

[文章编号] 1009-8003(2004)03-0108-05

义工行为侵权责任制度研究

——以义工行为法律关系为基础

杨波, 蔡峰华

(复旦大学法学院, 上海 200433)

[摘要] 随着社会的快速变化, 义工已经成为一种普通的社会现象, 在这种情况下, 法律应该有所作为。但是, 从目前来看, 义工不是一个十分明确的法律概念, 义工行为当事人之间的关系也并不明晰。在我国的一些法律、法规或规范性文件、草案中, 义工概念已经开始受到关注, 因此, 有必要对义工概念的内涵和外延进行研究。同时, 应关注义工行为发生的侵权问题。而以义工行为的基础法律关系为出发点, 进而探讨其侵权行为责任承担问题, 不失为一条有益的路径。

[关键词] 义工; 基础法律关系; 侵权; 替代责任

[中图分类号] D913 [文献标识码] A

前言——问题的提出

广义上的义工行为如朋友之间的帮助行为已经存在很长的时间了, 我们并不陌生, 但有组织的义工行为, 却是现代文明的发展产物, 它的产生和迅速发展有着深刻的社会原因, 美国著名的社会学家在分析这一现象时认为: “美国义工(志愿者)参与者队伍的蓬勃发展的主要原因不是需求的增加, 而是志愿者对社区、承诺和贡献的探求。”^[1]

如果我们对义工行为的侵权责任进行研究, 首先遇到的问题就是义工法律概念的不清晰, 所以我们必须首先探讨义工的概念, 但是, 我们发现, 通过单纯的逻辑来定义概念并不能让我们很好地认识义工行为, 而试图通过定型化分析的方法来认识义工, 可能更为有益。但另一个随之而来的问题是——通过什么途径来分析义工行为中的侵权责任承担问题。我们认为, 也许通过分析义工行为中涉及的基础关系进而探讨它的侵权责任承担或许是一个有效的路径。本文将以此进行讨论。

一、义工的概念——义工的定型化分析

从法学概念的意义上, 义工(志愿者)本身并不是一个十分明确的法律概念。最高人民法院《关于审理侵权人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(草案)第14条在规定义工行为给第三人造成侵权时表述为: “无偿为他人提供劳务的义工, 在从事帮工活动中致人损害的, 由义工使用人承担损害赔偿责任。”该条中“无偿为他人提供劳务的义工”的句法表明, 无偿作为对义工的一个限定词, 表明了义工的最主要特征是它的无偿性。但是, 这也并不是一个准确的义工概念。从法学概念理论的角度, 这一定义可能存在这样的疑问: 就是如何限定“无偿”一词。显然“无偿”是界定义工概念的核心词汇, 对应了“义工”中的“义”字, 在美国法概念中对义工的定义也是强调其无偿性。美国法中的义工(志愿者)是指

[收稿日期] 2004-03-25

[作者简介] 杨波(1977-), 复旦大学民商法学硕士研究生; 蔡峰华(1978-), 复旦大学民商法学硕士研究生。

voluntary^[2] (someone who does something without be paid, or who is willing to offer to help someone. 意指愿意帮助他人而不需要报酬的人),^[3] 他们提供的服务称为国家服务(national service), 也主要是强调它的无偿性或没有报酬。

然而, 试图通过从逻辑意义上来辨析义工的概念进而去理解义工法律关系, 并不是一个对法学分析有益的方式。在这里, 我们试图将义工行为类型化, 以法律的视角来观察这些类型化后的义工现象, 通过剖析义工现象中所存在的各种法律关系或相关社会关系, 来检讨和发现因义工行为而产生的侵权民事责任。据此, 可将义工行为归纳为以下两种类型:

第一, 非公益性质的义工行为, 主要是指行为人基于同使用人的个人情感而与公共利益无关所提供的无偿劳务行为, 这里的情感可以是朋友关系、亲属关系、同事关系等等社会个体间的感情。有必要说明的是, 这里判别是否公益的标准应该是客观标准, 从行为与社会公共利益发生联系的紧密性来衡量, 一方面, 行为人的主观心理难以准确显示, 如行为人为否为获得精神满足或间接物质利益,^① 更重要的是, 完全的利他主义来要求社会的绝大多数人, 只是人性理想主义的美好愿望, 现代社会的现实价值取向是利他和利己的结合, 对纯粹的利己行为法律不会提供特别的保护, 并对可能产生负效应的利己行为将给予特别的限制。

