

【侵权责任】

# 公平责任、损失分担与民法典的科学性

——《民法典》第1186条之“来龙”与“去脉”

郑晓剑

**【摘要】**《民法典》第1186条对原《侵权责任法》第24条作出重大修正,将“可以根据实际情况”修正为“依照法律的规定”,从而完全改变了公平分担损失规则的适用机理。立法者作出此项修正之目的,在于进一步明确公平分担损失规则的适用范围,统一裁判尺度,避免法官的自由裁量尺度过宽等弊端。为此,在司法适用中有必要对“法律的规定”之文义予以目的性限缩,即其仅指《民法典》或其他法律中有关公平分担损失的具体规定或特别规定,而不包括其中的原则性规定,尤其是不应包括内容抽象、空洞的“公平原则”。侵权法有其自身的原理和逻辑,其并非解决受害人救济问题的“灵丹妙药”。妥善解决受害人保护和损失分担问题的根本途径,在于建立和完善多元化的受害人救济体系。

**【关键词】**《民法典》第1186条;“公平责任”;公平分担损失;侵权归责

**【作者简介】**郑晓剑,厦门大学法学院教授。

**【原文出处】**《法学评论》(武汉),2022.1.90~104

**【基金项目】**本文系2021年度国家社科基金重点项目(项目批准号:21AFX016)的阶段性成果。

我国《民法典》第1186条(下文简称为“第1186条”)对原《侵权责任法》第24条(下文简称为“侵权法第24条”)作出重大修正,将“可以根据实际情况,由双方分担损失”修订为“依照法律的规定由双方分担损失”。尽管修正的字数屈指可数,但是彻底改变了公平分担损失规则的适用机理——将其由一项可以直接适用的一般条款,修正为只有“依照法律的规定”方可适用的指引性规定,其影响可谓重大!

不过,对于上述立法修正以及第1186条的立法价值,我国民法学者存在截然不同的认识和评价:肯定者认为,第1186条作出上述修正非常必要,<sup>①</sup>其实现了公平责任归责原则的终结;<sup>②</sup>质疑者则指出,该条不仅矫枉过正,<sup>③</sup>而且存在因噎废食的逻辑问题。<sup>④</sup>可以预见,随着《民法典》的正式实施,围绕第1186条之解释和适用所引发的争论必

定更加激烈。

事实上,第1186条并非孤立、静止的存在,而是有着复杂的立法背景和制度变迁历程,这就决定了我们必须以一种历史的、动态的眼光对第1186条的教义学定位及其功能进行审视和解读。唯有如此,才能深刻洞悉该条的立法目的和立法价值,进而对其展开妥当的解释和适用。职是之故,本文将在前期研究的基础上,尝试从制度变迁史的角度考察第1186条产生的历史背景,剖析相关条款之变迁的来龙与去脉,在此基础上对第1186条的立法价值及解释适用等问题展开初步探讨,以为为该条提供恰当的解释论基础和教义学分析框架。

## 一、原《民法通则》第132条:“公平责任原则”之滥觞

前已述及,第1186条源出侵权法第24条,而

后者则脱胎原《民法通则》第132条。因此,考察第1186条之教义学定位及其解释适用,应当将目光投向作为其“前因”的原《民法通则》第132条,以此展现法条变迁背后的内在逻辑机理。在某种程度上可以说,正是原《民法通则》第132条开启了“公平责任原则”之滥觞,由此引发了长达三十余年的学术论争以及相应的立法调整。

#### (一)原《民法通则》第132条之学术论争

该条规定:“当事人对造成损害都没有过错的,可以根据实际情况,由当事人分担民事责任。”在对该条进行解释论定位的过程中,我国民法学界逐渐形成了“公平责任原则说”“公平责任原则否定说”和“无过错责任说”等三种较有代表性的观点。

主张“公平责任原则说”的学者认为,《民法通则》针对侵权责任规定了过错责任、无过错责任和公平责任等三项归责原则,而公平责任原则即由第132条予以确立。<sup>⑤</sup>

持“公平责任原则否定说”的学者指出,第132条在位置上远离《民法通则》第106条、条文内容含糊不清、没有具体适用对象、存在认识论上的缺陷等,<sup>⑥</sup>故而以第132条为依据立论“公平责任”原则,自然是谬之愈远。<sup>⑦</sup>

赞同“无过错责任说”的学者则主张,公平责任在性质上属于无过错责任的范畴。其理由是:第132条虽然对公平责任作出了明确规定,但并没有将其上升到侵权责任归责原则的高度,因为在过错责任和无过错责任之间不可能存在第三种责任。<sup>⑧</sup>

在上述三种代表性观点中,“公平责任原则否定说”起初只是涓涓细流,后来影响力不断扩大,逐渐跃居学界通说地位;“无过错责任说”因混淆了无过错责任与公平责任之间的本质区别,在学界始终未能产生很大反响;“公平责任原则肯定说”在较长时间内占据了我国民法学说和司法判例的主流地位。例如,在一本影响广泛的《民法》

教科书中,作者以不容置疑的口吻指出:“我国侵权行为法的归责原则体系包括三种归责原则:一种是适用最为广泛的过错责任原则;一种是主要适应现代化大工业生产而出现的无过错责任原则;还有一种是以‘分配不幸’为主要功能的公平责任原则。”<sup>⑨</sup>在司法实务上,依据“公平责任原则”处理侵权纠纷的案例,更是不计其数。

第132条不仅激起了大陆民法学者的持续争论,而且引起了我国台湾地区和日本民法学者的极大关注。例如,王泽鉴教授在评析该条时曾明确表达两点疑虑:其一,“可以根据实际情况”,主要是指财产状况,因而第132条所考虑的主要是当事人的财产而非行为,使得财产的有无、多寡成为一项民事责任的归责原则,由有资力的一方当事人承担维护社会安全的任务,并不十分合理;其二,在实务上,这种做法容易造成法院不审慎认定加害人是否具有过失、所从事的作业是否具有高度危险性,而是基于方便、人情或其他因素从宽适用此项公平责任条款,致使过失责任和无过失责任不能发挥其应有的规范功能,软化侵权归责原则的体系构成。<sup>⑩</sup>

日本学者小口彦太认为,第132条体现了社会法原理而非市民法原理、彰显了集体主义而非个人主义,其目的旨在实现分配正义而非交换正义,并提出了反对将公平责任作为一般原则纳入侵权法的四点理由:其一,公平观念很难明确;其二,欠缺公平分担的基础;其三,不能确定公平的标准;其四,有损法律适用的安定性和可预见性。<sup>⑪</sup>

上述两位学者均指出,第132条在价值取向、规范构造和法律适用等方面多有不足,反对将公平责任予以一般条款化或一般原则化。当然,也有学者认为,将公平责任确立为一项归责原则,并非第132条所“独创”,而是近代民法的产物。例如,在《普鲁士普通邦法》和《奥地利普通民法典》中都可以找到关于“公平责任”的具体法律规则,1911年《瑞士债法》第43条第1款和第44条第2款

正式将公平责任确立为一般原则,而1922年《苏俄民法典》第406条更是将公平责任提升为一般归责原则。<sup>⑫</sup>

对此,需要说明的是,在比较法上确实存在所谓的公平责任或者衡平责任,不过,若认为公平责任在比较法上已经成为一项归责原则,则未免言过其实。《瑞士债法》是否将公平责任确立为一般原则了呢?对此,只要稍微考察一下相关条文的内容,就不难得出答案。《瑞士债法典》第43条第1款规定:“损害赔偿的方法和范围,由法院裁判之,法院为裁判时,应衡量发生损害的具体情况及其过错程度。”<sup>⑬</sup>由是观之,该条确立的是瑞士法上关于损害赔偿的法律原则,而不是关于侵权归责的法律原则,由于这两个法律原则分属侵权法或债法的不同领域,故而不能将二者混为一谈,况且该条将损害赔偿与过错程度相挂钩,从而在完全赔偿原则之外“另树一帜”,<sup>⑭</sup>与所谓的“公平责任”亦毫无瓜葛。1922年《苏俄民法典》第406条虽然规定了具有归责性质的公平责任一般条款,但是1964年《苏俄民法典》完全取消了这一规定,在后来的《俄罗斯联邦民法典》中亦未得到恢复。目前,在比较法上明确将公平责任原则确立为一项独立的侵权责任归责原则的国家或地区,可谓闻所未闻。

