

# 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

孙维飞\*

### 目次

- |                 |                  |
|-----------------|------------------|
| 一、问题之提出         | 三、体育运动、公平责任与自甘冒险 |
| 二、自愿性行为、手术与公平责任 | 四、结语：教义学上的拐杖及其舍弃 |

**摘要** 对《民法典》第 1186 条的解释适用应采“另起新篇”的视角，法条中的“法律的规定”并不包括第 6 条的公平原则的规定，也并非仅指有关法律后果的规定，而是指具备构成要件和法律后果的其他法律规定。《民法典》第 1186 条的制定相当于废止了原先的《侵权责任法》第 24 条，其自身无意义，删除亦无妨。《民法通则》第 132 条和《侵权责任法》第 24 条都是教义学上的拐杖，是在教义学双腿还不够有力时可供其依托的工具。《民法典》实施后，应当舍弃掉这根拐杖，在民法典相关具体制度背景下，就既往涉及公平责任一般规定的案型，重新思考定位。以男女双方自愿发生性行为后就流产等相关费用或损失的分担问题为例，不妨在合伙、无因管理甚至共有制度视角下重新观察理解，以获致妥当的处理方案。由此，也可对体育运动中受伤的损失分担问题的解决给出有益的启示。

**关键词** 合伙 公平责任 教义学上的拐杖 教义学懈怠

## 一、问题之提出

侵权法中公平责任一般规定之立法，始于 1987 年实施的《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。”2010 年实施的《侵权责任法》跟随旧章，于第 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

\* 华东政法大学法律学院副教授、法学博士。

况,由双方分担损失”——与《民法通则》第132条相比,仅有对法律适用无实质影响的用语上的变化,即将“分担民事责任”改为“分担损失”。2021年实施的《民法典》第1186条规定,“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”,将《侵权责任法》第24条中的“可以根据实际情况”改为“依照法律的规定”。如此改动后,问题是:《民法典》第1186条的规定究竟属于跟随旧章,还是要另起新篇?回答这一问题,关键在于该条中“法律的规定”应该如何理解。结合既有文献看,该条中“法律的规定”的含义有三种可能:第一种是指《民法典》总则编的原则,如第6条公平原则的规定;<sup>[1]</sup>第二种是指涉及损害赔偿范围等法律后果的其他法律规定;第三种则是指具备构成要件和法律后果的其他法律规定。前两种理解下,“依照法律的规定”几个字是多余的,因为总则编的原则性规定在侵权责任编相关条文的法律适用时应当被“依照”,以及确定损害赔偿范围等法律后果的内容时应当“依照”法律的规定,不言自明。在最后一种理解下,该条规定本身是多余的,因为该条规定此时最多是个“指引”,<sup>[2]</sup>但由于并无任何方向性的提示,所谓“指引”其实并不存在,法官并不会因为该条规定之存在,而在检索适用规范的道路上节省任何精力。另外,在最后一种理解下,也不会产生所谓法律适用“双重要件”——既须满足第1186条的一般规定,又须符合其他法律条款中的具体规定——的问题,因为此时所依照的法律规定须已经具备了可供法律适用的构成要件和法律后果,按该规定处理即可,无须再涉及第1186条。<sup>[3]</sup>总之,在前两种理解下,“依照法律的规定”几个字是多余的,《民法典》第1186条对《侵权责任法》第24条所做出的修改并无价值,仍属于跟随旧章;在最后一种理解下,该条规定本身是多余的,相当于删除旧章,要另起新篇。不过,不论是否另起新篇,《民法典》所承继的可能被归结为公平责任的特殊规定,如《民法典》第182条第2款、第183条、第1190条第1款后半句和第1254条第1款第2句的后半句,仍将继续适用,不受影响。受影响的是既往仅依据《民法通则》第132条或《侵权责任法》第24条的一般规定而支持适用公平责任的案型。在《民法典》未通过立法将其整理纳入的情况下,<sup>[4]</sup>这些案型并无特别的公平责任的法律规定支撑,《民法典》实施后如何处理成为问题。这些案型从其在既往司法实践中得到的依公平责任的判决的一致性强弱来观察,可能分为较强和较弱两类。对《民法典》第1186条之解释适用,若跟随旧章,则全部案型仍在公平责任的一般规定下处理;若另起新篇,则无公平责任的一般规定可供适用。在后者情形下,至少就这些案型中“一致性较强”且属于支持公平责任的部分,若在《民法典》实施后一律不应再支持,则会在司法实践领域引发法律价值观的重大变化,若仍有支持的可能,则须探寻支持的新路径;即使就那些“一致性较弱”的部分,若未能深入观察思考其脱离公平责任一般规定有无支持的正当性和根据,仅以不能

[1] 比如,有学者认为:“《民法典》第6条对公平原则仍有明确规定,这对于侵权责任编调整的有关事项当然具有一般适用和补充适用的效力。以公平原则为指引和遵循,人民法院在法律没有规定适用无过错责任原则和过错推定责任原则的情形下,双方当事人均没有过错,但如果不分担损失会显失公平的案件中,人民法院就可以根据案件实际情况适用本条规定。”最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第208页。

[2] 以所谓“指引性规定”理解本条,参见张新宝:《侵权责任编:在承继中完善和创新》,载《中国法学》2020年第4期,第114页。

[3] 从学理和实务中总结出“双重条件”并加以辩驳的文章,参见孙大伟:《公平责任“依法”适用之解释论——以〈民法典〉第1186条为中心》,载《政治与法律》2021年第8期,第99—108页。另外,该文所持见解即属于第二种理解,只是似乎并不认为“依照法律的规定”这几个字其实是多余的。

[4] 立法上所谓“整理纳入”的典型情形,是高空抛物时的公平责任承担。在2010年《侵权责任法》实施前,司法实践中即常见依据《民法通则》第132条公平责任一般规定判决公平责任的情形,《侵权责任法》第87条认可了上述司法实践,使其中规范变为制定法条文。《民法典》第1254条延续了《侵权责任法》第87条之做法。

