

君子协定的法律分析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_90_9B_E5_AD_90_E5_8D_8F_E5_c122_485399.htm

君子协定是市民社会的常见现象，作为主要依道德而非法律约束当事人行为的协议，其在具有“君子一诺重千金”传统美德的中华民族，无疑更有生存土壤。长期以来，我国学界对于君子协定未予足够重视，以至于连一个权威性的定义也难觅踪迹：有的将君子协定认定为不具备法律效力的协议；有的指出君子协议是靠感情维持的协议；更多的则将口头约定的合同或合同内容称作君子协定[1]。实务上，与君子协定相关的纠纷也无统一、明确的裁判依据或理论基础。例如，作为典型君子协定的好意同乘关系，有时被等同于无偿客运合同关系，有时则按照道德关系处理[2]。基于此，本文不揣浅陋，试就君子协定的概念、判断标准、法律适用等进行初步研究，以抛砖引玉、就教于大方。

一、君子协定的概念与适用范围

（一）君子协定的概念

在英美法，按《简明牛津英语辞典》的观点，君子协定指在法律上没有强制力而仅仅具备对个人的道义上（honors）拘束力的协议。《牛津法律大辞典》则认为，君子协定指由两个或两个以上当事人达成的由于明示规定或法律技术上的瑕疵而不像契约那样具有法律强制力的一种协定。[3]

在大陆法，君子协定有“好意施惠关系”

（Gefaeligkeitsverhältnisse）、“情谊行为”、“社会层面的行为”等称呼，指当事人之间无意设定法律上的权利义务关系，而由当事人一方基于良好的道德风尚，实施的使另一方受有恩惠的关系。[4]

两大法系对君子协定界定视角迥异：大陆

法系从行为构成的角度进行定义，重在强调协议当事人主观上欠缺设定法律关系的意思；英美法系则从法律效力角度立论，以强调君子协定为不具备法律强制力的协议。一般而言，行为欠缺设定法律关系的意图与协议不具备法律效力之间具备因果关系，是一个问题的两个方面，故两种定义并无本质差别。综合起来，君子协定应有以下两个基本法律特征：

1. 君子协定是协议。君子协定也属当事人合意的产物。对此，英美法的立场远比大陆法明确，由于大陆法从行为角度下定义，而行为向有单方行为、双方行为等之区分，故形式上似乎大陆法系应存在单方的施惠行为，而不全属君子协定（或议）。其实，所谓单方的好意施惠纯属望文生义、误读法律之解，在大陆法系，当事人的合意也应该成为解读君子协定的基本切入点。诚如“好意施惠行为”??君子协定在大陆法系的美名所言，君子协定往往是出于单方良好道德初衷而设，且当事人的道德水平越高，施惠行为也就越普遍。然而，如赠与合同一样，如果仅仅有当事人单方主动采取施惠意图及行为，而没有相对方的同意及接受，施惠行为也无法产生效力，哪怕是道德上的效力。而一旦君子协定涉及法律讼争，更应从双方协议视角厘清内容、适用法律。例如，常见于母公司向子公司的交易对象提供的安慰函（comfort letters），本属为促成他人双方达成协议而出具的单方允诺，但实务上却无不将其按双方协议对待。[5]再如，在我国，邻里或朋友间的帮工行为，如果被帮工人不同意帮工，则不构成君子协定关系。也正因此，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十三条规定，为他人无偿提供劳务的帮工人，在从事帮工活动中致人损害的，被

帮工人应当承担赔偿责任。被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任。第十四条规定，帮工人因帮工活动遭受人身损害的，被帮工人应当承担赔偿责任。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。应该指出，君子协定并不以一方主动施予恩惠为必要。此点可以以日本最高裁判所1967年9月29日的一个判例为证：A与Y为同一作业工地的工人，事故发生当天下午，Y开私车外出办事，A要求同乘，并于一路上饮酒过量。当日晚6时，Y在营业所所长家办完事，欲将处于醉酒状态的A留在所长家，但A不顾劝阻，顽固坐在助手席不肯离去。Y在驾车回家途中发生事故致使A死亡。本案中，Y提出A不顾劝阻硬要乘车，不属于君子协定的受惠人，但三审法院法官皆承认，尽管有上述事实，但是Y最终允许A乘车，因此也构成好意同乘关系（即君子协定关系）。[6]现实中，君子协定可基于多种动机而达成。例如，作为典型君子协定的好意同乘关系至少可被区分为：（1）单纯的搭便车，可理解为双方互不主动邀请；（2）同乘者被邀请参与，被动享受利益（例如带情人坐在旁边驾车兜风）；（3）同乘者主动要求参与，并对驾驶者（施惠人）给予指导（例如坐在旁边参与驾驶意见）；（4）同乘者主动要求参与，驾驶者在其控制或指导下驾驶。[7] 2. 君子协定是没有法律拘束力的协议。君子协定尽管为当事人合意之产物，但此种合意不产生法律拘束力[8]，在君子协议中，“君子一诺重千金”改为“君子一诺如鸿毛”更为贴切。据此，有人戏称：君子协定并非在两个君子间定下的协议??当事人往往均希望相对方严格遵守协议而自己却根本不需要遵守协议，此种行径与君子行为甚至是背道而驰的。[9] 君子协定不以施惠人负

法律上的义务为前提而多以受惠人无偿获利为宗旨。此项特点使君子协定与无因管理类似，然二者存在本质区别：作为法律事实，无因管理是准法律行为或事实行为，为法定之债产生的原因 [10]，而君子协定却非属具备法律意义的行为；无因管理的管理人须有为他人利益而管理的意思（管理意思），且该种意思不得违反本人明示或可得推知的意思，而君子协定则不必要求当事人有管理意思；无因管理中的管理人须承担善良管理人注意义务，而如果对君子协定也设置这种要求，则对于施惠人不公平。作为当事人合意的产物，君子协定已具备合同之“形”，二者也很容易混淆，德国学者豪普特（Haupt）甚至将君子协定径直归于“基于社会接触而形成的事实上的契约关系”之列[11]。在我国，按照事实上的契约关系处理君子协定已为相当多法院接受。[12]其实，君子协定与合同不同：（1）合同主要面向一般理性人，因此要求合同主体具有相应的行为能力，并需要履行理性人的注意义务；君子协定当事人则可以不具备合同所要求的行为能力。（2）合同的主要内容须确定；而君子协定的内容往往不很清楚，在表达上往往采用一些笼统的含糊的语言，比如商业上常见的安慰函（comfort letter）。[13]（3）合同以双方必须有创设法律关系或产生法律效果的意向为必要[14]；而君子协定行为人一般属于具有良好道德风尚的人，其目的不在于产生法律上的效果，而为道德上好意使然。值得注意的是，“事实上契约关系”理论将缺少法效意思的诸如典型社会交往行为也视为合同，将传统合同（意思合同）外的事实按契约处理，具备当事人合意的君子协定更易被认定为事实契约。然而，事实契约理论篡改了合同之本质，模糊了契约与

