

· 比较法学研究 ·

准法律行为的无效和撤销

——以德国债权让与通知瑕疵为考察对象

冯洁语

(南京大学 法学院, 南京 210093)

摘要: 债权让与通知是典型的准法律行为, 对于准法律行为的法律适用, 学说一般认为得类推适用法律行为的规则, 但是, 在何种程度上得以类推却语焉不详。准法律行为概念源自德国法, 德国法同样面临法律行为的规则是否得类推适用于准法律行为的问题。德国民法目前的通说认可了在债权让与通知瑕疵时, 得类推意思表示瑕疵的规则, 形成了法律性质进路与信赖责任进路两种论证模式。随着信赖责任、信赖保护理论的发展, 准法律行为的概念与存在意义日渐稀薄, 在我国《合同法》第 80 条债权让与通知的解释中同样没有必要恪守准法律行为的概念, 而应该采信信赖责任的解释进路。

关键词: 准法律行为; 信赖保护; 债权让与通知; 意思表示瑕疵

基金项目: 中国博士后科学基金资助项目(2017M610314); 德国洪堡基金会研究计划(1194344)

一、问题的提出

《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第六章规定了“民事法律行为”, 对法律行为的形式、作为法律行为核心的意思表示的形式、法律行为的效力等问题作了详细的规定。与之相对应, 我国民法学界长期以来对法律行为的体系化也多有关注。与法律行为立法和研究的热烈展开不同, 不论是立法层面还是研究领域, 对于另一种法律上的行为——准法律行为的关注却极少。在立法上, 《民法总则》并未提及准法律行为, 似乎放弃了对准法律行为进行体系化的尝试。

我国传统学说认为, 准法律行为是基于法律规定而发生效力的行为, 分为意思通知、观念通知与情感通知。^① 由于性质上与法律行为接近, 因此在法律适用方面, 原则上得类推适用法律行为的规定, 具体类推的范围, 则需根据行为性质确定。^② 在此基础上, 新近学说又试图对准法律行为进行再体系化与分解, 以更明确法律行为的规范在何种程度上可以类推适用于准法律行为。首先, 情感通知由于高度的人身性, 无法类推适用行为能力等规范, 并不侧重通知, 而侧重于行为本身, 不宜列为准法律行为^③; 其次, 意思通知与意思表示近似性更强, 原则上均可类推适用法律行为的规范^④; 最后, 观念通知中根据观念通知认知的对象进一步区分, 如果法律侧重于通知的外

① 参见魏振瀛主编《民法》北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2000年, 第135页。

② 参见王泽鉴《民法总则》北京: 中国政法大学出版社, 2001年, 第257-258页。

③ 参见朱庆育《民法总论》北京: 北京大学出版社, 2013年, 第82页。

④ 参见常鹏翱《对准法律行为的体系化解读》, 《环球法律评论》2014年第2期。常鹏翱教授一方面认为无法作出观念通知是否得原则上类推的判断, 另一方面并未放弃体系化的尝试。

部事实则不得类推 相反 如果法律侧重表示行为 则可类推适用法律行为的规范。^① 在这个意义上 我国传统学说意义上三分的准法律行为被重新体系化为两分的准法律行为 即意思通知与观念通知;而在观念通知中,又分为侧重事实与侧重表示两种。并且新近学说倾向于保留准法律行为的概念 理由有二:其一 意思表示与意思通知、观念通知在概念上仍有区分;其二 准法律行为能否类推法律行为仍需个别判断。^②

不论是立法放弃准法律行为体系化的态度 还是学界再体系化构造的努力 均不否认对于准法律行为的适用应当予以个别判断。而在此结论下 对于准法律行为的研究仍然停留于概念表面 未深入探讨某个具体准法律行为的法律适用问题 是否保留准法律行为概念的结论也未能全局考虑法律体系中行为概念的理解。在具体准法律行为的法律适用中 观念通知最为特殊 处于法律行为与事实行为的中间地带 也是理论争议的焦点。因此 本文拟对传统民法公认的观念通知的一种——债权让与通知的法律适用为出发点 以期勾勒出准法律行为的全貌 并反思准法律行为的价值。

二、德国法上准法律行为的概念内涵与债权让与通知的定位

准法律行为一词 是日本学者鸠山秀夫对德语 *Rechtsgeschäftsähnliche Handlung* 的翻译^③ 我国民法学说从之 故对于准法律行为的研究无法脱离德国民法学说。

