

意思表示瑕疵理论

与立法比较研究

谭和平◎著

YISI BIAOSHI XIACI LILUN YU LIFA BIJIAO YANJIU



中国政法大学出版社

意思表示瑕疵理论

与立法比较研究

谭和平◎著

YI XI BIAO SHI XIAO CI LI FA BI JIAO YU YAN JIU TAN HE PING ZHU



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

意思表示瑕疵理论与立法比较研究/谭和平著. —北京:中国政法大学出版社, 2013. 3

ISBN 978-7-5620-4632-5

I. ①意… II. ①谭… III. ①立法—研究 IV. ①D901

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第044348号

- 书 名 意思表示瑕疵理论与立法比较研究
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm × 1230mm 32 开本 9.5 印张 220 千字
- 版 本 2013 年 4 月第 1 版 2013 年 4 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4632-5/D · 4592
- 定 价 32.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

contents

目 录

导 论	(1)
第一章 意思表示瑕疵概论	(15)
第一节 意思表示的概念与结构	(15)
一、意思表示的概念	(15)
二、意思表示的结构	(17)
第二节 意思表示的构成要素	(19)
一、意思说	(20)
二、表示说	(26)
三、折衷说	(27)
四、作者的观点	(28)
第三节 意思表示瑕疵的成因	(31)
一、表意人自身原因	(32)
二、外部因素	(37)
第二章 错 误	(42)
第一节 错误法律理论的发展路径	(42)
第二节 错误法的基本理论	(46)
一、罗马法中的错误	(46)
二、普通法对罗马法错误理论的传承	(47)

三、晚期经院学派与自然法学的错误论	(52)
四、法典主义的错误论	(56)
第三节 英国合同法中错误理论的发展	(58)
一、19 世纪的错误理论 (错误的第一次生命)	(60)
二、20 世纪的错误理论 (错误的第二次生命)	(62)
三、错误理论的现状及其未来发展趋势	(68)
第四节 错误的基本类型	(76)
一、大陆法的错误类型	(76)
二、英美法的错误类型	(85)
第三章 欺 诈	(93)
第一节 欺诈的概念与含义	(93)
第二节 欺诈的构成要件	(96)
一、英美法观点	(96)
二、大陆法观点	(107)
第三节 第三人欺诈	(111)
一、“第三人”的概念	(112)
二、第三人欺诈与当事人合同之间的非关联性	(113)
三、第三人欺诈与当事人合同之间的关联性	(116)
第四节 欺诈的法律救济	(124)
一、欺诈的撤销限制	(125)
二、欺诈的救济	(128)
第四章 胁 迫	(130)
第一节 罗马法中的胁迫	(131)
一、胁迫与罗马债务法	(131)
二、胁迫的构成要素	(146)

三、胁迫的类型	(151)
第二节 大陆法与英美法中的胁迫	(154)
一、总论	(154)
二、胁迫的客观要件	(164)
三、胁迫的主观因素	(197)
四、因果关系	(200)
五、胁迫的非法性	(205)
六、第三人胁迫	(210)
七、胁迫的救济	(216)
第五章 不当影响	(221)
第一节 不当影响的概念与含义	(223)
第二节 不当影响的适用范围	(225)
一、父母子女关系	(225)
二、律师与当事人之间的关系	(227)
三、其他关系	(227)
第三节 不当影响的类型	(230)
一、事实上的不当影响	(230)
二、推定的不当影响	(233)
三、非推定的亲属的不当影响	(236)
四、不当影响类型的比较	(238)
第四节 不当影响的其他问题	(242)
一、原告的独立性	(242)
二、不当影响对第三人的影响	(244)
三、不当影响与相关概念的关系	(248)
四、不当影响的救济	(250)

