

“契约 + 非要式 + 任意撤销权”：赠与的理论模式与规范分析

李永军*

内容提要 我国《合同法》第 185 条及第 186 条规定的赠与合同的效力,可以理解为“无偿 + 诺成 + 非要式 + 任意撤销权”模式,以区别于《德国民法典》和《法国民法典》上的“无偿 + 诺成 + 要式”模式。但从理论上说,这种模式并非唯一可行的模式,且存在与《民法总则》第 16 条规定衔接不畅的问题。而“任意撤销权”与合同基本原理的冲突还引发了对“任意撤销权”理解上的争议。本文认为,应将任意撤销的对象解释为“赠与人关于赠与的意思表示”而非赠与合同本身,从而为撤销人之缔约过失责任奠定理论和规范基础;对赠与合同究竟是负担行为还是处分行为问题的争议仅是一个解释视角的问题,仍可解释为负担行为;我国《合同法》第 186 条将任意撤销权限制在赠与物的权利转移之前行使的重要原因在于防止交付的赠与物失去基础根据而变为不当得利;尽管法律与司法解释之间存在不协调,但这不应影响未成年人或胎儿赠与情形下赠与人的任意撤销权。

关键词 赠与合同 要物合同 任意撤销权 债因 缔约过失责任

一、问题的提出

我国《合同法》第 185 条及第 186 条规定的赠与的效力模式构建,可以理解为“无偿 + 诺成 + 非要式 + 任意撤销权”的契约模式,但无论从现存的立法体例还是理论可能性而言,这都不是唯一的选择,甚至不是最合理的选择。在这种模式之下,下列疑问恐怕无法避免:(1) 赠与为什么被构建为契约模式? 将赠与定义为单方法律行为模式有何不可? 理论上会存在什么障碍? 即使是契约模式,为何必须是诺成契约而非要物契约或者要式契约? 无论在理论上还是在我国最高人民法院的司法解释和司法判例中,一直不乏将赠与作为“要物合同”理解的范例和传统,而且从立法上看,有些无偿合同也被设计为要物契约。要式契约也有相当的理由被我国法律所继受,因为德国民法典、法国民法典等为代表的欧洲民法典几乎都将赠与规定为要式契约,只有以日本民法典和我国

* 中国政法大学教授,博士生导师。本文的德国原文资料为于程远博士提供,特此表示衷心感谢。

台湾地区民法典为代表的国家或地区放弃了要式主义。可是,我们为什么采取非要式主义契约模式?(2) 赠与究竟是负担性契约还是处分性契约?尤其是在现实生活中,人们之间的赠与往往不是先订立一个赠与合同,然后再交付赠与物,而是直接将赠与物交付给受赠人并同时表达赠与的意思,这里的“赠与的意思”是债权意思还是物权意思?(3) 按照契约的一般理论,契约一旦成立,无法定事由或者约定事由是不能撤销的,而赠与契约在我国法上却是任意撤销的,这实际上与契约法的一般原理是背离的。从比较法的视角看,赋予赠与人任意撤销权的立法例也并不多。这种构建模式背后的真正原因是什么?许多人认为是因为赠与的无偿性^①,但不无疑问的是:我国《合同法》上有许多无偿合同,如委托合同、借用合同等都可能是无偿的,为什么它们没有被设计成“诺成 + 任意撤销权”模式?此外,赠与人行使任意撤销权后,是否承担《合同法》第 58 条规定的缔约过失责任?(4) 从解释论的视角看,这里的“撤销”究竟应该解释为“解除赠与合同”还是“撤回赠与的意思表示”更加合适?学者对此有很大的争议^②,而从比较法上看,我国《合同法》规定的“法定撤销权”在德国民法典上被规定为“法定撤回权”;《日本民法典》第 550 条也是用“撤回”而非“撤销”,且仅限于非书面形式的赠与。(5) 我国《合同法》第 186 条、《日本民法典》第 550 条及台湾地区“民法”第 408 条都把合同的任意撤销权限制在赠与物交付之前,这是为什么?交付仅仅是转移所有权的方式,合同效力为何要与物权转移联系在一起?特别是台湾地区“民法”及理论被公认为是继承德国民法“物权行为独立性与抽象性”的典范,这样规定是否破坏了这种理论?其原因仅是为了防止赠与成为不当得利吗?

总之,作为一种无偿合同,赠与合同显然与以买卖合同为代表的有偿合同不同,法律为了保护赠与人的利益,赋予其很多特权,在客观上使之成为了《合同法》中的“异类”。为更好地将这种“异类契约”有机和谐地纳入到民法典体系中,对其正当性需要进行理论上的阐释。以上问题就是对这种“异类”相关的规范制度提出的问题。本文将对以上问题进行正当化理论说明,这种说明和分析不仅是理论问题,也是规范体系的问题。厘清这些问题,对于我国正在制定的民法典合同部分的编纂,将有助益。

二、赠与的理论模型及我国法选择的正当性说明

从理论上说,赠与可以被构建成多种模式,这些模式大概包括“单方法律行为 + 要物”模式、“诺成契约”模式、“要式 + 诺成”契约模式、“要物契约”模式、“诺成 + 非要式 + 任意撤销权”模式。由于大陆法系国家历史的原因,“要式”与“要物”是不可以同时存

^① 参见王利明《合同法研究》(第 3 卷),中国人民大学出版社 2015 年版,第 217 页;易军、宁红丽《合同法分则制度研究》,人民法院出版社 2003 年版,第 164 页。

^② 参见前引^①,王利明书,第 217-219 页;前引^①,易军、宁红丽书,第 160-168 页;苏紫衡《对赠与任意撤销权的质疑》,载《河南大学学报》(社会科学版) 2016 年第 1 期,第 92-97 页。

在的,因此,从大的类别上说,我们在此讨论三种模式类型的选择原因:“单方法律行为+要物”模式、诺成契约模式、要物契约模式。其他问题,下文将另作讨论。

(一)“单方法律行为+要物”模式被“契约模式”替代的原因

仅从规范体系的视角看,将赠与构建为“单方法律行为+要物”的模式并无何不可,实际上甚至更加符合现实生活之需要,特别是从中国的传统、国情及法感情上看,在接受他人赠与时总是有“拒绝的客气”,因此,赠与人与受赠人先签订一个合同、再进行赠与的情况在现实生活中并不多见。也正因如此,“单方法律行为+要物”模式更符合我国国情^③。而且从债的理论与权利理论上说,也没有什么不妥:赠与人作出单方意思表示并交付赠与物给受赠人,赠与即完成了;如果仅仅有赠与人的单方意思表示而无实物交付,则赠与没有任何效力,受赠人没有请求交付赠与物的请求权;如果受赠人不接受赠与物,则赠与没有完成——赠与物没有交付给受赠人,这种情况下,也不发生“穷困抗辩权”“法定撤销权”“任意撤销权”等因契约模式所产生的问题。