有必要说明的是, 义工行为与无因管理行为的区别。两者之间的相似点主要在于他们都是无偿的行为, 义工为义工使用人、受益人提供的服务和管理人为本人提供的管理行为都没有明显的法律或合同的原因。但我们认为, 两者的区别还是很明显的。第一, 管理人为本人的利益进行管理, 事先并没有得到本人的同意, 而义工为受益人提供服务时, 则已经得到受益人同意; 第二, 本人应对管理人的管理费用根据法律规定予以补偿, 而义工的受益人则无需对义工提供的劳务给予任何的费用。至于与赠与合同的区别, 我们认为, 合同法第 185 条明文规定赠与的标的是财务, 而且“无偿提供劳务, 虽增加相对人之财产, 然不因而减少自己之财产, 不包括在内。”^[4] 因此, 我们认为, 义工行为与赠与不能混同。

第二, 公益性质的义工行为, 即为了社会的公共利益, 无偿为他人提供服务, 如到医院、图书馆等公益机构提供无偿服务。这一类型又可以具体分为组织型义工和无组织型义工, 前者是指使用人经依法登记的组织。在这里, 我们可以进一步发现, 在组织型义工中, 仍然存在两种细微差别的义工组织形态。一种是该组织本身就是承担一部分社会公共服务职能的部门, 如医院、图书馆等。当愿意成为义工的自然人临时加入这个组织时, 其就承担或者辅助承担了本来就属于这些公共服务部门的一部分责任, 这种义工行为我们将其称之为职能组织型义工。另一种就是该组织本来的成立目的就是纯粹为社会提供义务服务, 譬如在美国就已经存在很多这样的义工组织, 我们将其称之为社团组织型义工。而无组织型义工是指愿意为社会提供无偿服务的自然人个体采取非社团化的形式, 独立地、分散地为他人提供无偿服务, 如个体自发到养老院做义务劳动的行为。

二、义工与其他主体之间的“法律”关系

(一) 非公益性质的义工与其他主体之间的“法律”关系的探讨

非公益性质的义工行为一般只涉及义工与义工使用人两方当事人, 即在这种情况下, 义工使用人与义工受益人是同一主体。根据大陆法系的一般理论, 民事行为的目的是引起法律后果。这一表述的意思是: 法律行为之所以产生法律后果, 不仅因为法律制度为法律行为规定了这种后果, 首要的原因还在于从事法律行为的人正是想通过这种法律行为引起这种法律后果。^[5] 在非公益性义工中, 根据经验, 我

^① 在美国, 以义务方式开展再就业培训的教员, 可以记上信誉分, 比如驾车闯了红灯等时, 用来抵免执法部门的处罚。多少信誉分可以抵免忘了交罚金的处罚, 多少信誉分可以抵免违反禁酒令等等, 各州都有明确的规定, 当事者只要出具信誉分的记录, 由执行部门划去相应的分点, 即可不罚, 据说这个信誉分对找工作也有帮助。美国 1993 年《全国与社区权利法案》规定, 对做满 1400 个小时的青年义工, 政府将提供 4725 美元的奖学金, 可以作为大学学费、职业训练或偿还贷款。孙紫玲:《美国的义工精神》, 载《社会》2002 年第 9 期, 第 54 页。

们认为,义工和义工使用人之间没有想通过法律行为而引起法律后果的意思表示,他们不会认为他们之间的提供、接受无偿义务要受到法律约束。而“任何法律关系都要包括有至少一个人的权利,以及与这个人权利相应的他人的义务或其他法律约束。”^[6]因此我们认为,非公益性的义工与义工使用人之间本身并不产生法律关系,它处在法律层面之外。这种行为学者通常称之为“情谊行为”或者“社会层面上的行为”。^[7]义工纯粹出于情感上的原因实施行为,因此不是民事法律关系,基于义工行为形成的当事人之间的关系也并未进入法律视野,不是法律关系。而在义工同义工使用人的关系中,由于义工使用人并不向义工支付报酬,因此,要求义工对义工使用人负有任何法律上强制性的约束也是对义工不公平的。譬如说:甲自愿为乙搬家,乙并不向甲支付任何报酬,在这里甲帮乙搬家的行为也不应当受法律约束而成为其一项义务。如果,第二天,甲因为任何原因而不继续为乙搬家,乙不能通过法律强制来要求请求甲帮助的继续履行。因此,我们可以这么认为,在甲乙两者之间并不产生法律关系。

