

论《民法总则》第139条 公告意思表示的适用范围与要件

丁海俊

(北京航空航天大学 法学院,北京 100191)

摘要:《民法总则》第139条第一次明文规定了公告的意思表示,并规定该意思表示自公告发布时生效。但该规定的公告意思表示,仅从字面解释适用范围很广,容易给人一种意思表示可以以公告方式作出,且该意思表示在公告发布时生效的错觉。从立法演变和比较法考察,公告意思表示的适用范围应以有相对人的非对话意思表示为限,并且还需要符合表意人无过失而不知相对人以及遵循严格的程序和媒介等三个条件。我国《民法总则》第139条所规定的公告意思表示,仅是在有相对人非对话情形下才可能出现。无相对人的意思表示生效,适用的是《民法总则》第138条的规定,即无相对人的意思表示,表示完成时生效,表示方法包括但不限于公告;有相对人对话方式的意思表示,采知悉主义,适用《民法总则》第137条第一款的规定。我国《民法总则》第139条所规定的公告意思表示仅适用于有相对人的非对话意思表示;须表意人客观上不知相对人或其住所;须表意人无过失;该公告是指民事诉讼法中公告送达之公告,需要遵循严格的程序条件。

关键词:民法总则;意思表示;公告意思表示;有相对人的非对话意思表示

中图分类号: D923 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-105X(2017)04-0022-05

我国民法总则第139条第一次明文规定了公告的意思表示,并规定该意思表示自公告发布时生效。结合民法总则第137条和第138条的规定,我国民法总则意在设立一种与前面两条规定不同的意思表示类型,容易给人一种意思表示可以以公告方式作出,且该意思表示在公告发布时生效的错觉。在传统民法上,公告确实是意思表示的一种方式,只不过是在有限情形下适用的一种方式,此种方式的适用有着较为严苛的条件和程序。^① 本文将从公告的意思表示之立法演变、比较法考察、意思表示生效机理等方面展开分析,试图说明《民法总则》第139条的规定,不应该仅从字面理解,而应该结合立法本意与体系结构对该条的适用范围进行限缩,最终提出适用公告意思表示的范围和基本要件的看法。

一、公告意思表示的 立法演变与比较法考察

公告的意思表示,从字面解释意指以公告方式作出的意思表示。如果不考虑体系解释,此种公告方式似乎既可以作为有相对人的意思表示的通知方式,又可以作为无相对人的意思表示的通知方式,只要其采取的方式是公告即可。

民法总则第139条的规定,在2016年6月27日的全国人大常委会审议稿(以下称一审稿)中规定在第117条,^② 而且是作为第二款出现,从2016年10月31日全国人大常委会审议稿(以下称二审稿)开始作为独立的一个法条,规定在第132条,在2016年12月19日全国人大常委会审议稿(以下

^① 台湾地区民法第97条是仿照德国民法第132条第二项第二款的立法规定“表意人非因自己之过失,不知相对人之姓名居所者,得依民事诉讼法公示送达之规定,以公示送达为意思表示之通则”,其本意仅在解决有相对人的意思表示情形下,相对人不明时的送达问题。参见姚瑞光:《民法总论》,中国政法大学出版社2011年版,第225页。

^② 《民法总则》一审稿第117条共三款,全文如下:第一款,以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示,相对人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统时生效;未指定特定系统的,相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的,按照其约定。第二款,以公告方式作出的意思表示,公告发布时生效。第三款,无相对人的意思表示,表示完成时生效,法律另有规定的除外。

