

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

吴国喆

(西安交通大学 法学院, 陕西 西安 710049)

[摘要] 侵权责任法第 24 条所规定的公平责任, 系属一种损失分担规则而非对过错行为的处罚, 其适用受到严格的条件限制。然而由于该条文自身的抽象和法官所享有的过多自由裁量权, 使得实践当中该责任被广泛适用进而滥用, 导致侵权责任体系的模糊和社会价值取向的扭曲。民法典在直面问题和回应社会需求的基础上对该条进行修改, 限缩了法官的自由裁量权, 但同时使得该条的适用走向僵化。为此应通过扩张解释、类推适用等法律技术手段予以软化。

[关键词] 公平责任; 公平责任的滥用; 民法典第 1186 条; 应对策略

[中图分类号] DF 51

[文献标识码] A

[文章编号] 1001-9162(2020)06-0045-10

[DOI] 10.16783/j.cnki.nwnus.2020.06.006

公平责任的适用应当符合相应的前提条件: 侵权行为、损害后果和因果关系, 其本质目的在于通过实践人文关怀, 最大程度上分散风险成本来促进社会和谐友善的发展。然而司法实务中, 法院适用公平责任有时单纯是出于对受害者的同情和快速息讼的目的, 这对于被告显失公平, 极易引发社会道德的滑坡和人民群众对法律的质疑。因此本文聚焦于司法实践中存在的这一突出问题, 反思我国民法典为了应对这一问题所采取的技术手段, 以及由此所引发的新问题及其应对策略。

一、侵权责任法第 24 条的定位、功能及适用限制

侵权责任法第 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。”该条承袭了民法通则第 132 条。这两则精神一脉相承却略有差异的条文构成了我国侵权法上公平责任的法律规范基础。

(一) 定位

适用公平责任不可或缺的一个条件是哪一方对损害的发生都没有过错, 这是对过错责任背后“无过错则无责任”原则的否定和反思。有学者指出, 从逻辑层面上看, 过错责任与无过错责任是两

相对立的概念范畴, 以有无过错形成非此即彼的对立二元归责体系。^[1] 尽管现在看来将无过错责任界定为“没有过错”并不准确, 但这一思路可以赞同。张佩霖教授指出所谓公平责任仅适用于行为人无过错且不属于法定承担无过错责任的情形, 难以成为普遍使用且大量存在的侵权行为的准则。^[2] (P265) 此外, 公平责任旨在补偿损失而非确定责任。概言之, 公平责任所要解决的不是加害人的责任依据问题, 而是解决损害后果的合理分担问题。^[3] (P68)

本文认为, 将公平责任定性为损失分担规则, 能够促使法官在面对具体个案时依次检索是否可适用过错责任、无过错责任, 然后将目光聚焦于公平责任, 推动法官审慎判断当事人是否存在过错, 严格按照法定的侵权责任要件判断是否首先需要承担侵权责任, 避免出于快速息讼的目的, 径直采取公平责任而打乱既有的侵权责任体系。此外, 后文将述及, 公平责任的适用前提是无法适用无过错责任, 将公平责任定位为损失分担规则, 可与无过错责任原则进行区分, 避免实践中法官对二者的混淆进而引起法律适用上的矛盾。例如在交通事故责任纠纷中, 机动车一方本应承担无过错责任, 而在任何一方均无过错的情形下, 法官却引用公平原则

[收稿日期] 2020-09-18

[基金项目] 国家社会科学基金项目“事实因果关系不明侵权中的比例责任承担研究”(17XFX021)

[作者简介] 吴国喆 (1970—), 男, 甘肃静宁人, 法学博士, 西安交通大学教授, 博士生导师, 主要从事民法学研究

让机动车一方承担赔偿责任。^①这显然属于一种误用。

（二）功能

据立法部门的解读，适用公平责任并不是要求加害人与受害人平均分担损失，而应当考虑行为的手段、情节、损失大小、影响程度，双方的经济状况等因素，达到公平合理及时化解矛盾，妥善解决纠纷促进社会和谐的目的。^[4]（P108）探求公平责任的功能自然离不开侵权法的主要目标。正如耶林所言：法律并不以其本身作为目的，而仅仅是实现目的的手段，最终的目的是社会生活。^[5]侵权法的目标主要有以下几个理论架构：企业责任论、赔偿—威慑论、经济分析论、个案分析论和社会正义论。^[6]有学者将这五种理论分为两大类，个案分析论为“非结果论”，旨在实现个案正义，其余四种属于“结果论”，旨在实现除去个案正义的其他社会目标。^[5]赔偿—威慑论系典型的过错责任理论，而企业责任论可以合理解释现代企业在某些特殊情形下所应承担的无过错责任。后三种理论则与公平责任联系密切，本文以后三种理论为基石分析公平责任的功能。

经济分析论认为在事故发生后，在无任何分散机制的情形下，受害人所遭受的经济与社会上的困窘将导致次要事故成本发生，降低该成本的方式主要有两种：损失分散和“劫富济贫”。^[7]公平责任能够将受害人所遭受的无妄之灾的救济成本分散开来，企业为补偿者时可以将损失尽可能在全社会予以分散，而个人为当事人时所采取的措施为“劫富济贫”。社会正义论中针对大企业的错误行为提起的侵权诉讼能够矫正社会政治力量的不平衡。^[5]（P261）在我国的司法实务中，该理论主要体现在当事人双方力量不均衡的场合，通过公平责任让强势一方承担一定的损失填补义务，有利于矫正失衡的关系而保护弱者。正义长着一张“普洛透斯似的脸，变幻无常，随时可呈不同形状并具有极不相同的外貌”。^[8]正义作为法体系的基础价值，要求立法者应当拟定正当法律，而法官须贯彻“衡平的精神”以适用该法律。^[9]（P53）生活关系之复杂，正义形式之多样要求法官在个案裁判中落实个案的正当性。因此，在逐步自我实现的法秩序中，法官常常需要借助恰当的法律观点，依照生活经验做出正义的裁判。公平责任脱胎于法律的公平原则，赋予法官裁判的弹性空间让其得以在个案中追求事理上的正义。

