

走出法学的概念天国： 法律行为概念的否弃与替代性框架结构探微

谢潇

(厦门大学法学院, 福建厦门, 361005)

摘要: 法律行为系契约与单独行为的抽象上位概念, 为德国潘德克顿法学所首创, 并被大陆法系中的德、日等国采纳。我国民法也继受了这一概念。法律行为有过度抽象的倾向, 实益上亦存在一定缺陷, 其并非民法所不可或缺的部分。法律行为在概念上无法决绝地与意思表示相区隔, 在实益上也与行为性格的意思表示以及原因/结果性格的契约、单独行为相杂糅, 使实务无端复杂化。因此, 否弃法律行为至少可为一种理论上的选择。在否弃法律行为的基础上, 由意思表示替代法律行为肩负其原本承担的行为意义方面的技术分析功能, 同时将契约、单独行为作为仅具结果意义的因意思表示发生效力而产生的单纯法律关系, 则逻辑上更为清晰, 实益上更为便利。

关键词: 法律行为; 意思表示; 逻辑; 法律实益; 法律关系

中图分类号: D90

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2015)02-0067-06

一、问题的提出

众所周知, 法律行为乃是德国潘德克顿法学运用体系的法学方法, 以类似于数学中提取公因式之方式, 从契约、单独行为等具有私法意义的行为中抽象而来的概念, 并被由潘德克顿学派法学家为主的德国民法典第一编纂委员会郑重纳入《德国民法典》, 得为法律上的正式用语。^[1]而我国《民法通则》中的“民事法律行为”概念乃是以日本民法学为媒介自德国继受而来,^[2]并深深根植于我国的民法理论之中。诚如日本民法学者久保田由子所言, 法律行为乃是在自由主义、个人主义和资本主义的社会历史背景中, 彰显私法自治与契约自由原则的具体表征。^[3]法律行为是市民社会中的私的个人得依自己意思而为具有私法效果之行为的概念彰显, 于修辞上具有鼓舞作用。同时, 法律行为概念及其理论也是德国 19 世纪民法学王冠上的明珠, 其在法律解释学和法教义学上极具诱惑力。围绕法律行为理论中的诸多问题(如动机错误论、意思表示问题、效力判定问题), 法学家们构建了极其庞大的法律行为理论体系。故而可以说, 法律行为本身是一个较为成熟的概念, 同时也具有较为坚实的逻辑及历史沿革基础。

然而, 正如一个强盛帝国的浮华繁荣之下总是隐藏着亡国萌芽那样, 法律行为及其理论表面上的兴盛实则掩盖了该概念在逻辑自洽性、法律实益性上无法弥补的缺憾。

二、法律行为概念否弃的学理因素： 抽象技术滥用与法律实益缺陷

(一) 抽象技术滥用：过度抽象的概念空洞性

法律行为概念的确立建立在对契约、单独行为与合同行为进行更高程度抽象的基础上。法律行为以契约为典型构造原型^[4], 在构建的过程中, 法律行为所统摄的具体类型主要为三种: 单独行为、契约、合同行为^{[4](185)}。不过, 在我国的法学语境之下, 合同行为与契约并没有区别, 并且被统一冠以“合同”之名^[5]。因此于我国而言, 法律行为所统摄的类型仅有两大类: 一者为单独行为, 如抛弃、遗赠; 二者为契约(为行文方便, 本文均使用契约一词, 而不使用合同一词), 如买卖契约、合伙契约。那么, 法律行为若想在逻辑体系上完全地统摄单独行为与契约, 则前提便是两者具有足够的共性因而可抽象出可供两者并用的统一规则。因此, 须将单独行为与契约作一番比较。

