

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目

 全国博士后管理委员会

# 论法律行为的概念

Concept of Legal Transaction

窦海阳 著



# 论法律行为的概念

Concept of Legal Transaction

窦海阳 著



社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

## 图书在版编目(CIP)数据

论法律行为的概念/窦海阳著. —北京: 社会科学文献出版社,  
2013. 7

(中国社会科学博士后文库)

ISBN 978-7-5097-4829-9

I. ①论… II. ①窦… III. ①法律行为-研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 149010 号

· 中国社会科学博士后文库 ·

## 论法律行为的概念

著 者 / 窦海阳

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮 政 编 码 / 100029

责任部门 / 社会政法分社 (010) 59367156 责任编辑 / 刘俊静 赵建波

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

责任校对 / 李海云

项目统筹 / 刘骁军

责任印制 / 岳 阳

经 销 / 社会科学文献出版社营销中心 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 北京季峰印刷有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

印 张 / 11.75

版 次 / 2013 年 7 月第 1 版


字 数 / 200 千字

印 次 / 2013 年 7 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-4829-9

定 价 / 45.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换

 版权所有 翻印必究

# 编委会及编辑部成员名单

## (一) 编委会

主任：李 扬 王晓初

副主任：晋保平 张冠梓 孙建立 夏文峰

秘书长：朝 克 吴剑英 邱春雷 胡 滨 (执行)

成 员 (按姓氏笔画排序)：

卜宪群	王 巍	王利明	王灵桂	王国刚	王建朗	厉 声
朱光磊	刘 伟	杨 光	杨 忠	李 平	李 林	李 周
李 薇	李汉林	李向阳	李培林	吴玉章	吴振武	吴恩远
张世贤	张宇燕	张伯里	张昌东	张顺洪	陆建德	陈众议
陈泽宪	陈春声	卓新平	罗卫东	金 碚	周 弘	周五一
郑秉文	房 宁	赵天晓	赵剑英	高培勇	黄 平	曹卫东
朝戈金	程恩富	谢地坤	谢红星	谢寿光	谢维和	蔡 昉
蔡文兰	裴长洪	潘家华				

## (二) 编辑部

主任：张国春 刘连军 薛增朝 李晓琳

副主任：宋 娜 卢小生 高传杰

成 员 (按姓氏笔画排序)：

王 宇	吕志成	刘丹华	孙大伟	陈 颖	金 烨	曹 靖
薛万里						

# 序 一

博士后制度是 19 世纪下半叶首先在若干发达国家逐渐形成的一种培养高级优秀专业人才的制度，至今已有一百多年历史。

20 世纪 80 年代初，由著名物理学家李政道先生积极倡导，在邓小平同志大力支持下，中国开始酝酿实施博士后制度。1985 年，首批博士后研究人员进站。

中国的博士后制度最初仅覆盖了自然科学诸领域。经过若干年实践，为了适应国家加快改革开放和建设社会主义市场经济制度的需要，全国博士后管理委员会决定，将设站领域拓展至社会科学。1992 年，首批社会科学博士后人员进站，至今已整整 20 年。

20 世纪 90 年代初期，正是中国经济社会发展和改革开放突飞猛进之时。理论突破和实践跨越的双重需求，使中国的社会科学工作者们获得了前所未有的发展空间。毋庸讳言，与发达国家相比，中国的社会科学在理论体系、研究方法乃至研究手段上均存在较大的差距。正是这种差距，激励中国的社会科学界正视国外，大量引进，兼收并蓄，同时，不忘植根本土，深究国情，开拓创新，从而开创了中国社会科学历史上最为繁荣的时期。在短短 20 余年内，随着学术交流渠道的拓宽、交流方式的创新和交流频率的提高，中国的社会科学不仅基本完成了理论上从传统体制向社会主义市场经济体制的转换，而且在中国丰富实践的基础上展开了自己的

伟大创造。中国的社会科学和社会科学工作者们在改革开放和现代化建设事业中发挥了不可替代的重要作用。在这个波澜壮阔的历史进程中，中国社会科学博士后制度功不可没。

值此中国实施社会科学博士后制度 20 周年之际，为了充分展示中国社会科学博士后的研究成果，推动中国社会科学博士后制度进一步发展，全国博士后管理委员会和中国社会科学院经反复磋商，并征求了多家设站单位的意见，决定推出《中国社会科学博士后文库》（以下简称《文库》）。作为一个集中、系统、全面展示社会科学领域博士后优秀成果的学术平台，《文库》将成为展示中国社会科学博士后学术风采、扩大博士后群体的学术影响力和社会影响力的园地，成为调动广大博士后科研人员的积极性和创造力的加速器，成为培养中国社会科学领域各学科领军人才的孵化器。

