

# 不完全行为能力人 侵权责任构成之检讨

金可可 胡坚明\*

**内容提要：**依立法者原意，我国侵权责任法第32条第2款系规定被监护人对受害人的无过错责任，且排除责任能力制度的引入。但此种规定过于偏惠受害人，对被监护人不公，不利于未成年人保护，与同法第33条发生评价上矛盾，与比较法上认识不合，实为法政策上失误。故应采客观解释，认为该款仅规制监护人与被监护人之间的内部求偿关系，被监护人责任之构成，则应适用第6条第1款之一般过错责任。至于责任能力制度之阙如，可以过错概念之操作暂时弥补其不足。监护人责任之基础，在于监护义务之违反，性质上属于自己责任、独立责任。监护人责任之构成适用第32条第1款之无过错责任，悖于立法目的，且与同法第9条第2款发生评价上之矛盾，自立法论而言，以改采过错推定为宜。解释论上，只能充分利用同条第1款后段之责任减轻规范，扩张监护人之责任阻却事由，对“行为人致人损害”要件作严格认定（尤其是要求行为人须具备客观过错），稍作弥补。此外，无论是监护人还是被监护人，都可能依特定要件，向受害人承担同法第24条之公平责任。在对受害人之关系上，监护人与被监护人承担连带责任。

**关键词：**监护人责任 不完全行为能力人 侵权责任法 独立责任 自己责任

## 一、问题的提出

### （一）条文解读之初步疑问

就无民事行为能力人、限制民事行为能力人（以下统称不完全行为能力人、行为人或被监护人）之侵权责任，侵权责任法第32条基本承袭民法通则第133条的主要思路。其第1款规定，无行为能力人、限制行为能力人致人损害时，侵权责任主体为其监护人；第2款规定，行为人有财产的，应先以其财产赔偿，若不足则由监护人补足。立法部门的解释为：“在具体承担赔偿责任时，如果被监护人有财产的……应当首先从被监护人的财产中支付赔偿费用，不足的部分再由

\* 金可可，华东政法大学教授；胡坚明，德国康斯坦茨大学民法学博士生。

本文受教育部人文社会科学研究项目基金资助（项目号08JA820011），系上海市教委第五期重点学科“民法与知识产权”（项目号J51104）、“上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院项目”（基地编号：SJ0709）和上海市曙光计划项目（项目号08SG52）的阶段性研究成果。

监护人承担赔偿责任。”〔1〕司法部门亦采此种解释,〔2〕学说见解也基本相同。〔3〕对此,难免有如下疑问:(1)第1款既已明确责任主体(债务人)为监护人,第2款为何又要求被监护人(行为人)先履行债务(赔偿损害)?被监护人是否亦为责任主体?(2)若非,其为何须以责任财产赔偿损害?若是,为何第1款中不予提及?其归责原则为何?此两种责任主体间之关系又如何?

## (二) 实务上适用情况

为了解实务上的基本态度,笔者对法院相关案例作了简单检索,共整理出不完全行为能力人侵权案件42起,〔4〕对各案之事实认定、裁判理由及判决结果比照法律条文内容进行考察,基本结果如下表:

不完全民事行为能力人侵权案件统计表

分析角度	具体分析	
关于责任人的确定	38件仅列行为人(即被监护人)为被告	3件分别考量行为人及监护人是否承担责任
		2件仅考量监护人是否承担责任
		33件仅考量行为人本人是否承担责任
	26件判决中,行为人责任由监护人“承担”、“赔偿”、“给付”或“支付”(判决中用语各异)	
	7件仅考量行为人是否承担责任,且完全未提及及其监护人及其责任	
4件将行为人及其监护人均列为被告	3件仅考量行为人是否承担责任,但最后由监护人赔偿	
	1件仅考量监护人是否承担责任	
0件仅将监护人列为被告		
被监护人归责	18件考量了行为人的主观过错	其中13件具体分析了行为人对其行为及其后果的识别、预见能力
	3件判决虽然也使用了“过错”一语,但是仅以侵害行为、损害结果及其关联而认定“过错”,似乎混淆了“过错”与其他构成要件的概念区分	
	21件未提及主观方面	
监护人归责	6件考虑了监护人是否尽到监督、管理义务的问题,并以此评价监护人是否有责	
	36件的认定基础均非来自监护人自己的监督义务	

〔1〕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〉条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2010年版,第124页。

〔2〕另外,司法部门还建议在诉讼中采取更为方便的处理方式:受害人可选择起诉行为人或监护人之一,亦可将之作为共同被告;若仅起诉行为人或监护人一方的,法院应依职权追加另一方为共同被告。参见奚晓明主编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第237页以下。

〔3〕相同解释结论,参见陈现杰主编:《中华人民共和国侵权责任法条文精义与案例解析》,中国法制出版社2010年版,第109页;王利明、周友军、高圣平:《中国侵权责任法教程》,人民法院出版社2010年版,第466页;杨立新:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,第227页;姜战军:《未成年人致人损害责任承担研究》,中国人民大学出版社2008年版,第129页。

〔4〕笔者检索了法院系统发布、编写并公开发行的各种判例汇编,包括:《最高人民法院公报》(1985年以后),最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(1992年以后,人民法院出版社出版),国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览》(1992年以后各卷,中国人民大学出版社、人民法院出版社出版),以及部分省份高级人民法院编写的案例集,如上海市高级人民法院编:《上海法院案例精选》(1999年以后,上海人民出版社出版)和安徽省高级人民法院编:《安徽法院案例选》(2003年以后,安徽人民出版社出版)。

显然,对民法通则第133条之解释,裁判上分歧颇多,并未形成统一见解。自审判实践中确定被告人、责任人和实际赔偿人的多种可能形态观之,责任主体为何人并不明确;认定行为人责任时是否需要评价主观状态,认定监护人责任时是否需要考虑归责原则,同样不甚明了。但审判实践中,显然亦未全然按照法条文义进行操作。

即此而言,侵权责任法之立法者就不完全行为能力人侵权基本保留原有规范内容,便值得商榷。行为人、监护人各自责任之有无、其责任构成及其相互关系之确定,本应借助于立法作一澄清,以免司法实务中延续上述众说纷纭的混乱局面。此外,学理讨论中,对现行条文亦颇多微词,<sup>[5]</sup>对监护人之“补充责任”不无质疑。<sup>[6]</sup>故有必要对本条规范作全面检视,吸收司法实务中形成的各种适用见解,明确在不完全行为能力人侵权情形,监护人及被监护人各自的责任构成和相互关系,审视其法理基础和政策考量,探讨并获取规范意义,以期获得妥当的解释。

## 二、被监护人责任构成要件之检讨与解释适用

### (一) 被监护人责任之归责原则

#### 1. 主观解释:立法意图的考察

依侵权责任法第32条第2款文义,行为人“造成他人损害”且有责任财产时,即应“支付赔偿费用”,似无须评价其主观状态。对此,法院之见解虽并不统一,有明确排除行为人的过错评价的,<sup>[7]</sup>有的则详细考察行为人的认识、预见能力;<sup>[8]</sup>但立法部门与最高院之释义,均认为被监护人只要有财产,即应支付赔偿费用,未指出其主观状态对之是否发生影响。<sup>[9]</sup>亦有学者明确指出,此处无须考虑被监护人之过错问题。<sup>[10]</sup>按此种理解,被监护人支付赔偿费用非以其过错为要件,学说上对其性质产生三种不同见解:

(1) 公平责任说。<sup>[11]</sup>公平责任是指侵权责任法第24条、民法通则第132条的规定,其适用前提是行为人没有过错,<sup>[12]</sup>或“不能依过错确定赔偿范围,或依过错确定赔偿范围明显有失公平”,<sup>[13]</sup>故须先对行为人作主观评价。按上述对本款的理解,则根本无须考察行为人之主观状态,故与公平责任截然不同。其次,比较法上,公平责任是补充性的责任形式,须先考察能否依

[5] 类似质疑参见佟丽华:《对与未成年人有关的法学研究的反思》,《政法论坛》2001年第6期。

[6] 薛军即反对这种“监护人承担补充责任”的解释结论,他从法律政策、法律的道义基础、实践操作及法律体系内在矛盾的避免等四个方面进行了详细而深入的讨论,极具参考价值。参见薛军:《走出监护人“补充责任”的误区——论〈侵权责任法〉第32条第2款的理解与适用》,《华东政法大学学报》2010年第3期。

[7] “史维诉黄嘉人身损害赔偿案”的理由部分中称:“无行为能力和限制行为能力的人致人伤害赔偿,属特殊损害赔偿。因无行为能力和限制行为能力人不能理解或不能完全理解自己的行为的意义和后果,缺乏周密慎重地处理事务的能力,所以无行为能力和限制行为能力的人致人损害赔偿的构成,不需具备主观上有过错,只要具备以下三个要件即可:(1)造成他人损害的事实;(2)行为的违法性;(3)行为是自己完成的而不是受他人唆使等原因完成的。”载前引[4],《中国审判案例要览(1992年综合本)》,第634页以下。

[8] 参见“刘吉诉鞠雪飞侵权损害赔偿纠纷案”的理由部分,载前引[4],《中国审判案例要览(1992年综合本)》,第644页以下。

[9] 参见前引[1],全国人大法工委民法室编书,第124页;前引[2],奚晓明主编书,第237页;前引[3],陈现杰主编书,第109页。

[10] 参见张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第309页;杨震主编:《侵权责任法》,法律出版社2010年版,第182页。

[11] 参见王利明、杨立新编著:《侵权行为法》,法律出版社1996年版,第48页,第51页。

[12] 参见前引[1],全国人大法工委民法室编书,第92页。

[13] 前引[11],王利明等编书,第48页。

过错责任向行为人或监管义务人求偿,得出否定结论后,才有适用余地;<sup>[14]</sup>但本款之被监护人责任显非如此。综上两点,本条之行为人责任当非公平责任。立法部门所列举的公平责任类型中,亦未将之包含在内。<sup>[15]</sup>

