

【文章编号】1002—6274(2015)05—056—07

# 我国民法典制定中的情谊行为立法问题研究

董万程

(海南大学法学院,海南海口 570228)

【内容摘要】情谊行为是以增进私人情谊为主要目的,在当事人之间不产生法律约束力的行为,是民事法律行为的边界,是我国民法典总则制定中应解决的新问题,具有重要的立法价值。民法典总则立法应对法律行为的规定进行修改,采取主客观相结合的标准区分情谊行为与法律行为,明确情谊行为的法律效力,解决情谊行为侵权责任的归责原则、减轻责任和免责事由等问题。

【关键词】情谊行为 民事法律行为 侵权责任 民法典总则

【中图分类号】DF5 【文献标识码】A

情谊行为是当事人之间以增进私人情谊为主要目的,或者由于善良风俗而为他人善意、无偿提供财产或者服务的行为,如邀请吃饭、免费搭车、馈赠礼物、相约共同出游、帮助邻居运货等诸如此类行为,多数是基于亲情、友情、道德、宗教等原因而发生的。情谊行为被称为社会层面的的行为,在我国台湾,情谊行为被称为好意施惠。单纯的情谊行为只是为了增进彼此之间的情谊,不是民事法律行为,不在当事人之间产生法律上的权利义务关系和拘束关系,不发生民事法律后果。情谊行为与民事法律行为直接相反,民事法律行为是产生民事法律后果的行为,从这个意义上说,情谊行为是民事法律行为的对立面和边界。情谊行为理论是由德国法学界首先提出来的。1903年德国帝国法院产生第一个涉及情谊行为的案例,之后很多相关判例为德国联邦最高法院所确认,成为经典判例,从1914年到1990年,德国该主题的博士论文有30余篇。<sup>[1]</sup>英美法系对情谊行为一般称为君子协定、婚姻家庭领域的情谊协议,判例较为丰富,教科书、论文等资料相对分散。世界各主要国家和地区均有情谊行为的判例存在。

情谊行为是近些年来我国民法理论研究中开始出现的前沿问题,也是司法实践中出现的新制度,已经引起越来越多的重视,对其展开研究和探讨具有学术价值和现实意义。目前,我国民事法律尚没有关于情谊行为的法律规定,但在司法实践中已经出现很多

案件适用情谊为理论解决纠纷问题,如好意同乘致乘客损害、共同饮酒致人死亡等。2015年4月20日,中国法学会民法典编纂项目领导小组撰写的《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿(征求意见稿)》(以下简称《新民法典总则建议稿》)在中国民商法律网公布。该总则的起草,实质上废弃了2002年的民法典草案,是民法典草案的重新起草。《新民法典总则建议稿》对法律行为作了重新界定和规制,但未对情谊行为进行立法规制。情谊行为作为法律行为的边界,对于明确法律行为的范围和解决纠纷具有重要意义,今后在新民法典总则立法中应当解决情谊行为的立法规制问题。

## 一、新民法典总则对情谊行为进行立法规制的原因

(一)《新民法典总则建议稿》对法律行为规制不足,应以情谊行为作补充

《新民法典总则建议稿》第119条规定“法律行为是自然人、法人或者其他组织实施的以意思表示为要素的行为。”据此,只要当事人之间存在意思表示,能产生法律效果的行为均为法律行为,包括合法行为和违法行为,尤其违法行为也能产生法律效果,也属于法律行为。我国《民法通则》第54条规定“民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。”据此,民事法律行为是合

作者简介:董万程(1967-),男,河北隆化人,海南大学法学院教授,研究方向为民商法。

法行为,违法行为不是民事法律行为。通说认为,民事法律行为为合法行为是前苏联时期所首创的观点,为我国《民法通则》所采纳。《新民法典总则建议稿》显然与《民法通则》的规定不同,修改了民事法律行为的规定,以法律行为代替民事法律行为,扩展合法行为和违法行为作为其范围。

