

意思表示分析

米健

摘要： 意思表示是私法秩序下绝大多数法律关系的起点。意思表示作为人的内心活动的外部传达或宣示，必然要引出意思与表示是否一致，以及两者不一致时如何对已有意思表示进行判断的问题。解决这个问题的关键是如何理解意思与表示在法律交易中的实质作用及其相互关系。较可取的做法是认为意思表示的内容与效力应该通过规定性的表示获得。

关键字： 法律交易 意思表示 意思表示

人的社会活动通常都受其意志支配，并且根据意志的内容与状态而导致一定的法律后果。所以，在绝大多数情况下，意志都是法律关系的起点。在私法领域里，这种意志的精神存在或心理存在被称作“意思”，而将其外在的物质存在或形式存在称作“表示”。两者之间的关系在于，一个是实质存在，一个是外在表达。民法上所谓意思表示，就是指要获得一定法律后果的意思的外部表达。在此意义上讲，“意思表示”是绝大多数私法关系的当然起点，尤其是私法关系中的合同关系。于是，意思表示理论及其相应制度必然成为所有国家私法制度的一个基本问题，即使是英美国家法律制度也是如此，只是表现形式不尽相同而已。（1）

一、意思表示的历史源流与发展

关于意思表示的起源，学界有不同看法。德国学者艾森哈特(Eisonhardt)认为：“法律交易是私法的核心部分，它在概念上是德国近代自然法—普通法法学的产物。法律交易与意思表示法律制度关联密切不可分割，但是意思表示究竟起于何时，却很难论定”。他认为，法律科学对于罗马法的依赖，在意思表示这个问题上并不清楚。（2）换句话说，意思表示的产生发展与罗马法没有多大关系。这种观点虽然有些绝对化，但是在某种程度上也不无根据，代表着现今许多德国学者的看法。

从法律历史上看，作为一个明确的法律概念或认识，意思表示在罗马法时期还没有出现。虽然在《学说汇纂》中也出现过保罗的用语“意愿表示”(declarae Voluntatem)，但它并不是作为一个概念术语使用的。（3）不过从此我们也可以看出，在罗马法学家的丰富著述中实际已经存有了意思表示的萌芽，或是可以间接说明意思表示的某些制度。首先，最为典型的例子是古罗马的要式买卖曼兮帕蓄和拟诉弃权。在这两种情况下，无论是当事人说的套语，抑或是出让人的沉默不语，实际上都意味着当事人为着交易而做出的明示或默示的意思表示。（4）其次，罗马法上对于意思表示是否必须归于某个意思受领人，是否可以通过信使而送达都有过规定。对此，意大利罗马法学家彭梵得阐释说：“意思可以通过他人加以表达，只要这种活动的形式不对此构成障碍。使用传信人表达自己的意图(比如缔结婚约、实行售卖等等)，这是罗马人的一种广泛实践。传信人不过被视为表示意愿的实际工具，同一封信或其他手段一样。”（5）显然，在他看来，罗马法中的传信人制度本身，实际已经表明罗马法上具有意思表示制度的内容。再次，罗马法上已经有了限制行为能力人的规定，而行为能力之所以被限制，就是因为被限制者的认识能力和精神状态不成熟或不正常，从而不能真实正确地表达其行为意思。如罗马法理论认为：“未适婚人不能订立遗嘱，因为他们没有判断能力，精神病人也一样，因为他们缺乏理智。”（6）患精神病人不能进行任何行为，因为他们不理解他们所为之事。”（7）显而易见，这里所谓的“能力”，实际上都涉及到交易的主观意向或愿望，而这恰恰就是现代民法上的“交易能力”，（8）实际上也是法律交易的基本内核。到了罗马法晚期，即东罗马时期，许多罗马法学家已经渐渐地从各种不拘形式的交易背后看到了交易意思的存在。如要物契约、合意契约、有正当理由的交付以及质押等，都不同程度地表明着交易意思的存在。特别是“合意”和“善意”概念的出现，更使得交易活动中的意思存在得到普遍承认，尽管还不是直接地以特定概念的方式表达出来。另外，后期罗马法已经有了所谓的“心素”的意识。五大罗马法学家之一保罗在论及“丧失占有”时曾说：“即使在占有丧失情况下也应该重视占有人的意思。如果你就在你的土地上，

但却不想占有这块土地，那么你立即丧失对该土地的占有。也就是说，人们可以仅仅因为心素就丧失占有，虽然人们不能以这种方式获得占有。”（9）从以上探讨来看，关于意思表示的源流，其实还是离不开罗马法的渊源的。（10）

