

无偿合同:民法学与社会学之维^{*}

宁红丽

摘 要: 作为典型合同体系例外和特别规则存在的无偿合同,无论在成立(生效)要件、终止方式,还是在债务人承担的义务标准等方面,其制度设计都与有偿合同迥异。制度差异的背后隐藏着对不同价值功能的追求。有偿合同是追求利益最大化的商人需要的行为规则,无偿行为则是人们维系团结合作的渠道。即使是借助商业化的形式,无偿行为也能在商业社会中创设出某种利他的、相对稳定的社会关系,从而实现促进财产交易和提升社会团结等多元价值。

关键词: 无偿合同; 要物合同; 任意解除权; 互惠

现代合同立法以有偿为原则,无偿合同只是作为各国民法典典型合同体系中的例外和特别规则存在;理论上对具体有名合同的研究往往也集中于有偿合同,尤其以买卖为范本展开,无偿合同从未获得过足够的关注。既然现代市民已全盘“商人化”,法律行为以营利性为圭臬,而各国民法典仍对无偿合同进行规制,其意义何在?民法对无偿合同与有偿合同究竟是如何区别对待的?作为一种重要的社会交往方式,无偿合同在整体的社会交往中又具有何种价值?本文将围绕这些问题,尝试展开一次民法学和社会学之旅。

一、无偿合同与有偿合同的区分

自罗马法以来,各国民法中一直存在一些在本质上为无偿的合同,如赠与、无利息消费借贷、使用借贷、委任、保管以及终身定期金等。这类合同的特点是,一方对另一方完全不负对待给付义务。此类单务、无偿合同也被称为“恩惠契约”或“好意型契约”^[1] (P. 162),以示其与典型的交易行为之间的差别。

有偿契约与无偿契约划分的哲学起源可以追溯到亚里士多德和托马斯关于交换正义和慷慨美德的伦理学说。基于这种学说,罗马法中的合同可以分为两类:一类是交换正义行为,另一类则是慷慨行为。大部分中世纪经院哲学家都沿袭了这一分类方案,其中,被视为在欧洲私法向近代的世俗理性法转型过程中发挥承上启下关键作用的格老秀斯的体系更接近常见的罗马法类型。根据格老秀斯的看法,人们有时出于“施惠”(即无偿地)而给予利益,有时为“互惠”(即为获得利益)而给予利益。无偿授予的利益有时立即转让,有时在将来转让(如赠与允诺);有时也会创设受领人方面的义务,如使用借贷和无偿委托等^[2] (P. 90-91, 130-131)。这一分类直接影响了《法国民法典》,法典区分了有偿合同与无偿合同,并把作为契约效力基础的原因(cause)理论建立在这一划分的基础之上。包塔利斯对此有下述描述:“什么是

作者简介:宁红丽,法学博士、经济学博士后,对外经济贸易大学法学院副教授。

^{*} 本文系作者主持的国家社科基金项目(批准号:08CFX020)、对外经济贸易大学211工程三期重点学科建设项目(阶段)成果。

契约的原因? 恩惠(行善)契约的原因就是恩惠自身。但在利己契约中,原因就是利益,也就是说,当事人签订契约所追求的好处。”^{[3] (P. 293)} 《法国民法典》第1105条规定了“恩惠契约”,即“当事人的一方无代价给他方以利益”的契约;第1106条规定了有偿合同“当事人双方相互负担给付与作为的债务时,此种契约为有偿契约。”对二者的区分标准,即如何判断双方的给付是否符合“均衡”(équivalence)的要求,法国民法学界历来存在争议,目前学术界占主流的观点认为,认定一个合同有偿还是无偿,应综合主客观两方面的因素来判断。无偿合同欠缺一般有偿合同给付均衡的客观“原因”,作为主观原因的“恩惠意图”在认定上存在明显的不确定性,因此应施加严格的形式要求予以补充^{[4] (P. 98-99)}。

德国学者认为,有偿合同与无偿合同是根据一方是否负有财产上的对待给付义务作出的划分^{[5] (P. 303)}。债务人负有的行为义务不属于对待给付的范围,如在附义务赠与中,受赠人为获得赠与所从事的义务(一般为劳务或某些行为限制)并不被认为是获得赠与的对价。虽然受赠人所负的义务仅影响到赠与瑕疵担保责任范围,即其应在受赠人所负义务的范围内承担与出卖人相同的瑕疵担保责任(《日本民法典》第551条第2款、《德国民法典》第524条、《瑞士债务法》第248条第2款),但这并不改变对赠与合同的单务无偿性质的认定。基于此种标准,双方当事人之间的给付有无对价意义,应主要根据当事人的主观意思加以判断。日本学者亦有采取此项标准者,如我妻荣教授指出,无论价金如何便宜,只要当事人认为其交易属于买卖,其价金就具有对价意义;而赠与中,无论受赠人所负的负担如何沉重,只要当事人认为是赠与,负担就不具有对价的意义^{[6] (P. 44)}。在我国台湾地区,对“无偿”的界定,史尚宽先生也持主观标准,认为“无偿谓不受任何对价。是否为无偿,应主观的决定之。纵令使相对人负担多少之义务,如其负担较其所取得之利益为微小,当事人不以为有对价之意义,仍为赠与。”^{[7] (P. 120)}

无偿合同具有如下特点:第一,无偿合同仅限于民事行为。商法学者认为,“无偿的行为与商法完全绝缘”。虽然商人也通过赠送礼品或者同意给予某种优惠条件,但依照“赠品回报理论”(théorie du contre-don),其期待的是更加牢固地“拴住”顾客^{[8] (P. 49)}。也正因如此,各国法律都对各种优惠销售行为施加严格的规范,如法国1986年12月1日法令对“有奖销售”、“邮购买卖”的规制、1989年9月22日条例规范的“打折销售”等。第二,无偿合同的“无偿”仅限于“不支付金钱价值的对价”。例如,在附义务赠与中,其中的“义务”不构成赠与的对价。当受赠人请求赠与人履行其义务时,赠与人不能以受赠人未履行义务为由进行抗辩,附义务的赠与不影响对赠与行为在民法上“无偿”的定性。只是赠与人向受赠人给付赠与物以后,受赠人不履行所负义务的,赠与人有权请求其履行或者撤销赠与。一般而言,此处的“义务”须为“人的行为”,不得为物之给付。

