

# 意思表示中的意思与意义

## 重新认识意思表示概念

杨代雄\*

**摘要** 古典意思表示概念把意思放在核心位置。19世纪末期以来,意思的地位逐步下降。继效果意思之后,表示意识也被通说排除在意思表示构成要件之外。行为意思否定说尽管目前还只是少数说,但在结论上值得赞同。意思表示的构成归根结底是表示意义的归责问题。欠缺行为意思和表示意识时,如果表意人有过失,仍可以成立意思表示。但这只是表示意义的初步归责。如果意思表示发生终局性效力,则是表示意义的最终归责。此时,所发生的法律效果仍然是意定的,因为意定性应当理解为依表意符号的效果意义而不是依表意人的真实意思或依法律规则决定法律行为的具体效果。意思表示在本质上是具备特定效果意义的表示。效果意义与效果意思可能重合,也可能相悖。重合与否,只影响效果意义的最终归责。

**关键词** 意思表示 表示意识 行为意思 意义 法律行为

作为私法上的一个基本概念,意思表示对我们而言可谓既熟悉又陌生。教科书对意思表示的定义或描述基本一致,没有明显的分歧,以至于我们没有动力去追问究竟什么是意思表示以及它是如何构成的。这样的问题似乎已经被法学常识淹没,不值得深思。但事实上,在更为宽广的视域中,意思表示概念却正在经历一场深刻的思想变迁。对于已在谋划民法法典化和构建民法理论体系的中国民法学界来说,了解这场思想变迁乃至参与其中,是十分必要的,因

\* 华东政法大学教授。本文是教育部2013年度规划基金项目“意思表示理论中的风险原则及我国民法典立法对策”(13YJA820056)、上海市哲学社科规划项目“信赖保护视角下的民事法律行为效力制度”(2011BFX007)、上海市“曙光计划”项目(11SG51)的阶段性成果。

为意思表示概念无疑是民法典和民法理论体系的一块基石。<sup>〔1〕</sup> 本文考察意思、表示及其意义之间的关系,借此探究意思表示的构成要件并尝试重新认识意思表示概念。

## 一、意思表示中的意思

自古典自然法学家格老秀斯、普芬道夫、沃尔夫提出允诺(*promissio*)、意思表示(*declarata mea voluntate*; *Erklärung des Willens*)等概念之后,在法律行为领域,民法学者关注的焦点就逐渐从“合意”“契约无效”转移到“意思”“意思瑕疵”上来。至19世纪前期,几乎每一本德国的民法教科书都专门论述意思表示。其中最具有代表性的是萨维尼的《现代罗马法体系》。

萨维尼认为,意思表示就是法律行为,<sup>〔2〕</sup>它是直接指向法律关系的发生或消灭的行为人的意思。对此,需要考虑三个因素:意思本身、意思的表示、意思与表示的一致。<sup>〔3〕</sup> 意思与表示依其本质不是相互独立的——就像一个人的意思与另一个人的意思那样,只能偶然达成一致。毋宁说,应该将二者联系起来予以考察。因为,本来只应该把意思本身视为唯一重要、有效的,只是由于它是内在、不可见的东西,所以才需要一个符号,意思在其中可以被另一方当事人知悉。这个表达意思的符号就是表示。意思与表示的一致并非偶然,是合乎其本质的关系。不过,这种自然的关系可能受到干扰,由此产生了意思与表示之间的矛盾,从表示中产生了意思的错误表象。可以把这种情形称为“欠缺意思的表示”。无意的意思欠缺是不真正的错误——关于意思表示动因的错误是真正的错误。不真正的错误可以分为根本错误(*wesentlicher Irrtum*)与非根本错误。前者导致意思被排除,所以意思表示当然无效(*ipso jure nichtig*)。<sup>〔4〕</sup>

后世学者一般都把萨维尼的以上论述视为意思主义的代表。<sup>〔5〕</sup> 之所以称之为意思主义,是因为萨维尼显然把意思放在意思表示概念的核心位置,表示仅仅是实现意思的辅助手段。一般而言,表示只有在忠实地反映了意思的情况下才有效力,如果它的客观意义与意思不

〔1〕 意思表示概念并非一个“纯理论”问题,它还具有重要的实践意义,因为民商事法律实践中的很多案件都涉及意思表示。以下这个例子足以表明意思表示概念对于法律实践的重要性:国外某汽车厂商与中国某汽车销售商订立汽车经销合同,履行一段时间后,汽车厂商行使合同中保留的终止权,按照约定的期间(6个月)通知销售商终止经销合同,但此后汽车厂商由于内部沟通不畅,负责配送货物的部门仍然按照原定计划向经销商供应车辆,经销商对每一批车辆都如数受领且继续销售。汽车厂商在发出终止通知后的继续供货行为是否构成一项撤回终止表示的默示(可推断)意思表示或可以使经销合同继续生效的其他意思表示?汽车厂商的法定代表人认为自己并无实施继续供货行为的意思,这种意思因素(行为意思)的欠缺可否阻却意思表示的成立?毫无疑问,这些问题值得在理论上予以深入探究。

〔2〕 *Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 3, 1840, S. 6.

〔3〕 *Savigny, a.a.O.*, S. 99.

〔4〕 *Savigny, a.a.O.*, S. 257—276.

〔5〕 *Ulf Werba, Die Willenserklärung ohne Willen*, Duncker & Humblot, 2005, S. 17; *Martin Josef Schermaier, Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, Böhlau Verlag, 2000, S. 537.

一致,它就不再是该意思的表示,易言之,该意思并未被表达出来,不构成意思表示,当然不能发生效力。从这个意义上说,萨维尼把“意思与表示的一致”作为意思表示的构成要素,<sup>〔6〕</sup>相当于把“与意思一致的表示”作为意思表示的构成要素。其所谓的意思表示三要素实际上只有两要素:意思本身以及与该意思一致的表示。

普赫塔在意思表示构成问题上同样也采意思主义。他认为,法律行为的一般内容以特定意思及其表示的存在以及二者的一致性为基础。意思与表示不一致导致法律行为不成立,无论是故意的不一致还是无意的不一致。<sup>〔7〕</sup>这个观点与萨维尼的观点大同小异,都将“意思与表示的一致”作为意思表示的构成要素。

普赫塔只是传承了萨维尼的意思主义,而齐特尔曼则将意思主义发扬光大。在《错误与法律行为》一书中,齐特尔曼借鉴19世纪后期的心理学理论,对意思表示进行心理分析。他的工作始于对行为(Handlung)概念的重构。以往的通说认为,行为是一种身体运动,它由某种有意识的意志活动(Willensact)导致。<sup>〔8〕</sup>作为行为的发生原因,这种意志活动是独立于行为之外的一种事实。齐特尔曼主张把意志活动纳入行为概念。这样,行为就是部分心理、部分生理的事件整体。它包括两个方面、三个要素:外在方面即身体运动,内在方面即意思和意识。<sup>〔9〕</sup>意思,或者说意志活动,是直接刺激运动神经的心理原因。意识指的是精神的一种属性、状态或活动形式。精神的表现形式可以分为两种:有意识的和无意识的。就意志活动而论,如果一项意志活动伴随着关于该意志活动内容的观念,该意志活动就是有意识的。这个观念不仅仅指关于“意思想要”(dass der Wille will)的观念,还指关于“意思想要什么”(was der Wille

〔6〕 本文在同一意义上使用“构成要素”与“构成要件”这两个术语。在德语民法文献中,讨论意思表示的构成、意思表示的构成要素、意思表示的构成要件时,学者们使用的术语丰富多样。在很多文献中可以看到Tatbestand这个词,用于指称意思表示的事实构成,通常并不意味着意思表示不可或缺的构成要素。类似的还有Bestandteil与Tatbestandsglieder,海因里希·雷曼在《民法总论》(1922年版)第106、107页用其指称意思表示的组成部分,但并非不可或缺。与此不同,以下几个术语通常用来指意思表示不可或缺的构成要素(件):1.Tatbestandsmoment(Vgl. *Rudolf Henle*, *Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung*, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, 1910, S. 98); 2. Tatbestandselement(Vgl. *Alfred Manigk*, *Das rechtswirksame Verhalten*, Walter de Gruyter & Co., 1939, S. 118); 3. Tatbestandsstück(Vgl. *Manigk*, a. a. O., S. 122); 4. notwendiger Tatbestandteil(Vgl. *Hans - Joachim Musielak*, *Zum Verhältnis von Wille und Erklärung*, AcP 211(2011), S. 794); 5. Tatbestandsmerkmale(Vgl. *Leenen*, *Ist das so richtig? - Typen von Defiziten der Zivilrechtsdogmatik*, JuS 2008, S. 581; *Reinhard Singer*, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, S. 252); 6. konstitutives Erfordernis(Vgl. *Werba*, a. a. O., S. 31); 7. tatbestandliches Erfordernis(Vgl. *Werba*, a. a. O., S. 51); 8. konstituierende Voraussetzung(Vgl. *Jörg Neuner*, *Was ist eine Willenserklärung*, JuS 2007, S. 885); 9. Voraussetzung für das Vorliegen einer WE(Vgl. *Ulrich Eisenhardt*, *Zum subjektiven Tatbestand der Willenserklärung*, JZ 1986, S. 877)。

〔7〕 *Georg Friedrich Puchta*, *Lehrbuch der Pandekten*, 9. Aufl., Barth, 1863, S. 84, 100.

