

《民法典》公平责任的理解与适用

尹志强

〔摘要〕 《民法典》之“侵权责任编”对公平责任的修改主旨在于解决其在实践中被滥用的现象，做法是用“依照法律的规定”来限制法官的自由裁量权，使得《民法典》第1186条不再具备独立适用功能。对此，在理论上需否定公平责任的归责原则地位，并在具体规范中明确其适用条件。《民法典》规定，仅在因自然原因引起的紧急避险、因监护人已尽监护职责以及行为人无过错丧失意识三种情形下致人损害的适当补偿，才属于公平责任的适用范围。《民法典》虽将《侵权责任法》第24条“根据实际情况”来分担损失的表述删除，但公平责任的适用除当事人无过错外，仍需“根据实际情况”在行为人与受害人之间分担损失。

〔关键词〕 公平责任；《民法典》；限制适用

〔中图分类号〕 D913.1 〔文献标识码〕 A 〔文章编号〕 1000-4769 (2020) 05-0017-10

一、问题的提出

我国《民法典》编纂主要是在已有法律规范的基础上结合理论研究的最新成果和司法实践中所获得的经验修改、完善而成，这尤其表现在“侵权责任编”的制定上。与《侵权责任法》比较，本编修改之处涉及条文愈30条，但“大动作”的修改、完善内容主要表现在以下10个方面：（1）整合《侵权责任法》第2、3章，设立“损害赔偿”一章，使我国侵权后果趋同传统侵权法；（2）调整责任抗辩事由，将“不可抗力”“正当防卫”和“紧急避险”置于总则编；增加自甘冒险和自助行为两种抗辩事由（第1176、1177条）；（3）扩大精神损害赔偿适用范围至“具有人身意义的特定物”受到侵害时（第1183条第二款）；（4）增加知识产权侵权的惩罚性赔偿（第1185条）；（5）限制公平责任适用范围（第1186条）；（6）增加承揽关系中定作人承担责任内容（第1193条）；（7）将网络侵权责任扩

张为四个条文（第1194-1197条）；（8）增加生态破坏责任（第七章）；（9）将司法解释内容补充到机动车交通事故责任中（第1211、1212、1213、1217条）；（10）完善高空抛物、坠物责任，将原条文扩展为三款（第1254条）。

在上述重大修改、完善的条文中，最特别的是第1186条有关公平责任的规定，即对《侵权责任法》第24条的修改。与其他修改条文不同，本条经过修改后，虽然有关公平责任的一般性规定仍然保留，但其规范功能、适用范围甚至本身存在的价值等都发生了根本性改变。此与纯粹新增加的内容系对法律漏洞的补充不同，如第1176条对自甘冒险免责的规定；也与既保留了原条文，但未实质改变原规定思想，仅是对原条文的完善的修改不同，如第1254条对《侵权责任法》第87条有关高空抛物责任的修改，再如第1194条-1197条对《侵权责任法》第36条有关网络侵权责任的修改等。所以，对公平责任条款做进一步学理解释，说明其规范意义和适用规则实有

〔作者简介〕 尹志强，中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师，北京 100088。

必要。

二、《侵权责任法》中的公平责任存在的问题分析

根据我国《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。很多学者据此认为我国侵权法确立了公平责任原则。当然，理论界对其性质的争论一直存在，实践中本条的适用差异也很大，被滥用情况严重。而且，凡适用公平责任的案例一旦公开多会引起争议。^①

（一）公平责任的性质

根据上述法律规定，理论界认为公平责任，是在加害人和受害人双方对损害的发生均没有过错，而又无法律规定可资适用无过错责任的情况下，由裁判机关根据公平原则在加害人与受害人两方之间合理分配损失的规则。对公平责任的属性，即其是否为独立的归责原则的争议，在《民法通则》颁行时就已存在，《侵权责任法》生效后有关公平责任认识的分歧未见消散。认为公平责任为独立归责原则的代表是王利明教授^②、徐爱国教授^③；而否定公平责任为归责原则的学者人数较多，如张新宝教授、郭明瑞教授、程啸教授^④，梁慧星教授也认为其仅为“特殊救济措施”，并非归责原则^⑤；也有原肯定后转否定的学者。^⑥对责任性质的不同理解并非仅为理论层面的争议，性质不同关乎公平责任在实务中适用范围的大小，主张公平责任为独立之归责原则者，则根据“法律原则”的功能，其效力可贯穿侵权法始终，即应具有普遍适用性；而如果否定公平责任为归责原则，认为其只是一种例外性规则^⑦，或仅仅是一种“极为特殊的归责事由”^⑧，自然就不具有普遍适用性。

对于归责原则，必须明确的是：虽然侵权责任法系权利救济法，而对于民事主体受到侵害的权利予以救济的核心在于归责制度，但事实上并非“有损害就有救济”。自罗马法以来，对日常生活中发生的损害素有“所有权人自吞其果”（*casus sentit dominus*）原则，其基本思想是反对由法律来阻碍偶然事件的发生，并反对由法律补偿由命运所造成的不平等。^⑨古代法中的“问天”与现代法中的“抽签”^⑩都是这种思想的体现。霍尔姆斯（Holmes）说：“良好的政策应该让损失停留于其所发生之处，除非有特别干预的理由。”^⑪这里的“特别干预理由”即是侵权法中的归责原则或归责标准。在通常情况下归责标准是

行为人的过错；在危险责任（无过错责任）中使行为人承担责任的特别理由则不再是过错，而是“获得利益者负担损失”。在危险责任适用领域，行为人是危险的制造者和获利者，同时也是分散风险的最佳人选。无过错责任不体现如同过错责任那样的对行为人的行为所进行的伦理评价，而仅体现为一种“风险分配思想”，其合理性或正当性并非当然而需谨慎适用，所以，《侵权责任法》第7条、《民法典》第1166条所确定的规则在适用时以“法律规定”作为限制。

