

## 对民事法律行为本质的重新思考

申卫星

[摘要] 我国《民法通则》将民事法律行为界定为合法行为是理论上的一个失误，它导致了民法学理论的冲突和认识的混乱，也违背了逻辑规则。应该对民事法律行为概念重新认识。合法性并非民事法律行为的本质特征、必备要素和成立要件，只能把合法性作为国家对当事人民事法律行为的法律评价和法律控制的生效要件来对待。意思表示才是民事法律行为的核心要素和本质特征。在现代社会主义市场经济体制的建立阶段，强调民事法律行为的意思表示要素具有重要的现实意义，它有利于激发民事主体的积极性和创造性，符合现代法治的基本精神。而取消民事法律行为的合法性要件是现代市场经济发展和人类认识发展相统一的必然结果。

[关键词] 民法通则 民事法律行为 合法性 意思表示

民事法律行为制度是民法学理论的一项基本内容，它是联结权利主体制度、物权制度、债权制度这三大民法理论的纽带；是客观权利义务向主观权利义务跨越的桥梁；是法制度向法现实转化的接口。民事法律行为是商品经济的产物，是人们应商品经济发展规范化、简约化的要求，而对纷繁复杂的各种具体的商品生产和商品交换行为进行的抽象和概括。可以说每一项民法基本精神的实现，社会主义市场经济新秩序的建立，无一不依赖于民事法律行为作用的发挥。所以对民事法律行为制度的研究具有重要的理论意义和实践意义。本文拟从民事法律行为的根本特征入手，来探讨民事法律行为的确切含义。

### 一、现行民事法律行为制度立法的误区

考察民事法律行为概念的历史沿革，可以知道，民事法律行为原称为法律行为，起源于德国法学家贺古(又译胡果)所著的《日耳曼普通法》一书中。法律行为在德语中是Rechtsgeschäft，由"Recht"和"Geschäft"组合而成，其中"Geschäft"是"行为"的意思，"Recht"指"法"、"法律"，同时兼有"公平"、"合法"之意，只是日本学者借用汉字中的"法律"和"行为"二词，将"Rechtsgeschäft"译为了"法律行为"。[1]因此，法律行为原有意义含有合法性。既为合法表意行为，这在逻辑上显然存在着矛盾，于是引起了民事法律行为是否以合法性为要件的争论，学说理论莫衷一是。为了解决这一矛盾，《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)在立法上，一方面肯定了民事法律行为专指合法行为，一方面独创"民事行为"这一新概念，从而结束了争论。《民法通则》的这些规定，虽然从一定程度上解决了理论上的矛盾，但从另外的角度，又制造了新的矛盾和混乱，使民法学理论处于潜在的困境之中。

第一，在理论上，引起理论的冲突和认识的混乱，导致民法学理论整体上的不协调。

首先，我国《民法通则》将民事法律行为界定为合法行为，这一规定与具体民事法律行为制度理论产生了冲突。例如：合同是一种双方民事法律行为，而无效合同也是合同，也应是民事法律行为，但无效合同却是不合法的法律行为。同样在婚姻关系中存在"无效婚姻"，在继承关系中存在"无效遗嘱"等不合法的民事法律行为。本来法律行为是从合同、遗嘱、婚姻等行为中抽象出来的概念，理应反映它们的共同特征和一般本质，从逻辑学上讲，其外延应比合同等下位概念要大，所以仅将民事法律行为界定为合法行为，违反了一般与个别的辩证关系。其次，将民事法律行为界定为合法行为，与法理学关于法律行为的认识存在严重分歧。法理学认为法律行为是指具有法律意义的行为或能够产生法律后果的行为，包括合法行为和违法行为[2]，并不仅指合法行为。因而，将民事法律行为界定为合法行为，在整个法学系统中也存在不协调、不一致的问题。再次，民事行为的独创，由于《民法通则》未作明文规定，使得人们在对其含义的理解上莫衷一是：有人认为，民事行为是民事法律行为、无效民事行为和可变更、可撤销民事行为的属概念；有人认为，民事行为是能够产生民事法律后果的行为或具有民事法律意义的行为；甚至有人认为，民

