

从身份到理性----现代民法中的行为能力制度沿革考 PDF转换
可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E4_BB_8E_

[E8_BA_AB_E4_BB_BD_E5_c122_485280.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E4_BB_8E_E8_BA_AB_E4_BB_BD_E5_c122_485280.htm) 关键词: 智力行为能力/体力行为能力/意志/理论理性/实践理性 内容提要: 现代民法中的行为能力制度是现代民法中的理性主义精神的集中表现,分别负载了理论理性和实践理性。罗马法以阶级主义和关系主义的身份为本位的人法制度,与现代民法具有不同的本质。近代法学家格老秀斯和普芬道夫的工作奠定了现代行为能力制度的智力、意志基础,但忽略了体力的行为能力要素。新的行为能力理论应以智力、意志和体力三者作为行为能力的要素,为此应区分智力行为能力和体力行为能力两个范畴。现代民法中,存在包括权利能力和行为能力(有人主张还包括劳动能力、责任能力、意思能力)的统一的能力制度;而在罗马法中,只有相当于现代权利能力制度的人格制度以及关于行为能力的零散规定,我族中心主义和阶级主义的人格制度处于核心地位,行为能力制度处于末微地位,甚至未形成行为能力的概念。在现代民法的人法中,行为能力制度处于核心地位,并从中发展出劳动能力、责任能力、意思能力制度,是最见现代民法之理性主义精神的制度;权利能力制度则处于相对虚化和“逸出”的地位,成为表征平等性的一个单纯符号并转化为奖惩工具。由于上述差别,罗马法的人法以作为人格之构成要素的身份为基础;现代民法的人法以理性为基础。从罗马人法到现代民法的人法,从身份到理性,这一转变是如何完成的,完成后有何发展或变革,为本文要研究的问题。 一、罗马法的以身份为本位的人法 在罗马法中,理性并非彰显的因素。但影

响罗马法的希腊哲学却并不忽视理性。苏格拉底（Socrate, 公元前469 - 公元前399）提出了灵魂的本质是理性的观点,成为西方理性主义第一人。[1]沿袭这条思想路线,柏拉图（Plato, 公元前427 - 公元前347）区分了理论理性和实践理性,前者是“纯粹智力的技艺”,用康德的话来说是涉及到认识外在世界的东西（自然律）；后者是“实用的技艺”,用康德的话来说是涉及到控制人的行为的善恶两种倾向的东西（道德律）。[2]以这些前人的工作成果为基础,共和晚期参与西庇阿集团、对罗马著名法学家西塞罗（Marcus Tullius Cicero, 公元前106 - 公元前43）、昆图斯·穆丘斯·谢沃拉（Quintus Mucius Scaevola, 公元前95年的执政官,公元前82年被谋杀）、昆图斯·埃流斯·杜贝罗（Quintus Aelius Tubero, 公元前123年的裁判官）等人的思想产生了重要影响的中期斯多亚哲学家巴奈修（Panaetios of Rhodes, 约公元85 - 公元109）在纯正的“理性”的含义上区分了理论理性和实践理性,并以对实践理性的礼赞鼓励务实的罗马人,[3]打消其文化自卑感。但或许由于哲学理论向法学理论的渗透需要时间,无论在普通拉丁语中,还是在法律拉丁语中,都缺乏一个完全符合现代“理性”一词含义的表达。在一般拉丁文中,现代用来表示“理性”的Ratio一词具有“理由、理智、论断”、“计划、决策”、“想法、意见”、“原因、动机”、“事业、商务、关系”、“学术、学说”、“规则”、“账目”、“领域”、“情况”、“程序”等含义,惟独缺乏一个痛痛快快的“理性”的含义。[4]在作为罗马法原始文献之样本的优士丁尼《法学阶梯》中“理性”一词有三种含义；其一为神,即自然法的制定者。I. 1, 2, 1 谓万民法为“……自然理性在所有的人中制定的法……” I. 1, 2

,11 旋即说与万民法只有承认奴隶制与否之差别的自然法 “ ... 是由某种神的先见制定的 ”,由此说明 “ 自然理性 ” 与 “ 神的先见 ” 可以互换。其二为 “ 法律 ”,例如I. 2, 4, 2 说: “事实上,这些物 (即消耗物),不论是根据自然理性还是市民理性,都不接受受益权..... ” 在这一片断中 “,市民理性 ” 就是市民法 “,自然理性 ” 就是自然法。其三,指一种人具有而动物缺乏的控制自己行为的能力。I. 4, 9pr. 说: “ 就没有理性的动物而言,如果它们确实因顽皮、激情或野性致人损害,根据《十二表法》产生损害投偿诉权..... ” [5] 在这三种用法中,以第二种使用频率最高,达6处 (I. 1, 2, 1 ; I. 2, 1, 12 ; I. 2, 1, 25 ; I. 2, 1, 31 ; I. 2, 1, 35 ; I. 2, 4, 2) ; 第一种只有1处 (I. 1, 2, 1) ; 第三种有两处 (都在I. 4, 9pr. 中) 。值得强调的是,第三种用法并非正面说明人具有上述能力,而是说动物不具有此等能力,让读者自己反推出人具有这种能力,这说明优士丁尼罗马法对于建构人的自控能力意义上的行为能力范畴相当忽视。比较符合现代 “ 理性 ” 含义的倒是 “ Intellegentia ” 、 “ Iudici2um ” 、 “ Mens ” 3 个词,前者是动词 “ Intellegere ” (理解、认识、发现) 的名词化,具有 “ 理性 ” 、 “ 知识 ” 等含义。[6]在优士丁尼《学说汇纂》中, Intellegentia 的同根词出现123次,但多数都作为动词使用,用来表示 “ 认为、理解 ” 的意思,只有三处做非动词使用 (参见D. 28, 1, 20, 9 ; D. 39, 1, 11 ; D. 45, 1, 91, 5) ,只有其中的D. 39, 1, 11 的用法比较接近现代的含义: “ 因为通知已送达到任何能理解它的人..... ” ; 中者是 “ 判断 ” 的意思, I. 1, 6, 7 说17 - 18岁的人的应有坚定的判断力理解自己的解放奴隶行为 ; I. 2, 12, 1 讲未适婚人毫无判断能力 ; 后者是 “ 心神 ” 、 “ 理智 ” 、 “ 思维 ” 的意思。 I. 2, 12

