

民商法律制度论丛

安连成 著

民事法律制度研究

Civil law system

天津科学技术出版社

民商法律制度论丛

民事法律制度研究

安连成 著



天津科学技术出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事法律制度研究/安连成著. —天津:天津科学技术出版社, 2008. 4
(民商法律制度论丛)

ISBN 978-7-5308-4548-6

I. 民... II. 安... III. 民法—研究—中国 IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 056214 号

责任编辑:白彦生 王 绚

责任印制:王 莹

天津科学技术出版社出版

出版人:胡振泰

天津市西康路 35 号 邮编 300051

电话(022)23332393(发行部) 23332392(市场部) 27217980(邮购部)

网址: www.tjkjbs.com.cn

新华书店经销

廊坊市长岭印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 23.75 字数 664 000

2008 年 4 月第 1 版第 1 次印刷

定价:(共三册)100.00 元

目 录

第一章 法律行为与民事主体制度的变迁	(1)
一、罗马法与法律行为制度	(1)
二、现代法律行为制度的确立	(6)
三、法律行为与事实行为	(9)
四、民事法律行为的效力学说	(11)
五、法律行为的成立要件	(13)
六、法律行为生效要件	(16)
七、民事主体制度的变迁	(21)
第二章 物权制度变迁	(24)
一、罗马法土地制度	(24)
二、日耳曼法所有权制度	(27)
三、近代以后物权制度的发展	(32)
第三章 物权的定义、效力及立法趋势	(39)
一、物权的定义	(39)
二、物权的效力	(42)
三、物权立法的发展趋势	(47)
第四章 物权变动模式与公示原则	(48)
一、物权变动模式	(48)
二、物权变动的公示原则	(52)
第五章 不动产物权登记制度	(65)
一、不动产物权登记模式	(65)
二、不动产物权登记的效力	(66)
三、不动产登记的类型	(68)
四、德国民法的预告登记制度和异议登记制度	(70)
五、中国民法的预告登记制度	(73)

第六章 动产善意取得制度	(79)
一、动产善意取得制度的历史演变	(79)
二、动产善意取得制度构成要件	(83)
三、善意取得的法律效果	(93)
第七章 物权行为理论	(95)
一、物权行为理论的意义	(95)
二、物权行为理论对德国民法典的影响	(100)
三、物权行为无因性理论批判	(103)
第八章 共有制度	(105)
一、近代之前的共有制度	(105)
二、法国民法典共有制度的确立及其影响	(108)
三、公共财产与国家财产	(112)
第九章 所有权与产权	(115)
一、所有权的一般理论	(115)
二、产权的理论内涵	(118)
三、产权分类	(119)
第十章 物权请求权与时效制度	(128)
一、物权请求权制度的性质	(128)
二、时效制度的理论问题	(130)
第十一章 私法自治契约自由与公序良俗的理论与实践	(138)
一、私法自治契约自由的立法与实践	(138)
二、公序良俗的理论与实践	(141)
第十二章 中国合同效力制度的演变	(145)
一、合同成立与合同生效的理论内涵	(145)
二、合同有效条件的理论分析	(147)
第十三章 合同解释理论	(155)
一、合同解释的学说	(155)
二、合同解释的方法	(156)
第十四章 违约责任性质与构成要件	(162)
一、违约责任性质的理论	(162)

二、违约责任构成要件	(166)
第十五章 当代中国离婚制度之探讨	(173)
一、历史回顾	(173)
二、夫妻关系	(174)
三、非婚同居关系	(178)
四、夫妻财产制	(179)
五、离婚损害赔偿制度	(186)
六、离婚后对未成年子女的监护	(189)
第十六章 精神损害的理论内涵	(192)
一、国外精神损害赔偿立法与实践的发展演变	(192)
二、当代中国精神损害赔偿制度	(195)
三、精神损害的界定及其赔偿范围	(198)
第十七章 惩罚性赔偿制度的意义及中国立法现状	(211)
一、惩罚性赔偿制度的历史沿革	(211)
二、惩罚性赔偿的特点及作用	(213)
三、我国现行立法中的惩罚性赔偿制度	(216)
第十八章 人身损害赔偿问题研究	(218)
一、侵权行为法的历史演变	(218)
二、人身损害赔偿若干理论问题	(226)

