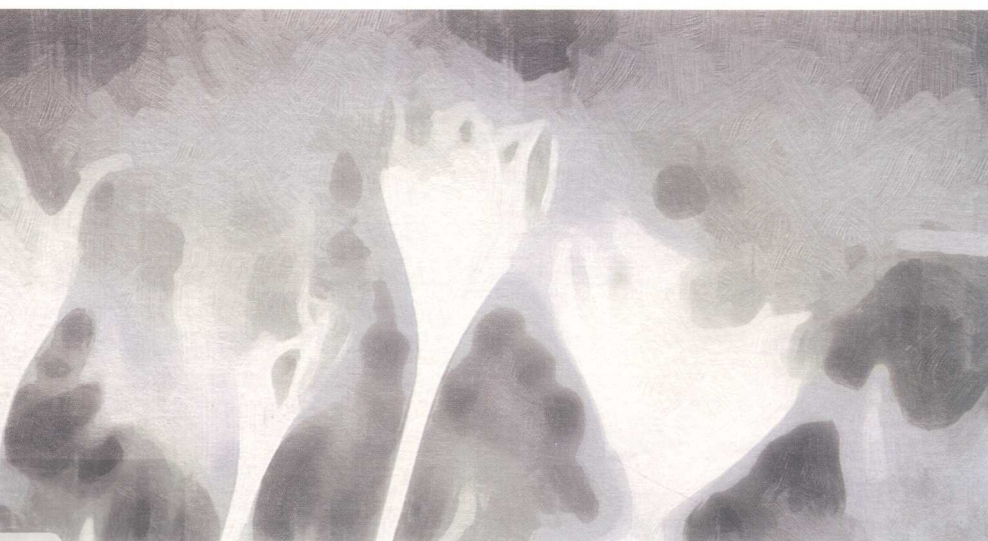


法律行为制度研究

鲁春雅 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法律行为制度研究

鲁春雅 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律行为制度研究 / 鲁春雅著. -- 北京 : 法律出版社, 2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1751 - 3。

I. ①法… II. ①鲁… III. ①法律行为—研究 IV.
①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 298313 号

法律行为制度研究

FALÜ XINGWEI ZHIDU YANJIU

鲁春雅 著

策划编辑 刘晓萌

责任编辑 刘晓萌

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 李景美

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法治与经济出版分社

开本 A5

印张 12

字数 310 千

版本 2019 年 2 月第 1 版

印次 2019 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 83938336

咨询电话/010 - 63939796

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 83938334/8335 西安分公司/029 - 85330678 重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636 深圳分公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 1751 - 3

