

# 论法律行为的规范性

胡东海\*

**摘要** 在与国家法的关系中,法律行为只是一种法律事实,还是一种独立规范,学说上对此素有争议。由于萨维尼既强调意志的规范效力,又认为法律行为只是法律事实,所以他的观点是矛盾的。在此后的学说史中,法律行为的主观论均坚持意志具有规范效力;而客观论认为行为的效力应系于实在法,意思只具有实践效力,不能从意思自由直接推论法律行为具有规范性。由此,客观论的各种学说从不同进路构建了意志与国家法之间的关系,但均未能提供令人信服的法律行为具有规范性的论据。实际上,各学说之间的争论均源自他们关于法律行为内涵的理解上的分歧。因此,应区分“实践领域经私人自治而形成的主观法律行为”与“规范领域经他律而形成的客观法律行为”;客观法律行为是通过解释主观法律行为的“规范意义”而被认知的;客观法律行为才具有规范性,是一种个别规范。

**关键词** 法律行为的主观理论 法律行为的客观理论 主观法律行为 客观法律行为 个别规范

## 引言

作为学说汇纂法学理论建构的产物,法律行为自产生后就一直面对众多疑难的理论问题。如果忽略那些次要的、边缘性的问题,依斯科尼亚米利奥(R. Scognamiglio)所言,法律行为在学说史中面对的主要问题可以被分为两组:①意思主义与表示主义之争,构成第一组问题;②法律行为与国家法之间的关系,构成第二组问题。<sup>〔1〕</sup>其中,意思主义与表示主义之间的紧张

\* 湖南大学法学院博士研究生。本文系国家社会科学基金项目《证明责任视野下民法规范的检讨与整合研究》(批准号:10BFX087)的阶段成果。

〔1〕 Cfr. R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, ristampa seconda edizione, Napoli, 2008, pp.31-32.

关系贯穿整个欧洲法律史,但实际上如今对二者之间关系的讨论几乎毫无意义。这是因为一方面如果当事人没有通过合同约定自己的意思,则合同根本不存在;另一方面,如果一个意思未被表达出来并为对方所知悉,合同也不存在。<sup>〔2〕</sup>此外,意思主义或表示主义专注于法律行为的内容究竟是什么(行为人想说什么或表达了什么)的问题,这种争论还使得学说经常忽略了第二组问题。<sup>〔3〕</sup>对于后一组问题来说,问题的关键并不是内心意思或外在表示究竟是什么,而是涉及法律行为在“其自身与国家法之间的关系”中到底是什么的问题。该问题具体表现为,法律行为在国家法那里,只是与其他事件、非表意行为一样同属于法律事实,还是一种独立的规范?

该问题与第一组问题不同,迄今仍极具争议。虽然长期占支配地位的学说认为法律行为仅是法律事实的一种类型,但也不乏一些著名学者(如凯尔森、圣罗马诺[Santi Romano])坚持认为法律行为并非事实,而是一种独立的法律规范,是法律渊源的一种。此外,不同世代的民法典的表述,不尽一致,这也增添了该问题的复杂性。如《法国民法典》第1134条规定合同在当事人之间具有法律效力,随后的《德国民法典》放弃了此种规定,上世纪中叶的《意大利民法典》第1372条的规定似乎又表明合同具有一种法源地位。在我国学界,虽然多数著述均在论述法律事实时说明法律行为是法律事实的一种类型,但也有少数学者从私法自治的角度简要论述了法律行为应具有规范性,<sup>〔4〕</sup>甚至还有认为法律行为兼具事实性与规范性。<sup>〔5〕</sup>下文的研究将表明,第二组问题构成了法律行为的主观理论与客观理论的众多学说之所以得以区分标准之一。鉴于此,本文不妨先从既有学说出发,寻找其间的争议焦点,并以此为基础论证法律行为的规范性。

## 一、问题的缘起:萨维尼的理论困境

众所周知,是萨维尼首次在其著作中提出了整套完善的法律行为理论。那么,萨维尼是否对法律行为究竟是法律事实还是法律规范有明确的说明?伊尔蒂(N. Irti)认为情况恰恰相反,后世关于该问题的争论实际上在萨维尼的著述中就已现端倪了。<sup>〔6〕</sup>

首先,在萨维尼看来,近代的那些自然法典编纂所依据的法学理论都片面强调普适性,而

〔2〕 参见(德)克茨:《欧洲合同法》(上册),周忠海等译,法律出版社2001年版,页162。

〔3〕 Cfr. N. Irti, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 19, Milano, 1990, pp.561-562.

〔4〕 参见张俊浩:《民法学原理》(修订第3版),中国政法大学出版社2000年版,页227-228;朱庆育:《意思表示解释理论——精神科学视域中的私法推理理论》,中国政法大学出版社2004年版,页187-188;薛军:“法律行为合法性迷局之破解”,《法商研究》2008年第2期。

〔5〕 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,页227-231。

〔6〕 Cfr. N. Irti, *Il negozio giuridico nel pensiero di Alessandro Passerin D'entrèves*, in *Rivista di diritto civile*, 2009 (4), p.49.

