

广义作为义务的确立和扩张

杨垠红

(厦门大学法学院 福建厦门 361005)

摘要: 本文从案例出发,指出研究侵权法中广义作为义务的价值,然后阐述了侵权法从不愿承认作为义务到承认广义作为义务的立法和学说的转变,并分析了该转变的原因,最后在此基础上提出广义作为义务的理论构想。

关键词: 侵权法 广义作为义务 立法和学说转变

一、确立广义作为义务的意义

传统的大陆法系区分合同之债和侵权之债,前者违反的是约定的义务,后者违反的是法定的义务。约定的义务多为作为的积极义务,而法定的义务多为不作为的消极义务。但随着社会生活的复杂性和多样性的发展、法律对权利保护的日益全面完善,侵权法中的法定义务也随之扩展,在作为一般原则的不作为义务的旁边诞生了以合理的注意和谨慎为某些积极作为的义务,换言之,侵权法要求人们在承担消极的不作为义务之同时承担某些积极的作为义务,而且此等作为义务从起初的法律明文规定的义务扩展到因先前行为引发的义务和因职业产生的义务、其他依诚信产生的作为义务。其他依诚信产生的作为义务指在特定情形下,在法无明文可依时,根据诚信原则或公序良俗及其下位规范的要求可以期待某个人实施合理的积极作为。它实际上是一种框架性的法定义务,是为适应社会变化,法官发挥自由裁量权所创设的义务,是补充前三种作为义务漏洞的兜底性工具。许多国家在不同程度上和不同范围内承认了广泛含义的作为义务,并以不同的方式扩张着作为义务的范围以满足社会对权益保障日益膨胀的要求。

(一) 确立广义作为义务的迫切性

1. 立法的缺憾。2001年1月15日晚,某市

一位法官(原告)在和他人饮酒后共同前往该市某休闲中心(被告)洗浴。休闲中心工作人员发现原告饮酒较多,劝他不要就浴,但遭拒绝。之后原告自行更衣准备下池就浴,休闲中心工作人员再次劝阻无效,原告在行至通往三楼浴池楼梯时摔倒并顺着楼梯滚下,经抢救后成为“植物人”,至今未苏醒。原告的法定代理人遂向法院起诉要求被告对其不救助承担侵权责任。一审法院经审理认为,被告休闲中心的服务人员有劝阻原告进中心休闲和下浴池洗澡的行为,但都由于制止不力,允许醉酒后自控能力较低的原告独自一人下浴池洗澡,特别是原告强行要求入池洗澡时,被告没有采取相应措施以保证其安全,从而导致原告摔伤这一严重后果的发生。而且被告依据消费者权益保护法之规定,负有确保消费者即原告人身安全的责任,这个安全不仅包含其固定设施,也包含其所提供的服务。当其楼梯存在安全隐患时,被告既未加以改造使其符合国家的规定要求,也未对酒后的原告采取诸如搀扶、制止之类的防范措施,以致原告在入浴池下楼梯途中跌倒致伤。因此,被告应对原告受伤承担侵权责任。同时原告自身亦有过错,可适当减轻被告的责任。据此,法院判决被告一次性赔偿原告人民币30多万元。被告对此判决不服,提出上诉。^[1]

收稿日期:2005-02-16

这一案件在理论界也引起了一番争论。主要存在两种观点：其一认为，本案中被告对原先的“加害”行为属不作为。消极的不作为原则上不构成侵权，但在某些特殊情形，基于法律（广义的法律）的规定、合同的约定或社会交往安全的需要，为防止、控制或排除危险而课加给行为人作为义务，当行为人不作为时，应对由此造成的损失承担赔偿责任。本案中的被告未尽到法律规定的义务和社会交往安全要求的注意义务，故应对其不作为造成的后果承担责任；另一观点则与之相反，认为被告对原告不负有强行制止或积极救助的义务，它已善意地劝阻了原告，且这种劝阻也不可能是强制性的，所以原告的损失是由自身行为造成的，被告不应承担责任。由此触发我们去思考承担作为义务的类型，即在现实生活中人们负有哪些作为的义务，在一定情景下人们是否有采取积极的行为的义务？

