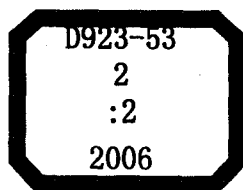


法大民商经济法评论

第二卷

主编 王卫国

CUPL-CCE LAW REVIEW



法大民商经济法评论

CUPL - CCE LAW REVIEW

第二卷

主 编 王卫国
执行编务 李建伟

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法大民商经济法评论.第2卷 / 王卫国主编. —北京:中国政法大学出版社, 2006.6

ISBN 7-5620-2931-8

I.法... II.王... III.①民法-中国-文集②商法-中国-文集
③经济法-中国-文集 IV.D923-53②D922.29-53
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 068366 号

书 名 法大民商经济法评论·第二卷

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

开 本 787×960 1/16

印 张 29.25

字 数 580 千字

版 本 2006 年 6 月第 1 版 2006 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2931-8/D·2891

定 价 38.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

58908285(总编室) 58908334(邮购部)

通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序

《易》：“日月得天而能久照，四时变化而能久成。圣人久于其道而天下化成。”学问之人，上仰天道之光明，下参地道之精微，心怀天下，求索不已，刻苦耕耘，持之以恒。历学途之艰辛，经师道之坎坷，淬砺人品，磨勘学术，或可有五车之才情，传世之篇章。曰：若无炎黄以来数百代学人昼夜不息之涓涓，何以见数千年华夏文明气吞万里之泱泱！

今有中国政法大学民商经济法学院，乃今日中国法学学人之一群。本院于2002年，集法大各相关学科之精英，纳海内外之名宿新锐，组成民法、商法、经济法、民事诉讼法、环境资源法、知识产权法、财税金融法、劳动与社会保障法八大研究所，迄今有专任教师120余，兼职教授50余，在校本科生2000、硕博硕士研究生1500，实乃当今中国最大之民商经济法学学者团队。

自2003年来，本院以“砥砺学术，辩研精要”为旨，设“秋季论坛”，以为成果之检阅，并为交流之平台。当秋高气爽之时，全院师生济济一堂。论坛分若干单元，每单元先以选拔之佼佼者（青年为主）演讲，再由校内外名家（校外为主）点评，听众与嘉宾问答切磋，最后由主持人小结。论坛情趣高雅，气氛热烈，给人“余音绕梁，三日不绝”之感。曰：高堂论学，神采飞扬，雅室求卷，思绪留芳，学问之乐趣莫过于此；松径通幽，才俊辈出，枫林落雁，劲酋长驻，学府之成就莫过于斯也。

为将我辈学人之涓涓，汇入吾国学术之川流，特创办《法大民商经济法评论》。本卷辑选2005年秋季论坛部分论文，计25篇，按学科分门编排，作者均为本院师生。此外辟有翻译特区，刊载师生译作，以飨读者。祈望学界同仁及全院师生对本刊多加垂注、批评和参与。

是为序。

王卫国

中国政法大学民商经济法学院院长，教授，博士生导师

目 录

第一部分 民 法

论意思表示的构成要素/刘新熙	(1)
论我国物权法确立居住权制度的意义/寇广萍	(10)
信托受托人义务研究	
——关于我国信托法上受托人义务体系的构想/刘智慧 兰 楠	(16)
从矿山企业承包经营合同的法律效力看我国物权立法应采的	
合理模式/李显冬	(31)
地理标志及其监督管理问题/李祖明	(40)
中国物权法自然资源所有权缺失论	
——兼论物权法与自然资源专门立法之关系/赵红梅	(44)

第二部分 商 法

新公司法与证券法读后札记/管晓峰	(60)
公司制度异化的消解与公司自治	
——兼论公司法规范规定性与选择性的平衡/李建伟	(77)
试论企业合并监控与发展规模经济的关系/周 昀	(100)
对我国证券发行审核双轨制的检讨/李东方	(104)
构建证券民事公益诉讼,提高公司治理水平/贺绍奇	(110)

第三部分 民事诉讼法与仲裁法

检察院参与民事诉讼理论问题研究/杜 闻	(125)
论管辖权异议制度的立法完善/刘金华	(150)
论对债务人债权的执行/宋朝武 张 力	(164)
质疑我国检察机关提起公益诉讼/杨秀清	(174)

2 目 录

论阐明权的诉讼机制背景/张 力	(188)
民事上诉审程序中的利益变动考量/邱星美 唐玉富	(206)
改革与完善我国商事仲裁裁决司法监督制度 ——从仲裁司法监督方式的角度谈起/史 颢	(223)

