

黄金荣:法理学中“法律行为” PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E9\\_BB\\_84\\_E9\\_87\\_91\\_E8\\_8D\\_A3\\_\\_c122\\_486275.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E9_BB_84_E9_87_91_E8_8D_A3__c122_486275.htm)

在法理学学者中，法律行为似乎只是法理学中一个常识性的简单概念。如果不是因为看到民法学界对法律行为争论那么激烈，大多数法理学学者对这个概念通常也不会产生多少丰富的联想。然而，在民法学界，法律行为却被视为是民法的核心概念之一，经过民法学者的长期阐释，民法学中的法律行为含义已经极其“深刻”。对于同一个“法律行为”，在法理学的简单理解和民法学的深刻解释阐释存在很大区别的情况下，难免会产生哪一学科的界定更“正确”的问题。法理学号称是解决各部门法共同面临之问题的学科，法理学学者对于“法律行为”这类“一般”法学概念的解释应该适用于所有部门法这一点似乎从来都没有表示过怀疑，但在强大的民法学面前，一心想君临天下而又先天不足的法理学又不免有些心虚。为了更好地迎接自己统治部门法过程中所遇到的挑战，法理学确实有必要好好回头看看自己学科中法律行为概念的真实面貌。

一、法律行为的苏联传统 中国大陆的法学曾深受前苏联法学的影 响，因此考察一下前苏联法理学教材对于我们理解国内法理学中法律行为的问题可能会非常有帮助。就我现在所掌握的资料而言，解放后中国大陆最早翻译过来的法理学教材是中华书局1951年出版、由杰尼索夫所著的《国家和法律理论》。在该教材中，它把“引起法律规范之采用并因而成立、变更或消灭权利关系之情况”称为法律事实。法律事实因意志的关系又可进一步进行分类，那些“并不依赖国家、国

家机关、公务员或公民之意志而发生”的事实是法律事件，“凡国家、国家机关、公务员、法人、有行为能力公民的意志之结果的法律事实”是法律行为。法律行为分为合法的和违法的两种类型。[1]这本书关于法律事实、法律行为的概念与我们现在的观念已经没有多大的差异。但是上述这本书并不是影响中国法理学最大的一本教材，我觉得影响最大的一本应该属于1956年由中国人民大学出版社出版、玛·巴·卡列娃等所著的《国家和法的理论》。在该书的第17章“社会主义社会的法律关系”的第5节“社会主义法律关系的产生、改变和消灭”中我们可以看到，它对法律事实作了如下论述：“苏维埃法律规范规定的、能引起法律关系产生、改变或消灭的现象，在法学上通常叫做法律事实。”[2]“在某些情况下，法律规范把法律关系的产生、改变或消灭同不以有关当事人的意志为转移而发生的现象联系在一起。这种现象在法学上叫做法律事件。”“在另一些情况下，苏维埃法律规范把个别人本身的行为看作是这些人之间的法律关系的产生、改变或消灭的根据。这种现象在法学上叫做法律行为。”“法律行为无疑是任何社会中使法律关系产生的基本事实。”[3]此后，该章节又进一步指出合法行为和不合法行为都是法律关系产生、改变和消灭的根据；事实构成是能引起同一法律关系的产生、改变或消灭的所有行为的总和。对于这些内容，我们看了之后会觉得非常熟悉。这本前苏联教材对法律事实、法律行为、法律事件和事实构成含义的理解和表述，日后都似乎成了许多中国法理学教材的标准蓝本。对中国大陆法理学中法律行为概念构成影响的还有一本前苏联教材，这就是由法律出版社1963年出版的《国家和法的理论》。在这

