

【民法理论】

论法律行为定性中的“名”与“实”

于程远

【摘要】法律行为的定性本质上属于意思表示解释的任务,是法秩序在意思表示解释理论框架下对法律行为作出的初次评价。在司法实践中,法律行为的名不副实既可能表现为法律行为名义与内容的偏离,也可能表现为法律行为内容与目的的偏离。对于法律行为的定性而言,原则上应坚持内容决定论的立场,以法律行为内容确定的权利义务构造对该法律行为进行定性。法律行为的名义原则上不影响法律行为的定性结果,仅在例外情形下可能成为解释者予以参照的重要因素。应当从原则上否定纯粹目的论的定性方式,拒绝“穿透式”的法律行为定性,仅当法律明文授权,或法律行为本身的性质要求如此时,方能以目的作为法律行为定性的决定性依据。

【关键词】法律行为定性;意思表示解释;类型自由;目的;内容

【作者简介】于程远,中国政法大学民商经济法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2021.7.97~112

【基金项目】本文系2020年度教育部人文社会科学研究青年基金“缔约阶段信息风险的平衡与救济研究——以缔约过失与违约责任的竞合为视角”(20YJC820060)的阶段性研究成果,受中央高校基本科研业务费专项资金、中国政法大学科研创新项目(19ZFG82006)资助。

“名为……实为”原本仅为一种普通的表述方式,其意在揭示事物的本质与其所宣称的名号之间的差异。但是当这样一种表述方式频繁地在裁判文书中出现,并且经常被作为判决说理部分的核心论据之一时,该表达似乎就在事实上形成了一种自身蕴含正当性的独特公式,不断吸引裁判者诉诸该公式为自己的论证寻求正当性支持。这一表达方式似乎已经在事实上成为裁判者对法律行为作出定性以及适用法律时的重要理由。当裁判者意图适用有关B的规则规制A时,便可能声称该法律行为为“名为A实为B”,在该语境下,这样一种声称通常就被作为说理本身。^①

实践中“名为……实为”论断的适用情形中交织着法律行为的内容与目的、真实与虚假、当事人的有意与无意、裁判者的自我谦抑与主动干预等多重矛盾。此时“名为……实为”的论断似乎成为化解一切

矛盾的“万金油”,因为名不副实的情形是需要纠正的,这是正确适用法律的前提,此点在当事人无意识地使用错误指称时尤为明显。在当事人有意使用错误指称时,如果裁判者基于自身判断纠正此种名不副实的情形,实际上是对当事人的意思自治施加了不同程度的干预。如果某法律行为的当事人以明确的表达订立A类型法律行为,而裁判者却宣告该法律行为名为A实为B,并且以B类型法律行为的相关规则予以评价,那么此时必然产生的矛盾是,当裁判者认为当事人进行了B类型法律行为时,该行为性质的认定实际上未必符合当事人的意图,甚至是当事人所刻意避免的。

如果对相关案例作进一步的考察,便会发现这样一种“名为……实为”论断之下的“名”“实”关系可能远比想象中的复杂。在法律行为的“名”“实”关系中,究竟何为“名”,何为“实”?当法律行为的“名义”

(指称)与“内容”遭遇时,名义为“名”,内容为“实”;然而当法律行为的“内容”与“目的”遭遇时,内容便成了呈现于表面的“名”,当事人通过该法律行为所追求的经济目的便成为这一语境之下的“实”。当人们以“名为……实为”这一论断对法律行为作出定性时,究竟所指为何,解释者能否以法律行为的内容否定其指称,又能否以法律行为的目的否定其内容?若将观察法律行为名实关系的视角从单纯的“名”“实”二元结构转向法律行为的名义、内容、目的的三层次结构之上,便需要进一步回答三者在这一结构体系中的作用问题。本文尝试解决上述问题,澄清法律行为定性过程中的“名”“实”关系,探寻“名为……实为”这一在实践中被普遍使用的说理论断的正当性基础与边界。

一、法律行为“名”“实”冲突的实践考察与理论定位

(一)实践中法律行为“名”“实”关系的冲突形式

1. 法律行为名义与内容的冲突

实践中“名为……实为”公式的运用可能首先出现在法律行为的名义与内容发生偏离的情况中。所谓名义与内容的偏离,是指当事人为法律行为选取的名称或在具体设定权利义务关系时所使用的法律概念与该法律行为的实质内容不符。此时裁判者通常会以“名为……实为”的论断否定当事人对该法律行为的表面定性,从而揭示其真实性质。

当事人可能因为自身法律知识的缺乏而为其实施的法律行为选取了错误的指称,然而事实上双方当事人对该法律行为的性质并无争议,例如,双方当事人错误地将“投资”称为“借贷”的情形,^②以及错误地将“承包经营合同”称为“联合开发合同”的情形。^③此类情形下的错误指称是当事人无意导致的,对于法院在判决中转变其定性而适用相关法律规范通常不存异议。但需要注意的是,双方当事人无异议并不意味着法院可以放弃对法律行为性质的审查,正如最高人民法院曾在判决中正确指出的:“合同的性质和效力涉及合同当事人法律关系的确定,影响当事人权利义务的分配,关系到当事人的诉讼主张能否得到人民法院的支持。因此,人民法院在

审理合同纠纷案件中,即使当事人没有争议,人民法院也应依职权对合同的性质、效力进行审查。对于合同性质,应综合考虑当事人的整体意思表示,根据当事人约定的主要权利义务的性質进行判定,而不能只审查合同名称,不应受个别条款的影响,亦不能仅根据当事人在诉讼中的主张进行确认。”^④

较为复杂的是当事人有意选取错误指称的情形,在此种情形下当事人通常怀有规避某一特定法律禁令的隐藏目的,该禁令可能表现为法律在特定交易形式之下对主体资格、获利程度的限制等。例如“名为投资,实为借贷”的现象极为普遍,当事人将借款关系称为投资关系,主要原因通常在于规避有关借款利率限制的法律规定。^⑤为了规避对借款合同的这一限制,当事人不仅可能将借款合同伪装成投资合同,还有可能将其伪装成诸如“保证金有偿使用协议”^⑥“承包经营合同”^⑦“合伙协议”^⑧“委托资产管理合同”^⑨等其他形式,从而实现超过限额的利息回报。在此种情形下,法院通常会指出当事人虽然有意选取其他名义,但其法律行为的内容均表现为提供资金的当事人不承担经营风险,只收取固定数额货币,因此“实为借贷”。

2. 法律行为内容与目的的冲突

实践中还存在大量依据法律行为的目的作出“名为……实为”论断的情形。为了实现规避特定法律的目的,当事人可能特意为法律行为设定纷繁复杂的内容以加大法院对该法律行为作出定性的难度,此时法院则可能越过当事人刻意选取的繁复手段,直接依据这些手段所达成的最终效果或可以探明的当事人的实质目的对该法律行为作出“名为……实为”的判定,从而使当事人的规避行为失去意义。^⑩

此类论断主要出现在原《合同法》第52条第3项“以合法形式掩盖非法目的”这一规定的适用过程中。^⑪此种情形下法官的判断并不受法律行为内容的限制,只要当事人意图实现的目的或该法律行为客观上可以达成的经济效果是非法的,那么该行为就有可能落入以合法形式掩盖非法目的的规制范畴。从这一意义上看,以合法形式掩盖非法目的是