事行为是“统率民法上所有行为的总概念”[3]，从而造成对民事法律事实理论内部结构认识上的混乱。

第二，在立法技术上，有悖于形式逻辑基本规则的要求。

首先，通过对《民法通则》具体法条的分析，可以知道民事行为包括有效的民事行为、无效的民事行为和可变更、可撤销民事行为，其中有效的民事行为就是《民法通则》规定的民事法律行为，是一个种概念，而民事行为是一个属概念。然而从《民法通则》第四章“民事法律行为和代理”及其第一节“民事法律行为”这种立题，以及第一节“民事法律行为”下作出关于民事行为的规定来看，根据形式逻辑的概括规则，“民事法律行为”倒成了属概念，而“民事行为”反而变成了种概念。其次，从《民法通则》第四章具体条文的表述来看，有些条文是从民事法律行为的角度出发来要求一般民事行为，俨然民事法律行为是民事行为的上位概念。例如，《民法通则》第56条规定：“民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式”。第62条规定：“民事法律行为可以附条件，附条件的民事法律行为在符合所附条件时才生效”。难道只有合法的民事行为才可以“采取书面形式、口头形式或其他形式”，才可以“附条件”吗？

以上两点实际上也恰恰反映了立法者内心的矛盾心态：一方面引进了“民事行为”概念，概括一切合法、不合法的民事法律行为，以解决民事法律行为的“合法却无效”的矛盾；另一方面又不舍得放弃民事法律行为的统率性，因为它具有很丰富的历史传统和对所有意思自治领域民事活动强大的示范力量。同时这也向我们的民法学研究工作提出了一个问题，即今后对于民事主体意思表示行为的一般模式研究，是从民事法律行为的角度出发，还是从民事行为的角度出发？

第三，在立法价值上，没有必要独创一个民事行为。

首先，分析《民法通则》中民事行为和民事法律行为的关系，我们可以知道，民事法律行为只是一种合法有效的民事行为，那么我们完全可以用合法有效的民事行为作为民事行为的一个分类概念来取代民事法律行为。正如人可以分为正常人和病人，却没有必要将正常人用一个莫名其妙的概念，来代替“正常人”概念，然而用取消民事法律行为概念的代价来解决“合法却无效”的矛盾却也并非我们的本意。

其次，在《民法通则》颁布之前，关于民事法律行为是否以合法性为要件是存在争论的，有的学者早已指出合法性并非民事法律行为的必备要件。如：“法律行为，是权利主体所从事的，旨在规定、变更和废止民事法律关系的行为。”[4]法律行为，指能够发生法律效力的人们的意志行为，即根据当事人的个人意愿形成的一种有意识的活动……可以分为合法行为和违法行为”[5]。由此可见，为了解决“合法却无效”的矛盾，学者们并未仅仅把眼光局限于“法律行为是合法表意行为”上来考虑独创一个新的概念，而开始考虑“合法性”在民事法律行为中的地位了。我国台湾学者史尚宽先生将民事法律行为的成立和有效区分为两个不同的阶段。认为合法性只是民事法律行为的有效要件，并非民事法律行为的成立要件[6]。按照这一思路，我们完全可以将民事法律行为划分为成立和生效两个阶段，将合法性从民事法律行为的成立要件中剔除，从而解决“合法却无效”的矛盾。实际上，《民法通则》所规定的民事行为，只不过是包括合法行为和不法行为的民事法律行为，即民事法律行为成立状态的换种说法而已。至此可见，我们完全没有必要特别地创立“民事行为”这一新概念。而应对民事法律行为概念进行重新改造，取消其合法性。