非契约的界限，造成合同法固有体系的混乱，故近世鲜有倡导者。因此，“事实契约关系”绝非契约关系，承认君子协定为事实契约关系本身就认可了君子协定与契约存在本质差异。（4）合同对双方当事人均有强制拘束力，而君子协定则为自始没有法律拘束力的协定，特别是，当事人不享有请求相对人实际履行的权利。君子协定也不同于无效合同，君子协定根本无产生法律效果的意思，法律放任当事人依道德而自治；而无效合同当事人往往有产生法律拘束力的意思，只不过该意思被法律否定[15]。这种法律对当事人意思自治干预程度的变化，可导致一个社会关系在无效合同与君子协定中转换，例如在《台湾地区民法典》债编修正前，因婚姻居间而作的报酬约定无效；债编修正后，婚姻居间中的报酬约定成为君子协定[16]。虽然有以上区别，但是君子协定与合同依然存在紧密关系，特别是当合同无法成立或有不适宜成立合同の場合时，君子协定可以成为合同的替代品。例如，在复杂交易关系中，从为订立合同而进行接触、谈判到合同正式成立，其中当事人可达成诸多中间协定，这些协定总体上可分为程序上的协定与实体上的协定，其中程序上的协定包括各种订约意向书，而实体上的协定则指已经具备未来合同条款而尚未最终签署的协议。后者往往被推定为已经是有效成立的合同，而前者则被普遍定性为君子协定。[17]再如，受对价理论（consideration）的影响，很多英美法院不愿强制履行家产处分或社交问题的有关允诺，[18]而这些没有对价的协议则可归于君子协定之列。此外，由于英国法上没有行政合同的概念，在其经典判例（Rederiaktiebolaget Amphitrite V. the King）中，法院明确承认政府订立的“合同

”不具备法律效力，这样的合同也属于君子协定。[19] 尽管君子协定没有法律拘束力，但是君子协定也不得违反法律的强行性的规定或以损害相对人利益为目的，否则法律会强行干预施以管制，当事人也无法拥道德而自治。君子协定是道德协议，但并不等于承认君子协定（或者好意施惠关系）中的施惠人必须为负有“道德义务”，一般认为“道德义务”是特定“义务”，其范围比君子协定的“义务”窄。[20]。综合以上两个特征，君子协定可定义为没有法律拘束力的道德协议。

（二）君子协定的适用范围 古罗马法不承认奴隶的人格，故以奴隶为主体之一的“契约”不归法律调整；被家父权关系联系在一起的人之间的债、没有特定形式的简约等也属于道德管辖的范围，于上述情形，当事人之间只能创设君子协定；[21] 《优士丁尼法典》则倾向于将一切道德的、宗教的或其他社会渊源的具有财产特性的债都列入“自然债”的行列，而这些“自然债”也属于君子协定的范畴。在现代社会中，法律功能的扩张导致君子协定的范围大大压缩。根据杜那（Van Dunn é）的考察，荷兰法院甚至明显存在将君子协定尽可能地判断为合同的倾向。[22] 可见，君子协定为无法律拘束力的道德协议，其与合同的适用领域之间呈此消彼长的动态交错关系。在经验上，一般认为下列协议可认定为属于无法律效力（contextual no law）的君子协定 [23]：

1. 君子协定广泛适用于不便于司法裁判的领域。这一领域的君子协定可分为三类：家庭成员之间的君子协定；朋友之间的君子协定；其他社会行为导致的君子协定，比如，好意同乘关系（或搭便车行为）等。此类君子协定又以家庭成员之间的君子协定为典型，在英美法系的一个经典案例中

(Balfour v. Balfour[1919]2KB 571) , Atkin法官认为, 夫妻之间关于支付生活费的约定超出了合同的领域, ……因为, 每一个家庭都是一个国王法令所不能涉及的领域。大陆法系学者也普遍认为法律并不适于处理复杂而敏感的亲情问题。

[24] 受现实主义思想影响, 英美法更注重司法裁判的便利性在判断是否构成君子协定上的决定作用。这在两大法系对待集体劳资协议是否为法律合同的态度上窥其一斑。大陆法系一直承认集体劳资协议属于劳动合同, 而在英美法其属于君子协定。在Ford Motor Co.v.AEU一案中, 法官明确指出, 集体劳资协议之所以应为君子协定, 其中最重要的理由是, 诉讼不是促成良好的劳资关系的最好办法。

[25] 2. 君子协定在商事领域也有一定的适用, 尽管在商事领域内法官一般推定商人有使协议产生法律拘束力的意图, [26]以尽量将商人间的协议按合同对待。除了前文所言及的, 君子协定可在商事活动中扮演合同的替代品角色外, 君子协定尚可在以下场合大显身手: 首先, 很多金融担保函也是君子协定, 常见的有安慰函 (comfort letters) ; 其次, 君子协定还可以是正式合同的附件; 最后, 按照麦考利 (Macaulay) 先生的研究, 在国际商务中很多当事人希望采用君子协定以建立一种稳定的、良性合作关系。这种关系不是依赖于遵守法律而是由当事人按照本领域的道德传统行事得以维持的。如果某人违反了这种协定, 则违反者将接受的惩罚是“其他人再也不会与他交易”而不是法律责任。

[27]例如, 主要由犹太人把持的国际钻石珠宝业, 就普遍适用君子协定。

二、君子协定的判断

(一) 君子协定当事人意思表示的特征

1. 君子协定的意思表示须满足消极意义上不产生法律效力的要求。现代合同法

认为，合同成立的根本要件是当事人须有产生法律关系的意图。[28]君子协定当事人没有产生法律关系的意图，相应地其中的意思表示必存在某种缺陷，理论上对这种缺陷的性质形成两种观点：（1）欠缺效果意思说，该说认为君子协议是欠缺效果意思的意思表示；（2）欠缺受法律拘束的意思说，波洛克（Pollock）认为如果人们约定一块出去散步或者读书，那不是具备法律意义的协议。因为他们的意图不是产生具备法律效力的合同而是超越法律意义的协议，这种协议不能创设任何权利和责任。梅迪库斯指出，考察一个协议是否为君子协定的关键是当事人是否有受法律约束的意思或法律后果意思。[29]我们赞成第二种学说，因为效果意思指行为人欲依其表示发生特定法律效果的意思，效果意思是意思表示的主观构成要件之一，但并非意思表示的必备要件。欠缺效果意思的意思表示，视为意思表示错误，而非意思表示不生法律效力。[30]君子协定中意思表示只须在消极意义上“不产生法律上的效力”即可，并无强求其在积极意义上须具备产生特定法律效果的意思之必要。