第四部分 经济法与劳动法

法本质边际均衡论/刘少军	(234)
论竞争法中的消费者标准/刘继峰	(262)
劳动派遣之立法因应 ——劳动派遣之社会价值与负效应/郑尚元	(273)
事实劳动关系与劳动合同的形式/胡彩霞	(296)

第五部分 金融法与财税法

政府监控下的美国金融信息隐私/陈 健	(303)
中国金融税制的问题分析与立法完善/施正文	(324)
法务会计概念框架之初步研究/张苏彤 褚 楠	(335)

第六部分 翻译特区

《荷兰民法典》第三编 财产法总则	(351)
有限责任与公司/伊斯特布鲁克 费希尔	(400)
时间的视野：解析当前投资者与未来投资者的 冲突/史迪文·L·斯瓦兹	(421)

第一部分 民法

论意思表示的构成要素

刘新熙*

法律行为制度以私法自治为理念,使民事主体在私法范围内有从事民事活动的意志自由,并依其意志来自主决定是否创设民事法律关系。而法律行为又以意思表示为要素,没有意思表示就不成立法律行为。德国民法典立法理由书中写道:“就常规而言,意思表示与法律行为为同义之表达方式。使用意思表示者,乃侧重于意思表达之本身过程,或者乃由于某项意思表示仅是某项法律行为事实构成之组成部分而已。”^[1]因此,学理一般认为意思表示是法律行为制度规范的核心,在法律行为制度中居于统帅的地位。

目前,我国在制定民法典的过程中,学者间对于法律行为制度存在不同认识,尤其对于意思表示的构成要素多有歧见。本文试图对此作一探讨。

一、意思表示构成要素的不同认识

意思表示作为一个法学术语,乃18世纪沃尔夫在其《自然法论》一书中所创。^[2]尔后德国学者们经过深入研究,创建了一个庞大而精深的意思表示的理论体系,使之成为构造或解释法律行为的最核心的概念。^[3]

德国民法典采用了意思表示这一概念,但却未对其进行定义。依德国学者通说,意思表示指表意人向他人发出的意欲发生特定法律效果的表示。^[4]我国台湾地区学者亦持基本相同的理解:“意思表示指将企图发生一定私法上效果的意思,表示于外部的行为。”^[5]

我国大陆学者一般也认为,“所谓意思表示,指向外部表明意欲发生一定私法上法

* 刘新熙,中国政法大学民商经济法学院教授,硕士生导师。

[1] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第190页。

[2] 沈达明:《德意志法上的法律行为》,对外经贸大学出版社1992年版,第49页。

[3] 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第447页。

[4] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东等译,法律出版社2003年版,第451页。

[5] (台)王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第335页。

律效果之意思的行为”,^[1]意思表示概念中的“意思”,特指设立、变更、终止民事法律关系的内心意愿,该意愿只要不违反法律的强制性规定和公序良俗,即可发生表意人所预期的私法效果。因而意思表示概念,理解上有三个要点:①意思表示以追求某项特定的私法效果的意思为基础。②意思表示,不能将追求法律效果的意思仅停留于内心,而必须以某种确定的社会外观形式表达出来,使其具有外观性,足以为他人所认知。③意思表示由“追求法律效果的意思”与“对该意思的表达”两部分构成,但意思表示并非一个复合式概念,而是一个单一式概念;其非指单纯的意思或单纯地表达,而是被创制性地用以概括那种与法律效果意思相联结的表达。^[2]

意思表示的构成要素,指构成一项意思表示所须具备的事实要素,它与法律行为的成立要件具有相同的意义。依民法理论的一般认识,意思表示的构成要素首先应严格区分为主观要件与客观要件,前者指内心的意思,系意思表示的内容;后者指外部的表示行为,系内心意思的外部表现。在通常情形,表意人客观所表示者,与其主观上的期望固属一致;但内心意思与外部表示不一致者,亦常有之。因而,表意人究应具备何种主观要件,始可将表意人的外部表示认定为“内心意思”,而赋予其法律效果?^[3]学者间对此意思表示的构成要素歧见纷呈。

依据德国传统民法理论,意思表示的构成要素(或成立要件)可抽象为下列5项:①目的意思,又称基础意思、交易意思;②效果意思,又称法效意思、效力意思;③表示意识;④行为意思,又称行动意思;⑤表示行为。其中前4项为内在意思要素,后1项为外在表示要素。^[4]

