

“公平责任”的再定位

张新宝^{*}

摘要:《民法典》对“公平责任”条文的修改,是我国侵权责任法领域法治观念和法治思维的一次重大变革。随着全面依法治国进程的推进,“让当事人满意”“案结事了”的司法理念已难以适应我国法治社会建设的需要,只有让当事人在每一个司法案件中感受到公平正义,才能实现司法公正,形成人民对制度和规范的认同。“公平责任”条文经历了从《民法通则》第132条到《侵权责任法》第24条再到《民法典》第1186条的演变,其规范性质也几经变迁。司法实践逐渐拒绝“和稀泥”的裁判,代之以刚性判决强化公众的规则意识。通过编纂《民法典》,“公平责任”条文由可独立适用的裁判规则转变为不可独立适用的指引性规范。法官在适用《民法典》第1186条时需要在其他法律规定中寻找规范依据,并满足因果关系的要件要求。

关键词:公平责任 《民法通则》 《侵权责任法》 《民法典》 指引性规范

长期以来,对“公平责任”的理解与适用一直是我国法学界的一个争议问题。2020年5月28日,第十三届全国人民代表大会第三次会议通过的《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第1186条对《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第24条作出了实质性的修改。在全面推进依法治国、贯彻落实习近平法治思想的大背景下,对《民法典》第1186条赋予“公平责任”的全新含义需要进行一次全面、深入的探讨。本文将从法理观念、制度演进和司法实践三个维度考察“公平责任”的发展脉络,并在此基础上对正确理解和适用《民法典》第1186条提出若干建议。

一、时代背景和社会观念的转变

关于“公平责任”规定的性质,我国学界素有争议。部分学者认为,公平责任是我国侵权责任

^{*} 中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员、法学院教授
基金项目:国家社会科学基金项目(ZDA21050)

法中一项独立的归责原则。当受害人和行为人都不存在过错,也无法律规定应当适用无过错责任时,法官即可适用公平责任原则,结合内心确信的公平观念,根据案件实际情况判决双方合理分担损失。^①《侵权责任法》颁布后,也有部分学者认为,“公平责任”不是归责原则,而是损失分担的一般规则。^②另有学者认为,“公平责任”并非一项独立的归责原则,实质上是以衡平的手段确定双方各自分担的损失,其内容具有模糊性且影响法律稳定价值的实现,仅能适用于个别案件。^③

根据侵权责任法的基本原理和社会一般观念,受害人原则上应当自行承担损害后果,仅当有特别理由存在时,才可以向行为人请求损害赔偿。前述特别理由即是侵权责任法上的归责事由,其意义在于解决侵权责任的伦理性和正义性问题,确保对行为人的归责符合社会的公平正义观念。《民法典》第1165条和第1166条(《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,前者以侵权人存在过错为归责事由,后者以侵权人开启或者保有(控制)某种高度危险或者对直接实施侵权行为的行为人有控制力为归责事由。当侵权人存在过错时,其主观上具有非道德性或者可责难性,令其承担侵权责任的正当性不证自明。当行为人开启或者保有(控制)某种不可避免但对社会有益的高度危险时,法律需要对危险活动带来的不幸损害进行合理分配,故要求行为人承担无过错责任。如此归责,既为社会生活必要的某些危险作业提供了存在和发展的空间,也为受害人提供了适当的救济。当侵权人对直接实施侵权行为的行为人有控制力时,侵权人能够支配行为人的行为或者对行为人的行为产生重大影响,^④因此侵权人即使对行为人造成的损害不存在过错,依然应当承担侵权责任。可见,过错责任原则和无过错责任原则的归责事由都有明确的内容以及清晰的判断标准,也具有道德伦理上的正当性。

于“公平责任”,法律要求行为人分担损失的依据并非过错、危险或控制力,而是高度抽象且内涵不甚明确的“公平”。支持“公平责任原则”的学者认为,当受害人和行为人对损害的发生都没有过错时,由双方分担损失是民法公平原则的体现。“公平责任原则”使得法律具有了人情味,使双方当事人的利益实现了平衡,紧张的社会关系得到舒缓。^⑤但是,如果法律径行以公平原则或者公平观念为由要求行为人承担损害,其实质是利用“公平”的概念掩盖归责事由的缺失,“公

① 参见徐爱国:《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;王利明:《我国侵权责任法的体系构建——以救济法为中心的思考》,《中国法学》2008年第4期;王成:《侵权责任法归责原则的理念及配置》,《政治与法律》2009年第1期;刘士国:《制定侵权责任法的方法论思考》,《法学论坛》2009年第1期;沈幼伦:《侵权责任归责原则三元化之思考——对〈侵权责任法〉的解读》,《法学》2010年第5期;冷传莉、曾清河:《民法典时代公平责任的体系定位与未来走向》,《甘肃政法大学学报》2020年第5期。

② 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》,《法律科学(西北政法学报)》2012年第2期;陈本寒、陈英:《公平责任归责原则的再探讨——兼评我国〈侵权责任法〉第24条的理解与适用》,《法学评论》2012年第2期。

③ 参见米健:《关于“公平”归责原则的思考》,《中外法学》1997年第1期;杨立新:《侵权法论》(上册),人民法院出版社2013年第5版,第171~172页;张新宝:《侵权责任法》,中国人民大学出版社2020年第5版,第21页;程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年第3版,第136~137页。郭明瑞教授先持“归责原则肯定说”,后改持“归责原则否定说”。参见郭明瑞:《侵权立法若干问题思考》,《中国法学》2008年第4期;郭明瑞:《关于公平责任的性质及适用》,《甘肃社会科学》2012年第5期。

④ 参见尹飞:《为他人行为侵权责任之归责基础》,《法学研究》2009年第5期。

⑤ 参见王成:《侵权责任法归责原则的理念及配置》,《政治与法律》2009年第1期。

平责任”实际上也是一种不存在具体归责事由的“责任”。因此,“公平责任”与“损害停留在其所发生之处”的侵权责任法基本原理是存在冲突的,仅在个别情形中存在有限的适用余地。如将其上升为侵权责任的归责原则或者一般条款,则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,软化侵权责任法归责原则的体系构成。^① 适用范围过于宽泛的“公平责任”恰恰是有违侵权责任法基本公平正义观念的。然而,在过去的司法实践中,《侵权责任法》第24条存在极为明显的被滥用现象。这一现象的成因大致可分为四个方面:

第一,从《侵权责任法》第24条的表述来看,法官适用该条判决双方分担损失的唯一限制性条件是“受害人和行为人对损害的发生都没有过错”。实际上,对《侵权责任法》第24条的适用范围进行限制的是“可以”二字。这表明法官应当对该条的适用秉持谨慎的态度,只有在根据案件情况确有必要适用该条时,才可判决双方分担损失。但“可以”二字并非“公平责任”规范意义上的构成要件,而是赋予了法官自由裁量权。这为法院不断扩大该条的适用范围提供了依据。