关于法律行为,德国法学家萨维尼对法律行为的解释是“行为人创设其意欲的法律关系而从事的意思表示行为”,梅迪库斯对法律行为的解释是“私人的、旨在引起某种法律效果的意思表示”<sup>[2]P142</sup>,我国台湾学者王泽鉴先生认为“法律行为者,以意思表示为要素,因意思表示而发生一定私法效果的法律事实。”<sup>[3]P250</sup>由此可见,法律行为是以意思表示为本质特征的一种民事法律事实,而意思表示,是指民事主体对其希望发生特定效果的内心意思,通过一定的方式表达于外部,从而使对方当事人或社会知晓的一种行为。《新民法典总则建议稿》显然采纳了学理上的通说,否定了《民法通则》第54条民事法律行为的规定,重新对法律行为进行了规制,即把民事法律行为改为法律行为,法律行为内容包括合法行为和违法行为。

仔细比较学者们的分析与我国《新民法典总则建议稿》中法律行为的规定,笔者认为,《新民法典总则建议稿》中的法律行为的定义中仅仅规定了法律行为是以意思表示为要素的行为,没有规定法律行为是在当事人之间产生法律后果或法律效力的行为,显然是不全面的。所以,新的民法典总则立法应在法律行为的定义中增加规定“能产生法律效果”的内容,所谓“能产生法律效果”即受到民事法律的规范和调整。新民法典总则立法不仅应从正面规定法律行为,还应从反面规定非法律行为(即情谊行为),对于准确理解和适用法律行为制度,处理情谊行为纠纷具有重要意义。

(二)我国未来新民法典总则立法规制情谊行为的价值

1. 有利于弘扬中华民族的传统美德。情谊行为的实质在于互相帮助,乐于助人,这是我们日常生活中经常发生的行为,是中华民族延续几千年的传统美德。从法律上规定情谊行为制度,从法律上确认、支持和保护情谊行为,使情谊行为不在当事人之间产生法律关系,更有利于维护人民群众之间的情谊关系,使传统美德得到巩固和弘扬。

2. 有利于民事法律行为制度和侵权责任制度的

完善。情谊行为是法律行为的对立面,是法律行为的界限或边界,区分法律行为与情谊行为,对于准确理解民法的调整对象,规范民事法律纠纷的合理范围,具有重要的理论意义和立法价值。情谊侵权行为还是一种新类型的侵权行为,在立法上规制情谊侵权行为的法律责任,能够完善侵权责任法律制度,有利于正确处理新类型的侵权纠纷,保护当事人的合法权益。

3. 有利于我国民法典的创新,推进世界各国民事立法的发展。大陆法系国家和英美法系国家以及我国在理论上均承认情谊行为制度的存在,在司法实践中存在大量判例,但均尚未在立法上作出明确、具体的规定。我国民法典对其率先规制和构建,是民法典的重大创新,具有重要的立法价值和现实意义。

二、新民法典总则立法应明确情谊行为与法律行为的区分标准

情谊行为在民法典立法中是一个新概念、新制度,新民法典总则对情谊行为的立法首先要解决情谊行为与法律行为的区别问题。如果混淆二者的区别,则无法准确适用法律,不利于当事人权益保护和社会秩序维护。笔者认为,应从以下三个方面做好立法工作。

(一)立法应明确情谊行为的定义,解决其界定标准的特殊性问题

关于对“情谊行为”的法学定义,学界有不同观点,立法应加以明确。例如:梅迪库斯认为:情谊行为是指发生于法律层面之外,当事人之间不能依法产生后果的行为,在日常生活中人们虽然可以将这些行为当做法律行为(通常是当做合同)来实施,但是当事人毫无疑问根本没有这个意思<sup>[4]P148</sup>;王泽鉴先生认为“情谊行为“在当事人之间就其约定,欠缺法律行为上的效果意思,无受其拘束的意思”;<sup>[5]P156</sup>英美法中,情谊行为被称为“君子协定”,根据《布莱克法律词典》第8版的定义,“君子协定”是指当事人之间订立的不具有法律约束力仅受当事人良好信誉以及道德义务保证实施的协议。比较诸多不同的说法,新民法典总则立法应加以统一,笔者建议采取以下定义:情谊行为是指一方当事人以增进情谊为目的,善意、无偿给予另一方当事人提供帮助使对方受惠,在当事人之间不产生法律效果的行为。因为这一定义综合了情谊行为各定义的不同说法,反映了情谊行为的本质特征。

