

GONGPING ZEREN DE  
BIJIAOFA YANJIU

# 公平责任的 比较法研究

■ 毛东恒 著



中国原子能出版社  
China Atomic Energy Press



\* 本书为教育部留学回国人员科研启动基金项目“‘公平责任原则’的比较法研究及应用”（项目批准号：教外司留〔2014〕1685号）的最终研究成果。

# 公平责任的 比较法研究

---

■ 毛东恒 著



中国原子能出版社  
China Atomic Energy Press

图书在版编目 (C I P) 数据

公平责任的比较法研究 / 毛东恒著. — 北京 : 中国原子能出版社, 2018. 7

ISBN 978-7-5022-9256-0

I. ①公… II. ①毛… III. ①比较法学—研究 IV.  
① D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 182106 号

## 内容简介

公平责任原则作为独立于过错责任原则和无过错责任原则的第三种归责原则, 可以补充和完善现有的侵权责任归责体系。公平责任的存在扩大了侵权责任可归责的范围, 避免了过错责任由于内容的不断扩大所带来的混乱, 对于难以适用过错责任和无过错责任的侵权纠纷, 可以起到补充的作用。

## 公平责任的比较法研究

---

出版发行 中国原子能出版社 (北京市海淀区阜成路 43 号 100048)  
责任编辑 王丹 高树超  
装帧设计 河北优盛文化传播有限公司  
责任校对 冯莲凤  
责任印制 潘玉玲  
印刷 定州启航印刷有限公司  
开本 710 mm×1000 mm 1/16  
印张 16.5  
字数 292 千字  
版次 2019 年 1 月第 1 版 2019 年 1 月第 1 次印刷  
书号 ISBN 978-7-5022-9256-0  
定价 58.00 元

---

发行电话: 010-68452845

版权所有 侵权必究

## 序 言

公平责任作为一项损失分担原则，存在于我国侵权责任法中，由来已久。不可否认，公平责任无论是在侵权责任理论中，还是在司法实践中，都占有重要地位。而且，区别于单由过错责任以及无过错责任构成的侵权责任体系，公平责任也可以说是我国侵权法的一大特色。

长久以来，围绕公平责任，最为核心的问题就是其可否作为一项独立的归责原则。就此问题，当前学说普遍持有否定态度。而究其根本，公平责任之所以难以成为一项归责原则，主要是由于其归责根据的缺失所造成，所谓“根据实际情况，由双方分担损失”无法为公平责任提供充分的可归责性，当然也就无法确立公平责任作为归责原则的地位。

基于“实际情况”无法归责，这应该是公平责任的症结所在。然而，比较其他国家侵权法相关规定可以发现，在一些国家的法律中，确实存在通过考量“实际情况”来确定责任分担的现象。对于公平责任研究而言，这样一种法现象不容忽视。在这些国家的侵权法中，“实际情况”与责任分担存在怎样联系？“实际情况”的内容又有哪些？本书将就此进行深入、详细的报告，力求将世界侵权法中基于“实际情况”分担侵权责任的实态呈现给读者。同时，本书再次系统地总结了我国公平责任的发展历程，明确现阶段公平责任的理论归结。进而，以比较法的研究视角，中外对照，尝试探寻公平责任的理论发展之路。

本书作者自大学留日期间开始接触侵权法，研究生在读期间开始集中研习公平责任，硕士和博士论文皆为公平责任相关题目。学业完成后，对于公平责任的研学亦未松懈，先后在国内外学术期刊发表公平责任主题论文三篇，出版公平责任主题专著一部，并由日本国会图书馆收藏。长期以来，公平责任作为本书作者最主要的研究对象，此次书稿的内容既包括一些国外珍贵信息资料，又包括一些国内一手资讯。本书可以说是在长期积累中形成，对既往公平责任研究的汇总。希望通过本书，能够将公平责任的全貌更好地展现给读者。

《中华人民共和国侵权责任法》早在2010年就已实施，关于侵权法问题的讨论

也早已繁华不再。回顾既往，公平责任研究虽然渐行渐远，但我国民法建设依然矫健前行。本书作者自知学习不足，能力有限，通过此书并无意推陈出新，哗众取宠，也非拾遗补阙，孤芳自赏。本书实为作者过往研习公平责任之汇编而已。如果说此书尚有分毫价值的话，若其能够成为关于公平责任的一份历史读本，作者便心满意足。至于其中一知半解，异想天开的些许高扬之词，无非是聊以慰藉，致敬青春罢了。回想同学年少时，敢问归责原则何去何从，时至今日，小书一册，惭愧，惭愧。是为序，谨祝我国民法典早日诞生，民法事业蒸蒸日上。

