

# 关于公平责任功能定位和规则构造的反思

## ——论如何理解《民法典》第1186条

尹馥嘉

中国海洋大学法学院, 山东 青岛

收稿日期: 2024年4月12日; 录用日期: 2024年4月23日; 发布日期: 2024年5月28日

### 摘要

公平责任条款旨在通过法律实现损失分担功能, 但是该条款在司法实践中存在着误用和滥用, 法官往往没有从损失的严重程度、当事人的经济状况和司法的管理成本出发进行理性裁量, 而是基于息讼宁人的目的将事故损失在当事人之间进行分担。有鉴于此, 《民法典》第1186条对公平责任条款做出了重大修改, 在法律用语上将“可以根据实际情况”修改为“依据法律的规定”, 由此, 公平责任从“标准”的立法模式转变为了“规则”的立法模式, 公平责任条款不再是可以直接独立适用的完全法条, 而变成了仅具有指引性作用、需要与其他具体法律规范结合才能适用的转致规范。

### 关键词

公平责任, 规则标准模式, 经济分析

# Reflections on the Functional Orientation, Rule Construction of Fair Liability

## —How to Understand Article 1186 of the Civil Code

Fujia Yin

Law School, Ocean University of China, Qingdao Shandong

Received: Apr. 12<sup>th</sup>, 2024; accepted: Apr. 23<sup>rd</sup>, 2024; published: May 28<sup>th</sup>, 2024

### Abstract

The legislator has introduced the fair liability clause with the objective of effecting loss sharing through law. However, this provision has been subject to misuse and exploitation in judicial practice, so that judges often do not exercise rational discretion based on the severity of the loss, the economic situation of the parties, and the cost of judicial management. Instead, they apportion the

accident loss among the parties in order to mitigate litigation. In response to these challenges, Article 1186 of the Civil Code has undergone a substantial amendment pertaining to the fair liability clause, substituting “according to the actual situation” with “according to the provisions of the law” in legal terminology. Consequently, fair liability has transitioned from a standard legislative mode to a rule legislative mode, transforming it into a guiding norm that can only be applied in conjunction with other specific legal norms.

## Keywords

Fair Liability, Standards vs Rules, Economic Analysis

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 问题的提出

我国关于公平责任的立法，始于1986年颁布的《中华人民共和国民法通则》，其第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。公平责任制定后，在司法实践中的具体适用严重背离了立法者的预期。<sup>1</sup>该条款不仅作为意外事件发生时将事故损失在当事人之间进行公平合理分配的依据，而且被广泛适用于各种类型的案件，出现了大量违背立法精神的司法判决[1]。

在制定《侵权责任法》的过程中，立法机关对是否规定公平责任进行了大量讨论。普遍的共识是公平责任容易在司法实践中造成滥用，应当对适用条件和适用情形予以限制[2]。但部分拥有实务经验的法官认为该条款在司法实践中便利了很多疑难事故的解决，确有存在的必要[3]。面对前述争议，立法机关最终在多方权衡下，于2009年颁布的《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。

《侵权责任法》实施后，适用公平责任做出的裁判很多，弊端也日益凸显。绝大多数案例中，法官都不是在双方当事人没有过错时进行损失分担，而是基于案件事实难以查清、当事人过错程度难以认定、为了平息诉讼而有意地偏袒弱势一方。<sup>2</sup>基于此种司法现实，立法机关在《民法典》第1186条中，对公平责任做出了新的规定，即：行为人和受害人对于损害的发生都没有过错的，依据法律的规定分担损失。

针对《民法典》第1186条对公平责任做出的修改，理论界存在着两种完全不同的理解。一种是认为公平责任条款在性质上不再是一个可以直接独立适用的完全法条，而是只具有指引性作用、必须结合其他具体法律规定才能得以适用的转致规范[4]；另一种是认为结合民法的公平原则，公平责任仍然是可以直接单独适用的完全法条[5]。两种意见存在根本分歧，意味着我们对于《民法典》第1186条所规定的公平责任需要进行一番深入、系统的考察，以实现对其性质的正确理解、促进其在司法实践中的准确适用。

