

走下神坛的“意思”

论意思表示与风险归责

纪海龙^{*}

摘 要 意思表示制度处理的是表示人在何种条件下对外在表示负责的问题(归责问题)。支配意思表示制度的基本归责原则是风险原则。表示人的内心意思并非意思表示的构成要件,无论欠缺效果意思、表示意思还是行为意思,都不必然导致意思表示不生效力。意思表示的构成要件是外部表示加表示人按照风险原则认定的可归责性。表示人的内心意思不应是意思表示的效力来源。

关 键 词 意思表示解释 意思表示发出与到达 表示意识 行为意思 风险归责

引 言

在编纂民法典的背景下,学者认为《民法通则》未规定意思表示制度,颇为不妥。^{〔1〕}鉴于“法律行为制度是大陆法系民事立法体系构造与民法学理论构建的关键制度之一,”^{〔2〕}“而法律行为的核心问题是意思表示”,^{〔3〕}从而,对于意思表示制度进行再挖掘,

^{*} 华东政法大学国际金融法律学院副教授。本文的写作获益于与多位师友的讨论和资料提供,作者于此谨致谢意:张谷、金可可、朱晓喆、黄卉、孙维飞、吴一鸣、庄家园、肖俊、王浩、张传奇、王蒙。笔者尤其对朱庆育教授就本文主题与笔者的多次深入讨论以及对本文初稿提出的书面意见,心怀诚挚感谢。当然,文责自负。

〔1〕 崔建远:“关于制订《民法总则》的建议”,《财经法学》2015年第4期,页12;王利明:“民法典的时代特征和编纂步骤”,《清华法学》2014年第6期,页11。

〔2〕 薛军:“法律行为的知识考古学分析”,载薛军:《批判民法学的理论建构》,北京大学出版社2012年版,页132。

〔3〕 朱庆育:“意思表示与法律行为”,《比较法研究》2004年第1期,页15(编者提按部分)。

无论对于民法典的编纂,还是对于民法基础理论的探索,都具有重大的意义。究而言之,意思表示制度处理的是表示人在何种条件下受外在表示的拘束,即在何种条件下对外在表示负责的问题。其实也就是表示何时可归责于表示人的问题。但正如“意思表示”这个复合词所显示的,一般均认为意思表示由内部意思和外部表示两方面的构成要件构成。^{〔4〕}按此进路,(至少最低程度的)内在意思为意思表示可归责于表示人的前提。在非对话意思表示的生效取决于表示到达相对人控制领域的框架下,相对人是否真实了解意思表示内容也已然不再重要;而按照相对人客观理解对意思表示进行规范性解释时,表示人的真意在意思表示解释层面已经不再具有先天的优越地位。在意思表示解释和意思表示生效这两个制度所确立的价值标准映照下,有必要对意思表示的构成要件到底是否还取决于意思要素进行反思。本文在论述了意思表示生效制度(见本文第二部分)、意思表示解释制度(见本文第三部分)背后的基本归责原则为风险归责后,认为意思表示的构成要件为外部表示+表示人(基于风险原则)的可归责性,从而消解了表示人意思对意思表示成立与生效的构成性效力(见本文第四部分)。因此,本文基于对意思表示领域具体制度的逐一分析,可以得出的结论便是:意思并非意思表示的效力来源。这是从具体制度出发对“意志是允诺效力来源”这种意志理论的驳斥。

一、意思表示的生效与风险分配

意思表示的生效制度,主要由意思表示的发出和到达制度组成。在意思表示的发出和到达制度中,风险分配思想作为基础性的原则,压倒了对当事人的真实意思。具体详述如下。

(一)非对话意思表示的生效与风险分配

对应于意思表示的作成、发出、到达和被知悉这四个阶段,意思表示的生效时点亦存在四种可能:表达主义、发送主义、受领主义与了解主义。^{〔5〕}而对于向不在场人作出之意思表示的生效,无论传统民法亦或中国合同法,都选择了受领主义的作法。所谓受领主义(又称到达主义或达到主义),即意思表示在进入相对人的支配领域,从而相对人可以了解该意思表示,且在通常情况下可期待相对人获悉意思表示内容时,^{〔6〕}意思表示即生效。法律之所以选择受

〔4〕 参见(德)耶尔格·诺伊尔:“何为意思表示?”,纪海龙译,《华东政法大学学报》2014年第5期,页44。

〔5〕 德国《民法典》立法者在立法理由书中对此四种作法进行了详细的探讨,并最终对于非对话意思表示选择了受领主义的作法。参见 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, Allgemeiner Teil, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig, 1888, S. 156 f.

〔6〕 对于到达的具体时点,是意思表示进入相对人控制领域,以致相对人具备了解表示内容的可能性之时(如信件于凌晨三点被投进相对人邮箱),还是在可期待相对人了解意思表示内容时(只能期待相对人第二天才能了解凌晨三点被投入邮箱的信件内容),对此存在争议。德国通说是后者。关于这两种观点的介绍参见(德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,页574—578。

领主义作为非对话意思表示的生效规则,是因为受领主义在当事人间较好地分配了意思表示中途遗失或迟到的风险。〔7〕具体如下:

相对人迟延知悉的风险。意思表示到达相对人的控制领域后,可能存在多种阻碍相对人及时获悉意思表示内容的情事,例如相对人出差、住院等等。此种不能及时获悉意思表示的风险应由相对人承担。原因在于,意思表示已落入相对人的控制领域,相对人应妥善地处理其控制领域内的事务。〔8〕

意思表示遗失的风险。如果意思表示在到达相对人控制领域前的传递过程中遗失,例如快递公司丢失快件,此风险一般应由表示人承担,结果便是意思表示不发生效力。其原因在于,之于相对人,表示人可以选择较稳妥的意思表示传递方式,更易于控制此种风险。但如果意思表示在到达相对人控制领域后被遗失,如快递被前台签收后遗失,那么相对人应承担此风险。〔9〕其结果便应是,此意思表示在通常可期待相对人知悉意思表示内容时发生效力。

意思表示被伪造的风险。如果意思表示在到达相对人控制领域后被伪造,那么由于此种风险发生在相对人的控制领域,所以相对人应承担此风险造成的不利后果。也就是发生效力的意思表示内容,以表示到达相对人控制领域时的内容为准,而并非以相对人真实了解的伪造内容为准。如果意思表示在到达相对人控制领域前的传递过程中,发生了传达错误(如邮局将卖出股票的电报误拍成买入股票),此为传统民法上的传达错误情形,其结果为意思表示以被错误传达的内容生效,但表示人享有基于错误的撤销权(参见德国《民法典》第120条、我国台湾地区《民法》第89条)。意思表示之所以首先有效的原因在于,表示人引入传达人传递其意思表示,就应为传达人不实传达的风险负责。但如果传达人基于故意篡改了表示的内容,对此的处理存在争议。德国司法实践以及很多学者认为此时不属于传达“错误”的情形,传达人此时传达的已经并非表示人的意思表示;此时意思表示无效,从而本人无须基于错误的规定撤销意思表示,而是相对人可(类推)适用无权代理的相关规定追究篡改表示之传达者的责任。〔10〕而反对观点认为,表示人引入传达人传递其意思表示,引起了表示被故意误传的风险,而表示人又较相对人易于控制此风险,从而故意误传的风险也可归责于表示人。如此一来

〔7〕就此明确提及风险分配思想的如梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,页176;王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,页345;朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,页206;拉伦茨,见前注〔6〕,页576;(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,边码273;Ulf Werba, Die Willenserklärung ohne Willen, 2005, S. 127 f.

〔8〕参见Detlef Leenen, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, § 6, Rdn. 41, S. 79.

〔9〕参见Leenen (Fn. 8), § 6, Rdn. 42, S. 79.

〔10〕参见Palandt/Ellenberger, in: Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Aufl., 2009, § 120, Rdn. 4;(德)维尔纳·弗卢姆:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,页543;王泽鉴,见前注〔7〕,页380;朱庆育,见前注〔7〕,页271。此观点在德国文献中经常被称为主流观点,但鉴于近年持反对观点的学者数量越来越多(见下注),此观点是否还可被称为“主流”观点,颇值得怀疑。

的后果便是,故意误传的情形应适用传达错误的规定。^[11] 后种观点值得赞同。因为即便在无意或过失发生传达错误的情形,传达人传达的也并非表示人发出的意思表示;于此,无意或过失发生的传达错误与传达人故意篡改表示并无实质区别。^[12] 而支持后种观点更有力的论据是风险分配思想,即表示人任命表示传达人,其比表示相对人更易于控制风险,从而无论是传达人故意还是无意地错误传达,均可归责于表示人。^[13] 然而,也正是基于风险分配思想,在毫不相关的第三人假冒是某人的传达人传达意思表示时,此意思表示一般不可归责于被假冒的(所谓的)表示人,从而此时所谓的表示人无须撤销,因为传达人的表示不能视为(所谓的)表示人的意思表示。^[14]