(2) 非责任说。该说认为,不完全行为能力人致人损害的,责任主体仅为监护人,被监护人之支付赔偿费用系为平衡监护人与被监护人之利益,克服两者财产独立对受害人救济之不利影响,并非对受害人之责任。<sup>[16]</sup>但一般基于本款规定,认为我国未采取责任能力制度。<sup>[17]</sup>其基本逻辑在于:既然无行为能力人仍须依本款承担“责任”,当知我国无责任能力制度,否则其即不应承担责任;且立法部门也明确指出被监护人“支付赔偿费用”性质上为赔偿责任。<sup>[18]</sup>因此,“非责任说”虽旨在弥补本条缺陷,但非立法者本意。

(3) 无过错责任说。显然,此种解释最合乎立法部门意图。<sup>[19]</sup>

## 2. 法政策上考量:被监护人无过错责任之弊病

但依立法意图令被监护人承担无过错责任,却有诸多弊病:

(1) 过于偏重受害人之保护,对被监护人不公。被监护人往往无法认识行为之危害性,缺乏是非辨别能力,仅因其有财产,即令承担损害赔偿赔偿责任,有悖于现代侵权责任法之基本价值与理念。<sup>[20]</sup>兹举两例予以说明:

例一,有财产之未成年人甲骑车,与逆向超速骑车之成年人乙相撞,乙受有损害;若对本款作无过错责任解释,则甲须从其财产中支付赔偿费用给乙,岂非荒谬?例二,有财产之未成年人甲与有财产之未成年人乙相撞,均受伤,若采无过错责任说,则无论双方主观状态如何,甲须为乙之损害负责,乙须为甲之损害负责,此种解决方案恐难谓合理。

(2) 不利于未成年人之成长与保护。法律使未成年人仅为其过错所致损害负责,促使其在成长过程中逐渐认识到自己行为的重要意义和法律后果,对其将来进入社会后的自律自省有积极影响。就此而言,为其过错而负责之原则,在未成年人人格成长与自由发展过程中,具有不可替代之教育意义。若令未成年人为其无过错之行为负责,则一方面必然限制其行为自由,令其人格发展受有障碍,另一方面导致其可用于教育、发展身心的财产减少,亦不利于其成长与保护。

(3) 与同法第33条发生评价上之矛盾。首先,在完全行为能力人缺乏意识或控制之行为致他人损害情形,第33条采取过错归责原则,在其无过错时则仅对受害人“适当补偿”,但第32条第2款却令有财产的不完全行为能力人承担无过错责任,显然有悖于法律优先保护不完全行为能力人之价值目标。其次,有财产之不完全行为能力人,对其行为纵有意识、未有失控,但若因年龄、心智发展程度关系而缺乏识别能力的,与对其行为缺乏意识或失去控制的完全行为能力人,亦无作不同对待之理由,上述两条使之适用截然不同的归责原则,难免发生评价上之矛盾。

[14] 此点在侵权责任法第24条中已较为明确。比较法上,德国民法典第829条、我国台湾民法第187条第3项均体现出其补充性特征。德国学说上认为,公平责任“系为受害人之利益,而对责任能力及过失标准之(部分)主观化所作之弥补”(MüKo/Wagner, 5. Aufl., München 2009, § 829, Rn. 2),“仅在对因纯主观原因而得以免责之情形,须作部分矫正时,方能适用”(Erwin Deutsch/Hans-Jürgen Ahrens, Deliktsrecht, 5. Aufl., Köln 2009, Rn. 176)。

[15] 参见前引[1],全国人大法工委民法室编书,第91页。

[16] 参见前引[6],薛军文。立法部门则认为公平责任亦非“责任”,仅为“分担损失”,参见前引[1],全国人大法工委民法室编书,第91页以下。

[17] 参见前引[1],全国人大法工委民法室编书,第125页;前引[2],奚晓明主编书,第237页;程啸:《侵权责任法》,法律出版社2011年版,第288页。

[18] 参见前引[1],全国人大法工委民法室编书,第124页。

[19] 参见前引[17],程啸书,第281页;前引[6],薛军文。薛军文亦指出,若按通常理解,则被监护人之“支付赔偿费用”性质上为无过错责任。

[20] 参见上引薛军文;前引[17],程啸书,第282页。

因此，自法政策观之，被监护人责任实以采过错归责原则为宜。比较法上，德国、<sup>[21]</sup>瑞士、<sup>[22]</sup>奥地利、<sup>[23]</sup>日本、<sup>[24]</sup>我国台湾<sup>[25]</sup>均采过错归责原则（并常辅以公（衡）平责任，以平衡受害人之保护）。<sup>[26]</sup>我国实务中之观点亦不乏印证此结论者。<sup>[27]</sup>

### 3. 客观目的论解释：过错责任引入的两种可能方案

若按立法者之原意，对该条文作主观、历史的解释，得出的结论显不合理（尤其是不合法伦理上原则、发生评价上矛盾）时，即应借助于文义、法律体系之意义脉络，寻求符合法律目标之客观、合理解释，以求通过解释获得合理之解决方案。<sup>[28]</sup>在我国立法较为仓促，立法者通常未及深思熟虑之背景下，更应如此。上文已指出，依立法者原意所作解释悖于未成年人保护之法伦理目标，与第33条发生评价上之矛盾，只能对之作客观目的论解释，将之解释为过错责任，方能补救其弊病。

（1）解释模式一：第2款前段乃被监护人向受害人承担责任之不完全法条，须援引侵权责任法第6条第1款之过错要件，方得依本段成立被监护人责任。

其法解释之基本思路如下：就文义而言，第2款前段并未出现不容作过错责任解释之内容。就规范之意义脉络而言，过错责任是侵权责任法的基本归责原则，“只要法律没有明确规定不以

[21] Palandt/Sprau, 68. Aufl., München 2009, § 827, Rn. 1, § 828, Rn. 1; MüKo/Wagner, 5. Aufl., München 2009, § 827, Rn. 1ff.; Erman/Schiemann, 12. Aufl., Köln 2008, § 827, Rn. 1; Staudinger/Oechsler, Berlin 2009, § 827, Rn. 2, 4; Hein Kötz/Gerhard Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl., München 2010, Rn. 121, 348, 350; 前引[14], Deutsch/Ahrens 书, 边码 8, 164, 166; Maximilian Fuchs, Deliktsrecht, 7. Aufl., Berlin [u. a.] 2009, S. 79f.

[22] Schnyder, Basler Kommentar zum OR, 4. Aufl., Basel 2007, N 5f. zu Art. 54 OR.

[23] Karl Oftinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, B. II, Besonderer Teil, Teilband I, Zürich 1987, S. 135f.

[24] 参见 [日] 田山辉明:《日本侵权行为法》，顾祝轩、丁相顺译，北京大学出版社 2011 年版，第 28 页；[日] 圆谷峻:《判例形成的日本侵权行为法》，赵莉译，法律出版社 2008 年版，第 102 页；于敏:《日本侵权行为法》，法律出版社 2006 年版，第 84 页。

[25] 参见郑玉波:《民法债编总论》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 152 页，第 154 页；史尚宽:《债法总论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 184 页以下；王泽鉴:《侵权行为》，北京大学出版社 2009 年版，第 392 页，第 399 页以下。

[26] 比较法上主要的例外是：（1）法国法上，于 1968 年之前，对无判断能力之未成年人或精神病人致损，一直采取损害停留于原处原则，仅在侵害人对损害之发生具有个人之可责性（过错）时，方发生损害赔偿义务；且未辅以公平责任制度。后因 1968 年 1 月 3 日之立法修正，引入了法国民法典第 489—2 条（新修订为第 414—3 条），以强化受害人之保护。该条规定患有精神病之成年人，无论其精神状态如何，即应承担损害赔偿义务；但为补救其对行为人过于苛刻之弊端，复要求其行为须具有抽象客观意义之过错（即其行为自客观上观之，具有违反注意义务之可责性），方承担损害赔偿义务，作为矫正性之要件。在此意义上，亦可称之为客观过错责任。通说认为，这一规定应以漏洞填补之方式转用于无判断能力之未成年人、临时处于无意识状态之人致损情形，但直至 1984 年 5 月 5 日，法国最高法院之判决方采取此种学说，宣布无判断能力之未成年人仍应就其所致损害承担赔偿责任。后又因 1984 年 5 月 9 日之 Gabillet 判决，亦使无识别能力之未成年人就其管理之物所致损害，承担第 1384 条第 1 款之无过失责任。以此，在今日之法国，精神病人与无判断能力人，须为其客观上违反注意义务之行为承担责任。参见 Philippe MALAURIE, Laurent AYNES, Philippe STOFFEL—Munck, Les obligations, 4e éd., 2009, n° 150, p. 25; Code Civil, Dalloz, 111e éd., p. 691; Oftinger/Stark, II/1, S. 135f.; 前引 [25], 王泽鉴书, 第 409 页以下。（2）日本法上虽采过错归责原则，但并未辅以无责任能力人之公平责任制度以强化被害人之保护。

[27] 如“俞丹萍诉海桥乡中心小学等人身损害赔偿案”中，法院认为，“被告李某（12 岁）是在学校组织下参加运动会，参加投掷铅球比赛时未满 13 周岁，是限制行为能力人，他作为未成年铅球运动员，在裁判员未加制止的情况下投掷铅球，无法预料到投掷行为带来的后果”，故不应承担责任。参见上海市高级人民法院编:《2000 上海法院案例精选》，上海人民出版社 2000 年版，第 10 页。