软化侵权归责原则或侵权法体系为由而不再支持,<sup>[5]</sup>则仍显轻率。

就《民法典》第 1186 条公平责任条款的法律适用,涉及上述“一致性较强”的支持公平责任的案型时,支持在司法实践领域引发法律价值观的重大变化实为一种可能,但此种可能不在本文的考量范围。假定不支持在此问题上法律价值观的重大变化,<sup>[6]</sup>那么,在增补针对性法律规定之立法论措施外,剩下的选择只有两种:或者跟随旧章;或者另起新篇,并就既往仅依据《民法通则》第 132 条或《侵权责任法》第 24 条的一般规定支持公平责任的案型,探寻脱离第 1186 条的新支持路径。既往经由《民法通则》第 132 条或《侵权责任法》第 24 条的一般规定支持公平责任的一种案型,涉及自愿性行为后因流产手术等而产生损失时的纠纷,该种案型符合前述“一致性较强”的特点,下文以此案型为例,以另起新篇为视角,探究其在《民法典》实施后的法律适用问题,并以此观照一种“一致性较弱”案型(“体育运动受伤”案型)的处理。其目的在于以上述跟随旧章和另起新篇的选择问题为起点,着眼于另起新篇的意味,并由此探讨法教义学成长和公平责任一般规定之间应有的关系。

## 二、自愿性行为、手术与公平责任

### (一) 司法实践中的“性行为后果”案型

在北大法宝数据库“司法案例”栏中以全文含有“自愿发生性行为”和“《侵权责任法》第二十四条”(或者“《民法通则》第一百三十二条”)为检索条件,检得案例共 21 件,皆涉及恋爱双方自愿发生性行为后女方因流产或宫外孕等做手术而支出医药费或遭受其他损失请求男方承担公平责任的情形(本文称其为“性行为后果”案型)。在上述所有案例中,法官皆认可依据《民法通则》第 132 条或《侵权责任法》第 24 条公平责任的一般规定支持女方的诉请。<sup>[7]</sup>为探寻《民法典》施行后法院如何处理此类“性行为后果”案型,以全文含有“自愿发生性行为”和“《民法典》第一千一百八十六条”为检索条件,检得适用《民法典》审理的案件,共有 4 例属于“性行为后果”案型,法官皆认可仅依据《民法典》第 1186 条之规定(结合公平原则)支持女方的诉请。如有法官认为:“本案中,原、被告自愿发生性行为导致原告孙某某怀孕,……,因此双方均没有过错,对于终止妊娠的结果应当根据公平原则分担损失,由原、被告各自分担 50%为宜。……”综上,依据《中华人民共和国

[5] 首先,导致侵权归责原则或侵权法体系软化的,是公平责任的一般规定。在另起新篇的视角下,该一般规定相当于被废止,因此,若经由新路径在特定案型中支持公平责任的判决,不见得会发生所谓软化的效果;其次,认为不能使侵权归责原则或侵权法体系被软化的观点也不见得正当。有关应防止公平责任一般规定软化侵权归责原则体系的文章,参见郑晓剑:《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”》,载《法学评论》2022 年第 1 期。

[6] 本文观点偏向于为保护民众稳定正当的法律预期,对于此类案型,缺乏充分的移风易俗等实质性理由时,不应支持引发价值观上重大变化的观点。

[7] 检索时间:2022 年 7 月 30 日。本文涉及案例检索时,检索数据库和检索时间皆与此相同,不再另作说明。考虑到所有案例中法官皆认可依据《民法通则》第 132 条或《侵权责任法》第 24 条公平责任的一般规定支持女方的诉请(包括因男方已经自愿补偿法院不再支持的情况),阅者可自行检索验证,为节省篇幅,除后文论述所及外,就不再一一列举案例名称或案号。个别案例有重复,也不再一一注明。另外,之所以会以“自愿发生性行为”为检索词,是因为法官常以自愿发生性行为并无过错为由肯定公平责任一般规定的适用条件符合,如“原、被告双方自愿发生性行为,导致原告宫外孕后果非双方故意或过失造成,因此双方均不存在过错,故应由原、被告双方适当分担因此给原告造成的损失”。参见连云港市连云区人民法院民事判决书,(2017)苏 0703 民初 416 号。

法典》第一千一百八十六条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条之规定,判决如下:……”〔8〕由此可见,上述与“性行为后果”案型相关的司法实践所体现的是典型的跟随旧章的做法。

从前述对“性行为后果”案型的观察可以看出,司法实践在对其处理上,有着较为稳固的价值观,即应当由自愿发生性行为的男女双方分担因女方流产等手术所带来的损失。〔9〕假如在《民法典》实施后,并无理由针对该价值观改弦更张,又不采用跟随旧章的做法,那么,就必须另起新篇,在第1186条之外找到可供适用或类推适用的法律规定。取另起新篇的路径,针对“性行为后果”案型,本文在此尝试提出主张:就自愿发生性行为所带来的流产或宫外孕手术费用等损失,应类推适用《最高人民法院关于个人合伙成员在从事经营活动中不慎死亡其他成员应否承担民事责任问题的批复》(1987年10月10日〔1987〕民他字第57号,以下简称《个人合伙分担损失批复》)之规定,〔10〕由男女双方分担,或者适用《民法典》第979条有关无因管理之规定,由男方适当补偿女方所遭受的损失。甚至也可以考虑类推适用《民法典》第302条中有关共同共有人共同负担“管理费用以及其他负担”之规定。之所以说“尝试”,是因为抛开公平责任一般规定,在教义学上处理该案型,面临着显著的困难。所谓“提出主张”,也仅是迷雾中的摸索。下面先就前述批复内容,阐述其在《民法典》实施后所处的民法体系上的位置和应有的解释。

