承认无意思能力下行为效果得独立无效而间接达到德国法上的效果。([日]山本敬三:《民法讲义I总则(第3版)》,解亘译,北京大学出版社2016年版,第38页。)

独立考察的实质,即在压缩成年行为能力适用领域之同时扩容自由意志在法体系中的作用空间,并为其提供适当的保护措施。比较法上经验表明,实现意思能力在行为能力、法律行为及成年监护的三维维度中的独立考察范式是各国立法改革中的重点。详言之,第一维度,明确行为能力判断中的意思能力标准;第二维度,在法律行为的效力性要件中释出意思能力要件,为成年人(尤其是老年人)的意思自治提供更为弹性的空间;第三维度,促成意思能力与成年监护的接驳,割裂行为能力与监护间的联系。

我国《民法总则》第 28 条规定,“无民事行为能力或限制民事行为能力的成年人,由下列有监护能力的人按顺序担任监护人”,基本沿袭了《民法通则》第 17 条将行为能力与监护制度挂钩的做法。同时,成年人限制行为能力类型为我国独有,比较法上监护制度虽有对成年人行为能力进行限制者,但该限制仅针对具体行为,非行为效力的抽象限制。^[43]总则第 21、22 条并未殊意强调意思能力对行为能力判断的影响,而是继续保留了《民法通则》第 13 条以“辨认自己行为”作为欠缺行为能力判断的核心依据。此外,第 144 条规定“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效”,在法律行为效力性要件的构造中并未虑及完全行为能力人可能欠缺意思能力之情形,也属于对《民法通则》第 58 条第 1 款之继受。实证法上将意思能力全面定型化的弊端,学界已有关关注,但对之克服的建议多集中在行为能力的类型变更^[44]或行为能力宣告制度的存废^[45]上。而改变行为能力制度的基本规则,在现有实证法语境下显已超出法律解释与法内续造的范畴,故应力求在既有规范体系内,于解释论层面确定意思能力在行为能力判断和法律行为效力要件中的独立考察,并在民法典分则监护法中进一步实现成年监护去行为能力化的规制工作。

(未完待续)

[43] 如施瓦布指出,德国民法第 1093 条允许之保留规定被照管人做出属于照管人职责范围的意思表示时,必须得到照管人的允许。但同时,“尽管可以对被照管人援用第 108 条以下的规定,但不能直接将照管人视为‘限制行为能力人’,因为允许保留一般只涉及有限的范围,在该范围之外的被照管人具有完全的行为能力”。(见前注[30],迪特尔·施瓦布书,第 467 页)弗卢梅则更直接指出:“……而依第 104 条以下各条规定,不存在自然的限制行为能力的情形,而只存在自然的无行为能力或自然的无能力做出意思表示的情形”(见前注[9],弗卢梅书,第 217 页)。

[44] 参见朱广新:《民事行为能力制度的立法完善——以〈中华人民共和国民法总则(草案)〉为分析对象》,载《当代法学》2016 年第 6 期,第 3~14 页;满洪杰:《关于〈民法总则(草案)〉成年监护制度三个基本问题》,载《法学论坛》2017 年第 1 期,第 38~44 页;张强:《民事行为能力制度的反思与重构》,载《法学论坛》2005 年第 5 期,第 94~98 页;李霞:《论我国成年人民事行为能力欠缺法律制度重构》,载《政治与法律》2005 年第 9 期,第 70~76 页;其中,朱广新、张强建议取消无行为能力类型,仅保留限制行为能力制度即为足矣。李霞建议将限制行为能力类型以意思能力残存之程度再行区分,分为“限制大部分法律行为”“限制部分法律行为”“限制特定法律行为”三类。满洪杰的步伐更大,建议我国采取荷兰民法典的立法形式,以人法编规定全新行为能力制度,并对行为能力的法律效果做重新调整。

[45] 参见焦少林:《欠缺行为能力成年人保护制度的观念更新与重构》,载《政法论坛》2005 年第 5 期,第 161~166 页;孙建江:《成年人行为能力欠缺制度研究——兼论我国民事制度之完善》,载《法学》2003 年第 2 期,第 48~54 页;申政武:《中国现行成年监护制度的缺陷及其改革的总体构想》,载《学习论坛》2013 年第 3 期,第 71~74 页;梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由:总则编》,法律出版社 2013 年版,第 244~247 页;李国强:《我国成年监护制度运行中的问题及其立法修改趋向》,载《当代法学》2014 年第 6 期,第 72~79 页。其中,焦少林、孙建江、申政武均认为应取消行为能力宣告制度而以个案审查判断当事人具体的意思能力;梁慧星、李国强均认为,应强调成年障碍者本人的意思,着重于对成年障碍者的人身关怀与保护,废除欠缺行为能力宣告制度,仅规定成年障碍者实施法律行为的代理即可。

Abstract Different from other civil law system countries, General Provisions of the Civil Law of the People's Republic of China holds an abstract model on decision-making capacity judgment; also, there is the "full-abstract theory" to support. While the independent investigation on decision-making capacity had been done automatically in practice due to the absence of legal norms about decision-making capacity a dualistic judgment system between decision-making capacity and legal capacity has already formed. "Full abstract theory" not only misunderstands the function and nature of decision-making capacity but also lacks the legitimacy of theory. Legal capacity can only partially abstract decision-making capacity, through the process the former still bases on specific inspection of the latter. Dualistic judgment system confuses the causal relationship in legal capacity judgment and this will cause damage to the stability of legal system. The legal system can build a three-constellation decision-making capacity independent inspection paradigm among legal capacity, legal behavior and adult guardianship. Decision-making capacity is a type of concept. Its core judgment should focus on the evaluation of intention elements. In judgment of decision-making capacity, the evaluation criteria of intention elements should be clearly defined. In legal capacity judgment, inspection on intention element during legal capacity judgment through law interpretation is necessary which can distinguish the criterion of decision-making capacity judgment between legal incapacity and legal limited capacity. In the legal act effect, by using article 67 of The Supreme People's Court About Carrying out Several Issues in General Principles of the Civil Law, decision-making capacity can be considered as a functional element in legal act effect. If adults are under declaration of legal limited capacity at the same time, there is a consent of the double effect co-opetition. In adult guardianship, according to the degree of independent intention elements and the situation of mental ability, decision-making capacity judgment standards can be established among different legal capacity.

Keywords Decision-Making Capacity, Legal Capacity, Adult Guardianship, Intention Elements

(责任编辑: 庄加园)