

法大民商经济法评论

(第八卷) CUPL-CCE LAW REVIEW

主编 / 王卫国

CHIEF EDITOR WANG WEIGUO



之人。

天道之光明，下参地道之精微。

天下，求索不已，刻苦耕耘，持之以恒。

途之艰辛，经师道之坎坷，淬砺人品，磨勘学术。

有五车之才情，传世之篇章。

人民法院出版社



法大民商经济法评论

(第八卷)

CUPL-CCE LAW REVIEW

主编 / 王卫国

CHIEF EDITOR WANG WEIGUO

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法大民商经济法评论. 第八卷/王卫国主编. —北京: 人民法院出版社, 2012. 11
ISBN 978 - 7 - 5109 - 0570 - 4

I. ①法… II. ①王… III. ①民法 - 中国 - 文集 ②商法 - 中国 - 文集
③经济法 - 中国 - 文集 IV. ①D923 - 53 ②D922. 29 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 252753 号

法大民商经济法评论 (第八卷)

王卫国 主编

责任编辑: 林志农 李安尼

出版发行: 人民法院出版社

地 址: 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话: (010) 67550605 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

网 址: <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail: courtpress@sohu.com

印 刷: 保定彩虹印刷有限公司

经 销: 新华书店

开 本: 787 × 1092 毫米 1/16

字 数: 330 千字

印 张: 18

版 次: 2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5109 - 0570 - 4

定 价: 48.00 元

版权所有 侵权必究

序

《易》：“日月得天而能久照，四时变化而能久成。圣人久于其道而天下化成。”学问之人，上仰天道之光明，下参地道之精微，心怀天下，求索不已，刻苦耕耘，持之以恒。历学途之艰辛，经师道之坎坷，淬砺人品，磨勘学术，或可有五车之才情，传世之篇章。曰：若无炎黄以来数百代学人昼夜不息之涓涓，何以见数千年华夏文明气吞万里之泱泱！

今有中国政法大学（简称“法大”）民商经济法学院，乃今日中国法学学人之一群。本院成立于2002年，集法大各相关学科之精英，纳海内外之名宿新锐，组成民法、商法、经济法、民事诉讼法、环境资源法、知识产权法、财税金融法、劳动与社会保障法八大研究所，迄今有专任教师120余名，兼职教授50余名，在校本科生2000名、硕士博士研究生1500名，实乃当今中国最大之民商经济法学者团队。

自2003年以来，本院以“砥砺学术，辩研精要”为旨，设“秋季论坛”，以为成果之检阅，并为交流之平台。当秋高气爽之时，全院师生济济一堂。论坛分若干单元，每单元先以选拔之佼佼者（青年为主）演讲，再由校内外名家（校外为主）点评，听众与嘉宾问答切磋，最后由主持人小结。论坛情趣高雅，气氛热烈，给人“余音绕梁，三日不绝”之感。曰：高堂论学，神采飞扬，雅室求卷，思绪留芳，学问之乐趣莫过于此；松径通幽，才俊辈出，枫林落雁，劲酋长驻，学府之成就莫过于斯也！

为将我辈学人之涓涓，汇入吾国学术之川流，特创办《法大民商经济法评论》。本书选取我校学术论坛的部分论文，按学科分门编排，作者均为本院师生。此外还将开辟翻译特区，刊载师生译作，以飨读者。祈望学界同仁及全院师生对本刊多加垂注、批评和参与。

是为序！

王卫国

（中国政法大学民商经济法学院院长、教授、博士生导师）

目 录

第一部分 民 法

法律行为生效的要件体系的重构 / 易 军	(1)
劳动成年制的理论与实证分析 / 戴孟勇	(58)
重访法人权利能力的范围 / 朱庆育	(91)

第二部分 商 法

论董事对第三人的法律责任 / 范世乾	(114)
外资企业法的改革路径：走向统一企业法制 / 李建伟	(130)

第三部分 知识产权法

风险防范原则指导下的生物技术专利保护的再思考 / 周长玲	(155)
商业方法可专利性研究 / 陈 健	(166)
我国文化产业著作权保护之法律思考 / 李玉香	(218)
字库、字体及其单字著作权保护的合理性分析 ——从计算机字体产业发展的角度 / 陈丽苹	(230)