2. 实践处理不一。由于无明文立法可依，且学术理论探讨不足、论证比较肤浅、观点参差，所以法院做出判决的理由各异，认定的标准不同，判决的结果存在差异，使得受害人的权益无法得到切实的保障。例如在2002年初，四川省的一起游泳溺水死亡者的父母状告同游者见死不救的人身损害赔偿案中，一审法院认为，救助只是道德上的要求，而非法律上的要求。按照法律标准，四被告只需“无害于他人”即可，而无需“有助于他人”，故四被告不应当承担民事赔偿责任。在2002年底卢氏县法院审理的因恋爱关系破裂一方自杀另一方不予救助案中，法院认为，被告与原告之女存在恋爱关系，由于被告处理不妥，致使原告之女受分手的刺激有自杀之意时，被告有能力、有条件救助却未救助，被告的一系列行为与原告之女死亡有一定间接因果关系，应承担部分责任。在2003年11月7日北京市法院审结的施工单位逼使刘某自杀而不救助案中，法院认为，施工单位在未经规划部门批准的情况下强行建筑公厕，刘某以自杀逼使该单位停工，但施工单位的在场人员对已服毒的刘某置之不理，导致其死亡，故施工单位应该赔偿原

告损失。^[2]法院对同类型案件判决不一，将极大地影响法律的权威和普遍的效力。

（二）确立广义作为义务的可行性

1. 理论研究的支持。当前学术界对不作为问题的研究，主要集中于行政机关的不作为、刑法中的不作为犯罪。虽然民事侵权领域中的讨论少，但由于民法的不作为侵权责任与刑法的过失犯理论有着密切的联系，刑法理论的研究可为民法上的探讨提供思考线索。此外，已有一些民法学者开始了这方面的探索，主要表现为在教科书中对民事侵权的介绍，例如，张民安博士在其主编的《民法债权》和所著的《过错侵权责任研究》两书中都主张，民事义务是过错侵权责任的核心，通过某种民事义务的强加，法官可以将哪些违反社会公共利益的行为看作是过错行为并因此责令行为人承担法律责任，通过某种民事义务的否定，法官可以将哪些符合社会公共利益的行为不看作是过错行为并因此免除行为人法律责任。法定义务可源于制定法和非制定法上的注意义务，后者在侵权责任法中占最大的比例。注意义务的理论在现代大陆法系中亦逐渐受到重视。相关学者认为目前我国侵权法比较薄弱，无法为司法实践提供有力的指导，应引进一般注意义务为新出现的侵权纠纷提供解决的依据。

2. 司法实践的肯定。虽然法院对不作为侵权未形成一套统一的认定标准和赔偿标准，尤其是对作为义务的依据缺乏深入、一致的看法，但法院肯定了不作为是构成侵权的一种类型，而且从上述案例的列举中，可以看出法院的判决呈现出承认一定积极作为义务的趋势。

3. 国外判例、学说和立法的借鉴。国外法律界很早就关注到了广义作为义务的问题，他们已积累了相当丰富的判例，展开了相当深入的理论探讨，甚至开始尝试或已经制定了相关立法。如旧德国民法是不承认一般的注意义务的，修改后的德国民法典新增的交易安全注意义务取自交通安全注意义务。后来随着学者关于一般交易安全注意义务的探讨，^[4]其法院也创造性地做出了运用“一般交易安全义务”的判决；日本学者关于社会生活上的义务的探讨，英

美侵权法著作或论文中早有论及作为义务(duty to act or affirmative duty),他们对积极作为义务的承担条件、承担者、责任范围都作出了比较深入的探讨。^[5]这些都为我国研究作为义务、制定相关立法提供了很好的借鉴。

