

# 论公平责任一般条款的变迁及适用

## ——对《民法典》第 1186 条之解读

程 茜

(四川大学 法学院, 四川 成都 610225)

**摘要:** 我国《民法典》第 1186 条对公平责任一般条款的适用范围加以了限制, 该规则曾因《民法通则》起草时的立法技术缺陷导致其适用范围扩张化, 加之未明确其性质及适用条件, 在过去三十余年间的司法实践中其屡遭滥用。承认该规则发挥过的正面作用及其所具有的独特价值, 进一步完善相关制度, 需要明确适用主体的范围; 精神损害赔偿请求在适用此条时不应得到支持; 列举确定损失分担数额的主要参考因素; 逐步完善社会保障机制与保险制度。

**关键词:** 公平责任; 损失分担规则; 社会保障; 补偿制度; 侵权责任

**中图分类号:** D923 **文献标志码:** A **文章编号:** 1674 - 5639 (2021) 05 - 0023 - 09

**DOI:** 10. 14091/j. cnki. kmxyxb. 2021. 05. 005

## On the Vicissitudes and Application of the General Terms of Fair Liability: Interpretation of Article 1186 of *The Civil Code*

CHENG Qian

(Law School, Sichuan University, Chengdu, Sichuan, China 610225)

**Abstract:** Article 1186 of China's *Civil Code* limits the scope of application of the general provisions of fair responsibility, which has been abused repeatedly in judicial practice in the past 30 years due to the technical defects of the legislation when *The General Principles of the Civil Law* was drafted. To recognize the positive role played by the rule and its unique value, and to further improve the relevant system, it is necessary to clarify the scope of the subject of application, the claim for compensation for mental damage cannot be supported in the application of this article, and it is important to enumerate the main reference factors to determine the amount of loss sharing, and gradually improve the social security mechanism and insurance system.

**Key words:** equitable liability; loss - sharing rule; social welfare; compensation system; infringement liability

《中华人民共和国民法典》(下文简称《民法典》)第 1186 条对我国公平责任制度进行了突破性的变革, 将之前的法院“可以根据实际情况”自由裁量改为“依照法律的规定”适用, 意味着该条款的适用范围自此将受到一定限制, 法官不再似之前般对此规则享有颇为宽松的裁量空间。该条款在我国民法的发展史上经历了长达三十余年的不休争论与诟病, 此次做出限制也是对长期反对意见的一个正面回应。然而, 此次修改所导致的规则适

用上的空白以及可能产生的新司法实践问题是不容小觑的。为进一步完善公平责任及其相关制度, 应对其做出全面的分析与准确的评价。本文拟从公平责任初始的制度设计入手, 对其在司法适用中产生问题的根源进行探析, 并试图对未来制度的走向做出简单展望。

### 一、对《民法典》第 1186 条的评析

我国《民法典》第 1186 条规定: “受害人和

收稿日期: 2020 - 12 - 07

作者简介: 程茜 (1997—), 女, 甘肃平凉人, 硕士研究生, 主要从事民法、劳动与社会保障法研究。

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”,该条对公平责任的规定承袭《民法通则》第132条及《侵权责任法》第24条而来<sup>①</sup>,这两个条文是我国公平责任制度的一般条款,也有学者称之为宽泛式公平责任条款。<sup>[1]</sup>《民法典》第1186条将后者中“可以根据实际情况”的表述修改为“依照法律的规定”,此举意味着所谓“公平责任一般条款”的适用自此被限制在了“法律规定”的情形中,不能再独立适用;其一般规则的性质是否保留虽仍待商榷,但自由裁量的范围已远不如之前宽松。

《民法通则》颁布施行后的三十余年间,关于公平责任的争议在学界从未停止,不论是其性质究竟为何(是归责原则抑或损失分担规则)、是否具有正当性、是否已沦为“和稀泥”的兜底条款以及应否保留等,此次修改中“依照法律的规定”具体所指的是哪些情形也是争议问题之一。“前民法典时代”,一些散见于民法各单行法的条文被学界称为“公平责任特殊条款”,通常包括下述情形:(1)完全民事行为能力人暂时丧失意识或控制力致害时对受害人的补偿;(2)有财产的不完全民事行为能力人对受害人的赔偿;(3)见义勇为中受益人对被侵权人的补偿;(4)紧急避险人对受害人的补偿;(5)为共同利益活动中受益人对受害人的补偿;(6)加害建筑物使用人对受害人的补偿。<sup>[2]</sup>此外,有学者认为特殊条款仅指上述情形中的(1)和(2)<sup>[1]</sup>,亦有学者认为仅指(2)<sup>[3]</sup>。但因上述条文不需与《侵权责任法》第24条结合即可独立适用,故“公平责任特殊条款”这一概念并未引起学界过多关注;且此前民法相关司法解释都未对此问题进行明确,《民法典》出台时亦未对此做出规定,故上述情形是否即为第1186条中“依照法律的规定”所指,目前尚存争议。更何况上述条文此前就可独立适用,第1186条的出现是否会影响其今后的适用模式,在目前解释论还不够明晰的情形下,笔者对此持否定态度。就此角度而言,本次修改欲限制公平责任制度的适