## 二、取消民事法律行为合法性要件的理论依据

第一，合法性并非民事法律行为的本质特征。

所谓特征乃是一事物区别于他事物的标志。然而考察民事法律行为与事实行为的关系时，可以知道，事实行为是指行为人主观上并不具有产生、变更或消灭一定民事法律关系的意思，只是客观上由于法律的规定而产生一定法律后果的行为。事实行为大多数情况下是指合法行为，“例如遗失物之拾得、标的物之交付等”，它们都属于民事合法行为，“均能引起民事法律关系的变化，在当事人之间发生设立、变更、终止民事权利和民事义务的效果”。合法性并不能将民事法律行为同与其相对应的事实行为区分开。相反，民事法律行为与事实行为相区别的根本标志在于是否存在意思表示，也即要看法律后果的产生是由当事人的主观意思表示，还是法律的客观规定。“可见，《民法通则》第54条为民事法律行为所下定义，未能正确揭示民事法律行为的本质及其内涵和外延。”[7]

第二，合法性并非民事法律行为的必备要件。

任何一项法律制度都要通过当事人的法律行为和国家的法律评价来落实，这是应当予以区别对待的两个不同阶段。民事法律行为首先是民事主体的行为，而不是国家的行为，是民事主体基于自主自愿而为的，以影响一定民事法律关系为目的的行为，应集中体现当事人的意思表示，至于该行为本身合法与否，

行为产生何种法律效果，是国家对其进行的法律评价，不是当事人所能随便确定的。在实际生活中，当事人也往往不可能对一切意思表示都有正确的法律观念，意思表示也不可能包括民事法律行为可能发生的一切法律后果。合法性只是在确定已经实施的民事法律行为的法律后果时才有意义。所以，合法性是国家对民事法律行为的外在评价。并不是民事法律行为构成的内在要求。正如我们不能因为一个人是病人而否认其为人一样，也不能因为一项民事法律行为不符合民事法律行为有效要件的要求，而否认其为民事法律行为。

第三，意思表示才是民事法律行为的核心要素和本质特征。

一方面，意思表示是民事法律行为的核心要素和必备要件，无意思表示不足以成为民事法律行为，民事法律行为是民事主体旨在设立、变更或终止一定民事法律关系的表示行为，集中体现了当事人的意思表示。史尚宽先生曾经反复说过，“法律行为系以意思表示为要素之法律要件，无意思表示不得成立法律行为也”，“意思表示以外的事实虽亦得为法律行为之要件，然不得有以意思表示为要素之法律行为。”[8]另一方面，意思表示是民事法律行为区别于其他民事法律事实的根本特征。无论是事件中的自然事件、社会事件，还是行为中的行政行为、司法行为、事实行为都不具有意思表示。

由此，我们可以围绕意思表示将民事法律行为界定为：民事主体旨在以设立、变更、持续、终止一定民事权利义务关系为目的的表示行为。首先，民事法律行为是行为人以民事主体的身份或资格实施的行为，并且必须按照民事活动的准则进行，以此区别于行政行为和司法行为，此为民事法律行为构成的人的要素；其次，民事法律行为是有目的行为，无目的行为和精神病患者所为的行为不是民事法律行为，民事法律行为主体行为的目的旨在设立、变更、持续或终止一定民事权利义务关系，此为民事法律行为构成的目的要素；再次，民事法律行为的核心是意思表示，无意思表示则不为民事法律行为，以此区别于事实行为，此为民事法律行为构成的意思表示要素。

三、民事法律行为是一个发展的概念，民事法律行为不以合法性为要件符合现代市场经济发展和人类认识发展的规律

所谓概念，“是反映对象的本质属性的思维形式，人们通过实践从对象的许多属性中，撇开非本质属性，抽出本质属性概括而成……概念不是永恒不变的，而是随着社会历史和人类认识的发展而变化的。”[9]由此可见，概念是发展的，而且制约概念发展的因素有两个：一是概念所反映对象的发展程度；另一是人们对于对象的认识程度。