## 2. 公平责任的功能定位

理解公平责任的设立初衷和预期功能，需要首先考察现实中对于公平责任的直接需求。

### 2.1. 追求分配正义

根据亚里士多德的正义原则[6]，侵权法中的过错责任体现了矫正正义，通过让不法行为人对其所造

<sup>1</sup> 比如在社会上引发巨大争议的“南京彭宇案”，法官就是基于“公平责任”原则进行的裁判。

<sup>2</sup> 比如轰动一时的“电梯劝阻吸烟猝死案”，一审法官考虑到“死者为大”的观念，适用“公平责任”条款裁判引发公众的广泛质疑。

成的损害承担赔偿责任,可以使受害人恢复到不受损害之前的状态;而随着科技的进步和大工业的发展,人类面对的社会环境中的风险不断攀升,这些伴随着工业生产的风险是实现经济进步需要支付的代价。此时,严格责任作为对不幸事件损失分配的法律规则,体现了分配正义。

公平责任的规定是在当事人对损害的发生都没有过错时,由法官根据实际情况在当事人之间进行损失分担,追求的也是分配正义,功能在于弥补过错责任下对于受害人保护的不足。<sup>3</sup>根据侵权法的要件体系,在事故中认定当事人存在过错需要以当事人具有认识和控制能力为前提,如果行为人存在责任年龄不足或者精神状态失常的情形,就无法评价其行为存在主观上的过错,因此便无法要求其承担侵权责任。但倘若加害人因欠缺责任能力而无需承担任何不利后果,那么损害只能由受害人独自承担,这无疑与人们朴素的正义观念相抵触。尤其是当欠缺责任能力的行为人具有丰厚的经济财产,而受害人因为承受损害将严重影响正常的生活时。通过考虑当事人之间的财产状况和与行为相关的情事等辅助性因素,将损害后果在行为人和受害人之间进行合理分配,可以实现分配正义[7]。

## 2.2. 填补体系漏洞

规范和事实的冲突是永恒的法理学难题[8]。虽然在概念体系下,过错责任和无过错责任构成了二元、完整的归责体系,但在司法实践中,难免存在个别性、非类型化的事故纠纷,满足:行为人既不存在过错、无过错责任又尚未对该种事故做出具体化规定、且较难在法律规范中寻求到相应的请求权基础,但按照人们的正义观念又需要将一方当事人的损失在事故双方之间进行分担的情形。<sup>4</sup>在法律的规则制度体系不完善、法律人对于法条的解释技巧和理解应用能力不成熟的制度跟知识背景下,公平责任以其笼统性和模糊性,可以在上述类型的案件裁判中作为法官简化思考和表达、便捷援引适用予以解决纠纷的工具[9]。除了降低个案纠纷的裁判成本,将公平责任作为具有“兜底”性质的法定补偿条款予以适用,还可以填补法律体系不完善的漏洞,从而较为妥当地解决司法实践中出现的棘手难题。

## 2.3. 发挥保险功能

公平责任规定始于《民法通则》,而《民法通则》制定时期,我国正处于改革开放的早期,市场经济体制非常的不成熟,商业保险的模式也尚未普及,国家还不具备实现大范围、强有力的社会保障的财政基础。在许多国家可以借助商业保险和社会保障等制度予以分散和救济的纠纷,在我国只能通过法律的方式对当事人予以救济。在这个意义上,侵权法发挥的是“保险”机制的功能,行为人实际上充当了受害人的保险人。虽然无过错的行为人需要在意外事故发生时与受害人分担损失,看上去是在保护受害人的同时牺牲了行为人的利益。但考虑到风险社会中意外事件随时可能发生,每个人都是潜在的受害人,因此要求行为人充当受害人的保险人,可以在群体意义上提高所有当事人的抗风险能力[10]。

## 2.4. 条件变迁后的公平责任条款

通过上述对于公平责任功能的分析,无论是实现分配正义、填补法律制度体系不完善的漏洞,还是在社会保障制度和商业保险制度不成熟时提供个案救济、发挥保险作用,公平责任的核心功能都在于根据自然法的理性和正义精神,通过进行损失分担促进社会利益和共同体的善。但随着我国法律体系的日趋完善和立法技术的日益成熟,需要通过直接适用公平责任一般条款作为“兜底”依据予以解决的事故

<sup>3</sup> 考察比较法上的立法例,《德国民法典》第 829 条规定:“具有第 823 条至第 826 条所列举的情形之一,而根据第 827 条、第 828 条的规定对所引起的损害可以不负责任的人,在不能向有监督义务的第三人要求赔偿损害时,仍应当赔偿损害,但是根据情况,特别是根据当事人之间的法律关系,合理要求损害赔偿;而不剥夺其为维持适当生计或者履行其法定抚养义务所必需的资金为限。”

