

1

2017
第1辑

总第45辑

本出版物入选
CSSCI集刊（2017—2018）目录

Nomocracy Forum

法治论坛

广州市法学会 / 编

阳庚德

以合同法吸收法律行为制度论

刘年夫 刘欢

环境民事公益诉讼的实践与思考

谢春晖

金融审判中证明责任转换规则之适用

黎嘉

寻法官指示制度定构之路

伦铭健 吴庆锋

郑某非法行医案

姜耀庭 肖少珍

执行程序中抵销问题的探讨

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

1

2017
第1辑

总第45辑

Nomocracy Forum

法治论坛

广州市法学会 / 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法治论坛. 第45辑 / 广州市法学会编. —北京:
中国法制出版社, 2017. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8314 - 8

I. ①法… II. ①广… III. ①法学 - 丛刊 IV.
①D90 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 048482 号

策划编辑: 王佩琳 (wangpeilin@zgfs. com)

责任编辑: 薛 强 (editor_xue@163. com)

封面设计: 周黎明

法治论坛. 第45辑

FAZHI LUNTAN. DI SISHIWU JI

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2017 年 3 月第 1 版

印张/ 21. 75 字数/ 340 千字

2017 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8314 - 8

定价: 55. 00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: [http://www. zgfs. com](http://www.zgfs.com)

市场营销部电话: 010 - 66033393

值班电话: 010 - 66026508

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66038139

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

编委会

主任：谢晓丹

副主任：邓中文 陈思民 刘武鹏 金久隆

编委（按姓氏笔画顺序排列）

丁海湖	马建文	王学沛	王 涛	王雪生
邓成明	邓世豹	刘 恒	李伯侨	朱羿锟
邬耀广	杜承铭	何素梅	邵维国	张富强
张晋红	杨建广	周林彬	周显志	房国庆
胡充寒	骆梅芬	夏 蔚	徐松林	徐忠明
黄建武	黄 瑶	舒 扬	谢石松	葛洪义

主 编：卢晓珊

执行主编：王耀波

编 辑：陈道欢 杨楠瑶 郑隽楚

编辑部版权声明

本出版物 2007 年始已许可中国学术期刊（光盘版）电子杂志社在中国知网及其系列数据库产品中，以数字化方式复制、汇编、发行、信息网络传播本出版物全文。该社著作权使用费与本出版物稿酬一并支付。作者向本出版物提交文章发表的行为即视为同意编辑部上述声明。

《法治论坛》编辑部
2017 年 3 月

《法治论坛》 格式规范

1. 《法治论坛》侧重以实践问题为切入点进行理论探讨。
2. 《法治论坛》文章要求观点鲜明、论述缜密、论据充分、格式规范。
3. 所有来稿请注明论文题目、作者简介（包括法律职称）、联系电话、通讯地址、邮政编码、电子邮箱等。
4. 投稿请用电子邮件方式，邮件主题：×××（作者姓名）投稿。我们将尽快通知作者刊用情况。

5. 提倡文责自负，反对抄袭剽窃。本出版物已获中国知网授权使用“学术不端文献检测系统”。

6. 论文格式规范如下：

（1）要有内容摘要和关键词；

（2）脚注：注解一律采用脚注形式，并用横线与正文隔开；序号左顶格，以数字1、2、3、……标示，连续编排。引用文章用双引号，引用专著用书名号。

例：

范愉著：《纠纷解决的理论与实践》，清华大学出版社2007年版，第565页。

章武生：“ADR与我国大调解的产生和发展”，载《纠纷解决——多元调解的方法与策略》，中国法制出版社2008年版，第3页。

王利明：“审判方式改革中的民事证据立法问题探讨”，载《中国法学》2000年第4期（引用期刊文章不需注明页码）。

援引自学位论文集的文章用双引号。例：“准政府组织的行政法定位及其权利规制”，载《吉林大学2006年硕士学位论文》。

（3）参考文献

引用文章用双引号，引用专著用书名号。不需注明页码。

例：

王卫国著：《破产法》，人民法院出版社 1999 版。

【英】施米托夫著：《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社 1993 版。

杨兴培：“论刑事和解制度在中国的命运选择”，载《法学杂志》2006 年第 6 期。

一般有纸质产品的情况下，不建议引用网站内容。如果引用网站内容，请注明网站名字和频道、网址、最后访问时间。

例如：王利明：“标准合同的若干问题”，载中国民商法律网民事法学频道，<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=22250>，最后访问于 2007 年 1 月 26 日。

