

【六和律师研究文集】

第 I 卷

(2008—2009)

六和律师 理论与实务研究

L&H LAWYER

主 编◎郑金都

副主编◎黄伟源 赵箭冰



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

序 言

六和律师事务所自1998年12月开业以来,至今已有整整十五个年头。十五年来,六和人始终保持着创始人来自高校老师的书生气,坚持学者型办所风格,坚信“打铁要靠自身硬”,不相信“打官司就是打关系”。业务质量是立所根本,我们始终坚持每周业务学习,坚持理论和实务研究,鼓励律师撰写文章参加从全国律协到省直律协、从法学会到保险学会等举办的各类理论实务论坛和研讨会;坚持创立时提出的“不打官司请律师”理念,持续创新,围绕客户需求开发新产品,在全国律师界首推法律体检,同时不断推出新的法律服务模式。

十五年的坚持和创新,我们付出了辛勤的汗水,也收获了成功的喜悦。六和所荣获“全国优秀律师事务所”称号、成为律师行业唯一的“浙江省服务业重点企业”。全体律师发展业务的同时潜心理论和实务研究,笔耕不辍,至今已连续三届摘取浙江省律师论坛的论文入围量和获奖量的桂冠。

值此十五周年之际,事务所以感恩之心编撰《六和律师理论与实务研究》四卷和《六和经典案例汇编》一卷,撷取六和同仁们十五年来特别是近五年来所撰写的部分理论和实务文章,以及所办理过的部分较有影响或有意义的案例分别汇编成册,旨在将六和律师的智慧结晶呈献给大家,算是六和十五年一个简单的回顾总结汇报,同时也是打开一扇沟通的大门,以期得到大家的指正与引导,便于我们不断反思提高,从而更好地提升自己,服务客户。

六和律师事务所主任 郑金都

2013年12月

目 录

民事类

论我国《婚姻法》精神损害赔偿制度的完善	商金玉	王旭东(3)
缔约过失责任浅论	费立峰	叶永祥(11)
对赠与合同任意撤销权的立法探讨	陈 淦	刘 珂(19)
正当程序视野下的我国民事诉讼制度的完善		王旭东(26)
“人肉搜索”与隐私权保护法律问题探讨		杨 捷(33)
“拒签”事件与医疗侵权责任的现实碰撞 ——论手术同意书的法律内涵		金其飞(41)
典权制度有无存在的必要		杨海强(50)

公司证券类

论章程修改时对资本多数决原则的限制	朱亚元	李 昊(61)	
公司董事任职资格限制	蒋政村	叶 青(71)	
股东查阅权问题研究	李 静	蒋 恒	钟永樟(78)
我国股权激励的实践与法律分析	陶礼钦	邓传友(94)	
外商投资企业境外借款律师实务		赵箭冰(102)	
论境内自然人持股合资企业之合法性 ——以改制上市为目的		朱亚元(117)	
浅析有限合伙企业的几个问题	姚丽萍	(122)	
试论股东派生诉讼制度及其完善	叶永祥	(128)	
关于为 37 家民营企业进行法律体检的综合报告	赵箭冰	姚丽萍(135)	
试论公司的社会责任	叶永祥	(152)	
浅谈上市公司的协议收购	杨海强	(158)	

建筑与房地产类

- 房屋拆迁中被拆迁人的利益保护 孟德荣(167)
- 试论 BT 项目的物权归属及其移交模式的选择 姚建彪 童 斌(173)
- 留用地项目合作开发相关问题探索
——以杭州为例 戴文良 叶永祥(180)
- 工程造价鉴定的法律分析 社会云 褚锐君 陆风麟(192)

金融与保险类

- 保险合同争议研究 六和律师事务所课题组(201)
- 新《保险法》的实施与保险合同当事人权益的保护 郑金都 聂华元(217)

知识产权类

- 不当网络链接法律责任分析 黄伟源(231)
- P2P 技术侵权问题研究
——以 BT 展开 杨 吉(238)
- 驰名商标司法认定探究 陶礼钦 邓传友(252)
- 特许经营信息披露问题初探 王红燕(258)
- 民营企业的知识产权保护 陈 淦(267)
- 商标名称通用化分析 张林利(273)
- 网络上的个人使用:困境与出路 杨 吉(281)
- 网络环境下著作权保护存在问题浅析 张林利(300)

刑事类

- 新《律师法》视野下侦查阶段律师会见若干问题与对策
..... 田 暉 管瑞哲(309)
- 律师在审查批捕阶段提出意见与翻拍复制案卷之我见 高振华(317)
- 影响力交易罪之独立性分析
——兼论《刑法修正案(七)》第十三条 田 暉 梁冬辉(321)
- 加快制定《刑事被害人国家补偿法》的建议 楼一萍(326)
- 关于不起诉制度的若干问题 戴 筠(340)

刑事追赃制度法律探讨

- 从附带民事诉讼看追赃问题 胡燕林(345)

劳动争议类

- 对劳务派遣的初步探讨 许 珂(355)

海事与海商、涉外类

- 外商投资企业境外借款法律指引 赵箭冰(367)

浅谈我国反补贴制度的法律完善及应对

- 基于金融危机背景 谢春林 吴建梅(378)

- 浅议海盗赎金是否属于共同海损 胡燕林(388)

- 拖航保险法律问题初探 李良鸿 李 伟(394)

- 从提单的权利属性看无单放货 胡燕林(404)

- 美国对中国的出口管制 张永锋(411)

其他类

- 律师业如何实现科学发展 郑金都(421)

民事类

论我国《婚姻法》精神损害赔偿制度的完善

商金玉 王旭东

【摘要】 我国修正后的《婚姻法》第四十六条规定了离婚损害赔偿制度。根据这一制度,夫妻离婚时,一方具有法律规定的重婚、与他人同居、实施家庭暴力和虐待遗弃家庭成员情形时,另一方可以提出损害赔偿请求。该请求包括物质损害赔偿和精神损害赔偿两项请求。该规定对保障婚姻当事人合法权益具有重大意义,特别是可以提出精神损害赔偿的规定,对抚慰受害人的精神、维护社会的安定和法律的公正具有重要作用。但同时我们也应看到关于精神损害赔偿的规定过于简单,在婚内精神损害赔偿、精神损害赔偿请求事由及赔偿数额确定依据等方面尚不够完善,有待进一步的改进。对此,笔者提出了一些自己的想法。

【关键词】 婚姻法 精神损害赔偿 完善

我国新《婚姻法》第四十六条规定:因重婚、有配偶与他人同居、实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿。同时《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第二十八条规定:《婚姻法》第十六条的“损害赔偿”,包括物质损害赔偿和精神损害赔偿。涉及精神损害赔偿的,适用最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的有关规定。以上两条规定和最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》共同构筑起我国《婚姻法》精神损害赔偿制度的基础,这对完善我国婚姻立法制度、保障婚姻当事人合法权益、抚慰受害人的精神、制裁与预防违法行为、维持社会的安定及法律的公正均具有重要意义。但由于关于人身损害精神赔偿制度的建设在我国尚处于起步阶段,而《婚姻法》对精神损害赔偿是第一次规定,缺乏实践经验,难免有许多不够完善的地方,本文对此欲作简单探讨。



一、婚内精神损害赔偿的完善

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第二十九条第三款明确规定：“在婚姻关系存续期间，当事人不起诉离婚而单独依据该条规定提起损害赔偿请求的，人民法院不予受理。”该解释确立了婚内不得因配偶一方的重婚、同居、家庭暴力和遗弃而提起精神损害赔偿的原则。高院做出如此解释，一是为了有利于家庭和好，有利于家庭稳定。二是认为婚姻存续期间的财产是共同的，赔偿毫无意义。但笔者认为，这样的规定并不能很好地保护受害人的合法权益。

首先，新《婚姻法》已明确规定了夫妻财产约定制和婚前个人财产制，这使得婚姻关系存续期间双方拥有各自的财产成为可能。实践中，夫妻在婚姻存续期间，除了夫妻共同财产以外，还有个人的特有财产，如一方的婚前财产，因继承、受赠所得的指明为夫妻一方所有的财产。

其次，即使夫妻双方无个人财产，赋予受害人一方婚内精神损害赔偿诉权同样具有作用。承担侵权责任的形式并不局限于赔偿损失，还包括停止侵害、恢复名誉、消除影响和赔礼道歉，采用这些责任形式同样对受害人精神损害具有抚慰作用，对其合法权益具有保护作用，同时也能起到判明是非、伸张正义、教育和预防的作用。

