

四川大学法学院

主办

里赞 主编

望江法学

2012年卷 总第六卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

四川大学法学院 主办

里赞 主编

望江法学

2012年卷 总第六卷

图书在版编目(CIP)数据

望江法学. 2012 年卷: 总第 6 卷 / 里赞主编. —北京: 法律出版社, 2013. 3
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4758 - 4

I. ①望… II. ①里… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 056187 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/13.75 字数/230 千

版本/2013 年 4 月第 1 版

印次/2013 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4758 - 4

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 办

四川大学法学院

顾 问

周应德 赵炳寿 黄肇炯

学术委员会

名誉主任:杨泉明

主 任:唐 磊

副 主 任:里 赞

委 员:(按姓氏笔划排序)

马静华	万 毅	王建军	王建平	王 竹	古立峰
左卫民	龙宗智	向朝阳	李 平	刘昕杰	张 斌
张家勇	杜玉琼	杨翠柏	杨泉明	杨遂全	陈界融
陈永革	里 赞	金 明	周 伟	唐 磊	徐继敏
顾培东	曾 彤	谢维雁	喻 中	魏 东	

主 编

里 赞

学生编辑

陈长宁(常务)	方 延(常务)	陈邦达
崔玉冰	孔德王	唐 棣
王隆文	张 恒	张苏弢
何盼盼	刘 洋	舒 岚

目 录

论文

张家勇	论情谊行为与法律行为的区分	(1)
王 竹 谈 亮	我国民商事法律“易燃、易爆”用语中顿号之否定	(23)
李莎莎	论我国物的瑕疵担保责任第三人请求权	(35)
代 琴	我国草原承包制度的合理性研究 ——以内蒙古地区为基础分析	(45)
杨志敏 郭 凯	提升我国软件企业版权保护与运用水平的 对策分析	(58)
王建平	土壤污染灾害治理三论	(66)
薛 培 王建涛	车内藏赃犯罪盘查取证困厄之检讨	(79)
郑莉芳	诈骗犯罪行为分析	(93)
潘利平	非监禁刑执行体制研究	(103)
陈永革	治理“裸官”探析	(113)
王仰文	论作为行政责任承担方式的行政处理行为	(119)
杜玉琼	贸易与可持续发展 ——中国稀土案的法律思考	(129)
武丽梅	论人民调解协议的司法确认制度	(137)
苏镜祥 李 鑫	挑战与应对:网络舆情对司法公信的影响	(147)

译文

[美]理查德·拉扎勒斯

王 慧 张德昭 译

超级难题与气候变化:束缚当下以解放未来 (157)

评论

杨 晖

繁华后的迷惘:法律“文化类型”研究与批判 (170)

陈艳凤

超越法律的图景展开
——读波斯纳的《超越法律》 (180)

蒋志如

如何由“50 岁现象”迈向“波斯纳现象”:
一个初步的思考 (191)

论情谊行为与法律行为的区分

张家勇*

情谊行为作为与“法律行为”(Rechtsgeschäft)对称的概念,指涉的也是一种交易或行为类型(Geschäften),故而常常在法律行为的界定主题下受到讨论。^[1]一项“表示”要么是具有法律约束力的意思表示,要么是不具有法律约束力的纯粹“社会交往事实”,而情谊行为所指的正是后者,故理论上也称其为“社会层面上的行为”。^[2]不过,因该种行为发生的法益变动仍然属于应受法律调整的事实,情谊行为非法律行为的性质并不能使之被当然排除于法律调整之外。从其具有法律行为或合同的表象,却不能像法律行为或合同那样发生法律效果的意义上看,情谊行为与法律行为或合同的区分应当是理论上应当首先加以关注的问题。

一、情谊行为的界定

在德国理论上,情谊行为是所有发生在法律层面外不具有法律行为意义的约定或行为(nicht rechtsgeschäftliche Vereinbarung oder Handlung)的总称,^[3]学者对其通常都没有加以定义。在我国民法理论上,各种有关情谊行为或好意施惠行为的界定也是歧见纷呈,莫衷一是。总体来看,有关情谊行为的表述多是从否定意义的角度加以观察的,即其“不具有法律行为的意义(nicht als Rechtsgeschäft)”^[4]“欠缺法律行为上的法律效果意思”^[5]“法律

* 张家勇:四川大学法学院教授。

[1] [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,第148页以下;Werner Flume, *Das Rechtsgeschäft*, 4. unveränderte Aufl. 1992, S. 86 f.