单独行为, 即权利主体以单个意思表示而得以成

立的法律行为^{[1](49)}，其特点在于行为人仅依单方意思表示即可发生相应的私法效果。单独行为就其概念本身而言和意思表示之间存在着无法斩断的暧昧关系，两者长期无法彻底而决绝地区隔开来。这一点在《日本民法典》上有鲜明体现：日本民法典文本中存在着意思表示与法律行为的混用现象^[6]，最为典型的莫过于《日本民法典》第99条和第100条的规定。《日本民法典》第99条第1款规定“代理人在其权限内，表示为本人而为的意思表示，直接对本人发生效力”^[7]；第100条规定“代理人未表示为本人而为的意思表示时，视为为自己而为”^{[5](27)}。在这里，代理人所为的意思表示可能表现为各种单独行为，如抛弃所有权、债务免除等情形，因此此间存在着单独行为与意思表示混同的迹象。无独有偶，《德国民法典》第164条也存在与《日本民法典》相一致的情形：《德国民法典》在第164条第1款规定“某人在代理权限内以被代理人的名义所做出的意思表示，直接发生有利和不利于被代理人的效力”^[8]，此间也将单独行为统摄进了意思表示的内涵之中。而我国承继《苏俄民法典》之大陆法系色彩而制定的《民法通则》第63条第1款规定“公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为”，第63条第2款规定“代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任”的条文表述则更加能够看出这一系列立法例之间的内在关系：德、日民法在上述法条中所称之意思表示其实乃是法律行为的同义词，或者至少也包含了单独行为这一法律行为的具体类型。

前述使法律行为，尤其是单独行为与意思表示在概念上相互交叉的方式对民法的体系造成了不小的伤害。因为在我国传统的民法教义学中，意思表示乃法律行为的构成要素之一^[9]，法律行为乃当事人、目的与意思表示之综合^{[9](324)}，将意思表示与法律行为概念进行混用的立法显然在逻辑上是难以成立的。并且也正因为如此，才造成大陆法系学者对意思表示与法律行为之间的区隔问题长期争论不休的局面，以至于日本民法学家几代通无可奈何地得出了“不要对意思表示与法律行为进行神经质式的概念区分”^{[1](38)}的妥协性结论。

契约的经典定义为“两个以上的意思表示相互对立合致而成立的法律行为”^{[1](50)}。我国法上的“合同”(契约)还将合同行为这种“团体设立行为”^{[1](50)}纳入其中，甚至可以说我国的“合同”乃是对传统大陆法系中契约及合同行为进行再抽象的概念产物。我国1986年颁布的《民法通则》首次确立了民事法律行为制度，具体规定在《民法通则》第54~62条，而我国1999

年颁行的《合同法》也建立了类似的契约制度。《合同法》第45~59条与《民法通则》确立的民事法律行为制度具有明显的相似关系，以至于我国的合同法学著作经常以《合同法》为由，认为我国的民事法律行为在有关效力判定方面的规定，如无效事由、可撤销事由等等均因《合同法》的出台而得到了具有进步性的修正。^[10]此种民法解释论的进路事实上暗含的乃是契约与法律行为之间的原型与派生关系。同时，在现代经济社会中，单独行为数量较之于契约(包括合同行为)为少，因此《合同法》的修正也的确在事实上无限接近于修正法律行为制度。这也是此项民法解释进路得以成立的社会现实因素。笔者以为，这种民法解释进路无疑具有较大的说服力，不过这一正确的解释路径无疑撕开了法律行为制度的面纱：对单独行为和契约进行抽象概括，并创设出法律行为制度的做法并没有实质性地创设出完全独立于契约制度的独特制度，法律行为本身仍然是以契约为原型来构建自己的所有理论体系的。这一做法一方面破坏了契约法内在的同一性，使契约总则的内容与法律行为制度的内容大量重叠，另一方面强行将契约法的内生性制度抬升为单独行为与契约的共同规则，也不利于单独行为理论体系的研究与发展。

众所周知，由于法律行为制度的存在，单独行为通常在学理上处于边缘地位，其在法律上欠缺自身的特殊规则体系，在法理上也多受到忽视，有学者将这种现象称之为单独行为的“泛契约化调整”现象。所谓单独行为的“泛契约化调整”现象，系指以契约模式调整单方法律行为的学理与法律现象。^[11]该理论现象表明，传统民法学界倾向于认为单独行为事实上适用的是契约规则，如台湾著名民法学家王泽鉴便认为：“债之关系因法律行为而发生者，原则上应基于契约，单独行为系属例外，例外规定则应从严解释。”^[12]换言之，单独行为所用的具体规则事实上也是契约规则，只是较契约更为严格而已。从单独行为的“泛契约化调整”现象来看，法律行为规则事实上就是契约规则，法律行为事实上并未完成真正意义上的抽象，反而令单独行为的法律与理论有萎缩之虞，以至于有学者疾呼应当实现“单方法律行为的体系化，避免单方法律行为的契约化”^{[11](59)}。因此，于逻辑与理论而言，法律行为对契约与单独行为的抽象是空洞的，其是否成功及必要，值得商榷。