忽视了“法学”所应具有的历史性,即“历史法学并非将法理解成历史,法学毋宁才是‘历史性的’。”〔7〕不过,康德在其之前就已从形而上学方面彻底摧毁了古典自然法和理性法的理论基石。他从一个先验的戒律出发并认为,理性并非启蒙思想家所“教导”的,每一个人都可认识理性并能符合理性行为,在这种意义上可以说,自由的合法性和内容均存在于个体本身。〔8〕在这种伦理学上的人的概念基础上,康德完成了其道德哲学的体系化。这种理论对德国民法典立法者的精神世界产生了极为深远的影响。例如,拉伦茨认为《德国民法典》的根基就在于这种伦理上的人的概念,即“人依其本质属性,有能力在给定的各种可能性的范围内,自主地和负责地决定他的存在和关系、为自己设定目标并对自己的行为加以限制。”〔9〕因此,只有凝结在行为中的个人意志才可以为行为人设定义务或形成法律关系;与之相应,外在的限制与义务惟有经过个人意志的认可才具有合法性,否则均属不法。

我们知道,萨维尼正是在认同康德哲学的基础上奠定历史法学派的理论基石。但不可否认的是,这种理论沿袭有时并未关照到某些制度的历史性。例如,对有关法人、主观权利、意思表示的自律性等,均是以康德的伦理自律观点为基础,但这些制度不同程度地都体现了超越历史的自主性。〔10〕就法律行为理论而言,萨维尼从康德的伦理人概念出发,认为人具有一种自然能力,通过自己的意志行为就可以直接设定法律关系。〔11〕“自然的能力……通过意志行为导致法律层面的变动。”〔12〕这种能力并不是外在赋予的资格或条件,而是人依其本性所特有的能力,是每个人与生具有的。即使没有法律的涉入,每个人也可以通过自己的意志行为创设法律上的效果。所以,对于法律关系的产生、变更而言,“意志本身应当被看作是唯一重要和有效的要素”。〔13〕

根据萨维尼的论述,当事人的意思可以直接产生法律效力。由此,我们似乎马上就能得出结论:当事人具有自我立法的能力,可以为自己设定权利义务;或者说,这种意志行为具有一种规范属性,是一种独立的法律渊源。这种推论与《法国民法典》第1134条或《意大利民法典》第1372条的规定,虽然在理论出发点方面各不同,但都可据此认为:它们承认法律行为或合同

〔7〕(德)维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,页349—350。

〔8〕参见(德)康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译、林荣远校,商务印书馆2005年版,页16—17。

〔9〕(德)拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,页45—46。

〔10〕维亚克尔,见前注〔7〕,页349—350。

〔11〕关于萨维尼的意志论的哲学渊源的详细阐述可参见 M. 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—300.

〔12〕F. C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, Vol. 3, trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1888, p.109.

〔13〕F. C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, Vol. 3, op. cit., p.342.

具有一种法源性质,是一种独立的规范。事实上,萨维尼之后的不少学者也正是这样认为的。例如,《德国民法典》第一草案的说明书几乎照搬了——通过普赫塔、温德沙伊德等传述的——萨维尼关于法律行为的定义;并且该定义“一再作为立法者的观点即合同为法律渊源之证明而加以运用”。〔14〕

期次,然而,萨维尼并未像我们所说的那样顺理成章地就推论出法律行为具有规范性。反倒是在《现代罗马法体系》第一卷中,萨维尼就已明确说明法律行为不具有规范性,即这种“意志的能力”并不能产生独立的法律规范,法律行为不是客观法的渊源。〔15〕在萨维尼看来,法律行为只是个别法律关系变动的原因,只是一种法律事实。

萨氏得出这种结论的原因,首先是由于其理论体系以法律关系(而非权利)为核心概念,法律行为的目的,与其他事实一样,仅在于产生或消灭某种具体的法律关系。不过在本文看来,这其中更深层的原因则源于萨维尼理论中已表现出的法学实证主义倾向。例如,就权利理论而言,虽然萨维尼是权利意志论的倡导者,但他仍不忘强调权利惟有在国家的实在法那里才是一种现实的定在(实现)。〔16〕同样,对于法律行为来说也是如此。法律行为被归为与其他法律事实一样,都只是促成某一法律关系产生、消灭的原因。在这种意义上,对于萨维尼甚至还要包括所有的学说汇纂学派的作者来说,所有的意志行为都只是“法律上的事实”,而作为唯一“法律渊源”的客观法将法律效力系于该法律事实。〔17〕对于萨维尼的这种结论,不应感到奇怪。因为萨维尼的这种法学实证主义倾向,其实与康德学说也不矛盾,甚至可以说,它正是萨氏认同康德学说的一个后果。对此,维亚克尔评论道,“从康德(本身绝不是形式主义的)伦理学中已衍生出学术性形式主义(亦即法学实证主义)的主要血脉,后者并进而将嗣后的现代运用改造成一种实证法的自主学门。”〔18〕

因此,对萨维尼来说,其一方面认同康德的学说,另一方面也表现出了强烈的法学实证主义倾向。这种复合的理论进路在法律行为理论中的表现就是,“一方面,自然能力,原始的意志,可以直接产生或消灭主观权利或债务;另一方面,法律事实,虽然它可以产生法律关系,但并不能由此推导出客观法。”〔19〕在这种意义上我们可以说,萨维尼的理论是矛盾的。伊尔蒂也认为,“这涉及逻辑矛盾,对此不可能在统一的体系中全部都采纳:只能二选一。”〔20〕从随后的法律行为的学说史中,不难发现伊尔蒂这种论断的妥当:即萨维尼之后的学说大多选取其中

〔14〕 (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,页142。

〔15〕 Cfr. F. C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, Vol.1, trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1888, pp.40—41.