第一章 法律行为与民事主体制度的变迁

一、罗马法与法律行为制度

公元前 20 世纪,两河流域拉尔萨王国的《苏美尔法典》已对买卖、租赁、收养和婚姻等行为设有成文法规则。公元前 18 世纪,巴比伦王国的《汉谟拉比法典》明确了买卖、租赁、雇佣等合意行为。罗马法早期的曼兮帕蓄、拟诉弃权和耐克逊均具有契约最初形式的意义。按照罗马法学家的认识,曼兮帕蓄作为移转物权的最古老方式本身就具有“要式买卖”的含义。履行曼兮帕蓄须由买卖双方亲到现场,邀请有行为能力的罗马公民 15 人为证人,一人为司称,买卖双方须依特定程式和套语表示买卖及交付合意,以此发生物权转移效果。拟诉弃权转移所有权时,买卖双方须携标的物或其标记到法官面前佯作诉讼,由买方作为原告主张权利,经法官询问卖方被告无异议后,判定标的物归买方所有。耐克逊,它最早多用于金钱借贷,但后来很多要式转移物的转移行为都要通过耐克逊完成。除要在神前宣誓程式要求外,也须履行铜块和秤的方式。合意契约行为与物权转移行为并不具有独立的法律意义,按照罗马注释法学家和后世学者的认识,罗马法中的契约观念只是在买卖、租赁、合伙等几种要物交易转变为诺成行为时才产生的,而在这一过程中,物权转移行为的独立具有决定性的意义。

罗马法中的交付制度产生于万民法,根据万民法的规定,交付行为作为物权移转的基本手段须符合四项条件:其一,交付行为主体须对让与物有处分权;其二,让与人与被让人须有物权移转意思;其三,交付须有合法原因;其四,交付须具备占有移转的事实,其中包括有形交付,也包括无形交付。公元 4 世纪时,市民法上的曼兮帕蓄与拟诉弃权在大多数领域被实际废弃,无论略式物移转还是要式物转移均可使用交

付规则。公元6世纪初,尤氏丁尼主持编纂的《民法大全》明令废止市民法上各种要式交易行为,致使交付成为移转所有权的一般原则。正是由于交付移转方式广泛取代了拟诉弃权和曼兮帕蓄,才使得此类要式交易行为中的合意因素及其作用被逐渐独立出来,此类合意行为一经附加以债的效力即形成诺成契约。交付行为对市民法实践的影响,首先在于铜衡仪式被虚拟而不再举行,但应表达的词句仍保存下来,因此产生了口头债务。在书写流传后,又根据书写而假定铜衡仪式和口头表述都已完成,这就产生了书面债务。最后,市民法在万民法的影响下,承认诺成契约既适用于公民间,也适用于外国人之间。这才免去一切形式,而以当事人双方的同意为债发生的根据。罗马法中契约观念的形成实际上表现为要式交易行为中的合意行为因素与交付转移行为相分离的过程。

按照罗马法学者后来的概括,契约是由双方意思表示一致而产生相互间法律关系的一种约定。根据罗马法原理,债的约束力是契约所不可或缺的本质要素,完整的契约概念中必然含有合意加债的内容,二者缺一不可。故早期罗马法中以即时交易为内容的曼兮帕蓄和拟诉弃权均不构成契约,因为它们所含有的合意因素对当事人来说不具有,也无须具有信用的约束力。一项合意能否成为有效的契约,取决于法律是否把一个债附加上去,在合意未被法律附加上债的时候,则称为“空虚的合意”;而在法律认许的契约成立的诸因素中,合意的形式又具有决定性意义。在共和末期,罗马法学家提出了“契约有效要件”理论。有效成立契约,当事人须具备意思能力和法律上的资格,须达成意思合意,合意须具备法律认许的形式,此外还须具备法律上认许债成立的原因。这一理论对于后期罗马法乃至后来大陆法系的各国合同法的发展有着极大的影响。《民法大全》编纂时不仅确认了这些原理,而且以较大的篇幅规定了无效契约的判断规则。

早期罗马法对订约人资格设有严格的限制。根据其“人法”的规定,只有同时具有自由权、公民权和家长权的人才具有完整的市民法上的人格。因此,不仅一般意义上的未成年人和精神病人不具有订约资格,而且奴隶、被释自由人和所谓“他权人”也不能独立地从事契约行