导 论 / 001

## 第一编 公平责任释义

第一章 公平责任概述 / 010

第一节 公平责任的概念 / 010

第二节 公平责任的特征 / 014

第三节 公平责任的作用 / 017

第二章 公平责任的历史沿革 / 021

第一节 立法实践中的公平责任 / 022

第二节 公平责任的理论发展 / 032

第三节 公平责任在司法实务中的作用 / 048

第三章 《侵权责任法》中的公平责任 / 074

第一节 现行法对公平责任的定位 / 074

第二节 公平责任的具体适用 / 078

第三节 公平责任理论的归结与问题 / 095

## 第二编 公平责任的比较法研究

第四章 公平责任比较法研究概述 / 102

第一节 公平责任比较法研究的对象 / 102

第二节 公平责任比较法研究的根本目的 / 105

第五章 德国公平责任 / 107

第一节 德国公平责任的内容 / 107

第二节 德国公平责任的特征和本质 / 116

第六章 奥地利公平责任 / 125

第一节 奥地利公平责任的内容 / 125

第二节 奥地利公平责任的本质和特征 / 136

## 第七章 荷兰民法中的公平裁量权 / 146

第一节 荷兰公平责任的内容 / 146

第二节 荷兰公平责任的特征和本质 / 154

## 第八章 瑞士民法中的公平责任 / 158

第一节 瑞士公平责任的内容 / 158

第二节 瑞士公平责任的特征和本质 / 168

## 第九章 俄罗斯民法中的公平责任 / 174

第一节 俄罗斯公平责任的内容 / 174

第二节 俄罗斯公平责任的特征和本质 / 179

## 第十章 各国公平责任综述 / 188

第一节 各国公平责任简括 / 188

第二节 各国公平责任的比较法分析 / 192

# 第三编 比较法研究下的公平责任解析

## 第十一章 公平责任的定位 / 196

第一节 公平责任的再定义 / 196

第二节 作为过错责任特殊规定的公平责任 / 201

第三节 公平责任作为归责原则的必要性 / 205

## 第十二章 公平责任原则 / 212

第一节 公平责任原则的归责构造 / 213

第二节 公平责任原则的适用 / 217

第三节 公平责任原则与过错责任原则和无过错责任原则的根本区别 / 250

结语 / 253

主要参考文献 / 254

后记 / 258

# 导 论





## 一、侵权责任归责原则概述

19世纪至今，无论是大陆法系还是英美法系，都将过错责任作为侵权责任的基本归责原则。过错责任代替原因责任，为损失的转嫁提供了法的根据。由于过错造成的损害需要赔偿，没有过错造成的损害无须赔偿，过错将发生在受害者身上的损失通过赔偿的方式转嫁他处。

过错责任作为归责原则，在当代侵权责任法中依然占有支配性地位。过错责任的贯彻最终以过错责任主义的形式表现出来。所谓过错责任主义，即存在故意或过失则承担损害赔偿赔偿责任，且只有存在故意或过失才承担损害赔偿赔偿责任，过错与损害赔偿赔偿责任之间为充要条件关系。

过错责任主义的确立，客观上为个人行为自由乃至社会经济发展都起到了保障作用。以过错责任主义的观点来看，如果某人的行为即便已经足够谨慎或是正当合理，但仍然要求他承担损害赔偿赔偿责任，就会使行为自由的范围变得无法确定，导致个人生活中行为自由的权利受到限制。同时，若仅以行为是损害原因为由要求赔偿，将为正常生活带来诸多不便，人们唯恐自己的行为会招致损害赔偿赔偿责任而不愿积极作为，从而引起整个社会的不安情绪，导致经济活动萎靡不振，对经济的发展带来不良影响。由此可见，过错责任主义确实更加适应经济社会的发展需要，这也是其能够成为一项民法基本原则的重要原因。