2. 君子协定的意思表示具备抽象性。其不等同于“出现问题时不起诉的意向或愿望”这一类具体的愿望。[31]君子协定的意思表示与合同中要约、承诺的意思表示分处于事物的两极：一个意思表示越详细、越明确，越容易被推定为要约，[32]反之一个意思表示越抽象、越笼统，则越容易被推定为君子协定。

3. 君子协定的意思表示一般是真实的。君子协定的意思表示往往基于良好道德信念而为，这种“意思表示”一般是真实的。这使之不同于游戏表示（Per jocum），游戏表示是当事人基于游戏目的而做出的，并且预期相对人可以认识自己欠缺诚心的，不

真实的意思表示。[33]（二）君子协定的推定规则 判断当事人是否存在订立君子协定的意图属意思表示解释问题。其中依照一般经验判断则属于意思表示解释中的推定，而前文所述的君子协定适用范围则是推定的基本依据，除外还有以下推定或判断规则：1. 依当事人的明示成立君子协定。按照当事人意思自治原则，当事人当然可以有意避开法律调整，只要其避开法律不违反法律的禁止性规定，则这种“规避法律”的行为当然应该允许，如在Rose Bros Ltd[1925]AC445一案中，依据当事人在文书中所作的“该文件不产生契约效力”之明确约定，法院判定当事人间成立君子协定。[34]霍姆斯认为，尽管双方对正常合同的全部条款达成清楚的协议，然而只要其同时清楚地表明协议不产生法律效果而仅仅具备道义拘束力，则协议仍为君子协定。在此情形下，君子协定也是“意思自治”这一法律原则的产物。[35]2. 依当事人之间设定无偿、单务关系而推定成立君子协定。从市场理性人角度出发，合同往往是有偿、双务为典型，而无偿、单务协议则可推定成立君子协定，具体而言：首先，赠与、借用、无息借贷等虽然是无偿协议，但其牵涉到财产权利的让渡与利用，使他们成为合同（法律）关系，能实现对相对人的法律约束，有利于提高当事人的注意标准，故此类关系一般不能成为君子协定[36]。其次，以当事人提供某项行为或服务为标的（主要是作为）的无偿关系可推定为君子协定，但其例外是：如果当事人旨在设定无偿委托合同或其他旨在创设信任关系的合同，则不能构成君子协定，因为委托合同一般是基于特殊人身信赖而发生的法律关系，这种法律关系的注意义务往往要超出一般的注意义务，而君子协定一般不以创

设信任关系为目的，也不需要人身信赖，不能构成法律上的注意义务。其实，如果无偿关系已经形成“特殊亲密关系”，则从救济角度而言，当事人之间是合同关系还是君子协定关系对裁判结果已没有影响[37]。以上规则是实践经验的积累结果，是推定规则。这提醒我们判断一个协议是否具备产生法律效力的意图不能过多依赖上述推定法则，而必须最终通过解释当事人的意图判定一个协议是否为君子协定。[38]

（三）君子协定意思表示的解释问题 1.以相对人的合理理解为判断基准。判断当事人是否具备在法律上受有拘束力的意思应该以谁的意思为准？对此有以相对方的意思为准及以双方的意思为准两说，前者认为法官须依对方当事人合理理解作为判定一个合意是合同还是君子协定（《欧洲合同法原则》2:102条）。[39]后者认为，只有双方当事人都有法律上受约束的意思时，才具有法律行为的性质，反之则为君子协定。也就是说，不仅给付者有意使他的行为获得法律行为上的效力，而且受领者也是在这个意义上受领这种给付的才能构成法律行为。如果双方不存在上述意思则不得从法律行为的角度评价这种行为。[40]我们赞成前一种学说，以双方的意思为准并未确立明确的判断依据，这不仅不利于解决纠纷，也不利于尊重相对方的意思以保护交易安全。 2.以客观标准认定当事人意图。当事人意图的认定标准有主观、客观两种。主观标准以探求当事人的内心真实意图为宗旨，因其尊重当事人自己的选择，完全符合君子协定的本质，故曾被两大法系的法院广泛采用，现在其合理性受到质疑：（1）当事人的主观意图的解释结果不得与社会一般人的交易常识相违。比如，两个没有法律知识的农妇同意用一匹马交换一头母牛

，即使当事人主观上确无设立有法律拘束力的合同的意图，合同也可成立。[41]（2）当事人的明示声明不再是判断君子协定的最高准则。在英国，法院曾认为只要协议中有当事人自愿不受法律规制的条款就认定此协议属于君子协定（如RoseBros Ltd案），[42]现在，上述明示条款的绝对优越地位受到挑战，法院更愿意通过整体解释推翻已有的明确文义。比如最近英国法院受理的一个关于安慰函的案件中，法官拒绝依据协议本身清楚明白的表示认定其属于君子协定，而认为该安慰函整体表明其应该是有效的担保合同而非君子协定。[43]其实，主观标准是缺乏现实基础的。在通常情况下，不仅当事人明确声明协议没有法律效力的情形较罕见，且当事人一般不会对其约定是否会产生法律约束力做现实思考。[44]阿狄亚教授对此直言道：主观标准旨在通过解释探求当事人内心的真意反而成为虚假的命题。[45]梅迪库斯教授则认为，只有在出现麻烦时，特别是一方当事人不自愿履行义务，或者一方当事人受到损害时，君子协定的法律约束的问题才具有重要性。因此在许多情况下，（反向认定）当事人主观上是否具有受法律约束的意思，就成为缺乏实际基础的拟制。[46]可见，君子协定尽管以当事人不愿意受法律拘束为本质属性，但这种意图的认定却须采用客观标准即如果通常情况下一般人不认为行为人具有受法律约束的意思，则该项行为属于君子协定[47]。所谓一般人的标准，依德国联邦法院所信，相当于“诚信和正常标准”，即只有作为具备诚信和正常实践的人认为一个允诺是君子协定才行[48]。荷兰法院在判断一个合意是否成立合同时，除了需要考察要约、承诺中的意图外，也必须结合周围的情形以及诚信原则加

