

【家事法】

论婚约及其解除之损害赔偿

李姗萍

【摘要】《民法典》对婚约未作任何规定,但司法实践中有大量的婚约财产纠纷,除彩礼返还争议外,其他争议如信赖将缔结婚姻而支出的费用应如何分摊,事实上无法可依。审判实务中,法官往往诉诸公平原则、公平责任等法律技术,但这些路径并不恰当。从解决现实纠纷、延续立法传统、顺应社会婚俗、借鉴比较法经验等方面考虑,应将婚约纳入民法调整范围。婚约的应然性质为准身份契约,婚约所涉义务不可诉请强制履行或请求替代履行之损害赔偿。在解释论上,解除婚约之损害赔偿只能诉诸公平责任、过错侵权责任或缔约过失责任;在立法论上,违反婚约应承担违约责任。在一方无理由解除婚约或因过错导致他方解除婚约时,该方应承担信赖利益的损害赔偿;赔偿范围为他方因信赖婚姻会缔结而支出的合理费用与负担的债务以及作财产或职业上处置而遭受的损失,原则上不包括精神损害。

【关键词】婚约;准身份契约;婚约解除;违约责任;损害赔偿

【作者简介】李姗萍,上海财经大学法学院博士研究生(上海 200433)。

【原文出处】《法律科学》(西北政法大学学报)(西安),2021.5.171~189

【基金项目】国家社科基金项目(19BFX155)“民法典视野下的夫妻债务法研究”。

一、现行法对婚约的无视及其引发的问题

(一)现行法对婚约及其解除时的损害赔偿未作规定

无论是《婚姻法》,还是《民法典》,对婚约均无任何规定。虽然《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》(以下简称《民法典婚姻家庭编解释(一)》)第5条(原《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(二)》,以下简称《婚姻法解释二》第10条)就“彩礼返还”进行了规定,但婚约解除所生之纠纷,不仅体现为彩礼返还纠纷,还包括其他财物返还纠纷以及因婚约解除所衍生出来的损害赔偿等纠纷。例如,甲、乙订婚后,乙在“携程网”预订马尔代夫蜜月旅行,支付2.8万元,后双方解除婚

约,对于该笔费用如何承担产生了争议。^①对此,现行法缺乏规定。

现行法对婚约无规定可能意味着存在立法漏洞,也可能因为立法者视婚约为法外空间,区别在于,立法者是否设想到相关情形。因“法外空间”并非指“法律没有规定”,而是指“法律没有评价”。^②对于法律未予规定的事项,尚有可能构成“法律漏洞”。^③然而,婚约在我国有着悠久的历史,至今仍在人们的社会生活中扮演极其重要的角色,因此立法者不可能对婚约未予预见。另外,婚约规范在现行法中一直缺失,显然也不属于因情况变更而导致无法适应原有规范的情形。因此,我国婚约立法的缺失不构成“法律漏洞”。

婚约规范的缺失恰恰为“立法者有意义的沉

默”。早在20世纪50年代初期,时任中央人民政府司法部部长史良在回答“新中国妇女社”记者有关订婚与婚约的提问时回答道:“在封建社会和资本主义社会里,订婚是用来约束男女双方的一种契约行为。这种行为本质上具有商品买卖的倾向。新民主主义的婚姻制度是以摆脱金钱物质的顾虑而自由恋爱的,因此男女双方的爱情不是以订婚的手续来维系的。”^④可见,在新中国成立初期,婚约被看作是一种封建残余的陋习,特地从婚姻立法中被剔除。

在理论界,不乏婚约属于“法外空间”的观点:婚约只是无配偶的男女之间达成的具有道德约束力的协议;^⑤这种纯粹的生活事实,属于身份情谊行为,处于民法调整范围之外。^⑥虽表述不同,但仍可以看出这些观点所描述的仅仅是订立婚约的行为,即婚约行为本身,且所指向的行为义务也仅为婚约当事人所负有的彼此缔结婚姻关系的义务。诚然,出于保障婚姻自由的考量,即使婚约当事人因订立婚约而负有将来缔结婚姻的义务,此种义务在当事人之间也不具有法律上的拘束力。现行法认为婚约是情谊行为,是法外空间,但情谊行为和法外空间也会引发纠纷。例如,好意搭乘场合下发生交通事故致害,也存在损害承担问题。^⑦法律不仅对婚约未作规定,而且对因婚约而产生的财产纠纷也未提供裁判规则。

(二)婚约立法的缺失引发诸多问题

首先,司法实践中出现大量的婚约财产纠纷无法可依。通过在“无讼案例”网进行案例检索,笔者发现,截至2020年11月1日,在民事案由“婚约财产纠纷”下,共有民事判决书54792份。自2013年起,婚约财产纠纷的案件数量更是急剧增加。此外,近年来婚约财产纠纷案件数量不仅居高不下,而且在涉婚姻家庭纠纷(不包含继承纠纷)中所占的比例逐年上升。

面对大量的婚约财产纠纷,法官往往陷入没有明确法律规范据以裁判的窘境。如前所述,《民

法典婚姻家庭编解释(一)》第5条仅确立了彩礼的返还规则,无法涵盖因婚约而发生的其他财物返还、财产损失及精神损害的情形。在当事人主张因缔结婚约而发生的除彩礼外的财产损失时,法官往往会采取以下几种做法:1.认为当事人的诉讼请求不符合婚约财产纠纷的受案范围,予以驳回。如有法院认为,“本案为婚约财产纠纷,指在缔结婚姻过程中,男女双方为达到结婚的目的,因经济往来产生的纠纷。马某婚前依据风俗置办喜宴所需花费,并非丁某、马某之间以结婚为目的的经济往来费用,不属于本案处理的范围,本院不予支持”。^⑧2.以《婚姻法解释(二)》第10条为裁判依据,认为当事人所主张的费用不属于彩礼的范畴,不予支持。如有法院认为,“举行婚礼的各项开支80000.00元,属于举行婚礼的必要支出,不应在彩礼的范围之内,该部分费用不予支持”。^⑨3.认为该费用属于缔结婚约的必要支出或共同消费,不得主张返还或赔偿。如有法院认为,“被告姜某主张双方拍摄婚纱照的支出,该项支出系双方恋爱期间的共同消费,故对被告姜某的该项主张,不予支持”。^⑩4.判令当事人共同分担损失。如有法院认为,“双方为筹备婚庆支出的费用,因均已消费,系双方损失,应由双方分担”。^⑪

上述处理模式中,“驳回起诉说”显然不妥。即使是情谊行为也可能产生需法律介入的纠纷,如前述好意搭乘致害事件。即使认定婚约本身是情谊行为,也不能认定因婚约产生的财产给付都是情谊行为。“非彩礼故不支持救济说”同样有误。一方面,因婚约产生的财产给付分为男女双方内部之间的和向第三人支付的情形,举行婚礼开支原本就是后者,当然不属于彩礼;另一方面,男女双方内部之间的财产给付范围很广,彩礼只是其中一种类型。因此,不能仅因为相关财产给付不属于彩礼就不支持损失分摊,否则,其结果跟驳回起诉说相同,遭受损失者将得不到救济。“必要支出或共同消费说”对损失性质界定无误,但认

为不应分摊则有欠公允。“共同分摊说”在结果上可资赞同,但因现行法无规定,裁判缺乏法律依据。总之,对于因婚约而引发的财产损害纠纷,不仅很多案件根本没有说理,没有援引任何法条,而且同案不同判的现象十分突出,既不利于形塑社会秩序,同时又有损法律权威。

其次,婚约立法缺失导致法律脱离现实生活。在当事人订立婚约后,双方的身份从恋人转变为未婚夫妻,虽然该身份本身在法律上并无意义,但社会习俗通常认可双方为准配偶关系,从而形成“法律关系与礼俗文化习惯之落差”。^⑩倘若现行法无视婚约在我国悠久的立法传统以及事实上仍充满生命力的现状,则必然落入一种“法规范断裂,但法秩序延续”的尴尬局面。^⑪由此,当事人缺乏行为指引也是必然结果。“现行婚姻法对婚约不作规定,就使得人们无法判断在这个问题上的是非曲直,难免会出现一些与婚姻法基本原则相违背的现象,如婚约实践中出现的过早订婚,为未成年子女订婚,借婚约索要聘金聘礼等。”^⑫另外还应看到,较之陌生人之间,未婚夫妻间的信赖程度更高,法律不能无视这种差异。

二、婚约应纳入民法调整范围

(一)现行法回避婚约立法的原因并不成立

现行法对婚约未作规定,除前述提及的出于摒弃旧俗的目的,还有如下原因:首先,政治革命废除旧法的需要。^⑬《中华民国民法典》亲属编中有关于婚约的规定,但所谓“国民党六法全书”于1949年2月被废除,婚约制度也随之因“破旧立新”而被废除。其次,效仿苏联立法模式的结果。^⑭俄罗斯历史上一直有婚约制度,但“十月革命”后,1918年颁行的《俄罗斯联邦婚姻家庭和监护法典》正式取消了婚约制度。这种做法在新中国成立初期制订婚姻法时被效仿。再次,出于保障婚姻自由的目的。婚约涉及当事人的婚姻自由,婚姻自由作为一项重要的基本人权,应当交由当事人自由选择。“男女双方在恋爱过程中感情可

能发生变化,应允许当事人有选择配偶的自由。不赋予婚约以法律拘束力,有利于当事人自主地处理自己的婚姻大事,也有助于防止和减少婚姻纠纷的产生。”^⑮最后,婚约属于私人之间的情感或道德领域,法律不宜进行干预。^⑯

上述原因皆不成立。其一,从比较法上看,“苏联不规定婚约”的做法是少数派,并不具有代表性。其二,婚姻家庭立法应重视本国传统。萨维尼曾富有洞见地指出:“法律首先是民族特性、民族精神决定的。”^⑰立法时首先应考虑本国的民族文化及习惯。婚姻家庭领域强烈的伦理性、鲜明的地域性和世代延续的习俗性,必然要求在该领域进行法律移植或法律继受时更应该格外谨慎。其三,婚约法制化未必会妨害婚姻自由。很多国家(例如德国)均将婚约法制化,但并不表明这些国家不倡导婚姻自由,二者并无必然关系。其四,婚约固然涉及情感领域,但并非意味着只要属情感领域,便为法律调整的禁区。结婚、离婚等事项亦涉及情感领域,但依然受法律调整。更重要的是,在出现一些涉及人身或财产的重大纠纷时,法律的适度介入是必要且有益的。“法律不调整感情本身,但可以调整感情表达行为,可以规范行为的法律后果;而且这种调整有利于保障权益、预防和解决纠纷。”^⑱