第六章 我国民法中意思表示瑕疵立法的完善与构建	(253)
第一节 意思表示瑕疵形态立法的完善	(253)
一、欺诈立法的完善	(254)
二、错误立法的完善	(260)
三、胁迫立法的完善与构建	(268)
四、不当影响立法的构建	(273)
第二节 意思表示瑕疵法律后果的完善	(277)
一、意思表示瑕疵立法的价值取向	(277)
二、意思表示瑕疵法律后果的制度设计	(281)
结 语	(285)
参考文献	(288)
后 记	(297)

Preface

导 论

作者查阅了中国期刊网（1983～2012年）的论文（含硕士学位论文、博士学位论文），采取了输入关键词——“意思表示、意思表示瑕疵、胁迫、欺诈（诈欺）、错误、重大误解、不当影响、乘人之危”等进行查询。同时，在中国国家图书馆网站通过输入以上关键词查询了相关著作。也对国内知名民商法学专家的著作进行了查询，譬如胡长清、芮沐、谢怀栻、江平、梁慧星、王利明、徐国栋、尹田、龙卫球、马俊驹、佟柔、孙宪忠、郭明瑞、杨立新、吴汉东、黄立、黄凤及郑玉波、史尚宽、王泽鉴等。从搜查的结果来看，关于意思表示瑕疵理论的专著尚没有；大部分是将意思表示瑕疵理论以专章或专篇的形式在民法总论或合同法中进行阐述。譬如：陈卫佐在《德国民法总论》第五编第十四章中以“意思瑕疵”为标题；^{〔1〕}芮沐在《民法法律行为理论之全部》第五章的“四、五、六”节中分别以“意思与表示之不一致”、“意思表示之错误”及“意思表示之欺诈与胁迫”为题；^{〔2〕}尹田在《民法典总则之理论与立法研究》第十七章以“意思表示不真实的法律判断”为题进行专

〔1〕 陈卫佐：《德国民法总论》，法律出版社2007年版，第298～327页。

〔2〕 芮沐：《民法法律行为理论之全部》，中国政法大学出版社2003年版，第122～136页。

章论述。^{〔1〕}从参与此专门理论的研究成员来看,往往是“大家们”少,“后生们”居多,其成果形式主要是硕士学位论文与博士学位论文。据此,从某种程度上似乎可以说此领域研究的深度或广度尚不够或者说专家们对它的重视程度还不够。然而,从实务角度探讨、完善我国意思表示瑕疵立法的较多。从研究的内容上来看,总的来说还比较粗,有待于进一步细化。

相比国内研究而言,外国有关意思表示瑕疵理论的研究,无论是深度,还是法律的具体化都要强得多。具体而言,大陆法系的理论研究更为深入与透彻,较为注重当事人的主观心理;有关意思表示瑕疵理论与立法既表现在民法基本原理专著的章节中,也体现在意思表示瑕疵理论的专著中,相关的论文数量也不少。而英美法系则更注重意思表示的外在因素或者说客观事实。它没有意思表示瑕疵的概念,但有类似的同意瑕疵概念,不当影响是其独有的法律制度,目前研究的成果相当多。有关意思表示瑕疵的理论主要以“合同法原理”专著的章节形式及相关的论文形式出现。

一、学者研究的主要内容

(一) 意思表示瑕疵的基本类型

王泽鉴先生在《民法总则》一书中,以意思表示瑕疵“结构图”的形式将意思表示瑕疵分为两大类:意思表示不一致与意思表示不自由。^{〔2〕}郑玉波先生也在《民法通则》一书中指出:“所谓瑕疵乃意思与表示不一致,及意思表示不自由之谓