通过情谊行为的这一定义,可以明确情谊行为具有以下特征:第一,情谊行为以增进私人情谊为主要目的。乐于助人、互相帮助,是中华民族的传统美德。当事人实施的如请客吃饭、免费搭车等行为,其目的在于维护、改善、增进彼此的亲情和友谊,并不因此在相互之间产生法律上的权利义务关系。第二,情谊行为是具有道德价值的善意行为。情谊行为含有情谊因素,是出于人情、道德、宗教等方面的考虑而作出的行为,体现了乐于助人、互相帮助的精神,基于善意而为,是善意行为,其内容(标的)具有道德上的价值。第三,情谊行为是无偿的。无偿是指不以相对人给付对价为条件,一行为中只要存在合同法中的对价,即不可能成为情谊行为。值得注意的是,不能将情谊行为中包含的情感利益视为对价,同时,即便相对人有一定的利益给予,也必须判断该利益是否足以构成对价。第四,情谊行为的当事人主观上欠缺法律效果意思,客观上不产生法律关系。情谊行为有时是社交行为,诸如打招呼、谈天、约会、宴请、交友等,是按照道德规范、宗教规范、习俗规范进行的,这些事项不适宜用法律来规范,构成一个“法外空间”,通常被认为不具有法律上的意义,只具有生活上的意义,不能产生法律上的效果。因为这些行为是日常生活的经常行为,通常不涉及国家利益和社会公共利益,法律不便对其进行强行性规范,不发生民事法律效果,不产生民事权利义务关系,当事人之间也没有受法律约束的意思。第五,情谊行为是双方或多方的行为,必须达成情谊的合意。情谊行为的实施必须要有相对人,并且与相对人达成一方以增进情谊为目的,给对方某种利益,对方同意接受相对方给予的某种利益的合意。如未经一方的同意,强行搭车,则不构成情谊行为,驾驶人不应承担责任。

(二)立法通过明确规定是否产生法律效果区分法律行为和情谊行为

情谊行为关系与法律行为之间的主要区别在于当事人之间的约定是否具有法律约束的法律效果意思。情谊行为旨在增进私人情谊,而情谊关系如爱情、亲情、友情、社会交往等,不是法律的调整对象,不具有可诉性,二者是有明确区别的。

情谊行为的行为人不要具有民事行为能力,而法律行为合法有效的要件是行为人有民事行为能力,方才符合主体资格的要求;情谊行为的施惠人并无发生法律上的效果并受其拘束的法律意图,而法律行为的意思表示是法律行为的核心构成要素,当事人创设

法律行为的意图是欲实现某种私法效果,有受其拘束的法律意图;情谊行为是双方行为,情谊行为中必须有施惠人和受惠人的存在;而法律行为可以是单方法律行为,也可以是双方或者多方法律行为;情谊行为是善意且无偿的;而法律行为既可以是等价有偿的,也可以是善意无偿的,法律行为的常态多是等价有偿的。情谊行为也不同于事实行为。事实行为不以人的意志为转移而发生,不以意思表示为要求,基于某些事实的发生而引起法律关系的发生,如不可抗力、人的死亡等;事实行为引起法律上权利义务的发生,受法律的拘束和调整。情谊行为不是法律事实,情谊行为要求当事人之间有一定的意思表示,以增进情谊为目的,没有受法律拘束的意思,不受法律的调整,主要受法外规范道德的调整。

(三)在立法解释上,对情谊行为应采取主客观相结合的判断标准

如何判断一行为是情谊行为,这是立法和司法中均需解决的问题。目前,我国民事法律和新民法总则草案对情谊行为及其判断标准均没有规定,可以研究、参考和借鉴国外的学说与理论。