(二)对话意思表示的生效与风险分配

由于在对话的意思表示情形下,意思表示没有被固定在特定载体上可供以后查看,因而此时意思表示的生效,原则上以相对人了解意思表示内容为准(了解主义)。但为了适当地分配风险,了解主义应受到一定限制,即所应采者为“弱化的了解主义”。也就是,在相对人没有了解到意思表示内容时,如因手机信号较弱而无法听清,那么只有在表示人知或应知相对人没有了解时,才因相对人的未了解而导致意思表示未生效。其原因在于,在表示人知道或应当知道相对人没能了解意思表示时,表示人应询问相对人或进行重复表示,如果表示人怠于消除此风险,则此时意思表示视为没有生效。而如果表示人无法知道相对人没有了解意思表示,那么在相对人没有了解意思表示内容时,相对人应通过继续询问或提示表示人而消除此种不了解的状态,此时相对人更易于消除风险。如果相对人怠于询问或提示表示人,此时相对人应承担不利后果,即尽管相对人没有实际了解意思表示的内容,意思表示还是发生效力。^[15] 弱化的了解主义,建立在风险分配思想基础上,^[16]也的确能够更好地分配对话意思表示中的传达风险。

[11] 此种观点在一百多年前的德国就有多个学者主张,如 Planck, Cosack, Biermann, Dernburg, Oertmann, von Tuhr 等,参见 *Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte*, S. 412, Fn. 61. 晚近持此观点的学者如 *Kramer*, in: *Münchener Kommentar BGB*, 5. Aufl., 2006, § 120, Rdn. 4; *Singer*, in: *Staudinger Kommentar BGB*, 2011, § 120, Rdn. 3 f.; *Manfred Wolf/Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl., 2012, § 41, Rdn. 40, S. 464; *Peter Marburger, Absichtliche Falschübermittlung und Zurechnung von Willenserklärung*, AcP 173 (1973) 137, 155; *Leenen* (Fn. 8), § 14, Rdn. 63, S. 273; *Werba* (Fn. 7), S. 128 f.; 梅迪库斯,见前注[7],边码 748。

[12] *Marburger* (Fn. 11), S. 144 f.

[13] *Singer*, in: *Staudinger Kommentar BGB*, 2011, § 120, Rdn. 4; *Leenen* (Fn. 8), § 14, Rdn. 63, S. 273; *Marburger* (Fn. 11), S. 155; *Werba* (Fn. 7), S. 128 f.

[14] 拉伦茨,见前注[6],页 513;梅迪库斯,见前注[7],边码 747; *Singer*, in: *Staudinger Kommentar BGB*, 2011, § 120, Rdn. 3; *Leenen* (Fn. 8), § 14, Rdn. 63, S. 273; *Wolf/Neuner* (Fn. 11), Rdn. 40, S. 464.

[15] 参见拉伦茨,见前注[6],页 583—584;梅迪库斯,见前注[7],边码 289;朱庆育,见前注[7],页 200; *Palandt/Ellenberger* (Fn. 10), § 130, Rdn. 14; *Hans Brox, Allgemeiner Teil des BGB*, 26. Aufl., 2002, Rdn. 156; *Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil*, 26. Aufl., 2002, § 6, Rdn. 19, S. 68.

[16] 明确认为“弱化的了解主义”建立在风险分配思想之上的学者,参见拉伦茨,见前注[6],页 583—584; *Leenen* (Fn. 8), § 6, Rdn. 53, S. 82.

(三) 意思表示的发出与风险分配

在意思表示发出制度中,最具争议的是表示非基于意思而被发出的情形。例如,甲接到要约后起草承诺,将起草好的信件封装入写好地址的信封置于桌上。甲妻以为他忘记发出此信,便自作主张将信投邮。对此,一种观点认为意思表示的发出必须基于发出意思,从而此时不存在所谓的意思表示。^{〔17〕}另一种观点认为,此时意思表示应视为已经发出,从而会发生意思表示的效力。只是表示人享有撤销权,但相对人在表示人撤销后享有主张信赖利益赔偿的权利。^{〔18〕}后一种观点值得赞同。因为意思表示的发出虽为无意,妻子发信尚属于表示人的控制领域,与相对人相比表示人更有理由承担此风险,从而此时该意思表示的发出可归责于表示人。^{〔19〕}但如果信被小偷所盗,而该无聊的小偷又把此信投邮了,那么小偷投邮这个行为(而非偷盗行为本身)显然已经超出了表示人的风险领域,此时应视为该意思表示并未发出,从而意思表示不生效力。^{〔20〕}

(四) 小结

意思表示的发出并不需要表示人具有发出意思,而只是要求意思表示从表示人的风险领域发出即可。非对话意思表示的到达制度中,无论是相对人迟延知悉表示内容的风险、表示被遗失的风险还是发生传达错误的风险,均由可以更好地控制该风险的人承担。对话意思表示情形的“弱化的了解主义”,也是为了更好地分配表示相对人没能了解表示内容的风险。总之,意思表示发出制度和生效制度中,风险分配思想是主导思想。

二、意思表示解释与风险归责

(一) 规范性解释

社会由人与人之间的沟通组成。通过法律行为(私人)自治式地进行沟通,是社会沟通的一种。在万象纷乱的沟通中,如何识别出具有法律行为属性的沟通,端赖于对意思表示的识别。而识别意思表示,应属于意思表示解释的任务。从而,意思表示解释的目标有二:一是确定是否存在意思表示;二是探求法律上具有决定性的意思表示内容为何。^{〔21〕}而在进行意思表示解释时,如果相对人认识到表示人的真意,自然以表示人真意为准,此为意思表示解释中的自然主义;在外部表示和表示人真意相偏离,且表示相对人又不知且不能知表示人真意时,则应采取规范性的解释。也即,意思表示解释是自然解释(探求表示人真意)和规范性解释的

〔17〕 Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., 2006, Rdn. 615; Brox (Fn. 15), Rdn. 147; Köhler (Fn. 15), § 6, Rdn. 12.

〔18〕 Palandt/Ellenberger (Fn. 10), § 130, Rdn. 4; Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, § 26, Rdn. 5; 梅迪库斯,见前注〔7〕,边码 266。

〔19〕 明确以风险分担思想论证此观点的,参见朱庆育,见前注〔7〕,页 198; Leenen (Fn. 8), § 6, Rdn. 73, S. 87.

〔20〕 参见朱庆育,见前注〔7〕,页 199; Leenen (Fn. 8), § 6, Rdn. 73, S. 87.

〔21〕 参见 Leenen (Fn. 8), § 5, Rdn. 37, S. 63; 诺伊尔,见前注〔4〕。

结合。^{〔22〕}

对于有相对人的意思表示,意思表示解释的标准为规范性解释。对此应无争议。所谓规范性解释,是指站在理性的意思表示受领人立场,对表示进行的客观理解。^{〔23〕} 这里的理解,并非是受领人真实的理解,而是理性受领人的客观理解。^{〔24〕} 此种以理性受领人的客观理解为标准的解释方法,被现代立法潮流所确认。^{〔25〕}

一种观点认为,意思表示解释的目标在于探求表示人的“真意”。^{〔26〕} 弗卢姆正确地指出,意思表示解释的目标并非是探求表示人的真意。在解释的标准是当事人的实际理解时,探求相对人理解的表示人“真意”的观点,也许还能说得过去。但在规范性的解释为主流的今天,探求真意这种说法,无论如何也说不过去。^{〔27〕} 因为规范性解释中,具有决定性的不是表示相对人的实际理解,而是相对人所应当能理解到的内容。

(二)规范性解释与风险分配

在表示人真意与外部表示显现出来的含义不一致时,意思表示解释制度所涉及的实际是此种“误解”的风险如何分配的问题,^{〔28〕}即此种意思和表示之间发生偏差的风险应由何者承担。在奉规范性解释为主流的前提下,当事人的真实意思并不发挥决定性的作用。因为无论是表示人的真意还是相对人的具体真实理解(相对人的“真意”),都不具有决定性。如上所述,具有决定性的是理性相对人所应该作出的理解。从而,在规范性解释的框架下,发生误解的风险由双方共同承担。只不过双方各自承担此风险的方式有所不同。相对人承担此风险的方式是,他应对没有合理地(即非以理性人的方式)理解表示的客观含义负责;而表示人应对其内心意思和外部表示的客观含义不一致负责。究而言之,是表示人发出的意思表示,他更具有防范意思和表示客观含义不一致这种风险的可能性;而表示到达相对人后,应对表示含义进行理性理解,属于相对人的控制范围。从而,意思表示解释的规范性解释原则,体现了各自对其风险领域负责的思想。^{〔29〕}

(三)规范性解释与表示人的风险归责

就规范性解释而言,外部表示的客观内容必须可归责于表示人。^{〔30〕} 所谓可归责性,即该

〔22〕 Leenen (Fn. 8), § 5, Rdn. 45, S. 65.