(一) 准法律行为的概念界定

准法律行为理论起始于 Zitelmann、Eltzbacher 区分意思表示与法律上的行为 形成了准法律行为体系化的基础 而此种体系化的巅峰是 Manigk 衰落于 Klein。^④ 当下德国法的判例、学说倾向于放弃准法律行为的体系化 认为准法律行为中需要考虑个别的利益平衡 类推是否能获得相当的结论。^⑤ 在法律概念的构建中 准法律行为概念不过是事实行为与法律行为的中间地带 准法律行为是表示行为 通过其表示了法律上重要的、但并不指向法律效果的意思 其法律效果由法律赋予所涉法律上的行为。^⑥ 由此可知 界定准法律行为的关键点有二:其一 准法律行为存在表示行为 以此区分准法律行为和事实行为^⑦ 对此并无太大疑问;其二 准法律行为欠缺法律效果意思 (*Rechtsfolgewille*)^⑧ 以此区分准法律行为和法律行为 但对于何谓法律效果意思却存在不同的理解。

尽管法律效果意思被称为是意思表示概念的本质^⑨ 但其指代不明。我国有学者倾向于认为法律效果意思等同于意思表示中内心效果意思 (*Geschäftswille*)^⑩ 德国多数学者如 von Tuhr、

① 参见常鹏翱《对准法律行为的体系化解读》。

② 参见常鹏翱《对准法律行为的体系化解读》;朱庆育《民法总论》第85页。

③ 参见鸠山秀夫《法律行為乃至時効》东京:巖松堂書店,1915年,第45页;熊谷芝青:《ドイツ民法における『準法律行為』の無効・取消》椿寿夫主编《法律行為無効の研究》,东京:日本评论社,2001年,第564页。

④ 参见熊谷芝青:《ドイツ民法における準法律行為について》高知短期大学社会科学論集1998年第74号,第25-26页。

⑤ 学说如 Brox/Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, 32. Aufl., Köln München: Carl Heymanns Verlag, 2008, S. 46; 判例参见 Ulrici, "Geschäftsähnliche Handlungen," *NJW* 2003, 2053 Fn. 12.

⑥ 参见 R. Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr, 2006, S. 159.

⑦ 参见 Wolf/Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl., München: C.H.Beck, 2012, S. 313.

⑧ 参见 R. Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 4. Aufl., Tübingen: Mohr, 2016, S.166; Hein Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 2. Aufl., Berlin, New York: De Gruyter, 1996, S. 268.

⑨ 参见 HKK/Schermaier, § § 116-124, Rn. 1.

⑩ 例如纪海龙《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;张金海《意思表示的主观要素研究》,《中国法学》2007年第1期;杨代雄《意思表示中的意思与意义》,《中外法学》2017年第1期。

拉伦茨与沃尔夫等同样在这个意义上使用法律效果意思一词。相反,也有观点认为,法律效果意思对应的是意思表示中内心的表示意识(Erklärungsbewusst) 和法律拘束意思(Rechtsbindungswille)。^① 对于后一种观点,诺伊尔批评认为将表示意识等同于法律效果意思,则对表示意识限制过窄,如果某人向第三人显露出法律拘束意思,即便他主观上根本不想受拘束,他也已经参加到法律交往中。^②

当然,随着效果意思与表示意识均被排除出意思表示的构成要件后,二者的欠缺导致的法律效果近似,均是导致表意人的撤销权。意思表示本身根据被表示的法律效果意思发生效力,在这意义上,上述争论本身价值不大。值得关注的是,拉伦茨正确地提出了“效力理论”,表示行为不仅是对意思的公开,同时也是意思实现,使得法律效果意思得以实现。^③ 而意思表示根据在表示中被实体化了的意思生效,对于此种表示中意思的认定,需根据受领人角度视之。^④

如果基于效力理论,区分法律行为与准法律行为的关键点在于表示行为。在准法律行为中,尽管存在表示行为,但是其效力发生并非源自于表示中所内含的法律效果意思,而是法律的直接规定。换言之,在准法律行为中,表意人的内心意思可能与法律行为中并无二致。这一点在意思通知中尤其明显,典型的意思通知如迟延中的催告,债权人尽管存在内心意思,也有表示行为,例如催款函等。但是催款函中表达法律效果意思却并不产生债务人陷于给付迟延的效果,其源自于法律的规定。

尽管借助拉伦茨的效力理论,在一定程度上维持了法律行为和准法律行为的区分,但是由于效力理论本质上并未脱离表示主义,这就意味着意思表示中的内心意思可有可无。尽管目前德国民法学说仍然坚持法律行为与准法律行为的区分,但是,在意思表示日渐客观化的状态下,二者的界限有进一步模糊的危险。

(二) 通知的法律效果与定位

德国法认为债权让与通知是典型的观念通知,是准法律行为。^⑤ 《德国民法典》第 409 条第 1 款第 1 句规定了通知对债务人的保护效力,即使所通知债权让与无效,债务人仍得基于通知向债权受让人为给付。第 1 款第 2 句规定了通知与债务人交付证书效力相同。由此可知,德国法上通知并不移转债权,也不是债权让与的生效要件^⑥,其仅决定了债务人的主观状态。在通知达到后,债务人知晓债权让与,因此,向原债权人作为给付不发生清偿的效力,在这个意义上,通知起到了保障受让人债权的功能。^⑦ 而通知本身也是对债务人的保护,一方面,在收到通知前,债务人得拒绝向债权受让人给付;另一方面,根据第 409 条第 1 款第 1 句,债务人得信赖通知的内容,而向债权受让人为给付。

因此,尽管债权出让人为通知时,是为了告知债务人债权人变更的事实,但产生的效果却是法定的信赖责任。这就意味着通知的法律效果与通知人内心意思无关,是法定效果,通知是典型的准法律行为。

① 参见 S. Lorenz, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, München: C.H.Beck, 1997, S. 216.