本教材的第21章“社会主义社会的法律关系”第5节“法律事实”中，它指出，“一切法律事实可以分为法的行为（即以人们意志为转移的事实）和事件（即不以人们意志为转移的事实）”。[4]虽然有“法的行为和事件”这种说法，但后面在论述我们通常意义上的法律行为时，这本教材只是称“行为”，而没有称“法律行为”或“法的行为”。不过，它仍把行为分为合法行为和违法行为。这种只是将法律事实分为“行为”和“事件”而不是“法律行为”和“法律事件”的做法日后也影响了很多国内法理学教材。在翻译过来的前苏联法理学教材中，还有一本值得人们关注，那就是1956年出版的《马克思列宁主义关于国家与法权理论教程》。该教材在法律术语上有一些与众不同之处。它一般将法或法律称为“法权”；在第13章“社会主义社会的法权关系”第3节“法的事实”中，它将法律事实定义为“引起法权关系的发生、变更和消灭，以及因此而招致一定的法律上的后果的情况”。“法的事实通常分为下述几类：一、事件；二法的作为（行为）；三违法行为”。[5]它对法的作为（行为）是这样论述的：“在法权规范的假定所规定的场合下，人们的作为造成、变更和消灭权利与义务，因此，也随之引起法权关系的发生、变更与消灭。在这种情况下，人们的作为称之为法的行为。例如，民法上所规定的某种契约的缔结是法的行为（如借贷契约、买卖契约等）。”另外，“某人违犯现行法权规范和损害他人权利之行为即称之为违法行为”。[6]从“法的行为”与“违法行为”相对应这一点可以看出，这里的“法的行为”至少应该是一种合法行为。对于这本由前苏联科学院法学研究所科学研究员集体编著的权威教材中的“法的

行为”含义，中国日后的法理学并没有接受，下面我们还会进一步谈到这个问题。

## 二、法律行为在国内的发达史

中国大陆的法理学主要继受于前苏联的法理学，法律行为这个概念也不例外。无论在法律行为概念的名称上，其在法理学中的地位上，还是它的具体含义上都直接脱胎于前苏联的法理学。我们可以从以下三个方面来看看，在法律行为概念这个问题上，国内法理学与上述苏联法理学教材之间所具有的紧密联系和区别。

### （一）法律行为概念的名称

目前，法律行为之所以成为一个“学术问题”，其中一个重要原因就在于，目前法理学和民法学都存在一个法律行为的概念，但彼此对同一个概念却存在相当不同的理解。如果民法学或者法理学中有一个学科愿意用另外一个名称来代替现在的“法律行为”，那么这个争论在很大程度上就可以获得解决。例如，民法学的学者如果现在愿意用“意思表示行为”或者“设权行为”来代替目前的“法律行为”，那么有关法律行为的争论就可以消弭大半了。如果民法学的学者不愿意让步，那么就只能期待法理学学者来作这种让步了。从目前国内的法理学教材来看，至少对于某些法理学学者来说，他们似乎还是很愿意做出这种让步的。上面所列举的第三种教材（即1963年出版的《国家和法的理论》），并没有出现“法律行为”这样一个名称，在其他教材称之为“法律行为”的地方，该教材只是称之为“行为”。不管这种做法的初衷是什么，它都确实影响了一批中国的法理学教材。北京大学法律系和中国人民大学法律系的几个法理学教授主编的一些法理学教材就沿袭了这种传统。例如，在1981年北京大学出版社出版的、由陈守一、张宏生主编的《法学基础理论》在讲到法律事实这

部分时，它只是称“法律事实大体上可分为两类。第一是不依照人们意志为转移的事件；另一是人们的行为。”[7]它也指出行为又可分为合法行为与非法行为两大类，但完全没有提到“法律行为”这个概念。又如，1982年由法律出版社出版、孙国华主编的《法学基础理论》在谈到法律事实时也声称，法律事实分为事件和行为，它特意指出“这种事件在法学上称为法律事件”，[8]但是却没有提到，这种行为在法学上也可称之为“法律行为”。在1988年由北京大学出版社出版、沈宗灵主编的《法学基础理论》[9]、1999年由中国人民大学出版社出版、孙国华、朱景文主编的《法理学》[10]以及2001年由北京大学出版社出版、沈宗灵主编的《法理学》[11]中，同样也都只有“行为”，而无“法律行为”。对于编撰这些教材的法理学学者而言，法理学中似乎并不存在一个所谓的“法律行为”概念；有的教材虽然提到了“作为法律事实的行为”这种说法，但似乎并没有显示出没有任何要将其简化为“法律行为”的意愿。由此看来，尽管法理学界普遍承认存在能够引起法律关系产生、变更或消灭的“行为”，但就像本文在开头时所说的那样，说“法律行为”是法理学中的常识性概念似乎还是有点问题，至少从名称上看是如此。考虑到上述这些教材的编者都是一些在法理学界非常有声望的老学者，并且都是著名大学所使用的教材，因此它至少曾经非常具有影响力。可以想象，对于这些教材的作者或者深受其影响的人来说[12]，民法学与法理学之间似乎并不存在一个所谓“法律行为”的概念冲突问题。本文所列举过的其他三种前苏联教材都基本采用了“法律行为”这个名称。[13]这种做法也为国内很多法理学教材所沿用。我所

