

默示意思表示新论： 概念反思与理论重构

黄 佳◎著

New Theory of Implied Intention:
Reflections on the Concept and
Theoretical Reconstruction

中国社会科学出版社



本书获长春师范大学资助出版

默示意思表示新论： 概念反思与理论重构

黄 佳◎著

New Theory of Implied Intention:
Reflections on the Concept and
Theoretical Reconstruction

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

默示意思表示新论：概念反思与理论重构 / 黄佳著. —北京：
中国社会科学出版社，2017. 5

ISBN 978 - 7 - 5161 - 9879 - 7

I. ①默… II. ①黄… III. ①民法 - 研究 IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 031354 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 任 明
特约编辑 李晓丽
责任校对 周 昊
责任印制 李寡寡

出 版 **中国社会科学出版社**
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 [http: //www. csspw. cn](http://www.csspw.cn)
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2017 年 5 月第 1 版
印 次 2017 年 5 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 13. 5
插 页 2
字 数 196 千字
定 价 58. 00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话：010 - 84083683

版权所有 侵权必究

目 录

第一编 导论

第一章 默示意思表示之“惑”	(3)
第一节 默示意思表示溯源	(3)
一 在中国民法中的发展	(3)
二 在大陆法系民法中的发展	(7)
第二节 默示意思表示面临的司法困境	(9)
第二章 默示意思表示的解惑之“思”	(21)
第一节 大陆法系的默示意思表示理论	(21)
一 德国学者的研究	(21)
二 我国台湾学者的研究	(22)
三 我国大陆学者的研究	(23)
第二节 对传统理论的反思	(24)
第三章 默示意思表示的解惑之“道”	(26)
第一节 默示意思表示理论的重构路径	(26)
一 “表意间接性”概念的提出	(26)
二 论证路径	(27)
三 研究方法	(28)
第二节 默示意思表示理论重构的意义	(30)

第二编 默示意思表示本体论

第四章 默示意思表示的本质特征	(35)
第一节 马克思主义哲学的本质观与认识论	(35)

一 关于本质的基本认识	(35)
二 马克思主义哲学对于本质的主要观点	(39)
第二节 默示意思表示本质学说的检讨	(41)
一 大陆法系对默示意思表示本质的认识	(41)
二 客观说之证伪	(43)
第三节 “表意间接性”的理论证成	(47)
一 “表意间接性”概念的提出	(47)
二 表意间接性是默示意思表示本质特征之证成	(48)
第五章 默示意思表示的概念与构成	(51)
第一节 默示意思表示的构成理论	(51)
一 传统民法学说中的理论与观点	(51)
二 内部构成要素的简化	(54)
第二节 默示意思表示的概念	(60)
一 对于主观说的修正	(60)
二 对默示意思表示的界定	(61)
第六章 默示意思表示的分类	(63)
第一节 传统民法理论中的分类	(63)
第二节 默示意思表示的再分类	(64)
一 意思实现	(64)
二 推定沉默	(68)
三 准默示意思表示	(70)
小结	(71)

第三编 默示意思表示解释论

第七章 默示意思表示解释概论	(75)
第一节 默示意思表示解释的含义	(75)
第二节 默示意思表示解释的性质	(77)
一 默示意思表示解释的法律属性	(78)

二	默示意思表示解释的法律推定属性	(80)
三	法律推定属性的证成	(84)
第三节	默示意思表示解释的标准	(85)
一	学说概略：意思主义、表示主义与折中主义	(85)
二	传统学说的局限	(88)
三	“合理信赖”标准的确定	(91)
第八章	默示意思表示解释的价值考量	(95)
第一节	近现代民法价值取向的嬗变	(95)
第二节	传统理论中意思表示解释中的价值观	(99)
一	意思自治是第一位的价值	(99)
二	平等与安全被置于次要位置	(100)
三	其他价值要求处于再次的位置	(102)
第三节	默示意思表示解释的价值定位	(103)
一	意思自治与交易安全：安全优先	(103)
二	效率与平等：兼顾协调 效率优先	(107)
第九章	默示意思表示的解释原则	(116)
第一节	传统理论中意思表示的解释原则	(116)
一	探求真意原则	(116)
二	诚实信用原则	(117)
三	传统原则在默示意思表示解释中的困境	(119)
第二节	默示意思表示解释原则的再选择	(123)
一	信赖原则概述	(123)
二	信赖原则作为默示意思表示解释原则的正当性 基础	(126)
三	信赖原则对默示意思表示解释的意义	(137)
第十章	信赖原则下默示意思表示的解释规则	(139)
第一节	默示意思表示解释的一般规则	(139)
一	推定基础：合理信赖	(141)
二	“可归责性”的判断	(145)