尽管如此,却很少有国家选择“单方法律行为+要物”作为赠与的模式,基本上都是选择契约模式。主要有两个原因:一是当事人自决的原则,二是分配正义的契约观念。

德国学者指出,将赠与规定为合同的必要性是与私法自治原则联系在一起的,它意味着任何一个人所享有的、以自己的意思自行形成私人法律关系的自由。换言之,这里应当实行自决,而不是他决。在最为简单的情形中,以单方法律行为实行私法自治即符合这一原则(如设立遗嘱)。然而,一项债法关系至少需要两个人,如果债法关系可以单方设定或者变更,那么在无参与的情况下,另一方当事人的利益也将被调整。这就是说,另一方当事人将被置于他决的境地,而不能实行自决。因此,在债法关系中,只有双方法律行为,即合同,才符合双方当事人私法自治的原则。将赠与规定为合同可以保护受赠人不会忽然被某个债权(Forderung)强加于身,并仅因外人的决定而使得自身的法律境遇(Rechtssphäre)遭到改变。^④故此,在通常情况下,甚至在可以期待得到另一方当事人同意的情况下,在债法中也常实行合同原则,例如,赠与、债务免除均需要订立合同,受赠人和因免除行为而被免除债务的人也要共同参与^⑤。既然债是一种对于双方产生约束力的关系,单方行为产生这种约束力就显得极不合理。因此,从民法的一般理论看,“合同产生债”更符合私法自治和自觉原则,单方行为一般不产生债的关系也就成为自然。由于赠与与产生债的关系和债权请求权,其被构建为合同模式也就顺理成章了。此外,德国学者还有一种更加绝对的观点:赠与总是——无论现金赠与还是赠与约定——要求实现合同上的合意,其不仅要求对无偿性实现合意,而且要求对成立实现合

^③ 其实,在德国也是如此。参见[德]迪特尔·梅迪库斯《德国债法分论》杜景林、卢谔译,法律出版社2004年版,第143页。

^④ Vgl. MüKoBGB/Koch, 7. Aufl. 2016, BGB § 516 Rn. 14.

^⑤ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯《德国债法总论》杜景林、卢谔译,法律出版社2004年版,第54-55页。

意。因为, 任何人都不应当在没有自己意思的情况下获得利益^⑥。由此可见, 除法律特别规定外, 单方法律行为要对相对人发生效力, 至少在民法上是很困难的。

另外, 意志理论的“契约观”也为赠与必须构建成契约模式奠定了基础。当 18、19 世纪的意思自治和契约自由理论兴起并泛滥时, 任意扩大契约存在以说明该理论的强大非常普遍。正如有学者指出: 意志理论家们的创新之处并非在于提出当事人通过表示愿意受约束的意志而订立合同的思想, 而在于试图创造出的一套系统的合同理论, 从而在尽可能的限度内, 使每个规则都可以追溯至当事人的意志。^⑦ 意志尽管有不同的表达方式, 但意志理论却将契约作为意志最合适的栖息之所。例如, 德国学者 Hans Stoll 就曾发出这样的疑问: 如果一对夫妻在与亲戚通过私人信件缔结的所谓的“家庭契约”中表示, 他们愿意无偿地接受所有签名的亲戚住到他们的房子里, 那么该行为是否是一个法律行为?^⑧ 在他看来, 在这样的一个从其内容上看来极其不确定的承诺中, 承诺人 (Versprechende) 此时此地是否真正有给自己设定法律约束的意愿, 其实是存在疑问的。^⑨ 由此, 导致了这样一种局面: 尽管单方法律行为也是意志的表现, 但无论在理论说明的成果和文献方面, 还是意志的规范存在和适用方面, 都无法与契约相提并论。

在市民社会中, 任何契约必须有“原因”, 否则, 契约难以生效。所以, 1804 年的《法国民法典》第 1108 条明确将“原因”作为契约生效的条件。但赠与合同之原因何在? 一个无偿的契约难道可以在市民社会中生效吗——一个人付出, 而对方没有任何回报, 这种契约的正当性如何说明? 如果不解决这一问题, 赠与构建为契约模式将遇到根本性障碍。因此, 很多著名的理论家都为此寻找“原因”。亚里士多德在其著名论著《尼各马可伦理学》中, 描述了分配正义的两种形式: 一种是交易中的任何一方当事人都必须提供和他所受领之物等价的某物; 另一种就是慷慨的德行, 慷慨的人明智地处分其钱财——对适当的人在适当的时间给予适当的数量。托马斯·阿奎那对亚里士多德的观点进行了总结和发展: 在一个人向另一个人转让某物时, 他要么是要求取得等价物的有关交换正义的行为, 要么是有关慷慨德行的行为^⑩。后期经院学派在亚里士多德的自愿行为基础上又发展出了一套合同理论, 他们区分了两种基本的合同类型: 赠与合同, 是有意使对方获利、并与亚里士多德哲学上的慷慨德行有关的行为; 交换合同, 是要求对等的有关交换正义的自愿行为, 因而在交易时, 任何一方都不会以使对方受损的方式获利^⑪。按照这一理论, 契约可以实施这两种基本安排中的某一种。随后, 这一理论被 17

⑥ 参见前引⑤, [德]迪特尔·梅迪库斯书, 第 145 页。但这种观点可能过于绝对, “为第三人利益的合同”之效力问题, 在我国民法理论上就是值得思考的范例。德国学理不同, 详见本文下文论述。

⑦ 参见 [美]詹姆斯·戈德雷 (James Gordley): 《私法的基础: 财产、侵权、合同和不当得利》, 张家勇译, 法律出版社 2007 年版, 第 472 页。

⑧ Vgl. Hans Stoll, Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen, in: Festschrift von Flume, 1978, Köln, S. 741, 749.

⑨ Vgl. Hans Stoll, Fußnote ③.

⑩ 参见前引⑦, [美]詹姆斯·戈德雷书, 第 580 页。

⑪ 参见前引⑦, [美]詹姆斯·戈德雷书, 第 472 页。

世纪的自然法学家所接受,格劳秀斯和普芬道夫提出了更为精细的分类方案,他们以此表明,罗马法中为人熟知的合同形式可以被纳入这两种大的类型中^⑫。可以看出,从亚里士多德到格劳秀斯,逐步地为将赠与纳入到契约中奠定了“正义”的基础,这也就为将赠与构建为契约、从而在市民社会中存在奠定了理论基础。

正是因为以上原因,现代大部分国家(地区)的民法典都将赠与规定在合同部分,并将之视为一种独立的有名合同或者典型合同^⑬,我国《合同法》也采取了这种方式。但值得我们注意的是:这也许与我国当下关于单方法律行为的民法理论并不一致,但单方法律行为在民法,特别是债法上的效力范围究竟有多大,实际上需要认真对待。德国学者指出,单方法律行为中的一部分行为,直接涉及的仅仅是这个人的权利领域,如先占无主物的行为和抛弃所有权的行为等;另外一部分行为虽然涉及到另一个人的权利领域,但却仅是赋予这个人某项权限,如授予代理权、授予处分权、立遗嘱等。在这些情况下,单方法律行为的有效性是没有疑问的。相反,如果单方法律行为在涉及到另一个人的权利领域,有损害该他人的利益(如预告终止合同、撤销、解除合同或者变更债的关系等)时,行为人就必须具有一项特别的法律权力。这项权力既可以产生于先前订立的合同,也可以直接产生于法律^⑭。因此,即使为第三人利益的合同,个体一般也不能通过单方面的私法自治行为形成、变更或者消灭法律关系,^⑮这属于第三人的自由(Freiheit)与自决(Selbstbestimmung)的范畴,^⑯法律一开始就要求有第三人同意,且第三人可以拒绝对他有利的法律关系。因此,债权人只能经债务人同意,也即通过合同,才能免除债务人的债务,赠与也需要受赠人同意^⑰。有德国学者总结说,民法典只在特殊情况才认可一项权利单方面抛弃有效的法律制度,并不把它作为一般性工具,比如,如果一个债权人想要免除债务人的债务,仅有抛弃表示尚不够,还必须有债权人和债务人的合同(免除合同,第397条)^⑱。也就是说,在德国法上,债务的免除(Erlass)也属于合同行为,^⑲除非有特别规定,在债法关系上,债权人无法通过单方行为放弃债权。^⑳我国最高人民法院的司法解释在很多方面也非常谨慎地对待单方法律行为可否产生债的效果,例如,最高人民法院关于《担保法》的司法解释第22条就规定“第三人单方以书面形式向债权人出具担保书,债权人接受且未提出异议的,保证合同成立。”^㉑这里实际上就是受到了

⑫ 参见前引⑦,[美]詹姆斯·戈德雷书,第581页。

⑬ 参见《德国民法典》第516-534条,《日本民法典》第549-554条;我国台湾地区“民法”第406-420条等等。

⑭ [德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(下),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第432页。

⑮ 德国法上的具体规定可参见《德国民法典》第333条,第三人对权利的拒绝(Zurückweisung des Rechts durch den Dritten)。

⑯ Vgl. HK-BGB/Reiner Schulze, 9. Aufl. 2016, BGB § 328 Rn. 5.

