法学研究 Chinese Journal of Law
Vol.47，No.1（2025）

法律行为汉字术语的日本翻译与中国传播史

吴奇琦 *

内容提要：“法律行为”一词乃日本明治时期法学家所创造。根据立法会议记录，日本德式新民法草案最初采用的术语是“法律上的行为”，后来才改采“法律行为”。“行为”一译，是沿用了日本法式旧民法中“acte”的译法。然而，起草委员们未注意到德国学说上“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”之分，故“Rechtsgeschäft”“Rechtshandlung”“acte juridique”曾被当时日本文献视作同义。因立法后术语难再改动，起草委员们只能以学说之名，将“法律行为”分为广狭二义，广义者指“Rechtshandlung”，狭义者指“Rechtsgeschäft”，而“acte juridique”可作广狭二用，至于“法律上的行为”，则专指“Rechtshandlung”。因“行为”同被用于“Geschäft”“Handlung”甚至“Akt”等，使汉字术语相当混乱。这一混乱随着清末留日学生翻译的日本著作与讲义传入我国。译本的不理想，使我国错失改译的良机。本文发现了两部从未被引用的文献：1917 年，余棨昌对“法律行为”译语提出了批评，这一发现可将学界认知前推 90 年；1977 年，刘世民首次提出改译方案，主张将“法律行为”改译为“法律事务”。虽然 21 世纪又出现了各家改译方案，但将“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”分别译为“法律行为”与“法律上的行为”仍是主流。

关键词：法律行为　法律上的行为　法律事务　准法律行为　事实行为

一、绪　言

“法律行为”之汉字法律术语并非由国人发明，而是由日本明治时期的法学家为对译德语“Rechtsgeschäft”而创造，继而确立于 1896 年颁布的日本现行民法〔1〕（“法律行为”一词

* 澳门大学法学院助理教授、人文社科高等研究院礼任年轻驻院学人。
本文为澳门大学科研资助项目“Research and Publication Project on Jurisprudence / Macau Positive law / Legal History”（SRG2021-00021-FLL）的研究成果。

〔1〕 即“明治二十九年法律第八十九号”，其于明治 31 年（1898）7 月 16 日施行。此法正式名称虽然只是“民法”，但在日本学说上常被称为“民法典”，以区别于其他民事法律。

正是总则第五章的标题，且尚见于 29 个法条之中〔2〕），后传入民国时期的中国，并被我国法律人沿用至今，成为国人学法之始即耳熟能详的术语。

虽然我国文献已对“Rechtsgeschäft”在德国学说上的概念形成史有一定研究，〔3〕而且越来越多的文献意识到“法律行为”并非最恰当的译语，〔4〕但却未有我国学者深入考证“法律行为”汉字术语的源头，探究它如何在 19 世纪末于日本形成、如何在 20 世纪初传入中国法学界。因此，目前尚有许多问题未被解决：

其一，既然“法律行为”汉字术语不适合对译“Rechtsgeschäft”，那么当初日本人为何如此翻译？“Geschäft”与“Handlung”为何都被译作“行为”？究竟是纯属疏忽，还是有时代原因，即连当时的德国学说也普遍未予区分？本文将对照当时日本民法起草委员们所能掌握的德语文献，一探究竟。

其二，即使是日本当代研究，以往也未能在浩如烟海的立法材料中确切找到民法草案内“法律上的行为”一词是何时被修改成“法律行为”，并引以为憾。〔5〕“法律行为”“法律上的行为”以及相关的“广义法律行为”“狭义法律行为”等术语出处何在？这些我国学界未解答之谜，本文将以一手日语史料解答。

其三，“法律行为”汉字术语当初是如何传入中国的？现有文献一语带过，从日本直接跳到大清民律草案，〔6〕未交代其间我国是经由何种途径接触此译语，因此有关键性的大幅断代。本文将以一手史料，详论这段“空白历史”中流传于我国的不理想译本，如何使国人错失“拨乱反正”的机会，最终沿用“法律行为”译语百年。

其四，我国学者误以为在整个 20 世纪未有国人批评过“法律行为”译语。〔7〕然而，本文找到了两部从未被引用过的一手史料。早在 1910 年代，已有国人提出批评，甚至在 1970 年代还有国人提出了新译语，并详加论证。这一发现可将国人批评“法律行为”译语的最早时间，从学界现在认知的 21 世纪初，大幅前推至 20 世纪初，即前推了 90 年。

为此，下文将先检视“法律行为”汉字术语如何在日本形成，再检视“法律行为”汉字术语如何在中国流传，以完整展示题述的日本翻译与中国传播史。需先叙明，本文引用的一些日语及德语一手文献，如非特别注明，皆为笔者所译。

〔2〕 包括第 5 条（标题、第 1 项及第 2 项）、第 9 条（标题及条文）、第 17 条、第 90 条、第 91 条、第 92 条、第 95 条、第 101 条第 2 项、第 108 条、第 127 条、第 128 条、第 131-135 条、第 138 条、第 401 条第 1 项、第 414 条第 2 项、第 424 条、第 433 条、第 761 条、第 824 条、第 825 条、第 859 条、第 876 条之 4、第 876 条之 9、第 962 条、第 1023 条。

〔3〕 新近文献，参见柯伟才：《法律行为概念的形成》，《法学家》2023 年第 4 期，第 55 页以下。

〔4〕 参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 108 页（“关于‘Rechtsgeschäft’，‘法律行为’诚非信译”）。

〔5〕 参见［日］川島武宜、平井宜雄：《新版注釈民法（3）・総則（3）・法律行為（1）・§§90~98》，有斐閣 2003 年版，第 4 页。

〔6〕 参见朱庆育：《法律行为概念疏证》，《中外法学》2008 年第 3 期，第 338 页。

〔7〕 例如，杨代雄曾有论断：“法律行为的概念在中国包括台湾地区有上百年的历史，从来没有人对这个术语提出反思批判”。张学哲、毕经纬整理：《法律行为与法律交易辨析》，2006 年 7 月 2 日中国政法大学中德法学院和比较法研究所“法律行为（Rechtshandlung）与法律交易（Rechtsgeschäft）辨析”研讨会发言记录，《比较法研究》2007 年第 3 期，第 134 页。

二、“法律行为”汉字术语在日本的形成

（一）“法律行为”作为“Rechtsgeschäft”的译语

依主流观点，“法律行为”乃“Rechtsgeschäft”的译语。20 世纪初，日本学者鸠山秀夫便称：“‘法律行为’一语在我国（指日本）于本法（指日本民法）首次被使用”；“我国（指日本）民法上所谓‘法律行为’，乃是在继受德国民法第一草案时对德语‘Rechtsgeschäft’的翻译”。〔8〕当代日本学者滨上则雄也认为：“德国的‘法律行为理论’对我国（指日本）民法有压倒性影响，这是不言而喻的事。民法起草者也是以思考‘Rechtsgeschäft’一词应如何翻译为出发点的。”〔9〕

尽管“法律行为”被用以对译德语“Rechtsgeschäft”，但不可忽视的是，日本民法“法德转型”过程中的译语残留，似乎也影响了“法律行为”一词的形成。日本民法经历了弃法采德的过程。最初，“日本近代法之父”、〔10〕法国巴黎大学副教授博瓦索纳德（Boissonade）被日本政府任命起草民法。此即旧民法，以法国民法典为蓝本，〔11〕在 1890 年公布，〔12〕但因法典论争而被延期施行，最终从未施行。政府后来改为委托穗积陈重、富井政章、梅谦次郎（合称“日本民法之父”）起草民法典，〔13〕此草案改采德式体系。〔14〕然而，旧民法并未完全被摒弃。相反，依《法典调查之方针》，此工作是对“既成法典”即旧民法的“各条各项进行查覆，施以必要的修补删正”。〔15〕下文将展示，正因如此，旧民法将法国法上“acte juridique”的“acte”译作“行为”的做法，似乎影响了“Rechtsgeschäft”的翻译。

最后，为了更清晰地展示这段日本翻译史的脉胳，在详论细节之前，此处先行指出这段翻译史的主轴：虽然日本民法起草委员们当初将“Rechtsgeschäft”译成“法律行为”，但在民法出台后，他们很快便发现这种译法并不恰当，因为一旦将“Rechtsgeschäft”译作“法律行为”，更应译作“法律行为”的“Rechtshandlung”即难被翻译。后来，日本法学被迫将“Rechtshandlung”译成“法的行为”“法的な行为”等，其尴尬可资佐证。为了全面检视这段翻译史，下文将考察两个阶段：一是“法律行为”一词如何被实定法确立；二是其后日本学界如何补救。

（二）立法过程中的译语讨论

1. 关于“法律”

（1）“权利”抑或“法律”

现称的“法律行为”，曾被译作“权利行为”。旧民法方面，博瓦索纳德向日本政府呈交

〔8〕［日］鸠山秀夫：《註釋民法全書第二卷法律行為乃至時效》，三书楼 1910 年版，第 3 页。

〔9〕［日］浜上則雄：《法律行為論の“ローマ・ゲルマン法系”的性格》，《阪大法学》65 号（1968 年），第 85 页。

〔10〕［日］大久保泰甫：《ボワソナアド：日本近代法の父》，岩波书店 1977 年版；Yasuo Okubo, *Gustave Boissonade, père français du droit japonais moderne (1825-1910)*, in *Revue Historique de Droit Français et étranger*, Quatrième série, Vol. 59, No. 1 (janvier-mars 1981), pp. 29-54。

〔11〕同上引大久保书，第 134 页；上引 Yasuo Okubo 文，第 41 页；Yasuo Okubo, *La querelle sur le premier Code civil japonais et l' ajournement de sa mise en vigueur: le refus du législateur étranger ?*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 43 N°2, Avril-juin 1991, Paris: Société de Législation Comparée, 1991, p. 399。

〔12〕明治 23 年（1890）4 月 21 日法律第 28 号、10 月 7 日法律第 98 号。

〔13〕参见［日］有地亨：《明治民法起草の方針などに関する若干の資料とその検討》，《法政研究》37 卷第 1・2 号（1971 年），第 95 页。

〔14〕《法典調查ノ方針》第 2 条。此方针由 1893 年 5 月 2 日第二次法典调查会总会制定。

〔15〕《法典調查ノ方針》第 1 条。

的法语版日本民法草案中出现过一次的“acte juridique”（第 194 条〔16〕），在正式法律中被译作“权利行为”（第 181 条〔17〕）。至于新民法，则大量参照 1888 年德国民法典第一草案。此部草案的理由书被德语学者沢井要一译为日语，由日本司法省出版。书中，“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”被分别译为“权利行为”与“权利所为”。〔18〕可见，“juridique”与“Recht（s-）”，都被理解成“权利（的）”而非“法律（上的）”。但在新民法草案的最初阶段，法条则已采用了“法律上的行为”（“法律上ノ行为”）一词，且总则第四章（现第五章）的标题也是“法律上的行为”。翻查法典调查会民法主查会的议事记录可见，在 1893 年 6 月 9 日审议总则第四章规定的会议上，仍有“权利”与“法律”之辩。由于这些一手史料对“法律行为”术语史极为重要，下文将节录关键段落。

“权利说”在会上是少数说，仅穗积陈重提出：“证据有许多，我就不详谈了。但举例而言，温德沙伊德（Windscheid）既参与了德国法典的编纂，且其著作《学说汇纂（教科书）》极为流行，此书便为‘Rechtsgeschäft’下了定义：‘Rechtsgeschäft ist die auf die Entstehung, den Untergang oder die Veränderung vom Rechten gerichtete Privatewillenserklärung’。换言之，‘Rechtsgeschäft’是旨在使‘Recht’即权利发生、消灭或变更的私人的意思的表达。无论如

