

浅议法律行为的条件及相关问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/51/2021_2022__E6_B5_85_E8_AE_AE_E6_B3_95_E5_c36_51326.htm

本文从一则古希腊的著名案例说起，在介绍德国通说的同时，结合我国现阶段立法与学说，对法律行为的条件及其相关问题（主要是法律行为与期待权制度）进行辨析与研究，以期提出对此一历久弥新的理论有创造性的见解，为丰富我国目前有关该问题的理论，解决有争议的疑难贡以绵薄之力。多数了解西方法律史的研究者对古希腊的“半费之讼”应该不会感到陌生：古希腊法学家Protagoras曾招收一贫穷但聪慧的门徒，暂只收取一半学费。约定该生完成学业后，于赢得第一个法律案件时，应支付另一半金额作为报酬。该生毕业多时，未承办任何案件。Protagoras乃提起诉讼，请求支付报酬。法庭上，学生答辩曰：“若我赢得此案，依判决自不需支付报酬。若我输此案，依契约亦不必支付。即无论输赢，我均不必付款

”Protagoras则谓：“若我赢此案，依判决被告自应付款；反之，我若输此案，则此为被告所赢第一案，应依约支付。即无论输赢，吾应获付款”法官应如何对此判决始称妥当，有学者认为此系意思表示的解释问题：“应探求当事人真意，认定该生是否负有承办案件的义务。若属肯定，则Protagoras应获得胜诉判决[1]”这种意见看似言之成理，实际上与其说是观点，不如说是在无奈地逃避问题。因为此种意见没有使问题的解决方式得以确定，反而更加增添了解释的难度，这是违反了法院判决的可得确定原则的。而市场经济条件下的法治的最低限度要求，正是让法律生活的运做作能使人能够

进行结果推测，使判决具有可预见性[2]正如美国法学家兼大法官霍姆斯所云：“法院实际上将作什么的预测，而不是其他自命不凡的什么，就是所谓的法律的含义。”[3]。让一种不确定代替另一种不确定，这是在现代法律制度所难以容忍的。实际上，历史证明了任何问题包括法律问题，随着人类认识的不断深化都是可以找到妥适而确定的解答的，否认这一点，便是反马克思主义的不可知论。这个问题也不例外，笔者心中对此具有确定性、合理性的答案已了然（当然，此解答与本文的论题法律行为的条件有密切关系），但此处暂不阐释，俟后文论及相干问题时再做详解既曰为法律行为的条件，则但凡对条件作出有深入的探讨，不介绍其存在之基础法律行为，就有如空中楼阁般浮夸虚妄。所以，这里先对法律行为以列出要点的方式，作出不求全面，但求关键与独到的述说：（一）法律行为与民事法律行为对于此点80年代我国通说与《民法通则》观点相同：即大陆法系的法律行为即是我国法上所称之民事法律行为，两者别无二致，近年来仍然有学者持此观点或习惯于此种表达方式。更有甚者，赞叹“民事行为”与“民事法律行为”两分法为我国一大创造，认其在世界范围内的比较法上也有突出贡献[4]但进入90年代以来，该说已饱受批评与质疑，认为此表述存在下列显著不足：（1）无视法律行为（德语原意似应译为法律交易）的形成历史和本来含义。因为此语在现代法上的渊源可溯至《法国民法典》中的一个表述：“契约是当事人间的法律”。德国学者将此浪漫色彩颇为有余、法律精神稍显不足的语言进行醇化，得出“法律行为”的理念：在私法上，其与法律的产生方式迥异（法律是通过立法机关的立法行为，法

律行为是私人间的以意思表示为核心的行为)但效果却完全相同(产生私法上的形式效力或/与实质效力)的一种行为。画蛇添足地多加“民事”二字使其与“法律”间的潜在联系人为割裂,其不伦不类实有画虎反类犬之嫌(2)容易使人产生误解。不得不让人联想既然有“民事”法律行为,那是否还有“行政法律行为”、“司法法律行为”、“立法法律行为”甚至“刑事法律行为”呢?这个担心并不多余:“民事法律行为”概念一出,许多行政法学者便对是否存在“行政法律行为”想入非非了[5]。其实,行政机关的行为都是必须经过宪法与法律授权方得进行的,即使某些自由裁量的具体行政行为也必须受法律授权范围的制约。而进行民事活动的“人”却可以在法律没有明文限制且不违反公序良俗的情况下自由任意地创设权利义务关系。同样的道理:司法机关、立法机关(后者只受宪法制约,不必被法律约束,因为其“违法”便是默示地废止前法创立新法)也不过是在履行自己的法律职责而已,只能说是执法行为(广义),和法律行为风马牛不相及也。自法国大革命以来便确立的一个基本的宪政理念告诉我们:对于国家机关而言,法无授权即为禁止;对私人而言,法无禁止即为许可。行政行为、立法行为、司法行为、民事行为既属于不同“生活关系”,怎么能统一于一个概念之下呢?至于刑事法律行为就更属于无稽之谈了,这里不予辨析。(3)民事法律行为的概念提出时,最大的立法考量在于区分其与“民事行为”的差异,即民事行为是民事法律行为的上位概念,民事行为不必具有合法性,而民事法律行为必须合法。笔者认为此论大谬不然!是否为法律行为与是否能合法产生其意想的效力纯属两事。既已成立