综上，公平责任的功能在于通过分散救济成本的方式将法的正义价值落实于具体的个案当中。

（三）适用限制

侵权责任法第24条以“行为人”和“受害人”取代了民法通则第132条中的“当事人”，明确了该条适用的主体范围；将分担“民事责任”变为分担“损失”。虽然只是个别语词的变换，然而在法教义学下，法律条文以概念为主的逻辑体系和内涵会随着概念的不同，改变其适用条件和解释路径。

1. 可分担的损失限于直接经济损失

程啸教授认为，将“当事人”变为“行为人”和“受害人”，原因是侵权法律关系中存在受害人、行为人与责任人，而在判断是否存在过错时应当只考察行为人与受害人。^[10]（P105）限缩主体的范围旨在“节制”衡平责任，避免其过于原则化，防止审判实践中向一般条款的“逃逸”。^[11]（P106）公平责任是侵权法基于现代社会财富的两极分化和社会保障制度的不完善而产生的损失分担机制，其功能在于分散风险而不是惩罚过错，因此行为人分担损失的范围相较于侵权责任的其他情形应当予以限缩：仅限于受害人人身和财产的直接经济损失，而间接经济损失、纯粹经济损失以及精神损害^②都不属于补偿范围。其余的诸如住院伙食补助费、误工费及其他过高的诉讼费用是否纳入可分担的损失视实际情况而定，法院判决也有所不同。

2. 分担损失的主体限于积极行为人

一般而言，行为人即实施侵权行为的人，既包括积极的作为也包括消极的不作为，例如被监护人实施了侵权行为，监护人未尽到监护职责；学生在学校遭到第三人侵害时，学校未尽到合理的保护义务等，均为未尽到自己应尽的义务造成损害的发生或扩大，属于消极侵权行为人。通过具体案例可以发现，被法院判决承担补偿责任的主体，在案件审理中常常以自己不是侵权行为人为由，抗辩适用侵权责任法第24条，而法官裁判时往往会忽视这一理由，进而造成主体范围的扩大化。对于消极侵权行为人而言，如果没有过错，即证明自己已经尽到合理义务，但仍然根据公平责任被要求分担损失时，显然是不公平的。据此，本文认为适用公平责任的行为人应限定为积极行为人。

3. 主观条件限定为无过错，因此只能适用于过错责任的场合

适用侵权责任法第24条的一个关键条件是受害人和行为人都无过错，因而公平责任只能适

用于过错责任的场合。因为该条属于例外规定，特别重视“无过错”，意味着其所针对的情形是过错责任，否则强调“无过错”这个例外就没有意义。前文已述，张佩霖教授明确支持这一观点。

无过错责任，依据我国现行规则，其具体的适用场合完全依赖于法律的明文规定。立法者在决策无过错责任的适用场合时，进行了复杂的利益衡量与谨慎的价值判断，综合考量诸多因素，比如双方的经济状况、控制和分散风险的能力、损害发生的可能情形等等，并且根据实际情况设定特定的免责条件。可以看出，无过错责任适用所考量的因素与公平责任的情形几乎相当，如果根据无过错责任的免责条件原本无需承担责任，却根据公平责任让其分担损失，这就会导致法的体系价值冲突，发生两个严重的后果：其一是直接推翻了无过错责任免责条款的法律效力，使得立法者在设定免责条款时的政策衡量和价值判断完全落空；其二是公平责任的效力优于无过错责任。尽管二者适用的前提并不完全同一，但都属于对过错责任这一一般规则的反对和例外，二者应当处于同一效力层次，无论是哪一方优先都缺少正当性依据。

过错责任属于责任承担的一般情形，因为并没有在特定情形下承担过错责任的具体规定，所以将公平责任定性为其例外，并不会与具体的法律规则发生冲突。

二、我国公平责任适用的具体案例分析

侵权责任法第24条对侵权行为的类型和损害发生的情境等均没有施加任何限制，“可以根据实际情况”授予法官很大的自由裁量权，此规定的适用对于法律内部逻辑的融洽和公平正义的价值追求具有很高的危险性。在侵权责任法起草过程中，一些学者建议应当对公平责任适用的范围做出明确限定，^[4]但立法并没有采纳，导致其适用范围广阔且模糊。

（一）公平责任的适用情境

1. 经济能力不平等场合

（1）经营者与消费者

消费者在从事娱乐活动的经营场所猝死，而经营者已尽到合理限度内的安全保障义务，是否还应当根据公平责任分担损失？在“崔生秀案”中，一审法院认为，被告对于死者生前酒后要求按摩没有尽到劝阻义务，根据过错程度应当承担15%的赔偿责任；二审法院认为公司已经尽到了合理限度内

的安全保障义务，虽然无法认定其有过错，但是根据最高法院民通意见第157条的规定，^③认定该损害是由于在实施有利于公司的行为中发生的，并结合死者一家的经济状况，判决公司补偿10%的经济损失。^④由此可见，在此类案件中，即使经营者本身尽到了合理的安全保障义务，法院仍然倾向于以受害者是为了经营者的利益而受到损害为由，要求经营者承担公平补偿责任。

我国有些法院在产品责任领域也适用公平责任。产品责任为典型的严格责任，但是存在法定的免责事由。消费者因为符合法定免责事由的产品遭受严重损害时，法院会认为企业不予补偿对于受害人来说显失公平。因此基于矫正企业行为，促进社会正义的目的，要求企业补偿受害人损失。^⑤

需要指出的是，在违反安全保障义务的场合，原本属于过错责任，在此情形下适用公平责任并不存在太大的争议。但对于产品责任，因为属于无过错责任，原本无法适用公平责任，因此本文对此持否定态度。

