

《民法总则》中法律行为规范体系评析

席志国

(中国政法大学民商经济法学院,北京 100088)

摘要:法律行为理论是《民法总则》的核心内容,法律行为规范体系的完善也是我国《民法总则》的主要任务之一。文章结合法律行为理论,对于新通过的《民法总则》中法律行为规范体系进行了较为详细述评。认为我国《民法总则》在法律行为的定义、基本价值理念、意思表示之实施与生效、法律行为之效力体系等诸多方面均取得了长足的进步。同时,也指出我国《民法总则》中法律行为之规范体系尚需进一步斟酌与完善的地方,主要包括法律行为之术语的选择、错误的意思表示的完善、单独虚伪表示之增设、限制民事行为能力人实施的意思表示之效力的细化、法律行为之效力体系进一步优化等方面。最后提出了具体完善的方案,以期对未来《民法典》分则编的制定及总则编的再完善有所帮助。

关键词:总则;法律行为;意思表示;效力

中图分类号:DF51 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2017)03-0022-12

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2017.03.003

席志国.《民法总则》中法律行为规范体系评析[J].浙江工商大学学报,2017(3):22-33.

Research On the Juristic Acts System of The General Principles of Civil Law

XI Zhi-guo

(School of Civil and Economic Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: The theory of juristic acts is the core content of The General Principles of Civil Law, and the perfection of the legal norms is one of the main tasks of The General Principles of Civil Law of P. R. China. Based on the theory of juristic acts, this paper gives a detailed review of all the legal norms of juristic acts in the new General Principles of Civil Law. The author believes that the General Principles of Civil Law has made great progress in the definition of juristic act, the basic values behind it, the implementation and effectiveness of the declaration of intention, and the validity system of juristic acts. At the same time, the article also points out that this General Principles of Civil Law still requires improvement and perfection in these fields including the selection of terminology, the effect of persons with limited capacity of juristic acts, the rules about the error in the declaration of intention, the adoption of rules about unilateral false declaration of intention, the optimization of the validi-

收稿日期:2016-05-02

作者简介:席志国,男,中国政法大学民商经济法学院副教授,法学博士,《中华人民共和国民法总则》中国政法大学专家建议稿主要成员,主要从事民商法学研究。

ty system of invalid juristic acts etc. This paper puts forward a series of concrete and practical perfection plans, looking forward to further improvement of the General Principles and the codification of other parts of the civil law.

Key words: General Principles of Civil Law; juristic acts; declaration of intention; validity

一、引言

《中华人民共和国民法总则》(下称《民法总则》)已于2017年3月15日由第十二届全国人民代表大会第五次会议通过,将于2017年10月1日起生效。《民法总则》的出台开启了新中国的《民法典》时代,应当说是共和国法治进程中的一个里程碑事件。《民法总则》的出台,使长久以来制约民法典进程的两个基本问题得到了彻底解决,即一方面采取了民商合一的立法模式,另一方面则采纳了十九世纪德国法律科学所发展出来的学说汇纂体系(又称之为潘德克吞立法体例)。学说汇纂体系的基本特征有二,其一是法典被区分为总则与分则两个基本部分;其二是分则中将财产权区分为债权与物权而独立成编。“学说汇纂体系的主要特点是将总则部分置于最前面,总则部分的核心内容是法律行为理论。”^①可以说法律行为制度是撑起《民法总则》的基石,如果除掉民事法律行为制度,那么《民法总则》就无法立足。此次《民法总则》第六章规定了法律行为,共计28个条文(第133-160条),分为四节:第一节一般规定、第二节意思表示、第三节民事法律行为的效力、第四节民事法律行为的附条件和附期限。应当说《民法总则》中关于法律行为的规范体系是在《民法通则》的基础上,整合了《合同法》《物权法》《公司法》等各单行法关于法律行为的规范,并且吸收和采纳了法院的司法解释及实践以及30多年来民法学说成果后所完成的。《民法总则》关于法律行为之规范体系取得了长足的进步,然而正如任何其他立法一样都不可能是尽善尽美的,《民法总则》也避免不了尚有未足的地方,从而需要学说与司法实务进一步去完善。本文的目的有二:一方面揭示《民法总则》在法律行为规范体系上的诸多进步;另一方面也指出其留下的遗憾,从而为司法实务及法律学说进行法律续造(Rechtsfortbildung)贡献一份力量,同时也为《民法典》分则诸编的编撰以及进行法典整合时对总则的进一步完善提供有益的参考。

二、法律行为之概念与定义评述

《民法总则》依然承袭了我国立法的传统,为主要的法律概念制作相应的定义,于第133条规定了法律行为的定义:“民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为。”这一定义与《民法通则》第54条之规定相比较,其进步是巨大的,主要表现在如下两个方面:首先是取消了法律行为的合法性要件,结束了长久以来法学界关于法律行为是否应当具有合法性的争议。^②依据《民法通则》第54条规定,法律行为只能是合法的行为,违反法律之规定从而无效的或者可撤销的行为不是法律行为。将法律行为局限于合法有效的表意行为,虽然也为一些学者所支持甚至是赞扬,但近年反对以合法性作为法律行为之要件的学说蔚然成为通说。李永军教授在对法律行为的立法史进行详细研究的基础上指出:“法律行为是指以意思表示为核心要素的、主体为追求该意思表示中所含效果在私法上的实现的行为。笔者认为这一概念与其他学者的概念之不同在于:将主体对这种法律效果的追求作为构成部分,这种追求是否实现则是另外的事情。因此,法律行为的合法性就不是法律行为

^①Werner Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, S. 28.

