

## 德国民法中的形成权

[德]卡尔·拉伦茨 曼弗瑞德·沃尔夫 著 孙宪忠 译注

### 一 特征

形成权,指的是由一个特定的人享有的、通过其单方行为性质的形成宣告来实施的<sup>[1]</sup>、目的在于建立一个法律关系、或者确定一个法律关系的内容、或者变更一个法律关系、或者终止或者废止一个法律关系而导致权利关系发生变动的权利。在请求权,权利人可以要求义务人为一个行为(《民法典》第194条<sup>[2]</sup>),以至于使得他们的意思一致而发生法律效果;而形成权与请求权不同,它只是给予一方的、并不需要别人的意思表示参与、而只是根据权利人自己一方的意思来发生法律效果的法律之力<sup>[3]</sup>。形成权使得权利人在不必得到相对人同意的情况下侵入相对人的权利范围,这就打破了合同的各种事项必须得到相对人同意的原则。所以,形成权的“单方形成之力”与相对人的“忍让”或者“受拘束性”<sup>[4]</sup>是相一致的;相对人必须容忍权利人形成的意思,容忍后者侵入其权利范围,并且容许这个针对自己的形成权生效。依据单方行为侵入合同当事人的权利范围,当然需要一个法律上的正当性根据,这个正当性可以来源于法律的直接规定,或者来源于合同当事人以合同约定的方式给予一方当事人的授权,或者来源于合同当事人一方给予另一方的特别授权。

### 二 不同类型的形成权

以其内容而定,形成权包括了许多可能,因为它可以重新建立法律关系、确定法律关系的内容、变更法律关系的内容、终止以至于废止法律关系。

例如,形成权中关于权利人可以依据单方行为与另一个指定的人建立法律关系的权利,有择定权<sup>[5]</sup>、

[1] 原文中 *Gestaltungserklaerung* 一词以前被我国法学界翻译为“形成意思表示”,此译不合乎原意。原文中只有“表示”的意思,而没有“意思表示”的意思,此中差别很大。关键是以前的翻译者对于“意思表示”这个民法学的概念不甚理解,以为只要有表示,就是意思表示。但实际上因为意思表示必然形成法律行为,其生效要受到法律行为生效条件的约束;而形成权将予以实施的宣告,如下文所言,并非都是法律行为,而且也不一定受到行为人行为能力的约束,所以将其翻译为“形成宣告”才符合原文含义。

另,本文中原书注释放在文后尾注,译者做出的必要说明放在文中脚注。

[2] 《德国民法典》第194条第1款是关于请求权概念的规定:请求权就是要求另一个人作为某种作为或者不为某种作为的权利。另,此处及下文所说《民法典》均是指《德国民法典》。

[3] *Rechtsmacht*,法律之力或者法律强力,权利之力,这是萨维尼给权利所下的定义。他认为权利是能够推动某种正当的法律效果发生的力量,所以他把权利定义为法律之力或者权利之力。

[4] *Gebundenheit*,原意为“受拘束性”,指形成权的相对人对于形成权人行使权利所受到的约束。以前的出版物将其翻译为“法律义务”,这也是不准确的理解。因为这种约束具有自我约束的特征,它并不是法律上的义务,法律无法也没有必要强制当事人履行这样一种忍让,而法律义务则具备“必须为”、“不为则受法律强制”这个特点。

[5] 这种权利,最典型者,就是作者在本书后文中叙述的依据“合同预约”而给予一方当事人的、由其依据单方行为在未来确定与另一方建立合同关系的权利。

还有先买权(《民法典》第463条)<sup>[6]</sup>、买回权(《民法典》第456条<sup>[7]</sup>)。物权关系中,属于这种权利的有物权性质的先占取得权,如狩猎权人对于猎物的先占取得权、渔业权人对渔猎物的先占取得权。此外比如矿场所有权人(采矿权人)对于其有权采掘的矿产品的先占取得权,也属于这种性质的形成权。国库对现时所有权人抛弃地产的先占取得权,也属于这种权利(《民法典》第928条第2款)<sup>[8]</sup>。另外,依据《民法典》第956条第1款规定的取得许可,<sup>[9]</sup>形成权人对于原物的出产物依法取得所有权,其基础也是形成权。这样,根据形成权就可以建立对物的所有权关系。