为。尽管罗马法后来的发展废除了人法中的大部分限制,但是关于奴隶不具有独立人格的规定却始终未加改变。公元6世纪编纂而成的《法学阶梯》规定:“奴隶处于主人的权力之下,这种权力渊源于万民法,因为我们可以注意到,无论哪个民族,主人对于奴隶都有生杀之权,奴隶所取得的东西,都是为主人所得的”;“奴隶基于他主人的人格有权缔结要式口约,……其利益一律归属他的主人。以上所述,同样适用于在家长权力下的子女为他们父亲的利益取得的各种情况”。早期罗马法对契约行为规定有繁琐的套语和行为程式。未履行规定程式或错念了套语将导致合意约定无效,单有当事人双方合意还不足以产生合同,当事人达成合意后,还必须履行固定的手续和仪式,这种一定的手续和仪式的作用在于吸引债。契约行为程式化并不仅是罗马法的特点,而是贯彻罗马法始终的基本原则。依《民法大全》的归纳,契约形式主要包括口头契约、文书契约、要物契约和诺成契约等几类。市民法上的绝对遗嘱自由本质上是从属于身份关系的自由。法律所认许的遗嘱人仅限于家长,不包括妇女、子女和他权人,其处分对象并不是一般的财产,而是“家产”和“监护权”,更确切地说是家族,即家父权本身和由家父权而产生的各种权利义务的集合。早期罗马法上的遗嘱行为含义完全不同于后世民法所理解的自由意思表示,它更类似于某种公法行为或宣誓命令行为,以罗马法的观点,宣誓的遗嘱本身就是一种法律,所以立遗嘱人应该是一种命令的发动,并且使用所谓直接的和强制的语言。由此便产生了一条规则,就是遗产的给予或转移必须使用命令式的语言。最后,市民法上的绝对遗嘱自由实际上受有类似于公法规则的形式限制。它必须采取公开宣誓方式进行,例如,议会遗嘱、战事遗嘱、曼兮帕蓄(也须公开宣誓)遗嘱等,而秘密的和私下的遗嘱不受市民法承认。这种特殊限制直至尤帝《民法大全》中仍以公式遗嘱规则予以保留。由此可见,罗马法早期的绝对遗嘱自由原则是基于罗马社会的特殊社会关系和法律特定保护宗旨而设置的。

罗马后期遗嘱法主要取自裁判官法上的规则。《民法大全》将其归纳为私式遗嘱、公式遗嘱和特别遗嘱三类,其中私式遗嘱又包括书面遗嘱、口头遗嘱和三合遗嘱等形式。这一时期遗嘱法的基本特点在于强

调遗嘱行为中的意思表示内容,以有限制的遗嘱自由取代了绝对自由原则,同时又放宽了对遗嘱资格的身份要求。后期罗马法对于遗嘱行为的控制主要表现为遗嘱人须具备遗嘱能力,只有具备罗马公民权(包括家子)、家庭财产权和意思能力的人才能设立遗嘱;未成熟者、禁治产人、失明的人、被俘虏者等不能设立有效遗嘱。这一要求较契约能力更为严格,遗嘱内容受到法律禁止的或不道德的……不发生效力。按照法律要求,遗嘱内容中首先须指明继承人和补充继承人,并不得附带条件;遗嘱人欲剥夺其亲属继承权时须在遗嘱中指名剥夺,对当然继承人的“脱漏”不发生剥夺效力;遗嘱无正当理由不得剥夺当然继承人的继承权,否则被剥夺权利者可提起“遗嘱逆伦之诉”;遗嘱中必须为被继承人的直系血亲和直系尊亲保留应继份或特留份,否则应继承人有权提起“特留份追补之诉”等等。遗嘱须符合法定形式要求,其中私式书面遗嘱无需有证人作证,但仅适用于家父自书遗嘱;其他私式遗嘱须有7名证人在场作证或签名盖章,其适用范围较广;公式遗嘱和特别遗嘱除须具书面形式外,还须履行某些特别程序,其适用范围较狭窄。

作为罗马法集大成之作的查士丁尼法典,分别为法、德等诸多国家民法典的编纂提供了范式:高度的逻辑性、抽象性和体系化。

罗马法的演化过程分为王政时期(公元前753—前510年)、共和国时期(公元前510年—前27年)、帝政前期(公元前27年—公元284年)和帝政后期(公元284年—565年)四个阶段。

