

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

私法中的权力： 形成权理论之新开展

The Power in Private Law
A New Launch of the Theory of Gestaltungsrecht

● 申海恩 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民商法论丛

Civil and Commercial Law Series

私法中的权力： 形成权理论之新开展

The Power in Private Law

New Launch of the Theory of Gestaltungsrecht

● 申海恩 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

私法中的权力:形成权理论之新开展/申海恩著. —北京:北京大学出版社,2011.9

(民商法论丛)

ISBN 978-7-301-18084-6

I. ①私… II. ①申… III. ①民法-权利-研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第225347号

书 名: 私法中的权力:形成权理论之新开展

著作责任者: 申海恩 著

责任编辑: 周 菲

标准书号: ISBN 978-7-301-18084-6/D·2738

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市富华印装厂

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 16.25印张 258千字

2011年9月第1版 2011年9月第1次印刷

定 价: 32.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序

自 20 世纪八十年代以来,我国民商法学研究不断发展,已经取得了相当喜人的成就。然而,我国民法纯属域外来风,根基尚浅,特别是对于民法上的基本概念、基本理论研究得还很不够。其中,民法上的形成权就是一个典型的例证。在传统的民事权利类型体系中,形成权是一种非常特殊的权利类型,权利人通过单方的意思表示,就能够达到使民事法律关系产生、变更、消灭的法律效果。对于这种非常特殊的权利类型,民法学理论上却始终没能形成较为统一的理论、规则,散在于民事法律规范各处的具体形成权,在法律没有明确规定时,其配置、行使、效力、转让都缺乏相应的法理依据。在我国民法研究逐渐向纵深展开的形势下,这种基本概念、基本理论缺乏研究的现象是应该努力予以克服的。

申海恩博士所著《私法中的权力——形成权理论之新开展》一书,就是这样一部弥补民法基本概念、基本理论研究空白的作品。该书首先从权利类型体系的角度出发,将民法上的权利类型划分为原生权利与衍生权利,并进一步将形成权定位为衍生权利中的塑造性权利。在此基础上,从语义学、法学方法论的角度,细致分析了形成权概念的内涵、外延和边界。在“形成权理论的学术史考察”一章中,对形成权理论的萌芽、发现、论争做了非常深入的学术史考察,其中很多环节在汉语法学界是第一次被发掘出来。在细致的学术史考察基础上,作者分析了各种形成权概念的构成,鲜明指出形成权的本质是“塑造力的授予”,由“形成权人的自助行为”与“形成相对人的服从”构成。在此之后,作者将形成权视为一种制度资源,并按照从资源原始分配、再分配到资源利用,再到利用限制的顺序,分别考察了形成权的配置、转让、行使与形成反对权和形成障碍。其中,对权利配置的考察,是包括德国在内的民法学界未曾涉足的领域;对形成权的独立转让可能性的考察,

也是对传统理论的颠覆性论述;对形成权行使中的条件、期限限制的目的考察,对我们重新认识传统理论也具有借鉴意义。

申海恩是我在清华大学法学院任教期间指导的博士生,这本书是在他的博士论文基础上修改完成的。作为他的博士论文指导教师,我自己对形成权的问题也非常感兴趣,对于这本著作的出版,我由衷地感到高兴。申海恩勤奋好学、学业优秀,多次获得清华大学的奖学金。他在博士期间努力学习德语,并获得德意志学术交流中心的资助,前往德国弗莱堡大学跟随德国著名民法学家罗尔夫·施蒂尔纳从事研究工作。在获得博士学位后,于2008年又到中国社会科学院法学研究所深造,在我国著名的民法学家孙宪忠教授的精心指导下,从事博士后研究工作。申海恩为人谦逊、处事温和,在他进入清华法学院的时候,我刚刚经历了两次摔伤,伤愈后行动稍显不便,他协助我做了很多工作,在此期间我们结下了深厚的师生情谊。

值《私法中的权力——形成权理论之新开展》一书出版之际,我欣然为之作序,一方面向读者郑重推荐该书,另一方面也希望申海恩博士继续努力、勇于创新,在未来取得更好的成绩,为中国民主法制建设做出自己的贡献!