德国法学家们认为，意思表示这个术语最初的根源似乎见于中世纪晚期神学家们有关诺言和誓言的诠释之中，但对这个私法核心理论做出最有意义贡献的还是荷兰法学家格劳秀斯的“承诺拘束理论”（Theorie vom verbindlichen Versprechen），不过这个理论在很大程度上与中世纪道德神学有着密切关联，而且深受1607世纪西班牙自然法学派学说的影响。格劳秀斯在其理论中提出了承诺的拘束力问题，从而进一步涉及并且阐释了意思表示和合同订立的问题。他采用了意愿表示（*delectio voluntaris*）的概念，并且将其作为法律拘束力的依据。罗马法学家尤里安虽然使用过这个表达，但不是作为一个有明确内涵的技术术语，而在格劳秀斯这里，这个表述方法已经具备了较为明确的内涵，一个人的意愿表达被认为是法律上产生拘束力的基础。较格劳秀斯稍早一些时候，西班牙法学家莫利纳（*Molina*）（11）已对意思表示做了纯粹意思表示和有拘束力意思表示的区分，后者实际是给予意思受领者一个权利，这一立论多少也对格劳秀斯产生过影响。显然，格劳秀斯所谈论的还没有完全摆脱荷兰道德神学观的影响，也并非后来民法上法律交易中的意思表示，但无论如何，他毕竟提出了这样一个给人以启发的概念。他的理论实际已经主张，关于契约概念的法学理论就是具体的契约表示问题，这个观点引导人们在探讨契约理论时超越了契约概念的局限，开始注意到契约表示的问题，并且最终获得了一个下位概念：意思表示。（12）同时在格劳秀斯那里，也已经注意到“意思”与“表示”的关系问题，并且指出表示的法律后果系于能够自我独立负责的人身上。他认为一个具有拘束力的承诺须以一个“认真的意思”（*ernsten Wille*），一个充分的表示事实为前提条件，只有在具备了这种表示的认真性、可靠性时，这种作为自由的表达而发出承诺的理论设置才具有理智和交易安全方面的说服力。格劳秀斯的理论对于后来许多自然法学家都有深刻的影响，如普芬道夫（*Pufendorf*）、托马修斯（*Thomasius*）、沃尔夫（*wolff*）等，从而渐渐形成了一个意思表示的源流直至概念的最终形成。在这方面起了非常重要作用的是沃尔夫的弟子奈特尔布拉特，（13）他迈出了更大的一步，将意思表示作为法律交易的属概念明确提了出来。

在古老的日耳曼普通法中，债法上的契约是最上位的概念。但在格劳秀斯等自然法理论的引导下，又逐渐发展出一个可与之媲美的抽象意愿表示（*declaratio voluntatis*）概念。在19世纪期间，德国的学说汇纂法学派追随了这个源于自然法理论的概念，并以此为思路，将意思表示和“行为”合而为一，从而最终使得“法律交易”，（*actus Juridicus*）这个最初用来泛指法律上具有意义的所有行为的概念渐渐精确化，具有了特定的含义。意思表示理论的产生发展，对于整个私法制度都产生了极其重要的影响，至少对德国私法的体系划分产生了重大作用。一方面，它引申发展了一种可以概括民法所有领域中的各类法律交易的普遍理论；另一方面，一系列民法基本问题，如意思瑕疵（错误、欺骗、强迫）、虚伪行为、交易能力等等，都可以根据这个理论得到阐释。相比较而言，原有日耳曼普通法中的债权契约或具体契约类型理论，都既未能提出、也未能解决这些一般性的问题。（14）这样，原日耳曼普通法中的契约法理论得到了极大的丰富和发展，而德国私法本身也因此冲破了罗马普通法以来的传统，发展出德国私法的特色。而法国民法典中关于债的一般规则和基础仍然是传统式的，奉罗马法以来的契约理论为圭臬，法国民法学也是如此而没有越历史之雷池一步。（15）

意思表示能够作为一种成形的法学理论，直接为近现代法学所应用，还应该归功于萨维尼。萨维尼认为，意思表示是导致法律关系发生和消灭的事件，因此，它是法律事实的一般概念。考察法律关系应该从这个一般概念出发。在此法律事实之下，他提出了法律伙伴（*Rechtsgenossen*）（16）的“自由行为”，（*freie Handlungen*）的理论，并将这种自由行为分作两类：第一类直接指向法律关系的设立和消灭，如意思表示和法律交易，第二类指向其他非法律目的，其法律后果或者完全无意识，或者是法律所拒绝的，如侵权行为。（17）其实，这也正是为什么萨维尼最初将不法行为也作为法律行为一部分的重要原因所在。（18）

就立法而言，意思表示首次出现在普鲁士普通邦法中，该法典一个小节专门对意思表示做出了规定，开“意思表示，纳入法典之先河”。（19）而将意思表示在法典中予以规定，意味着普鲁士立法者把“意思表示”当作一个一般予以承认的法律制度。这样一种外在化的人类意志由此成为一个独立的法律范畴。（20）