在第一个阶段,即王政时期,法律渊源较为单一,主要为习惯法。不具有成文化的法典形式,对法律的解释为僧侣所垄断。共和国时代,出现了第一部成文法典《十二表法》,该法主要吸收了古罗马早期的习惯法,是一部采诸法合体体例的成文法律,其中含有家长权、继承和监护、所有权和占有、土地和房屋(相邻关系)、私犯等大量民事实体法的内容;另一方面各种大会的立法及长官谕令则成为法律的主要渊源。在这些大会中,贵族大会很少立法,只办理少数遗嘱、收养事务;地区大会仅通过十分次要的法律,军伍大会和平民会议在共和国时期的立法中扮演的角色较为重要,但其侧重点不同,前者通过的法律是政治性的,属于公法方面的居多,而后者则主要颁布私法意义上的,适用于全

民范围的法律,一些重要的民事立法诸如取消平民与贵族通婚的限制《卡奴立亚法》、私犯法、限制赠与的《辛西亚法》、《法尔西地亚法》等都是平民会议制定的。在长官谕令中,执政官的谕令多属于政治性的,只有大法官的谕令构成罗马私法的重要渊源。正是通过这些谕令,罗马的大法官,在共和国时期按照商品经济发展的需要,不断纠正市民法的缺陷,补充其不足,这对促进罗马法的发展,使之后来成为世界性的法律,起到了直接的决定作用。与此同时,这一阶段,法学家的解答,也成为罗马法间接的法律渊源,与裁判官的谕令共同推动着罗马法的发展。帝政时代前期,除了极少数的习惯法及地区大会、元老院的决议外,皇帝的敕令成为重要的法律形式。其具体形式又分为敕谕(皇帝对全国居民发布的通令)、敕裁(皇帝对他所受理的案件的裁决)、敕答(皇帝对人民和官吏提出的法律问题的答复)和敕训(皇帝对下属个别官吏的训令)。与此同时,长官谕令仍是法律的重要组成部分,但是由于皇帝权力的日益扩大,高级官吏就不像共和国时期那样随便变通法律了,因此大法官的谕令未有太大发展。至哈德良皇帝时,法学家优利安努斯受命把历代大法官、市政官等的谕令整理、编纂起来,并经元老院批准通过,供法官一体遵行。从此,谕令便固定起来,所有法官必须循此办案,不得更改和创新,未经皇帝同意,不许增删和变通。至此,裁判官通过告示创制法律的历史使命即告终止。此一时期,出现了五大法学家,即盖尤斯、帕比尼安、乌尔比安、保罗、莫德斯提努斯,法学家的解答在法律的发展过程中仍然是十分活跃的因素。帝政后期是罗马法衰落的时期。议会的立法、元老院的决议、长官的谕令已成为历史的陈迹。至于习惯,虽保持着创造新的规范的作用,但君士坦丁皇帝已命令取消其变更的成文法的效力。因此,皇帝的敕令几乎成为唯一的法律渊源。罗马法律制度没有太多的新发展,法典的编纂却极为繁盛。先后出现了《格莱哥里亚努斯法典》《赫尔摩格尼亚努斯法典》《特奥多西努斯法典》《特奥多里克谕令》《巴西尔法律全书》等多部法典,但最具有代表性的还是《民法大全》,是千年罗马法发展精华的荟萃,它由《法典》《学说汇纂》《法学阶梯》和《新律》构成。