〔16〕 Cfr. F. C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, Vol. 1, op. cit., pp.378—379.

〔17〕 克尼佩尔,见前注〔14〕,页142。

〔18〕 维亚克尔,见前注〔7〕,页350。

〔19〕 N. Irti, *Il negozio giuridico nel pensiero di Alessandro Passerin D'entrèves*, op. cit., p.49.

〔20〕 N. Irti, *Ibidem*.

一个方向发展法律行为的理论。所以,如今仍存在的关于法律行为属性的争执,萨维尼应算得上是始作俑者。

## 二、私人意志之规范效力抑或实践效力?

### (一)法律行为的主观理论与意思的规范效力之批评

萨维尼对法律行为性质的“二律背反”,举棋不定,同样的情形也出现在早期学说汇纂派的作者那里,二战后,随着自由主义和自然法的复兴,也有继承这种理论的学者。<sup>[21]</sup>学说中一般将这类理论称为法律行为的主观理论。可以说,不论是早期的主观论(强调“意思”)还是后期的主观论(强调“表示”),其特征都在于突出当事人的意思在法律层面的重要意义。

如上文已经提到的,法律行为的主观理论以伦理上的人的概念为基础,人依其本性应符合理性地行为,即意志自由应符合伦理人所应有的理性。从另一方面来看,此种人格人的本质就是对一切拘束的否定,<sup>[22]</sup>这样至少就从理论上使个人摆脱了各种封建义务的束缚。由此,“旧的义务看起来以一种很巧妙的方式被新的义务所替代。意志自由、私人自治不仅否定了旧的制度的关系,而且创造了新的民法法律关系和义务并使之合法化。”<sup>[23]</sup>但问题是,为什么基于自身意志的法律行为就具有法律效力?在这种主观意志论中,实在法的作用是什么?这种理论上的困境不仅仅只是在萨维尼和康德的理论中存在,毋宁是在欧洲法学史中它构成了启蒙哲学和理性法以来所面临的一个独一无二的问题。<sup>[24]</sup>

法律行为主观论的这种基本立场,经常被人们当作法律行为具有规范性的论据。但事实上,通过这种意志论来论证法律行为或合同是一种法律渊源的观点,最后均必须借用一种无法与实在法调和的超实证的论证方式。<sup>[25]</sup>例如,从康德的道德戒律出发,人应通过自己的自然能力认识理性并符合理性的行为,并以此达到伦理上的善。然而,对于旨在完成其社会、经济使命的私法而言,它旨在实现规范层面的裁判正义,而无须对个人发布如何行为的命令;私法不会也不可能干预那些准备自发履行或已自发履行的交易行为。同时,偏执的法律行为的主观理论也从根本上割裂了它自身与实在法之间的辩证关系。<sup>[26]</sup>例如,就像后来的《德国民法典》所规定的那样,对实在法来说,并不是萨维尼所谓的人的“自然能力”,而是人的“行为能力”,有能力形成法律关系。也就是说,实在法考虑的是从整体法秩序的价值出发来评价这种

[21] Cfr. G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, seconda edizione, Padova, 1961. 二战后法律行为主观理论的代表斯托尔菲(G. Stolfi)与客观理论的代表贝蒂(E. Betti)之间的论战,引发了意大利学界对法律行为制度的研究热潮。

[22] 参见(奥)凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,页68。

[23] 克尼佩尔,见前注[14],页133。

[24] 克尼佩尔,见前注[14],页130。

[25] 克尼佩尔,见前注[14],页141、150。

[26] Cfr. F. Gazzoni, *Manuale del diritto privato*, Napoli, 2011, p.776.

自然能力,并将之规范化成“行为能力”这一制度。因此,对于实在法而言,意志并不是效力的法律原因,或者,至少不是唯一的原因。如果我们仅诉诸于人的自然能力,并将之作为行为的法律效力的原因的话,这就将意志的自然法观点与私人自治的法律特征相混淆了。〔27〕

温德沙伊德早就意识到了法律行为主观理论的这种缺陷。申言之,虽然温德沙伊德是坚定的法律行为主观论者,但他已经看到了理性基石的破裂:那种认为主观意志具有重要法律意义的观念是没有任何出路的。〔28〕基于这种考虑,尽管温德沙伊德仍强调当事人意思的重要性,但他通过“推定理论”还强调行为意志的社会作用(或社会限制),认为法律行为同时包括那些未被意思表示所明确规定的內容。对此,费里(G. B. Ferri)指出,温德沙伊德的这种理论离贝蒂(E. Betti)的功能的、客观的法律行为理论并不远。〔29〕

## (二)法律行为的客观理论与意思的实践效力之确认

法律行为的客观论几乎都是在否定主观论之“意思可以直接产生法律后果”的基础上产生的。不论是早期的客观论还是后期的客观论,都将注意力集中在效力问题上,也就是要将效力从意思里面解放出来,效力仅系于实在法。〔30〕所以,意志并不能直接创制规范,也不能直接产生法律关系。这就像拉德布鲁赫所说的,“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。”〔31〕不过须注意的是,就像弗卢梅早就强调过的,承认效力的基础在于实在法,并不会削弱“自我决定的实现”。〔32〕