〔8〕 Willensact也可以译为“意思行为”,此处为了与“行为”相区别,译之为“意志活动”。

〔9〕 *Ernst Zitelmann*, *Irrtum und Rechtsgeschäft: Eine psychologisch - juristische Untersuchung*, Duncker & Humblot, 1879, S. 29-31.

will)的观念。当我意欲举手时,举手就是我意思的内容;与之相伴随的是我关于举手的观念。也就是说,我以观念的形式对意思的内容予以把握。<sup>[10]</sup> 齐特尔曼认为,行为的外在方面扩及于身体运动的结果,与此相应,行为的内在方面指向的对象也扩及于该结果。狭义的意思仅指关于身体运动本身的意思,也可以称为直接意思;广义的意思还包括指向身体运动之结果的意思,也可以称为间接意思或意图(Absicht)。同样,狭义的意识指向身体运动本身,广义的意识还包括指向结果的观念。<sup>[11]</sup>

齐特尔曼认为,意思表示是一种特殊的行为。其特殊之处在于:就所有其他行为而论,直接意思体现于行为之中,间接意思即意图则并不体现于行为本身之中,而是体现于行为的结果之中,因为这个结果就是精神层面上的意图在现实层面上的对应物。与此不同,表示行为(Erklärung)固然也体现直接意思,而且意图最终也在结果中被实现,但意图在表示行为之中就已经具有一个真实的镜像,因为,表示行为不仅仅是实现意图的手段,它还是该意图直接的客观符号。易言之,它表达了间接意思(意图),它是间接意思的表达,从这个意义上说,它是意思表示。这种意义上的意思表示是意图表示,不是直接意思的表示。就法律上的意思表示而言,关于法律效果的意图以及对该意图的表示是法律效果发生的要件——这也是客观法实现私法上的主体自治的形式。<sup>[12]</sup> 如果欠缺关于法律效果的意图,法律行为没有成立,什么也没有发生。如果欠缺关于表示行为本身的观念或者对此存在不正确的观念,亦然。也就是说,错误阻却法律行为的构成。<sup>[13]</sup>

显然,齐特尔曼把表意人关于表示行为的意识及意思(直接意思)、关于表示行为之结果的意识及意图(间接意思)均视为意思表示的构成要素,旗帜鲜明地采用意思表示构成上的意思主义。

受齐特尔曼意思表示理论的影响,19世纪末20世纪初,学者们普遍开始关注意思表示的构成要素问题。学说争议主要涉及意思表示的主观要素。当时学者提出的意思表示主观要素种类繁多且用语杂乱,大体上可以归结为如下几种:<sup>[14]</sup>

1.指向表示行为的意思。大体上指的是我们当下民法学中所谓的“行为意思”。有的学者称之为“直接意思”(unmittelbarer Wille),如马尼克(Manigk);有的学者称之为“行动意思”(Betätigungswille),如亨勒(Henle);有的学者称之为“表示意思”(Erklärungswille),如比洛(Bülow)、布伦斯(Brunns)、冯·图尔;有的学者称之为“执行意思”(Ausführungswille),如科勒(Kohler);有的学者称之为“行为意思”(Handlungswille),如豪泽尔(Hauser)。

2.指向特定表示内容或表示意义的意思或意识。在这方面具有代表性的是莱昂哈德。他认为,“意思”包括两种:一是在表示中体现出来的思想,即“表达出来的意思”(erklärter

[10] Zitelmann, a.a.O., S. 67—76.

[11] Zitelmann, a.a.O., S. 180—186.

[12] Zitelmann, a.a.O., S. 242—245.

[13] Zitelmann, a.a.O., S. 344.

[14] Ulf Werba, Die Willenserklärung ohne Willen, Duncker & Humblot, 2005, S. 20—21. 此处对学说的梳理主要参考 Ulf Werba 的相关论述,但在学说归类上与 Ulf Werba 略有不同。

Wille),它与“法律行为内容”同义;二是发生于该表示之前的内在思想,即“未被表达出来的意思”。后者分别指向因果序列的四个环节:表示行为、表示内容、表示效力(Erklärungsgeltung)、法律行为效果。<sup>[15]</sup>另一位学者卡尔·沃尔夫认为,意思表示需要一个关于意义的意图(Bedeutungsvorsatz)。<sup>[16]</sup>

3.作出某种——无论具备什么内容——表示的意思或意识,或者关于作出一项具备某种内容的法律行为上的表示、告知的意思或意识。冯·图尔认为,构成意思表示,要求表意人意识到通过其行为正在作出一项具备某种内容的告知(Mitteilung)。据此,在“特里尔葡萄酒拍卖案”中,举手打招呼的异乡人由于欠缺这种告知意识,其行为不构成意思表示。反之,如果A弄混了两封信,误将一封要约当作贺信邮寄给B,因其具备告知意识,该信件构成意思表示,A只能通过撤销使之无效。应当注意的是,冯·图尔所谓的告知意识并非指行为人意识到从其行为中可以推断出一项法律行为上的效果意思,即便其仅意识到其行为构成一项涉及法律行为以外的事实内容之告知亦可。弄混一封普通信件和一封法律行为信件与弄混两封法律行为信件的后果是一样的。<sup>[17]</sup>与此不同,恩内克策卢斯、艾茨巴赫尔(Eltzbacher)、保罗·厄尔特曼、济格尔(Siegel)等人要求表意人的意思或意识指向法律行为上的表示。比如,恩内克策卢斯认为,如果A想以1000马克向B购买一匹马,A首先形成以1000马克购买这匹马的决定,即关于买卖法律效果的意愿,然后产生以具有约束力的方式向出卖人表述该意愿的意图,前者只是纯粹内在的、法律上无关紧要的事实,并非意思表示的必备要素,后者则是意思表示的必备要素。<sup>[18]</sup>艾茨巴赫尔认为,表意人应当具备表示意思(Erklärungswille),即把指向法律效果的特定意愿表达出来的意思。<sup>[19]</sup>皮宁斯基(Pininski)认为,对于一项有效的意思表示而言,表示意愿(das Wollen der Erklärung)——通过一项行为显示表意人的内在意图的意愿,或者说对意图进行表达的意思——是不可或缺的。仅当表示是一项特定的内在意图的可认知的表达时,它在法律上才发挥作用,因此,我们的意思必须指向我们行为的这种属性,以便使我们的表示成为所欲的。据此,表意人必须具备这样的意愿:其行为具有作为特定意图之表达的意义。<sup>[20]</sup>保罗·厄尔特曼认为,意思表示的外在成分是通告(Kundmachung),除此之外,还要具备内在成分,表意人应当具有通过其行为通告一项意思的意思,这就是表示意思。表示意思指向行为的表示价值,表意人必须意识到其行为具备某种(无论何种!)表示价值,但不需要意

[15] *Rudolf Leonhard*, *Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, J.Guttentag, 1900, S. 456.

[16] *Karl Wolff*, *Mentalreservation*, JJB 81(1931), S. 53ff.

[17] *Andreas von Tuhr*, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band, Erste Hälfte, Duncker & Humblot, 1914, S. 403-404.

[18] *Ludwig Enneccerus*, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Erste Abtheilung, R.G.Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, 1888, S. 63.

[19] *Paul Eltzbacher*, *Die Handlungsfähigkeit nach deutschen bürgerlichen Recht*, Band 1, Berlin, 1903, S. 145, zitiert nach Rudolf Henle, a.a.O., S. 131.

[20] *Leo Pininski*, *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht*, Band 2, Leipzig, 1888, S. 392-393, zitiert nach Rudolf Henle, a.a.O., S. 108.

识到其行为具备特定的表示价值,否则《德国民法典》第119条关于错误导致意思表示可撤销的规定就是多余的。<sup>[21]</sup> 济格尔认为,构成一项意思表示,要求表意人具备关于表示价值的意识,但不要求其具备通告意图(Kundmachungsabsicht)。有时,行为人虽具备前者但不具备后者。比如,A与B约定通过射击对B的要约表示承诺,某日,A发现一只狐狸,想射杀之,他知道B将会听见枪声并将其理解为承诺,尽管他不想将其用于通告(表示)目的,但仍然开了枪,此时构成意思表示,通告意图无关紧要,具备关于表示价值的意识足矣。<sup>[22]</sup>

4.指向表示内容之效力的意思。大体上指的是效力意思或约束意思。比如,莱昂哈德认为,“关于表示内容的意愿”和“关于表示内容之效力的意愿”不应当被混淆。因为,如下情形中仍可能存在“关于表示内容之效力的意愿”:表意人没有认识到表示的内容,但却违背意愿地将其纳入买卖契约,无论如何,其愿意为该内容负责,尽管可能不符合其愿望。具有决定性的恰恰是这种效力意思(Geltungswille),而不是内容意思(Inhaltswille)。<sup>[23]</sup>

5.效果意思。大多数学者都提到这种意思,但在用语上多有分歧。有的称之为“Geschäftswille”,如布伦斯、艾茨巴赫尔;有的称之为“Wirkungswille”,如佩尔尼策(Pernice)、恩德曼(Endemann);有的称之为“Erfolgswille”,如冯·图尔;有的称之为“Rechtsfolgswille”,如艾伦伯格(Ehrenberg)与布罗德曼(Brodmann),有的称之为“erklärter Wille”,如莱昂哈德、亨勒;有的称之为“Absicht”,如马尼克。

随着民法学的发展,某些要素或其用语逐渐被弃用或边缘化。首当其冲的是上述第二种要素。所谓“关于表示内容的意愿”与效果意思很难予以清晰的区分,表示内容实际上就是法律行为的效果,即权利义务关系。甲作出意思表示,以10000元价格向乙购买某一匹马,其表示的内容是“甲以10000元价格向乙购买这匹马”,而“甲以10000元价格向乙购买这匹马”用法律语言予以表述的话就是买卖合同这项法律行为的法律效果:甲负担了10000元的价款支付义务,乙负担了这匹马的交付义务。可见,表示内容就是法律行为的效果,关于表示内容的意思就是关于法律行为效果的意思即效果意思。莱昂哈德通过把前者界定为发生于表示之前的内在思想即“未被表达出来的意思”使之与效果意思区分开来的尝试并无太大实益。所谓“表达出来的”效果意思如果与“未被表达出来的”关于表示内容的意思不一致,则它实际上已经不是意思了,而是表示所具备的意义:该意义通过对表示予以解释而被确定。因此,需要加以区分的是内在的效果意思与外在的表示意义,而不是“关于表示内容的意愿”与效果意思。

至20世纪中期,基本上已经没有学者将与效果意思相区别的“关于表示内容的意愿”作为意思表示的主观要素。效力意思(Geltungswille)或约束意思也未得到太多学者的强调。自海

[21] Paul Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, Carl Heymann, 1908, S. 307.