⑰ 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9页。

⑱ 参见[德]迪特尔·施瓦布《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第297页。

⑲ Vgl. MüKoBGB/Schlüter, 7. Aufl. 2016, BGB § 397 Rn. 1

⑳ Vgl. BGH NJW 1987, 3203.

㉑ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(法释〔2000〕44号)。

“契约观”的影响,模拟出债权人“同意的意思”,从而将单方出具的保证函件解释为契约形式。这是值得赞扬的,并且应当成为中国判例的基本观念。

(二) 我国《合同法》将赠与构建为“诺成契约”而非“要物契约”模式的原因

尽管我国《合同法》将赠与合同定性为诺成合同,但并非不存在将其定位为要物合同的可能和实践。事实上,我国长期的司法实践就是将赠与合同定位为要物合同的,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)》第128条规定“公民之间赠与关系的成立,以赠与物的交付为准。赠与房屋,如根据书面赠与合同办理了过户手续的,应当认定赠与关系成立;未办理过户手续,但赠与人根据书面赠与合同已将产权证书交与受赠人,受赠人根据赠与合同已占有、使用该房屋的,可以认定赠与有效,但应令其补办过户手续。”^②我国《合同法》并未采用该模式,而是采取德国、法国等大陆法系国家民法典的传统做法,将赠与合同定位为诺成合同,原因何在?

要理解和厘清这一问题,首先必须要阐述清楚以下两个问题:

1. 要物合同产生的原始原因

要想了解要物合同产生的原因,必须回到罗马法。周相教授指出,在罗马法上,赠与一直没有被规定为要物契约^③。但周先生并没有明确指明原因,因此,我们必须回到罗马人的契约与债的关系去探讨这一问题。在罗马法上,任何一个行为如欲发生债的效果,必须具备以下条件:要么具备法律规定或者要求的形式,要么具有法律规定的符合定性化类型的“原因”。如果具备了特定形式,肯定产生债的效果;如果不具备特定形式,则必须要求具有原因,否则任何协议都不产生债。要物契约其实就属于后者。

在优士丁尼的分类中,实物契约(要物契约)有四种:消费借贷、使用借贷、寄托、质押。简单而言,它们的共同特点是:债不是产生于协议本身,而是产生于对有形物的交付^④。这一类契约的名称产生于物,表示各项契约的实质即返还所接受的物,它的一般观念是“物被借出后,应当原物返还”^⑤。以消费借贷为例,物的交付,是债务人承担义务的根据,债务人正是按照所接受的数量承担义务,如果未发生所有权转移,则不产生消费借贷^⑥。在这一类契约中,如果不以让渡、如数给付、转让、转移所有权等方式设立契约,契约关系自始不成立。当然,实物契约中指的“交付”的含义在不同契约中的意义是不同的:在消费借贷中是指转移所有权;在扣押寄托中仅仅指转移占有;而在一般寄托和使用借贷中只转移持有^⑦。英国学者梅因认为,实物契约被法律承认,表示罗马人在伦理方面向前跨进了一大步。一旦送达实际发生,债即产生,其结果必定是对最古老

^② 时至今日,我国有许多法院的判例仍然坚持“赠与合同的要物主义”。参见河北省赤城县人民法院(2016)冀0732民初518号民事判决书;南昌市东湖区人民法院(2016)赣0102民初3847号民事判决书等。

^③ 参见周相《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第761页。

^④ 参见[英]巴里·尼古拉斯《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2004年版,第181页。

^⑤ 参见[意]彼德罗·彭梵得《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第307页。

^⑥ 参见前引^⑤,[意]彼德罗·彭梵得书,第363页。

^⑦ 参见费安玲主编《罗马私法学》,中国政法大学出版社2009年版,第310页。

的有关契约观念的一个重大革新,因为在古典时代,若契约的一造由于疏忽而没有将其合意通过约定的手续加以形式化表达,将不为法律所承认。借钱的人除非经过正式的形式,是不能诉请偿还的。但在实物契约,一方的履行就允许使他方负担法律责任——这显然是基于伦理的根据。第一次把道德上的考虑认定为是契约法的一个因素,这就是实物契约与其他契约的不同之处²⁸。

实际上,“实物契约”在世界各国,特别是大陆法系国家普遍存在,但是否是基于像梅因所说的伦理的考虑,是值得思考的。相比之下,德国学者的解释更加合理:将其称为要物合同的原因是,对待给付请求权不能基于简单的约定而产生,只有在给付完成后,对待给付请求权才得以产生。换言之,作为要物合同,只有当参与交易的一方当事人履行其给付时,该合同才产生法律拘束力²⁹。

有学者指出,罗马法上的实物契约之所以产生债的效力,与合意无关,其效力的根源在于某物已经被给付这一事实³⁰。这一说法无疑是正确的,但是不全面。“物的给付”无疑是这一类契约的核心问题和要素,但是否真的与合意无关呢?如果没有合意,这一交付的实际目的是什么呢?它与赠与又如何区分?买卖需要给付,租赁也需要给付,寄托也需要给付,这些给付的契约类型又是由什么决定的?当然是意思表示(合意)和债因(原因)的不同。对此,彼得罗指出,物的交付,既是对物所有权的转移,也是债务人承担义务的根源。例如,消费借贷的债务人是按照所接受的数量承担义务,如果未发生所有权转移,则不产生消费借贷,但此间当事人的协议应当以设立消费借贷为目的,如果其中一方打算赠与,另一方打算以消费借贷的名义接受,则既不产生赠与,也不产生消费借贷,甚至令人怀疑是否存在一项足以使所有权转移成立的“正当原因”³¹。实物契约之所以要求必须把交付物作为契约产生债的条件,原因在于:如果不交付,债务人的返还义务是没有办法完成的。³²

需要指出的是,并非任何基于物的交付都能够产生如实物契约这样的后果。盖尤斯曾经认为,当错误地以为自己欠别人某物而将其给付时,也产生实物债,但这种债不是产生于契约。后来优士丁尼将其归入“准契约”,从而弥补了这一漏洞³³。

2. 赠与合同没有被设计为要物合同的原因

本文认为,赠与之所以没有被罗马人定义为要物合同,有两个主要的原因:(1)赠与在罗马法上一开始就是要求特定形式的契约,其效力主要来自于特定形式的要求而不是债因。正是这一点——要求特定形式,对后世大陆法系各国影响很大。赠与形式在罗马法上比较复杂,在古罗马时,如果赠与物是物件,则先采取“要式买卖”的方式,之后

²⁸ 参见[英]梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆1995年版,第187页。

²⁹ 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191页。

³⁰ 参见徐涤宇《原因理论研究》,中国政法大学出版社2005年版,第63页。

³¹ 参见前引²⁵,[意]彼德罗·彭梵得书,第363页。

³² Vgl. MüKoBGB/Koch, 7. Aufl. 2016, BGB § 518 Rn. 10.