## (二)原《民法通则》第132条之评价

随着我国民法学界对侵权法理论研究的不断深入,越来越多的民法学者对“公平责任原则”之概念及其存在价值产生了质疑。例如,杨立新教授曾经主张公平责任原则是与过错原则和无过错原则相并列的一个独立的归责原则,<sup>⑮</sup>但是后来他对这个问题的认识发生了“哥白尼式的转变”,认为公平责任原则不能作为一个独立的归责原则。<sup>⑯</sup>此外,上文所提及的魏振瀛教授主编的《民法》教材,从第二版开始就大幅修正其原有观点,明确主张我国侵权法的归责原则体系包括过错责任原则和无过错责任原则。<sup>⑰</sup>

与此同时,实务上针对第132条的反思和矫

正在很早之前即已进行。为了避免冲击过错责任原则,动摇近代民法确立的理性主义基础,最高人民法院尝试通过司法解释的方式对第132条的适用范围进行限缩。<sup>⑱</sup>《民通意见》第157条规定:“当事人对造成损害均无过错,但一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受到损害的,可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。”据此,第132条原则上仅适用于“一方是在为对方的利益或者共同的利益进行活动的过程中受到损害”之情形。

不过,《民通意见》第157条在实践中并没有真正起到限制《民法通则》第132条之适用的功效。在实务上,适用第132条要求当事人承担公平责任的判例数以万计,很多案件明显超越了《民通意见》第157条所限定的适用情形及条件。究其根本,在于第132条是一条具有授权性质的完全条款,也就是说其既具有责任构成要件同时又包含法律效果,故而其可以直接作为裁判依据加以适用。<sup>⑲</sup>如此一来,人们往往忽视了《民通意见》第157条对其所施加之限制,加之持续经年的学术争论,最终形成了我国民法学界的一桩著名的“公案”。<sup>⑳</sup>

由于第132条实质上是一条具有授权性质的完全条款,法官不必依赖其他条款即可直接适用,这就在客观上放大了第132条在价值及构造上所存在之不足,尤其是该条从根本上软化了侵权归责体系,遮蔽了侵权归责的科学性、合理性,致使过错原则和无过错原则失去其应有的规范机能。在司法实践中,第132条因过于原则和弹性的规范构造,难以为法官提供清晰的指引及约束,很快暴露出各种问题。<sup>㉑</sup>尽管最高人民法院尝试对其进行纠偏,但是效果并不理想,第132条在事实上确立了公平责任原则作为侵权归责原则的法律地位。

第132条的出台,固然在根本上是由于当时我国的民法理论研究并不成熟、立法技术有欠发

达所致,但是客观上也与当时我国的社会保障体系和商业保险体系等相关损失补偿制度不够健全和完善的社会条件有关。毕竟在缺乏其他损害救济途径的现实条件下,无论是让受害人空手而归,还是让无过错的行为人完全负责,在法理和情感上均有不妥。此时通过模糊处理当事人之间的权利边界,要求当事人对损害后果进行分担,在一定程度上可以起到维护社会稳定的作用。<sup>②</sup>不过,这种做法无异于“饮鸩止渴”,不可避免地会动摇民法的私法属性。时过境迁之后,伴随着我国社会保障体系和商业保险体系的不断完善,第132条的妥当性应当受到彻底检讨。

## 二、原《侵权责任法》第24条:从“公平责任”到“损失分担”

在《侵权责任法》立法过程中,我国学者围绕原《民法通则》第132条及“公平责任原则”之存废展开了热烈讨论,立法机关亦认识到该条在理论和实践层面存在较多问题,需要在侵权法上对其作出一定的立法完善,于是制定了原《侵权责任法》第24条。当然,此种修正并不十分彻底,这就为后面《民法典》第1186条的出台埋下了“伏笔”。

### (一)侵权法第24条之立法经过

前已述及,原《民法通则》第132条系属具有授权性质的完全条款,其在事实上确立了公平责任原则作为侵权归责原则的法律地位。在《侵权责任法》立法过程中,关于“公平责任原则”的立法去留,成为人们讨论和关注的一个热点话题。有的学者指出,在不构成侵权责任的情况下,也就不存在分担责任的问题,而是分担损害后果的问题,建议修改侵权法草案中相关条文的表述。<sup>③</sup>还有学者建议,为了避免使人动辄得咎,应当在立法上对公平责任的适用范围、分担标准等作出明确规定,或者干脆删去相关条文。<sup>④</sup>

我国立法机关经过权衡后认为,实践中有适用公平分担的特殊需求,原《民法通则》第132条有继续保留的必要。<sup>⑤</sup>最终,侵权法第24条基本

上沿袭了原《民法通则》第132条的规范内容,同时对其作出一定的立法完善,特别是将“分担民事责任”修改为“分担损失”。<sup>⑥</sup>之所以作出如此修正,我国立法机关给出了两点理由:“从理论层面看,无过错即无责任是承担侵权责任的基本原则,既然双方当事人对损害的发生都没有过错,那么行为人就不应承担责任,而只能是分担损失;从实践层面看,让无过错的当事人承担责任,他们比较难以接受。”<sup>⑦</sup>

由是观之,我国立法机关试图在立法传统和民法原理之间进行妥善调适:一方面主张保留原《民法通则》第132条的规范内容,另一方面又尝试通过对该条的相关措辞进行必要完善,力图使该条能够融贯于既有的侵权归责原则体系。因为,原《侵权责任法》第6条和第7条分别规定了过错责任原则和无过错责任原则,而这两项归责原则实际上形成了闭环,能够涵盖所有的侵权行为类型。<sup>⑧</sup>

据此,若行为人和受害人对损害的发生均没有过错,而该行为亦非法律规定的适用无过错责任原则的特殊侵权行为类型,那么就无法对行为人进行侵权归责,不能判定其承担或者分担民事责任。否则,就会突破归责原则的明确限制,使之形同虚设,从根本上动摇侵权归责体系乃至整个侵权法体系的科学性、逻辑性,显非合理。因此,侵权法第24条将“分担民事责任”修改为“分担损失”,反映了我国侵权法的立法技术和立法水平更趋科学、严谨。当然,侵权法第24条在理论和实践中亦有诸多不足,详见后述。

### (二)侵权法第24条之不足

#### 1. 侵权法第24条的理论定位并不清晰

关于侵权法第24条在侵权法体系中应如何定位以及“公平分担损失”应如何定性,我国民法学界聚讼纷纭,莫衷一是。据不完全统计,我国学者就此提出了如下具有代表性的学术主张:

#### (1)“公平责任原则说”

持这种观点的学者主张,第24条对公平责任

原则作出了实质性规定。因为,无论是分担“责任”还是分担“损失”,对行为人而言都是其必须承担的财产负担,此时再强调二者的区别已无任何实践意义。<sup>②</sup>

#### (2)“无过错责任之一般条款说”

赞同这种观点的学者认为,第24条具有一般条款所应具备的模糊性、规范性、授权性等特点,无论从价值还是从逻辑上看,均应将其定位为无过错责任的一般条款。<sup>③</sup>因为,原《侵权责任法》第7条仅仅宣示了“不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定”,但是其自身并未规定任何独立的构成要件及法律效果,故而不能作为独立的请求权基础加以适用。

#### (3)“法定补偿义务说”

该学说主张,第24条中的“公平分担损失”乃侵权法规定的一种法定补偿义务,其在性质上属于债的一种独立类型,其目的是在我国的责任保险制度和社会保障制度不够发达、健全的背景下,在一定程度上济侵权损害赔偿制度之穷。<sup>④</sup>

#### (4)“特定情形下之损失分担规则说”

这种观点认为,第24条既不是无过错责任的一般条款,亦未确立公平责任原则,其只是特定情形下的损失分担规则,应严格限定该条的适用范围、适用条件和适用方法,防止其演变为一般条款而从根本上消解侵权归责体系。<sup>⑤</sup>