对抗法律规避行为最为直接和有效的工具。但《民法典》合同编并未将以合法形式掩盖非法目的作为合同或法律行为无效的事由加以规定,因此这一案型被诸如虚假法律行为、恶意串通、类推适用等制度或方法分割与吸收。

由此,实践中出现了一种值得注意的现象,即存在虚假法律行为的情况下,“名为……实为”论断也得到了极为普遍的运用。法院经常通过该论断指出,当事人之间实施的法律行为“名为”表面行为,“实为”隐藏行为。^⑩例如当事人为了避税而实施的“名为买卖,实为赠与”的典型情形。^⑪在此之外,法院在所谓“闭合循环买卖”中也通常会作出“名为买卖,实为借贷”的判断,从而适用虚假法律行为制度认定表面上的买卖合同无效,转而适用有关借贷的法律规范判断当事人之间事实上存在的借贷关系的效力。^⑫在这类案件中,双方当事人并无将表面上订立的法律行为所规定的效果真正实现的意思,其通常只是希望借助表面行为应付审批、登记、纳税、审查等法律行为外部的事务,而其真正意图实现的法律行为(隐藏行为)的内容与其表面行为的内容并不相同。^⑬此类情形本质上不属于法律行为定性的范畴,但经常因“名为……实为”公式的运用与法律行为定性问题纠缠在一起,容易造成理论上的混淆和法律适用上的混乱。

(二)法律行为定性:意思表示的规范评价

拨开“名为……实为”这一笼统论断之下的迷雾,不难发现法院无论出于何种理由运用这一公式,最终目的其实都在于为其裁判寻找合适的法律规范依据。通常而言,这一目标需要通过法律行为定性加以实现。法律行为定性的根本任务在于确定法律行为在法教义学上的归属类别,从而正确适用相应的法律规范。例如,将“甲转移标的物的所有权于乙,而乙支付价款”的合同定性为买卖合同,从而适用《民法典》第595条以下的法律规范。又如,将“甲按照乙的要求完成工作,交付工作成果,乙支付报酬”的合同定性为承揽合同,从而适用《民法典》第770条以下的法律规范。这一过程离不开对当事人意思表示的解释,法律行为定性的本质是法律对当

事人的意思表示作出规范意义上的评价,唯有确定了当事人通过意思表示构建的法律行为类型,方能判断法律针对该类型的法律行为所意图采取的规制方式。

正如德国学者辛格(Singer)指出的,意思表示的本质特征并非简单地表达某种愿望或对某个行为进行宣告,而是一种“表述行为”,它是语言行为的一种,此种语言行为所产生的效力恰是其所表达的内容。^⑭当由此效力产生的法律后果符合当事人的意愿时,当事人的自治才能得到充分贯彻,即“根据自己的意愿对法律关系作出的终局性构建”。^⑮基于意思表示而产生的法律关系并非构筑于生物学意义上“自由的”、不确定的意志之上,某种允诺是否产生法律上的约束力,通过法律行为获得的权利在遭遇阻碍时能否借助国家力量得以贯彻,事实上取决于法律上的特殊考量,并非仅仅基于允诺行为本身的性质。究其实质,意思表示是一种对意图构建法律关系的人类行为的规范性划分。换言之,买卖之所以为买卖,赠与之所以为赠与,并非因为当事人称之为“买卖”或者“赠与”,而是因为法律将此类行为评价为买卖(《民法典》第595条以下)或赠与(《民法典》第657条以下)。

因此,对意思表示内容的确定在本质上不仅属于对事实的查明,其更是解释者借助法律对该意思表示作出的法律评价,对当事人特定行为意义的解释更是如此。对意思表示内容的解释需要遵循人的客观理性,这要求解释者一方面应当尽量避免将合同的内容解释得前后矛盾,另一方面应当尽量对合同约定作出合乎成文法内容与目的的解释,从而尽量维持合同约定的法律效力。^⑯在诸多可能的解释结果中,解释者原则上应当采纳能够令合同约定具备法律意义的结果。^⑰例如,在“原告张某1与被告张某2、张某3、张某4、张某5遗嘱继承纠纷案”中,被继承人与自己的法定继承人签订“遗赠扶养协议”,约定由该法定继承人承担对被继承人生养死葬的义务并享有接受遗赠的权利。然而根据通说,遗赠扶养协议的扶养人须为法定继承人以外的人,^⑱这就导致该协议无法有效成立。于是法院在对该意思表示进

行解释时,将其解释为“名为遗赠扶养协议,实为附义务的遗嘱”,通过转换的方式尽可能维持了该法律行为的效力。^②

法秩序对当事人意思表示的价值评价从对该意思表示进行解释时便已开始,而民法中对于意思表示瑕疵、违背公序良俗原则以及违反法律、行政法规的强制性规定等更为直接的效力控制条款,实际上都建立在已完成意思表示解释的基础之上。例如,在“山西金晖煤焦化工有限公司、李苏合同纠纷案”中,法院针对双方当事人“名为地质灾害治理合同,实为煤炭资源开采合同”的情形作出了正确的认定。双方当事人以“昌华煤矿灾害治理内部责任制承包协议”的名义约定由其中一方当事人对矿区进行灾害治理,在治理过程中得到的煤炭资源归己所有,并向另一方当事人支付所谓“管理费”。这一合同既包含灾害治理的要素,又包含煤炭开采的内容,从而造成合同定性上的疑难。法院结合合同约定的内容以及地质灾害治理合同的核心特征否定了“灾害治理合同”的性质,而将其认定为煤炭资源开采合同。其一针见血地指出:“鉴于人为活动引发的地质灾害治理遵循‘谁引发、谁治理、谁承担费用’的原则,本案作为已开发煤矿的地质灾害治理,依法应由昌华煤矿的权利人(采矿权人)作为责任治理主体,并承担治理费用;若由第三人具体负责灾害治理,正常情况下责任治理主体应向第三人支付治理工程费用,而不存在第三人向责任治理主体支付费用的问题,此应为地质灾害治理合同的核心特征。”针对合同中同时存在的关于所谓灾害治理相关义务的约定,法院则认为其“本来就是采矿权人法定的矿山地质环境治理恢复义务”。^③由此,该协议形成了一个以灾害治理名义包装的煤炭资源开采合同,应当受到以《矿产资源法》为首的一系列涉及煤矿资源开采的法律、行政法规的规制。因此,意思表示解释绝非单纯地“探明”当事人的真实意思,同样蕴含当事人意思自治与法律评价乃至司法干预之间的龃龉。在处理法律行为的“名”“实”关系时,裁判者本质上是在“名”“实”之间选取某一标准对该法律行为进行评价,该标准的选取应当遵循法律在意思表示解释理

论之下作出的均衡考量,而不能逾越意思表示解释理论设置的藩篱,纯粹从外部规制的需求出发对法律行为进行定性。

二、意思表示解释理论下的内容决定论

(一)“经验/规范”二元方法体系下的意思表示解释

1. 自然解释相较于规范解释的优先性

法律行为的定性本质上属于意思表示解释的范畴,解释者通过将待定性的法律行为与法律条文中的某一规则集合相对应的方式完成对该法律行为的初步评价。在这一对应归类过程中,意思表示的具体内容是解释者首先需要考量的决定性要素。

解释者需要依据法律行为的内容确定其性质,法律行为的内容原则上应当依我国《民法典》第142条加以确定。依据该条规定,意思表示的解释方法因该意思表示有无相对人有所不同,然而无论是无相对人的意思表示还是有相对人的意思表示,其解释实际上都遵循所谓“经验/规范”(empirisch/nomativ)的二元方法体系(Methodendualismus),这意味着当事人可以确定的真实意思(或合意)总是优先于其表达得到法律的认可。^④

