

博

士



中国人民大学
博士文库

民事 法律行为

——合同、遗嘱
和婚姻行为的
一般规律

董安生 著

文

庫

民事 法律行为

——合同、遗嘱
和婚姻行为的
一般规律

董安生 著

中国人民大学出版社

(京)新登字 156 号

北京市社会科学理论著作出版基金资助

中国人民大学博士文库

民事法律行为

——合同、遗嘱和婚姻行为

董安生 著

出版者：中国人民

发行者：中国人民

(北京海淀

印刷者：北京市丰

经销者：新华书店总店

开 本：850×1168 毫米 32开

字 数：217 000

印 张：9.75 插页 2

版 次：1994 年 6 月第 1 版

印 次：1994 年 6 月第 1 次印刷

册 数：1—6 500

书 号：ISBN7-300-01870-X/D·254

定 价：8.00 元

《中国人民大学博士文库》

总 序

《中国人民大学博士文库》以反映中国人民大学博士学位研究生的研究成果（博士论文），促进哲学社会科学的繁荣、发展，促进我校科学研究和教学活动，扶植学术新生力量为主要宗旨。

我国的社会主义建设，是一项空前未有的宏伟艰巨的事业。为了使这一事业能够沿着正确的轨道顺利前进，必须有马克思主义理论的指导和掌握现代科学知识。马克思主义经典作家早就指出，一个国家想要站在科学的最高峰，就一刻也不能没有理论思维。应当清醒地看到，同社会主义现代化建设发展的实践相对照，当前的理论研究，还显得很不相称。对理论的冷淡和忽视，已经给我们的社会主义建设和改革、开放带来了严重的危害。没有马克思主义理论的指导，不懂得现代科学知识，我们不但会在决策上发生这样那样的失误，甚至会使我们在社会主义的大道上迷失方向。因此，在改革开放和建设社会主义的伟大实践中，创造性地研究和发 展马克思主义理论，用现代科学知识武装我们的头脑，就具有特别重要的意义。

博士研究生，是中国人民大学最高层次的学位研究生，他们有坚实而宽广的基础理论，系统而深入的专业知识，有较高的理论造诣和较强的分析能力。他们的许多论文坚持马克思主义的立

场、观点和方法，紧密结合实际，对有关课题进行了深入的探讨，在同一课题或相关学科、相关专业的研究方面，达到了较高的学术水平。这些论文，不但在理论上具有科学性和开拓性，而且内容新颖、立论严谨，既有较高的学术价值，又有重要的现实意义。

《中国人民大学博士文库》，由中国人民大学研究生院、科研处、出版社和书报资料社共同筹集出版基金，中国人民大学出版社编辑出版。《中国人民大学博士文库》以每年答辩的博士论文为选题范围，筛选其中的优秀论文，逐年陆续编辑出版。

社会主义改革开放在日新月异地发展，为马克思主义的理论上的创新，提供了广阔的天地。伟大的时代，正召唤着与其相适应的理论成果。广大中青年理论工作者，特别是获得博士学位的研究生，必将会对活跃和繁荣我国的理论研究，发挥重要的作用。当此《中国人民大学博士文库》和读者见面的时候，我衷心地希望更多的博士研究生，通过自己的辛勤劳动和刻苦钻研，写出更多、更好的学位论文，有更多的人才脱颖而出，在我国的现代化事业中发挥应有的作用。

罗国杰

1988年10月

前 言

民事法律行为制度在传统民法中又称为法律行为制度，这一制度及其相关的理论在现代民法和民法学中均居于重要的地位。作为民法总则的一般规定，它统辖着合同法、遗嘱法和婚姻法等具体的设权行为规则，形成民法中不同于法定主义体系的独特法律调整制度；作为观念抽象，它又以系统完备的理论形态概括了民法学中一系列精致的概念和原理，形成学说中令人瞩目的独立领域。大陆法学者誉之为“民法规则理论化之象征”，“大陆法民法学中最辉煌的成就”，而其实际影响已远远超出了民法自身的范围。

