

# 法律行为概念及其适用范围之原本考察

——以“法律行为(Rechtsgeschäft)”的词源为线索

张摇作摇华

(武汉大学 研究生院, 武汉 430072; 中南财经政法大学 法学院, 武汉 430074)

**摘要:**民法“法律行为”制度的现代困境源自于其原本含义的局限性。原初意义上的“法律行为”实质上是一种设权行为,而且仅适用于财产交易的民事法律关系领域。这一概念的原本含义及适用范围可以从其德语词源结构上找到线索。创制该概念的法学背景、社会经济背景亦能提供有力支持。

**关键词:**法律行为;现代困境;设权行为;交易;构词;背景

**中图分类号:** D915.1 文献标志码: A 文章编号: 1674-4763(2023)01-0000-00

## 摇摇一摇问题的提出

从法律发展史上看,“法律行为”概念和相应理论的明确提出是在 19 世纪的德国<sup>①</sup>。法律行为制度最初是从契约制度和遗嘱制度中抽象出来的,其理论素材源自于罗马法的诺成契约、遗嘱等具体的财产流转方式<sup>②</sup>。法律行为概念及其制度具有深远而重大的意义<sup>③</sup>。然而,这一经典概念在现代民法理论中遭遇了困境。

(一)“法律行为”概念的含义欠缺一致性和规范性。

所谓法律行为,理论中认为是“私人的、旨在引起某种法律效果的意思表示。……法律行为的本质,在于旨在引起法律效果之意思的实现,在于法律制度以承认该意思方式而于法律世界中实现行为人欲然的法律判断”<sup>④</sup>。尽管《德国民法典》及其继受国或地区的民法都确立了法律行为制度,但大都没有在立法中给法律行为“Rechtsgeschäft”下定义,“法律行为”的定义广泛存在于学说中。而民法学者对“法律行为”的定义比较随意,不够统一。各种表述不尽相同,大致有三种模式。一是“法效说”。该类表述一般认为法律行为是追求或发生“一定私法上效果或法律后果”

的意思表示行为<sup>⑤</sup>。二是“关系说”。该类表述认为基于意思表示的法律行为的目的或效果直接为“民事法律关系”的设立、变更和终止<sup>⑥</sup>。三是“设权说”或者“权利说”。该种表述中将法律行为的目的或效果明确而具体地限定为“创设权利和义务”<sup>⑦</sup>。前苏联和我国有关著述和立法对“设权说”进行了一定的扩展和具体化。1950 年《苏俄民法典》第四十一条对法律行为定义为:“法律行为是公民和组织设定、变更或者终止民事权利或者民事义务的行为。”受其直接影响,我国《民法通则》第五十四条将之定义为:“民事法律行为是公民或法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。”<sup>⑧</sup>三种表述的明显区别在于法律行为的目的或法律后果,即三者依次从一般到具体来表明意思表示所引起的法律后果:“法效说”简单地将表意行为的目的或后果概括为“私法效果”的引起;“关系说”将法律效果明确为“民事法律关系”的创设与变动;而“设权说”似乎又进一步将法律关系具体化为“权利义务关系”。

作为一个经典的、如此重要的基础性概念,既要负载一定的民法价值理念,又要讲求定义的完备周延,体现这一概念的体系功能。“法效说”笼统的概括使“法

收稿日期: 2023-01-10

作者简介: 张作华(1981-),男,湖北汉川人,武汉大学民商法专业博士生,中南财经政法大学法学院讲师。

律行为”概念具有广泛的包容性,不容易引起歧义,但“私法效果”或“法律后果”并没有提供作为一个定义应该包含的充足而实用的信息,因此“法效说”不是一个规范的定义。“关系说”和“权利说”既关注法律行为定义的实质(意思表示),同时关注这类行为的法律后果。那么,法律行为(表意行为)所引起的私法效果究竟是民事法律关系的创设(变动),抑或是民事权利义务的创设(变动)?何种定义更符合“~~法律行为~~”这一用语的本义、以及更符合该概念创立者的目的意图呢?这一定义原本应该在什么范围内才会达到圆满和自恰?

(二)“法律行为”不能圆满解释和适用“物权行为”和“身份行为”等债权契约行为之外的意思表示行为。

物权行为是指以物权移转或物权变动为直接内容的法律行为。该概念首创者萨维尼认为,法律行为以意思表示为实质内容,有意思表示则必有法律行为存在,法律行为概念不仅包括以设立权利义务负担为内容的债权行为,而且应该包括以实现权利义务变动为内容的物权行为<sup>⑦</sup>。物权行为理论自诞生以来便不断遭受批评,其实用性深受怀疑<sup>⑧</sup>,至今许多德国法继受国或地区仍拒绝接受这一理论。物权行为被学者纳入“法律行为”的依据在于在移转物权的交付行为中存在着意思表示的合意,然而由于“物权法定”原则的强制,物权的内容、物权的种类、物权的变动方式甚至物权的效力都不能任由当事人创设;而且,该“合意”还要受到物权变动的原因行为(债权行为)之意思约束,因此这种意思表示也仅具有形式的和抽象的理论意义。其实,德国早期的普通法学者及后来某些否定物权行为理论的学者始终坚持,对于旨在设立、变更或消灭法律关系的意思表示行为不能作扩大理解,交付行为中所包含的默示意思并不构成独立的意思表示<sup>〔员〕</sup>。至少,物权行为与传统的法律行为之间尚没有理论上建立一种自恰的逻辑链接,致使虽然同属于财产法领域的表意行为,二者在理论中发生冲突。

至于财产法领域之外的亲属法领域,传统法律行为理论更是缺乏解释力和适用性。毋庸置疑,亲属法领域也存在并需要“意思自治”的空间,也需要“法律行为”这个私法自治的工具,即存在所谓的“身份行为”。身份行为是以亲属的身份之取得与丧失为目的之行为,即个人进入或脱离该亲属的身份共同生活关系秩序之行为<sup>〔猿〕</sup>。关于身份行为与法律行为的关系问题、进而民法总则对各分则的逻辑涵摄性问题、再进