查到的最早由国内学者编写并且使用“法律行为”这个名称的教材是，1979年由西南政法学院国家与法的理论研究室与湖北财经学院法律系国家与法的理论研究室合编的《马克思列宁主义国家与法的理论讲义》。该讲义认为“法的事实通常分为两大类即事件与法律行为”。[14]其他具有类似说法和分类的教材还有王子琳、李放主编之《法学基础理论》，[15]王天木主编之《法学基础理论教材》，[16]张贵成、刘金国主编之《法理学》[17]等等。[18]当然，还有个别教材在不同的地方同时使用上述两种名称。[19]但不管怎样，如果从采用“法律行为”的教材的数量来说，它比没有采用这个概念的教材要多得多，并且从目前我所掌握的资料来看，不采用“法律行为”的教材主编大多属于老一代法理学学者。从这个意义上说，“法律行为”在法理学中获得普遍的程度无疑要比诸如“作为法律事实的行为”的名称普遍得多，并且只会获得越来越普遍的接受。这一点也可以从下面将要说明的这点看出来。如此看来，如果民法学不肯妥协让步，那么民法学与法理学之间的“法律行为”之争只会越来越不易得到解决。

（二）法律行为在法理学中的地位 法律行为（*juridical act*）是民法学中“最值得炫耀的成就”，[20]因此很自然成为民法学最核心的概念之一。但在我国大陆的法理学中，长期以来，法律行为概念的地位一直都显得微不足道。虽然近10多年来，有部分法理学学者一直为它的卑微地位打抱不平，并且也做出了某些提升法律行为概念的尝试，但无论如何，它也仍然没有享受到其在民法领域中的尊崇地位。在本文所提到的四本前苏联法理学教科书中，无论国内法理学所谓的法律行为是被称为“法律行为”、“作为法律事

实的行为”，还是称为“法的行为”，它通常都只是“法律（权）关系”这一章中的一个小问题，并且只有在谈到“法律关系的产生、改变和消灭”或者“法律事实”这一节时才会对它作一下简单的介绍。总的说来，法律行为在法理学中这一卑微地位直到今天在很大程度上也还仍然是一个现实：那些只是称其为“作为法律事实的行为”的国内教材是如此，那些使用“法律行为”的国内教材也大致如何。尽管法律行为听起来非常具有法学专业术语的味道，因而也是法理学教师要求学生必须掌握的概念之一，但到目前为止，绝大部分中国法理学教材还仍然只是在谈到其上位概念“法律事实”时顺便进行简单介绍的概念而已。不过，自从上个世纪90年代以来，法律行为概念在法理学中的地位也有了提高的迹象。就我所掌握的有限资料看，国内至少有5本法理学教科书[21]已经不再只在谈到“法律关系”和“法律事实”时才讨论法律行为这个概念了。在这些教材中，“法律行为”不仅只是一个在“节”中才提到的概念，而且它还被升格为一“章”的标题。从这些教材关于法律行为的论述看，法律行为概念在法理学中之所以能够平步青云，在很大程度上要归功于1993年张文显教授所著之《法学基本范畴研究》的出版。在该本专著中，张文显教授破天荒地将“法律行为”提升为“法学基本范畴”，让它与“法”、“权利和义务”、“法律关系”、“法律责任”、“法律文化”、“法律价值”和“法治”这些概念并驾齐驱。张文显教授破格提升法律行为的理由在于：1、法律的调整对象是行为。2、法律行为体系是动态的法律现实。因此，只有理解了构成法律现实的法律行为，才能对法律现象有一个全面而深刻的理解。3、法律

