

民事责任能力:本原与异化

陈帮锋*

摘 要 责任能力原本是识别能力的抽象化,它与作为识别能力较高程度抽象化的结果的法律行为能力相区别。德国学者锻造了广义行为能力概念,将责任能力与法律行为能力有限地统摄起来,但不能一体使用。1922年《苏俄民法典》却另创了将做出法律行为的能力与承担违法责任的能力溶为一体的行为能力理论,取缔了法律行为能力与责任能力的区分,两者一体使用。《民法通则》接受了这种行为能力包含说。由于广义行为能力理论与行为能力包含说的相似性,学者误认后者为前者,然后从前者出发,推导出《民法通则》的“责任能力”的存在,引发不少争论。其实,在德、日、台的法律背景下,责任能力是过错行为的归责能力;在我国法的语境下,这种意义的责任能力并不存在。

关键词 责任能力 识别能力 行为能力 广义行为能力

对民事责任能力(以下简称责任能力)的争论,尽管在上世纪九十年代之前鲜有发生,但近十多年以来却从未间断过。至2010年8月2日为止,以“责任能力”为篇名的关键词在CNKI搜索,有54篇文章,而且主要是1999年以后才发表的。其中,见解独到的论文不在少数。^{〔1〕}但在

* 厦门大学法学院博士生。

〔1〕 以时间先后为序,主要有:李庆海:“论民事行为能力与民事责任能力”,《法商研究》1999年第1期;田土城:“论民事责任能力”,《郑州大学学报》2000年第6期;刘保玉、秦伟:“论自然人的民事责任能力”,《法学研究》2001年第2期;冯兆蕙、冯文生:“民事责任能力研究”,《河北法学》2001年第6期;余延满、吴德桥:“民事责任能力的基本问题——与刘保玉、秦伟同志商榷”,《法学研究》2001年第6期;尹田:“自然人的行为能力、意思能力、责任能力辨析”,《河南省政法管理干部学院学报》2001年第6期;匡爱民、魏盛礼:“自然人民事责任能力理论的重新检讨——兼论被监护人致人损害民事责任归属的立法选择”,《河北法学》2004年第12期;丁文:“自然人民事责任能力制度之反思与重构”,《法商研究》2005年第1期;孙毅:“处于多重语境中的民事责任能力”,《北方法学》2007年第1期;魏盛礼:“民事责任能力范畴分析”,《法学论坛》2007年第1期;陈家新:“民事责任能力研究——换一种思路认识民事责任能力”,《广西政法管理干部学院学报》2007年第3期;郑永宽:“论民事责任能力的价值属性”,《法律科学》2010年第4期。

方法论上,论者只是在中国语境下探讨责任能力的概念、本质及判断标准,而未能警觉到其舶来之品性与不同制度背景的意义,所得出的结论当然难以服众。本文拟于沿革史之中考察其内涵,进而通过对《民法通则》颁布前后的民法学文献进行分析,梳理出民事责任能力理论在我国的演化路径,以求对此论题有一个全新的认识。

一、责任能力的本原

在法律学上,能力总是指某种资格。民法上的能力有权利能力、行为能力以及责任能力。但从立法与学说的角度来看,前二者是法律概念,即法条明文规定的概念;而后者是学理概念,即未见于法条,但为学说所通用。区分法律概念与学理概念与区分立法与学说一样意义重大。因为,既然是法律概念,则须划定其所涵摄的范围,对其定义与外延进行厘定,涉及权义分配之大事;而学理概念只是表示了学者试图构建某一范畴的努力或是对现行法中某一制度的概括,角度稍有不同,其内涵之差异不可以道里计。其实,民事责任能力作为学理概念,正是学者根据民法中的某一规范群锻造出来的。诚如学者所言:“行为能力辞句来自民法之规定;责任能力辞句来自学说,即学说引用民法规定侵权行为责任之识别能力辞句迎合各种民事责任形态,予以一般化之结果。”〔2〕

责任能力的德文形式有:Verantwortlichkeit、Zurechnungsfähigkeit、Deliktsfähigkeit 及 Verschuldensfähigkeit。前者为“责任”、“负责”(responsibility, accountability)之意,也可翻译为责任性,〔3〕柯伟才、王晓晔翻译为责任能力;〔4〕次者是 Zurechnung 与 Fähigkeit 的合成,而 Zurechnung 是归责、归属(allocation, assignment),〔5〕Fähigkeit 是能力(capability),机械理解的话,是归责能力的意思,但权威作家统一用来指称责任能力或过错能力。〔6〕再者是 delikt(侵权行为或不法行为)与 fähigkeit 的合成,其意指侵权行为能力或不法行为能力。〔7〕我国民国时期的学者也认为:“民法债编所称侵权行为能力(deliktsfähigkeit),乃负担侵权行为之责任之能力,故亦称责任能力(Verantwortlichkeit)(《德国民法典》第187条)。”〔8〕未者是 Verschulden 与 Fähigkeit 的结合,Verschulden 意为过错(fault, blame),该合成词便被翻译为过失责任

〔2〕 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,页207。

〔3〕 (德)迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,页774。

〔4〕 (德)鲁道夫·冯·耶林:《罗马私法中的过错要素》,柯伟才译,中国法制出版社2009年版,页80; (德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下),王晓晔等译,法律出版社2002年版,页948。

〔5〕 迪特尔·施瓦布,见前注〔3〕,页783。

〔6〕 (德)迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2003年版,页680; (德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下),王晓晔等译,法律出版社2002年版,页949; (德)马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,页86;迪特尔·施瓦布,见前注〔3〕,页774。

〔7〕 (德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下),王晓晔等译,法律出版社2002年版,页927。

〔8〕 梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,页58。

能力。^[9]在拉伦茨看来, *Verantwortlichkeit* 与 *Deliktsfähigkeit* 同义;^[10]而梅迪库斯认为 *Zurechnungsfähigkeit* 也与 *Deliktsfähigkeit* 同义。^[11]

从时间顺序上来看,耶林(Rudolph von Jhering, 1818-1892)在他发表于1869年的《罗马私法中的过错要素》中,较早采用了 *Verantwortlichkeit* 与 *Zurechnungsfähigkeit* 两词。认为罗马私法中,未成年人是否因接受寄托而负有义务的问题,首先取决于他对诈欺的 *Zurechnungsfähigkeit*。^[12]“简单讲,存在一个 *Zurechnungsfähigkeit* 的临界期。考虑到这一点,罗马法学家没有把儿童的 *Verantwortlichkeit* 和一个一般的固定时点联系起来,而是把这个问题交给法官进行个别评价。”^[13]如此, *Verantwortlichkeit* 的规范意义就已浮现了出来:对于诈欺,有责任能力者才承担责任;临界期的责任能力的有无由法官予以个案审查。

为了一睹全豹,不妨顺藤摸瓜,将耶林在该著作中论述该概念时引用的片段找出来,加以逐一分析,以求得到责任能力在优士丁尼罗马法中的样态。D. 9, 2, 5, 2 乌尔比安:《告示评注》第18卷:

由此便产生疑问,如果一个精神病人造成损害,是否也可提起阿奎利亚法诉讼?贝加苏予以否定:因为在精神不正常的情况下又何以存在过错呢?这种看法是完全正确的。同样,如果一个四足家畜引起损害或一块房瓦从屋顶落下,阿奎利亚法诉讼请求亦不能成立。即使一个儿童造成损害也视为同样。然而如果是未适婚人引起损害,则拉贝奥认为,由于未适婚人对偷盗负责,所以同样也要依《阿奎利亚法》负责。我认为,如果该未适婚人已理解不公正,那么这就是正确的。^[14]

此片段给我们的信息有:首先,“因为在精神不正常的情况下不存在过错”,所以不在间歇期间的精神病人不对其致害行为承担责任;其次,幼儿(即未满7岁的人)^[15]致他人损害与精神病人同。其实D. 6, 1, 60(彭波尼:《萨宾评注》第29卷)也是如此规定,即“占有者是幼儿或精神病人之时,他将不会因丧失或者毁坏的物而被追究”;^[16]再次,大幼儿(即已满7岁而未达男14岁、女12岁的适婚年龄的人)^[17]在有识别能力的情况下(即“已理解不公正”)对其致害承担责任;第四,适婚人有责任能力。另外,值得注意的是,该片段中用了 *capax* 一词。其本

[9] 卡尔·拉伦茨,见前注[7],页949。

[10] 卡尔·拉伦茨,见前注[7],页948。

[11] 参见(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2003年版,页653。

[12] 参见(德)鲁道夫·冯·耶林:《罗马私法中的过错要素》,柯伟才译,中国法制出版社2009年版,页55。

[13] 同上注,页80。

[14] (意)桑德罗·斯奇巴尼选编:《债·私犯之债·阿奎利亚法》,米健译,中国政法大学出版社1992年版,页6-7。

[15] Cfr. Federico del Giudice e Sergio Beltrani(a cura di), *Dizionario Giuridico Romano*, Edizioni Simone, Napoli, 1995, p. 439.

