

# 意思能力的体系定位与 规范适用(下)

孙犀铭\*

## 目次

一、问题的提出	四、意思能力之规范理解与适用
二、意思能力的体系形态与定位(以上上期 已刊登)	(一) 行为能力判断中的意思能力标准
三、意思能力判断的规则构造	(二) 法律行为效果中的意思能力要件
(一) 意思能力的构成要素与概念类别	(三) 监护法中意思能力的类型划分
(二) 意思要素的评价标准	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

(接上期)

## 三、意思能力判断的规则构造

### (一) 意思能力的构成要素与概念类别

#### 1. 意思能力概念的内部要素

阿列克西认为,法概念是一种典型的非自然类别之概念,而法的本质则包含一个双重命题

\* 华东政法大学博士研究生。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”(项目编号:17BFX211)的阶段性成果。

(dual nature thesis),即必然包含着一个现实或事实的维度,以及一个理想或批判的维度。其中,前者的核心要素是强制或强力,后者的核心要素为正确性宣称。强制或强力折射出法与实践的必要联系,实践则在本质上通过正确性宣称对正确与错误进行区分,并最终使规范性得到界定。<sup>[46]</sup>法律概念中,借助于事实界的语言可满足法与实践的必然联系。但仅借助用以谈说事实的语言并不足以表达“当为”“正当化”等规范性陈述。<sup>[47]</sup>

就意思能力概念而言,弗卢梅指出,德国民法第104条第2款和第105条第2款作为“自然的无行为能力”和“自然的无能力做出意思表示”的情形,包含“意思-精神能力”和“意思要素”两项内容。且德国司法实践与理论通说将对意思要素的判断置于精神能力之前,即行为能力判断中的关键在于意思决定的自由而非精神上的理解能力。意思要素的满足程度取决于行为人是否可基于对优劣势的权衡而做出决定,而自由意思决定之前提,则是行为人在各种可能左右其意思产生的不同意见及第三人影响的干扰下,仍能理智思考并做出独立自由的抉择。<sup>[48]</sup>德国通说之所以强调意思要素的优先序位,其本质便在于因精神病、不正常的心理状态或因脑细胞受到损害所导致的精神错乱,亦即精神能力状态,仅体现法概念的现实维度,系“谈说事实的语言”。惟有体现“自由决定意志”之意思要素才符合法律规范的评价要求。质言之,意思能力内部由意思要素及精神能力两部分构成,后者系对现实维度的反映,可借由司法鉴定意见加以判断;而前者因体现规范性评价的要求,须由法官做出明确的价值判断。

## 2. 作为类型概念的意思能力

就意思能力概念的性质,有学者指出,“切忌把意思能力也定位为一个抽象概念,否则又会走入简单类型化的行为能力欠缺宣告制度的老路”。<sup>[49]</sup>抽象概念为何一定会导致简单的类型化?意思能力为何不得作为抽象概念理解?若不得定位为抽象概念,应对意思能力做何种理解?对于上述疑问,有再做探释的必要。

就抽象概念而言,当事物满足概念定义的全部要素时,即可被涵摄于概念之下。在其内部,各要素的孤立性决定着概念的无矛盾性及可被定义性,进而可降低或排除社会复杂性对法律实践的干扰,使法律的安定性得到保证。同时,抽象概念中各要素彼此不发生联系,由孤立要素所构成的各概念之间也不会发生重合,此时便可在保证概念含义明确性的同时,达到明确各概念类型、优化体系科学性之目的。但抽象概念的上述优点是以牺牲其实践价值为代价的。概念的抽象程度越高,其内部要素的充盈程度就越低,适用范围也相应越窄,其实践价值也越小。体系中“最高”的概念,虽可仅凭对几个要素的描述而被定义,但也因自身过高的抽象程度而难以直接描述生活素材。如行为能力等高位阶之抽象概念,其形成的基础已不是生活素材,而是同样建基于“理性”之上的其他概念,难以反映社会现实的特殊性。意思能力概念则与之不同:一方面,意思能力从来不是高位阶概念,其在概念体系内的低位阶性决定了其抽象程度较低,适用范围要广于行为能力等抽象

<sup>[46]</sup> 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊译,中国法制出版社2012年版,第239、251~269页。

<sup>[47]</sup> 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2015年版,第81页。