三 解释的立场的选择	(147)
四 默示意思表示解释的客观因素	(153)
第二节 默示意思表示解释的具体规则	(157)
一 允诺禁反言规则 (Promissory Estoppel)	(157)
二 默示承诺规则 (Acceptance by silence)	(160)
三 基于行为成立的合同 (Contract by conduct)	(163)
四 实际履行规则 (Created by Part Performance or Tender)	(169)
五 合同中的默示条款 (Implied terms)	(173)
六 口头证据规则 (Parol Evidence Rule)	(175)

第四编 默示意思表示的立法论

第十一章 默示意思表示及其解释规范的立法现状	(185)
第一节 默示意思表示及其解释规范体系的构成	(185)
一 《民法通则》及《民通意见》中的有关规定	(185)
二 《合同法》及其司法解释中的有关规定	(186)
第二节 现行默示意思表示及其解释规范的特点	(188)
第三节 现行规范体系存在的主要问题	(189)
一 未对默示意思表示进行正面的规定	(189)
二 默示意思表示解释规范的缺失	(190)
三 以任意性规范替代解释规范, 回避意思表示的解释 问题	(192)
第十二章 默示意思表示解释规范的立法表达	(196)
第一节 默示意思表示及其解释在民法典中的位置	(196)
一 在总则中的位置	(196)
二 在分则中的位置	(198)
第二节 默示意思表示解释规范的条文设计	(200)
一 在民法典总则中的规定	(200)

二 在《合同法》通则中的规定	(202)
结语	(203)
参考文献	(205)

第一编

导 论

第一章 默示意思表示之“惑”

第一节 默示意思表示溯源

沉默所表示出的内涵是丰富的，它既可以是人的一种自省状态，也可以传递一种态度，甚至可以用来表达某种具有法律意义的意思，进而影响当事人的实体权利义务。在近现代民法中，这种以沉默的方式表达某种意思的法律制度被称为“默示意思表示”。对于民法中的“默示”法律制度，有着悠久的历史渊源和社会基础，无论在罗马法中，还是在后来发展形成的大陆法系、英美法系民法中，都以不同的制度形式继承并发展了默示的法律制度。中国近现代民法由于受到大陆法系民法影响颇深，也继承了默示意思表示的制度，但事实上，关于默示意思表示在我国古代社会及法律中早已有迹可循。

一 在中国民法中的发展

对于古代中国是否有民法，现代学者的观点并不一致，大体存在三种观点。一种观点认为中国古代没有民法，学者以梁启超、谢怀栻、梁慧星为代表。主要理由是中国古代民刑不分，也没有近代民法中主体平等、意思自治的价值追求，所以认为中国自古没有民法。另一种观点认为中国古代就有民法，学者以梅仲协、张晋藩、孔庆明为代表。主要理由是：“根据社会发展的客观规律，凡是有财产流转和商品交换的地方，必然有民事法律制度。”第三种观点认为，中国古代有实质民法而无形式民法，学者以李宜琛、胡长清、杨立新等为代表。主要理由是古代中国民法虽然没有主体平等、意思自治的概念，