再次，现行《婚姻法》规定的婚内精神损害救济方式过于单一，效果并不好。《婚姻法》第四十三条、第四十四条规定：实施家庭暴力、虐待或遗弃家庭成员，受害人有权提出请求，居民委员会、村民委员会以及所在单位应当予以劝阻、调解。这里虽规定居民委员会、村民委员会及所在单位应当予以劝阻、调解，但这些组织或单位不履行劝阻或调解义务，法律并没有规定其应当承担的责任，法律也很难要求其承担什么责任，而事实上，基于传统思想“清官难断家务事”的影响，居民委员会、村民委员会事实上对这些家庭矛盾往往无法管、不愿管，或是劝阻、调解一次无效后不再管，导致受害人的合法权益无法得到及时有效的救济。

最后，从侵权法的理论看，婚内侵权行为造成受害人精神损害的行为同样是一种侵权行为，法律强制剥夺受害人民事救济手段缺乏足够的理由，无理论依据。或赋予其救济手段必须以离婚为条件，违背受害人的意志。

综上，笔者认为《婚姻法》没有确立婚内精神损害赔偿缺乏依据，确立婚内精神损害赔偿完全是必要和可行的。在现实中，很多受害人在主观上基于各种考虑，并不必然想要离婚，而只想制止侵害行为，《婚姻法》如赋予受害人婚内精神损害赔偿权，则受害人就多了一条司法救济途径。因此，法律应当确认受害

人的这种婚内请求权,受害人基于各种现实情况的考虑是否行使该权利是受害人的权利,法律不应当强迫当事人选择或剥夺受害人的这种选择的权利。

二、精神损害赔偿法定事由的完善

(一)通奸精神损害赔偿请求权的确立

通奸是指有配偶的一方秘密与配偶以外的其他人发生不稳定性关系的行为,根据《婚姻法》第四十六条的规定,通奸不属于可以提起离婚损害赔偿的法定情形。同时,对于通奸行为,受害人也很难根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神赔偿责任若干问题的解释》(以下简称《解释》)的规定取得法律的支持。有专家认为,通奸是违反夫妻忠实义务的行为,即侵犯了配偶权,而配偶权可以包括在“其他人格利益”中,^①根据《解释》第一条第二款的规定,即“违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益,受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的,人民法院应当依法予以受理”。但笔者认为,该观点并不正确,配偶权是合法夫妻间互为配偶关系的基本身份权,^②配偶权为身份权而非人格权。人格权为权利主体支配自身的一般主体要素的权利,包括生命权、健康权、身体权、人身自由权、婚姻自主权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、隐私权、荣誉权,身份权是权利主体基于主体的特殊要素——身份而享有的权利,身份权包括配偶权、亲权、亲属权。^③这些是民法的基本理论,而《解释》第一条第二款指的是“其他人格利益”,而非“身份利益”,有的人甚至认为,身份权受侵害是不能根据《解释》提起精神损害赔偿的,^④这种看法虽然不对(《解释》第二条规定的关于侵害亲权的精神损害赔偿即为对身份权受侵害的精神赔偿),但根据《解释》的规定,配偶一方有通奸行为,另一方是无法根据《解释》的规定要求获取精神损害赔偿。因此,不论是《婚姻法》还是《解释》均无法对通奸行为的受害人提供法律救济途径。^⑤

另外,从新《婚姻法》颁布后的司法实践看,也没有出现因配偶一方通奸而给予另一方精神损害赔偿的案例。因此,可以认为,从现行法律和司法实践看,配偶一方有通奸行为,另一方是无法获取精神损害赔偿的。而笔者认为,《婚姻法》确立通奸的精神损害赔偿是必要和可行的。

① 陈灿平. 对精神损害赔偿最新司法解释的一点反思. 法学杂志, 2002(4): 35.

② 曲直, 杨学明. 聚焦精神损害赔偿. 北京: 群众出版社, 2003: 221.

③ 江平. 民法学. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 278-310.

④ 陈传海. 略论离婚精神损害赔偿. 法学杂志, 2002(2): 61.

⑤ 同④.



《中华人民共和国婚姻法》第四条规定：“夫妻应当相互忠实，互相尊重。”也就是说配偶之间具有相互忠实的义务，而通奸行为显然是对该忠实义务的违背。夫妻忠实义务是配偶权的重要内容之一，^①杨立新教授认为：“在现代民法理论中，侵害配偶权的侵权行为，主要是指对配偶权中的忠实义务的伤害，即第三人与配偶一方通奸或者重婚，而使对方配偶的身份利益受到侵害的行为。”^②我国《民法通则》在总体上也确认了配偶身份权的存在。^③因此，通奸行为的实质是侵犯了夫妻另一方的配偶权，受害人要求获取精神损害赔偿完全符合法理和《民法通则》的精神。但《婚姻法》对夫妻忠实义务的规定过于模糊，更没有将配偶一方的通奸行为作为提起离婚损害赔偿的法定理由。而且《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第三条规定：“当事人仅以《婚姻法》第四条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。”虽然不能直接根据该条的解释否定配偶一方违反夫妻忠实义务时另一方配偶在离婚时的赔偿请求权，但该条体现的精神是对违背夫妻忠实义务诉讼的限制。因此，笔者认为，《婚姻法》应当对夫妻忠实义务的内容作例举式和概括式相结合的陈述，并明确将通奸行为作为另一方配偶提起精神损害赔偿的理由。

从现实情况看，通奸行为对另一方配偶的精神伤害并不定比同居或重婚小。配偶一方长期的通奸、与多人通奸，或与人通奸生养了小孩等情形，给另一方配偶所造成的精神创伤在很多时候有可能会大于重婚和同居。通奸与同居在事实上有时候也往往难以区分，受害人在举证时要证明配偶与第三者长期、稳定居住通常比较困难，而法律对通奸又没有规定可以请求损害赔偿，这样在事实上就会造成很多时候受害人的精神损害得不到赔偿，对受害人而言有失公平。

此外，有人可能会认为，即使《婚姻法》没有直接规定通奸行为是提起精神损害赔偿的法定事由，也同样可以借用名誉权受到侵害为由提出精神损害赔偿。我国台湾学者认为：“配偶与第三人通奸，受害配偶感到悲愤、羞辱、沮丧，其情形严重者，可谓名誉权受到侵害，虽非财产上之损害，亦得请求相当之抚慰金。”^④笔者认为，该观点并不全对，通奸行为虽有造成另一方配偶名誉受到损害之可能，但非必然，如该通奸行为只为第三者及另一方配偶知晓，而不为其他人所知，要认定另一方配偶名誉权受到损害会比较困难。因此，借用名誉权受损

① 曲直，杨学明。聚焦精神损害赔偿。北京：群众出版社，2003：221。

② 杨立新。论侵害配偶权的精神损害赔偿。法学，2002(7)：55。

③ 杨立新。论侵害配偶权的精神损害赔偿。法学，2002(7)：57。

④ 杨立新。论侵害配偶权的精神损害赔偿。法学，2002(7)：56。

的间接救济方式也并不完美,对受害人的保护尚不够充分。

在世界上许多国家和地区,如意大利、德国、西班牙、奥地利、印度等,在刑法上也均有通奸罪的规定。我国香港地区明确规定了在离婚诉讼中的通奸损害赔偿。通奸作为一种严重伤害对方感情的行为,对另一方配偶造成的精神损失都是显而易见的,现行法律对通奸行为受害人的保护是不足的。因此,笔者认为有必要直接将通奸规定为提起精神损害赔偿的事由,法官可以根据造成损害的大小判定精神抚慰金的多少,这样对行为人和受害人而言应当是公平合理的,也不会出现滥诉的情形,也能更好地起到保护受害人合法权益的作用。