以认定。[49] 依客观标准判断当事人的意图还意味着，判断活动不能拘泥于当事人内心真实意图之探究，而需综合周围一切因素进行判断。在英美法，法院为判断合意是否构成君子协定，而特别注重考虑交易的环境、行业经验、信赖程度、诚实信用、公平原则等因素。[50]例如，法官只有密切考察以下因素始能确认一个安慰函是否为君子协定：谈判活动、主合同的具体情况、当事人的商业技能情况、当事人对于安慰函的熟悉程度，[51][69]甚至当事人是否在出具安慰函时听取了律师的建议也颇值考量[70]。德国联邦高等法院则明确指出具体判断（一个协议是否是君子协定）需要考虑双方当事人的利益状态，如对双方当事人来说该问题在经济方面的重要性；假如另一方当事人没有适当履行或根本没有履行而对另一方当事人造成之后果的严重性。[72] 在荷兰法杜那（Van Dunn é）认为为客观判断当事人的意图，除需考察当事人的明示意图外（expressed intentions），尚须综合考察协议的完整性（completeness）、用途（usage）、逃避条款（escape clause）、对程序提出的建议（instructions to proceed）、矛盾性（contradiction）、交易的复杂性（complexity of transaction）、当事人的现实行为（parties' conduct）等因素。[50]还须强调的是，在进行价值判断的过程中，如将合意判定为合同会导致对诚实信用、公序良俗等法律基本原则的违反，而自觉履行合意又不至于因对上述强行法的违反而无效，则法官倾向认定当事人间的合意为君子协定，君子协定反而成为克服法律刚性有余弹性不足之缺陷的工具。例如德国法院在“同居者违反服避孕药协议”一案中主要利用公序良俗原则认为两造之间不能成立有效的合同，故构成君子协

定关系。[74] 除外，在进行价值判断时，很重要的着眼点是如何于事后在当事人间合理分配风险，正如克里斯顿费尔德与梅尔策（Alan. M. Christenfeld, Shephard. W. Melzer）所明确指出的，如果因为债权人对安慰函有合理的信赖而遭致损害时，安慰函才有强制效力，否则其应属于君子协定。[73] 可见，以客观标准解释当事人的意图与其说是技术上的产物还不如说是利益衡量或价值判断的产物。[71] 由上可见，上述综合判断所需考虑的是法律因素（例如诚信、公序良俗问题），事实因素（例如交易环境与过程等的综合），换言之，总体而言，一个协议究竟是合同还是君子协定，绝非事实问题，而应是法律问题。为此，法院不能依经验判断当事人之间的关系是君子协定的案件而拒绝对此类案件的受理；尽管当事人主张其协议为君子协定，而法官依然有权依法判定当事人间的协议是具有法律拘束力的合同；[75] 关于协议是君子协定还是合同的判断也应该成为上诉审的理由。

三、君子协定的法律适用

君子协定既然是道德关系，谈其法律适用问题岂非笑谈？不然。如果说民法与道德是水乳交融的关系，那么说君子协定生活在法律的背景下则十分恰当：[76] 一方面，将君子协定交给道德调整表明了法律调整的有限性，体现了民法放任、宽容的一面；另一方面，法律又为君子协定设定了底线，以在必要的时候对其进行调整。这种调整包括合同法、侵权法两个方面。

（一）君子协定在合同法上的适用

1. 君子协定当事人虽不享有请求履行的强制力，但一旦协定被实际履行，君子协定可成为受领的正当原因，而无不当得利之债的发生余地。君子协定可以成为对抗不当得利请求权的原因，此点使其与自然债务类似。然而，自然债务并非

一个精确的法律概念，[77]对自然债务的不同定义会导致君子协定与自然债务间的关系也不同。有的立法例将自然债务等同于君子协定，例如，《澳门民法典》第396条规定，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。有的学者认为君子协定属于自然债务，在荷兰，瑞德（Hoge Raad）扩张了自然债务只能于法律规定的时效消灭的债务或赌债等特定情形的观念，认为君子协定属于经扩张后的自然债务的范畴；威塞斯（Wessels）则直言单纯探讨君子协定是否具备法律效力是无意义的，因为它是自然债务[79]。我们认为，自然债务应限定为有合法债权但因某种原因丧失胜诉权的情形，这与君子协定根本就未产生过有效债权不同。故君子协定不属于自然债务。

2.对君子协定中当事人的合理信赖提供合同法上的保护。英美法上为保护君子协定中当事人的合理信赖，受到重大损害的当事人可以依衡平法主要采用强制实际履行的方式予以救济。例如：一位母亲卖掉她的房子搬到其成年儿女家中，与他们同住，并且为其儿女房屋的购买或扩建，母亲捐赠了大量的资金。通常情形下，该共同居住协议属于典型的家庭内部的君子协定，法律不提供救济；但是一旦协议被履行（如母亲已经入住，且已经实际捐赠资金）则该协议将受法律保护，母亲的权利是不可否认的，其儿女也不能由于吵架而将她从该房屋中赶走。母亲可以通过援用衡平原则或允诺禁止反言原则要求儿女实际履行。[80]当然，如果这种协定构成诱饵（bait）契约，则法律承认其为契约而不是君子协定。[25]比如，曾经精心照顾过其父亲的女儿对其父亲的继承人提起诉讼，要求继承人付给她照顾其父

亲的报酬，法院认定父女之间的抚养协定是有效的，这也被认为是家庭协议一般不产生法律效力的例外。[34]再以安慰函为例，尽管安慰函一般是君子协定，但如果债权人合理地依赖这一函件而产生了一定的损害时，法院倾向于认为安慰函有强制力，以对信赖利益提供保护。[81]德国法认为一定情形下，在君子协定未被实际履行时，相对人可以要求对方当事人赔偿信赖利益损失。如主人邀请客人一起吃晚饭，客人为参加晚宴而购买了鲜花并乘出租车前往宴会地点，但最后，被邀请者却未被主人接纳。如果被邀请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（《德国民法典》第826条），则被邀请者可以依据请求邀请者承担限于为赴约支出的车费等信赖利益损失[82]。可见，所谓君子协定与法律无涉仅限于对当事人的积极约束，即在其未被履行前，当事人无权请求相对人实际履行，而一旦君子协定的“债务人”履行了“债务”，他就进入了法律的领域再也不会摆脱法律的统治。有的学者认为此时君子协定甚至也存在类似契约上的忠诚、谨慎、保护义务等诚信义务[84]。或曰，特定情形下，诚信原则或者衡平原则可以对于君子协定“义务”的履行起到参照作用[85]。与采用准用技术将非法律关系遮遮掩掩地准用法律关系的原则相反，新制定的《荷兰民法典》在第6：3条明确规定，当事人对他人负有一个必要的道德义务时，尽管该义务是不可强制执行的，但是必须按照一般社会观念的要求像其现在就负有这样的法律义务一样地履行。[86]我以为，上述荷兰法上君子协定中的诚信义务，也无非是在出现侵害当事人的利益时（尤其是固有利益时），参照法律原则认定当事人的过错或行为违法性，以最终