而亲属身份法与财产法的关系等问题,一直困扰着各国和地区的民法学者<sup>⑨</sup>。日本学者、台湾地区学者明确指出德国民法总则中的法律行为并不适用于亲属法领域的纯粹身份行为<sup>⑩</sup>。论者所持理由,不外乎:“民法总则实际上为财产法之总则”;而纯粹的“身份行为”(如结婚、协议离婚、收养、协议解除收养、任意认领等),自有其“人伦秩序”上的独特品质。相较于物权行为,身份行为与传统法律行为的距离,似乎更大。

另外,除遗嘱行为之外的单方意思表示行为(即形成行为)、合伙等团体行为、章程行为等表意行为,均不能被传统法律行为理论合理解释<sup>〔源〕</sup>。

从民法典的形式理性和应然角度看,德国民法创造的法律行为制度是对私法领域内的各种表意行为的抽象和概括,并为不同类型的法律行为的发展提供了可能性。它摆脱了将法律行为规则从属于债法或合同法的传统体系,确认了法律行为不仅可以产生债法上的效果,而且可以产生婚姻法、亲属法及其他法上的效果<sup>〔员〕</sup>。然而现在看来,根据上面的分析,德国民法学者创制的“法律行为”概念根本没有达到这一目的。

为什么传统和现代、应然与实然出现如此冲突?本文认为,法律行为面临的理论困境,源于传统民法的法律行为概念涵义的单一性和狭窄性。从该概念的词源学上以及该概念产生的理论背景上,我们可以探寻到:在近代德国民法中,原初意义上的“法律行为”系指“财产交易领域的设权行为”,也就是说,所谓的“法律行为”原本是设定财产权利(义务)的意思表示行为,并且只适用于动态的民事财产关系领域。

二 摇摇德语中所谓的“法律行为”(法律行为),是设权行为

19世纪德国创始者们为了赋予个人意思自治一个法律工具(当然也为了民法逻辑体系建构的需要),根据已有的普通词语杜撰了“~~法律行为~~”这一专门用语。这个词由“~~法律~~”和“~~行为~~”两个词组合而成,中间加了一个连词符“~~泽~~”。“~~法律~~”有“法、法律”的意思,也有“权利”的意思;而“~~行为~~”与其对应的拉丁语~~交易~~,都有“交易”、“行为”、“业务”等多重含义<sup>〔续〕</sup>,因此~~法律行为~~的可能含义有“法律行为”、“法律交易”、“法律业务”、“权利行为”、“权利交易”、“权利业务”等等。德国创始者对这一合成词做了何种选择和组合呢?在近代德国民法中,“法律行为(~~法律行为~~)”中“~~法律~~”意指“权利”,而“~~行为~~”意指“交易”;“~~法律~~”决定了“法律

行为”的实质含义,而“**法律行为**”决定了“法律行为”的适用范围。所谓的“法律行为”原本是设定财产权利(义务)的意思表示行为。

### (一)主观权利与客观法律——“**法律行为**”

虽然“权利”与“法律”紧密关联,甚至在传统法律中二者使用同一用语表达,但在“法律行为”概念创制背景下,还是存在明确分别的。从“法律行为(法律行为)”构词上分析,“**法律行为**(权利或法律)”是“**法律行为**(交易或行为)”指向的对象和欲求效果,其中“**法律行为**”应该作“权利”理解和翻译,而不是“法律”。汉字“权利”作为民法术语的使用始于日本。日本“权利”一语,是继受拉丁语、法语、德语、英语等相关用语翻译而成。在西方民法中,这些术语都具有“法律”和“权利”的双重含义,在主观上指“权利”,在客观上指“法或法律”。早期注释法学派为了在表述时便于区别,就一语表达权利时称它为主观法,并习惯于称**法律行为**为权利;就一语作为规范的法使用时,则称为客观意义上的法,并习惯称为**法律行为**。与**法律行为**相对应的德语表达“**法律行为**”也是如此,法学家在表述时以**法律行为**(主观权利)与**法律行为**(客观法律)相区分,二者的区别在于,前者是对个别的具体的人所产生的自我决定为或不为一定行为的资格,而后者则是普遍适用的抽象的规定和行为指示<sup>①</sup>。“法律行为”是主观见之于客观的法律活动,是主体谋求一定利益的法律工具,是意思自治、私法自治民法核心理念的集中体现,其基本要素是“意思表示”。据此,虽然“**法律行为**”作为一个高频率使用的法学词汇既可以指称“权利”,也可以指称“法律”,但是“法律行为(法律行为)”之**法律行为**只能作主观意义的“权利”来解读而非客观意义的“法律”。日本人作了错误的理解和翻译,严格而言,**法律行为**的真实含义是“权利行为”而非“法律行为”。

“法律行为(法律行为)”解读为“权利行为”或“设权行为”,在当时的法学思潮、政治学思潮、哲学思潮中都能找到注脚<sup>②</sup>。德国法学家们在19世纪就开始致力于对权利本质的探求。萨维尼及温德塞二位大家首先提出了意思力或意思支配说,认为权利为个人意思活动或个人意思所能支配的范围<sup>③</sup>。主观权利所表现的特征便是个体对一种利益的意志能力,这种学说契合了法律行为创立时代对个人理性、个人意志的崇拜倾向。尽管罗马法已经存在关于契约、遗嘱等