[16] (古罗马)优士丁尼:《学说汇纂(第六卷)》,陈汉译,中国政法大学出版社2009年版,页71。

[17] Cfr. Federico del Giudice e Sergio Beltrani, *supra* note 15, p. 439.

义是“宽广的、宽敞的、善于领悟的、能干的”,被用来指取得能力,有时也用来指个人体力或心理的能力,例如,听的能力、过错能力、诈欺能力、侵辱能力、盗窃能力等。^[18] 这是否就是责任能力的最早起源的?即使是,也证明了责任能力原本就是足以形成过错的能力。

D. 26,7,61(彭波尼:《书信集》第20卷):“……我也认为,应该承认,任何由于人的精神错乱而发生的事端都不应该受惩罚;正如事端由意外事故引起而不存在被告的行为一样。”^[19] 从此片段可以看出,精神错乱者的行为与意外事故无异而不具可归责性。

D. 9,1,1,3(乌尔比安:《告示评注》第18卷):“裁判官说:‘实施了牲畜损害’,牲畜损害是动物没有不法(iniuria)实施的损害。事实上,没有理性的动物不能[被说成]实施了不法。”^[20] 此片段得到的信息是:动物致害不属于不法从而不承担责任,因为它没有理性,进而推导出“不法侵害的前提是理性”。

D. 16,3,1,15(乌尔比安:《告示评注》第30卷):“被监护人未经监护人同意而接受寄托时,是否允许对之提起寄托之诉?应该认为,如果他在达到足以做出诈欺的年龄时接受寄托,可以对之提起诈欺之诉,如果他没有诈欺,就准予对之提起要求返还其得利的数额的诉讼。”^[21] 这里的“被监护人”应该是未适婚人,因为虽然解放自由人与已适婚妇女也是被监护人,但这此人不存在“达到足以做出诈欺的年龄”问题。该年龄应该是7岁,即大幼儿与幼儿的界线。^[22] 未适婚人达到此年龄就能够做出诈欺,因为诈欺是为欺骗他人而采用的伎俩,^[23] 如此复杂的故意行为不存在识别能力欠缺的问题。这点可以在D. 9,2,5,2所提到的“已满7岁的未适婚人应对盗窃负责”中得到印证。同时,在责任能力的年龄段问题上,也与D. 9,2,5,2产生了共振,即7岁以前不存在过错,7岁以后具体根据有无识别能力而定。另外,对之提起寄托之诉也以已满7岁为前提。这样一来,责任能力在契约法中也有适用余地。

从上述片段可以看到,每个片段都有核心的表述,如“在精神不正常的情况下不存在过错”、“精神错乱而发生的事端都应该不受惩罚”、“没有理性的动物不能[被说成]实施了不法”、“在达到足以做出诈欺的年龄时,可以对之提起寄托之诉”,以及“不会因丧失或者毁坏的物而被追究”。而这些表述重复着同一句式“如果……,不承担责任”,而且这些片段所规定的不承担责任的情况是施动者为幼儿、精神病人、精神错乱者,或动物。此等人或物都是识别能

[18] 参见徐国栋:《罗马私法要论——文本与分析》,科学出版社2007年版,页57。

[19] See the Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitutions of Leo, Trans. and edited by S. P. Scott, Cincinnati, The General Trust Company, 1932, Vol. 6, p. 107.

[20] (意)桑德罗·斯奇巴尼选编:《债·私犯之债(Ⅱ)和犯罪》,徐国栋译,中国政法大学出版社1998年版,页40。

[21] S. P. Scott, *supra* note 19, Vol. 6, p. 290.

[22] Cfr. Federico del Giudice e Sergio Beltrani, *supra* note 15, p. 439.

[23] Cfr. Pietro Bonfante, *Istituzione di Diritto Romano*, 10ed, G. Giappichelli Editore, Torino, 1957, p. 94.

力欠缺者,对自己的行为都无理解力或判断力。诚如盖尤斯所言:“精神病人不能完成任何行为,因为他不理解他所做的事情”(Gai. 3, 106)。“……幼儿和大幼儿与精神病人没有很大差别,因为,那个年龄的未成年人不具有任何识别能力……”(Gai. 3, 109)。^[24] 可知,承担责任与否的判断标准就是识别能力的有或无。识别能力是能够理解自己行为意义的精神能力或判断能力,即意思能力。^[25] 而无识别能力的人的行为“不适用道德法则”,^[26] 即无道德可谴责性,便不存在过错,从而无需负责。其实,这种识别能力就是哲学意义上的理论理性。依学者的考究,优士丁尼罗马法中的过错本身就包括了理论理性与实践理性两个方面,前者是对事理的认识或判断,解决的是知或不知、能或不能的问题;后者是对善恶的认识或判断,解决的是好与坏的问题。^[27] 只有明白了事理才能知道善恶,才具有道德可谴责性。而在主观过错的前提下,这是归责的必要条件。^[28] 过错正是行为人在明白事理的基础上做了恶的选择,是不适当地利用自己的认识能力的结果。^[29] 其中,识别能力就是明白事理的能力,属于理论理性,正如乌尔比安所说的“没有理性的动物不能[被说成]实施了不法”(D. 9, 1, 1, 3)。既然发现了不承担责任者的共性是无识别能力,法学家便难免对原本在罗马法中是一个个具体情形的“如果……,不承担责任”规范模式的空白处产生填充抽象概念的欲望,于是耶林看到了在上述规定中“存在一个责任能力的临界期”。耶林所使用的“责任能力”就是一个抽象概念。因为,这个临界期(7岁到男14岁、女12岁之间的大幼儿时期)的前后由法律将幼儿与适婚人规定为无或有责任能力,无需具体审查行为人的识别能力,只在临界期内“把这个问题交给法官进行个别评价”。^[30] 在临界期前后出现了法律上的责任能力与事实上的识别能力的分离,责任能力是识别能力的抽象化。因为在以识别能力为归责基础的理论前提下,不考虑其事实上是否有识别能力,而统一认定为有或无责任能力。这样一来,该规范模式就变成了“如果(无)有责任能力的,(不)承担责任”。而规范对象的具体类型有幼儿、大幼儿、精神病人、精神错乱者以

[24] (古罗马)盖尤斯:《法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社2007年版,页106-107。

[25] 关于识别能力与意思能力的关系,学者争论甚多,有认为同一的,有认为区别的,本文采同一说。区别说认为识别能力处于判断层次而意思能力处于推理层次上,而推理以判断为前提,两者所要求的程度不同(参见李庆海:“论民事行为能力与民事责任能力”,载《法商研究》1999年第1期),赞同此论者有郑永宽(参见其文“论民事责任能力的价值属性”,载《法律科学》2010年第4期)。其实,这种区分不切实际。因为法官根本区分不出推理层次与判断层次,而且没人能找到只有判断能力而无推理能力的人,判断与推理在那一瞬间就已经同时完成了。持同一说的学者有李模(其书《民法总则之理论与实用》,1998年自版,页40)、王伯琦(其书《民法总则》,国立编译馆1979年版,页50)、洪逊欣(其书《中国民法总则》,1981年自版,页81)、施启扬(其书《民法总则》,2005年自版,页89)等等。

[26] 鲁道夫·冯·耶林,见前注[12],页79。

[27] 参见徐国栋:“从身份到理性——现代民法中的行为能力制度沿革考”,载《法律科学》2006年第4期。

[28] See Vilmos Peschka, the Removal of Ethical and Moral Content from Tort Liability, Acta Juridica Hungarica, 2001, Nos3-4, pp. 133-148.

[29] 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(3),中国政法大学出版社1997年版,页147。

[30] 鲁道夫·冯·耶林,见前注[12],页80。

及适婚人,判断其责任能力的有无只须照方抓药则可。具体如下:幼儿法定绝对无责任能力,^[31]而即使他在事实上具有识别能力也不予考虑,这就便宜了5岁能诗、6岁能文的神童;精神病人法定为绝对无责任能力,但由于需要考察是否在发病期间所为,仍然需进行个案审查;大幼儿的责任能力通过具体审查是否具有识别能力而定;精神错乱者法定为无责任能力,但仍属个案审查,因为是否精神错乱是具体审查的结果;适婚人推定为有责任能力,之所以说是推定,是因为法律规定了一个让他逃脱的通道——精神错乱,适婚人可以通过举证证明自己精神错乱而免责。在这种模式之下,责任能力把作为自身的基础的识别能力屏蔽掉了,在法律思维上,我们只考虑责任能力以及与之直接关联的幼儿、精神病人、精神错乱者则可。当然,责任能力在大幼儿这一形态中与识别能力重合,由于其识别能力由具体审查而确定使得责任能力显得多余。但出于抽象化体系化的需要,仍不失为一个好概念。这种责任能力其实是一种归责能力,即将行为与过错责任相连结的能力,是一种将事实与法律相连结的思维层面上的概念。也许耶林所使用的 *Verantwortlichkeit* 与 *Zurechnungsfähigkeit* 应分别直译为责任性与归责能力更为符合耶林的原意!另外,优士丁尼法是如何处理现代术语的行为能力与责任能力的关系?尽管按学者的考证,行为能力也以理论理性(认识能力)为基础,^[32]但两者的规则是不一样的。最为明显的是,男已满14岁、女已满12岁而未满25岁仍应受保佐,即对一些重大事务仍应以保佐人意思来补充被保佐人的意思(现代法的限制行为能力);而在这个年龄段的人是有责任能力的。^[33]