<sup>4</sup> 比如因性行为产生的手术费用分担问题。甲男与乙女自由恋爱,同居期间因为性行为使得乙女怀孕。但怀孕后甲乙因琐事而和平分手,因此乙女进行了流产手术,而甲乙对于手术费用没有约定。在这类纠纷中,适用“公平责任”可以便利地解决当事人之间的纠纷。

纠纷会不断减少。公平责任最初意在解决的就是欠缺责任能力者致害时对受害人的救济问题，而我国《民法典》第 1188 条的第 2 款、1190 条第 1 款已经对责任能力欠缺者造成损害时的侵权责任做出了具体规定，<sup>5</sup>在这个意义上，《民法典》第 1186 条的作用是针对具体法律规范“提取公因式”后的总则性规定，满足的是《民法典》体系化的要求，并无直接适用的必要。另外，即使面对现实中不断出现的新型复杂纠纷，在现行的法律制度欠缺明文规定时，法官仍可以借助法律解释、类推适用等方式和技巧来予以化解，或者在条件成熟时可以由立法机关制定新法、最高法院颁发司法解释。在这种制度跟知识背景变迁后，通过直接适用公平责任发挥损失分担的必要性大大降低。

通过法律制度中的公平责任处理意外事件中的损失分担、实现风险分散，在社会保障机制和商业保险制度尚未成熟时具有合理性。但随着社会经济的发展，我国社会保障制度已逐渐完善，商业保险机制可以承保的意外险险种也已大大增加。在如今的背景条件下，通过法律上的公平责任在当事人之间进行风险分散，无论是填平损失的充分性还是损害救济的及时性方面，其额度与速度均不如借助社会保障和商业保险制度。因此，公平责任条款不再有直接适用的必要。

### 3. 公平责任的规则构造

公平责任在司法实践中被滥用是多种因素集合下的产物，既包括法官基于“息讼维稳”的动机进行“案结事了”的冲动，也包括过于强调侵权法的救济功能，但究其最根本的原因，在于公平责任在规则构造上采取了“标准”(standards)的立法模式，条文内容的不明确，赋予了法官充分的自由裁量权。

#### 3.1. 法律条款的两种构造模式：规则与标准(Rules vs. Standards)

立法者制定法律的时候，需要选择法律的具体化程度，为此就有规则 and 标准两种立法模式[11]。以内容的精确程度作为指标，法律规定就像一个光谱，而规则 and 标准就分别处于光谱的两端。标准是开放的、灵活的，需要在具体的情境下对具体的行为进行个别性的判断。与此相对应，规则更加明确、具体，行为人的行为是否需要承担责任、承担何种责任，法官基本没有进行个案裁量的空间。根据规则做出的认定往往是“全有”或者“全无”的判断，而根据标准所做出的认定存在着程度之别。

“规则”的立法模式要求法律条文的内容具体、确定。由此，对立法者来说，制定规则要比制定“标准”的信息成本更高。立法者经常需要在尚未获取有关被规制事项的当下以及未来情况的充分信息之时，采取法律干预的措施。当立法者缺少有关规制事项的当下信息之时，采用“标准”的立法模式，可以通过司法积累相关的经验与信息。但是，具体化程度更低的“标准”也会给司法主体的判断与决策带来更高的实施成本。面对需要处理的纠纷，法官需要比照标准不断进行个别性的判断。从长远的角度说，随着立法技术的进步和科学技术的发展，“标准”模式的应用会变得更加具体化，最终趋向于“规则”模式[12]。

立法模式选择标准还是规则，在立法的信息成本和司法的实施成本之下，还取决于几个具体变量，即：法律被应用的频繁性、法律废弃的速率、司法人员的专门化程度以及社会环境的复杂性。具体而言，如果预期法律将被频繁应用，比起立法的信息成本，立法者应更加关注司法的实施成本。因为立法的信息成本是固定成本，而司法的实施成本是可变成本，会随着应用频率和次数的增加而不断增加。在该种情形下，规则比标准的立法模式更能实现效率。如果立法者预期某法律只在某个短暂的时期内发挥过渡作用，那么与其耗费大量物力、精力制定成本高昂的规则，就不如节省支出采用简便、涵盖更广的标准。在司法制度公信力、权威性强，司法人员的专业化水平高时，标准比规则的立法模式在司法实践中的效

<sup>5</sup>《民法典》第 1188 条第二款规定：有财产的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用；不足部分，由监护人赔偿。第 1190 条第一款规定：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有过错的，应当承担侵权责任；没有过错的，根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。