在我国民法理论中，对于法律行为制度的研究是一始终受到关注但又不乏薄弱的环节。一方面，民法教科书中广泛而类同的理论介绍往往与专论研究中不多的深入分析形成鲜明的对比；另一方面，许多学者对于法律行为理论中一系列问题的认识又有相悖和争议之处。这种状况表明：我国民法学说与实践对于传统法律行为理论的借鉴和发展也不能不经历某种学术争鸣和逐步繁荣的阶段。从形式意义上讲，法律行为制度是一项年轻的法律制度，民法学说将其理论化的过程仅始自上一世纪，从《德国民法典》创

其系统化制度至今尚不足百年；从实质意义上说，有关法律行为的基本规则又构成传统民法中一项古老的法律制度，从古代法至今，无论是大陆法国家还是英美法国家的民事法律中始终不能不为此设权行为制度留有一席之地。由此形成法律史上制度与学说之间发展极不平衡又相互作用的奇观。可以说，法律行为制度是民法学研究中一个极端重要而又有待于重新发掘和检讨的领域。

我对民事法律行为理论的兴趣和关注均始于攻读博士学位之后，早在我硕士论文的答辩中，先师佟柔教授就已提出：民法学必须从理论上对法律行为适用范围的问题作出回答，这是对法律行为制度研究的起点。全部民事法律关系从调整方法角度可分为两部分：其中一部分法律关系可直接借助法定主义方式确定其权利义务内容并直接得以实现，另一部分法律关系则必须通过法律行为制度才能完成其内容确定和实现过程。世界各国民法中何以均需要有法律行为制度，这一制度在怎样的范围内有其适用的必然性，为实现其法律调整功能应当建立和完善怎样的民法原则和规则，对这些问题的回答将构成法律行为理论研究的线索和要点。正是在佟柔导师的帮助和鼓励下，才确定了我的研究方向和论文选题；正是在佟柔导师睿智的指点和启发下，我才从炼狱之门开始了艰难的跋涉。在后来的研究和论文写作过程中，我对于现代民法学所创立的法律行为理论之抽象和艰深有了新的理解，对于民法之博大精深和高度的技术性又有了新的认识，我深深感到，由众多大陆法学者所协力构建的法律行为理论是一个亟待我国学界前辈和同仁共同深入研讨，而又为我个人力所不逮的领域。如果这篇竭尽心血的论文中还偶有所得的话，那首先应归功于佟柔导师的指教。

本文的写作偏重于从具体设权行为规则（如合同规则）到一般法律行为规则的法律抽象过程；基于这一思路，文章相继探讨了各国民法中法律行为制度普遍存在的根源、法律行为制度的适用范围、意思自治原则的价值、法律行为理论的基本概念及其关系、法律行为规则的基本内容、意思表示理论、对法律行为控制的法律方法等问题。对于我国民法理论中论述较多的内容则力图仅作简要概括。鉴于本文所涉问题广泛而复杂，而作者本人又才疏学浅，论述中必有疏漏和错误，其中的观点错误均应由作者负责。在此谨诚挚地希望能得到专家学者和有意于本论题研究的同仁的批评指正。

目 录

前言	1
第一章 法律行为制度的历史	1
第一节 罗马法与法律行为制度	1
一、罗马法中的要式交易行为与物权移转行为	3
二、罗马法中的契约行为	8
三、罗马法中的遗嘱行为	12
四、罗马法中的适法行为和法律行为原理	16
第二节 法国民法与法律行为制度	19
一、合同自由原则产生的基础	19
二、法国民法中的合同自由原则和法律行为制度	22
三、《法国民法典》之后的法律行为观念	26
第三节 德国民法中的法律行为制度	29
一、法律行为概念与理论的产生	29
二、《德国民法典》和法律行为制度	32
三、法律行为制度的法律影响	34

第二章 法律行为的适用范围与意思自治	37
第一节 法律行为制度的适用范围	37
一、客观法与主观权利	37
二、大陆法学者关于法律行为制度适用范围的 思想及评价	41
三、笔者对法律行为制度适用范围的认识	49
第二节 意思自治原则	58
一、意思自治原则的本质和内容	58
二、民法理论中对于法律行为效力根源 的不同认识	64
三、民法中任意性规范与强行性规范的关系	70
第三节 私法自治与现代私法危机	75
一、私法自治与现代侵权法	75
二、合同自由与标准合同问题	80
第三章 法律行为及其相关概念的研究	89
第一节 法律行为概念	89
一、关于法律行为概念的两种不同认识	90
二、传统民法中的法律行为概念	95
三、对法律行为概念的评价	99
第二节 法律行为与事实行为	107
一、民法中的事实行为	107
二、事实行为与法律行为的特征区别	109
三、侵权行为与事实行为	115