#### (5)“内置于民法中的社会法规范说”

这种观点强调,第24条实质上是一条内置于私法体系内的社会法规范,其体现了以具体人格、分配正义为特质的社会法原理,旨在授权法官在无法对行为人进行侵权归责时,可基于社会法原理在当事人之间例外地进行损失之分配,以实现特定情形下对于实质性的分配正义之追求。<sup>⑥</sup>

#### (6)“损失分担之一般规则说”

这种观点认为,第24条规定了作为损失分担一般规则的公平责任,这种责任具有不同于其他国家或地区侵权法上公平责任的特征,是一种可

以独立适用的、具有补充性的损失分担规则。<sup>⑦</sup>

由是观之,侵权法第24条虽然对原《民法通则》第132条作出了一定的修正,但是这种立法修正不仅没有平息学理上的相关争论,反而有愈演愈烈之势。平心而论,在法学研究中存在一定的学术争鸣本属正常现象,学者基于其特有的学术背景和观察视角对某个特定的法律问题展开学术研讨,提出并论证既有理论解释力又能逻辑自恰的学术见解,以此推动立法不断完善、学说和实务不断进步。不过,我国民法学界围绕侵权法第24条之定位所提出的诸种解释论主张,不免令人眼花缭乱,也对侵权法第24条的司法适用产生了较大困扰。

当然,造成上述局面的根本原因是由于侵权法第24条在规范构造及制度逻辑上存在先天之不足,尤其是其完全“储存”了原《民法通则》第132条的“精髓”。也就是说,作为一个既包含构成要件又具有法律效果的完全法条,侵权法第24条完全可以作为一个独立的请求权基础在司法实践中加以适用,这样就无可避免地会对既有的侵权归责原则体系形成冲击,由此催生出众多的解释论观点亦不足为奇。事实上,对于那些在规范构造及制度逻辑上存有缺陷的法条,往往只有通过立法的方式才能有效“根治”而难以通过解释论的途径进行修复,侵权法第24条即是如此。

#### 2. 侵权法第24条属于比较法上的“孤例”

前已述及,在比较法上,几乎没有哪个国家或地区明确将公平责任确立为一项独立的侵权责任归责原则。不过,作为一种具体的侵权责任形态,公平责任在比较法上却广泛存在。例如,《德国民法典》第829条、《瑞士债务法》第54条、《意大利民法典》第2047条第2款以及我国台湾地区“民法典”第187条第3款等,均对公平责任作出了明确规定。

在比较法上,公平责任也被称为“衡平责任”(Billigkeitshaftung),其是侵权责任能力制度的一项

配套和补充措施,旨在弥补责任能力制度在保护受害人方面的不足。在传统民法上,责任能力乃行为人对自己事实上的(不法)行为承担损害赔偿义务的根据。<sup>⑤</sup>也就是说,只有在债务人对其行为具有识别力和具有理智地做出意志决定之能力(即责任能力)时,才能够追究其故意或过失之责任。<sup>⑥</sup>若行为人欠缺此种能力,那么在个案中就不需再进一步审查其是否具有过错了。<sup>⑦</sup>因此,在一般情况下,欠缺责任能力可以作为一项过错侵权责任的免责事由而发挥作用。<sup>⑧</sup>不过,这一主观免责事由的存在并不能完全且自动地免除行为人的责任。<sup>⑨</sup>为了公平起见,若无责任能力人拥有一定的财产,虽然其不必承担过错侵权责任,但是其可能仍然需要对受害人承担一定的衡平责任。

梅迪库斯指出,侵权法上规定衡平责任的理由在于,无责任能力人也可能拥有财产并能自由地参与社会生活和经济往来,因此,如果这些有财产的无责任能力人在实施了侵害行为后,每次都能以欠缺责任能力为由逃脱责任,在没有其他的损害填补途径的情况下,对于受害人的利益保护来说,上述做法就显得很不合适了,这个漏洞由《德国民法典》第829条进行了填补。<sup>⑩</sup>冯·巴尔也指出,在无责任能力人致害的情况下,如果受害人十分贫穷,而行为人虽无责任能力(如未成年)但十分富有,于此情形下,社会公平观念往往倾向于实现损害的特别移转,即将损害从受害人处转由无过错的行为人承担,如今,这一规则为众多欧洲法律所认同。<sup>⑪</sup>

当然,并非只要能够确认无责任能力人拥有财产,法官就可判定其承担衡平责任。一般而言,只有在无责任能力人具备除责任能力和过错之外的使损害赔偿请求权得以成立的其他全部前提条件下,方可要求其承担此种责任。<sup>⑫</sup>作为一般规则,只能由具有责任能力之人承担损害赔偿责任,要求无责任能力人承担衡平责任,系属一种例外。<sup>⑬</sup>这是因为衡平责任系根据社会公平观念确

定责任归属,其理论依据乃富人责任、法律道德化与分配正义,<sup>⑭</sup>这就决定了衡平责任并不具有坚实的责任构成框架,其责任基础亦较具弹性和不确定性,故而在适用上具有例外性和补充性。<sup>⑮</sup>

在无责任能力人需要承担衡平责任的例外情形下,其所承担的责任范围和种类并不取决于受害人所遭受之损害,而是基于公平之权衡(Billigkeitsabwägungen)。<sup>⑯</sup>法官在进行权衡时,首先需要考察当事人的财产状况,同时需要考虑侵害的方式和严重性、当事人的社会地位和当事人之间的关系等内容。<sup>⑰</sup>这样,行为人所承担的衡平责任就有全部存在、部分存在或者根本不存在等诸种可能。<sup>⑱</sup>显然,衡平责任的适用结果,迥异于完全赔偿原则下行为人要么承担全部责任、要么没有任何责任的择一模式。<sup>⑲</sup>

由此可见,在比较法上,衡平责任只是作为过错责任原则和责任能力制度的配套措施而发挥作用,其只适用于行为人实施的行为具有违法性、较为富有且因欠缺责任能力而无法承担过错侵权责任的场合,故而其适用范围极其有限、适用条件极其严格。<sup>⑳</sup>即便要求无责任能力人承担一定的衡平责任,也不能剥夺行为人为了维持自己的生活和履行其所负的法定扶养义务所需的资金。<sup>㉑</sup>因此,在比较法上,衡平责任作为一种独立的责任形态是客观存在的,但是并不存在所谓的“公平责任原则”。

反观我国,无论是原《民法通则》第132条,还是侵权法第24条,法官均可根据个案实际情况判决无过错的行为人分担民事责任或者分担损失而不论行为人有无责任能力,亦不论其实施的行为有无违法性。尽管条文中也设定了“没有过错”的前提条件,但“这几乎等于没有任何前提性限制,可以适用于所有行为”。<sup>㉒</sup>由于在我国法上公平责任或公平分担损失条款具有如此宽泛的适用领域和如此模糊的适用条件,故而有学者认为其乃“比较法上的孤例”。<sup>㉓</sup>

作为“比较法上的孤例”，侵权法第24条的广泛适用，破坏了侵权归责的基本逻辑，<sup>④</sup>损害了法律适用的安定性和可预期性，软化了侵权归责原则的体系构成，最终亦难以实现自由与安全之间的妥善协调。

### 3. 侵权法第24条在司法适用中乱象频生

首先，关于侵权法第24条的适用条件和适用范围，立法上并没有给出明确的限定条件和操作指引，实质上授权法官根据自身的专业素养和个案实际情况自行决断，从而不可避免地导致其在实践中易被误用、滥用，造成很不好的社会影响。例如，2017年发生在郑州的“电梯内劝阻吸烟猝死案”可谓侵权法第24条被滥用的典型。<sup>⑤</sup>该案引发了社会舆论的广泛关注，且时值我国民法典各分编正在编纂之际，人们普遍认为应当趁此契机，在民法典中彻底解决公平责任被滥用之“痼疾”，我国立法机关对此也给予了积极回应，参见后述。