前文中已说明，民事法律行为是商品经济的产物，是人们应商品经济发展规范化、简约化的要求，面对商品生产和商品交换行为的抽象和概括。所以，一方面我们从概念随所反映对象的发展而发展的角度来看，民事法律行为作为商品经济的产物，也必然要随着商品经济的发展而发展。考察民事法律行为的原初意义知道其含有合法性，这是因为当时商品经济尚不发达。商品生产和商品交换行为尚不普遍，国家对商品生产和商品交换行为的控制比较严格，因而规定民事法律行为必须是合法行为，而在现今商品经济蓬勃发展的市场经济时代，市场经济所需要的是具有自觉性、自主性、自为性、自律性的主体，“经济和社会则要求民法给予民事主体以充分的自主权，因此，民事法律行为可以包括不合法的表示行为”[10]。以充分尊重当事人的意思表示，这将有于激发民事主体的积极性和创造性，尤其是在当前社会主义市场经济体制的建立阶段，在私法自治原则渐受肯定和尊崇的时代，强调意思表示是民事法律行为的核心，就更具现实意义了。

另一方面，我们从概念随着人们对概念所反映对象的认识的发展而发展的角度来看，随着社会历史的发展，人们的认识也应该深化。作为科学研究，理应深入探究民事法律行为的本质特征。实际上，民事法律行为中的“法律”是中性词语，只是表明具有法律性而已。所谓法律性主要指民事法律行为是受民法调整并由民法规定的行为，是能够发生民事法律效果的行为，是民事法律现象的组成部分。民事法律行为的法律性并不表明其必须是合法行为。过去人们认为民事法律行为含有合法性，是囿于当时商品经济不发达的客观现实，而随着商品经济的发展，人们对反映商品生产和商品交换行为的民事法律行为之本质特征的认识自应有所深化。

对于概念的这一发展过程，有学者指出：“概念是从凝固、僵化客观事物的运动，到突破凝固、僵化，在自身的往返流动，这就是概念运动的基本特点，……概念所以是运动的，因为它们是流转的变化的客观事物的反映，这也就是认识运动的辩证性质，人类就是在概念的辩证过程中无限接近客观事物本身，在概念和它所反映的现象之间的具体地历史地统一过程中认识和改造世界。”[11]对于民事法律行为不以合法性为要件这一发展，也是社会历史发展和人类认识发展相统一的必然结果。

(此文原发表于《〈吉林大学社会科学学报〉1995年第6期,并被《〈中国人民大学法学复印资料〉》1996年第2期和《〈高等学校文科学报文摘〉》1996年第2期分别转载。此次发表仅对文字进行了修订。)

[注释]

- [1] 张文显著《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社,第129页。
- [2] 参见张文显主编《法的一般理论》一书的见解,辽宁大学出版社。
- [3] 佟柔主编《中国民法学·民法总则》,中国人民公安大学出版社,第208页。
- [4] 中国人民大学教材《民法概论》,第52页。
- [5] 《中国大百科全书·法学卷》,第102页。
- [6] 史尚宽著《民法总论》第291—312页,291页,275页
- [7] 王家福主编《中国民法学·民法债权》,法律出版社,第259页。
- [8] 史尚宽著《民法总论》第291—312页,291页,275页。
- [9] 见《辞海》上海人民出版社,第3019页。
- [10] 史际春:《民事关系、民事法律关系及其他》,《法学研究》1989年第4期,第44页。
- [11] 高清海主编《马克思主义哲学基础》(下),人民出版社,第393页。

来源:中国民商法律网

## 发表评论

用户名:	<input type="text"/>	⊙ (3 - 20个字符)
电子邮件:	<input type="text"/>	⊙
用户评论:	<div style="border: 1px solid black; height: 100px; width: 100%;"></div>	⊙

发表评论

重置

## 用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者!

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com  
地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720