[22] Julius Siegel, Die Privatrechtlichen Funktionen der Urkunde: Eine Studie zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter Berücksichtigung der Zivilprozeßordnung, AcP 111(1914), S. 14-15.

[23] Rudolf Leonhard, Der Allgemeine Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, J.Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1900, S. 456.

因里希·雷曼的《民法总论》问世之后,学者们逐渐把目光集中到上述第一种、第三种和第五种意思(意识)上。海因里希·雷曼将这三种意思(意识)分别称为行为意思(*Handlungswille*)、表示意识(*Erklärungsbewußtsein*)、效果意思(*Geschäftswille*)。在他看来,行为意思对于意思表示的成立(*Vorhandensein*)而言是不可或缺的,<sup>[24]</sup>效果意思则并非不可或缺,因欠缺与表示客观意义一致的效果意思并不导致意思表示不成立,仅使得表意人依据《德国民法典》第119条取得一项撤销权。<sup>[25]</sup>

至于表示意识是否意思表示必备的主观要素,则存在疑问。这个疑问并非始于海因里希·雷曼。自从赫尔曼·伊塞(Isay)对“特里尔葡萄酒拍卖案”进行探讨之后,表示意识对于意思表示的意义就成为学界争论的焦点。在这个教学案例中,一个异乡人在特里尔的一个市场中看见一个熟人,遂举手打招呼,碰巧此时市场内正举行一场葡萄酒拍卖会,按照拍卖规则,举手意味着提出比上一个报价高100马克的报价,当拍卖师宣布成交时,一无所知的异乡人觉得莫名其妙。赫尔曼·伊塞认为,该案中异乡人的动作应该被解释为发出意思表示,理由是:只要表意人意识到或者因过失未意识到从其行为中可以推断出一个特定的意思,即足以构成意思表示。<sup>[26]</sup>也就是说,表示意识并非意思表示的构成要件,有时,表意人的过失可以替代表示意识。

对于赫尔曼·伊塞的观点,学界褒贬不一。反对者如马尼克、<sup>[27]</sup>海因里希·雷曼、<sup>[28]</sup>尼佩代。<sup>[29]</sup>赞成者如鲁道夫·亨勒、<sup>[30]</sup>埃尔利希·丹茨等。<sup>[31]</sup>在20世纪中期的学术界,表示意识肯定说略占上风。从司法实务看,德国的帝国法院确立了如下原则:当事人必须受相对人依诚实信用和交易习惯对其表示可得理解的意义约束。<sup>[32]</sup>据此,欠缺表示意识的意思表示的有效性得到承认。具有代表性的是RGZ95,122。在该判例中,帝国法院认为,每个人都

[24] *Heinrich Lehmann*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Walter de Gruyter & Co, 1922, S. 107.

[25] *Lehmann*, a.a.O., S. 178.

[26] *Hermann Isay*, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, S. 25, zitiert nach Hans-Joachim Musielak, Zum Verhältnis von Wille und Erklärung, AcP 211(2011), S. 782.

[27] 马尼克认为,对于意思表示的构成,表示意识是不可或缺的。在用语上,他时而将表示意识称为“Erklärungsbewußtsein”,时而称之为“Erklärungsvorsatz”,时而称之为“Kundgebungs-zweck”。Vgl. *Manigk*, a.a.O., S.123,132,142.

[28] *Lehmann*, a.a.O., S. 174.

[29] 尼佩代认为,仅当行为人意识到从其行为中可以推断出一项效果意思的情况下,其行为才是意思表示,据此,在特里尔葡萄酒拍卖案中,异乡人的举手不构成意思表示。Vgl. *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., J.C.B.Mohr, 1960, S. 901-902.

[30] *Henle*, a.a.O., S. 141.

[31] 对于意思表示的构成,埃尔利希·丹茨认为无需任何内在的意思要素。Vgl. *Erich Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Verlag von Gustav Fischer, 1897, S. 31ff.

[32] *Reinhard Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, S. 59.

应当使其行为依交易习惯而不仅仅依其内在意思对自己发生效力,该原则不仅仅适用于商法领域,毋宁普遍适用于民法。<sup>[33]</sup> 不过,德国联邦最高法院对此却迟迟未作明确表态。直到著名的“储蓄所保证案”(BGHZ91,324),联邦最高法院才明确承认在欠缺表示意识时,如果意思表示可归责于表意人,则其成立,因为“意思表示法不仅植基于自决,它还保护表意受领人的信赖以及交易安全”。在该案中,原告曾要求其客户提供银行保证,客户答应了。于是被告储蓄所在1981年9月8日通知原告,其已经为该客户的债务作了保证。原告把这份函件看作保证允诺并在1981年9月17日作出承诺。后来表明,储蓄所误以为已经存在一项保证义务,其写这份函件并不是想发出旨在设定保证义务的表示,而只想提到臆想中存在的保证。1981年9月24日,储蓄所通知称其尚未承担前一封函件提到的保证义务。直到10月6日其才发函表示撤销。联邦最高法院认为,尽管欠缺表示意识,但仍成立保证意思表示,并认为储蓄所10月6日的函件不构成“不迟延的撤销”。1981年9月24日的函件并未提到意思瑕疵,所以不构成撤销表示。<sup>[34]</sup>

“储蓄所保证案”判决对学说产生重要影响,自此以后,表示意识否定说逐渐占据上风,最终成为德国的通说。当代大多数德国民法学者认为表示意识不是意思表示的构成要件,欠缺表示意识仅构成错误。<sup>[35]</sup> 当然仍有一些学者坚守肯定说。

关于行为意思是否意思表示的构成要素,目前德国的通说认为行为意思是意思表示的构成要素。不过,也有个别学者认为行为意思不是意思表示的构成要素。按照这种学说,意思表示不需要任何主观要素,在效果意思、表示意识和行为意思都欠缺的情况下,仍有可能构成一项意思表示,<sup>[36]</sup>这是意思表示构成问题上的绝对客观说。与绝对客观说相反的是绝对主观说,认为效果意思、表示意识和行为意思都是意思表示不可或缺的主观要素,欠缺其一,即导致意思表示不成立。<sup>[37]</sup> 当然,这种观点很难得到支持。把效果意思视为意思表示不可或缺的主观要素不仅违背当前学界的理论共识,而且显然不符合各国的现行法规定。鉴于此,关于意思表示的构成要件问题,以下仅对表示意识与行为意思予以探讨。

[33] 其他代表性判例还有 RGZ 126,351, zitiert nach Ulf Werba, a.a.O., S.29.

[34] BGHZ 91,324.

[35] Werba, a.a.O., S. 31.

[36] Werba, a.a.O., S. 164; Leenen, a.a.O., S. 579—580; Nikolaus Brehmer, Wille und Erklärung, Nomos Verlagsgesellschaft, 1992, S. 65; HKK/Schermaier, vor § § 116—124, Rn.14; Christof Kellmann, Grundprobleme der Willenserklärung, JuS 1971, S. 614.

[37] Ulrich Eisenhardt, Zum subjektiven Tatbestand der Willenserklärung, JZ 1986, S. 879; Manigk, a.a.O., S.122—127, S. 142. 不过,Manigk的观点比较特殊。他认为,在表示之外还应当存在一项哪怕仅仅对表示内容起否定作用的真实效果意思。据此,与表示内容一致的真实效果意思并非意思表示的构成要件,表示错误情形中仍然成立一项意思表示。这种观点与效果意思否定说并无太大差别。把与表示内容相悖的效果意思作为意思表示构成要件唯一可能的作用是区分意思表示与社交约定,达成社交约定的人没有任何效果意思,无论是否与表示内容一致。

