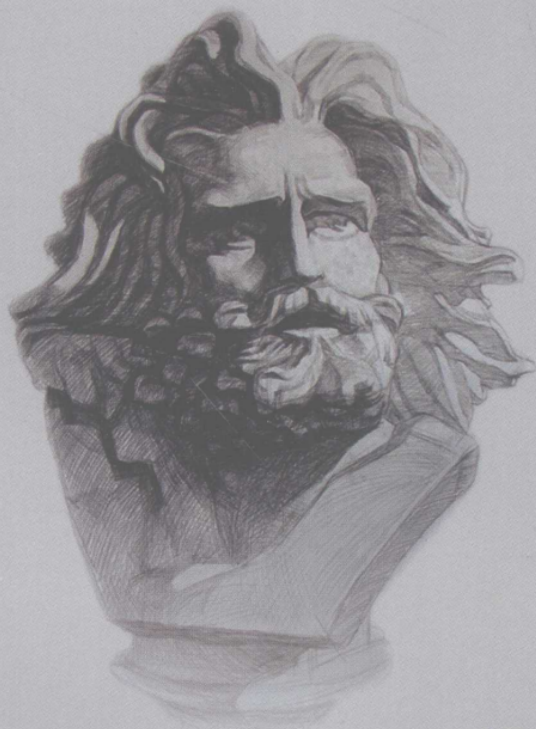


Attention

意思表示研究

林国华 著



中国石油大学出版社



责任编辑 | 阎长亮

封面设计 | 郑 卉

ISBN 978-7-5636-2651-9

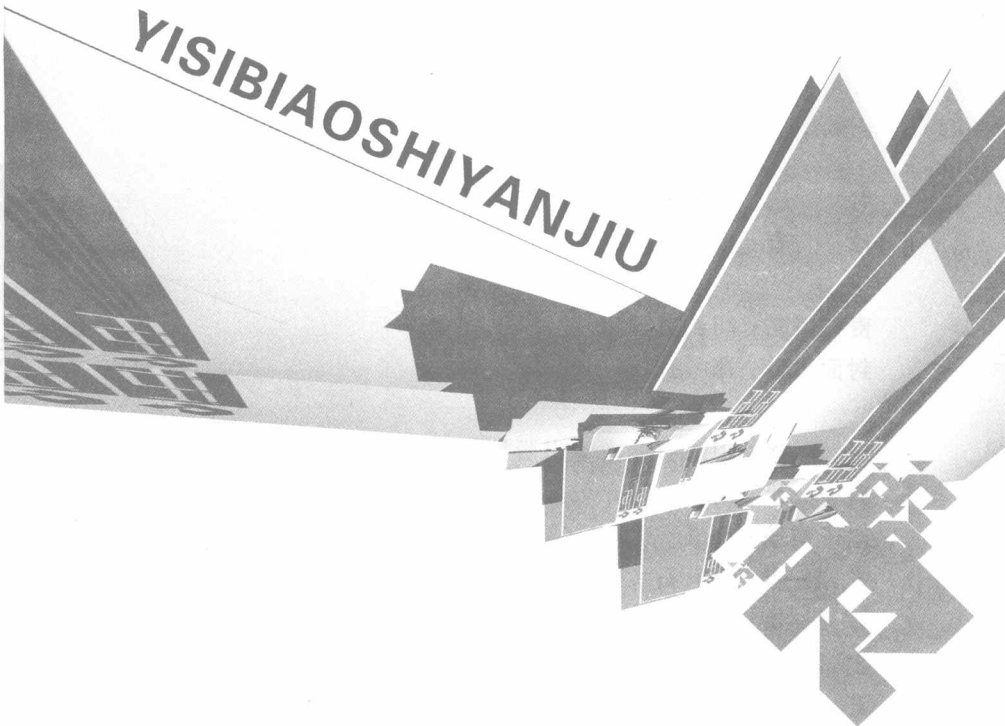


9 787563 626519 >

定价：22.00 元

意思表示研究

YISIBIAOSHIYANJIU

An abstract graphic composed of various geometric shapes, including triangles, rectangles, and polygons, arranged in a dynamic, overlapping manner. The shapes are rendered in shades of gray, creating a sense of depth and movement. The overall composition is modern and architectural, with sharp lines and a clean, minimalist aesthetic.