② 参见耶尔格·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。

③ 参见 Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: C.H.Beck, 2006, S. 443.

④ 参见 Larenz/Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, S. 443.

⑤ 参见 Enneccerus/Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen: Mohr, 1958, S. 326.

⑥ 参见 MüKoBGB/Roth/Kieninger, 2016, BGB § 409 Rn. 8.

⑦ 从德国债权让与理论的发展史来看,通知的功能逐渐从债权让与的生效要件向保障债权的要件过渡(参见 Klaus Luig, *Zur Geschichte der Zessionlehre*, Köln Graz: Boehlau, 1996, S. 124)。

三、德国法上债权让与通知的瑕疵

既然债权让与通知是准法律行为,那么,《德国民法典》第114条以下对法律行为的规定无法直接适用于债权让与通知,需要考虑的是,法律行为的规范在何种程度上得类推适用于债权让与通知。但是,由于对债权让与通知的效力法律未作规定,第409条第2款仅规定了通知的撤回,且此种撤回不具溯及力。由此,在类推适用法律行为规则中,理论关注的焦点在于意思表示瑕疵的规则是否得类推适用于债权让与通知,尤其是意思表示因错误而可撤销是否得适用于准法律行为。这一问题包含两个方面:其一,是否可以类推撤销的规则;其二,撤销后是否具有溯及力。对此形成了否定类推与肯定类推两种观点。

(一) 否定类推的理论构成

Manigk 是反对在债权让与通知问题中类推法律行为的无效或可撤销的代表人物。^① 首先,Manigk 不否认意思表示的到达、解释得类推适用于准法律行为,但此中理由不是因为所谓的准法律行为中“准”的性质,而是在意思表示中被重新发现的性质,通知引发了相对人的信赖。^②

其次,Manigk 认为行为能力的规则能否类推适用于准法律行为不能一概而论,这并不取决准法律行为的概念本身,而取决于产生通知等准法律行为的主法律关系的性质。在债权让与中,由于主法律关系的性质是法律行为,故而债权让与通知同样适用行为能力的规则。^③

再次,在关键性的通知存在错误的情况中,Manigk 否认了类推的可能性,但其论证存在一定的转变。在1907年的专著中,Manigk 提出,由于有无意思对于准法律行为并不重要,因此,通知错误均为动机错误。^④ 而在1939年的专著中,Manigk 进一步强调了由于《德国民法典》第409条为了受领人利益,提高了通知人的归责,此种不正确性难以撤销,而只能通过《德国民法典》第409条第2款进行撤回。^⑤

最后,在通知故意不一致情况下,例如真意保留、通谋虚伪等情况下,Manigk 认为在债权让与通知中,完全不可能适用法律行为无效的规则。因为作为观念通知的债权让与通知,通知的对象是当下或过去经验之事实,无真意保留或通谋虚伪的可能。^⑥

尽管Manigk 主张不得类推的理由主要基于准法律行为的法律性质,但在概念逻辑背后,隐藏着Manigk 对法律上行为构建的价值判断。^⑦ Manigk 认为区分法律行为与其他法律上的行为的关键在于私法自治,在其看来法律行为是实现私法自治的工具。而法律行为的撤销是所谓私法自治的形成行为(*privatautonomer Gestaltungsakt*),目的在于废除基于指向法律效果的表示而产生的效果。^⑧ 在这个意义上,准法律行为自然无撤销的可能。

① Manigk 原则上否定在准法律行为中类推适用法律行为的规则(参见 Manigk, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin: De Gruyter, 1939, S. 514)。

② 参见 Manigk, *Das rechtswirksame Verhalten*, S. 519f.

③ 参见 Manigk, *Das rechtswirksame Verhalten*, S. 527.

④ 参见 Manigk, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlin: Franz Wahlen, 1907, S. 712f(当然,Manigk 也提到了《德国民法典》第409条对受通知人的保护)。

⑤ 参见 Manigk, *Das rechtswirksame Verhalten*, S. 521.

⑥ 参见 Manigk, *Das rechtswirksame Verhalten*, S. 546, 511.