确定债的法律关系改变债的关系内容的形成权,是选择性债权债务关系中的选择权(《民法典》第262条)<sup>[10]</sup>。另外,还有根据《民法典》第315条产生的确定权<sup>[11]</sup>以及根据《民法典》第437条的规定,债务人可以在推后履行、减价、撤回或者要求损害赔偿之间予以选择确定权。<sup>[12]</sup>而变更法律关系的形成权存在于权利人将长期债权债务关系依据合同约定的选择方式予以延长的情形。而终止或者废止法律关系的形成权是解除权、撤回权、抗辩权以及撤销权。

可以归类于形成权的还有反对权,比如履行拒绝权,它作为一种抗辩,阻止请求权的实施(如《民法典》第214条第1款等的规定)<sup>[13]</sup>。这种形成权的本质是使得权利人能够解除一种正好是针对他本人的请求权的实施。这种抗辩的特征在于:其实行并不是一种法律行为性质的意思表示,而只要是一种事实行为的意思宣告就足够了。

形成权的特殊类型是形成反对权,它的目的是解除或者修正另一项形成权。对此的一个例子是《民法典》第574条规定的住宅承租人反对出租人解约权的抗辩权。<sup>[14]</sup>这个抗辩权一方面作为抗辩权修正或者改变了出租人在解除合同宣告中所表达的意思,使得出租人的解约权无法实施;另一方面它又是形成权,通过这一权利承租人在租赁关系终止的时候继续保持了租赁关系的延续。这些都是通过行为人的单方行为而实现的。其他尤其应予注意的形成反对权还有《民法典》第111条第2句以及第174条规定的拒绝权或者驳回权,这些权利也具有作为一个单方行为来拒绝另一个形成宣告的特点。

### 三 形成权的行使

行使形成权也就是施加一种法律之力,以单方行为取得法律关系上形成的效果(改变原有法律关系的效力)。一般来说,形成权的行使就是向特定的形成相对人表达形成宣告,从而取得形成的效

[6] 《德国民法典》第463条关于先买权的规定,确定先买权人享有打破别人的买卖合同关系、自己与出卖人建立买卖合同关系的权利。

[7] 《德国民法典》第456条关于买回权的规定,确定物的出卖人可以同买受人约定,自己将来买回出卖之物。买回权没有优先效力。

[8] 《德国民法典》第928条第2款规定,现时所有权人抛弃的地产,由地产所在地的联邦州的国库先占取得。州国库以将该地产纳入不动产登记簿的方式取得其所有权。

[9] 《德国民法典》第956条第1款规定,物的所有权人如果许可他人取得物的出产物、其他果实以及物的部分所有权,而且将物的占有也转移给他人的,当这些出产物与物分离时,由他人取得这些出产物的所有权。如果物的所有权人已经承担了许可他人取得这些出产物的义务,则一旦他人获得了对出产物的占有时,他人直接取得出产物的所有权。

[10] 《德国民法典》第262条规定:债的关系中如果债务人承担了多种给付方式的义务,而现实履行时只能有一种给付方式生效的,在发生争议时债务人享有选择权。

[11] 《德国民法典》第315条第1款(关于一方当事人对于履行方式的确定权)规定,如果债的履行方式可以由缔约人自己确定,则在发生争议时应该承认,(债务人)可以以自己认为最为公道的方式履行。该条第2款规定:(债务人)这一确定在向对方做出宣告后生效。

[12] 《德国民法典》第437条规定:出卖之物有瑕疵时,如果法律没有其他的规定的,则买受人可以在推后履行自己的义务、撤回合同、减价、或者要求损害赔偿这些方式之中确定一种方式保护自己的权利。

[13] 《德国民法典》第214条第1款(时效的效力)规定:时效届满后债务人有权拒绝履行其义务。

[14] 《德国民法典》第574条(承租人针对解约的抗辩)第1款规定:租赁关系终结后如果终止租赁关系对于承租人或者他的家庭成员家政明显困难,而且根据估价终结租赁关系对于出租人的利益也不合算时,承租人可以对出租人的解约要求提出抗辩,并和其延长租赁关系。但是租赁合同规定有明确的租赁期限者除外。

果(《民法典》第143条第1款等)。<sup>[15]</sup>但是在有些情况下,立法规定还可以通过法院的判决来达到形成的效果,此时形成权人不能依靠单方行为达到目的,而是要提起一个特别的形成之诉。由于可能对指定权利造成不稳定状态,因此《民法典》第388条第2句规定,<sup>[16]</sup>形成宣告原则上不能为相对人设定条件约束,也不能为其设定期限限制,而应该在向相对人提起时无条件无期限地生效。