过错责任最基本的立足点就在于，任何人不能由于自己的过错而对他人造成损害，如果造成损害就要承担赔偿责任，由此形成过错归责，无过错无责的责任法基本原则。然而，过错责任虽然以过错为由，很好地为归责提供了充分的根据，却无法从根本上对无过错无责的理由加以说明。任何人在无端受到来自他人的损害时，无须自甘损害，损害必须得到弥补。所以，过错责任实质上是借行为自由，经济活动自由保护之名免除了损害制造者的赔偿责任，抑或形成一种以牺牲受害者获得损害赔偿的权利为前提的法的价值判断，即如果某人即便充分注意并且采取正当合理的方法行事，损害仍然发生，那么受害者只能将其视作如同天灾一样的偶然事件，损害只能由受害者自行承担，此种事情，但凡身居社会生活、人际交往之中，就必须面对，必须接受。

过错责任主义下的过错责任原则为侵权责任提供了充分的归责根据，形成了以过错责任为基础的侵权责任归责体系。但是，仅就无过错无责的论断而言，本质上仍然带有相当强的政策性色彩，由此也使得过错责任主义作为公理性原则的理论基

础存在瑕疵之处。事实上，针对无过错无责在解决现实损害赔偿责任纠纷中造成的被害人损失自负的问题，无过错责任首先得以确立。无过错责任的确立，修正了过错责任主义下过错责任原则的单一主导地位，也打破了过错责任作为归责原则的绝对性。然而，无过错责任虽然承认，单纯坚持过错责任主义而仅以过错的存在为前提否定其他损害赔偿责任会有失公平，但同时也认为，所谓无过错责任主要是来源于营业或生活中存在的特定危险，对于像运输、制造等特定领域中发生的损害，可以无论过错存在与否，通过特别法规定其损害赔偿 responsibility，无过错责任作为特殊侵权责任，应该存在并且仅限于侵权法的特别规定之中。究其根本，无过错责任之所以得以确立，正是由于它找到了过错之外的归责根据，即“危险之所在，责任之所在；利益之所在，责任之所在”，而无过错责任之所以作为特殊侵权责任也正是由于危险和利益只有在特定领域且达到相当程度才具有可归责性，反之，单纯以危险和利益为由并不足以作为侵权责任的归属提供根据。无过错责任虽然没有成为一项一般侵权责任归责原则，但无过错责任的出现有力地揭示了不以过错为前提归责的可能性，同时也为以复数多因素为基础的综合归责开创了先例。

事实上，所谓归责，即是责任的归属和承担。如果责任的本意可以理解为自己必须承担的义务，或是事情担当中承受其结果带来的责任，那么侵权责任就是在损害发生的情况下，特定某人必须弥补损失的担当义务，归责原则就是要求其承担侵权责任的依据。所以，从这个角度来讲，过错责任和无过错责任都只是在侵权法归责理论发展中形成的科学成果，但这也并不意味着它们作为归责原则具有某种必然性和绝对性。总之，侵权责任归责原则研究在本质上就是对可归责性原理的考察和探索，在这样一个漫长的过程中，绝大部分的时间里，研究本身的存在意义也许要远大于其实际意义。

## 二、公平责任与过错责任及无过错责任的关系

侵权责任归责原则包括过错责任及无过错责任，这也是当代侵权责任法归责体系的主流形式。然而，如前所述，现有归责体系也并不是闭锁的和绝对的。就性质而言，公平责任区别于过错责任及无过错责任，其独立于既有的归责原则，是对过错责任及无过错责任的补充和完善。公平责任与过错责任及无过错责任既是并列关系又是补充关系。

在侵权法归责理论的发展过程中，过错责任取代了结果责任，侵权责任之所以产生正是由于过错的存在。过错责任的宗旨就是要求由于具有可归责性的行为而造

成损害的行为者必须承担损害赔偿赔偿责任。过错即是侵权法对可归责性行为的评价形式和认定标准。

何为过错？何为行为的可归责性？关于过错的解释，存在主观过错理论和客观过错理论。主观过错理论认为：过错是一种具有可非难性的心理状态，即本应知道在行为过程中会发生损害，却由于不注意而未察觉或是未能觉察的心理状态为过失；认识到行为过程中会发生损害，却不顾及或希望如此的心理状态为故意。过错行为的归责性，本质上就来自于主观上的过失或故意的心理状态。与之相对，客观过错理论则认为：过错是一种行为义务的违反，即违反了防止损害发生的预见义务和结果回避义务，过错行为的可归责性判断不再以行为所处的心理状态为对象，而是转向行为义务本身的规范化。