⑦ 熊谷芝青在其论文中,认为 Manigk 从法律性质的角度论证了不得类推,继而将此论证同样归为法律性质的构成(参见熊谷芝青:《ドイツ民法における準法律行為について》)。在1939年的专著中,Manigk 明显试图避免落入概念法学的批评中,更为强调利益衡量与相应规范的保护目的。例如,在该著作的第517页,Manigk 将其理论和把所有的通知都归为意思表示的概念法学相区分(参见 Manigk, *Das rechtswirksame Verhalten*, S. 517)。

⑧ 参见 Manigk, *Das rechtswirksame Verhalten*, S. 524.

(二) 肯定类推的理论构成

德国民法目前的通说肯定准法律行为(至少债权让与通知)得类推法律行为的规则无效或可撤销。^①但在债权让与通知中,《德国民法典》第409条第1款规定在通知对象(债权让与)不存在或无效情况下通知仍然有效,第2款规定通知的撤回不具溯及力。Manigk正是基于这一点否定了通知得类推法律行为无效或可撤销的规则。德国民法学说与判例为了实现通知中对法律行为规则的类推,回避《德国民法典》第409条的效力,形成了法律性质进路与信赖责任进路两种理论构成。

1. 法律性质进路

此种进路侧重于准法律行为中“准”的性质,认为准法律行为在改变法律状态方面具有和法律行为近似的效力。^②尽管在准法律行为中,意思是否存在并非必要,但通常存在引发相应法律效果的意思,由于此种相符合的法律性质,得以广泛类推法律行为的规则。^③

德国联邦最高法院在1992年的判例中,引用了《帕兰特民法典评注》的理由,认为由于债权让与通知为准法律行为,得因类推行为能力等制度而无效,此种做法并不违反第409条的保护目的。^④《帕兰特民法典评注》第409条则仅提及了通知的准法律行为的定性。^⑤而债权让与通知是否得撤销则相对复杂。在债权让与通知中,即使强调债权让与通知与法律行为在性质上近似,但也无法否定《德国民法典》第409条对债务人的保护,因此,通知客观上不正确不构成可撤销的错误,相反,这正如Manigk所说,仅为动机错误。^⑥为了维持对债务人的保护,德国联邦最高法院在1958年的判决中提到,《德国民法典》第409条保护的时间点限于债务人知晓通知撤销事由之前。^⑦由此,一方面明确了德国联邦法院认可了债权让与通知得类推《德国民法典》第116条以下的规则予以撤销;另一方面,又相对地限制了撤销的溯及力,以维持第409条的效力。

学说对于撤销是否具有溯及力观点同样反复,拉伦茨在经典教材《债法教科书(第一卷)》1964年版中否定了债权让与通知的撤销具有溯及力。^⑧在这个意义上,是否类推适用法律行为的规则意义不大。但是,在该书1987年版中,拉伦茨认可了通知撤销的溯及力,换言之,完全肯定了对通知得类推法律行为的规则,而其引用的理由指向了卡纳里斯提出的信赖责任。^⑨

2. 信赖责任进路

由于通说认为,债权让与通知的效力是产生对债务人的信赖保护,卡纳里斯进而提出了基于信赖责任的解释进路,其核心观点是在信赖责任中,善意第三人的地位固然不应劣于相应法律行为中的第三人地位,但也不应优于该第三人的地位。^⑩卡纳里斯批评认为基于准法律行为与法律行为不同性质而得出不得类推适用的观点是“坏的概念法学”,例如,如果认为交付证书的行为是事实行为,就断定其没有无效或可撤销的问题。^⑪根据行为性质仅能得出能不能直接适用法

① 参见 Staudinger /Reinhard Singer ,(2011) BGB § 119 ,Rn. 106; MiKoBGB /Armbrüster ,7. Aufl. 2015 ,BGB vor § 116 ,Rn. 18.

② 参见 von Tuhr ,Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts ,Berlin: Duncker&Humblot ,1914 ,S. 118.

③ 参见 Enneccerus/Lehmann ,Recht der Schuldverhältnisse ,S.1268.

④ 参见 BGHZ 121 ,98 ,105.

⑤ 参见 Palandt /Grüneberg , § 409 ,2014 ,Rn. 3.

⑥ 参见 Staudinger /Reinhard Singer ,(2011) BGB § 119 ,Rn. 106.

⑦ 参见 BGHZ 29 ,76 ,82.

⑧ 参见 Karl Larenz ,Schuldrecht I ,7. Aufl. ,München: C.H.Beck ,1964 ,S. 353.

⑨ 参见 Karl Larenz ,Schuldrecht I ,14. Aufl. ,München: C.H.Beck ,1987 ,S. 592.

⑩ 参见 Canaris ,Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht ,München: C.H.Beck ,1981 ,S. 455.

⑪ 参见 Canaris ,Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht ,S. 453.