用范围但并未将其一般条款直接删去,对其具体适用范围却语焉不详,如再无配套的权威解释进行补充说明,这一改动明显会给未来的司法实践制造误区——似乎已经能够预见因缺乏明确规定,部分裁判者仍将第1186条当作一般性条款扩大适用的情形出现。

《民法典》第1186条稍显尴尬的处境是此次对公平责任制度进行修改后面临的最直观、更本质的问题是——剥夺公平责任的一般性规则地位究竟是否妥当。《侵权责任法》第24条虽被部分学者批判为“和稀泥”条款<sup>[4]</sup>,此次修改也是对诸多反对公平责任一般条款的意见之回应,但其发挥过的正面作用也不应被一概否认。谈及此,“前民法典时代”公平责任制度的由来与发展、制度设计缺陷及司法适用误区等问题则成为不可避免的存在。

## 二、公平责任制度法律性质之界定

### (一) 公平责任溯源

公平责任制度起源于德国法系,其设立目的是让无民事行为能力人、限制民事行为能力人例外地也承担责任,<sup>[1]</sup>而我国《民法通则》第132条系立法时“引进南斯拉夫债法修订所贯彻的社会主义公平原则,内容和体例上综合借鉴1922年和1964年《苏俄民法典》的产物。”<sup>[3]</sup>就立法原意进行考证与推断,该条本不应独立适用,而应结合《民法通则》第133条(即无民事行为能力人、限制民事行为能力人致人损害时的责任承担条款)适用,但由于当时立法技术的限制,又没有立法理由书加以说明,该条就被当作所谓“公平责任一般条款”沿用了下来,<sup>[3]</sup>并由《侵权责任法》第24条基本承袭(仅对个别字词做出了修改)。“公平责任一般条款”发展至今还成了我国民法上独有的公平责任一般规则。《民法典》第1186条的规定在某种程度上是对当初的立法缺陷进行了修复,让该制度部分回归了其“初心”。

<sup>①</sup>《民法通则》第132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。”;2010年施行的《侵权责任法》第24条延续了前者之精神,但在表述上做了一定的修改:“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。”

## （二）公平责任一般条款的性质

学界在此问题上主要有三种观点：归责原则说<sup>[5]</sup>、损失分担规则说<sup>[6]</sup>和无过错责任说<sup>[7]</sup>。对此笔者赞同第二种观点。首先，全国人大常委会法制工作委员会民法室在其主编的《〈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》（下文简称《立法理由书》）中提道：“本法或者其他法律未明确规定适用无过错责任原则的案件，均属于过错责任原则的适用范围。”<sup>[8]28</sup>法工委民法室在此明确了我国所采的是二元的侵权责任归责原则体系，而不包括公平责任。笔者对此持赞同态度，理由在于过错责任和无过错责任这两个归责原则在逻辑上已周延，具有非此即彼的排他性（过错推定仅是过错责任的一种特殊形态）<sup>[9]</sup>，客观上不会出现二者都适用不了的情况；且二者均具有正当的归责基础<sup>[10]</sup>，足以支撑起一个相对严谨、完整的归责原则体系，而公平责任则明显无法与这二者相提并论。其次，《侵权责任法》第24条承袭《民法通则》第132条而来，但将后者中“分担民事责任”改为了“分担损失”，对此，《立法理由书》中也做出了解释：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，那么行为人不应当承担责任，而只能是分担损失，<sup>[8]93</sup>故应将《侵权责任法》第24条定性为“关于公平分担损失的规定”<sup>[8]91-93</sup>。可见，公平责任并非归责原则，而是对归责原则起到补充作用的损失分担规则。

但既然过错责任原则和无过错责任原则在逻辑上已周延，即对于侵害他人民事权益的行为人，法律有特殊规定的，适用无过错责任原则（及过错推定）进行归责，其余情况一律适用过错责任原则，为何还会出现需要补充的情况？原因在于，在上述的二元归责原则体系下进行归责时，有些案件事实并不符合侵权责任的构成要件，行为人不承担侵权责任；或虽符合构成要件，但因存在法定免责事由而免去了行为人对侵权责任的承担，在这两种情形下，受害人虽实际遭受了损害，但无人承担侵权责任，其损失将无法得到救济。而此时若适用公

平责任<sup>①</sup>，行为人虽不承担侵权责任，但适当分担了受害人的损失，使后者得到了一定程度上的救济，这便是部分学者认为其所发挥的“补充”作用。<sup>[6]</sup>

