



中国青年政治学院

CHINA YOUTH UNIVERSITY FOR POLITICAL SCIENCES

法学文库

民法学视野中的情谊行为

GEFÄLLIGKEIT IN
PERSPECTIVE OF CIVIL LAW

王雷◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

本书得到中国青年政治学院出版基金资助

民法学视野中的 情谊行为

GEFÄLLIGKEIT IN
PERSPECTIVE OF CIVIL LAW

王雷◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

民法学视野中的情谊行为 /王雷著. —北京:北京大学出版社,2014.1
ISBN 978-7-301-23591-1

I. ①民… II. ①王… III. ①民法-法的理论-中国 IV. ①D923.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第299707号



书 名:民法学视野中的情谊行为

著作责任者:王 雷 著

责任编辑:陈 康

标准书号:ISBN 978-7-301-23591-1/D·3478

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博:@北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱:yandayuanzhao@163.com

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

印 刷 者:北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者:新华书店

730毫米×980毫米 16开本 18.75印张 278千字

2014年1月第1版 2014年1月第1次印刷

定 价:39.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

新中国的法学研究起步于 20 世纪 50 年代,改革开放以来不断发展,现在达到了空前的繁荣。当前,中国特色社会主义法律体系已经形成,建设社会主义法治国家的历史重任业已摆在了我们的面前,完备的法治需要先进的法律文化,先进的法律文化必然能推动完备法治的形成。当代中国的法律学者任重道远,我们应该有信心、有能力建立起有中国特色的法学理论体系,创造出引领中国法治建设的先进的法律文化。

中国青年政治学院法律系的法学研究人员同样担负着这样的使命和责任,并积极参与其中。中国青年政治学院法律系成立于 1993 年,伴随着我国改革开放的深入和法治建设的进程,不断发展壮大。该系是一个年轻的教学科研单位,广大教师年富力强,绝大多数是改革开放以后在国内外著名大学取得博士学位的青年才俊。他们热爱法学教育事业,关心我国的法治建设,思想活跃,科研能力较强,科研成果丰富,把他们的优秀科研成果汇编成丛书,不仅是对他们的鼓励,也能够极大地促进我校的法律科学研究,并为国家的法治建设作出独特的贡献。

基于这样的目的,我们编辑出版了《中国青年政治学院法学文库》。该文库以反映在中国青年政治学院法律系工作的法律学者的研究成果,促进我国法治建设和法学的繁荣、发展,促进我校科学研究和人才培养,扶植学术新生力量为主要宗旨,由学院学术委员会和法律系学术委员会审慎选择我校法律研究人员的优秀学术成果,由中国青年政治学院逐年资助出版。

2 民法学视野中的情谊行为

列入出版计划的相关书籍涵盖法学各个学科,观点新颖,思想丰富,学术规范,论证严密,不失为优秀的法学著作。学术事业是一个薪火传承的事业,今后,本文库将不断推出新人新作,希望中国青年政治学院法律系教师能够继续潜心治学、求真求新、务实严谨,并且凝聚成一个朝气蓬勃、锐意进取的学术团体,创造出更高、更有分量的学术成果,为繁荣我国的法学研究和法学教育事业贡献自己的力量。

王新清

中国青年政治学院常务副院长、教授

序 一

长期以来,伴随中国民事立法不断前进的步伐,中国民法学研究主要是立法论导向的研究,而且过多侧重比较法分析方法。2011年,中国特色社会主义法律体系已经形成,解释论导向的研究在中国民法学中的地位会越来越重要。

在民法学解释论研究的过程中,如何面对中国的问题、运用世界的眼光来展开,就很重要。我欣喜地看到王雷同学的博士论文《论民法学视野中的情谊行为》就是一篇面对中国的问题、运用世界的眼光佳作。

2011年2月24日,我参加了王雷同学这篇博士论文的预答辩,在预答辩过程中,我对其论文作了如下评议:

第一,论文的选题很好。民法学界长期以来侧重对能产生法律效果的法律行为的研究,对事实行为乃至情谊行为的研究未引起足够的重视,也没有深入的研究成果。这篇博士论文对民法学视野中的情谊行为作了深入研究,填补了相关领域的研究空白,富有建设性和创新性,是重要的理论创新成果。

第二,论文的视野开阔。作者详细考察了情谊行为的相关问题,并运用类型化的研究方法进行梳理,围绕情谊行为需要探讨的问题基本都归纳涉及了,全面考察工作做得很好。作者也结合中国的实践,拓展了情谊行为的传统类型,提供了中国的智慧。

第三,论文资料收集方面下了工夫。作者运用了大量一手文献,看了很多书,包括大量的中外案例,很不容易,希望博士生在论文写作的过程中向作者学习。

4 民法学视野中的情谊行为

第四,论文有鲜明的法学方法论意识。作者创新利益动态衡量的研究方法,并将之贯穿全文,作为对情谊行为相关价值判断问题的主要研究方法,比如对义务帮工和见义勇为等就讨论得非常好,在解释论乃至立法论方面都得出了一些富有启发意义的结论。作者对功能比较分析方法、法律的文化解释、交叉学科分析等方法都有妥帖有力的运用,显示了作者良好的法学方法论功底。

《论民法学视野中的情谊行为》是一篇非常好、很出色的博士论文,具有很强的创造性、开拓性,也是我国学界迄今为止第一部系统、深入探讨该问题的专著,作者大胆弥补了民法学研究空白,是我国法学界近年来难得一见的优秀论文。

未来,中国民事立法和民法学研究必将向世界提供越来越多的中国元素和中国贡献,中国民法学者使命光荣、任务艰巨。王雷是王轶教授指导的博士生,如今,王雷博士也走上了学术研究的道路,衷心希望王雷博士能够继续谦虚、谨慎、不骄不躁,继续艰苦奋斗,在学术研究的道路上坚定踏实地走下去,取得更大的成绩。

王利明

2012年1月17日于中国人民大学明德法学楼

序 二

记得还是在参与撰写王利明老师主编的 21 世纪《民法》教材时,写到“民事法律关系”一章,就如何界定民事法律关系,踌躇良久。起初欲效法大多数民法教科书,将其定义为“民法调整所形成的民事主体之间以民事权利和民事义务为内容的法律关系”,但随即一想,感觉这一定义一方面未能将所谓“私法上的权力”“受到的其他法律拘束”等民事法律关系的内容纳入其中;另一方面,这一定义是对业已被认定为民事法律关系的社会关系“提取公因式”的结果,不但无助于回答如何区分民事法律关系与情谊关系的问题,甚至在一定意义上遮蔽了这个极有价值的问题。基于这样的考虑,21 世纪《民法》教材将民事法律关系界定为“平等主体之间具有‘可诉性’的社会关系”,意在强调民法调整的只能是平等主体之间的一部分社会关系,民事法律关系与情谊关系的区分是一个民法问题中的价值判断问题。此后情谊关系及其相关问题就成为我一直很感兴趣但一直存有颇多疑惑的领域。

当王雷决定以《论民法学视野中的情谊行为》为题撰写博士学位论文时,我欣然同意了。王雷的硕士学位论文就是我指导的,题目是《客运合同中乘客人身损害赔偿请求权研究》,论文得到了答辩委员会很高的评价,后来全文发表在梁慧星老师主编的《民商法论丛》第 44 卷中。我相信王雷能够在情谊行为的研究上取得进展。当时我给他提出的要求是:在尽量广泛搜集、梳理资料的基础上,推进学界在这一领域的思考,并尽可能在写作博士学位论文的过程中找到适合自己的分析问题的框架。

