

侵权法中公平分担损失规则的司法适用

窦 海 阳*

摘要:目前关于《中华人民共和国侵权责任法》第24条的理论研究与司法适用脱节严重,无法针对性地解决实践中面临的问题。在司法适用中,该条面临的主要问题并非“实际情况”的难以确定,而是其适用范围未能得到妥当限制,需对“行为人”与“对损害的发生”进行限缩解释。对其解释应结合侵权责任法的功能及公平的目的,并妥善处理与其他具体规则的关系。在此基础上,该条按照一定的适用逻辑可以发挥其应有的作用。

关键词:侵权责任法 损失分担 公平责任 司法适用

一、问题的提出

《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第24条(下文“第24条”专指该条文)规定了受害人和行为人对损害的发生都没有过错时根据实际情况对损失的公平分担。对该条的研究,从其承袭的《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第132条伊始就吸引了学者的关注。从研究情况来看,在该条颁行之前,多在争论公平责任是否适用独立归责原则。^①自施行之后此类争论热度逐减,大多转向对条款具体适用的解释。^②第24条的表述非常抽象,其规范事实构成要素极不明确,具有高度的模糊性。因此,解释性研究对其具体适用很有助益,上述研究方向的转变非常必要。

从现状来看,相关研究大多是在理论假设基础上的推演,或是通过历史、比较等方法所作的对比,总之没有选择对第24条司法适用情况的实证调查。与那些具备确定性内容的条文相比,该条在理论解释上的劣势很明显,因为其规范内容不明确,倚重于具体的司法适用,在这种情况下条文的适用细节及实践中真正面临的问题难以通过纯理论的假设和推演进行把握。比如该条可能导致滥用,这是学者共识。但是实践中滥用的情况如何,相关研究成果并没有明晰阐释,更不用说具体指出在哪个环节上导致了滥用。于是,对该条所涉问题的论述面面俱到,而在实践中面临的问题却没有得到针对性的回应。因此,提出的建议对于条文在司法中的妥当适用助益不大。另外,该条极具中国特色,与历史及比较法上的相关制度并无实质的可对比性。因为根据历史考辨,公平责任仅限于限制民事行为能力人的责任。^③在比较法上,相类比的《德国民法典》第829条等针对的都是具体情况。而我国法上的第24条却并非如此,它有宽泛的适用范围,与比较法例、历史法例都有很大差别。所以,若不对该条的适用情况进行具体的调查分析,而是立足于对历史及比较法上制度的考证,就难以真正了解该条的优劣得失及其面临的实际问题。

笔者认为,理论演绎或历史、比较法考证固然重要,然其对解决第24条所面临的问题作用有限。基于

* 中国社会科学院法学研究所助理研究员、法学博士
基金项目:国家社会科学基金重大项目(14ZDC018)

① 肯定观点如王利明:《侵权行为法归责原则研究》,中国政法大学出版社2004年版,第140页、第154-155页。否定观点如张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第42-45页。

② 参见胡伟强:《侵权责任法》中公平责任的适用——一个法经济学的解释,《清华法学》2010年第5期;张金海:《公平责任考辨》,《中外法学》2011年第4期;叶金强:《侵权责任法》第24条的解释论,《清华法学》2011年第5期。

③ 参见张金海:《公平责任考辨》,《中外法学》2011年第4期。

该条规范的抽象性及倚重于个案适用等特征,对其研究需要考察已有司法判例,通过梳理条文规范事项在判例中的表现,考察其适用情况,以此分析条款在实践中面临的困难并提出相应的对策。

二、司法适用情况之调查

第24 条中需调查的规范事项有“行为人”、“对损害的发生”、“都没有过错”及“根据实际情况由双方分担损失”。以下兹就这些事项在判决中的表现逐一考察如下:

(一) 行为人

从人民法院判决来看,行为人不但包括其行为导致受害人损害的人,更多情况下还包括其他非致害行为人为人。关于非致害行为人,大概包括以下类型:

1. 学校或其他教育培训机构。学生在学校或其他教育培训机构组织的比赛、训练中受伤。学校或其他教育培训机构已尽教育、监管、及时送医、通知家人等义务且未实施致害行为,仍被视为行为人。^① 在这些情况下,行为人是指实施了体育活动的组织行为、监管行为或教授训练行为的人。

2. 用人单位或接受劳务方。工作人员或提供劳务方在受雇于用人单位或为接受劳务方工作中受损害。用人单位或接受劳务方在无过错且未实施致害行为的情况下被视为行为人。^② 这里的行为人是指劳务活动的接受行为人、组织行为人。在雇佣期间但非工作中受损害,也相同对待。^③ 提供劳务还包括邻里朋友间及陌生人间的帮助。^④ 另外,提供劳务者在劳务关系结束后发生猝死,接受劳务方在没有过错且未实施致害行为的情况下被视为行为人。这里的行为人是指他们曾经实施过组织劳务活动的行为或接受劳务活动的行为。^⑤ 在成立劳务关系之前,如招聘中应聘者体验工作内容时受损害。招聘单位在没有过错且未实施致害行为的情况下被视为行为人。^⑥ 这里的行为人是指实施了招聘活动的组织行为人。

3. 提供劳务或帮助的人。在照看婴儿过程中婴儿死亡,保姆在没有过错且未实施致害行为的情况下被视为行为人。^⑦ 与朋友一起去提新车,帮忙人驾驶的朋友旧车在返回途中燃烧损毁。帮忙人在没有过错且未实施致害行为的情况下被视为行为人。^⑧ 这类行为是指他们提供了劳务或帮助的行为。

4. 合伙人。合伙人在处理合伙事务时受损害,其他合伙人在没有过错且未实施致害行为的情况下被视为行为人。^⑨ 他们作为行为是指实施了组织、参与合伙关系的行为。

5. 与受害人有性关系的人。非婚姻关系男女自愿发生性关系,女性怀孕后因不愿生育而主动做流产手术或因自身体质原因而被迫实施流产手术。对于流产后果,与其发生性关系的男性被视为该条的行为人。^⑩ 这里的行为人是指他们实施了性行为。

6. 场所管理者。受害人在医院、超市、停车场等场所受到损害,场所管理者未违反安全保障义务且未

^① 参见上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民一(民)终字第200号民事判决书;湖南省永州市中级人民法院(2013)永中法民三终字第103号民事判决书。

^② 参见湖南省邵阳市中级人民法院(2012)邵中民一终字第74号民事判决书;河南省郑州市中级人民法院(2012)郑民一终字第1939号民事判决书;重庆市第五中级人民法院(2012)渝五中法民终字第01910号民事判决书;江苏省南京市中级人民法院(2013)宁民终字第1767号民事判决书。