实际上，关于过错的理解从根本上可以将其简化为一个二选一的设问，即过错的可归责性究竟是来自于行为者的主观意志还是客观行为。答案是显而易见的，可归责性的判断只能针对人的主观意志。因为，如果没有主观意志的存在，行为本身也就变成了一种单纯的客观事实，法律无法将这种客观事实与行为者联系起来并做出可归责性存在与否的判断。过错必须是以主观意志的存在为前提，并且仅针对这种主观意志下产生的行为为对象而做出的法的可归责性判断。这也正是过错可非难性的核心和根本所在。由此可见，过错责任只要以行为的可归责性作为归责的根据，就必须受到可非难性判断的局限和束缚，这也是作为民法基本原则的过错责任原则在理论发展中的症结之所在。过错不是也不能仅针对客观行为来判断可归责性。反之，如果过错责任意图突破可非难性的束缚而确立更为广泛的可归责性标准，那就必须摆脱行为评价的局限，而承认更为广义的可归责性。过错责任的客观化实质上就是这样一种尝试，所谓客观过错责任实际上已经脱离了基于个人主观意志下行为产生的自己责任，而成为一种社会共同生活中带有社会性的责任。但如此一来，过错责任在本质上就会发生根本性的改变。这种质变，可以说不但违背了过错责任制度建立的初衷，甚至动摇了个人本位的价值观念。对于过错责任来说，这种质变的影响已经超过了它所能承载的范畴，从而很难被容忍和接受。

过错责任的可归责性，本质上来自于行为的主观可非难性。然而，在复杂的社会生活中，侵权责任的归责性并不只局限于此，无过错责任的确立正是体现了法对于更为广泛的归责性的肯定。在现行的侵权责任法中，无过错责任主要包括产品责任，环境污染责任，高度危险责任，饲养动物损害责任，医疗损害责任等，以及在机动车交通事故责任，物件损害责任，监护人责任，用人者责任等相关规定中

也存在无过错归责的内容。无过错责任的可归责性主要来自危险和利益的存在，具有危险性的和获得利益的行为者，在其危险和利益达到一定程度时，必须为由此行为产生的损害承担赔偿责任。无过错责任以危险和利益为根据，事实上确立了一种社会性侵权责任，即当只有某些类型损害行为的受害者无论行为者是否存在过错，都必须得到赔偿才能实现结果对于社会的妥当性时，这种侵权责任就具有充分的可归责性。无过错责任本质上就是满足了社会发展过程中客观产生的对于侵权法归责原则的社会需求。当然，从现有无过错责任的内容中也可以看到，法对于这种社会需求的回应是谨慎和温和的，无过错责任可归责性的判断并没有脱离行为评价的范畴，现行法中所谓的无过错责任，实质上只是以特定行为的危险性和获利性为根据而做出的对于过错责任原则的微观调整。

从过错责任的客观化，到无过错责任对于行为本身的社会性评价，侵权法归责理论的发展体现了可归责性扩大化的倾向。然而，就过错责任及无过错责任而言，可归责性的根据仍然局限于单纯的行为评价。因此，在侵权法中肯定公平责任的存在，正是相对于过错责任及无过错责任的理论归结，以已知和现存的公平责任理论为切入点，通过探索可能存在的社会性归责根据，进而达到可归责性扩大化的目的。所以，公平责任作为侵权法归责理论发展的延续，具有相当的社会基础和适用空间。

### 三、公平责任比较法研究的意义

侵权责任可归责性的考量以其对象的不同可以分为三类，即因果关系的考量；行为评价的考量；行为评价之外的社会性归责因素的考量。因果关系的考量对应原因责任抑或结果责任，行为评价的考量对应过错责任及无过错责任，行为评价之外的社会性归责因素的考量并无独立的归责原则与之对应。在过错责任主义的大背景下，基于因果关系的原因责任抑或结果责任已经被摒弃，基于行为评价的过错责任及无过错责任则被普遍承认。其中，如前所述，归责理论的发展已经表现出了可归责性扩大化的倾向。与此同时，就当今侵权法归责原则的理论归结而言，过错责任及无过错责任虽然在主观可非难性评价之外引入了社会性评价，但并没有脱离行为评价的范围。所以，以行为评价为界，如果可以基于行为评价之外的社会性归责因素来建立归责原则，那么它应该是区别于现有过错责任及无过错责任的第三种归责原则。所谓公平责任，实质上就是指代了基于行为评价之外的社会性归责因素的第三种归责原则，它以公平之名将行为评价之外的社会性归责因素转化为可归责性的根据，由此实现责任的归属。因此，公平责任能否成立本质上就取决于这样的社会