〔16〕 Gustave Boissonade, *Projet de Code Civil pour l' Empire du Japon*, *Accompagné d' un Commentaire par Mr. G^ve Boissonade*, Tome Premier, *Des Droits Réel*, deuxième édition, Tokio: Kokoubounsha, 1882. Article 194: “La possession civile est dite à juste titre ou à juste cause, lorsqu' elle est fondée sur un **acte juridique** destine par sa nature à conférer le droit possédé, encore que, faute de qualité chez le cédant, elle n' ait pu produire cet effet. Si la possession a été usurpée, elle est dite sans titre ou sans cause.”（“法定占有，若以一项因本性使然而赋予占有权的‘acte juridique’为基础，便是有正当依据或称有正当原因，即使由于让与人欠缺身份而不生效力。若占有是侵夺而得，便是无正当依据或称无正当原因。”）此外，博瓦索纳德在评注法条时，也使用了三次“acte juridique”。两次是在评注第二卷关于未成年人行为的规定时，一次是在评注第三卷关于合伙的规定时，分别参见 Gustave Boissonade, *Projet de Code Civil pour l' Empire du Japon*, *Accompagné d' un Commentaire par Mr. G^ve Boissonade*, Tome Deuxième, *Des Droits Personnels ou Obligations*, deuxième édition, Paris: Ernest Thorin, 1883, p. 61, p. 755; Gustave Boissonade, *Projet de Code Civil pour l' Empire du Japon*, *Accompagné d' un Commentaire par Mr. G^ve Boissonade*, Tome Troisième, *Des Moyens d' Acquérir les Biens*, Paris: Ernest Thorin, 1888, p. 483。

〔17〕［日］内閣官報局：《民法財産編・財産取得編・債権担保編・証拠編》，明治 23 年（1890）4 月 21 日法律第 28 号。第 181 条：“法定ノ占有カ占有ノ權利ヲ授付ス可キ性質アル**權利行爲**ニ基クトキハ譲渡人ニ授付ノ分限ナキヲ以テ其效力ヲ生スル能ハワルトキト雖モ其占有ハ正權原ノ占有ナリ 占有カ侵奪ニ因リテ成リタルトキハ其占有ハ無權原ノ占有ナリ。”

〔18〕《独逸民法草案理由書・第 1 編》，［日］沢井要一译，日本司法省 1888 年版，第 209 页以下（“本草案ノ意義ニ於ケル**權利行爲**トハ一私人ノ意思ノ陳述ニシテ其希望シクルカ爲メ法規ニ依リテ生スヘキ法律上ノ結果ヲ生セシムルモノナリ……權利行爲ノ意義ニ關スル限界ヨリシテ**權利所爲**（レヒツハンロルング）ナル特別ノ種類ヲ生スヘシ乃ナ希望シタルニ由リテ生スル法律上ノ結果ヲ有スル所爲タル權利行爲ニ對シ爰ニ其行爲者カ希望シヤルト否トニ拘ハラシテ共ニ法律上ノ效力ヲ生スヘキ所爲アリ”）。这一段是德国民法典第一草案立法理由书区分“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”的段落。„**Rechtsgeschäft** im Sinne des Entwurfes ist ein Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.［…］Die dem Begriffe des Rechtsgeschäftes gegebene Begrenzung führt zu einer besonderen Kategorie der **Rechtshandlungen**. Den Rechtsgeschäften als Handlungen mit Rechtsfolgen, die, weil sie gewollt sind, eintreten, stehen Handlungen gegenüber, an welche Rechtswirkungen sich auschliessen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob dieselben von den Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind.“（“草案所称的法律行为（Rechtsgeschäft），是旨在产生法律结果的私人意思表示。该项法律结果之所以根据法律秩序产生，是因为它被意欲（weil er gewollt ist）。……由于对法律行为（Rechtsgeschäft）的概念有这样的限定，因此便引致法律上的行为（Rechtshandlung）有一个特殊类别。法律行为（Rechtsgeschäft）作为有法律效果的行为（Handlung），其法律效果之所以产生，是因为它们被意欲。相反，对另一类行为（Handlung）所获赋予的法律效力的产生而言，它们是否被行为者（Handelnden）所意欲，对法律秩序来说无关紧要。”）Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I: Allgemeiner Teil, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig, Verlag von I. Guttentag, 1888, S. 126-127.

何，都不能被解读成旨在使法律发生、消灭或变更的私人的意思的表达。有此含义，它才能被称为‘法律行为’或‘法律上的行为’，但依温德沙伊德的定义，它一定是‘权利行为’，别无其他译法。”〔19〕

采“法律说”者则有多人，包括梅谦次郎、富井政章、田部芳。梅回应穗积道，温德沙伊德定义中的“Recht”指权利，不代表“Rechtsgeschäft”中的“Recht”亦然：“温德沙伊德固然用了‘Recht’一词，但依我所见，而且也是依邓恩伯格（Dernburg）所见，在一些情形下它是指法律，在另一些情形下它是指权利。因此，不能说‘Recht’一定是指权利。……我相信‘Recht’这个词虽然在定义里是用来指权利，但‘Rechtsgeschäft’中的‘Recht’终究还是指法律。”〔20〕田部表示赞同：“我认为，无论在哪里，称之为‘法律行为’都是正确的。”〔21〕富井同样表态赞成，因为“Rechtsgeschäft”正是产生“法律”关系：“对‘法律上的行为’的正确解读是，它是指在人的一众行为中，那些产生法律上权利义务即法律关系的行为。由此含义来看，我认为‘法律上的行为’一词是正确的。”〔22〕

因“法律说”占优，“权利行为”的译语最终未被采纳。同年 10 月 3 日的会议上，长谷川乔再度提议改称“权利行为”，理由是遇有疑义时宁可沿用现行法（“既成法典”，即被延后施行的旧民法）的术语：“我想再提出一项修正，希望将‘法律上的行为’改回‘权利行为’，如同既成法典那样。此事固然屡受争论，总会议亦已就此进行过议决，所以今天也无法轻易改变。……如果就此问题存有疑问，那么既然不只既成法典是用‘权利行为’，而且现行法律也是用‘权利行为’，它就已经成为现行法律了。因此，即使在翻译上有一些疑问，也没有必要把它翻译成不常见的用词。……换言之，为了不让现行法律已有用词发生太大改动，我再一次希望将它改成‘权利行为’。”〔23〕但是，此次修正案未获通过。

总之，“法律行为”而非“权利行为”获确立，其远因乃梅、富井、田部的坚持，使“法律上的行为”未被改成“权利行为”。后来，“法律上的行为”被进一步改成“法律行为”，此乃“法律行为”一词确立的近因。

（2）从“法律上的行为”到“法律行为”

新民法草案最初阶段的“法律上的行为”一词，显然颇为累赘。因此，在 1893 年 6 月 9 日的会议上，田部提案改称“法律行为”：“我认为，只称之为‘法律行为’并无问题。那是最稳当的。”〔24〕“‘上的’这样的字词是可笑的，所以我认为应该像旧案那样，把‘上的’删掉。”〔25〕田部的意见获横田国臣支持，〔26〕但该提案未获通过。〔27〕

“法律上的行为”为何最终会被“法律行为”取代，旧文献一直未能揭明原因。日本学者平井宜雄即引以为憾：“仅少数人赞成‘法律行为’，故‘Rechtsgeschäft’的译语被确定为

〔19〕［日］法典調查会：《民法主查會議事速記錄·第壹卷》，日本学术振兴会，196 丁里。“丁表”与“丁里”是日语古籍因装订方式而有的书页表示法。日语“丁”指一页。一页又分成表里两面。日语古籍为右往左翻，故以书的封面为“表”作准，左边页面皆为“表”，右边页面皆为“里”。

〔20〕同上书，197 丁表-197 丁里。

〔21〕同上书，197 丁里。

〔22〕同上书，198 丁表。

〔23〕［日］法典調查会：《民法主查會議事速記錄·第貳卷》，日本学术振兴会，158 丁里-159 丁里。

〔24〕前引〔19〕，法典調查会书，199 丁里-200 丁表。

〔25〕同上书，200 丁里-201 丁表。

〔26〕同上书，200 丁里。

〔27〕同上书，201 丁里。

‘法律上的行为’，但之后它似乎却作为‘法律行为’成为审议对象，并以这样的形态由现行民法继受。遗憾的是，此间经过如何，现在依然不明。”〔28〕

然而，最新研究〔29〕已解开谜团：1894 年 1 月 12 日的会议虽然是在审议法人的规定（第 65 条〔30〕），但因法条中有“法律上的行为”一词，故会上偏离正题对此词展开了讨论，这应是旧研究找不到相关记录的原因。会上穗积旧话重提，表示他和梅、富井思量后认为应改称“法律行为”：“‘法律上的行为’这样的字词由始至终一直被使用，造成了许多甚为困难的问题。它就像个句子，但其实是个复合词。如果把它写入法条，会有诸种不合适。因此，我等三人希望再次提案，提请将此词缩短一些，也就是变成‘法律行为’。”〔31〕半年前提出过相同建议的田部，闻言再次提案：“那我想在这里提案将‘法律上的行为’修正为‘法律行为’。”〔32〕在三名起草委员皆认同的情况下，〔33〕此提案获多数票赞成，〔34〕“法律上的行为”自此被修改成“法律行为”。

总之，从“法律上的行为”到“法律行为”，乃因田部的意见终获起草委员接纳。

（3）可否直称“行为”

1893 年 6 月 9 日会议尚讨论了可否不加任何前缀，径直称作“行为”。

会上多人采“删除说”，包括菊池武夫、〔35〕箕作麟祥、〔36〕元田肇、〔37〕村田保。〔38〕归纳言之，此说理据有二。一是前缀无必要，因“行为”无异于“法律行为”或“法律上的行为”，正如民法上的权利理所当然是指私人权利，这有别于法人的“法”字不能删除；二是前

〔28〕 前引〔5〕，川島武宜等书，第 4 页（平井宜雄执笔）；［日］原田剛：《“法律行為”文言の確立と“法律行為”概念の現在的意義（一）——法典調査会、ドイツの議論を手掛かりとして——》，《法学新報》122 卷第 7・8 号（2016 年），第 37 页以下。

〔29〕 同上引原田剛文，第 50 页以下。

〔30〕 第六十五条：“社團法人ト社員トノ間ニ於ケル**法律上ノ行爲**ニ關スル議事ニ付テハ其社員ハ議決権ヲ有セス。”（“就社团法人与社员之间的法律上的行为，社员有议决权。”）

〔31〕 ［日］法典調査会：《民法主查會議事速記錄・第五卷》，日本学术振兴会，70 丁表。

〔32〕 同上书，71 丁表。

〔33〕 同上书，71 丁表-71 丁里。

〔34〕 同上书，71 丁里。

〔35〕 前引〔19〕，法典調查会书，199 丁表-199 丁里（“菊池武夫 我的想法与日前所言相同，打算把‘法律’这样的字词删掉。而今天，我认为‘上的’这样的字词已经泛滥，有必要进一步删掉。此法典说到‘行为’时是指‘法律上的行为’，这是不言而喻的。既然已经清晰，那么即使没有说明也可以。我认为，在法人的情形，‘人’一词才与‘法人’不同。因此，我希望把‘法律上的’这四个字删除”）。

〔36〕 同上书，199 丁里（“箕作麟祥 我今日在此听见的是，即使是在起草者之间，也渐有争论，莫衷一是。‘法律上的行为’是最为折衷妥协的。虽然起草者们必定都不满足于此，但有道是最折衷妥协的便是好的。我原本也认为折衷妥协即可，但现在菊池提出删除一说，我赞成。正如我之前也将私权这样的字词修改成权利那般，即使在民法上说到‘行为’，我认为也不会包括打人、偷盗这样的行为。所以，我认为终究只称之为‘行为’比较好”）。

〔37〕 同上书，200 丁表（“元田肇 我也赞成菊池的见解。既然先前的私权也被修改成权利，这里加上如此多形容词也不合适。再者，外语会加冠词或形容词，坚持让含义更易于表达，而特意加上法律或权利这样的字词也是好的，但对一般人而言，称之为‘行为’会较易理解。如果称之为‘权利行为’或‘法律行为’，便会难以理解”）。

