

## 本卷要目

### 专题研究

- 【申卫星】  
形成权基本理论研究  
【朱广新】  
论预期拒绝履行  
【刘颖】  
虚拟空间的标准与现实空间的标准——论电子合同成立的时间与地点  
【赵威 张建邦】  
权利管理信息保护制度初论  
【李金泽】  
关于出口押汇的若干问题研究  
【李燕】  
病历的几个民法问题研究

### 立法问题

- 【张毅辉】  
海峡两岸亲属法的互动和趋同  
【金振豹】  
论入世后我国著作权国际保护体系及著作权冲突法之完善  
【俞江】  
清末民事习惯调查说略

### 域外法

- 【孙美兰】  
英美契约受挫制度研究  
【张金海】  
英美合同法中的特定履行  
【于海涌】  
法国不动产优先权制度研究  
【[荷]L. Timmerman and A. Doorman 著 李小宁译】  
荷兰的小股东权利  
【廖军】  
英国法上银行账户合并权的性质及其适用

### 国际法

- 【[英]Clive M. 施米托夫 著 杜焕芳译 黄进校】  
冲突避免的理论与实践  
【朱岩】  
处在历史、现实和理想之间——简评欧洲合同法原则

### 硕士学位论文

- 【辜恩臻】  
延伸生产者责任（EPR）制度的法律分析  
【资料】  
【朱岩译】  
欧洲合同法原则 第三部分  
【樊丽君译】  
批示仓单条例

◆ 梁慧星 / 主编

CIVIL AND COMMERCIAL  
LAW REVIEW VOL. 30

# 民商法论丛

第30卷



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

第30卷

# 民商法论丛

CIVIL AND COMMERCIAL  
LAW REVIEW VOL. 30

■ 梁慧星 / 主编



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

民商法论丛. 第30卷/梁慧星主编. —北京:法律出版社,  
2004.6  
ISBN 7-5036-4935-6

I. 民… II. 梁… III. ①民法—研究—文集②商法—  
研究—文集 IV. D913.04—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 049284 号

法律出版社·中国

责任编辑/孙东育

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/21.625 字数/633千

版本/2004年6月第1版

印次/2004年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939686

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816

书号:ISBN 7-5036-4935-6/D·4653

定价:45.00元

## 卷 首 语

本卷是第 30 卷(2004 年第 1 号)。

【专题研究】栏选刊六篇论文。一是申卫星的《形成权基本理论研究》。民法理论按照权利的效力,将民事权利区分为支配权、请求权和形成权。但是,学术界关于形成权的研究十分不够。本文对形成权概念的提出、含义、性质、分类及形成权的行使等作了全面系统的研究。二是朱广新的《论预期拒绝履行》。预期拒绝履行,亦称预期违约,是英美法上的制度。我国制定统一合同法时,将这一英美法制度分解为三项制度,分别规定在第 94 条第 2 项、第 108 条和第 68 条。这一立法设计主要考虑的是,如果将这一英美法制度原封不动地纳入合同法,难于与固有的法律概念体系契合。这种处理是否妥当,需要接受实践的检验。本文着重研究了英美法上的预期拒绝履行制度,并对统一合同法的规定进行评说和解释。三是刘颖的《虚拟空间的标准与现实空间的标准——论电子合同成立的时间与地点》。本文在比较了关于合同成立的时间和地点的各种学说和立法例后认为,电子合同的成立时间,应采到达主义,电子合同的成立地点,应采当事人意思自治原则,即由当事人自己作出约定。四是赵威、张建邦的《权利管理信息保护制度初论》。我国于 2001 年修改著作权法,增加规定了对“技术保护措施”和“权利管理信息”的保护。权利管理信息保护,其价值在于确保网络环境下著作权的有效性,但也因此引发一系列问题,诸如权利管理信息的性质、权利管理信息在著作权法上的地位及权利管理信息保护与著作权保护的冲突等,很难在传统著作权法上找到现成的答案。本文对此进行了全面的研究和探索。五是李金泽的《关于出口押汇的若干问题研究》。出口押汇,现今已被我国商业银行在国际业务中普遍采用。但

