

论法律行为成立与生效之区分

徐 恒

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2024年1月23日; 录用日期: 2024年2月23日; 发布日期: 2024年2月29日

摘 要

法律行为成立与生效之区分为大陆法系之传统, 此种区分在概念与逻辑、法律适用以及程序法上均具有重要实益。不能仅因法律行为之不成立与无效在实现当事人所意欲之法律效果上无实质区别, 就否认区分法律行为成立与生效之必要。传统法律行为要件体系看似细致严谨, 但诸多要件之归置混乱不清, 且与私法自治理念不符。以“效力障碍事由”替代“生效要件”, 并将当事人基于意思自治所约定之特定形式以及条件与期限排除于法律行为要件体系, 从而对法律行为要件理论进行重塑, 可明晰各要件之关系, 与程序法相衔接, 并有利于私法自治之维护。

关键词

法律行为, 成立要件, 生效要件

On the Distinction between Requirements of Establishment and Validity of Juristic Acts

Heng Xu

Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jan. 23rd, 2024; accepted: Feb. 23rd, 2024; published: Feb. 29th, 2024

Abstract

The distinction between the establishment and validity of juristic acts is a tradition of the civil law system, which is of great significance in terms of concepts and logic, legal application, and procedural law. It is not justifiable to deny the necessity of distinguishing between the establishment and validity of juristic acts simply because there is no substantial difference in achieving the intended legal effects of the parties due to the non-establishment and invalidity of juristic acts. The traditional requirements system of juristic acts seems to be meticulous and rigorous, but the placement of many requirements is confusing and inconsistent with the autonomy spirit of private

law. By replacing the “requirements of validity” with “validity obstacles”, and excluding the specific forms, certain conditions and time period agreed upon by the parties based on their autonomy of the will from the requirements system of juristic acts, thereby reshaping the theory of the requirements of juristic acts, it can clarify the relationship between various requirements, align with procedural law, and facilitate the private autonomy.

Keywords

Juristic Acts, Requirements of Establishment, Requirements of Validity

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 为何区分法律行为之成立与生效

1.1. 法律行为成立与生效之区分沿革

罗马法上虽有买卖、赠与、借贷、遗嘱等行为，但并无抽象“法律行为”概念之存在[1]。“法律行为”之概念直至18世纪才产生，后经逐步发展，法律行为理论形成于19世纪的德国法学，并由《德国民法典》在立法上予以最终确立。19世纪及之前的民法文献，并未在概念上刻意区分法律行为之成立与生效。20世纪以来，此种区分逐渐显现。拉伦茨[2]、弗卢梅[3]、布洛克斯与瓦尔克[4]等德国学者在其相关著作中，均明确区分法律行为之成立与生效，认为成立要件系法律行为的组成部分，生效要件则独立于法律行为而存在。因继受德国民法，日本[5]及我国台湾地区[6]的民法总论著作亦普遍作此区分，大陆的民法理论亦不例外。事实上，自民国时期以来，我国民法通说便始终坚持对法律行为的成立与生效进行区分。迄今，“法律行为成立与生效要件的概念与区别，早已根深蒂固，成为法律人自明之理[7]”。

在立法上，《德国民法典》《日本民法典》及我国台湾地区“民法”自始即对法律行为之成立与生效进行区分，但新中国既往之立法并非如此。1986年通过的《民法通则》(已废止)第54条规定：“民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利与民事义务的合法行为。”该规定将“民事法律行为”¹定义为合法行为，即民事法律行为只要成立则必为合法有效，否则将被归入“民事行为”之列。如此一来，法律行为之成立与生效二者合一，进而引发民法理论与司法实践上的诸多混乱。直至1999年《合同法》(已废止)出台，我国始在立法上对法律行为之成立与生效进行区分。²《民法总则》(已废止)与《民法典》³也随之贯彻此种区分。