罗马法不是一个高度体系化的法律,是由成文法和习惯法以及裁

判官法等多种形式组成。在 1 000 余年的发展过程中,罗马法经历了由内容简单、形式单一到内容丰富、形式多元再到法典化的变化。公元前最后 150 年这段历史时期,是罗马法发展最为活跃和繁盛的时期,罗马法的发展主要凭借裁判官的审判实践和法学家的理论活动,在改造和继承旧有的法律规范的基础上而逐渐发展起来的。随着《布艾体亚法》的颁布,大法官被授予自行决定诉讼过程的主动权力,从而使法官在某种程度上获得了法律创制权,可以根据实际需要和“公平”、“正义”对《十二表法》及其他法律进行解释、补充和纠正。虽然裁判官不能直接改变或者变通市民法,没有立法的权力,但是可以通过适时地提供更加有效的救济手段来支持市民法。大法官谕令的效力在一定程度上还超过了法律。法学家意见在罗马法的发展过程中始终起着十分重要的作用。和早期祭司垄断法律知识的情况不同,自共和国时期的公元前 307 年,执行官克老鸠斯·崔库斯的秘书甫拉维斯利用职务上的便利,相继把诉讼方面的程序和进行诉讼的日期表公之于众,受到了人们的欢迎。法律由秘密转向公开。公元前 254 年,平民出身的大祭司科伦尼卡斯进一步公开传授法律。随着法律的普及,研究法律的人日益增多,出现许多法学家。奥古斯都(Augustus,公元前 27—公元 14 年在位),明确授予某些有名望的法学家以“公开解答权”,使他们的解答对各个具体案件发生拘束力。获得公开解答权的法学家,以书面方式解答民众和下级官吏的法律问题,并加盖私章表示负责。他们的解答,仅对有关案件有拘束力,法官办案应加以应用。在理论上,所作解答对其他同类案件,法官并没有遵循的义务,但由于解答者对法学有较深的造诣,又是出于皇帝的授权,因而具有较高的权威性,故实际上对其他同类案件也被引用,但其解答无法律约束力。在帝政后期,已有的法学家的意见虽然仍为法官引为“定纷止争”的依据,但法学家对于罗马法的发展再不可能具有创新的意义。

二、现代法律行为制度的确立

《法国民法典》奠定了现代合同制度和现代民法中的法律行为制度。《法国民法典》第 1101 条确认:“合同作为一种合意,依此合意,一人或数人对于其他一人或数人负担给付、作为或不作为的债务。”按照

大陆民法学者的解释,合同自由原则包含以下基本内容。①缔结合同的自由,即当事人双方有权决定是否订约,而法律则不应限制当事人自由。②选择合同对方当事人的自由。法律不强制任何人负有与特定人订约的义务,与何人订约完全由当事人自主决定。③决定合同内容的自由,它赋予当事人依自主的意思表示确定相互间权利义务关系的法律可能性。④合意方式的自由,当事人合意一经表示即成契约,无需履行特定方式。《法国民法典》不仅原则上确认了合意效力,而且详细规定了合同义务的强制履行、债务不履行责任、债务人破产程序等。《法国民法典》在现代民法和大陆法系的形成中起到了划时代的作用,但它仍未建立起完整的法律行为制度;法典中几乎没有提及法律行为。

现代民法中的法律行为概念和系统的法律行为理论均始自德国法,它们被认为是 19 世纪德国民法中最辉煌的成就。德国的罗马法复兴始自 15 世纪,德国对罗马法的研究主要以意大利学派的注释罗马法为依据。1495 年德国最高法院更以诏令规定在帝国境内以注释罗马法为基本判案根据,由此形成了德国后来的“普通法”。17 世纪至 18 世纪启蒙时期,德国的罗马法学者成功地将自然法学思想融于私法研究,形成了德国罗马法复兴中的理性法或自然法理论。18 世纪以后,德国对罗马法的研究和继受进入了极盛时期,其过程延续整个 19 世纪,将欧洲的罗马法复兴推向第三次高潮。法律行为概念由德国学者胡果在其 1805 年的《日耳曼普通法》一书中首先提出,主要是用来解释罗马法中的“适法行为”,其内涵泛指具有法律意义的一切合法行为。德国的民法学者认为,海瑟在 1807 年出版的《民法概论—潘德克顿学说教程》一书中首先赋予法律行为(Rechtsgeschäft)概念以设权意思表示行为之含义,该书在第六章中详细讨论了法律行为的一般意义、类型及要件。继海瑟之后,萨维尼(Savigny)在《当代罗马法体系》第三卷中将法律行为概念和理论进一步精致化。