(二)民法应当对婚约予以规制

民法应对婚约及其财产纠纷予以规制。首先,婚约必然伴随财产给付。婚约本身虽然只是双方对于将来缔结身份关系所作的约定,是一种(准)身份性的法律行为。但婚约必然伴随财产给付(双方之间的给付以及向第三人支付),必然在当事人之间产生财产关系。虽普遍认为婚约属于诺成行为,仅当事人双方具有将来缔结婚姻的合意即可。^⑲但是,此种合意往往会通过一定的形式为外界所知悉,如彩礼的给付与收受、举行订婚宴,或以将来缔结婚姻为目的进行财产移转等。一方面,不应否认家庭领域中的财产约定,“只要涉及

财产利益,在家庭、友情和社交领域也同样可能出现构成法律行为的约定”;^②另一方面,基于身份关系的约定不应先验地被置于法外空间,“在婚姻法领域,与财产关系相联系的人伦因素应上升为法律规范”。^③

此外,婚约本身与因婚约发生的财物往来及费用支出应作为一个整体来看待,因两者往往无法分开,且无分开的必要。一方面,在发生纠纷时,婚约所涉及的财产利益才是当事人争议的焦点。婚姻自由理念早已在人们心中根深蒂固,即使订立婚约后一方反悔,另一方一般也不会诉至法院要求继续履行,而是主张财物返还及解除婚约的损害赔偿。另一方面,“信赖利益的存在与否是区分情谊行为与法律行为的重要因素”。^④婚约的订立,会在当事人之间产生高度的信赖。基于这种信赖,当事人会对自己的财产权利甚至是人格利益(典型者为性权利)进行处分。当事人基于婚约意思所为的事实上的同居,或以婚姻为前提的财产的移转,这些事实状态的存在正是产生损害赔偿请求权的原因。^⑤若将婚约与相关财产给付割裂,就无从解释信赖从何而来,无法提供信赖值得保护的正当性理由。为了保护此种信赖,应该肯定婚约当事人之间的关系已经并非单纯的情谊行为,而是落入了法律应予调整的民事法律行为领域。我国有学者认为,“婚约确属当事人之间缔结婚姻的意思表示一致,但其并不属于法律行为,仅为纯粹的情谊行为,对之并不能强制执行,当其与给付结婚聘金的行为相结合时,婚约就成为给付聘金行为的条件,共同组成附条件的赠与”。^⑥这种观点虽然从解释论角度认为婚约是情谊行为,但同样认识到婚约与聘金的不可分割的紧密关系,^⑦并强调应赋予婚约以法律意义。

其次,司法实践处理婚约纠纷要求对婚约进行立法。立法者虽出于种种考虑未对婚约进行立法规定,但现实生活中因婚约的解除而引发的各类纠纷却层出不穷。倘若当事人主张非彩礼的其

他财物返还,或是主张解除婚约之损害赔偿,则法官在裁判时只能诉诸模糊的民法原理、民法基本原则甚至是内心朴素的法感情,无法援引明确的法律规则。若承认婚约是一种合同,那么在婚约解除时,相关赠礼自然可依据法定清算说或不当得利说予以返还(原有的给付依据丧失),一方为筹备婚礼而支付的费用自然可以依据合同解除时法定清算说进行责任分配;若认为婚约只是情谊行为,那么,在婚约解除时,无论是不当得利还是法定清算规则都无法适用。在这样的背景下,即使最后判决结果大体公正,但未援引具体法律规则的判决显然缺乏说服力。对婚约财产关系的规制,必然要求将婚约纳入法律调整。为改变同案不同判的司法乱象,提升司法的可预期性,亟须完善婚约立法,为司法审判提供裁判指引。

再次,延续立法传统的需要。对婚约的规制,自古有之。在周朝时期,倘若未经“六礼”(即纳采、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎)之程序而结婚,则不被世俗所承认,亦不被礼制所保护。正所谓“六礼备,谓之聘;六礼不备,谓之奔”。“随着后来习惯法向成文法的发展以及法律儒家化所导致的礼法融合,原来关于婚约的礼仪规则开始不断向成文法律领域渗透,有关婚约的成文立法也相应产生。”^⑧如唐朝法律规定:“诸许嫁女已报婚书而辄悔者,杖六十;更许他人者,杖一百;与他人成婚者,徒一年半。原婚约仍然有效。”^⑨之后的宋、元、明、清均有关于婚约的法律规定。

近代以来,从1926年的《民律草案·亲属编》到1928年的《民法亲属编草案》再到1930年的《中华民国民法》,均有对婚约细致的规定,且内容在逐步向“当事人主导”“形式自由”及“不再强制履行”等方向演化。如《民律草案·亲属编》规定:“订婚因交换婚书或已纳聘财而生效力。”^⑩《民法亲属编草案》的编纂者在立法说明中称:“本案以订结婚约,为单纯契约关系,以男女本人双方合意,自由缔结为原则,旧律婚书或聘财之要式行为,及父

母代为订婚之大权,均为本案所不采。”^③《中华民国民法》中关于“婚约”的规定,就是在《民法亲属编草案》的基础上形成的,故亦延续了其立法理念。新中国成立后,1950年及1980年前后两次制定并颁行《婚姻法》,但其中均未有涉及婚约的规定。最新颁行的《民法典》中亦缺失婚约规定。这种没有充分理由的立法断裂,显然无视婚约在我国从古至今的立法传统。

又次,婚约法制化有坚实的法社会学基础。婚约习俗在我国历史悠久,也是汉民族一种非常重要的风俗和传统。^④“传统并不一定就意味着落后,封建和近代时期遗留下来的制度并不一定都是糟粕。”^⑤法乃基于共同生活之常理,顺应个别社会情势之需要而产生。^⑥婚姻立法只有尊重现实生活的状态,以现实生活为前提,在其基础上建立规范体系,才能完成其调整社会关系的功能,实现其价值。^⑦总之,订婚虽非结婚的必要条件,但订婚的传统保留至今,法律不应放弃对婚约关系的规范。^⑧

最后,自比较法观之,大部分国家及地区均对婚约制度有所规定。例如《德国民法典》第四编亲属法第一章“民法上的婚姻”第一节,用了5个条文对婚约进行了规定。^⑨《瑞士民法典》在亲属法编之婚姻分编,设4个条文对婚约进行了规定。^⑩《奥地利普通民法典》中,亦在其婚姻法部分设2个条文对婚约的定义及解除婚约的法律效果进行了规定。^⑪《意大利民法典》第79条至第83条,就婚约的效力、赠与退还、损失赔偿制度进行了规定。^⑫《日本民法典》虽然没有任何关于婚约的法律规定,但通过判例认可了婚约的法律效力。“婚约是以将来缔结合法婚姻为目的而订立的契约,合法有效。虽然不能按照当事人的契约约定强制结婚,但在一方没有正当理由解除契约、拒绝结婚的场合,应赔偿相对方因信赖婚约而遭受的有形及无形的损害。”^⑬日本学者亦认为,“因婚约破弃而产生的损害赔偿请求及彩礼的返还等问题已经

非常明晰,故应当认可其存在法律上的意义”。^⑭我国台湾地区“民法”在第四编第二章婚姻中,设立婚约一节,用8个条文对婚约作了详尽规定。

综上所述,现行法对婚约未加规定虽系立法者有意为之,有其特殊的法政策考量,但此等考量并不十分妥当。立法的缺失给实践带来诸多法律适用难题。为妥善解决各类婚约财产纠纷,应尽快通过立法将婚约纳入民法调整范围。

三、婚约的应然性质:准身份契约

既然婚约如此重要,应当纳入法律的调整范畴,则有必要进一步追问应对其如何规制。要回答该疑问,首先应明确婚约的性质。

(一)事实行为说之批判

有学者认为,婚约是一种事实行为。^⑮这种观点既是对婚约的误解,也是对事实行为的误读。事实行为是指,相应行为的法律效果来自法律的直接规定,而与行为人的意志无关的一类行为。^⑯“事实行为的本质在于事实构成,只有在行为人的客观行为符合法定构成要件时才成立事实行为并引起规定的法律效果,这就要求民法必须预先规定出不同事实行为的种类,并对每一种事实行为的构成要件作出详细的规定。”^⑰换言之,具有法律意义的事实行为及其相应的法律效果应当由法律明确规定。在我国现行法的框架下,婚约并不属任何一种事实行为。

此外,否认婚约系事实行为的关键在于,婚约与事实行为的本质不相契合。其一,即使法律对婚约效果已有规定,也并非意味着婚约为事实行为,其也可能是法律行为。亲属法中的身份行为大多具有类型固定的特点,故即使存在法律行为,其后果也由法律明确规定。诚如学者所言,“因法律行为而成立之身份关系,虽有意思之作用,但仅限于当事人是否意欲成立身份关系而已,至于成立此等身份关系,在法律上发生何种权利、义务,均依法律规定”。^⑱其二,婚约所发生的效果并非与当事人意志无关。婚约是男女双方达成的将来

缔结婚姻的合意,这已是一种共识。既是双方合意,则当事人意志必定参与其中,倘若不顾及当事人的真实意志,则可能违背“婚姻自由”的理念,进而导致婚约无法成立。基于此种合意,当事人之间的关系转变为“准配偶”,并基于对婚约的信赖而共同生活或进行财物处分。这些因婚约而发生的人身与财产方面的效果都是当事人积极追求的结果,而非与当事人意志无关。其三,婚约的缔结要求当事人有行为能力。^{④7}事实行为因与当事人意志无关,故不要求行为人有行为能力。婚约所产生的义务是将来缔结婚姻,婚姻作为一种特殊的法律行为,能够在当事人之间产生人身及财产上的权利义务,必然要求当事人有行为能力。因此,订立婚约的当事人均应当有相应的行为能力,至少应对婚约所产生的权利义务有一定的认识。

(二)准法律行为与准人格契约说之否定

“准法律行为说”认为,婚约并不产生缔结婚姻的法律义务,订婚的法律效果根据法律规定直接产生,与当事人意志无关,所以订婚的意愿表达属于准法律行为,只能在有限的情况下适用有关意思表示的规定。^{④8}与事实行为说相比,该说显然注意到了婚约的订立存在双方当事人内心结婚意愿的对外表达。所谓准法律行为,是指对外表示内心状态,但效果由法律直接规定的行为。^{④9}可见,准法律行为的效果亦来自法律的规定,而非当事人的意志,故在解释婚约发生的人身及财产方面的效果时,面临与事实行为说同样的困境。

“准人格契约说”认为,婚约是一种“准契约”,因婚约的订立,双方对结婚利益成立“准共有”,由此婚约可定义为,民事主体行使订婚权,用以达成预定婚姻法律关系,并基于此从而共享预定婚姻而带来的利益的合意。^{⑤0}该观点值得商榷。