,1 讲精神病人缺乏理智。可以说,在拉丁文中,“ Iudicium ”、“ Mens ” 的含义最接近现代民法中的“ 理性 ” 一词的含义。以它们为关键词塑造的法律命题为中世纪作家提供了加工后世的行为能力制度的原料,“ 心神丧失 ” (Demencia。 De = “ 去掉 ” ; mencia 是 mens 的西班牙语形式) 的表达甚至成为无行为能力的同义词 (参见《智利民法典》第262、342、355、456 条等条文)。尽管如此,它们在优士丁尼罗马法中不占主导地位,因为这种法中没有系统的行为能力制度??该制度恰恰以第三种意义上的理性为基础,并且是现代民法的主体制度的核心??只有一些零散的关于行为能力的规定,例如代人出庭诉讼的能力, I. 1, 6, 7 规定17 - 18 岁的人可以为他人起诉 ; 解放奴隶的行为能力, I. 1, 6, 4 规定满20 岁才具有实施解放的行为能力,有正当解放原因,以执仗方式解放的除外 ; 结婚的行为能力, I. 1, 22pr. 规定男14岁,女12 岁适婚 ; 立遗嘱的行为能力。 I. 2, 12, 1 规定: “未适婚人不能订立遗嘱,因为他们毫无判断能力。精神病人同样如此,因为他们缺乏理智。 ” 上述规定中最有意味地是 I. 2, 12, 1, 它概括出了未成年人和精神病人的共性是缺乏一种心灵的能力,与其他规定只以未成年人为谈论对象不同,奠定了现代的涵盖两种无能力人的行为能力制度的基础。众所周知,罗马法中的成年年龄是25 岁。这一行为能力年龄是“ 较晚 ” [7]由裁判官以告示提出的,换言之,是作为对市民法的补遗出现的。我们通过乌尔比安的记述 (参见 D. 4, 4, 1, 1) 了解到这一告示的内容: “ 裁判官告示说: ‘ 对于据说是同不满25 岁的未成年人一起做的事情,我将认真审查其各个方面 ’。 ” [8] 这里说的是成年人与25 岁以下的未成年人为交易不利于后者的,后者可提出撤销。乌尔比安解释这一片断

说：“因为在满这一年龄后就有了成年男子的能力（*Nam post hoc tempus complieri virilem vigorem*, D. 4, 4, 1, 2）。” [9]尽管在上下文中可以毫不费力地把这一片断解释为现代的行为能力年龄的起源,但这一片断的文句中确实没有一字涉及“理性”或等值的“认识自己行为的后果”的表达,“成年男子的能力”可以是脑力的,也可以是体力的,这一表达兼含两者,尽管其在体系中的意思指前者。最可恨的是,该片断远远没有现代行为能力年龄制度的漠视主体性别的普适性,而是一个男权主义的跛脚制度。一句话,要把该片断改造为现代民法中的行为能力年龄制度,后世法学家要做的事情太多太多!除了如上以年龄的形式标准为尺度的行为能力规定外,罗马法中还有以智力的实质标准为尺度的类似行为能力规定。首先是过错的概念。罗马法中的过错分为“故意”和“过失”,至少按现代作者的分析,前者是“意志的瑕疵”（*Vizio della volontà*）,属于善恶问题,归实践理性管辖;后者是“智力的瑕疵”（*Vizio dell' intelletto*）,即未预见到应预见到的事情,属于认识能力问题,归理论理性管辖。 [10]经现代棱镜的这么一透视,下文将要谈到的现代行为能力制度的两大支点:“智力”和“意志”,已分别定在于古老的“过失”与“故意”之用语中矣!其次是善良家父的概念。不具有上述两大缺陷者为“善良家父”,他是社会的一般的认识能力和意志力的标杆,就认识能力而言,他应预见行为的一切可能的后果并趋利避害地处置之;就意志力而言,他应照料自己管领的人和物不使其遭受损害,为此在收获季节要不畏蚊虫和夜露睡在打谷场上。再次是注意的概念。达到了善良家父的行为标准的,谓之尽到了“注意”;达不到其行为标准的,谓之有了故意或过失。因此,注意是表征理

性之运用程度的概念,它十分具有现代法律理性主义的精神。上述三个概念可以作为加工现代民法中的行为能力制度的材料。但在古代,它们是侵权法和合同法中的概念,根本没有上升到主体能力制度的层次。值得说明的是,罗马法中零碎的关于行为能力的规定不仅以主体的智力为基础,而且以其体力为基础。体现这一方面的首先是关于女性适婚能力的规定(I. 1, 10pr.),它采用Viripotente的表达,意思是“经得起男人”,即能完成性生活。如果说我国现代的对应规定法定婚龄制度涉及的是权利能力,是立法者基于减少人口的政策为欲步入婚姻殿堂者设定的高门槛,与这些人是否能完成性行为的事实无关,那么,在鼓励人口增长的优士丁尼时代的罗马,婚龄问题是一个涉及结婚当事人为性行为之能力的“体力”问题,它与欲结婚者能否理解结婚行为之意义的能力无关,因此,它涉及的不是智力行为能力,而是体力行为能力。当然,根据D. 23, 2, 16, 2, 精神病患者也不得结婚,因为他们不能做出同意结婚的意思表示。[11]这一规则才涉及结婚的智力行为能力问题。不妨可以说,就结婚而言,罗马法要求当事人具有体力和智力两方面的行为能力。其次, I. 1, 23, 4 规定须为患慢性病者指定保佐人,这是体力不支导致行为能力缺陷需要由他人补充此等能力的例子。其三, I. 1, 25, 7 规定,健康不良者被豁免监护; I. 1, 25, 13 规定,70 岁以上的人也可如此。这两个片断实际上是认为此等人无实施监护的体力行为能力。其四,前文引述过的I. 1, 23, 4 还规定要为聋者和哑者指定保佐人,这是因为官能缺陷??我把提供此等官能的器官的运作能力看作体力的一种形式??影响人的信息接受和输出能力,从而影响主体智力做出的行为能力补充规定,不妨把它说成是因为体力影响智力的混合性规定。把