³³ 参见前引²⁴,[英]巴里·尼古拉斯书,第183页。

又通过“拟诉弃权”以转移所有权;如果是金钱,一般用文书契约,之后再行交付即可。优帝一世时,也承认以简约为之,但超过一定价值的赠与,仍然要用登记制度^④; (2) 赠与不符合要物合同的上述特征:对方的履行以相对方的交付作为基础。可以说这种特征一直保持到当代都没有变化,在我们的法律上仍然要求一些合同为要物合同。

可以说,以上就是赠与合同没有被设计为要物合同的原因,应该说,更多的是历史和传统的原因而不是理论方面的障碍。在此可以有两个假设:一是假设我们仍然坚持要物合同的罗马法概念——一方的对待履行以另一方的交付为基础和条件,那么,自罗马法开始的要物合同的种类将难以增加,赠与也就不可能被加入而成为要物合同;二是假设我们改变了罗马法的这种概念,可以创设很多种要物合同,赠与也就可以增加进去而成为其中一种。问题在于:第一种“假设”成为了现实——根本原因就在于没有什么需要或者动因让人们去修改罗马法的要物合同概念。这与要物合同在当今经济生活中的地位有关,正如有的学者所言,“要物契约虽然在《法学阶梯》的体系分类中占有重要地位,但它们并不那么重要,因为这些形式的契约在商业上几乎没有多大的价值。”^⑤事实上,直至今日,这些契约表现出来的交易仍然没有在经济生活中占有很大的地位:寄托与使用借贷的无偿性决定了其无商业价值;质押虽然具有商业意义,但也仅仅限于动产或者价值较小的权利,如果是价值较大的权利,如知识产权、有价证券等(现在都是无纸化证券)都要求严格的登记而不能仅仅交付物的占有。

(三) 我国《合同法》将赠与构建为“非要式契约”模式的原因

我国合同法不仅将赠与构建为诺成契约模式,而且是非要式契约——根据我国《合同法》第185条的规定,赠与合同的成立和生效不需要特定形式。这与德国民法典和法国民法典显然不同:在这些国家的民法上,赠与需要特定形式——公证,否则不生效力(《德国民法典》第518条、《法国民法典》第931条)。我国在赠与合同方面表现出较明显的“去形式主义”态度,其原因何在?

本文认为,这恰恰与我国缺乏“传统民法的契约观”的契约理论有较大关系。从比较法上看,有着罗马法传统的欧洲各国民法典,几乎都没有这种观念和模式——赠与契约没有任何特殊形式就可以生效。因为,从罗马法的传统和契约观看,一个合同之所以生效,必须满足两个条件之一:要么符合特定形式,要么具有债因。在罗马法上,当事人之间的合意或者说协议根本不是产生债之请求权的基本要素,甚至与债没有关系,协议或者合意如果要产生债的效果,必须具备一定的条件:(1) 经过特定形式和程式。只要有了这种形式和程式,即使没有合意,也会产生债的法效果。正如有学者指出的“订立市民法契约必须完成法定形式,形式是必备要件,而合意则不是要件”^⑥;或者(2) 具有债因。除了要式契约(经过特定形式和程式)外,非要式契约必须具有“原因”(债

^④ 参见前引^⑤, [意]彼德罗·彭梵得书,第412页;前引^③周相书,第763页。

^⑤ 前引^④, [英]巴里·尼古拉斯书,第179页。

^⑥ 前引^⑦费安铃主编书,第316页。但是要正确理解这一结论:这里仅仅是说在产生债的效果方面不是要件或者核心要素,但还是有意义的,下面将谈到这一问题。

因)。也就是说,在非要式契约,只有具有法律要求的“债因”才能产生债。

赠与显然是没有“债因”的,那么,其效力从何而来呢?受罗马法“要式契约”观念的影响,《德国民法典》和《法国民法典》在赠与效力模式的构造上,采取的是“要式+例外的要物”的模式,即:一般情况下要求严格的形式——公证形式。就像美国学者所总结的一样,在这些规则之中,一个在所有地方都被认可的规则是“做出赠与的允诺要求具备特定形式”。在大陆法中,典型的形式是当着公证人的面签订允诺^{⑤7};在没有采取公证形式的情况下,如果交付了赠与财产,赠与也发生效力。例如,《德国民法典》第518条规定:(1)通过合同以赠与的方式允诺给付的,为使此项合同为有效,需要将允诺作成公证书。以赠与的方式给予第780条、第781条所称之债务允诺或者债务承认的^{⑤8},对于允诺或者承认之表示,适用相同规定。(2)方式的欠缺,因履行所允诺的给付而补正。”有学者指出,在赠与的约定中,根据第518条第1款,赠与人的意思表示需要做成公证书。这样做的目的是防止立约人仓促地实施行为。但是,在立约人履行的情况下,这一保护就没有必要了。^{⑤9}因此,根据第518条第2款,履行所约定的给付可以补正形式瑕疵。这种履行表现为转让约定物的所有权或者支付约定的金额^{⑥0}。《法国民法典》几乎与《德国民法典》采取了相同的模式,其第931条规定“载明生前赠与的任何文书,均应按照契约的通常形式在公证人前做成;证书的原本应留在公证人处,否则,赠与协议无效。”法国的判例认为,不允许就涉及公共秩序的问题进行和解交易,因此,如果不符合第931条之规定,即使是公开的赠与,也会被看成是违反公共秩序性质的法律而进行的赠与。这种赠与不仅被认为无效,而且当事人不得就此无效进行和解。但是,法国民法也承认例外,即如果赠与人将赠与物实际移交,可以作为现实的赠与而有效^{⑥1}。《瑞士民法典》第243条基本上也采取德国法模式,不过,仅仅要求书面形式,而不要求公证形式。即使没有采取书面形式,但已经履行的,也产生效力。

而与欧洲国家遵循的罗马法传统的“形式主义”不同,亚洲很多国家或者地区都采用普通的“契约观”来对待赠与契约:契约经过要约和承诺之后便成立生效,生效后就要产生履行请求权。这样,这种不采取任何形式又无债因的赠与契约本来在欧洲国家民法上根本就不能生效,但在亚洲许多国家或者地区却生效了。我国合同法理论没有接受欧陆国家的“形式主义契约观”,而是采纳了以日本为代表的“亚洲契约观”,这样一来,赠与这种既无债因又无形式的契约,就堂而皇之地成为一种普通的合同了。

但由于赠与契约的无偿性,这么简单地就生效了是否意味着为我国法上的“任意撤

^{⑤7} 参见前引⑦,[美]詹姆斯·戈德雷书,第582页。

^{⑤8} 这里的“允诺”不能理解为单方行为,而是指合同。《德国民法典》第780条规定“为使以允诺应当独立地设定义务的方式,允诺给付的合同(债务允诺)有效,以未规定其他方式为限,需要以书面方式给予允诺。”第781条规定“为使承认债务关系存在的合同(债务承认)有效,需要以书面方式给予承认的表示。对承认其存在之债务关系的成立规定其他方式的,承认合同需要采取此种方式。”

^{⑤9} Vgl. MüKoBGB/Koch, 7. Aufl. 2016, BGB § 518 Rn. 1.