(二)受欺骗抚养非亲生子女

实践中经常会遇到这样的情形,在离婚时或婚姻关系存续期间,男方由于偶然的事情发现自己抚养多年的子女并非自己的骨肉,自己多年来对子女的感情付出突然付之东流,面对这样的打击男方往往会愤而提出离婚,要求女方返还抚育费并给予精神损害赔偿。对于这样的情形如果处理,法律没有明确的规定,1992年最高人民法院发布《关于夫妻关系存续期间男方受欺骗抚养非亲生子女离婚后可否向女方追索抚育费的复函》,指出离婚后给付的抚育费可以酌情返还,婚姻关系存续期间支出的抚育费如何处理须进一步研究。根据该解释,显然感情受到欺骗的男方要求给予精神损害赔偿的要求缺乏法律依据,法院即使想支持其诉请也找不到可以依据的准绳。笔者认为,对于这样的情形,不给予受欺骗的男方适当的精神赔偿显然有失公平,受欺骗者不仅无端支出的抚育费有去无回,受到欺骗后心中的郁闷、愤怒、伤痛是可想而知的,法律对其伤害视而不见,有失公正。或许有人会指出,这样的情况可以归入女方与人通奸的事由而得到赔偿,但对于女方在与他人怀孕后始与受害人结婚的情形并不构成通奸。因此,笔者认为,《婚姻法》应当将受欺骗抚养非亲生子女的情形作为受害人请求精神损害赔偿的法定事由,以维护法律的公正。

(三)配偶一方有卖淫嫖娼行为

配偶一方在婚姻关系存续期间有卖淫嫖娼行为,显然与通奸一样,违背了“夫妻忠实义务”,其作为提出精神损害赔偿请求的法定事由的理由与通奸相同,笔者不再重复。

(四)婚前隐瞒患有精神病

对于有精神病史或患有间歇性精神病的配偶,在婚后发作,而另一方在婚前基于一般的接触又是无法发现的,并且患病一方具有故意隐瞒情形的,受害



人因此受到精神损害,应当赋予其赔偿请求权。

(五)一方骗取结婚证导致婚姻被撤销或无效的

一方在结婚时隐瞒对方,弄虚作假,如未到法定结婚年龄而虚构,或隐瞒患有法定禁止结婚的疾病,最后导致婚姻被撤销或无效的,另一方在这个过程中势必身心受到打击,特别是对于女方而言,在农村结过一次婚会影响其再次择偶,或错误的婚姻浪费了其宝贵的青春,使其失去许多择偶的机会,这样往往会使其精神受到伤害,法律赋予其精神损害赔偿权方显法律的公正。

(六)一方在婚姻关系存续期间有重大犯罪行为

配偶一方犯罪,势必会使另一方感到在公众面前无法“抬头”,影响其正常的社交、生活,特别在农村,另一方配偶将面临巨大的舆论压力。而某些重大犯罪行为,如手段恶劣、后果严重的犯罪,会使另一方配偶同样产生蒙羞感,使其身心受到伤害,在这样的情况下,法律赋予其精神损害赔偿的请求权并不为过。

(七)其他造成受害人精神损害的情形

《婚姻法》在列举若干受害人可以提起精神损害赔偿的法定事由后,最后应当概括性地规定“其他造成一方精神损害的情形”。并且对婚姻精神损害侵权进行定义,该定义则应当涵盖精神损害侵权的构成要件,如定义为“婚姻精神损害侵权行为是指配偶一方违反法律规定,造成另一方精神受到损害的过错行为。”^①

三、精神损害赔偿数额确定依据的完善

根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神赔偿责任若干问题的解释》第十条的规定,精神损害赔偿数额的确定根据以下六项因素确定:①侵权人的过错程度,法律另有规定的除外;②侵害的手段、场合、行为方式等具体情节;③侵权行为所造成的后果;④侵权人的获利情况;⑤侵权人承担责任的经济能力;⑥受诉法院所在地平均生活水平。

笔者认为以上规定过于粗糙,并且也不完全适用于婚姻精神损害赔偿。由于“精神损害系受害人痛苦之感受,然而受害人痛苦之有无、大小、长短,因人而异。精神损害不具有金钱价值,又没有为人们易于辨识的物理特征,因此,受

^① 马原. 新婚姻法条文释义. 北京:人民法院出版社,2002:391-392.

害人之精神损害金钱赔偿须衡量受害人对痛苦的主观感受。”^①因此,应当明确规定,精神损害赔偿数额的确定应当围绕受害人所受痛苦的深浅而定,即侵害所造成的后果应作为主要衡量依据,其次才考虑其他因素,而不像《解释》那样将侵权人的过错程度放在第一位。侵权人的过错程度在侵权损害赔偿中只是划分责任大小的依据,而非确定损害大小的依据,应当先确定损害大小再划分责任大小,否则顺序颠倒,本末倒置。《解释》将侵害的手段、场合、行为方式等具体情节作为一项独立的因素,并且放在第二位,也是不科学的。考虑侵害的手段、场合、行为方式等只具有推测损害大小、确定侵权人主观过错程度的作用,其本身并不能独立成为一项确定数额的因素,即使将其列为一项独立的考虑因素,也不能将其置于“侵权行为所造成的后果”之上。另外,侵权人的获利情形这一因素在婚姻精神损害赔偿中并不适用,侵害人并不存在获利的情形。同时也应当明确,“侵权人承担责任的经济能力”只能作为酌定考虑因素,明确其在各因素中地位的低下。“受诉法院所在地平均生活水平”这一因素应当去除,精神损害赔偿与物质损害赔偿存在区别,物质损害赔偿的某些标准与受诉法院平均生活水平挂钩有一定的道理,如残疾赔偿金,因不用地方的劳动力价格不同,消费水平不同,赔偿金作为劳动力丧失的替补形式,其标准与当地生活水平挂钩具有一定的合理性。但精神损害赔偿是对精神受到伤害的抚慰,其伤害本就不是用金钱多少可以衡量的,如果同样的伤害因受诉法院的不同而不同,往往会使受害人感到不公平,起不到抚慰作用。

综上,笔者认为,婚姻精神损害赔偿数额的确定应当有独自的确定因素,并且明确“损害赔偿数额确定以受害人造成伤害的程度及侵害人的过错程度为依据,同时适当考虑侵害人的经济承受能力”。只有这样,才能准确合理地确定每一起婚姻精神损害赔偿的数额。

参考文献

- [1]马原. 新婚姻法条文释义. 北京: 人民法院出版社, 2002.
- [2]曲直, 杨学明. 聚焦精神损害赔偿. 北京: 群众出版社, 2003.
- [3]胡平. 精神损害赔偿制度研究. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [4]江平. 民法学. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
- [5]常用法律手册编辑组. 婚姻家庭法律手册(第2版). 北京: 法律出版社, 2002.
- [6]杨立新. 论侵害配偶权的精神损害赔偿责任. 法学, 2002(7).
- [7]陈传海. 略论离婚精神损害赔偿. 法学杂志, 2002(2).
- [8]陈灿平. 对精神损害赔偿最新司法解释的一点反思. 法学杂志, 2002(4).

^① 胡平. 精神损害赔偿制度研究. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 268.



作者简介

商金玉,男,内蒙古大学法学硕士,六和律师事务所合伙人。主要从事民商法业务。

王旭东,男,西南政法大学法律硕士,六和律师事务所合伙人。主要为企业提供法律服务,擅长企业经济合同纠纷的处理和劳动人事管理风险防范体系的构建。

缔约过失责任浅论

费立峰 叶永祥

【摘要】 本文从回顾缔约过失责任的创立和发展着手,主要论述缔约过失责任的含义、法律基础、构成要件以及缔约过失的表现形式和赔偿范围等。关于缔约过失责任的法律基础大致有四种学说:侵权行为说、法律行为说、法律规定说、诚实信用原则说。缔约过失责任的构成要件有:缔约当事人违反先合同义务;缔约相对人受有损失;违反先合同义务的一方有过错;过错与损失之间有因果关系。缔约过失责任既不同于违约责任,也不同于侵权责任,它们之间有明显的区别。

【关键词】 缔约过失责任 诚实信用 信赖利益 损害赔偿

缔约过失责任是指在订立合同过程中,一方或双方当事人违反了诚实信用原则而负有的先合同义务。导致合同不成立或合同虽然成立、但因不符合法定的生效条件而被确认无效或被撤销,给对方当事人造成信赖利益的损失时所应承担的民事责任。关于缔约过失责任的概念,目前法学理论界尚存在较大争议,并没有一个统一的定义。应该指出的是,缔约过失不仅指契约未成立的情况下一方当事人的过失责任,而且包括在合同成立后,出现可撤销合同、无效合同的情况下,其撤销或被宣布无效的原因是在合同缔约的过程中一方当事人的过失造成的,这也是缔约过失责任。