^③ 参见江苏省连云港市新浦区人民法院(2012)新民初字第1612号民事判决书。

^④ 参见上海市宝山区人民法院(2011)宝民一(民)初字第127号民事判决书;河南省郑州市二七区人民法院(2013)二七民一初字第771号民事判决书。

^⑤ 参见河南省郑州市中级人民法院(2013)郑民二终字第683号民事判决书;河南省郑州市管城回族区人民法院(2011)管民初字第2327号民事判决书。

^⑥ 参见宁夏回族自治区中卫市沙坡头区人民法院(2013)沙民初字第132号民事判决书。

^⑦ 参见上海市松江区人民法院(2012)松民一(民)初字第7395号民事判决书。

^⑧ 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。

^⑨ 参见湖南省怀化市通道县人民法院(2013)通民一初字第121号民事判决书;安徽省蚌埠市怀远县人民法院(2013)怀民一初字第01310号民事判决书;宁波海事法院(2011)甬海法温事初字第3号民事判决书。

^⑩ 参见上海市普陀区人民法院(2013)普民一(民)初字第1987号民事判决书;四川省成都市中级人民法院(2010)成民终字第3666号民事判决书。

实施致害行为,被视为行为人。^① 他们作为行为人是指实施了管理场所的行为或接待顾客的行为。

7. 相约并共同参与同一活动者。相约去河里游泳,其中一人溺亡,共同游泳人在没有过错且未实施致害行为的情况下被视为行为人。^② 更常见的是共同饮酒,其中一人死亡,共同饮酒人在没有过错且未实施致害行为的情况下被视为行为人。^③ 他们作为行为人是指实施了相约并共同参与同一活动的行为。

8. 合同关系人。合同一方当事人在履行合同中受损害。如在委托合同中,被委托人处理委托事务时遭遇劫匪而受伤或感染疾病。^④ 在买卖合同中,正在履行合同义务的一方因意外事件受伤。^⑤ 在承揽合同中,承揽人在完成工作时伤亡。^⑥ 在运输合同中,运输人在装载运输货物时意外受伤。^⑦ 在租赁合同中,房屋发生火灾,房屋所有权人受损严重。^⑧ 在这些情况下,另一方合同当事人没有过错且未实施致害行为被视为行为人。他们作为行为人是指实施了缔结与履行合同的行为。

9. 物品所有者。如某人的车无故燃烧造成邻车毁损,车主在没有过错且未实施致害行为的情况下被视为行为人。^⑨ 难以预见的暴雨致院墙倒塌致害,院墙所有人在没有过错且未实施致害行为的情况下被视为行为人。^⑩ 他们作为行为人是指拥有物品的行为。

(二)对损害的发生

对该规范事项的判断大致分为两种:

1. 法律意义上的因果关系。在有些情况下,行为人的行为直接导致受害人损害或其所有、管理的物直接致害,如在足球等对抗性运动中碰撞受伤。^⑪ 车辆或行人碰撞致害。^⑫ 比如,前述车辆因不明火灾导致邻近车毁损或院墙因暴雨倒塌导致他人损害等。在另一些情况下,虽然损害并非行为人直接、完全所致,可能源于多重原因,但行为人的行为是不可或缺的原因。若没有该行为,就必然不会发生损害后果,如受害人与行为人交涉时情绪激动,使原本的病症发作猝死;^⑬又如前述非婚男女发生性关系而造成的流产手术。

2. 事实意义上的某种关联。在更多情况下,法官适用该条时不以法律意义上因果关系为要件,仅需事实意义上的某种关联使行为人与受害人在损害事件中联系起来即可。

法官对于这种关联的判断有的是从时间上进行,即行为人的行为与损害发生于同一时间或是存在紧密的先后顺序。如在雇佣或提供劳务中受伤或猝死,其原因与所从事的工作无关,但致害事件确实发生于

① 参见湖南省岳阳市中级人民法院(2013)岳中民一终字第200号民事判决书;河南省新郑市人民法院(2012)新民初字第0923号民事判决书;上海市第一中级人民法院(2012)沪一中民一(民)终字第899号民事判决书。

② 参见浙江省丽水市莲都区人民法院(2012)丽莲民初字第809号民事判决书。

③ 参见河南省舞阳县人民法院(2011)舞民初字第28号民事判决书;河南省济源市中级人民法院(2013)济中民二终字第89号民事判决书。

④ 参见河南省高级人民法院(2012)豫法立二民申字第1230号民事裁定书;河南省巩义市人民法院(2011)巩民初字第2681号民事判决书。

⑤ 参见甘肃省张掖市甘州区人民法院(2011)甘民初字第3575号民事判决书;湖南省衡阳市中级人民法院(2011)衡中法民一终字第403号民事判决书。

⑥ 参见浙江省台州市黄岩区人民法院(2011)台黄乙字第437号民事判决书;江苏省南京市中级人民法院(2013)宁民终字第1020号民事判决书。

⑦ 参见河南省鹤壁市中级人民法院(2013)鹤民一终字第45号民事判决书。

⑧ 参见广西壮族自治区柳州市中级人民法院(2013)柳市民一终字第42号民事判决书;广西壮族自治区鹿寨县人民法院(2012)鹿民二初字第404号民事判决书。

⑨ 参见上海市奉贤区人民法院(2012)奉民一(民)初字第3880号民事判决书。

⑩ 参见河南省汝南县人民法院(2013)汝民初字第00108号民事判决书;河南省鹤壁市山城区人民法院(2013)山民初字第399号民事判决书。

⑪ 参见上海市徐汇区人民法院(2012)徐民一(民)初字第6304号民事判决书;河南省南阳市中级人民法院(2011)南民二终字第540号民事判决书;广西壮族自治区柳州市中级人民法院(2012)柳市民一终字第771号民事判决书。

⑫ 参见河南省信阳市中级人民法院(2013)信中法民终字第1099号民事判决书;上海市奉贤区人民法院(2012)奉民一(民)初字第4376号民事判决书。

⑬ 参见上海市虹口区人民法院(2011)虹民一(民)初字第1491号民事判决书;河南省漯河市源汇区人民法院(2012)源民四初字第203号民事判决书。

劳动中。^① 死者在提供完劳务后猝死,其生前并无明显缺陷或重大疾病且有多年打工史,劳务内容对成年人来说并非极重或危险,但其猝死的确是在提供完劳务发生的,与劳务有某种事实上的关联。^② 帮工人工作后与被帮工人一同喝酒,次日死亡。其死亡不能认定是因帮工或饮酒所致,但与帮忙和喝酒有一定联系。^③ 在正常训练中受害人腿部疼痛、无法站立,此后果与训练的因果关系不能认定,但损害事件发生于训练中。^④ 摩托车与汽车相会时侧翻,两车无接触,汽车司机与受害人均无过错,但损害事件发生于两车相会过程中。^⑤ 在一般情况下,行为与损害后果是同时或时间间隔很短。但在一些医疗类案件中,时间间隔却很长。如医院对患者治疗时输血,患者在十几年后发现感染丙肝,其患病原因不明,但患者确系在医院输过血。^⑥

