



《东方法学》网络首发论文

题目： 民法典第 142 条中意思表示解释的边界
作者： 杨代雄
DOI： 10.19404/j.cnki.dffx.20200824.004
网络首发日期： 2020-08-24
引用格式： 杨代雄. 民法典第 142 条中意思表示解释的边界. 东方法学.
<https://doi.org/10.19404/j.cnki.dffx.20200824.004>



网络首发：在编辑部工作流程中，稿件从录用到出版要经历录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿等阶段。录用定稿指内容已经确定，且通过同行评议、主编终审同意刊用的稿件。排版定稿指录用定稿按照期刊特定版式（包括网络呈现版式）排版后的稿件，可暂不确定出版年、卷、期和页码。整期汇编定稿指出版年、卷、期、页码均已确定的印刷或数字出版的整期汇编稿件。录用定稿网络首发稿件内容必须符合《出版管理条例》和《期刊出版管理规定》的有关规定；学术研究成果具有创新性、科学性和先进性，符合编辑部对刊文的录用要求，不存在学术不端行为及其他侵权行为；稿件内容应基本符合国家有关书刊编辑、出版的技术标准，正确使用和统一规范语言文字、符号、数字、外文字母、法定计量单位及地图标注等。为确保录用定稿网络首发的严肃性，录用定稿一经发布，不得修改论文题目、作者、机构名称和学术内容，只可基于编辑规范进行少量文字的修改。

出版确认：纸质期刊编辑部通过与《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司签约，在《中国学术期刊（网络版）》出版传播平台上创办与纸质期刊内容一致的网络版，以单篇或整期出版形式，在印刷出版之前刊发论文的录用定稿、排版定稿、整期汇编定稿。因为《中国学术期刊（网络版）》是国家新闻出版广电总局批准的网络连续型出版物（ISSN 2096-4188，CN 11-6037/Z），所以签约期刊的网络版上网络首发论文视为正式出版。

民法典第 142 条中意思表示解释的边界

杨代雄*

内容摘要: 意思表示解释的起点是通过解释判定一个表意符号是否构成意思表示。意思表示解释与合同解释之间并无界限。理论上只应区分单方法律行为中的意思表示解释与多方法律行为中的意思表示解释之区别,无须区分合同解释与意思表示解释。表意符号可能的意义范围之边界是狭义意思表示解释与任意性法律规范适用的界限。如果不存在相关任意性法律规范,则应进行补充性意思表示解释。此时,意思表示漏洞的外部边界所在之处是补充性意思表示解释的边界。补充性意思表示解释在我国民法典中存在规范基础。意思表示解释与无效法律行为转换之间存在模糊区域,其界限可以根据实践需要左右滑动。可以适当扩大民法典第 142 条中的意思表示解释之空间,使之承担无效法律行为转换的部分功能。

关键词: 意思表示 意思表示解释 合同解释 漏洞填补 民法典 法律行为

《中华人民共和国民法典》(以下简称民法典)第 142 条第 1 款和第 2 款分别规定了有相对人的意思表示与无相对人的意思表示的解释规则。其中意思表示解释的射程如何,与意思表示之构成判断、合同漏洞填补、任意性法律规范适用、无效法律行为转换等究竟处于何种关系,理论与实践上不无疑问。本文对此予以探讨。

一、意思表示解释的起点

意思表示解释始于何处?国内民法著作论及意思表示解释时,一般认为意思表示解释是指通过解释确定意思表示的内容。¹与此不同,在当代德国民法学上,主流观点认为,意思表示解释的功能不仅在于通过解释确定一项意思表示的内容,还包括通过解释判定一个符号(言语、文字、图形、动作、沉默)是否构成意思表示²。我国民法典第 142 条第 1 款规定有相对人意思表示的解释目标是“确定意思表示的含义”。仅从文义上看,该款所谓的意思表示解释似乎仅限于对一项已经成立的意思表示,通过解释确定其内容。不过,如果将意思表示解释的功能限定于此,显然不能满足法律实践的需要。在一个涉及法律行为的案件(通常是合同案件)中,裁判者首先需要判断当事人是否作出意思表示,这是案件处理的第一步。在认定意思表示成立之后,才能通过解释确定该意思表示的内容,这是案件处理的第二步。在第一步中,裁判者关于意思表示是否成立的判断实际上也是一项解释工作。此项判断无非是审查当事人积极或消极的举动是否符合意思表示的构成要件。传统民法理论认为,意思表

* 华东政法大学法律学院教授、博士生导师。

本文系 2017 年度国家社科规划基金项目“意思表示解释的原理与方法研究”(项目批准号:17BFX192)的阶段性研究成果。

¹ 梁慧星:《民法总论》,法律出版社 2017 年第 5 版,第 195 页;徐国栋主编:《民法总论》,厦门大学出版社 2018 年版,第 228 页;林诚二:《民法总则》(下册),法律出版社 2008 年版,第 404 页。

² Reinhard Bork, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 4.Aufl., Mohr Siebeck, 2016, S.198.

示的构成要件包括主观要件与客观要件，³客观要件即表示，主观要件即意思。至于意思包括哪几个要素，观点不一。19世纪末20世纪前期的通说认为行为意思与表示意识是意思表示不可或缺的要素，目前的通说则认为只有行为意思不可或缺。最新的观点则认为行为意思与表示意识同样亦非不可或缺，唯一不可或缺的是具备特定效果意义的表示。如果存在一项具备特定效果意义的表示，即便欠缺所有的意思因素，只要表示意义可归责于表意人，依然成立意思表示⁴。此为意思表示构成要件的客观说。无论采用何种学说，在判断是否成立意思表示时，要么需要探究当事人的相关举动是否表明其具有行为意思或表示意识，要么需要揭示该举动是否具备效果意义。对意思的探究也好，对意义的揭示也罢，皆为解释。

相较之下，意思表示构成要件的客观说更为可取，符合当代私法注重信赖保护的基本趋向。据此，判定是否存在一项意思表示，首先需要判定是否存在一项具备特定效果意义的表示。效果意义包含约束意义，即表明表意人愿意因其表示而受法律约束的意义。意思表示解释第一阶段的任务就是判断表意符号是否涉及权利义务关系以及是否存在约束意义，至于表意符号所涉权利义务关系的具体内容如何，则应当留待意思表示解释的第二阶段去解决。