第二,在改革开放的早期阶段,我国保险制度尚未全面普及,社会救助、社会捐助等社会保障制度也尚不健全。^② 因此,许多本应通过侵权责任法之外的制度解决的事项,当时只能在侵权责任法内部解决。^③ 而“公平责任”则在一定程度上发挥着避免受害人及其家庭陷入生活困难的作用。但随着改革开放的不断深入,我国在全面建成小康社会方面取得了决定性的成就,在“十三五”时期已建成世界上规模最大的社会保障体系。^④ 在社会保障制度已较为完善的背景下,如不对“公平责任”的适用加以限制,一方面会导致有资力的一方当事人承担社会保障制度的任务,^⑤ 另一方面也会阻碍社会保障机制的健康运行。

第三,我国法学界以往过于强调侵权责任的救济功能。这种观念对法律共同体的公平正义观产生了潜在的影响。在风险社会,填补受害人的损害已成为现代侵权责任法最为重要的功能之一。但是,强调侵权责任法救济功能的重要性不等于“有损害必有救济”。我国法学界和实务界部分人在理解和适用“公平责任”时经常将上述二者相混淆,错误地认为当受害人遭受损害时必须给予受害人一定的救济,否则有违社会公平观念的要求。有人认为,在意外致害的情形中,由受害人独自承担全部损失是不公正的,只有让无过错的行为人和受害人各自承担一半的损失,才符合公平正义观念。^⑥ 但是,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。

第四,出于维稳优先的考虑,一些法院在实践中关注的重点往往是如何平息诉讼纠纷,强调

① 参见王泽鉴:《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。

② 参见翟羽艳、吕秀军:《公平责任三论》,《求是学刊》2000年第2期。

③ 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》,《法律科学(西北政法大學學報)》2012年第2期。

④ 参见《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》(二〇二〇年十月二十九日中国共产党第十九届中央委员会第五次全体会议通过),《人民日报》2020年11月4日。

⑤ 参见程啸:《中国民法典侵权责任编的创新与发展》,《中国法律评论》2020年第3期。

⑥ 参见杨代雄:《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》,《华东政法大学学报》2010年第3期。

“让当事人(主要是受害人)满意”“案结事了”,在一定程度上忽视了司法裁判的社会效果。对于民事案件,双方当事人产生纠纷的主要原因是原告遭受了损失。在原告无法依据过错责任或者无过错责任请求行为人承担侵权责任的情况下,法院为了化解纠纷,在很多案件中倾向于适用“公平责任”判决被告给予原告一定的补偿。如此裁判既可以填补原告的部分损失,也可以消除其不满情绪,达到“案结事了”的效果。尤其是在受害人死亡的案件中,受到“死者为大”等观念的影响,为了抚慰受害人家属,避免其不断缠讼上访,法院往往判决被告给予受害人家属一定的补偿,以实现维护社会稳定的目的。^①但是,过于注重维稳的司法政策会模糊冲突双方的是非对错,为了换取社会的“稳定”不惜在一定范围内迫使无辜的行为人牺牲其权益和自由。这导致人们对法律规范的权威性和司法的公正性缺乏足够的信赖和认同,反而不利于社会的长治久安。^②

党的十八大以来,党中央全面推进依法治国这一治国理政的基本方略。2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出:“公正是法治的生命线。司法公正对社会公正具有重要引领作用,司法不公对社会公正具有致命破坏作用。必须完善司法管理体制和司法权力运行机制,规范司法行为,加强对司法活动的监督,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。”这表明,司法不仅仅是维稳的手段,更是引领社会价值观的重器。实现司法公正的关键在于依法断案,统一法律适用标准,坚持以事实为依据,以法律为准绳。最终促使社会一般人感知司法公正的往往不是哪一方当事人胜诉的结果,而是法院能否依法裁判、能否严格遵循程序规则裁判。^③在1986年《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)颁布后的较长一段时间内,我国民事法律规范都处于不够完善的状态。许多侵权行为本应适用过错推定责任或者无过错责任,但由于缺少法律的明确规定而无法适用,因此法官在部分案件中适用“公平责任”判决双方当事人分担损失实属无奈之举。随着我国法治建设的不断推进,至2009年《侵权责任法》颁布时,我国已形成较为完备的民事法律体系。对于绝大部分涉及侵权责任纠纷的民事案件,法院在裁判时都可找到相应的规范依据。当被告实施的行为不属于法律规定应当适用无过错责任的侵权行为时,如其不存在过错,则表明其行为在法律上无任何可指责之处,原则上法院应当依照《侵权责任法》第6条第1款的规定,判决驳回原告的诉讼请求。但是,在优先救济受害人的法律观念和“案结事了”等司法理念的影响下,法院往往会依照《侵权责任法》第24条的规定,判决双方当事人分担损失。这种“和稀泥”式的审判思维对我国法治建设造成的负面效应远大于正面效应,模糊了人们对行为自由的合理预期,同时也与人们不断生长的法治意识、规则意识和权利意识相冲突,^④有损社会公众对司法公正的信赖。

在全面推进依法治国的大背景下,“公平责任”的适用理应受到限制。一方面,“公平责任”条款的宽泛适用将导致侵权责任法难以发挥自身的行为规范功能。习近平总书记指出:“要在全社会树立法律权威,使人民认识到法律既是保障自身权利的有力武器,也是必须遵守的行为规范,培育社会成员办事依法、遇事找法、解决问题靠法的良好环境,自觉抵制违法行为,自觉维护法治

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

② 参见陈璇:《正当防卫、维稳优先与结果导向——以“于欢故意伤害案”为契机展开的法理思考》,《法律科学(西北政法大学学报)》2018年第3期。

③ 参见吴英姿:《论司法认同:危机与重建》,《中国法学》2016年第3期。

④ 参见张卫平:《回归“马锡五”的思考》,《现代法学》2009年第5期。

权威。”^①民法作为社会生活的百科全书,告诉人们可以、必须以及禁止做什么,具有很强的明是非、辨对错、止纷争的指引功能。^②民法的重要特点在于,其主要依靠民事主体在从事民事行为时主动贯彻实施,因此,在民法中规定行为规范的意义就尤为重要。只有充分发挥民法的行为规范功能,才能起到鼓励合法行为、威慑违法行为的社会效果,引导社会公众自觉守法,树立社会主义核心价值观。另一方面,对“公平责任”的适用作出限制也是我国建设社会主义法治社会的必然选择。有学者强调:“进入新世纪以来,国家治理的社会历史条件和国内国际经纬都发生了重大变化,我国社会的利益格局发生深刻变动,形成了不同的利益阶层和群体。与此相应,以利益为实体的道德观念和道德标准急剧分化,各个阶层、各个群体普遍认同和接受的道德观念、道德标准甚至道德规范已缺乏坚实的经济和社会基础,加上人民群众的法治观念、权利意识、维权动力普遍增强,作为社会共识最大公约数的法律理所当然地在国家治理中扮演着主导角色。”^③在当下中国,社会对法律的需要越来越强烈,法律和司法在社会治理中扮演的角色越来越重要。司法要在最大范围内获得社会认同,必然要从法律中寻求裁判理由。^④法治的核心是规则之治,使人们通过具有平等性、交涉性和可预期性的法律规则解决矛盾和冲突。^⑤而“公平责任”的核心要素并非广泛凝聚社会共识的法律规则,而是“不患寡而患不均”“扶贫济弱”的集体主义道德观念。这一观念已经超越了民法所预设的无视主体财产、地位等具体状况的差异一律平等对待、对自己自由意思负其责任等基本要求,^⑥与民法的基本逻辑相脱节。当法官继续沿袭《民法通则》时代的理念,遵循个人内心的道德观念断案时,裁判结果在当今很难获得社会公众的广泛认同。只有在少数特殊情形下,由双方当事人分担损失可能更符合社会多数公众的一般期待,此时“公平责任”才存在适用的余地。