〔23〕 对此只需参见拉伦茨,见前注〔6〕,页 460 注解 12 中的大量引证。

〔24〕 参见弗卢姆,见前注〔10〕,页 364。

〔25〕 参见《联合国国际货物销售合同公约》第 8 条(2)、1992 年《荷兰民法典》第 3:35 条、《国际商事合同通则》第 4.2 条(2)、《欧洲合同法原则》第 5:101 条(3)、Draft Common Framework Reference (“DCFR”) 第 II:—8:201 条(1)、《欧洲共同买卖法(Common European Sales Law)》(草案)第 58 条(3)。

〔26〕 参见王泽鉴,见前注〔7〕,页 406。

〔27〕 参见弗卢姆,见前注〔10〕,页 362;梅迪库斯,见前注〔7〕,边码 323。

〔28〕 Singer, in: Staudinger Kommentar BGB, 2004, § 133, Rdn. 2; 朱庆育,见前注〔7〕,页 218。

〔29〕 Larenz/Wolf (Fn. 18), § 28, Rdn. 28. 王泽鉴先生也认为,规范性解释是“为平衡当事人的利益及合理分配风险”,参见王泽鉴,见前注〔7〕,页 409。

〔30〕 参见拉伦茨,见前注〔6〕,页 462;弗卢姆,见前注〔10〕,页 364。

表示可以被认为是表示人人格的“流出”，^{〔31〕}能够将具体的表示归属于某人，也即是在法律意义上该人对此表示的客观内容负责。^{〔32〕}例如甲假冒乙名义订货，尽管从表示相对人角度看，此表示为乙所发出，但一般而言该表示并不可归责于乙，即该意思表示不可被认为是乙的意思表示。^{〔33〕}

进一步需探讨的是，如何确定表示人的可归责性。一种观点将表示人之可归责性的标准确定为：在表示人考虑到他能认识到的情事后，表示人也可期待受领人对他的意思表示作出那样的理解。^{〔34〕}也就是，在对意思表示进行解释时，不仅要考虑相对人视角可理解出的表示内容，也要考虑表示人视角可期待的表示内容。即，按照此观点，如果相对人可将表示客观地理解为内容X，那么只有在表示人可以期待相对人可将表示理解为X时，才按照X解释意思表示。如果表示人不能期待相对人将表示理解为X，那么由于对于X欠缺表示人的可归责性，意思表示就不能被解释为X。这种观点其实是将表示人的可归责性认定为过错归责。^{〔35〕}即表示人基于过错没有认识到其意思与表示客观体现出来的内容不一致时，表示人才可归责。但此种过错归责并不可取。理由在于，如果采取过错归责方式，那么就意味着意思表示错误制度下撤销权的前提是表示人对意思表示错误有过错。在表示人无过错的情况下，也即按照过错归责真意和表示不一致不可归责于表示人时，表示要么无效，^{〔36〕}要么是按照表示人真意进行解释，从而不存在意思表示错误适用的前提。而这种过于偏重保护表示人利益的作法，即便在错误制度中相对更注重保护表示人意思的德国，^{〔37〕}如，德国《民法典》第119条第1款下基于意思表示错误的撤销权，也不以表示人过错为要件。^{〔38〕}在我国台湾地区《台湾民法》第88条第1款后句)和日本(《日本民法典》第95条后句)，甚至表示人有(重大)过错会导致表示人的撤销权被排除。

另外一种观点认为，在进行规范性解释时，只需要考虑相对人视角下的客观理解即可，无须顾及表示人视角下的理解可能。^{〔39〕}其根据建立在控制领域思想上。即，是表示人将表示置于此世界，从而表示人有机会选择表示的具体形式和符号，以使相对人对自己的意思进行正

〔31〕 参见(德)京特·雅科布斯：《规范·人格体·社会》，冯军译，法律出版社2001年版，页73。

〔32〕 参见Wolf/Neuner (Fn. 11)，§ 35，Rdn. 19.

〔33〕 参见Wolf/Neuner (Fn. 11)，§ 35，Rdn. 20. 对冒名行为之效果的详细探讨可参见杨代雄：“使用他人名义实施法律行为的效果”，《中国法学》2010年第4期，页96。

〔34〕 参见拉伦茨，见前注〔6〕，页341；Michael Stathopoulos，Zur Methode der Auslegung der Willenserklärung，in: Gotthard Paulus etc. hrsg.，Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag，1973，S. 366.

〔35〕 参见Werba (Fn. 7)，S. 134.

〔36〕 Stathopoulos (Fn. 34)，S. 369.

〔37〕 欧洲学者的比较法研究认为，法国和德国的错误制度属于基于意思的模式，而奥地利、荷兰以及统一性规则(如欧洲合同法原则)的错误制度术语属于基于信赖的模式。参见Ruth Sefton—Green (eds.)，*Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*，Cambridge，2005，p. 381.

〔38〕 在德国以此为理由反对对表示人进行过错归责的观点，参见Werba (Fn. 7)，S. 134.

〔39〕 参见Eberhard Wieser，Zurechenbarkeit des Erklärungsinhalts? AcP 184 (1984) 40，41 f.；Werba (Fn. 7)，S. 134 f.

确的理解；而相对人是被动地收到表示，从而对表示形式和符号的选择毫无控制力。^{〔40〕}换言之，意思表示的符号和形式，来自于表示人控制领域，表示的客观含义和表示人真意不符合的风险，理应归责于表示人。

上述原则无须考虑表示人视角的观点殊值赞同。但需要进一步强调和细化的是，这种观点其实并没有直接排斥掉对表示人可归责性的要求。因为在这种观点下，表示人可归责性的标准其实是风险原则。从上述观点的论证可以看出，不考虑表示人视角下对表示的可能理解，其理由在于表示和意思不符的风险，来自于表示人的控制领域。谁更容易控制风险，谁就应该承担该风险。例如在解释格式条款时，“对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释”（《合同法》第41条第2句）。^{〔41〕}在意思表示的通常情形，由表示人选择表示的形式和符号，所以一般而言表示人更容易控制风险。因此一般情况下表示人都具有可归责性。

尽管一般情况下表示人都具有可归责性，但在例外情形下风险也可能由相对人承担，此时应作出有利于表示人的解释，即按照表示人的真意去解释意思表示。例如在著名的旧菜单案中，一个法科学生在餐馆就餐，带走了一份考究的菜单，十年后已成为检察官的他良心发现，便悄悄将菜单放回餐馆，顾客以为是现行菜单便按照该菜单点菜，结账时却发现实际价格是旧菜单上价格的两倍。王泽鉴先生明确指出，“此一案例突显意思表示解释的任务在于衡量当事人的利益，合理分配因不同了解立场而发生不同认知的危险。”^{〔42〕}并指出此案“涉及意思表示解释的基本问题。”^{〔43〕}对于此案的处理，争论颇多，^{〔44〕}这里只提出本文基于风险归责原则的解决思路。对此案的处理，关键在于认定对于旧菜单导致的“误解”风险，是由顾客还是由餐馆承担。由谁承担风险，就可归责于谁，就应从该人之相对人视角解释意思表示。如果认为餐馆应承担风险，则顾客点菜作为要约，尽管从要约相对人（餐馆）角度看，此要约以现价内容为内容，但因是餐馆而非顾客承担该风险，即顾客对餐馆的理解不具有归责性，那么餐馆角度的理解（即现价）便不能作为规范性解释该要约的结果；结果是该要约的内容应为旧价格。进而，一来由于餐馆的承诺表示从顾客角度看是以旧价格为内容，二来因餐馆承担误解的风险，餐馆即具有可归责性，则餐馆的承诺表示也应按照旧价格解释。即，在认定餐馆承担风险（餐馆可归责）的基础上，合同会以旧价格成立。餐馆享有基于意思表示错误的撤销权，撤销后应赔偿顾客信赖利益，同时顾客应负担不当得利返还的义务。相反，如果认定该误解的风险发生在顾客的风险领域，按照上面的分析思路，合同按照新价格成立。如果双方均不可归责，合同便因不合意而不

〔40〕 Wieser (Fn. 39), 41 f.; Werba (Fn. 7), S. 134 f.

〔41〕 沃尔夫便以此为例子说明更容易控制风险者应承担意思表示解释的不利后果，参见 Larenz/Wolf (Fn. 18), § 28, Rdn. 28, S. 541.

〔42〕 王泽鉴，见前注〔7〕，页405。

〔43〕 王泽鉴，见前注〔7〕，页411。

〔44〕 参见梅迪库斯，见前注〔7〕，边码324—326；王泽鉴，见前注〔7〕，页411—412；朱庆育，见前注〔7〕，页221—222；Singer, in: Staudinger Kommentar BGB, 2004, § 133, Rdn. 20 - 22；Wieser, S. 42 ff.；拉伦茨，见前注〔6〕，页462；Larenz/Wolf (Fn. 18), § 28, Rdn. 26；Wolf/Neuner (Fn. 11), Rdn. 21, S. 392.

成立。如果在某案件中,双方均具有可归责性,例如双方均出于过失^[45]而没有认清事实真相,则双方的表示便都按照对方角度理解,同样还是会由于没有达成合意而合同不成立。回到上述旧菜单案,由于旧菜单毕竟存在于餐馆的经营场所,按照笔者观点,似可认定为风险发生于餐馆的风险领域,^[46]即餐馆具有可归责性,合同按照旧菜单价格成立。

(四)小结

意思表示规范性解释遵循的规则是:相对人的合理理解+表示人的可归责性。对于表示人的可归责性,应适用的归责原则是风险归责原则。

三、意思表示的内部构成要件与风险归责

依德国通说,意思表示的内部构成要件包括三项:行为意思、表示意识和效果意思。^[47]

(一)效果意思并非意思表示的构成要件

效果意思(Geschäftswille)又被译为法律行为意思,是指表示人想产生特定的具体法律效果的意思,故而在德国偶尔有人使用法效意思(Rechtsfolgewille)一词。^[48]效果意思指向的法律效果为具体的法律效果,举例而言,甲欲以5400元卖出电脑,那么其效果意思便是卖出电脑,价格为5400元。如果甲由于误写,在要约中写成了以4500元卖出电脑,那么对于此表示,甲就不具有“4500元卖出电脑”效果意思。效果意思并非意思表示的构成要件,例如甲并没有针对4500元这个价格的效果意思,但该意思表示还是有效成立,只不过可能会产生基于意思表示错误的撤销权。此为德国绝对通说,^[49]本文遵从之。这里尤其应指出的是,无论表示人欠缺效果意思是否基于其过错,意思表示都会发生(至少暂时的)效力。也即是,欠缺效果意思之表示的可归责性,并非过错归责。而此时恰当的归责原则便是风险原则,即意思表示错误发生于表示人的风险领域,从而表示人亦应对此负责。