一、缔约过失责任理论的创立和发展

缔约过失责任理论起源于大陆法系的德国。最早系统提出缔约过失责任理论的是德国法学家耶林,他于1861年发表了《缔约上过失,契约无效与未臻完全时之损害赔偿》一文。他指出:“从事契约缔结的人,是从契约交易外消极义务范畴,进入契约上积极义务范畴,其因此而承担的首要义务,系于缔约时善尽必要的注意。法律所保护的并非仅是一个业已存在的契约关系,正在发生中的契约关系亦应包括在内,否则,契约交易将暴露于外,不受保护,缔约一方当



事人不免成为他方疏忽或不注意的牺牲品。契约的缔结产生了一种履行义务,若此种效力因法律上障碍而被排除时,则会产生一种损害赔偿义务。因此,所谓契约无效者,仅指不发生履行效力,非谓不发生任何效力。简言之,当事人因自己的过失致使契约不成立者,对信其契约为有效成立的相对人,应赔偿基于此信赖而产生的损害。”在实证法学盛行的时代,耶林的缔约过失责任理论动摇了实证契约法所谓的无合同即无责任的绝对合同责任理论,为契约责任的扩大化奠定了基础。耶林关于缔约过失责任的理论,被誉为法学上的发现,对各国立法和判例产生了深远的影响。

19世纪末,在著名的《德国民法典》制订之际,对于缔约过失责任,起草者大多认为不能将其作为一个一般责任要件加以规定,只能在非常的情况下予以承认。故《德国民法典》仅在因意思表示发生错误而撤销、自始客观不能和无权代理的情况下,承认了缔约过失责任。但是,德国的司法实践承认了缔约过失责任,而且判例及学说已将缔约过失责任发展为一般原则,形成了一个制度。现在,缔约过失责任不仅适用于合同不成立、无效或撤销的情况,而且在某些合同有效成立的场合也有适用的余地。

在日本,《日本民法典》也是通过理论与判例接受了缔约过失责任理论。日本判例学说从接触磋商的当事人之间的信赖关系和诚实信用原则出发,寻找缔约过失责任的依据,并把缔约过失责任的适用范围扩大到如下领域:①自始不能履行,使合同不成立或无效;②合同只停留在预备磋商阶段;③合同有效成立的情况。缔约过失责任适用于合同有效成立的情况,主要是指标的物有瑕疵和缔约人违反保证两种情况。这类缔约过失责任,可以纳入《日本民法典》规定的合同责任范畴(由此看来,把缔约过失责任适用范围扩大到合同有效成立的情况是完全有必要和可能的)。因为缔约过失责任的重点在于缔约过程中违反了先契约义务,给相对方造成了损害,因此要承担赔偿责任,但这与合同的成立和有效并没有直接联系,无需附上“导致合同不成立或无效”,也即合同成立或生效时也存在缔约过失责任。不过,这个责任是在缔约过程中产生的,与合同成立或生效后因违反双方约定的条款而产生的违约责任是不同的。当然也不止日本民法规定的标的物有瑕疵和缔约人违反保证两种情况。违反了先契约义务,并不必然导致合同不成立或无效。因为相对人也可能从这合同中获益,只不过不是全部合同的应得利益,而是扣除对方过错所造成的损失,即相对人基于合同有效成立应得的利益应包括两部分:①实际得到的利益;②由对方过错所造成的损失。因此,受害方可以就对方违反先契约义务而造成的损失要求赔偿,而对自己已获得实际利益就没有必要非要把它纳入到“信赖利益”中去主张合同不成立或无效,而要求对方承担缔约过失责任。我国《合同法》第42条、第

43 条被公认为是规定缔约过失责任的。其中第 42 条并没有“导致合同不成立或无效”的文字；第 43 条中“无论合同是否成立”，既未点出“有效或无效”，又明确包含了“合同成立”的含义。耶林在他的这篇论文中指出：“所谓契约无效者，仅指不发生履行效力，非为不发生任何效力。”若笼统地说“导致合同不成立或无效”是不准确的，可见合同有效成立也成立缔约过失责任。在这里，我们不必强调合同的效力如何，我们只需强调两点即可：①过错是发生在缔约过程中，而不是在之前或之后；②给相对人造成了损害。所以，日本民法把缔约过失责任的适用范围扩大到“合同有效成立的情况”是非常现实可行的，也十分符合法理。

与德国民法相类似，在我国台湾地区也没有规定缔约过失责任的一般原则，而是仅就非常情况规定了缔约过失责任，“该法”第 247 条规定：“契约因以不能之给付为标的而无效者，当事人于订约时，知其不能或可得而知者，对于非因过失而信契约为有效致受损害之他方当事人负赔偿责任。”第 113 条亦有类似的规定：“无效法律行为之当事人，于行为当时，知其无效或可得而知者，应负回复原状或损害赔偿之责任。”

在我国，缔约过失责任的明确也有一个过程。我国《民法通则》第 61 条规定：“民事行为被确认为无效或者被撤销后，当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”该条的规定与缔约过失责任极为相似，但它并非完整意义上的缔约过失责任。原来的三部合同法（即《经济合同法》、《涉外经济合同法》、《技术合同法》）中也未在具体条款上对缔约过失责任做出明确的规定。直到 1999 年颁布的《合同法》才系统地规定了缔约过失责任，从而完善了合同责任制度，弥补了《民法通则》的不足。

二、缔约过失责任的法律基础

缔约过失责任的法律基础是什么，学界观点不一，大致分为以下几种。

（一）侵权行为说

德国民法制定后的十年内，有关缔约过失责任的法律基础，占主导地位的是侵权行为说。该说认为，除法定情形外，因缔约上的过失而发生的损害，属于侵权行为法调整的范围，应按侵权行为法的规定追究行为人的责任。

（二）法律行为说

侵权行为说衰落以后，继之而起，成为判例学说上通说的是法律行为说。



该说认为,缔约过失责任的法律基础在于当事人之间存在的法律行为。该说又细分为目的契约说和默示责任契约说。目的契约说认为,缔约过失责任的基础在于当事人之间后来订立的契约;默示责任契约说认为,缔约过失责任的基础在于当事人于从事缔约行为之际,默示缔结了责任契约。

(三) 法律规定说

该说为布洛克所倡导。该说认为,缔约过失责任的法律基础既不是侵权行为,也不是法律行为,而是法律的直接规定。

(四) 诚实信用原则说

该说认为,缔约过失责任的法律基础在于诚实信用原则。按照诚实信用原则,从事缔约磋商的人,应善尽交易上的必要注重,以维护相对人的利益。假如当事人违反了应尽的注重义务,如协力、通知、保护、保密等义务,造成相对人损害的,自应负赔偿责任。该说是目前德国理论界流行的观点。

上述各种学说,侵权行为说和法律行为说的缺陷是显而易见的。侵权行为说有违侵权行为法的基本要求。因为侵权行为法所加于人们的义务是权利不可侵害的义务,而缔约过失行为并非侵害了相对人的某种权利。法律行为说以尚未成立的合同或不存在的合同作为缔约过失的基础,实际上是混淆了缔约过失责任与违约责任的不同。对于法律规定说和诚实信用原则说,学界观点不一,亦有学者认为这两种学说并无本质的差别。因为缔约过失责任确系法律直接规定的一种责任,而法律做出这种规定的基础就在于诚实信用。

三、缔约过失责任的构成要件

由于缔约过失责任采取的是过错责任原则,所以其构成要件应当包括客观要件和主观要件两个方面。具体来说,缔约过失责任的构成要件有以下四个:

(1) 缔约人一方当事人有违反法定附随义务或先合同义务的行为。也就是说,缔约人一方在缔约的过程中,发生了违反法律规定的互相协助、互相照顾、互相告知、互相诚实、互相保密等义务的行为。只有当缔约人一方有上述行为时,才有可能承担缔约过失责任。

(2) 该违反法定附随义务或先合同义务的行为给对方造成了信赖利益的损失。如果没有损失,就不会存在赔偿。当然,这种损失既包括直接损失,也包括间接损失。

(3) 违反法定附随义务或先合同义务一方缔约人在主观上必须存在过错。如果另一缔约人的损失非因对方的过错而是由其他原因造成的,其不得向对方

主张缔约过失责任。这里的过错既包括故意也包括过失。

(4)缔约人一方当事人违反法定附随义务或先合同义务的行为与对方所受到的损失之间必须存在因果关系。如果这两者之间不存在因果关系,则不能让其承担缔约过失责任。

四、缔约过失责任的主要类型

我国《合同法》第42条规定了缔约过失责任的三种情形:(一)假借订立合同,恶意进行磋商;(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况;(三)有其他违反诚实信用原则的行为。