至此,可以得到责任能力的本原,即责任能力在优士丁尼法中的原形:其一,在内涵上,责任能力是过错行为的归责能力,是过错的前提;其二,在与识别能力的关系上,责任能力是识别能力的抽象化,其来自识别能力而有别于识别能力,两者在一定范围内相分离;责任能力是思维层面的归责能力,而识别能力是事实的、具体的判断能力;其三,在规范意义上,责任能力统摄了有责任能力人与无责任能力人两种情形;其四,责任能力与行为能力采用不同规则;其五,制度模式上,识别能力欠缺者被类型化为幼儿、大幼儿、精神病人与精神错乱者;以个案审查为主、划一处理为辅来判断责任能力的有无;责任能力的适用范围包括侵权法与契约法。

二、责任能力的沿革

既然讨论沿革,当然要涉及拒绝与接受两种情况。本文按原本意义上的责任能力来判断此三者,对于接受与否的指标有二:对于识别能力欠缺者的责任承担问题是否贯彻过错责任原则;是否区分为有责任能力人与无责任能力人两种情形。而对于接受者则考察其模式的改动情况。

从时间顺序来看,1804年《法国民法典》完全拒绝责任能力概念。其第1383条规定:“任

[31] See W. W. Buckland, Arnold D. McNair, *Roman Law and Common Law: a Comparison in Outline*, 2ed., Cambridge University Press, 1952, pp. 348s.

[32] 参见徐国栋:《民法哲学》,中国法制出版社2009年版,页180。

[33] I.1, 23pr. (古罗马)优士丁尼:《法学阶梯》,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年第2版,页87。

何人不仅对其行为所致的损害,而且对其过失或懈怠所致的损害,负赔偿的责任。”^[34]为了严格贯彻其“任何人”的规定,1968年修订的第489-2条规定:“处于精神紊乱状态之下的人给他人造成损失者,仍应负赔偿责任。”^[35]第1310条规定:“未成年人不得主张取消其侵权或准侵权行为引起的损害赔偿之债。”并且判例上认为“法官并无义务审查未成年人是否具有‘识别其行为后果’的能力”^[36]由此可知,《法国民法典》不仅拒绝责任能力,也拒绝识别能力。因为原本意义上的责任能力是统摄有无责任能力两种情形的,而《法国民法典》由于采用绝对客观过错概念而推导出所有人都有责任能力的结论。^[37]所以,视为拒绝使用责任能力。在这里看到了责任能力、识别能力与过错责任原则的分离,所以,不要以为贯彻过错责任就必定采用责任能力。采用法国模式的还有受其影响的1808年制定并于1825年修订的《路易斯安那民法典》(第2315条)、^[38]1960年《埃塞俄比亚民法典》(第2027条),^[39]以及2002年《巴西新民法典》(第186条)。^[40]

远在拉美的罗马法学家贝略起草的1855年《智利民法典》却接受了罗马法的责任能力。其第2319条第1款规定:“未满7岁的人以及精神病人,不具有侵权行为或准侵权行为的责任能力,但此等人造成的损害,如能归咎于有责任看管他们的人的疏忽,即应由此等人承担责任。”同条第2款规定:“未满16岁者是否无辨别能力地实施了侵权行为或准侵权行为,由法官斟酌决定;如处于此等情形,应遵循前款的规则。”^[41]与优士丁尼法相比,该法典在识别能力欠缺者的类型方面少了精神错乱者,保留了未满七岁者、精神病人及满七岁而未满16岁者;采用个案审查为主、划一处理为辅;适用范围只局限于侵权行为与准侵权行为。重要的是,该法典开创了将识别能力欠缺者责任与监护人责任放在一起规定的体例。

同为拉美三大民法典之一的1871年《阿根廷民法典》的改动更大一些。其第921条规定,由未满10岁的人实施的不适法行为,视为无辨别力的行为;精神病人并非在清醒间歇期所为的行为,以及由任何人在因意外而丧失理性时所为的行为,亦被视为无辨别力的行为。而第900条规定了无辨别力、无意图且非自由成立的事实,自身不产生任何债。第1076条又规定精神病人和未满10岁的未成年人不对其行为导致的损害负责。^[42]可知,该法典将识别能力

[34] 《拿破仑法典》,李浩培等译,商务印书馆1979年版,页189。

[35] 除了特别注明外,本文所引的《法国民法典》条文都是来自《法国民法典》,罗结珍译,法律出版社2005年版。

[36] 《法国民法典》(下),罗结珍译,法律出版社2005年版,页1076。

[37] 参见郑永宽:“论民事责任能力的价值属性”,《法律科学》2010年第4期。

[38] 参见《路易斯安那民法典》,娄爱华译,厦门大学出版社2009年版。

[39] 参见《埃塞俄比亚民法典》,薛军译,中国法制出版社2002年版。

[40] 参见《巴西新民法典》,齐云译,中国法制出版社2009年版。

[41] 本文所引用的《智利民法典》条文都来自《智利民法典》,徐涤宇译,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版。

[42] 本文所引用的《阿根廷民法典》条文都来自《最新阿根廷共和国民法典》,徐涤宇译注,法律出版社2007年版。

欠缺者类型化为精神病人、未满 10 岁者及精神错乱者;采用个案审查为主、划一处理为辅。即对未满 10 岁者做划一处理;而对精神病人、精神错乱者则具体审查;适用范围限于侵权行为与准侵权行为。该法典所作的较大改动是将优士丁尼法中的大幼儿从识别能力欠缺者中去掉。这样一来,便失去了中间状态。这种二分制仍在延续。1966 年《葡萄牙民法典》(第 488 条)以及受其影响的 1999 年《澳门民法典》(第 481 条)在其基础上稍作改进。在考虑到神童的破坏力之余又深知抽象化的便利,两法典采用推定的法技术予以弥补,规定“在损害事实发生时基于任何原因而无理解能力或无意欲能力之人,无须对该损害事实之后果负责;未满 7 岁之人及因精神失常而成为禁治产之人,推定为不可归责者。”^[43]即将幼儿与精神病人都推定为无责任能力人,而其他人推定为有责任能力人。对于前者,受害人可以举证证明行为人有识别能力而推翻法律推定;对于后者,行为人可以举证证明自己无识别能力而逃脱责任。

与上述列举的民法典相比,1900 年《德国民法典》的规定与优士丁尼法最为相似。首先,该法典将识别能力欠缺者分为未成年人与精神错乱者,^[44]而前者又分为满 7 周岁的未成年人与未满 7 周岁者;^[45]其次,在责任能力的认定上,以个案审查为主、划一标准为辅。考虑到未满 7 周岁者为害甚少,遂对之以统一标准来认定其无责任能力而无需个案审查,而对于其他两者则个案审查其是否有识别能力,有识别能力者才可能有过错才承担责任。值得注意的是,对于满 7 周岁的未成年人这一中间状态,“在实施加害行为时不具备识别责任所必要的判断力的,不就其所加给他人的损害负责任”,也就是说,本来要承担责任的,但在无识别能力时不需承担。这其实是将其推定为有责任能力,但允许通过本人举证无识别能力而推翻。而成年人也被推定为有责任能力,但允许通过证明行为时精神错乱而无识别能力从而得以免责。这样一来,其抽象化程度比优士丁尼法便更进一步,把中间状态也覆盖了;再次,适用范围包括侵权责任与违约责任。^[46]另外,考虑到儿童基于身体和心理能力,通常最早也要到年满十周岁之后,才能够认识到机动化公路交通中的特别危险并根据这种危险相应地调整自己的行为,于是 2002 年《关于修改损害赔偿法规定的第 2 号法律》规定已满 7 周岁未满 10 周岁者在汽车、有

[43] 《葡萄牙民法典》,唐晓晴译,北京大学出版社 2009 年版;《澳门民法典》,赵秉志总编,中国人民大学出版社 1999 年版。

[44] 《德国民法典》第 827 条:“在丧失知觉的状况下或在不能自由决定意思的精神错乱的状况下加损害于他人的人,不就该损害负责任。其以酒精饮料或类似手段使自己陷于此种暂时状况的,就其在此状况下非法引起的损害,以如同其有过失一样的方式负责任;其无过错而陷于此状况的,不发生该项责任。”

[45] 《德国民法典》第 828 条:“(1)未满 7 周岁的人,就其所加给他人的损害,不负责任。(2)已满 7 周岁但未满 10 周岁的人,就其在汽车、有轨交通工具或悬空缆车事故中加给他人的损害,不负责任。已满 7 周岁但未满 10 周岁的人故意地引起侵害的,不适用前句的规定。(3)以未满 18 周岁的人的责任未依照第 1 款或第 2 款而排除为限,其在实施加害行为时不具备识别责任所必要的判断力的,不就其所加给他人的损害负责任。”

