

论创设法律关系的意图：法律介入社会生活的限度

谢鸿飞

内容提要：创设法律关系的意图是法律行为重要的隐含构成要件，尤其是在没有对价制度的法域。它要求法律行为必须具有“法律意义”，目的在于界定法律介入社会生活的限度，排除对家庭、社交等行为的法律调整。这些“法外空间”多为国家必须奉行价值中立的领域空间的大与小、张与弛，都映照了国家对社会的容让度与国家的治理智慧。在司法实践中，“创设法律关系的意图”多为法律直接推定，即当事人从事法律调整的行为的，推定其有此意图；反之亦反。但更妥当的方法是在个案中结合行为的情景、当事人的利益状态、诚实信用原则、信赖程度等因素综合判断。对法律不调整的行为类型，当事人不能通过约定违约金的方式使其受法律调整。在“创设法律关系的意图”行为中，双方当事人均不享有履行请求权，一方履行的，不能以不当得利为由请求返还。情谊行为的施惠人造成受惠人损害的，宜通过侵权法寻求责任减轻的依据。

关键词：创设法律关系 法律行为 法律调整 司法权边界 情谊行为

谢鸿飞，中国社会科学院法学研究所副研究员。

一 问题的提出

“人是一切社会关系的总和”。马克思这句名言的微言大义表明，人是社会性的存在，也是精神性的存在。个人必须通过社会化、通过他人来实现自我的形塑、确证与发展。另一方面，法律可谓现代社会交往关系的基本语法规则，人的社会交往绝大多数也是通过合意进行的。但即便最极端的法律万能主义者，也不大可能主张法律应涉足所有的人类行为。相反，任何法律都只调整极为有限的合意行为。英美法上“协议（agreement）”与“合同（contract）”、德国法上“约定（vereinbarung）”与“合同（vertrag）”的区分，目的之一就是厘定哪些合意行为构成法律上的行为（合同）。甄别哪些合意行为构成法律上的行为之所以成为一个问题，是因为私法自治原则的确立。早期罗马法上采取合同类型强制的做法，即法律只承认特定种类合同，故很容易判断哪些行为属于法律行为。^{〔1〕}此外，现代生活的复杂化、人

〔1〕 Werner Flume, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts, Bd. 2. Das Rechtsgeschäft, 3 Auflage, Springer-Verlag, 1992, S. 82.

类交往的密集、合意行为的纷繁芜杂也凸显了这一问题的重要性,使其成为法律行为与合同制度的前提性问题。有学者将其概括为合同的“临界点”、“界标”,^[2]可谓深谙其道。

本文拟从“创设法律关系的意图”这一制度入手,探讨判断合意行为构成法律行为(合同)的一般方法。与此相关的问题是,法律不调整的合意行为如何类型化?法律调整与不调整的合意行为可否通过一定条件相互转化?在何种情况下,法律必须介入本不应调整的行为?法律不调整的行为的履行会产生何种法律效力?

进一步,本文试图构建“法外空间”的一般理论。按照古典政治学、经济学的观点,国家的核心职能之一即解决私人纠纷。《法国民法典》第4条确定了现代审判的一个基本原则,即法官不能因法无明文或法不完备而拒绝审判。这是否意味着当事人起诉的所有案件,法院都应受理?而我国《民事诉讼法》第108条则限定,起诉的要件之一是案件必须“属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖”。本文尝试阐释法律不介入某些行为时的价值考量,以论证司法权的合理边界。

最后简要说明本文术语的选择。因英美法没有“法律行为”这一概念,故本文涉及英美法的内容以合同制度为对象;又,德国法系区分处分行为与负担行为,法律不调整的行为往往与负担行为难以区分,而与处分行为泾渭分明,故本文讨论的法律行为限于负担行为。

二 法律行为的“准入要件”:创设法律关系的意图

界定一个合意行为是否构成法律行为,最简单、最有效的方法当然是看法律有无规定。但无名合同种类繁多,加之法院不能单以法无明文拒绝裁判,故这种方法不敷适用。两大法系采用的共同方法是通过界定当事人的主观意图,即是否有创设法律关系的意图,从行为当事人的角度而不是立法者的角度,为法律调整的行为设置门槛。在具体制度设计上,因大陆法系不存在对价制度,故两大法系也存在细微差别。

(一)两大法系的基本思路

1. 英美法:创设法律关系的意图

普通法的思路是,当事人必须有“创设法律关系的意图”,合同才能成立。至于它是普通法固有的要求还是19世纪受大陆法影响的结果,英美法学者争议激烈,^[3]普通法内部也略有差异。

英国合同法明确承认当事人创设法律关系的意图是合同成立要件。这可追溯到英国1893年的 *Carlill v Carbolic Smoke Ball Company* 案:^[4]被告药厂刊登广告,谓服用其感冒药可有效防止感冒。如无效,愿赔偿100英镑,且已存放1000英镑于银行作保证。原告服用无效,遂起诉。被告主张其发布广告时没有受法律拘束的意思,但法院判决该广告为要约,被告应履行要约确定的义务。真正确立该规则的是英国1919年的经典案例 *Balfour v. Balfour*:^[5]丈夫(被告)为英国政府在锡兰(今斯里兰卡)的一个灌溉项目负责人,夫妻婚后在斯里兰卡生活了15年。1915年夫妻回国休假,因妻子患风湿性关节炎,不适合热带气候,遵医嘱留

[2] 参见朱广新:《合同法总则》,中国人民大学出版社2008年版,第87页。

[3] Furmston M. P., *Cheshire and Fifoot's Law of Contract*, 10th ed., Butterworths, 1981, p. 97.

[4] [1893] 1 QB 256.

[5] [1919] 2 KB 571.

在英国。丈夫出国前给了妻子一张 24 英镑的支票,作为当月的生活费,并许诺夫妻团聚前,每月给妻子 30 英镑。1918 年 3 月,双方离婚,妻子得到法定抚养费后起诉丈夫违约,要求支付剩余款项。初审法院支持了其诉讼请求。上诉法院判决,本案的夫妻协议虽有对价,因妻子身患疾病且只身在国内,其支出完全可能超过 30 英镑,但当事人没有成立合同的意图,故驳回了原告的请求。1940 年代以来,这一规则对英国法产生了重要影响。

美国法通说则认为无需此要件。美国《合同法第二次重述》第 21 条还明确规定:“缔约时,当事人是否真实、明确表明允诺受法律拘束的意图无关紧要;但明确表示允诺无意产生法律关系的,则合同可以不成立。”该条的评注指出,家庭成员之间的协议和社交约定要成为合同,行为人必须表示其创设法律关系的意图。在司法实务中,法院很少要求原告证明当事人在订立合同时有缔约意图。尽管如此,美国法的实践操作与英国法并没有什么区别;^[6]美国一些判例甚至比英国更强调当事人的缔约意图。如在 *Cohen v. Cowles Media Co.* 案^[7]中,明尼苏达州高等法院认定,记者对媒体做出的对消息来源保密的承诺,只有道德约束力而无法律拘束力,因当事人并没有受法律拘束的意思。

对价是否包含创设法律关系的意图,决定了后者是否构成独立的合同成立要件。两者的功能类似,但可否相互替代,学者看法不一。如威灵斯顿认为,与侵权责任的构成要件一样,当事人对合同要素的认识并不影响合同成立。只有在没有对价制度的国家,创设法律关系的意图才是必要的。^[8] 本文认为,对价的存在通常表明当事人有创设法律意图,但两者的作用并不完全相同:对价排除的是法律本来就调整的合同类型,只是它们不符合“获益——受损”理论或双方欠缺必要的磋商过程。换言之,它处理的是法律调整的合同有无效力的问题,而不能甄别合同与非合同,而这恰好是“创设法律关系的意图”的重要功能。如夫妻约定一方做饭一方洗碗,严格说来并非没有对价,但双方显然没有创设法律关系的意图。故,若一个约定缺乏对价或创设法律关系的意图时,法院认定是否合同成立就相当疑难。^[9] 如在美国 1891 年的 *Hamer v. Sidway* 案^[10]中,威廉的叔叔允诺,若威廉在 21 岁以前没有养成抽烟、赌博等恶习,在威廉 21 岁时,他将给威廉 5000 美元。威廉在 21 岁前依约行事,但其叔叔的继承人却没有履行诺言,由此引发诉讼。法院支持了原告的请求。本案的约定显然存在对价,但当事人有无创设法律关系的意图,尚有讨论余地。

2. 大陆法:私法上的效果

按照经典定义,法律行为是行为人追求私法效果的意思表示。“私法效果”实际上是法律行为的门槛,它要求当事人合意的内容必须具有私法意义。“法律行为”也必须是“法律上的行为”。换句话说,“法律行为”中的“法律”界定的是“法律意义”,“行为”界定的是意思表示。而意思表示本身也隐含了这一要件:“意思”的核心是效果意思,它也称法律意思。正如温德沙伊德所说:“意思表示……是自我呈现的意思。意思表示表达的不仅是可以让别人理解的某种意义,而且还有导致一定法律后果的意思。”^[11] 既然法律行为的效力是成立、变

[6] Gregory Klass, Intent to Contract, 95 *Virginia Law Review* 1437 (2009).