除时间标准之外,地点也常常作为判断这种关联的标准出现在判决书中,即行为人的行为与受害人的损害都发生于同一地点。如雇员在单位宿舍因病死亡,虽其死亡不是发生在工作时间和岗位上,但是在单位提供的宿舍里。^⑦ 老人在医院坠亡,坠楼原因不明,但死亡地点是在医院。^⑧ 体育课上学生摔伤,尽管属于参与正常教学时发生的意外事件,但其摔伤系在学校的活动场地内。^⑨

(三)都没有过错

这里对于过错的判断与其他情况无异。条文中强调行为人与受害人都没有过错,然而在实践中,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。如双方互殴或受害人挑衅引致双方互殴;交通事故中双方都因违反交通法规被交警认定责任;接受劳务方未尽安保义务,而提供劳务方也有过错。^瓏

尽管如此,有些二审人民法院还是明确了该条“都没有过错”的适用前提。比如在张某与赵某等损害赔偿案中,终审人民法院指出“公平原则是指对于损害的发生双方当事人都没有过错,而且不能适用无过错责任原则,可是受害人遭受的损失如不予补偿显然不公平的情况下,由人民法院根据具体情况,要求双方当事人公平分担损失的原则”。^瓏再比如雷某与查某等损害赔偿案以及王某与某旅游局生命权纠纷案。受害人存在过错,原审人民法院却适用第24条酌定双方公平分担损失。^瓏二审人民法院纠正了一审法律适用的错误,认为不应适用该条,而应是第26条,即“被侵权人对损害的发生也有过错的,可以减轻侵权人

① 参见浙江省杭州市萧山区人民法院(2013)杭萧义民初字第139号民事判决书;江苏省南京市中级人民法院(2013)宁民终字第1767号民事判决书;上海市普陀区人民法院(2013)普民一(民)初字第785号民事判决书。

② 参见河南省郑州市中级人民法院(2013)郑民二终字第683号民事判决书;河南省郑州市管城回族区人民法院(2011)管民初字第2327号民事判决书。

③ 参见河南省驻马店市中级人民法院(2013)驻民一终字第277号民事判决书;河南省西平县人民法院(2012)西民初字第1408号民事判决书。

④ 参见湖南省永州市中级人民法院(2013)永中法民三终字第103号民事判决书;湖南省永州市冷水滩区人民法院(2011)永冷民重初字第458号民事判决书。

⑤ 参见河南省襄城县人民法院(2012)襄民初字第18号民事判决书。

⑥ 参见河南省洛阳市中级人民法院(2012)洛民终字第1898号民事判决书。

⑦ 参见江苏省连云港市新浦区人民法院(2012)新民初字第1612号民事判决书。

⑧ 参见上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民一(民)终字第717号民事判决书。

⑨ 参见上海市浦东新区人民法院(2013)浦少民初字第590号民事判决书。

瓏 参见湖南省益阳市中级人民法院(2012)益法民一终字第190号民事判决书;浙江省衢州市中级人民法院(2013)浙衢民终字第503号民事判决书。还有刑事附带民事诉讼案件,比如河南省洛阳市中级人民法院(2011)洛刑二终字第133号刑事附带民事裁定书;湖北省宜昌市中级人民法院(2012)鄂宜昌中刑终字第00122号刑事附带民事裁定书。

瓏 参见重庆市第四中级人民法院(2013)渝四中法民终字第00475号民事判决书;河南省郑州市中级人民法院(2012)郑民一终字第1436号民事判决书;浙江省杭州市中级人民法院(2013)浙杭民终字第73号民事判决书。还有刑事附带民事判决书,如湖南省永州市中级人民法院(2011)永中刑一终字第118号刑事裁定书。

瓏 参见河南省漯河市中级人民法院(2013)漯民二终字第159号民事判决书;浙江省绍兴市中级人民法院(2013)浙绍民终字第1136号民事判决书;湖南省长沙市岳麓区人民法院(2012)岳莲民初字第00051号民事判决书。

瓏 参见陕西省宝鸡市中级人民法院(2011)宝市中法民一终字第295号民事判决书;陕西省陇县人民法院(2010)陇民初字第137号民事判决书。

瓏 参见广东省深圳市南山区人民法院(2010)深南法民一初字第999号民事判决书;浙江省温州市鹿城区人民法院(2011)温鹿民初字第1929号民事判决书。

的责任”。^①

(四) 根据实际情况由双方分担损失

“实际情况”的确定体现为对多重因素的综合考虑,一般会涉及:(1) 受害人所受损失的严重程度,即受害人的损失需严重而非轻微,若不分担,则为受害人一方难以承受;^②(2) 受害人与行为人的具体情况,主要是指双方的经济条件,如低保人员的家庭条件差或农民工、学生的收入低,就会予以倾斜考虑。^③法官还会从息讼角度出发对互助友爱等道德准则、社会和谐等因素予以考虑。^④当事人各方的行为、关系等具体情节及行为对损害结果的关联性大小也会对最终分担的损失额产生影响。^⑤

三、司法适用情况之分析

基于上述梳理,笔者对第24条的司法适用情况进行分析:一方面指出实践中所存在的问题;另一方面对比当前研究,检讨理论解释与实践中的问题之间存在的偏差。

(一) “行为人”的适用范围过于宽泛

行为人与受害人是《民法通则》第132条中当事人的替换。根据学者及参与立法人员的观点,当事人的意义太宽泛,而行为人这一表达有缩小适用范围的效果,因为它暗含了因果关系的要求,损害需由行为人的行为所致,行为人即为加害行为人。^⑥然而,从适用情况来看,两种表述在实践中的范围并不存在实质差别,因为法官对行为人作宽泛认定,使其不限于行为导致损害的人,在更多情况下还囊括了行为与损害事件有关联但非致害的人。这种宽泛的认定其实也就使行为人相当于与损害事件有关的当事人。于是,原本希望通过替换主体表述的方式达到缩小范围的效果并未产生。对此,需要具体分析三个问题:

1. 《侵权责任法》中行为人的范围是否仅限于致害行为人?从《侵权责任法》的规定来看,行为人的范围并未被限定为致害行为人。以第7条为例,该条是无过错责任的统领条款,它所指的行为人在很多无过错责任类型中并非都是致害行为人。比如在第34条用人单位责任中,致害行为人是其工作人员,而侵权责任由用人单位来承担。用人单位当属第7条所规定的行为人。这里的行为当指雇佣他人的行为。再比如第78条动物致害责任,直接致害的是动物,而其饲养人或管理人承担责任。饲养人或管理人也属于第7条规定的行为人,这里的行为也并非致害行为,而是指饲养、管理动物的行为。可见,在《侵权责任法》整个体系中,行为人概念并没有被限定为致害行为人,其“行为”的范围囊括与损害事件相关的行为。那么,人民法院在适用第24条时将行为人扩展至致害行为人以外的相关主体就未突破或违背法律的规定。

2. 目前司法适用中第24条行为人的范围是否需要限缩?从《侵权责任法》体系的角度不能认为行为人仅指致害行为人,但是这并不意味着在该条适用中不对行为人进行限缩。从该条起草背景来看,将《民法通则》第132条中当事人替换为行为人即有对其进行限缩的立法意图,只是因忽视了行为人在整个《侵权责任法》体系下的宽泛语义,以至于替换并未达到预期效果。从目前适用来看,将行为人理解为行为与损害事件有关的人,导致该条的调整范围囊括了各种具有损害后果的情况,这不仅包括了侵权法领域中过错责任和无过错责任规制之外的所有情况,而且还扩及合同履行中的损害等侵权法领域之外的损害事

^① 参见广东省深圳市中级人民法院(2011)深中法民一终字第1635号民事判决书;浙江省温州市中级人民法院(2012)浙温民终字第101号民事判决书。

^② 参见河南省郑州市中级人民法院(2013)郑民二终字第683号民事判决书;湖南省岳阳市中级人民法院(2013)岳中民一终字第200号民事判决书。

^③ 参见陕西省宝鸡市中级人民法院(2011)宝市中法民一终字第295号民事判决书;河南省洛阳市中级人民法院(2012)洛民终字第1898号民事判决书;上海市徐汇区人民法院(2012)徐民一(民)初字第6304号民事判决书。

^④ 参见广西壮族自治区柳州市中级人民法院(2012)柳市民一终字第771号民事判决书;上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民一(民)终字第717号民事判决书。

^⑤ 参见湖南省邵阳市中级人民法院(2012)邵中民一终字第74号民事判决书;河南省南阳市中级人民法院(2011)南民二终字第540号民事判决书。

^⑥ 参见张保红:《公平责任新论》,《现代法学》2009年第4期;曹险峰:《论公平责任的适用——以对〈侵权责任法〉第24条的解释论读为中心》,《法律科学》2012年第2期。

件,使第24 条几乎成为各类损害救济的兜底性条款。这种宽泛的适用成为该条滥用的原因之一,从根本上破坏了法律的分类基础,忽视了侵权法救济的有限性。因此,应当对其进行合理限缩。

3. 将第24 条的行为人限缩解释为致害行为人是否妥当?目前理论中倾向于将行为人限缩解释为致害行为人。这的确能大幅减少该条的滥用。不过,减少滥用并不能成为合理限缩的唯一理由。对于行为人的限缩更应考虑它能否妥当实现该条的立法目的,即对损害后果在行为人与受害人之间进行公平分担。当受害人根据过错责任和无过错责任等制度无法得到救济时,该条能在侵权法框架下对受害人提供适当救济。与过错责任制度下的情况不同,在该条所规制的很多情况中,最终参与分担的民事主体并没有或难以确定对受害人有致害行为。如果将行为人限定为致害行为人,那么前述判决中认定为“行为人”的情况几乎都将被排除在外。而在诸多情况中,在当前制度下是有必要以公平分担损失的方式对个案受害人进行救济的。因此,将行为人限缩解释为致害行为人并不妥当,应另寻途径限缩。

(二)“对损害的发生”的认定标准过于宽松

因果关系是承担侵权责任的构成要件,但第24 条是基于公平理念根据实际情况对损失进行分担,因此对行为与损害之间关系的要求并不似一般侵权责任那样严格。这是学者共识,如仅需一方当事人的损害和另一方当事人有事实上的关联,这种关联无须达到侵权责任的相当性因果关系标准。^①从判决情况来看,人民法院关于对损害的发生的态度也采取了较之一般侵权责任因果关系更宽松的标准,不要求行为与损害存在严格的因果关系,只需行为人与损害事件在事实上存在某种关联即可。然而,事实关联型标准极具模糊性,其表述的主要内容——“事实上的关联”在法律上无可循的衡量条件,在很多个案中完全是由法官根据社会经验甚至是个人感觉进行自由裁断,以至于在有些案件中的评判显得过于随意,只要行为人与损害后果有时间或地点上的联系,就会被纳入“对损害的发生”的范围。这种宽松的认定标准与行为人的宽泛范围相一致,共同导致了第24 条的滥用。因此,仅以含糊的“事实上的关联”作为判断对损害的发生的标准并不合适,还应另寻标准予以妥当限定。

(三)对“都没有过错”前提要件的违背

根据第24 条的明确规定,行为人和受害人分担损失的前提要件是都没有过错。如果损害是由受害人过错造成的,应由自己负责。如果是由行为人或第三人过错造成的,应由行为人或第三人负责。如果行为人和受害人对损害的发生都有过错,应根据过错程度和原因分配责任。也就是说,只要有过错,都不适用该条。^②从前述判决来看,很多法官在一方或双方存在过错的情况下滥用了该条,明显违背其适用前提。对此明显的错误较容易矫正,只需辨明是否存在过错,如存在即予排除适用即可。

(四)“根据实际情况由双方分担损失”是否属于实践中的难题

这个规范事项是学者解释的重点,大多认为确定双方是否分担损失的根据是“实际情况”,而它又太抽象与模糊,相当于未作限制,使司法者的裁量权过大,具有很强的随意性,容易导致条文的滥用。因此,该规范事项难以在实践中得到妥当适用。于是,提出了诸多考量因素作为确定实际情况的标准,以图限制过大的裁量权,包括损害程度、当事人经济状况、保险情况等。对这些因素纳入考量范围的合理性,学者们也从理论角度做了详尽阐释。^③

“根据实际情况由双方分担损失”在表述上的抽象的确难以从理论推演中得到准确解释,由此必会产生它能否得到妥当适用的疑惑。然而,该规范事项在个案中的适用情况及其难度并不像理论中担忧的那样严重,这可以从两个方面看出:

首先,“根据实际情况确定损失是否由双方分担”。从判决来看,这类案件都是由原告先提起侵权之

^① 参见陈科:《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》,《法律适用》2015 年第1 期;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》2012 年第2 期。

^② 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《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104-108 页。

^③ 参见王利明:《侵权行为法研究》(上),中国人民大学出版社2004 年版,第294-298 页;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》,《清华法学》2010 年第5 期;张金海:《公平责任考辨》,《中外法学》2011 年第4 期。