## 二、对意思表示主观要件肯定说与否定说的评析

### (一)表示意识肯定说与否定说评析

关于欠缺表示意识时可否构成一项意思表示,表示意识肯定说的主要理由如下:<sup>[38]</sup>其一,如果欠缺表示意识时仍然构成意思表示,尽管表意人可以以错误为由撤销表示,但必须负担信赖损害赔偿义务。这个法律后果过于严厉,因为表意人根本没有意识到自己参与了法律行为上的交往。仅当行为人具备表示意识即有意识地制造了信赖基础时,相对人的信赖保护才具有内在合法性。<sup>[39]</sup>其二,信赖保护不是承认无意识之表示构成意思表示并使其在一定条件下发生约束力的充分理由,由此充其量只能得出应当对相对人的消极利益予以赔偿的结论,这个目标通过缔约过失责任即可实现。在表示错误情形中,因为撤销权被除斥而发生的积极约束力的深层次理由并不在于信赖保护,毋宁在于普遍的交易保护。<sup>[40]</sup>其三,既然在戏谑表示情形中,欠缺认真的效果意思可以导致表示无效,尽管该表示是表意人所欲的,那么,在根本没有意识到构成一项表示的情况下,表示更应当无效,因为后一种情形的可归责性弱于前一种情形。<sup>[41]</sup>其四,在表示错误情形中采用可撤销模式赋予表意人选择机会是有意义的,因为他毕竟想缔结一项法律行为,而在欠缺表示意识情形中赋予表意人这样的选择机会则是荒唐的,因为他本来不想缔结法律行为,只是偶然地造成了可能对他有利的法律行为表象,此时根本不存在自决行为。<sup>[42]</sup>其五,在欠缺表示意识情形中,尽管赋予表意人一项撤销权使其有机会通过选择履行契约以避免信赖损害赔偿义务,但却没有理由让相对人接受这种选择权,因为应当使相对人免受表意人在行使选择权过程中造成的投机之害。<sup>[43]</sup>其六,按照否定说,因过失而导致的无意识表示构成错误意思表示,表意人享有撤销权,可

[38] 此处考察的对象不包括那些纯粹基于《德国民法典》相关条文解释的理由,因为这些立足于特定实证法的纯解释论理由对我们并无太大的借鉴意义。比如:1.把表示意识看作意思表示在概念上的构成要件,与《德国民法典》第119条并不矛盾。欠缺表示意识的,根本不成立《德国民法典》第119条意义上的“作出一项表示”,第119条的适用前提是:表意人不想作出这种内容的表示,但毕竟想作出一项表示(Vgl. Oertmann, a.a.O., S. 308; Lehmann, a.a.O., S. 174; Enneccerus/Nipperdey, a.a.O., S. 901; Thomas Lobinger, Rechtsgeschäftliche Leistungspflicht und autonome Bindung, J.C.B.Mohr, 1999, S. 178.)。2.《德国民法典》第116条及以下各条规定的真意保留、通谋虚伪表示、表示错误等存在瑕疵的意思表示均以表意人存在表示意识为前提,这表明,欠缺表示意识的行为根本不构成《德国民法典》中的意思表示,哪怕是瑕疵的意思表示(Vgl. Manigk, a.a.O., S. 123.)。

[39] Lehmann, a.a.O., 2.Aufl., 1922, S.174; Enneccerus/Nipperdey, a.a.O., S. 901.

[40] Singer, a.a.O., S. 172.

[41] Oertmann, a.a.O., S.308; Lehmann, a.a.O., S. 174; Enneccerus/Nipperdey, a.a.O., S. 901; Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1981(Nachdruck der Auflage von 1971), S. 550; Gerhard Frotz, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, Athenäum Verlag GmbH, 1972, S. 117,471.

[42] Canaris, a.a.O., S.550; Singer, a.a.O., S. 176.

[43] Singer, a.a.O., S. 180.

以选择使表示有效,也可以选择使其无效,反之,无过失导致的无意识表示不构成意思表示,确定地不发生效力,表意人反而没有选择的机会,这意味着选择可能性变成专门为疏忽大意者保留的奖品,显然不合理。<sup>[44]</sup>

表示意识否定说的主要理由如下:<sup>[45]</sup>其一,如果将表示意识作为意思表示的构成要件,则欠缺表示意识不构成意思表示,表意人不但需要履行法律行为上的义务,而且也不需要负担意思表示无效后的消极利益损害赔偿赔偿责任。这与欠缺效果意思之情形相比较,存在明显的评价矛盾:具备表示意识的表意人在没有任何过错时仍需负责,而欠缺表示意识的表意人即便有大重过失也无需负责。<sup>[46]</sup>其二,表示意识肯定说为了避免让表意人在撤销错误意思表示后赔偿相对人的信赖利益损失,将表示意识视为意思表示的构成要素,但是,这个方案只考虑表意人的利益,未充分考虑相对人的利益,相对人不知道表意人欠缺表示意识,其信赖应当得到保护。<sup>[47]</sup>其三,不能从“戏谑表示无效”这一规定中得出“欠缺表示意识之表示更应当无效”的结论。实际上,戏谑表示与欠缺表示意识之情形并非大与小的关系,毋宁说,二者根本不具有可比性。就戏谑表示而论,表意人在作出表示时就已经拒绝了其所包含的法律效果(选择权已用尽),所以没必要让表意人选择究竟使表示生效抑或通过撤销使之无效。反之,在欠缺表示意识情形中,表意人没有意识到表示及其所创设的法律效果,所以他并未也不可能从一开始就拒绝了这些东西。一旦他意识到了表示,可能会接受其中所包含的法律效果。因此,采用可撤销模式,赋予表意人选择权,看起来是合理的。<sup>[48]</sup>其四,对于欠缺表示意识与错误这两种情形,应当避免评价上的矛盾。在两种情形中,表示内容同样非其所欲,两种情形都不符合完满自决与自我形构意义上的私法自治思想。从当事人的角度看,两种情形同样值得保护,因为都可能存在基于谨慎审查的对于一项具备特定内容的意思表示的信赖。如果在对于法律行为而言具备决定性的视角(私法自治与信赖保护)下,两种情形是一样的,则对二者应当做相同处理。一如错误的表意人,欠缺表示意识的表意人也应当享有撤销权。<sup>[49]</sup>其五,尽管无意识表示包含的法律效果仅在极其偶然情况下才恰好完全符合表意人的利益和意愿,但在表示错误情形中,又何尝不是如此。在错误情形中,选择权是有意义的,错误方可以考量,其本来或许不太想作出的履行是否比承担信赖损害赔偿赔偿责任更为可取,因为后者不能给其带来任何对待给付。欠缺表示意识之情形亦然,所以规定欠缺表示意识的表示,构成意思表示但表意人享有

[44] *Lobinger*, a.a.O., S. 181.

[45] 同样也不包括那些纯粹基于《德国民法典》相关条文解释的理由,比如:无意识的人与戏谑者都不具备表示意识,但《德国民法典》第105条以及第118条却都规定其表示行为构成意思表示,这表明表示意识并非意思表示的构成要件。Vgl. *Henle*, a.a.O., S. 141.

[46] *Henle*, a.a.O., S.144.

[47] *Musielak*, a.a.O., S.787; *Brehmer*, a.a.O., S. 78.

[48] *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd.2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Springer, 1992, S. 415; *Dieter Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., C.F.Müller, 2010, S. 247.

[49] *Franz Bydliński*, Erklärungsbewußtsein und Willenserklärung, JZ 1975, S.3-5; *Werba*, a.a.O., S. 38; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., C.H.Beck, 2004, S. 437.

撤销权是有意义的。其六,如果某人发现自己作出了一项很可能导致另一方信赖的无意识的表示,则诚实信用要求其立即向另一方澄清自己欠缺效果意思,不应当允许其随心所欲地期待,在对相对人不利的时刻澄清其欠缺表示意识并主张意思表示不成立。采用与表示错误一样的可撤销模式可以避免这一结果,因为错误方的撤销权适用较短的除斥期间。<sup>[50]</sup>

在以上各项理由中,有几项是针锋相对的。具体言之,否定说的第二项理由与肯定说的第一项理由相对。双方争论的焦点是信赖责任的构成要件:是否有意识地制造信赖事实为要件。否定说的第三项理由与肯定说的第三项理由相对。争论的焦点是可否从“戏谑表示无效”之规定中推导出“欠缺表示意识之表示更应当无效”的结论。否定说的第五项理由与肯定说的第四项理由相对。争论的焦点是有没有必要赋予欠缺表示意识的表意人一项选择权。否定说的第六项理由与肯定说的第五项理由相对,争论的焦点是赋予欠缺表示意识的表意人一项撤销权可否导致其利用该权利进行投机。

笔者认为,就上述第一个争论焦点而言,以消极利益赔偿为内容的信赖责任不应当以表意人有意识地制造信赖事实为要件。因为,消极信赖保护要么以过错原则为归责原则,要么以风险原则为归责原则。“过错”既包括明知道(有意识)制造了信赖事实,也包括应当知道制造了信赖事实,此时表意人对此并无意识。风险原则考虑的是哪一方当事人更容易控制风险或者由哪一方当事人承担风险更为公平,当事人是否知悉自己制造了信赖事实并非决定性因素。可见,无论采用哪种归责原则,都不要要求表意人有意识地制造信赖事实。表示意识肯定说的第一项理由站不住脚。

就第二个争论而言,不能简单地讲欠缺表示意识的表意人的可归责性弱于戏谑者。欠缺表示意识有两种情形。一是表意人无过失,二是表意人有过失。在第一种情形中,表意人的可归责性弱于戏谑者,所以,运用当然推理的法则,可以从“戏谑表示无效”规则中得出“欠缺表示意识的表示更应当无效”的结论。在第二种情形中,表意人的可归责性并不比戏谑者弱。尽管戏谑者故意作出一项表示,但他依据当时的情势预期他人明白这并非一项认真的意思表示,也就是说,他以为自己的行为不具备表示价值,即便在个别情形中某人理由相信他的表示是认真的,也不能说他故意使自己的行为产生这样的表示意义,<sup>[51]</sup>充其量只能说他对于该表示意义的产生是有过失的。总体上看,戏谑者的可归责性比较弱,并不强于欠缺表示意识的表意人,所以不能从“戏谑表示无效”规则中得出“欠缺表示意识的表示更应当无效”的结论。另一方面,在欠缺表示意识的情形中,相对人信赖的合理性通常强于戏谑表示的相对人。后者要么无信赖,要么轻信,仅在个别情形中才具备合理信赖。因此,法律上规定“戏谑表示无效”比较

[50] Bydlinski, a.a.O., JZ 1975, S. 5.

