

# 法律行为概念的再思考

窦海阳\*

**摘要:**理解法律行为概念需综合“意思表示”与“依其内容产生法律效果”两个方面进行考虑。“意思表示”在于确定法律行为的基本结构即意思与表示,以及法律行为的具体运作过程即将内心意思表示于外的过程。“依其内容产生私法效果”在于确定私人自治行为与国家法律之间的关系以及法律行为的规范属性。综合而言,法律行为应当是民事主体通过意思表示在法律关系中对自身利益进行调整的具有规范性质的行为。

**关键词:**法律行为 意思表示 私人自治 个别规范

## 一、引言

我国《民法通则》第54条关于法律行为的立法定义是“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”。尽管该定义一度成为界定法律行为的主流学说,<sup>(1)</sup>但是随着我国理论界对法律行为研究的深入,越来越多的学者认识到该定义的错误,并对其进行了深刻的批判。<sup>(2)</sup>此后,学者们逐渐向法律行为概念的传统观点回归,现在的通说是将法律行为界定为“以意思表示为要素,依其内容产生私法效果的行为”。<sup>(3)</sup>

从目前的研究来看,对法律行为的关注多在“意思表示”部分。因为“意思表示”直观地展示了法律行为的实际运作过程,通过对它的阐释可以将抽象的法律原则转变成法教义学上能掌握的法条及

---

\* 中国社会科学院法学研究所助理研究员,法学博士。本文系司法部2013年度国家法治与法学理论研究项目“网络环境下意思表示错误问题研究”(项目编号:13SFB3024)阶段性成果。

(1) 比如,佟柔主编《民法原理》,法律出版社1983年版,第76页;陶希晋、佟柔主编《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社1992年版,第214-215页。

(2) 参见董安生《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第73-78页;龙卫球《民法总论》,法律出版社2001年版,第478页;李永军《民法总论》,法律出版社2009年版,第404-408页;王利明《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第508-514页;申卫星“对民事法律行为的重新思考”,载《吉林大学社会科学学报》1995年第6期,第41-45页;高在敏、陈涛“论法律行为的合法与本质——对民事法律行为本质合法说质疑之二”,载《法律科学》1998年第5期,第24-33页;薛军:“法律行为合法性迷局之破解”,载《法商研究》2008年第2期,第37-47页;朱庆育:“法律行为概念疏证”,载《中外法学》2008年第3期,第325-372页。由于我国学者已经对该定义作了全面且深刻的批判,本文不再重复。

(3) 比如,梁慧星教授认为,所谓法律行为,指以发生私法上效果的意思表示为要素之一法律事实。参见梁慧星《民法总论》,法律出版社2007年版,第159页。张俊浩教授认为,法律行为是以意思表示为要素,并依该表示的内容发生法律效果的行为。参见张俊浩《民法学原理》(上册),中国政法大学出版社2000年版,第219页。马俊驹教授认为,法律行为是指以意思表示为要素,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《民法原论》,法律出版社2007年版,第180页。王利明教授认为,法律行为是民事主体旨在设立、变更、终止民事权利义务关系,以意思表示为要素的行为。参见王利明:同注2引书,第513页。李永军教授认为,法律行为是指以意思表示为核心要素的,主体为追求该意思表示中所含效果在私法上的实现的行为。参见李永军:同注2引书,第391页。

概念,以法律技术上的手段将法律秩序初步的正义判断分解为彼此相关的、相互协调的具体问题及其答案,由此能够解决大量出现在社会现实交易过程中的具体案件。<sup>(4)</sup>

不过,“意思表示”并不能对法律行为概念的功能和目的等基本问题给予直接的阐释,也就是说仅通过意思表示难以看出法律行为是实现私人自治的工具。因为要想说明私人自治的问题,就必须阐释国家法律对此的规制情况,而意思表示直接展示的是私人之间的行为交流,并不能阐明私人行为在国家法律的规制下能否实现自治的目的以及私人的意思表示为何能在国家法律中产生效果。尽管意思表示在原来主观主义理论范式下试图解释此问题,但是其对于诸多现象却难以给出合理的解释,所以对法律行为概念的认识就不能只关注于“意思表示”。

对于法律行为概念的认识,学者的眼光应当超越实证的规定,将其囊括,借此表现理念、法制度的意义核心。也就是说,法学如果想理解作为实证法规制基础的评价决定以及由此产生的各种问题,就不能仅仅停留在技术性解析上,而是要在此基础上进一步探究隐藏于后的深层次功能、目的,确定其本质含义。<sup>(5)</sup> 与其他领域的概念不同的是,法律领域的概念都是应某个特定目的而产生的。法律是社会生活的行为规范,但规范并不是制定法律的目的,而是为实现某个目的的手段。人们之所以确定某个法律概念,就是希望通过这个概念达到预定的目的。因此,在对法律概念的界定上,更多地应当考虑其目的。<sup>(6)</sup> 那么,界定法律行为概念要考虑的不仅仅是意思与表示这种私人交流的技术性问题,更需要阐明通过处理私人行为与国家法律之间关系来实现和维护私人自治这一目的。对后者的考虑能够充分地回答为何依照意思表示的内容可以产生私法的效果。这对于理解法律行为概念的基础与本质更有助益,然而它却在很大程度上被忽视了。<sup>(7)</sup> 因此,对于法律行为定义的思考,需兼顾“意思表示”与“依其内容产生私法效果”两个部分。本文将对这两个部分进行全面的阐释,以对法律行为的定义作一些有益的思考。

## 二、意思表示的基本结构及真正用途——“意思表示”的诠释

### (一) “意思表示”的基本结构

“意思表示”作为法律行为的定义是由萨维尼(Savigny)在《当代罗马法体系》一书中明确、完整地提出来的。萨维尼以康德(Immanuel Kant)的伦理人理论为哲学基础,认为人具有一种与生俱来的能力,可以通过自己的意志直接设定关系、产生效果。那么,在法律制度的建构中,人的意志应当是基础和核心,只有涉及意志的行为才能在法律上产生效果。<sup>(8)</sup> 因此,涉及意志的自主行为可以根据行为人的内心意思直接指向法律效果,使得法律关系得以产生或解除。萨维尼就将这种自主行为称为意思表示或者法律行为。<sup>(9)</sup> 可见,在萨维尼的定义中,法律行为被等同于意思表示,即可以产生预期法律效果的意思表示。

(4) 参见[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》陈爱娥译,商务出版社2003年版,第358-359页。

(5) 同注4引书,第358-359页。

(6) 参见黄茂荣《法学方法与现代民法》法律出版社2007年版,第59-61页。

(7) Cfr. Renato Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008, pp. 31-32.

(8) Cfr. Massimo Brutti, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 9, Milano, 1980, pp. 265-268.

(9) Cfr. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale (III)*, tradotto da V. Scialoja, Torino, 1889, pp. 5-10.

意思表示由意思和表示两部分组成,通过这两个部分的运作,法律行为得以具体实施。对于这两者之间的关系,萨维尼认为,意思表示其实就是通过表示使内心意思展现于可被感知的外部世界的过程。因此,意思是基础,表示仅仅是附属条件,而非必要的构成条件,它的存在仅仅是因为意思的内在于性,不能直接为外界所认知,所以才需要一种外在形式进行表达,否则表示根本就没有存在的必要。同时,萨维尼认为意思与表示在本质上是相互关联的,在一般情况下,意思与表示的一致是必然的。但是,这并不否认两者偶尔会出现不一致的情况,比如意思表示的错误等。在这种偶发情况下,应当采纳意思主义,即以意思为评判标准去探求行为人内心的真实意思。而且,在寻求内心真实意思的时候,应当从当事人缔结或者实施法律行为时的主观方面去认定,而不能从外在表示去推定,否则就不能发现行为人的真实意思。外在表示仅仅是一种将行为人的内心意思表达于外的手段,只有在正确表达内心意思的情况下才有价值。如果不问行为人的真实意思,就会背离建构法律行为制度所遵循的自由主义宗旨。只有尊重行为人的意思,使其真正的意思得以实现,才是保障行为人自由的正当途径。<sup>(10)</sup>

