

意思表示构成要素新论

阿迪力·阿尤甫(新疆大学 法学院, 新疆 乌鲁木齐 830047)

〔摘 要〕 意思表示是私法领域的核心概念之一。如何界定意思表示影响到整个法律行为制度。本文以分析德国民法典上的意思表示和法律行为的关系为基础,跟以往的意思表示理论相比,以不同的角度讨论分析意思表示的构成要素及意思表示和法律行为的关系。

〔关键词〕 法律行为; 意思表示; 构成要素

〔中图分类号〕 D90-055

〔文献标识码〕 A

〔文章编号〕 1009-8267(2013)22-0064-02

意思表示和法律行为是大陆法系的两个基本概念。法律行为是行为人按照自己的意思创造处理自己事务的“法律”的行为,没有“意思表示”就没有法律行为。意思表示理论和法律行为制度上,我国民法理论和制度实践主要继受德国法的立场。《德国民法典》采纳了法律行为学说,以立法形式将法律行为与意思表示两概念固定下来,但未作定义,亦未明文规定二者关系。“立法者却不断地混用‘法律行为’和‘意思表示’的概念。我国大陆和台湾地区的有些法学家认为‘意思表示与法律行为尽管有密切联系,但仍然存在明显的区别’”^{[1]540}。意思表示和法律行为的关系方面德国民法典的立场和我国大部学者的观点都存在一些不妥当之处。这主要表现在以下两个方面:

第一,“德国民法典”的立法者有意识地混用概念。《德国民法典》总则编第3章104-185条以“法律行为”为章名,105条第1款、107条、116-124条等条款使用的概念却皆非“法律行为”,而是“意思表示”,第142条使用的是“法律行为”。研究“德国民法典”第3章,我们发现,单方法律行为中,“意思表示”的成立就等于“法律行为”的成立,意思表示生效时法律行为生效;双方和多方法律行为中,“合意意思表示”的成立就等于“法律行为”的成立,仅仅不要式的双方或多方法律行为中“合意意思表示”成立时法律行为成立并生效。也就是说,单方法律行为中的意思表示和不要式双方或多方法律行为中的“合意意思表示”在效力上没有区别。因此,《民法典》中强调当事人内心意思,即单方的实际意思表示或者不要式

的双方或多方法律行为中的“合意意思表示”时,使用“意思表示”概念。另外,如“意思表示”和成立的“法律行为”不等同,在法典里列举这些“意思表示”。强调法律行为效力时,使用“法律行为”概念。既然《德国民法典》及民法理论把法律行为与意思表示的概念有意识地混用,但可以肯定的是“法典”制定者和以后的法学家们只对等同于成立的“法律行为”中“意思表示”下定义,并讨论意思表示的阶段、意思表示的解释等问题时,关注行为人的实际意思表示,忽略了作为法律行为之组成部分的形式意义的意思表示,结果导致法律行为和意思表示理论的不完整性。

第二,我国大陆和台湾地区的有些学者对“有意识的混用”没有正确的把握。学者们既然认识到“德国民法典”中概念的混用现象,提出意思表示与法律行为的区别,但认为“意思表示只能是一方的意思表示,如果是双方和多方的意思表示,则构成双方和多方的法律行为。”^{[1]540}

“法律行为是民法中最为核心的制度之一。……是连接民事主体与民事客体的纽带”^{[2]111},没有意思表示就没有法律行为。那么对生效的民事法律行为而言,作为构成要素的是当事人的真实意思表示还是形式意思表示?例如,对合同而言,要约意思表示、承诺意思表示、合意意思表示(生效的承诺)中哪一种是生效法律行为的构成要素呢?为了展开这些法律问题,有必要实践和现行法律中举例讨论。我们先讨论实践中的例子。如在拍卖会上,用类似报价的姿势向朋友打招呼^①行为是不是意思表示行为?因为这里

〔基金项目〕 本文系2013年教育部人文社会科学研究青年基金项目“在新疆少数民族地区国家法、习惯法和宗教法的关系及国家法优先效力调查研究”(项目编号:13YJC820001);新疆大学校园联合项目“少数民族继承习惯法调查研究”(项目编号:0702043221)。

〔作者简介〕 阿迪力·阿尤甫(1975—)男,维吾尔族,新疆拜城人,博士,讲师,研究方向为民商法。

存在多种可能性,我们下面分别分析:

可能情形之一:“行为人并不希望产生私法效果的意思表示”^{[3]242},所以这些行为不是意思表示行为。没有造成误会的情况下,这种判断在理论和实践上也许可以被接受。

可能情形之二:向朋友打招呼的行为被拍卖师认为是报价,按传统标准,因为行为中缺少意思而不是意思表示行为。此时,拍卖师的行为是不是承诺?如果是,能不能法律行为成立?如果不是,理论依据是什么?

可能情形之三:假设竞买人的报价行为被拍卖师认为向朋友打招呼,按传统标准,竞买人的行为是意思表示行为,拍卖师的行为不是意思表示行为。此时,有没有必要考虑保护拍卖人和竞买人的权利?理论依据是什么?