对于无相对人意思表示的解释,我国《民法典》第142条第2款明确规定:“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。”这是基于意思主义解释立场的明确表达,即在确定意思表示的内容时,表意人的真实意思是最重要的。如今被主流意见视为理所当然的“误载不害真意”规则,在罗马法时期仅在遗嘱解释的领域得以适用,直到潘德克顿时期才开始有意见主张这一规则应当在契约领域同样得到适用。^⑤时至今日,在对无相对人的意思表示进行解释时,我国法院已无须特意诉诸“误载不害真意”规则,而可以直接依据《民法典》第142条第2款探明当事人的真实意思,从而确定法律行为的具体内容。

对于有相对人意思表示的解释,《民法典》第142条第1款规定“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”。此时尽管规范解释通常发挥更为广泛的作用,但不容忽视的是当事人的真实意思同样处于最应优先考虑的地位。解释者应当首先在经验层面上确定当事人的真实合意,如果当事人的合意内容能够清晰确定,那么无论表达如何,仍然均以其真实达成的合意内容为准,这又被称为“自然主义”的解释方式。^⑤换言之,如果双方就法律行为的内容实际上达成了真实合意,那么该法律行为便在该合意的范围内得以成立,而无须再借助规范解释探寻一个“客观受领人”的通常理解。例如,买卖合同的双方当事人已经在谈判中确定了所购汽车的价格为100000元,那么在订立书面合同时,合同书上所写究竟是10000元还是1000000元,其实并不影响合同在真实约定的100000元价位上成立且生效。因此在法律行为内容确定无争议的情形下,当事人的错误表达并不影响其性质认定。^⑥仅当真实合意无法确定时,才需要在次级层面上寻求客观受领人视角的规范解释。^⑦在规范解释层面上,解释者需要探寻的问题便不再是当事人所达成的真实合意究竟为何,而是一个客观的第三人处在意思表示受领人的位置上时,依据诚实信用原则与交易习惯会对其意思表示作出怎样的理解。^⑧因此,对有相对人意思表示的解释并非自始就进入规范解释的层面,在当事人真实合意能够探明的情况下,解释者应当尊重此种合意,而不应强行以客观相对人的理解修正其意思。

2. 规范解释中的考量要素

规范解释并不意味着解释者被绝对束缚于意思表示的语义,而需要结合合同文本之外的、对意思表示受领人而言可获知的全部情势加以判断。^⑨除了意思表示本身的文义之外,裁判者还需要综合考量包括交易习惯、当事人之间的利益状态(*Interessenlage der Beteiligten*)^⑩以及当事人通过实施该法律行为所追求的经济目的^⑪在内的诸多外在因素。这些外在因素尽管不能直接决定对意思表示内容的理解,却可以在对意思表示进行解释的过程中发挥辅助功能。最高人民法院曾就合同定性的问题指出:“对于案涉合同性质和效力,应当根据合同签订目的、约定

内容以及实际履行情况等予以认定。”^⑫但是如果在第一步的判断中结合全部的外部证据可以探明当事人的真实意思,那么当事人是否选取了正确的词语对其意思进行表达就不再那么重要了。这也是所谓“误载不害真意”规则所具有的价值。这一规则被比德林斯基(Bydlinski)称为“合同法中最确实的律令”。^⑬

需要注意的是,规范解释中对所有因素的综合考量不应导致意思表示解释走向另一个极端,即完全忽略当事人的明确表达而执着于通过当事人作出法律行为时的外部情势探明隐藏在法律行为表达背后的真相。最高人民法院曾在判决书中通过肯认合同书的证据效力否定当事人“名为买卖,实为借贷”的主张,并明确指出:“合同在性质上属于原始证据、直接证据,应当重视其相对于传来证据、间接证据所具有的较高证明力,并将其作为确定当事人法律关系性质的逻辑起点和基本依据……在两种解读结果具有同等合理性的场合,应朝着有利于书面证据所代表法律关系成立的方向作出判定……透过解释确定争议法律关系的性质,应当秉持使争议法律关系项下之权利义务更加清楚,而不是更加模糊的基本价值取向。”^⑭尽管最高人民法院从合同书的证据效力入手作出分析,但其观点对意思表示解释理论的运用同样具有深刻的启示意义。在对意思表示进行解释时,并非发掘越深入,解释的结果就越正当,意思表示的文义始终是查明当事人真实意思的首要依据,而在证据层面上,固化于合同书上的意思表示文义相较于其他辅助情势具有更高的证据效力。

在依据意思表示解释规则对法律行为作出“名为……实为”的论断时,不仅需要考察名义上该法律行为指称是否错误,还需要考察实际上该法律行为是否具备另一法律行为的特征。例如,同样是在房屋买卖合同中约定回购条款,在有的案件中会被认定为“名为买卖,实为借贷”,^⑮而在有的案件中则被认为“只是对购房人转让房屋权利的限制和对承租人权利的保障”,不导致该合同被认定为借款合同。^⑯其最主要的区别在于前者明确约定了在3个月以后以每平方米月息8分的增幅回购该房产,从而导致

法院认为以购房为名支付款项、按月计取利息、到期还本付息等行为均符合借款合同的特征。而后者则无法从合同条款中解读出符合借款合同特征的约定,甚至房屋没有实际交接而是直接收取房租款的交易模式,也被法院认为属于购房人对自有物业的经营方式,虽然购房目的具有投资性,但购房的目的并不影响合同的性质。这两个案件的对比深刻地揭示出在以“名为买卖,实为借贷”对涉案合同进行定性时,重要的并非论证当事人在买卖合同中作出的回购约定对“买卖关系”而言是如何“不典型”,而是论证该约定如何典型地符合了另一法律行为(即借款合同)的特征,从而证明其违反了法律有关借款合同的禁止性规定。若非如此则无法解释在法律并未禁止当事人作出“非典型”约定的情形下,为何非要强行将该法律行为纳入“典型法律行为”的轨道。就如同法律既允许当事人通过买卖合同以一个较高的价格约定购买空调附赠安装服务,也允许当事人以较低的价格单独订立买卖合同与安装合同,其原因不过在于当事人并未触犯任何禁令而已。至于究竟当事人订立的是一个合同还是两个合同,则属于当事人意思自治的范畴。从法律行为定性的实质功能上看,即便法院依据其内容转变了对该行为的定性,也不意味着该行为直接失去效力,而是以同样的内容受到对应其真实性质的法律规则的审查。^⑤

意思表示解释的任务不仅在于确定法律行为的内容或含义,更在于为特定的内容与含义找到与之对应的法律规范。司法实践中的这一过程并非易事,因为其中可能夹杂各种形式上的干扰因素,尤其是当事人可能试图以其他的合同名义干扰法院的判断,法院此时便需要综合各方面因素对合同性质进行认定。例如在建设工程合同中,法律对分包和转包行为的评价便截然不同。所谓分包,指的是承包人将其承包工程的一部分交由第三人完成,与第三人签订承包合同之下的分包合同的发包承包方式。对于分包行为,《民法典》第791条第2款第1句规定:“总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意,可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。”而转包指的是承包人将自己承包的工程全部倒手转