萨维尼的界定后来成为对法律行为概念的经典定义,为19世纪众多法学家所沿用。比如普赫塔(Puchta)在其著述中认为,行为的效果与行为,尤其与行为人的意思有着双重的关系,如果法律效果存在于行为人的意思之中,也就是说,法律效果是基于行为人的意思而产生的,那么,这就是法律行为。<sup>(11)</sup>温德莎伊德(Windscheid)在《潘德克顿教科书》中也认为,法律行为就是民事主体指向权利设立、消灭以及变更的意思表示。<sup>(12)</sup>邓因伯格(Dernburg)在《潘德克顿》一书中同样指出,法律行为是民事主体用来设立、变更或者消灭法律关系的意思表示。在法律行为中,法律的效果取决于民事主体的意思。<sup>(13)</sup>

然而,随着个人主义的没落,社会思潮逐渐从原来对个人主义的绝对拥护转向对社会连带性的考虑和肯定。相应地,法学家们也开始反思在法律制度建构中对意志的极端推崇所造成的缺陷。在法律行为方面,学说开始缓和萨维尼等人观点中对意思的过度突出和对表示的过分贬低,从克服内心意思的主观性等方面入手,在人的意思之外确定了其他可以被社会公开认知并进行评判的要素,原来的意思表示定义逐步地摆脱了纯粹意思主义的窠臼,法律行为也逐渐与意思表示区别开来。比如茨泰尔曼(Zitelmann)指出,旨在引起另一个主体作出反应的意思表示,除了需要行为人明知行为后果的意思之外,还需要具有该意思的主体表明这种意思的手段,即对这种意思的表示。<sup>(14)</sup>借助于对这种意思的表示,在现实世界中引起其他主体作出反应,使得这些主体为了预期的效果进行合作,这样才可以产生、变更或者消灭他们之间的法律关系。因此,行为人明知行为后果的意思与对这种意思的表示都应当作为法律行为的必要构成条件。<sup>(15)</sup>恩那彻鲁斯(Enneccerus)也作了类似修正,他主张法律行为中的意思是内心的一种精神活动,因此必须通过表示行为向外界进行表露。表示行为不仅是对内在意思的证明手段,而且也是法律行为必需的构成要件。表示对于法律行为的必要性,就像一部制定

(10) Cfr. Renato Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008, p. 34.

(11) Cfr. Gerg Friedrich Puchta, *Pandekten*, 9, Leipzig, 1863, S. 74.

(12) Cfr. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band I, Düsseldorf, 1862, S. 144.

(13) Cfr. Heinrich Dernburg, *Pandekten (I)*, Berlin, 1884, SS. 207 - 208.

(14) Cfr. Zitelmann, *Irrthum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, S. 41 ff., 240 ff.

(15) 同注14引书,第243-248页。

法一样,必须经过公布才能生效。<sup>(16)</sup> 基于这种考虑,恩那彻鲁斯在后来出版的书中明确指出法律行为是“追求一定法律效果的意思以及对该意思的表示”。<sup>(17)</sup> 在此基础上,学者们对意思表示与法律行为作了进一步区分。<sup>(18)</sup> 他们认为,法律行为在一些情况下可以等同于意思表示,但是意思表示不能完全涵盖法律行为。要形成完整的法律行为,除了意思和表示之外,还应当承认官方行为、法定的前提条件等其他可能的影响因素。比如在要式合同中,合同的成立与生效必须有法定的形式,如书面形式、行政审批等。如果只有行为人的意思表示,合同双方虽然达成合意,却没有履行法定的形式,法律行为也不成立或生效。

关于意思与表示的关系,恩那彻鲁斯等人赞同萨维尼的处理方式,认为尽管意思与表示同属于法律行为必不可少的构成要件,但是它们却并不是同等重要的,当它们之间存在分歧的时候,除了少数例外,内心的意思仍然是优先的。<sup>(19)</sup> 不过,在赞同意思主义的同时,学者们也认识到它所存在的问题:如果绝对地坚持意思主义,会导致很多弊端,其中非常明显的一点就是不利于保护相对人以及第三人的利益,因为人的内心意思是纯粹主观性的活动,难以为外人所了解,这样,如果行为人故意隐瞒自己的真实意思而作出虚假的表示,就很容易对相对人或者第三人的利益造成损害。因此,学者们提出了“信赖原则”和“责任原则”,也就是说,当意思与表示产生分歧时,应当以意思为准,但是这不能损害相对人或者第三人基于对行为人的信赖而产生的利益。如果分歧可归咎于行为人自己的过错,那么,该行为人应当对自己作出的违背内心的虚假表示承担相应的责任。<sup>(20)</sup> 这种对意思主义进行限制的主张得到了学者们的广泛认同,对法律行为概念的界定应当以“意思”为基础并兼顾“信赖原则”和“责任原则”。<sup>(21)</sup> 正如费拉拉(Ferrara)所指出的,对传统意思表示定义的这种修正是对法律行为概念认识的新发展,法律行为概念应当被界定为“旨在达到一个现实目的的意思表示,而这种意思表示又由涉及主体责任和他人信赖的法律制度所限制和保护”。<sup>(22)</sup>

## (二) “意思表示”的真正用途

通过上述梳理可以看出,对法律行为的界定起初是完全以“意思表示”为内涵的,在后来的发展中,虽然经历了一定程度的修正,但是其内核并没有发生实质性变化。这种界定以精确的技术性手段把法律行为的构成拆解成意思与表示这两大组成部分,在此基础上还进一步将意思分解成目的意思、效果意思、行为意思、表示意思等要素。<sup>(23)</sup> 通过对这些组成部分之间关系的处理,形象地描绘了人的内心所想通过行动表露于外并产生效果的运作过程。这种界定对于精确解析法律行为意义重大,由此可以了解法律行为的具体构成,也可以知晓法律行为的实际运作,还可以从法律行为在正常状态下的构成和运作看到行为的瑕疵状态,然后通过相应的手段予以处理。总的看来,“意思表示”偏重于在

(16) Cfr. *Enneccerus*, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg, 1888, SS. 56 - 60.

(17) Cfr. *Enneccerus/Nipperdey*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch*, Tübingen, 1960, SS. 864 - 896.

(18) 将法律行为区别于意思表示的学者论著,参见[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第30页;[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克《德国民法总论》(第33版),张艳译,杨大可校,中国人民大学出版社2012年版,第75-76页;[德]迪特尔·施瓦布《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第294页;等等。

(19) 同注16引书,第67页。

(20) 同注7引书,第38页。

(21) Cfr. *Messineo*, *Manuale di diritto civile e commerciale (I)*, Milano, 1957, p. 479 ss.; *Barbero*, *Sistema del diritto private italiano (I)*, Torino, 1965, pp. 419 - 425.

(22) Cfr. *Cariota - Ferrara*, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1933, pp. 73 - 77.