[7] 501 U. S. 663 (1991).

[8] *Wiliston on Contract*, Vol. 1, 1958, §. 21. 另见 Stephen Hedley, Keeping Contract In Its Place——*Balfour v Balfour* And The Enforceability of Informal Agreements, 5 *Oxford J. Legal Studies* 396 (1985).

[9] H. K. Lucke, The Intention to Create Legal Relations, 3 *The Ade Laide Law Review*, 419 (1967 - 1970).

[10] 124 N. Y. 538. 27 N. E. 256.

[11] Windscheid, *Reden and Abhandlungen*, S. 377. zitiert nach Flume, a. a. O. S. 50. 潘德克顿时期的民法理论家都强调法律行为的这一特征。如 *Heinrich Dernburg*, *Pandekten Band 1*, Berlin 1884, S. 208.

更或消灭权利或者法律关系,逻辑上它就排除了情谊行为;后者之所以不发生法律效力,就是由于行为人缺乏受法律拘束的意思。^[12]

在司法实践中,大陆法系的做法也与英美法系类似。如瑞士联邦法院认为,债务行为都包含受法律拘束的意思,欠缺这一意思的,不构成意思表示与法律行为,至多是一个无拘束力的情谊行为。^[13] 德国法院的做法也如此。如德国帝国法院审理的一个案件中,双方约定按照犹太教仪式离婚。法院认为该约定无效,这并非因为它违反了公序良俗原则,而是当事人约定的标的“完全没有法律意义”。^[14] 此外,在德国 1986 年的名案“违反约定停药避孕药”中,18 岁的女子向其男友口头承诺服用避孕药,其后未告知男友就停药,后怀孕并生下一个孩子。男友认为其违反了合同。德国联邦最高法院判决的核心理由是:避孕药涉及最重要的人身自由领域,与个人私密领域不可分割;女性的生育权不因其承诺而受限制,故法律不调整这一约定。^[15]

(二) 简单结论

任何法律都不可能强制执行所有约定。法律有两道门槛排除不可执行的约定:首先是法律不调整的行为;其次是意思表示有瑕疵的行为。就第一方面而言,两大法系并没有什么差别。比较法的研究结果表明,德国、法国也有类似的法律技术实现普通法对价制度的功能,甚至有过之无不及。^[16] 英美法的“创设法律关系的意图”与大陆法的“私法上的效果”,两者的功能高度重合。即使从语源上说,大陆法中的“意思”也与英美法中的“意图”同义,“意思表示”同样也要求当事人有创设法律关系的意图。

本文采用了“创设法律关系的意图”这一术语,它可能会引起这种误解:只要当事人表达了受法律拘束的意思,则无论该行为是否为法律上的行为,法律都应调整。但是,最终决定法律是否介入一个行为的,并非当事人有无创设法律关系的意图,而是法律调整这类行为与否,或者法律是否容许当事人排除司法权。但这一术语的措辞鲜明,比“私法上的效果”更易理解,故为本文所选。《欧洲合同法原则》也偏向英美法的表述,其第 2:101 条规定,合同拘束力产生的前提是当事人有受法律拘束的意图。^[17]

三 创设法律关系的意图的判断方法

(一) 统一的判断标准是否可行?

判断当事人有无创设法律关系的意图,最佳解决方案当然是寻求一个抽象的普适标准。鉴于法律行为的效果是民事权利的得丧变更,由此可以简单推导出一个标准:行为内容涉及民事权利的,即构成法律行为。如《意大利民法典》第 1322 条规定,当事人可以订立法律没有规定的契约类型,但其目的必须是实现法律所保护的利益。“法律所保护的利益”与民事

[12] Karl Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts, 8. Auf. C. H. Beck, 1997, S. 440. 本部分为沃尔夫增补。

[13] Gauch/Schluemp, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I. 9 Aufl. Schulthess, 2008, S. 27; 33.

[14] RG57, 250ff.

[15] BGHZ 97, 372.

[16] Arthur T. von Mehren, Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative, 72 *Harvard Law Review*, 1009 (1959).

[17] Ole Lando & Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000.

权利大致相当。这一标准虽然兼顾了合同自由原则与法律调整私人行为的节制性,但也无法作为一般判断方法。

之所以如此,是因为这种方法很大程度上是循环论证:法律行为是以发生私法效果为目的的意思表示,故法律上的行为必须是涉及民事权利的行为,而“私法效果”与“民事权利”完全是同义反复。而且,即使行为涉及民事权利的,也未必构成法律行为。以财产利益为例,法律行为的标的虽然通常具有财产价值,但反过来说则未必成立。^[18] 前述英国 *Balfour* 案就涉及财产利益;又如同事或朋友约定搭顺风车,即使一方支付部分费用或分担汽油费的,英国法认为当事人也没有创设法律关系的意图;在美国,若车主并非职业从事客运的,或客人与其没有商业关系(车主不会从客人处获得商业利益)的,则车主与客人之间的关系为社交关系,即使客人提出分摊汽油费也如此。^[19] 沃尔夫则将这种行为称为混合情谊行为,^[20]也强调这类行为兼具社交行为与法律行为的双重特性。

(二)无创设法律关系的意图的行为类型

既然统一的方法不可行,替代的思路就是类型化方法。当事人从事法律调整的行为的,法律都推定其有创设法律关系的意图,只有对一些特殊约定,法院才考虑当事人有无创设法律关系的意图。因此,当事人有创设法律关系的意图的行为无需类型化,需要类型化的,恰好是当事人无创设法律关系的意图的行为。对此,英美合同法理论的基本分类是:家庭成员间的协议、社交行为、明示无约束力的协议和约定进一步订立合同的协议。^[21] 政府的给付承诺、政客的选举承诺等,通常也视为当事人无创设法律关系的意图。大陆法系民法理论则集中讨论情谊行为,甚至将全部社交行为称为情谊行为:“有些行为发生在法律层面之外,因此它们不能依法产生后果。这类行为没有统一的名称,学者们通常称之为‘纯粹的情谊行为’或‘社会层面上的行为’”。^[22]

本文将无创设法律关系的意图的行为分为两类:一是法律不调整的行为,包括家庭成员之间的行为及社交行为;二是法律调整的行为,但一方或双方没有创设法律关系的意图,包括君子协定与缔约过程中的初步约定。

1. 家庭协议

对家庭成员之间的行为,英美法推定当事人无创设法律关系的意图,故不构成合同。这是可以被反证推翻的推定,若家庭成员之间达成的商业协议,则推定其有创设法律关系的意图,即使合同具有施惠性质(如父母将房屋远低于市场价出售给子女)。大陆法法律行为理论甚少论及,但结论与英美法一致。

对家庭协议中当事人创设法律意图的认定,比较疑难的问题有二:

一是婚姻法与法律行为的关系。婚姻法的大多数规范为强制性规定,夫妻不能通过协

[18] Flume, a. a. O. S. 82.

[19] Edward J. Kionka, *Torts*, 影印本,法律出版社 1999 年版,第 259 页。

[20] Karl Larenz/Wolf, a. a. O., S. 441.