<sup>[48]</sup> 参见前注<sup>[9]</sup>,弗卢梅书,第218页。类似观点可见于史尚宽对意思能力的论述。氏说认为意思能力为合理的认识力及预期力。而认识及预期,“谓对行为及其法律上之效果或事实之结果有认识或预期也”。其中认识力及预期力,亦即弗卢梅所谓之“精神-意思能力”,而作为限定之“合理的”,即体现意思要素之规范性要求。参见前注<sup>[16]</sup>,史尚宽书,第107~108页。

<sup>[49]</sup> 李国强:《论行为能力制度和新型成年监护制度的协调——兼评〈中华人民共和国民法总则〉的制度安排》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第3期,第137页。

概念;另一方面,构成意思能力的两种构成要素所指涉的是“一些类似的——而非总以相同的——方式出现之生活现象”<sup>[50]</sup>,且相较于行为能力的构成要素,不论精神能力抑或意思要素均与生活素材本身不可分割,同时,意思能力各内部要素之间并非相互孤立,精神能力的瑕疵会对意思要素产生影响,但这种影响又非全有或全无的绝对样态,而呈现一种交互式的协调模式。因此,应将意思能力作为一种类型概念而非抽象概念进行把握。

我国《民法总则》第21条第1款、第22条延续了《民法通则》第13条对精神病人行为能力的考察范式。而就无行为能力和限制行为能力之精神病人的辨认识别能力,《民通意见》第5条做出了进一步规定:“精神病人(包括痴呆症人)如果没有判断能力和自我保护能力,不知其行为后果的,可以认定为不能辨认自己行为的人;对于比较复杂的事务或者比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力,并且不能预见其行为后果的,可以认定为不能完全辨认自己行为的人。”显然,上述辨认能力、判断能力、自我保护能力或对行为后果的预知能力,均更倾向于对精神能力的描述,唯独缺少对体现法规规范性品格之意思要素的描述。而这也能够解释为何司法鉴定意见长期在行为能力判断中占据主导地位,其原因便在于,若仅需对精神能力进行事实性描述,专业的医学鉴定意见无疑更加可靠。但本文认为,在缺少对意思要素的描述时,我国现有实证法规范不论在概念形成抑或价值评价上均存在较大缺陷。因此,确定意思要素的评价标准,乃是构建意思能力判断规则之核心要义。

## (二) 意思要素的评价标准

### 1. 意思要素的张力与边际

在行为能力适用的二重向度中,意思能力与行为能力之间系相辅相成而非对立关系。通过向现实向度中意思能力的评价可获致未来向度中行为能力的抽象确定,其中,行为能力对法律安定的维系仅作用于未来向度之上,意思能力在规范适用中造成的潜在不确定性并不会突破现实向度之维。换言之,意思能力仅作用于行为能力的确定阶段,后者在确定后便不再受前者影响。同时,基于二者间的因果关系,现实向度中对意思能力的考察越充分,未来向度中行为能力的稳定性越高。

概念适用领域的广狭及其实践性的圆融程度,由其内部要素的充盈程度决定。因此,概念中的待评价要素须保证数量上的充足。实证法上对意思能力的评价仅包括精神能力一项,长期忽视对意思要素的考察。而概念适用的范围则因被描述之要素较少而受到限制,且极易导致法律适用偏离实际,故应确保概念对社会现实进行评价的能力。<sup>[51]</sup>意思要素其功用,即在于丰富行为能力概念对社会现实进行描述的要素内容,为意思能力状态提供更为准确的判断手段,提高行为能力在现实向度内的评价能力。意思要素作用的边际,因其仅针对意思能力之评价而亦作用现实向度内,不会僭越进入未来向度对行为能力的抽象确定造成冲击。

### 2. 具体行为时意思要素的评价标准

意思能力作为法律行为效力性要件时,对意思要素评价的实质即为对意思决定自由程度的判断。日本主流学说认为,意思能力的判断应考量心理学和生理学两种要素。前者包括类似于意思要素的功能性能力及控制能力的判断;后者须考察受精神障碍影响之精神能力的有无及程度。<sup>[52]</sup>

[50] 见前注[47],卡尔·拉伦茨书,第17页。

[51] *Josef Esser*, *Theorie und System einer allgemeinen Deutschen Schadensordnung*, in: DRW 1942, S. 69.