（2）用工单位与劳动者

在劳务关系场合，劳动者工作期间因为意外事件或者自身健康原因造成猝死，而又没有证据证明用工单位存在过错，以及劳动者的损害与工作单位之间存在因果关系时，法院往往基于劳动者的劳动行为是为了对方的利益而存在，因此判令用工单位给予一定的经济补偿。^⑥在“李某与东莞凤岗嘉辉塑胶五金制品厂健康权纠纷案”中，法院认为，李某未能提供充分证据证明其所患疾病以及病情与五金厂的工作环境，及没有及时将体检结果告知行为存在相当因果关系，但是考虑双方当事人之间的关系、经济实力、李某所患疾病的特殊性，适用公平分担损失规则，判决五金厂承担一定的经济赔偿责任。^⑦该案存在的一个重要问题是忽略因果关系，留待后述。

（3）学校与学生

侵权责任法规定，幼儿园、学校或者其他教育机构能够证明其充分尽到教育、管理职责的，对在该机构学习和生活的未成年人不承担责任。而现实情况却是，只要孩子在校期间受到损害，无论学校有无过错，甚至损害是由学生自身原因导致，家长也会要求学校赔偿。比如学生在正常的体育教学活动中突然受伤^⑧；学生自行玩耍的意外事件^⑨；未成年人在学校自愿参与的文体活动中受伤^⑩等。法院往往出于息讼的目的，和基于让受害人自担风险

有违社会公平正义的理念，依据公平责任判处学校分担学生的损失。法院认为这不仅有利于化解矛盾，也更易被人民群众所接受，因为毕竟承担经济责任的是一个单位，相对而言有较强的经济能力。

实务中也存在相反的判决，如在“税华君等诉合江县人民小学人身损害赔偿案”中，因第三人侵权导致学生受到损害，学校已经尽到了合理的保障学生人身安全的义务。受害学生父母以侵权责任法第24条为依据要求学校承担补偿责任。二审法院以学校并不是公平责任承担的主体为由驳回了学生家长的请求。^⑩

近些年来，学校不断成为民事侵权诉讼的被告，如果确因其未尽到相应的义务，承担责任无可厚非。但现实情况是，个别家长不考虑法律责任的构成要件，认为只要孩子在学校受到伤害，后者就应当承担补偿责任，各种“学闹”不断上演。法院公平责任的判决会激励这种不良行为，进而导致社会的是非观念扭曲，正义得不到彰显，使得校园不再平静。从长远看，会严重影响学校的教学质量以及孩子良好品行的养成。

(4) 医院与患者

我国侵权责任法规定医疗机构所承担的是过错责任，若无法证明医院的过错，且不存在推定过错的情形，则医院无需承担责任。然而梳理实务案例发现，法官会充分考虑损失情况、受害人的家庭条件较差与医院分担风险的能力较强等因素，适用公平责任来缓和医患矛盾，在医院输血致害情形中尤为突出。如在“杨涌诉上海第二医科大学附属瑞金医院等人身损害赔偿案”中，^⑪ 医治患者所用的血液证明系来自合法途径，符合国家标准，且患者无确切证据证明其所受伤害与医院输血有因果关系，因此法院未支持原告的诉讼请求。但鉴于患者曾在医院治病，其不幸感染病毒并因此遭受巨大的精神损害和难以承受的经济压力，从公平责任出发，判决由医疗机构分担受害者的部分经济损失。^⑫

2. 非属经济能力不平等场合

(1) 不可抗力

我国侵权责任法规定因不可抗力造成他人损害的，不承担责任。突如其来的自然灾害，尽管被认定为不可抗力，但法院往往会根据公平责任要求当事人分担一定的损失。在“全国茹案”中，法院从能否预见、能否避免、能否克服的角度，分析当天的暴雨导致被告家墙面倒塌并造成受害人损失属于不可抗力。但法院认为在双方均无过错的情形下，

应当从诚信、互助、济困的角度出发，由双方对受害人的损害进行分担。^⑬ 与之相类似的案件还有“钱仲贤案”，法官在说理部分指出：此种由自然灾害引起的损害适用公平责任，主要有以下三个方面的考虑：围墙倒塌虽然是由不可抗力引起，但是与损害结果存在因果联系；围墙权利的所有者享有了围墙的利益，因而应适当承担责任；该围墙所有者在经济上具有一定的优势，抗风险能力较强。^⑭ 本文认为自然风险造成一方人身和另一方的财产损害，双方均为受害者。当双方均无过错时，让遭受财产损害的一方分担遭受人身损害的经济责任是不公平的。最佳的解决办法应当是鼓励购买人身意外保险，而不是让看起来受损失小的受害者补偿损失较大的受害者。

(2) 体育活动

体育活动具有一定的对抗性因而具有相当的危险，活动的参与者对该危险都会有一定的认知，在体育活动中遭受损害原本属于自甘风险领域，只要遵守比赛规则，一方不存在故意或重大过失的行为而导致对方身体受到伤害的，无需承担责任，对此我国民法典第1176条有明文规定。在“饶某诉魏某侵权责任案”中，法官认为羽毛球比赛是一项竞技性体育活动，具有一定的危险性，双方作为完全民事行为能力人应当对活动中可能产生的损害具有明确的认识和合理的预见。本案被告对损害后果的发生没有过错。但是鉴于原告因此受到了损害，根据侵权责任法第24条，综合双方的负担能力判处被告分担部分损失。^⑮ 也有法院对体育活动中适用公平责任持反对意见，认为在对抗性的体育赛事中，运动员所遭受的身体伤害并非源于另一方恶意，如判决由另一方承担公平责任，则必将导致比赛的双方因避免承担侵权责任而无法淋漓尽致地发挥体育竞赛水平，从而弱化竞赛的对抗性，这与竞赛的本质目的冲突，因此在竞技体育比赛中适用公平责任是不恰当的。^⑯