其次，在司法适用中，不同法官适用侵权法第24条判决行为人和受害人分担损失的比例极不统一，无章可循。由于侵权法第24条明确授权法官“可以根据实际情况”判定双方分担损失，这使得法官在确定双方分担损失的数额时不同程度地存在随意化、“和稀泥”等现象。有学者经过实证分析后发现，法院适用侵权法第24条判决行为人分担损失的比例，从5%到90%的情况都有存在，有的法官甚至直接判定让行为人承担的赔偿数额，并不对受害人所遭受的损失总额进行仔细核算。<sup>⑥</sup>显然，这种飘忽无定的损失分担比例对人们的行为自由和行为预期造成了严重伤害。

再次，侵权法第24条在实践中普遍存在扩张适用的现象，严重挤压了过错责任原则的适用空间。本来，侵权法第24条仅适用于“受害人和行为人对损害的发生都没有过错”的情形，若双方或者一方有过错，那么就应适用侵权法第6条，按照过错原则处理。但是，在很多时候法官已经确认当事人一方或者双方存在过错，仍然适用侵权法

第24条进行处理。需要指出的是，这种情形绝非个案，而是在实践中普遍存在。例如，陈科法官对随机抽取的100份援引公平责任一般条款的民事判决书进行了实证分析，结果发现在这100份判决书中，有近半数案件的当事人一方或者双方都存在过错，而这显然不符合侵权法第24条的适用条件。<sup>⑦</sup>

最后，侵权法第24条在适用中普遍存在不当扩大补偿范围的现象，严重侵蚀了既有侵权归责原则的体系构成和侵权损害风险的法律分配机制。前已述及，在比较法上，衡平责任之适用具有例外性和补充性，其限度只取决于必要的衡平补偿(notwendigen Billigkeitsausgleichs)。<sup>⑧</sup>与之不同，一旦认定行为人具有过错，那么原则上行为人就应对其所造成的损害作出完全赔偿。我国侵权法第24条授权法官“可以根据实际情况”，判定双方对损失进行分担，不过并没有对损失的范围进行适当限定，从而为该条的不当适用埋下了隐患。在实践中，有的法院不适当地扩张了公平责任的补偿范围，除了将财产损失纳入补偿范围，还判决被告向原告赔付一定的精神损害抚慰金。<sup>⑨</sup>不仅如此，在很多时候原告提出的残疾赔偿金或死亡赔偿金的请求也得到了法院的支持。<sup>⑩</sup>这样一来，侵权法第24条的适用效果与要求行为人承担过错责任或无过错责任相比，二者几无实质差别，侵权法第24条对二元侵权归责原则体系所产生的冲击由此可见一斑。

综上所述，尽管侵权法第24条对原《民法通则》第132条进行了一定的立法修正和完善，但是这种“零敲碎打”式的修补并没有从根本上解决问题，侵权法第24条依然存在理论上定位不明、实践中乱象频生等诸多不足，从而成为比较法上的“孤例”。造成这一切的“症结”，不止是过于暧昧、模糊的“可以根据实际情况”的授权条件，更在于侵权法第24条在性质上属于完全法条——法官无须借助其他具体条款，即可适用本条对案件作

出裁判。尽管立法机关在侵权法第24条的立法意旨说明中表达了限制公平责任之适用的理念和认识,<sup>⑥</sup>但是“理念没有外化为成文法,实证法仍在惯性中自由飞翔”。<sup>⑦</sup>

因此,要彻底解决侵权法第24条所存在之缺陷,需要对该条的规范性质及适用机理作出重大改革,把它由一个可以直接适用的完全法条变革为一个不可直接适用的、具有指引性质的不完全法条,从根本上解决公平责任或公平分担损失规则在实践中被滥用的可能性,而这也正是《民法典》第1186条所采取的立法技术方法。

### 三、《民法典》第1186条:公平分担损失规则之醇化

#### (一)第1186条的立法经过

2015年3月,全国人大常委会法工委正式启动民法典编纂工作,并确定了“两步走”的立法思路。《民法总则》审议通过后,我国立法机关对现行的相关民事单行法进行整合、删减乃至必要的创设,形成了民法典各分编草案。2018年8月,十三届全国人大常委会第五次会议对包括侵权责任编在内的民法典各分编草案进行了第一次审议。

侵权法第24条在司法适用中出现的种种问题,显然引起了我国立法机关的高度重视。为了进一步明确公平分担损失规则的适用范围,统一各级法院的裁判尺度,《侵权责任编(草案)》一审稿将侵权法第24条中的“可以根据实际情况”修改为“可以依照法律的规定”。对此,我国立法机关给出的理由是:“实践中,该规定(指侵权法第24条)因裁判标准不明导致适用范围过宽,社会效果不是很好。”<sup>⑧</sup>

2019年10月,全国人大常委会法工委民法室召开专家座谈会,听取相关专家学者对《侵权责任编(草案)》三审稿的意见。在本次座谈会上,有学者建议,删除草案中“可以依照法律的规定”中的“可以”二字。<sup>⑨</sup>立法机关经研究,采纳了该项建议,从《侵权责任编(草案)》三审稿开始,删除了“可

以”的表述。<sup>⑩</sup>最终通过的《民法典》第1186条规定:“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,依照法律的规定由双方分担损失。”

据此,《民法典》实施后,法官在个案中无权“根据实际情况”决定公平分担损失规则之适用,其必须在立法者作出的明确的立法价值判断和具体的法律规则范围内依法裁判而没有自由裁量的空间。这样,“不仅有利于纠正司法实践中诸多‘和稀泥’的裁判,也有利于分清是非曲直,给民事主体正确的行为指引”。<sup>⑪</sup>

#### (二)第1186条彰显民法典的科学性

前已述及,侵权法第24条对原《民法通则》第132条所作的修正并不彻底,依然保留了既有构成要件又有法律效果的完全法条的“特色”,而立法者又没有对该条的适用条件和适用范围予以细化、明确化,导致在很多案件中该条成为法官“和稀泥”的工具,极大地影响了法律适用的安定性和可预期性。有鉴于此,《民法典》第1186条明确将“分担损失”的适用前提,由“可以根据实际情况”修改为“依照法律的规定”,从而将该条改造成为一个指引性条文而不能在司法实践中直接适用。<sup>⑫</sup>

由于第1186条在性质上已非完全法条,而只是一条具有指引性质的转致规范,在实践中法官必须“依照法律的规定”方可要求无过错的行为人和受害人对损失进行公平分担,那么这是否意味着该条只具有宣示意义而没有实际存在的价值呢?我国有学者对此持肯定态度,认为“正是因为其他法律规定都无法解决问题了,才由第1186条进行解决。按照目前的措辞,等于说第1186条又把问题推了出去,也使得第1186条成为没有任何实际用途的条文。”<sup>⑬</sup>应当说此种观点非常具有代表性,不过其是否合理却有待商榷。

诚然,第1186条在司法上不能被直接适用,但是这绝不意味着该条只是一个可有可无、没有任何实际意义的条文。一个显而易见的事实是,如果认为第1186条不能直接适用就没有存在的

必要,那么与之类似的无过错责任条款同样也没有存在的必要。<sup>⑧</sup>因为,《民法典》第1166条规定:“行为人造成他人民事权益损害,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定。”据此,只有存在相应的法律规定,法官才能够判决行为人承担无过错责任,第1166条并不能直接作为法官判定行为人承担无过错责任的法律基础。显然,没有人认为第1166条因不能直接适用而没有存在的必要。因此,以可否直接适用作为评断第1186条之成败得失的理据,并不具有充分的说服力。

概而言之,第1186条的立法价值主要体现在:其一,明确表达公平分担损失规则应予慎用、反对滥用的立法立场;其二,明确表达公平分担损失规则属于法律保留事项,即只有法律可以规定公平分担损失规则,而行政法规、司法解释等都不能对此作出规定;其三,为今后其他法律规定公平分担损失规则预留空间,从而有助于实现法律稳定与法律发展之间的妥善协调。<sup>⑨</sup>这样,就从根本上解决了公平分担损失规则被滥用的可能性。

有必要探讨的是,如果说原《民法通则》第132条和侵权法第24条存在的问题在于“一放就乱”,而依据第1186条,公平分担损失规则之适用只取决于“法律的规定”,由于立法通常具有一定的滞后性,那么这样是否会走向另一个极端——“一管就死”呢?对此,有学者认为,这有可能导致实践中需要适用公平分担损失规则而欠缺相应的法律规定,从而不能实现该规则所追求的公平价值。<sup>⑩</sup>事实上,这种观点似是而非,经不起论证、推敲。