(二)表示意识并非意思表示的构成要件

1.表示意识概说

表示意识(Erklärungsbewußtsein)是指行为人在发出表示时,能够意识到自己的表示具

[45] 过错归责比风险归责更加严苛,对某风险的实现具有过错,便一定可以认定满足了风险归责。反之则不同,落入某人的风险领域,并不必然意味着该人对此风险的实现存在过错。

[46] 王泽鉴先生同样从风险分配视角考虑此案且认为风险应由餐馆承担,参见王泽鉴,见前注[7],页412;朱庆育教授虽然也从风险分配视角考虑此案,但认为风险既不归于顾客也不归于餐馆,参见朱庆育,见前注[7],页221—222。

[47] 相关德文文献的征引,参见朱庆育,见前注[7],页192。中国学者对意思表示内部构成要素所用的各种术语比较“复杂”,关于中国学者所用术语与德国通行术语的比较分析,参见纪海龙:《论意思表示的要素、解释与意思表示错误》,《研究生法学》2004年第3期,页17—19。

[48] Larenz/Wolf (Fn. 18), S. 475. 不过梅迪库斯却认为法效意思(Rechtsfolgewille)与表示意思(Erklärungswille)以及法律拘束意思(Rechtsbindungswille)等同,即产生某种法律效果的意思;参见Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 19. Aufl., 2002, Rdn. 130, S. 83.

[49] 具体德文文献的引证,参见朱庆育,见前注[7],页194。

有某种法律上效果。行为人填写一份表格,他误以为这份表格是祝贺的签名,但实际却是一份合同;在葡萄酒拍卖场,一人举手赶苍蝇,或向其友人举手致意,但他不知道依照交易习惯,这一举止对于正在被拍卖的一桶酒,构成加价的表示。以上情形均不存在表示意识。另外,纯粹的情谊行为^[50]以及戏谑行为(即表示人预期对方可以认识其表示非出于真意)^[51]场合,也不具有表示意识。须注意的是,表示人具有表示意识,不要求表示人必须具有对明确具体法律后果的认识,只要表示人一般性地意识到,表示行为并非落在法律领域之外,而是会产生一定法律行为上的效果即可。^[52]有学者将表示意识和表示意思(*Erklärungswille*)等同视之。^[53]另有学者反对表示意识这个术语,建议用参与意思(*Partizipationswille*)来取代表示意识这个术语,即参与法律交往的意思。^[54]对于具体用语的争论,限于篇幅此处略而不论。由于表示意识一词在中文文献已被普遍传播,为便于学术交流,下文中沿用表示意识一词,但偶尔也用参与意思和表示意思这两个术语表示相同的含义。

2. 学说介绍

关于表示意识是否应是意思表示的构成要件,德国学界向来争论激烈。^[55]主要有如下两派观点。一派观点否定表示意识是意思表示的构成要件(否认说)。该说是二十世纪七十年代以来的主流观点,亦为德国目前的司法实践所支持。^[56]该说认为表示意识并非意思表示的构成要件,缺乏表示意识的场合和表示错误(如误写、误说)情形等同或具有实质的相似性,从而对于表示意识的缺乏,应适用意思表示错误的规定。此说虽然不以表示意识为意思表示的构成要件,但在表示的可归责性上,此说内部则有分歧。德国联邦最高法院以及大多数学者对此认可过错归责,即只有在表示人尽到交往中的注意就可以认识到其行为的意思表示表象,并可以避免之时,才(类推)适用关于表示错误的规定。也就是说,只有在表示人对于欠缺表示意识有过错时,意思表示才成立(但可撤销)。^[57]也有学者认为应适用惹起归责原则(*Veranlassungsprinzip*),即看意思表示的外观是否由表示人惹起或引致。^[58]另有学者认为此处应

[50] 关于情谊行为场合不存在表示意识,参见 *Brox* (Fn. 15), Rdn. 85.

[51] 关于戏谑行为场合不存在表示意识,参见 *Larenz/Wolf* (Fn. 18), § 35, Rdn. 16, S. 658; *Köhler* (Fn. 15), § 7, Rdn. 13, S. 82.

[52] *Larenz/Wolf* (Fn. 18), S. 474.

[53] 参见弗卢姆,见前注[10],页 53—54;王泽鉴,见前注[7],页 336; *Brox* (Fn. 15), Rdn. 85. 史尚宽先生认为表示意思等于表示意识加上行为意思,此点颇值赞同,参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社 2000 年版,页 348—349;纪海龙,见前注[47],页 17。

[54] 参见 *Wolf/Neuner* (Fn. 11), Rdn. 20, S. 351.

[55] 德国学者在一百年前就已经对此进行了激烈的争论,并形成了不同的学说。参见 *von Tuhr* (Fn. 11), S. 403 f.

[56] 自德国联邦最高法院在储蓄所保证案(BGHZ 91, 324; 对此案的介绍参见邵建东:“表示意识是否是意思表示的要素”,载《民商法论丛》(第 17 卷),香港金桥文化出版香港有限公司 2000 年版,页 340—356)中采取此立场后,该观点在学界几近通说。对于德文文献的引证,可参见朱庆育,见前注[7],页 194。

[57] BGHZ 91, 324; 拉伦茨,见前注[6],页 483—484; *Kramer*, in: *Münchener Kommentar BGB*, 5. Aufl., 2006, § 119, Rdn. 99; *Köhler* (Fn. 15), § 7, Rdn. 5.

[58] *Schermaier*, in: *Historisch — Kritischer Kommentar zum BGB*, 2003, §§ 116—124, Rdn. 19 ff.

适用风险归责,即表示的发出是否落入表示人的风险领域。〔59〕

另一派观点肯定表示意识是意思表示的构成要件(肯定说)。此说在上个世纪七十年代以前是德国主流学说,〔60〕目前只有极少数人主张,如诺伊尔、卡纳里斯及其弟子 Singer。〔61〕该观点认为,缺少表示意识的案件,不应按照表示错误情形处理,而应类推德国《民法典》第118条关于非真意表示的规定。按照德国《民法典》第118条,非出于真意并且也期待对方能识别出真意的缺乏的,意思表示无效。按照此条,即便在相对人无法识别出表示人的不严肃性时,意思表示亦无效。此时,对于相对人的保护仅限于赔偿其信赖利益(德国《民法典》第122条)。肯定说肯定表示意识为意思表示构成要件的理由在于对德国《民法典》第118条的当然推理(*argumentum a fortiori*):表示人已然意识到其表示的法律意义(即有意识地从从事一个或许会带有风险的戏谑行为),而只是期待相对人会意识到表示的不严肃性,德国《民法典》的立法者既然将此确定为无效(第118条),那么在表示人根本无意作出任何表示(从而无意从事带有风险之行为)时,其表示更应无效。〔62〕除了对戏谑行为无效之规定的当然推理之外,支持肯定说的另一个论据是所谓的表示风险(Erklärungsrisiko)。例如对于欠缺表示意识的情形,卡纳里斯和 Singer 虽然也主张风险归责,但他们认为此处的风险只应是表示风险,即有意识地进入到“有风险的”法律行为领域的风险。而欠缺表示意识情形,由于行为人并非是有意识地进入到法律行为领域,从而对于卡纳里斯和 Singer 而言,此尚不满足风险归责的要求。〔63〕

3. 对肯定说的反驳

对于如上争论,本文认同否定说,即认为表示意识并非意思表示的构成要件。理由如下:

(1)关于缺乏表示意识与戏谑行为的类比(兼论戏谑行为应按意思表示错误规则处理)。肯定说的最主要论据是对德国《民法典》第118条关于戏谑行为之规定的当然推理,即缺乏表示意识的情形和戏谑行为更加类似。本文认同缺乏表示意识和戏谑行为之间的确具有实质的相似性。因为正如上文所述,戏谑行为情形其实也属于缺乏表示意识。基于此,在德国《民法典》的立法框架下,肯定说在方法论上有一定的根据,而从方法论角度看坚持否定说则需要特别的理由。〔64〕但本文的观点是,德国《民法典》第118条关于戏谑行为无效的规定在立法论

〔59〕 *Werba* (Fn. 7), S. 108ff, insb. S. 135 f.

〔60〕 参见 *Werba* (Fn. 7), S. 32.

〔61〕 *Claus-Wilhelm Canaris*, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, C.H. Beck, 1956, S. 549 f.; *Singer*, in: *Staudinger Kommentar BGB*, 2011, Vorbem zu §§ 116 ff., Rdn. 37 ff.; *Wolf/Neuner* (Fn. 11), § 32, Rdn. 20 ff., S. 351 f.

〔62〕 *Singer*, in: *Staudinger Kommentar BGB*, 2011, Vorbem zu §§ 116 ff., Rdn. 38.

〔63〕 参见 *Canaris* (Fn. 61), S. 479 ff. (insb. S. 481), S. 549 f.; *Singer*, in: *Staudinger Kommentar BGB*, 2011, Vorbem zu §§ 116 ff., Rdn. 38.

〔64〕 在德国《民法典》立法框架下,否定说在方法论上的根据,也许可以是德国《民法典》第118条的例外性导致其并不适合作为当然推理的基础。对此参见 *Staudinger/Schiemann*, *BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2012, Rdn. 202, S. 196.