1896 年颁布的《德国民法典》总则篇在吸取以往立法经验的基础上,以 59 个有内在联系的条文专章规定了法律行为制度。规定了法律行为、意思表示、行为能力等。

20 世纪以来,日本、希腊、巴西、泰国、朝鲜及中国等相继仿《德国

民法典》的分编体例制定了民法典,并均在民法总则篇中以专章规定了法律行为制度。1911年的《大清民律草案》几乎全抄自德国和日本民法。1929年起草《中华民国法典》,其总则编于同年5月公布,10月施行。该编中设法律行为章,分为通则、行为能力、意思表示、条件及期限、代理、无效及撤销六节,以48个条文概括了法律行为制度的基本内容。1986年制定的《中华人民共和国民法通则》在总则中以专章规定了民事法律行为。《民法通则》颁布后,我国许多学者接受“法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为”的立法定义。我国民法理论中对于法律行为的理解存在重要分歧的最根本的一点,就是一部分学者认为法律行为是一种合法行为,既然是合法行为,理所当然地不能包括违法行为。19世纪的多数德国学者认为:所谓法律行为也就是意思表示行为。《德国民法典》的起草者之一温德希特认为:“法律行为是旨在法律效力之创立的私的意思宣告。”费罗姆认为,“法律行为旨在引起一定法律后果的意思表示行为。法律行为是某种抽象理性的概念,与契约概念类同”。拉伦兹认为,“法律行为是一种目的在于形成某种法律后果的意思表示行为”,“法律行为是一项或几项行为,它们中至少有一项是旨在引起一定的法律后果的意愿表示。”

传统民法学者与我国许多民法学者在对法律行为概念的理解上是具有差别的,依传统民法的法律行为理论并不能演绎出我国民法中的法律行为概念。以合法有效行为概括法律行为的含义,无法解决有效行为与无效行为、效力可撤销行为和效力不确定性之间的矛盾关系。按照大陆法各国民法的理解,法律行为概念仅需标明这一行为的构成特征,使之依外部特征即可识别,而这一行为有效与否为一待决问题,判断该行为的效力须依法律行为有效条件规则。但按照我国民法上的理解,法律行为概念中已含有合法有效内容,这一方面使观念上的“法律行为恒为有效”,另一方面又使民事主体从事的任何表意行为在诉决前究竟是否属于法律行为时,又须首先根据法律行为有效成立的规则和法律行为的解释规则。根据《民法通则》将效力可撤销行为和效力不确定性概括为“可变更的民事行为、可撤销的民事行为、可追认的民事行为和可否认的民事行为”,如果将法律行为仅仅理解为合法有效行

为,上述一系列的表意行为究竟是否属于法律行为,它们是否适用有关法律行为的规则,以及它们是否可发生法律行为之效力。假如确认此类“不合法”表意行为属于法律行为,则无异于否定我国民法中的法律行为概念,但如不否认此类行为属于法律行为,则它们显然不适用法律行为的有关规则,也不应发生法律行为效力,这同样会否定我国民法中的具体规定。以合法有效行为概括法律行为的含义必然导致民法一般规则与特别法具体规则之间的矛盾。法律行为实质上是从合同行为、遗嘱行为、婚姻行为及收养行为中抽象而来的理论概念,它反映了各种具体设权行为的共同特征和一般本质。作为一般概念的法律行为只能是合法有效的行为,而作为法律行为具体形式的合同行为或遗嘱行为又如何有合法与不合法之分,有效与无效之别呢?按照大陆法系各国的民事法律理论与实践,法律行为泛指基于意思表示,旨在设立、变更或毁灭民事法律关系的行为,其中不仅包括有效的法律行为,而且包括无效的法律行为、部分无效的法律行为、需撤销的法律行为、经同意或追认而有效的法律行为等。由于我国民法仅将合法有效的表意行为视为法律行为,而在其他国家中又不存在独立于法律行为之外的“民事行为”的冲突规范,因而在与我国有关的涉外民事纠纷中,涉及无效民事行为和可撤销民事行为的法律抵触,既不能根据法律行为的冲突规范去解决,也不能根据其他的冲突规范去解决。

三、法律行为与事实行为

在德国民法理论中,法律行为是与事实行为相对应而产生的概念。德国民法学者指出:有法律意义的行为可以分为两类,一是大陆法系学者通常都熟悉的法律行为,另一是事实行为。法律行为与事实行为的核心区别在于后者不依赖于行为人的意图而产生其法律后果;而前者的法律后果之所以产生恰恰是因为行为人表示了此种意图,即法律使其成为实现行为人意图的工具。在德国学者看来,法律行为与事实行为是基于两种不同的调整方法而产生的两种概念,它们分别适用不同的法律规则。