二、无偿合同的民法学之维: 制度梳理

无偿合同与有偿合同的机理极为不同,其要在民法中安身立命,必然要体现为一系列特殊的制度构造。以下对民法典或合同法中诸具体无偿合同的微观规则进行梳理,以期在宏观上把握无偿合同相对于有偿合同的特殊品性。

(一) 无偿合同一般为要式合同或要物合同

1. 无偿合同的要物性

在无偿合同中,由于作出给付的一方当事人并不能从对方获得对待的财产给付,因此,就存在着优待该给付方以实现双方当事人之间利益平衡的问题。对此,各国(地区)法律大多规定要么其意思表示必须采取特定形式,要么交付标的物才能使合同成立或生效。如合同法第210条规定“自然人之间的借款合同,自贷款人提供借款时生效。”第367条规定“保管合同自保管物交付时成立,但当事人另有约定的除外。”我国台湾地区“民法”第464条规定“称使用借贷者,谓当事人一方以物交付他方,而约定他方于无偿使用后返还其物之契约。”

要物行为在罗马法上是作为契约拘束基础从特定形式到当事人意志演进中的过渡阶段而出现

的^{[9] [P. 84]}。与古代法中的那些要式契约相较,要物契约的当事人即使不履行特定手续,只要交付标的物,债的关系亦属有效。用梅因的话说,要物契约“第一次把道德上的考虑认为‘契约’法中的一个要素”,“在伦理观念上向前迈进了一大步。”^{[10] [P. 187]}现代契约法中契约自由原则的确立,使要物契约在古代法中所负有的将契约效力从程式中解放出来的作用当然不复存在,其在现代合同法中的存在价值就依存于保护无偿合同中的利益出让方。“要物合同之缘起,主要在于避免契约义务之发生,以保护无偿契约当事人中只负担义务的一方。因为在无偿契约,例如使用借贷、无偿消费借贷、无偿寄托契约等,契约成立后的权利义务,片面地有利于契约当事人一方(例如借用人、借贷人、寄托人等),因此有特别规定‘非至完成标的物之交付,契约不成立’之必要,法律凭借要物契约的理论来缓和只负担义务一方的不利益。”^{[11] [P. 50]}

2. 无偿合同的要式性

无偿合同的要式性在赠与合同上体现得最为典型。自罗马法以来的大陆法系民法典几乎都肯定形式对赠与效力发挥的作用。如优士丁尼《法学阶梯》规定:“……当赠与人表示他的意思时,不问是否采取书面方式,赠与即告成立。朕的宪令规定这些赠与应以买卖为范例,转让是必要的;但是即使没有转让行为,转让也有完全的效力,并使赠与人负有转让的义务……朕的宪令提高到五百个索拉杜斯,因此不超过此数的赠与,无须登记,又规定某些赠与,根本不需要登记,其本身完全有效……。”^①根据《法国民法典》第931条、《德国民法典》第518条、《意大利民法典》第782条第1款、第783条第1款的规定,^②赠与人与受赠人达成合意后,要么公证,要么履行,否则赠与合同不发生效力。因此不论在德国法上,还是在意大利法上,赠与合同均为要式合同。当然,该特征并不具有绝对性,公证形式的欠缺,可通过履行来加以弥补,此时赠与合同又具有了实践合同的性质。根据《瑞士债务法》第242条第1项以及第243条第1项之规定,赠与合同必须采用书面形式始发生效力,如果动产赠与未采用书面形式,则赠与人将动产交付给受赠人也可补正赠与合同的效力。此立法例与上述法国、德国、意大利民法之规定并无不同。而对于不动产或不动产权利之赠与,依《瑞士债务法》第243条第2项之规定,经公证方发生法律效力。并且依第242条第2项、第3项之规定,此公证具有严格性与绝对性,如欠缺此方式,即使将不动产或不动产权利登记于土地登记簿,赠与亦不发生效力。

日本民法与我国台湾地区“民法”采取了另一种立法思路,虽未赋予赠与合同以要式性,但要式的赠与相较于不要式的赠与合同亦具有更强的法律效力。根据《日本民法典》第549条,赠与人与受赠人达成合意,赠与合同即发生法律效力。赠与合同显然为诺成合同。并且根据第550条的规定,对书面赠与,赠与人不得撤销;而对非书面赠与,在合同履行前,赠与人得行使任意撤销权撤销赠与。^③日本民法上述规定对我国台湾地区“民法”有重大影响。我国台湾地区“民法”第408条规定,“赠与物之权利未移转前,赠与人得撤销其赠与。其一部已移转者,得就其未移转之部分撤销之。”该条则不再区分动产赠与与不动产赠与,凡赠与合同,不论以动产抑或不动产为标的,均为诺成合同。只是除经公证之赠与或为履行道德义务之赠与外,在赠与物权利移转前,赠与人可撤销赠与。

① [罗马]查士丁尼《法学总论——法学阶梯》,商务印书馆1989年版,第68页。该条中所言“根本不需要登记”是指对于婚前赠与或赠与用于赎回战俘的,虽超过限额,也可免于登记。

② 《法国民法典》第931条规定“一切生前赠与行为应以通常契约的形式,在公证人前作成之,且应在公证人处留存契约的原本,否则赠与契约无效。”《德国民法典》第518条第1款前段规定“为使以赠与的方式约定履行给付的合同有效,约定须经公证人公证。”同条第1款规定“缺少前款规定的方式的,可以通过履行约定的给付加以补救。”《意大利民法典》第782条第1款规定“赠与应当以公证的方式作出。如果赠与的标的是动产,则只有赠与人在公证书中指明该动产的价值,或者在另外一份由赠与人、受赠人和公证人共同签署的文书中指明该动产的价值情况下,赠与才有效。”第783条第1款规定“即使未依公证的方式进行,但只要进行了交付,则价格低廉的动产的赠与有效。”