编纂民法典是推进全面依法治国、推进国家治理体系和治理能力现代化的重大举措。^⑦民法典的颁布和实施将使全社会的法治意识提高到一个全新的高度,而社会所呼唤的也将不再是化解纠纷、息事宁人,而是明确是与非、对与错的公平正义,人民法院依法裁判、刚正不阿。民法典的编纂敏锐地捕捉到了我国社会正在经历的这一历史性转变,在立法层面针对我国过去司法实践中存在的“和稀泥”现象作出重大调整,其中的一个重要切入口就是对《侵权责任法》第24条的实质修改。《民法典》第1186条极大地限缩了该条的适用范围,仅当存在法律明文规定时,才可由双方当事人分担损失。这一修改不仅为我国民法学界长期以来围绕“公平责任”条文之性质的论争画上了句号,更彰显出依法治国的国家治理理念,舍弃了过去对个案作出特殊化处理以维护社会稳定的治理模式,将树立制度认同置于首位,培养社会公众对法律规范权威性和司法审判公正性的信赖,引导法院以刚性判决实现守护社会公平正义的最终目的。

① 习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社2020年版,第113页。

② 黄文艺:《民法典与社会治理现代化》,《法制与社会发展》2020年第5期。

③ 张文显:《法治与国家治理现代化》,《中国法学》2014年第4期。

④ 参见吴英姿:《论司法认同:危机与重建》,《中国法学》2016年第3期。

⑤ 参见王利明:《法治:良法与善治》,《中国人民大学学报》2015年第2期。

⑥ 参见易军:《民法公平原则新论》,《法学家》2012年第4期。

⑦ 参见王晨:《关于〈中华人民共和国民法典(草案)〉的说明——二〇二〇年五月二十二日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》,《人民日报》2020年5月23日。

二、“公平责任”条文的历史流变

在《民法通则》出台前,我国前三次民法典起草形成的草案(草稿)均未对“公平责任”作出规定。1979年开始的第三次民法典起草工作分别于1980年8月15日、1981年4月10日、1981年7月31日、1982年5月1日形成民法草案四稿。^①这四稿草案只规定了酌情减少损害赔偿数额条文,即草案第一稿第472条、草案第二稿第366条、草案第三稿第492条和草案第四稿第448条。前述草案中酌情减少损害赔偿数额条文的主要内容是,法院在决定损害赔偿数额的时候,可以考虑当事人的经济情况等因素适当减免,其性质与有过失条文相似,二者均属于对损害赔偿赔偿责任范围的一般性限制。而《民法通则》第132条虽然位于与有过失条文(第131条)之后,其性质却与前述草案中的相关规定完全不同。

《民法通则》第132条来源于1922年《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国民法典》(以下简称《苏俄民法典》)第406条。^②该条规定:“依照本法典第403条至第405条的规定,加害人本来可以不负赔偿责任的时候,法院也可以根据加害人和受害人的财产状况,命令他酌量赔偿。”^③法院依照该条规定,可以责成因合法行为造成损害的人承担责任,责成因违法行为造成损害但没有过错的人承担责任;也可以责成高度危险来源的占有人赔偿高度危险来源因不可抗拒的力量所造成的损害,或责成父母或保护人对已满14周岁的未成年人造成的损害负责赔偿,虽然父母或保护人能够证明,损害的发生是他们不能防止的。^④但该条文在实践中的适用情况却并不理想。由于该条文适用的一项前提条件是加害人与受害人财产状况的悬殊,该条文既不适用于公民与国家机关或者其他社会主义组织之间的诉讼,也不适用于社会主义组织之间的诉讼。原因在于,前述主体的财产状况之间不存在比较的基础。^⑤随着物质福利的不断增长,公民间财产状况的显著差别也在消失,因此1922年《苏俄民法典》第406条在法院的实践中几乎没有适用。^⑥1964年《苏俄民法典》取消了这一规定,现行《俄罗斯联邦民法典》也未恢复这一规定。

《民法通则》第132条将“公平责任”规定为承担民事责任的一般条款,与比较法上的一般经验不符。比较法上有将“公平责任”作为承担民事责任的例外情形予以规定的立法例,典型者如《德国民法典》第829条。该条将“公平责任”的适用范围限制在处于无意识状态、存在精神障碍的人或者未成年人造成他人损害的情形之内,其理论源流可追溯至《普鲁士普通邦法》第41~44条。该条植根于一种朴素的法律观念:对于财产充裕的行为人而言,即使其因尚未成年或者存在

① 参见何勤华、李秀清、陈颐编:《新中国民法典草案总览(增订本)》(中卷),北京大学出版社2017年版,第1151页以下。

② 参见孔祥俊:《论侵权行为的归责原则》,《中国法学》1992年第5期。

③ 《苏俄民法典》,郑华译,法律出版社1956年版,第90页。

④ 参见[苏]C·H·布拉图斯主编:《苏维埃民法》(第3册),中国人民大学民法教研室译,法律出版社1957年版,第372页。

⑤ 参见[苏]玛·雅·克依里洛娃:《苏维埃民法》(下册),北京政法学院民法教研室1958年版,第186~187页。

⑥ 参见[苏]C·H·布拉图斯主编:《苏维埃民法》(第3册),中国人民大学民法教研室译,法律出版社1957年版,第373页。

精神障碍无法对其行为负责,也依然应当为另一方当事人的财产损失承担辅助性质的责任。^①由于欠缺责任能力的行为人不具有根据理性的自主意志而实施行为的能力,法律无法从过错层面对其行为进行评判,民事责任也无法成立。这一结论体现出法律对处于弱势地位的无责任能力人的特殊保护。但形式意义上处于弱势地位的无责任能力人在具有充足资力的情况下,在个案中反而可能处于实质意义上的强势地位。例如,在富裕家庭中娇生惯养的孩子肆意给他人造成损害的情形在当时社会并不鲜见。^②此时依据公平观念,行为人应当对损失承担适当的赔偿责任。近年来比较法的发展依然遵循着这一趋势,如《欧洲示范民法典草案》第 VI-3:103 条第 3 款规定了与前述立法例相类似的内容。^③在无责任能力人致害情形,令经济实力较强的行为人承担与个案情况相适应的责任可能更符合公平观念的要求。比较法上关于“公平责任”的立法例多围绕这一特定情形作出规定。除 1922 年《苏俄民法典》第 406 条外,比较法上几乎不存在其他将“公平责任”规定为承担民事责任的一般条款的立法例。

前述考察表明,《民法通则》第 132 条在我国前三次民法典立法工作中既不存在先例,同时也只有比较法上的孤例。我国民法学界在《民法通则》颁布之前,无任何关于所谓“公平责任”的探讨,而该法颁布之后,学界才迅速对此展开了讨论。^④可见,《民法通则》第 132 条属于缺乏比较法参考经验和学理研究的尝试。《民法通则》施行后,最高人民法院于 1988 年 4 月 2 日发布了《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)》(以下简称《民通意见》)。与《民法通则》第 132 条相比,《民通意见》第 157 条增设了一个限制性条件,即将“公平责任”的适用范围限制在一方为对方的利益或者共同的利益进行活动的情形之内。但该条司法解释对《民法通则》第 132 条的司法适用影响较小,实践中基于该条司法解释裁判的案例也很少。^⑤