## (二)《个人合伙分担损失批复》的体系定位

《民法典》实施前,从司法实践看,该批复的内容在民法体系上的位置属于对《民法通则》第132条之解释适用,〔11〕涉及侵权法公平责任一般规定适用的一种典型情形——个人合伙人在执行合伙事务中遭受损失。1988年颁布实施的《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)》〔法(办)发〔1988〕6号,以下简称《民通意见》〕第157条规定:“当事人对造成的损害均无过错,但一方是在为对方的利益或者是共同的利益进行活动的过程中受到损害的,可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。”此条规定符合批复的精神,〔12〕司法实践中法

〔8〕辽宁省抚顺市望花区人民法院民事判决书,(2021)辽0404民初3171号。另外3起案例的判决与该案思路相同,分别是:贵州省凤冈县人民法院民事判决书,(2021)黔0327民初3758号;贵州省贵阳市云岩区人民法院民事判决书,(2021)黔0103民初5510号;贵州省贵阳市中级人民法院民事判决书,(2021)黔01民终9775号。后面两个判决书分别是同一个案件的一审和二审判决书。

〔9〕为了增加确实性,本文仅以全文含有“自愿发生性行为”为检索条件,共检得民事案例44件,涉及“性行为后果”案型的,除一个案例外,皆与支持公平责任不相违背。例如,其中有涉及男方隐瞒已经结婚与女方发生性行为被法院认定为有过错的情形〔如河南省平顶山市中级人民法院民事判决书,(2021)豫04民终1192号〕,法院未提及公平责任,自然在情理之中。该除外情形的一例,涉及男女双方一夜情式的婚外性行为,法官以违反公序良俗为由,认为因婚外性行为而导致的损害赔偿纠纷不属于人民法院民事诉讼的受案范围,驳回了诉请,参见江苏省徐州市中级人民法院民事裁定书,(2018)苏03民终232号,该案一审参见江苏省睢宁县人民法院民事裁定书,(2017)苏0324民初2820号。

〔10〕该批复内容有:“贾国满在兄弟二人合伙经营的汽车运输活动中,不慎被车挤死,对这次事故的发生,贾国仁没有过错,不应负赔偿责任。但贾国满为合伙人的共同利益,在经营运输活动中,不慎被车挤死,其兄作为合伙经营的受益人之一,给予死者家属适当的经济补偿,既合情理,也符合有关法律规定的精神。至于具体补偿多少,请根据实际情况酌定。”

〔11〕例如,河南省伊川县人民法院民事判决书,(2009)伊三民初字第164号。另参见窦海阳:《侵权法中公平分担损失规则的司法适用》,载《法商研究》2016年第5期,第126页。

〔12〕以公平责任理解个人合伙人之间分担损失的审理法官的见解,参见陆保刚:《临时性农村施工队的属性及责任承担——河南焦作中院判决侯勤柱诉李有良身体权、健康权纠纷案》,载《人民法院报》2013年10月17日,第6版。

官同时述及或引用两者的案例也不乏可见。<sup>[13]</sup> 与《民法典》同时实施的《最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决定》(法释〔2020〕16号)废止了1988年的《民通意见》,但1987年的《个人合伙分担损失批复》并未被废止。因此,若以另起新篇的视角看待《民法典》第1186条,则要么认为由于公平责任的一般规定无法适用,从而并非构成“法律的规定”的《个人合伙分担损失批复》也不能再适用,合伙人执行合伙事务的损失其他合伙人不再需要分担;要么认为《个人合伙分担损失批复》所解释适用的不再是公平责任的一般规定,而应是《民法典》新规定的第二十七章“合伙合同”的相关规定(或其他法律规定)。若学者不在后一主张上进行思考(不见得赞同),径直以防止过错责任的软化等理由,赞同前一主张,则既不尊重体现了稳固价值观的此领域司法实践,也体现了教义学上的懈怠。<sup>[14]</sup> 本文尝试就后一主张做些思考。

我国《民法典》并未就合伙人执行合伙事务时的费用和损失承担问题做出规定。首先产生的问题是,合伙人在执行合伙事务时支出费用的,该如何请求合伙偿还或其他合伙人予以补偿?有认为就此应适用《民法典》第971条之规定,可由合伙预先支付或事后偿还,因为“尽管本条没有规定,但无疑是本条应有之义”。<sup>[15]</sup> 此主张的可疑之处在于,如何可以从“不得请求报酬”的规定中看出其包括“可以请求费用”的“应有之义”?其次,因执行合伙事务而遭受的损失如何处理?有释义书在有关《民法典》第971条之理解与适用中提出:“合伙人在执行合伙事务过程中,因不可归责于自己的事由,身体或财产受到损害,除向侵权人主张损害赔偿外,也有权请求从合伙财产中给予补偿。”<sup>[16]</sup> 不过,该释义书并未就此进行任何论证。我国台湾地区“民法典”有关合伙契约的第680条规定:“第五百三十七条至第五百四十六条关于委任之规定,于合伙人执行合伙事务准用之。”同时,其第546条第3款规定:“受任人处理委任事务,因非可归责于自己之事由,致受损害者,得向委任人请求赔偿。”与之对照,《民法典》第930条有类似规定:“受托人处理委托事务时,因不可归责于自己的事由受到损失的,可以向委托人请求赔偿损失。”但是《民法典》有关合伙合同的规定中并无类似之“准用”规范。无此“准用”规范的情况下,不妨经由合理的论证认为“类推适用”或许是一条可行的路径,但前述释义书并未在教义学上就此有任何的说明。2006年修订通过的《合伙企业法》第28条第1款规定:“由一个或者数个合伙人执行合伙事务的,执行事务合伙人应当定期向其他合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营和财务状况,其执行合伙事务所产生的收益归合伙企业,所产生的费用和亏损由合伙企业承担。”在合伙企业的情形下,就执行合伙事务而遭受损失应如何处理,既有文献甚少论述。本文认为与执行合伙事务相关的人身或财产损失是合伙经营所发生的成本,如何构成“相关”或许可以争议,但具有相关性时,人身或财产损失应构成合伙经营的成本,不应有争议。因此,可行的处理路径是:或者将此条“亏损”扩张解释为包含损失在内,<sup>[17]</sup> 或