虽然客观论均否认意思可以直接产生依赖于实在法的法律效力,但大多认为意思可以产生特定的实践效力。〔33〕这种实践效力的基础在于,其他社会准则,尤其是道德规范所赋予的强制。对此,拉伦茨指出,“同承担责任一样,承担义务、通过相应的表示使自己在道德上和法律上受到‘约束’,是(伦理学意义上的)人的本质所在。合同必须得到遵守(‘有约必守’)的原则,并不是具体法律制度才提出的一种要求,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。”〔34〕在这种意义上可以说,主观论采用康德的伦理人概念发展的法律行为制度,最多只能说明意思在实践效力层面的问题;或者说,法律行为的伦理基础,而非法律效力的基础,是伦理上的人格人;但伦理人表明的是自律的观念,它并不能解释法律行为的法律效力——他律——的问题。

〔27〕 Cfr. F. Gazzoni, *Manuale del diritto privato*, op. cit., p.775.

〔28〕 克尼佩尔,见前注〔14〕,页137。

〔29〕 Cfr. G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, seconda edizione, Padova, 2004, pp.49, 50, 53.

〔30〕 Cfr. G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, op. cit., p.35.

〔31〕 (德)拉德布鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,页146。

〔32〕 克尼佩尔,见前注〔14〕,页137。

〔33〕 Cfr. G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, op. cit., p.36.

〔34〕 拉伦茨,见前注〔14〕,页55。

### 三、私人意志与国家法之间关系的重构

既然当事人的意思只具有实践效力,那么,从意思自由的角度直接推论法律行为具有规范性,就只是一条没有出路的死胡同。由于这个原因,如今有关法律行为的学说多认为,当事人的意思毋宁是与国家法一同构成了法律行为效力的来源。也正是由于这个原因,我们不能像主观论那样从一种脱离国家法的进路来认识法律行为的性质,而应该“在法律行为与国家法的关系之中”来分析法律行为的性质。

基于这种考虑,那么我们面对的首要问题就是:对于法律行为的客观论来说,私人意志与实在法之间的关系究竟如何?然而,客观论似乎将问题弄得异常棘手:客观论将意思与效力分离开来,这激发了不同时期的法学家的理论想象空间,并由此发展出了一些彼此之间具有异质性的理论。<sup>[35]</sup>但即便这样,如果以私人意志与国家法之间的关系为标准,还是可以将法律行为客观理论的众多学说分为三大类,即“法律事实论”、“凯尔森的授权论”、“通说之嗣后承认论”。依此,下文将围绕着法律行为是否具有规范性这一问题,展开对各客观论学说的检讨。

#### (一)法律行为的自治属性:法律事实论之批评

早期的客观论者认为法律行为仅是一种法律事实,他们将意思与表示联系在一起而非与效力联系在一起。在这种框架内,法律行为表现为一种事实、价值评价的客体以及一种非有效的价值。<sup>[36]</sup>从这里我们也可以看到,在否认主观论者认为私人意志可以直接产生法律效力的观点的基础上,早期客观论学说从萨维尼的二律背反中的另一个方向寻找突破口。

应该说,这种法律事实论混淆了私法对法律行为的调整方式。一般认为,私法的调整方法包括法定主义的调整方式和意定主义的调整方式两种。<sup>[37]</sup>其中,法定主义的调整方式从一个完整的法条出发,并将之分为构成要件与法律效果两部分,如果构成要件在具体的生活关系中获得实现,那么,就应对该生活关系赋予相应的法律效果。不可否认,私法中众多形形色色的制度就是在这种调整方式的思路下建构的。例如,物权法中的善意取得、拾得遗失物、先占;债法中的所有非合同之债的规定。对于这些制度,私法考量的是构成要件所对应的法律事实是否满足,此后再决定是否对之赋予法律规定的效果。

然而,意定主义的调整方式,则与之不同。对于社会经济生活中的各种意志行为,私法规范并没有、也不可能规定相应的法律效果。例如,对于根据无名合同产生的履行请求权来说,实在法根本就未规定该合同的效果。甚至对典型合同来说也是如此,如我国合同法分则多规定各典型合同的定义(有助于将实践中的合同纳入当属合同类型)以及各种任意性规范。此

[35] Cfr. G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, op. cit., p.48.

[36] Cfr. G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, op. cit., pp.35-36.

[37] 参见董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,页36-42。

外,下文的分析还将表明,在买卖合同中,当事人的价款请求权的规范基础并不是合同法分则关于买卖合同定义那一条款,而恰恰是作为个别规范的公司。因此,私法的特殊之处就在于这种意定主义的调整方式,该方式强调私人自治以及对当事人意思的尊重。

就像上文提到的,客观论仅承认意思具有实践效力。但在法律事实论这里,意思的实践效力完全限定在被评价的范围内了。我们知道,在根据国家法的规范意志所建构的法律事实的传统理论体系中,法律行为实际上既与“事实”不同,也与狭义的法律上的行为不同。<sup>[38]</sup> 所以,将法律行为当作一种纯粹的法律事实的观点,将导致很多逻辑上的混乱;在这种论调之下,私人自治也几乎没有存在的空间。<sup>[39]</sup> 因此,“这种理论建构——显然在法律事实的理论中是有效的——毫无疑问已经制约了关于法律行为理论的反思”。<sup>[40]</sup>