律行为规则的结论,而不能得出能否类推适用。^①

《德国民法典》第 409 条规定的是在债权让与无效或不发生情况下,通知产生的信赖责任,对此是否得撤销,应当与债权让与有效情况下,通知是否撤销作相同处理。但是,对此德国民法学说着墨不多,究其原因,大概是因为真实通知而被撤销的情况较为罕见,《德国民法典》也并未正面规定债权让与通知的效力,因此,直接从信赖责任的理论构成同样无法得出能否以及在何种程度上类推适用意思表示错误的规则。在债权让与通知中,对于《德国民法典》第 409 条第 1 款第 1 句的通知和同款第 2 句的交付证书应当进行整体把握。交付证书产生信赖责任不仅存在于债权让与中,而且在代理中也同样存在。《德国民法典》第 171 条、第 172 条在代理中同样规定了交付授权证书,产生表见责任。因此,对于通知能否因意思表示而撤销可以与《德国民法典》第 171 条、第 172 条做比较。^②

在这个意义上,考虑《德国民法典》第 171 条、第 172 条的可撤销性问题。早期德国法否认表见代理权的撤销,理由是权利不过是表见,故而无法适用意思表示瑕疵时的撤销规则。^③而新近观点深受卡纳里斯信赖责任的影响,倾向于肯定表见代理权的撤销。尽管第 171 条、第 172 条中的授权效果是产生表见代理权,而此种表见代理权能否撤销,在解释上同真实代理权的撤销,在两种情况下,相对人的地位应当是相同的。^④在这个意义上,《德国民法典》第 171 条第 2 款、第 172 条第 2 款,均仅仅是对撤销的限制,而并没有完全排除撤销的可能性。

与之相对应,此种相同地位的主张,也仅仅解决了撤销可能性的问题,具体何种情况下外观存续可以被撤销仍有待确定。《德国民法典》第 119 条以下规定的可撤销的意思表示瑕疵包含意思表示错误和意思表示不自由两种。在意思表示错误中,由于立法明确规定了信赖责任的产生,故而无法撤销,否定类推的观点主张此种情况构成动机错误不失正确。^⑤在表见代理权的撤销中,主要适用《德国民法典》第 119 条第 1 款中的表示错误和第 2 款的性质错误。而在意思表示不自由中,涉及的是第三人欺诈与胁迫的问题,否则的话,无法构成信赖的基础。^⑥换言之,应当适用《德国民法典》第 123 条。

上述考量同样适用于债权让与中通知的撤销。一方面,《德国民法典》第 409 条第 2 款的意义在于保护债务人的抗辩权^⑦,这意味着,第 409 条第 2 款是对信赖责任的强化,据此,不能认为通知不得撤销。另一方面,在类推意思表示瑕疵的规则时,应当对第 409 条第 1 款的通知和交付证书做统一解释。这意味着在意思表示不自由的情况下,仅得类推适用《德国民法典》第 123 条第 2 款对第三人欺诈的规定,以避免出现评价矛盾。^⑧

四、准法律行为的消解? ——对德国法上准法律行为概念的反思

德国法对准法律行为的认识,是从概念法学到评价法学的发展过程。准法律行为的体系化努力,试图形成法律行为、准法律行为、事实行为的类型序列。在法律适用中,传统见解针对准法

① 参见 Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, S. 454.

② 参见 Dörmer, *Dynamische Relativität*, München: C. H. Beck, 1985, S. 286.

③ 目前仍持否定撤销观点的,例如 Jauernig/Mansel, 16. Aufl. 2015, BGB § 167 Rn. 9.

④ 参见 MüKoBGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, BGB § 167 Rn. 146.

⑤ 参见 MüKoBGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, BGB § 167 Rn. 147.

⑥ 参见 Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, S. 456 Fn. 14a.

⑦ 参见 Nörr/Scheyhing/Pöggeler, *Sukzession*, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, S. 95.

⑧ 参见 Dörmer, *Dynamische Relativität*, S. 286.

律行为更偏向于法律行为还是事实行为,确定能否类推适用行为能力、意思表示瑕疵等规则。而在信赖责任理论兴起之后,此种方法被批评为概念法学,学说逐渐形成了以相对人地位相同为判断标准的观点,所形成的通说也倾向于广泛认可在准法律行为中类推法律行为的无效和可撤销规则。^①通过信赖责任理论的引入,学说回避了准法律行为的法律效果是由法律规定的,故而不得变更的理论困境。

但是,由此也带来了准法律行为概念是否有存在必要的质疑。此种质疑源自于两方面:一方面,准法律行为乃至法律行为概念本身存在不确定性^②,这是对准法律行为概念的消解;另一方面,即使概念本身不存在疑问,但是由于目前的通说认为准法律行为中法律适用问题与法律行为中的法律适用并无二致,那么准法律行为的存在意义不明,这是对准法律行为意义的消解。

(一) 准法律行为概念的消解——内心意思为何物

德国民法通说认为法律效果意思是指内心效果意思,并且以此区分法律行为与准法律行为^③,并明确将意思表示定义为“对法律效果意思的表达”^④。如果真的以效果意思为区分法律行为与准法律行为的关键,那么效果意思应当是不可或缺的。但是,随着德国民法学说对意思表示中内心意思的进一步研究,此种界限不再明确。