包给第三人,使第三人实际上成为这一建设工程的承包人。对于转包行为,《民法典》第791条第2款第3句规定:“承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。”无论是转包合同还是分包合同,从权利义务外观上均表现为承包方将自身承包的工程交由第三人完成的合同,其区别就在于交由第三人完成的工作量占承包方自身总工作量比例的不同,而这一比例的不同便带来了法律评价上的巨大差异。在“成都精建建筑劳务输出有限责任公司、陈可建设工程分包合同纠纷案”中,一审法院便从合同的实际履行情况入手,正确地指出:“虽然陈茂源是以鸿盛公司的名义而非以个人名义或者九天公司的名义组织施工,但是由于陈茂源不是鸿盛公司的员工,鸿盛公司也不实际履行与发包方签订的建设工程施工合同义务,因此《项目工程管理责任书》名为内部承包、实为工程转包,陈茂源是……工程的实际施工人。”^⑥

因此,规范解释的目标在于确定“意思表示的真实含义”(《民法典》第142条第1款),即确定意思表示的内容。在确定意思表示内容的过程中,当事人的行为目的、履行中的实际行为以及当事人之间的利益状态等因素都可能被纳入考量,但这些要素在整个逻辑链条上均属于“辅助性情势”(begleitenden Umstände),而非决定性要素。^⑦意思表示解释规则致力于通过探明当事人的行为目的确定意思表示的真实含义(内容),而非直接决定当事人应当通过何种方式和手段实现其目的。

3. 意思表示解释的特别规范

(1) 法律明文拟制或推定的意思表示含义

在特定情形下,法律可能以明文的形式对当事人特定表达或行为的意义加以拟制或推定。在法律拟制的情形下,决定意思表示内容的既非表意人的真实意思,也非客观受领人对该表示的理解,而是法律对此的特殊考量。^⑧而在法律推定的情形下,立法者允许当事人通过证明自己与法律推定相悖的意思而推翻该推定。

例如,针对合同的定性问题,《民法典》第888条

第2款规定:“寄存人到保管人处从事购物、就餐、住宿等活动,将物品存放在指定场所的,视为保管,但是当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。”这是立法者对到经营场所从事“购物、就餐、住宿等活动”的民事主体作出的倾向性保护,意在终结司法实践中保管合同与其他类型合同的定性之争。例如,在“李杏英诉上海大润发超市存包损害赔偿案”中,双方当事人就消费者使用超市的自助寄存柜存物时与超市形成何种法律关系的问题发生争议。消费者主张“自助寄存柜是超市为吸引消费者到其店内购物,同时又要保证其店内货物安全而设置的,这是因购物而派生出来的保管服务”。而超市则主张其“为方便消费者购物而向消费者无偿提供了自助寄存柜,双方就此柜的使用形成的无偿借用合同关系”。^⑩保管合同抑或借用合同的定性结果会直接关涉超市是否要为消费者包裹遗失负责的最终判断。若法院将该合同认定为保管合同,则超市作为保管人负有妥善保管寄存物的义务,若消费者在储物柜中寄存的包裹遗失,则超市需要依据法律针对保管合同的相关规定承担违约责任。然而若法院将该合同认定为借用合同,则超市作为储物柜的出借人,只要保证储物柜本身能够正常使用即可,而无须对消费者寄存其中的包裹负责。由此,对消费者无偿使用超市储物柜寄存包裹这一法律关系的定性便具有了浓厚的法律评价色彩。若侧重于“无偿使用”的侧面,则应当将其定性为借用合同,免除超市针对包裹安全的责任;若侧重于“寄存包裹”的侧面,则应当将其定性为保管合同,令超市对包裹负担妥善保管的义务。

在该案中,法院并未武断地判定此类型的法律关系一概属于保管合同或借用合同,而是从原《合同法》对保管合同的定义入手,结合案件中包裹存放的具体操作步骤、超市在储物柜处张贴的声明等情形,证明消费者的物品没有转移给超市占有,超市也没有收到消费者交付保管的物品,因此不成立保管合同。这是针对具体案件中当事人意思表示内容的解释,它要求法官在个案中对当事人意思表示的具体情形进行微观考察,并且为之付出更高的论证成本。需要注意的是,尽管《民法典》第888条第2款采

用了“视为”的表述方式,但其并非对当事人意思的拟制,而是推定,因为即便是在该款规定之下,裁判者依旧需要首先通过意思表示解释理论确定当事人的真实意思,仅当该真实意思既无法查明又无可以依据的交易习惯时,才适用法律提供的推定规则。

(2)特别解释规则的设置

在拟制与推定的规则之外,法律还有可能不直接确定当事人意思表示的含义,而是通过在意思表示解释的基本规则(《民法典》第142条)之外设定特殊解释规则的方式实现特定的法政策目标。例如《民法典》第498条规定:“对格式条款的理解发生争议的,应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。”此类规定不能被理解为对《民法典》第142条所设定的意思表示基本解释规则的具体化,因为该条规定的目的并非“探寻”意思表示的真实含义,而恰恰是根据诚信原则“修正”(Korrektur nach Treu und Glauben)这一含义。^⑪因此,当合同的定性问题与格式条款的解释问题交织在一起时,根据《民法典》第498条规定,若根据通常的理解不能得出唯一结论,解释者应当作出对提供格式条款一方当事人不利的解释,即通过对意思表示进行解释作出对提供格式条款一方不利的定性。

(二)法律行为“名义”无价值的例外

如前所述,法律行为定性的主要依据是当事人之间约定的权利义务构造,即法律行为的内容,而当事人为法律行为选取的名义通常对法律行为的定性而言无足轻重。^⑫但在司法实践中,解释者并非在所有情形下都能够排除合同名义带来的干扰,径自依据法律行为的内容对该行为进行定性,尤其是在临界情形下,当典型法律行为之间的界限自身不明时,当事人选取的合同名义便可能重新具备了意义与价值。

例如,对于买卖合同与承揽合同而言,在通常情形下二者的界限是清晰的。买卖合同是“出卖人转移标的物的所有权于买受人,买受人支付价款的合同”(《民法典》第595条),而承揽合同是“承揽人按照定作人的要求完成工作,交付工作成果,定作人支付

报酬的合同”(《民法典》第770条)。但是当承揽合同中的“定作合同”与买卖合同中“预先订货的买卖合同”遭遇时,二者特征上的相似性便会导致定性上的疑难。所谓定作合同,指的是“承揽人根据定作人的要求,以自己的技能、设备和劳力,用自己的材料为定作人制作成品,定作人接受该特别制作的成品并支付报酬的合同”。例如家具、服装的定制均属此类。^④定作合同的特征在于制作标的物的材料由承揽人提供,与之相对的是加工合同,在加工合同中制作标的物的材料由定作人提供。而预先订货的买卖合同则是买卖双方在标的物生产出来之前便约定卖方生产标的物并交付给买方,买方支付价款的合同。这两类合同在特征上具有极高的相似度,因为二者均是一方当事人应另一方当事人的要求生产(制作)标的物(成品)的合同,材料均由生产方自备,而且两类合同中当事人提出的要求可能都是“特殊要求”,从而导致标的物成为仅供买受人(定作人)使用的专用产品。这就使得用以区分买卖合同与承揽合同的通常标准陷入“失灵”的尴尬境地。

