

【论文】

从《民法总则》第 143 条评 我国法律行为规范体系的缺失

李永军*¹

摘要: 本文之目的在于从《民法总则》第 143 条入手来评价我国民法上的法律行为规范体系。“行为人具有相应的行为能力”在我国法上作为控制法律行为生效的要件之外,“意思能力”是否应该从“行为能力”中分出作为控制意思表示效力的要件从而使法律行为无效?例如,7 岁的未成年人如果能够被证明有判断能力,不仅为侵权法上的“责任能力”留出接口,还可以为善意第三人保护、缔约过失责任留出适用空间。“意思表示真实”作为法律行为的控制要件,与整体的法律行为规范相矛盾。从其他规范来看,《民法总则》中的“意思表示”与法律行为的关系在内涵与外延、解释规则、合同解释等方面都存在问题。《民法总则》第 43 条中使用了“公序良俗”概念,但其与我国民法体系中使用的“社会公共利益”、“公共利益”概念的关系混乱,例如第 143 条使用“公序良俗”,第 185 条又使用“社会公共利益”,第 117 条又有“公共利益”。立法上应该用“公序良俗和公共利益”替代“社会公共利益”的概念。在征收制度中,只能用“公共利益”标准,但在限制行为自由方面,如法律行为无效,采用“公序良俗”和“公共利益”标准更合适。

关键词: 意思能力 行为能力 意思表示 法律行为 社会公共利益 公序良俗

一、问题的提出

应该说,“法律行为”这一概念是德国民法典的创造,但是,“法律行为”是德国民法典的“公因式”,其规范体系不限于总则,还包括在债法、物权法、继承法和婚姻法中。我国 1986 年的《民法通则》就借鉴和使用了“法律行为”这一概念,因此,“法律行为”在我国理论上是研究比较成熟的概念之一,许多学者对这一概念有比较深刻的认识和研究。但我国的立法和法律适用却没有真正将法律行为的规范体系梳理清晰,甚至没有反映出理论研究的一般成果,不仅与德国法上的法律行为规范体系相差甚远,而且在自身的规范体系上也极不协调。这集中反映在《民法总则》第 143 条上面。该条规定:“具备下列条件的民事法律行为有效:(一) 行为人具有相应的民事行为能力;(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。”该条规定实际上是我国《民法通则》第

* 中国政法大学教授,法学博士。

55条的翻版,⁽¹⁾该条规定与我国法上法律行为规范体系很不协调,甚有疑问,表现在:(1)行为能力之于法律行为的效力有什么影响?日本法上的所谓“意思能力”与我国法上的行为能力又有什么区别?欠缺行为能力是意思表示的效力有问题,还是法律行为效力上存在问题?(2)在我国法上“意思表示”与“法律行为”是什么关系?“意思表示真实”是否是法律行为的有效要件?其与《民法总则》第146条至第150条之间是否协调?(3)该条中规定的“公序良俗”与第185条中的“社会公共利益”是什么关系?与第117条中的“公共利益”呢?属于伦理方面的还是物质方面的“利益”?尤其是第二个问题,是影响我国法律行为规范体系的关键问题,因为这是民法典中与“意思自治”有关的规范体系问题,但在体系处理上,我国未来民法典似乎有意让物权和合同独立成编,有架空“法律行为”之效力的嫌疑,甚至产生一个很大的疑问:法律行为中的“意思表示”在“物权编”中是否适用?我国民法典中的“合同”似乎仅仅是产生债权效果的合同,那么,《民法总则》中的双方法律行为与合同是什么关系?等等。这些问题,实际上是我国民法典立法中需要认真考虑的问题。本文之目的就是通过对《民法总则》第143条规定的评析,来说明我国法上法律行为规范体系的缺失。

二、从《民法总则》的规定看意思表示与法律行为之关系

(一)“意思表示真实”是法律行为有效的要件吗?

按照《民法总则》第143条的规定,“意思表示真实”是法律行为生效的要件,但这一规定显然与整个法律行为的规范体系和法律对于意思表示不真实的救济制度不相协调。即使是《民法总则》第146条规定的“虚假法律行为”,也不一定无效——只要符合其他法律规范的要求也可以生效。“意思表示真实”的规定与第147条至第150条规定的可撤销的法律行为,就更不协调了。因为这些“意思表示不真实”的法律行为都已经生效而且“有效”,当事人是否选择请求撤销或者维持其效力,要视当事人(撤销权人)的意愿。

对于该条,立法机关部分人认为,此处的“真实”应作扩大解释,实际上还包含了传统民法理论“意思表示自由”的含义,比如,在因欺诈、胁迫实施民事法律行为的情形,受欺诈人、受胁迫人的意思表示虽然从表面上看起来是真实的,但实际上并非其内心自由意志的体现。在意思表示不真实的情况下,民事法律行为不能具备完全有效的效力。⁽²⁾这种解释不仅无法弥补体系方面的缺漏,而且没有结合《民法总则》第147条至第150条之规范进行统一解释,也仍然没有回答可撤销的法律行为是否完全有效的问题,因此,对这一条规定应该作出限缩性解释——意思表示非为双方故意的虚假意思表示。

因此,《民法总则》第143条的规定不仅是多余的,而且对整个法律行为的规范体系有极大的破坏力。

(二)意思表示与法律行为的关系是什么?

1. 从《民法总则》第133条、第134条的规定看意思表示与法律行为的关系

《民法总则》第133条规定“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。”这里,需要特别解释的是“通过意思表示”是什么意思?是否无意或者不恰当地任意扩大了“法律行为”的外延?是否违背了“法律行为”规范本身的初衷?

(1) 我国《民法通则》第55条规定“民事法律行为应当具备下列条件:(一)行为人具有相应的民事行为能力;(二)意思表示真实;(三)不违反法律或者社会公共利益。”

(2) 张荣顺主编《中华人民共和国民法总则解读》,中国法制出版社2017年版,第478页。

“通过意思表示”肯定是不准确的,它有可能无意间扩大了“法律行为”的外延,可能把传统民法上的许多“准法律行为”纳入了法律行为的范畴,例如,中断时效的行为、通知或者催告,在很多情况下,就是通过“意思表示”的方式进行的对法律关系(权利义务)进行干预的行为,但在传统民法上,这根本就不是法律行为。而在我国《民法总则》第 133 条的规范下,就有可能被纳入到法律行为的范畴中去了。