#### (一)以形成宣告的方式行使形成权

形成宣告的意思就是要让相对人知悉权利变动的事态,因此形成宣告原则上需要一个对方接收的意思表示才能生效(《民法典》第130条)。<sup>[17]</sup>但是在抗辩生效的情况下有一项例外。<sup>[18]</sup>

在以先占取得所有权的形成权行使过程中,向原参与物权法律关系、而现在已经成为形成权相对人的人做出形成的意思表示是非常必要的,因为这种取得权要建立的是一种可以排斥其他任何人的绝对权。因此,必须要有一种能够公开识别的取得所有权的公示,使人们可以看到他对物的占有。

行使形成权一般情况下没有必要声明其理由。如果相对人拒绝形成权人的形成宣告并且已经进入诉讼程序,则行使形成权者应该就其权利成立的事实负举证责任。

#### (二)以形成判决产生形成的结果

在很多情况下为了法律利益的安全,一项形成的效果,也就是根据单方行为改变当事人之间法律关系的效力,必须经过法院检查性的判决、或者对于符合法律设定的前提条件的确认性判决才能生效。尤其是在严重侵犯形成相对人的法律地位、或者在形成效果上有重大社会利益的情况下,为了使得法律的交易更加安全、清晰,就更应该进行这样的判决。此时,形成权人不能独自导致发生形成的效果,而是有权提起形成之诉,导致司法介入而发生形成的效果。此形成之诉得以提起的根据就是形成权,对于形成权是否存在,法院在做出判决的时候应该予以审查。对于形成权人以此种提起形成之诉的方式,即以诉讼的方式、而不是形成宣告的方式实现的形成的效果,相对人更应该承受。

例如,在以形成之诉提起离婚之诉(《民法典》第1564条)、终止婚姻之诉(《民法典》第1313条)或者对婚生子女的撤销之诉(《民法典》第1599条)时,就更应该以法院判决的方式发生形成的效果。<sup>[19]</sup>这样的形成判决在公司法中尤其多见。在《无限公司法》、《股份法》的实务中,剥夺公司经理人职权的行为、剥夺商业代理人权利的行为、或者排除股东或者合伙人的行为以及涂销股权的行为等经常都是依靠法院的判决来实现的。在股份公司实务中的无效宣告、撤销股东大会决议及有限公司解散等活动中形成的形成之诉,常常也是通过法院判决来实现的。在上述这些举例中,形成权的行使都涉及到重大或者广泛的法律利益安全问题,因此只有在经过强有力的法律确认之后才能发生形成的效果。

## 四 形成权相对人的保障

形成权所包含的单方“形成之力”或者“变更之力”,以及与此紧密联系的对另一个权利人权利范围的侵入,在人人平等的社会中是不可以随意而为的。所以形成权相对人的利益在法律上更应该得到保障。应该把形成权人对相对人权利范围的侵入清晰化,而且在紧急情况下予以限

[15] 此处原文中作者列出多个法条,译者翻译一条为例。《德国民法典》第143条(关于撤销宣告)第1款规定:撤销于向特定相对人做出宣告时生效。

[16] 《德国民法典》第388条(关于撤销宣告)规定:合同的撤销在向另一方当事人做出宣告时生效。附加条件或者期限限制的撤销宣告无效。

[17] 《德国民法典》第130条规定:一项必须向对方当事人做出的意思表示,如对方当事人不在当面,则只能在该意思表示到达对方当事人时生效。对方当事人先或者在该意思表示到达的同时提出异议的,该意思表示无效。

[18] 作者在其书的下文部分说,因时效而提起的抗辩能否生效,应最终取决于法院的判决。

[19] 《德国民法典》第1564条(关于通过判决离婚)规定:婚姻可以根据配偶一方或者双方向法院提出申请、由法院做出判决而解除。婚姻关系自法院判决生效之日起消灭。《德国民法典》第1313条(关于婚姻因判决而终止)规定:婚姻可以根据通过法院的判决而提出的申请予以终止。婚姻关系因为法院判决生效而解除。《德国民法典》第1599条(关于非亲生父亲关系)规定的大体内容是:亲生父亲关系可以因为正当的理由而撤销,撤销之后该男性不再是孩子的父亲。