〔38〕 同上书，200 丁表（“村田保 我也赞同菊池。每个条文如此逐一出现‘法律行为’‘法律行为’的，不是非常可笑吗？我认为，称之为‘法律上的行为’，于体统不宜。所以，只称之为‘行为’的见解最合理，我也赞成”）。

缀有坏处，既不宜体统，也不利理解。“保留说”则获田部、[39] 横田[40] 与富井[41] 支持。富井详述了理由：杀人、偷盗固属“行为”，也会发生法律效果，但不属“法律行为”或曰“法律上的行为”，因为当事人并未表示出“产生受法律保护的权利关系”的意思。梅则提出“折衷说”，即第四章标题沿用前缀，但法条仅称“行为”：“如果由我执笔，即使标题写‘法律上的行为’，内文大抵也只会写‘行为’，我想这样便不存在像村田那样的担忧了。”然而，村田坚持彻底删除前缀。[42] 此提案最终未获通过。[43]

2. 关于“行为”

“Geschäft”应被译作“行为”吗？若是，则“Rechtshandlung”应作何翻译？唯一谈及此问题的是 1893 年 6 月 9 日会议。高木丰三就“Geschäft”被译作“行为”提出疑问：“现在，激烈议论变成翻译的争执，但我是把所谓‘法律上的行为’理解成‘Rechtshandlung’，我认为那就是‘法律上的行为’。它有被用来指‘Rechtsgeschäft’这样的意义吗？”[44] 遗憾的是，如此有价值的问题，被梅谦次郎并未说明理由地一语否定：“吾人的想法是，没有必要区别‘Rechtshandlung’与‘Rechtsgeschäft’”。[45]

（三）起草委员们后来的法律行为（Rechtsgeschäft）学说

日本民法最终于 1898 年施行。[46] 但立法后，起草委员们都发展了他们的见解，并深远影响了后世术语。三人中，穗积 1926 年逝世但相关著作甚少，梅著作甚丰但 1910 年即逝世，富井 1935 年逝世且著作丰富。因此，见解的发展幅度由小至大依次为穗积、梅、富井。

1. 穗积陈重

穗积并无总则专著，但曾审阅过法制局长官兼法典调查会成员末松谦澄的《通俗民法详解》，[47] 故此书可谓经其肯认。穗积在会上曾主张“权利行为”才是“Rechtsgeschäft”的正确译法，但因“法律行为”已成定案，此书通篇采“法律行为”，惟其写道：“法律行为在法学者之间有时也被称为‘权利行为’”，[48] 这显属穗积的见解。可见，虽未标注德语，但书中

---

〔39〕 前引〔19〕，法典調查会书，199 丁里-200 丁表（“田部芳 大家提出了各种见解。但正如之前会议上的想法那样，我认为，只称之为‘法律行为’并无问题，最稳妥。不知道会不会无人赞成，但我主张此说”）；200 丁里-201 丁表（“田部芳 我最后再说一句。我非常不赞成把它完全拿掉而只称之为‘行为’。为了能被理解，不可以不作附加”）。

〔40〕 同上书，200 丁里（“横田国臣 我赞成田部的见解”）。

〔41〕 同上书，198 丁表-198 丁里（“富井政章 对‘法律上的行为’的正确解读是，它是指在人的一众行为中，那些产生法律上权利义务即法律关系的行为。由此含义来看，我认为‘法律上的行为’一词是正确的。如果只称之为‘行为’，便会导致一个困难：诸如打人、偷盗，固然都是行为，但被译成‘法律上的行为’的法语并不包含此类情形，而且本法也不包含许多此类情形。因此，难以只称之为‘行为’。所以，我认为不叫‘行为’而叫‘法律上的行为’，这样的修饰是适当的”）；200 丁里（“富井政章 只称它为‘行为’终究是会有问题的。它并不包括许多情形。像是不正当侵害，虽然同样会产生‘必须赔偿’这样的法律后果，但它是一项即使未作规定也会产生受法律保护之关系的行为。由于必须表示出‘产生受法律保护的权利关系’的意思，所以我想加上这样的字词，因为西方也是用这种风格的字词。我认为，如果只称之为‘行为’，很难说杀人或诈伪取财不是行为”）。

〔42〕 同上书，201 丁表-201 丁里（“村田保 那样的话，只称之为‘行为’还是会更好”）。

〔43〕 同上书，201 丁里。

〔44〕 同上书，199 丁里。

〔45〕 同上。

〔46〕 明治 31 年（1898）6 月 15 日法律第 11 号民法施行法。

〔47〕 ［日］末松謙澄：《通俗民法詳解卷之一総則編》，穗積陳重阅，明法堂・丸善书店 1897 年版。

〔48〕 同上书，第 168 页。

的“法律行为”无疑是指“Rechtsgeschäft”。穗积虽有英语著作，[49] 但也许因为预设读者是英美法律人，书中完全没有提及法律行为这个概念，故无法从其英语文献进行考察。

2. 梅谦次郎

梅的《民法要义》将“acte juridique”“Rechtsgeschäft”“Rechtshandlung”都译为“法律行为”：“法律行为，亦即法语的‘Acte juridique’、德语的‘Rechtsgeschäft’或‘Rechtshandlung’，是以发生法律上效力为目的的一项私法上的意思表示，或数项私法上的意思表示的合致。”[50] 其《民法原理》亦然：“法律行为，亦即法语的‘acte juridique’、德语的‘Rechtsgeschäft’或‘Rechtshandlung’，是以发生私权相关的法律上效力为目的的意思表示。”[51] 可见，此时的梅，如同其会上所言，将“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”视作同义词。相应地，梅在论述行为能力时，也在“行为能力”一词后加括号标注“Geschäft-oder Handlungsfähigkeit”。[52]

但数年后，其见解有巨变。梅显然已意识到“Rechtsgeschäft”不等于“Rechtshandlung”，但因为现行法已将“Rechtsgeschäft”译为“法律行为”，梅遂提出折衷方案。其后期版本的《民法原理》，提出“法律行为”一词有广狭二义：“若广义地使用此词，凡产生法律上效力的行为，都包括在内。因此，狭义法律行为外的事务管理、不当得利、不法行为之类，皆属广义法律行为。实际上，德语‘Rechtshandlung’也常被译为‘法律行为’。有许多学者如上述般广义地使用‘法律行为’一词。然而，狭义地使用时，‘法律行为’仅指以产生私权相关法律上效力为目的的意思表示，而我国（指日本）新民法即在这种意义上使用‘法律行为’一词。因此，新民法所谓‘法律行为’，仅相当于‘Rechtsgeschäft’。此外，法语‘acte juridique’同被译为‘法律行为’，其虽亦有广狭二义，但许多情况下皆作广义用。”[53]

3. 富井政章

富井有些著作不提外语，[54] 兹仅检视其提及外语的《民法原论》。

如同后期的梅，富井意识到“Rechtshandlung”更应译为“法律行为”，遂采取与梅一样的折衷办法。此书早期版本称“Rechtshandlung”为“广义法律行为”或“广义法律上的行为”：“‘法律行为’（Rechtsgeschäft）的本义如何，容后于展示其定义时再行论述。新近观念将法律行为狭义地理解成仅指以发生私法上效果为目的者，而非指一切行为。……广义上，任何产生法律上效果的行为（Rechtshandlung）也被称为‘法律行为’或者‘法律上的行为’，但那不是我国（指日本）民法上所称的法律行为。”[55]

然而，此书后期版本[56] 已删除广狭二义说，将“法律上的行为”专用于“Rechtshandlung”，并将“法律行为”专用于“Rechtsgeschäft”。于是，在立法阶段被弃用的“法律上的行为”，找到了新归宿“Rechtshandlung”。也许正是为了避免混淆，富井指出“Rechtshand-

〔49〕 See Nobushige Hozumi, *Lectures on the New Japanese Civil Code: as Material for the Study of Comparative Jurisprudence*, Second & Revised Edition, Tokyo, Osaka & Kyoto: The Maruzen Kabushiki-Kaisha, 1912.

〔50〕［日］梅謙次郎：《民法要義卷之一総則編》，私立法政大学・中外出版社・有斐阁 1896 年版，第 198 页。该书 1905 年版（第 198 页）论述仍相同。

〔51〕［日］梅謙次郎：《民法原理総則編》，和佛法律学校 1899 年版，第 294 页以下。

〔52〕 前引〔50〕，梅謙次郎书，第 6 页以下。

〔53〕［日］梅謙次郎：《民法原理卷之一総則編》，和佛法律学校・明法堂 1903 年版，第 297 页。

〔54〕 例如，［日］富井政章：《民法總則上卷》，日本最高裁判所图书馆馆藏手抄本，未注明年份。

〔55〕［日］富井政章：《民法原論第一卷總論》，有斐阁 1905 年版，第 312 页。

〔56〕［日］富井政章：《民法原論第一卷總論》，有斐阁 1922 年版。

lung”尚名为“法的行为”：“法律行为以外的适法行为（称为‘法律上的行为’或‘法的行为’），则是泛称产生法律上一定效果者，至于当事人是否希望产生，在所不问。”至于“acte juridique”，则被译作“法律行为”，故无疑可指“Rechtsgeschäft”，但可否等同“Rechtshandlung”，则无从推知。[57]

（四）对日本法上汉字译语的评论

1. 关于“法律”：“Recht”是“法律”还是“权利”

（1）穗积“权利行为说”的依据不确凿

如前所述，穗积在会上援引温德沙伊德教科书的定义，主张“权利行为说”。然而，其论证并不可靠，因为他引用了过时的定义。虽然他并未提及版本，但必定是第 4 版或之后的版本，因为第 1、[58] 2、[59] 3、[60] 版皆非如此定义。穗积所引定义，见于 1875 年第 4 版[61]与 1882 年第 5 版。[62] 然而，1887 年第 6 版已将定义改成：“法律行为（Rechtsgeschäft）是旨在引发法律效力（rechtliche Wirkung）的私人意思表示”。[63] 此定义在温德沙伊德生前最后一版即 1891 年第 7 版[64] 仍然未变，并为基普（Kipp）修订的 1900 年第 8 版和 1906 年第 9 版沿用。[65] 即使认为“rechtliche”是“Recht”的形容词，故究竟是指“法律”还是指“权利”并不清晰，但其最通常的含义无疑是前者。[66]

（2）当代“权利行为”与“法律行为”之争

在日本学界，“法律行为”这个译语至今仍有质疑。“权利行为”论者的理据是，“Rechtsfähigkeit”被译作“权利能力”，故“Rechtsgeschäft”也应译作“权利行为”。[67] 但此说的问题有三：其一，“Rechtsfähigkeit”究竟是“权利能力”还是“法律能力”，不无疑问；其二，“权利能力”一词在 2004 年才首现于日本民法，[68] 故不能以其为理据；[69] 其三，遇有疑义时，为译语统一起见，也应是迁就“法律行为”而译为“法律能力”，而非迁就“权利能力”而译为“权利行为”。此外，“权利行为说”更有其变体：山本敬三[70] 与北居功[71] 主张，应将“Rechtsgeschäft”译为“权利义务设定行为”，惟这已是“超译”。“法律行为”

---

〔57〕 另外，前引〔55〕〔56〕富井前后期版本，皆未标示行为能力的外语。

〔58〕 参见 Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 1. Aulf., Düsseldorf: Verlagsbuchhandlung Julius Buddeus, 1862, S. 145（“法律行为（Rechtsgeschäft）是以‘权利应当发生、消灭或经历变更’为内容的私人意思表示”）。

〔59〕 同上引 Windscheid 书，第 2 版，1867 年，第 157 页（只是把第 1 版定义中的“私人意思表示”即“die Willenserklärung einer Privatperson”缩略成“die Privatwillenserklärung”）。

〔60〕 同上引 Windscheid 书，第 3 版，1870 年，第 158 页（定义同第 2 版）。

〔61〕 同上引 Windscheid 书，第 4 版，1875 年，第 174 页。

〔62〕 Vgl. Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Erster Band, 5. Aulf., Frankfurt a. M.: Literarische Anstalt Rütten & Loening, 1882, S. 176.