[52] 参见[日]村田彰:《成年监护与意思能力》,徐雅筑、黄诗淳译,载黄诗淳、陈自强:《高龄化社会法律之新挑战:以财产管理为中心》,台湾新学林出版社2014年版,第285~288页。

德国司法实务和理论通说亦将对意思要素的判断置于精神能力之前。帝国法院司法解释指出,自由意思决定的前提是,若行为人排除了会对意思产生决定性影响之各类不同意见、感觉或第三人影响,理智地思考并做出独立自主的抉择,则该抉择即应被视作当时的正确决定;而因精神错乱致使意思过分受到特定意见、感觉或第三人影响以至于其无法以理智思考决定意思,则该决定即属缺乏自由的意思决定。<sup>[53]</sup> 尽管意思能力判断在《德国民法典》第104条第2款和第105条第2款中并未形成统一的解决方案,但法律仍然对因此所导致的“法律不确定性”予以容忍。<sup>[54]</sup> 适用中,意思要素对概念内涵所形成的张力势必会导致意思能力对法律的“不确定性”。但同时,在对具体行为的意思能力进行判断时,不宜苛求其在抽象上的绝对确定,而应尝试在法律安定与适用弹性之间构建相对确定之规则。

《民通意见》第4条便是在此方向的一次尝试。该条指出,在判断限制行为能力人具体法律行为效力时,“是否与其精神健康状态相适应,可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的精神状态能否理解其行为,并预见相应的行为后果,以及行为标的数额等方面认定”。第4条旨在为精神错乱时行为是否具有意思能力提供具体的评价标准。法条虽列举出三类标准,但鉴于“行为标的数额”可为“行为与本人生活相关联程度”所吸收,故其实质性标准为两类。但不论是行为人对该行为的熟悉程度,抑或对其行为内容和后果的理解或预判,本质上均仍是对精神能力的要求。质言之,在缺少对意思要素的评价时,《民通意见》第4条已并非是对精神能力瑕疵时意思能力是否完满的判断,毋宁是对行为人精神能力瑕疵时其精神能力还是否完满的判断。此种逻辑上的循环递归使其必然无法获致实践中可欲的效果。

鉴此,应构建具体行为时意思能力判断中的意思要素标准。本文认为,可围绕能够影响意思自由的几类干扰因素构建意思要素的评价机制:(1)当行为人处于精神错乱状态时,应判断其是否可基于对该行为的熟悉程度而自由做出决定;(2)行为人能否理解、预判其行为内容及法律后果,应考量该行为中的意思是否是在排除精神状态影响以及各类不同意见、感觉或第三人影响下独立自由地做出。通过上述干扰因素的设置,既可使意思要素的内在张力处于可控范围,又不会陷入因过度抽象而重走类型化的旧有路径。

### 3. 行为能力中意思要素的评价标准

就意思要素在行为能力判断中的作用,德国联邦最高法院认为:“依据第104条第2项的规定,在判断行为能力时,关键的是意思决定自由而不是理解能力。它取决于行为人是否可以基于对优劣势的权衡而自由做出决定,也即,他是否可以对所涉及的各项进行客观考量,或者,反之,在行为人受制于他人的意思和行为人基于类似于原因与效力的机械联系的无法控制的欲望和想象而做出意思表示的情形中,不存在自由形成的意思。”<sup>[55]</sup> 瑞士法上亦强调判断能力乃基于理性认识并按其自由意志行动,且以通常方式抗拒外部对意志可能影响的能力。<sup>[56]</sup> 我国《民法总则》第28条沿袭了《民法通则》第17条第1款的做法,仍将行为能力欠缺作为成年法定监护的开始要件。乍看之下,成年监护旨在解决成年人意思能力不足之问题,则先就成年人该当能力进行判断,似乎逻辑且正当。但细究之下,上述制度安排仍须暗合另一前提,即现有实证法规范能够为相应意思

[53] 参见前注[9],弗卢梅书,第218页。

[54] 参见前注[9],弗卢梅书,第221页。

[55] 参见前注[9],弗卢梅书,第218页。

[56] 参见[瑞]蒂娜·许莉曼-高朴、耶尔格·施密特:《瑞士民法:基本原则与人法》(第二版),纪海龙译,中国政法大学出版社2015年版,第210页。

能力状态提供准确评价。鉴于无行为能力与限制行为能力类型下意思能力的显著不同,就行为能力中意思要素的评价,亦应作区分讨论:

(1) 在无行为能力的场合,成年监护对意思自治的剥夺须在法理上获得明确之正当性。换言之,仅当本人欠缺从事监护人代理权范围内事务所要求的最低意思能力时,成年人从事相应事务能力的欠缺才能与监护人代理权的取得之间成立评价上的一致。

如前述,在法的双重命题中,意思要素承载着规范性评价的要求。在无行为能力判断中,上述对最低程度意思能力的评价亦须借助意思要素完成。既有规范仅强调精神能力的欠缺,即便法工委释义中强调无行为能力时“不能辨认自己行为”应以持续性状态为限,亦不能满足上述评价要求。质言之,价值判断中,持续性精神错乱并不简单等价于欠缺自由做出或受领意思表示之能力。对精神能力状态的描述仅为法概念在现实维度的事实谈说,若缺少意思要素在批判维度的规范加工,法律规范与社会现实之间仍将不可避免地形成裂隙。既有研究对无行为能力制度背离社会现实的批判,其根本原因即在于此。<sup>[57]</sup> 因此,在无行为能力判断中,除须对精神能力瑕疵的持续状态进行考察外,更应判断:Ⅰ. 在该精神能力瑕疵影响下,行为人是否无法独立且自由地做出意思决定;Ⅱ. 行为人是否无法在其熟悉的生活领域内独立且自由地做出意思决定;Ⅲ. 该影响是否在短期内不可逆。仅当上述三项要求均得到满足时,方可认定行为人无行为能力。

(2) 成年人限制行为能力为我国法上独有。成年无行为能力类型以现实向度内意思能力的持续非理性为评价要件,待现实向度内评价完成后,符合评价要求的意思能力即被抽象成无行为能力,并在未来向度上发生作用。但在限制行为能力情形中,现实向度内无法在实践操作中确立“不完全持续性”之明确标准,故而只能评价某一暂行性行为中意思能力是否理性。针对此种情形,依据《民通意见》第5条后半句,“对于比较复杂的事物或比较重大的行为缺乏判断能力和自我保护能力,并且不能预见其行为后果的”,可认定为限制行为能力人。此时的限制行为能力,类似于德国法上将欠缺实施较复杂行为之能力称为相对无行为能力的情形。<sup>[58]</sup> 然而,鉴于相对无行为能力将严重导致法律的不稳定,<sup>[59]</sup>且在操作上难以界定,<sup>[60]</sup>并有使智力成为行为能力判断的决定性因素而导致意志自由被忽视的风险,<sup>[61]</sup>德国法理论和司法实务通说中并不承认相对无行为能力制度。<sup>[62]</sup> 限制行为能力判断犹如擎弓射靶,在原有“计分规则”下,靶心处为实施复杂行为之能

[57] 如张强认为,“无民事行为能力制度对行为能力欠缺者的立法安排存在着与现实社会的脱节,表现为与尊重相对立的不信任。无民事行为能力人的行为以法律拟制的形式被排斥在法律生活之外,但却不可能被排斥在现实生活之外”(见前注[44],张强文,第96页);李霞亦认为,“从民事生活的层面观察,各类精神病人,包括被宣告为无行为能力人的精神病人,尽管被法律排除于交易生活之外,却被现实民事生活接纳”[李霞:《论禁治产人与无行为能力人的当代私法命运》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2008年第5期,第85页];李国强指出在成年人个体特殊性与行为能力普遍性间存有矛盾,且“传统民法的成年人行为能力欠缺制度却无视这种个体差异,从而造成对于被宣告为行为能力欠缺的成年人进行过度保护的可能”。(见前注[49],李国强文,第132页。)

[58] 相对无行为能力是指,在某些神志耗弱情形中,神志耗弱者能对简单事务做出判断并做出自由意思决定,但不具备处理复杂事务的能力。同时,因年事已高而致神志耗弱情形的老年人,其虽能自如应付自己所习惯的日常简单行为,但对那些他不习惯的事务却不具备“正常人”的精神能力和意思能力。为与无行为能力区分,将上述欠缺实施复杂行为能力的情形称为“相对”或“分级”的无行为能力。(见前注[9],弗卢梅书,第219页。)