一项表意符号究竟是否涉及权利义务关系且包含约束意义，需要结合个案相关因素予以判断。约束意义的认定尤为如此。在大多数情况下，发生争议的表意符号是言语和文字。对此，首先需要考量的因素是表意人的措辞。表意人的措辞必须足够确定，才能表明其愿意受法律约束。在对“洋浦经济开发区管理委员会与澳华资产管理有限公司其他房地产开发经营合同纠纷案”作出的“(2014)民申字第263号”民事裁定中，最高人民法院认为，从具体措辞看，双方约定洋浦管委会“协调置换土地”，表明从“协调”到真正“置换”还是需要经过再协商、再约定，因此，本案系争《投资意向书》的性质并非合同，而是磋商性、谈判性文件。显然，该案中的意向书之所以未被认定为合同，是因为相关条款的措辞不具备足够的确定性，不能据以确定当事人愿意负担法律上的义务。再如，在“(2017)粤03民终20127号”民事判决所涉“陈某生与刘某羽等股权转让纠纷案”中，刘某羽的函件包含“本人拟以如下条件回购公司股东的部分股权”“经与出让股东协商后另行签订协议”“有意出让股权者请在2014年6月30日之前以书面方式提出”等表述，陈某生在回函中表示“本人愿意将所持股权由刘某羽先生进行回购，有关回购事宜本人将与刘某羽先生进行具体协商，并以签订的股权转让协议为准。”深圳市中级人民法院认为，双方当事人往来函件的措辞均未确定地表达愿意受法律约束之意，所以不构成要约与承诺。总的来看，当事人的表示中如果包含“再进一步协商”“请到我处就具体事宜面谈”“初步同意你方提出的方案，但须请示领导决定”之类的措辞，则不应解释为具备约束意义。反之，如果相关文书包含“自签字、盖章后生效”之类的表述，则在签章之后通常可以认定当事人的表示具备约束意义，构成意思表示。如果当事人的表示部分内容措辞含糊，但部分内容措辞确定且涉及具体权利义务，则后者仍可解

³ 冉克平：《民法典总则意思表示瑕疵的体系构造》，载《当代法学》2017年第5期。

⁴ 杨代雄：《意思表示中的意思与意义——重新认识意思表示概念》，载《中外法学》2017年第1期。

释为具备约束意思的意思表示⁵。

在系争法律行为的效果是使表意人丧失权利或使其单方负担义务的情况下，措辞应当具备更高的确定性。凡人皆有趋利避害的本性，法律行为的常态是双方当事人相互交换利益，一方当事人通过允诺给予某项利益换取对方允诺给予另一项利益。交换关系客观上具有确保公平的功能，在一定程度上可以弥补当事人表示确定性的不足。反之，放弃权利或单方负担义务的法律行为是例外情况，该法律行为本身不符合人的趋利避害本性，通常情况下不会轻易被当事人实施。因此，在个案中，仅当表示的措辞高度确定时才能解释为具备约束意义，构成意思表示。实践中十分常见的纠纷涉及保证合同或债务加入是否成立。如果第三人在借款合同上签字，但签字处不在合同落款“借款人”栏目下，而且未注明自己系担保人，合同条款中也无关于其承担保证责任的表述，则不应解释为第三人作出了保证或者债务加入之意思表示。即便出借人举证证明在其签订的类似借款合同中，其他第三人也是如此签字而且最终都自觉履行了保证责任，也不能据此认定在系争的借款合同中第三人作出了担保表示。甚至在同一个第三人此前多次以此种方式向出借人提供担保且最终都自觉履行担保责任的情况下，仍不能单纯据此认定在系争的借款合同中第三人作出了担保表示。对于蕴含巨大风险的担保行为而言，当事人之间的交易习惯尚不足以完全弥补其措辞确定性之欠缺。难以判定的是如下情形：子公司欠债，债权人多次追讨未果，母公司遂向债权人发函，表示“尽力帮助解决子公司债务问题，待本公司此次融资计划实现后即拨款偿还子公司所欠贵公司债务”。母公司在函件中虽未明确表示为子公司债务提供保证，但存在解释为债务加入的余地。解释为债务加入通常要求第三人对于债务加入具有经济利益关系，⁶子公司陷入债务危机往往会波及母公司，至少会影响母公司的市场形象。因此，为子公司承担债务以免其官司缠身甚至破产，对母公司有利。上述函件如果加盖了母公司的公章，且可以确定“此次融资计划”所指何意，则不妨解释为母公司作出附条件债务加入的意思表示，所附条件为“此次融资计划实现”。看起来与此类似的情形是：第三人是债务人的父母或配偶，在债权人向其追讨的情况下表示想办法帮助债务人偿还债务。如果涉及的确实是成年债务人的个人债务，除非其父母或配偶明确表示为其债务提供保证或者承担其债务，否则不应将父母或配偶的表示解释为具备约束意义。之所以不能轻易解释为债务加入的意思表示，是因为父母或配偶与债务人之间主要是身份关系，债务加入对于父母或配偶而言通常并无经济利益。

第二种需要考虑的因素是当事人作出表示的背景与目的，从中可以推断出当事人是否具备或应否被认定为具备约束意思。在“（2008）洛民终字第198号”民事判决所涉及的“邢某坤与孙某悬赏广告纠纷案”中，邢某坤在中央电视台七套的“乡约”访谈节目中，宣称若有人制作出与其被称为“世界之谜”的五层吊球陶器一样的制品，则将其当时所在的三层2000平方米的房屋给予挑战者，一年后，孙某挑战成功，向邢某坤索要房屋，遭到拒绝。

⁵ 参见最高人民法院对“潘某海与润海资本有限公司股权转让纠纷案”作出的“（2017）最高法民再315号”民事判决。

⁶ Medicus/Lorenz, Schuldrecht, AT., 19.Aufl., C.H.Beck, 2010, S.410.

洛阳市中级人民法院认为，邢某坤在访谈节目中的言论并非以获得利益为目的，只是为了彰显其“陶艺狂人”的形象而说大话，并不体现其真实意思，所以不构成悬赏广告的要约。从学理上看，此类在电视节目上作出的表示如何定性，须考察当时的场景。如果是在娱乐节目中发表的言论，显然并非认真的表示，欠缺约束意义；如果是在访谈类节目中聊天时随意发表的言论，尤其是调侃式的夸张言论，一般人都能看出其缺乏严肃性，则也因欠缺约束意义而不构成意思表示。

第三种需要考量的因素是双方当事人的利益关系。在“张某丽与张某新保管合同纠纷案”中，张某丽请求朋友张某新用自家储存水果的冷库为其储存大蒜，张某新明确告知其对储藏大蒜的方法不掌握，张某丽表示本人知晓相应的储存方法。在张某新同意提供冷库后，张某丽自行将所需储存大蒜搬入冷库，双方对大蒜的数量、质量并未进行任何检验。数月后，张某丽发现大蒜变质，向张某新请求赔偿。法院认为，张某新并无与张某丽形成保管合同并接受合同约束的效果意思，双方之间仅为情谊关系，不发生赔偿责任⁷。情谊表示与意思表示的区别亦在于约束意义，前者不具备约束意义。至于是否具备约束意义，须考量双方当事人的利益关系。在张某新案中，标的物价值十几万元，易变质，储存时间达数月之久，蕴含巨大风险，张某新从中未取得任何利益，若使其负担保管人的义务与责任，有失公允。况且其当时言行也透露出不愿意承担责任之意。因此，认定不构成意思表示比较合理。