这些规定与涉及智力的零散行为能力规定结合起来,可以披露出罗马人对行为能力基础的不完全同于现代立法者的理解。既然以罗马法为代表的古代民法不以理性作为主体制度的基础,它以什么作为此等制度的基础? 答曰以身份作为这样的基础。身份表征着主体对于某一集团的从属以及他由此得到的权利义务分配结果。在罗马法中,存在着自由、市民和家父三种身份,分别表征着主体从属于自由人集团、市民集团、自权人集团或否。有静态和动态两个方面。从静态看,从属者享有作为集团成员拥有的利益,不从属者则要承担相应的不利益。例如,从属于自由人集团者享有不受他人支配的利益。自由人与奴隶之分是阶级之分,一个是统治阶级,一个是被统治阶级,两者的斗争构成第二共和国[12]时期罗马社会的主要矛盾。由此可以确定,自由人的身份作为法律上的存在,肯定发端于第二共和国时期。如果更早,法律要确认并作为权利义务分配依据的就必须是贵族和平民的身份了。这一掌故充分证明了身份制度的阶级性或阶级压迫性。从属于市民集团者就享有公地分配权的利益,以及选举权和被选举权的利益等,外邦人不得享有这些利益,因此,市民身份是我族中心主义的表征。它把本城邦的身份及其拥有者设定为最优,把不具有此等身份的人设定为可以合理歧视的野蛮人。尽管影响罗马最大的希腊哲学派别斯多亚派是宇宙主义[13]的,罗马人吸收它不少,例如在万民法的观念上就是如此,但在市民身份的确定上却排斥了宇宙主义而沦为狭隘的地方主义。不妨可以说,宇宙主义与现代的人权概念是相容的,市民的概念顶多可以达到公民权的层次。在罗马人法上,身份从属于家父集团者享有对家子人身和财产的支配权,这是一种奴役和剥削关系,这种关系的这种性质可由

现代的家庭关系平等化运动证明。至此不难看出,三种身份,无不与歧视、压迫和剥削相关,都是一些人的天堂,一些人的地狱,无所有人的天堂的意味。从动态看,罗马法中的身份的得丧还是立法者掌握的一种奖惩工具。从惩罚的角度来看,拒绝接受财产普查的市民、犯绑架罪的解放自由人丧失自由和市民两种身份;扰乱审判的人丧失市民身份;受放逐海岛刑罚(因为宗教异端、妻子遗弃丈夫、引诱妇女、监护人诱奸被监护人等行为)的人在丧失市民身份之余,还丧失家父身份。[14]从奖励的角度看,揭发伪造货币等犯罪的奴隶被奖励自由身份。[15]这些规定涉及的都是一些刑事或行政措施,表明罗马人法的公法性质。这里的身份诚然为恶,具有某种身份与否与主体是否具有理性无关的事实更加重了这种恶。证明这种不相关的罗马法原始文献已然不少。例如,D. 1,5,20(乌尔比安:《萨宾评注》第38卷)说:“已发疯的人被认为保留其先前的身份和尊严,以及他的长官和家父身份,如同他保留他对其财产的所有权。”[16]又如,D. 1,6,8(乌尔比安:《萨宾评注》第26卷)说:“虽然某人发疯,其子女仍处在其权力下。确实,处在权力下的子女拥有的一切仍然归尊亲……”[17]撇开这两个片断中涉及公法的部分不谈,就家父权的维持不因家父的精神病状态受影响的规定而言,它极与现代民法中关于精神病状态导致其亲权中止的理性主义规定冲突(参见《魁北克民法典》第200条[18];第606条[19];《意大利民法典》第317条)[20]。看来,罗马法中的主体对某一集团的从属,只与他们是否通过出生或其他途径迈入了三大集团中的一个或全部的事实有关。这种“身份”性的主体制度揭示的是主体的外在关系属性,与下文将谈到的现代民法主体制度揭示主体

的“理性”的内在属性的趋向形成对照。二、格老秀斯和普芬道夫对现代行为能力制度的奠定可以说,优士丁尼罗马法的主体制度主要是“外向型”的,关注个人的社会关系状态。现代民法的主体制度是“内外二合型”的。一方面,以行为能力制度表征某人(含法人,这种人格体也被理解为有意识能力的存在)的理智状态,关注人的内在状态;另一方面,以权利能力制度表征某人(含法人,此等人格体也有自己的“国籍”)的所属,权利能力总是某一法律共同体中的、并由该共同体的权力机关赋予的能力,因此,它隐含着国籍(即“市民”)的身份前提。由于1794年法国带头废除了奴隶制,在一国国民的范围内,权利能力原则上人人皆有,只有在主体发生法定过犯的情况下才受限制或剥夺,谓之“失权”,受罚人丧失接近某些资源的能力,例如《德国民法典》第43条明确规定可以因社团的社员大会决议违法或董事会的行为违法危害公益的剥夺其权利能力。这种安排属于行政处罚。由于现代人的部门法思维对古罗马人的诸法合体的思维的取代,这种权利能力的剥夺已在理论上“逸出”民法的范围而进入行政法或刑法的领域。无论如何,除了在上述特别的情形,权利能力制度已失去了权利义务分配依据的意义。只有在外国人介入内国的民事法律关系时,它才成为一道真实的门槛。一句话,由于普遍平等的降临,在通常的情形,权利能力成为一块飘舞在空中的旗帜了,行为能力取代了其位置成为主体制度中的中心角色。一方面,罗马法中零碎的行为能力规定被提升为统一的行为能力制度;另一方面,它的考虑重心相较于罗马法中的三种身份发生了变化。三种身份把社会的全体成员分成优势者和劣势者,力图给予优势者更多的优势,劣势者更多的劣势。此处的“优”、“

劣”，都是描述的主体在社会关系中的资源分配状况。而行为能力制度也把全体社会成员二分，并且分的依据也是身份，但分的结果是“足智者”和“不足智者”。“足智”与“不足智”，表达的是主体对内部智力资源的占有情况的差异。作为划分依据的身份是年龄、性别等自然的身份，与自由、市民、家族等武断的身份不同[21]。这种区分的目的有二：第一，给不足智者更多的保护，让他们在遭受不利于己的交易时享有反悔权或撤销权。前文提到的确定25岁成年年龄的裁判官告示就是为此目的发布的。这是问题的个人利益方面。第二，通过限制不足智者参与交易的机会保障社会的交易秩序。这是问题的社会利益方面。撇开“第二”不谈，我们看到，以武断的身份为基础的人格制度是“助强”的制度，以自然的身份为基础的现代行为能力制度是“扶弱”的制度，两者的反差强烈。形象地说，一个是用来分配进攻性武器，一个是用来分配防守性武器。如前所述，历史条件的变化造成了权利能力制度的虚化和功能的变换，行为能力制度成为现代民法主体制度的核心。两者的转换是外部关系考察主体到从内部状态考察主体的转换。这样的从“外”向“内”的转变发生于何时，已不可详考。2004年3月，我曾致信友人比萨大学法律系的阿尔多·贝特鲁奇（Aldo Petrucci）教授询问现代行为能力在何时由何人创立，他认真地为我查了资料，给我如下不确定的答复：“行为能力的概念产生于中世纪法学，很可能是教会法作家创立的。”[22]看来，我只能自行寻找行为能力制度的发明人，但在我掌握的意大利文和西班牙文民法体系书中，都无一例外地对行为能力制度语焉不详，更不可能谈及其发明人了。直到最近，我才发现该制度很可能是格老秀斯（Hugo Grotius, 1583 - 1645）的发明，