效力和实效存在于法律行为之中，行为是检验法律规范效力 and 实效的主要标准。4、法学本身即是行为科学，“在过去一个相当长的时期内，我国法学却没有对法律行为给予应有的重视，虽然也讲法律是人们的行为规范，却未弄清法律行为的全部内涵，没有建立起一套系统的、能够与部门法对接的法律行为理论。” [22]那么，法理学研究法律行为有何意义呢？张文显教授认为，首先，“从宏观上，综合研究法律行为的性质、特征，各种法律行为的一般规律及基本模式，法律行为的过程与结构，影响人们行为的各种因素……为有效地对人们的行为实行法律调节，提供必要的理论。”其次，“为各部门法学研究具体法律领域的行为提供一般原理。我们法学研究和教学中目前还缺少这种一般理论。”第三，“在人们的行为中注入法律动机，激励法律主体以更加积极的态度参与法律生活，投身于自觉的法律活动。”第四，“树立合理的行为动机，提高法律行为的效力和效率。” [23] 法律行为在很长一段时间内不受法理学的重视，这一点是事实，张文显教授提出要加强法律行为的研究，以便发展出“能够与部门法对接的法律行为理论”，这种雄心壮志也确实精神可嘉，毕竟法理学学科一向都以发展法学的“一般”理论为天职。不过他对于应从哪些方面发展法律行为的一般理论似乎并不是很清楚。根据他提出的那些理由，对于法律行为的心理和社会学研究肯定是他所赞成的。这种研究虽然仍然可以说属于“法理学”的研究范围，但这似乎很难成为诸如民法、刑法、行政法等学科中法律行为的一般理论，因为这些学科所关注一般只是法律行为的规范性问题，而不是法律行为的前因、后果、激励机制和实效等社会学、心理学问



题，毕竟法学主要是一门规范科学而不是他所认为的行为科学。从其著作的内容看，张文显教授对法律行为的研究路径也主要是遵循社会学和心理学模式。除了概念解析这部分外，他对“法律行为”的“发展”主要体现在如下三个部分。一是“法律行为的过程与结构”，包括法律行为的内在方面和外在方面，内在方面又包括动机（具体包括动机的机能、动机的结构和动机的形成）和目的。法律外在方面包括行动、手段和结果。第二部分“法律行为的评价”，包括对行为的评价及其标准（如政治评价、经济评价、道德评价和法律评价）、法律评价的范围和重心以及法律评价与法律调节。第三部分是“法律行为的基本分类”，包括个人行为、集体行为、国家行为，单方法律行为与双方法律行为，主行为与从行为，等等。但就第一部分来说，那些内容完全是一本心理学和社会学的阐释模式；第二部分内容则早就是传统法理学中“法的特征”或“法的作用”这些部分的应有内容。在第三部分中，许多分类确实是对民法学中法律行为分类的一种总结，但要说是它们已经构成了法律行为的一般理论，那也还言之过早。我之所以要在这里不厌其烦地罗列这些内容是想让大家了解一下，这些对法律行为理论的发展是否可以构成法学的一般理论？部门法学者是否可以据此应用于部门法学？我的回答是否定的，因为我认为，这些理论叙述并不能成为一种具有法律理论意义的叙述。因此，在目前有关法律行为的法理学理论中，尽管法律行为的形式地位有了很大提高，但实际上仍然没能改变它过去留给人们的孱弱形象。