二、作为义务的兴起和扩张

(一) 罗马法的规定

早期罗马法只承认具体而有形的作为的侵权责任,不承认不作为的损害赔偿。后来,罗马裁判官在实践中扩大了“准不法行为”的范围,对某些单纯的不作为,也要求行为人负损害赔偿。有一些法学家也开始区别作为和不作为侵权的问题,例如,西塞罗曾指出:“有两种过错,即某人作为的过错和某人允许结果发生的过错。”后一过错正是发生在当事人不作为的情形下。在古伊斯兰法中,若涉及对财产的损毁,则只有在作为的情况下行为人才承担责任,但若涉及侵占财产,则不论行为人是作为还是不作为都应承担责任。

(二) 立法与学说的改变

随着社会生活环境的改变和人们价值观念的变迁,大多数近现代国家都将不作为规定为侵权行为的一种类型,但对不作为侵权所违反的义务类型却有着不同的看法,或宽或窄,旧民法典主要限于违反法律明文规定的义务,新民法典及新的司法实践则广开思路,或以一般注意义务、或以社会安全义务、或以善良风俗、或以公序良俗或甚至是以诚信原则等表达方式极大地扩展了作为义务的产生依据,出现了须依案件具体情况加以判断的广义作为义务,为受害人提供了更为全面的保障。

1. 德国。德国民法典第 823 条第 1 款规定,故意地或者有过失地以违法的方式侵害他人的生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利的人,负有向他人赔偿由此发生的损害的义务。第 2 款规定,违反以保护他人为目的的法律的人,负有同样的义务。(其中“法律”根据德国《民法典施行法》第 2 条的规定是指一切法律规范,包括德国民法典里的法律规范。)第 836 条规定:故意地以违反善良风俗的方式加损害于他人的人,负有向他人赔偿损

害的义务。^[6]经修改后的 2004 年德国民法典对“过失”特别另立一款加以界定,即第 276 条第 2 款,“疏于尽在交易中必要的注意的人,即为有过失地实施行为”,这实则将“过失”界定为疏于尽在交易中必要的注意。^[7]这以必要的注意作为过失的认定标准显然扩大了可能发生侵权行为的范围,同时也为未尽到必要注意而没有积极行动的人承担侵权责任提供归责依据。与之配合,德国法院在实践中还创设了一般交易安全义务,是市民的社会责任主义日益增加例证:旧的自由主义的侵权行为法,只是规定了在侵害绝对权利和保护性法律以及在故意实施违反善良风俗的行为时的损害赔偿义务,一般交易安全义务显著地拓宽了这一制度,大大提高了保证生存利益、完整性利益和财产利益的程度。^[8]因为随着社会接触机会剧增,为了保护人们在相互交往中的信赖关系,法院在法律明文规定的义务外创设了一般交易安全注意义务,以扩张现代社会中的法定义务群,从而扩大不作为责任的范围。

2. 法国。通过学说和判例的发展,法国民法典第 1382 条适用的范围得以扩大,不仅违反制定法规定的民事义务属于其规定的过错范围,就是惯例和道德所规定的某些义务亦属于其规定的过错范围。就惯例而言,法国学者认为,主要包括专业人员之间存在的惯例,如执业医师之间的惯例,以及因私人之间的关系而产生的规则,如公平竞赛而产生的规则。就因道德产生的规则而言,法国民法学家认为,虽然没有法律上明确的规定,但在一定程度上道德规则亦可能成为认定侵权责任的依据,如根据诚信(bonne foi)要求做出行为的义务,本着谨慎和深思熟虑行为的义务等均可成为民事义务的渊源。^[9]在司法上,法国法院通过著名的 *Branly v. Turpain* 一案中,确认了一般的作为或不作为即纯不作为(omissions pure et simples)责任。该案中, *Turpain* 教授于 1931 年在其引起极大争议的文章中对 *E. Branly* 的科学著作的价值和地位提出了挑战。到了 1939 年,他又撰写了一篇文章,对 *Herz* 和包括他自己在内的科学的著作作了介绍和说明,