^②关于法律行为之合法性的争议,详见:朱庆育,《法律行为概念疏证》,载于《中外法学》2008年第3期。

的构成要件。”^[1]德国民法典对于法律行为未设概念性规定,然而在其立法理由书中为法律行为所下的定义中也没有合法性要件。德国民法典第一草案的《立法理由书》指出:“草案意义上的法律行为是旨在产生特定法律效果的私人意思表示,该法律效果之所以依法律秩序而产生,是因为人们希望产生这一法律效果。”^①德国经典教科书上关于法律行为之定义亦无合法性之要素。^②我国台湾地区及日本学说亦如此。^③据此可见,在法律行为之原产国的德国立法者看来并未将合法性作为法律行为的要素。对法律行为必须以合法性为要件最为严厉的批评在于:“虽然强调法律行为‘合法性’特征理论的前提是在许多国家和地区都有大量支持者的法律实证主义理论,但由于对私法理念特别是对意思自治原则的高度压制,这种理论实际上滑向了法律实证主义理论上的一个‘极端’:国家法制主义。国家法制主义理论在法律规范创制的问题上,主张实行最严格的‘国家垄断’,不承认私人可以通过意思自治的方式在私人之间利益关系的层面上享有‘立法权’。因此,这也是一个在实质上否认可以存在‘私法’的理论。”^[2]

其次是该法律行为的定义明确了法律行为与意思表示之间的关系。《民法通则》第54条关于法律行为的定义中并没有出现“意思表示”的字样。非但如此,整个《民法通则》的第四章关于民事法律行为的规范体系共计17个条文(第54-70条)中只有一个地方出现了意思表示,即第56条第1款第2项,除此之外再也没有“意思表示”的字样。因此仅就《民法通则》的文本来看,很难在法律行为与意思表示之间建立直接的联系。关于法律行为与意思表示之间的关系完全有赖于学说上的解释而实现。《民法总则》第133条则明确规定了法律行为是民事主体的“意思表示”行为,从而在立法上使法律行为回归到其传统法学概念之下。这样的做法不仅仅是一个法学理论的问题,更主要是通过将法律行为明确为意思表示行为,从而将法律行为正式作为实现意思自治或者说是私法自治这一基本原则之工具的地位得以确立,使私法自治之理念更好地在整个民法体系中得以彰显和贯彻,并使民法真正成为民事权利的宪章,而不再是屈居于国家实现治理社会的工具或手段之行列。可以这样说,法律行为这一定义不但使整个法律行为制度恰如其分地镶嵌在了民法典的外在体系中,更为重要的是它为民法典的内在体系扫清了逻辑上的障碍。“至少从弗卢梅发表他的大作以后,今日的私法学就应用一种规定功能的法律行为概念,它主要被理解为私法自治的手段,并且应基此观点来理解与其有关的问题,并由法律中寻求其解答”^{[3]355}。在弗卢梅教授看来“法律行为的伟大之处(Großartige)正在于个人可以自己制定规则从而将客观法律转化为主观权利,这是因为私法自治原则给予了个人形成法律规则的权能。”^④《民法总则》第133条关于法律行为之概念正是在这一意义上回应了第5条之规定,从而打通了《民法总则》的内在体系。盖“内部体系”为由一般原则所构成的体系,但仍然认为,应该有“相应的法概念体系归属于原则之下”。然而大家“可不能忘记,这些概念具有目的论的特质,因此,在有疑义时即应回归到其隐含其中的评价上,质言之,回归到相应的原则上去”^{[3]355-356}。

然而令人遗憾的是,《民法总则》仍然沿袭了《民法通则》的做法没有将“民事法律行为”这一术语(Terminologie)更正为“法律行为”。《民法通则》之所以用“民事法律行为”这个术语代替了德国法律科学所创设的并为《德国民法典》所正式使用的“法律行为”(Rechtsgeschäft)这一术语,其主要目的有

①Motiv zum Entwurf. I, S. 126.

②Werner Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, S. 23. Ennerrus/N, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, zweiter Halbband, 15. Aufl., 1960, S. 894. Andreas von Tuhr, Der Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts, zweiter Band, S. 143.

③【日】我妻荣:《新订民法总则》,于敏译,中国法制出版社2008年版,第224页。【日】山本敬三:《民法讲义I——总则》,解亘译,北京大学出版社2004年版,第70页。

④Werner Flume, Das Rechtsgeschäft und rechtlich relevante Verhalten, 1962, S. 76.

二,其一是划分法域,即将法律行为限定在民法的领域内,中国法理学借用了德国法律科学专门为民法所发展出来的“法律行为”这一术语,将其外延扩张到所有能够引起法律效果的行为之上,故法律行为既包括引起私法效果的人的行为也包括引起行政法、刑法等公法上的法律效果的行为;既包括能引起法律效果的合法的行为也包括违法的行为在内。故只有在“法律行为”这一术语之前增加一个限定性的术语“民事”,才能将其外延限制在引起私法效果的行为之上。“随着法学理论的发展,‘法律行为’逐渐被引申成为一个法学理论的概念,即凡是具有法律意义的行为都可以称为‘法律行为’。例如,人民检察院的公诉,人民法院的判决,国家行政机关发布命令,当事人申诉、上诉等等,但这些与民法上的法律行为的概念不同。我国《民法通则》为了避免民法上的法律行为与其他具有法律意义的行为相混淆,就采用了‘民事法律行为’概念。冠以‘民事’二字,从而突出民法上法律行为的特点”^[4]。其二是解决法律行为之合法性的问题。在法律行为前面冠以“民事”的真正目的在于创设出一个“民事行为”的术语,用来指称一切目的在于引起民事法律关系的表示行为,既可以是合法的也可以是违反法律的(即无效的、可撤销的或者效力待定的)。其中合法的能够按照表意人的意思发生法律效力即为民事法律行为,而不合法的效力有瑕疵的则称之为无效的民事行为、可撤销的民事行为、效力待定的民事行为等。对此曾任全国人大法工委主任的顾昂然先生指出:“公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的行为,比如办理结婚登记、签订合同等,都是民事行为。合法的民事行为,叫做民事法律行为。这就是民事行为和民事法律行为的区别,民事行为比民事法律行为要宽,包括民事法律行为、无效民事行为和可撤销民事行为”^[5]。