此外，损失分担规则也并不如某些学者担忧的会“架空二元归责原则体系”，其因在于归责原则和损失分担规则之间有适用顺位存在，即对于所有侵权案件，首先要经过归责原则体系的检视，适用了这两种归责原则之一后，不构成侵权责任或存在免责事由免去了对侵权责任的承担，才有可能启动损失分担规则的适用判定；且损失分担规则并非一定要适用，是否适用还要经历一系列严苛的对适用条件的判定（详见下一部分）。故损失分担规则的存在既不会与二元归责原则体系相矛盾，也不会打破其稳定性，反而能起到一定的补充作用。

## （三）损失分担规则的适用条件

对于损失分担规则的适用条件，理论观点一直未能统一，实践中亦出现较多模棱两可之处，法院在适用时往往只集中于条文中“双方均无过错”的条件进行审查，对于是否还需满足其他条件则享有较大的自由裁量权，各地实践中常出现较大差异。与归责原则相较来看，过错责任原则和无过错责任原则的构成要件中除了行为人的过错这一要件不同外，都还要求侵权行为、损害结果以及因果关系；损失分担规则除了双方都不存在过错这一要件外，其他要件是否与归责原则相同则存在争议，且集中于因果关系这一要件上。

我国立法为归责原则构成要件中因果关系的判定留下了较大的空间。《侵权责任法》草案一审稿曾规定：“受害人应当证明侵害行为与损害后果之间存在因果关系”“法律规定应当由侵权人证明因果关系不存在，如果侵权人不能证明的，视为存在因果关系”，后因因果关系问题较为复杂、上述规定较为简单不足以解决问题，反而可能束缚法官根据具体案情对一些复杂因果关系的判断，最终上述规定在草案二审稿中被删除。之后无论是《侵权责任法》还是《民法典》中“侵权责任编”都并未对因果关系做出过任何形式的规定（除环境责

<sup>①</sup>笔者后文改称“损失分担规则”，并根据语境灵活使用两个称呼。

任外),同时《立法理由书》认为“如何判断因果关系需要由法官根据个案的实际情况,依一般社会经验决定”,给予了法官较大的自由裁量权。

学界通说则倾向于在判断侵权责任构成要件中的因果关系时采用“相当因果关系说”,认定标准为“行为对损害发生可能性的提升程度是否具有相当性”<sup>[11]</sup>。而在适用损失分担规则的情形下,对于应当采取何种因果关系则未能达成一致,有人认为需要采取与归责原则同等的“相当因果关系说”,有人认为仅达到事实上的因果关系即可。<sup>[6]</sup>对此,笔者赞同后一种观点。

如前文所述,损失分担规则与归责原则并不处于同一维度,其对二元归责原则体系起到的是补充作用;且归责原则是对法律责任归属的判断,行为人承担侵权责任除了要履行一定的给付义务外,还被法律给予了否定评价。而损失分担规则仅要求行为人履行一定的给付义务,并不包含法律上的负面评价,行为人的社会评价不会因此而降低。此外,侵权责任的承担方式除了财产给付还包括赔礼道歉、消除影响及恢复名誉这些非财产性的给付,而损失分担规则只要求行为人承担财产给付义务。由此可见,适用损失分担规则对行为人课以的负担较小、造成的后果较轻,与此相对应的适用条件也应较为宽松。故就因果关系这一条件而言,损失分担规则无须达到归责原则中的“相当因果关系说”这一较为严苛的标准,而是仅具有事实上的因果关系、能够证明行为人之行为与损害结果的发生确有事实关联即可。综上所述,损失分担规则的适用条件应当包括以下几点:(1)行为人与受害人都没有过错;(2)行为人实施了某一行为;(3)受害人的民事权益受到损害;(4)行为与损害结果之间存在一定的事实因果关系;(5)受害人损失巨大,行为人不予以分担则显失公平。

### 三、损失分担规则的司法适用问题

损失分担规则的性质与适用条件的不明确是造成该规则在司法实践中被滥用的根源,除此之外,损失分担规则适用主体的范围、数额的确定及精神

损害赔偿是否应得到支持亦因没有明确规定,造成法院在判决时自由裁量弹性过大、各地实践出现较大差异,严重破坏了法的安定性,阻碍了侵权责任法功能的实现。

#### (一) 适用主体的扩张

上文提到,损失分担规则的适用条件包括“行为人实施了某一行为”,正是该行为造成受害人的民事权益受到损害,行为人的行为与损害结果之间因具有事实上的因果关系而产生了分担损失的基础。该行为不仅包括积极的作为,也包括消极的不作为。实践中,是否具有积极的作为一般较易判断,而消极的不作为则往往因易被误判致使损失分担规则的适用主体扩张化。这种情形常见于一方为负有安全保障义务的责任主体的案件中,以及一小部分适用监护人责任、用工责任的案件,同时也有许多并不负有安全保障义务的场所主体,仅因损害发生在了该场所中,法官就判决该主体分担损失。