在德国以外，意思表示理论为奥地利和瑞士法学所接受。不过，它既未成为1881年瑞士债法典的基础，也未成为1912年修改后的瑞士债法典的基础。除此之外，在受法国法影响的各个国家范围内，意思表示说自19世纪末也渐渐发生影响，主要表现在对于法国民法系统化理论的影响。法国司法部曾于1876年设立了比较立法委员会（*Comit de legislation Compare*），1900年德国民法典生效后，该委员会即组织对该法典进行翻译研究。与此相联系，法国比较法学家萨莱伊（*sale illes*）与外国法学家如德国的冯·基尔克（*von gierke*）、克勒尔（*Kohler*）、莱纳尔（*lenel*）、瑞士的胡贝尔（*Eugen Huber*）和意大利的齐龙尼（*chironi*）等建立了工作联系，并提出了关于“意思表示”的意见陈述。此外，参与过意大利民法改革的法学家卡罗亚（*v. scialoja*）1885年曾以《法律交易中的责任与意思》为题专门研究探讨了德国法上的意思表示问题。

最后, 还值得提及的是, 葡萄牙民法采用的关于意思表示的表述, 在民法传统意义上, 或者说在罗马法传统意义上可能是更为贴切的, 即“交易表示”(deClaracio negocial)。如果不从强调意思自治的角度予以评价, 葡萄牙民法上的这一概念用语在内涵范围与表达形式的统一方面, 可以说是最为准确的。(22)

二、意思表示的构成要件及其相互关系

意思表示概念意味着, 法律交易参与人或交易人欲设立一定法律关系的主观想法的外在表达或宣示。自然地, 它就应有两个最基本的要素, 即意思本身和意思的表达, 其中前者是实质要素, 因为没有意思, 也就没有所谓意思的表示, 正如萨维尼所言, “意思表示的基础就是意愿的实在” “一个特定的意思理所当然的要作为唯一重要和生效的因素来考虑”。(23) 意思表示的这两个要件又可以分作主观要件和客观要件, 即表示要件和意思要素, 任何完整的意思表示都必然包含这两个要件。(24) 于是, 在此就发生了下面几个问题: 第一, 如何认识主观要件(意思要素)和客观要件(表示要素); 第二, 如何理解主观要件和客观要件的关系; 第三, 主观要件和客观要件在法律交易成立或法律关系形成中的轻重之分。在这三个问题中, 前面两个属于对意思表示的基本认识问题, 应该首先明确。至于第三个问题, 则是一个价值判断方向或法律政策问题, 是一个具有选择性的制度原则问题。所以, 我们可以在对前面两个问题有了基本了解后, 再对第三个问题予以探讨。

第一, 主观要件和客观要件的认识。

首先要认识的是主观要件或意思要素。主观要件是意思表示中的根本要素, 比作为客观要件的表示要复杂。在德国民法理论上, 一般认为意思表示的实现首先要明确其直接目的何在, 即行为意思; 其次是如何参与或实现, 即表示意思; 然后是法律上的后果, 即交易意思。(25) 与此相应, 意思要素的要件通常包括行为意思、表示意思和交易意思三个方面。

所谓行为意思(*Handlungs wille*), 是指由某种意识支配的举动或行为, 亦可以说是有意识做出的表示象征。例如, 有意识的讲话有意识的手势有意识的沉默或其它由意思主导和支配的作为和不作为。而一个人无意识或处于无意识状态时的举止行为, 永远不能构成行为意思。例如, 一个公司的董事在董事会决议时机械地举手或点头, 他的这种举止并不当地构成行为意思, 而只有当它们是由意识支配时才构成。此外, 一些因外界环境或情境, 如“人身胁迫(*vis absoluta*)”所发生的不由自主的言行举止也不得被视为行为意思。概括而言, 行为意思的实质在于表明一个人是否有进行一项行为的意思或愿望。在意思表示的要件中, 行为意思是一个实质性的要件; 没有行为意思, 意思表示就不可能成立。

表示意思(*Erkla rungswille*), 又称作表示意识(*Erkla rungswub tsein*), 指意思表示人将其举止作为表示的意思; 至少, 是有意识地将其举止作为表示的要件。德国实证民法学家冯·图尔(*von Tuhr*)曾称其为“通知意识”, 即进行任何一种通知的意识。现今人们使用的“表示意思”或“意思表示”术语, 则通常被理解为表达意思的表示人将其举止作为具有法律意义的表示。(26) 简单地说, 表示意识就是想通过特定方式传达参与法律交易或法律交往的意识。因此, 通过表示意识, 我们可以获悉表意人有参与交易或进行交易的愿望及其具体内容, 由此对整个法律交易有一基本判断。