## (二)实在法对意思的嗣后介入:凯尔森的私法授权说之批评

从“对意思的规范效力的否定”以及“对法律事实论的批评”中,一方面表明那种沿着萨维尼的理论困境中的任何一个方向(意思的规范效力或法律事实论)并将之发挥到极致的观点,都不可取。另一方面也表明,我们在讨论法律行为的规范性问题时,既要承认当事人意思中所体现的私人自治规则——这是宪法规范赋予的、不可被剥夺的自由权之私法形式,也要承认实在法整体法秩序所确立的价值体系;之后再合理处理这二者之间的关系。应该说,其他的客观论学说正是在这种基础上来发展各自理论的。

19世纪末20世纪初的公法学研究,旨在建立如潘德克顿法学在私法学领域所取得的那种体系性理论成果。这期间最著名者包括格尔伯(Karl Friedrich Gerber)、拉班德(Paul Laband)、耶律内克(Georg Jellinek)等。毫无疑问,凯尔森也是这种研究路向上的集大成者之一。<sup>[41]</sup> 凯尔森根据其不同层级的规范创制理论认为,下位法律规范均是根据上位法律规范的授权而创制。同时,下位法的创制(对上位规范授权的具体化实现),也是上位法的适用过程。所以,下位法律规范的创制与上位法律规范的适用同时进行。<sup>[42]</sup> 根据这种法律创制理论,在私法授权之下,私人根据上位法的意志可以进行个别规范的创制。由此,凯尔森还认为应严格区分私人行为与私人行为所创制的规范,<sup>[43]</sup>或者说要区分个人的立法行为与立法行为的成果——个别规范。因此,在这种规范体系下,私人也加入到了立法者的行列,个人代表国家,以此实现国家的规范创制命令。

[38] G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, op. cit., p.55.

[39] 薛军,见前注[4],页42-44。

[40] G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, op. cit., p.56.

[41] Cfr. M. G. Losano, *Dottrina pura del diritto*, voce in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. VII, Torino, 1991, p.218.

[42] 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,页150-151。

[43] 同上注,页155。



凯尔森的这种(从国家角度而言的)“授权理论”或(从个人角度而言的)“代表理论”,影响非常深远。例如,在意大利,凯尔森的理论风行一时,其著述几乎都有意大利语译本。<sup>[44]</sup> 所以,凯尔森关于私人可以创制个别规范的论点,自然也获得了众多的追随者。如帕萨雷利(G. Santoro-Passarelli)认为,意志并不是独立或高高在上的,意志之所以适合产生法律效力,是由于另一个在实在法中的意志授权如此。<sup>[45]</sup> 再如圣罗马诺认为,私人自治不是先于国家而存在,而是来源于国家的意志,在此基础上,法律行为可以创制一种法律规范。<sup>[46]</sup>

然而,凯尔森的理论应是受到了一种实质悲观主义的哲学方法的影响,在立法授权与国家意志的强制授予的观念中,它要求私人依国家意志善良行事,否则,应通过强制执行来贯彻这种国家意志的具体化;<sup>[47]</sup> 并且,该理论也不恰当地排除了个人在实践层面的自发履行所具有的意义。另外一方面,根据凯尔森的规范创制理论,将彻底抹杀公法与私法之间的区别:<sup>[48]</sup> 在公法领域,应授权行政机关通过行政行为实现法律的具体化;在私法领域,则授权私人通过私法行为实现法律的具体化。由此,私人与行政机关的职责都是实现法律的具体化,私人行为与行政行为一样,变成了一种国家行为,是国家意志的一种延伸形式。

很明显,凯尔森所说的私人自治,是一种以公法理论为标准的自治,实际上是一种所谓的“公法自治”。依据这种理论来说明私法领域的法律行为具有规范性,扭曲了一个重要问题:个人并非是获得国家法的授权之后,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应在于——恰如法谚所云——法无禁止即自由。所以,如果个人在民事交往中必须先获得法律授权才能缔结契约、立遗嘱,显然不切实际。朱庆育对此有精辟阐述,“没有证据表明,私人生活领域的社会交往是在法律规范之下进行的。人们订立契约,并不是因为法律要求如此,而仅仅是因为,契约当事人有此实际需要。当事人不动辄违约,不无端侵害他人,亦不太可能是惧于法律的制裁,而更可能是基于自身的‘是非感’、利益权衡或社会道德取向等考虑。”<sup>[49]</sup>

综上,实践中情形毋宁是,当事人通过意志行为——尽管不能像主观论者说的那样直接产生法律效力——从一定程度上决定了当事人之间的利益安排。当这种利益安排不违反法律强制规定的情况下,实在法应从法律层面赋予当事人一种规范性救济手段。所以,私法对私人自治领域的介入通常是一种嗣后的介入,而非事前的权力授予。由此,我们还可以得出如下结论:那些认为当事人在经济交往中的自治来源于法律授权的观点,与凯尔森的观点一样,均带

[44] Cfr. M. G. Losano, M. Marchetti, R. Orsini, D. Soria, *La fortuna di Hans Kelsen in Italia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 8, Milano, 1979.

[45] Cfr. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, p.175.

[46] Cfr. Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, ristampa seconda edizione, Firenze, 1951, pp.70—71.

[47] Cfr. M. G. Losano, *Dottrina pura del diritto*, op. cit., p.219.