按照侵权责任的规定进行救济而已。而之所以荷兰法直接扩张了诚信义务的适用范围，或许与大陆法系社会安全保护义务理论（Verkehrssicherungspflichten）的兴起存在一定因果关系，因为，一般地认为在某人对某种潜在危险的产生或是这种危险继续存在负有责任，那么它就有保护他人的权益免受侵害的法律上的义务，在不存在合同的情况下，一个先行行为产生积极性的作为义务。因此，就是一个邻居答应关照一个小孩或一条狗，也将会为没有这样做而负责任，即使他的允诺并没有产生合同的意图也不例外。[88]

（二）君子协定在侵权法上的适用：以好意同乘为中心的考察 君子协定可使两个陌生之人相互关联起来，这势必增加受惠人或施惠人合法权益受侵害的几率。因此，君子协定的诉因往往并非请求相对人积极履行，却多发生于因道义允诺没有很好履行而造成损害赔偿之时。[89]

以下本文试以好意同乘关系为例，研究君子协定中侵权责任问题。因好意同乘引发的交通事故可分如下几种[90]：

- 1.事故完全归咎于同乘人而仅导致第三人损害，其典型为因同乘人乘车过程中干预、控制操作而侵害第三人的情形。根据《民法通则》第123条规定，对第三人而言，尽管过错不在驾车人，其也有权要求驾车人承担无过错的侵权责任；驾车人承担责任后有权向同乘人追偿；同乘人则无权要求驾车人对其承担责任[91]，反而须对驾车人的损害承担责任。
- 2.事故由驾车人、第三人共同引起而仅导致同乘人受到损害。驾车人与第三人应该按照共同侵权的规定承担连带责任。
- 3.事故完全由道路设施或机动车缺陷引起时，如符合《民法通则》第125条之规定，施工人在公共场所、道旁或通道上进行地下施工，而又没有设置明显标志和采取安全

设施时，施工人应承担无过错侵权责任；如道路设施符合《民法通则》第126条规定，则道路设施的所有人或管理人须承担过错推定侵权责任，驾车人不承担责任；如事故因机动车缺陷所致，则机动车制造者、销售者应承担无过错产品责任。

4.事故由第三人过错或道路设施、机动车缺陷引起，而驾车人对事故的发生也有过错时。首先，第三人或道路施工单位、机车产品生产者销售者应承担无过错责任，驾车人对事故发生也有过错时应对同乘人承担过错侵权责任，同乘人可按不真正连带之债提起诉讼。[92]其次，第三方对同乘人承担侵权责任时，应要将驾车人的过错计入同乘人的过错进行过失相抵。[93]

5.事故完全由驾车人引起时，关于驾车人如何对同乘人承担责任的问题存在不同的立法例：（1）无过错责任按照无生物致害责任理论，法国法认为为受邀请者或宾客提供搭车之便的车辆，如发生事故，则对主管车的人适用无过错责任。[94]（2）过错责任按照对主观要件要求不同又可分为三类 故意或重大过失责任 美国侵权法上有所谓的汽车客人规则（Automobile Guest Statutes），按照这一规则不给开车人任何报偿的搭车乘客，驾车人对于搭车乘客的义务包括警告义务，出现事故时，只有当他开车存在严重（gross）、轻率（wanton）、有意（willful）、疏忽大意时，他才对搭车乘客所受伤害负责。[95]

重大过失责任与一般过失责任双轨制在德国法，一般地认为，驾车人尽管可构成过错侵权责任，但对驾车人是否具备违法性的要求十分严格，在同乘人遭受财产利益损害时，只有当驾车人的行为被法院认定为是违反善良风俗的行为，并且主观上具备故意心态，才能构成侵权行为；在同乘人的人身利益受到侵害时，可以类推适用无偿

委托关系中受托人应尽与自己处理事务为同样的注意的标准，即驾驶人需要对一般过失行为负责。[96] 过失责任加损害赔偿限制日本法上认为驾驶人应承担过错责任，但在进行精神损害赔偿时，大多对精神损害赔偿额进行扣减，并按照“同乘者与驾驶人之间的关系、同乘的目的等因素进行综合考虑，驾驶人好意程度越高，精神损害赔偿额就越低。”[97] 对此问题我国法并无明文规定，王利明教授主持起草的《民法典·侵权行为编学者建议稿》第197条规定：有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承担民事责任。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。按此规定好意同乘关系中，驾驶人承担的是补偿责任。我们不赞成上述建议稿的观点，并认为，好意同乘关系绝不能使驾驶人减轻对同乘人的生命健康权的注意义务，应按照一般的过错责任追究驾驶人的责任，此点已经得到有关裁判的确认。[98] 不过，在归责时应特别注意风险自负或受害人同意这两种免责事由的法律适用问题。（1）好意同乘中驾驶人不能引用受害人同意的免责事由，从而认为同乘人有默示的减轻或者免除驾驶人故意或重大过失侵权责任的意思。一般而言，风险自负是与受害人同意相对的概念，前者为过失侵权的免责事由，后者为故意侵权的免责事由。[99] 有的立法例在一定条件下承认在好意同乘中受害人同意为免责事由，但其认定条件相当严格。例如，在英国Dann v. Hamilton (1939) 案中，原告搭乘被告的顺风车，该司机明显已经喝醉了。法院认为不能适用自愿规则（受害人同意）而免责，除非司机的醉态极其明显，以至于同意搭他的顺风车就等于是“在没有栏杆的悬崖

上行走”。[100]在我国法上，法律规定免除人身伤害责任以及因故意或重大过失侵害造成对方财产损失的条款无效（《合同法》第五十三条）；虽然君子协定不是合同关系，但是按照法律规范的目的进行扩张解释，君子协定中同样不可免除上述责任，诚如梅迪库斯教授所言，在好意施惠关系中，当事人之间一般不可能达成某种法律行为上的（免责）协议。

[101]（2）风险自负在好意同乘关系中的适用。风险自负指当事人明知某具体危险状态存在，而甘愿冒险从事的行为。风险自负的受害人所面对的伤害必须是可以避免的，只是当事人自己自愿介入了不确定的风险，这与“受害者同意”要求受害者明确知道将来可能存在的伤害结果不同；受害人对风险一般存在侥幸心理。