大陆法系国家对情谊行为的判断标准有主观标准和客观标准。主观标准是指以当事人在行为时的意思为标准,行为人有无受法律约束的意思,这是判断一行为是否属于情谊行为的首要标准。德国民法学说和司法判例均认为,在区分情谊行为与法律行为时,首先应当看行为人在从事此项行为时是否具有创设法律行为的意思。如果行为人在从事行为时将这个意思实际表达了出来,或者人们可以通过解释得出行为人具有这个意思的结论,那么此项行为是法律行为;反之,则是情谊行为。我国台湾学者王泽鉴先生在其《债法原理》中如是说“好意施惠与契约的区别,在于当事人间就其约定,欠缺法律行为上的法律效果意思,无受其拘束的意思。关于此点,当事人得明示为之,如表示其所约定的乃君子协议”<sup>[3]P250</sup>。而梅迪库斯教授也提出把主观因素作为区分模糊情谊行为和法律行为的首要标准,“在很多情况下,司法判例在对法律行为和没有法律约束力的情谊行为作区分时,是以当事人的意思为判断标准的。一项情谊行为,只有在给付者具有法律上受约束的意思时,才具有法律行为的性质。这种意思,表现为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。如果不存在这种意思,则不得从

法律行为的角度来评价这种行为。这一标准叫做受法律约束的意思或法律后果意思。”<sup>[2]P142</sup>根据这种标准,一个行为,例如邀请朋友吃饭,只有在给付者(邀请人)有受法律上约束的意思时,才具有法律行为的性质,否则即为情谊行为。

大陆法系国家对情谊行为的客观标准,又称为规范性的标准,它是指在无法认定当事人有明示的或默示的受法律拘束的意思的情况下,由法院在考虑到双方当事人利益状态,依据诚实信用原则,同时顾及交易习俗,对是否存在法律义务或者法律责任做出判断。一般认为,可以考虑采用的客观标准有:第一,行为是无偿的,还是有偿的。如果行为是有偿的,行为人和相对人往往都具有受法律拘束的意思;如果行为是无偿的,则情况正好相反。但需要指出的是,无偿性虽然是一项重要的标准,但并不是唯一的标准;第二,一方给付另一方的法益是否具有重大的价值,或者能否可能产生巨大的风险。如果给付的法益具有重大价值,则可认为双方都具有法律拘束的意思,反之则没有;第三,行为所涉事务在法律上和经济上的重要性。如果行为所涉事务在法律上和经济上很重要,则可认为双方具有法律拘束意思,反之则不具备;第四,在宗教、伦理等涉及人的基本自由和权利的领域,法律制度重在保障行为人要享有自由决定的权利,因此禁止人们通过法律上的约定限制基本自由。<sup>[6]</sup>如男女同居期间双方约定女方采取避孕措施,不得生育小孩,这种约定因侵犯生育权而无效,即情谊行为不得违法。

英美法系国家对情谊行为的判断标准也有主观标准和客观标准。“美国《第二次合同法重述》第1条指出:合同乃为一个允诺或一组允诺,法律因它们被违反而提供救济,或者以某种方式将履行确认为一种义务。”英美法系中在判断是否存在合同时,是与大陆法系的“法效意思”相对应的“缔约意图”。在面对一项关于合同的争议时,法官首先会去寻找双方当事人达成合意时的真实想法,并判断双方当事人有无“缔约意图”。<sup>[7]</sup>因此,是否存在具有法律约束的“缔约意图”,是英美法区分情谊行为与合同的主观标准。英美法的主观标准“缔约意图”是一种内心想法,法院在审判实践中有时无法确定,因此产生了客观标准加以补充判断。英美法的主要客观判断标准有:第一,当协议行为是发生在社交性的约定或家庭中的日常生活场合时,推定当事人之间没有“缔约意图”,不予法律上的救济。但例外情况是“如果约定