我国迄今尚无规范出口押汇的专门的法律,各银行在对出口押汇业务的操作和理解上也存在差异,法院裁判中也有不同观点。本文结合我国现行法律规定和国内外的判例学说,对出口押汇作了系统的研究。六是李燕的《病历的几个民法问题研究》。病历,作为法律上的物,既是涉及患者隐私的文件,又是医患纠纷诉讼中的重要证据。本文从比较法的角度对病历的所有权归属、患者对病历的知情权、患者的病历隐私权等民法问题进行了探讨。

**【立法问题】**栏编入三篇论文。一是张毅辉的《海峡两岸亲属法的互动与趋同》。本文回顾了两岸亲属法形成的历史和变化的情况,介绍了两岸亲属法学者在彼此隔绝多年后的交流,以及对海峡两岸亲属法的比较研究的进展,着重从结婚制度、离婚制度、夫妻关系和亲子关系四个方面,分析了两岸在法学研究和立法修法活动中的互动和趋同的现象。作者认为此种现象的发生,是由社会生活的同质化和人们观念的进步所致,也是两岸法理念和法技术不断成熟的结果,不仅有利于两岸人民的交往,而且对实现祖国统一大业亦具有意义。二是金振豹的《论入世后我国著作权国际保护体系及著作权冲突法之完善》。随着我国与国际社会交流的扩大,及加入世界贸易组织,我国知识产权在国外的保护以及外国知识产权在我国的保护问题将更为突出。尤其是著作权的国际保护问题,既牵涉到国际条约的适用,也涉及到冲突法的适用。本文在厘清我国入世后形成的著作权国际保护体系的基础上,着重研究我国涉外著作权冲突法的完善问题。三是俞江的《清末民事习惯调查说略》。中国在近代以来,组织过两次全国规模的民事习惯调查。一次在清末,一次在民初。据作者介绍,清末民事习惯调查,是由宪政编查馆奏请朝廷批准,在各省、县设置专门的宪政调查局,其行政统属于各省督抚,具体调查活动由朝廷各部门进行指导。调查的内容,包括民间习惯和地方行政两大类。民间习惯,再分为:民情风俗、绅士办事办法、民事习惯、商事习惯和诉讼习惯。其中,民事习惯调查,是为配合民法典编纂而进行的准备工作,由修订法律馆进行指导。

**【域外法】**栏选刊六篇文章。一是孙美兰的《英美契约受控制度研究》。英美契约法上的“契约受控”,又称“合同落空”,大体对应于大陆

法上的“情事变更”和“不可抗力”两项制度。我国迄今的民法著作,只是在论述大陆法上的情事变更制度时,附带介绍一下英美法上的契约受控制度,且常常是语焉不详。本文是国内系统研究英美法上的契约受控制度的第一篇专题研究论文。二是张金海的《英美合同法上的特定履行》。英美法合同法上的违约救济措施,主要是损害赔偿,特定履行(强制实际履行)只是例外,与大陆法不同。本文详细研究了英美法上的特定履行这一救济措施的历史渊源、其适用上的限制因素、抗辩事由,及对特定履行进行经济分析的代表性理论。作者特别指出,国际商事合同通则和欧洲合同法原则,在特定履行问题上采纳了大陆法系的做法,即将特定履行(强制实际履行)作为一种比较容易获得的救济措施,是值得效仿的。三是于海涌的《法国不动产优先权制度研究》。我国编纂民法典,是否规定优先权,学术界每有争论。就是在法国和日本,关于优先权的性质亦有争论。有的学者否定优先权的物权性质。本文着重研究法国法上的不动产一般优先权制度和不动产特别优先权制度。四是[荷]L. Timmerman 和 A. Doorman 著《荷兰的小股东权利》。荷兰公司法没有充分规定对小股东的保护,因为通常荷兰公司法中股东的地位较弱,同时荷兰立法者传统上害怕小股东的有力地位将影响公司内部决策的效率。但近年来,出现了强化对小股东保护的趋势。本文是发表于《第16届国际比较法会议荷兰报告》(里斯本,2002)的《荷兰的小股东权利》一文的摘要。第一作者是荷兰格罗宁根大学法学院商法教授,荷兰最高法院总法律顾问。由荷兰格罗宁根大学法学院商法博士研究生李小宁翻译。五是廖军的《英国法上银行账户合并权的性质及其适用》。英国法上,在一般的抵消权之外,有一项专属于银行的权利,叫银行账户合并权。本文研究了英国法上关于银行账户合并权的判例学说,分析银行账户合并权与抵消权、留置权的联系和区别,并探讨了银行账户合并权适用的一般原则。