在“过错责任”与“无过错责任”之外或之中是否还存在需要“法律特别干预”的情形呢？一直以来我国理论界就有学者认为：“过错责任和无过错责任，从逻辑学上来看是一种周延的列举，不存在遗漏的情形”。^⑫就形式逻辑论，以过错为标准对归责原则进行分类，过错责任和无过错责任应该是穷尽了所有的归责原则类型，并未给公平责任原则留有余地。但是，仔细分析就会发现其实不尽然。过错责任的含义是指“有过错有责任”，但更重要的意旨是“无过错即无责任”“谁有过错谁担责任”，这当然是在一般情况下适用的规则；而最原始意义上的无过错责任是指无过错也要承担责任，即“无过错有责任”。而现在被人们普遍接受的“无过错责任”实际上是“不论过错”或“不问过错”责任。“不论”意味着在确定归责标准时，不考虑行为人是否有过错问题，可能有，也可能无。其最大的意义在于举证责任上，受害人无须承担证明行为人过错之责，在因果关系确定的前提下，只要“法律规定应当承担侵权责任的”即满足行为人承担责任的要件。《侵权责任法》第7条项下虽不能说责任与行为人过错无关，但至少确定责任归属阶段过错问题无关紧要。就此而言，与第6条规定的过错责任对应的并非第7条规定的情形。所以，认为过错责任和无过错责任的划分在逻辑上是“周延”的说法似乎并不准确。比较而言，所谓的“公平责任”是在行为人无过错的情形下承担的责任，所以，更准确地说，《侵权责任法》第24条才是与过错责任对应的情形，只不过其是第6条中“无过错即无责任”的例外情形而已。在无过错责任情形下，行为人也可能是无过错的，所以，在行为人无过错范围内，存在法律规定承担责任和没有法律规定承担责任两种情形，在后一种情形，如果存在使行为人承担责任的“特别干预理由”，那肯定与过错无关，也一定与分散风险、预防控制危险无关，而是与公平责任所追求

的价值有关的内容。公平责任的功能不在于对违法行为的纠正以实现矫正正义，也不在于对相关行为的容忍，其对相关行为本身未做评价，而仅是对损害后果进行分配的制度。

就《侵权责任法》第24条规范内容而言，显然立法者认为过错责任和无过错责任并未穷尽所有需要“特别干预的理由”，实践中存在着既不属于过错责任，也无法适用无过错责任，而法律不干预则不公平的情形。被出版者冠以“权威读本”的《中华人民共和国侵权责任法解读》中介绍的立法背景即认为“在现实生活中，有些损害的发生行为人虽无过错，但毕竟由其引起，如果严格按照无过错即无责任的原则处理，受害人就要自担损失，这不仅有失公平，也不利于和谐人际关系的建立。”^⑩公平责任制度即是要解决这种情况下受害人损失的承担问题。只不过从规范内容看，面对这种情况，立法并未使行为人承担全部责任，也未贯彻“受害人自吞其果”理念，而是采取了由“双方分担损失”的做法；又因为其所适用的情形也非为受害人与有过失，所以，如果没有对其具体适用做限制的话，结果将是“凡有损害必有赔偿”，那就超出了传统民法的射程范围，其所要规制的内容便应归入社会保障法。

其实就法律结构而言，立法者一直以来并未将过错责任、无过错责任与公平责任视为地位相同的制度。这从法律对相关制度的规制位置上也能反映出来。在《民法通则》中规定过错责任和无过错责任的是第106条，属于“民事责任”章的“一般规定”内容；而对公平责任则是在“侵权民事责任”节的第132条予以规定，属于具体规则内容。在《侵权责任法》中，规定归责原则的过错责任、无过错责任分别是第6条和第7条，而在规定了多数人侵权责任、责任方式、责任范围、责任分配后，才于第24条规定了公平责任。《民法典》的“侵权责任编”更是明确区分二者的属性，过错责任与无过错责任被规定于“一般规定”章，而公平责任则被置于“损害赔偿”章。这说明立法上已将公平责任与归责原则区分对待了的。这一点还可以从《侵权责任法》制定时，全国人大法律委员会汇报《侵权责任法（草案）》时表述的内容看出来。该汇报意见明确表示“我国侵权责任制度实行过错责任和无过错责任相结合的原则。”^⑪

综上，《民法通则》和《侵权责任法》中的公平责任在实践中出现的问题，根源上是理论界有人将其视为具有普遍适用功能的归责原则，无

视法律对归责原则与公平责任的分别规定，也未能从体系上将公平责任归类为过错责任的例外情形，当然这也与法律规定未给予明确的适用限制有关。在法律解释上，应将公平责任定位为民法基本原则在侵权法领域的具体适用，而不应视其为侵权法上的归责原则。

（二）公平责任适用中存在的问题

司法实践中，不管是《民法通则》第132条还是《侵权责任法》第24条，从行文结构上二者既具有责任构成要件，又包含法律效果，是一个完全条款，而并非过错推定责任或无过错责任那样的“引致条款”。本条规定仅以“行为人和受害人对损害的发生都没有过错”为条件，未见其他限制性规定，加上有人将其理解为“归责原则”，法院多将公平责任理解为可供法官自由裁量的、具有普遍适用性的规则。司法实践中，各地法院普遍存在直接根据《侵权责任法》第24条裁判案件的实例。如：因参加体育活动而导致的人身伤害案（孙晓梅与赵建树健康权纠纷案）^⑫，因提供劳务而发生的人身伤害案^⑬，因车辆自燃而发生的财产损失案。^⑭当然，实践中被滥用的情况也普遍存在，如被人们热议的河南省郑州市“电梯劝阻吸烟猝死案”，一审法院即适用第24条判决劝不要吸烟者杨某分担损失^⑮，再比如2007年影响深远的南京“彭宇案”。^⑯