(一)假借订立合同,恶意进行磋商

假借订立合同,恶意进行磋商,是指当事人根本没有订立合同的目的,假借订立合同,而损害相对人利益的行为。《国际商事合同通则》对此也作了规定,其第2.15条规定:“假如一方当事人以恶意进行谈判或恶意终止谈判,则该方当事人应对此给另一方所造成的损失承担责任。所谓恶意,非凡是指一方当事人在无意与对方达成协议的情况下,开始或继续进行谈判。”例如,故意与对方谈判使对方丧失与他人交易的机会、假借与对方谈判而取得非法利益等,都属于这类缔约过失责任。

(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况

在订立合同的过程中,当事人负有如实告知的义务。一方故意隐瞒关于其自身的财产状况、履行能力,故意隐瞒出卖的标的物的缺陷,以及其出卖的产品的性能和使用方法或者向对方提供不存在的虚假情况,从而给对方造成损失的,即产生缔约过失责任。

(三)有其他违反诚实信用原则的行为

在订立合同的过程中,当事人之间应依诚实信用原则履行协力、通知、保护、保密等义务,对此等先合同义务的违反,造成对方损失的,应承担缔约过失责任。

五、缔约过失责任与违约责任、侵权责任的区别

(一)缔约过失责任与违约责任的区别

违约责任是指合同生效后,当事人一方不履行或履行合同义务不符合合同



约定所应承担的采取补救措施、赔偿损失、支付违约金等民事责任。缔约过失责任依据《合同法》成立并发生于合同订立过程中,与违约责任紧密相连,但又不同于违约责任。两者的区别主要有以下方面:

(1)产生的前提不同。缔约过失责任是以合同订立过程中当事人违反诚实信用原则为前提,成立的依据是《合同法》的具体规定,并非一个有效的合同。无论合同是否有效成立或者存在,只要有违反诚实信用原则的行为且符合《合同法》规定的要件,就应当承担缔约过失责任。而违约责任以合同关系的存在为前提,因违反有效合同而产生。如果没有违反合同义务,或者合同没有生效,则不产生违约的责任。

(2)当事人约定不同。缔约过失责任具有法定性,是基于法律的直接规定,属于法定责任,不可以由当事人约定。违约责任具有约定性,当事人可以在合同中约定承担责任的方式、范围以及免责条件和免责事由。

(3)责任形式不同。缔约过失责任的责任形式只有一种,即损害赔偿。违约责任的形式多种多样,包括赔偿损害、支付违约金、实际履行等。

(4)赔偿的范围不同。缔约过失责任中,权利人所能请求赔偿的是信赖利益的损失,旨在使非违约方因相信合同有效成立而支出的各种费用得到返还或者赔偿,从而使当事人处于合同磋商前的良好状态。违约责任的损害赔偿范围包括因违约造成的实际损害,也包括期待利益的损害。

(二)缔约过失责任与侵权责任的区别及其请求权的竞合

缔约过失责任与侵权责任一样,违反的都是法定义务,都要符合法定的构成要件,但两者有明显的区别:

(1)责任前提不同。缔约过失责任发生在当事人为订立合同开始磋商的过程中,当事人之间存在特殊的信赖关系。侵权责任存在于一切社会交往中,它的发生不需要当事人之间存在任何关系。

(2)违反的义务性质不同。缔约过失责任违反的是依据诚实信用原则产生的合同义务。侵权责任违反的则是不得侵犯他人人身和财产权利的一般义务。由于当事人在订立合同时,已经由普遍的社会关系进入了特殊的信用关系,法律上要求当事人应当有特殊的注意,因此,在适用缔约过失责任领域,当事人的注意义务程度要比侵权责任领域内的注意义务程度要高。

(3)归责原则不同。缔约过失责任的归责原则仅是过错原则,包括故意和过失,无过错无责任。侵权责任在一般情况下以过错为要件,但它的归责原则随着社会的发展逐步扩充,有无过错原则和公平责任原则等。

(4)责任形式不同。缔约过失责任的责任形式为损害赔偿,而侵权责任形

式除了损害赔偿外,还有停止侵害、排除妨碍、消除危险等。

(5)赔偿范围不同。缔约过失责任不产生精神损害赔偿,而侵权责任中受害人可以请求精神损害赔偿。

虽然缔约过失责任和侵权责任存在很大差别,但是两者仍然存在竞合的可能。缔约一方未尽保密义务,保密内容包括个人身份、财产状况以及商业秘密,在订立合同过程中,当事人违反该义务构成缔约过失责任,同时违反该义务可能构成对公民隐私权、法人知识产权的侵权;缔约一方未尽保护义务而致对方人身、财产受到损害;缔约一方以欺诈、胁迫等手段订立合同或者乘人之危、恶意串通订立合同等,可能同时构成侵权责任。由于缔约过失责任和侵权责任的归责原则、举证责任、免责事由、诉讼管辖等存在差异,在缔约过失责任和侵权责任发生竞合时当事人主张何种责任直接关系到他的切身利益。

对于两者请求权竞合的法律适用问题,我国《合同法》没有做出明确规定。根据民事法律处理请求权竞合的一般原则,在缔约过失责任和侵权责任及其请求权发生竞合时,法律应当允许受害人选择自己的某种请求权提起诉讼,以利于其及时获得充分赔偿和更有效地维护自己的合法权益。

六、缔约过失责任的赔偿范围

大多数学者认为,由于缔约过失造成的损失是一种信赖利益的损失,对这种损失的赔偿应以合同成立的可得利益为限。对于信赖利益的损失主要包括:“①订约费用;②履约费用,包括准备履约所支付的费用和实际履约所支付的费用;③受害人支出上述费用所失去的利息;④合理的间接损失,即丧失与第三人另订合同的机会所产生的损失。”王泽鉴先生认为在缔约过失责任中如果被害人有过错,则应适用过失相抵的规定。

上述前三项损失属于直接损失的范畴,第四项则属于间接损失的范畴。而且对损失赔偿的范围做出了更为具体的限制,即赔偿的上限不得超过缔约非过错方在订立合同时应当预见的因合同不成立或被撤销可能给对方造成的损失,同时也不能超过合同成立及履行后所能获得的利益。由于我国《合同法》没有对损害赔偿范围做出明确的规定,有待在以后的立法中予以完善。

参考文献

- [1]王泽鉴.民法学说与判例研究(第一册).北京:中国政法大学出版社,1998.
- [2]郭明瑞,房绍坤.新合同法原理.北京:中国人民大学出版社,2000.
- [3]中华人民共和国合同法释义及实用指南.北京:中国民主法制出版社,1999.
- [4]邢颖.违约责任.北京:中国北京法制出版社,1999.
- [5]丁义军,郭华.新合同纠纷案件探解研究.北京:人民法院出版社,2001.



- [6]赵旭. 合同法学. 北京:中央广播电视大学出版社,2000.
- [7]苏号鹏. 合同的订立与效力. 北京:中国北京法制出版社,1999.
- [8]王利明. 民法学. 上海:复旦大学出版社,2004.
- [9]王泽鉴. 民法总则. 北京:中国政法大学出版社,2001.