〔1〕 尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第532~624页。

〔2〕 王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第282页。

也。”^{〔1〕}胡长清先生的观点也是如此，其在《中国民法总论》一书中指出：“意思与表示，如不一致，是为意思表示之有瑕疵，表意人固得为撤销其意思表示；即意思与表示表面上虽属一致，苟非出于表意人之自由意思，而由于他人之不当干涉，亦属意思表示之有瑕疵。”^{〔2〕}芮沐先生似乎将意思表示瑕疵局限于“意思表示不自由”，是“意思与表示之不一致”的一种情形。他在《民法法律行为理论之全部》一书中如此写道：“所谓意思与表示之不一致。此其情形有二：一为狭义的意思与表示不一致，此中包括有意的与无意的二种，……。另外一种不一致之情形则可称之为意思表示之瑕疵，此即意思表示在主观上虽属一致，而其所以成为一致者，乃由于不得已之情形，例如受他人之胁迫或欺诈等。”^{〔3〕}龙卫球先生在《民法总论》中没有明确表明他对意思表示瑕疵类型进行划分的观点，但是他在论述第四章“法律行为”的第五节“意思表示瑕疵”时，从“一、意思表示瑕疵的规范类型”、“二、意思和表示不一致的意思表示”及“三、意思瑕疵的意思表示”几个方面展开。从中不难看出，他是将意思表示瑕疵分为“意思和表示不一致的意思表示”及“意思瑕疵的意思表示”两大类型。因为，第一方面是基本类型的具体形态，涵盖在其后的两大基本类型当中。^{〔4〕}在阐述意思表示瑕疵分类的基本理由时，李小华在“意思表示瑕疵类型化分析”一文中指出：“意思表示是否存在瑕疵就只要考察如下两个方面：一是效果意思的产生是否自由、自

〔1〕 郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社2003年版，第275页。

〔2〕 胡长清：《中国民法总论》，中国政法大学出版社1998年版，第231、246页。

〔3〕 芮沐：《民法法律行为理论之全部》，中国政法大学出版社2003年版，第122~123页。

〔4〕 龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2001年版，第485、497页。

愿即是否真实；二是行为意思、效果意思、表示意思、表示行为是否一致，民法中简洁地表述为内心意思是否与外在行为一致。若不真实或不一致，该行为就是有瑕疵的。因此，从意思表示瑕疵产生的原因上看，它就包括两大类：效果意思的产生不真实及内心意思与外在行为不一致。”^{〔1〕}

德国学者则从意思表示形成的两个阶段（意思形成阶段与表示发出阶段）中所发生的违背当事人内心真意的瑕疵而划分为：意思瑕疵与表示瑕疵。其探究过程较为复杂，相关的概念也极为近似，甚至也不乏冲突的观点，其意图无非是想找出意思表示瑕疵产生的真正原因所在，并为之寻找合理的依据。在作者看来，这种研究尽管有不少值得肯定的地方，但是于法律的规范性意义似乎不大。

综上所述，以上分类似乎忽视了意思表示中当事人的主观过错状况。没有将意思表示瑕疵理论与过错归责理论结合起来，给意思表示瑕疵的法律效力的定位问题留下了隐患。

（二）意思表示瑕疵的具体形态

龙卫球先生在《民法总论》中指出了《德国民法典》对意思表示瑕疵问题的处理方式，即采取类型化的模式，将意思表示瑕疵的形态划分为以下七种：心理保留、游戏表示、虚假意思表示、表示错误、受诈欺的意思表示、受胁迫的意思表示和重要性质错误。同时指出我国的《民法通则》与《合同法》也秉承了《德国民法典》的思想，在立法中体现了四种意思表示瑕疵形态：受欺诈的意思表示、因重大误解的意思表示、受乘人之危的意思表示及受胁迫的意思表示。^{〔2〕}而徐辉在“论社会