第四部分 民事诉讼法

民事诉讼率上升突变的影响因素分析 / 韩 波	(238)
------------------------------	-------

第五部分 经济法

我国反垄断法中的结构性问题 / 刘继峰	(258)
---------------------------	-------

第六部分 环境法

东盟应对气候变化的区域性合作的制度框架考察 / 侯佳儒 王 倩	(269)
---------------------------------------	-------

第一部分 民法

法律行为生效的要件体系的重构

易 军*

不仅要实现私人自治，而且要体系性地实现私人自治。

——题记

命题不能建立在我们认为是不证自明的事务上。很多被谨慎的思想家们认为是不证自明的命题，后来却发生问题。

——〔美〕鲁格罗·亚狄瑟^①

如果自由与强制之间的选择因此而被看作是一个权宜问题，那么自由就注定会在几乎所有的场合被牺牲掉。

——〔英〕弗里德利希·冯·哈耶克^②

法律中的诸多法条，其彼此并非只是单纯并列，而是以多种方式相互指涉，只有透过它们的彼此交织及相互合作才能产生一个规整。……法学最重要的任务之一，正是要清楚指出彼等由此而生的意义关联。

——〔德〕卡尔·拉伦茨^③

* 中国政法大学民商经济法学院民法研究所副教授、法学博士。

① 〔美〕鲁格罗·亚狄瑟：《法律的逻辑》，唐欣伟译，商周出版社2005年版，第47页。

② 〔英〕哈耶克：《法律、立法与自由》（第1卷），邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版，第89页。

③ 〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第144页。

前 言

我国学界通说认为，法律行为生效必须具备“成立要件”与“有效要件”；^①一行为符合成立要件成为法律行为后，其是否有效尚不明朗，只有再符合有效要件，才能具有并发生法律效力。此种观点本于我国现行法，^②自有所据；在理论上居于支配地位，近乎民法学上基本常识。然而，“命题不能建立在我们认为是不证自明的事务上。很多被谨慎的思想家们认为是不证自明的命题，后来却发生问题。”^③仔细思忖就会发现，上述近乎“公理”的不证自明的见解实际上存在着在价值上经不起质疑、在逻辑上经不起推敲的缺陷。本文的主旨即在对此种主导性思维方式进行检讨，并在科学的理论基础上对法律行为生效的要件制度加以重构。

在展开正文阐述以前，有两点须先予述明：

其一为研究范围。我国学界普遍地将有效要件区分为一般有效要件与特别有效要件，因前者更具典范性，且囿于篇幅，本文仅关注一般有效要件这一一般性课题。而就其内容而言，《民法通则》第55条确立了四项有效要件，学界概不否认且大多仅承认此四项要件，即当事人具有相应行为能力、意思表示真实、不违反法律与公序良俗，本文的论述也以此为限，至若人言言殊的标的确定与可能、具合法原因、践行法定方式等暂不涉及。此外，对该条所立制度的名称，有称为“有效要件”，亦有称为“生效要件”的，本文在相同的意义上加以使用。

其二为研究方法。从研究立场的角度来看，私法的研究方法可分为个人主义方法与整体主义方法。^④这两种方法的实质差异恰在于：“人和社会的关系当中，

① 如王泽鉴教授指出，法律行为须兼具所有的成立要件及生效要件，始能发生一定的法律效果。参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第203页。类似观点，参见王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2003年版，第564页以下；王利明：《合同法研究》（第1卷），中国人民大学出版社2002年版，第510页以下；梁慧星：《民法总论》，法律出版社2001年版，第186页；董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社1994年版，第183页以下；尹田：《民法典总则之理论与立法研究》，法律出版社2010年版，第486页以下；李永军：《民法总论》，法律出版社2006年版，第475～476页；徐国栋：《民法总论》，高等教育出版社2007年版，第358页；韩世远：《合同法总论》（第3版），法律出版社2011年版，第157～164页；龙世球：《民法总论》，中国法制出版社2002年版，第460页以下。