马俊驹

2011年8月10日

目 录

第一章 导论	/1
第一节 从私法中的权力到形成权	/1
第二节 形成权理论存在的若干问题	/3
第三节 形成权理论的研究现状及研究方法	/5
第四节 本书逻辑思路与具体结构	/12
第二章 权利体系中的形成权	/14
第一节 形成权的归属与基地:衍生权利体系的构建	/14
第二节 形成权的概念分析	/26
第三章 形成权理论的学术史考察	/51
第一节 十九世纪形成权理论的酝酿	/51
第二节 作为法学上发现的形成权概念	/69
第三节 二十世纪关于形成权概念的讨论	/76
第四节 小结	/83
第四章 形成权的本质及其构成	/86
第一节 从形成权概念的扩展说起	/86
第二节 形成权的本质——塑造力的授予	/94
第三节 形成权人的自助行为及其限制	/99
第四节 形成相对人私法上的服从	/109
第五章 形成权的配置:制度资源的原始分配	/115
第一节 问题的提出	/115
第二节 分配性形成权配置的考察——以法定先买权为例	/117
第三节 矫正性形成权的配置	/131
第四节 小结	/146

第六章 形成权的让与:制度资源的再分配	/148
第一节 概说	/148
第二节 专属性与合同承受	/163
第三节 债权让与中的形成权可转让性	/170
第四节 形成权的独立转让	/184
第五节 小结	/192
第七章 形成权的行使	/195
第一节 形成权行使的一般理论构成	/195
第二节 形成权行使的特别规则	/209
第三节 小结	/217
第八章 形成障碍与形成反对权	/220
第一节 形成障碍	/220
第二节 形成反对权	/230
第三节 小结	/234
第九章 中国民法学形成权理论的更新	/235
第一节 形成权基本理论的更新	/235
第二节 形成权理论更新的立法论意义	/237
第三节 本书的贡献与不足	/239
参考文献	/241
后记	/249

第一章 导 论

第一节 从私法中的权力到形成权

一、从“私法中的权力”说起

当前,我国正在制定自己的民法典,这需要民法学理论上的全面准备。虽然由于立法所无法避免的政治影响,决定了民法典的制定不可能迁就民法理论研究的落后状况,但是尽最大的努力在民法理论方面做好准备,仍然具有极其重大的意义。

民法属于私法,是关于私权的法律体系,其基础在于私权体系。因此对于私权体系的研究乃是整个私权保护体系建立的基本前提。从权利的角度来看,通常认为,由于民法上的权利主体处于平等的地位,民法上的权利要么体现为向相对人的积极“请求”,即为请求权,要么体现为相对人在权利人支配物时消极的不作为,而不可能出现使相对人处于服从(Unterwerfung)状态的权力。于是,权力与服从,在还没有迈进私法门槛之前,就被排列在公法的队列之中,而与私权体系形同陌路。然而,在私法中始终存在着一些现象,使人不得不对“私法中是否真的没有权力与服从”这个问题,保持一种谨慎的态度。

这些现象首先表现在亲属法领域,在这一领域中基于父母子女关系,而存在着父母对子女事务的决定权,典型地表现为法定代理权、对限制行为能力子女法律行为的同意、子女住所的决定权以及子女与他人交往的决定权等。这种决定权具有领导性的权威,子女应予服从,第三人也应予尊重。诚然,父母的照顾权的权力属性与父母子女身份关系紧密联系,不能代表民事权利体系的基本属性。其次,在劳动关系中,劳动合同仅具有框架关系的属性,对于实际从事的劳动,均依赖于雇主个别的指令来实现,以劳动合同为

基础的雇主指令权相对应的是雇员的“服从义务”^①。如果对劳动法的私法属性还有疑虑的话,那么承揽合同中定作人的指示权、任意终止权,委托合同中委托人的指示权、任意终止权,保管合同中保管人的任意终止权、赠与人的任意撤销权,共有人和承租人的优先购买权以及涉及意思表示瑕疵中的撤销权、基于《合同法》第94条的解除权呢。这些现象中的“权利”都具有单方面决定法律关系产生、变更、消灭的属性,相对人的法律地位并非其他,而是“服从”。