③ 书面虽非赠与合同之成立要件,即赠与非要式行为,但书面形式采纳与否,对赠与合同有重大影响。即采用书面形式的赠与不得任意撤回,反之则可任意撤回。因此,书面赠与较非书面赠与,其效力更为强大。学者因此称赠与合同为准要式行为。参见[日]四宫和夫《日本民法总论》,唐晖、钱孟珊译,朱柏松校,五南图书出版公司1995年版,第152页。

(二) 无偿合同的拘束力较弱, 债务人一般依法享有履行拒绝权

依照合同拘束力原则, 当事人应当按照约定履行自己的义务, 不得擅自变更或者解除合同, 但在无偿合同中, 普遍存在着允许当事人任意终止合同效力的现象。^① 这一设置使得无偿合同的实质拘束力较有偿合同明显减弱, 具体体现在:

1. 赠与合同中赠与人的任意撤销权

一如上述, 一些国家或地区的民法对赠与合同做出诺成性而非要物性的设计, 但为保护无偿出让利益的赠与人, 特赋予赠与人在作出赠与允诺后的不履行权, 即赠与人享有任意撤销权。如我国合同法第186条规定“赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。”大陆法系如此, 英美法系亦如是。在美国合同法上, 赠与人同样可以撤销其作出的赠与允诺。有学者指出, 法律允许撤销赠与允诺显示了一种让无偿行为的当事人保持其既有状态的政策, “如果不存在交易性质的交换(这种交换通常会提高社会的整体福利), 那么设置相应的法律机制就可能缺乏正当性。”^{[12] (P. 51)}

2. 无偿委托合同中双方当事人的任意解除权

各国民法均赋予无偿委托合同的双方当事人以任意解除权: 大陆法系自罗马法开始, 委托合同即以无偿为原则,^② 随后的《法国民法典》第1986条、《德国民法典》第662条均为如此。《日本民法典》第648第1款规定“受任人除非有特约, 不得对委任人请求报酬。”随后在第651条规定委任双方均享有任意解除权。^③ 对于规定如此宽泛的解除权的原因, 日本学者大村敦志指出, 一是因为委任合同要求双方具有高度的人身信赖关系。一旦这种信赖关系遭到破坏, 当事人当然可以解除合同。此外, 更为重要的原因在于, 其是以委托合同的无偿性为基础的, 而在双方约定为有偿的委任关系中, 这一任意解除权当然应受到限制^{[1] (P. 138-139)}。

虽然有学者认为, 任意解除权与委托双方的信任关系相关, 但纵观各国(地区)立法, 将委托合同规定为无偿合同的立法例, 一般会同时配合规定任意解除权。如《法国民法典》第2003条前段规定“委任人得任意解除其委任”, 第2007条规定“受任人即以其抛弃通知委任人, 而抛弃其委任。但抛弃如对委任人发生不利时, 受任人对委任人应负损害赔偿之责, 但受任人非受显著的损失即不能继续其委任时, 不在此限。”我国台湾地区“民法”第547条规定“报酬纵未约定, 如依习惯或依委任事务之性质, 应给与报酬者, 受任人得请求报酬。”虽然学界对此条的性质认识不一, 但少数观点认为, 依此条委任双方未约定报酬的, 委任原则上为无偿^{[14] (P. 523)}。第549条同样也配合以规定双方的任意解除权。

3. 无偿消费借贷预约中贷与人的任意撤销权

修正前的我国台湾地区“民法”第475条规定, “消费借贷, 因金钱或其他代替物之交付而生效力。”该条明确将物之交付作为消费借贷的生效要件。不过将有偿的消费借贷规定为要物契约是否适当, 在台湾学界一直遭受质疑, 黄茂荣指出, 消费借贷应区别其有偿无偿给予不同对待, 即直接将有偿的消费借贷规定为诺成契约; 而无偿的消费借贷则应回归一般无偿契约的基本立场, 容许债务人任意撤销^{[15] (P. 110)}。对此, 修正后的我国台湾地区“民法”第475-1条规定, “消费借贷之预约, 其约定之消费借贷有利息或其他报酬, 当事人之一方于预约成立后, 成为无支付能力者, 预约贷与人得撤销其预约。”

① 合同中的任意解除权分为两类, 一是一方当事人享有的任意解除权, 包括: (1) 承揽中定作人的任意解除权《合同法》第268条; (2) 旅客运输合同中旅客的任意解除权《合同法》第295条; (3) 旅游合同中旅客的任意解除权(我国台湾地区“民法”); (4) 劳动合同中劳动者的任意解除权《劳动合同法》第37条; (5) 保管合同中寄存人的任意解除权(《合同法》第376条)。二是合同双方都享有任意解除权, 包括: (1) 委托合同中双方的任意解除权《合同法》第410条; (2) 不定期租赁中双方当事人的任意解除权《合同法》第232条)。对于第二类任意解除权的适用, 学界认为应予以限缩解释。如崔建远教授认为, 如果一个合同既包含委托的因素, 又包含其他合同类型的因素而构成无名合同时, 即不得适用《合同法》第410条来解除合同。参见崔建远、龙俊“委托合同的任意解除权及其限制——‘上海盘起诉盘起工业案’判决的评释”, 载《法学研究》2008年第6期。

② 保罗《论告示》第32编“如果不是无偿的, 则不存在委托。因为, 委托契约的缔结是基于帮助他人和友谊。收取报酬不符合委托的本意。”参见[意]桑德罗·斯契巴尼选编《契约之债与准契约之债》, 丁玫译, 中国政法大学出版社1998年版, 第253页。