1.2. 法律行为成立与生效之区分实益

法律行为成立与生效之区分，体现在其成立要件与生效要件之区分，而二者又可进一步区分为一般要件与特别要件。依传统观点，成立要件系法律行为成立所必要之事实，若无此事实，则法律行为不存在。法律行为成立后，欲使其发生效力，尚须满足生效要件[8]。对成立要件与生效要件之区分，王伯琦

¹在《民法通则》中，“民事法律行为”属于“民事行为”的下位概念，仅指合法的“民事行为”。此外，“民事行为”还包括无效民事行为、效力待定的民事行为与可撤销的民事行为。在此意义上，《民法通则》系以“民事行为”取代传统大陆法系中“法律行为”之概念，从而回避诸如“无效法律行为”之概念，并试图解决长期存在于德国学说中的法律行为“合法性矛盾”。如今《民法典》已舍弃“民事行为”一词，其中的“民事法律行为”重新回归传统“法律行为”之含义。

²《合同法》第44条第1款：依法成立的合同，自成立时生效。

³《民法典》第136条第1款：民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

先生认为意义有限，其理由为：“无效为不生法律上之效力，不成立亦无非不生法律上之效力，学说上纵可将无效与不成立加以区分，就法律上之效果而言，无以异也。”德国学者拉伦茨强调“法律行为成立要件及生效要件的区别，仅在凸显整个构成要件上，以当事人所意欲的作为法律行为(私法自治)核心的意义，及为达成其所意图法律效果，尚须具备其他要件(多基于公益的考虑)，关于何者为成立要件，何者为生效要件的争议，殆无实益。”

上述观点有一定道理，但若据此得出不必区分法律行为成立与生效之结论，未免太过武断。首先，法律行为不成立与无效在实现当事人所意欲之法律效果上虽无实质区别，但法律行为成立而缺乏生效要件者，并非只有无效一种后果。可撤销、效力待定之法律行为即同无效法律行为判然有别。况且，成立但无效之法律行为，在一定条件下尚可作为法律上双重效力之基础(如无效法律行为之可撤销)[9]，或发生无效法律行为之转化，不成立之法律行为则无此种效力或发生转化之可能。此外，基于私法自治理念，当事人有权决定其所实施的法律行为何时生效，故得就其已成立之法律行为附停止条件或始期。在停止条件成就或始期届至前，法律行为虽未生效，但当事人可受《民法典》第159条所规定之“条件成就或不成就拟制”之保护，并享有期待权。即便无以上情形存在，根据《民法典》第136条第2款之规定以及自己责任之私法价值基础，已经成立但未生效之法律行为仍具有一种普遍的形式拘束力，即除法律另有规定或当事人另有约定外，任何一方不得单方变更或消灭之。

其次，法律行为的成立要件与生效要件同“私法自治”之关联不同。成立要件与生效要件在性质上虽均属强制规范，⁴但成立要件并非基于国家管制设立，而仍属于私人自治领域。法律行为系私法自治的工具，意思表示则为法律行为的核心要素。是否作出意思表示、作出何种意思表示以使法律行为成立，完全由当事人自己决定。法律上虽有强制要约或强制承诺之情形，⁵但其并未上升至“成立要件”的高度。法律行为的成立要件在于保障自治，具有积极、肯定之性质。与之相反，生效要件则是从法律行为以外的整个法秩序之角度，为贯彻国家管制而对私行为加以评价所设之强制规范，其目的在于限制自治，具有否定性[10]。

再者，法律行为成立与生效之区分具有程序法上的重要意义。在请求权基础检索过程中，法律行为的成立是请求权发生之事实，通常应由原告对该事实之存在承担证明责任；法律行为的生效则是权利阻碍抗辩，应由被告对其承担证明责任。

最后，在逻辑与概念层面，也应区分法律行为之成立与生效。法律行为系法律事实的一种，其与侵权行为、无因管理等其他法律事实一样，须符合一定要件才能构成。在法律行为成立后，还须判断其效力状态，才能决定是否发生当事人所意欲之法律效果，而侵权行为、无因管理等事实行为则不涉及效力状态之问题[11]。区分法律行为之成立与生效，可在法律上明确逻辑层次关系，使法律行为要件理论臻于完善[12]。