【国际法】栏刊登两篇文章,一是[英]施米托夫著《冲突避免的理论与实践》。本文认为,第二次世界大战以后,世界政治和经济发展中的三个趋势已经为冲突避免创造了良好的环境。首先是由国家集合组成的超国家地区性组织,其次是各种各样的国际法人的出现,最后是随着现代航空、通讯和核能的发展,国家和居民之间的社会和商业联系正变

得越来越紧密。作者指出,这些发展将会从实践和理论上影响各个国家的冲突体系的特性,将会比以前更加重视冲突的避免,冲突避免将成为与冲突解决同等地位的一门学科。施米托夫是英国当代著名法学家,国际贸易法学的主要创始人之一,曾任联合国法律顾问和联合国国际贸易法委员会主席。由杜焕芳翻译。二是朱岩的《处在历史、现实和理想之间——简评欧洲合同法原则》。随着欧洲统一化进程的加快,越来越多的欧洲法学家认识到,仅仅通过欧共同体条约中统一大市场的法律要求和欧洲共同体(与后来的欧洲联盟)委员会所颁发的单行指令(Directive)及欧洲理事会的规章无法满足该日益迅猛的发展要求。即使是日益完备的国际私法也同样无法为频繁的成员国之间的贸易及投资提供充分的法律框架和保障。正是出于此种原因,统一欧洲合同法的思想和立法建议首先跃上欧洲私法统一的日程。欧洲合同法第一委员会起草了欧洲合同法原则的第一部分,包括:履行(Performance)、不履行(Non-Performance)和救济(Remedies)。欧洲合同法第二起草委员会起草了欧洲合同法原则第二部分,包括:合同的订立(Formation);合同的解释(Interpretation);合同的内容(Contents);合同的效力(Effects)。此外第二委员会还修订了第一部分中关于总则、履行、不履行的规定内容。1995年欧洲合同法起草委员会在瑞典斯德哥尔摩召开会议,与会学者一致认为,该起草工作应继续下去。经过艰苦工作,欧洲合同法原则的第三部分于2001年2月完成(见本卷[资料]栏),至此,一部完整的欧洲合同法原则问世。本文尝试从欧洲私法、特别是欧洲合同法的历史的角度,简评该原则的目的、成就及其基本内容,借以展现当代欧洲私法统一的进程。作者在德国汉堡马克斯—普兰克国际私法与外国私法研究所从事博士后研究。

【硕士学位论文】刊登辜恩臻的《延伸生产者责任(EPR)制度的法律分析》。20世纪以来,废旧产品的处理日益成为重大的社会问题。80年代末,学者提出“延伸生产者责任”的构想,建议由生产者承担回收再利用废旧产品的责任。这一构想很快便风靡全球。我国亦在制定废旧产品的回收立法。本文是研究延伸生产者责任的第一篇硕士论文。[资料]栏刊登《欧洲合同法原则(第三部分)》,由朱岩翻译;德国的《指示仓单条例》,由樊丽君翻译。

记得刚上初中时曾经读过一本小书,书名《小小十年》,记述作者参加大革命的经历和恋情。编者时年约十二三岁,对人生和时事还懵然无知,却被书中内容深深感动,所以至今不忘书名。编者于20世纪90年代初就打算编一份法学刊物,苦于不能获得主管机关批准,不得已采取以书代刊方式。本刊是编者个人主编的纯学术性期刊,每年出4卷,每卷50—60万字。从1994年创刊,迄今正好是“小小十年”。谨缀数语,以资纪念。

编者 2003年12月31日于深圳。



## 目 录

卷首语 ..... ( 1 )

### 【专题研究】

形成权基本理论研究 ..... 申卫星( 1 )

论预期拒绝履行 ..... 朱广新( 29 )

虚拟空间的标准与现实空间的标准

——论电子合同成立的时间与地点 ..... 刘 颖( 94 )

权利管理信息保护制度初论 ..... 赵 威 张建邦(109)

关于出口押汇的若干问题研究 ..... 李金泽(131)

病历的几个民法问题研究 ..... 李 燕(166)

### 【立法问题】

海峡两岸亲属法的互动和趋同 ..... 张毅辉(183)

论入世后我国著作权国际保护体系及著作权

冲突法之完善 ..... 金振豹(214)