从目前我国民法学界关于法律行为的研究成果看,尽管对于法律行为存在一些争议,但下列却是共识:(1) 法律行为以意思表示为核心要素;(2) 法律行为的目的在于引起明确的法律后果,这是指法律行为的目的在于产生具体的私法上的权利义务关系,并且这种法律后果是主体的意思表示中所预设的、希望发生与积极追求的,并不是法律强加于当事人的。⁽³⁾ 因此,其与“准法律行为”是不同的。当然,也有学者提出区分法律行为与准法律行为是没有必要的,其理由是:(1) 准法律行为的法律效果固然是源于法律的直接规定,但法律行为其实也是如此,绝非源于行为人的意思;(2) 准法律行为其实也准用法律行为的规则,区分两者并无实益。⁽⁴⁾ 我国大陆学者一般是区分法律行为与非法律行为的。⁽⁵⁾ 尽管有德国学者指出,由于准法律行为与法律行为之间不存在清晰的界线,因此,有关法律行为的规定也应该可以类推适用于准法律行为,但是,由于各类准法律行为之间存在着重大的区别,也无法作出一般性的断言。例如,有关“法律行为违反善良风俗”的规定就几乎不能适用于准法律行为,而行为能力一般可以适用。⁽⁶⁾ 但这是法律规则适用方面的问题,王伯琦先生恰恰就是看到了这一方面。但我们不能就此认为,区分就没有实际意义:虽然法律行为与准法律行为的共同点都在于具有意思表示、都要求行为人有行为能力,但法律后果发生的根据存在极大的不同:法律行为之所以能够产生某种法律后果,是因为行为人具有产生这种法律后果的愿望,并将这种后果表达出来;而准法律行为虽有意思表示行为,但这种后果并不包含在意思表示中,该表示行为的后果是由法律直接规定的。法律行为与准法律行为是截然不同的两种制度,如果不加以区分,就会模糊法律行为本身的制度价值。

我国学理上的主流观点是区分法律行为与非法律行为的,我国《民法总则》第 133 条却没有反映这种共识和研究成果,而是无意地扩大了法律行为的范畴,实际上是将准法律行为包括进来了。

《民法总则》第 134 条第 2 款规定“法人、非法人组织依照法律或者章程规定的议事方式和表决程序作出决议的,该决议行为成立。”我们的疑问是:这种“决议行为”是否属于法律行为?对此问题,在我国存在争议。立法机关的部分同志在解释该条的时候指出,第 134 条第 2 款还规定了一种较为特殊的民事法律行为,即决议行为。决议行为是两个或者两个以上的当事人基于共同的意思表示,意图实现一定法律效果而实施的行为,其满足民事法律行为的所有要件,是一种民事法律行为。但这种民事法律行为又有与一般民事法律行为不同的特殊性,表现在三个方面:(1) 双方或者多方法律行为需要当事人意思表示一致才能成立,而决议行为一般不需要意思表示一致才成立,只需要多数人意思表示一致就可以成立;(2) 法律行为一般不需要特定程序,而决议需要遵循特定程序;(3) 双方或者多

(3) 王利明《民法总则研究》,中国人民大学出版社 2012 年版,第 513 页;尹田《民法学总论》,北京师范大学出版社 2010 年版,第 209-210 页;朱庆育《民法总论》,北京大学出版社 2016 年版,第 75-87 页;刘凯湘《民法总论》,北京大学出版社 2011 年版,第 261-262 页;李永军《民法总论》,中国政法大学出版社 2008 年版,第 170 页;谭启平主编《中国民法学》,法律出版社 2015 年版,第 186 页等。

(4) [台]王伯琦《民法总则》,台湾“国立”编译馆 1979 年版,第 152 页。

(5) 王利明,同注 3 引书,第 519-520 页;尹田,同注 3 引书,第 209-210 页;朱庆育,同注 3 引书,第 87-88 页;李永军,同注 3 引书,第 175-178 页。

(6) [德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 161 页。

方法律行为的适用范围一般不受限制,而决议行为原则上仅仅适用于法人或者非法人组织自治的内部的决议事项。⁽⁷⁾我国有学者认为决议行为属于法律行为,⁽⁸⁾也有学者否定决议行为属于法律行为。⁽⁹⁾

我对于决议行为属于法律行为持反对意见。理由是:(1)决议虽然有所谓“意思表示”,但决议中的意思表示与法律行为中的意思表示毫无共同之处:按照我国《民法总则》第133条的规定,法律行为中的意思表示旨在设立、变更或者消灭民事权利义务,必须具有这种权利义务关系的效果意思。而决议过程中的意思表示则旨在形成“团体的意思”,例如,公司股东会的决议,是就一项具体事项达成多数人的共识,只要这种多数人达到公司章程或者法律规定的人数,即为有效,从而形成团体的意思,然后由执行机构或者代表机关对外行为。它不直接产生与第三人在民法上设立、变更或者终止民事权利义务关系的效果。就如有学者指出的,决议只在社团内部形成社团意思而已,只是创造了社团的代表人对外意思表示的基础,与第三人的法律关系(权利义务关系)并不因此而成立。⁽¹⁰⁾决议并不能依当事人的意思产生权利义务关系,与法律行为依意思表示形成法律关系之本质特征有显著差异。当社团作出欲对外交易、选聘机关成员等事项时,该类决议行为并非完整的法律行为,仅仅是法律行为效果意思的形成阶段。如意欲形成与第三人的权利义务关系,尚需通过自己的表示机关与第三人达成合意,方成立双方或者多方法律行为。⁽¹¹⁾决议不调整团体或者法人与第三人之间的关系,要调整这种关系,必须以全体成员的名义或者以法人本身的名义与第三人成立法律行为。⁽¹²⁾(2)按照我国法,除了合伙这种团体以外,公司或者其他法人的决议一般不采用“全票制”,而是采取“多数决”。那也就是说,有一些参与投票的人的意思表示会被彻底否定,但多数人通过的决议对于这些不同意的少数人也有约束力。这样,就不符合法律行为的基本要求了:一个完全不同意行为内容的人却被这一行为所约束?更不符合意思自治的基本含义:自己的意志完全被否定却被他人的意思所约束?这根本就不是参与人的意思自治,而是法人或者团体意思自治的基础。总之,被决议约束的人可能根本就没有其意思表示,更不用说效果意思了——自己没有效果意思却被这种效果所约束,这与法律行为毫不沾边。(3)决议不调整参与决议的个人之间的关系,而是旨在构筑他们共同的权利领域或者他们所代表的法人的权利领域。⁽¹³⁾这与法律行为相去甚远:法律行为调整参与人之间的权利义务关系,即使是涉他法律行为,也必须以参与人的权利义务为基础。因此,拉伦茨也认为,必须将决议从合同中分离出去。⁽¹⁴⁾

如果说“决议不属于法律行为”,那么法律行为的一些准则是否可以适用?从我国《公司法》的规范看,法律行为的规则几乎不能适用于决议行为:(1)意思表示瑕疵在公司法上是很难救济的,无论是我国的公司法还是国外的公司法,几乎没有单个成员表决权行使过程中的意思瑕疵可以救济的例子,决议形成过程中的程序性瑕疵是公司决议过程中救济的首要问题;(2)公司决议违反法律或者善良风俗的,肯定无效(《民法总则》第153条可以适用);虚假决议无效(《民法总则》第146条可以适用)。但是,这里的无效与法律行为的无效显然不同:公司的决议仅仅是形成效果意思的一个过程,决议作