[13] 例如,贵州省黄平县人民法院民事判决书,(2015)黄民初字第202号;山东省东营市东营区人民法院民事判决书,(2016)鲁0502民初1132号。

[14] 至少在合伙人损失分担问题上有此“教义学懈怠”者,参见张新宝:《“公平责任”的再定位》,载《法商研究》2021年第5期,第12页。

[15] 谢鸿飞、朱广新主编:《民法典评注:合同编(典型合同与准合同)》,中国法制出版社2020年版,第506页。

[16] 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(四)》,人民法院出版社2020年版,第2749页。

[17] 如此解释的理由在于:一方面,亏损与盈利(而非收益)相对,且主体应指合伙企业而非合伙人,如何分担,《合伙企业法》第33条已经有规定;另一方面,第28条规定在《合伙企业法》第二章“普通合伙企业”第三节“合伙事务执行”中,同时涉及“收益、费用和亏损”,将此处之亏损解释为包括损失,颇为协调。

者类推适用此条针对“费用”的规定。<sup>〔18〕</sup>在阐述了合伙企业情形下费用和损失分担的问题后,<sup>〔19〕</sup>须探讨不构成合伙企业的情形下,合伙人的费用和损失分担问题。就此,可适用《民法典》的相关规定,但是如前述,相关规定阙如。在《民法典》第971条仅否定了执行合伙事务报酬请求权的前提下,就非合伙企业的个人合伙情形,不妨类推适用《合伙企业法》第28条第1款之规定,解决合伙人执行合伙事务时的费用和损失分担问题。<sup>〔20〕</sup>至此,回过头看1987年的《个人合伙分担损失批复》,应纳入《民法典》合伙合同相关法律适用的解释框架中,不再作为侵权法公平责任一般规定的细化解释。由此,体系上脱离了侵权法公平责任一般规定的背景,在法律适用上就疑难话题或许会有新的思考视角。例如,《个人合伙分担损失批复》认为其他合伙人就执行合伙过程中的合伙人损失,虽然没有过错,做出适当经济补偿,“符合法律规定的精神”。若此法律规定是指公平责任一般规定,则补偿须另加条件:受害人对损害的发生没有过错。实践中并非如此,执行事务的合伙人常常自己对其损失的发生也有过错,而有法官依然依据针对双方无过错情形的公平责任规定(如《民通意见》第157条)判决了适当补偿,且细加解释,却未发现其矛盾。<sup>〔21〕</sup>假如将合伙人执行合伙事务的损失分担问题放在《民法典》合伙合同相关法律适用的解释框架中进行思考,且不采纳准用或类推适用《民法典》第930条有关受托人处理委托事务遭受损失的规定,那么依据前述类推适用《合伙企业法》第28条第1款规定之思路,即使合伙人对造成损失有过错的,在考虑其过错的范围内,法院依然有正当的判决分担损失的空间。<sup>〔22〕</sup>在《民法典》实施后,就其1186条采另起新篇的视角,则《个人合伙分担损失批复》的内容在客观上符合对《合伙企业法》第28条第1款类推适用的处理,无须落在公平责任一般规定的解释适用框架中,其未予废止,不论有意还是无意,亦当无妨,仍可适用。接下来,以前述内容为基础,就“性行为后果”案型,本文尝试提出在另起新篇的视角下可能的处理路径。

### (三)《民法典》实施后“性行为后果”案型的可能处理路径

#### 1.《个人合伙分担损失批复》之类推适用

本文选取一起“性行为后果”典型案例进行阐述。其判决中的“本院认为”部分如下:

本院认为,《中华人民共和国民法典》第十八条规定:“成年人为完全民事行为能力人,可以独立实施民事法律行为。”第一千一百八十六条规定:“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。”何某、王某作为完全民事行为能力人,双方均应当对自己的行为承担责任。在同居关系存续期间,双方自愿发生性行为

〔18〕 将合伙作为“他人”,执行合伙事务自更宽的视角看属于完成他人事务。关于完成他人事务中费用与损失承担问题,较详细的比较法介绍,参见冯德淦:《论无因管理中管理人遭受损害的救济》,载《财经法学》2021年第6期,第72—76页。同属于完成他人事务,损失承担问题的解决方案可能并不一致,另参见易军:《论中国法上“无因管理制度”与“委托合同制度”的体系关联》,载《法学评论》2020年第6期,第47页。

〔19〕 费用和损失分担的问题原本应体现为合伙人与合伙之间的关系,而不是合伙人之间的关系。不过,合伙承担的费用或损失,根本上也就是全体合伙人分担的费用或损失。因此,为简略起见,正文中未再就上述关系做更精细的区分。

〔20〕 在《民法典》“合伙合同”章就诸多合伙中的法律问题并无规定的情况下,应考虑类推适用有关合伙企业的相关规定以解决实际问题。此观点参见谢立敏:《民事合伙的体系勘误和适用完善》,载《经贸法律评论》2021年第5期。

〔21〕 参见施文星、常娜:《农村临时施工队的事故责任承担》,载《人民司法(案例)》2019年第29期。

〔22〕 《民通意见》第47条第2句规定:“但是对造成合伙经营亏损有过错的合伙人,应当根据其过错程度相应的多承担责任。”此条规定的精神也可以参考。

导致何某怀孕,后双方因琐事协商未果,何某作人工流产手术花费医疗费3000元,作手术给何某的身体造成一定损害的事实客观存在,双方均应分担部分费用和分担部分损失。<sup>[23]</sup>