虽然关于表示意识在意思表示中究竟发生什么作用, 至今在德国民法学界仍有不同意见, 但上述意见可以说是德国法学界的主导观点。对此, 1991年德国联邦最高法院的一项判例中指出: “如果表意人一旦具备了民事交往应有的注意谨慎就应该或者能够认识到, 他的表达根据诚实信用原则和交易习惯可以被理解成为意思表示时, 而受领人亦实际上如此理解时, 即使欠缺表示意思, 意思表示仍然成立。”(BGHZ91, 324) 但根据德国民法典第119、121和143条的有关规定, 此类意思表示可以请求撤销, 据此, 德国法律实践中所采用的做法是, 没有表示意思仍可成立意思表示, 只要能够判断表意人有责任能力。然而, 对此判决法学界颇有争议, (27) 以卡纳里斯的观点为代表, “没有‘行为意识’的行为不是一种自决行为, 要让表意人对表示受领人所理解的表示内容承担责任, 就必须要求表意人是有意识地从事其行为的”, 否则, 行为人充其量只能根据德国民法典第118条和122条承担信赖损害赔偿赔偿责任。(28)

关于表示意思的作用, 我国台湾学者之间也有不同意见。但多数学者似乎主张无表示意思则无意思表示, 但无表示意识却有表示行为时, 而且因此给相对人带来了信赖利益损失, 那么无意识表示人应对相对人的信赖利益损失予以赔偿。(29) 这个道理很简单, 因为他的表示行为已经造成了一个信赖事实, 表意人无论如何要对这个事实负责。同时, 这也是维护交易安全所要求的。从现实上看, 这是一种折中的立场。

交易意思(*Geschftswille*), 是指获得一定法律交易结果的意思, 因其是具体法律后果的直接基础, 故又

称法律后果意思或基础意思;再具体一些还可以说它旨在获得受法律保护的特定经济结果,故也可称为目的意思。交易意思体现于表示行为之中,并与表示行为成为一体。如买方以一定价格购买出卖物的意思、出租某物的意思、终止或撤销合同的意思、转让或抵押某物的意思等等,均通过交易意思而得以外部表现—表示行为,从而被确定为具体的法律后果指向。与行为意思和表示意识相比较,某些情况下,交易意思仍是意思表示过程中不可缺少的要件,即使前两者都已存在。(30)但也有学者认为,原则上,没有交易意思,意思表示同样可能发生,只不过它可能导致法律意思撤销的发生。(31)无论如何,交易意思的实质在于一个人是否有获得特定法律后果的意思,这种表意人表示其欲然的法律后果无须具有法律上的精确性,因此,所有人,无论其是否有法律上的知识或经验,都可以实现其交易意思。换言之,具体的交易意思实现无需法定方式。

有必要进一步了解其中哪一种要素是意思或整个意思表示的实质所在,即具体意思表示实现的必备要素,据此明确哪一项要素欠缺时会直接影响意思表示的成立。对于这个问题,德国民法学界有很多争论,其中比较普遍的看法是,意思表示的实质部分是行为意思,没有行为意思不发生意思表示,因而,如前所述之例,任何处于昏迷无意识和催眠状态的表示均不构成意思表示。而对于德国法学家图尔所说的表示意识或通知意识是否也属于意思表示的实质部分,德国法学家们是有争议的。有些法学家认为,一个没有这种意识的表示要件不构成意思表示;(32)而另有一些法学家则认为,即使仅仅发生了行为意思,而表示意识或表示意思没有出现,意思表示也可能成立。按照这种看法,一个人在露天拍卖会上以一定手势向朋友打招呼,就很有可能碰巧被视为一个意思表示。概括地讲,这二者最终的区分是:意思以何种方式直接表明着法律交易或其内容;是否涉及到法律后果意思或经济后果及法律上予以保护的结果。不过有一点是学界中达成共识的,即交易意思与表示意思是否完全一致,并不影响意思表示的成立。

其次,客观要素即表示要件。如前所述,意思表示需要一个可以为人们认识感觉的外部表达,这就是所谓表示要件,它是意思表示中的另一个要素,功能是基于行为意思举止将交易意思及其中所包含的表示意识让他人所知,从而实现意思的外部表达。每个可以被外部认识的举动,只要其是明确或隐含地与潜在的法律上的意思相关联,都构成表示要件。例如:说、写、举手、点头或摇头以及其它可以按照经验判断其所含意思的各种举止或举动。在理论上,它具体表现为以下几种形式:明示,即直接以言语或文字将交易意思予以表达,从而使意思表示受领人直接从表示中获知意思内容。这种表示只需以普通的语言和文字清楚地完成意思表达即可;推断表示和默示,指可以从某些特定行为中推断出某种意思的表示,故又称推断行为或推断表示。该类表示不体现于言词,而是体现于某些表明欲然结果的表示行为。在特定情境下与其它情况相联系,人们可以从一个行为中得出一个确定的意义或结论,从而明确其中的意思,因而又称其为结论性行为(Schlussigen Verhalten)。