^{⑥0} 参见前引③,[德]迪特尔·梅迪库斯书,第144-145页。

^{⑥1} 参见《法国民法典》(上册),罗国珍译,法律出版社2005年版,第715-717页。

销权”留下了余地? 对这一问题我们将在下面讨论。

三、中国法模式下“即兴赠与”的性质说明

众所周知,以德国法为代表的大陆法系国家承认负担行为与处分行为(债权行为与物权行为)相互独立且处分行为是无因的,即处分行为中不包括所有权(物权或者其他相当的权利)转移的原因,该原因只能包括在负担行为中。那么,赠与合同的性质是否为负担行为?换言之,赠与是否必须要有负担行为,没有负担行为的赠与行为是否成立?若成立,其原因何在?现实生活中,可以有两种赠与:一是未来赠与,即先签订一个赠与合同,然后实施赠与行为转移赠与物的所有权或者其他权利;另一种就是即兴赠与,其表面看起来没有任何赠与合同,只是直接将赠与物交付给受赠人。^②这两种赠与在理论解释上是否有何不同?是否要进行区分以解释其效力,从而使赠与不至于成为“没有根据(或者称为没有原因)”的所得并成为不当得利?

本文认为,为了便于对问题的说明,有必要区分这两种类型的赠与。

关于第一种类型的赠与,即先签订赠与合同、然后再实施的赠与。按照德国的一般理论,自然毫无疑问地体现了负担行为与处分行为区分原则。如果赠与合同无效,则按照不当得利请求权返还,^③即也体现了无因性原则。那么,从我国《合同法》规范看,是否也体现了这样的独立性与抽象性原则呢?尽管我国民法理论对于物权行为的独立性与抽象性有争议,但从我国最高人民法院的司法解释及《物权法》规定看,对之肯定的态度已经成为主流。这是我们解释的基础。从我国《合同法》第186条及第194条的规范看:(1)赠与合同成立,并不意味着赠与物所有权或者相当权利发生转移,因为在转移前赠与人可以撤销赠与。显然,赠与合同的效力在我国《合同法》上仅仅是产生受赠人的给付请求权——《合同法》第188条的规定可以成为这种解释的注脚,根据该条规定,受赠人在赠与人不交付财产时可以请求其交付。因此,此类赠与属于负担行为(债权行为)。(2)如果赠与合同根据第192条及第193条的规范被撤销,则应当返还赠与的财产。那么,返还请求权基础是什么呢?是物上返还请求权还是不当得利?由于我国理论上就物权行为是否具有无因性存在争议,因此,实际上对于这种返还请求权基础也存在争议。本文认为,应该是不当得利返还。

关于第二种类型的即兴赠与,是否具有负担行为的存在?如果没有负担行为,那么其原因从何而来?因为,按照大陆法系的传统,如果没有原因的财产权利转移,属于没有根据,很可能被视为不当得利。我国《合同法》对此并无规定,理论上也没有十分关注这一个问题。对于这种即兴赠与,能否用合同法理论进行解释?

未来赠与(根据赠与合同产生债,然后转移所有权或者相当权利)与现实赠与一个

^② Vgl. Jauernig/Mansel, 16. Aufl. 2015, BGB § 516 Rn. 1-3.

^③ Vgl. MüKoBGB/Koch, 7. Aufl. 2016, BGB § 518 Rn. 14-16.

重大的区别,是关于财产所有权转移的“原因”方面说明不同。无论是《合同法》的条文,还是我国民法学理,均未注意作为财产变动原因的赠与和产生给付义务的赠与合同的区分,因而在相关问题的法律适用和解释上出现了问题:赠与有时指当事人间达成的、使赠与人负有无偿给予义务的债权合同,有时则被用来解释已经发生的财产变动的原因。但此两种意义的区分充分地体现在《德国民法典》的条文之中。与对绝大多数债权合同的定义方式不同,《德国民法典》在“赠与”一节的起始规范(第516条)中,在“赠与的概念”的名目之下,对赠与做出了如下界定:“某人因一项给予而以自己的财产使他人得利,且双方当事人达成关于无偿地进行给予的合意的,该项给予即为赠与。”德国民法明确区分负担行为和处分行为,并且其第二编第八章“各种债务关系”之下的各种合同均为具有负担行为性质的债权合同,但是,第516条对赠与所做定义显然不属于债权合同的范畴,而是将赠与作为财产给予的原因。^④在《德国民法典》中,产生赠与人给付义务的债权合同被规定在518条,该条规定“为使以赠与方式约定某项给付的合同有效,必须将该约定做成公证证书……形式的瑕疵因履行约定的给付而被补正。”可以肯定的是,德国很多学者的确认为,赠与可以分为两种:一种是以产生给付义务的赠与合同为基础的赠与;另一种是现实赠与或者称为实际赠与,其无赠与合同而仅仅约定为财产变动原因的赠与。例如,德国学者施瓦布就指出,法律把此种赠与(现物赠与)定义为财产给与,通过此种财产给与,某人使他人的财产获得增加,并且在这当中,双方对该项财产给与应无偿实现达成一致。这种类型的赠与不构成义务行为,因为赠与人在此不承担将来做出财产给与的义务。更确切地说,它在达成一致的时候已经做出或者同时做出财产给与。当事人对无偿性达成一致构成第812条第1款第1句规定的“法律原因”,并由此而产生受赠人可以保有该项财产给与的效力^⑤。梅迪库斯更明确地指出,赠与的起始规范(即第516条)明显不同于其他绝大多数债务合同的起始规范。这是因为第516条并没有讲明赠与人负有何种义务,而只是说明财产给予在何种要件下为赠与。这样,这一规定涉及的仅仅是所执行的赠与(现物赠与或者现金赠与),而使赠与人负担义务的约定则在第518条至520条才出现。《德国民法典》将赠与主要规定为法律原因是有其历史原因的。然而这在今天仍然符合统计事实,这是因为绝大多数赠与都是在没有事前作出赠与约定的情况下执行的,差不多所有的即兴赠与(如圣诞节期间的即兴赠与物)都是这样。^⑥其实,德国学者的如此解释,实际上是在为没有赠与合同的现物赠与提供原因,以防止不当得利的产生。对此,梅迪库斯指出,除负担行为外,赠与也可以是纯粹的原因约定,但一方不得以这种纯粹的原因约定诉请对方履行。在民法典中,第516条第1款规定的赠与行为即属于此类原因约定;而第518条第1款规定的要式赠与约定则不属于此类原因约定。在债法是合同自由的框架内,当事人还可以

^④ Vgl. MüKoBGB/Koch, 7. Aufl. 2016, BGB § 516 Rn. 15, 其中明确指出“在即兴赠与的情况下,该合意(Einigung)的特点在于,它并不起到建立请求权(anspruchsbegründend)的作用,而仅为财产的给予提供法律上的原因。”

^⑤ 参见前引^③, [德]迪特尔·施瓦布书,第304页。

^⑥ 参见前引^③, [德]迪特尔·梅迪库斯书,第143页。

约定其他一些原因。现金交易行为与此类原因约定相似,在现金交易行为中,通常也不需要当事人从事负担行为,因为在这种情况下,负担可能产生的时候,它就已经履行完毕了。^⑭

