



Fundamental Theories on Legal Conduct

法律行为基础理论研究

宋炳庸 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D90/295

2008

延边大学“十一·五”工程资助项目

法律行为基础理论研究

宋炳庸 著


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律行为基础理论研究 / 宋炳庸著. —北京:法律出版社,2008.4

ISBN 978-7-5036-8165-3

I. 法… II. 宋… III. 法律行为—理论研究 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第013685号

© 法律出版社·中国

法律行为基础理论研究

宋炳庸 著

责任编辑 孙东育 田会文

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008年4月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 10 字数 249千

印次 2008年4月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939686

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8165-3

定价:25.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

本书主要以日本现代民法学权威我妻荣(已故)教授、韩国现代民法学权威郭润直教授、中国(台湾地区)现代民法学权威史尚宽(已故)教授的民法总论及中国(内地)民法通说有关部分作为蓝本和比较,进而研讨了德国法系有关法律行为基础理论领域里所存在的问题及其改正方向。

19世纪初,由德国法学家们所创造的法律行为抽象概念 *Rechtsgeschäft* 一词,实际上就是指概括无数具体的设权性意思表示行为,即能够按照当事人意思表示的内容发生相互间平等权利义务关系的强制规范(广义)行为。因此,对法律行为基础理论的研究,也应该把这些具体的设权性意思表示行为之实体作为其本源性基础来进行研究,而不应该盲目地依据法律行为创始人或权威学者的理论与主张。此即本书的精神支柱所在。

目前,在德国法系民法界有一股很不正常的思潮。那就是相当一部分学者认为:法律行为的基础

2 法律行为基础理论研究

理论业已固定,应着重研究其应用理论。经笔者的多年研究发现,国内外的德国法系民法通说在法律行为基础理论领域,有相当一部分是不够科学的,例如,法律行为的历史、实质、性质、特征、要件、定义、名称及其与民事行为的关系等。为此,笔者对这些不科学的定理大胆予以推翻,并提出相应的新概念、新定义、新理论及其科学理论根据。显然,本书的研究成果,对目前处于固步自封状态的法律行为基础理论来讲,无疑是一场大革命。故切望本书的新理论与新主张能够引起德国法系各国民法学家,尤其是德国民法学家的认真关注。并恳请掌握中德两国语言的法律行为研究人员,将本书译成德文出版于德国。

此外,本书对中国(内地)民法在法律行为与民事行为理论领域所存在的问题,也进行了有根有据的评析,并指出了其错误之改正方向。故切望本书的研究成果也能在中国民法草案的制定过程中,成为法律行为与民事行为相关规定之参考。