[51] 实际上,戏谑者也欠缺表示意识,戏谑表示是欠缺表示意识之表示的特殊情形,这一点已经被很多学者所承认。如果依据当时的情势可以断定行为人知道其行为将会被理解为一项认真的意思表示,则表明其具备表示意识,其行为构成真意保留而不是戏谑表示。

合理,而规定“欠缺表示意识的表示一律无效”则未必妥当。

就第三个争论而言,欠缺表示意识情形中的选择权问题与表示错误情形中的选择权问题并无本质区别。错误方表示出来的法律效果并非其当初想要的那个法律效果,比如某人想要购买白酒但却错误地表示购买葡萄酒,事后他可能发现葡萄酒也符合自己当前的需求,如果法律上赋予他选择权,就可以使葡萄酒买卖合同生效。欠缺表示意识的表意人表示出来的法律效果也不是其想要的,因为其当初不想发生任何法律效果。不过,表意人事后也可能发现该法律效果符合自己当前的需求。在“特里尔葡萄酒拍卖案”那样的案件中,表意人可能发现无意中拍得的葡萄酒物美价廉,值得购买。充其量只能说,与表示错误相比,在欠缺表示意识的情形中表示出来的法律效果符合表意人事后需求的可能性相对低一些。但这种概率上的差别并非在选择权问题上对两种情形区别对待的充分理由。如果在表示错误的情形中表意人享有选择权,那么在欠缺表示意识的情形中表意人也应当享有选择权。尤其是考虑到意思表示无效后,表意人很可能需要承担消极利益损害赔偿赔偿责任,更有必要赋予欠缺表示意识的表意人一项选择权,允许其权衡利弊,决定履行合同抑或赔偿相对人的消极利益损失。由此可见,表示意识肯定说的第四项理由欠缺说服力。

就第四个争论而言,选择权当然意味着表意在一段时间内有机会观望、权衡,选择对自己有利的结果。这种心理过程如果超出合理的限度,就是投机;否则,就不能称之为投机。因此,问题的关键并非应否赋予表意人选择权,毋宁是如何设计规则将该选择权限制在合理的限度内,以防止表意人利用它进行投机。为此,应当对选择权规定较短的行使期间,促使表意人尽快就意思表示的效力作出终局性的决定。赋予表意人选择权有利于鼓励交易,既然交易流程已经启动(至少在相对人方面已经启动),就应当尽量促成交易,选择权使遭遇障碍的交易流程具备继续进行的可能性,只要没有因此给相对人带来太大的麻烦,相对人理应容忍和配合。因此,表示意识肯定说的第五项理由也不充分。

尚未被否定说批判的是肯定说的第二项和第六项理由。就肯定说的第二项理由而论,其针对的是否定说的第二项理由。后者为了保护相对人的信赖,反对以表示意识为意思表示的构成要件。肯定说则认为使欠缺表示意识的行为构成意思表示并非保护相对人信赖的唯一途径,缔约过失责任也可以实现这一目的。的确,仅就消极信赖保护而论,缔约过失责任也可以使相对人的信赖利益得到赔偿。尽管缔约过失责任以行为人具备过错为要件,而依德国法上的表示错误规则,表意人撤销意思表示后承担无过错损害赔偿赔偿责任,所以看起来使欠缺表示意识的行为构成可撤销的意思表示更有利于保护相对人,但依否定说中的主流观点,仅当行为人具备过失时,欠缺表示意识的行为才构成意思表示,适用表示错误规则,<sup>[52]</sup>因此,肯定说采用的缔约过失责任与否定说采用的错误方损害赔偿赔偿责任之间并无本质区别。从这个意义上说,

[52] Bydlinski, a.a.O., S. 5; BGHZ 91,324; BGHZ 109,171; Reinhard Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2.Aufl., Mohr Siebeck, 2006, S. 221-222; Larenz/Wolf, a.a.O., S. 437,657.

如果只考虑相对人的消极利益赔偿,表示意识肯定说与否定说的争论并无实益。不过,使欠缺表示意识的行为构成意思表示的意义不限于此,肯定说仅仅依据缔约过失责任在消极信赖保护方面与表示错误规则的功能同一性就试图推翻否定说,力度显然不足。

就肯定说的第六项理由而论,从表面上看,有过错的表意人享有选择权,无过错的表意人没有选择权,似乎前者更受优待。然而,意思表示成立对欠缺表示意识的表意人并非只有好处,毋宁还有不利之处:意思表示成立,表意人必须及时地行使撤销权,否则意思表示将发生终局性的效力,易言之,有过错的表意人须承担效力风险;此外,撤销意思表示也存在一定的成本,尤其是如果必须以起诉的方式行使撤销权的话。有过错的表意人固然从选择权中获得利益,但该利益已经被其承担的撤销成本与效力风险抵销,无过错的表意人尽管不享有选择权,但也不需要承担撤销成本与效力风险。因此,综合考虑意思表示成立给表意人带来的有利因素与不利因素,有过错的表意人实际上并未“反而获得优待”。

综上,表示意识肯定说的各项理由并不充分,从欠缺表示意识之行为的具体法律效果层面上看,否定说更有说服力。

## (二)行为意思肯定说与否定说评析

在意思表示构成问题上,行为意思肯定说的主要理由如下:<sup>[53]</sup>其一,意思表示是人的外部行为,当然要求存在一项指向该外部行为的意思,即行为意思,在绝对强制(vis absoluta)、反射动作、睡眠或麻醉状态中的动作等情形中,根本不存在行为。<sup>[54]</sup>其二,使当事人承担责任要求其具备可归责性,在法律行为交往中,欠缺行为意思者不具备可归责性,<sup>[55]</sup>且依相关情势,欠缺行为意思通常可以被知悉,所以相对人并无值得保护的信赖,不应承认构成一项意思表示。<sup>[56]</sup>其三,没有行为意思就不存在私法自治的法律形构(privatautonomie Rechtsge-

[53] 同样也不包括那些纯粹基于《德国民法典》相关条文解释的理由,比如:1. 既然依据《德国民法典》第105条第2款,在无意识状态或者暂时精神障碍状态下作出的意思表示无效,那么,在欠缺行为意思的情况下,纯粹因外在力量导致的行为(如vis absoluta:绝对强制)当然不构成意思表示(Vgl. Lehman/Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Walter de Gruyter & Co., 1966, S. 148, 248)。2. 《德国民法典》之所以没有对“vis absoluta”这样的欠缺行为意思之表示作出规定,是因为行为意思是意思表示概念固有的要素,欠缺行为意思时不成立意思表示,不需要将其规定为无效或可撤销(Vgl. Henle, a.a.O., S. 152.)。3. 《德国民法典》第105条规定未成年人和精神障碍者作出的意思表示无效,这似乎意味着即便欠缺行为意思,意思表示也能成立,只是无效而已,但《德国民法典》是从一个在体系上未经打磨的粗糙的行为意思概念出发,其行为能力概念与行为意思概念存在交叉之处,未成年人和精神障碍者显然具备纯粹心理学意义上的行为意思,对于将意思表示概念建立在行为意思基础上——这是立法当时的通说——的立法者而言,这一点足以让他规定这样的意思表示是成立但无效的(Vgl. Henle, a.a.O., S. 154.)。

[54] Enneccerus/Nipperdey, a. a. O., S. 862, 899; Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Alfred Metzner Verlag, 1966, S. 34; Larenz/Wolf, a.a.O., S. 436; Flume, a.a.O., S. 46; Musielak, a.a.O., S. 799.

[55] Stephan Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, S. 214.

[56] Larenz/Wolf, a.a.O., S. 436; Musielak, a.a.O., S. 799—800.

staltung), 如果放弃行为意思这一要件, 就等于放弃意定效果与法定效果之区分。<sup>〔57〕</sup>

行为意思否定说的主要理由如下:<sup>〔58〕</sup>其一, 行为意思是多余的, 其所解决的问题可以借助于行为能力这一要件予以解决, 绝对强制与反射动作都可以视为欠缺行为能力时的举动。<sup>〔59〕</sup>其二, 有时, 某人机械地作出正确的表示(误打误撞), 该表示应当构成意思表示, 这表明行为意思并非意思表示的必备要素。<sup>〔60〕</sup>其三, 表示错误是指所欲的和所表达的相背离, 欠缺行为意思时所欲的和所表达的严重背离, 当然构成表示错误, 这意味着意思表示成立, 但欠缺行为意思的表意人享有撤销权。<sup>〔61〕</sup>其四, 意思表示仅仅是一个归责事实构成、由归责思想和信赖保护支配的意思表示构成要件问题, 不应探究表意人的真意, 而应探究表示受领人可否信赖客观的表示价值, 以及表意人造成的表示事实可否归责于他。真意只能通过撤销权发挥作用。意思表示的归责并不涉及其最终的约束力问题, 它仅用于确定在意思表示被撤销后谁应该对因信赖客观表示事实而产生的损害负责。此项归责可以基于意思, 包括表示意识、行为意思, 甚至也包括效果意思, 也可以基于过错或者风险领域。意思并非唯一的归责基准。<sup>〔62〕</sup>

笔者认为, 否定说的第一项理由不成立。行为能力不能取代行为意思, 二者是不同的民法概念。行为能力是一种法律上的资格, 它描述了一种持续一定期间、具备普适性的状态, 在这种状态下当事人实施的旨在创设法律效果的各项行为能够发生效力。反之, 在无行为能力状态下, 当事人实施的旨在创设法律效果的各项行为原则上无效。与此不同, 行为意思仅仅针对某一项行为。我们只能说“某人当时(不)具备实施某一项特定行为的行为意思”, 不能说“某人当时(不)具备实施各项行为的行为意思”。欠缺行为意思的很多情形无法用行为能力概念解释。甲抓住乙的手在合同书上摁手印, 乙当时欠缺的只是行为意思而不是行为能力。某人在拍卖会上因抽搐而举手, 被理解为报价, 也是如此。

否定说的第二项理由实际上涉及选择权问题。在“误打误撞”情形中, 表意人完成表示动作之后发现无意中作出了一项符合自己意愿的表示, 这仅仅表明该表示符合其事后的效果意思——即便其事先存在关于特定法律效果的想法, 但由于其并未最终作出决断(否则其应当有意识地立即作出一项表示), 所以该想法并非效果意思。事实上, 任何欠缺行为意思的表示, 只要表意人事后认可该表示的内容, 打算使其生效, 都是“误打误撞”。区别仅仅

〔57〕 Klaus Hopt, Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich, AcP 183(1983), S. 608.