[46] 《德国民法典》第 276 条:“(1)故意和过失可以归责于债务人,但以更严或更宽的责任既未被规定,也不能由债务关系的其他内容推知,尤其由担保的承担或置办风险的承担推知为限。准用第 827 条和第 828 条的规定。……”

轨道交通工具或悬空缆车的事故中推定为无责任能力,但可通过证明其故意以推翻此推定。如此一来,由7周岁、10周岁、18周岁(成年)此三个固定时点将人的一辈子分为无责任能力、推定无责任能力、推定有责任能力(但可据以推翻的事实很多,与具体审查无异)以及推定有责任能力(仅在精神错乱时可推翻)四个由宽到严的阶段。

上述采纳责任能力的民法典,在理论上仍能保持原本意义的责任能力概念,即责任能力在过错责任制度中采用并与识别能力相分离,而这种分离体现在两个方面:法律规定无或有责任能力而不具体考虑是否有识别能力使得两者在思维上分离。特别是德国法使用推定的法技术将责任能力进一步抽象化,使识别能力与责任能力在满7周岁的未成年人这一规范对象上也发生了分离。德国学者使用该概念自然毫无障碍并乐此不疲。大多数民法著作都对责任能力做介绍,而且口径非常统一,即“责任能力或过错责任能力是对自己的过失行为承担责任的能力、认识其责任所必要的理解力”。^[47]而且在思维层面上将它作为行为与过错责任的联结点即归责能力来使用,如施瓦布认为,“只在如下情形方能指责一个人具有故意和过失,即该人在做出行为时处于心理——精神上能够做出负责任的的行为的状态。”^[48]马克西米利安·福克斯认为,承担损害责任的前提在于加害人必须具有的过错能力。只有在确定加害人具有过错能力以后,才需要进一步考察他的行为是否有过错。^[49]而福克斯的著作《侵权行为法》的译者也认为,在德国法中,判断是否具有Verschuldensfähigkeit是在过错的层面上进行的,即,在判定过错是过失还是故意之前,先要根据行为人自身的情况来判定他的行为是否可以以过错为理由而受到谴责,这时的思维内容还没有涉及行为人的责任。^[50]

既然责任能力是识别能力抽象化的结果,它与行为能力又当如何区别?尽管两者都以识别能力(即意思能力)为基础,但抽象化程度不同,具体规则也不同。行为能力以年龄和精神状态为标准将所有人都分为有、限制及无行为能力人,而即使后两者有识别能力也不予考虑;然而,成年人与大幼儿尽管被推定为有责任能力,但在无识别能力时仍无需承担责任即识别能力成为决定因素。又如,限制行为能力人的能力可以由法定代理人来补充,但被推定为有责任能力的大幼儿却不存这一问题。值得注意的是,尽管责任能力(Verschuldensfähigkeit)适用于违法行为(包括侵权行为与违约行为)而行为能力(geschäftsfähigkeit)适用于法律行为,但学者看到两者的共同基础而锻造了广义行为能力(handlungsfähigkeit)概念以将两个概念统摄起来。^[51]然而,广义行为能力只具有概念上的意义,因为法律行为能力与责任能力的抽象化程

[47] 迪特尔·梅迪库斯,见前注[11],页237;卡尔·拉伦茨,见前注[7],页156;(德)马克西米利安·福克斯:《侵权行为法》,齐晓琨译,法律出版社2006年版,页86;迪特尔·施瓦布,见前注[3],页202。

[48] 迪特尔·施瓦布,见前注[3],页202。

[49] 马克西米利安·福克斯,见前注[47],页86-87。

[50] 马克西米利安·福克斯,见前注[47],页86。

[51] 卡尔·拉伦茨,见前注[7],页121;迪特尔·施瓦布,见前注[3],页118-119。甚至有学者认为该概念应包括法律行为能力、准法律行为能力与责任能力。参见徐美贞:《民法概要》,五南图书出版公司2008年版,页38-39。

度不同,无法一体适用,也就是说,责任能力与法律行为能力是分别运作的。当然无可否认,从构建逻辑来看,两者非常相似。譬如,在有行为能力人无识别能力时法律让其法律行为无效而于有责任能力人无识别能力时法律准其免除责任;在中间状态都是对部分事务有识别能力;无责任能力人与无行为能力都是无识别能力。

三、责任能力的异化

所谓责任能力的异化就是民法典的相关规定已经与原本意义的责任能力相去甚远。这种异化分为两种情况:立法上一体使用推定的法技术,使得责任能力与识别能力仍可在思维上分离,而且责任能力也为学理所接受,并维持其思维层面上的归责能力意义;立法上行为能力一体适用于合法、违法行为,学理不接受责任能力。

(一) 仅在思维上与识别能力相分离

从制定时间来看,1898年《日本民法典》是始作俑者。其第712条规定:“未成年人给他人造成损害的,如果是因为不具备足以辨别自己的行为责任的智能,则不对其行为负赔偿责任。”第713条规定:“因精神上的障碍,在处于对自己的行为欠缺辨别能力的状态下给他人造成了损害的人,不负其赔偿的责任。但因故意或过失而导致一时性的状态时,不在此限。”^[52]可知,《日本民法典》将责任能力分为两种形态:未成年人被法律推定为有责任能力,但可以用各种不具识别能力的事实来推翻该法律推定;成年人被推定为有责任能力,但只能用精神错乱这种事实来推翻法律推定。未成年人由于年龄小而对很多行为理解力不足,从而有很多“借口”可用。但也正由于多而使得这种推定无异于具体审查识别能力的有无;成年人由于心智较为成熟,除了心神丧失,都有识别能力。这样,识别能力与责任能力事实上已经重合了,而且又可以推导出所有人都有责任能力的结论,这与法国法无异。而第712条的“如果是因为不具备足以辨别自己的行为责任的智能,则不对其行为负赔偿责任”的表述方式却可从《德国民法典》中找到原型。由于《日本民法典》的制定是先学法国法、后学德国法的结果,可以断定,这种模式是法国模式与德国模式的结合物。

所有人都有责任能力,并且识别能力与责任能力重合,按照前述标准这已经可以判断为是对责任能力的拒绝。但日本学者对责任能力却津津乐道,其中,不乏重量级人物,如穗积陈重、土方宁、穗积八束、梅谦次郎、鸠山秀夫、我妻荣、加藤一郎、石田穰,以及森岛等教授。^[53]而且其结论与德国学者无异。^[54]试想,如果责任能力与识别能力重合,而识别能力又为法律所规定,径直使用识别能力予以归责就可以了,为何要先判断有识别能力再判定有责任能力?其

[52] 本文所引用的《日本民法典》条文都来自《最新日本民法》,渠涛编译,法律出版社2006年版。

[53] 参见于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2006年版,页84以下。

[54] 参见(日)圆谷峻:《判例形成的日本新侵权行为法》,赵莉译,法律出版社2008年版,页102以下; (日)我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,页56;于敏,见前注[53],页84以下。

实,这种重合只是在适用结果上的重合,而在思维层面上仍然是分离的。这得益于推定的法技术的使用。《日本民法典》将所有人都推定为有责任能力,但允许本人举证加以推翻,使得它与法国的绝对有责任能力不同。而该法典将推定适用于所有未成年人(包括幼儿),这比德国法更为彻底。这种思维层面的分离仍然保持了责任能力的部分功能。本文认为,日本民法中的责任能力就是在思维层面上使用的,即作为行为与过错责任的联结点。^[55]另外,该概念的使用可以将第712条的未成年人责任与第713条的心神丧失者责任统一起来。这些可以从日本民法的责任能力由学理概念向法律概念转化的进程中看出。

责任能力本不是日本民法学的固有概念,是日本学者将《德国民法典》中所没有而存在于学说中的侵权行为能力概念引入日本的结果。^[56]而且,《日本民法典》一开始并无“责任能力”这一概念,只存在学说当中。诚如我妻荣所言:“关于侵权行为,不以划一的标准规定无能力人,而在各个场合通过审查意思能力的有无来决定其责任的有无。因为对侵权行为设置无能力人那样的制度几乎是不可能,并且也不必要。”^[57]然而,该概念后来却被规定了进来。在2000年的王书江译本中,第712条、第713条的条文标题有“未成年人的责任能力”、“心神散失人的责任能力”的字样。^[58]而在2005年的渠涛译本中,第712条、第713条的条文标题都是“责任能力”,而且第714条^[59]的条文标题与条文都有“无责任能力人”的字样。可知,《日本民法典》用无责任能力人概念将未成年人与心神丧失者统摄起来。当然,这仍然会遭到“只是中国译者用了‘责任能力’这个词而已”的有力质疑。其实不然,《日本民法典》第712条、第713条、第714条的原文就是用了日文“责任能力”、“责任无能力者”的字样。这是《日本民法典》于2004年大规模修改而得的结果。因为《日本民法典》自1898年施行以来一直没有由立法机关标引的条文标题,立法机关在此次修改中做了正式的标引。^[60]值得注意的是,责任能力由学理概念转化为法律概念不仅仅存在于《日本民法典》。受《日本民法典》影响的《韩国民法典》第753条、第754条以及第755条的标题使用了“责任能力”概念。^[61]《智利民法典》第2319条采用的“capaces de delito”概念可以直译为不法行为能力。^[62]