2. 如何区分法律行为之成立与生效

2.1. 成立要件与生效要件之传统理论

法律行为的成立要件有一般要件与特别要件之分。依传统观点，法律行为的一般成立要件为主体(当事人)、标的与意思表示[13]。但有学者指出，上述三要件中，标的系法律行为的内容，其必然为意思表示所包含，而主体对于民法上各种行为而言均属不可或缺，故法律行为的一般成立要件应仅为意思表示

⁴基于意思自治，当事人仍可就法律行为的成立与生效约定特定形式、条件及期限。

⁵《民法典》第494条：(第1款)国家根据抢险救灾、疫情防控或者其他需要下达国家订货任务、指令性任务的，有关民事主体之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利和义务订立合同。(第2款)依照法律、行政法规的规定负有发出要约义务的当事人，应当及时发出合理的要约。(第3款)依照法律、行政法规的规定负有作出承诺义务的当事人，不得拒绝对方合理的订立合同要求。

(或意思表示的集合)一项。⁶法律行为的特别成立要件,如标的物之交付于要物行为、特定形式之于要式行为。我国立法上明定的实践合同较少,仅包括定金合同(《民法典》第586条)、自然人之间的借款合同(《民法典》第679条)以及保管合同(《民法典》第890条)等。事实上,某一合同为诺成合同还是实践合同,系立法者进行价值选择后的结果。比如,对于使用借贷,《法国民法典》规定为实践合同,而《德国民法典》与我国台湾地区“民法”则规定为诺成合同;对于寄托,《法国民法典》与我国台湾地区“民法”规定为实践合同,而《德国民法典》则规定为诺成合同。⁷此外,消费借贷、赠与等合同也存在类似的情形。之所以如此,是因为上述合同或为单务合同,或为无偿合同,立法者基于价值考量,将本属于给付义务之“交付标的物”规定为合同的特别成立要件,使得合同成立难度加大、成立时间延后,以保护出借人、寄托人的利益。换言之,立法者出于对一方当事人是否保护、是通过严格成立要件保护抑或通过其他方式保护等价值考量,对合同之成立要件作了不同规定[14]。

根据《民法典》第135条及第490条之规定,⁸要式行为包括法定要式行为与意定要式行为。前者所需之法定形式,如收养、结婚等身份行为的官方登记、遗嘱的特定形式、保证合同的书面形式等;后者所需之意定形式,如书面形式、公证形式等。要式行为之特定形式系特别成立要件抑或特别生效要件,理论上存在争议。日本[15]与我国台湾地区通说采特别成立要件说。《德国民法典》第125条则明确规定:“欠缺法律所规定的形式的法律行为,无效。有疑义时,法律行为所定的形式的欠缺同样导致无效。”德国民法通说亦采特别生效要件说。在我国法上,对《民法典》第135条与490条进行文义解释、反面解释及体系解释,应认为法定或约定的特定形式系法律行为之特别成立要件。

法律行为的生效要件亦可分为一般生效要件与特别生效要件。一般生效要件包括行为人具备相应的行为能力、意思表示健全、法律行为的内容不违反禁止性法律法规且不违背公序良俗。此三项一般生效要件为我国《民法典》第143条所明定。根据通说,法律行为的特别生效要件亦有法定特别生效要件与意定特别生效要件之分,前者如遗嘱人死亡之于遗嘱、主管机关批准之于须经批准的法律行为、处分权之于处分行为、代理权之于代理行为;后者如条件成就或期限届至之于附停止条件或始期之法律行为[16]。值得注意的是,有学者认为代理权系代理行为的成立要件,而非生效要件,因为代理系归属规范。在无权代理情形下,行为人因欠缺代理权,无法将其作出或受领的意思表示当然归属于被代理人,仅在代理人享有代理权时,法律行为才能在被代理人与相对人之间成立(构成表见代理的情形除外)。因此,无权代理之法律行为应系成立待定,而非效力待定。