却无效或被撤销的合同仍然不能否认（曾）有法律行为存在；被宣告无效或撤销的婚姻同样也具有以意思表示为内容的法律行为。将是否为法律行为与法律行为合法有效与否挂钩，不客气地说，这是连法律行为的成立和生效之区别都没搞清楚的外行之见！[6]所以，目前多数学者所倡导的废止“民事法律行为”，改采“法律行为”的提法以杜绝疑义是值得赞同的。然而，人大法工委在2001年《中华人民共和国民法》草案中竟然还把这“先天不足”、“出生即错误”的民事法律行为老调重弹，实在令人费解与遗憾

（二）法律行为的概念

我国学说对法律行为的定义各有差异，但目前已经较为统一只存在表达上的些许微妙。学者普遍认为法律行为基本上有这么几个要素：（1）主体（也有人持主体不要说[7]）（2）法效意思（3）表示行为 但我国通说存在的一点不足是：对于法定要物法律行为（如《合同法》367条的保管合同成立方式），并不仅因符合上述通说要件便即成立，而必须通过某事实行为方可成为“法律上的存在”。可以说：意思表示虽然是法律行为成立的必要条件，但并非充分条件。所以，笔者认为妥当的法律行为概念是：民事主体之间，以设立、产生、变更、终止民事法律关系为目的，以意思表示行为为核心的一个或多个行为（此定义也参考了德国学者的见解[8]）

民法通则对民事法律行为（也就是立法者一厢情愿地视为与法律行为意义等同的行为）的定义为：公民或法人设立、变更、终止民事权利和义务的合法行为。此定义有下述不当：（1）主体范围与《民法通则》所承认的不一致 我国对于主体的资格要求与德国不同。后者在自然人与有权利能力法人（在德国法，法人未必具有与其成员相分离

的独立财产，比如商事合伙亦可为法人））之外还另设有“无权利社团”概念，对于属于该类的“民法合伙”的主体地位原则上是予以否认的[9]，且只给予诉讼上消极当事人地位[10]（即诉讼中为方便原告的起诉只能作为被告出席；但其成员可以自己名义作为共同原告）但我国却没有此类限制，无论是《民法通则》（30条以下），还是《民事诉讼法》（第49条）都将没有法人地位的其它组织作为民事实体权利和诉讼权利的享有主体。所以，将有能力做成法律行为的“人”限制在“公民（自然人）与法人之间”，不但缺乏理由，还损害了法律体系的完整性（2）强调是合法行为混淆了法律行为成立与生效的区别（见前文）（3）没有将意思表示这一法律行为的核心内容予以规定（而此属于不可或缺的关键[11]）（三）法律行为的类型 法律行为按照不同的标准可以进行难以计数的分类（如在要因行为中，根据法律行为中是否有对价，分为有偿法律行为和无偿法律行为；根据法律行为中除意思表示外，是否还包含其他行为(例如前述保管合同)，可以分为诺成性法律行为和实践性法律行为；根据法律行为是否需要以一定形式为要件，可以分为要式法律行为和不要式法律行为等等）。这里主要介绍两种比较典型分类方法：（1）按参加人数多寡可分为：（A）单方法律行为，即只包含一个人的意思表示的法律行为；（B）多方法律行为，即包含数个人的意思表示的法律行为。它可以分为合同、共同行为和决议（Beschluss）。合同是二人以上相互对立的意思表示构成的，又称“双方法律行为”。共同行为是二人以上相同指向的意思表示构成的，也被称为狭义的“多方法律行为”，典型的共同行为，例如合同一方有数人时，他们

共同作出的解除合同的意思表示；另外，合伙合同也被认为是共同行为，但另一方面各当事人之间根据合伙合同互负义务，它具有一定的合同性质。决议是在一个团体中，数人共同指向的意思表示，它的特点是，依照法律规定或者团体章程的规定，决议对未表示同意的成员也具有约束力 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