上述案件可根据是否涉及第三人侵权分为两类:第一类无第三人侵权的情形,常见于学校、商场、车站等公共场所发生的意外事故,如顾客在商场卫生间滑倒受伤、学生自愿参加学校组织的体育活动受非对抗性伤等等。在“杨某某等与某酒店有限公司等人身损害责任纠纷”<sup>①</sup>一案中,原告之子杨某某在被告酒店桑拿部工作,前者某日在后者为其提供的宿舍中休息时被室友发现休克,送医后经抢救无效死亡,经鉴定其死亡系急性心力衰竭而死,未被认定为工伤。法院认为杨某某既非工亡,也非在从事雇佣活动时死亡,但“由于杨某某是在曹某某提供的职工宿舍内因病死亡”,依据《民法通则》第132条判决被告承担公平责任。第二类有第三人侵权的情形,指由第三人造成损害的案件中,受害人仍要求负有安全保障义务的主体承担责任的情形。在“郝某某、某中学与刘某某生命权、健康权、身体权纠纷”<sup>②</sup>一案中,刘某某与郝某某系同校学生,某日二人在校内自发组织打篮球的过程中起跳后发生碰撞,刘某某受伤倒地,经诊断为粉碎性骨折,构成九级伤残。法院认为某中学

①参见(2013)苏审二民申字第817号民事判决书。

②参见(2014)并民再终字第91号民事判决书。

作为上述二人的管理机构，没有证据证明其未对住校的未成年人的活动尽到全面合理教育及管理职责，且某中学在事件发生后及时将伤者送至校医务室进行急救，后由老师护送至医院进行医治，并及时通知其家长。据此，某中学对损伤的造成没有过错，依据《民法通则》第132条及《侵权责任法》第24条判决某中学承担20%的公平责任。

上述几类案件的共同点在于法院没有对负有安全保障义务的主体是否存在消极不作为的情形进行判断，或者即使判断出该主体没有消极不作为、尽到了应尽的安全保障义务，仍然判决该“行为人”分担损失。造成此现象的原因在于损失分担规则适用条件本不明确，法院亦忽略了侵权责任体系中“行为”这一基本的构成要件，而将目光主要集中于判断双方是否均无过错上，最终为“公平起见”对公平责任的适用主体进行了不当扩张，做出了引发诟病的不当判决，致使近年来损失分担规则的适用主体呈现明显的扩张化趋势。

实践中，因负有安全保障义务的主体在此类案件中不存在积极作为的问题，法官应重点对其是否存在消极的不作为也即是否尽到了安全保障义务进行判断，只有在主体没有尽到安全保障义务、存在消极的不作为时，才符合“行为人实施了某一行为”的适用条件，否则在该类主体尽到了安全保障义务、不存在消极的不作为时，则并不具备适用损失分担规则的这一要件，此时判决其分担损失就属于扩张适用损失分担规则的情形。

## （二）损失分担数额的确定

《侵权责任法》第24条以“根据实际情况”六个字对损失分担数额的确定“标准”一带而过，也没有相关的司法解释对此进行补充，其他几条关于紧急避险人的补偿义务、见义勇为中受益人的补偿义务以及为对方利益或共同利益活动中受益人的补偿义务等条款中均以“适当”“一定”等词语含糊表述，致使实践中没有标准可以参照，这一环节上法官被赋予了极大的自由裁量权，行为人应当分担多少损失成了一个较大的变数，不同法官对实际情况的把握不同往往会做出差异较大的判决，这也是该条款沦为各打五十大板的“和稀泥”条款的原因之一。前文“适用主体的扩张”中提及的两

个案例均未在法官说理部分对损失分担数额的确定过程进行说明，仅以“本院酌定由行为人补偿受害人某某元”等类似句式给出最后的结果，恐有“和稀泥”之嫌。

对此问题，可以通过规定一些需要考量的主要因素给法官提供参考予以解决，如：损害程度、双方经济状况和保险情况等。<sup>[6]</sup>其中首先需要考虑的应当是损害事实中的原因力因素，即行为人和受害人哪一方的行为对损害后果的形成起到了更大的作用，同时还需考量是否有外来因素的介入，如自然力、第三人之为行为等。其次是双方的经济状况，因损失分担规则虽与社会保障机制承担类似的功能（后文另述），但二者最大的不同之处在于后者是对一定范围内的全体公民普遍地提供救助，而前者旨在对具体案件中的特定当事人进行救济，<sup>[6]</sup>因此，行为人与受害人经济状况的对比，对具体案件中的损失分担数额起到了决定性的作用，是损失分担规则在具体情形下适用时必须予以审慎考量的因素。