如前所述,《民法总则》第133条在给民事法律行为下定义时,已经将《民法通则》第52条中所规定的“合法”二字删除,从而不再以合法性为其要件。因而“民事法律行为”这一术语所要实现的将合法的意思表示行为与“违法”的意思表示区分开来的主要功能已经不复存在了,仅有法域区分功能了。而正如朱庆育教授指出的那样:“法域区分之考量虽为‘民事’二字的出现提供说明,仅仅为了区分法域,却又似乎难以承受民事法律行为概念作为‘世界民法立法史上的一个独创’之重”^[6]。因此,笔者认为,在《民法总则》中以“法律行为”代替“民事法律行为”这一术语一方面能够很好地实现与国际社会接轨,在中国纳入世界法律共同体的过程中不至于为国际社会产生误解;另一方面则保持了我国学术界所普遍认可和接受的储藏和承载民法之特殊价值与理念的法概念传统。

三、意思表示规则体系评述

(一)《民法总则》关于意思表示规则体系的完善

由于法律行为的核心要素是意思表示,换言之在所有法律行为中都必然包含有意思表示,单方法律行为就是由一个意思表示构成,而双方及多方行为则由各方当事人的意思表示一致构成,故意思表示的一系列共同规则应当属于《民法总则》所规范的主要内容,这样的做法既能避免在民法各分则中重复规定,又能防止出现碰撞性的法律漏洞。也正是基于这样的理由,凡是正式采纳了法律行为理论的立法例中,其法典中法律行为章必然设专节规范意思表示。^①我国《民法总则》法律行为一章,就意思表示之规则体系进行了如下三个方面的完善:

1. 规定了意思表示实施的规则。《民法通则》中由于没有专门规定意思表示,故也没有关于意思表示的生效和撤回等规则。《合同法》虽然规定了要约和承诺的生效与撤回,但是对于要约与承诺之外

^①《德国民法典》第一编第三章第二节(第116-144条);《日本民法典》第一编第五章第二节(第93-98条);我国台湾地区适用之民国时期《民法典》第一编第四章第三节(第86-98条)。

的其他法律行为则无适用之余地。《民法总则》则设专节专门规定了意思表示,其主要内容系意思表示的生效与撤回。具体而言涉及到:(1)不同意思表示的生效时间,即对话的意思表示在相对人知道时生效;非对话的意思表示在到达相对人时生效;无相对人的意思表示在意思表示完成时生效,而以公告的方式做出的意思表示则在公告发布时生效(第137、138、139条)。(2)意思表示的撤回规则(第141条)。(3)意思表示的方式,包括明示与默示,并且明确了沉默只有在符合特定条件时始构成意思表示(第140条)。

2. 完善了意思表示的解释规则。在笔者看来,此次《民法总则》在意思表示的规范体系中最为成功的规范非意思表示的解释规则莫属了。意思表示之解释,可以说是法律行为理论中最为重要也最具争议的难题,也是法律行为理论中的核心问题。基于私法自治原则,法律行为之效果系于当事人的意思表示,故透过解释所得出的当事人之外在表示的真实意思就成为确定法律行为之效力的基础。而意思表示是否具有错误等瑕疵等,也系以意思表示之解释为基本前提,因为只有经过解释之意思与表意人之真实意思不一致,始构成错误之意思表示。而“所谓意思表示是指通过语言等外在行为(通过语言表示是最为主要的表示方式)将主观想要发生一定法律效果的意思表达出来,意在让他人了解其主观的意思并据此发生法律后果。表意人透过语言所表达的意思,在正常的情形下与受领意思表示的人所理解的意思是相同的,因而该意思表示在双方当事人共同理解的意义上发生法律效力。然而,由于语言固有的缺陷,表意人所表达的意思与受领人所理解的意思完全不同的情形也所在多有,此时双方当事人发生争议诉至法院,法院则需对该意思表示进行相应之解释从而获得正确之判决”^[7]。

《民法通则》中没有任何关于意思表示的解释规则,《合同法》第125条之规定也仅仅是针对合同条款这一种意思表示进行解释,因此没有关于意思表示解释的一般规则。《民法总则》第142条则规定了所有意思表示的共同解释规则。关于意思表示之解释的原则,向来就有所谓的主观解释原则与客观解释原则两种截然相对的解释原则。^①《德国民法典》本于意思自治采主观主义,于第133条规定,“意思表示之解释,应当探求当事人的真实意思(der wirkliche Wille),而非拘泥于所使用之词句的字面意思(an dem buchstäblichen Sinne)”。然而这一原则无疑是以牺牲相对人之利益为代价的,故学说上多加反对。认为主观解释原则对于无相对人的意思表示无疑是正确的,而对于有相对人的意思表示之解释则必须兼顾对方当事人的利益,从而应当转向客观主义,即以确定意思表示所得理解的意思为准。《民法总则》第142条即在区分意思表示的基础上,在无相对人的意思表示解释上采主观主义,其第2款的规定:“无相对人的意思表示的解释,不能完全拘泥于所使用的词句,而应当结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则,确定行为人的真实意思。”对于有相对人的意思表示的解释上则采纳了客观主义,《民法总则》第142条第1款规定“有相对人的意思表示的解释,应当按照所使用的词句,结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则,确定意思表示的含义”。至于具体的解释方法,包括体系解释(结合相关条款)、目的解释(行为的性质和目的)、习惯解释及诚实信用原则都是用来确定表意人的真实意思或者是相对人可得理解的意思的辅助性手段而已。

3. 完善了意思表示瑕疵规则。《民法总则》在《民法通则》的基础上进一步完善了意思表示瑕疵的规则体系。主要体现在下述几个方面:(1)完善了受欺诈之意思表示。《民法总则》在《民法通则》和《合同法》中关于受欺诈之意思表示的基础上,增加了第149条的规定,即欺诈系由第三人所实施的在对方当事人知道或者应当知道时受欺诈人得撤销其意思表示。(2)增加了通谋虚伪表示的规则。《民法总则》第146条采纳了比较法上所普遍承认的通谋虚伪之意思表示的效力,即“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定

^①Franz Wieacker, Die Methode der Auslegung des Rechtsbegriffs, Juristenzeitung, Nummer 13, Juli, 1967.