[2] [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,第148页。

[3] Werner Flume, a. a. O., S. 87.

[4] A. a. O., S. 87.

[5] 王泽鉴:《民法研究系列:债法原理》,北京大学出版社2009年版,第156页。

层面外的行为”〔6〕“不属法律之范围,无拘束力”,〔7〕或者“不由法律调整,也不能形成法律关系”〔8〕等。从肯定意义的角度来看,情谊行为则属于无偿为他人提供利益的行为,具有无偿性和利他性两个特征。〔9〕我们会发现,单纯从否定意义或者肯定意义上,是无法对情谊行为作出准确把握的。

(一)情谊行为是利他、无偿的行为

1. 情谊行为是一种利他行为

情谊行为表现为一种给付,要么是物的给付,要么是劳务的提供,都属于“给与他人好处的行为”。〔10〕这种好处既可以是物质上的,如获得饮食或者接受咨询,也可以是精神上,如心理上的愉悦或行动上的便利。

情谊行为人在实施行为的时候,可能有不同的考虑,以社会交际的宴请行为为例:行为人可能是为了表示友好,也可能出于礼尚往来,或者是为了感谢他人的帮助,还可能为了谋求职业上的升迁(如宴请上司),或者寻求经济上的利益(如想要被邀请者贷与款项)。不论是基于何种考虑,宴请行为本身从一般社会观点的角度都被认为具有明显的利他性。也就是说,情谊行为的利他性不取决于情谊行为人的主观意图,而是从情谊关系外的第三人依一般交易观点的角度来加以判断。〔11〕在这个意义上,情谊行为仍然满足“法律行为不问动机”的一般要求。

接受情谊给付的主体既可能是存在直接情谊关系的相对人,如丈夫为从事营业的妻子提供业务咨询或到店里帮忙;也可能是直接情谊关系之外的第三人(为第三人利益的情谊行为),如某修理工为妹妹的朋友免费保养汽车。在前一种情形,情谊行为的利他性通常不存在问题。在后一种情形,由于情谊受领人与给付相对人发生分离,此时是否满足利他性要求就可能发生疑问。在这里,有关为第三人利益合同的一般原理仍然需要类推适用,即应认定情谊行为在行为人与受领人之间仍满足利他性的要求,情谊行为人与第三人之间并不纳入情谊关系的评价范围。〔12〕

需注意的是,尽管情谊给付的价值大小可能会影响到情谊行为的判断,

〔6〕 [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,第148页。

〔7〕 黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第17页。

〔8〕 王利明:“民法案例分析的基本方法探讨”,载《政法论坛》2004年第2期,第121页。

〔9〕 Bettina Hürlimann - Kaup, *Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen*, Freiburg, Schweiz, Univ. Verl. 1999, S. 7 f.

〔10〕 A. a. O., S. 6.

〔11〕 A. a. O., S. 11.

〔12〕 也有观点认为,通过情谊给付的提出,在情谊行为人与接受给付的第三人之间形成次级的情谊关系。A. a. O., S. 14.

日常生活中的情谊行为多限于金额不大的交易,但是,交易价值的大小本身无法成为判定情谊行为的标准。这对于给付价值本身难以确定的情谊行为,如提供劳务,尤其如此。因此,不能仅以情谊给付的价值大小作为判断是否构成情谊行为的标准。例如,在豪华餐馆宴请友人与在街边小吃店的宴请应作相同评价,尽管宴请者所作花费可能相差很大。

2. 情谊行为是一种无偿的行为

情谊行为虽然能够给情谊相对人产生利益或好处,但是,相对人却不必为这种利益或好处向情谊行为人支付报酬或对价,或者说情谊行为人需要自行负担行为的成本。因此,情谊行为是一种无偿的行为。