[28] 脱离立法者本意而依客观目的进行解释，在方法论上有较大争议，反对者认为其为解释者之恣意妄为提供了依据。参见 [德] 魏德士:《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2005 年版，第 340 页以下。但若是依立法者本意所作解释会产生“不可容忍”之评价上矛盾，则可无视“立法中清晰明白之文义”、“立法者明显可知之意思”，借助于受规整领域之结构或特性、法伦理上原则等，作客观目的论解释，以实现相同事物作相同评价之原则。参见 [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 211 页，第 214 页。

过错为要件的,过错仍是行为人承担侵权责任的要件”。〔29〕第32条第2款并未明文规定不以过错为要件,故可认为被监护人责任在现行法框架内仍然是过错责任的情形之一,可将本法第6条第1款的过错归责原则纳入本条。至于其表述上之阙如,可认为本款是不完全法条,需补充援引第6条第1款作为其要件。但此种解释并非根本彻底之解决方案,仍留有诸多缺陷:

首先,第2款仅涉及“有财产”之不完全行为能力人之责任,对于无财产之不完全行为能力人是否承担责任,并未涉及。或可认为,对无财产不完全行为能力人之责任,因无特别规定,故完全适用第6条第1款之一般过错责任。但此种解释方案使得第2款前段纯属多余,不合于体系,故不可采。

其次,被监护人责任系以有财产为前提,责任发生与否,全然取决于其责任财产之有无,属于“因财产”所生之责任。以责任财产作为侵权责任构成的要件之一,是比较独特的做法,在整个侵权责任法中仅此一处(公平责任除外),比较法上亦无不同。对此,立法部门的解释是,“虽然从我国的实际情况看,无民事行为能力人或者限制民事行为能力人有自己独立财产的情况不多,但是随着经济和社会的多元化发展,无民事行为能力或者限制民事行为能力人通过创作、接受赠与或者继承等方式取得独立财产的情况将会越来越多,因此,以自己的财产对自己造成他人的损害承担赔偿责任,也是公平的。”〔30〕依笔者理解,该论证似仅说明被监护人拥有责任财产在现实中是可能的,但并未说明其在利益衡量中之正当性,故其论证本身并不充分。有学者即指出,此种立法对财产的重视走向了极端,忽视了民法应有的道德伦理价值,尤其是法律对未成年人进行普遍保护的伦理取向。〔31〕

再次,监护人仍依第2款后段之规定对受害人承担补充责任。而此种补充责任之设计,极不合理,有诸多弊病,对此容后再述。

(2)解释模式二:第2款(含后段)并非规制被监护人对受害人之责任,而是仅规制监护人依第1款对外承担责任时被监护人与监护人之内部分配与求偿关系。既然第2款并非对被监护人责任之特别规定,被监护人责任即应直接适用第6条第1款之一般规定。

其法解释上基本思路如下:首先,从文义上而言,第2款两次使用的“赔偿”一词,通常是指向受害人承担责任。但前段之“支付赔偿费用”,则完全可理解为监护人向受害人承担监护责任后,被监护人“向监护人”支付“监护人已向受害人承担之赔偿费用”,因前段毕竟未出现“向受害人”之字样。后段之“监护人赔偿”,因紧接前段,故在文义上亦应与前段之“赔偿”作相互协调之解释,即指在监护人已向受害人支付的赔偿费用中,“监护人最终承担(不足部分之)赔偿费用”。此种解释完全在“支付赔偿费用”一语之可能文义内,且亦无损于“赔偿”一词在我国法律体系意义脉络中的通常含义。更何况作客观目的论解释时,为避免评价上矛盾,“立法中清晰明白之文义”尚可弃之不顾,与文义完全相容之解释,在方法论上当更不成问题。其次,既然第2款系监护人与被监护人内部求偿之规定,而非被监护人责任之特别规定,则被监护人责任因无特别规定,当适用第6条第1款之一般过错侵权责任。

此种解释模式,使被监护人责任统一适用一般过错责任,不因其有无责任财产而生区别,亦使监护人对受害人并非承担补充责任,解决了模式一之诸种缺陷,似为更彻底、更优越之方案。但其须辅以两项配套制度方能取得圆满效果:

首先,按此解释模式,在被监护人无过错、有财产而监护人无财产(或虽有财产,但因尽到监护义务而减轻责任)情形,因被监护人不承担责任,无法就其财产获得赔偿,就监护人亦无法

〔29〕前引〔1〕,全国人大法工委民法室编书,第21页。

〔30〕同上书,第124页。

〔31〕参见前引〔3〕,姜战军书,第128页以下。

获得充分赔偿，有可能使受害人无法获得（充分）赔偿。此时，可参照比较法上通例（如德国民法典第 829 条、瑞士债法第 54 条第 1 款、奥地利民法典第 1310 条、法国民法典第 489—2 条、我国台湾民法第 187 条第 3 项等），<sup>〔32〕</sup> 考虑适用侵权责任法第 24 条之公平责任。

其次，按此解释模式，依第 2 款解决监护人与被监护人之间内部责任分配与求偿关系时，第 2 款前段之适用是否以过错为要件？对此，应持肯定见解。若有财产之被监护人纵无过错亦须适用前段，以其财产为终局责任承担，一来仍有悖于保护未成年人之价值目标，二来无过错之被监护人既有可能按公平责任对受害人承担责任，又要按本段对内承担终局责任，对之似过于严苛，三来在被监护人财产充分时，有过错之监护人可完全转嫁责任、实质上完全不承担责任，产生在监护人对外承担补充责任时之相同问题。

## （二）被监护人过错评价与责任能力

过错责任之贯彻与展开，以对行为人作过错评价之可能性为前提。对此，比较法上常设责任能力制度，限制此种评价可能性，以保护无责任能力人，实现侵权法上行为人为自己过错负责之价值目标。

### 1. 责任能力制度考察：比较法的视野

立法部门亦认为，行为人有主观过错的前提是有“意识能力”，若行为人丧失意识，便无过错可言。<sup>〔33〕</sup> 学说上通常称此种能力为“意思能力”或“识别能力”，又以后者为当，因前者用语不足以与法律行为上之“意思能力（意思形成之能力）”区别开来。<sup>〔34〕</sup> 常人均有此种识别能力，裁判时可直接评价有无过错，但行为人为不完全民事行为能力人时，作为过错前提的识别能力即成为问题。未成年人及精神病人或因心智不全、或因精神耗弱、或因心神丧失等原因不具备或者有时不具备识别能力的，逻辑上即无法评价其过错，自然也无法认定其侵权责任。

传统民法教义学上，解决这一先决问题的方式是责任能力制度。所谓责任能力，也即侵权行为能力，或称为归责能力，系决定行为人是否能负损害赔偿责任的一种法律上之能力，也有称为“因自己之过失而负责任之能力”。<sup>〔35〕</sup> 在德国、我国台湾，其虽规定于侵权法部分，但于债务不履行得予以准用（参见德国民法典第 276 条第 1 款后段、我国台湾民法第 221 条）；在瑞士，则直接规定于总则（瑞士民法典第 16 条）。故台湾学界“债务不履行责任能力”之称谓，并无不妥。责任能力之有无以行为人之识别能力为准。依据德国判例发展，识别能力以心智发展阶段为前提，以行为人已具备认识到利益损害危险之理解能力即为已足。<sup>〔36〕</sup> 依德国现行通说，作为德国民法典第 828 条构成要件的认识及理解能力，系针对行为人之预见。行为人须依其个人成长阶段能完全认识法律上的有责性，且于行为时确有此种认识。具体而言，行为人应于行为时认识到其行为有受法律制裁（不一定是损害赔偿，一般制裁的认识即为已足）之可能。至于就其行为所生具体危险的认识，则系德国民法典第 276 条所规制的过错问题，第 828 条则仅要求对于一般危

〔32〕 其中，我国台湾民法同时以行为人、法定代理人为公平责任之主体，最具特色；而上述他国，则均仅以行为人为公平责任之主体。

〔33〕 参见前引〔1〕，全国人大法工委民法室编书，第 130 页。

〔34〕 关于两者区分，亦见前引〔24〕，圆谷峻书，第 104 页。

〔35〕 参见前引〔25〕，史尚宽书，第 113 页。

〔36〕 例如，一个九龄童骑车撞到了一辆停在路边的轿车，其应该认识到，过于靠近该轿车骑行可能会导致损害。另如，在滑雪事故中时，判断是否有躲避义务的一个标准在于，该小孩是否能够认识，对于其超速或未加注意的滑行方式所生之后果及由此而生之损害须负责。Vgl. MüKo/Wagner, § 828, Rn. 9; Staudinger/Oechsler, § 828, Rn. 24ff.; Erman/Schiemann, § 828, Rn. 4; Jauernig/Teichmann, 13. Aufl., München 2009, § 828, Rn. 2.