创新、影响和规范，是《文库》的基本追求。

我们提倡创新，首先就是要求，入选的著作应能提供经过严密论证的新结论，或者提供有助于对所述论题进一步深入研究的新材料、新方法和新思路。与当前社会上一些机构对学术成果的要求不同，我们不提倡在一部著作中提出多少观点，一般地，我们甚至也不追求观点之“新”。我们需要的是有翔实的资料支撑，经过科学论证，而且能够被证实或证伪的论点。对于那些缺少严格的前提设定，没有充分的资料支撑，缺乏合乎逻辑的推理过程，仅仅凭借少数来路模糊的资料和数据，便一下子导出几个很“强”的结论的论著，我们概不收录。因为，在我们看来，提出一种观点和论证一种观点相比较，后者可能更为重要：观点未经论证，至多只是天才的猜测；经过论证的观点，才能成为科学。

我们提倡创新，还表现在研究方法之新上。这里所说的方法，显然不是指那种在时下的课题论证书中常见的老调重弹，诸如“历史与逻辑并重”、“演绎与归纳统一”之类；也不是我们在很多论文中见到的那种敷衍塞责的表述，诸如“理论与实证分析

的统一”等等。我们所说的方法，就理论研究而论，指的是在某一研究领域确定或建立基本事实以及这些事实之间关系的假设、模型、推论及其检验；就应用研究而言，则指的是根据某一理论假设，为了完成一个既定目标，所使用的具体模型、技术、工具或程序。众所周知，在方法上求新如同在理论上创新一样，殊非易事。因此，我们亦不强求提出全新的理论方法，我们的最低要求，是要按照现代社会科学的研究规范来展开研究并构造论著。

我们支持那些有影响力的著述入选。这里说的影响力，既包括学术影响力，也包括社会影响力和国际影响力。就学术影响力而言，入选的成果应达到公认的学科高水平，要在本学科领域得到学术界的普遍认可，还要经得起历史和时间的检验，若干年后仍然能够为学者引用或参考。就社会影响力而言，入选的成果应能向正在进行的社会经济进程转化。哲学社会科学同自然科学一样，也有一个转化问题。其研究成果要向现实生产力转化，要向现实政策转化，要向和谐社会建设转化，要向文化产业转化，要向人才培养转化。就国际影响力而言，中国哲学社会科学要想发挥巨大影响，就要瞄准国际一流水平，站在学术高峰，为世界文明的发展作出贡献。

我们尊奉严谨治学、实事求是的学风。我们强调恪守学术规范，尊重知识产权，坚决抵制各种学术不端之风，自觉维护哲学社会科学工作者的良好形象。当此学术界世风日下之时，我们希望本《文库》能通过自己良好的学术形象，为整肃不良学风贡献力量。

李劫

中国社会科学院副院长

中国社会科学院博士后管理委员会主任

2012年9月

## 序 二

在 21 世纪的全球化时代，人才已成为国家的核心竞争力之一。从人才培养和学科发展的历史来看，哲学社会科学的发展水平体现着一个国家或民族的思维能力、精神状况和文明素质。

培养优秀的哲学社会科学人才，是我国可持续发展战略的重要内容之一。哲学社会科学的人才队伍、科研能力和研究成果作为国家的“软实力”，在综合国力体系中占据越来越重要的地位。在全面建设小康社会、加快推进社会主义现代化、实现中华民族伟大复兴的历史进程中，哲学社会科学具有不可替代的重大作用。胡锦涛同志强调，一定要从党和国家事业发展全局的战略高度，把繁荣发展哲学社会科学作为一项重大而紧迫的战略任务切实抓紧抓好，推动我国哲学社会科学新的更大的发展，为中国特色社会主义事业提供强有力的思想保证、精神动力和智力支持。因此，国家与社会要实现可持续健康发展，必须切实重视哲学社会科学，“努力建设具有中国特色、中国风格、中国气派的哲学社会科学”，充分展示当代中国哲学社会科学的本土情怀与世界眼光，力争在当代世界思想与学术的舞台上赢得应有的尊严与地位。

在培养和造就哲学社会科学人才的战略与实践上，博士后制度发挥了重要作用。我国的博士后制度是在世界著名物理学家、诺贝尔奖获得者李政道先生的建议下，由邓小平同志亲自决策，经国务