但是，作为法律规范，公平责任是在当事人无过错，也未从事给周围人们生活带来高度危险的活动，仅仅是其行为例外地造成了他人损害时承担的一种责任。它不具有过错责任那样的行为指引作用，也因为是一种造成损害后果才考虑适用的一种责任，如果在缺乏具体行为描述的情况下，简单地以“无过错”这一人们生活中的常态作为承担责任的条件，这将极大限制人们的行为自由。原有立法把只有在例外情况才适用的规则作为一般的裁判规则，并用不确定的因素、模糊概念作为责任构成要件，这就构成了公平责任的最大问题：这种立法模式无疑为法官滥用法律打开了方便之门，对人们的行为自由也是巨大的妨碍。^⑰就法律体系而言，公平责任的滥用对过错责任秩序无疑也造成了巨大影响。

这一点与《德国民法典》第829条一波三折的出台有些类似，德国当时反对公平责任的理由即是“这种古怪的规定……将会留给法官公平的考量，而不是给他一个确定的法律规定”。之所以最终将公平责任规定于法典中，是因为立法者认为“不能仅仅因为立法者未能对其进行适当的

措辞表述，就可以在法律良心上排除一个要求赔偿的请求权”。^④这也说明，完全否定公平责任的观点并不足取，只是应当将其限制在一定范围之内，不能留给法官太大的自由裁量余地。因为，在一定意义上说，公平不仅是对行为人分担损失的规定，更像是对法官手中的武器如何正确使用的考验。

在域外国家和地区，被我们视为公平责任的规定，其适用范围都有非常严格的限制。依据《德国民法典》第 829 条规定，所谓衡平责任仅适用于监护人依法不承担责任时被监护人致人损害分担责任或在非因过错致自己丧失知觉或不能自由决定意思的精神错乱状态下致他人损害的赔偿情形。在其他欧洲国家法律中也都不是将公平责任作为基本原则或者作为一般性规范被普遍适用的，该公平责任与德国的一样，集中在被监护人致人损害责任中，如《瑞士债务法》第 54 条^⑤、1942 年《意大利民法典》第 2047 条^⑥等。我国台湾地区“民法典”第 187 条也仅针对无民事行为能力人、限制民事行为能力人致害时，才可适用所谓衡平责任。

我国实际生活情况比之其他国家更加丰富多彩，在公平责任的适用范围上，不能仅限于监护人责任情形，但也不能如《民法通则》之前那样不做任何限制，随意适用。从立法目的看，修改《侵权责任法》第 24 条的理由，系因为“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，《民法典》草案将《侵权责任法》规定中的‘根据实际情况’修改为‘依照法律的规定’”。^⑦所以，应当明确公平责任是为弥补过错责任的遗漏而存在的，是解决人们之间具体纠纷的工具，过于宽泛的适用范围，会冲击法律体系，也使得人们无所适从；作为一项裁判规则目的是要明辨是非，维护社会整体利益，而不是为了个案的“息事宁人”。

三、公平责任的适用空间

（一）第 1186 条的适用限制

因为实践中公平责任适用存在诸多问题，长期以来我国理论和实践上都存在删除公平责任的声音，《民法典》制定过程中，这种主张也一直存在，最终立法选择了对条文的修改而不是删除，其中最主要的理由还是在于认识到过错责任适用存在遗漏的情形。公平责任适用于“当事人双方对造成的损害均无过错，但是按照法律规定又不

能适用无过错责任的情况。”^⑧也就是说，公平责任的选择最重要的不是逻辑上的完美，而在于其存在的合理性。在域外，理论界也认为“如果注意到过错责任和严格责任并非截然对立，不仅无法用很有说服力的标准区分，而且二者之间还存在中间区域，那么弹性制度就进一步提供了开放空间。”^⑨公平责任作为弹性制度的典型，有助于避免不合理的“要么全输、要么全赢”的解决纠纷的方案，所以，公平责任有其独立存在的价值。

当然必须要明确的是，公平责任的适用并非常态，否则就如同前面分析的那样会对人们的行为自由造成极大的限制，也会对过错责任制度造成极大的冲击。《民法典》制定过程中，从“二审稿”开始，在公平责任中即增加了“依照法律的规定”限制，将公平责任的适用仅限于有法律规定的情形。这一修改使得本条不再是一个完全条款，而变成一个引致条款，其适用也须依附于各具体的法律规定。在实践中，法官无法仅依据本条即可裁决案件。

在客体语境下，公平责任的适用范围是否包括人身权受到侵害的领域？之所以提出这个问题，是因为王利明教授认为，公平责任“主要适用于侵犯财产权案件”。^⑩其实，在立法层面，公平责任在客体范围上并未显示出侧重人身领域还是财产领域。实际生活中反而因侵害行为导致的人身损害适用公平责任的案件更多见。当然，因人身权益受到侵害能够适用公平责任的是损害赔偿形式，而不包括如恢复名誉、赔礼道歉等非财产责任形式。值得讨论的问题是公平责任在精神损害领域是否有适用的余地？根据冯·巴尔教授的介绍，德国司法实践中“将对痛苦和疼痛的赔偿请求纳入民法典第 829 条的范围，也已经成为法院的标准实践”。^⑪但是，精神损害赔偿并不仅仅因为有精神痛苦即可赋予受害人请求权，其制度价值还包括对行为违法性的否定，对行为人主观心理的责难等。而公平责任适用范围内的行为不具有违法性，行为人在主观上也不具有可受责难的心理。公平责任中的“分担损失”，应仅指经济损失，管见以为公平责任中的“分担损失”不应包括精神损害。