具体而言:其一,认为婚约是“准契约”系对“准契约”的误解。“准契约”概念源自罗马法。在罗马法上,准契约系指当事人虽未缔结契约,但衡诸公平原则与公序良俗,其行为所发生的效果,应

与缔结契约相同。^{⑤1}其后,法国制定民法典时,设专章对准合同进行规定。^{⑤2}法国法上的准合同系指“完全自愿之行为,由此给本无权利获取利益却获得利益之人产生义务,有时行为人也对他人负有义务”。^{⑤3}我国学者认为,准合同主要是指基于当事人的自愿行为而发生的法定之债,包括无因管理、不当得利等债的类型。^{⑤4}虽表述不同,但仍可窥见准契约的一些法律特质。首先,准契约虽系自愿行为,但并不存在当事人的合意;其次,准契约的共同点在于对因人的行为导致法律关系的失衡作出矫正。^{⑤5}由此可见,婚约显然非“准契约”。其二,准人格契约说以人格利益共有为基础,但该基础能否成立存在疑问。所谓人格利益准共有,是指两个或两个以上的民事主体对同一项特定的人格利益共同享有权利的共有形式。^{⑤6}然而,民法上的准共有是指数人分别共有或共同共有所有权以外之财产权的现象;准共有之标的物以财产权为限,人格权、身份权不在其范围。^{⑤7}并且,婚约只是带来彼此身份上的变化,跟人格利益并无关系。此外,人格权与人身不可分离,故人格权不得放弃、转让或者继承(《民法典》第992条),由此,民事主体的人格利益不可能与他人共有。

(三)债权契约说之排除

“债权契约说”认为,“婚约与通常财产法上契约无异,因‘要约’与‘承诺’之两种对立的意思表示而成立,以聘礼财物授受为重要要件”。^{⑤8}婚约虽与大部分债权契约一样,在成立过程中均存在当事人的合意,但婚约非属债权契约。其一,婚约与债权契约的缔结初衷不同。婚约之合意所指向的并非是单纯的成立一种财产法上的权利义务关系,而是创设一种新的身份关系,即“准配偶”关系。此外,债权契约的缔结旨在满足人们经济上的需求,^{⑤9}但男女双方订立婚约仅仅是出于对未来缔结婚姻的期待,与经济利益无涉。其二,两者的法律适用不同。债权契约可直接适用合同法的相

关规定,但婚约与身份关系密切相关,即使是婚约订立过程中发生的财产行为,也同样建立在身份关系的基础上。故根据《民法典》第464条第2款的规定,^④应优先适用亲属法上的规定,只有在亲属法没有规定的场合,才可以根据其性质类推适用财产法规则。

(四)身份契约说及混合说之反思

“身份契约说”认为,“由于婚约是以男女双方将来缔结婚姻关系为目的,本质上属于身份关系的协议,具有特定的伦理性,其权利的行使和义务的履行不同于一般的财产关系契约”。^⑤“债权契约与身份契约混合说”认为,“婚约虽不得诉请结婚,但仍为契约。除民法有特别规定或依其性质应予变通外,适用契约一般原则,尤其关于双务契约之规定。此外,婚约非仅为婚姻之准备,其有亲属法上之效力,因婚约而成立亲属法上之准身份关系”。^⑥

本文认为,身份契约说亦无法完全契合婚约的性质。理由如下:其一,未婚夫妻之间不具有法律上承认的身份关系。身份契约是指能够发生身份法上之效果的契约,以身份行为为基础。亲属法上的身份行为,不论是形成的身份行为、附随的身份行为抑或是支配的身份行为,均以亲属法上的身份关系为基础。我国《民法典》第1045条规定,亲属包括配偶、血亲和姻亲。也就是说,亲属法上身份关系的范围极其有限,仅包含以上三类。婚约所产生的身份关系,系准配偶及准姻亲关系,不属于亲属法上的身份关系。倘若强行将该类关系纳入亲属法上的身份关系,则可能会导致法律上亲属关系的不当扩大。其二,婚约不符合身份契约之要式性的要求。“身份行为不仅涉及当事人的利益,也关乎第三人利益和公共利益,故大多要求具有一定的法定形式。”^⑦但如前所述,婚约是诺成行为,仅男女双方达成将来缔结婚姻之合意即告成立,并无任何形式上的要求。故婚约不属于身份契约。与此同时,“债权契约与身份契

约混合说”对身份财产行为的定性存在误解,亦不可取。所谓身份财产行为,系指当事人以身份关系为基础,作出的旨在发生财产流转效果的行为。身份财产行为的定性是区分广义身份行为与狭义身份行为的关键。广义身份行为说认为,亲属法上的身份行为包括三类,即以亲属关系之设定、废止或变更为目的形成的身份行为;以形成的身份行为为前提,附随此等行为而为之的附随的身份行为;有一定之身份关系者,基于身份而为他人之身上所为的支配的身份行为。^⑧狭义身份行为主张,“真正意义上的‘身份行为’,仅指形成身份的法律行为(或称纯粹身份行为),系指个人将要进入或脱离某种亲属身份共同生活关系、以亲属的身份之取得与丧失为目的的行为”。^⑨可见,广义说与狭义说最主要的分歧在于“身份财产行为”是否属于身份行为的范畴。

狭义说认为身份财产行为与普通财产行为并无不同,该观点值得商榷。“身份财产是基于身份关系而产生的物质性财产,它的形成和取得通常以身份关系作为媒介,以特定的亲属身份关系存在作为前提,其发生和取得的方式具有法定性、专属性和特定性。”^⑩此外,身份财产具有身份与财产的双重属性,其虽具有一般财产的基本属性,但受身份的决定和主导,在流转时具有从属性和附随性,故身份财产的基本属性仍然没有脱离其身份性。^⑪因此,身份财产行为应当与普通财产行为区分开,纳入身份行为的范畴。既然身份行为本身应包含身份财产行为,故混合说不成立。

(五)准身份契约说之理据

婚约的“准身份契约说”认为,“婚约属不同于一般契约的特殊民事契约,即一种准身份性契约,是将来形成夫妻身份、成立夫妻关系的身法律行为,是双方当事人将来缔结婚姻的相互允诺”。^⑫该观点值得赞同。首先,如前所述,事实行为说与准法律行为说均不成立,相反,婚约依当事人合意而缔结并发生一定的效果,是一种法律行

为,而且是双方法律行为,即契约。其次,婚约这种契约的内容(权利与义务)并非财产性的,也不是为任何一方设立债权债务,而是与一种广义上的身份相关,所以其非财产契约或债权契约,而是一种准身份契约。最后,这种准身份关系实质为一种准亲属关系。因为缔结婚约非严格意义上的身份行为,婚约在当事人及其近亲属之间产生的身份关系非法律上的亲属关系,但该类关系并非没有任何法律意义。此类关系虽不足以定性为亲属法律关系,但与亲属法律关系相关联,故称其为准亲属关系。^⑥婚约当事人之间虽没有建立任何亲属关系,但是,因为存在多项效力,婚约当事人之间的关系被认为是一种准亲属关系。^⑦故此,可以将婚约当事人创设这种准亲属关系的行为界定为准身份行为,进而将婚约定性为准身份契约。

四、婚约的效力

(一)婚约能够产生“准配偶”之身份关系

在德国法上,倘若订婚人之间为满足生活需要的给付,属于符合道德义务的给付,在婚约解除时不得请求对方返还。在我国,办理结婚登记是取得合法婚姻的唯一途径,故仅有婚约不能在当事人之间产生法律上的配偶关系。婚约当事人无夫妻间的权利义务。易言之,婚约当事人之间无同居义务,^⑧也并无法定的扶助义务。^⑨司法实践亦持该立场。例如在某案中,法院认为,原被告虽有婚约,但不符合我国《婚姻法》所规定的要件,其婚姻不受法律保护,故原告董某喜对被告李某霞没有法律上相互扶助的义务。^⑩未婚夫妻也不属于近亲属(《民法典》第1045条第2款),^⑪故在一方受第三方不法行为致死时,另一方不享有损害赔偿请求权。德国法对此亦持相同观点,根据《德国民法典》第844条第2款,死者的近亲属因其死亡而不能获得的抚养费可以要求加害人赔偿,但不包括未婚夫妻和非正式的同居伴侣。^⑫

尽管如此,从立法论的应然角度说,婚约当事人之间仍然会产生若干义务。分述如下:

1. 缔结婚姻的义务。婚约虽为身份法上的契约,但不影响当事人之间结婚义务的产生。^⑬只有承认存在这样一个第一性的义务,才有一方无理由悔婚时应承担的第二性义务——损害赔偿义务。将来缔结婚姻的义务是婚约产生的首要义务,相当于财产合同的主给付义务。2. 婚约当事人之间互负诚信义务。婚约当事人之间虽无法律上的忠诚义务,但彼此之间负有诚信义务,且该种诚信义务高于财产法上合同当事人间的诚信义务。对此种诚信义务的违反有可能构成重大过错,从而令对方有权解除婚约并要求损害赔偿。实践中有法院认为,“本案原、被告人介绍相恋爱后缔结婚约,并举行婚礼后同居,本应彼此恩爱互相忠诚,办理结婚登记,但原告婚礼后第二天便有出轨行为,有悖公秩良俗,也使被告伤心至极,致使婚约解除,原告熊某某有重大过错”。^⑭3. 相互关心和救助义务。避免伴侣自杀的义务可以作为救助义务的例子。这种救助义务的产生从根本上说来源于双方特殊的信赖关系的存在。双方因婚约而增强的信赖关系要求彼此承担超出陌生人之间的关心和救助义务。例如,有法院指出,“张×弟与李×恋爱后长期一起居住,李×的死亡系因双方的感情纠葛引发。结合之前李×有过自杀行为,张×弟应预见李×可能会有极端行为。但张×弟未采取任何积极有效的救助措施,故张×弟对李×的死亡有一定的过错”。^⑮本案中,双方只是情侣,法院依旧认定彼此之间有救助义务,举轻以明重,双方若已订婚,则彼此间更应有救助义务。4. 作证豁免义务。基于当事人事实上已经很紧密的准身份关系,比较法上多有赋予婚约当事人免于作证权利的做法。例如在德国法上,刑事诉讼程序中犯罪嫌疑人的订婚人和民事诉讼中当事人的订婚人享有免于出庭作证的权利。^⑯在我国台湾地区,因婚约而成立未婚配偶关系,在民事及刑事诉讼法上构成应回避原因,并得拒绝证言。^⑰5. 协力给付等义务。男女双方订婚后,对于同居生活或筹