（三）法律行为的含义与民法学中对法律行为的含义存在激烈的争议不同，法理学界在法律行为的含义上一向风平浪静

。就实质方面而言，法理学学者对法律行为的含义一直以来都存在高度的共识。目前国内法理学界法律行为的理解和定义方式都没有脱离玛·巴·卡列娃等所著的《国家和法的理论》中对法律行为含义的有关论述：能引起法律关系产生、改变或消灭的行为。我们可以看看国内学者所下的定义：“从法理学方面来说，法律行为是指法律规范规定的具有法律意义的，能够使法律关系产生、存续、变更或消灭的法律关系主体的行为”。[24]“所谓法律行为，就是人们所实施的、能够发生法律上效力、产生一定法律效果的行为。”[25]“法律行为指能够引起法律关系产生、变更和消灭的人的有意识的活动”。[26]“法律行为是指为法律所调整，具有法律意义的行为。”[27]从中可以看出，尽管人们表述方式有区别，但是对于法律行为概念的含义还是基本一致的，那就是法律行为的含义只是与法律效果联系在一起的概念，不管是民法学上所说的意思表示行为、事实行为，还是其他学科中所谈的违法、犯罪行为，只要能够引起一定的法律后果（或效果），或者说能够引起法律关系的变动，那就是法律行为。在法理学界，人们对于将能产生“法律效果”作为法律行为的核心特征并没有什么争议，并且对于法律行为包括违法行为这一点也都没有多少异议。大部分教材在阐明法律行为的概念后，都会立即说明，法律行为包括合法行为和违法行为。如果说有争议的话，那也主要局限于这种分类是否合适的问题上。[28]在前苏联的法理学教材中，确实也存在将法律行为仅仅视为合法行为的观点，本文前面提到的由前苏联科学院法学研究所科学研究员集体编著的《马克思列宁主义关于国家与法权理论教程》就将法律事实分为事件、法的行

为和违法行为，它实际上很明显地将法律行为视为合法行为了，因此前苏联法理学界曾经对法律行为是否包括违法行为确实存在过意见分歧，但是值得庆幸的是，中国国内的法理学尽管继受了前苏联的法理学，却并没有接受它在这个问题上所具有的分歧。这一点与中国民法学形成了鲜明的对比，中国民法学不但继受了前苏联民法学界在法律行为是否是合法行为这个问题上的争论，而且在立法中还采纳了法律行为只是一种合法行为的观点。[29]国内法理学界对于法律行为的含义以及其是否包括违法行为这个问题的立场是一贯的，自从继受了前苏联法理学教材的观点后，一直都是如此，在这个原则问题上，就我的知识范围而言，还没有听到法理学学者发出不同的声音。[30]董安生说，“近年来，我国法理学中有某种过度扩展法律行为概念含义的趋势。有的法理学学者认为：法律行为是指行为人有意志从事的一切有法律意义的行为，其外延包括合法行为和引起法律责任的违法行为（如侵权行为、犯罪行为）。”[31]董安生将这种意义的法律行为视为是“近年来”法理学对法律行为概念过度扩展的产物，孰不知新中国成立以来法理学中的法律行为概念一向就是如此。对于民法学中法律行为仅仅指意思表示行为或者仅仅包括合法行为的做法，以及有人主张为了适应民法学中的法律行为概念而改变法理学中法律行为的名称这种说法，许多法理学学者表示了自己的不屑态度。舒国滢教授就认为，“民法的‘法律行为’只是在民法知识框架内的一个特定概念……它不可能作为一个最上位的概念用来描述和解释一切法律部门（如刑法、行政法）的行为现象，否则将导致法律解释上的困难和混乱。”只有法理学上广义的法律行为概