作者简介

费立峰,男,法律专业本科,六和律师事务所合伙人。擅长公司、合同、担保等法律业务及刑事法律业务。

叶永祥,男,浙江大学法律硕士。六和律师事务所专职律师。主要从事常年法律顾问服务、非诉讼项目服务以及公司、民商事等诉讼法律服务。

对赠与合同任意撤销权的立法探讨

陈 淦 刘 珂

【摘要】 我国《合同法》中有关赠与合同的一些规定颇具特色,特别是任意撤销权问题,值得深入研究和探讨。为了更好体现该制度的价值,笔者对现行规定提出两点质疑,并提出使之更加完善的建议,即设立任意撤销权的除斥期间和引入缔约过失制度。

【关键词】 赠与合同 任意撤销权 除斥期间 缔约过失

一、关于赠与合同的概述

赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人,受赠人表示接受赠与的合同,是各国合同制度中普遍规定的一类有名合同。其中转让财产的一方为赠与人,接受财产的一方为受赠人。赠与合同中,赠与人向受赠人移转的一般是财产的所有权。赠与合同不同于赠与行为,因为赠与是赠与人的单方法律行为,而赠与合同是以赠与为内容的协议,是双方法律行为,如果仅有赠与人的意思表示,而没有受赠人接受赠与的意思表示,赠与合同就无法成立。

赠与合同的法律特征如下。

(一) 赠与合同是无偿合同

无偿性是赠与合同最突出的一个特征。受赠人在取得赠与物所有权的同时,不需要向赠与人给付任何对价,即受赠人纯获利益。而赠与人向受赠人给付财产,也不从受赠人那里获得任何补偿或者回报。

(二) 赠与合同是单务合同

一般情况下,赠与人负有给付的义务而不享有权利,受赠人享有接受财产的权利而不承担任何给付义务。在附义务的赠与合同中,受赠人要承担一定的义务,并以此作为取得赠与物所有权的一个条件,但这一义务对受赠人所产生

的负担是远远低于其所获得的利益的。

(三)关于赠与合同为诺成合同还是实践合同,学界也存在一些分歧

持诺成合同说的学者认为,我国《合同法》规定的赠与合同为诺成合同,与传统观念和司法实务作为实践合同有质的差别。其理由大致为,《合同法》没有像保管合同那样将赠与合同明文规定为实践合同,也没有将以赠与物的交付为准则的司法解释精神纳入。依据《合同法》第 25 条“承诺生效时合同成立”及第 44 条“依法成立的合同,自成立时生效”的规定,赠与合同采纳了诺成合同说。

而持折中说的学者认为,我国立法采用了赠与合同为诺成合同的主张其实是一个误解。“我国《合同法》对于赠与合同性质的规定,既不同于德国、日本民法的有关规定,也不同于苏联东欧国家民法典的有关规定,而是采取了一种新的折中方式以平衡赠与人与受赠人之间的利益。”同时,这一观点进一步认为《合同法》第 186 条对赠与合同的实践性或诺成性采用了两分的方法加以规定。有人认为,目前一些人将我国赠与合同解释为实践合同,是受到了德国民法典的影响,而又没有考虑立法者在赠与合同上的划分。德国民法非(“非”字为笔者所加,因为根据上下行文,原文前后出现矛盾)将合同划分为书面赠与合同与口头赠与合同,而是将赠与合同划分为:①普通赠与合同(包括一般书面赠与合同和口头赠与合同);②具有社会公益、道德义务性质的赠与合同;③经过公证的赠与合同。将普通赠与合同规定为实践合同,将后两者规定为诺成合同。可以说,在《合同法》制定之前,以司法实践与司法解释的精神来看,是把赠与定位为实践性合同,须以赠与物的交付,赠与关系方成立。而《合同法》显然对此作了重大突破。纯粹地从立法技术来看,其似乎是把赠与合同定位为诺成合同,但同时为了平衡赠与人与受赠人之间利益,规定赠与人在赠与财产的权利转移之前可行使任意撤销权,而有别于德、法、日等国家的立法规定。所以笔者认为,关于赠与合同的性质,以折中说较为妥当。但是,这正是笔者所将讨论的赠与合同上任意撤销权问题的症结所在。

二、对我国赠与合同任意撤销权一些问题的质疑

根据我国《合同法》的规定,赠与合同的撤销有两种,即法定撤销和任意撤销。赠与之法定撤销,是指在法定事由出现时享有撤销权的人撤销赠与。它与任意撤销的区别在于它需要具备法定事由,只要具备了法定事由,不论赠与采取何种形式,交付或登记与否,撤销权人均可撤销之。①受赠人严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属;②受赠人对赠与人负有扶养义务而不履行;③受赠人不履行赠与合同约定的义务。而赠与人的任意撤销权,是指在赠与合同成立

后,赠与物交付之前,赠与人基于自己的意思表示撤销赠与的权利。《合同法》第 186 条规定了赠与人享有任意撤销权,即赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

对于赠与合同的任意撤销权,笔者认为有以下两个不妥之处。

(一) 赠与合同的任意撤销权没有除斥期间关于赠与合同上的撤销权

撤销是指撤销权人溯及地消灭民事行为效力的权利行使行为。而撤销权是法律行为中享有撤销权的当事人,通过自己单方面的意思表示使法律行为的效力归于消灭的权利。由于撤销权是依照权利人单方面意思表示,而无须相对人的同意即可使原来的法律行为效力发生变更,因此它是一种形成权。

民事法律在撤销权的规定上,大致有四种情形:①民事行为上的一般撤销权,主要是《民法通则》第 59 条的规定。②破产法上的撤销权制度。③在债的关系中存在的撤销权。如《合同法》第 54、74 条等的规定。④赠与合同的撤销权。虽然赠与合同也是由《合同法》所规定,但比较债的关系中所存在的撤销权与赠与关系中所存在的撤销权,两者的区别是非常明显的,如设定撤销权的目的、对象、行使方式及法律效果不同,笔者把它单列出来。

通过比较可发现,除了赠与合同的任意撤销权外,其他形式的撤销权一般都有行使的除斥期间,而且它们的行使都有比较严格的条件限制。而依梁慧星先生的观点,撤销权既属形成权,有溯及地使可撤销的民事行为归于消灭的效力,则应有除斥期间的限制。除斥期间的作用在于促使撤销权人尽快地行使权利,并保护相对人利益,有利于交易安全,因而笔者赞成对撤销权应加以除斥期间进行限制。

(二) 未对赠与人的任意撤销权加以适当限制且立法有所冲突

《合同法》第 186 条的规定:“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同,不适用前款规定。”仅从这一条文来看,可以说第二款的规定是对赠与人行使任意撤销权作了一定的限制。但笔者认为,仅作此限制是明显不够的,并且其中存在不少问题。

首先,《合同法》第 189 条的规定:“因赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的,赠与人应当承担损害赔偿责任。”从这一规定来看,显然是与第 186 条的规定有冲突的。因为,既然存在赠与财产的权利转移前可以撤销赠与的可能性,那么,在财产权利转移之前,因赠与人故意或者重大过失以致令赠与的财产遭受毁损、灭失,是否意味着赠与人仍应当承担损害赔偿责任?这在立



法上是很模糊的。

其次,依德国《民法典》第 534 条(道义和礼仪上的赠与)的规定:“符合道义上的义务或者从礼仪上考虑而为的赠与,不得要求返还和撤销。”而依我国台湾地区“民法典”第 408 条(赠与的撤销及例外):“赠与物未交付前,赠与人可撤销其赠与。其一部分已交付者,可就其未交付之部分撤销之。前项规定,于立有字据之赠与或为履行道德上之义务而为赠与者,不适用之。”那么,何谓道德上之义务呢?根据台湾学者史尚宽先生的解释,于灾难之际以慈善或为公益之目的而为施舍是一种道德义务,迫于人类边带责任感的给予亦包括在内。而所谓报酬的(谢礼的或礼仪的)赠与或相互的赠与,在礼俗认为的必要范围内,也应解释为道德上义务的履行。依此解释可见,即使是日常生活中最常见的、属于礼仪考虑而为的赠与,也是不得要求返还和撤销的。除非发生了受赠人对赠与人或者其近亲属有重大侵害行为或者重大忘恩负义行为时,赠与人可以撤销其赠与。或者赠与人在赠与不能维持与自己身份相当的生计,或者对其亲属、配偶或者前配偶不能履行法定抚养义务的,赠与人可以根据关于返还不当得利的规定,要求受赠人返还赠与物。由此可见,德国《民法典》是通过限制赠与人的撤销权来让赠与人仅就故意或者重大过失负其责任的。而我国台湾地区对于立有字据的赠与,也是列入不得撤销的范围。我国《合同法》在法定撤销权的规定上与其他国家并无太大差异,唯就经过公证部门公证的赠与合同不得任意撤销仍有所差别。因为我国合同的公证一般须交由公证部门公证,而我们日常交易中,大部分是以口头或立字据即书面形式来订立合同的,所以,经过公证的赠与合同才不适用任意撤销,其范围略嫌过窄,难以弥合《合同法》第 186 条与第 189 条之间的冲突。