定处理。”(3)增加了暴利行为。《民法总则》第151条将《民法通则》第58条以及《合同法》第54条所规定的显失公平与乘人之危两种情形整合为暴利行为,并且规定其为撤销之意思表示。即“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形,致使民事法律行为成立时显失公平的,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销”。

(二) 意思表示规则体系之不足

1. 意思表示之实施与生效方面尚有漏洞须进一步添补。意思表示生效之规则上尚有如下两个方面缺乏规定,因此构成法律漏洞。首先是没有规定对于无行为能力人和限制行为能力人实施意思表示的生效时间。比较法上往往规定,对于无行为能力人或者限制行为能力人实施意思表示的须向其法定代理人实施,即意思表示只有经其法定代理人受领的才发生效力,而若仅仅向该无行为能力人或者限制行为能力人发出的意思表示不能生效。其次是没有规定意思表示发出后,表意人死亡或者丧失行为能力时其意思表示的效力是否受有影响的问题。对此比较法上往往均规定,对于非对话的意思表示,在发出之后其效力不因表意人的死亡或者丧失行为能力而受影响(《德国民法典》第13条第2款,《日本民法典》第97条第2款,《中华民国民法典》第95条第3款)。

2. 意思表示瑕疵规则尚待进一步完善。(1)没有规定单独虚伪表示。如前所述,《民法总则》规定了串通虚假的意思表示的效力问题,但是却没有规定单独虚伪表示这种同属于故意的意思表示不一致的情形,从而形成了法律漏洞。意思表示瑕疵,从逻辑上可以划分为意思表示不自由和意思表示不一致。所谓意思表示不自由是指表意在形成效果意思上受到了他人不正当的干涉,从而所形成的意思并非当事人的真实的意思,故属于有瑕疵的意思表示。所谓意思表示不一致,是指当事人通过外在行为所表达的意思与当事人内心的意思不相一致,基于意思自治原则,当然也属于有瑕疵的意思而影响其效力。

意思表示不一致,在逻辑上又可以进一步区分为故意的不一致和非故意的不一致,非故意的不一致即为错误(包括传达错误在内)。而故意的意思表示不一致则可以进一步区分为通谋的不一致和单独的不一致。前者即为串通虚假的意思表示,而后者被称为单独虚伪表示。《民法总则》规定了串通虚假的行为而没有规定单独虚伪表示,不得不说是个遗憾,导致司法实践中处理此等问题缺乏可资依据的规范。法院只能透过解释来添补漏洞,这在法典化的过程中不应当再使其付诸阙如了。事实上司法实务中早已有了这方面的实践。北京市朝阳区法院(2010)朝民初字第20321号案件所涉及的即为单独虚伪表示的问题。法院在判决中指出:“鉴于悬赏广告的重要性,发布‘应当是明确、具体、严格、正式的’,家宴过程中以聊天的方式做出的悬赏表示,不能认定为表意人的真意,遂以悬赏表示不具足够的正式性为由驳回原告诉讼请求。法院所表达的,正是非诚意表示之原理。”^{[8]265}《德国民法典》进一步将单独虚伪表示分为真意保留(Geheimer Vorbehalt)和缺乏诚意两种(Mangel der Ernstlichkeit)。关于前者于第116条规定“表意人对于表示事项内心有不愿意的意思,其表示并不因此而无效。但是如果对于另一方做出的意思表示且另一方知其有保留时,其意思表示无效”。该规定在将交易相对人置于优先保护之地位的基础上,同时也充分考虑到意思自治,从而规定在相对人知情时该意思表示无效。对于后者则于第118条规定“缺乏真意并且预期其缺乏真意不至于为对方误解的,其意思表示无效”。我国台湾地区所适用之民国时期《民法典》第86条、《日本民法典》第93条均规定了真意保留的情形。

(2)恶意串通损害他人的意思表示无须再行规定。《民法总则》第154条仍然规定了行为人与相对人恶意串通损害他人利益的法律行为无效。该规定与《民法通则》第58条第4项、《合同法》第52条第2项的规定唯一不同的是将“损害国家、集体或者第三人的”修改为“损害他人的”,该修改使其语词表达更为精准,但是在其内涵和外延上都没有变化,因为他人的利益当然也包括国家和集体的利益在

内。在笔者看来,《民法总则》既然已经规定了串通虚假之意思表示的效果,就不需要再行单独规定恶意串通损害他人利益的意思表示了。对于恶意串通损害他人利益的行为可以分为两个类型,一个类型是当事人串通仅实施一个意思表示,而该表示损害他人利益,包括损害国家、集体等公共利益的;另一种类型则是当事人串通实施了两个法律行为,一个是表面上并不损害第三人利益的行为,另一个则是被隐藏的损害第三人利益的行为。对于表面行为当事人并没有要使其发生效力的意思,当事人仅是用其掩饰或者隐藏真实的损害他人利益的行为。对于第一种情形,无论是损害普通第三人利益的抑或是损害国家或者集体利益的情形,学者在详细总结其可能的情形后得出这样的结论:“司法实践中认定的各种所谓‘恶意串通行为’应该分别由无权处分、欺诈、债权人撤销权、恶意代理、双方代理、脱法行为、通谋虚伪表示等规则予以调整。”^[9]在《民法通则》和《合同法》时代由于没有通谋虚伪表示之规范,故第二种恶意串通损害第三人利益的情形确实有规范的必要,但是在《民法总则》明定了“通谋虚伪表示”之后,则其完全可以纳入到该规范之下作为一种类型而没有独立存在的意义和价值了。否则将徒增适用上的争议,乃至出现相互之间的抵牾。