第二,主观要件与客观要件的关系。

关于意思表示中的意思与表示的必然联系或自然存在的关系,也有多种阐释。如冯·图尔认为表示是:“一个为达到特定目的而进行的行为,是要把一种内心活动引荐给同类。”(33)但是至今被德国学界奉为金玉之言的,乃萨维尼与之颇为不同的看法。萨维尼认为,“意思与表示之间的关系恐怕不好这样去理解,即认为两者本质上说是彼此互不依赖的,就像一个人的意志和另一个人的意志一样,它们之间的相互一致,其实完全是一种偶然;相反,仅就两者的本质而言,可以认为它们是相互联系的。意思本身必须被看作唯一重要和有效的,只不过因为它是内在的、不可见的事物,故需要一种可以使之为他人所知的表达,而这个使意思得以对外宣示的表达,恰恰就是表示。由此可以知道,意思与表示的一致并非什么偶然之事,而是它们的必然联系。”(34)

不过,意思与表示之间存在一种必然的关系,并不意味着在法律交易行为的实际发生中,意思和表示总是一致。相反,表示在把意思从内心世界带到外部世界的过程中,内容上很可能已经与表意人确实想表达的内心活动有所偏离或差异。如果说法律交易就是法律关系形成的自我确定行为,那么法律秩序就不能不把意思与表示之间的必然联系作为法律交易的实质所在来理解。萨维尼虽然把表示视为意思对外宣示的手段或方式,但并不是说前者就是后者一心理事实的简单通知,而是着眼于“意思的宣示,由此,欲然的内在活动才作为现象出现于可观察的世界之上”。(35)在德国,萨维尼对于意思表示的观点奠定了德国法学有关理论的基础,后来学说汇纂派的意思表示理论在很大程度上是以他的观点为基础发展而来的。学说汇纂法学派代表人物之一温德沙伊德在他1780年发表的《意思与意思表示》的著名论文中将意思表示理论又予进一步阐发:“意思表示也是一个具有意思的通知,但这个意思绝不是与意思表示分离的,而为它所包含;不是一个过去的,而是一个现在的意思。因为它不仅是一个意思的通知,而且还是意思的表达。它是自我显现的意思。在意思表示中,实现的不单纯是那个可以让人感知某种意义的表达,而且同时还有那个导致一定法律后果的意思。”(36)在此,温德沙伊德不把表示视为一种意思通知,而是意思“表达”,从而发展了萨维尼的理论。同时,他将意思又进一步区分为表示意思和交易意思,即:表示人想要做出一个法律上具有意义的表示意思,和想要获得一个法律后果的意思。显而易见,萨维尼和温德沙伊德的基本思路都是以意思为重心的。其实这也正是意思说自德国民法典颁行后长期占主导地位的重要原

三、意思与表示在法律交易中的地位

在明确了意思表示主观要件和客观要件及其相互关系之后，我们自然会进一步面临这样一个问题，即在一个法律交易的进行或实现过程中，主观要件和客观要件各自具有的地位是什么？对此，德国法学界有不同的理论和立场，概括起来即意思说、表示说和效力说三种。显然，采用何种原则将直接影响法律交易的法律后果以及由此指向的法律关系的形成。实践中，无论当事人是否对意思与表示的空间距离有所意识，最终结果上，法律都必然地取向于一个价值标准：或前或后。而法官在判断当事人交易内容和目的时，也都必然地要有一个基本坐标或标准，或主观或客观。

首先是意思说。在罗马法时代，至少是古典罗马法下，判断意思表示效力是以其中的意思为依据，即站在表意人立场来做判断的。19世纪罗马普通法直到德国民法典公布实施之初，德国民法学中居主导地位的理论始终是意思说，认为意思表示形成的决定性根据是意思要素。而表示在此的作用只是使内在的意思，即一个既有的内心事实予以公开。萨维尼、温德沙伊德和齐特曼等均持此观点。按照这一学说，表示不过是意思的证明和通知。假如后来证明表意人并没有表示的法律后果意思，按照私人自治的原则，法律后果的唯一依据只能是确认的意思。这就说明了没有表示，仅有意思也同样会导致法律后果。按照萨维尼的看法，如果一个表意人对于其表示的意义发生错误，则该表示没有法律上的效力，因为这里欠缺表意人的意思。(37) 不过，这种学说与德国民法典第116条关于意思表示“内心保留”的规定多少有些不一致。该条规定“意思表示并不因为表意人的表示保留着其内心意愿而无效”。所以有这样的规定，是因为民法典的制定者考虑到必须使意思受领人能对表示给以信赖，这条规定也表明了德国民法典不是绝对地主张意思说，如弗卢梅认为，德国民法典在很大程度上至少是受到限制的意思说。(38) 只不过从18世纪末期到19世纪末期，也就是学说汇纂法学的整个鼎盛时期，以萨维尼为代表的学说在德国法学界中占据了主导地位。