[55] 四宫和夫认为:“责任能力是意思能力(就侵权行为而言)的对应物,但在判例中,责任能力较意思能力有更高的地位。”(日)四宫和夫:《日本民法总则》,唐晖、钱孟珊译,五南图书出版公司1995年版,页52。

[56] 参见(日)星野英一:《民法的另一种学习方法》,冷罗生等译,法律出版社2008年版,页132。

[57] (日)我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,页56。

[58] 《日本民法典》,王书江译,中国法制出版社2000年版,页126-127。

[59] 第714条(无责任能力人的监督人责任):“①在前两条规定无责任能力人不负责任的情况下,对于无责任能力人给第三人造成的损害,由对无责任能力人负有法定监督义务的人负赔偿责任。但是监督义务人并没有怠于履行其义务,或者即便不怠于履行其义务损害仍不免要发生时,则不在此限。②代监督义务人监督无责任能力人的人,亦负前项责任。”

[60] 渠涛,见前注[52],《本书的说明及凡例》,页2。

[61] 感谢厦门大学民商法硕士生金炫周依据《韩国民法典》的原文对这一问题所做的回答。

[62] 厦门大学罗马法研究所所长徐国栋教授依据《智利民法典》的原文对此问题做了回答,在此予以致谢。

与日本模式相同的民法典可谓规模庞大!1907年《瑞士民法典》第19条规定:“有判断能力的未成年人或禁治产人对其侵权行为所造成的损害,应负赔偿责任。”1942年《意大利民法典》第2064条规定:“在实施致损行为时,无判断能力和意思能力的人不承担致损行为的后果,除非无能力的状况是因为其过失所导致。”1948年《埃及民法典》第164条规定:“有辨别能力人均应对其不法行为承担责任。”〔63〕1958年《韩国民法典》在这一问题上与《日本民法典》最为相似。〔64〕1975年《阿尔及利亚民法典》第125条规定:“无行为能力人对其致害行为具有辨别能力者,应承担赔偿责任。”另外,台湾地区的“民法典”用的也是日本模式。〔65〕

在责任能力与识别能力重合的情形下,如何对待责任能力与行为能力的关系?事实上,学者仍然使用广义行为能力概念,认为行为能力有法律行为能力及侵权行为能力两种。〔66〕但是学者也意识到两者的区别,认为后者以具体审查而前者以划一标准来认定。〔67〕而台湾学者的表述更是畅快:责任能力并未抽象化,它与识别能力同一,有学者还做出了“识别能力,又称责任能力”的表述。〔68〕而法律为了保护交易安全与促进交易敏活,原则上以年龄为准,对行为能力作划一之规定。〔69〕

(二) 被行为能力吞噬

这种作法就是以行为能力一体适用于适法行为与违法行为,自然也就不存在责任能力概念了。以责任能力理论为视角,这种模式就是将责任能力与行为能力融为一体,有行为能力者有责任能力,原理是给两者予以相同的抽象化,以适用相同规定。其始作俑者是1922年《苏俄民法典》。

1922年《苏俄民法典》第405条规定:“无行为能力人对于其致之损害不负责任。负有监督义务之人应代为负责。未成年人于本法第九条所规定之情形所致之损害,其父母或监护人亦应与未成年人共同负责。”〔70〕而其第9条规定:“未成年人之满14岁者,得经法定代理人(父母、养父母、监护人、保佐人)之同意,为法律行为。有权独立支配其所得之工资,并对于因其行为所致与他人之损害负赔偿责任。”其无行为能力人是因患精神病症或精神耗弱不能审慎处理自己事务而被宣告为无行为能力人的年满18岁的成年人(第7条、第8条)与未满14

〔63〕 本文所引用的《埃及民法典》条文皆来自《埃及民法典》,黄文煌译,厦门大学出版社2008年版。

〔64〕 本文所引用的《韩国民法典》条文都来自《韩国民法典·朝鲜民法》,金玉珍译,北京大学出版社2009年。

〔65〕 台湾地区的“民法典”第187条规定:“(1)无行为能力人或限制行为能力人,不法侵害他人之权利者,以行为时有识别能力为限,与其法定代理人连带负损害赔偿赔偿责任。行为时无识别能力者,由其法定代理人负损害赔偿赔偿责任。”

〔66〕 参见(日)富井政章:《民法原论》(一),陈海瀛、陈海超译,中国政法大学出版社2003年版,页93;梅仲协,见前注〔8〕,页58。

〔67〕 参见我妻荣,见前注〔57〕,页56。

〔68〕 参见陈聪富:《民法概要》,元照出版公司2008年版,页92。

〔69〕 参见郭振恭:《民法》,三民书局2005年版,页197。

〔70〕 本文所引用的1922年《苏俄民法典》条文都来自《苏俄民法典》,王增润译,新华书店1950年版。

岁的幼年人。可知,苏俄模式应概括为:其一,识别能力欠缺者有无行为能力人与已满14岁的未成年人,而前者包括未满14岁的未成年人与因精神障碍而被宣告无行为能力的人;其二,无行为能力人被划一规定为不负责任,其适用的仍是过错责任。因为“既然能够预见并防止自己行为的结果,是过错的必要条件,因此,只有能理解并控制自己行为的人才能成为有过错的人。无行为能力人不能是有过错的人。”^[71]其三,已满14岁的未成年人也划一规定应负责任,“对于因其行为所致与他人之损害负赔偿责任”(第9条)。

“无行为能力人对于其致之损害不负责任”,与原本意义上的责任能力的规范模式“如果(无)有责任能力,(不)承担责任”比照,其模式为“如果(无)有行为能力的,(不)承担责任”。以责任能力的思维去套它,就得出“有行为能力者有责任能力”的命题。^[72]这样一来,责任能力便显多余,这正是在前苏联的民法学著作中看不到“责任能力”这一表述的原因。考察一下前苏联学者给行为能力下的定义便知。坚金、布拉都西主编的《苏维埃民法》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。行为能力不仅是为法律行为与为其他合法行为的能力,而且也指对违法行为所负的责任;在这种情况下,对进行违法行为的人,便产生赔偿所致损害的义务。”^[73]格里巴诺夫、科尔涅耶夫主编的《苏联民法》认为,“具有行为能力,是指有能力亲自实施各种法律行为:签订合同、发出委托书等等,以及对造成的财产损害(损坏或毁灭他人财产、损害他人健康),对不履行合同义务和其他义务承担责任。”而“行为能力的内容包括:公民具有以自己的行为取得民事权利和承担民事义务的能力;独立地行使民事权利和履行民事义务的能力;对违法行为承担责任的能力。可以说,行为能力是公民享有的以自己的行为实现权利能力的可能性。”^[74]B·T.斯米尔诺夫主编的《苏联民法》认为,“行为能力是通过自己的行为享有民事权利和承担民事义务的能力。这个一般规定也包括对违法行为行使权利和承担民事法律义务的能力。”^[75]此三者出奇地一致,都认为对违法行为承担责任的能力是行为能力的内容之一,但没有“责任能力”的字样,更没有广义、狭义之说。从内容上看,与德国的广义行为能力概念很相似,但有本质上的区别:在广义行为能力概念中,法律行为能力与侵权行为能力“只是有条件地属于同一问题”,^[76]即都以识别能力为基础,但抽象程度不同,运作规则不同,不能一体使用;而苏联民法的行为能力是将

[71] (苏)坚金、布拉图斯主编:《苏维埃民法》(三),中国人民大学法律系民法教研室译,法律出版社1957年版,页356。

[72] 郑玉波:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2003年,页137。

[73] (苏)斯·恩·布拉都西主编:《苏维埃民法》(上),中国人民大学民法教研室译,法律出版社1954年版,页79。

[74] (苏)格里巴诺夫、科尔涅耶夫主编:《苏联民法》(上),中国社会科学院法学研究所民法经济法研究室译,法律出版社1984年版,页102-103。

[75] (苏)B.T.斯米尔诺夫:《苏联民法》(上),黄良平、丁文琪译,中国人民大学出版社1987年版,页96。

[76] 迪特尔·施瓦布,见前注[3],页118-119。

为法律行为的能力与承担违法行为责任的能力融在一起,予以一体使用的。综上,苏联民法中的行为能力本身就是含有承担违法行为责任的能力,根本不需要也不使用“责任能力”概念。