如果说,私权体系中存在一点例外不足为奇的话,上述这些“私法中的权力”作为存在于私权体系中的例外,可能也多得有点例外了吧。由此展开,私法中的权力这一例外因素,随着现代公司经济的不断发展,随着服务性行业的不断发展,随着消费者保护需求的不断增加,随着公私法之间接轨的加速,将在私法、私权体系中扮演越来越重要的地位。

然而,私法中的权力是一个非常庞大的课题,几乎涉及私法的所有领域,从民事主体制度、法律行为制度、代理制度、时效制度等民法总论领域到债法、物权法、亲属法、继承法都有具体体现。如此庞大的课题,是一本著作所无法完成的。为此,本书退而求其次,以“私法中的权力”之典型代表——形成权制度为研究对象,尝试对“私法中的权力”这一课题做初步的解构,以求窥斑见豹,为“私法中的权力”之全面研究奠定基础。

二、“私法中的权力”之典型代表——形成权

形成权(Gestaltungsrecht),以单方的意思表示发生、变更、消灭法律关系为其特征,形成权的行使、效力的发生不以相对人的配合为要件,具有“权力”的霸道属性。德国法学家伯蒂歇尔早在1964年就尝试研究与该权力相对应之“服从(Unterwerfung)”,而我国法学界对于形成权的关注程度还非常欠缺。

诚然,形成权作为私法上基本的权利类型,对其基本理论的系统研究,在法学研究高度发达的德国,也仅仅是从19世纪90年代末20世纪初开始的。自作为法学概念的形成权于1903年被公开提出至今,形成权作为一个权利类型存在于民法学上已经有一百多年的历史了。在经过了如此漫长的

① [德]W. 杜茨:《劳动法》,张国文译,法律出版社2005年版,第28页。

岁月之后,“形成权”这一名词已经为所有法学人士所熟悉,但究竟什么是形成权,作为法学上的概念,其如何演进而来的,整个形成权理论的研究体系如何,所有这些问题在我国都还没有非常精确的回答。对形成权的研究更是凤毛麟角,在法学研究较为发达的我国台湾地区,研究的成果也是寥寥无几。可以说,在整个汉语法学界,对于形成权理论的研究,还处于初级阶段。

形成权作为支配权、请求权之外最重要的权利类型,无论从理论发展的还是从实践需求角度来看,均不能容忍这种初级阶段长期存在下去。必须尽快结束理论界与实务界这种普遍的无意识状态。

第二节 形成权理论存在的若干问题

任何一项研究的开展,莫不是以研究者对于研究对象的困惑为基础的。以形成权理论作为研究课题,同样也是因为作者未能领会这一权利类型之皮毛(更谈不上精髓了)而作出的选择。对于形成权这一百年前诞生的法学概念,其演进的历史进程如何,在私法体系中的地位如何,在法律上配置的合理性何在,为学界奉为经典的、极为简约的共通规则是否有进一步发展的余地……所有这些问题都还未得到令人满意的解答。这些令人无法释怀的问题,构成本书研究的根本动因。

具体而言,在形成权理论层面主要存在以下一些问题,构成本书的研究动机和预定的研究目标。

1. 形成权发现的过程不清晰

作为法学上发现的形成权,形成权理论是在何种背景下被“发现的”,对于民事权利体系的形成具有何种意义。对这些问题的考察与回答,将会为在当代中国发展形成权理论提供坚实的基础。形成权理论首先产生于德国,以德国民法理论与立法背景为基础。在我国构建合理的形成权制度体系,就不仅要继受德国既有的先进理论,也必须适当地根据我国的社会文化经济背景予以发展。因此,对于形成权理论在德国缘起、发展的背景必须予以把握,区分哪些是作为形成权的普遍原理,哪些是在德国民法理论与法制背景下的特殊构造,从而为在中国建立恰当的形成权理论奠定基础。