(7) 同注2引书,第450页。

(8) 王雷《论民法中的决议行为——从农民集体决议、业主管理规约到公司决议》,载《中外法学》2015年第1期,第80页。

(9) 徐银波《决议行为效力规则之构造》,载《法学研究》2015年第4期,第167-169页。

(10) [台]黄立《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第198页。

(11) 同注9引文,第167-169页。

(12) [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,第433页。

(13) 同注12引书,第433页。

(14) 同注12引书,第433页。

出后,尚没有通过公司的机关表达给第三人的时候,也仅仅是具有内部的效力,其虚假不虚假,与第三人毫无关系,只有参与表决的人可以主张决议无效。这个虚假的“意思”一旦通过公司的机关表达给第三人,从而与之签订了合同的时候,公司不能因此而主张该合同无效。这也更加说明,决议与法律行为毫不相干。因此,法律行为的规则,尤其是救济规则不能适用于团体的决议。

因此,我国《民法总则》第 134 条第 2 款的规定,必须引起我们的重视。由于公司法对此没有具体规定,不能认为,《民法总则》作为公司法的一般法和上位法,公司法没有规定的适用《民法总则》,从而决议的救济适用法律行为的规则,那将是公司的灾难。因此,必须解读为:公司法作为特别法,不适用民法总则关于法律行为的规则。《民法总则》第 134 条第 2 款仅仅是说在“决议成立”的问题上,准用《民法总则》关于法律行为成立的时点之规则。

2. 从《民法总则》之结构看意思表示与法律行为之关系

我国《民法总则》第 143 条虽然规定了“意思表示真实”作为法律行为有效的要件,但容易引起误解的是:这里的“意思表示”是指哪种意思表示?因为,要约与承诺都属于缔约当事人的意思表示,但法律行为(合同本身)中的“合意”也是意思表示,“意思表示真实”是指“合意”还是要约或者承诺呢?这一问题只能从我国法律行为的规范体系来解读。

从“法律行为”的发源地德国的立法和理论看,法律行为和意思表示的关系远远没有这么简单。可以说,虽然法律行为概念是由德国人创造的,但早期的德国学理与立法,法律行为与意思表示是作为同义语使用的。后来的学者虽然区分二者之间的差别,但有时也在同义上使用之。这一点从《德国民法典》及其立法理由书中就可以清楚地看出来。《德国民法典》之“总则编”第三章的标题是“法律行为”,但在该章中,有的地方使用“法律行为”,有的地方则使用“意思表示”(见《德国民法典》第 104、105、107、111、116、124、125、134、138 条);有的地方称为“法律行为的撤销”,而有的地方则称为“意思表示的撤销”(见《德国民法典》第 119、120、123、142 条)。有学者指出:德国民法典如此跳跃式地混用这两个概念,说明法律行为与意思表示这两个概念的区别微乎其微。⁽¹⁵⁾温德沙伊德在其权威著作《学说汇纂教科书》中指出,法律行为就是意思表示。人们表达了发生特定法律效果的意思,法律秩序之所以承认该法律效果,是因为法律行为的行为人希望发生这一法律效果。⁽¹⁶⁾德国民法典的立法理由书更直接地写道:就常规而言,意思表示与法律行为是同义的表达方式。使用意思表示者,乃侧重于意思表达的本身过程,或者是由于某项意思表示是某项法律行为事实构成部分而已。⁽¹⁷⁾那么,在什么情况下,法律行为与意思表示接近,在什么情况下二者的区别才有意义呢?按照德国学者的观点,在单方法律行为中,亦即法律关系由一个意思表示就可以形成的话,那么,“法律行为”与“意思表示”就是重合的,例如,单方终止合同的情形就属于这种情形。该终止合同的表示是一个意思表示,该意思表示是终止合同这一法律行为的表达,这里的意思表示就等于法律行为。只有当法律行为由多个意思表示构成的情况下,区分意思表示与法律行为才有意义。典型的是合同。合同缔结人双方的意思表示共同构成合同这一法律行为,例如,买卖这一法律行为由卖方和买方的意思表示构成。有鉴于此,就合同而言,应当区分“意思表示”和“法律行为”。⁽¹⁸⁾

但就我国《民法总则》关于法律行为的规范体系来说,却难以作出与德国法上相同的解释。从《民法总则》第 137 条至第 141 条来看,这里的意思表示,要么是指要约,要么就是指承诺(第 138 条代表

(15) 同注 6 引书,第 190 页。

(16) 参见[德]维尔纳·弗卢梅《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 38 页。

(17) 转引自注 6 引书,第 190 页。

(18) 同注 16 引书,第 29-30 页。

的单方法律行为除外)。例如第137条规定“以对话方式作出的意思表示,相对人知道其内容时生效。以非对话方式作出的意思表示,到达相对人时生效。”显然这里是指要约或者承诺;第138条规定“无相对人的意思表示,表示完成时生效。法律另有规定的,依照其规定。”这里显然是指单方法律行为中的意思表示;第139条规定“以公告方式作出的意思表示,公告发布时生效。”一般是指要约或者要约邀请,承诺以公告的方式作出者十分罕见。当然,还有可能是授予代理权、追认无权代理等;第140条规定“行为人可以明示或者默示作出意思表示。沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时,才可以视为意思表示。”这里是指要约或者承诺,但默示或者沉默的方式一般是指承诺;第141条规定“行为人可以撤回意思表示。撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人。”这里既可以是要约,也可以是承诺。但第142条所规定的“意思表示”应该是指法律行为成立过程中的单方意思表示,还是法律行为中的“意思表示”呢?该条第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。”第2款规定“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。”这显然还是指法律行为形成过程中的单方意思表示。这一点,可以从立法机关一些同志之表达中得到验证:在立法过程中,是否应当区分有相对人的意思表示和无相对人的意思表示的解释规则,存在争议。民法总则采取了区分的原则,分为有相对人的意思表示和无相对人的意思表示的解释两种规则。有相对人的意思表示的解释是指对表意人向相对人发出的意思表示进行解释,最为典型的是对合同的要约和承诺进行解释,要约与承诺都是意思表示,但必须向相对人发出且到达相对人才能生效。⁽¹⁹⁾