由于立法者的有限理性和社会的发展变化,立法者不可能事先在立法上对需要适用公平分担损失规则的情形予以全面的、无遗漏的规定,因此,新的适用公平分担损失规则的立法创制不可避免地会存在一定的滞后性,这是成文法局限性的客观必然。若以此为由反对甚至否定第1186条存在的价值及其必要性,则未必妥当。

首先,侵权法不仅是权益救济法,也是自由保障法。侵权法的主要任务在于协调法益保护与行为自由之间的紧张关系,<sup>⑪</sup>因为二者都处于受保护的基本权地位(Grundrechtsposition)。<sup>⑫</sup>无论“公平分担损失”应作何种定性,其在本质上都是对人们行为自由的一种重大限制,而任何一条侵权法规则都必须合比例性地干预加害人的一般行为自由。<sup>⑬</sup>既然公平分担损失规则被规定在《民法典》侵权责任编,那么它就应遵循侵权法对自由与安全所作的妥善协调,就应尊重侵权归责体系对损害风险所作的妥善分配,而不应游离于侵权法基本原理和侵权归责体系之外,导致司法适用时对损失不加甄别地加以救济,从而忽视了对行为自由的保障。<sup>⑭</sup>因此,依据第1186条之规定,法官只有依照法律的规定方可适用公平分担损失规则,而不可随意地将该项规则的适用范围予以扩张或者类推适用。否则,人们的行为自由空间将受到极度压缩,从而制造一种新的不公平。

其次,公平分担损失规则并非侵权责任的一项归责原则,<sup>⑮</sup>其适用理应保持谦抑而非扩张。众所周知,要成立一项侵权责任,不仅要经过侵权归责原则的“筛查”,而且还要经过责任构成要件的“过滤”。若不符合其中任何一道“工序”,就无法要求行为人承担侵权责任。与之不同,公平分担损失规则适用于双方都没有过错,而且也不属于法律特别规定的适用无过错责任原则的场合,故而其已经超脱了侵权归责原则的界限及束缚,其本质是为了实现个案中的实质正义而要求行为人与受害人对损失进行公平之分担。由于这种性质的损失分担是对侵权责任之归责原则的公然违反和公开“侵蚀”,故而其适用范围理应被严格限定在非常明确的例外情形,不能为了追求所谓的实质正义而在更严重的程度上侵蚀法律的普遍性。<sup>⑯</sup>否则,侵权法的私法属性便会发生软化乃至松动,最终异化为披着私法外衣的社会救济法或者社会保障法。

最后,侵权法并非社会救济法或者社会保障法,而是一套规定将损害转由行为人承担之条件以实现行为风险之具体分配的专门程序。<sup>⑧</sup>自罗马法以来,关于损害风险的分配,一直以下列原则作为出发点:由受害人自担损害(casum sentit dominus)。<sup>⑨</sup>据此,只有存在相关特别理由(besondere Gründe)的时候,方可允许受害人提出一项损害赔偿的请求。<sup>⑩</sup>因此,在侵权法上,“并非他人造成的所有损害都能得到赔偿”。<sup>⑪</sup>在现代社会,为了更好地救济遭受事故损害的受害人,侵权法之外的相关损害救济体系逐渐发展起来,如社会保障、工伤保险、商业保险、强制责任保险、各种赔偿基金或者救助基金的设立等等。在很多领域,“原先由侵权法一肩承担的补偿损害的任务,已有很大一部分转由社会保障制度及其他补偿计划分担了”。<sup>⑫</sup>例如,在英国,根据皮尔逊(Pearson)委员会的一项统计,在人身伤害案件中,责任保险人处理了其中88%的诉讼,并且支付了94%的赔偿额。<sup>⑬</sup>

事实上,妥善解决损害赔偿或损失分担问题的应然之道,在于建立和完善多元化的受害人救济体系,并妥善协调不同救济机制之间的适用关系。<sup>⑭</sup>我们不能指望侵权法“包打天下”,更不能置侵权法的基本原理和制度逻辑于不顾,随意突破归责的底线和要求而动辄对损失进行所谓的“公平分担”。这一方面会导致过错责任原则和无过错责任原则无法发挥其应有的规范功能,另一方面也会阻碍社会保障机制的健康运行。<sup>⑮</sup>侵权法第24条在理论和实践中所产生的诸多乱象,已经足以说明问题。也就是说,“如果在当下没有更好的社会救济手段存在的情况下,侵权责任法可以作为一种过渡手段,但决不能把侵权责任法作为最终手段,这是侵权责任法力所不逮的。”<sup>⑯</sup>

就此而言,第1186条的重大意义就在于:其通过对侵权法第24条进行“拨乱反正”,将后者由一条可以直接适用的、具有一般条款性质的完全法条变革为一条具有指引性质的不完全法条,从

根本上解决了因法官的自由裁量空间过大所造成的公平分担损失规则被滥用的问题。由此,侵权法的二元归责体系和民事主体的行为自由将会得到切实维护,而法律适用的安定、统一亦由此可期。

由于第1186条为公平分担损失规则的司法适用提供了明确的指引和妥当的规制,故而《民法典》实施后,公平分担损失规则的司法适用已渐趋谨慎,避免由此对侵权归责体系造成过大冲击。例如,2021年4月6日,最高人民法院在其制作的一份法律文书的裁判说理部分就明确指出:“公平责任的适用范围应予以必要的限制,否则会导致过错责任和无过错责任无法发挥应有的预防损害之规范功能,软化侵权责任归责原则的体系构成。”<sup>⑰</sup>

综上,无论是从维护《民法典》侵权责任编的逻辑性和体系性的角度,还是从确保法律适用的明确性和可预期性的角度,第1186条对侵权法第24条所作的修改均堪称合理且必要,彰显了我国民法典的科学性和进步性。

#### 四、《民法典》第1186条之解释论展开:从文义解释到目的解释

民法典实施后,学者的工作重心将从立法论转向解释论。梅迪库斯指出:“解释是法律人最重要的任务之一。‘解释’的含义就是‘理解意义’,而这是人们作出判断的前提”。<sup>⑱</sup>就第1186条的司法适用而言,如何对其予以恰当地解释和定位,不仅直接攸关公平损失分担规则的具体适用效果,而且直接决定了该条的立法目的能否顺利实现,可谓意义重大。

##### (一)第1186条之解释论争

依据第1186条之规定,“分担损失”的前提乃“依照法律的规定”。因此,正确解读第1186条的关键,在于如何理解“法律的规定”。我国立法机关在其编著的《民法典》侵权责任编条文释义书中并未对“法律的规定”之涵义作出明确说明,由此

便有进一步解释之必要。不过,无论是该条中的“法律”抑或“规定”,我国民法学者和民事法官均存在认识上的显著分歧,值得认真探究。

其一,第1186条中的“法律”,究竟是指广义的法律还是狭义的法律,学者间存在不同的看法。有的学者认为,若将第1186条中的“法律”限定为全国人大及其常委会所制定的法律,那么第1186条的存在就没有任何规范性意义,因此主张结合民法法源和公平责任的功能,将“法律”作广义的理解,甚至在必要时可以扩张解释到习惯法和法理。<sup>⑧</sup>有的学者则主张:“所谓‘依照法律的规定’中的‘法律’仅限于狭义的法律,即全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性法律文件。”<sup>⑨</sup>

其二,第1186条中的“规定”,究竟是指法律的具体规定抑或包括了法律的原则性规定,人们同样见解分歧。有的法官认为,所谓“法律的规定”,不限于民法典或其他法律中有关公平分担损失的具体规定或特别规定,其还包括公平原则。<sup>⑩</sup>不过,更多的学者则认为,第1186条中的“规定”,应仅指《民法典》或其他法律中有关公平分担损失的具体规定或者特别规定。例如,张新宝教授认为:“只有在符合本条(指《民法典》第1186条)规定的适用条件,且法律有明确规定‘由双方分担损失’的情形下,方能按照法律的规定由双方分担损失。”<sup>⑪</sup>杨立新教授也指出:“依照法律规定由双方分担损失的含义是,适用公平分担损失规则,应当有法律的特别规定。”<sup>⑫</sup>