② 《民法通则》第55条规定：民事法律行为应当具备下列条件：（1）行为人具有相应的民事行为能力；（2）意思表示真实；（3）不违反法律或者社会公共利益。

③ [美]鲁格罗·亚狄瑟：《法律的逻辑》，唐欣伟译，商周出版社2005年版，第47页。

④ 有关个人主义方法在私法中的运用，参见易军：《个人主义方法论与私法》，载《法学研究》2006年第1期。

到底是人的侧面较重要，还是社会的侧面更重要？哪一个侧面要被强调？”^① 个人主义方法立基于“个人”，尤重个人自由的保护。本文诉诸个人主义方法，从私人自治应获得最大限度实现这一价值基点出发，反思现行法律行为要件制度存在的问题，并通过梳理影响法律行为效力的因素重构法律行为生效的要件体系，以期平衡自治与管制之间的关系并容留最大可能的自治空间。研究立场的选取系属价值判断，但本文诉诸个人主义立场，并非出于笔者主观恣意，民法正赖此为基，私人自治被奉为基本原则即为明证，下文竭力要做的只是将该立场或方法在法律行为生效这一具体领域中运用得更精致而已。

一、质疑“正面”、“并列”规定有效要件与成立要件的妥当性

我国现行理论承认成立要件与有效要件的差异，最典型者莫过于为区分二者，而将依成立要件判断与依有效要件判断的结果，即法律行为成立与法律行为有效，分别定性为事实判断与价值判断。这一定性显然不合理，^② 但颇能说明学界正视并竭力探求成立（要件）与有效（要件）之间的差异。正面规定成立要件且该要件的满足能发生法律行为成立的效果，事属必然，但将有效要件以与成立要件一样的正面规定的方式设立，从而将两者并立，并认成立要件无关效力只关成立，仅有效要件才直接关涉效力，不仅未体认到两者在法律行为生效过程中扮演的角色迥异，其内在机理完全不同，掩盖了某些至关重要且深具实质性的价值理念与技术构造，而且未建立成立要件与法律行为效力之间，以及成立要件与有效要件的整体与法律行为效力之间的关联，仅形成了法律行为生效的“要件制度”，尚未型构出法律行为生效的“要件体系”，从而在体系性上还存在着很大的提升空间。以下详为论述。

^① [美] 罗伯特·J·林格：《重建美国人的梦想》，章仁铨等译，上海译文出版社1983年版，第317~320页。

^② 对将法律行为的成立定性为事实判断的批判性反思，参见易军：《对法律行为成立事实判断说的质疑》，载《法学》2003年第9期。

（一）现行理论未认识到成立要件、有效要件与私人自治之间的不同关联，亦未体认到两者在法律行为生效进程中具有不同的地位

有效要件规范为强制性规范至为显然，^① 成立要件规范的性质未若其明确，但仍为强制性规范无疑。日本学者山本敬三将私法中的强行法规分为“明示的”与“未明示的”两种情形，后者首推“构成契约制度的规则，即决定究竟契约是什么的基本规则。如有关成立要件的规则：‘契约因要约和承诺而成立’；有关拘束力范围的规则：‘契约仅拘束当事人’”。^② 不过，即便如此，成立要件所为强制还是不应被认为是基于国家管制理念所设，法律行为成立仍属于私人自治的领域。就法律行为成立而言，由于法律行为以意思表示为核心，因此法律行为成立的关键在于行为人把意思表示出来并使相对人了解（对话的意思表示）或到达相对人（非对话的意思表示）。^③ 而在此一过程中，行为人保有自主决定的空间，即是否践履成立要件以成立法律行为，完全由行为人说了算。就最典型的法

① 如王泽鉴教授认为，民法有关行为能力的规定，均具强行性，废除或限制行为能力的意思表示或约定应属无效。参见王泽鉴：《民法总则》（增订版），中国政法大学出版社2001年版，第121页。苏永钦教授认为，在民法中，属于强制规范的，首先包括民事基本关系的成立规定主客体、权利与行为能力等，……其次是有关权利义务的基本类型和定义，包括诸如物权法定主义、债权平等主义等上位原则，再就是散见于民法的许多效力和责任的规定，……另外，民法还为裁判者提供了若干解释规则，包括对法律和法律行为的解释。参见苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版，第18页。拉伦茨教授指出，强制规范包括：①规定私法自治以及私法自治行使的要件的规范，即如行为能力、意思表示生效的要件以及合法的行为类型（限于对行为类型有强制规定的情况）；②保障交易稳定、保护第三人信赖的规范；③为避免产生严重的不公平后果或为满足社会要求而对私法自治予以限制的规范。参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第42页。施瓦布教授指出，对人的原则上的和一般性的法律地位的规定是强制性的。任何人不能以协议放弃其权利能力，也不能以协议改变成年的年龄界限。参见[德]迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第39页。日本学者四宫和夫指出，关于私法自治之前提的规定（例如，关于法人资格、行为能力、意思表示、法律行为之效力等）、保护第三人信赖及交易安全的规定（《物权法》固是如此，表见代理等规定亦可予以列入）、基于保护经济弱者之利益的规定（如有关规制流质约款、超出法定利率的利息的约定的规定等），属于强行规定。参见[日]四宫和夫：《日本民法总则》，唐晖、钱孟珊译，朱柏松校，台湾地区五南图书出版公司1995年版，第204页。英国学者伊特扬认为，还有一些不顾当事人的意愿的法律规则。这些法律规则，不论从何种意义上讲，都不依赖于当事人的意旨，例如有关未成年人的缔约能力的规则，与违法契约有关的规则就是这样。参见[英]伊特扬：《现代契约法的发展》，载《外国民法资料》选编组：《外国民法资料选编》，法律出版社1983年版，第344页。