上并不足取;日本、瑞士、台湾等将戏谑行为作为真意保留之一种情形的作法,^[65]也不可取。合理的作法是,戏谑行为应作为意思表示错误来处理。因此,从立法论看,缺乏表示意识的情形也应适用意思表示错误的规则(即否定说)。

戏谑行为是表示人非出于真意进行表示,且也期待对方能够识别出自己的不严肃性。首先需要指出的是,如果对方能够认识到表示人的戏谑,则基于意思表示解释规则,就压根不存在意思表示。^[66]而如果相对人的客观理解是表示人作出了一个意思表示,基于规范性解释,此时应按照相对人的客观理解解释意思表示。从而在戏谑行为情形,意思(即不存在意思表示)与表示(即存在意思表示)不相一致,并且表示人误认为相对人会认识到自己的不严肃性,则此种意思与表示的不一致与意思表示错误实质相同。但德国《民法典》第118条还是规定了戏谑行为的无效。对此,有学者的解释是,戏谑人压根就没有想让自己的表示具有意思表示的效力,所以法律也没有必要赋予表示人以撤销权。^[67]但这个理由站不住脚。正如 Schermaier 正确指出的,如果在意思表示错误的情形(如500误写为5000)提出同样的理由,即发生意思表示错误的人其实压根也不想受到以5000为内容之意思表示的拘束,那么在错误的情形也可以直接规定意思表示无效,而不是赋予错误人以撤销权。^[68]

而且,将戏谑行为与表示错误等同处理,能较好地平衡戏谑表示人和相对人之间的利益状态。首先,如果戏谑行为的后果为可撤销,那么在撤销权期限经过后撤销权消灭,意思表示确定有效时,相对人的积极信赖便得到了保护。其次,戏谑行为可撤销这种选择权对于表示人也并非无意义。其意义在于,表示人如果不行使撤销权(从而意思表示有效),在双务合同的情形可获得对待给付,并且因此不必承担赔偿责任对方信赖利益的责任;而如果规定戏谑表示自始无效,那么表示人便无法从赔偿对方信赖利益的责任中逃脱。^[69]最后,有观点认为意思表示无效时,如果双方都愿意从事此交易则双方可重新订立合同。^[70]此观点并不足取。因为市场环境日新月异,即使表示人一方愿意从事此交易,而对方嗣后也可能改变主意。此时原本主旨在于保护表示人的戏谑行为无效规则,反倒给相对人提供了出尔反尔的机会。

其实,德国《民法典》的立法史显示,第118条完全建基于民法典第一起草委员会所信奉的

[65] 胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,页233;黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,页284;史尚宽,见前注[53],页380。关于瑞士法中的戏谑行为适用真意保留制度,参见 Claire Huguenin, Obligationenrecht, 2012, Rdn. 197, S. 54 f.

[66] Larenz/Wolf, AT (Fn. 18), Rdn. 15, S. 658.

[67] 参见弗卢姆,见前注[10],页492;梅迪库斯,见前注[7],页455。

[68] Schermaier, in: Historisch — Kritischer Kommentar zum BGB, 2003, § § 116 — 124, Rdn. 48.

[69] 参见 Werba (Fn. 7), S. 58.

[70] 关于在法律认定意思表示不成立这个框架下,如果双方都愿意此交易,可另行缔约的看法,参见张金海:“意思表示的主观要素研究”,《中国法学》2007年第1期,页65。只不过该文讨论的是欠缺表示意识情形的意思表示不成立。

意思主义之上。第一草案基于意思主义,将戏谑行为和意思表示错误的法律后果都规定为无效。^[71]而第二草案将意思表示错误的法律后果从无效改为可撤销,但却并没有把戏谑行为的无效后果改过来。^[72]戏谑行为无效最终被规定在了德国《民法典》第118条中。而戏谑行为无效这种纯粹意思主义的后果,和德国《民法典》意思表示错误制度背后的价值判断不相吻合,从而遭受了主流学说的批判。主流学说认为戏谑行为无效的规则,是建立在意思主义基础上,没有合理照顾到交往安全和信赖保护;德国《民法典》第118条的规定属于“古怪的”^[73]、“与体系不合的”^[74]例外规定,而并非是一般性基本原则的表达。^[75]

从立法论上看,戏谑行为应和表示错误情形一体处理,即其效果原则上为可撤销。瑞士、日本和我国台湾地区民法将戏谑行为认定为是真意保留的一种,这种作法也不可取。真意保留和戏谑行为的区别在于,真意保留时表示人故意不想让对方发现自己的表示非真意;而戏谑行为中表示人在心理上(误)认为相对方会发现该表示的非严肃性。^[76]即,真意保留情形,表示人未发生错误;而戏谑表示情形,表示人则错误地认为相对人不会当真。因此,真意保留情形表示原则有效,表示人并无撤销权;而在戏谑表示情形,正确的处理方式应是赋予表示人以基于错误的撤销权。^[77]

既然戏谑行为应按照意思表示错误处理,那么德国有些学者认为欠缺表示意识应类推德国《民法典》第118条戏谑行为无效的规定,就无法立足。肯定说最主要论据就不复存在。

(2)关于表示风险说。肯定说的另一个论据是所谓的表示风险。据此观点,只有在表示人基于其意思参与到法律行为的交往中时,即表示人必须有意识地进入到有风险的法律行为领域时,表示人才应对表示产生的风险负责。本文对此的观点是,风险归责本来就是一种客观化的归责形式,其目的在于在当事人间合理地分配风险。如果一方面坚持风险归责,另一方面又坚持所谓的表示风险,无异于关上一扇门却打开了一扇窗,实质上等于最后又放弃了风险归责。例如,拍卖场中的人如果明明知道举手就是出价,却举手赶苍蝇或打招呼,尽管他并没有发出意思表示的意思(不存在表示意识),但恰恰是这个人而非拍卖人能够更好地避免举手被

[71] 对于德国《民法典》第一草案第97条关于戏谑行为的规定,参见 Mot., Bd. I (Fn. 5), S. 194;对于德国《民法典》第一草案第99条关于意思表示错误之法律后果的规定,参见 Mot., Bd. I (Fn. 5), S. 200。这两条规定对于表示人基于重大过失作出戏谑行为或发生错误的情形,均进行了例外规定,即基于重大过失的戏谑行为或错误表示有效。

[72] Werba (Fn. 7), S. 63.

[73] Staudinger/Schiemann (Fn. 64), Rdn. 202, S. 196.

[74] Palandt/Ellenberger (Fn. 10), § 118, Rdn. 2.

[75] Larenz/Wolf (Fn. 18), § 35, Rdn. 16, S. 658.相同观点亦可参见 Schermaier, in: *Historisch—Kritischer Kommentar zum BGB*, 2003, § § 116—124, Rdn. 49; Köhler (Fn. 15), § 7 Rdn. 13, S. 82;与此相反,诺伊尔则认为德国《民法典》第118条虽然是例外情形,但属于可被一般化的例外情形(verallgemeinerbarer Sonderfall),参见 Wolf/Neuner (Fn. 11), § 40, Rdn. 11, S. 450.

[76] Larenz/Wolf (Fn. 18), § 35, Rdn. 15, S. 658.

[77] 参见 Schermaier, in: *Historisch—Kritischer Kommentar zum BGB*, 2003, § § 116—124, Rdn. 50;台湾黄立教授著作显示,奥地利学者 Welser 似乎也持此见解,参见黄立,见前注[65],页284。

误认为出价的风险。某人在一份被误以为是贺卡的合同上签字,与善意的相对人相比,他也更容易发现真相和避免风险。从而,如果真正坚持风险归责,这些情形都应该被认定为可归责于表示人。当然有论者会指出,上面例子中揭示的其实是过错归责的合理性,而非风险归责的合理性。但无论是过错归责还是风险归责,其实都否认了表示意识作为意思表示的构成要件,从而属于否定说内部的分歧。对此在下文展开讨论。

4.在否定说框架下支持风险归责

在否定说内部,尚存在过错归责还是风险归责的争论。如前所述,德国主流学说认为,在缺乏表示意识的情形,只有表示人对表示意识的缺乏具有过错时,意思表示才能生效。即,只有表示人可能认识到其行为的意思表示表象,并可能避免之时,才(类推)适用关于表示错误的规定。本文支持风险归责而反对过错归责。对此具体论述如下。

先予说明的是,无论是风险归责还是过错归责,均非是将表示人的内心意思作为归责标准。尤其在过错标准客观化的前提下,过错归责也站在了客观归责的方向上,只不过风险归责在客观化的方向上走的更远一些。从而,问题的关键变为,究竟在客观归责的路上走多远。风险归责强调对风险领域的控制,落入表示人风险领域的行为,便可归责于表示人,即风险归责强调风险的抽象可控性,不考虑风险在具体情事下对于表示人是否可控。而过错归责则强调风险具体的可控性。问题的关键是,究竟应该把标准放在风险抽象的可控性还是具体的可控性上。