(二)公益性质的义工与其他主体之间的法律关系的探讨

组织型公益性质的义工行为一般涉及三方当事人:义工使用人、义工和义工受益人。在职能组织型义工中,我们认为,从某种意义上讲,作为义工使用人的社会公共职能机构实际上是在当事人自愿的基础上,将自身的一些为社会提供服务的责任转移到义工身上,由义工来完成或辅助其完成这些责任,同时义工在提供这些服务时也是以职能型组织的名义进行的。在社团组织型义工中,自然人个体通过加入义工社团成为义工,也是以社团的名义无偿提供服务。因此,我们认为,无论是职能组织型义工和社团组织型义工中,可以认为当事人之间(义工同义工使用人之间)存在一个合意,以该合意为基础产生了双方的权利义务关系。比如甲应乙医院的招募成为乙医院中照顾病人的义工,乙有按招募要求接受培训的义务,有按监护要求在规定时间内提供服务的义务,同时乙也有合理使用医院设施的权利等等。而且,事实上,有的组织在招募义工时,组织与志愿者之间要签订合同。^①我们认为组织型义工中,义工和义工使用人之间可以适用委托关系。主要原因有三:第一,义工是以使用人的名义提供劳务;第二,义工提供的劳务原本是使用人的责任,义工是为使用人处理事务;第三,义工的无偿性,使之区别于雇佣。在这一前提下,义工和受益人的基础法律关系同样适用委托关系中受托人和第三人法律关系的规定。

非组织型的公益义工行为一般只涉及两方当事人:义工和义工使用人。义工使用人同时也是受益人。非组织型义工行为在形式上是个人化的,通常还是非长期性的,没有经过社会的组织;在行为意思方面,它不是基于自然人个体之间的个体情感,而主要是社会个体对其生存环境的道德、信仰情感或精神皈依。因此,我们认为,非组织型义工中的义工和使用人之间同样没有想通过法律行为引起法律后果的意思表示,不是法律行为,不存在基础法律关系,应当准用法律对情谊行为的调整。

我们认为,在没有确定的书面合同的情形下,将组织型公益义工的基础关系认定为一种委托关系,从现行法律上将终究显得牵强,但在义工行为日益社会化、组织化的趋势下,义工行为已经不是少量、单独的个体行为,对他们之间的社会关系必须进入法律的视野,即定性为有明确的基础法律关系,这也是要求将其适用委托关系的最大意义所在。

三、义工行为侵权责任承担探讨——责任主体及归责原则

按照侵权行为法的一般理论,侵权责任的承担有两类即自己责任和替代责任(非自己行为责任)。法国民法典第 1382 条和第 1383 条为立法典范,但学者一般从归责原则的角度来研究,^[8]为自己的行为负责,是一般的法理,而常发生于特殊侵权责任的替代责任,可以追溯到古罗马法私犯中的损害投偿(*noxae deditio*)。“如果一个奴隶或者处于支配地位之下的儿子实施了私犯,主人或者父亲有责任承担罚金,但他可以通过将加害人交给受害人来避免罚金,这种损害投偿(*noxae deditio*)至少是古典法学家对有关法则的表达方式,但实际上,它颠倒了最初观念秩序。对损害承担责任的应当是加害人,受害

① 美国圣何塞志愿者组织为了严格履行义务,志愿者与组织签订协议或合同,明确规定双方的义务和责任。参见杨恕、续建宜:《美国志愿者运动评述》,载《国际论坛》2002 年第 1 期,第 66 页。