[48] 凯尔森,见前注[22],页 109—112。

[49] 朱庆育,见前注[4],页 193。

有公法性的痕迹；从这种公法自治推论法律行为具有规范性的观点，同样也不可取。

### (三) 实在法对意志行为的“承认”：通说的主观论倾向

在这种学说背景下，经过贝蒂、费拉拉(Ferrara)、斯科尼亚米利奥、拉伦茨和弗卢梅等学者的努力，逐渐形成了目前的通说。<sup>[50]</sup>对他们来说，实在法是通过“承认”的方式嗣后介入私人的意志行为，并使其发生当事人所希望的法律效力。例如，拉伦茨、弗卢梅均认为，合同具有法律效力应具备两重原因：其一是当事人之间存在自我约束的意志行为，其二为法律制度对该意志行为的承认。<sup>[51]</sup>

然而，通说似乎对法律行为是否具有规范性的问题，闪烁其词。本文认为，这应归咎于如何理解“承认”的性质问题。例如，贝蒂认为，实在法的“承认”并不介入法律行为的内容，只是赋予私人的意志行为以法律效力，“承认之前”或“承认之后”，私人的意志行为(法律行为)的性质从未发生变化。<sup>[52]</sup>故而，斯科尼亚米利奥认为“承认”仅是一种纯“技术性的承认”；由此，法律行为具有一种动态的性质，<sup>[53]</sup>即我们应从“承认前后”这一动态过程来看待法律行为的性质。通过“技术性的承认”，一方面私人的意志行为具有法律效力；另一方面，可以借此赋予私人自治及其表现形式(法律行为)原初的重要价值，即相对于实在法的本源性和自治性。<sup>[54]</sup>因此，这种“承认”理论，巧妙地通过赋予“承认”一种非实质的价值，将“经实在法承认的法律行为”等同于“承认之前的意志行为”。

然而，“承认”理论归根到底有一种回溯主观论的倾向。<sup>[55]</sup>申言之，通说的作者们均从功能的角度认为法律行为是一种“实现私人自治的行为”；虽然这不同于主观论从定义的角度认为法律行为是一种“意思表示行为”，但关于法律行为表达方式上的不同，其实只是各自侧重点不同而已。所以，伊尔蒂就此认为，通说与主观论表现了本质上的相同性，即二者均强调法律行为是一种不属于国家法的原则或力量，并强调这种力量的本源性和特征。<sup>[56]</sup>由于这种原因，如果在通说的理论基础上认为法律行为具有规范性，那么仍须追溯到意志的规范效力上面。关于此点，前文已经批评过了。有鉴于此，采信“承认”学说的学者也多不认为法律行为具有规范性，如贝蒂就认为法律行为不是客观法的渊源。<sup>[57]</sup>

[50] Cfr. G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, op. cit., p.38.

[51] 拉伦茨,见前注[9],页 56。

[52] Cfr. E. Betti, *Negozio giuridico*, voce in *Novissimo digesto italiano*, vol. XI, Torino, 1968, p. 605.

[53] Cfr. R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, op. cit., pp. 26—28.

[54] Cfr. G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, op. cit., p.41.

[55] Cfr. G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, op. cit., p.42.

[56] Cfr. N. Irti, *Itinerari del negozio giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 7, Milano, 1978, pp.397—398.

[57] Cfr. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, ris. 2 ed., Napoli, 2002, p.155, nota 1.

## 四、作为个别规范的法律行为

### (一)具有“规范意义”的法律行为与法律行为的规范性

虽然各家学说均未能提供令人信服的法律行为具有规范性的论据,但就如克尼佩尔所言,后期的法律行为客观论的众多学说,从不同角度加深了我们对该问题的理解。<sup>[58]</sup> 如果我们再对比一下凯尔森与通说作者们的观点就会发现:两种观点关于法律行为是否具有规范性的分歧,实际上源自他们关于法律行为的内涵理解上的分歧。首先,在凯尔森的学说那里,法律行为之所以具有规范性,是因为个人依照上位法的立法授权而行为。或者说,融入了国家法意志的法律行为,表现为一种“客观意义上的法律行为”,与其他立法行为一样,它当然具有规范性。其次,在通说那里,法律行为之所以不具有规范性,恰恰是因为他们要坚持法律行为是不同于国家法而存在的一种自治行为,个人惟有通过这种与国家法对立的“主观意义上的法律行为”才能捍卫私人自治的范围。因此可以说,凯尔森是在“国家法”的一元论背景下来理解法律行为:只存在纳入法规体系的“客观意义上的法律行为”;而通说则是在“法—私人自治”对立的二元论背景下来理解法律行为:只存在“主观意义上的法律行为”。

凯尔森从上位法授权的角度得出的“客观法律行为”,从根本上是一种反私人自治的观点,所以并不可取,已如上述。那么通说的观点,是否妥当? 通说的作者们为了凸显私人自治相对于国家法的重要性,坚持认为“承认”前后的意志行为均是同一“主观法律行为”,也就是,在“技术性承认”的基础上,“主观法律行为”在“承认之前”(事实层面)或“承认之后”(规范层面)性质并未改变。这种观点的原因应溯源于如下看法:即国家法仅赋予法律行为特定的法律效力,而一般不介入根据当事人意思形成的法律行为内容。因而,通说之所以认为法律行为的性质在“承认”前后不改变,其原因就是要借此强调当事人意思在法律行为的内容形成方面具有最终的决定权,并由此凸显私人自治的重要性。