定价: 66.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

前 言 /1

第一章 法律行为的概念 /4

第一节 法律行为概念的渊源及变迁 /4

一、罗马法上是否存在法律行为制度 /6

二、自然法学派的巨大影响 /10

三、潘德克顿法律体系的形成 /12

四、法律行为制度在德国的演变 /15

五、法律行为制度在德国的法典化 /38

第二节 合法性在法律行为概念中的 意义 /43

一、法律对法律行为效力的“确认” /43

二、合法性概念再界定 /49

三、合法性是否作为法律行为概念的组 成部分 /60

第三节 法律行为概念之取舍 /69

一、对法律行为本质的理解 /69

二、《德国民法典》颁布后有关法律行为的
定义/76

三、如何理解和使用法律行为概念/78

第二章 法律行为的效力基础/84

第一节 我国关于法律行为效力与私法自治
的学说/87

一、私法自治与法律自治混同说/87

二、法律行为的规范性说/88

三、黑克对凯尔森的纯粹法学的评价/100

第二节 《德国民法典》制定的法哲学
基础/103

一、《德国民法典》制定过程概述/104

二、《德国民法典》的理论基础/108

三、主观权利学说/118

第三节 法律行为效力的《德国基本法》渊
源/120

一、伦理人格主义学说/120

二、自我决定权的基本权利属性/124

三、结论/126

第三章 法律行为的成立与生效/128

第一节 区分成立与生效的实益/128

一、法律行为与非法律行为的区分/129

二、私法自治及其限制/131

三、补正制度与法律行为构成要件/135

第二节 成立要件与生效要件区分标准/138

一、必要前提/139

二、一般学说/140

三、意思表示之外的构成要件/148

第三节 中国法的问题及解决办法/167

一、合同的成立和生效区分的立法

缺陷/167

二、形式对合同效力的影响/175

三、物权合同/181

四、结婚行为/187

第四章 法律行为立法模式/195

第一节 法律行为制度化的根本意义/196

一、法律行为的制度化与抽象化/196

二、法律行为的工具意义/199

三、法律行为与民法总则的关系/204

第二节 德国法模式/206

一、以私法自治为原则/207

二、意思表示为核心/210

三、法律行为的法律效果的双重原因/223

第三节 苏联法模式/226

一、国家意志排挤个人意志/227

二、以法律效果为核心/231

三、苏联法模式的由来/235

第四节 我国现行法的问题及未来民法典的
选择/244

一、苏联法模式的翻版/245

二、制度构造上的问题/264

三、法律行为制度的适用与民法典分则制定
建议/285

第五章 法律行为的辅助性制度/302

第一节 法律行为的补正制度/302

一、法律行为补正制度的含义与理论基础/304

二、法律行为的补正与其他相关制度的关系/310

三、法律行为的补正与我国《合同法》第36条/316

四、建构法律行为补正制度的建议/322

第二节 法律行为的转换制度/324

一、现行法关于转换制度缺失的原因分析/325

二、我国法律行为转换制度代表性观点/330

三、法律行为转换制度的含义及其理解/337

四、法律行为转换制度的适用范围/348

第三节 法律行为的确认制度/350

结语：方法还是目的/355

参考文献/358

前 言

一直以来,关于法律行为的概念、构成要件和效力的争论在我国的民事立法和理论界都没有停止过。一方面,是因为法律行为构成了整个民法总论中民事主体和法律效果之间的重要桥梁,是民事权利义务产生、变更和消灭的重要原因;另一方面,它作为一种最能体现人在民法中自我决定权的基础性制度,受到了各国基本法的特别重视。

然而,正如《德国民法典》制定过程所经历的漫长的准备和反复的讨论一样,法律行为制度在我国、苏联法中也经过了不同程度的修改、重建。由于具有潘德克顿法学特有的高度抽象性的特征,法律行为制度不仅在其原生地引发了各种争议,而且在不同国家的法律体系中也呈现出完全不同的面貌。这也反映出在民法典中设置总论的做法,的确容易产生总论中的制度与分论的具体规范之间的解释与协调的问题。

民事法律规范既具有普遍性的色彩,也带有强

烈的民族性和地域性的特征。它反映了在当时的历史时期,人们因应彼此的经济关系和社会生活而做出的各种探索、努力和改变。尤其是对于调整基本民事权利和基础法律关系的合同制度,更是从罗马法时期以来,经受了各种法律制度的洗礼与打磨。罗马法上有关交易关系中合同行为和意思的规则,以及对于不同债的产生原因中行为类型的初步区分,具有独立于其绝对形式时期法定主义调整模式的顽强的生命力,成为法律行为制度得以追溯的最早期的具体行为类型。

一般而言,法律制度从萌芽到发展成熟,是一个受到社会各种因素影响和作用的复杂过程,需要具备政治、经济、科技和文化等综合性的条件。法律行为制度也不例外。正因为它是对人类交易关系和社会关系最高度的概括与抽象,所以它得以吸取自然法学派、实证法学派、利益法学派、评价法学派等各种思想理论的精华,兼蓄自然科学的数学和逻辑方法。它表面上看起来是对分论中各类具体行为提取公因式的结果,实际上是对宪法上的基本人权在民法中实现可能的最低限度的要求。

它在效力上的双重属性表明了民法对自我决定权实现可能性的承认,反映了私法自治对于法律效果的目的性的决定作用,旨在充分尊重和探究行为人的意思,包容行为人行使宪法赋予自由行为的权力工具所产生的各种法律效力。在民法总则中,并不存在一个自在之物的法律行为,它只存在于各个具体的民事关系领域的具体行为类型之中。在不违反禁止性规定和善良风俗的情况下,当事人得任意地决定对物以及对人的法律关系。