另外,1922年《苏俄民法典》还开创了以无行为能力人来指称识别能力欠缺者,改变了从优士丁尼法以来都以未成年人、精神病人作为其类型的做法。该法典还将监护人责任与识别能力欠缺者责任放在一起规定,并使得这种模式得到推广。^{〔77〕}并且在保护作为加害者的未成年人还是保护受害人的权衡上,开始出现向后者倾斜的趋势。于晚近制订的《俄罗斯民法典》、《越南民法典》的识别能力欠缺者责任与监护人责任的规定在坚金、布拉图斯主编的《苏维埃民法》中都可以找到原型。^{〔78〕}而且《荷兰民法典》(第6·162条)在这一问题上也与该法典甚为接近。

四、责任能力对我国的移入

我国的责任能力概念是如何得来?张俊浩教授认为:“汉语的权利能力、行为能力和责任能力始出现于民律一草,意思能力则始出现于民国时期的民法。《日本民法典》均未出现。这两个概念均为我国学者自译。”^{〔79〕}

《日本民法典》当时是没有此概念,但在学说上却是一个热门话题。《大清民律草案》(即民律一草)仿于德、日,其总则、物权、债权三编由参加了该争论的梅谦次郎的学生松冈义正负责起草,无疑是此君将存在于德、日学说中的“责任能力”规定到草案中来了。而正如“民法”一词来自于日本一样,^{〔80〕}“责任能力”一词也因为中文、日文的汉字相同而毫无障碍地被移植进来。于是,《大清民律草案》第一编“总则”之第二章“人”当中的第三节的标题用了“责任能力”一词。该节的四个条文规定了识别能力欠缺者责任,并采用德国模式,但它的适用范围只限于侵权责任。^{〔81〕}然而,《民国民律草案》(即民律二草)“略仿瑞士民法”,^{〔82〕}改采日本模式,只不过,适用范围被扩及整个债的效力(第308条)。由于二草用“人”一个节标题将原来的“权利能力”、“行为能力”等节标题挤掉,原来的节标题“责任能力”也就被取消了。但在条

〔77〕 尽管1855年《智利民法典》已经规定了这种模式,但其影响没有《苏俄民法典》大。此属于监护人责任问题,不是本文的讨论范围,拟另文论之。

〔78〕 坚金、布拉图斯主编,见前注〔71〕,页356-359。

〔79〕 张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年修订版,页71。

〔80〕 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1998年版,页8。

〔81〕 第37条规定:“因故意或过失而侵害他人之权利者,于侵权行为须负责任。”第38条规定:“未满7岁未成年人,不负侵权行为之责任。”第39条规定:“满7岁未成年人,以为侵权行为时无识别能力为限,不负责任。”第40条:“在心神丧失中为侵权行为者,不负责任,但其心神丧失因故意或过失而发者,不在此限。”本文所引的民律一草与二草都来自《大清民律草案·民国民律草案》,杨立新点校,吉林人民出版社2002年版。

〔82〕 胡长清,见前注〔80〕,页21。

文中却加进了“责任能力”概念,如第14条、第15条、第308条。^[83]此部分乃出自东京帝国大学法科毕业生余荣昌之手,它延续了日本法学的影响。

最终于1931年完成的《民法典》不再采用“责任能力”一词,但仍采用日本模式。第187条规定:

①无行为能力人或限制行为能力人,不法侵害他人之权利者,以行为时有识别能力为限,与其法定代理人连带负损害赔偿责任。行为时无识别能力者,由其法定代理人负损害赔偿责任。②前项情形,法定代理人如其监督并未疏懈,或纵加以相当之监督,而仍不免发生损害者,不负赔偿责任。③如不能依前二项规定受损害赔偿时,法院因被害人之声请,得斟酌行为人与被害人之经济状况,令行为人或其法定代理人为全部或一部之损害赔偿。④前项规定,于其他之人,在无意识或精神错乱中所为之行为致第三人受损害时,准用之。

第221条规定:“债务人为行为能力人或限制行为能力人者,其责任依第187条之规定定之。”该法典对日本模式的改动有:其一,借鉴1922年《苏俄民法典》,^[84]用无行为能力人与限制行为能力人来指称识别能力欠缺者。但不能因为它用了行为能力概念就把它理解为有行为能力都有责任能力,因为,可以通过证明无识别能力而推翻其有责任能力的推定。其实,采用行为能力概念只是为统摄未成年人与精神障碍者提供方便;其二,借鉴《苏俄民法典》将识别能力欠缺者责任与监护人责任规定在一起,从而实现简省;其三,借鉴德国模式将适用范围固定于侵权与违约责任。如前述所论,民国时期学者及台湾学者都普遍持广义行为能力的观点,并且也在思维层面上使用责任能力(归属能力)而认为侵权责任的主观要件是有责任能力。这些与德、日民法是一脉相承的。

五、责任能力在我国的由无到“有”

(一)责任能力的无

我国于解放后废除了旧法统,原来生效的《民法典》,便在大陆地区失效,法制建设一时之间也难以臻于周全,特别是民事法方面更显空白。1954年全国人大常委会开始组织民法起草,于1955年10月至1957年2月完成各种草案草稿至少70余个。^[85]1962年进行第二次的民法典起草由于“四清运动”被迫中断,而1979年开始的民法典起草工

[83] 第14条第1款规定:“不足7岁之未成年人,就加害行为无责任能力。”第2款规定:“7岁以上之未成年人,及70岁以上老年人,以为加害行为当时无辨别其行为责任之意识者为限,无责任能力。”第15条规定:“无意识或精神错乱中为加害行为者,无责任能力。但其无意识或精神错乱,系因饮酒或其类似之方法所致者,不在此限。”第308条第3款规定:“有关侵权行为责任能力之规定,于前二项情形适用之。”

[84] 该法典的制定以民律二草为基础,着重参考德国、日本和瑞士的立法经验,并参考了《苏俄民法典》和《泰国民法典》。参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,页22。

[85] 参见李秀清:“中国移植苏联民法模式考”,《中国社会科学》2002年第5期。

作也出于条件不成熟的考虑而中断。但迫于一些共同性问题缺乏法律规定,于是将比较有把握的问题先规定下来,是为1986年《民法通则》。^[86]如此频繁的立法活动自然少不了法律专家学者的参与,而其中肯定以留苏归来的专家与“受旧法统熏陶过”的学者居多,他们对当时乃至现在的民事立法与学说的影响至巨。这在识别能力欠缺者责任问题上,流露不遗。

1986年4月通过的《民法通则》第133条第1款规定:“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担民事责任。监护人尽了监护责任的,可以适当减轻他的民事责任。”同条第2款规定:“有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,从本人财产中支付赔偿费用。不足部分,由监护人适当赔偿,但单位担任监护人的除外。”又被2009年《侵权责任法》原文照搬(除了将“适当减轻”的“适当”去掉),而学者预计该条文会继续被质疑与批判。^[87]《民法通则》这一规定其实来自《国民民法典》与《苏俄民法典》的交互影响。首先,借鉴《国民民法典》,用无民事行为能力、限制民事行为能力人来指称识别能力欠缺者;其次,采用苏俄模式,即行为能力本身含有为违法行为承担责任的能力。与苏俄模式不同的是,限制行为能力人无需承担责任;再次,继续将识别能力欠缺者责任与监护人责任放在一起规定,但是,将《国民民法典》的公平责任规定进来,而放弃了苏联模式的无行为能力人绝对不负责的做法。^[88]对于监护人与识别能力欠缺者仍然分别适用无过错责任与过错责任原则,只不过在对两个责任主体之间的关系上,加上了公平责任。^[89]可见,《民法通则》是不采用责任能力理论的。^[90]

然而,尽管这种结合以苏联模式为主,以《国民民法典》为辅,但稍微不慎便会产生理论上的困惑。因为于国民民法,责任能力是作为思维层面上的归责能力予以使用并与行为能力并列的,两者不能一体使用;而于苏联模式,行为能力本身就含有承担违法行为责任的能力,行为能力一体适用于合法行为与违法行为。在我国于民国时期就已经移入责任能力概念的情况下,学者很容易就用“责任能力”来指称“承担违法行为责任的能力”。而且这种并列与包含关系本身就不好区分,再加上时间的推移而对原本立法原理的淡忘

[86] 参见王汉斌:关于《中华人民共和国民法通则》草案的说明。

[87] 郑永宽文,见前注[37]。

[88] 1922年《苏俄民法典》第405条的规定就是让受害人的损失由监护人那里得到补偿,行为人绝对不承担责任。而《民法通则》则要求行为人有财产时要承担责任,这其实与《国民民法典》第187条第3项的“得斟酌行为人与被害人经济状况,令行为人或其法定代理人为全部或一部之损害赔偿”的原理是一样的。

[89] 关于这一问题的具体论述,参见陈帮锋:“论监护人责任——〈侵权责任法〉第32条的破解”,载《中外法学》2011年第1期。

[90] 张新宝:《中国侵权行为法》,中国社会科学出版社1995年版,页80。另外,在2009年侵权责任法制订过程中,学者对是否应继承《民法通则》第133条分歧很大。讨论时分成两派,“40岁以上的人坚持说原来的规定是好的,30多岁的学者一概都反对,认为一定要改成依据责任能力而不是财产。但是还是我们这些年龄比较大的人说话比较算数,最后仍然是这个规则,没有改变。”参见杨立新:《侵权责任法制定过程中的二十个问题》,载中国民商法律网,最后访问日期:2010年8月15日。