诉。当审理后发现双方对损害发生都没有过错或无法予以证明时,法官会基于对实际情况的考虑来确定是否由双方公平分担损失。损失的严重程度、当事人的经济条件等具体情况以及互助友爱的道德准则、社会和谐的政策都在判决书中体现为确定实际情况的影响因素。尽管这是由法官主动做出的,并非基于当事人的诉求,但在实践中却并未发现有当事人针对法官关于实际情况的考量而提出异议的先例。如果此类案件有上诉,从已有判决书来看,都是受害人继续主张侵权责任,行为人主张没有过错或因果关系而不应承担受害人损害的不利后果。这种现象至少说明,理论中着重讨论的实际情况在实践中并非涉诉主体个案关注的重点或者法官对实际情况的考量并不会招致当事人的异议。其原因主要在于法官对实际情况相关因素的考量不仅基于通识性公平观,而且对当事人的论辩观点也会考虑。同时,法官在适用该条时会在审理中向当事人释明对实际情况的考虑以及双方分担损失的依据。这个过程有当事人主动参与,因此当事人通常会接受。即使一方或双方提起上诉,也不会针对法官关于实际情况的斟酌理由提出异议。

需注意的是,在已确定双方对损害的发生都没有过错的情况下,受害人通常会接受分担损失,而行为人却并非如此。从已有的二审判决来看,行为人在上诉中主张的都是没有过错或因果关系而不应承担受害人损害的不利后果。也就是说,实践中行为人真正关注的是行为和因果关系。在行为人看来,其行为没有过错或与损害没有因果关系就不应分担损失。由此可见,贫富悬殊、损失巨大等实际情况的考量因素尽管对分担损失的确定有意义,但相对于行为性质及因果关系,对于行为人而言却并不具有足够说服力。行为人虽然基于通识的公平观认同这些实际情况的影响因素,但对其真正有说服力的还是“行为”和“对损害的发生”,即在有过错的情况下实施了什么行为以及他的行为对损害的发生具有什么样的影响时才能进一步根据实际情况责令其分担损失。只有对这两个方面做出合理的前提性界定,才能解决实践中面临的真正问题,这样“根据实际情况由双方分担损失”才能更具说服力。

其次,“根据实际情况确定具体的分担损失额”。从已有判决来看,目前还没有出现就法官判决的公平分担数额问题提起上诉的先例。这种现象也至少说明这个问题在个案中并非当事人争议的焦点,或者在审判中能够得到妥当解决,判决书中最终确定的数额都能为当事人接受。其原因主要在于一旦受害人与行为人认同适用该条对损失公平分担,即双方都接受了分担的基本方案。那么对于具体数额的确定,受害人与行为人一般会在法官的居中协调之下进行协商。由于第24条与其他侵权法规范不同,它没有规定明确的分担范围和标准,因此当事人不像在其他规范下那样受限,其发挥的空间很大,可以进行讨价还价式的协商。至于协商的依据,当事人会以通识的公平观提出相关的影响因素,包括贫富悬殊程度、损失严重程度、行为与后果关联程度等。法官也会依据社会和谐等公共政策以及解决纠纷、避免上诉等个案目的对双方的协商进行引导和控制,最终达成当事人一致认同的具体分担额度。在有些情况下,如当事人不愿协商,法官会酌情确定一个为双方都能接受的数额并释明理由,同时根据双方论辩进行适度调整,最终使双方都接受。由此可见,在具体个案中确定损失分担数额时,实际情况的确定并非由法官一方自由独断,而是由涉讼三方基于各自的目的及其角色在司法程序的规制下共同完成的。由于当事人在确定分担数额上的积极参与和同意,才使得该问题能够得到妥当解决而没有提起上诉的情况。因此,“根据实际情况确定具体的分担损失额”并不属于实践中引起争议的难题。

总之,尽管“根据实际情况由双方分担损失”在法条表述上显得很模糊,但是诉讼参与主体在司法程序中的具体行为弥补了实体法含糊规定的缺陷,使得在个案中其确定并非如学者所假设的那样恣意,在司法适用中的困难程度及妥当程度也没有如学者所担忧的那样严重。由此可见,就个案适用而言,对“实际情况”做过于繁复的理论阐述的意义并不大。现实社会中通识的价值观以及审判程序中微妙的平衡机制使得“实际情况”在个案中最终能得到对于当事人而言最适当的解决。于此,第24条的适用困难不在于“实际情况”的判定,而在于什么情况下需要通过判定“实际情况”来解决纠纷。

(五)第24条滥用之症结

从前述的分析来看,第24条多个规范事项在司法适用中都存在适用问题。细究起来,“都没有过错”比较容易解决,“实际情况”在实践中最终也能得到解决,真正的难题在于“行为人”与“对损害的发生”。在过

错责任中,行为是由过错概念限定的,只有过错行为才能纳入责任范畴。在无过错责任中,行为由法律明确限定,不是法律规定的行为不属于责任范畴。在责任范畴之内的行为还受到因果关系的严格限定。而在第24条中,没有过错的行为都可能被纳入条文的规制范畴,这几乎等于没有任何前提性限制,可以适用于所有行为。在司法适用中,“行为人”的范围被扩展至行为与损害事件有关联的各种情况。相应的,“对损害的发生”也很宽松,无须侵权责任因果关系的严格限定,只需有某种事实关联即可。在这两个前提性规范事项没有合理限定的情况下,该条的适用就成了只要有损害的发生并能牵扯上某种事实关联,就可以根据“实际情况”确定双方分担损失。这往往会导致人民法院基于方便人情等考虑从宽适用此条款。于是,在实践中出现了很多不应适用该条甚至不应由侵权法调整的案件也滥用该条的情况,在这些情况下第24条已然沦为法官“和稀泥”的工具。

理论界对“实际情况”的担忧,使得学者笔墨过度执著于“富人责任、法律道德化、分配正义”等理论依据的探讨,而这些在通俗的公平观中都已根深蒂固,在诉讼参与人之间并没有太大争议。因此,这个规范事项本身并不会导致条文的滥用。相反,如果能将“实际情况”的适用前提限定明晰,这一规范事项是完全能够得到妥当适用的。由此可见,第24条在实践中真正面临的问题在于划定其适用的边界,这个边界主要在于“行为人”和“对损害的发生”的妥当内涵。因此,需要在理论解释中解决这两个症结。

四、第24条在司法中妥当适用的对策

(一)“行为人”与“对损害的发生”的限定性解释

由于妥当适用第24条的最大障碍来自“行为人”和“对损害的发生”过于宽松的解釋,因此需要合理限定这两个规范事项。这不仅要考虑到侵权法功能的承担、公平理念的贯彻等宏观要求,还要顾及该条与其他救济规则之间关系的协调等微观要求。