动产赠与,在订立契约的同时交付标的物的情况不少,像这样在订立契约的同时进行赠与行为的赠与称为实际赠与。关于实际赠与的性质,不管是在德国民法学者之间,还是在日本民法学者之间,都存在争议。问题主要集中在实际赠与是不是债权契约这一点上。持肯定意见的学者试图把赠与人的担保责任作为其先行产生的债务的效力进行说明,认为在实际赠与的情况下,赠与人承担应该做出捐赠债务的契约至少在观念上是先行产生的,而后立即履行了罢了。持否定意见的学者认为,上述学说的债务负担的意思表示是一种假定,而且认为在给付的同时应给付的债务成立是违反债务性质的,并进而认为,实际赠与是直接以财产上的捐赠为目的的契约。关于这一点,本文认为,因一个契约而产生债权的和物权的两方面的后果是没有问题的。这一理解绝非假想,而不过是实施者的通常的意思罢了。在这样的契约里,至少包含了足以适用民法补充规定(担保责任的规定)的债权意思表示。换言之,赠与都是诺成契约,可以将实际赠与看作是仅仅在执行方法上有所不同的赠与而已。所以,日本学者我妻荣教授指出,这一争论似乎没有什么实际的意义^⑮。

本文同意我妻荣教授的意见,理由是:(1)对于现物赠与,是否包括债权合同问题,仅仅是一个解释问题。尽管如德国学者所言,大多数赠与是在预先没有约定的情况下进行的,但如果我们模拟一下现物赠与的场景,就可以很清楚地作出不同的解释:A在圣诞节之夜向B赠与一部手机,并说请笑纳。B说,谢谢,我不能接受。请问,AB的这种对话是没有达成债权合意,还是就所有权转移的物权没有达成合意?反过来说,B接受了,就仅仅是就物权达成合意吗?无偿的原因之合意在哪里体现出来?这里是否能够解释出债权合意?由此可见,这仅仅是一个解释问题;(2)这种争论至少在我国《合同法》上是不需要的,因为解释为赠与无偿原因的约定与赠与负担合同没有差别:赠与在我国法上本来就是“任意形式 + 诺成 + 任意撤销权”,如果赠与人不想履行的话,受赠人请求履行根本就没有任何实际意义。此外,我国合同法理论及判例如何对待“即时买卖”亦是一个重要的参照。在英美法国家,即时买卖确实不属于合同。在德国,正像梅迪库斯教授所说,即时买卖与现物赠与一样,负担行为产生之时,处分行为已经完成。其道理是一样的:即时买卖也就是合同,其原因也不是在合同外达成的。在我国合同法理论及判例上,承认为“即时买卖”为合同没有任何障碍,只不过是交付立刻完成而已。这与即时赠与是一样的。如果我们在解释即时买卖不成问题,在解释即时赠与时也不会有任何问题;(3)按照《德国民法典》,这种解释是否需要也值得探讨。从理论上说,在负担行为外,就原因达成的合意也是一个契约应该没有问题。问题是:该契约叫

^⑭ 参见前引③, [德]迪特尔·梅迪库斯书,第171页。

^⑮ [日]我妻荣《我妻荣民法讲义:V2 债权各论中卷一》,徐进、李又译,中国法制出版社2008年版,第6-7页。

什么?叫作“原因约定合意契约”?那么,这一个契约是债权契约没有问题。一般来说,原因都包括在负担行为中。按照梅迪库斯的说法,这一关于原因的约定与负担行为的区别在于:该原因的约定是不可以诉请强制执行的。也许这是一个重要的理由。但是,如果结合《德国民法典》第518条第2款之规定,解释成债权契约也无任何问题,因为现物赠与没有采取法定形式,本属不能生效,但由于立即交付故弥补了形式缺陷,可以生效。同时,也不存在诉请执行的问题,因为已经立即赠与了,为什么还要用第516条的规定再加上一个赠与外的“约定原因”去解释其基础而防止不当得利呢?(4)如果不承认关于原因的约定属于债的范畴,那么,赠与的例外的瑕疵担保责任将无从依附。从性质上说,权利瑕疵和物的瑕疵属于债的范畴,即,如果赠与人故意不告知或者保证无瑕疵,其赔偿责任在性质上属于债的范畴(我国《合同法》第191条第2款)。

综上所述,这种“否定现实赠与中的债权性约定而代之以‘原因约定’,进而否定负担行为的法律效果”的解释是不必要的。有学者在解释《德国民法典》第516条第1款的时候,也这样指出:第1款为现物赠与的定义,即不受方式拘束而有效并且是立即施行的财产给与,也就是将原因行为与物上执行行为结合在一起。^④如果结合买卖合同中的即时买卖就清楚得很:不能认为这种买卖没有未来性就否定其债权性的存在,德国法的上述解释在我国《合同法》上关于赠与的理解没有任何意义。

另外,我国《合同法》第186条将赠与人对赠与合同的任意撤销权限制在“赠与物交付之前”是否与物权行为及其无因性有关?在谈到为什么在赠与财产权利转移后,就不允许赠与人撤销赠与合同的原因时,日本学者认为,捐赠行为的完成可以说明赠与人的行为并非是那么草率^⑤。也就是说,之所以将赠与合同撤销权限制在赠与财产权利转移之前,实际上是为了避免赠与人的草率,在赠与前给予其反悔的机会。但一旦赠与物权行为发生——交付或者登记,则债权行为就不能反悔。本文作者认为,这种限制应该与草率无关,因为很多无偿合同都没有给予这种特殊的权利。这种特权应与物权行为及其无因性有关:如上文所述,赠与合同应界定为负担行为,则以此为基础的赠与物的交付就是有根据的,受赠人就可以保有赠与物。如果赠与财产权利转移之后再允许赠与人撤销赠与合同,那么,根据无因性原则,就使得物权行为——赠与物的交付没有了原因基础,换言之,受赠人的赠与物就成为了“没有根据的所得”,就会成为不当得利,履行也就失去了意义。所以,将撤销权限制在赠与财产权利转移之前是正确的。联系《合同法》第192条与第194条的规定,就能够更加清楚地看出第186条的真正意义和价值:如果受赠人符合了第192条的规定,则赠与人可以撤销赠与。撤销赠与以后,受赠人的获得就成为不当得利,赠与人就可以根据第194条的规定请求其返还。

^④ 参见杜景林、卢湛《〈德国民法典〉评注》,法律出版社2011年版,第264页。

^⑤ 参见前引^④,[日]我妻荣书,第11页。

四、对于“任意撤销权”的质疑

(一) 任意撤销权的法理基础

既然赠与合同是诺成性的合同,那么合同生效后,为何允许赠与人在赠与与财产权利转移前任意撤销合同?允许当事人任意撤销一个生效的合同,本不符合《合同法》之一般原则,甚至是违反法律之原则的,且我国《合同法》上有很多无偿合同,如无偿的民间借贷、委托合同,但都没有采取“任意撤销权”的模式,而是采取其他方式(例如,委托合同就是任意解除权的模式)。那么,为什么单单赠与合同就是采用这种模式呢?