〔58〕 同样也不包括那些纯粹基于《德国民法典》相关条文解释的理由, 比如: 立法者在《德国民法典》第105条第2款规定, 无意识状态中作出的意思表示无效。只有存在一项意思表示, 才能说其无效。因此, 立法者认为在无意识状态下也能成立意思表示。无意识状态即欠缺行为意思。这表明, 行为意思并非意思表示的构成要件。Vgl. Leenen, a.a.O., S. 579.

〔59〕 (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。

〔60〕 Werba, a.a.O., S. 86.

〔61〕 Werba, a.a.O., S. 85.

〔62〕 Werba, a.a.O., S. 108, 138.

在于表意人发现表示内容“正合我意”的时点或早或晚。因此,说“误打误撞的表示应当构成意思表示”就等于说“应当按照表意人事后的意愿使欠缺行为意思的表示发生效力”。表意人实现事后意愿的过程就是行使选择权。一如欠缺表示意识之情形,赋予欠缺行为意思的表意人一项选择权也是有必要的。

否定说的第三项理由仅仅从表示错误概念的定义出发对欠缺行为意思的表示予以定性,在论证方式上存在问题。定义是对概念的内涵所作的表述,它是阶段性而不是终局性的。随着学界在研究过程中对概念获得新的发现或新的理解,概念的内涵不断更新,需要对其予以重新定义。因此,在学术研究的层面上,定义只是认识的结果,不适合作为认识的出发点,否则将得出片面、武断的结论。在这方面,肯定说的第一项理由存在类似问题,也是以演绎的方法从一个抽象命题中推导出具体结论。这种方法终究不是十分可靠,因为在人文社会科学领域,任何抽象命题都不是亘古不变的真理,一旦该命题被推翻,以其为逻辑支点构建起来的整个理论体系就会土崩瓦解。

否定说的第四项理由和肯定说的第二项理由针锋相对,争论的焦点是欠缺行为意思的表意人是否具有可归责性以及相对人是否具有正当信赖。相较之下,否定说更有说服力。相对人并非一律都没有值得保护的信赖,某些情形中,相对人根本无法知悉表意人欠缺行为意思,比如因手指失控误击鼠标,处于网络另一端的相对人不可能知道表意人无缔约意图,其对该表示的信赖是正当的。从表意人方面看,其并非在任何情况下都没有过错。尽管表示动作本身不受表意人意志的控制,但有时表意人是因为过失而导致动作失控,比如熬夜上网者因过度疲劳陷入瞌睡状态误击了鼠标,很难说其对此不具有可归责性。

肯定说的第三项理由强调,私法自治要求法律行为效果的意定性,后者以行为意思为前提。实际上,如果要求绝对的意定性,即要求法律行为的效果由表意人的真实意思与相对人的真实意思共同决定,则法律行为不仅仅以表意人的行为意思为前提,还要以其表示意识和效果意思为前提。仅具有行为意思,尚不能表明法律效果被表意人的意思决定,因为决定法律效果的意思归根结底是效果意思。也就是说,从“法律行为效果的意定性”中不应当仅得出“行为意思是意思表示的构成要件”这一结论,而是得出“行为意思、表示意识和效果意思都是意思表示的构成要件”的结论。这样的结论在今天恐怕很难被人接受。

总之,尽管行为意思否定说的某些理由站不住脚,但某些理由比行为意思肯定说更有说服力。

### 三、基于表示意义的意思表示概念

以上分析表明,关于行为意思与表示意识是否为意思表示构成要件的问题,否定说比肯定说更值得赞同,因为其对于欠缺行为意思或表示意识之表示的法律后果提出了更为公平妥当的具体结论。目前,表示意识否定说在德国已经取得通说地位,但依然有不少学者对此提出质

疑。行为意思否定说还仅仅是少数说。<sup>[63]</sup>之所以如此,是因为现有的否定说在某些方面还需要加以完善。尤其是如果对于表示意识和行为意思都采用否定说(双重否定说),则应当提出更令人满意的解释,毕竟将所有的意思因素排除在意思表示的构成要件之外的做法与民法学界长久以来所接受的意思表示概念相去甚远。

法律上的构成要件可以分为两种类型,一是硬要件,即按照事物的本质,绝对不能缺少的要件。比如损害赔偿责任的构成要件中的因果关系、损害结果。欠缺这样的要件,如果仍然发生赔偿责任,则毫无正当性。二是软要件,即只是基于价值考量才将其作为构成要件,而如果出于其他价值的考虑不将其作为构成要件,也并非显而易见的“错误”。比如损害赔偿责任中的过错,将其作为要件仅具有相对正当性。对于意思表示而言,表示是硬要件,绝对不可或缺。表示意识和行为意思则充其量只能是软要件,是否将其作为构成要件,取决于价值考量,当然也涉及对意思表示概念的理解。

在民法理论上,一般认为意思表示是实现私法自治的工具。在意思表示的概念中如果排除任何意思因素,首先面临如下担忧:这样做是否违背了私法自治原则?因为,私法自治的本质在于当事人按照自己的意思构建法律关系,没有意思,就没有真正的自治。不过,在意思表示构成要件中是否排除意思因素与私法自治实际上并无必然联系,因为构成要件仅涉及意思表示成立问题,成立的意思表示未必生效,具有决定性的是意思表示的生效要件,即便在成立要件中排除了任何意思因素,只要在生效要件中包含了各种意思因素,欠缺这些因素导致意思表示效力瑕疵,就符合私法自治原则,法律行为的效果原则上仍然只能由当事人的意思予以确定。因此,从私法自治角度探讨意思表示构成要件,收效甚微。

意思表示的构成要件如果仍有意义,其意义也不在于实现私法自治,而是为了实现其他功能。这里涉及的问题是,为什么要区分意思表示的成立与生效?就其他法律事实而言,一旦成立就会发生相应的法律效果,不可能一方面成立了,另一方面又不发生法律效力,比如侵权行为、无因管理、不当得利等等。唯独意思表示一方面成立了,另一方面却可能不生效。之所以如此,是因为前者的法律效果是由法律直接赋予的,而后者的法律效果是由当事人意思决定的。侵权行为、无因管理等法律事实一旦成立,即导致当事人之间的利益变动,一方的利益因此而减少,另一方——无论是否从中获益——如果具备可归责性,就应当填补该项利益缺口,由此发生了以利益回复为内容的权利义务关系。此项法律效果依法发生,与当事人的意愿无

[63] 在我国台湾地区,目前尚未发现持行为意思否定说者。至于表示意识,持否定说者也未占多数,否定说的主要代表包括黄立(黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第235页)、王泽鉴(王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第338页)、洪逊欣(洪逊欣:《中国民法总则》,1997年自版于台湾,第357页)、陈自强(陈自强:《民法讲义I:契约之成立与生效》,法律出版社2002年版,第217—218页)。在我国大陆,从已经发表的论著看,也没有持行为意思否定说者。持表示意识否定说的学者主要有朱庆育(朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第194页)、梁慧星(梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第192页——梁先生所用的术语是表示意思,其内涵与表示意识略有不同)、邵建东[邵建东:“表示意识是否意思表示的要素”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第17卷),金桥文化出版(香港)有限公司2000年版,第354—358页]。

关。反之,意思表示虽然成立了,但并未因此导致当事人之间的利益变动,所以没有必要依法直接发生以利益回复为内容的权利义务关系。也就是说,意思表示的成立本身并不会带来某种法律效果。与侵权行为、不当得利等法律事实不同,意思表示指涉的法律效果并非基于客观需要而发生,而是基于当事人的主观意愿而发生。当事人希望发生某种利益变动,通过意思表示创设了以该利益变动为内容的权利义务关系,法律如其所愿,承认该关系具有约束力。法律的承认是以审查与评价为基础的,其需要审查表示内容是否符合当事人的真实意思,当事人的意思是否在自由、自决的状态下形成,当事人是否具备形成意思的能力,需要评价当事人的意思是否违背善良风俗和公共利益。审查与评价合格的,意思表示才能生效。从这个意义上说,意思表示的构成所产生的唯一结果是给法律的审查与评价提供一个客体,判断意思表示是否成立仅仅意味着审查当事人的某一项行为是否有资格进入下一道审查与评价程序。关于成立的判断(构成判断)与关于效力的判断(效力判断)之间的关系在某种程度上相当于立案与审判之间的关系,原告起诉,获得立案不等于最终胜诉。