(23) 关于意思具体要素的分解,学者之间观点不同。参见董安生《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第165-171页。

技术层面上阐释法律行为概念。

当然,学者们对“意思表示”的期许并不仅限于从纯技术角度拆解法律行为,他们还希望通过“意思表示”对法律行为概念的本质以及相关的具体制度给出合理的解释。然而,从诸多现象来看,它难以担此重任。

首先,萨维尼等人的意思表示定义将“意思”视为法律行为的本质,“表示”被当作可有可无的附属。当意思与表示存在分歧的时候,应当追寻内心的原意。这种主张最大的缺陷在于忽视了对相对人以及第三人利益的保护,对交易正常、有效的进行极为不利,而且也必然导致所谓的真意保留、虚伪表示等现象的泛滥。<sup>[24]</sup>为了弥补缺陷,修正后的定义指出,“表示”不仅仅表现为一种对内心主观状态进行外部化的证明手段,而且还表现为法律行为的一项基本构成要件。因此,将“表示”视为实现内心意愿的认知手段是远远不够的,还需要通过“表示”这项构成要件来实现法律行为,对于法律行为来说,“表示”与“意思”具有同样的重要意义,都属于本质范畴。<sup>[25]</sup>

不可否认,意思的内在性必须进行外部化表示,这样才能为外界所认知。但是,从对表示的需求到将表示作为法律行为的一项基本构成要件,这种转变存在着逻辑上的跳跃。内心意思与外在表示是两个完全不同质的事物。根据学者的解释,意思是一种本身就可以独立存在的精神性事实,法律对其予以考虑是为了将它与法律效果进行联系,而表示则是一种将内心意思外化的行为。前者具有纯粹的主观性,后者则带有强烈的客观性色彩。<sup>[26]</sup>将这两个不同性质的事物视为同一个概念的本质,必然会使对法律行为概念本质的认识产生混乱,在现实层面以及法律层面造成对立。正因为如此,有学者试图消除意思表示中“意思”与“表示”的双重性,指出意思表示不应被分裂成一个作为心理基本事实的意思行为和一个与其相区别的仅在公开内心意思的表示行为,意思表示应当属于本质统一体。<sup>[27]</sup>但是,这种观点与萨维尼所主张的“意思与表示本质上相互关联”的统一性并无二致,仍然面临着当意思与表示不一致情况下的选择。因此,单纯以“意思表示”来界定法律行为概念的本质,就必然面临着分裂的困局。

其次,在法律行为具体制度的解释方面,“意思表示”难以自圆其说。依照萨维尼等人当初的观点,行为人可以按照自己的意愿变动自身的权利义务关系,法律效果的产生以自己的意思为依据。甚至在其早期观点中,为了表达对个人意志的尊崇,在外在表达与内心意思不一致的情况下,也以行为人的意思为准。然而,正如王伯琦先生指出的,将法律行为的效果完全归因于表意人的意思,此系个人主义的结果,与客观事实全然不符。<sup>[28]</sup>的确,在法律行为制度的建构中,很多情况下的法律效果并非完全取决于行为人的意思表示,还与其他因素有关。比如,在效力待定的情况下,若法律行为得不到追认权人的追认,就无法产生相应的法律效果。再比如,当行为人意图规避法律而通谋虚伪时,法律效果的确定并不依据行为人的意思,而是根据法律的价值和逻辑,这样常常会产生与行为人本意相左的结果。在上述情况中,最终产生的法律效果与行为人的本意或多或少存在着差别。因此,如果在法律现实中观察法律行为,就可以看到很多法律效果并非取决于意思表示的例外情况。实际上,对于法律效果的确定,需综合考量各种因素,包括主体、客体、形式、意思、表示等。法律对这些因素设置相

[24] Cfr. Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, pp. 55-58.

[25] Cfr. Manigk, *Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäft*, Breslau, 1901, S. 99-103.

[26] 同注7引书,第44页。

[27] 弗卢梅:同注18引书,第67页。

[28] 参见王伯琦《民法总则》,台湾国立编译馆1979年版,第149页。

关规则 符合这些规则的,可以达到行为人希冀的结果。如果违背了这些规则,就不能产生行为人希望达到的法律效果,而最终的后果则根据法律的价值和逻辑予以确定。因此,法律效果的产生并不仅仅依据行为人的意思,而是根据包括意思在内的各种因素所组成的总体。这正如拉德布鲁赫(Radbruch)所说的,“意志从来不能创造义务,无论是他人的义务,还是自己的义务。它最多可以希望产生一种态势,这种态势由凌驾于意志之上的通行规范与义务联系起来”。<sup>(29)</sup>

不过,有学者如赫培尔(Hippel)教授指出,对于意思表示产生法律效果的问题应当适用“最基本事实”的标准。<sup>(30)</sup> 根据这个标准,只要作出的意思表示可以产生某种法律效果即可,而不论该意思表示是否有效,也不论该法律效果如何。即使是无效的意思表示,也对法律效果的产生具有决定性作用,因为在这种情况下,意思表示仍然可以作为某种法律效果比如损害赔偿责任的根源。这种观点尽管维护了法律效果根源于意思表示的观点,但实际上却已经背离了意思表示定义所想达到的目的,即行为人将内心意思表示出来,希望达到与之相符的法律效果,从而按照自己的意愿变动自身的法律关系。事实上,行为无效的后果并非行为人的本意,也不是意思表示的内容,而是根据法律的规则所确定的结果。行为人的意思表示仅仅是最终结果产生的原因之一,不能为了拔高意思表示的地位而忽视其他因素的作用。

此外,支持意思表示定义的学者强调在多数情况下行为人希望发生的可能就是最后实际发生的。于是,以“一般情况”作为评判标准,认为“在法律行为中希望的即为最后发生的”是常态,即使存在着特殊的、个别的情况,也可以推导出最后所发生的就是行为人所想的。但是,这种解释忽略了一条基本规则,即对一个概念的定义不能从仅仅是该概念所包括的“一般情况”中推论出,这种情况仅仅是一种常态性的存在,必然存在着与之相对立的例外情况。对于概念的定义应当从恒久的情况中推论出,这种恒久的情况是必然发生的,具有永恒不变的性质和结构。<sup>(31)</sup> 只有从这种情况中推论出来的定义才是对概念真正的本质性定义。意思表示定义把法律行为的效果根源归结为行为人的意思,正是忽视了这条基本的规则,从所谓“一般情况下行为人所想的就是最终所发生的”推导出所有的情况都是如此,忽视或者掩盖了例外情况的客观存在,难以对问题作出圆满的解答。

最后,在术语的结构方面,“意思表示”(Willenserklärung)也有不妥之处。从整体来看,该术语过于宽泛。萨维尼对“意思表示”的提出是经验性、事实性的,即以人具有精神活动这一生理事实为基础,根据人类的一般经验发展出了“意思表示”,而人的精神性活动不仅涉及到法律的内容,更多地可能包含宗教、伦理、习俗等内容,这样的精神活动应当与法律进行区别。因此,本身包含着众多内容的意思表示不能被适当地、精确地界定为法律行为的本质。从具体来看,该术语过于模糊。“意思”一词非常概括,没有明确的指代,因此,有学者指出这种泛泛的表述在一个具体的概念中显得累赘多余,倒不如将“意思表示”中的“意思”替代为更为专门的、指示性更强的表述,明确地涉及内心所希望达到的后果,比如对“要约进行承诺或者撤销”的表示、对“合伙人入伙同意”的表示、对“无权代理人行为进行追认”的表示等,这样才能使表述具有规范价值,在法律上才有实际意义。<sup>(32)</sup> 相应地,“表示”一词也没有法律意义上的明确指代。只有当“表示”可以确定地表明该行为是旨在形成法律关系的意思

(29) 参见[德]拉德布鲁赫《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第146页。

(30) Cfr. Fritz R. Ferdinand von Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie: Beiträge zu einem natürlichen System des privaten Verkehrsrechts und zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1936, S. 8.

(31) 同注24引书,第57-63页。

(32) 同注24引书,第55-56页。

表示时,才能将私法形成法律关系的行为与那些仅在法律交往中具有法律上相关性的举动区分开来。另外,从语义上来看,“表示”无法涵盖不具有宣示意义的意思实现行为,而这部分也应当被纳入到法律行为中。<sup>(33)</sup>