[21] 参见阿蒂亚:《合同法导论》,赵旭东等译,法律出版社 2000 年版,第 157 页。

[22] 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。这里的引文删除了原书中的德文术语。情谊行为也译为“好意施惠行为(关系)”,如王泽鉴:《债法原理》(1),中国政法大学出版社 2001 年版,第 199 页;黄立:《民法债编总论》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 17 页。这一译名似欠妥。其一,“施惠”明显背离了友谊目的,使一方在经济或其他方面凌驾于对方;即或一方在某次行为中毫无付出,在友谊的持续发展,双方也均有所获;其二,情谊行为也包括双方经济上互惠的行为,如相约同行等。但为表述方便,本文也使用“施惠人”与“受惠人”。

议改变法定权利义务关系,如美国《第二次合同法重述》第 190 条就明确规定,改变夫妻基本权利义务的协议不能强制执行。对婚姻法明确调整的协议(如分别财产制),当然应推定其当事人有创设法律关系的意图。有疑义的是,双方约定,一方违反法定夫妻义务应赔偿对方损害的,可否推定当事人具有创设法律关系的意图? 本文认为,夫妻关系存续期间,无论一方违反何种义务,夫妻相互都没有损害赔偿请求权,即使采取分别财产制的情形也如此,以期维护婚姻的持续。如大陆法系诸多国家规定,夫妻关系存续期间,夫妻彼此的请求权处于时效不进行状态。毕竟,渴望天长地久也是婚姻与爱情的元素之一。但在夫妻关系终止时,请求权可以行使,故这种协议相当于损害赔偿的预定,应发生法律效力。

对婚姻法没有规定的行为,如夫妻就家庭分工的约定,应推定当事人无创设法律关系的意图。但在分别财产制下,双方约定一方做家务,一方提供报酬的协议,应推定其当事人有此意图。奥地利这方面的法制经验颇值一提。《奥地利民法典》第 90 条规定,夫妻构成一个婚姻共同体,婚姻期间双方所得归属婚姻共同体;第 98 条规定,若一方扶助另一方取得财产,扶助方可请求补偿其劳务,金额取决于劳务的方式、持续时间、生活费等。奥地利最高法院的一个案例相当精妙地展现了上述规范的实践适用:原告与被告为夫妻,1989 年 8 月 1 日至 1991 年 11 月 18 日,原告在被告的商店工作,双方约定,原告每天工作半天。但原告事实上全天都工作,且周末无休,被告却只按半天支付原告工资。某日,原告听顾客说被告正在为商店招雇员,相当诧异。1991 年 1 月 19 日,被告早餐时要求原告交出商店的钥匙与零钱。原告认为被告要解雇她,即应被告要求将其交给被告。被告也没问原告是否要与他一到去商店,而平常都是原告到商店开门营业,被告则先在咖啡馆坐一会。当天被告没到商店为由解聘原告。后双方离异,原告起诉要求赔偿超时工作费用、休假损害与解约损害。尽管各级法院对损害赔偿的范围认定有所差异,但均认为,双方就半天时间的工作约定,构成雇佣合同。奥地利最高法院认为,夫妻可以按照《民法典》第 90 条,不约定劳务报酬,所得归婚姻共同体;也可以选择订立合同。但双方不存在明确的合同或可推知的合同时,则不能认定双方存在合同关系,而应认为双方是履行夫妻法定的相互扶助义务或协力义务。^[23]

最后,“核心家庭”成员以外的大家庭成员间(如父母与成年子女)的分家析产协议,其内容是分割共有财产,当事人当然有创设法律关系的意图。

二是家庭成员关系不睦或紧张时订立的财产约定。此时,英美法通常推定当事人之间有创设法律关系的意图。德国法学家弗鲁姆(Flume)在评价 *Balfour* 案也指出,在婚姻关系不正常时,夫妻之间订立的财产协议应具有法律效力。但其效力来源更多来自于婚姻法的规定,而非当事人的约定。父母为子女每月邮寄生活费的约定也可以认定为赠与。^[24] 其理由是,法律推定家庭协议的当事人没有创设法律关系的意图,主要是因为他们通常不想以法律手段消弭纠纷,而在家庭成员关系恶化到一定程度时,双方则可能更希望以陌生人的方式——合同而不是以情感方式解决纠纷。

2. 社交行为

在英美法上,社交行为的当事人也被推定为没有创设法律关系的意图,除非有相反证据。大陆法系与社交行为相关的理论是要物合同。它可以视为区分社交行为与法律行为的

[23] OGH 9 Ob A169/93.

[24] Flume, a. a. O. S. 84.

法律技术。在标的物交付之前,当事人的合意只是社交约定,无法律约束力。要物合同主要有两种:一是无偿合同,如民间消费借贷等。它可以减轻当事人的人情负担,因其通常发生在熟人之间,一方当面可能不好拒绝,要物合同则为当事人提供了一个情感缓冲期;另外它也平衡了双方的利益。二是依据交易性质和交易习惯确认的要物合同。如当事人通常不会预先约定保管,而通常是直接将物托人保管。

就创设法律关系的意图的确认而言,社交行为存在两个疑难问题:

其一,若当事人明确表达受法律拘束的意思,法律是否调整?

社交行为的当事人可能明示其协议受法律拘束,或通过约定违约金等方式表明这一意思。如甲乙常在一起喝酒,某日甲心情郁闷,邀乙喝酒。乙当天有事,为表歉意,与甲约定第二天喝酒。为示慎重,两人订立了书面协议,约定乙次日喝白酒1斤,否则向甲支付1万元。后乙爽约,甲请求乙赔偿,未果,诉至法院。此时,社交行为是否具有法律拘束力?理论上将这种违约金称为不真正违约金。^[25]由于甲乙约定喝酒的行为属社交行为,并不因当事人有惩罚性约定而改变其性质,承认不真正违约金无异于间接强制履行社交行为,故一般认为,这类违约金条款“不生效力”,法律不应调整。^[26]

其二,如何判断无偿行为是法律行为还是情谊行为?

有偿行为通常构成合同,除非当事人明确排斥其法律拘束力,^[27]通常可与社交行为区分开。无偿行为多发生在熟人之间,到底构成单纯的社交行为还是法律行为,则往往难以判断。各国法律都承认部分无偿法律行为,如赠与合同、消费借贷合同等,故行为是否有偿并非判断情谊行为的唯一标准。无偿约定是否构成法律行为,又以无偿委托最为疑难,因为在提供劳务或劳动成果的合同中,只有委托合同可为无偿,而社交行为又多涉及劳务,且委托人可随时解除合同,这与情谊行为的当事人不能请求强制履行在外观上类似。

需要指出,有偿与无偿的标准不能简单依据当事人之间单一的行为判断,而应结合当事人就某一事项所为的一系列行为判断。若先前的“无偿行为”只是其后交易行为的铺垫,则该先前行为应为有偿行为。如《奥地利民法典》第1300条对提供错误咨询意见的责任配置,区分了有偿与无偿情形。依据其司法实践,决定“无偿”的并非报酬,而是提供意见者不从咨询服务中获利,^[28]即当事人彼此的一系列行为过程都不涉及财产利益,

迄今为止,精确区分情谊行为与委托行为还没有满意的理论方案。最妥当的方法当然是依据个案决定,即综合考虑当事人行为的目的与背景、经济与法律意义、当事人之间的利益状态(如标的之价值、双方的风险)、诚实信用原则等。其中最重要的是诚实信用原则。^[29]沃尔夫还提出了更具体的两个标准,一是风险,无偿行为的当事人不宜承担过大的经济风险;二是约定事项在法律和经济上的重要性。^[30]科宾也提出了类似观点。^[31]本文认为,权衡的诸因素为:

一是行为所涉利益的性质。这主要针对最为核心的人格权领域(如宗教、生育、隐私

[25] 黄立:《民法债编总论》,第515页。

[26] Flume, a. a. O. S. 82.

[27] 王泽鉴:《债法原理》(1),第199页。

[28] OGH 8 Ob 532/83; 6 Ob 144/08g.

[29] BGHZ 21, 102. 这一判决理由也为瑞士联邦最高法院援引,参见BGE 129 III 181 E. 3. 2.

[30] Karl Larenz/Wolf, a. a. O. S. 441.

[31] 科宾:《科宾论合同》(上),王卫国、徐国栋等译,中国大百科全书出版社1997年版,第71-72页。

等)。在这些领域,限制或克减当事人权利的约定,不仅可以视为违法,还可解释为不受法律调整,如前述德国避孕药案。另外,行为同时涉及双方利益时,不能单以利益的重要性来判断,因为利益按照其重要性只能粗疏排序,如人格权优于财产权等。但人格权与财产权还可以细分为各种具体权利,这些权利孰先孰后,判断则颇为困难。

二是行为主体的身份及相互关系。行为一方为法人的,通常可推定当事人有创设法律关系的意图。如甲为投资向专业投资公司咨询,双方的行为可视为法律行为;向朋友咨询的,则不构成法律行为。^[32] 此外,当事人关系越紧密,法院越倾向于认定当事人无创设法律关系的意图。^[33] 日常生活中,委托亲友所为的生活事项,如临时照看小孩、浇花等,应认定构成情谊行为。

三是当事人双方的利益状态,包括当事人之间的权利义务分配、双方转嫁风险的意识及风险的大小。受托人在缔约时明知其爽约必然会造成对方损害的,通常可认定为法律行为,但此时还需考虑对方是否可以产生合理信赖及双方权利义务是否平衡。如甲乙在火车上萍水相逢,甲睡觉之前请乙在某站叫醒他,乙应允。因乙熟睡,没唤醒甲,致乙坐过站。^[34] 本案中,甲无法形成乙将履行其诺言的合理信赖,故可认定乙无创设合同关系的意图。