第四种需要考量的因素是当事人在作出表示时是否提供了某种担保手段或者允诺了某种责任。如果在作出表示时，一方当事人交付了定金，则显然表明其愿意受法律约束。对方当事人受领了定金也表明其表示具备约束意义。如果当事人的表示中包含了“违反本协议的须承担违约责任”之类的表述，则通常也应认定存在约束意义。有疑问的是，若当事人在作出表示时交付了意向金、诚意金、保证金之类的钱款，可否认定存在约束意义。司法实践中对此见解不一。在“(2011)一中民终字第987号”民事调解书所涉案件中，一方当事人向另一方当事人交付认租意向金，另一方当事人允诺其在同等条件下享有优先承租意向商铺的权利。北京市第一中级人民法院认为双方的约定构成合同。在“(2018)琼01民终40号”民事判决所涉案件中，购房者向开发商交付一笔诚意金，开发商允诺给予其优先选房资格，后来由于房屋预期开盘价一路攀升，购房者认为开发商违约，故诉请开发商承担赔偿责任。海南省海口市中级人民法院认为双方之间不存在合同。在“(2019)鲁01民终2168号”民事判决所涉案件中，意向承包商（个人）向建设单位交付300万元保证金，双方约定建设单位负责承包商参加工程投标并在符合招投标规定条件下中标，如双方最终达成总承包合同，保证金不计息返还，如未达成合同，保证金计息返还。一审法院认为此项约定具有法律约束力，二审济南市中级人民法院认为只有保证金是否计息返还之部分约定具有法律约束力。上述三个案例中的意向金、诚意金、保证金均与定金有所不同。就定金而论，交付定金者不履行约定义务的，丧失定金，对方当事人不履行约定义务的，双倍返还定金。显然，从执行效果看，

⁷ 参见辽宁省葫芦岛市中级人民法院“(2018)辽14民终1490号”民事判决书。

定金具有一定的惩罚功能，借此约束当事人，促使其履行约定的义务。反之，无论意向金、诚意金还是所谓的保证金，收取钱款的一方当事人均须返还，且仅须单倍返还，不取决于双方的缔约意向是否实现。由此可见，意向金、诚意金与保证金均不具备约束当事人缔约的功能。当然，如果当事人意图通过交付此类钱款促使对方允诺优先认租权或优先认购权之类的程序性缔约权利，则此部分表示具有约束意义。准此以言，在上述第一、二个案例中，应认定双方当事人关于创设优先认租（购）权的表示具备约束意义。反之，在第三个案例中，由于建设单位在收取保证金时并未明确允诺给予对方当事人优先中标权之类的权利，而且法律上也不允许其如此允诺，所以双方当事人之间不成立旨在创设此类权利的合同。

第五种需要考量的因素是表意符号形成之后当事人的实际行动。如果当事人的后续行动表明其正在兑现诺言，则应当将其表意符号解释为具备约束意义⁸。反之，如果后续行动与当事人表示的解释结论之一相反，则不宜采用此种解释结论。譬如，房屋承租人与出租人以微信沟通提前终止租赁合事宜，出租人表示“可以交还房屋，写一份提前终止合同的申请”，承租人遂草拟了一份关于终止合同的函件并发送给出租人，出租人回复称“函已收到，但我公司要求下周一来洽谈具体事宜”。对此，有两种解释结论。一是解释为出租人并未作出有约束力的同意终止合同的意思表示，所以双方当事人尚未就合同终止达成合意；二是解释为双方当事人已就租赁合同终止达成合意，只是对于合同终止后的费用返还与装修补偿事宜尚需进一步协商。从事后情况看，承租人于半个月后要求交接房屋，出租人以尚未谈妥为由拒绝接收。一个月后，出租人通知承租人终止合同。出租人的后续行动表明其当初并未同意立即终止租赁合同，其所发信息只是邀请承租人提出终止合同之要约而已，所以应采用第一种解释结论。

二、意思表示解释与合同解释的关系

裁判实践中，时而谈论合同解释，时而谈论意思表示解释。那么，意思表示解释与合同解释的关系如何？前者的原则与方法是否足以解决后者涉及之问题？不无疑问。

从比较法看，法国民法典、意大利民法典、西班牙民法典等仅规定合同解释，未规定意思表示解释。之所以如此，是因为法国、意大利、西班牙的民法理论传统上没有构造出意思表示、法律行为之类的抽象概念，其民法典并未围绕意思表示设置规则，自然不可能专门规定意思表示解释。与此不同，德国民法典在第 133 条与第 157 条分别规定了意思表示解释与合同解释，立法上确立了解释规则的二元结构。希腊民法典与葡萄牙民法典追随了德国模式。尽管在立法上采用二元结构，但德国民法学界对此却不以为然，很多学者认为在实践中意思表示解释与合同解释并无本质区别，德国民法典第 133 条与第 157 条是各种意思表示解释的共同规则，⁹两者的区别仅仅在于，后者涉及补充性意思表示解释¹⁰。

⁸ 参见湖北省黄石市西塞山区人民法院对“黄石市新嘉环保科技有限公司与湖北华电西塞山发电有限公司发起人责任纠纷案”作出的“(2018)鄂 0203 民初 1695 号”民事判决。

⁹ Staudinger/Roth, §157, Rn.1-2; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11.Aufl., C.F.Müller, 2016, S.138.

¹⁰ Erman/Armbrüster, §157, Rn.1-2.

我国学者对于意思表示解释于合同解释的关系见解不一。有观点认为，就单方法律行为而言，意思表示解释等同于法律行为解释。就合同而言，应当区分意思表示解释与合同解释。意思表示解释在合同是否成立的判断阶段发挥作用，此时需要分别解释双方当事人的意思表示，据此判断两者是否达成一致。一旦判定合同已因合意而成立，则下一步工作就是合同解释。合同解释是对业已成立的合同确定何为其内容的一种作业。¹¹有观点认为，意思表示解释与合同解释并无本质区别。¹²两者的概念功能相同，差异主要在于着眼点的不同。意思表示着眼于个别，而法律行为则同时着眼于抽象。¹³另有观点认为，意思表示解释与合同解释存在区别，但区别不在于两者发挥作用的阶段不同，毋宁表现在其他方面，比如解释的对象、原则、视角与方法等有所不同。¹⁴