由于本书的新概念、新主张、新理论大部分系创意,而为了避免对其产生陌生与难解,笔者在多处有意重复了这些新观点与新主张。请读者予以谅解。

宋炳庸
2007年8月于延吉

目 录

第一章 法律行为的历史/1

第一节 法律行为历史的研究方法/2

一、形成法律行为抽象概念的基础/2

二、法律行为历史的研究方法/4

第二节 原始社会与法律行为/8

一、原始社会与法律行为的具体实体/8

二、原始社会与法律行为的抽象实体/11

三、结论/12

第三节 国家社会与法律行为/14

一、法律化设权行为的产生/14

二、法律行为抽象概念的产生/15

三、法律行为抽象概念及其理论与制度的影响/22

四、结论/24

第四节 地球村社会与法律行为/25

一、地球村社会/25

二、地球村社会与法律行为的实体/26

三、结论/28

2 法律行为基础理论研究

第二章 法律行为的实质与本质/30

第一节 法律行为实质与本质的含义/30

第二节 法律行为的实质与本质/32

第三节 法律行为实质与本质的运动规律/36

一、法律行为本质运动的构成律/36

二、法律行为本质运动的主次律/37

三、法律行为本质运动的谐调律/39

第四节 德国法律行为实质妥当说评析/41

一、原始社会与实定法/43

二、原始社会与自然法/46

第三章 法律行为的性质与特征/53

第一节 法律行为性质与特征的含义/54

第二节 民事法律行为的三层属性/56

一、民事法律行为的上层属性——民事性/56

二、民事法律行为的下层属性——设权性/59

三、民事法律行为的中层属性——合法性与表意性/61

第三节 民事法律行为性质现有论评析/64

一、合法性论的非科学性/65

二、法律要件性论的非科学性/66

三、表意性论的非科学性/67

四、设权性论的科学性/68

第四节 法律行为的特征/70

一、阐明法律行为特征的基本原则/70

二、法律行为的特征/71

三、法律行为特征现有论评析/73

第四章 法律行为的要件/76

第一节 法律行为的成立要件与有效要件/77

一、法律行为的要件/77

二、法律行为的成立要件/79

三、法律行为的有效要件/81

第二节 法律行为成立要件与有效要件区分之法理/85

第三节 法律行为成立要件与有效要件区分之实益/91

一、法学理论上的实益/92

二、法律实践上的实益/95

第五章 法律行为与民事行为/98

第一节 民事行为概念的科学含义/99

第二节 民事行为用语的法律实益/103

第三节 民事行为与民事法律行为的关系/109

一、民事行为与民事法律行为概念之间的逻辑关系/109

二、民法通说有关民事行为概念定义的错误/114

第六章 民事行为的种类/117

第一节 法律行为/118

一、法律行为的内涵与外延/118

二、法律行为的要件/119

三、法律行为的性质与特征/120

四、法律行为的归宿/122

第二节 准法律行为/122

一、准法律行为的内涵与外延/122

二、准法律行为的要件/123

三、准法律行为的性质与特征/124

四、准法律行为的归宿/125

4 法律行为基础理论研究

五、准法律行为与法律行为的关系/125

六、准法律行为在理论上所存在的问题/127

第三节 事实行为/131

一、事实行为的内涵与外延/131

二、事实行为的构成要件/131

三、事实行为的性质与特征/132

四、事实行为的归宿/135

五、中国有关事实行为通说的非科学性/136

第四节 容许行为/142

一、容许行为的内涵与外延/142

二、容许行为的构成要件/143

三、容许行为的性质与特征/144

四、容许行为的归宿/145

五、容许行为的法律效果/146

六、容许行为与事实行为的关系/148

七、容许行为概念的创意/149

第五节 违债行为/152

一、违债行为的内涵与外延/152

二、违债行为的构成要件/152

三、违债行为的性质与特征/153

四、违债行为的归宿/153

五、创制违债行为概念的旨意/154

第六节 失权行为/155

一、失权行为的内涵与外延/155

二、失权行为的构成要件/156

三、失权行为的性质与特征/156

四、失权行为的归宿/157

五、失权行为与违债行为的关系/158

六、失权行为概念的法律实益/159

第七节 侵权行为/159

- 一、侵权行为的内涵与外延/159
- 二、一般侵权行为的内涵与外延/160
- 三、一般侵权行为的构成要件/160
- 四、一般侵权行为的性质与特征/161
- 五、特殊侵权行为的内涵与外延/162
- 六、特殊侵权行为的构成要件/163
- 七、特殊侵权行为的性质与特征/164
- 八、一般侵权行为与特殊侵权行为的关系/165
- 九、侵权行为的归宿/166

第七章 民事行为的分类/167

第一节 民事行为的种类与分类/168

- 一、民事行为种类的含义/169
- 二、民事行为分类的含义/170
- 三、民事行为种类与分类的关系/171

第二节 民事行为主观心理状态的分类/173

- 一、观念/173
- 二、意思/174

第三节 民事行为客观行为状态的分类/178

- 一、合法行为与违法行为/178
- 二、有效行为与无效行为/180
- 三、即生效行为与待生效行为/182
- 四、作为行为与不作为行为/184
- 五、表意行为与非表意行为/186
- 六、自治行为与非自治行为/190