四是行为的情景与发展过程。如原告与被告争吵,被告说:“你只要叫我几声干爹,给我磕头,我就把红旗车送给你。”原告当即向被告磕头,叫了几声“干爹”,并对围观群众说:“我得了红旗车,明天我请大家喝酒。”被告听后当场拒绝。^[35] 本案中,被告明显是为挽回面子在情急时说这番话的,正如法院判决所认定的:“被告在情急之下叫原告喊干爹、磕头、送红旗车与原告的真实意思是羞辱原告,并非想送红旗车给原告……因此,原、被告之间的赠与合同不成立。”

五是当事人的信赖状态。如一方做出戏谑意思表示,对方信以为真的,并不能使该行为改变性质成为法律行为。是否产生法律认可的信赖,其标准应是一个理性人在相同情景下是否通常会产生信赖。如被告在中央电视台《乡约》节目中表示,若有人能完成五层吊球陶器制作,即可获得其艺术中心三层房产及楼内所有财产。原告完成了五层吊球陶器,但被告不予认可。之后,原告继续努力,完成了一件出色的作品。被告再拒后,原告起诉,请求确认悬赏广告成立且生效。^[36] 在本案中,当事人行为的时间、场合、内容及其后续行为都很难认定其发布的是悬赏广告,而只能认定为戏谑意思表示。本案中,行为人明知对方已经产生错误认识,但没有明确向对方说明其真意,应赔偿对方的信赖利益。

德国 1974 年的“彩票合伙案”是综合诸因素衡量的经典案例之一:数人相约共同出资购买彩票,某人因没有按照约定的号码购买彩票,致其他人没有中奖。法院判决,在分配中彩的奖金及支付购票款项方面,当事人之间有法律关系,但在可得利润方面则没有。^[37] 法院判决的实质理由不过是在精细的法律技术掩盖下的利益衡量,即当事人通常不会期待中奖,让行为人承担责任明显过苛。事实上,本案当事人的权利义务约定明确,且涉及财产利

[32] Larenz/Wolf, a. a. O, S. 441.

[33] H. K. Lucke, The Intention to Create Legal Relations, 3 *The Ade Laide Law Review* 419 (1967 - 1970).

[34] Flume, a. a. O, S. 75. 2005 年司法考试将此作为考题(卷三第 25 题)。

[35] “杨先福诉李常刚赠与合同纠纷案”,《人民法院案例选》(2003 年第 1 辑),人民法院出版社 2003 年版。

[36] 参见杨立新、朱巍:《论戏谑行为及其民事法律后果——兼论戏谑行为与悬赏广告的区别》,《当代法学》2008 年第 3 期。

[37] BGH II ZR 12/73. 对该案件的介绍,参见梅迪库斯:《德国民法总论》,第 154 页以下。

益,认定为法律行为也未尝不可。德国 1956 年的一个案例也颇能说明法院在区分情谊行为与法律行为时的踌躇与疑虑:原告经营运输业务,按照其订立的长期运输合同,依约履行一项运输任务。但在货物装载时,司机(原告的丈夫)因事故死亡。原告遂请求被告公司帮助,该公司委派了一名司机免费为其履行运输任务。在回程中,因司机驾驶技术不过关,致原告的车辆受损,还需要支付拖车费用。原告与被告公司之间是否具有合同关系、被告是否应依据《德国民法典》第 278 条为履行辅助人承担责任,在三次审判中可谓曲折往复。^[38]

3. 君子协定

“君子协定”的法律界定尚未统一。^[39] 本文用于指从事法律调整的行为的当事人,明示或默示排除司法管辖、履行请求权或违约责任的协议。即,这些行为本应由法律调整,但当事人不愿由法律调整。君子协定广泛适用于商业实践,尤其是在诸多难以公开的、心照不宣的交易如卡特协议中,大有用武之地。^[40]

君子协议通常以明示方式排除协议的拘束力,如约定协议“无法律效力”、“仅以信用担保履行”或“不受法院司法管辖”等。默示方式主要是指法律要求合同采取书面形式,但当事人没有采取的情形。依据契约自由原则,双方既然已经表示无创设法律关系的意图,其协议应不具有法律拘束力。如在美国 *Rose & Frank Co. v. Crompton & Bros.* 案^[41] 中,原告是纽约一家生产用于造纸的纤维的公司,被告是英国的同类生产商。1913 年 7 月,双方订立书面协议,被告授权原告在美国与加拿大销售其产品,为期三年,期满后原告可以选择是否续期。合同约定了“名誉保证条款”,即:“本协议与备忘录并非正式法律约定,且不受美国或英国法院的司法管辖;本协议只是明确表达与记录了当事人目的与意图,当事人用其名誉予以担保。”该协议随后延期到 1920 年 3 月。1919 年,被告未按约定的方式通知原告即终止合同,原告起诉对方违约。法院认为,该协议排除司法管辖的条款有效。

英美法对这类条款是否违反了公共政策还有争议。这里的“公共政策”即当事人诉权的保护。本文认为,下列两种情形不能排斥法院管辖:一是当事人对合同的成立与否有争议。因这种诉讼的目的是为了确认当事人之间是否存在合同,当然不能排除法院管辖。二是 一方或双方已经履行合同,因履行不合同约定而提起违约诉讼。因为此时若禁止当事人获得法院救济,势必侵害当事人的诉权,而诉权是当事人的一项基本宪法权利。^[42] 实践中常见的排除法院管辖的情形是,当事人明知其合同无效而约定其合同不受法律约束。此时,不论无效的原因是违反权能规范还是权限规范,排除法院管辖的约定均无效,否则,要么会使民法有关交易行为规则的意义(权限规范)丧失殆尽,要么架空公法管制的目的(权能规范)。

4. 初步缔约文件

初步缔约文件是在正式合同缔结之前,当事人为促使合同顺利成立而订立的相关文件,

[38] BGHZ 21, 102.

[39] “君子协议”最初见于 1888 年美国铁路会计协会 (Railroads Accounting Division) 的报告。国内外有两种不同的用法,一是泛指当事人达成的以信用而非以法律拘束的协议(《元照英美法词典》,法律出版社 2003 年版,第 601 页)。二是指商业活动的当事人明确排除法律管辖的协议(*Flume, a. a. O. S. 77.*; Farnsworth, *Contracts*, third edition, Aspen Law & Business, 1999, p. 120)。我国学界多用于统称不具有法律意义的协议(张平华:《君子协定的法律分析》,《比较法研究》2006 年第 6 期)。但汉语“君子协议”的语义难以纳入诸多情谊行为,如即时履行的帮助行为等。

[40] *Flume, a. a. O. S. 92.*

[41] [1925] A. C. 445. 455.

[42] *Bremer Vulkan v. South India Shipping Corporation Ltd* [1981] AC 909, 977.

包括意向书、备忘录、安慰信等。这里以意向书为例说明。本文的意向书仅指当事人在进入合同协商阶段与达成最终协议期间,就正式合同涉及的事项作出的初步约定,不包括单方作出的要约或要约邀请。严格地说,意向书并非法律概念,只是经济实践中的一种习惯作法。其被广泛使用的原因在于,在现代的复杂交易(如各类并购合同)中,合同的缔结是个漫长的过程,受信息、市场未来变化等诸多限制,在最终协议达成之前,双方往往会通过法律文书的形式固定谈判成果。

意向书通常不具有合同效力,明确排除法律约束力的意向书更是如此。排除条款通常表述为“本意向书不具有法律约束力”;“双方的具体权利义务由正式合同确定”或“本意向书对任何一方都不产生权利或义务”等。^[43]

但根据意向书内容的具体程度及双方的协商过程,意向书也可能具有不同程度的约束力,如产生双方合理缔约与诚信谈判的义务,甚至直接产生合同生效效力。如在美国 *Itek Corp. v. Chicago Aerial Industries* 案^[44]中,被告的主要股东 CAI 与原告订立协议,向原告出售资产。协议规定:双方应尽可能快地采取所有合理努力措施订立买卖合同,被告应取得 CAI 股东的同意,使意向书条款具体化;若当事人没有最终达成协议的,意向书对双方无拘束力。其后,CAI 的主要股东将其资产出售于第三方,引发诉讼。特拉华州高等法院认为被告违反了合理缔约与诚信谈判的义务,故撤销了有利于被告的初审判决。本案被告承担的是缔约过失责任。

意向书能否被认定为合同,关键问题是不完备合同与非合同之间应如何区分、司法能动性的程度。依新古典主义合同观念,法院可以对合同作必要的补充、解释并限制私人条款。它通过构建可预见的、有弹性的合同理论,平衡双方的合意与公共管制,以在个案中满足双方商业上的合理利益。^[45]就合同成立而言,其结论自然是对合同内容与条款的要求更为宽容。我国《合同法司法解释(二)》(法释[2009]5号)第1条规定,合同只需要具备标的物与数量条款通常就可以成立。这就为意向书认定为合同提供了法律依据。但我国《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释[2003]7号)第5条则对商品房认购、订购、预订等协议认定为正式的商品房买卖合同做了极其严格的限制。两者可谓处于合同成立的两极,也处于鼓励交易与契约自由的两极。法官在何种程度上可以补充不完备合同,使其成为正式合同,涉及鼓励交易与合同自由、公权与私权的冲突,囿于主题本文不再详论。

(三)简单结论

创设法律关系的意图很大程度上是一种法律推定。法院通常无需考虑这一问题,“只有在出现了麻烦,特别是一方当事人不自愿履行义务,或者一方当事人受到了损害时,法律约束的问题才具有重要性。因此,在许多情况下,认为当事人具有受法律约束的意思,是一种缺乏实际基础的拟制。”^[46]换句话说,它可以作为法院不受理私人行为之诉或不强制执行私人行为的挡箭牌。对家庭、社交行为,法院可因“主管范围”而不予受理;对君子协定及初

[43] Farnsworth, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, 87 *Columbia Law Review* 217 (1987). 德语合同则通常表述为“以名誉担保履行”。

[44] 248 A.2d 625 (Del. 1968).