(3)应当进一步完善意思表示错误的规则。《民法总则》仍然沿袭了《民法通则》和《合同法》的规定,继续保留了“重大误解”这种意思表示瑕疵,而没有如学说上所主张的那样,改采比较法上的“错误”。^①“重大误解”这一术语应当说是我国《民法通则》所独创的一种意思表示瑕疵类型,一直沿用至今。尽管有学者主张我国法律上的重大误解与比较法上的错误并不相同,应当予以严格区别,并且还指出了具体的区别之处^[10]。但是学说上多认为在法律解释上应当将“重大误解”解释为“错误”或者至少应当将“重大误解”扩张解释包括“错误”在内,从而以错误展开其论述。^②司法实践中最高人民法院的相关司法解释也是这样解释的,依据最高人民法院的《民通意见》第71条的规定,重大误解即“行为人对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识”。既然学说上和实践中均将重大误解解释为错误,那么立法上就没有必要再使用一个必须经过迂回辗转之解释而成为“私法上之悬案”的用语了^[11],而应当使其回归到比较法和学说上所共同秉持之“错误”的家族。

《民法总则》对重大误解的规定的缺陷主要表现在以下几方面:首先就重大误解这一语义而言,系指对对方的意思表示理解上的错误,并非是自己表示上的错误,这错误系从表意人的角度出发的。换言之,“称重大误解,改变了法律行为效力的观察角度。法律行为出现效力瑕疵之原因,不在于受领意思表示时是否存在误解,而在于发出意思表示时是否存在错误”^{[8]267}。其次,即便是经过学说和司法实践的解释,仍然不能包括传达错误。基于意思自治原则,若意思表示在传达的过程中发生了错误,那么也应当允许表意人予以撤销,因为这在评价上与表示错误没有本质性的区别。^③再次,对于错误之表意人撤销后是否应当承担赔偿责任应当进行单独之规范。在比较法上规定错误的意思表示得撤销的,一般均对撤销后的损害赔偿做出相应的安排。《德国民法典》第122条、《瑞士债务法》第26条、台湾地区适用之民国时期的《民法典》第91条均规定了撤销人的损害赔偿义务。需要说明的是,这些法典并没有规定基于其他事由撤销意思表示后当事人的赔偿责任。这说明了错误之意思表示撤销后,撤销人的赔偿责任与其他情形有所不同,故需要单独规定。而其他法律行为无效后或者撤销后的赔偿责任则适用

①《民法总则》第147条规定“基于重大误解实施的民事行为,行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销”。

②李永军,《民法总论》,法律出版社2006年版,第534页。持相同观点的学者主要有梁慧星,《民法总论》,法律出版社1996年版,第169页;崔建远,《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2008年版,第302页;隋彭生,《合同法要义》,中国政法大学出版社2003年版,第144页;马俊驹、余延满,《民法原论》,法律出版社2010年版,第195页;朱庆育,《民法总论》,北京大学出版社2016年,第267页。

③《德国民法典》第120条,《瑞士债务法》第27条,台湾地区适用之民国时期《民法典》第89条。

一般的损害赔偿规则即可,故无需单独规定。我国《民法总则》第157条第2款仍然继承了《民法通则》第61条之规,统一规定了法律行为无效后有过错方的赔偿责任,将错误之意思表示撤销后的损害赔偿与其他法律行为撤销后或者无效后做相同之处理。笔者赞成朱庆育教授的观点,即错误之意思表示的表意人撤销后的损害赔偿无论是在归责事由还是在免责事由方面,亦或是赔偿范围方面都应当单独予以处理,故不宜笼而统之地进行规定^{[8]276-277}。依据弗卢梅教授的观点,错误之意思表示撤销后表意人承担赔偿责任的基础既非表意人之过错也非所谓的“起因原则”(Veranlassungsprinzip),而在于“撤销行为人不仅因为自己引起损害而承担责任。关键在于,他通过自己的表示向他人许下诺言。倘使他现在无须遵守自己的诺言,那么至少应当负责使该他人不至因其所许下的诺言而受到损害。有鉴于此,尽管第122条的责任属于法定责任,但它仍然构成一项法律行为责任,换言之,它属于基于法律行为而产生的责任”^{[12]501-502}。正是基于这一原因,错误的意思表示之表意人无论是否有过错都应当赔偿对方的损失,该损失仅以信赖利益为限而不包括履行利益。尽管如此,若相对人知道表意人之意思表示系错误之意思表示,则表意人免除赔偿责任。

(4)限制行为能力人所意思表示的效力须进一步完善。关于限制行为能力人所实施之意思表示的效力,《民法总则》第145条第1款规定“限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效;实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效”。这样的规则体系,与本次立法重在保障限制行为能力人之利益同时兼顾交易安全的做法有所龃龉,笔者认为尚有进一步完善之必要。