我认为,从我国《民法总则》及《合同法》的规范体系看,在法律行为(合同)可撤销的原因认定上,必须通过解释法律行为当事人的单方意思表示方可为之。在我的理解中,应该是这样的情形:法律行为已经成立或者生效,当事人主张撤销(不仅就法律行为的内容发生争议而主张撤销,也包括因在发出要约或者承诺时,自己的意思表示因自身的原因或者外在的因素受到了影响而主张撤销)时,法官就需要对合意的过程进行审查和判断。不仅要解释意思表示发出人的意思表示过程与内容,还要审查解释受领人(相对人)的理解和意思表示,看是否具有“重大误解”。就如德国学者所指出的,如果意思表示的关键意义永远都是表意人本人所表达的内容,那么,错误就不会存在了。另一方面,如果意思表示的受领人所实际理解的意思永远都具有决定意义,那么,表意人就会受到极不公平的对待。不仅表意人可能对自己所使用的表达方式的语义理解错误,而且受领人也可能对本来是清楚明了的、不会令人误解的意思发生误解。既然受领人对于意思表示的实际理解也可能是一种误解,因此,这一理解同表意人的理解一样,不能总具有决定性。如果表意人与受领人对于某项需要受领的意思表示持有不同意见时,应该对该项意思表示进行解释,目的在于得出一种客观的、规范的意义,这种意义必须适用于表意人与受领人双方。⁽²⁰⁾但在胁迫与欺诈的情况下,恰恰不是从“意思表示”进行解释,而是就意思表示之外的因素进行考察——看是否存在欺诈或者胁迫的情形。即使解释意思表示本身的内容,也是辅助性地确定欺诈或者胁迫的情节。

但是,我国《民法总则》第143条所说的“意思表示真实”,是指什么呢?是指表意人的意思表示真实和受领人的意思表示也真实吗?还是指法律行为中的“合意”是真实的?例如,《民法总则》第

(19) 同注2引书,第471页。

(20) 同注12引书,第458页。

146 条规定的“以虚假的意思表示实施的法律行为无效”就应理解为包括“合意”是虚假的,否则体现不出“意思联络”(串通)的本旨。但从我国《民法总则》关于法律行为的规范体系看,抛弃了对法律行为的解释规范,以单方意思表示的解释规范替代了法律行为的解释规范。对此,可以从立法机关部分同志的著作中得到证实:究竟应该规定法律行为的解释还是规定意思表示的解释,立法过程中存在争议。经研究认为,意思表示与法律行为不完全相同,在有的情况之下,只有意思表示,还不足以构成法律行为,例如,单纯的要约或者承诺;在有法律行为的情况下,意思表示虽然只是法律行为的一部分,但却是民事法律行为的核心内容,解释民事法律行为其实也主要是对意思表示的解释。因此,规定意思表示解释问题涵盖更广,也更能准确地体现解释的真正对象。⁽²¹⁾但这里的“意思表示”是否就是上面所说的表意人与受领人的意思表示?我认为,应该解读为是一致的。

但问题是“合意”与“意思表示”是一致的吗?对意思表示进行解释能否替代对“合意”的解释?什么时候需要对“合意”进行解释?对此,德国立法是分离的,《德国民法典》第 133 条规定了“意思表示的解释”:“在解释意思表示时,必须探究真意,而不拘泥于词句的字面意义。”而第 157 条规定了“合同解释”:“合同必须照顾交易习惯,以诚实信用所要求的方式予以解释。”从立法的条文结构和适用规则来看,第 133 条是适用于意思表示的,即解释的对象是意思表示,而第 157 条的解释对象显然是合同,规则也显然不一样。对此问题,学者之间是存在分歧的。例如,梅迪库斯就认为,从这两条法律规定来看,似乎在意思表示的解释与合同的解释之间存在着重大差异,据此,在解释意思表示时比在解释合同时更注重表意人的真实意思。然而,这种看法是不正确的,因为合同通常是由两项意思表示构成的,既然如此,合同的解释,如何又能够迥异于作为合同构成要素双方意思表示的解释呢?今天,通行的学说并不遵循法律在意思表示和合同之间所作的不恰当的区分,而是以待解释的意思表示是否需要受领作为解释意思表示的标准。⁽²²⁾拉伦茨也指出,一般认为,第 157 条的规定不仅适用于对作为一个意义整体的合同的解释,而且也适用于对于合同每一方当事人发出的意思表示的解释,甚至还适用于对单方的、需要受领的意思表示的解释。第 133 条指出,解释者应探究表意人的真实意思。根据我们上面的论述,对于需要受领的意思表示,只有在受领人认识到了意思表示中所表达的“真实意思”,即表意人所指的意义时,第 133 条始可适用。如果受领人对于表示的理解,事实上不同于表意人所指的意义时,那么,该意思表示的意义应以该受领人能够理解和应该理解的意义为准。当然,受领人不能简单地相信表示的词面意义就是正确的,相反,他必须根据诚实信用原则考虑和分析他可能认识到的一切可能具有意义的情况,研究表意人所要表达的意义。如果受领人符合了这一要求,他的信赖就受到保护。⁽²³⁾也就是说,德国民法典虽然对于单项意思表示的解释和合意的解释分别作出了不同的规定,但学理却把合同的解释规则解读为适用于意思表示的解释。我国《民法总则》第 142 条应该说部分地接受了梅迪库斯的观点,但问题是:我国《民法总则》第 142 条与《德国民法典》第 133 条及第 157 条的规定不一样,与梅迪库斯的观点也不一样:我国《民法总则》第 142 条遗漏了“合同或者说合意的解释”。因为,双方在签订合同时之意思表示或者协商过程实际上是没有办法证明的,发生纠纷之后,呈现在法官面前的是合同文本——合意,而且合同文本的第一条一般都有“双方在自愿、平等的基础上,经友好协商达成如下协议”等字样,这时候对于合同的解释,恐怕难以解读为对要约或者承诺的解释了,即使要约与承诺与现在的合同文本不一致,也必须以现在的合同文本为对象进行解

(21) 同注 2 引书,第 470 页。

(22) 同注 6 引书,第 236 - 237 页。

(23) 同注 12 引书,第 462 页。

释。我国《合同法》第125条规定：(1)当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。(2)合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释。”这里的“合同文本”或者“合同条款”是指“合意”本身而不是指要约或者承诺。我国《民法典合同编(草案)》(现在已经公开向全国征求意见)第3条规定：(1)当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照《总则编》第142条第1款的规定，确定争议条款的含义。(2)合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的，对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的，应当根据合同的目的予以解释。”因此，我国未来民法典之合同编将采用“合同文本解释”，这也是中国司法实践中的基本做法，而且明确规定要采用《民法总则》第142条第1款的解释规则，因此，我们说《民法总则》第142条中的“意思表示”应该是包含“合意”的解释——合同文本的解释，否则，未来民法典出台后，就会造成总则与分则的脱节。德国人是把对合同的解释用于意思表示解释，合同包括要约和承诺，自然逻辑上没有问题。而我国《民法总则》第142条仅仅规定了单方意思表示的解释规则，而对合意的解释却没有规定。这中间当然就存在一个巨大的解释漏洞。

