

法律行为要件初论

陈光华 著

——以物权变动为实证

天津财经大学法学学术文库

Tianjin University of Finance & Economics



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

天津财经大学法学学术文库

Tianjin University of Finance & Economics



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法律行为要件初论

陈光华 著

——以物权变动为实证

本书为天津市哲学社会科学规划资助项目

“论物权变动模式与法律行为重构”（TJFX08-005）研究成果。

图书在版编目(CIP)数据

法律行为要件初论:以物权变动为实证 / 陈光华
著. —北京:法律出版社, 2009. 8
(天津财经大学法学学术文库)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9801 - 9

I. 法… II. 陈… III. 法律行为—理论研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 138688 号

天津财经大学
法学学术文库

法律行为要件初论
——以物权变动为实证

陈光华 著

责任编辑 田会文
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 6.25 字数 154 千

版本 2009 年 8 月第 1 版

印次 2009 年 8 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9801 - 9

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

大学,离不开学术。教学和学术构成大学两个最为核心的部分,如果说教学是大学生存之本,那么,学术就是大学发展之源。惟学术,方能推进学科之发展,促进教学质量之提高。高水平的学术,乃高质量的教学之保证,乃一流大学之必备条件。大学应该尊重学术、倡导学术。大学之学术成就,为大学最为宝贵的精神财富。

学术研究,也离不开大学。蔡元培先生曾言:“大学者,研究高深学问者也。”大学是探究高深学问之圣殿,大学应该为研究学术提供制度保障和精神环境,使大学成为学者的精神家园,为社会的发展贡献更多的知识财富。此外,大学的学术研究,不能忽视那些以学术为理想、追求学术的莘莘学子,他们是大学学术追求永远充满活力之所在。

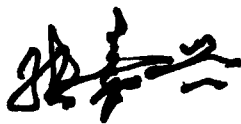
天津财经大学一贯坚持以提升学术水平为先导,积极地探索、完善各项措施,营造天津财经大学自由健康的学术氛围,鼓励真正的学术创新。经过

五十多年的历史积淀,天津财经大学在会计、金融、经济、管理等方面已经形成了自己的学术特色。近年来,法学院依托本校自身的学科条件和优势,将法学研究与金融、财税、证券等学科的理论与实践联系起来,开展多学科交叉的综合性研究,形成了法学与财政、金融相融互渗的研究特色,涌现出一批颇具影响的学术成果。《天津财经大学法学学术文库》就是其集中的体现。这些作者都具有博士学位,他们年轻、充满朝气,追求学术。本文库就是他们多年来追求学术之成果荟萃。

学术研究永远没有完美之点,但是必须回答出:你的学术思想、学术贡献是什么。

是为序。

张嘉兴 校长、博士生导师

A stylized, handwritten signature in black ink, likely reading '张嘉兴' (Zhang Jiaxing).

于天津财经大学

2009年8月1日

前 言

法律行为的本质是以意思表示为基础,并且根据意思表示所指,产生民事权利义务关系生灭变更法律效果的法律要件。简言之,法律行为是基于当事人意思表示的法律效果的构成要件。

法律行为必须包括一个基本要素,即意思表示,而意思表示必须包括意思表示和法律效果意思两个基本要素,或可简称为法律效果意思表示。认定法律行为的标准:只以当事人有无法律行为的效果意思为标准。

法律行为不等于合法行为,却可以是设权规范。法律行为只需要有效果意思即可,至于法律效果意思表示是否合法有效,在所不论,不影响法律行为的构成,所以,法律行为不必是合法行为,还包括无效行为、可撤销行为以及效力待定行为。从最根本的意义上分析,法律行为应当是从规范的角度定义的,法律行为体现在立法中不过是普通的行为规范,其结果是限制行为主体的自由,促使其按照法律规定的方法和程式为意思表示,而不是任意而为。又因为意思表示的规则一旦制定成为法律规

范,就可以作为法律工具使用,用来设定权利,确定义务,仅从这一角度言之,法律行为制度可以说是设权规范。

由于法律行为是立法者分析意思表示行为的构成要素,结合行为人所追求的法律效果进行利益衡量所设计的法律效果要件构成。不同的法律效果目的相应地有不同的要件构成,即法律行为并不是单调划一的。

法律行为的定性与定量分析的标准,是法律效果意思。法律效果的性质决定法律行为的性质;法律效果的数量决定法律行为的数量。法律对不同的法律行为规定了不同的要件构成,不同的要件构成对应于不同的法律效果;换言之,不同的法律效果将会造成不同的利益关系,形成不同的利益冲突。立法者在进行价值判断与取舍的基础上,设计不同的构成要件,利用不同的构成要件,立法者得以调解冲突的利益关系,平衡相关各方应归于公平的关系状态,以确保平等原则和诚信原则在具体法律关系中得以实现,达到民法所追求的公平与效率。