收稿日期:2017-06-14

基金项目:中央高校基本科研业务费项目“从权力到关系”(项目编号:302487)。

作者简介:丁海俊(1974—),北京航空航天大学法学院副教授,法学博士,研究方向为民法基础理论、合同法、侵权法、继承法和法律实证主义。

称三审稿)规定在第140条,在2017年3月8日全国人大审议稿(以下称四审稿)规定在第139条,其表述则基本未变,就是后来通过的条文,也就是说民法总则第139条关于公告意思表示的规定是从二审稿定型的。再往前考察,2004年左右出版的两部民法典草案建议稿中分别出现了关于公告意思表示的规定。王利明教授主持的民法典草案建议稿(以下称王利明建议稿)第158条规定:行为人不能知其相对人或者不能知其相对人的所在时,可以依民事诉讼法中关于公示送达的规定以公示方法进行意思表示。公示完成,视为表示到达。^[1]梁慧星教授主持的民法典草案建议稿(以下称梁慧星建议稿)第124条规定:以电视、广播、报刊及其他公告方式为意思表示的,于电视台、电台播放时,或者报刊出版、公告发布时发生效力。^[2]2016年中国法学会、中国社科院和北京航空航天大学法学院分别公布了民法总则的建议稿。中国法学会民法典编纂项目领导小组和中国民法学研究会组织撰写的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿》(以下称“法学会建议稿”)第123条规定:行为人非因自己的过失不知道相对人姓名、名称、住所的,可以参照民事诉讼法中关于公告送达的规定作出意思表示。^①中国社科院民法典立法研究课题组撰写的民法总则草案建议稿(以下称社科院建议稿)第158条规定:以新闻媒体或者其他公告方式所为的意思表示,自媒体或者公告播放该意思表示时,对表意人发生拘束力。^②北航法学院课题组撰写的《中华人民共和国民法典·通则编》草案建议稿(以下称北航法学院建议稿)第127条规定:意思表示需要送达的,表意人应当采取通用的送达方式,并对相对人就送达及其瑕疵负责。表意人非因自己的过错而不知道相对人的姓名、住所的,可以依据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定以公告送达的方式进行送达。^[3]从以上各家草案建议稿的演变,可以看出,单就公告意思表示这一条的规定来看,法学会建议稿来源于王利明建议稿,而社科院建议稿来源于梁慧星建议稿,北航法学院的建议稿是第一次公布。最终提交审议的各次审议稿是集合了各家意见形成的,只是一审稿与二审稿的位置安排不同而已。不过,从最终表述来看,民法总则第139条的表述更接近社科院建议稿,既没有对公告意思表示的适用范围作出规定,又没有对公告意思表示的适用条件作出规定。

通说认为由于采用了法律行为概念,决定了日本、韩国、中国大陆和中国台湾属于大陆法系的德

国法系。^[4]¹⁶¹所以,我们主要比较德国法系国家的民法典,研究各个民法典公告意思表示规则的异同,梳理公告意思表示规则的演变,总结该制度的真正目的与适用范围。德国民法典第132条称之为“以送达代替到达”,具体规定如下:(1)即使意思表示是以法院执行送达员为中介被送达的,也视为到达。依照《民事诉讼法》的相关规定进行送达。(2)表意人并非因过失而不知道意思表示相对人,或者相对人的居留地不明的,可以依照《民事诉讼法》关于公示送达的规定进行送达。《日本民法典》第98条称之为“依公示的意思表示”,该条规定:“(1)意思表示,在表意人无法知晓相对人或者无法知晓其所在时,可以通过公示的方法为之。(2)前项的公示,按照民事诉讼法关于公示送达的规定。”《葡萄牙民法典》第225条称之为“意思表示之公告”,该条规定:“表意人对不认识或者不知下落之相对人作出之意思表示,得通过在表意人居住地之一份报章上刊登公示而为之。”《韩国民法典》第113条称之为“意思表示的公示送达”,该条具体规定如下:“表意人不知相对人或不知相对人的所在地为无过失时,可根据民事诉讼法的公示送达规定送达。”^③对比以上各国民法典的规定,可以看出,多数民法典都限制了公告方式意思表示的适用范围,即以表意人不知相对人或者不知相对人的住址为客观条件,有的要求表意人主观上应为无过失,多数民法典还对公告的具体形式进行限制,即参照民事诉讼法的规定进行公告,只有葡萄牙民法典的规定比较宽泛,只要求在表意人所在地报章刊登即可。

二、公告意思表示 与意思表示生效规则

所谓意思表示的生效,是指意思表示的内容发生效力。意思表示何时发生效力,是利益衡量与风

① 此处参考中国法学会民法典编纂项目领导小组和中国民法学研究会组织撰写的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿》,载中国民商法律网,http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=30198。

② 此处参考中国社科院民法典立法研究课题组发布“民法总则(建议稿)”,载中国法学会网,http://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=49193。

③ 德国民法典第132条的条文翻译参见陈卫佐译:《德国民法典》2004年版,第41页。日本民法典第98条的条文翻译参见渠涛编译:《最新日本民法》,法律出版社2006年版,第26页。葡萄牙民法典第225条条文翻译参见唐晓晴等译:《葡萄牙民法典》,北京大学出版社2009年版。韩国民法典第113条:条文翻译参见金玉珍译:《韩国民法典·朝鲜民法典》,北京大学出版社2009年版。