（二）公平责任适用的归责领域

就归责责任类型而言，《民法典》“侵权责任编”中规定的归责类型应该仅有两种共三类，即过错责任、过错推定责任和无过错责任。公平责任并非独立的归责原则，也无法归入其中任何一类：

1. 无过错责任内容是不考虑行为人有无过错,可能有,也可能无,所以,其承担责任至少在责任归属问题上与过错无关;而公平责任虽然也适用于“法律规定”情形,但其法律规定与无过错责任中的“法律规定”场合不存在交叉,更不存在重合情形,在责任承担问题上不会出现竞合情形。一个行为不可能出现既构成无过错责任,又符合公平责任的构成要件。因为,在法律有具体规定的情况下,适用无过错责任的后果,行为人可能需承担损失的全部责任,而公平责任的法律后果虽然具体表述有所不同,但皆属于分担损失,行为人仅承担部分责任,不存在全部责任归属于行为人的情形。

对无过错责任,受害人有过错的情况下也可以适用,只不过会减轻、甚至免除行为人的责任而已;但公平责任的适用以受害人“没有过错”为要件,一旦证明受害人有过错,即不再适用公平责任,遑论行为人是否分担损失了。

2. 在推定过错领域内,虽然也系“根据法律规定”承担责任类型,但毕竟在本质上仍系“有过错有责任,无过错即无责任”规则范围内的情形,一旦责任人能够举证自己没有过错,其后果是不承担责任,此与公平责任的后果恰恰相反。对此需注意的是《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第155条规定:因堆放物品倒塌造成他人损害的,如果当事人均无过错,应当根据公平原则酌情处理。这种解释显然混淆了过错责任与公平责任的内涵。实际上此类情形的损害属于过错推定责任范畴,而非公平责任所辖领域。王利明教授在1992年时就明确提出:公平责任中的“没有过错”包括不能通过过错推定的办法来确定行为人有过错。^⑨

3. 在过错责任范围内,公平责任同样没有适用余地,因为从规则角度分析,过错责任是“无过错、无责任”,而公平责任则是“无过错,有责任”,所以,如前所述,在某种意义上说,与过错责任对应的不是无过错责任,而是公平责任。过错责任与公平责任无交叉、重复情形。否则,正如郭明瑞教授所言:在医疗损害责任中,按照《侵权责任法》第54条规定,适用过错责任,而如果公平责任也可适用的话,医疗机构或者医务人员无过错,患者通常也无过错,此种情况都将由医疗机构分担损失,那将使医疗机构坠入万劫不复境地。^⑩也正因如此,必须强调公平责任是过错责任的例外情形,是在确定存在因果关系的前

提下,让受害人独自承受巨大损失结果有违公平原则时才可能适用的责任制度。

(三) 公平责任的法律规定范围

对于具体规定中哪些条文属于第1186条规定的“法律的规定”,理论界观点并不统一:郭明瑞教授认为《侵权责任法》第31、32、33、87条是(对应《民法典》的条文是第182条、第1188条、第1190条和1254条),并指出体育比赛中的伤害如果不能认定组织者有过错时,应该认定当事人双方属于均无过错,适用公平责任而分担损失的情形。^⑪程啸教授认为公平责任包括《侵权责任法》的下列情形:(1)第23条(对应《民法典》第183条)见义勇为情形下的受益人对被侵权人的补偿;(2)第31条(对应《民法典》第182条)自然原因引起的紧急避险对受害人的补偿;(3)第33条(对应《民法典》第1190条)暂时丧失意识的人致人损害对他人的补偿;(4)第87条(对应《民法典》第1254条)高空抛物致人损害时的补偿。^⑫除此之外,作为对《民法通则》第132条的适用解释,当事人对造成损害均无过错,但一方是为对方利益或共同利益而进行活动时造成的损害(《民通意见》第157条),自然也被认为属于公平责任的适用范畴。上述规定确实都采用了“适当补偿”的手段来分担受害人的损失,但是,所列条文中除因自然原因引起的紧急避险由受益人对受害人的补偿、监护人尽了监护职责时的减轻责任、完全行为能力人非因自己过错导致暂时丧失意识时对他人造成的损害赔偿外,其他情形并非公平责任。

1. 《民法典》第182条有关紧急避险造成他人损害时,仅在危险是由自然原因引起的情况下的“适当补偿”才属于公平责任。而且即便是由自然原因引起的危险,如其采取措施不当、超过必要限度造成不应有的损害时,紧急避险人在法律上被认为是有过错的,其承担的适当责任属于过错责任范畴,而非公平责任。

2. 《民法典》第183条有关“见义勇为”情形下,受益人的补偿,实际上属于无因管理制度内容,对受害人的损失,应通过无因管理制度来解决,不存在法律漏洞,也无须再借助公平责任救济。

3. 对《民法典》第1254条的规定值得讨论的是第一款第三句:“经调查难以确定具体侵权人的,除能够证明自己不是侵权人的外,由可能加害的建筑物使用人给予补偿。”多数学者认为属于公平责任适用的具体规定,但是仔细分析便