从逻辑上看，合同由数个意思表示构成，因此，合同解释当然离不开意思表示解释。如果当事人以口头、信函或数据电文的方式发出要约或作出承诺，则要约、承诺本身即为独立的意思表示，两者有不同的载体。解释应从可能构成要约的那项表示开始。通过解释确定该项表示构成意思表示后，再通过解释确定对方当事人的表示是否构成意思表示。如果两项表示都构成意思表示，则下一步需要判断两项意思表示是否达成一致。第二项意思表示通常只是单纯对第一项意思表示予以同意，此时，可以直接认定双方达成合意，合同成立。当然，第二项意思表示也可能对第一项意思表示予以变更，此时，需要判断是否实质性变更。构成实质性变更的，合同不成立；否则，依据民法典第 489 条认定合同是否成立。判断是否实质性变更的过程包含了意思表示解释因素，因为判断就是比较，而比较需要先对两项意思表示中涉嫌变更的内容进行解释。认定合同成立之后，如果关于合同的内容存在分歧，则需要对要约内容或者构成非实质性变更的承诺内容予以解释。显然，在通过分别处于数个载体之中的要约与承诺订立合同的情形中，合同解释是意思表示解释的一个阶段，即认定合同成立之后的意思表示解释。

如果当事人采用在同一份合同书上签章的方式订立合同，则解释须围绕合同书中的条款展开，必要时应结合缔约过程相关情事。合同书中的条款既是一方当事人的表示，也是另一方当事人的表示。任何一方当事人在合同书上签章都是向对方当事人作出“同意按照上述条款订立合同”的意思表示，数项意思表示存在于同一个载体之中。对合同书中的每一个条款进行解释，都是在同时解释数个当事人的意思表示。有疑问的是，此时究竟存在一个解释还是数个解释。当事人对于合同是否成立有争议的，需要通过解释合同书中的条款并结合相关情事确定各方的意思表示内容，据此判断是否就合同必备要素达成合意。此种情形中显然存在数个解释。当事人对于合同是否成立虽无争议，但一方当事人主张其意思与表示不一致的，也应区分各方当事人的意思表示，分别予以解释。

¹¹ 韩世远：《民事法律行为解释的立法问题》，载《法学》2003 年第 12 期。

¹² 梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2017 年第 5 版，第 195 页；张驰：《论意思表示解释》，《东方法学》2012 年第 6 期。

¹³ 耿林：《中国民法典中法律行为解释规则的构建》，载《云南社会科学》2018 年第 1 期。

¹⁴ 王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2018 年版，第 523 页。

即便不存在此类争议，也不能断言仅存在一个意思表示解释。例如，甲乙双方在合同中约定，乙方未按期付款的，视为乙方单方面终止合同。这个条款中包含了甲方的意思表示与乙方的意思表示。甲方签约时将该条款理解为“一旦乙方未按期付款，合同自动终止”，据此，该合同被理解为附解除条件合同。乙方签约时将该条款理解为“乙方的付款迟延被拟制为终止合同的意思表示”，甲方对此表示同意的，合同终止，此为合同依合意终止。若依主观解释原则，以各方真实意思为准确定其意思表示的内容，则甲乙双方意思表示的内容显然不一致，在这个问题上未达成合意。若依规范性解释原则，以理性相对人的应有理解为准确定各方意思表示的内容，除非其他条款或者相关情事表明上述条款具备其他意义，否则，应将蕴含于其中的甲的意思表示解释为“乙方的付款迟延被拟制为终止合同的意思表示”。乙方的意思表示也应作相同的解释。双方在这个问题上达成合意。当然，如果乙方知道甲方的真实意思，则应以该真实意思为准确定甲方意思表示的内容，而乙方在明知道甲方真实意思的情况下签订合同，应推定其真实意思与甲方真实意思一致，双方在这个问题上依真实意思达成合意。例外情况下，乙方证明其真实意思与甲方真实意思不一致的，则依规范性解释原则，乙方的意思表示可能被解释为“乙方的付款迟延被拟制为终止合同的意思表示”，双方在这个问题上未达成合意。由于系争条款并不涉及合同必备要素，所以即便认定双方未达成合意，也不导致合同不成立，毋宁仅导致系争条款作废。由此可见，即便当事人未发生关于合同是否成立之争议，而且未主张意思表示错误，仍然需要分别解释各方当事人的意思表示，以便确定其是否就次要问题达成合意以及在何种内容上达成合意。只是由于在实践中往往无法证明当事人签约时的真实意思，也难以证明对方当事人明知其真实意思，所以，大多数情况下裁判者仅依规范性解释原则阐明系争合同条款中蕴含的各方当事人意思表示的应有内容。据此确定的数项意思表示内容必然重叠为系争合同条款的规范意义，因此，给人造成如下错误印象：合同解释不涉及意思表示解释，或者只涉及对形成合意的意思表示的统一解释，不存在对数项意思表示的数个解释。

总而言之，无论通过分别处于数个载体之中的意思表示订立合同，抑或通过处于同一个载体之中的数项意思表示订立合同，合同解释在本质上都是意思表示解释。如果说合同解释存在特殊性的话，则其特殊之处在于：其一，合同解释的对象是数项意思表示，所以存在数个解释；其二，作为合同解释对象的意思表示是有相对人的意思表示（须受领意思表示），而且大多数合同涉及利益交换关系，所以解释时侧重于相对人视角，以信赖保护为导向；其三，与其他情形中有相对人的意思表示相比，合同解释时的“理性相对人”居中而立，同时检视各方当事人的意思表示；其四，就目的解释而论，合同解释通常依据各方当事人的共同目的而非一方当事人的目的。以上特殊性并不意味着合同解释区别于意思表示解释，毋宁意味着其区别于单方法律行为中的意思表示解释。在理论上只应区分单方法律行为中的意思表示解释与多方法律行为中的意思表示解释之区别，不应区分合同解释与意思表示解释，两者不构成对称关系。

民法典第 466 条第 1 款规定：“当事人对合同条款的理解有争议的,应当依据本法第一百四十二条第一款的规定,确定争议条款的含义。”这表明民法典立法者未区分合同解释与意思表示解释,将两者视为一个问题。此种规范模式可以最大限度消除实践中关于意思表示解释与合同解释之关系的争议,值得肯定。

三、意思表示解释、漏洞填补与任意性法律规范适用的关系

私法自治原则允许当事人在私法领域通过意思表示创设法律关系,利益处置或交换的任何细节都可以被表述为具体的权利和义务。不过,在现实生活中当事人的意思表示内容往往并未覆盖交易的所有细节。其原因可能是当事人在作出意思表示时忽略了该细节问题;也可能是一方当事人在作出意思表示时虽然意识到该细节问题,但认为其不言自明,无须特别约定;还可能是在作出意思表示时尚不存在该细节问题,直至履行阶段才出现该问题。无论如何,当事人的意思表示皆存在漏洞,需要予以填补。意思表示漏洞填补的方式包括通过适用任意性法律规范填补漏洞以及通过补充性解释填补漏洞¹⁵。由此衍生出如下问题:补充性解释是否意思表示解释?¹⁶补充性解释与狭义意思表示解释¹⁷的界限如何?补充性解释与任意性法律规范适用的关系如何?