性归责因素是否存在，以及如何将其转化为具有充分可归责性的归责根据。

通过比较法可以发现，在一些国家的民法侵权法中确实存在着基于行为评价之外的社会性因素确定责任、分担责任、减免责任的规定：

1. 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。”同法第 31 条、32 条、33 条以及第 87 条则进一步规定了具体的适用范围。另外，同法第 23 条还规定了受益者补偿责任。

2. 《德国民法》第 829 条规定：“基于第 827，828 条对于自己造成的损害不承担第 823 条至第 826 条的损害赔偿（过错责任）之人（无意识状态和精神异常之人；未成年人以及聋哑人），在损害赔偿无法从对其负有监护义务的第三人获得的情况下，根据情况，特别是当事人之间的关系，以不影响其相应的日常生活及法定扶养义务的履行为限度，在公平的范围内承担损害赔偿。”

3. 《奥地利一般民法典》第 1310 条规定：“在受害人（丧失理智的人和未满 14 周岁的未成年人造成的）损害不能从前条规定（对其负有监护义务的人）获得赔偿的情况下，法官应当考量如下情况：不具有通常理智的加害人的具体过错；受害人出于保护加害人而放弃防卫（未阻止损害发生）；当事人的财产状况，在公平的范围内使其承担全部或部分损害赔偿。”

4. 《荷兰民法》第 6 编第 1 章第 109 条第 1 款规定：“如果基于责任性质，当事人之间的法律关系，当事人的经济状况等实际情况，全额赔偿的结果明显不当，法官可以减轻其损害赔偿。”此外，同法第 6 编第 3 章侵权行为第 166 条规定了“集团侵权责任”，其中在第 2 款“集团成员的责任分担”中规定：“可以根据实际情况，公平分担。”同章第 170 条规定了“雇员损害赔偿”，其中在第 3 款“雇主和雇员的责任分担”中规定：“可以根据实际情况以及雇主和雇员关系的性质具体判断。”

5. 《瑞士债务法》第 44 条第 2 款规定：“非因故意或重大过失造成损害的赔偿责任者如果由于赔偿而可能陷入穷迫，法官也可以以此为由减轻其损害赔偿。”

6. 《俄罗斯联邦民法典》第 1083 条第 3 项规定：“法院可斟酌致害公民的财产状况，减少其赔偿损失的金额，但损害由其故意行为所致的情形除外。”

以上这些规定，虽然在责任构造和内容上不尽相同，但其共同之处在于这些规定都承认了行为评价之外的社会性归责因素对于损害赔偿所产生的影响，并且这些规定分别包含了责任确定、责任分担、责任减免的情况，具有一定的典型性。所以，对于这些规定的考察可以通过类型化的归纳，总结以考量行为评价之外的社会性归责因素为基础的各种责任构造，进而为公平责任研究的核心问题，即行为评

价之外的社会性归责因素包括哪些内容，是否具有可归责性，能否成为归责根据的问题提供重要参考。

本书主要围绕以上规定及其相关规定和理论，以我国侵权法公平责任为出发点，以上述其他国家的规定为参考，通过中外比较，解析公平责任，最终针对公平责任作为过错责任及无过错责任之外的第三归责原则性问题给出本书的答案。



第一编 公平责任释义





# 第一章 公平责任概述

## 第一节 公平责任的概念

### 一、公平责任之公平的含义

公平责任，作为法律名词，源自我国侵权法归责理论。我国《民法通则》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。”此规定所确立的“根据实际情况，分担民事责任”的原则，一般被称为“公平责任原则”，基于公平责任原则产生的侵权责任即公平责任。公平责任是除过错责任及无过错责任之外的，基于考量实际情况分担民事责任的归责原则。此后，在2009年，《侵权责任法》制定。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。”在《侵权责任法》中，虽然公平责任的内容经过一定的修改之后，被保留了下来，但是关于公平责任的定位，以学界为代表，普遍认为其不再是一项归责原则，而是基于民法公平原则对于公平分担损失所做的补充性责任。至此，在当今的侵权法理论中实际上已无“公平责任”一词，而由“公平分担损失责任”取而代之。所以，从目前关于公平责任的理论归结来看，公平责任一词已经不再是现行法的法律名词，并且在法理论中也处于逐渐被边缘化的过程之中。