第四节 民事行为传统分类法评析/194

- 一、我妻式分类法评析/194
- 二、郭式分类法评析/200

6 法律行为基础理论研究

三、史式分类法评析/202

第八章 中国民事行为现有论评析/205

第一节 中国(内地)民事行为现有论概况/205

第二节 中国(内地)民事行为通说的非科学性/211

第三节 民事行为中介概念论的非科学性/221

第四节 无效法律行为代替论的非科学性/227

第五节 法律行为合法性辩证规律/230

一、法律行为合法之绝对性与相对性/231

二、法律行为合法性辩证规律的运用/234

第九章 法律行为的定义/240

第一节 法律行为定义的全部要素/241

一、主体/241

二、标的/241

三、内容/245

四、意思表示/246

五、性质/246

六、特征/247

第二节 法律行为定义的核心要素/248

第三节 法律行为定义在立法上的技术处理/251

一、法律行为定义在立法上的技术处理原则/251

二、法律行为概念的科学定义/253

第四节 法律行为定义现有论评析/255

一、合法行为论的非科学性/256

二、法律要件性论的非科学性/260

第十章 法律行为的抽象概念名称/264

第一节 问题的提起/265

一、学者对法律行为抽象概念的难解病症状/265
二、初学者对法律行为抽象概念的难解病症状/271
第二节 法律行为抽象概念名称的严重瑕疵/272
第三节 法律行为抽象概念被错误命名的原因/279
第四节 法律行为抽象概念名称错误之救济/287
一、法律行为抽象概念更名的基本原则/287
二、法律行为抽象概念应更名为设权行为/290
三、法律行为抽象概念只能更名为设权行为/293
第五节 法律行为抽象概念更名为设权行为的实益/296
一、能根治法律行为抽象概念的难解病/296
二、能根治某些法律行为派生概念的弊病/297
三、能促进法律行为基础理论的进一步发展/301
四、能促进法律行为立法制度的进一步完善/301
五、有利于法律行为真知的代代传教/302
主要参考书目/305
一、国内书籍/305
二、国外书籍/306
后记/308

第一章 法律行为的历史

本章主要研究法律行为的源流,即法律行为的起源与演变历史及其未来的发展趋向。

到目前为止,所有研究法律行为的学者们对法律行为(应改称设权行为,全文同)的历史仅从其抽象概念本身的产生过程进行研究。这无非是一种就事论事,而不可能究明法律行为历史的全过程及其真面目。只有完全弄清法律行为的具体概念及其实体的产生和演变过程,才能彻底解决这一问题。

为此,本章着重探讨法律行为历史的科学研究方法以及法律行为实体在原始社会、国家社会和将来无国家社会中的整个演变过程,即法律行为在人类社会中的历史全过程。

第一节 法律行为历史的研究方法

正确探明法律行为的形成及其演变历史,对科学阐明法律行为的基础理论至关重要。因为前者为研究后者的理论基础。然而,要正确探明法律行为的形成及其演变历史,不能忽视其研究方法,因为,其研究方法的不正确不仅会导致法律行为形成及其演变历史的不完整性,也会导致法律行为基础理论某些领域的缺陷〔1〕甚至错误。〔2〕

然而,如今在某些法律行为基础理论上所存在的大多问题,可以说是基因于法律行为形成及其演变历史上的欠妥观点。故本节着重研讨形成法律行为抽象概念的基础、法律行为历史研究的正确方法以及现有法律行为历史研究方法上所存在的非科学性等问题。

一、形成法律行为抽象概念的基础

众所周知,在概念当中既包括具体概念,亦包括抽象概念。其中的具体概念,是人们对客观存在的事物的具体实体,进行主观上的比较性思维分析而形成;但抽象概念,是人们对客观上散存于具体实体中的共同点,进行主观思维上的概括性归纳而形成。

例如,松树、柏树、柳树等这种具体概念,是人们对客观上存在的松、柏、柳等具体实体,主观上进行对各自个体的特性及相异点的比较性思维分析而形成。但“树”这样的抽象概念,是人们对客观上散存于松、柏、柳等这种具体实体之中的共同点进行主观思维上的概括性归纳而形成。显然,能产生主观之具体概念的基础,正是客观上存在的事物之具体实

〔1〕 例如,传统民法从未阐述:法律行为的个性即其区别于其他一切强制规范行为的属性到底是什么。

〔2〕 例如,法律行为 *Rechtsgeschäft*, 这种概念名称本季就是错误的。其理,详见本书第十章第二节。

体;而能够产生主观思维上抽象概念的基础,是客观上散存于事物之具体实体中的共同点这种抽象实体。

可见,无论是具体实体还是抽象实体,它们才是能产生具体概念及抽象概念的真正基础。因此,要研究某抽象概念的形成历史,必须从其真正的基础——具体实体和抽象实体的形成历史进行研究。否则,不仅无法探明某一抽象概念形成历史的真面目与全过程,也不能阐明其所产生的真正本源。

法律行为(德文 *Rechtsgeschäft*)这种抽象概念的形成历史亦不例外,其也和“树”这种抽象概念的形成一样,是对客观上散存于遗嘱(单方法律行为实体)、交换(双方法律行为实体)、选举(共同法律行为实体)等这种具体设权性意思表示行为中的共同点即抽象实体,经过法学家们主观思维上的概括性归纳而形成。

那么,能形成法律行为抽象概念的,客观上散存于遗嘱、交换、选举等之中的这种法律行为具体实体中的共同点即抽象实体,到底是什么呢?