再次,赠与合同本身是一种契约,须双方达成合意才可成立,符合双方当事人的意思自治,尊重双方当事人的自主选择,即合意达成是选择的结果,其成立要件一旦满足,就应该发生契约,有对当事人双方的拘束力。否则,其也就失去了作为合同存在的意义,而无必要列入《合同法》的调整范围了。笔者认为选择就是一种责任,既然赠与人选择了赠与的行为,为自己设定了义务,那么,在受赠人没有过错的情况下,他就不能仅仅因后悔而行使撤销权来消灭合同的拘束力,消除自己的责任,以致破坏因合同而建立的稳定的法律关系,削弱受赠人对赠与合同所产生的预期。况且,如果在赠与人与受赠人建立了赠与合同关系后,受赠人为了接受赠与而作了一些必要的准备工作,并支出了必要的费用,那么,如果赠与人行使撤销权,这些费用应由谁来承担呢?并且,考虑另外一种情况,即在赠与合同成立后,受赠人基于对赠与人的一种人身信赖,在赠与人不反对的情况下,以此赠与物为基础,与第三人订立了其他形式的契约。那么,如果

赠与人在赠与财产的权利转移之前反悔了,其行使撤销权后导致的受赠人对第三人的违约,其后果又由谁来承担呢?确实,赠与人原本不承担任何义务,但其订立了赠与合同后,为自己设立了不必要的义务,为了平衡赠与人与受赠人之间的利益,立法者考虑设定任意撤销权来保护赠与人的利益,以减轻其负担。但是,换一个角度,赠与人作为赠与行为,受赠人允受。在这个法律关系不存在障碍的情况下,受赠人是纯粹的利益既得者。如果赠与人撤销赠与,使赠与合同失效,那么,赠与人可以说是毫无利益损失的。而受赠人因赠与被撤销而无利益可得,相反,为了接受赠与与所发生的行为及损失,为自己增加了负担,而这种负担对其来说原本是毫无必要去承担的。这样看来,赠与人与受赠人之间的利益又怎能达到平衡呢?这种结果对受赠人来说,显然是不公平的。综合以上观点,笔者认为有必要对赠与人的任意撤销权加以适当限制。

三、对完善赠与合同任意撤销权相关立法的建议

根据上文的分析,笔者认为,应对赠与人所行使的任意撤销权加以适度限制,以更适当地平衡双方当事人的利益。为此,有必要从以下几方面来完善立法。

(一)规定任意撤销权的除斥期间

赠与合同上的任意撤销权既然可产生使已发生的民事行为的效力归于消灭的效果,那么,其也应与其他撤销权一样,规定一定时间作为除斥期间来加以限制,以促使权利人尽快地行使权利,保护相对人的利益。对于除斥期间的起算时间,笔者认为不妨从赠与合同成立之日起计算。而且在这任意撤销权行使的预定期间,不存在中止、中断及延长的问题,撤销权人没有在除斥期间内行使撤销权,期间一过其撤销权即归于消灭。而赠与合同从成立之时起,自始有效。除非出现法定事由,否则赠与人在任意撤销权效力消灭后必须履行赠与合同的义务。

另外对于除斥期间的规定可以一分为二:①若当事人在赠与合同中明确规定了赠与物交付时间的,在财产转移之前的任何时间赠与人都是可以撤销赠与。②若当事人在赠与合同中没有明确规定赠与物交付时间的,为使合同关系得到尽快的明确,促进民事关系的流转,应对赠与人的任意撤销权规定一个除斥期间,赠与人若没有撤销的法定事由,过了这个除斥期间,视为放弃任意撤销权,赠与人必须履行赠与合同。当然,这个除斥期间应当为一个较长期限,笔者认为以2~3年为宜。这样对除斥期间的分别规定,在充分保护受赠人合法权益的同时,也很好地保护了赠与人的利益。



(二)引入缔约过失制度

所谓缔约过失,是指当事人于缔约之际具有过失,从而导致合同不成立、无效或被撤销,使他方当事人受到损害或者因当事人违反对他人的照顾和保护义务,使他方当事人受到人身或财产损害的情形。缔约过失是由德国法学家耶林于1861年提出的。在他看来,从事契约缔结的人是从契约交易外的消极范畴进入契约上的积极范畴,其因此而承担的首要义务是于缔约时须善尽必要的注意。同时他进一步指出契约的缔结产生了一种履行义务,若此种效力因法律上的障碍而被排除时,则会产生一种损害赔偿义务。因此,所谓契约无效,仅指不发生履行效力,非谓不发生任何效力。我国立法上早已引入缔约过失制度。《民法通则》第61条第一款的规定,民事行为被确认无效或者被撤销后,当事人因该行为取得的财产,应当返还给受损失的一方,有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失,对方都有过错的,应当各自承担相应的责任。由此可见,缔约上过失制度在我国的适用是有着一定的基础的。且这种以诚信原则作为理论基础的缔约过失制度,本质在于追求当事人利益、社会一般公众利益的平衡,比较符合在社会本位的思潮下的立法精神。笔者建议在赠与合同的任意撤销权的行使中引入缔约过失制度,正是基于诚信原则而考虑,同时也是尽可能地把赠与人的责任减至最低。引入缔约过失制度在赠与人行使任意撤销权使赠与合同被撤销后,承担缔约过失的责任化,责任范围应是受赠人信其合同有效所受的损失,包括订约费用、履行准备费用。当受赠人以赠与物为基础与第三人订立合同时,其责任还应包括受赠人履约不能所必须承担的损失。成立要件应包括以下几方面:第一,缔约人一方具有过错,这种过错包括故意或过失。当然,这里的过错方一般指赠与人,而受赠人不包括在内。因为如果受赠人有过错,则赠与人行使的将是法定撤销权,而非任意撤销权,由此将不产生缔约过失的问题。第二,因赠与人的行为而使赠与合同无效或被撤销。从《合同法》的规定可以看出,在赠与合同关系中,当事人双方的地位是不平衡的,赠与人一直是处于主动地位,起主导作用;而受赠人除了表示接受赠与的行为是主动的以外,其他时候一直是处于被动的地位,引入缔约上过失制度的意义就在于给赠与人的行为予以适度限制,保护相对人的正当利益。第三,有损害事实的实际发生。从平衡赠与与双方的利益考虑,在没有损害事实发生的情况下,在赠与人使赠与合同无效或被撤销时,不发生损害赔偿的问题,受赠人无权请求因赠与合同的履行所获得的利益。

综合上述,通过设立除斥期间与缔约过失制度,既可以避免因任意撤销权的存在而使赠与合同效力未定的状况,能消除立法上的前后冲突,又可较好地

平衡赠与双方当事人的利益,保护双方当事人的利益,具有一定的可取性和可行性。

参考文献

- [1] 史尚宽. 债法各论. 北京:中国政法大学出版社,1999.
- [2] 唐明. 试论赠与合同的立法及司法实践. 中国法学,1999(5):20.
- [3] 李盾. 我国赠与合同的实践性与诺成性探讨. 法学评论,1999(5):32-33.
- [4] 梁慧星. 民法总论. 北京:法律出版社,1996.

作者简介

陈淦,男,浙江大学法学学士,六和律师事务所合伙人。主要从事公司法律
顾问服务、合同等经济纠纷、民事案件、房地产案件。

刘珂,男,浙江大学法学学士,六和律师事务所专职律师。主要从事经济合
同、建筑与房地产、收购兼并、投资融资等法律业务。

正当程序视野下的我国民事诉讼制度的完善

王旭东

【摘要】 正当程序是英美法中的核心概念,然而在我国尚未完全深入贯彻到民事诉讼制度中。法官对正当程序的内涵、重要性仍缺乏深刻的认识。我国民事诉讼制度存在的众多缺陷均与正当程序原则未深入贯彻有关。本文从介绍正当程序的概念、内容出发,阐述了正当程序对民事诉讼制度的重要性,以正当程序原则为纲透视我国民事诉讼制度中存在的若干缺陷,并提出一些完善意见。

【关键词】 正当程序 民事诉讼制度 完善

一、引言

正当程序是英美法中的核心概念,也是其司法原则和法院判决的依据,更是为其广大社会公众所信仰的权利观念。在维护宪政体制、限制政府权力、保护公民权利免受公权力侵害和实现社会正义方面,正当程序发挥了其他宪法条款所无可比拟的作用。正当程序的内容和理念,通过联合国《公民权利和政治权利国际公约》等国际公约的规定和确认,其影响远远超过了英美法系国家的范围,扩展到全世界。