综上所述,仅依靠“意思表示”来界定法律行为概念,对于一些基础性问题难以作出合理的解释。究其原因,在于没有随着理论背景的变迁正确定位其真正用途。“意思表示”是以意志论为基础发展而来的。意志论是自然法学派在极度拔高个人意志、宣扬个人主义的基础上提出的,该理论主张个人意志至上,因而个人的主观意志优越于客观法律,是客观法律的依据,包括法律行为在内的法律制度的建构应当建立在个体意志的基础之上。<sup>(34)</sup>那么,在此背景下,自然就将“意思表示”视为法律行为概念的本质,并对个人意志予以尊崇。这从根本上割裂了私人行为与国家法律之间的关联,实际上是将人能够进行精神活动这样的自然能力扩大化,忽视了法律规范所需要的行为能力,混淆了贯彻自由意志的自然法观点与私人自治的实证法特征。<sup>(35)</sup>随着社会思潮从个人主义向社会连带主义的转变,意志论的根基也随之动摇。在尊重个人主观意志的同时,社会客观秩序也得到了强调。因此,法学的基本理论范式从极度宣扬个人意志的主观主义向强调法律秩序的客观主义转型。在法律行为制度的建构中,个人意志之外的法律秩序等客观因素也得到了更多的体现。<sup>(36)</sup>在以私人自治为基础的同时,还强调将民事主体的活动限定在法律规定的界限内,私人意思要想达到目的,需要法律的准予和配合才能实现。在这种情况下,“意思表示”定义原先的理论预设无法与实际的制度建构相匹配,难以解释意思表示之外其他因素的存在。虽然学者们不断修正“意思表示”定义,通过强化“表示”的地位或者增加信赖等约束原则来矫正原来定义的偏差,但是不论如何修正,“意思表示”定义都难以摆脱困局。

在理论背景变迁的环境下,还需要结合其他方面对法律行为概念进行界定。法律行为的目的在于实现私人自治,而私人的自治既需要国家法律的保障,也应当受到国家法律的规制。因此,对于法律行为概念的认识,还需要从实现私人自治入手,考察私人自治行为与国家法律规制之间的关系。

### 三、私人自治与国家法律规制——“依照意思表示内容产生私法效果”的诠释

#### (一) 私人自治的界定

民事主体通过意思表示,向他人表达自己的意愿,从而对自身利益作出安排,这就是私人自治。不过,私人自治仅仅是一种社会现象,并不等于它必然能在法律上有自治的效果。那么,民事主体的意思表示为何能产生私法上的效果,也就是私人自治与国家法律究竟是什么关系?这首先需要私人自治进行界定。

对于私人自治的分析,传统的意思表示理论往往会从精神层面出发,将其替换成意思自治,而忽视了它是一种区别于主观活动的客观事实;或者仅仅在私法自治这个法律原则中附带地提及,将其视

(33) 弗卢梅:同注18引书,第91页。

(34) 参见薛军“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”,载《环球法律评论》2007年第1期,第38-40页。

(35) Cfr. Francesco Gazzoni, *Manuale del diritto privato*, Napoli, 2011, pp. 775-776.

(36) Cfr. W. C. Sforza, *Diritto: principio e concetto*, Voce di *Enciclopedia del diritto*, vol. 12, p. 637 ss.

同为法律行为,而忽视了它本身是一种有待法律评价的独立的社会事实。私人自治构成法律行为的事实基础,但是并不等同于法律行为。因此,对于私人自治的考察,需要正本溯源,将其作为客观的社会事实来看待,从这个角度进行解析。

从历史经验以及理论判断来看,理性的主体是自身利益的最佳判断者和行动者。如果由个人进行自主决定,他可以在与他人的关系中理性地指挥自己的行为,将所有的因素配置到最能产生效益的地方,从而达到利益的最大化。与私人自治相对立的是国家计划。在这种状态下,每个人所有的生活都是由国家行政计划来安排和支配,个人不能自主决定。然而,国家的计划性调整手段具有缓慢、低效等特性,常常会造成资源的浪费。<sup>(37)</sup>因此,国家通常会通过法律制度来发挥私人自治的作用,法律行为制度就是其中最重要的制度。

不过,法律行为与私人自治并不能被认为是必然统一的,因为私人自治其实是一种普遍存在的社会现象,在社会的各个领域都广泛存在。法律不可能将所有的自治现象都囊括到规制对象之中,而只能择取其中具有显著意义的现象。那么,法律行为制度主要针对的是哪些自治现象?

我们首先需要对一般性自治进行分类,确定其不同的适用领域。根据针对社会关系的不同,主要可以分为政治领域的自治(比如政党的选择、地区政务的自我管理等)、经济领域的自治(比如合同、遗嘱的订立等)、社会生活领域(比如婚姻的缔结等)、宗教领域的自治(比如宗教的选择、教派的选择等)以及其他领域的自治。在社会发展过程中,人类社会的普遍经验是将合同、婚姻、遗嘱等民事关系整合到法律行为制度之中,这些关系大多属于经济领域,也涉及社会生活领域。因此,受到法律行为制度规制的自治主要发生在经济领域,也会涉及社会生活领域,而不涉及政治、宗教等领域。

在此基础上,需要确定法律行为所指向的私人自治是一种个人性自治,还是一种社会性自治。前者是指人的行为所关注的重心是孤立的个人,也就是说这种行为构成纯粹的个人能力;后者则是指人的行为不仅是对他自己的,而且还涉及社会上的其他人。<sup>(38)</sup>如果一个主体对自己利益的处理是在与另一个主体的关系中的,就属于社会性自治。毋庸置疑,在经济领域和社会生活领域所进行的自治都是行为人在与他人的关系中的,法律行为并不能被认为是纯粹的某种个人能力的实施,而是一种为了与他人形成社会关系而脱离纯粹个人领域的行为,应当归属于社会性自治的现象之中。

由于法律行为概念中的私人自治是在经济领域和社会生活领域的一种社会性自治,因此,应当将私人自治与意思自治区分开。传统的意思表示定义基于意思主义,往往将私人自治与意思自治视为同一。但是,这两种自治在本质上却存在区别。意思自治强调的是精神世界中个人意志的自由与主导,并在法律秩序中处于决定性地位,这种自治具有主观性、个人性;私人自治强调的是主体在社会中与他人的关系,在此关系中私主体可以对自身利益进行自我处理,这种自治具有客观性、社会性。因此,属于社会性行为的私人自治与属于精神性行为的意思自治分属于不同的世界,不能混同。

当然,可能会有这样的反驳意见,即将私人自治理解为一种社会性行为而否认其与意思自治的统一,会陷入严重的矛盾之中,因为私人自治本身就是个人主义的产物,它使得个人可以根据自己内心的意思对自身利益进行处理,无法脱离个人意愿,这种矛盾只有通过回归传统的意思主义理论才能克服。对此需要强调,这里的讨论是为了确定法律行为中的自治应当被视为一种精神现象还是一种社会现象,然后再据此对法律行为概念作出界定,至于这种自治的产生机理并不是关注的重点。事实

(37) 参见[德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第142页。

(38) 同注7引书,第87页。

上,将法律行为的自治确定为一种社会现象,并非拒绝承认个人在精神层面上的自治现象,也并不否认这种内心意思对实施私人自治所具有的作用。的确,私人自治的直接根源是个人的内在意思,正是表意人的内心所想促动行为的实施并在法律上产生效果,但这并不意味着在法律行为的概念层面上私人自治与人的内心意思是分不开的。相反,合理的解释应当是内心的意思仅仅构成私人自治的一种前提。对于法律行为中自治的理解,应当从客观的视角,在社会意义上进行,因为法律作为社会规范体系,针对的必定是社会现象,而不可能针对精神现象或自然现象。法律行为中的自治必定是在其社会意义上提出的,承载着一种特殊的社会价值,而不是在自然的或者精神的意义上提出的。在对法律行为概念的界定上,不能将作为社会性行为的私人自治与作为精神现象的意思自治混为一体。

在界定私人自治的范围之后,需要进一步确定私人自治的特性。本文认为,法律行为中的私人自治所具有的特性是约束性,即这种行为对于当事人来说具有约束力。如上所述,通过私人自治,民事主体可以根据自己的判断在经济领域、社会生活领域安排自己的财产权益和人身权益。不过,如果这种行为仅仅赋予当事人自主行动的可能,但对自己或者他人没有约束力,当事人可以随意决定是否履行而没有任何消极后果,那么当事人就很难获得这些利益。或者即使当事人获得了这些利益,却不能保有它们,那么这种行为也没有实质意义。因此,私人自治应当具有约束力,以对当事人起到约束作用。