[45] J. M. Feinman, Contract after the Fall, 39 *Stanford Law Review* 1537 (1987).

[46] 梅迪库斯:《德国民法总论》,第153页。

步缔约文件,法院则应受理,在审理后以当事人无创设法律关系的意图为由,驳回诉讼请求。

对创设法律关系的意图,各国都采取了两分模式,即家庭协议与社交行为的当事人无创设法律关系的意图,法律调整的行为尤其是商业行为则推定当事人有。但判断一个合意是否构成法律行为,主要不是法律技术问题,而是价值衡量和价值选择问题。正如科宾指出:“‘社交的’协议与法律生效的协议之间,以及成立的合同与不成立的合同之间的界限,只能通过法官们对过去已作出的判决进行归纳、研究和比较,才能加以确定。从判例到判例,他们划出了界限,尽管同其他界限一样,它是用宽大而粗糙的毛笔,而不是用绘图钢笔划出的……”^[47]英国 *Simpkins v. Pays* 案^[48] 颇能说明问题,它与德国彩票案类似:房东及其孙女与房客之间达成协议,共同出资参加比赛,共同分享奖金,但法院却判定当事人之间存在合同关系。

四 “创设法律关系的意图”要件的意义

法律对当事人“创设法律关系的意图”的要求,在不同情形,考量的价值有所差异。君子协定与缔约过程考量的价值较为简单,无非私法自治的逻辑扩展。私法自治注重私人自由形成法律关系的决定权,反过来,若私人明确表达了不愿受法律拘束的意思的,则其不承担任何约定的义务。契约自由中的“缔约自由”也包括了不缔结契约的自由,^[49]如《欧洲合同法原则》第 2:301 条、《国际商事合同通则》第 2.15 条都规定,当事人有磋商自由,无需对未达成的合意承担责任。

需要重点讨论的是法律不调整的行为,即法律何以不调整家庭协议与社交行为,这关乎社会治理方式的选择与价值冲突。本文从法律是否愿意调整与法律能否调整两个方面讨论。

(一) 法律是否愿意调整?

法律是否调整家庭协议与社交行为,首先面临的价值冲突是司法资源的配置与诉权保护。

英国 *Balfour* 案的判决典型体现了法院对公共政策的判断:“若认为这类协议可以产生法律上的责任,法院可以强制执行,将是最坏的范例……认定这类协议创设了法律义务,我国为数不多的法院必然需要成百上千地增长。”其理由是诉讼水闸理论,即法院应为诉讼设置闸门,以避免大量无意义的诉讼涌入法院,使法院不堪重负。

适用水闸理论的依据有二:一是家庭、社交纠纷为琐事,正如法谚云:“法律(法官)不干涉细事。”二是司法资源有限,应当用来解决更有意义、更重大的纠纷。但用这两个理由解释法律不调整家庭、社交行为都有问题。首先,家庭协议并不都是“细事”。夫妻之间有洗碗做饭之类的约定,也有重大的财产协议。且法谚云:“法律适用于最频繁发生之事件”、“立法者忽略偶尔发生的事件”。家庭“细事”是最常见的事件,法律似乎又应该调整。其次,依据诉讼标的与诉讼费用的比例来决定“细事”,进而排除当事人的诉权,一方面忽视了“细

[47] 科宾:《科宾论合同》(上),第 73 页。

[48] [1995] 1 WLR 975.

[49] Wendell H. Holmes, *The Freedom Not to Contract*, 60 *Tulane Law Review*, 751 (1986).

事”本身蕴含的推动法治、醇化风尚的意义,如丘建东为1.1元与电信局对簿公堂,虽然当事人收益甚微,但其社会意义却不言而喻;另一方面,现代诉讼技术(如视频开庭、程序选择权等)的发展,很大程度上可以避免司法资源被浪费的问题。^[50]更重要的是,即使法院受理这类案件,当事人也未必会诉诸法庭。

其次是国家干预与私生活自治的冲突。

严格区分公共领域与私人领域是现代国家建构的基础之一。按照古典自由主义的看法,私人生活比市场距离国家权力还要远。“个人主义是一种成熟和宁静的感情,它使每个公民与众多同胞疏离;并使其回到自身家庭与朋友的圈子,因此,它为每个公民创造了一个小社会,并与大社会隔离。”^[51]家庭关系相当亲密、隐私,是最典型的私人领域,法律的介入势必公开私人隐私,^[52]这也是德国“避孕药案”判决的主要理由。

区分公域与私域的隐含基础是国家对私人领域的道德中立。尽管原子式的个人主义会使公德的源泉枯萎,与人的卓越渐行渐远,但它不会带来社会动乱,故国家对人类最幽微、深邃的精神领域可以不做价值判断。*Balfour*案的判决书也阐明了这一理由:“普通法管不着夫妻之间的协议。夫妻双方自己是律师或法官”。在冷静的法院中,“天然的爱与情感”没有太多意义,因为“每个家庭自成一统,国王的令状无法企及,其官员也不受欢迎”。

法律不调整某些私人行为尤其是家庭协议,还可能会产生遏制这些行为的效果,与“不法原因的给付不能返还”一样,当事人的“权利”无法得到法律救济,就可能选择不从事这些行为。但在很多情形,当事人完全可能存在需求法律介入家庭纠纷的强烈意愿。如欧美女性主义法学热议的问题之一是,未婚同居的男女没有书面协议约定财产分割,感情破裂时,法院应否受理其纠纷?在法无明文规定时,法院受理这类案件无疑会面临巨大的压力,“在绝望的泥淖中挣扎”。^[53]面对如此棘手的问题,按照美国查菲(Chafee)教授著名的司法介入诸规则,应适用依据“烫手的山芋”规则,法院不应介入。^[54]但法律往往不得不介入这类纠纷,如我国新出台的《婚姻法司法解释(三)》(法释[2011]18号)。它尽量依据物权确权的基本规则,避免了价值判断(当然也可以说体现了男女平等、共同创业的现代婚姻观),但与我国的婚姻家庭观未必契合。许烺光认为,中国家庭以父子关系为轴心、父权的强势、独特的育儿模式以及四世同堂的大家庭理想都使家庭成员之间的关系更为复杂,其中既有权威,也有感情。^[55]具体到家产而言,按照费孝通先生的说法,中西家庭模式可以概括为“反馈模式”与“接力模式”。^[56]用法律术语说,前者的抚养与赡养是双向的,父母子女之间的财产相互传递;后者只有父母对子女的抚养义务,而子女对父母无赡养义务。由此,不难理解何以上述规定会在社会上激起千重浪。

(二)法律能否调整?

假设法律愿意调整这类行为,它能否调整呢?这涉及两个问题:

[50] 参见左卫民、谢鸿飞:《论民事程序选择权》,《法律科学》1998年第6期。

[51] Tocqueville, *Democracy In America*, Vol.3, tr. by James T. Schleifer, Liberty Fund, Inc., 2010, p. 882.

[52] Clare Dalton, *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine*, 94 *Yale Law Journal* 997(1985).

[53] John Wightman, *Intimate Relationships, Relational Contract Theory and the Reach of Contract*, 8 *Feminist Legal Studies* 93 (2000); *Marvin v. Marvin* [134 Cal. Rptr. 815, 557 P.2d 106(1976)].

[54] Zechariah Chafee, Jr., *The Intention Affairs of Associations Not for Profit*, 43 *Harvard Law Review* 1021(1930).