但不能据此否认中国古代没有民法，只能说明中国古代民法不同于欧陆民法的特殊性，而且，中国社会也不可能在毫无民法的基础上继受欧陆近现代民法。^①可见，关于古代中国是否有民法的问题还存在一定的分歧。然而，无论古代中国是否有近现代民法的理念、概念、制度，对于“默示意思表示”是存在于社会生活中的。据学者考证，我国南宋时期的《名公书判清明集》中《户婚门·赁人屋而自起造》第九卷，就曾记载了一件关于“默示同意”认定的经典案例，其判词如是写道：“李茂森赁人店舍，不待文约之立，不取主人之命，而遽行撤旧造新，固不无专擅之罪。但自去年十月初兴工，至今年三月末讫事，历时如此其久，蒋邦先岂不知之？若以为不可，则当不俟终日而讼之于官矣，何为及今而始有词？况当其告成之后，又尝有笔贴（帖），令其以起造费用之数见谕。以此观之，则是必已有前定之言矣。不然，则李茂森非甚愚无知之人，岂肯冒然捐金糜粟，为他人作事哉！”^②在该案件中，审判官认为二人之前虽然没有关于房屋改造的约定，且承租人也未得到出租人的同意，就擅自改造了所承租的房屋，但是在动工的半年多时间里，出租人理应知晓此事并未提出异议，对此事表示出了一种“沉默”，因而将出租人沉默之行为认定为“默示的同意”，这正是近现代民法中的“默示意思表示”的问题。可见，尽管我国古代并没有近现代欧陆民法中“默示意思表示”的概念，甚至是否存在民法的问题仍然尚待探讨，但是在社会实际生活中，由于沉默而产生的社会关系及纠纷已经存在，并且古代审判中已经依据十分近乎近现代民法关于“默示意思表示”解释的原则对当事人的“沉默”进行了判断。这说明，“默示意思表示”不仅仅是现代民法学中的抽象的概念，在我国古代社会生活以及审判中，“默示意思表示”已经在事实上发生并存在了。

1840年鸦片战争后，中国进入了近代史阶段。面对着帝国主义列

^① 参见杨立新《中国百年民法典汇编》，中国法制出版社2011年版，第3页。

^② 赵晓耕：《“默示同意”的认定——宋代房屋租赁纠纷案件之解读》，《人民法院报》2003年8月4日第B02版。

强的侵略和清政府的腐败，处于内忧外患之中的中国有识之士开始了救亡图存的种种努力和尝试。在维新派的推动下，包括法律在内的社会生活方方面面开始了西学东渐的过程。在这一过程中，古代中国的礼法制度逐渐解体，由于间接受到日本影响，中国近代民法与大陆法系关联更为密切。从民法典的体例、内容、精神、概念等方面，与德国民法典都极为相似，当然，也继受了“默示意思表示”的概念和法律制度，这是默示意思表示首次在中国民法典中正式出现。新中国成立之前，近代中国主要出现了四部比较重要的民法典，即1911年清政府制定的《大清民律草案》、1926年北洋政府制定的《民国民律草案》、1931年《中华民国民法》以及1937年“伪满洲国民法”。这四部民法典中都对默示意思表示进行了规定。

清宣统三年（1911年）清朝政府制定的《大清民律草案》在总则中第五章“法律行为”第一节“意思表示”中第178条规定：“表意人于已表示之事项，其心中实保留有不欲之意者，其意思表示并不因之无效；但相对人明知其心中保留，或可得而知者，不在此限。”第200条规定：“解释意思表示不得拘泥语言、字句，需探究其真意。”

1926年北洋政府制定的《民国民律草案》在总则第三章“法律行为”第二节“意思表示”第114条规定：“表意人本无欲为其意思表示之意而为意思表示者，其意思表示并不因之无效。但其情形为相对人所明知者，不在此限。”第134条：“解释意思表示，应探究其真意，不得拘泥辞句。”第五节代理第169条规定：“相对人得定相当期限，催告本人确答是否承认。本人于前项期限内不承认者，视为拒绝承认。”

1931年《中华民国民法》由于有了前两部民法草案作为基础，同时参照德国、瑞士、法国、日本以及苏俄民法的条文、体例及立法经验，是一部比较成熟、完整的民法典。该法典也在总则中法律行为一章项下设立“意思表示”一节，并对默示意思表示进行了规定。第86条规定：“表意人无欲为其意思表示所拘束之意，而为意思表示，其意思表示，不因之无效。但其情形为相对人所明知者，不在此限。”