就法律解释而言,方法论上区分了法律解释与法的续造。法律解释是在法律条款可能的文义范围内依一定的方法确定其意义,法的续造即法律漏洞填补,是在法律条款可能的文义范围之外创造或者更改规则。¹⁸法的续造在某些文献中也被称为补充性解释,被视为广义法律解释的一种¹⁹。意思表示解释与法律解释存在诸多相似之处。如果说法律解释有广义法律解释与狭义法律解释之分,则意思表示解释也可以分为广义意思表示解释与狭义意思表示解释,前者包括后者与补充性意思表示解释。相较之下,将意思表示漏洞填补视为意思表示解释的一种所面临的理论障碍显然小于将法律漏洞填补视为法律解释的一种。在进行法律解释时,作为解释客体的法律规则毕竟凌驾于裁判者之上,且涉及立法权与司法权的分工问题,所以裁判者更应当对规则心存敬畏,比较严格地把握解释尺度,狭义解释与续造之间的界限更为分明。反之,在进行意思表示解释时,通过意思表示拟创设的规则并非凌驾于裁判者之上,毋宁说,此项规则尚需获得裁判者的审查与认可。因此,裁判者的解释尺度相对更为宽松,将意思表示漏洞填补视为广义意思表示解释的一种更加顺理成章。

有一种观点认为,旨在填补漏洞的补充性解释并非以单个意思表示为解释客体,毋宁以整体行为为解释客体。该整体行为由多个意思表示组成,但可能具有比单个意思表示更为广泛的含义。补充性解释的任务就是借助整体行为的脉络关联查明其整体意义。²⁰实际上,

¹⁵ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 42.Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2018, S.66.

¹⁶ 我国民法学界明确否定补充性解释属于意思表示解释的观点参见李宇:《民法总则要义》,法律出版社 2017 年版,第 479 页。肯定补充性解释属于意思表示解释的观点,参见常鹏翱:《法律行为解释与解释规则》,《中国社会科学院研究生院学报》2007 年第 6 期。

¹⁷ 狭义意思表示解释亦称“简单解释”“真正解释。Vgl. MünchKomm/Busche, §133, Rn.6.

¹⁸ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 246 页。

¹⁹ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 42.Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2018, S.36.

²⁰ 厄尔特曼与拉伦茨持这种观点,参见[德]卡尔·拉伦茨:《法律行为解释之方法——兼论意思表示理论》,

补充性解释与狭义意思表示解释在解释客体上并无区别。补充性解释的客体仍然是构成法律行为的各项意思表示。补充性解释的特殊之处在于，如果针对多方法律行为，则各项意思表示的漏洞是重叠的，因此，进行补充性解释时得出的解释结论必然统一适用于各项意思表示，数个意思表示漏洞同时得到填补。至于作为解释手段的整体行为脉络关联，并非仅适用于补充性解释，其对狭义意思表示解释也有参考价值。

补充性意思表示解释与狭义意思表示解释的界限在于表意符号可能的意义范围之边界。在大多数情形中，表意符号是语言文字，可能的意义范围即可能的文义范围。在该范围之内，无论采用文义解释抑或采用体系解释、目的解释等方法确定表示意义，皆为狭义意思表示解释。超出该范围扩展表示意义或添加表示意义的，皆为补充性意思表示解释。补充性意思表示解释虽然也是广义意思表示解释的一种，但其毕竟为意思表示增加了意义内容，所以裁判者在决定进行补充性解释时应当谨慎考量，根据行为目的及相关情事判断表意符号意义范围未能涵盖的事项究竟构成意思表示漏洞抑或当事人有意对其不加规定。仅在前一种情形中，才可以进行补充性意思表示解释。在后一种情形中，应当判定当事人就系争事项不享有权利或者不负担义务。

有时，究竟是否存在意思表示漏洞，不易判定。例如，在最高人民法院“（2012）民提字第153号”民事判决所涉案件中，甲乙双方订立《协议书》和《补充协议书》，约定：“甲方委托乙方加工紫杂铜锭，按原合同规定乙方应返还甲方的紫杂铜锭尚欠部分共943.524吨（折算金属铜792.56吨），乙方同意在今后全部偿还”。“乙方欠甲方金属铜792.56吨，只能在长白长顺有色金属冶炼厂和朝鲜惠山青年铜矿合作项目成功投产盈利后在乙方股份盈利中偿还。”后来由于朝鲜惠山青年铜矿合作项目未获得批准，乙方未能获得股份盈利，故一直未履行铜锭偿还义务，甲方诉请偿还。广东省高级人民法院二审认为，协议书中“只能在……股份盈利中偿还”这句话应解释为双方关于债务履行方式的约定，双方并未明确约定若在朝鲜合作的项目不能投产盈利时，该欠铜债务应该如何处理。对于此种情形，则应根据合同法第61条和第62条第5款的规定，对于合同双方当事人关于债务的履行方式约定不明确的，按照有利于实现合同目的的方式，在不能偿还尚欠部分紫杂铜锭共943.524吨的情况下，按当时的市场价格折价偿还金钱给甲方。最高人民法院再判决支持了一审判决的理由与结论，认为“只能在……股份盈利中偿还”这句话应解释为关于债务履行条件的约定，条件即“朝鲜合作项目投产盈利”，本案由于约定的条件不成就，所以乙方无须履行铜锭偿还义务。双方当事人关于铜锭偿还债务约定明确，并非约定不明，不应进行补充性解释。²¹本案广东省高级人民法院认定双方当事人关于债务履行方式的约定存在漏洞，而最高人民法院则认为合同不存在漏洞。两者分歧的原因在于对“只能在……股份盈利中偿还”这句话的文义有不同理解。只有先通过解释确定其文义，才能进一步判断该文义是否遗漏了交易事项。

范雪飞、吴训祥译，法律出版社2018年版，第93-99页。

²¹ 参见最高人民法院对“广州珠江铜厂有限公司与佛山市南海区中兴五金冶炼厂、李某芬加工合同纠纷案”作出的“（2012）民提字第153号”民事判决书。

意思表示漏洞的认定本身就是解释的结果,而漏洞的填补则需要借助于补充性解释或任意性法律规范适用。

相对而言,更为重要的是划定意思表示解释与任意性法律规范适用的界限。补充性解释终究也属于意思表示解释的范畴,所以其与狭义意思表示解释的界限并非意思表示解释的边界。这条边界横亘于意思表示解释与任意性法律规范适用之间。从实践视角看,区分意思表示解释与任意性法律规范适用的意义在于,通过解释而确定的意思表示内容可能因一方当事人存在表示错误而被撤销,通过任意性法律规范填补意思表示漏洞,则不可能适用错误撤销规则,因为借此补充的东西并非意思表示的内容,无所谓“意思与表示是否一致”。在学说史上,曾有学者否定意思表示解释与任意性法律规范适用之间存在界限,认为通过解释而发现的表示内容与基于任意性法律规范的补充之间并无区别,对意思表示进行解释其实就是在适用任意性法律规范。既然两者是同一回事,就谈不上界限。²²还有学者认为,界限并非存在于补充性意思表示解释与任意性法律规范适用之间,毋宁存在于狭义意思表示解释与任意性法律规范适用之间,因为,解释仅指对表示内容的诠释,不包括补充性解释,对于未被表示出来的东西,只能通过任意性法律规范的适用予以补充²³。