另外，我认为，《德国民法典》第133条及第157条的规定，实际上是非常准确的：对于单方意思表示的解释，当然是“必须探究真意，而不拘泥于词句的字面意义”。因为，这是对于单一意思表示的准确含义的理解，这时并不涉及相对人。但是，如果是对合同(合意)的解释，由于涉及受领人，这时表意人的意思表示固然重要，但按照诚信要求正常理解和在正常的意义上理解表意人的意思具有更重要的意义，故诚信之受领人的信赖必须得到保护。因此，第157条的规定实际上是非常正确的。当然，第133条在不涉及他人(即无受领人)时，是有意义的。但涉及他人时，必须借助于第157条才具有法律上的意义。

那么，意思表示与法律行为在我国法上是可以通用的吗？尽管法律行为的核心内容是意思表示，法律行为的解释对象也主要是意思表示，但在我国法律行为的规范中，不能认为意思表示就是法律行为。因此，我建议正在编纂的民法典增加对于“法律行为或者合意的解释”，否则，未来民法典中《合同编》的合同解释就会发生疑问。

3. 意思表示与合同(实际上是法律行为与合同)的关系

我国的民法规范体系中，我们所指的“合同”是否就是仅仅指“债合同”？或者说，仅仅是负担性合同？是否包括物权合同？相应地，双方法律行为中的“意思表示”仅仅是指发生债的意思表示吗？意思表示与合同究竟是什么关系？

从德国民法典“五编制”的结构看，“法律行为”之所以是“公因式”，就是因为它不仅适用于债编、继承编和婚姻编，也适用于物权编。因此，在物权法部分，也有法律行为适用的余地，只不过，物权编中的法律行为的后果是产生物权变动的后果。因此常常被称为“物权行为”。因此，我们如果仔细来分析德国民法典在“法律行为”部分的内容，“合同的成立”实际上是规定在“民法总则”的法律行为部分，说明合同成立之规则不仅仅适用于债合同，也适用于物权合同。德国债编中的“合同”仅仅是规定了各种具体的合同，合同法的总则问题规定在债法总则部分。这种体系化提炼在逻辑上是非常精妙的。我们再来看看我国台湾地区“民法”，如果从体系上来看，在这一问题上我国台湾地区“民法”存在较大的问题：合同的成立不放在“法律行为”中，而是规定在第二编“债”的第一节。从体系上看，我们不仅要问：我国台湾地区“民法”的债契约成立的规则——要约和承诺规则是否适用于物权合同(物权行为)？尽管我国台湾地区学理普遍认为，台湾地区“民法”不仅承认物权行为的独立性，还承认无

因性。但物权行为是如何成立的呢?难道准用债合同的成立规则吗?这一点在我国台湾地区“民法”上并不明确,这实际上改变了德国法的逻辑结构,从体系上解释起来很是困难。

在我国大陆民法上,只要提到“合同”,一般人都会认为仅仅是指《合同法》上的债合同,尤其是关于物权行为的独立性与无因性问题始终是学理上争论的问题。特别是,此次民法典编纂已经决定将《合同法》独立成编,那么法律行为(意思表示)与合同编、与物权合同是什么关系,就是一个重大的问题。

首先,合同是法律行为的一种,这无疑已是学界的共识。^[24]但从规范体系上说,我国法上法律行为与合同的关系却存在问题:(1)《合同法》第2条的定义就没有把合同定义为一种法律行为“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”^[25]我国未来民法典仍然将合同定义为“协议”的一种,而不是法律行为的一种。(2)既然合同是协议的一种而不是法律行为的一种,那么,法律行为的规则在多大程度和范围内适用于合同呢?我国《民法典合同编(草案)》对此并没有规定,更令人疑惑的是,其在第4条规定“本编或者其他法律没有明文规定的合同,适用本编第一章至第八章的规定,并可参照适用本编或者其他法律最相类似合同的法律规定;没有规定的,可以根据其性质参照适用本编规定。”从该条之规定看,似乎明确排斥了《民法总则》中“法律行为”规则的适用。另外,从《民法典合同编(草案)》的内容看,仅仅有两个地方与法律行为关联:(1)合同的解释准用《民法总则》第142条第1款的规则(《民法典合同编(草案)》第3条);(2)合同的无效与可撤销、效力待定部分(《民法典合同编(草案)》没有规定这一部分)。其他部分是否适用,则取决于未来的解释。

从民法典编纂的基本技术和要求看,法律行为应该是合同的“上位概念”,应该将合同、遗嘱和其他的具体法律行为的“公因式”规定出来,合同部分仅仅规定自己特有的、法律行为不能包容的规则,例如,各种具体合同类型、合同的解除、双务合同的特殊规则、给付规则及给付障碍与后果等(在民法典无债法总则的情况下)。我们不能忘记的是:意思自治是法律行为与合同的核心,而意思表示就是这种核心的具体表现。合同法中的合同无非是双方法律行为的一种,仅仅是债合意。

其次,意思表示的规则是否适用于我国未来民法典的物权编?从逻辑体系上说,既然我国民法典在总则部分规定了法律行为和意思表示,那么,作为分则的物权编当然应该适用。对此,立法机关的部分同志撰文认为,民事法律行为作为民法的一项重要法律制度,广泛应用于民法典的各个部分,在物权法领域也有一定的适用空间。^[26]尽管在我国学理上,对于我国法上是否存在物权行为具有争议(由于争议太大,在此不作详细论证),但不可否认的是,我国的物权法上(包括《民法典物权编(草案)》)是规定了物权行为(物权合同)的,例如,《物权法》第158条、第188条、第199条都规定合同生效直接产生物权——地役权、动产抵押权。^[27]因此,法律行为与意思表示在物权法上当然有适用的

[24] 王利明,同注3引书,第530页;尹田,同注3引书,第209页;朱庆育,同注3引书,第143页;刘凯湘,同注3引书,第265页;李永军,同注3引书,第170页;谭启平主编,同注3引书,第188页。

[25] 《民法典合同编(草案)》第1条仍然保持了这一定义方式。

[26] 同注2引书,第447页。

[27] 我国《物权法》第158条规定“地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的,可以向登记机构申请地役权登记;未经登记,不得对抗善意第三人。”第188条规定“以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的,抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。”第189条第1款规定“企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的,应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。”《民法典物权编(草案)》第163条及192条保留了现行《物权法》第158条及188条。

余地。由于这些合同直接产生物权变动的结果,因此,当然不属于债合同,而应当属于物权合同。

三、意思能力、行为能力与意思表示及法律行为效力的关系

行为能力究竟应该作为控制意思表示效力的因素,还是作为控制法律行为效力的因素?从严格的形式逻辑上说,一个没有行为能力的人,根本没有办法作出有效的意思表示,其意思表示从开始就是无效的,因此,法律行为当然就无效。从这一意义上说,行为能力应该从控制“意思表示”的有效无效开始。正是因为如此,尽管日本民法典对此没有明确规定,但日本的学理和判例是区分意思能力与行为能力的。对此,日本学者指出,意思能力就是指理解自己行为的法律后果的能力;而行为能力则是指单独进行确实有效的法律行为的能力。⁽²⁸⁾