由海德堡大学教授普芬道夫（Samuel Pufendorf, 1632 - 1694）蔚为大观的。在其名著《战争与和平法》（1625年）中，格老秀斯探讨了允诺的约束力的依据问题，认为“理性的运用是构成允诺之债的第一个要件，白痴、精神病患者和幼儿因而不能做出允诺”[23]。此语是现代的行为能力制度的萌芽，它找到了白痴、精神病患者和幼儿的共性是缺乏理性，由此使建立横跨精神病人和未成年人的行为能力制度成为可能。此语中的“理性的运用是构成允诺之债的第一个要件”的表达与我国《合同法》第9条的“当事人订立合同，应当具有相应的……民事行为能力”的表达无异。不过令人遗憾的是，格老秀斯未把行为能力制度运用于合同之外，使之成为一项普遍的民法制度。值得一提的是，他还发展了意思表示理论，主张内心意思与外在表示的一致，表示的法律效果的原因是在伦理上自主负责的人的意志。[24]后世学者发展行为能力制度的成果？意思能力概念，可从上述表达中找到自己的渊源。总之，格老秀斯是法律理性主义的鼻祖，他的理论贡献并不限于人们通常以为的国际法理论，而且及于民法基础理论乃至法理学。在法律理性主义之后，才产生了哲学上的理性主义。17世纪的欧洲发生了自然科学进步、宗教改革、对希腊文明和罗马法的继受等重大事件，文明取得了巨大进步，人类由此获得了成熟的思维框架和学术研究材料，增加了对自身的信心，开始怀疑教会的权威，遂开始了启蒙运动。这不过是“公开地运用自己的理性的运动”，[25]人类由此步入了理性的时代，过去存在的所有制度都要根据新的时代精神证明自己存在的理由或放弃自己的存在。理性的时代催生出理性主义。它是由16世纪的法国思想家笛卡尔（Rene Descartes, 1596 - 1650）创立的，把所有的人都

理解为具有理性的主体。[26]要说明的是,此处的理性指人有知识和按照一般原则行为的本能。[27]“有知识”,为理论理性;“按原则行为”,为实践理性。格老秀斯的法律理性主义的直接传人是普芬道夫[28],他是笛卡尔主义者埃哈德·怀格尔(Erhard Weigel)的弟子,[29]可以想像他受到了格老秀斯和笛卡尔的双重影响。在其《论人和公民依自然法的义务》(1673年)一书中,他提出了更丰满的行为能力理论。该书的第一章就是“论人类行为”,其中说:“对于人类行为,我们并非仅理解作任何发自人的官能的动作,而是仅指发自造物主赋予在畜生之上的人类的那些官能并受此等官能导引的动作??我指的是以照亮道路的智力加以理解并服从意志的吩咐的动作。”[30]此语不区分主体性别地考察决定人类行为的内在因素,把表意行为与事实行为区分开来,把前者设定为法律的主要考虑对象,以人类区别于其他动物的属性智力和意志作为其基础,由此奠定了现代的行为能力制度的拱心石。普芬道夫接着阐述了前面提到的“智力”的含义:是“理解和判断事物的官能”(1,4),依靠它,人不仅能明白他在这个宇宙中遇到的各种事物,比较它们并就它们形成新观念,而且有能力预见他要做什么,能激励自己完成它们,根据某些规范和目的型构它,并推论出可能的结果,进而判断已做之事是否符合规则(1,3)。可以看出,这个对“智力”的说明不仅包括认识能力,即所谓的理论理性,而且包括道德实践能力??意志,即所谓的实践理性。作为广义理性之一部分的“意志”指一种某些内在冲动,人们用它们来激励自己行动,选择特别吸引他的东西,拒绝不适合他的东西。由于意志的参与,某人才能是其行为的作者(1,9)。肯认一个人为其自己的行为承担责任的首要理由是他出于

自己的意志实施了这些行为（1,10）。由于强调人的行为包含意志成分,普芬道夫的行为能力范畴天然地要发展出责任能力范畴,后人确实完成了这一工作[31]。普芬道夫最重要的贡献是用这样的话建立了现代行为能力理论:“在共同生活中,能力在道德意义上被理解为一定程度的、通常被判定为足够的、以可能的理性为基础的智能、精明、谨慎。”（1,20）此语明确了行为能力制度的基础是理性,由此把现代民法奠基在理性主义的基础上,把它与关系主义的古罗马法区分开,并且舍弃了罗马法中零散的行为能力规定中包括的体力方面,民法中的人仅仅在精神载体的意义上被理解,其肉身被抛开,这是一种牺牲,把比较全面的认识片面化了。尽管如此,普芬道夫的《论人和公民依自然法的义务》产生了很大的影响,首先它被理解为一部哲学著作[32]推动了其当代人对能力问题的研究。洛克（John Locke, 1632 - 1704）在其于1690年出版的《人类理解论》中专章研究了能力（Power）问题,把它分为自动的能力（Faculty）和被动的能力（Capacity,该词后来用来表示权利能力和行为能力）。前者是能引起变化的,物件和人皆备。物件如火,具有融化金属的能力,人则具有意志和理解两种能力（这是普芬道夫式的表达）；后者是能接受变化的,它往往是自动的能力的对反表达,例如,火有融化金属的能力,反过来讲,金属具有被火融化的能力。既然意志是人的一种能力,它的运动就涉及自由问题,洛克探讨了这一问题,最后得出了“能力属于主体”的民法结论。[33]继洛克之后,莱布尼兹（Gottfried Wilhelm von Leibniz, 1646 - 1716年）在其《人类理智新论》（1765年）一书中在其先驱者的话语框架内也专章探讨了能力问题,把拉丁词potentia作为主动的能力（Faculty）和