大量具体法律行为的规则素材,但对这些规则、素材进行抽象概括后提出统一的“法律行为”概念,却是欧洲中世纪后期和近代法学的贡献<sup>④</sup>。中世纪后期,经济进而社会的变革导致了个人对意思自治的主张<sup>⑤</sup>,而意思自治正是“法律行为”诞生的前提条件。法律对个人这种需求的回应就是通过法律规范对个人“意志”的法律效力的赋予。其中,自然法学派对意志的法律意义所做的合理化分析,为“法律行为”的诞生奠定了坚实的理论基础。它从理论上解决了个人意思自治的道德哲学和法律依据,为个人争取到一个可以自主决定的法律空间。自然法学理论围绕“意志”阐述出一个复杂而完备的法学理论,对整个法律体系做了完全主观化的处理。在其登峰造极的阶段,个人的意志成为整个实体法的核心。“私法上权利的创立以及私法义务的设定,仅需要当事人之间的合意。他们(德国民法学者——笔者注)力图找出私法关系的最终渊源,最后在个人意志中求得了答案”<sup>⑥</sup>。在意志论法学思潮中,个人主观意志优越于客观法律,它成为客观法律依据<sup>⑦</sup>。法律行为理论在欧洲私法史上产生的理论背景和思想背景进一步证明:“权利”从诞生之日起就是主观的,就是个人意志的表征,就是个人行为的目标和手段。因此,从另一个角度说明,近代民法中作为意思自治工具的“法律行为”是“权利行为”或“设权行为”(而非“法律行为”)。

### (二)权利与法律关系——“**法律行为**”

现代民法理论中,“权利”与“法律关系”是相辅相承、紧密连接的两个概念。从静态观察,权利是法律关系三要素中的核心要素(权利义务)的重要组成部分,没有权利(义务),则不成其为法律关系;从动态观之,一项权利(义务)的设立或消灭,也就意味着相应的法律关系的成立或消灭。如此看来,一项权利,就是一个法律关系。因此,就法律行为所引起的法律后果来说,“权利说”与“关系说”并无间隔,对此加以区分和讨论,似乎毫无必要。但本文所要探究的是:“法律行为(法律行为)”的创始者们赋予它的功能是直接创设权利(义务)还是直接创设法律关系?传统表意行为所欲求的法律效果直接为权利义务的创设或变动,间接才是法律关系的创设或变动。

权利是近代民法的核心,是民法典的基石。法律不以权利为设计在人文主义者看来是不可理喻的、野蛮的,权利本位不再是理想,而应该是现实。“权利系私法的中心概念,且为多样性法律生活的最终抽象

化”<sup>[1]</sup>。从前面的“法律行为”定义考察中可以看出,持“设权说”或“权利说”者不少是最早提及或创立“法律行为”的德国学者,如奈特尔布莱德、胡果、海瑟等。不管他们是有意还是无意地选择“权利”而不是“法律关系”,这些表述至少说明“法律行为”概念的原创者们就是意图为行为人提供一个获取某种权利的法律工具,他们思维的起点和圆点就是个人权利。这样的设计,使得近代社会的法学、哲学以及政治学达到了理念上的一致。“权利说”更符合这一概念原初的功能意义。

那么“法律关系”为何会出现在某些重要学者对“法律行为”的定义表述中呢?首次在理论上系统使用“法律关系”概念的当推德国法学家萨维尼。法律关系是萨维尼用以建构整个现代民法体系的基础概念<sup>[2]</sup>。在萨维尼的体系建构中,法律关系概念才是基本的理论工具,权利只有在法律关系的层面才可以被理解,“关于各种权利的判决本身只有从法律关系的整体观察出发才有可能真实并且有说服力”<sup>[3]</sup>。萨维尼们更加关注“法律行为”这一概念对整个民法典的结构意义,而不仅仅是它的价值理念。很明显,“法律关系”比“权利义务”涵摄面更广,这符合理性主义、科学主义的立法观。以法律关系为核心,是潘德克吞学派的概念法学、法典主义以及形式理性的偏好,是法律科学主义诉求的结晶<sup>[4]</sup>。《德国民法典》及其众多继受国或地区的民法典及教科书,均以“法律关系”来构建其整个体系。但必须指出的是,尽管萨维尼及其之后的《德国民法典》明确以法律关系为中心概念,将其作为民法理论的思维模式与制度构建的基本工具,但萨维尼仍然坚持法律关系的本质与设立个人的自由有关。他在论及法律关系本质时明确指出,法律关系的本质,就是划定个人的意思所能独立支配的范围,这就是“权利”,是权利构成了法律关系的事实要素,法律关系的本质就是权利,法律关系的形式就是权利的形式<sup>[5]</sup>。因此“关系说”并没有否认反而支持了“权利说”。近代民法中的“法律行为”在本质上、形式上都是“权利行为”或“设权行为”<sup>[6]</sup>。

传统民法在建立具体的法律关系时,无论在价值上还是技术上,都是以权利为中心的。在“法律行为”创制的那个时代,个人的意志(通过意思表示行为)首要的、直接的目标是获得某种权利(同时也为相对人设定了相应义务)。即使最终的私法效果是创设或变动了某种法律关系,也是通过行为人对权利义务的创设而引起,也就是说,“设权”至少是媒介,是行为人直接

的法律目的。那个时代的“法律行为”理论并没有将“法律关系”作为一个整体单元看待并直接使之成为表意行为的对象。

一言蔽之,“法律行为”的近代含义、原初含义就是“设权行为”或“权利行为”。

三摇近代民法所谓的法律行为一般适用于财产交易领域

国内外都有学者关注到了传统民法中法律行为“~~法律行为~~”的适用范围。国内学者米健教授近年来通过对法律行为“~~法律行为~~”的语源和语义进行了深入考察,认为德国法上的“法律行为”(“~~法律行为~~”)应该更名为“法律交易”<sup>[7]</sup>。这是非常有意义的探索,它触及到这一概念的原初含义,正确揭示了德国法上“法律行为”适用的范围,有助于还原这一概念创始者的真实意图及其所赋予的功能意义。德国学者茨威格特和克茨也在《比较法导论》第Ⅷ卷中批评指出:“学者贡献的法律行为原理的作用并不像我们想象的那么大。在法律行为这一概念中,所有的交易只有一项因素是共同的,即‘表示’(“~~表示~~”)。但是,用法律行为来囊括所有的意思表示,这些意思表示是与物权移转行为(“~~物权移转~~”) (比如德国法上的动产交易)、双务合同、财产让与行为、影响家庭身份的行为、有法律效力的单方意思表示联系在一起,法律行为这一概念是概括不了的。”<sup>[8]</sup>这一批评提示我们,德国人创造的“法律行为”适用于交易活动,但并不是所有的意思表示行为<sup>[9]</sup>。