无意思能力的法律效果是无效的,这种原则以“意思教条”作为构建原则,即意思能力被理解为用以推断意思存在的逻辑前提:既然法律行为是用于尊重当事人的意思、承认与意思内容相同的法律效果的制度,因此,为了能够说明法律行为已经发生,意思的存在是必要的。如果没有意思能力,本来就不能认为有意思的存在,法律行为也就当然归于无效。而且,从无效的主张来说,传统的通说认为,这种无效是绝对无效,任何人都可以主张;但现在的通说则认为,只有无意思能力人才能主张这种法律行为无效。⁽²⁹⁾日本民法上除了意思能力制度外,为什么还有行为能力制度呢?对此,日本学者指出,因为:(1)判断有无意思能力比较困难,需要对无意思能力人一方这种证明困难提供补充救济制度。对于无意思能力者来说,事后证明当时没有意思能力实际上比较困难。结果,虽然确实没有意思能力,但由于不能证明,就有可能承担不利益。于是,为了保护这种人就要求实现这样一种状态:即使不能完全证明无意思能力,但只要满足一定形式就可以受到保护;(2)保护相对人的安全需要。由于无意思能力人从外表难以判断,因而相对人有可能会蒙受不利益。为了保护相对人,就需要至少能够使他人更容易作出判断;(3)意思能力仅仅只是理解自己行为的法律后果的能力,仅仅具有这种能力是不能够满足行为人适应复杂的交易社会的,因此还需要一种没有他人保护就能够进行法律行为的能力——行为能力。⁽³⁰⁾可以说,意思能力在判断表意人能否为有效的意思表示,从而决定法律行为效力方面更加精确,但却不容易判断,因此,行为能力更加客观。但问题是:(1)如果表意人或者其他入能够判断时,如何?(2)这种意思能力能够在逻辑上支持“责任能力”,即加害人如果能够认识到自己行为会给他人造成伤害后果,就应该承担责任。

我国法上承认意思能力吗?在我国学理上,有学者反对意思能力的存在,认为意思能力是行为能力的基础,有行为能力自然有意思能力。在行为能力之外,再承认意思能力,只能给行为人以“无意思能力”而主张行为无效之权利,徒增诉讼之烦;⁽³¹⁾也有学者主张意思能力独立于行为能力而存在,认为,法律行为之效力系于行为人自由意志,而自由意志之拥有,又以独立的理性判断为前提。超出判断能力的领域,即谈不上意志自由。所以,判断能力之欠缺将影响法律行为的效力。判断能力的欠缺可能是持续性的,这将导致行为能力欠缺。⁽³²⁾由此可见,在这里意思能力与行为能力是不同的。但从我国立法来看,并没有明确区分这两个概念,但有学者主张我国司法是区分这两个概念的,认为判

(28) [日]山本敬三《民法讲义I》,解亘译,北京大学出版社2004年版,第28-30页。

(29) [日]近江幸治《民法讲义I》,渠涛等译,北京大学出版社2015年版,第33-37页;同注28引书,第28-29页。

(30) 同注28引书,第29-30页。

(31) 尹田《自然人的行为能力、意思能力、责任能力辨析》,载《河南省政法干部管理学院学报》2001年第6期,第14页。

(32) 朱庆育,同注3引书,第238页。

断能力之欠缺可能是暂时的,此等欠缺不至于导致行为人失去行为能力,仅仅影响所涉及的具体的法律行为的效力。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第 67 条就有明确的规定:“间歇性精神病人的民事行为能力,确能证明是在发病期间实施的,应当认定无效。行为人在神志不清的状态下所实施的民事行为,应当认定无效。”⁽³³⁾我同意持肯定说的学者的观点,我国的学理和司法实际上是承认“意思能力”的适用余地的,很类似日本的情况——立法未规定,但学理和判例承认。但在《民法总则》颁行后,我国法上的行为能力规范是否包含了《民通意见》第 67 条的规范意旨呢?与《民法通则》不同,《民法总则》在第 21 条和第 22 条专门增加了“不能辨认或者不能完全辨认自己行为的成年人与未成年人”之规定,《民通意见》第 67 条的情况,是否可以包含其中呢?我认为应该理解为包含其中。因为,意思能力与行为能力的一个很大的不同就是:意思能力仅仅是指行为人对自己行为的认识。而《民法总则》第 21 条与第 22 条至少是包含这种情况的。正因为如此,这里就不再讨论在我国法律规定的行为能力范畴内的意思能力,可以认为它被行为能力所包含。但在行为能力之外的“意思能力”却仍然需要讨论。

从我国《民法总则》关于行为能力的规范结构看,采取了比较客观的标准——行为能力,而没有规定意思能力。并且,将行为能力作为控制法律行为效力的要件,而没有将其作为影响意思表示效力的要件。也就是说,在我国民法上,意思能力有瑕疵的,法律行为(合同)是可以成立的,但不能生效。这样规定的好处是:对于限制行为能力人所为的按照其年龄和认识能力不能为的法律行为,为其代理人的事后追认留下了充分的余地。但是,有以下几点却值得注意:(1)没有为侵权责任法的“责任能力”留出逻辑空间,而且,侵权责任法上也没有对“识别能力”作出规定。因此,在我国民法上,责任能力与行为能力其实是不协调的;(2)善意第三人保护问题。如果一个 8 周岁以下的无行为能力人,看上去很像有限制行为能力的未成年人,其从事了与限制行为能力人的年龄和认识能力相适应的法律行为,效力如何?善意第三人是否会因善意信赖而主张行为有效?对此,德国学者指出:无行为能力及其原因无需具有可识别性,因此,他方当事人完全可能在没有任何过失的情况下信赖某行为的有效性,而该项行为实际上因行为人无行为能力而无效。我们的法律制度从来不是因为对交易能力的诚信导致交易效力而保护这种信赖,法律之所以规定无行为能力人从事的行为无效性,恰恰是为了保护无行为能力人,而这种保护应当与对方当事人的善意或者恶意无关,这也就是说,在通常情况下,每一个人都应当自行承担碰见无行为能力人并因此遭受信赖损害的风险。⁽³⁴⁾从我国《民法总则》第 144 条来看,无行为能力人实施的法律行为无效,没有为善意第三人留出保护的空间。但如果承认意思能力,情况就有可能不同:相对人可以通过证明其具有意思能力从而主张行为有效;(3)如果承认意思能力,不仅为侵权法上的“责任能力”留下了接口,而且为“缔约过失责任”留下了适用的空间。