然而,在本文看来,这种观点只是一种脱离实在法以及法律实践的理论幻想。首先,很多实在法的规定都表明:法律行为的内容经常都是实在法规范介入的结果,<sup>[59]</sup> 例如,在法律行为存在漏洞时应由任意规范补充的情况。其次,就像我们经常看到的,私人在交易实践中往往希望避免实在法的介入,希望脱离于实在法的管束,<sup>[60]</sup> 或者以一种非规范性的方式安排当事人之间的利益,并希望脱离法院裁判而自发履行。所以,当实在法介入这种私人意志行为时,会遵循规范的逻辑以及实在法确定的价值,而经常对之作出与当事人意思不同的理解。由于这种原因,在审判实践中也不乏如下类型的合同案例:即当事人对合同条款并无争议,但能否

[58] 克尼佩尔,见前注[14],页141。

[59] Cfr. F. Gazzoni, *Manuale del diritto privato*, op. cit., p.779.

[60] Cfr. G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, op. cit., p.65.

作出正确的判决仍取决于对合同条款的合理解释。<sup>〔61〕</sup>

由此看来,通说所谓的“承认”不可能仅仅是一种“技术性的承认”,而是一种附加了规范性因素的“实质性的承认”。在这种“实质性承认”过程中,伴随着一种依据实在法的概念术语、价值评价体系对个人的“主观法律行为”所进行的规范性认知。即“实质性承认”意味着,应当解释“主观法律行为”在规范世界中的“规范意义”。所以,法律行为的解释,不只是停留在确定当事人的真意上,还应在此基础上探求该“当事人真意”在规范世界中的“规范意义”。按拉伦茨的话来说就是,“根据已经确认的事实,从法律观察角度,来确定意思表示具有何种意义”。或者说,“确定表示的某种意义在已确认的情形中是否可视为其法律上的关键意义”。<sup>〔62〕</sup>

因此,在“实质性承认”的基础上,私人的意志行为在“承认”前后的性质是不一样的:①“承认”之前,私人的意志行为表现为一种“主观法律行为”,是一种可以脱离于实在法而存在的现实;②“承认”之后,“主观法律行为”依据实在法规定被转换成一种“客观意义上的法律行为”,即一种“具有规范意义的法律行为”。所以,对本文而言,既存在所谓“主观法律行为”,也存在“客观法律行为”,但它们均不同于凯尔森或通说理论中主观或客观法律行为;二者(主观与客观法律行为)区分的时点便在于“承认”或“规范意义的解释”。因此,惟有在这种意义上我们可以说,客观法律行为,经由解释而成为一个规范上的范畴,并隶属于实在法的价值体系;客观法律行为的内容——“规范意义”——表现为一种独立的规范。相对于作为一般规范的私法(如民法通则、合同法等),法律行为仅是一种调整当事人之间相对关系的规范,是一种个别规范。

最后还有必要提及的问题是:关于民法通则中的民事法律行为具有合法性特征的问题,曾引起众多异议。朱庆育通过考察 19 世纪以来诸多德国法学家关于法律行为的定义,确证法律行为应包含“合法性”要素。<sup>〔63〕</sup>首先,法律行为应具有合法性,这对于本文所强调的具有规范性的客观法律行为而言,肯定是适合的。其次,通过此前对法律行为学说史的考察,我们也可以很容易理解其中的缘由。也就是说,不论是主观论、早期的客观论或是后期的客观论,它们的核心问题均在于如何构建意志行为与实在法之间的关系,并且希望借此赋予意志行为以法律层面的“合法性”。①主观论认为意志行为的合法性就存在于这种意志发出者(人格人)本身;②早期的客观论将法律行为当作一种被实在法所评价的事实,由此,法律行为被转化为法律规范的构成要件而获得规范上的重要意义,也就当然具有合法性;③后期的客观论则希望既尊重私人自治,也希望维护实在法价值体系的统一,从不同角度构建二者之间的关系,并以此使法律行为获得来自实在法赋予的合法性。因此在本文看来,民法通则规定“民事法律行为”是一种合法行为,乃理所当然。

## (二)作为个别规范的法律行为的方法论意义

既然客观法律行为是一种个别规范,那么在有关法律行为的纠纷案件的法律适用过程中,

〔61〕 参见韩世远:《合同法总论》(第二版),法律出版社 2008 年版,页 625。

〔62〕 拉伦茨,见前注〔9〕,页 477。

〔63〕 参见朱庆育:“法律行为概念疏证”,《中外法学》2008 年第 3 期。

充当裁判直接前提或依据的就应是“作为个别规范的法律行为”。并且,在本文看来,惟有在区分主观法律行为与客观法律行为的基础上,承认客观法律行为具有规范性,才能理解黄茂荣、拉伦茨等人的如下论断。首先,黄茂荣在谈到合同的规范性时认为,出卖人之所以能向买受人请求支付价金,并非基于(我国台湾地区“民法”)第367条的规定“买受人对于出卖人有交付约定价金……之义务”,而是基于“作为个别规范的合同”。〔64〕拉伦茨也认为情况应是如此,“义务的发生不是始于:法律针对此等构成要件赋予此等法效果,毋宁来自‘有效的债权契约’本身,前提是:该当法秩序原则上认可这一类契约,质言之,在‘私法自治’的前提及界限内,买受人负给付约定的买卖价金之义务,因为他在一个‘买卖契约’的法律行动中,使自己承担此项义务。”〔65〕另一方面,既然法律行为是一种个别规范,那么法官就应据此判定当事人之间的权利义务。在这种意义上,作为个别规范的法律行为也可以合理解释如下情况:在那些制定完备的合同,如商品房预售合同纠纷案件的判决书中,法院很多时候只是援引了有关程序方面的诉讼法条文,而较少援引民事实体法中的条文。〔66〕