上述两种观点皆不可取。第一种观点将意思表示解释纳入任意性法律规范适用,使解释丧失了独立性,与意思表示解释的实践并不相符。任意性法律通常仅就交易的典型问题设置规范,而在个案中,需要进行解释的意思表示条款可能涉及此类典型问题,也可能涉及交易中极具个别性的特殊问题。第一种情形譬如,甲公司借款给丙公司,乙公司为此提供连带责任保证,在三方协议中约定此项借款到期后可以债转股,甲公司违约给乙公司造成重大不利影响的,乙公司有权解除合同。此项约定涉及合同解除权问题,这是交易上的典型问题,民法典第 563 条设置了任意性法律规范。尽管如此,对系争的合同约定解除权条款进行解释显然并非在适用民法典第 563 条,因为同一事项的约定条款排斥了法定条款的适用。在第二种情形中,根本不存在与系争问题相关的任意性法律规范。譬如,双方当事人不动产买卖合同中约定,十年内出卖人不得在该不动产附近经营与买受人的业务存在竞争关系的业务。合同履行过程中,双方就该款约定发生争议,需要对其中的“附近”“竞争关系”等用语进行解释。民法典买卖合同制度对此类特殊问题未作任何规定,如何将上述合同条款的解释视为任意性法律规范的适用?即便将该合同条款与我国民法典第 577 条之类的一般规范相联系,也不能将前者的解释等同于后者的适用。从逻辑上看,首先应当通过解释确定上述合同条款的意义,然后据此判断买受人的行为是否违反该条款规定的义务,如果违反,则再适用民法典第 577 条,判令买受人承担违约责任。在法律三段论上,上述第三个步骤中的民法典第 577 条是大前提,第二个步骤是在构造小前提,而第一个步骤则是为第二个步骤提供认定

²² 丹茨与蒂策持这种观点,参见[德]卡尔·拉伦茨:《法律行为解释之方法——兼论意思表示理论》,范雪飞、吴训祥译,法律出版社 2018 年版,第 91-92 页。

²³ Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, zweiter Band, erste Hälfte, Duncker & Humblot, 1914, S.545-546; Franz Leonhard, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, in: AcP(120), S.36-37.

依据。尽管方法论上存在“大前提的解释与小前提的认定相互影响”之类的说法，但“小前提认定依据的解释”与“小前提的认定”之间又隔了一层，所以绝不能将“小前提认定依据的解释”与“大前提的解释”等视齐观。

第二种观点彻底否定了补充性意思表示解释的存在可能性，也不妥当。任意性法律规范只是意思表示漏洞填补的手段之一，其覆盖面有限，无法完全替代补充性意思表示解释。当然，任意性法律规范的适用与补充性意思表示解释之间存在模糊区域。也许正是这个模糊区域给第二种观点的出现提供了动因。债法中通常都有“债务人应依诚信或交易习惯履行义务”之类的一般规范，如德国民法典第 242 条、我国民法典第 510 条第 2 分句等。同时，民法总则中关于意思表示解释的法律规范通常也将诚实信用、交易习惯作为解释依据，如德国民法典第 157 条、我国民法典第 142 条等。当合同对某个具体事项未作明确约定时，裁判者依据上述债法一般规范确定合同内容究竟属于补充性意思表示解释抑或属于任意性法律规范对意思表示漏洞的填补，不无疑问。此类一般规范当然属于法律规范，如果不想纠缠于“任意性法律规范与强行性法律规范之外是否还有其他民法规范”之类的问题，则将其视为任意性法律规范，亦无不可。

问题的关键在于，此类任意性法律规范与其他任意性法律规范相比，是否存在根本区别。意思表示存在漏洞意味着当事人对于法律行为的个别事项未作表示。此类事项通常涉及具体的权利义务、期间或者风险分配，如合同终止权、选择权、竞业禁止义务、对价风险等。因此，能够用于填补意思表示漏洞的任意性法律规范必须包含权利义务、风险分配、期间等内容，否则，无法发挥填补漏洞的作用。“债务人应依诚实信用作出给付”这一规范显然欠缺关于具体权利义务、期间或风险分配之内容，所以，裁判者据此填补意思表示漏洞并非通过适用任意性法律规范填补漏洞。毋宁说，裁判者依据该法律规范的授权，基于诚实信用为存在漏洞的意思表示补充内容，这是补充性意思表示解释。“债务人应依交易习惯作出给付”这一规范援引了交易习惯，而交易习惯通常具有涉及交易关系具体问题的内容，所以，裁判者依据该规范填补意思表示漏洞等同于适用交易习惯填补意思表示漏洞。如果交易习惯是某个行业或地区的普遍习惯，则其实质上扮演了任意性法律规范的角色，将依据其填补意思表示漏洞视为任意性法律规范的适用，未尝不可²⁴。反之，如果交易习惯仅为个别当事人之间惯常做法，不具备普遍性，则与任意性法律规范存在本质区别，无论如何都不能将依据其填补意思表示漏洞视为适用任意性法律规范填补意思表示漏洞。至于在个案中裁判者填补意思表示漏洞时究竟援引我国民法典第 510 条第 2 分句抑或民法典第 142 条第 1 款，并无决定意义。即便援引民法典第 510 条第 2 分句，但填补合同漏洞所依据的仅为当事人之间个别化交易习惯，则裁判者之所为仍属于补充性意思表示解释。此时，民法典第 510 条第 2 分句扮演的角色是作为补充性意思表示解释权的规范基础，裁判者据此有权对系争意思表示进行补充

²⁴ 弗卢梅认为，交易习惯并非法律规范，甚至也不是从属性法律渊源，所以，依据交易习惯填补法律行为漏洞在性质上属于补充性法律行为解释。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 381 页。

性解释，依交易习惯为意思表示补充内容。民法典第 511 条第 5 项同样也是补充性意思表示解释权的规范基础，裁判者据此有权依合同目的进行补充性意思表示解释，为意思表示补充关于履行方式之内容²⁵。

比较特殊的是我国民法典第 509 条第 2 款，该款规定当事人基于诚信原则、合同性质、合同目的、交易习惯应当履行通知、协助、保密等义务。此类义务属于合同关系中的附随义务。从比较法看，我国民法典第 509 条第 2 款类似于德国民法典第 241 条第 2 款，相对而言比后者更为具体。尽管条款中也提到了诚实信用、交易习惯，但毕竟规定了若干典型义务，此类义务对各种合同具有普适性，所以，依据该条款填补合同漏洞在性质上属于任意性法律规范的适用而非补充性意思表示解释。