法律行为是一个开放的体系,也是一个随着政治和经济的发展不断做出相应调整的制度。这或表现为民法总则部分的法律行为的条款嬗变,或由判例对相应条款的解释与发展而呈现。既受制于一般交易条件和强制缔约等新的社会要求而在一些领域受到限制,又通过分则部分的修订和完善对具体类型的法律行为作出更灵活的调整。所以,不宜将强制性规范和任意性规范作为总则中法律行为制度的组成部分,构建以意

思表示为核心的意思表示瑕疵制度,而非以有效性为中心的效力评价制度,方能凸显意思表示在法律行为中工具性价值。我们理解和研究法律行为制度,在多数情况下是民法总则和分则各编中法律行为制度的混合,但在得出研究结论时,却试图跨越分则中具体行为类型规范的藩篱。由此,不免在法律行为理论建构的体系上发生各种逻辑不能自洽之处。各种分类标准都是危险的,对法律行为尤其如此。因为分类的结果往往不具有对项下的行为能够统一适用的标准,所以法律行为制度只是一种行为效力的评价体系,并不是一种行为分类的依据。

因此,法律行为只是一种行为自由在民法中的表现,而不是民法对合法或有效行为制定的规范。它的相关规则不是以产生法律拘束力为目的,为行为人预设行为标准,限定相应的法律效果。相反,总则中的法律行为没有属于自身的概念和效力规则。效力待定、无效、可撤销皆为效力评价符号,而非终局性效力裁判规则,在这些法律规范的承认标识背后,行为人仍有相应的选择自由,法律只是承认其效果,不是限定其效果的唯一性和不可更改性。所以,效力评定体现的不是国家意志,仅是法律评价结果,不具有强制执行的效力。它也可看作一个动态的评价体系,并非不符合有效要件即绝对无效的终局性规范。它是行为自由可能性的选择,而不是行为义务必然性的约束。它是自我决定、自己责任的基本人权在民法总则中的投射,并不是宪法或民法为行为人正当行为划定的界限。

它是工具理性在民法领域中最集中和充分的反映的一种制度。因此,它能够在一个国家的不同历史时期,以及不同国家的不同政治和经济环境中,都找到维护法的安定性和交易秩序的公正性之间的平衡。对法律行为制度的法典化建构和体系化解释,既应考虑法律行为制度本身的私法自治的工具属性,更应立足于法典所依存的政治、经济与社会基础,弱化效力约束,才能更好地扩展制度的包容性。

第一章 法律行为的概念

本章研究重点:从探讨罗马法上是否存在法律行为制度入手,分析了在罗马法时期所形成的关于寻找法律行为一般化概念的努力;阐述了自然法学派在法律行为产生过程中所提供的思想基础,以及从合同法路径上发展法律行为一般概念所进行的研究;重点讨论了以潘德克顿体系的逐渐形成成为背景,从法律行为概念诞生至今的 200 多年中,德国具有代表性的法学家关于法律行为制度的观点演变,旨在展现法律行为制度在德国发展、变迁的学术脉络。另外,从实证法的角度,以《德国民法典》的制定为核心,考察在法律行为制度法典化过程中,立法者对于法律行为相关概念的规定及其思考。

第一节 法律行为概念的渊源及变迁

对于如何理解法律行为制度这一命题,一直众

说纷纭。究竟是将其理解为围绕一个一般性的概念而构建起来的一套理论制度,还是从其实质出发将其解读成私法自治的工具,这两种思路在德国法上也许并不会产生实质性的差异。因为,从以下将要呈现的法律行为的发展脉络来看,德国法完全受到了罗马法的深刻影响,并被潘德克顿体系的法学理论所熏陶,对这一概念的构造与理解并不存在重大的分歧。然而,就其他继受这一概念的国家来说,特别是苏联法和我国法,由于没有能很好地理解这两种发展思路的相同和差异,而导致了将法律行为的概念过分抽象化与教条化,并将法律行为的概念中的核心,私法自治剥离到法律行为这一体系之外,并且仅依据这个空洞的法律行为概念而建立起了一个外观上的法律行为理论。因此,如果不能深入地分析这两条探索的路径,将会使我们对德国法上的法律行为的研究得出完全不同的结论。