是在关系已经破裂的家庭成员之间做出的,此时,协议就被推定是具有缔约意图的协定。那些当事人充分表示了它们应予以强制执行的社交约定、家庭协议,则应当被认为是具有强制约束力的合同。<sup>[8]</sup>第二,在商事合意的场合发生的协议,应当被推定为当事人具有“缔约意图”。在一个商事协议的场合中,即便一方是在开玩笑的情况下提出的要约,只要对方对该要约产生了合理信赖,并慎重地作出了承诺,则该协议也仍然是有法律拘束力。当然,在商事协议的场合也是允许双方当事人以明确声明,表明不受法律约束,则法律予以认可。

比较两大法系国家情谊行为判断标准可发现,大陆法系国家与英美法系国家在情谊行为的判定上都存在主观标准和客观标准,二者的主观标准基本相同,只是客观标准的考虑因素或参照物存在不同。笔者认为,我国在判断情谊行为的标准上,应采取主客观标准相结合的方法,根据案件的具体情况,综合考虑各方面因素,结合交易习惯等因素来确定。例如,法律有明确规定的无偿行为不应认定为情谊行为,应适用法律规定解决纠纷;当事人之间的无偿行为明确约定不适用法律的,则应考虑认定为情谊行为。

当然,在具体的司法实务操作上,还可以通过情谊行为的分类规则来理解和判断是否构成情谊行为。理论上主要有两种分类:第一种包括:纯粹的情谊行为、由无偿合同转化的情谊行为、模棱两可的情谊行为。一是纯粹的情谊行为,是指几乎没有任何争议的情谊行为。比如火车到站帮忙叫醒、搭乘便车、邀请友人散步、帮助朋友捎带东西、顺路投寄信件等等都可以定性为纯粹的情谊行为。二是有些情谊行为是从无偿合同转化而来的,它们大多数是因为当事人之间明确地说明了他们中的无偿合同并不具有法律约束力,从而转化成了情谊行为。比如甲对乙说,我要赠与你某某礼物,但在赠与过程中所有约定均不具有法律效果,乙同意。此时甲和乙之间已经明确他们之间的约定不具有法律效果,因此,他们之间的关系已经完全满足了情谊行为的全部的要素,就是好意、施惠、合意、无偿和无法律效果,构成了情谊行为的关系。三是模棱两可的情谊行为,是指行为定性很难明确的一类好意施惠。比如邻居帮忙照看他人孩子、过路人用招手方式对驾驶员提供帮助等等。这一类的行为在一般的情况下都不是法律意义上的行为。但,如果从法律体系上分析,那么邻居帮忙照看他人孩子有的时候可以认作无偿委托合同,区分的关键在于当

事人有受法律约束的意思。第二种包括:财物型情谊行为、服务型情谊行为、财物型与服务混合型情谊行为,这是以情谊行为的标的的不同,对情谊行为进行的分类。当情谊行为的标的为财物时,情谊行为当事人之间实施的施惠行为便构成了财物型情谊行为。如甲对乙说“我要送你某某礼物,但我们之间的约定不具有法律效力”,乙表示同意。当标的为服务行为时,情谊行为当事人之间便构成了服务型情谊行为,如甲无偿地让乙搭车。情谊行为当事人的施惠行为既有财物又有服务行为时,便构成财物与服务混合型情谊行为,如甲请友人乙赴宴,在此过程中,甲可能实施让友人乙吸烟、喝茶(财物)等行为,最后也可能用自己家的车把友人乙送回家(服务行为),这是最典型的财物与服务混合型情谊行为。

### 三、新民法典总则立法应明确规定特定条件下情谊行为履行的法律效力

法律确定一项制度,原则上应对违反该制度的行为规定其法律后果。情谊行为是一种社会层面的行为,应由民间习惯、道德、宗教等规范去调整。但是在一定条件下,法律会对民间习惯、道德、宗教调整的结果给予认可,从消极方面对情谊行为给予保护;同时,法律也会为情谊行为设定一条底线,超出情谊行为限度,或者在情谊行为进行过程中,一方当事人的利益遭受严重损害,法律就应当给予救济,通过适用法律解决纠纷。换言之,情谊行为不产生法律拘束力是一般原则,不是绝对的,在情谊行为的履行过程中还是有例外的、特殊的法律效力,对此,立法有必要加以明确规定。