(二) 法律实益缺陷：分析功能的局限性

法律行为不仅在逻辑自洽性方面存有一定缺憾，其在法律实益方面的价值也颇有疑问。诚然，首创法律行为的《德国民法典》诞生在张扬契约自由、所有

权自由与遗嘱自由的时代^[13]。法律行为具有倡导私法自治、个人自由之功效，因为个人可得以自己意思创设具有法律效力的行为乃是近代民法“从身份到契约”运动的关键，个人可为自己立法，从而彻底摆脱身份所带来的桎梏，以实现人的真正解放与自由。法律行为在修辞上的确具有某种激动人心的成分。不过，具体到该概念及制度的运用层面，法律行为却具有一定的分析功能局限。

采纳法律行为概念的德国法系国家及地区普遍创设了法律行为效力制度，并且类型化出无效法律行为、可撤销法律行为、效力待定法律行为、有效法律行为、部分有效法律行为等诸多具体类型，并辅以法律行为转换制度、法律行为交易基础瑕疵理论及法律行为解释理论^[14]，建构出体系化的精致架构，于学理上的确令人赞叹，不过深入应用于实务，可能带来一定不便。以契约为例，在法律行为之下，契约是一种具体的法律行为，其成立仰赖至少两个意思表示的对立合致。一般而言，契约由要约和承诺两个意思表示构成。在判断契约的效力时，径行适用法律行为效力规则即可，不过具体到要约与承诺这两大具体意思表示的效力时，法律行为理论通常语焉不详，并未明确要约的性质、类型及责任承担问题，只是泛泛提到要约人一旦做出要约，即受该意思表示约束^{[5](77)}。那么假设这样一种事例：甲向乙发出要约，而后在乙做出承诺之前，要约有效期之内单方面宣布要约不再约束自己，则此时乙当何为？在这一事例中，甲所做出的要约无疑具有法律效力，不过在传统大陆法系法律行为制度之下，这种有效仅仅体现为甲负有必须接受乙之承诺的义务，但却没有对应地规定甲违反该义务将招致何种不利益。依法律行为理论，甲单方宣布其违反自己做出的要约的意思表示时，乙不能径行主张甲违反要约义务并进而主张损害赔偿，而必须先对甲之要约予以承诺，使合同得以成立生效之后，方可对甲追究违约责任。这种做法显然是相当繁琐且违反生活常识的。当然，大陆法系也并非没有意识到这一疏漏。大陆法系以缔约上过失制度来弥补这一漏洞，此时乙可以甲违反先契约义务和诚实信用原则为由，主张缔约过失责任。不过缔约过失责任奉行过错责任的规则原则，在性质上与侵权责任更为接近，在解释上也以行为人有过错为必须^[15]，因此可以说是法律行为因自身无法提供救济手段而求诸其他制度的一大例证，也是侵权法对契约法的侵蚀。缔约过失制度确有法律实益，但是却有牺牲契约法自治性引入异质的侵权法规则之虞。

同时，法律行为尽管被定义为“由至少一个意思

表示构成的、其所引起的法律效果为当事人所意欲并得到法律秩序的认可的行爲”^[16]，但事实上法律行为却常出现背离其定义的情况。例如在表见代理中，行为人为无代理权，其所为之意思表示本身是无意义的。但是在权利外观理论之下，基于国民社会·国家主义(Nationalsozialismus)之考量^[17]，行为人所为之无权代理却成就表见代理，成为对被代理人有效力的法律行为，此时的表见代理行为只徒留法律行为之名，其效力根据已经不再是当事人的意思表示，而是立法政策考量下的法律强行规定。因此，尽管法律行为理论通常将意思表示奉为其核心内涵，但由表见代理(意思实现也具有类似性质)规则可知，法律行为事实上与意思表示也存在一定的紧张关系，法律行为的成立与生效在特定情况下也能以无涉意思表示的方式发生。因此，法律行为在特定情况下有时并未如其名称那样具有鲜明的行为意义，反而会带有浓厚的立法调整结果意涵。