2. 形成权配置合理性支撑不足

权利存在必有其规范的目的,如此不仅可以根据此目的创设新型权利,类推适用此规范目的之下的基本法律规范,而且凭借规范目的之限制,可以杜绝违背规范目的之权利类型的创设。妥当的规范目的即为权利存在之合理性。至于形成权存在之合理性,现有研究基本停留在合同和法律规定层面就止步不前。这样的结论在解释论上当然可以成立,但是从立法论上考察,合同上的约定以及法律上的规定也多有不符合“合理性”要求者,从而将形成权存在之合理性归结为契约与法律规定,显然未能最终解答合理性的追问。对于形成权存在的合理性仍然有进一步深究的必要。

3. 形成诉权的效力来源不明

形成诉权究竟是建立在何种法律技术之上的权利类型,面对判决的强大效力,形成诉权是否还有必要作为单方意思表示即发生法律效力的形成权?也就是说,在这里存在的问题是,形成诉权的效力究竟来源于单方意思表示还是来源于形成判决,如果是后者,那么形成诉权将被逐出形成权类型体系;如果是前者,那么判决的强大效力从何体现?

4. 无对应义务观念的疑问

和所有权等绝对权不同,形成权人具有明确的形成权相对人与之对应,也就是说在形成权人与形成权相对人之间存在着更容易被看到的法律关系形态,在二者之间存在着一种一方具有强大的单边行动的权利。但是令人很难相信的是,在形成权法律关系中,只存在着这样一种单向的合理性。作为对于这种合理性的支持,法律不可能不对相对方予以规制。正如那种法律关系并不鲜明的所有权也必然为所有权人之外的人设定一项消极的义务一样,形成权的相对人也必然受到某种拘束,或许这种拘束的消极性并不比不得侵害所有权这样的消极义务更弱。那么形成相对人究竟受到何种性质的法律约束,值得深入研究。

5. 不可单独移转是否合理

形成权在原则上不可单独转让,但是在如此众多的形成权真的就没有可单独转让的形成权吗?举例而言,甲拟购买A、B、C三种物品中的一种送给女友作为圣诞礼物,并与商店约定了选择权,后来经过考虑,觉得还是应该由女友自己选择,遂将选择权让与给女友。这是一个极为可能发生的案例,如果认为选择权这种形成权不得单独让与的话,是否有违基本的生活逻辑

辑呢?如果认为这是可以的,但只是一个例外的话,那么在形成权体系中类似的例外到底还有多少?形成权是否能够移转的普遍标准能否抽象出来呢?

第三节 形成权理论的研究现状及研究方法

一、形成权理论的研究现状

(一) 关于形成权理论的演进

就形成权(Gestaltungsrecht)这一概念本身而言,学界都一致认为系由艾米尔·泽克尔(Emil Seckel)在其名著《私法中的形成权》中提出。国内当前所依据的文献基础是来自于王泽鉴教授翻译的汉斯·德勒(Hans Dölle)的《法学上发现》(Juristische Entdeckungen)一文。^①此外,拉伦茨和沃尔夫(Larenz/Wolf)也指出,形成权这一概念受到泽克尔文章的深刻影响。^②另外,从其他德文资料的情况来看,对于形成权概念的提出,不存在任何异议,均承认这一概念正式起源于泽克尔1903年发表的论文。

关于形成权理论的形成过程,在学者中则有不同的意见,国内大多数学者根据王泽鉴先生的译文,接受了德勒教授关于形成权理论研究始自埃内克策鲁斯(Enneccerus)的见解。而申卫星博士认为,1889年埃内克策鲁斯在其《法律行为》一书中所提出的取得权(Erwerbsberechtigungen)概念更多地是指向期待权;真正对形成权进行系统研究应自齐特尔曼(Zitelmann)和黑尔维希(Hellwig)开始。当前国内关于形成权概念演变和诞生过程的研究,仅见于申卫星博士的论文《形成权基本理论研究》。^③

在德语法学界,关于形成权理论沿革的研究,主要集中于二十世纪三十年代左右的博士论文中。汉斯·卡恩(Hans Cahn)对其沿革的考察,始自托

① 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(4),中国政法大学出版社1998年版,第1页以下。

② Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2004, S. 266.