7. 《法治论坛》文章将同时被中国知网（www.cnki.net）署名转载，如不同意转载，请在投稿时作出声明。

地址：广州市龙津西路 148 号 13 楼广州市法学会

邮编：510150

电话：020 - 81209433 81197015

投稿邮箱：gzfzlt@126.com



民法典编纂专题

003/	阳庚德	以合同法吸收法律行为制度论 ——合同法独立成编与民法典总则设置法律行为制度之 冲突与整合
026/	王荣珍 唐 趣	民法典编撰中成年人意定监护制度规制研究
038/	马栩生 黄世吉	将民法典作为整体学问 ——追问中国民法典的编纂基础
044/	王 静	网络虚拟财产的法律保护
054/	肖楚钢	商誉损害赔偿的民法典路径
067/	陈建华	民法典编纂背景下民法与宪法的关系 ——基于司法实践视角

调研报告

081/ 刘年夫 刘 欢

环境民事公益诉讼的实践与思考

——以广东省首例由社会组织提起的环境民事公益诉讼为视角

094/ 崔友爱 刘振华

从他我到自我：基层人民法院 30 年来的职能转变

——基于 A 省 B 市 C 区法院 30 年法院工作报告的文本研究

108/ 陈冬梅 隋 岳 徐 娟

从“橡皮图章”到“实质审理”

——以规范减刑情节适用为视角谈减刑案件审理思维转变

案例分析

123/ 罗颖捷 陈本聪

广州市某公司与夏某劳动争议案

129/ 伦铭健 吴庆锋

郑某非法行医案

134/ 张朝晖 罗永娟

广州某船舶有限公司诉广州市番禺某造船厂有限公司等公司解散纠纷案

140/ 钟 涛

广州某有限公司等诉广州市国土资源和房屋管理局追缴土地使用权出让合同违约金行政决定纠纷案

实务研究

- 147/ 张春和 段莉琼
审判团队业绩评价机制的结构分析与路径整合
- 162/ 胡朝晖 买文毅
论行政违法行为检察监督
- 171/ 何秋芳 魏钦海
关于司法责任制改革试点工作的探索与思考
——以 G 省改革实践为视角
- 183/ 黎 嘉
寻法官指示制度定构之路
——以人民陪审员制度中事实审与法律审分离机制为视域
- 196/ 顾忠华 吴燕燕 王文琤
刑事执行检察领域检务公开的探索
——以驻监狱检察工作为视角
- 205/ 谢春晖
金融审判中证明责任转换规则之适用
- 216/ 张法能
信用惩戒机制的实施与效应
——以失信被执行人名单制度的合理适用为角度
- 232/ 张全印
我国异种有期徒刑数罪并罚之研究
——以我国《刑法》第六十九条第二款的规定为视角
- 243/ 张节兵 张世樟
应用科技手段提升职务犯罪侦查能力的思考
——以基层检察机关为视角
- 250/ 蔡 未 蔡晓颖
坦白从宽可以有多宽
——刑事诉讼中认罪认罚从宽制度的内在逻辑与制度重构探究

262/ 许林波
从制度演进的视角厘清民事诉讼当事人的具体化义务

278/ 厦门大学法学院“未来海岸”课题组
监护权撤销制度的实践与思考
——基于福建仙游、江苏徐州的调研

292/ 江俊溢
庭审实质化改革之刑事案件证人出庭作证制度研究

302/ 翟健锋
庭审实质化视域中刑事被害人诉讼权利的保障

法谈法议

315/ 姜耀庭 肖少珍
执行程序中抵销问题的探讨

321/ 肖挺俊 张逸超
出租人如何“优雅地”回收租赁物业？
——以策划某开发商成功回收某宾馆为例

326/ 李 涛
利用 POS 机刷本人及亲属信用卡套现该如何定性

330/ 龙贵兰
高速公路上撞行人致死是否构成交通肇事罪

333/ 陈 颖
应对取保候审犯罪嫌疑人（被告人）脱保案件的几点思考

中国政法大学出版社

以合同法吸收法律行为制度论

——兼论民法总则中法律行为制度的立法技术

王利明

民法典编纂专题



以合同法吸收法律行为制度论

——合同法独立成编与民法典总则设置法律行为制度之冲突与整合

阳庚德*

【内容提要】 我国的《合同法》早已形成了完整而独立的体系，《合同法》上的合同包含了除身份关系之外所有设立、变更、终止民事权利义务的协议。在我国《合同法》和《物权法》没有区分，将来也没有必要再区分债权行为和物权行为的情况下，我国民法典不再具备在总则中抽象法律行为概念的基础。因此，我国民法典就没有必要通过总则设置法律行为制度。关于意思表示的规则、法律行为的效力、法律行为的解释、条件和期间等法律行为制度的内容可并入现行《合同法》，完善后的《合同法》在我国民法典中独立成编。单方法律行为和多方法律行为可参照合同法相关条款适用。法律行为制度弘扬民法意思自治的价值，也完全可以通过合同法来实现。没有了法律行为，我国民法典就没有必要采纳德国民法典的大总则模式，可以“一般规定”为题，规定立法依据、宗旨、基本原则、适用范围、民法渊源、民法解释等内容即可，民事主体制度吸收人格权法后，独立成编。