念是“各部门法律行为（宪法行为、民事法律行为、行政法律行为、诉讼法律行为等）与各类别法律行为（如合法行为、违法行为、犯罪行为）的最上位法学概念（或法学范畴）这个最上位概念的德文名词是Rechtsakt(英文juristic act或legal act)，它所描述的，是包括Rechtsgeschäft在内的一切具有法律意义的行为现象”。[32]张文显教授也声称，法理学中的“‘法律行为’是一个最能够科学概括和反映人们在法律领域全部活动的概念，也是一个实用性很强的概念。我们不仅不应取消或替换这一概念，相反应当用它的科学内涵去修正其他容易引起误解的概念。”[33]当然，对于民法学与法理学之间所存在的概念冲突，也有法理学学者表现出了宽容态度，他主张在各自的范围内坚持自己的叙述，“应当将法理学上的法律行为这一概念与民法上的法律行为相区别。民事法律行为是民事主体设立、变更、消灭民事权利义务的合法行为……法理学上的法律行为是广义的。可以分为合法行为和非法行为。”[34]不过，经常自诩理论最发达的民法学与自诩自己的概念应适用于一切部门法的法理学之间能否只在自己的范围内“各人自扫门前雪，休管他人瓦上霜”，这仍然还是一个很大的疑问。

三、没有法律行为概念的法理学上面已经非常简要地论述了前苏联的法理学以及我国大陆的法理学中关于法律行为的观念和研究现状。下面再来看看其他国家和地区对于我们认为至关重要的法律行为是如何理解的。首先来看一下现在俄罗斯的法理学教材。俄罗斯的法理学应该同我们现在的法理学一样，都脱胎于前苏联的法理学。在我手头所拥有的一本号称“俄罗斯法律高等院校专用教材”的法理学教科书中，作者根据与法律关系参加人意志的关

系将法律事实分为法律行为和法律事件，具有法律意义的行为即是法律行为。这样的法律行为包括合法行为和非法行为，这一点与前苏联的教材并没有什么两样。与此有所不同的是，在这本教材中，合法行为又被分为“法律行动”和“法律举动”。“法律行动是指以达到具体的法律后果（签订民事法律合同或劳动合同，结婚等等）为目的而实施的行为。法律举动是指那些不追求法律目标，但客观上不以主体的意志和愿望为转移而产生法律后果的合法行为。”[35]在这里，“法律行动”和“法律举动”分别类似于中国民法学中的“法律行为”和“事实行为”。如果中国的民法学界也愿意以“法律行动”代替“法律行为”，那么民法学和法理学的这场概念之争似乎也就可以偃旗息鼓了。我们也可以看看德国考夫曼所著的《法律哲学》是如何看待这个问题的。这本著作在谈到“法律事实”时，考夫曼说，最重要的法律事实是“法律意义下的行为”，它是指“由意志控制（可归责于行为人），因果形式（在最广义意义下）之负责的、具有意义的实际事实”。这个行为概念包括合法与违法、故意与过失，包括作为和不作为。考夫曼接着将合法的行为分为1.法律行为，即“其乃欲生法律效力的意思表示，亦即，其欲法律效果于何时在何种范围内发生。”2.准法律行为；3.事实行为。违法的行为则可分为“犯罪行为（其中违法性及罪责的区分很重要），民法上的不法行为，以及违法状态（不当得利）”。[36]从考夫曼的论述可以看出，他并没有将我们法理学中“具有法律意义的行为”称为“法律行为”，可能是作为来自“法律行为”概念发源地的学者，他们已经习惯了只将这个概念适用于民法领域。[37]因此，在他看来，所谓

法理学与民法之间的法律行为概念冲突是根本不存在的，因为法理学中并没有一个“法律行为”概念，有的只是“法律意义下的行为”这种说法。考夫曼将他认为的“法律行为”理解成只是一种合法行为，这一点似乎也与德国民法学主流的观点不符。[38]但不管怎样，考夫曼的这种处理方式，确实也消解了法理学与民法学法律行为概念可能引起的冲突。我们再来看一下我国台湾地区法理学中的法律行为。台湾地区与大陆地区不同，其法理学应该没有受到过前苏联法理学的影响。在我手头所拥有的三本台湾的法理学教科书中，对于我们通常认为的法律事实部分，台湾的教材可以分为两种情况。一种情况是在“法律关系”一章中，将法律事实分为“人之行为”和“自然事实”，有时“人之行为”也称为“广义的法律上行为”。人之行为又分为适法行为和违法行为，其中适法行为又分为事实行为和表示行为，而表示行为又可进一步分为法律行为和准法律行为。违法行为分为犯罪行为、行政法上的违法行为、侵权行为和债务不履行行为。[39]从这种分类方法可以看出，它与考夫曼的分类方法基本一样，它对于作为法律事实的“人之行为”或“广义的法律上的行为”也没有抽象成“法律行为”。第二种情况是，在“法律关系”一章中，在谈到法律关系或权利和义务的产生、变更和消灭问题时，压根就没有提到“法律事实”、“法律行为”这些概念，而只是列举具体的变动方法。[40]这种情况从坏处说是表明台湾法理学概念化程度不够，从好处说是，没有这样的概念，也就不会出现我们现在概念高度发达后的争论。结语现在，让我们再回过头来回答一下法理学与民法学对法律行为的理解和解释究竟谁更“正确”的问题