险及一般损害的认识。<sup>〔37〕</sup>我国台湾学说也基本采相同见解。<sup>〔38〕</sup>另外,责任能力之有无本须作个案判断,如我国台湾民法第187条第1项、日本民法典第712条、第713条,即采此种做法,瑞士民法典第16条亦同。德国则为减轻认定上的困难,采年龄标准与个案认定相结合的做法,确立固定的年龄下限,对未达该年龄之人一律认定为无责任能力(德国民法典第828条),故有无过错能力、限制过错能力及有过错能力的区分。<sup>〔39〕</sup>

在我国传统民法理论及德国民法教义学中,均认为责任能力是一般侵权行为的基本要件之一,与过错共同构成行为人之主观方面归责要件,且为过错要件之前提。其理由有四:(1)过错是对行为人心态具体内容之认定,若其心理根本不健全,则根本缺乏过错认定之事实基础。如前所述,此点亦为立法部门所赞同。(2)若行为人无法对危险形成理智认识、选择合理行为,则侵权法督促其审慎行为并预防损害之目的即为落空,而后者正是整个侵权法的基本旨趣。<sup>〔40〕</sup>(3)责任能力制度尚具有保护不完全行为能力人、<sup>〔41〕</sup>教育不完全行为能力人以及抑制侵权行为之功能。<sup>〔42〕</sup>(4)以其作为过错之前提,具有伦理上正当性。<sup>〔43〕</sup>

## 2. 法政策上考量

侵权责任法沿袭民法通则之传统,并未引入责任能力制度,立法部门释义中提出两个理由:(1)“如果规定责任能力,就涉及没有责任能力的行为人造成他人损害的,监护人是否要承担责任?如果监护人不承担责任,被侵权人的损失得不到弥补,会有悖于我国的国情和现实的做法。”(2)“多年的司法实践也证明,虽然我国法律没有行为人责任能力的规定,但是能够妥善解决民事行为能力人和限制行为能力人引发的侵权纠纷。”<sup>〔44〕</sup>

第一个理由实际上含有两个论据,可分而析之:(1)论据一将行为人的责任能力与监护人的责任联系在一起,并认为前者若不存在会使后者成为问题。但行为人的责任能力只决定行为人主观上过错评价是否可能,进而决定其是否承担侵权责任,与其监护人之责任构成并无关系。(2)论据二认为,若监护人不承担责任,对受害人不利。但监护人若确无责任,行为人亦可能负责,受害人未必无从获赔。通过规定责任能力制度,以“责任能力+过错评价”要件对行为人之可归责性进行筛选鉴别,更为妥当:即便其结论为不可归责于行为人,亦为过错责任原则之当然结果,若无侵权责任,损害只能停留在原处,由受害人自己承担不利,受害人之保护毕竟并非侵权法之唯一目标。正因如此,立法者才引入了监护人的“公平责任”,<sup>〔45〕</sup>以缓和各方的利益紧张关系。此种责任之设置,已可稍解立法部门之担忧。

就第二个理由,上文已提及司法实务中观点纷扰,无法形成统一见解;而且大量判决均认真

〔37〕 Staudinger/Oechsler, § 828, Rn. 25; MüKo/Wagner, § 828, Rn. 9; Erman/Schiemann, 12. Aufl., Köln 2008, § 828, Rn. 4.

〔38〕 参见前引〔25〕,史尚宽书,第114页;邱聪智:《新订民法债编通则》上册,中国人民大学出版社2003年版,第107页;黄立:《民法债编总论》,台湾元照出版公司2006年版,第446页。

〔39〕 德国民法典第828条中以年龄为标准,将7岁以下明定为无识别能力,在涉及交通事故时,则为10岁以下无识别能力。在该年龄之上到18岁之间则需就具体情事判断是否有识别能力。Vgl. Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht, 33. Aufl., München 2008, S. 492; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 18. Aufl., München 2008, S. 170-171.

〔40〕 前引〔21〕,Kötz/Wagner书,边码33; MüKo/Wagner, § 828, Rn. 1-2。相同观点参见前引〔25〕,王泽鉴书,第381页。

〔41〕 MüKo/Wagner, § 828, Rn. 1.

〔42〕 参见前引〔10〕,张新宝书,第307页。

〔43〕 参见前引〔25〕,王泽鉴书,第413页。

〔44〕 参见前引〔1〕,全国人大法工委民法室编书,第125页。

〔45〕 立法部门以之为公平责任适用情形之一。同上书,第91页。



检视行为人在具体行为时是否有具体的识别能力。<sup>[46]</sup>相反,对责任能力不予考虑,是以不公平地牺牲不完全行为能力人的利益为代价的。

我国民法理论中,本以具有责任能力作为行为人归责之要件。<sup>[47]</sup>但在民法通则立法时,却未坚持保留该要件,而转向现行模式,学者对转变之理由有详细叙述。其主要理由有四:首先,从社会道德的公平观念来说,加害人应当承担赔偿责任,以补偿受害人的损失,维护公平;其次,加害人有一定的财产,具有赔偿能力;再次,以加害人的财产进行赔偿,有利于对限制行为能力人加强法制教育,预防侵权行为的发生;最后,可以减少监护人的后顾之忧,有利于监护制度的执行。<sup>[48]</sup>

对此诸论据,上文之分析阐述已作回应,可归纳、补充如下:(1)行为人责任之根本当在于其过错,不因财产状况而有不同,否则偏惠受害人,对行为人反而不公。(2)适用过错原则,也能发挥教育未成年人的作用。(3)若希望减少监护人之忧虑,完全可通过其他制度(如对监护人责任改采过错推定)的配合而实现;若希望在行为人无过错时衡平当事人间利益状况而分配损害,亦不妨进一步借鉴前述比较法上衡(公)平责任之制度构造,适用我国侵权责任法第24条,以达到目的。

### 3. 解释之界限及其解决

由上可知,侵权责任法未纠正民法通则之不足,仍未引入责任能力制度,实乃法政策上之重大失误。但民法教义学不能止步于指出立法上的不当,更为重要的是在现行框架下,为法律之适用寻求妥适解决方案,否则即为教义学之失职,恐受无能之讥。

(1)与上文被监护人之过错要件不同,责任能力规定之阙如无法在现行侵权责任法之体系内通过解释而进行填补。因责任能力之用语或制度现象在现行法体系内并未出现,故无论采取何种解释方法,均已超出解释之界限。<sup>[49]</sup>又因其系法政策上错误考量,应设规定而未设,故非真正法律漏洞,而是所谓“非固有的漏洞”或称立法者“有意义的沉默”(beredetes Schweigen),故仅能期望将来的立法对此进行修正完善。<sup>[50]</sup>在此之前,只能认为我国法上无责任能力制度。

[46] 参见“周宏川在校园内因杨强等学生的行为受伤致残诉四川省成都市武侯区金花镇中心小学及杨强等人身损害赔偿案”,载前引[4],《人民法院案例选(2004年民事专辑)》,第65页;“顾良诉上海市卢湾区私立永昌学校等人身损害赔偿案”,载上海市高级人民法院编:《上海法院典型案例丛编(民事·经济·知识产权·执行案例)》,上海人民出版社2001年版,第46页以下;“俞丹萍诉海桥乡中心小学等人身损害赔偿案”,载前引[27],《2000上海法院案例精选》,第10页;“王兵诉杨峰损害赔偿案”,载前引[4],《中国审判案例要览(1992年综合本)》,第706页;“张召军诉张光华等人身损害赔偿案”,载前引[4],《中国审判案例要览(2003年民事审判案例卷)》,第212页;“徐俊彬诉陈伟明、陈锦华、何新连、广州市白云区景泰小学人身损害赔偿纠纷案”,载前引[4],《中国审判案例要览(2006年民事审判案例卷)》,第304页;“赵德煜诉田吾士、辽阳市第二十中学人身损害赔偿案”,载前引[4],《中国审判案例要览(2007年民事审判案例卷)》,第407页。尤其是最高人民法院公布的一则典型判例中,其判决要旨称:“被告陈逸豪在原告汤鑫家玩时,故意用废塑钢短材料将原告刺伤,造成原告七级伤残,理应赔偿原告的损失。鉴于被告陈逸豪为学龄前幼儿,没有完全民事行为能力,不能独立承担民事责任,且陈三伯、蔡国英作为被告陈逸豪的监护人,怠于对被告陈逸豪的教育管理,未履行好对被告的监护职责,故被告陈逸豪应承担的责任,其监护人有义务全部承担。”湖南省临湘市人民法院(2009)临民初字第150号判决,转引自奚晓明主编:《侵权案件指导案例评注》,中国法制出版社2010年版,第87页以下。

[47] 参见佟柔、赵中孚、郑立主编:《民法概论》,中国人民大学出版社1982年版,第311页以下;西南政法学院民法教研室编:《中华人民共和国民法讲义(初稿)》,1980年版,第330页;金平主编:《民法通则教程》,重庆出版社1987年版,第433页。

[48] 参见上引金平主编书,第434页以下;佟柔主编:《中国民法》,法律出版社1990年版,第590页。

[49] 解释与法的续造之间,即以可能之文义为界。参见前引[28],拉伦茨书,第203页。

[50] 同上书,第203页,第252页。对于因法政策上错误所生之法律规定错误,严格言之,亦超出法官法外续造之权限。但我国最高人民法院常为此种“法外续造”,于此不妨继续为之。

(2) 幸运的是, 过错评价不以责任能力制度为前提。责任能力制度至多通过设置一定年龄界限, 对未达该界限之人一律排除作过错评价之可能性, 以求一定程度上减轻实践中认定行为人识别能力的困难; 而归责能力与过错, 本来即应结合个案情事、行为人心智发展程度作具体判定,<sup>[51]</sup> 未规定责任能力制度的, 并不影响根据行为人之判断识别能力、所处具体情境, 来判定其是否具有过错。自民法通则第 133 条以来, 通说认为我国不承认责任能力制度, 但实务中仍经常判定被监护人过错,<sup>[52]</sup> 即基于此。

另一方面, 在缺乏责任能力制度时, 对过错之考量完全可以将责任能力的考量因素(年龄、心智成熟程度)吸收在内, 若操作得当, 过错概念即可起到无固定年龄界限的责任能力制度所具备的功能。<sup>[53]</sup>

可见, 现行法虽不承认责任能力制度, 被监护人过错责任之贯彻实现却并未因之受有障碍。

### 三、监护人责任之检讨与解释、适用

#### (一) 监护人责任之基础与性质: 比较法上之观察

##### 1. 监护人责任之基础: 监护义务违反

(1) 依立法部门释义, 监护人责任之法理依据在于: 监护人因其身份上特殊性(监护职责所在), 要管教好未成年人和无行为能力、限制行为能力的精神病人, 有责任通过教育、管理等方式来减少或者避免被监护人侵权行为的发生; 未尽其责导致被监护人致人损害的, 监护人即需对后果承担责任。<sup>[54]</sup> 人民法院在部分裁判中亦遵循这一准则。<sup>[55]</sup> 可见, 监护人责任之基础在于违反其对被监护人负有之监督管理义务。