〔1〕 李小华：“意思表示瑕疵类型化分析”，载《法制与社会》2008年第9期。

〔2〕 详情参见龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2001年版，第484页。

典型行为中的意思表示”一文中认为,我国的《民法通则》规定了“恶意串通”、“以合法形式掩盖非法目的”、“对行为内容的重大误解”、“欺诈”、“胁迫”和“乘人之危”等六种意思表示瑕疵形态。^{〔1〕}这说明我国民事立法中在意思表示瑕疵的具体形态问题上,学者们并没有达成共识。而从20世纪以来欧美学者的相关研究成果来看,讨论的主题似乎主要集中在错误、欺诈、胁迫与不当影响的几种瑕疵形态上。克拉默 Kramer 在《缔约瑕疵》(*Defects in the Contracting Process*)一书中主要讨论了错误、欺诈与胁迫三个方面的法律问题;^{〔2〕}西弗顿·格林 (Sefton - Green) 在《欧洲合同法中的错误,欺诈与告知义务》(*Mistake, Fraud, and Duties to Inform in European Contract Law*)一书中主要讨论了错误与欺诈的问题。

学者们除就意思表示瑕疵的具体形态种类作出分析外,尚就各具体形态的概念、构成要件及各种具体形态之间的相互关系作出了广泛的研究。下面仅就与本著作研究范围密切相关的几种情形作出简要的综述。

1. 错误。理论界对错误的研究成果较多。国内学者的研究主要集中在错误与重大误解的比较、重大误解的构成要件等方面。李永军在“合同法上的错误及其法律救济”一文中指出:“《德国民法典》所规定的错误可称为真正的‘错误’,既包括意思形成过程中的错误,也包括表达上的错误观点;而《法国民法典》所规定的错误实为‘误解’,不包括表达上的错

〔1〕 徐辉:“论社会典型行为中的意思表示”,对外经济贸易大学2007年硕士学位论文。

〔2〕 Kramer E. & T. Probst, *Defects in the Contracting Process*, Boston: Tubingen and Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 3.

误。”^{〔1〕}尹田在《民法典总则之理论与立法研究》一书中认为,“误解”的实质就是“错误”,并指出:德国民法与法国民法理论也承认误解实质上是一种动机错误。^{〔2〕}我国《民法通则》并没有采用错误这一概念,而是以重大误解取而代之。^{〔3〕}徐澜波指出:在重大误解成立要件中有关当事人的主观状态问题上,我国学界的观点主要有“无过失论”与“过失论”两种。“过失论”认为,“在重大误解情况下,误解一方陷入错误认识是由于自身过失造成的,并非由于欺诈的结果”;“无过失论”则认为,“误解不仅包括表意人无过失的表示与意思不符,也包括相对人对意思表示内容的了解错误。”^{〔4〕}在重大误解的认定上,隋彭生在“关于合同法中‘重大误解’的探讨”一文中认为,我国合同法理论与实务实践中并未取得统一的认识,并主张要与合同未成立区分开来。^{〔5〕}总的看来,我国有关重大误解理论的研究并未突破大陆法、英美法中既有错误理论的范畴。

2. 欺诈。有关欺诈的理论研究主要集中在概念、构成要件、法律效力及立法构建方面。欺诈的概念在称谓上略有差异,台湾地区学者喜欢用“诈欺”的概念,^{〔6〕}英美法学者中大多数使

〔1〕 李永军:“合同法上的错误及其法律救济”,载《山东审判》2003年第3期。

〔2〕 尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2010年版,第545页。

〔3〕 详情参见《民法通则》第59条;《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第71条。

〔4〕 详情参见梁慧星主编:《民法总论》(第3版),法律出版社2001年版,第178页。徐澜波:“因重大误解而撤销或变更合同的法律问题——由旅客错误购买特价航空机票不能‘签转退’引发的思考”,载《法学》2009年第4期。

〔5〕 隋彭生:“关于合同法中‘重大误解’的探讨”,载《中国法学》1999年第3期。

〔6〕 详情参见王泽鉴:《民法总论》,北京大学出版社2009年版,第307页;史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第424页。