我国大陆学者中有主张四要素论者,即效果意思、表示意思、行为意思和表示行为。^[5]另有主张三要素论者,但对于究为哪三个要素,则认识不一。有的学者认为,意思表示由目的意思、效果意思和表示行为三要素构成;^[6]有的学者则认为,意思表示由效果意思、表示意识与表示行为三要素构成。^[7]

上述意思表示构成要素的纷争,事实上表现为对法律行为一般成立要件的不同认识,因此,确有深入研究之必要。

二、意思表示构成要素的实证分析

意思表示按其发生、发展之过程,可作如下分析:

[1] 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第190页;王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第533页。

[2] 龙卫球:《民法总论》,中国法制出版社2002年版,第447页。

[3] (台)王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第337页。

[4] 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第163页。

[5] 李开国:《民法总则研究》,法律出版社2003年版,第228~229页。

[6] 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第165~170页。

[7] 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第189页。

(一) 法律原因远因与近因(动机与目的)之区分

法律行为系在人的意志支配下的有目的的行为,该行为必受一定的动机所驱使,以达到一定的目的。这就是所谓的法律原因。罗马法上称为“cause”,系当事人为财产上给付的目的,它构成一项债的生效要件。法国民法典首先继承了罗马法的这一传统,法国民法典第1108条规定,下列四要件为契约有效成立之要件:①当事人的合意;②当事人的缔约能力;③确定的契约标的;④合法之原因。此足见法律原因对契约(法律行为)之重要。

传统民法理论,将原因区分为远因与近因(或动机与目的)。以合同为例,所谓近因是当事人订立合同直接想要得到的东西,系合同履行的直接目的,通过对合同的分析即可得知,具有抽象性与客观性。如房屋买卖合同,当事人为给予的直接目的(近因),对出卖人而言在于取得房屋价金的所有权;对买受人而言在于取得了合同标的物(房屋)的所有权。直接目的在民法理论上又称之为目的意思(或基础意思、交易意思)。而所谓远因,即当事人订立合同的缘由或最终目标,远因具有间接性和主观性,往往因人因事而异,且交易相对人难以从外部察知。远因又称作法律行为之动机。如前述房屋买卖合同,当事人为交付而取得房屋所有权,此系交易的直接目的(近因)。至于当事人取得房屋所有权后究竟是自己居住,抑或出租,抑或作为投资等,此乃房屋买卖这一财产上给予的间接目的,民法理论称之为远因或动机。再如:甲赠一手表与乙,甲为财产上给予的直接目的(近因),在于使乙无偿取得该手表上之利益(所有权);而甲之所以为此赠与的缘由,究为感恩抑或施惠,或另谋对方何种利益等,则属于该赠与行为之间接目的(远因或动机)。

动机(远因)不构成意思表示的要素:一般而言,行为人为法律行为的动机,因人因事而异,千变万化。动机具有任意性和不确定性,且交易相对人难以从外部察知,因此,动机不具有法律上的意义,不是意思表示的构成要素。动机错误,原则上不影响法律行为的效力。例如:在A地工作的某甲已联系将调往B地工作,为调往B地后有房居住(动机),某甲在B地购买了一套二手房,后因客观原因使某甲工作调动未果,则甲不得以动机错误主张该房屋买卖合同无效。例外情况是,动机已作为法律行为内容的组成部分(如附条件的法律行为),以及该动机为相对人所明知等情形,行为人动机的错误可影响法律行为的效力。

目的意思构成意思表示的要素:作为法律行为近因的目的意思,系法律行为追求的直接目的,表明法律行为的具体内容,它是意思表示成立的基础,亦为交易的基础。目的意思是否是意思表示的构成要素,多数学者持否定态度。持否定说的学者认为,“动机(目的意思)非法律行为的内容,所以不是意思表示的构成要素”。^{〔1〕}显然,否定论者错误地将动机等同于“目的意思”,而未能区分作为远因的“动机”与作为近因的

〔1〕 徐海燕:《民商法总论比较研究》,中国人民公安大学出版社2004年版,第220~221页。

“目的意思”这两个既相互联系又截然区分的概念,将二者混为一谈,因而,该驳论未能中的。动机不是意思表示的构成要素,学者间基本无争议。而笔者主张,目的意思应构成意思表示的要素。其理由主要有:

1. 目的意思包含着特定表意行为的具体内容,这些具体内容成为交易的基础,同时目的意思实际上也是效果意思的基础。效果意思所追求的具体法律关系的后果,必然以目的意思所指明的具体内容为前提或基础;否则,效果意思所追求的将是抽象的不特定的法律后果。再以房屋买卖合同为例,目的意思指明处于何地、何种结构、何种面积等房屋的具体内容;而其后产生的法律效果意思必以此为基础,否则效果意思所追求的将是不知何地、何结构、何面积等抽象的不特定的房屋买卖法律关系。因而,倘若舍弃目的意思,则此种不含有法律行为具体内容的意思表示失去实际意义。

2. 目的意思独立于效果意思而存在,它既不能被效果意思所取代,也不能为效果意思所融合。在生活实践中,广泛存在着暂无法律效果意思而仅为目的意思表达之情形。如:当事人在合同成立前磋商尚无约束力的协议内容,其所表达者即为目的意思。再如:依我国合同法第32、33条之规定,通过信件、电报、电传达成协议,一方当事人要求签订确认书的,签订确认书后,合同方为成立。显然,在签订确认书之前,当事人所表示者均为目的意思,而非法律效果意思。又如:某人欲邀友人聚餐,并许诺席间将有礼品相赠。在许诺实现之前,表意人显然仅有目的意思而无法效意思,其通常并不期望发生私法上效果,使被邀请者因此取得法律上的请求权。因此,“目的意思的表示本身就具有独立的法律意义,而意思表示的首要价值正在于‘目的意思事实之通知’”。〔1〕

另外,依意思表示之发展过程,行为人必先有目的意思,其后才有效果意思,目的意思先于效果意思而存在,目的意思存在之时,效果意思尚未发生,故目的意思不能被效果意思所取代或融合。

3. 各国民法有关意思表示的解释规则以及法律行为要素与常素的规定,主要是针对目的意思设置的;意思表示之解释也主要是对目的意思之解释,而非对效果意思之解释。倘若在理论上仅将效果意思视为意思表示之内容,则上述规则和制度将失去对象,丧失意义。〔2〕

因此,目的意思对于意思表示的成立意义重大,构成意思表示不可或缺的要素。我国有的学者亦认为:“把目的意思排除于意思表示的构成要素之外,割裂了目的意思与效果意思的关系,是不妥当的。如果没有目的意思,则意思表示就缺乏目的性,表意人所意欲发生的法律关系变动的效果则难以确定。”〔3〕

〔1〕 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第163~165页。

〔2〕 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第163~165页。

〔3〕 徐海燕:《民商法总论比较研究》,中国人民公安大学出版社2004年版,第537页。

目的意思的结构分析:目的意思是指明法律行为具体内容的意思要素。目的意思的内容依其在法律行为中不同的地位和作用可分为三类:

1. 要素,即构成某项意思表示或法律行为所必须具备的目的意思内容。例如:买卖合同中关于标的物、数量、价金的内容,即为目的意思之要素;而买卖合同中的违约责任、瑕疵担保责任等,则不应纳入要素范围。目的意思的要素完整明确是具体的意思表示或法律行为成立的基本条件,要素不完整或不明确将导致意思表示或法律行为不成立,且此类内容既不能推定,也不能通过意思表示的解释规则来弥补。因此,目的意思中的要素理论实质上成为法律行为必要条款制度据以建立的基础。民法规范对要素的控制主要通过类型法定的方式来实现。

2. 常素,指行为人进行某项意思表示或法律行为通常应含有的意思内容。如买卖合同中瑕疵担保责任的内容、承揽合同中关于承揽物与原材料风险负担的内容、房屋租赁合同中关于出租人的房屋维修责任的内容等,均属目的意思之常素。因而,常素具有两个特点:①“常素是特定种类法律行为通常应含有的典型内容,并且同种法律行为的常素内容也完全等同”。②“常素的内容同一性特征决定了具体法律行为的常素内容可以由法律确定或推定,由此形成法定主义方式与意思表示方式共同确定法律行为内容的调整机制。”^{〔1〕}因此,无论某一具体类型的法律行为中是否约定常素的内容,均不影响该常素内容对该法律行为产生效力。如买卖合同中即使对于瑕疵担保责任未作约定或约定不明确,出卖人仍须承担买卖标的物的瑕疵担保责任。