首先,在法律行为领域内,将标准放在风险的抽象可控性上更加合适。在表示人和相对人均无过错的情况下,即双方均无辜时,一般而言毕竟还是有一方更加无辜一些,另一方对风险至少有抽象的可控性。在双方均无过错时,应考虑的是风险和事故发生后,谁更应该承担此风险;或者风险和事故发生前,谁更可能——甚至只是抽象地可能——控制此风险。例如在妻子发信案中,如果丈夫把贴好邮票的信封放在桌上时,家里除丈夫外只有妻子,可妻子当时在外地出差,从而丈夫没法预见到有人会把他的信发出。妻子有事突然回来然后顺手把信发走,丈夫对此并无过错。但此时相比较而言,相对方更加无辜,因为信毕竟发出自丈夫的控制领域。并且,将标准放在抽象的可控性上,也就意味着不必在任何案件中都去考察行为人欠缺表示意识是否具有过错。例如完成要约草稿后想再考虑一下,但由于搞混了信件而把要约寄出。此时如果要求过错归责,就需要具体考察表示人对于搞混信件的行为是否具有过错。而如果采风险归责,那么搞混信件这个行为显然落入表示人的风险领域,无论其是否基于过错,他都应该对此负责。

其次,无论在意思表示规范性解释的归责中,还是在意思表示的生效(发出和到达)制度中,风险分配思想均是占主导地位的思想(见前文第二、三部分)。这尤其体现在表示错误(5400 被误写成 4500)的情形,此时尽管表示人压根就不意欲以 4500 为内容的表示,但表示还是首先发生以 4500 为内容的效力,此时表示人是否有过错均不妨碍意思表示生效。而表示意识缺乏是否导致意思表示不存在这个问题,实际上属于意思表示解释制度的射程范围(如前所述,意思表示解释的目标之一便是确定意思表示是否存在),应该与其他的意思表示解释制度适用统一的价值判断。基于缺乏表示意识情形和表示错误情形并没有本质的区别,即均是发

出了压根就不愿发出的意思表示,这两种情形的归责原则也不应有所区别。同样类似的还有传达错误。在传达错误情形,表示人对传达人的选任是否具有过错,并不影响意思表示的成立。而在传达错误情形,尤其是在传达人故意篡改表示内容的情形,实际上表示人对于到达相对人的表示内容,不存在任何意思,只是由于表示人使用传达人导致了风险的增加,从而对于并不具有过错的表示内容表示人也应被归责。

最后,在缺乏表示意识情形要求过错归责,实际上剥夺了无过错之表示人的实质选择自由。认为只有在表示人基于过错欠缺表示意识而发出的表示,才可被认定为意思表示的观点,其理由不过是表示人具有过错从而其决定自由不值得保护。但其实对于无过错而缺乏表示意识的情形,认定意思表示不成立,并非是在真正地保护无过错表示人的决定自由。其原因在于,即便是表示人缺乏表示意识,但表示人是否真的不想进行这个交易并不明确。例如进入拍卖场所的人,一般都带有拍卖的意图;完成要约草稿但因疏忽将信件投寄的人,也很可能会愿意从事此交易。^[78] 因此,即便在表示人无过错的情形,认定表示行为构成意思表示进而赋予表示人撤销权的做法,才是真正尊重表示人的决定自由。如果认为只有在表示人对缺乏表示意识存有过失时,才可以认定为意思表示成立,这就意味着,在表示人没有过失的情形下,意思表示一概不存在。如此一来,即使无过失的表示人在知道事实真相后想进行此笔交易,也只有再重新和相对人协商。或许有人会反对说,按照此种逻辑,风险归责也剥夺了超出风险领域之行为的行为人在撤销权层面上的选择自由。但超出表示人风险领域的单纯外部表示,已经是和表示人毫无瓜葛的事实,此时也就没有必要通过撤销权机制让表示人(首先)受到拘束,例如,一个完全不相干的第三人冒充表示人发出表示的情形。

(三)行为意思并非意思表示的构成要件

1. 行为意思概说

行为人具有行为意思(*Handlungswille*)是指,行为人在为行为时受自己意识的指引,例如,有意识的言谈、有意识的举止、有意识的沉默等等。如果行为人的表示虽然有意思表示的外观,但并不是在行为人意识指引下做出的,那么,行为人不具有行为意思。比如,在完全强制之下而为的行为,在睡眠中所为的行为,纯粹的机械条件反射等。

2. 通说认为行为意思是意思表示的构成要件

依据德国绝对通说,行为意思为意思表示的构成要件之一。^[79] 其理由主要是,意思表示是一种行为,而没有行为意思便谈不上是人的行为,因此行为意思应是意思表示的最低构成要件。^[80] 在德国,只有极少数的学者主张行为意思并非意思表示的构成要件。^[81] 饶有意味的

[78] 参见梅迪库斯,见前注[7],边码607。

[79] 只需参见弗卢姆,见前注[10],页55;梅迪库斯,见前注[7],边码606;Larenz/Wolf (Fn. 18), Rdn. 37; Palandt/Ellenberger (Fn. 10), Einf. vor § 116, Rdn. 16.

[80] 参见Larenz/Wolf (Fn. 18), § 24, Rdn. 37.

[81] 参见Schermairer, in: *Historisch – Kritischer Kommentar zum BGB*, 2003, § § 116 – 124, Rdn. 14; Leenen (Fn. 8), § 5, Rdn. 35; Werba (Fn. 7), S. 76 ff.

是,尽管日本较早的学说论及行为意思,但如今的日本学说中对于行为意思的讨论则较少。^{〔82〕}而我国学说中,也存在相似现象,例如梁慧星教授在其《民法总论》著作中并未提及“行为意思”。^{〔83〕}王利明教授则认为行为意思可以被包括在表示行为中,其理由是表示行为必然是一种有意识的自觉行为,否则不能被称作表示行为。^{〔84〕}

3. 行为意思并非意思表示构成要件

(1)表示的归责不要求表示行为直接受到意志支配。支持行为意思是意思表示构成要件的一个论据,是从行为概念中演绎。此种观点略谓:法律意义上的行为必然要受意志支配,不受意志支配的行为并非法律意义上的行为。因此,意思表示作为行为的一种,必须是受行为意思支配下作出的。本文认为,所谓在法律上是否是人的行为,其实是在讨论归责问题。可归责于某人的行为,便是该人的行为。所谓归责问题,是指能否将某个法律效果归属于某主体,也就是该主体是否应对一定的行为或者事件负责。即,归责实质就是法学中主体和法律后果的关联关系。现代法制中的归责,其实是从前因与后果之间的因果关系链条中,裁剪出具有法律意义的关联。例如开枪杀人,从扣动扳机到杀死人这个过程,存在着一系列因果关系链条。手指扣动扳机是点火的原因,点火是子弹射出的原因,子弹射入死者是死亡的原因。从这个因果链条中,法律将扣动扳机这个动作归属于扣动扳机的人,而点火、子弹射入身体等等虽然是死亡的更为直接原因,但并非法律上被归责的原因。即,法律只是将扣动扳机和死亡之间的这个因果链条裁剪出来,赋予以法律效果。更形象的例子是多米诺骨牌。最后一张骨牌倒掉的直接原因是倒数第二张骨牌的撞击,如此往前追溯,直至追溯到第一张倒掉的骨牌。而法律裁剪出的有法律意义的关联关系,则是推动第一张牌倒掉的手臂动作与所有骨牌(包括最后一张骨牌)的倒掉。^{〔85〕}总之,法学上的归责,是对因果链条有选择的裁剪,裁剪出具有法律意义的前因,并将该前因归属于某人,使某人对此前因负责。从而接下来的问题是,法律凭借何种因素来裁剪因果关系,将某个前因作为某人的行为,归属于某人。

扣动扳机和推倒多米诺骨牌的例子显示,可被归责的前因(即有法律意义的前因),在现代法制中必然是一种受意志支配的行为。^{〔86〕}不受意志支配的行为不可归责。对于可归责性,故意而为的行为,自然可以归责到行为人;但过失导致的行为也可归责于行为人。例如驾驶员低头调电台频道,没有意识到红灯而直接开了过去,撞上了过马路的行人,驾驶员虽然并非直接故意(基于意志)去撞行人,但其调台的动作却是受其意志支配的行为。过失的例子显示,法律上的归责虽然要求因果链条中的行为受意志支配,但在一个因果链条中,并不必然要求直接

〔82〕 参见崔建远等:《民法总论》,清华大学出版社2010年版,页40。

〔83〕 参见梁慧星,见前注〔7〕,页173。

〔84〕 参见王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年,页538—539;朱庆育教授持相同观点,参见朱庆育,见前注〔7〕,页194。

〔85〕 Jan. Joerden, Zurechnung, in: Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie (www.enzyklopaedie — rechtsphilosophie.net/, 最后访问日期:2014年8月20日), Rdn. 4 ff.

