

公平责任“依法”适用之解释论

——以《民法典》第1186条为中心

孙大伟

(上海社会科学院法学研究所,上海 200020)

摘要:我国《民法典》第1186条规定,适用公平责任须“依照法律的规定”。基于“一般规定+具体条款”的学理主张,这一修改形成了新的规则模式,即公平责任适用要满足“双重条件”：“行为人和受害人对损害结果的发生都没有过错”,再加上符合“具体条款”的规定。在“具体条款”与公平责任构成要件不兼容的情况下,这种模式会导致对第1186条效力的否定;即使在能够兼容的情况下,因该具体条款不具排他性,亦无法抑制公平责任被滥用。从根源上看,造成公平责任扩张的主要原因是构成要件模糊性以及既有构成要件未获严格遵守,将其适用限定于“具体条款”的做法,不仅无助于抑制公平责任扩张,还会引发公平责任适用的逻辑困境。“依照法律的规定”应被视为对公平责任法律效果的限定,即调整法官的裁量空间,使之参照法律确立的损害赔偿项目及标准确定分担损失的数额。

关键词:公平责任;具体条款;构成要件;法律效果

中图分类号:DF522

文献标识码:A

文章编号:1005-9512(2021)08-0097-14

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2021.08.008

公平责任在我国侵权法中存在着扩张乃至被滥用的趋势,这一点学理与实务界已达成共识。^①与大陆法系国家和地区之法律规范相比,我国法上的公平责任具有以下两方面特征:其一,适用领域广泛。无论是《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第132条还是《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第24条,均未限定公平责任的适用范围,其不仅可以在人身损害领

作者简介:孙大伟,上海社会科学院法学研究所副研究员、法学博士。

^①相关学理观点,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(6)》,中国政法大学出版社1998年版,第293页;王利明:《侵权行为法研究(上卷)》,中国人民大学出版社2004年版,第292页;郭明瑞:《关于公平责任的性质及适用》,载《甘肃社会科学》2012年第5期。相关实务观点,参见王毓莹、向国慧:《论公平责任原则的限制适用——公平责任原则的公平危机及其防范》,载《法律适用》2004年第9期;陈科:《公平责任一般条款的司法适用——以100份侵权案件判决书为分析样本》,载《法律适用》2015年第1期。

域适用,而且在财产损害以及侵犯知识产权等领域也有适用空间。^②与之相对,在大陆法系国家,公平责任仅于特定情形才有适用的机会。以《德国民法典》为例,其第 829 条规定的公平责任只适用于按照第 827 条和第 828 条规定无需对损害负责,继而可能会产生不公平结果的案件;^③在《瑞士债务法》中,也只有当无判断能力人致损时,法院才能依公平原则判决其承担部分或者全部赔偿责任。^④其二,确立义务而非减轻责任。无论《民法通则》第 132 条的分担责任,还是《侵权责任法》第 24 条的分担损失,公平责任都能够为民事主体设定相应的义务。在比较法上,不受适用领域限制的公平责任,似乎主要是在已经成立侵权责任的情形下,根据实际情况的考量减轻侵权人之赔偿责任,此类规范之代表为《俄罗斯联邦民法典》第 1083 条第 3 款以及《埃塞俄比亚民法典》第 2099 条等。^⑤

上述两项特征结合在一起,使得我国侵权法中的公平责任具有了为一般性民事主体设定义务的功能,而在侵权领域内,具有此种功能的非归责原则莫属。因此,在《民法通则》确立公平责任后较长时期内,许多学者认为公平责任构成过错责任和无过错责任之外的第三种“归责原则”。^⑥随着《侵权责任法》第 24 条以“分担损失”替代原有的“分担责任”表述,立法机关明确否定了公平责任的归责原则定位,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)颁布后,参与立法的单位的说明再次确认了这一点:“《侵权责任法》第 24 条规定并不是一项独立的归责原则,而是在过错责任原则基础上经过考察,判定双方没有过错,进而对受害人和行为人(而非被侵权人和侵权人)损失分担的裁判指引。”^⑦上述态度同样得到学界的认同。^⑧

与《侵权责任法》第 24 条相比,《民法典》第 1186 条的变化之一,是将“根据实际情况”修改为“依照法律的规定”,这一修改的意义何在,其对我国公平责任的规范定位及适用有何影响?对此,全国人大法工委明确指出:“实践中,该规定因裁判标准不明导致适用范围过宽,社会效果不是很好。为进一步明确该规则的适用范围,统一裁判尺度,草案将《侵权责任法》中的‘根据实际情况’修改为‘依照法律的规定’。”^⑨在立法机关看来,《民法典》第 1186 条的修改是为了明确公平责任的适用范围,进而统一司法裁判的尺度,这也与学界的一贯努力相一致。^⑩然而,进一步思考,有关公平责任的疑问却并

②在火灾致财产损害领域的应用,参见“江西省新余市浙新生态农业开发有限公司诉江西畅行高速公路服务区开发经营有限公司财产损害赔偿案”,江西省高级人民法院(2016)赣民终 339 号民事判决书;在侵害商标权纠纷领域的适用,参见“广东省中山市石岐区远胜制衣厂诉上海市虹口区娜娜服饰店侵害商标权纠纷案”,上海市杨浦区人民法院(2016)沪 0110 民初 20617 号民事判决书;在因意外事件导致的财产损害领域,参见“余清远、黄某 1 等与张长琪海上人身损害责任纠纷案”,广西壮族自治区高级人民法院(2016)桂民终 238 号民事判决书。

③参见陈卫佐:《德国民法典(第 4 版)》,法律出版社 2015 年版,第 318 页。

④《瑞士债务法》第 54 条第 1 款:“法院得依公平原则,判决无判断能力人,对其所致之损害,负部分或全部的赔偿责任。”《瑞士债务法》,戴永盛译,中国政法大学出版社 2016 年版,第 21 页。

⑤《俄罗斯联邦民法典》第 1083 条第 3 款:“法院可斟酌致害公民的财产状况,减少其赔偿损失的金额,但损害由其故意行为所致时除外。”《俄罗斯联邦民法典》,黄道秀、李永军、鄢一美译,中国大百科全书出版社 1999 年版,第 448 页。《埃塞俄比亚民法典》第 2099 条规定:“(1)如果导致责任的过犯是处在不知其行为的过错性质状态的人实施的,在衡平需要时,法院可减少授予的赔偿额。(2)在这一问题上,必须考虑当事人各自的财务状况和过犯的行为人的赔偿损害责任的后果。”《埃塞俄比亚民法典》,薛军译,厦门大学出版社 2013 年版,第 294-295 页。

⑥参见蓝承烈:《论公平责任原则》,载《学习与探索》1987 年第 3 期;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;蒋颂平:《“公平责任”原则应是独立的归责原则》,载《人民司法》1989 年第 7 期;孔祥俊:《论侵权行为的归责原则》,载《中国法学》1992 年第 5 期。

⑦张鸣起:《民法典分编的编纂》,载《中国法学》2020 年第 3 期。

⑧张新宝教授指出:“公平责任原则不是我国侵权责任的归责原则之一,主要理由是:(1)缺乏法律依据;(2)没有具体的案件适用对象;(3)不符合对案件的认识规律。”张新宝:《侵权责任法》(第 5 版),中国人民大学出版社 2020 年版,第 21 页。

⑨沈春耀:《关于提请审议〈民法典各分编(草案)〉议案的说明——2018 年 8 月 27 日十三届全国人大常委会第五次会议上》。

⑩参见曹险峰:《论公平责任的适用——以〈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;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》,载《中州学刊》2013 年第 12 期;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。