③ 该条规定“当事人之任何一方, 得随时终止委任契约。当事人之一方, 于不利于他方之时期终止契约者, 应负损害赔偿责任。但因非可归责于该当事人之事由, 致不得不终止契约者, 不在此限。”

消费借贷之预约,其约定之消费借贷为无报偿者,准用第 465 条之一之规定。”即无偿消费借贷预约中贷与人可随时撤销其约定。

4. 使用借贷预约中贷与人的任意撤销权

《德国民法典》第 598 条将使用借贷规定为诺成契约,但解释上仍肯认贷与人交付借用物后享有任意终止权,这实际上即赋予了出借人享有毁约权^{[16] [P. 91]}。我国台湾地区“民法”修订后删除了原第 465 条,增设第 465-1 条规定,“使用借贷预约成立后,预约贷与人得撤销其约定。但预约借用人已请求履行预约而预约贷与人未实时撤销者,不在此限。”事实上也是采纳此种做法。

(三) 无偿合同债务人的义务与责任较有偿合同中债务人的义务与责任为轻

德国学者梅迪库斯指出,基于“利益主义”(Utilitaetsprinzip)的原则,只有因合同而获得利益的人才应负完全的责任,因此,无偿行为的行为人往往是被减轻的,而且其负担的义务往往也比较容易得到解脱^{[16] [P. 5]}。由此看来,契约的有偿无偿其实涉及到法律对当事人的保护,并非无足轻重之事实^{[17] [P. 129]}。具体体现在:

1. 债务人仅例外承担物之瑕疵担保责任

在有偿契约如买卖中,当事人所为之给付系为换取具有对价关系之对待给付,如一方给付不符合对价平衡,即应负瑕疵担保责任(我国台湾地区“民法”第 354 条、合同法第 157 条)。但在赠与、使用借贷、无偿消费借贷等无偿合同中,赠与人或贷与人原则上对标的物不承担瑕疵担保责任,只有在例外的情况下才承担瑕疵担保责任。如根据我国合同法第 191 条的规定,只有对附义务的赠与,赠与人才在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任以及只有赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵,赠与人承担瑕疵担保责任。消费借贷中债务人的瑕疵担保责任也因借贷是否附有利息而有所不同。依《日本民法典》第 590 条的规定,消费借贷只有在有附利息约定时,出借人才承担瑕疵担保责任。无利息的消费借贷中,借用人可以以有瑕疵之物的价额返还。只有在出借人明知借用物有瑕疵而不告知借用人时,才承担瑕疵担保责任。对使用借贷,依我国台湾地区“民法”第 466 条的规定,贷与人故意不告知借用物之瑕疵,致借用人受损害者,负赔偿责任。即除此情形外,出借人不负瑕疵担保责任。

2. 降低债务人所负注意义务的标准

(1) 保管人的注意义务

传统民法区分有偿保管与无偿保管而异保管人的注意义务。无偿保管中,保管人对保管物尽与处理自己事务同一的注意义务即可。但对于有偿保管(如仓储合同),保管人则应尽善良管理人的注意义务(《法国民法典》第 1927 条、《德国民法典》第 690 条、《日本民法典》第 400 条与 659 条、我国台湾地区“民法”第 590 条、《意大利民法典》第 1927 条)。合同法也秉承了此立法精神,只是把保管人的注意义务降到更低的程度。第 374 条规定,“保管期间,因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的,保管人应当承担损害赔偿责任,但保管是无偿的,保管人证明自己没有重大过失的,不承担损害赔偿责任。”基于严格责任的一般归责原则,对此条可作如下理解:第一,对于有偿保管,在保管期间保管物损毁灭失的,保管人即应承担除法定免责事由外的违约责任,无论是否具有过失。第二,对于无偿保管,保管人仅需尽普通人的注意义务,保管人尽一般人所应尽的注意即无重大过失,从而可免责,但举证责任由保管人承担。因此,此处采纳的是过错推定责任。^①

(2) 受托人的注意义务

与其他无偿合同类型不同,委托合同以人身信任关系为基础,因此,无论有偿委托还是无偿委托,受托人均应尽善良管理人的注意义务。对此,《德国民法典》第 161 条、《日本民法典》第 644 条、《瑞士债

^① 基于此,保管人的法定免责事由包括:(1)《合同法》第 117 条规定的“不可抗力”;(2)《合同法》第 394 条规定,因仓储物的性质、包装不符合约定或者超过有效储存期造成仓储物变质、损坏的,保管人不承担损害赔偿责任。根据“举重以明轻”的法解释规则,既然专事仓储业务的仓管人可因这些事由而免责,则有偿保管合同的保管人也应可因这些事由而免责。

务法》第398、328条均订有明文。当然,也有立法基于委托有偿性与无偿性的不同仍然采取了区别对待的做法,如依《法国民法典》第1992条第二项的规定,受托人虽均负过失责任,但无偿的受托人应较受领报酬的受托人为轻。因此,与有偿的委托人相比,立法对无偿的委托人应更为宽容(*moins rigoureuse-ment*)。我国台湾地区“民法”第535条规定,“受任人处理委任事务,应依委任人之指示,并与处理自己事务为同一之注意,其受有报酬者,应以善良管理人之注意为之。”即要求有偿委托人承担善良管理人的注意义务,无偿委托人只需负与处理自己事务同样的注意即可。我国合同法第406条规定,“有偿的委托合同,因受托人的过错给委托人造成损失的,委托人可以要求赔偿损失。无偿的委托合同,因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的,委托人可以要求赔偿损失。”与上述立法相比,该条进一步拉大了无偿受托人与有偿受托人所负注意的标准,即相较于有偿受托人承担善良管理人的抽象过失责任,无偿受托人只承担重大过失责任。