险分配的结果。意思表示生效规则,需要首先区分有相对人的意思表示与无相对人的意思表示。然后再就有相对人的意思表示区分对话方式的意思表示和非对话方式的意思表示。^①

非对话方式作出的意思表示生效规则比较复杂,意思表示之作出、发出、到达和知悉四个阶段,最完整地表现在有相对人的非对话方式的意思表示中。与这四个阶段对应,意思表示生效依次有表达主义、发出主义、到达主义和知悉主义。^{[5]205} 意思表示的生效规则,最理想状态是表意人与受领人均已充分理解意思表示的内容。但是,意思表示到达相对人后,相对人何时了解,表意人完全处于被动地位。相对人何时了解并引发意思表示的生效,完全取决于相对人。此时,若由表意人对相对人管控之领域内的风险负责,对表意人显然不公平。与知悉主义相对称的是表达主义。若意思表示一经作出便生效,相对人将处于类似在知悉主义中表意人的不利地位。不仅如此,表达主义在使得相对人被动的同时,也陷表意人于被动。意思表示作出之后,由于已经生效,在理论上,表意人已无斟酌、修正乃至废除尚未发出的意思表示之机会,是否决定向相对人发出也不再重要——虽然此时相对人通常并无可能知悉表示内容。发出主义对于表达主义有所弥补,但仍不理想。意思表示发送时,相对人并不知悉意思表示的内容,甚至可能并不知道对方对自己发出了意思表示。若此时生效,相对人依然无法摆脱不利地位:该意思表示为要约时,相对人承诺的考虑期限被缩短了;为承诺时,合同已经订立而表意人无从知晓;在意思表示为解除等单方形成行为时,相对人对法律关系的改变却一无所知。再者,意思表示可能延误甚至无法送达。表意方式既然有表意人选择,运送风险自然不易转嫁给相对人。到达主义足以避免上述所有缺陷。到达以具有执行之合理期待为判断时点,意思表示此刻生效,即是表明相对人具有知悉可能后,须自负急于知悉之风险。知悉主义弊端就此消弭。同时,相对人仅就其支配领域承受风险,不必如表达主义或发出主义受表意人无端牵连。此外,意思表示到达相对人之前尚未生效,表意人可以随时将其撤回而获得最大限度的谨慎考虑余地。^②

英美法系国家多采取发出主义,而大陆法系多数国家以及《联合国国际货物买卖合同公约》(CISG)、《国际统一私法协会国际商事合同通则》(PICC)、《欧洲合同法通则》(PECL)和《欧洲民法典草案》(DCFR)均采到达主义。我国1999年《合同法》第

16条和第26条明文规定到达主义。^{[4]176}《民法总则》继承了这个做法。此外,我国自《合同法》开始,就根据时代的发展明确了数据电文形式意思表示的生效问题。该法第16条第二款明确规定:“采用数据电文形式订立合同,收件人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间;未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间。”只是这个条文中采用了“视为到达时间”的术语。而《民法总则》对到达主义的表述更为直接,取消了“视为”一词。

以对话方式作出的有相对人的意思表示生效,传统德国、日本民法并无明文规定,理论上有很多争议。多数学者认为与非对话方式作出的有相对人的意思表示生效规则相同,即应采到达主义,意思表示在相对人客观上可了解时,即发生效力。从合理分配风险而言,即使是对话方式的意思表示,也应按照到达主义解释适用。即对话方式的意思表示,在相对人可得了解时即生效。有学者指出,对话方式的意思表示,其发出、到达和知悉三个阶段合而为一,主张以相对了解主义为到达时点,即生效时点。^{[5]206}

总之,在我国立法上,无相对人的意思表示因无需相对人的受领,采作出规则,自表示完成时生效,主要规定在《民法总则》第138条;有相对人对话方式的意思表示,采知悉规则,主要规定在《民法总则》第137条第一款;有相对人非对话方式的意思表示,采到达规则,主要规定在《民法总则》第137条第二款。

三、公告意思表示的适用范围

张新宝教授认为,以公告方式作出的意思表示,可以分为无相对人的公告意思表示和有相对人的公告意思表示两种类型。^{[6]280} 王利明教授在其主编的民法总则释义中,虽然提到了公告方式作出的意思表示在性质上属于有相对人的意思表示,却又说公告方式作出意思表示最典型的是悬赏广告。^[7] 但是全国人大法工委组织编写的民法总则释义似

① 有相对人的意思表示与无相对人的意思表示,以及对话方式的意思表示与非对话方式的意思表示等两组术语,为我国学界通说所采,参见梁慧星:《民法总论》(第四版),法律出版社2011年版;孙宪忠主编:《民法总论》,社科文献出版社2004年版。