总体而言,上述观点都有一定的道理,均有相应的论据支撑。不过,不同主张的实施效果却判然有别。例如,如果认为“法律的规定”涵括民法上的公平原则,那么即便欠缺有关公平分担损失的具体法律规定,法官在个案中亦可主动适用公平原则,根据个案实际情况判定双方公平分担损失;若认为“法律的规定”仅指有关公平分担损失的具体法律规定,那么法官只能依据具体的法律

规定作出裁判而缺乏自由裁量的弹性空间。由是观之,“法律的规定”究竟应作何解释,有待进一步研讨、斟酌。

## (二)“法律的规定”之解读

正确解读“法律的规定”之前提,必先廓清“法律”一词的涵义。众所周知,“法律”一词有广狭二义:从广义上看,法律是指具有立法权限的主体依法定程序制定的具有约束力的规范性文件以及具有规范效力的习惯法;从狭义上看,法律是指全国人大及其常委会行使国家立法权所制定的规范性文件(《立法法》第7条)。因此,单从词义来看,无论对第1186条中的“法律”采取何种解释,似乎均有道理。不过,一旦我们将第1186条纳入整个民法典体系进行考察,结论将会有所不同。

我国《民法典》严格区分法律和行政法规,在行政法规可以作为法源的场合,《民法典》均会予以明确规定。<sup>⑬</sup>例如,《民法典》第58条第3款规定:“设立法人,法律、行政法规规定须经有关机关批准的,依照其规定。”因此,基于法律秩序一体性的考量,<sup>⑭</sup>避免出现体系冲突和价值评价矛盾,第1186条中的“法律”应仅指狭义的法律,即由全国人大及其常委会所制定的规范性法律文件,除此之外的其他规范性文件均不得作为公平分担损失规则的法源。

明确了第1186条中“法律”一词的涵义后,尚须进一步阐释该条中“规定”一词所指为何。从文义上看,所谓“法律的规定”,不仅包括法律的具体规定,而且包括公平原则等原则性规定。那么,我们可否据此认为第1186条也将公平原则等原则性规定确立为公平分担损失的基础或依据呢?

对此,笔者以为,对于“法律的规定”之解释,不能仅仅拘泥于法条之文义,而是必须要结合第1186条的立法背景、立法目的来进行理解。因为,文义解释虽然是法律解释的起点,也是其他解释方法得以运用的基础和前提,<sup>⑮</sup>不过,当法律条文的文义范围过于宽泛,由此与条文的立法目的相

抵触时,就必须借助于目的解释、体系解释等方法对条文的文义范围予以目的性限缩。

第1186条的立法背景是什么?就是因为侵权法第24条规定得过于原则和抽象,使得公平分担损失规则的适用范围和适用标准并不明确,法官享有过大的自由裁量空间,导致实践中出现了适用范围泛化、认定过于随意、标准失之宽松等诸多问题,使得该规则在司法适用中极易被滥用,从而造成很不好的社会效果。<sup>⑩</sup>

第1186条的立法目的是什么?就是为了“进一步明确公平分担损失规则的适用范围,统一裁判尺度,避免自由裁量尺度过宽等弊端”。<sup>⑪</sup>为了实现这一立法目的,《侵权责任编(草案)》一审稿将侵权法第24条中的“可以根据实际情况”修改为“可以依照法律的规定”。不仅如此,为了从根本上消除公平分担损失规则被滥用的可能性,从《侵权责任编(草案)》三审稿开始,立法机关删除了“可以依照法律的规定”中的“可以”二字。因为,若继续保留“可以”二字,意味着《民法典》对公平分担损失规则所作的相关立法完善将形同虚设——该项规则是否适用及如何适用,依然取决于法官的自由裁量,在实践中该项规则被滥用的可能性依然存在。如此一来,该条的立法目的势必落空。

因此,结合上述立法背景,第1186条中“依照法律的规定”之文义必须要作出符合立法目的的限制解释,即其仅指《民法典》或其他法律中有关公平分担损失的具体规定或特别规定,而不包括其中的原则性规定,尤其是不应包括抽象、空洞的“公平原则”。

诚然,作为民法的一项基本原则,公平原则理应在民法的各个部分得到贯彻,具体的民法规范、民法制度应当体现公平原则的精神和要求。在侵权法中,要求过错行为人对其所造成的损害承担过错侵权责任、要求特殊侵权行为人承担无过错责任,均体现了民法的公平原则——前者主要是从对个人主观方面的要求来体现公平原则,后者

则是从整个社会利益的均衡、不同社会群体力量的强弱对比等角度来体现公平原则。<sup>⑫</sup>但是,这并不意味着第1186条中“法律的规定”同样涵括公平原则,更不意味着授权法官可依据公平原则判定无过错的行为人和受害人对损失进行公平分担。

首先,若这种主张和做法付诸实践,那么第1186条的立法目的势必完全落空。前已述及,第1186条之所以对侵权法第24条作出重大修正,其目的就是为了对公平分担损失规则的法律适用作出妥善规制,彻底解决该条规则在司法适用中存在的诸多乱象。于此情形下,如果认为“法律的规定”包括公平原则、主张法院可以依据公平原则要求双方分担损失,那么我国立法机关所付出的上述艰辛努力势必会付诸东流,第1186条的规范意旨亦将被彻底掏空,最终有损民法典的权威和尊严。

其次,若这种主张和做法付诸实践,其产生的问题将更甚于侵权法第24条。因为,侵权法第24条虽然规定得较为原则和抽象,但是其毕竟仍然存在一定的适用范围的限制,这对法官的自由裁量多少会产生一定的约束。不过,若认为法官可依据公平原则判定双方分担损失,无疑将打开“潘多拉魔盒”,制造出更大的混乱和不公平。因为,何谓“公平”?何谓“不分担损失会显失公平”?对此并无客观标尺而完全取决于法官个人的职业素养和对个案事实的把握。由此,不可避免地会造成司法专擅和无法控制的法律规避等乱象,<sup>⑬</sup>而法律适用的明确性、安定性亦将化为泡影。日本学者小口彦太曾指出,尽管在侵权法领域有诸多将公平原则一般化的尝试,但是均以失败告终,其中一个重要的原因就是:“‘公平’的内容是暧昧的,有可能因为法官的恣意而损害法律的稳定性。”<sup>⑭</sup>

最后,若这种主张和做法付诸实践,那么侵权法就丧失了其存在的意义和价值,而侵权归责体系的崩塌亦将指日可待。这种主张和做法的实

质,是将“公平原则”作为“公平责任原则”之变体,试图为公平分担损失规则的司法适用提供正当性来源及请求权基础。毋庸置疑,这种主张和做法将对现有侵权归责体系造成严重破坏。<sup>⑩</sup>因为,若在实践中贯彻这种主张和做法,意味着即便经过了过错责任原则和无过错责任原则的筛查,确认行为人方面没有任何可归责性,不必承担侵权损害赔偿赔偿责任,但是其仍然可能会被要求分担一部分损失。如此一来,侵权法关于自由与安全的协调机制、关于损害风险的分配机制等势必会被破坏殆尽。若果真如此,那么人们将难以根据侵权法的规定预测自己行为的法律后果,人们能够享有多大的行为自由空间亦将陷入巨大的不确定性之中,从而引发侵权制度的正当性危机,<sup>⑪</sup>摧毁侵权法所归属的私法体系。<sup>⑫</sup>

当然,赞同这种主张和做法的人们可能提出如下辩驳:强调公平原则在第1186条中的作用,并非要将公平原则确立为侵权责任的归责原则,其目的只是授权法官可以在例外情况下要求无过错的双方当事人分担损失,以避免由受害人独自承担全部损失所造成的显失公平的后果,在实践中并不会造成滥用。但是,问题在于:何谓“例外”?如何认定“例外”?对此,不可能存在一个清晰明快的判断标准,而当这种判断完全委由法官在个案中进行认定和操作的时候,其被滥用的风险便会始终存在。