人本来可以对他进行报复性惩罚。但这可能在受害人的复仇权与主人或者父亲的支配权(potestas)之间造成冲突,为解决这种冲突,就允许主人或者父亲采用支付罚金的方式把加害人从受害人那里赎回。”^[9]而“现代民法法系以古罗马法私犯中的侵辱(iniuria)和非法侵害(damnun iniuria datum)为基础建立起民事侵权的一般理论。”^{[9] (235)}现代侵权法理论一般将替代责任的基础归结为:民事责任的财产性,权利义务相一致的原则,公平原则以及加重社会责任。^[10]

(一)非公益性义工侵权责任探讨

在非公益性义工中,根据德国的情谊行为理论,我们认为,(1)如果使用人造成义工损害,只有使用人在故意以违反善良风俗的方式损害义工利益时,才产生一般的侵权赔偿义务。^{[7] (150)}义工受第三人侵害的,可以选择向使用人或第三人请求赔偿。(2)如果义工造成使用人损害,可以认为义工应当承担一种法定的责任减轻。因为,在某些无偿的法律关系中,规定可以减轻责任,在这些基于合同请求权竞合的侵权请求权中,都可以得到减轻,那么在不具有法律约束力的情谊行为中就更加应当得到减轻。^{[7] (150)}由于在无偿的法律关系中,无偿提供给付的当事人轻过失免责,在重大过失中才承担赔偿责任。因此,情谊行为中的这种义工对使用人造成的损害更应当是轻过失免责,同时在重大过失中也应当部分免责,才能体现公平的价值。(3)义工造成第三人损害时,根据“事情的发生为谁带来利益,出于谁的指挥,就由谁承担责任”的权利义务一致原则和公平原则,此时应当发生替代责任,由义工使用人承担责任。在义工重大过失的情形下,使用人也可以向义工部分追偿。

(二)公益性义工侵权责任探讨

1. 组织型义工。组织型义工的组织方(义工使用人)通常负有选任监督义工的义务。以职能组织型义工为例,例如医院作为义工使用人的情形,医院在选任义工时应当依据客观标准选择有相应能力的人从事为医院提供服务的义工,否则,不合格的义工将会给社会群体利益带来风险和损害。在社团组织型义工中也有相似情况,通常社团组织规模相对较大,也获得一部分社会慈善赞助,社会影响也相对较大,产生了一定的社会信赖基础。如果社团组织不负有选任监督义工义务的话,将会给社会的信赖利益造成极大损害。所以,法律应当避免义工行为产生的一些副作用,而要求组织型义工中的组织负有相应的选任监督义务就是一种比较合理的途径。而且,通常组织型义工的组织都有相当一部分专业的管理人员和资金渠道,他们也有能力承担相应的责任。不难发现,义工使用人的选任监督义务与雇佣关系中雇主对雇佣人的选任监督义务非常相似。正如我们前面所检讨的那样,在组织型义工的基础关系是委托关系,而“关于劳务给付之契约,不属于法律所定契约之种类者,适用关于委任之规定……,雇佣及承揽,其劳务给付之形式有明显的特质,而委任的特质不甚明显,可认为含有不属于雇佣及承揽之其他一切劳务给付契约,^{[4] (386)}可见,雇佣关系属于委托关系之一特例。甚至王泽鉴先生在判断雇佣关系的决定标准时也认为:雇佣人依第188条所负之责任,即系依选任监督过失为基础,则雇佣关系是否存在,自应以选任监督之有无为决定标准,换言之,即某人受他人之选任监督以从事一定劳务者,即为该人之受雇人,至劳务之性质、时间之久暂、报酬之有无、是否授予代理权,皆所不问,纵构成从事劳务基础之法律无效,对于本条所称雇佣关系之存在,亦不生任何影响。^[11]所以,我们认为,组织型义工虽然是委托关系,但由于其选任监督义务的存在,因此,可以比照适用雇佣人侵权责任。而史尚宽先生则将雇佣侵权责任中雇主的替代责任的基础归结为以下四点:(1)报偿理论,即谓受其利者任其害;(2)危险理论,为维持社会一般安全,有促雇佣人为深切注意之必要;(3)伦理的理论,被害人及雇佣人虽均无过失,受雇人普遍缺乏资力,不能为满足之赔偿,而雇佣人以他人为其手足,扩张其活动之范围,其受雇人即为自己之替身,以受雇人之过失,视同雇佣人之过失,使之负担损害,合于伦理上之观念;(4)损害公平分担原则。^{[4] (187-188)}