值得研究的是当事人可否通过约定的方式排除法律行为常素的效力?如在买卖合同中约定出卖人不负瑕疵担保责任;房屋出租人不负租赁房屋正常维修的责任。这一问题的实质乃在于民法应以何种规范来规定常素内容。一般而言,法律规范应以推定条款方式对各种类型的法律行为的常素内容事先予以明确,以便统一适用。同时,基于当事人意思自治的原则,一般应当允许当事人通过约定的方式排除法律行为常素内容的效力。如在外地工作的某甲将位于老家的房屋出租与乙。由于某甲在外地工作,为便于房屋的正常维修,双方约定:以低于当地市场价格的租金将房屋出租给乙,但租赁房屋正常维修的责任由承租人乙承担。显然上述约定对双方当事人均属公平,应当受到尊重。因此,法律行为的常素内容一般应以任意性规范规定之。然而,对于某些类型的法律行为常素的确定,其本身已包含有立法政策的评价,因而要求法律行为中必须包含此项内容,而一般不得以约定排除之。比如买卖合同中的瑕疵担保责任(尤其是权利瑕疵担保),一般不得以约定排除。倘若允许在买卖合同中约定“出卖人不承担任何瑕疵担保责任”,则该条款对买受人而言显属不公平;若该买受人为处于弱者地位之单个消费者时,其显失公平尤甚。因此,对于此类法律行为中的常素应以强制性规范规定之,以防止一方当事人利用优势地位侵害相对人的利益。

〔1〕 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第165~168页。

3. 偶素,指依法律行为性质并非必须具有,仅由行为人的自由意志而确定的意思内容。法律行为中的偶素充分体现了意思自治的精神,法律对其不加类型化限制。偶素之欠缺不影响法律行为的效力。因此,偶素往往又被称为法律行为的“特约条款”或“附加条款”。比如在上述房屋租赁合同中甲乙双方特别约定:“租赁房屋交付承租人(乙方)后,由乙方负责对厨房进行重新装修,费用限制在10 000元以内,甲、乙双方各负担一半。”此为房屋租赁合同一般非必须具有的内容,完全基于双方当事人的特殊意志而确定。民法规范对于偶素的控制,主要通过禁止性规范以限制特约范围的方式来实现。

综上,目的意思中的具体内容由要素、常素和偶素组成,而它们又各自具有不同的特点和价值。^[1]

(二)效果意思

效果意思,指表意人内心意欲发生私法上效果的意思。比如:当事人基于某种动机(自住或出租)确定以何价格购买位于何地、何结构、何面积的房屋后,则希望将这一目的意思获得私法上的保护,使之能形成房屋所有权买卖法律关系。当事人的这一内心意愿即为效果意思。因此,效果意思是对目的意思法律化的结果。表意人将先已存在的目的意思与其后的效果意思相结合,构成意思表示完整的主观要素。

效果意思又可区分为内心的效果意思和表示上的效果意思。一般而言,表意人基于目的意思的具体内容,进而产生追求私法上效果的意愿,此时的效果意思尚处于表意人的内心,即所谓内心真意(内心的效果意思),仍属于表意人心理活动的过程。因而,即使行为人内心追求发生私法上效果的意愿再强烈,由于这种心理活动难以为相对人所认知,法律行为无从成立。因此,这种内心的意愿必须通过某种方式表示于外,使之具有某种社会外观形式,足以为相对人所认知,法律行为才有可能成立。所以,法律上所谓效果意思,原则上指表示上的效果意思。例外情形是表意人的内心真意表示不真实或不自由又能够判明内心真实的效果意思时,在立法政策考虑的范围内,则应以表意人内心的效果意思为法律行为的内容。

所以,效果意思是意思表示的核心要素,亦为法律行为的基础。不伴随效果意思的行为不是法律行为。

(三)表示意思

表示意思,指表意人欲将其内心效果意思公开的意思。此表示意思为连接内心效果意思与表示行为之中间环节。学理上又将表示意思区分为两种,一是无效力意思内容的“表示意识”,二是具有效力意思内容的“行为意思”。

1. 表示意识。表示意识指表意人基于自己意志之支配而为效果意思表示之意图。台湾地区学者谓之“表意为意思表示时,有使存于内部之效力意思与其表现于外部

[1] 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第165~168页。

之行为相联络的意思”。^{〔1〕}例如:上述房屋买卖合同中,买受人基于目的意思的具体内容,产生了设立房屋所有权买卖法律关系的效果意思,并认识到以此内容向出卖人作出购买表示将会产生的法律意义,而仍主动向对方发出要约。这种基于表意人意志支配下的为效果意思表示的意欲,即为表示意识。表意人认识到其表示之法律价值而仍欲为之。这种认识仅是表意人内心效果意思与表示行为之间的一种心理联结,而无效力意思之内容。^{〔2〕}因此,表示意识与效果意思不同,前者是对某种事实及其后果的认识,后者则是追求某种私法效果的意图。