三、法律行为概念否弃的经验因素： 基于法制史与比较法上的观察

法律行为概念在德国最为盛行，乃因《德国民法典》于总则中明确采纳了法律行为概念且德国为法律行为理论的起源地。德国民法学家弗卢梅曾言，“潘德克顿体系的主要特征在于前置总则之体例，总则的核心则在法律行为理论”^[18]；另一位德国民法学家迪特尔·梅迪库斯则给予了法律行为概念极高的赞誉，其认为“法律行为是每个人形成其法律关系的手段，因此它是私法的一个核心概念，也是民法总则最为重要的调整对象”^[19]。由此可知法律行为概念在德国享有崇高声誉。不过，我们需要意识到的问题是，德国主流关于法律行为的认知与我国学界大相径庭。德国民法典第一草案的《立法理由书》将法律行为定义为“系旨在引起某一法律效果的私人的意思表示；依照法律秩序，该效果之所以发生，乃是因为它是所意欲的”^{[13](178)}。由此可知，德国立法者事实上将意思表示视同法律行为。而在《德国民法典》颁布之前，从海瑟(Heise)到萨维尼，再到普赫塔(Puchta)，法律行为概念逐渐成型。其中，作为19世纪德国法律行为概念定义的通说的，是德国民法巨擘萨维尼在《当代罗马法体系》第3卷中所作出的论述。萨维尼将法律事实分为当事人的自由行为与偶然事件，而自由行为中指向法律关系的产生或者解除的，就是法律行为或者意思表示。^[20]而在德国民法典颁行之后的早期民法教科书作者，如恩内克策鲁斯、冯·图尔等则基本上均受《立法理由书》的影响而将法律行为与意思表示等量齐观，

并且在概念运用上更加重视意思表示。^[21]及至当代,主流德国民法学家几乎也萧规曹随般地认为法律行为和意思表示是同义词,如梅迪库斯便认为所谓法律行为是指“私人的、旨在引起某种法律效果的意思表示”^{[18](138)}。因此,德国法学界自法律行为这一概念诞生之初便有混淆意思表示与法律行为的倾向。

尽管德国也有学者注意到了意思表示与法律行为混淆的问题,并试图将该问题予以消解,但并未彻底成功。例如,德国民法学家卡尔·拉伦茨便在总结前人经验的基础上成功地将意思表示与法律行为作出了区分。根据拉伦茨的定义,所谓法律行为,系一项行为或者具有内在联系的若干项行为,其中至少有一项行为是旨在引起某种特定法律后果的意思表示或意思实现。^[22]但问题也接踵而至:法律行为先前的稳定结构被打破,同时法律行为与意思表示的紧密联系也随着法律行为可以通过意思实现的方式成立而被严重削弱,从而使得法律行为概念出现了名实不符的弊端。在拉伦茨的定义中,法律行为的行为意义被置于意思表示之上,而由于意思实现本质上是立法者的一种拟制,并不具有行为意义。因此,拉伦茨的法律行为概念便只在结果意涵方面,于意思表示与意思实现的基础上实现了的抽象,形式上解决了意思表示与法律行为的混淆问题。不过这样一来,这一理论一方面大大凸显了法律行为的立法者调控因素,降低了法律行为作为司法自治工具的地位;另一方面,再用法律行为来统摄契约、单独行为等由意思表示、意思实现等法律事实所达致的私法结果,则有进一步滥用公理化法技术之虞。依拉伦茨的改造方案,由意思表示(包括特定情况下的意思实现)作为私法自治的工具而规定于总则之中便已足够,此时再用一个内涵更为复杂的法律行为概念概括契约与单独行为,并无必要。

法律行为概念在很大程度上乃是潘德克顿法学秉承法律公理化技术的产物,其有如一项精致却并无太大实用性的法学教科书概念,本身并不太适合作为一项法律概念而被纳入法典之中。自比较法的角度而观之,同为德国法系的瑞士便没有采纳德国式的法律行为概念。当然最主要的原因或许是《瑞士民法典》并无总则编,民法总则基本上由债法总则替代,原本法律行为制度的功能通过适用契约总则的方式而得以实现。^[23]《瑞士民法典》的做法一方面印证了前述关于法律行为主要是对契约进行抽象的论断,另一方面也说明法律行为的确不是民法所必须的概念。倘若将视野扩展到德国法系之外,则会发现,采纳法律行为概念作为法律术语的国家其实并不多。根据意大利法学家 Francesco Galgano 的统计,全球采纳法律行为作为