3. 债务人承担较轻的债务不履行责任

基于赠与合同的无偿性,各国(地区)立法往往规定赠与人仅承担较轻的债务不履行责任。如我国台湾地区“民法”第409条规定,“赠与人就前条第二项所定之赠与给付迟延时,受赠人得请求交付赠与物;其因可归责于自己之事由致给付不能时,受赠人得请求赔偿赠与物之价额。前项情形,受赠人不得请求迟延利息或其他不履行之损害赔偿”。第410条规定,“赠与人仅就其故意或重大过失,对于受赠人负给付不能之责任”。第411条规定,“赠与之物或权利如有瑕疵,赠与人不承担担保责任。但赠与人故意不告知其瑕疵或保证无瑕疵者,对于受赠人因瑕疵所生之损害,负赔偿之义务”。这些规定从三个方面减轻了赠与人的债务不履行责任:首先,降低赠与人的责任标准。如第410条规定仅就故意或重大过失负责。其次,免除赠与人的责任。如赠与人给付瑕疵给付迟延,无论其为故意重大过失抑或轻过失,均不承担债务不履行责任。非故意不告知瑕疵以及未保证无瑕疵,也不承担加害给付责任。再次,缩减赠与人的责任范围。如赠与人履行迟延时,受赠人不得请求迟延利息或其他不履行之损害赔偿。我国合同法于第189条规定,赠与人就其故意或重大过失承担损害赔偿责任。

(四) 法律对某些无偿合同存续期限保护的程​​度低于有偿合同

1. 定期赠与

定期赠与是指赠与人在一定期间内继续向受赠人为赠与的赠与,其在性质上不仅为无偿合同,而且属于继续性合同,具有人格信赖关系,因此当赠与人死亡或受赠人死亡时,除赠与人有反对的意思表示外,定期赠与消灭。如《日本民法典》第552条规定,“以定期给付为标的赠与,因赠与人或受赠人死亡而丧失其效力。”

2. 委托合同

《法国民法典》第2003条规定,委托可因委任人及受任人的自然死亡(或民事死亡)、禁治产或非商人的破产而终止。《德国民法典》第673条也规定,委托关系因受托人死亡而消灭。合同法第411条也规定,“委托人或者受托人死亡、丧失民事行为能力或者破产的,委托合同终止,但当事人另有约定或者根据委托事务的性质不宜终止的除外。”委托特别是无偿委托建基于当事人之间的信赖,无论一方当事人还是双方当事人同时死亡,因此种信赖关系不复存在,委托合同皆随之消灭。

3. 使用借贷

借用人死亡,借用合同当然终止^{[1][P.164-165];[13][P.25]}。如《日本民法典》第599条规定,“使用借贷因借用人死亡而丧失其效力。”我国台湾地区“民法”第472条第4款规定,“有左列各款情形之一者,贷与人得终止契约:……四、借用人死亡者。”而在作为有偿合同的租赁合同中,承租人死亡的,合同并不当然终止,而是由其同居人取得承租人地位,如合同法第234条规定,“承租人在房屋租赁期间死亡的,与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋。”依照我国台湾地区学说及实务上见解,房屋租赁未以书面形式订立的,除有“土地法”第100条所规定之事由的,出租人并不能收回房屋^{[18][P.259]}。究

其区别对待之缘由,是因为“无偿之债的当事人间有高度之属人的恩给考虑,因此,借用人死亡时,应让贷与人有重新考虑的机会。”^{[15] (P. 97)}

(五) 无偿合同相较于有偿合同的其他明显差异

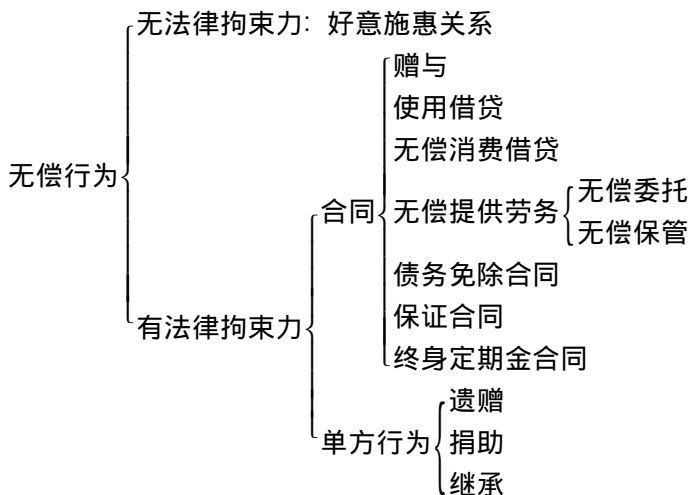
1. 有偿合同的规定不能类推适用于无偿合同

例如,各国(地区)法律均在租赁合同中规定了“买卖不破租赁”以特殊保护不动产特别是房屋承租人,但此项制度并不适用于房屋借用合同。我国台湾地区“最高法院”1970 年台上字第 2490 号判例中曾明确指出,“使用借贷,非如无偿的租赁之有‘民法’第 425 条之规定。”不能类推适用的原因在于:第一,承租人使用的物来自于对价的给付,而借用人则无偿使用出借人提供的标的物,二者地位不具有类似性,对承租人予以特殊保护的政策并不能直接推及于借用人。第二,与无偿行为相比,法律一贯对有偿行为的受益人给与较高程度的保护,法律对有偿的租赁合同中承租人的保护也并不能当然扩及于无偿的借用合同中的借用人。第三,如果赋予借用人的债权以对抗力,将会对出借人的处分权构成过分限制,从而妨害物的使用效率的发挥,不符合经济原则。