2.2. 法律行为要件理论之批判与重塑

如上所述,法律行为之要件包括成立要件与生效要件。成立要件可分为一般成立要件与特别成立要件,而特别成立要件又有法定特别成立要件与意定特别成立要件之分;类似地,生效要件也可分为一般生效要件与特别生效要件,特别生效要件又可分为法定特别生效要件与意定特别生效要件。此等概念体系看似细致严谨,实则不然。事实上,对于何者为成立要件,何者为生效要件,尤其是特别成立要件与特别生效要件之区分,各国家与地区之立法均有所差异,学者们就如何归置各要件也素有争议,比如张俊浩教授就将意思表示健全及行为能力适格等实质要求归诸一般成立要件[17]。传统民法对成立要件与生

⁶ 依杨代雄教授在其著作《法律行为论》中所言,“所谓意思表示的集合,就合同而论,即合意;就决议而论,即依多数决原则形成的成员意思集合体或者说集体意思。”

⁷ 参见《德国民法典》第598、688条;《法国民法典》第1875、1919条;我国台湾地区“民法”第465、589条。

⁸ 《民法典》第135条:民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式;法律、行政法规规定或者当事人约定采用特定形式的,应当采用特定形式。《民法典》第490条:(第1款)当事人采用合同书形式订立合同的,自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受时,该合同成立。(第2款)法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立,当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务,对方接受时,该合同成立。

效要件之“二分法”，固有其意义，但也容易引起概念与适用上的混乱。此外，法律行为的成立要件与生效要件虽与“私法自治”之关联不同，⁹但二者应均属强制规范无疑，又何来“意定特别成立要件”与“意定特别生效要件”一说？对于传统的成立要件与生效要件之区分，陈自强教授将之比作“歌剧中的魅影”，“不断困扰台上演员，台下观众亦为之目眩神迷，如入五里雾中”，并指出法律行为成立与生效之概念与区别，系德国概念法学全盛时期的产物，由辗转日本继受而来。如今德国理论经百年演进，此等见解已近乎销声，我国学说则仍固步不前[18]。据此，不少学者均主张对传统的法律行为要件理论进行重塑[19]。

以证明责任的分配为切入点，陈自强教授将契约(合同)这一典型法律行为的成立与生效要件作三层重塑：1) 成立要件，即意思表示一致。2) 积极有效要件，如官方之批准、法定代理人或被代理人之同意或追认、生效条件成就或始期届至以及法定形式。3) 效力阻却事由，比如导致契约无效或可撤销之情形。其中，契约之成立由主张契约请求权者举证，相对方负效力阻却事由之证明责任。至于积极有效要件，则应分别观察。基于私法自治理念，法律行为本具有效果自主之属性，并不以制定法为其效力基础。法律行为以生效为常态，对此提出挑战者负论证责任。陈自强教授之理论重塑系以私法自治理念为基础，以程序法上的证明责任分配为支点，具有重要意义。苏永钦教授之思路与陈自强教授大体一致，只是对某些具体要素的归置仍有分歧，比如陈自强教授将行为能力列入效力阻却事由，苏永钦教授则以之为成立要件[20]。

德国如今对法律行为仍作成立与生效之分，只是其生效要件的含义已发生变化，其外延大致相当于传统之“特别生效要件”。最新法律行为要件理论系由德国学者莱嫩提出。莱嫩教授主张应从法律行为的事实构成、有效及效力三个阶段进行观察。三个阶段分别所对应的问题是：法律行为是否成立？法律行为成立后，是否有效？若法律行为有效，产生何种效力？¹⁰ 莱嫩教授指出，法律行为之有效性系法律行为要件理论中最重要的问题之一，其受制于两个因素，即有效要件¹¹与有效障碍事由。前者如法定代理人或被代理人之同意或追认，此为积极因素；后者如形式瑕疵、违反法律禁令或善良风俗等，此为消极因素。莱嫩教授认为，仅区分法律行为的成立要件与生效要件之传统观点过于粗糙，其所谓“生效要件”包罗万象：既包括本应属于成立要件的行为能力，也包括有效要件与有效障碍事由，还包括遗嘱人死亡之类的使法律行为开始发生效力之事由。因此其主张，为避免概念混淆不清，应舍弃传统法律行为要件之“二分法”，而采用成立要件、有效要件、有效障碍事由之“三分法”。莱嫩教授的“三分法”理论与陈自强及苏永钦两位教授之基本观点颇为相似，只是对某些具体要件之性质有不同的认识。比如莱嫩教授认为，法律行为的可撤销事由，并不妨碍法律行为之有效，故非有效要件，亦非有效障碍事由，法律行为之被撤销而归于无效，不过是撤销这一单方法律行为的法律效果。¹²