2001 年国家启动第四次民法典起草工作,第九届全国人大常委会组织起草了《中华人民共和国民法(草案)》,并于 2002 年 12 月进行了一次审议。在该草案中,“公平责任”条文的表述已经发生了变化。该草案第八编第 20 条规定:“当事人对造成的损害都没有过错的,可以根据实际情况,由当事人分担损失。”与此同时,我国法学界对侵权责任法立法的理论研究工作也取得了成果,其中最具影响力的研究成果包括中国社会科学院法学研究所梁慧星主持的《中国民法典草案建议稿附理由·侵权行为编》(以下简称“梁稿”)、中国人民大学法学院王利明主持的《中国民法典学者建议稿及立法理由·侵权行为编》(以下简称“王稿”)以及中国人民大学法学院杨立新主持的《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》(以下简称“杨稿”)。三部学者建议稿对“公平责任”条文均采取了限制的态度。“梁稿”的起草者认为,实务中存在滥用《民法通则》第 132 条的情况,因此有必要增设适用要件上的法定限制,从而在行为自由与权益保护之间保持适当平衡。^⑥“杨稿”的起草者认为,《民法通则》第 132 条有损法律的确定性。因此,“杨稿”第 21 条虽然保留了“公平责任”条文,但其性质已不再是行为人承担民事责任的基础,而仅仅是一种特殊

① Vgl. Jürgen Oechsler, in: Staudinger Kommentar BGB, 15. Aufl., 2009, § 829 Rdn. 1.

② 参见[德]巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(上卷),张新宝译,法律出版社 2004 年第 2 版,第 111 页。

③ 参见[英]克莱夫、[德]巴尔主编:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧洲示范民法典草案(全译本)》(第 5 卷、第 6 卷、第 7 卷),王文胜、唐超、李昊译,法律出版社 2014 年版,第 462~465 页。

④ 参见王竹:《我国侵权责任法上“公平责任”源流考》,《甘肃政法学院学报》2008 年第 2 期。

⑤ 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》,《广东社会科学》2021 年第 1 期。

⑥ 参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由·侵权行为编》,法律出版社 2013 年版,第 208 页。

的责任形态。^①而“王稿”则取消了“公平责任”条文,未沿用《民法通则》第132条的规定。

《侵权责任法》未采纳前述学者建议稿的建议,而是坚持了2002年审议的民法草案的立场。在《侵权责任法》的立法过程中,关于该条文存在不同意见。与学界关于“公平责任”性质的争论相似,立法过程中既有观点肯定“公平责任”是一项归责原则,也有观点对此持否定态度。^②关于“公平责任”条文,法官群体的意见也存有较大分歧。有的法官认为,多年的司法实践表明,“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积极作用;有的法官认为,应当严格限定公平责任的适用条件,同时对如何分担损失作更详细的规定;有的法官认为,“公平责任”条文对行为人不公平,社会效果也不一定好,还可能导致滥诉,应当删除。^③面对前述争议,立法机关考虑到实践中有适用“公平责任”的特殊需求,依然整体上沿用了《民法通则》第132条的规定。同时,《侵权责任法》第24条将《民法通则》第132条中的“分担民事责任”改为“分担损失”。“分担损失”旨在表明行为人承担的不是民事责任,而仅仅是法律规定的义务,传递出行为人出于道义对受害人提供帮助的含义。^④但是,立法机关在设计《侵权责任法》第24条时的良好愿景在实践中收效甚微。不论是“分担民事责任”还是“分担损失”,行为人都需要“真金白银”地拿出钱来支付给受害人,而民事责任和补偿义务可能仅仅在法学研习者的观念中存在区别,在社会效果方面二者差异并不明显。直至《侵权责任法》第24条出台,存在于我国前三次民法典起草工作中的酌情减少损害赔偿数额条文最终演变为我国民法体系中典型意义上的“公平责任”条文。该条文的性质不再是对损害赔偿责任的范围作出限制,而是一种独立的法定补偿义务的法源。

《侵权责任法》正式施行后,“公平责任”条文的弊病日益突显,对其进行修改势在必行。《中华人民共和国民法侵权责任编(草案)》(2017年10月31日民法室室内稿)第17条规定:“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,可以根据法律的规定,由双方分担损失。”2018年8月27日的《民法典各分编(草案一次审议稿)》第962条基本沿用了前述规定。《关于〈民法典各分编(草案)〉的说明》指出,《侵权责任法》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。为进一步明确该规则的适用范围,统一裁判尺度,草案将侵权责任法规定中的‘根据实际情况’修改为‘依照法律的规定’”。^⑤2018年12月14日的《民法典侵权责任编(草案二次审议稿)》第962条和2019年8月16日的《民法典侵权责任编(草案三次审议稿)》第962条均沿用了一审稿中的规定。此后,《中华人民共和国民法典(草案)》(2019年11月27日至29日宪法和法律委员会审议稿)第1186条将三审稿第962条中的“可以”二字删去,同时删去了“规定”二字后的逗号。删去“可以”二字的原因在于,“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的情况下,要求分担损失只能依照法律规定,因此不应再规定‘可以’依照法律规定”。^⑥最终,经第十三届全国人民代表大会第三次会议通过的《民法典》第1186条保留了这一规定。

① 参见杨立新主编:《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》,法律出版社2007年版,第79页。

② 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2013年第2版,第131~132页。

③ 参见《法官对侵权责任法草案的意见(一)》,载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》,法律出版社2010年版,第223页。

④ 参见王胜明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,法律出版社2013年第2版,第132页。

⑤ 沈春耀:《关于〈民法典各分编(草案)〉的说明》,《民法典立法背景与观点全集》编写组编:《民法典立法背景与观点全集》,法律出版社2020年版,第27页。

⑥ 黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第89页。

三、司法实践的转变

在《侵权责任法》颁布之前,我国调整民事侵权关系的法律规范体系尚不成熟。受到当时既有裁判规范的局限,法官在部分特殊案件中适用“公平责任”条文的做法存在一定的合理性。例如,在“李萍、龚念诉五月花公司人身损害赔偿纠纷案”^①(以下简称“五月花公司案”)中,法院依照《民通意见》第 157 条的规定,判决酌情由五月花公司补偿李萍、龚念一部分经济损失。实际上,该案中五月花公司是否应当承担侵权责任,取决于其是否尽到安全保障义务。由于《民法通则》未规定经营者的安全保障义务,因此法官在该案中适用“公平责任”可以得出较为妥当的裁判结果。但如该案发生于 2020 年修改《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》或《侵权责任法》颁布之后,法官则无需援引“公平责任”条文即可对该案作出正确裁判。