(2) 德国民法学说在解释德国民法典第 832 条时, 亦认为监护人责任以监护人的监督义务为

[51] 前引 [21], Kötzt/Wagner 书, 边码 345。瑞士法上相同见解, 参见 Basler Kommentar/Bigler-Eggenberger, N 6. Zu Art. 16 ZGB。

[52] 参见“段东升诉张庭华损害赔偿案”, 载前引 [4], 《中国审判案例要览(1999 年民事审判案例卷)》, 第 402 页以下; “周宏川在校园内因杨强等学生的行为受伤致残诉四川省成都市武侯区金花镇中心小学及杨强等人身损害赔偿案”, 载前引 [4], 《人民法院案例选(2004 年民事专辑)》, 第 65 页; “徐俊彬诉陈伟明、陈锦华、何新连、广州市白云区景泰小学人身损害赔偿纠纷案”, 载前引 [4], 《中国审判案例要览(2006 年民事审判案例卷)》, 第 304 页以下; “叶陈鹏诉景曜灵、景生宝、丁本芳、马鞍山市和平楼小学等人身损害赔偿案”, 载前引 [4], 《安徽法院案例选(2006)》, 第 244 页以下; “顾良诉上海市卢湾区私立永昌学校等人身损害赔偿案”, 载前引 [46], 《上海法院典型案例丛编(民事·经济·知识产权·执行案例)》, 第 46 页以下。

[53] 法国于 1968 年引入法国民法典第 489—2 条之前, 实践中已从第 1382 条之“过错”概念中发展出了类似于侵权责任能力的概念。参见 Oftinger/Stark, II/1, S. 135f; 亦见前引 [25], 王泽鉴书, 第 410 页。就此而言, 无论是德国还是 1984 年以前的法国, 未成年人之责任均以识别能力为前提, 只是在德国, 责任能力与过错的判定是先后分别进行的, 而在法国, 两者都是在过错概念下进行判定的。但 1984 年以后, 法国判例取消了对行为人识别能力之要求。Vgl. Kathrin Mellech, Haftung für Fehlverhalten Minderjähriger nach deutschem und französischem Recht, Frankfurt am Main [u. a.] 2008, S. 33f.

[54] 参见前引 [1], 全国人大法工委民法室编书, 第 124 页, 第 126 页。

[55] 参见“谭吟雪等诉于涛犯精神病脱离监护跑出造成人身损害赔偿案”, 载前引 [4], 《人民法院案例选(2001 年第 1 辑)》, 第 87 页以下; “闫红瑞诉旧寨村村民委员会等因其在幼儿班期间被其他幼儿玩火烧伤损害赔偿纠纷案”, 载前引 [4], 《人民法院案例选(1992—1999 年合订本)(民事卷)(下)》, 第 1608 页; “王兵诉杨峰损害赔偿案”、“刘吉诉鞠雪飞侵权损害赔偿纠纷案”, 载前引 [4], 《中国审判案例要览(1992 年综合本)》, 第 705 页以下, 第 644 页以下; “黄仲新、李培仙诉戚路红、李红祥、弥勒县东山镇大栗树村委会石坎村民小组人身损害赔偿案”, 载前引 [4], 《中国审判案例要览(2007 年民事审判案例卷)》, 第 386 页以下; 湖南省临湘市人民法院(2009)临民初字第 150 号判决, 载前引 [46], 奚晓明主编书, 第 87 页以下。

根本，其系为自己之推定过错而负责。<sup>[56]</sup> 监护人对此负有一种交往安全义务，此种义务非仅来自于危险的存在，更来自于监护人于侵权法外所负之监督义务；监督义务人未履行此种义务时，即应负侵权责任。该条表达了侵权法的基本旨趣之一：将责任及相关注意义务，归于一切实可有效阻止损害发生之人——对无责任能力人依法或依约负有监督义务之人，只要未能判断行为之情事并合理行事，即须对所生损害负责。毕竟监管人最能了解被监护人行为及可能之危险。父母为义务人时，本条更有为教育上原因而督促审慎注意之目的。未成年人如何对待可能之危险，多取决于父母在教育、引导及练习上的努力。由此，该条所采之过错推定规范方式，便将亲属法上固有的教育监督义务（德国民法典第 1626 条、第 1631 条第 1 款）转化于外，且赋予其保护第三人之功能。<sup>[57]</sup>

(3) 奥地利民法上（其民法典第 1309 条）亦认为监护人责任之依据，乃监管义务人因过错违反注意义务之后果。瑞士法上（其民法典第 333 条），家长得证明其在监管无判断能力人时，尽到具体情事所需之注意义务而免责，无此义务违反，实质上亦不发生监护人责任，故其基础亦仅在于监管义务之违反。法国民法典 1970 年修订第 1384 条第 4 款明确增加说明，指出父母之责任基础系因“照管权之行使”。日本法上（其民法典第 814 条）虽区分监护人代位责任与固有责任，但两者发生之基础均为违反监护义务。我国台湾民法（第 187 条第 1 项）及学说亦以法定代理人责任之基础为未尽监督义务。<sup>[58]</sup>

## 2. 自己责任

监护人对被监护人此种监管义务，系其（先于侵权法而存在的）固有法定义务，并非来自于侵权法之规定，而是亲属法上监护法律制度之内容。<sup>[59]</sup> 侵权法只是将监护义务与侵权法上法律效果（违反义务的责任）相关联，以明确违反该义务的具体法律后果。<sup>[60]</sup> 故其本应属于义务违反所生之自己责任，通常属于过错责任，我国实务中的众多判决亦持此种观点。<sup>[61]</sup>

[56] Staudinger/Belling, Berlin 2008, § 832, Rn. 6. 此外，德国通说认为，责任之成立除了要求监督义务之违反，还要求于义务违反时有过错，即知道或应当知道监督义务存在。但实务中通常不另行讨论过错问题，因监护义务违反即构成德国民法典第 276 条第 2 款之注意义务违反，故立即成立过失，无须在监护义务违反之外另行判定过失。Vgl. MüKo/Wagner, § 832, Rn. 37.

[57] Vgl. Staudinger/Belling, Berlin 2008, § 832, Rn. 2, 57; MüKo/Wagner, § 832, Rn. 1, 2; Erman/Schiemann, § 832, Rn. 1; Karl Larenz/Claus—Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, 2. Halbband, 13. Aufl., München 1994, § 79, IV, 1a, S. 485.

[58] 参见前引 [25]，郑玉波书，第 153 页；前引 [25]，史尚宽书，第 183 页以下；前引 [25]，王泽鉴书，第 391 页。

[59] 《最高人民法院关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见（修改稿）》第 10 条规定：“监护人的监护职责包括：保护被监护人的身体健康，照顾被监护人的生活，管理和保护被监护人的财产，代理被监护人进行民事活动，对被监护人进行管理和教育，代理被监护人进行诉讼。”《德国民法典立法理由书》亦指出监护人法定监管义务并非侵权法之任务，而应归诸于相关领域（尤其是亲属法）。Vgl. Mot. II, S. 735, zitiert nach MüKo/Wagner, § 832, Rn. 10. 1881 年旧瑞士债法将监护人责任（第 61 条）置于事务辅助人责任（第 62 条）之前，后 1912 年制定现行瑞士债法时将之迁入现瑞士民法典亲属关系部分（第 333 条）。Vgl. Basler Kommentar/Girsberger, N 1. zu Art. 333 ZGB; Oftinger/Stark, II/1, S. 416.

[60] 参见前引 [47]，佟柔等主编书，第 311 页；金平主编：《民法学教程》，内蒙古大学出版社 1987 年版，第 284 页；彭万林主编：《民法学》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 533 页；《法学研究》编辑部编著：《新中国民法学研究综述》，中国社会科学出版社 1990 年版，第 508 页。

[61] 参见“闫红瑞诉旧寨村村委会等因其在幼儿班期间被其他幼儿玩火烧伤损害赔偿纠纷案”，载前引 [4]，《人民法院案例选（1992—1999 年合订本）（民事卷）（下）》，第 1610 页；“谭吟雪等诉于涛犯精神病脱离监护跑出造成人身损害赔偿案”，载前引 [4]，《人民法院案例选（2001 年第 1 辑）》，第 89 页以下；“王兵诉杨峰损害赔偿案”，载前引 [4]，《中国审判案例要览（1992 年综合本）》，第 706 页；“黄仲新、李培仙诉戚路红、李红祥、弥勒县东山镇大栗树村委会石坎村民小组人身损害赔偿案”，载前引 [4]，《中国审判案例要览（2007 年民事审判案例卷）》，第 389 页以下。

德国法上, 监管义务人责任为违反自身监管义务所生之自己责任、过错(推定)责任。<sup>[62]</sup>瑞士法上, 虽通说以监护人责任为无过错责任, 但其基础仍在于监管义务之违反, 故仍属自己责任。<sup>[63]</sup>法国法上, 学说与判例亦认为家长并非为他人行为, 而是为自己行为承担责任。<sup>[64]</sup>意大利法、英国法亦同。日本法上, 虽称监护人对无能力人所致损害承担之责任为代位责任或替代责任, 以与监护人固有责任相区分, 但立法者已指明其并非他人过失责任之代负, 而是违反自身监督义务所生之过失责任, 亦属自己责任, 现行学说亦采同一见解。<sup>[65]</sup>我国台湾法上之法定代理人责任固属为他人行为负责, 但并非为他人责任负责, 性质上仍应属于就其监督过失之不作为侵权责任。<sup>[66]</sup>