② 参见[日]山本敬三：《民法讲义I总则》，解亘译，北京大学出版社2004年版，第171~172页。

③ 如施瓦布教授指出，对于所有的法律行为的产生构成要件，有一点是共同的，即至少要有一个人宣告如下意思，表示他想要取得某个特定的法律效果。参见[德]迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2006年版，第294页。

律行为即合同而言,排斥自治的强制要约或强制承诺不是不存在,但还入不了法律行为“一般”成立要件的法眼。成立要件规范之于行为人,毋宁是“言说规则”(rules of speech)与“言说”之间的关系——人们说话要遵循言说规则,但要不要说、如何说、说什么,完全是由言说者决定。因此,法律行为的成立,虽关涉强制,但实乃揭橥自治所应具有的行为要素,依然没有乖离私人自治的范畴。一如苏永钦所述,“成立要件是针对行为人所能控制的范畴,属于落实自治理念所设的强制规定,与公权力的政策或秩序管制完全无关。”^①

若以上所言不虚,则法律行为成立要件在价值上是彰显自治,而非限制自治。法律行为成立要件“突显在整个构成要件(Tatbestand des Rechtsgeschäfts)上,以当事人所意欲者作为法律行为(私法自治)的核心的意义”。^②而法律行为的有效要件则旨在限制自治,“正义诸原则所界定乃是一些至关重要的限制性条件”,^③只是此种限制可区分为“自我决定的内在限制”或“对自我决定的过程本身所为的内在要求”与“自我决定的外在限制”而已。^④因此,法律行为成立(要件)与私人自治的关联,跟法律行为有效(要件)与私人自治的关联判然有别。在私人自治居立原则地位的民法中,即以保障自治为原则,以限制自治为例外的民法中,^⑤法律行为成立(要件)与法律行为有效(要件)之间关系的真实写照毋宁是一般与特殊、常态与异态、主要与次要、支配性与从属性的关系。

以此来关照我国现行理论,就会发现它还存在一些不足。虽然其揭示了成立要件与有效要件的某些不同,如法律行为成立是对法律行为是否存在进行判断,法律行为有效则是对已经成立的法律行为进行评价;法律行为成立是前提,若不

① 哈特为区分“提供便利或权力的法律”与“类似以威胁为后盾的命令的刑事法律”,各自举了一个例子,与前者对应的是:告知“加入你希望做这事,这就是你做此事的方法”,与后者对应的是:告知“不管你希望与否,你得去做此事”。成立要件规范与有效要件规范的差异基本上也类似于此。参见[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第30页。

② Larenz/wolf, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997. 436ff.

③ 参见[英]哈耶克:《哈耶克论文集》,邓正来选编,首都经济贸易大学出版社2001年版,第169页。

④ 陈自强:《民法讲义I 契约之成立与生效》,法律出版社2004年版,第351页。

⑤ 陈自强教授指出,契约自由原则的界限,无法积极划定。因契约自由为其原则,契约受到法律的限制,为其例外,故契约自由原则容许的范围,表现在其限制上。参见陈自强:《民法讲义I 契约之成立与生效》,法律出版社2002年版,第350页。

符合成立要件，则探讨法律行为有效缺乏起码的基础等。^①但也仅止于此，未能更深入地辩证两者之间的差异：

1. 成立要件与有效要件既均为“要件”，显然是被作为同一位阶与层级的范畴而被等量齐观。考虑到其视域下法律行为有效乃是满足有效要件的直接后果，该理论其实是置有效要件于更重要的地位。“与法律行为的成立比较，法律更加关注法律行为的生效。”^②这就没有科学地揭示出成立要件与有效要件在使法律行为生效过程中所占据的不同地位，质言之，没有认识到对法律行为生效，成立要件实居于基础性或支配性地位，而有效要件仅居于辅助性或从属性地位。