未因此而消除,仅就“依照法律的规定”这一表述而言,便有以下两个问题亟待澄清:第一,此处的“法律”,其范围如何确定,在《民法典》对此没有明确规定的情况下,哪一具体条款可纳入其中?第二,在具体条款确定后,如果该条款与《民法典》第1186条前半句规定的构成要件存在差异,则是依据具体条款还是第1186条前半句来决定公平责任的适用?对上述疑问,从《民法典》第1186条规定本身以及立法机关所作的“说明”中尚难以推知确切答案。

为此,笔者于本文中将通过既有学理与实务的梳理,探究基于“依照法律的规定”限制公平责任适用的理论前提即“一般规定+具体条款”理论,以及由此形成的公平责任适用“双重条件”模式,进而提出将“依照法律的规定”解释为依照“具体条款”分担损失可能存在的问题,最后在明确公平责任被滥用之根源及其解决方案的基础上,对“依照法律的规定”重新加以解释,使其能够在文义层面契合《民法典》第1186条的规定,并与我国既有的侵权规范体系相协调。

一、“具体条款”及其逻辑展开

对于《民法典》第1186条“依照法律的规定”这一修改,学者普遍认为是使公平责任与具体法律条款结合起来,即公平责任需要在得到法律明确规定的情况下才能被适用。^⑪由此,“依照法律的规定”这一改动似乎意味着,在《民法典》施行后,公平责任只能适用于法律有具体规定的案件之中,而在其他情形下,法官不能仅基于案件符合公平责任的一般规定,就在当事人之间分担事故造成的损失。笔者将于本部分考察赋予“依照法律的规定”上述内涵的学理依据及其相关效果。

(一)引入“具体条款”的学理依据

将公平责任的适用与法律规定的具体条款联系起来,这种做法符合我国民法学理研究中的既有主张。就公平责任规范而言,学理所秉持的观点是“一般规定+具体条款”理论。有研究将公平责任规则区分为“适用条件”和“具体情形”两部分,并将具体情形区分为以下五种:“有财产的无民事行为能力人或限制民事行为能力人致人损害的责任”;“暂时没有意识或失去控制的完全民事行为能力人致人损害的责任”;“紧急避险人的适当责任”;“高楼抛物致人损害的责任”以及“在责任分担中的公平责任适用”。^⑫也有研究者主张,公平分担损失规则除了《侵权责任法》第24条以外,还包括第31条规定的紧急避险,第32条规定的未成年人和精神病人致人损害,第33条推定的暂时丧失心智的损害责任,第87条规定的高空抛物损害责任。^⑬在此基础上,近年来有研究者明确提出:“《民法通则》采取了‘具体列举+一般规定’的模式来规定公平责任。所谓具体列举,就是在《民法通则》及司法解释中,规定了三种适用公平责任的具体情形……而‘一般规定’即为《民法通则》第132条。该条规定了公平责任的适用条件,即凡是‘当事人对造成损害都没有过错的’,就可以根据实际情况,由当事人分担民事责任。”^⑭由此可见,虽然具体条款的内容存在差异,但学理观点普遍认同我国的公平责任采纳

^⑪ 张新宝教授认为这是“法律规范意义上的重大修改”,其“将一个授予法官裁量权的裁判规则条文修改为指引性规定”,“如果要判决‘由双方分担损失’则需要有民法典或者其他法律的明确规定”。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。杨立新教授也认为,这一修改说明“不仅要符合本条规定的条件,而且还须依照法律的具体规定,才可以适用公平分担损失规则,对双方当事人的损失进行分担”。杨立新:《民法典对侵权损害赔偿规则规则的改进与适用方法》,载《法治研究》2020年第4期。

^⑫ 王利明:《侵权责任法研究》(第2版),中国人民大学出版社2016年,第288-293页。

^⑬ 参见杨立新:《侵权责任法(上卷)》(第4版),人民法院出版社2011年版,第697页。

^⑭ 程啸:《侵权责任法》(第2版),法律出版社2015年版,第104页。

了“一般规定+具体条款”的规则模式,该主张似乎也为立法机关所认同。^⑮

基于公平责任应采纳“一般规定+具体条款”的立场,当《民法典》第 1186 条将“根据实际情况”修改为“依照法律的规定”时,将“依照法律的规定”与依照“具体条款”相关联,便会使公平责任的适用限定于法律的具体规定之中,从而“意味着《民法典》施行后,法官只能依据法律的规定,而不能自行决定根据所谓的实际情况来适用公平责任。这就极大地限缩了公平责任的适用,从根本上防止了滥用公平责任、软化侵权法归责原则的体系构成的弊端。”^⑯由是,《民法典》第 1186 条被认为不再是独立请求权基础规范,^⑰以至于有学者担忧这有可能造成法官在需要适用公平责任解决纠纷时无相应规则可用。^⑱上述论断实质上将《民法典》第 1186 条规定的公平责任的适用条件归结为二:其一,需满足“行为人和受害人对损害的发生都没有过错”的要求,该句规定了有关于公平责任的构成要件;其二,应当“依照法律的规定”,即符合“具体条款”而不能与之相抵触。^⑲可见,基于“一般规定+具体条款”理论,公平责任适用必须满足规范的“构成要件”与“具体条款”规定这双重条件,否则即不符合《民法典》第 1186 条确立的“规则模式”。

(二)公平责任“双重条件”内涵的界定

为《民法典》第 1186 条“依据法律的规定”赋予上述内涵,确立“双重条件”的公平责任模式,被认为是《民法典》编纂过程中的一项重大制度变化。^⑳然而,上述模式若要成立,还需满足一个前提,即两项成立条件之间不存在逻辑冲突,也就是说,司法实践中须有案件能够同时符合上述两项条件。由此,需要解决的前提问题便是,两项条件各自的内容是什么,应当如何对其内涵加以界定。

首先,《民法典》第 1186 条前半句明确了公平责任的“构成要件”。该条中“行为人和受害人对损害的发生都没有过错”与《侵权责任法》第 24 条第一句完全相同,与《民法通则》第 132 条的规定相比,“构成要件”的改变揭示出公平责任规则自身的三个变化趋势。

一是分担损失的主体范围更确定。与《民法通则》第 132 条“当事人”的模糊称谓相比,《民法典》将分担损失的主体范围明确界定为“行为人与受害人”,使得损失分担的主体范围由当事人限缩为行为人与受害人,即使将其扩张解释为行为人一方与受害人一方,也仅将部分与行为存在特定关系的主体纳入其中,^㉑因而将未作出加害行为的多数主体排除在分担损失规则的适用之外。

二是行为与损害之间的关联性更清晰。该句明确规定行为人与受害人对“损害的发生”均不存在

^⑮在《侵权责任法》颁布之初,立法机关编写的相关文献对公平责任的定位之后,便列举了可以适用该规则的五种情形:“(1)无民事行为能力人造成他人损害……(2)完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制没有过错,但造成他人损害……(3)具体加害人不明,由可能加害的人分担损失……(4)因意外情况造成损害……(5)为对方利益或者共同利益进行活动过程中受到损害。”王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法解读》,中国法制出版社 2010 年版,第 115-116 页。另参见全国人大法工委民法室:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文解释与立法背景》,人民法院出版社 2010 年版,第 100-101 页。

^⑯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。

^⑰参见王文胜:《适用公平责任规则是否存在法律因果关系为要件》,载周江洪、陆青、章程主编:《民法判例百选》,法律出版社 2020 年版,第 468 页。

^⑱周友军教授指出:“公平责任的适用情形都必须通过立法予以明确……虽然解决了‘一放就乱’的问题,但也会导致‘一收就死’的弊端。”周友军:《〈民法典〉侵权责任编的守成与创新》,载《当代法学》2021 年第 1 期。