尽管有批评认为,将效果意思或表示意识排除出意思表示构成要件的做法是对“病态”的意思表示的研究,无瑕疵状态下的意思表示仍应当包含行为意思、表示意识与效果意思。^⑤但是,不论内心效果意思也好,还是表示意识也好,德国法学说的倾向是将其排除出意思表示的构成要件。欠缺效果意思或表示意识导致的法律效果均不是意思表示不成立,而是意思表示根据《德国民法典》第119条可撤销。但是,在撤销权的除斥期间经过以后,该瑕疵意思表示即确定生效,而效力的正当化来源实难谓内心意思。在此种背景下,准法律行为与法律行为概念的界限趋于模糊。一方面,从内心意思出发,任何被称为是意思表示的行为,无须以表示意识为前提^⑥,也无须以效果意思为前提。那么,很难想象法律行为与准法律行为的区别是某种既不存在于法律行为,也不存在于准法律行为中的意思。另一方面,从表示行为出发,如果根据拉伦茨提出的效力理论,则表示行为本身具有一定的意义,并且在解释中,表示体现的意义具有优先性。不论是准法律行为还是法律行为中均有表示行为存在,也均以该表示的内容为优先,换言之,二者的表示行为中均可能包含客观化的效果意思。准法律行为与法律行为的区别,也可以解释为,准法律行为的表示行为中所包含的是法律交易中典型的效果意思。

(二) 准法律行为意义的消解——信赖责任的扩张

意思表示中内心意思的消解,也意味着自萨维尼以来,意思理论与信赖责任之争,学说越来

① 本文以债权让与通知为分析对象,同时也分析了代理权授予通知的撤销问题,据此形成了该结论。除债权让与通知、代理权授予通知外,另一种重要的观念通知为作为时效中断事由的债务人承认。在债务人承认中,德国民法早期通说否定对意思表示错误的类推,而新近学说则基于信赖责任,更倾向类推适用意思表示撤销的规则[参见 *MiKoBGB /Grothe*, 7. Aufl. 2015, *BGB* § 212 Rn. 12; *Staudinger /Peters/Jacoby* (2014), § 212, Rn. 9]。在这个意义上,可以说德国民法学说已经形成了对准法律行为得类推适用法律行为规则的通说。而十多年前,熊谷芝青对于德国法上准法律行为的无效与撤销的研究结论,仍然是德国法上尚未形成类推适用的通说(参见熊谷芝青:《ドイツ民法における『準法律行為』の無効・取消》,第573、574页)。

② 参见池田真朗《『準法律行為』》,《法学教室》1997年第197号。

③ 我国学者也多持此说,例如常鹏翱教授即认为准法律行为中的意思欠缺内心效果意思(参见常鹏翱《对准法律行为的体系化解读》)。

④ 参见 R. Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, S.221.

⑤ 参见 *Jauernig /Mansel*, 16. Aufl. 2015, *BGB Vor* § 166 Rn. 3.

⑥ 参见 *HKK /Schermaier*, § § 116-124, Rn. 11.

越倾向信赖保护。而信赖责任的思想也影响到了《德国民法典》第 119 条的适用。在意思表示中,此种影响体现为所谓的错误撤销的“一元论”与“二元论”之争;而在准法律行为的法律适用中,则体现为法律行为规则的广泛类推适用。

如果说法律性质的论证进路区分了法律行为与准法律行为两种概念,在法律适用上也根据概念的不同,考察是否类推,那么,在这个论证进路下,维持准法律行为概念有其意义。如果一个行为被认定为准法律行为,则无法直接适用法律行为的规则,需要先考虑类推适用的问题。但是,如果意思表示错误采用一元论的构造,动机错误同样存在撤销可能性,因此,在适用撤销的规则时,需要判断意思表示的错误对于相对人而言,同样需要进行重要性认识和可能性检验等步骤。而在准法律行为中,是否可以存在撤销可能性同样适用相同的标准,在同地位说的理论下,区分准法律行为与法律行为并无实际意义。

此外,Manigk 提出的法律行为与准法律行为的区分实质在于私法自治的观点并不正确。私法自治并不在法律行为的概念中,而在于每个主体可以自由形成法律关系,在这个意义上,不论是法律行为还是准法律行为均体现了私法自治。^①

(三) 准法律行为的名与实

上述对于准法律行为的概念和意义的质疑,动摇了法律行为与准法律行为的构建。事实上,在《欧洲合同法原则》中,立法者同样舍弃了法律行为与准法律行为的严格区分。例如,其第 1:103 条第 6 款将允诺、表述、要约、承诺、要求、请求等均规定为所谓的“通知”,其中既包括德国法意义上典型的法律行为,也包括了请求等准法律行为。换言之,通过“通知”这一名词涵盖了法律行为与准法律行为,并且适用统一的生效规则与解释规则。