或疏忽,以及学者的德、日学术背景与苏联学术背景的交互作用,很容易就产生以广义行为能力理论来理解行为能力包含论的谬误。

(二) 责任能力的“有”

既然我国立法上不接受责任能力,以行为能力包含承担违法行为责任的能力,学说上也应作此解释而不能以广义行为能力理论来解释之。当然,纯粹的比较法上的理论介绍不伤大雅,但是,如果将它与我国立法连线,麻烦便由此产生。

解放后到1986年以前关于行为能力的学说几乎都是行为能力包含说,与前苏联的学说颇为一致,尽显前苏联民法对我国法的影响。如1958年中央政法干部学校民法教研室编著的《中华人民共和国民法基本问题》认为,“所谓行为能力,就是国家给予民事主体进行民事活动的能力或资格。享有行为能力的人,就可以用本身的独立的行为,去取得、实现民事权利和设定、履行民事义务,并且还要对自己的行为的一切法律后果负完全的责任。”^[91]1981年法学教材编辑部审编的司法干部培训教材《民法讲义》认为,“公民具有行为能力,就意味着他能够以自己的行为确立、变更或终止民事法律关系,并对行为的后果独立承担法律责任。”^[92]1983年佟柔教授主编的《民法原理》认为,“公民的行为能力,是指公民通过自己的行为取得民事权利和设定民事义务的资格。行为能力不仅包括公民为合法行为的能力,而且也包括公民对其违法行为应承担责任的。”^[93]这种直接挑明行为能力包含承担违法行为责任的能力的定义模式在该年代最为普遍。^[94]但是有学者开始用“责任能力”来指代前苏联民法的“承担违法行为责任的能力”。如中央大学法科毕业生陶希晋1985年主编《民法简论》认为:“行为能力不仅是指合法行为能力,如依法占有、使用和处分属于自己的财产,签订合同,合法继承遗产等。而且,还包括对违法行为所应承担的民事责任能力,如因侵权行为给他人造成人身伤害或财产损失时,有承担赔偿和其他民事责任的能力。”^[95]做此追随

[91] 中央政法干部学校民法教研室编著:《中华人民共和国民法基本问题》,法律出版社1958年版,页61。

[92] 法学教材编辑部编:《民法讲义》,法律出版社1981年版,页25。

[93] 佟柔主编:《民法原理》,法律出版社1983年版,页44。

[94] 李由义主编:《民法学》,北京大学出版社1988年版,页47;蒋济、郇渭荣编著:《〈民法通则〉基础知识》,学林出版社1988年版,页19;刘淑珍、陈云生:《民法通则解说》,四川人民出版社1987年版,页58;刘岐山主编:《民法通则读本》,中国人民公安大学出版社1987年版,页59;周元伯:《〈中华人民共和国民法通则〉释义》,南京大学出版社1986年版,页17;经济研究参考资料编辑部:《〈民法通则〉讲话》,经济科学出版社1986年版,页18;金立琪、吕淑琴主编:《民法教程》,百家出版社1989年版,页34;郑立、刘春田、李长业:《民法通则概论》,红旗出版社1986年版,页52;刘春茂主编:《民法通则基本知识》,工人出版社1987年版,页32;金平主编:《民法通则教程》,重庆出版社1987年版,页53;穆生秦主编:《民法通则释义》,法律出版社1987年版,页12;刘克希主编:《民法通则原理与实务》,重庆出版社1990年版,页22;陈国柱主编:《民法学》,吉林大学出版社1987年版,页38;全国十三所高等院校《民法学教程》编写组:《民法学教程》,内蒙古大学出版社1987年版,页57;马原主编:《中国民法教程》,人民法院出版社1989年版,页51;佟柔主编:《中华人民共和国民法通则简论》,中国政法大学出版社1987年版,页41。

[95] 陶希晋主编:《民法简论》,河北人民出版社1985年版,页30。

的学者不在少数。^[96]

还有一种将行为能力分为取得权利承担义务的能力、行使权利履行义务的能力以及承担责任的能力的定义方式,这在前苏联的民法著作中也能找到原形。^[97] 这种定义尽管使用的并不多,但容易与广义行为能力理论混淆。如江平教授于1986年主编的《民法教程》认为,“民事行为能力的概念包括三个方面:以自己的行为取得民事权利、承担民事义务的能力,如购买房屋;以自己的行为处分其财产的能力,也称处分能力,如将房屋赠与他人;以自己的行为承担独立财产责任的能力,也称责任能力,如因致人损害而负独立赔偿损失的责任。”^[98] 而江平教授于1988年主编的《民法教程》在保持内容不变的基础上加上“广义的民事行为能力不仅包括民事主体实施合法行为取得民事权利、承担民事义务的能力,也包括民事主体实施违法行为而承担民事责任的能力。因此,民事行为能力的内容包括三个方面:……”^[99]

有此学者干脆将广义行为能力与行为能力包含说等同了,但考虑到《民法通则》的规定,于是认为我国法的行为能力是广义行为能力。1986年的王利明教授的《民法新论》与1990年佟柔教授的《民法总则》认为,“民事行为能力有广义、狭义之分。……广义的民事行为能力不仅包括实施民事法律行为等合法行为的能力,而且也包括不合法行为的能力,即对不法的实现和不履行义务行为负责的责任能力。从规定看,民事行为能力包括合法行为能力和不法行为能力两方面的内容。”^[100] 这样一来,原来不接受责任能力的行为能力包含说被广义行为能力说替换了。这尽管在法律适用上没有问题,但是,在学理上却制造了疑惑。因为德国法的广义行为能力只是学理概念,只是有限地统摄法律行为能力与责任能力,不能一体适用。根本不存在于立法上将两种能力统一的规定。广义行为能力是以采用责任能力理论为前提的,即是在广义行为能力理论的逻辑前提下,必然推导出狭义行为能力与责任能力的立法存在。谙熟德国法的谢怀栻教授正是以广义行为能力理论来分析《民法通则》,从而得到《民法通则》使用的是狭义的行为能力,而责任能力应与行为能力区别开来的结论的。^[101] 但是,责任能力在哪?

[96] 参见孙亚明主编:《民法通则要论》,法律出版社1988年版,页38;余能斌主编:《民法概要》,湖南大学出版社1989年版,页46;王克衷:《民法通则述要》,福建人民出版社1986年版,页17;江平、张佩霖编著:《民法教程》,中国政法大学出版社1986年版,页24;沈关生、周强、岳志强著:《民法通则与审判实践》,群众出版社1989年版,页13。

[97] 江平、张佩霖编著:《民法教程》,中国政法大学出版社1986年版,页24;沈关生、周强、岳志强著:《民法通则与审判实践》,群众出版社1989年版,页13;徐开墅、成涛、吴弘编著:《民法通则概论》,群众出版社1988年版,页32;江平主编:《民法教程》,中国政法大学出版社1988年版,页38;厦门大学法律系民法教研室编:《民法学概论》(上),厦门大学出版社1987年版,页48。

[98] 江平、张佩霖编著:《民法教程》,中国政法大学出版社1986年版,页24。

[99] 江平主编:《民法教程》,中国政法大学出版社1988年版,页38。

[100] 参见王利明、郭明瑞、方流芳:《民法新论》(上),中国政法大学出版社1986年版,页154;佟柔:《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1990年版,页99。另外还有,李仁真、罗明举编著:《民法要义》,武汉出版社1989年版,页46。

[101] 参见王家福主编:《民法基本知识》,人民日报出版社1987年版,页55。

梁慧星教授于1988年的《民法》中用了较大篇幅予以论述行为能力与责任能力的区分,认为责任能力是违法行为的构成要件(典型的台湾式表达),^[102]并于其1996年的《民法总论》中指出“我国《民法通则》虽未规定民事责任能力概念,但从第133条关于无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害应由其监护人承担民事责任的规定解释,不仅有民事责任能力之存在,并且将民事责任能力与民事行为能力相联系:凡依法具有民事行为能力者,均具有民事责任能力。”^[103]之后,不少权威民法教材都追随之。^[104]至此,我国法有了“责任能力”。

六、结论与余论

从上述文献梳理可以看到,从日本模式的形成开始,原本意义的责任能力便已经发生转义,只不过采用此模式的国家由于推定的法技术的使用,识别能力与责任能力在逻辑上仍可分离,责任能力仍可在思维层面上使用,并与法律行为能力并列于广义行为能力之下而相安无事。但是,由于苏联模式异军突起,责任能力被行为能力吞噬,责任能力在行为能力包含说中已不复存在。我国《民法通则》将苏联模式接纳过来之后,由于该理论与广义行为能力理论的相似性,外加我国学者的德国法背景,使得行为能力包含说被误认为广义行为能力理论。于是以之为前提,并由于《民法通则》第133条与外国法的责任能力条文的相似,学者误认为该条文也是责任能力的规定,从而“责任能力”便进入我国学者的视野。