被动的能力（Capacity）的属概念，阐述了意志与能力的关系，把意志界定为灵魂的一种属性，进而推进到自由问题，得出了如下最接近现代的行为能力意义的表达：“当一个人有能力按照他自己心灵的偏好或选择来从事思想或不思想，运动或不运动时……他是自由的。”[34]可以说，从格老秀斯开始，到莱布尼兹告一段落，在能力的名目下谈论人的理智、意志与自由的关系，已成为欧洲哲学界的公共话语，它与当时法学界关于行为能力的讨论相辅相成，推动了民法主体制度重心的变换。在“能力”的共同名目下分化出权利能力（Capacita' Giuridica）和行为能力（Capacita' di agire）。前者是主体享受权利和承担义务的资格。这种资格的运用能引起法律关系的变化，因而是主动的能力；后者是主体以自己的行为享受权利和承担义务的能力，看起来也是主动的能力，但从体力行为能力的角度看并非完全如此。如前所述，优士丁尼罗马法中女性的适婚能力是一种体力行为能力，意思是“经得起男人”；弱智者、聋者、哑者和患慢性病者也因为体力行为能力的限制不能“经得起”自己的事务，因此须为他们指定保佐人（l. 1, 23, 4），即行为能力补充人。在这两处地方，体力行为能力完全采取了“接受变化”的态势，完全可以理解为被动的能力。确实，一个人对你频频要约，你如果没有能力“接招”，对方的要约对你可能是个沉重的负担！普芬道夫的《论人和公民依自然法的义务》也在法学界产生了影响，其核心观点成为19世纪德语世界普通法学的重要内容。《奥地利普通民法典》的起草者蔡勒（F. Zeiller, 1753 - 1828）说：“理性的存在，只有在决定自己的目的，并具有自发地予以实现的能力时，才被称为主体。”[35]此语已把对主体的考察角度从关系主义转移到理性主义。蒂堡

(Anton Friedrich Justus Thibaut ,1772 - 1840) 在1803年于耶拿出版的《潘得克吞法体系》一书中也说:“ 希望自然地被视为能拥有权利的主体的人,应该拥有理性和意志。 ” [36] 此语中的“ 理性 ” 和 “ 意志 ” 完全是普芬道夫式的表达。至此,近代民法中内在的主体适格标准已成熟,可以并立于传统的外在的主体适格标准??权利能力。于是,萨维尼 (Friedrich Carl von Savigny ,1779 - 1861) 在其《当代罗马法体系》中区分了权利能力和行为能力,[37]谈论起统一的能力制度。三、行为能力制度的成文法化及其发展 立法者受到的影响终于转化为立法行动。1794年生效的19000多条的《为普鲁士国家制定的普通邦法》 (Allgemeines Landrecht f ü r die preussischen Staaten) 即采用普芬道夫的《论人和公民依自然法的义务》的结构作为自己的结构[38]。《普鲁士普通邦法》采用两编制,第一编的第三题即为“ 行为 ”,第四题为“ 意思表示 ”,[39]由于普芬道夫的影响,它们可能包括行为能力的规定。如果这种推论为真,那是在制定法中第一次出现行为能力制度。1865年的《萨克森民法典》第81条和第83条在其第一部分(总则)第四章“ 论行为 ” 的标题下规定了行为能力制度。[40]受德国法律思潮的影响,1864年的《巴西民法典草案》总则的第三题也是“ 行为 ”。它可能包括行为能力制度。1804年的《法国民法典》第488条则确定地规定了行为能力制度:“ 满21岁为成年;到达此年龄后,除结婚章规定的例外外,有能力为一切民事生活上的行为。 ” 遗憾的是本条仅以年龄作为取得行为能力的条件,忽略了心智健全的条件,并且把关于行为能力制度的条文与关于权利能力制度的条文(第8条)设定得相隔遥远,给人以不存在统一的能力制度的印象。这是处理权利能力与行为

能力关系的第一种体制,它至今在拉丁法族国家的许多民法典中维持,例如1867年的《葡萄牙民法典》(其第1条规定权利能力,第311条规定成年意义上的行为能力);1966年的《葡萄牙民法典》(其第67条规定权利能力,第122条规定成年意义上的行为能力);1857年的《智利民法典》(其第55条规定权利能力,第297条规定成年意义上的行为能力);1865年的《意大利民法典》(其第1条规定了权利能力,第323条规定了成年意义上的行为能力)。1810年的《奥地利普通民法典》消除了这一体制中的年龄条件与心智条件不统一的缺陷,其第21条规定了统一的行为能力制度:“由于未成年、心神耗弱或其他原因不能适当照管自己事务的人享有法律的特别保护。属于这类人的有:不到7岁的儿童、不满14岁的人、不满21岁的人,完全被剥夺理性或至少不能理解其行为后果的精神病人、精神错乱人和低能儿;被判处为浪费人并被禁止再管理其财产的人,以及失踪人和市团体。”[41]本条分别规定了自然人和法人的行为能力问题。就自然人而言,它又分别规定了智力的和体力的行为能力。就前者而言,它把年龄造成的智力缺陷与精神病造成的同样缺陷合并处理,形成了统一的智力行为能力标准。就后者而言,它以“其他原因”的表达采用了体力行为能力的标准,据此无行为能力的是失踪人,他们因为脱离对自己事务的控制无体力行为能力。就法人而言,由于立法者采当时流行的法人拟制说,认法人无意思能力,因而无智力行为能力。此外,在相隔很近的第18条规定了权利能力制度:“任何人都可根据法律规定的条件获得权利。”《奥地利普通民法典》的突出贡献是设计了既包括智力行为能力,又包括体力行为能力;既包括自然人的行为能力,又包括法人的行为能力的

结构。此外它还构成处理权利能力与行为能力关系的第二种体制,它尽管建立了同时涵盖年龄和心智条件的能力赋予体制,但把关于权利能力和行为能力的条文安排得相隔遥远,给人以能力制度的统一性不强的印象。新体制是1907年的《瑞士民法典》奠定的,其第11条规定了权利能力,第12条规定了行为能力。第13条规定“成年且有判断能力的人有行为能力”。“成年”,为取得行为能力的年龄条件;“有判断能力”,为取得行为能力的心智条件。这样,《瑞士民法典》不仅把关于权利能力和行为能力的条文安排得邻近,而且把行为能力的标准设计得能涵盖未成年人和精神病人两种情况。至此,现代民法的完全统一的能力体制终于定型。法国人发现自己的体制与其相比存在缺陷,但只能在国外弥补之,因此,法国人起草的《埃塞俄比亚民法典》确立了与权利能力制度紧密并列的行为能力制度(第192条和第193条),并且把行为能力的条件由成年扩展为还包括精神健全等。意大利人利用1942年重订自己民法典的机会在国内就弥补了这个缺憾,新《民法典》第1条和第2条确立了两种能力的双轨制,甚至在行为能力的基础上发展出劳动能力的范畴(第3条)。这一发展具有重大意义,因为劳动能力首先是一种体力行为能力,在简单劳动的情况下尤其如此,禁止童工首先考虑的就是劳动能力的这种性质,其次才是一种智力行为能力,在涉及复杂劳动的情况下尤其如此,因此,劳动能力范畴的设立,意味着抛开现代民法行为能力制度的唯智主义基础,建立一种“灵”“肉”兼顾的行为能力制度。1896年的《德国民法典》介于第一种体制与第三种体制之间。其第1条规定了权利能力的开始问题,未说明权利能力本身是什么;其第2条规定了18岁的成年年龄,这实际上是关于行