2. 作为有偿合同典范的买卖的规定可准用于其他有偿合同,但作为无偿合同典范的赠与的规定不能当然准用于其他无偿合同

买卖合同在有偿合同中居于“总则”地位,各国法一般设有对其他有偿合同的准用条款(如《日本民法典》第 559 条、合同法第 174 条等)。由于各种无偿合同各自有不同的配置,其独立性较为明显,法典中并不存在所谓关于无偿合同的一般性规定,前述分析也只是为了精确地理解各个无偿行为中配置的特别制度,并不是对无偿合同一般规定的抽象化。可以说,有偿合同具有共性,而无偿合同则各不相同。赠与是无偿、单务合同的典型代表,并非无偿合同的一般规则,关于赠与的规定不能准用于其他无偿合同。一如德国学者梅迪库斯所言,“并非对任何提供某种无偿给付的人,都可以减轻其责任。”^{[19] (P. 151)}如在客运合同中,合同法第 303 条第一款关于乘客自带行李的毁损灭失的过错责任不适用于无偿客运合同,而第 302 条关于旅客人身伤害赔偿的严格责任归责原则就不论客运合同是否有偿而一体适用。这一区别对待的基础在于规范背后隐藏的债务人义务的不同,而非合同是否为有偿。^{[20] (P. 113)}

民法中无偿行为的图谱



三、无偿合同的社会学之维: 主要以赠与为例

上述论说只是从民法学视角揭示了有偿与无偿合同之间的制度差异,但这尚不能对无偿行为的设定及存在原因给出更为深刻的解释。无偿行为在表面上与理论上关于交易本质和人性标准的“利己”原则这一基本预设并不相符,不过,它不但未因为与商业社会的“主流价值观”不符而式微,相反却历久而弥新,有

时还以更加宏大的叙事出现在现代生活中,如企业社会责任、慈善等都是在赠与、捐助等无偿行为的基础上才得以可能。这些都意味着无偿合同在市民社会中具有促进交易之外的其他社会功能。

古典合同法理论从人类的社会行为中抽象出各个典型的交易关系并加以标准化,同时进行细密的法律规制,从而建构了典型合同体系。但在社会学的视野中,交换不限于“片断式”的个体行为,也不限于确定的可折算成金钱的交换。契约不仅包括经济上的交换,还包括其他的互动行为。各个具体的法律上的缔约行为都只是广义社会交换链条中的一个片断而已。那些在民法中的被定性为“无偿”的行为,也并非真的无“偿”,无偿行为中给予财产或价值的一方,同样可能怀有某种互惠的动机和需求。只不过这些需求被“不用支付对价或报酬”的表面现象掩藏起来,行为人真正追求的东西其实在合同之外。各国民法中普遍允许赠与人撤销对“忘恩负义”受赠人已做出的赠与行为,甚至不顾该赠与已履行公证、书面等形式的事实。^①如果把视野放宽,就会发现赠与与人同样存有希望得到某种回报的期待。对此,大村敦志指出,赠与行为盛行于日本人的日常生活之中,但其目的并不相同:那些在各种节日进行各种社交性赠与是互惠的,在社会学上具有“对待给付”的性质;在此情形中,赠与的“目的”不达即意味着合同的基础丧失,赠与人当然可以撤销其赠与表示。只有那些向公益团体的捐赠,才属于真正无对待给付的赠与。^②徐国栋教授的评价则更为直接,“就赠与合同而言,多数人通过把它界定为一种无对价的合同隐晦地归入利他合同,但另一些学者认为,从长期来看,受赠人必定要对赠与人提供的恩惠作出回报,从而否定赠与合同的利他性。”^③正因如此,美国学者 Jane B. Baron 将赠与称为“赠与型交易”(gift-change)。不过,他也承认其与一般的商业交易行为存有一些差异,如赠与人不追求给付与获取之间的准确均衡;由于赠与的目的一般在于建立人际关系和情感纽带,因此,成本——收益理论不适用于赠与所依存的情感与道德世界等。^④Melvin Aron Eisenberg 则进一步指出,即使赠与涉及交易与互惠性,但它也与普通的市场交易存在根本的不同,这是因为,首先,赠与行为并不明确建立于交易之上,因此,即使它关涉互惠性,但也并非以此为条件;更重要的是,赠与所涉及的交易一般都建立于爱或道德的动机之上,即赠与必须体现情感关系或道德义务。如果说在普通交易中,物品是人们追求的目的,而赠与中,物品只是人们达到最终目的的手段而已。^⑤

(一) 赠与的社会功能

在现代生活中,赠与首先是人们社会交往的重要手段,一般人都喜欢通过互赠礼物来建立和培养良好的社会关系,赠与也是家庭成员之间表达亲情和财产流转的主要手段。赠与行为以及作为赠与行为后果的礼物的流动也一直是人类学家关注的对象。在他们看来,馈赠是一种具有二元性和通融性的行为和制度,其理想的实践和发展条件存在于那些人与人之间的社会基本关系是生产和再生产,人既是个体又是自身所属群体代表的社会中。……这一行为几乎见于所有的人类社会,从完全市场化的社会到与之相反的中央集权制社会中的某些行业或领域。简而言之,只要是以人际关系解决事情的场合,便有馈赠^{[21][P.6]}。法国社会学家莫斯曾开创性地提出,赠与与回礼之间的时间间隔正是商业借贷的原型。此外,通常情况下,回礼的价值必须高于所受赠品,而回礼中超过赠品的这部分价值就是利润的起源。再者,接受赠与而让回礼延后,懂礼节的人这时应该将某些替代品暂存到对方那里以示谢意,由此很容

① 《法国民法典》第955条规定“生前赠与,有下列情形之一时,始得以有负义行为为理由而予以取消:一、如受赠人谋害赠与人的生命时;二、如受赠人对赠与人成立虐待罪、轻罪或侮辱罪时;三、如受赠人拒绝抚养赠与人时。”《德国民法典》第519-532条、《瑞士债务法》第249-250条都有类似规定。我国合同法第192条规定“受赠人有下列情形之一的,赠与人可以撤销赠与:(一)严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属;(二)对赠与人有扶养义务而不履行;(三)不履行赠与合同约定的义务。”

② [日]大村敦志《債權各論》,有斐閣2003年版,第166页。我妻荣教授也认为,“人无偿给予财产,不一定仅限于利他的动机,也有可能是出于回报以前接受的利益,为了期望对方将来作出贡献,为了获得名誉,其他各种有对价的或利己的动机。”参见[日]我妻荣《債權各論》(中卷一),徐进、李双译,中国法制出版社2008年版,第3页。

③ Peter M. Blau, *Exchange and Power in Social Life*, John Wiley & Sons Inc. New York, US, 1964, pp. 93ss. 转引自徐国栋《人性论与民法》,法律出版社2006年版,第175页。

④ Jane B. Baron, *Gifts, Bargains and Form*, Indiana Law Journal, Spring p. 196(1988/1989).