然而,买卖合同与承揽合同的不同定性会在法律适用上造成重大差别。根据《民法典》第787条,定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同,而买卖合同中的买受人则不享有任意解除权。^⑤针对此类情形,最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编的民法典合同编释义书虽然依旧在原则上坚持内容决定论的基本立场,但也同时指出在依据合同约定的权利义务内容难以区分合同性质时,则应当参照合同名义以及当事人在合同中所使用的概念确定合同性质。例如在当事人使用“赊销合同”等概念时,宜认定为买卖合同,而在其使用“定作合同”等概念时,宜认定为承揽合同。其理由在于:“之所以在此情况下不以合同的权利义务内容定性,是因为从权利义务上不能作出判断,无法探知当事人的内心真实意思,而合同所使用的概念才是当事人真实意思的流露。”^⑥

因此,尽管单纯的名义指称通常对于法律行为定性而言并无价值,但是当法院依据合同内容无法确定合同性质时,当事人在合同中所使用的表达,甚

至当事人为合同选取的名义便可能成为当事人真实意思的一种体现,从而在合同的定性中发挥作用。但需要注意的是,此时并非越过合同的内容直接以名义对合同进行定性,而是在穷尽了对合同内容的考察之后,不得已才将合同的“名义”作为查明当事人真实意思的最终标准。

三、意思表示解释中“目的”的意义

(一)“唯目的论”解释的原则性否定

在裁判者对意思表示进行规范解释时,因为需要考量的要素纷繁复杂,所以经常采用的处理方式便是通过“名为……实为”的论断直指当事人订立法律行为的目的或当事人意图借助该法律行为实现的经济效果,在探明当事人目的之后,便可以排除纷繁的法律行为具体内容的干扰,直接对该法律行为适用与当事人目的相应的法律规则。这样一种越过手段直接考察目的的定性方式实际上强烈触及了当事人意思自治的领域,很容易对当事人选择不同形式组织自身私法生活的自由形成不当压制。因为在唯目的论的视角下,法律行为的内容就不再是最重要的,当事人意图实现哪种典型法律行为的经济效果成为判断其性质的实质标准。这使得当事人只能老老实实地按照法律明文规定的典型行为所设定的“手段/目的”关系安排自己的私法生活,而无法在经济形式上作出有意义的创新。因此,必须慎重对待法律行为内容与目的之间的关系,不应轻易地对法律行为作出纯粹目的论视角下的“穿透式”定性。

1. 法律行为当事人的构造自由

法不禁止皆自由的基本原则意味着当事人的法律行为虽然受到法律禁令的限制,但当事人的自由也只受法律禁令的限制,“若不违反否定性规则,即听凭行为人完全自由,任其安排自己的生活、处理自己的事务、追求自己的利益”。^⑦这一原则需要通过当事人自由订立法律行为并自由安排法律行为的内容得以实现,前者被称为“设立自由”(Begründungsfreiheit),后者则被称为“构造自由”(Gestaltungsfreiheit)或“内容自由”(Inhaltsfreiheit),从内容自由之中可以进而衍生出所谓“类型自由”(Typenfrieheit)的概念,即当事人可以自行选择法律行为的类型,无论该

类型是否为法律所明文规定的典型。^⑧尽管在诸如物权、婚姻、继承等领域,当事人订立法律行为或多或少会受到类型强制(Typenzwang)的限制,但至少在合同领域,当事人在极高程度上享有类型自由,法律对有名合同的规定并不意味着当事人无法订立有名合同之外的非典型性合同。^⑨当事人既可以在典型合同类型的基础上修修补补,也可以干脆自己创设新的合同类型。正因为如此,实践中产生了大量的非典型合同及混合合同,它们的内容、效力以及在定性问题上的独立性同样得到了法律的认可。在当事人与裁判者的关系中,裁判者应当充分尊重当事人的意思自治,不能轻易以自己的意思代替当事人的意思;在不违背法律的强制性规定与公序良俗原则的前提下,当事人既可以自由选择通过法律行为所意图实现的法律效果,也可以自由选择欲通过何种手段实现该效果。

例如,在现行法下,被继承人可能通过订立“赠与合同”规避《民法典》继承编关于遗嘱必留份的规定。《民法典》第1141条规定:“遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额。”根据该条规定,如果被继承人试图通过遗嘱剥夺一个缺乏劳动能力又没有生活来源的法定继承人的继承权,那么此种意图是无法完全实现的。^⑩但如果其选择通过赠与合同的方式,在生前处分自己的财产,便可以成功规避《民法典》第1141条的规定。^⑪面对此种规避行为,裁判者往往处于进退两难的境地。一方面,对当事人意思的完全尊重可能导致其利用法律漏洞造成个案中的不公结果;另一方面,如果直接从当事人的目的出发,要求该目的或法律行为的最终效果在所有观察视角上均具备正当性,又实际上抹杀了当事人通过不同性质的法律行为组织自身私法生活的自由。法律针对赠与和遗嘱施加了不同的限制,如果仅因二者在现实中可能达成同样的经济效果、满足当事人同样的需求,就要求它们同时满足彼此特有的限制条件,那么法律规定两种“不同”性质的法律行为就失去了意义,对不同性质的法律行为施以差异化的限制条件也就失去了意义。

又如,父母要将房产转让给自己的子女,那么选

择买卖、赠与或遗嘱继承的方式,都属于当事人意思自治的范畴,只不过当事人在针对特定形式作出选择之后,便也需要受到相应法律规范的规制。在父母转让房产给自己子女的情形中,当事人通过不同形式转让房产所需要缴纳的税费有所不同,如果当事人选取遗嘱的方式,那么订立遗嘱时还需要特别注意《民法典》继承编对遗嘱在法定形式(《民法典》第1134条以下)与必留份(《民法典》第1141条)等方面的限制。尽管上述法律行为实质上可能指向同一目标,即以尽可能低的成本完成房产的转让,但并不意味着在这一目标之下,无论当事人选择何种具体的法律行为,都要受到同样规范的规制。当事人对不同法律行为的选择,同时也意味着对相应法律规范的选择,在没有特别理由的情况下,法院不应以当事人的最终目的轻易否定其对法律行为类型作出的选择。而是应当从其他法学方法中寻求可能的应对方案,同时也应受到相应法学方法适用条件的限制以避免司法的恣意。

因此,对法律行为的定性不能唯目的论,而应当立足于法律行为的内容本身,借助法律行为解释的基本规则,在充分尊重当事人真实意思的基础上判断法律行为的真实性质。这种性质既非源自裁判者的主观认定,亦非源自法律规制的便捷需要,而是源自基于当事人真实意思所形成的法律行为的客观构造(内容)。如果轻率地以当事人的目的或法律行为的客观经济效果给法律行为定性,则很容易压制市场经济活动中主体的能动性和创造力,因为人们不知道自己所创造出的新的交易形式是否会被强行“对号入座”到既有的法律模型之中,从而在法律上彻底扼杀新的交易形式存在的价值和意义。简而言之,在意思表示解释规则之下,尽管当事人不能“指鹿为马”,例如不能强行将借款称为投资而规避有关借款的法律规范,但享有选择“鹿”或“马”的自由,例如父母可以自由选择通过买卖、赠与或遗嘱等形式将房产移转给自己的子女,并受到相应的法律规制,承担相应的法律后果。