知,这种理解是错误的。本条规定的是由“可能加害的建筑物使用人予以补偿”,其中的“建筑物使用人”并非与第1186条中的“行为人”相对应,因为承担补偿责任的人对于受害人并未实施侵害行为。如果说本条是推定建筑物使用人为行为人,那么,首先需要法律明确规定适用推定规则;其次,该建筑物的特定使用人自高层建筑物往下抛掷物品的行为无疑是有过错的,如此,是不符合第1186条公平责任的构成要件的。因为依据该条规定,其适用的构成要件是受害人和行为人都没有过错。因此,该条也不属于公平责任范畴。

4. 体育比赛中的伤害,通常可以适用《民法典》第1176条自甘冒险规则,行为人无需对受害人承担责任,行为人对受害人承担责任须“对损害的发生有故意或者重大过失”,显然与公平责任制度不符。更何况《民法典》实施后,根据第1186条的规定,公平责任的适用须“依照法律的规定”进行。因此,在现行法律规定情况下,即便双方当事人均无过错,体育比赛造成的损害也无公平责任适用余地。

5. 至于《民通意见》第157条规定的情况,其并非因“依照法律规定”确立了一种独立的公平责任适用类型,而是对《民法通则》第132条适用时认定标准的解释。即便如此,在实践中有关“为对方利益或者共同利益”的理解也常常出现争议,导致法律适用中对公平责任理解的混乱。比如,为对方无偿修车过程中出现交通事故,肇事司机逃逸,属于为对方利益进行活动过程中受到的伤害^⑤;而顾客到饭店就餐时受到其他人的伤害虽可适用公平责任,但其行为就难言是为对方利益进行活动。^⑥在加工承揽关系中,承揽人在工作中受到的伤害,也不应像有的判决那样简单认定定作人是受益人,其应分担相关损失:“郭敬臣系为定作人宋军亲的共同利益进行运土作业的过程中死亡,……被告宋军亲作为相关受益人”^⑦,应分担损失。这种情况应该按照《民法典》第1193条有关承揽人责任的规定处理,如果不存在选任、指示等方面过失,定作人不应承担任何责任。

其实,“为对方利益”情形,最典型的是最高人民法院2003年发布的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第14条规定的义务帮工人因帮工活动遭受人身损害的,被帮工人予以的“适当补偿”,在性质上属于公平责任。但《侵权责任法》对此未做规定,《民法典》

对义务帮工问题也只字未提,所以,今后这类问题无法适用公平责任处理。

当然,在这里必须说明的是,因为“依照法律的规定”限制,在实际生活中出现的某些法律没有规定的特别案例,本文认为可以发挥《民法典》第6条公平原则的作用解决。如2007年5月9日郑州市中级人民法院官网发布的发生在河北省阳原县因搭乘拉棺材的拖拉机引发的生命权侵权案件中,因驾驶员是做好事,不具有主观过错;钻进棺材的人无过错,而受害人也无过错,但却因意外造成受害人死亡的后果。^⑧该案即属于需通过公平原则协调当事人之间关系的特殊案件。当然该类案件无法将第1186条作为裁判依据,而应该根据《民法典》第6条公平原则,“合理确定各方的权利和义务”。

四、第1186条的公平责任的准确解读

根据《民法典》第1186条的规定: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。从形式上看在条文结构上,本条包含构成要件和法律效果两部分。

(一)对“受害人”和“行为人”的理解

1. 这里的“受害人”是指受行为人的侵害而遭受损害的人。此“受害人”与本编常出现的“被侵权人”在概念使用时并不相同,一般而言,在确定需承担侵权责任这一法律责任时,使用“被侵权人”,标明其合法权利受到侵害,对方应当承担侵权责任,如第1173条、1181-1183条等;而如果侵权责任还未确定,或其法律效果未使用“侵权责任”表述时,则使用“受害人”,如第183条、第1190条,以及本条等。

2. 对本条“行为人”的理解,涉及是指直接实施侵害行为的人本人,还是指应当分担损失的人的问题。按照张新宝教授对第1165条的解读,“行为人”与“侵权人”虽然在侵权责任编中同时并用,但二者含义和适用范围不同。“侵权人是指依法应当承担侵权责任的人,他可能是行为人,也可能不是行为人。”行为人是自己直接实施了侵权行为的人。^⑨依此解释,立法中使用“侵权人”和“被侵权人”是以构成侵权责任为前提的。本条中的“行为人”可能并非最终承担责任的人,即便其最终承担后果立法上也回避使用“侵权责任”表述,而用了损失的“分担”,所以,本条不宜理解为“侵权人”。与此相应,本条后句的“双方”并非“受害人和行为人”本人,而应理解为“受害人一方”和“行为人一方”。在出现受害人死亡

情况下，根据《民法典》第1181条规定，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；而“行为人”如果无责任能力或者死亡，其监护人或继承人按照监护责任或继承规则对受害人一方的损失予以分担。

（二）受害人和行为人“都没有过错”

本条的构成要件之一是“受害人和行为人对损害的发生都没有过错”，这就意味着，过错的确定对本条的适用至关重要。过错，在侵权法中是指当事人对于造成的损害主观上应受责难的心理状态，包括故意和过失。“没有过错”自然系指当事人无此应受责难的心理状态。但因无过错而需担责的情形，在无过错责任领域也适用，所以，需要厘清二者各自范围。就行为人的“过错”而言，在无过错责任和公平责任中其内涵应该是一致的，只是如前所述二者在适用上并无重复或交叉。（1）就责任构成而言，行为人无过错是公平责任适用的基本要件；（2）不仅如此，在公平责任中，受害人的无过错也是责任的构成要件，如果其有过错，就排除公平责任的适用；（3）在侵权法的责任构成制度中，通常仅行为人（侵权人）的主观心理状态被作为立法考虑的因素，受害人的过错仅在责任抗辩事由中被规定，比如，对于受害人故意和过失而免除或减轻行为人责任的情形规定在本编“一般规定”章。而公平责任的适用条件除行为人无过错外，还要求受害人无过错。对于受害人过错不是从责任抗辩角度考量，而是责任构成的要件，其价值在于：一旦认定受害人有过错，就排除了公平责任的适用。