对此,有学者指出,在法律上确立赠与人的任意撤销权的主要原因在于:(1)这是由赠与合同的无偿性和非交易性决定的;(2)赠与人的任意撤销权一般不会损害受赠人的利益,也符合正义的要求;(3)赠与人的任意撤销权与我国《合同法》采取的赠与合同的立法例有关。从比较法上看,既可以将赠与合同界定为诺成合同,也可以将其界定为实践合同。如果定义为实践合同,则在赠与物交付之前,赠与合同不成立。这时如果赠与人反悔的,就不需要任意撤销权。但如果将其界定为诺成合同,则只有赋予赠与人任意撤销权才可以平衡赠与人与受赠人之间的利益^①。

应该说,这种观点很有说服力,但疑问在于:(1)赠与是否无偿、是否符合正义要求,与赠与采取什么立法例没有关系,也就与赠与的任意撤销权没有必然关系。因为,在德国和法国,赠与必须采取公证形式,赠与人自然也就没有了任意撤销权,但这并没有改变赠与之无偿的性质,也不能就此认为不符合正义要求或者没有平衡赠与人与受赠人之间的利益;(2)无偿合同很多,解决的方式和构建的模式也不同,并非只有任意解除权才能平衡当事人之间的利益。

本文认为,赠与合同之所以被赋予这样一种特权,与两个因素有关:(1)“转移不需要返还的所有权 + 无偿”。赠与合同之所以被各国民法典规定成为一种特殊的有名合同,恰恰不仅是因为它是无偿的,而是因为它在转移所有权的时候是无偿的。对此,德国学者指出,赠与是无偿的,但并非任何无偿的行为都是赠与,一些重大的无偿行为受到其他规范的拘束。例如,无偿将物交付使用为借用;无偿转移所有权但要求返还同种类物的所有权的合同,属于无息借贷;无偿的事务处理为委任;保管也可是无偿的,保证也可不要求对价,但它们都不是赠与。单纯放弃财产取得,或者放弃已经发生归属、但尚未最终取得的权利(例如,放弃继承),也不构成赠与^②。必须有真正的财产给予,而且是无偿的且不要求返还,才能构成赠与。正是因为如此,允许赠与人撤销,就显得“合理”,而其他的无偿行为因不具备这一特点,故将赠与构建为“要物”或者“任意解除权”等更为合理;(2)“非要式主义”。因为赠与是一种无偿的转移所有权且不能请求返

^① 参见①,王利明书,第217-218页。

^② 参见前引③,[德]迪特尔·梅迪库斯书,第174页。

还的契约,按理说应该采取严格的形式主义更为合理,但我国《合同法》恰恰没有要求形式。如果不采取“任意撤销主义”模式,就不足以避免赠与人因草率带来的不利益。因此,用任意撤销权来弥补非形式主义的弊端。此所谓“来的容易,去的也容易”。

但问题恰恰在于:这里的所谓“任意撤销”是否可以理解为“任意撤回”或者“任意解除权”?对此,学者之间争议很大。这一问题我们下面讨论。

(二) 任意撤销权的法律解释

对于我国《合同法》第186条规定的“任意撤销权”应如何解释,大概有三种不同的观点:一是“解除权论”,二是“撤回权论”,三是“撤销权论”。解除权论认为,一个合法有效的合同如何能够随意撤销?一个合法有效的合同关系要归于消灭,需要借助于合同解除制度。《合同法》第186条关于赠与合同的任意撤销权应解释为赠与合同的任意解除权^③;撤回权论则认为,意思表示的撤销有广义与狭义之分。意思表示有瑕疵的撤销是撤销的主要形态,也被称为狭义的撤销,意思表示无瑕疵的撤销以及非法律行为的撤销称为广义的撤销,而属于广义撤销的意思表示物瑕疵的撤销实际上就是撤回。赠与的撤销,实际上就是指赠与的撤回^④;撤销权论实际上就是坚持我国《合同法》第186条规定的字面形式上的撤销权的概念,认为,赠与人的撤销权是指对于已经成立并生效的赠与合同予以撤销,其针对的是赠与合同本身而非赠与的意思表示。因此,赠与人针对有效的赠与合同所进行的撤销,应当认为是行使撤销权,而不是撤回权^⑤。

本文认为,如果解释为赠与人的任意解除权的话,其实并没有任何问题,因为我国《合同法》第410条、第268条都赋予了当事人以任意解除合同的权利。而且从终止合同的视角看,比较撤销合同,解除合同对于赠与人可能更加方便,但后果可能与赠与的本质有悖,对此下文再述。如果我们仔细观察“撤回权论”与“撤销权论”的观点,其真正差别及争论的关键在于“对象”：“撤回权论”实际上也是指撤销,只不过它主张的撤销的对象“赠与人发出的已经生效的赠与的意思表示”,而“撤销权论”主张撤销的对象是赠与合同本身。我国台湾地区民法学者之间对此也存在争议:林诚二教授认为撤销的对象是赠与契约本身^⑥,而邱聪智教授则认为撤销的对象为赠与的意思表示^⑦。

本文主张撤销的对象是赠与的意思表示而不是赠与合同本身,主要理由如下:(1)从我国《合同法》第186条的文义上说,并非一定是指“赠与合同本身”。该条规定“赠与人在赠与的财产权利转移前可以撤销赠与。”(2)从逻辑上说,解释为撤销赠与人的“意思表示”更符合逻辑。因为赠与合同已经生效,如何可以撤销一个生效的合同?合同是双方意思表示,不能随意撤销;但赠与人的意思表示是单方的意思表示,因此可以撤回或者撤销。实际上,这在我国《民法总则》和《合同法》中始终是一个没有真正解决

^③ 参见庾寒蕊《浅谈赠与合同的任意撤销权》,载《法治与社会》2009年第3期。

^④ 参见前引①,易军、宁红丽书,第160-161页。

^⑤ 参见前引①,王利明书,第219页。

^⑥ 林诚二《民法债编各论》(上),中国人民大学出版社2007年版,第213页。

^⑦ 邱聪智《新订民法债编各论》(上),中国人民大学出版社2008年版,第196页。

的问题 《民法总则》第 149 - 152 条规定的“可撤销的法律行为”究竟是指法律行为本身还是意思表示? 《合同法》第 54 条也有同样的问题: 合同本身还是意思表示? 因为我们没有真正地研究这一问题, 导致了立法明确写明是“法律行为”和“合同”。但实际上, 如果仔细考察德国民法典即可知晓, 其可撤销的恰恰是“法律行为中的意思表示”(见《德国民法典》第 119 - 124 条)。另外, 德国民法典第 530 条规定, 在受赠人侵害赠与人或者其近亲属的情况下, 使用的也是“有撤回赠与意思表示的权利”而非撤销^⑧。两者都是指向赠与的意思表示而非赠与合同本身; (3) 从责任体系上看, 只有解释为“赠与人的赠与意思表示”, 才能为撤销权人承担缔约过失责任奠定规范基础。如果是合同, 则只能用“解除而非撤销”, 但合同解除后, 赔偿的范围可能就包括期待利益。因此, 无论从逻辑上还是从比较法上看, 解释为“撤销赠与的意思表示”都更加合适。

(三) 撤销权对于未成年人或者胎儿赠与的行使

赠与人行使任意撤销权时, 对于限制行为能力人作出的赠与能否任意撤销? 从我国《民法总则》及《合同法》关于法律行为和合同之规定看, 对于未成年人之法律行为的效果, 有特别的保护规范(《民法总则》第 144 - 145 条、《合同法》第 47 条), 但对于这种法律行为(合同)的任意撤销权是否需要例外保护? “邹某某与邹龙彬、舒文芬赠与合同纠纷案”就是一个典型。该案中, 未成年人邹某某与邹龙彬、舒文芬系父母子女关系。2004 年 10 月 21 日, 邹龙彬、舒文芬在婚姻登记机关办理离婚登记时, 约定将“婚后共有财产为集资住房一套 116 平方米归女儿所有”。邹龙彬、舒文芬离婚后, 仍与邹某某共同居住在该房内。该房屋未办理所有权证, 也未将房屋产权登记为邹某某。2008 年 9 月 1 日, 邹某某起诉, 请求法院判决该套住房归自己所有。一审法院认为, 根据《合同法》第 185-187 条规定, 赠与房屋等须办理登记手续才发生所有权变动的财产的, 在财产所有权转移之前, 赠与人可以撤销赠与。现邹龙彬向邹某某明确表示了撤销赠与的意思, 符合法律规定, 依法发生撤销赠与的法律效力。故对邹某某要求邹龙彬、舒文芬履行赠与合同, 办理房屋产权变更登记请求, 不予支持。邹某某不服原审判决。重庆市长寿区人民法院再审后, 依照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第 129 条之规定^⑨, 作出了支持邹某某诉讼请求的判决。^⑩