。民法学者可以说，从历史上看，法律行为概念最初起源于德国的民法学，[41]因此在民法学中继续使用这个概念理所当然，更何况，它早已成为民法学中发展得最充分也是最为重要的概念之一？法理学学者却从现实出发认为，“在汉语中，法律行为中的‘法律’是用来修饰‘行为’的中性定语，指‘具有法律意义的’或‘能够引起一定法律后果的’，而不是指‘公平的’、‘合法的’、‘违法的’。因此，‘法律行为’指称具有法律意义的或能够引起一定法律效果的行为”，[42]更何况法理学中的法律行为具有比民法中的法律行为具有更大的适用性，民法学的门户之见必将损害法理学乃至其他所有部门法对法律行为概念的使用。简单的解决方法也是有的，将民法学中的法律行为改成更加名至实归的“意思表示行为”可以在很大程度上解决这个问题；或者像某些法理学学者所坚持的那样，认为法理学中只有作为法律事实的行为，而无什么“法律行为”，这样退一步也能海阔天空。可惜的是，对于自己早已习惯的用语及其含义，谁又会轻易进行修改呢？虽然我们都知道，无论是我们的民法学还是法理学都是从前苏联这个二道贩子那里取的货，但在我们对这些概念使用了几十年之后，谁又还会过多理会这些概念原来究竟是什么货色呢？【注释】作者单位：中国社会科学院法学研究所。[1] [前苏联]杰尼索夫：《国家和法律理论》，方德厚译，中华书局1951年版，第448页。[2] [前苏联]玛?巴?卡列娃等：《国家和法的理论》（下册），中国人民大学出版社1956年版，第455页。[3] 同前注，第466页。[4] [前苏联]彼?斯?罗马什金等：《国家和法的理论》，中国科学院法学研究所译，法律出版社1963年版。[5] [前苏联]苏联科

学院法学研究所科学研究员集体编著：《马克思列宁主义关于国家与法权理论教程》，中国人民大学马克思列宁主义关于国家与法权理论教研室译，中国人民大学出版社1956年版，第496页。[6] 同上注，第497页。[7] 陈守一、张宏生主编：《法学基础理论》，北京大学出版社1981年版，第360页。[8] 孙国华主编：《法学基础理论》，法律出版社1982年版，第305页。[9] 参见沈宗灵主编：《法学基础理论》，北京大学出版社1988年版，第433 - 434页。[10] 参见孙国华、朱景文主编：《法理学》，中国人民大学出版社1999年版，第375页。[11] 沈宗灵主编：《法理学》，北京大学出版社2001年版。[12] 由李步云主编、经济科学出版社出版的《法理学》中，法律事实也只是分为“行为”和“事件”，也没有“法律行为”和“法律事件”这种名称。不过，该教材包含法律事实内容的第8章“法律关系”是由北京大学毕业的张志铭所撰写。[13] 1956年出版的《马克思列宁主义关于国家与法权理论教程》中虽然用的是“法的行为”，但考虑到此处用“法”而没有用“法律”很可能只是一个翻译的问题，因此，我姑且认定“法的行为”就是“法律行为”。[14] 西南政法学院国家与法的理论研究室、湖北财经学院法律系国家与法的理论研究室合编：《马克思列宁主义国家与法的理论讲义》，1979年7月印刷。[15] 参见王子琳、李放主编：《法学基础理论》，吉林大学出版社1984年版，第314页。[16] 王天木主编：《法学基础理论教材》，法律出版社1987年版，第280页。[17] 张贵成、刘金国：《法理学》，中国政法大学出版社1992年版，第376页。[18] 其他类似教材还有：葛洪义主编：《法理学》，中国政法大学出版社1999年版，第425页；张