2. 行为意思。行为意思,指行为人对具有效果意思表达的外部动作的认识。台湾地区学者王泽鉴认为“行为意思,即表意人自觉从事某项行为的意思”。^{〔3〕}如路人举手招呼出租车,竞买时的举牌等。行为人认识到其举手或举牌这一外部动作所表达的效果意思,而仍自觉为之。

表示意识与行为意思二者并无本质上的差别,均为连接效果意思与表示行为的中间环节,只是着眼点不同而已。前者着眼于对公开内心效果意思的认识;后者着眼于对进行某种外部动作所产生之效力的认识。因此,将表示意思区分为“表示意识”与“行为意思”并无必要,不仅观点晦涩,且无实益。

3. 表示意思不是意思表示的构成要素。意思表示中,是否必须本于意识作用来表达内在意思,向为学者争议的焦点。赞成者认为,法律行为既以意思自治为最高原则,则意思表示之成立必须基于本人内心效果意思,且须经表示行为表示于外;而为表示行为之前,须先有将内心效果意思公开的意思即表示意思。若无此表示意思,则欠缺意思表示成立之要件。如:某拍卖市场以举手为应买之标志,某甲不知其规则而于该市场举手向友人示意,则该举手之动作由于欠缺表示意识而不构成竞买行为。再如:误某停车场不收费而停车,误订购单为贺卡而签名等,皆由于欠缺表示意识而使意思表示不成立。同时,基于上述同样理由,认为欠缺行为意思,意思表示亦不成立。在德国法上,暴力或物理强制下的表达,不能成立意思表示。例如以药物麻醉他人执其手于文书上按手印。(此与胁迫不同,在被迫情形,其内心意志虽被强制,然表意人所作之非真意表示,仍为有意识之表示。)再如睡眠中的动作,或精神错乱下的动作等,均为机械性动作,当无行为意思可言,故意思表示不能成立。^{〔4〕}

而晚近的多数民法学者持反对态度,认为无表示意思对意思表示之成立不生影

〔1〕 (台)郑玉波:《民法总则》,台湾三民书局1979年版,第244页。

〔2〕 史尚宽先生亦认为:“表示意识以知其表示行为就某效力意思有表示力为已足,无须知其就特定之效力意思有表示力。”参见(台)史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第349页。

〔3〕 (台)王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第336页。

〔4〕 董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社2002年版,第349页;(台)王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第336页。我国台湾地区学者胡长清、何孝元、郑玉波、梅仲协等亦持此观点。

响,表意人仅得依意思表示错误之规定主张撤销其意思表示,但对第三人或相对人须负信赖损害赔偿。因此,表示意思不是意思表示的构成要素。^[1]

笔者亦持反对态度,主要理由有:

(1) 法律行为虽以意思自治为最高理念,欠缺效果意思的行为不能成立法律行为,然表意人内心之效果意思如何,从外部难以窥知,若法律行为之内容仅以表意人内心的效果意思为准,则交易相对人难免蒙受不测之损害。意思表示作为表意人对外表达其内在意思的行为,其表达形式在外观上已经成为社会符号,亦成为一种社会交际行为,交易相对人或第三人只能从该外在的表达来推知表意人的效果意思,并产生善意信赖。因此,法律在设计意思表示的构成时,不应以保护表意人内心的效果意思为重心,而应以社会交易安全和信赖保护为重心。所以,意思表示内容之确定,一般应以表示上的效果意思为准,无论有无表示意思,均不影响意思表示的成立。倘若表意人之表达确定欠缺内心真意,不符合内在意思,或意思存在瑕疵,则可依据法律行为的效力规则予以救济。

(2) 台湾地区学者郑玉波先生认为:效果意思与表示之间,间不容发,所以没有表示意思存在的余地。笔者对此观点亦深以为然。

(3) 表示意思既可为效果意思所吸收,亦可为表示行为所吸收。当行为人被迫或无意识地为某一表示时,可视之为不具有效果意思,或可视之为不构成表示行为。如上述在拍卖场所因不知交易规则而向友人举手示意,可视之为不具有效果意思;在暴力或物理强制下的表达,可视之为不成立表示行为。二者对于生活实际均无影响。