不管是作为单方法律行为实体的遗嘱、选择等也好,或是作为双方法律行为实体的交换、结婚等也好,还是作为共同法律行为实体的选举、表决等也好,这些所有法律行为具体实体的共同点即抽象实体,从其实质性角度来讲,它们都是一种意效行为即能够按照当事人意思表示的内容发生社会效力的行为。如果从具体而完整的角度来讲,它们的共同点可归纳为如下几点:

1. 其主体,皆为平等人身、财产关系上的自主人。
2. 其客体,皆为平等的人身、财产关系。
3. 其内容,皆为平等人身、财产关系上的权利与义务。
4. 其构成要素,皆以当事人的意思表示为主。
5. 其根本性质,皆为设权性即能够按照当事人意思表示的内容设立、变更、终止相互间平等权利、义务关系的属性。

4 法律行为基础理论研究

6. 其特征,皆为把当事人的意思表示既作为行为的构成要素又作为其效力要素之征象。

7. 其实质,皆为意效行为即能够按照当事人意思表示的内容发生社会效力的行为。

8. 其本质,皆为自治行为即为自由创设平等人身与财产关系上的权利、义务而进行的自律行为。

9. 其动力,皆为其本质上所固有的合理性,即其主体的自主性、客体的广泛性、内容的对等性、基础的信义性、关系的平等性、原则的公平性、方式的自由性、后果的责任性、目的的互惠性、结果的公益性之总和。

10. 其社会地位,皆为广义之强制规范行为,即依靠道德性强制手段(如宗教、道德、舆论、权威、自力救助等之中所潜在的威胁、打骂、监禁、杀伤等)或国家强制手段(如拘留、逮捕、判决、强制执行等),而在其实行上得以最终保障的社会强制规范性行为。

以上,客观地散存于法律行为具体实体中的共同点之主观思维上的概括性认识,就是能产生法律行为抽象概念的非本源性直接基础因素,而其具体实体为能产生法律行为抽象概念的本源性间接基础因素。

二、法律行为历史的研究方法

正如上述,法律行为的抽象概念 *Rechtsgeschäft*,既然直接从散存于其具体实体之中的共同点即抽象实体而形成,要正确探索法律行为这种抽象概念的形成历史,不仅要探究其抽象实体的形成历史,更应探究作为法律行为抽象实体之载体的具体实体所形成的历史。亦即,更应该探究作为形成法律行为抽象概念本源性间接基础因素的遗嘱、选择和交换、结婚以及选举、表决等具体实体的形成历史,否则将会丧失法律行为形成历史的本源性基础。这一本源性基础的丧失,不仅势必导致法律行为形成历史本身的不正确结论,也必然会导致法律行为基础理论不少领域内的缺陷甚至错误。

那么,作为法律行为概念形成之本源性基础因素的遗嘱、选择与交

换、结婚及选举、表决等法律行为的具体实体,应该从何时开始研究?亦即,法律行为概念形成的研究起点应放到何时为妥?

此研究起点应放到实际产生这些具体实体的原始社会,而不应该放到其业已被法制化的国家社会。因为,法律行为的实质为意效行为即能够按照当事人意思表示的内容发生社会效力的行为,而不仅仅是只在国家社会发生法律效力行为。

换言之,由于法律行为即设权行为是一种永存于人类社会全过程的行为而不是仅仅存在于国家与法律社会的行为,故应该从人类进行社会生活开始就着手研究遗嘱、选择与交换、结婚及选举、表决等法律行为的具体实体。因为,这些法律行为的具体实体是从人类进行社会生活开始就与人类早已同伴的。

然而,人类早在原始社会开始就已经过上了社会生活。确切地讲,人类早在原始社会开始相互间就已经发生过作为法律行为客体与内容的平等人身、财产上的权利义务关系。故应该从原始社会开始研究这些法律行为具体实体的产生及其演变过程,而不应该从国家与法律社会开始研究这些法律行为具体实体的产生及其演变过程。

那么,法律行为即设权行为同人类社会永远共存的理论根据到底何在?

其理论根据在于:作为法律行为主体的人类,作为其客体的平等人身、财产关系,作为其内容的权利、义务,作为其动力的合理性以及人类对其客体与内容的变动欲望为永存。

那么,除了这种理论根据之外,还有没有实际的客观根据呢?

有。不用多说,就拿结婚这种双方法律行为来讲,如果在原始社会没有结婚这种双方法律行为之实体,而只到了国家与法的社会才有结婚这种双方法律行为之实体,国家社会的人是从何而来?再说,如果结婚这种双方法律行为的实体到了将来的无国家社会再不能存在,人类又如何能延续下去?不仅结婚这种双方法律行为的具体实体是如此,其他法