文显主编：《法理学》，高等教育出版社和北京大学出版社2002年版，第119页；周永坤：《法理学》，法律出版社2004年版，第143页。[19]例如，李龙主编的《法理学》在第8章“权利与义务”一章中，仍然只是认为法律事实分为行为和事件，而没有出现任何“法律行为”的字样，而第12章“法律意识与法律行为”中则全用“法律行为”；更令人奇怪的是，尽管所使用的概念名称不同，但这两章却居然出于同一位作者之手。参见李龙主编：《法理学》，武汉大学出版社1996年版，第201 - 202页以及第279 - 284页。[20] [美]约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，法律出版社2004年版，第79页。[21]这5本教材是：王果纯：《现代法理学——历史与理论》，湖南出版社1995年版；李龙主编：《法理学》，武汉大学出版社1996年版；孙笑侠主编：《法理学》，中国政法大学出版社1997年版；张文显主编：《法理学》，高等教育出版社和北京大学出版社2002年版；卓泽渊主编：《法理学》（第4版），2004年版。[22]参见张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1993年版，第124 - 126页。[23]同上注，第127 - 128页。[24]李林：《试论法律行为的性质与特征》，《宁夏社会科学》1987年第2期。[25]张文显主编：《法理学》，高等教育出版社和北京大学出版社2002年版，第101页。[26]周永坤：《法理学》，法律出版社2004年版，第144页。[27]卓泽渊主编：《法理学》2004年版，第91页。[28]例如，有学者指出，行为应分为合法行为、违法行为和中性行为（沈宗灵主编：《法学基础理论》，北京大学出版社1989年版，第428页），而有的学者对此表示反对（参见卓泽渊主编：《法理学》，2004年版，

第94页)。[29] 董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社2002年版，第66 - 69页。[30] 这也是为什么现在几乎在期刊上找不到专门探讨法理学中法律行为概念的文章的部分原因所在。[31] 董安生：《民事法律行为》，中国人民大学出版社2002年版，第65 - 66页。[32] 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社和北京大学出版社2002年版，第100 - 101页。[33] 张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1993年版，第131页。[34] 周永坤：《法理学》，法律出版社2004年版，第144页。[35] [俄]B.B.拉扎列夫主编：《法与国家的一般理论》，王哲等译，法律出版社1999年版，第178页。[36] 参见[德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第156 - 157页。[37] 不知道法理学界同样不愿把具有法律意义的行为称为“法律行为”的学者是否也是基于同样的考虑。[38] 董安生认为，对法律行为是否只是合法行为这个问题，在大陆法系各国民法理论与实践，极少存在类似我国与苏联学者间那样的分歧。包括多数德国学者在内的大陆法学学者都认为法律行为的目的在于设立法律关系的表示行为，其中不仅包括不道德或违反法律的无效行为，也包括可撤销行为。（参见《民事法律行为》，中国人民大学出版社2002年版，第70 - 71页）但这里考夫曼的观点显然与这种观点相冲突。[39] 韩忠谟：《法学绪论》，隆玮印刷有限公司，1999年印刷，第148 - 149页。[40] 参见曹兢辉：《法理学》，新文化彩色印书馆有限公司1987年版，第63 - 64页；郑玉波：《法学绪论》，三民书局1978年版，第142 - 144页。[41] 对这一点，法理学学者也完全承认。参见张文显教授主编：《法理学》，高等教育出版社和北京大学出版

社2002年版，第100页。[42] 张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1993年版，第131页。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问  
[www.100test.com](http://www.100test.com)