以公平分担损失责任取代公平责任，主要是针对分担民事责任到分担损失之法律条文变化的学理解释。然而，无论是公平责任还是公平分担损失责任，公平之名并没有改变，公平仍然是规定的核心概念。那么，首先要明确的问题即是，此处公平的具体含义是什么？

单从法律条文的内容来看，《民法通则》第132条和侵权责任法第24条中，都

未曾出现过公平一词，而是始终以根据实际情况作为其文字表述。因此，如果仅就法条而言，公平分担损失即是根据实际情况分担损失，根据实际情况分担损失即是实现了侵权法中公平的损失分担，公平责任和公平分担损失责任之“公平”，实际上就是指实际情况的考量。同时，也正如法条内容所述，实际情况的考量是在没有过错的情况之下。所以，根据实际情况应该看做是相对于过错而言，对于过错之外因素的考量。由此可见，我国公平责任和公平分担损失责任之公平，是指法在侵权责任中对于过错之外因素的考量。

除我国公平责任之外，德国民法中也存在公平责任一词。《德国民法典》第 829 条规定了，“不承担过错责任的无意识状态和精神异常之人、未成年人以及聋哑人，在损害赔偿无法从对其负有监护义务的第三人获得的情况下，根据情况，特别是当事人之间的关系，以不影响其相应的日常生活及法定扶养义务的履行为限度，在公平的范围内承担损害赔偿责任。”此项规定的基于公平承担损害赔偿责任的原则，一般被称为《德国侵权法》中的公平责任，其与过错责任、危险责任、牺牲和自我牺牲的补偿责任共同作为侵权责任的根据。

德国公平责任的德语表述为“billigkeit”，为正当、公平之意，本义还包括折中、宽松之意，与之对应的英语表述为“equitableness”，即衡平。从德国公平责任“billigkeit”的表述可以看出，公平责任中所言的“公平”并非通常理解之广义的公平，公平责任之公平作为侵权责任的标准具有其特殊含义。

首先，德语“billigkeit”是公平正义之意，但本义也包含折中、宽松的意思，而如果根据它的本义来理解，德国公平责任也可以称为折中责任抑或宽松责任。这里所谓的折中和宽松，具体到侵权责任中就是相对于过错责任而言的。也就是说，如果以过错责任主义为前提，严格适用过错责任在一些情况下对于损失分担会造成不公平的结果，那么，考虑过错之外的因素使无过错免责的行为人承担侵权责任，就是一种折中的处理。这种处理相对于过错责任的严格适用，就是一种宽松的侵权责任。由此可见，公平责任之公平是针对过错责任而言，纠正了严格适用过错责任所带来的不当损失分担结果是公平。

不仅如此，德语“billigkeit”作为法律名词，其对应的英语表述为“equitableness”。“equitableness”一词具有公平、公正、正当之意，而作为法律名词它特指衡平。所谓衡平，即是衡平法之公平，其本来特征为法外之法，不受既有法律和法原则的约束。所以，德国公平责任中所说的公平具有衡平之意，具体在侵权责任中，即是可以不受过错责任主义下无过错无责原则的约束，基于衡平的考量，确定侵权责任。这里所说的衡平

的考量，正如法条所述，是具体情况的考量，它可以包括复数多的因素。由此可见，公平责任之公平对应衡平法之衡平，是以具体情况的考量实现公平，针对损失的分担，防止不当结果的发生。

通过比较中德公平责任之公平的含义可以发现，我国公平责任和公平分担损失责任中，所谓公平与德国公平责任中所谓公平，在性质上是一致的。所谓“公平”并非指广义的公平、公正和正义，而是带有衡平的性格，特指不以过错为基础，通过考量复数多因素来确定侵权责任这样一种损失分担的方式。这种方式被冠以公平之名，但它本质上是相对具体和客观的。所以，如果过错责任之过错是指法在归责中以过错为根据，那么，公平责任和公平分担损失责任之公平就是指法在归责抑或损失分担中以公平为根据，而此公平并非广义之公平，它特指法在侵权责任中对于过错之外因素的考量。相反，如果不是这样，那么过错责任本身作为一般侵权责任的归责原则，当然也可以称为公平责任，并且可以称为最普遍的公平责任。