〔86〕 而这一点也只是适用于现代法制中。例如在古代某个襁褓中婴儿,他对某种违法犯罪(如谋反)并未渗入任何意志因素,却还是在诛灭九族中被诛。

导致(损害)结果的原因受意志支配。例如,驾驶员闯红灯撞人并非受其意志支配,只要导致其闯红灯的前因(低头调电台)受其意志支配,便满足了归责所要求的意志支配因素。对于归责,关键点并不在于直接导致结果的动作是否受到意志支配,在之前的因果链条中某个前因受到行为人意志支配,行为人便可能被归责。

再回到对意思表示制度中行为意思的讨论。要求意思表示的内部构成要件必须受到行为意思的支配,其实是要求表示行为这个举动,必须直接受到表示人的意志支配。但如上所述,归责并不必然要求直接行为受到行为人意志支配,即便是公认可归责的过失情形,也并不满足直接原因受到意志支配这一点。所以,要求意思表示一定要基于行为意思而作出,否则该意思表示便不被认为是法律上的行为,这种观点无法立足。要求行为意思作为意思表示的构成要件,只是把可归责性指向于表示行为上。实际上,即使表示行为不受意志控制,如果行为人对此不受意志控制的举动具有可归责性,此举动也属于该人的行为。因此,行为意思并非是表示内容归责(即表示人对意思表示负责)的必要条件。重要的毋宁是,表示人是否对导致其没有行为意思的前因负责。尽管对此前因的归责,尚可探讨是采取风险归责还是过错归责原则,但无论采取何种归责原则,都不妨碍对行为意思作为归责标准的否定。

在欠缺行为意思的情形,所应采取的归责标准,和欠缺表示意识的情形一样,也应采取风险归责原则而非过错归责原则,其理由见上文的讨论。这里只举一例来形象地说明。某人喝酒喝得酩酊大醉后,在意识缺乏的情况下在网上买了很多东西,尽管其对于购物的表示欠缺行为意思,但由于他对醉酒的状态可归责,从而此时意思表示被认定为有效成立,只不过他可能会享有基于意思表示错误的撤销权。

(2)在意思表示领域可能具有法律上意义的内心意思因素不应是行为意思。本文认为行为意思并非意思表示的构成要件,理由在于是否具有行为意思并不构成适当的规范性标准。在意思表示制度中,如果一定要将表示人的内心意思作为归责的标准,那么也并非行为意思,而是表示意思才具有决定性。因为意思表示是主体参与法律行为交往(而非一般的社会交往)的工具,是否具有参与法律行为交往的意思,即表示意思或曰参与意思才是“可能”^{〔87〕}应当考虑的因素。无行为意思,表示人肯定也就不具有参与法律行为上交往的意思,即无表示意思或曰参与意思。这实际表明,行为意思已经被包含在表示意思中。而不具有行为意思的情形,和其他不具有表示意思(参与意思)的情形应当一体处理。例如某人明知点头在拍卖场是出价的意思,却在无比困乏时进入拍卖场,此人无论是睡着了无意点头(无行为意思),还是向朋友点头致意(有行为意思但无表示意思),他均不具有参与法律行为交往的意思。从利益状态上看,这两种情形在法律上不应有所区别。某人上网买东西,是由于睡着了无意点击了发送订单键(无行为意思),还是由于虽有意识但手突然抖了一下误点了发送键(有行为意思但无表示意思),从利益状态上看不存在区别,在法律意义上也不应有所区别。此时可能具有法律意义的均是该人不具有参与意思(表示意思)。是由于缺乏行为意思(如睡着了)而缺乏参与意

〔87〕 参与法律行为交往的意思,“可能”作为表示的归责标准,但并不必然作为表示的归责标准。本文的立场就是参与意思也并非意思表示的构成要件。

思,还是由于其他原因(如打招呼)导致缺乏参与意思,并不重要。

(3)欠缺行为意思不影响意思表示发生效力的常见情形。最后应指出的是,在学者经常讨论的一些情形中,不受行为意思支配的意思表示也经常被认为能产生意思表示的效果。那种欠缺行为意思不构成意思表示的观点,也并未得到彻底的坚持。例如,虽然沉默原则上不能作为意思表示的形式,但在存在当事人约定、法律规定或交易习惯时,沉默也可以作为意思表示的形式。如某教授和书店约定,只要书店有某领域的新书就寄给教授,如果教授在收到书七天内不提出异议便视为购买此书。但如果书寄到教授控制领域后,教授并没有及时发现此书,从而导致七天的期限经过,此时教授的沉默也应被视为购买此书的承诺。因为在非对话意思表示的到达中,只要求表示到达相对人的控制领域。认为此时教授的沉默不构成承诺的观点,与意思表示到达中的规则会存在评价上的冲突。梅迪库斯认为在《德国商法典》第362条^[88]所规定的沉默情形下,即使商人一直在睡觉,也能够订立合同;此时行为意思对合同订立并非必要。^[89]

(四)小结

无论是效果意思、表示意识(思)还是行为意思,均不是意思表示的构成性要件。不存在如上任何意思,均不必然妨碍意思表示发生效力,前提是表示人基于风险归责原则具有可归责性。而在欠缺效果意思、表示意识或行为意思的场合,统一适用意思表示错误制度。

四、以风险归责替代“意思归责”

(一)归责思想与意思表示概念的发展

在思想史上,意思表示这个概念来自于希腊哲学和中世纪经院神学。^[90]亚里士多德认为,非自愿而为的行为不具有可责性。^[91]中世纪的基督教经院哲学将亚里士多德的行为理论转用到了神学中,认为某行为只有在受意志支配时才可为罪。^[92]故而,人的意志被认为是人之具有道德伦理主体性的基本根据。另一方面,为了化解罗马法中“简约不具有效力”与宗

[88] 《德国商法典》第362条第1款前句规定:“某商人所经营的营业是为他人处理事务的,与该商人有交易往来之人发出一项关于处理此种事务的要约到达该商人,那么该商人有义务不迟延地予以回复;该商人的沉默视为对此要约的承诺。”

[89] Medicus (Fn. 48), Rdn. 129.

[90] Schermaier, in: *Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB*, 2003, vor § 104, Rdn. 2. 在此, Schermaier 原文是讲述“法律行为”概念的思想史来源。鉴于意思表示概念和法律行为概念历史发展中的同源,法律行为的思想史来源,也可适用到意思概念上。这也在 Schermaier 在2014年5月19至22日在华东政法大学关于“意思表示错误和其他意思瑕疵”的讲稿中得到明确的体现。在该讲稿中, Schermaier 明确写到“意思表示作为合法行为的模型,来自于希腊哲学和基督教道德神学”。参见 Martin Schermaier, Irrtum und andere Willensmängel im deutschen und europäischen Recht, 1. Vorlesung, 1. a)(未公开发表)。

[91] 参见亚里士多德:《尼各马可伦理学》1109^b29—35,载《亚里士多德全集》(第8卷),苗力田译,中国人民大学出版社1991年版,页44。

[92] Schermaier (Fn. 90,未公开发表之讲稿), 1. Vorlesung, 1. a)。

教道德下“认真对待自己的允诺”之间的冲突,当时的道德哲学家对单方允诺进行了研究。他们结合人的意志为伦理上的归责根据,发展出基于自由意志的允诺具有约束力的理论。^[93]此种思想被自然法学家格劳秀斯所采纳。格劳秀斯认为,对于允诺表示的法律约束力,具有决定意义的是承担自我责任之人的意志。^[94]只有基于人的自由意志才能产生权利与义务的观点,在中世纪普通法和自然法时期被普遍承认。^[95]后经沃尔夫的学生 Nettelbladt 的发展,意思表示成为法律行为的一种类型,并在 1794 年《普鲁士普通民法典》中加以规定。最后经由 Hugo、Heise^[96] 和萨维尼的发展,其成为德国私法上的重要概念之一。

从以上简述的意思表示概念发展史可以看出,意思表示理论中意思因素的基础地位,来自于道德神学的归责理论。从道德神学中受意志支配的行为才可责,发展出理性法中受意思支配的允诺才具有约束力。不过必须指出的是,中世纪道德神学中,例如按照阿奎那,虽然原则上要求可责的行为要受意志支配,但如果行为人对于其“不知”(Unwissenheit)具有可责性时,出于不知而为的行为也可责。^[97]然而,对于对理性法时代允诺思想具有奠基作用的格劳秀斯来说,基于意思瑕疵(错误)——如果不犯此错误行为人便不会为此允诺时——的允诺,即便在允诺人对此错误具有过错时,允诺依旧无效,只不过可能会产生针对对方的赔偿责任。^[98]这里阿奎那和格劳秀斯所处理的问题并不完全相同。前者处理的是行为的可责性,而后者处理的首先是允诺的效力。对于阿奎那,无论行为是基于意志,还是虽然行为不基于意志但行为人对“不知”的状态具有可责性,行为均可归责。而在格劳秀斯,只有基于意志的允诺才是有效的,非基于意志的允诺无效。

(二)对于意思表示的构成原则上应采风险归责

意思表示制度终究解决的是表示人何时对其外部表示负责的问题,因而终究是归责问题。前文中在多个场合已经对“归责”进行了论述,这里再加以简要说明。所谓归责,应做非常广义的理解,笼统而言,其指为某行为或某事负责,即指将某行为或某事的法律后果归到某人头上。此时的“责”包括侵权责任、违约责任等作为义务违反之后果的民事责任,包括将某种不利益(如善意取得中原所有权人丧失所有权)归到某人头上,也包括意思表示中外外部表示所体现出的法律效果被归到表示人头上等。

[93] 以上的详细论述参见薛军,见前注[2],页135—137。

[94] 对于意志的基础作用,格劳秀斯论述到,“第三种方式是,如果我们加上一个我们意志(will)的充分表示(declaration),该意志的表示赋予别人要求履行我们允诺的真正权利。这就构成了完整的允诺,……。”以上参见 Hugo Grotius, *The Rights of War and Peace*, Book II, Chapter XI, IV, ed. by Richard Tuck, Liberty Fund, 2005, p. 704—705;又可参见(德)汉斯·哈腾保尔:“法律行为的概念——产生以及发展”,孙宪忠译,载杨立新主编:《民商法前沿》,吉林人民出版社2002年版,页141;薛军:见前注[2],页138。

[95] 参见 Schermaier, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, Böhlau, 2000, S. 296.

[96] 对 Heise 及其著作在法律行为领域之影响的介绍,参见朱庆育:《法律行为概念疏证》,《中外法学》2008年第3期,页330。

[97] 对此参见 Schermaier (Fn. 95), S. 67..

