



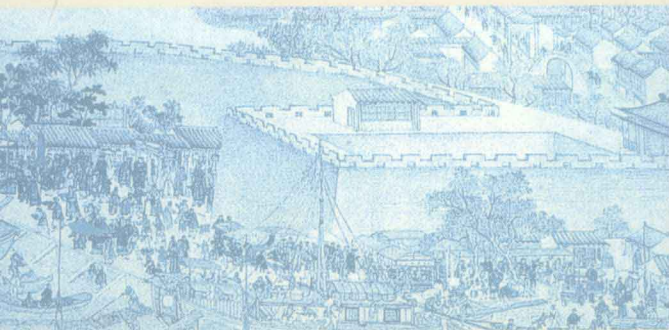
中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

“十一五”国家重点图书

自然人为能力 制度研究

朱 涛 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

“十一五”国家重点图书

自然人为能力 制度研究

朱 涛 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

自然人行为能力制度研究 / 朱涛著. —北京: 法律出版社, 2011. 5

(中国民商法专题研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2100 - 3

I. ①自… II. ①朱… III. ①民法—法律行为—研究—中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 079459 号

中国民商法
专题研究丛书

自然人行为能力制度研究

朱涛著

责任编辑 刘文科 钱小红
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.125 字数 271 千

版本 2011 年 6 月第 1 版

印次 2011 年 6 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外合作出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京外文印刷厂

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2100 - 3

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自然人行为能力 制度研究

《中国民商法专题研究丛书》总序

我于1988年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值20世纪90年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版100部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为唯一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其入选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第51部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧,更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

师生谊·学术道（代序）

按学术界形成的“习惯”，给人的著作写序是需要一定的身份或资格的。从此意义而言，以我目前的身份，似乎还不够给别人写序的“格”。过去接到类似的请求，我一般都是婉拒的。但这篇序，我却是无法推脱的。理由在于：

第一，我需要履行我的承诺。朱涛在博士论文写作过程中，我们曾经既玩笑又认真地有个约定：如果论文答辩成绩优异，答辩后博士论文出版，我一定写一个序。有约在先，现在朱涛的博士论文答辩通过（答辩委员会推荐为优秀论文）且作了较大改动将要公开出版了，我当然应当履行我的承诺。写的好坏是能力和水平问题，写不写是态度和信用问题。

第二，朱涛是一个很有灵气且很勤奋上进的优秀学生。朱涛本科毕业于西南政法大学法律系，毕业后进入首都经济贸易大学研习经济法，在那里取得了一个经济法的硕士学位。可能是特别留恋学校的原因，2000年她又以优异的成绩回到母校攻读

民商法硕士学位。在硕士研究生学习的后期阶段,我才发现朱涛所具有的抽象研究能力很强的学术素质和出类拔萃的口头表达能力。硕士研究生毕业后,朱涛放弃了进入经济发达地区法院和行政机关的就业机会,选择南京审计学院从事教师职业。2007年,朱涛再次以第一名的考试成绩回到母校攻读民商法博士学位。为了专心博士研究生期间的学习,朱涛竟辞去了进入门槛较高的南京审计学院的工作,这让我对她有了刮目相看的新认识。在博士生的学习期间,为完成博士学位课程和博士论文的写作,朱涛读了不少书,也思考了许多问题。在读书和思考中,我们也有很多的讨论。囿于个人的学识,对于朱涛所提出的许多问题,我并不能给她满意的答案或指导,但这并不影响我们师生情谊的与日俱增。在博士学位论文写作最紧张辛苦的一段时间里,面对剪不断、理还乱的一些与行为能力相关联的基本概念,她曾有过短暂的放弃再重新选题之念,但在我的否定和鼓励下,朱涛重拾信心,迎难而上,并较好地完成了论文的写作。在此过程中,朱涛所表现出来的坚毅,也让我感到骄傲。我在学生的眼里,是一个不苟言笑,学生都言“怕”我的严师,但朱涛可能是为数不多的几个不“怕”我的学生之一。确实,几年的时间下来,我们的师生情谊得到了不断增进。在朱涛的毕业评语中,我用了“品学兼优”一词,这不是我的应景之语,而是发自内心的对一个优秀学生的真实评价。

第三,本书是一部在行为能力基础理论研究方面有所突破的好作品。改革开放三十多年来,民法学已成为中国法学领域的“显学”,民法学领域学术研究成果虽汗牛充栋,但个人觉得,关注民法学最基础理论问题的学者和好作品并不是特别多。我们都知道,在民法学学术研究中,最苦的即是从事民法学基础理论问题研究,因为这往往是一个吃力不讨好的事:一是研究清楚一个基本理论问题,需要真正的静心和投入,同时要求研究者本身应当具有相当深厚的法学理论功底和其他知识素养;二是研究者的学术成果并不一定能得到基本公正的学术评价。在现存的学术环境中,每个人都应当是在乎自己学术成果的他人评价的,且