四、法律行为、事实行为与违法行为的 逻辑关系·····	121
第三节 法律行为的合法性与有效性·····	124
一、民法对法律行为的合法性评价表现为效力 性评价·····	124
二、民法对于法律行为效力评价的根据·····	128
三、表示行为中的欺诈问题·····	133
第四节 无效法律行为与违法行为·····	139
一、违法行为概念·····	139
二、无效法律行为与违法行为的特征区别·····	143
三、法律行为无效与原物返还和赔偿责任·····	148
四、法律行为制度中的欺诈后果与侵权法上的 欺诈责任·····	150
五、缔约上过失责任·····	156
第五节 物权行为·····	162
一、物权行为的概念和特征·····	162
二、物权行为独立性与物权行为无因性原则·····	171
三、对物权行为及无因性原则的评价·····	177
第四章 法律行为的成立要件与生效要件·····	183
第一节 法律行为的成立要件·····	183
一、对于法律行为成立与法律行为效力问题的 认识·····	183
二、法律行为的成立要件·····	188
三、法律行为的一般成立要件·····	189

四、法律行为的特别成立要件·····	192
第二节 法律行为的生效要件·····	197
一、法律行为生效要件的概念与分类·····	197
二、行为人有行为能力·····	198
三、意思表示自愿真实·····	204
四、行为内容合法·····	210
五、行为不违反社会利益和公共道德·····	216
六、法律行为的特别生效要件·····	218
第五章 意思表示理论·····	222
第一节 意思表示的概念及构成·····	222
一、意思表示的概念·····	222
二、关于意思表示构成要素的不同认识·····	223
三、意思表示构成要素之分析·····	227
第二节 意思表示解释·····	236
一、意思主义理论与表示主义理论·····	236
二、意思表示解释的目的与对象·····	243
三、意思表示解释的原则和方法·····	247
第六章 法律行为控制中的强行法与推定法·····	253
第一节 法律强行性规范与法律行为·····	253
一、与法律行为有关的强行法·····	253
二、强行法对法律行为的直接控制·····	255
三、强行法对法律行为的间接控制·····	265
第二节 法律推定规范与法律行为·····	271

一、推定性规范的概念与特征·····	271
二、意思推定规范的作用·····	276
三、对于意思推定规范的法律要求·····	281
主要参考书目·····	290
后记·····	296

第一章

法律行为制度的历史

第一节 罗马法与法律行为制度

从法律的发展来看，法律行为制度主要是从契约制度和遗嘱制度中抽象而来的；在这一制度取得表意行为普遍规则的一般形态之前，它更主要地表现为相互独立的具体设权行为（特别是合同行为）规则。欲溯法律行为制度之本源，不能不考察各国早期的契约法和遗嘱法。从这个意义上说，罗马法并不能作为法律行为制度研究的起点。公元前 20 世纪两河流域拉尔萨王国的《苏美尔法典》和在其之前埃什嫩那王国的《俾拉拉马法典》均已对买卖、租赁、收养和婚姻等行为设有成文法规则。^① 公元前 18 世纪巴比伦王国的《汉谟拉比法典》不仅以较大的篇幅明确了买卖、租赁、雇佣、借贷、收养、婚姻等契约类型规则，而且对契约形式