那么,“法律行为”的适用范围原本应该如何确定?法律行为“~~法律行为~~”的原初含义是以意思表示为要素的设权行为,但这种“创设权利”的表意行为,并不是针对所有私法中的权利。

首先,还是从“法律行为(“~~法律行为~~”)”这一合成词的构成来分析。

如果说“~~法律行为~~”确定了意思表示行为的作用对象和意图效果,那么“~~法律行为~~”就界定了这一表意行为所适用的范围。法律行为“~~法律行为~~”的第二部分“~~法律行为~~”的词源是动词“~~法律行为~~”(自力更生,创造之意),即“~~法律行为~~”是指人通过做出意思表示,与他人结成约束性关系的行为<sup>[10]</sup>,它有“交易”、“行为”、“业务”等多重含义,这些含义都与动态的财产流转有关,其中,“交易”是“~~法律行为~~”最基本、最本质的含义<sup>[11]</sup>。易言之,法律行为“~~法律行为~~”本来就不涵盖物权行为(静态的财产关系),更不涵盖身份行为(非财产关系)。“~~法律行为~~”这一词语构成一方面要求

“法律行为”是设权行为,另一方面要求“法律行为”是财产交易行为,这两个要素使得原初意义的法律行为“法律行为(德国民法典)”只能是财产流转中的“债权行为”、“债权契约”。

其次,德国法上的“法律行为(德国民法典)”是“交易行为”这一判断,可以从该概念创制时代的社会经济背景中找到支撑。

《德国民法典》是近代民法理论和实践的集大成者,这一典范的法律文本体现了浓重的“财产中心主义”或“物文主义”特色。众所周知,罗马法的市民法、近代欧陆民法以及中国改革开放后出现的民法,都是伴随着商品经济、市场经济的建立而逐步发展起来的。产品的剩余导致流转,优化资源的配置需要市场,因此调整和维护动态的财产秩序,当然就成为民法首当其冲的任务和目标。现代民法中的“人身关系法”在近代以前是交给公法或其他部门法规制的<sup>③</sup>。因此,民法从一开始就不可避免地就打上了“财产中心主义”的烙印。民法主要调整财产关系,这不是民法的过错;近代资本主义原始积累时期的民法也只能是“物文主义”的。站在应然的角度,怀着崇高的“理想主义”,来鞭笞 19 世纪的《德国民法典》的“物文主义”倾向,实在是缺乏历史主义的语境意识,难以令人信服<sup>④</sup>。近代社会的财产存在方式及目的也非中世纪之前的静态的归属利用,而是转向动态的流转增值,近代民法的法律行为才有了大有作为的空间,也当然使得法律行为制度成为民法的必要制度。近代市民社会的法律行为的典型,的确是“交易”,交易或交换是财产动态流转的主要手段,这一典型手段体现为法律制度,就是“法律行为”,即“设权交易行为(德国民法典)”。

再次,从何为“设权行为”的分析也可得出:“法律行为”只有可能是设定债权的合同行为,因此只能适用于财产动态流转的“交易”领域。作为具有“设权”本质特征的“法律行为(德国民法典)”,其作用对象包括哪些呢?也就是说,何种权利可以被“创设”?

“设权行为”,即创设或设定权利(义务)的表意行为。严格而言,能够通过“法律行为”创设的权利只有合同债权<sup>⑤</sup>。以产生请求权为内容的债权行为是典型的设权行为。作为设立权利(义务)的表意行为,是为了产生期待中的权利义务关系,形成法律上可期待的信用。请求权就是一种期待权,其中的期待利益受到法律的肯认和支撑,这就是“债权”的民法意义。一般意义的债权是在人与人之间相互信用的基础上产生的(当然法定之债不是当事人自愿创设的)。债权在

近代民法中具有优越于物权的地位。《德国民法典》赫然将“债法编”置于“物法编”之前。“人类在经济生活中,除了过去和现在的财产之外,还可以增加将来的财产,用柯拉的话说,就是信用(即债权的发生),“过去可为将来服务,将来可为过去服务,时间障碍被打破,人类可以自由地征服时间和空间”<sup>⑥</sup>。

德国民法理论中的“负担行为”概念有力地支持了“法律行为”的设权本质。德国民法理论针对财产法律行为,又进一步分为“负担行为”和“处分行为”,其中,负担行为才是真正意义上的“法律行为(德国民法典)”<sup>⑦</sup>。负担行为(灾祸侵害他人财产)是指发生请求权关系或者在现金交易(即即时买卖)行为中至少产生一方能够保留给付的法律原因的法律行为<sup>〔原词〕</sup>。这一行为对义务人来说产生了法律上的负担,是“负担行为”,而对权利人来说则是设定了权利,是“设权行为”,二者为一体两面之关系。负担行为主要指债务合同行为,如买卖、赠与约定、租赁等等。并不是任何一项债法中的合同都是负担行为,债务免除以及债权转让就不是负担行为,因为它们不是为了“创设”权利义务,而是使既存的权利(义务)变动或消灭。负担行为在债务具体化为特定的物件之前就已有效(即合意与给付之间有时间差)<sup>〔原词〕</sup>。通过法律保护期待中的信用,这就是设权行为的唯一目的,至于这种期待中的利益能否实现,即权利(义务)能否实际转移或变动,还有赖于义务人履行债务合同建立的义务,但这并非设权行为或负担行为要考虑和解决的问题。“法律行为”、“设权行为”以及“负担行为”是同义用语,均作为意思自治的法律工具用来为当事人设定“法律上可期待的利益”;它们一般体现为“诺成”行为,面向将来,定有期限,以信用为基础;只有义务人履行其义务,权利人才能够实现其权利,而一旦得以履行,当事人之间的权利义务关系便告终结。