备婚礼等支出的费用,有协力支付的义务。不能认为这些费用应当只由其中一方负担。在婚约解除时,这种协力分担义务尤其有意义。6.在侵害生命权的场合满足特定条件时可主张精神损害赔偿。婚约虽然不能在当事人之间产生法律上的身份关系,但是依然能够产生一种紧密的人际交往关系,即准配偶关系。因此种关系的存在,在婚约一方的生命权遭受侵害的场合,另一方有向侵权人主张损害赔偿的权利。在法国法上,1930年5月24日的多尔多涅省重罪法院有判决率先承认这种观点,该判决注明:婚约中的男方被杀害,婚约中女方提出的要求赔偿受到的精神痛苦以及一些必要费用支出的理由是正当的。^⑩如今,在侵害生命权的场合,婚约当事人作为赔偿权利人更无障碍。法国判例并不要求直接受害人与间接受害人之间具有“法律”上的联系,只要间接受害人能够证明其与直接受害人之间存在紧密的关联,使得直接受害人作为其财产收入的来源或者为其带来额外负担;如果主张对非财产损害的救济,间接受害人需要证明他与直接受害人之间存在情感上的联系。^⑪日本侵权法中,在侵害生命权的场合下,法律虽仅规定父母、配偶及子女为赔偿权人,但最近的判例和学说认为,从普遍的社会观念来看,与前述具有同样地位者,对其精神损害赔偿亦应认可,如非正式的妻子、没被承认的私生子等。^⑫婚约当事人之间虽非法律上的夫妻身份,但双方基于婚约产生了一种身份期待利益。并且,婚约当事人之间的情谊未必弱于法定的亲属关系。此外,将婚约当事人纳入赔偿请求权人的范围,也不会导致赔偿权人的泛化。

(二)缔结婚姻之义务不可诉请强制履行或请求替代履行之损害赔偿

1.婚约不能诉请履行。婚约在当事人之间产生将来缔结婚姻的义务。然而,这种义务不能被强制履行。理由如下:首先,强制履行婚约与结婚自由原则相冲突。结婚自由意味着,婚约当事人

双方在正式注册登记成为夫妻之前可以随时反悔,若允许强制履行婚约,则必然架空结婚自由原则。其次,涉及人身性质的义务本身就不适于强制履行。在财产法上,对合同义务的强制履行是契约严守原则的体现。强制履行的意义主要在于加强债的约束力,使债真正成为约束双方当事人的“法锁”。^⑬然而,某些财产合同产生的债务具有人身(信赖)属性,例如委托合同之受托事务执行义务、演出合同之演出义务等,倘若对此类债务人的身施以强制,则会违背现代社会人格尊重及人身自由应受保护之基本价值,故在当事人之间不发生强制履行的效力。^⑭相形之下,婚约属于准身份契约,缔结婚姻这种义务的人身属性更加强烈,涉及当事人基本权利的保护,故任何一方不得诉请强制履行。再次,婚约本质上可以被解释成一种预约,^⑮而预约能否被强制履行,本身就有很大疑问,肯定说有之,^⑯否定说有之,^⑰折中说亦有之,^⑱《民法典》对此采取搁置的立场。最后,从比较法上看,迄今未见有国家允许强制履行婚约。《德国民法典》第1297条第1款规定,不得基于婚约而诉请缔结婚姻。^⑲《瑞士民法典》第90条第3款规定,不得基于婚约诉请结婚。^⑳《意大利民法典》第79条规定,法律既不要求必须缔结婚约,也不要求在违反婚约的情况下必须执行婚约。^㉑根据《葡萄牙民法典》第1591条的规定,婚约中的任何一方均无要求缔结婚姻的权利。^㉒在日本法上,“婚约成立生效后,当事人应当诚信交往,并负有在未来结为夫妻共同体的义务。但在一方反悔不愿继续缔结婚姻场合,另一方也无法请求强制履行。”^㉓我国台湾地区“民法”第975条规定,婚约不得请求强迫履行。

2.替代履行之损害赔偿亦不可主张。有些带有人身属性的合同债务虽然不可强制履行,但债权人仍可主张完整的履行利益赔偿,如演出合同的演出方违约,则须赔偿相对方所有的经济损失。然而,婚约之结婚义务不仅不可强制履行,当

事人也不可主张替代履行的损害赔偿。因为在经济价值上,替代履行的损害赔偿与合同义务的履行具有等价性,若允许履行利益损害赔偿,则实质上等同于诉请合同义务履行,因为高额赔偿不可避免会对当事人产生严重约束和间接强制,从而使得婚姻自由原则形同具文。

3. 于婚约约定的违约金无效。违约金,是由当事人约定或法律规定的、在一方当事人不履行或不完全履行合同时向另一方当事人支付的一笔金钱或其他给付(《民法典》第585条)。违约金兼具压力和赔偿的双重功能,起源于罗马法,历经千余年的交织互动,已为现代比较民法之共识。^⑤对于约定违约金,“从当事人的意思出发,其主要目的并非在于要求对方承担违约责任,而是以高出预期损害的数额,向对方施加压力,以使其遵守合同”。^⑥但倘若当事人完全没有履行合同的意思,则违约金的赔偿功能便凸显出来,此时可视为是对履行的替代。^⑦财产法上的契约原则上均可约定违约金,即使是带有人身属性的合同亦不例外。此与身份契约有所不同,身份契约原则上均不可约定违约金。对于形成的身份契约(或称纯粹身份契约),绝对不认可约定违约金的效力。倘若允许当事人就该类事项约定违约金,则有强制当事人建立或解除某种身份关系之意,有妨害当事人的基本权利及行为自由之虞。至于涉财产的身份契约,则视违约金所担保履行之义务系人身义务或财产义务而有所不同。若为前者,则无效,原因与纯粹身份契约中的违约金之否定理由相同。若为后者,则违约金之约定可以成立,此时与财产法上契约之违约金无异。将来缔结婚姻虽系当事人的契约义务,但婚姻自由又为一项基本权利。倘若认可当事人对此约定违约金的效力,无异于强迫当事人必须缔结婚姻,有悖“事物本质”。^⑧“如果对当事人在婚约中约定的违约金条款认定有效,则有造成对婚姻自由的限制之嫌。”^⑨故当事人针对婚约的履行所约定的违约金无效。

我国司法审判实践亦持婚约违约金无效的态度。例如有法院认为,“《结婚协议》中虽然约定有违约责任,但该约定的违约责任系将金钱关系变成约束婚姻自由的砝码,违反了婚姻法的规定,故原告请求判令二被告支付违约金11400元的请求,本院不予支持”。^⑩比较法上对此亦有共识。如《德国民法典》第1297条第2款规定,就婚约不缔结的情形作出的违约金无效。在日本法上,“违约金作为一种间接强制,不当被认可”。^⑪

4. 清算协议之约定违约金原则有效。在婚约中,尚存在另外一种约定违约金的情形,即双方在合意解除婚约时,对彼此之间发生的财物往来进行清算后,达成清算协议,对该协议的履行约定违约金。对于此类违约金的效力,司法实践存在分歧。有裁判观点认为,当事人的清算协议为婚约财产的返还,非合同行为,故约定违约金无效。^⑫另有相反裁判立场认为,当事人在清算协议中约定违约金不违反法律的规定,且出于其个人意愿,应当认可其效力。^⑬

本文同意后一裁判立场,即双方在合意解除婚约时,对于清算协议所约定的违约金有效,并可以参照适用《民法典》合同编有关违约金的规则。婚约当事人合意解除婚约时所作的婚约财产清算协议与婚约不同,前者不再涉及身份关系,其协议内容仅涉及婚约财产的返还,故本质上为一种财产协议。因此,清算协议中的违约金实际上是担保债权的实现,当事人对此约定违约金既不违法亦不悖俗,其效力应当得到认可。

五、解除婚约的损害赔偿

(一)婚约解除之法律后果:财产返还与损害赔偿

有人身信赖属性的财产契约,如委托合同,当事人(委托人或受托人)有任意解除权(《民法典》第933条),从而避免人身强制。婚约作为具有最高人身属性的准身份契约,其解除同样无需原因。任何一方均可通过单方、需受领的意思表示作出

解除的意思表示。婚约解除的法律后果体现为人身与财产两个层面。在人身方面,当事人自婚约解除之时起不再具有“准配偶”之身份关系;在财产方面,与财产合同解除的法律后果相似,婚约解除之后果主要体现为财产返还(彩礼或其他财物的返还)与损害赔偿。

婚约解除之财产返还虽在理论上争议较大,^⑩但司法审判实践对该问题的处理并无太大障碍。首先,《民法典婚姻家庭编解释(一)》第5条规定了彩礼返还的三种情形。同时,司法实践对于彩礼范围及具体返还数额的认定标准已发展出一些裁判规则。例如,“在认定是否为彩礼时,应先对当事人当地有无给付彩礼的习俗进行考量,除此之外,还应结合给付财物的价值、给付的场合、给付的时间等因素判断是否以结婚为目的,如以结婚为目的,则可考虑认定为彩礼”。^⑪此外,在具体返还数额上,应当结合给付彩礼的数额、男女双方共同生活时间的长短、有无子女、过错程度、当地风俗和经济水平等因素综合认定。^⑫其次,关于其他财物返还,司法实践中亦有相应规则。例如,有裁判观点认为,“双方同居或恋爱期间,一方以结婚为目的赠与另一方较大数额财物,分手后请求另一方返还赠与财物的,人民法院应予支持”。^⑬个别地方法院还发布相关裁判指引,对于非彩礼的财物返还作了极为细致的规定。^⑭

与婚约解除之财产返还相比,因婚约解除而产生的损害赔偿问题,在实践中争议较大,裁判立场不一,故下文主要就该问题展开分析。

(二) 损害赔偿责任的性质之争

1. 既有立场之反思。因现行法对婚约未作规定,故对于一方信赖婚姻会有效缔结而支出的合理费用,法院在裁判另一方分摊时,面临无法可依的局面。在解释论上,大体上有如下几种进路:首先,诉诸公平原则。有观点认为,对于实际生活中出现的某些法律没有规定的特别案例,应该根据《民法典》第6条的公平原则,合理确定各方的权