该判决显然采取了跟随旧章的做法,《民法典》第1186条中“依照法律的规定”几个字似乎对其并未造成任何影响。不过,无须立刻做出批判,先探求其意思。比如,如何理解法官认为“作为完全民事行为能力人,双方均应当对自己的行为承担责任”?显然,法官并非是认为由于“双方均应当对自己的行为承担责任”,因此男方无须分担女方的费用和损失,<sup>[24]</sup>而是恰相反,将女方费用和损失也部分作为男方因“自己的行为”而应承担责任的后果对待。在另一起有关一般人格权纠纷的案件中,法官也有类似阐述:“原、被告均为完全民事行为能力人,在没有采取避孕措施的情况下发生性行为,均应能够预见自己行为的后果并应当为自己的行为负责。”<sup>[25]</sup>依据本文对上述判决同情的理解——同时也赞成,其所表达的意思实际是:双方自愿发生性行为而怀孕的,怀孕本身即为双方共同追求——无须明确——的结果,该行为所带来的费用和损失应由双方分担。本文自“合作”的视角将上述意思精细化:双方各自供应卵子和精子的行为相当于合作前的投入,一旦怀孕,合作即告开始。此处须注意的是:其一,发生性行为仅属于可能的合作前的投入,合作并未开始,此处所言之合作开始于怀孕。发生性行为本身并非合作,而是有可能处于去合作的路上。<sup>[26]</sup>其二,合作的意愿体现在怀孕(开始一刹那)而非性行为上。由此,若其中一方故意在避孕措施上做了手脚,尽管性行为是双方自愿的,但双方并无此处所言之合作。怀孕(开始后的过程)及其自然的后果,皆属于合作中的事务。对照《民法典》第967条有关合伙合同之定义,类似地,此处有合伙合同所需要的“共同的事业目的”,即胎儿的“管理”,既包括养育胎儿,也包括可能的流产。“任何一种合法的、不背俗的目的都可以是合伙的共同目的”,商业的或非商业的、持续性的或临时的都不妨。<sup>[27]</sup>双方共同的目的中既包括期待胎儿活着出生,双方对其皆享有父母的权利和负担父母的义务,同时也涵盖通过流产等手段避免该权利义务产生之可能。

就“性行为后果”案型,解释中遇到困难的是合伙合同所需要的合意。首先,不宜将自愿同居共同生活本身解释为达成合伙合同的法律行为,因为在婚姻可以产生双方法律上权利义务的背景下,当事人选择同居而不是婚姻,应解释为双方意在避免产生有拘束力的法律关系。否则,所有的自愿同居生活都会形成合伙。<sup>[28]</sup>其次,也不宜将同居生活中有关发生性行为或备孕与否的约定解释为达成合伙合同的法律行为,否则就会有过度限制当事人自由从而不当使当事人的隐私进入法律调整领域的弊端。<sup>[29]</sup>但是,这并不意味着在同居生活中不会在具体事项上形成具有合伙合

[23] 贵州省凤冈县人民法院民事判决书,(2021)黔0327民初3758号。

[24] 例如,有案件中,被告作类似之辩解——“原、被告均为完全行为能力人,均应当理解并知晓双方性行为可能产生的后果,也应该对自己的行为负责,……原告要求被告给付的各项费用无事实依据及法律根据”,法官未予采纳,仍然依据《侵权责任法》第24条做出了分担损失的判决。参见吉林省桦甸市人民法院民事判决书,(2021)吉0282民初2583号。

[25] 深圳市罗湖区人民法院民事判决书,(2012)深罗法民一初字第627号。

[26] 这里尝试提供一个设例以供比较。假设甲乙二人各自在去谈判订立合作合同的路上,且带着意图出资的物品,其中一人路上发生交通事故并不属于合作中的事故,因为合作尚未开始。

[27] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2007年版,第386页。

[28] Vgl. NJW 2008, 3277.

[29] 参见邵建东、曾见:《情谊行为还是法律行为——德国联邦最高法院“女方停药避孕药”案评析》,载《安徽大学法律评论》2004年第4卷第1期;王宝蒔:《德国联邦最高法院典型判例研究:家庭法编》,法律出版社2019年版,第43—50页。

同性质的约定。以《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》[法释〔2020〕22号,以下简称《民法典婚姻家庭编解释(一)》]第22条为例,该条延续了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(法释〔2001〕30号)第15条的做法,规定:“被确认无效或者被撤销的婚姻,当事人同居期间所得的财产,除有证据证明为当事人一方所有的以外,按共同共有处理。”但该条实际上并未提供决定个人所有还是共同所有的认定标准,<sup>[30]</sup>若认为无效或被撤销的婚姻在夫妻财产关系上不发生溯及既往的法律效果,<sup>[31]</sup>或者认为同居期间所得财产全部按共同共有处理,那么,将使无效或被撤销婚姻在夫妻财产关系上与有效婚姻同等对待,并不见得妥当。最高人民法院有法官对该条的评价是:“一直感觉十分困惑……不知其中是什么逻辑,如此这般很容易造成审判实践的混乱。”并建议:“无效或者被撤销婚姻当事人同居期间所得的财产,各自的收入以及继承和受赠的财产归各自所有,同居期间共同购置的财产按照出资比例按份共有。”<sup>[32]</sup>此建议的观点也有司法实践的做法可做印证。<sup>[33]</sup>只是此建议的观点依然未解释共有认定的教义学理由。在本文看来,对《民法典婚姻家庭编解释(一)》第22条的解释适用,在无效或者被撤销婚姻下同居期间共同出资取得财产的情形,不妨从适用或类推适用合伙相关规定的角度加以理解。