首先,限制行为能力人实施的不能独立实施的单方行为应当属于无效,而非效力待定。与无行为能力人相比较,限制行为能力人具有一定程度上的意思能力,但是与完全行为能力人相比较其意思能力依然未得到长足之发展。因此一方面允许其实施一定的法律行为,另一方面对于其他法律行为原则上应当由法定代理人代理或者经过法定代理人予以事先同意。对于非经法定代理人事先同意的意思表示,其效力问题,比较法上基本上都区分单方行为和双方行为而规定了不同的效力。由于双方行为事涉交易安全,既关涉到交易相对人的利益又关系到基于该交易而产生的进一步利益问题,故最好的制度性选择就是将其定性为效力未定的相对无效,若事后能够获得其监护人的同意则使其溯及自始发生效力,相反则使其溯及自始无效,同时允许善意的交易相对人在行为被追认前予以撤销其意思表示。但是对于单方法律行为,由于并不涉及相对人的利益,也不涉及任何第三人的利益保护问题,故直接规定其为无效即可,而没有必要再行将其作为效力未定予以特别处理。故比较法上几乎没有任何国家将限制行为能力人实施的单方行为规定为效力未定。事实上,在《民法总则》出台前既有的法律格局就是这样的,《民法总则》则将《合同法》所规定的效力待定适用于一切法律行为,显然违背了“不同问题应当不同处理”的法律原则,属于法律上的漏洞——隐藏的漏洞。^①

其次,缺乏法定代理人对于限制行为能力人的概括授权的相关规定。法定代理人对于限制行为能力人的授权或者说是事先同意不应当仅仅限于单一的法律行为,而是应当允许法定代理人针对某一类情形对于限制行为能力人进行概括授权。有鉴于限制行为能力人可能已经完全接近完全行为能力人了,甚至其可能离开了法定代理人一个人独立生活,因此凡事都必须单一同意或者授权,显然在某

^①法律漏洞可以区分为明显的漏洞(offene Lücken)与隐藏的漏洞(verdeckte Lücken)。“如果法律对依规范的意旨应予规范的案型,未加规范,那么法律便有‘明显的漏洞’存在;如果法律对应予规定之案型虽已加规范,但却未对该案型之特别情形在法律规范上予以考虑,并应相应地以一个特别规定加以处理,则这种应有之特别规定,亦即对一般规定之限制规定的切确便构成这里所称之‘隐藏的漏洞’”。参见:黄茂荣,《法学方法与现代方法》,中国政法大学出版社2001年版,第341-342页。

种程度上阻碍了未成年人提前进入社会并在社会中得到应有的历练。故比较法上多规定对于限制能力人法定代理人可以概括地授予限制行为能力人在某一领域内实施法律行为。这些法律行为包括对于其零用钱的支配(《德国民法典》第110条)、对于授予其可以独立处分的财产可以独立地实施负担行为和处分行为(《德国民法典》第110条)、准予限制行为能力人营业从而对其实施的营业行为所进行的概括授权(《德国民法典》第112条)等等。当然,法定代理提前同意未成年人可以实施任何法律行为的概括性同意应属无效。倘若可以授予不受限的概括性同意,那么有关未成年人实施法律行为需经其法定代理人同意的法律规定将失去其功能^{[12]228}。

此外,笔者认为《民法总则》中关于意思表示之瑕疵在体例结构上没有规定在意思表示一节,而是规定在第三节法律行为效力中也有所不妥,建议在未来民法典合成时将意思表示之瑕疵按照比较法之做法整体移至意思表示一节,这样无论是在法律逻辑之外在体系方面,还是在价值序列之内在体系上都是最佳的选择。

四、法律行为之效力体系评述

(一) 法律行为效力体系之进步

《民法总则》关于法律行为之规范体系的进步也体现在其效力体系中。这主要表现在:(1)明确了法律行为的效力类型为四种,即有效、绝对无效(自始、当然、确定无效)、得撤销与效力待定,而《民法通则》仅规定了有效、无效和得撤销三种。这样的做法完全与国际接轨。(2)限制行为能力人所实施的不能独立实施的法律行为属于效力待定,不再是无效法律行为。这样的做法兼顾了对限制行为能力人的保护和交易相对人及交易安全的保护,无疑是正确的。(3)将基于欺诈、胁迫及暴利行为等意思表示瑕疵的法律行为均定性为得撤销的法律行为,而不再是无效法律行为。这样的做法是意思自治原则的基本要求,因为既然仅仅一方当事人的意思表示有瑕疵,除此之外并不违反其他法律的效力性强制性规定,故将法律行为之效力系于有瑕疵之表意人,而非由法律直接规定更加符合意思自治原则。(4)将原来可撤销、可变更的法律行为的效力修改为“得撤销的法律行为”。依据《民法总则》规定,有瑕疵的意思表示仅为得撤销的法律行为,表意人只能请求法院撤销而不得再请求法院变更。这样的做法与意思自治原则更加契合,因为若允许法院因一方当事人的申请而变更法律行为之内容,法院变更该法律行为之内容的,那么就等于法院替当事人实施了意思表示,故有违意思自治。法律行为被撤销后,若当事人仍然愿意实施法律行为,那么则须重新实施意思表示,这样的法律行为的效力仍然系于当事人的效果意思。

(二) 法律行为效力体系之不足

尽管有上述诸多之进步,但是在效力体系方面仍然有如下诸方面有进一步认真推敲和斟酌的必要。

1. 不应当再行从正面规定法律行为的生效要件。《民法总则》第143条规定仍然继受了《民法通则》第55条的做法,从正面规定了法律行为的生效要件,即:(一)行为人具有相应的行为能力;(二)意思表示真实;(三)不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗。查诸世界各国有总则编之《民法典》的法律行为部分,均未见有从正面规定法律行为之生效要件的先例。各《民法典》之所以没有从正面规定法律行为的生效要件,主要原因有二:首先是意思自治原则的基本要求。在意思自治原则下,当事人的意思表示原则上具有法律约束力,除非出现了违反法律的禁止性规范(Verbotnormen)或者是违反了公序良俗(guten Sitten und Verbräuche)等情形始归于无效。因此法律仅应当从反面规