#### (一) 情谊行为排除了合同履行请求权和不当得利请求权的适用

当事人之间的情谊行为不是法律行为,在当事人之间不产生合同关系,因此,受益人无权请求施惠人履行给予利益的约定。例如甲同意乙搭车,但事后又反悔或没有履行,则乙不得请求甲履行,因为当事人之间无合同上的权利义务关系,不存在乙对甲履行请求权问题,乙也不得诉甲承担违约责任。

情谊行为中,为增进当事人之间的情谊,施惠人给予受益人一定的利益,只要这种利益已经被履行,受益人即可以享有受领利益,施惠人事后不得以不当得利要求返还。《德国民法典》第814条规定“为了履行道德上的义务或基于礼仪上的原因所为之给付,不得请求返还。”我国台湾地区《民法典》第180条规

定“给付系履行道德上的义务,不得请求返还不当得利。”例如社交中一方给付另一方的礼物,事后不得要求返还。当然,基于当事人自愿返还利益或者法律另有特别规定时,就可以接受不当利益的返还。例如,根据我国最高人民法院的司法解释,对于解除婚约或解除订婚关系中给付的彩礼应当适当返还。

因此,我国新民法典总则立法应明确规定:情谊行为的受益人无履行请求权,情谊行为的施惠人不得以不当得利主张返还请求权,法律另有规定的除外。

#### (二) 当事人恶意侵害情谊行为的信赖利益,应承担赔偿责任

《德国民法典》第826条明确规定“以背于善良风俗的方式对他人故意造成损害的人,对他人负有损害赔偿的义务。”我国《台湾民法典》第184条第1项规定“因故意或过失不法侵害他人之权利者负损害赔偿。故意以背于善良风俗之方法,加损害于他人者亦同”。在特定情况下,如果情谊行为未被实际履行,在恶意的情况下,是有可能发生信赖损害赔偿的。这与前述的当事人没有请求权以及不得主张不当得利并不矛盾。“例如:在客人应邀参加晚宴而购买了鲜花并乘出租车赴宴,但最后却未被主人接纳的情形中,如果受邀者能够证明邀请者符合故意以违反善良风俗的方式损害对方的利益,则受邀者可以据此请求邀请者承担其为赴宴而支出的费用。但此费用仅限于为赴约支出的车费等信赖损失。”<sup>[21]P150</sup>如果主人是由于工作繁忙或疏忽而造成,非故意或恶意而为之,则由客人自行承担其损失,因为情谊行为没有法律约束力,要兼顾双方的利益,除非法律上有特别规定。黄立认为“此时情谊行为甚至也存在类似契约上的忠诚、谨慎、保护义务等诚信义务。”<sup>[9]P17</sup>因此,我国新民法典总则立法应明确规定:情谊行为的行为人恶意损害对方的信赖利益的,应当承担赔偿责任。

### 四、新民法典总则立法应解决情谊行为损害适用侵权责任的相关问题

单纯的情谊行为,使双方当事人增进情谊,没有造成损害,不存在适用侵权责任法的问题。但当情谊行为进行中造成受益人损害并构成侵权时,则存在着情谊行为转化为侵权行为以及是否承担责任的问题。情谊行为转化为侵权行为有其特殊性,新民法典总则立法应对其加以规制。我国司法实践中的驾驶人允许搭车人搭车,因驾驶过失致搭车人损害而承担赔偿

责任,以及共同饮酒人不当劝酒致饮酒人死亡而承担赔偿责任,就是由情谊行为转化为侵权行为的典型判例。这里好意让人搭车是情谊行为,不存在合同关系,发生车祸损害赔偿显然不能追究违约责任,而只能主张侵权责任。

(一)立法对情谊行为侵权责任归责原则应明确为过错责任原则

情谊行为在当事人之间存在的是不受法律约束的意思表示,不成立合同关系,发生损害不应主张违约责任,可以主张侵权责任。依我国现行侵权责任法的规定和学理上的通说,侵权责任的归责原则有过错责任原则、过错推定原则和无过错责任原则。公平不再是侵权责任的归责原则,但存在公平责任。