^⑲杨立新教授指出:“对损失进行公平分担的要件是:第一,行为人造成了受害人的损害;第二,行为人和受害人对损害的发生都没有过错;第三,须有法律的特别规定,‘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。”同前注^⑱,杨立新文。

^⑳有观点指出:“《民法典》第 1186 条的完善是侵权责任编最大的亮点。该条增加了‘依照法律的规定’的表述,没有另外明确的、具体的法律规定(比如第 1190、182、183 条),仅仅靠第 1186 条本身是不能认定损失分担的。”陆宇峰:《民法典:最大化地谋求人民利益》,载《社会科学报》2020 年 6 月 25 日第 4 版。

^㉑尹志强教授认为,在“行为人”如果无责任能力或者死亡情况下,其监护人或继承人基于监护责任或继承规则对受害人一方的损失予以分担,而在受害人死亡的情况下,由受害人的近亲属作为“受害人一方”可以请求行为人分担损失。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。

过错,因而更强调行为与损害之间具有引起与被引起的关系。^②与之相对,《民法通则》第132条“损害结果”的规定,并没有提示出行为与损害之间的关联性,该损害结果可能是行为人引发的,也可能是其他主体或者其他因素引发的。^③

三是行为人与受害人的主观状态更明确。自《侵权责任法》第24条开始,由于行为人与受害人的主体范围更加确定,相应地,对其主观状态须为无过错的要求也更为明确:行为人主观无过错,意味着其行为虽然导致损害发生,但因不符合过错侵权的主观要件而不构成过错侵权;受害人主观无过错,则表明其在受到损害方面没有任何过错,因而符合救济无辜受害人的规范目的。^④

其次,“具体条款”明确了公平责任适用范围。与《民法典》第1186条前半句“构成要件”的规定相比,后半句有关“法律”的具体内涵则较不明确,无法基于相关法条加以推知。在《民法典》制定过程中,立法机关所作的说明也未涉及该问题。对此,有观点认为,此处的“法律”既包括《民法典》,也包括其他的单行法律,而在《民法典》中,直接规定适用公平责任的情形包括“紧急避险人对受害人的补偿责任”“见义勇为时受益人的补偿责任”等五种情形。^⑤这一观点大体上符合《民法典》颁布前学界对于公平责任“具体条款”的认识,^⑥同时与立法机关对《侵权责任法》第24条所作的说明基本一致,而其背后的依据即为“一般规定+具体条款”这一学理主张。虽然学理与实务对具体条款的类型确定有一定出入,但总体上将其限于具有“补偿”性质的侵权条款之中,因而与公平责任在行为人与受害人之间分担损失的法律效果相一致。基于对既有学说的观察,可以依据规范性质的不同将此类条款归纳如下:^⑦第一,狭义的公平责任。此即《民法典》第1190条第1款规定的因责任能力不存在而被排除侵权责任情形下对受害人的补偿义务,此种情形与《德国民法典》第829条公平责任具有相似性。第二,牺牲责任。其目的是对合法侵害加以补偿,包括《民法典》第182条第2款规定的紧急避险与《民法典》第183条规定的见义勇为情形下的补偿义务。第三,接受劳务方的补偿义务。根据《民法典》第1192条第2款,因第三人行为而使提供劳务方受到损害的,接受劳务方可以给予补偿,并可以在补偿后向第三人追偿。第四,高空抛物致害人不明时的补偿义务。高空抛物致人损害情况下,经调查难以确定具体侵权人的,根据《民法典》第1254条第1款,由可能加害的建筑物使用人给予补偿。

有鉴于此,基于“一般规定+具体条款”进行推论,公平责任的适用可以从两方面得以确定:一方面,公平责任成立需同时满足构成要件与“具体条款”所确立的“双重条件”,仅符合公平责任的构成要件无法在行为人和受害人之间确立损失分担关系;另一方面,通过赋予“具体条款”以确定内涵,将公平责任限定于四种类型的规范之中,进而防止其在适用过程中不当扩张。如果上述判断能够成立,则接下来笔者将在本文中检验此种“双重条件”模式在理论及实践层面能否成立,同时考察其能否实现抑制公平责任滥用的效果。

二、公平责任成立“双重条件”的剖析

如果公平责任“双重条件”能够相互兼容,则意味着基于“一般规定+具体条款”对《民法典》第1186条进行的解释可以成立,反之,则表明此种解释可能存在问题,因而应探究其背后存在的深层次

^② 参见前注⑩, 奚海阳文。

^③ 此类案件数量较多,此处仅举两例:“金某与某某中学财产损害赔偿纠纷案”,上海市长宁区人民法院(2007)长少民初字第1号民事判决书;“岳本茂与杨寿朋等人身损害赔偿纠纷案”,佛山市中级人民法院(2006)佛中法民一终字第715号民事判决书。

^④ 参见前注⑩, 曹险峰文。

^⑤ 参见前注⑩, 程啸文。

^⑥ 参见前注⑫, 王利明书, 第288-293页;参见前注⑬, 杨立新书, 第697页。

^⑦ 以下“具体条款”仅限于《民法典》,对于其他法律可能涉及的此类“具体条款”,因与本文论述主题关系不大,此处暂不讨论。

原因。此处将先讨论三项“具体条款”，即牺牲责任、劳务接受者责任以及高空抛物致害人不明责任，与公平责任“构成要件”之间的关系，再对无意识者致人损害情形加以讨论。

以“依照法律的规定”为管道，引入“具体条款”以限制公平责任适用，这种做法使得《民法典》第 1186 条具有类似“转介条款”的性质，不同在于，转介条款通常将非私法规范纳入私法领域。^②此种定位也使得公平责任的适用须满足“双重条件”：第一，公平责任的“构成要件”得到满足，即行为人和受害人对损害结果都没有过错；第二，“具体条款”自身的规定也得到满足。此处笔者将分别对三项“具体条款”加以分析，以检验“双重条件”能否相互兼容。

首先，将紧急避险与见义勇为之下的补偿义务作为公平责任的“具体条款”，主要涉及《民法典》第 182 条、第 183 条。第 182 条第 2 款规定紧急避险人的补偿义务，第 183 条则规定见义勇为受益人的补偿义务。紧急避险，即私法上的牺牲，是在高位阶权利与低位阶权利发生不可调和的冲突时，低位阶权利须让位于高位阶权利的情形，但低位阶权利一时的退避并不意味着其法益所有人需承担永久损害，源于利益衡量的侵害权伴随着特别补偿，这在结果上实现了高位阶权利与低位阶权利的同等地位。^③此处之危险是“由自然原因引起的”，紧急避险人为了维护其自身具有更高位阶的权利，如为了救火而未经他人允许使用其灭火器，为了抵挡野兽攻击而进入他人在森林中的住宅等，其行为虽造成对他人财产的损害，却不具有违法性，属于法律允许的伤害。由此，因紧急避险而做出的行为并非侵害行为，其自身受到法律的许可。《民法典》第 1186 条中的“损害”及相应的致害“行为”，则符合过错侵权责任构成要件之规定，而只是因行为人不具有主观过错才不成立侵权责任。此外，就第 183 条规定的见义勇为受益人补偿义务而言，见义勇为者的损失可能是由侵权人造成的，也可能是因保护他人而由自己造成的，但无论如何，受益人并未导致损害结果的发生。一方面，从体系归属看，此种情形更符合无因管理的构成要件，遭受损害的见义勇为者因此可基于无因管理之债向受益人请求赔偿；^④另一方面，受益人并未作出致害行为，其与损害结果的发生也没有法律意义上的联系，因而不符合《民法典》第 1186 条前半句的规定。可见，紧急避险与见义勇为之补偿义务在作为公平责任所涉的“具体条款”时，其“构成要件”与《民法典》第 1186 条前半句在实质上无法兼容。也就是说，当案件事实符合紧急避险与见义勇为之法律规范时，便不符合《民法典》第 1186 条规定的构成要件，反之亦然。