为能力要件的规定。它把权利能力和行为能力安排在一起规定,这点同于《瑞士民法典》创立的体制,但它对于行为能力的取得标准只明确规定了成年一种情况,这点同于《法国民法典》创立的体制。《瑞士民法典》创立的上述体制,当是汲取《德国民法典》经验教训的结果。采用上述体制的民法典,除了《奥地利普通民法典》之外,都把行为能力理解为足龄和心智健全导致的智力和意志的无缺陷状态,不把主体的体力充足当作行为能力的要素,可以说它们实行的都是唯智主义的行为能力制度。尽管如此,它们要么因为罗马法的传统之影响,要么因为事理之性质的力量,也包括一些关于体力行为能力的零散规定。例如《,埃塞俄比亚民法典》第340条规定:“聋哑人、盲人以及其他因慢性病不能自己照料自己或者管理自己财产的人,可为了自己的利益援引为精神病人提供保护的法律规定”,[42]承认了体力无行为能力者接受禁治产的可能。该条的条名不正确地把它涉及的人界定为“精神耗弱人”,表明了其立法者不知体力无行为能力问题的状况,因此,这种无能力不能包括在同一法典第193条规定的无行为能力的三大原因中:年龄、精神状况和法院判决。《瑞士民法典》第371条第1款规定,被判处1年以上徒刑的成年人丧失行为能力,要接受监护。这一规定类似于《奥地利普通民法典》第21条关于失踪人无行为能力的规定,都涉及体力无行为能力问题,不过《奥地利普通民法典》谈到的是由于非法律的力量(不涉及主观的原因有自然灾害造成失踪,涉及主观的原因有为了逃债自我失踪)某人被脱离对自己事务的控制的情形《,瑞士民法典》谈到的是由于法律的力量某人被剥离对自己事务的控制的情形。此时,囚犯尽管智力、意志兼备,自然意义上的体力也不缺,这些

能力犹如“矢”，由于法律的障碍它们不能被用来破“的”??他自己的事务，于是只能由他人代劳了。所以，体力的阙如不能完全按照自然的意义理解，同时必须按照拟制的意义理解??一种有劲使不上的状态。这样的拟制的体力上的无行为能力制度为多个国家的刑法典采用。《意大利刑法典》第32条有犯罪人在服刑期间被剥夺行为能力的规定，限于服无期徒刑者和服5年以上有期徒刑者和故意犯罪者，他们是所谓的法定禁治产人，此等人无财产方面的行为能力，但有人身和家庭方面的行为能力。其财产由法定代理人管理。《阿根廷刑法典》第12条规定：“判处3年以上的徒刑本身包括在被判处期间内的绝对失权，而此等失权也可持续3年以上。法院还可根据犯罪的性质判处在服刑期间剥夺亲权、财产管理权和以生前行为处分此等财产的权利。受判处者应服从民法典为无行为能力人设立的保佐。”这样，受这种判处的人与未成年人、精神病人、禁治产人、聋哑人一起，构成行为能力受限制者的一种类型。通说认为，这样的安排出于事理之性质，因为被监禁者事实上无法行使上述权利。由此，他们保留并行使他们能行使的权利，例如订立遗嘱、缔结婚姻、认领私生子等。可惜的是，上述存在于民法典和刑法典中的拟制的体力无行为能力制度并未被整合到行为能力的一般理论中，这种理论仍坚持其理性主义的立场，忽略了再崇高的理性也要通过沉重的肉身来运作自己的事实，造成了一般理论与具体规定的脱节，因此，现在已到了从灵肉结合的角度来理解行为能力的时候。以上论述的效力都只及于自然人的行为能力问题。然而，如上所述《奥地利普通民法典》第21条提出了作为一种法人类型的市团体的行为能力问题并做出了否定的回答。这是一个罗马人法基本不涉

及的问题,它困扰着近代法学家们。如果法人也具有行为能力,它的智力何在?意志何在?体力更何在?这些问题确实不好问答,所以,最初探讨法人能力问题的法学家如萨维尼创法人拟制说,得出了法人无意思能力,因而也无行为能力的结论。《奥地利普通民法典》第21条对市团体的无行为能力处置显然体现了这一学说。而法人在1862年出版的《纽约民法典草案》中的地位则没有这么幸运,它在该草案的在物权法里得到规定,被看作一种特殊种类的动产,与船舶并列。只是在基尔克(Otto Gierke)等人提出法人实在说以后,法人才被理解为既具有意思能力,又具有“法律肉体”??作为其“体力”之承载者的组织机构??的存在,解决了其行为能力的三大要素之具备的证成问题(意思能力包括“智力”和“意志”两大要素),于是,1907年的《瑞士民法典》以其第54条明确规定依法设立、具有必要机关的法人具有行为能力。至此,现代民法中的行为能力制度发展为自然人行为能力和法人行为能力的双轨制,两种行为能力由共同的要素构成。行为能力制度定型后,除了从它分化出上文提及的劳动能力制度外,还分化出责任能力和意思能力制度。责任能力又称不法行为能力或过失责任能力,指主体对自己的过失行为承担责任的能力,既适用于实施侵权行为的情形,又适用于违反合同的情形。[43]在这里“责任”并非对义务的担保,而是行为之实施处在行为人有意识的状态导致的可责罚性。申言之,首先,行为人能认识自己行为的后果,这是问题的理论理性方面;其次,行为人以自己的意志选择了恶的行为后果,这是问题的实践理性方面。由此,行为能力制度被一分为二:积极的行为能力是实施合法行为的能力;消极的行为能力是实施不法行为的能力,它们共同构成一般的行为