用“欺诈性不实陈述”概念。^{〔1〕}在构成要件上，尽管大陆法与英美法表述上略有差异，但不存在实质性差别。学者们达成的共识度较高，主要从主观性、客观性、因果性、违法性等方面阐述。存在的争议主要有：沉默是否构成欺诈及欺诈是否一定以违法性作为必要要件？尹田在“法国民法上欺诈的构成条件”一文中指出：“在特定条件下，沉默较之谎言，具有同样的违法性。当然，在具体处理案件时，也应考查相对方当事人是否犯有‘不可原谅’的轻率或疏忽，以此确定当事人的沉默是否构成欺诈。”^{〔2〕}史尚宽先生认为：“因诈欺所欲达成之目的，违法与否，在所不问。其是否侵害权利，亦无关系，而重点在于引起意思表示之瑕疵，即因诈欺而以非社会一般所容许之方法影响被诈欺人之决意。”^{〔3〕}

不少国家就第三人欺诈问题从立法上作出了明确的规定，但我国民事立法未作出规定。因此学者们纷纷就第三人欺诈的立法问题提出了自己的建议，并阐述了立法理由。尹田认为：“一些国家的民法规定，在第三人为欺诈时，如果相对方明知部分或全部欺诈事实，则以其明知的欺诈事实为限，受欺诈方当事人可要求部分或全部撤销其意思表示。如果相对方对于第三人欺诈的事实应当知道而未能知道，即相对方不知其事实而有过失时，表意人有权请求撤销其意思表示。”梁慧星主编的《中国民法典草案建议稿》第132条第2款规定：“欺诈人非当事人一方的情形，属于无相对人的意思表示的，表意人可以撤销其意思表示；属于有相对人的意思表示的，仅以相对人知道或者

〔1〕 详情参见 Louis L Hammon, *The General Principles of the Law of the Contract*, Saint Paul : Keefe - Davidson, 1902, pp. 141 ~ 142.

〔2〕 尹田：“法国民法上欺诈的构成条件”，载《云南法学》1995年第3期。

〔3〕 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第426页。

应当知道其受欺诈为限，表意人可以撤销其意思表示。”^{〔1〕}徐国栋在《绿色民法典草案》第67条规定：“引起法律行为无效的诈欺可以来自当事人的任一方或第三人。如果在缔结法律行为时当事人一方知道第三人实施的诈欺，应该对由此引起的损害与诈欺人负连带责任。其他情形，仅由第三人承担责任。”^{〔2〕}王利明则在《中国民法典草案建议稿及说明》第175条规定：“第三人进行的欺诈行为，如相对人知道或者应当知道欺诈行为存在的，受欺诈人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或撤销。”^{〔3〕}以上反映的基本观点如下：第三人欺诈之下的民事法律行为的效力问题要视相对人知情与否、善意与恶意而定；同时要考虑民事法律行为的性质，譬如是一方法律行为还是双方法律行为。^{〔4〕}

3. 胁迫。国内关于胁迫理论和立法研究存在的问题与上述对欺诈问题的研究相类似。这方面值得关注的应属第三人胁迫问题。域外立法规定第三方胁迫不乏实例。《法国民法典》第1111条、《意大利民法典》第1434条都就第三人胁迫问题作出了相应规定。我国立法虽未规定第三人胁迫问题。但我国理论界的主流观点是认可第三人胁迫的，只是在第三人胁迫的法律效力上存有争议。梁慧星主编的《中国民法典草案建议稿》第133条规定：“无论胁迫人为当事人一方或者第三人，受胁迫的

〔1〕 梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社2003年版，第25页。

〔2〕 徐国栋主编：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社2004年版，第13页。

〔3〕 王利明主编：《中国民法典草案建议稿及说明》，中国法制出版社2004年版，第26页。

〔4〕 尹田：《民法典总则之理论与立法研究》，法律出版社2010年版，第554～555页。

表意人均可以撤销其意思表示。”^{〔1〕}徐国栋先生主编的《绿色民法典草案》第72条规定：“来自第三人的胁迫，只有在从此等胁迫中得利的当事人知道或应当知道胁迫情事时，才导致行为无效，该当事人应与胁迫人就由此引起的损害承担连带责任。从第三人的胁迫中得利的当事人不知或不应知道胁迫情事的，法律行为有效，但胁迫人要对被胁迫人由此遭受的全部损失承担责任。”^{〔2〕}