其次，就接受劳务一方的补偿义务而言，主要是指《民法典》第 1192 条第 2 款。其规定：“提供劳务期间，因第三人的行为造成提供劳务一方损害的，提供劳务一方有权请求第三人承担侵权责任，也有权请求接受劳务一方给予补偿。接受劳务一方补偿后，可以向第三人追偿。”这一规定，是在个人之间劳务关系未采取“无过错责任”情形下的折中性应对，该补偿义务介于无责任与无过错责任之间，在接受劳务一方因他人提供劳务而受有利益的情况下，要求其承担一定的补偿义务，此做法符合报偿原理，^⑤在性质上也更接近于“在特定情况下法律赋予受益人的一种法定的义务，由受益人对损害后果进行一定幅度的分担”^⑥。作为“具体条款”，接受劳务一方的补偿义务，其“构成要件”能否与公平责任兼容？首先，从主体方面看，接受劳务一方并非致害人，此处造成损害的主体为第三人，即劳务关系之外的其他主体，由此，接受劳务一方并非造成损害的行为人，其不符合公平责任对主体之规定。其次，从行为与损害的关系看，接受劳务一方未有致害行为，或者即使作出一定行为，该行为与损害结果

② 参见朱岩：《违反保护他人法律的过错责任》，载《法学研究》2011 年第 2 期；另见朱虎：《规制性规范与侵权法保护客体的界定》，载《清华法学》2013 年第 1 期。

③ [德]多伊奇、阿伦斯：《德国侵权法——侵权行为、损害赔偿及痛苦抚慰金》（原书第 5 版），叶名怡、温大军译，刘志阳校，中国人民大学出版社 2016 年版，第 199 页。

④ 参见张金海：《公平责任考辨》，载《中外法学》2011 年第 4 期。

⑤ 参见前注④，程啸书，第 432 页。

⑥ 张新宝、宋志红：《论〈侵权责任法〉中的补偿》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2010 年第 3 期。

间亦无法律上的因果关系,同时达不到一般生活观念所认可的关联程度,^③可以认定其行为与损害结果的发生并无关联。由此,将“接受劳务一方的补偿义务”作为公平责任“具体条款”,其与《民法典》第1186条之规定同样存在矛盾。

最后,就高空抛物致害人不明时的补偿义务而言,其具体指向《民法典》第1254条第1款第2句,即在高空抛物或者坠物且致害人不明的情况下,“由可能加害的建筑物使用人给予补偿”。该规定与《侵权责任法》第87条具有相同的立法理念与规范逻辑,虽然学说观点对其褒贬不一,^④但仍在《民法典》中获得一席之地。该规则难以为学理所解释之处在于,如何将抛掷物的责任强制性地转化为建筑物所有人或者全体使用人的责任?^⑤在某种意义上,其既无法通过共同侵权行为或者共同危险行为理论加以解释,也与搁置物、悬挂物致害责任不同。在这种情况下,有学者主张“人民法院根据公平的观念,在考虑当事人的财产状况及其他情况的基础上,责令加害人对受害人的财产损失给予适当补偿”,其性质为“公平责任”。^⑥如果将高空抛物致害人不明作为“具体条款”,则需考察其与公平责任构成要件能否兼容?一方面,从行为与损害发生之间关系看,即使基于“因果关系推定”确立建筑使用人与损害结果间的关联关系,实际上却只有一个主体之行为导致损害结果发生,也就是说,其他主体的行为与损害并无关联,甚至其在损害发生时并未作出任何行为,这与公平责任要求行为与损害结果之间存在关联关系的要求无法吻合。另一方面,就行为人的主观状态而言,虽然绝大多数建筑物使用人并无主观过错,但实施损害行为者的主观过错则是毋庸置疑的。在这种情况下,在基于“因果关系推定”而确定的行为人群中,可以肯定有部分主体对损害的发生存在过错,而这与公平责任所要求的行为人和受害人对损害发生均无过错相抵触。^⑦

由此可见,三项“具体条款”的规定与《民法典》第1186条公平责任的构成要件均难以兼容。也就是说,从规范本身来看,如果将其作为公平责任适用时需要依照的“具体条款”,则会与《民法典》第1186条前半句相抵触,这意味着从逻辑上看,并不存在既满足公平责任的“构成要件”又符合上述三项“具体条款”规定的一类案件。为解决这一冲突,有观点主张否定《民法典》第1186条的“独立请求权基础规范”地位,其适用“须以法有明文为限”,^⑧这样似乎既可避免《民法典》第1186条规范之内部冲突,又能达到限制公平责任适用范围的效果。然而,问题是,将“具体条款”作为公平责任成立的唯一条件,这与其逻辑前提即公平责任成立需具备“双重条件”存在矛盾:起初,基于“一般规定+具体条款”的理论,将“依照法律的规定”解释为依照“具体条款”规定,从而确立公平责任成立的“双重条件”;此后,当两项条件之间出现规则之差异,又否定公平责任“构成要件”的法律效力,并使“具体条款”成为公平责任成立的“单一条件”。这种逻辑上的前后矛盾不仅使《民法典》第1186条因此可能名存实亡,而且使“一般规定+具体条款”的学理主张面临无法自圆其说的困境。自《民法典》施行后,检索实务中相关案件,公平责任的适用似乎并未受到上述“具体条款”限制,司法判决仍基于对规则构成要件

^③ 此外,以接受劳务一方因对方行为而获益,便判定其承担相应的补偿责任,此种观点看似成立,但其无法说明的是:基于劳务的获益并非单方面,而更是相互的,提供劳务一方亦因此而获得相应的收入。由此,以接受劳务一方获益为由要求其承担补偿责任,既过于苛刻,亦不符合公平原则。

^④ 对高空抛物纳入侵权法调整持赞同态度的观点,参见王利明:《论高楼抛物致人损害责任的完善》,载《法学杂志》2020年第1期;王成、鲁智勇:《高空抛物侵权行为探究》,载《法学评论》2007年第2期。持反对态度的观点参见刘士国:《楼上落下物致人损害加害人不明的法律救济》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2006年第3期;韩强:《论抛掷物、坠落物致损责任的限制适用——〈侵权责任法〉第87条的困境及其破解》,载《法律科学》2014年第2期。

^⑤ 奚晓明、王利明主编:《侵权责任法新制度理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第429页。