因此,结合替代责任和义工、使用人组织的公益性,组织型义工侵权行为的责任承担可具体为:(1)义工在服务中侵害第三人的,使用人承担替代责任,在义工故意或重大过失或违反公序良俗的情形时,使用人可以行使部分追偿权;(2)义工在服务中,受第三人侵害的,由第三人承担赔偿责任,这不仅是由于义工和义工使用人之间没有紧密的契约关系,更由于使用人的公益性,在第三人下落不明或没有赔偿能力的情形时,义工可以向使用人请求赔偿。应强调的是,这里之所以是赔偿而不是补偿,我们认为,主要是因为义工是一种公益行为,象征性的补偿不足以弥补义工受到的损害,而且自然人个体相对于社会化的

组织而言总是应该优先受到保护;(3)因意外事故致使义工遭受损害的,使用人应当承担赔偿责任。^①

2. 在非组织性公益义工中,我们认为,既然其类似情谊行为,这一点与非公益义工的情形相同。那么其义工行为侵权责任的承担主体和归责原则应该也与非公益义工侵权基本相同,但因为它又具备公益性的一面,法律在价值取向上应适当向义工倾斜,在按情谊行为理论义工也应承担责任的情形时,应当再适当减轻其所负的责任。

四、尾论——法律的界碑

义工现象首先是作为一种道德、社会风气层面意义上出现的,法律对由此形成的社会关系开始并未干预,但随着义工行为的普遍性和组织化,逐渐地走进法律的视野,为法律所调整,这是必然的;但另一方面,义工毕竟与人们的道德相关性更大,法律对它的调整也应保留一定的余地,保持它自身存在的道德基础和发展空间,因此,侵权法对义工行为侵权的调整也必须是谨慎的和有限度的。从这个意义上说,将非公益义工行为和非组织型义工行为基础关系界定为情谊行为和将组织型义工的基础关系界定为委托关系,正是为了保守法律和道德的相对界线。

[参 考 文 献]

- [1] 彼得·德鲁克. 后资本主义社会[M]. 上海: 上海译文出版社, 1998. 177.
- [2] THE NATIONAL AND COMMUNITY SERVICE ACT OF 1990[As amended through December 17, 1999, P. L. 106-170], [42 U. S. C. 1251].
- [3] 余叔通. 新汉英法学词典[Z]. 北京: 法律出版社, 2000. 1023.
- [4] 史尚宽. 债法各论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000. 120.
- [5] [德] 拉伦次. 德国民法通论(下册)[M]. 北京: 法律出版社, 2003. 426.
- [6] [德] 拉伦次. 德国民法通论(上册)[M]. 北京: 法律出版社, 2003. 258.
- [7] [德] 迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2000. 149.
- [8] 王泽鉴. 侵权行为法(第一册)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001. 40-44.
- [9] [英] 巴里·尼古拉斯. 罗马法概论[M]. 北京: 法律出版社, 2000. 233-234.
- [10] 杨立新. 侵权法论(上册)[M]. 长春: 吉林人民出版社, 1998. 357-360.
- [11] 王泽鉴. 民法学说与判例研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997. 15.

On the System of Tortuous Liability of Volunteer's Behavior ——Based on the legal relationship of volunteer's behavior

YANG Bo, CAI Feng-hua

(Law school, Fudan University, Shanghai, 200433)

Abstract: With the development of society, volunteer's behavior becomes more and more universal in the society, under the condition, the law should do something. However, at present, volunteer is not a specific legal conception, the relationship between the parties in the volunteer's behavior is not specific enough. And in law, legal text and document of law, the conception of volunteer receives more and more attention. Therefore, it is necessary to study the intension and extension of the conception of volunteer. Meanwhile, the problem of tort should draw more attention. It is a very good approach that we should start with the fundamental legal relationship of volunteer's behavior and then study the tortuous liability.

Key words: Volunteer; Fundamental legal relationship; Tort; Substituting liability.

^① 最高人民法院关于审理侵权人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释(征求意见稿)第15条。