清末民事习惯调查说略 ..... 俞 江(229)

### 【域外法】

英美契约受控制度研究 ..... 孙美兰(243)

英美合同法中的特定履行 ..... 张金海(321)

法国不动产优先权制度研究 ..... 于海涌(415)

荷兰的小股东权利

- …… [荷]L. Timmerman and A. Doorman 著 李小宁 译(470)  
英国法上银行账户合并权的性质及其适用 …… 廖 军(504)

### 【国际法】

冲突避免的理论与实践

- … [英]Clive M. 施米托夫 著 杜焕芳 译 黄 进 校(523)  
处在历史、现实和理想之间  
——简评欧洲合同法原则 …………… 朱 岩(562)

### 【硕士学位论文】

- 延伸生产者责任(EPR)制度的法律分析 ……… 辜恩臻(602)

### 【资料】

- 欧洲合同法原则 第三部分…………… 朱 岩 译(651)  
指示仓单条例…………… 樊丽君 译(667)

**专题研究**

## 形成权基本理论研究

申卫星

### 目 次

- 一、私权的分类及形成权概念问题的引出
- 二、“形成权”概念的演变与诞生过程
- 三、形成权的含义与特性
- 四、形成权存立的合理性
- 五、形成权的分类
- 六、形成权的产生、行使、移转和消灭

### 一、私权的分类及形成权概念问题的引出

德国著名学者艾米尔·泽克尔(Emil Seckel)在其名著《民法上的形成权》一书,以其创造性的文字第一次提出了形成权概念,并系统论述了形成权的发生、变更、让与和消灭等问题,被称之为形成权的发现人。<sup>①</sup> 所以,对泽克尔关于形成权的研究成果进行评介,可以说是研究形成权必不可少的基础性工作。

泽克尔(Seckel)对形成权的研究是从权利的分类开始的。泽克尔

---

<sup>①</sup> Hans Dölle, Juristische Entdeckungen, Verhandlungen des 42. deutschen Juristentages, J. C. B Mohr Tübingen, 1959, B11; 王泽鉴:《法学上的发现》,载《民法学说与判例研究》,中国政法大学出版社1998年版,第13页。

在其《民法上的形成权》一书中指出,我们当今的法律思想为权利概念所统治、所支配,据统计,《德国民法典》使用“权利”一词达850次之多。而人们对权利的认知一向是通过对权利的分类来进行的,所以看一看民法的教科书,关于权利分类的章节比比皆是,就不足为奇了。私权可以按照客体、<sup>①</sup>主体<sup>②</sup>和内容<sup>③</sup>的不同分为不同类型的权利,以便人们根据不同权利类型确定其效力。

然而,在私权的分类中却始终有一组权利常常被人们所忽略,例如解除权、终止权、撤回权、撤销权、离婚权、婚姻关系撤销权、诉请确认婚姻无效的权利、拒绝继承和遗赠的权利、继承接受权、要约受领人对要约的受领权、要约受领人的拒绝权、第三人利益合同之第三人的拒绝权、特留份的放弃权、抵销权、提存权、违约金增减请求权、选择之债的选择权、买回权、先买权、狩猎法、渔业法和矿业法上的先占权,等等。

泽克尔(Seckel)总结认为,这些权利的共性有二:一是,他们通过私法意义的法律行为上的意思表示(有时需要借助于国家行为,有时不需要)来行使权利;二是,这些权利的内容不是对其客体现有的直接支配,更多的是一种使权利人能够单方面设定、变更或者消灭特定法律关系的力量。一句话,即形成一定法律关系。这种权利类型与其他权利有

---

① 按照法力说,权利由两个要素构成:一是由法律制度所提供和保护的对特定客体的实际力量(Macht);二是由法律所保护的利益(Interesse)。泽克尔根据私权提供的力是针对人、人的组合还是目的财产、物、特殊财产、非物质财产,而将私权划分为物权、债权、对人所享有的亲属法上的权利、合伙法上的权利和对特殊财产的亲属法和继承法上的权利、对于发现、作品和姓名的权利,等等。Emil Seckel, Die Gestaltungsrecht des Bürgerlichen Rechts Wissenschaftliche Buchgemeinschaft Darmstadt, 1903, S. 6.