③ 申卫星:《形成权基本理论研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第30卷),法律出版社2004年版,第3页以下。

恩(Thon)的权限概念,进而到温德沙伊德(Windscheid)的权利概念,最后是能为权的提出者齐特尔曼(Zitelman)。^①埃里希·巴尔特(Erich Barth)也同此见解。^②1969年,格瓦尔德·梅斯曼(Gerwald Meesmann)则展开了对于形成权理论来源的更大范围内的考察。他从罗马法上的“ius”概念开始,考察了萨维尼关于权利动态的观点、托恩(Thon)的权限概念、贝克尔(Bekker)的消极权概念、埃内克策鲁斯(Enneccerus)的取得权概念、赫德尔(Hoedel)、雷格斯贝克(Regelsberg)等关于可为权及能为权的论述、比林(Bieling)关于权限概念的研究,温德沙伊德(Windscheid)的关于权利两个类型的划分、克罗默(Crome)的反对权概念、齐特尔曼(Zitelmann)的能为权概念等。^③1984年,施泰纳(Steiner)的博士论文则更为系统地论述了形成权理论的沿革过程,他将按照时间界限对形成权理论的发展历史分为19世纪对形成权的理解和20世纪关于形成权概念的争论,并分别考察了两个时期相关学者的研究成果。^④

对于上述文献的研究成果,将在本书中予以具体介绍,在此仅做如上简述。基本的理由在于,形成权理论沿革,本身就是一个学术考古、文献汇总的过程。如果详列于此,恐有喧宾夺主之嫌。

(二) 形成权配置之合理性

作为私法标志的私法自治原则的基本逻辑结论是,个人以自己的意思决定自己在私法上的权利义务状况,他人不得干涉,更不得以自己的意志决定他人在私法上的权利义务状况。当一件事务涉及两个以上主体的利益时,其法律关系内容的形成自然应当由其当事人以一致之意思表示共同决定。此即为契约原则。然而,形成权的出现却明显地违背了这一私法基本原则,从而形成权配置的合理性就是形成权的基本问题之一。

就形成权这一抽象层面来回答形成权配置合理性问题的文献,无论在汉语法学界还是德语法学界,都是非常少的。梅迪库斯教授(Medicus)在其

① Hans Cahn, Ist Einrede des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Gestaltungsrecht? Dissertation, Bonn, 1930, S. 37ff.

② Erich Barth, Zur Lehre von den Gestaltungsrechten, Erlangen, 1933, S. 6ff.

③ Gerwald Meesmann, Regelsvorbehalt und Rechtsbehelf, Dissertation, Marburg, 1969, S. 6ff.

④ Steiner, Das Gestaltungsrecht, Dissertation, Zürich, 1984, S. 80ff.

《德国民法总论》中认为形成权的合理性,或者存在于形成权相对人事先表示的同意中,或者在于法律本身作出的规定。^① 申卫星博士在其论文中也基本上赞同梅迪库斯教授的主张。^② 以事前的同意与法律的规定作为形成权合理基础的回答是建立在实证法基础上的,并不能够圆满回答这一具有自然法倾向的问题。当然必须明确指出的是,前述两位论者在法律作为合理性的基础时也作了进一步的解释,认为法律之所以如此规定可以出自各种不同的原因。但更根本的问题就在于该原因是否成立,学者对此的研究大多语焉不详。

对于形成权合理性的回答涉及制度价值目标的确定。例如共有人法定优先购买权的配置,其中一定程度上存有简化法律关系的价值取向,也暗含了维护私有财产的意义。因此,我相信将形成权合理性归结为事前的同意、特别是法律的规定,并不能达到解题的目的,实质上等于没有回答。因此,应当进一步深入到立法的过程中去考察形成权的合理性所在。

对于形成权合理性的考察可以为法律解释提供理论上的基础。建立在实证法基础上的回答固然比较明确,但是只能使对于形成权规范的适用机械化,而不能使法律适用者在当前瞬息万变的法律生活中游刃有余。