事实上,这种行为的确具有约束力,而且这种约束力与国家法律并没有必然的联系,它在国家法律介入之前就已经客观存在了。对此,贝蒂(Betti)等学者从法律史角度进行了例证。<sup>(39)</sup>比如,互易是商品交易中最常见也是最简单的手段,在原始社会中就已经广泛使用。众所周知,在原始部落中,并没有国家机器明确建立起来的法律制度,然而,原始部落的人们还是以极其谨慎的态度,比如通过非常繁琐的程式,来完成物品的交换。在这种交换活动中,双方当事人都充分认识到了这种活动对自己所产生的约束力。<sup>(40)</sup>再比如,买卖、租赁、合伙、委托等使用频繁的合同也是产生于法律秩序明确建立之前的社会生活中,原本也没有得到法律的规制。只是当它们发展到一定程度之后,并且经历了实践的检验,国家法律才对这些社会常见的合同进行一般性的评价,赋予这些合同以法律效果。在法律介入之前,当事人订立的合同必须得到遵守的原则并不是具体法律制度提出的要求,而是渊源于道德,因为约定作为人类的一项道德行为是具有约束力的。<sup>(41)</sup>

可以看出,在法律规范调整之前,私人自治行为根据国家法律之外的社会准则对当事人具有约束力,也就是说,这种对主体之间利益进行自我规制的行为并不是当事人单纯的内心打算,可以任意地决定遵守或者不遵守,而是被作为一个具有约束力的客观标准。这个标准应当被遵守,否则当事人就会受到或多或少的、确定的惩罚。这些惩罚既有特殊的(比如具体的反击措施或自我保护措施),也有一般的(比如社会信誉的丧失或者减损,使其不能或者很难再发展新的事业),总之,可以给不遵守私人自治行为的人带来消极后果。相对于这些社会性准则来说,法律仅仅是一个补充,并且是在逻辑上

(39) 同注24引书,第40页。

(40) 对此,霍贝尔(Adamson Hoebel)在《原始人的法》一书中通过对伊富高人的考察也提供了具体的例证。根据伊富高人的习惯,对于稻田、世袭财产、林地等财产的转让需要通过“伊保义”这种严肃的宗教仪式进行。对于其他普通财产的转让,虽然不需要通过上述复杂的宗教仪式,但是也需要代理人或中间人安排一次活动或者对这类物品提供一种象征性的誓言。参见[美]霍贝尔:《原始人的法》,严存生等译,法律出版社2012年版,第85页以下。他们之所以惯常采取繁琐的程式来完成财产的转让,不仅是为了补全当时社会信用不发达的缺陷,更是为了向众人表明该行为对自己具有约束力,自己应当履行自己的诺言。

(41) 参见[德]克尼佩尔《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第55页。

后出现的事物。在法律出现之后,原来作为依据的社会准则仍然保持着基础性地位。<sup>(42)</sup>正因为如此,法律中仍保留了一些源于道德的社会准则,比如,我国《合同法》第5条规定的公平原则以及第6条规定的诚实信用原则。当某个案件找不到明确的具体规范可以适用的时候,可以援引这些社会准则来进行裁判。

## (二) 国家法律的规制

私人自治允许民事主体按照自己的意愿在与他人的关系中调整自身的利益,但是这并不意味着个体可以随心所欲地形成法律关系。弗卢梅(Flume)曾指出,在法律行为中应当适用“无法律即无行为”(nullum negotium sine lege)的原则。<sup>(43)</sup>根据这个原则,行为(negotium)需要法律(lege)才能成为法律行为(negotium iuridicum)。私人自治不应被误解为一个不受国家法律影响的领域,相反,它存在于由国家法律所给定的范围之内,私人只能选择行使那些为国家法律秩序所认可的行为类型。<sup>(44)</sup>而且,如前所述,私人自治所具有的约束力并非法律意义上的,而仅仅是伦理意义上的,源于道德等社会准则。如果违反了自治行为设置的规则,带来的仅仅是纯粹伦理意义上的负面影响,而得不到国家法律的保障,那么这种行为的社会价值就大打折扣了。因此,私人自治需要且应当上升到法律行为层面。

私人自治上升到法律行为这一层面,必须在国家法律的规制下方可实现。按照逻辑顺序,国家法律的规制应分为两个阶段:第一阶段由国家法律判定私人自治行为是否具有法律意义;第二阶段由国家法律判定对具有法律意义的私人自治行为应否予以承认,是否有效。

在第一阶段,如前所述,法律会从各个领域择取具有重大意义、可以为法律调整的私人自治行为,确定其在法律上的意义,排除其他的私人自治。在这个阶段,如果法律确定私人自治行为不具有法律意义,那么就不再对其进行法律调整。只有法律首先确定行为具有法律意义,才会将其纳入法律的调整范围。在这种情况下,私人自治被当作由国家法律抽象地、一般性地调整的法律关系具体化的前提和原因。也就是说,在法律规范抽象规定的基础上,私人自治行为针对具体情况,设置规制具体法律关系的规则,从而对民事主体之间的法律关系进行具体调整。<sup>(45)</sup>其实,国家法律在此仅仅是确认私人自治的主体在法律上拥有一种具体的安排和决定的权能,它可以用来产生、变更或者消灭该主体与他人之间具有约束力的关系。在这种关系中,民事主体对自己的利益进行直接的、个人性的、具体的调整。至于通过这种权能进行调整的法律效力以及最终的法律效果如何,则由国家法律在下一阶段判定。

经过第一阶段的评判,最终被确定为具有法律意义的私人自治行为其实就已经上升为法律行为。在此基础上,国家法律对行为的评判还要继续。在第二阶段,国家法律对法律行为担当最终裁决者的角色,根据其权威,通过一定手段对行为的具体内容进行评判,力求达到个人追求与法律追求的社会价值和目标相一致。在私法中,私人生活由其自身规划,为自己立法的情形属常态,但这并不妨碍国家法律为了管控私人自治活动而设置具有约束和限制性质的强制性规范,即排除当事人意志且必须得到遵守的规范,它通过“不得”、“应当”等技术性语言以及体现法律所追求的社会价值和目标的规

(42) 同注24引书,第46页。

(43) 弗卢梅:同注18引书,第27页。

(44) 施瓦布:同注18引书,第298页。

(45) 同注24引书,第45页。

则确立行为的底线,达到约束和限制自治行为的效果。对法律行为进行评价的强制性规范,以往我国并不在公私法上进行区分。然而,学者们认为这种混同可能导致私人自治空间被国家权力所挤占侵蚀,需要区分私法类强制性规范和公法类强制性规范。<sup>(46)</sup>私法中的强制性规范属于规定形成或处分权利义务界限的规范,对它的违反可能使得行为在获得有权者许可之前不生效力,比如我国《合同法》第9条关于合同当事人须具备相应权利能力、行为能力的规定以及第10条关于书面形式的规定。对于这类强制性规范的违反,并不导致行为的绝对无效,可以通过追认(《合同法》第47条)或者实际履行(《合同法》第36条)予以补正。在这些情况下,法律无意阻止法律行为的实施,而更多地是希望对其实施的可能性在范围上进行一般限制,从而更好地引导这些法律行为。<sup>(47)</sup>公法类的强制性规范属于强令或禁止一定行为的规范。对于这类规范的违反,法律将法律行为的实施与惩罚(或者与惩罚相类似的措施)联系起来,通过制裁手段来阻止法律行为的实施。<sup>(48)</sup>比如我国《婚姻法》第10条规定的重婚导致婚姻无效。这种法律行为的无效后果还会面临《刑法》第258条重婚罪的制裁。不管是具有自治性质的私法类强制性规范,还是具有管制性质的公法类强制性规范,都具有强制性。<sup>(49)</sup>违反它们的法律行为都会被给予消极评价,即法律认为该行为具有可归咎之处,不符合法律所追求的社会价值和目标,因此,对该行为不予承认,或者确定其无效,或者确定其不生效力。当然,这种行为在法律上仍然具有一定意义,只不过实际发生的法律效果与当事人所追求的目的存在差距。相反,对于遵守强制性规范的法律行为,法律会给予积极评价,即法律认为该行为符合法律所追求的社会价值和目标,值得保护,因此对该行为予以承认,确定其有效,将该行为纳入法律的保护之下,并促使和保障其最终产生的法律效果与当事人所欲达到的目的相一致。