并指出他们对无线发报技术发展起了重大的作用。但在此篇文章中, Turpain 教授没有提到 Branly 教授及其任何著作。为此, 已死亡的 Branly 之继承人对 Turpain 提出诉求, 认为 Turpain 教授应在其文章中承担给予读者准确信息的义务, 但他未尽此等义务, 故应就其不作为承担过错侵权责任。法国最高法院认为: “根据法国民法典第 1382 条和第 1383 条, 过错既包括不作为, 也包括作为。如果根据法律、某种规章、契约, 或者职业规则有提供客观的信息的作为义务, 则行为人的不作为, 即便不是故意要引起损害, 也使行为人因此承担侵权责任。”法国最高法院的判例具有重大的意义, 它表明: 其一, 在法国, 人们不仅有根据法律、规章和契约而从事积极作为的义务, 而且也有根据一种普通的注意义务而实施积极行为的义务, 如果违反了制定法所规定的作为义务, 行为人应就其不作为承担过错侵权责任; 同样, 如果违反了此种一般的注意义务, 应作为而消极不作为, 亦应就其过错侵权行为承担责任。其二, 行为人应对自己违反一般的积极作为的注意义务承担侵权责任, 所采用的判断标准是一般谨慎人的即理性的人之标准。其三, 在科学著作中, 类似的不作为的侵权行为亦应根据法国民法典第 1382 条和第 1383 条承担侵权责任, 不管此种行为是故意还是非故意实施的, 均是如此。此案所确立的规则被以后其他判例所广泛适用, 从而成为法国侵权法的一般性原则。^[10]

3. 希腊。希腊民法典第 914 条规定: 一个人因过错以违法方式对他人造成损害的, 应承担赔偿责任。按通常的解释, 该条的适用范围明确限于对绝对权利和受法律保护的利益之侵犯, 但法院运用该一般条款赋予的权力, 将它理解为还涵盖了禁止法律权利滥用的规定(希腊民法典第 281 条)和关于基于诚实信用原则的作为义务(希腊民法典第 288 条)的规定, 由此法院创设了一般法定义务, 于是将不作为的责任整合到了这一制度中。有关判例印证了这一观点, 如希腊最高法院第 81/1991 号判决指出, 宪法第 5 条第 1 项和该国民法典第 200 条、

第 281 条、第 297 条、第 914 条构成了这样一个原则的基础, 该原则是因过失导致他人受到损害的作为或不作为行为强制加害人赔偿此等损害。不仅因为加害人的作为或不作为行为违反了具体的法律规定产生这样的义务, 而且在违反法律之一般精神的情形也产生这样的义务, 法律之一般精神要求所有的行为必须约束在善良风俗的界限之内。^{[11] (P26)} 这表明希腊法院将以善良风俗为依据的法律之一般精神要求的作为义务援引为判断侵权责任成立的根据。^{[12] (P270-27)} 而且, 希腊法院还主张所谓法律和合同外诚实信用原则也能导致作为义务, 如希腊最高法院第 1891/1984 号判决指出, 如果根据诚实信用原则可以合理期望某人实施某行为, 他不作为则是侵权的;^{[13] (P25-26)} 希腊雅典上诉法院第 1773/1982 号判决认为在环境损害中, 根据主流观点作为义务产生于法律、合同和诚信; 雅典上诉法院第 1039/1979 号判决指出, 倘若诚信原则和交易惯例要求了作为义务, 不作为就具有不法性; 类似的表达还见于希腊最高法院第 343/1968 号判决、希腊最高法院第 854/1974 号判决及雅典上诉法院第 9228/1979 号判决。塞萨罗尼基上诉法院则简单地将一般交易安全义务建立在“任何人都不得加害他人”(Neminem Laedere)的“一般原则之上”。^{[14] (P270)}

4. 荷兰。1992 年 1 月 1 日施行的新荷兰民法典第 6:162 条规定^[15]: (1) 对他人实施了可归责的加害行为的人有义务对该加害行为对他人造成的损害进行赔偿; (2) 在认定一个不法行为时, 它是指对权利的侵犯和违反法律义务或不成文法上的利益的作为或不作为行为, 但是有合法正当理由的除外; (3) 加害人因自己的过错造成损害或者依据法律或社会观点他对损害负有责任时, 加害人对加害行为承担责任。这一广泛的立法在对利益的保护和对注意义务的确认方面采取了更开放的方式, 使作为义务的依据突破传统的法律明文规定, 而延展至不成文法上的利益或者说是适应社会生活的不成文的规则, 起到了与希腊民法典第 914 条的规定相同的效果。荷兰的司法实践