[98] Grotius (Fn. 94), p. 711.

从归责的角度观察意思表示,可选项并非只是意思归责。就归责而言,至少有如下几个选择:意志(故意)、过失归责、风险归责、惹起(Veranlassung)归责。^[99]而事实上,正如意思表示的规范性解释、意思表示的生效(发出和到达)制度、意思表示错误制度、真意保留制度所显示的,现代法制也的确并不要求只有被表示人所欲的外部表示才发生效力。正如上文在讨论行为意思时所主张的,对于从因果链条中裁剪出具有法律意义之因素的归责,虽然要求在因果链条的某一个环节上要加入行为人的意志因素,但并不必然要求作为某后果之直接原因的那个举动受意志支配,行为人对于该举动的前因具有可归责性亦可。对于前因的归责,可能的选项有过失归责、风险归责和惹起归责。

首先,惹起归责并不足采,因为它与纯粹的结果责任无区别。主张惹起原则,实质上等于放弃了任何归责原则。^[100]而很多主张惹起归责的学者,其实是在潜在地支持着风险原则。^[101]其次,凡是由于过错而被归责的情形,也必然满足风险归责的要求。从而,到底是选择过错归责还是风险归责,区别仅仅在于虽无过错但落入行为人风险领域的行为,是否可归责于行为人。换言之,区别在于考虑归责问题时的关注点不同。风险归责的重点是放在考察某行为(如点击鼠标发出订单)是否落入该行为人的风险领域;过失归责的关注点则在于行为人对某行为是否具有过错。在意思表示领域,本文倾向于表示人适用风险归责,相关理由已经在论述欠缺表示意识的归责标准时有所阐述。这里概括如下:首先,对于民法中的归责,在双方均无过错的情况下,一般而言毕竟还是有一方“更加无辜”一些。此时应考虑的是风险和事故发生后,谁更应该承担此风险;或者风险和事故发生前,谁更可能控制此风险。其次,在意思表示制度中,无论是意思表示解释中的规范性解释、意思表示发出和到达制度还是意思表示错误制度,均采风险归责。最后,保护表示人选择自由最主要体现在表示人是否享有(基于错误的)撤销权,而意思表示首先生效+表示人的撤销权+撤销权在时间上的限制+行使撤销权后表示人的赔偿责任,这一整套机制更好地平衡和协调了表示人和相对人之间的利益状态。^[102]而要求过错归责,则剥夺了无过错之表示人在撤销权层面上的选择自由。

对于风险归责,重要的是划定行为人的风险领域。某个举动落入某人的风险领域,该人便可归责。对于风险领域的划定,应考虑众多因素。首先是行为人的组织风险,如行为人对生活的组织,开办企业等。其次可考虑行为人增加风险的行为,如委任传达人传达意思表示。也要考虑谁更有利于控制风险的发生,谁从风险行为中更多获益,谁更容易(如通过保险)转嫁风险,风险是否无论如何都无法排除等等。风险归责的具体划定这个大话题,已超出了本文主题,远非此处寥寥文字所能讨论清楚。本文对此略之不论,并不妨碍本文观点的成立,即风险

[99] 卡纳里斯在信赖责任框架下总结了三种归责原则:惹起原则、过错原则和风险原则,参见 *Canaris* (Fn. 61), S. 473—490;对于这三个归责原则的讨论,亦可参见王浩:《表见代理中的本人可归责性研究》,《华东政法大学学报》2014年第3期,页107—109。

[100] 参见 *Canaris* (Fn. 61), S. 474.

[101] 参见 *Canaris* (Fn. 61), S. 480.

[102] 基于意思表示错误制度的撤销权在商事领域是否应该以及如何受到限制,是另一个颇值得讨论的话题。

归责和风险分配思想支配着意思表示制度,而内心意思对于意思表示的解释、生效并不重要。

(三)风险归责与“意思”

本文虽然认为表示人的内部意思并非意思表示的必要构成要件,但并非不重视表示人的意思。首先,在意思表示解释制度中,即使是在规范性解释时,其探求的对象其实也是理性相对人视域下体现出来的表示人“意思”,只是此“意思”不一定是表示人的内心真意。而在意思表示的自然解释中,当事人双方的意思为解释的标准。例如,无论双方共同选择了一个错误的用词,还是双方均不具有作出意思表示的意思(如两人在酒吧喝得酩酊大醉时订立合同),均适用“错误的表示无害真意”规则。其次,更为重要的是,尽管表示人欠缺任何内部意思均不必然妨碍意思表示生效,但并不意味着表示人的意思压根不会得到照顾。在有相对人的意思表示中,对表示人真意的照顾,属于意思表示错误制度的覆盖范围。也就是说,意思和表示不一致时,无论该不一致是由于欠缺效果意思、表示意识还是行为意思,表示人都可能会基于意思表示错误而享有撤销权。而在撤销权层面上对表示人意思进行照顾,才是真正地尊重了表示人的选择自由,也能更好地平衡表示人和相对人之间的利益状态。再次,在无相对人的意思表示中,由于不存在对相对人利益的照顾,表示人的意思当然应该得到更大程度的尊重。此时应遵循的归责便是,无意思不归责。总之,“意思”虽然走下神坛,但也只是从神圣的地位降格为一个利益衡量的普通因素,而并非一无是处。

(四)风险归责与私人自治

尚需要说明的是,意思表示领域的风险归责并没有破坏私人自治原则,反而能更好地实现私人自治。私人自治是人的自由的下位概念,是自由原则在私法中最重要的体现。如果我们承认一般性的自由原则,私法本质上即是协调此人之自由和彼人之自由的机制的总和。由是观之,意思表示制度中所谓意思自治与相对人信赖之间的冲突,实质上是表示人之自由和相对人之自由之间的冲突。所谓相对人的信赖,本质上其实是相对人的私人自治。表示人的意思表示无效,从相对人私人自治角度看,实际上干扰和破坏了相对人的私人自治,即相对人丧失了一个交易,丧失了一个基于自己的意志调整自己的私法关系(私人自治)的机会。从自由的角度视之,意思表示瑕疵制度的主旨是如何更好地协调此人的私人自治与彼人的私人自治。表示人的内心意思在此只是衡量的因素之一,不应具有不可放弃的“神圣”地位。在意思表示领域,对于表示人的可归责性采取风险归责,对于相对人的可归责性也采取风险归责(体现在意思表示到达和意思表示规范性解释制度中),恰恰能够更好地协调此人之私人自治和彼人之私人自治之间的冲突,而绝非破坏了私人自治原则。

五、余 论

既然表示人的任何内心意思均非是意思表示的构成性要件,那么表示人的内心意思就不可能是意思表示的效力来源。换句话说,自启蒙时代以降被众多哲人所主张的“意

志是允诺的效力来源”便无法立足；合同理论中的意志理论(will theory)也无法立足。对此结论的一个反驳性意见可能是，对于意思表示或曰允诺的效力来源，应以标准的、常态的、无瑕疵的意思表示为理想型。^{〔103〕} 笔者也承认存在如下二元架构的可能：即理想型意思表示的效力来源于意思，而上文讨论的欠缺各种“意思”之表示，可基于积极的信赖责任发生意思表示的效力。^{〔104〕} 但笔者管见以为，意思和表示一致时的意思表示，压根不能凸显何者为意思表示的效力来源。因为此时认为意思(意志)亦或表示(相对人信赖)是意思表示的效力来源，均无不可。正如危难方见真情，只有在意思和表示不一致时，才能真正检验何者是或不是意思表示的效力来源。上文在民法具体制度层面的逐一分析，表明了在意意思和表示不一致时，意思并非是意思表示的构成性要件。尽管到底何者为意思表示(或曰允诺)的效力来源，尚需要哲学、社会学、经济学、法学等诸多学科多方位的深入探讨。但从本文就具体制度的研讨中可以得出的结论是：意思(意志)并非是意思表示(允诺)的效力来源。^{〔105〕}

Abstract: The key problem that the institution of declaration of intention deals with is when the external declaration shall be imputable to the declaring party. The imputation principle dominating the institution of declaration of intention is the principle of risk. The internal will of the declaring party is not a constitutional element of a declaration of intention. Neither lack of the will of acting, will of declaration, nor the will of legal effect will necessarily result in the invalidity of a declaration of intention. The constitutional elements of a declaration of intention shall be the external declaration plus the imputability of the declaring party. The internal will of the declaring party shall not be the ground for the validity of declaration of intention (promise).

Key Words: Declaration of Intention; Interpretation of Declaration of Intention; Dispatch and Arrival of Declaration of Intention; Will of Declaration; Will of Acting; Principle of Risk Imputation

(责任编辑：薛 军)

〔103〕 对此观点，可参见(德)汉斯-约阿希姆：“论‘意思’与‘表示’的关系——关于意思表示构成要件的探讨”，王剑一译，载《中德私法研究》(第10卷)，北京大学出版社2014年版，页103。

〔104〕 关于积极信赖责任这一主题的详细讨论，可参见杨代雄：“法律行为制度中的积极信赖保护”，《中外法学》2015年第5期，页1150—1170。须指出的是，杨代雄教授在此文中并未尝试用积极信赖责任来处理欠缺行为意思、表示意思等情形。

〔105〕 崔建远教授强调，从根源上讲，意思(笔者从上下文揣测，这里的“意思”应指的是“意思表示”)的法律效力源自法律，是法律赋予意思以法律效力。参见崔建远：“编纂民法典必须摆正几对关系”，《清华法学》2014年第6期，页45。