(3) 无偿帮工

在义务帮助场合，本应属于情谊行为而不产生法律关系，但在帮工过程中帮工人受到损害，就可能发生损害赔偿法律关系。人身损害司法解释第14条规定，帮工人因第三人侵权遭受人身损害的，由第三人承担侵权责任，第三人不能确定或者没有赔偿能力的，可以由被帮工人进行适当补偿。此处的适当补偿相当于公平责任的补偿责任。司法解释没有规定无偿帮工人基于意外事件遭受的损失由被

帮工人进行补偿，但是从司法实务来看，法官会从衡平双方利益的角度出发，认为帮工人是为了被帮工人的利益而受到损害，基于受益人规则采用公平责任。^⑩

(4) 交通事故

交通事故中适用公平责任，司法实践中主要出现在好意同乘，以及因为意外引起的交通事故中车主的责任承担。“解巧英案”中，货运机动车单方发生交通事故，致该车好意同乘人员受伤害，因机动车驾驶人与受害人均无过错，法院判处适用公平责任，由机动车驾驶人或所有权人适当补偿损失。^⑪在机动车驾驶人与好意同乘人均无过错的情况下，法院秉持善良风俗而采用公平责任。

我国侵权责任法对好意同乘受到损害没有做出具体规定，而民法典第 1217 条仅规定属于机动车一方责任的，应当减轻其赔偿责任。可知民法典认可好意同乘是社会生活中互帮互助的典型，即使驾驶人有过错都应当减轻责任，而在驾驶人无过错造成同乘人员损害的案件中，根据过错责任原则原本不应承担责任，受害人的损失属于自担风险领域。如果要让驾驶人因自己的善良承担公平责任，不仅对于驾驶人显失公平，更会打击社会上无偿搭载帮助他人的善良风俗。

在机动车与非机动车、行人之间发生交通事故，在双方均无过错的情形下，适用公平责任抑或无过错责任是处理该赔偿纠纷的核心问题。“华金虎案”中，公安机关确认本次交通事故属于交通意外，一审法院认定双方无过错，但是行人受伤与机动车后轮破裂有关，根据公平原则，应当赔偿受害人超出交强险赔偿限额范围部分。二审法院认为机动车交通事故在双方无过错情形下机动车一方承担的应当是无过错责任而不是公平责任，遂对一审判决进行改判。^⑫

从该案的判决可以看出，法院认为公平责任与无过错责任相互排斥，不能将公平责任适用于无过错责任场合。

(二) 公平责任适用中存在的问题

司法实践中，公平责任的不确定性使得法官并不详加考察个案的情形是否符合其适用条件，而将公平责任当作“兜底条款”进行适用。滥用公平责任不仅会阻挠侵权责任法其他功能的实现，还会加剧司法资源的耗散，造成更大的不公。^[12]

1. 主体的扩张

根据前述分析，公平责任只能发生于受害人与

行为人之间，分担受害人损失的只能是直接导致损害的积极行为人。司法实践中，法官在没有行为人的情形下，要求受益人分担损失是对适用主体的不当扩张。受害人要想让受益人分担其损失，须得存在其他的请求权基础。例如在见义勇为中，当侵权人逃逸或者没有能力承担责任时，可以要求受益人适当补偿受到损失的见义勇为者，其所依据的是侵权责任法第 23 条而非第 24 条。^[13]司法实例中，这类滥用主要发生在一方为负有安全保障义务的场所，而损害是由第三人造成的情形。

在“严某诉某学校人身损害赔偿案”中，原告在学校组织搬运课桌的活动中，右腿碰撞了桌角导致双下肢不能行走及站立。法医经过鉴定认为该状况是在该生原有胸段脊髓血管畸形的基础上，外力诱发畸形血管出血所致。一审法院认为原告为学生，入学仅五天，学校无法预见原告身体有缺陷，且搬运课桌碰撞身体系搬运过程中的正常现象，与学校的安全教育和监管之间亦无因果关系。但原告为被告提供了搬运课桌的劳务，被告作为受益人应适当补偿原告。^⑬该案中学校并不是造成原告损害的行为人。与之相类似的案件为单位或者学校组织的文体活动，成员自愿参与且受到体育活动中并非恶意的伤害，由成员所属或服务的单位承担公平责任。例如：“刘涛案”^⑭、“杨玉荣案”^⑮、“沈某某案”^⑯。根据民法典 1176 条，已经尽到安全保障义务的活动组织者无需承担责任，因此要求单位承担责任缺乏依据。

除此之外，在第三人侵权时，义务人已经尽到安全保障义务，但是仍然无法阻止侵害的发生，有的法院以行为会使得对方获益为由，依据前述最高人民法院民通意见第 157 条判决安全保障义务人承担公平责任。具体参照“李萍、龚念诉五月花公司人身损害赔偿纠纷案”^⑰。应当说，在法律解释层面，民通意见第 157 条中“为了对方利益”具有很大的拟制性和想象力，食客去酒店就餐，是否是为了酒店的利益，特别值得怀疑。我国司法实践对该条的应用，有非常明显的扩大化倾向，似成为一个任意解释的“口袋”条款。

2. 因果关系的弱化或被忽略

前文已述，在个案中判断过错的前提是因果关系的确定，而因为过错的客观化和因果关系的模糊性，导致实践中法官往往先判断过错，再进行有无因果关系的评价。法官判断因果关系时，常常依据自由心证和生活经验进行主观上的判别，导致在适

用公平责任时因果关系作为前提条件并不客观。此外，在一些难以用目前的技术手段证明因果关系的案件中，法官仍然会让一方承担补偿责任，前文已经引用了好几个案例，如在“李某与东莞凤岗嘉辉塑胶五金制品厂健康权纠纷案”中，没有证据证明原告患病与企业有直接因果关系，法院完全出于人文关怀，让企业给予一定的经济补偿。^⑤再如在“龙南风案”中，死者生前与一方互殴十四天后突然猝死，经法医鉴定，排除了机械性暴力损伤致死，而为心源性猝死。法院认为无法认定死者之死与殴打方有法律上的因果关系，但因死者确实被殴打，及目前鉴定条件和鉴定技术等因素受限，因此根据案件的实际情况，适用公平责任。^⑥