当然,放弃掉准法律行为这一名词,使用“通知”作为上位概念也并未解决法律适用的实质问题。《欧洲合同法原则》仅仅规定了合同订立中可能出现的无效和可撤销。这就意味着诸如德国法中的催告、债权让与通知等准法律行为的效力问题未作明确规定。那么,假如债权让与通知发生类似于合同订立中的效力瑕疵情形又应当如何处理呢?由于欠缺规定,可能的处理路径仅有类推或者不处理两种方式,并无可能直接适用。这就意味着,尽管《欧洲合同法原则》尝试放弃法律行为概念,试图在生效规则、解释规则上统一解释通知(表示行为)。但是,在效力瑕疵方面,仍不可避免地走向了是否类推的适用模式,在这意义上,《欧洲合同法原则》的再构建体系只完成了一半。

基于对准法律行为概念与意思的反思,本文以为,准法律行为之名可废,准法律行为之实更可废。在立法中,不应过度区分法律行为与准法律行为,而应当设置统一的无效或撤销的规则。

五、解释论的回归——我国《合同法》第 80 条通知的无效和可撤销

基于上述分析可知,准法律行为独立存在的意义已经被消解了,在法律适用上,更应该侧重于特定行为产生何种效力,而该行为能否适用我国《民法总则》第 146 条以下的无效和可撤销规则,取决于该效力的范围和第三人的地位。我国《合同法》第 80 条同样规定了通知,与《德国民法典》规定相同之处在于均未明确规定通知的无效和可撤销问题,仅规定债权人出让人对通知的撤回。因此,在通知存在可能无效或可撤销的情况中,只能考虑(类推)适用法律行为无效或可撤销的规则。但是,与德国法不同的是,由于我国《合同法》第 80 条仅规定了通知对债务人的对抗力,

^① 参见 HKK/Schermaier, Vor § 104, Rn. 7 f.

未明言通知对债务人是否形成了信赖保护,能否直接借鉴德国法的信赖保护理论存在疑问。对于这一问题的解答,首先应当考察债权让与通知在中国法的定位,继而考虑通知的效力问题。

(一) 债权让与通知的中国法定位

我国传统学说对于债权让与通知如何定位存在疑问。根据债权让与通知关系的不同,主张事实行为、法律行为和准法律行为的兼而有之。^①而在本文采用准法律行为消解的立场之后,债权让与通知在概念谱系上如何定位,并无实质影响,应当重点关注的是,通知具有何种效力。

我国学说区分通知的对内效力与对外效力。对内效力是指,通知对债务人的效力,对外效力是指通知对第三人的效力。《合同法》第80条第1款第2句是对通知对内效力的明确规定,规定了未经通知的债权让与对债务人不发生效力,但对通知的对外效力并无明文规定,由此也引发了争议。有观点认为,通知对外具有变动权利的效力。^②相反,我国学界、案例的通说认为,通知仅具对内效力。一方面,从第80条第1款第2句的文义来看,其适用范围仅限于债务人与债权受让人之间;另一方面,认为债权让与无需通知即可发生效力,更有利于对债权受让人的保护,更有利于债权的流通。^③尽管在债权让与合意达成之后,债权让与通知之前,债权受让人不得向债务人主张履行,但是,债权归属于债权受让人并非如部分学者所认为的是“口惠而实不至”。^④如果债权让与人破产,在肯定通知对外效力的情况下,该债权归入破产财产,债权受让人仅得依比例受偿。反之,如果否定通知的对外效力,那么,该债权已经归属债权受让人。

在明确了通知仅具对内效力的基础上,需要进一步思考的是,何谓对债务人对抗效力。我国通说认为通知对债务人的生效要件,具体而言,未经通知,则对债务人而言,债权让与如同未发生。^⑤此种立法模式和解释与《日本民法典》第467条第1款的规定类似。《日本民法典》第467条第1款规定了未经通知或债务人承诺的债权让与不得对抗债务人或第三人。日本传统观点将通知的效力作统一理解,认为其为对债务人的对抗要件,但最近的学说则认为所谓对抗是指基于对抗要件,确定权利的归属关系。因此,对第三人的关系,才是真正的对抗。而在对债务人的关系中,是权利主张要件的问题。^⑥但是,在通知之前,不论是对抗要件说还是权利主张要件说,均无法合理解释债务人仍然得向原债权人为履行而消灭债权。在这个意义上,古屋壮一提出,从德国法看,通知具有两种功能,其一为权利主张的机能,其二为债务人保护的机能。^⑦如按此种观点,则在中国法中通知同样具有外观保护的作用。