2. 在该理论的脉络中，符合成立要件的直接结果是法律行为“成立”，且仅为“成立”而已，质言之，成立的后果为发生“法律行为约束力”，即当事人应受其内容之拘束，各皆再不得以单方行为改变之。^③法律行为效力则是满足法律行为有效要件的结果。此种“成立要件→成立”、“有效要件→有效”的思维割裂了法律行为成立与私人自治之间，以及法律行为成立要件与法律行为效力之间的功能性关联。这就没有体认到私人行为之于法律行为效力发生的决定性与重要性，从而降低了人的主体地位。

“法释义学的重要任务乃是阐明个别法规范、规整之间，及其与法秩序主导原则间的意义脉络。因为法律文本中，法规范并非彼此无关地平行并存，而是以各种意义脉络相互联系。”^④成立要件、有效要件分别与私人自治这一私法主导原则之间究竟有何种意义脉络，现行理论未明揭斯旨。毋宁为是，它在实质上降低了成立要件的作用，抬高了有效要件的作用，从而还颠倒了成立要件与有效要件在实践私人自治上的一般与例外关系。

^① 参见江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2007年版，第165页。李永军教授主张，法律行为的成立与生效适用的法律规则不同。判断一项法律行为是否成立适用较为简单的规则，成立要件比生效要件简单得多，而且不会以国家或者社会利益为尺度。但生效因涉及私人法律行为之效果放置到社会或者国家中的影响，法律就不得不考虑这种法律行为对于其他主体的利益影响的正当性。参见李永军：《民法总论》，法律出版社2006年版，第447页。

^② 江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2007年版，第171页。

^③ 黄茂荣：《债法总论》（第1册），中国政法大学出版社2002年版，第109页。

^④ [德] 拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第317页。

(二) 现行理论未揭示成立要件与有效要件的不同性质: 一为肯定性, 一为否定性^①

成立要件与有效要件均为强制性规范, 只有同时受制于这两类规范, 法律行为生效的结果才能产生, 但这两类规范具有不同的性质, 从而在约束行为人的方式上存在着极大的差异。就法律行为成立而言, 要发生法律行为成立的效果, 行为人势必要有所作为, 即实施某一或某些积极行为。如若是遗嘱, 则行为人必须为口述或书立遗嘱等意思表示; 若是合同, 则行为人须发出要约, 相对人须做出承诺或实施被认为具有承诺意思的行为 (即意思实现)。沉默这种既无语言表示也无行为表示的消极不作为原则上不能作为法律行为的形式。总之, 只有诉诸某些可为人的感官所把握的身体的举止或动作, 才能满足法律行为的成立要件, 使法律行为成立。因此, 虽然是践履成立要件以成立法律行为, 完全取决于行为人的自主意思, 但一旦行为人决定要成立法律行为, 则只有通过行为人的积极行为才能实现要件的要求。成立要件具有积极或肯定的 (positive) 性质无疑。而法律行为有效要件则迥异乎此。

1. 从立法例来看, 世界各国民法几无例外的都是消极地以负面列举的方式, 规定法律行为所不应有的内容, 而不是积极地规定法律行为所应有的内容。^② 如无行为能力进行意思表示的, 其意思表示无效 (《德国民法》第 105 条前段); 法律行为, 违反强制或禁止之规定者, 无效 (“台湾地区民法”第 71 条前段); 法律行为, 有悖于公共秩序或善良风俗者, 无效 (“台湾地区民法”第 72 条); 与相对人串通做出的虚伪意思表示, 无效 (《日本民法》第 94 条第 1 款) 因胁迫、欺诈或者不当影响而作出的法律行为可以被宣告为无效 (《荷兰民法典》第三编第 44 条第 1 款) 等等。即业已成立的法律行为, 若出现行为人无行为能力、违反公序良俗等情形, 即不能发生效力; 反之, 若无上述情形, 则可发生效力。由此可见, 依各国通例, 有效要件被设计为法律行为生效进程中的障碍。对欲使法律行为生效者来说, 此类情形于该行为人, 乃是避之不及, 绝非趋之若鹜。