然而，这一确定标准的模糊性虽然在理论上招致了较多批评，在实践中却意外地并没有引发学者们所担忧的严重问题。有学者指出，司法适用中，几乎不会出现当事人因对法官据以确定损失分担数额的因素有异议而上诉的情况。这是因为一般情况下，当事人上诉时，行为人一方会主张自己没有过错或因果关系而不应承担受害人一方的不利后果；受害人一方则会主张判决的损失分担数额偏少、得到的救济不足，或在过错等因素较难认定的案件中继续主张行为人一方应承担侵权责任，<sup>[12]</sup>均不会主张法官对实际情况的考量不当。原因在于，在已证实行为人与受害人都没有过错的情况下，受害人一般不会对分担损失有什么异议，而行为人仍可能会认为自己没有理由承担“责任”；一旦其接受了自己需要对受害人的损失进行分担的事实，最主要的问题便已得到了解决。而具体确定损失分担数额的过程，是在行为人与受害人双方的共同参与下进行的，并不是由法官独断得出的结果。行为人和受害人对于损失分担数额的异议，会通过不断的协商让步得到解决，加之法官在这一过程中发挥的引导协调作用，最终基本可以达成一个双方均能接受的结果。<sup>[12]</sup>

### （三）精神损害赔偿应否得到支持

在受害人人身权益遭受损害的案件中适用公平责任时，除了人身损害赔偿外，法官是否应对受害人提出的精神损害赔偿请求予以支持，实践中做法不一。前文提及的两个案例均属此类案件，但不同的是，前者法院认为虽然杨某某的死亡既非工伤也非因从事雇佣活动，但“由于杨某某是在曹某某提供的职工宿舍内因病死亡，给杨某某父母造成重大精神伤害”而判决适用公平责任；后者法院则以“精神损害赔偿在一方存在主要或全部过错的情况下才可以适用，且适用民法上的公平原则应当叫作补偿而非赔偿。适当的补偿不应该包括精神上的补偿”为由纠正了一审法院在适用公平责任时支持了精神损害赔偿请求的判决。

适用公平责任时，行为人本无过错，也不承担侵权责任，仅对受害人的损失进行分担，此时待分担的损失中是否包括受害人无法用具体尺度衡量的“精神损害”？对于这一问题，不仅条文中缺乏明确规定，司法解释和相关理论中也缺少补充，使得法官在裁决时过于随意、基本依其个人观念而定。

精神损害赔偿是受害人因人格利益或身份利益受到损害或者遭受精神痛苦而获得的金钱赔偿，我国《侵权责任法》第22条规定了被侵权人有权请求精神损害赔偿，但条件是侵权人“侵害他人人身权益”“造成他人严重精神损害”。而在适用损失分担规则时，“侵害”一词无从谈起，行为人为非“侵权人”、受害人亦非“被侵权人”，也就不具备请求精神损害赔偿的基础。且精神损害赔偿无法用具体尺度衡量，我国2001年出台的关于精神损害赔偿的司法解释<sup>①</sup>中规定了6个精神损害赔偿数额的确定因素，其中第一项就是“侵权人的过错程度”，足见过错实乃确定精神损害赔偿数额时最重要的因素，不具备这一因素亦能造成受害人“严重精神损害”，于法无据，于理不通。此外，精神

损害赔偿除了具有补偿或救济的功能之外，还具有一定的惩罚性功能。<sup>[13]</sup>而在适用损失分担规则的情形下，行为人既无过错，其行为也不具有高度危险性，令其承担具有惩罚性功能的精神损害赔偿毫无理论依据，实属不妥。故笔者认为适用损失分担规则时，精神损害赔偿请求不应得到法院支持。

## 四、损失分担规则的价值分析

### （一）理论价值

有学者认为，公平责任体现的是公平价值，“公平责任实际上是公平原则在侵权责任法领域的体现。公平责任的目的是对不法行为人的过错实施制裁，而是在当事人双方对造成损害均无过错的情况下，由当事人适当分担意外损害，对受害人进行适当的补救。公平责任是基于公平的观念进行补偿。”<sup>[14]</sup>也有学者认为：“公平责任并不体现公平或正义价值，它所追求的损失分担乃是社会福利最大化的功利主义目标，体现的是效率价值。”<sup>[2]</sup>“公平责任显然不是在实现矫正正义，而是替代发挥社会保障制度、商业保险制度等其他补偿制度的功能。”<sup>[15]</sup>笔者赞同后一种观点。