1. 不能破坏行为自由的基本底线

自由是法律的实质基本原则。^①在侵权法中,尽管受到相竞存的安全和正义原则的对抗,但在明显正当的情况下,自由原则应在侵权法规范中得以承认。^②正因如此,学者大多认同侵权法在权衡法益保护的同时有维护行为自由的重要意义。^③

侵权法维护行为自由是通过限定侵权责任的范围完成的。在过错责任中,只有行为具有过错且与损害有因果关系方可责令其承担责任,从而避免将过错之外的行为纳入责任范围。在无过错责任中,只有法律规定范围内的行为方可责令承担责任,从而避免将法定范围之外的行为纳入责任范围。但对于第24条来说,保障行为的合理自由却有很大障碍。因为该条对“行为人”及“对损害的发生”的规定并不如过错责任及无过错责任那样明确,这往往会产生较大的负面影响,尤其是在无法认定法律上因果关系而仅以事实关联为判断标准的情况下,即只要是行为与损害事件被认定有某种事实上的关联,即使该行为在因果关系上并非致害行为甚至是正常行为,仍可能承担分担损失的不利后果。这对人们的社会生活产生极大的消极影响,严重制约着正常行为的自由,会使行为人为了不承担损失而减少或不去实施正常的社会活动。如前述判决中责令合同当事人对另一方当事人在合同履行过程中所受损害进行分担,这种结果会使民事主体畏于合同的缔结和履行,对合同自由来说是极大的障碍。再比如,提供劳务或帮忙的人在没有过错的情况下对接受劳务人或被帮忙人的损害要进行分担,这会对人们提供劳务或帮忙造成不良的威慑作用,也不符合提倡帮忙的社会普遍价值。

对损失不考虑行为情况即予救济通常出现在具有社会保障功能的法律中,有学者也指出在我国责任

^① 参见[德]托马斯·莱塞尔:《法社会学导论》,高旭军等译,上海人民出版社2014年版,第187页。

^② 参见[欧]冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编:《欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义和示范规则》,高圣平等译,法律出版社2014年版,第50-56页。

^③ 参见王利明:《侵权行为法研究》(上),中国人民大学出版社2004年版,第90-91页;王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第7页。

保险制度不发达、社会保障制度远未健全的背景下,妥当运用第24条可在一定程度上救济侵权损害赔偿制度之穷。^① 笔者认同此说法,不过需指出的是,尽管该条是独立于侵权法主要归责原则而以公平为基本理念的条文,但它是第6条、第7条之外确定损害分配的重要规则,这决定了对损失公平分担不能游离于侵权法之外,应妥当地发挥侵权法维护行为合理自由的基本作用。若过度强调第24条的社会救济作用,会使该条游离于侵权法之外,导致司法适用时不加甄别地救济,从而忽略了对行为自由的保障。

实际上,虽然公平是适用于所有法律的基本价值,但其具体适用需要与部门法相结合,在不同法律中有不同表现。比如在社会保障法或保险法中所体现的公平与过错责任、无过错责任中体现的就存在很大差别。因此,仅以“公平”理念做泛泛之谈,不利于第24条的妥当适用,相关解释还需与侵权法的基本定位相结合。根据通常观点,“公平”一般被归结为“使每个人各得其所”。^②同时“公平”也要求:不允许人们依赖其自身的非法、不诚实或不理性的行为;不允许人们不当利用他人的弱点、不幸或好意;要求不得非常过分;人们应对自己的行为结果或自己造成的风险负责。^③就第24条而言,涉案当事人的“各得其所”就是受害人承担一部分损失,行为人分担一部分损失。但是,这种“各得其所”不能使受害人不当利用行为人以减轻自己本应承担的风险,只能使行为人对自已行为结果或造成的风险负责。总之,要在公平分担损失的同时不能对行为的合理自由造成障碍,这也是各种法哲学中公平学说毫无例外的前提。^④

要保障社会正常行为的合理自由,在“行为人”和“对损害的发生”的解释上就应根据行为与结果的关系强调行为的负面性。这种负面性仅限两种情况:一是存在法律意义上的因果关系,行为导致了损害后果。行为人的行为给他人造成不利后果,根据客观结果承担分担损失的不利后果是最原初的损失救济原则。除此之外,这种情况多属意外事件,受害人处于没有自我保护的境地,如果不提供法律救济,受害人会完全无助,这正是法律所应避免的。当受害人没有自我保护可能性时,其行为也就没有任何不妥之处,那么理应在损失分配中得到适当照顾。二是仅有事实上的某种关联,尽管行为对损害的发生没有或无法确证法律意义上的因果关系,但它的确开启或维持了一定风险,使受害人遭遇损害事件的概率增大。而且在很多案件中,损害的发生实际上是由行为人的行为导致的,只不过在证据上无法证明而已,因此以模糊的事实关联为理由责令行为人分担损失也是对受害人因果关系证明责任的减轻。除此之外,受害人在这种情况下对行为人开启或维持的风险有一定程度的合理信赖。合理信赖的存在,意味着受害人的行为与法秩序相吻合,合理信赖的落空会使法秩序遭到破坏,而保护合理信赖、使受害人免受损失,也就避免了秩序的动荡。^⑤对于这类行为,尽管与损害没有因果关系,行为人没有主观方面的可归责性,也不属于法定的无过错责任范围,但它毕竟增大了风险,法律就应对此体现出消极态度,使其承担分担损失的不利后果。在司法中也体现了对这类行为的消极态度,比如在相约一同去河里游泳或一起喝酒的案件中,此类行为虽然与损害没有因果关系,但是增加了损害事件的发生概率。尽管这些行为并不为法律所禁止,但对当事人判定分担损失表明了法律对此行为的不支持态度。正因为法律对这类行为的不禁止、不支持的态度,相比过错责任中的过错行为以及无过错责任中法律规定的行为,其评价后果并非完全否定性的侵权责任,而仅仅是分担损失。

将“行为人”与“对损害的发生”的解释限于上述两种情况可以起到保障行为合理自由的目的。在实践中,第一种情况发生概率很低,将其全部囊括于第24条的调整范围并不会对行为自由产生过多的负面影响。至于第二种情况,通过将其限定为增大风险发生概率的行为,一方面可将因事实关联牵扯到损害事件的正常行为排除在外,使正常活动的民事主体不会因此承担无端而来的不利后果,而对于受害人则由其承

① 参见王轶:《作为债之独立类型的法定补偿义务》,《法学研究》2014年第2期。

② 参见易军:《民法公平原则新论》,《法学家》2012年第4期。

③ 参见[欧]冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编:《欧洲示范民法典草案:欧洲私法的原则、定义和示范规则》,高圣平等译,法律出版社2014年版,第66页。