2. 对滥用构造自由的外部限制

尽管当事人原则上享有法律行为的构造自由,

可以自由选择通过不同构造的法律行为实现特定的经济目的,但是如果此种选择违背了强制性规范的规范目的,便可能形成对构造自由的滥用(Gestaltungsmissbrauch),从而受到来自意思表示解释理论外部的限制。^②之所以是“外部”限制,是因为滥用构造自由进行法律规避的后果并非导致法律行为的性质发生变化,而是导致被规避的法律规范的直接适用或类推适用。换言之,在此种情形下,解释者不应简单地对法律行为作出“穿透式”的定性,而是应当承认法律行为构造上的特殊性,但须依据被规避的法律规范对该法律行为进行“同等对待”。^③

在有些情形下,法律可能针对当事人滥用构造自由的情形作出明文限制。例如《德国民法典》第306a条便明确规定:“即便本章的规定被以另外的构造方式规避,它们也予以适用。”该条所指乃《德国民法典》关于格式条款的规定。类似的法律以明文规定不能被规避的条款主要出现在消费者保护领域,如《德国民法典》第312k条规定了该章关于消费者保护的特别条款:“以不另有约定为限,即使本目的规定被以另外的构造方式规避,它们也予以适用。”此时,裁判者可以直接适用相应规范,使当事人规避法律的目的落空。

即便法条并未明文规定其不可被规避,裁判者亦可依据法律的规范目的对规避行为的合法性进行判断,在当事人的规避行为与法律的规范目的相悖时,类推适用相应规范。^④例如司法解释对民间借贷利率的限制规定便属于不可被规避的条款。《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2020]17号)第25条规定:“出借人请求借款人按照合同约定利率支付利息的,人民法院应予支持,但是双方约定的利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的除外。”尽管这一规定从文义上看仅针对民间借贷案件适用,而对于买卖、投资、合作等其他类型的协议不具有约束力,但从规范目的角度观察,无论当事人之间采取何种交易形式,只要最后呈现的经济结果表现为“一方提供资金,只是收取固定数额的回报,却并不承担经营风险”,便属于该规范意图调整的范畴。因此,即便借助法律

行为定性规则无法将该法律行为定性为“借款合同”,也依旧存在将该规范类推适用的可能。

实践中的此类问题经常与虚假法律行为交织在一起,使得此种情形下法律行为的“名”“实”关系愈发复杂难辨。虚假法律行为实际上并不存在真正意义上的“名”“实”分离问题,因为当事人不但有意识地选择了不能代表其真实意思的指称,而且也没有真实执行错误指称所代表的法律行为内容的意图,只是在表面存在的法律行为之外另行订立了独立的法律行为并意图使该法律行为发生效力。尽管从一般的语言习惯上看,法律行为名不副实的问题似乎同样出现在虚假法律行为之中,即以表面行为为名,以隐藏行为为实,但如果对表面行为与隐藏行为进行单独考察,二者的性质都是清晰的。例如在“名为买卖,实为赠与”的情况下,合同双方当事人表面上订立的法律行为性质为买卖合同,实际上暗中实施的法律行为的性质为赠与,在单个法律行为定性上并无疑难。^⑤在虚假法律行为中,隐藏行为作为独立的法律行为,与表面行为在本质上不存在同一法律行为的“名”“实”关系,而是基于外在事务产生联系的两个独立的法律行为。这一联系停留在法律行为当事人的动机层面,既非导致表面行为无效的原因,更不应成为法院为表面行为定性的直接依据。

虚假法律行为的实质功能并非对法律行为名不副实现象施以外部的矫治,而是基于法律行为当事人的意思自治,允许其自主决定是否令相关的表达发生意思表示的效力从而达到订立法律行为的目的。《民法典》第146条第1款否定了虚假法律行为的效力,使之陷入无效的境地之中,但此种否定并非对当事人意思自治的限制。虚假法律行为之所以无效,是因为双方当事人一致同意该法律行为不发生效力,体现的是私人自治的消极侧面,即当事人自主决定不受哪些行为约束的自由;而隐藏行为在不违背法律强制性规定和公序良俗原则的情况下可以生效,则体现了私人自治的积极侧面,法律依然尊重当事人在法律规定的框架内以真实意思建构与自身相关的法律关系的自由。^⑥在此意义上,虚假法律行为的无效与法律行为因违背法律强制性规定或公序良

俗原则而无效的情形存在本质的不同。

因此,虚假法律行为制度中的核心议题并非法律行为的名不副实,而是当事人在订立表面行为时是否具备法律拘束意思。如果当事人在订立表面行为时具备法律拘束意思,则该行为是法律行为,可以产生法律约束力;但如果当事人在订立表面行为时不具备法律拘束意思,则其表示根本不是意思表示,也就无从成立法律行为。^⑤法律拘束意思的判断并非单纯基于对该法律行为内容的解释,法院需要结合全部的客观情况探究当事人在订立该法律行为时的法律拘束意思。^⑥在实践中,法院既可能通过法律行为本身的构造、^⑦法律行为缔结时的情况、^⑧给付与对待给付的等价性^⑨以及交易习惯^⑩判断法律行为的虚假性,也可能通过法律行为的实际履行情况反推当事人是否具有真实的受该行为法律效果约束的意思。^⑪如果可以确定当事人在进行某法律行为时不具有法律拘束意思,则根本不存在对其进行“名为……实为”认定的空间,而应直接依据《民法典》第146条第1款判定其无效。此种无效的宣告并非对当事人意思自治的干预,而恰恰是尊重了当事人“不使该法律行为生效”的意思。

(二)例外情形下的目的论解释

1. 法律明文授权下的目的论解释

法律行为的定性原则上应当立足于法律行为的内容而非目的,但在法律明文授权的情形下,目的论视角下的法律行为定性路径也可能例外地存在适用的空间。

例如,《民法典》第388条第1款规定:“设立担保物权,应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同包括抵押合同、质押合同和其他具有担保功能的合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的,担保合同无效,但是法律另有规定的除外。”此条规定将“其他具有担保功能的合同”纳入担保合同的范畴,采取了功能主义的定性方式,在法律行为解释规则的框架内直接排除了当事人通过其他具体构造规避担保合同相应限制的可能。只要该合同具有担保功能,便有可能落入《民法典》第388条第1款第2句规定的“担保合同”

的范畴,从而直接适用《民法典》物权编有关担保合同的规定。这是法律以明文对裁判者进行授权,使后者得以在更广泛的范围内对当事人的私人自治进行干涉,此时无论当事人对其合同如何命名甚至如何构造,都不能逃脱担保合同的定性。

在没有法律明确授权的情形下,目的论的考察方式不能普遍适用于所有法律行为的定性,而法律明确规定的仅为少数情形,在大多数情形下,法院依旧应当坚持以法律行为的内容作为法律行为定性的核心标准。《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[2020]17号,以下简称《国有土地使用权合同司法解释》)第12条规定:“本解释所称的合作开发房地产合同,是指当事人订立的以提供出让土地使用权、资金等作为共同投资,共享利润、共担风险合作开发房地产为基本内容的合同。”这意味着所谓“合作开发协议”必须以“共同投资、共享利润、共担风险”为内容。如果当事人订立的所谓“合作协议”没有约定共担风险的内容,而是一方当事人提供资金并收取固定数额回报,此时实质上形成的是借款关系。这不是由当事人的目的决定的,而是由双方的权利义务内容决定的。可能双方确实想要如此投资,即一方投入金钱,享有固定收益,不承担任何风险,但这一关系在法律上的评价并非投资而是借贷,^⑫后者则需要受到相应的利率限制。在此类案件中,法院无须考察当事人的真实目的究竟是投资还是借贷,而是应当从其法律行为的具体构造出发,考察合同双方约定的给付与对待给付的具体内容,并以此为依据对合同进行定性。^⑬此处的“具体内容”指的是当事人在合同条款中约定的权利义务关系的实际构造,而非当事人依据合同条款履行后可能达成的经济效果,而当权利义务的具体构造发生变化,导致该法律行为在内容上不符合借款合同的特征时,即便当事人内心存有融资的动机,也不能将其认定为借款合同。通过不同的权利义务构造实现同样的经济目的,这是法律赋予法律行为当事人的自由,解释者依据意思表示解释理论对法律行为进行定性,其实质是将具体的权利义务构造评价为某种法律关系从而