我国损失分担规则之所以在比较法上成为孤例，不只是因为当初的立法技术缺陷导致漏洞产生，更在于我国的社会保障机制相较于其他一些国家起步晚、发展速度慢、发展不均衡不完善，保险覆盖率也不够高，故本应由这些制度承担的受害人的损失目前只能由无过错的行为人进行分担。《侵权责任法》是在这种背景下不得以承担了本应由社会保障机制承担的部分功能，作为一种“次优”的解决方案存在于我国私法体系中。<sup>[2]</sup>待我国相关社会保障机制、保险制度建立健全后，应将此规则从侵权责任法中删除，但2020年《民法典》出台之际是否已是成熟的时机还有待探讨。

<sup>①</sup>参见《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》（法释〔2001〕7号，2001年3月8日发布，2001年3月10日起施行）第10条：“精神损害的赔偿数额根据以下因素确定：（一）侵权人的过错程度，法律另有规定的除外；（二）侵害的手段、场合、行为方式等具体情节；（三）侵权行为所造成的后果；（四）侵权人的获利情况；（五）侵权人承担责任的经济能力；（六）受诉法院所在地平均生活水平。法律、行政法规对残疾赔偿金、死亡赔偿金等有明确规定的，适用法律、行政法规的规定。”

## （二）实践价值

笔者在“中国裁判文书网”和“无讼”网站上以“公平责任”为关键词检索民事判决书，前者显示有7 068个搜索结果，后者显示有6 309个搜索结果（截至2020年12月6日0点），且自2009年起判决书数量呈现每年递增的态势，2017年达到峰值，2018、2019年则与2017年基本持平，都是一千多件，2020年则略有减少（以该年的前11个月数据估算）。可见公平责任条款在实践中（尤其是近三年间）的适用并不少。该规则虽存在被滥用的问题，但也不代表所有被适用的情形都是滥用，以下面两个案件为例。

【案例一】：“方加堂等与内蒙古五原九郡药业有限公司等药品侵权纠纷”<sup>[16]</sup>一案中，受害人方立平服用某药物一段时间后出现不适，就诊期间病情加重，最终不治身亡。经鉴定，其死亡结果与该药物中某一成分有直接因果关系，而案发后相关部门才发现该成分存在缺陷并取消其药用标准，受害人服用时，此药尚为合格药品。此情形符合2000年《产品质量法》第41条规定的生产者免责事由之一。

本案法院认为：“……二被告虽非故意或过失，但是，经前后两次的鉴定，均认为方立平的死亡与服用被告内蒙古五原九郡药业有限公司生产及被告德仁堂胜利一路连锁店销售的‘分清五淋丸’有直接的因果关系。”“鉴于原告的实际损失及事实，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十二条的规定，由二被告按公平责任承担相应的民事责任。”法院最终适用《民法通则》第132条判决被告承担民事责任，二被告合计赔偿原告约17万元。

【案例二】：“周元贵与陈登富、霍国平健康权纠纷”<sup>①</sup>一案中，受害人周元贵驾车时遭滚落的山石砸中，致车内数人死伤；被告之一霍国平事发前曾在山石所在林地进行伐木作业，但事发时已结束作业一周，且霍国平已尽伐木行业应尽的注意义务。

本案法院认为：“本案三方当事人对此事件的

发生均无过错。霍国平虽无过错，但其在事发地进行的伐木行为改变了原有的自然环境，使山石松动，故霍国平行为与本事件的发生有一定因果关系。其应分担本事件发生所造成的损害后果。”法院最终适用《侵权责任法》第24条判决被告分担原告的损失约5万元。

案例一中，其时《侵权责任法》尚未颁布，根据2000年《产品质量法》第41条<sup>②</sup>，产品责任案件中生产者应当承担无过错责任，但此案中生产者又符合一项法定免责事由，免去了其应承担的侵权责任；销售者则被证明无过错，不构成前述法律第42条<sup>③</sup>规定的过错责任，故此案中无人承担侵权责任。但受害人确系因服用二被告生产、销售的药物死亡，前者相较后者又处于弱势地位，故此案符合损失分担规则的适用条件，法院依据《民法通则》第132条“公平责任”判决被告承担相应的“民事责任”较为合理（性质上应为分担损失而不是承担民事责任，但财产上的给付判决是无误的）。

案例二中，行为人对受害人的死亡结果无过错，但因行为人的伐木作业确实改变了损害发生地原有的自然环境使山石松动，与最终山石滚落具有一定的事实关联，符合损失分担规则的适用条件，故法院根据《侵权责任法》第24条“公平责任”判决被告分担原告的损失合理妥当。

从上述两个案件可以看出，损失分担规则对于处理实践中某些案件来说是具有一定价值的，这些判决既能实现侵权责任法的功能，又不与民法基本原则相违背，法院分析说理的部分亦逻辑清晰、有理有据，并无“和稀泥”的情形出现，令人信服。既然司法实践确有对此类规则的需求，如今却向着剥夺其一般条款性质的方向发展，也并未提供替代解决方案，就会导致某些案件无据可依，甚至不排除未来某些法官会因第1186条无法再当作公平责任一般条款适用而直接以《民法典》第6条“公