因此,表示意思不是意思表示的构成要素,无论在立法政策上或生活实践上均可成立。

(四) 表示行为

表示行为,指表意人将其内心意思以一定方式表现于外部,并足以为他人所推知的行为。行为人具有效果意思后,若仅停留于内心,则他人无从察知,交易无从成立,该效果意思不具有任何社会意义。因而,行为人必须以某种形式将其内在意思对外宣示出来,使其成为某种足以为他人所推知的社会外观形态,才具有法律意义。因此,表示行为对于意思表示至关重要,系意思表示不可或缺的构成要素,此为学界所公认。

表示行为可以基于明示或默示方式为之。所谓明示,指行为人以语言、文字或其他直接表示内在意思的方式。明示方式具有客观、明确、直接的特点,为表示行为之一般方式。所谓默示,指行为人以使人推知的方式间接表示其内在意思的方式。此为表示行为之特殊方式。默示可分为意思实现与沉默两种。意思实现指行为人实施某种

[1] 我国台湾地区学者李宜琛、洪逊欣、刘得宽、王伯琦持此观点。参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第191~192页;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;邵建东:“表示意识是否意思表示的要素”,载《民商法论丛》第17卷,第340~358页。

表明法律意图的行为间接地表示其内在意思。意思实现无须借助任何言辞话语等载体来表达意志,因而又称为“推定行为”,相对人或第三人从该“行为”可推知其意思表示的内容。例如:在收费停车场停放车辆,登乘公共汽车,投币于自动售货机,将所有物抛弃于垃圾堆等均属之。^[1] 沉默指行为人以不作为的方式间接表示其内在意思。沉默又称之为“意思证明”或“意思推定”。沉默一般不能作为意思表示的方式,仅在当事人双方有约定及法律有明确规定的特殊情形下,方可作为意思表示的方式。^[2] “沉默者视为承诺之格言,不得为一般标准”。^[3] 例如:依我国《继承法》第25条之规定:放弃继承不得默示,接受继承不需明示。继承开始后,继承人以不作为的方式保持沉默,则依法推定继承人的这种沉默为作出了接受继承的意思表示。再如:我国《民法通则》第66条第1款规定:“本人知道他人以本人名义实施民事法律行为而不作否认表示的,视为同意。”此均为以沉默作为意思表示方式之法定情形。

综上所述,目的意思包含法律行为的具体内容,构成意思表示的基础;而效果意思是对目的意思法律化的结果,为表意人追求发生私法上效果的意思,系意思表示的核心要素;表示意思或可为效果意思所吸收,或可为表示行为所吸收,表示意思之有无,均不影响意思表示的成立;而表示行为系内在意思之外部化,且足以为他人所推知,使交易得以进行。因此,目的意思、效果意思和表示行为三者对于意思表示均不可或缺,系意思表示的构成要素;而表示意思不是构成意思表示的必备要素。

[1] 依拉伦茨之见,法律行为除意思表示外,尚包括非表示型的意思实现。后者能创设法律效果,却不是意思表示,因为行为人并没有表示什么,而且显然也不想向任何人表示什么。因而主张“无须意思表示之法律行为”。而事实上,意思实现不过是表意方式的不同而已,属于无关宏旨的技术差异。参见朱庆育:《意思表示解释理论——精神科学视域中的私法推理理论》,中国政法大学出版社2004年版,第118~119页。

[2] 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)》第66条规定:“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形下,才可以视为意思表示。”

[3] (台)史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第350页。

论我国物权法确立居住权制度的意义

寇广萍*

2001年9月甲与乙签订协议,约定甲将自己的房屋以3万元的价格转让给乙,同时约定由甲使用至去世。2004年11月,乙与丙签订了房屋买卖合同,约定以185000元的价格将讼争房屋转让给丙,并约定于同年12月5日交付房屋。其后丙先后办理了房屋所有权证和国有土地使用权证,取得了房屋的所有权,但乙由于甲不愿搬出而无法向丙交付房屋,为此,丙向法院提起诉讼,要求甲乙两被告让出房屋。

法院对该案的处理有两种意见:

第一种意见认为,丙依法取得了房屋所有权,而且丙与乙签订的房屋转让协议中并没有约定甲有居住权,至于乙与甲之间的约定,系两人内部的约定,与原告无涉,因此,应当支持原告的诉讼请求。

第二种意见认为,甲所享有的居住权是一种用益物权,理应受到法律保护,因此,应当驳回原告的诉讼请求。

此案纠纷涉及一个既古老又崭新的话题,即居住权问题。我国在物权法草案中首次把居住权列入了用益物权中,在这之前,《最高人民法院关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释》第27条规定离婚一方可以房屋的居住权或所有权对生活困难者进行帮助。由此居住权问题开始受到人们的关注。那么居住权到底是一个什么样的法律制度,我国物权法制定这样一个制度,其法律意义在哪里,其适用的范围以及该制度与我国现有的租赁、借用等相关制度有何不同,这是本文要探讨的问题。