在“五月花公司案”中,“公平责任”条文实际上发挥着填补法律漏洞的作用。法律漏洞的出现并非法律的常态,而是少数情况下的特例,但过去我国法院曾在民事案件中大面积地适用“公平责任”条文,明显超出了法律漏洞填补的范畴。例如,在下列过错责任案件中,法院均适用“公平责任”条文判决双方当事人分担民事责任(损失):^②(1)因突发数十年一遇的大暴雨,甲路过乙家时,雨水冲击、浸泡乙家的围墙致其倒塌,甲被倒塌的围墙砸倒身亡。^③(2)甲于乙经营的服务场所处在接受足浴按摩服务的过程中猝死。^④(3)甲搭乘乙驾驶的货车,在行驶过程中车辆左前轮突然爆胎引发交通事故,导致甲当场死亡。^⑤(4)乙 1、乙 2 等人与甲发生争执,相互扭打导致甲受伤,但经 CT 检查没有发现大的伤情。14 日后,甲在田间劳作时突然感到身体不适,随后不久死亡。经鉴定,甲的死亡原因系心源性猝死,而非扭打造成的机械性损伤。^⑥(5)甲具有特殊体质,在乙学校老师的安排下与其他同学一起搬运课桌。在搬运过程中,甲的右腿碰撞了课桌角,引发原有病因导致终身残疾。^⑦(6)甲因交通事故在乙 1 医院输血治疗,5 年后被诊断感染艾滋病,根据现有证据无法查明甲感染艾滋病是否系在乙 1 医院输血以及使用乙 2 血站提供的血液所致。^⑧(7)甲、乙自愿参加篮球比赛,在甲投篮时,乙实施符合篮球运动规范的正当防守行为导致甲受伤。^⑨法院有时也会在无过错责任案件中适用“公平责任”。例如:(1)甲因服用乙公司生产的药品而死亡,该药品在事发当时的科学技术水平下系符合国家药典规定的合格产品,但该药品事后被国家药品监督管理局确定为违禁药品。^⑩(2)因遭遇持续强降雨这一不可抗力,乙 1

① 参见《李萍、龚念诉五月花公司人身损害赔偿纠纷案》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2002 年第 2 期。

② 在下述案例中,甲均指代原告,乙均指代承担民事责任或者补偿义务的被告。

③ 参见魏建国、张环宇:《因气候因素引起的不可抗力的认定》,《人民法院报》2012 年 9 月 13 日。

④ 参见福建省厦门市中级人民法院(2007)厦民终字第 2601 号民事判决书。

⑤ 参见江苏省泰州市中级人民法院(2016)苏 12 民终 2166 号民事判决书。

⑥ 参见江西省吉安市中级人民法院(2012)吉中民一终第 456 号民事判决书。

⑦ 参见上海市第一中级人民法院(2005)沪一中民一(民)终字第 2063 号民事判决书。

⑧ 参见湖南省郴州市中级人民法院(2017)湘 10 民终 1668 号民事判决书。

⑨ 参见湖南省永州市中级人民法院(2015)永中法民一终字第 191 号民事判决书。

⑩ 参见湖北省宜昌市中级人民法院(2007)宜中民一终字第 270 号民事判决书。

公司和乙2公司向甲的梨树地内排放污水并且淹泡形成水涝,导致甲种植的梨树绝收,大部分树木死亡。^① (3)患有精神分裂症的无民事行为能力人甲攀爬乙公司所有的变台,导致自身被电击伤。^② 此外,在部分不涉及侵权行为的案件中,法院有时也会依照“公平责任”条文作出裁判。例如:(1)甲作为承揽人,在帮定作人乙悬挂标语的过程中,将积满灰尘的采光玻璃按照一般常识判断为水泥平台。其从窗户向平台跳出后,因踩破平台采光玻璃坠亡。^③ (2)甲基于亲戚关系而义务帮助乙送锚,在送锚过程中因意外被潮水冲走身亡。^④ (3)甲因执行合伙事务,乘坐由三名合伙人甲、乙1、乙2共同雇佣的驾驶员驾驶的挂车,途中因驾驶员操作不当引发交通事故,甲在事故中死亡。^⑤

在前述案例中,法院如不适用“公平责任”条文,而依照过错责任原则或者无过错责任原则作出裁判,得出的结果应当是行为人不承担赔偿责任。依照“受害人和行为人对损害的发生都没有过错”的限制性条件,“公平责任”条文仅能适用于过错责任案件。由于无过错责任在责任构成上不考虑行为人的过错,即使行为人和受害人都没有过错,行为人也应当依法承担侵权责任,不发生“由双方分担损失”的问题。可见,“公平责任”条文的不当适用挤压了过错责任原则和无过错责任原则的适用空间,软化了过错、因果关系、免责事由等要件的法律判断,甚至在不涉及侵权责任的民事案件中为被告施加财产上的不利后果,导致民事责任或者补偿义务的泛化。更为重要的是,法律以追究违法者法律责任的方式发挥行为指引的功能,而“公平责任”却削弱了侵权责任的这一功能:行为人实施合乎法律规范的行为,却需要承担补偿义务;受害人有时实施的是不合法律规范的行为,反而可以得到救济。这导致“公平责任”条文起到的社会效果并不理想,在社会上引起很大反响的“彭宇案”^⑥即是一例。如对“公平责任”的适用不加限制,法律在个案中对受害人的同情最终将演变为社会层面的行为失范,对法治国家、法治社会的建设以及全社会法治意识的提高将产生难以估量的负面效应。

进入全面推进依法治国时期后,人民法院认识到“公平责任”条文中存在的问题,司法实践也逐渐转变,作出了一系列具有重大社会影响力的判决。现将部分判决以审结日期为准按照时间顺序整理如下:

1. “女孩吃芭蕉因噎窒息而死案”^⑦。被告苏燕弟来到菜地捡菜时,将几条芭蕉送给被告覃维邱的孙子覃光典。其后,覃光典又将一根芭蕉送给一起玩耍的曾婷婷。曾婷婷在吃芭蕉时,因芭蕉卡在喉咙处窒息而死。曾婷婷的父母向法院提起诉讼,请求法院判令被告苏燕弟和覃维邱赔偿损失人民币73万余元。法院认为,被告苏燕弟和覃维邱在事件中均无过错。两原告痛失爱女确属不幸,但仅因为事实上的关联,而将不幸归咎于法律上没有过错、道德上亦无不当的两被告,这不是法律追求的公平正义。因此,法院判决驳回原告的诉讼请求。在该案中,法院如适用“公平责任”判决被告承担补偿义务,虽然可以救济一部分原告遭受的损失,但起到的社会效果却

① 参见河北省廊坊市中级人民法院(2016)冀10民终705号民事判决书。

② 参见辽宁省本溪市中级人民法院(2016)辽05民终95号民事判决书。

③ 参见《周开凤等诉宜昌县建设局人身损害赔偿案》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2001年第4期。

④ 参见上海市高级人民法院(2002)沪高民四(海)终字第89号民事判决书。

⑤ 参见江苏省宿迁市中级人民法院(2006)宿中民一终字第23号民事判决书。

⑥ 参见江苏省南京市鼓楼区人民法院(2007)鼓民一初字第212号民事判决书。

⑦ 参见《蒋海燕、曾英诉覃维邱、苏燕弟生命权纠纷案》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2016年第11期。

是被告因邻里间的善意分享行为而承担法律上的不利后果,使得人际关系变得冷漠,对整个社会造成的负面影响是难以用金钱衡量的。这样的判决虽然体现了对原告的同情,但是却会无情地破坏将社会成员凝聚在一起的伦理道德观念,可谓“有小情无大情”。