基于私法自治理念，法律行为应奉行“成立推定有效原则”，即已成立的法律行为原则上应推定其为有效，若不存在效力障碍事由，则法律效力随之而生。实证法依据为《民法典》第136条第1款。在此意义上，上述三位教授之“三分法”的思路与框架可资借鉴。但“三分法”要件理论仍有其不足之处，比如就各要件之归置难达一致，且未对“意定成立要件”或“意定生效要件”之悖论作出回应。

本文认为，对法律行为应作“成立要件”与“效力障碍事由”两阶段之观察：1) 成立要件。一般成

⁹前者旨在保障自治，具有肯定性；后者旨在限制自治，具有否定性。

¹⁰此处的“效力”是指法律行为发生何种履行请求权、导致所有权转移等，也可称之为“法律效果”。

¹¹此处的“有效要件”是指为使法律行为有效而必须满足的要件，不同于生效要件。如遗嘱人死亡并非使遗嘱变得有效，而是令其开始发生效力，属于第三阶段应观察的内容，故遗嘱为有效的法律行为。同理，附生效条件与始期之法律行为也是有效的法律行为。

¹²杨代雄教授在其著作《法律行为论》中对莱嫩教授的“三分法”理论提出质疑，认为“区分法律行为的有效与生效没有太大意义”，且“法律行为的效力与有效性之间很难划出一道清晰的界限”。

立要件仅有一项,即意思表示(或意思表示的集合)。特别成立要件仅包括要物行为之“交付标的物”与要式行为之法定形式。其中要式行为的法定形式,包括收养、结婚等身份行为的官方登记、遗嘱的特定形式、保证合同的书面形式等。当事人虽可就法律行为的成立约定特定之形式,如书面形式、公证形式等,但其并非所谓的“意定特别成立要件”,而是意思自治原则的应有之义[21]。此外,基于意思自治原则,当事人还可将特定形式约定为法律行为之生效所必须,或明确约定仅以特定形式保存证据,而不涉及法律行为的成立或生效。仅在当事人约定了特定形式但未明确其后果时,才推定该形式为法律行为的特别成立要件[22]。2) 效力障碍事由。效力障碍事由系从国家管制的角度对法律行为之效力所进行的评价与控制,比如无行为能力人所实施之法律行为无效(《民法典》第144条);限制行为能力人不能独立实施之法律行为(《民法典》第145条第1款)与无权代理(《民法典》第171条第1款)及无权处分之法律行为效力待定;¹³基于重大误解(《民法典》第147条)、受欺诈(《民法典》第148、149条)、受胁迫(《民法典》第150条)、显失公平(《民法典》第151条)之法律行为可撤销;违反禁止性法律法规或违背公序良俗(《民法典》第153条)、恶意串通损害他人合法权益(《民法典》第154条)之法律行为无效;部分法律行为须经报批始可生效(《民法典》第502条第2款)。类如约定特定之形式,当事人就法律行为所附之生效条件与始期亦非所谓的“意定特别生效要件”,而是当事人基于意思自治所采取的风险管控措施。此外,基于意思自治原则,当事人也完全可以就法律行为的成立附条件与期限,只是在当事人未明确条件与期限的后果时,应推定其为法律行为的生效条件或始期。至于遗嘱自遗嘱人死亡时发生效力,系遗嘱本身的固有之义,而与国家管制无关。与其称遗嘱人之死亡为遗嘱的生效要件,毋宁将其视作遗嘱人意思自治的体现。在此意义上,若无其他效力障碍事由,称附生效条件与附始期之法律行为是“有效”的法律行为,称遗嘱是“有效”的遗嘱,似并无不妥。