[59] 参见前注[42],拉伦茨书,第136页。类似观点可见前注[42],本德·吕特斯书,第304页。 (“所谓相对无行为能力的主张……将有可能导致严重的区分问题,并由此造成对法律安全性的、无法容忍的损害。”)

[60] 参见前注[31],汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克书,第122页。

[61] 参见前注[9],弗卢梅书,第220页。

[62] 但弗卢梅就相对无行为能力制度采认同之态度。具体见前注[9],弗卢梅书,第219~222页;亦可见前注[42],拉伦茨书,第136页注释9。

力,且未中靶心便计脱靶,无疑已远悖常理。

行为难度仅表征行为人理解能力之程度,本质上属精神能力范畴,有进一步考察意思要素的必要。但在价值评价上,不能独立自由地实施某一复杂行为并不意味着其欠缺实施其他类型行为之能力。因此,在既有规范提供的成年人限制行为能力判断标准中,即便增加对意思要素的考察,仍无法在现实向度内对具体意思能力完成抽象确定的预设目标,继而在未来向度上亦无法确定对行为能力的抽象限制。若强行赋予限制行为能力在未来向度上的抽象确定,也只是缺乏正义性要求的伪确定。

成年限制行为能力在概念形成与价值评价上均存有较大缺陷,其在现实向度中的考察对象过于片面,且在未来向度中的评价缺乏正当性基础,是故,在未来民法典修订中予之废止应是根本之策。同时,本文认为,在现有制度框架内,仍有在解释论述克服上述弊端之方案。具言之,在现实向度内,扩容限制行为能力的适用范围,意思能力暂缺之各类情形均得成为其评价对象,对意思要素的判断可参照具体法律行为中的评价标准,通过泛化限制行为能力的准入标准,实际架空《民通意见》第5条的适用可能;在未来向度内,可在监护法中,依据意思要素和精神能力构建各具体意思能力受限之类型以代替抽象的限制行为能力类型,放弃现有价值判断路径,转以意思自由的实现程度作为限制行为能力类型区分的标准。仅在意思能力受限制较为严重的场合有《民法总则》第145条适用之可能,在其他限制行为能力类型中,可利用代理制度解决成年人法律交往的需求。

## 四、意思能力之规范理解与适用

### (一) 行为能力判断中的意思能力标准

就《民法总则》第21条第1款、第22条中“不能(完全)辨认”的理解,依其文义,既包括“暂时的不具备辨认识别能力”,亦包括“持续的不具备辨认识别能力”。依法工委释义,暂时性不能辨认自己行为者是指因酗酒、滥用麻醉品或者精神药品,对自己的行为暂时没有辨认识别能力的成年人以及焦虑症、抑郁症、强迫症等常见的精神障碍患者。对第21条第1款中的“不能辨认自己行为”和第22条中的“不能完全辨认自己行为”,就辨认识别能力之不足,不能理解为暂行性或短暂之状态。<sup>[63]</sup> 本文认为,上述理解并不适用于第22条之情形。在将“持续性不能完全辨认自己行为”作为限制行为能力判断标准时,并不具有可操作性,且会在评价上与法律目的间形成紧张关系,同时亦会制约民法典分则中监护法的条文设计。详言之:

首先,“暂行性”与“持续性”的区隔明显,但如何在“持续性”内部再做程度上的区分,实践上难具操作性。且如何将特定时间的行为与行为人的整体状态进行挂钩,即便在司法实践中,亦是一大难题。<sup>[64]</sup> 不论采取何种评价标准对其加以区分,均会造成法律极大的不确定性。域外法制经验表明,对成年人行为能力进行限制的依据,应以其能够独立实施法律行为的领域为准,而非其能力丧失的持续程度。现实情境中的“限制行为能力人”多只是暂时的无能力做出意思表示者,并非持续性的能力丧失者。在无明确认定标准的前提下,采取“持续性”之理解,只会徒增法律适用的不确定性。

其次,无行为能力与限制行为能力区分之基础,在于成年人是否已不具备法律生活所要求的最低理性。无行为能力情形中立法为保障成年人权益而否定其意思自治的全部可能。但对限制

[63] 参见李适时:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第64、66页。

[64] 参见蔡雄伟等:《精神病人民事行为能力评定相关问题的探讨》,载《中国司法鉴定》2003年第2期,第39页。

行为能力人,立法政策上应采取弹性更强、限制更弱之保护措施。实践中对“不能辨认”的二元化认识,部分情形是在无行为能力和限制行为能力的标准认识上发生了混同,当同一成年人在受行为能力评价时面临不同之结果,显然违背正义的命令要求,应避免采此种评价矛盾的解释。