与之形成对比的是“田九菊案”，该案中二审法院认为适用侵权责任法第 24 条的前提是行为与损害结果之间存在法律上的因果关系，且受害人和行为人对损害的发生都没有过错。虽然杨帆好意劝阻段小立吸烟与段小立死亡，二者从时间上看存在先后顺序，但二者并无法律上的因果关系。一审法院虽认定劝阻吸烟的行为与死亡结果之间不存在因果关系，但认为死亡结果是在二人争执后发生的，因此法院判处被告对原告承担一定的补偿责任。一审法院忽视法律上的因果关系作为适用公平责任的前提，二审法院以前提条件不满足，不存在侵权责任法第 24 条的适用基础，认为一审适用法律错误，予以改判。

在医疗损害责任纠纷中也存在此种问题。如“石华案”中，医疗机构存在侵犯患者或家属知情权等行为，但该行为与患者损害后果之间并无因果关系，法院却适用公平责任判决医院承担补偿责任。^⑦医疗机构未尽到说明义务虽然侵犯了患者及其近亲属的知情权，但该行为与患者损害后果之间不存在因果关系。法院显然忽略了存在法律上因果关系是公平责任适用的前提条件。

3. 在无过错责任场合适用公平责任

在一些本该适用无过错责任的案件中，法官在肯定双方均无过错的基础上错误地适用了公平责任，不当扩大了公平责任的适用范围。比如在机动车交通事故责任、产品缺陷致人损害的领域等，前已述及，兹不赘述。典型案例还有“周妙彬诉宁德地区电信局等案”。^⑧

4. 分担损失的比例确定问题

我国法律中没有规定适用公平责任分担损失的比例标准，这造成司法判决中比例分配无章可循，

极大地破坏了司法的稳定性。^[14]在有些判决中，法官甚至并不核算损失，更不用说依照损失判定双方分担比例，直接给出行为人所应补偿的数额。^⑨分担损失并不意味着双方均摊，而是综合考虑实际情况，即原因力、利益得失、经济状况确定分担的比例。^⑩由于现实情形的复杂性、多样性，法官在判处损失分担比例时难以适用统一标准，导致同一类案件分担损失比例不同，引起当事人不满，造成法律适用的不公正。除此之外，一、二审对于同一案件的比例分配有时存在较大差异，有些案件二审判决会说明改变一审判决补偿数额的理由，^⑪也有二审法院仅以一审法院判决费用过高为由就予以改变，且降低幅度还比较大，^⑫更有甚者，二审法院认为一审法院适用法律错误，直接改判行为人不承担补偿责任，比如引发社会热议的“电梯劝烟猝死案”。^⑬由此可见，司法实践中存在分担损失比例一、二审不一致，以及判决理由缺乏或模糊的乱象。损失分担是公平责任承担的结果，也是当事人最为关切的问题。一旦比例过高或者过低，抑或相同情况不同补偿，而法官的说理又无法使得当事人信服，就会引发频繁上诉，不仅难以达到息讼目的，且造成司法资源的浪费以及当事人诉累的增加。

5. 扩张了分担损失的范围

比如将精神损害纳入公平责任分担损失的范围，明显不尽合理。“李志坚案”的争议焦点为，外祖父母已履行了监护职责，因意外致被监护的未成年人坠楼死亡的，是否应当承担补偿责任？法院最终根据公平责任判处外祖父补偿父亲一万元。法院的判决理由是作为孩子父亲的原告所遭受的精神痛苦比外祖父更为深重。^⑭精神痛苦原本不属于公平责任所应分担的损失，因为其属于主观情感层面，难以为外人所探及。本案中法院将两者的精神痛苦进行比较，认为父亲的精神痛苦高于外祖父，实属没有依据的妄断。法院抛开适用公平责任的所有限制，仅仅出于对父亲丧子的同情，论证说理较为苍白。

三、民法典中公平责任条款的适用困境

公平责任的滥用，不仅破坏侵权责任法的规则体系，引发侵权制度的正当性危机，更会造成大众无法预测自己的行为后果，因害怕动辄承担补偿责任而限制行为自由。为解决这一问题，促使公平责任的审慎适用，民法典第 1186 条将侵权责任法第 24 条“可以根据实际情况”变更为“依照法律规定”。

适用的根据从弹性迈向刚性，从而使得适用范围从宽泛骤然变得狭窄。该条文的改变并没有说明所依照者为哪种性质的法律？依照哪些具体的法律条文规定？由于其他法律条文的分散，与第 1186 条没有形成配套适用公平责任的体系，会使得法官在判案时无所适从。法官既没有适用公平责任的自由裁量权，也难以找到相关的法律规定，由此产生了公平责任适用的另一困境：在需要公平责任进行分配正义时，法官于法无据，难以适用，因此公平责任从滥用走向“禁用”，会使得该条很可能被束之高阁，而无法真正发挥公平责任的社会功能。

（一）从可以根据“实际情况”到依照“法律规定”

《民法典·侵权责任编（二审稿）》第 962 条规定：“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以依照法律的规定，由双方分担损失。”在正式的民法典条文中删除了“可以”二字，意味着法官只能且必须依照法律规定才能适用公平责任，这将极大地压缩法官的自由裁量空间。对于“依照法律规定”中的“法律”一词，并不存在清晰的解释。法律有狭义和广义之分，该条文所指如果仅为狭义的法律，则公平责任的适用情形将极其有限。条文本身的意义仅在于消极性规定，提醒法官除了法律明确规定的情形，其余的案件均不能依照公平责任对受害人进行补偿。实际情况的纷繁复杂被“法律规定”这一堵大墙隔绝在外，而墙里能适用公平责任的也均已经有了相应的条文规定。民法典第 1186 条将适用公平责任的开放、积极、动态的体系变成了一个难以应对社会生活的闭环系统，其自身也无法作为独立的请求权基础，必须与其他的法律相结合才可适用。