认定法律行为生效的起点是行为已经完成并且满足法律对该行为生效所规定的全部要件。从主观上看,行为人知道行为已经生效;从客观上看,以正常的理性标准判断,行为人应当知道行为已经生效;从相对人的角度看,行为在法律上足以让相对人信赖行为已经生效并且基于此信赖而相应地为或不为一定行为。以上三点有其一即可认定该法律行为对相关行为人的法律效力。

关于法律规范和法律行为之间的关系,本书认为,生活中不存在现成的法律行为,正如生活中不存在现成的法律规范一样,法律行为不过是立法者制定的行为规范,是立法者的设计,而不是生活行为的写照。法律行为制度具有法律规范的一切功能,即指引、评价、预测、制裁、保护等。法律行为是民事主体实现权利的工具,是明确义务的锁链。

从立法技术和法治实践上分析,法律行为制度的功能与意义与一般法律规范毫无二致。从立法技术上看,法律行为理论和制度建立了法律

行为普遍规则与具体规则之间的指导关系,使民法典避免再对各种具体法律行为作出不必要的重复规定;从理论上分析,最初是为了简化要式交易行为,使交易成本最低,之后是为了给出一个对民事行为的普遍评价标准。通过该评价标准评价民事法律行为的法律效果,用以指引和预测民事法律行为,以定纷止争,建立良好的社会经济秩序。

法律行为制度的目的与法律的目的。法律行为制度像任何法律制度一样,只是以平等为前提,以公平效率为目的反映立法者的意志。基于人人生而平等、自由的前提,法律行为制度从根本上说是规范和限制功能。与任何法律的功能一样,它是通过制定最基本的行为规范,对行为人的自由进行平等的、具有普适效力的最小必要的限制来更好地保障每个人的意志自由的最大程度的实现,即在最小限制个体的行为自由与最大化地实现社会大众整体的普遍性自由之间寻找平衡点。法律行为制度在给予行为人之意思自治以最大自由的同时,也对行为人的意志进行了符合立法者的价值目标的必要限制。法律行为制度与法律二者的功能与目的是统一的。

法律行为与法律效果是目的与手段的关系,法律行为要件构成与法律效果是因果对应关系。一定的构成要件必然造成一定的法律效果。一定的法律效果总是对应于一定的法律构成要件。至于构成要件与法律行为的关系则可表述为:法律行为体现为一定的要件构成;一定的要件构成成就了相应的法律行为。

本书观点与传统法律行为观点的根本区别在于,传统观点认为尽管一项行为(如合意行为或者债权行为)也许不过是当事人追求或实现法律目的或者法律效果的手段,只要它直接指向或者足以导致法律关系(如债权债务关系)的产生或解除,此等法律事实或者意思表示就称为法律行为;本书认为,行为人的行为如果直接指向或者足以导致行为人意指的法律效果的产生或解除,方可成为法律行为。作为行为人意指的法律效果的实现手段的任何行为,即使在走向行为人意指的法律效果的过

程中已经发生法律效力,但该手段性行为仍不能脱离行为人意指的作为行为目的的最终法律效果而单独成为法律行为。所以,法律行为从时间上看,有成立、发生效力、产生效果三个阶段;法律行为从结构上看,体现为成立要件、效力要件、效果要件的交织状态。