制。为达此目的,立法上就必须存在“形成理由”,且形成宣告必须清晰明确地做出。

### (一)关于形成理由

“形成理由”包含着一些条件,只有这些条件存在时形成权才可以行使。形成理由的内容,多数都是由法律直接规定的;但是这些内容也可以在“缔约自由”的范围内由当事人自己协商确定。但是要能这样做必须有一个前提条件,就是作为该形成权基础的法律关系许可当事人自由约定行使形成权的条件。在形成理由是依据合同以及约定的情况下,形成权相对人的同意就成为对方侵入其权利范围的正当理由。在形成理由是依据法律规定时,形成权侵入的界限以及理由即来自于法律。比如在住房租赁关系以及劳动关系中,“解约权”就受到了一些特别的社会群体保护条款的限制。

正如在长期债权债务关系中的解约权一样,《民法典》第346条<sup>[20]</sup>规定,撤回权的撤回理由可以由当事人自由协商确定。但是在正式的受法律承认的住宅租赁关系以及劳动关系中,出租人、供业者的合同解除权,由于要保护承租人对住宅的利益(《民法典》第573条<sup>[21]</sup>)、就业者的利益等原因而受到法律直接规定的解除理由的限制。法律并进一步规定,不能利用承租人的缺陷(《民法典》第573条第4款<sup>[22]</sup>)以及就业者的缺陷来违法约定解约理由。此外,即刻解约也受到法律明确规定的“重大理由”的限制(《民法典》第569条,第626条<sup>[23]</sup>)。而且这些由法律明确规定的行使解除权的重大理由既不能随意扩大,原则上也不可以放弃。在婚姻以及父母子女关系这些不存在支配关系的法律关系中,形成理由也不可以自由地约定。

### (二)形成过程的可识别性

形成宣告必须首先向所涉及的人明确做出,而且只能在到达相对人时生效(《民法典》第130条)。符合这一条件时,形成权相对人才能对要被改变的权利范围做好准备。这是形成权行使的第一步条件。在正常的解约行为中,宣告明确的解约期限同样有助于相对人做好准备。

能够增加形成效果的可识别性的,是形成效果原则上排斥附加条件。也就是说,形成宣告应该在无附加条件的情况下做出,因为条件总是未来的一个不确定的事件,对形成权相对人来说,不确定或者左右摇摆的状态、形成宣告将来是否会做出等等,总是难以预知的。那些相对人容易确知的条件,尤其是由单方面的意思加以确定的条件,在法律上是不许可的。但是对于具有明确期限的解约时间限制,原则上法律却都是许可的,而始期以及终期不确定的期限,则不被法律许可。为了保障相对人必需的前瞻性以及权利的安全,形成宣告原则上不可以撤回,即已经发生的法律效果原则上不可以由形成权人的单方行为予以排除。当然,这一排除的例外,就是排除的宣告必须在形成宣告到达之前或者同时到达相对人之处(《民法典》第130条第1款第2句)。当然,如果形成权相对人对于形成效果存在争议,那么形成权人可以撤回原来的形成宣告。此时常常会在当事人之间产生一个放弃形成效果的契约,此后,单方面的撤销就再也不可能了。

[20] 《德国民法典》第346条(关于撤回的效力)规定了许多合同撤回的理由以及结果。此处以其第1款为例:如果合同的当事人一方在合同中保留了撤回的权利,或者法律规定其可以行使撤回权,则该当事人可以在撤回条件成就时将已经履行的给付取回。履行撤回时同时取回孳息。

[21] 《德国民法典》第573条(关于出租人正常解约)为保护承租人做了多项规定。举其第1款为例:出租人在住宅租赁关系届满时,只有存在正当的理由才能解除合同。禁止为提高租金的目的解约。

[22] 本款的内容是:针对承租人的短处而违法形成的约定无效。

[23] 《德国民法典》第569条(基于重大理由非正常的即刻解约)规定了租赁合同期间予以解除的各种原因。其内容很多,现举其第1款为例:所谓重大理由是对承租人而言:其所承租的房屋在建造时有重大的缺陷,因此居住对其有巨大的健康损害。这种情形同样适用于承租人在订立合同之前就已经知道这一危险,而且已经放弃了因为这种危险法律赋予的权利的情形。第626条(基于重大理由的即刻解约)也规定了数种雇佣合同立即解约的情形。现举其第1款为例:雇佣合同可以由双方当事人的任一方基于重大理由而即刻解除,条件是根据对各种情形的考虑以及对双方当事人利益的衡量,在这种雇佣关系存续期间内或者到达约定的终期之前,雇佣合同的结果对解约人无法估量。