行为的无偿性通常只能在单独的事实中加以观察,如临时为邻居帮忙照看宠物、一次宴请、一次咨询等。如果从长期关系来看,这些给付可能就具有交换色彩,如邻居间相互帮忙,帮忙者彼此可能期待在以后的生活中受助者也会帮助自己。不过,这种“交换”意图一般只具有道德上的约束意义,而不能产生法律上的约束力,所以不会影响特定行为无偿性的确定。

当事人可能就行为的无偿性具有认识甚至合意,这在一些典型的社会交际行为中较为常见,如熟人之间的好意同乘,或者提供简单的咨询建议。但是,这种认识或合意对于行为无偿性的判定并非必要。如果当事人就行为的无偿发生争议,应当依循诚实信用原则加以判定。^[13] 例如,某人向做律师的邻居就特定法律事务请求咨询,是成立咨询服务合同还是单纯的情谊行为,应当考虑咨询的事务是否重大、要求咨询的人对邻居律师的身份是否知晓、咨询的地点等因素综合判断,在办公场所接受咨询或就重大、复杂的法律事务提供咨询,宜认定成立合同而非情谊行为,接受咨询者有支付报酬的义务。相反,如果向大学法学教授就一般法律事务请求咨询,则更易于被认定为情谊行为。

在某些情形,认定行为的无偿性仍然可能会发生困难。例如,朋友间相互约定轮流开车搭乘他方上班,或者约定好意同乘但同乘者要支付一定汽油费或分担相关费用。在前一种情形,单次搭乘的行为当然是无偿的,但如果考虑到搭乘行为处于一个连续发生的交互关系中,这种无偿性就不再明显。考虑到行为的具体情况,行为人一般不会期望法律介入这种约定的履行,所以宜于认定为情谊行为。在后一种情形,费用分担并非提供搭乘行为

[13] A. a. O., S. 10.

的对价,故不影响该种行为的无偿性,这种行为仍然属于情谊行为。^[14]

据此,从积极意义上看,情谊行为是无偿为他人提供好处的行为,就此而言,“好意施惠”正好反映了情谊行为的这个特点。

(二) 情谊行为不是法律行为

不难发现,情谊行为概念创设的目的是为了形成与法律行为(或合同,下同)的对照,因此,指出其非法律行为的属性不过是将这种考虑明确表示出来而已,真正的问题是,“情谊行为不是法律行为”这样的命题具有怎样的理论意义?

1. 情谊行为不等于具有情谊因素的行为

理论上存在一种误解,即将具有情谊因素的行为与情谊行为相混淆,过分强调情谊行为的“情谊性”。^[15] 这种观点认为,将当事人之间涉及权利义务内容的约定或协议作为法律行为处理,更有利于解决相关法律纠纷。这种以纠纷解决为目的的思路虽有其良好初衷,但没有真正触及情谊行为理论的核心。

在德语中,“*gefälligkeit*”具有“好意、盛情、帮忙、效劳”等含义,指出于好意为某人做某事,这种行为通常不太困难且费时不多。^[16] 因此,该概念从最广泛的意义上,可以指称所有以情谊为基础的行为,而不论其在法律定性上为何。或者说,不仅某些不具有直接法律意义的社会交往行为,而且某些法律行为甚至事实行为都可以是具有情谊因素的行为。例如,赠与、借用、无偿保管、委托或咨询等合同行为,以及某些无因管理行为(如在邻居外出时为其浇花)都可能具有情谊基础。非法律行为性质的情谊行为与具有情谊因素的法律行为具有类似性,即其行为效果处理都需要考虑情谊因素的影响,我国合同法关于赠与人、无偿保管人等的责任减轻规定都可以从这个角度加以说明。

不过,将情谊行为理论的意义局限在情谊因素对于行为效果的影响方面则可能具有误导性。恰如前文所言,情谊行为首先是作为与法律行为相

[14] 谢鸿飞:“论创设法律关系的意图:法律介入社会生活的限度”,载《环球法律评论》2012 年第 3 期,第 9 页。

[15] 参看黄锡生、关慧:“论好意施惠引发纠纷的处理”,载《河北法学》2005 年第 4 期;王伟:“论情谊行为的法律定位:以建构纠纷解决机制为目的”,载《山东理工大学学报》(哲社版)2005 年第 3 期;王正苍:“论情谊因素对责任程度的影响”,载《湘潭师范学院学报》(哲社版)2007 年第 2 期。