年轻学者的渴望应更甚。一个大家都不甚了解或知之不多的问题,即使差一点,由于具有开创性,可能得到很高的评价;另一个大家都知道或熟悉但却又知之不透的问题,即使作者付出巨大且有创新观点,但可能在评阅或答辩时得到的评价却相对较低。我觉得,我国民法学的真正繁荣,应当依赖于一大批民法学基础理论研究成果推陈出新和民法制度源流变正本清源的优秀成果的出现。从此意义而言,我个人觉得,我们现阶段为中国民法典制定所进行的集成理论准备并不充分(至少在我关注较多的民事主体制度领域是如此的)。

行为能力制度是民事主体制度的重要组成部分,是民法学和民事立法中一个重要的基础制度,也是我们讲授民法学课程和适用民法时最常用到的一个概念。但民法学界对此进行深度关注并进行深入研究的学者和成果并不多。朱涛在博士论文及修改后形成的本书中,经过一番努力,力图说明一个非常简单但又充满歧义的问题即“行为能力是什么”:在理论上是什么,在法律上是什么?本书首次全面展示了行为能力理论的全貌,并力求突破国内相关文献大都是对已有理论进行排列组合分析的状况,总结和归纳了行为能力的构成和功能、行为能力在我国适用的历史渊源和具体的适用情况,澄清了对行为能力理论的原初性认识,提出“行为能力只能是民法的独有概念,它是私法自治理念和理性主义的产物,是法律对主体基于意志所为行为的认同,也是对法律力量不足之处的填补”;本书通过对我国传统法律制度的考察,提出了“行为能力在中国传统社会结构中,在乡土中国存在巨大的话语权;行为能力的本质与功能契合了我国法律之传统,与固有法上身份意义的尊卑上下关系的社会功能类似,成为我国法系自然接受行为能力理论之深层原因”等观点。书中所提出的诸多观点,也增进了我对行为能力制度的认识,给了我许多启迪。这些观点是否接近真理,是否起到了对该制度正本清源的作用,有待学者的检视、回应或争鸣。但无论如何,一个年轻学人在基础理论方面愿意沉下心来进行研究并实际取得了能自圆其说的丰硕理论成果,此种态度和行为是值得褒扬和嘉许的。博士学位取得后,朱涛应

聘到重庆邮电大学法学院任教,回归高校教师队伍,与我成了在同一个城市里工作的同行。毕业近一年来,在我的鼓励和建议下,朱涛一直在对行为能力制度的有些问题进行着深化研究。我也期待:在未来的学术路上,朱涛能够通过自己进一步的勤奋和努力,在民法学基础理论研究方面奉献更多的优秀学术成果,为我国民法学的繁荣作出自己的贡献。