因此,第1186条中“依照法律的规定”之涵义,应仅指《民法典》或其他法律中有关公平分担损失的具体规定或特别规定,而不包括公平原则等原则性规定。有些学者可能担心,由于《民法典》或其他法律中有关公平分担损失的具体规定或特别规定具有封闭性以及未来的相关立法具有滞后性,按照此种理解有可能导致公平分担损失规则的司法适用过于僵化,从而无法妥善地保护受害人。应当说这种担心看似合理,实则并无必要。前已述及,侵权法并非社会保障法,妥善解

决受害人救济和损失分散问题的根本途径,在于建立和完善包括侵权法在内的多元化的受害人救济体系,而不是指望通过引入公平原则、创设种种“例外”来为受害人所遭受的损失提供侵权法上的补偿或救济。

侵权法有其自身的原理和逻辑,其不仅要救济损害,而且还要保障自由,故而非解决受害人保护问题的“灵丹妙药”,不能指望其“包打天下”,解决现实生活中发生的所有损害赔偿或损失分担问题,这是侵权法所不可承受之重。“对侵权责任法救济功能的过分强调将导致侵权责任矮化为填补损害、分散损失的工具,丧失法律应有的行为规范功能。对受害人进行救济也不是公平正义的唯一判断标准;相反,‘有损害必有救济’的观念会使某些受害人得到本不应得的救济,也会使部分行为人承担本不应承担的义务,与公平正义的真正目的南辕北辙。”<sup>⑬</sup>

如果说原《民法通则》第132条的出台是立法者在20世纪80年代我国的社会保障程度极度薄弱的现实条件下,为了寻求损害救济来源以便及时解决纠纷而作出的不得已之选择,那么在社会保障体系已经基本建立健全、脱贫攻坚目标任务已经如期全面完成的今天,依然要求侵权法承担部分社会保障功能的主张和做法,显然已不合时宜,不再具有正当性和说服力。<sup>⑭</sup>

## 五、结语

在比较法上,公平责任作为一种独立的责任形态是客观存在的,但是并不存在所谓的“公平责任原则”。原《民法通则》第132条试图在过错原则和无过错原则之外,授权法官根据实际情况在当事人之间灵活地分配损害风险。由于原《民法通则》第132条系属具有授权性质的完全条款,其在事实上确立了公平责任原则作为侵权归责原则的法律地位。公平责任原则的广泛适用,一方面对侵权归责原则体系造成了巨大破坏,另一方面也严重损害了法律适用的安定性和可预期性,故

而侵权法第24条将“分担民事责任”修正为“分担损失”，试图从理论和实践两个层面解决上述问题。

侵权法第24条虽然从立法上对“公平责任”之概念进行了否弃，但是并没有对公平分担损失规则的适用范围及适用条件予以进一步细化和明确，导致该条在司法适用中乱象环生，由此造成了很不好的社会效果。为此，《民法典》第1186条将“分担损失”的适用前提，由“可以根据实际情况”进一步修正为“依照法律的规定”，从而彻底改变了公平分担损失规则的适用机理，将其由一个可以直接适用的一般条款修正为一条具有指引性质的转致规范。

这项成就可谓得来不易，凸显了我国的民法理论和民事立法技术从不成熟、不完善逐步走向成熟、完善，也说明在特定社会条件下由民法承担部分社会保障功能的做法，如今已不再具有正当性和说服力。为了确保第1186条的立法目的不致落空，防止民法沦为实质意义上的社会救济法或者社会保障法，必须对该条中“法律的规定”之文义作出符合立法目的的限缩解释，即其仅指《民法典》或其他法律中有关公平分担损失的具体规定或特别规定，而不包括其中的原则性规定，尤其是不应包括内容暧昧不明的“公平原则”。否则，我国《民法典》所取得的上述成就终将功亏一篑，可谓得不偿失。

#### 注释：

①参见程啸：《中国民法典侵权责任编的创新与发展》，载《中国法律评论》2020年第3期。

②参见孟强：《公平责任归责原则的终结——〈民法典〉第1186条的解释论》，载《广东社会科学》2021年第1期。

③参见石冠彬、谢春玲：《前民法典时代公平责任的适用》，载《河南社会科学》2019年第9期。

④参见王成：《〈民法典〉与法官自由裁量的规范》，载《清华法学》2020年第3期。

⑤参见刘士国：《论侵权损害的公平责任原则》，载《法律科学》1989年第2期。

⑥参见张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社2005年版，第42-45页。

⑦参见米健：《关于“公平”责任原则的思考》，载《中外法学》1997年第1期。

⑧参见房绍坤、武利中：《公平责任原则质疑》，载《西北政法学院学报》1988年第1期。

⑨魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第679-680页。

⑩参见王泽鉴：《〈中华人民共和国民法通则〉之侵权责任：比较法的分析》，载王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第6册），北京大学出版社2009年版，第229页。

⑪参见[日]小口彦太：《日中侵权行为法的比较》，丁相顺译，载《法制与社会发展》1999年第3期。

⑫参见李双元、温世扬主编：《比较民法学》，武汉大学出版社2016年版，第616-617页。

⑬《瑞士债务法》，戴永胜译，中国政法大学出版社2016年版，第18页。

⑭参见郑晓剑：《侵权损害完全赔偿原则之检讨》，载《法学》2017年第12期。

⑮参见杨立新：《侵权损害赔偿案件司法实务》，新时代出版社1993年版，第20-22页。

⑯杨立新教授为此提出了三点理由：其一，《民法通则》并没有将公平责任原则确立为一个归责原则；其二，调整的范围过于狭小且不属于严格的侵权行为；其三，在实践中双方都无过错的损害纠纷并非一律适用这个规则。参见杨立新：《侵权法论》，人民法院出版社2005年版，第125-126页。

⑰参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2006年版，第678页。

⑱参见邹海林、朱广新主编：《民法典评注：侵权责任编》，中国法制出版社2020年版，第254页。

⑲参见尹志强：《〈民法典〉公平责任的理解与适用》，载《社会科学研究》2020年第5期。

⑳同前注②，孟强文。

㉑由于原《侵权责任法》第24条基本上沿袭了原《民法通则》第132条的规范内容，这也意味着其同时“继承”了后者在理论和实践层面所存在的诸多问题。对此，后文将进行专门探讨，此处不再展开。

㉒同前注①，程啸文。

㉓参见张新宝：《侵权责任法立法研究》，中国人民大学出版社2009年版，第32页。

㉔参见全国人大常委会法制工作委员会民法室：《侵权责任法——立法背景与观点全集》，法律出版社2010年版，第114-115页。

⑤参见全国人大常委会法工委民法室:《中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版,第93页。

⑥侵权法第24条规定:“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,可以根据实际情况,由双方分担损失。”除了将“分担民事责任”修改为“分担损失”,侵权法第24条还对《民法通则》第132条作出了其他两处修改:将“当事人”修改为“受害人和行为人”;将“对造成损害都没有过错”修改为“对损害的发生都没有过错”。

⑦同前注⑤,全国人大常委会法工委民法室书,第93页。

⑧参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第204页。

⑨参见马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2010年版,第993页。

⑩参见叶金强:《〈侵权责任法〉第24条的解释论》,载《清华法学》2011年第5期。

⑪参见王轶:《作为债之独立类型的法定补偿义务》,载《法学研究》2014年第2期。

⑫参见田土城:《论“损失分担”的性质和适用》,载《中州学刊》2013年第12期。

⑬参见郑晓剑:《侵权归责与“公平分担损失”》,载《私法研究》第18卷,法律出版社2015年版,第165页。

⑭参见曹险峰:《论公平责任的适用——以对〈侵权责任法〉第24条的解释论研读为中心》,载《法律科学》2012年第2期。

⑮Vgl. Peter Bydliniski, Bürgerliches Recht Band I—Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Verlag Springer 2007, S. 57.

⑯Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht, 14. Aufl., Verlag C. H. Beck 1987, S. 293.

⑰Vgl. Karl Larenz, Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Verlag C. H. Beck 2004, S. 117–118.

⑱Vgl. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, 77. Aufl., Verlag C. H. Beck 2018, S. 1436.