[55] 参见许烺光:《祖荫下:中国乡村的亲属、人格与社会流动》,王芃、徐隆德译,(台北)南天书局2001年版。

[56] 参见费孝通:《家庭结构变动中的老年赡养问题:再论中国家庭结构的变动》,《北京大学学报》1983年第3期。

1. 家庭协议与社交行为的特性

依契约自由原则,在市场领域,合同是私人之间安排事务的最好手段。悖谬的是,在私生活领域,家庭成员虽然也经常使用这种形式,却因为法律不调整而无用武之地。因此,有观点认为,法律应调整家庭协议与社交行为尤其是家庭协议。其理由主要有两类:

一是以关系契约理论为依据。这是英美法的思路。关系契约理论的前提是当事人之间存在紧密关系,故当事人缔约时不是简单地追求利益最大化,而是更期望尽可能维持双方的关系,并寻求通过社会规范而不是诉诸法律来实现合同目的,双方通常也不会把未来的事项在合同中一次性详细约定。^[57]从关系契约角度看,市场契约与家庭成员的约定几乎没有区别,且家庭协议的当事人关系当然更为紧密。既然两类契约的当事人缔约时都不考虑法律因素,区分两类合同当事人创设法律关系的意图的做法,当然就毫无依凭。

二是区分法律行为的动机与法效意思。这是大陆法系的思路。现实生活中的情谊行为主要有两大类,一是财产类的情谊行为,一类是服务类的情谊行为。情谊行为虽然以增进情谊为目的,但根据“法律不问动机”原理,情谊行为关系的标的是财物或者服务行为,人际关系是其意图增进的对象,而不是情谊关系的标的,故情谊行为符合法律行为的构成要件。^[58]

第一种观点不能成立,理由如下:

其一,在逻辑上,以合同与家庭、社交行为存在共同性(关系契约)为由,得出法律应调整家庭、社交行为的结论不成立。若A、B两项有共同项X,并不能得出对A适用的Y同样适用于B,除非Y为X全部包含,但关系契约与创设法律关系的意图显然没有这种逻辑包容关系。

其二,合同与家庭协议在法律上有本质差别。且不说关系契约理论是对契约的法社会学考察,适用范围有限,不可能对合同产生颠覆性影响,^[59]单就家庭协议与合同的区别而言,就足以说明法律通常无法调整家庭协议。家庭关系与市场的差异在于,家庭的核心是自然血缘与超越功利的感情,市场的基础却是理性计算,当事人最终目的是经济利益,一锤子买卖与长期买卖概莫能外。进一步说,家庭、社交行为是情感行为,而非法律调整的“手段——工具”行为。家庭协议往往是利他主义的,这首先是因为人性本能,正如亚当·斯密所说:“他自己的家庭的成员,那些通常和他住在同一所房子里的人,他的父母、他的孩子、他的兄弟姐妹,自然是他那最热烈的感情所关心的仅次于他自己的对象……他更习惯于同情他们。他更清楚地知道每件事情可能如何影响他们,并且对他们的同情比能对其他大部分人表示的同情更为贴切和明确。总之,它更接近于他关心自己时的那些感受。”^[60]其次,从经济角度看,家庭中的利他行为有助于家庭抵御灾害和其他不测事件。^[61]这表明,家庭是个多功能的共同体,不仅是感情共同体,也是经济共同体。

依据韦伯的分类,家庭、社交行为属于情感行为,即由情感和感觉状态决定的行为。^[62]

[57] I. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 *Southern California Law Review* 691 (1974).

[58] 王伟:《论‘情谊行为’的法律定位:以建构纠纷解决机制为目的》,《山东理工大学学报》(社会科学版)第21卷第3期。

[59] Matthew Lees, *Contract, Conscience, Communitarian Conspiracies and Confucius: Normativism through the Looking Glass of Relational Contract Theory*, 25 *Melbourne University Law Review* 82 (2001).

[60] 亚当·斯密:《道德情操论》,蒋自强、钦北愚、朱钟棣、沈凯璋译,商务印书馆2003年版,第282页。

[61] 参见[英]贝克尔:《家庭论》,王献生、王宇译,商务印书馆2005年版,第330页。

[62] 参见《韦伯作品集:社会学基本概念》,顾忠华译,广西师范大学出版社2005年版,第32页及译注。

这种行为超越了计算目的,常常是利他的。法律行为则是目的理性行为,“是通过对周围环境和他人客体行为的期待所决定的行动,这种期待被当作达到行动者本人所追求的和经过理性计算的目的的‘条件’或‘手段’”。法律行为的主体是抽象的,其决定因素通常为单纯的经济利益。^[63] 与此不同,家庭、社交行为的当事人彼此都具有特定的身份,虽然可能涉及财产利益,但这只是其行为附随的结果。

2. 司法手段的有限性

法谚云:“法不入家门”,法律不宜处理复杂而敏感的亲情问题。^[64] 原因是:其一,泛道德论的观点认为,将夫妻感情、亲情或友情合同化,难免会使亲友间的相互宽容、理解、扶持与帮助金钱化、功利化,进而以财产关系取代伦理关系,使亲友的关系过度紧张。^[65] 其二,用利益计算来解决家庭之间的纠纷,难免南辕北辙。家庭成员完全可以通过情感制裁的方式达到“制裁”目的:“父亲违背自己的承诺,没有给付在草场打草的儿子报酬,儿子很不高兴。如果让儿子选择的话,他可以拒绝吃饭或在学校取得坏分数,但是他不能去法院控告他的父亲。”^[66] 法律不调整社交行为的理由与此类似。社交行为以友谊为基础,而友谊本身就意味着当事人之间存在某种休戚与共的共同体。^[67] 法国民法理论奠基人之一多玛认为,友谊有两个特征,一是互惠,它是基于相互友爱产生的;二是自由,每个人都没有义务必须与别人交游。朋友不遵守约定的,对方完全可以与其绝交息游,故友谊完全可以由社会规范调整,民法没有必要介入。^[68] 如果说,赔礼道歉都因法院无法使被告真诚悔过而难以执行,法律无法消除当事人之间的怨恨,那么,法律更无法让人彼此友爱。法院即使判决爽约人重新请客,且爽约人勉强履行的,也无法实现增进友谊或相互娱乐等社交目的。可见,对社交行为,当事人之间的情感、社会交往与礼仪规范的约束力比法律救济手段更好:“人伦亲情比一纸协议更可靠,几千年来形成的天经地义的东西比法律更长久。”^[69]

进一步说,法律若调整社交行为,将会面临两难选择。一方面,若执行协议,就对社会发出了这样的信号:所有的诺言必须履行,但这对社会未必是个好事:正如因为有了魔鬼,上帝的意义才完整呈现(所谓“魔中自有天籁”),在极其私密的领域,法律放任、宽容不履行诺言的行为,容许无伤大雅的私德在一定程度的“堕落”,不仅无损社会利益,反而会促进个性的多元化发展。试想一个“人人皆尧舜”的社会是多么无趣!恰恰是多元化的个性才使社会生机勃勃,个人也才有了选择成为何种品格的人的乐趣。另一方面,不执行协议也会使法院在道德评价中处于尴尬地位:法院不尊重诺言,从而影响法院的权威和合法性。

第二种观点逻辑上完全成立,其不妥当的理由也可以通过司法手段的有限性来解释。在法律行为中,强制履行既可以实现当事人的权利,同时满足了当事人的动机,如甲为看老师而购买鲜花,强制出卖方履行既移转了鲜花的所有权,也满足了买方看望老师时表达祝福的动机。情谊行为当事人的动机是增进交流、加深情感,这一目的只能通过双方自愿履行实现,强制履行的结果不是帮忙而是在添乱,使亲友间的关系更为恶化。

[63] 韦伯把这类契约称为货币契约,它与伦理无关,是将巫术或宗教排除出法律——即法律世俗化的适当手段。

[64] 参见陈自强:《民法讲义:契约之成立与生效》,法律出版社 2002 年版,第 106 页。

[65] H. K. Lucke, *The Intention to Create Legal Relations*, 3 *The Ade Laide Law Review* 419 (1967 - 1970).

[66] [德]海因·克茨:《欧洲合同法(上卷)》,周忠海等译,法律出版社 2004 年版,第 103 页。

[67] 参见亚里士多德:《尼各马可伦理学》,廖申白译,商务印书馆 2003 年版,第 251 页。

[68] Jean Domat, *Civil Law in Its Nature Order*, Vol. 1, tr. by William Strahan, Boston, 1850. p. 29.