② 泽克尔认为根据权利主体之有无,可以将权利分为有主体之权利和无主体之权利。泽克尔认为无主体权利概念并非来源于民法学说上的虚构,德国民法典就承认这种无主体之权利,如,在等待胎儿继承的遗产上的权利,胎儿的监护人就是这无主体财产的监护人。对先位继承人形成约束的后位继承人的权利也可能是无主体权利(假如后为继承人尚未孕育或者出生)。再如,被抛弃的土地上也可以被认为是存在着无主体的所有权(Seckel, a. a. O., S. 6.)。对于无主体权利的存无,是一个很有争议的理论问题,笔者拟另行撰文讨论。

③ 根据权利内容(效力)的不同,泽克尔认为权利可以分为绝对权和相对权。Seckel, a. a. O., S. 7.

着本质的不同。如果说这种权利的行使是为了设定一种支配权,那么这种权利构成了将要设定的支配权的预备(先期)阶段(Vorstadium)。①也就是说这种权利类型是当时的支配权与请求权的二分法权利体系所无法统摄的。

而在德国民法典中对于此类性质的权利明文加以规定少数,例如,先占权、撤销权、排除权、确定权、终止权、解除权、先买权、选择权、撤回权、买回权等具体权利,对于这样一组个性鲜明的权利群,其上位概念,却付之阙如。由此激发了富有思辨和创造爱好的德国学者们对这类权利进行命名的巨大热情。

当然,形成权创立的最主要动因是因为当时德国正在进行实体法与诉讼法的体系划分,在此过程中,人们认识到有这样一类权利无法为支配权、请求权这些原有的权利类型所包容,而如何对这类权利的法律地位及法律效力加以体系化,成为当时法学需要研究的重要问题。②我国台湾学者林诚二先生更是认为,形成权理论的发展,究其实质,乃是原欲求一权能与诉讼法有关联性存在,使得诉讼法上的形成之诉有实体法的依据。③

## 二、“形成权”概念的演变与诞生过程

德国著名法学家汉斯·多勒(Hans Döle)1958年在德国法学家第42届年会上发表演讲“法学上的发现”时称,如其所见无误的话,形成权发现的基础是由埃内克策鲁斯(Enneccerus)奠定的。④实际上这一结论并不准确,1889年埃内克策鲁斯(Enneccerus)在其《法律行为》一书中所提出的取得权

---

① Emil Seckel, Die Gestaltungsrecht des Bürgerlichen Rechts Wissenschaftliche Buchgemeinschaft Darmstadt, 1903, S. 8—9.

② [日]本田纯一:《形成权概念的意义及功能》,王敬毅、杨丽君译,《外国法译评》1996年第2期。

③ 林诚二:《论形成权》,载杨与龄主编《民法总则争议问题研究》,1998年版,第66页。

④ Hans Döle, Juristische Entdeckungen, Verhandlungen des 42. deutschen Juristentages, J. C. B Mohr Tübingen, 1959, B10; 王泽鉴:《法学上的发现》,载《民法学说与判例研究》,中国政法大学出版社1998年版,第13页。

能(Erwerbsberechtigungen)概念更多的是指向期待权。<sup>①</sup>

真正对形成权进行系统研究应自齐特尔曼(Zitelmann)和黑尔维希(Hellweig)始,<sup>②</sup>齐特尔曼(Zitelmann)在其名著《国际私法》(II, 1 1898)和充满启发性的《民法总则概要》(1900)一书中,针对私法上这样一组权利群提出了所谓的“法律上能为之权利”(Rechte des rechtlichen Könnens)的概念,这一概念基本上涵盖了民法中所有的这类权利。Hellweig在其深刻难懂的作品《请求权与诉权》(1900)、《法律效力》(1901)、《民事诉讼法教科书》(1903)中对齐特尔曼的观点表示赞同。但Hellweig在齐特尔曼所使用的“法律上能为之权利”中正确地剔除了“权利上的权利”。

而克罗默(Crome)则认为齐特尔曼(Zitelmann)“法律上能为之权利”概念过于抽象,代之以“反对权”(Gegenrecht)相称,在“反对权”之下包括撤销权、抵消权、解除权、各种买回权、终止权、离婚权、没收权、抗辩权。<sup>③</sup>对此,贝克尔(Bekker)称之为消极权利(negatives Recht)。

对于克罗默(Crome)提出的“反对权”(Gegenrecht),泽克尔(Seckel)认为这一概念一方面过窄,仅以反对这一消极权能为核心,就会将诸如先占权、重新获得权(例如夫妻财产的重新获得权、父母监护权的重新获得权、权利转让被撤销后的重新获得权)、先买权等排除在外;另一方面这一概念又过宽,这种反对权中还包含了本质不同的权利,即仅使请求行为失效的阻碍权(抗辩权)。<sup>④</sup>泽克尔进一步指出,我们对这些权利类型给出的上位概念,既不能太宽,也不能太窄。因此,所谓的反对权、

<sup>①</sup> Raiser, a. a. O., S. 14.