定,哪些情形下一项法律行为无效(含绝对无效和相对无效)而不是从正面规定法律行为的生效要件。从正面规定法律行为的生效要件,其背后的价值理念仍然是国家对于私人行为的管制,即只有符合国家对于法律行为预设的条件意思表示始能发生效力,是强调法律行为为合法行为的必然逻辑结果。“强调法律行为‘合法性’特征的理论,拒绝承认私人意思自治的空间,倾向于认为一切法律都具有公法性特征,要求所有社会关系的调整都必须直接由国家立法进行掌控,以体现其价值判断。该理论是建立在对法律行为的本质究竟是‘事实性’还是‘规范性’的错误定位的基础上的,没有认识到法律行为是私人依据意思自治原则自主形成调整其相互之间利益关系的法律规范的行为”^[2]。然而既然《民法总则》已全然转变了观念,将民法作为一部私人自治法或者权利法,那么该规定就不再合适了。其次,这样的规定不符合民法上关于举证责任的分配。当事人就合同等民事法律行为发生争议,一方当事人主张对方没有履行合同义务应当承担责任的,那么只需要举出双方当事人订立了合同的事实即可,而无须承担证明合同符合了生效要件,相反,对方若主张合同无效而提出其抗辩则应当举证证明合同无效。而证明合同无效,则需举出证据证明该合同具备具体的无效事由,如违反法律或者违背公序良俗。相反,若从正面规定法律行为的有效要件,那么依据法律行为主张权利人的人必须举证证明法律行为符合全部生效要件,这无疑是与上述证明责任之分配的理念相违背的^[13]。

2. 法律行为无效之后果不应以独立之条款加以规定。《民法总则》第157条仍然继受了《民法通则》第61条与《合同法》第58条关于法律行为无效之法律后果的规范。依据《民法总则》第157条之规定,法律行为无效后(包括可撤销之法律行为被撤销的和效力未定的法律行为因未被追认或者被善意相对人撤销而确定无效的)的法律后果有两个方面:^①

(1) 财产返还请求权。依据《民法总则》第157条的规定,法律行为无效后,因该法律行为取得的财产应当予以返还;不能返还的或者没有必要返还的,应当折价补偿。

对这一规定的理解和适用,首先应当予以检视的问题是:该返还财产之请求权的基础究竟为何?请求权基础的不同直接决定这返还财产的范围、是否具有优先于第三人的效力、是否得适用诉讼时效等一系列的问题。

该返还财产之请求权基础取决于整个民法法律体系是否承认物权变动的分离原则(die Trennungsprinzip)和抽象原则(die Abstraktionsprinzip)。若法律体系不承认物权变动的分离原则与抽象原则,即我国学说上所说的物权行为理论,那么以买卖为代表的以移转财产权为目的的交易行为在法律上只有一个法律行为,即所谓的买卖合同,法国法即采此立法例。^②依据《法国民法典》第711条和第1158条的规定,买卖合同成立后财产所有权即发生了转移,即便没有交付标的物也不影响所有权的转移。当事人交付标的物仅系一个事实行为,不属于法律行为。换言之,所有权的转移,仅仅基于买卖合同的效力,故若买卖合同自始无效的,则标的物的所有权自始即未发生转移。若出卖人已经将标的物交付给买受人的,那么买受人的占有即为无权占有,出卖人当然可以基于所有权请求买受人返还标的物,因此其请求买受人返还财产的基础乃系所有物返还请求权,在性质上属于物上请求权。

相反,若如同德国法一样,承认物权变动的分离原则和抽象原则,那么其返还财产之请求权基础就变得非常的复杂,而必须要分情形予以讨论。基于分离原则,一个完整的交易被区分为两种法律行为:负担行为(债权行为)与处分行为(物权行为)。因此,法律行为无效后请求返还财产之请求权基础

^①事实上在笔者看来,本条关于法律行为无效之后果的规定,若放在整个法律体系中予以考虑,可以说不但没有规定的实际意义反而徒增解释上的争议。

^②所有的财产行为都涉及财产权的转移,但是最具有代表性的应当是买卖合同,因此为了行文上的方便本文以买卖合同为例,该理论对于所有的其他法律行为都可以适用。

的确定,取决于无效的法律行为究竟是负担行为抑或是处分行为而有所不同。具体情形有三:其一是债权行为(买卖合同)与物权行为(物权合意)均无效。由于物权行为无效,那么买受人并不能取得标的物之所有权,故出卖人请求买受人返还财产的依据当然也是所有物返还请求权,这与上述法国法上的买卖合同无效的情形相同。其二是买卖合同有瑕疵而归于无效,而物权行为却不存在瑕疵,基于抽象原则,物权行为的效力不受债权行为之效力的影响故而有效。由于物权行为有效,所以于此种情形下买受人仍然取得了标的物的所有权。但是由于作为买受人取得标的物之所有权的原因——买卖合同——无效了,那么买受人所取得的利益缺乏法律上的根据构成了不当得利,故出卖人得请求买受人返还所受之不当利益——标的物之所有权。^①不当得利请求权显然属于债权性请求权,作为债权性请求权因而得适用诉讼时效的规定,与其他债权人的地位平等不得优先于其他债权人而受偿,在买受人被宣告破产时只能将其债权作为破产债权进行申报并通过破产程序而获得分配,对于其所出卖之标的物不享有取回权等物权。其三是作为债权行为的买卖合同有效,但是物权行为无效。在此种情形下,虽然买受人并未获得标的物之所有权,但是由于出卖人负有移转标的物之所有权的义务,故出卖人须与买受人重新达成物权合意从而移转标的物之所有权,而不是请求买受人返还标的物。若物权行为系由于出卖人丧失了相应的行为能力无效的,那么出卖人的法定代理人负有代理出卖人与买受人实施物权合意从而移转标的物之所有权的义务,否则出卖人即构成了债务不履行从而应当承担相应的债务不履行的责任。^②