### 3. 独立责任

正因监护人责任系因违反其固有法定义务, 而无论被监护人责任是否成立、其有无财产, 此义务均独立存在, 故比较法上, 均以监护人责任为一独立之责任构成, 不会因被监护人责任是否构成、其财产状况如何而受影响。

我国台湾法上, 监护人须对被监护人所为侵害行为负责, 仅在行为人有识别能力时, 监护人与行为人连带负责, 行为人无识别能力时, 监护人单独负责(我国台湾民法第187条)。此处虽有连带责任, 但学说认为该连带债务系复数之债。各债之关系(在本条, 即监护人、有识别能力的行为人分别与受害人产生的两个债务关系)间仅效力上有所牵连而为连带, 在债务关系之构成上, 则各自独立。故监护人责任无论是否与行为人责任连带, 均单独成立, 并不依附于行为人责任; 在效果上, 监护人责任与行为人责任虽有连带但地位相当, 并无补充承担关系。<sup>[67]</sup>

德国民法典第832条规定监护人独立责任构成, 于第827条、第828条规定了精神障碍人、未成年人侵权责任之独立责任构成; 只是在责任承担方面, 若其责任均成立, 则行为人与监护人依第840条为连带债务人。<sup>[68]</sup>瑞士法上, 亦以瑞士民法典第333条规定家长对须受其监管之家庭成员所致损害负责; 受监管家庭成员若有识别能力(责任能力), 则依瑞士债法第41条一般侵权行为之规定负责; 家庭成员因证明其无判断能力而无须承担一般侵权责任的, 亦有可能依瑞士债法第54条第1款承担公平责任。但无论如何, 家长之责任不因家庭成员有无识别能力、过错、是否承担责任而受影响。<sup>[69]</sup>奥地利法上, 奥地利民法典第1309条规制未尽监管义务之人对“精神病人或未成年人”所致损害之赔偿责任, 第1310条规制“通常情形无理智之人”就其所致损害之公平责任; 但监管义务人之过错责任不以行为人构成侵权行为为必要。<sup>[70]</sup>法国于1968

[62] Jauernig/Teichmann, § 832, Rn. 1; MüKo/Wagner, § 832, Rn. 2; Erman/Schiemann, § 832, Rn. 1; Staudinger/Belling, § 832, Rn. 2, 5; 前引 [21], Kötz/Wagner 书, 边码 340; 前引 [14], Deutsch/Ahrens 书, 边码 466。

[63] Heinz Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., Zürich [u. a.] 2003, Rn. 1129ff.

[64] Code Civil, Dalloz, 111e éd., p. 1740.

[65] 参见前引 [24], 田山辉明书, 第 24 页, 第 139 页以下; 前引 [24], 于敏书, 第 93 页。

[66] 参见前引 [25], 王泽鉴书, 第 391 页。

[67] 参见前引 [25], 郑玉波书, 第 389 页; 前引 [25], 史尚宽书, 第 642 页以下。王泽鉴教授更是明确指出: “法定代理人责任具有独立性, 不必从属于未成年人的侵权行为。”参见前引 [25], 王泽鉴书, 第 399 页。

[68] 前引 [21], Kötz/Wagner 书, 边码 340 以下; Jauernig/Teichmann, § 832, Rn. 2; MüKo/Wagner, § 832, Rn. 10; Erman/Schiemann, § 832, Rn. 2; Staudinger/Belling, § 832, Rn. 2, 168.

[69] Basler Kommentar/Schnyder, N 5f. zu Art. 54 OR; Basler Kommentar/Girsberger, N 4f. zu Art. 333 ZGB; Oftinger/Stark, II/1, S. 444f; 前引 [63], Rey 书, 边码 1152。

[70] Koziol, BT, S. 309f; Koziol/Apathy/Bydlinski/Bollenberger, § 1309, Rz. 6; Koziol, Entwurf, S. 70f; Oftinger/Stark, II/1, S. 135f, 420f; [荷] J. 施皮尔主编: 《侵权法的统一: 对他人造成的损害的责任》, 梅夏英、高圣平译, 法律出版社 2009 年版, 第 16 页。

年引入法国民法典第 489—2 条, 规制无责任能力人致损时其自身所负之损害赔偿赔偿责任; 1970 年修订后之第 1384 条第 4 款 (原第 2 款) 则规制父母为未成年子女致损承担之损害赔偿赔偿责任。<sup>[71]</sup> 1984 年的 Fullenwarth 判决则明确父母责任之构成不受未成年人责任是否构成影响, 为一种独立之结果责任。<sup>[72]</sup> 意大利亦同。<sup>[73]</sup>

从上述立法例可知, 上述各国均将监护人责任完全独立于被监护人责任, 不受被监护人责任之任何影响, 如我国侵权责任法第 32 条第 2 款后段之补充责任, 更是无从谈起。<sup>[74]</sup>

## (二) 监护人责任之归责原则

### 1. 无过错责任及其问题

依第 32 条第 1 款后段, 监护人若尽到监护义务, 可减轻其责任。按立法部门释义, 监护人责任既非无过错责任, 亦非过错推定责任, 因监护人证明尽到必要注意义务时, 只能减轻责任, 而非免责。<sup>[75]</sup> 但该条既不以过错为责任成立之要件, 则完全符合无过错责任之概念特征, 其性质即应为无过错责任。<sup>[76]</sup> 只是以无过错责任为监护人责任之归责原则, 却有如下问题:

(1) 与法律目的间之紧张关系。如上所述, 监护人责任之基础, 在于违反其对被监护人负有之监督管理义务, 侵权法上的规定仅将此种义务与义务违反之后果相关联。采无过错归责原则, 必然割裂上述重要关联, 在损害结果非因监护人义务违反所致时, 发生后者仍须承担责任的不公平局面。<sup>[77]</sup> 其可能的理由, 或在于无过错责任可较好地维护受害人的利益。<sup>[78]</sup> 但以过错推定使监护人陷于举证的困难, 也能保证受害人获赔之可能, 不失为更好的制度选择。<sup>[79]</sup> 此外, 完全不考虑监护人是否违反监护职责而适用严格责任, 会使监护人因惧怕承担责任而限制未成年人的活动范围, 进而抑制未成年人的成长发育和身心健康, 亦会造成其与社会的隔阂, 更加剧其成年

[71] MALAURIE/AYNES, n°150, p. 72; Oftinger/Stark, II/1, S. 135f, 419.

[72] Mellech, S. 96—97.

[73] 参见前引 [70], 施皮尔主编书, 第 212 页。

[74] 至于我国此种补充责任立法模式是否合理, 详见下文。另外, 日本民法学说上, 认为无责任能力人致人损害时, 监护人依日本民法典第 814 条承担之代位责任为补充责任, 但其补充性是指其责任构成上具有“补充性”(即其责任仅在被监护人无责任能力、无过错而不承担责任时方发生), 而非损害填补上之补充性(被监护人无财产或有财产但不足时方有赔偿义务); 此外, 解释论上及实务中认为, 若被监护人有责任能力, 监护人未尽监护义务的, 也仍然要承担第 709 条之一般侵权责任。参见前引 [24], 于敏书, 第 96 页以下; 前引 [24], 田山辉明书, 第 139 页以下。可见, 监护人责任是否成立, 实质上与被监护人责任是否成立并不相关; 上述责任构成之“补充性”, 也仅是其第 814 条独特结构带来的特殊问题, 不影响监护人责任实质上之独立性。

[75] 参见前引 [1], 全国人大法工委民法室编书, 第 124 页。

[76] 参见前引 [2], 奚晓明主编书, 第 236 页; 前引 [3], 陈现杰主编书, 第 109 页; 前引 [17], 程啸书, 第 280 页。立法部门的上述释义在对监护人责任进行定性时, 脱离学界形成一致认识的概念, 不知其缘由之所在。

[77] 比如, (1) 在监护人系因人身上之障碍(疾病、外出)而未尽监护义务或其他注意义务时, 虽无过错, 但在无过错责任下, 亦应承担赔偿责任; (2) 监护人自身缺乏过错或丧失判断能力(责任能力)的, 仍须承担赔偿责任; (3) 监护人委托辅助人事实上行使监护义务的, 纵无自己之过错(已尽妥善抉择、指示之义务), 却仍须对受害人承担赔偿责任。Vgl. Oftinger/Stark, II/1, S. 418. 王泽鉴教授亦指出:“父母不因养育子女而获有利益, 使其负无过失责任, 是否符合分配正义的内涵, 仍有研究余地。”参见前引 [25], 王泽鉴书, 第 414 页。

[78] 司法部门即持此种观点, 参见前引 [2], 奚晓明主编书, 第 237 页。

[79] 在立法论上得出相同结论的, 参见前引 [3], 王利明等书, 第 456 页。对监护人责任采取过错推定之初衷, 虽非为扩展其责任(MüKo/Wagner, § 832, Rn. 4), 但其具有此种效果无疑。日本法上的相同经验, 亦参见前引 [24], 田山辉明书, 第 141 页; 前引 [24], 于敏书, 第 95 页。西班牙法上虽对监护人责任采取过错推定主义, 但因其对父母审慎义务要求极高, 以至于就实际适用效果而言就是无过错归责。参见[德]冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》上卷, 张新宝译, 法律出版社 2001 年版, 第 181 页以下。但此为实务操控中轻重调节之结果, 而非举证责任倒置之必然结果。故在德国, 举证责任倒置并未成为监管义务人之沉重负担, 因主要争执点往往不在于其事实上采取何种措施, 而在于其应采取何种措施, 而后一问题恰恰是法律问题, 应由法官作出决定。详见前引 [21], Kötz/Wagner 书, 边码 341。