[102]传统侵权法认为风险自负可视为受害人与行为人之间默示合意免除过失侵权责任。[103]现代侵权法则不再将风险自负作为免除侵权人一切责任的理由，而采用比较过失（comparative negligence）或与有过失的理论，由法院衡量当事人对损害或扩大的原因力以合理分配其责任。按照这一理论，驾车人以风险自负进行抗辩可能出现下列结果：只有在行为人故意或重大过失时才负责任；一般过失时免除责任；减轻损害责任。

[104]我国有的学者认为需要区分以下几种情形分别适用不同的责任

- 1)单纯的搭便车；
- 2)虽属共同要件下之运行,但同乘者之关系为被动性(例如带情人坐在旁边驾车兜风)；
- 3)同乘者之积极关系而生之共同要件下的运行(例如坐在旁边参与驾驶意见)；
- 4)完全由同乘者之要求指示下进行等。

依以上情况之不同,对机动车之提供者的责任也由轻到重[105]。以上观点事实上就是比较过失理论的具体运用。需要注意的是，为了保护同乘人，风险自负的证

明责任须由被告承担，例如在英国Owens v.Brimmell(1977)一案，搭便车的人知道司机已经喝醉而乘车，司机也需要对因驾驶过错导致同乘人伤害承担一定的责任，而证明原告知道被告不适合驾驶的举证责任归被告（例如Limbrick v.French一案）。[106]为平衡被告的利益，尽管在通常的情况下君子协定关系中尤其不能认为双方存在约定减轻责任的意思，但可以类推无偿关系中的责任减轻而适用法定的责任减轻[107]。这一理论现在已经得到我国司法实践的运用[108]。此外，好意同乘关系中风险自负的适用受强制保险制度的影响。例如，根据1988年英国公路交通法第149条的规定，在乘客起诉司机的案子中，车辆对乘客的伤害保险是强制的禁止被告使用风险自负规则进行抗辩的主要原因。在该法对强制保险没有要求的情况下，自愿规则风险自负规则就可以适用。[109]最后指出，在上述情况下，同乘人不需对第三受害人承担责任，但如果驾车人专门为搭乘人而驾车，则根据公平原则以及受利益者承担风险的原则，搭乘人应该对驾车人对第三人的赔偿进行适当补偿。注释:[1]《招聘单位空许诺“君子协定”靠不住》，载于《长江日报》，2002年12月17日。[2]《刘建清、刘义宗、袁素、袁玖芳诉周木平水上人身伤亡损害赔偿纠纷案》，（2002年）广海法初字第357号民事判决书。[3][英]艾伦·沃克：《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年版，第371页。[4]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。[5]伯恩斯坦、泽克尔：《法律与美国现代实践双重视野下的君子协定》，（Herbert Bernstein and Joachim Zekoll ,The Gentlemans

Agreement in Legal Theory and in Modern Practice of United States) , see American Journal of Comparative Law(1998Supplement) , page99-100. [6] 李薇：《日本机动车事故损害赔偿法律制度研究》，法律出版社1997年版，第100-101页。[7] 乐科：《道路交通事故好意同乘者损害赔偿问题探析》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》，2003年第4期。[8] 威勒姆.格劳斯特：《法律与现代实践双重视野下的君子协定??荷兰法视角的观察》，（F.Willem Grosheide: the Gentleman ' s Agreement in Legal Thorey and Morden Practice??the Dutch Civil Law Perspective），载于威勒姆.格劳斯特，艾伍德.侯迪斯编：《国际合同法：跨国合同法的诸视角》，（F. Willem Grossheide / Ewoud Hondius ed., International Contract Law: Articles on Various Aspects of Transnational Contract Law），Molengrafica Series 2003, Intersentia (2004)，page41-67. [9] 艾伍德.侯迪斯（编）：《前契约责任：第十三届国际比较法研究学会大会的报告》，（Ewoud H. Hondius (ed.), Precontractual Liability: Reports to the XIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law），page 138 ,1991.转自前引注[5]文。[10] 前引注[4]，王泽鉴书，第338页。[11] 参见王泽鉴：《事实上之契约关系》，载于王泽鉴：《民法学说与判例研究》（1），中国政法大学出版社1998版，第104页。[12] 在康晓梅搭乘“检查办”车因司机过失出车祸一案中，法院认为康晓梅搭乘他人车辆构成事实上的契约关系。参见任俊生 岳燕林：《搭便车遇车祸引发的官司》，载于《生活时报》，1999年5月2日。[13] 有的学者指出作为君子协定的安慰函（comfort letter）包括三类，其语言的模糊程度由弱到强依次表现为：

弱度安慰函：我们知道欠下债权人……（金钱）；中度安慰函：债务人根据已有协议对债权人欠下债务也是我们应做的事情；强度安慰函：如果你发现新的提单持有人不能清偿债务，那么我们会承担责任。详见艾伦.克里斯蒂费尔德、谢菲尔德.梅尔策：《安慰函??他们是如何安慰的》，（Alan. M. Christenfeld, Shephard.W. Melzer：Comfort Letters -- How Comforting Are They?），see New York Law Journal, vol 222?NO. 26. [14] [德]海因.克茨著，周忠海等译：《欧洲合同法》（上），法律出版社2001年版，第102页。[15] 前引注[8]，威勒姆.格劳斯德文。[16] 修正前的《台湾地区民法典》第573条规定：因婚姻居间而约定报酬者，其约定无效。修正后其第573条规定，因婚姻居间而约定报酬者，就其报酬无请求权。其修正理由为，本条立法原意系因结婚居间而约定报酬，有害善良风俗，故不使其有效。惟近代工商业发达，社会上道德标准，亦有转变，民间已有专门居间报告结婚机会或介绍婚姻而酌收费用之行业，此项服务亦渐受肯定，为配合实际状况，爰仿德国民法第656条规定，修正本条为非禁止规定，仅居间人对报酬无请求权。如已为给付，给付人不得请求返还。[17] 方斯沃斯：《前契约责任及预约：公平交易与谈判破裂》，（Farnsworth, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations），87 Columbia L. Rev.217 (1987) [18] [英]P.S阿狄亚著：《合同法导论》，赵旭东等译，法律出版社2002年版，第154页。[19]丹宁

（Denning）勋爵在“Robertson v. Minister of Pensions”案中认为，政府有订立合同的能力，但是需以具体情形下政府是否有订立合同的目的为前提。参见沈达明：《英美合同法引论