需要注意的是,尽管国家法律的评判会对法律行为产生如此大的影响,但是,国家法律仅仅是通过对规范本身的处理措施强化了行为原本依据法律外社会准则所具有的约束力,使它更为稳固,而并没有使行为的内容发生实质的变化。也就是说,国家法律的介入并不会以其他目标取代当事人原本追求的经济或社会目标,而只是将原本受道德等因素保障的权利义务转化为受法律秩序认可的权利义务。

当然,法律出于促进交易、节省成本等的考虑,会设置一些任意性规范,通过这些规范对因当事人考虑不周而造成的行为内容的缺漏予以填补,在一定程度上改变了行为的原有内容。但是,这种任意性规范仅仅是在自治行为的基础上,出于更好实现当事人利益的考虑而增加的内容,是从社会一般交往规则抽象而来,或者合乎当事人推定的意思(动产所有权自交付时移转),或者合乎事理公平(出卖人须承担瑕疵担保责任),它们在当事人意思表示未及之处以补充规范的面目出现,并未悖逆当事人的意思。<sup>(50)</sup>这种规范对于当事人来说没有强制效果,当事人可以遵守,可以对其进行修改,也可以弃之不用,在本质上不会改变法律行为的内容。

综上所述,我们发现法律行为其实是由私人自治行为与国家法律共同运作而形成的。对于法律

(46) 参见苏永钦“私法自治中的国家强制——从功能法的角度看民事规范的类型和立法释法方向”,载《中外法学》2001年第1期,第1-21页;孙鹏“论违反强制性规定行为之效力——兼析《中华人民共和国合同法》第52条第5项的理解与适用”,载《法商研究》2006年第5期,第122-129页;谢鸿飞“论法律行为生效的适法规范——公法对法律行为效力的影响及其限度”,载《中国社会科学》2007年第6期,第124-142页;等等。

(47) 参见苏永钦《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第44-48页。

(48) 参见[德]拉伦兹《德国民法通论》(下),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第589-593页。

(49) 苏永钦:同注46引文。

(50) 参见朱庆育“私法自治与民法规范”,载《中外法学》2012年第3期,第462-483页。

行为概念的认识,两者不可或缺。缺少了私人自治行为,法律行为就没有了主体内容;缺少了国家法律,私人自治行为不仅无法上升到法律行为的层面,也产生不了法律效果,不具有法律上的效力。那么,受国家法律规制的私人自治行为就可以作为对法律行为的基本认识。

### (三) 法律行为的本质属性

在上述认识的基础上还需解决一个问题,即法律行为的本质属性是什么。在以往的观点中,法律行为区别于其他行为的明显标志是意思表示。但是,意思表示并不能揭示法律行为的本质属性,还必须从规定功能的视角去观察法律行为,确定其本质属性。由此,法律行为是国家法律规制的私人自治行为。私人自治行为本身具有“约束性”。国家法律对私人自治行为进行规制,使这种原来基于社会准则所具有的约束性产生了法律意义,具有了法律约束力。在这种状况下,法律行为所创制的规则与法律规范非常相似,因为“当为”也是法律规范的基本特征。<sup>(51)</sup>那么,法律行为在本质属性上可否与规范归为一类?

对于这个问题,不少学者给予了肯定的回答。<sup>(52)</sup>其中,以凯尔森(Kelsen)在法理层面的解释最具代表性。凯尔森认为,法律行为是个人根据一般性规范创设,用来约束自己的个别性规范的行为。它一方面将一般性法律规范适用到具体关系中,另一方面又根据一般性法律规范创造出当事人之间的具体规范。<sup>(53)</sup>在凯尔森看来,法律行为可以创造个别性规范,这种规范决定一个人在某种不重复发生的状态下的行为,它只对某一个特殊场合才有效,而且只可能被服从和适用一次。与一般性规范一样,个别性规范也是整个法律秩序的组成部分,差别仅在效力的一般性或个别性而已。<sup>(54)</sup>既然将作为一般规范的国家法律列入法律体系之中,那么为了使整个法律体系圆满,也应当将法律行为所创造的个别性规范纳入其中。

不过,对于法律行为规范属性的观点,不少学者从不同角度提出了质疑甚至批判。

首先,法律行为是法律事实的一种,属于法律评价的客体,它与法律规范分属两个范畴。由于事实与规范之间的不可通约,它不能同时具有规范性。<sup>(55)</sup>

其次,法律规范应当具有一般性特征,其适用的对象具有普遍性,可以反复适用。只有在社会成员通晓并一致适用的情况下规范才能实现平等、安全等功能。而法律行为仅仅是个体在不重复发生状态下的行为,仅适用于特殊场合,只能适用一次。如果在法律中承认个别性规范,那么就有违规范的一般性特质。<sup>(56)</sup>而且,立法权的行使当属国家,个体不能充当立法者,这就如同在关于自己的案件中不能充当法官一样,通过私人自治形成法律关系的行为不构成造法行为。<sup>(57)</sup>因此,在法律体系中不存在由个体创制的个别性规范。

(51) 参见[德]伯恩·魏德士《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第60页。

(52) Cfr. Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München, 2004, S. 29 ff.; Hans - Martin Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg, 1998, S. 153 ff.; Santi Romano, L'ordinamento giuridico, Firenze, 1951, pp. 70 - 71. 近来,我国学者对法律行为的规范属性也多有肯定,比如,薛军:同注2引文;同注50引文;胡东海“论法律行为的规范性”,载《中外法学》2012年第6期,第1176 - 1189页。

(53) 参见[奥]凯尔森《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第150 - 156页。

(54) 同注53引书,第40页。

(55) Cfr. Giovanni B. Ferri, Il negozio giuridico, Padova, 2004, pp. 35 - 36. 这种观点目前在我国学界较为流行,比如,王利明:同注2引书,第180页;梁慧星:同注3引书,第62 - 64页;魏振瀛主编《民法》,北京大学出版社2000年版,第36页;等等。

(56) 参见[美]E·博登海默《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第246 - 248页。

(57) 弗卢梅:同注18引书,第6页。

再次,根据凯尔森的规范创制理论,所有规范的创制都源于上一级规范的许可或授权。那么,私人实施的法律行为也应当根据上一级规范的许可或授权才能进行。这样就扭曲了一个重要的客观事实,即个人并不是在获得国家法的许可或授权之后才可以从事经济交易行为或其他私法行为,私法之所以不同于公法,在于“法无禁止即自由”,个人可以按照自己的意愿实施行为而无需他人的许可或授权。这种理论把私人行为混同于国家行为,从而混淆了公法与私法的界限。<sup>(58)</sup>

最后,将法律行为视为规范,其实就是将法律行为视为“对应当的表示”(Sollenserklärung)或者具有规范内容的表示。这里的“对应当的表示”或者具有规范内容的表示实质上仍然是对行为人内心意思的表示,因为旨在产生某种法律效果的内心意思也具有一定的指向性和命令性,它与规范在本质上是一致的。所以,将法律行为界定为法律规范,实际上并没有彻底摆脱意思表示定义对法律行为的认识思维,仅仅是将“意思”和“表示”这种传统的表述替换成“规范”和“表示”而已。不仅如此,放弃意思表示在法律行为中的本质地位而强调其规范性,还可能对这种客观事实的忽略,即在谈到法律行为的时候,必然会联系到生理或心理意义上的精神活动以及将其表达出来的行为,那么在法律行为中也就必然会要求具备意思与表示这两大要件,所以法律行为事实上总是存在于追求某种法律效果的意思表示之中。<sup>(59)</sup>

关于法律行为在本质属性上可否归类于规范的讨论,需要在回应质疑和批判的基础上对肯定性观点进行反思,在综合考量之后审慎地作出判断。那么,对法律行为规范属性的判断就要确定它是否可以更合理、更圆满地解释现实情况。如果可以完成上述任务,那么再判断质疑和批判所提出的问题是否成立。如果成立的话,再考虑其指出的缺陷是否可以修正和弥补。