其次是表示说。从19世纪下半叶开始，渐渐产生了一个与意思说偏离的学说，即表示说。该学说认为意思表示形成的根本依据是表示，持此主张的主要有科勒(Kohler)、莱昂纳德(leonard)、贝尔(bahr)及丹茨(Danz)等。但不同的是，持表示说的学者中并没有一个像萨维尼和温德沙伊德那样的领军人物，它是通过各个学者个别的观点最终综合形成的一个理论。这种学说的出发点是要保护意思表示受领人，将通过表示创设的信任要件看作法律交易后果的形成依据，为此，它赋予表示以独立于意思的意义。按照这种学说，意思表示的法律后果所据以发生的基础是，意思表示受领人能够根据表意人已做出的表示来做出判断并设立与之相应的关系，即使该表示与表意人的意思相去甚远，甚至该意思根本就不存在。例如，一个商人请邮电局发出一份电报购买一批货物，但是，邮电局却错误地发出一份销售一批货物的电报，在此，出于对表示受领人或信赖原则的保护，应该肯定这个电报在法律上的效力。表示说的代表人物之一贝尔说：“某人在缔约过程中以他自己的方式将其意思予以外在化表现，以至于使出于诚信的表示受领人相信可以从中取得权利，那么他所强调的事实上其表示欠缺相应的意思的说法就根本不能成立。他要根据其意思的外在表达而负责，恰恰就像他真的如此所想的一样。”(39) 贝尔认为，表示人是否有过错对于表示的成立与否并不重要，只要可以确定表意人的表示已经发出，表意人就要承担后果。相反，对于受领人来说，只要他没有过错，就完全可以不必了解表意人的表示是否真的具备相应的意思。德国法学家丹茨也说：“意思表示解释与一个内在的意思毫无关系。在由于使用有争议的词语而需要予以解释时，缔约当事人中一方的表示究竟是何种意义，实际上与意思不太相关”。(40) 丹茨的言下之意是，意思表示解释实际就是要依所用的言词来进行。后来，莱昂纳德追随了丹茨的思路，认为一个意思表示的意义就是表示的意思，是一个人想要使人周知的，通过表示传达出来的意思。这是一个客观的意义，是法律必须予以尊重的意义，是受领人必须要作为表意人的表示予以理解的意义。意思表示解释的目的就是要对这种客观的意义予以确认。(41)

显而易见，这种理论把表示与意思完全分离开来，与前述萨维尼那种观点截然不同。它相对于德国民法典形成了另一个极端，即忽略了意思的重要性。有趣的是，德国民法典除了有前述第116条的规定外，还在第118条规定：“非出于诚意，但又指望其诚意的欠缺不被误解而做出的意思表示无效。”显然，此处关键是意思的诚实与否，而所说的指望是否恰当，意思表示受领人方面是否有诚信保护的必要都不起决定性作用。另外，批评表示说的人认为，如果意思表示中只有表示才是关键要素，那么就很难解释为什么欠缺意思的表示得以撤销，即使受领人还没有认识到这种欠缺。科英认为，表示说只是根据一些具体个别的情况发展出来的理论，不能作为法律交易的一般理论。但是它却表明了一个新的评价表示要件因素的思路，即发出表示的人事实上也就带出了一个独立的、有拘束力的效果。不过，表示说在德国始终没有成为一个占主导地位的观点。

再次是效力说。以效力理论的形成标志，意思说和表示说的争论到19世纪末基本结束。(42) 效力理

论与前述两种理论不同,认为意思表示的法律后果既不单纯取决于意思,也不单纯取决于表示,而是意思和表示共同作用的结果。恩内克鲁斯一尼佩戴(Ennecceruc nipperdey)的教科书较早地提出了这个学说,但拉伦茨认为是比洛(Bulow)首先提出了这个理论,而弗卢梅更是以为从萨维尼时就已经将意思表示作为一个实质本体来对待了。因为萨维尼曾经指出,从本质上看,“应该将意思和表示联系起来思考”。(43)