最后,结合学界现有认识,实现法定监护的类型化改革已是共识。日本和瑞士法上的经验均表明,暂时性不能辨认自己行为的成年人可纳入成年监护的适用范围之中,并按其意思能力的程度或其可独立实施法律行为的类型为之提供更具支援性和弹性的保护措施。既能有效冲抵直接将行为能力制度与成年监护挂钩的弊端,亦可凸显类型化成年监护对个人自由的尊重。在我国实证法语境下,虽未直接实现成年监护的去行为能力化工作,但在保证限制行为能力适用对象的开放性前提下,更有利于民法典分则中法定监护类型化的制度设计。

## (二) 法律行为效果中的意思能力要件

### 1. 实证法救济的现实不足

审判实践中,法律关系的一方当事人提出自己实施的法律行为系处于“不能辨认自己行为”之状态,从而主张法律行为的效力有瑕疵时,依据《民通意见》第8条,应先对当事人行为能力进行宣告。然而以行为能力的状态确定法律行为的效力,其局限在于:第一,以行为能力状态确定意思能力有无,须借助精神病学等其他手段鉴定。但精神病学在推断成年人丧失部分意思能力上存在很大局限性;<sup>[65]</sup>第二,成年人可能因欠缺实施某类法律行为的能力而被剥夺实施其他行为的能力,对其意思能力欠缺的保护有过度之虞;第三,因法律关系的最终确定须等待另一诉讼的结果,期间过长,不利于欠缺意思能力人权益的救济和保护。

德国学说将《德国民法典》第105条第2款作为自然的无能力做出意思表示之情形,适用于暂时的精神错乱和无意识下发出的意思表示,即暂时欠缺意思能力之情形。<sup>[66]</sup>与第104条第2款一样,二者均包括对意思要素和“精神-意思能力”的要求,“自由决定意志”之意思要素亦在第105条第2款之情形有重要作用。<sup>[67]</sup>并且,“无意识”并非指欠缺“行为意思”之昏厥或睡眠等情形,而是指深度醉酒、强剂量吸食毒品、因发烧引起的谵妄或癫痫病发作等表意人对其所表达的内容没有明确认识的状态。换言之,此时行为人并非完全失去意识,而只是处于不能识别表示内容及其含义的状态。<sup>[68]</sup>

《民法总则》并未明确规定上述情形。虽然第21条第1款经前文解释论上处理可类似于德民第104条第2款之“自然的无行为能力”的情形,但仍欠缺“自然的无能力做出意思表示”时的规定。而在《民法总则》之外,我国学者指出《民通意见》第67条有接引《德国民法典》第105条第2款之可能,并指出第67条之“所实施的民事行为”应为发出意思表示,其意思表示之受领并不当然无效。<sup>[69]</sup>换言之,完全行为能力人暂时地欠缺意思能力时,我国实证法上为当事人提供的救济手段,除行为能力欠缺宣告之外,亦有《民通意见》第67条解释适用的可能。

### 2. 行为效力中的意思能力要件

《民法通则》第58条并未就欠缺具体意思能力时法律行为的效力做出规定。早期西北政法学院民法教研室出版的《民法原理讲义》中即指出,“成年人如系精神病患或其他精神失常不能独立处理自己事务的人”,在经人民法院查明事实后可对之宣告为无行为能力人并为之设置监护人。

[65] 参见陈甦主编:《民法总则评注》(上册),法律出版社2017年版,第153页。

[66] 参见前注[9],弗卢梅书,第215~217页。

[67] 参见前注[9],梅迪库斯书,第413~414页。

[68] 参见前注[9],汉斯-约哈西姆·慕斯拉克书,第88页。

[69] 参见前注[22],朱庆育书,第238~239页。

而间歇性精神病人，“在精神正常的情况下，应该有行为能力，但在精神病发作期间，就不能为法律行为”。<sup>〔70〕</sup>此后，《民通意见》第67条第1款规定了间歇性精神病人在发病期间的民事行为无效，第2款规定神志不清状态下一般人实施的民事行为无效。应认为，第67条之规范目的在于阻止欠缺意思能力的法律行为生效，本条的评价核心在于意思能力之状态而非行为主体之属性。在此意义上，《民法总则》中的成年人为发病期间的间歇性精神病人，或处于神志不清状态下时，准用本条殆无疑问。