目 录

前言 /1

第一章 法律行为概述 /1

第一节 “法律行为”西学东渐 /1

第二节 法律行为 (Rechtsgeschäft) 概念考略 /2

一、法律行为概念的逻辑起点 /2

二、法律行为 (Rechtsgeschäft) 的经典定义 /3

第三节 对德国民法“法律行为”简评 /4

第四节 法律行为理论在中国的移植与嬗变 /4

一、第一次民法典起草 /6

二、第二次民法典起草 /9

三、第三次民法典起草 /10

第五节 法律行为汉译语源与流变 /13

一、中国学者对 Rechtsgeschäft 真意汉译之检讨 /13

二、Rechtsgeschäft 真意缺失与词义重塑 /15

三、前苏联法理学对法律行为的定位与启示 /16

第二章 意思表示与法律行为的关系及其理论问题 / 19

第一节 意思表示与法律行为的关系问题 / 19

一、意思表示的功能 / 19

二、意思表示与法律行为概念相混淆的现状 / 20

三、意思表示的属概念是“行为”还是“法律行为” / 21

四、意思表示与法律行为的关系 / 22

第二节 法律生活对传统民法理论中法律行为要素“一元论”的挑战及其理论解决 / 24

一、法律行为要素“一元论”被突破 / 24

二、传统理论中“生效要件”界说之不足及其造成的理论空缺 / 26

第三节 公示和要物行为——以“交付”为分析对象 / 28

一、交付的法律性质 / 29

二、事实行为并不必然产生法律效果 / 30

三、交付是成立要件、生效要件、效力要件还是效果要件 / 31

四、生效要件依赖于实定法提供效力保障 / 33

五、“公示”登记的性质及其在法律行为构成要件中的地位 / 35

第四节 特定形式是否是法律行为的构成要件 / 36

第五节 意思表示与法律行为区别研究及问题 / 39

第三章 典型法律行为要件分析与厘定

——以物权变动法律行为为例 / 42

第一节 物权法律行为具有二元要件 / 42

一、物权动态安全要求决定了物权法律行为的形式要件——公示 / 42

二、物权静态安全要求决定了物权法律行为的实质要件——物权根据 / 52

第二节 平等原则决定了物权法律行为要件——合意和公示 / 56

一、以公示保护交易安全是民法基本原则的内在要求 / 57

二、善意取得的法理基础是平等原则 / 59

三、公示要件为鉴别善意提供了标准 / 61

四、公示的权利变动需要有“合意”作为根据 /63

五、所有权的终极排他性对物权变动要件的规定性 /64

第三节 物权法律行为要件是二元价值共存的体现/66

一、物权人与第三人之间的法益冲突 /66

二、两可处理与两难选择 /70

三、保护第三人之善意法理依据 /74

第四节 物权变动法律行为的二元要件结构/76

一、物权变动法律行为的二要件及其关系 /76

二、物权变动二要件对立统一的必然性与可行性 /79

三、物权变动要件总结 /80

第四章 法律行为要件论/83

第一节 法律行为在民法中的定位及理论根据/83

一、法律行为理论不可替代的工具价值 /83

二、法律行为制度的理论依据 /85

第二节 法律行为效果意思中不应存在独立的“债权合意”/86

一、债权与物权的关系及其背后的错误认识 /86

二、买卖中的债权效果意思没有主观根据 /89

三、债权效果是否债权行为必然成就之充分根据 /90

第三节 法律行为效果意思中不存在独立的“物权合意”/92

一、物权行为缺乏事实根据 /92

二、负担行为和处分行为不足以成为债权行为和物权行为的事实根据 /92

三、生活事实层面的物权行为理论不能自圆其说 /94

四、在制度效果上保护的是恶意第三人 /98

五、物权行为理论未能顾及法律行为理论的周延性 /100

第四节 物权行为肯定说和否定说的价值取向差异/101

一、肯定说和否定说相持不下的原因 /101

二、肯定说和否定说的价值取向的分析 /102

4 法律行为要件初论——以物权变动为实证

三、肯定说与否定说的共同误区——对合同行为是否是法律行为的模糊认识 /103

第五节 法律行为概念界说/105

一、法律行为的概念与本质 /105

二、权利交易误读与法律行为概念 /106

三、法律行为再认识 /108

第六节 法律行为与意思表示/110

一、法律行为的内涵包括但不拘泥于意思表示 /110

二、法律行为的法律效果与债权效果和物权效果之辨析 /111

三、法律行为的量的应然标准是主观的 /112

第七节 法律行为与履行行为/115

一、法律行为与履行行为的关系 /115

二、对交付和登记的定位分析 /116

三、履行行为是法律行为的有机构成 /120

第五章 法律行为理论体系的调整与完善/123

第一节 法律行为之内涵探析/123

一、纯意思表示作为一种法律行为只是一种法律上的拟制 /125

二、取得了债的效果的合同仍然是法律行为的“意思”条件 /127

三、交付和登记的物权效果以物的合意为基础 /128

四、物权变动行为仍是一个“意”、“行”的结合体 /132

第二节 法律行为之外延分析/134

一、法律行为由作为效果要件的一系列行为构成 /134

二、权利变动效果要件的内在结构 /135

三、效果要件中各行为之称谓辨析 /136

四、法律行为是发生法律效果的法律事实 /138

五、民事法律关系、民事权利、法律效果具有相同的本质 /139

六、法律效果与法律行为构成要件的关系 /141

第三节 法律行为的本质是法律效果要件/143

第四节 法律行为制度要点/149

一、法律行为的成立要件和生效要件不同/149

二、法律行为的成立要件和生效要件的构成分析/150

三、法律行为要件结构中的事实构成/152

四、法律行为的要件层次/154

五、法律行为的判断标准/156

六、法律行为是私法自治的工具/157

七、法律行为的成立和生效是基于平等原则所进行的价值判断/159

结 论/160

参考文献/168

后 记/184

第一章 法律行为概述

第一节 “法律行为”西学东渐

法律行为制度是意思自治的工具。法律行为制度之所以能够成为意思自治的工具,其原因在于对意思表示效力的确认和所确立的“法无明文禁止即合法”的规则,为实现当事人意思自治奠定了制度基础;法律行为制度所构建的规范体系,为人们设立权利义务关系提供了行为模式,为实现当事人意思自治提供了有效的运作机制;法律行为制度所确立的行为缺陷的救济之道,为实现当事人意思自治提供了补救之法。