^⑥ 王利明:《抛掷物致人损害的责任》,载《政法论坛》2006年第6期。

^⑦ 参见前注②,尹志强文。

^⑧ 参见吴香香:《中国法上侵权请求权基础的规范体系》,载《政法论坛》2020年第6期。

的考量来判定是否进行损失分担。^⑨

以上对公平责任“构成要件”与“具体条款”规定不一致的情形进行了分析,而《民法典》第 1190 条第 1 款尚未被讨论,原因在于,该条所反映的问题与前述情形不同,因而有必要单独加以分析。对于暂时失去意识的完全民事行为能力人致损,其与德国法中适用公平责任的情形类似:主体的行为造成了受害人的损失,但其失去意识乃因疾病等突发原因所致,由此不具有主观过错,而受害人亦无过错。此时,《民法典》第 1190 条第 1 款之规定与第 1186 条的构成要件并不冲突,因而不会导致公平责任“双重条件”的对立。然而问题并未到此结束,如前所述,基于“一般规定+具体条款”理论,一旦符合“具体条款”的相关规定,则必须适用具体条款,并以此防止公平责任被滥用。从效果上看,这同样存在着将先前确立的“双重条件”模式转变为“单一条件”的逻辑困境。问题还不止于此,将公平责任的适用限定于暂时失去意识者致害之情形,又与我国侵权法实践所秉持的一贯立场相违背。

根据《侵权责任法》第 33 条第 1 款第 2 句规定,当行为人对于暂时没有意识或者失去控制没有过错时,即使其行为引发了损害结果,也可以不承担侵权责任,仅需对受害人的损害加以补偿。此时,该条与作为公平责任“一般规定”的《侵权责任法》第 24 条在适用范围上具有何种关系,是需要关注的问题。对此,立法机关认为:“本法第二十四条是对公平分担原则的规定,本条第一款的规定可以说是公平分担原则在具体制度中的体现。”^⑩可以说,在立法机关看来,作为“具体条款”的第 33 条是公平责任“一般规定”的具体体现,而第 24 条公平责任规范之适用范围并不会受到第 33 条规定的限制。该立场也可以从学者的论述中得到印证,对于《侵权责任法》第 24 条,相关研究肯定了该条作为“一般规定”的独立地位,但未将公平责任的适用限定于特定条款规定之情形,“即该法第 24 条对公平责任的一般规定,又另外规定了适用公平责任的几类具体类型”,即《侵权责任法》第 23 条规定的见义勇为、该法第 31 条第 2 句规定的紧急避险、该法第 33 条第 1 款第 2 句规定的暂时失去意识致损、该法第 87 条规定的高空抛物。^⑪ 此处的具体类型,仅仅是以列举方式规定的公平责任部分适用情形,而是否符合《侵权责任法》第 24 条的“构成要件”,则是判定可否进行损失分担的规范基础。实际上,在《侵权责任法》颁布以前,学理亦采此种立场,即“原则上,公平责任的适用应当主要限于法定的特殊情况,除了法定的应当适用公平责任的情形外,要适用公平责任必须要具备三个条件:一是不能适用过错责任……二是法律规定适用严格责任的情况也不能适用公平责任……三是被告的行为与损害之间必须有因果联系存在”。^⑫ 由此,在《民法典》出台以前,学界的共识似乎是,公平责任的“一般规定”与“具体条款”是一般与特殊的关系,后者并不能囊括前者的全部适用情形。这就意味着,就《民法典》第 1190 条而言,以该“具体条款”替代《民法典》第 1186 条的适用,并不符合我国民法学理的既有主张。

综上可见,如果基于“一般规定+具体条款”之主张,将“依照法律的规定”解释为依照“具体条款”规定,便会形成公平责任成立的“双重条件”,但此种规则模式却需面对以下两方面问题:一方面,当公平责任的“构成要件”与“具体条款”存在不一致甚至相互矛盾(如《民法典》第 182 条、第 183 条、第 1192 条第 2 款及第 1254 条的情形)时,会造成公平责任规范适用上的无所适从,此时如果排除《民法典》第 1186 条而选择适用“具体条款”,则会导致第 1186 条被否弃,这似乎与法律解释所要追寻的法条内容清晰、指引明确之效果相违背。另一方面,当公平责任构成要件与“具体条款”能够契合(如《民法典》第 1190 条第 1 款的情形)时,基于抑制滥用之目的将公平责任适用完全限于该“具体条款”,则

^⑨ 相关案例可参见“李长江与孙强生命权、健康权、身体权纠纷案”,辽宁省大连市中级人民法院(2021)辽 02 民终 534 号民事判决书;“丁文君等与俞晓立等、新昌县龙邦物业管理有限公司财产损害赔偿纠纷案”,浙江省绍兴市中级人民法院(2021)浙 06 民终 171 号民事判决书。

^⑩ 见前注^⑨,王胜明书,第 165 页。

^⑪ 参见前注^⑨,程啸书,第 104 页。

^⑫ 王利明:《侵权行为法研究》(上卷),中国人民大学出版社 2004 年版,第 299 页。

会形成实质上的“单一条件”模式,且与我国学理及实务中有关公平责任“一般规定”与“具体条款”关系的既有主张相背离。接下来,笔者将对导致前述困局的原因加以探讨,并以此为基础对“依照法律的规定”重新加以解释。

三、《民法典》第 1186 条之规范意旨^⑬

《民法典》第 1186 条所做的修改,依立法说明,^⑭主要解决“因裁判标准不明导致适用范围过宽,社会效果不是很好”的问题,而在“明确该规则的适用范围,统一裁判尺度”的目标下,立法机关采取的方案是通过将“根据实际情况”修改为“依照法律的规定”,以防公平责任被“滥用”。基于“一般规定+具体条款”的学理主张,相关研究将“依照法律的规定”解释为以“具体条款”作为公平责任的适用依据,进而抑制公平责任的扩张。然而,如前所述,由此确立的公平责任“双重条件”模式,实际上蕴含着难以克服的逻辑问题。这使人们不得不反思,应如何对“依照法律的规定”加以解释,才能将“明确适用范围,统一裁判尺度”这一立法目的贯彻其中?为此,笔者将从探寻第 1186 条规范意旨着手,考察既有公平责任被滥用之根源,进而基于规范文义及立法目的探讨“依照法律的规定”之合理解释方案。

如前所述,基于“一般规定+具体条款”之解释会使《民法典》第 1186 条自身面临难以克服的困境。此时的疑问是,为何该学理主张在解释《侵权责任法》第 24 条与“具体条款”之间关系时不存在问题,而将其适用于《民法典》第 1186 条便导致逻辑矛盾产生?实际上,这与《民法典》第 1186 条规范本身的变化直接相关。《侵权责任法》第 24 条,作为公平责任的“一般规定”,与其他的“具体规范”是相互独立的。此时,“具体规范”的事实构成即使与《侵权责任法》第 24 条不一致甚至相互冲突,但由于其独立于第 24 条,从体系上看可以被归入其他侵权规范,如前所述,紧急避险情形下的补偿属于牺牲责任,见义勇为受到的损失则可以通过无因管理制度加以正当化,接受劳动一方的补偿义务属于为他人行为负责范畴,^⑮使得前述逻辑矛盾不会出现在《侵权责任法》第 24 条之内。

然而,《民法典》第 1186 条的规定与之不同,其将《侵权责任法》第 24 条中的“可以根据实际情况”修改为“依照法律的规定”,当此处的法律被解释为“具体条款”时,便将“具体条款”中的“事实构成”引入公平责任,继而形成公平责任成立的“双重条件”模式。可见,恰恰是忽略了《民法典》第 1186 条与《侵权责任法》第 24 条规范文义的差异,不加辨别地将“一般规定+具体条款”沿用于《民法典》第 1186 条,才引发了前述逻辑困境。根据既有的学说理论,该困境是无法被克服的。由此可以认为,“一般规定+具体条款”无法为《民法典》第 1186 条提供合理而自洽的解释。接下来,笔者将先对《民法典》第 1186 条之规范文义加以探讨,以此为基础寻找解决问题的初步线索。