[16] 叶本度主编:《朗氏德汉双解大词典》,外语教学与研究出版社 2000 年版,第 666 页,“*gefälligkeit*”词条。

区分的法律概念被提出来的,或者说是为了将某些具有法律行为表象的行为从法律行为的评价范围中剥离出去,使之成为不依据法律行为理论加以处理的行为。按照学者的说明,这类行为由于涉及国家司法权的配置与诉权保护问题,是法律不愿或不能加以调整的行为。^[17] 所以,情谊因素在法律行为中的效果与在情谊行为中的效果是不同的:在法律行为中,情谊因素是在特定情况下实行责任减轻甚至免除的理由;在情谊行为中,情谊因素则是根本排除法律行为规则适用的理由。虽然我们也可以将法律不予调整看作特殊形式的免除责任方式,但是,在只有一方承担义务的行为中,如果排除该方全部履行义务或责任,将该等行为作为法律行为对待就无任何实际意义,这和无偿合同中仅仅是减轻或者免除义务方一般过失甚至重大过失责任的情况是不同的。这样,情谊行为面临的问题首先是如何判定某些行为是否具有法律行为的意义,而非行为中的情谊因素对行为效果有何影响的问题。

2. 情谊行为欠缺受法律约束的意思

作为私法自治之工具的法律行为,其正当性基于当事人的自由意志,故而,从理论上讲,法律行为应以行为人具有受法律约束的意图为其隐含前提。在英美合同理论上,这种意图被称为“创设法律关系的意图”(intention to create legal relations)或“缔结合同的意图”(contractual intention),在德国法理论上则被归入到意思表示主观构成要素之表示意思(Erklärungswille)或表示意识(Erklärungsbewußtsein)^[18]中,乃“追求私法上效果的意思”,它们都

[17] 谢鸿飞:“论创设法律关系的意图:法律介入社会生活的限度”,载《环球法律评论》2012年第3期,第15页以下。

[18] 王泽鉴教授认为,情谊行为乃是“欠缺法律上行为上的法律效果意思,无受其拘束的意思”。参看王泽鉴:《民法研究系列:债法原理》,北京大学出版社2009年版,第156页。王泽鉴教授的此种表述容易引发误解,即认为情谊行为乃欠缺法效意思。实际上,按照王泽鉴教授的说明,法律行为主观要件中的“表示意识”是指“行为人认识其行为具有某种法律行为上意义”,而“效果意思”则指“行为人欲依其表示发生特定法律效果的意思”。参看王泽鉴:《民法丛书:民法总则》(增订版),中国政法大学出版社2001年版,第336~337页。也就是说,“表示意识”只是形成私法关系的抽象意思,而“法效意思”则是旨在引起特定法律后果的意思。参看张金海:“意思表示的主观要素研究”,载《中国法学》2007年第1期,第61~62页。情谊行为尚无关乎行为的具体内容,所以,依前述有关“表示意思”与“法效意思”的说明,应专指表示意识的欠缺。不过,在德语文献中,仍有观点认为“受法律约束的意思”(Rechtsbindungswille)也就是“法效意思”(Rechtsfolgewille)。Vgl. Bettina Hürlimann - Kaup, a. a. O., S. 44.