从民法学的视角讨论情谊行为,核心的问题自然是情谊行为与民

6 民法学视野中的情谊行为

事行为的区分,这是一个民法问题中的价值判断问题。对于此类问题,在价值取向多元的背景下,若不从最低限度的价值共识出发,就难以形成最低限度的讨论共识。王雷在论文中采取利益动态衡量为主的研究方法,提出了两项实体性论证规则:第一,在没有足够充分且正当理由的情况下,应该否定商事行为(乃至一般性的财产行为)的情谊行为属性,肯定(推定)民事行为规则适用的可能性;第二,在没有足够充分且正当理由的情况下,应该肯定(推定)身份协议(身份行为)的情谊行为属性,否定民事行为规则适用的可能性。而否定上述推定的足够充分且正当的理由就要从利益衡量的一系列动态判断标准中去寻找,这均须由否定上述推定之人承担论证责任。这是两项相当重要的论证规则!它们一方面脱胎于既有的价值共识,并阐明了包含其中的论证负担规则;另一方面又面向各种论证程序、论证技术和论证方法开放,具有相当的包容性,确实推进了民法学界在这一领域的研究。在我看来,王雷实现了他写作博士学位论文的预期目的。

王雷是一个珍惜时间、珍惜学习机会、热爱学术研究的人。他所在硕士班和博士班的同学不止一次告诉我,他是班里最用功的学生之一,每天读书到凌晨三四点钟,阅读的范围也相当广泛。即使是在获得博士学位、走上教学科研岗位之后,他仍然坚持参加我组织的读书会,每次的发言,他都认真准备,资料翔实,说理透彻,新见迭出,我自己也从中获益不少。这是一位既有知识,又有见识的年轻学人,真诚祝愿他越走越好!

王 轶

2013年8月8日于中国人民大学明德法学楼

目 录

—— 第一编 总论 ——

第一章 前言

第一节 情谊行为简介	3
第二节 本书的讨论范围	5
第三节 情谊行为的研究意义	6

第二章 情谊行为的基础理论

第一节 情谊行为的定义及名称	8
第二节 情谊行为的法律性质	16
第三节 情谊行为的特征	21
第四节 情谊行为的类型化	29
第五节 情谊行为的比较法概观	32
第六节 法律对情谊行为的介入程度	40
第七节 从伦理学等方面看情谊行为的存在基础	46

第三章 情谊行为的问题属性与研究方法

第一节 情谊行为问题的理论属性	52
第二节 对情谊行为问题的研究方法	69

第四章 情谊行为与民事法律行为的区别

第一节 情谊行为与民事法律行为的区分意义	83
第二节 民事法律行为的构成要素分析	86
第三节 情谊行为与民事法律行为的本质区别	93

2 民法学视野中的情谊行为

第四节 情谊行为与民事法律行为的具体区分标准	99
第五节 总结	122

—— 第二编 分论 ——

第五章 情谊合同

第一节 合同的法律约束力	127
第二节 合同法律约束力的来源及其评析	130
第三节 无法律约束力的合同举要	135
第四节 情谊合同	139
第五节 总结	150

第六章 情谊无因管理行为

第一节 无因管理的理论基础与情谊行为	152
第二节 帮工行为	156
第三节 见义勇为行为	164
第四节 总结	190

第七章 情谊侵权行为

第一节 情谊侵权行为概述	192
第二节 共同饮酒中的情谊侵权行为	194
第三节 好意同乘中的情谊侵权行为	206
第四节 总结	229

第八章 身份情谊行为

第一节 婚姻家庭领域的情谊行为概述	230
第二节 以人身权益为主的身份情谊行为	241
第三节 以财产权益为主的身份情谊行为	244
第四节 总结	256

第九章 结语

参考文献

后记

第一编

总 论

第一章 前言

第一节 情谊行为简介

人是有局限性的存在,人的能力有限,要去适应乃至征服自然界中的众多不确定因素,人们必须结成社会,在人与人的互动中使得个体与群体得以保存和发展。可以说人“生来就是要过社会生活的”,生命就是微小的、相互依赖的、稳定的社会群体,“但是他在社会里却可能把其他的人忘掉”“立法者通过政治的和民事的法律使他们尽他们的责任”。^① 在人与人通过行为进行互动交往的过程中,既会产生诸多的欢喜和快乐,也会引发无尽的懊恼和愁苦,民事法律便是调整个人与个人之间社会关系的一种重要手段,人类凭此得以增进快慰、纾解苦难。^②