### (三) 形成权的消灭

形成权的消灭实际上也是对它的进一步的限制。形成权因为其行使而同时消灭并被涤除。大多数情况下这一权利只能在一个确定的期限内行使,因此,如果权利人没有在此期限内有效行使该权利,它也会因为超过期限而被涤除。

例如,因为“错误”而产生的撤销权,应该在错误被发现之时立即行使,如果权利人没有及时行使该权利,则根据《民法典》第 121 条的规定,经过 10 年,该权利就会被涤除。<sup>[24]</sup> 而先买权的行使期限则更为短暂(《民法典》第 469 条第 2 款<sup>[25]</sup>)。法学上将这种期限称为“除斥期间”或者“除权期间”,因为超过这一期间,权利人的权利就被涤除了。

## 五 形成权的保护

因为形成权不是绝对权,因此不能根据《民法典》第 823 条第 1 款的规定来加以保护,<sup>[26]</sup>也不能类推适用《民法典》第 1004 条的规定来加以保护。<sup>[27]</sup> 其实形成权也不需要这样的保护,因为该权利仅仅依据权利人单方面的行为就可以行使,无权利的他人实际上根本无法触及到这样的权利。

## 六 形成权作为财产的客体

原则上形成权不是独立财产权,因此一般情况下不可以独立转让,而只能由其基础关系中的主体享有,并时刻与其基础关系相连。只有在基础关系发生转移的情况下,形成权才一并转移给基础关系的受让人。

但是如果预约合同确定择定权可以转让的,当然这一权利可以独立转让。然而根据《民法典》第 473 条规定,优先权不可以转让,也不可以继承,当然如果当事人另有约定的除外。撤销权不可以转让,但是一般情况下可以继承。社团被清算时,财产清算人接手清理当事人财产时,可以行使当事人的形成权。如果债权人有权对债务人设置的财产权予以变价,他也就可就相关的形成权设置质押。

该概念是基于塞克尔 (Seikel)《阔赫纪念文集》(1903 年)第 205 页的论述而形成的。对此可以参考居勒尔 (Doelle)在《德国法律家第 42 届年会文集》第 2 卷 B 部分第 11 页的表达等。

形成权的这个特征是波蒂谢尔 (Boetticher)提出来的,对此可以参见居勒尔 (Doelle)在前引书第 1 卷第 45 页的表述,以及同一作者于 1964 年发表的“私法中的形成权以及(相对人的)忍受”一文。

前引波蒂谢尔所列书。以及许尔内尔 (Soeller)的著作《劳动关系中单方履行的规定》(第 40 页),作者认为,形成权的相对人有一种在形成权享有人的意思作用下的“服从性”特征。但是我们还是使用了“受拘束性”这个概念,目的是为了使得这里当事人之间的关系远离社会关系中的从属性观念。这个概念是一个法律规范概念,而不是社会学概念。

请参阅前引波蒂谢尔所列书第 54 页。

M. 贝克尔 (M. Becker):“形成权与形成理由”,载《民法实务档案》第 188 卷 (1988 年)第 1 期。

见梅迪库斯《民法总论》,边码 849。

见梅迪库斯《民法总论》,边码 90。

[24] 作者原文此处写为 30 年,为旧的规定。经查法典及请示作者,修改为 10 年。

[25] 《德国民法典》第 469 条 (关于先买权行使中的通知义务、除斥期间)第 2 款规定:先买权人可以行使其权利的期限,自其接到通知之日起,标的物为不动产的为两个月,其他的标的物为一个星期。当事人之间就此期限另有约定的,可以替代此法定期限。

[26] 《德国民法典》第 823 条 (关于损害赔偿义务)第 1 款规定:因故意或者疏忽大意违法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利者,承担因此而产生的损害的赔偿义务。

[27] 《德国民法典》第 1004 条 (关于排除妨害以及不作为的请求权),是关于所有权人要求正在发生的损害的行为人排除妨害的请求权,以及对有损害之虞的行为人不作为的请求权的规定。