意思能力的欠缺不使意思表示生效，但意思表示本身存在。欠缺行为意思则导致意思表示不成立，二者区别显著。在第67条的适用上，首先，《德国民法典》第105条第2款规定，丧失知觉或暂时的精神错乱状态下做出的意思表示无效。对比之下，第67条第1款对应“暂时性精神错乱”之状态，第2款则对应“丧失知觉”之状态。可以说，《民通意见》第67条实际是对德民第105条第2款的拆解，且在法律表述上“神志不清”的用语表达相对更容易将欠缺行为意思的状态剔除，明确能力欠缺在法律行为效力要件中的地位。

其次，需处理第1款之“间歇性精神病人发病期间”与第2款之“神志不清的状态”的界定问题。<sup>〔71〕</sup>文义上，“间歇性精神病人发病期间”及“神志不清”之状态均属于“精神-意思能力”之事实判断范畴，可利用司法鉴定等手段对之加以认定。同时，鉴于《德国民法典》第105条第2款在理解上须“与在第104条第2项中一样，必须产生不能自由决定意志的后果”，<sup>〔72〕</sup>第67条亦须包摄意思要素之规范性评价要求，即以行为人能否独立自由地认识其行为内容和法律效果为首要之判断标准。

最后，就其适用主体，除间歇性精神病人外，因酗酒、滥用麻醉品或者精神药品，焦虑症、抑郁症、强迫症等其他精神障碍患者以及受阿兹海默症等疾病影响而欠缺必要判断能力的老年人，亦得准用之。

### 3. 二重效果的冲突与选择

暂时性不能辨认自己行为的成年人亦得被宣告为限制行为能力人。其实施的法律行为效果，依据《民法总则》第145条为未决的无效，须经代理人允许或追认而有效。但同时，依据《民通意见》第67条，暂时性不能辨认自己行为的成年人做出的意思表示为确定的无效。此时，在法律效果上，发生了竞合问题。须讨论者，系是否应承认绝对的无效与未决的无效之二重效果问题。

日本学界亦曾就类似问题展开过讨论。围绕无意思能力人与限制行为能力人在身份竞合时，是否应承认无效和撤销的二重效果，主要有否定二重效果说和肯定二重效果说。否定二重效果说者认为应只认可限制行为能力下行为的可撤销，理由在于若肯定二重效果将淡化限制行为能力制度的实证法意义；肯定二重效果说则认为，当两种要件充足时，允许当事人对效果选择并无大碍，且相较于主张无意思能力之无效，发生限制行为能力之效果须以监护宣告为代价，有可能导致行为人的不利地位，有违公平。<sup>〔73〕</sup>在此问题上，朱庆育教授采否定二重效果说，即主张当行为人未受行为能力宣告时，得适用《民通意见》第67条，在受行为能力宣告后，则适用限制行为能力人之规定。<sup>〔74〕</sup>

〔70〕 西北政法学院民法教研室编：《民法原理讲义》，西北政法学院科研处印行1982年版，第57～58页。

〔71〕 参见前注〔22〕，朱庆育书，第239页。

〔72〕 参见前注〔9〕，梅迪库斯书，第414页。

〔73〕 参见前注〔42〕，山本敬三书，第38～39页。

〔74〕 参见前注〔22〕，朱庆育书，第239页。



本文持肯定二重效果说之态度。首先,行为能力受限制状态下,就法律行为构成而言,法定代理人的同意权为补充他人行为能力之权利,因法定代理人同意或追认而有效者,为限制行为能力人所实施的法律行为。但在欠缺意思能力的场合,法律行为因缺少有效之意思表示不成立,法定代理人自不得以同意使之有效。二者显系不同情况,有分别规定其行为效力之必要;其次,就限制行为能力之性质而言,限制所云者,非谓实施法律行为的整体状态,而是指处理个别事务之具体能力。换言之,以意思能力欠缺作为限制行为能力之标准时,其与完全行为能力人之差别并非意志自由的整体状态,而是仅在个别事务上存在判断能力之差别。故对限制行为能力人应以“正常化”之态度对待,尊重其意思自治的空间,当行为人从暂时性欠缺判断能力之状态中恢复后,应赋予其对法律效果的选择权,此亦体现《民法总则》第35条第3款所确定之尊重自我决定的要求。