情谊行为的侵权损害应以过错责任为归责原则。一方当事人在情谊行为中存在过失致受害人损害,符合一般侵权行为的构成要件,应当承担侵权责任。过错责任的核心在于当事人有过错作为其承担责任的价值和标准。学理上认为,过错包括故意和过失,故意是希望和放任危害结果的发生;过失的认定,主观说认为过失是一种应受谴责的心理状态,客观说认为过失是对必要注意义务的违反,实践中多以客观说作为认定过失的标准。有学者认为,情谊行为致人损害,行为人必须有故意和重大过失才构成侵权,才承担责任。笔者不能同意这种观点,笔者认为,只要依法构成了侵权就应承担侵权责任,情谊行为一般过失致人损害也是侵权行为,免除其侵权责任于法无据,在法理上一般过失与重大过失的区分也是模糊和不明确的,对一般过失的情谊行为侵权进行免责,在理论上是不能成立的。过错推定原则和无过错责任原则只有在法律有规定的情况下才可以适用,我国现行法律尚没有规定情谊行为适用过错推定责任和无过错责任,所以,情谊行为的损害不能以过错推定责任和无过错责任为归责原则。公平责任是在发生比较严重的损害,当事人双方均没有过错,但双方当事人不分担损失有违公平的情况下适用。最高法院《人身损害赔偿司法解释》第14条规定,帮工人因帮工活动遭受人身损害的,被帮工人应承担赔偿责任。被帮工人明确拒绝帮工的,不承担赔偿责任;但可以在受益范围内予以适当补偿。这里的适当补偿,实质就是公平责任。因此,情谊行为致人损害在特定情况下存在着公平责任的适用。

(二)立法应对情谊行为侵权责任减轻事由做出明确规定

正如梅迪库斯所言“施惠之价值不足以使侵权人在故意或重大过失的主观状态下免除或减轻责任,但在施惠人主观为一般过失或轻过失,且所侵害之利益不大的情况下,考虑到好意施惠为道德弘扬,可以酌情减轻或免除赔偿责任,此时所适用的法律基础为公平原则。在情谊行为侵权责任中贯彻公平原则,符合权利、义务和责任相统一的要求”<sup>[2]P190</sup>学理上多数认为,无偿行为导致的责任,与有偿行为引发的责任不同,无偿行为的侵权责任同有偿行为的侵权责任相比应予减轻。情谊行为的善意和其所体现的人与人之间友好互助行为的良好道德价值,对其侵权责任的减轻符合民法的公平原则,施惠人无偿提供财产或服务,受益人无需支付对价,施惠人承担比有偿行为减轻的责任,也体现了民法的正义精神。关于减轻情谊行为侵权责任的,司法实践中有执行减免10%责任的,也有减免30%责任的,各地司法审判标准不一致,今后有必要在司法解释中加以明确。

(三)立法应对情谊行为侵权责任免责事由做出明确规定

情谊行为侵权应承担侵权责任,其免责事由应适用我国侵权责任法的规定。法定的免责事由包括不可抗力、正当防卫、紧急避险、自助行为、第三人过错等,这里不再具体说明。通说认为,基于情谊行为善意、无偿的性质,情谊行为造成的损害,如果情节和后果极其轻微,则应当免除责任。情谊行为侵权除适用法定免责事由外,还有其特殊免责事由:

#### 1. 事先约定免责

王泽鉴先生认为“因侵权行为而生的损害赔偿,原则上得预先合意排除或限制之。此项合意得由当事人明示或默示为之。”<sup>[10]P65</sup>与此相反,我国大陆许多学者则认为“侵权行为法在性质上属于救济法,是人民合法权益遭受侵害时的民事救济手段,因此属于强行规定,不允许当事人以约定排除其适用。”<sup>[11]P1</sup>笔者认为,尽管施惠一方对损害结果存在或多或少的过错,但情谊侵权行为本身的出发点是善良且无可非议的,并且情谊行为所牵涉的都是日常生活上的小事,其存在意义是为了发扬互助互爱的社会风气,如果这种道德层面的行为被法律过多地干涉,无疑会混淆了道德和法律的边界,情谊行为的当事人在不违反善良风俗和强行法的情况下,完全可以约定将情谊侵权行为作约定排除。所谓不违反善良风俗和强行法的情况,是指我国《合同法》第53条对免责条款的限制规定:故意或重大过失的