①参见（2016）川14民终32号民事判决书。

②《中华人民共和国产品质量法》（2000年版）第四十一条：“因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产（以下简称他人财产）损害的，生产者应当承担赔偿责任。生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：……（三）将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在。”

③《中华人民共和国产品质量法》（2000年版）第四十二条：“由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。”



平原则”为裁判依据、判令无过错的行为人分担受害人损失的可能。<sup>①</sup> 这些在司法实践中可能出现的问题该如何解决,将成为未来解释论和其他关联领域应当重点留意的方向。

## 五、对相关制度的展望与建议

### (一) 通过解释手段,适度放宽适用范围

《民法典》出台时,并未对第1186条“依照法律的规定”进行明确。在目前尚无权威解释的情形下,对于此条所指的具体是哪些情形在实践中可能会出现不同的理解。未来应当在相关司法解释或立法理由书中对此问题做出进一步的说明,可将其与无过错责任原则的立法模式进行类比,指出此模式是先由一条一般性条款进行总括性规定,再由其他条款做出具体规定,但在实践中适用时不能仅以一般性条款为依据,而须以其他条款中规定的具体情形为限。明确其不能单独适用的性质,才能防止其在实践中被误当作没有限制的一般条款而适用。

另外,立法时采取“依照法律的规定”这一较为模糊的表述也可以看出立法机关运用立法技术在这一问题上预留了一定的空间。立法时若直接将此条删去,未来将再无机会对此制度空缺进行弥补;若照原样保留,此备受争议的条款必会引发学者与实务专家新一轮的批判。采取目前的立法模式则保留了日后对其外延进行灵活解释的机会。有学者认为实践中对此处的“法律”一词可作广义的理解,包括法规、行政规章等,甚至可以扩大解释至习惯法及法理。<sup>[17]</sup> 未来若无相关立法或司法解释,法官依照公平原则做出上述广义理解的可能性并不低,会产生新的司法适用问题。

### (二) 明确争议问题,完善司法裁判依据

损失分担规则的要件及适用规则中有一些未经

立法或司法机关明确、在学界也未形成通说的模棱两可之处在各地司法实践中产生了较大差异,这些问题应当一并在相关解释中进行明确。如前文所述,行为人的主体范围以及精神损害赔偿请求不应得到法院支持,应在司法解释或立法理由书中予以明确;确定损失分担数额的主要参考因素也应当予以列举,比如损害程度、双方经济状况以及保险情况,以便法院在实践中据以参考,防止其自由裁量权过大做出不合理的判决。

对于之前因适用损失分担规则引起的一些重点争议问题,如引起社会各界广泛关注的“郑州电梯劝阻吸烟猝死案”<sup>②</sup>,也应进行一定回应,比如设立相应的豁免与排除规则。该案符合适用损失分担规则的所有条件,但若在该案中判决劝阻者分担损失,有违公序良俗,与法理相悖。如上文所述,损失分担规则主要体现的是效率价值而非公平或正义价值,当有更高位阶的价值与之发生冲突时,应当优先保护前者。因此,当行为人的行为有利于国家或社会公共利益、体现更高位阶的价值时,要求行为人补偿受害人的损失有悖于对这种更高位阶价值的维护,此时应当排除损失分担规则的适用。可将“有利于国家、社会公共利益的行为”设立为损失分担规则的豁免事由,防止为追求效率价值而牺牲公平或正义价值的情形出现。

### (三) 重视制度衔接,健全社会保障机制

我国公平责任制度在比较法上是作为孤例而存在的,其他国家在此问题上多采取私法以外的方式解决。对于双方均无过错而产生的损害结果,由国家统一运作分担损失是多数国家和地区的选择。这种通过社会保障机制分担损失的方法有诸多优点,例如能够维护侵权责任体系的严密完整;将双方之间的损失承担转化为社会风险进行分担压力更小;能够节约司法资源、效率价值更高等。有学者提出,较适合

<sup>①</sup>事实上过去司法实践中已有此类情形出现。在“上诉人林超与被上诉人南宁市江南区高级中学教育机构责任纠纷”一案中,一审法院依据公平责任做出判决,然而二审法院未提及公平责任,仅依据公平原则裁定维持原判。参见(2012)南市民一终字第2401号民事判决书。