德国民法理论中另外创设了“物权行为”、“处分行为”来解释债务履行过程中的权利实际转移或变动现象。物权行为论者认为,在移转物权的交付行为中存在着意思表示的合意。但此种意思表示(如履行的意思、公示的意思),不可能为表意人设定“法律上可期待的信用”,因此,物权行为尽管也体现个人意志自由,含有意思表示的内容,也不能归入传统的法律行为中。物权行为的效果仅表现在系于交付或登记而产生的物权移转,物权不可能通过物权行为设定<sup>⑧</sup>。事实上,物权的设定是通过债权行为完成的:自物权(所有权)要么为原始取得(通过事实行为或自然事实),要

么通过继受取得(通过债务履行行为);而他物权的设定更是需要合同行为来完成。物权行为不是“设权行为”。静态的财产关系领域不适用“设权”的法律行为。

非财产领域里的人格权和身份权均不能被设定。传统民法认为,人格权专属于主体享有且与主体不可分离,人之所以为人的那些人格要素(如生命、健康、身体、肖像、名誉、尊严、自由等)均基于出生事实,与生俱来,与之相关的权利义务内容完全由法律加以规定,当事人既不能通过法律行为任意创设或改变,也不能进行转让、抛弃、限制等处分行为。在亲属领域,身份和身份关系具有先在性,它们是“法律以前”的事实<sup>①</sup>。现有社会存在哪些身份、社会成员将会具有何种身份,均依人伦秩序约定俗成。特定的身份意味着相应的权利义务,身份关系当事人不能自由设定。

综上,传统民法中“法律行为(意思表示)”不适用于合同债权行为之外的其他表意行为,虽然其他如物权行为、身份行为、形成行为(变动既存的法律关系而非权利义务)、共同行为(创设内部共同体关系,而非外部权利义务)等民事行为也具备意思表示要素,仍有“意思自治”之余地,但都不能创设期待中的权利

义务,都不符合“法律行为”原初的“设权行为”本质,因此均不是传统意义上的“法律行为”。原本意义上的“法律行为(意思表示)”是对各种财产交易中的设权行为的抽象和提炼,是为债权契约“量身定做”的。

如此看来,传统民法中的法律行为系指“民事主体以产生、变更和消灭财产权利或义务为目的、以意思表示为要素的交易行为”。由民法理论与民法典所确定的“法律行为”内涵及适用范围的确非常狭小。学者们受制于传统法律行为单一而狭窄的概念含义,试图来解释和说明现代民法中债权行为之外的其他具体表意行为,自然会产生理论上的尴尬和混乱。

其实,潘德克吞式的民法理论与民法典中,民法的几个基本要素——人、物和行为的涵义都比现代民法中的相应概念的内涵狭窄得多。近代民法中的“人”,限于自然人(法人是根据自然人拟制的);“物”只限于有体物;“行为”也只是“交易行为”(财产流转关系中的合同行为)。但在《德国民法典》时代的近代欧陆民事生活领域中,这些概念的适用性和解释力并不显得匮乏,更重要的是,这些范围有限而内涵确定的概念有力地维护了民法典概念体系大厦的自足和稳固<sup>②</sup>。

注释:

- ① 第一次将“法律行为(意思表示)”作为法律术语引入德国法学的是19世纪中期德国自然法学派代表人物内特尔布拉特(1796-1867),他将罗马法的拉丁文“法律行为(行为)”和“法律交易(交易)”翻译成“法律上的行为”;后来由海瑟(1803-1870)在其著作《学说汇纂讲义的普通民法体系大纲》中将“法律行为”这一术语作为一个法学概念明确化并被学界普遍接受,在此之后,德国法学家萨维尼在其《当代罗马法体系》第三卷中进一步将这一概念和理论加以阐释发展,最终确立了“法律行为”理论在德国民法中的地位。参见谢鸿飞著《论法律行为概念的缘起与法学方法》。
- ② 法律行为制度和理论至少在法律技术上对大陆法系有着重要贡献,它成就了法制史上一个重要贡献——“潘得克吞式”法典体系的建立,它成为德国民法概念体系化的重要标志,它的抽象能力和概括能力提高了法律逻辑的完整性和概念内涵的经济性。参见龙卫球著《民法总论》(第二版),中国法制出版社,2003年出版,第10页。
- ③ 早期德国学者有不少这样的表述,如恩那彻鲁斯(1796-1867)在1839年出版《法律行为论》中定义为:“法律行为是指追求一定的法律后果的意图及对这一意图的表示。”温德塞(1817-1883)在其1852年的著作中也定义:“法律行为是旨在法律效力的创立的私的意思宣告。”当代德国法学家拉伦兹(1903-1980)、科勒(1876-1959)、弗卢梅(1923-2010)等也认为法律行为“旨在形成某种法律后果”。《德国民法典》立法理由书同样认为法律行为是指“私人的、旨在引起某种法律效果的意思表示”。参见董安生著《民事法律行为》,中国人民大学出版社,1994年版,第70页;龙卫球著《民法总论》(第二版),中国法制出版社,2003年版,第10页。台湾学者对何谓法律行为所用表述基本上相同,均认为:“法律行为者,因意思表示而发生一定私法上效果之法律事实。”参见王泽鉴著《民法总论》,中国政法大学出版社,1999年版,第100页。我国老一辈民法学者佟柔先生也表述过:“民事法律行为是基于意思表示,旨在产生民事法律后果的合法行为。”参见佟柔著《民法原理》,法律出版社,1985年版,第72页。
- ④ 继海瑟之后,萨维尼在《当代罗马法体系》一书中将法律行为的概念精确地阐释为“行为人为创设其意欲的法律关系而从事的意思表示行为”。大陆现在也有学者将法律行为定义为“以意思表示为要素,可依其意思表示的内容而引起民事法律关系设立、变更和终止的行为”。参见马俊驹、余延满著《民法原论》(第二版),法律出版社,1998年版,第100页。在《民法通则》颁布之前,我国民法理论中大都倾向关系说,如表述为“公民或法人确立、变更或消灭民事法律关系的行为”,参见