（二）第 1186 条适用的僵硬

民法典第 1186 条的出台，是为了解决公平责任在我国被不当扩张适用，以及侵权责任法第 24 条沦为侵权损害救济的兜底性条款，进而造成社会效果弊大于利的问题。^[14]从条文概念变动来看，“依照法律规定”的刚性要求使得民法典第 1186 条存在明显的矫枉过正。立法者改变此条文的目的在于统一裁判尺度，进一步明确适用范围。民法典第 1186 条虽然确实有利于解决公平责任因标准不明而导致的适用过宽问题，但同时造成了适用的僵化。

有学者提出既然将公平责任限制在法律规定的情形，那么该条规定则仅仅具有宣示意义，不如删

去。也有学者持反对态度，认为此规定排除了行政法规、司法解释等对公平责任的随意性规定，将其限定为法律保留事项，为未来的立法留下余地。^[15]对此，本文认为该条存在有其价值：首先，法律规定的适用公平责任的条文散见于民法典各个分编，该条为一般规定具有一般条款的性质，如果该条没有存在的价值，那与之类似的无过错责任条款（民法典第 1166 条）也没有了存在必要；其次，该条文位于侵权责任编，而公平责任适用“依照法律规定”的涵摄范围远远超过了该编，例如无因管理下的管理人因管理事务受到损失的，可以请求受益人予以补偿；最后，民法典中有关公平责任的具体规定如民法典第 1190 条第一款所规定的完全行为能力人暂时没有意识或失去控制造成他人损害没有过错的，对受害人的适当补偿，第 1192 条规定的第三人造成提供劳务一方损害，接受劳务一方对其的补偿等，都无法否定民法典第 1186 条的价值。该条具有独立的说明价值，一方面对前述的规定起到统摄作用，另一方面对于后期立法也发挥相应制约功能，在适用这些具体规定时，1186 条当然发挥指引、解释与补充作用。

四、软化民法典第 1186 条僵硬性的 对策建议

（一）对“法律规定”进行扩张解释

法律用语与科学性语言不同，其外延并不精确，在不同的场合甚至产生不同的涵义。法律条文中所使用的概念常常需要借助法律解释手段明确其界限。对概念有时基于当事人立场的不同，会朝着有利于自己的方向解释，从而产生对同一法律条文适用的理解偏差和矛盾。法律是定纷止争的工具，既然已经预见此种纠纷的产生，则应该借助法律解释予以统一。法律解释的目标是探求法律规范在今日法秩序的标准意义，达到此目标必须同时考虑历史上立法者的规定意向及法律内存的规范想法。^[9]（PP. 197—199）民法典第 1186 条“依照法律规定”中的“法律”一词内涵是非常丰富的。我国台湾地区民法第一条规定：“民事，法律未规定者，依习惯；无习惯者，依法理。”王泽鉴先生认为该条规定的是民法的法源及适用次序，此处所称的法律，应从广义解释，不仅指公布的法律，还应当包括行政规章、自治法规及条约。^[16]（P12）上文提及，我国有学者认为第 1186 条的改变使得公平责任成为法律保留事项，只能由狭义的法律即全国人

大常委会制定的法律进行规定。^[15] 此种解释几乎将公平责任的适用限定在民法典所规定的几种情形，不仅适用范围极其狭窄，难以适应社会复杂情况，也使得第 1186 条的存在没有了任何规范性意义。因此结合民法的法源以及公平责任的功能，本文认为宜将“法律”作广义的理解，甚至在必要时，可以扩张解释到习惯法以及法理。

（二）对法条的类推适用

如前所述，民法典第 1186 条将适用公平责任的情形变更为“依照法律规定”，这意味着只有出现了其他法律条文规定的情形时才能适用。当出现了超出法律规定的其他案件类型，并且需要适用公平责任时，由于法律缺乏适当的规则，对此保持沉默，法律漏洞于此产生。该法律漏洞的出现是由于整个公平责任体系规整的不圆满性造成的，被法律规则遗漏的案件事实不能得到公平责任的救济。对于此类特定案件，法律自通过、生效时即缺少依照法律本质所应包含的规则，自属于开放的、自始的法律漏洞。填补这样的漏洞通常是以类推适用，或者回归法律所包含的原则的方式进行，取向于法律规定与事物的本质。^[9]（P258）类推适用的方式符合正义的要求——同类事物同类处理。大陆法系与英美法系对于类推适用采取不同的态度，英美法系聚焦于具体案件的相似性，大陆法系并非仅仅论证具体案件的相似性，而是进一步论证该案件是否能够被纳入制定法的抽象性规定之下。^[17] 论证的首要步骤是观察法律条文，看是否可以通过解释方法，将案件事实涵摄进文义内，从而纳入制定法。当法律的扩大解释仍然不足以解决时，则需要超出文义界限进行类推适用。法学上的类推适用不仅仅是形式逻辑的思考操作，而是一种评价性的过程，该过程还必须回归到该法律规整的目的和基本思想。^[9]（P258）

基于法律规定适用公平责任的具体情形十分狭窄，对超出法律规定的但是符合公平责任目的的案件事实可进行目的性扩张。目的性扩张是类推适用的一种手段，两者追求的共同目标都是出于完全实现法律规范的目的，将规范应用到没有涵盖的事实，避免其无法得到法律正当化的评价。^[18] 第 1186 条本身属于参引性规范，最高法院可以出台针对该条文的司法解释，规定对于符合公平责任的目的，且与法律规定可适用公平责任的情形构成实质性相似的也应当进行类推适用。实践中，法官据此进行裁判时，必须详细论证案件类推适用的必要