侵权责任是不得预先排除。

### 2. 自甘冒险免责

自甘冒险,是指当事人明知可能有危险而自愿为之。所以,自甘冒险的人,对损害结果的发生有一定的预见性和过错。一个具有完全民事行为能力的人,在自愿的情形下进行有一定风险的行为,应当由其自己承担风险责任。例如,中央电视台午间说法节目播出的沈阳市苏家屯区“楼上楼下”案件,受害人因忘带钥匙把年幼的女儿锁在屋内,到楼上邻居家借绳子,在邻居帮助下爬到楼下,因绳子断裂而致死亡,其损害由受害人自负其责。情谊行为中受益人在知道风险且自愿的情况下选择他人的帮助,也就意味着其同意一种接受他人帮助而产生的风险,因此产生的不利后果应由受益人自己承担。自甘冒险应成为情谊行为侵权的免责事由。

### 3. 强行受益免责

强行受益,是指受益人在对方不知情或不同意的情形下,强行获得利益的情况。此种情况多发生在强行搭车上,在驾驶人拒绝搭乘的情况下搭车人擅自跳上车的后排货柜,在行驶途中发生交通事故损害致搭车人。再比如甲不同意把高压锅借给乙,乙趁甲不在的时候盗取使用,结果高压锅发生爆炸致乙损害。在强行受益的情况下,受益人没有取得对方的同意,不应享有损害赔偿请求权,应自负其责。如果损害结果发生后要求相对人承担赔偿责任,是极其不公平的。

综上,就情谊行为侵权责任,我国新民法典总则立法应规定:情谊侵权行为人过失造成他人损害的,减轻情谊侵权行为人的责任;情谊行为造成损害,情节和后果极其轻微的,免除责任;情谊侵权行为因事先约定、自甘冒险、强行受益以及其他法定免责事由免除法律责任。

#### 参考文献:

- [1] 王雷. 情谊行为、法外空间与民法对现实生活的介入[J]. 法律科学 2014. 6.
- [2] [德]迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东译. 北京: 法律出版社 2000.
- [3] 王泽鉴. 民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社 2001.
- [4] [德]迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东译. 北京: 法律出版社 2000.
- [5] 王泽鉴. 债法原理[M]. 北京: 北京大学出版社 2009.
- [6] 邵建东. 曾见. 情谊行为还是法律行为[J]. 安徽大学法律评论 2004. 6.
- [7] 杨德智. 情谊行为的界定兼论其法律后果[D]. 中国政法大学 2012.
- [8] 陆宇佳. 情谊行为法律问题研究[D]. 南京理工大学 2009.
- [9] 黄立. 民法债编总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社 2002. 17.
- [10] 王泽鉴. 侵权行为法(第一册)[M]. 北京: 中国政法大学出版社 2001.
- [11] 梁慧星等. 中国民法典草案建议稿附理由——侵权行为编·继承编[R].

## On the Legislation of Gefälligkeiten in the Enactment of Chinese Civil Code

Dong Wan-cheng

( Law School of Hainan University ,Haikou Hainan 570228)

**【Abstract】**Gefälligkeiten refers to the act that takes personal friendship promotion as main goal and produces no legally binding forces in clients. It is the boundary of civil juristic act, a new issue that should be solved in the formulation of Chinese Civil Code, thus enjoying important legislative value. The legislation of the general provisions of Civil Code should modify the provisions of juristic act, taking standards that combine subjective and objective aspects to distinguish "Gefälligkeiten" and juristic act, clarifying the legally binding force of "Gefälligkeiten" so as to solve issues such as the imputation principles of "Gefälligkeiten" tort liability, liability reduction and exemption.

**【Key words】**Gefälligkeiten; civil juristic act; tort liability; general provisions of Chinese Civil Code

(责任编辑:唐艳秋)