早在 20 世纪 90 年代初期,我国不少学者就开始了关于正当程序的探讨,大多数学者就诉讼中的公正就是正当程序,程序法相对于实体法具有独立的价值等方面达成了共识,正当程序的观念也为大多数法官所接受。学者们在对司法中正当程序进行探讨的同时,还对立法程序、行政程序等程序问题作了深入的研究。对英美法中特有的正当程序理论的研究,也取得了丰硕的成果,但存在如下明显不足:一是对正当程序缺乏宪政角度的考察;二是对于正当程序基本内涵的研究不够,缺乏对其内涵的深入考察;三是很少有人将正当程序理论与我国的司法改革、诉讼制度完善联系起来。本文拟将正当程序与民事诉讼制度的完善结合起来考察,即通过正当程序原则审视我国民事诉讼制度存在的部

分缺陷,并提出改进意见,供大家参考。

二、正当程序概述

(一)正当程序概念

正当程序作为一种观念,起源于英国的自然公正(natural justice)原则。自然公正作为一项司法原则,规定的是最低限度的程序公正标准,它被称为“诉讼程序中的公正”。它的两项基本要求为:①“任何人不能自己审理自己或与自己有利害关系的案件”;②“任何一方的诉词都要被听取”。①

对正当程序的定义和理解,存在多种诠释,《牛津法律大辞典》对正当程序的定义是:“按照法律规定,对受控制者的合法权利加以保护的一种法律程序”。② 美国权威的《布莱克法律词典》解释:“程序性正当程序的中心含义是指:任何权益受到判决结果影响的当事人都享有被告知和陈述自己意见并获得听审的权利,……合理的告知、获得听审的机会以及提出主张和抗辩等都包含在‘程序性正当程序’一语中。”③ 英国著名的大法官丹宁勋爵在其著作《法律的正当程序》中对正当程序作了较为精确的定义,影响颇深。丹宁认为,正当程序“系指法律为了保持日常工作的纯洁性而认可的各种方法:促进审判和调查公正的进行,逮捕和搜查适当的采用,法律援助顺利取得,以及消除不必要的延误等”。④ 从正当程序的发展历史看,正当程序首先开始应用是从刑事诉讼的角度加以定义的。警官后来正当程序理论扩展适用到包括民事诉讼程序和行政诉讼程序在内的所有司法程序,但人们较多的以形式诉讼为基点来研究正当程序的理论。

由常怡主编的《比较民事诉讼法》认为:“正当程序在刑事诉讼领域和民事诉讼领域所表现出来的价值是不一样的。在刑事诉讼领域,由于指控者和被指控者事实上普遍存在力量上的不平等,因而正当程序突出表现在对指控者的权利加以约束、控制,而对被指控者的权利提供倾向性保护。而在民事诉讼领域,基于民事诉讼主体的平等性和系争民事权益的私法性,正当程序主要在于对民事诉讼当事人提供平等的权利保护,创造一个公平无偏私的解纠环境,尊重当事人的诉讼主体地位和意志自由。”并进而从民事诉讼的角度给正当程序定义为:“正当程序系指那些能确保当事人获得中立的法官平等保护的权力,并贯彻

① 【英】戴维·M. 沃克. 牛津法律大辞典. 北京:光明日报出版社,1988:628.

② 【英】戴维·M. 沃克. 牛津法律大辞典. 北京:光明日报出版社,1988:273.

③ H. C. Black, Black's Law Dictionary P. 1083, West Publishing Co., 1979:1083.

④ 【英】丹宁勋爵. 法律的正当程序. 李克强, 杨百揆, 刘庸安译. 北京:法律出版社,1999:前言.



当事人诉讼主体性原则,同时体现效益的程序,而这些程序又能最大限度地引导裁判实现司法公正。”^①

(二)正当程序标准(内容或要素)

各国学者从不同方面提出了自己对正当程序标准的看法。

美国法哲学家认为,衡量正当程序的标准有以下9个原则:①任何人不能作为有关自己案件的法官;②结果中不应包含纠纷解决者的利益;③纠纷解决者不应有支持或反对某一方的偏见;④对各方当事人的意见均给予公平的关注;⑤纠纷解决者应听取双方的辩论和依据;⑥纠纷解决者只应在另一方当事人在场的情况下听取对方的意见;⑦各方当事人应得到公平机会来对另一方提出的辩论和证据做出反响;⑧冲突解决的诸项条件应以理性推演为依据;⑨推理应论及各方所提出的论据和证据。^②

美国法官范德利先生认为,法律程序必须至少具备下列程序单元的某几项才能产生正当性的可能:“①公正的裁决机关;②对拟采取的行动作预先的告知,并提供理论基础;③有陈述意见表示争行动不该采取的机会;④提出证据及要求传唤证人的权利;⑤知悉不利证据的权利;⑥交叉询问相对证人的权利;⑦裁决应完全按照所呈现的证据做出;⑧延聘律师的权利;⑨裁决机关对呈现的证据做成书面记录;⑩裁决机关利用书面的形式叙明事实与理由,做出裁决”。^③

由常怡主编的《比较民事诉讼法》认为:“正当程序的内容至少应当包括以下原则:法官的中立性、当事人的平等性、当事人的参与性、程序的民主性、程序的公开性和程序的效益性”。^④

三、正当程序的重要性

正当程序的意义和重要性哪里呢?民事诉讼制度为什么要遵循正当程序原则呢?

对于这一问题,中国学者的论证一直带有一定的工具主义色彩。例如,有人认为遵守程序的唯一理由就在于维护实体法的正确实施。还有人将程序法直接视为实体法的手段或者附庸。近年来,有关程序正义独立性的观念在中国逐渐出现,并在一定范围内得到了承认。但是,由于有关的讨论和研究刚刚起步,程序工具主义甚至程序虚无主义的思想并没有得到彻底的清理,程序正义

① 常怡.比较民事诉讼法.北京:中国政法大学出版社,2002:95.

② [美]马丁·P.戈尔丁.法律哲学.齐海滨译.上海:三联书店,1987:240—241.

③ 汤卫健.美国民事司法制度与民事诉讼程序.北京:中国政法大学出版社,2001:65.

④ 常怡.比较民事诉讼法.北京:中国政法大学出版社,2002:95.

的观念还远未得到普遍接受。

获得胜诉与获得公正对待是不是一回事？维护程序的公正性本身的目的是什么？应当将程序正义价值建立在什么基础之上？程序正义观念本来产生于英美社会，它在其他社会是否具有普遍适用性？

对于这些问题，马修的“尊严价值理论”都能够给予一定的回答和解释。在马修看来，获得胜诉与获得公正对待是被裁判者的双重愿望，两者是完全独立的。一个人无论在诉讼中处于原告还是被告的身份，一方面会要求裁判者做出公正且符合其自身利益的裁判结论；另一方面也有着强烈获得平等参与、平等影响裁判结局的机会。尤其在案件胜负大局已定的场合下，被裁判者这种要求获得公平对待的愿望会更加明确地显示出来。因此，裁判者不仅要确保裁判结论的公正性，也应当极为重视裁判过程的公正性。从人的直觉意义上看，坚持程序正义可以使被裁判者受到公平、人道的对待，并产生一种受尊重的感觉。这种感觉会有助于他们对裁判结论的自愿接受，从而在心理上承认裁判过程和裁判结论的公平性。而从自由主义政治哲学的角度来看，坚持程序正义观念，并在法律程序的设计和运作中贯彻这一价值的要求，有助于国家与个人在发生利益冲突的场合确定基本的公平权衡机制，使个人权益得到尊重，使公共权力被限制在合理的程度之内以正确认识正当程序的重要性。^①

由常怡主编的《比较民事诉讼法》认为，正当程序有两个直接的价值：“第一，在司法过程中保护当事人的权利，尊重当事人的人格尊严；第二，促进司法正确认定事实，适用法律，实现司法公正。”^②

不可否认，正当程序对实现司法公正具有重要作用，但我们同时应当严防程序工具论，认为正当程序的核心任务是为了实现司法公正，这是不正确的，如果我们践踏了当事人诉讼程序中的应有权利，牺牲了程序正义，那么即使获得了实体公正，它所实现的司法公正也是不健全的。正当程序和实体公正都是诉讼公正的目标和追求，两者既紧密相连又相互独立，具有各自的独立价值。获得胜诉和获得公正对待均是民事诉讼制度的价值目标，同时也是建设和谐社会的要求。

四、正当程序视野下的我国民事诉讼制度的完善

（一）严格限制二审审理范围

应将二审与一审定位于受到严格限制的续审主义。也就是说，一方面，将

^① 陈瑞华. 程序正义的理论基础——评马修的“尊严价值论”. 国外法制与法学, 2000(3): 151.

^② 常怡. 比较民事诉讼法. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 95.