<sup>②</sup> 在此之前,学者们的研究只是在个别方面对“形成权”的形成有所贡献。例如,Thon在其1878年的名著《法律规范与权利》中只是对权利人对权利的处分权进行了研究;Windscheid在其1887年第6版的大作《潘德克吞法学》第1卷第37章中分析了终止权与债权的不同,并对形成权进行了简单的归纳,但他只承认了合同解除权和终止权两种形成权。

<sup>③</sup> Carl Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Tübingen/Leipzig, 1910, S. 2f.

<sup>④</sup> Emil Seckel, Die Gestaltungsrecht des Bürgerlichen Rechts Wissenschaftliche Buchgemeinschaft Darmstadt, 1903, S. 10, Fn. 9.

消极权利或者取得权能这些概念都不能考虑。<sup>①</sup>

对于齐特尔曼(Zitelmann)主张的“法律上能为之权”的概念,泽克尔(Seckel)认为该概念存在着内在和外在的缺陷。其外在的缺陷是显而易见的,这一称呼的构词是多音节的,<sup>②</sup>称呼起来不方便,在语言上也很难扩展开来,例如我们如何称呼这样一项权利的主体,我们总不能称之为能权人(Kannberechtigter)吧?其内在的缺陷在于,法律上之能为存在于任何一种权利之中,它不仅存在于所谓的法律上能为之权(Rechte des rechtlichen Könnens)中,而且也存在于齐特尔曼所指称的法律允许之权<sup>③</sup>(Rechte des rechtlichen Dürfens)和法律上得为之权<sup>④</sup>(Rechte des rechtlichen Sollens)当中。对此,恩德曼(Endmann)在其《民法总则》中早就指出,德国民法典使用的“能”(Können)这一词,不限于所谓的能权(Kannrecht),也指可为之权(Darfrecht)和得为之权(Sollrecht)。耶律内克(Jellinek)也在1892年就曾强调过,“任何一项私权都将必不可少的可为和能为包含于一身”、“缺少能为的可为是不可想象的”。所以泽克尔认为,齐特尔曼的可为之权、得为之权与能为之权的权利三分法是有缺陷的,可为之权和得为之权是从消极方面,而能为之权则是从积极方面确定他们的这些名称的。可见,这些称呼也并不能截然地将他们区分开。<sup>⑤</sup>

最终泽克尔(Seckel)在其名著《民法上的形成权》中建议,将这一颇有争议的权利称之为形成权。<sup>⑥</sup>之所以称之为形成权乃是因为泽克尔认为,这一称呼是与其所指称的这些权利的特性相吻合,即它们的作用都在于形成一定的法律关系,而这一点又恰恰是其他任何类型权利群所不具有的特征,足以使其与其他权利类型相区别。也就是说这一称谓说出了它与其他权利类型所不同的独有特征。

这一称谓还有一个优点,不像齐特尔曼所主张的“法律上能为之权”(Rechte des rechtlichen Könnens)概念那样啰唆,形成权(Gestaltungsrecht)则很

① Seckel, a. a. O., S. 11.

② 德文上“法律上能为之权”的表述为:Recht des rechtlichen Könnens.

③ 即绝对支配权(absolute Herrschaftsrechte)。

④ 即相对支配权(relative Herrschaftsrechte)。

⑤ Seckel, a. a. O., S. 11.

⑥ Seckel, a. a. O., S. 12.