明了同居关系中特定事项上可以形成合伙合同这一点后,回到前述以胎儿的“管理”为共同目的之情形。假如法律就此已经做出规定,并无规则上的空白,则宽泛解释合伙合意的必要性不够。比如,不论同居关系还是婚姻关系,胎儿出生后的男女双方养育之责,有《民法典》第1067条以下之相关规定进行规整;胎儿出生前的“养护”或“流产”费用负担问题,<sup>[34]</sup>在男女双方有婚姻关系时,有《民法典》第1055条以下之相关规定进行规整。但是,在男女双方并无婚姻关系时,胎儿出生前的“养护”或“流产”费用负担问题,欠缺法律规整。此时,较为宽松地认定合伙合意,不失为一条可行的路径。因为有关是否备孕的约定不具有法律行为的特征,不可产生履行或损害赔偿请求权,但不妨碍就有关胎儿“管理”所产生的费用分担可产生法律行为性质的约定。在法律并未规整到,而价值观上又觉得费用或损失分担妥当时,适用合伙相关规定处理可以较好地将其妥当的价值观通过教义学运用落到实处,即使无法接受双方之间的合意直接被认定为合伙合同的合意,从上文共同目的的角度分析所见之类似性,也不妨通过类推适用合伙的相关规定进行处理。<sup>[35]</sup>在本文看来,可供类推的,即包括前述《个人合伙分担损失批复》。

## 2. 《民法典》第979条之适用或者第302条之类推适用

就“性行为后果”案型,合伙合同所需要的合意可能不存在,如前述性行为中一方故意在避孕措施上做手脚而导致怀孕不符合另一方意愿的情形,此时,有无因管理规定适用之可能。此种情形下,假如女方怀孕后,又变卦了,决定流产。其流产带来的费用和损失分担问题,可按《民法典》

[30] 参见李昊、王文娜:《〈民法典〉婚姻无效和婚姻可撤销规则的解读与适用》,载《云南社会科学》2021年第2期,第19页。

[31] 同上注。

[32] 吴晓芳:《〈民法典〉婚姻家庭编涉及的有关争议问题探析》,载《法律适用》2020年第21期,第24页。

[33] 如最高人民法院2015年12月4日公布的49起婚姻家庭纠纷典型案例之二十六——王丽诉张伟同居析产案,载最高人民法院网2015年12月4日, <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-16211.html>。

[34] 本文“性行为后果”案型涉及的是流产手术费用的分担问题,在胎儿活着出生的情况下,胎儿养育及生产费用的分担问题,或许可以考虑适用《民法典》第16条加以处理。

[35] 有关法律规整的漏洞与非婚同居关系中类推适用合伙相关规定之关系的阐述,可参见 Schäfer, Kommentar zum BGB Vor § 705, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, Rn. 84.

第 979 条之规定处理,因为流产符合男方明示或可推知的意思(法条用语:“受益人真实意思”),且无因管理中管理他人事务可以是兼为自己的利益,<sup>[36]</sup>女方具有为自己利益而流产之意图不影响其符合无因管理之构成要件。另外,如前所述,决定适用或类推适用合伙相关规定的形成共同目的之意愿是怀孕的意愿,而怀孕是否符合双方意愿关键是在怀孕那一刻。怀孕之后,假如女方希望流产,而男方不愿意,此时由于怀孕符合男方意愿,也可以认为男方同意怀孕即意味着同意怀孕所带来的合理的后果,而男女双方在生育问题上意见不一致时,不妨认为女方决定流产仍属于怀孕所带来的合理的后果,即仍可以适用或类推适用合伙的相关规定。不过,如果不接受此种解释,也不妨将此种情形纳入无因管理规定之适用范围。此时,决定流产虽然不符合男方的真实意思,但基于男女双方生育自由不可避免的冲突情形,且双方不在婚姻关系之中,不妨认为男方坚持相冲突的意思违反《民法典》第 979 条第 2 款所言之公序良俗,因此仍不妨碍女方流产构成无因管理之行为。<sup>[37]</sup>

最后需要讨论的是,就“性行为后果”案型类推适用《民法典》第 302 条规定的可能性。该条规定:“共有人对共有物的管理费用以及其他负担,有约定的,按照其约定;没有约定或者约定不明确的,按份共有人按照其份额负担,共同共有人共同负担。”假如受精卵或胚胎是男女双方共有的物,那么就该受精卵或胚胎所产生的管理费用,可直接适用《民法典》第 302 条,不论作为按份共有还是共同共有,双方分担的法律后果可以得到认定。不过,受精卵或胚胎不是物,是女方身体的一部分,因此,直接适用《民法典》第 302 条行不通。但是,考虑到孩子将来若出生,男女双方皆会和其存在亲子关系,且依据《民法典》第 16 条,该亲子关系甚至可以溯及未出生前的胎儿状态。因此,认定受精卵或胚胎并非仅涉及女方一人利益,而是涉及男女双方共同的利益,从而就其管理费用之分担类推适用共有物相关规定成为可能。由于人-物类比的怪异,揭示类推适用《民法典》第 302 条的可能性更多是提供一种可供批判性审视的思考,目的也在于说明避免教义学懈怠时的尝试及其面临的困难。

本文就“性行为后果”案型,更看重的是前述《个人合伙分担损失批复》之类推适用。一方面是因为从搜集的案例看,此类案型中因为在避孕措施上做手脚等导致怀孕并非双方自愿的情形似乎未见,且共有物管理费用分担相关规定的类推适用总面临着人-物不能类比的可能异议,更重要的另一方面是因为即使抛开供“性行为后果”案型类推适用不论,就合伙人分担费用或损失本身,相关规定在《民法典》中处于空缺的状态,既往在公平责任一般规定下解决该分担问题的做法若不再沿用,那么就必须在教义学上寻找新的途径以作回应。“性行为后果”案型的讨论兼有烘托出有关合伙人分担问题及其解决方案之目的。