## 二、公平责任的定义

由《民法通则》第 132 条规定所确立的公平责任，即是以公平为根据的侵权责任。而公平责任之公平又是具体和客观的，即针对过错责任的严格适用所带来的损失分担结果的不当，通过考量过错之外的其他归责因素对损失分担进行调整，使其结果更加公平。如果考虑侵权责任中除过错责任之外还包括无过错责任，那么，公平责任可以基本定义如下：

1. 公平责任是在过错责任及无过错责任无法成立的情况下，通过复数多归责因素的考量而最终确定侵权责任的归责原则。关于公平责任，《侵权责任法》成立之后，《民法通则》第 132 条所规定的公平责任的内容由《侵权责任法》第 24 条加以修改，并且在定位上否定了其归责原则的地位，公平责任不再是归责原则，而成为公平分担损失责任。公平分担损失责任，即是以公平为根据，在当事人之间分担损失。然而，如前所述，公平分担损失责任之公平，与公平责任之公平在含义上是相同的，都是指法对于过错之外因素的考量。参照目前侵权法归责理论对于公平分担损失责任的解释，可以将其概括如下：

2. 公平分担损失责任是指在过错责任及无过错责任无法成立的情况下，以民法公平原则为基础，根据复数多因素的考量，由双方分担损失的侵权责任。通过比较可以发现，公平责任与公平分担损失责任的区别主要在于归责原则与侵权责任的不同，以及由此产生的复数多归责因素与复数多因素的不同。公平责任作为归责原则，

可归责性判断的根据即是归责因素。与之相对，公平分担损失责任作为补充性的侵权责任，由于其不具有归责原则的性质，其责任判断的根据则不宜称为归责因素。当然，公平分担损失责任即使作为补充性的侵权责任，本质上仍然是基于可归责性判断而产生的侵权责任，所以此处所说的因素也具有归责因素的性质，也可以称其为具有可归责性的责任因素，归责因素与责任因素并无本质上的区别。

此外，公平责任与公平分担损失责任的定位虽然不同，但是由于它们都是以公平的考量为中心，是对过错责任以及无过错责任的补充和完善，通过考量过错责任及无过错责任无法成立的情况下复数多归责因素，最终确定责任，确保损失分担结果的公平，所以公平责任和公平分担损失责任在本质上应该是一致的，其核心问题仍然是明确何为“公平的考量”。因此，可以说公平责任虽然不再具有现行法上的意义，但是，它依然存在于公平分担损失责任之中，对于公平责任的研究仍然适用于公平分担损失责任，公平责任研究即是公平分担损失责任研究。本书出于整理方便和理论连贯性的考虑，以下除有特殊说明之外，统一使用“公平责任”之表述。

公平责任的成立基于公平的考量，公平的考量带有衡平的性格，可以在过错责任和无过错责任之外，基于复数多归责因素的考量确定侵权责任，调整损失的分担。也就是说，公平责任可以不以过错为基础，不受行为人可非难性判断的约束，也无须遵循无过错责任中，法对于具体情况下社会性归责因素可归责性判断的严格法定形式，公平责任可以在由过错责任及无过错责任所确立的以行为评价为基础的归责体系之外，基于复数多社会性归责因素的考量，做出综合性的可归责性判断，从而确定侵权责任，调整损失分担。然而，衡平法在包括我国在内的成文法国家并不被承认，从法的安定性的角度出发，公平责任不可能是只停留在创造出了归责的可能性，而又无法明确具体的归责根据和归责构造的阶段，如果公平责任只能停留在这样一种充满不确定性的阶段，那么，公平责任作为归责原则也好，作为调整损失分担的补充性责任也好，甚至作为法律条文本身的存在都缺少充分的理由和实际的意义。所以，对于公平责任而言，归责因素的具体化和责任构造的客观化是无法回避的问题，也是其需要解决的核心问题。从这个角度来说，公平责任研究就是对公平责任归责因素以及责任构造的究明，而上述关于公平责任的定义作为现阶段对于公平责任的概括，恰好正是问题的集约体现。