能力制度。在我看来,这种过度的分化导致了理论上的叠床架屋。如果我们充分了解行为能力制度的演变史会发现,该制度包括的实践理性方面本身就隐含了意志的善恶两种运动方向,朝恶的方面运动当然导致责任,这是行为能力制度的题中之义,不值得单独提出并强调。意思能力是主体理解自己行为的法律涵义的能力。[44]这一概念的主张者把它理解为与行为能力有别的制度,因为行为能力是“单独进行确实有效的法律行为的能力”。[45]所谓“单独”,指主体未处于法定的行为能力受限制状态,例如监护、保佐等。区分两种能力的意义在于:欠缺意思能力的主体实施的法律行为无效;欠缺行为能力的主体实施的法律行为则仅可撤销。这种二分法的目的在于强调行为能力制度的保护交易安全的功能,它由此成为限制主体行为自由的制度,它过去有的赋予自由的功能则由意思能力制度承担,起着过去的行为能力制度的作用。行为能力制度在现代民法中获得了极大发展和张扬,台湾学者曾世雄确定有行为本位的民法理论之存在,它“以人类行为为规范之对象。往内追及心灵作用,因此内心之意愿、善意恶意、是否注意,即为衡量行为价值之参考指标;以有无意愿决定行为之是否有效,以善意恶意分别行为之效力,以是否注意定行为之责任。”[46]确实,民法理论的基本结构曾被德国学者改造法学阶梯体系为主体??客体??行为(这是盖尤斯体系中的“讼”的替代物,在拉丁文中,“行为”和“讼”都用Actio表示)的体系。[47]由此,行为,尤其是法律行为,成为连接主体与客体的中心环节并成为责任的依据,民法理论由此成为一个“行为帝国”。基于这种趋势,王泽鉴先生重新把权利能力制度与行为能力制度分化,将前者放在“权利的主体”部分讲述,将后者放在“权利的

变动部分”从属于法律行为讲述。[48]黄立先生则干脆把行为能力放在“法律行为”的名目下讨论。[49]民法中统一的能力制度再次分裂。更有甚者,由于理性主义在当代遭到限缩,人类行为的非理性成分受到充分注意,私人自治的民法向家长制的民法转轨。换言之,横向关系型的民法向纵向关系型的民法转换。曾世雄先生由此认为行为能力制度开始变得次要,[50] 权利能力制度有望重新成为舞台上的主角,因为行为能力制度以主体的理性设定为基础,主体由此可以凭借理性之运用取得自己需要的资源。如果这种设定破灭,主体不能自己取得需要的资源,一切或多数资源不得不由公权力机关分配,则行为能力制度夫复何用? 表征身份的权利能力会重新作为分配的依据。不妨可以说,权利能力的虚化以及功能变换和行为能力在近代民法中的勃兴是“从身份到契约”的运作的结果; 行为能力的衰退和权利能力的重新强化是“从契约到身份”的运作的结果。由此可以预见,在未来社会里,权利能力很可能恢复其古代的功能,由虚变实,重新成为分配资源的重要依据。

四、结论和推论

在民法的人法的历史上,发生过一场从未有人注意过的“从身份到理性”的运动,其结果是炸毁了关系主义和我族中心主义的罗马人法,形成了现代的理性本位的民法主体制度。这一运动的成果是现代行为能力制度的形成并取得民法制度的中心地位。该制度又分化为自然人的行为能力制度和法人的行为能力制度两大分支。这一变迁证明从17世纪开始的现代民法的基本出发点是理性人前提,它构成与古罗马法的根本差异。由此我要说罗马法与现代民法具有不同的精神,不能把罗马法等同于现代民法,把罗马法改造成现代民法,是中世纪法学家的贡献。从行为能力制度的起源来看,它包含

着“智力”和“意志”两大要素,前者对应于理论理性的范畴;后者对应于实践理性的范畴。因此,行为能力制度尽管诞生于近代,它却是源远流长的区分理论理性和实践理性的西方哲学传统的产儿。由此,行为能力内在地包含主体的认识能力问题和善恶选择问题。从后一问题出发,可以逻辑地推出责任能力的概念,所以不必过分夸大责任能力制度的创新意义。如果正确地理解了行为能力制度,在我看来,是否有必要确立单独的责任能力制度,不无疑问。然而,现代行为能力制度牺牲了该问题涉及的主体的自然的和拟制的体力方面,这一缺陷得到了一些“游离”制度(例如《埃塞俄比亚民法典》第340条规定的禁治产制度)的矫正,以及《意大利民法典》确立的劳动能力制度的矫正。为了整合这些规定于行为能力制度的一般理论中,应扩张行为能力的构成要素,在智力、意志的基础上增加自然的和拟制的体力的要素,如此可使经典的行为能力定义“以自己的行为取得民事权利、承担民事义务的资格”中的“以自己的行为”一语取得切实的意义。由此,作为行为能力配套制度的代理制度可获得新的理解,该制度一方面是为了弥补智力行为能力的欠缺而设,表现为代为运用他人不能自己运用的意思能力,不妨可以说,意思能力的用语本身就含有智力行为能力的意思,另一方面是为了弥补体力上的无行为能力而设。当然,并非所有的体力无行为能力都可通过代理补救,例如,不具有劳动能力的人就不能通过代理人劳动,这—是因为限制一定年龄下的人劳动并非他们根本不能劳动,而是为了不让他们幼小的身体过早受劳动摧残并承受生活的压力,代理劳动的安排违反了劳动能力制度的这一本旨,把父母的负担交给了孩子;二是因为劳动是一种事实行为而非法律行为,因此,体力上的无

行为能力,只有在它影响到智力的行为能力之运用时,才有以代理制度补救的必要。行为能力制度产生后,与权利能力制度共同构成统一的现代民法中的能力制度。两种能力制度以不同的身份为基础,服务于不同的目的。这种体制形成后,维持了很长的时间,目前面临挑战。从宏观来看,理性主义思潮越来越被非理性主义思潮取代;从微观来看,行为经济学已否定了经济主体“完全的理性”的假定,代之以“有限的理性”的假定,相应地,在政治制度设计上开出了不对称家长制(Asymmetric paternalism)的处方。其基本观点是立法者将愈加多地代替当事人决策,但条件是此等决策在给犯错误的人带来大的利益的同时对完全理性的人少带来或完全不带来损害。这种理论已与一些立法呼应,消费者保护法就是这样的立法,它不采用传统民法的理性人假定,承认民事主体受心理误区和情绪左右犯错误的极大可能,赋予他们反悔权。这一立法处置导致对未成年人的保护措施向成年人的延伸,由此引发了一场“从父亲到儿子”的运动。敏感的学者已意识到这些青萍之末之风的潜在影响,开始质疑行为能力制度的当代价值,试图在民法范围内激活已在某种意义上“逸出”民法的权利能力制度。凡此种种,都证明了理性主义的民法理论在当代遭遇的危机。以各种当代的思想和现实材料为依据建构符合时代精神的新民法理论,为民法学者的当务之急。注释:[1]汪子嵩,等.希腊哲学史(第2卷)[M].北京:人民出版社,1993.(P410)[2]王炳书.实践理性论[M].武汉:武汉大学出版社,2002.(P63)[3]哲学大辞典[Z].上海:上海辞书出版社,2001.(P823)[4]谢大任.拉丁语汉语词典[Z].北京:商务印书馆,1988.(P464)[5]本文中所有的译文,都出自[古罗马]优士丁尼著:《法学阶梯》(第二版)