亦是贯穿这一思想的。如荷兰最高法院对Lindenbaum/Cohen案件的判决是荷兰法律史最重要的判决之一,在该判决中荷兰最高法院坚持认为,“当然,侵权一词不等同于不符合制定法”,并且声明:“侵权行为必须被理解为是对他人之权利以作为或者不作为方式之侵犯或者以作为或不作为的方式违反制定法上的义务、违反善良风俗、违反与社会日常生活相关的对他人之人身和财物的必要的注意。”^[16]

三、作为义务的理论分析

(一)作为义务产生和外拓的原因

1.哲学基础的转变。笔者认为从无作为义务到一定的作为义务转变的关键是利他主义哲学的兴起。哲学是所有学科的基础,也是人们思想观念的基石。哲学基础的改变将对社会文化、社会制度产生极大的影响。随着社会的发展,哲学观念从绝对的个人主义发展到相对的利他主义,这为法学倡导作为义务、法律规定不作为侵权、建立更美好的互助社会,提供了理论先导。

2.社会契约论的支持。一般法律仅规定了国家负有阻止刑事犯罪的义务,洛克(Locke)的社会契约理论除了对此义务提供理论依据外,还为将该义务转化为个人之间的义务并获得民事和刑事责任的保障提供了合理的根据。在社会契约理论中,个人为了获得相互保护而合意形成一个共同体,市民承担的最基本的公法义务是他们通过社会契约而互负的。当一个人违背了依此契约产生的公法义务,他就违反了对社会契约的其他当事人所负有的义务。在这种模式下,若一个人没有实施救助义务,他违反了对国家和对受害人所承担的义务。则他不仅应依刑法对国家承担刑事责任,而且可被提起民事诉讼对受害人承担民事责任。^[17]

3.从法律与道德、宗教的关系上看。反对规定救助义务的学者会认为是否承担救助义务是个人的私事,是由个人的良心判断决定的,是属于道德的问题,道德问题与法律义务是不同的,它们应各司其职。其实,法律和道德是相互依赖、相互影响的。人们的信仰、道德观念和对他人的期望都会影响法律的制定。

道德根植于社会文化和宗教,它们也可能成为制定法律的基础或直接转化为法律。《圣经》中上帝在西奈山上给摩西的十条戒律,成为了摩西律法的基础,这就是一个古老的明证。^[18]因此,人民所普遍认可的社会道德或宗教规范都可能上升为法律规定。反之,法律规定也会塑造我们的观念。1970年贺利考夫曼(Hery Kaufman)做了一个实验,研究法律规定在塑造公众观念上的影响,实验对象被询问他们对拒绝救助落水者的人的行为之评价通过研究。他发现实验者在认为不作为是非法的情形比在被告知法律没有规定救助义务的情形对不作为者的谴责更为严厉。^[19]所以,一个好的法律可以促进道德的发展,提高人民的思想水平,使人们成为更好的市民。

4.诚信原则的要求。普通的法律规范往往体现了“毋害他人”的要求,而诚信原则体现了“爱你的邻人”的要求。因为普通法律规范贯彻了经济人假说——最大化地追求自己利益的人、中人。而道德的诚信进入法律后,则保持其原来的爱人如己的行为要求。两者的区别在于,在法律就当事人的义务保持沉默的情况下,前者意味的是消极义务,后者课加的是积极义务。^[20]也就是说,诚信原则意味着要求个人对他人或社会的利益尽以必要的注意,在不使自己利益遭受不合理的损害的情况下,为他人或社会的利益积极地行动,从而共同营造一个和谐安全、友好互助的生活环境。