② 以上四种主义的分析,参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第205页。

乎不存在这种认识,该书明确提到:“实践中,在意思表示有相对人的情况下,可能会发生意思表示的表意人不知道相对人的具体地址、相对人下落不明的情形……对此,必须允许表意人采取特殊发生送达其意思表示。基于此,本法借鉴民事诉讼法关于公告送达司法文书的规定,明确规定了表意人在这种情况下可以公告方式作出意思表示。”^{[8]433} 无相对人的意思表示,由于不需要相对人的受领,本来就是自意思表示完成时生效,此种完成当然可以是公告形式。但是,对于有相对人的意思表示,由于该意思表示需要向特定的相对人作出并送达,原则上不应采用公告方式作出,除非相对人难以联系或因为各种客观情势,无法以其他方式作出意思表示。^{[6]280} 有相对人的意思表示,在非对话作出时,原则上以意思表示的通知到达相对人时发生效力。而通知到达相对人,必然以知道相对人之姓名及住所,才有可能。如果二者之不知均非表意人之过失,则通知无法到达相对人,对于表意人自属不利。故台湾地区民法典第97条仿照德国民法典第二项第一款之立法例规定“表意人非因自己之过失,不知相对人之姓名居所者,得依民事诉讼法之规定,以公示送达为意思表示之通知。”^{[9]225} 德国民法典第132条、日本民法典第98条、韩国民法典第113条,以及葡萄牙民法典225条,无一例外,均规定了“表意人不知相对人”的内容,明显都是在有相对人情形下的一种意思表示方式。

本文认为,我国《民法总则》第139条所规定的公告意思表示,仅是在有相对人非对话情形下才可能出现。无相对人的意思表示生效,适用的是《民法总则》第138条的规定,即无相对人的意思表示,表示完成时生效,表示方法包括但不限于公告;有相对人对话方式的意思表示,采知悉主义,适用《民法总则》第137条第一款的规定。

接下来,本文将集中分析其他公告意思表示的三个条件,即不知相对人、表意人无过失和公告的程序。

四、公告意思表示的适用条件

根据意思表示的生效理论,结合比较法上的立法例,同时利用体系解释的方法,本文认为我国民法第139条在解释上应当明确,并非所有的意思表示均可以公告方式作出,其适用范围限于有相对人的意思表示;还要求该意思表示的表意人不知相对人或者虽然知道是谁却因不知相对人的住址致使意思表示无法送达。

表意人客观上不知道相对人或者不知道相对人的住址而无法送达的情形,实际上包含两种:其一,表意人不知相对人为谁;其二,虽然知道是谁却不知住址无法通知。此为大陆法系中德国法系多数民法典之通例。惟其如此,我国台湾地区民法对于不知的对象,因立法表述原因,即对台湾地区民法典第97条规定文中的“姓名居所”究竟是“姓名和居所”,还是“姓名或居所”,是兼指二者还是二者之一,台湾地区立法理由与学者意见,形成了兼指说、择一说和不明说三种意见。^① 本文认为,台湾地区囿于文字表述而产生的三种学说,并未真正触及德国民法典设立公告意思表示制度的本意。从比较法上来考察公告意思表示的各国立法表述,不难发现其共同之处。德国、日本、韩国以及葡萄牙民法典均规定了“表意人不知相对人或者相对人住所”的内容,明显范围要大于台湾地区民法学者讨论的姓名与住所关系。即使讨论姓名与住所,也应该按照表1所展示的三种排列组合展开讨论:

表1 表意人对相对人名、址信息掌握情形

项目	类型		
	其一	其二	其三
姓名	不知道	知道	不知道
住所	知道	不知道	不知道

其一,知其住所,不知姓名;其二,知其姓名,不知住所;其三,姓名住所均未知。第一种情形,实属罕见。而姚瑞光先生以此种情形下表意人可以径赴其住所为意思表示之通知应不许对之为公示送达为理由,直接断定台湾地区民法第97条的规定仅指姓名住所均未知的情形,不可谓理由充分,因为漏掉了第二种情形,即知其姓名不知住所,恰恰此种情形是公告送达最常见情形。从比较法上看,多数国家都规定了其中二种。其立法表述中的“不知相对人”,是指不知道相对人的姓名和住所;而“不知相对人的住所”是指,知道相对人的姓名而不知道相对人的住所。原则上讲,均对知道相对人的住所而不知相对人的姓名情形未加明确规定,姚瑞光先生就这一点的主张,不无道理。总之,公告意思表示的适用要求客观上存在表意人不知相对人或者相对人住所。

^① 姚瑞光先生指出:“在立法当时,法律条文或者政府布告,均依古籍体例,不加标点符号,故文中‘姓名居所’,究系兼指二者拟系二者之一而言,立法理由与学者意见,大有出入。”姚瑞光:《民法总则论》,中国政法大学出版社2011年版,第225页。