果更好，因为具有弹性的标准使得司法人员可以根据案件的实际情况可以做出更加准确的认定，民众对司法裁判的结果有更高的信赖与认同。此外，在一个稳定的社会环境中，立法者会更青睐于具体的规则；但在一个变动不居的环境中，灵活的标准更能帮助法律适应社会、经济和技术变化的步伐。

规则的立法模式可以提高法律的确定性、可预测性，给法律主体提供更加具体的指引；而且有助于提高司法的经济性，因为它能够在每个法律被应用之时，减少法官对于事实和环境的细节化考虑。一刀切的规则的弊端在于适用情形过窄可能导致在具体个案的裁判中产生实质不公。相比于规则，标准可以更加灵活地适用于异质多变的案件情况，缓解规则与事实之间普遍存在的张力。但面对标准时，不同的当事人对法律适用的结果可能存在不同的预期，因此也会降低通过协商解决纠纷的可能性，增加通过诉讼解决纠纷的动机<sup>[13]</sup>。

### 3.2. 《民法典》之前公平责任条款的规则构造：标准模式

《民法典》之前，公平责任的法律效果极其不确定。首先，“可以”表明法官在考虑了具体情况之后，依然享有认定风险由受害人独自承担还是将损失在行为人和受害人之间进行分担的决定权，不同法官完全可能对同种类型甚至同一纠纷做出不同的裁判。其次，该条款对于实际情况中应当予以考虑的因素没有细化规定，因此法官往往仅考虑当事人的财产状况和受害人的损害大小，缺乏系统化、体系性的框架。再次，法律规定法官可以根据实际情况在当事人之间分担损失，却没有规定限定损失的范围。有些法院认定精神损害也可以分担，有些法院则认为损失应当只包括财产性损失，而且限定于直接损失。在这些不确定因素的共同作用下，事故中的行为人和受害人对于纠纷的解决缺乏明确、一致的预期，因此在协商无果的情况下，更有激励将纠纷升级为诉讼。

## 4. 对于《民法典》第 1186 条的理解

法律语词的含义是相对的，并不存在含义绝对客观的唯一理解。对于《民法典》第 1186 条中“依据法律的规定”的具体理解，不能仅仅取决于词典或是体系，而应该考虑社会背景因素的变化、依据利弊权衡的逻辑做出判断。对于《民法典》第 1186 条不同理解的取舍，涉及到“涵盖过宽”或者“涵盖不足”的选择，因此需要比较两者的成本收益。

### 4.1. 第 1186 条作为完全法条

根据《民法典》第 1186 条制定过程中的立法资料，立法机关之所以对公平责任的条文规定做出修改，是因为《侵权责任法》第 24 条的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。而《民法典》第 1186 条的目的，就在于进一步明确该规则的适用范围，统一裁判尺度。所以，如果将其界定为可以单独直接适用的法律规范，会使得《民法典》立法过程中的努力付之东流。同时，结合对公平责任条款在过去司法实践中普遍存在的误用、滥用情况，如果法官可以结合公平原则直接适用公平责任条款，会延续乃至加重司法实务中已有的“息讼宁人”的裁判倾向。同时，在一些事故纠纷中适用公平责任判决，会模糊法律的激励信号，使得潜在的受害人倾向于降低本应付出的合理的注意义务、削弱提前通过购买商业保险等方式分散风险的动机，不仅不利于实现事故的预防，而且不利于培养人们发展规则意识和风险意识。<sup>[14]</sup>在具有重大社会影响的事故纠纷中，如果不加限制地适用公平责任，还可能迫使潜在的行为人进行本无必要的安全投资，减少做出对社会福利有正向产出的有益行为，严重限制人们的行为自由。<sup>6</sup>

### 4.2. 第 1186 条作为转致规范

如果将其理解为只具有指引性作用的转致规范，那么在商业保险和社会保障制度尚不足以完美地进

<sup>6</sup>“彭宇案”之后，人们担心做好事可能被讹诈，会增加做好事的顾虑，由此引发了严重的道德滑坡。

行风险分散时、在法律规定因为自身的滞后性而没有做出规定时，那些原本可以通过司法裁判直接适用公平责任在当事人之间进行损失分担的事故纠纷不能得到较为便捷、妥善的处理。