【关键词】 法律行为 物权行为 民法总则 民法典体例

问题的提出

目前，我国民法学界多数学者主张我国民法典应当在民法总则中设立法律

* 阳庚德——华南师范大学法学院副教授。

行为制度，同时主张合同法独立成编¹。但是，在这种情况下，如何处理民法总则中的法律行为制度和独立成编的合同法之间的关系？如果我国民法典既保持合同法的完整性并且独立成编，又通过总则设置法律行为制度，那么二者之间必然重复²，有损民法典的体系完整和逻辑严密。因此，我国民法典实际上只能在以下两种方案中二选一：方案一，合同法吸收法律行为制度模式，即完善我国现行《合同法》并在将来的民法典中独立成编，放弃通过民法总则设置法律行为制度。方案二，放弃合同法体系完整和独立成编，将合同法中关于合同订立中的意思表示规则、合同的效力制度、合同内容的确定与解释、合同的条件和期间等内容，并入民法总则中的法律行为制度。这两种方案，我国民法典应当如何选择呢？本文认为从历史和现实出发，我国的民法典编撰应当选择以合同法吸收法律行为制度的方案一。

一、我国现行《合同法》和《物权法》均未采纳、将来也没必要复兴物权行为概念，导致我国民法丧失了抽象法律行为概念之基础

我国现行《合同法》和《物权法》没有、将来也没必要区分物权行为和债权行为，导致我国民法典丧失了抽象法律行为概念的基础。

（一）法律行为概念必须以物权行为和债权行为的区分为前提

19世纪初，由德国法学家们所创造的法律行为这一抽象概念，是对众多的以意思表示为要素的民事行为进行高度概括的产物。法律行为这种抽象概念是对客观上散存于遗嘱（单方法律行为）、交换（双方法律行为）、选举（多方法律行为）等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

1 参见中国法学会民法典编纂项目领导小组：《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（征求意见稿）》，来源于 http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=81&InfoID=14364，最后访问于2016年3月10日；梁慧星著：《中国民法典草案建议稿》（第三版），法律出版社2013年版；王利明著：《中国民法典草案建议稿及说明》，中国法制出版社2004年版。也有学者编纂的建议稿中未设总则编，或者主张中国民法典不应该采纳德国式的“大总则”模式，而应当采“小总则”模式。在“小总则”模式中，不存在法律行为制度。参见徐国栋著：《绿色民法典草案》，中国社科文献出版社2006年版；陈小君：“我国民法典：序编还是总则”，载《法学研究》2004年第6期。

2 如《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（征求意见稿）》第六章关于法律行为的规定，共分五节，一般规定、意思表示、意思表示的解释、法律行为的效力、条件和期限；而我国《合同法》第二章规定了合同订立中的意思表示规则，第三章规定了合同的效力，《合同法》第六十一条、第六十二条、第一百二十五条规定了合同内容的确定与解释，《合同法》第四十五条、第四十六条规定了条件和期间。二者规范的对象基本一致。

观思维上的概括归纳而形成，即所谓的“提取公因式”。而“提取公因式”的过程，就是将蕴含于民法体系各具体制度中的共通性规律进行层层提炼和抽象，并赋予各自符合逻辑的位阶。这个过程的结果就是那些统摄全局、贯穿始终的内容被剥离出来并在逻辑结构上居于最高位阶，形成所谓的民法总则或序编。这种“提取公因式”方法运用的极致，也是德国式民法总则之精髓，就是法律行为概念。