3. 结语

法律行为成立与生效之区分系大陆法系的传统。纵使在实现当事人所意欲之法律效果上,法律行为之不成立与无效无实质差别,但若据此否认法律行为成立与生效之区分,太过武断。法律行为的成立要件与生效要件与“私法自治”具有不同的关联,前者旨在保障自治,后者则旨在限制自治。区分法律行为的成立要件与生效要件,在法律适用、程序法以及概念与逻辑层面具有诸多实益,应予坚持和贯彻。传统法律行为要件之“二分法”体系看似细致严谨,但其与私法自治之理念相悖,且对于各要件之归置,尤其是特别成立要件与特别生效要件之区分,各国家与地区之立法、学说均无定论,容易引起概念与适用上的混乱。以“效力障碍事由”替代“生效要件”,并将当事人基于意思自治所约定之特定形式,以及条件或期限排除在法律行为要件体系外,从而对法律行为要件理论进行重塑,可明晰各要件之关系,并与程序法相衔接,亦有利于私法自治之维护。

参考文献

- [1] 周栢. 罗马法原论(下册) [M]. 北京: 商务印书馆, 2014: 647.
- [2] [德]卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(下册) [M]. 王晓晔, 邵建东, 程建英, 徐建国, 谢怀栻, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 428-429.
- [3] [德]维尔纳·弗卢梅. 法律行为论[M]. 迟颖, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 30-31.
- [4] [德]汉斯·布洛克斯, 沃尔夫·迪特里希·瓦尔克. 德国民法总论[M]. 张艳, 译. 北京: 中国人民大学出版, 2019: 52-53.
- [5] [日]我妻荣. 新订民法总则[M]. 于敏, 译. 北京: 中国法制出版社, 2008: 228.

¹³为保护所有权人与被代理人之利益,故使无权代理及无权处分之法律行为效力待定,须经所有权人或被代理人授权或追认后,方可生效。

-
- [6] 王泽鉴. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2009: 235-236.
- [7] 陈自强. 民法讲义 I: 契约之成立与生效[M]. 北京: 法律出版社, 2002: 342.
- [8] 史尚宽. 民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 324.
- [9] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(重排合订本) [M]. 北京: 北京大学出版社, 2015: 284-286.
- [10] 易军. 法律行为生效要件体系的重构[J]. 中国法学, 2012(3): 80-82.
- [11] 杨代雄. 法律行为论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2021: 354-355.
- [12] 宋炳庸, 朴兴镇. 民事法律行为成立要件与有效要件区别论[J]. 当代法学, 2001(4): 15.
- [13] 梁慧星. 民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2017: 173.
- [14] 易军. 对民事法律行为成立“事实判断说”的质疑[J]. 法学, 2004(9): 66.
- [15] [日]山本敬三. 民法讲义 I: 总则[M]. 第 3 版. 解亘, 译. 北京: 北京大学出版社, 2012: 95.
- [16] 朱庆育. 民法总论[M]. 第 2 版. 北京: 北京大学出版社, 2016: 117.
- [17] 张俊浩. 民法学原理(修订第 3 版·上册) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 249.
- [18] 陈自强. 法律行为、法律性质与民法债编修正(下) [J]. 台湾本土法学杂志, 2000(6): 1-2.
- [19] 王琦. 作为民法释义学独立范畴的法律行为效果——基于对法律行为的成立、生效、效果发生之区分的阐释[J]. 人大法学评论, 2020(1): 148-173.
- [20] 苏永钦. 走入新世纪的私法自治[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 25.
- [21] 刘新熙. 对我国现行民事立法关于法律行为的特别成立要件规定的反思[J]. 法学, 2007(6): 85-86.
- [22] 金可可. 《民法总则》与法律行为成立之一般形式拘束力[J]. 中外法学, 2017(3): 665.