### 4.3. 成本收益分析

结合曾经和当下的司法实践和社会现实，更容易出现的情况不是意外事件中事故损失得不到商业保险的承保和社会保障的涵盖，而是法官对于公平责任的滥用和误用。即使不能得到商业承保和社会保障的意外事件不能通过公平责任进行损失分担，产生的也只是私人成本，损失不会扩大；但如果法官滥用、误用公平责任进行裁判，则大量寻租性的诉讼势必会涌入法院，这种情况下不仅会造成司法资源的错配，还将产生大量的社会成本。因此为了控制错判的规模，应当严格将该条款的性质界定为转致规范。

同时，考虑到经济的不断发展，商业保险的险种会日趋完善，意外事故不能得到承保的范围会逐渐减小，由此带来的成本会日益降低；而且借助法律教义学上类推适用的方法，可以通过解释其他法律规则来替代原本适用公平责任一般条款予以解决的事纠纷。

## 5. 结语

《民法典》第 1186 条对公平责任规定的修改，并非小修小补，而是具有实质意义的彻底变革。将“可以根据实际情况”修改为“依据法律规定”，意味着公平责任的立法模式从“标准”转为了“规则”，公平责任不应作为可以直接单独适用的完全法条，而应当被解释为只有结合其他具体法律规范才能得以适用的转致规范。

在司法实践中，法官基于“息讼维稳”的动机，会有“案结事了”的裁判倾向。当受害人遭受损失，为了照顾受害人的情绪、避免其缠讼上访，法官会适用公平责任判决行为人给予受害人一定的财产补偿，以此实现社会“稳定”的目的。但是这种“防御型”的司法姿态忽略了司法判决的社会影响，激励越来越多的事故纠纷涌入法院，不仅加剧了司法“案多人少”的矛盾，而且不利于提高司法裁判的质量，会导致人们对法律规范的权威性和司法裁判的公正性缺乏足够的信赖与认同，而缺乏公信力的司法判决在执行上也将耗费更多的资源，陷入“恶性循环”[15]。司法实务中，普遍存在的“案结事了”的审判方式不仅模糊了人们的行为预期，而且与民众日益增长的权利意识、规则意识相冲突，造成的负面效果远远大于其正面意义。

《民法典》对公平责任条款的修改，反映了立法层面对司法裁判理念的纠偏。法律是天下之公器，其功能不应只是息事宁人、在法院化解争端，更重要的功能应在于以讼止讼、减少纠纷的发生。为了发挥法律明是非、辨对错、止纷争的引领功能，司法实践中的法官必须坚持以事实为依据、以法律为准绳。只有秉承这种“进取型”的司法姿态，案结才能真正事了，而不是没完没了。

## 参考文献

- [1] 康欣. 公平责任原则在我国的司法适用[J]. 私法, 2014, 23(1): 160-199.
- [2] 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[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 79-80.
- [3] 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[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 223.
- [4] 郑晓剑. 公平责任、损失分担与民法典的科学性——《民法典》第 1186 条之“来龙”与“去脉”[J]. 法学评论, 2022, 40(1): 90-104.
- [5] 尹志强. 《民法典》公平责任的理解与适用[J]. 社会科学研究, 2020(5): 17-26.
- [6] 亚里士多德. 尼各马可伦理学[M]. 上海: 商务印书馆, 2019: 217-226.
- [7] 张金海. 公平责任考辨[J]. 中外法学, 2011, 23(4): 758-773.
- [8] 理查德·A·波斯纳. 法理学问题[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 55-59.

- [9] 孙维飞. 教义学上的拐杖及其舍弃——以性行为后果分担为例论《民法典》第 1186 条之法律适用[J]. 交大法学, 2023(4): 17-28.
- [10] 桑本谦. “过错冗余”与“有难同当”——以“江歌案”一审判决为例[J]. 探索与争鸣, 2022(4): 105-114+178-179.
- [11] Kaplow, L. (1992) Rules versus Standards: An Economic Analysis. *Duke Law Journal*, **42**, 557-629. <https://doi.org/10.2307/1372840>
- [12] Porat, A. and Strahilevitz, L.J. (2014) Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data. *Michigan Law Review*, **112**, 1417-1478. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2217064>
- [13] 张维迎, 艾佳慧. 上诉程序的信息机制——兼论上诉功能的实现[J]. 中国法学, 2011(3): 91-106.
- [14] 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, 4(5): 94-105.
- [15] 桑本谦, 李秀霞. “向前看”: 一种真正负责任的司法态度[J]. 中国法律评论, 2014(3): 225-232.