(三) 形成诉权的效力来源及其类型归属

形成诉权乃是必须通过诉讼的方式来行使的权利,这虽然是对形成权行使方式的限制,但却不免引起关于形成诉权效力来源的疑虑,甚至于会引发关于形成诉权究竟是否属于形成权之一的争论。对于形成诉权的效力来源,并未引起我国学者的普遍关注。不过在其类型归属上,学界一致将其归入私法上的形成权。从这一结论追索其理由,关于形成诉权的效力来源大概还应当是被归于权利人形成权之行使。

在德国法学界,对于形成诉权效力的来源,的确曾经发生过激烈的争论。有些学者,如波勒(Pohle)和马赫莱特(Machleid)认为,在形成诉权场合,形成效力最终来源于法院的有效判决,形成诉权仅仅扮演着启动诉讼程序的角色。从而,形成诉权乃是一种公法性的诉权(Klagerecht)或者权利保

① Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2006, S. 40.

② 申卫星:《形成权基本理论研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第30卷),法律出版社2004年版,第14页以下。

护请求权,因而完全是一种公法上的权利。^① 另外,德国学者施洛瑟(Schlosser)则认为形成诉权主要具有公法属性。^② 这些观点可以称之为公权说,与此相反的是,所谓的“稀释能权说”(die Lehre vom gestreckten Kannrecht)或者私权说。根据后者,即使需要借助公法来行使,但形成诉权主要的仍然是一种实体私法上的权利,形成诉权人所具有的塑造力依然是整个权利构造中的决定性部分。^③

德国法学界关于形成诉权性质的争论应当引起我们的注意。形成诉权行使的过程,同时也是裁判的过程,裁判生效之时,形成诉权之效力也就同时发生。那么形成诉权的效力来源究竟是当事人的意思表示抑或是裁判本身还是二者兼而有之,对此有必要深入研究。

(四) 形成权与相对的义务观念

在法哲学上曾经发生过关于“权利和义务是不是相关物?”这样的争论。这一论题也可以表述为:“权利和义务有没有相关性?”或者“它们是不是总是互为存在的?”对这一论题在法哲学上的回答也曾经是截然相反的,但是正如澳大利亚著名法哲学家佩顿(Paton)所指出的那样,当人们说到权利时,事实上是在说两个人之间的权利义务关系,假定权利可以没有义务而存在,就如同假定没有父亲和儿子就有父子关系一样荒唐。^④ 张文显教授甚至对于权利与义务的关系细致地区分为结构上的相关关系、数量上的等值关系和功能上的互补关系。从而我们似乎可以得出这样的结论,即“没有无义务的权利,也没有无权利的义务”。权利与义务在法律中总是形影不离的一对概念,那么我们在民法上认为形成权这样一种权利不存在与之对应的义务观念是否正确呢?是否构成对于这一法哲学命题的证伪呢?

具体到形成权而言,我国学者关于形成权无相对义务观念几乎达成一致的认识。除坊间各法学大家的民法总论著作外,在关于形成权的专论中,林诚二先生从支配权等权利无须相对人的介入出发,认为物的所有人(支配

① Pohle, AcP 155, S. 165ff; Machleid, AcP151, S. 208ff.

② Peter Schlosser, Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld, S. 360ff, S. 381f.

③ Eduard Bötticher, Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht, in: Festschrift für Hans Dölle, Vom Deutschen zum Europäischen Recht, herausgegeben von Ernst von Cämmerer, Arthur Nikisch, Konrad Zweigert, Band I, S. 54.

④ 张文显:《法哲学研究范畴》,中国政法大学出版社2001年版,第335—336页。

权人)可直接对标的物行使权利,并无相对义务观念存在。进而认为,根据形成权的性质,仅须经由权利人单方意思表示即可使法律关系发生变动,无须相对义务人的介入,因此也没有相对义务观念存在。^① 申卫星博士则讨论了作为形成权相对人法律地位的法律上的拘束和“屈从”。^②