第 87 条规定：“表意人与相对人通谋而为虚伪意思表示者，其意思表示无效。但不得以其无效对抗善意第三人。虚伪意思表示，隐藏他项法律行为者，适用关于该项法律行为之规定。”第 98 条：“解释意思表示，应探求当事人之真意，不得拘泥于所用之辞句。”

1937 年“伪满洲国民法”是日本对东北进行殖民统治时期制定并颁布的具有殖民性质的民法，日本著名民法学者我妻荣等都参与了这部民法的制定。在体例上，这部民法与前三部大体相同。该法第 103 条规定：“意思表示不因表意人知其非真意而为之妨其效力。但对方知表意人之真意或可得知之者，其意思表示为无效。”第 104 条：“与对方同谋所为虚伪之意思表示，为无效。”

通过上述简单梳理可见，中国近代虽历尽屈辱与苦难，但民事立法活动却格外繁荣，这一过程被学者称为我国民法在近代的“华丽转身”。这四部民法典在体例上基本一致，对默示意思表示的规定大都参考了《德国民法典》中的有关条文。除了在“总则意思表示”一节做集中表述以外，在“契约”“代理”等章节也有部分规定。这些条文虽然没有直接采用“默示意思表示”的概念，但其表达的含义以及其适用的情形都可以归为默示的意思表示之中。

1949 年新中国的成立揭开了我国现代史的开端，我国民事立法活动也进入了新的历史阶段。由于新中国成立之初没有颁行统一的民法典，因此关于“默示意思表示”的相关规定则散见于《民法通则》《合同法》及其相关司法解释等民事法律之中。1986 年通过并实施的《民法通则》是新中国第一部具有民法总则性质的民法基本法，该法第 56 条规定：“民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定是特定形式的，应当依照法律规定。”该条为以沉默等方式做出的“默示意思表示”提供了法律依据。除此之外，我国最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称“民通意见”）第 66 条之规定，一方当事人向对方当事人提出民事权利的要求，对方未用语言或者文字明确表示，但其行为表明已接受的，可以认定为默示。不作为的默示只有在法律有规定或者

当事人双方有约定的情况下，才可以视为意思表示。我国《合同法》第22条规定，承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。这些条文都是对于“默示意思表示”的规定。

以上是我国古代至现代民法发展过程中溯源默示意思表示的轮廓线条。然而众所周知，虽然我国在社会生活中存在默示意思表示的情形，但在立法上，特别是近现代民事立法中的关于意思表示的法律制度却是在相当程度上继承和借鉴了大陆法系民法的先进经验，并不是中国首创。在中国视域之外，意思表示以及默示意思表示的理论和立法有着更为悠久的历史 and 现实生命力。

二 在大陆法系民法中的发展

两千多年前产生的罗马法，被视为全人类的文化遗产，对世界范围内的法律产生及发展有着深远且不可估量的影响，也是大陆法系或民法法系的开端。罗马法的大部分内容以及主要法律精神、原则都被现代法律继承和发展。据学者考证，在罗马法中已经关注到了关于“默示”的问题。虽然罗马法当中并没有与之相对应的文字，也没有产生“法律行为”的概念，但研究表明已经存在关于默示意思表示的初步理论。^①虽然古罗马时期，意思表示必须以特定方式表达出来，但随着社会经济发展到了万民法时期，意思表示已经不拘泥于形式上的言辞和动作，因此意思表示既可以明示，也可以默示，只要对方能领会即可。例如，租期届满后承租人继续居住，且出租人也未令其搬出，则推定租赁关系继续有效。如果说罗马法中没有明确使用“默示”或“默示意思表示”的概念，那么在后来的《法国民法典》以及《德国民法典》中，关于默示及默示意思表示则被逐渐继承并正式确认下来。