中国石油大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

意思表示研究/林国华著. —东营:中国石油大学出版社, 2008. 8

ISBN 978-7-5636-2651-9

I. 意… II. 林… III. 民法-推理-理论研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 128475 号

书 名: 意思表示研究
作 者: 林国华

责任编辑: 阎长亮
封面设计: 郑 卉

出 版 者: 中国石油大学出版社(山东 东营, 邮编 257061)
网 址: [http://www. uppbook. com. cn](http://www.uppbook.com.cn)
电子信箱: [ychl-369@163. com](mailto:ychl-369@163.com)
排 版 者: 东营石大博雅印务有限公司
印 刷 者: 东营石大博雅印务有限公司
发 行 者: 中国石油大学出版社(电话 0546-8392787)
开 本: 140×202 印张: 8 字数: 191 千字
版 次: 2008 年 8 月第 1 版第 1 次印刷
定 价: 22.00 元

目 录

引 言	1
第一章 意思表示的历史考察	5
第一节 意思表示概念及其理论的缘起与发展变化	5
一、罗马法中的意思表示	6
二、法国民法中的意思表示	18
三、德国民法中的意思表示	22
第二节 意思表示概念及其理论缘起的基础	32
一、法律制度的内部因素及法学因素	33
二、文艺复兴及启蒙运动的影响	37
三、心理学的因素	40
第三节 中国对意思表示的移植、传承与 发展以及相关的制度建设	42
一、清朝末年法制改革对意思表示的移植	43
二、《国民律草案》及《中华民国民法典》 对意思表示的传承	44
三、新中国成立后的民事立法与意思表示的体现	46
四、对我国民法典制定的展望	49
第四节 英美契约法的相关研究	53
一、英美契约法关于契约的概念表述	53
二、英美契约法关于契约的成立与生效	54
第二章 意思表示与现代民法理念	61
第一节 意思表示与私法自治	62

目录 CONTENTS

一、私法自治的概念与内容	62
二、私法自治的理论基础和实践基础	69
三、意思表示与私法自治	80
第二节 意思表示与契约自由	85
一、关于合同中的“合意”	87
二、关于“事实契约关系”的辨析	90
三、契约自由的限制	96
第三节 意思表示与民事归责	99
一、民事归责原则概述	99
二、过错责任原则的内容及其理论基础	101
第三章 意思表示及其相关概念的研究	105
第一节 意思表示的概念分析	106
一、意思表示的概念	106
二、意思表示的构成要素	112
第二节 意思表示与法律行为	123
一、概述	123
二、意思表示与法律行为的区别与联系	130
第三节 关于物权行为及其理论	139
一、物权行为的理论构成	141
二、物权行为理论的评析	146
三、关于物权行为理论的价值	151
第四章 意思表示的过程与瑕疵分析	154
第一节 作为表达过程的意思表示	154
一、意思形成的过程分析	156
二、意思表达的过程分析	161
三、意思的形成到意思的表示	165
第二节 意思表示瑕疵分析	168

一、意思瑕疵	169
二、表示瑕疵	178
第三节 意思表示瑕疵对法律行为效力的影响	185
一、意思表示与法律行为的成立要件与生效要件	185
二、意思表示作为法律行为效力评价的基础	188
三、意思表示瑕疵的法律后果	190
第五章 意思表示的解释	197
第一节 意思表示解释的性质与必要性	198
一、意思表示解释的含义与意义	199
二、意思表示解释的必要性及其限度	201
三、意思表示解释的性质	208
第二节 意思表示解释的标准与对象	211
一、意思主义与表示主义	211
二、意思表示解释的标准	218
三、意思表示解释的对象	223
第三节 意思表示的补充解释	228
一、补充解释的意义	229
二、依任意性规范进行的补充解释	232
三、补充的合同解释	236
结 语	239
参考文献	244
后 记	247