属于合同理论中的“认真性标准”问题,^[19] 本文将其统称为“受法律约束的意思”。

在英国法上,“创设法律关系的意图”是协商一致(agreement)与对价(consideration)之外的第三个合同有效要素。^[20] 欠缺该种意图的行为包括吹嘘行为或广告宣传、邀请缔约、各种明确表示不受约束的约定、家庭或社会交往中的行为、赋予一方过宽自由决定权的协议、安慰信以及集体协议等各种形式。^[21] 可以看出,这些行为并非都具有“情谊性”,其共同性仅仅在于,它们虽然都具有合同的表象,但不能发生合同上的约束力。从概念上看,创设法律关系的意图是主观的,但其判断则采取的是客观标准。通常考虑的因素是协议或当事人关系的性质,如默示与明示协议的区分、家庭协议或社交行为与商业协议的区分。对于默示协议,法院持一种“合同不能轻易默示成立”的立场,因此,主张合同成立者应通过举证,使法官确信当事人具有默示成立合同的意图。^[22] 类似的做法也见于家庭成员间达成的协议以及一般社会交往中达成的协议,这类协议通常被推定为当事人没有缔结合同的意图,作相反主张者负有举证责任。^[23] 对于明示协议尤其是对于一般商业协议来讲,受约束的意思则无需证明,基本属于法官通过对协议的解释加以认定的问题,法院会特别考虑协议对当事人的重要性以及一方当事人因信赖而行为的情况,必要时主张不存在这种意图者应负举证责任。^[24] 不过应注意的是,尽管“创设法律关系的意图”的判定标准是客观的,但如果主张存在有效合同一方实际上知道他方当事人欠缺该种意图,则合同仍不成立;对于实际上不愿受约束而行为者也是如此。^[25]

美国法由于受威利斯顿(Williston)的影响,并不要求合同当事人需要具备“创设法律关系的意图”。美国合同法重述(第二次)明确规定,任何实际或明显的受法律约束的意图对于合同的成立都不是必需的,但是,当事人明确表示其允诺不具有法律约束力的,则合同不成立。^[26] 这种规定的效果,恰如 Treitel 评述威利斯顿的观点时所指出的那样,可以有两种解释方式:一是

[19] [德]海因·克茨:《欧洲合同法》(上卷),周忠海、李居迁、宫立云译,法律出版社 2001 年版,第 78 页。

[20] Cheshire, Fifoot & Furmston, *Law of contract*, 13 th ed., Butterworths 1996, p. 114.

[21] See G. H. Treitel, *The law of contract*, 9 th ed., Sweet & Maxwell, 1995, pp. 150 - 158.

[22] Ibid, p. 158.

[23] Cheshire, Fifoot & Furmston, *ibid*, p. 115.

[24] G. H. Treitel, *ibid*, p. 158.

[25] Ibid, pp. 158 - 159.

[26] See *Restatement of contracts*, 2d, § 21.

该规则仅仅强调了对“创设法律关系的意图”的举证负担(如在明示协议场合那样)以及判断该意图的客观标准;二是根本否定该种意图是合同成立的要件。^[27]不论是哪种方式,实际上都无法很好地解释如下情况:为什么某些家庭成员间的协议或社交协议,如宴请友人或者夫妻一方允诺按月给予另一方一定数额款项的约定不是合同?^[28]为何开玩笑或出于气愤而进行的表示不具有约束力?这表明,否定“创设法律关系的意图”是合同成立的要件可能会产生某些解释难题。

在德国法理论上,一般认为,作为法律行为核心要素的意思表示包括行为意思、表示意思(或意识)与法效意思等主观要素。其中,表示意思乃一种抽象的建立法律关系的意图。其是否为意思表示的必要构成要素,理论上存在不同看法。传统看法认为,欠缺表示意思应否定意思表示的存在;现今多数看法则基于交易安全保护的理,认为欠缺表示意思仅生因错误而撤销意思表示的效果,并不能否定意思表示的存在。从德国民法典将相对人已有认识的真意保留和戏谑行为处理为意思表示无效而非意思表示不成立的情况看,现今的看法在解释论上更为可取。不过,令人费解的是,一方面认为表示意思并非意思表示的必要因素,另一方面又认为欠缺受法律约束的意思将否定法律行为的存在,即将后者作为非法律行为的情谊行为对待,这在逻辑一贯性方面颇兹疑义。