〔63〕 同上引 Windscheid 书，第 6 版，1887 年，第 186 页。

〔64〕 同上引 Windscheid 书，第 7 版，1891 年，第 166 页。

〔65〕 同上引 Windscheid 书，第 8 版，1900 年，第 266 页；第 9 版，1906 年，第 310 页。

〔66〕 Vgl. Gerhard Wahrig, Deutsches Wörterbuch, Gütersloh: Bertelsmann Lexikon Verlag, 1997, ,,rechtlich“.

〔67〕 参见［日］辻正美：《民法総則》，成文堂 1999 年版，第 187 页。

〔68〕 平成 16 年（2004）12 月 1 日法律第 147 号。

〔69〕 参见前引〔28〕，原田剛文，第 28 页以下。

〔70〕 参见［日］山本敬三：《民法の改正と民法典の体系》，载金融财政事情研究会编：《田原睦夫先生古稀・最高裁判事退官記念論文集現代民事法の実務と理論（上巻）》，金融财政事情研究会 2013 年版，第 10 页以下。

〔71〕 参见［日］北居功：《民法改正と契約法（第 24 回）民法の体系》，《法学セミナー》710 号（2014 年），第 82 页。

论者的理据则是，意思表示正是属于“法律”设定行为。[72]

（3）本文见解：“Recht”的“法律”与“权利”二义性

“Recht”可指权利、法律，或兼指二者。因此，在第三种情形，解作权利或法律皆可。“Rechtsgeschäft”便是如此。一方面，“Rechtsgeschäft”旨在变动权利，故译作“权利行为”并无不可。由于某人权利变动必意味着他方义务变动，故也不必译作“权利义务设定行为”。另一方面，由于权利变动或曰法律效果，乃“Rechtsgeschäft”的作用，故译作“法律行为”亦无不可。以意思表示来变动权利义务，在某种意义上即为彼此制定“法律”，这是因为法律无非旨在设定权利义务，此即弗卢梅（Flume）所称“规则意义上的法律行为”（Rechtsgeschäft als Regelung）。[73] 为已“立法”，正是法律行为（Rechtsgeschäft）的自治功能所在。

因此，是“权利行为”还是“法律行为”，乃假两难问题。执着于孰是孰非，是忽略了“Recht”的前述第三种含义。这种忽略全因未能认清，虽汉字上权利就是权利、法律就是法律，但德语却不然（为了表达第三种含义，便曾有国人将“Recht”译为“法权”[74]）。只不过是历史选择了“法律”行为罢了。

2. 关于“行为”：“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”的混淆

（1）问题所在

相较于“Recht”而言，“Geschäft”的译法更值关注。日本旧民法将“acte juridique”译为“权利行为”。在日本新民法中，“行为”被沿用以翻译“Geschäft”，这种不当译语影响后世甚深，因为“acte juridique”对应的是“Rechtshandlung”而非“Rechtsgeschäft”。19 世纪德国学者的对译，可资佐证：法国民法典生效后不久便已出版的德语注解书，已将“acte juridique”译成“Rechtshandlung”。[75] 由于“acte”与“Handlung”对应，[76] 故“acte juridique”与“Rechtshandlung”应有相同译语，而“Rechtsgeschäft”则应有不同译语。即使认为在新民法下只应讨论德语译法，立法者的理解仍有问题，因其误以为不必区别“Rechtshandlung”与“Rechtsgeschäft”。

（2）起草委员有疏忽吗

针对梅谦次郎的“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”等同论，滨上则雄评论认为其不理解法律行为的概念。[77] 然而，原田刚认为此种批评太过苛刻，因为滨上是站在二者之分已被确立的当下回望，[78] 但必须先了解 1893 年会议当时的德国学说状况，方能客观评价。

19 世纪末，一些德国主流教科书的确未区分“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”。以

〔72〕 参见［日］前田達明：《民法の体系について（下）》，《法学セミナー》731 号（2015 年），第 53 页注 58；［日］前田達明：《〈法解釈入門〉の入門（2）》，《法学教室》406 号（2014 年），第 66 页注 24。全部转引自前引〔28〕，原田剛文，第 60 页，注 3-4。

〔73〕 Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, Springer-Verlag, S. 78; Flume, Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten, in: Archiv für die civilistische Praxis, 161. Bd., H. 1 (1962), S. 52-76, *passim*.

〔74〕 关于“法权”这种译法的由来，参见唐晓晴、文稳：《中国语境下的权利论题与罗马法尤斯（IUS）传统的变异——以展示相关术语使用的困惑及其理顺之建议为焦点》，《交大法学》2020 年第 2 期，第 9 页（二人主张恢复这种译法）。

〔75〕 Vgl. Christoph Dabelow, Ausführlicher theoretisch-practischer Kommentar über den Code Napoléon, I, Leipzig: im Schwickertschen Verlage, 1810, *passim*.

〔76〕 相同见解，例如［日］岩田新：《日本民法総論》，有斐阁 1941 年版，第 373 页。

〔77〕 参见前引〔9〕，浜上則雄文，第 89 页。

〔78〕 参见前引〔28〕，原田剛文，第 59 页。

这一区分的“试金石”催告为例，催告引致的迟延，并非规则（Regelung）意义上对法律效果的规定（Statuierung），但如弗卢梅所言，“迟延仍有私法自治的元素。在迟延并未因法律而发生的情形，催告是否会确立迟延的法律效果，终究取决于债权人的决定。这就是为何催告曾被认为是法律行为（Rechtsgeschäft）”。〔79〕在日本民法起草会议上不时被提及的邓恩伯格（Dernburg），在1892年的体系书中仍未论述法律上的行为（Rechtshandlung），且仍认为催告是法律行为（Rechtsgeschäft）。〔80〕相应地，穗积、梅、富井的著作，或未提及法律上的行为（Rechtshandlung），〔81〕或明言“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”等同，〔82〕或意识到二者有别但仍未建构法律上的行为（Rechtshandlung）体系，〔83〕且三人都认为催告属法律行为（Rechtsgeschäft）。〔84〕虽然到了1920年代，日本学界开始有人认为催告属于准法律行为，但富井依然采法律行为说，并指此说仍是主流。〔85〕梅谦次郎于1910年逝世，穗积则未论述此问题。因此，批评起草委员不懂法律行为（Rechtsgeschäft），未免过苛，他们至少是跟随了某些德国学说。随着20世纪初法律上的行为（Rechtshandlung）体系日渐常见于德国教材，法律行为（Rechtsgeschäft）与法律上的行为（Rechtshandlung）之分才终于被日本学界继受。具言之，要到20世纪10至20年代紧贴德国学说的集大成者鸠山秀夫那里，二者之分才终告奠立。〔86〕德国学者马尼克（Manigk）发展了法律上的行为（Rechtshandlung）体系的1901年专著，〔87〕在1910年已被鸠山秀夫引用。〔88〕催告也终于被排除出法律行为（Rechtsgeschäft）的范围。〔89〕

〔79〕 Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, Springer-Verlag, S. 107. 原田也引用了弗卢梅的观点，参见［日］原田剛：《“法律行為”文言の確立と“法律行為”概念の現在的意義（三・完）——法典調査会、ドイツの議論を手掛かりとして——》，《法学新報》123卷第8号（2017年），第59页以下。

〔80〕 Vgl. Heinrich Dernburg, Pandekten, Erster Band, 3. Aulf., Berlin: Müller, 1892, S. 218. 原田称，邓恩伯格此书的1884年第1版（第211页以下）将催告视为法律行为（参见上引原田剛文，第49页，第85页注80）。但笔者翻查发现，无论是第1版还是1888年第2版（第213页）皆无相关段落。在1892年第3版，邓恩伯格才新增了一段为单方法律行为（Rechtsgeschäft）举例，说催告属法律行为。

〔81〕 参见前引〔47〕，末松謙澄书，第167页。

〔82〕 参见前引〔50〕，梅謙次郎书，第198页；前引〔51〕，梅謙次郎书，第294页以下。

〔83〕 参见前引〔53〕，梅謙次郎书，第297页；前引〔55〕，富井政章书，第312页。

〔84〕 参见前引〔47〕，末松謙澄书，第167页以下；前引〔50〕，梅謙次郎书，第198页；前引〔55〕，富井政章书，第319页。

〔85〕 参见前引〔56〕，富井政章书，第319页。

〔86〕 参见前引〔8〕，鳩山秀夫书，第24页，第44页；［日］鳩山秀夫：《日本民法総論》，岩波书店1927年版，第274页（下称鳩山秀夫《民総》）。

〔87〕 Vgl. Manigk, Das Anwendungsgebeit der Vorschriften für die Rechtsgeschäft, M. & H. Marcus, 1901. 20世纪初，德国出现了首批细化行为（Handlung）体系的博士论文与专著。最重要者，当属马尼克。他（1907年）将广义法律上行为（juristische Handlung/Rechtshandlung）分为三类，即不法行为（unerlaubte Handlung）、法律行为（Rechtsgeschäft）、狭义法律上行为（Rechtshandlung）。狭义法律上行为又分三种：一是纯粹外部行为（rein äussere Handlungen），如加工、收取孳息、发明；二是个别内部事实关联行为（mit besonderen inneren Tatsachen verknüpfte Handlungen），如设立住所、无因管理、道歉、承认非婚生亲子关系；三是通知（Mitteilungen），包括观念通知如陈述、承认，以及意思通知如催告。纯粹外部行为不得类推适用法律行为（Rechtsgeschäft）规则，其他则视性质而定。Vgl. Alfred Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. Ihr Begriff und ihre Behandlung nach bürgerlichem Gesetzbuch: ein System der juristischen Handlungen, Berlin: Scientia-Verl., 1907. 马尼克后来尚有三部同类专著，参见 Manigk, Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum, in: Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 1933; Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, Berlin, 1939; Manigk, *Studi di diritto italiano e Tedesco sulla natura e l' inquadramento sistematico degli atti giuridici privati*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, XVI, 1943, pp. 133-167。

〔88〕 参见前引〔8〕，鳩山秀夫书，第25页。

〔89〕 同上书，第25页；前引〔86〕，鳩山秀夫《民総》，第277页。

可见，三名起草委员未区分“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”，的确受时代认知所限。然而，笔者不认为他们毫无疏忽，因为当时也有德国学者区别二者，如雷格斯伯格（Regelsberger）。[90] 如果说其书出版于 1893 年故不能被日本民法起草委员们考虑，那么萨维尼（Savigny）也早在 50 年前已区分了二者。[91] 如果说萨维尼所著为罗马法著作，未被考量情有可原，那么采纳萨维尼之区分的 1888 年德国民法典第一草案理由书亦应被考虑。既然日本民法是大量参考此部草案尤其它的“Rechtsgeschäft”概念，[92] 而此部草案在同年即被极高效地译为日语出版，且翻译上“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”也被区别对待，[93] 姑且不论选词是否妥当，二者之分为何未被注意到？即使日本起草委员们是特意不采此种概念区分，至少也应对“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”二词有不同翻译，而非一律称作“行为”。再者，考虑到三人对德国学说的了解（穗积与梅曾留学柏林大学修习法律，[94] 富井虽未留德但有精通德语的仁井田益太郎任起草补助委员，为其翻译德语资料[95]），将二者都译作“行为”，实是难获开脱之举。

（3）“行为之乱”的具体表现

若将“Geschäft”与上位概念“Handlung”都称作“行为”，泾渭分明的德语术语在汉字上即无法被区别。这种致命失误，影响后世甚深，堪称“行为之乱”。兹将当时各家用法梳理成表，足见其混乱程度：

		Rechtsgeschäft	Rechtshandlung
法典主查会	前期	法律上的行为	法律上的行为
	后期	法律行为	法律行为
穗积陈重		法律行为	?
梅谦次郎	前期	法律行为	法律行为
	后期	（狭义）法律行为	广义法律行为
富井政章	前期	（狭义）法律行为 （狭义）法律上的行为	广义法律行为 广义法律上的行为
	后期	法律行为	法律上的行为 法的行为

〔90〕 雷格斯伯格在当时已将法律上的行为（juristische Handlung）区分成法律行为（Rechtsgeschäft）与类似法律行为的行为（rechtsgeschäftsähnliche Handlung）两类：“视乎法律效果是被积极地追求，还是无论行为者（Handelnden）意图如何都会发生，它们可被分为两类。前一类便是法律行为（Rechtsgeschäft）。后一类没有命名，可被称为类似法律行为的行为（rechtsgeschäftsähnliche Handlung）。” Ferdinand Regelsberger, Pandekten, Leipzig: Duncker & Humblot, 1893, S. 475.