在此种功能分解的视角下,我国《合同法》第80条的规定与《德国民法典》第409条的规定实质上是相同的,这就意味着在解释论上有采相同进路的可能。

- ① 主张单方处分行为的如尹飞《论债权让与中债权移转的依据》,《法学家》2015年第4期。主张事实行为的如申建平《债权让与制度研究》北京:法律出版社2008年第148页。主张准法律行为的如韩世远《合同法总论》北京:法律出版社,2011年第470-485页;崔建远、韩世远、于敏《债法》北京:清华大学出版社2010年第136-144页。
- ② 参见尹飞《论债权让与中债权移转的依据》;申建平《债权让与制度研究》第148页。
- ③ 参见“佛山市顺德区太保投资管理有限公司与广东中鼎集团有限公司债权转让合同纠纷案”[参见《最高人民法院民事判决书》(2004)民二终字第212号],《最高人民法院公报》2005年第12期。当然,对于这个判例的解读也存在争议,认为最高法院采自由主义的,参见其木提《债权让与通知的效力——最高人民法院(2004)民二终字第212号民事判决书评析》,《交大法学》2010年第1期;认为最高法院采通知主义的,参见尹飞《论债权让与中债权移转的依据》。
- ④ 参见张雪忠《通知:债权移转的生效要件——对传统立法与理论的反思》,《法学》2005年第7期。
- ⑤ 参见韩世远《合同法总论》第475页。
- ⑥ 参见近江幸治《民法讲义IV 債權總論》,东京:成文堂,2005年,第258-259页;鎌田薰编著《民事法II》,东京:日本评论社,2010年,第314页。
- ⑦ 参见古屋壮一《通知前または承諾前に債務者が譲渡人に対してした弁済が有効とされる法的根拠についての覚書》,《松山大学论集》第22卷第3号。

(二) 债权让与通知的无效与撤销

我国《合同法》中并未规定债权让与通知的效力问题,《合同法》第80条第2款规定了通知的撤回需经过债权人同意。那么,值得关注的问题是,在例如债权人因欺诈、胁迫而发出债权让与通知时,债权人能否主张撤销,此种撤销是否同样受《合同法》第80条第2款的限制,需经过债权人同意且不具溯及力。

在这一问题的解释上,我国传统学说讨论较少,往往以通知是准法律行为为由,主张类推适用法律行为的规定,欠缺实质利益的考量。在信赖责任引入之后,准法律行为的意义被消解,应当考虑的是债务人在何种情况下赋予何种保护。这一问题也是信赖责任与法律行为规则衔接的问题。

首先,通知是否会因为行为人欠缺行为能力而无效,这一问题是信赖责任的归责性问题。如果行为人欠缺行为能力,则信赖责任的引起不能归责于行为人,这点上法律行为与信赖责任是相同的。因此,如果通知人欠缺行为能力,通知无效。

其次,通知是否会因《民法总则》第146条、第154条规定的虚假意思表示或恶意串通而无效。如果基于信赖责任的所谓同等地位说,对于这一问题的解决应当与法律行为相同。

最后,通知是否会因意思表示不自由或不真实而可撤销,这一问题同样需通过相同地位说予以解决。尽管《合同法》第80条第2款限制通知的撤回,并限制撤回的溯及力,但是这仅仅是对于债务人的加强保护,并不意味着通知仅能以此种方式撤回。在意思表示不自由的情况下,在债务人欺诈或胁迫债权人让与的情况下,由于债务人本身的归责性,不构成信赖,通知实际不发生任何效力,自然也无撤销的必要。但在第三人欺诈或胁迫的情况下,当然应当允许债权人撤回其通知。

在意思表示不真实的情况中,同样如此。但是,由于《合同法》第80条的存在,单纯对债权让与事实的错误,不允许撤销,此种事实的错误不过是动机错误。在不是单纯事实错误情况下,如果债权人发生表示错误,例如在部分转让中,将价值2000元的债权仅1000元转让给债权人,或者债权人想要通知1000元的债权转让,但是误写为1500元。此时应当允许债权人撤销通知,并溯及地消灭债务人对通知的信赖。

我国《民法总则》第六章规定了法律行为,第133条又以意思表示为核心,定义了法律行为。这就意味着在我国现行法中,存在法律行为、准法律行为与事实行为的三分法的体系。在这一体系下,债权让与通知等对事实的表示行为,被归为准法律行为中的观念通知。在法律适用方面,准法律行为无法直接适用法律行为的规则,只能类推适用法律行为的无效和可撤销规则。德国民法学说认可了在债权让与通知中类推法律行为的规则,形成了法律性质进路与信赖责任进路两种不同的论证方式,并且日渐倾向于通过信赖责任解决通知的无效与可撤销问题。但是,信赖责任的引入,对法律行为体系整体同样造成了巨大影响,从概念与效果两方面消解了法律行为与准法律行为的界限,此种德国法上的解释进路和发展趋势值得关注。在这个意义上,我国《民法总则》第137条以下意思表示的规则在立法论上应当直接适用于准法律行为,在解释论上得全面类推适用于准法律行为。

(责任编辑 周亦杨)