### 三、体育运动、公平责任与自甘冒险

#### (一) 司法实践中的“体育运动受伤”案型

《民法典》实施前,体育运动中,他人并无故意或重大过失,仅属于正常比赛等情形,参加者因

<sup>[36]</sup> 有关“受益人的真实意思”之解释,参见金可可:《〈民法典〉无因管理规定的解释论方案》,载《法学》2020 年第 8 期。

<sup>[37]</sup> 这涉及男女双方生育自由出现冲突时的疑难话题,本文只是就同居关系中的情形尝试提出主张,尚无法深入论证。关于男女双方生育自由出现冲突时的司法实践及理论分析,参见张作华、徐小娟:《生育权的性别冲突与男性生育权的实现》,载《法律科学》2007 年第 2 期。

此而受伤并请求承担公平责任的现象在司法实践中也较为常见(涉此类情形案例以下简称“体育运动受伤”案型),但与“性行为后果”案型不同,法院并非近乎一致性地皆认可公平责任的判决。不过,支持公平责任的判决亦非仅偶然地、个别地出现,而是可能以近乎对半的比例呈现。学者关于是否应适用公平责任一般规定在致害人和受害人之间分担损失也多有分歧。<sup>[38]</sup>

自公平责任适用角度看,“体育运动受伤”案型并非本文所称“一致性较强”案型,而是“一致性较弱”案型。若属于“一致性较强”的否定公平责任案型,那么在《民法典》实施后,采另起新篇的视角,自可直接以并无“法律的规定”为由,否定对原告的救济。但在既有司法实践中支持和否定公平责任的情形皆较为常见时,单纯以并无“法律的规定”为由对原告的救济加以否定,仍有教义学懈怠的嫌疑。相反,仍应对其在《民法典》相关制度的基础上思考有无救济的可能进路及其正当性。针对既往司法实践中支持或否定公平责任的“一致性较弱”案型,《民法典》实施后,“多一点思考”再给出答案,是尊重既往司法实践中体现出的价值观和避免教义学懈怠应有的学者态度。“体育运动受伤案型”涉及多人共同参与,民法制度中涉及多人共同参与的典型之一即为合伙。自合伙视角看,体育运动中受伤可否要求共同参与的人分担损失?此问题是接下来讨论的内容,本文将在讨论中结合其与“性行为后果”案型的对比。

## (二) 合伙视角下的“体育运动受伤”案型——兼与“性行为后果”案型对比

以合伙视角观察“体育运动受伤”案型,应认为其不符合合伙的特征。假如认为共同参加体育运动,是合意订立了一个一起运动的合伙合同,那么,其中一人在运动中受伤,损失可以由全体参加者承担。此时,不再如司法实践公平责任判决中的那样仅由致害人承担,似乎更接近于分担损失的目标。但此种假设,不宜认可。首先,人们在生活中常发生结伴而为之事项,在对抗性体育运动等场合,不结伴甚至无法有此生活事项。上述假设若得到认可,推而广之,就生活中如此常见的结伴现象皆以合伙或近似合伙认定从而实现损失分担,<sup>[39]</sup>在没有法条明文规定且司法实践并未显示“一致性较强”的情况下,该种价值观不宜认可。否则其后果是造成局部分配普遍存在,强使结伴活动者命运关联。其次,以合伙制度看,共同参加体育活动,缺乏合伙成立所需要之“共同目的”。原先作为公平责任解释的《民通意见》第157条规定:“当事人对造成的损害均无过错,但一方是在为对方的利益或者是共同的利益进行活动的过程中受到损害的,可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿。”此规定中“为……共同的利益”适合用来解释合伙人执行合伙事务的情形,因为共同目的可使得一人所为旨在实现共同的利益。而一起参加体育运动,即使如篮球或足球比赛中,参加者结合成一个队与另外的队进行对抗,该“组队”也不足以产生合伙所需要之共同目的,因为“组队”只是比赛的形式要求,并无法律上形成“共同目的”之意味。该队取得胜利,其中一人表现得异常地好,应居头功,其他参加者并不见得就会开心。<sup>[40]</sup>最后,《民法典》第1176条规定:“自愿参加具有一定风险的文体活动,因其他参加者的行为受到损害的,受害人不得请求其他参加者承担侵权责任;但是,其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。”该规定实际上是

[38] 参见冯德淦:《体育比赛中公平责任适用之检讨》,载《法律适用》2019年第10期,第22页。有关适用公平责任的司法实践的总结,另参见韩煦:《自甘风险规则:规范分析与司法适用》,载《人民司法·应用》2020年第31期。

[39] 实践中结伴出游中一人受伤后的公平责任承担问题,司法实践中也呈现一定的分歧。肯定的,如河南省驻马店市中级人民法院民事判决书,(2018)豫17民终290号;否定的,如湖南省邵阳市市中级人民法院民事判决书,(2020)湘05民终346号。

[40] 这里须注意的是,本文所称“体育运动受伤”案型并不包括单位组织的对外比赛或内部竞赛之情形。此种情形,如江苏省常州市中级人民法院民事判决书,(2020)苏04民终181号。

表明共同参加体育运动,参加者的意愿并非结成具有“共同目的”之“命运共同体”,而是“各人风险自负”。除体育运动外,结伴活动中若有明示或可推测的意思,符合生活的解释,“个人风险自负”应在这种意思的范围内。<sup>[41]</sup>

与“性行为后果”案型相比较,共同参加体育运动和自愿发生性行为一样,都不会形成合伙或类似合伙之结合,否则会给生活施加过于不确定的负担,也不合乎当事人明示或可推知的意图。性行为过程中一人发生意外,对方是否须担责,应视其有无过错而定;<sup>[42]</sup>体育运动中也一样。但和“性行为后果”案型类似,“体育运动受伤”案型中,不排除就具体个别事项形成合伙或类似合伙之关系。例如,踢球需要场地和足球,一人带着足球供大家使用,出于情谊行为,并无分担费用之必要,常属可能。但是,也不排除大家共同租用场地以供踢球之用,此时,不妨依据合伙制度分担该费用。<sup>[43]</sup>