④ 参见[德]托马斯·莱塞尔:《法社会学导论》,高旭军等译,上海人民出版社2014年版,第187页。

⑤ 参见叶金强:《侵权责任法》第24条的解释论,《清华法学》2011年第5期。

担自己本应承担的社会风险,不允许其利用他人予以减轻;另一方面还可以对实施增大风险行为的人起到警示预防作用。因为风险虽然本质上具有无法完全被控制的特征,但总是具有一定程度的控制可能性。对行为的风险控制可能性予以考虑,可诱导控制风险的人尽可能地控制风险,降低风险发生的可能性,减轻损害或避免损害的产生。^①通过对这类行为表明法律的消极态度,使民事主体了解到在社会生活中此类行为应更为审慎地实施甚至尽量少做,而这类行为之外的正常行为可以自由实施,从而保障了行为的合理自由。从这一点可以看出,第24条仍可以承担《侵权责任法》所具有的预防功能,只不过这种风险等级较之过错责任情况下过错行为所产生的危险低,其预防措施的要求也就比过错责任下的低。

有人认为《侵权责任法》第87条规定的抛掷物责任是第24条的具体规则,即在无法确定真正责任人的情况下通过法律推定因果关系来使相关住户分担损失。^②笔者认为这种解释值得商榷。在该条规定的情况中,只有其中一人实施了致害行为。至于其他居住者,并不能推定与损害的发生都具有法律上的因果关系,因为对所有相关人全部做如此推定,而实质上只有其中一人,这显然存在矛盾。第87条的规定只不过是在无法查明真正因果关系人的情况下以模糊的事实关联将相关人都纳入其中。根据前述分析,对于这些人要适用第24条,需其行为属增大风险的行为,而正常的居住行为显然不能视为增加损害事件发生概率的行为,否则将正常的居住行为作为法律不鼓励的行为,这会严重损害行为的合理自由,破坏侵权法的基本作用。因此,上述观点并不妥当。另外,对行为自由的维护还在于《侵权责任法》救济范围的有限。法律不能救济社会生活中所有损害,《侵权责任法》更是仅针对法律救济损害中的一部分提供救济。作为《侵权责任法》的重要条文,第24条不能逾越该法的救济范围,更不能将其作为所有损害的兜底条款予以适用。如在合同履行过程中的损害,该条就不应介入。这是因为,一方面对此类损害已有处理规则:如果一方当事人违反了《中华人民共和国合同法》第60条的规定,那么应依合同法规范承担损害赔偿;如果是因意外事件或他人等非当事人原因致害,那么按保险、追究相关人的责任或自负风险来处理。另一方面,若像前述判决那样处理,会导致合同关系人逾越合同的基本关系,成为互相负有绝对安全保障义务的关系人,这对于合同当事人的要求过重,不利于正常合同行为的实施。对此,最高人民法院也持否定态度,比如在《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》中第10条规定了承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的,定作人不承担赔偿责任。

2. 不能僭越具体规则的适用领域

有观点认为,第24条是贯彻公平原则的一般规定,统领相关具体条款;《侵权责任法》中关于为他人或共同的利益受损、见义勇为受损、紧急避险受损、被监护人致害等责令补偿的条款是该条的具体表现。^③正因为这种解释,该条在实际判决中常常被援用到上述具体条款所针对的情况。

笔者认为,该观点并未厘清第24条与其他条款的关系,不当扩大了该条“行为人”的适用情况。尽管上述具体规则或多或少也体现了公平理念,但却不能将它们与第24条混为一谈。比如《侵权责任法》第31条的紧急避险,紧急避险人为了避免自己或他人利益遭受巨大损害而不得已损害他人利益,这实际上是在两个法益之间进行衡量取舍,在发生不可避免冲突时牺牲较低或较小的法益。但是对于牺牲者的利益仍应提供保护,因此由避险人进行适当弥补。正因为如此,有学者指出紧急避险属于牺牲责任,而非公平责任。^④再比如《侵权责任法》第23条规定的见义勇为,在法理上通常被视为适法无因管理,管理人因

① 参见叶金强:《侵权责任法》第24条的解释论,《清华法学》2011年第5期。

② 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《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104-108页。

③ 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编:《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104-108页;王利明:《侵权行为法研究》(上),中国人民大学出版社2004年版,第300-313页。另参见“梁某与刘某人身损害赔偿纠纷上诉案”,广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2011)南市民一终字第1379号民事判决书。

④ 参见张金海:《公平责任考辨》,《中外法学》2011年第4期。

此遭受了损失,本人对此应予补偿。^①

将被监护人致害的情况纳入第24条则属于没有考虑到《侵权责任法》第32条的特殊性。在比较法上,公平责任的主要表现的确是被监护人致害的情况。如在《德国民法典》中监护人责任属过错推定责任,监护人证明已尽监护义务可免除责任。在完全免除赔偿责任可能导致不公平的情况下,第829条方可适用。然而在我国《侵权责任法》中,这种情况并不会产生。因为根据第32条第2款的规定,只要被监护人有财产,不论监护人的情况,都应当承担责任。另外对于监护人而言,第32条第1款表明了监护人责任是无过错责任,监护人即使能够证明其已经尽了监护责任,仍无法摆脱干系,只能减轻责任。在实际案件的处理中,如果损失过大,减轻的程度就很小。实践中并没有出现法官先因尽到监护责任减轻了侵权责任,然后又因减轻的额度过大对受害人不公,于是再适用第24条进行公平分担的。从目前的判决情况来看,并没有第32条与第24条同时使用的先例。总之,由于第32条的特殊情况,使得被监护人致害的情况没有第24条适用的可能。

除此之外,为他人或共同利益受损的情况不宜纳入第24条的范畴。最高人民法院对于为他人利益或共同利益受损进行补偿的态度是明确肯定的。比如1987年民他字第57号批复:“合伙成员为合伙人的共同利益,在经营活动中受伤,作为合伙经营的受益人之一,给予适当的经济补偿”。《民通意见》第157条也是如此。但这种司法解释可否归类到第24条项下?从前述调查的案件判决来看是有这种倾向的。然而该解释立论杂乱,需根据具体情况分类适用。有的情况可能是履行基于委托合同的义务,即如果双方达成了合意或一方自愿从事活动而对方知道后未作反对,委托合同成立;有的情况可能是没有委托关系而基于无因管理予以处理。^② 总之,不能以公平为由囫囵归为一类。另外,利益说非常含糊,其涵盖的范围非常宽泛。除了合伙事务利益,在实践中还包括了履行合同、见义勇为等情况的受益。更有甚者,有些判决中认为,一同打牌的人为其中一人猝死分担损失是基于共同打牌的娱乐利益。^③ 事实上,将利益因素纳入第24条的观点是受到利益与风险同在思想的影响,在行为人虽无过错但却从致害活动中获益的场合,分担一定损失将成为获利的成本之一。归责基础和正义标准包括利益和相应风险的一体性。^④ 这种思想在通常的侵权场合下是合理的,尤其是在高度危险的无过错责任中。但是第24条规定的行为在很多情况下并非致害行为,很多获益是正常经营所得,也就是说其获益行为与损害后果之间没有因果关系,仅与损害事件有事实关联,不存在利益与风险同在的情况。因此,第24条不能类推适用风险利益同在的解释。