,徐国栋译,中国政法大学出版社2005年版,第13、497页等。

[6] 谢大任. 拉丁语汉语词典[Z]. 北京:商务印书馆,1988. (P296)

[7]法国著名罗马法学者Paul Girard 语。Voire Paul Frederic Gi2rard , Manuel elementaire de droit romain , Dalloz ,Paris , 2003 ,p. 217. [8][意]桑德罗#8226.人法[M]. 北京:中国政法大学出版社,1995. (P16)

[9] See the Digest of J ustinian , edited by Mommsen and Alan Watson , University of Pennsylvania Press , Philadelphia ,1985. Vol.I. (P125)

[10] 丁玫. 罗马法契约责任[M]. 北京:中国政法大学出版社,1998. (P128)

[11] [意]桑德罗#8226.家庭和遗产继承[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001. (P31)

[12]两个共和国的区分是意大利著名的罗马法学家Feliciano Ser2rao 做出的。Cfr. Feliciano Serrao , Diritto privato ,economia e societa ' nella storia di Roma (1) , Jovene ,Napoli ,1993 ,p. 103 ,p. 127. 第一共和国从公元前509年到公元前264年,第二共和国从公元前264年到公元前27年。第一共和国时期罗马社会的主要矛盾是贵族与平民的矛盾;第二共和国时期的主要矛盾是奴隶主与奴隶的矛盾。

[13]关于斯多亚派的宇宙主义,参见[英]罗素著:《西方哲学史》(上卷),何兆武、李约瑟译,商务印书馆1963年版,第333页。

[14] [古罗马]盖尤斯. 法学阶梯[M]. 黄风. 北京:中国政法大学出版社,1996. (P48)

[15] Cfr. Giovanni Lughetti ,La Legislazione Imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano ,Giuffre , Milano ,1996 ,pp. 8ss. (P855)

[16] See the Digest of J ustinian , edited by Mommsen and Alan Watson , University of Pennsylvania Press , Philadelphia ,1985. Vol.I. (P17)

[17] See the Digest of J ustinian , edited by Mommsen and Alan Watson , University of Pennsylvania Press ,

Philadelphia, 1985. Vol.I. (P19) [18]其辞曰:“ 父亲或母亲可以遗嘱,或由于预见到自己将丧失行为能力而订立的委任,或通过向公共保佐人提交旨在指定监护人的申报书,为其未成年子女指定监护人。” 此条表明丧失行为能力的父母将丧失亲权,由监护人取而代之。参见:《魁北克民法典》,孙建江等译,中国人民大学出版社2005年版,第26页。 [19]其辞曰:“ 基于重大事由且为子女的利益,经任何利害关系人申请,法院可以宣告剥夺父亲、母亲或他们中的任何一方、或被授予亲权的第三人的亲权。如相关情形不要求上述措施而诉讼仍为必要,法院可以宣告撤销亲权的授予或行使亲权的授予。法院也可以直接审查撤销授予亲权的申请。” 本条中的“ 重大事由 ” 应包括亲权人患精神病。参见:《魁北克民法典》,孙建江等译,中国人民大学出版社2005年版,第80页。 [20]其辞曰:“ 父母一方因远离、无行为能力或者其他障碍致使不能行使亲权的,由另一方行使专属亲权。” 本条讲到父母一方因一方丧失行为能力不能行使亲权的,由另一方单独行使。隐含的规定是,如果父母双方都丧失行为能力,亲权将由第三人或家外人行使,这时,被运用的就是监护而非亲权了。参见:《意大利民法典》(2004年),费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第82页。 [21]关于自然身份和武断的身份的区分,Cfr. Adriano Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 363. [22]参见阿尔多·贝特鲁奇教授于2004年3月23日给我的电子邮件 [23] See Hugo Grotius, *On the Law of War and Peace*, On <http://www.gongfa.com/gongfajingdian.htm>, 2006年1月27日访问。 [24] [德] Franz Wieacker. *近代私法史??以德意志的发展为观察重点*[M]. 陈爱娥,黄建辉. 台北:五南图书出版公司,2004.

(P273) [25] [德]康德. 历史理性批判文集[M]. 何兆武. 北京: 商务印书馆,1990. (P24) [26] Véase Carlos Fuentes Lopez , El Racionalismo Jurídico , Universidad Nacional Autónoma de Mexico ,2003. (P262) [27] [美]艾伦 SonsLtd. New York , U. S. A. London. On <http://www.constitution.org/puf/puf-dut.htm>, 2006年2月3日访问。 [31]例如,德国学者卡尔·拉伦茨就把行为能力包括法律行为能力和不法行为能力??即责任能力。参见[德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第120页。 [32] [美]艾伦·洛克. 人类理解论(上册)[M]. 关文运. 北京:商务印书馆,1959. (P203 ,212) [34] [德]莱布尼兹. 人类理智新论[M]. 陈修斋. 北京:商务印书馆,1982. (P155 ,162) [35] [日]星野英一. 私法中的人[A]. 王闯. 梁慧星. 民商法论丛(第8卷)[C]. 北京:法律出版社,1997. (P162) [36] Cfr. Guido Alpa , Status e Capacità , Editori Laterza , Bari , 1993. (P64) [37] 何勤华. 西方法学史[M]. 北京:中国政法大学出版社,1996. (P233) [38] Walther Schücking 为普芬道夫De Officio Hominis et Civis写的导言。 See Samuel von Pufendorf , De Officio Hominis et Civis ,JuxtaLegem Naturalem Libri Duo , Volume Two , The Translation by Frank Gardner Moore ,Reprinted 1964 ,Oceana Publications Inc. Wildy #8226.拉伦茨. 德国民法通论(上册)[M]. 北京:法律出版社,2000. (P156) [44] [日]山本敬三. 民法讲义I[M]. 北京:北京大学出版社,2004. (P28) [45] [日]山本敬三. 民法讲义I[M]. 北京:北京大学出版社,2004. (P29) [46] 曾世雄. 民法总则之现在与未来[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001. (P29) [47] [德]霍尔斯特·雅科布斯. 十九世纪德国民法科学和方法[M]. 北京:法律出版

社,2003. (P179) [48] 王泽鉴. 民法总则 (增订版) [M]. 北京:中国政法大学出版社,2001. (P103,312) [49] 黄立. 民法总则[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002. (P208) [50] 曾世雄. 民法总则之现在与未来[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001. (P141) 100Test 下载频道开通 , 各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com