〔91〕 19 世纪中叶，萨维尼视意思与效果的对应为法律行为（Rechtsgeschäft）的特征，将其区别于法律上的行为（Rechtshandlung）：“在自由行为方面，行为者（Handelnden）的意思可以有两种作用方式：一是直接指向法律关系的创设或解消，即使这可能是为了达到其他甚至无关法律之目的的手段。这些事实是意思表示或曰法律行为（Rechtsgeschäft）。二是直接指向其他目的即非法律目的，因此法律效力要么是在意识中退居于从属地位，要么根本不被欲求。” Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 3, Berlin, 1840, 2. Buch, Die Rechtsverhältnisse, Drittes Kapitel. Von der Entstehung und dem Untergang der Rechtsverhältnisse, § 104, S. 5-6.

〔92〕 参见前引〔8〕，鳩山秀夫书，第 3 页。

〔93〕 参见前引〔18〕。

〔94〕 参见前引〔49〕，Nobushige Hozumi 书，第 20 页。梅谦次郎先后留学法国里昂大学和德国柏林大学。虽曾留德，但其最熟悉的还是法国法与法语。笔者曾向日本九州大学名誉教授西村重雄与大阪大学教授林智良请益，他们都认为梅谦次郎可能相对不熟悉德国学说，因而才认为无必要区别“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”。

〔95〕 参见前引〔55〕，富井政章书，第一卷下序第 2 页。

当时，由于更适合对译“Rechtshandlung”的“法律行为”已被用于对译“Rechtsgeschäft”，起草委员们不可能事后改译，故只能以学说之名修补。方案有二：其一，是区分狭义与广义，前者指“Rechtsgeschäft”，后者指“Rechtshandlung”（此乃梅后期做法、富井前期做法）；其二，是将“法律行为”专用于“Rechtsgeschäft”，称“Rechtshandlung”为“法的行为”或“法律上的行为”（此乃富井后期做法）。然而，此二方案皆未直击关键，即在用词上区分“Geschäft”和“Handlung”，反而治丝益棼。后一方案将一者称为“法律”，将另一者称为“法的”或“法律上的”，更是焦点错放，因为二者之别非在“Recht”。这种不智处理，更让法律行为（Rechtsgeschäft）和各类法律上的行为（Rechtshandlung）的关系，在汉字上陷入灾难性混乱：

其一，是“rechtswidrige Handlung”，它被起草委员们称为“不法行为”。无论是在法典调查会的会议上还是教科书中，〔96〕它都常与法律行为（Rechtsgeschäft）并列，但这正是对二者上下位关系的无视。汉字上二者仿佛同级，但实应先将行为（Handlung）分成“适法”（rechtmäßige）与“违法”（rechtswidrige）两类，法律行为只是适法行为的一种而已。

其二，是“rechtsgeschäftsähnliche Handlung（geschäftsähnliche Handlung）”，其被起草委员们称为“准法律行为”。〔97〕但顾名思义，首先，它是“Rechtshandlung”（法律上的行为）的一种；其次，它类似“Rechtsgeschäft”（法律行为），因为二者皆属表示。换言之，“Rechtshandlung”包括“Rechtsgeschäft”与类似“Rechtsgeschäft”的其他“Rechtshandlung”。若把“Handlung”与“Geschäft”都译成“行为”，则“rechtsgeschäftsähnliche Handlung”只能译为“类似法律行为的行为”。于此，异词同译的做法没有从一而终，此词被译成“准法律行为”。但这种译法未将“Handlung”译出，故与原文不对应。

其三，是“Realakt”，其与法律行为（Rechtsgeschäft）和准法律行为（rechtsgeschäftsähnliche Handlung）处于同一层次，皆属法律上的行为（Rechtshandlung）。但有别于前两者，“Realakt”并非表示型的法律上的行为。原本，即使“Handlung”与“Geschäft”皆被译为“行为”，也不代表“Akt”亦须译为“行为”，但“Realakt”也被起草委员们称为“事实行为”。〔98〕可见，“Handlung”与“Geschäft”的异词同译甚至造成破窗效应，使混乱状态更甚。

（4）“行为之乱”的延续

起草委员们酿成的“行为之乱”，最终被后来的日本学界沿袭。这并非后世无知，而是“Geschäft”与“Handlung”以至“Akt”的译语不分，已积重难返。例如，鸠山秀夫对法律上的行为（Rechtshandlung）的体系性论述，虽然极其详实，但一配上混乱术语，也回天乏术。他似乎尽力避免歧义（例如在说明“Handlung”时用了其他词汇譬如“举动”〔99〕），但仍然将“Handlung”“Geschäft”“Akt”都称作“行为”。〔100〕例如，事实行为（Realakt）既非法律行为（Rechtsgeschäft），亦非准法律行为（rechtsgeschäftsähnliche），故不适用行为能力（Geschäftsfähigkeit）的规定。〔101〕原本德文术语的逻辑一目了然，但一经翻译则变得混乱。

〔96〕 参见前引〔47〕，末松謙澄书，第167页；前引〔55〕，富井政章书，第311页。
〔97〕 参见前引〔56〕，富井政章书，第311页。
〔98〕 同上。
〔99〕 参见前引〔86〕，鳩山秀夫《民総》，第333页以下。
〔100〕 参见前引〔8〕，鳩山秀夫书，第5页，第45页以下；前引〔86〕，鳩山秀夫《民総》，第275页以下。其同代人亦然，例如前引〔76〕，岩田新书，第373页以下。
〔101〕 参见前引〔8〕，鳩山秀夫书，第44页以下。

此场“行为之乱”最终也波及了其他概念。例如，上下位概念“Handlungsfähigkeit”与“Geschäftsfähigkeit”，便被译为“广义行为能力”与“（狭义）行为能力”。[102] 再如，“Handlungswille”与“Geschäftswille”，则被译为“行为意思”与“法律行为意思”；吊诡的是，此处术语却不再采广狭二分，于是又为“行为之乱”再度添乱。鸠山写道，正因如此，许多人宁愿用“Geschäftswille”的别称“Erfolgswille”即“效果意思”，[103] 这就是为何在德国比较常见的是“Geschäftswille”，但在日本（与中国）“效果意思”则远为常见。

“行为之乱”最终迭代延续，[104] 此后再无重大转捩点，兹不赘述。

（5）“行为之乱”的当代日本反思

当然，当代日本学界并非无人注意过本文所称的“行为之乱”。相反，几乎每隔十余年，便有人重提。

20 世纪 60 年代末（1968 年），如前所述，时任日本大阪大学助教授的滨上则雄[105] 便尖锐地批评道，梅谦次郎在立法会议上说无必要区别“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”，是因不理解法律行为（Rechtsgeschäft）概念。[106]

80 年代初（1981 年），时任日本神户大学法学部助教授[107] 的高木光，更指出日本法学把“Geschäft”“Handlung”“Akt”三者统统译成“行为”，未能如德语般清晰区别三者，引致日本法在继受德国法时，在一些术语上构词方式不得不有所转变：“日本民法学说没有任何对应‘Geschäft’‘Akt’‘Handlung’这些词的词汇构成部分，以让它们作为术语可以被互相区别。日本民法第 90、92 条的‘法律行为’，对应的是‘Rechtsgeschäft’，但单就字面上讲，它也对应‘Rechtsakt’或‘Rechtshandlung’。当日本民法学说想采纳‘狭义 Rechtshandlung’（Rechtshandlung i. e. S.，又名‘geschäftsähnliche Handlung’）时，必须以不同的方式构成相应的词汇。字面上说，‘准法律行为’一词对应的是‘Quasi-Rechtsgeschäft’。”[108] 然而，他并未提出改译。而且，他对日本法这种继受的评价比较含蓄：“由于语言与理论上的原因，这种继受既有些不足，又有些过度。”[109]

至 80 年代末（1988 年），时任日本东北大学法学部专任讲师的德国人卡尔-弗里德里希·伦茨（Karl-Friedrich Lenz）[110] 在评价德国法的“日本化”时也指出，汉字“法律行为”并非“Rechtsgeschäft”的良好翻译，其会令词义发生变化或遗失，因为“Handlung”才应被译成“行为”：“‘法律行为’一词作为译语，是否无法再改进，无疑值得商榷。假如将此词的两

〔102〕 参见前引〔8〕，鳩山秀夫书，第 41 页，第 51 页以下。

〔103〕 参见前引〔86〕，鳩山秀夫《民総》，第 333 页以下。

〔104〕 例如，鳩山秀夫的学生我妻荣，便也继承了“行为之乱”。参见［日］我妻荣：《民法総則（民法講義 I）》，岩波书店 1934 年版。

〔105〕 一年后升任大阪大学教授，1990 年任名誉教授。

〔106〕 参见前引〔9〕，浜上則雄文，第 89 页。

〔107〕 现为日本京都大学名誉教授。高木的专业为行政法，是塩野宏的弟子。他的论文《行政事实行为（Realakt）与行政行为（Handlung）形态学说——日本与德国的学说对比——》，也是行政法学论文。但如其所言，“日本的行政行为（Verwaltungsakt）学说，是对德国学说的继受。德国的行政行为（Akt）学说，则是民法上法律行为（Rechtsgeschäft）学说的局部转化”。正因如此，他从民法学的“Rechtsgeschäft”的翻译问题谈起。Vgl. Hikaru Takagi, Verwaltungs Realakt und die Lehre von den Handlungsformen der Verwaltung —Ein Kontrast zwischen japanischer und deutscher Lehre—, in: Kobe University Law Review, International Edition, No. 15, 1981, p. 29.

〔108〕 同上引 Hikaru Takagi 文，第 30 页（原文将“Quasi-Rechtsgeschäft”误写成“Ouasi-Rechtsgeschäft”）。

〔109〕 前引〔107〕，Hikaru Takagi 文，第 29 页。

〔110〕 现为日本青山学院大学教授，研究方向为基础法学与德国法等。

个构成部分回译成德语，则‘法律’乃是‘Gesetz’，‘行为’乃是‘Handlung’。严格而言，日本民法不是在讲‘Rechtsgeschäft’，而是在讲‘Gesetzhandlung’。于是，‘Geschäftsfähigkeit’便同样如此。它在日本被称为‘行为能力’，也就是‘Handlungsfähigkeit’。即使对德国人来说，‘Rechtsgeschäft’（法律行为）、‘Unerlaubte Handlung’（不法行为）与‘Verwaltungsakt’（行政行为）这几个词在日语中有部分重叠，同样是不寻常的。但另一方面，‘法律行为’一词在日本已使用经年，难以被取代。”〔111〕然而，伦茨在文中并未为“Rechtsgeschäft”一词提出任何改译方案。但是，他后来在任职的日本青山学院大学网站个人页面上，为自己这篇德语论文的标题“Rechtsgeschäft und Gesetzhandlung”加上了日语翻译标题“法的业务と法律行为”。〔112〕可见，他认为“Geschäft”应译作“业务”，“Handlung”才应译作“行为”。笔者认为，伦茨的意见是重要的，因为目前探讨“Rechtsgeschäft”译语问题的学者，即使德语再好，也都不是以德语为母语。伦茨身为一名研究德国法与日本法、在日本生活近40年的德语母语者，就此问题提出的评论，是极其罕见的重要“证言”。

此后，也许正如伦茨指出的，由于“法律行为”这个不良译语使用经年，实际上已无法被取代，故这个论题似乎再未在日本法学界引起波澜。虽然在21世纪仍有学者论及法律行为的术语问题，例如21世纪初的平井宜雄〔113〕以及近年的原田刚，〔114〕但都已接受“法律行为”四字为定论，把视角转向立法过程中“法律行为”术语的形成史，而非侧重批判或改译。

三、“法律行为”汉字术语在中国的传播

（一）近代中国法对“法律行为”译语的继受与反思

1. 日本法学译介阶段（1900年代）

立法上，清廷于1908年聘请毕业于日本东京帝国大学的松冈义正〔115〕起草大清民律草案总则，〔116〕故毫不意外，1911年8月完成的草案采用了“法律行为”一词（“法律行为”是总则第五章的标题，在草案中共出现了60次）。此乃“法律行为”一词首次出现于中国立法。但两个月后清朝便已覆亡，故此法从未施行。

学术上，中国学界是经由两类日本论著的中译本接触法律行为（Rechtsgeschäft）理论：其一，是已出版书籍的译本。富井政章《民法原论》便有两部译本。一部是由留学日本法政大学“清国留学生法政速成科”（于1904年至1908年间设立）的陈海瀛与留学日本早稻田大学的陈海超所译，〔117〕另一部则是由留学早稻田大学的王双岐所译，〔118〕两部皆出版于1907年。

〔111〕 Karl-Friedrich Lenz, Rechtsgeschäft und Gesetzhandlung, in Helmut Coing, Ryuichi Hirano, Zentaro Kitagawa, Junichi Murakami, Knut Wolfgang Nörr, Thomas Oppermann, Hiroshi Shiono (Hrsg.), Die Japanisierung des westlichen Rechts: Japanisch-deutsches Symposion in Tübingen vom 26. bis 28. Juli 1988, S. 203-204.