^① 消极自由的宪政传统认为, 宪政就是一系列的禁令, 宪政制度就是由一系列的“不”构成的, 不能这样, 不能那样, 这些成为其对宪政本质和对自由的承诺。参见 [美] 莱斯利·里普森:《政治学的大问题》, 刘晓等译, 华夏出版社 2001 年版, 第 200 页。

^② 在大陆法系范围内, 从正面规定合同有效要件的立法仅有法国法。《法国民法》第 1108 条规定: 下列四条件为契约有效成立的必要条件: (1) 负担债务的当事人的同意; (2) 订立契约的能力; (3) 构成权利义务客体的确定标的; (4) 债的合法原因。意大利法虽也采取了正面规定合同要件的方式, 但未规定合同有效要件。《意大利民法》第 1325 条规定: 契约的要件包括: (1) 当事人的合意; (2) 原因; (3) 标的; (4) 法律规定的必须采取的不可缺少的形式。

2. 有效要件规范具有禁令的性质，“主要是由禁止实施某些有害行为的禁令所构成的，而不是由要求提供某些利益的命令构成的。”^① 它“禁止”而非“要求”，并不能够决定任何人所“必须做”的事情，而只能够规定他“不得做”的事情。^② 法律行为各有效要件莫不如此。^③

(1) 就意思表示无瑕疵要件而言，其可分为“意思表示自由”与“意思与表示一致”。前者中的欺诈、胁迫、乘人之危等制度，并非对表意人的要求，而是对表意人的相对人的要求。“当一个人因威胁所迫而做出某种行为的时候，我们并不指责他，而是指责那个持枪指着他的胸膛的人。原因非常明显：如果我们当初能够制止威胁他的那个人，行为就可能被阻止了；这个威胁者才是我们为了防止在将来发生同样行为所必须影响的人。”^④ 其意在防阻表意人自由意思的形成受到他人不当干涉，是科以相对人的禁令，^⑤ 绝非对表意人的肯定性限制。^⑥ 后者又可分为故意的不一致（包括单独虚伪表示、通谋虚伪表示等）与偶然的 inconsistency（包括错误、不知、传达错误等）。这些制度亦根本未为表意人创设积极行为义务，其所提供的标准毋宁纯粹为否定性质的（merely negative）——有意或无意造成“意思与表示不一致”。

① [美] 亨利·马瑟：《合同法与道德》，戴孟勇、贾林娟译，中国政法大学出版社2005年版，第82页。

② 参见[英] 弗里德利希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》（第2、3卷），邓正来等译，中国大百科全书出版社2000年版，第211页。

③ 我国台湾地区学者陈荣传在分析法律行为的“可能”要件时也指出，“在私法自治的原则下，法律行为并不是以其具有“可能性”（possibility）或“可执行性”（enforceability），作为非具备不可的积极要件，而是以其不可具有的“不能”或“不可能性”（impossibility）、“不可执行性”（unenforceability）作为消极要件。所以法律行为的内容如果没有“不能”的情形，就是“可能”。参见陈荣传：《法律行为》，台湾地区三民书局股份有限公司2010年版，第28页。

④ [德] 莫里茨·石里克：《人何时应该负责任》，载徐向东编：《自由意志与道德责任》，江苏人民出版社2006年版，第60页。

⑤ 莱奥尼指出，“不可避免地要与自由联系在一起的强制，仅仅是否定性的强制；也就是说，完全是为了使他人放弃对自己的强制而对其施加的强制。”“这种强制的目的必须是将这些人对于他人所施加的强制最小化。举例来说，“自由市场允许那些从事市场交易的人都有权强制自由市场之敌。”“自由市场”也必然蕴涵着某种“强制”的意思，也即，市场社会中的所有成员都有权对劫匪、窃贼之类的人物施加强制。自由市场本身就内在地具有强制力“自由市场”不需要从外部加强某种强制性权力。自由市场本来就是这样一种状态：那些从事市场交易的人都有权强制自由市场之敌。参见[意] 布鲁诺·莱奥尼等著：《自由与法律》，秋风译，吉林人民出版社2004年版，第53～54页、第268～269页。哈耶克指出，只有通过威胁使用强制的方式，才能阻止一个人对另一个人施以强制。参见[英] 弗里德里希·冯·哈耶克：《自由秩序原理》（上册），邓正来译，三联书店1997年版，第172页。