当然，对于受害人过错的认定在实践中并非易事，过错在理论上按程度分为故意、过失，在过失类型中其实还有重大过失、一般过失、轻微过失之分。我国公平责任的适用是否也如《奥地利民法典》第1038条那样，受害人“即使是轻微过失，其也无权从加害人处得到赔偿”？是否按照“如果要讲公平，他的双手就必须是干净的”来处理相关案例？个人以为基于公平责任的特别功能考虑，应该将轻微过失排除在过错之外。

在《民法典》之前的判例中，有专门针对因受害人有过错而排除《侵权责任法》第24条适用的案例，如：（2015）乌民终字第731号和（2016）内民申743号关于“冯玉叶与乔德元生命权、健康权、身体权纠纷案”中，再审的内蒙古自治区高级人民法院认为受害人明知自己患高血压仍然饮酒属于受害人有过错，不符合《侵权责任法》第24条和《民法通则》第132条规定

的“双方都没有过错”要求。今后因《民法典》第1186条的“依照法律的规定”的限制，这类案件将不会再纠结是否适用公平责任了。

（三）对“分担损失”的理解

就法律效果而言，《民法典》第1186条并未改变《侵权责任法》第24条规定的“由双方分担损失”的规定。而理论界对“分担损失”原有的不同理解也依然存在。实际上，《民法通则》第132条使用的是“分担民事责任”，之所以修改为“分担损失”，并非因为什么“高大上”的理由。“权威解释”认为使用“分担损失”主要基于两方面考虑：“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赔偿责任，而只能是分担损失。从实践层面看，让无过错的人承担赔偿责任，他们比较难于接受”。^⑧显然该解读无法让人信服，也“难于接受”。其没有言明为什么要使无过错的行为人必须“分担损失”，也没有令人信服的证据表明采用“分担损失”，行为人就“容易接受”。^⑨《民法典》之前的司法实践中，也常有将《侵权责任法》第24条作为法律责任之外分担损失的解释的案例，如在胡宏兰等上诉陈海云提供劳务受害责任纠纷案中，北京市第一中级人民法院就认为：“陈海云对吴道中因突发疾病住院治疗以及死亡的损害后果发生均无过错，且法律亦未规定个人之间存在劳务关系的情况下，提供劳务一方受害时，接受劳务一方应承担无过错责任，故陈海云对吴道中的损害后果不应承担侵权责任。”就《侵权责任法》第24条而言，该法院认为：该条是关于公平分担损失的规定，是立法根据实际情况作出的特殊规定，与侵权责任的归责原则不同，既然受害人和行为人对损害的发生都没有过错，则行为人不应当承担赔偿责任，而只能是分担损失，故该条规定的是“分担损失”而非“分担民事责任”。^⑩这种解释并无实际意义。事实上，公平仅是“分担损失”的原因，一旦因为“公平”而被裁决负有赔偿义务，即行为人被裁决“分担损失”，该分担行为即具有与裁决承担侵权责任没有丝毫差异的强制执行力，在社会一般人看来也同样是承担侵权责任，而不是对受害人的同情抚慰。所以，试图通过对《民法通则》第132条的“分担民事责任”修改为“分担损失”来区别法律责任与道德责任是没有实际意义的。“分担损失”作为公平责任的核心内容，对其性质的判断仍是侵权责任，只不过因为公平责任是在不适用过错责任、

又不能适用无过错责任的情况下，从结果上看认为使受害人独自承受损害后果违背公平原则时才被适用，本质上属于对法律漏洞的弥补而已。

“分担损失”的适用，需要注意的是既然是“分担”，就不是由行为人对受害人损失的全面赔偿，也不是不予赔偿；分担损失，不是在行为人和受害人之间平均分配损害后果，各打五十大板。具体数额，根据“实际情况”而定，除行为的手段、损失大小、影响程度外，无论域外法还是国内法，双方当事人的经济状况是要考虑的最重要的“实际情况”，以便对受害人的损失合理分担。在有些案件中，行为人可能分担多些，有些案件可能分担少些，如果综合双方实际情况认为平均分担才公平合理，也无妨判决平均承担损失。

五、不死的“根据实际情况”

如何看待被第1186条中删除的“根据实际情况”？作为公平责任的构成要件，“根据实际情况”在《侵权责任法》第24条中发挥着重要作用，但此并非其首创，在《民法通则》第132条中就有此规定。《民法典》制定过程中，从“二审稿”开始就将该内容删除了，取而代之的是“依照法律的规定”，又因为前面提到的本条的修改理由主要是实践中被滥用，所以，这种变化很容易被认为是“根据实际情况”导致了实践中公平责任被滥用，删除该内容即可避免被滥用现象。实际上公平责任制度被滥用的根本原因是本条为完全条款，有构成要件，也有法律效果，其无需借助其他具体规定即可适用，再加上“根据实际情况”的规定与“公平”这一模糊概念相呼应，导致在具体案件的审理中，法官认为自己有很大的自由裁量权，实践中很多法官愿意从“息事宁人”角度考虑，裁决行为人承担一定的责任。^④