⑲Vgl. Erwin Deutsch, Hans-Jürgen Ahrens, Deliktsrecht, 6. Aufl., Verlag Franz Vahlen 2014, S. 67.

⑳Vgl. Dieter Medicus, Stephan Lorenz, Schuldrecht II—Besonderer Teil, 17. Aufl., Verlag C. H. Beck 2014, S. 462.

㉑Vgl. Christian v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Erster Band, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1996, S. 92.

㉒Vgl. Josef Esser, Hans-Leo Weyers, Schuldrecht Band II—Besonderer Teil—Teilband 2, 8. Aufl., C. F. Müller Verlag 2000, S. 176.

㉓Vgl. Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl., Verlag C. H. Beck 2017, S. 550.

㉔参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2016年版,第478页。

㉕同前注④, Medicus书,第462页。

㉖Vgl. Christian v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Zweiter Band, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1999, S. 155.

㉗同前注④, Esser书,第176页。

㉘同前注④, Deutsch书,第67页。

㉙同前注④, 郑晓剑文。

㉚参见张金海:《公平责任考辨》,载《中外法学》2011年第4期。

㉛Vgl. Dieter Schwab, Martin Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, 20. Aufl., C. F. Müller Verlag 2016, S. 122.

㉜参见窦海阳:《侵权法中公平分担损失规则的司法适用》,载《法商研究》2016年第5期。

㉝王竹:《我国侵权法上“公平责任”源流考》,载《甘肃政法学院学报》2008年第2期。

㉞关于侵权归责的逻辑起点,两大法系均采用相同的立场,即损失原则上应停留于其所发生之处,由遭受损失者自行承担(casum sentit dominus),仅在可归责事由存在时,才可以将损失转由他人负担。

㉟在该案中,被告杨某出于医生的职业敏感,对段某在电梯内抽烟的行为进行了适当劝阻,后来段某因心脏病发作猝死。一审法院认为,被告杨某虽无过错,不过仍适用侵权法第24条判决其向原告补偿15000元。一审判决公布后,引起舆论哗然。二审法院则认为,杨某的劝阻吸烟行为与段某死亡之间不存在法律上的因果关系,不符合侵权法第24条的适用条件,一审判决属于“适用法律错误”,故而依法将其撤销。

㊱参见张善斌:《公平责任原则适用存在的问题及对策》,载《河北法学》2016年第12期。

㊲参见陈科:《公平责任一般条款的司法适用》,载《法律适用》2015年第1期。

㊳同前注④, Deutsch书,第67页。

㊴参见(2010)青民四(民)初字第481号民事判决书。[法宝引证码]CLI.C.67123529. 访问日期:2021年5月20日。

㊵陈科法官在其随机抽取的100份判决书中,发现有22份判决书支持了原告提出的残疾赔偿金或死亡赔偿金的请求。参见陈科:《公平责任一般条款的司法适用》,载《法律适用》2015年第1期。

㊶同前注⑤,全国人大常委会法工委民法室书,第91–93页。

㊷同前注⑩, 邹海林、朱广新主编书,第256页。

㊸沈春耀:《关于〈民法典各分编(草案)〉的说明》,2018年8月27日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第五次会议上。

㊹参见全国人大常委会法工委民法室:《民法典立法背景与观点全集》,法律出版社2020年版,第799页。

⑤参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义及适用指南》(下册)，中国民主法制出版社2020年版，第1807页。

⑥张新宝：《侵权责任编：在承继中完善和创新》，载《中国法学》2020年第4期。

⑦参见张新宝：《中国民法典释评：侵权责任编》，中国人民大学出版社2020年版，第82-83页。

⑧同前注④，王成文。

⑨参见吴国喆：《公平责任的滥用及其应对》，载《西北大学学报》2020年第6期。

⑩参见程啸：《民法典侵权责任编的体系结构及总则部分的完善》，载《财经法学》2018年第6期。

⑪同前注③，石冠彬、谢春玲文。

⑫Vgl. Maximilian Fuchs, Werner Pauker & Alex Baumgärtner, Delikts und Schadensersatzrecht, 9. Aufl., Verlag Springer 2017, S. 4.

⑬Vgl. Michael Kittner, Schuldrecht, 2. Aufl., Verlag Franz Vahlen 2002, S. 377.

⑭Vgl. Annina Schramm, Haftung für Tötung, Verlag Mohr Siebeck 2010, S. 302.

⑮同前注⑫，窦海阳文。

⑯参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》，法律出版社2020年版，第69页。

⑰参见[美]R. M. 昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，译林出版社2008年版，第167页。

⑱Vgl. Gert Brüggemeier, Deliktsrecht, 1. Aufl., Verlag Nomos Verlagsgesellschaft 1986, S. 39.

⑲同前注⑱，Deutsch书，第1页。

⑳Vgl. Hein Kötz, Gerhard Wagner, Deliktsrecht, 13. Aufl., Verlag Franz Vahlen 2016, S. 2.

㉑欧洲侵权法小组：《欧洲侵权法原则：文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，法律出版社2009年版，第52页。

㉒程啸：《侵权责任法教程》，中国人民大学出版社2014年版，第22页。

㉓参见[澳]彼得·凯恩：《阿蒂亚论事故、赔偿及法律》，王仰光等译，中国人民大学出版社2008年版，第237页。

㉔参见王利明：《建立和完善多元化的受害人救济机制》，载《中国法学》2009年第4期。

㉕参见张新宝：《“公平责任”的再定位》，载《法商研究》2021年第5期。

㉖胡伟强：《〈侵权责任法〉中公平责任的适用》，载《清华法学》2010年第5期。

㉗参见“管前根与沈水凤申请诉中财产保全损害责任纠纷案”[(2021)最高法民申1944号]。

㉘Vgl. Dieter Medicus, Jens Petersen. Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., C. F. Müller Verlag 2016, S. 135.

㉙同前注⑲，吴国喆文。

㉚同前注①，程啸文。

㉛例如，最高人民法院在其集体编著的《民法典侵权责任编理解与适用》一书中就明确认为：“《民法典》第6条对公平原则仍有明确规定，这对于侵权责任编调整的有关事项当然具有一般适用和补充适用的效力。以公平原则为指引和遵循，人民法院在法律没有规定适用无过错责任原则和过错推定责任原则的情形下，双方当事人均没有过错，但如果不分担损失会显失公平的案件中，人民法院就可以根据案件实际情况适用本条规定。”同前注⑲，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编书，第208页。

㉜同前注⑲，张新宝书，第83页。

㉝杨立新、李怡雯：《中国民法典新规则要点》，法律出版社2020年版，第619页。

㉞同前注⑲，孟强文。

㉟所谓“法律秩序一体性”，是指“法秩序自身不应互相矛盾，而应具有内部一致性和‘逻辑性’，从而形成一个体系，并应在解释过程中被作为一个体系看待。”参见[瑞]贝蒂娜·许莉蔓—高朴、[瑞]耶尔格·施密特：《瑞士民法：基本原则与人法》，纪海龙译，中国政法大学出版社2015年版，第50页。

㊱参见王利明：《民法总论》，中国人民大学出版社2015年版，第70页。

㊲同前注⑲，黄薇主编书，第68页。

㊳同上注。

㊴参见张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社2016年版，第19页。

㊵同前注⑲，田土城文。

㊶[日]小口彦太：《不法行为法二题》，丁相顺译，载《人大法律评论》2003年卷，第90页。

㊷参见江必新主编：《民法典重点修改及新条文解读》(下册)，中国法制出版社2020年版，第988页。

㊸参见张家勇：《也论“电梯劝阻吸烟案”的法律适用》，载《法治研究》2018年第2期。

㊹同前注⑲，Bar书，第3页。

㊺同前注⑲，张新宝文。

㊻王竹教授亦指出：“我国侵权公平责任制度的首要弊端就是成为直接的、优先顺位的救济来源，这可能与《社会保险法》晚于原《侵权责任法》而于2010年颁布有关。二者缺乏基本的相互协调，但这一脱节延续到《民法典》时代则实不应该。”参见王竹：《侵权公平责任论》，中国人民大学出版社2021年版，第95页。