一方面,“依照法律的规定”并非《民法典》第 1186 条“事实构成”之组成部分。在“民法典侵权责任编第一、第二、第三次审议稿”中,与《侵权责任法》第 24 条相比,唯一的修改之处是以“依照法律的规定”替代“根据实际情况”。在 2019 年 12 月 16 日的《民法典(草案)》中,立法机关又对该条进行实质性的改变:第一,将“可以”删去,使“依照法律的规定”紧接该条前半句;第二,将“依照法律的规定”与“由双方分担损失”合并为该条后半句。对于上述改变,立法机关并未作出任何说明,但这两处修改对于第 1186 条具有十分重要的意义,也为如何解释“依照法律的规定”提供了依据。从其在公平责任规范中所处的位置来看,在“民法典侵权责任编第一、第二、第三次审议稿”中,该表述均作为审议稿第

^⑬ 此处之规范意旨,即遵从探求制定法意志的客观说,德国学界已将该说作为解释制定法认识目的(Erkenntnisziel)的通说。基于此说,制定法一旦生效,便发展出其自身的、与历史立法者的权威解释相脱离的规范意志(Regelungswillen)。参见[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社 2006 年版,第 77 页。

^⑭ 参见前注^⑨,沈春耀文。

^⑮ 参见尹飞:《为他人行为侵权责任之间归责基础》,载《法学研究》2009 年第 5 期。

962 条第二分句独立存在,使其与第一分句有关于公平责任“事实构成”的规定并列起来,这同《侵权责任法》第 24 条的句式结构相一致。然而,从《民法典(草案)》开始,直至最终颁布的《民法典》第 1186 条,均已不再将“依照法律的规定”作为单独一句,而是将其与“由双方分担损失”合并在一起。如果说对“依照法律的规定”单独表述时,还可将之作为公平责任“事实构成”的一部分,那么当其不再被作为“分担损失”之状语限定词时,再将其作为公平责任的“事实构成”就缺少规范文义层面的支撑。

另一方面,“依照法律的规定”与《民法典》第 1186 条的“法律效果”紧密相连。从《民法典》第 1186 条文句结构看,“依照法律的规定”作为限定词,担当了“分担损失”的状语。一般地,“事实构成”和“法律效果”是完整法条的两个基本组成部分:^⑥如果说《民法典》第 1186 条前半句关于公平责任成立要件的规定属于规范之“事实构成”,那么后半句在性质上则属于规范的“法律效果”。由此,第 1186 条后半句可以被解释为,在案件符合公平责任“事实构成”的情况下,法官需要“依照法律的规定”决定如何分担损失。此时需要进一步追问的是,何谓“依照法律的规定”分担损失?从既有判例的分析中可以发现,法官在判定适用公平责任分担损失后,对于判决分担损失比例标准的依据完全没有述及。不仅如此,基于对具体案件的检索还可以发现,虽然属于同类型的案件,在公平责任成立情况下法官确定的损失分担比例却极为悬殊,而从判决书中无法找到导致上述差距的法律依据。为降低公平责任法律效果方面的不确定,减少法官的自由裁量空间被认为是适当的方法。^⑦

基于规范文义之考察,“依照法律的规定”似应作为公平责任“法律效果”的一部分,其目的是对法官在决定分担损失时的自由裁量权行使加以规范和指引。当然,仅基于规范文义之考察,并不能充分支撑上述判断。笔者将通过《民法典》第 1186 条规范意旨的考察,进一步论证上述判断的合理性。

从规范文义角度考量,“依照法律的规定”并非《民法典》第 1186 条“事实构成”之组成部分,而是隶属于该条“法律效果”部分并成为法官在决定如何分担损失时的指引。“法律效果”这一定位,似乎无法达到抑制公平责任扩张的作用,因而难以解决公平责任“因裁判标准不明导致适用范围过宽,社会效果不是很好”这一问题。为此,笔者将对导致公平责任滥用的原因加以考察。

公平责任在我国侵权法领域引发的争论,是从作为该制度前身的《民法通则》第 132 条开始的,学界就公平责任是否构成过错侵权责任与无过错侵权责任之外的归责原则展开了广泛讨论,在司法实践中,为使其适用更为规范,最高人民法院通过相关司法解释以及公报案例的方式对公平责任的规范内涵及适用加以澄清。^⑧2009 年《侵权责任法》第 24 条从“主体范围”、“规范定位”等方面对原有的公平责任加以修正,但即便如此,公平责任被滥用的情况依然普遍存在,主要体现在以下两方面。

首先,公平责任的“事实构成”存在争议。以公平责任的“事实构成”是否应当包含法律上因果关系为例,对于各方普遍关注的“郑州电梯劝烟案”,学界观点便分为肯定说、否定说与折中说三种。持肯定说者认为,“作为民法上的一种责任类型,侵权责任(不论称为“补偿责任”还是“赔偿责任”)应当满足基本的事实构成……在没有特别规定的前提下,侵权法上的责任承担必须最低限度满足前述事实构成要件。”^⑨持否定说者则主张,“‘以存在法律因果关系为要件’的观点在第 24 条的文义上并无

^⑥ [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社 2009 年版,第 39 页。

^⑦ 杨代雄:《一般侵权行为的无过错损失分担责任——对“无过错即无责任”的质疑及对“公平责任原则”的改造》,载《华东政法大学学报》2010 年第 3 期。

^⑧ 为明确公平责任的适用,最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 157 条规定了“为对方的利益或者共同的利益进行活动”中的损害补偿。此外,最高人民法院公报也刊载了有关公平责任的典型案例。参见“周开凤等诉宜昌县建设局人身损害赔偿纠纷案”,《最高人民法院公报》2001 年第 4 期;“李萍、龚念诉五月花公司人身伤害赔偿纠纷案”,《最高人民法院公报》2002 年第 2 期。

^⑨ 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。

依据,也未成为学术通说”,因而“不论行为与损害后果间有无法律因果关系,均可适用第24条。”^{⑤④}与前述观点不同,持折中说者一方面否定法律上的因果关系作为构成要件的必要性,另一方面又认为致害行为与损害结果之间应当存在事实上的因果关系。^{⑤⑤}与之相似,司法实务中同样未形成统一认识:该案一审法院基于“折中说”立场,认定“段某确实与杨某发生言语争执后猝死”,进而判决双方分担损失;二审法院则采否定说主张,认为适用公平责任的前提是“行为与损害结果之间有法律上的因果关系”,并由此认定一审判决适用法律错误。可见,无论学理观点,抑或司法实务,对于应否将法律上因果关系纳入公平责任的“事实构成”,并未达成一致意见;“肯定说”基于侵权法“责任自负”的法理,主张通过法律上因果关系限制以防止赔偿义务的泛化,并保护行为的自由空间;“否定说”(包括“折中说”)则基于对《侵权责任法》第24条的文义解释以及对公平责任“补偿”性质的强调,认为法律上的因果关系并非公平责任的构成要件。上述学理及实务层面的争论,涉及公平责任自身的定位及其与侵权法规范之间的关系问题,因有必要再做专门研究,笔者在此不做论述,但上述争论反映出,学理和实务对于公平责任“事实构成”尚未形成统一认识,这是导致公平责任被滥用的主要原因。