[69] 赵晓力:《反哺模式与婚姻法》,《法制日报》2011 年 8 月 20 日第 7 版。

五 无创设法律关系的意图的行为及其履行

无创设法律关系的意图的行为既然不受法律调整,在当事人之间当然不产生法律拘束力。但这类处于法外空间的行为有时也会置于法律领域内,这一连接点就是履行。本文从纠纷着眼讨论。实践中这类纠纷的主要类型有二:一是合同纠纷,即是否构成合同及其相关的违约损害赔偿;一是侵权纠纷,重点是加害人与受害人之间的利益如何平衡。

(一) 履行请求权

无创设法律关系的意图的行为产生(广义上的)自然债务,双方均无履行请求权。值得注意的是,德国法理论认为这类行为无效,^[70]如《德国民法典》第118条规定戏谑行为无效。严格地说,这类行为并非无效,而是根本不产生法律效力,因表示人没有创设法律关系的意图,对方合理信赖戏谑表示的,也无法使戏谑行为成为有效的法律行为,而只能产生信赖利益赔偿的效力,因为它根本谈不上是法律行为。

当事人一方没有履行的,在特定情形,相对人可以要求相对方赔偿信赖利益损失,如邀请客人吃晚饭,客人为参加晚宴购买了鲜花并乘出租车前往,但主人却爽约,客人可以请求对方承担故意以背俗方式侵权的损害赔偿,^[71]其基础是侵权赔偿请求权。

若家庭协议或社交行为约定双方互为履行,一方当事人已经履行的,也不能请求对方履行,因其履行并不构成法律上双务合同的履行,一方履行不能改变这类行为不受法律调整的性质。但若双方订立的是意向书,一方履行、对方接受的,可以认为当事人已通过“可推断的行为”成立了合同。在前述 *Rose & Frank Co. v. Crompton & Bros.* 案中,法院就认为,当事人订立的虽然是君子协议,但双方后续的每一次履行行为,都构成一个独立的合同。依据合同法第36条等、法释[2009]5号第2条等规定,我国法上的结论也相同。

家庭协议与社交行为中,一方已经履行的,可否以不当得利为由请求对方返还?如在前述“喝酒案”中,乙向甲支付了1万元,其后,乙后悔,能否要求甲返还1万元?我国澳门特别行政区《民法典》第396条将这种义务规定为自然债务:“单纯属于道德上或社会惯例上之义务,虽不能透过司法途径请求履行,但其履行系合乎公平之要求者,称为自然债务”。依此,给付方不能以不当得利为由请求返还。但大多国家法无明文,此时就需解释何以不成立不当得利。王泽鉴先生以好意施惠关系为例,认为“好意施惠关系仍可以作为受有利益的法律上原因”。^[72]但法律既然不调整这种关系,将其作为受益的“法律”原因,多少有些牵强。可以考虑的一种解释思路是,如同基于不法原因的交付、明知无债务而交付不成立不当得利,此时排除不当得利请求权也是基于特定价值衡量。此外,从逻辑上说,既然法律不调整这类行为,当事人是否履行及履行的后果,法律都不应调整。

(二) 缔约过失责任

既然法律不调整家庭协议与社交行为,其当事人之间就没有任何请求权,包括缔约过失责任请求权。对法律调整的行为,当事人没有创设法律关系的意图的,原则上不承担合同不成立的责任。但当事人签订意向书后没有合理努力、诚实信用地尽到磋商义务的,可能会承

[70] Flume, a. a. O. S. 412.

[71] 梅迪库斯:《德国民法总论》,第150页。

[72] 王泽鉴:《债法原理》(1),第200页。

担缔约过失责任。

意向书的当事人是否承担缔约过失责任,涉及“磋商自由”与信赖保护的冲突。缔约过失责任适用于交易前的阶段,即使没有预约或意向书,一方也可能依据合同法的规定直接承担这种法定责任。在现代社会中,交易日趋复杂、谈判过程越拉越长,缔约过失责任的承担必须考虑两个因素:一是避免缔约方轻易投入成本导致资源浪费;二是避免当事人在任何情况都得不到缔约失败的救济而不敢投入。^[73] 另外,如果当事人在意向书中排除缔约过失责任适用的,也应认定为有效,而不能片面强调缔约过失责任的法定性,损害当事人对缔约投入的安排。

(三)加害履行

情谊行为的一方加害履行,侵害对方受侵权法保护的法益的,责任应如何合理分配是理论与实务的一个疑难问题。

情谊行为涉及的侵权损害有三种情况:施惠人在帮助行为中致第三人受损、施惠人在帮助行为中受损与受惠人受损。我国《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释[2003]20号)第13条、第14条及《侵权责任法》第35条涉及前两种情形,理论与实务对此均无多大争议。真正引发争议的是受惠人受损时施惠人的损害赔偿责任。因为它集中体现了“法与理”的紧张关系,同时反映了法律介入法外空间行为时的法律效力,故本文仅讨论这种情形。

这一问题的答案无非三种:不赔偿、全部赔偿与减轻赔偿。

德国帝国法院时期,判决多不许可赔偿。一个典型案例是:1906年2月,原告的妻子搭乘邻居的马车从集市回家。在上车前,妻子问邻居:“我可以和你一起回去么?”邻居应允。回程中马车超车时,马突然转向,导致车祸,原告妻子受伤。原告起诉赔偿夫妻因此遭受的损害。一审法院驳回诉请,二审法院支持,帝国法院又驳回。本案涉及动物责任,帝国法院认为,原被告通过行为“默示”排除了责任。^[74] 也有判例诉诸受害人自甘风险规则,对受害人不予赔偿。^[75] 可见,不赔偿的法律技术构成均为拟制受害人的意思,并没否认施惠人的行为构成侵权行为,因从侵权法角度分析,施惠人对受惠人同样应承担注意义务。^[76]

与此相反,目前美国大多数州许可全部赔偿。1920年前,美国各州几乎都制定了《汽车客人法》,借鉴无偿保管人的注意义务标准,规定在好意同乘情形,车主的赔偿义务受较大限制,多数采取了限制过错形态的做法,如限于故意或重大过失或酒驾等。^[77] 但同一时期,在联邦与各州,关于这一限制是否违反了《美国联邦宪法》第14条修正案即平等保护的争议,始终未止歇。^[78] 随后,该规定几乎在各州都被废除。事实上,若全然不考虑价值因素,也不拟制受害人的意思,单从法教义学出发,施惠人造成受惠人损害、构成侵权行为的,当然应承担侵权责任。在特定情形,受惠人还可以行使无因管理请求权。这两种请求权行使的

[73] 参见苏永钦:《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版,第195页以下。

[74] RG 67,431.

[75] RG 141 262.

[76] Flume, a. a. O. 90 ff. 需要指出,依据德国《民法典》第276条,过错责任为一般归责原则,依此标准,加重或减轻加害人的责任必须有法律规定或当事人的约定。故德国判例并没有普遍承认情谊行为中的加害人仅对其故意或重大过失造成的伤害承担责任。BGHZ 21, 102.

[77] Richard A. Epstein, *Torts*, Aspen Publishers Inc. 2000, p. 161; Garrick M. Meyer, “Constitutional Law – Fourteenth Amendment – California Guest Statute”, 48 *Tulane Law Review* 419 (1974).

[78] 联邦层面最重要的案例是 *Silver v. Silver* (280 U. U. 117 [1928]); 州层面是 *Brown v. Merlo* [506 P2d 212 (Cal. 1973)]。

逻辑结果都是施惠人承担全部责任。需要指出,通说认为,无创设法律关系的意图的行为一旦履行,行为人则应尽到相应的附随义务与保护第三人的义务。^[79] 这种理论诉诸合同法,其构成未尽圆通,完全可以用无因管理与侵权法上的义务来解释。

上述“全有全无”的模式都难谓公平:不赔偿不仅与侵权法规则抵牾,且还关涉“平等保护”的宪法权利;全部赔偿又罔顾施惠者助人为乐的高情厚谊,与普通人的法感情多有不合。故各国普遍中道而行,尽量减轻施惠人的责任。首先要解决的问题是:区分好意同乘中的受惠人与其他情形受害人的侵权法保护程度,是否违宪?