#### 四、结语：教义学上的拐杖及其舍弃

由以上关于“一致性较强”且支持公平责任的“性行为后果”案型的阐述可知,即使没有公平责任的一般规定,也可以透过对合伙相关制度的适用与类推适用的教义学分析,寻找解决问题的合理渠道,从而使“公平”在具体制度背景下之所以然更为明了。关于“一致性较弱”的“体育运动受伤”案型,就公平责任的妥当性与否的争议问题,在合伙制度的视角下分析,因为有着更为具体的制度背景,其分析结论的可辩驳性大大上升——泛泛地主张合乎公平与否,较难进行有效的相互辩驳。不论针对“一致性较强”或“一致性较弱”的案型,在公平责任一般规定的层面上处理,常常仅依赖抽象的价值观进行分析,避免了在具体制度背景下分析时的教义学论证的负担。由此,《民法通则》第132条和《侵权责任法》第24条都是教义学上的拐杖,是在教义学双腿还不够有力时可供其依托的工具。《民法典》实施后,应当舍弃掉这根拐杖,<sup>[44]</sup>避免因为拐杖的存在使双腿得不到很好的锻炼。就此,本文主张对《民法典》第1186条的解释适用采“另起新篇”的视角,法条中的“法律的规定”并不包括第6条公平原则的规定,也并非仅指有关法律后果的规定,而是指具备构成要件和法律后果的其他法律规定。在此视角下,《民法典》第1186条的制定相当于废止了原先的《侵权责任法》第24条,其自身无意义,删除亦无妨。在《民法典》实施后,针对既往司法实践中

[41] 相约自驾游中,有“个人风险自负”明示协议的情形(法官也驳回了公平责任之诉请),如重庆市第一中级人民法院民事判决书,(2014)渝一中法民终字第03776号。

[42] 在一起自愿发生性行为而猝死的案件中,法官以并无法律因果关系为由否定了公平责任之承担,在本文看来,从不构成类似合伙的角度考虑无过错时否定公平责任之承担会更有说理上的针对性。此例为:山东省临沂市中级人民法院民事判决书,(2019)鲁13民终4436号。

[43] 就如同在社交关系中,尽管结伴旅行的约定不具有法律行为的性质,但不妨碍有关旅行费用分担可达成法律行为性质的约定。参见[德]维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第97页。在一起结伴钓鱼所借车辆丢失的案件中,法院依据公平原则让部分参加者分担损失,并排除了其中两名参加者的分担责任,其理由是“该二人是当日陈×与杨××所带的朋友,不是相约拼车钓鱼的参与者,也未参与分担费用”。这样的判决如果从合伙制度而非公平责任一般规定的角度,可以得到更好的说明。该案例为:河南省洛阳市中级人民法院民事判决书,(2012)洛民终字第264号。

[44] 由此也就一般性地舍弃了附着在这根拐杖上的有关公平责任的教条,诸如承担公平责任必须要双方无过错、必须具备法律因果关系以及不能赔偿精神损害等等。所谓“一般性地舍弃”是指是否有这些要求,应视具体制度而定。

出现的“一致性较强”或“一致性较弱”案型,应当在整个民法制度范围内,<sup>[45]</sup>梳理可能的相关“法律的规定”,尤其是第1165条第1款,就其解释适用细加探究,探寻有无合理的解决之道。如此,或许有助于在探寻中国问题和中国特色时发展真正有中国特色的民法教义学。<sup>[46]</sup>从《民法典》实施后的司法实践看,法官在解释适用第1186条时似乎仍是跟随旧章的做法,突然换个频道,或许不太现实。所谓“一致性较强”或“一致性较弱”案型,也是有赖于对类案的整理思考,似乎也無法期待面对个案的法官去完成这个目标。如此,本文更多是对学界的期望:少讨论公平责任是不是原则的问题,也别光呼吁要防止公平责任的滥用,而应当观察司法实践并对其进行整理分析,在教义学体系中思考是否以及如何落实实践中显现的价值观,避免教义学上的懈怠。

---

**Abstract** In interpreting Article 1186 of the Civil Code, we should adopt the perspective of “turning over a new leaf”, that is to say, the “provisions of law” in the article should not include Article 6, which relates to the principle of fairness, nor should it refer to the provisions merely related to legal consequences, but should refer to other legal provisions with constitutive requirements and legal consequences. The formulation of Article 1186 of the Civil Code is equivalent to repealing the original Article 24 of the Tort Liability Law, and it would not be harmful to delete it because of its meaningless. Both Article 132 of the General Principles of Civil Law and Article 24 of the Tort Liability Law are crutches or tools to be relied on in dogmatics which are still not strong enough. After the implementation of the Civil Code, we should abandon this crutch and reconsider those cases which the general provision of fairness liability has been applied in. For example, in the question of the sharing of costs or losses related to abortion resulting from the voluntarily having sex, we may wish to observe and understand it again from the perspective of partnership, negotiorum gestio and even co-ownership in order to obtain a reasonable result. Then it may provide useful enlightenment to solve the problem of loss sharing in sports injuries.

**Keywords** Partnership, Fairness Liability, Crutch in Dogmatics, Slothful Dogmatics

---

(责任编辑:李贝)

---

[45] 原《侵权责任法》里就包含着实质非属于侵权责任的规定。参见张谷:《论〈侵权责任法〉上的非真正侵权责任》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2010年第3期。公平责任一般规定被删除后,其所面临的问题也并不一定是要在侵权法制度里解决。

[46] 例如,实践中普遍存在的有支持公平分担损失的一种案型是“交通事故责任不明”案型。参见张善斌:《公平责任原则适用存在的问题及对策》,载《河北法学》2016年第12期,第42页。在本文看来,《民法典》实施后,就此种案型可能需要结合证明责任的理论分析,依据对《民法典》第1165条第1款的更新的教义学阐释加以妥当处理。此处所谓“更新的”,是指脱离传统侵权法的“全有全无”的二值模式。参见孙维飞:《电梯劝阻吸烟案的公平责任分析》,载《师大法学》2019年第2辑,第255页。