既然表示内容是否符合当事人的意思属于效力判断的对象,它就不可能同时属于构成判断的对象,因为同一项因素不可能而且也没必要被重复判断。据此,确定意思表示的构成要件关键在于厘定“表示内容是否符合当事人的意思”这项判断的射程。在其射程所及范围之内,仅涉及意思表示生效问题,不涉及意思表示成立问题。具体而论,在错误(欠缺效果意思)情形中,表示内容体现的是一种效果意思,而表意人内心存在的却是另一种效果意思,这无疑是“表示内容不符合当事人的意思”。这种不符合是“此(表象效果意思)与彼(内在效果意思)”的不符合。在欠缺表示意识的情形中,表意人内心根本不存在任何效果意思,我们也可以说“表示内容不符合当事人的意思”,这种不符合是“有(表象效果意思)与无(任何效果意思)”的不符合。欠缺行为意思之情形亦然。在意思欠缺的三种情形中,表示内容都背离当事人的意思,区别仅仅在于背离的程度而已。从这个角度看,效果意思、表示意识与行为意思都可以不被当作意思表示的构成要件。关于它们是否欠缺,都可以纳入效力判断。我们可以完全在意思表示生效要件的视角下探讨意思欠缺的法律后果问题,从而,“意思”被排除在意思表示构成要件的问题域之外。

从当事人之间的权利义务配置角度看,不把表示意识与行为意思作为意思表示的构成要件更为妥当。承认欠缺表示意识或行为意思的表示构成意思表示可以使表意人获得一项选择权,符合鼓励交易的原则,已如前述。这里需要补充一点,对表示意识和行为意思都采否定说实际上反而有助于防止表意人投机。当然,为了实现这一目的,在具体的法律效果方面,对于欠缺表示意识或行为意思的表示应当采用可撤销模式而不是效力待定模式。后者赋予表意人的选择权是追认权。意思表示成立了,欠缺表示意识或行为意思的表意人可以对其予以追认,追认后意思表示生效,不追认的,意思表示不生效。<sup>[64]</sup> 尽管在相对人发现表意人欠缺表示意

[64] 托马斯·洛宾格主张效力待定模式。Vgl. *Lobinger*, a.a.O., S. 197.

识或行为意思后可以催告表意人在合理期间内作出是否追认的表示,但在此之前,表意人可以毫无压力地进行观望,不及时作出表态,使相对人遭受投机之害。与此不同,可撤销模式赋予表意人的选择权是撤销权。表意人必须在发现自己欠缺表示意识或行为意思后的合理期间内撤销意思表示,否则意思表示将发生终局性的效力。这种效力风险可以最大程度地防止表意人投机。如果对于表示意识与行为意思采肯定说,从表面上看,由于表意人没有选择权,无从投机,但实际上表意人仍有投机的余地。因为,尽管依肯定说,意思表示因欠缺表示意识或行为意思而不成立,但究竟是否欠缺表示意识或行为意思,只有表意人自己最清楚,是否主张意思表示不成立,基本上由表意人自己掌控。虽然表意人在法律上没有选择权,但在事实上却有选择机会,可以从容地权衡利弊,等待合适的时机决定是否主张欠缺表示意识或行为意思。相对人则完全处于无知和被动状态,无法决定意思表示的命运。这种规范模式在客观结果上显然过于偏袒表意人,忽视了相对人的利益保护。

如前所述,当下德国民法学界通说已经把表示意识排除在意思表示构成要件之外,但大多数学者仍然坚持把行为意思视为意思表示的构成要件。对他们来说,如果不给意思表示的构成要件留下最后一滴意思之血,无异于宣告意思表示的死亡。事实上,仅靠这一滴血根本无法挽救意思表示概念。行为意思对于意思表示的意义没有人们想象的那么大,至少不具备决定性的意义。如果仅以行为意思作为意思表示的主观构成要件,则在概念层面上,意思表示与人的其他行为之间并无区别。无论意思表示还是侵权行为、无因管理行为、占有取得行为,都是行为,都以行为意思为必备要件,行为意思是它们的共性,那么它们的区别何在?构成要件是区分此概念与彼概念的标准,它应该能够表征概念的特性,要么单独表征特性,要么与其他构成要件相结合共同表征特性。行为意思显然不具备单独表征意思表示概念特性的功能,所以不应当以行为意思作为意思表示唯一的主观构成要件。在意思表示主观构成要件问题上,作为通说的“表示意识否定说+行为意思肯定说”模式行不通。可供选择的模式只剩下双重肯定说与双重否定说。鉴于表示意识肯定说在具体法律效果上欠缺合理性,所以我们只能采用双重否定说。

双重否定说意味着意思表示没有不可或缺的主观构成要件。行为意思与表示意识对于意思表示的构成仅具有如下意义:常态意思表示包括行为意思与表示意识这两个主观因素。如果表意人具备行为意思和表示意识,即可判定成立意思表示,这是常态意思表示。如果不具备,则须审查表意人是否因过失作出欠缺行为意思或表示意识的表示。表意人无过失的,不成立意思表示;表意人有过失的,成立意思表示,这是病态意思表示。如果非要把行为意思与表示意识视为构成要件,那也只能说是常态意思表示的构成要件,病态意思表示的构成要件是表意人的过失。但这三种因素都不是作为属概念的意思表示本身的构成要件,因为它们都是可以欠缺的。

我们在此处面临的一个问题是:为什么在欠缺行为意思或表示意识时要求表意人存在过失才成立意思表示,而在仅欠缺与表示内容一致的效果意思(表示错误)时,即便表意人无过失

仍然成立意思表示？尽管这种区别对待的做法属于目前的通说，但仍有一些学者持不同观点，主张在第一种情形中意思表示的成立也不以表意人的过失为前提。理由主要是意思表示的归责应当采用风险原则而不是过错原则。<sup>[65]</sup> 其实，尽管风险原则是现代法上的一条重要归责原则，但不是万能的，它有特定的适用范围与适用前提：要么因为当事人自愿进入一个充满风险的特殊领域，要么为了保护不特定第三人的利益。就意思表示的成立问题而论，在仅欠缺效果意思的情形中，意思表示的成立之所以不以表意人的过失为前提，是因为表意人通过有意识地作出一项表示而积极参与了法律行为交往，在这个特殊活动领域里，人与人需要进行表达、沟通，在决策、表达、理解等环节都存在发生误差的风险，对此，不能仅以过错原则为准，还应当依据风险原则决定由哪一方当事人承担不利的后果。与此不同，在欠缺表示意识或行为意思的情形中，表意人没有意识到自己已经通过作出一项表示进入了法律行为交往流程。既然不是自愿参与风险活动，就不宜使其承担意外误导相对人的风险。因沟通误差导致的不利后果究竟应否由表意人承担，取决于表意人对此是否具有过失。<sup>[66]</sup> 无论如何，让一个不知不觉被卷入法律行为交往流程的无辜者承担意思表示成立后的撤销成本、期间压力与效力风险，很难说合乎情理。

意思表示没有不可或缺的主观构成要件，只有不可或缺的客观构成要件，即具备特定意义的表示。只要存在一项包含了指向特定法律效果之意义的表示，就可能构成意思表示。该表示并非仅指表意人自愿实施的表示行为，还包括任何可以传达意义的符号，如语言、文字、数字、图形、身体动作、信号、沉默以及智能设备（比如街边的投币式游戏机）运行等。其中有些符号是当事人自愿行为的产物，包括直接产物，如自愿说出来的话、写出来的字、自愿保持沉默，也包括间接产物，如当事人通过自愿行为给智能设备安装程序，该程序在特定条件下可以运转，向相对人发出某种信号或作出某种回应。有些符号则是不受当事人意志控制的身体运动、程序运转或其他因素的产物。对于表示的构成而言，重要的并非这些符号究竟是否源于表意人的自愿行为，而是在相对人的眼中它们是否表现为表意人自愿行为的产物。一份包含了交易条款和签章的合同书，一份通过互联网传递的电子订单，拍卖会上合乎拍卖规则的举手，依社会一般观念通常会被人们理解为一项自愿行为的产物，除非其明知道实际情况并非如此。因此，它们理应被视为构成一项表示，尽管有时它们仅仅是受表意人意志控制的举动导致的。

[65] *Werba*, a.a.O., S. 123, 141; *Brehmer*, a.a.O., S. 80, 240; *Christof Kellmann*, Grundprobleme der Willenserklärung, JuS 1971, S. 614—615. 我国学者纪海龙也持这种观点，参见纪海龙：“走下神坛的‘意思’——论意思表示与风险归责”，《中外法学》2016年第3期，第662—683页。

[66] 卡纳里斯也认为在欠缺表示意识的情形中不宜适用风险原则，但他却从中得出表示意识肯定说这个一般结论，认为欠缺表示意识的行为当然无效，行为人无须撤销表示，只须类推《德国民法典》第118条及第122条负担消极利益损害赔偿赔偿责任即可，前提是行为入本应当知道其行为具备表示价值。但卡纳里斯又不承认行为入的这种状态属于过错。要言之，卡纳里斯的核心观点是：欠缺表示意识的行为入即便具有可归责性，也不成立意思表示，只发生信赖损害赔偿赔偿责任。其理由主要是：避免与《德国民法典》第118条发生评价上的矛盾，赋予行为入撤销权（选择机会）是不合理的。Vgl. *Canaris*, a.a.O., S. 427, 486, 550.