法律术语的国家只有德国、葡萄牙、捷克、斯洛伐克、斯洛文尼亚、丹麦、阿尔巴尼亚、希腊、挪威、瑞典、芬兰、冰岛、蒙古、原苏联各加盟共和国、日本、中国、泰国、巴西、秘鲁、乌拉圭和阿根廷,而大多数欧洲国家、所有非洲国家、英美法系国家以及伊斯兰法系国家均未采纳法律行为作为法律术语。^[24]因此,仅就比较法观察而言,法律行为也并非一国法律体系所必不可少的术语。

四、法律行为替代性框架结构探微: “意思表示—法律关系”构造

瑞士民法典放弃法律行为的代价是其同时放弃了民法总则。然而就我国的民法传统而言,总则部分似乎是不可或缺的,纵观民法典草案,除徐国栋主编的《绿色民法典草案》以外,不管是梁慧星、王利明主编的民法典学者建议稿还是中国 2002 年颁布的民法典草案中,均有总则编。那么,接下来的问题是,在保留总则编的前提下,是否有比法律行为更好的选择?

法律行为在很大程度上仅于民法典中起着宣示私法自治原则与维持法典总则对债务关系法、继承法与物权法之逻辑统摄的作用,于实益而言,徒增司法裁量与当事人适用法律的困难,并非一项实用的法律工具。而且从法典建构角度上来看,由于法律行为制度乃是从整体角度对作为双方行为、多方行为的合同与遗嘱、抛弃等单方行为所作的概括,其势必在一定程度上难以兼顾由两个以上意思表示组成的契约与仅以一个意思表示为要素的遗嘱、抛弃等单方行为之间的差异性,故而势必在规则设置方面失衡。如《德国民法典》的法律行为规则事实上就是契约规则,而很难说能够非常契合单方行为的特点。此外,法律行为规则对于要约、承诺等单纯的、未成长为法律行为的意思表示也几乎没有解释能力,故而存在漏洞。因此,单纯就理论而言,以意思表示代替法律行为更为可取,这不仅是因为意思表示是一个更为中性的概念,可以避免长期在我国存在的(民事)法律行为是否具有合法性问题之掣肘;也因为较法律行为而言,意思表示是一个更原子化的概念,其不仅可以将合同解释为意思表示的合致,也可以将遗嘱、抛弃等解释为单独发生效力的意思表示,甚至深入到契约内部,使被法律行为理论忽略的要约与承诺亦可获致独立意义。而从实益角度而言,意思表示更具分析工具价值,也更为具体,故而更适合法官与当事人分析意思创设型法律关系之用。