将“根据实际情况”作为“罪魁祸首”是对它的冤枉，因为，从“根据实际情况”的含义来看，王泽鉴教授认为：“主要是指财产状况而言”，“财产之有无、多寡由此变成了一项民事责任的归责原则，由有资历的一方当事人承担社会安全制度的任务。”^⑤这种理解在实践中基本是正确的，当然，从文义解释和实际情况看，公平责任的适用不仅指双方当下的“财产状况”，它应当是综合整个案件情况，包括双方当事人的经济状况、生活水平、损害后果对受害人的影响程度等，甚至不能忽视的行为人的行为目的以及是否有保险等情况，即要考虑双方整体的“财产状况”。对此，《荷兰民法典》第6：109条规定得相对明

确，在公平责任适用时法官要考虑“包括责任性质、双方之间的法律关系和他们的经济上的能力”。在德国，对其《民法典》第829条公平性的判断至关重要是当事人之间的对比关系，“特别是指当事人的经济状况和必要的需求。”除此之外，“还应考虑到整个案情，特别是导致损害赔偿的行为的特殊性。”^⑥所以，公平责任并不具有普遍适用性，公平价值的实现也需体现在个案中，对损害结果“根据实际情况”确定分担损失的比例是一个无奈的最佳选择。

毕竟“公平责任”属于权利救济的例外条款，是考虑到使受害人独自承受损害后果有失公允的情况下才适用的条款，因此“根据实际情况”还应包括受害人的损失是否能有其他救济途径，就此而言，如果受害人有保险的存在，对本条的适用就会产生影响。比如在交通事故责任中，如果根据强制保险合同，受害人的损失已经获得赔偿，自然就不具备公平责任适用的条件。因为公平责任在性质上毕竟与一般侵权责任所包含的对行为人行为的责难即惩罚不同，分担损失的行为人在行为上并不具有法律上的可责难性，其适用更以损失全部由受害人承受有失公平为前提。当然如果该强制保险不足以弥补受害人损失，受害人自己承受剩余损失仍然有失公平，自然还可以适用公平责任使机动车一方分担损失，在魏继棚与陈斌财产损害赔偿纠纷上诉案中法院就做了如是认定。^⑦当然，如果受害人与保险公司订立了人身保险合同，在损害发生后，受害人获得了保险足额赔付的，也应该排除公平责任的适用。

除保险外，如果受害人可以通过适用其他法律规范获得救济，本条也失去了适用的余地。比如，《民法典》“见义勇为”条款（第183条）规定：“因保护他人民事权益使自己受到损害的，由侵权人承担民事责任，受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任，受害人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。”很多学者认为该条系公平责任的适用，是因为其看似符合公平责任所规定的诸项条件，而且其中也有“适当补偿”法律效果。其实二者有本质不同：首先，公平责任所要规制的是受害人与行为人之间的利益平衡问题，其适用前提是无责任人对受害人的损失予以救济，并且该条要求的是“受害人和行为人”对损害的发生没有过错，并由“行为人”分担受害人的损失。而第183条中受害人的损失是有明确的责任人（侵权人）的，而且，“适当补偿”的主体不是“行为

人”而是“受益人”；其次，第183条规定完全符合无因管理的构成要件，见义勇为者的损失，可以根据《民法典》第121条予以救济，其损害赔偿请求权属于无因管理之债性质，而与公平责任无关。另一方面，见义勇为者如果已经根据第121条获得必要费用的补偿，公平责任所针对的例外性补偿就没有适用余地了。当然，这里存在的问题是，如何与第121条规定协调，无因管理之债偿还范围为“必要费用”，对超出必要费用的损失，受益人并无偿还的法定义务。在见义勇为情形，虽然第183条使用“他人”，但该条本质上是对社会公共利益的维护，对于见义勇为者的救助不是具体“受益人”的义务，而是整个社会的责任，所以，目前全国各地都有专门对见义勇为人员的“奖励和保护条例”，并有在政府倡导下设立的“见义勇为基金”即担负此项任务。^⑤就此而言，第183条规定的受益人“适当补偿”更准确的归位是道德范围上的要求，与所谓公平责任志趣有别。

六、结论

《民法典》对公平责任的修改使得第1186条

不能为独立的请求权基础和裁判依据，在是否适用公平责任方面剥夺了法院的自由裁量权，无疑会遏制法律被滥用的情形。公平责任在性质上不是与过错责任、无过错责任并列的归责原则，而是过错责任的例外规则。修改后的公平责任在构成要件中，仍然需具备当事人无过错，行为与损害之间有因果关系，根据双方经济状况等要素，其法律后果也仍然是在双方之间分担损失。

就法律体系而言，我国对公平责任的规定，在《民法典》中将是三层次规范：第一层级是“总则”中确立的公平原则，只是由于该层级的公平原则并不具备裁判规范的应有要素，在有具体规范的情况下，也因受到“不得向一般条款逃避”的约束，所以，通常不能被单独作为裁判依据；第二层级是在“侵权责任编”的一般规定中确立公平责任一般条款；第三层级是在“侵权责任编”的具体规范中分别规定各种公平责任类型。第二层级规定的公平责任在司法实践中虽不能单独适用，但可与其他条款结合适用，而第三层级的公平责任规范仅能在所限定的类型中适用。《民法典》第1186条属于第二层级的公平责任规范。

① 例如“郑州劝烟案”，参见河南省郑州市金水区人民法院（2017年）豫0105民初14525号《民事判决书》，该案最终经上诉后被二审法院以适用法律错误而撤销。再比如，影响深远的“彭宇案”，参见江苏省南京市鼓楼区人民法院（2007）鼓民初字第212号《民事判决书》，该案虽是《侵权责任法》生效适用之前的案件，但判决理由系根据公平责任做出。