人际交往行为的类型多种多样,利人利己、损人利己、损己利人、害人害己等皆有可能,损人不利己、利人不损己、利己不损人、损己不利人等也属客观存在。人们是伦理的存在,民法对人们的这些伦理选择也作出了或多或少的表态以示引导。利人利己的典型就是合同法上的双务有偿合同,在资源有限的背景下,这也是最值得鼓励的互惠利他行为模式,法律对其持鼓励交易的姿态。对损人利己、损人不利己、害人害己诸行为,不管你的动机是利己、不利己甚至是害己,既然你的行为损害了其他人,侵权责任法等就会考虑对受损害的利益进行重新调整,以力图使其恢复到损害未发生时的状态。侵权责任法就损

^① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1976年版,第3页。

^② 参见[日]星野英一:《私法中的人》,王闯译,中国法制出版社2004年版,第1—4页。

4 民法学视野中的情谊行为

己不利人的行为秉持的是责任自负的态度,任何人要对其不利于自己的行为选择承担相应的后果。对损己利人与不损己利人的行为,法律在无因管理等制度上也作出了相应的承认和鼓励。^①

从文意上看,情谊是指“人与人相互关切、爱护的感情”。^② 概括地说,情谊行为就属于损己利人、不损己利人行为的一种,是以建立、维持或者增进与他人的情谊为目的,后果直接利他的行为。^③ 实际上,情谊行为(Gefälligkeit)在民法学上也不是一个有确定含义的概念^④,《德国民法典》对其并无直接明文规定,它产生于德国判例,是一种发生在法律层面之外的行为,不能依法产生相应的法律后果,因此有学者将其称为“社会层面上的行为”(Geschäften auf der gesellschaftlichen Ebene)^⑤,也有学者将其称为“好意施惠关系”或者“施惠关系”^⑥。

① 茅于軾教授曾根据人的行为后果按人对己、有利有害的标准,将人的行为分为利人利己、损人利己、损己利人和损人不利己四种,参见茅于軾:《中国人的道德前景》(第三版),暨南大学出版社2008年版,第二章第五节“道德有没有经济价值”。王海明教授则对人的伦理行为采取无私利他、为己利他、单纯利己、纯粹害己、损人利己、纯粹害他的类型划分,参见王海明:《新伦理学》(修订版),商务印书馆2008年版。笔者综合此两种学说在本段中做了最大程度的类型化界定。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(第五版),商务印书馆2005年版,第1117页。

③ 当然需要特别指出的是,行为的非利己性或者行为的利他性均不足以说明该行为属于非法律行为或者情谊行为,情谊行为和法律行为的区别是一个综合动态的标准体系,只是说情谊行为属于利他行为而已,参见笔者在本书第二章第三节的论述。另参见Guido Dahmann, *Gefälligkeitsbeziehungen*, Dissertation Friedrich-Alexanders-Universität 1935, S. 5. 另外,实务上也有承认互惠互利的情谊行为,参见“刘艳等诉郑文辉人身损害赔偿纠纷案”,载最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》2009年第2辑(总第68辑),人民法院出版社2009年版,第113—122页。

④ Vgl. J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. 1995 Sellier-de Gruyter. Berlin. S. 74.

⑤ Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9. neu bearbeitete Auflage, 2006 C. F. Müller Verlag Heidelberg, S. 78.

⑥ 王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第156页;黄立:《民法债编总论》,台北元照出版有限公司2006年版,第15页。

第二节 本书的讨论范围

情谊行为在民法及民法学上的地位如何、情谊行为的类型有哪些、情谊行为可能导致的法律责任有哪些,这些都将是本书重点讨论的问题。情谊行为的纠纷经常发生在好心却办了坏事的情况下,那时情谊的建立、维持或者增进,可能会因为后果的不如意而落空,民法及民法学对此会贡献哪些智慧呢?本书会努力给出解答。当然,即使是好心办成了好事,也不乏办好事者主动请求报酬或者被帮助者要求情谊行为施惠者将好事办到底等情况,这些也都需要在民法及民法学视野中找到解决之道。