但是，通过运用“提取公因式”方法形成的“大总则”，难以高度抽象出各编之间的法律行为，导致民法总则关于法律行为的规定，能直接适用身份行为的并不多。比如，法律行为的核心要素意思表示，在合同中的意思表示解释规则与继承中的解释规则完全不相同。对于合同法中意思表示的解释规则，目前我国学界通说认为至少具备行为意思、表示意思和效果意思。而在继承法的遗嘱中，继承在被继承人死亡之后才开始，但是此时被继承人根本无法作出行为意思，又谈何意思表示，而且在法定继承的情形下，直接依据法律规定的继承顺位进行财产分配，排除了意思表示的适用。再如，婚姻法由于具备较强的人身关系和道德伦理性，其意思自治的内容极其有限，尽管不否认意思自治在婚姻法约定财产协议、协议离婚等情形下存在，但是“提取公因式”得出的“大总则”难以抽象概括出普遍适用于婚姻家庭和继承法的规则。这与德国民法典的大总则模式的初衷和逻辑是矛盾的。

因此，可以说，法律行为概念的抽象，其主要目的并非为了涵盖较特殊的身份行为与继承行为，而是以负担行为（债权行为）和处分行为（物权行为）的区分为基础的。因此，如果要在民法总则中设置法律行为制度，就必须回归物权行为（处分行为）与债权行为（负担行为）的二元区分。

（二）我国《合同法》关于合同的定义堵死了物权行为概念的生成空间，为《合同法》吸收法律行为制度奠定了基础

一百多年前，我国完全推倒自己的固有法律传统、改采西洋法制时，由于当时日本在亚洲独领风骚，德国在欧洲称霸，我们法学界睁眼看世界的人，毫无疑问将其目光聚焦在这两个国家。因此，从《大清民律草案》到《中华民国民法典》可以看出，我国民法学界经日本而通德国，基本全盘继受了德国民法典之民法总则、法律行为以及物权债权分立以及五编制的民法体例。由于当时我国本土的民法理论和制度基本上是一片空白，因此全盘接受德国民法典的理论和体系并无太大的问题，在我国台湾地区运行良好的“中华民国民法典”也说明了这一点。

1954年，新中国的全国人大常委会办公厅研究室即开始着手新中国的民法

典起草工作，从此揭开了绵延半个多世纪的民法典起草之帷幕。在这一过程中，我国的民法理论亦随着立法进程逐步建立和自主发展。从20世纪50年代起，我们在起草我国民法典草案的过程中，将学习的目标锁定在了苏联的民法典及其民法理论，包括苏联在民法立法上采纳的法律行为的概念。由于伴随着广泛的政治因素，当时的立法者难免会对法律行为的取舍有“只缘身在此山中”的局限性，因此就形成了我国《民法通则》中的民事法律行为概念及制度。因此，可以说，我国民法通则中采用民事法律行为概念，其原因更倾向于直接受苏联模式的影响，而非有意借鉴《德国民法典》的模式。

20世纪80年代，由于当时我国相关政治经济条件不具备，再加上我国民法学界的知识储备不足，我们放弃了制定一部完整的民法典，而是制定了一部简略的《民法通则》应急，并且《民法通则》中规定了法律行为制度。但是，《民法通则》中的民事法律行为制度不能满足当时的社会需求，根据现实中对合同制度的需求，在三部有关合同的法律制度的基础上，经过民法学界十多年的不懈努力，于1999年制定了统一的《中华人民共和国合同法》。《合同法》的制定实施，是我国民法脱离德国民法典模式，走上自主发展道路的关键一步。在制定《合同法》的过程中，我国民法学者也再次睁眼看世界，不断学习世界先进的法律文化知识。但是，毫无疑问，学者们此时关注的重点已经不仅仅是德国民法典了，英美法和大量以英美法为基础的国际条约和国际公约也进入了我们学习和借鉴的视野。虽然我国民法学界还在民法总论中讲授法律行为制度，但是关于合同法的知识和理论不断深化，学术上关于合同法的著作也汗牛充栋。因此可以说，在我国现行的立法和民法理论中，关于合同和法律行为制度，一直是以《合同法》为主导的。虽然合同法关于意思表示的规则还有这样那样的不足，但是，不可否认的是，目前实施的《合同法》是一部比较完善的法律制度，并且已连续实施了十六年，这也是我国各种民法典草案不约而同地将合同法独立成编的根本原因。而合同法在民法典中独立成编，已经超越了德国民法典的模式，走出了中国自己的民法典之路。我们现在要为了在民法典总则中设置法律行为制度，无视合同法独立而完整存在多年的历史现实，应该不是科学的做法。

在制定合同法的时候，我国民法学界就对合同法的调整对象发生过争论。我国《合同法》的立法者根据我国的实际情况以及世界各国的经验，明确规定，我国合同法上的合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止除身份关系之外的民事权利义务关系的协议。据此，债权合同、物权合同、知识产权合同等，均在我国《合同法》的调整范围之内。由此可见，早在1999年制定《合同法》的时候，我国立法者就已经放弃了债权合同与物权合同的区