我国民法理论认为,事实行为是指行为人不具有设立、变更或毁灭民事法律关系的意图,但依据法律规定客观上能引起民事法律后果的

行为。按照我国民法理论通常的列举,事实行为主要是指撰写作品、技术发明创造、发现埋葬物、拾得遗失物等行为。而德国法系各国学者和我国台湾省民法学者通常则认为,事实行为不仅包括引起物权关系发生或变动的行为,而且包括引起债权关系变化的构成行为,甚至还包括引起责任关系的构成行为。例如,德国学者拉伦兹认为,事实行为可以是引起法律关系的行为,也可以是消灭法律关系的行为,因此,某行为人对财产的抛弃或事实上的处分,也属于事实行为。因为他这样做并非向他人表示他放弃所有权的意思……但依法也将丧失对该财产的控制和权利。

法律行为与事实行为作为引起法律关系产生、变更和消灭的法律事实,在法律上分别适用于不同的规则。法律行为以意思表示为其必备要素,它本质是行为人设立法律关系意图的外在表示,事实行为则完全不以意思表示为其必备要素,当事人实施行为的目的并不在于追求民事法律后果,因而客观法对事实行为的构成要件概括中也并不考虑不同行为人的具体意图内容。事实行为中所称的行为之意志性与法律行为中的意思表示具有完全不同的含义。原苏联学者亚历山大洛夫提出,对于事实行为来说,“具有法律意义的不是行为人的意图,而是行为的客观结果。相反,在通过意志表示的法律行为中,具有法律意义的……是意志表示。因此意志表示的某种缺陷可以成为这种法律行为发生争议的根据。”他甚至主张将事实行为称为客观上产生具有法律意义的结果的行为。法律行为依行为人的意思表示内容而发生效力。这就是说,有效成立的民事法律行为使行为人的意思表示发生效力,而非使行为人的客观行为发生法律后果。正是基于这一思想,西方民法学者得出意思自治之结论。事实行为则仅依法律规定而直接发生法律后果。对于事实行为来说,不存在当事人预期的意思之效力问题,只要行为人的客观活动构成某一事实行为,依法即在当事人之间形成规定的权利义务关系。如,善意取得和先占行为依法直接产生对不同标的物的所有权关系,不当得利与无因管理行为依法直接形成给付反映了法律行为调整方式与法定主义调整方式的本质差别。这就是说,民法典对于法律行为的法律效果只能给予抽象的效力评价,甚至其具体效果

只能通过意思表示加以明确;而对于事实行为的法律后果却可直接作出明确而具体的规定,它使得当事人的权利义务内容具有先定力和公示力。这就要求客观法必须对每一种事实行为的构成要件作出详细的规定。每一条有关事实行为的法律规范必然包含着一个典型的事实状态和一个法律后果的表述。从各国民法典的具体内容看,民法对事实行为的要件概括须着眼于对于法律关系成立有意义的典型事实要素的描述,其构成要件通常包括行为的主管心理状态、行为的客观内容、行为所引起的客观后果、行为与后果间的因果关系等,民法对事实行为的要件概括显然并不限于对行为的描述,而往往包括行为的后果或状态的持续等事实要素。例如,占有时效取得应以一定的时效经过为构成要件,不当得利行为则以受害方当事人受有损失为构成要件等。民法对事实行为的概括往往以行为所造成的客观后果作为最终构成要件。对于事实行为来说,不仅有是否构成的问题,而且有何时构成的问题。而事实行为的构成时间是民法所不能回避的,它决定着权利义务的发生和时效的起始。法律行为的本质不在于事实构成,而在于意思表示。因此在民法中,有关法律行为的基本准则必然是围绕意思表示展开的,它主要涉及表意人具有行为能力、意思表示符合合法形式要求等,根据罗马法以来大陆法各国的民法规则,某些法律行为除须有意思表示要素外,还须有一定的事实行为才能成立,这就是所谓“要物行为”或“实践行为”,民法理论中称之为法律行为的事实构成问题。法律行为实际上也具有客观行为性质,它在本质上不同于意思表示行为。法律行为观念产生的前提必然是:设立权利义务的意思表示行为与履行这些权利义务的事实行为在时间上相分离。梅因对此曾指出,罗马法上契约观念的成熟是从“要式交易行为”到“诺成契约行为”的一系列转变中最终完成的,而这一转变不啻为“古代契约法的革命”和“法律学的里程碑”。

四、民事法律行为的效力学说

法律行为的效力依据是法律行为理论的一项重要内容,在长期的发展中形成了不同的观点。

意思是说其中的一派重要观点,从理论渊源上看,它可以追溯到近