本文认为将法律行为的本质属性确定为规范性,与国家法律对法律行为的实际态度相符,可以合理地解释相关现象。规范的典型标志是“效力”。上位规范对于下位规范一般都是通过确认其有效或者无效来进行规制的,而规制的方式就是承认或者不承认。也就是说,上位规范并不确定下位规范的具体内容,而是通过对下位规范的承认或不承认,确认下位规范所设置的内容有效或者无效,通过这种方式 and 结果来确保下位规范符合上位规范的价值和目标,使得整个法律秩序保持一致。上位规范对下位规范的这种关系在国家法律对法律行为的关系上有充分的体现:

首先,国家法律对法律行为的规制方式基本上是承认或者不承认。民法中多为承认性规范,即对当事人行为的内容予以承认或者不承认。比如,《民法通则》第58条第1项规定,无民事行为能力人实施的行为无效。该条应当作这样的解读:如果主体不具有行为能力,国家法律就对其行为的效力不予承认。在法律上,其行为就不具有约束力。即使当事人不予遵守,也不会带来法律上的消极后果。反之,如果主体具备行为能力,就承认其实施的行为。主体的行为在法律上具有约束力,如果当事人不遵守该行为,那么就会在法律上承担消极后果。再比如,《合同法》第52条第5项规定“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效,该条也可以解读为,如果行为违反法律、行政法规的强制性规定,国家法律就对该行为的效力不予承认。反之,如果行为合法,法律对这种行为予以承认,行为在法律上就具有约束力。

其次,国家法律对法律行为的规制结果基本上有效或者无效。在一般情况下,国家法律对法律行为的评判结果是该行为属于有效行为还是无效行为,而不会对行为进行合法性评价,即评判法律行

(58) 胡东海:同注52引文。

(59) 同注7引书,第70-75页。

为是否合法。这种合法或者非法的评判一般针对客观事实作出,而不会针对规范作出。在合同法中,当事人对具体权利义务进行约定,法律评判的是该合同有效或者无效,而不会评判该合同合法或者非法,即使合同内容被确定为违反法律规定,也仍然是以无效为评判结果的。但是在侵权法中,对于出现的致害事实,国家法律通常会作出该行为是否合法的评判,即如果是故意或者过失行为而导致损害,一般情况下会判定该行为违法。

可以看出,国家法律对待法律行为的态度就是上位法对下位法的态度。国家法律并不确定法律行为的具体内容,而是确定法律行为的内容是否有效,对符合法律秩序的法律行为赋予法律效力,对不符合的不赋予法律效力,从而达到规制法律行为的效果。行为原本所具有的约束力经过国家法律的承认具有法律效力,对当事人产生法律上的约束力,这就使得法律行为在本质上具有规范属性。因此,只有将法律行为归类为规范,才能合理地解释上述现象。

关于对法律行为规范性的质疑和批判,本文认为需要仔细斟酌,有的质疑和批判并不成立,而有的则可以借鉴,需要在此基础上对规范性理论进行修正和完善。

第一,关于法律行为是否为法律事实的问题,不少学者予以否定并作了详细的论证。他们指出,通行的法律事实体系理论将事实性界定为法律行为的本质属性是错误的定位,不符合法律中的实际情况,混淆了私法对法律行为的调整方式,不利于私人自治的实现。<sup>(60)</sup>对此,笔者还想强调的是,根据前文的分析,法律行为是法律对私人自治行为进行规制的结果。私人自治行为的确属于一种社会事实,但是该行为被法律规制之后已经脱离了事实范畴而具有了法律意义,成了法律行为。那么,此时再将法律行为与私人自治行为一样列属事实范畴,显然不合逻辑。因此,将法律行为混同于法律规制之前的私人自治行为是传统理论认识错误的關鍵。

第二,关于在法律体系中是否应当存在由个体创制的个别性规范,笔者认为在私法领域,个别性规范的存在是非常必要的,而且必须由个体来创制。

对于社会事实的调整,国家可以通过制定一般性规范的方式进行。这种方式需要国家立法者对社会生活中的各种事实进行分类、总结、归纳、提炼出类型化的事实构成,然后对其作出相应的评价。然而,在私法领域中,法律关系纷繁复杂,私人生活非常具体且一直处于变动之中,国家立法者对此认知能力有限,根本就无法完全了解。如果非要以上述调整方式进行事无巨细的规制,那么立法成本将会非常高昂,且法律规定很容易陷入僵化,从而脱离实际。因此,私法的一般性规范只限于强制性规范和任意性规范。前者仅仅设定行为的界限,不规定行为的具体内容;后者仅仅补充行为的内容,也不确定行为的主要内容。那么,这就存在着很大的规范空白:对于具体行为的主体来说缺少了行为规范,即没有具体的规范来命令或引导行为人去实施行为;对于具体个案的裁判者来说缺少了裁判规范,即没有具体的裁判标准提供给裁判机构对具体案件进行裁判。<sup>(61)</sup>因此,对私法领域法律关系的调整就需要有针对性强、可以具体适用的规范,用来弥补一般性规范的调整空白。法律行为就承担起了这个重任,个体可以根据自己的判断,通过实施法律行为,设置具体的规则对自身的法律关系进行具体的调整。与国家制定的法律一样,个体所创制的个别性规范同样具有法律约束力,所不同的只是它们的约束范围,前者可以普遍地、反复地适用,后者仅针对个体一次性适用。

在私法领域,个别性规范不仅必要,而且从行为依据和裁判依据适用的顺序来看,更是占据首位。

(60) 比如,薛军:同注2引文;胡东海:同注52引文。

(61) 同注6引书,第141页。

对此,我们可以合同为例予以说明。当事人在合同中具体约定了各自的权利义务。根据《合同法》第8条的规定,“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力”,那么,合同当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。因此,当事人在整个合同存续过程中首要的行为依据就是合同的具体约定。在纠纷产生时,法官裁判的依据首先也是合同,即根据合同的约定,判定当事人是否履行了合同。如果没有履行,那么就根据合同判定违约方承担违约责任。只有在合同约定不明的情况下,才需要通过任意性规范予以填补,或者在合同约定违法的情况下,才通过强制性规范予以禁止。因此,只有将通过法律行为创制的个别性规范纳入法律体系之中,才能为行为人找到行为合法的依据,为裁判者找到可适用的规范。正如苏永钦先生所言,把数量上远超过客观法且在规范内容的精致、细腻、实用、经济上一点也不较客观法逊色的契约排除在客观民法之外,民法的运作只会治丝益棼,法院不但不能止争,反而成为乱源。<sup>(62)</sup> 传统观点将一般性视为法律规范的必要特征其实是忽视了私法领域调整法律关系的特殊性。在公法领域,规范的一般性对于保障公平、安全等法律价值具有重要意义,但是将其作为规范的必要特征而扩展到私法领域则有橘枳之别。

对于私法领域的个别性规范的制定,只能由个体来进行,这不仅因为国家无法事无巨细地直接调整个人之间的具体法律关系,更是因为个体是维护自身利益的最佳判断者和执行者,在与对方的博弈中,他们最了解其中的情况,最能够作出符合自己利益的决策。弗卢梅教授曾通过“个人在自己的案件中不能充当法官”的理由来否定私人通过私人自治的造法行为。笔者认为这是不恰当的。弗卢梅教授的考虑基点是行为的公正性。如果个体在自己的案件中充当法官,出于自利的本能,就非常可能作出偏向于自己的判决。因此,法官在对案件进行裁决时,为了保证最终结果的公正,必须避免自身在案件中存有利益。然而,这种考虑并不适用于创造规范的情况。因为无论是一般性规范还是个别性规范,创造者都会成为规范的被规制者,所以创造规范者必须在创制过程中为自身的利益考虑,必然不能像法官那样以第三人身份置身事外。试想,全国人大代表在全国人民代表大会上讨论制定一般性的基础法律的时候,如果他们不考虑自己所代表的某个群体的利益,就属于失职,而这个群体自然是包括该人大代表的。创立个别性规范更是如此。当事人与他人进行协商,确立具体规则进行合作,都是为了实现对自身利益的调整,恰恰需要当事人亲自进行安排。