后危害他人及社会的风险。<sup>[80]</sup>

(2) 与同法第9条第2款发生评价上之矛盾。按该款规定,若有他人教唆、帮助不完全行为能力人实施侵权行为,监护人若尽到监护义务,即不承担责任,若未尽监护义务,也仅承担“相应的”责任,其责任显比本条之监护人责任为轻。立法部门释义认为,在存在教唆人、帮助人情形,若令监护人也承担连带责任,过于严厉,故采取上述规定。<sup>[81]</sup>但两者中,被监护人侵权行为发生之原因虽有不同,但就监护人责任而言,最为核心的考量要素(即其是否尽到监护义务)则并无区别,厚此薄彼,似缺乏充分依据。

## 2. 监护人的过错推定责任:比较法上之考察

自比较法观之,绝大多数欧洲大陆法国家的立法及判例,均以过错推定原则为监护人责任的基本归责方式,<sup>[82]</sup>如德国、意大利、西班牙、葡萄牙、比利时、希腊、卢森堡,即为其例。瑞士通说以瑞士民法典第333条之责任为结果责任,但家长除三个一般免责事由(不可抗力、受害人自己过错、第三人过错)外,得证明其在监管无判断能力人时已尽到具体情事所需之注意义务而免责,且其责任之构成又以受监管人之行为具有“客观意义上过错”作为限制性要件,以为补救;故就其实践中效果而言,与过错推定责任并无巨大差别。<sup>[83]</sup>日本民法、我国台湾民法也均将监护人责任规定为过错推定。

之所以规定过错推定责任,一方面是为避免对监护人过于严苛,令其不致在并未违反监护义务时仍承担责任,故规定过错责任;另一方面则辅以过错(监管义务违反)之举证责任倒置,因损害发生之领域系监管义务人之支配领域,其比受害人更能阐述其行为之理由。此外,要求其提出其所采取之措施,亦合乎其所负法定监管义务之本质。<sup>[84]</sup>

## 3. 条文适用上之补救方法

虽有学者不顾第1款后段文义上无法克服之障碍,径将监护人责任解释为过错推定责任,<sup>[85]</sup>

[80] 参见张民安主编:《监护人和被监护人的侵权责任:未成年人、精神病人及其父母的侵权责任》,中山大学出版社2010年版,第8页。其他相似见解参见前引[3],王利明等书,第456页;前引[6],薛军文。

[81] 参见前引[1],全国人大法工委民法室编书,第39页。

[82] Vgl. Jauernig/Teichmann, § 832, Rn. 1; MüKo/Wagner, § 832, Rn. 2; Erman/Schiemann, § 832, Rn. 1; Staudinger/Belling, § 832, Rn. 2, 5; 前引[21], Kötz/Wagner书,边码340;前引[14], Deutsch/Ahrens书,边码466;前引[21], Fuchs书,第164页;前引[79],冯·巴尔书,第181页,第185页,第187页以下,第190页;前引[70],施皮尔主编书,第54页,第176页,第212页,第267页,第310页。主要的例外是:1. 在(部分)未成年人致他人损害情形,规定父母承担无过错责任。主要情形有二:(1) 荷兰民法典规定在14岁以下的孩子侵权时,父母承担无过错责任,这主要出于对儿童的保护;但其亦以监护义务为基本立足点。详细展开参见前引[79],冯·巴尔书,第181页以下;前引[70],施皮尔主编书,第391页以下。(2) 法国民法典于1970年修订后,其1384条第4款规定父母对与其同居未成年子女致他人损害,承担损害赔偿义务。学说与实务起先均以为之过错推定责任(Oftinger/Stark, II/1, S. 419),但后因1984年的Fullenwarth c/Felten案、1997年的Bertrand案判决,改采无过错责任,父母仅得因不可抗力或被害人过错而免责(前引[25],王泽鉴书,第411页以下;MALAURIE/AYNES, n°150, p. 72)。2. 瑞士法上,应受家长监管之家庭成员致他人损害的,无论是否成年、是否有判断能力,家长一律承担无过错责任。3. 在有些国家,如奥地利、英国法上,监管义务人系承担一般过错责任。Vgl. Koziol, BT, Wien 1984, S. 309; Koziol, Entwurf, S. 70f; Koziol/Apathy/Bydlinski/Bollenberger, § 1309, Rz. 1; Oftinger/Stark, II/1, S. 420f; 前引[79],冯·巴尔书,第188页以下;前引[70],施皮尔主编书,第16页,第186页,第391页。

[83] Vgl. Oftinger/Stark, II/1, S. 418. 亦有学者力陈其为过错推定责任。Vgl. Vito Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, Rn. 437; Honsell, S. 148. 瑞士联邦法院则称之为“轻缓的”严格责任,学者认为其仍然接近传统的过错责任,只是设置了举证责任的倒置而已。参见前引[70],施皮尔主编书,第346页,第357页。

[84] Vgl. Prot II 595f., Materialien II, 1090, zitiert nach Staudinger/Belling, § 832, Rn. 3; MüKo/Wagner, § 832, Rn. 4; Erman/Schiemann, § 832, Rn. 1; 前引[25],王泽鉴书,第391页。

[85] 参见前引[10],杨震主编书,第181页以下。

但因第1款后段之内容清晰表明监护人纵无过错，仍须承担责任，故从解释论上而言，只能将本条解释为无过错责任。要改变其归责原则，已超出解释与法内续造之范畴，只能寄望于立法之修正。

但在此之前，应力求在条文适用上，借助一切可借助之手段限制其不合理之处。具体而言：

(1) 应充分利用本条第1款后段之责任减轻规范。尤其在监护人无过错而被监护人有责任时，最大程度地减轻监护人责任，以使其实际效果上接近于过错推定责任。

在监护人无过错而被监护人亦无责任时，监护人原则上仍可如上减责；但若依如上幅度减轻责任，令受害人无法获得充分救济且有悖公平时，则应适度降低减责幅度，甚至不允许减轻责任；受害人仍无法完全受偿，且依其情事有悖于公平的，可进一步考虑令被监护人承担侵权责任法第24条之公平责任。

(2) 应借鉴瑞士法、法国法上之经验，允许承担无过错责任之监护人以不可抗力、受害人过错、第三人过错为一般责任阻却事由。首先，侵权责任法第29条因不可抗力而不承担责任之规定，可直接适用无疑，因解释上亦可认为，此时不符合监护人责任在行为人方面之要件（即所谓“客观意义上之过错”要件）。其次，损害因第三人造成情形，亦应适用第28条的规定，监护人不承担责任，由第三人承担责任；但在第三人教唆、帮助被监护人侵权时，则应适用第9条第2款之规定。再次，在受害人故意时，可适用第27条之规定，监护人不承担责任；在受害人与有过失时，亦应适用第26条之规定，减轻监护人责任。<sup>〔86〕</sup>

(三) 不完全行为能力人“致他人损害”之要件分析

第1款前段“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害”，系监护人责任中对不完全行为能力人行为之要求，属于重要构成要件。借鉴比较法上经验，对其可作如下分析：

1. 不完全行为能力人之行为：(1) 须合乎侵权行为之客观事实构成，即行为、权益侵害（受有损失）、因果关系；(2) 须具有违法性。若无因果关系，不具备违法性，或存在违法性排除事由，则监护人不承担责任。此为比较法上通例。

2. 是否要求行为人有过错

(1) 德国法上，监管义务人责任之成立，不以行为人之责任能力与过错为必要。<sup>〔87〕</sup>因受监管之行为人通常无责任能力；纵有责任能力，亦因其年龄段人群较低之注意义务而难以构成过错。瑞士、奥地利、法国、日本均无不同。我国台湾法上，对于法定代理人之单独责任，不以行为人识别能力与过错为要件，对法定代理人之连带责任，则要求行为人须有识别能力与过错。<sup>〔88〕</sup>但在法定代理人连带责任情形，对行为人识别能力与过错之要求，是成立连带责任之要求，更深究之，系行为人自身责任成立之要求，故实质上非关法定代理人责任之成立要件。故王泽鉴教授指出，行为人有识别能力但无过错的，亦不影响法定代理人责任之成立。<sup>〔89〕</sup>

由于在侵权法上，不完全行为能力人已因其主观方面之特殊性受有特殊照顾，令受害人受有

〔86〕 如“张小琼诉张某等其他人身损害赔偿纠纷案”中，法院认为：“被告张某作为限制民事行为能力人，其民事责任应当由张某及其监护人张云安、向菊英承担。本案原告张小琼系完全民事行为能力人，在纠纷中首先抓扭张某，自身具有过错，在本案中应当适当减轻被告的民事责任，综合本案实际，应当由被告张云安、向菊英对原告的损失承担80%的责任比例为宜。”参见重庆市云阳县人民法院（2010）云法民初字第2611号民事判决书。

〔87〕 前引〔39〕，Brox/Walker书，第48节，边码15以下；Jauernig/Teichmann，§ 832，Rn. 5；MüKo/Wagner，§ 832，Rn. 22；Staudinger/Belling，§ 832，Rn. 5，46；前引〔21〕，Fuchs书，第164页。

〔88〕 参见前引〔25〕，郑玉波书，第152页；前引〔25〕，史尚宽书，第184页；前引〔25〕，王泽鉴书，第392页，第398页。

〔89〕 参见前引〔25〕，王泽鉴书，第399页。

不利影响；故在监护人责任之成立上，不因行为人无过错而受影响，以此作为对受害人之弥补。另亦得以此彰显监护人责任之独立构成，并非行为人责任之附属。故我国亦应认为，监护人责任之成立不以行为人之过错为必要。