方便称呼。而且在语言学上形成权(Gestaltungsrecht)也有很强的形成能力,可以扩展很多相关词汇,如形成权人(Gestaltungsberechtigter)。再有,这一称呼也与当时诉讼法上刚刚出现的一个重要词汇“形成权利的判决”(rechtsgestaltende Urteil)相对应。泽克尔(Seckel)说,他更愿意称其为“形成判决”(Gestaltungsurteil),这种判决往往是与实体法上的形成权紧密相连的。<sup>①</sup>正是由于以上原因,形成权的概念一经泽克尔提出,便为人们所普遍接受,并广为利用,泽克尔也遂因此而成名。

德国著名法学家汉斯·多勒(Hans Döle)对泽克尔的形成权概念给予了很高的评价,在1958年的德国第42届法学家年会上,称形成权概念的提出为“法学上的发现”。汉斯·多勒认为形成权概念的提出,扩张了权利的范畴。因为,在泽克尔提出形成权概念前,长期以来,法学者已习惯于将法律上所承认的具体权利主体的权能,定性为支配权或者请求权,并且依照这种分类原则来决定其结构,其绝对性或相对性,其所包含的“能为”与“得为”,其行使或者主张的法律效果、界限等其他问题。<sup>②</sup>而形成权的提出使人们认识到除了支配权和请求权外,尚有其他重要权利类型存在,由此扩张了人们的研究视野。

我国台湾学者林诚二教授认为,形成权的发现,使仅需单方意思表示即可发生得丧变更的法律现象获得了类型化的弥补。<sup>③</sup>汉斯·多勒更是进一步指出,形成权此一类型的发现,增进了我们对法律现象的认识,使权利系谱更为完整,使我们能够借助在更完整体系上的认识和正确理论上的问题提出,运用更加丰富多彩的法学形式要素,更妥适地规

---

<sup>①</sup> Vgl. Emil Seckel, Die Gestaltungsrecht des Bürgerlichen Rechts Wissenschaftliche Buchgemeinschaft Darmstadt, 1903, S. 12.

<sup>②</sup> Hans Döle, Juristische Entdeckungen, Verhandlungen des 42. deutschen Juristentages, J. C. B Mohr Tübingen, 1959, B10, 王泽鉴:《法学上的发现》,载《民法学说与判例研究》,中国政法大学出版社1998年版,第12页。

<sup>③</sup> 林诚二:《论形成权》,载杨与龄主编《民法总则争议问题研究》,1998年版,第66页。



律社会生活。<sup>①</sup>

### 三、形成权的含义与特性

#### (一) 形成权的含义

私法上的形成权乃是一种私权,其内容是可以通过单方法律行为形成一定法律关系的力量。<sup>②</sup>形成权系赋予权利人得依其意思而形成一定法律效果的法律之力(Power/Macht),相对人并不负有相对应的义务,只是受到拘束,须容忍此项形成及其法律效果。<sup>③</sup>所谓形成一定法律关系,无非是指设立、变更或者消灭一定法律关系。

因形成权的行使而受到影响的法律具体法律关系会是各种各样的,可以是一种支配权和请求权(以及与其相关的约束、负担、义务和责任),也可以是一种形成权,比如,对以先买权为基础而建立的合同的撤销;也可以是一种权力或负担,例如,期限指定权和清偿权行使后的效力。

有时,形成权的行使涉及到的不是一种法律关系,而是一种法律存在(法律主体),这在私法上很少见。例如照德国商法典第309条规定而产生的股份有限公司的消灭和按照德国民法典第41条的财团的自动解散。

形成权行使的手段是基于法律行为而进行的单方意思表示。这种单方法律行为可以是生前法律行为,也可以是死后法律行为,如对继承份额的剥夺、婚姻关系的承认(Anerkennung der Ehelichkeit)。对于其效力的判定有时须结合一定的国家行为(如形成判决、对管辖权发生争议的形成决定等),有时则无需国家行为的介入。

形成权概念并不限于私法领域,公法领域的形成权也发挥其重要作用,甚至有时比在民法领域的作用更有意义。公法性质的形成权和行政形成权(Amtsgestaltungsrecht)在德国的私法法典和法规中也能找

<sup>①</sup> Hans Dölle, Juristische Entdeckungen, Verhandlungen des 42. deutschen Juristentages, J. C. B Mohr Tübingen, 1959, B12, 王泽鉴:《法学上的发现》,载《民法学说与判例研究》,中国政法大学出版社1998年版,第14—15页。

<sup>②</sup> Seckel, a. a. O., S. 12.

<sup>③</sup> 王泽鉴:《民法总则》,第97页。