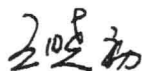
院批准于1985年开始实施的。这也是我国有计划、有目的地培养高层次青年人才的一项重要制度。二十多年来，在党中央、国务院的领导下，经过各方共同努力，我国已建立了科学、完备的博士后制度体系，同时，形成了培养和使用相结合，产学研相结合，政府调控和社会参与相结合，服务物质文明与精神文明建设的鲜明特色。通过实施博士后制度，我国培养了一支优秀的高素质哲学社会科学人才队伍。他们在科研机构或高等院校依托自身优势和兴趣，自主从事开拓性、创新性研究工作，从而具有宽广的学术视野、突出的研究能力和强烈的探索精神。其中，一些出站博士后已成为哲学社会科学领域的科研骨干和学术带头人，在“长江学者”、“新世纪百千万人才工程”等国家重大科研人才梯队中占据越来越大的比重。可以说，博士后制度已成为国家培养哲学社会科学拔尖人才的重要途径，而且为哲学社会科学的发展造就了一支新的生力军。

哲学社会科学领域部分博士后的优秀研究成果不仅具有重要的学术价值，而且具有解决当前社会问题的现实意义，但往往因为一些客观因素，这些成果不能尽快问世，不能发挥其应有的现实作用，着实令人痛惜。

可喜的是，今天我们在支持哲学社会科学领域博士后研究成果出版方面迈出了坚实的一步。全国博士后管理委员会与中国社会科学院共同设立了《中国社会科学博士后文库》，每年在全国范围内择优出版哲学社会科学博士后的科研成果，并为其提供出版资助。这一举措不仅在建立以质量为导向的人才培养机制上具有积极的示范作用，而且有益于提升博士后青年科研人才的学术地位，扩大其学术影响力和社会影响力，更有益于人才强国战略的实施。

今天，借《中国社会科学博士后文库》出版之际，我衷心地希望更多的人、更多的部门与机构能够了解和关心哲学社会科学领域博士后及其研究成果，积极支持博士后工作。可以预见，我国的

博士后事业也将取得新的更大的发展。让我们携起手来，共同努力，推动实现社会主义现代化事业的可持续发展与中华民族的伟大复兴。



人力资源和社会保障部副部长  
全国博士后管理委员会主任

2012年9月

## 摘 要

“法律行为”概念是在长期的历史演变过程中，基于各种因素的综合影响，最终由德国潘德克顿学者提出的。该概念在提出之时被界定为“意思表示”或者以“意思表示”为核心的行为。尽管这种定义曾经作为学界的主流观点影响很大，但是也存在诸多缺陷，不断受到学者们的质疑，在很大程度上已经不再完全适合作为认识法律行为概念的唯一视角了。因此，学者们提出了各种新的学说定义，试图补全对法律行为概念的认识。在这些新的学说定义中，“规范说”能够对法律行为概念进行更为科学的界定。据此，法律行为就可以被定义为民事主体对与他人之间关系中自己的利益进行自我规制的规范性行为。法律行为具有“规范性”本质，这不仅可以在凯尔森的观点中找到理论层面的支持，而且还可以从与法律规范的关系中得到实践层面的证明。对于法律行为概念“规范性”的肯定具有重大的意义，可以更好地实现法律行为概念的存在价值。在法律行为概念的“规范性”定义中，个人的权限主要在于提出法律行为的内容，而法律的权限则主要在于确定法律行为的效果，两种权限不能混同。法律行为概念还会涉及自治与控制的问题。私人自治是形成法律行为的基础，但是，强行性法律规范以及社会的公序良俗会对自治行为进行控制，以使其在不损害社会公共利益的轨道上运行。在中国法中，应当采用“法律行为”这一概念。在对该概念的认识上，应当抛弃原来“合法行为”说的观点，除了应当回归传统的“意思表示”说之外，还应当以“规范说”为基础对法律行为概念进行重新认识。

关键词：法律行为概念 意思表示说 规范说

## Abstract

The concept of legal transaction was formulated by German jurists under the influence of some factors. At the beginning, this concept was defined as “declaration of intent” or the act based on the “declaration of intent”. Although this definition was the mainstream view, it is challenged constantly by scholars due to its defects and to a certain extent it should not be regarded as the only way to understand the concept of legal transaction. Therefore, different new theories have been formulated to redefine the concept of legal transaction. Among these, the normological theory is more precise. According to the normological theory, the legal transaction is the act taken by a civil subject to regulate his interests in the relationship with others. Legal transaction has the normological nature, which is theoretically supported by the opinion of Hans Kelsen, and practically proven by the relationship with law. The confirmation of this nature is so significant that can represent the value of legal transaction more evidently. In the definition of legal transaction, there are two kinds of competence: the competence of individual is to determine the content of legal transaction, while the competence of law is to determine the effect of legal transaction. Furthermore, in this definition the issues of autonomy and control should also be considered. The private autonomy is the foundation of legal transaction, but the law and social custom will control the autonomic act in order to avoid damages to public interests. In Chinese laws, the terminology of “legal transaction” should be

adopted, and should be defined on the basis of the normological theory.