(二)广义作为义务的理论构想

笔者在总结外国先进立法、判例和学理的基础上提出自己对广义作为义务的看法,以求抛砖引玉。广义作为义务包括根据法律明文规定的义务、因先前行为引发的义务、因职业产生的义务和其他依诚信或公序良俗产生的作为义务。它要求人们在社会生活交往中尽到合理的注意义务,根据社会生活的具体情境做出适当的行为,在不给自身利益造成不合理损害的前提下,应为他人或社会的利益积极地作为,如果他不作为,则应承担相应的侵权责任。

在此基础上,对开篇提出的案例笔者赞成第一种观点。该案的被告对原先的“加害”行

为的类型属于不作为。按照广义的作为义务的观点,在具体的情形下,基于法律(广义的法律)的规定、先行行为的关系、职业的要求或社会交往安全的需要,课加给行为人一定的预防或排除危险的积极义务,当行为人不履行此等义务时,应对因此造成的损失承担赔偿责任。所以该案的被告应当对其不作为造成的后果承担赔偿责任。

参考文献:

- [1] 客人酒后就浴摔成“植物人”休闲中心该不该赔[N].法制日报,2002-11-13.
- [2] http://www.chinacourt.org/public/detail.php?id=112397&k_title=不作为&k_content=不作为&k_author=
- [3] 张民安,邓鹤.民法侵权[M].中山大学出版,2002.
- [4] Bar, Christian v.Verkehrspflichten - Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktrecdht .[M].1980.
- [5] Tom Stacy . Acts, Omissions, and the Necessity of Killing Innocents[J].American Journal of Criminal Law,Summer, 2002.

(上接第35页)财政部门制定的有关财务内部控制的法律法规对高校财务内部控制有着规范和指导作用。同时,财政部门通过对高校内部控制的检查和验收,能有效地促进高校财务内部控制规范的实施,找出基础工作中的薄弱环节,不断改善,以促进高校内部控制作用的发挥。

总之,健全的财务内部控制是保护资产安全完整、防止舞弊行为发生的重要基础,也是强化高校内部管理、确保高校教育事业活动有秩序地和有效地运行和重要措施。随着改革开放的不断深入,对规范会计行为、提高会计信息质量等方面提出了更高的要求,健全财务内部控制也具有更高层次的意义。我相信,只要大家同心协力,有效解决当前高校财务内部控

[6][7][8] 陈卫佐.德国民法典[M].法律出版社,2004.

[9] 张民安,龚赛红.法定义务在过错侵权责任中的地位[J].中山大学法学论坛,2002,(8).

[10] 张民安.现代法国侵权责任制度研究[M].法律出版社,2003.

[11][13][14][16] 克雷斯蒂安.欧洲比较侵权行为法(上)[M].张新宝译.法律出版社,2001年.

[12][15] 克雷斯蒂安.欧洲比较侵权行为法(下)[M].焦美华译.法律出版社,2001.

[17] Steven J. Heyman, Foundations of the Duty to Rescue, 47 Vanderbilt Law Review 673, April, 1994, pp.697-698.7

[18] Kathleen M. Ridolfi, Law, Ethics, and the Good Samaritan: Should There be a Duty to Rescue?, 40 Santa Clara Law Review 957, 2000, p.963.

[19] Kathleen M. Ridolfi, Law, Ethics, and the Good Samaritan: Should There be a Duty to Rescue?, 40 Santa Clara Law Review 957, 2000, p.962.

[20] 徐国栋.诚实信用原则二题[J].法学研究,2002,(4).

(责任编辑:周海林 校对:周海林 单丽敏)

制中存在的问题,就能进一步发挥财务内部控制对高等教育的促进作用,使高教事业能在一个高度完善的内部环境中健康蓬勃地发展。

参考文献:

[1] 邬兰.高等学校财务内部控制规范化操作与规章制度实务手册[M].河北音像社,2004.

[2] 胡丹.试论高校会计内部控制的目标及方式[J].教育财会研究,2004,(5).

[3] 杨立奇.浅议企业内部控制的重要性、现状成因及对策[J].福建教育财会,2003,(1).

[4] 高培玲.浅谈高校内部会计控制[J].福建财会,2002.

(责任编辑:楼雪婕 校对:楼雪婕 陈鸣)