实质上,把意思表示作为效力表示来理解的效力说与意思说的对立仅仅在于,意思说认为只要表示与意思不一致,它原则上就是无效的。而按照效力说的观点,将表示与意思分离,认为表示只是意思的证明和宣示手段的观点是不对的,故想要以效力说克服这种意思与表示的分裂或意思表示的二元主义。他们反对认为意思表示分别是由内在意思和外在表示这两个要素构成的看法,认为不应该将作为心理上基本事实的意思行为与作为客观事实的表示行为相分离,两者实际上是一个实体。因此,法律交易的意思只能于表示中实现,并且只能在表示范围内获得法律上的承认。在这方面,即使是其代表人物温德沙伊德和恩内克鲁斯也曾明确说过,意思表示最终不是单纯的“内在的”意思的通知,而是意思的实行。用另一种方式说,人们所谓的意思其实始终是一个规范的意思,不管程度如何,它始终是一种应然(sollens)和可然(Durfens),一个不应(nichtsollens)和不可(nichtdurfens)的规定性范畴。所以,意思的效力只能从体现这种规定性的表示而来,亦即法律交易的效果只有通过体现规定性的表示来获得。于是,意思表示实际上应该作为“效力表示”来理解。此外,效力说还有一个显然较为接近表示说的重要思路,即一方面,对于表意人来说,他的自我负责当与自我决定相应,他完全可以自己选择和把握表示的方法或手段;另一方面,对于意思受领人来说,他所获知的仅仅是他能够认识到的,从而实际上大多是客观的意思表示内容,而不是他无法揣度的表意人的意思。正是基于这个考虑,意思表示受领人对于意思表示人的信任应该予以保护,而效力说恰恰可以给意思表示受领人提供这种保护。此外,法律交往的安全性也要求尽可能不去考虑尚未表达出来的意思,否则,意思表示乃至法律交易就很可能常常处于被潜在的意思不确定干扰质疑的状态。只有这样,才能期望保护交易他方的利益和交易本身的安全。

从德国民法典的有关规定和现今的德国民法学与实践,可以看出,德国民法既没有绝对地接受意思说,也没有完全地否认表示说,而是采取了一种妥协或折衷的实际做法。其实,早在德国民法典制定之初,第二编纂委员会在此问题上就做了一个立场说明:“人们首先认为,无论是意思说还是与之相对的表示说,均没有导致什么较大的修改,故有必要对具体的情况分别考虑,而不是对这个或那个学说去做积极的肯定。”(44)后来的实践表明,这种做法或立场实际上为效力说提供了发展的余地,至少效果上如此。(45)所以,就当今德国法学与实践而言,有关意思表示的主流观点不是以意思表示二元主义为基础的意思说或表示说,而是以意思表示一元主义为基础的效力说。

注释:

(1) 德国法上的“意思表示”和英美法上的“意图”(intent)具有异曲同工的意义,但两者差别亦非常明显。两大法系下这种同类法律制度不同风格的典型例子很值得专门的研究。但这不属于本文的考察探讨范围。

(2) [德]艾森哈特:《德意志法律史》(Ulrich Eisenhardt deutsche rechtsgeschichte)verlag C. H. beck, 3.aufgabe 1999, 第230页。

(3) 见《学说汇纂》(digest)I, 3, 32, 1。以下简作:DI, 3, 32, 1。又见[德]卡泽尔:《罗马私法》(max kaser, Romisches Privatrecht), Verlag C.H.beck, 1971 munchen, 第I卷, 第238页。

(4) 曼兮帕蓄是古罗马时期的买卖方式,又称作“要式买卖”或“铜衡式拟诉弃权则是在曼兮帕蓄基础上演变而来的非要式买卖,目的在于满足当时社会迅速发展的交易需要。有关内容可参见:江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社1987年版,第136页以下;[意]彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第212页以下。

(5) 上引彭梵得书,第61页。

(6) 尤士丁尼《法学大纲》(institutionen)2.12.1以下简作:inst2.12.1。

(7) Inst.3.19.8;3.19.10;又见前引(4),江平、米健书,第58页。

(8) 本文所说的“交易能力”,即现今民法学界所说的行为能力。作者认为,在本文主题即意思表示所涉及的范围,只能是“交易能力”。而行为能力是交易能力的上位概念,除了交易能力外,它还包括不法行为能力或侵权能力。

(9) D.41.2.3.6

(10) 前引(3), 卡泽尔书, 第2卷, 第83页。

(11) 莫利纳(Luis de Molina, 1535—1600), 西班牙神学家和自然法学者, 西班牙后决疑派的代表性人物之一。该学派的学术思想和理论对格劳秀斯的影响很大。主要作品是六卷本的《正义与法》(de iustitia et iure)

(12) [德]科英(Helmut coing):《欧洲私法—1500—1800》(Europaisches privatrecht, 1500 bis 1800), C.H.beck, munchen第182页。

(13) 丹尼尔·奈特布布拉特(Daniel·Nettelbladt, 1719—1791), 18世纪德国著名法学家。

(14) 前引(12), 科英书, 第275页。

(15) 引参见法国民法典第1101条及以下。

(16) 德文“rechtsgenossen”, 是萨维尼自己提出的一个概念, 后来并没有得到广泛使用。这里权将其译作“法律伙伴”, 意指处在共同或相关法律关系甚至法律秩序之下的人。德文“genossen”有“同志”的意思, 但按照中文的理解和表达习惯, 这里显然不是指“同志”的关系状态。