就未成年人赠与的撤销权问题而言, 本文认为, 重庆市长寿区人民法院的一审判决依据及理由是正确的: 尽管受赠人为未成年人, 《民法总则》(第 134 - 135 条) 及《合同法》(第 47 条) 也有特别保护, 但这些规范都是对其法律行为(合同)效力的特别保护, 而非对于关涉其赠与之任意撤销权的限制。对限制行为能力人进行赠与的赠与合同无疑可以生效, 但赠与人对于该已经生效的赠与合同的撤销权并不受到限制。因此, 即使

^⑧ 《瑞士债务法》第 249 条也有相同的规定。而按照我国《合同法》第 192 条的规定, 属于赠与的法定撤销权。

^⑨ 该条规定“赠与人明确表示将赠与物赠给未成年人个人的, 应当认定该赠与物为未成年人的个人财产。”

^⑩ 参见重庆市长寿区人民法院(2011)长法民再字第 6 号民事判决书。

适用《民法总则》第145条的“纯获利益”的规范^①,对于赠与人的撤销权也不发生影响。更重要的是,第188条规定的限制撤销权中有明确的排除情形之规定,但其中并不包括受赠人是未成年人的情形。显然,法律对于这种无偿行为的立法精神,是把对于赠与人的利益和意愿保护放在了优先地位。从效力而言,最高人民法院上述司法解释第129条应该让位于合同法第186条规范;从法理而言,其混淆了赠与合同法律效力与赠与人任意撤销权。遗憾的是,从上述判例可以看出,在我国的司法实践中,这种观念仍然存在。

此外,我国《民法总则》第16条规定“胎儿”也有接受赠与的权利能力,那么,对于胎儿所作的赠与,赠与人是否可以撤销?对此,本文认为,应该可以撤销。因为:(1)法律并没有禁止性规定,《民法总则》第16条仅仅是赋予胎儿接受赠与的权利能力,但并没有禁止撤销对其的赠与;(2)由于是无偿行为,赠与人利益的保护与未成年人或者胎儿的利益保护谁为优先,值得考虑。上述最高人民法院关于《民法通则》的司法解释似乎是将对未成年人的保护置于赠与人的撤销权之上,但《合同法》颁布后能否作出相同的解释,实有疑问。

(四) 行使任意撤销权后的缔约过失责任之承担

赠与人行使任意撤销权之后,对于受赠人有没有赔偿责任?或者换个角度说,受赠人因赠与人任意撤销赠与而给自己造成的损失,是否具有请求赔偿的权利?我国《合同法》对此没有规定。有学者对此持肯定意见,认为,在赠与人行使任意撤销权之后,如果因此给受赠人造成损失(如受赠人为接受赠与而租赁场地、交通、食宿等费用,因赠与人撤销赠与,使其遭受该些费用的损失),受赠人有权基于缔约过失要求赠与人赔偿其所受的损失。其主要理由在于:受赠人产生了合理的信赖,并付出了一定的成本,赠与人事后的撤销破坏了这种信赖并使得受赠人遭受了一定的损失。对这种信赖和经济利益应当加以保护,否则对于受赠人不甚公平。^②本文作者认为,关于赠与人行使任意撤销权后是否承担缔约过失赔偿责任,主要应当讨论之处在于:既然法律明确规定了任意撤销权(即在赠与财产的权利转移前,赠与人可以任意撤销赠与),受赠人是否还应该产生信赖?换言之,其信赖是否还具有合理性并值得保护?对此,本文认为,既然法律规定了赠与人的任意撤销权,那么,受赠人就应该清楚这种任意撤销权随时可能行使,故其信赖一般难以获得确认并保护。即使赠与人在赠与之时,信誓旦旦地保证履行赠与义务且不撤销,但如果赠与没有按照《合同法》第186条的规定予以公证,赠与人仍然是可以撤销的。尽管从理论上说,合同撤销后存在缔约过失责任,但在我国《合同法》第186条规定的这种“无偿行为+任意撤销权”的模式下,受赠人的信赖难以确认,赠与人撤销赠与合同后的缔约过失责任也就难以存在。

^① 关于《民法总则》第145条的详细解释,参见张新宝《〈中华人民共和国民法总则〉释义》,中国人民大学出版社2017年版,第295-297页。

^② 前引①,王利明书,第222-223页。

结 论

赠与合同看似简单,理论问题实则相当复杂。无论将赠与合同的效力模式设计为德国和法国式的“诺成 + 严格形式主义”模式,还是像我国《合同法》构建为“诺成 + 非要式 + 任意撤销权”模式,由于其无偿性的缘故,赠与合同都是作为一种特别的合同类型来规定的。由于意思自治与契约观念的原理所致,赠与尽管可以被构建为各种理论模型,但契约模式是我国及其他各国的共同选择。从赠与合同的效力构造上看,也没有必要区分为以债务性的赠与合同为基础的赠与和仅有约定无偿原因的现物赠与,这仅仅是解释的视角不同,正如对典型的买卖合同与非典型的即时买卖合同的解释一样。尤其是除了以特定的形式成立的以外,赠与合同本身在德国法上就没有约束力,但交付实物可以弥补形式瑕疵。在我国法上,虽然以任何形式都可以成立赠与合同,但赠与人在财产交付前可以任意撤销赠与,其效果与德国法一样。因此,根本就没有必要区分出具有债务契约效力的债务赠与合同与不具有执行诉请效力的约定的无偿原因的现物赠与。赠与人“任意撤销权”的对象应该是赠与的意思表示而不应该是赠与合同本身,这是我国民法典编纂过程中的一个重大理论问题,涉及到所有撤销权的对象问题以及撤销后的缔约过失责任基础问题。

Abstract: For the validity of the gift contract stipulated in articles 185 and 186 of the Contract Law of China, it can be understood as the “gratuitous + consensual + informal + arbitrary right of revocation” model to distinguish from the “gratuitous + consensual + formal” model in the German Civil Code and the French Civil Code. However, in theory, this model is not the only feasible one, and has problems of disconnection with the provisions of article 16 of the General Principles of Civil Law. In addition, the conflict between the “arbitrary right of revocation” and the basic principles of the contract has caused controversy over the “arbitrary right of revocation”. This paper argues that the object of the arbitrary revocation should be explained as “the donor’s intention about the gift” instead of the gift contract itself, in this way, it lays a theoretical and normative foundation for the liability for negligence in contract of the people who revoke. Regarding whether the gift contract is the disposal act or act of debt, this paper believes that it is just a matter of explaining perspective and can still be interpreted as a disposal act. In addition, the important reason that article 186 of the Contract Law of China restricts the exercise of arbitrary right of revocation before the transfer of the rights of the gift is to prevent the delivered gift from losing foundation and turning into unjust enrichment. Finally, despite the inconsistency between the law and judicial interpretations, this paper argues that it should not affect the arbitrary right of revocation of the donor in the case of gifts to minors and fetus.

(责任编辑:王莉萍)