写下以上的文字,以表达我的喜悦之情,同时也算作序。

谭启平

2011年5月20日

目 录

引言 / 1

上篇 行为能力之一般理论

第一章 行为能力之概念 / 11

第一节 行为能力术语辨析 / 12

一、行为能力与民事行为能力 / 13

二、广义行为能力与狭义行为能力 / 17

三、形式行为能力与实质行为能力 / 21

第二节 行为能力的含义 / 24

一、大陆法系的理解 / 24

二、英美法系的看法 / 30

三、中国大陆地区学者的认识 / 33

四、本书的观点 / 36

第三节 行为能力相关概念 / 37

一、行为能力与民事主体 / 38

二、行为能力与法律行为 / 43

第二章 行为能力之构成与功能 / 47

第一节 行为能力的构成 / 48

一、行为能力之实质构成(要素) / 49

二、行为能力之形式构成(内在) / 55

第二节 行为能力的功能 / 68

一、实现私法自治 / 68

二、保护当事人权益 / 73

三、划分主体,组织社会 / 75

中篇 行为能力之中西源流考

第三章 大陆法系之行为能力沿革 / 81

第一节 行为能力之理论源流 / 82

一、古希腊(古罗马)的自然法——自然的理性 / 83

二、基督教神学自然法——上帝的理性 / 88

三、古典自然法——人的理性 / 90

第二节 以罗马法为代表的古代“行为能力”制度 / 95

一、罗马法 / 95

二、日耳曼法与教会法 / 106

第三节 法国《民法典》对“行为能力”的规定 / 115

一、法国《民法典》之背景及其对行为能力制度的影响 / 115

二、法国《民法典》之“行为能力”制度 / 118

第四节 德国《民法典》确立的行为能力制度 / 124

一、德国《民法典》之产生基础及其对行为能力制度的影响 / 125

二、德国《民法典》之行为能力制度 / 128

第五节 (苏联)俄罗斯民法之行为能力制度 / 134

一、苏俄《民法典》中的行为能力制度 / 135

二、俄罗斯《联邦民法典》之行为能力制度 / 143

第四章 中国民法之行为能力制度沿革 / 150

第一节 古代中国法上“行为能力”之追寻 / 151

一、前提:古代中国“民法”的存在 / 151

二、中国古代“行为能力”制度之历史发展 / 159

第二节 近现代中国对大陆法系行为能力制度的引进 / 171	
一、大清《民律草案》之行为能力制度 / 172	
二、民国《民律草案》之行为能力制度 / 174	
三、《中华民国民法》(我国台湾地区“民法典”)之行为能力制度 / 176	
第三节 中华人民共和国民法之行为能力制度的发展 / 181	
一、第一、二次民法典起草对于行为能力之制度设计 / 184	
二、第三次民法典起草及《民法通则》之行为能力制度 / 188	

下篇 行为能力制度之现在与未来

第五章 我国行为能力制度之检讨 / 197

第一节 行为能力制度合理性之反思 / 198	
一、行为能力分类过于简单 / 198	
二、行为能力宣告制度十分僵化 / 205	
三、欠缺行为能力之效果判断稍显武断 / 209	
四、行为能力欠缺救济制度过于笼统 / 214	
第二节 特别行为能力制度之遗漏 / 219	
一、特殊行为能力 / 219	
二、行为能力之拟制 / 225	
三、行为能力之例外 / 227	

第六章 我国行为能力制度之设计 / 230

第一节 行为能力制度之设计理念 / 231	
一、法的移植 / 231	
二、法的承袭 / 240	
第二节 行为能力制度之立法建议稿 / 243	

附录 / 275

参考文献 / 278

后 记 / 306

引 言

凡是值得思考的事情,没有不是被人思考过的;我们必须做的只是试图重新加以思考而已——可是你的职责是什么呢?就是当前现实的要求。^[1]

——歌德

自然人的行为能力(以下简称行为能力)乃是所有民法学科的共同研究对象。在民法上将人的能力分解为权利能力、意思能力、行为能力和责任能力,是从19世纪初叶开始由德国普通法逐渐完成的。罗马法中只出现人格概念,中世纪的市民法学也没有上述四种民事能力,1804年法国《民法典》使用的是能力、缔约能力概念。在德国普通法学中,四种能力首先被分解出来的是权利能力:1840年,弗里德里希·萨维尼在其名著《现代罗马

[1] [德]歌德:《歌德的格言和感想录》,程代熙、张惠民译,中国社会科学出版社1982年版,第3页。

法体系》中,明确区分权利能力与行为能力两个概念,前者被理解为能够持有权利的可能性,后者作为人自由行为的前提,则被理解为取得权利的可能性,以意思能力作为其不可或缺的基础。《撒克逊民法典》明确规定:无意思能力者无行为能力,无行为能力者所为法律行为无效。在对于法律上行为的研究过程中,法学家注意到行为的法律效果有基于行为人意图者,也有与该意图相对立而由法律直接规定者,对于这一现象的研究,导致广义行为能力概念一分为二地演化为狭义行为能力与责任能力两个概念,1896年德国《民法典》第827条体现了责任能力概念。至此,行为能力的含义在大陆法系中即被固定,学者们或许表达有异,但其本质始终如一:“行为能力是指法律所认可的一个人可以进行法律行为的能力,即为本人或者被代理人所为的能产生法律后果的行为的能力。”〔2〕

在德国民法抽象出法律行为概念,进而有必要抽象出行为能力概念之前,“行为能力”作为主体的必要属性在法律上存在已久,但是德国民法将行为能力视为法律行为的成立要件,这就使得后来者对行为能力理论的研究出现了路径上的分歧:或者将其作为主体必备的抽象能力之一,与权利能力作对照研究;或者将其作为法律行为的具体要件,与行为后果结合研究,由此发展出不同方向的具体行为能力制度,经过一百多年的理论发展,大陆法系各国普遍形成了成熟的自然人行为能力理论体系与较为完善的实证制度。随着社会的进步、观念的更新,行为能力之立法与理论日渐贴近现实生活的需要,如取消对于妇女、家子等主体的行为能力限制,赋予其平等的民事主体地位;放弃禁治产和准禁治产宣告制度,将欠缺行为能力者从先前僵化、生硬的制度安排中适当地加以释放;给予行为能力欠缺者基本的尊重与关怀,充分信赖其意思自治并视不同情况承认其行为效力;等等。在实现保护主义立法目的的同时,