性和可行性，既能够限制法官目的性扩张的自由，也能保障充分发挥公平责任的价值。

（三）完善相关社会保障制度

公平责任的目的在于分担损失，其适用难以把握尺度，容易走向极端。既然目标是实现社会正义与和谐，完善社会保障制度，由国家统一运作，采取社会分担风险模式，就即可减少适用公平责任的频率，公平责任的功能亦可实现，且能够规避公平责任固有的缺陷。有学者提出在建立了完善的商业保险制度与社会保障制度后，公平责任似乎就没有了存在的必要。^[5] 本文虽不赞成公平责任可被替代的观点，但赞成社会保障制度的重要价值。例如，推行医疗责任保险与医疗意外险“双险制”，可最大限度地解决医疗纠纷领域中的损失分担问题。^[19] 与公平责任相比，社会保障制度具有以下优势：第一，维持侵权归责的完整体系，保障法律的预测和稳定作用，增强行为人对法律的遵从和信服；第二，与经济能力稍强的当事人承担风险相比较，由一同面临社会风险的公民一起分担风险更能达到实质上的公平；第三，社会保障制度的完善对于分担风险的成本较“劫富济贫”更为低廉，效率价值更高。目前，我国主要由民政部门负责社会保障工作，重点关注规模性、系统性的灾害和困难救助，较为分散的、偶发性的意外事故，属于社会保障工作的空白领域。^[20] 随着保险制度和社会保障制度的进一步完善，公平责任的适用就不会显得那么局促，适用空间由私人转向社会，正与社会主义的宗旨和目标相契合。

五、小结

公平责任由法律的公平原则推演而来，功能在于分散社会生活中不因过错而引发的损失，达到救济受害人、推进社会和谐发展的目的。然而司法实务中，公平责任条款的模糊性促使法官滥用裁量权，扩大适用主体，弱化因果关系在适用公平责任时的重要性等等，导致许多当事人因公平责任的适用遭遇了“不公”。民法典第 1186 条改变原有法律规定，旨在直面这些问题，使得公平责任的适用更加规范，但是矫枉过正，又使得公平责任走向难以适用的困境。对此，本文提出了针对性的建议，希望通过扩张解释、类推适用等方式，弱化该条过于刚性的规定。当然最为有效的方式是，尽早出台该条的相关解释，推动公平责任走向“公平”，真正发挥它的功能价值。

- ① 参见“华金虎与谢正松等交通事故案”，一审法院依据公平原则判处华金虎应当赔偿谢正松超出交强险赔偿限额范围部分，二审法院变更了原审法院就华金虎承担责任的归责原则。上海市浦东新区人民法院（2009）浦民一民（民）初字第10697号；上海市第一中级人民法院（2009）沪一中民一（民）终字第4091号。
- ② 实务中，法院均排除精神损害可以分担。参见四川省眉山市中级人民法院（2016）川14民终552号；北京市通州区人民法院（2008）通民初字第07969号。两份判决都不支持原告提出的精神损失费用，实例中许多法院就判决的补偿费用并不解释包含哪些，徒留一串数字。此外，侵权责任法第22条与《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》第8条，皆强调适用精神损害赔偿的一个必要条件是“侵害人身权益，造成严重精神损害”，故若其行为并不构成侵权责任，就排除精神损害的赔偿，公平责任自无法适用。但后文将会指出，我国也存在支持精神损害分担的案例。
- ③ 该条文内容为：“当事人对造成损害均无过错，但一方是在为对方的利益或共同的利益进行的活动受到损害的，可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。”
- ④ 参见福建省厦门市中级人民法院（2007）厦民终字第2601号。
- ⑤ 参见湖北省宜昌市中级人民法院（2007）宜中民一终字第270号；江苏省东台市人民法院（2005）东民一初字第（890）号。
- ⑥ 参见辽宁省葫芦岛市中级人民法院（2020）辽14民终1276号。
- ⑦ 参见李某与东莞凤岗嘉辉塑胶五金制品厂健康权纠纷案[EB/OL]. https://pkulaw.com/pfnl/a_25051f3312b07f3df44db99a131570aabfffa07d746ebdfbdfb.html, 2013-02-13/2020-09-11.
- ⑧ 参见上海市第一中级人民法院（1998）沪一中民终字第1956号。
- ⑨ 参见青岛市中级人民法院（2009）青少民终字第154号；四平市中级人民法院（2016）吉03民终712号。
- ⑩ 参见江苏省东台市人民法院（2006）东安民一初字第95号。
- ⑪ 参见四川省泸州市中级人民法院（1999）泸民一终字第384号。
- ⑫ 参见武汉市中级人民法院（2017）鄂01民终7381号。
- ⑬ 参见上海市长宁区人民法院（2002）长民一（民）初字第843号。
- ⑭ 参见河南省南阳市中级人民法院（2011）南民一终字第182号。
- ⑮ 参见江苏省苏州市中级人民法院（2005）苏中民一终字第1210号。
- ⑯ 参见福建省厦门市思明区人民法院（2017）闽0203民初15257号。
- ⑰ 参见刘涛因替他人球队作守门员扑球时被撞伤诉参赛双方及碰撞人、丁山花园酒店等赔偿案[EB/OL]. <http://www.110.com/ziliao/article-45033.html>, 2008-06-26/2020-09-11.
- ⑱ 参见“朱传才、陈启兰诉顾用圣、顾礼清海上作业人身伤亡损害赔偿案”，上海市高级人民法院（2002）沪高民四（海）终字第89号。
- ⑲ 参见江苏省泰州市中级人民法院（2016）苏12民终2166号。
- ⑳ 参见上海市浦东新区人民法院（2009）浦民一民（民）初字第10697号；上海市第一中级人民法院（2009）沪一中民一（民）终字第4091号。
- ㉑ 参见王某诉某学校人身损害赔偿案[EB/OL]. https://pkulaw.com/pfnl/a51ca7e993def2c8c921a_248915043a1bdfb.html, 2004-08-12/2020-09-11.
- ㉒ 参见刘涛因替他人球队作守门员扑球时被撞伤诉参赛双方及碰撞人、丁山花园酒店等赔偿案[EB/OL]. <http://www.110.com/ziliao/article-45033.html>, 2008-06-26/2020-09-11.
- ㉓ 参见湖南省永州市中级人民法院（2015）永中法民一终字第191号。
- ㉔ 参见上海市第一中级人民法院（2017）沪01民终10141号。
- ㉕ 参见广东省高级人民法院（2000）粤高法民终字第265号。
- ㉖ 参见李某与东莞凤岗嘉辉塑胶五金制品厂健康权纠纷案[EB/OL]. https://pkulaw.com/pfnl/a_25051f3312b07f3df44db99a131570aabfffa07d746ebdfbdfb.html, 2013-02-13/2020-09-11.
- ㉗ 参见江西省吉安市中级人民法院（2012）吉中民一终字第456号。
- ㉘ 参见天津市高级人民法院（2014）津高民申字第0592号。
- ㉙ 一审法院认为被告电信局和精伦公司未能提供本案爆炸事故是由原告使用不当或者其他过错行为造成的证据，可认定原告无过错。两被告所提供的证据也能证明其生产、销售的产品不存在缺陷，因此也没有过错，各方应按公平原则分担民事责任。二审法院认为被告未能举出产品质量法第29条第二款规定的抗辩事由，因此系证据不足，依法应承担赔偿责任。参见福建省宁德市中级人民法院（2000）民终字第100号。
- ㉚ 参见北京市第二中级人民法院（2015）二中少民终字第00400号；上海市长宁区人民法院（2002）长民一（民）初字第843号；河南省南阳市中级人民法院（2011）南民一终字第182号。
- ㉛ 参见江苏省东台市人民法院（2005）东民一初字第（890）号。