### (三) 监护法中意思能力的类型划分

基于《民法总则》的制度安排,成年人将因行为能力欠缺而被置于成年监护的保护之下。前文所进行之解释论上的工作,致力于在行为能力评价的现实向度内实现对意思能力的独立考察。但同时,在未来向度上需要为意思能力提供评价一致的类型区分。尤其在成年限制行为能力类型,现实向度内其适用范围的扩张,必然要求监护法为其提供更加细化的具体类型,此亦为民法典分则成年监护类型化改革的题中之意。因此,实现意思能力在监护法中的类型细化便兼具现实与未来之双重意义。监护法中具体的意思能力判断规则如下:

1. 意思能力类型划分的基本原则:(1) 行为人原则上有意思能力,意思能力的判断分为对精神能力的判断和对意思要素的判断;(2) 精神能力的瑕疵得依司法鉴定意见判断,但该瑕疵并不必然决定意思要素的有无及程度;(3) 意思能力的划分须首先判断意思要素的独立程度。

2. 意思能力类型划分的基本标准:(1) 行为人的意志表达是否需由他人协助完成;(2) 对其意志决定及行为后果的理解和预见能力;(3) 精神能力瑕疵的影响。

3. 完全行为能力中的意思能力认定:(1) 能够独立充分地理解其意志决定的内容并合理地预见其行为的后果;(2) 能够在他人协助下,充分理解其意志决定的内容并合理地预见其行为的后果。

4. 依据意思要素的圆满程度及精神能力的瑕疵强度,限制行为能力中的意思能力可分为如下六种类型:(1) 能够独立地在特定事务上充分理解其意志决定的内容并合理地预见其行为的后果;(2) 能够在他人协助下,在特定事务上充分理解其意志决定的内容并合理地预见其行为的后果;(3) 受精神能力瑕疵的影响,能够独立地在特定事务上充分理解其意志决定的内容并合理地预见其行为的后果;(4) 受精神能力瑕疵的影响,能够在他人协助下,在特定事务上充分理解其意志决定的内容并合理地预见其行为的后果;(5) 受精神能力瑕疵的影响,能够在他人协助下,在特定事务上基本理解其意志决定的内容并较为合理地预见其行为的后果;(6) 受严重的精神能力瑕疵影响,能够在他人协助下,在特定事务上有限理解其意志决定的内容并相对合理地预见其行为的后果。

5. 无行为能力中的意思能力标准:受持续性的、严重的精神能力瑕疵影响,不能客观、独立地理解其意志决定的内容,亦无法预见其行为的后果。

## 余 论

21世纪以降,寻求现有成年监护制度之变革已是民法学界之共同认识。既有研究虽存有各种争议,但在成年监护去行为能力化和类型化构建等问题上业已取得较大共识。其中,伴随成年监护研究热潮而一同涌入国内者,除比较法上各立法例外,亦有意思能力此一概念。

意思能力虽取法日本,然遍寻欧陆诸国法制,亦有其身影。尤其在各大陆法系国家(地区)成

年监护法的改革浪潮中,意思能力更扮演重要之角色。对此,理论研究虽敏锐察觉,但立法上的反映仍较为迟钝,并突出表现在相关规定之中。传统观念认为,意思能力乃事实范畴之精神意思能力。但在意思能力内部,除精神能力外,亦包含对自由意志进行规范性评价之意思要素。法体系中,意思能力并非孤立地存在于行为能力判断之中,而是在行为能力、法律行为及成年监护此三重维度上独立作用。《民法总则》第21条第1款、第22条及《民通意见》第5条中,均系对精神能力之描述,欠缺意思要素的评价标准。意思要素的阙如不仅使本应体现规范性评价要求的法概念沦为单纯的事实描述,更忽略对个人意思自治之保护。围绕意思要素构建相应的评价标准,也便成为意思能力判断的核心。成年监护改革的核心议题之一即要求实现对意思能力的独立考察。通过明确意思能力在行为能力判断、具体法律行为效力性要件和监护法中的各类判断标准,可为将来的民法典分则中成年监护法的类型化改革提供更为有力的支持。

---

**Abstract** Different from other Civil Law system countries, China's General Provisions of Civil Code 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 been 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

---