引 言

一、选题的背景与意义

众所周知,法律行为制度及其相关的理论在现代民法学中均居于重要的地位。作为民法总则的一般规定,它统辖着合同法、遗嘱法和婚姻法中的具体设权性行为规则,进而形成民法中不同于法定主义调整方式的独特的法律调整制度,即使在法定主义调整方式的范围内,也仍然有法律行为调整方式存在和运行的空间。作为观念的抽象,法律行为又以完备的理论形态概括了民法中一系列精致的概念和原理,从而形成学说中一个独立的领域。而法律行为的基本和核心要素是意思表示,在法律行为的成立要件与生效要件中,意思表示是主要的要件,因此,意思表示成为法律行为的成立要件与生效要件,意思表示也就成为法律行为根本的效力来源,它规定着法律行为的适用范围。从根本上讲,意思表示与法律行为为同义概念,在德国早期的民法理论中,两者是被等同看待的,这在《德国民法典》的《立法理由书》中表现的很明显:“就常规言,意思表示与法律行为为同义之表达方式”。尽管如此,意思表示作为法律的概念抽象,它也具有不同于法律行为的特征,这同样可从上述《立法理由书》中得以表现:“使用意思表示者,乃侧重于意思表达之本身,或者乃由于某项意思表示仅是法律行为事实构成之组成部分而已”。由此,虽然意思表示是与法律行为相伴生的法律概念,凡谈法律行为必谈意思表示,反之亦然,但由于意

引言

思表示之于法律行为的重要性,有学者提出了以意思表示代替法律行为的主张,本文虽然不赞同该主张,但同时也认为,传统民法理论过于注重对法律行为的研究,而对意思表示的研究却缺乏应有的足够的重视。不仅如此,法律行为是实现私法自治的工具,所以,意思表示不仅与法律行为密不可分,而且它与私法自治的理念与原则也息息相关,与契约自由以及民事的归责原则也存在着千丝万缕的联系,可见,意思表示在整个民法中的地位非常重要。但是,由于意思表示概念的极度抽象性,它既关涉主体的主观意志与客观行为,也包含着法律与作为社会个体的人之间的关系,又联系着理性与非理性,因此,关于意思表示的研究在民法理论中一直缺乏深入的探讨,比如意思表示的历史演变、其与民法相关概念与理论的关系以及其在现代民法中的地位,尤其是作为心理学研究成果的借鉴与移植,意思表示的心理学分析、心理学的发展对意思表示的意义等问题的研究尚处于空白状态。正是在这样的背景下,我选定了《意思表示研究》作为自己的毕业论文的题目。简言之,本书选题的由来和意义主要有以下两点:

第一,本书的选题,源于意思表示在民法中的地位和重要意义,以及迄今为止已有的研究尚有许多未予涉及或者未予解决的领域和问题。笔者试图在这些领域和问题上进行一点有益的探讨,不敢期望有所建树,但期望通过努力,为后来的研究者提供一点启发,以起到抛砖引玉的作用。

第二,本书的选题,也源于笔者对于人的主体意志、法律行为的效力根源、法律与人之间的关系、心理现象与意思表示的关系等抽象问题的关注和兴趣。哲学关注人的意志和人格的价值,哲学更关注主观与客观、理性与非理性的二元区别与联系。意思表示是主观的意志与客观的行为的相互规定与联系。而且,在现代私法中,人是被假设为理性的经济人,所以,人应该按照理性的设计

引言

而从事法律行为,但是现实生活中的人却往往在利益面前更多表现的是其非理性的一面,在这样的理想与现实的矛盾中,法律应如何通过规制人的行为而沟通人的理性与非理性,就成为法律行为调整方式所要予以关注与解决的问题。意思表示理论中蕴涵着人的主体意志与法律的客观评价的复杂联系,可以说,它联结着主观与客观、理性与非理性,而这正是意思表示进入笔者的思考视野并引起笔者的兴趣的原因所在。

二、已有的研究成果与新的研究视角

目前,国内关于意思表示的研究,作为专题的只有朱庆育的《意思表示解释理论》,该专著是从哲学解释学与修辞学的角度论述意思表示解释的正当性与普遍性,提出了真正与私法自治理念相契合的私法推理典型思维,并非自然科学方法论意义上的司法三段论,而是精神科学视阈中的意思表示解释理论的立论,作者主张以意思表示解释代替司法三段论的推理模式。该专著对传统的司法三段论推理理论颇具挑战性,而且,作者行文逻辑严密,论证严谨,语言的思辨性极强。但这本专著的研究视角只限于意思表示解释的理论,虽然在其第二章中论证了意思表示与法律行为的关系,但论证的目的仅在于证实意思表示与法律行为的同质性,并提出了以意思表示代替法律行为的主张。作者并没有全面论及意思表示与法律行为的关系。另外,董安生在其专著《民事法律行为》中以专章介绍和论述了意思表示理论。除此之外,关于意思表示理论的阐释一般都是在民法总论(总则)方面的著作中进行,而这种阐释主要从以下几方面入手:

第一,将意思表示作为法律行为的一部分内容予以介绍,这主要是从民法的论述体系上进行的。在意思表示与法律行为的关系方面,一般是认为历史上曾经将两者等同,后来才予以区分,并强

引言

谓意思表示是法律行为的核心要素。

第二,对于意思表示自身则从三个方面予以论述,即意思表示的一般意义、意思表示的瑕疵、意思表示的解释。

第三,在意思表示的一般意义上,主要阐释的内容包括:意思表示的概念、意义、分类、构成要素、生效及其效力等。

国外的意思表示研究也一般是在法律行为的研究中附着展开的。

本书在以上研究的基础上,力求以新的视角对意思表示进行历史的、现实的、理论的和实证的分析与论证。首先,本文以历史的视角对意思表示的概念及其理论的产生与发展进行了尽可能的详细论证,以挖掘意思表示的概念及其理论产生的历史背景、思想基础与制度要求,同时,也以历史的视角论证了私法自治的理论基础与实践基础,进而揭示了私法自治的历史意义与现实意义。其次,本文立足于现实,对意思表示在大陆法系民法中的地位与意义进行了阐释,揭示了意思表示与私法自治、契约自由以及民事归责原则之间的关系。第三,本书在理论的意义,较全面地分析了意思表示的概念、构成要素、其与法律行为的关系。第四,本书以法律的实践理性为指导,对意思表示进行了实证的分析与论证,这主要是指意思表示瑕疵分析以及意思表示的解释等相关内容。总之,本书本着尽可能详尽与全面的追求,对意思表示进行了尽可能全面的探讨,这也是本文的论证理路与结构搭建。

第一章 意思表示的历史考察

意思表示作为法律行为的核心要素,其概念及其理论的缘起经历了一个漫长的过程,从罗马法的诺成契约中孕育了意思表示的内核,其后被法国法典首次以法定的形式予以规定,又经过德国民法的发展而成为大陆法系民法的基本概念和理论。意思表示的缘起有着深厚的基础:法律制度的内部因素与法学因素、文艺复兴以及启蒙运动以来的影响以及心理学的因素。我国在清末的法制改革中首次从大陆法系的德国与日本移植了意思表示的概念,并经过《国民律草案》与《中华民国民法典》的传承以及新中国成立后民法的发展,意思表示的概念与理论以及相关的制度建设在我国也日渐成熟。

第一节 意思表示概念及其理论的 缘起与发展变化

现代民法理论认为,意思表示是法律行为的核心要素。因此,意思表示无论是概念的缘起还是在法律制度层面的表现,均是伴随着法律行为制度的发展而展开的。也因此,要研究意思表示理论的历史也就不能脱离对法律行为制度历史的研究。从法律的发展上看,法律行为制度是从物权制度、契约制度和遗嘱制度中抽象概括出来的,这一抽象概括的过程经历了漫长的历史进程,从罗马法到法国民法再到德国民法直至现代民法。而在这个过程中,意

第一章 意思表示的历史考察

意思表示始终是与法律行为相伴随的。在意思表示概念最初被提出时,曾经被当作法律行为的同义语使用,以后才随着法学家对法律行为制度的充分认识,而被从法律行为的概念中分离出来,进而被界定为法律行为的核心要素。

一、罗马法中的意思表示

罗马法是指源于古代罗马帝国的法律制度,是罗马奴隶制国家法律规范的总称。传统的罗马法学家,通常把公元前450年《十二铜表法》颁布时起,到公元565年优帝一世去世为止的这1016年间罗马国家所施行的“私法”作为研究的对象,并以《国法大全》作为研究的基础^①。《国法大全》又称《民法大全》,包括以下四个汇编:《学说汇纂》、《法学阶梯》、《优士丁尼民法典》和《新律》。罗马法素有“法学家法”之称,因此,我们今天所谈论和研究的罗马法几乎全部是经过罗马法学家注释的法律,而不是原始的法律文本。