我国很多学者主要以《民法通则》第133条与台湾法、日本法、德国法的责任能力理论做对照来研究责任能力,当然得不到我国法的“责任能力”的中肯结论。^[105]因为我国的“责任能力”不是德、日、台的侵权行为能力或责任能力。而有些学者看到《民法通则》第133条无“责任能力”人有财产时要承担责任的规定便以认为财产是责任能力的判断标准的客观财产说来附和它。^[106]其实无、限制行为能力人有财产时承担责任是公平责任的结果,二十年前学者对这一问题是没有疑问的,甚至指出识别能力欠缺者致害问题是公平责任原则的起源。^[107]有学

[102] 参见梁慧星:《民法》,四川人民出版社1988年版,页398-400。

[103] 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,页60。

[104] 参见张俊浩主编:《民法学原理》,中国政法大学出版社1997年修订版,页72;柳经纬主编:《民法总论》,厦门大学出版社2000年版,页83;王建平主编:《民法学》(上),四川大学出版社2005年版,页43;徐武生、靳宝兰主编:《民法学》,中国人民公安大学出版社1997年版,页100;王利明主编:《民法》,中国人民大学出版社2006年版,页59;马俊驹、余延满:《民法原论》(上),法律出版社1998年版,页104;魏振瀛主编:《民法》,北京大学出版社·高等教育出版社2000年版,页54。

[105] 参见刘保玉、秦伟:“论自然人的民事责任能力”,《法学研究》2001年第2期;冯兆蕙、冯文生:“民事责任能力研究”,《河北法学》2001年第6期;余延满、吴德桥:“民事责任能力的基本问题——与刘保玉、秦伟同志商榷”,《法学研究》2001年第6期;郑永宽文,见前注[37]。

[106] 田土城:“论民事责任能力”,《郑州大学学报》2000年第6期;陈家新:“民事责任能力研究——换一种思路认识民事责任能力”,《广西政法管理干部学院学报》2007年第3期。

[107] 参见孙亚明主编:《民法通则要论》,法律出版社1988年版,页241。

者从凯尔森(Hans Kelsen, 1881-1973)对 Zurechnungsfähigkeit 一词的归责能力属性的分析出发,认为责任能力应该适用于所有责任形态。^[108]但是,这未免失之过宽。因为,此词之所谓“归责”描述的是由于具有道德可谴责性而课以责任之意,而不是一切行为与法律责任的联结。前者温情脉脉,而后者无色无味。这样理解责任能力,必然把“责任能力”进一步抽象化。其实,在那些使用责任能力概念的国家,它的适用范围最多及于侵权与违约责任。而且凯尔森也承认“在德语里,儿童和精神病患者的特征就是 unzurechnungsfähig (fähig 的意思是有能力的)不可‘归责’”。^[109]这正好说明了该概念的识别能力属性。还有学者干脆放弃以《民法通则》第 133 条为讨论基础的理论进路,从权利能力或人格中演绎出“责任能力”。^[110]但是,这也难逃“既然权利能力本身就包括承担责任的资格,有权利能力则可,何需多费周折分出‘责任能力’”的质问。^[111]又有学者看到前述观点分歧过大而认为上述诸君所讨论的不是同一问题。^[112]但是,上述所列举的文章或著作的开篇,都有类似“关于责任能力,有识别能力说,侵权行为能力说”的表述。所以,“不是同一问题”这一说法不妥当。

其实,我国法不仅在立法上拒绝责任能力概念,在司法上对该概念也从未加以考虑。在审理识别能力欠缺者造成人损害的案件时,法院允许将行为能力欠缺者置为被告,并按成年人的认知标准来细细审查识别能力欠缺者是否存有过错。如深圳中院 1994 年 7 月 20 日判决的马旭诉李颖、梁淦侵权损害赔偿纠纷案便是如此。^[113]在该案中,梁淦、李颖燃放烟花造成马旭右眼伤残,梁、李两人分别为 13 岁、9 岁,法院也允许以他们为被告。而审理过程中,双方的法定代理人都围绕梁、李两人是否有过错予以举证与辩论。最后,法院认为,“被告李颖提供并手执烟花让被告梁淦燃放,造成原告马旭右眼伤残。依照《民法通则》第 98 条、第 119 条的规定,李颖、梁淦应当承担侵害他人身体造成损害的民事责任。李颖的行为是造成损害的主要原因,应当承担主要责任,梁淦承担一定责任。鉴于俩被告是共同侵权,依照《民法通则》第 130 条的规定,还应当承担连带责任。”另外,原告尽管 9 岁,法院也认为应对之适用过错相抵规则,“马旭在梁淦等人发出警告后,仍朝烟花筒内窥看,其行为也是造成损害发生的原因之一,依照《民法通则》第 131 条的规定,可以适当减轻被告方的民事责任。”从中可知,法院根本不考虑责任能力问题。如果考虑到被告无责任能力,就不应再审查被告的过错;如果考虑到原告无责任能力,就不应适用过错相抵规则。因为无责任能力者不可能形成过错。最高人民法院将该案作为典型案例以公示,说明实务界对该作法的普遍认可。但是,这种作法与《民法通

[108] 参见龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社 2001 年版,页 267 以下。

[109] (奥)凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社 1995 年版,页 103。

[110] 参见匡爱民、魏盛礼:“自然人民事责任能力理论的重新检讨——兼论被监护人致人损害民事责任归属的立法选择”,《河北法学》2004 年第 12 期;冯兆蕙、冯文生:“民事责任能力研究”,《河北法学》2001 年第 6 期;魏盛礼:“民事责任能力范畴分析”,《法学论坛》2007 年第 1 期;

[111] 郑永宽文,见前注[37],。

[112] 参见孙毅:“处于多重语境中的民事责任能力”,《北方法学》2007 年第 1 期。

[113] 参见《最高人民法院公报》1996 年第 1 期。

则》第 133 条是相违背的。其一,从文义上说,该条第 1 款规定无行为能力人、限制行为能力人造成他的损害由监护人承担责任,说明这种情形只能以监护人为被告,行为能力欠缺者不能成为被告。如果按该条第 2 款的行为能力欠缺者有财产时应承担责任的规定来将他们列为被告,那么原告应提交能够证明被告有财产的证据才能符合受理条件。然而,本案并没有这一程序;其二,从法理上说,该条文接受了前苏联的行为能力包含说,行为能力欠缺者由于承担违法责任的能力的欠缺而免责,这其实是过错责任原则的严守。让行为能力欠缺者承担公平责任是由于他们有富余财产而让他们分担监护人的责任,这属于监护人与被监护人之间的内部关系。^[114] 不管从文义还是法理的角度来看,将梁、李两人列为被告都是错误的。

至此,可以明确地看到,在我国法的语境下,责任能力概念不管是在立法上还是在司法上都难逃被抵制的命运。然而,不管是实务界还是理论界对这一问题的认识都甚为不足。实务界的同志不知道我国法的行为能力概念已然将做出法律行为的能力与承担违法责任的能力融为一体,无行为能力人、限制行为能力人没有承担违法责任的能力,导致在审理行为能力欠缺者致害案件中不能正确把握各种法律关系。如果说理论界的同事将行为能力包含理论与广义行为能力理论等同造成一些误解情有可原,那么在不同法域的语境下,用同一原理来把握责任能力概念或完全抛开该概念的原有路径以自说自话则让人难以接受。因为这已经完全违背了基本的方法论。那么应当如何面对这个在理论界深入人心的“责任能力”? 本文认为,学者使用责任能力这一概念时,应该以不同的法域为背景。在德、日、台的法律背景下,责任能力是过错行为的归责能力。而在我国法的背景下,这种意义的责任能力概念并不存在。然而,是否可以像台湾法一样,责任能力不是法律概念,但作为一个学理概念来使用? 不可以,因为台湾法在这一问题上使用了推定的法技术,使得责任能力与识别能力在思维层面上分开,但我国法却径直以行为能力包容承担违法责任的能力,使得责任能力在思维层面也没有存在的余地。但不可否认,进行学理分析时,学者很容易顾名思义地用“责任能力”来指称“承担违法责任的能力”。这说明该概念颇为适合汉语习惯的使用,但学者应警惕此“责任能力”非彼“责任能力”!

(责任编辑:张双根)

[114] 《民法通则》第 133 条的第 1 款与第 2 款应被解释为两个效力层次,第 1 款为第一层次,解决的是监护人与被害人之间的求偿关系;第 2 款为第二层次,解决的是监护人与被监护人之间的责任分担关系。两款之间是主从关系,第 2 款是第 1 款的补充,只有适用了第 1 款才有适用第 2 款的可能。详细论述请参见陈帮锋:“论监护人责任——《侵权责任法》第 32 条的破解”,《中外法学》2011 年第 1 期。