正确适用法律。至于法律是否允许当事人通过所选取的手段实现其背后隐藏的经济目的,通常而言不属于意思表示解释规则能够评价的范畴。

2. 特定法律行为自身性质要求的“目的论”解释

在某些情形下,法律行为自身的性质可能具有特殊性,从而要求解释者在确定其性质时更多地甚至主要对当事人的内在目的进行考量,此时可能成立一种非典型意义上的目的论解释。之所以称其为“非典型意义上”的目的论解释,是因为此类情形下意思表示的内容并非不重要,然而即便解释者依据意思表示解释的基本规则探明了该法律行为中的权利义务设置,也同样无法对其进行定性,造成这一困难的原因并非在于意思表示含义的不明,而是在于该法律行为自身构造的特殊性。

例如,对于混合赠与的定性而言,当事人的目的便可能起到最终的决定性作用。混合赠与属于一种形式上的有偿合同,但其给付与对待给付之间的价值并不对等,而合同双方对于给付与对待给付在价值上的不对等是明知的。^⑥由此引发的问题是,对于这样一种合同,究竟应该适用有偿合同(例如买卖、互易等)的相关规定,还是适用赠与合同的相关规定。尽管从原则上看,根据主观等价性原理,合同一方当事人可以就自身给付与对方当事人约定客观价值完全不相称的对待给付,这并不会直接影响该合同被认定为有偿合同。但只要合同双方当事人明知给付与对待给付在客观价值上的不对等并且对于该价值差额部分的让与形成合意,那么此种合意便至少部分具有了赠与的性质。^⑦对于混合赠与的定性以及法律适用问题,德国法曾在“统一说”(Einheitstheorie)与“区分说”(Trennungstheorie)之间徘徊。^⑧而如今的通说则采所谓“目的评价说”(Zweckwürdigungstheorie),认为在此种情形下应当放弃此前对混合赠与进行统一定性的尝试,而在个案中适用最符合法律行为目的或当事人意愿的法律规范。^⑨尽管解释者从形式上依旧是按照意思表示解释理论的相关规则对法律行为作出定性,但该法律行为的特点自始就决定了在诸多考量因素中“目的”会起到最终的决定性作用。

四、结论

法律行为定性的根本任务在于确定该法律行为在法教义学上的归属类别,从而正确适用相应的法律规范。从本质上看,这一过程属于意思表示解释理论承担的任务,解释者需要确定当事人作出意思表示的内容,通过其内容确定法律行为的归属类别。对意思表示内容的确定不仅表现为对事实的查明,更表现为解释者对该行为作出的法律评价。依据《民法典》第142条之规定,意思表示的解释方法因该意思表示有无相对人而有所不同,然而无论是无相对人的意思表示还是有相对人的意思表示,其解释实际上都遵循所谓“经验/规范”的二元方法体系,这意味着当事人可以确定的真实意思(合意)总是优先于其表达得到法律的认可。在对意思表示进行规范解释时,解释者并非被绝对束缚于意思表示的语义,其需要结合合同文本之外的、对意思表示受领人而言可获知的全部情势加以判断。除了意思表示本身的文义之外,裁判者还需要综合考量包括交易习惯、当事人之间的利益状态以及当事人通过实施该法律行为所追求的经济目的在内的诸多外在因素。这些外在因素尽管不能直接决定对意思表示内容的理解,却可以在对意思表示进行解释的过程中起到辅助的作用。但需要注意的是,规范解释对所有因素的综合考量不应导致意思表示解释走向另一个极端,即完全忽略当事人的明确表达。

在依据意思表示解释规则对法律行为作出“名为……实为”的论断时,不仅需要考察名义上该法律行为指称是否错误,还需要考察实际上该法律行为是否具备另一法律行为的特征。在特定情形下,法律明文设置的特别解释规范也可能对解释者的解释结论产生直接影响。基于意思自治原则赋予法律行为当事人的构造自由,原则上应当对唯目的论的定性方式加以否定。因为在唯目的论的视角下,法律行为的内容就不再是最重要的,当事人意图实现哪种典型法律行为的经济效果成为判断其性质的实质标准。这使得当事人只能老实地按照法律明文规定的典型行为所设定的“手段/目的”关系安排自己的私法生活,而无法作出有意义的创新。但在两

种情形下,解释者的目的论解释可以获得正当性,即法律明确授权如此的情形以及特定法律行为自身性质导致目的论解释为必要的情形。

总而言之,法律行为定性过程中的“名”“实”关系在本质上并非单纯的二元结构,而是“名义指称”“内容构造”与“当事人目的”的三层次结构。在这三者之间,名义指称在绝大多数情形下无意义,内容构造通常对法律行为的定性起决定性作用,当事人目的通常仅为意思表示解释的参考要素,仅在例外情形下可以对法律行为定性起决定性作用。意思表示解释理论的评价功能原则上仅限于为特定内容的法律行为寻找相应法律规范的范畴,对于法律行为当事人滥用构造自由规避法律以实现非法目的的情形,裁判者不应仅从规制的需求出发,强行扭转法律行为定性以适用法律,而是需要借助意思表示解释理论外部的制度和加以限制,例如对强制性规范的类推适用。法律行为的定性应该被严格限制在意思表示解释理论的框架之内,区分真正意义上的法律行为“名”“实”关系和仅存在于当事人动机层面的“名”“实”关系。例如,在虚假法律行为中通常不存在法律行为定性的疑难,因为无论表面行为还是隐藏行为的性质通常而言都是清晰的。此时裁判者的主要任务是判断表面行为的虚假性,并对隐藏行为的效力作单独判断,而不能简单地以“名为……实为”的论断扭转表面行为的定性,因为其背后蕴含的法律问题是异质的。

注释:

①参见河南省高级人民法院(2018)豫民终1074号民事判决书。

②参见最高人民法院(2019)最高法民终793号民事判决书;最高人民法院(2018)最高法民终1146号民事判决书。

③参见最高人民法院(2013)民一终字第44号民事判决书。

④最高人民法院(2018)最高法民再304号民事判决书。

⑤参见最高人民法院(2019)最高法民终1374号民事判决书;最高人民法院(2019)最高法民终881号民事判决书。

⑥参见最高人民法院(2019)最高法民申1667号民事裁定书。

⑦参见最高人民法院(2017)最高法民再111号民事判决书。

⑧参见广东省深圳市龙华区人民法院(2019)粤0309民初1915号民事判决书。

⑨参见最高人民法院(2009)民二终字第83号民事判决书。

⑩参见最高人民法院(2018)最高法民终1026号民事判决书;最高人民法院(2017)最高法民终940号民事判决书;最高人民法院(2015)民提字第183号民事判决书。

⑪参见江苏省张家港市人民法院(2019)苏0582民初12771号民事判决书;四川省华蓥市人民法院(2020)川1681民初34号民事判决书;吉林省榆树市人民法院(2019)吉0182民初6268号民事判决书。

⑫参见吉林省长春市中级人民法院(2019)吉01民再25号民事判决书。

⑬参见北京市第三中级人民法院(2016)京03民终7576号民事判决书;上海市浦东新区人民法院(2012)浦民一(民)初字第4122号民事判决书。

⑭参见最高人民法院(2019)最高法民申1247号民事裁定书;最高人民法院(2019)最高法民终880号民事判决书;最高人民法院(2019)最高法民申2559号民事裁定书。

⑮参见最高人民法院(2019)最高法民终101号民事判决书。

⑯Vgl. Staudinger/Singer, 2011, BGB Vor. §116 Rn. 6.