1804年颁布的《法国民法典》，也称为《拿破仑法典》，是法国

^① 参见周相《罗马法原论》（下），商务印书馆2009年版，第633页。

资产阶级大革命的产物，也是资产阶级国家最早的一部民法典，对整个大陆法系国家有着深远的影响。该法典在关于契约的规定中，已经对于默示行为的效力及解释做出了相当明确的规定。例如该法典第 1115 条规定：“如胁迫停止后，契约经明示或默示的承认，或在法定要求取消的期限内未采取行动时，对契约不得再以胁迫的原因提出攻击。”除此之外，该法典还对契约的解释中考虑到了“默示”的因素；如第 1160 条规定：“习惯上的条款，虽未载明于契约，解释时应用以补充之。”

1896 年公布并自 1900 年实施的《德国民法典》是继《法国民法典》之后资本主义国家又一部重要的民法典，该法典以体系完整、概念科学、字义精准而著称，对 20 世纪各国民法发展产生了直接或间接的深远影响。《德国民法典》创设了意思表示及法律行为的概念，并对默示的情形进行了大量的规定。例如，第 116 条关于“心意保留”的规定：“表意人对所表示的事项心中保留有不愿意的意思的，意思表示并不因此而无效。应向他人进行表示，并且他人明知保留的，表示无效”；第 108 条第 2 款规定：“另一方催告代理人对承认作出表示的，只能向另一方进行表示；在催告前向未成年人表示承认或拒绝承认的，承认或拒绝承认无效。承认只能在收到催告后两周的期限届满前表示；不表示承认的，承认视为被拒绝”；还有第 496 条关于试验买卖的规定：“对试验或检验买受的标的物的承认，只能在约定的期间内表示，如无此种期间，只能在出卖人为买受人指定的适当期间届满前表示。标的物已交付买受人试用或检验的，其缄默视为承认”；第 612 条关于报酬的规定：“依情形只有在支付报酬时才可以期待提供劳务的，报酬视为默示约定”，等等。可见，在《德国民法典》中不仅在总则意思表示中对默示的情形进行了规定，在诸如催告、试验买卖、报酬等分则条款中，也明确规定了默示的情形。不仅如此，德国的法学家们还对默示意思表示进行了更为系统的学理上的研究。例如，卡尔·拉伦茨将“沉默以及其他可推断的行为作为意思表示”的情形区分为三种：即在某种特定情况中通过沉默发出的表

示、通过“其他可推断的行为”发出的表示、带表示的沉默（规范化的沉默）。拉伦茨的这一观点在德国法学界具有一定的代表性，对此我们将在下文中进行具体的分析。总而言之，在德国民法中，无论是法典中还是法学研究中对于默示意思表示都有相当程度的关注，并形成了比较成熟的理论。

第二节 默示意思表示面临的司法困境

当今社会中，随着社会经济的飞速发展、资源利用关系的紧张、交易频率的增加、交易方式的简单化以及纠纷的不断增多等原因，相应地促进了“默示意思表示”的发生。通过对相关案例数据进行统计，可以看出与“默示意思表示”相关的司法案件数量近年来不断攀升的这一趋势。笔者在无讼案例数据库中以“默示”加“民事”作为搜索条件进行搜索，得出的数据如图一所示。在2001年前后，全国范围内关于默示意思表示的民事案件数量非常少，甚至可以忽略不计，但总体而言每年案件数量呈现递增的趋势。2010年前后，与默示意思表示相关的案件形成一定的规模，在2014年、2015年出现激增的状况。究其原因，这与我国相关民事立法及司法解释的出台促进了默示意思表示的司法适用不无关系。但是与意思表示相关案件的总量相比，默示意思表示的案件数量仅仅占到很小的一部分。根据无讼案例数据库的搜索，全国与意思表示相关的案件中2015年为801456件、2014年为636810件、2013年为173344件。因为，从总量上看，默示意思表示相关的案件数量所占比例是非常小的。

那么，一方面是默示意思表示案件数量近年来激增，另一方面默示意思表示案件数量占意思表示案件总量比例如此之小，是什么原因导致了这样的情况呢？是默示意思表示在社会生活中使用的频率低，还是相关法律、司法解释不健全？又或是在司法中出于其他因素的考量？通过对现有案例的整理分析，默示意思表示在司法中面临的困难主要来自以下几个方面。