平等保护的前提是“同样情形、同样对待”,受惠人与其他情形的受害人是否应同等对待,取决于其受害情景是否相同。但在侵权法中,法律对同一侵权损害的构成要件区分越细致,越可能采取不同的赔偿标准,如过错责任不适用限额赔偿,无过错责任则适用。以“平等保护”为由,反对减免施惠人的责任,无非是只从抽象的理念与简单推理出发,完全忽视了致损事实的特殊性及相应的复杂的法技术构成。从价值上说,法律即使不褒奖善行,也不应惩罚善行。若施惠人的责任不受限制,则不仅其爱心没有得到任何回报,还可能因巨额一败涂地,受惠人却因获得全部赔偿而毫发无损,利益衡平难称妥当。

首先需要指出,既然这类行为并非合同,减轻施惠人的责任就无法寻求合同法上的依据。即使当事人有免责约定,也无法适用《合同法》第53条有关免责条款的规定。而且,当事人通常不会通过约定来减免其侵权责任:“没有人会在发出邀请或接受邀请时谈及无意泼出红葡萄酒怎么办之类的问题。”^[80] 此时,认定双方存在默示的或以可推定的行为作出的免责约定,难免无中生有。当然,免责条款在侵权法上最多被视为受害人自甘冒险。故,减轻施惠人责任的方式只能法定。

在比较法上,减免施惠人责任的理论方案有三种:

一是对施惠人的过错类型进行限制,即施惠人仅对其故意或过错造成的损害承担侵权责任。如前所述,对情谊行为中受惠人的人身伤害,美国一些州的《汽车客人法》采纳了这种做法。对财产损害,《奥地利民法典》第1330条规定,专家无偿提供咨询意见的,只对其故意造成的损害承担责任。有偿提供的,则对其轻过失造成的损害也应承担责任。换句话说,基于情谊行为提供的,则不承担责任。^[81] 既然人身权利、财产权利都如此,故施惠人的纯粹经济损失不应赔偿,因为现代侵权法普遍承认,侵权法保护的法益存在价值位阶,即人身权益——财产权益——纯粹经济损失。^[82]

二是类推适用合同法有关减轻无偿合同当事人责任的规定。德国民法理论提供了两种思路:其一,依据“举重明轻”的法律解释原理,既然无偿合同的当事人都可减轻责任,情谊行为的当事人更应减轻责任。其二,类推适用与情谊行为类似的有名无偿契约规范。^[83] 第一种观点存在逻辑问题,因为情谊行为虽然大多无偿,但与无偿契约的法律性质完全不同,很难得出情谊行为的施惠人比无偿契约的施惠人(如帮忙浇花与民间无息借贷)更值得保护的结论。第二种做法的困难在于,寻找与情谊行为相似的无偿契约难度很大,如甲与乙约

[79] Laren/Wolf, a. a. O. S. 441.

[80] 梅迪库斯:《德国民法总论》,第151页。

[81] Helmut Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB, Springer, 2007, S. 1457; 判例如 OGH 8 Ob 532/83。但德国《民法典》第675条规定,所有因提供意见造成的损害均不赔偿。

[82] 参见欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社2009年版,第一章。

[83] 梅迪库斯:《德国民法总论》,第151页以下。

定,乙可搭便车到高雄,与其类似的到底是委托、承揽或运送契约,“实难断言”。^[84]若不能判断它与委托合同最为类似,则难以适用法定的免责依据。在德国,因《民法典》并没有规定受托人的责任可以减轻,故也有学者主张类推适用有关使用借贷(第 599 条)或保管合同(第 690 条)有关责任减轻的规定。^[85]

三是直接扩大适用侵权法上的公平责任。王利明教授主持的《中国民法典草案建议稿》第 1979 条第 2 款对“好意同乘”明确规定了侵权责任:“无偿搭乘他人的交通工具,发生交通事故造成损害的,交通工具提供者应当给予适当的补偿。”一些地方法院也支持这种观点。^[86]这些规范中的“公平责任”并非限于民法通则、侵权责任法规定的双方“都没有过错”的情形,毋宁是借助民法中的公平原则,扩大了侵权法上公平责任的适用范围。鉴于我国公平责任有深厚的土壤,这种方案在我国最易被采用。

对比三种方案,在立法没有明确规定的情形,第三种方案较为妥适。此外,在司法实践中,还可以相对宽松地认定受害人的共同过错。如受惠人明知施惠人驾驶技术糟糕、车辆存在瑕疵的,虽不能推定受惠人放弃了侵害赔偿请求权,但认定其有共同过错,因而减轻施惠人的责任,当无疑问。此外,第三人致受惠人受损时,宜认定施惠人对受惠人原则上不承担补充责任。

六 结束语

人必须通过各种行为来展现自我的力量,获得对自身存在的认同,并实现与他人乃至抽象社会的意义互动。最广义的行为是身体的“动静”,很多毫无社会意义。人文、社会科学研究的行为,是社会互动中的行为,即个体对赋予了主观意义的行为,这种行为或外显或内隐,或积极或消极。法律介入的人类行为领域相当广泛,涉及“知”(观念通知等)、“情”(继承人对被继承人虐待行为的宽恕等)、“意”(意思表示等)三大人类认知与精神领域,但法律触摸的个体生命脉络,不过沧海一粟。

撷取、筛选哪些私人行为进入法律领域,是任何法律必须直面的问题。时代与地域之异,也决定了进入法律视阈的行为必然不同。梅因脍炙人口的“从身份到契约”,不过是对这样一个事实的确认:民主社会中,人与人越来越平等、越来越相似。但在历史上,身份也可以通过合同创造。身份合同曾是重要的合同形态,它既产生具有法律效力的政治身份(领主与封臣),也产生夫妻、兄弟等社会身份。它往往伴有和血濡沫、举杯共饮等神圣仪式,通过双方灵魂的互相“进驻”,其拘束力远远超越了世俗法。市场日趋扩大,但是,世俗化进程及平等洪流却使经济契约的重要性日益增加。^[87]

从法律介入的角度看,私人行为形成了一个有序的调控梯度,即法律不介入(法外空间)——法律介入(私法自治的法律空间)——国家管制(公域与私域交融的空间)。具体而言,按照国家权力介入的深度,合意行为可以区隔为三个部分:一是不受私法调控的行为,它是法律与司法权的自我设限,体现了法律对道德、情感、社会礼仪与多元个性的尊重与容纳。

[84] 王泽鉴:《债法原理》(1),第 201 页。

[85] Winfried Boecken, BGB—Allgemeiner Teil, W. Kohlhammer Verlag, 2007, S. 117.

[86] 如重庆市高院《关于审理道路交通事故赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 24 条、河南省高院《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 40 条等。

[87] 参见《韦伯作品集·法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社 2005 年版,第 11 页、第 40 页。

因为缺乏“法”的因素,它更彰显主体的自由、自治与自决,却忽视了自律。二是受私法调控的行为法律对其进行最低限度的调整。国家司法权介入其中,法律只确定哪些行为可以纳入到其视野,当事人可以使哪些行为脱离法律,形成法外空间。三是国家管制的私法行为,国家行政权与司法权同时介入其中。它通过私人行为实现国家治理目的,是行政权自我扩张的产物。现代以来,国家能力的日益强大及国家权力的膨胀已使社会全面退却。但在任何情形,国家都不可能全面介入社会,这是国家的理性选择,为个人与社会的自我调节留下了空间。可见,私人行为体现了法律与道德、家庭与市场、情理与法理、国家与社会的互动,也反映了国家、社会与个人的博弈。

法外空间最终是由法官界定的。在国家与社会交融、公法与私法汇流的年代,法官不仅要审查公法强行规范对私法行为的影响、厘定“善良风俗”的法律意义、确定宪法基本权利对“第三人”效力的边界,还必须确定司法权的边界。

我们的社会每天都诞生恒河沙数的诺言。从政治角度看,允诺必须遵守是近代契约论者的三大自然法原则之一。^[88]从经济角度看,只要双方之间不存在影响意思表示真实或自由的因素,双方就都会从约定中受益,故只要当事人希望其诺言被法院执行,法院就应执行。^[89]从伦理角度看,“重然诺”、“一诺千金”在任何社会都被褒扬,正因为此,《庄子·盗跖》中尾生的故事会让所有人动容。然而,在所有国家,法院都不可能执行所有诺言。由此引发的一个生存论问题是:如果所有诺言都开花结果,幸耶?不幸耶?

[**Abstract**] Intention to create legal relations constitutes an essential ingredient of juristic act, particularly in situations where consideration is absent. The doctrine requires that a juristic act should have “legal meaning”. The very purpose of the requirement is to define the limits of interference of law into social life, thus protecting family and social arrangements from legal regulation. Both the value-neutrality observed and private autonomy upheld by states have justified such intention. In judicial practice, the intention to create legal relations most probably is presumed by the court directly. As a matter of fact, courts, when facing different types of juristic act, seldom presume the presence of intention in social and domestic agreements, whereas in commercial agreements, courts may strongly presume that there is an intention to create legal relations. However, a more proper approach may be a comprehensive decision made in terms of circumstance of the act, the state of the interests of parties, the principle of good faith and the degree of trust on a case-to-case basis. For acts not subject to legal regulations, parties shall not resort to litigation by way of damages stipulated for breach of contract. With regard to act involving intention to create legal relations, neither party is entitled to right of claim. In case one party does so, he/she shall not file unjust enrichment claim. The liability for favors is limited to intention and gross negligence.

(责任编辑:姚 佳)

[88] 参见休谟:《人性论》(下),关文运译,商务印书馆1996年版,第566页。

[89] Eric A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure?* 112 *Yale Law Journal* 112 (2003).