<sup>②</sup>2017年5月2日,郑州医生杨某因在电梯内劝阻段某某抽烟,二人发生争执,十多分钟后,69岁的段某某突发心脏病死亡,其家属田某某将杨某诉至法院,要求其赔偿死亡赔偿金等共计40余万元。一审法院判决杨某向田某某补偿1.5万元,后者不服,进行上诉,二审法院最终撤销一审判决,驳回田某某的诉讼请求。该案两次判决结果均引起社会强烈反响,公平责任一般条款的适用作为该案争议焦点之一,也一度成为民法学界热议的问题。



我国的发展路径为以责任保险和意外伤害保险为主导的并包含专项基金、社会福利、政府救济、社会捐助等的立体型救济模式，<sup>[18]</sup>此处不再展开研究。

我国目前已经在建立健全该机制的进程中，但因我国地域辽阔、人口众多及地区发展差异大等因素，暂时难以实现社会保障制度的全面覆盖。<sup>①[19]</sup>这也更能体现损失分担规则存在的必要性。保留并完善该规则与健全社会保障机制并举，是短期内对此问题的最佳解决路径。虽然从法理上讲，我国损失分担制度的最终走向应该是走入社会法、走出私法，<sup>[18]</sup>但笔者依然认同在经历了多年我国特色的司法实践后，应将损失分担规则予以保留，发挥我国对解决此类问题的经验优势。社会保障机制无法完全替代法律规范能够发挥的作用，在该机制无法顾及之处，损失分担规则仍能够切实体现司法永远是维护社会公平正义的最后一道防线。

## 六、结语

《民法通则》时代的立法技术缺陷导致公平责任一般条款的适用范围扩张，该条款虽然逐步发展成为我国民法上独有的损失分担规则，最终却在2020年《民法典》中被剥夺了一般规则的地位，但仍留有一定的余地，留待立法、司法机关进一步完善。虽然如此，但也不可将该规则在司法实践中发挥过的正面作用一概否认。作为侵权责任归责体系的一个补充制度，其为受害人与行为人均无过错，但损害结果与行为人有事实上的牵连、后者不分担损失将显失公平的情形提供了解决方案，替我国尚未成熟的社会保障机制和保险制度承担了一部分功能。未来应当通过法典之外的途径对该规则的模棱两可之处进行填补与解释，防止出现司法适用上的误区，同时应加快建设社会法中与此接轨的相关制度，让后者承担其应有的社会保障功能。

## 【参考文献】

- [1] 张金海. 公平责任考辨 [J]. 中外法学, 2011 (4): 758 - 773.
- [2] 余小伟. “公平责任”是否“公平”: 以二十世纪新侵权

法理论为视角 [J]. 政治与法律, 2017 (12): 107 - 122.

- [3] 王竹. 我国侵权法上“公平责任”源流考 [J]. 甘肃政法学院学报, 2008 (2): 138 - 144.
- [4] 张新宝. 侵权责任编起草的主要问题探讨 [J]. 中国法律评论, 2019 (1): 133 - 144.
- [5] 王利明. 侵权责任法研究: 上卷 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2010: 279 - 280.
- [6] 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 [J]. 法律科学 (西北政法大学学报), 2012, 30 (2): 104 - 111.
- [7] 叶金强. 《侵权责任法》第24条的解释论 [J]. 清华法学, 2011, 5 (5): 34 - 41.
- [8] 全国人大常委会法制工作委员会民法室. 《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 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2010.
- [9] 田土城. 论“损失分担”的性质和适用——以《侵权责任法》第24条为例 [J]. 中州学刊, 2013 (12): 62 - 65.
- [10] 陈龙江. 对我国民法上的“公平责任”的质疑 [J]. 海南大学学报 (人文社会科学版), 2005 (4): 395 - 400.
- [11] 叶金强. 相当因果关系理论的展开 [J]. 中国法学, 2008 (1): 34 - 51.
- [12] 窦海阳. 侵权法中公平分担损失规则的司法适用 [J]. 法商研究, 2016 (5): 125 - 136.
- [13] 张新宝. 侵权责任法 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2013: 107 - 108.
- [14] 王利明. 侵权责任法研究: 上卷 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 282 - 284.
- [15] 程啸. 侵权行为法总论 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 150.
- [16] 最高人民法院中国应用法学研究所. 人民法院案例选 [M]. 北京: 人民法院出版社, 2009: 93 - 100.
- [17] 吴国喆. 公平责任的滥用及其应对: 从侵权责任法第24条到民法典第1186条 [J]. 西北师大学报 (社会科学版), 2020 (6): 51 - 52.
- [18] 李挺. 侵权法公平分担损失规则研究 [D]. 上海: 复旦大学, 2013.
- [19] 单大圣. 中国建成世界最大社会保障体系后的政策选择 [J]. 北京航空航天大学学报 (社会科学版), 2019 (2): 27 - 33.

①“中国社会保障体系虽大却不够强，还难以适应国家治理体系和治理能力现代化的要求。”参见参考文献[19]。