倘若以意思表示规则替代法律行为规则，则传统民法典中的合同、遗嘱等将不再具有法律行为规则体系中那么浓厚的行为意味。合同与遗嘱应当尽量解释为因相应意思表示之组合或者意思表示单独发生效力而产生的意思自决型法律状态，本身并无行为意义。而依此项逻辑，将意思表示直接作为效力的判断对象，而将契约、单独行为仅仅视为意思表示效力的延伸，可能更有利于实务上的分析。依传统学理，我们通常将契约和单独行为视为一种法律事实，它们既是某种行为的结果，同时也可能成为其他行为的法律上的原因。而意思表示则更多具有行为意义，其能够较为出色地描述契约与单独行为得以形成的过程。而法律行为概念则是对两者的综合，法律行为具有结果/原因与行为的双重性格，因此我们经常需要将法律行为作二分考量，即一方面考虑法律行为作为原因(结果)的意义，另一方面又要考察法律行为本身的效力问题。这种杂糅的思考方式无疑十分繁琐，故不如采取另一种更为简便的思维方式——将契约和单独行为视为意思表示的产物，意思表示的效力直接影响契约和单独行为的效力^{[5](77)}，而契约和单独行为并无自身独立的效力，其在相关意思表示无瑕疵、无违反公序良俗、无违反法律强行性规定的情况下便直接生效，生效之后，契约与单独行为也只是单纯的法律事实，并无行为意义，所有行为意义的效力分析、责任分担均委诸意思表示及其理论。倘若意思表示存在瑕疵，则宜类型化为三种情形予以规范：第一，在契约(就单独行为而言，行为入一旦为意思表示其即告成立，故而无此分类)形成之前，当事人违反其意思表示(如要约)的，构成违约责任，应赔偿相对人信赖利益损失，该违约责任不同于缔约过失责任，其不以过错为要件，而仅以相对人是否有实际损失为基准。第二，在契约、单独行为成立之后发现当事人的意思表示存在瑕疵的，则借鉴法律行为制度的既有路径，将意思表示区分为无效意思表示、可撤销意思表示、效力待定意思表示等等。只要契约中有一个意思表示或者单独行为中唯一的意思表示有前述瑕疵，契约、单独行为便对应发生与瑕疵意思表示的效力相一致的法律后果。第三，在契约成立生效之后，当事人违反自己意思表示的，对相对人负违约责任，本质上是一种债务不履行责任；而在单独行为成立生效之后，当事人违反自己意思表示的，倘若有利益相对人(如悬赏广告履行人)，则对该相对人负债务不履行责任，这种债务不履行责任与违约责任类似，只是不以契约，而是以单独行为为法律责任的基础。这种思路更加清晰，也更便于操作，而不至于只顾埋首法律行为式的分析，而埋没掉一些有用的

信息。诚如日本民法学家川岛武宜所言，意思表示乃是着眼于法律行为效力之形成过程而为之分析的技术概念^{[6](186)}，其较法律行为而言，更能胜任技术性分析的功能定位。纵使法律行为与意思表示可以并用，但是法律行为的重要性在上述路径中将显得无足轻重，以至于即使否弃法律行为也不会产生毁灭性影响。

而将视野超脱出大陆法系，就英美法系而言，英美法系合同法以允诺为单位构建其合同法体系的方式颇为成功，而参照大陆法系的概念谱系，允诺则就是一种意思表示。^[25]例如在《第二次合同法重述》第2条便规定：“允诺是指以某种方式从事某行为或者不从事某行为的意思表示，从而使受允诺人可以合理地理解为一项承诺已经做出。”英美法系通过对价理论，利用“可强制的允诺”(enforceable promise)等概念及理论对合同进行了相当精良的分析。英美法系的成功可以作为比较法上以意思表示为中心构建契约法的成功范例。^[26]

由意思表示承担了技术分析的角色之后，契约与单独行为便获得了单纯的法律后果地位，那么这两者又如何实现抽象与提炼呢？笔者认为可以用法律关系这一术语对契约与单独行为进行概括，形成“意思表示—法律关系”新框架结构(倘若单独行为的表述显得过于行为意义化，也可以将单独行为表述为“单方意志法律关系”，而所谓单独行为，即单方意志行为，也就成为单方意思表示的同义词了)。在此框架中，意思表示直接充当民事法律关系最为常见的法律原因，而契约、单独行为(单方意志法律关系)即为意思表示符合效力规范后的法律后果。“意思表示—法律关系”框架结构一方面能够克服法律行为的弊端，另一方面也使保留民法总则成为可能。

五、走出法学的概念天国： 法律行为概念的初步否弃

诚然，法律行为乃德国19世纪潘德克顿法学及其后继者概念法学的经典概念，其对体系化的民法学、条理化的民法典编纂均作出了不可磨灭的功绩。然而，概念法学从一开始便具有过度抽象性、逻辑上的牵强性与脱离现实的特点，因此德国民法学家耶林将之讽刺为“法学的概念天国”^[27]。而作为概念法学经典概念的法律行为亦带有那个时代法学的弱点：其因过度抽象而在逻辑上和意思表示纠缠不休，对契约和单独行为的抽象亦流于形式，颇显空洞；而在实益上又有杂糅纯粹事实与行为之虞，不利于实务分析。因此毅然否弃法律行为，将意思表示、契约、单独行为从法