基于立法体系化、逻辑化的要求,承担类似功能的条文在一部法律中通常被置于邻近位置。如果第24条也是起统领作用的一般规定,应当置于《侵权责任法》第6、7条的相邻位置。然而该条与它们相隔甚远,被置于《侵权责任法》第23条见义勇为条款之后。若将第24条视为第23条等具体条款的统领性规定,则这种安排在立法体系上难以解释得通。由此推论,立法者的意图并不倾向于将第24条与上述具体条款的关系视为总分关系。由于第24条的规范事项非常模糊,在司法中妥当适用的可能性远不如具有明确规则的条款,因此当某种情况有具体的针对性条款时,应适用该具体条款,而不是第24条。

3. 不能损及法律保护的其他利益

通常而言,在立法时未做明确利益分配的情况下,法条在具体适用时就需进行利益衡量,对不同利益进行斟酌取舍。第24条的规范内容极为模糊,赋予法官很大的自由裁量空间。在适用时对受害人损失的

^① 我国学者也有主张此为“法定补偿义务”。参见王轶:《作为债之独立类型的法定补偿义务》,《法学研究》2014年第2期。在比较法上,大多以无因管理为理论基础。参见叶名怡:《法国法上的见义勇为》,《华东政法大学学报》2014年第4期;章程:《见义勇为的民事责任——日本法的状况及其对我国法的启示》,《华东政法大学学报》2014年第4期;吴从周:《见义勇为与无因管理——从德国法及台湾地区法规定评河南人民法院判决》,《华东政法大学学报》2014年第4期;肖俊:《意大利法中的私人救助研究——兼论见义勇为的债法基础建构》,《华东政法大学学报》2014年第4期。不管哪种理论,都没有将其混同于公平责任。

^② 参见胡伟强:《侵权责任法>中公平责任的适用——一个法经济学的解释》,《清华法学》2010年第5期。

^③ 参见湖南省岳阳市中级人民法院(2013)岳中民一终字第200号民事判决书;湖南省湘阴县人民法院(2013)湘阴一初字第61号民事判决书。

^④ 参见叶金强:《侵权责任法>第24条的解释论》,《清华法学》2011年第5期。

分担是对受害人利益的保护,但相应的会加重行为人的负担。对于行为人的行为选择来说,他会实施较为极端的措施来尽量避免损害事件的发生。在这种情况下往往会损及受害人自身及他人的基本权益。如果存在这种情况,就应排除该条的适用。如前述例举的接受劳务人分担损失的判决,雇员在非劳动过程、地点或者非劳动原因产生的损害要由雇主分担,这会促使雇主为了避免不利后果加强对雇员的监控,这有侵害隐私权的可能。同理,顾客在公共场所受到损害,场所管理者在没有违反安全保障义务且未实施致害行为的情况下被责令分担损失,这也会促使相关管理者采取极端措施对进入场所的人进行监控,这也可能导致隐私权的侵害。在个案衡量时,应以社会公共利益为基础,结合相关情况考虑对当事人的利益是否需要加以保护。^①在这些情况下,对隐私权的保护是与社会公共利益相一致的,能保护大多数人的利益。如果第24条对受害人的救济会损及于此,就应不予适用。

此外,如果分担损失会有碍于更大价值的实现,也应当避免适用第24条。如在体育竞赛中,正当危险后果是允许产生的,各参与者应自行承担运动中危险后果带来的损害。其原因除了自甘冒险理由之外,更重要的还在于社会层面体育目标的实现。在“沙坪坝足球案”中,人民法院就指出,依公平责任原则责令共同参与比赛的人分担受害人的损失,这有悖于设立此项体育竞赛的初衷,有碍体育事业的健康发展;我们的价值取向是增强国民的体质,从根本上保护广大人民的利益,保护全社会的利益和民族利益。对这种情况下受害人的救济会破坏社会更大价值的实现,因此人民法院判定不予适用。^②对此,教育部《学生伤害事故处理办法》第12条也表明了相同的态度:“在对抗性或具有风险性的体育竞赛活动中发生意外伤害的,学校已履行了相应职责,行为并无不当的,无法律责任”。

(二)第24条司法适用的总体思路

第24条在司法中以如下方式适用方为妥当:第一,确定损害的存在,并确定行为人和受害人对损害的发生都没有过错,同时也不属于法律规定的无过错责任情况。第二,判定行为人的行为与受害人的损害之间是否存在法律意义上的因果关系。如果存在,那么原则上可以适用第24条。如果仅存在某种事实关联,那么原则上不适用该条,除非行为人的行为的确开启或维持了一定的风险,使得受害人遭遇损害事件的概率增大。第三,判定案件事实是否有具体的条款可以适用,即考察其是否属于紧急避险、见义勇为等在《侵权责任法》以及相关司法解释中有具体规则。如果存在具体规则,则不予适用该条。如果没有具体规则,则进一步考虑要求其分担受害人损失是否会损害法律保护其他的基本价值,如果可能造成破坏,则不予判定。第四,在完成上述确定和排除之后,根据经济状况、损害严重程度、社会稳定等“实际情况”,综合考虑是否适用该条。其中相关的影响因素由双方举证,由法官最终考量。第五,当确定适用该条分担损失之后,再根据“实际情况”确定双方最终分担的额度。

五、结语

理论研究应当以实践调查为基础,尤其是在法条规定模糊且不具有可参照对比的情况下。此时若仅靠理论推演或比较、历史的考证难以窥知其真容,需调查法条在应用中实际发生的情况,并以此为基础进行分析解释。同时,解释者应着力维护现行法的权威,在可能的情况下将法条解释得尽量妥当适用。因此,笔者对第24条的司法适用状况进行考察,在目前的侵权法以及整个损害救济法的框架下以防止其滥用、又尽量发挥该条弥补损害救济空缺的价值为目标进行限缩解释,希望能对其司法适用有所助益。

责任编辑 耿卓

^① 参见梁上上:《利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论》,《法学研究》2002年第1期。

^② 参见张念明、崔玲:《摒弃“公平”的公平之路——以体育领域中的风险自负为视角》,《政法论丛》2008年第6期。