由于法律行为是法官裁判的前提(或之一),那么在有关法律行为的案件中,惟有获得“作为个别规范的法律行为”,才能保证法官裁判义务的实现。〔67〕而这种作为个别规范的法律行为,即客观法律行为,必须通过法官的“实质性承认”或“旨在探求规范意义的解释”方可获得。因此,法律行为并不仅仅只是在有疑义时才需要解释,而是在每一个将以法律行为作为裁判前提的案件中都必须加以解释。这同时也表明,如果法官对合同消极不解释或未作完备之解释,那就应属于裁判义务之违反。

作为个别规范的法律行为,相对于实在法这种一般规范而言,是一种特别规范。这就引申出该个别规范与其他一般规范之间的关系问题,也就是法律行为在法规范体系中的位阶问题。〔68〕①例如,就个别规范与任意性规范之间的关系而言,如果从实在法整体法律秩序来看,法律行为中的利益考量未臻完备,则存在(作为一般规范的)任意性规范介入的空间。在这种情况下应遵循特别法优先适用,如特别法无规定,则应适用一般法的原则。所以,对于个别规范未规定全备的情况,任意规范应与个别规范共同作为裁判的前提。在这种理解的基础上,法律行为与任意规范之间的关系仅是两种不同规范意志之间的关系;同时,这样理解也省去了将法律(即任意规范)的意志强行拟制或推定成当事人的意思所带来的困惑了;②强制性规范,由

〔64〕 黄茂荣,见前注〔5〕,页228。

〔65〕 (德)拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,页178。

〔66〕 在北大法意网站以“商品房预售合同”为案由搜索的最新的数个精品案例(见[http://www.lawyee.net/Case/Case\\_Result.asp?ClassOfReason=02.04.01.17.02](http://www.lawyee.net/Case/Case_Result.asp?ClassOfReason=02.04.01.17.02)。最后访问日期:2012年2月7日),其中援引实体法条文大多涉及诉讼时效(《民法通则》第135条)、全面履行合同的原则(《合同法》第60条)、承担违约责任的形式(《合同法》第107条)、格式条款的解释规则(《合同法》第39条)等,也就是说,这些判决中援引的条文都未直接规定当事人之间具体的权利义务关系。

〔67〕 关于法官的裁判义务,详见《中华人民共和国法官法》第7条。

〔68〕 黄茂荣,见前注〔5〕,页228。

于它为私人自治提供的是规范层面的法律规则,所以一般构成“承认”或解释意志行为的规范意义时的准则性规范。因此,在承认法律行为的规范性的基础上,探讨其与一般规范之间的关系,这应当还可以给予我们一种新的视角来重新审视强制性规范与任意规范的规范功能及其区分的意义。

## 五、结 语

就法律行为制度而言,各家学说的争论,从来都是围绕着个人自由与法律管制之间的关系问题而展开。但正如拉德布鲁赫所概括的那样:“事实上他律绝不会被放弃,自律也绝不可能被证明。”〔69〕所以,学说史中那种偏执地从彻底的自律(法律行为的主观理论)或他律(凯尔森的理论)的角度来论证法律行为具有规范性的两种理论,均不能令人信服。在这种基础上,本文认为应严格区分“实践领域经私人自治而形成的主观法律行为”与“法律领域经他律而形成的客观法律行为”,并认为客观法律行为是一个规范概念,它是通过解释实践中的主观法律行为的“规范意义”而被认知的;而这种具有“规范意义”的法律行为本身就是一种个别规范。

针对私人意志与国家法之间的关系,法律行为的主观论和客观论在不同的法哲学立场下形成了众多不同的学说。但大体而言,主观论者所信奉的均是古典自由主义,希望通过个人与国家的二分,坚守个人意志在私人自治中的作用,并以此强调法律行为的伦理基础。而法律行为的客观论虽然包括各种不同的异质理论,但它们有一个共同的文化发源地,即它们都是在功利主义及利益法学取代概念法学的过程中产生的。〔70〕不可否认,法律行为客观论的这种发展历程,与权利的客观理论的转变,〔71〕如出一辙。实际上,不论是在主观权利那里,还是在法律行为理论那里,甚至还要包括(意思自决的静态表现的)所有权理论那里,意志论或私人自治被各种客观化理论从规范层面驱逐到了实践层面。而与此同时,将意志论或私人自治限定于事实领域或者只是将之当作实在法制度的伦理基础,也就产生了如何通过对主观权利、法律行为、所有权制度的反思来阐明私人意志与国家法之间关系的问题。

(责任编辑:薛 军)

〔69〕 拉德布鲁赫,见前注〔31〕,页146。

〔70〕 G. B. Ferri, *Il negozio giuridico*, op. cit., p.33.

〔71〕 对此可参见朱庆育:“权利的非伦理化——客观权利理论及其在中国的命运”,《比较法研究》2001年第3期。