罗马法是罗马奴隶制国家整个历史时期的法律规范总称,因此,罗马法伴随着罗马奴隶制国家的建立而产生,也伴随着罗马奴隶国家的灭亡而结束。从历史的角度看,早在公元前10世纪,罗马就形成了比较完备的氏族公社,至公元753年,罗马人联合组成了罗马城邦。但这时的罗马社会尚处于从原始社会向奴隶社会过渡的部落联盟时期,直到公元前6世纪,当时的国王塞尔维乌斯·图利乌斯进行改革:按照财产的多少把罗马居民分为五个等级,并以地域原则取代血缘原则来划分行政区域,从而完成了罗马从原始社会向奴隶社会的过渡。由于罗马帝国优越的地理条件,罗马法在其发展的过程中,一方面随着其版图的扩大而向周边国家不断传播;另一方面也随着罗马帝国日益成为世界商业活动的中心

^① 周枬. 罗马法原论. 北京:商务印书馆,2002. 5

而不断吸收各国进步的法律制度,这样罗马法也就在世界范围内产生了越来越重要的影响,以至于恩格斯在 1884 年《论封建制度的瓦解和民族国家的产生》一文中充分肯定了罗马法的重要地位:“罗马法是纯粹私有制占统治的社会的生产条件和冲突的十分经典性的法律表现,以致一切后来的法律都不能对它作任何实质性的修改。”在《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》中,恩格斯把罗马法称为“商品生产者社会的第一个世界性法律。”

纵观罗马法的整个历史发展,虽然其对各种法律行为设有较为详尽的行为规则和效力规则,但并未建立起对一切表意行为普遍适用的、统一的法律行为制度,也并不存在法律行为的概念,更没有相应的意思表示的概念。“在罗马法上,本无抽象的法律行为概念,只有各种具体的名称,如买卖行为、使用借贷行为、赠与行为、遗嘱行为等等。”关于意思表示,“罗马法上并无相当的文字,意思表示的理论也不发达,但也已有初步的理论存在”^①。那么,为何被世人高度赞誉的罗马法会忽视对意思表示问题的关注呢?这是因为“罗马法学家并没有意识到意思表示作为法律行为基本要素的重要意义”^②。因此,罗马法追求的是形式主义,法律后果的产生取决于当事人所实施的特定行为和使用的特定话语,而不考虑当事人的真实意思表示。但是,应该说,虽然没有现代民法意义上的法律行为和意思表示的概念以及相应的理论,罗马法却在其法律制度的层面上存在着实质意义的法律行为和意思表示的制度规定。

(一) 罗马法物权移转行为中的意思表示

罗马法中关于物权移转行为的规定正像其所有法律行为注重形式一样,采取的是要式移转:一项所有权的移转必须采用法律规

① 周枬. 罗马法原论. 北京:商务印书馆,2002. 628, 633

② 董安生. 民事法律行为. 北京:中国人民大学出版社,2002. 12

定的形式,否则,移转行为将不发生法律效力。在罗马法上,物权的移转既可以采用要式买卖的方式,也可采用拟诉弃权的方式进行。具体情形如下:

其一,要式买卖(Mancipatio)。罗马古时采用 Mancipatio(音译曼兮帕蓄)进行要式物的移转,即要式买卖。它采用的是一套固定的程序和固定的用语:当事人必须亲自到场,一名司秤持秤,另有五名证人出席,买受人一手持标的物(或其象征物),一手持铜块,并且宣称:“按照罗马法律,此物为我所有,我以此铜块与秤买得之”,然后以铜块击秤,并将铜块交与出卖人,买卖到此结束,并发生法律效力。

其二,拟诉弃权(Cessio in jure)。拟诉弃权又称“法庭让与”,是一种采用模拟的诉讼进行所有权转移的方式,与“要式买卖”不同的是,它既可用于要式物的移转也可用于略式物的移转,但其要求比“要式买卖”更为严格。大概的过程是:买卖双方持标的物到长官处,佯装对标的物发生争执,原告(受让人)以手触及该物,并声称“依罗马法律,此物为我所有”,长官询问被告(出让人)时,被告或者表示同意或者默示,这样,长官就把该物判给原告,交易于是完成。

在上述两种物权移转的行为方式中,罗马法只注重其形式的严肃性,实行的是严格的形式主义。依此方式进行的物权移转行为,只要在形式和使用的语言上符合要求,就发生法律效力,而不问当事人的意思表示有无错误。“原始制度注重对形式的使用,法律后果并不是产生于单纯的协议或者意思表示。如果要创设或者转让某一权利,必须实施某些特定的行为,或者使用特定的话语。这种形式或者话语就是形式,法律后果就是由这种形式创造的。如果形式没有得到遵守,或者没有完全得到遵守,就不产生法律后果。相反,如果有关形式得到遵守,但存在意愿方面的缺陷(如错误或者恶意),法律后果仍然产生。形式既具有实质性意义,又是