总之，尽管补充性意思表示解释与任意性法律规范适用之间存在模糊区域，但两者仍有根本区别，不可相互取代。任意性法律规范无法完全覆盖各种情形中的意思表示漏洞，其只能与补充性意思表示解释共同完成填补漏洞的使命。从两者的适用顺位上看，在发现意思表示存在漏洞时，裁判者究竟应当先适用任意性法律规范填补漏洞抑或先进行补充性意思表示解释？通说认为，任意性法律规范的适用原则上优先于补充性意思表示解释，仅当欠缺可资适用的任意性法律规范时，才能进行补充性意思表示解释²⁶。之所以如此，原因有二。一是，几乎任何合同都不可能就所有交易细节予以全面规定，实际上也没必要这么做，很多时候当事人十分清楚除了合同条款之外，还有法律规范可以解决纠纷，其对某个事项未作约定的意图可能恰恰在于发生纠纷时直接适用任意性法律规范，优先适用任意性法律规范填补漏洞符合当事人的本意。二是，补充性意思表示解释旨在为意思表示添加合理内容，用于规范当事人之间的具体权利义务关系，任意性法律规范的功能也是为调整当事人之间的具体权利义务关系提供合理方案，两者皆由裁判者操作，但相较之下，由制定法明确规定的任意性法律规范显然更为清晰和确定，所以优先适用任意性法律规范更为稳妥。例如，合同约定，甲方不交付标的物或者交付标的物有瑕疵拒不整改的，须向乙方支付 200 万元违约金。事后，甲方虽交付标的物，但迟延了一个月。合同并未针对迟延交付约定违约金或违约损害赔偿责任，但民法典第 583 条、584 条针对包括迟延履行在内的违约行为规定了损害赔偿责任。此时，理应适用民法典第 583 条、584 条，判令甲方承担违约损害赔偿责任，不宜通过对合同中的违约金条款予以目的论扩张或者类推适用判令甲方支付 200 万元违约金。

有疑问的是，如果意思表示存在漏洞，相关的任意性法律规范也存在漏洞，则究竟应当先对任意性法律规范进行漏洞填补，并将填补后的任意性法律规范用于填补意思表示漏洞，抑或直接通过补充性意思表示解释填补意思表示漏洞。对于此种意思表示漏洞，假如当事人在合同中就类似问题未作任何约定，则显然只能考虑通过对相关任意性法律规范予以漏洞填补，将续造后的任意性法律规范用于填补意思表示漏洞。因为，一如任何有形器物的镶

²⁵ 有学说认为，适用合同法第 62 条之规定都属于依任意性法律规范填补合同漏洞。参见崔建远：《合同解释与法律解释的交织》，载《吉林大学社会科学学报》2013 年第 1 期。

²⁶ Palandt/Ellenberger, §157, Rn.4；崔建远：《意思表示的解释规则论》，载《法学家》2016 年第 5 期。

补，补充性意思表示解释也需要借力点，要么是当事人之间的个别化交易习惯，要么是意思表示中的相关条款，否则根本无法通过目的论扩张、类推、习惯补充等补充性解释方法直接填补意思表示漏洞。反之，如果当事人在合同中就类似问题已有约定，但约定的文义范围不足以涵盖系争问题，则补充性意思表示解释与法律漏洞填补都具有可行性，裁判者可任选其一。究竟选择何种手段，取决于裁判者的立场。如果其着眼于借助个案裁判续造法律规范，并且期望此举具备示范效应，则可以选择进行法律漏洞填补。如果其仅着眼于就事论事地解决个案问题，则进行补充性意思表示解释即足以实现目的。

综上，意思表示解释包括狭义意思表示解释与补充性意思表示解释，后者与任意性法律规范适用都是意思表示漏洞填补方法。意思表示不存在漏洞的，仅需通过狭义意思表示解释确定表示意义。意思表示存在漏洞的，如果存在相关任意性法律规范，应当优先适用任意性法律规范。此时，表意符号可能的意义范围之边界就是狭义意思表示解释与任意性法律规范适用的界限，这是意思表示的边界之一。如果不存在相关任意性法律规范，则应当进行补充性意思表示解释。此时，表意符号可能的意义范围之边界并非意思表示解释的边界，毋宁说，意思表示漏洞的外部边界所在之处才是（补充性）意思表示解释的边界。虽然存在相关任意性法律规范，但该规范存在法律漏洞的，则补充性意思表示解释与续造后的任意性法律规范适用存在重叠区域，没有清晰的边界。民法典第 142 条虽然没有明确规定补充性意思表示解释，但结合民法典第 510 条第 2 分句以及第 511 条第 5 项等规定，足以证明补充性意思表示解释在民法典中存在规范基础。

四、意思表示解释与无效法律行为转换的界限

所谓无效法律行为转换是指一项无效法律行为符合另一项有效法律行为的要件，使其发生后者之效力²⁷。之所以如此，是因为第一项法律行为的预期效果在范围上包含了第二项法律行为的效果，导致第一项法律行为无效的恰恰是其超出第二项法律行为的那部分预期效果。如果去除这部分预期效果，则第一项法律行为即被缩减为第二项法律行为，在不违背各方当事人假想意思的前提下，按照缩减后的法律行为发生法律效力，对于公共利益与私人利益均无害处。鉴于此，很多国家民法都规定了无效法律行为转换制度，如德国民法、意大利民法、葡萄牙民法等。我国民法典虽然没有明文规定无效法律行为转换，但在实践中，最高人民法院及地方人民法院在个别案例中已经尝试运用无效法律行为转换的法理对争议问题作出裁判²⁸。从法律方法论上看，此类裁判之所为属于法的续造，法官据此对我国民法因欠缺无效法律行为转换之规定而形成的法律漏洞予以填补。如果暂且忽略个案事实究竟是否符合无效法律行为转换之要件以及究竟应将系争法律行为转换为何种法律行为之细节问题，则法官有此造法精神，值得肯定。此外，我国某些司法解释之规定也体现了无效法律行为转换

²⁷ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 42.Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2018, S.171.

²⁸ 代表性判例参见最高人民法院对“刘某与新疆石河子农村合作银行、步某借款合同纠纷案”作出的“（2015）民申字第 2354 号”民事裁定；山东省青州市人民法院对“曲某伍与张某勤等民间借贷纠纷案”作出的“（2019）鲁 0781 民初 137 号”民事判决。

的法理。例如,《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2005]第5号)第12条规定:“土地使用权人与受让方订立合同转让划拨土地使用权,起诉前经有批准权的人民政府同意转让,并由受让方办理土地使用权出让手续的,土地使用权人与受让方订立的合同可以按照补偿性质的合同处理。”第13条规定:“土地使用权人与受让方订立合同转让划拨土地使用权,起诉前经有批准权的人民政府决定不办理土地使用权出让手续,并将该划拨土地使用权直接划拨给受让方使用的,土地使用权人与受让方订立的合同可以按照补偿性质的合同处理。”在这两个条文中,当事人订立的划拨土地使用权转让合同本身不发生效力,但可以转换为以受让方补偿转让方相关费用支出为内容的补偿合同。尽管未使用“转换”之类的表述,但实际上已在个别领域以司法解释的方式确立了无效法律行为转换规则。