基于上述分析,我们可以得出如下结论:法律行为无效后,一方请求另一方返还财产的请求权可因所采纳的物权变动主义的不同而有所不同,可能是所有物返还请求权亦可能是不当得利返还请求权。如果是前者,在我国其所可以依据的请求权基础规范应当是《物权法》第34条,而若系后者其所依据的应当是《民法总则》第122条之规定(即《民法通则》第120条)。但是无论何种情况,均不存在独立的请求权基础,因此根本没有必要单独设第157条之规定。

(2) 损害赔偿请求权。关于《民法总则》第157条第2句所规定的过错方的损害赔偿义务,也是没有必要的。一旦在法律行为中规定了法律行为无效后的损害赔偿义务,那么无论是在理论上还是实务中必然会产生如下之争议:法律行为无效后的损害赔偿请求权基础究竟系一项独立的请求权基础抑或是非独立的请求权基础?若是独立的请求基础,那么就必须要回答这些问题:其所产生的请求权在性质上属于何种请求权?其具体构成要件如何?是否有免责事由?成立后的损害赔偿范围如何?而若不是独立的请求权基础,那么其与《合同法》上的缔约过失责任以及《侵权责任法》上的侵权行为之债的请求权基础之间是什么关系?依据通行的观点,法律行为无效后,一方当事人请求对方的损害赔偿的请求权基础只能建立在两个之上,即缔约过失与侵权行为。^③无论是任何一个请求权基础,法律上都有

^①Franz Jürgen S?cker/Jochen Mohr, Fallsammlung zum BGB Allgemeiner Teil, Aufl., 2010, S213 - 221.

^②有学者对此种情形下则有不同之观点,认为于此种情形下出卖人亦得基于所有物返还请求权请求买受人返还标的物。例如朱庆育教授认为“由于负担行为继续有效,处分人的返还请求权实现后,依然负有将所有权移转于对方之义务。处分人请求返还之意义何在?管见以为:意义主要体现于三点:首先,当事人不得借助无效法律行为变动权利。处分人若非享有返还请求权,无异于表明,权利变动时,相对人尽可恶意欺诈、非法胁迫无妨,亦表明,处分人意志自由是否遭到不法侵扰,判断力是否健全,对于权利变动无关紧要。这显然与私法自治理念背道而驰。其次,处分人的返还请求权实现后,固然负有向对方移转所有权的义务,但再次履行义务时,处分人重新获得处分自由,因而既可选择将此物所有权转移于他人,亦可在向对方履行义务时考虑履行抗辩权的行使,若是行为能力欠缺,还为法定代理人的介入提供渠道,如此等等。最后,若受让人再次让与标的物,其行为属于无权处分。第三人除非满足善意取得要件,否则将受到原权利人所有权返还请求权之追及”。参见:朱庆育,《民法总论》,北京大学出版社2016年第2版,第182 - 183页。

^③Franz Jürgen S?cker/Jochen Mohr, a. a. O., S. 264 ff.

相应之规范,而无需在这里进行重复之规定,这也就是比较法上都没有独立规定法律行为或者契约无效之后的损害赔偿责任的缘故。

五、结 论

《民法总则》的通过意义重大,不仅意味着社会各界期待已久的《民法典》各编将按照计划陆续公布,而且还使法学家长久以来一直争议的《民法典》的编制体例、民商合一抑或是民商分立等影响《民法典》编撰的重大问题得到了彻底的解决,这必将对我国社会、经济、文化、政治等诸方面产生意义深远的影响。然而正如任何一部法典一样,其必然受制于诸多现实因素而有其不足之处,《民法总则》的法律行为规范体系中也有一系列需要进一步完善的地方。笔者认为在术语上应当放弃“民事法律行为”而改采“法律行为”这一原本意义上的概念,应当进一步完善意思表示的生效与瑕疵的规则,放弃从正面规定法律行为的生效要件的做法、理顺法律行为无效(含因撤销而自始无效)的法律后果使其与整个民法体系相协调。对于这些需要完善的地方,笔者认为应当在《民法典》各分则编撰完成后,进行《民法典》整体整合时予以修改。在此之前,则应当由法院借助民法之诸基本原则以法律解释的方法透过个案的判决予以完善。

参考文献:

- [1]李永军.民法总论[M].北京:法律出版社,2006:413.
- [2]王琦.德国法上意思表示和法律行为理论的新发展——兼论对中国民法总则立法的启示[J].清华法学,2016(6):42-62.
- [3]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆,2003.
- [4]刘兆年.民事法律行为[M].北京:法律出版社,1986:4.
- [5]顾昂然.立法札记——关于我国部分法律制定情况的介绍(1982-2004年)[M].北京:法律出版社,2006:231.
- [6]朱庆育.法律行为概念疏证[J].中外法学,2008(3):325-372.
- [7]席志国.中国民法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2013:286.
- [8]朱庆育.民法总论[M].北京:北京大学出版社,2016.
- [9]杨代雄.恶意串通行为的立法取舍——以恶意串通、脱法行为与通谋虚伪表示的关系为视角[J].比较法研究,2014(4):106-121.
- [10]徐晓峰.民事错误制度研究[J].法律科学,2000(6):51-65.
- [11]赵毅.破解私法史悬案:“重大误解”之正本清源[J].华东政法大学学报,2015(5):104-114.
- [12]维尔纳·弗卢梅.法律行为论[M].迟颖,译.北京:法律出版社,2013.
- [13]苏永钦.走入新世纪的私法自治[M].北京:中国政法大学出版社,2002:21.



(责任编辑 陶舒亚)