其次,公平责任“事实构成”在司法实践中被弱化。一方面,就主体而言,《侵权责任法》第24条规定的行为人,通常是指实施致害行为的主体,但在公平责任的司法实践中,行为人不包括其导致受害人损害的人,还包括其他与受害人有一定关系的主体,譬如,与受害人有交往关系的人,^{⑤⑥}甚至根本算不上致害的主体也被纳入其中。^{⑤⑦}有研究将此类主体归纳为九类,包括学校或其他教育培训机构、用人单位或接受劳务方、提供劳务或帮助的人、合伙人、与受害人有性关系的人、场所管理者、相约并共同参与同一活动者、合同关系人、物品所有者,^{⑤⑧}其范围广泛到无法为《侵权责任法》第24条的行为人概念所涵盖。另一方面,就主观状态而言,《侵权责任法》第24条明确规定行为人和受害人对损害的发生均无过错,但实际情况却并非如此。在适用公平责任的案件中,“近半数案件中当事人一方或双方存在过错,这明显不符合公平责任一般条款的适用条件”。^{⑤⑨}除此之外,“在实践中,对于行为人与受害人都有过错、受害人有过错或行为人、第三人有过错的情况,多地人民法院仍依据该条予以判定。”^{⑤⑩}由此可见,公平责任在实践中被滥用的重要原因,是在补偿受害人目标下,《侵权责任法》第24条“事实构成”在司法实践中被不断弱化。

《民法典》第1186条前半句沿用了《侵权责任法》第24条第一句的规定,就使得前述公平责任“事实构成”方面存在的问题可能继续出现在《民法典》中。在这种情况下,为实现“明确适用范围,统一裁判尺度”,似应主要关注公平责任“事实构成”的确定性问题,并通过学理研究以及司法判决逐步使其得到澄清和完善。有鉴于此,放弃对公平责任“事实构成”的讨论,转而通过引入“具体条款”并形成公平责任的“双重条件”模式,实属错判问题的症结,不仅无助于问题的解决,而且会导致公平责任出现难以克服的逻辑困境。可喜的是,近年来我国法院系统已开始在探明公平责任“事实构成”方面进行了相应努力:《人民法院案例选》(2018年第5辑、第6辑)专门刊发了“公平责任原则专题”,相关案例

^{⑤④}王文胜:《〈侵权责任法〉中公平责任规则的构造、表达及其反思——从“郑州电梯劝烟案”说起》,载《法治现代化研究》2018年第5期。

^{⑤⑤}“因为公平责任的主要目的即在于通过模糊处理消除当事人之间的权利边界,起到维护社会稳定的作用……在确定损失分担主体时,具备‘条件因果关系’即可,无须满足因果关系的相当性。”李昊、张博文:《受害人特殊体质与公平责任——反思“劝烟案”中的因果关系》,载《法治现代化研究》2018年第6期。

^{⑤⑥}“王某与李某生命权、健康权、身体权纠纷案”,北京市密云区人民法院(2016)京0118民初5919号民事判决书。

^{⑤⑦}“张伟、王萍等与上海步阳置业有限公司财产损害赔偿纠纷案”,上海市嘉定区人民法院(2018)沪0114民初1641号民事判决书。

^{⑤⑧}参见前注⑩,案海阳文。

^{⑤⑨}此处作者所谓的公平责任,包括了《民法通则》第132条和《侵权责任法》第24条在内,但因为两条法律均规定需对损害结果或者损害发生无过错,所以此处采纳其考察的结果。参见前注①,陈科文。

^{⑤⑩}参见前注⑩,案海阳文。

分别从构成要件方面,^{⑤7}以及适用领域方面,^{⑤8}对公平责任进行了详细探讨。^{⑤9}

四、对“依照法律的规定”之再解释

如前所述,“依照法律的规定”属于《民法典》第 1186 条法律效果的相关成分,其作为“分担损失”的限定语而存在。由此,在决定如何分担损失时,法官便需要“依照法律的规定”进行裁判。^{⑥0} 此处须追问的是,何谓“依照法律的规定”分担损失? 笔者以为,这与法官在认定公平责任成立后作出的分担损失判决缺乏法律依据有关,并同法官在损害赔偿判决中进行的详细计算形成鲜明对比:无论《侵权责任法》还是《民法典》,都对损害赔偿范围进行了明确规定,侵害他人造成人身损害的,应赔偿医疗费、护理费等为治疗和康复支出的合理费用,以及因误工减少的收入;造成残疾的,还应赔偿辅助器具费和残疾赔偿金;造成死亡的应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。对于上述费用应当如何计算,最高人民法院通过司法解释进行了详细规定。^{⑥1} 由此,法官对于损害赔偿的范围及其计算标准,能够在相对明确的规则指引下进行。与之相比,就损失分担的范围及计算标准而言,检索现有的法律、法规及司法解释,则几乎找不到相关规定,这就使得法官在判决分担损失时,难以获得明确指引,更多是通过自由裁量来决定如何分担损失,从而导致分担损失判决的不确定性增加,表现为如下三方面。

第一,分担损失的范围难以确定。对于应当分担的损失范围,存在诸多模糊之处,权益受损的一方,如果是人身权益受到损害,则医疗费、护理费、误工费等相关费用,应当被纳入分担的损失之范围,但受害人的精神损害赔偿应否被分担,法律却没有明确规定。对此,有观点认为,精神损害赔偿不能适用公平责任,原因在于:“一方面是因为其数额极不确定;另一方面重要理由在于,精神损害赔偿的惩罚功能与抚慰功能皆应依归于行为人的可归责性。正如成立侵权责任也未必有精神损害赔偿一样,不构成侵权责任而适用公平责任的情形就更不能适用精神损害赔偿。”^{⑥2} 然而,在实务中,除部分案件明确将精神损害排除外,^{⑥3}多数案件仍然将精神损害纳入分担损失的范围。^{⑥4} 此外,在公平责任成立的情况下,律师费应否被纳入损失分担范围,也没有相应的规定可以参照。

第二,分担损失的比例缺乏相应标准和依据。在依据公平责任判决分担损失的情况下,受害人与行为人分担损失比例应如何确定,《侵权责任法》第 24 条仅规定“根据实际情况”,其含义较为模糊,无法为学理研究及司法实务提供更多的指引。为此,有研究指出,应将“根据实际情况,由双方分担损失”改为“由双方各承担一半损失”,以增强公平责任法律效果的确定性。^{⑥5} 然而,也有研究对此加以

^{⑤7} 参见欧阳梅:《田九菊诉杨帆生命权纠纷案——“电梯劝烟案”中公平责任原则的适用》,载最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(2018 年第 5 辑),人民法院出版社 2018 年版,第 9-13 页。

^{⑤8} 参见丁万志:《解巧英、周亚兰等诉周宏邹、南通佳润物流有限公司等机动车交通事故责任纠纷案——好意同乘货运机动车发生交通事故意外事故时公平责任原则的适用》,载最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(2018 年第 5 辑),人民法院出版社 2018 年版,第 45 页。

^{⑤9} 《人民法院案例选》中适用公平责任的案件范围未受到“具体条款”的限制,亦佐证了笔者于本文中提出的以“具体条款”抑制公平责任扩张与我国司法实践不符的观点。

^{⑥0} 此时又会产生一个问题,即法官是应当还是可以“依照法律的规定”? 这个问题涉及第 1186 条本质上属于义务性规范还是授权性规范的问题,与此处所述内容并不直接相关,所以笔者于本文中不加以详细讨论。

^{⑥1} 可参见《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》(法释[2003]20 号);《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》(法释[2020]17 号)。

^{⑥2} 前注⑩,曹险峰文。

^{⑥3} 参见“史明山与刘佳生命权、健康权、身体权纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2018)京 03 民终 75 号民事判决书。

^{⑥4} 参见“上海市民办金盟学校诉沈丰杰教育机构责任纠纷案”,上海市第一中级人民法院(2017)沪 01 民终 10141 号民事判决书;“孙运静与段春梅等生命权、健康权、身体权纠纷案”,河北省张家口市中级人民法院(2014)张民终字第 18 号民事判决书。