(17) 前引(12), 科英书, 第275页以下。

(18) 这种影响在西方大陆法国家中至今仍然存在, 它涉及到另一个非常重要的问题, 即法律行为(法律交易)究竟包括不包括“不法行为”。

(19) 普鲁士普通邦法14规定了“具有法律效力之意思表示要件”:第1条:意思表示是根据表意人意图应该发生或不应该发生的事物的外在表达。第2条:如果一个意思表示要产生法律上的效力, 则表意人必须是对其表示内容所指向的对象有处分权。第3条:表意人必须占有该项财产, 并理智和慎重地予以交易。第4条:意思表示必须是自由认真确定或可靠的。

(20) 前引(2), 艾森哈特书, 第232页。

(21) 前引(12), 科英书, 第63页, 第279页。

(22) 参见[德]茨威格特/克茨:《比较法导论》, 潘汉典等译, 法律出版社2003年版, 第167页。

(23) [德]萨维尼:《当代罗马法体系》第3卷, 第237页, 第258页。

(24) 当然, 因沉默发生的意思表示是一种例外。

(25) 胡长清:《中国民法总论》, 中国政法大学出版社1998版, 第223页。

(26) [德]弗卢梅:《法律交易论》(Werner flume, Das rechtsgesch. geacht), Springer-verlag, 1992, 第46页。

(27) 参见[德]科伦琴格:《民法导论》(Einführung in das Bürgerliche recht), verlag vahlen, 1993, 第60页。

(28) [德]拉伦茨:《德国民法通论》, 谢怀拭等译, 法律出版社2003年版, 第482页。

(29) 参见王泽鉴:《民法总论》, 台湾2000年10月版, 第364页。

(30) 胡长清认为, “自表意为意思表示之言之, 必先有一定之动机, 次有目的意思, 次有法效意思, 次有表示行为, 而意思与表示之间复有一定之联络, 然后意思表示始能成立。”此说逻辑上无可质疑, 但实践中有时很难在目的意思和法效意思之间截然划分出先后。例如, 一个人为了要购买一批货物而发出一个定货单, 但由于疏漏而在定单中提供了一个错误的货品号码。在此, 他既有行为意思也有法律上

的相关表示意识，但却没有正确表明交易目的，以至于不能获得交易指向的法律后果。在此，是否有必要再以“经济上的”，或“法律上的”，依据进行划分似乎可以探讨。实际上，胡氏在此阐释的理论可能是受了19世纪下半叶德国法学界出现的“经济交易意思”理论的影响。该理论认为，交易当事人的交易意思实际上指向一定的经济后果，其法律交易就是要为了实现这种经济后果。但是该理论在德国法学和实践中并没有产生太大的影响。分别参见前引〔25〕，胡长清书，第223页；前引〔28〕，拉伦茨书，第475页；前引〔12〕，科英书，第278页。

〔31〕前引〔27〕，科伦琴格书，第59页。

〔32〕胡长清大体持此论，见前引〔25〕，胡长清书。德国民法学家拉伦茨、索尔格尔(soergel)等均持此观点。见前引〔28〕，拉伦茨书，第452页。

〔33〕参见前引〔26〕，弗卢梅书，第51页；上引拉伦茨书：“意思表示是一种行为，从事这种行为是为了将内心生活的某个过程告诉大家”，第453页。

〔34〕前引〔23〕，萨维尼书，第258页。

〔35〕前引〔23〕，萨维尼书，第258页。

〔36〕温德沙伊德：《演说和论文》(windscheid, Reden und abhandlungen)，第377页。参见前引吐(26)，弗卢梅书，第50页。

〔37〕前引〔12〕，科英书，第276页。

〔38〕前引〔26〕，弗卢梅书，第56页。

〔39〕前引〔26〕，弗卢梅书，第55页。

〔40〕〔41〕拉伦茨：《法律交易的解释方法》(karl larenz, method der aslegung des rechts geschaefts)，alfred metzner verlag, 1966，第12页，第14页。

〔42〕德国民法典颁行之后的一些年里，虽然有关于意思说或表示说的个别争议，但是并没有形成普遍的讨论氛围。有些德国学者认为，表示说于冯·图尔《德国民法典总则论述》发表之后曾占主要地位的看法并没有充分的证据。

〔43〕前引〔26〕，弗卢梅书，第58页；前引〔23〕，萨维尼书，第258页。

〔44〕参见[德]穆可当：《德国民法典编纂备忘录》(mugdan, Protokolle I, 710)。

〔45〕[德]克勒尔：《德国民法总则》(Helmut kohler, BGB.Allge meiner Teil)，第19版，verlag C.H.beck, munchen 1986，第125页。

原文载于：中国法学2004年第1期

来源：法大民商经济法律网

相关文章

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com
地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720