2. “医生电梯内劝阻吸烟案”^①。医生杨帆进入小区电梯后,因段小立在电梯内吸烟,二人发生言语争执。争执被小区物业人员劝阻后,杨帆离开,段小立同物业人员进入物业办公室,后段小立因心脏病发作猝死。段小立的配偶田九菊向法院提起诉讼,请求法院判令被告杨帆赔偿损失人民币40万余元。一审法院认为,杨帆的行为与段小立的死亡之间并无必然的因果关系,但段小立确实与杨帆发生言语争执后猝死,因此应当依照《侵权责任法》第24条的规定,由双方分担损失。二审法院认为,《侵权责任法》第24条适用的前提条件是行为与损害结果之间有法律上的因果关系,而杨帆劝阻段小立吸烟行为未超出必要限度,属于正当劝阻行为,这一行为本身不会造成段小立死亡的结果,二者之间不存在法律上的因果关系。因此,二审法院以一审判决适用法律错误,损害社会公共利益为由,改判驳回原告的诉讼请求。在该案中,一审法院在认定行为人的行为与受害人的死亡结果之间不存在因果关系的情况下,适用“公平责任”判决被告承担补偿义务,属于典型的“和稀泥”式裁判。二审法院正确地采取了拒绝适用“公平责任”的态度,在是非对错之间划出清晰的界线,体现出对合法正当行为的支持与保护。二审判决结果得到社会各界的高度认同,该案再审时法院也坚持了二审判决的立场。

3. “朱振彪追赶交通肇事逃逸者案”^②。张永焕驾驶摩托车肇事后逃逸,事发时朱振彪驾车经过肇事现场,发现后即驾车追赶。在追赶过程中,张永焕翻越护栏,进入铁路禁区,在火车驶来时自行走向两铁轨中间,被火车撞倒身亡。张永焕的亲属向法院提起诉讼,请求法院判令被告朱振彪赔偿损失人民币60万余元。法院认为,被告朱振彪作为普通公民,挺身而出,制止正在发生的违法犯罪行为,属于见义勇为,应予以支持和鼓励,其对于张永焕死亡结果的发生不存在过错,其行为也不具有违法性。因此,法院判决驳回原告的诉讼请求。该案的一审判决结果即彰显了社会公平正义。最高人民法院院长周强评价道,该案判决“让维护法律和公共利益的行为受到鼓励,让违反法律和社会公德的行为受到惩戒,让见义勇为者敢为,以公正裁判树立行为规则,引领社会风尚”。^③

4. “南京南站高铁案”^④。杨尧乘坐列车到达南京南站后,在另一趟列车驶近时,由站台跃下并进入轨道线路,后迅即横穿线路向对侧站台方向奔跑。在列车车头前,杨尧努力向对侧站台攀爬,但未能成功爬上站台。列车将杨尧腰部以下挤压于车体与站台之间,后杨尧经抢救无效死亡。杨尧的父母向法院提起诉讼,请求法院判令被告中国铁路上海局和中国铁路上海局南京站共同赔偿损失人民币82万余元。法院认为,两被告已经充分履行了安全防护、警示和救助义务,而本起事故系由杨尧引起,因此法院依照《中华人民共和国铁路法》第58条的规定,判决驳回原

① 参见河南省郑州市中级人民法院(2017)豫01民终14848号民事判决书;河南省郑州市中级人民法院(2018)豫01民申957号民事裁定书。

② 参见最高人民法院指导案例98号。

③ 周强:《最高人民法院工作报告2018年3月9日在第十三届全国人民代表大会第一次会议上》,《人民日报》2018年3月26日。

④ 参见《杨本波、侯章素与中国铁路上海局集团有限公司、中国铁路上海局集团有限公司南京站铁路运输人身损害赔偿纠纷案》,《中华人民共和国最高人民法院公报》2019年第10期。

告的诉讼请求。在该案中,受害人杨尧未服从车站的管理,不顾现场的安全警示横穿线路,既违背了众所周知的安全常识,也违背了法律和铁路运输规章制度。对于此种不遵守社会基本规则的行为,行为人应当自行承担其带来的后果。该案判决旗帜鲜明地对漠视规则、破坏秩序的行为给予否定评价,彰显出死者不一定为大,规则与法治才为大的法治精神。

5. “冰面遛狗溺亡索赔案”^①。支某在永定河拦河闸前消力池的冰面上遛狗时不幸溺亡,其亲属向法院提起诉讼,请求法院判令被告北京市永定河管理处等机关赔偿损失人民币 62 万元。法院认为,支某溺亡地点位于永定河拦河闸侧面消力池,其不属于公共场所,因此被告对消力池不负有安全保障义务。依据一般常识即可知,无论是进入河道或进入冰面的行为,均容易发生危及人身的危险,而支某在明知风险的情况下依然在河道、冰面上行走,应自行承担相应的损害后果。因此,法院判决驳回原告的诉讼请求。罗马法谚语有云:法律不保护过分愚钝之人。在该案中可以进一步延伸的是,法律不会给违反禁止性规定不顾自身安全进入非公共场所的人提供人身损害赔偿救济,不管他是否过分愚钝或者过分小聪明。在以往的类似案件中,不论相关的管理者在法律上是否应当承担责任,只要出现受害人死亡的结果,受害人的家属就会向法院提起诉讼,而法院经常判决被告或多或少地补偿原告的一部分损失。^② 该案判决则摆脱了既往司法实践中的惯例,法官在判决书中立场鲜明地写道,受害人家属的境遇令人同情,“但是赔偿的责任方是否构成侵权则需法律上严格界定及证据上的支持,不能以情感或结果责任主义为导向将损失交由不构成侵权的他方承担”。^③

6. “私自上树摘杨梅坠亡案”^④。吴某在红山村景区内游玩时,私自爬上景区内河道旁的杨梅树采摘杨梅,由于树枝枯烂断裂,不慎从树上跌落受伤,送医治疗后因抢救无效死亡。吴某亲属向法院提起诉讼,请求法院判令被告红山村村民委员会赔偿损失人民币 63 万余元。再审法院认为,红山村景区属于开放式景区,未向村民或游客提供采摘杨梅的活动,杨梅树本身并无安全隐患,故被告未违反安全保障义务。吴某因私自爬树采摘杨梅,最终导致损害后果的发生,被告不应承担赔偿责任。因此,再审法院改判驳回原告的诉讼请求。全国人大代表马豹子点评该案道:“我们不能因为吴某身亡就违反道德常识,法律不应为违法者买单。吴某私自摘杨梅本身有违村规民约和公序良俗。司法应引导人们树立正确的价值观,催生新时代公民道德新风尚,营造良好的社会环境。”^⑤

在前述案例中,法院在作出裁判之前都需要考虑“公平责任”条文的适用问题。由于“公平责任”条文过去在我国司法实践中适用较为宽泛,受害人的近亲属在遭遇不幸时,尝试通过诉讼获得更高数额的赔偿或者补偿,是可以理解的。在一个人情社会中,法官考虑到受害人近亲属的情绪及其弱势地位,往往会判决行为人承担一部分的赔偿责任或者补偿义务。但是,法治中国的建设离不开规则意识与法治意识的提高。司法的核心功能不是维稳,而是为社会守护一个值得向