**Key Words:** Concept of Legal Transaction; the Theory of “Declaration of Intent”; the Normological Theory

# 目 录

引 言 .....	1
第一章 法律行为概念的形成 .....	9
第一节 罗马法：“法律行为”概念的缺失 .....	9
一、实质意义上法律行为的存在 .....	9
二、形式意义上法律行为的缺失 .....	14
第二节 中世纪法：法律行为概念的隐现 .....	16
一、法律行为概念隐现的法律基础：罗马法的延续 .....	16
二、法律行为概念隐现的社会基础：自治社会的回归 .....	21
第三节 近代德国法：法律行为概念的提出 .....	23
一、法律基础：近代德国法对罗马法的继承与发展 .....	24
二、理论影响：以“意志论”和“行为论”为主的理论 .....	27
三、其他相关因素：语言的专业化与思维的抽象化 .....	31
四、法律行为概念的形成与“Rechtsgeschäft”术语的提出 .....	35
第四节 法律行为概念的存在意义 .....	41
一、对私法自治原则的贯彻 .....	41
二、对民法体系的精妙建构 .....	44
第二章 法律行为概念定义的学说 .....	46
第一节 法律行为概念的传统定义 .....	46
一、“意思表示说”的提出 .....	47
二、“意思表示说”的修正 .....	49

三、“意思表示说”的影响	57
四、“意思表示说”的缺陷	58
<b>第二节 法律行为概念的新定义</b>	64
一、“表示说”	64
二、“私法自治功能说”	67
三、“规范说”	69
<b>第三章 法律行为概念的定义</b>	77
<b>第一节 法律行为概念定义方法的确定</b>	77
一、概念定义方法的概述	77
二、“规定功能”的定义方法	79
<b>第二节 法律行为概念的“规范性”定义</b>	81
一、私人自治	82
二、法律对私人自治的承认	88
三、法律行为概念的“规范性”定义	91
<b>第三节 法律行为概念的“规范性”</b>	97
一、法律行为概念的“规范性”在理论层面的支持	97
二、法律行为概念的“规范性”在实践层面的证明	103
三、确定法律行为概念“规范性”的意义	105
<b>第四节 法律行为概念中的个人与法律</b>	107
一、个人与法律	107
二、个人的权限与法律的权限	109
三、个人约定与法律规范之间的变化	113
<b>第五节 法律行为概念中的自治与控制</b>	114
一、法律行为概念中的自治	114
二、法律行为概念中的控制	115
<b>第四章 法律行为概念在中国法中的状况与建构</b>	120
<b>第一节 法律行为概念在中国法中的状况</b>	120
一、我国关于法律行为概念的立法状况	120
二、我国关于法律行为概念的理论现状	130

第二节 法律行为概念在中国法中的反思与建构 .....	145
一、关于法律行为概念的接受 .....	145
二、关于法律行为概念术语的选择 .....	149
三、关于法律行为概念定义的确定 .....	152
结 论 .....	156
参考文献 .....	159
后 记 .....	164



# Contents

Introduction	/ 1
1 History of the concept of legal transaction	/ 9
1.1 Roman law; absence of the concept of legal transaction	/ 9
1.1.1 Presence of legal transaction in the substantive sense	/ 9
1.1.2 Absence of legal transaction in the formal sense	/ 14
1.2 Mediaeval law; germination of the concept of legal transaction	/ 16
1.2.1 Legal foundation of the concept of legal transaction: the continuance of Roman law	/ 16
1.2.2 Social foundation of the concept of legal transaction: the return of autonomous society	/ 21
1.3 Contemporary German law; formulation of the concept of legal transaction	/ 23
1.3.1 Legal foundation: inheritance and development of Roman law	/ 24
1.3.2 Theoretical influence: theory of intent and theory of act	/ 27
1.3.3 Other factors: professionalism of language and abstraction of thinking	/ 31
1.3.4 Formulation of the concept of legal transaction and the term of “Rechtsgeschäft”	/ 35