作为符号,表示蕴含了关于某种法律效果的意义。此处所谓的意义通常指表示的规范意义,即该表示依社会一般观念或交易习惯在特定情景中应当(被理解为)具有何种意义。<sup>[67]</sup>规范意义可能与表意人赋予表意符号的意义——主观意义——相同,也可能与该意义不同。在第一种情形中,表意人对表意符号的理解与普通人的理解重合。规范意义也未必等同于特定相对人从表意符号中实际读取的意义,因为特定相对人的理解是个性化的,未必符合社会一般观念。比如,甲整理房屋时打算淘汰一件旧衣服,将其送给乙,未发现衣服口袋里藏着一枚钻戒。数日后,甲想起那枚戒指,向乙索要。乙通过赠与取得了衣服的所有权,但并未以同样的方式取得钻戒所有权,因为根本不存在一项由甲作出的让与钻戒所有权的表示。即便乙把甲交付藏在旧衣服中的钻戒的举动理解为让与所有权的表示,其理解也不是该举动的规范意义。依社会一般观念,所有权人通常不会无缘无故地把价值昂贵的钻戒送给别人,据此,乙不应该把交付藏在旧衣服口袋中的钻戒理解为让与所有权的表示。既然该举动不具备关于所有权让与之法律效果的规范意义,它就不是让与表示。由于表示是意思表示不可或缺的构成要件,所以该举动不构成让与钻戒所有权的意思表示。仅当表意人赋予表意符号的主观意义与相对人的实际理解一致时,规范意义才不被考虑。此时,表示意义是双方对表意符号的一致理解。

从本质上看,意思表示的成立与生效问题就是表示意义的归责问题。我们每天都会面对很多表意符号,它们具备指向特定法律效果的意义。在法律上需要做的事情就是判断该表示意义可否归责于特定当事人。如果可以归责于他,则至少可以认定成立一项可撤销的意思表示。<sup>[68]</sup>可撤销的意思表示只是表示意义的初步归责,因为其仅仅意味着表意人需要以自己的成本及时地消除表示意义,一旦这么做了,表示意义就不会发生终局性的约束力。意思表示的确定生效则是表示意义的最终归责,表示意义发生了终局性的约束力,表意人需要承担由此产生的可能非其所欲的法律效果。在欠缺意思表示的主观因素或者说当表示意义与表意人主观意思不一致时,这种终局性效力的发生有两种原因:一是表意人具备很强的可归责性,比如有重大过失,为了保护相对人的信赖,限制表意人的撤销权,成立一项不可撤销的意思表示;二是本来只成立一项可撤销的意思表示,但由于表意人未及时行使撤销权,导致意思表示确定生效。无论基于哪种原因,法律效果都不是依表意人的真实意思而发生。由此产生的问题是:该法律效果是否仍然具有意定性?

[67] *Larenz/Wolf*, a.a.O., S. 510, 514; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 33. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2009, S. 64—65; *Flume*, a.a.O., S. 307—313.

[68] 例如,某人将车停在马路边的停车位里,没注意公告牌上写的收费条款,以为此处停车无需缴费。当他准备驶离停车位时,管理员要求他缴纳停车费,遭到拒绝。在该案中,司机欠缺表示意识和效果意思,但依规范性解释,他的停车行为在当时情景中具备缔结一份以有偿停车为内容的合同的效果意义。鉴于该司机当时没有尽到一般人应有的注意,具备可归责性,应当判定停车行为构成一项默示意思表示。同理,在前述汽车经销合同案中,依规范性解释,汽车厂商继续供应汽车的举动也具备效果意义:使此前发出的终止表示——至少在经过相对人同意之后——丧失效力。尽管汽车厂商这个法人(由法定代表人代表)对此欠缺行为意思,但该法人内部管理不善导致产生具备该效果意义的默示表示,所以该效果意义可归责于汽车厂商。

如果说意定性指的是仅依表意人的真实意思确定法律行为的内容,则欠缺主观因素的意思表示所发生的终局性效力确实不是意定的。这种意义上的意定性符合以萨维尼的学说为代表的古典意思表示理论。不过,在当代私法学中是否仍有必要坚持对法律行为效果的意定性作这样的理解,则不无疑问。古典的意定论只能解释无瑕疵法律行为的效果,但在解释有瑕疵法律行为的效果时,则会遇到困难。尽管后者是以有瑕疵的意思表示为基础的,实际发生的法律效果与表意人设想的法律效果并不一致,甚至表意人根本就没有设想任何法律效果,但无论如何不能说法律行为所发生的效果是法定的。法定的法律效果(比如侵权责任、不当得利返还请求权)是否发生取决于法律规定,法律效果的具体内容也是由法律直接规定的。法律行为的效果,无论该法律行为是否有瑕疵,都不符合这个特征。以一方当事人欠缺效果意思的法律行为为例,无论是故意欠缺效果意思(真意保留)还是无意欠缺效果意思(错误),如果最终发生法律效果,其内容并非由法律直接规定,而是由该方当事人使用的表意符号所具备的规范意义决定。这种规范意义不同于表意人内心的效果意思,也未必等同于相对人内心的效果意思。有时,表意人误解了表意符号的意义,相对人也发生了错误。双方意思表示的规范意义一致,但双方内心的效果意思并不一致,任何一方的效果意思都不是表意符号的规范意义。由此可见,充其量只能说在大多数情况下,表意符号的规范意义与相对人对表意符号的理解以及基于该理解所形成的效果意思是一致的,而在少数情况下,二者存在差别。相应地,关于一方当事人欠缺效果意思但却发生终局性效力的法律行为,我们也只能说该法律行为效果的意定性在大多数情形中可以理解为依相对人的效果意思决定法律行为的效果,但在某些情形中不能作这样的理解。更为恰当的说法毋宁是:法律行为效果的意定性是指依表意符号的效果意义决定法律行为的效果。

这个命题具有更强的解释力,一方面可以解释无瑕疵法律行为效果的意定性,因为此种法律行为表意人的效果意思与表意符号的规范意义一致,依规范意义决定法律效果与依效果意思决定法律效果是一回事;另一方面,也可以解释有瑕疵法律行为效果的意定性。就后者而论,该命题既可以解释双方法律行为效果的意定性,也可以解释单方法律行为效果的意定性。反之,如果把意定性界定为依当事人——无论是表意人还是相对人——的效果意思决定法律行为的效果,则表意人欠缺效果意思的单方法律行为(如行使解除权的行为)所发生的终局性效力就不是意定的:既不是依表意人的效果意思而定,也不是依相对人的效果意思而定,因为相对人在单方法律行为中根本就没有效果意思,他不需要作出意思表示。

如果说法律行为是私人之间的法律的话,则依表意符号的规范意义决定法律行为的效果就相当于依法律条款的规范意义决定法律规则的内容。这与现代法学方法论的基本立场是一致的。按照当前法学方法论的主流观点,法律解释的最终目标只能是探究法律在当下的标准意义或者说规范意义。只有兼顾当下法秩序的基本价值和历史上立法者的规定意向,才能实现该目标。<sup>[69]</sup> 作为意志之产物,法律规则的内容在解释与适用时不再仅仅取决于其制定者的意志,也不再取决于某个特定解释者自身的意志。那么,同样也是意志之产物的法律行为的

[69] Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Springer, 1995, S. 138-139.

效果也不应完全取决于表意人及其相对人的意志(意思)。由符号组成的法律规则与法律行为都是文本,在历史世界中自身都具有超越任何个体的意义。依该意义决定法律规则或法律行为中的法律效果,理所当然。前者的法律效果由公众之法(即通常意义上的法律)决定,后者的法律效果由私人之法决定。法律效果的法定性与意定性之区分即植根于此。所谓“意定性”实际上就是由私人之法自己决定私人之间的权利义务关系,所谓法定性实际上就是由公众之法直接决定人与人之间的权利义务关系。

在这种视角下,“意思”之于意思表示概念不再具有以往那样显而易见的重要性,其在意思表示构成上的基石地位被“意义”取代。意思表示归根结底是具备效果意义的表示。与效果意思相比,效果意义是一个更为宽泛的概念。它与效果意思时而重合,时而相悖。无论是否重合,只要存在可归责于表意人的效果意义(表示意义),就构成意思表示,这是效果意义的初步归责。重合与否,只影响效果意义的最终归责:当效果意思与效果意义不一致时,为了维护表意人的意思自决(这是自由原则在私法上的体现),原则上给其一个消除效果意义的机会,即撤销意思表示的权利,但如果表意人具有很强的可归责性,则为了保护相对人的信赖,可以不给予表意人这样的机会,使与效果意思相悖的效果意义终局性地归责于表意人。

---

**Abstract:** Will was regarded as the core of classical concept of declaration of will. However, since the end of the 19th century, the status of will has gradually declined. Following the way of effect will, declaration consciousness has been excluded by the majority from constitutive elements of declaration of will. The negative doctrine of behaviour will is currently advocated only by the minority, but its conclusion deserves approval. The constitution of a declaration of will is concerned essentially with imputation of the meaning of declaration. With the negligence on the part of declarer, a declaration of will can also be established, even in the lack of behaviour will and declaration consciousness. However, this is just a preliminary imputation of the meaning of declaration. Only when a declaration of will acquires definitive effect, the final imputation of the meaning of declaration will take place. The legal effect on that occasion is still regulated by the parties. That is to say, the exact effect of a legal act is determined neither by the real will of the parties nor by legal regulations, but by the meaning concerning effect of the declaration. In essence, declaration of will is a declaration with definite meaning concerning effect. This meaning might coincide with or conflict with the effect will. Whether coinciding or not, would only have influence on the final imputation of the meaning concerning effect.

**Key Words:** Declaration of Will; Declaration Consciousness; Behaviour Will; Meaning; Legal Act

---

(责任编辑:许德风)