显而易见,德国的主流学者,如德恩堡(Heinrich Dernburg, 1829 ~ 1907 年)、弗卢梅(Werner Flume, 1908 ~ 2009 年)都认为在罗马法上并不存在法律行为的一般概念,但从其对法律行为概念的理解却充分体现了私法自治的精神,这就说明了两条路径确实不存在实质性的差异。然而,对这一点,我国的立法和理论却未能很好地领会。另外,由于罗马法的重新发现以及后来对罗马法的注释对法律行为制度的形成产生了强大影响,因此对于法律行为制度的研究有必要从罗马法这个被恩格斯称为“商品生产者社会的第一个世界性法律”开始,分析从中是否产生了法律行为的因子,以及其对于法律行为的制度化究竟产生了哪些影响。

以下将引入两个讨论的角度:一个是成文法的讨论角度,即以立法的方式将法律行为制度上升为系统的一般概念性规定,这是德国现今的主流学说所持的观点。我国大多数学者在未对法律行为制度进行深入研究的情况下,均直接地接受了这一观点。另一个是私法自治的角度,虽然这个观点在德国只是少数说,但似乎更能够反映法律行为制度的本质,并且为从多元化的角度开展法律行为制度研究提供了新的思路。

一、罗马法上是否存在法律行为制度

(一)一般概念意义的角度

罗马法中已经有了今天的单独的法律行为类型。关于这一点,在国内的有关著作中已经有了较为清晰、详细的论述和考证。^① 德恩堡认为,法律行为的概念是现代体系的产物。在罗马法上并没有相关的技术性的表述。^② 弗卢梅也指出,“罗马法仅了解单个的法律行为类型”,^③“法律行为和意思表示的概念首先在 18 世纪出现”。^④ 乌拉沙克 (Moriz Wlassak) 称“法律行为是一个灰色理论的真正的产物”。^⑤ 对此,弗卢梅认为“这是正确的,如果人们这样来理解法律行为,仿佛存在一个自在之物的法律行为”。^⑥ 德国主流的观点都将法律行为制度看作一个以一般概念为基础构成的逻辑体系。与德国《民法典立法理由书》曾使用过的定义相仿,弗卢梅对法律行为的界定可称为是德国学界的通说。法律行为为“是所有在法律规范中规定的行为类型的抽象,如同法律规范所确定的那样根据其内容,在个人的自我决定中以设立、变更或者终止法律关系为目的,即实现私法自治的原则,由此实现法律关系的调整”。^⑦

① 参见谢鸿飞:《法律行为的民法构造:民法科学和立法技术的阐释》,中国社会科学院研究生院 2002 年博士学位论文,第 9~15 页;窦海阳:《论法律行为的概念》,社会科学文献出版社 2013 年版,第 10~14 页。

② Heinrich Dernburg, Pandekten, erster Band, Allgemeiner Teil und Sachenrecht, Siebente, verbesserte Auflage, Berlin, Verlag von H. W. Mueller, 1902, S. 210-213.

③ Werner Flume, Das Rechtsgeschäft, Berlin, Berlin, Springer-Verlag, Dritte ergaenzte Aufl., 1979, S. 28.

④ Siegmund Schlossmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, Festgabe Haenel (1907), S. 1ff, 48ff. mit Literaturangaben.

⑤ Moriz Wlassak, „Das Rechtsgeschäft“, Allgemeine österreichische Gerichtszeitung, Vortrag, Wien, 1902, S. 3.

⑥ Werner Flume, Das Rechtsgeschäft, Berlin, Springer-Verlag, Dritte ergaenzte Aufl., 1979, S. 32.

⑦ Werner Flume, Das Rechtsgeschäft, Berlin, Springer-Verlag, Dritte ergaenzte Aufl., 1979, S. 23.

那么,从罗马法上单个的法律行为到一般的法律行为概念,法律行为为何在历史发展的一定阶段才出现呢?现代意义的法律行为与罗马法中的法律行为究竟有何不同?除了具体的法律行为类型与抽象的法律行为概念的区别以外,罗马法上的法律行为与现代意义上法律行为还有以下两方面的不同之处:

其一,在罗马法上,法律行为的形式具有举足轻重的地位。形式重于实质内容是罗马法形式主义的实质特征,即在罗马法中法律行为的形式是决定性的因素,而内容则是次要性的因素。^①“仪式不但和允约本身有同样重要性,仪式并且还比允约更为重要。”^②也就是说,在早期的罗马法中,形式主义得到了严格的贯彻,这体现在从财产行为到身份行为,从实体法律行为到程序法行为各个方面。然而,到了后期,由于罗马法公权力不断得到加强,法律的实施受到了公权力的保护,公力救济的作用凸显,严格的形式得到简化,国家在此过程中从法律的适用者转变为法律的制定者,内容的重要性则相比之下显得日益重要。^③

其二,罗马法中享有民事权利的民事主体数量非常有限。“罗马共和国初期,罗马成年公民只是其居民人数的四分之一。”^④享有公民身份是成为民事主体的前提条件。只有到了罗马法重新发现之后,随着自由意志与独立人格的逐渐产生,法律行为才逐渐有了诞生的基础。如梅因所言,“所有进步社会的运动在有一点上是一致的。在运动发展的过程中,其特点是家族依附的逐步消灭以及代之而起的个人义务的增长。‘个人’不断地代替了‘家族’,成为民事法律所考虑的单位”。“在这种新的社会秩序中,所有这些关系都是因‘个人’的自由合意而产生的。”

① 参见谭建华、张兆凯:《略论罗马法的形式主义特征》,载《江汉论坛》2007年第1期。

② [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第177页。

③ 参见任强:《早期罗马法中的形式主义》,载《学术研究》2005年第12期。

④ [法]孟德斯鸠:《罗马盛衰原因论》,婉玲译,商务印书馆2001年版,第13页。

“所有进步社会的运动,到此处为止,是一个‘从身分到契约’的运动。”^①

(二) 私法自治的研究角度

然而,罗马法对于法律行为制度的贡献是否仅限于对于具体法律行为的规定呢?对此在德国存在各种观点,^②如马尼克(Alfred Manigk)就提出了与众不同的考察角度。

他并不认同从现代法律思想出发,以过于概念化的思路来否认罗马法有法律行为的一般概念。这个问题本身便模糊了知识的意义和私法上的自我形成(私法自治)制度的特征。如果人们都将法律行为的概念教条化,将其看作纯粹理论的产物,那么法律行为制度的活力和创造功能都将被排除了。乌拉沙克所谓“法律行为是灰色理论的产物”^③的观点,带来了远比它所指更为严重的后果。很显然,马尼克并不赞同仅从理论或立法技术层面抽象化地对法律行为的定义进行一般性研究,这无异于仅重视法律的意识对法律概念的作用,而忽视了社会生活才是直接产生法律上的制度和程序的原因。更不应当只执着于对法律行为概念追根溯源,而是应当根据私法上自我决定的功能,并且根据其有创造力的成效来进行研究,这样对于罗马法的论述才符合实际生活的原貌。^④

虽然我国学者根据《法学阶梯》的论述,得出了诺成契约在罗马法上产生,从而推导出罗马法上契约自由思想形成的结论,但同时认为,《十

① 参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第96~97页。

② 虽然就法律行为一般概念的角度而言,马尼克所持的观点未必能够代表主流的看法,然而,就后面关于法律行为本质的探讨而言,笔者认为,恰恰是从这个角度所提出的关于法律行为的起源的思考体现了德国主流的法律行为本质的学说,即私人目的性意思与法律效果之间的不可分割的联系。

③ 其实乌拉沙克提出这个结论的原话是,“法律行为既不是立法的成果,也不是交易生活的产物——他们并不了解那样的抽象(Abstactum)——它倒不如说是一个真正的灰色理论的创造”。参见Moriz Wlassak, „Das Rechtsgeschaeft“, Allgemeine österreichische Gerichtszeitung, Vortrag, Wien, 1902, S. 3。

④ Vgl. Alfred Manigk, „Privatautonomie“, Festschrift Paul Koschaker, I Band, Weimar, Verlag Hermann Boehlaus Nachf., 1939, S. 266。

二铜表法》中并不存在今天意义上的契约。由于要式口约仍在罗马契约制度中占据着主导地位,因此契约自由在罗马法上只是一种思想,且只体现在诺成契约一种形式中,并没有形成罗马契约制度的一项基本原则。^①