- ⑳ 参见江苏省苏州市中级人民法院 (2005) 苏中民一终字第 1210 号。
- ㉑ 参见湖南省永州市中级人民法院 (2015) 永中法民一终字第 191 号。

- ㉒ 参见河南省郑州市中级人民法院 (2017) 豫 01 民终 14848 号。
- ㉓ 参见北京市第一中级人民法院 (2011) 一中民终字第 893 号。

[参考文献]

- [1] 房绍坤, 武利中. 公平责任原则质疑 [J]. 西北政法学院学报, 1988, (1).
- [2] 张佩霖等. 中国民事法律理论与实务 [M]. 北京: 法律出版社, 1992.
- [3] 张新宝. 中国侵权行为法 (第 2 版) [M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1998.
- [4] 全国人大常委会法制工作委员会民法室. 侵权责任立法背景与观点全集 [M]. 北京: 法律出版社, 2010.
- [5] 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).
- [6] John C. P. Goldberg, “Twentieth-Century Tort Theory”, 91 *Georgetown Law Journal*, 513—583, (2003).
- [7] Guido Calabresi, “Does the Fault System Optimally Control Primary Accident Costs”, 33 *Law & Contemporary Problems*, 429—464, (1968).
- [8] [美] E·博登海默. 法理学: 法律哲学与法律方法 [M]. 邓正来译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [9] [德] 卡尔·拉伦茨. 法学方法论 [M]. 陈爱娥译. 北京: 商务印书馆, 2003.
- [10] 程啸. 侵权责任法 [M]. 北京: 法律出版社, 2015.
- [11] 王胜明. 中华人民共和国侵权责任法解读 [M]. 北京: 中国法制出版社, 2010.
- [12] 胡伟强. 《侵权责任法》中公平责任的适用——一个法经济学的解释 [J]. 清华法学, 2010, (5).
- [13] 陈钊. 论公平责任在《侵权责任法》中的适用 [J]. 广西大学学报 (哲学社会科学版), 2017, (6).
- [14] 张善斌. 公平责任原则适用存在的问题及对策 [J]. 河北法学, 2016, (12).
- [15] 程啸. 民法典侵权责任编的体系结构及总则部分的完善 [J]. 财经法学, 2018, (6).
- [16] 王泽鉴. 民法概要 (第 2 版) [M]. 北京: 北京大学出版社, 2011.
- [17] 钱炜江. 论民事司法中的类推适用 [J]. 法制与社会发展, 2016, (5).
- [18] 纪海龙. 法律漏洞类型化及其补充——以物权相邻关系为例 [J]. 法律科学 (西北政法大学学报), 2014, (4).
- [19] 黄辉. 推行医疗责任保险和医疗意外险“双险制” [N]. 法制日报, 2015-01-29.
- [20] 高留志. 《侵权责任法》第 24 条的理论操纵及其还原 [J]. 河南财经政法大学学报, 2013, (5).

Abuse of Fair Liability and Its Response

—From Article 24 of the Tort Liability Law to Article 1186 in *The Civil Code*

WU Guo-zhe

(Law School, Xi'an Jiaotong University, Xi'an, Shaanxi, 710049, PRC)

[Abstract] The fair liability stipulated in Article 24 of the Tort Liability Law is a loss-sharing rule rather than a penalty for wrongdoing, and its application is subject to strict conditions. However, due to the abstraction of this provision and the excessive discretionary power enjoyed by judges, this liability is widely used and abused in practice, leading to the vagueness of the tort liability system and the distortion of social value orientation. *The Civil Code* revised this article on the basis of facing the problem and responding to social needs, which limited the discretion of judges, but at the same time made the application of this article rigid. Thus, it must be softened by expanding interpretation, analogy and other legal methods.

[Key words] fair liability; abuse of fair liability; article 1186 of *The Civil Code*; preventive solution

(责任编辑 王明丽/校对 维佳)