① 参见最高人民法院指导案例 141 号。

② 参见《刚性判决是对公平正义最柔情的呵护》, <https://tv.cctv.com/2020/08/02/VIDED1Wrm8AQVwiUZQdSwE3x200802.shtml?spm=C53141181395.PqEvcmG2ehVF.0.0>, 2021-06-16。

③ 最高人民法院指导案例 141 号。

④ 参见最高人民法院指导案例 140 号。

⑤ 冼小堤:《让“做好人,行好事”无后顾之忧》,《人民法院报》2020 年 5 月 27 日。

往、更值得为之奋斗的秩序。^①周强院长在最高人民法院工作报告中指出,人民法院“通过一系列案件审理,破解长期困扰群众的‘扶不扶’‘劝不劝’‘追不追’‘救不救’‘为不为’‘管不管’等法律和道德风险,坚决防止‘谁能闹谁有理’‘谁横谁有理’‘谁受伤谁有理’等‘和稀泥’做法,让司法有力量、有是非、有温度;让群众有温暖、有遵循、有保障,争做法治中国好公民”。^②司法实践风向的转变充分地揭露出原有《侵权责任法》第24条的不足,极大地推动了该条文的修改与《民法典》第1186条的最终出台。

四、指向条文及因果关系要求

(一)“依照法律的规定”指向的法律条文

“依照法律的规定”是《民法典》第1186条核心要义之所在,从根本上改变了“公平责任”的性质。“依照法律的规定”表明,《民法典》第1186条不再是一个可以直接适用的条文,而是一个指引性条文。指引性条文属于不完全法条,在构成要件或法律效果方面有所欠缺,只有在与其它法条相结合的情况下,才能发挥规范功能。^③“依照法律的规定”指的并不是《民法典》第1186条规定,而是除《民法典》第1186条之外的《民法典》中的其他规定,同时也包括其他法律中的相关规定。^④现行法律中直接涉及“公平责任”的是《民法典》中的两个规定:第一,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造成他人损害没有过错的,根据行为人的经济状况对受害人适当补偿(《民法典》第1190条第1款);第二,高空抛(坠)物造成他人损害,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(《民法典》第1254条第1款)。

1.《民法典》第1190条第1款。该条款对完全民事行为能力人暂时没有意识或者失去控制造成他人损害的补偿义务作出了规定。完全民事行为能力人可能因不可预知或防范的意外事件、疾病等自主意志之外的客观原因而暂时失去意识或者控制,此时损害结果的发生不能归责于行为人,故行为人不承担侵权责任。在此种情形下,行为人实施侵权行为导致受害人遭受损害,但由于行为人不具有责任能力,受害人无法得到任何救济,于情于理有所不公。如前文所述,比较法上的通行做法是,在无责任能力人致害的情形下,法官可以基于衡平观念,根据行为人的经济状况判决其承担适当的赔偿责任。无责任能力人又可分为长期的无责任能力人和暂时的无责任能力人,前者涵盖的民事主体范围与我国民法中规定的无民事行为能力人和限制民事行为能力人大致相同。当无民事行为能力人或限制民事行为能力人造成他人损害时,我国规定了较为严格的监护人责任制度,由监护人对受害人承担无过错责任,对受害人的保护较为周全。但是,暂时的无责任能力人往往不存在监护人,当其造成损害时,受害人遭受损害却无从主张救济,不符合民法公平原则的精神。因此,《民法典》第1190条第1款对此专门作出规定,由行为人对受

^① 参见苏航:《私自上树摘杨梅坠亡案宣判:法律应是公序良俗的“兜底条款”》,微信公众号“最高人民法院”,2020年1月21日。

^② 周强:《最高人民法院工作报告——二〇二〇年五月二十五日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》,《人民日报》2020年6月2日。

^③ 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年第5版,第161页。

^④ 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第92页。

害人进行适当补偿。需要指出的是,《民法典》第1190条第1款在措辞上使用了“造成他人损害”,表明没有过错的情况下“根据行为人的经济状况对受害人适当补偿”也是需要符合因果关系要件的。

2.《民法典》第1254条第1款。该条款对高空抛(坠)物致人损害中可能加害的建筑物使用人的补偿义务作出了规定。由于多数可能加害的建筑物使用人并非高空抛物行为的实际实施者或者高空坠物的实际管理者,法律不应将其推定为存在过错的行为人,否则在责任方面失之过重,可能加害的建筑物使用人将因构成共同危险行为而承担连带责任。《民法典》第1254条第1款将可能加害的建筑物使用人推定为不存在过错的行为人,令其承担一定的补偿义务,较为合理地平衡了当事人之间的利益。学界主流观点认为,高空抛(坠)物致人损害中可能加害的建筑物使用人的补偿义务是“公平责任”的一种具体体现。^①相较于《侵权责任法》第87条,《民法典》第1254条作了较大幅度的修改,采用综合治理的模式,弱化了可能加害的建筑物使用人的补偿义务在受害人救济中的重要性,降低了其实际承担补偿义务的机率。但是,由于高空抛(坠)物很有可能造成他人重伤、残疾甚至死亡等严重后果,如果由受害人一方承担全部的损害后果,极有可能导致其陷入生活困境。如果发生极少数经调查实在无法确定具体侵权人的情况,从公平原则出发,应当由可能加害的建筑物使用人共同分担损害,对受害人给予适当的补偿。因此,《民法典》第1254条第1款依然保留了可能加害的建筑物使用人的补偿义务,为弱势群体在特殊情况下提供充分的救济关怀,彰显了“以人为本”的精神。^②同样需要指出的是,该条规定“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”。这就排除了完全不存在因果关系的情况下,能够证明自己不是侵权人的被告承担补偿后果。只是那些不能证明自己没有实施抛物行为(坠物)或者抛物行为(坠物)没有造成损害的被告才可能承担补偿后果。于后者,也是对因果关系作出了要求,特别之处仅仅在于对原因进行了概括的推定——推定数个可能造成损害的抛物行为(坠物)是损害发生的原因,且其中之一必定是损害发生的原因。

有学者认为,《民法典》中还存在其他属于“公平责任”具体情形的规定。例如,危险由自然原因引起的,紧急避险人可以给予受害人适当补偿(《民法典》第182条第2款);^③因保护他人民事权益使自己受到损害的,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(《民法典》第183条);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接受劳务一方给予补偿(《民法典》第1192条第2款)。^④在《民法典》规定的上述3种补偿义务中,承担补偿义务的主体并非侵权行为的实施者。法律规定这类补偿义务主要是出于平衡当事人之间财产利益的考虑,其法理基础不是“公平”,而是“受益”。基于“受益”的补偿义务虽然也体现了民法的公平精神,但是与基于“公

① 参见王利明:《论高楼抛物致人损害责任的完善》,《法学杂志》2020年第1期;程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年第3版,第737页;王竹:《侵权公平责任论》,中国人民大学出版社2021年版,第243页。反对观点,参见尹志强:《〈民法典〉公平责任的理解与适用》,《社会科学研究》2020年第5期。