》，对外经贸教育出版社1993年版，第57-58页。[20] 我国《合同法》第188条规定，具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同赠与人不交付赠与的财产的，受赠人可以要求交付。上条中“道德义务”究为何意，法律并无明文。法国判例上的道德义务包括：（1）对于未经认领的非婚子女之抚养；（2）对于受其诱惑而生损害之赔偿；（3）姻亲或血亲的近亲属之抚养；（4）在法律上虽不负有损害赔偿义务而对于其所致生他人的损害的赔偿；（5）报酬的赠与。参见史尚宽：《债法各论》，荣泰印书馆股份有限公司1981年版，第120页。[21] [意]彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第303页。[22] 杜那：《合同的前奏，侵权的门槛??荷兰合同交易前的法律制度》，（J.M. van Dunn é , The Prelude to Contract, the Threshold of Tort. The law of Precontractual Dealings in the Netherlands），see艾伍德·侯迪斯编：《前契约责任??对第12次国际比较法协会的报告（1990）》（E.H. Hondius, Precontractual Liability-Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law 1990），Kluwer Law and Taxation/Deventer/Boston, 1991, page 256. [23] 参见前引注[5]伯恩斯坦、泽克尔文。[24] 陈自强：《民法将以1??契约之成立与生效》，法律出版社2001年版，第106页。[25] 前引注[18]P.S阿狄亚书，第162-163页。[26] [美]史蒂文·伊曼纽尔：《合同法》（影印本），中信出版社2003年版，第11页。[27] 麦考利：《商业中的非契约关系：一个初步研究》，（S. Macaulay, “ Non-contractual Relations in Business: a Preliminary Study ” ），in Amsterdam Sociology of Law Review, Vol. 28, No 1,

1963, p. 55-67. [28] 《欧洲合同法原则》第2:101条规定，合同符合下列条件即成立而无须其他的要件：1.当事人意欲在法律上受有拘束，以及2.它们形成了充分的合意。[29] [德]梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2000年版，第447页。[30] 王泽鉴：《民法总则》（增补版），中国政法大学出版社2001年版，第337页。[31] 前引注[18]，P.S阿狄亚书，第159页。[32] 《国际商事合同通则》（中英文对照），法律出版社1996年版，第19页。[33] 前引[29]，梅迪库斯书，第447页。[34] 前引[18]，P.S阿狄亚书，第156页。[35] 温代尔.霍姆斯：《不成立合同的自由》（Wendell H. Holmes, The Freedom Not to Contract, 60 Tul. L. Rev. page751, 752 & n. 5 [36] 在英美法系受对价思想影响，这种无偿关系一般也构成君子协定，除非其符合特殊形式要求才可以转为有执行力的契约。[37] 在“海德雷.伯恩公司诉海勒及合伙者”案中，被告（银行）告知原告关于第三方资信程度的错误信息导致原告损失。按照英美合同法，被告对上述行为不需承担违约责任，此间不存在对价，但是根据过失侵权法（Negligence）被告则需要承担侵权责任。在大陆法，“特殊亲密关系”是法官在判断一个提供无偿信息的人是否应承担合同义务的关键因素。参见前引[14]，海因.克茨书，第96-97页。此处涉及的君子协定的法律适用问题，请参见本文第三部分。[38] 前引[4]，黄立书，第18页。[39] 汉特坎普等著：《走向统一的欧洲民法典》（Arthur Hartkamp, Martijin Hesselink, Ewoud Hondius, Carla Joustra, Edgar Du Perron, Towards a European Civil Code），Kluwer Law International, page244；前引注[14]，海因.克茨书，第27页。[40] 《德国联邦法院民事裁判集》第21卷

，第102页，第196页。转引自前引注[29]梅迪库斯书，第153页。[41] [美]史蒂文·伊曼纽尔：《合同法》（影印本），中信出版社2003年版，第11页。[42] 前引[18]，P.S阿狄亚书，第157页。[43] 前引[13]，艾伦·克里斯蒂费尔德、谢菲尔德·梅尔策文。[44] 前引[14]，海因·克茨书，第103页。[45] 前引[18]，P.S阿狄亚书，第157页。[46] 前引注[29]梅迪库斯书，第154页。[47] [英]A.G.盖斯特：《英国合同法与案例》张文镇等译，中国大百科全书出版社1998年版，第65页；前引[24]，陈自强书，第106页；前引[29]，梅迪库斯书，第155页。[48] 前引[14]，海因·克茨书，第103页。[49] 前引[8]，威勒姆·格劳斯特文。[50] 前引注[5]，伯恩斯坦、泽克尔文。[51] [69] 前引注[15]，F.willem Grosheide文。[70] 前引注[10]，Herbert Bernstein and Joachim Zekoll文，第101页。[72] 前引注[19]，海因·克茨书，第103页。德国法上的错失彩券中奖案（BGH NJW 1974,1705）就是这一思考方法的具体运用

：ABCDE五人组成彩券投资会，每周每人出资10马克，由E负责购买彩券，填写固定号码。某周，因E过失未购买彩券，错失中奖10万马克的机会。ABCD诉请E赔偿中奖时应分配部分，德国联邦法院从风险配置角度出发，驳回原告的请求。关于此案详见前引注[9]，王泽鉴书，第202页。[50] 前引[13]，艾伦·克里斯蒂费尔德、谢菲尔德·梅尔策文。[74] 德国法上一个著名案例（BGHZ97，372）：甲男与乙女未婚同居，约定乙女应使用避孕药。乙女故意不服用，乙女生育后，甲与乙女分手，乙强制甲认领，并支付抚养费。甲以乙女违约为由诉请乙赔偿支付抚养费的损害。德国联邦法院否定了甲的请求权，在论述理由时，主要是按照公序良俗进行考量。详