⑤ Melvin Aron Eisenberg, *The World of Contract and The World of Gift*, California Law Review July, p. 844(1997).

易联想到这就是担保的起源。总而言之,礼节性的赠与与回礼中包含着严格的义务与名誉感,从而形成了“信用”观念,并为此后商业交易的公正性奠定了基础^{[22] [P. 138]}。这些研究表明,赠与与交换可能是同源的,并且同时发生。据此推测,人类在起始阶段就有着进行物品互酬的欲望。我们只能这样推定,最初存在的既不是进行赠与的名誉欲望,也不是希望进行交换的物质欲望,而是赠与和交换未被分离前的无偿的互酬情感^{[22] [P. 140]}。莫利斯·戈德列认为,一个社会的再生产需要三项原则和三个基础的组合方可实现。那就是必须馈赠一些东西,出售或交换一些,再就是总是保留一些。在我们生活的社会里,买卖交易成了占主要地位的社会活动。卖意味着将东西与人彻底脱离;馈赠总是使赠出的东西保留着原主人的某种特性;而保留则是不让有些东西与人分离,因为这些东西与人之间的联系代表着人的历史和认同,是应当传承下去的,至少应传承直至这一认同感不再产生之时^{[21] [P. 22]}。馈赠的这一特性在现代有关馈赠的法律规定中仍有鲜明体现:

第一,目的性赠与。目的性赠与,是指自然人或法人接受一定财产,这些财产是作为与接受人的其他财产在经济上相分离的特别财产而被管理,且为一定的目的而使用。如大学以法人的名义接受捐款,且款项只能用于安排奖学金或其他类似目的。这些财产就成为“管理这些财产且按照既定的目的使用其权益的受托人的财产”,拉伦茨称之为“非独立财团”,适用德国民法典第 525 条以下关于“附负担赠与”的规定^{[23] [P. 249]}。

第二,财团法人。有学者指出,大陆法系的社团法人和财团法人的区分,最终集中于是否承认社员可以改变公司的权利能力这一点上。社团法人(如公司)自然可以改变自己的经营范围,但财团法人(如寺院、学校、医院、基金会)则不能轻易改变章程和经营范围^[24]。财团法人制度的“主要目的就是使得人民可以超越个人的生存界限,以组织体的形式来完成一些长期或者永续存在、有意义的社会目的,促进公益事业,带动社会发展,而不必因为捐助人的死亡或者捐助人财产的增减而受影响。”^{[25] [P. 1-2 219]}“财团法人是财团设立者的契约延伸,这种契约不能被社员所改变。”^{[26] [P. 97-98]}

对于这些做法,也许莫利斯·戈德列的说法颇有启发意义,“我们今日的道德原则以及生活的很大一部分行为都与馈赠、义务以及自由有关。所幸的是并非所有的人际关系都只限于买卖关系,凡物除去市价之外还有感情上的价值,而这还不是物的所有价值。我们还不至于完全落入商业道德的羁绊,今日社会中还有那么一些人,那么一些阶层,他们还保留着过去的某些传统,而我们自己,至少在某些场合,某些时候还在遵循这些传统”^{[21] [P. 131]}。“任何社会及其分支群体和个体的进步在于懂得稳定社会关系靠馈赠给予、接受和回赠之道”^{[21] [P. 153]}。莫斯研究了原始社会的馈赠习俗之后得出结论说,是西方社会在最近时期把人变成“经济动物”的,所幸我们还未完全如此行事。无论精英或平民,非理性的纯粹消费行为俯首皆是,这些习惯甚至见于贵族阶层,就像有道德、责任、科学性和理性的人一样。人在很长一段时间里并不像现在这样,人变成机器,变成复杂而又斤斤计较算计的机器是近代的事^{[21] [P. 145]}。日本社会学家山崎正和曾不无嘲讽地指出,“20 世纪的人虽然试图证明比过去任何时候的人都更真正诚实,但揭开表面就发现其中空空如也。”^{[22] [P. 257]}

(二) 其他无偿合同的社会功能

罗马法学家保罗《论告示》中就曾指出,“使用借贷更多的是出于自愿和方便他人,而不是出于对金钱的需要。”^{[27] [P. 95]}这类合同在家庭和熟人社会中适用得较为广泛。自然人间的借款合同多以无偿、互助为其特征,立法者正是以此为出发点,才键入了要物性要件,使得当事人可以多加斟酌,在交付之前可取消意思表示。^①

^① 张谷“借款合同:诺成契约还是要物契约?——以合同法第 210 条为中心”,<http://www.civillaw.com.cn/qqf/weizhang.asp?id=24212>,最后访问日期:2011-02-29。

结 语

明确民法中有偿行为与无偿行为的界限,其意义不只是更加鲜明满足商事生活的需求,同时也应当全面凸现市民社会的多元本质。现代商业社会中,“工业化就是竭尽全力地置换人们的行为模式”,“让人们变得无名无姓”^{[22] (P. 275)}。有偿契约发挥着财产流转增值的重要作用,契约基础理论以“买卖”为范本加以创设,民法的商法趋势等,提供了人成为“经济人”所需的技术手段,使得现代私法视野中,主体“人像”已走上普遍商化的不归路。同时,这也给以“个人主义”为标签的现代性肇致了深刻的危机,人类学家所描述的那种田园牧歌式的社会团结与协作图景已为个体的、冷冰冰的经济人图像所取代。在此背景下,有的民法学者甚至称无偿合同既不符合“公平”,也不符合“人性”。^①但是,到底哪些人性才最接近真实的人性?在众多关于人性的争论中,哪种人性标准最具可信性?对此,莫斯的回答是:人们应当重新回到法律的坚实基础,回到正常的社会生活的原则上来。既不能以为公民太善良、太主观,也不能把他们想得太冷酷、太实际。人们对他们自己、对别人、对社会现实都会有一种敏锐的感觉。他们的行为举止既会考虑到自己,也会考虑到社会及其亚群体。这种道德是永恒不变的;无论是最进化的社会、近期的未来社会,还是我们所能想象的最落后的社会,都概莫能外^{[28] (P. 233)}。