律行为的机械禁锢中解脱出来,可谓良策。不过法律行为及其制度历时弥久,于历史沿革上有坚实之基础,且具有弘扬私法自治的修辞功能,加之其与其他民法概念和制度亦有千丝万缕之关联,故而否弃法律行为,不可避免地会带来一些负面影响。不过总体而言,法律行为只是一个法学术语,我们也不必在其身上负载太多价值期待。当然,倘若否弃法律行为,势必带来一系列体系效应,而进一步深入思考无法律行为之民法体系的再构建自然也应成为进一步研究的课题。

参考文献:

- [1] 川岛武宜,平井宜雄.新版注释民法(3)总则(3)法律行为I[M].东京:有斐阁,昭和63年:2.
- [2] 陈自强,黄净瑜,铃木贤.台湾民法の百年财产法の改正を中心として[J].北大法学论集,2010(3):229-236.
- [3] 久保田由子.法律行为にわける意思の役割について[J].大阪府立大学经济研究,1967(48):109-128.
- [4] 几代通.现代法律学全集5民法总则[M].东京:青林书院,1984:177.
- [5] 韩世远.合同法总论[M].北京:法律出版社,2011:9.
- [6] 五十嵐清,泉久雄,鍛冶良坚,等.民法讲义1总则(改订版)[M].东京:有斐阁,昭和56年:156.
- [7] 渠涛.最新日本民法[M].北京:法律出版社,2006:26.
- [8] 陈卫佐.德国民法典[M].北京:法律出版社,2006:54.
- [9] 史尚宽.民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000:324.
- [10] 李开国.民法总则研究[M].北京:法律出版社,2003:290-293.
- [11] 许中缘.论民法中单方法律行为的体系化调整[J].法学,2014(7):62.
- [12] 王泽鉴.民法学说与判例研究·第二册[M].北京:法律出版社,1998:71-72.
- [13] テイルマン・レブゲン.ヨーロッパ私法の過去と現在にわける自由と責任[J].一桥法学,2009(8):803.
- [14] 龙卫球.民法总论[M].北京:中国法制出版社,2001:608-626.
- [15] 丁勇.论德国法中的第三人缔约过失责任[J].法律科学,2004(3):117.
- [16] 陈卫佐.德国民法总论[M].北京:法律出版社,2007:178.
- [17] 白井丰.ドイツにわける表見代理法律行为说(Rechtsgeschäftstheorie)の再兴メルクト(Merkel)の唱える“法律行为说への回归”を中心に[J].立命馆法学,2006(6):74.
- [18] Werner Flume. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. [M]. Berlin: Springer-Verlag, 1992: 30.
- [19] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].北京:法律出版社,2001:138.
- [20] Friedrich Carl von Savigny. System des heutigen römischen Rechts, erster Band, 7. Ausg. [M]. Berlin: Giessen, 1827: 192.
- [21] 朱庆育.法律行为概念疏证[J].中外法学,2008(3):333.
- [22] 卡尔·拉伦茨.德国民法通论[M].北京:法律出版社,2013:431.
- [23] 康·茨威格特,海因·克茨.瑞士民法典的制定及其特色[J].法学译丛,1984(3):25.
- [24] Francesco Galgano. Diritto privato [M]. Milano: CEDAM, 2013: 264-265.
- [25] 弗里德里奇·凯斯勒,格兰特·吉尔摩,安东尼·T·克朗曼.合同法:案例与材料(上)[M].北京:中国政法大学出版社,2005:46-47,103.
- [26] Richard Stone. The Modern Law of Contract [M]. London: Cavendish Publishing, Fifth edition, 2002: 3-7.
- [27] 鲁道夫·冯·耶林.法学的概念天国[M].北京:中国法制出版社,2009:1.

Out of the concept kingdom of law: exploration into denial of the legal act and alternative framework

XIE Xiao

(Law School, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

Abstract: Legal Act, an abstrant concept with the contract and unilateral act, was originally created by Pandect in Germany and later adopted by Germany, Japan and other countries, even our country. However, Legal Act tends to be extremely abstract with its defects in logic and practice, and it is not a necessary part of Civil Law. Rather than being distinguished from intention, Legal Act is essentially mixed with intention, contract, and unilateral act, leading to a more complicated practice. Consequently, denying the legal act can at least be a theoretical alternative. On this basis, we can substitute intention for Legal Act, and in the meantime, regard contract and unilateral act as the outcome of the intention.

Key Words: legal act; intention; logic; practice of law; legal relation

[编辑: 苏慧]