② 参见张新宝、张馨天:《从〈侵权责任法〉第87条到〈民法典〉第1254条:“高空抛(坠)物”致人损害责任规则的进步》,《比较法研究》2020年第6期。

③ 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编解读》,中国法制出版社2020年版,第92页。

④ 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》,《广东社会科学》2021年第1期。

平”的补偿义务之间依然存在较明显的区别。严格来说,基于“受益”的补偿义务与真正意义上的侵权责任并无任何关系,因此《民法典》中的前述三处规定不属于本条所指向的法律规定。

(二)隐含于条文表述中的因果关系要件

《民法典》第1186条在表述中未明确提及因果关系,但是解释上应当认为,其适用的前提条件是行为人的行为与损害结果之间存在因果关系。作为《民法通则》第132条借鉴的对象,1922年《苏俄民法典》第406条在表述中也未提及因果关系。苏联学者中的通行观点认为,行为人的行为与损害结果之间存在因果关系是该条文适用的必要条件。^①因果关系属于侵权责任公理性的构成要件,只有在行为人的行为与受害人遭受的损害之间存在一定联系的基础上,才能产生侵权责任或者相较侵权责任而言制裁性较弱的补偿义务。^②如因果关系不能成立,则无异于令行为人为承受无妄之灾,在法理上缺乏足够的正当性。在《民法典》第1186条指向的条文,即《民法典》第1190条第1款和《民法典》第1254条第1款中,同样存在因果关系的要件要求。

在我国以往的司法实践中,部分法官时常忽视“公平责任”中的因果关系要件,不当地扩大“公平责任”条文的适用范围。这种不当适用可以分为两种类型:第一,在根据案件事实和已有证据可以查明因果关系的情况下,如行为人的行为与损害结果之间确定地不存在因果关系,此时法官判决双方分担损失属于“公平责任”条文的误用,典型裁判如“医生电梯内劝阻吸烟案”的一审判决。^③此外应当注意,不能仅因行为人与受害人存在某种时空上的关联,就判决行为人承担补偿义务。例如,我国近年来因扶老人被讹的事件时有发生。在江苏常州的一起事例中,老人在骑车时不慎摔下路旁的水沟,路过的货车驾驶员倪某好心扶起老人却被反被冤枉。^④据视频资料显示,老人摔倒系自己操作不当所致,倪某驾驶的货车与老人没有发生任何接触,其行为与老人摔倒之间不存在因果关系。在此种情形下,“公平责任”自然不能成立。第二,在因果关系难以查明的情况下,笼统地适用“公平责任”判决行为人给予受害人适当补偿。例如,在前述患者感染艾滋病原因不明的案件中,法官适用“公平责任”判决被诉医院和被诉血站对患者进行补偿,同样是对“公平责任”条文的误读。有学者认为,“公平责任”可以适用于此类案件。其理由在于,对于部分因果关系难以认定的案件,行为人的行为与损害结果之间存在一定程度的关联性,但是能否满足高度盖然性的标准则不无疑问,如完全拒绝对受害人提供法律上的救济,则可能违背社会一般公众的公平观念,因此适用“公平责任”判决双方分担损失不失为一种较为妥当的方案。^⑤“公平责任”的法理基础在于以“公平”这一归责事由取代“过错”这一归责事由,对因果关系的要件要求

① 参见[苏]C·H·布拉图斯主编:《苏维埃民法》(第3册),中国人民大学民法教研室译,法律出版社1957年版,第372页;[苏]玛·雅·克依里洛娃:《苏维埃民法》(下册),北京政法学院民法教研室1958年版,第186页。

② 参见石冠彬、谢春玲:《前民法典时代公平责任的适用:裁判误区与应然路径》,《河南社会科学》2019年第9期;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》,《西北大学学报》(社会科学版)2020年第6期。

③ 参见河南省郑州市金水区人民法院(2017)豫0105民初14525号民事判决书。

④ 参见陆鸣:《老人骑车摔倒,货车司机好心扶起反被冤枉》, https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_7734225? hotComm=true, 2021-06-16。

⑤ 参见冯德淦:《侵权责任构成要件弥合视角下的公平责任》,《华侨大学学报》(哲学社会科学版)2019年第6期;孙维飞:《电梯劝阻吸烟案的公平责任分析》,载张志铭主编:《师大法学》(第6辑),法律出版社2020年版,第255~260页;熊丙万:《论〈民法典〉的溯及力》,《中国法学》2021年第2期。

则不应产生任何影响,故“公平责任”应当适用与过错责任相同的因果关系判定标准。^① 在此类案件中,法官应当灵活运用证据规则,综合考虑各项因素,根据其心证判断因果关系是否成立。如因果关系成立,法官可以考虑行为与损害结果之间的原因力大小,合理地确定行为人的责任;如因果关系不成立,法官则应当判决驳回原告的诉讼请求。

五、结 论

党的十八大以来,我国由依法治国阶段迈入全面依法治国阶段,人民法院的司法理念逐渐由“让当事人满意”“案结事了”转变为“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。这一时代背景和社会观念的变化要求法学界重新考虑“公平责任”条文的理论定位。《民法通则》第 132 条和《侵权责任法》第 24 条仿效 1922 年《苏俄民法典》第 406 条,将“公平责任”确立为行为人承担民事责任或者补偿义务的一般规定,与比较法的一般经验不符。在《民法典》的编纂过程中,主流意见始终是对“公平责任”条文的适用作出限制,以适应社会公众对公平正义之认识的基本潮流,做到正本清源。近年来人民法院作出一系列具有重大社会影响力的判决,摒弃“和稀泥”式的审判思维,拒绝适用《侵权责任法》第 24 条或者在适用时寻找更为严格的限制条件。以法理观念、制度演进和司法实践三个维度的共识为基础,立法机关将《侵权责任法》第 24 条修改为《民法典》第 1186 条。遵循前述经验和成果,对《民法典》第 1186 条应当尽量作出限制其适用范围的解释。依照该条文的规定,“公平责任”既不属于归责原则,也不属于独立的责任规范,且其适用必须以存在其他法律规定为前提。目前该条指向的主要是《民法典》第 1190 条第 1 款和《民法典》第 1254 条第 1 款。尽管《民法典》第 1186 条未明确表述,但其及其指向的两个条文在适用时均需要满足因果关系的要件要求。

以良法保障善治,是全面依法治国的前提和基础。编纂民法典,就是全面总结我国的民事立法和司法的实践经验,通过对我国以往的民事法律制度规范进行系统整合、编订纂修,形成一部具有中国特色、体现时代特点、反映人民意愿的法典。从《侵权责任法》第 24 条到《民法典》第 1186 条即是充分体现民法典编纂之精神的一处修改。在全面推进依法治国的进程中,人民法院首先认识到旧有“公平责任”条文的不足,及时转变审判实践的风向,体现出司法实践在法治事业发展中的先导性作用。民法典的编纂在总结吸收司法实践经验的基础上,将这一转变以立法形式确立下来,实现了立法与司法的良性互动。“公平责任”条文历经三十余年的变迁,其演进历程既是法治进程的一部分,其中蕴含的法治思想同时也会推动未来法治进程的不断发展,为中国特色社会主义法治体系的建设提供借鉴。

责任编辑 何 艳

^① 参见张家勇:《也论“电梯劝阻吸烟案”的法律适用》,《法治研究》2018 年第 2 期。