可能情形之四:向朋友打招呼的行为被拍卖师认为是报价并且招手人愿意接受中标,按传统标准,向朋友打招呼的行为不是意思表示行为?此时,有没有必要考虑保护在前竞买人的权利?若有必要考虑保护,理论依据是什么?

可能情形之五:向朋友打招呼的行为被拍卖师认为报价,但是招手人不愿意接受这种中标并且在竞买人趁机放弃自己的竞买意图的,有没有必要考虑拍卖人的权利,理论依据是什么?

这些问题是否法律问题?答案是肯定的。但细心读者想,按传统标准回答以上问题,答案要么互相矛盾,要么根本无法回答。因为这些问题跟人的内心活动和动机有关,经常我们求助于道德规范。但“法律和道德代表着不同的规范性命令”^{[4]399},以道德规范考虑法律问题,使法律的确信性和可预见性受到侵害。那么,民法理论为什么不能解释清楚这么简单的问题呢!

我们再讨论法律明文规定的问题。根据《中华人民共和国继承法》第二十五条^②第一款规定,继承人放弃继承的,应当在遗产处理前,作出放弃继承的表示。此时,继承人既然有放弃的意思,但没有表示的,法律视为有接受的意思和接受的表示。此种情况下,没有接受的“意思”和“表示”行为,但法律视为有接受的意思表示。第二十五条第一款规定,受遗赠人想接受遗赠的,应当在知道受遗赠后两个月内,作出接受或者放弃受遗赠的表示。此时,受遗赠人有接受的“意思”,但其后两个月内没有“表示”行为的,或者既没有接受的“意思”也没有“表示”的行为,法律仍视为受遗赠人放弃受遗赠。按照传统的判断标准,“意思表示”中的“意思”和“表示”缺一不能成立意思表示,或者“意思”和“表示”不能分离。但继承法的这一规定某种程度上否定了“意思”和“表示”缺一不能成立意思表示,或者“意思”和“表示”不能分离的传统观念。

德国民法讨论法律行为的构成要素时,考虑形式意义的“意思表示”;但讨论意思表示的要素时,考虑当事人的真实“意思表示”。我国民法上的要约、成立的承诺跟在德国民法典里列举的意思表示相对应,是法律行为成立的必要条件,而不是充分条件。既然如此,在我国民法仍

没有考虑到底哪个意义上的意思表示是法律行为的构成要素问题。法律所调整的不是一种纯粹的事实,而是对人的生活有法律意义的事实。意思表示中行为人的意思被法律按原始意思承认时,真实意思表示就具有法律意义;如果行为人的意思没有被法律按原意思承认时,真实意思表示就不具有法律意义。还有,即没有意思,也没有表示,或者有意思,没有表示时,有可能法律按照法律的明确规定视为有意思表示。传统理论中意思表示的要素都包括主观要素,这就混乱不同层次的意思表示之间的关系,同时也混乱了法律行为和意思表示的关系。为了避免这个方面的失误我们必须做好两个方面的工作。第一,必须关注意思表示的层次性,确定意思表示的法律概念性质。双方和多方法律行为中严格区分前提性意思表示(邀约,成立的承诺)和作为法律行为的组成部分的意思表示(合意意思表示);单方法律行为中充分重视表示行为和法律的明文规定。第二,在意思表示的效力问题上解决当事人真实意思的起源性功能和法律的确信性效力之间的关系。虽然意思表示效力一般起源于当事人的“意思”,但是最终确定还是依靠法律的评价。法律的评价不是基于当事人的内心主观意思,而基于客观行为和法律的明文规定。依此肯定,主观要素可以成为当事人真实意思表示的成分,但不能称为形式意义的意思表示的要素。

总之,作为生效法律行为之构成要素的意思表示而言,客观的“意思”和“表示行为”才是意思表示的构成要素。也就,等于成立法律行为的是当事人的意思表示,生效法律行为之构成要素的意思表示则应该是形式意义上的意思表示。

[注 释]

- ① 有些学者认为是意思表示[德]迪特尔·施瓦布《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第338-339页;有些学者认为不是意思表示(王利明《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第538-539页;郑云瑞《民法总论》(第二版),北京大学出版社2007年版,第242页;郭明瑞、房绍坤、唐光良:《民商法原理》(一),中国人民大学出版社,1999年版,第242-243页。)
- ② 类似的法律规定参见《中国台湾地区民法典》1155条、1156条,《中国澳门地区民法典》1894条、1895条,《日本民法典》915条、925条、938条,《瑞士民法典》567条、571条、574条、575条等。

[参考文献]

- [1] 王利民.民法总则研究[M].北京:中国人民大学出版社,2003.
- [2] 许中缘.论民法典与我国司法的发展[A].易续明,主编.私法(第8辑)[C].北京:北京大学出版社,2004.
- [3] 郑云瑞.民法总论(第二版)[M].北京:北京大学出版社,2007.
- [4] [美]E·博登海默.法理学——法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,2004.