⑥ 这些制度的实质在于，通过禁止其他人实施可能害及表意人的涉他性行动来划定表意人所具有的不受任何人侵犯的确有保障的领域。当表意人处于未受欺诈、胁迫、危难被乘等外在干涉的私域中时，即依表意人意思以行。

(2) 就不得违反强制性规范(简称为“适法性要件”)、不得违反公序良俗(简称为“妥当性要件”)而言,前者只是消极地划出一条“法律红线”,只要不逾越该红线,就会被认属“合法”,所以适法性要件“乃是一个消极概念,主要是指‘不违法’,而不是指法律行为的内容一定要有具体的法律作为依据。”^①而后者则是消极地划出一条“道德红线”,要求法律行为不得具有“反社会性”的内容,阻止法律行为为实施不道德行为提供服务。^②

(3) 就行为能力健全要件而言,这一要件看似肯定性要求,但实非如此。行为能力并非“根据某人的自由裁量而随意授予,而是必须自动地属于所有符合某些可以从客观上加以确定的标准(例如年龄)的人,只要有关他们拥有必要的最低能力的假定未被明确证明为不成立。”^③行为能力涉及人的地位或状态,一个人行为能力的有无或圆缺并非其刻意促成的事态,非其自己有能力决定的行动所导致的后果,而唯有人的行为才能被称为是正义的或不正义的,“一个纯粹的事实,或者一种人都无力改变的事态,有可能是好的或坏的,但却不是正义的或不正义的。”^④因此,该要件所作的要求并不足以构成行为标准意义上的规范。退一步讲,即使作为规范,其并未也根本无法为行为人设立肯定性义务。

由此可见,所谓有效要件其实是由有关相对人行为的禁令与有关表意人行为的禁令所组成的。“正当行为规则一般都是对不正当行为的禁令”,^⑤它的主要功能是指涉出哪些行为是非正义的,对规制私人行为仅具有否定性价值,只是衡量私人行为的否定性标准。

3. 有效要件规范具有否定性或消极性美德。私法规则作为正当行为规则,具有否定性的特征。“对于一个自由人组成的大社会来说,一个政府能够给予的最美好的东西都是否定性的。”^⑥否定性是指私法规范一般不向遵循它的行为人提出肯定性要求,仅提出否定性要求,即不从肯定的角度规定行为人具体应做什么,更不会去规定人们必须在特定的时刻采取特定的行为,^⑦而仅从否定的角度

① 陈荣传:《法律行为》,台湾地区三民书局股份有限公司2010年版,第15页。

② [德]梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2003年版,第511页。

③ [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上册),邓正来译,三联书店1997年版,第92页。

④ 邓正来译/编:《西方法律哲学文选》(上),法律出版社2008年版,第92页。

⑤ [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第2、3卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第55页。

⑥ [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第2、3卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第460页。

⑦ [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《经济、科学与政治——哈耶克思想精粹》,冯克利译,江苏人民出版社2000年版,第398页。

规定他们不应做什么。否定性的属性要求私法规范原则上应以禁令的形式呈现。有效要件规范作为正当行为规则的典范，是一种消极慈善（negative beneficence）而非积极慈善（positive beneficence），具有消极之德（negative virtue）。一如斯密所言，“正义只是一种消极性的美德，他不过是防止我们加害它们而已。一个谨慎小心，没有向他人施加暴力、侵夺财产，或者诋毁邻人名誉的人，确乎没有什么积极的优点，……我们每每静坐、无所事事，就能满足正义的一切原则。”^①因此，与必须为积极行为才能满足的成立要件不同，表意人仅仅无所事事的消极不作为就能满足有效要件的要求。后一“满足”不是硬性要求行为人一定要“为”以迎合这些要素，而是要求行为人一定要“不为”以免触碰这些要素。

总之，“成立要件是单纯就行为发生效力所设的最低要求，是积极的要件。阻却生效要件则是为了排除反社会的行为，阻却生效要件（指生效要件——引者注）只是避免民法挖公法的墙角，因此是消极的要件。”^②成立要件与有效要件，一为积极性标准，具有积极性价值，需要行为人积极创造条件去实现；一为消极性标准，仅具有消极性价值，不允许行为人积极地去碰触，仅需要行为人绕开去，一动一静，一肯定一否定，两者性质的差异不可以道里计。强以“要件”这一统一的简单术语来指称性质截然不同的两类制度，难谓妥当。