《国际商事合同通则》第2.1.2条明确要求,要约人应当具有在得到承诺时受要约约束的意图(intention to be bound)。该文本的评论者指出,对于这种意图的判定,通常要根据具体情况去推断,如提出建议的方式以及建议的内容与接受人。一般来讲,建议的内容越确定而详细,接受建议的人越明确(即一个或多个特定的人),建议就越容易被认定为一项要约。^[29]《欧洲合同法原则》第2:201条也有相同的规定。^[30]这种规定和理解与《联合国国际货物销售合同公约》第14条的规定完全一致,可以看作对公约规定的接受。我国《合同法》第14条关于要约的规定,与前述国际合同法律文件保持了一致。既然受法律约束的意图是要约的构成要件,我们当然就可以将其作为合同要件看待,欠缺该要件将阻碍合同的成立。

据此,虽然存在不同的做法,但从比较法的角度看,不论受法律约束的

[27] See G. H. Treitel, *ibid.*, p. 160.

[28] See *Restatement of contracts*, 2d, § 21, cmt. c, illustration 5 & 6.

[29] 参看《国际商事合同通则》(2010)第2.1.2条正式评注2。

[30] 该原则第2:201条第1款规定为:“如具备以下条件,缔约提议构成要约:(a)具有一经对方承诺即成立合同的意图;(b)包括合同成立的足够确定的条款。”

意图是不是合同或法律行为成立或有效的要件,某些欠缺该种意图的行为总是被排除于合同或法律行为的评价范围之外。不过,应当注意的是,情谊行为虽然是欠缺受法律约束意思的行为,但并非所有欠缺受法律约束意思的行为都可以称之情谊行为,如德国法中的真意保留与戏谑行为,这涉及法律政策的选择问题,难以从逻辑一贯性角度加以解释。

3. 情谊行为不产生法律上的履行义务

有关情谊行为的法律效果,没有争议的看法是,情谊行为不能产生情谊受领人的履行请求权以及替代履行的损害赔偿请求权,但情谊关系仍可作为情谊受领人所获利益的法律上原因,情谊行为人不得向情谊受领人主张不当得利的返还请求权。^[31]并且,由于其具有利他性和无偿性,情谊行为人也不得请求情谊受领人提供费用补偿。由于情谊行为非属法律行为,其不产生相对人的履行请求权以及替代履行的损害赔偿请求权,这在逻辑上是自然而然的。问题是,既然否定履行义务的存在,又以何种理由肯定履行后接受给付者对给付后果的保持效果呢?要确立已获履行的情谊行为与未获履行的行为区别对待的正当性,理论上就必须解释否定情谊行为人不当得利返还请求权的根据问题。因为,至少从事实层面讲,情谊行为人往往都具有自愿向相对人给予利益的意思,如果将履行后果的保持与这种意思联系起来,解释上就可以认为这是一种基于私法自治的受法律约束的意思。如此一来,就可能需要将表示意思分割为设定履行义务的意思和同意利益转让效果的意思两个部分,情谊行为仅仅是欠缺设定履行义务的意思而已。

如果是这样,就将会出现一种“不完全的表示意思”,即不设定履行义务但同意接受履行后果的意思。这种意思与所有无需履行的法律行为(如处分行为)一样,其关注的重点都在利益(权利)的转让效果,而非该种转让效果发生的正当原因的解釋。虽然我们可以为已履行的情谊行为不发生不当得利返还的效果提出其他解释理由,但这里所提出的解释也并非全无道理。由此,情谊行为欠缺受法律约束的意思所真正关注的,是行为人无设定履行义务的意思,当事人事实上是否有其他意思,对于情谊行为的判定不生影响。这表明,由于已正常履行的情谊行为实际上与法律行为在后果上相同,是否将履行行为作为法律行为的结果,除了理论澄清的意义外,并无实践意义。就此而言,只有尚未履行的给付允诺以及履行不达目的时的后果调整才是情谊行为理论关注的中心。