- 王作堂等著《民法教程》,北京大学出版社,1983年版,第48页;“法律行为是权利主体所从事的,旨在设定、变更和废止民事法律关系的行为”,参见佟柔著《民法概论》,中国人民大学出版社,1984年版,第28页。
- ⑤德国启蒙时期法学家奈特尔布莱德(1733—1808),在其1788年的著作中将拉丁文的法律行为“*Rechtsgeschäft*”翻译定义为“设定权利和义务的行为”,最先使用德文“*Rechtsgeschäft*”一语的历史法学派创始人胡果(1764—1822)在他1803年的《日耳曼普通法》一书中将拉丁文的“*Rechtsgeschäft*”泛指具有法律意义的一切设权行为;而法律行为“*Rechtsgeschäft*”真正首创者海瑟在1807年出版的《民法概念——潘德克吞学说教程》一书中首次将法律行为的内涵解释为“*Rechtsgeschäft*”意思表示行为”。参见龙卫球著《民法总论》(第二版),中国法制出版社,1998年版,第180页。日本法学界也认为“法律行为是指能够产生法律效果的人的行为,它以意思表示为成立要素,是权利、义务发生、变动的原因。”参见邓曾甲著《日本民法概论》,法律出版社,1983年版,第28页。国内对法律行为较早进行专门而有建设性研究的学者董安生教授也在他的专著中将法律行为理解为“*Rechtsgeschäft*”行为”。参见董安生著《民事法律行为》,中国人民大学出版社,1994年版,前言部分。
- ⑥值得注意的是,前苏联和我国均通过立法确定了“法律行为”的定义,但都未包含“意思表示”的表述,而且我国《民法通则》对其进行了画蛇添足的“合法性”改造。理论中均认为“法律行为”理应包含“意思表示”这一本质的、核心的要素,以体现这一概念作为私法自治的工具意义。至于我国立法添加的“合法性”限制早已广受批评。
- ⑦萨维尼进一步分析到,“为履行买卖契约或其他以移转所有权为目的之契约而践行之交付”,本身即构成一“*Rechtsgeschäft*”,“交付”(*Rechtsgeschäft*)具有一切契约之特征,是一个真正的契约”。转引自董安生著《民事法律行为》,中国人民大学出版社,1994年版,第180页。
- ⑧物权行为概念的提出,对于传统的法律行为理论带来两个方面的影响。一方面,它改变了传统民法中法律行为和契约行为的含义,原来意义上的法律行为和契约行为,即旨在产生、变更或终止期待中法律关系之行为转变为债权行为;而直接实现此种法律关系的物权移转行为或交付登记行为则成为物权行为或物权契约。另一方面,它又使法律行为与事实行为之间的区别进一步模糊,使得设权行为与财产履行行为均被纳入法律行为范畴。参见董安生著《民事法律行为》,中国人民大学出版社,1994年版,第180页。
- ⑨日本权威学者中川善之助教授将人类生活分为“保族生活”与“经济生活”,前者受身份法规范,后者受财产法规范,二者有着截然不同的本质,财产法系属以“个人自由”为出发点之个体法本质,而身份法系以“统一安全”为目的之统体法本质。因此他认为民法总则仅为财产法之总则性规定,身份法应有自己另一套总则性规定。该种观点虽然产生于日本旧法时期,但现今仍居日本学界通说地位。参见中川善之助著《新訂親族法》(新亲版),东京,青林书院出版,1988年版,第180页。当然也有学者对财产法与身份法二者之关系持“一般法与特别法说”、“本质同一性说”以及“家族财产法说”等不同观点。参见唐敏宝著《身分行为之研究——以身份行为之体系化为中心》,国立政治大学法律学系研究所硕士论文,1988年版,第280—281页。
- ⑩有学者认为,构成财产法上法律行为之主要因素之意思表示,与“身份”及“身份行为”并无任何关系,“身份”在法律学上,是属于“意思表示以前”之概念;身份之得丧,非因意思表示之结果,反而因成立亲属的身份共同生活关系而发生。参见陈棋炎著《亲属·继承法基本问题》,三民书局,1984年版,第180页;(日)我妻荣,有泉享著《日本民法·亲属法》,夏玉芝译,工商出版社,1989年版,第180页。
- ⑪“客观法律”和“主观权利”概念最早由19世纪德国学者提出,其创制目的在于说明法律规范如何实现法律关系。法典主义的法律规范要求将各种法律关系进行充分详尽概括,使得形成的法律关系内容处于“事先公示”的状态,这就是“客观法律”,而权利则是听凭主体支配的、通过法律手段获取某种利益的意志能力,这就是“主观权利”,法律与权利原系无所差异,只不过法律是客观的抽象的,而权利则为法律之主观的具体的一面而已。参见董安生著《民事法律行为》,中国人民大学出版社,1994年版,第180页。
- ⑫参见薛军著《法律行为理论在欧洲私法史上的产生及术语表达问题研究》,《环球法律评论》,1999年第1期,第180—181页;方新军著《权利概念的历史》,《法学研究》,1999年第1期,第180—181页。
- ⑬主观权利概念起源的前提是个人主义的兴起。古希腊罗马尽管已经具有了一定的个体意识,但是古希腊、罗马社会仍然是个整体主义的社会(每个公民都属于城邦,斯多亚哲学反而导出一个客观的义务体系);真正的自由、个人权利以及对个性的尊重,在希腊和罗马的文化里无处可寻,因此古希腊、古罗马社会不存在主观权利的概念。较之个人从属于国家的希腊罗马文化,基督教从一开始就坚持把个人的价值置于突出的地位,个人的意志不再隶属于皇帝的支配权而是隶属于上帝的法律,然而这种观念并没有从根本上改变罗马法的客观意义,单纯的基督教个人主义还不足以导致权利概念的产生。个人从“出世”到“入世”、最终摆脱上帝的影响而变成一个完全独立的、积极参与世俗生活的、主张自己拥有独立意志的新人,则是文艺复兴时代的事情,此时现代意义上的权利概念行将诞生。参见方新军著《权利概念的历史》,《法学研究》,1999年第1期,第180—181页。