(2) 瑞士民法学说上，更于明确无需以行为人之主观过错为要件后，又要求行为人须具有“客观意义上之过错”，家长方承担责任。所谓“客观意义上之过错”，是假设行为人若有判断能力，检验其为此种行为是否有过错，亦即要求其行为具有可责难性。其理由在于，若非如此，无异于行为人自身成年时亦无须负责之损害，却要求家长进行赔偿。行为人若无客观上之过错，则监管义务人即使未尽监管义务，亦不负责任，因通常可据此否定损害与监管义务违反间之因果关系。<sup>[90]</sup> 德国学说上亦有类似要求，认为在行为人若为成年健康通常之人，于其情形如此行为，亦构成义务违反或有过错时，方可成立监督义务人责任。<sup>[91]</sup> 奥地利、比利时、葡萄牙、荷兰亦无不同。<sup>[92]</sup> 冯·巴尔教授考察欧洲诸国法律制度后，认为：“答案必须是这样的：如果一成年人处于孩子的同样情形也负有责任，父母亲才对此损害承担责任”，“在任何地方，尽管这一前提条件没有明示说明，但是父母亲只可能对其孩子实施的即使是成年人实施了该行为也产生民事责任的行为承担责任”。<sup>[93]</sup>

不完全行为能力人因其年龄、智力上的特殊性，法律对其注意义务之要求往往过低，故各国亦往往令监护人责任之成立不因行为人无过错而受影响，以为弥补。此处复以行为人“客观过错”之要求来进一步检验筛选令监护人承担责任之正当性，起到防止矫枉过正之效果，值得借鉴。我国立法部门在其释义中，亦认为：“如果被监护人的行为对于完全民事行为能力人来说也无须承担责任的话，那么在这种情况下，监护人也不需要承担责任”，<sup>[94]</sup> 可理解为表达出了类似的思想。

#### (四) 监护人补充责任

通常认为，按第2款后段规定，监护人责任产生与否，实质上主要取决于被监护人责任财产之有无及多寡，是一种补充责任。<sup>[95]</sup> 然细究之下，此种制度设计不无问题。

##### 1. 补充责任对规范意旨的背离

如前所述，监护人责任之规范意旨，乃在敦促监护人尽职履行其对被监护人所负之法定监督、管教义务。但在当前制度设计中，这一立法旨趣却有无法实现之危险。因在监护人补充责任下，一旦行为人有充分责任财产，监护人即无须承担责任，即便损害系因其未尽监督管理义务所

[90] Oftinger/Stark, II/1, S. 444f; 前引 [63], Rey 书, 边码 1152。

[91] MüKo/Wagner, § 832, Rn. 22; 前引 [57], Larenz/Canaris 书, 第 486 页; Josef Esser/Hans-Leo Weyers, Schuldrecht Band II, Besonderer Teil, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000, § 58 II, S. 216。

[92] 参见前引 [70], 施皮尔主编书, 第 16 页, 第 54 页; 前引 [79], 冯·巴尔书, 第 200 页注 916。另, 法国判例与学说上, 同居父母之责任原以子女之过错为要件, 但当时对过错采主观说, 无识别能力则无过错, 若采该说, 无异于对最需要监管的无识别能力幼儿之行为, 父母肯定不承担责任。为避免此种结果, 判例上改称父母之责任以子女“客观不法之行为 (comportement objectivement illicite)” 为已足, 亦即子女之行为须具备过错概念中除识别能力 (可责性 imputabilité) 之外的其他要素: 有识别能力之人于同样情形是否须承担责任。后 1984 年的 Fullenwarth 判例就父母之责任放弃了对子女“识别能力 (discernement)” 及“客观不法行为” 之要求。此后的判例立场并不统一, 仍有不少判例要求子女之行为具有客观不法性, 学说上有些学者亦认为 Fullenwarth 案仍然要求子女具有客观过错 (faute objective)。法国最高法院于 2001 年的 Levert 判决中重申了 Fullenwarth 案确立的原则, 要求父母为子女之行为承担结果责任, 不以子女之识别能力与客观过错为必要。参见 Mellech, S. 95-100。

[93] 前引 [79], 冯·巴尔书, 第 199 页, 第 201 页。

[94] 前引 [1], 全国人大法工委民法室编书, 第 124 页。

[95] 参见前引 [2], 奚晓明主编书, 第 237 页; 前引 [3], 王利明等书, 第 446 页; 前引 [17], 程啸书, 第 288 页。不同见解参见前引 [6], 薛军文。



致，亦无不同。此时，立法者意图通过侵权责任督促（震慑）监护人审慎行事、积极履行监督义务之目标，根本无法实现。仅在被监护人无责任财产或责任财产不足时，监护人尽到监护义务对其自身责任承担方有意义。因此，立法者预设之目标至少在部分情形有落空之虞。<sup>〔96〕</sup>

## 2. 制度衔接上的失当

前已提及，立法者将被监护人责任财产纳入其责任要件之评价体系中，主要理由是现实中被监护人完全可能有财产。此理由虽不充分，但也合乎事实：未成年人因继承、赠与或奖励等事实纯获法律上之利益甚至通过对待给付而获得报酬，在当今商业化的社会乃是常事。精神正常、心智健全的成年人由于某些原因而成为无行为能力人或限制行为能力人，其已有责任财产的积累也不足为奇。立法者把被监护人财产纳入赔偿范围，冀望更好地保障受害人获赔之可能性，但在规则设计中，忽视了与其他制度的衔接及法律体系上可能发生的矛盾，动摇并破坏了监护人责任构成之基本立足点，使后者的立法旨趣无法实现，结果上可能导致损害之放任泛滥。

## 3. 解释上之补救

若按上文第二部分就第2款提出的解释模式二，将第2款解释为就监护人向受害人所为损害赔偿，监护人与被监护人之间内部分配与求偿关系之规定，则监护人对受害人之责任不再是补充责任，而是依照第1款的规定向受害人承担独立的无过错责任，不复有补充责任之弊病。

# 四、结语：解释论上之最终方案

上文已指出侵权责任法第32条在立法论层面上存在诸多问题，若解释适用上仅以文义或立法者意图为准，难免多有弊病，侵权责任法之立法意旨与价值目标亦部分无法实现。为此，本文力图就我国被监护人责任、监护人责任之基本构成，提出以下解释适用方案，以缓和两难困境：

## 1. 监护人、被监护人对受害人之责任

(1) 被监护人依侵权责任法第6条第1款承担过错侵权责任。因并无责任能力之规定，故被监护人无论年龄、智力如何，均须个别判定其过错之有无。

(2) 监护人依本条第1款承担无过错责任。但为减轻其弊端，须作下列限制：

首先，监护人承担无过错责任须以不完全行为能力人之行为符合侵权行为之客观事实构成、具备违法性为要件；此外，虽无须以行为人之过错为要件，但必须要求其行为有所谓“客观上之过错”。

其次，在监护人尽到监护义务情形，适用时应加强后段之减责力度，以使其实际效果上接近于过错推定责任。但在监护人无过错而被监护人亦无责任情形，若依如上幅度减轻责任令受害人无法获得充分救济且有悖公平时，则应适度降低减责幅度，甚至不允许减轻；受害人仍无法完全受偿，且依其情事有悖于公平的，可进一步考虑令被监护人承担侵权责任法第24条之公平责任。

再次，另可适用同法第26—29条之规定，令监护人不承担责任或减轻责任。

(3) 在有财产之被监护人无过错而不承担责任，而监护人财产严重不足情形，若受害人因此无法获得充分赔偿，且依其情事显然有失公平时，应依侵权责任法第24条规定，令被监护人承担公平责任。但为防止公平责任泛滥，适用时须参考比较法上该责任之其他构成要件，以作限制。

(4) 被监护人、监护人分别对受害人承担之责任，虽其构成上完全独立，但均成立之后，宜

〔96〕 有学者指出，此种立法模式在受害人保护、未成年人保护和未成年人责任以及监护人责任的利益衡量方面出现了严重的错误。详见前引〔3〕，姜战军书，第129页。其他类似批判参见前引〔6〕，薛军文。

借鉴比较法上做法，令其对受害人承担连带责任。

2. 监护人与被监护人之间内部责任分配与求偿关系

(1) 在解释上，应认为第2款之功能仅在于解决此种内部责任分配与求偿关系。

(2) 有财产之不完全行为能力人承担第2款之终局财产责任，应以其具有过错为要件。

---

**Abstract:** According to the intention of the legislators, Paragraph 2 of Article 32 in Chinese Tort Liability Law regulates the liability without fault of the wards for the injured. Meanwhile, this paragraph excludes the application of the institution of capacity for responsibility. However, this paragraph originates from an error of legal policy. It's unjust to the wards and gives too much priority to the injured, which is against the protection of the minor and contradicts the legal thought of Article 33. It also contradicts the basic thoughts in comparative laws. So the objective interpretation of this paragraph should be adopted, that is, it deals only with the problem of the inside claim between the ward and his guardian. The liability of the ward to the injured should be decided according to Paragraph 1, Article 6 (the principle of fault liability). The absence of the institution of capacity for responsibility can be made up by the interpretation of fault.

The liability of the guardians has its roots in breach of the duty of guardianship. This is an independent responsibility and a responsibility for his own fault, not the so-called vicarious liability. According to the law, the liability of the guardians should be determined by Paragraph 1, Article 32 (liability without fault), which is against the purpose of legislation and contradicts the legal thought of Paragraph 2, Article 9. Therefore, from the aspect of the future amendment of the law, fault assumption liability should be adopted to the liability the of guardians. But from the aspect of interpretation, we can only use the rule of mitigation of liability provided in Paragraph 1, Article 32, expand the application of the defenses which prevent the guardians from burden the liability, and interpret strictly the constitutive requirement of "the actor causes damage to others".

Both the ward and his guardian have the possibilities of bearing the liability to compensate the injured on the basis of the principle of fairness (Article 24), if the constitutive requirements of this principle are met. The ward and the guardian should undertake jointly and several liability for the loss of the injured.

**Key Words:** liability of the guardian, person with limited capacity, Tort Liability Law, independent liability, responsibility for his own fault

---