② ⑤ ⑦ 王利明：《侵权责任法研究》上卷，北京：中国人民大学出版社，2010年，第274-278、274、274页。

③ 徐爱国：《重新解释侵权行为法的公平责任原则》，《政治与法律》2003年第6期。

④ 张新宝：《侵权责任法》，北京：中国人民大学出版社，2010年，第24页；郭明瑞：《公平责任的性质及适用》，《甘肃社会科学》2012年第5期；程啸：《侵权责任法》，北京：法律出版社，2011年，第152页。

⑤ 梁慧星：《中国侵权责任法解说》，《北方法学》2011年第1期。

⑥ 杨立新：《侵权法论》，北京：人民法院出版社，2004年，第118页。

⑦ ⑩ ⑪ 郭明瑞：《公平责任的性质及适用》，《甘肃社会科学》2012年第5期。

⑧ ⑫ 程啸：《侵权责任法》，北京：法律出版社，2011年，第152、152页。

⑨ ⑬ [德] 马克西米利安·福克斯：《侵权行为法》，齐晓琨译，北京：法律出版社，2006年，第2、193页。

⑩ 参见《中华人民共和国商标法实施条例》第19条。

⑪ O. W. Holmes, *The Common Law*, Boston: Little Brown Company, 1881, p. 50.

⑫ 张新宝：《侵权责任法》，北京：中国人民大学出版社，2016年，第14页。

⑬ ⑭ 王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法解读》，北京：中国法制出版社，2010年，第104、106页。

⑭ 全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《侵权责任法立法背景与观点全集》，北京：法律出版社，2010年，第7页。

⑮ 参见黑龙江省高级人民法院（2015）黑高民申二字第505号《民事判决书》。

⑯ ⑰ 参见北京市第一中级人民法院（2016）京01民终4953号《民事判决书》。

⑰ 参见新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2013）乌中民一终字第709号《民事判决书》。

- ⑱ 参见河南省郑州市金水区人民法院（2017年）豫0105民初14525号《民事判决书》。
- ⑲ 参见江苏省南京市鼓楼区人民法院（2007）鼓民初字第212号《民事判决书》。
- ⑳ 尹志强：《侵权法的地位及与民法典各编关系的协调》，《华东政法大学学报》2019年第2期。
- ㉑ ㉒ [德] 克里斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》，张新宝译，北京：法律出版社，2001年，第111、111页。
- ㉓ 该条第一款规定：“法院可以依公平原则判决无民事行为能力人承担部分或者全部因其造成的损害赔偿赔偿责任”。
- ㉔ 该条第二款规定：“负有监护义务之人不能赔偿损害的情况下，法官得根据双方当事人的经济条件判定致害人给予公平的赔偿。”
- ㉕ 参见全国人大法律委员会向十三届全国人大常委会第五次会议所做的《民法典各分编（草案）的说明》。
- ㉖ 欧洲侵权法小组编著：《欧洲侵权法原则——文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，北京：法律出版社，2009年，第3页。
- ㉗ 王利明：《侵权行为法归责原则研究》，北京：中国政法大学出版社，1992年，第105页。
- ㉘ 参见《丁兆亚诉丁钦印破坏交通事故现场致不能查出逃逸肇事车辆应负其父在车祸中死亡的赔偿责任案》，《人民法院案例选》总第36辑，北京：人民法院出版社，2010年，第147页。
- ㉙ 参见《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。
- ㉚ 参见山东省滨州市惠民县人民法院（2016）鲁1621民初3252号《民事判决书》。
- ㉛ 董正平：《棺材里躲雨惹祸责任在谁？》，2007年5月9日，<http://zzfy.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=7696>，2020年4月10日。
- ㉜ 张新宝：《侵权责任编立法的若干问题》（实录），2020年3月27日，民商法律网，<https://mp.weixin.qq.com/s/Vjs98wx9CrmmauRZe6kPjg>，2020年4月10日。本文为2020年3月24日，张新宝教授在“法学大家公益系列”讲座实录稿。
- ㉝ 比如，据《成都商报》2014年5月13日报道，发生在2000年的“烟灰缸案”判决14年后，22名被告中仅3人赔偿，金额不到2万。每一个被判判决补偿受害人的被告都表示不接受该判决。
- ㉞ 《侵权责任法》制定过程中，有些法官对此条的意见就是：“多年的司法实践证明公平责任对解决难以确定行为人过错、案情复杂等侵权案件有着积极的作用。”参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《侵权责任法立法背景与观点全集》，北京：法律出版社，2010年，第223页。
- ㉟ 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》，《民法学说与判例研究》第6册，北京：中国政法大学出版社，1998年，第293页。
- ㊱ 参见河南省郑州市中级人民法院（2009）郑民一终字第555号《民事判决书》。
- ㊲ 如《北京市见义勇为人员奖励和保护条例实施办法》第四条规定下列行为应当确认为见义勇为行为：（一）同正在进行的侵犯国家、集体财产或者他人人身、财产安全的违法犯罪行为作斗争的；（二）同正在进行的危害国家安全、妨害公共安全或者扰乱公共秩序的违法犯罪行为作斗争的；（三）在抢险救灾中，不顾个人安危，抢救国家、集体财产或者他人生命财产的；（四）其他为保护国家、集体利益或者他人生命财产安全免受正在遭受的侵害，不顾个人安危，挺身救助的行为。该办法第十一条规定区、县级基金的用途：（一）对见义勇为人员的评比、表彰和奖励；（二）见义勇为人员的医疗费用；（三）见义勇为人员及其家属的生活困难补助；（四）事业单位见义勇为人员的伤残补助金；（五）区、县民政部门核定的其他开支。

（责任编辑：周中举）