公告意思表示的适用条件之二,要求表意人主观上为无过失。郑玉波在其《民法总则》中明确指出,公告意思表示相对人纵属尚未知晓,亦莫可奈何,故对于相对人颇为不利,因而法律特规定关于相对人姓名居所之不知,须非由于表意人之过失而后可。否则相对人已明明留记通讯处,而表意人因自己不慎遗失,即不得援用此公式送达之方法。^{[10]371}姚瑞光指出,表意人声请为公示送达时,是否非因自己之过失不知相对人之姓名及住所,由法院依表意人于声请时所表明之事实,客观地认定之。可见,此处的过失要件就是民法上普通的过失,本文赞同郑玉波先生的观点,过失者乃欠缺注意之谓。唯注意之程度既有高有低,而过失之种类自亦有轻有重,列表^{[10]348}如下:

表2 表意人过失分类

过失	重过失	显然欠缺一般人之注意	客观的
	轻过失	抽象的轻过失:欠缺善良管理人之注意	
		具体的轻过失:欠缺与处理自己事务为同一之注意	主观的

过失的种类不同,虽然在侵权损害赔偿中是一项重要考量因素,却并不影响公告意思表示的成立与否,此处不赘。

公告意思表示的程序条件,人大法工委组织编写出版的释义中明确指出:公告方式既可以是在有关机构的公告栏,例如人民法院的公告栏;也可以是在报纸上刊登公告的方式。^{[8]434}张新宝教授认为,对于一般公告的发布程序与媒介,法律原则上不作要求,只要不特定多数人可得知悉该意思表示的可能。不具备他人获悉可能的情形,如在自家封闭的院子内张贴公告,不宜认定为意思表示生效;而如果是在自家墙外张贴,已然具备他人获悉之可能,即使地处偏僻,少有人迹,也应认定意思表示生效。至于在网络等媒介上发布公告,则只要已经公开发布,意思表示即已生效。^{[6]280}不过,德国、日本以及我国台湾地区的民法通说认为公告意思表示中的公告在程序和媒介方面都有着比较严格的限制,其基本含义是通过法院公告送达而完成意思表示,此公告的程序与媒介与法院在民事诉讼中的公告送达并无二致。如布洛克斯在《德国民法总论》(第33版)中指出,意思表示的到达有以下两种替代方式:一是由法院执达员送达(德国民法第132条第1款),二是由初级法院进行公示送达(德国民法第132条第2款)。^[11]

山本敬三在《民法讲义 I:总则》中指出,无法知道相对人或其所在的情形,作为使意思表示生效的方法,民法允许用公示作意思表示(日本民法典第97条之2i)。原则上依据有关公示送达的民事诉讼法的规定,在法院的揭示场所揭示。^[12]台湾地区则在民法典第97条规定中明确规定了“得以民事诉讼法公示送达之规定,以公示送达为意思表示之通知。”只是法院裁定准予公示送达者,法院书记员即依民事诉讼法规定之方法公告,经过同法规定之期间,发生送达通知之效力。^{[9]226-227}可见,作为意思表示的公告,大都参照适用民事诉讼法上关于公告送达的规定执行,并非毫无限制。

五、结论

综上所述,《民法总则》第139条的适用,应该遵循以下四点:其一,公告意思表示仅适用于有相对人的非对话意思表示;其二,须表意人客观上不知相对人或其住所;其三,须表意人无过失;其四,该公告是指民事诉讼法中公告送达之公告,需要遵循严格的程序条件。

参考文献:

- [1] 王利明. 中国民法典草案建议稿及说明[M]. 北京: 中国法制出版社, 2004.
- [2] 梁慧星. 中国民法典草案建议稿: 总则编[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [3] 北航法学院课题组. 中华人民共和国民法典·总则编(草案建议稿)[EB/OL]. <http://www.fxcxw.org/index.php/home/xuejie/artindex/id/9597.html>, 中国法学创新网, 2017-3-31.
- [4] 梁慧星. 民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [5] 朱庆育. 民法总论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013.
- [6] 张新宝. 《中华人民共和国民法总则》释义[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2017.
- [7] 王利明. 《中华人民共和国民法总则》条文释义[M]. 北京: 人民法院出版社, 2017.
- [8] 李适时. 中华人民共和国民法总则释义[M]. 北京: 法律出版社, 2017.
- [9] 姚瑞光. 民法总则论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011.
- [10] 郑玉波. 民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [11] 汉斯·布洛克斯·沃尔夫·迪特里希·瓦尔克. 德国民法总论[M]. 33版. 张艳, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2012.
- [12] 山本敬三. 民法讲义 I: 总则[M]. 解亘, 译. 北京: 北京大学出版社, 2004.