从法社会学家的角度,个人实际上从来就不是一个“孤立的个人”,“他登记、加入、融入和受制于一系列群体,因此,对他而言,脱离这些团体生存是难以接受的”,这是“人类情绪和情感生活的基本事实”^{[29] (P. 64-65)}。如果说以商事行为为代表的有偿合同是为专门以独立的追求利益最大化的个人(商人)设计出的行为规则,那么将赠与等无偿行为看作是为人们欲实现合作和关怀的那些人性而设计出的规则并无不当。鉴于法律行为“动机无涉”的特点,我们在目前的合同法体系所提供的这种“片断”式架构中无法找到无偿给予方所获得的对待给付。无偿行为或许能使人们在追求利益的同时也维系了团结合作的观念,培养人们维持共同生活所必须具有的互助品格。即使是借助商业化的形式,无偿行为也能在商业社会中创设出某种利他的、相对稳定的社会关系。^②正因无偿契约的存在,使得本具工具理性的合同法,也能同时实现促进财产交易和提升社会团结的多元价值。

参考文献:

- [1] [日]大村敦志《债权各论》,有斐阁 2003 年版。
- [2] [美]詹姆斯·戈德雷《现代合同理论的哲学起源》,张家勇译,法律出版社 2006 年版。
- [3] 李中原《欧陆民法传统的历史解读——以罗马法与自然法的演进为主线》,法律出版社 2009 年版。
- [4] [日]大村敦志《典型契约之性质决定》,有斐阁 1997 年版。
- [5] [德]迪特尔·施瓦布《民法导论》,郑冲译,法律出版社 2006 年版。
- [6] [日]我妻荣《债法各论》(上卷),徐慧译,中国法制出版社 2008 年版。
- [7] 史尚宽《债法各论》,中国政法大学出版社 2000 年版。
- [8] [法]伊夫·居荣《法国商法》(第 1 卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社 2008 年版。
- [9] 朱庆育《意思表示解释理论——精神科学视域中私法推理理论》,中国政法大学出版社 2004 年版。
- [10] [英]梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆 1984 年版。
- [11] 刘宗荣《新保险法——保险契约法的理论与实务》,台湾三民书局 2007 年版。
- [12] [美]E·艾伦·范斯沃斯《美国合同法》(第 3 版),葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社 2004 年版。

① 如我国台湾地区学者谢哲胜教授认为,在有偿合同中,各主体地位具有互换性且主体间相互支付对价,法律只需赋予各个主体基于其自由意思形成的合意以拘束力即可实现主体的利益平衡。而在无偿合同中,仅一方当事人即利益出让方负给付义务,不符合交易公平,不符合正义,亦不符合人性。参见谢哲胜“赠与的生效要件”,载《台湾法研究参考资料》1998 年第 8 期。

② 如法国最高法院认为,公司向顾客分发礼品这样的无偿行为,虽然表面上与商法相对立,但实际上仍是一种“从属的商事行为”。因为任何一家公司都不是受“赠与意图”所推动,而是受发展商务的愿望所驱动。公司通过赠送礼品,创造出一种有利的气氛,所以这并不属于民法上的赠与。参见[法]伊夫·居荣《法国商法》(第 1 卷),罗结珍、赵海峰译,法律出版社 2008 年版,第 83 页。

- [13] [日]加藤雅信《契约法》,有斐阁 2007 年版。
- [14] 黄立 主编《民法债编各论》(下),中国政法大学出版社 2003 年版。
- [15] 黄茂荣《债法各论》(第 1 册),中国政法大学 2004 年版。
- [16] [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 2007 年版。
- [17] 林诚二“买卖不破租赁规定之目的性限缩与类推适用”,载《中国法律评论》(第 1 卷),法律出版社 2007 年版。
- [18] 姜炳俊“未订书面之不动产租赁无期限限制”,载黄茂荣 主编《民法裁判百选》,中国政法大学出版社 2002 年版。
- [19] [德]迪特尔·梅迪库斯《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版。
- [20] 王雷“客运合同中乘客人身损害赔偿请求权研究”,载梁慧星 主编《民商法论丛》第 44 卷,法律出版社 2009 年版。
- [21] [法]马赛尔·莫斯《论馈赠——传统社会的交换形式及其功能》,卢汇译,中央民族大学出版社 2002 年版。
- [22] [日]山崎正和《社交的人》,周保雄译,上海译文出版社 2008 年版。
- [23] [德]卡尔·拉伦茨《德国民法通论》(上),王晓晔等译,法律出版社 2003 年版。
- [24] 邓峰《作为社团的法人:重构公司理论的一个框架》,载《中外法学》2004 年第 6 期。
- [25] 陈惠馨等《财团法人监督问题之探讨》,我国台湾地区“行政院”研究发展考核委员会 1995 年印。
- [26] 张维迎《产权·激励与公司治理》,经济科学出版社 2005 年版。
- [27] [意]桑德罗·斯契巴尼 选编《契约之债与准契约之债》,丁玫译,中国政法大学出版社 1998 年版。
- [28] 荀丽丽“‘礼物’作为总体性社会事实——读马赛尔·莫斯的《礼物》”,载《社会学研究》2005 年第 6 期。
- [29] [奥]欧根·埃利希《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社 2009 年版。

(责任编辑 寇 丽)