- ⑭欧洲中世纪后期,纵向的、以强制性人身隶属关系为人际纽带的封建制开始被打破,而之以横向的、以自愿性契约为人际纽带的社会结构。个人开始要求对自己的经济生活领域自主决定,并自主控制自己与他人的关系,拒绝外在的强制。参见薛军著《法律行为理论在欧洲私法史上的产生及术语表达问题研究》,《环球法律评论》,1997年第1期,142-143页。
- ⑮自然法学派的“意志”论者允许主体以自己的意志来支配自己的行为,一个单纯的允诺也被认为具有法律效力。意志成为个人行为具有法律意义的依据,甚至进一步成为各种法律关系之产生的“第一动力”。参见薛军著《法律行为理论在欧洲私法史上的产生及术语表达问题研究》,《环球法律评论》,1997年第1期,142-143页。
- ⑯萨维尼将法律关系限定在私法领域,作为民法制度体系的一个核心概念而使用,他通过归纳法律关系的各种类型和层次,划分了民法上的效果体系,从而达到从理论上和制度上分析民法的目的。在他的理论中,民法上法律效果的基本内容就是法律关系的发生、变更或消灭。参见:龙卫球《民法总论》(第二版),中国法制出版社,1999年版,第151-152页。
- ⑰德国法学深受潘德克吞学派所主张的概念法学的影响。这一学派的创始人是萨维尼的弟子普赫塔(即萨维尼之侄孙,萨维尼之孙)。他认为“要实现法律一致性的应该是法律人,而不是行动的民族”,他提出法律要由法律人构建,由法律人构建的法律要呈现一个“概念的金字塔”,法律人要在研究罗马法的基础上,塑造一个内在无矛盾的、自我满足的法律概念学说,并符合法律政策的计划及社会经济的需要。参见梁慧星著《20世纪民法学思潮大回顾》,《中国社会科学院研究生学报》,1998年第1期。
- ⑱近现代以来,权利的核心地位遭到质疑。有学者认为权利本位的观点是片面的,法律关系的本质是关系或连带;法国学者狄骥主张应该以社会连带思想,重新解释法律关系的内容本质;一些德国学者主张法律关系的概念应当也给权利人留下义务的空间,权利者也负担义务;马克思也认为“没有无义务的权利,也没有无权利的义务”。民法的核心从权利向法律关系发生转移,这与“义务主义”、“法定主义”、“社会连带主义”等法学思潮有关,但这种后来出现的流变并不影响“法律行为”概念创制时代对其含义本质的“权利行为”判断。参见龙卫球著《民法总论》(第二版),中国法制出版社,1999年版,第152-153页。
- ⑲但“法律交易”这一替代用语有三点值得商榷,一是这一译名没有反映出“法律行为”中“法律”真实的原初含义——“权利”,而是选取了它的另一含义“法律”,这不符合当时语境和创始者的意图;二是“法律行为”这一中文用语已经约定俗成,并且已获得了专业领域内的特定含义,现在更名很不经济;三是“法律交易”实在难以担当民法总则的基石性概念,尤其面对单方法律行为和亲属领域的身份行为,这一用语将显得更加尴尬。参见米健著《法律交易论》,《中国法学》,1999年第1期;张学哲、毕经纬著《法律行为与法律交易辨析》,《比较法研究》,1997年第1期,151-152页;薛军著《法律行为理论在欧洲私法史上的产生及术语表达问题研究》,《环球法律评论》,1997年第1期,142-143页。
- ⑳参见:谢鸿飞《论法律行为概念的缘起与法学方法》,《政法论坛》,1999年第1期。
- ㉑国内较早专门研究法律行为的董安生教授通过法律调整方式的二元机制分析,指出了法定主义调整方式和法律行为制度不仅有各自的必要调整范围,而且有并存调整的领域,但他并没有交代这三种范围的明确边界。参见董安生著《民事法律行为》,中国人民大学出版社,1999年版,第141-142页。
- ㉒参见米健《法律交易论》,《中国法学》,1999年第1期;另外徐国栋教授在他的“绿色民法典”草案中也用交易的概念取代“法律行为”概念。
- ㉓罗马法包含了重要的人法,它以人格法和身份法的规范形式,担当社会组织化的工具,罗马市民法带有浓重的公法色彩,不是纯粹的民法;即使到了资产阶级革命胜利后的法国民法时代,还将国籍问题规定在《法国民法典》的第一编中。伴随着人本主义的勃兴,近代社会中人的自我意识日益提高。人的地位、价值、自由和尊严等法律确认主要反映在宪法、基本法里面;《德国民法典》虽然专编规定了亲属继承等婚姻家庭关系领域的内容,但主要也是为了规范这一领域中的财产关系;至于现代社会日益重要和发达的人格权,则是近代以后很晚的事情。参见张作华著《罗马法人格制度与现代民事主体制度重建》,《江汉大学学报》(社会科学版),1997年第1期,14-15页;徐国栋著《再论民法中人格法的公法性——兼论物文主义的技术根源》,《法学》,1997年第1期,141-142页。
- ㉔徐国栋著《两种民法典起草思路:新人文主义对物文主义》;张谷著《质疑“新人文主义”》;徐国栋著《中国民法典起草思路论战》,中国政法大学出版社,1999年版。
- ㉕虽然德国法理论中所谓“法律行为”,不仅仅是指通常意义上的买卖或租赁类型的债权契约,而且还有所谓的“物权合意”(即“处分行为”)还包括“家庭法”中的契约,如收养契约或结婚合意(转引自徐国栋著《民法总论》);最后还包括遗嘱的设定、契约的解除与撤销以及股份公司的股东大会用以增加资本的决议,但“事实上民法典编纂者们在起草《德国民法典》第104条以下条款时(即“意思表示”有关条款——笔者注)只注意到了通常债法意义上的契约,因而我们所提到的规定只适用于这类法律行为”。参见:(德)运·茨威格特、刁·克茨著《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社,1999年版,第100页。