4. 不当影响。关于不当影响的理论研究问题，英美法学者研究的成果颇多，国内学者的关注度也在不断增加。^{〔3〕}学者们大多从不当影响与意思表示瑕疵的其他形态的比较角度去研究。大多学者认为，它是一种独立的瑕疵表现形态。温德尔（W. H. D. Winder）在《不当影响与胁迫》（Undue Influence and Coercion）一文中指出：“不当影响有着清楚的含义，它有别于意味着缺乏同意的其他多种术语的含义。”吴艳在“不当影响在意思表示瑕疵制度中的地位”一文中认为：“不当影响与我国现有的意思表示瑕疵制度，既有重合又各不相同，仍然具有其独立的存在价值。”^{〔4〕}学者们争议的焦点是：不当影响的认定。其主要体现在：不当影响认定标准的模糊性与不确定性。皮格伍德（R. Bigwood）在《不当影响：“受损的合意”还是“恶意的利用”？》（Undue Influence: “Impaired Consent” or “Wicked Ex-

〔1〕 梁慧星主编：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社2003年版，第25页。

〔2〕 徐国栋主编：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社2004年版，第14页。

〔3〕 作者通过在中国期刊网输入关键词“不当影响”、“不正当影响”，查阅了我国学者发表的相关论文，结果1992~2001年间只有10篇论文；2002~2012年间则有20篇以上论文。

〔4〕 吴艳：“不当影响在意思表示瑕疵制度中的地位”，载《辽宁行政学院学报》2009年第7期。

ploitation”?)一文中指出:“人们已经对‘不当影响’中的‘不当’一词的不稳定性表示了担心。”^[1]但是王志华在“试论不当影响制度的设立——兼论我国意思表示瑕疵制度之完善”一文中认为,在司法实践中美国法院在审判此类案件时确立的标准可资借鉴。^[2]

(三) 意思表示瑕疵的效力

1. 效力形态。意思表示瑕疵的效力有无效与可撤销两种基本形式,学者们的观点大多倾向于“可撤销”。徐国平在“意思表示瑕疵合同的效力”一文中指出:大陆法系国家或地区大多规定因“欺诈”、“胁迫”、“重大误解”、“乘人之危”而订立的合同为可撤销合同;英美法系大多数国家除将存在错误的合同定为无效外,都规定“虚伪陈述”、“胁迫”、“不当影响”等为可撤销合同。^[3]王志华在“试论不当影响制度的设立——兼论我国意思表示瑕疵制度之完善”一文中指出:“关于不当影响的效力问题,大多数学者认为,由于不正当影响的危害较胁迫轻,而且受害人在此情形下还有独立的意志,只是因为他意志薄弱,碍于情面,或者另有他图,算作瑕疵意思表示,所以赋予一方

[1] R. Bigwood, “Undue Influence: ‘Impaired Consent’ or ‘Wicked Exploitation’?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 3 (1996), p. 510.

[2] 美国法院在审判此类案件时认定不当影响是否成立,通常主要考虑以下因素:①双方当事人交易的谈判不正常或时间均不合适;②当事人缔结约定的地方不适合;③一再强调及要求契约须立刻签订;④特别强调延时签约之不利后果;⑤主控一方使用数人向单一对方为不当之游说;⑥当事人一方无法取得第三者的独立参考意见;⑦使当事人间之一方无时间咨询其财务专家或律师的意见。详情参见王志华:“试论不当影响制度的设立——兼论我国意思表示瑕疵制度之完善”,载《政法论丛》2000年第3期。

[3] 徐国平:“意思表示瑕疵合同的效力”,载《芜湖职业技术学院学报》1999年第3期。