当代德国民法秉承的是学说汇纂(Pandekten)的体系。学说汇纂体系的主要特征在于抽象并前置总则之体例,而民法总则诸规则的建构以法律行为理论为核心。

自清末西学东渐以来,我国民法概念体系及思维方式即通过日本师法德国,因袭德国民法的法律行为概念在理论上也未见有显著的歧见。1949年中华人民共和国成立之后,废除旧政权所定之“六

法”之后的三十年间,曾组织过三次民法典编纂活动。由于改承前苏联的法制体系,“法律行为”在中国民法中游弋于移植与创新之间,其定义观点不一,歧见迭出。1986年,《民法通则》第54条断然放弃“法律行为”语词,而代之以“民事法律行为”。作为世界民法立法史上的一个独创的“民事法律行为”受到了广泛的质疑,多数学者有回归至“法律行为”之意。

法律行为概念不是中国民法学原创,而是德文 *Rechtsgeschäft* 的汉译。考察在德国生活环境和法律语境之下的 *Rechtsgeschäft* 语词用法是研究法律行为真意的必经之道。《民法通则》之立法者之所以舍“法律行为”而另创“民事法律行为”概念,意在解决“合法性矛盾”与法律行为之“部门法区分”难题,而这两个难题恰又构成理解法律行为概念之关键。

第二节 法律行为 (*Rechtsgeschäft*) 概念考略

一、法律行为概念的逻辑起点

尽管罗马《十二铜表法》中有“一切关于财产所为之遗嘱处分,皆为法律”的规定,但是在罗马法中,未曾有过与法律行为意义相应的技术术语。罗马法上,只存在各种具体的法律行为类型,而无一般性的“法律行为”概念。在当时的生活环境中,罗马人所需要解析的,不过是诸如买卖契约、租赁契约等具体的债权契约。

通说认为,法律行为之所以成为一般性概念,系18世纪学说汇纂法学的成就。学说汇纂法学意在具体规则之上抽象出普遍适用的一般理论规则,所采用的逻辑方法是演绎而非归纳。没有明确的法律概念。就没有清晰的法律体系,也不能进行清晰的法律思维。^{〔1〕} 学说汇纂法学

〔1〕 参见田士永:《物权行为理论研究》,中国政法大学出版社2002年版,第4页。

创造的法律行为概念,并不是各种具体行为类型归纳抽象的产物,而是直接从“人的行为”(menschliche Handlung)这一上位概念开始定义。“人的行为有一主要类型,即所谓法律上的行为[(Rechtsliche Handlungen)或称法律的行为[Rechtsliche Geschäfte(actus juridici, negotia juridica)],其含义为,以相互间的权利义务为标的之合法的人的行为(erlaubte menschliche Handlungen)。”^[1]可见,在潘德克吞体系中,法律行为源于对人的行为的观察和演绎,具有先念性。而后世关于法律行为理论的学说却逐渐过渡到了以归纳各种具体行为的共性为基础提出观点。两种不同思路,导致古今法律行为概念渐行渐远。

二、法律行为(Rechtsgeschäft)的经典定义

19世纪初期以前,Rechtsgeschäft多用以笼统指称能够发生权利义务关系的合法行为。1804年的《法国民法典》规定,“依法订立的契约,对于缔约当事人双方具有相当于法律的效力”,是确认双方法律行为的立法先例。但尚不能断言法国民法典采纳了法律行为理论。19世纪晚期的一位德国法学家阿福尔特(Albert Affolter)指出,首先对“法律行为”概念作出深入论述的是萨维尼及其弟子普赫塔,并且,他们的学说几乎未加修正即迅速成为通说。^[2]

萨维尼在《当代罗马法体系》第3卷中,以考查生活事实基本的内涵为分析的逻辑起点,作出至今仍然非常精辟的阐述,建构法律行为为行为人为人设立、变更、消灭法律关系的理论。他给法律行为作出了一个经典定义:“行为人创设其意欲的法律关系而从事的意思表示行为”。萨维尼在法律行为概念中所注重的是阐明:法律行为包括两项基本要素:行为人意志与法律效果,是具有直接指向法律效果之意志的自由行为。借

[1] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论·下册》,王晓晔等译,谢怀栻校,法律出版社2003年版,第428页。

[2] 参见Albert Affolter, *Zur Lehre vom Rechtsgeschäfte*, Solothurn Jent, 1888, S. 3. 转引自朱庆育:“法律行为概念疏证”,载《中外法学》2008年第3期。