⑰Vgl. Staudinger/Singer, 2011, BGB Vor. §116 Rn. 8.

⑱Vgl. MüKoBGB/Busche, 2018, BGB§133 Rn. 64.

⑲Vgl. Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 31ff.

⑳尽管原《继承法》第31条第1款仅规定:“公民可以与扶养人签订遗赠扶养协议。按照协议,扶养人承担该公民生养死葬的义务,享有受遗赠的权利。”但当时学界普遍认为此处的“扶养人”应为法定继承人范围以外的人,这一观点在《民法典》第1158条中得到确认:“自然人可以与继承人以外的组织或者个人签订遗赠扶养协议。按照协议,该组织或者个人承担该自然人生养死葬的义务,享有受遗赠的权利。”

㉑参见江苏省南京市栖霞区人民法院(2018)苏0113民初1913号民事判决书。

㉒最高人民法院(2016)最高法民终641号民事判决书。

㉓Vgl. Mittelstädt, Falsa demonstratio: Und sie schadet doch! Eine Kritik der natürlichen Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, ZfPW 2017, S. 175.

㉔Vgl. Hans Josef Wieling, Die Bedeutung der Regel falsa demonstratio non nocet im Vertragsrecht, AcP 172(1972), S. 298.

㉕参见纪海龙:《走下神坛的“意思”——论意思表示与风险归责》,载《中外法学》2016年第3期,第666页。

- ②⑥参见最高人民法院(2018)最高法民终1146号民事判决书。
- ②⑦同前注②③, Mittelstädt 文, 第177页。
- ②⑧Vgl. BGH NJW-RR 2002, 20, 22.
- ②⑨Vgl. BGH NJW 2001, 1260, 1261.
- ③⑩Vgl. Hoffmann/Schneider, Die Rücksendung der Ware als Widerrufserklärung, NJW 2015, 2529, 2532.
- ③⑪Vgl. BeckOK BGB/Wendtland, 2021, BGB§133 Rn. 25.
- ③⑫最高人民法院(2016)最高法民终388号民事裁定书。
- ③⑬Vgl. Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967, S. 119.
- ③⑭最高人民法院(2015)民一终字第78号民事判决书。
- ③⑮参见最高人民法院(2019)最高法民终490号民事判决书。
- ③⑯参见最高人民法院(2014)民一终字第154号民事判决书。
- ③⑰参见最高人民法院(2016)最高法民终286号民事判决书。
- ③⑱最高人民法院(2018)最高法民再289号民事判决书。
- ③⑲Vgl. MüKoBGB/Busche, 2018, BGB §133 Rn. 12.
- ③⑳Vgl. BeckOK BGB/Wendtland, 2021, BGB §133 Rn. 30.
- ④①《李杏英诉上海大润发超市存包损害赔偿案》,载《最高人民法院公报》2002年第6期,第199-201页。
- ④②Vgl. MüKoBGB/Busche, 2018, BGB §133 Rn. 65.
- ④③参见北京市高级人民法院(2016)京民终175号民事判决书。其明确指出:“合同的性质应根据当事人约定的合同内容予以确定,合同名称一般不影响合同性质的认定。”
- ④④参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义·合同编》,法律出版社2020年版,第1421页。
- ④⑤被定性为承揽合同从而肯定任意解除权的例子,可参见重庆市高级人民法院(2013)渝高法民终字第00112号民事判决书。
- ④⑥最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第1806页。
- ④⑦易军:《“法不禁止皆自由”的私法精义》,载《中国社会科学》2014年第4期,第122页。
- ④⑧Vgl. MüKoBGB/Busche, 2018, BGB Vorbemerkung(Vor. §145), Rn. 24.
- ④⑨Vgl. Musielak, Vertragsfreiheit und ihre Grenzen, JuS 2017, 949, 952.
- ④⑩类似尝试参见江苏省南京市秦淮区人民法院(2006)秦民一初字第14号民事判决书。
- ⑤①该漏洞并非不存在,例如《德国民法典》第2301条便针对赠与和遗嘱之间的转换作出了强行规定:“(1)关于死因处分的规定,适用于以受赠人在赠与人之后死亡为条件而作出的赠与约定。以赠与方式按这一条件作出的……债务约定与债务承认,亦同。(2)赠与人通过给付所给予的标的完成赠与的,适用关于生前赠与的规定。”
- ⑤②Vgl. MüKoBGB/Müller-Glögge, 2020, BGB §613a Rn. 199.
- ⑤③关于法律规避的讨论参见张新:《论民法视域中的法律规避行为——以“民生华懋案”为例》,载《华东政法大学学报》2019年第3期,第90页;张新:《私法中法律规避的概念与本质——兼论我国民法典编纂中的立法取舍》,载《江汉学术》2019年第3期,第13页。
- ⑤④Vgl. MüKoBGB/Wendehorst, 2019, BGB §312k Rn. 10-15.
- ⑤⑤参见北京市第三中级人民法院(2016)京03民终7576号民事判决书。
- ⑤⑥Vgl. Staudinger/Singer, 2011, BGB §117 Rn. 1.
- ⑤⑦关于法律拘束意思,参见于程远:《论先合同信息风险分配的体系表达》,载《环球法律评论》2020年第6期,第58页。
- ⑤⑧参见湖北省高级人民法院(2018)鄂民终984号民事判决书。
- ⑤⑨参见最高人民法院(2019)最高法民终133号民事判决书。
- ⑤⑩参见最高人民法院(2019)最高法民终260号民事裁定书。
- ⑤⑪参见最高人民法院(2016)最高法民再113号民事判决书。
- ⑤⑫参见重庆市高级人民法院(2018)渝民终269号民事判决书。
- ⑤⑬参见广西壮族自治区来宾市中级人民法院(2017)桂13民终954号民事判决书;最高人民法院(2018)最高法行申209号审查与审判监督行政裁定书。
- ⑤⑭参见最高人民法院(2019)最高法民终1374号民事判决书。
- ⑤⑮在此意义上,《国有土地使用权合同司法解释》第21条至第24条以一系列定性规范为法律行为的区分定性作出了正面的示范。
- ⑤⑯Vgl. Sokołowski, Die modale Schenkung als eine gemischte Schenkung nach deutschem und europäischem bürgerlichem Recht, BWNotZ 2013, S. 162.
- ⑤⑰Vgl. MüKoBGB/Koch, 2019, BGB §516 Rn. 34.
- ⑤⑱相绍参见 MüKoBGB/Koch, 2019, BGB §516 Rn. 37.
- ⑤⑲Vgl. Dellios, Zur Präzisierung der Rechtsfindungsmethode bei „gemischten“ Verträgen, 1981, S. 118 ff.