具体的,本书将讨论情谊行为的定义、性质、特征等基本问题,并讨论情谊行为和民事法律行为的区分标准。情谊行为是一个抽象的一般概念,特别是如上所言,对情谊行为进行概念界定又比较困难,单凭此不足以掌握生活现象的多样表现形态并对人们的行为作相对确定的指引,此时,类型化的方法就成为沟通抽象概念与具体个案的桥梁。^① 本书对情谊行为主要类型化为纯粹的情谊行为、情谊合同、情谊无因管理(如见义勇为等)、情谊侵权行为、婚姻家庭领域的身份情谊行为(如忠诚协议等),本书会逐一对相关具体类型展开分析。

围绕以上讨论范围,本书的重点问题有二:一是通过讨论情谊行为和民事法律行为的区别,理清民事法律行为的具体规则在情谊行为相关问题上能否适用及若能适用其适用的程度有多大,这是最核心的问题^②;二是讨论情谊行为中无偿性、好心为他等行为特征或者动机因素对民事责任构成及其后果的影响。这些问题不仅涉及情谊行为的理论构建,而且更有深远的实务意义,比如在情谊行为引发民事责任的构成上,一般过失或者重大过失的要件要求对当事人的利益安排和

^① 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第337页。

^② Hans-Dietrich Pallmann, *Rechtsfolgen aus Gefälligkeitsverhältnissen*. Dissertation Tübingen 1971, S. 13.

未来行为的导向就有很大不同。^① 在德国,人们可以查阅到大量有关情谊行为和合同界限的研究论文,但情谊关系中的民事责任问题却较少被探讨^②,笔者将对这两类问题作出系统讨论。

第三节 情谊行为的研究意义

情谊行为作为一个民法价值判断问题,能够向我们展示在法律发现、特别是法律发展问题上以利益衡量为中心的价值判断问题讨论方法的具体操作过程。民法将一些生活事实上升为民事法律事实,然后进行一般性的调整。通行的法学理论认为,价值判断问题是对涉案行为(如民事法律事实)进行合法性的判断^③,但是对某一生活事实能否构成民事法律事实这一前提性问题却少有讨论。笔者在情谊行为这一问题上,力图拓宽民法价值判断问题的讨论范围,将情谊行为能否进入民法调整的范围以及进入的程度作为一个价值判断问题进行系统讨论,并努力展现对该价值判断问题的讨论并不必然陷入简单循环论证或者武断终止论证的宿命,民法学对此价值判断问题发展出来一些理性讨论的方法,对其进行论证的过程中也能够增加足够充分且正当的说服理由,并在此基础上逐渐达成价值共识以终止论证。

比较法学上经常会将情谊行为放在法律行为的部分进行讨论,也经常会出现情谊合同的概念,实际上,情谊行为问题的核心就是要理清其与民事法律行为的边界,查明民事法律行为的实定法规则是否以及在多大程度上可以适用于情谊行为领域^④,这有助于深化对民事法律行为本质的理解。情谊合同等理论也能够使我们明确影响合同法律约束力的诸多制约因素;对情谊无因管理的研究能够系统展示,

① Vgl. Guido Dahmann, *Gefälligkeitsbeziehungen*, Dissertation Friedrich-Alexanders-Universität 1935, S. 20.

② Vgl. Bettina Hürlimann-Kaup, *Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen*. Dissertation Universität Freiburg Schweiz 1998, 1999 by Universitätsverlag Freiburg Schweiz S. 2.

③ 参见〔奥〕汉斯·凯尔森:《法律科学中的价值判断》,张书友译,载葛洪义主编:《法律方法与法律思维》(第4辑),法律出版社2007年版,第328页;另参见 Hans Kelsen, *Norm and Value*, 54 California Law Review 1624 (1966)。

④ Hans-Dietrich Pallmann, *Rechtsfolgen aus Gefälligkeitsverhältnissen*, Dissertation Tübingen 1971, S. 13.