需要特别说明的是,如果仅仅着眼于情谊行为人欠缺设定履行义务的

[31] 王泽鉴:《民法研究系列:债法原理》,北京大学出版社2009年版,第157页。

意思角度,情谊行为与某些瑕疵法律行为就难以区分。例如,真意保留、戏谑行为、欺诈表示、虚伪行为以及因错误而为之表示,都可能存在行为人欠缺设定履行义务的意思情况。从前述比较法的简单说明中也可以明显看出,欠缺不受法律约束的意图既可能是根本排除法律行为评价的情况,也可能被作为法律行为有瑕疵的情况加以处理。情谊行为与瑕疵法律行为的区分可以从两个角度把握:首先,依法律对相关行为的处理有无具体规定判断。基于私法自治的理由,合同或法律行为的瑕疵通常应严格限制,具体表现为法律有关瑕疵合同或法律行为的具体规定。只有那些没有明确规定的欠缺受法律约束意图的行为,才涉及是否应被评价为情谊行为的问题。例如,真意保留与戏谑行为虽然同样属于欠缺受法律约束意图的行为,但由于法律对其有专门规定,因此只能作为瑕疵法律行为处理。二是行为是否存在欠缺法律意图之外的其他行为特征判断。情谊行为是单纯欠缺受法律约束的意图,而瑕疵法律行为则须同时存在其他受法律评价的行为特征,如欺诈、通谋情形的存在。更加确切的看法是,欠缺受法律约束的意图不是瑕疵法律行为直接的评价因素,而是被作为认定行为瑕疵的考虑因素。例如,按照德国现今多数学说,欠缺表示意思的行为被作为可撤销行为处理,反映的正是这种情况。类似地,欺诈行为人并无履行合同的意图和能力可以作为认定欺诈的证据。所以,欠缺受约束意图在情谊行为和瑕疵法律行为中的作用形式是不一样的。

据此,从消极意义上看,情谊行为是欠缺设定履行义务的法律效果意思且不能产生履行义务的行为。这样,情谊行为的利他性与无偿性这两个积极特征就从属于无履行义务的消极特征,只有已经实现的情谊给付才能够发生积极效果。就此而言,情谊行为在当事人之间利益变动上就表现为一种消极的法律调整方式:通过不介入当事人之间利益变动的方式间接实现对权益变动或者损益归属的法律确认。因此,情谊行为只是不具有法律行为上的意义,而非不具有法律意义。

二、“受法律约束的意思”的判定

如前所述,有无“受法律约束的意思”是判定行为是情谊行为还是法律行为(或合同)的一般标准,这里我们将考察该标准的具体适用。

(一)主观标准 vs. 客观标准

从比较法的经验来看,法院常常以当事人欠缺受法律约束的意图为由排除行为人合同责任,尽管表面来看,当事人的行为明显具有合同外观。例如,在英国著名的 *Balfour v. Balfour* 案中,身在国外的丈夫向居住在英国的

患有疾病的妻子允诺,每月向其支付 30 英镑津贴。妻子对爽约的丈夫提起诉讼要求执行允诺,上诉法院基于两个理由驳回其请求:一是作为原告的妻子没有提供任何对价;二是当事人没有受法律约束的意图。^[32] 由于在家庭成员之间的协议中,“自然的爱与情感”常常就可以满足对价的要求,所以本案否定合同效力的更具说服力的理由应是欠缺受法律约束的意图,尽管前述两个理由中的任何一个单独都足以发挥否定合同效力的作用。在德国司法法中也曾采纳过同样的标准,要求法律行为须“给付者有意使他的行为获得法律行为上的效力……亦即他想引起某种法律约束力……而且受领人也是在这个意义上受领这种给付的。”^[33] 这种以行为人主观上是否具有受法律约束的意思作为判定是否存在合同的标准,是为主观标准。

对此,批评意见认为,行为人在实施行为时通常不会对是否受法律约束的问题加以明确考虑,只是在发生允诺方不自愿履行或者因履行中发生损害而出现纠纷时,才会想到法律约束的问题。因此,法院更愿意根据行为时的具体情况,采纳客观标准判断是否存在合同。例如,英国法院通常采取客观标准判定缔约意图的有无,^[34] 而德国联邦最高法院也要求,在判断是否存在法律义务时,应当“考虑到双方当事人的利益状态,依诚实信用原则并顾及交易习俗”。^[35]