〔112〕 参见日本青山学院大学网站，https://raweb1.jm.aoyama.ac.jp/aguhp/KgApp?resId=S000022，2025年1月11日最后访问。

〔113〕 参见前引〔5〕，川島武宜等书，第4页。

〔114〕 参见前引〔28〕，原田剛文，第27页以下；［日］原田剛：《“法律行為”文言の確立と“法律行為”概念の現在的意義（二）——法典調査会、ドイツの議論を手掛かりとして——》，《法学新報》122卷第11·12号（2016年），第69页以下；前引〔79〕，原田剛文，第35页以下。

〔115〕 参见［日］東京帝国大学：《東京帝国大学卒業生氏名録》，1933年，第25页。

〔116〕 参见［日］島田正郎：《清末における近代的法典の編纂》，日本法政大学1980年版，“大清民律草案の編纂”章。

〔117〕 参见［日］富井政章：《民法原论》，陈海瀛、陈海超译，上海商务印书馆1907年版，第239页。

〔118〕 参见［日］富井政章：《民法原论》，王双岐译，渊学书社1907年版，第253页以下。

再如梅谦次郎《民法要义总则编》的译本，由留学前述速成科的孟森所译，出版于 1910 年。[119] 穗积陈重则无总则论著。其二，是留学生整理的课堂讲义。1903 年担任法政大学初代总理的梅谦次郎，正是前述速成科的民法导师，[120] 故学生中流传不少其讲义，即使译者并非留学该校，如留学日本明治大学的黎炳文与李栋译的《汉译民法讲义》（1907 年），[121] 留学该速成科的周大烈与陈国祥编的《民法总则之二》（1913 年），[122] 与留学该速成科的张伯桢译的《民法总则篇下》（年份不详）。[123]

尽管一些译著并无太大问题，[124] 但不少译著并不理想。因此，在日本民法对“Rechtsgeschäft”的翻译已不恰当的情形下，这些译本更为国人多设了一重障碍，让中国法学不易在接触“Rechtsgeschäft”之初便发现问题，错失了后发先至的机会，重蹈了日本法学的覆辙。

不理想之一，是翻译不当。例如富井的以下一段重要论述：

富井 原文〔125〕	此區別ハ私法上ノ效果ヲ生スヘキ一切ノ行爲ヲ網羅スルモノナルヤハ主トシテ「法律行爲」（Rechtsgeschäft）ノ本義如何ニ依ルコトニシテ此點ハ後ニ其定義ヲ示ス際ニ之ヲ述フヘシ近時ノ觀念ハ法律行爲ヲ狹義ニ解シ單ニ私法上ノ效果ノ發生ヲ目的トシテ一切ノ行爲ヲ謂フモノトセサル如シ（三二〇頁）此見解ニ從ヘハ法律行爲又ハ不法行爲ニ非サル數多ノ行爲アルニ至ルハ必然ノ結果トス尚廣義ニ於テ凡テ法律上ノ效果ヲ生スル行爲（Rechshandlung）ヲ「法律行爲」又ハ「法律上ノ行爲」ト稱スルコトアルモ是我民法上法律行爲ノ意義ニ非サルナリ
陈译本〔126〕	以上区别，能举发生私法上效果之各行为，而统括之乎？此说宜依法律行为之本义如何而定。近世观念，执狭义以释法律行为，非仅就以发生私法效果为目的之各行为而言。苟从其说，则法律行为，及不法行为之外，必别有各种行为。又有以能生法律上效果之行为，总称之为法律行为。然此非日本民法上法律行为之意义也。
王译本〔127〕	法律行为与不法行为之区别，能将凡为发生私法效果之一切行为举而尽网罗于其内耶？欲定之，宜依“法律行为”之本义如何。法律行为之定义，于后示之。非此所宜言也。然据今之观念，类以狭义解之，曰法律行为，非谓单以发生私法上之效果为目的之一切各行为也。既如其说（二六一页），则法律行为及不法行为以外，必别有数多行为在焉。尚有执广义解之者，曰凡生法律之效果之行为，统为“法律行为”。是非我（日本）民法所谓法律行为之义。

〔119〕 参见［日］梅谦次郎：《日本民法要义总则编》，孟森译述，上海商务印书馆 1910 版，第 113 页。

〔120〕 参见［日］梅謙次郎、筧克彦、岡田朝太郎、中村進午、山崎覺次郎、野村浩一：《法政速成科講義錄》，法政大学 1905 年版。

〔121〕 参见［日］梅谦次郎讲述：《汉译民法讲义》，黎炳文、李栋译，天津保定官书局 1907 年版，第 29 页。

〔122〕 参见［日］梅谦次郎讲义：《民法总则之二》，周大烈、陈国祥编辑，上海羣益书社 1913 年发行，第 13 页。此讲义综合了梅的《民法要义》（1906）、《民法原理》（1903）、法政大学民法债权讲义（1906），甚至混杂了志田钾太郎的日本大学民法总论讲义（1906）。

〔123〕 参见［日］梅谦次郎讲义：《民法总则篇下》，张伯桢译，手稿，未标示年份，第 151 页。封面标注“张篁溪译”，篁溪乃其号。各人留学记录，参见［日］法政大学大学史资料委员会编：《法政大学史資料集第十一集（法政大学清国留学生法政速成科特集）》，法政大学 1988 年版，第 87 页（陈海瀛），第 77、82 页（周大烈），第 81、84、98 页（陈国祥），第 81、85 页（张伯桢）；［日］高木理久夫、森美由紀：《早稲田の清国留学生—〈早稲田大学中国留学生同窓録〉の記録から—》，《早稲田大学図書館紀要》第 62 号（2015 年），第 46、81 页（陈海超），第 45、94 页（王双岐）；［日］田原天南编：《清末民初中國官紳人名録》，中国研究会 1918 年版，第 259 页（孟森）；［日］明治大学百年史编纂委员会编：《明治大学百年史第 1 卷（史料編 1）》，日本明治大学 1986 年版，第 450、461 页（黎炳文、李栋）。

〔124〕 例如前引〔122〕，周、陈编辑梅讲义，第 13 页；上引张译梅讲义，第 151 页。

〔125〕 前引〔55〕，富井政章书，第 312 页。

〔126〕 前引〔117〕，陈译富井书，第 239 页。

〔127〕 前引〔118〕，王译富井书，第 253 页以下。

（续表）

笔者译文	此区别（笔者按：指“法律行为”与“不法行为”的区别）是否涵盖一切产生私法上效果的行为，主要视乎“法律行为”（Rechtsgeschäft）的本义如何，容后于展示其定义时再行论述。新近观念似是将法律行为狭义地理解成只是指以发生私法上效果为目的者，而非指一切的行为（三二〇页）。若依此见解，则许多行为既非法律行为又非不法行为，乃必然结果。广义上，任何产生法律上效果的行为（Rechshandlung）也有被称为“法律行为”或者“法律上的行为”，但那不是日本民法上所称的法律行为。

陈译本和王译本的共同问题有三。其一是将德语去掉：原著鉴于“行为”一词同被用于翻译“Geschäft”与“Handlung”，故特意标示德语，但德语却被译本去掉，令读者完全蒙在“行为之乱”的鼓里。其二是将“法律上的行为”去掉：此词非无意义的重复，相反十分重要，因为如前所述，它在立法过程中乃“Rechtsgeschäft”的原译语，而且富井后期更以其专指“Rechtshandlung”。其三是误译：根据原文，狭义法律行为仅指以发生私法效果为目的者，但原文却被译者错误断句，译成并非仅指以发生私法效果为目的者。

不理想之二，是译介了过时见解。如前所述，梅谦次郎早期明言“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”是同义词，但后来已作区分。然而，不知何故孟森却选择翻译其早期著作《民法要义》，引介旧说。[128] 孟森译本初版于1910年，但至少在1903年梅已放弃同义说。由于孟森是在1906年至1907年修读于法政大学速成科，故完全有条件选译其新作。于是，中国学界明明有机会自始便经由梅谦次郎的著作了解“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”之分，却只看到二者无异的旧说。更甚者，由于更早出版的黎、李译本（1907年）[129] 并未标示德文，而富井区分二者的《民法原论》两部中译本同样较早出版（1907年），因此读者甚至可能误以为孟译本的同义说才是最新见解。

2. 中国本土法学兴起阶段（1910年代）

在此阶段，已有从日本归国的留学生自己撰书，而不再只是翻译日本论著。就“Rechtsgeschäft”的译语而言，最值得一谈的，是1911年于日本东京帝国大学毕业的余棨昌所著朝阳大学讲义《民法总则》（1917年）。[130]

此书极有鸠山秀夫的影子，即先论意思表示，再论法律行为。[131] 此乃从行为（Handlung）的分类“表示”与“非表示”入手，强调由意思表示构成的法律行为（Rechtsgeschäft）有别于其余行为（Handlung），故有助于区分法律行为（Rechtsgeschäft）与法律上的行为（Rechtshandlung）。这种论述次序，有别于旧说先论法律行为，再附论意思表示。[132] 余棨昌与鸠

〔128〕 参见前引〔119〕，孟译述梅书，第113页（“法律行为云者，乃谓法语之（acte juridique）阿克德、求利其库，德语之（Rechtsgeschäft）立希之呆赛呼德，又（Rechtshandlung）立希之亨特伦哥，即以使生法律上效力为目的之一个私法的意思表示，或数个私法的意思表示之合致，是也，例如契约、遗言催告等”）。孟未注明版本，但无论19世纪末还是20世纪初版本，都有相同论述。参见前引〔50〕，梅謙次郎书，第198页（1905年版第198页之论述仍相同）。

〔129〕 参见前引〔121〕，黎、李译梅讲义，第29页（“法律行为昔原无此成语。自此次民法告成，始用为法律语。其意盖谓关于私权使生法律上之效力以是为目的之意思表示也”）。

〔130〕 参见余棨昌：《民法总则》，朝阳大学讲义，1917年。

〔131〕 参见前引〔8〕，鸠山秀夫书，第5页；上引余棨昌书，第194页。

〔132〕 例如，前引〔55〕，富井政章书，第313页；前引〔53〕，梅謙次郎书，第297页。余称富井和梅是“日本旧日之学者”。参见前引〔130〕，余棨昌书，第213页。