从法律史看,无效法律行为转换最初经常与意思表示解释纠缠在一起,很多法学家倾向于从意思表示解释的角度论证无效法律行为转换。直到现代民法,无效法律行为转换才逐渐脱离意思表示解释理论,获得独立性。当然,仍有不少学者认为,意思表示解释与无效法律行为转换之间实际上并不存在非常精确的界限²⁹。甚至有学者依然将无效法律行为转换视为补充性意思表示解释的一部分或一种特殊情形³⁰。无效法律行为转换与意思表示解释之间的基本关系可以表述如下:无效法律行为转换以意思表示解释为前提,只有先通过解释确定法律行为的内容,才能判断其是否无效,进而决定可否进行转换。解释与转换分属于两个阶段,解释的尽头就是转换的起点。

具体而论,意思表示解释与无效法律行为转换的界限体现在如下两个方面:

首先,当事人如果约定,第一项法律行为无效的,按照第二项法律行为的内容发生法律效力,则在发生纠纷时,仅须通过解释确定当事人的表示中确实包含了以备选法律行为取代原定法律行为之意,即可直接按照此项意思处理,使备选法律行为发生法律效力。依当前通说,这不是无效法律行为转换³¹,转换是法定的而非意定的³²。此时,借助于当事人的特别约定,狭义意思表示解释的边界偶然地扩展至无效法律行为转换的作用领域,解释导致的结果与无效法律行为转换的结果无实质差别。

其次,在当事人未作上述特殊安排的情况下,通过意思表示解释确定法律行为的内容时,如果相关条款存在两种解释可能性,其中一种解释导致法律行为无效,另一种解释导致法律行为有效,则裁判者可以直接采用第二种解释,使法律行为发生法律效力。此时,无须适用无效法律行为转换,两种法律行为的选择已经被纳入意思表示解释的范畴。反之,如果相关条款只存在一种解释的可能性,且解释的结论导致法律行为无效,则下一步就是无效法律行为转换的任务了。无效法律行为转换适用的主观要件是:假如各方当事人在缔结法律行为时

²⁹ Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2016, S.231.

³⁰ AnwK-BGB/Faust, §140, Rn. 3; Erman/Palm, §140, Rn. 6.

³¹ MünchKomm/Busche, §140, Rn.6.

³² Astrid Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl., C.H.Beck, 2017, S.428-429.

知道原定法律行为无效，则其应该愿意缔结替代行为并使其发生效力。此项假想意思如何查明，不无疑问。拉伦茨认为，对假想意思的查明并非意思表示解释，毋宁涉及对各方当事人的利益进行考察与权衡³³。弗卢梅³⁴、布舍尔³⁵虽未明确指出对假想意思的查明并非意思表示解释，但与拉伦茨一样，强调价值衡量而不是解释。我国也有学者采用这种观点³⁶。另一种观点认为，假想意思的查明须借助于意思表示解释，其原理与通过意思表示解释确定法律行为部分无效是否导致整体无效一样³⁷。相较之下，第二种观点更为合理。理由有两：一是，假想意思的查明虽然应该侧重于价值衡量，但这不能成为将其定性为补充性意思表示解释的障碍。依当前通说，补充性意思表示解释本身就需要进行价值衡量，其本质上是由裁判者基于价值衡量为当事人的意思表示扩展或添加内容，具有规范创设的功能。裁判者为进行无效法律行为转换而查明当事人的假想意思，符合补充性意思表示解释的本质特征。二是，个别情况下，当事人在意思表示中声明，如果原定的法律行为无效，不得发生其他法律行为之效力。在确定当事人是否具有关于转换的假想意思时，无疑应该考虑此项声明，这显然并不涉及价值衡量，毋宁是通过狭义意思表示解释确定表示意义。

上述两个方面的界限均存在弹性。就第一方面的界限而言，关于备选法律行为之特殊安排，即便不存在明确约定，理论上仍有可能通过补充性解释为当事人的意思表示添加相应内容，即：原定法律行为无效的，按照备选法律行为之内容发生效力。是否允许这样的补充性解释，决定了意思表示解释与无效法律行为转换的界限究竟落在何处。就第二方面的界限而言，关于何种前提下可以认定存在两种解释的可能性以及何种条件下可以直接采用导致法律行为有效的那种解释，也存在一定的操作空间。裁判者在操作时的尺度把握也决定了意思表示解释与无效法律行为转换的界限所在。

总的来说，意思表示解释与无效法律行为转换虽有区别，但两者之间存在一个模糊区域，其界限可以根据实践需要左右滑动。鉴于无效法律行为转换在我国民法中欠缺一般性的明文规定，该界限可以往无效法律行为转换这一侧推移，适当扩大意思表示解释的空间，使之承担无效法律行为转换的部分功能。尤其是第二方面的界限，扩大解释空间在方法论上面临的障碍相对更小，值得尝试³⁸。例如，甲借用乙的名义购买经济适用房，双方订立借名合

³³ Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9.Aufl., C.H.Beck, 2004, S.824.

³⁴ [德]维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第706-707页。

³⁵ MünchKomm/Busche, §140, Rn.20-21.

³⁶ 殷秋实：《无效行为转换与法律行为解释——兼论转换制度的必要性与正当性》，载《法学》2018年第2期，第113页。

³⁷ Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 42.Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2018, S.172; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl., J.C.B.Mohr, Tübingen, 1960, S.1219; Staudinger/Roth (2015), §140 Rn.24-55; Palandt/Ellenberger(2012), §140, Rn.8.

³⁸ 借助意思表示解释实现无效法律行为转换的代表性判例参见最高人民法院对“郑某春与莆田市中医院等建设用地使用权纠纷案”作出的“(2014)民提字第125号”民事判决书。在该案中，最高人民法院认为，当事人订立的土地使用权转让合同未采用书面形式，虽然已经实际履行，但考虑到关于此种合同书面形式之规定的立法目的，并且本案合同存在多种解释可能性，不宜解释为土地使用权转让合同并认定合同形式瑕疵因实际履行而得到补正，应解释为土地使用权租赁合同。此项裁判名为意思表示解释，实为无效法律行为转换。

同，约定：购房款由甲支付，房屋归甲所有。如果将该合同解释为经济适用房所有权立即归属于甲，则合同无效。因此，应将合同解释为：甲乙约定，由甲向乙购买经济适用房，甲预先以代乙向政府支付购房款的方式支付买卖价款，房屋所有权在相关法律规定的期限（5年）届满后转让给甲。再如，甲乙订立合同，约定甲将其承包的一块土地出卖给乙，土地在此后归属于乙，甲不得索回。对此，如果解释为土地买卖合同，则显然无效。应当解释为甲将其土地承包经营权转让给乙。通过民法典第142条中的意思表示解释弥补民法典未明确规定无效法律行为转换的缺陷。