见前引注[9]，王泽鉴书，第203页。[73] 前引注[20]，Alan. M. Christenfeld and Shephard.W. Melzer文。[71] 谢鸿飞：《法律行为的民法构造：民法科学和立法技术的阐释》，2002年中国社会科学院法学所博士论文。[75] Nukoop v. Saalfeld (Hoge Raad 11 april 1958, NJ 1958, 467)，转引自前引注[15]，F.willem Grosheide文。[76] 有的学者认为君子协定是在法律的阴影遮蔽下制定的。(Gentleman ' s agreements are made in the shadow of the law) 详见前引注[15]，F.willem Grosheide文。北川善太郎认为好意关系（即君子协定）通常不能说是法律关系，而只是单纯的事实关系，然而，从交通事故的例子可以看出，法实际上以多方面的形式与好意关系相关连。参见[日]北川善太郎著，李毅多 仇京春译：《日本民法体系》，科学出版社1995年版，第6页。[77] 前引注[9]，王泽鉴书，第24-26页。[79] 前引注[15]，F.willem Grosheide文。[80] 前引注[24]，P.S阿狄亚书，第161页。[25] 诱饵契约指家庭成员通过金钱给付等手段较严重地影响或改变了其他成员的生活的契约。在美国法上的Hamer v. Sidway案中，叔叔允诺如果原告（侄子）能戒酒烟至21岁，就赠与其5000美元。后原告依约戒烟并于叔叔死后主张合同权益，而被告（叔叔的继承人）则主张叔侄间的协议为君子协定，并无合同效力。法院判决原告胜诉。[34] 前引注[19]，海因.克茨书，第103页。[81] 前引注[20]，Alan. M. Christenfeld and Shephard.W. Melzer文。[82] 前引注[45]，梅迪库斯书，第150页。[84] 前引注[9]，黄立书，第17页。[85] 前引注[15]，F.willem Grosheide文。[86] Chorus Gerver Hondious Koekkoek:Introduction to Dutch Law,Kluwer Law International,1999,see page125. [88] E. Deutsch,

Haftungsrecht, Vol. 1 (1976), p. 128 and J. Esser/E. Schmidt, Schuldrecht, Vol. I (6th ed, 1984), pp. 354-355, 转引自Jeroen Kortmann, “Liability for Nonfeasance. a comparative study (2001)”, see:Oxford U Comparative L Forum 1 at ouclf.iuscomp.org。

[89] 前引注[19], 海因.克茨书, 第111页。[90] 为简化问题假设机动车的驾驶人就是机动车的所有者或管理者。[91] 有的学者认为无偿同乘关系分善意的无偿同乘与恶意的无偿同乘, 善意的无偿同乘应适用无过错责任原则, 恶意的无偿同乘指强迫驾驶人搭乘, 此时车辆运行实际上在同乘人的胁迫控制之下, 应由同乘者自己负责。冯健:《道路交通事故赔偿案件若干问题探讨》, 载于《法律适用》, 1994 (12)。

[92] 典型案例如下:2002年8月15日0时许, 钱国强酒后驾驶一辆牌号为浙A-45020的长安奥拓汽车驶入上塘高架路后, 沿西侧主车道由南往北逆向行使, 并驶入施工区域, 先后经过尚未完工的上塘高架路工程04、05、06标段的施工区域, 直至06标段轻纺路以北180米处的断口, 制动不及, 从高架路上坠落至地面。造成包括钱国强在内的车内四人死亡。另三人分别为谈俭、郑文英和谈翔一家三口。事故发生时, 在04标段的工区入口处未设立警示标志, 相关作业结束后未及时恢复原有的活动维护封闭; 高架路断口处属06标段工区, 该处主体结构工程施工结束后, 施工单位未设置明显的警示标志和防护围栏。[93] 《台湾地区民法典》第224条规定, 债务人之代理人或使用人, 关于债之履行有故意或过失时, 债务人应与自己之故意或过失负同一责任。但当事人另有订定者, 不在此限。上述规定是以受害人与侵害人之间存在债的关系为前提, 而好意同乘关系被害人与赔偿义务人之间并不存在

债的关系，故在这种情况下能否也适用上述规定颇费思量。对此，德国实务及学说上采用法律要件准用说、法律效果准用说、折衷说三种解决途径，台湾地区1985年度台上字第1170号及台上字第2306号判决，认为被害人仍应承担骑士的与有过失，因为被害人搭乘他人机车而扩大了自己的活动范围故也应该对此付出一定的代价。这一判例被认为是采用了法律效果准用说的结果。参见詹森林：《民事法理与判决研究》，中国政法大学出版社2002年版，第301、308页；日本法律实践中也承认上述结论，详见前引注[13]，李薇书，第103页；《民法通则》第132条规定，当事人对造成损害也有过错的可以减轻侵害人民事责任。而对于当事人之外的法定代理人或使用人的过错能否也适用过失相抵，则没有进一步规定。理论上通说均支持当事人之外的法定代理人或使用人的过错能否也适用过失相抵。参照上述立法例，我们认为当在好意同乘关系中，第三方对同乘人承担侵权责任时，应要将驾车人的过错计入同乘人的过错进行过失相抵。[94] 前引注[19]，海因·克茨书，第105页；[法]勒内·达维著，潘华仿高鸿钧 贺卫方译：《英国法与法国法：一种实质性比较》，清华大学出版社2002年版，189页。[95] 李亚虹：《美国侵权法》，法律出版社1999年版，第211-212页。[96] 前引注[9]，王泽鉴书，第200-201页。[97] 前引注[13]，李薇书，第103页。[98] 前引注[7]所引案例。[99] 王泽鉴：《侵权行为法》，中国政法大学出版社2001年版，241页。[100] 最新不列颠法律袖珍读本（英汉对照）《侵权法》冯兴俊译，武汉大学出版社2003年版，第225页。[101] 前引注[45]，梅迪库斯书，第151页。[102] 前引注[93]，克雷斯蒂安·冯·巴尔书，第638页。

。曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社2001，第88页。[103]前引注[99]，王泽鉴书，第242页；前引注[102]，曾世雄书，90页；前引注[93]克雷斯蒂安.冯.巴尔书，第638页。[104]前引注[9]，黄立书，第250页。[105]前引注[14]，乐科文。[106]前引注[100]，第225页。[107]前引注[45]，梅迪库斯书，第151页。[108]在前引“刘建清、刘义宗、袁素、袁玖芳诉周木平水上人身伤亡损害赔偿纠纷案”中，法院认为：袁大成生前也在横门垦区承包耕地，应该知道《横门垦区安全管理规定》，应当知道当地的农用船舶不能载客，其仍要求搭乘周木平的船艇，本身也有过错。而且，袁大成在免费搭乘受益的同时，也应当承担相应的风险。故，可以适当减轻周木平的赔偿责任。因此，对袁大成因水上交通事故而死亡，周木平应承担60%的民事责任。参见广州海事法院民事判决书(2002)广海法初字第357号。在项晓平诉温州市鹿城第一汽车运输公司案，上海市第一中级法院(2001)沪一中民终字第3209号民事判决书谓：“好意同乘之所以要由乘客自负一部分责任，除考虑乘客在无偿搭乘过程中可能存在自身过错以外，还考虑到好意同乘者在免费受益的同时应当承担相应的风险责任，并可据此减轻肇事后果承担者的民事责任。”[109]前引注[100]，第233页。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com