马尼克关于罗马法律生活中存在私法自治的观点也得到了一些学者,如西贝尔(Siber)的认同。^② 不过应注意两点:一是法律行为的概念和名称首先见于晚期的普通法,而罗马人只知道单独的、典型的法律行为。从罗马法对形式的重视可以看出,根据形式有效的法律行为构成了罗马法的规则。^③ 二是罗马法上不生效的法律行为原因多种多样。有时根据强行法,如关于形式、行为能力、不理解、履行不能的瑕疵,或是不道德的履行,有时根据任意法,如偶然通过提出撤销行为作为理由。不生效的行为在一定条件下还可以补正、转换,更为重要的情形是由意思和表示不一致引起的不生效。^④ 由此来看,西贝尔虽然赞同罗马人并非对法律行为的一般性概念毫不理解,但总体来看他仍然坚持了德国的主流观点。就其论述而言,我国上述学者对于罗马法上契约自治的认识,即认为罗马法人只知道要式口约,这个结论不免偏狭。实际上,孔克尔(Kunkel)发展了约尔(Joer)《罗马法体系》中关于法律行为一般学说的相关体系,并指出,尽管罗马法人对于法律行为的概念在术语上还不精确,却不是完全陌生的。^⑤ 更进一步来看,罗马人的法律意识虽然已经体现出较妥适的法的安全性,能够直接据以决断合法与不法,但还不能够让其思想上法律逻辑的合法性在概念层面清晰地形成。尽管法律的真

① 参见马俊驹、陈本寒:《罗马法契约自由思想的形成及对后世法律的影响》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)1995年第1期。

② Vgl. Heinrich Siber, Roemisches Recht, II., Verlag Hermann Sack, 1928, S. 407ff, 429ff.

③ Vgl. Heinrich Siber, Roemisches Recht, II., Verlag Hermann Sack, 1928, S. 407.

④ Vgl. Heinrich Siber, Roemisches Recht, II., Verlag Hermann Sack, 1928, S. 430 - 432.

⑤ Vgl. Alfred Manigk, „Privatautonomie“, Festschrift Paul Koschaker, I Band, Weimar, Verlag Hermann Boehlaus Nachf., 1939, S. 267.

实性在罗马公民中的实践中与他们自己生活上的概念中完全形成了,却还没有完成理论上的建构。^①

这里有疑问是,难道法律行为在罗马法上没有成为一个系统化的制度,仅仅是由于法学理论发展或者法律技术的原因吗?所谓现代体系指的又是什么呢?其实,在19世纪末,就有人提出过类似的疑问。“我们的理论是如何产生法律行为的概念的,哪些法律行为中附属的意义和重要性对于罗马法是未知的?”^②以下将重点展开对法律行为出现原因的探讨。

二、自然法学派的巨大影响^③

法律行为的产生,从法律思想以及技术的角度,受到了自然法学的巨大影响。^④这里着重讨论新自然法时期该学派的几个代表人物,霍布斯(Thomas Hobbes, 1588 ~ 1679年)、格老秀斯(Hugo Grotius, 1583 ~ 1645年)、普芬道夫(S. Pufendorf, 1632 ~ 1694年)和沃尔夫(Christian Wolff, 1679 ~ 1754年)。由霍布斯和格老秀斯所构建的自然法体系确立了新的世俗自然法时代两个基本的可能性:存在主义和唯心论的自然法,这不仅为后来的自然法学说勾勒了发展的框架,而且提供了所适用的思想上的工具。

作为存在主义自然法的代表,霍布斯的学说综合了本能学说和意志的形而上学思想,认为法律不是要建立理想的,而是真正的秩序。他是一个词含义上的唯名论者,提出一般概念只是很多单个事物的综合性的名词。就行为学说而言,每一个行为就其本质来看是不同的,它们的价值特征只能单独通过一个置于其上的命令来获得。很显然,他所指的行

① Vgl. Gerhard Dulkeit, „Zur Lehre vom Rechtsgeschaeft im klassischen roemischen Recht“, Festschrift Fritz Schulz, Weimar, Verlag Hermann Boehlaus Nachf., 1951, S. 149.

② Siegmund Schlossmann, Der Vertrag, Leipzig, Verlag von Breitkopf und Haertel, 1876, S. 131.

③ Vgl. Hans Welzel, Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit, Gottingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1990, S. 114ff, 123ff, 130ff.

④ 对于法律行为从自然法学的产生路径将在稍后进行论述。