利和义务。^⑮审判实务对于婚约财产纠纷的处理很多时候也是援引民法公平原则来解决的。然而,这种方法只应作为最后的手段,不可大规模使用。公平原则作为民法基本原则之一,通常无法直接作为裁判依据。“在有具体规则可供适用场合,裁判者不应当越过具体规则,直接依基本原则(一般条款)进行裁判。”^⑯此处的具体规则,不仅包括法律直接规定之规则,亦应包含经由法律解释或其他漏洞填补方式得出的规则。这也是所谓的“禁止向一般条款逃逸”的裁判准则:在有规则可得适用或类推适用之际,不得径行适用法律原则。^⑰因此,在面临无直接法律依据的情形,首先应当考察,通过对现行相关法律进行解释或漏洞填补,能否得出可资适用的具体规则,而非直接适用民法基本原则。其次,诉诸一般过错侵权责任。在一方存在过错而导致婚约解除时,遭受损害的无过错方可向过错方主张过错侵权赔偿责任。举例而言,“婚约的一方当事人在订立婚约时或者在婚约期间故意实施了违反公序良俗的行为,如‘以欺诈目的订立婚约,或以婚约为借口实施诱奸行为’”,^⑱此时,他方可就其损害请求侵权损害赔偿。然而,现实情况是绝大多数婚约的订立并不带有悖俗的目的,当事人也未实施违反公序良俗的行为;且基于婚姻自由的理念,单纯的解除婚约之行为也不宜评价为“过错”。但在婚约解除时,当事人所受到的损害是真实存在的。在该情形下,受害人的权利如何救济不无疑问。再次,诉诸缔约过失责任。从缔结婚姻这个双方法律行为的角度出发,订婚可以被理解为缔约前的磋商;最终婚姻未能缔结,但一方为此确有费用支出等损失,则该损失可被理解为信赖利益损失,从而可用缔约过失责任规则来解决。不过,这种进路也存在一些疑问。一方面,结婚是一种法律行为,同时也是一种法律制度,《民法典》对于婚姻效力瑕疵以及确定无效后的损害赔偿,采取的是明文有限列举的方式,即仅限于婚姻无效、因胁迫或隐瞒

重大疾病婚姻被撤销这两种有结婚合意的场合,^⑩能否将这种婚姻法上的缔约过失责任扩展到无结婚合意而仅有订婚合意的场合,不无疑问。另一方面,缔约过失责任通常以过错为要件,而由于婚姻自由原则的存在,无理由解除婚约的一方并不能被认为有过错,故类推缔约过失责任的路径适用范围亦有限。最后,诉诸公平责任。在婚约当事人对婚约的解除均无过错时,根据原《侵权责任法》第24条确立的公平责任,^⑪由婚约双方分担损失,也是一条可行的路径。不过,我国《民法典》第1186条对公平责任的适用范围进行了立法限缩,将原《侵权责任法》第24条中的“根据实际情况”改为“按照法律规定”。^⑫“这一修改使得本条不再是一个完全条款,而变成一个引致条款,其适用也须依附于各具体的法律规定。在实践中,法官无法仅依据本条即可裁决案件。”^⑬由于违反婚约之行为并非法律规定可以适用公平责任的情形,故在民法典时代公平责任似无适用余地。

解释论上最恰当的解决路径是对《民法典》第1186条作“目的性扩张”。所谓目的性扩张,是指两种情形构成要件不同,为充分实现法定规则的目的,对两种情形给予相同评价。^⑭对《民法典》第1186条作“目的性扩张”的正当性在于:

其一,《民法典》第1186条的矫枉过正致使公平责任的适用面临范围过窄的困境。因原《侵权责任法》第24条的适用范围不明确,导致法官自由裁量空间过大,致使公平分担损失原则的滥用,故为明确适用范围、统一裁判尺度、避免自由裁量尺度过宽等弊端,《民法典》第1186条将原《侵权责任法》规定中的“根据实际情况”修改为“依照法律的规定”。^⑮民法典对公平责任规则改动的本意在于根除公平责任构成要件过宽的诟病,但实则又走向了另一个极端。“实际情况的纷繁复杂被‘法律规定’这一堵大墙隔绝在外,而墙里能适用公平责任的也均已经有了相应的条文规定。”^⑯一言以蔽之,民法典时代下的公平责任将难以发挥

其应有使命。

其二,在适用时作适当的目性扩张可以改变《民法典》第1186条条文化的问题。公平责任的功能在于,通过分散救济成本的方式,将法的正义价值落实于具体的个案当中。^⑰基于法律规定适用公平责任的具体情形十分狭窄,对于那些法律虽没有规定,但的确符合公平责任功能目的的案件事实,根据“同类事物同等对待”的要求,应当将其纳入该条的适用范围。

其三,最高人民法院亦主张该条在具体个案中有类推适用的空间。“社会生活本身具有复杂性,个案有时千差万别,人民法院根据实际情况适用公平责任裁量案件,作为一种例外情形也有存在的必要。”^⑱

其四,双方均无过错时的婚约解除之损害应当适用公平责任由双方分担损失。婚约的缔结在当事人之间产生了一种值得保护的高度信赖。“受害人对所处领域安全性的合理信赖,是影响风险分配的因素之一。合理信赖的存在,意味着受害人的行为与法秩序相吻合,合理信赖的落空会使法秩序遭到破坏,而保护合理信赖、使受害人免受损失,也就避免了秩序的动荡。”^⑲因此,应当对《民法典》第1186条作目的性扩张,对于双方均无过错时的婚约解除之损害,适用公平责任,由双方分担损失。

2. 立法论上“违约责任论”更可取。婚约作为一种“准身份契约”,在其解除时应当适用婚姻家庭法上的规定。但遗憾的是,我国现行法尚未有任何关于身份契约的具体规定。根据《民法典》第464条第2款,身份契约可以按照其性质参照适用合同编的规定。于此,民法典正式为身份契约在现行法框架内的解释适用预留了空间。基于婚约系“准身份契约”之本质,对婚约解除之损害应参照适用契约责任予以救济。但该责任究系缔约过失责任抑或是违约责任,存在不同观点。有学者认为,“对于婚约行为,依照婚姻也是一种契约的

观点,对于男女两性间订立婚约后又反悔办理结婚登记的人从理论上讲负有缔约过失责任”。^②另有观点认为,婚约是一种预约,“基于预约的独立性,解除预约合同构成独立的违约责任”。^③两种观点实则并不矛盾,仅侧重点不同而已。预约与本约本就是互相独立但又彼此关联的两个合同,“预约是为了订立本约合同而订立的,而且是在订立本约合同的过程中订立的”,^④“以本约为参照,预约总体上处于本约的缔约阶段,因此,相对于本约而言,违反预约的行为既是预约违约行为,也可以视为本约之缔约过失行为”。^⑤故认为系缔约过失责任者,侧重于预约系将来成立本约之契约,故预约之违反相对于本约而言,确属缔约过失责任;反之,认为系违约责任者,则关注点在于预约与本约分属两个独立的合同,据此,违反预约系违约责任。然而,应明确的是,将违反预约之责任认定为违约责任较为妥当。《民法典》第495条第2款从文义上确立了违反预约合同应承担违约责任。^⑥大部分学者亦认可违反预约构成独立的违约责任。^⑦此外,“从请求权基础的检索顺序角度看,有合同作为请求权基础时,通常无须再舍近求远,不必求诸缔约过失责任”。^⑧正如在承揽合同、^⑨委托合同中,^⑩当事人享有任意解除权但不影响其应承担的损害赔偿赔偿责任一样,婚约当事人虽也享有任意解除权,但仍须承担相应的法律责任。鉴于婚约主要目的在于双方基于情感而约定将来缔结身份关系,故可类推无偿委托(而非有偿委托),令行使任意解除权一方承担直接损失为宜。最后应注意,“婚约作为一种契约,在不当破弃的场合可基于债务不履行请求损害赔偿,但同时也有可能成立侵权法上的赔偿请求权”。^⑪例如,一方本无结婚意图但伪装有,欺骗另一方订婚并发生性关系,在婚约解除时,后者的违约责任请求权和侵权责任请求权竞合,可以择一行使。

(三)立法论构建:构成要件与赔偿范围

1. 构成要件与抗辩。违反婚约的违约责任须

满足如下构成要件:(1)存在有效婚约。有效的婚约应满足以下条件:其一,须男女当事人自行订立。其二,须已达订婚年龄。因婚约为结婚的预约,故订婚年龄的确定应类推结婚年龄,即男方年满22周岁,女方年满20周岁。其三,须当事人有意思能力。当事人有事实上之意思能力即可,不以有财产法上法律行为能力为必要,而以有识别何为婚约之能力为已足。^⑫其四,将来意欲缔结之婚姻须为合法。根据《民法典》的相关规定,婚约当事人之间应无禁止结婚的亲属关系且双方均不存在已有的有效婚姻。(2)一方无理由解除或因一方过错导致他方解除。结婚自由是婚姻法的基本原则,在双方正式进行结婚登记前,任何一方都可自主决定是否结婚。即便已订立婚约,当事人也享有任意解除婚约的权利。然而,这不意味着解除方无须承担任何责任。“既已成立婚约,如无正当之理由而违反婚约者,对于他方因此所受之损害,自应负赔偿之责。”^⑬若一方在缔结婚约后存在明显过错(如“不忠”),则另一方可以主动解除婚约并就信赖利益损害请求赔偿。在此场合下,订婚一方的过错是与无理由解除婚约相并列的、二选一的归责事由。(3)他方存在损害。这种损害主要是指因信赖婚姻将会缔结而实际遭受的损失,即所谓的信赖利益损害。(4)因果关系。损害与婚约解除(一方无理由解除或因过错导致他方解除)之间应存在因果关系,即,损害必须是一方信赖婚姻会缔结而发生的损失。倘若一方因为对方无理由解除婚约而生病一场大病,则该医疗费不可索赔,因为二者之间缺乏相当因果关系。当存在重大解除事由时,解除方可援引该抗辩从而免责。大部分国家均认可重大事由为以下事实:斟酌婚约人之社会地位以及婚姻之合理的目的,凡有不可期待其维持婚约而进入婚姻关系之情事者,皆有解约重大事由之存在。^⑭通常出现的重大事由包括订婚人自身的原因、订婚人的行为或个人状况(如不忠诚、严重的不当行为、对结婚有影响的疾病或异

常的性取向、订婚时不知晓的重大不良生活习惯等)。^⑨

2. 损害赔偿范围。关于违反婚约的损害赔偿,应以信赖利益损失作为赔偿范围的基准。分述如下:

首先,就财产契约而言,违约责任赔偿范围一般以履行利益为基准。其合理性在于,“在违约情形,合同已生效,违约方应使对方实现合同如约履行时的利益状态,实现其缔约目的,最终使当事人可以放心缔约,从而促进经济发展并满足个人的各种追求”。^⑩预约的履行利益指向本约的成立,因预约与本约所追求的缔约目的本质上的统一性,在确定损害赔偿范围时可以参照本约的履行利益,但应通过“减轻损害”及“损益相抵”规则予以限缩。^⑪