^① 参见《外国法制史参考资料选编》（上），北京大学出版社 1982 年版，第 1—8 页。

(泥板文书)、债的效力、债的担保和无权售卖等问题作了一般规定。^①我国在西周之前就已经产生了“约剂”、“券书”、“傅别”、“券契”等契约形式，但当时的契约关系长期处于礼治或习惯法的支配之下。法律制度史上认为：我国古代有关契约的成文法始自春秋战国时期，汉代以后才逐渐形成了以“判书”和“单契”为基本形式的较稳定的契约制度。^②然而，东方国家早期的契约制度乃至整个民法制度囿于当时商品经济发展水平的限制，不仅未能达到罗马法那样的程度，而且始终未能摆脱民刑不分、诸法合体的窠臼，故未与后世大陆法的发展构成相承相继的线索。只是到了罗马国家形成后，随着简单商品经济的长足发展，使得商品交换在范围和深度上均达到了前所未有的水平，这才为反映商品关系一般条件和准则的民法之发达提供了社会经济基础。正是在罗马法中，商品生产和交换中不同当事人之间的种种基本法律关系均已得到明确的表现，后世关于物法、债法、契约法、侵权法和遗嘱法的观念已初步形成。恩格斯在谈到欧洲各国的法律传统时，将罗马法称为“商品生产者社会的第一个世界性法律”^③；认为它是“纯粹私有制占统治的社会的生活条件和冲突的十分经典性的法律表现，以致一切后来的法律都不能对它作任何实质性的修改”^④。从中古时代直至19世纪，罗马法的原则和原理一直支配和

① 参见陈盛清：《外国法制史》，北京大学出版社1982年版，第11页；《外国法制史参考资料选编》（上），第21—46页。

② 参见李志敏：《中国古代民法》，法律出版社1988年版，第118—119页；王家福等：《合同法》，中国社会科学出版社1986年版，第19页。

③ 《马克思恩格斯全集》第21卷，第346页。

④ 同上书，第454页。

影响着欧陆各国的民法发展。西方学者将其奉为“各国的模范法”、“世界性的普通法”、“大陆法民法的经典和本源”^①。这种现象不过表明：“罗马法是简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法，但是它也包含着资本主义时期的大多数法权关系”^②。

一、罗马法中的要式交易行为与物权移转行为

罗马法中契约观念的形成经历了漫长的过程，这一过程主要表现为合意行为因素从古代要式交易行为中的逐渐分离和独立。后世学者在罗马法中所看到的许多含有合意因素的要式交易行为（如曼兮帕蓄、拟诉弃权等），在市民法中实际上仅被视为所有权的取得方法。从《十二铜表法》的内容来看，有关借贷抵押和“转让物件的契约”等规则均设于第六表所有权和占有法中；而第三表债法中则仅规定了债的特许期限和私刑效力。市民法时期的法学家往往将曼兮帕蓄、拟诉弃权和赠与（继受取得方式）与先占行为、时效取得和公卖等（原始取得）共同列为所有权的取得方式。梅因对此曾有这样的评论：在后世人看来，曼兮帕蓄是某种契约，而罗马人则认为它是“一种让与，因此就发生了一个困难，因为这样的定义似乎把契约与让与混淆起来了，而在法律哲学上，它们不仅仅是个别的，而且实际上是相互对立的”^③。罗马法与现代民法此种相异的认识不过表明：在早期罗马法中，契约合意因素与履行此合意之物权移转行为在观念上是难能分开的，它们在外观上必然表现为统一的要式交易行为。要式交易行为的

① 周树：《罗马法提要》，法律出版社1988年版，第2页。

② 《马克思恩格斯全集》第36卷，第169页。

③ [英]梅因：《古代法》，商务印书馆1984年版，第178页。

这一双重属特征往往使得后世学者对其性质产生有不同的认识。其中有些学者认为：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；更多的学者则认为：曼兮帕蓄与拟诉弃权应视为市民法上所有权之取得方式，仅耐克逊具有借贷要物契约渊源的意义。按照罗马法学家的认识，曼兮帕蓄（Mancipatio）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五人为证人，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（Cessio in Jure）是继曼兮帕蓄之后产生的又一个重要的要式交易行为。依此方式转移所有权时，买卖双方须携标的物或其标记到法官前佯作诉讼，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（Nexum）“实质上也是一种财产让与行为”，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通过耐克逊完成”^①。此种要式交易行为除有神前宣誓程式要求外，也须履行铜块和秤的方式。由上可见，在早期罗马法中，合意契约行为与物权移转行为并不具有独立的法律意义，它们直接结合为一项要式交易行为；在此种行为之外并不存在现代意义上的契约的观念，而罗马法学家似乎更重视其物权转移效果。由此表现了各国古代法中某种带有规律性的现象：在信用极不发展的早期商品交换中，物物交易和即时交易必然为其基本形式；在此种条件下，试图从一项交易行为中抽象出意思表示合致或现代意义上的契约观念是不可能的，试图将表

① 江平等：《罗马法基础》，中国政法大学出版社1987年版，第237页。