充分的条件”^①。也许正是由于这一原因,这两种转让方式从优士丁尼法中消失了。

虽然,在早期的罗马法中,物权移转注重其形式,忽视当事人的意思,但我们不能因此得出罗马法物权移转中没有当事人的合意这样的结论,因为,显而易见,没有当事人的合意,就没有要式买卖和拟诉弃权这样两种形式的让与行为。只不过这里的合意被严格的形式主义所掩盖而已。也就是说,在早期罗马法中,意思表示与物权移转是直接结合为一种要式交易行为,彼此并没有独立的法律意义。在这种条件下,一项注重形式的严格的物权移转行为中,不可能抽象出现代意义的意思表示合致。在后世法学家看来,无论是要式买卖还是拟诉弃权都具备契约的性质,或者说是一种实践性契约,但从《十二铜表法》的编排来看,罗马法却把它们看成是所有权的取得方式。《十二铜表法》在第六表“所有权和占有”法中规定了“要式现金借贷”(nexum)、“要式买卖”(mancipium)以及“拟诉弃权”(cessio in iure)等所有权移转方式,而在第三表“执行”(即债法)中却没有相关的规定。虽然在第六表“凡依‘要式现金借贷’或‘要式买卖’的方式缔结契约的,其所用的法定语言就是当事人的法律”的规定中用了“契约”的概念,但从其整体关系看,罗马古时是把要式交易行为列为所有权的取得方式的,那时根本不可能产生意思表示合致的契约观念。虽然如此,到了市民法时期,契约已经被认为是“得到法律承认的债的协议”,而且,罗马的“契约”(contractus)除指协议外,还强调作为债关系的原因行为(negozio)或关系(rapporto)^②。这表明,这时的市民法已经把当事

① [英]巴里·尼古拉斯. 罗马法概论. 黄风译. 北京:法律出版社,2000. 60

② [意]彼德罗·彭凡得. 罗马法教科书. 黄风译. 北京:中国政法大学出版社,1998. 307

第一章 意思表示的历史考察

人的合意作为债的因素之一,显然,这比《十二铜表法》前进了一步。

(二) 罗马法遗嘱行为中意思表示的相关表现

罗马法中的遗嘱以其较早的成熟发展而著称,早在《十二铜表法》中就已经存在某种类型的遗嘱。《十二铜表法》第五表“继承和监护”第三条规定:“凡以遗嘱处分自己的财产,或对其家属指定监护人的,具有法律上的效力”^①。从这一法律条文中,我们可以看到,当时罗马法关于遗嘱的规定是给予立遗嘱人绝对的自由。按照后世学者的解释,这一规定是对遗嘱绝对自由原则的最早概括;它仅赋予遗嘱人以“权力”确认其遗嘱具有法律效力,它不仅对遗嘱行为未加限制,甚至还禁止以契约限制遗嘱自由^②。但是如果就此得出结论,认为早期罗马法的遗嘱绝对自由表征了自由的意思表示即可产生法律效力,那么这一结论就值得商榷。同时,我们也并不能因此得出如下结论,即早期罗马法的遗嘱绝对自由机制意味着在该领域已经具备了现代意思表示制度的所有内涵或基本因子(特别是意思表示自由)。为什么不能得出这样的结论呢?让我们对这个问题略作一下分析:

早期罗马法中的继承主要是身份的继承,立遗嘱人在其遗嘱中只能指定继承人,而无须对其财产作出处分,继承人既可以是其子女也可是其子女以外的其他人。而且,那时的继承是一种概括继承,继承人继承的是一种概括的权利,也即权利与义务的集合体,继承人在同一时候一方面承担其全部义务,另一方面享有其全部权利,简言之,继承人继承了被继承人的法律外衣,也即其身份。但是,早期罗马市民法对遗嘱权有着严格的规定,法律只认许家长

① 周枬. 罗马法原论. “附录二:《十二表法》”. 北京:商务印书馆,2002. 1010

② 董安生. 民事法律行为. 北京:中国人民大学出版社,2002. 9