山秀夫在这点上之所以相像，也许是因为同样出身于东京帝国大学的鸠山〔133〕（1908 年以开校以来最佳成绩）毕业后留校担任讲师，且两年后已有出世作，〔134〕故推测余棨昌可能上过鸠山的课，而且余棨昌的确也在其讲义的“法律行为”章节引用过鸠山。〔135〕与鸠山一样，余棨昌也是德国法兼修，〔136〕故应了解“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”之分，从而应知道“法律行为”译语不当。令人惊喜的是，余棨昌明确质疑过此译语，因为此译语无法表达“Rechtsgeschäft”由意思表示构成：“行为云者（Handlung），有知之身体之动静也。……构成法律事实之分子之行为，又可分为表示行为及非表示行为二种。”〔137〕“表示行为者，表示心里之行为之谓也。”〔138〕“私法上之效力之欲望表示。此即称之为意思表示。”〔139〕“法律行为者，发生私法上效果之法律事实，而以欲发生其效果之意思表示，为其必要之构成分子者也。”〔140〕“法律行为四字，原日本民法译自德语（Rechtsgeschäft）者。虽其译语未为妥洽，然我国学子及审判官多沿用之，势已不能改易矣。”此处有疏曰：“日本旧民法，为法人所定，仿法国民法无法律行为之观念，故亦无法律行为之名称。其后采德第一草案，始有其名法律行为。行为二字不专指买卖契约等而言，亦并非意思表示一种。如交货、交钱等皆是。故此二字之是否妥洽，尚待研究。”〔141〕

这是笔者找到国人质疑“法律行为”译语的最早文献，学界此前从未引用过这部文献并指出这一点。这一发现，可将国人批评“法律行为”译语的最初时间，从学界现时认知的 21 世纪初，〔142〕大幅前推至 20 世纪初，即前推了 90 年。

可惜，一来余棨昌未提出更好译语，二来据他所言，此词传入我国不过十数年已被普遍使用而“势已不能改易”，故他只好沿用“法律行为”一词。1914 年，余棨昌被任命为民国民律草案的总则起草人。1925 年完成的草案即首次由国人主导的民法总则立法，仍采“法律行为”一词。虽然这部草案未被施行，但至少固化了“法律行为”一词。1929 年立法院设立民法起草小组，余氏不再是委员。1930 年施行的中华民国民法，仍然使用“法律行为”一词（总则第四章标题及全法各处）。余氏翌年初版的《民法总则要论》虽然多处仅复制前述讲义，但删去了整段译语批评，剩下一句“法律行为四字，原日本民法译自德语（Rechtsgeschäft）者，而我民法亦沿用之”。〔143〕

中华民国民法的选择，明显与起草者的学术背景有关，起草者史尚宽也毕业于日本东京帝国大学。〔144〕可见，大清民律草案、民国民律草案、中华民国民法三者同采“法律行为”一语，皆因起草者的日本背景（且恰巧皆毕业于日本东京帝国大学）。史氏 1936 年初版的《民法总则释义》便依日本学说，将“Rechtsgeschäft”译作“法律行为”，〔145〕将“Rechtshandlung

〔133〕 参见［日］東京帝国大学：《東京帝国大学卒業生氏名録》，1926 年，第 37 页。
〔134〕 参见前引〔8〕，鳩山秀夫书。
〔135〕 参见前引〔130〕，余棨昌书，第 213 页。
〔136〕 参见前引〔133〕，東京帝国大学书，第 41 页。
〔137〕 前引〔130〕，余棨昌书，第 194 页。
〔138〕 同上书，第 195 页。
〔139〕 同上书，第 198 页。
〔140〕 同上书，第 211 页。
〔141〕 同上。
〔142〕 参见前引〔7〕。
〔143〕 余棨昌：《民法总则要论》，北平朝阳学院 1931 年版，第 152 页。
〔144〕 参见前引〔133〕，東京帝国大学书，第 60 页。
〔145〕 参见史尚宽：《民法总则释义》，会文堂新记书局 1936 年版，第 237 页。

(juristische Handlung)”译作“法律上之行为”(广义上指产生法律效力者;[146] 狭义上指“法律行为”外的“广义法律上之行为”,又名“法律的行为”[147]),将“rechtsgeschäftsähnliche Handlung”译作“准法律行为”,[148] 将“Realakt”译作“事实行为”,[149] 将“rechtswidrige Handlung”译作“违法行为”,[150] 并悉数附列德语。可见,史氏也是将“Handlung”“Geschäft”“Akt”皆称作“行为”,因而把日本法学上的“行为之乱”完整地复制至中国。更重要的是,史尚宽没有像余棨昌那样批评译语。鉴于史氏对后世影响甚大,“行为之乱”后来在中国的延续便也在意料之中。后长久不见转捩点,兹不赘述。

(二)当代中国法对“法律行为”译语的继受与反思

1. 国人首次提出改译方案(1970 年代)

笔者找到的我国台湾地区 1970 年代一篇从未被引用过的论文(在我国台湾地区学界也从未被引用),证明当时已有我国学者提出批评,甚至已提出了新的中译建议。该文作者、我国台湾地区学者刘世民主张,应将“Rechtsgeschäft”改译成“法律事务”,而大可将“Rechtshandlung”称为“法律行为”。[151] 刘氏是笔者找到的最早对“法律行为”译语提出改译建议的国人。

笔者估计,此文之所以从未被引用过,是因为一来文献出版年代较久远,未被数字化,二来从此文标题无法看出内文论及“法律行为”译语,相当隐匿,因而从未被关心“法律行为”译语的学者检索到。[152] 鉴于这篇文献属“重新出土”,且“法律事务说”对我国学界而言应较新鲜,兼之刘世民详细阐释其改译理由,更涉及翻译评论,故鉴于本文主旨,下文将略花篇幅予以引介。

刘氏指出,“法律行为”一词其实更适合对译“Rechtshandlung”:“日本人把德文的‘Rechtsgeschäfte’(§§ 104 ff BGB)译为‘法律行为’(日本民法第九〇条以下)。这本来是一个根本没有把握到这个德文法律概念的不正确译语,我国民法也照抄不误。并且我们的民法学者四、五十年来居然将错就错,大做注解的功夫,无一人提出反省和批判!”[153]

从大到小,刘氏先行检视德国法上的“行为”(Handlung)体系:“按可以引起法律效果(Rechtswirkung)的法律事件(Juristische Tatsache)可以分为‘单纯的事实’与‘人的行为’二类。而后面一类可以引起某种法律效果的行为在德国民法学上称为‘法律上的行为’或‘广义的法定行为’(juristische Handlung od. Rechtshandlung i. w. S.)——其实在中文大可简称为‘法律行为’。”“严格说,一切行为之所以能发生‘法律效果’莫非由于法定。但在广义的法定行为中有行为人原来就有引起一定法律效果的‘意思’,也有不然者。前者称为‘意思表示’(Willenserklärung),以行为人具有一定的‘效果意思’(wirkungswille / Erfolgswille)为要件。后者则称为‘狭义的法定行为’或简称‘法定行为’(Rechtshandlung i. e. S. /Rechtshandlung),

[146] 参见前引〔145〕,史尚宽书,第 242 页。

[147] 同上书,第 246 页。

[148] 同上书,第 248 页。

[149] 同上书,第 245 页。

[150] 同上。

[151] 参见刘世民:《评司法行政部的民法修正草案(二)》,载胡秋原主编:《中华杂志》第 15 卷第 167 期(1977 年),第 26 页以下。刘世民 1968 年于我国台湾地区台湾大学法律学研究所硕士毕业,学位论文为《西德联邦宪法法院之组织职权与功能之探讨》,谙通德文。

[152] 此文查阅不易,笔者前往我国台湾地区台北“国家图书馆”,申请查阅馆藏而得。

[153] 前引〔151〕,刘世民文,第 27 页。从此文发表年份 1977 年反推,刘世民所谓“四、五十年来”,应是以正式颁布施行中华民国民法的 1930 年为起始时点计算。因此,刘世民是以立法上采用“法律行为”一语的时间为准。然而,如前所述,“法律行为”这个译词自 1900 年代便流行于我国法学界。

此类行为之所以发生法律效果乃纯粹出于法定，而不问行为人本身是否有此种意愿。”[154]

在此法律上的行为（Reshtshandlung）体系中，法律行为（Rechtsgeschäft）正是由意思表示即效果意思的表达构成。刘氏以词义入手，指出“Geschäft”具目的性，比行为（Handlung）具体：“‘Geschäft’的最基本的字义是：具有目的的劳务、活动或工作（Zweckgebundene Beschäftigung，Tätigkeit，Arbeit）。[155] 因此它远比描述未必具有目的性的‘行为’范围窄得多。”“以上就是法律上行为之以心理学为着眼点的分类。但法律毕竟是社会生活的事物。社会生活的工具是：事务的交往（Geschäftsverkehr），也就是‘社交’。其中能产生法律效果的称为‘法律事务’——‘Rechtsgeschäft’。如同意思表示须有效果意思一般，法律事务也须有事务意思（Geschäftswille）。”而且，这种“社交”视角，也可说明为何意思表示这种行为（Handlung）并不等于法律行为（Rechtsgeschäft），以及为何有些法律行为只需一方意思表示，有些则不然。这是因为，“‘行为’只是完成‘事务’的一个个途径而已。因此一件法律事务有由一个意思行为（意思表示）即可做成者。例如契约之终止与遗嘱的制定是。也有须由数个意思行为或者更加上其他要件才足以达成者。例如普通买卖契约，不动产之移转是。质言之，意思行为（或意思表示）只是法律上行为（或笔者所称的法律行为）的一种，而‘法律事务’则是以意思行为为构成要素的法律事实。意思表示不一定是法律事务，但法律事务是意思表示”。[156]

刘氏指出，把“Rechtsgeschäft”译成“法律行为”，问题有二。其一是“法律行为”与“法律上的行为”之分违反汉语使用者的直觉；其二是使“Geschäftswille”与“Handlungswille”都成了“行为意思”：[157]“我们学日本人把‘Rechtsgeschäft’称为‘法律行为’的具体不当是：一、容易造成所谓‘法律行为’是‘法律上行为’的简称的误解（这种直觉实在是顺理成章！）。如是则意思行为也好，法定行为也罢，通通莫非‘法律行为’。这显然不是原译者的本意！二、如果我们称‘Rechtsgeschäft’为法律行为，那么我们如何在‘Handlungswille’与‘Geschäftswille’之间作区别？难道都译为‘行为意思’？如所周知，这两个概念是截然不同的！”[158]

刘世民在 1970 年代的以上阐述，即使从现今的视角看，也相当有启发性。遗憾的是，其见解一直未被学界重视，最终在从未被引用的情况下被时代淹没。

刘氏的“法律事务说”，是我国法学史上首次出现、历史意义重大的改译建议。刘氏以“Geschäft”的日常语义为切入点。无独有偶，从 21 世纪开始，我国学者常引用的 19 世纪德国学者阿福尔特（Affolter）指出，“Geschäft”源自“schaffen”即“创造”。部分学者按此词源，将“Rechtsgeschäft”理解成“生产性的活动”、[159]“创设权利”、[160]“含义最初应当是‘创造’的意思”。[161] 然而，笔者认为阿福尔特这段论述其实另有重点。兹先将阿福尔特原文译出：“‘Geschäft’一词源自‘schaffen’（作）。它非源自单纯‘arbeiten’（做）意义上的‘schaffen’（作），而是源自‘produziren’（造）意义上的‘schaffen’（作）。因此，‘Rechtsgeschäft’是

〔154〕 前引〔151〕，刘世民文，第 27 页。

〔155〕 此处原文有注：“参照 G. Wahrig：Deutsches Wöterbuch，1971，Sp. 1476。”

〔156〕 前引〔151〕，刘世民文，第 27 页。

〔157〕 如前所述，其实早在 20 世纪初，鸠山秀夫便已指出了这一点。但刘世民并未引用鸠山或任何学者。

〔158〕 前引〔151〕，刘世民文，第 27 页。

〔159〕 语出谢鸿飞。参见前引〔7〕，张、毕整理文，第 116 页。

〔160〕 语出王洪亮。同上文，第 130 页。

〔161〕 语出田士永。参见田士永：《中国民法中法律行为概念的学说发展》，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛》2006 年第 2 期（总第 10 期），北京大学出版社 2007 年版，第 16 页。