（三）现行理论未能反映程序法上成立要件事实与有效要件事实在证明责任上的差异

实体问题与程序问题无法完全剥离。实体法上的成立要件与有效要件所涉事实在程序法上都是需要证明的待证事实。^③依据何种标准来分配证明责任兹事体大，“同样的一款法条，即使一字不改，而仅就其中某一要件的客观证明责任做一调整的话，整个法条的适用结果便很可能大相径庭。”^④相较于待证事实分类

① [英] 亚当·斯密：《道德情操论》，蒋自强等译，商务印书馆1997年版，第100～101页。

② 苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版，第25页。

③ 也有观点认为，客观证明责任在性质上应是一个实体法问题。因为客观证明责任的核心“不是对当事人诉讼活动的压力，而是指示法官，在重要的事实主张没有得到证明的情况下，如何决定其判决的内容，该问题在任何一个将抽象的法规范适用于具体的案件事实的程序中均要求得到回答，不仅是在言辞辩论原则范围内要求回答。”因此，证明责任规范属于规定诉讼中“法官判决的内容的那些法律规范”，自然应当属于实体法的范畴。参见[德] 莱奥·罗森贝格：《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》，庄敬华译，中国法制出版社2002年版，第83～84页。

④ 孙远：《法律要件分类说与刑事证明责任分配——兼与龙宗智教授商榷》，载《法学家》2010年第6期。

说,“法律要件分类说”是欧陆各国民事诉讼中分配证明责任的主流学说。^①而其中,由德国学者罗森贝克首倡的“规范说”则更是影响深远。该说将民法规范按对立关系分为“权利发生规范”与“对立规范”两大类,前者是规定权利发生必备条件的规范,后者则可进一步分为权利妨碍规范、权利消灭规范与权利排除规范。^②与此相对应,法律要件(事实)可分为权利发生要件(事实)、权利妨碍要件(事实)、权利消灭要件(事实)与权利排除要件(事实)四个具体类型。在这些规范中,权利发生规范是请求权的基础,也被称为基本规范或请求权规范,而其他三类规范则均与请求权相对抗。该说认为,在诉讼中,主张权利存在的当事人应对权利形成的法律要件存在的事实承担证明责任;否认权利存在的当事人则应对妨碍权利、权利消灭以及权利排除的法律要件存在的事实承担证明责任。

就法律行为生效过程中所涉相关要件的证明责任问题,该说明确主张,“主张合同权利的当事人,只要证明当事人通过相对应的意思表示,对所有重要条款达成一致即可,当事人尤其不需要证明,存在其他的前提条件,即法律行为由于缺乏它就无效的前提条件。相反,主张法律行为无效的对方得对该法律行为无效的要件特征承担证明责任。”^③依法律要件分类说中亦有相当影响力的“特别要

① 该学说以实体法规定的法律要件事实的不同类别为标准分担证明责任,着眼于事实在实体法上引起的不同效果。

② 权利发生规范又称为权利形成规范,作为规定权利形成必备条件的规范,它包含了对当事人有利的法律效果产生所需的法律要件;权利妨碍规范是规定妨碍权利发生的情形的规范;权利消灭规范是规定导致权利消灭的情形的规范;权利排除规范,又称为权利限制规范或权利受制规范,是规定阻碍或排除权利行使的情形的规范。

③ [德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论——以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第104页。《德国民法第一草案》(以下简称《第一草案》)曾对证明责任的分配作出如下规定:主张请求权者,应就发生该请求权所需之事实为举证。主张请求权消灭或主张请求权效力受制者,应就发生消灭所需事实或发生受制所需事实为举证(第193条);以排除通常效力之特别事实为理由,否认法律构成要件之法律效力者,应就该特别事实为举证。尤其为法律行为,主张欠缺行为能力,真正意思与表示意识欠缺一致,因欺诈或胁迫而欠缺意思自由,或主张法律行为指定特别形式者,应就欠缺之事实或指定特别形式之事实为举证(第194条)。转引自陈荣宗:《举证责任之分配》,载《证据法论文选萃》,中国法制出版社2005年版,第230页。《德国民法典》通过时,尽管没有采用《第一草案》中关于证明责任的规定,但德国学者认为,《第一草案》第193条规定的是证明责任分配的基本规则,虽然民法典没有将该条明确加以规定,但人们认为它是有效的。参见[德]普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2006年版,第396页。