^{⑥5} 前注④7,杨代雄文,第 105 页。

质疑,认为僵化的分担比例有可能带来诸多问题:“法律强制规定双方各自承担一半的损失,虽然表面上使得法官自由裁量权丧失,法律结果似乎更为明确化,但是却导致法律适用的机械化问题,严重扭曲社会关系,使得双方当事人利益失衡,造成更大的不公平。”^⑥在学说观点无法达成一致的情况下,实务中法官更多的是全面考量各种因素,在不损及个案公平的前提下,为受损一方提供适当的补偿,换言之,“法官在确定损失分担比例时应当尽可能考量客观因素,即责任人和受害人的客观经济状况、受害人的损害程度,但应把责任人的经济状况放在首位考虑;若存在受益人,则还需考虑受益人所受利益的大小,虽然受益人的受益程度并不是损失分担的出发点。总而言之,损失分担原则应综合考虑损害程度或者受益程度,以避免显失公平”。^⑦然而,由于法律未设定任何明确的标准,法官在决定分担损失比例时就享有较大的自由裁量空间,譬如,在案情相近的案件中,法院判决分损失的比例最低仅为5%,^⑧最高则达到50%,^⑨差距悬殊,相应的判决却未说明分担比例的依据。

第三,分担损失除外情形的缺失。即使案件事实符合公平责任的事实构成,也并不意味着必须在当事人之间进行损失分担,这类似于侵权法中规定的免责事由。实践中,不适用公平责任分担损失的事由应如何确定,是公平责任法律效果模糊的又一体现。在特定案件中,法院认为分担损失是不合理的,因而可以否定公平责任的适用;有法院认为在城市更新过程中,不应适用公平责任以分担营业受到影响相关主体的损失,进而打破“凡市政工程损害即可赔偿/补偿”的预期。^⑩此处,法院根据案件所涉及活动的性质,否定公平责任适用的可能性,即“公共利益工程所致损害应慎用损失分担原则”,这一主张也得到最高人民法院一定程度的认可。^⑪除此之外,基于案件当事人的具体经济状况,法院亦有否定公平责任适用的可能:在一起体育运动伤害案件中,法院基于损害的严重程度与当事人经济状况的衡量,否定了在当事人之间进行损失分担的必要性,即“公平责任原则的适用,一是损害程度必须较严重,不分担损失将使受害人受到严重损害,有悖于公平正义的观念;二是当事人的经济负担能力和承受能力,法院既要考虑加害人的经济负担能力,同时也要考虑受害人的经济承受能力”。^⑫由此,在司法实践中,法院会基于特定理由否定公平责任的适用,但如何对此类事由加以确定并使其类型化,民事法律及相关司法解释则没有提及。

综上,公平责任在事实构成方面存在较多不确定因素,其法律效果也存在诸多模糊之处,使得法官在判定如何具体分担损失时面临窘境。结合笔者于本文中提出的不应将《民法典》第1186条中“依照法律的规定”解释为民法或者其他法律中含有“事实构成”的“具体条款”之判断,笔者认为,可以将该条中的“法律”解释为侵权责任领域有关于损害赔偿的相关规定,从而在公平责任的法律效果与侵权损害赔偿之间确立起相应的关联,使法官在决定分担损失时须参照侵权损害赔偿相关规范,并列明其裁判理由。为此,应当考虑对既有的司法判决加以梳理,以逐步厘清公平责任之损失分担与侵权损害赔偿之间参照适用标准,进而提升公平责任规范在法律效果方面的明晰性与确定性。

^⑥ 李挺:《侵权法公平分担损失规则研究》,复旦大学2013年博士学位论文,第74页。

^⑦ 李茜、贺少玲:《杨玉荣诉宾成健康权纠纷案——对抗性体育竞赛中人身伤害损失分担的裁判考量》,载前注^⑥,最高人民法院中国应用法学所编书,第37页。

^⑧ 参见“牛博浩与北京政法职业学院等生命权、健康权、身体权纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2018)京03民终6837号民事判决书。

^⑨ 参见“王双京等与北京市通州区梨园学校等生命权、健康权、身体权纠纷案”,北京市第三中级人民法院(2018)京03民终2052号民事判决书。

^⑩ 参见“陈惠平诉广东广佛轨道交通有限公司相邻关系纠纷案”,广东省广州市中级人民法院(2016)粤01民终9号民事判决书。

^⑪ 参见林北征:《陈惠平诉广东广佛轨道交通有限公司相邻关系纠纷案》,载最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(2018年第5辑),人民法院出版社2018年版,第18页。

^⑫ 该案判决书指出,虞某1并未构成伤残,被认定的合理损失亦仅三万余元,其损害后果尚未达到严重程度;而从汪某1一方的家庭情况来看,其父母均属外地来沪务工人员,经济负担能力较弱,亦不宜适用公平责任原则由汪某1方分担虞某1的损失。参见“汪佳坤诉虞乐骏教育机构责任纠纷案”,上海市第一中级人民法院(2017)沪01民终5536号民事判决书。

五、结 语

与“一般条款+具体规定”学理主张导引出的公平责任逻辑困境相比,笔者于本文中旨在延续《民法典》第 1186 条的效力,并使公平责任能够在符合侵权法体系与规范特质的基础上得到修正,进而被纳入具有“中国特色”的侵权规范体系。从根源上看,导致公平责任被滥用的主要原因是其“构成要件”的模糊性以及既有要件未获严格遵守,因而通过“具体条款”限制其适用范围的做法,不仅无助于抑制公平责任的扩张,而且会造成难以克服的逻辑困境。基于法条文义及规范意旨的考察,《民法典》第 1186 条中“依照法律的规定”应被视为对公平责任“法律效果”的限定,其目的是使法官在决定如何分担损失时参照侵权损害赔偿的相关规则,譬如人身损害赔偿标准、受害人残疾或者死亡赔偿标准等,并如计算侵权损害赔偿一样,在判决书中分项目列出应分担损失的比例及具体数额,以此作为补偿受害人的法律依据。通过“依照法律的规定”这一修正,能在公平责任之损失分担与侵权损害赔偿之间确立更为紧密的联系,从而使基于公平责任进行的损失分担更具明晰性与确定性。

(责任编辑:江 锴)

On the Interpretation of the Application of Equitable Liability "in accordance with the Law" —Centered on Article 1186 of Civil Code

Sun Dawei

Abstract: Article 1186 of the Civil Code sets forth that the application of equitable liability must be made in accordance with a legal provision. Based on the theoretical proposition of "the general provision and a specific clause", a new rule model is established, namely, "dual conditions" should be met for the application of equitable liability: neither the actor nor the victim is at fault for the occurrence of the harmful consequence, and the "specific clause" is satisfied. When the "specific clause" is not compatible with the constitutive elements of the equitable liability, such model will lead to the negation of the effectiveness of Article 1186. Although they are compatible, because such specific clause is not exclusive, it is not impossible to restrain the abuse of the equitable liability. In view of the root cause, the main reason for the expansion of the equitable liability is the ambiguity of its constituent elements and the failure to strictly observe the existing constituent elements, thus restricting its application to "specific clauses" does not help restrain the expansion of the equitable liability but leads to the logical dilemma. The expression of "in accordance with the law" should be regarded as the limitation on the legal effect of the equitable liability, namely, the adjustment of discretion of judges to let them determine the amount of shared loss by reference to compensation items and standards established by the law.

Keywords: Equitable Liability; Specific Clauses; Constituent Elements; Legal Effect