第三,关于法律行为创制个别性规范是否源于上级规范的授权或许可的问题,笔者认为否定性批判具有一定的合理性,在此批判的基础上,可以对法律行为的规范理论进行完善。

根据凯尔森的观点,法律秩序是一个有位阶结构的规范组合,低位阶规范以高位阶规范为其效力基础。如果得到一项高位阶法律规范的授权,那么就可以创制低位阶规范,这项法律规范就因此有效。同时,创制的过程也就是适用高位阶规范的过程,从而实现了高位阶规范的具体化。<sup>(63)</sup> 就国家制定的一般性规范来说,凯尔森的观点自然是适用的。甚至对于公法领域的个别性规范,比如行政行为或者司法行为,也是来自于上位规范的授权或许可,通过授权行政机关或司法机关实施行政行为或司法行为,从而实现法律的具体化。但是,这种观点对于私法领域的个别性规范来说却是难以适配的,因为私人自治行为的实施并不需要国家法律的授权,也不是为了实现民法规范的具体化,而是为了实现个体自身法律关系的变动。凯尔森的观点不恰当地将私人与国家机关的职责等同为实现法律

(62) 同注47引书,第14页。

(63) Cfr. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, 1979, SS. 197, 228 ff., 239.

的具体化,使得私人行为与国家机关行为一样,成为实现国家意志的一种手段。<sup>(64)</sup>造成上述问题的根本原因在于凯尔森没有严格地区分公法与私法,而是认为所有的法律规范都是国家意志的产物。在立法授权与国家意志的强制授予观念的支配下,凯尔森理论要求私人依国家意志善良行事,否则就会通过强制执行来贯彻这种国家意志的具体化。<sup>(65)</sup>他的这种处理方式是以公法规范为模型的,没有考虑到私法个别性规范的特殊性,过度地强调了国家的作用,而降低了私人自治的价值。

不过,需要注意的是,凯尔森并没有完全否认私人自治的地位,他也承认私人自治的空间以及一般性规范影响个别性规范的限度。凯尔森认为一般性规范对个别性规范可能在两个方面有决定性影响:一个是用来创造一项个别性规范的主体和程序;另一个是决定个别性规范的内容。不过,上位的一般性规范并没有必要对这两个方面进行全部决定,可以仅仅决定创造个别性规范的人。高级规范对于创造规范的人的决定,意味着低级规范的创造者必须是被高级规范确定的人,并且还意味着授权这个人自由裁量,决定创造低级规范的程序以及这一规范的内容。因此,在民法领域内,一般情况下,一般性规范并不直接规定当事人的具体权利义务,而是由法律行为这个中介来进行规定,然后规定个别性规范的法律行为再与规定制裁结果的一般性规范相联系,最终形成法律后果。<sup>(66)</sup>

对于国家法律与私人自治之间关系的处理,不能像凯尔森一样,过于强调国家意志的作用,极大忽视私人自治的地位,而应当根据事实的逻辑和法律的价值予以确定。如前文所指出的,私人实施自治行为是为实现自身的利益变动而进行的,其本身所具有的约束力与国家法律并无必然联系,在国家法律介入之前就依据道德等社会准则而存在。私人自治为了获得法律的保障而上升到法律行为这一层面,这时才需要国家法律的介入,对其进行规制。由此可以看出,法律行为产生的起因并不是国家法律的授权,而是私人自治行为的实施。同时,法律行为的产生必须要有国家法律对作为社会事实的私人自治行为进行规制才能产生。因此,对于国家法律与私人自治的关系,需要对凯尔森的观点在私法领域进行一定的修正,在强调国家法律作用的同时,也应当注意到私人自治行为的基础作用,两者的共同作用才产生了法律行为的规范效力。这正如弗卢梅教授说的,私人自治与法律秩序二者不可分割地构成了法律行为效力的原因。一方面,只有法律秩序具有相关规定,私人自治行为才会在法律上具有效力;另一方面,法律秩序之所以规定了与私人自治相符的法律效果,也是源于对私人自治的承认构成对人类享有自决权这一法律秩序基本原则予以认可的应有之义。<sup>(67)</sup>

第四,关于意思表示与法律行为的问题,本文认为需要区分基础性问题和技术性问题。对于法律行为概念的基础性问题,需要回答法律行为是什么,而对于技术性问题,则要回答法律行为如何做。如前文所分析的,在法律行为的定义中,意思表示的确是法律行为存在的事实基础,我们并不否认法律行为的具体结构是由意思和表示两大部分组成的,也不否认法律行为的具体运作是通过拆解这两大部分关系完成的,但是,意思表示适合回答的是技术性问题,无力回答涉及概念本质的基础性问题。对此,需要透过意思表示这个表象观察其背后所隐藏的目的和功能,处理私人自治与国家法律的关系,确定其规范性本质,才能全面理解法律行为概念。

综上,将法律行为的本质属性定位为规范性,有利于法律行为概念的认识以及功能的发挥,可以

(64) 胡东海:同注52引文。

(65) Cfr. Losano, *Dottrina Pura del diritto, voce in Digesto delle discipline Privatistiche (VII)*, Torino, 1991, p. 219.

(66) 同注53引书,第150页以下。

(67) 弗卢梅:同注18引书,第2页以下,第67页。

合理地解释相关现象,且不存在致命的缺陷,所可能存在的缺陷也可以进行修正、弥补。因此,法律行为在本质上是可以创造规制当事人具体法律关系的个别性规范。在规范体系中,它首先属于行为规范,因为它设置了指示当事人具体行为的命令和准则,当事人必须予以遵守,否则就会对其产生消极后果。不仅如此,它还可以作为法官裁判的依据,一旦当事人发生纠纷,法官即根据法律行为的内容予以裁判。

#### 四、结语

“意思表示”对于精确解析法律行为的具体构成和实际运作功不可没。然而,其着眼点囿于技术性,其作用也仅限于此,无力回答涉及法律行为概念的基础性问题。因此,为了能够准确地、全面地认识法律行为,除了正确定位“意思表示”的用途之外,更需要对私人自治这种现象进行分析,考察私人自治行为与国家法律规制的关系。法律行为是一种私人自治行为,即民事主体可以按照自己的意愿在与他人的关系中调整自身的利益。不过,这种私人自治并非泛泛的、一般意义上的自治,而是在经济领域、社会生活领域中具有社会意义的自治行为。这种行为本身基于社会性准则对当事人具有约束力。国家法律对私人自治行为进行规制,使其具有法律意义,上升为法律行为,并通过相应的评价标准,对符合法律秩序的法律行为予以承认,使其具有法律效力,产生预期的法律效果,而对于不符合的,则不予承认。通过国家规制的法律行为具有规范性质,在当事人之间创制了调整个人利益的个别性规范,与国家法律是下位规范对上位规范的关系。

总之,对法律行为概念的理解应当包括两个层面:一个层面是确定法律行为的基本结构即意思与表示,以及法律行为的具体运作过程即将内心意思表示于外的过程;另一个层面是确定私人自治与国家法律之间的关系以及法律行为的规范属性。那么,结合这两个层面,法律行为应当是民事主体通过意思表示在法律关系中对自身利益进行调整的具有规范性质的行为。

#### Reconsideration of the Concept of Legal Transaction

Dou Haiyang

**Abstract:** Understanding the concept of legal transaction should consider two aspects: *declaration of intent* and *legal effect according to declaration of intent*. *Declaration of intent* puts emphasis on the composition and operation of legal transaction. It disassembles the concept into the intent and declaration, and reveals the course that the inner intent is declared openly. On the other hand, *legal effect according to declaration of intent* puts emphasis on the relationship between private autonomy and state law, and reveals the legal transaction's nature of individual norm. In general, legal transaction should be defined as behavior with the nature of individual norm under the regulation of law to deal with civil subjects' own interests in the legal relationship through declaration of intent.

**Keywords:** legal transaction; declaration of intent; private autonomy; individual norm

(责任编辑: 幸颜静)