但是,无论如何,如果从《民法总则》的规范体系来考察第 143 条规定的法律行为有效的第一个条件——行为人具有相应的行为能力,不仅是多余的,而且与其他规范冲突。我们的问题有两个:(1)不具有行为能力的人就不能实施有效的法律行为吗?当然可以。因为,根据《民法总则》第 19 条至第 22 条的规定,限制行为能力人与无行为能力人都可以通过其代理人实施法律行为。例如,一个 15 周岁的未成年人,通过其父母签订房屋买卖合同的行为无效吗?这个合同的购买方就是该未成年人,另一方为房地产开发公司。这个行为就是不具有相应行为能力的人通过代理人实施的。因此,第 143 条这一要件肯定必须限缩解释为“不具有相应行为能力人独立实施的”。(2)这一要件其实是多余

(33) 朱庆育,同注 3 引书,第 238 页。

(34) 同注 6 引书,第 417 页。

的,因为《民法总则》第144条明确规定“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。”第145条规定“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。”第19条至第22条分别规定了无行为能力人和限制行为能力人可以通过其代理人实施法律行为。因此,第143条规定这一要件实属多余。立法机关有人认为,该条的正确推论应该是:同时符合这些要件的行为有效;行为如果不是完全有效,必然有一项或者几项要件没有具备。⁽³⁵⁾ 但该逻辑至少从文义上难以自洽:如果意思表示不真实,如何?这一规定显然与可撤销的法律行为之规定相矛盾。

四、“公序良俗”与“社会公共利益”之关系如何?

《民法总则》第143条将“不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗”作为法律行为生效的要件,而第185条却规定了“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的,应当承担民事责任”。第117条规定“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序征收、征用不动产或者动产的,应当给予公平、合理的补偿。”我们的问题是“公序良俗”与“社会公共利益”、“公共利益”是什么关系?

我们不妨先来看一下《民法通则》第55条“民事法律行为应当具备下列条件:(一)行为人具有相应的民事行为能力;(二)意思表示真实;(三)不违反法律或者社会公共利益。”也就是说,《民法总则》第143条是从《民法通则》第55条演变而来的,从这可以看出,社会公共利益与公序良俗有着某种联系。但《民法总则》第185条却没有使用“公序良俗”,而是继续使用原来的“社会公共利益”。因此,我们就必须来考察一下,社会公共利益与公序良俗究竟有什么区别。

从立法机关的一些同志撰写的著作中,没有看到对这两个概念的对比,但有两点得到了肯定:(1)公序良俗是公共秩序和善良风俗;(2)社会公共利益包括民族的记忆、民族的精神和社会主义核心价值观。⁽³⁶⁾

有学者认为,第185条中所谓的“损害社会公共利益”,是指英雄烈士等对国家和社会作出了特殊贡献,其姓名、肖像、名誉、荣誉的社会价值被人们普遍肯认,从而形成了社会公共价值。若对英雄烈士等的人格予以侵害,则等于实质侵害了人民普遍认可的这类社会公共利益。⁽³⁷⁾ 那么,损害这种社会公共利益与违反公序良俗是否一致呢?

对于社会公共利益与公序良俗是否一致的问题,学者之间有不同看法。有学者认为,所谓“公序良俗”,其实就是“公共利益”的同义词。而所谓社会公共利益,是公共利益的具体体现。⁽³⁸⁾ 也有学者认为,社会公共利益不同于公序良俗,“社会公德”与“善良风俗”相当;而“公共秩序”则与“社会经济秩序”相当。虽然社会公共利益的内涵可能与公序良俗有交叉,但二者是不同的,我国立法者无意用“公序良俗”来替代“社会公共利益”,在梁慧星与王利明两位学者起草的民法典建议稿中,也保留两者并用。⁽³⁹⁾ 在此,我暂时不想就这两个概念的具体内涵和外延展开,仅仅从《民法总则》第143条和第185条的规范本身来作一个宏观判断,我认为,第143条中所谓的“公序良俗”确实应该与第185条中

(35) 同注2引书,第477页。

(36) 同注2引书,第479、622页。

(37) 中国审判理论研究会民商事专业委员会编著《民法总则条文理解与司法适用》,法律出版社2017年版,第344页。

(38) 参见王轶、关淑芳《认真对待民法总则中的公共利益》,载《中国高校社会科学》2017年第4期,第80页。

(39) 梁上上《公共利益与利益衡量》,载《政法论坛》2016年底6期,第6-7页。

的“社会公共利益”区别:第 185 条仅仅应该包括非物质性利益而不应包括物质性利益,也就是上述有学者主张的某种精神或者价值类利益,相当于我国法律上常用的“社会公德”,而不应该包括“公共秩序”,其更类似“善良风俗”。⁽⁴⁰⁾而第 143 条规定的“公序良俗”却与《民法通则》第 55 条规定的“社会公共利益”相近。

那么,第 185 条中的“社会公共利益”与第 117 条中的“公共利益”是否属于同一概念?“社会公德”应该如何安排才合理?

尽管许多学者在论述这一问题的时候引用了许多国外的资料 and 许多经典论述,⁽⁴¹⁾但是,这几个概念是非常中国化的概念,我们最好是立足中国,特别是立足民事立法来梳理它们的关系更具有现实意义。我们先来看一下中国的民事立法关于这些概念的规定。

(1) 《民法通则》中的“社会公共利益”。

我国《民法通则》第 7 条规定“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序。”第 55 条规定“民事法律行为应当具备下列条件:……(三)不违反法律或者社会公共利益。”《民法通则》第 58 条明确规定了违反社会公共利益的民事行为无效。第 150 条规定“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的,不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”

(2) 《合同法》中的“社会公共利益”。

《合同法》第 7 条规定“当事人订立、履行合同,应当遵守法律、行政法规,尊重社会公德,不得扰乱社会经济秩序,损害社会公共利益。”第 52 条规定“有下列情形之一的,合同无效:……(四)损害社会公共利益。”该规定和《民法通则》第 58 条的立法精神相同。

(3) 《物权法》中的“社会公共利益”。

《物权法》第 7 条规定“物权的取得和行使,应当遵守法律,尊重社会公德,不得损害公共利益和他人合法权益。”第 42 条规定“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”这里显然已经不用“社会公共利益”,而使用“公共利益”了。

(4) 《民法总则》中的相关概念。

《民法总则》第 117 条规定“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序征收、征用不动产或者动产的,应当给予公平、合理的补偿。”第 185 条规定“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害社会公共利益的,应当承担民事责任。”

我们来看一看,这些民事法律法规中的“社会公共利益”、“社会利益”、“社会公德”究竟是指什么?能否用一个统一的概念替代之?