其次,履行利益不易确定时可将信赖利益赔偿作为代替。商事领域的履行利益较易确定。“在理想的、充分竞争的商业环境下,交易双方在缔约时都有多个交易对象可供选择,这类标准化的交易产生的期待利益均相同(市场价格和合同价格没有差额),债权人容易通过其他已经如约履行的合同,证明其期待利益。”^⑫但在某些情况下,债权人订立合同并非旨在追求物质性利益,此时期待利益难以量化。^⑬因此,“在期待利益难以证明或无法确定时,法律不再强求要使债权人处于如约履行的状态,而是恢复其未缔约时的利益状态,使其不至于因无法完成期待利益的证明就一无所获,从而纵容债务人的违约行为”。^⑭此时,不妨由权利人主张以信赖利益为替代方案。^⑮于此,预约违约的赔偿范围与缔约过失责任的赔偿范围大体相同。^⑯所谓信赖利益,是指当事人相信法律行为有效成立,而因某种事实之发生,该法律行为(尤其是契约)不成立或无效而生之损失。此时,被害人可请求赔偿义务人在经济上应使其回复到未信赖法律行为(尤其是契约)成立或有效时之状态。^⑰通常情形之信赖利益受损,既包括因信赖受挫时

合同未能有效成立而落空的费用,如订约费用、履约准备费用和与履约无关而支出的费用,也包括因信赖受挫而订立一个不利合同的损失以及因信赖受挫而丧失其他订约机会的损失。^⑱

再次,婚约之履行利益不可赔偿,也无法认定。一方面,结婚义务不可强制履行,替代履行的损害赔偿也不可主张。这意味着,违反婚约根本不允许主张履行利益,否则有强制履行结婚义务之嫌。另一方面,不论是作为预约的婚约,还是作为本约的婚姻,当事人订立的目的均非获得物质性利益,这些身份契约或准身份契约带有强烈的人身属性,即使强制履行,其履行利益为何亦存在巨大疑问。因此,违反婚约属于典型的无法确定履行利益的情形,故当事人可就信赖利益之损失主张赔偿。在婚约当事人一方无理由悔婚或有重大过错致使婚约解除场合,另一方当事人可以基于对婚约有效的信赖,而就其遭受的有形或无形的损害请求赔偿。^⑲

复次,从比较法来看,解除婚约时的信赖利益损害主要表现为三类:其一,开支。为筹备结婚而支出的合理费用,如预订酒席、婚庆或蜜月旅行,为婚姻生活提前租赁房屋、购置家庭生活用品、搬迁家具,订婚通知和公告费用,订婚庆祝活动开支,以及为前未婚夫或未婚妻支付的职业培训补贴等。其二,负债。尚未实际支出,但因与第三方签订合同而必然支出的费用。其三,因财产或职业上的其他处置而遭受的损失,例如因放弃就业、提前解除劳动合同或房屋租约、贱卖房屋或家具、为共同经营而买入商业铺面等遭受的经济损失。^⑳

最后,违反婚约之损害赔偿的范围仅限于“合理费用”,以防赔偿范围过大限制当事人的结婚自由。“为了避免必须赔偿所造成的全部损害,为了避免必须给付非常高额的赔偿,准备毁约的婚约一方可能宁愿选择结婚。然而,这正是法律所不愿看到的。”^㉑因此,不履行婚约之一方,不需按照

合同法的一般规定对所产生的全部损害或约定违约金条款负责,仅对某些费用负责。^⑩由于婚约并非是对未来结婚的绝对保证,故对该信赖保护亦有限制。倘若婚约当事人一方采取的财物措施或费用超出正常限度,就不能将此种风险转移给另一方,如未与对方商议便辞掉工作。^⑪同样,关于信赖损失一般情形中的丧失其他订约机会之损失,在违反婚约之损害赔偿中亦不应当被支持。因为倘若不是跟这个人订婚,而是跟另外一个人订婚,将会得到何种利益,具有巨大的不确定性,这与涉案买卖合同无效而错失房价上涨的(缔约机会)客观损失不可同日而语。

(四)精神损害赔偿

1. 原则上不应支持精神损害赔偿

首先,单纯的违反婚约并不必然导致精神损害,且一般性的承认违反婚约中的精神损害赔偿请求,有妨害婚姻自由之虞。精神损害是指受害人因为他人的侵害而产生的精神方面的痛苦、疼痛和严重的精神反常现象。^⑫“任何合同的违反都会导致不同程度的精神受挫,交易合同的双方当事人应被认为已经对因违约造成的一般性精神损害之风险进行了默示性承担;只有当因违约造成的非财产性伤害超过‘默示性承担’的限度,才能给予赔偿。”^⑬违反婚约原则上并不会导致当事人的精神损害,但一概予以否认,不利于特殊个案中权利人的救济,但应当从严把握。对于当事人仅因婚约解除而主张的精神损害,不应支持。此外,当事人以“青春损失费”之类的理由提起精神损害赔偿,亦不能够成立。而就“怀孕流产”之事项能否构成精神损害,则应区分情况。倘若女方对于婚约的解除毫无过错,但由于婚约关系已不存在致使其不得不流产,则应当肯定其有遭受精神损害的可能。

其次,我国司法实践对违反婚约之精神损害赔偿亦持审慎态度。笔者在“无讼案例”网的民事案由下,以“婚约财产纠纷”为关键词,时间限定为

“2016年1月1日-2020年11月1日”,搜集到的法院裁判观点中提及“精神损害赔偿”的案例共计71例。^⑭其中,法院支持当事人精神损害赔偿诉求的仅1例,其余70例均不予支持。在大部分案例中,法院均认为当事人违反婚约的行为并未造成精神损害。裁判理由大体如下:(1)恋爱与婚姻自由理论。“恋爱和婚姻都是自由的,二者均以感情为基础,男女双方经相互了解,如认为缺乏真实的感情基础,均可以解除恋爱关系……原、被告作为完全民事行为能力人,应当对自己的情感选择承担后果。”^⑮(2)名誉未受损说。“原、被告双方因感情不和,无法继续一起生活,且未办理结婚登记手续不是双方本意,被告不会因此而遭受他人在社会上对其贬损之评价。”^⑯(3)无法律依据说。“被告以在同居期间受到伤害,主张青春费、精神损害赔偿无法律依据。”^⑰仅在极其例外的情形,法院认可了当事人的精神损害赔偿请求。例如在某案中,法院认为,“由于得知被告方准备起诉,双方家庭矛盾无法调和,王某2无奈只得终止妊娠,为此,王某2身体和精神都遭受到了重大损害,该事件对其今后的恋爱、婚姻等终身大事都可能产生极大的影响(心灵创伤长久而难以愈合)”。^⑱

最后,自比较法观之,大部分国家对违反婚约之精神损害原则上持否定态度。《德国民法典》第1300条(现已删除)规定,贞洁之未婚妻允许未婚夫同床,不问其为违背婚约或婚约解除,对非财产上之损害,均得请求金钱上之相当赔偿。^⑲《瑞士民法典》中原亦有相似规定,现已删除。可见,社会观念影响立法变迁。即使是肯定存在精神损害赔偿权的国家和地区,亦对该权利的主张设置了严格的条件。如我国台湾地区“民法”第976第4款规定,“前项情形,虽非财产上之损害,受害人亦得请求赔偿相当之数额”。但学者认为,婚约所造成的非财产上之损害,以受害人无过失为限,始得主张。^⑳日本立法未规定婚约,司法实践及学说均认可违反婚约之损害赔偿可及于精神损害,但可

主张精神损害的情形极其单一。“对于非财产损害,婚约中品行端正的女方在与对方同居的场合下,仅可被承认。”^④

2. 例外时可基于违约责任一并主张

倘若案件事实满足索赔精神损害的条件,受害人能否基于违约责任一并主张? 本文认为答案是肯定的。因为,一方面,违约责任下存在精神损害赔偿的可能性。精神损害赔偿并不是先验的、唯一的属于侵权法领域,^⑤“在一定条件下应给予因违约造成的精神损害以救济,是生活逻辑的必然要求”。^⑥对于追求非财产利益的合同,当事人对合同的期待实际上就是非违约方在合同得到履行后所应处的精神上的利益状态,只要双方在订立合同时对合同的合理预期并能够成为合同的履行利益时,就应该得到赔偿。^⑦并且,我国《民法典》第996条规定,^⑧在侵害人格权的情形,基于违约责任可以主张精神损害赔偿。可见,我国立法对于违约责任下存在精神损害赔偿,已经持缓和态度。另一方面,婚约作为一种准身份契约,属于典型的追求非财产利益的合同。婚约所指向的义务本身就与人身利益密切相关,相较于一般的财产合同,一方违约给另一方带来精神损害的可能性更大。因此,在特殊情形下对当事人基于违反婚约提出的精神损害赔偿请求,应予支持。

六、结论

自古以来,缔结婚约(订婚)就是我国民众婚俗中不可或缺的重要内容,及至今日仍是如此。新中国建国初期,出于政治革命废除旧法的需要,加之理论界误以为对婚约立法会干涉婚姻自由,且认为婚约属于私人之间的情感或道德领域故法律不宜进行干预,于是立法机构效仿苏联立法例,将婚约排除在民法之外。

然而,司法实践中有大量的婚约财产纠纷,除彩礼返还争议外,其他争议如信赖婚姻将缔结而支出的费用应如何分摊,面临无法可依的局面。审判实务中,法官往往诉诸公平原则、公平责任等

法律技术,但这些路径并不恰当。现行法回避婚约的各种原因均不成立,从解决现实纠纷、延续立法传统、顺应社会婚俗、借鉴比较法经验等方面考虑,应将婚约纳入民法调整范围。

婚约的应然性质为准身份契约,其会在当事人之间产生特定的权利义务关系。这些义务包括将来缔结婚姻、相互忠诚、彼此关心、顾及对方信赖以及分摊为筹备结婚而支出各项费用等。当然,由于婚姻自由原则的存在以及结婚属于高度人身性的行为,故缔结婚姻之义务不可诉请强制履行,也不可诉请替代履行之损害赔偿,相关的违约金约定亦属无效。然而,这并不意味着任意背弃婚约无须承担任何责任。在解释论上,解除婚约之损害赔偿只能诉诸公平责任、过错侵权责任或缔约过失责任。在立法论上,违反婚约成立违约责任。在一方无理由解除婚约或因过错导致他方解除婚约时,该方应承担信赖利益的损害赔偿;赔偿范围为他方信赖婚姻会缔结而支出的合理费用,以及作财产或职业上处置而遭受的损害,但原则上不包括精神损害。毕竟,分分合合、人来人往亦属人生常态,社会一般观念并不认为婚约解除必定会给一方造成十分严重的精神痛苦,极端例外情形除外。

注释:

①吉林省公主岭市人民法院(2015)公民一重字第18号民事判决书。

②[德]亚图·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第321页。

③“法律漏洞”意指,“法律规范对于应规定之事项,由于立法者之疏忽未预见,或情况变更,致就某一法律事实未设规定的情形”。参见杨仁寿:《法学方法论》(第2版),中国政法大学出版社2013年版,第191页。

④张培田编:《新中国法制研究史料通鉴》(第1卷),中国政法大学出版社2003年版,第750页。

⑤杨大文:《亲属法与继承法》,法律出版社2013年版,第

71 页。

⑥余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第153页;王雷:《情谊行为、法外空间与民法对现实生活的介入》,《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第6期,第50-51页。

⑦《民法典》第1217条还对好意搭乘致害新增了处理规则。

⑧河南省漯河市中级人民法院(2018)豫11民终204号民事判决书。

⑨四川省凉山彝族自治州中级人民法院(2019)川34民终543号民事判决书。

⑩江苏省连云港市中级人民法院(2018)苏07民终4283号民事判决书。

⑪天津市第一中级人民法院(2019)津01民终642号民事判决书。

⑫郭书琴:《身份法之法律文化分析初探——以婚约篇为例》,《台北大学法学论丛》2008年第67期,第6-7页。

⑬“法规范断裂,但法秩序延续”之说来源于我国台湾地区学者王泰升教授,意指在法规范与法律文化层面上,因法律制度与法规范继受,复加上不同文化在同一法规范体系内相互影响,所产生的一种现象。参见王泰升:《台湾法律史概论》,元照出版社2001年版,第128-129页。

⑭邱玉梅:《婚约问题探析》,《法商研究》2000年第5期,第65页。

⑮陈会林:《婚约制存废的伦理法理考量》,《法学》2015年第1期,第78页。

⑯陈会林:《婚约制存废的伦理法理考量》,《法学》2015年第1期,第78页。

⑰许莉主编:《婚姻家庭继承法学》,北京大学出版社2012年第2版,第43页。

⑱邱玉梅:《婚约问题探析》,《法商研究》2000年第5期,第65页。

⑲[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第7-12页。

⑳陈会林:《婚约存废的伦理法理考量》,《法学》2015年第1期,第80页。

㉑林秀雄:《亲属法讲义》,元照出版社2013年版,第43页;高凤仙:《亲属法理论与实务》,五南图书出版社2017年版,第23页;[日]松坂佐一『民法提要:親族法・相続法』(有斐閣,1962年)52頁。

㉒[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第97页。

㉓裴桦、王丽霞:《论婚姻法的伦理性与传统性》,《新视

野》2011年第5期,第76页。

㉔谢鸿飞:《论创设法律关系的意图:法律介入社会生活的限度》,《环球法律评论》2012年第3期,第12-13页。

㉕[日]近江幸治『親族法・相続法(民法講義)』(成文堂,2010年)40頁參照。

㉖王雷:《情谊行为基础理论研究》,《法学评论》2014年第3期,第60页。

㉗将聘金一概认定为附结婚条件的赠与,只要没结婚就要返还彩礼,无视过错问题等其他因素,其处理手法也有过于简单化的问题。另外,附条件赠与说也无法解释婚约当事人之间的所有财产给予。

㉘刘国强:《我国传统婚约制度及其近代转型》,《探索与争鸣》2009年第12期,第105页。

㉙《唐律·户婚律》。

㉚张生:《中国近代民法法典化研究》,中国政法大学出版社2004年版,第259页。

㉛中国台湾“司法行政部”编辑:《中华民国民法制定史料汇编》(下册),1976年刊行,第341页。转引自张生:《中国近代民法法典化研究》,中国政法大学出版社2004年版,第259页。

㉜徐杰舜:《汉族风俗史》(第1卷),学林出版社2004年版,第321页。

㉝刘国强:《我国传统婚约制度及其近代转型》,《探索与争鸣》2009年第12期,第108页。

㉞韩忠谟:《法学绪论》,中国政法大学出版社2002年版,第23页。

㉟裴桦、王丽霞:《论婚姻法的伦理性与传统性》,《新视野》2011年第5期,第79页。

㊱王歌雅、温汉生:《宏观架构与立法审思——关于婚姻家庭制度的完善》,《学术交流》2001年第1期,第41页。

㊲《德国民法典》,台湾大学法律学院、台大法学基金会编译,北京大学出版社2017年版,第1044-1046页。

㊳《瑞士民法典》,戴永盛译,中国政法大学出版社2016年版,第45-46页。

㊴《奥地利普通民法典》,戴永盛译,中国政法大学出版社2016年版,第13页。

㊵《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第30页。

㊶该裁判观点自1915年1月26日在大蕃院民事裁判例中出现之后,便被多次援用,成为日本处理婚约问题的裁判依据。参见日本最高裁判所1962年12月25日判決,载日本“裁判所”网站, https://www.couts.go.jp/app/files/hanrei_jp/866/

065866_hanrei.pdf, 2020年9月26日访问。

⑫[日]近江幸治『親族法相統法(民法講義)』(成文堂, 2010年)39頁參照。

⑬杨遂全:《婚姻家庭亲属法学》, 清华大学出版社2011年版, 第76页。

⑭朱庆育:《民法总论》, 北京大学出版社2013年版, 第81页。

⑮汪渊智:《论民法上的事实行为》,《山西大学学报(哲学社会科学版)》2003年第3期, 第84页。

⑯苏达志:《违反婚约之财产上损害赔偿》,《台大法学论丛》1987年11月, 第222页。

⑰史尚宽:《亲属法论》, 中国政法大学出版社2000年版, 第122页。

⑱[德]迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》, 王葆苜译, 法律出版社2010年版, 第31-32页。

⑲王泽鉴:《民法总则》, 北京大学出版社2009年版, 第239页。

⑳韩战博:《对婚约制度法律化的若干建议——基于自然债权视角》,《学术交流》2017年第4期, 第84页。

㉑周相:《罗马法原论》(下册), 商务印书馆2014年版, 第841页。

㉒中国学界一般称其为“准契约”, 但法国民法典及法国学界称其为“准合同”, 两者基本同义, 故不做区分。

㉓李世刚:《法国新债法: 债之渊源(准合同)》, 人民日报出版社2017年版, 第58页。

㉔王利明:《准合同与债法总则的设立》,《法学家》2018年第1期, 第125页。

㉕王利明:《准合同与债法总则的设立》,《法学家》2018年第1期, 第118页。

㉖杨立新:《论人格利益准共有》,《法学杂志》2004年第6期, 第12页。

㉗崔建远:《物权: 规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》(上册), 清华大学出版社2011年版, 第482-483页; 谢在全:《民法物权论》(上册), 中国政法大学出版社2011年版, 第410页; 唐勇:《论共有: 按份共有、共同共有及其类型序列》, 北京大学出版社2019年版, 第78页。

㉘张作华:《亲属身份行为分类研究》,《政法论坛》2009年第3期, 第97页。

㉙虽然有一些债权契约类型旨在满足行为人精神上的需求, 如旅游合同, 但对提供旅游服务者而言, 其缔结契约的初衷依然是获取经济利益。总之, 在债权契约中, 至少有一方缔

结契约是出于经济上的考量。

㊱该款规定, 婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议, 适用有关该身份关系的法律规定; 没有规定的, 可以根据其性质参照适用本编规定。

㊲熊进光:《论婚约解除的民事责任——从我国首例因征婚引出巨额财产纠纷案说起》,《河北法学》2004年第9期, 第63页; 相同观点亦见于张燕玲:《论我国亲属法中婚约制度的创立——兼评〈婚姻法〉司法解释(二)第10条》,《法学论坛》2010年第2期, 第82页。

㊳史尚宽:《亲属法论》, 中国政法大学出版社2000年版, 第114页; 相同观点亦见于苏蒲霞、张思远:《比较法视角的我国婚约制度构建》,《重庆社会科学》2013年第2期, 第22页。

㊴田韶华:《民法典编纂中身份行为的体系化建构》,《法学》2018年第5期, 第88页。

㊵史尚宽:《亲属法论》, 中国政法大学出版社2000年版, 第9页; [日]中川善之助『身分法の總則的課題: 身分權及び身分行為』(岩波書店, 1941)115頁。

㊶张作华:《亲属身份行为的分类研究》,《政法论坛》2009年第3期, 第93-94页。相似观点亦见于田韶华:《民法典编纂中身份行为的体系化建构》,《法学》2018年第5期, 第86页。

㊷丁慧:《身份行为效力判定的法律基准——在身份法理念 and 身份法规范之间》,《法学杂志》2015年第2期, 第20页。

㊸王礼仁:《婚姻诉讼前沿理论与审判实务》, 人民法院出版社2009年版, 第94-95页。

㊹刘建霞:《也谈婚约的概念、性质与效力问题》,《青海民族学院学报(社会科学版)》2009年第2期, 第128页; 相同观点亦见于丁慧:《身份行为基本理论的再认识》,《法学杂志》2013年第1期, 第46-47页。

㊺[葡]威廉·德奥利维拉、[葡]弗朗西斯科·佩雷拉·科埃略:《亲属法教程》, 林笑云译, 法律出版社2019年版, 第6页。

㊻[葡]威廉·德奥利维拉、[葡]弗朗西斯科·佩雷拉·科埃略:《亲属法教程》, 林笑云译, 法律出版社2019年版, 第103页。

㊼陈琪炎等:《民法亲属新论》(第14版), 三民书局2018年版, 第63页。

㊽[德]迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》, 王葆苜译, 法律出版社2010年版, 第30页。

㊾山东省莒县人民法院(2018)鲁1122民初57号民事判决书。

㊿该款规定: 配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女为近亲属。

①[德]埃尔温·多伊奇、[德]汉斯·于尔根·阿伦斯:《德国侵

权法》(第5版),叶名怡、温大军译,中国人民大学出版社2016年版,第214页。

⑦[日]近江幸治『親族法相統法(民法講義)』(成文堂,2010年)40頁參照。

⑧河南省光山县人民法院(2013)光民初字第00094号民事判决书。

⑨苏州市中级人民法院(2019)苏05民终136号民事判决书。

⑩[德]迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,王葆荫译,法律出版社2010年版,第31-32页。

⑪史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第131页。

⑫[日]中川善之助『身分法の徳則的課題:身分權及び身分行為』(岩波書店,1941)298、299頁參照。

⑬李世刚:《法国侵权责任法改革——基调与方向》,人民日报出版社2017年版,第144-145页。

⑭[日]前田達明『民法Ⅵ2(不法行為法)』(青林書院新社,1980)283頁參照。

⑮王洪亮:《强制履行请求权的性质及其行使》,《法学》2012年第1期,第107页。

⑯韩世远:《合同法论》,法律出版社2018年版,第769页。

⑰因为婚约满足《民法典》第495条第1款对预约的界定。后者规定,当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等,构成预约合同。