〔2〕〔德〕卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第99~100页。

促进交易进行,倡导私法自治在更广阔的空间内实现。

我国自清末变法改制开始建立现代民法体系以来,对行为能力制度的认识,经历了不同的发展阶段。早期的民法学者为改变中国传统法律面貌,致力于研究引进国外尤其是德、日之民法制度,故其所持行为能力理论与德国民法一脉相承,立法中对行为能力的规定亦几乎完全照搬德国民法,认为:“行为能力者,人之行为能发生法律上一定之效力之能力(资格或地位)也。”“此之所谓行为能力,自广义以言,可谓其系兼指合法行为能力及违法行为能力而言。自狭义以言,可谓其系单指合法行为能力言之。自最狭义以言,则惟法律行为能力为此之所谓行为能力,而法律行为以外之合法行为能力不包含之。”〔3〕此一见解由台湾学者一脉相承,却被1949年以后的中国民法学界所抛弃。由于受到前苏联民法的强烈影响,这段时期的著作〔4〕大都承袭前苏联学者的观点,忽略行为能力与意思能力的联系,淡化行为能力的私法性质而赋予其一定的公法意义,复将行为能力与责任能力合二为一,认为“行为能力,是人用自己的行为取得民事权利,并为自己创造民事义务的能力。行为能力不仅是指为法律行为和为其他合法行为的能力,而且也是指对违法行为所负的责任;在这种情况下,对于进行违法行为的人,便产生赔偿所致损害的义务”〔5〕。

直到十一届三中全会召开以后,在改革开放的新形势下,我国民法学者才逐渐摆脱了意识形态的束缚,重拾大陆法系公私法划分的传统理念,重新自源头上认识行为能力理论。学者们认为:“民事行为能力,指民事主体据以独立参加民事法律关系,以自己的民事法律行为取得民事权利或者承担民事义务的法律资格……广义民事行为能力概念,既包括

〔3〕 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第73页。

〔4〕 包括:1954年由中国人民大学、北京政法学院编印的《中华人民共和国民法资料》,1956年出版的由中国人民大学主持编写的《中华人民共和国民法教学提纲》,1958年由中央政法干部学校出版的《中华人民共和国民法基本问题》。

〔5〕 参见〔苏〕斯·恩·布拉都西主编:《苏维埃民法》,中国人民大学民法教研室译,中国人民大学出版社1954年版,第79页。

实施民事法律行为的能力,也包括实施非法行为的能力;狭义的民事行为能力概念,仅指实施民事法律行为的能力……中国民法所称民事行为能力,系采狭义概念”〔6〕“行为能力为自然人独立为法律行为的资格,是实现权利能力的基本条件。具备权利能力是具备行为能力的前提,但必须将行为能力与实施某种具体的法律行为的资格相区别。法律将意思能力以行为能力制度全面定型化,更有利于交易秩序的维护。故在我国,对意思能力应采一般、抽象之理解,即有意思能力,始有行为能力;无意思能力,即无行为能力。而行为能力与责任能力则是两种性质不同的资格,多数情形,二者相互并合,但在特别情形,二者相互独立。”〔7〕“行为能力制度的要旨,在于确认自然人是否具备以自己的意志独立实施发生权利义务的行为的资格……自然人的民事行为能力应理解为其独立实施法律行为的资格,也即自然人据以独立参加民事法律关系,以自己的法律行为取得民事权利或者承担民事义务的资格。”〔8〕自然人行能力的本质“是自然人实现其民事权利能力内容的途径之一……自然人的行为能力是指自然人的法律行为能力……自然人的行为能力是保障私法自治理念实现的基本条件”〔9〕在以概念法学的方法系统阐述行为能力的基本理论的同时,有学者开始关注行为能力的构成要素,〔10〕对一些特殊行为能力进行比较分析,〔11〕反思行为能力与权利能力在新语境

〔6〕 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第58页。该书于2001年、2007年两次再版,对此概念除了个别词语之调整,未作实质改变,故此引用第一版的定义。

〔7〕 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》2005年第6期。

〔8〕 参见孙传喜:“论自然人的民事行为能力”,载《哈尔滨市委党校学报》2005年第3期。

〔9〕 参见高晓春:“论自然人的行为能力”,载《甘肃社会科学》2004年第1期。

〔10〕 参见黄铁基:“论行为能力构成要素”,载《前沿》2004年第4期。

〔11〕 参见李锡鹤:“论民事能力”,载华东政法学院科研处编:《2003年华东政法学院学术文集》,浙江人民出版社2004年版。