- ②⑥ 转引自：(日)我妻荣著《债权在近代法中的优越地位》，王书江、张雷译，中国大百科全书出版社，1999年版，第 32 页。
- ②⑦ 处分行为明显不是“设权行为”。处分行为是指直接作用于某项现存权利的法律行为，如变更、转让某项权利、在某项权利上设定负担和取消某项权利等。处分的对象永远是一项权利或一项法律关系。参见：(德)卡尔·拉伦茨著《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀轼等译，法律出版社，1999年版，第 32 页。
- ②⑧ 萨维尼是通过“法律关系”理论将物权行为纳入到法律行为中来的，他从“划定个人的意思所能独立支配的范围——权利”中导出了物权关系和物权行为，但是“创设权利”与“支配权利”的意义大不一样。参见：龙卫球著《民法总论》(第二版)，中国法制出版社，1999年版，第 32 页。
- ②⑨ 19 世纪德国“法律行为(Rechtsgeschäft)”概念的缔造者们通过对契约行为、遗嘱行为等财产法律行为的抽象提炼，创造了这一专门法律术语，也主要是用来解释说明民事财产流转中的债权合同现象。这一典型法律行为能否、应否适用其他意思表示行为，则是交给法官们去斟酌定夺，或类推适用，或准用。为了概念的精准和体系的自足，他们暂时只能做到这一步，一如他们给“人”的定义、给“法人”的定义以及给“物”的定义。必须承认，传统民法的法律行为概念和制度在现代民法的某些领域确实缺乏解释力和实用性，比如物权行为和身份行为无法融洽地被传统法律行为制度所涵摄。法律行为制度的适用范围问题以及法律行为概念对所有民法具体表意行为的统辖性问题，关系到民法整体结构的圆满性及民法总则的合理性基础。时过境迁，传统民法中的“法律行为”概念及其制度需要发展和改造。

参考文献：

- [1] 董安生撰《民事法律行为》[M]北京：中国人民大学出版社，1999年。
- [2] (德)迪特尔·梅迪库斯撰《德国民法总论》[M]邵建东译北京：法律出版社，1999年。
- [3] 陈祺炎、黄宗乐、郭振恭撰《民法亲属新论》[M]修订 缘版台北：三民书局，1999年。
- [4] 张作华撰《身份行为基本问题研究——以传统民事法律行为概念之改造为中心》[M]武汉：武汉大学法学院博士论文，1999年。
- [5] 杨代雄撰《德克吞法学中的行为与法律行为理论——民法典总则诞生的序曲》[J]西南政法大学学报，1999年。(远)援
- [6] 龙卫球撰《民法总论》[M]编版北京：中国法制出版社，1999年。
- [7] 王泽鉴撰《民法总论》[M]北京：中国政法大学出版社，1999年。
- [8] (美)约翰·亨利·梅利曼撰《大陆法系》[M]编版 编培东、禄正平译北京：法律出版社，1999年。
- [9] 方新军撰《权利概念的历史》[J]法学研究，1999年。(源)援
- [10] (日)古田裕清撰《日本的法律用语与德语——关于“行为”》[J]崔延花译《比较法研究》，1999年。(员)援
- [11] (德)迪特尔·梅迪库斯撰《德国民法总论》[M]邵建东译北京：法律出版社，1999年。
- [12] (日)中川善之助撰《民法の總則的課題》[M]北京：岩波書店，昭和十六年援

韵豊漢增輯録土燥志蕴集考告劫孽译翻録土悦録槽豐劫孽崖隋粤贵译翻録土杂豐藥

在粤羣部在錄藥羣

( 別 韻 增 輯 録 土 燥 志 蕴 集 考 告 劫 孽 译 翻 録 土 悦 録 槽 豐 劫 孽 崖 隋 粤 贵 译 翻 録 土 杂 豐 藥 )

在 録 最 録 土 燥 志 蕴 集 考 告 劫 孽 译 翻 録 土 悦 録 槽 豐 劫 孽 崖 隋 粤 贵 译 翻 録 土 杂 豐 藥

粤 槽 豐 劫 孽 崖 隋 粤 贵 译 翻 録 土 杂 豐 藥 燥 志 蕴 集 考 告 劫 孽 译 翻 録 土 悦 録 槽 豐 劫 孽 崖 隋 粤 贵 译 翻 録 土 杂 豐 藥

燥 志 蕴 集 考 告 劫 孽 译 翻 録 土 悦 録 槽 豐 劫 孽 崖 隋 粤 贵 译 翻 録 土 杂 豐 藥 燥 志 蕴 集 考 告 劫 孽 译 翻 録 土 悦 録 槽 豐 劫 孽 崖 隋 粤 贵 译 翻 録 土 杂 豐 藥

燥 志 蕴 集 考 告 劫 孽 译 翻 録 土 悦 録 槽 豐 劫 孽 崖 隋 粤 贵 译 翻 録 土 杂 豐 藥 燥 志 蕴 集 考 告 劫 孽 译 翻 録 土 悦 録 槽 豐 劫 孽 崖 隋 粤 贵 译 翻 録 土 杂 豐 藥

燥 志 蕴 集 考 告 劫 孽 译 翻 録 土 悦 録 槽 豐 劫 孽 崖 隋 粤 贵 译 翻 録 土 杂 豐 藥 燥 志 蕴 集 考 告 劫 孽 译 翻 録 土 悦 録 槽 豐 劫 孽 崖 隋 粤 贵 译 翻 録 土 杂 豐 藥

[ 责任编辑 : 苏雪梅 ]