⑱王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第63页;韩世远:《合同法论》,法律出版社2018年版,第93-94页。

⑲林涸民:《预约学说之解构与重构——兼评〈民法典〉第495条》,《北方法学》2020年第4期,第29页。

⑳陆青:《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》,《法学家》2013年第3期,第124页。

㉑《德国民法典》,台湾大学法律学院、台大法学基金会编译,北京大学出版社2017年版,第1044页。

㉒《瑞士民法典》,戴永盛译,中国政法大学出版社2016年版,第45页。

㉓《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第30页。

㉔[葡]威廉·德奥利维拉、[葡]弗朗西斯科·佩雷拉·科埃略:《亲属法教程》,林笑云译,法律出版社2019年版,第206页。

㉕[日]内田貴『民法Ⅳ:親族・相統』(東京大學出版會,2002年)88頁。

㉖姚明斌:《违约金的双重功能论》,《清华法学》2016年第

5期,第134页。

㉗王洪亮:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第424页。

㉘韩世远:《合同法论》,法律出版社2018年版,第825页。

㉙事物本质系指,法律理念或法律规范应当与生活事实相互适应,合二为一。参见[德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》,吴从周译,学林文化事业出版社1999年版,第8页。

㉚刘建霞:《也谈婚约的概念、性质与效力问题》,《青海民族学院学报(社会科学版)》2009年第2期,第129页。

㉛四川省马边彝族自治县人民法院(2019)川1133民初355号民事判决书。

㉜[日]松坂佐一『民法提要:親族法・相統法』(有斐閣,1962年)52頁。

㉝云南省红河县人民法院(2019)云2529民初439号民事判决书。

㉞广西壮族自治区浦北县人民法院(2020)桂0722民初233号民事判决书。

㉟如关于彩礼性质的认定,有目的性赠与说、附条件赠与说等。

㊱肖峰、田源主编:《婚姻家庭纠纷裁判思路与裁判规则》,法律出版社2017年版,第2页。

㊲《商丘市中级人民法院关于审理婚约财产纠纷案件的裁判指引(试行)》第5条。

㊳《深圳市中级人民法院关于婚姻家庭纠纷案件的裁判指引(2014修订)》第17条。

㊴例如,《商丘市中级人民法院关于审理婚约财产纠纷案件的裁判指引(试行)》第3条规定:小额赠礼不得要求返还,有特殊意义数额的财产给付应认定为赠与,单次超过3000元或累计超过30000元的财产给付应予返还,购房款、购车款应予返还。

㊵尹志强:《〈民法典〉公平责任的理解与适用》,《社会科学研究》2020年第5期,第22页。

㊶韩世远:《民法基本原则:体系结构、规范功能与应用发展》,《吉林大学社会科学学报》2017年第6期,第12页。

㊷陈林林:《基于法律原则的裁判》,《法学研究》2006年第3期,第8页。

㊸余延满:《亲属法原论》,法律出版社2007年版,第155页。

㊹《民法典》第1054条第2款:婚姻无效或者被撤销的,无过错方有权请求损害赔偿。

㊺该条规定:受害人和行为人对损害的发生都没有过错

的,可以根据实际情况,由双方分担损失。

⑪该条规定:受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,依照法律的规定由双方分担损失。

⑫尹志强:《〈民法典〉公平责任的理解与适用》,《社会科学研究》2020年第5期,第20页。

⑬[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第274页。

⑭黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第89-90页。

⑮吴国喆:《公平责任的滥用及其应对——从侵权责任法第24条到民法典第1186条》,《西北师大学报(社会科学版)》2020年第6期,第51页。

⑯吴国喆:《公平责任的滥用及其应对——从侵权责任法第24条到民法典第1186条》,《西北师大学报(社会科学版)》2020年第6期,第46页。

⑰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侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第208页。

⑱叶金强:《〈侵权责任法〉第24条的解释论》,《清华法学》2011年第5期,第40页。

⑲丁慧:《身份行为基本理论的再认识》,《法学杂志》2013年第1期,第47页。

⑳王利明:《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评》,《法商研究》2014年第1期,第54页。

㉑王利明:《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评》,《法商研究》2014年第1期,第55页。

㉒最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,《人民法院出版社》2012年版,第61页。

㉓该条规定:当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的,对方可以请求其承担预约合同的违约责任。

㉔参见黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第48页;王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2013年版,第170页;王利明:《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评》,《法商研究》2014年第1期,第55页;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第96页。

㉕韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第96页。

㉖《民法典》第787条规定:“定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同,造成承揽人损失的,应当赔偿损失。”

㉗《民法典》第933条区分无偿委托和有偿委托,在前者,无过错的任意解除权一方须向对方承担“直接损失”的赔偿;

在后者,须向对方承担“直接损失”和“履行利益”的赔偿。

㉘[日]内田贵『民法Ⅳ:親族・相続』(东京大学出版会,2002年)88頁。

㉙史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第122页。

㉚陈琪炎等:《民法亲属新论》(14版),三民书局2018年版,第64页。

㉛史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第141页;[葡]威廉·德奥利维拉·弗朗西斯科·佩雷拉·科埃略:《亲属法教程》,林笑云译,法律出版社2019年版,第211页。

㉜[德]迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,王葆莪译,法律出版社2010年版,第34页。

㉝于韞珩:《违约责任中的信赖利益赔偿》,《环球法律评论》2015年第3期,第95页。

㉞韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第95-96页。

㉟于韞珩:《违约责任中的信赖利益赔偿》,《环球法律评论》2015年第3期,第106页。

㊱张金海:《论违约救济中徒然支出的费用的补偿:必要性与路径选择》,《政治与法律》2012年5期,第104页。

㊲于韞珩:《违约责任中的信赖利益赔偿》,《环球法律评论》2015年第3期,第106页。

㊳韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第96页。

㊴但此时的责任性质仍为违约责任,因“缔约过失责任与违约责任区别的关键不在于须赔偿的受损害利益的类型,而在于义务违反的类型,即与损害有因果关系的义务违反究竟发生在缔约过程中抑或履约过程中”。参见孙维飞:《〈合同法〉第42条(缔约过失责任)评注》,《法学家》2018年第1期,第190-191页。

㊵王泽鉴:《信赖利益之损害赔偿》,载《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社2015年版,第1328页。

㊶孙维飞:《〈合同法〉第42条(缔约过失责任)评注》,《法学家》2018年第1期,第190页。

㊷[日]松坂佐一『民法提要:親族法・相続法』(有斐閣,1962年)52頁。

㊸[德]迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,王葆莪译,法律出版社2010年版,第34页;史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第151-152页;[日]松坂佐一『民法提要:親族法・相続法』(有斐閣,1962年)52頁。

㊹[葡]威廉·德奥利维拉·[葡]弗朗西斯科·佩雷拉·科埃略:《亲属法教程》,林笑云译,法律出版社2019年版,第207页。

㊺[葡]威廉·德奥利维拉·[葡]弗朗西斯科·佩雷拉·科埃略:

《亲属法教程》，林笑云译，法律出版社2019年版，第207页。

⑮[德]迪特尔·施瓦布：《德国家庭法》，王葆蔚译，法律出版社2010年版，第35页。

⑯张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社2016年第4版，第29页。

⑰李永军：《非财产性损害的契约性救济及其正当性——违约责任与侵权责任的二元制体系下的边际案例救济》，《比较法研究》2003年第6期，第58页。

⑱其中，剔除了1例侵害名誉权的案例及2例关于“欺诈性抚养”情形下的精神损害赔偿案例。因在前者中，侵权人将受害人的个人身份信息及照片公布于众且直指受害人诈婚骗婚，该行为已经构成独立的侵害名誉权的行为，而非因违反婚约引发；至于后者，该案型发生的情境已并非婚约，当事人此时已处于事实婚姻关系当中，非本文研究范围。

⑲山东省莱西市人民法院(2018)鲁0285民初7817号民事判决书。

⑳河北省保定市莲池区人民法院(2016)冀0606民初1871号民事判决书。

㉑四川省叙永县人民法院(2018)川0524民初3527号民事

判决书。

㉒贵州省贵阳市花溪区人民法院(2017)黔0111民初3544号民事判决书。

㉓王泽鉴：《民法学说与判例研究》(重排合订本)，北京大学出版社2015年版，第30页。

㉔陈琪炎等：《民法亲属新论》(第14版)，三民书局2018年版，第64页。

㉕[日]松坂佐一『民法提要：親族法・相続法』(有斐閣，1962年)52頁。

㉖尹志强：《论违约精神损害赔偿的正当性及适用范围》，《中国政法大学学报》2014年第6期，第109页。

㉗李永军：《非财产性损害的契约性救济及其正当性——违约责任与侵权责任的二元制体系下的边际案例救济》，《比较法研究》2003年第6期，第62页。

㉘尹志强：《论违约精神损害赔偿的正当性及适用范围》，《中国政法大学学报》2014年第6期，第115页。

㉙该条规定，因当事人一方的违约行为，损害对方人格权并造成严重精神损害，受损害方选择请求其承担违约责任的，不影响受损害方请求精神损害赔偿。

Analysis on the Engagement and the Damages Caused by Its Dissolution

Li Shanping

Abstract: Despite there is no stipulation about the engagement in the Civil Code, there are a large number of engagement property disputes in judicial practice. In addition to the bride price refund dispute, there is no law to resolve other disputes, such as how to share the expenses due to the trust that the marriage will be concluded. In judicial practice, judges often resort to legal techniques such as principle of fairness and equitable liability, but these approaches are not appropriate. From the perspectives of solving practical disputes, continuing the legislative tradition, conforming to social marriage customs and learning from the experience of comparative law, the engagement should be included in the civil law. The due nature of the engagement is a quasi-identity contract, and the obligations involved in the engagement cannot be claimed for compulsory performance or compensation for damages of substitute performance. In terms of interpretation, to solve the disputes over damages caused by the dissolution of the engagement, the judge can only resort to the equitable liability, liability for tort or culpa in contrahendo. In the terms of legislation, the breach of engagement should bear the liability for breach of contract. If one party unjustifiably breaks the engagement or causes the other party to dissolve the engagement due to fault, this party should bear the responsibility for damages of the trust interest. The compensation shall cover the reasonable expenses and liabilities due to the trust that the marriage will be concluded, as well as the damage suffered from the disposition of property or occupation, excluding in principle mental damages.

Key words: engagement; quasi-identity contract; dissolution of engagement; liability for breach of contract; damages