一、居住权制度的由来

居住权的问题,在我们国家以前的立法上是没有的,但居住权是个非常古老的制度,它是在罗马法上就有的一个概念。物权法意义上的居住权(habitatio)为罗马法上人役权的一种。所谓人役权是与地役权相对应的概念,是指为特定人的利益而使用他人之物的权利。罗马法中的人役权包括:用益权、使用权、居住权和奴畜使用权。在罗马法上居住权是指非所有人居住他人房屋的权利。设立该制度的初衷在于,随着“无夫权婚姻和奴隶的解放渐多,每遇家长亡故,那些没有继承权又缺乏或丧失劳动能力的人的生活就成了问题,因此,丈夫和家主就把一部分家产的使用权、收益权等遗赠给

* 寇广萍,中国政法大学副教授,硕士生导师。

妻或被解放的奴隶,使他们生有所靠,老有所养。”^[1]在地役权和人役权的二元结构体系中,居住权是层层缩小和受限制的用益权,是用益权的下属概念。

以后大陆法系的代表法国及德国的民法典及其司法实践,是明确认可居住权的。《法国民法典》对于非所有人因居住而使用他人房屋的权利,基本上承袭了罗马法。该法典在第 632~634 条规定了居住权。在德国,居住权是指权利人享有的“将建筑物或建筑物之一部分当作住宅予以使用,并具有排除所有权人之效力”的权利(民法典第 1093 条)。^[2]居住权主要用来解决男女双方在离婚时房屋所有权归属于男方,但女方应对其中的一些房屋享有终身居住权的问题。而且在德国,农民生前把自己的农地转让给继承人,但为了终生在该土地上居住,而设定限制人役权(居住权)的情况也不少。^[3]以后《瑞士民法典》、《意大利民法典》、《澳门民法典》均专门规定了居住权。

从以上规定来看各国近现代民法典,几乎都有居住权的规定。虽然各国制定民法典时的政治、经济条件和社会、文化背景各不相同,但近现代各国民法典以及它们与罗马法之间都具有很多共通之处。

1. 居住权在民法典中的体例安排基本一致。在规定了居住权的民法典中都首先承认地役权和人役权的结构划分,然后将居住权作为人役权的一种而规定在用益权(或使用权)之后。在具体的法律适用上,居住权更是离不开用益权。如《瑞士民法典》第 776 条第 3 款规定:“本法无相反规定时,居住权适用用益权的有关规定。”

2. 居住权的权利义务设计基本上沿用了罗马法的规定。从罗马法开始居住权就具有很强的人身依附性,不得转让、继承,也不可以就居住权设定抵押权以及其他任何权利负担,从而导致了居住权的封闭性和不可流转性。近现代各国关于居住权的规定基本上沿袭了传统,但是也意识到了居住权制度规定的不足,纷纷寻求解决的途径。如法国法规定可以约定设定权利义务,德国法创设了“长期居住权”等。

3. 自罗马法以来居住权的功能并未发生根本变化。罗马法设立居住权等人役权的根本目的在于解决没有继承权而又缺乏劳动能力的特殊群体的生活问题。因为古罗马时期,只有家长才是民事主体,因此,除可以取得家长权的儿子外,家属中的多数人不能取得家长遗产的所有权,为使这些需要照顾的人获得生活保障,罗马人经常以遗嘱将某项遗产的使用、收益权遗赠给他所需要照顾的人,待受照顾的人死亡后,继承人再恢复其完全的所有权。人役权的这种生活保障功能在现代民法上仍然没有多大改变,主要在供养和抚养以及为自己养老方面发挥作用。^[4]但无论怎样,居住权都仅与日常和家庭生活有关,都具有人身性和社会保障性质,只是各国表现方式不同而已。

[1] 周相:《罗马法原论》(上册),商务印书馆 1994 年版,第 398 页。

[2] [德]鲍尔、施蒂尔纳:《德国物权法》(上册),张双根译,法律出版社 2004 年版,第 655 页。

[3] [日]山田晟:《德国法律用语辞典》,大学书林 1991 年版,第 742 页,转引自陈华彬:《物权法》,法律出版社 2004 年版,第 453 页。

[4] 孙宪忠:《德国当代物权法》,法律出版社 1997 年版,第 245~246 页。