表面上看,主观标准与客观标准存在明显对立,且客观标准可能更加符合裁判实践的需要。因为,当事人的主观意图通常都是难以查知的,法官只有根据与行为相关的各种客观情况加以整合考虑,才可能推知这种主观意思。同时,不论是情谊行为还是法律行为,通常都会对当事人双方产生影响,因此,在判断时应当顾及双方的利益平衡,而不能仅仅考虑其中一方无法确证的内心意思。从这个意义上讲,所谓“受法律约束的意思”其实真正的重心不在“意思”上,而在“受法律约束”上。也就是说,法官需要判断的是当事人在何种情形“应当受法律约束”,而非其实际上是否有此等意思。恰如学者所说,意思表示具有双重功能:一方面,它是表意人实现其法律行为意思的手段,在这个意义上,行为人的内心真实意思对于表示后果的确定具有关键意义;另一方面,意思表示作为人际交往行为,相对人只能依其对表示所具有的内涵的理解与信赖而行为,这样,相对人可理解的表示内涵对于

[32] G. H. Treitel, *ibid.*, p. 152.

[33] [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,第153页。

[34] G. H. Treitel, *ibid.*, p. 158.

[35] [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,第154页。

表示效果的确定就具有独立意义。^[36]一般来说,立法者不会单纯采纳其中任何一个方面,而是会根据行为的类型,有时强调这个方面,有时又强调另一个方面。这种情况对于“受法律约束的意思”判定,也同样适用。

尽管存在上述分歧,但从比较法的经验来看,可能更为确切的观点是:法院通常只在当事人没有明确的意图表示时才依照客观标准加以判断。例如,美国合同法重述(第二次)虽然不要求合同当事人必须具有受法律约束的意图,但是,它仍然承认当事人明确表示出来的不受法律约束的意图具有阻止合同成立的效果。有时候,即使当事人没有相关意图的明确表示,法院仍然可能通过相关情况认定当事人是否具有受约束的意图。^[37]特别是,在当事人虽然在外表上作出了一项具有法律行为意义的表示,但其内心并无该种意思,只要这种内心真实的想法能够为相对人所知,法院仍然会否定表示行为的效力,这在所谓“意思保留”(包括真意保留、虚假行为和戏谑行为三种形式)的情形较为常见。在德国,通常也只是在主观标准无法提供足够的确定性时,才需要依赖所谓的客观标准,即确定当事人可推断的意思。^[38]

在我国,曾发生过因行为人作出具有悬赏广告外观的夸张表示而引发纠纷的例子。在“邢良坤与孙震悬赏广告纠纷上诉案”^[39]中,在录制中央电视台七套“乡约”节目时,素有“陶艺狂人”之称的著名陶瓷艺术家邢良坤(被告)宣称,自己的五层吊球陶器是世界之谜,无人能仿,如有人仿造出来,愿将自己三层高两千余平米的房屋及其内资产都送给他。原告孙震经过研究完成五层吊球陶器的制作,但被告拒绝履行允诺,因而成讼。一审法院以被告公开表示的内容具体、确定,是其真实意思表示,表明有受约束的意思,故构成要约为由,认定双方成立有效合同,从而支持了原告的请求。二审法院则认为,“乡约”节目并非广告节目,访谈行为也非广告行为,被告的表示不是为了获利,而只是想表明自己作品的独特性,具有说大话的性质,故其悬赏表示属于一种单方虚构的表示,不属于“希望与他人订立合同的意思表示”,不构成要约,合同不成立,因而撤销一审判决,驳回原告的诉讼请求。

[36] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,法律出版社2003年版,第545~455页。

[37] 在美国发生的一起案件中,被告以一张价值300美元的空头支票向原告购买一块大约值15美元的银表。法院认为,由于当事人之间的整个交易都是闹着玩,是开玩笑,原、被告之间并无买卖的意愿,所以当事人之间从来就不存在合同。参看[美]E. 艾伦·范斯沃斯:《美国合同法》,葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,第120页。

[38] Harm Peter Westermann/Peter Bydliniski/Ralph Weber, *BGB – Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007, S. 33.

[39] 河南省洛阳市中级人民法院(2008)洛民终字第198号。