上面所列出的我国对于“社会公共利益”、“社会利益”的使用是很不规范和不统一的。首先,《民法通则》中有四处提到了“社会公共利益”,但用法和含义就不一致:第 7 条将“尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序”并列,说明“社会公德”与“国家经济计划、社会经济秩序”是不包含在“社会公共利益”含义里面的,第 7 条的“社会公共利益”其实就等于《物权法》第 42 条和《民法总则》第 117 条的“公共利益”。如果联系《民法总则》第 143 条来看,“社会公德”基本上用“善良风俗”替代,“国家经济计划、社会经济秩序”基本上可以用“公共秩序”替代。但“公共

(40) 关于什么是“公共秩序”以及其与“善良风俗”的关系问题,各国立法不同,理论上也存在争议。我在此不想展开具体讨论。详见李永军《民法总则》,中国法制出版社 2018 年版,第 676-680 页。

(41) 参见颜运秋《论法律中的公共利益》,载《政法论丛》2004 年第 5 期,第 76-79 页;同注 38 引文,第 77-83 页。

利益”在我国目前应该无法替代。另外,《民法通则》第55、58、150条中的“社会公共利益”恐怕就完全不同于第7条的含义,应该包括社会公德、公共利益和国家经济计划、社会经济秩序。也就是说,包括公序良俗和公共利益。

《合同法》中关于“社会公共利益”的用法与《民法通则》一样,是不一致的。实际上也包括公序良俗和公共利益。

《物权法》第7条和第42条使用的是“公共利益”,而不是“社会公共利益”,而且第7条又把“社会公德”与“法律”、“公共利益”并列,说明这里的“公共利益”与“社会公共利益”是不同的。因为“社会公共利益”应当包括社会公德这样的伦理方面的内涵,如果在征收中用这种标准显然是错误的。因此,用公共利益是正确的。因此,“公共利益”在我国法上,因存在征收这种特殊的制度,故具有不可替代性。

《民法总则》第143条中仅仅有“公序良俗”而没有“公共利益”显然是有漏洞的。如上面所说,公序良俗不能包含“公共利益”这一含义。而《民法总则》第185条中适用的“社会公共利益”,基本上可以认为是“社会公德”这种伦理性的东西,至少可以准确地说,违背的不是物质性利益。因此,可以用“善良风俗”替代。

因此,我国民法上的这些概念可以统一起来:用“公序良俗”即公共秩序和善良风俗来替代“社会公德和社会经济秩序、金融秩序”等,“公共利益”继续保留,可以用“公共利益、公序良俗”作为限制意思自治和行为自由的工具,例如,在法律行为的效力、合同的效力、权利的行使等方面,“公共利益、公序良俗”都是限制条件,但在涉及征收时必须用“公共利益”作为其条件。这样,《民法总则》第143条应该理解为:不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗和公共利益。第185条应该解读为:侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉,损害公序良俗的,应当承担民事责任。⁽⁴²⁾

至于说公共利益和国家利益的关系问题,许多学者主张区分。⁽⁴³⁾有学者认为,国家利益包含在公共利益中。⁽⁴⁴⁾对此,我们不能仅仅从理论上来看这一问题,这是一个十分本土化的东西,我们来看看国务院的征收条例是如何界定公共利益的?是否包括国家利益?《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条规定:“为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要,有下列情形之一,确需征收房屋的,由市、县级人民政府作出房屋征收决定:(一)国防和外交的需要;(二)由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要;(三)由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要;(四)由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要;(五)由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要;(六)法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。”由此可见,在我国,公共利益与国家利益是包含关系。

总之,在我国现在的民法上,“社会公共利益”实际上是包含公序良俗和公共利益的,但在不同场合使用上又不相同。应该用“公序良俗”和“公共利益”替代“社会公共利益”这一概念。

(42) 当然,对于该条,我本人始终难以从民法的基本原理解清楚:侵犯社会公共利益(公序良俗),应该向谁承担民事责任?谁是“社会公共利益”的“权利人或者利益人”?如果其后代或者其他近亲属请求承担民事责任,必须证明自己的利益遭受损害而不是证明社会公共利益受到侵害,社会公共利益受到侵害与亲属有什么关系?

(43) 同注38引文,第83页。

(44) 冉克平《论“公共利益”的概念及其在民法上的价值——兼评〈合同法〉第52条之规定》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2009年第3期,第337页。

五、结论

我国《民法总则》虽然已经颁行,但作为未来民法典的首编,其关于法律行为的规范体系与整个民法典体系并不协调,尤其是并没有完全反映我国既有的研究成果和共识,《民法总则》第 143 条其实就是一个反映体系缺失的集中点。意思表示与法律行为、合同的关系,在合同已经独立成编的情况下,需要重新整合。“总则”中既然已经规定了行为能力,就应该为意思能力留出空间,从而为“责任能力”和缔约过失的适用留出余地;在民法典编纂的过程中,要统一“公序良俗”、“公共利益”和“社会公共利益”的用语,以便于规范的适用。我国民事立法从单行法走向民法典,就是从“游击队”变为“正规军”,必须“统一番号”、“统一着装”、“统一指挥”,不能再带着“游击”的习惯对待“正规”作战,但已经通过的《民法总则》并没有给我们这种信心。

Comment on the Deficiency of China's Legal Behavior Standard System from Article 143 of the General Principles of Civil Law

Li Yongjun

Abstract: The purpose of this paper is to evaluate the legal behavior standard system in China from the article 143 of General principles of Civil Law. Except “The behavior has a corresponding capacity” as a factor controlling the force of legal behavior in our country's law. Should “Capacity for meaning” be separated from “Capacity for conduct” as an element of controlling the effectiveness of the legal behavior and makes the legal behavior invalidate? For example, if a minor of 7 years of age can be proved to have judgment ability, not only can the law set aside an interface for the “liability capacity” in tort law, but also leave the applicable space for the protection of bona fide third parties and for the liability for contracting fault; As the control element of legal act, “intention expressed is genuine” is contradictory to the overall legal norms of conduct. Judging from other norms, The “declaration of will” and legal behavior has systemic problems in General Principles of Civil Law reflected in the connotation and extension, rules of interpretation, contracts, etc. In General Principles of Civil Law, the lawgiver applies the “public order and good customs” in this article, however, it has confusing relationship with the “social public interests” and “public interests”, for example, Article 143 applies the “public order and good customs”, Article 185 applies to “social public interests”, and Article 117 goes with “public interests”. After analysis, I believe that the concept of “public order and good customs” and “public interest” should be used instead of “social public interests”. In the system of expropriation, the “public interest” criterion can only be used. But in terms of restricting behavior freedom, such as the null and void of the legal behavior, “public order and good customs” and “public interest” are more appropriate.

Keywords: capacity of will; capacity for conduct; declaration of will; legal behavior; social public interest; public order and good customs

(责任编辑: 幸颜静)