德国法学家伯蒂歇尔(Bötticher)提出了形成权相对人的法律地位为“服从(Unterwerfung)”,这一概念与公法上的服从具有同源性。并根据这一概念,分析了劳动关系中双方当事人之间的法律地位。对于这一概念的接受还存在争议,部分学者认为该概念无法与具有社会属性的依附关系相区别,例如拉伦茨和沃尔夫(Larenz/Wolf)就明确表示反对。^③ 此外一些学者或者直接采纳这一概念,或者将这一概念与拘束概念并列使用。前者如泽尔纳(Söllner)在其著作《劳动关系中的单方给付确定》中即明确采纳该概念;后者如梅迪库斯,他在其教科书中写道:“形成权人权利相对应的另一面,是形成权相对人的‘拘束’或‘服从’,即形成权相对人必须接受他人做出的决定”^④。

(五) 形成权的可让与性

国内学界普遍认为,形成权具有不可单独让与的性质。例如,我国台湾学者王泽鉴先生即认为,“形成权非属独立的财产权,应受权利人其人或该当法律关系的拘束,原则上不得单独让与,仅能附随于其法律关系而为移转。”^⑤ 台湾学者林诚二先生认为,形成权乃是法律的制度化设计及私法自治原则所衍生的权能,即权利之作用,从而必须依附在基本权利之法律关系下使能发挥其作用,因而为行使上的专属权,与基本权利法律关系相分离,则作用本身无法单独存在,单独转让更不可能。基于此,林诚二先生认为,

① 林诚二:《论形成权》,载杨与龄主编:《民法总则争议问题研究》,清华大学出版社2004年版,第68页。

② 申卫星:《形成权基本理论研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第30卷),法律出版社2004年版,第12页以下。

③ Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2004, S. 267, N 44.

④ Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2006, S. 40.

⑤ 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第99页。

形成权具不可单独转让性。^① 王利明教授也持相同见解,他认为“形成权大多依附于一定的法律关系才能发挥作用,因此不得与主权利分割而单独转让”。^② 其他学者,或未论及形成权让与问题,或持相同观点,此处不赘。采不同见解的,主要为我国学者申卫星博士,他将形成权的移转区分为可继承性和可转让性,分别加以讨论。对于前者而言,“形成权通常具有可继承性……不可继承的形成权是例外,但却也经常存在这样一些例外”;对于后者而言,他区分三种类型加以讨论,即不能转让的形成权、不能独立转让的形成权和可独立转让的形成权。^③

在德国法学界,对于形成权的单独让与并不存在严格的戒律。最初泽克尔(Seckel)在提出形成权概念时,即以解除权、撤销权为例对形成权的让与性作了一番细致的考察。在解除权的情况下,他区分了六种情形加以讨论,这六种情况分别为:(1) 单务合同尚未履行;(2) 单务合同已为给付;(3) 双务合同中权利人已履行,相对人未履行;(4) 双务合同中权利人未履行,对方已履行;(5) 双务合同中双方都未履行;(6) 双务合同中双方都已履行。在这六种情形中,通过对于解除权的功能考察,他认为在第(2)、(6)种情形下,没有反对独立转让的理由。在撤销权的场合,同样作了上述六种区分,通过考察得出较为一般的结论,即撤销权行使的效力也涉及原权利人的权利范围时,不能发生移转;当撤销权的效力仅涉及受让人自己时,则可以移转。^④

此后,在德国法学界形成权的可转让性问题成为形成权理论的长期热点,关于形成权的转让问题产生了众多的博士论文。^⑤ 奥地利学者比德林斯基(Bydlinski)的教授资格论文和施泰因贝克(Steinbeck)的博士论文则是当代关于形成权让与的最重要文献。前者分别对于各种具体形成权的让与性进行了非常细致的考察;后者则区分合同承受、债权让与考察了其中形成权

① 林诚二:《论形成权》,载杨与龄主编:《民法总则争议问题研究》,清华大学出版社2004年版,第67页。

② 王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第224页。

③ 申卫星:《形成权基本理论研究》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第30卷),法律出版社2004年版,第25页以下。

④ Seckel, Die Gestaltungsrecht des Bürgerlichen Rechts, Darmstaldt, 1954, S. 27ff.

⑤ 参见本书第六章相关论述。