创造法律意义的活动。法律上的意义或曰效力，可被设想成是行为人所意欲：‘Geschäft’之所以产生法律效力，是因它们被意欲。”[162] 笔者认为，这段分析的关键并非“造”的字义，而是其隐含的目的性：不只是“做”即“做事情”，而是“造”即“为了得到结果而做事情”。笔者将“arbeiten”与“produziren”分译成“做”与“造”，正是为凸显共性之余，也凸显差异：“做”侧重于举动本身，不强调目的；“造”则反之。刘氏虽未追溯词源，但也精准指出“Geschäft”有目的性。正因如此，“Geschäft”被德国法律人加工成法律术语，以指称“为发生法律效力而做事情”。因此，若以“行为”对译“Geschäft”，即失之过宽。至于“Rechtsgeschäft”的其他特征能否由“事务”一词呈现，似不重要。例如，“Rechtsgeschäft”不能不是表示，也不能是事实欲望表示、观念表示、情感表示。这两点虽不能由“事务”表彰，但仍无伤大雅，因为即使是德语“Rechtsgeschäft”也不能表达之。最后，从宏观的法律事实体系角度看，“事实→行为→事务”这种层级的语感也颇自然：非任何事实都是行为，仅人为者才是；非任何行为都是事务，仅法律因当事人表示效果意思而赋予法律效果者才是。因此，打杀掳掠、路上拾遗或宥恕配偶，皆非事务；买卖、遗嘱、合同解除，则是事务。

“事务”一说甚至有日本法上的佐证。例如，前述日本青山学院大学教授伦茨，便将“Geschäft”译为类似的“业务”。再如，无因管理在日本名为“事务管理”（日民第697条），即“Geschäftsführung”的直译。无因管理乃意译“Geschäftsführung ohne Auftrag”即“无委任的事务管理”（德民第677条），但因缺“事务”而不精准。“Geschäft”为何在“Rechtsgeschäft”译成“行为”，但在“Geschäftsführung”译成“事务”？这或许是因为，日人也认为“行为管理”奇怪。这也可佐证“Geschäft”非“行为”。[163]

2. 国人各种改译方案争鸣（21世纪初）

进入21世纪后，众所周知，我国法学界仍普遍采用“法律行为”作为“Rechtsgeschäft”的译语。立法上，2021年我国民法典依然如同1987年民法通则那样，沿用“法律行为”一词。“准法律行为”未见于立法，“事实行为”则见于民法典（第129条、第231条）。学说上，即使是深受德国法影响的教科书如朱庆育的《民法总论》，[164] 或专著如杨代雄的《法律行为论》，[165] 或迟颖译德国学者弗卢梅的《法律行为论》，[166] 都将“Rechtsgeschäft”译为“法律行为”、将“Rechtshandlung”译为“法律上的行为”或“法律上行为”，将“rechtsgeschäftsähnliche Handlung”译为“准法律行为”甚至“类似法律行为的行为”，将“Realakt”译为“事实行为”。

然而，依然有个别学者认为这种译语不甚理想，故提出了各种改译方案。这些方案可分成两类：其一是主张改译“Rechtsgeschäft”，包括将其改译为“设权行为”、[167]“法律交易”、[168]

---

〔162〕 Albert Affolter, Zur Lehre vom Rechtsgeschäfte, Solothurn: Buchhandlung Jent, 1888, S. 3.

〔163〕 也许有人认为，“Geschäftsführung”是“事务管理”不能说明“Rechtsgeschäft”是“法律事务”，因管理人所做的不必是“Rechtsgeschäft”。但这本就理所当然，因该制度并非“Rechtsgeschäftsführung”。既然同词，即应同译。

〔164〕 参见前引〔4〕，朱庆育书，第78页。此书第2版亦然（北京大学出版社2016年版，第75页）。

〔165〕 参见杨代雄：《法律行为论》，北京大学出版社2021年版，封面，第38页以下。

〔166〕 参见［德］弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，北京大学出版社2013年版，第26页译者注，第122页，第127页。迟将“rechtsgeschäftsähnliche Handlung”译为“类似法律行为的行为”（第1081页，译本未标示原文）。

〔167〕 参见宋炳庸：《法律行为概念应更名为设权行为》，《中外法学》1999年第2期，第75页以下。他曾主张将“Rechtsgeschäft”称为“意效行为”（宋炳庸：《法律行为辩证论》，延边人民出版社1994年版，第31页），但后来鉴于“有效意效行为”和“无效意效行为”的“效”字重叠，故自己推翻该主张。

〔168〕 参见米健：《法律交易论》，《中国法学》2004年第2期，第55页以下；前引〔7〕，张、毕整理文。

“法律事务”；[169] 其二是主张维持将“Rechtsgeschäft”译为“法律行为”，而改译“Rechtshandlung”，包括将其改译为“法效行为”、[170]“法律行动”。[171] 鉴于本文主旨在于挖掘、展示与评论一些未见于我国学界的文献，且囿于篇幅，关于以上各家改译方案，兹仅列其论者、核心主张与提出年份，以完整呈现本文题述的“法律行为”中国传播史。至于各家改译方案的理由说明，兹不赘述。可以肯定的是，尽管学说上有此争鸣，但将“Rechtsgeschäft”与“Rechtshandlung”分别译为“法律行为”与“法律上的行为”仍是主流，其地位依然未被撼动。

结 语

本文旨在考证“法律行为”汉字术语如何在日本形成和被中国继受。为此，本文检视了一众从未见于学界的文献。

囿于主旨，本文论域只涵盖日本明治时期以降的学者对德文术语的翻译，以及后来中国对此译语的继受与反思。然而，在本文关注的术语问题上，仍值指出的是，当初德国学者乃是以“Rechtsgeschäft”对译拉丁语“*negotium iuridicum*”。“*negotium*”由“*nec*”（否定词）与“*otium*”（闲暇）合成，故原义是“无暇”。[172] 这又有两种引申：一是较抽象的事务，因身心无暇不外乎在处理事务；就此含义而言，只要非漫不经心地从事某务，都叫“*negotium*”。[173] 二是较具体的，或是工作，或是交易。[174] 这是因为，人不外乎为生计而忙于从事某务。为更好地说明这种词义演变，不妨与英语相较。表达以上三义的英语词汇，都关乎“忙碌”：首先是事务，如“business”广义上指事务（如“none of your business”即“不关你事”，“family business”即家事而非家族生意），因做某事务便变得忙碌（busy）；其次是工作，如“occupation”，因以某事为业，时间精神便被占据（occupy）；其三是交易，如“business”狭义上指交易、商贸。“*negotium*”尚有二引申义，但对本文不重要：一是困难、痛苦、麻烦，[175] 类似汉语“给人家添事”

---

〔169〕 参见《葡萄牙民法典》，唐晓晴等译，北京大学出版社 2009 年版。此书虽是由唐晓晴、曹锦俊、关冠雄、邓志强、艾林芝合译，但从后记可知，此说乃唐的主张。另外，经笔者向唐确认，其见解非来自刘世民。因此，二人是恰巧提出了相同见解。相同译法，参见［葡］Manuel de Andrade（曼努埃尔·德·安德拉德）：《法律关系总论》第 2 卷，吴奇琦译，法律出版社 2018 版，第 13 页译者注。笔者当时尚未发现刘世民的文献。受我国通译影响的我国澳门地区法律，也将葡萄牙语“negócio jurídico”译为“法律行为”、将“acto jurídico”译为“法律上的行为”，延续了“行为之乱”。

〔170〕 参见薛军：《法律行为理论在欧洲私法史上的产生及术语表达问题研究》，《环球法律评论》2007 年第 1 期，第 45 页。

〔171〕 参见吴训祥：《与法律行为相关的几个新译名及改译理由》，载李昊主编：《燕大法学教室》2021 年第 4 期，中国台湾元照出版有限公司 2021 年版，第 162 页以下；［德］卡尔·拉伦茨：《法律行为解释之方法》，范雪飞、吴训祥译，法律出版社 2018 年版，第 5 页译者注。

〔172〕 “*negotium*, *quod non sit otium*”（*negotium* 即无暇）。See Paul. ex Fest. p. 177, *apud* Charlton T. Lewis & Charles Short, *A Latin Dictionary*, Oxford: Clarendon Press, 1879, *negotium*.

〔173〕 参见［日］古田裕清：《翻訳语としての日本の法律用语：原语の背景と欧州的人间観の探究》，中央大学出版部 2008 年版，第 5 讲“法律行为”，第 58 页。

〔174〕 参见前引〔172〕，拉丁文字典，*negotium*, I.：“a business, employment, occupation, affair”。另见上引古田裕清书，第 58 页。但古田只列出“工作”（日语“仕事”）、“交易”（日语“取引”）、“活动”、“问题”四义，并未说明派生关系。

〔175〕 如“*negotium facessere alicui*”（为某人带来麻烦）。参见 Cic. Att. 5, 17, 6，转引自前引〔172〕，拉丁文字典，*negotium*, II. A。

“搞事情”；二是东西、事情，[176] 这也无异于汉语“事”的一些用法。可见，“*negotium*”的语义域类似汉语的“事”“务”“业”。因此，笔者认为“*negotium iuridicum*”与“Rechtsgeschäft”一样都可被译为“法律事务”。

最后，笔者想澄清的是，以“法律行为”来翻译“Rechtsgeschäft”这种不理想做法，经百多年以讹传讹，早已约定俗成，笔者深知不可能扭转。本文只是希望梳理错综复杂的历史事件与语义问题，检视这样一个重要术语何以误入歧途，以便其概念能被更精准地理解。笔者认为，这就已足够务实了。外语的汉译固然往往无法完全表达原义，但这不代表不应力求完善。否则，恐怕注定迎来一场又一场类似“行为之乱”的术语灾难，为患再一个甚至更多个百年。

Abstract: The term “法律行为” was coined by Japanese jurists during the Meiji period. According to the legislative minutes at that time, the terminology initially adopted in the draft of the new German-style Japanese civil law was “法律上的行为”, and was later changed to “法律行为”. The translation of “Geschäft” into “行为” follows the translation of “acte” in the old French-style Japanese civil law. However, the drafters did not take into account the distinction between Rechtsgeschäft and Rechtshandlung in German doctrine. Therefore, Rechtsgeschäft, Rechtshandlung, and acte juridique were considered synonymous in Japanese literature at the time. Since it was difficult to change the legislative expression, the drafters had no choice but to divide “法律行为” into two senses, broad and narrow, in the name of doctrine. In the broad sense, it refers to Rechtshandlung, and in the narrow sense, it refers to Rechtsgeschäft. Acte juridique can be used in both broad and narrow senses. “法律上的行为” only refers to Rechtshandlung. Since “行为” was used to translate Geschäft, Handlung and even Akt, the Kanji terminology is very confusing. This chaos was introduced into China through Japanese textbooks and lectures translated by Chinese students studied in Japan in the late Qing Dynasty. As a result of the unsatisfactory translation of these textbooks and lectures, China missed the opportunity to revise the translation. This paper discovers two documents that have never been cited. Firstly, the translation “法律行为” was already criticized by Yu Qichang in 1917, ninety years earlier than currently known by the academia. Secondly, Liu Shihmin proposed a translation change for the first time in history, changing “法律行为” to “法律事务” (which means legal business *lato sensu*). In this century, various opinions on re-translation have emerged in China. Nonetheless, “法律行为” and “法律上的行为” remain the mainstream terminology to this day.

Key Words: Rechtsgeschäft, Rechtshandlung, legal business *lato sensu*, rechtsgeschäftsähnliche Handlung, Realakt

[176] 如“*quid negoti est, quamobrem succenses mihi ?*”（什么事/什么东西，你为何生我的气?）。参见 Plaut. Most. 2, 2, 27; 3, 2, 54，转引自前引〔172〕，拉丁文字典，*negotium*, II. B。